االآراء الفقهيه

اشارة

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳٤۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الاراء الفقهیه قسم المکاسب المحرمه/ تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : اصفهان: مهر قائم، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۳ ج.

شابک : ۰ ۲۰۰۰۰ ریال: دوره: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷۷-۷ ؛ ج. ۱: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷٤-٦ ؛ ج. ۲: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷۵-۲ ؛ ج. ۳: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۸۵-۲

وضعیت فهرست نویسی : فاپا/ برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج. ۲ و ۳ (چاپ اول: ۱٤۲۹ق. = ۱۳۸۷).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : کسب و کار حرام

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱٤

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ٤ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۱۲٤٥٤۱۷

ص: ۱

المجلد ۱

اشارة

ص: ۲

ص: ۳

الإهداء

إلی روح والدی العلاّمة قدس سره (۱)

الّذی ربّانی و علّمنی فقه أهل البیت علیهم السلام و حبّهم و ولایتهم منذ نعومة أظفاری حشره اللّه تعالی مع أئمة أهل البیت أمیرالمؤمنین و أولاده المعصومین علیهم السلام .

ص: ٤

۱- (۱) قد کتبتُ فی ترجمته و ترجمة أجداده الأعلام الفقهاء - أعلی اللّه مقامهم - الّذین خدموا بدورهم الشریعة المقدّسة کتابی «قبیله عالمان دین» فراجعه إن شئت.

الصوره

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الغر الميامين واللعنة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

أما بعد فقد تصفحت « الآراء الفقهية » الذي رشحت به يراعة صفوة المجتهدين وحامل راية الفقهاء المصطفين آية الله الشيخ هادي النجفي دام عزه أرجو الله سبحانه أن يجعل ذلك ذخيرة لآخرته ويوفقه للمزيد انه رحيم ودود.

بشير حسين النجفي

النجف الأشرف / العراق - ٥ ج ١ - ١٤٣٢ هـ

تقريظ سماحة المرجع الدينى الكبير آية اللّه العظمى الشيخ بشير حسين النجفى

- دام ظله العالى - من النجف الأشرف.

ص: ٥

* تاريخ تأليف الكتاب من نظم فضيلة العلاّمة القدير الشاعر المُفْلِق السيّد عبد الستار الحسنى البغدادى حفظه اللّه تعالى :

للّه ِمنْ سِفْرٍ حَوَى (مَقَاصِداً)***(حَدَائِقُ)(الرِّيَاضِ) مِنْهَا نَافِحَةْ

وَكَمْ زَهَا ب- (رَوْضَةٍ بَهِيَّةٍ)***أنْظَارُنَا إلى جَنَاهَا طَامِحَةْ

وَ(لُمْعَةٍ) كَالشَّمْسِ فِى إشْرَاقِهَا***فى أُفُقِ الْحَقِّ الْمُبِينِ لائِحَةْ

كَالْبَحْرِ مِنْهُ تُقْتَنَى (جَوَاهِرٌ)***غَادِيَةٌ لَهُ الْوَرَى وَرَائِحَةْ

قَدْ جَاءَ فِى اسْتِدْلالِهِ (مَحَجِّةً***بَيْضَاءَ) ، وَضَّاءٌ سَنَاهَا ، وَاضِحَةْ

بِ- (الْعُرْوَةِ الْوُثْقى) لَهُ (مُسْتَمْسَكٌ)***وَكَفَّةٌ - عِنْدَ النِّزَاعِ - رَاجِحَةْ

(كَشْفُ الْغِطَاءِ) فِيهِ عَنْ غَوَامِضٍ***وَمُبْهَمَاتٍ لَلْفُهُومِ فَادِحَةْ

(آرَاؤُهُ الْفِقْهِيَّةُ) ازْدَانَتْ بِهَا***مَطَالِبٌ لَمْ تَعْدُهُنَّ سَانِحَةْ

(شَرَائِعُ الإسْلامِ) مَدَّتْهَا بِمَا***أرْوَتْ بِهِ صَدَى النُّفُوسِ الصَّالِحَةْ

لَهَا بِ- (تَنْقِيح الْمَنَاطِ) مَنْهَجٌ***يَنْأى عَنِ الإغْفَالِ وَالْمُسَامَحَةْ

بِ- (النَّقْضِ وَالأءبْرَامِ) مَوْضُوعَاتُهُ***زِنَادُهَا مِنْ وَرْيِ فِكْرٍ قَادِحَةْ

وَمُعْضَلاتٍ فِى البُحُوثِ لَمْ تَزَلْ***مُسْتَغْلَقَاتٍ - فِى الْبَيَانِ - جَامِحَةْ

قَدْ فَتَحَ (الْهَادِىْ) لَنا رِتاجَها(١)***إذْ ملَكَتْ يَمينُهُ مَفَاتِحَهْ

فَابْنُ (أبِى الْ‌مجْدِ) غَدَتْ آثارُهُ***لَهُ بِإتْقانِ الْفُنونِ مادِحَةْ

وَذَا كِتابٌ مُعْرِبٌ عَنْ فَضْلِهِ***مَقاوِلُ التَّحْقِيقِ فِيهِ صَادِحَةْ

(فِقْهٌ) بِهِ قَدِ ازْدَهى تَأرِيخُهُ :***(مَكَاسِبُ الْهادى أتَتْنا رابِحَةْ)

ق ١٤٢٧ = ١٨٥ + ١٢٤٢

ص: ٦

١- (١) الرتاج : الباب .

الحمد للّه الّذى علّم بالقلم ورفع درجات عباده بالعلم والعمل والصلاة والسّلام على رسول اللّه محمّد المصطفى الّذى أسس قواعد الأحكام وجعل الشريعة طريقاً للأنام وعلى آله الغرّ الميامين أئمة الهدى ومصابيح الدُجى وأعلام الورى .

لقد كان من فضل اللّه تعالى ومنّه علىَّ أن وفّقنى لإلقاء محاضرات فقهية فى المكاسب فى مدرسة الصدر بمدينة اصبهان على جماعة من الأفاضل حفظهم اللّه تعالى ووفقهم لخدمة دينه . وقد ساعدنى التوفيق الإلهى بأن أدون هذه المحاضرات فى هذا الكتاب المسمى ب- « الآراء الفقهية ، قسم المكاسب المحرمة » ، وقد رتبت المسائل على نفس ترتيب كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم الأنصارى قدس سره وأمّا منهج البحث فهو التعرض للمعنى اللغوى ثمّ المعنى الاصطلاحى ثمّ ذكر أقوال علمائنا الأصحاب الأبرار فى المسألة من زمن المشايخ الصدوق والمفيد والطوسى إلى زمن

صاحب الجواهر وشيخنا الأنصارى قدس سرهم ، ثمّ ذكرت الأدلة الشرعية من الآيات الكريمة والروايات الشريفة وبيان مدى دلالتها وحجيتها واستفادة القول المختار منها .

وقد بحثت فى بعض المسائل المستحدثة التى لها علاقة بالمكاسب المحرمة كالتلقيح

ص: ٧

الصناعى والترقيع وزرع الأعضاء والتشريح والموسيقى والرقص والتصفيق والشطرنج ونحوها .

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

وفى الختام أسال اللّه تعالى أن يجعل هذا الجهد خالصاً لوجه الكريم ويورده فى سجل حسناتى فى يوم لاينفع مال ولابنون ، وأساله تعالى بجاه مولانا أمير المؤمنين على بن أبى طالب وأولاده المعصومين عليهم السلام أن يوفقنى لإكمال بقية بحوث المكاسب من البيع والخيارات فى هذه الموسوعة - الآراء الفقهية - انّه السميع المجيب .

وأشكر من العلاّمة المحقق سماحة حجة الإسلام والمسلمين السيّد أحمد الحسينى الإشكورى - دامت بركاته - لأجل ملاحظاته وتصحيحاته على الكتاب قبيل الطبع .

والحمد للّه أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى اللّه على سيدنا محمّد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين .

٢٨ رجب المرجّب ١٤٢٧

هادى النج-فى

ص: ٨

الأدلّة العامّة فی المکاسب المحرمّة

اشارة

ص: ٩

ص: ١٠

بسم الله الرحمن الرحیم

الآیات العامّة

اشارة

قد یستفاد بعض الأحکام الکلّیّة للمعاملات من الآیات الشریفة نتعرض لثلاث منها تیمّنا وتبرّکاً وابتداءً بکلام اللّه تعالی :

الآیة الأولی

قوله تعالی : «الَّذِینَ یَأْکُلُونَ الرِّبَا لاَ یَقُومُونَ إِلاَّ کَمَا یَقُومُ الَّذِی یَتَخَبَّطُهُ الشَّیْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِکَ بِأَنَّهُمْ قَالُواْ إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَی فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَی اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِکَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِیهَا خَالِدُونَ»(۱) .

سیذکر إن شاء اللّه تعالی فی أوّل البیع تعریفه ولکن هنا أقول : إنّ البیع مبادلة عین بمال ، أو السبب المنشأ به ذلک من القول أو الفعل .

ویتحقق عند إنشاء البیع أو منه أمورٌ :

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

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

ص: ١١

١- (١) سورة البقرة / ٢٧٥ .

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

٣ - إضافة الملكية الحادثة بين المشترى والمبيع والبائع والثمن ، وهذه نتيجة المبادلة المذكورة .

٤ - حصول الربح أحياناً للطرفين .

٥ - جواز تصرف كلّ من المتعاملين فيما انتقل إليه أو فى الربح الحاصل له .

ثم هل المحكوم بالحليّة فى الآية الشريفة البيع السببى أو البيع المسببى ، يعنى الأوّل أو الثانى . والأظهر من الآية الشريفة من كلمتى « أحلّ » و « حرّم » نفس البيع والربا ، يعنى نفس المعاملتين ، أى ما يصدق عليه عنوان البيع فهو حلالٌ وما يصدق عليه عنوان الربا فهو حرام . والظاهر أنّ المراد بالحلية والحرمة هنا الوضعيان ، يعنى الصحة والفساد . فإذا كان دلالة الآية الشريفة على حلية البيع وضعاً - يعنى البيع - كان صحيحاً .

والآية الشريفة بنظرى القاصر : تدل على تشريع حرمة الربا وحليّة البيع فى قبالها ، ولذا كانت مطلقة بالنسبة إلى حليّة جميع البيوع ، والشاهد على ذلک ما ورد فى صحيحة عمر بن يزيد بيّاع السابرى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک ، إنّ الناس يزعمون أنّ الربح على المُضطَرِّ حرام وهو من الربا ؟ فقال عليه السلام : وهل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلاّ من ضرورة ؟ يا

عمر ، قد أحلّ اللّه البيع وحرّم الربا ، فاربَح ولا تُربِ . قلت : وما الربا ؟ قال : دراهم بدراهم ، مِثلان بمثل(١) .

أقول : ورواها الشيخ فى التهذيب(٢) مع إضافة . والشاهد فى تطبيق الإمام عليه السلام الحكم بالصحة فى هذا البيع واستفادتها من إطلاق قوله عزَّ وجلّ «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» . فهذه الصحيحة مضافاً إلى ظهور الآية الشريفة - تدل على اطلاق حليّة البيع فى قوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» .

وبالجملة ، يجوز التمسک بالآية الشريفة والحكم بالصحة عند الشک فى صحة بعض

١- (١) الفقيه ٣ / ١٧٦ ح ٧٩٣ .

٢- (٢) التهذيب ٧ / ١٨ ح ٧٨ .

البيوع وشروطها وخصوصياتها شرعاً ، وهذا نتيجة إطلاق الآية الشريفة .

الآية الثانية

قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً »(١) .

أقول : « الأكل » الوارد فى الآية الشريفة بقرينة « الأموال » بمعنى وضع اليد على المال والتصرف فيه بالتصرفات التى يقوم بها المُ-لاّک ، وتعلق النهى بالأكل بالباطل يدل على فسادها فى الشرع المقدس ، يعنى يدل على الحكم الوضعى - أى الفساد - بأكل مال بالباطل مطلقاً ، أى سواءً كان فاسداً هذا الأكل عند الشارع المقدس نحو : القمار والظلم والبخس والربا والبيع الغررى ونحوها ، أو عند العقلاء كالمعاملات الباطلة عندهم ، لأنّ الخطاب الوارد فى الآية الشريفة على نحو القضية

الحقيقية فيشمل ، جميع المعاملات الباطلة وأكل المال بالباطل عرفاً عند العقلاء ، فلا يختص بما كان فى ذلک الزمان من المعاملات الباطلة نحو : القمار ، والأمور المذكورة فى الروايات الواردة فى ذيل الآية الشريفة من قبيل المثال والتطبيق كما يظهر ذلک لمن راجعها .

نعم ، للشارع الحكومة على العرف توسعةً أو تضييقاً فى الموضوع ، ونتيجتها التخصّص لا التخصيص والخروج الحكمى كما فعله بالنسبة إلى بيع الخمر والميتة والربا .

ثم إنّ الآية الشريفة بعد الحكم بفساد أكل المال بالباطل ، استثنى فيها من ذلک «إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ» ، وهذا المستثنى منقطع ، يعنى ليست التجارة عن تراض من أوّل الأمر داخلةً فى الأكل بالباطل . فالاستثناء يدل على صحة كل تجارة يقع عن تراضى الطرفين . فالآية الشريفة تدل على الحكمين المستقلين : فساد أكل المال بالباطل ، وصحة التجارة عن تراض . فلا يرد علينا بأنّ الأصل فى الكلام المستثنى لا المستثنى منه ، حيث يشكل بأنّها ليست فى مقام البيان وليس لها إطلاق .

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

١- (١) سورة النساء / ٢٩ .

من هذه الجهة فى مقام البيان ، فالآية الشريفة مطلقة بالنسبة إلى صحة تجارة وقعت عن تراض . فعند الشک فى شرائطها وخصوصيتها نتمسک بالآية الشريفة ونحكم بالصحة . والحمد للّه رب العالمين .

الآية الثالثة

قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ »(١) .

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

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

وفى صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام : قوله : «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ»قال : بالعهود(٢) .

ولا يضر بالسند نقل العياشى(٣) هذه الرواية مع واسطة بعض أصحابنا بين النضر بن سويد وابن سنان ، لأنَّ المذكور فى سند القمى بدون هذه الواسطة والنضر ينقل عن عبد اللّه بن سنان ، فالرواية صحيحة سنداً .

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

١- (١) سورة المائدة / ١ .

٢- (٢) تفسير القمى ١ / ١٦٠ .

٣- (٣) تفسير العياشى ٢ / ٤ ح ٥ .

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

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

والآية الشريفة بإطلاقها تدل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود الإجتماعية والإقتصادية . ومنها : المعاملات والبيوع والتجارات . وتدل على صحة العقود والعهود والمعاملات بل تدل على وجوب الوفاء بها .

وبالجملة : مضافاً إلى استفادة صحة العقود والعهود من الآية الشريفة ، يستفاد منها وجوب الوفاء بها ، يعنى الالتزام واللزوم والوفاء والإيفاء بالعقود والعهود . وهذا الأمر - المستفاد من هذه الآية - لا يُستفاد من الآيتين المذكورتين سابقاً ، وهذا أمرٌ مهم . أى أنّ الوفاء بالعقود والعهود لازم لايجوز تركه إلاّ بالدليل . يعنى الآية تدل على لزوم البيع والمعاملات .

سيما بعد ملاحظة لفظة « العقود » الجمع المحلّى باللام ، وبعد ملاحظة خبر زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال على بن أبى طالب عليه السلام : نزلت المائدة قبل أن يُقْبَضَ النبى صلى الله عليه و آله وسلم بشهرين أو ثلاثة(٢) .

وهكذا ورد فى خبر عيسى بن عبد اللّه عن أبيه عن جدّه عن على عليه السلام قال : « القرآن يَنْسَخ بعضُه بعضاً ، وإنّما كان يُؤخَذ من أمر رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بآخره ، فكان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة ، فنَسَخت ما قبلها ولم يَنْسَخْها شيءٌ ... »(٣) .

وفى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث

١- (١) مجمع البيان ٢ / ١٥١ .

٢- (٢) تفسير العياشى ٢ / ٣ ح ١ .

٣- (٣) تفسير العياشى ٢ / ٣ ح ٢ .

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

فالآية الشريفة نزلت فى أواخر حياة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وتدل على لزوم الوفاء بكلِّ عقد وعهد وبيع ومعاملة وتجارة .

وبعد تفسير الامام عليه السلام العقد بالعهد ، يجوز التمسک بجميع الآيات الواردة فى شأن الوفاء بالعهد فى صحة المعاملات والبيوع بل وجوبها أى لزومها ، نحو قوله تعالى : «وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً »(٢) وقوله تعالى : «وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُواْ »(٣) وقوله تعالى : «وَالَّذِينَ هُمْ لِاءَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ »(٤) وغيرها من الآيات الشريفة . والحمد للّه رب العالمين .

الروايات العامّة

اشارة

قد تمسک الشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره (٥) بأربعة من الروايات تيمناً على سبيل الضابطة الكلية من حيث الحلّ والحرمة .

الرواية الأولى :

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

جمع كتابه من الروايات الواردة فى الخطب والمواعظ والأخلاقيات عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم ثمّ عن أمير المؤمنين عليه السلام ثمّ الأئمة عليهم السلام من بعده على الترتيب وختمه بالإمام الحسن

١- (١) التهذيب ١ / ٣٦١ ح ١٠٩١ .

٢- (٢) سورة الاسراء / ٣٤ .

٣- (٣) سورة البقرة / ١٧٧ .

٤- (٤) سورة المؤمنون / ٨ وسورة المعارج / ٣٢ .

٥- (٥) راجع المكاسب ١ / (١٣ - ٧) .

العسكرى عليه السلام ، ثم جعل فى آخر كتابه مناجاة اللّه لموسى وعيسى النبيين على نبينا وآله وعليهما السّلام ، ثمّ ذكر مواعظ المسيح فى الإنجيل وجعل فى آخره وصيّة المفضل بن عمر لجماعة الشيعة .

والكتاب محل اعتبار وأكثر رواياته موجودة فى الكتب المعتبرة ، ولكن مع الأسف مؤلّفه الجليل حذف أسانيد الروايات وقال فى مقدمة كتابه ما نصّه : « ...واسقطتُ الأسانيد تخفيفاً وإيجازاً وإن كان أكثره لى سماعاً ولأنّ أكثره آدابٌ وحِكَمٌ تشهد لأنفسها ، ولم أجمع ذلک للمنكر المخالف بل ألّفْتُهُ للمسلِّم للأئمة ، العارف بحقّهم ، الراضى بقولهم ، الرَّادّ إليهم ... »(١) .

فالرواية الواردة فيه أولاً : مرسلة ، وثانياً : مضمرة هذا كلّه من جهة السند فلا اعتبار بها . ويمكن الذّب عن إضمارها بأن المؤلِّف رواها فى الروايات الواردة عن أبى عبد اللّه عليه السلام .

إن قلت : ضعف سندها منجبر بالشهرة .

قلت : لم تشتهر الرواية من حيث أنّها رواية ولا من حيث الفتوى ، أمّا من حيث الرواية فلعدم ورودها فى الكتب المعتبرة المشهورة بل نقلها عنه صاحب الوسائل مختصراً فى موضعين من كتابه(٢) وهكذا نقلها عنه مختصراً فى الحدائق فى المقدمة الثالثة من كتاب التجارة(٣) .

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

وأنت خبير بأنّ هذا لايوجب الشهرة الروائية . وهكذا لم يفت بمضمونها الأصحاب ، لا سيما بعد ورود بعض ما يخالف المذهب فيها كما سيأتى إن شاء اللّه تعالى . فلم تثبت شهرتها

١- (١) تحف العقول / ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٥٤ كتاب التجارة الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ - و١٣ / ٢٤٢ الباب ١ من كتاب الاجارة .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٦٧ .

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

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

الفتوائية أيضاً .

هذا كلّه على كلا المسلكين بانجبار ضعف السند بالشهرة ، فلا يفيدنا فى المقام شيئاً .

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

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

هذا مع أنّ التقسيم الوارد فى الرواية من جهات معايش العباد والمعاملات إلى أربع جهات لم يرجع إلى محصَّل ولا يفيد فى المقام شيئاً ، مثلاً : جعل ولاية ولاة العدل الذين أمر اللّه تعالى بولايتهم وتوليتهم على الناس - يعنى الرسالة والإمامة وهما من المناصب الإلهية التى جعلت للعصمة الطاهرة - من معايش العباد ومعاملاتهم مع وضوح خروجها عنها .

وهكذا جعل من صنوف الصناعات : الكتابة والحساب والتجارة والصياغة والسراجة والبناء والحياكة والقصارة والخياطة وصنعة صنوف التصاوير ونحوها ، مع دخول كلّ ذلک إمّا فى الإجارات أو التجارات .

وهكذا خروج كثير من وسائل المعايش عن المقسَم كالحيازات والنتاجات والاصطياد وإحياء الموات وإجراء القنوات والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة وأخذ الزكوات والأخماس ونحوها .

وبالجملة ، التقسيم الوارد فى الرواية لم يرجع إلى محصَّلٍ ونتيجة جامعٍ ، فالرواية صارت بهذه العبارات أساسها على بنيانٍ غير مرصوصٍ .

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

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

ومنها : حرمة الانتفاع بالميتة ولو كانت طاهرة ، مع أنّ الأصحاب على جواز الانتفاع بالميتة سواءً كانت طاهرة أم نجسة ، يعنى سواءً كانت لها نفس سائلة أم لا .

ص: ١٨

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

ومن جميع ذلک ظهر لک الوهن فى القول بصدور هذه الرواية من الامام عليه السلام .

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

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

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

أقول : حكاها عن رسالة المحكم والمتشابه صاحبا الوسائل(٢) والحدائق(٣) . فاعلم أنّ رسالة المحكم والمتشابه للسيد المرتضى قدس سره اختصر فيها تفسير الشيخ الجليل أبى عبد اللّه محمد ابن إبراهيم بن جعفر النعمانى الكاتب المعروف بإبن زينب ، والمطبوع جميعه فى بحار الأنوار(٤) ، ولعلّ فى تفسيره أزيد وأكثر من ذلک ولكن وصل إلينا اختصار السيد فقط باسم « المحكم والمتشابه » ، لأنّ الموجود من التفسير والرسالة سيّان . ولكن المهم هنا عدم وجود هذه الرواية فى

تفسير النعمانى المطبوع فى البحار ولا فى رسالة المحكم والمتشابه للسيد ، وكما عرفت كلاهما واحدٌ .

نعم ، ورد فى تفسير النعمانى هذه الفقرات ، وهى غير هذه الرواية : « ... فأمّا ما جاء فى القرآن من ذكر معايش الخلق وأسبابها فقد أعلمنا سبحانه ذلک من خمسة أُوجه : وجه الإشارة (والظاهر كونها تصحيف الإمارة) ، ووجه العمارة ، ووجه الإجارة ، ووجه التجارة ، ووجه الصدقات ... »(٥) ثمّ شرحها وأنت ترى أنّها غيرها .

١- (١) المكاسب ١ / ١٢ .

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

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٧٠ - كتاب التجارة - المقدمة الثالثة .

٤- (٤) بحار الانوار ٩٠ / (٩٧ - ١) .

٥- (٥) بحار الانوار ٩٠ / ٤٦ .

ونقل صاحب الوسائل عن رسالة المحكم والمتشابه للسيد عن تفسير النعمانى هذه الرواية الأخيرة فى كتابه(١) .

الرواية الثانية :

اشارة

ما ورد فى الفقه المنسوب إلى الإمام على بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء . ورد فى أوّل باب التجارات والبيوع والمكاسب منه، ونصه : « إعلم - يرحمک اللّه - أن كلّ ما مأمور به ممّا هو صلاح للعباد وقوام لهم فى أمورهم ، من وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره - ممّا يأكلون ويشربون

ويلبسون وينكحون ويملكون ويستعملون - فهذا كلّه حلال بيعه وشراؤه وهبته وعاريته ، وكلّ أمر يكون فيه الفساد - ممّا قد نهى عنه ، مثل : الميتة والدم ولحم الخنزير والربا وجميع الفواحش ولحوم السباع والخمر وما أشبه ذلک - فحرام ضار للجسم وفاسد للنفس»(٢) .

أقول : يقع الكلام حول هذه الرواية فى أمرين :

الأمر الأوّل : دلالتها

الظاهر من الحلية والحرمة فى الرواية أعمّ من التكليف والوضع يعنى ، إنّهما مطلقان بالنسبة إلى الشرع وليس فى قبالهما منع من الشارع الأقدس ، ولذا صار أعمَّ من التكليف والوضع ويشملهما فيستفاد مثلاً من حليّة البيع صحتها وترتيب آثار الصحة عليه ومن حليّة الأكل جوازه تكليفاً . وبهذا البيان يندفع بعض ما استشكل على الرواية من أن كلامنا فى الحليّة والحرمة الوضعية - يعنى الصحة والفساد - والرواية تدل على الحليّة والحرمة التكليفية .

ولكن يرد الاشكال من جهتين فى الدلالة :

الأوّلى : الرواية تدل على حرمة استعمال ما نهى عنه ممّا فيه الفساد بجميع الاستعمالات حتّى الإمساک ، مع أنّه لم يفت به أحدٌ من الأصحاب ، وكيف يمكن مثلاً الإفتاء

١- (١) وسائل الشيعة ٦ / ٣٤١ - كتاب الخمس الباب ٢ من ابواب ما يجب فيه الخمس ح ١٢ .
٢- (٢) الفقه الرضوى / ٢٥٠ .

بحرمة إمساک الدم والميتة ولحوم السباع ونحوها ؟

ولكن يمكن أن يذّب عن هذا الاشكال : بأنّ المقصود من حرمة إمساكه لوجه الفساد ، يعنى بقصد أن يستعمل فى المآل فى الفساد ، فيندفع الاشكال كما قاله بعض الأساتذة فى المقام(١) .

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

الثانية : مقتضى قوله « فحرام ضارّ للجسم وفاسد للنفس» . أنّها على سبيل الضابطة الكليّة ، يعنى كلّ ما يضرّ بالجسم ويوجب فساد النفس فهو حرام ، وهذه الضابطة غير تامة كما هو واضح .

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

نعم ، على مسلك العدلية كلّ الأحكام لها ملاكات وحِكَم ، ولا يكون حكمٌ إلاّ بالملاك الخاصّ به ولكن ليست جميع هذه الملاكات شخصيّة بل ربّما يكون الملاك إجتماعيّاً أو غيره ، ولكن أين هذا من الاستدلال للمسائل الفقهية واستنباط الأحكام الكليّة للمعاملات والتجارات ؟ !

هذا كلّه المناقشة فى دلالة الرواية ، مضافاً إلى أنّ من أمعن النظر فيها يرى أنّها مأخوذة من الرواية الأولى على سبيل الإجمال والاختصار .

الأمر الثانى : سندها

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

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ١ / ١١٢ .

على رسم هديّة ثمينة إلى المجلسى الأوّل من مكة المكرمة وقال له :« لمّا كنت فى مكة المعظمة ، جاءنى جماعة من أهل قم مع كتاب قديم ، كتب فى زمان أبى الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام وكان فى مواضع منه بخطه صلوات اللّه وسلامه عليه وكان على ذلک إجازات جماعة كثيرة من الفضلاء بحيث حصل لى العلم العادى بأنّه تأليفه عليه السلام ، فاستنسخت منه وقابلته مع النسخة »(١) . انتهى كلام القاضى أمير حسين .

فأخذ المجلسى الأوّل هذه الهدية الثمينة واستنسخها واستفاد منها فى شرحه الفارسى على الفقيه ، وهكذا اعتمد عليه نجله العلامة ووزع ما فيها فى بحاره ، والعلامة بحر العلوم أيضاً ذهب إلى صحة هذه النسبة فى فوائده(٢) .

ومن الذاهبين إلى صحة هذه النسبة : الشيخ المحدث يوسف البحرانى صاحب الحدائق الناضرة وجعله حجة بنفسه ، ومنهم : المحقق المولى محمّد مهدى النراقى الوالد صاحب اللوامع ، ومنهم : الفاضل الكاشانى شارح المفاتيح ، كما نقل كلّ ذلک عنهم الفاضل النراقى الولد فى عوائده(٣) .

فهذا القول الأوّل فى المقام ، أعنى قبول صحة انتساب هذا الكتاب إلى الإمام الرضا عليه السلام . ولكن فى المقام أقوال أُخر نتعرض لبعضها ولبعض مَنْ يقول بها :

القول الثانى : عدم صحة هذا الانتساب وجهالة مؤلّفه ، ذهب إليه صاحب الوسائل وعدّه من الكتب المجهولة(٤) وجدنا الأعلى صاحب هداية المسترشدين(٥) ، وعمّنا الأكرم صاحب الفصول(٦) ، وجدنا العلامة صاحب الوقاية حيث يقول فى أحد كتبه الفقهية المسمى

١- (١) فوائد السيد بحر العلوم / ١٤٧ ومفاتيح الاصول / ٣٥١ ونقل عنهما فى خاتمة مستدرک الوسائل ١ / ٢٣١ .

٢- (٢) فوائد السيد بحر العلوم / ١٤٥ .

٣- (٣) عوائد الأيام / ٢٥١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٣٠ / ١٦٠ .

٥- (٥) قال فى كتابه الفارسى المسمى ب- « رساله صلاتيه» ص ٤٠٠ مانصه : « در اعتماد بر آن كتاب (الفقه الرضوى) تأمل است» .

٦- (٦) الفصول / ٣١٣ .

ب- « نُجعَة المرتاد فى شرح نجاة العباد» : « واعلم أنّ هذا الكتاب (يعنى الفقه المنسوب) عندنا من الوهن بمرتبة لا نرضى أن ينسب إلى مَنْ يعرف واضحات النحو وضروريّات الفقه ، لكثرة ما فيه من الأغلاط الشنيعة والمخالفة لضروريّات مذهب الشيعة»(١) .

وهكذا نقل العلامة السيد جواد العاملى فى مفتاح الكرامة(٢) عن أستاده السيد محمد مهدى بحر العلوم الطباطبائى قدس سره نفى ثبوت الكتاب إلى مولانا الرضا عليه السلام . فالسيد بحر العلوم المتوفى سنة ١٢١٢ أيضاً من القائلين بهذا القول ، ولعلّه عدل عن القول الأوّل فى مجلس بحثه الشريف .

وابن عمنا آية اللّه الحاج الشيخ مهدى النجفى رحمه الله المتوفى سنة ١٣٩٣ ق يقول فى كتابه الأرائک بعد نقل كلام صاحب الوسائل فى نفى هذا الانتساب : « أقول : بل يقرب صحة نفيه عنه عليه السلام ، لكثير من مضامينه مثل التخيير بين غسل الرجلين والمسح عليهما ، والتفصيل بين حلّية المتعة للحاضر والمضطر المسافر فلا يجوز للأوّل ، ونفيه كون المعوذتين من القرآن ، وغير ذلک ، بل ربّما يروى عن بعض الأئمة عليهم السلام بوسائط متعددة ، فالظاهر أنّه من تأليفات بعض العلماء »(٣) .

القول الثالث : عدّ رواياته من جملة الأخبار القويّة ، قال السيد السند فى المفاتيح :« ... وفى الاعتماد عليه بمجرده إشكال لعدم ثبوت كونه من مولانا الرضا عليه السلام بطريق صحيح ، ولكن لا بأس بأن تعدّ رواياته من الروايات القويّة ، التى ينجبر قصورها بنحو الشهرة ، ... ولكن فى بلوغه درجة الحجية إشكال ، ولكن لاأقل من عدّه قويّاً وعليه يمكن جعله مرجِّحاً لأحد الخبرين المتعارضين على الآخر ... »(٤) .

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

١- (١) نجعة المرتاد فى شرح نجاة العباد / ٤١٥ المطبوع ضمن « ميراث حوزه اصفهان» المجلد الأوّل .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٠ / ٤٤٦ طبع جماعة المدرسين .

٣- (٣) الأرائک / ١٧٢ .

٤- (٤) مفاتيح الأصول / ٣٥١ .

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

القول الخامس : ما ذهب إليه جدنا من طريق الأُمّ السيد محمد باقر حجة الاسلام صاحب « مطالع الانوار » من احتمال كونه كتاب جعفر بن بشير البجلى الثقة المذكور فى فهرست الشيخ(٤) ، أو كتاب محمد بن على بن الحسين بن زيد الشهيد المذكور فى رجال النجاشى(٥) ، أو كتاب وُرَيْزة بن محمّد الغَسّانى المذكور فى رجال النجاشى(٦) ، أو كتاب على بن مهدى بن صدقة بن هشام بن

غالب بن محمد بن على الرّقى الأنصارى المذكور فى رجال النجاشى(٧) . ونقل كلّ ذلک صاحب المستدرک(٨) من خطه طاب ثراه . المكتوب على ظهر نسخة من الكتاب .

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

١- (١) رياض العلماء ٦ / ٤٣ .

٢- (٢) رياض العلماء ٢ / ٣٠ .

٣- (٣) خاتمة مستدرک الوسائل ١ / ٢٣٧ .

٤- (٤) فهرست الشيخ / ٤٣ الرقم ١٣١ .

٥- (٥) رجال النجاشى / ٣٦٦ الرقم ٩٢٢ .

٦- (٦) رجال النجاشى / ٤٣٢ الرقم ١١٦٣ .

٧- (٧) رجال النجاشى / ٢٧٧ الرقم ٢٨ .

٨- (٨) خاتمة مستدرک الوسائل ١ / ٣٢١ .

٩- (٩) المناقب ٤ / ٤٢٤ : أن له كتاب المقنعة .

خاتمة المستدرک(١) . واحتمل هذا القول العلامة الميرزا محمد هاشم الچهارسوقى الخوانسارى فى رسالته الخاصة حول هذا الكتاب(٢) .

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

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

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

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

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

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

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

١- (١) خاتمة مستدرک الوسائل ١ / ٣٢٢ .

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

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

٤- (٤) الخلاصة / ٢٥٤ .

٥- (٥) حكاه عنه الشهيد فى الذكرى (١ / ٨١) والسيد العاملى فى مفتاح الكرامة (١ / ٢٩٦) .

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

قدميک ونسيت المسح عليهما فإن ذلک يجزيک لأنّک قد أتيت بأكثر ما عليک وقد ذكر اللّه الجميع فى القرآن المسح والغَسْل ، قوله تعالى «أَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَينِ»بفتح اللام أراد به الَغسْل وقوله «أَرْجُلِكُمْ» بكسر اللام أراد به المسح وكلاهما جائزان مرضيان الغَسْل والمسح » .

وأوّل : من ذهب إلى هذا القول العلامة السيد حسن الصدر الكاظمى (١٢٧٢ - ١٣٥٤) فى رسالته الخاصة حول هذا الكتاب المسماة ب- « فصل القضا فى الكتاب المشتهر بفقه الرضا عليه السلام (١) » .

أمّا القول المختار : هو القول الثانى - يعنى ما ذهب إليه صاحب الوسائل والسيد بحر العلوم على ما حكى عنه تلميذه صاحب مفتاح الكرامة وجدنا العلامة التقى صاحب الهداية وعمّنا الأكرم صاحب الفصول وجدنا العلامة أبى المجد وابن عمّنا الجليل قدس سرهم وقد مرّت منّا أقوالهم - من عدم ثبوت صحة نسبة الكتاب إلى الإمام الرضا عليه السلام مع قريب إلى تسعمأة سنة بين تأليف الكتاب يعنى عصر الرضا عليه السلام وظهور الكتاب ، فأين لنا الطريق المعتبر المعتمد عليه فى هذه القرون المتمادية ؟ وكيف يمكن أن ندخل الكتاب فى الروايات المعتبرة المروية بطريق ثقات أصحابنا مع فقدان الطريق والراوى ؟ هذا كلّه أولاً .

وثانياً : علم القاضى أمير حسين والمجلسيين وبحر العلوم - على أحد قوليه - والشيخ يوسف البحرانى والمولى محمد مهدى النراقى والفاضل الكاشانى قدس سرهم حجة فى حقّهم ولكن لا يفيد فى حقّنا شيئاً ، كما هو واضح .

وثالثاً : ما يوجب الريب والوهن فى الكتاب وجود موارد فيه مخالف لمذهب أهل البيت عليهماالسلام :

منها : كفاية الغسل عن المسح ، قال : « وإن غسلت قدميک ونسيت المسح عليهما فإن ذلک يجزيک لأنک قد أتيت بأكثر ما عليک ... »(٢) إلى آخر الكلام الذى مرّ منّا آنفاً من كتاب

١- (١) قد طبعت أخيراً فى مجلة علوم الحديث ، العدد العاشر / (٣١٢ - ٢٢٧) بتحقيق ومراجعة العلاّمتين الشيخ رضا الأستادى والسيد محمد رضا الحسينى الجلالى دامت بركاتهما .
٢- (٢) الفقه الرضوى / ٧٩ .

التكليف للشلمغانى .

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

وهذا التحديد قريب من مذهب أبى حنيفة .

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

ومنها : قوله « إنّ المعوذتين من الرُّقية ، ليستا من القرآن ، أدخلوها فى القرآن وقيل : إنّ جبرئيل عليه السلام علّمها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ... وأمّا المعوذتان فلا تقرأهما فى الفرائض ولا بأس فى النوافل»(٣) .

أقول : استقر الاجماع من العامة والخاصة على أنّهما من القرآن ويجوز القراءة بهما فى الفرض والنفل ، ونقل عن ابن مسعود فقط أنّهما ليستا من القرآن .

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

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

ومنها : ما ورد فى باب الشهادة من قوله : « وبلغنى عن العالم عليه السلام أنّه قال : إذا كان لأخيک المؤمن على رجل حقٌّ فدفعه عنه ولم يكن له من البيّنة إلاّ واحد وكان الشاهد ثقة فسألته عن شهادته فإذا أقامها عندک ، شهدت معه عند الحاكم على مثال ما شهد ، لئلا يُثْوى

١- (١) الفقه الرضوى / ٩١ .

٢- (٢) الفقه الرضوى / ١٠٥ .

٣- (٣) الفقه الرضوى / ١١٣ .

٤- (٤) الفقه الرضوى / ٢٣٢ .

٥- (٥) الفقه الرضوى / ٣٠٢ .

حقّ امرئ مسلم »(١) .

تنبيه : حول نسخ الكتاب

مَن أمعن النظر حول الكتاب وتاريخه يجدله نسخاً فى التاريخ :

١ – النسخة القميّة : التى جاء بها القميون إلى مكة المكرمة واستنسخها القاضى أمير حسين قدس سره وجاء بها إلى المجلسى الأوّل قدس سره واستنسخها واعتمد عليها وروّجها ، وقد مرّ ذكرها .

٢ - النسخة الهنديّة : عرّفها السيد نعمة اللّه الجزائرى قدس سره تلميذ العلامة المجلسى فى المطلب السادس من مقدمات شرح التهذيب حيث قال :« ... وكم قد رأينا جماعة من العلماء ردّوا على الفاضلين بعض فتاواهما بعدم الدليل فرأينا دلائل تلك الفتاوى فى غير الأصول الأربعة ، خصوصاً كتاب الفقه الرضوى الذى أُتى به من بلاد الهند فى هذه الأعصار إلى اصفهان ، وهو الآن فى خزانة شيخنا المجلسى - أدام اللّه أيامه - فإنّه قد اشتمل على مدارک كثيرة من الأحكام وقد خلت منها هذه الأصول الأربعة وغيرها»(٢) .

أقول : لعلّه أشار إلى هذه النسخة الهندية العلامة المجلسى حيث يقول : « وجدت فى بعض نسخ الفقه الرضوى صلوات اللّه عليه فصولاً فى بيان أفعال الحج وأحكامه ولم يكن فيما وصل إلينا من النسخة المصحّحة التى أوردنا ذكرها فى صدر الكتاب ، فأوردناه فى باب مفرد ليتميّز عمّا فرّقناه على الأبواب»(٣) .

٣ - النسخة المكيّة : وهى غير القميّة التى جاء القميون بها من قم ، بل هى وجدت فى مكة المكرمة . قال المحقق الخبير الميرزا عبد اللّه الاصفهانى قدس سره فى رياض العلماء مانصه : « السيد السند الفاضل صدر الدين على خان المدنى ثم الهندى الحسينى الحسنى ابن الأمير نظام الدين - ثم ذكر نسبه إلى أحمد بن السكين بن جعفر بن محمّد بن محمّد بن زيد الشهيد ابن

١- (١) الفقه الرضوى / ٣٠٨ .

٢- (٢) نقل عنه صاحب المستدرک فى الخاتمة ١ / ٢٥١ .

٣- (٣) بحار الأنوار ٩٦ / ٣٣٣ .

على بن الحسين بن على بن أبى طالب عليهم السلام - إلى أن قال : ثمّ اعلم أنّ احمد السكين ، وقد يقال : أحمد بن السكين هذا الذى قد كان فى عهد مولانا الرضا صلوات اللّه عليه ، وكان مقرّباً

عنده فی الغاية ، وقد كتب الرضا عليه السلام لأجله كتاب فقه الرضا عليه السلام ، وهذا الكتاب بخط الرضا عليه السلام موجود فی الطائف بمكة المعظمة ، فی جملة كتب السيد علی خان المذكور ، التی بقيت فی بلاد مكّة وهذه النسخة بالخط الكوفی وتاريخها سنة مائتين من الهجرة وعليها اجازات العلماء وخطوطهم ، وقد ذكر الأمير غياث الدين - [وهو من أجداد السيد علی خان] - أيضاً فی بعض إجازاته بخطه هذه النسخة ، ثم أجاز هذا الكتاب لبعض الأفاضل ، وتلك الاجازة بخطه أيضاً موجودة فی جملة كتب السيد علی خان عند أولاده بشيراز »(١) .

أقول : إن هذه النسخة المكيّة لو وجدت بالكيفية المنقولة فی كلام صاحب الرياض لابدّ أن ينظر فيها بالدقة ، ويمكن أن ينقلب الرأی والنظر بعد رؤيتها كما هو واضح ولكن لم تصل إلينا ولم نعرف عنها شيئاً إلاّ ماذكروه ، فدون وجودها وثبوتها ووصولها إلينا خرط القتاد .

وما قاله بعض الأساتذة مد ظله العالی(٢) : من أنّ السيد بحر العلوم يشهد بأنّها عين فقه الرضا الموجود عندنا . غير تام ، لأن السيد رحمه الله يشهد برؤية النسخة الموجودة فی مكتبة الخزانة الرضوية علی صاحبها آلاف التحيّة والسلام ، ونقل العبارة الموجودة فی ختام هذه النسخة علی يد كاتبها ، والنسخة الرضوية اتفق الفراغ من تسويدها فی يوم الأحد رابع عشر شهر محرم سنة ألف وخمسين (سنة ١٠٥٠) فی المشهد الرضوی علی يد العبد الضعيف المحتاج إلی رحمة اللّه الملک المهيمن محمد مؤمن بن حاجی مظفر علی الخطيب الاسفراينی .

وأنت ترى أنّها كتبت بعد سنة الألف . فلا يفيدنا شيئاً فی المقام .

نعم ، كتب كاتبها فی آخر النسخة عبارةً من تلقاء نفسه بالفارسية وعرّبها السيد بحر العلوم قدس سره فی فوائده ونقلها عنه علی ماهی عليه وهذه العبارة موجبة للقول بشهادته قدس سره انّ

١- (١) رياض العلماء ٣ / ٣٦٣ ونقل عنه فى خاتمة مستدرک الوسائل ١ / ٢٤١ .
٢- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ١ / ١١٩ .

النسخة المكيّة عين الفقه الرضوى الموجود ، ولذا نقلت هذه العبارة الفارسية بعينها حتى يمعن القارئ النظر فيها بالدّقة ليظهر له صحة كلامنا .

كتب الناسخ المذكور آنفاً فى آخر النسخة الرضوية بالفارسية مانصه : « اين كتابيست كه حضرت إمام الجن والإنس سلطان أبى الحسن على بن موسى الرضا عليه التحيّه والثناء از جهت محمد بن السكين تصنيف نموده بوده اند واصل بخط مبارک حضرت در مكه است ، وحضرت مغفرت پناه مولانا ميرزا محمد محدّث از خط شريف حضر [ت] كه بكوفى بوده بعربى انتقال نموده اند »(١) .

ثم أنت ترى هذا البيان من هذا الكاتب لا يفيدنا فى المقام شيئاً ولا يدل على رؤية النسخة المكيّة لا مِنْ قِبَلِه ولا مِنْ قِبَلِ غيره .

ثم إنّ هنا يقع المعارضة بين النقلين بأنّ الكتاب كتب لأجل محمد بن السكين أو أحمد بن السكين .

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

قال فى قاموس الرجال :« هذا ، ووصفه النجاشى بالجمّال ولكن فى نوادر بعد كراهة ورهبانيّة نكاحه عن محمد بن سكين الحناط(٦) وفى النجاشى فى ترجمة نوح بن درّاج قال : « قال محمد بن سكين : دعانى نوح بن درّاج إلى هذا الأمر » ويروى عن نوح فى مَثَل السلاح ... فإنّه نقل رواية الحسن بن عتبة بن عبد الرحمن الكندى عنه فى فهرست الشيخ فى ترجمة

١- (١) طبعت هذه الورقة من النسخة فى الفقه الرضوى / ٦٤ .

٢- (٢) رجال النجاشى / ٣٦١ الرقم ٩٦٩ .

٣- (٣) الفهرست / ١٥١ الرقم ٦٤٤ .

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

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

٦- (٦) الكافى ٥ / ٤٩٧ .

معاوية بن عمار »(١) .

وأمّا أحمد بن السكين العلوى المذكور فى كلام الميرزا عبد اللّه الأفندى الأصفهانى بنحو « قد يقال » فهو مهمل فى الرجال . نعم : ورد ذكره وذكر أولاده فى بعض كتب الأنساب نحو عمدة الطالب(٢) لابن عنبة و الشجرة المباركة(٣) للفخر الرازى ومعالم أنساب الطالبيين(٤) للدكتور عبد الجواد الكليدار .

وبالجملة ، الفقه الرضوى الموجود بأيدينا لم يثبت صحة انتسابه إلى الإمام الهمام على بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء كما عليه أصحاب الوسائل والمصابيح والهداية والفصول والوقاية والأرائک أعلى اللّه مقامهم .

ولكن حيث ديدننا قبول الروايات لاردّها ، لا بدّ لنا من المعاملة مع رواياتها ومتنها ، معاملة المراسيل فَتصلح للتأييد والتأكيد فقط . والحمد للّه ربّ العالمين .

الرواية الثالثة :

اشارة

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

أقول : يقع الكلام عن هذه الرواية فى مقامين :

المقام الأوّل : دلالتها

الرواية تدل بفقرة « وما كان محرّماً أصله منهيّاً عنه لم يجز بيعه ولا شراؤه » ، تدل على حرمة بيع الأشياء التى تعلق بها التحريم من جهة ما ، مع أنّه ليس بحرام قطعاً لا وضعاً ولا

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

٢- (٢) عمدة الطالب / ٢٧٦ و ٢٧٩ .

٣- (٣) الشجرة المباركة / ١٣٩ و ١٤٠ .

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

٥- (٥) دعائم الاسلام ٢ / ١٨ ح ٢٣ .

تكليفاً . هذا هو الإشكال العمدة فى دلالتها .

ويمكن أن يذبّ عن الاشكال بأنّ المراد من هذه الفقرة : ما كان متمحّضاً فى الفساد ، وأنّ لفظة « ما كان محرّماً » بنحو الإطلاق منصرفة إلى الأشياء التى كانت متمحضةً فى الفساد .

وأمّا الإشكال فى الرواية من أنّ ظاهرها الحلّيّة والحرمة التكليفيان والكلام هنا فى الوضعيين ، فقد مرّ الجواب عنها فى الأبحاث الماضية ، بأنّ الحلية والحرمة فى الكتاب والسنة ، وهذه الروايات أعمّ

من الوضعية والتكليفية وتشملهما . والمراد بالحلّيّة هنا أطلاق الشيء من ناحية الشرع والمراد بالحرمة محدوديّته من ناحية الشرع ، وإطلاق كلّ شيء ومحدوديّته بحسب كلّ شيء يختلف : فتارة ينتج الوضع ، وتارة ينتج التكليف . وهذا امرٌ مهمٌ لابدّ أن ينظر فيه بالدقة ويترتب عليه فروع كثيرة ، وهذا مبنانا فى الأدلة الفقهية .

المقام الثانى : سندها

نقل هذه الرواية مرسلة القاضى أبو حنيفة النعمان بن محمد بن منصور المصرى الشيعى فى كتابه « دعائم الإسلام» الذى كان كتابه هذا على نحو القانون الرسمى والدستور من زمن تأليفه إلى نهاية الحكومة الفاطمية ، والقاضى النعمان توفّى بالقاهرة سنة ٣٦٣ وصلّى عليه الخليفة الفاطمى المعزّ لدين اللّه .

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

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

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

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

ولكن كثيراً من الأصحاب ذهبوا إلى كون الرجل إمامياً وكان فى الدولة الفاطمية فى مقام التقية ، واستدلوا على ذلک بوجوه ، قد استقصى الكلام فيها المحدث النورى قدس سره فى خاتمة مستدرک الوسائل(١) ، فراجعها إن شئت .

وقال العلامة الجد ، الفقيه على التحقيق آية اللّه أبى المجد الشيخ محمد الرضا النجفى الإصفهانى قدس سره فى كتابه « نُجعَة المرتاد فى شرح نجاة العباد» فى شأن المؤلَّف والمؤلِّف ما نصه : « وكتاب الدعائم من أصح الكتب و أتقنها وأخبارها لا تقصر عن مراسيل الكافى بل تزيد على أخبار الكافى فى إتقان ضبط ألفاظ الروايات ، وكم من رواية معضلة مضطربة المتن فى الكافى زال عنها الإعضال بمراجعة الدعائم وتحقّق بذلک عندنا صحة ما حدس به بعض مشايخنا - دام ظله - من أنّ نسخ الأصول التى كانت عند القاضى كانت أصح من التى كانت عند ثقة الإسلام . وأمّا جلالة قدر مولِّفه وكونه من أعاظم الطائفة فهو أمرٌ لا ريب فيه ، ومن أراد التفصيل فليرجع إلى ما ذكره شيخنا قدس سره فى مستدرک الوسائل »(٢) .

قال المؤلف : ببالى أننى قد سمعتُ مكرراً مِنْ بعض أساتذتنا - مد ظله - فى مجلس بحثه الشريف من رفع الإعضال والإضطراب وربّما حتّى التعارض بين الروايات بمراجعة كتاب الدعائم لما فى رواياته من قرائن أو نكات ترفع جميع ذلک .

والعمدة فى المقام ورود فروع كثيرة فى كتاب دعائم الإسلام مخالفة لمذهب أهل البيت عليهم السلام ، فلنذكر لک بعضها على سبيل المثال :

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

ومنها : قوله فى الوضوء : « ولا ينبغى أن يتعمد البدء بالمياسر ، وإن جهل ذلک أو نسيه حتى صلّى لم تفسد صلاته »(٤) .

١- (١) خاتمة مستدرک الوسائل ١ / (١٦٢ - ١٢٨) .

٢- (٢) نجعة المرتاد فی شرح نجاة العباد / ٤١٤ . المطبوع ضمن میراث حوزة اصفهان - المجلّد الأوّل .

٣- (٣) دعائم الاسلام ١ / ١٠١ و ١٠٢ .

٤- (٤) المصدر ١ / ١٠٧ .

ومنها قوله فی مسح الرأس : « ثم أمروا بمسح الرأس مقبلاً ومدبراً ، یبدأ من وسط رأسه فیمرّ یدیه جمیعاً علی ما أقبل من الشعر إلی منقطعه من الجبهة ، ثم یردّ یدیه من وسط الرأس إلی آخر الشعر من القفا ، ویمسح مع ذلک الأُذنین ظاهرهما وباطنهما ویمسح عنقه»(١) .

ومنها : قوله فی الرجلین : « ومن غسل رجلیه تنظّفاً ومبالغة فی الوضوء لابتغاء الفضل وخلّل أصابعه فقد أحسن»(٢) .

ومنها : قوله فی مسجد الجبهة : « وکلّ ما یجوز لباسه والصلاة فیه یجوز السجود علیه ، والکفان والقدمان والرکبتان من المساجد ، فإذا لباس ثوب الصوف والصلاة فیه فذلک ممّا یسجد علیه ، وکذلک یجزی السجود بالوجه علیه»(٣) .

ومنها : إنکاره مشروعیة المتعة وقوله فیها : « هذا زناً ، وما یفعل هذا إلاّ فاجر»(٤) .

أقول : أمثال هذه الفتاوی الموجودة فی کتابه یوجب خروجه عن الصحة والإعتماد علیه . ولکن حیث مخالفة جمیعها للمذهب واضحة ، یمکن حمل صدورها منه علی التقیة التی ابتلی بها . واللّه سبحانه هو العالم .

الروایة الرابعة :

النبوى المشهور : إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه .

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

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

١- (١) المصدر ١ / ١٠٨ .

٢- (٢) المصدر ١ / ١٠٨ .

٣- (٣) المصدر ١ / ١٧٨ .

٤- (٤) المصدر ٢ / ٢٢٩ .

٥- (٥) الخلاف ٣ / ١٨٤ و ١٨٥ .

٦- (٦) بحار الأنوار ١٠٠ / ٥٥ ح ٢٩ .

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

فالرواية عاميّة وورد فيها ذكر كلمة الأكل فى أكثر رواياتهم :

منها : ما فى سنن أبى داود بسنده عن ابن عباس قال : رأيت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم جالساً عند الركن ، قال : فرفع بصره إلى السماء فضحک فقال : لعن اللّه اليهود - ثلاثاً - إنّ اللّه

تعالى حرّم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، وإنّ اللّه - تعالى - إذا حرّم على قوم أكل شيءٍ حرّم عليهم ثمنه»(٢) .

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

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

وبالجملة حيث لم يثبت فى رواياتهم الرواية بدون كلمة الأكل ، فلا يفيد فى المقام شيئاً ، ولا ينتج لنا قاعدة كلّية فى المعاملات .

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

هذا كلّه فى دلالة الرواية وقد عرفت من مطاوى كلامنا كيفية سندها وأنّها مرسلة عاميّة فلا يمكن الإستدلال بها .

فتحصّل إلى هنا عدم إنتاج شىء من الروايات الأربعة التى ذكرها الشيخ فى المقام ، فلابدّ فى كلّ مسألة من ملاحظة دليلها الخاص أو الرجوع إلى الإطلاقات والعمومات الواردة فى الآيات الشريفة الماضية من صحة العقود والبيوع والمعاملات . والحمد للّه ربّ العالمين .

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

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

٣- (٣) مسند أحمد ١ / ٢٤٧ و ٢٩٣ .

٤- (٤) سنن البيهقى ٦ / ١٣ .

٥- (٥) مسند أحمد ١ / ٣٢٢ .

تنبيهٌ :

قال الشيخ : « ... مع إمكان التمثيل للمستحب بمثل الزراعة والرعى ممّا ندب إليه الشرع وللواجب بالصناعة الواجبة كفاية خصوصاً إذا تعذّر قيام الغير به فتأمل»(١) .

أقول : صرّح باستحباب الزراعة العلاّمة فى التذكرة حيث يقول : « لا بأس بالزراعة بل هى مستحبة »(٢) ثم ذكر روايتين لاستحبابها ، وراجع فى أخبار فصل الزراعة والغرس إلى الكافى ٥ / ٢٦٠ وبحار الأنوار ١٠٠ / ٦٣ ووسائل الشيعة ١٧ / ٤١ الباب ١٠ من مقدمات التجارة ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢٦ .

ومن نظر إلى هذه الروايات يجد الأمر والحثّ على الزراعة والحرث ، وإن ذهب أحدٌ إلى القول باستحبابه شرعاً - كما لا يبعد لتواتر رواياته إجمالاً - فلا فرق حينئذ بين الاكتساب بهما ونفس العمل ، لأنّ المتبادر والشايع نفس الزراعة والإكتساب بها وخروج هذا الفرد الشايع من تحت هذه الروايات مشكل . وبالجملة ، بنظرى القاصر إطلاق الروايات تشمل صورة الاكتساب بل هى الفرد الشايع الغالب ، فلا وجه لخروجها . فيمكن القول باستحباب الزراعة والحرث حتّى على وجه الاكتساب بهما .

ويمكن التمثيل بالتجارة بدلاً من الرعى فى كلام الشيخ لكثرة الروايات الواردة فيها . وحمل التجارة على صورة عدم الإكتساب حمل على الفرد النادر كما لا يخفى .

وأمّا الإتيان بالصناعة الواجبة كفاية مع عدم قيام الغير بها ، إن قلنا بوجوبه لإختلال النظام بتركها كما هو الصحيح ، ثم ذهبنا إلى خروج صورة الاكتساب بهذه الصنايع من تحت هذا الوجوب ، لعلّ نفس هذا الخروج يوجب ترک الناس القيام بهذه الأمور ، فصار هذا موجباً لإختلال النظام . وبالجملة إن ذهبنا إلى القول بالوجوب الكفائى بهذه الصنايع ، فلا فرق بين صورة الاكتساب بها

وبين الإتيان بها مجاناً ، لأنّ الناس لا يأتون بها إلاّ لغرض التكسب بها ، كما هو واضح . وحيث كان هذا ديدن الناس فنفس ترك هذا يوجب اختلال النظام ، والبرهان باطلاقه يشمل صورة الاكتساب أيضاً . وعلى هذا لا وجه للإشكال على الشيخ قدس سره بهذه الأمثلة الواردة ، وهكذا لا وجه للأمر بالتأمل فى كلامه قدس سره ظاهراً . والحمد للّه ربّ العالمين .

١- (١) المكاسب ١ / ١٣ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٨٩ مسألة ٦٩٥ .

معنى حرمة الاكتساب تكليفاً

اشارة

قال الشيخ :« ومعنى حرمة الاكتساب حرمة النقل والانتقال بقصد ترتّب الأثر المحرَّم ، وأمّا حرمة أكل المال فى مقابلها فهو متفرّع على فساد البيع ، لأنّه مال الغير وقع فى يده بلا سبب شرعىّ وإن قلنا بعدم التحريم ، لأنّ ظاهر أدلّة تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرَّمة ، أمّا لو قصد الأثر المحلَّل فلا دليل على تحريم المعاملة إلاّ من حيث التشريع »(١) .

١ - أقول :

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

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

وثانياً : ولو سلمنا هذا الإنصراف فى التكليف ، لماذا لا نقول به فى الوضع أيضاً لا سيما بعد التزام الشيخ بجعل الأحكام الوضعية منتزعاً من الأحكام التكليفية لا مستقلاً . يعنى قلنا بفساد المعاملة مع قصد ترتّب الأثر المحرَّم ، ومقتضى ذلك جواز بيع الخمر للتخليل ونحوه .

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

٢ - القول الثانى :

ما ذكره المحقق النائينى(٢) : من أنّ الحرمة المتعلقة بالمعاملة - يعنى حرمة تبديل المال أو المنفعة [كما أن تعريف المعاملة يعنى : تبديل طرف الإضافة بطرف إضافة أُخرى الذى ينقسم إلى تبديل الأعيان بالأموال أو المنافع بها] - لا حرمة إنشاء المعاملة ولا حرمة آثارها كالتصرف فى الثمن والمثمن ولا قصد ترتب الأثر عليها . وبعبارة أخرى : نفس المُنْشأ بالعقد

١- (١) المكاسب ١ / ١٣ .

٢- (٢) منية الطالب ١ / ١٧ .

الذى هو أمرٌ إعتبارى وفعل إيجادى من المنشى ء هو المحرَّم ، لا آلة الايجاد وهو التلفظ ولا القصد ولا الآثار .

وفيه : ظاهر أدلة التحريم إلى فعل المكلف وجريه بلغ إلى نفس المُنْشَأ وتبديل طرفى الإضافة وتبديل المال والمنفعة مشكل جداً .

٣ - القول الثالث :

ما ذهب إليه المحقق الإيروانى حيث قال : « بل معنى حرمة الاكتساب هو حرمة إنشاء النقل والإنتقال بقصد ترتيب أثر المعاملة ، أعنى التسليم والتسلّم للمبيع وهو الثمن ، فلو خلّى عن هذا القصد لم يتّصف الإنشاء الساذج بالحرمة »(١) .

وفيه : عدم وجود الدليل على هذا التقييد يعنى قصد ترتيب أثر المعاملة فى الأدلة ، اللّهم إلاّ أن يقال : بعدم تحقق المعاملة الجدّيّة لو لم يقصدوا ترتيب آثار المعاملة ، فصار عملهم لغواً وصوريّاً .

بعبارة أُخرى : الأدلة الواردة فى المقام مطلق ، فلو كان مراده قدس سره تقييد الأدلة بهذا الأمر خارجاً بنحو القيد الخارجى فلا يتمّ كلامه ، وإن كان مراده عدم تحقق المعاملة الجدّيّة مع عدم قصد ترتب الآثار وعدم صدق المعاملة عليه فلا يبعد ما ذكره قدس سره .

٤ - القول الرابع :

ما اختاره المحقق الخمينى(٢) قدس سره من أنّ المحرَّم على فرض ثبوته هو المعاملة العقلائية ، أى إنشاء السبب جدّاً لغرض التسبيب إلى النقل والإنتقال ، لا النقل والإنتقال ، ولا هو بقصد ترتب الأثر ، ولا تبديل المال أو المنفعة .

أقول : إن كان مراده من المعاملة العقلائية نفس المعاملة العرفية وكان الغرض فى نفس المعاملة بعنوان صدق كون المعاملة الجديّة من دون أن يكون الغرض جزءً للموضوع فهو ، وإلاّ إذا اعتبر بعنوان القيد الخارجى أو جزءً للموضوع دون إثباته خرط القتاد ، لعدم وجود الدليل عليه وإطلاق الأدلة فى المقام ينفيه .

١- (١) حاشية المكاسب / ٣ - (١ / ٢١ من الطبعة الحديثة) .
٢- (٢) المكاسب المحرمة ١ / ٤ و ٥ .

٥ - القول الخامس :

المراد من حرمة البيع ، حرمة إيجاده بقصد ترتب إمضاء العرف والشرع عليه بحيث لا يكفى مجرد صدوره من البايع خالياً عن ذلک القصد(١) .

وفيه : قد مرّ منا أنّ الأدلة فى المقام مطلقة ولم يكن فى البين ما يوجب تقييدها ، فلا وجه لهذا التقييد ، ومن هنا لو باع الخمر مثلاً مع علمه بكونه منهيّاً عنه فقد ارتكب محرَّماً وإن كان غافلاً عن قصد ترتب إمضاء الشرع والعرف عليه ، فإنّه لا دليل على دخالة قصد إمضائهما فى حرمة بيع الخمر .

٦ - القول السادس :

ما ذكره المحقق الخوئى بقوله قدس سره :« إنّ ما يكون موضوعاً لحليّة البيع بعينه يكون موضوعاً لحرمته . بيان ذلک : أنّ البيع ليس عبارة عن الإنشاء الساذج ، سواء كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ - كما هو المعروف بين الأصوليين - أم كان بمعنى إظهار ما فى النفس من الإعتبار كما هو المختار عندنا ، وإلاّ لزم تحقق البيع بلفظ « بعتُ » خالياً عن القصد ، ولا أنّ البيع عبارة عن مجرد الإعتبار النفسانى من دون أن يكون له مُظْهِرٌ وإلاّ لزم صدق البايع على من اعتبر ملكية ماله لشخص آخر فى مقابل الثمن وإن لم يظهرها بمُظْهِر ، كما يلزم حصول ملكيّة ذلک المال للمشترى بذاک الإعتبار الساذج الخالى من المُبْرِز ، بل حقيقة البيع عبارة عن المجموع المركب من ذلک الإعتبار النفسانى مع إظهاره بمُبْرِز خارجى ، سواء تعلق به الإمضاء من الشرع والعرف أم لم يتعلق ، بل سواء كان فى العالَم شرع وعُرْف أم لم يكن »(٢) .

وفيه : الظاهر وجود التنافى بين صدر كلامه وذيله ، لأنه قدس سره نفى فى صدر كلامه كون البيع بمعنى الإنشاء الساذج ، ولكن اختاره فى ذيل كلامه قدس سره على مختاره فى بحث الإنشاء ، حيث

يقول : حقيقة البيع عبارة عن المجموع المركب من ذلک الإعتبار النفسانی مع إظهاره بمبرز خارجی . وحيث كان مسلكه فی بحث الإنشاء هو الاعتبار مع الإظهار ، صار هذا المعنی علی مسلكه نفس الإنشاء الساذج . وبالجملة اختار فی الذيل ما نفاه فی الصدر ، فتأمل .

ص: ٣٩

١- (١) حكاه المحقق الخوئی قدس سره فی مصباح الفقاهة ١ / ٢٩ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٠ .

نعم ، بناءً علی مسلک المشهور فی باب الإنشاء لم يرد هذا الاشكال .

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

والمختار فی المقام أن نقول : إن الحرمة والحليّة التكليفيتان تتعلقان بفعل المكلّفين ، والذی يصدر من المكلف فی المعاملات هو الإنشاء لها بالقول أو الفعل ، نعم لا يصدق عليه المعاملة عرفاً إلاّ إذا كان ناشئاً عن قصد جدّی ، وهذا القصد داخل فی صدق المعاملة لا أنّه كان قيداً خارجيّاً كما مرّ منّا .

معنی حرمة الإكتساب وضعاً

الحرمة الوضعية فی العقود عبارة عن فساد المعاملة وبطلانها بحيث لا يترتب عليها أثر من الآثار وأنّ الفاسد والباطل عندنا وعند العامة غير الحنفية واحدٌ . يعنی كلّ باطلٍ فاسدٌ وكلّ فاسدٍ باطلٌ . وأمّا الحنفية فرّقوا بينهما ولا يهمّنا البحث فی قولهم .

ص: ٤٠

النوع الأوّل : الاكتساب بالأعيان النجسة

اشارة

ص: ٤١

ص: ٤٢

قال الشيخ : « وكيف كان فالإكتساب المحرَّم أنواع نذكر كلاً منها فى طىّ مسائل : النوع الأوّل : الإكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى ، وفيه ثمان مسائل »(١) :

الأولى : يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم

اشارة

ذهب إلى بطلان بيع أبوال ما لايؤكل لحمه المفيد فى المقنعة(٢) والشيخ فى النهاية(٣) والمبسوط(٤) والسلار فى المراسم(٥) والمحقق فى الشرايع(٦) والعلامة فى القواعد(٧) والشهيد فى المسالک(٨) والنراقى فى المستند(٩) وغيرهم فى غيرها .

وهذا هو المشهور بين الأصحاب بل كاد أن يكون إجماعاً .

لكن حيث استدلوا للمقام بأُمورٍ لا تكشف إجماعهم على فرض ثبوته عن قول الإمام عليه السلام فلابدّ من ملاحظة الأدلة ، فنقول :

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

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

ص: ٤٣

١- (١) المكاسب ١ / ١٥ و ١٤ .

٢- (٢) المقنعة / ٥٨٧ .

٣- (٣) النهاية / ٣٦٤ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ١٦٥ .

٥- (٥) المراسم المطبوع ضمن الجوامع الفقهية / ٥٨٥ (المراسم / ١٧٠ من الطبعة الحديثة) .

٦- (٦) شرايع الإسلام ٢ / ٣ .

٧- (٧) قواعد الأحكام ١ / ١٢٠ .

٨- (٨) المسالک ١ / ١٦٤ - (٣ / ١٢١ من الطبعة الحديثة) .

٩- (٩) مستند الشيعة ٢ / ٣٣٤ - (١٤ / ٨٢ من الطبعة الحديثة) .

حرمة شربه ، بطلان بيعه ؟ !

(ومنها) نجاسته : نجاسة هذه الأبوال أيضاً ظاهرة ولكن لايمكن ثبوت بطلان البيع بواسطة النجاسة إلاّ على القول ببطلان معاملة كلّ نجس ، ويأتى منّا الكلام فيها مفصلاً إن شاء اللّه تعالى ونذكر بطلان هذه القاعدة ونثبت لک بأن النجاسة لا يمكن أن تكون مانعةً للبيع وصحته .

(ومنها) عدم الإنتفاع به منفعةً محلّلةً مقصودةً : ولو فرض فى هذه الأعصار وجود منفعة محلّلة بالنسبة إلى هذه الأبوال ولو باستعمال المكائن الحديثة والوسائل الجديدة ، فصارت ذات منفعة عقلائية مقصودة ، وخرجت من تحت هذا الدليل .

وبالجملة ، لو فرض وجود منفعة عقلائية لهذه الأبوال فيجوز بيعها ، والأدلة القائمة على عدم صحة بيعها كلّها عليلة . والإجماع المدعى على فرض ثبوته فهو مدركى لا يثبت لنا شيئاً .

ثم تعرض الشيخ للفرعين(١) :

الفرع الأوّل : بيع أبوال ما يؤكل لحمه

هل يجوز بيع أبوال ما يؤكل لحمه ؟ وفرّع المسألة على جواز شربه وعدمه . ولكن لم ينحصر منفعته للشرب فقط ولذا لم يكن هذا التفريع وجيهاً ، وحيث ذهبنا إلى جواز بيع أبوال ما لايؤكل لحمه إذا كانت فيها منفعة محلّلة عقلائية ، جواز البيع هنا أقوى وأظهر لعدم نجاسته بل لجواز شربه مطلقاً عندنا ، فمسألة صحة بيع أبوال ما يؤكل لحمه واضحة كما عليه المشهور ، وأمّا جواز شرب هذه الأبوال لا ينحصر فى صورة التداوى بل يجوز شربه مطلقاً ، وتدل عليه عدّة من الروايات :

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

١- (١) راجع المكاسب ١ / ٢١ و ١٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٤ ح ٢ .

ومنها : موثقة عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كلّ ما أكل لحمه فلا بأس بما يخرج منه(١) .

ومنها : خبر أبى صالح عجلان المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قدم على رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قوم من بنى ضبّة مرضى ، فقال لهم رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أقيموا عندى فإذا برئتم بعثتكم فى سرّية ، فقالوا : أخرجنا من المدينة ، فبعث بهم إلى إبل الصدقة يشربون من أبوالها ويأكلون من ألبانها ، فلمّا برئوا واشتدُّوا قتلوا ثلاثة ممّن كان فى الإبل ، فبلغ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم الخبر ، فبعث إليهم عليّاً عليه السلام وهم فى واد تحيّروا ليس يقدرون أن يخرجوا منه - قريباً من أرض اليمن - فأسرهم وجاء بهم إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فنزلت هذه الآية «إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِى الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ

يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ»(٢) فاختار رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم القطع ، فقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف(٣) .

بتقريب : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أرسل إليهم إبل الصدقة حتّى أنّهم ليشربوا من أبوالها ، والقوم وإن كانوا مرضى ولكن يمكن أن يكون فيهم عدّة أشخاص لم يكونوا مرضى ويصح إطلاق المرضى على قوم كان أكثر هم مرضى ، ولم يقيد رسول اللّه جواز شرب بول الإبل للمرضى منهم خاصةً ، وهكذا لم يقيد جواز الشرب بماداموا مرضى ، ولذا لهم أن يشربوا من أبوال إبل الصدقة حتى بعد برئهم من المرض . والدلالة على جواز الشرب مطلقاً من الرواية واضحة ولكن سندها ضعيف بأبى صالح عجلان المدائنى لأنّه مجهولٌ .

ومنها : خبر الجعفرى قال : سمعت أباالحسن موسى عليه السلام يقول : أبوال الإبل خير من ألبانها ويجعل اللّه الشفاء فى ألبانها(٤) .

لم تقيد الرواية جواز الشرب بصورة التداوى والإستشفاء فقط بل هى مطلقة ولكن

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٠٩ ح ١٢ .

٢- (٢) سورة المائدة / ٣٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣١٠ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٤ ح ٣ .

سندها ضعيف ببكر بن صالح .

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

بتقريب : أنّ جواب الإمام عليه السلام مطلق وإن كان التداوى فرض فى سؤال سماعة ، اللهم إلاّ أن يقال : بسكوت الرواية فى فرض عدم التداوى ، لا نفيّاً ولا إثباتاً .

ولكن فى سندها ضعف .

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

الأُتُن : جمع الأتان ، وهى الحمارة .

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

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

وبالجملة ، يجوز شرب أبوال ما يؤكل لحمه مطلقاً ، لا سيما فى صورة التداوى والإستشفاء بلا إشكال فيه والقاعدة الأولية أيضاً تقتضى جواز شربه لقاعدة الحلّ وعدم ورود النهى عن ذلك .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٥ ح ٧ .

٢- (٢) مكارم الأخلاق / ١٩٤ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٢٨ / ٤٣٣ ح ٧ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٣ ح ١ - الباب ٥٩ من أبواب الأطعمة المباحة .

الفرع الثانى : بيع بول الإبل

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

خبر الجعفرى عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال : أبوال الإبل خير من ألبانها ويجعل اللّه الشفاء فى ألبانها(١) .

وتدل على جواز شربه فى صورة الإستشفاء عدة من الروايات :

خبر مفضل بن عمر عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّه شكا إليه الربو الشديد ، فقال : إشرب له أبوال اللقاح ، فشربتُ ذلک ، فمسح اللّه دائى(٢) .

الربو : التهيج وتوارد النفس الذى يعرض للمسرع فى مشيه ، وقد يفسر بإنتفاخ البطن . وأمّا اللقاح : فهى الإبل والناقة الحلوب .

ومنها : موقوفة موسى بن عبد اللّه بن الحسين قال : سمعت أشياخنا يقولون : ألبان اللّقاح شفاءٌ من كلّ داءٍ وعاهةٍ ولصاحب البطن أبوالها(٣) .

والرواية لم تنسب إلى المعصوم عليه السلام فلذا كانت موقوفةٌ .

وبالجملة ، يجوز شرب بول الإبل حتّى فى حال الإختيار وصورة عدم التداوى ، ويجوز بيعه أيضاً مطلقاً . والحمد للّه .

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

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٥ ح ٨ .

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

الثانية : بيع العذرة النجسة

اشارة

استدلوا على بطلان بيعه بالإجماع الذى ادعاه الشيخ فى الخلاف(١) والعلامة فى التذكرة(٢) ونهاية الإحكام(٣) وصاحب الجواهر(٤) . وحيث كان الإجماع مدركيّاً على فرض ثبوته فلابدّ من ملاحظة المدرک فى المسألة ، وهو الروايات الواردة فى المقام :

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

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

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

ومنها : موثقة سماعة قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام وأنا حاضر فقال : إنّى رجل أبيع العذرة فما تقول ؟ قال : حرامٌ بيعها وثمنها ، وقال : لا بأس ببيع العذرة(٧) .

وهذه الموثقة إمّا أنْ تعدّ من الروايات المجوزة بتقريب : أنّ الجواب الأوّل من الإمام صدر تقيّة وبعد رفع التقية ذكر عليه السلام الحكم الواقعى للمسألة يعنى كلامه الأخير ، أو إذا كان كلامان للمتكلم الواحد يؤخذ بالأخير منهما ، لا سيما إذا كانا فى كلام واحد .

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

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٥ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١ / ٤٦٤ (١٠ / ٣١ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٣) نهاية الإحكام ٢ / ٤٦٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٥ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٥ ح ٢ .

الحجية من رأسه ، فلا يصح عَدّ هذه الموثقة من الروايات المانعة .

ومنها : حسنة محمد بن مضارب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا بأس ببيع العذرة(١) .

وهذه الحسنة تدل على جواز البيع وصحته ، والروايتان الماضيتان اللتان تدلان على المنع كانت ضعيفتا السند فلا تقاومان هذه الحسنة ،فلابدّ من الأخذ بهذه الحسنة والحكم بصحة بيع العذرة النجسة . هذا مع الإغماض عن موثقة سماعة التى هى بنظرنا تدل على الجواز أيضاً .

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

ثم إن أبيت إلاّ أن ترى التعارض بين الروايات وأنّها تسقط به فتبقيالاطلاقات والعمومات على حليّة البيع وجوازه ونفوذه بلا معارض ونحكم بصحة البيع .

فرع : الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة :

الأرواث الطاهرة للحيوانات المأكولة اللحم يجوز بيعها ، لوجود المنفعة المحلَّلة العقلائية فيها(٢) ، فثبت جواز بيعه ولم يرد من الشارع النهى عن ذلک ، فالحكم بالجواز ونفوذ بيعه عندنا على القاعدة .

وأمّا ما للشيخ والقوم هذا استثناء من عدم جواز بيع العذرة فلابدّ لهم من إقامة الدليل على هذا الإستثناء ، فلذا إلتجأوا بالإجماع المدعى من المرتضى(٣) ونفى الخلاف الوارد فى خلاف الشيخ(٤) ، ولهم أن يدّعوا الإنصراف فى الأدلة المانعة من هذا الفرض . والإنصراف فى محلّه .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٥ ح ٣ .

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

٣- (٣) الانتصار / ٢٢١ .

٤- (٤) الخلاف ٣ / ١٨٥ .

الثالثة : الدَّم

اشارة

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

وفيه : الإجماع هنا مدركىٌ فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة .

وقد استدل على بطلان بيع الدم ببعض الآيات الشريفة ، نحو قوله تعالى : «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ»(٤) وقوله تعالى : «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ»(٥) ونحوهما قوله تعالى فى سورة النحل(٦) .

بتقريب : أن الحرمة – كما مرّ منّا – فى الكتاب والسنة أعم من الوضع والتكليف ، وحيث تعلق بالدم تشمل الحرمة الوضعية أيضاً ، يعنى بطلان بيعه .

وفيه : أن سياق الآيات الشريفة لمن يلاحظها ورد فى مسألة الأكل ، ولذا ورد قبل الآية الثانية فى سورة البقرة قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُواْ لِلّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ»(٧) . يعنى أكل هذه الموارد حرام فى الشريعة المقدسة ، ومنها : الدم ، وجميع المسلمين من الخاصة والعامة يقولون بحرمة أكل الدم ، وليست للآيات الشريفة اطلاق حتى تشمل بيع الدم . وهكذا الأمر فى قوله تعالى : «قُل لاَّ أَجِدُ فِى مَا أُوْحِىَ

١- (١) نهاية الإحكام ٢ / ٤٦٣ .

٢- (٢) نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ١٣ من الطبعة السابقة = ١٢ / ٦٥ من الطبعة الحديثة .

٣- (٣) التنقيح الرائع ٢ / ٥ .

٤- (٤) سورة المائدة / ٣ .

٥- (٥) سورة البقرة / ١٧٣ .

٦- (٦) سورة النحل / ١١٥ .

٧- (٧) سورة البقرة / ١٧٢ .

إِلَىَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَّسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ»(١) . وهذه الآية الشريفة أيضاً ناظرة إلى حرمة أكل الدم ولحم الخنزير .

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

منها : صحيحة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام قال : حرم من الشاة سبعة أشياء : الدم والخصيتان والقضيب والمثانة والغدد والطحال والمرارة(٢) .

بتقريب : أنّ الحرمة الواردة فى الصحيحة أعم من الوضع والتكليف ، فتشمل بيع الدم أيضاً وتدل على بطلانه .

وفيه : حيث نسب الإمام الحرمة إلى الشاة - والمتعارف فى الشاة أكله - صارت الصحيحة ظاهرة فى الأكل ، وحرمة أكل هذه العشرة من الشاة فهى أجنبية من بطلان بيع الدم والدلالة على الوضع .

ومنها : مرفوعة أبى يحيى الواسطى قال : مرّ أمير المؤمنين عليه السلام بالقصّابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاة ، نهاهم عن بيع الدم والغدد وآذان الفؤاد والطحال والنخاع والخُصى والقضيب ، فقال له بعض القصابين : يا أمير المؤمنين ما الطحال والكبد إلاّ سواء ، فقال : كذبت يا لكع إيتنى بتورين من ماء ، أُنبّئك بخلاف ما بينهما ، فأُتى بكبد وطحال وتورين من ماء ، فقال : شقّوا الكبد من وسطه والطحال من وسطه ثم أمر فمرسا فى الماء جميعاً ، فابيضّت الكبد ولم ينقص منها شىءٌ ولم يبيضّ الطحال ، وخرج ما فيه كلّه وصار دماً كله حتى بقى جلد الطحال وعرقه ، فقال : هذا خلاف ما بينهما ، هذا لحم وهذا دم(٣) .

لكع : اللئيم الأحمق ، التور : إناء يشرب فيه ، مرس : أى نقعه فى الماء .

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

وفيه : أولاً : الرواية مرفوعة سنداً .

وثانياً : لا تدل على أزيد من حرمة أكل الدم كما هو مفاد الآيات الشريفة .

١- (١) سورة الأنعام / ١٤٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٧١ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٧١ ح ٢ .

غاية مايمكن أن يقال : حرمة بيعه بالنسبة إلى من أراد أكله ، وأمّا حرمة بيع الدم مطلقاً فلا يُستفاد من المرفوعة ، لا سيما مع ورود الدم فى سياق الموارد الأخرى فى الشاة التى يراد منها الأكل . وهذا واضح وظاهر من الرواية .

وبالجملة ، حيث لم يكن هنا دليل شرعى على حرمة بيع الدم وبطلانه وكان ذا منافع متعددة محلّلة عقلائية - نحو تزريقه للمرضى وغيره - فيجوز بيعه ويشمله الإطلاقات الواردة فى حلية البيوع ونفوذها والوفاء بها ، هذا كلّه فى الدم النجس .

فرع : حكم الدم الطاهر

نحو المتخلِّف فى الذبيحة فحكمه على ما سلكناه واضح لا بأس ببيعه ، وأمّا على ما سلكه المشهور من بطلان بيع الدم النجس فلابدّ لهم من إقامة الدليل على الجواز . ولعلّ دليلهم إدعاء إنصراف أدلة المنع بالدم النجس وخروج الدم الطاهر من تحتها ، وهذا الإنصراف فى محلّه .

ووجود المنافع المحلّلة العقلائية فيه ، فيجوز بيعه . ولذا قال الشيخ الأعظم : « ففى جواز بيعه وجهان أقواهما الجواز »(١) .

١- (١) المكاسب المحرمة / ٤ طبع تبريز ، (١ / ٢٧ من الطبعة الحديثة) .

الرابعة : المنى

فروع ثلاثة

قد ذكروا للمسألة ثلاثة فروع :

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

الثانى : بيع المنى بعد ما وقع فى الرحم .

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

والروايات واردة فى الفرع الثالث فقط لا الفرعين الاولين ، وعلى هذا لو كان للمنى منافع محلّلة عقلائية - كما هو كذلك - فيجوز بيعه فى جميع الفروع الثلاثة على القاعدة التى مرّت منّا مراراً من الملازمة بين جواز الإنتفاع وجواز البيع ، والإطلاقات الواردة فى حلّيّة البيع وجوازه ونفوذه ولزوم الوفاء به أيضاً تشمله إلاّ أن يثبت دليل شرعى على خلافه . والدليل هنا مفقود بنظرنا القاصر وقد أدعى وجوده بوروده فى روايات :

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

ومنها : مرسلة الصدوق قال : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن عسيب الفحل ، وهو أجر الضراب(٢) .

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

ص: ٥٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٥ ح ١٣ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١١١ ح ٣ .
٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

ومنها : خبر دعائم الإسلام قال : روينا عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام ، أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام وعسب الفحل وعن ثمن الخمر وعن بيع العذرة ، وقال : هى ميتة(١) .

وهذه الروايات كما ترى وردت فى الفرع الثالث وكلّها ضعاف ، وفى قبالها روايتان تدلان على الجواز وهما :

١ - خبر حنان بن سدير قال : دخلنا على أبى عبد اللّه عليه السلام ومعنا فرقد الحجام - إلى أن قال - فقال له : جعلنى اللّه فداک إنّ لى تيساً أكريه ، فما تقول فى كسبه ؟ قال : كُلْ كسبه فإنّه لک حلال ، والناس يكرهونه . قال حنان : قلت : لأىّ شىء يكرهونه وهو حلال ؟ قال : لتعيير الناس بعضهم بعضاً(٢) .

٢ - صحيحة معاوية بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث ، قال : قلت له : أجر التيوس ؟ قال : إن كانت العرب لتعايربه ، ولا بأس(٣) .

التُيُوس : جمع التَيْس وهو الذَكَر من المَعَز والظباء والوُعول .

وهاتان الروايتان تدلان على الجواز وفيهما الصحيحة ، فلابدّ من الأخذ بهما وحمل الروايات المانعة على أنّ فى هذا الأمر إذا صار شغلاً لأحد كان موجباً لتعيير الناس وعيبهم له ، ولا يناسب شأن الشرفاء والشخصيات البارزة .

والظاهر أنّ روايتى الجواز بنفسيهما تفسر الروايات المانعة والعلّة فى المنع ، وهى تعيير الناس ، فلابدّ من الأخذ بهما الدالتين على الجواز . ومن المعلوم أنّ إطلاقهما يشمل صورتى البيع والإجارة .

ثم : إن أبيت إلاّ أن ترى التعارض بين الطائفتين من الروايات فسبيلهما التساقط بالتعارض ، فلابدّ من الرجوع إلى إطلاقات حلّيّة البيوع وجوازها ونفوذها ووجوب الوفاء بها .

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١١١ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١١١ ح ٢ .

وبالجملة ، فى جميع الفروع الثلاثة يجوز بيع المنى إنْ كان له منفعة محلّلة عقلائية . ثم إنّ هنا فروعاً حدثت فى زماننا هذا لابدّ لنا من التكلّم فيها :

فروع مستحدثة

الفرع الأوّل :

هل يجوز أخذ منى الزوج وتزريقه فى رحم زوجته وأخذ الأُجرة على هذا العمل ؟

الظاهر جواز هذا العمل ، لأنّ للزوج كما له إراقة مائه فى رحم زوجته كذلک يجوز إدخال مائه بأىّ نحو كان فى رحم زوجته ، ويمكن للغير التصدى لهذا العمل لو لم يتبع حراماً شرعيّاً آخراً ، وعلى هذا يجوز أخذ الأُجرة عليه . واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع الثانى :

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

الظاهر – واللّه سبحانه هو العالم – إنّ الحكم فى هذا الفرع أيضاً كالفرع الأوّل .

الفرع الثالث :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجة واختلاطهما فى الخارج وتقويتهما ثم غرس النطفة أو الجنين فى رحم الزوجة وأخذ الأُجرة على هذا العمل ؟

نعم ، لا بأس بأخذ منيهما ثم اختلاطهما وتقويتهما بالمواد الكيمياوية اللازمة ثم غرس النطفة أو الجنين فى رحم الزوجة . وهكذا لو لم يتبع هذا العمل محرّماً شرعيّاً يجوز للغير التصدى لذلک وأخذ الأُجرة عليه . واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع الرابع :

هل يجوز أخذ النطفة والمنى من الزوج والزوجة ثم غرسه فى رحم الزوجة الأُخرى الثانية ؟

نعم ، يجوز أخذ المنى من الزوج وزوجته الأولى ثم اختلاطهما وتقويّتهما بالمواد الكيمياوية ثم غرسه فى رحم زوجته الثانية . ويجوز للغير التصدى لذلک لو لم يتبع محرّماً

شرعيّاً آخراً ويجوز أخذ الأُجرة على ذلک . واللّه سبحانه هو العالم .

والولد فى جميع هذه الفروض يلحق بالزوج والزوجة وفى الأخير يلحق بالزوج بلا إشكال ، وتدلّ عليه صحيحة محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر وأبا عبد اللّه عليهماالسلام يقولان : بينا الحسن بن على عليه السلام فى مجلس أمير المؤمنين عليه السلام إذ أقبل قوم ... إلى أن قال عليه السلام : ... ويردُّ الولد إلى أبيه صاحب النطفة ، الحديث(١) .

ويؤيدها : حسنة عمرو بن عثمان عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن الحسن عليه السلام أنّه قال فى حديث : ... ويلحق الولد بصاحب النطفة ، الحديث(٢) .

ومثلها خبر اسحاق بن عمار فراجعه(٣) .

ويلحق الولد بالزوجتين على كلام فيه . يعنى لا يبعد أن يكون فى الفرع الرابع للولد أُمّان بدلالة الصحيحة والحسنة ولإطلاق قوله تعالى «إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ الَّىء وَلَدْنَهُمْ»(٤) .

الفرع الخامس :

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

لا يجوز هذا العمل لا للزوج ولا لغيره ، لأنّ من المحرّمات الشرعية التى ثبتت عندنا بواسطة روح الشريعة المقدسة ومذاق الشارع إدخال الأجنبى ماءه فى رحم الأجنبية ، سواء كان ذلک بالإيلاج الذى سمى بالزنا أو بغير إيلاج . فنفس إدخال ماء الأجنبى فى رحم الأجنبية من المحرمات الشرعية سواء تصدى لِهذا العمل الأجنبى نفسه أو الزوج أو غيرهما .

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

١- (١) الكافى ٧ / ٢٠٣ ح ١ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٣٠ / ٤٧١ ح ١ .
٢- (٢) التهذيب ١٠ / ٥٨ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٣٠ / ٤٧٢ ح ٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٦٨ ح ٢ .
٤- (٤) سورة المجادلة / ٢ .
٥- (٥) الكافى ٧ / ٢٦٢ ح ١٢ وعلل الشرائع /٥٤٣ ونقل عنهما فى جامع أحاديث الشيعة ٣٠ / ٣٦٤ ح ٨ .

وخبر سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ أشدّ الناس عذاباً يوم القيامة رجلٌ أقرّ نطفته فى رحم تحرم عليه(١) .

والرواية بإطلاقها تشمل إدخال الأجنبى ماءه فى رحم الأجنبية ، ورواها الصدوق بسنده عن على بن سالم فى عقاب الأعمال(٢) .

ومرسلة الصدوق رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : لن يعمل ابن آدم عملاً أعظم عند اللّه عزّوجلّ من رجل قتل نبيّاً أو إماماً أو هدم الكعبة التى جعلها اللّه قبلةً لعباده أو أفرغ ماءه فى امرأة حراماً(٣) .

وعلى هذا لا يجوز أخذ منى الزوج واختلاطه مع منى غيره ثم تزريقه فى رحم زوجته . وحيث كان العمل محرّماً شرعيّاً لا يجوز للغير التصدى لذلك وأخذ الأُجرة عليه . واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع السادس :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجة واختلاطهما مع منى امرأة أُخرى أجنبية فى الخارج ثم تزريقهما أو غرس النطفة أو الجنين فى رحم الزوجة أم لا ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - جواز هذا العمل وأخذ الأُجرة عليه لو لم يتبع محرّماً شرعيّاً آخراً ، لأنّ المحرم الشرعى إدخال الأجنبى ماءه فى رحم الأجنبية مطلقاً ، يعنى التصدى لهذا العمل بنفسه أو غيره ، ولكن إدخال ماء المرأة فى رحم غيرها أو اختلاط هذه المياه فى الخارج وفى المكائن لا بأس به ولم يثبت فى الشريعة حرمته ومع الشک فى حرمة هذا العمل يجرى أصل البراءة فى المقام .

نعم ، الأحوط فى هذا الفرض إجراء صيغة النكاح بين الزوج والمرأة الأجنبية لتصير أيضاً زوجته ثم الإتيان بهذا العمل لرفع توهم الإشكال فى المسألة .

الفرع السابع :

هل يجوز أخذ منى الزوج والمحافظة عليه فى المكائن الحديثة ثم تزريقه بعد موته فى

١- (١) المحاسن ١ / ١٩٢ ح ١٠٧ .
٢- (٢) عقاب الأعمال / ٣١٣ ح ٧ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ٣١٨ ح ٢ .

رحم زوجته فى حال حياته أم لا ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - أن علقة الزوجية بين الأحياء ولا زوجيّة بين الميت والحيّة ، فلا يجوز هذا العمل ، لأنّ بعد الموت صار الزوج أجنبيّاً بالنسبة إلى الزوجة وانفسخ بينهما علقة النكاح وعقده ، ولذا يجوز لها التزويج بعد انقضاء العدّة فلا يجوز بعد موت الزوج إدخال مائه فى رحمها ، وأمّا جواز غُسل أحد الزوجين الآخر بعد الموت ثبت بالدليل الشرعى والنص الخاص . وبالجملة لا يجوز هذا العمل لانفساخ علقة الزوجية وعقدة النكاح بعد الموت .

الفرع الثامن :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجة والمحافظة عليه وتزريقه بعد موت الزوجة فى الزوجة الأُخرى للزوج أم لا ؟

الظاهر – واللّه سبحانه هو العالم – جواز هذا العمل ، لأنّ المرأة الثانية أيضاً زوجته وإدخال مائه فى رحمها لا بأس به وهكذا لا بأس بأدخال ماء المرأة الأولى – يعنى الزوجة المتوفاة – فى رحم الثانية ، لعدم وجدان دليل على الحرمة ، وجريان البراءة فى المقام كما مرّ منّا فى بعض الفروع السابقة ، فلا بأس بالعمل فى هذا الفرض بخلاف الفرع السابع ، ويجوز للغير التصدى لذلك لو لم يتبع محرّماً شرعيّاً آخراً وأخذ الأُجرة لهذا العملية .

الفرع التاسع :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجة والمحافظة عليهما مدّة ثم اختلاطهما بعد موتهما فى المكائن والآلات الحديثة واستحصال الولد من الماكنة أم لا ؟

الظاهر – واللّه سبحانه هو العالم – جواز هذا العمل ، لعدم استلزامه حرمة شرعيّة فى المقام . وكذا يجوز أخذ الأُجرة على ذلك منهما أو من ورثتهما .

الفرع العاشر :

هل يجوز أخذ المنى من الأجنبى والأجنبية واختلاطهما فى المكائن الحديثة واستحصال الولد من الماكنة أم لا ؟

الظاهر – واللّه سبحانه هو العالم – جواز هذا العمل ، لعدم ثبوت دليل على الحرمة فى

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

ثم بمَن يلحق الولد فى هذا الفرض ؟

يمكن أن يقال : الأحوط وجوباً مراعاة الإحتياط بالنسبة إلى النظر والنكاح والتوارث بين هذا الولد وصاحبى النطفة ، يعنى لو كان الولد ذكراً لا يجوز له النظر بالشهوة إلى امرأة التى أخذت منها النطفة ولا نكاحها والمصالحة فى الميراث ، وهكذا الأمر بالنسبة إلى البنت والرجل الذى أُخذ منه النطفة .

ولكن الأقوى إلحاق الولد بصاحب النطفة أباً وأمّاً ، لدلالة صحيحة محمد بن مسلم(١) وحسنة عمرو بن عثمان(٢) الماضيتين .

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

الفرع الحادى عشر :

هل يجوز أخذ المنى من الأجنبى والأجنبية وتقويتهما بمنى الأجنبى الآخر وأجنبية أُخرى واختلاطهما ثم جعلها فى المكائن الحديثة واستحصال الولد من الماكنة أم لا ؟

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

ولكن علم الطب اليوم ينفى تأثير النطفتين من الرجلين فى نطفة المرأة الواحدة ، يعنى أن علم الطب يقول فى هذا الفرض بتأثير أحدى نطفتين من الرجلين وتأثر أحدى النطفتين من المرأتين . فللولد حينئذ ليس إلاّ أباً واحداً وأُماً واحدةً وهما صاحبا النطفة لا غيرهما ، والأمر

١- (١) الكافى ٧ / ٢٠٣ ح ١ .
٢- (٢) التهذيب ١٠ / ٥٨ .

حينئذ سهلٌ .

الفرع الثانى عشر : الاستنساخ البشرى

هل يجوز أخذ المنى من الزوج والزوجة أو من الأجنبى والأجنبية واختلاطهما فى الخارج وجعلها فى المكائن واستحصال الولد من الماكنة لكن لا واحداً بل متعدِّداً ، سواءً فى ذلک العدد القليل أو الكثير ، نحو استحصال ألف ولد أو أكثر من ذلک من الآف ولد كلّهم يشبهون بالزوج أو الزوجة أو الأجنبى أو الأجنبية على حسب مختارهم . هل يجوز هذه العملية التى تسمى اليوم بالإستنساخ البشرى أم لا ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - قصور دليل الحرمة فى المقام وجريان البراءة فى ذلک ، فنفس هذا العمل لا بأس به ولكن لو اختلت هذه العمليّة بالنظام بحيث لا يمكن تشخيص هذه اُلوف بعضهم عن بعض تحرم وبعبارة أُخرى : هذه العمليّة إن كانت توجب اختلال التعارف فى المجتمع البشرى حرمت من هذه الجهة ، يعنى من جهة اختلالها بالنظام وذهابها بالتعارف اللازم فى المجتمع الإنسانى . والظاهر أنّ هذه العمليّة توجب الإختلال وتذهب بالتعارف فتحرم من هذه الجهة ، واللّه العالم .

تنبيه : ثم إنّ هنا فروعاً كثيرة تظهر حكمها ممّا سردناه عليک فی الفروع السابقة ومع تطبيق القواعد التی مرّ منّا تحتها .

تبصرة : فی جميع الفروع التی ذهبنا إلی الجواز يجوز للغير التصدی لذلک لولم يتبع عمله محرّماً شرعيّاً آخراً وأخذ الأُجرة عليه ، وهكذا فی جميع الفروع المجوّزة ، يجوز بيع المنی والنطفة لذلک ، والولد فی هذه الفروع المجوّزة يلحق بالزوجين إن كان الزواج موجوداً وإلاّ يلحق بصاحبی النطفة وعليه مراعاة الإحتياط فی النظر والنكاح والتوارث . وبالجملة الولد فی هذه الفروع المجوّزة هو الولد الحلال . واللّه سبحانه هو العالم والحمد للّه .

ص: ٦٠

الخامسة : بيع الميتة

اشارة

المشهور بين الأصحاب بل كاد أن يكون إجماعاً بطلان بيع الميتة ، وادعی الإجماع الشيخ فی رهن الخلاف وقال : « إذا كان الرهن شاةً فماتت زال ملک الراهن عنها وانفسخ الرهن إجماعاً ... دليلنا : إجماع الفرقة علی أنّ جلد الميتة لا يطهر بالدباغ ، وإذا ثبت ذلک لم يعد الملک إجماعاً ... »(١) .

وقال العلامة فی التذكرة : « يُشترط فی المعقود عليه الطهارة الأصلية ... ولو باع نجس العين كالخمر والميتة والخنزير لم يصح إجماعاً ... »(٢) .

وقال فی المنتهی : « ... وقد احتج العلماء كافّة علی تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير بالنص والإجماع»(٣) .

وقال السيورى فى ذيل قول المصنف : « الأوّل : الأعيان النجسة » ، قال : « إنّما حرّم بيعها لأنّها محرّمة الإنتفاع ، وكلّ محرّمة الانتفاع لا يصح بيعه . أمّا الصغرى فإجماعية وأمّا الكبرى فلقول النبى صلى الله عليه و آله وسلم ... »(٤) .

ثم يقع الكلام هنا فى مقامين :

المقام الأوّل : حكم الإنتفاع بالميتة :

هل يجوز الإنتفاع بالميتة أم لا ؟

المشهور بين الأصحاب عدم جواز الإنتفاع بالميتة ، ولكن المهمّ ملاحظة الأدلة :

قد استدلوا على حرمة الإنتفاع بالميتة بالآية الشريفة «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ

١- (١) الخلاف ٣ / ٢٩٣ .

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

٣- (٣) المنتهى ٢ / ١٠٠٨ .

٤- (٤) التنقيح الرائع ٢ / ٥ .

وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ»(١) .

بتقريب : أن حرمة الميتة فى الآية الشريفة يقتضى حرمة جميع أنواع التصرف فيها ومنها الإنتفاع بها .

وفيه : الآية الشريفة ونظائرها فى سورة البقرة(٢) والأنعام(٣) والنحل(٤) كلّها راجعة إلى الأكل بقرينة السياق الوارد فى ذلک ، وحرمة أكل الميتة بين المسلمين خاصةً وعامةً إجماعىٌ ، فلا يمكن التعدى إلى سائر الانتفاعات والتصرفات فى الميتة وغيرها .

وأمّا الأخبار الواردة حول الإنتفاع بالميتة على الطائفتين :

الطائفة الأولى : تدل على حرمة الإنتفاع بالميتة :

منها : موثقة سماعة قال : سألته عن جلود السباع أينتفع بها ؟ فقال : إذا رميت وسمّيت ، فانتفع بجلده ، وأمّا الميتة فلا(٥) .

ولا بأس بإضمارها حيث أن مُضْمِرها سماعة بن مهران والموثقة تدل على عدم جواز الإنتفاع بجلد الميتة .

ومنها : خبر على بن أبى المغيرة قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : الميتة ينتفع منها بشىءٍ ؟ فقال : لا ، قلت : بلغنا أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم مرّبشاة ميتة ، فقال : ما كان على أهل هذه الشاة إذا لم ينتفعوا بلحمها ، أن ينتفعوا بإهابها ، فقال : تلک شاة كانت لسودة بنت زمعة زوج النبى صلى الله عليه و آله وسلم وكانت شاة مهزولة لا ينتفع بلحمها فتركوها حتّى ماتت ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ما كان على أهلها إذا لم ينتفعوا بلحمها أن ينتفعوا بإهابها ، أى تذكّى(٦) .

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

١- (١) سورة المائدة / ٣ .

٢- (٢) سورة البقرة / ١٧٣ و ١٧٢ .

٣- (٣) سورة الأنعام / ١٤٥ .

٤- (٤) سورة النحل / ١١٥ و ١١٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٥ ح ٤ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٤ ح ١ .

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

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

ومع ذلک كلّه ، خبر على بن أبى المغيرة يدل على حرمة الإنتفاع بالميتة .

ومنها : خبر فتح بن يزيد الجرجانى عن أبى الحسن عليه السلام قال : كتبت إليه أسأله عن جلود الميتة التى يؤكل لحمها ذكيّاً ؟ فكتب عليه السلام : لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب وكلّها كان من السخال الصوف وإن جزَّ والشعر والوبر والانفحة والقرن ، ولا يتعدّى إلى غيرها إن شاء اللّه(٣) .

يعنى يجوز الإنتفاع بهذه الأجزاء الأخيرة من الميتة من السخال الصوف إلى آخر الحديث ، ولكن لا يتعدى منها إلى غيرها . فذيل الحديث يدل على جواز الانتفاع بهذه الأجزاء من الميتة التى لا تحلّها الحياة . ويأتى البحث حول ذلک إن شاء اللّه تعالى .

ومنها : خبر الكاهلى قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام قرأنا عنده - عن قطع أليات الغنم ؟ فقال : لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالک ، ثم قال : إنّ فى كتاب عليٍ عليه السلام : أنّ ما قطع منها ميّت ، لا ينتفع به(٤) .

الرواية تدل على عدم جواز الإنتفاع بالميتة مطلقاً ، ولكنّها ضعيفة بالكاهلى لعدم ورود توثيقه . ولعلّ المراد منها عدم جواز الانتفاع بها مثل ما ينتفع بالمذكى ، والشاهد على

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٥ ح ٣ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٥ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨١ ح ٧ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٤ / ٧١ ح ١ .

ذلک خبر البزنطى صاحب الرضا عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الغتم ، يقطع من إلياتها وهى أحياء ، أيصلح أن ينتفع بما قطع ؟ قال : نعم ، يذيبها ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها(١) .

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

اصطبح به : أسرج به للإضاءة . وإصابة النجِس بالثوب واليد ليست من المحرّمات الشرعية ، وهذا التعليل الوارد فى الرواية بجواز الانتفاع أدل من الدلالة على حرمة الإنتفاع كما هو الواضح لأهله .

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

وجملة « إنْ لبسها» الواردة بعد لا ، توجب انكسار اطلاق لفظة " لا " ، يعنى لا الواردة فى الجواب ليست مطلقة بالنسبة إلى جميع الموارد ، بل إن لبسها فصلى فيها صارت مورد نفى الرواية فتأمل .

ومنها : موثقة سماعة قال : سألته عن أكل الجبن وتقليد السيف وفيه الكيمخت والفراء ؟ فقال : لا بأس ما لم يعلم أنّه ميتة(٤) .

يعنى فيه بأس إن علم أنّه ميتة ، فتدل على عدم جواز الإنتفاع بالميتة . ولكن يمكن حملها على الكراهة بقرينة موثقة اُخرى لسماعة قال : سألته عن جلد الميتة المملوح وهو الكيمخت ، فرخّص فيه وقال : إن لم تمسّه فهو أفضل(٥) .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ٧٢ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ٧١ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٦ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٥ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٦ ح ٨ .

وهذه الموثقة صريحة بجواز الإنتفاع بالميتة وصارت قرينة على الموثقة سماعة السابقة من أن النهى فيها تحمل على الكراهة والتنزيه .

هذا كلّها فى الروايات المانعة من الإنتفاع بالميتة ، وفى قبالها طائفة أُخرى تدل على جواز الإنتفاع بالميتة .

الطائفة الثانية : الروايات المجوزة على للإنتفاع بالميتة :

منها : موثقة سماعة(١) الماضية آنفاً .

ومنها : خبر البزنطى(٢) الذى مرّ منّا .

ومنها : خبر أبى القاسم الصيقل وولده قال : كتبوا إلى الرجل عليه السلام : جعلنا اللّه فداك إنّا قوم نعمل السيوف ليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها ونحن مضطرون إليها ، وإنّما علاجنا جلود الميتة والبغال والحمير الأهلية لا يجوز فى أعمالنا غيرها ، فيحلّ لنا عملها وشراؤها وبيعها ومسّها بأيدينا وثيابنا ، ونحن نصلى فى ثيابنا ونحن محتاجون إلى جوابک فى هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا ؟ فكتب : اجعل ثوباً للصلاة .

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

المراد بالرجل الإمام الهادى عليه السلام (٤) أو الإمام العسكرى عليه السلام أو الإمام الحجة عجل اللّه تعالى فرجه الشريف . السَفَن : جلد خشن يجعل على قوائم السيف .

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

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

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٦ ح ٨ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ٧٢ ح ٤ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٣ ح ٤ .
٤- (٤) كما ذكره القهپائى فى مجمع الرجال ١٩٤/٧ .

ولكن فى سندها ضعف بأبى القاسم الصيقل ووُلده لأنّهم مجاهيل . إلاّ أن يحذفوا من السند بأن يقال : محمد بن عيسى بن عبيد رأى صورة مكاتبتهم مع الإمام عليه السلام وجواب الإمام عليه السلام بخطه وهو ينقل الحديث وخطه عليه السلام ، ومع حذفهم من سند المكاتبة تصير المكاتبة صحيحة السند . والشاهد على ذلک كلمة " كتبوا " فى صدر الرواية ، لأنّ أبا القاسم الصيقل وولده إن كانوا موجودين فى سند المكاتبة وهم ينقلون المكاتبة فلابدّ أن يقولوا ، « كتبتُ » أو « كتبنا » لا « كتبوا » ، وهكذا فى ذيل الرواية لا بدّ أن يكون هكذا بدل « كتب إليه » . وهذا الشاهد يدل على حذفهم فى السند ، ومع حذفهم تصير المكاتبة صحيحة السند .

وفيه : أن ظاهر السند وجودهم فيه ، لأنّ الوارد فى السند « محمد بن عيسى بن عبيد عن أبى القاسم الصيقل وولده » ، وظاهره ورودهم فيه ، فلابدّ من أخذ هذا الظاهر . ومن له إلمام بالأحاديث والروايات ونقلها وكتابتها والنسخ الواردة فيها ، يعلم بأنّ الاستدلال بكلمة واحدة بدل كلمة أُخرى ليس بصحيح ، لكثرة النسخ وتبديلها . نعم يصح الاستدلال بمضمون الروايات ومفادها ، وهذا أمر مهمّ ظهر لنا بحمد اللّه تعالى بعد الممارسة سنين متمادية فى روايات أهل البيت عليهم السلام ، وذلک فضل اللّه يؤتيه من يشاء واللّه ذو الفضل العظيم .

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

ومنها : خبر قاسم الصيقل : كتبت إلى الرضا عليه السلام : إنّى أعمل أغماد السيوف من جلود الحمر الميتة فتصيب ثيابى فأصلّى فيها ؟ فكتب إلىّ : إتخذ ثوباً لصلاتک .

فكتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام : كنت كتبت إلى أبيک عليه السلام بكذا وكذا ، فصعب علىَّ ذلک فصرت أعملها من جلود الحمر الوحشية الذكيّة ، فكتب إلىَّ : كل أعمال البرّ بالصبر - يرحمک اللّه - فإن كان ما تعمل وحشيّاً ذكيّاً فلا بأس(١) .

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

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٢ ح ٤ .

أبوجعفر الثانى جواد الأئمة عليهم السلام : « كلُّ أعمال البرّ بالصبر» .

ولكن سندها ضعيف . واحتمل بعض مشايخنا اتحاد هذه الرواية مع المكاتبة الماضية ، والإتحاد بنظرنا بعيدٌ ، لا سيّما مع تعدد الأئمة المسؤولين عنهم عليهم السلام . واللّه العالم .

ومنها : خبر على بن أبى حمزة : إنّ رجلاً سأل أبا عبد اللّه عليه السلام - وأنا عنده - عن الرجل يتقلّد السيف ويصلّى فيه ؟ قال : نعم ، فقال الرجل : إنّ فيه الكيمخت ، قال : وما الكيمخت ؟ قال : جلود دوابّ منه ما يكون ذكيّاً ومنه ما يكون ميتة ، فقال : ما علمت أنّه ميتة فلا تصلّ فيه(١) .

أجاب الإمام عليه السلام بعدم جواز الصلاة فى ما علم أنّه ميتة وأجاز ضمناً الإنتفاع بها لعدم تعرضه به وهو فى مقام البيان ، فالرواية تدل على جواز الإنتفاع بالميتة ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الصلاة فى الفراء ؟ فقال : كان على بن الحسين عليه السلام رجلاً صرداً ، لا يدفئه فراء الحجاز ، لأنّ دباغها بالقرظ ، فكان يبعث إلى العراق فيؤتى ممّا قبلكم بالفرو فيلبسه ، فإذا حضرت الصلاة ألقاه وألقى القميص الذى يليه ، فكان يُسأل عن ذلک ؟ فقال : إنّ أهل العراق يستحلّون لباس جلود الميتة ويزعمون أنَّ دباغه ذكاته(٢) .

دلالة الرواية على الإنتفاع بالميتة واضحة ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر زرارة قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن جلد الخنزير يجعل دلواً يستقى به الماء ؟ قال : لا بأس(٣) .

بتقريب : عدم قبول التذكية للخنزير ، فإنّه ميتة لا محالة وأجاز الإمام عليه السلام الإنتفاع بجلده . ولكن فى السند أبا زياد النهدى وهو مجهول ، فالسند ضعيف به .

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

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٩١ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤٦٢ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١ / ١٧٥ ح ١٤ .

صريحة فى عدم الجواز ، ويمكن الجمع بينهما بحمل الطائفة المانعة على الإنتفاعات التى يُنتفع بها فى المذكّى كما يظهر ذلک أيضاً من بعضها نحو موثقة سماعة وخبر البزنطى ونحوهما . وعلى هذا الروايات تدل على جواز الإنتفاع بالميتة .

ولو أبيت إلاّ أن ترى التعارض بين الطائفتين من الروايات ، بعد التساقط لعدم وجود الترجيح بينهما ، فالمرجع هو قاعدة الحلّ فى الإنتفاع بالميتة .

وبعد جواز الإنتفاع بالميتة ، على القاعدة المذكورة ، من الملازمة بين جواز الإنتفاع وجواز البيع هل يحكم بجواز بيع الميتة هنا أم لا ؟

نعم ، على القاعدة الأوّلية لابدّ من الحكم بالجواز فى بيع الميتة ، ولكن هذا إذا لم يرد من الشارع المقدس النهى عن بيعها ، وفى المقام ورد النهى من بيع الميتة فى عدة من الروايات :

منها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة ، وثمن الكلب وثمن الخمر ومهر البغى ، ولا رشوة فى الحكم وأجر الكاهن(١) .

وقد مرّ منّا أنّ لفظ « السحت » ظاهر فى الحرمة ، والحرمة فى المعاملات ظاهرة فى الحرمة الوضعية ، يعنى بطلان المعاملة . وسند الرواية أيضاً معتبر ، فلا بأس بأخذها والإفتاء على طبقها .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال عليه السلام : أجر الزانية سحت ، وثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت ، وثمن الخمر سحت وأجر الكاهن ، سحت وثمن الميتة سحت ، فأمّا الرشا فى الحكم فهو الكفر باللّه العظيم(٢) .

ومنها : خبر وصية رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لأمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال صلى الله عليه و آله وسلم : يا على من السحت ثمن الميتة وثمن الكلب وثمن الخمر ومهر الزانية والرشوة فى الحكم وأجر الكاهن(٣) .

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

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٥ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٨ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٩ .

ولا يبيعها(١) .

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

ومنها : خبر الجعفريات بإسناده عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : من السحت ثمن الميتة ، الحديث(٣) .

ومنها : خبر الدعائم قال : روينا عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن بيع الأحرار ، وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام ، وعن عسب الفحل ، وعن ثمن الخمر ، وعن بيع العذرة وقال : هى ميتة(٤) .

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

تبصرة فيها فرع :

يجوز الإنتفاع ببعض أجزاء الميتة نحو الصوف والشعر والريش والبيضة والناب والقرن والأنفحة وغيرها من الأجزاء الّتى لا تحلّها الحياة ، تدل على ذلك عدّة من الروايات :

منها : معتبرة أبان بن عثمان عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : وأُطلق فى الميتة عشرة أشياء : الصوف والشعر والريش والبيضة والناب والقرن والظلف والأنفحة والإهاب واللبن وذلک إذا كان قائماً فى الضرع(٥) .

ص: ٦٩

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٦٨ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٦ ح ١٧ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٧٥ ح ١١ .

ومنها : خبر محمد بن جمهور عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : حرم من الذبيحة عشرة أشياء وأحلّ من الميتة اثنتا عشرة شيئاً ، فأمّا الذى يحرم من الذبيحة فالدم والفرث والغدد والطحال والقضيب والانثيان والرحم والظلف والقرن والشعر ، وأمّا الذى يحلّ من الميتة : فالشعر والصوف والوبر والناب والقرن والضرس والظلف والبيض والأنفحة والظفر والمخلب والريش(١) .

ومنها : صحيحة حريز قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام لزرارة ومحمد بن مسلم : اللبن واللباء والبيضة والشعر والصوف والقرن والناب والحافر وكلّ شىء يفصل من الشاة والدابّة فهو ذكىٌّ ، فإن أخذته منه بعد أن يموت فاغسله وصلّ فيه(٢) .

ومنها : حسنة الحسين بن زرارة قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام وأبى يسأله عن السنّ [اللبن] من الميتة والبيضة من الميتة وإنفحة الميتة ، فقال : كلّ هذا ذكىٌّ ، الحديث(٣) .

ومنها : معتبرة غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام : فى بيضة خرجت من أست دجاجة ميتة ، قال : إن كانت اكتست البيضة الجلد الغليظ فلا بأس بها(٤) .

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

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الإنفحة تخرج من الجدى الميت ؟ قال : لا بأس به ، قلت : اللبن يكون فى ضرع الشاة وقد ماتت ؟ قال : لا بأس به ، قلت : والصوف والشعر وعظام الفيل والجلد والبيض يخرج من الدجاجة ؟ فقال : كل هذا لا بأس به(٦) .

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

ومنها : حسنة أخرى للحسين بن زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال : سأله أبى عن الإنفحة تكون فى بطن العناق أو الجدى وهو ميت ؟ قال : لا بأس به .

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

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

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

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

ومنها : غير ذلک من الروايات الواردة فى المقام .

تدل هذه الروايات على جواز الإنتفاع بهذه الأشياء من الميتة وأكثرها ممّا لا تحلّه الحياة ، ولذا يمكن تطهيرها أيضاً بعد انفصالها من الميتة . وحيث يجوز الإنتفاع بها ، يجوز بيع هذه الأجزاء ولا تشملها الروايات المانعة من بيع الميتة لأنّها جزءٌ للميتة المبانة منها ويجوز الإنتفاع بها فيجوز بيعها . وأمّا الصلاة فيها فلا تجوز كما هو الظاهر من المذهب ، والروايات المجوّزة للصلاة فى هذه الأجزاء المبانة من الميتة تحمل على التقية . والحمد للّه وهو العالم .

فرعان

الاوّل : هل يجوز بيع المختلط بالميتة ، المشتبه بين المذكّى والميتة معاً أم لا ؟

اشارة

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

المشهور بين الأصحاب جواز بيعه ممّن يستحلّ الميتة كما ذهب إليه الشيخ فى النهاية(٢) وابن حمزة فى الوسيلة(٣) ويحيى بن سعيد فى الجامع للشرايع(٤) والمحقق فى الشرايع(٥) والعلامة

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٣ ح ١٢ .

٢- (٢) النهاية / ٥٨٦ .

٣- (٣) الوسيلة / ٣٦٢ .

٤- (٤) الجامع للشرايع / ٧٥٢ .

٥- (٥) الشرائع ٣ / ١٧٥ .

فى الارشاد(١) وغيرهم فى غيرها .

ثم هل يجوز بيعه أم لا ؟ وعلى القول بالجواز هل يُعتبر بيعه ممّن يستحلّ الميتة فقط أم لا ؟ فلابدّ من ملاحظة الأدلة فى المقام ، تنقسم إلى ثلاث طوائف :

الطوائف الثلاث من الروايات

الطائفة الأولى : تدل على جواز بيع المختلط :

منها : صحيحة الحلبى قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إذا اختلط الذكى والميتة باعه ممّن يستحلّ الميتة ويأكل ثمنه(٢) .

ومنها : صحيحة أخرى للحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سُئل عن رجل كان له غنم وبقر وكان يدرك الذكى منها فيعزله ، ويعزل الميتة ثم إنّ الميتة والذكى أختلط كيف يصنع به ؟ قال : يبيعه ممّن يستحل الميتة ويأكل ثمنه فإنّه لا بأس(٣) .

وهاتان الصحيحتان كالنص فى جواز بيع المختلط ممّن يستحل الميتة .

ومنها : صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى العجين من الماء النجس كيف يصنع به ؟ قال : يباع ممّن يستحلّ الميتة(٤) .

هذه الصحيحة تدل على جواز بيع العجين النجس المتعيّن ممّن يستحلّ الميتة ، وحيث يجوز بيع هذا النجس المتعيّن كذلك يجوز بيع المختلط بطريق أولى .

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

بتقريب : صارحب الدهن بعضه أو كلّه نجساً بموت فأرة فيه ، ونهى الإمام عليه السلام عن بيعه من المسلم لأجل نجاسته ، يعنى يجوز بيعه من الكافر ، فكما يجوز بيع هذا الدهن النجس من الكافر كذلك يجوز بيع المختلط من الكافر وممّن يستحلّ الميتة .

١- (١) الارشاد ٢ / ١١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٩ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٩ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٥ .

وبالجملة ، مفهوم خبر على بن جعفر يدل على جواز بيع المختلط ممّن يستحلّ الميتة . ولكن فى سنده ضعف .

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

قلت : فإنّه قطر فيه الدم ، قال : الدم تأكله النار إن شاء اللّه .

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

قلت : أبيعه من اليهود والنصارى وأُبيّن لهم ؟ قال : نعم ، فإنّهم يستحلون شربه .

قلت : والفقاع هو بتلك المنزلة إذا قطر فى شيءٍ من ذلک ؟ قال : فقال : أكره أن آكله إذا قطر فى شيء من طعامى(١) .

بتقريب : أنّ الإمام عليه السلام جوّز إطعام أهل الذمة بالمرق النجس والإطعام لا يكون مجانيّاً قطعاً ، فيمكن بيع هذا المرق النجس لهم . وهكذا أجاز بيع العجين المتنجس بالخمر أو النبيذ أو الدم لهم ، وعلّله عليه السلام بأنّهم يستحلون شرب الخمر .

فالرواية بهاتين الفقرتين تدلان على جواز بيع المتنجس المتعيّن من أهل الذمة ، وحيث يجوز بيع المتنجس المتعين لهم كذلک يجوز بيع المختلط بطريق أولى .

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

الطائفة الثانية تدل على رميهما معاً إلى الكلاب :

منها : خبر الجعفريات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام أنّه سئل عن شاة مسلوخة وأُخرى مذبوحة ، عُمّىَ على الراعى أو على صاحبها ، فلا يدرى الذكيّة من الميتة ؟ قال : يرمى بها جميعاً إلى الكلاب(٢) .

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٣ ح ١ .

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

وفيه : رمى المختلط إلى الكلاب لا يلزم عدم جواز بيعه ممّن يستحلّ ، لأنّ الإمام عليه السلام جعلهما فى عرض واحد فى خبر زكريا بن آدم المتقدم ، حيث قال عليه السلام : « يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمة أو الكلب» . هذا أولاً .

وثانياً : سند الرواية ضعيف كما لا يخفى على أهله .

الطائفة الثالثة :

تدل على عرضهما على النار فإن انقبض فهو ذكىٌّ حلالٌ وإن انبسط فهو ميتة حرام :

منها : خبر شعيب عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل دخل قرية ، فأصاب بها لحماً لم يدر أذكىٌّ هو أم ميّت ؟ فقال : يطرحه على النار ، فكلُّ ما انقبض فهو ذكىّ ، وكلّ ما انبسط فهو ميّت(١) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال الصادق عليه السلام : لا تأكل الجرِّى – إلى أن قال – إذا وجدت لحماً ولم تعلم أذكىّ هو أم ميتة ؟ فألق قطعة منه على النار ، فإن انقبض فهو ذكىٌّ وإن استرخى على النار فهو ميتة(٢) .

بتقريب : أن الروايتين وردتا فى اللحم المشتبه ، ولكن الملاك فى المشتبه والمختلط واحد وهو عدم العلم بأنّه ميتة أو ذكىّ .

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

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

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٨ ح ١ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٩ ح ٢ .
٣- (٣) المقنع / ١٤٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٦ / ١٩٣ .
٤- (٤) الدروس ٣ / ١٣ .

ذهبوا إلى ترک اللحم المشتبه ، وبعد إعراض المشهور عنهما کيف يمکن التعدى منهما إلى المختلط .

هذا ، مع ضعف سند الأولى باسماعيل بن عمر وشعيب وکلاهما مجهولان والثانية مرسلة . وبالجملة لم يعمل الأصحاب بمفادهما فى موردهما - يعنى اللحم المشتبه - فکيف يمکن الأخذ بهما فى غير موردهما يعنى المختلط ؟ !

فبقى فى المقام الطائفة الثانية والطائفة الأولى ، وحيث لا تنافى بينهما کما مرّت الإشارة إلى ذلک منّا ، فالروايات تدلّ على جواز بيع المختلط ممّن يستحيل الميتة ، فلابدّ من الأخذ بها .

ولکن حيث لم يرد النهى من بيع المختلط ، بل النهى فقط ورد من بيع الميتة ، والمختلط ليست بالميتة ، يعنى الروايات الناهية عن بيع الميتة لا تشمل بيع المختلط ، فيجوز بيع المختلط مطلقاً ، سواء کان المشترى مسلماً أو کان ذميّاً .

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

وبالجملة ، يجوز بيع المختلط مطلقاً ، لعدم ورود النهى عن ذلک وجواز الإنتفاع بها منفعة محلّلة عقلائية .

الثانى : يجوز بيع الميتة من غير ذى النفس السائلة .

اشارة

لابدّ لنا من البحث هنا فى مقامين :

١ - المقام الأوّل : طهارة الميتة من غير ذى النفس السائلة :

تدل عليه عدّة من الروايات :

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

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٣ ح ١ .

ومنها : موثقة حفص بن غياث عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : لا يفسد الماء إلاّ ما كانت له نفس سائلة(١) .

بتقريب : يعنى ما ليس له نفس سائلة لا يفسد الماء بموته فيه ، فصارت ميتة طاهرة . ومثلها مرفوعة محمد بن يحيى(٢) .

ومنها : موثقة سماعة قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن جرّة وجد فيها خنفساء قد ماتت ؟ قال : ألقها وتوضّأ منه ، وإن كان عقرباً فأرق الماء وتؤضّأ من ماء غيره الحديث(٣) .

ومنها : خبر ابن مسكان قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : كلّ شيءٍ يسقط فى البئر ليس له دم - مثل العقارب والخنافس وأشباه ذلک - فلا بأس(٤) .

والرواية الأخيرة ضعيفة السند بمحمد بن سنان الراوى عن ابن مسكان .

وهذه الروايات ونظائرها دالة على طهارة الميتة من غير ذى النفس السائلة . هذا كلّه فى المقام الأوّل .

٢ - المقام الثانى : هل يجوز بيعه أم لا ؟

حيث كانت هذه الميتة طاهرة ولها منافع محلّلة عقلائية ولم يرد فى الشريعة النهى عن بيعه فيجوز بيعه مطلقاً .

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

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

وبالجملة ، يجوز بيع الميتة الطاهرة لعدم ورود النهى عن ذلک ولها منافع محلّلة عقلائية . والحمد للّه رب العالمين .

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٤ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٤ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٤ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٤ ح ٣ .

٥- (٥) حاشية المكاسب / ١٢ للمحقق آية اللّه الميرزا محمد تقى الشيرازى طاب ثراه .

تكميلٌ فيه فرعٌ : الترقيع وزرع الأعضاء

هل يجوز قطع أعضاء الميت المسلم لأجل زرعها فى المسلم الحىّ وترقيعها ؟ وعلى فرض جوازه هل يجوز بيع هذه الأعضاء ؟ وهل فى قطع هذه الأعضاء دية ؟ والدية على مَنْ ؟ على القاطع أو المسلم الحى المريض ؟ وفى من تصرف هذه الدية ؟

ثم هل الوصية بذلک (يعنى بقطع العضو) نافذة من قبل الميت أم لا ؟ وهل تعتبر رضى أولياء الميت فى هذا القطع ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - أنه يجوز قطع أعضاء الميت المسلم لأجل زرعها فى المسلم الحىّ مع توفر شرطين :

الأوّل : إن كان حفظ حياة المسلم مشروطاً بهذا القطع والترقيع .

الثانى : عدم إمكان تحصيل هذا العضو من الميت الكافر أو من أهل الذمة أو غير المسلم .

فمع هذين الشرطين يجوز قطع عضو الميت المسلم وزرعه فى المسلم الحىّ . فممّا ذكرنا من هذا الإشتراط ظهر أنّ الحكم بالجواز هنا ليس لأجل انصراف أدلة حرمة المثلة من هذا القطع ، بل لأجل تقدّم حفظ حياة المسلم على حرمة هذا القطع بقاعدة التزاحم كما قُرّر فى محلّه . ويؤيده مرسلة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سأله أبى وأنا حاضر عن الرجل يسقط سنّه ، فأخذ سنّ إنسان ميت فيجعله مكانه ؟ قال لا بأس(١) .

وفى فرض الجواز ، الأحوط عدم جواز بيعه ، لأنّ من المحتمل شمول أدلة حرمة بيع الميتة لذلک . ويؤيده صحيح أيوب بن نوح عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إذا قطع من الرجل قطعة فهى ميتة ، فإذا مسّه إنسان فكلّ ما كان فيه عظم فقد وجب على من

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

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

نعم ، ثبت على القاطع دية العضو ، لعموم أدلة الديات وشمولها لهذا الفرض . وتدل عليه صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل قطع رأس الميت ؟ قال : عليه الدية ، لأنّ حرمته ميّتاً كحرمته وهى حيٌّ(٢) .

ونحوها خبر عبد اللّه بن مسكان(٣) وخبر محمد بن سنان عمّن أخبره عن أبى عبداللّه عليه السلام (٤) .

وتدل عليه أيضاً صحيحة جميل عن غير واحد عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : قطع رأس الميت أشدُّ من قطع رأس الحىّ(٥) .

وراجع فى ذلک الباب ٢٥ من أبواب ديات الأعضاء من وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٨ .

ويمكن أن يشترط القاطع أن يدفع دية المسلم الحىّ ، وحينئذ بعد أدائه الدية تسقط عنه .

وهذه الدية تصرف فى وجوه البرّ للميت ، ولم يكن مالاً له حتّى يُقسّم بين الورثة . وتدل عليه صحيحة حسين بن خالد قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن رجل قطع رأس رجل ميت ؟ فقال : إنّ اللّه

عزّ وجلّ حرّم منه ميتاً كما حرّم منه حيّاً ، فمن فعل بميت فِعلاً يكون فى مثله اجتياح نفس الحى فعليه الدية .

فسألت عن ذلک أبا الحسن عليه السلام فقال : صدق أبو عبد اللّه عليه السلام ، هكذا قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم .

قلت : فمن قطع رأس ميّت أو شق بطنه أو فعل به ما يكون فيه اجتياح نفس الحى فعليه دية النفس كاملة ؟ فقال : لا ، ولكن ديته دية الجنين فى بطن أمّه قبل أن تنشأ فيه الروح ،

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٢٩٤ ح ١ - الباب ٢ من أبواب غسل المس .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٧ ح ٤ - الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٧ ح ٦ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٧ ح ٥ .
٥- (٥) الكافى ٧ / ٣٤٨ ح ٢ .

وذلک مائة دينار ، وهى لورثته ، ودية هذا هى له لاللورثة .

قلت : فما الفرق بينهما ؟ قال : إنّ الجنين أمرٌ مستقبل مرجوٌّ نفعه وهذا قد مضى وذهبت منفعته ، فلمّا مثّل به بعد موته صارت ديته بتلک المثلة له لا لغيره ، يحجُّ بها عنه ويفعل بها أبواب الخير والبرّ من صدقة أو غيرها .

قلت : فإن أراد رجل أن يحفر له فيغسّله فى الحفرة فسدر الرجل ممّا يحفر فدير به فمالت مسحاته فى يده فأصاب بطنه فشقّه فما عليه ؟ فقال : إذا كان هكذا فهو خطأ وكفّارته عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو صدقة على ستين مسكيناً ، مدٌّ لكلّ مسكين بمدّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

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

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

والأحوط الإستئذان من إولياء الميت لأجل القطع .

ثم بعد القطع والزرع يصير هذا العضو جزءً للحى ، فيطهر ويجوز الصلاة معه بلا ريب وإشكال ، سواءً فى ذلک بين الأعضاء والأجزاء الداخلية والخارجية .

فرع آخر : التشريح

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

يجوز تشريح جسد المسلم مع حفظ الشرطين المذكورين سابقاً ، ومع عدمهما فلا يجوز . وورد فى الروايات جواز شق بطن المرأة الميتة وخروج ولدها الحىّ وجواز تقطيع ولد الميت فى بطن أمّه الحيّة . وليست هذه الموارد إلاّ لحفظ حياة الحىّ . فإذا كان يجوز الشق والتشريح

١- (١) الكافى ٧ / ٣٤٩ ح ٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٥ ح ٢ - الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء .

٢- (٢) المحاسن ٢ / ١٦ ح ١٦ .

لأجل حفظ حياة مسلم واحد ، يجوز ذلک إذا كان حفظ حياة المسلمين يستلزم ذلک ولو كان فى المستقبل .

من الروايات المومى إليها :

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

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

ومنها : خبر وهب بن وهب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا ماتت المرأة وفى بطنها ولد يتحرّک فيتخوّف ، عليه فشقّ بطنها وأُخرج الولد .

وقال : فى المرأة يموت ولدها فى بطنها فيتخوّف عليها ، قال : لا بأس أن يدخل الرجل يده فيقطّعه ويخرجه إذا لم ترفق به النساء(٣) .

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

لا يقال : أدلة حرمة المثلة والتشريح مطلقة تشمل المسلم والذمى والكافر ، فلماذا قدّمتم الكافر ثم الذمى ثم المسلم ؟ بل بعضها تختص بالكوافر وإن كانت تشمل المسلم بطريق الأولوية كما يفهم من جملة الروايات :

منها : صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم إذا أراد أن يبعث سرّية دعاهم فأجلسهم بين يديه ثم يقول : سيروا بسم اللّه وباللّه وفى سبيل اللّه وعلى ملة رسول اللّه ، لا تغلّوا ولا تمثّلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فانيّاً ولا صبيّاً ولا إمرأة ولا تقطعوا شجراً إلاّ أن تضطروا إليها ، وأيّما رجل من أدنى المسلمين أو أفضلهم نظر إلى أحد من المشركين فهو جار حتى يسمع كلام اللّه ، فإن تبعكم فأخوكم فى الدين وإن أبى فأبلغوا

١- (١) وسائل الشيعة ٢ / ٤٧٠ ح ٢ الباب ٤٦ من أبواب الإحتضار .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢ / ٤٧١ ح ٦ .
٣- (٣) الكافى ٣ / ٢٠٦ ح ٢ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ٤٧٠ ح ٣ .

مأمنه واستعينوا باللّه(١) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم كان إذا بعث أميراً له على سرية أمره بتقوى اللّه عزّوجلّ فى خاصة نفسه ثم فى أصحابه عامّة ثم يقول : أغز بسم اللّه وفى سبيل اللّه ، قاتلوا من كفر باللّه ، لاتغدروا ولاتغلوا ولاتمثّلوا ولاتقتلوا وليداً ولا متبتّلاً فى شاهق ولاتحرقوا النخل ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر عبد الرحمن بن جندب عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام : كان يأمر فى كل موطن لقينا فيه عدوّنا فيقول : لا تقاتلوا القوم حتّى يبدأوكم ، فإنّكم بحمد اللّه على حجة وترككم أياهم حتى يبدأوكم حجة اُخرى لكم ، فإذا هزمتموهم فلا تقتلوا مُدبراً ، ولا تجيزوا على جريح ولا تكشفوا عورة ولا تمثّلوا بقتيل(٣) .

ومنها : خبر مالک بن أعين عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال فى حديث : ولا تمثّلوا بقتيل ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسلة الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيته للحسن والحسين عليهماالسلام لما ضربه ابن ملجم لعنه اللّه : ... أنظروا إذا أنا متُّ من ضربته هذه فاضربوه ضربةً بضربة ، ولا تمثِّلوا بالرجل ، فإنّى سمعت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم يقول : إيّاكم والمثلة ولو بالكلب العقور(٥) .

لأنا نقول : نعم هذه الروايات - وإن لا ينكر شمول بعضها للكوافر فقط - ولكن نعلم من الخارج حرمة المسلم بالنسبة إليه ، وحيث نضطر فى العمل من التشريح وهو فى الحقيقة قسمٌ من المثلة فلا يجوز التشريح والمثلة بالنسبة إلى جثّة المسلم ما دمنا نجد جسد الكافر . وهكذا الأمر بالنسبة إلى الذمى ، لأنّ المسلم أعظم حرمةً منه ، فلا يجوز تشريح المسلم وجسد الذمى موجود لذلك فثبت الترتيب والإشتراط ، بحيث لا يجوز تشريح جسد المسلم وجسد

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

الكافر ثم الذمى موجودان ، ويكفينا هذا فى المقام . وأمّا مع عدمهما فتصل النوبة إلى جسد المسلم، ويجوز ذلک مع وجود الشرط الثانى ، وهو تحفظ حياة المسلمين على ذلک ولو كان فى المستقبل .

وتدل على أنّ حرمة المؤمن حيّاً وميّتاً سواءٌ عدةٌ من الروايات :

منها : صحيحة صفوان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : أبى اللّه أن يظنَّ بالمؤمن إلاّ خيراً ، وكسرک عظامه حيّاً وميّتاً سواء(١) .

ومنها : خبر العلاء بن سيّابة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : حرمة المسلم ميّتاً كحرمته وهو حىّ سواء(٢) .

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام – فی حدیث وفاة الحسن علیه السلام ودفنه – قال : إنّ اللّه حرَّم من المؤمنین أمواتاً ما حرّم منهم أحیاءً(۳) .

والحاصل : یجوز تشریح جسد المسلم مع توفر الشرطین الماضیین ویتعلق بقطع أعضائه وکسر عظامه ونحوها الدیة ، ودیته تصرف فی وجوه البرِّ للمیت ولا تقسّم بین ورثته کما مرّ فی البحث السابق .

وهکذا لا یجوز بیع جسد المیت للتشریح ، ولا تنفذ الوصیة بذلک والأحوط ، الإستئذان من أولیائه لأجل التشریح کما مرّ فی البحث السابق آنفاً . والحمد للّه العالم بأحکامه .

۱– (۱) وسائل الشیعة ۲۹ / ۳۲۹ ح ٤ – الباب ۲۵ من أبواب دیات الأعضاء .
۲– (۲) وسائل الشیعة ۳ / ۲۱۹ ح ۱ – الباب ۵۱ من أبواب الدفن – و ۲۹ / ۳۲۹ ح ٦ .
۳– (۳) وسائل الشیعة ۲۹ / ۳۲۸ ح ۳ .

السادسة : الف : بیع الخنزیر البرّی

اشارة

استدلوا علی بطلان بیعه بالإجماع ، وادعاه الشیخ فی الخلاف(۱) والمبسوط(۲) والعلامة فی التذکرة(۳) والمنتهی(٤) ، وذهب إلیه مشهور الخاصة والعامة .

والعمدة فی المقام ملاحظة الروایات ، ومع وجودها یصیر الإجماع علی فرض وجوده مدرکیّاً . والروایات الواردة حول الخنزیر علی طوائف :

الطوائف الثلاثة من الروایات

الطائفة الأولى : مايدل على بطلان البيع :

منها : خبر الجعفريات بإسناده عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : من السحت : ثمن الميتة و ... إلى أن قال : وثمن الخنزير ، الحديث(٥) .

ومنها : ما ورد فى دعائم الاسلام قال : روينا عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام ، الحديث(٦) .

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

ومنها : خبر معاوية بن سعيد عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن نصرانى أسلم وعنده

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٤ .

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٦٥ .

٣- (٣) التذكرة ١ / ٤٦٤ ، (١٠ / ٢٥ من الطبعة الحديثة) .

٤- (٤) المنتهى ٢ / ١٠٠٨ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

٧- (٧) تحف العقول / ٣٣٣ .

٨- (٨) الفقه الرضوى / ٢٥٠ .

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

ومنها : مضمرة يونس فى مجوسى باع خمراً أو خنازير إلى أجل مسمى ثمّ أسلم قبل أن يحلّ المال ، قال : دراهمه(٢) .

وقال : أسلم رجل وله خمر وخنازير ثمّ مات وهى ملكه وعليه دين ، قال : يبيع دُيّانه أو ولى له غير مسلم خمره وخنازيره ويقضى دينه ، وليس له أن يبيعه وهو حيٌّ ولا يمسكه .

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

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل كان له على رجل دراهم فباع خمراً وخنازير وهو ينظر فقضاه ، فقال : لا بأس به ، أمّا للمقتضى فحلال وأمّا للبائع فحرام(٣) .

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

الطائفة الثانية : مايدل على صحة البيع فى الجملة :

منها : صحيحة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يكون لى عليه دراهم فيبيع بها خمراً وخنزيراً ثم يقضى منها ، قال : لا بأس ، أو قال : خذها(٥) .

والرواية تدل على صحة البيع ، لأن المديون يقضى دينه من عين الدراهم التى أخذها ثمناً للخمر والخنزير ، فلو كان بيعه باطلاً ، لم يجز أخذ الثمن الشخصى منه للدائن . الرواية مطلقة بالنسبة إلى الذمى والمسلم . ولكن الذى يُشكل الأمر فى الرواية وجود الخمر فيها الذى

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٦ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٧ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٢ ح ٢ .
٤- (٤) دعائم الإسلام ٢ / ١٩ ح ٢٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٤ ح ١ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣ ح ٣ .

لا يمكن الذهاب إلى صحة بيعه ، فلذا لابدّ من حمل هذه الصحيحة إمّا على الذّمى أو الإعراض عنها . والأوّل أشبه .

ومنها : حسنة محمد بن يحيى الخثعمى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر والخنازير فيقضينا ، فقال : لا بأس به ليس عليک من ذلک شيءٌ(١) .

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

والأمر فى الأخيرتين أيضاً على نحو الأولى .

ومنها : موثقة منصور قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : لى على رجل ذمّى دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر ، فيحلّ لى أخذها ؟ فقال : إنّما لک عليه دراهم فقضاک دراهمک(٣) .

والرواية سنداً موثقة بابن فضال ، والمنصور الراوى فيها هو ابن حازم بقرينة نقل يونس بن يعقوب عنه واشتهاره فى عصره وبين المسمّين بهذا الإسم . والرواية تدل على صحة البيع بالنسبة إلى الذمّى .

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

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

منها : خبر زرارة قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن جلد الخنزير يجعل دلواً يُستقى به الماء ؟ قال : لا بأس(٥) .

ص: ٨٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣ ح ٤ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣ ح ٥ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٢ ح ١ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٤ ح ١ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١ / ١٧٥ ح ١٦ .

والرواية ضعيفة السند بأبى زياد النهدى لأنّه مجهولٌ ، وأمّا دلالتها على جواز الإنتفاع بجلد الخنزير واضحة .

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الحبل يكون من شعر الخنزير يُستقى به الماء من البئر ، هل يتوضّأ من ذلک الماء ؟ قال : لا بأس(١) .

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

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

ومنها : حسنة الحسين بن زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : قلت له : شعر الخنزير يُعمل حبلاً ويُستقى به من البئر التى يُشرب منها أو يُتوضّأ منها ؟ فقال : لا بأس به(٣) .

ومنها : خبر زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : إنّ رجلاً من مواليک يعمل الحمائل بشعر الخنزير ؟ قال : إذا فرغ فليغسل يده(٤) .

ومنها : خبر بُرْد الإسكاف قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن شعر الخنزير يُعمل به ؟ قال : خذ فاغسله بالماء حتّى يذهب ثلث الماء ويبقى ثلثاه ثم اجعله فى فخارة جديدة ليلة باردة ، فإن جمد فلا تعمل به وإن لم يجمد فليس له دسم فاعمل به ، واغسل يدک إذا مسسته عند كلّ صلاة . قلت : ووضوء ؟ قال : لا إغسل يدک كما تمسّ الكلب(٥) .

ومنها : الخبر الثانى لبُرْد الإسكاف قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّى رجل خراز ولا

١- (١) وسائل الشيعة ١ / ١٧٠ ح ٢ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١ / ١٧٠ ذيل ح ٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١ / ١٧١ ح ٣ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٨ ح ١ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٨ ح ٢ .

يستقيم عملنا إلاّ بشعر الخنزير نخرز به ؟ قال : خذ منه وبرة فاجعلها فى فخارة ، ثمّ أوقد تحتها حتّى يذهب دسمها ثم اعمل به(١) .

ومنها : الخبر الثالث لبُرْد قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک إنّا نعمل بشعر الخنزير ، فربّما نسى الرجل فصلّى وفى يده شىءٌ ؟ قال : لا ينبغى أن يصلّى وفى يده منه شىءٌ ، فقال : خذوه فاغسلوه فما كان له دسم فلا تعملوا به وما لم يكن له دسم فاعملوا به واغسلوا أيديكم منه(٢) .

وهذه الطائفة من الروايات تدل على جواز الإنتفاع بشعر وجلد الخنزير ولا فرق بين شعره وجلده وسائر أجزائه ، كما لم يرد فى الروايات صورة انحصار جواز الإنتفاع بالاضطرار ، كما أفتى به بعض الأصحاب وحملها على صورة الاضطرار ، وهو حمل للروايات بلا وجه تقييد بلا قيد . وعلى هذا كما يجوز الإنتفاع بأجزاء الخنزير يجوز بيعه على القاعدة الكلّيّة الّتى مرّت منّا من أنّ كلّ شىء يجوز الإنتفاع به يجوز بيعه وصح شراؤه ، فبيع أجزاء الخنزير صحيح لدلالة هذه الطائفة الأخيرة من الأخبار .

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

قلت : نعم ، العمل أعم من البيع فلا يثبته و لكن حيث ثبت جواز العمل بالأجزاء ثبت جواز الإنتفاع بها ، وحيث ثبت جواز الإنتفاع ثبت جواز البيع .

وما ورد فى الروايات من حديث غسلها وجعلها فى الفخارة وذهاب دسمها كلّها إرشادات إلى كيفية ذهاب دسومة شعر الخنزير أو جلده لتقليل التنجس بها أو سهولة التطهير بعد التنجس بها ، ولا تدلّ على المولوية كما هو واضح .

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

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٨ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٨ ح ٤ .

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

القاعدة الأولية تقتضى جواز بيعه مع فرض وجود المنافع المحلّلة فيه وجواز الإنتفاع به حيّاً أو ميتةً ، وفى هذا الفرض القاعدة تقتضى جواز بيعه ، إلاّ أنه ثبت دليل شرعى على بطلان بيعه تعبداً فنأخذ به كما ورد ذلک فى الميتة . فهل ورد هنا أيضاً دليل تعبدى على بطلان بيع الخنزير أم لا ؟

أمّا خبر الجعفريات فضعيف سنداً ، ويمكن المناقشة فى دلالته بأنّه فى صدد عدّ أنواع السحت ولا إطلاق له حتّى يشمل صورة بيع الخنزير لأجل منافعه المحلّلة المفروضة . وهكذا الأمر فى خبر الدعائم سنداً ودلالةً .

وقد مرّ منّا ضعف خبر تحف العقول وعدم صحة انتساب الفقه الرضوى إلى الإمام على بن موسى الرضا عليه السلام فهذان الخبران أيضاً لا يفيد ان فى المقام شيئاً .

وأمّا خبر معاوية بن سعيد فضعيف به ، ولكن دلالته على بطلان بيع المسلم للخنزير واضح .

وأمّا صحيحة محمد بن مسلم فهى العمدة فى المقام ، وهى تدل على بطلان البيع ، حيث أن الإمام عليه السلام قال فيها : « وأمّا للبائع فحرام» ، وهذا صريح فى بطلان المعاملة .

وبنظرنا القاصر هذه الصحيحة المباركة يمكن أن تكون شاهد الجمع بين الطائفتين من الروايات - أعنى الطائفة الأولى الدالة على بطلان المعاملة والطائفة الثانية الدالة على صحة المعاملة إجمالاً بحيث يجوز أخذ الثمن للفرد الآخر - يعنى الدائن مثلاً تفضّلاً من اللّه تعالى وتسهيلاً لأُمور المتدينين ، ووزانها وزان ما ورد فى تحليل الخمس بالنسبة إلى اليد الثانية ، بأنه لو كان مالاً صار متعلَّقاً للخمس فى يد مالكه ثم انتقل إلى الثانى ، حلّله الشارع المقدس للثانى بروايات التحليل ولكن ذمة الأوّل مشغولة به . هكذا الأمر فى هذا البيع ، بتقريب : أنّ البيع هنا كان باطلاً ولكن الشارع

أجاز للدائن أو الثانى أخذ هذا الثمن الشخصى تسهيلاً لأمرهم وتفضّلاً منه عليهم ، وهذا مفاد قوله عليه السلام فى صحيحة زرارة : « لا بأس به للمقتضى فحلال

ص: ٨٨

وأمّا للبائع فحرام » .

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

منها : مضمرة يونس الماضية ، حيث قال الإمام عليه السلام فيها : « يبيع دُيّانه أو ولى له غير مسلم خمره وخنازيره ويقضى ، دينه وليس له أن يبيعه وهو حىّ ولا يمسكه» .

بتقريب : أنّ الإمام أجاز قضاء دينه من ثمن الخمر والخنزير ، ولكن لو كان بائعه ولياً له غير مسلم وقدر متيقن هذا الولى أنّه من أهل الذمة ، فأجاز الإمام عليه السلام هذا البيع ، فبيع الخمر والخنزير من جانب الذمىّ صار صحيحاً . وتدل على الصحة أيضاً صدر هذه المضمرة ، ولكن لو كان هذا الرجل الّذى أسلم حديثاً كان حيّاً لا يجوز البيع بتوسطه والبيع منه باطل ، وهذا مفاد قوله عليه السلام : « وليس له أن يبيعه وهو حىٌّ» . وأمّا قوله عليه السلام : « ولا يمسكه » فأمّا يحمل على كراهة إمساك المسلم الخمر والخنزير أو عدم جواز إمساكهما للبيع ونحو ذلک .

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

وبالجملة ، بعض الروايات تدلّ على صحة بيع الذميّ الخمر والخنزير فنأخذ بها ، وأمّا المسلم فبيعه لهما باطل ، بدلالة بعض الروايات ، ومنها : صحيحة محمد بن مسلم ومضمرة يونس بن عبد الرحمن الماضيتين .

وأمّا أخذ ثمن هذه المعاملة من الذميّ أو من المسلم للمسلم الآخر فأجازه الإمام عليه السلام تسهيلاً لأمور المسلمين وسماحة للشريعة المقدسة وقد استفدنا هذا الأمر من صحيحة محمد ابن مسلم .

وأمّا جواز بيع أجزاء الخنزير الذى مرّ منّا فلعدم ورود النهى عن ذلک ، وترتب المنفعة المحلّلة فيها ، فيجوز بيعه لمنافعه المحلّلة ، نحو حرمة بيع الميتة وجواز بيع بعض أجزائه لمنافعه المحلّلة التى مرّت منّا البحث فيها . وهذا تمام الكلام فى حكم بيع الخنزير البرّى والحمد للّه ربّ العالمين .

ص: ٨٩

السادسة : ب : بيع الكلب البرّى

اشارة

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

ثم هل يلحق بهذا الإستثناء كلّ الكلاب المعلَّمة أو كلّ الكلاب الذين لهم منافع محلَّلة ، كبيع كلاب الدار والتجسس وشرطة الأمن ونحوها أم لا ؟

فلابدَّ من ملاحظة الأدلة الواردة فى المقام ، وهى روايات :

الطائفتان من الروايات

الطائفة الأولى مايدل على حرمة بيع الكلب مطلقاً :

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

١- (١) مختلف الشيعة ٥ / ١٢ .

٢- (٢) السرائر ٢ / ٢٢٠ - ٢١٥ .

٣- (٣) الوسيلة / ٢٤٩ .

٤- (٤) قواعد الأحكام ١ / ١٢٠ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٨ مسألة ٣٠٠٧ .

٦- (٦) التنقيح الرائع ٢ / ٧ .

٧- (٧) المهذب البارع ٢ / ٣٤٨ .

٨- (٨) الدروس ٣ / ١٦٨ .

٩- (٩) جامع المقاصد ٤ / ١٤ .

١٠- (١٠) مستند الشيعة ١٤ / ٨٦ .

سحت(١) .

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

ومنها : صحيحة إبراهيم بن أبى بلاد قال : قلت لأبى الحسن الأوّل عليه السلام : جعلت فداک إنّ رجلاً من مواليک عنده جوار مغنّيات قيمتهنّ أربعة عشر ألف دينار ، وقد جعل لک ثلثها ، فقال : لا حاجة لى فيها ، إنّ ثمن الكلب والمغنيّة سحت(٣) .

ومنها : خبر آخر للحسن بن على الوشاء قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيّة ؟ قال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه ، وما ثمنها إلاّ ثمن كلب وثمن الكلب سحت والسحت فى النار(٤) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة وثمن الكلب وثمن الخمر ومهر البغى والرشوة فى الحكم وأجر الكاهن(٥) .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : يا على من السحت ثمن الميتة وثمن الكلب وثمن الخمر ومهر الزانية والرشوة فى الحكم وأجر الكاهن(٦) .

ومنها : خبر القاسم بن عبد الرحمن عن محمّد بن على عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن الحسين بن على عليه السلام فى حديث : إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن خصال تسعة ، عن مهر البغى وعن عسيب الدابة - يعنى كسب الفحل - وعن خاتم الذهب وعن ثمن الكلب وعن مياثر الأرجوان(٧) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٨ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٩ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٥ ح ١٣ .

ومنها : خبر الجعفريات بإسناده عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن عليّ عليه السلام قال : من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - : وثمن الكلب ، الحديث(١) .

ومنها : خبر ابن فضال عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : شر الكسب : ثمن الكلب ومهر البغى وكسب الحجام(٢) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن طلحة عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : من أكل السحت سبعة : الرشوة فى الحكم ومهر البغى وأجر الكاهن وثمن الكلب والذين يبنون البنيان على القبور والذين يصوّرون التماثيل وجعيلة الأعرابى(٣) .

ومنها : خبر دعائم الإسلام رفعه إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه نهى عن ثمن الكلب العقور(٤) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : بعثنى رسول اللّه إلى المدينة فقال : لا تدع صورة إلاّ محوتها ولا قبراً إلاّ سوّيته ولا كلباً إلاّ قتلته(٥) .

وأمره صلى الله عليه و آله وسلم بقتل الكلاب تدل على عدم ماليتها ، فإذاً لا يجوز بيعها .

الطائفة الثانية : مايدل على جواز بيع كلب الصيد

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

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم وعبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت ، قال : ولا بأس بثمن الهرّ(٧) .

ص: ٩٢

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .
٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٠ ح ٢ .
٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٦ .
٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٨٩ ح ٢ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١١ / ٥٣٣ ح ١ الباب ٤٦ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٨ ح ١ .
٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٣ .

مفهوم هذه الصحيحة يدل على جواز بيع كلب الصيد .

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

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

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : ثمن الخمر ومهر البغى وثمن الكلب الذى لايصطاد من السحت(٢) .

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

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

ومنها : مرسلة الشيخ لأنّه قال فى المبسوط يجوز بيع كلب الصيد . وروى : أنّ كلب الماشية والحائط مثل ذلک(٤) .

هذه المرسلة تدل على جواز بيع كلب الماشية والحائط ، وهما غير كلب الصيد .

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

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

فى هذه الصحيحة أُلحق كلب الماشية بكلب الصيد ، فلما يجوز بيع كلب الصيد فيجوز بيعه . ولعل المراد بالخير وجود المنفعة أو المالية فيها .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٧ .

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

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١١ / ٥٣٠ ح ٢ .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم : رخص لأهل القاصية فى كلب يتّخذونه(١) .

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

ومنها : معتبرة أخرى للسكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الكلاب الكردية إذا عُلِّمت فهى بمنزلة السلوقيّة(٢) .

وهذه المعتبرة تدل على أنّ المدار فى جواز البيع كون الكلب معلَّماً ، فإذا كان معلَّماً يجوز بيعه وإلاّ فلا ، وإذا عُلِّمت الكلاب الكردية فيجوز بيعها كالكلاب السلوقيّة .

فالمدار فى التعليم ، وتعليم الكلب لا ينحصر فى الصيد بل ربّما يعلّمونه للمحافظة أو للشرطة أو للأمن أو لوجدان الأشخاص المفقودين أو الأشياء المفقودة أو الأشياء المستورة والمخفيّة نحو مواد التخدير ، أو للتهاجم إلى المجرمين وأخذهم وغيرها من المنافع . فكلّ هذه الكلاب المعلَّمة بالتعليل الوارد فى هذه المعتبرة يجوز بيعها وتخرج من تحت الطائفة الأولى من الروايات .

والعجب من المحدث البحرانى حيث يقول : « وهذه الأخبار كلّها - كما ترى - متفقة على ما ذكرناه من أنّ ما عدا كلب الصيد فإنّه لا يجوز بيعه ولا شراؤه ، ولم أقف على خبر يتضمن استثناء غيره ، سوى ما فى عبارة المبسوط من قوله « وروى أنّ كلب الماشية والحائط مثل ذلك » ، وفى الإعتماد على مثل هذه الرواية فى تخصيص هذه الأخبار إشكال »(٣) .

أقول : مع وجود معتبرة السكونى كيف يقول قدس سره : « لم أقف على خبر يتضمن استثناء غيره سوى ما فى عبارة المبسوط» . والرواية معتبرة سنداً وتامةٌ دلالةً .

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

١- (١) وسائل الشيعة ١١ / ٥٣١ ح ٧ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٥٥ ح ١ .
٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٨١ .

النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى حديث : أنّه رخّص فى اقتناء كلب الصيد وكلّ كلب فيه منفعة ، مثل كلب الماشية وكلب الحائط والزرع ، رخصهم فى اقتنائه ... ، الحديث(١) .

هذه المرسلة تدل على جواز اقتناء كلّ كلب فيه منفعة ومثّل بكلب الماشية والحائط والزرع ، فتشمل غيرها من الكلاب المعلَّمة . وكما يجوز اقتنائها يجوز بيعها ، كما عطفها فى المرسلة بكلب الصيد والإجماع على جواز بيعه .

ويؤيده أيضاً : مرسلة ابن أبى جمهور الإحسائى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى حديث فقال : « لا أدع كلباً بالمدينة إلاّ قتلته» ، فهربت الكلاب حتّى بلغت العوالى ، فقيل : يا رسول اللّه كيف الصيد بها وقد أمرت بقتلها ؟ فسكت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فجاء الوحى بإقتناء الكلاب التى ينتفع بها ، فاستثنى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم كلاب الصيد وكلاب الماشية وكلاب الحرث وأذن فى اتخاذها(٢) .

والأمر فى هذه المرسلة كسابقتها .

وتدل على ما ذكرنا من صحة بيع الكلاب المعلَّمة ما ورد فى الروايات من تعين مقدار دية بعض الكلاب أو تقويمها ، وهذه الدية - بأىّ مقدار كانت أو تقويمها بدلاً منها - تدل بوضوح على ماليتها ، وحيث كانت مالاً يجوز بيعها بلا إشكال .

من الروايات الواردة فى هذا المقام :

صحيحة الوليد بن صبيح عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : دية الكلب السلوقى أربعون درهماً ، أمر رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بذلک أن يديه لبنى خزيمة(٣) .

ومنها : صحيحة اُخرى للوليد بن صبيح عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : دية كلب الصيد السلوقى أربعون درهماً(٤) .

ويمكن اتحاد الصحيحتين .

ص: ٩٥

١- (١) تفسير أبى الفتوح الرازى ٢ / ١٠٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ ح ٧ .
٢- (٢) عوالى اللا آلى ٢ / ١٤٨ ح ٤١٤ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ ح ٦ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٢٦ ح ١ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٢٧ ح ٦ .

ومنها : حسنة عبد الأعلى بن أعين عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : فى كتاب على عليه السلام : دية كلب الصيد أربعون درهماً(١) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : دية الكلب السلوقى أربعون درهماً جعل ذلک له رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، ودية كلب الغنم كبشٌ ، ودية كلب الزرع جريب من بُرّ ودية كلب الأهل قفيز من تراب لأهله(٢) .

الجريب والقفيز : يعنى مكيال .

ومنها : خبر ابن فضال عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : دية كلب الصيد أربعون درهماً ، ودية كلب الماشية عشرون درهماً ، ودية كلب الذى ليس للصيد ولا للماشية زنبيل من تراب على القاتل أن يعطى وعلى صاحبه أن يقبل(٣) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام فى من قتل كلب الصيد ، قال : يقوّمه ، وكذلک كلب البازى ، وكذلک كلب الغنم ، وكذلک كلب الحائط(٤) .

وهذه الروايات فى ديّة الكلب تدل على لزوم إعطاء القاتل أعلى القيم من الديّة المقدرة يعنى أربعون درهماً أو قيمة الكلاب إلى صاحبها ، وهذه الديّة والغرامة تدل على مالية الكلاب عند الشارع وحيث كانت مالاً ولها منافع محلّلة فيجوز بيعها مطلقاً يعنى بلا فرق بين كلب الصيد والحائط والماشية والزرع والشرطة والأمن والسلوقى والبازى وغيرها .

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

« فإنّ ثبوت الديات لها ربّما دل على عدم جواز بيعها ، التفاتاً إلى أنّ ذلک فى مقابلة القيمة ، فإنّک تجد كلّ ماله ديّة لا قيمة له كما فى الحر وماله قيمة لا دية له ، كما فى الحيوان المملوک غير

١- (١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٢٧ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٢٦ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٢٧ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٢٦ ح ٣ .

الآدمى»(١) .

واستجوده فی الحدائق(۲)

لإنّا نقول : یردّ علیه أولاً : بالحلّ : بأنّ الوارد فی الروایات دیة الکلب لا ینحصر الدیة بأربعین درهماً ، بل ورد فی معتبرة السکونی تقویم الکلب وضمان القاتل بالقیمة ، ونفس هذا التعبیر دلیل علی مالیة هذه الکلاب . وبنظرنا القاصر ذمة القاتل مشغول بأعلی الأمرین من أربعین درهماً أو قیمة الکلب .

وثانیاً : بالنقض : ربّما یوجد فی الأشیاء التی جعل الشارع لها الدیة ، أشیاء ذات مالیّة والقیمة ، نحو : البکارة ودیة المملوک .

۱- (۱) مسالک الأفهام ۱ / ۱٦۷ .

۲- (۲) الحدائق الناضرة ۱۸ / ۸۲ .

السابعة : الخمر وکلّ مسکر مایع والفقاع

اشارة

النصوص الکثیرة والإجماع من الأصحاب تدل علی بطلان بیع الخمر وکل مسکر مایع والفقاع ، فلابدّ من البحث فی کل واحد منهم :

أمّا الخمر :

الإجماع من المسلمین علی حرمة بیع الخمر وضعاً وتکلیفاً ، وتدل علیه أیضاً النصوص :

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

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

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

ومنها : موثقة زيد بن على عن آبائه عليهم السلام قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم الخمر وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومشتريها وساقيها وآكل ثمنها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه(٣) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٣ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٥ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٤ ح ٣ .

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

ومنها : خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى الخمر عشرة : غارسها وحارسها وعاصرها وشاربها وساقيها وحاملها والمحمولة إليه وبائعها ومشتريها وآكل ثمنها(١) .

ونظيرها وردت فى حديث المناهى(٢) .

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

منها : صحيحة عمار بن مروان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول ؟ فقال : كلّ شىء غلّ من الإمام فهو سحت ، وأكل مال اليتيم وشبهه سحت والسحت أنواع كثيرة ، منها : أُجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ والمسكر والربا بعد البينة ، فأمّا الرشا فى الحكم فإنّ ذلک الكفر باللّه العظيم جلّ اسمه وبرسوله صلى الله عليه و آله وسلم (٣) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة وثمن الكلب وثمن الخمر ومهر البغى والرشوة فى الحكم وأجر الكاهن(٤) .

ومنها : موثقة سماعة قال : قال : السحت أنواع كثيرة : منها كسب الحجّام وأجر الزانية وثمن الخمر(٥) .

ومنها : غير ذلک من الروايات(٦) .

ولمّا كان الأمر فى الخمر واضحاً أدرجنا الكلام فيه .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٤ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٤ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٢ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٦ .

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

وأمّا كلّ مسكر مايع :

تدل على حرمة شربه تكليفاً وبطلان بيعه نصوص متعددة :

منها : صحيحة الفضيل بن يسار قال : ابتدأنى أبو عبد اللّه عليه السلام يوماً من غير أن أسأله فقال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : كلّ مسكر حرام ، قال : قلت : أصلحک اللّه كلّه حرام ؟ قال : نعم ، الجرعة منه حرام(١) .

بتقريب : الحرام فى « كلِّ مسكر حرام» ، مطلق يشمل حرمة شرب المسكر وحرمة بيعه وضعاً وتكليفاً .

ومنها : صحيحة أُخرى للفضيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - قال : حرّم اللّه الخمر بيعها وحرّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم المسكر من كلّ شراب ، فأجاز اللّه له ذلک - إلى أن قال - : فكثير المسكر من الأشربة نهاهم عنه نهى حرام ، ولم يرخّص فيه لأحد(٢) .

ومنها : حسنة كليب الصيداوى قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : خطب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فقال فى خطبته : كلّ مسكر حرام(٣) .

ومنها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من شرب مسكراً لم يقبل منه صلاته أربعين ليلة(٤) .

هذه الموثقة تدل حرمة شرب المسكر فقط .

ومنها : معتبرة أو صحيحة الفضيل بن يسار عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ اللّه عزّ وجل عند كلّ ليلة من شهر رمضان عتقاء يعتقهم من النار ، إلاّ من أفطر على مسكر ومن شرب مسكراً لم تحتسب له صلاته أربعين يوماً ومن مات فيها مات ميتة جاهلية(٥) .

ص: ١٠٠

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

وهذه كسابقتها فى الدلالة .

ومنها : موثقة أبى بصير عن أبى الحسن عليه السلام قال : إنّه احتضر أبى قال : يا بنىَّ إنّه لا ينال شفاعتنا من استخفّ بالصلاة ، ولا يرد علينا الحوض من أدمن هذه الأشربة ، قلت : يا أبة وايُّ الأشربة ؟ فقال : كل مسكر(١) .

هذه الموثقة أيضاً تدل على حرمة الشرب فقط .

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

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

ومنها : صحيحة اسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام – فى حديث – قال : فحرّم اللّه الخمر وحرّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم كل مسكر ، فأجاز اللّه ذلک كلّه له(٣) .

ومنها : حسنة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام – فى حديث – قال : حرّم اللّه الخمر بعينها وحرّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم المسكر من كلّ شراب ، فأجاز اللّه له ذلک(٤) .

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

ومنها : خبر عبد اللّه بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : إنّ اللّه عزّ وجل حرّم على شيعتنا الشراب من كل مسكرٍ وعوّضهم عن ذلک المتعة(٦) .

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

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٢٩ ح ١٤ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٣٠ ح ١٩ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٣٢ ح ٢٥ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٣٣ ح ٢٩ .
٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٧ / ٦٥ ح ١ .
٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٧ / ٦١ ح ١٤ .

بالخمر يدل على اشتراک کل مسکر مع الخمر فی الأحکام ، فکما أنّ شرب الخمر حرام فکذلک شرب کلِّ مسکرٍ حرام وهکذا ، کما أنّ بیع الخمر حرام کذلک بیع کلّ مسکر حرام أیضاً . هذا أولاً .

مضافاً إلی الإطلاق الوارد فی بعض هذه الروایات نحو : « کلّ مسکر حرامٌ »فی حسنة کلیب الصیداوی ، و« فحرَّم اللّه الخمر وحرّم رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم کلّ مسکر» فی صحیحة اسحاق بن عمار ، و« حرّم اللّه الخمر بعینها وحرّم رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم المسکر من کلّ شراب » فی حسنة أبی بصیر . والحرمة فی جمیع هذه الروایات مطلقة بالنسبة إلی الحرمة الوضعیة والتکلیفیة وتشملهما ، فتدلّ هذه الروایات بهذا البیان مضافاً إلی حرمة شرب کلّ مسکر تکلیفاً ، علی حرمة بیع کلّ مسکر یعنی بطلانه . وهذا کلّه ثانیاً .

وثالثاً : فی روایاتنا أطلق « الخمر » علی معنی یعمّ المسکر أو یشمل علی کلّ مسکر ، فحینئذ یترتّب علی کلّ مسکر جمیع أحکام الخمر حتّی حرمة بیعه تکلیفاً ، وتدل علیه عدة من الروایات :

منها : صحیحة علی بن یقطین عن أبی الحسن الماضی علیه السلام قال : إنّ اللّه عزّ وجل لم یحرِّم الخمر لاسمها ، ولکن حرّمها لعاقبتها ، فما کان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر(۱) .

ومنها : خبر آخر لعلی بن یقطین عن أبی إبراهیم علیه السلام قال : إنّ اللّه عزّ وجل لم یحرّم الخمر لاسمها ولکن حرّمها لعاقبتها ، فما فعل فعلَ الخمر فهو خمر(۲) .

بتقریب : إنّ عاقبة الخمر وفعلها الإسکار ، وهذه العاقبة والفعلة موجودة فی کلِّ مسکر ، فکلِّ مسکر خمر .

ومنها : خبر محمد بن عبد اللّه عن بعض أصحابنا قال : قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام : لِمَ حرَّم اللّه الخمر ؟ فقال : حرّمها لفعلها وفسادها(۳) .

ومنها : خبر أبی الجارود قال : سألت أبا جعفر علیه السلام عن النبیذ أخمر هو ؟ فقال علیه السلام : ما

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٢ ح ١ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٣ ح ٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٣ ح ٣ .

زاد على الترک جودة فهو خمر(١) .

يعنى إنّ مازاد شربه على تركه نشاطاً وفرحاً فى الطبع فهو خمر .

ومنها : خبر محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم بن موسى بن جعفر المروى فى دلائل الإمامة عن عمَّى أبيه الحسين وعلى ابنى موسى عن أبيهما عليه السلام عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن فاطمة عليهاالسلام قالت : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : يا حبيبة أبيها ، كلّ مسكر حرام وكلّ مسكر خمر(٢) .

أقول : روى الكلينى بسنده عن عطاء بن يسار عن أبى جعفر عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم مثلها(٣) .

ومنها : مرسلة الشيخ أبى الفتوح الرازى فى تفسيره عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : كلّ شراب عاقبته كعاقبة الخمر فهو حرام(٤) .

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

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

يدلّ على الإلحاق اطلاق بعض الروايات الواردة ، نحو حسنة كليب الصيداوى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فقد ورد فيها « كلّ مسكر حرام» ، وصحيحة إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام ورد فيها : « حرّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم كلّ مسكر» ، وصحيحة على بن يقطين « عن أبى الحسن الماضى عليه السلام قال : إنّ اللّه عز وجل لم يحرّم الخمر لاسمها ولكن حرّمها لعاقبتها ، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر» ، والإطلاقات الواردة فى غيرها من الروايات الماضية .

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

١- (١) الكافى ٦ / ٤١٢ ح ٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٣ ح ٤ .
٢- (٢) دلائل الإمامة / ٦٩ ح ٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧ / ٥٨ ح ٢ .
٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٠٨ ح ٣ .
٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٧ / ٦٦ ح ٣ .

بالروايات الواردة فيها لفظة « الشراب » أو « الأشربة » المايعة ، كما لا يبعد . وعدم صدق الخمر عرفاً على هذه المواد . والظاهر انصراف حتّى مثل صحيحة على بن يقطين عن هذه المواد .

وبالجملة ، إلحاق المسكرات الجامدة بالمايعة منها فى جميع الموارد التى ذكرناها بجهة الصناعة الفقهية والأدلة التفصيلية فى غاية الإشكال .

نعم ، يمكن الحكم بحرمة استعمال المسكرات الجامدة من جهة إضرارها على النفس ، وما يوجب من الإختلال فى المجتمع والنظام ، ومن هذه الجهة أيضاً يمكن الحكم ببطلان بيعها . وأمّا حرمة

بيعها تكليفاً وثبوت نجاستها ولزوم حدّ شرب الخمر على من استعملها فلا يمكن الذهاب إليها كما لا يخفى على من له إلمام بالفقاهة . والحمد للّه على ما انعم .

ص: ١٠٤

أمّا الفقاع

حرمة شرب الفقاع إجماعىٌ عندنا ، فلا يجوز بيعه ، ومَنْ شربه فعليه الحدّ .

تدل على حرمة شربه وبطلان بيعه وحدّه الروايات المتكثرة :

منها : موثقة ابن فضال قال : كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع ، فكتب ينهانى عنه(١) .

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

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

وقال أبو الحسن الأخير عليه السلام : حدّه حدّ شارب الخمر .

وقال عليه السلام : هى خُميرة استصغرها الناس(٢) .

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

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

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

١- (١) الكافى ٦ / ٤٢٣ ح ٥ .
٢- (٢) الكافى ٦ / ٤٢٣ ح ٩ .
٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٢٣ ح ١٠ .
٤- (٤) الكافى ٦ / ٤٢٤ ح ١١ .

هو خمر(١) .

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

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

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

ومنها : خبر زاذان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال : لو أنّ لى سلطاناً على أسواق المسلمين لرفعت عنهم هذه الخمرة - يعنى الفقاع -(٥) .

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

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

فرعان :

الأوّل : هل يجوز بيع الخمر للتخليل أم لا ؟

الروايات تدل على جواز تخليل الخمر :

منها : صحيحة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الخمر العتيقة تجعل خلاً ؟ قال : لا بأس(٧) .

١- (١) الكافى ٦ / ٤٢٤ ح ١٣ .

٢- (٢) الكافى ٦ / ٤٢٤ ح ١٥ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٢٤ ح ٢ .

٤- (٤) الكافى ٦ / ٤٢٣ ح ٤ .

٥- (٥) الكافى ٦ / ٤٢٣ ح ٦ .

٦- (٦) الكافى ٦ / ٤٢٣ ح ٨ .

٧- (٧) الكافى ٦ / ٤٢٨ ح ٢ .

ومنها : موثقة عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلاً ، قال : لا بأس(١) .

ومنها : موثقة أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الخمر تجعل خلاً ، قال : لا بأس إذا لم يجعل فيها ما يغلبها(٢) .

ومنها : موثقة أُخرى لعبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : فى الرجل إذا باع عصيراً فحبسه السلطان حتّى صار خمراً ، فجعله صاحبه خلاً ، فقال : إذا تحوّل عن اسم الخمر فلا بأس به(٣) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم وأبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سئل عن الخمر يجعل فيها الخلّ ؟ فقال : لا ، إلاّ ما جاء من قبل نفسه(٤) .

يعنى صار الخمر بنفسه خلاً ، لا بإضافة الخلّ فى الخمر وإراقته فيه .

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

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

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

وقد استدلوا على جواز بيع الخمر للتخليل بهذه الرواية وهى :

صحيحة جميل قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : يكون لى على الرجل دراهم ، فيعطينى بها خمراً ، فقال : خذها ثم أفسدها .

١- (١) الكافى ٦ / ٤٢٨ ح ٣ .

٢- (٢) الكافى ٦ / ٤٢٨ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧١ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧١ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧٢ ح ١٠ .

قال عليٌّ : واجعلها خلاًّ(١) .

المراد بعليّ الوارد فى آخر الصحيحة ، على بن حديد المذكور فى السند ، يعنى هذا توضيح منه أو تتمة الرواية بنقله لا على أمير المؤمنين عليه السلام كما هو واضح .

بتقريب : أجاز الإمام عليه السلام أخذ الخمر فى قبال الدراهم ثم جعلها خلاًّ ، ونفس هذا الأخذ معاملة قهرية ، فكما يجوز ذلک يجوز بيعها للتخليل .

وأجاب الشيخ الأعظم قدس سره عن هذا الاستدلال بوجهين : الأوّل : « المراد به إمّا أخذ الخمر مجاناً ثم تخليلها»(٢) .

الثانى : « أخذها وتخليلها لصاحبها ثم أخذ الخلّ وفاءً عن الدراهم»(٣) .

وأورد فى مصباح الفقاهة على الأوّل : « بأنّ أخذها مجاناً ثم تخليلها لنفسه لا يوجب سقوط الدَّين عن ذمة الغريم .

وعلى الثانى : بأن تخليلها لصاحبها لا يصحّح أخذ الخلّ وفاءً ما لم يأذن المالک فى ذلک ، والمالک إنّما أذن فى أخذ الخمر وفاءً لا فى أخذ الخلّ »(٤) .

ودافع بعض الأساتذه - مدّ ظله - عن الشيخ وقال : « يمكن أن يدافع عن الوجه الأوّل : بأنّ قبول ما يعطيه المديون بعنوان دينه ملازم لإبراء ذمّته منه .

وعن الثانى : بأنّ إذنه تعلّق بهذه العين الخارجية بذاتها وفاءً ، وهو مطلق شامل لجميع حالاتها وتطوّراتها ، وليس مقيّداً بحالة خمريتها فقط ، فتأمّل »(٥) .

وبالجملة ، يجوز نفس عمل تخليل الخمر كما تدلّ عليه هذه الروايات ، وأمّا رفع اليد عن الأدلة الواردة فى حرمة بيع الخمر وضعاً وتكليفاً فى مورد التخليل فمشكل جداً ، وغاية ما يمكن أن يقال فى صحيحة جميل الأخذ بها فى موردها الخاص وعدم التعدى منه إلى البيع

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧١ ح ٦ .

٢- (٢) المكاسب ١ / ٤٢ .

٣- (٣) المكاسب ١ / ٤٢ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٨٧ .

٥- (٥) دراسات فى المكاسب المحرمة ١ / ٤٥٦ .

للتخليل .

فلا يجوز بيع الخمر للتخليل . واللّه سبحانه هو العالم .

الثانى : هل يجوز التداوى بالخمر وبيعه لذلك أم لا ؟

ورد فى عدة من الروايات عدم جواز التداوى بالخمر :

منها : صحيحة عمر بن أُذينة قال : كتبت إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أسأله عن الرجل يبعث له دواء من ريح البواسير فيشربه بقدر أُسكرّجة من نبيذ صلب ليس يريد به اللّذّة وإنّما يريد به الدواء ؟ فقال : لا ولا جرعة . ثم قال : إنّ اللّه عز وجل لم يجعل فى شيءٍ ممّا حرّم شفاءً ولا دواءً(١) .

ومنها : موثقة الحلبى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن دواء عجن بالخمر ، فقال : لا واللّه ما أُحبّ أنظر إليه فكيف أتداوى به ، إنّه بمنزلة الخنزير أو لحم الخنزير وإنّ أناساً ليتداوون به(٢) .

ومنها : موثقة أو صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال : سألته عن الكحل يعجن بالنبيذ أيصلح ذلک ؟ فقال : لا(٣) .

لم ترد هذه الرواية فى صورة الإستشفاء والتداوى .

ومنها : صحيحة معاوية بن عمار قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام عن دواء عجن بالخمر نكتحل منها ؟ فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : ما جعل اللّه عزّ وجلّ فيما حرّم شفاءً(٤) .

ومنها : خبر الحلبى قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن دواء يعجن بخمر ، فقال : ما اُحبّ أن أنظر إليه ولا أشمّه فكيف أتداوى به(٥) .

١- (١) الكافى ٦ / ٤١٣ ح ٢ .
٢- (٢) الكافى ٦ / ٤١٤ ح ٤ .
٣- (٣) الكافى ٦ / ٤١٤ ح ٩ .
٤- (٤) الكافى ٦ / ٤١٤ ح ٦ .
٥- (٥) الكافى ٦ / ٤١٤ ح ١٠ .

ومنها : خبر إسماعيل بن محمّد قال : قال جعفر بن محمّد عليه السلام : نهى رسول اللّه عن الدواء الخبيث أن يتداوى به(٦) .

قد حملت هذه الرواية على الدواء الذى صنع من الخمر والمسكر .

ومنها : موثقة ابن أبى يعفور قال : كان إذا أصابته هذه الأوجاع [الأرواح [فإذا اشتدّت به شرب الحسو من النبيذ فتسكن عنه ، فدخل على أبى عبد اللّه عليه السلام إلى أن قال - : فأخبره بوجعه وشربه

النبيذ ، فقال له : يا ابن أبى يعفور لا تشربه ، فإنّه حرام ، إنّما هذا الشيطان موكّل بک ، فلو قد يئس منک ذهب ، فلما رجع إلى الكوفة هاج به وجع أشدّ ممّا كان ، فأقبل أهله عليه ، فقال : لا واللّه لا أذوق منه قطرة أبداً ، فآيسوا منه ، وكان يهمّ على شيءٍ ولا يحلف ، فلما سمعوا أيسوا منه ، واشتدَّ به الوجع أياماً ، ثم أذهب اللّه عنه ، فما عاد إليه حتّى مات(١) .

ومنها : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون : ... والمضطرُّ لا يشرب الخمر ، لأنّها تقتله ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : المضطرُّ لا يشرب الخمر ، فإنّها لا تزيده إلاّ شرّاً ، ولأنَّه إن شربها قتلته ، فلا يشرب منه قطرة(٣) .

ومنها : خبر قايد بن طلحة أنّه سأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن النبيذ يجعل فى الدواء ، فقال : لا [ليس] ينبغى لأحد أن يستشفى بالحرام(٤) .

ومنها : معتبرة حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث طويل فى أخبار آخر الزمان : ... ورأيت أموال ذوى القربى تقسّم فى الزُّور ويتقامر بها الخمور ، ورأيت الخمر

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٦ ح ٩ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٧ ح ١١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٧ ح ١٢ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٧ ح ١٣ .

يتداوى بها ويوصف للمريض ويستشفى بها ، الحديث(١) .

بعد التأمل فى هذه الروايات ظهر لى أنّ الأئمة عليهم السلام كانوا بصدد نفى الإستشفاء والتداوى بالخمر وغيرها من المحرّمات ، ولذا أجابوا فى بعض الروايات فى جواب الاستشفاء بالخمر بنحو عام نحو صحيحة عمر بن أذينة حيث قال الإمام عليه السلام فيها : « إنّ اللّه عز وجل لم يجعل فى شيءٍ ممّا حرّم شفاءً ولا دواءً » ، وصحيحة معاوية بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : « ما جعل اللّه عزّ وجلّ فيما حرّم شفاءً» وخبر قايد بن طلحة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال :

« لا ينبغى لأحد أن يستشفى بالحرام» .

إنّهم عليهم السلام نفوا الإستشفاء والتداوى بالمحرّمات بنحو عام لئلا يلعبَ الناس بالمحرّمات بقصد الإستشفاء والتداوى أو بداعيهما أو بدعواهما ، وعلى هذا لا فرق بين الخمر وغيرها من المسكرات والمحرّمات ، إذا كان المرض موجباً للضرر أو مهلكاً وانحصر الدواء فى الخمر أو غيرها من المسكرات أو المحرّمات ، فتجر أدلة الإضطرار وتنفى الحرمة التكليفية مادام الاضطرار باقياً .

فإذا جاز شربه ، جاز بيعه أيضاً لهذا الأمر ، وإن كان الأحوط حينئذ ترک صورة البيع والإتيان بالمعاوضة بطرق أُخرى .

تنبيه : هل يجوز بيع الكحول الطبيّة والصناعية أم لا ؟

نعم ، يجوز بيع هذه الكحول ، وهى محكومة بالطهارة للأصل ، ويجوز بيعها لوجود المنافع المحلّلة العقلائية فيها ، لإنصراف اسم الخمر عن هذه الكحول . ووجود بعض مراتب الإسكار فيها أو إمكان إعدادها للإسكار كما قيل ، لا يصدق عليها فعلاً اسم المسكر ، فلذا لا يصدق عليها خمر ولا مسكر ولا تشملها أدلة بطلان بيعها .

فبقى جواز بيعها على القاعدة الأوّلية وتشملها إطلاقات حلية البيع وجوازه ونفوذه ولزوم الوفاء به . والحمد للّه وهو العالم .

١- (٥) الكافى ٦ / ٤١٤ ح ٨ .

الثامنة : الأعيان المتنجّسة

هل يحرم المعاوضة وبيع الأعيان المتنجسة أم لا ؟

فصّل الشيخ الأعظم قدس سره بين الأعيان المتنجسة وذهب إلى عدم جواز بيعها إذا لم تكن قابلة للتطهير وتوقّف منافعها المحلّلة المعتدّ بها على الطهارة . ومع فقد هذين الشرطين أو أحدهما ذهب إلى جواز بيعها(١) .

فلابدّ لنا من البحث فى المقام من أنّ النجاسة على الشىء هل هى بنفسها مانعة من البيع والمعاوضة أم لا ؟

قد تمسكوا فى إثبات أنّ النجاسة العارضة مانعة من البيع بعدّة وجوه :

منها : وجود الإجماع على بطلان بيع المتنجس الذى لا يمكن تطهيره ، ادعاه ابن زهرة فى الغنية(٢) والعلامة فى المنتهى(٣) وظاهر ثانى الشهيدين فى المسالك(٤) وصريح النراقى فى المستند(٥) .

وفيه : أوّلاً : لم يتعرض قدماء الأصحاب لهذا الإجماع نحو الصدوق والمفيد والمرتضى والطوسى قدس سرهم وغيرهم من أساطين الفقه ، وعدم تعرضهم لهذا الإجماع أقوى شاهد على عدم وجوده .

وثانياً : يمكن أن يكون هذا الإجماع مدركيّاً ، ومدركهم سائر الأدلة الواردة فى المقام الذى نبحث فيه ، ومع وجود هذا الاحتمال لم يستكشف هذا الإجماع مِنْ قول المعصوم عليه السلام فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة .

١- (١) المكاسب ١ / ٤٣ .

٢- (١) الغنية / ٥٨٦ .

٣- (٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٠ .

٤- (٣) المسالک ١ / ١٦٤ ، (٣ / ١١٩ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ٧٠ .

وثالثاً: على فرض تحقق هذا الإجماع ، الظاهر أنّه منعقد على صورة عدم وجود منفعة محلّلة عقلائية للمتنجس ، بحيث ألغى الشارع المالية منه وإن عُدّ عند غير الملتزمين بالشريعة مالاً .

وأمّا على فرض وجود المنفعة المحلّلة فيجوز بيعه والإجماع لا ينفيه .

ومنها : أصل الفساد الجارى فى موارد الشک فى صحة المعاملة ، يعنى إذا شككنا فى صحة بيع المتنجس الأصل فى ذلک فساده ، ويمكن التعبير عنه باستصحاب عدم ترتب الأثر .

وفيه : إذا كان شيءٌ مالاً عند العرف ثم نشک فى صحة المعاملة عليه ، يشملها الإطلاقات الواردة فى حليّة البيوع ولزومها وتجارة عن تراض وجوازها . فبعد ورود هذه الإطلاقات يعنى - الأدلة اللفظية فى المقام لاتصل - النوبة إلى الأصل والاستصحاب .

ومنها : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»(٥) .

بتقريب : لزوم الإجتناب فى الآية الشريفة متفرع على الرجس ، يعنى العلّة التامة للإجتناب هى الرجس ، والرجس هو النجس ، وإطلاق الإجتناب يقتضى جميع التقلبات فيه ، ومنها البيع والمعاوضة .

وفيه : المراد بالرجس فى الآية الشريفة غير النجس المصطلح ، لأنّ الوارد فيها الميسر والأنصاب والأزلام ، ولم يذهب أحد إلى نجاسة هذه الأشياء ، فلا يمكن أن يكون الرجس فى الآية بمعنى النجس ، لأنّه يوجب خروج الموارد المذكورة منها وهو مستهجن . والظاهر أنّ المراد بالرجس فى الآية ما يقابل لفظة [پليدى] فى الفارسية ، وهذا غير النجاسة المصطلحة .

ومنها : قوله تعالى : «وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ»(١) :

بتقريب : الرجز بمعنى الرجس والنجاسة ، وإطلاق الهجرة منه يقتضى ترک جميع التقلبات فيه ، ومنها البيع والشراء والمعاوضة .

وفيه : تفسير الرجز والرجس بالنجاسة ، غير تام . روى صاحب مجمع البيان(٢) عن

١- (١) سورة المائدة / ٩٠ .

٢- (٢) سورة المدثر / ٥ .

المفسرين تفسير الرجز بالأصنام والأوثان والعذاب والمعاصى والفعل القبيح والخُلْق الذميم وحبّ الدنيا ، وأين هذا من تفسيره بالنجاسة المصطلحة . فهذا الإستدلال أيضاً عليلٌ .

ومنها : قوله تعالى : «وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ»(١) .

بتقريب : أنّ النجس من أظهر مصاديق الخبائث ، وأن إطلاق تحريمها يشمل تحريم جميع التقلبات فيها ، ومنها البيع والمعاوضة .

وفيه : أوّلاً : أن الخبيث ليس مرادفاً للنجس ، بل الظاهر أنّ المراد به ما يكون بذاته ردّياً وقبيحاً ، وتترتب عليه المضارّ والمفاسد . وهذا أعمٌّ من النجاسة المصطلحة .

وثانياً : أن الظاهر من تحريم الخبائث ، حيث نُسبت الحرمة إلى الأعيان ، تحريم الإنتفاعات والآثار المناسبة لها ، نحو الأكل والشرب واللبس ونحوها ، لا تحريم البيع والمعاوضة . يعنى الحرمة مع إضافتها إلى الخبائث – وهى من الأعيان – ظاهرها الحرمة التكليفية لا الوضعية بحيث تشمل بطلان المعاملة .

ومنها : رواية تحف العقول عن الصادق عليه السلام أنّه قال : « أمّا الوجوه الحرام من البيع

والشراءِ فكلّ أمر يكون فيه الفساد ... إلى أن قال عليه السلام : أو البيع للميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحوش أو الطير أو جلودها أو الخمر أو شيء من وجوه النجس ، فهذا كلّه حرام ومحرّم ، لأنّ ذلک كلّه منهى عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلب فيه بوجه من الوجوه لما فيه من الفساد ، فجميع تقلّبه فى ذلک حرام »(٢) .

وفيه : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب ضعف سند هذه الرواية وإرسالها واضطرابها وعدم صلاحيتها للدليلية ، فراجع ما حررناه هناک .

ومنها : النبوى المشهور « إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» .

بتقريب : أنّ اللّه تعالى حرّم المتنجس ، فحرّم ثمنه أيضاً ، وتحريم الثمن عبارة اُخرى عن تحريم المعاملة وبطلانها .

وفيه : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب أنّ هذه الرواية عامية لم ترد فى مصادرنا مسندةً ، وقد

١- (٣) مجمع البيان ١٠ / ٣٨٥ .

٢- (١) تحف العقول / ٣٣٣ .

وردت فى أكثر نقولهم مع كلمة « الأكل » ، فصارت الرواية بهذا المعنى : إنّ اللّه إذا حرم أكل شيءٍ حرم ثمنه أيضاً . فتدلّ على بطلان بيع المأكولات المتنجسة للأكل . ونحن نذهب إلى بطلان هذا ، ولكن أين هذا من بطلان المعاملة على جميع المتنجسات ؟ !

وبالجملة ، الرواية ضعيفة سنداً ودلالة .

ومنها : إلغاء الخصوصية من الروايات الواردة فى بطلان المعاملة فى الأعيان النجسة الماضية ، نحو : البول والغائط والميتة والدم والمنى والكلب والخنزير وغيرها ، بأنّ الوجه المشترك فى هذه الأعيان والعلة الغائية فى بطلان المعاملة عليها النجاسة ، فبيع جميع أفراد النجس باطلٌ .

وفيه : أوّلاً : هذا الاستدلال أشبه شيء بالقياس بل هو القياس بعينه ، وهو مردود فى مذهبنا مذهب أهل البيت عليهم السلام .

وثانياً : المنع الوارد فى الروايات بالنسبة إلى الأعيان النجسة المذكورة ، بلحاظ المنافع التى كانوا يشترونها لأجلها فى تلك الأعصار من الأكل والشرب وغيرهما ، ولا تدلّ على أنّ النجاسة مانعة مستقلة بذاتها .

ومنها : الروايات الواردة فى الأمر بإهراق الماء النجس المستلزم للنهى عن جميع أضداده الخاصة التى منها : بيعه وإمساكه وسائر التصرفات ، هكذا ذكره النراقى فى المستند(٢) .

ومن الروايات الآمرة بإهراق الماء النجس موثقه سماعة قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل معه إناءان فيها ماء ، وقع فى أحدهما قذر لا يدرى أيّهما هو ، وليس يقدر على ماء غيره ؟ قال : يهريقهما جميعاً ويتيمّم(١) .

ونظيرها موثقة أُخرى لسماعة(٢) وموثقة أبى بصير(٣) وصحيحته(٤) وصحيحة

ص:البزنطى(٥) وغيرها من الروايات .

وفيه : أولاً : عدم قبول هذا المبنى ، يعنى أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص .

وثانياً : الظاهر أنّ الأمر بالإهراق فى هذه الروايات لم يكن تعبدياً ، بل هو إشارة إلى عدم جواز التطهير والتوضى به . ولذا لم يذهب أحد من الأصحاب إلى وجوب إهراقه بحيث لو سقى أحد بهذا الماء دابته أو زرعه أو شجره كان عاصياً . فحينئذ لوفرض وجود منفعة محلّلة لهذه المياه المتنجسة

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٧٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١ / ١٥١ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١ / ١٥٤ ح ١٠ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١ / ١٥٢ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١ / ١٥٣ ح ٧ .

، يجوز استعمالها فيها ويجوز بيعها لتلك . فإذا كان الأمر فى الماء الوارد فى الروايات هكذا ففى غيرها بطريق أولى . فهذا الاستدلال أيضاً عقيم .

ومنها : وهى العاشرة : الأمر الوارد فى الروايات من إهراق المرقة المتنجسة بموت الفارة فيها ، أو قطرت قطرة خمر أو نبيذ أو دم فيها ، نحو : خبر زكريا بن آدم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قطرة خمر أو نبيذ مسكر قطرت فى قدر فيه لحم كثير ومرق كثير ؟ قال : يهراق المرق ، الحديث(١) .

ونحوه : خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (٢) ومعتبرة السكونى(٣) .

وفيه : أوّلاً : قد مرّ منّا الإشكال فى أنّ الأمر بالشىء هل يقتضى النهى عن ضده الخاص .

وثانياً : الأمر بالإهراق فى المرق كناية عن نجاسته وعدم جواز أكله أو شربه ، ولكن

إذا كانت له منفعة عقلائية محلّلة فيجوز استعمالها فى تلك ، فحينئذ يجوز بيعه .

كما وردت فى الروايات من بيع العجين بالماء النجس ممّن يستحل الميتة ، نحو صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى العجين من الماء النجس كيف يصنع به ؟ قال : يباع ممّن يستحلّ الميتة(٤) .

١- (٦) وسائل الشيعة ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .
٢- (٧) وسائل الشيعة ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .
٣- (٨) وسائل الشيعة ١ / ٢٠٦ ح ٢ .
٤- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٣ .

فنفس هذا الأمر الوارد فى الرواية بجواز بيع العجين ممّن يستحلّ الميتة ناقض للاستدلال .

وبالجملة ، جميع هذه الأدلة العشر فى المقام بالنسبة إلى إثبات بطلان بيع المتنجسات غير تامة . فحينئذ تجرى الإطلاقات الواردة فى حلّية البيوع وتجارة عن تراض ويحكم بصحة بيع المتنجسات .

فرعٌ :

ثم على القول المختار من صحة بيع المتنجسات وعدم كون النجاسة مانعة من صحة البيع هل يجب إعلام المشترى بالنجاسة أم لا ؟

الظاهر لزوم التفصيل فى ذلک بين ما يُستعمل عا دة فى الأكل والشرب ولزوم الإعلام فيه ، وما يُستعمل عادة للصلاة ونحوها وعدم لزوم الإعلام فى الثانى .

لأنّ عدم إعلام المشترى بالنجاسة لما يُستعمل فى الأكل والشرب يوجب تسبيب أكل أو شرب النجس وهو حرام . ولكن طهارة الثوب فى الصلاة شرط علمى لا شرط واقعى والصلاة مع الثوب النجس مع الجهل بالنجاسة صحيح .

ويشهد لما ذكرناه فى الأكل موثقة أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الفارة تقع فى السمن أو الزيت فتموت فيه ؟ فقال : إن كان جامداً فتطرحها وما حولها ويؤكل ما بقى وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته(١) .

ونظيرها خبر معاوية بن وهب(٢) وخبر إسماعيل بن عبد الخالق(٣) .

ويشهد لما ذكرناه فى الثوب موثقة ابن بكير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل

أعار رجلاً ثوباً فصلّى فيه وهو لا يصلّى فيه ، قال : لا يُعلمه ، قال : قلت : فإن أعلمه ؟ قال : يعيد(٤) .

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٣ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٤ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٥ .
٤- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٨٨ ح ٣ .

الأمر بالإعادة فى ذيل الرواية إمّا محمول على الإستحباب أو الإعلام فى أثناء الصلاة ، كما تدلّ على عدم لزوم الإعادة صحيحة العيص بن القاسم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل صلّى فى ثوب رجل أياماً ، ثم إنّ صاحب الثوب أخبره أنّه لا يصلّى فيه ؟ قال : لا يعيد شيئاً من صلاته(١) .

١- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٤٧٥ ح ٦ .

حكم بيع المسوخ

المسوخ على قسمين :

١ - بريّة : نحو القِرد والدُّب والكلب والخنزير والذئب والفأرة والضب والأرنب والطاوس والوطواط [و الخطاف أو الخفاش] والعنقا والثعلب واليربوع والقنفذ والطافى [الذى هو قسم من الحيات ، وقيل : إنّها السمک الميت فى الماء فحينئذ يدخل فى القسم الثانى [والفيل .

٢ - بحريّة : نحو الجرى والدعموص والضفادع والسلاحف والنمار والتمساح والسرطان ، وهو عقرب الماء له ثمانية أرجل وعيناه فى كتفه وصدره يمشى على جانب واحد . ذكر كلّ ذلک صاحب الجواهر قدس سره (١) .

وعدّ فى بعض الروايات المسوخ ، ومنها : خبر على بن مغيرة عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال : المسوخ من بنى آدم ثلاثة عشر صنفاً : منهم القردة والخنازير والخفاش والضب والفيل والدُّب والدعموص والجرّيث [الجرى] والعقرب وسهيل والقنفذ والزهرة والعنكبوت ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر معتب عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : سألت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن المسوخ ؟ فقال : هم ثلاثة عشر : الفيل والدُّب والخنزير والقرد والجريث [الجرى] والضبّ والوطواط والدعموص والعقرب والعنكبوت والأرنب وسهيل والزهرة ، الحديث(٣) .

راجع للتوسع وسائل الشيعة ١٠٤/٢٤ الباب ٢ من أبواب أطعمة المحرمة ومستدرک

١- (١) جواهر الكلام ٢٢ / ٣٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٩ ح ١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١١٠ ح ١٣ .

الوسائل ١٦٦/١٦ وجامع احاديث الشيعة ١٥٧/٢٨ وبحار الانوار ٢٢٠/٦٢ طبعة بيروت وكتابنا موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢٤٤/١٠ .

ثم اعلم أن الإجماع منّا ومن العامة منعقد على حرمة أكل لحم المسوخ ، وتدلّ عليه

جملة من النصوص :

منها : حسنة الحسين بن خالد قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : أيحلّ أكل لحم الفيل ؟ فقال : لا ، فقلت : لِمَ ؟ قال : لأنّه مثلة ، وقد حرّم اللّه لحوم الأمساخ ولحم ما مثل به فى صورها(١) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن أكل الضبّ ؟ فقال : إنّ الضبَّ والفارة والقردة والخنازير مسوخ(٢) .

ومنها : موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال : وحرّم اللّه ورسوله المسوخ جميعاً(٣) .

وأمّا طهارة المسوخ محلّ وفاق بين أصحابنا والإجماع منّا منعقد على انحصار النجس من الحيوان فى الكلب والخنزير البرّيين فقط ، وتدل على طهارة المسوخ عدّة من الروايات :

منها : صحيحة الفضل أبى العباس قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن فضل الهِرّة والشاة والبقرة والإبل والحمار والخيل والبغال والوحش والسباع ، فلم أترك شيئاً إلاّ سألته عنه ؟ فقال : لا بأس به ، حتّى انتهيت إلى الكلب ؟ فقال : رجس نجس لا تتوضأ بفضله وأصبب ذلک الماء واغسله بالتراب أوّل مرّة ثم بالماء(٤) .

ومنها : خبر معاوية بن شريح قال : سأل عذافر أبا عبد اللّه عليه السلام وأنا عنده عن سؤر السنور والشاة والبقرة والبصير والحمار والفرس والبغل والسباع ، يشرب منه أو يتوضّأ منه ؟

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٤ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٤ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٥ ح ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١ / ٢٢٦ ح ٤ الباب ١ من أبواب الأسأر .

فقال : نعم ، أشرب منه وتوضأ . قال : قلت له : الكلب ؟ قال : لا ، قلت : أليس هو سبع ؟ قال : لا واللّه إنّه نجس ، لا واللّه إنّه نجس(١) .

وأمّا بيع المسوخ : فقد استدلوا على بطلان بيعها بعدة من الوجوه :

منها : الإجماع منعقد على عدم جواز بيعها ، إدعاه الشيخ فى الخلاف(٦) والمبسوط(٧) .

وفيه : أوّلاً : تحصيل الإجماع بل وجوده ممنوع ، نعم المشهور بين قدماء الأصحاب حرمة بيع المسوخ .

وثانياً : يمكن أن يكون هذا الإجماع مدركيّاً ، فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة .

ومنها : المسوخ كلّها نجس ، وكلّ نجس لا يجوز بيعه ، فالمسوخ لا يجوز بيعها .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا طهارة المسوخ آنفاً ، وهذا منع الصغرى .

ثانياً : قد مرّ منّا أنّ النجاسة ليست مانعة مستقلة من البيع ، إذا كان للمبيع منفعة محلّلة عقلائية ، وهذا منع الكبرى .

ومنها : الإجماع من المسلمين على حرمة أكل لحم المسوخ كما مرّ ، وورد فى النبوى المشهور : « إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» ، فإذا حرّم اللّه أكل المسوخ حرّم ثمنها أيضاً ، فتدل على بطلان معاملتها .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب أنّ النبوى لم يرد فى مصادرنا الروائية مسنداً ، فالرواية ليست إلاّ مرسلة عامية ، فلا تصلح للدليلية .

وثانياً : عدم وجود الملازمة بين حرمة أكلها وحرمة بيعها ، لا سيما إذا كان لها منافع محلّلة عقلائية غير الأكل .

هذا ، وقد وردت فى عدة من الروايات جواز الإنتفاع ببعض أجزاء المسوخ نحو : عظام الفيل والتمشط بها وجواز بيعها ، وهكذا وردت الانتفاع بجلود السباع مطلقاً وبعضها

١- (٥) وسائل الشيعة ١ / ٢٢٦ ح ٦ .

من المسوخ :

منها : خبر عبد الحميد بن سعيد قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن عظام الفيل يحلّ بيعه أو شراؤه الذى يجعل منه الأمشاط ؟ فقال : لا بأس ، قد كان لأبى منه مشط أو أمشاط(١) .

ومنها : خبر موسى عن يزيد قال : رأيت أبا الحسن عليه السلام يتمشّط بمشط عاج واشتريته له(٢) .

ومثله : خبر موسى بن بكر(٣) .

وهذه الروايات - مضافاً إلى دلالتها على جواز الإنتفاع - تدل على جواز البيع أيضاً .

ومنها : خبر الحسن بن عاصم قال : دخلت على أبى إبراهيم عليه السلام وفى يده مشط عاج يتمشّط به ، فقلت له : جعلت فداك ، إنّ عندنا بالعراق من يزعم أنّه لا يحلّ التمشّط بالعاج ، فقال : ولم ؟ فقد كان لأبى منها مشط أو مشطان ، ثم قال : تمشّطوا بالعاج ، فإن العاج يذهب بالوباء(٤) .

ومنها : رواية القاسم بن الوليد قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن عظام الفيل مداهنها وأمشاطها ؟ قال : لا بأس به(٥) .

ومنها : رواية عبد اللّه بن سليمان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن العاج ؟ فقال : لا بأس به وإنّ لى منه لمشطاً(٦) .

وقد وردت عدة من الروايات المعتبرة فى جواز الإنتفاع بجلود السباع وهى تشمل باطلاقها المسوخ من السباع ، فتدلّ على جواز الإنتفاع بجلود المسوخ بإطلاقها :

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٤ .

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٦٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧١ ح ٢ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٢ / ١٢٣ ح ٢ الباب ٧٢ من أبواب آداب الحمام .

٥- (٢) وسائل الشيعة ٢ / ١٢٢ ح ١ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ٢ / ١٢٣ ح ٣ .

منها : صحيحة على بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن لباس الفراء والسمور والفنک والثعالب وجميع الجلود ؟ قال : لا بأس بذلک(١) .

ومنها : موثقة سماعة قال : سألته عن لحوم السباع وجلودها ؟ فقال : أمّا لحوم السباع فمن الطير والدواب فإنّا نكرهه ، وأما الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا منها شيئاً تصلّون فيه(٢) .

لا يضر إضمار الرواية ، لأنّ مضمِرَه سماعة ، وأمّا الكراهة الواردة فى الرواية بالنسبة إلى اللحوم هى الحرمة لا الكراهة المصطلحة .

ومنها : موثقة أُخرى لسماعة قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن جلود السباع ؟ فقال : إركبوها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلّون فيه(٣) .

ونظيرها موثقة ثالثة لسماعة فراجعها(٤) .

ومنها : معتبرة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن ركوب جلود السباع ؟ فقال : لا بأس ما لم يُسجد عليها(٥) .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن جلود السباع وبيعها وركوبها أيصلح ذلک ؟ قال : لا بأس ما لم يسجد عليها(٦) .

من مجموع هذه الروايات ظهر جواز الإنتفاع بالمسوخ ، فإذا جاز الإنتفاع بها جاز بيعها على القاعدة الكليّة التى مرّت من الملازمة بين جواز الانتفاع وجواز البيع ، وعلى هذا لا بأس ببيع المسوخ كما عليه أكثر المتأخرين ، نحو : ثانى الشهيدين فى المسالک(٧) وصاحب الرياض(٨) وصاحب

١- (٤) وسائل الشيعة ٢ / ١٢٣ ح ٤ .
٢- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٢ ح ١ .
٣- (٦) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٣ ح ٣ .
٤- (٧) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٣ ح ٤ .
٥- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٤ ح ٦ .
٦- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٣ ح ٥ .
٧- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٢ ح ٥ .
٨- (٤) مسالک الأفهام ١ / ١٦٥ .

الجواهر(١)والفاضل النراقى فى مستند الشيعة(٢) . مضافاً إلى دلالة الرواية الأخيرة على جواز بيع جلود السباع ، وهى بإطلاقها تشمل المسوخ .

تتمة : قد ورد النهى عن بيع القردة فى رواية ، وهى من المسوخ ، فهل يمكن التعدى منها إلى غيرها من المسوخ أم لا ؟

أمّا الرواية فهى : خبر مسمع عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن القرد أن يُشترى وأن يُباع .

والرواية ضعيفة سنداً ، محمولة على صورة عدم الإنتفاع المعتدّ بالقرد أو المحرّم ، كالإطافة به للعلب كما هو الغالب فى تلك الأعصار ، أو محمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين الأدلة السابقة .

ثم فليعلم أنّ للقردة منفعة عظيمة فى أعصارنا ، لأجل الفحوص الطبيّة وكشف الأمراض والأدوية المفيد لها ، ولذا يجوز بيعها لأجل هذه المنافع . وحيث لا يمكن الأخذ بالرواية فى موردها فكيف يمكن التعدى منها إلى غيرها . من المسوخ ؟ !

فيجوز بيع المسوخ من القردة وغيرها واللّه سبحانه هو العالم والحمد للّه رب العالمين .

١- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٤٨ طبع آل البيت عليهم السلام .
٢- (٦) الجواهر ٢٢ / ٣٥ .

مسائل أربع

الأولى : بيع المملوك الكافر

اشارة

بناءً على أنّ النجاسة مانعة استقلالاً من جواز البيع نبحث عن هذه المسائل الأربع بعنوان المستثنيات من الأعيان النجسة أو المتنجسة ، وأمّا بناءً على مختارنا من عدم كون النجاسة مانعة استقلالاً من جواز البيع ، فجواز بيع هذه الأربع على القاعدة الأوليّة وليس من المستثنيات ، فنقول .

أمّا المملوک الکافر فینقسم إلی ثلاثة أقسام :

١ - الکافر الأصلی :

یعنی الأمة أو العبد الکافران اللّذان لم یدخلا فی الإسلام ، وهذا القسم یجوز بیعه بلا خلاف ، وتدل علیه إطلاقات جواز بیع العبید :

منها : معتبرة عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه قال : سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رقیق أهل الذمة أشتری منهم شیئاً ؟ فقال : اشتر إذا أقرّوا لهم بالرق(١) .

ومنها : معتبرة إسماعیل بن الفضل قال : سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شراء مملوک أهل الذمة ؟ قال : إذا أقرّوا لهم بذلک فاشتر وانکح(٢) .

ومنها : صحیحة رفاعة النخاس قال : قلت لأبی الحسن علیه السلام : إنّ الروم یغزون علی الصقالبة والروم ، فیسرقون أولادهم من الجواری والغلمان ، فیعمدون إلی الغلمان فیخصونهم ثمّ یبعثون بهم إلی بغداد إلی التجّار ، فما تری فی شرائهم ونحن نعلم أنّهم قد سرقوا ، وإنّما أغاروا علیهم من غیر حرب کانت بینهم ؟ فقال : لا بأس بشرائهم ، إنّما أخرجوهم من الشرک إلی دار الإسلام(٣) .

١- (١) وسائل الشیعة ١٨ / ٢٤٣ ح ١ .
٢- (٢) وسائل الشیعة ١٨ / ٢٤٣ ح ٢ .
٣- (٣) وسائل الشیعة ١٨ / ٢٤٤ ح ١ .

ومنها : صحیحة إبراهیم بن عبد الحمید عن أبی الحسن علیه السلام فی شراء الرومیات ، فقال : اشترهنّ وبعهنّ(١) .

هذه الروايات بإطلاقها تدل على جواز بيع المملوك الكافر الأصلى .

٢ - القسم الثانى : الكافر المرتد الملى

يعنى العبد كان كافراً أوّلاً ثم دخل فى الإسلام ثم رجع إلى كفره ، فصار إرتداده إرتداداً ملياً وحكمه : إن كان رجلاً يُستتاب ثلاثة أيام أو بمقدار يمكن معه الرجوع إلى الإسلام فإن تاب فهو وإلاّ قتل ، ولا تزول منه أملاكه مادام حيّاً ، ولكن ينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويراعى انقضاء عدّتها ، فإن تاب فيها رجع إليها .

وإن كان إمراة لم تقتل بل تحبس ويضيق عليها حتّى تتوب أو تخلد فى السجن .

ثم إذا كان العبد مرتداً ملّياً فهل يجوز بيعه أم لا ؟ المشهور بين الأصحاب بل ادعى عليه الإجماع الجواز ، لأنّ العبد المرتد الملّى مال وله منافع محلّلة فيجوز بيعه ويشمله الإطلاقات الواردة فى الروايات الماضية وغيرها من جواز بيع العبيد والإماء .

٣ - القسم الثالث : الكافر المرتد الفطرى

يعنى العبد ولد على الإسلام - بأن كان أبواه أو أحدهما مسلماً ثم دخل فى الكفر - وحكمه : إن كان رجلاً لا تقبل توبته ظاهراً وإن كانت تقبل بينه وبين اللّه تعالى ، فيحكم الحاكم الشرعى بقتله و تبين منه زوجته وتعتدّ منه عدّة الوفاة وتقسّم أمواله بين ورثته .

وإن كان إمرأة لم تقتل بل تحبس ويضيّق عليها حتّى تتوب أو تخلد فى السجن .

قد استشكل جواز بيع العبد الكافر المرتد الفطرى بعض الأصحاب ، لأنّه فى معرض التلف لوجوب قتله .

وفيه : وجوب قتله بعد ثبوت الإرتداد عند الحاكم الشرعى وصدور الحكم منه على قتله ، ويلزم أيضاً بسط يد الحاكم الشرعى حتى يجرى حكمه ، وربّما يمكن عدم وجود الحاكم أو عدم بسط يده أو عدم ثبوت الإرتداد عنده أو فرار المرتد من الحكم والحاكم .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٤٥ ح ٢ .

وبالجملة ، يمكن بقاء المرتد الفطرى عادةً وخارجاً فيجوز بيعه .

مضافاً إلى فرض إجراء الحكم عليه ، يمكن عتقه قبل إجراء الحكم كفارةً أو نذراً أو عهداً ونحوها ، فله المنفعة المحلّلة حتّى فى هذه الصورة فيجوز بيعه .

نعم ، فى هذا الفرض الأخير صارت قيمته أقل ممّا كان سابقاً ، وقلّة القيمة لا تضرّ بصحة البيع .

ففى جميع هذه الأقسام الثلاثة ، يجوز بيع العبد أو الأمة الكافرين .

فرعٌ :

فى زماننا هذا إذا باعوا امرأة أو رجلاً فى البلاد الاسلامية أو بلاد الكفر هل يجوز شراؤهم وهل يحكم عليهم بأنّهم رقٌّ وعبيدٌ وأماء يعنى هل يحكم عليهم أحكام العبيد والإماء أم لا ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - عدم ترتب أحكام العبيد والإماء عليهم ، فلا يجوز النظر إذا كانت امرأة أو وطيها مثلاً ، لأنّ الوارد فى الروايات الماضية أنّ ملاك الرقية والعبودية المصطلحة ، الإقرار من الناس وفى السوق وفى المجتمع بأنّهم رقيقٌ وعبيدٌ نحو : معتبرة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : اشتر إذا أقرّوا لهم بالرق(١) .

ومعتبرة إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إذا أقرّوا لهم بذلک فاشتر وانكح(٢) .

وخبر زكريا بن آدم عن الرضا عليه السلام قال : إذا أقرّوا لهم بالعبودية فلا بأس بشرائهم ، الحديث(٣) .

والظاهر من هذه الروايات أنّ ملاک الرقية الإقرار بها فى شأنهم فى السوق أو فى

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٤٣ ح ١ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٤٣ ح ٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٤٥ ح ٣ .

المجتمع الإنسانى أو عند الناس ، وهذا الإقرار فى شأن هؤلاء الأفراد فى زماننا هذا مفقود ، لأنه لا يتفوه أحدٌ بأنّهم رقيق أو عبيد أو أماء ونحو ذلک ، فلا يحكم عليهم بأحكام العبيد والإماء ، فإذا لم يحكم بأنّهم مملوكون فلا يجوز بيعهم وشراؤهم ، لأنه لا يجوز بيع الأحرار .

وبالجملة ، لا يجوز بيع وشراء هؤلاء رجالاً ونساءً ، كفاراً كانوا أو مسلمين ، ولا يترتب عليهم أحكام العبيد والإماء المماليک فى الشريعة المقدسة . واللّه سبحانه هو العالم .

المسألة الثانية : بيع الكلب

قد مرّمنّا مفصلاً جواز بيع الكلاب المعلّمة ، سواءً كانت للصيد أو الحائط أو الزرع أو الحرس أو الماشية أو للشرطة أو للأمن أو غيرها . والمدار فى جواز بيع الكلب عندنا كونه معلّماً بحيث صار ذا منفعة محللّة عقلائية . هذا بناءً على المختار .

وأمّا بناءً على أنّ النجاسة مانعة مستقلة للبيع ، فبيع الكلب يكون من المستثنيات ، وقد مرّ منّا أنّ النجاسة ليست مانعة مستقلة من جواز البيع . فراجع ما حررناه هناك .

المسألة الثالثة : العصير العنبى إذا غلى ولم يذهب ثلثاه

اشارة

هذه المسألة مبنية على أمرين :

١ – نجاسة العصير العنبى اذا غلى ولم يذهب ثلثاه .

٢ – عدم جواز بيع النجاسات وهى مانعة مستقلة من جواز البيع .

ويمكن المناقشة فى كلا الأمرين :

أمّا الأوّل : قد يقال : بطهارة العصير العنبى إذا غلى ولم يذهب ثلثاه ، لعدم وجود دليل على نجاسته وأنّ الأصل فى الأشياء هو الطهارة ، وما ورد من تشبيهه بالخمر فليس من جهة النجاسة بل من جهة حرمة شربه ، فإذا ذهبنا إلى طهارته يخرج هذا الفرض من تحت المستثنيات .

وأمّا الثانى : فقد مرّ منّا مفصلاً بأن النجاسة لم تكن مانعة مستقلة من جواز البيع ، فلا نعيد الكلام فيه .

قد يقال : بوجود روايات مانعة من صحة بيع العصير العنبى أو غيره إذا غلى ، فيحكم

ببطلان بيعه لهذه الروايات وإن كان مقتضى القاعدة الأوّلية صحة البيع ولكن مع ورود هذه الروايات يحكم ببطلانه :

منها : خبر محمد بن الهيثم عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن العصير يطبخ بالنار حتّى يغلى من ساعته ، أيشربه صاحبه ؟ فقال : اذا تغيّر عن حاله وغلى فلا خير فيه ، حتّى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه(١) .

بتقريب : جواز بيعه وأخذ الثمن فى قباله من جملة الخير المنفى فى الرواية ، فلا يجوز بيعه .

وفيه : أولاً : الرواية مرسلة فلا يمكن الاعتماد عليها .

وثانياً : ظاهر سؤال السائل فى جواز الشرب وعدمه ولا إطلاق فيه حتّى يشمل البيع ، فالبيع أجنبى عن هذه المرسلة .

ومنها : خبر أبى كهمس قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام عن العصير ، فقال : لى كرم وأنا أعصره كلّ سنة واجعله فى الدنان وأبيعه قبل أن يغلى ، قال عليه السلام : لا بأس به ، وإن غلى فلا يحلّ بيعه .

ثم قال : هو ذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً(٢) .

بتقريب : أن جملة « وإن غلى فلا يحلّ بيعه» نص فى بطلان بيع العصير العنبى إذا غلى ، فلا يجوز بيعه بعد الغليان .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة السند بأبى كهمس ، وهو كنية للهيثم بن عبد اللّه أو الهيثم بن عبيد ، ولم يثبت وثاقتهما ويمكن اتحادهما .

وثانياً : ظاهر جملة « وإن غلى فلا يحلّ بيعه » ، الغليان من قبل نفس العصير يعنى النشيش لا الغليان بالنار ، ولا أقلّ من احتماله ، فإذا جاء الإحتمال بطل الإستدال .

وثالثاً : من جواب الإمام عليه السلام فى ذيل الرواية من بيع تمره ممّن يعلم أنّه يصنعه خمراً

۱- (۱) وسائل الشيعة ۲۵ / ۲۸۵ ح ۷ .

۲- (۱) وسائل الشيعة ۱۷ / ۲۳۰ ح ٦ .

يظهر أنّ سؤال السائل عن جواز بيع عصيره ممّن يعلم أنّه يصنعه خمراً أو عدمه ، وأجازه الإمام عليه السلام بقوله فى ذيل الرواية : « هو ذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً » ، فلا إطلاق فى الرواية حتّى تشمل عدم جواز بيع العصير العنبى بعد الغليان .

ورابعاً : على فرض وجود الإطلاق وشمولها لعدم جواز بيع العصير بعد الغليان ، تدلّ على عدم جواز بيعه إذا باعه للشرب فى هذه الحالة ، ولكن إذا باعه لِمَنْ أراد أن يذهب ثلثاه ثم يشربه فلا بأس به .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يبتاعه ليطبخه أو يجعله خمراً ؟ قال : إذا بعته قبل أن يكون خمراً وهو حلال فلا بأس(۱) .

بتقريب : أن مفهوم هذه الرواية تدلّ على عدم جواز بيع العصير بعد حرمته بالغليان ، لأنّ منطوقها جواز بيعه قبل أن يكون خمراً وهو حلال . فالرواية بمفهومها تدلّ على بطلان بيع العصير العنبى بعد الغليان .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة الإسناد بعلى بن أبى حمزة البطائنى الراوى عن يحيى بن القاسم أو أبى القاسم الأسدى المكفوف الثقة .

وثانياً : سؤال السائل عن بيع العصير قبل غليانه لمن يجعله دبساً بالغليان أو يجعله

خمراً ، ولعلّ العمدة فى السؤال هو الثانى ، يعنى بيع العصير لمن يجعله خمراً وأجازه الإمام عليه السلام . وصار مفاد الرواية نحو مفاد خبر أبى كهمس الماضية . فلا تدلّ على حرمة بيع العصير بعد الغليان .

وثالثاً : الرواية بصدد بيان حكم المنطوق لا المفهوم ، فلا اطلاق لها والمتيقن منها فرض بيع العصير العنبى لمن يجعله خمراً .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام وسئل عن الطلا ، فقال : إن طبخ حتّى يذهب منه إثنان ويبقى واحد فهو حلال ، وما كان دون ذلک فليس فيه خير(٢) .

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٩ ح ٢ .
٢- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٢٨٥ ح ١ .

بتقريب : ما مرّ فى خبر محمد بن الهيثم من جواز بيعه وأخذ الثمن فى قباله وأنه من جملة الخير المنفى فى الرواية ، فلا يجوز بيعه بعد الغليان وقبل ذهاب ثلثيه .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة السند بعلى بن أبى حمزة البطائنى .

وثانياً : ظاهر السؤال عن جواز شربه لا بيعه ، ولا أقل من أنّ هذا محتمل ، و إذا جاء الإحتمال بطل الإستدال .

وثالثاً : لا إطلاق فى الرواية حتّى تشمل حرمة البيع بعد الغليان .

وبالجملة ، هذه الروايات الأربع لا تدل على بطلان بيع العصير العنبى بعد غليانه وقبل ذهاب ثلثيه ، فالبيع باق على حلّيته ، فيجوز بيعه حينئذ كما عليه المشهور من أصحابنا رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين .

وبما ذكرنا ظهر ما فى بيان المحقق النائينى قدس سره حيث يقول : « والإنصاف ظهور الروايات الخاصة فى حرمة البيع ، فلو ثبت إعراض الأصحاب عنها فهو ، وإلاّ فالجواز مشكل ، وإعلامه بغليانه لا يؤثر فى الجواز بعد ظهور الأخبار ، لا سيما الأوّلين فى حرمة بيعه فتأمل جيّداً »(١) .

مراده قدس سره بالأوليّن خبر أبى كهمس وخبر أبى بصير الأوّل الماضيين ، ولعلّ أمره بالتأمل فى آخر كلامه إشارة إلى ما ذكرناه فى المتن .

فرعٌ سيالٌ :

إذا غصب العصير العنبى ثم أغلاه ، هل يضمن ثلثيه أم لا ؟

الظاهر أن ضمان الغاصب منوط بالقيمة السوقية للدبس مثلاً ، يعنى إذا كانت القيمة السوقية للدبس أكثر أو مساوية مع العصير فلا ضمان للغاصب ، لعدم تنزل ماليّة الشيء فى يده ، ولكن إذا كانت قيمته أقل كان الغاصب ضامناً بمقدار تقليل القيمة .

ثم هل يجوز للغاصب أنّ يدعى أجرة مثل تبديل العصير بالدبس وأخذ الأجرة من المالک ؟

١- (٢) منية الطالب ١ / ٢٤ طبع جماعة المدرسين .

الظاهر أنّه حيث عمل ذلک من غير أمر المالک وإذنه فلا يجوز له أخذ الأجرة فى قباله وكان عمله هدراً .

وهذا الفرع سيال يأتى فى موارد متعددة ، مثلاً لو سرق شخص سيارةً واحتاجت إلى التعمير وأعطى السارق أجرة تعميرها ثمّ ردها إلى صاحبها ، فهل للسارق أن يأخذ من صاحب السيارة ما صرفه على التعمير أم لا ؟

الظاهر أنّه لا يجوز للسارق هذا الإدعاء والأخذ وليس على المالک إعطاء هذه المصارف ، لأنّه تصرف فى ماله بغير إذنه ورضاه . نعم لوزاد السارق فى السيارة بالأعيان المستقلة يجوز له أخذها من السيارة ، لأنّ السارق مالک لهذه الأعيان المستقلة وله أن يسترد ما ملكه .

المسألة الرابعة : المعاوضة على الدهن المتنجس

اشارة

أُدعى الإجماع على جواز بيع الدهن المتنجس ، ادعاه الشيخ فى الخلاف(١) وابن زهرة فى الغنية(٢) وابن إدريس فى السرائر(٣) وصاحبا الجواهر(٤) والمستند(٥) .

ومن ذهب إلى أن النجاسة مانعة مستقلة من جواز البيع عنون هذا الفرض بنحو الاستثناء ، وأمّا على المختار من عدم مانعية النجاسة للبيع فيطرح ويعنون على القاعدة الأوّلية الكليّة من صحة بيعه .

وكيف ما كان تدل على جواز بيعه عدّة من الروايات المعتبرة :

منها : صحيحة معاوية بن وهب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت : جرذ مات فى زيت أو سمن أو عسل ، فقال : أمّا السمن والعسل فيؤخذ الجرذ وما حوله ، والزيت يستصبح به(٦) .

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٧ .

٢- (٢) الغنية / ٥٨٦ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٣ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ٧٢ .

٦- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٧ ح ١ و ٢٤ / ١٩٤ ح ١ .

يمكن المناقشة فى دلالة هذه الصحيحة على جواز البيع ، وغاية ما يُستفاد منها جواز الإنتفاع من الزيت المتنجس ، إلاّ أن يقال : بجواز بيع كلّ ما يجوز الإنتفاع به كما هو المختار .

نعم ، فى نقل الشيخ للرواية توجد هذه الزيادة : وقال عليه السلام فى بيع ذلک الزيت : يبيعه ويبيّنه لِمَنْ اشتراه ليستصبح به(١) .

ومع وجود هذه الزيادة وإثباتها تدل الصحيحة على جواز بيعه من دون احتياج إلى القاعدة الملازمة بين جواز الإنتفاع وجواز البيع .

والظاهر أنه لابدّ من الأخذ بهذه الزيادة ، لأنّ الأصل عدم الزيادة وأنّها مِنْ متن الرواية وليست بزيادة وإضافة من الراوى .

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : إذا وقعت الفأرة فى السمن فماتت فيه فإن كان جامداً فألقها ومايليها ، وإن كان ذائباً فلا تأكله واستصبح به ، والزيت مثل ذلک(٢) .

المناقشة فى هذه الصحيحة كالصحيحة الماضية .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الفأرة تقع فى السمن أو فى الزيت فتموت فيه ، فقال : إذا كان جامداً فتطرحها وما حولها ويؤكل ما بقى ، وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته(٣) .

ومنها : موثقة معاوية بن وهب وغيره عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى جرذ مات فى زيت ، ما تقول فى بيع ذلک ؟ فقال : بعه وبيّنه لمن اشتراه ليستصبح به(٤) .

ومنها : صحيحة الحلبى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الفأرة والدابة تقع فى الطعام والشراب فتموت فيه ، فقال : إن كان سمناً أو عسلاً أو زيتاً فإنّه ربّما يكون بعض هذا ، فإن كان

الشتاء فانزع ما حوله وكله ، وإن كان الصيف فارفعه حتّى تسرّج به ، وإن كان ثرداً فاطرح

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٩٤ ح ١ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٧ ح ٢ و ٢٤ / ١٩٤ ح ٢ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٣ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٤ .

الذى كان عليه ، ولا تترک طعامک من أجل دابة ماتت عليه(١) .

والمناقشة فى دلالة هذه الصحيحة على جواز البيع كالمناقشة فى الصحيحتين الأوّليين الماضيتين .

ومنها : صحيحة سعيد الأعرج عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - أنّه سأله عن الفأرة تموت فى السمن والعسل ، فقال : قال على عليه السلام : خذ ما حولها وكل بقيّته ، وعن الفأرة تموت فى الزيت ، فقال : لا تأكله ، ولكن أسرج به(٢) .

وهذه الصحيحة أيضاً لا تدل على جواز البيع إلاّ على القاعدة الملازمة بين الإنتفاع والبيع . ومنها : موثقة سماعة قال : سألته عن السمن تقع فيه الميتة ؟ فقال : إن كان جامداً فألق ما حوله وكل الباقى ، فقلت : الزيت ؟ فقال : أسرج به(٣) .

وهذه الموثقة أيضاً كالرواية الماضية .

ومنها : خبر إسماعيل بن عبدالخالق عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سأله سعيد الأعرج السمان وأنا حاضر عن الزيت والسمن والعسل تقع فيه الفأرة فتموت كيف يصنع به ؟ قال : أمّا الزيت فلا تبعه إلاّ لمن تبيّن له فيبتاع للسراج ، وأمّا الأكل فلا ، وأمّا السمن فإن كان ذائباً فهو كذلك ، وإن كان جامداً والفأرة على أعلاه فيؤخذ ما تحتها وما حولها ثم لا بأس به ، والعسل كذلك إن كان جامداً(٤) .

وبالجملة ، هذه الروايات تدل على جواز بيع الدهن المتنجس إمّا بصراحتها وإمّا مع ضم القاعدة الملازمة بين جواز الانتفاع وجواز البيع ، وإلى هنا ثبت جواز بيعه .

وأمّا ما ورد فى بعض الروايات من النهى عن بيع الدهن المتنجس فلابدّ من ملاحظتها : منها : خبر ابن إدريس نقلاً من جامع البزنطى صاحب الرضا عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الغنم يقطع من إلياتها وهى أحياء أيصلح له أن ينتفع بما قطع ؟ قال : نعم يذيبها

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٩٥ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٩٥ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٩٥ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٥ .

ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها(٥) .

بتقريب : أن المذاب من إليات الغنم صارت كالزيت أو السمن أو الدهن ، وورد فى الرواية جواز الإنتفاع بها فى الإسراج ولكن ورد فى ذيلها النهى عن بيعها ، وجملة « لا يبيعها » تدلّ بطلان البيع .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة الإسناد بل مرسلة ، لأنّ ابن إدريس لم يذكر سنده إلى جامع البزنطى .

وثانياً : النهى الوارد فى الرواية بمعنى عدم بيعها للأكل ، وأمّا إذا جاز الإستصباح بها فلم لا يجوز بيعها لهذه المنفعة ؟ لا سيما مع ورود الروايات المجوِّزة .

ومنها : خبر على بن جعفر المروى فى قرب الإسناد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن حُبّ دهن ماتت فيه فأرة ؟ قال : لا تدهن به ولا تبعه من مسلم(١) .

بتقريب : أن جملة « لا تبعه من مسلم » تدلّ على عدم جواز بيعه من المسلم سواءً كان للإستصباح أو غيره .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة الإسناد .

وثانياً : النهى الوارد عن بيعه من المسلم يمكن حمله على البيع للأكل أو البيع من دون الإعلام بالنجاسة ونحوها .

ومنها : خبر الجعفريات بإسناده عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ عليّاً عليه السلام قال : فى الخنفساء والعقرب والصرد إذا مات فى الإدام ، فلا بأس بأكله ، قال : وإن كان شيئاً مات فى الإدام وفيه الدم فى العسل أو فى الزيت أو فى السمن وكان جامداً ، جُنّبت ما فوقه وما تحته ثم يُؤكل بقيّته ، وإن كان ذائباً فلا يؤكل ، يُستسرج به ولا يباع(٢) .

بتقريب : أن جملة « لا يباع» فى آخر الرواية تدلّ على بطلان بيع الدهن المتنجس .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة الإسناد .

ص:١٣٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٦ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٥ .

وثانياً : الظاهر من « لا يباع» يعنى لا يباع للأكل بقرينة « فلا يؤكل» الواردة قبلها .

وثالثاً : ورد الحكم بالجواز فى رواية فى نفس الكتاب والصفحة وهى : خبر الجعفريات بنفس الإسناد عن على عليه السلام سئل عن الزيت يقع فيه شىءٌ له دم فيموت ، قال :

الزيت - خاصةً - يبيعه لمن يعمله صابوناً(١) .

والحكم بجواز البيع لمن يعمل صابوناً ، يدلّ على جواز بيعه لمن يمكن أن ينتفع به منفعة محلّلة .

وبالجملة ، هذه الروايات مع ضعف سندها ودلالتها وإعراض المشهور قديماً وحديثاً عنها لا تتعارض مع الروايات الماضية الحاكمة بالجواز ، فهذه الروايات تطرح وتؤخذ بالروايات المجوِّزة .

إن قلت : لا يمكن طرح هذه الروايات و لابدّ من الأخذ بها ، فصارت متعارضة مع الروايات المجوِّزة .

قلت : على فرض تحقق المعارضة تقدّم الطائفة المجوِّزة ، لأنّها موافقة لإطلاق الكتاب من جواز البيع وصحته ولزوم الوفاء بالعقود والبيوع والعهود ، مع ذهاب المشهور إليها وحكمهم بالجواز والأمر الوارد بأخذ المشهور كما ورد فى مقبولة عمر بن حنظلة : « المجمع عليه عند أصحابک فيؤخذ به من حكمنا ويترک الشاذ الذى ليس بمشهور عند أصحابک فإنّ المجمع عليه لا ريب فيه ... »(٢) .

ثم إنّ هنا فروعاً

الأول : هل يُعتبر اشتراط الاستصباح ؟

هل صحة بيع الدهن المتنجس مشروط باشتراط الإستصباح بها فى المعاملة أم لا يعتبر هذا الإشتراط ؟

١- (١) الجعفريات / ٢٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٢ ح ٢ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٠٦ ح ١ .

ذهب إلى اعتبار الإشتراط ابن ادريس الحلى فى سرائره(١) ودليله ظاهر بعض الروايات الواردة فى المقام .

منها : صحيحة معاوية بن وهب وموثقته وصحيحة زرارة وصحيحة أبيبصير وصحيحة الحلبى وصحيحة سعيد الأعرج وموثقة سماعة وخبر إسماعيل بن عبد الخالق الماضيات .

يعنى ورد فى الروايات المروية فى جواز بيع الدهن المتنجس ذكر الإستصباح أو الإسراج ، وظاهرها إعتبار إشتراطها .

وفيه : ورود الإسراج أو الإستصباح فى الروايات المجوِّزة لبيع الدهن المتنجس لم يثبت اشتراطها فى صحة البيع ، بل هى دالة على وجود منفعة محلّلة فيها ، فيجوز البيع لذلک . أو لزوم إعلام نجاستها من بائعها لئلا يأكلها المشترى ، فلا تدلّ على هذا الإشتراط كما ذهب إليه كثير من الأصحاب قدس سرهم .

الثانى : لزوم الإعلام بنجاسة الدهن

اشارة

هل يجب إعلام المشترى بنجاسة الدهن أم لا ؟ وهل يجب مطلقاً أم لا ؟ وهل هذا الوجوب نفسيٌّ أو شرطيٌّ ؟ بمعنى اعتبار إشتراطه فى صحة البيع ، وجوه :

والمهم ملاحظة الروايات الواردة فى المقام التى ورد فيها ذكر الإعلام :

منها : موثقة معاوية بن وهب وغيره عن أبى عبد اللّه عليه السلام فقال عليه السلام : بعه وبيّنه لمن اشتراه ليستصبح به(٢) .

ومنها : صحيحة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث : ... وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته(٣) .

ومنها : خبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبى عبد اللّه عليه السلام : ... قال عليه السلام : أما الزيت فلا

١- (٣) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٣ .

تبعه إلاّ لمن تبيّن له فيبتاع للسراج ، الحديث(١) .

وظاهر هذه الروايات وجوب الإعلام على البائع للمشترى بنحو الوجوب النفسى لئلا يقع المشترى فى الحرام بأكلها أو نحوها .

وقد مرّ منّا التفصيل فى الإعلام بين ما يُستعمل عادةً فى الأكل والشرب بلزوم الإعلام فيها ، وبين ما يُستعمل عادةً فى الصلاة ونحوها من الأثواب والأفراش بعدم لزوم الإعلام فيها ، فراجع ما حررناه هناك .

قاعدة : حرمة تغرير الجاهل

ثم تعرض الشيخ الأعظم قدس سره لقاعدة حرمة تغرير الجاهل ونحن نقتفى أثره ، فقال قدس سره :

« ويشير إلى هذه القاعدة كثير من الأخبار المتفرقة الدالة على حرمة تغرير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرّمات »(٢) .

أقول : يُستفاد من مذاق الشارع حرمة إلقاء الغير فى الحرام الواقعى مضافاً إلى دلالة الروايات فى الأبواب المختلفة على ذلک :

منها : ما دل على حرمة الإفتاء بغير علم ، فإنّها ربّما توجب التغرير والتسبيب وإلقاء المسلم فى الحرام الواقعى ، نحو صحيحة أبى عبيدة الحذاء قال : قال أبو جعفر عليه السلام : من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من اللّه لعنته ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه(٣) .

ومنها : ما دل على ثبوت أوزار المأمومين على الإمام فى صلاة الجماعة فى تقصير نشأ من الإمام ، نحو : خبر عبايه . قال كتب أمير المؤمنين عليه السلام الى محمد بن أبى بكر : ... أنظر يا محمد صلاتک كيف تصلّيها ، فإنّما أنت إمامٌ ينبغى لک أن تتّمها [وأن تحفظها بالأركان ولا تخفّفها] وأن تصلّيها لوقتها فإنّه ليس من إمام يصلّى بقوم فيكون فى صلاتهم نقص إلاّ كان

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٥ .
٢- (١) المكاسب المحرمة / ٩ طبع تبريز ، ٢ / ٧٣ من الطبعة الحديثة .
٣- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٠ ح ١ .

إثم ذلک عليه ولا ينقص ذلک من صلاتهم شيئاً ، الحديث(١) .

وابن شعبة الحرّانى نقل هذه الرواية هكذا : « ... ثم انظر صلاتک كيف هى ، فإنّک إمامٌ ، ليس من إمام يصلّى بقوم فيكون فى صلاتهم إلاّ كان عليه أوزارهم ولا ينتقص من صلاتهم شىء ، ولا يتمّها إلاّ كان له مثل أجورهم ولا ينتقص من أجورهم شىءٌ »(٢) .

ومنها : ما دل على ضمان الإمام صلاة المأمومين إذا صلى بهم جنباً أوعلى غير طهر ، نحو صحيحة معاوية بن وهب قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أيضمن الإمام صلاة الفريضة ، فإنّ هولاء يزعمون أنّه يضمن ؟ فقال : لا يضمن أىّ شىء يُضمن ، إلاّ أن يصلى بهم جنباً أو على غير طهر(٣) .

أقول : معنى الضمان هنا ، لزوم إعادة الصلاة على الإمام دون المأمومين ، وتدلّ عليه

صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يؤمّ القوم وهو على غير طهر فلا يعلم حتّى تنقضى صلاتهم ؟ قال : يعيد ، ولا يعيد من صلّى خلفه وإن أعلمهم أنّه على غير طهر(٤) .

ونظيرها صحيحة أُخرى لمحمد بن مسلم(٥) وصحيحة زرارة(٦) وموثقة عبد اللّه بن أبى يعفور(٧) المرويات فى نفس الباب .

نعم ورد فى رواياتنا ضمان الإمام بالنسبة إلى القراءة فقط ، نحو :

موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّه سأله رجل عن القراءة خلف الإمام ؟ فقال : لا ،

١- (٣) الغارات ١ / ٢٤٤ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٨٥ / ٩٢ .

٢- (٤) تحف العقول / ١٧٩ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ٨ / ٣٧٣ ح ٦ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٨ / ٣٧٢ ح ٤ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ٨ / ٣٧٢ ح ٣ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ٨ / ٣٧٢ ح ٥ .

٧- (٤) وسائل الشيعة ٨ / ٣٧٣ ح ٧ .

إنّ الإمام ضامن للقراءة ، وليس يضمن الإمام صلاة الذين خلفه ، إنّما يضمن القراءة(١) .

أقول : معنى ضمان الإمام للقراءة أنه لا يجوز للمأموم أن يقرأ خلف الإمام .

والإنصاف أنّ دلالة هذا القسم الأخير من الروايات على قاعدة حرمة تغرير الجاهل محل تأمل بل منع .

ومنها : الروايات الواردة فى كراهية إطعام الأطعمة والأشربة المحرمة للبهيمة نحو

موثقة غياث عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كره أن تُسقى الدواب الخمر(٢) .

وخبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن البهيمة البقرة وغيرها تسقى أو تطعم مالا يحلّ للمسلم أكله أو شربه ، أيكره ذلك ؟ قال : نعم يكره ذلك(٣) .

وغاية ما يُستفاد من هذه الروايات الكراهة المغلّظة بالنسبة إلى سقى أو إطعام الإنسان المكلّف لا الحرمة التى استشعرها الشيخ الأعظم قدس سره (٤) .

ومنها : ما دلّ على حرمة سقى الخمر للصبى أو المملوک أو الكافر وأنّ على الساقى وزر من شربها ، نحو خبر أبى ربيع الشامى عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى حديث :

أقسم ربّى لا يشرب عبد لى خمراً فى الدنيا إلاّ سقيته مثل ما يشرب منها من الحميم معذَّباً أو مغفوراً له ، ولا يسقيها عبد لى صبيّاً أو مملوكاً إلاّ سقيته مثل ما سقاه من الحميم يوم القيامة معذّباً بعدُ أو مغفوراً له(٥) .

ومعتبرة عجلان أبى صالح قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : يقول اللّه عز وجل : من شرب مسكراً أو سقاه صبيّاً لا يعقل ، سقيته من ماء الحميم مغفوراً له أو معذَّباً ، من ترک المسكر ابتغاء مرضاتى أدخلته الجنة وسقيته من الرحيق المختوم وفعلت به من الكرامة ما

١- (٥) وسائل الشيعة ٨ / ٣٥٤ ح ٣ .
٢- (٦) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٠٨ ح ٤ .
٣- (٧) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٠٩ ح ٥ .
٤- (٨) المكاسب ٢ / ٧٤ .
٥- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٠٧ ح ١ .

فعلت بأوليائى(١) .

وعن عقاب الأعمال بسنده إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى حديث قال : ومن شرب الخمر سقاه اللّه من سمّ الأفاعى ومن سمّ العقارب - إلى أن قال - : ومن سقاها يهوديّاً أو نصرانياً أو صابئاً أو من كان من الناس فعليه كوزر من شربها(٢) .

ويظهر من هذه الروايات عدم رضى الشارع المقدس بشرب الخمر حتّى بالنسبة إلى الصبى أو الكفار نحو اليهود والنصارى ، ومن سقاهم من المسلمين عليه كوزر من شربها .

ومنها : ما دل على إهراق المايعات المتنجسة نحو موثقة سماعة قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل معه إناء ان فيهما ماء ، وقع فى أحدهما قذر لا يدرى أيّهما هو ، وليس يقدر على ماء غيره ؟ قال : يهريقهما جميعاً ويتيمّم(٣) .

وموثقة عمار الساباطى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث - قال : سئل عن رجل معه إناءان فيهما ماء ، وقع فى أحدهما قذر لا يدرى أيّهما هو [وحضرت الصلاة [وليس يقدر على ماءٍ غيرهما ؟ قال : يهريقهما جميعاً ويتيمّم(٤) .

بتقريب : أن الأمر بالإهراق يدلّ على عدم جواز إعطاء هذا الماء المشتبه للمسلم حتّى يشربه أو يوضىء منه .

ومنها : ما دل على حرمة بيع المختلط إلاّ ممّن يستحلّ بالميتة ، نحو :

صحيحة الحلبى قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إذا اختلط الذكى والميتة باعه ممّن يستحلّ الميتة وأكل ثمنه(٥) .

وصحيحة أخرى له عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سئل عن رجل كان له غنم وبقرو كان يدرك الذكى منها فيعزله ويعزل الميتة ، ثم إنّ الميتة والذكى اختلط كيف يصنع به ؟ قال : يبيعه

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٠٨ ح ٣ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٠٩ ح ٧ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١ / ١٥١ ح ٢ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ١ / ١٥٥ ح ١٤ .
٥- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٩ ح ١ .

ممّن يستحلّ الميتة ويأكل ثمنه فإنّه لا بأس(١) .

وقد مرّ منّا البحث حول بيع المختلط وجوازه ، فراجع ما حررناه هناك .

ومنها : ما ورد فى العجين بالماء المتنجس ، نحو :

صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى العجين من الماء النجس كيف يصنع به ؟ قال : يباع ممّن يستحلّ الميتة(٢) .

وفى رواية ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : يدفن ولا يباع(٣) .

ومنها : ما ورد فى إهراق المرق المتنجس ، نحو :

خبر زكريا بن آدم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قطرة خمر أو نبيذ مسكر قطرت فى قدر فيه لحم كثير ومرق كثير ، قال : يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمة أو الكلب ، واللحم اغسله وكله . إلى أن قال : قلت : فخمر أو نبيذ قطر فى عجين أو دم ؟ قال : فقال : فسد ، قلت : أبيعه من اليهود والنصارى وأُبيّن لهم ؟ قال : نعم ، فإنّهم يستحلّون شربه ، الحديث(٤) .

وبالجملة ، يُستفاد من هذه الأخبار الكثيرة فى مواضع مختلفة حرمة تغرير الجاهل بالحكم أو بالموضوع فى المحرمات فى موارد ، وأنّ العالم بحرمة شيءٍ كما يحرم عليه أكله وشربه مباشرةً كذلك يحرم عليه تسبيبه لأكل المسلم وشربه وإن كان الغير جاهلاً .

أقسام الإغراء

ثمّ بعد تمامية أصل هذه القاعدة - أعنى حرمة تغرير الجاهل - تعرض الشيخ

الأعظم(٥) قدس سره إلى تقسيم لا يرجع إلى محصَّل ، مضافاً إلى تخليطه قدس سره بين المصطلحات العلمية ،

ص:١٤٢

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٩ ح ٢ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٣ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٤ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .
٥- (١) المكاسب ٢ / ٧٥ وما بعدها .

ولذا أغمضنا عن تقسيمه ونتعرض لتقسيم صحيح آخر ، وهو :

تغرير الجاهل بأقسامه من التسبيب والإغراء وإيجاد الداعى والسكوت فى قبال الفاعل المباشر وجهله ، ينقسم إلى قسمين رئيسيين :

الف : جهل الجاهل تارة يكون بالنسبة إلى الحكم الكلّى الإلهى ، ولا ريب فى وجوب إعلام الجاهل بها ، لوجوب تبليغ الأحكام الشرعية على الناس جيلاً بعد جيل إلى يوم القيامة ، كما تدلّ عليه آية النفر والروايات الواردة فى لزوم تعليم الأحكام الشرعية وتعلّمه وبذل العلم .

ب : وتارة جهل الجاهل يكون بالنسبة إلى الموضوعات الخارجية لا الحكم الكلّى الإلهى ، يعنى يكون جهله بالنسبة إلى الأحكام الجزئية المترتبة على الموضوعات الشخصيّة ، وهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأوّل : تارة هذا الموضوع بحيث لا يرضى الشارع بتركه وإهماله ولزم فيه الإحتياط - يعنى يكون الموضوع من الأمور المهمّة عنده نحو الدماء والفروج والأموال - وتغرير الجاهل وعدم إعلام الموضوع فى هذا المورد من المحرّمات الشرعية ، لأنّ الشارع لا يرضى بترك هذه الموارد ، أو الإتيان بها خطاءً .

القسم الثانى : تارة يكون الموضوع من غير الموارد المهمّة عند الشارع ، وهذا بحسب الحكم يختلف ، فمثلاً تارة نعلم من الشارع بعدم جواز ذلک ، نحو : تقديم طعام النجس أو الحرام أو الخمر أو الفقاع إلى من لا يعلم ، فهذا حرام أيضاً ، لأنّ الفهم العرفى من خطابات هذه المحرمات عدم الفرق بين الإتيان بها مباشرة أو بتسبيب الغير جهلاً كان أو إكراهاً .

القسم الثالث : تارة يكون الموضوع من غير الموارد المهمّة ونعلم من الشارع جواز ذلک وعدم لزوم الإعلام ، نحو : الطهارة والنجاسة فى الأثواب والألبسة ، لأننا نعلم من الخارج أنّ الطهارة والنجاسة بالنسبة إلى الصلوات شرطٌ علمىٌّ لا شرطٌ واقعىٌّ ، فلا بأس بعدم لزوم الإعلام فى هذه الموارد الأخيرة وإبقاء الجاهل على جهله .

فهذه أربعة أقسام نذهب إلى حرمة تغرير الجاهل فى ثلاثة منها ويبقى واحد منها - وهو القسم الأخير - على عدم لزوم الإعلام فيه .

الثالث : هل يجوز الإستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال ؟

المشهور بين قدماء أصحابنا عدم جواز الإستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال ، ولكن الروايات الواردة فى المقام ساكتة عن هذا التقييد . نعم قال الشيخ فى مبسوطه : « رووا أصحابنا أنّه يُستصبح به تحت السماء دون السقف »(١) .

مع أنّ الشيخ بنفسه ترک هذا الخبر فى كتابيه « التهذيب والإستبصار » المعدّان لنقل الروايات ، والظاهر أن مراد الشيخ من الرواية هنا ليست الرواية المصطلحة بل مراده قدس سره المستند إلى الرواية ، يعنى فتوى الأصحاب . وقد عرفت أنّ المشهور من القدماء ذهبوا إلى عدم جواز الإستصباح به تحت الظلال ، واستدلوا عليه بعدّة من الوجوه :

منها : الإجماع المدعى فى بعض الكلمات .

وفيه : أولاً : وجود الإجماع هنا ممنوع مع ذهاب بعض الأصحاب إلى خلافه .

وثانياً : الإجماع هنا على فرض وجوده لم يكن تعبديّاً ، بل هو مدركى لاحتمال إستناده إلى الوجوه الآتية فى المسألة .

ومنها : الشهرة الفتوائية .

وفيه : هذه وإن كانت محقّقة ولكنّها ليست بحجة هنا ، لاحتمال كون مستند المشهور أحد الوجوه المذكورة .

ومنها : مرسلة الشيخ المروية فى المبسوط المذكورة آنفاً .

وفيه : أولاً : منعنا كونها رواية .

وثانياً : على فرض كونها رواية هى مرسلة ومضمرة ، فليست بحجة .

وثالثاً : الراوى لهذه المرسلة - أعنى الشيخ - لم يأخذ بها وذهب إلى كراهة الإستصباح به تحت الظلال ، فراجع أطعمة المبسوط(٢) حتّى تعرف ما قلنا .

وبالجملة ، لا يمكن الأخذ بهذه المرسلة .

ص:١٤٤

١- (١) المبسوط ٦ / ٢٨٣ .

٢- (٢) المبسوط ٦ / ٢٨٣ .

ومنها : الإستصباح به يوجب تنجيس السقف لتصاعد بعض الأجزاء الدهنية قبل إحالة النار أيّاها إلى أن تلاقى السقف فهو حرام .

وفيه : أولاً : لا دليل على حرمة تنجيس السقف . نعم لا يجوز تنجيسه فى المساجد

والمشاهد وأمّا فى غيرها فلا دليل على حرمة تنجيسه .

وثانياً : دخان النجس ليس بنجس للإستحالة كرماده .

وثالثاً : مجرد احتمال صعود الأجزاء الدهنية إلى السقف قبل الإستحالة ، حيث كان مجرد إحتمال محض ، لا يمنع عن الإستصباح به تحت الظلال ، لكونه مشكوكاً من أصله .

رابعاً : ربّما لا يؤثر الدخان فى السقف إمّا لإرتفاعه أو لخروجه من الأطراف أو لقلة زمان الإسراج أو لعدم وجود الدخان فيه . وبالجملة هذا الدليل أخص من المدعى .

والحاصل : حيث أن مستند المشهور لم يتم ، والروايات خالية عن هذا التقييد بل تدلّ على جواز الإستصباح به مطلقاً – سواء كان تحت الظلال أو تحت السماء – لابدّ من القول بجواز الإستصباح به تحت الظلال .

وممّا ذكرنا أيضاً ظهر حكم الدخان النجس من أنّه طاهر ، ولا يوجب تنجيس شيءٍ . واللّه سبحانه هو العالم .

الرابع : هل يجوز الانتفاع بالدهن المتنجس فى غير الاستصباح ؟

اشارة

القاعدة الأوّلية تقتضى جواز الإنتفاع بالدهن المتنجس فى الإستصباح وغيره ، وعدّة من الروايات الواردة فى المقام أيضاً يؤيدها :

منها : خبر قرب الاسناد بإسناده عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : وسألته عن فأرة أو كلب شربا من زيت أو سمن ، قال : إن كان جرّة أو نحوها فلا تأكله ولكن ينتفع به لسراج أو نحوه ، الحديث(١) .

ويمكن تصحيح السند بأنّ على بن جعفر رواها فى كتابه(٢) كما قاله الشيخ الحر فى

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٩٨ ح ٣ .

٢- (٢) مسائل على بن جعفر / ١٣٣ ح ١٢٨ .

الوسائل(١) ، وله سند معتبر إلى كتاب على بن جعفر .

ودلالتها واضحة فإنّ الإمام عليه السلام أمر بالإنتفاع به لسراج أو نحوه ، وإطلاق « نحوه » يشمل جميع الإنتفاعات ، والأمر بالنسبة إلى الفأرة على التنزه والاستحباب ، بقرينة غيرها من الروايات فى عدم تنجس الجرّة بالفأرة إذا شربت منها وخرجت حيّةً ، كما مرّ بعضها .

ومنها : خبر الجعفريات بإسناده عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام أنّه سئل

عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت ، قال : الزيت - خاصةً - يبيعه لمن يعمله صابوناً(٢) .

ومنها : خبر النوادر بإسناده عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت ، فقال : يبيعه لمن يعمله صابوناً(٣) .

ومنها : خبر الدعائم رفعه عن أبى جعفر عليه السلام أنّه سئل عن فأرة وقعت فى سمن ، قال : إن كان جامداً ألقاها وما حولها وأكل الباقى ، وإن كان مائعاً فسد كله يُستصبح به .

وسئل أمير المؤمنين عليه السلام عن الدواب تقع فى السمن والعسل واللبن والزيت فتموت فيه ، قال : إن كان ذائباً أريق اللبن واستسرج بالزيت والسمن - إلى أن قال - وقال عليه السلام : فى الزيت : يعمله صابوناً إن شاء(٤) .

وهذه الروايات وإن كان أكثرها ضعافاً إلاّ أن الأصل أيضاً يقتضى جواز الإنتفاع به فى كلّ مورد يمكن الإنتفاع به ، وأمّا المذكور فى الروايات المتعددة بالإسراج أو الإستصباح - بأن ينتفعوا بالدهن أو الزيت المتنجس فيه - فليس إلاّ بعنوان المثال أو انحصار الانتفاع به فى تلك الأعصار فيه فقط أو أنّه الفرد الغالب والظاهر للانتفاع . فلا تقيد الروايات الواردة فى جواز بيعه فى هذا الإستعمال والإنتفاع .

وبالجملة ، يجوز الإنتفاع بالدهن المتنجس فى غير الإستصباح لما مرّ .

١- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٩٩ .

٢- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٢ ح ٢ .

٣- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٣ ح ٧ .

٤- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٢ ح ٤ .

حكم الانتفاع بالمتنجسات وبالأعيان النجسة :

قد مرّ الكلام فيما سبق من الكتاب جواز بيع المتنجسات ، فإذا جاز بيعها جاز الإنتفاع بها بطريق أولى . وهكذا ظهر الأمر بالنسبة إلى الأعيان النجسة من جواز بيعها إلاّ ما خرج بالدليل المعتبر وورد النهى من بيعه ، نحو : الميتة والخنزير والكلب غير المعلّم ونحوها على ما سبق ، فكما يجوز بيع بعض الأعيان النجسة فكذلک يجوز الإنتفاع بها .

وأمّا الأعيان النجسة اللاّتى لا يجوز بيعها نحو : الميتة والخنزير والكلب غير المعلّم ، فيجوز الإنتفاع بها ، لعدم ثبوت ردع معتبر شرعى عن الإنتفاع بها ، وجريان البراءة الشرعية والعقلية فى المقام .

وبالجملة ، يجوز الإنتفاع بالأعيان النجسة مطلقاً سواءً جاز بيعها أم لم يجز ، وكذلک

يجوز الإنتفاع بالمتنجسات .

حقّ الاختصاص وحقيقته ومنشأ ثبوته :

إذا حاز شخص شيئاً مباحاً أو سبق إلى مكان مشترک كالمساجد والمشاهد والمدارس ، أو سقط ملكه عن المالية كحيوان له مات أو عنب له صار خمراً أو الماء على الشط أو الأراضى المملوكة إذا جعلها الجائر بين الناس شرّعاً سواءً كالطرق والشوارع المغصوبة ونحوها ، ثبت للحائز أو السابق

أو المالک حقٌ بالنسبة إلى الشیء المباح أو المکان المشترک أو المال أو الملک ویُسمی هذابحقِّ الإختصاص ، یجوز له أخذ المال وانتقال حقّه إلى الباذل ، أو أخذ المال ورفع یده عن المشترکات أو ملکه .

ومن الواضح أنّ بین المال والملک عموم من وجه ، نحو : حبة من الحنطة ملک لمالکها ولا تعدّ مالاً ، ومثلها الماء على الشط إذ لایبذل بإزائه المال .

وأشجار الغابات ونحوها أموال ولیست ملکاً لشخص معین من الناس .

ودار زید أو أرض له کانت ملکاً له ومالاً .

ثم لا یبعد أن یُدعى بأنّ أقوى دلیل على وجود حقّ الإختصاص وثبوته السیرة القطعیة الشرعیة والعقلیة على ذلک ، والمتشرعة فی جمیع الأعصار والأمصار وجیل بعد جیل ذهبوا إلى اعتباره ویأخذون المال فی قباله ویعطون المال بإزائه .

ص:١٤٧

ونفس هذه السیرة القطعیة المتصلة من زماننا هذا إلى زمن المعصومین علیهم السلام التی تستلزم تقریرهم علیهم السلام توجب ثبوت هذا الحقّ واعتباره عند الشارع المقدس وجواز معاوضة هذا الحقّ فی قبال المال .

وهذا سرّ تلقی أصحابنا قدس سرهم هذا الحقّ بالقبول .

ولعله إلى هذا الإستدلال أشار صاحب مهذب الأحکام حیث یقول مستدلاً على ثبوت حق الإختصاص : « لظهور الإجماع علیه ولاعتبار العرف والعقلاء هذا الحقّ ولم یردع عنه الشارع »(١) .

واعترف بهذه السيرة بعض المعاصرين قدس سره فى تعليقته على المكاسب فقال : « ... وكيف كان بعد السيرة وحديث السبق لا حاجة فى إثبات المطلب إلى إتعاب النفس والتكلّف فى

إثباته (أى إثبات حقّ الإختصاص) بأمر آخر ... »(٢) .

إن قلت : ثبوت السيرة فعلاً محرز ولكن إتصالها من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام دون إثباته خرط القتاد .

قلت : إتصال السيرة يحرز إلى زمن المعصومين عليهم السلام لمن تأمل فى الروايات الواردة فى هذا المبحث ، نحو ما دلّ على ثبوت الملكية بالحيازة وجعل اليد ، وما دلّ على السبق إلى مكان من المسجد والمشهد والسوق بأنّه أحق من غيره ، فإذا كان هو أحق من غيره فيجوز له أن يأخذ المال فى قبال هذا الحقّ وانتقال حقّه إلى غيره .

وبالجملة ، هذه الروايات أقوى شاهد على اتصال هذه السيرة إلى زمن المعصومين عليهم السلام .

بل ربّما يمكن أن يقال : بإثبات حق الإختصاص بنفس هذه الروايات من دون ضم السيرة كما يأتى منّا البحث حول ذلک إن شاء اللّه تعالى ، فانتظر .

لا يقال : أخذ المال فى قبال هذا الحقّ بالنسبة إلى مثل الخمر والميتة والكلب فى غير

١- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ٤٤ للفقيه الراحل السيد عبد الأعلى الموسوى السبزوارى قدس سره .

٢- (١) غنية الطالب فى التعليقة على المكاسب ١ / ٨٤ للعلامة الفقيه الشيخ مرتضى بن محمد الأردكانى اليزدى قدس سره المتوفى عام ١٣٧٥ ش .

موارد استثنائه والخنزير لا يجوز ، لاحتمال دخوله تحت الإكتساب المحظور ، فيشمله ما استدل به المشهور على عدم الجواز .

لأنّا نقول : معقد فتاواهم والمنساق من أدلتهم اللفظية إنّما هو إذا جعل نفس العين مورد النقل والإنتقال لا الحقّ القائم به .

ثم مضافاً إلى ما ذكرنا يمكن أن يُستدل على ثبوت حقّ الإختصاص بعدّة من الوجوه :

منها : أنّ حقّ الإختصاص سلطنة ضعيفة ثابتة للملاّک فى ملكهم ، بحيث لوزالت المالية أو الملكية يبقى هذا الحقّ ثابتاً ، فإذا مات حيوانه زالت ماليته ويبقى ملكه على الحيوان ، وببقاء الملک يبقى هذا الحقّ أيضاً . وهكذا الأمر بالنسبة إلى العصير العنبى إذا صار خمراً ، يبقى حقّ إختصاص مالكه له حتّى إذا قلنا بإلغاء مالكية الخمر من الشارع ، ولذا يجوز له التصرف فيها بصيرورتها خلاًّ أو المعاوضة على هذا الحقّ ليجعلها المشترى خلاًّ .

والدليل على ذلک حرمة التصرفات والتقلبات فى ملک الغير إلاّ برضاء مالكه ولو لم يكن هنا مالٌ ، فمثلاً هل يمكن أن يقال بجواز التصرف فى حبات قليلة من الحنطة لاتعتبر مالاً

ولكنّها تعتبر ملكاً للغير ؟

ومن البديهى عدم جواز هذا التصرف ، عند الكلِّ ونفس عدم جواز هذا التصرف يمكن أن يُستدل به على ثبوت حقّ الإختصاص وجواز المعاوضة عليه حتى إذا ذهبت الملكية .

فظهر ممّا ذكرنا ضعف ما فى مصباح الفقاهة رداً على هذا الوجه بعدم الدليل عليه فى مقام الإثبات(١) .

ومنها : أنّ حقّ الإختصاص مرتبة ضعيفة من الملكية الإعتبارية ، فإذا زالت هذه الملكية بحدّها الأقوى بقيت بعض مراتبها الضعيفة ، لأنّها مقولة بالتشكيک ، فوزانها وزان الكيفيات والألوان .

وفيه : أنه أورد عليه فى مصباح الفقاهة : « بأنّ الملكية الحقيقية من أيّة مقولة كانت -

---

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ١٤٣ .

جِدَة أو إضافة - ليست قابلة للشدّة والضعف حتّى تعتبر بحدِّها الضعيف تارة وبحدها القوى تارة أُخرى ، بل هى أمر بسيط ، فإذا زالت زالت بأصلها .

ولو سلمنا كون الملكية الحقيقية ذات مراتب لم يجر ذلک فى الإعتبارية ، فإنّ إعتبار كلّ مرتبة مغاير لإعتبار المرتبة الأُخرى ، وإذا زال إعتبار المرتبة القوية لم يبق بعده إعتبار آخر للمرتبة الضعيفة ، وعليه فلا يبقى هناک شىء آخر لكى يُسمى بالحقِّ »(١) .

أقول : نعم ، كلامنا فى الملكية الإعتبارية لا الحقيقية ، وإعتبار كل مرتبة مغاير مع إعتبار المرتبة الأُخرى كما ذكره قدس سره . وأمّا ما يقوله من أنه « إذا زال إعتبار المرتبة القوية لم يبق بعده اعتبار آخر للمرتبة الضعيفة » فمحل تأمل بل منع ، لأنّ هذا تابع لإعتبار المعتَبِر ، فإذا اعتبره على بقاء المرتبة الضعيفة مع زوال المرتبة القويّة يبقى ، والإعتبار سهل المؤنة وتابع لجعل معتبِره ويكفى فى تصحيحه عدم لغويته ، فيمكن بأن يجعل المعتَبِر هنا إعتباران على نحو الطولية ، بأن يجعل أوّلاً إعتبار الحقّ ثمّ ثانياً اعتبار الملک ، وقد يجمع الإعتباران الحقّ والملک فى الأموال ، وقد يفرّق بينهما بزوال الملک وبقاء الحقِّ .

وبالجملة ، هذا كلّه تابع لجعل المعتَبِر ، ولا إشكال فيه من جهة الثبوت . نعم من جهة الإثبات نحتاج إلى دليل ، وبنظرنا القاصر لا يبعد أن يكتفى فى مرحلة الإثبات بدليلية السيرة

القطعية المتصلة من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام للمتشرعة على ثبوت حقّ الإختصاص ، وجواز المعاوضة عليه .

ومنها : لا يجوز لأحد أن يتصرف فى ملک أو مال غيره إلاّ بطيب نفسه . وهذا الأمر من الثابتات فى الشريعة المقدسة ، وقد دلّت عليه سيرة العقلاء والمتشرعة ، وتدلّ عليه أيضاً عدّة من الروايات المعتبرة ، نشير إلى بعضها ، فإذا زالت الملكية وشككنا فى زوال ذلک الحكم كان مقتضى الإستصحاب الحكم ببقائه .

فمن الروايات : موثقة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصية ، وحرمة ماله كحرمة دمه(٢)

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٤٣ .

٢- (١) الكافى ٢ / ٣٥٩ ح ٢ .

وموثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها ، فإنّه لا يحلّ دم امرى ء مسلم ولا ماله إلاّ بطيبة نفسه(١) .

ومرفوعة ابن شعبة الحرّانى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال فى خطبة الوداع : أيها الناس إنّما المؤمنون إخوة ، ولا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلاّ عن طيب نفسٍ منه(٢) .

ومرفوعة أبى منصور الطبرسى عن توقيع صدر من صاحب الزمان - عجل اللّه تعالى فرجه الشريف - الوارد إلى محمد بن عثمان العمرى قال : وأمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها وأداء الخراج منها وصرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر و تقرّباً إليكم ، فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه ، فكيف يحلّ ذلک فى مالنا ؟ من فعل شيئاً من

ذلک بغیر أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم علیه ، ومن أکل من أموالنا شیئاً فإنّما یأکل فی بطنه ناراً وسیصلی سعیراً(۳) .

ومرسلة ابن أبی جمهور الأحسائی عن رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم قال : المسلم أخو المسلم ، لا یحلّ ماله إلاّ عن طیب نفسه(٤) .

ومرفوعة النوری عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه قال فی حدیث : ولا یجوز أخذ مال المسلم بغیر طیب نفس منه(٥) .

بتقریب : أنّ هذه الروایات وإنْ دلت بظاهرها علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر إلاّ عن طیب مالکه ، ولکن بعد التأمل فیها یظهر أنّ المدار حرمة التصرف فی ملک الغیر ، ومال الغیر بما أنّه ملک للغیر لا یجوز التصرف فیه ، والملاک فی هذه الحرمة أنّها ظلم للغیر وتعدٍ

۱- (۲) وسائل الشیعة ٥ / ۱۲۰ ح ۱ .
۲- (۳) وسائل الشیعة ٥ / ۱۲۰ ح ۳ .
۳- (٤) الاحتجاج ۲ / ٥٥۹ .
٤- (٥) مستدرک الوسائل ۱ / ۲۲۲ من الطبعة الحجریة = (۳ / ۳۳۱ ح ۱) طبع آل البیت وهکذا رواها فی الباب الأول من کتاب الغصب ۱۷ / ۸۸ ح ٥ .
٥- (۱) مستدرک الوسائل ۱۷ / ۸۸ ح ۳ .

علیه . ولعلّ مال الغیر المذکور فی الروایات عنوان یشیر إلی ملک الغیر .

وإن أبیت وجمدت علی ظاهر لفظ الروایات من أنّ الحرام التصرف فی مال الغیر لا ملکه ، نقول بعدم الفرق فی ذلک ، بأنّ العرف لا یری فرقاً بین التصرف فی مال الغیر والتصرف فی ملک الغیر

إلاّ بطيب نفسه ، والمال ذُكر فى الروايات لأنّه أظهر من الملك . ثم إذا زالت الملكية وشككنا فى بقاء هذا نستصحب .

ومع هذا التقريب لا يرد على الإستدلال ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره « بعدم جريان الإستصحاب فى الأحكام ، لمعارضته دائماً بأصالة عدم الجعل ، وأنّ موضوع حكم حرمة التصرف هو مال الغير ، فإذا سقط الشيء عن المالية سقطت عنه حرمة التصرف حتّى إذا كان باقياً على صفة المملوكية ، إذ لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير فكيف إذا زالت عنه الملكية أيضاً »(١) .

وفيه : أولاً : أنّ المدار حرمة التصرف فى ملك الغير والتصرف فى مال الغير أيضاً حرام ، لأنّه يستلزم التصرف فى ملك الغير وهو ظلم وتعدٍّ عليه . أو لا أقل من أنّ العرف لا يرى فرقاً بين التصرف فى ملك الغير وماله ، وموضوع حكم الحرمة التصرف فى ملك الغير ، وبتبعه ثبوت حرمة التصرف فى ماله أو عدم الفرق بين الحرمتين ، يعنى كما لا يجوز التصرف فى ملك الغير فكذلك فى ماله فى مرتبة واحدة من دون تقدم أحدهما على الآخر ، فالدليل على حرمة التصرف فى ملك الغير موجود .

وثانياً : من البعيد جداً أن يلتزم هو قدس سره بما قاله وأفتى به ، كيف يمكن القول بعدم حرمة التصرف فى ملك الغير ولو لم يكن مالاً ؟ ولا يمكن الإفتاء بذلك من متفقهٍ فكيف بفقيه الأُمة ومرجعها . وأظن أنَّ هذا الكلام صدر منه قدس سره على سبيل الجدل والمحاورة ولا يلتزم هو بذلك ولا يسمع منه أن يفتى به . والعلم عند اللّه تعالى .

وثالثاً : يمكن أن يناقش فى مبنى المحقق الخوئى قدس سره بعدم جريان الإستصحاب فى الأحكام والجواب عن المعارضة المدعاة . والتفصيل يطلب من علم الأُصول .

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٤٤ .

ومنها : ما يدلّ على ثبوت حقِّ الإختصاص ، وهو المرسلة المعروفة : « من حازملک » .

وفيه : أولاً : إنّ هذه المرسلة - وإن اشتهرت فى ألسنة الفقهاء وكتبهم الإستدلالية - ولكن لم توجد فى كتب الحديث . والظاهر أنّها قاعدة فقهية مصطادة من الروايات الواردة فى أبواب التحجير وإحياء الموات والصيد .

وثانياً : على فرض وجودها فى كتب الحديث أنّها ضعيفة الاسناد وغير منجبر ضعفها بالشهرة ، إذ لم يحرز استناد المشهور إليها ، ويمكن أن يكون ذكرها للتأييد فقط .

ولكن الإنصاف أنّ دلالتها على حقِّ الإختصاص ثابتةٌ ، لأنّها تدلّ على ملكية المحاز للمحيز ولو لم يكن مالاً ، والحيازة ليست إلاّ جعل يد المحيز على المحاز واستيلاء الشخص على الشيء وصيرورته فى يده ، فإذا تحقق هذا الإستيلاء ثبتت الملكية ، فكيف لا يقدر بقاء هذا الإستيلاء واليد بإثبات حقِّ الإختصاص الذى هو أضعف من الملكية بمراتب ؟

بالجملة ، الإستيلاء على الشيء وجعل اليد عليه ابتداءً كما يثبت الملكية فكذلک يثبت بقاء هذا الإستيلاء واليد بعد زوال المالية والملكية ، حقّ الإختصاص وثبوته الذى هو أضعف من الملكية بمراتب .

ومضافاً إلى ذلک ورود عدة من الروايات دالة على ثبوت الملكية بجعل اليد على الشيء والإستيلاء عليه ، نحو :

موثقة يونس بن يعقوب عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى إمرأة تموت قبل الرجل أو الرجل قبل المرأة ، قال : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شيء منه فهو له(١) .

ومعتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إنّ الطير إذا ملک جناحيه فهو صيد ، وهو حلال لمن أخذه(٢) .

ومعتبرة اُخرى للسكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال فى رجل

١- (١) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢١٦ ح ٣ .
٢- (٢) الكافى ٦ / ٢٢٣ ح ٥ .

أبصر طائراً فتبعه حتّى سقط على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : للعين ما رأت ولليد ما أخذت(١) .

وصحيحة عبداللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من أصاب مالاً أو بعيراً فى فلاة من الأرض قد كلّت وقامت وسيّبها صاحبها ممّا لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتّى أحياها من الكلال ومن الموت ، فهى له ولا سبيل له عليها ، وإنّما هى مثل الشىء المباح(٢) .

ولكن يمكن أن يقال : بأنّ مفاد الصحيحة الأخيرة ثبوت التملک بالأخذ والإحياء معاً .

وخبر السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام : إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل ترک دابّته من جهد ، فقال : إن تركها فى كلأ وماء وأمن فهى له يأخذها حيث أصابها ، وإن تركها فى خوف وعلى غيرماء ولا كلأ فهى لمن أصابها(٣) .

وبالجملة ، هذه الروايات تدلّ على ثبوت الملكية بجعل اليد على الشيء أو الحيوان . وحيث يمكن أن يثبت جعل اليد ملكية الشيء فكذلک بقاء هذه اليد التى هى أقوى من حدوثها يمكن أن تثبت حقّ الإختصاص الذى هو أضعف من الملكية بمراتب بطريق الأُولوية .

ومنها : حديث السبق وتدلّ عليه عدّة من الروايات ، نحو :

خبر محمد بن إسماعيل عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت : نكون بمكة أو بالمدينة أو الحيرة أو المواضع التى يرجى فيها الفضل ، فربّما خرج الرجل يتوضّأ فيجيء آخر مكانه ، قال : من سبق إلى موضع فهو أحقّ به يومه وليلته(٤) .

وخبر طلحة بن زيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل ، وكان لا يأخذ على بيوت السوق

١- (١) الكافى ٦ / ٢٢٣ ح ٦ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٨ ح ٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٨ ح ٤ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٢٨٧ ح ١ .

كراءً(٥) .

وخبر عوالى اللآلى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به(١) .

بتقريب : أنّ حديث السبق أفتى بمضمونه الأصحاب فى المشتركات ، والشهرة العملية أيضاً ممّا يجبر بها ضعف السند ، وبهذا يجبر ضعف سند هذه الروايات .

وأمّا دلالتها : حيث أنّ الإستيلاء على الشيء وجعل اليد عليه موجب حدوث الحقّ ، فبقاء الإستيلاء واليد على الشيء بطريق أولى يوجب ذلک ، وهذا يعنى ثبوت حقّ الإختصاص .

وبما ذكرنا من التقريب يظهر ما فى كلام المحقق الخوئى قدس سره حيث يقول : « اما حديث السبق ففيه أولاً : أنّه ضعيف السند وغير منجبر بشيء صغرىً وكبرىً .

وثانياً : إنّ ما نحن فيه خارج عن حدود هذا الحديث ، فإنّ مورده الموارد المشتركة بين المسلمين ، بأن يكون لكلٍّ واحد منهم حقّ الإنتفاع بها ، كالأوقاف العامة من المساجد والمشاهد والمدارس والرباطات وغيرها ، فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم وأشغلها بالجهة التى انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته وممانعته من ذلک . ولو عممناه إلى موارد الحيازة فإنّما يدلّ على ثبوت الحقّ الجديد للمحيز فى المحاز ، ولا يدل على بقاء العلقة بين المالک وملكه بعد زوال الملكية »(٢) .

ومنها : دعوى الإجماع على ثبوت حقّ الإختصاص .

وفيه : أولاً : لم يثبت وجود الإجماع المنقول فكيف بالمحصَّل .

وثانياً : على فرض وجود الإجماع فهو مدركىٌّ ، فلابدّ من ملاحظة مدركه ، وهو أحد الوجوه الماضية أو جميعها .

وثالثاً : الإجماع عندنا ليس بحجة مستقلة ، بل حجة إذا كان كاشفاً عن قول المعصوم عليه السلام ، الإجماع المدعى هنا ليس بهذا الحدَّ ولم يستكشف عنه قول المعصوم عليه السلام .

١- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٢٨٧ ح ٢ .
٢- (٢) مستدرک الوسائل ٣ / ١٤٩ ح ٤ من الطبع الحجرى = ١٧ / ١١١ ح ٤ طبع آل البيت .

وبالجملة ، ظهر من جميع ما ذكرنا ثبوت حقّ الإختصاص للمالک على المال والملک ولوزالت المالية والملكية ، ويجوز له المصالحة على هذا الحقّ بلا عوض أو مع العوض .

ولذا قال العلامة الجد الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرحه على القواعد : « ... وعدم المِلْک لا ينافى ثبوت الإختصاص فيما له منفعة محلّلة ، ودفع الشىء لإنفكاكه(١) يُشَكُّ فى دخوله تحت الإكتساب المحظور ، فيبقى على أصل الجواز »(٢) .

وقال صاحب الجواهر : « نعم قد يقال : بأنّ له حقّ الإختصاص لمن سبق إليه لتحقق الظلم عرفاً بالمزاحمة له ، بل لعلّ دفع العوض لرفع يد الإختصاص عنه لا بأس به ، ضرورة عدم صدق التكسب به لعدم دفع العوض عنه ... »(٣) .

وبما ذكره صاحب الجواهر يظهر المناقشة فى كلام شيخنا الأستاذ - مد ظله - حيث يقول :« اللهم إلاّ أن يقال : مقتضى سقوط الشىء عن المالية شرعاً كونه كسائر ما لا تكون له مالية فى اعتبار العقلاء ، وأن أخذ المال ولو بعنوان المصالحة عليه أو الإعراض عنه أكل لذلک المال بالباطل ... »(٤) .

وقال - مد ظله - فى ختام التعليقة أيضاً : « أكل المال ولو بعنوان المصالحة عليها أو الإعراض عنها من أكله بالباطل كما فى سائر ما لا يكون مالاً فى اعتبار العقلاء ، كما لا يخفى »(٥) .

أقول : الوجه فى ظهور المناقشة عدم صدق التكسب بأخذ المال فى قبال حقّ الإختصاص ، فلا يكون أكلاً للمال بالباطل ، فافهم . ولا أقل من الشک فى صدق عنوان التكسب ، فيجرى إصالة البراءة فى المقام .

١- (١) لإفتكاكه ، فى طبعة قم المحقّقة .

٢- (٢) شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة ابن المطهر / ١٣ طبع النجف الاشرف - ١ / ١٢٤ من طبع قم المقدسة .

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٩ .

٤- (٤) ارشاد الطالب ١ / ٧٠ .

٥- (٥) ارشاد الطالب ١ / ٧١ .

ومنه أيضاً ظهر ما فى كلام الفقيه الإصفهانى قدس سره بعد الإفتاء بثبوت حقّ الإختصاص ومعاوضة هذا الحقّ بالعوض حيث يقول : « ... لكنّه لا يخلو من إشكال ، بل لا يبعد دخوله فى الإكتساب المحظور . نعم لو بذل الغير مالاً ليرفع يده ويعرض عنها فيحوزها الباذل سلم من الإشكال ... »(٦) .

أقول : قد منعنا دخول المعاوضة على حقّ الإختصاص بالمال فى الاكتساب المحرّم ، و على فرض دخوله لا يخرجه ما ذكره قدس سره فى آخر كلامه ، فلا يسلم من الإشكال . والحمد للّه على كلّ حال .

ص:١٥٧

النوع الثانى : ما يحرم لتحريم ما يقصد به وهو على ثلاثة أقسام

اشارة

ص:١٥٨

ص:١٥٩

اشارة

ص:١٦٠

القسم الأوّل

اشارة

ما اشتمل على هيئة خاصة لا يقصد منه بهذه الهيئة إلاّ الحرام كالأصنام والصلبان وآلات القمار وآلات اللهو ونحو ذلک :

١ - منها : هياكل العبادة المبتدعة :

اشارة

كالصليب والصنم والوثن ، وقد استدل على حرمة بيعها بعدّة من الوجوه :

الأدلة الدالة على حرمتها

الوجه الأوّل : الاجماع

قد ادعى الإجماع فى كلام جماعة من الأصحاب ، منهم : العلاّمة الحلى فى المنتهى(١) ادعى عدم خلاف علمائنا على تحريم عمل الأصنام والصلبان وغيرهما من هياكل العبادة المبتدعة ، وادعى الإجماع المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان(٢) والسيد على الطباطبائى فى الرياض(٣) والنراقى فى مستند الشيعة(٤) وصاحب الجواهر فى كتابه(٥) .

وفيه : تحصيل الإجماع - وإن كان ممكناً فى كلمات الأصحاب - ولكنّه غير مفيد ، لاحتمال كونه مدركيّاً وأنّ مستندهم إحدى الوجوه الآتية فى المسألة .

الوجه الثانى : رواية تحف العقول

حيث ورد فيها : « فكلّ أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهى عنه من جهة ... »(٦) إلى أن

ص:١٦١

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠١١ .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤١ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥ .

٦- (٦) تحف العقول / ٣٣٣ .

قال : « وذلک إنّما حرّم اللّه الصناعة التى حرام هى كلّها التى يجىءُ منها الفساد محضاً نظير

البرابط والمزامير والشطرنج وكلّ ملهوٍّ به والصلبان والأصنام »(١) .

وفيه : قد منعنا عن كون هذه رواية أصلاً ، وعلى فرض أن تكون رواية فهى مرفوعة مرسلة ، فلا تفيد فى الفقه شيئاً .

الوجه الثالث :

قوله تعالى : «لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ »(٢) .

بتقريب : أنّ أكل المال بأزائها أكل له بالباطل ، والمراد بالباطل فى الآية الشريفة الباطل الشرعى والعرفى معاً ، فلا يجوز بيعها .

وفيه : نعم الظاهر أنّ المراد بالباطل فى الآية الشريفة ما يعمّ الباطل شرعاً وعرفاً ، ولكن الآية ليست بصدد بيان شرائط العوضين حتّى يتمسّک بإطلاقها فى المقام .

الوجه الرابع :

قوله تعالى فى سورة المائدة : «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ»(٣) .

وقوله تعالى فى سورة الحج : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ»(٤) .

وقوله تعالى فى سورة المدثر : «وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ»(٥) .

قال الشيخ فى ذيل الآية الأخيرة : « قال ابن عباس ومجاهد وقتادة والزهرى : معناه فاهجر الأصنام »(٦) .

١- (١) تحف العقول / ٣٣٥ .

٢- (٢) سورة النساء / ٢٩ .

٣- (٣) سورة المائدة / ٩٠ .

٤- (٤) سورة الحج / ٣٠ .

٥- (٥) سورة المدثر / ٥ .

٦- (٦) التبيان ١٠ / ١٧٣ .

بتقريب : أن الاجتناب المطلق وكذا الهجر المطلق يقتضى الإجتناب عن البيع وحرمته .

وفيه : أن الاجتناب والهجر من الأصنام والأوثان يعنى ترك عبادتها وعدم القول

بقداستها ، وليس فى الآيات إطلاقٌ حتّى يشمل بطلان بيعها .

الوجه الخامس :

الاستدلال بالنبوى المشهور : « إنّ اللّه إذا حرّم على قوم شيئاً حرّم عليهم ثمنه » .

بتقريب : أنه حيث حرّمت فى الشريعة عبادة الأصنام والأوثان والصلبان فكذلک حرّمت عملها وإحداثها لأجل العبادة ، وكذلک حرّمت فيها بيعها وشراؤها وأخذ الثمن فى قبالها .

وفيه : أنّه قد ذكرنا فى أوّل الكتاب عدم ورود هذه الرواية من طرقنا إلاّ على نحو الإرسال والرفع ، ووجود كلمة « الأكل » فى موارد نقلها ، فلا تفيد فى الفقه ولا فى المقام شيئاً .

الوجه السادس : ما رواه فى دعائم الاسلام

قال : « روينا عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والدم والخنزير والأصنام ، وعن عسب الفحل وعن ثمن الخمر وعن بيع العذرة وقال : هى ميتة »(١) .

بتقريب : أن النهى عن بيع الأصنام ظاهرٌ فى بطلانها .

وفيه : أن دلالة الرواية على بطلان بيعها تام ولكن سندها ضعيف بل مرسل بل مرفوع ، وقد مرّ منّا الكلام حول كتاب دعائم الاسلام فى أوّل ، الكتاب فراجع ما حررناه هناک .

الوجه السابع :

الروايات الدالة على النهى عن بيع الخشب ممّن يتخذه صليباً أو صنماً ، وحيث كان بيع الخشب الحلال فى نفسه صار حراماً من هذه الجهة ، فبيعهما أُولى بالحرمة .

١- (١) دعائم الاسلام ٢ / ١٨ ح ٢٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

من الروايات : صحيحة عمر بن أُذينة قال : كتبت إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه برابط ؟ فقال : لا بأس به . وعن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه صلباناً ؟ قال : لا(١) .

ومنها : خبر عمرو بن حريث قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن التوت أبيعه يصنع للصليب والصنم ؟ قال : لا(٣) .

قال المحقق الخوئى قدس سره : « وهذا هو الوجه الوجيه ، ويؤيده قيام السيرة القطعية المتصلة إلى زمان المعصوم عليه السلام على حرمة بيع هياكل العبادة ، ويؤيده أيضاً وجوب إتلافها حسماً لمادّة الفساد ، كما أتلف النبى صلى الله عليه و آله وسلم وعلى عليه السلام أصنام مكة ، فإنّه لو جاز بيعها لما جاز إتلافها »(٢) .

وبالجملة ، هذا الوجه تام لا يمكن المناقشة فيه ولا ينبغى الإشكال فى حرمة بيع هياكل العبادة من الأصنام والأُوثان ونظيرها الصلبان بعد هذا الدليل التام والدليل الآتى :

الوجه الثامن : الدليل العقلى :

اشارة

العقل مستقل بقبح عبادة الأُوثان والأصنام وأنّه مبغوض عند الشارع الأقدس ، فكيف يجعل الشارع وجوب الوفاء بعقد يترتب عليه هذا المبغوض عنده ، والعقل كما هو مستقل بقبح عبادة الأُوثان فكذلک مستقل بعدم جعل وجوب الوفاء على عقد يترتب عليه عبادة الأُوثان ، ولعلّ هذا سرّ عدم ورود حرمة بيعها مستقلاً فى الروايات ، لأنّ العقل يستقل بحرمة بيعها فلا نحتاج إلى ورود رواية .

ولعله أشار إلى هذا البيان المحقق الخمينى قدس سره حيث يقول : « لا ينبغى الاشكال فى حرمة بيعها وبطلانه فى الصور التى يترتب عليها الحرام ، لإستقلال العقل بقبح ما يترتب عليه عبادة الأُوثان ومبغوضيته ، بل قبح تنفيذ البيع وإيجاب الوفاء بالعقد المترتب عليه عبادة غير اللّه تعالى »(٣) .

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ١ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ٢ .

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٤٩ .

وأمّا استفادة حكم حرمة بيعها ممّا ورد من الروايات الواردة فى تحريم الخمر ولعن بايعها ومشتريها وعاصرها وساقيها وتحريم ثمنها وجعله سحتاً ، أو استفادتها من الرواية المستفيضة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وأبى جعفر عليه السلام وأبى عبد اللّه عليه السلام أنّهم عليهم السلام قالوا : مدمن الخمر كعابد وثن .

فأشبه شيءٍ بالقياس ، وهو سراية حكم موضوع إلى موضوع آخر وإناطته إليه ، يعنى استفادة حرمة بيع هياكل العبادة من الروايات الواردة فى باب الخمر وتحريمها وتشديد الشارع بالنسبة إليها بإدعاء أنّ الفساد مشترك بينهما ، بل بالنسبة إلى هياكل العبادة كان الأمر أشدّ والفساد أكثر . وهذه الدعوى أشبه شيءٍ بالقياس كما ذكرت .

ثم بعد الفراغ عن الاستدلال على حرمة بيع هياكل العبادة ينبغى التعرض لفروع :

فروع

الفرع الأوّل :

إذا كانت لمادّة هياكل العبادة قيمة – بأنّها صُنعت من الذهب أو الفضة أو الجواهر الغالية ونحوها – فهل يجوز بيعها بالنظر إلى مادّتها التى هى ذات قيمة مع ترتب الفساد على هيئتها أم لا ؟ وهل يجرى فى هذا الفرض حكم بيع ما يملك وما لا يملك فى معاملة واحدة بأنّ يقسّط الثمن بإزائهما نحو بيع الشاة والخنزير معاً فالبيع بالنسبة إلى الشاة صحيح وبالنسبة إلى الخنزير باطل ويقسط الثمن بينهما ، أم لا يجرى ؟

الظاهر صحة بيع ما يملك وما لا يملك إذا كان لكلٍّ واحد منهما وجود مستقل عن غيره نحو الشاة والخنزير ، وأمّا ما نحن فيه فالهيئة والمادة – وإن كانا شيئين مختلفين متعددين بالدقة العقلية الفلسفية – ولكنّهما بنظر العرف ليس إلاّ شيئاً واحداً وهو الصنم أو الوثن أو الصليب ، ولذا لا يقسّط الثمن بأزاء المادّة والهيئة وليس نظير بيع ما يملك وما لا يملك .

وبالجملة ، إذا ترتب على بيعها فساد عبادتها فلا يجوز بيعها ولو كانت لمّادتها قيمة . واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع الثانى :

إذا لم يترتب على بيعها فساد عبادتها لانقراض عَبَدَتها وكانت لمادّتها قيمة فهل يجوز بيعها أم لا ؟

ص:١٦٥

الظاهر أن علّة حرمة بيعها ليست إلاّ من جهة حرمة الفساد المترتب عليها ، وإذا لم يكن فساد فى البين وكانت لمادّتها قيمة فيجوز حينئذ بيعها .

نعم ، الأحوط حينئذ تغيير هيئتها ثم بيعها .

الفرع الثالث :

إذا لم يترتب على بيعها فساد عبادتها لانقراض عَبَدَتها ولم تكن لمادّتها قيمة - بأن صنعت من الخشب أو الحجر ونحوهما فهل - يجوز بيعها للتزيين أو لحفظها فى المتاحف ونحوها أم لا ؟

الظاهر يجوز بيعها حينئذ ، لعدم ترتب الفساد عليها . واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع الرابع :

هل يجب كسرها مطلقاً ؟ أو يجب فى فرض وجود عبدتها فقط ؟ وهل على كاسرها

ومتلفها ضمانٌ بالنسبة إلى قيمتها أم لا ؟

الظاهر أنّه يجب كسرها فى فرض وجود عَبَدَتها وترتب الفساد عليها ، وفى هذا الفرض حيث ألغى الشارع ماليتها فليس على كاسرها ومتلفها ضمان .

ولكن فى غير هذا الفرض لم يجب كسرها ، وحيث كانت مالاً ذا قيمة ولم يلغ الشارع ماليتها وأتلفها الغير فهو له ضامن بقاعدة الإتلاف . واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع الخامس :

قال الشيخ الأعظم : « نعم ، لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة وآلة أُخرى لعمل محلّل - بحيث لا تعدّ منفعة نادرة - فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعة المحللة كما اعترف به فى المسالك(١) »(٢) .

الظاهر صحة ما ذكره الشيخ قدس سره ، لأنه بعد عدم كون المنفعة المحلّلة نادرة فيجوز البيع بقصد تلك المنفعة المحلّلة ولو كانت الهيئة مشتركة بين العمل المحرّم والمحلل ، وأمّا إذا قصد

١- (١) المسالک ٣ / ١٢٢ .

٢- (٢) المکاسب المحرمة / ١٥ طبع تبریز - (١ / ١٢ من الطبعة الحدیثة) .

العمل الحرام والمنفعة المحرمة فلا یجوز بیعها .

والمراد بالقصد هنا لیس النیّة حین المعاملة ، بل المراد به العمل الخارجی المترتب علی الشیء ، یعنی أنّ البایع استفاد من الشیء عملاً فی الجهة المحللة لا المحرمة . ثمّ هذا القصد والنیّة أیضاً باعث له علی بیعه .

ومما ذکرناه ظهر ما فی کلام المحقق الإیروانی قدس سره واستصوبه بعض أساتذتنا(١) - مدظله - حیث یقول : « بل الأقوی جواز البیع مطلقاً لعموم أدلة صحة المعاملات ، مؤیدةً بعموم قوله علیه السلام : « وکلّ شیءٍ یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات» ، ولا دلیل علی اعتبار قصد المنفعة المحلّلة ... »(٢) .

٢ - منها : آلات القمار

قد ورد الإجماع علی حرمة بیعها فی کلام بعض نحو أصحاب الریاض(٣) والمستند(٦)

والجواهر(٤) ، وقد نفی الشیخ الأعظم(٥) الخلاف فی المسألة .

مضافاً إلی ذلک تدلّ علیه الوجوه الماضیة فی المسألة السابقة وبعض الروایات الواردة فی المقام :

منها : خبر أبی الجارود المروی فی تفسیر القمی عن أبی جعفر علیه السلام فی قوله تعالی : «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»(٦) قال : أمّا الخمر فکلّ مسکر من الشراب - الی أن قال - : وأمّا المیسر : فالنرد و الشطرنج وکلّ قمار میسر ، وأما الأنصاب : فالأوثان التی کانت تعبدها المشرکون ، وأما

١- (٣) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ١٧٤ .

٢- (٤) حاشية المكاسب ١ / ٨٤ طبع عام ١٤٢١ .

٣- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٤- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٥- (٢) الجواهر ٢٢ / ٢٥ .

٦- (٣) المكاسب المحرمة / ١٥ طبع تبريز - (١ / ١١٦ الطبعة الحديثة) .

الأزلام : فالأقداح التى كانت تستقسم بها المشركون من العرب فى الجاهلية ، كلّ هذا بيعه وشراؤه والإنتفاع بشيءٍ من هذا حرام من اللّه محرّم ، وهو رجس من عمل الشيطان ، وقرن اللّه الخمر والميسر مع الأوثان(١) .

دلالة الرواية على بطلان بيع آلات القمار واضحة ، ولكن فى سندها ضعف وإرسال .

ومنها : خبر جامع البزنطى المروى فى السرائر ، عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : بيع الشطرنج حرام وأكل ثمنه سحت واتخاذها كفر واللعب بها شرك ، والسلام على اللاهى بها معصية وكبيرة موبقة ، والخائض فيها يده كالخائض يده فى لحم الخنزير ، لا صلاة له حتّى يغسل يده كما يغسلها من مسّ لحم الخنزير ، والناظر إليها كالناظر فى فرج اُمّه ، واللاهى بها والناظر إليها فى حال ما يلهى بها والسلام على اللاهى بها فى حالته تلك فى الإثم سواء ، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوأ مقعده من النار ، وكان عيشه ذلك حسرةً عليه فى القيامة ، وإيّاك ومجالسة اللاهى والمغرور بلعبها ، فإنّها من المجالس التى باء أهلها بسخط من اللّه يتوقعونه فى كلِّ ساعة فيعمك معهم(٢) .

الرواية تدل على بطلان بيع الشطرنج فقط ويمكن الاستدلال بها فى غيرها من آلات القمار بعدم الفرق ، ولكن فى سندها إرسال ، لأنّ الواسطة بين ابن ادريس الحلى والبزنطى صاحب الجامع غير مذكور فى السرائر وغير معلوم لنا .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم إنّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن اللعب بالنرد والشطرنج والكوبة والعرطبة - وهى الطنبور والعود - ونهى عن بيع النرد(٣) .

الرواية تدلّ على بطلان بيع النرد ، وهو أحد آلات القمار ، ويمكن التعدى إلى غيرها بعدم الفرق ، ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر الجعفريات بإسناده عن على عليه السلام قال : من السحت : ثمن الميتة وثمن اللقاح ومهر البغى وكسب الحجام وأجر الكاهن وأجر القفيز وأجر الفرطون والميزان إلاّ

١- (٤) سورة المائدة / ٩٠ .

٢- (٥) تفسير القمى ١ / ١٨٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٢ .

٣- (١) الفقيه ٤ / ٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٥ ح ٦ .

قفيزاً يكيله صاحبه أو ميزاناً يزن به صاحبه ، وثمن الشطرنج وثمن النرد ، الحديث(١) .

والرواية تدلّ على بطلان بيع الشطرنج والنرد ، ويمكن التعدى بعدم الفرق بينهما وبين غيرهما من آلات القمار ، ولكن فى سندها ضعف .

وتدلّ على عدم الفرق بينهما وبين غيرهما من آلات القمار صحيحة معمر بن خلاد عن أبى الحسن عليه السلام قال : النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة وكلّ ما قومر عليه فهو ميسر(٢) .

وكيف ما كان حيث لا يترتب على بيع آلات القمار إلاّ الحرام – وهو القمار – فلا إشكال فى بطلان بيعها ، كما عليه المشهور بل الإجماع .

ثم فليعلم أنّ هنا مسائل ثلاث : ١ – صنع آلات القمار ٢ – بيعها ٣ – اللعب بها مطلقاً ، وكلّ ذلک حرام محرَّم ولا يجوز أخذ شيء فى قبالها .

٣ – ومنها : آلات اللهو

قد حكى الإجماع على بطلان بيع آلات اللهو مطلقاً فى عدّة من الكتب الفقهية نحو : مجمع الفائدة والبرهان(٣) ورياض المسائل(٥) ومستند الشيعة(٦) وجواهر الكلام(٧) ، وتدلّ على بطلان بيعها – بعد الإجماع والوجوه الماضية فى هياكل العبادة المبتدعة – بعض الروايات الواردة فى المقام :

منها : خبر الشيخ أبى الفتوح الرازى فى تفسيره مرسلاً عن أبى أمامة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : إنّ اللّه تعالى بعثنى هدىً ورحمةً للعالمين وأمرنى أن أمحو المزامير والمعازف والأوتار والأوثان وأمور الجاهلية – إلى أن قال – : إنّ آلات المزامير شراؤها وبيعها وثمنها

١– (٢) الجعفريات / ١٨٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .
٢– (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ١ .
٣– (٤) مجمع فائدة والبرهان ٨ / ٤١ .

والتجارة بها حرام ، الحديث(١) .

دلالة الرواية على بطلان بيع آلات اللهو واضحة ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : خبر الجعفريات بإسناده إلى على عليه السلام أنّه رفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله(٢) .

بتقريب : إن إبطال الدعوى من قِبَلِ أمير المؤمنين عليه السلام يدل على إلغاء مالية البربط ، فإذا لم يكن مالاً فلا يجوز إعطاء المال بإزائه ، فلا يجوز بيعه . ومع إلحاق عدم الفرق بين البربط وغيرها من آلات اللهو يجرى الحكم ببطلان بيع آلات اللهو مطلقاً ، ولكن فى سند الرواية ضعف .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه رفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله ولم يوجب على الرجل شيئاً(٣) .

الكلام فى هذه الرواية كسابقتها .

ومنها : خبر آخر للدعائم رفعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : من تعدى على شيءٍ ممّا لا يحلّ كسبه فأتلفه فلا شيء عليه فيه ، ورفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله(٤) .

الدلالة واضحة وفى السند إرسالٌ .

ومنها : خبر ثالث للدعائم رفعه عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال : من كسر بربطاً أو لعبة من اللعب أو بعض الملاهى أو خرق زق مسكرٍ أو خمر فقد أحسن ولا غرم عليه(٥) .

تدلّ الرواية على عدم مالية هذه الأشياء فلا يجوز إعطاء المال بإزائها فبيعها باطل ، ولكن فى السند إرسالٌ .

١- (١) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٩ ح ١٦ .
٥- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٥ ح ٢ .

ومنها : خبر قطب الراوندی رفعه عن النبی صلی الله علیه و آله وسلم أنّه قال : إنّ اللّه حرّم الدف والکوبة والمزامیر وما یلعب به(١) .

بتقریب : أن التحریم بالنسبة إلی هذه الآت ورد مطلقاً ، فیشمل بیعها أیضاً ، فإذا حرم بیعها کان البیع باطلاً ، ولکن فی السند إرسال .

ومنها : معتبرة السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال : قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم : أنهاکم عن الزفن والمزمار وعن الکوبات والکبرات(٢) .

بتقریب : نهی رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم عن الزفن - وهو الرقص - والکوبة - وهی الطبل والصغیر - والکَبَر - وهی الطبل - ونهیه صلی الله علیه و آله وسلم عن هذه الأمور مطلقة ، فیشمل بیعها ، فصار بیعها باطلاً .

ومنها : غیر ذلک من الروایات فراجع إن شئت إلی الباب ١٠٠ و١٠١ من أبواب ما یکتسب به من وسائل الشیعة ١٧ / ٣١٦ و ٣١٢ ، والباب ٧٩ من أبواب ما یکتسب به من مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ ، والباب ٢١ من أبواب ما یکتسب به وما لا یکتسب به من جامع أحادیث الشیعة ٢٢ / ٢٤٤ وفیه ثلاثون روایة ، وکتابنا موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١١ / ١٥٤ فی ذیل عنوان الموسیقی .

وبالجملة ، بطلان بیع آلات اللهو فی مذهبنا إجماعیٌّ ، وتدل علیه مضافاً إلی الوجوه السابقة ، الروایات الواردة فی المقام .

ثم فلیعلم أنّ هنا أیضاً مسائل ثلاث : ١ - صنع آلات اللهو ٢ - وبیعها ٣ - واللهو بها ، وکلّ ذلک حرام محرّم ولا یجوز أخذ شیء فی قبالها کما مرّ فی آلات القمار .

٤ - ومنها : أوانى الذهب والفضة

إذا قلنا بتحريم اقتنائها وقصد المعاوضة على مجموع الهيئة والمادة ، لا المادة فقط .

ثم هل القدر المتيقَّن من حرمة استعمال أوانى الذهب والفضة استعمالهما فى الأكل

ص:١٧١

١- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٥ ح ٣ .
٢- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٨ ح ١١ .

والشرب أو مطلق اقتنائهما والتزيّن بهما أيضاً حرام ؟ فلابدّ من ملاحظة الروايات الواردة فى المقام :

منها : صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن آنية الذهب والفضة فكرهها ، فقلت : قد روى بعض أصحابنا : أنّه كان لأبيالحسن مرآة ملبّسة فضّة ، فقال : لا - والحمد للّه - إنّما كانت لها حلقة من فضة وهى عندى . ثم قال : إنّ العباس حين عذر عمل له قضيب ملبّس من فضّة من نحو ما يعمل للصبيان تكون فضّة نحواً من عشرة دراهم ، فأمر به أبو الحسن عليه السلام فكسر(١) .

ذيل الرواية تدلّ حرمة مطلق التزين والاقتناء بالفضة ، ولكن الظاهر عدم إفتاء الأصحاب بها . ويمكن رفع اليد عن هذا الذيل بقرينة الروايات الآتية .

ومنها : خبر داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه عليه السلام : لا تأكل فى آنية الذهب والفضة(٢) .

الرواية تدلّ على حرمة استعمالهما فى الأكل والشرب فقط ، وفى السند ضعف بمعلى بن محمّد . ولكن رواها البرقى فى المحاسن(٣) بسند صحيح .

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : أنّه نهى عن آنية الذهب والفضة(٤) .

يمكن استفادة حرمة الإقتناء من الرواية إذا كان النهى فيه مطلقاً ، ولكن فى السند ضعف بسهل بن زياد . ويمكن تقييد إطلاق النهى فيها بالروايات الخاصة بالأكل والشرب ، ويمكن تصحيح سندها بما رواه البرقى فى المحاسن(٥) .

ومنها : خبر موسى بن بكر عن أبى الحسن عليه السلام قال : آنية الذهب والفضة متاع الذين

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٥ ح ١ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٦ ح ٢ .
٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤١١ ح ٦٥ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٦ ح ٣ .

لا يوقنون(١) .

يمكن استيناس حرمة الإقتناء مطلقاً من الرواية ، وفى سندها ضعف بسهل وموسى بن بكر . ولكن يمكن تقييدها بغيرها من الروايات وتحسين سندها بما رواه البرقى فى المحاسن(٢) عن موسى بن بكر والذهاب إلى حسنه .

ونظيرها مرسلة الصدوق عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم (٣) .

ومنها : موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا ينبغى الشرب فى آنية الذهب والفضة(٤) .

« لا ينبغى » فى الرواية بقرينة غيرها من الروايات تحمل على الحرمة ، و هكذا بعدم الفرق بين الأكل والشرب يعرف حكمه .

ومنها : خبر يوسف بن يعقوب قال : كنت مع أبى عبد اللّه عليه السلام فى الحجر فاستسقى ماءاً ، فأتى بقدح من صفر ، فقال رجل : إنّ عبّاد بن كثير يكره الشرب فى الصفر ، فقال : لا بأس ، وقال عليه السلام للرجل : ألا سألته أذهب هو أم فضة(٥) ؟

الرواية تدلّ على حرمة الشرب فى آنية الذهب والفضة ، والإمام عليه السلام أخذ حكمها معلوماً عند السائل ، ولكن فى السند ضعف بيوسف .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا تأكل فى آنية ذهب ولا فضة(٦) .

سند الرواية صحيح ، لأنّ للصدوق قدس سره سند صحيح إلى كتاب أبان بن عثمان والرجل ثقة ، وهو ينقل عن محمد بن مسلم لا أبان بن تغلب الثقة الذى فى سند الصدوق إلى كتابه

١- (١) المحاسن ٢ / ٤١٠ ح ٦١ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٧ ح ٤ .
٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤١١ ح ٦٤ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٨ ح ٨ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٧ ح ٥ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٧ ح ٦ .

ضعف ، فالسند صحيح والتعبير عن الرواية بالخبر كما فى بعض المؤلَّفات غير تام . ودلالتها أيضاً واضحة .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن الشرب فى آنية الذهب والفضة(١) .

دلالتها واضحة ، ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه كره آنية الذهب والفضة والآنية المفضّضة(٢) .

الكراهة بالنسبة إلى آنية الذهب والفضة بقرينة غيرها من الروايات تحمل على الأكل والشرب فيهما ، وبالنسبة إلى المفضَّض تحمل على الكراهة المصطلحة لا الحرمة ، كما يظهر الأخير لمن يلاحظ روايات الباب ٦٦ من أبواب النجاسات من وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٩ .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهاهم عن سبع : منها الشرب فى آنية الذهب والفضة(٣) .

دلالة الرواية واضحة ، وسندها معتبر .

الظاهر – واللّه سبحانه هو العالم – أنّ من تأمل فى هذه الروايات ظهر له أنّ الحرمة بالنسبة إلى آنية الذهب والفضة تنحصر فى حرمة استعمالهما فى الأكل والشرب فقط ، فلا بأس بالتزيّن بهما واقتنائهما ، فلا بأس ببيعهما مطلقاً .

نعم ، استعمالهما فى الأكل والشرب فقط حرامٌ .

٥ – ومنها : بيع الدراهم المغشوشة

اشارة

الدراهم المغشوشة على قسمين :

الأوّل : الدراهم الفاسدة الخارجة من رواج المعاملة ، صُنعت لأجل غش الناس

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٨ ح ٩ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٨ ح ١٠ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٨ ح ١١ .

وإغوائهم وتملّک أموالهم . وعلى هذا القسم تحمل الروايات المانعة من بيعها والآمرة بإفنائها حسماً لمادّة الفساد ، نحو : حسنة أو معتبرة موسى بن بكر قال : كنّا عند أبى الحسن عليه السلام وإذا

دنانير مصبوبة بين يديه ، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثمّ قطعه بنصفين ، ثم قال لى : ألقه فى البالوعة حتّى لا يباع شىء فيه غش(١) .

دلالة الرواية على وجوب إفنائها قطعاً لمادّة الفساد واضحة ، ويأتى منّا اعتبار سندها فى بحث الغش(٢) .

ومنها : خبر المفضل بن عمر الجعفى قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام فألقى بين يديه دراهم ، فألقى إلى درهماً منها فقال : إيش هذا ؟ فقلت : ستّوق ، فقال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة ، فقال : اكسرها فإنّه لا يحلّ بيع هذا ولا إنفاقه(٣) .

دلالة الرواية على كسر الدرهم المغشوش واضحة . والظاهر أنّ المراد بالستوق وجود طبقتين من الفضة فى جانبى الدرهم وطبقة من النحاس فى وسطها بحيث يرى من إطرافها أنّها من الفضة ولكن

فی جوفها کلّها النحاس . وأمر الإمام علیه السلام بکسر هذا الدرهم . والشاهد علی ما ذکرنا فی تعریف الستوق خبر دعائم الإسلام الآتی ، ولکن فی السند ضعف بعلی بن الحسن الصیرفی ، لأنّه مجهول الحال ، والتعبیر بالموثق فی شأنها کما عن بعض(٤) غیر تام .

ومنها : حسنة جعفر بن عیسی قال : کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام ما تقول جعلت فداک فی الدراهم التی أعلم أنّها لا تجوز بین المسلمین إلاّ بوضیعة ، تصیر إلیّ من بعضهم بغیر وضیعة بجهلی به ، وإنّما آخذه علی أنّه جید أیجوز لی أن آخذه وأخرجه من یدی علی حدّ ما صار إلیّ من قِبَلهم ؟ فکتب علیه السلام : لا یحلّ ذلک . وکتبت إلیه : جعلت فداک هل یجوز إن وصلت إلیّ ردّه علی صاحبه من غیر معرفته به ، أو إبداله وهو لا یدری أنّی أبدّله منه أو أردّه علیه ؟ فکتب : لا

١- (١) وسائل الشیعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .
٢- (٢) راجع هذا الکتاب المجلد الثانی / ٢٥٤ .
٣- (٣) التهذیب ٧ / ١٠٩ ح ٧٢ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ١٨ / ١٨٦ ح ٥ .
٤- (٤) مهذب الاحکام ١٦ / ٦٣ .

یجوز(١) .

بتقریب : أنه إذا کان لا یجوز ذلک بالنسبة إلی الدراهم التی لا تجوز بین المسلمین إلاّ بوضیعة ، فعدم الجواز بالنسبة إلی الدراهم المغشوشة رأساً بطریق أولی یجری . وسند الروایة أیضاً حسنة ، لأنّ جعفر بن عیسی بن یقطین ممدوح .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سئل عن إنفاق الدراهم المحمول عليها ، قال : إذا كان الغالب عليها الفضة فلا بأس بإنفاقها ، وقال : فى الستوق ، وهو المطبَّق عليه الفضة وداخله نحاس ، يقطع ولا يحلّ أن ينفق ، وكذلک المزيبقة والمكحلة(٢) .

والرواية تدل على عدم جواز إنفاق الدرهم المغشوش وقطعه حسماً لمادّة الفساد ، ولكن فى السند إرسال .

وبالجملة ، حيث كان إنفاق الدراهم المغشوشة غش فى المعاملة تشمله أيضاً الروايات الواردة فى حرمة غش المسلمين .

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ليس منّا من غشّنا(٣) .

ومنها : صحيحة أُخرى له عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لرجل يبيع التمر : يا فلان أما علمت أنّه ليس من المسلمين مَنْ غشّهم ؟ !(٤)

ومنها : صحيحة هشام بن الحكم قال : كنت أبيع السابرى فى الضلال فمرّ بى أبو الحسن الاوّل موسى عليه السلام ، فقال لى : يا هشام إنّ البيع فى الظلال غش ، والغش لا يحلّ(٥) .

ولإثبات حرمة الغش راجع إلى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ باب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠١ باب ٦٩ من أبواب ما يكتسب به ، وجامع احاديث الشيعة ٢٢ / ٤٢٦ ، وكتابنا موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٠٤ .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ٨ .

٢- (١) دعائم الاسلام ٢ / ٢٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٥٠ ح ١ باب ٦ من أبواب الصرف .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ١ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ٢ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

والحاصل عدم جواز إنفاق الدراهم المغشوشة فى المعاملات ولزوم كسرها وقطعها وإفنائها حسماً لمادّة الفساد وإخراجها من جريان المعاملات والسوق ودائرتهما .

ونظيرها فى زماننا هذا الأوراق النقدية المزوّرة لأجل التدليس على الناس وتزويرهم ، وهكذا الأمر فى غيرها من الأوراق الإعتبارية الموضوعة ، نحو الوثائق المزوّرة الموضوعة وغيرها .

الثانى : الدراهم التى تكون رائجة بين المسلمين ومعاملاتهم وسوقهم ولكنّها خلطها

كثيراً بالنسبة إلى الدراهم الجيدة ، والحكومة والسلطة فى الوقت تؤيدها وتعتبرها غالباً ، فهل يجوز المعاملة بهذه الدراهم أم لا ؟

الظاهر جواز البيع والمعاملة بهذه الدراهم ، والأخبار بذلک مستفيضة :

منها : صحيحة فضل أبى العباس قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : إذا أنفقت ما يجوز بين أهل البلد فلا بأس ، وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا(١) .

ومنها : خبر حريز بن عبد اللّه قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : لا بأس إذا كان جواز المصر(٢) .

ومنها : خبر محمّد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : جاءه رجلٌ من سجستان فقال له : إنّ عندنا دراهم يقال لها : « الشاهية » ، تحمل على الدرهم دانقين ، فقال : لا بأس به إذا كانت تجوز(٣) .

ومنها : صحيحة محمّد بن مسلم قال : سألته عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : لا بأس بإنفاقها(٤) .

لا بأس بالاضمار فى هذه الصحيحة حيث مُضْمِرها محمّد بن مسلم .

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٨ ح ٩ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٨ ح ١٠ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ٦ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ح ١ .

ومنها : صحيحة أُخرى لمحمّد بن مسلم قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ، ثم يبيعها ، قال : إذا بيّن ذلک فلا بأس(١) .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أشترى الشىء بالدراهم فأعطى الناقص الحبة والحبتين ، قال : لا حتّى تبينه ، إلاّ أن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية التى تكون عندنا عدداً(٢) .

والظاهر أنّ الدراهم الأوضاحية كانت من الدراهم الرائجة فى ذلک العصر وكانت من

الدراهم المحمول عليها ولكن رواجها موجب لعدم التبين فى حقّها .

ومنها : غيرها من الروايات الواردة فى الباب العاشر من أبواب الصرف من وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ، والباب التاسع من أبواب بيع الصرف من جامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ٢٢٩ .

بعد التأمل فى هذه الروايات ظهر جواز المعاملة بهذه الدراهم بأحد شرطين على سبيل منع الخلو :

الأوّل : إذا كانت هذه الدراهم رائجة فى المصر ، بلا فرق بين أن تكون الحكومة والسلطة فى الوقت تعتبرها أم لا ؟ لعدم ذكر اعتبار الحكومة فى الروايات ، وإن كان الرواج من دون اعتبارها خارجاً مشكل . تدلّ على هذا الشرط الروايات الثلاث الأُوَل .

الثانى : إذا بيّن للبائع بكيفية الدراهم وأعلمه بذلک ، وقبل البايع فلا بأس به ، وتدلّ على هذا الشرط الروايتان الأخيرتان .

وأمّا الإطلاق الوارد فى الصحيحة الأُولى لمحمّد بن مسلم(٣) يقيّد بأحد هذين الشرطين المأخوذين من الروايات . وهكذا الأمر بالنسبة الى غيرها من الإطلاقات لو وُجدتْ .

ثم إنّ الظاهر من الجمع بين الروايات الواردة فى المقام هو ما ذهبنا إليه من تقسيم هذه

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ح ٢ .
٢- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ٧ .
٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ح ١ .

الدراهم إلى القسمين ، وأمّا ما ذهب إليه المحقق الخوئى قدس سره من حمل الطائفة الأولى على الكراهة(١) فخلاف الظاهر .

قيود المعاملة على قسمين :

القيود التى وردت فى المعاملة – سواء ذكرت فى متن المعاملة بنحو التوصيف أو التقييد أو الإشتراط أو انصرفت المعاملة إليها أو وقعت المعاملة مبنيّة عليها إذا تخلّف – فهى على قسمين رئيسين :

القسم الأوّل : أن يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشيء ، كما إذا باعه على أنّه فضة فبان رصاصاً ، أو على أنّه عبد حبشيٌ فبان أنّها أمة مغربية ونحو ذلک . وحيث أنّ القيود والعناوين

فى هذا الفرض من مقومات المبيع عرفاً فإذا تخلّف بطل البيع . وفى ما نحن فيه إذا وقعت المعاملة على الدرهم من الفضة المسكوک بسكة فلان السلطان فبان أنّه رصاص أو أنّه غير سكة السلطان الرائج فى البلاد ، حيث أنّ العنوان والقيد من مقومات الشيء بطل العقد لما ذكرناه .

القسم الثانى : أن لا يعد القيد عرفاً من مقومات الشيء بل من جهات الفضل والكمال ، كما إذا باع عبداً على أنّه كاتب فبان أنه أمى أو إذا باع اللبن على أنّه من الغنم فبان أنّه من البقر .

ففى هذا القسم صحت المعاملة ولكن يثبت للمشترى خيار العيب أو خيار تخلّف الوصف . وفى ما نحن فيه لو باع الدرهم على أنّه سكة سنة كذا فبان أنّه سكة سنة أُخرى – حيث أنّ القيد والعنوان هنا ليس من مقومات الشيء بل من جهات الفضل والكمال – صحت المعاملة وثبت خيار تخلف الوصف .

هذا كلّه إذا كان المتعاملان جاهلين ، ونحوها إذا كان المشترى فقط جاهلاً ، وأمّا إذا كان البائع جاهلاً والمشترى عالماً ففى القسم الأوّل – يعنى تخلّف الذات – بطلت المعاملة ولكن مع تخلّف جهات الفضل والكمال صحت المعاملة ولا خيار للمشترى لعلمه بالنقص . نعم ، يثبت

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٥٩ .

الخيار للبائع لجهله .

فرع :

اشارة

هل يجوز إعطاء الدراهم الفاسدة الخارجة من رواج المعاملة التى صنعت لأجل غش الناس وإغوائهم وتملّک أموالهم باطلاً - يعنى القسم الأوّل من الدراهم المغشوشة التى ذهبنا إلى لزوم كسرها وإفنائها حسماً لمادّة الفساد - هل يجوز إعطاؤها إلى الظالم لدفع ظلمه أو العشار أو الجمارک ونحوها أم لا ؟

الظاهر جواز ذلک لدفع ظلمهم وتعديهم كما ذهب اليه صاحب الجواهر قدس سره (١) ، وأمّا أنّهم ينفقونها فى الناس ويجلبون بها أموال الناس ظلماً فلا يدفع الجواز ، لأنّ عملهم وفعلهم لا يردّ جواز فعل الآخر كما هو واضح . واللّه سبحانه هو العالم .

فرع آخر :

هل يجوز التزيّن بالدراهم المغشوشة وحفظها واقتنائها فى متاحف التزوير أم لا ؟ ثم على القول بالجواز هل يجوز بيعها لذلک أم لا ؟

الظاهر جواز التزيّن بها وحفظها واقتنائها فى متاحف التزوير ، لعدم ترتب أىّ فساد حينئذ عليه كما ذهب إليه بعض أساتذتنا - مدظله(٢) - وهكذا يجوز بيعها لذلک .

وأمّا الأمر الوارد فى الروايات بكسرها وإفنائها فليس إلاّ لجهة ترتب الفساد عليها وليس أمراً تكليفياً محضاً ، ولذا يجوز فى صورة عدم ترتب الفساد حفظها واقتناؤها ، بل يجوز بيعها مع علم المشترى بكيفيتها وأنّه يقصد التزيّن بها أو حفظها فى معرضه أو متحفه ونحو ذلک . واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) الجواهر ٢٤ / ١٨ .

٢- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٢٠٨ .

القسم الثانى

اشارة

ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرّمة ... فهنا مسائل ثلاث :

مسائل ثلاث:

المسألة الأولى

بيع العنب على أن يُعمل خمراً والخشب على أن يُعمل صنماً أو آلة لهو أو قمار ، وإجارة المساكن ليباع أو يحرز فيها الخمر ، وكذا إجارة السفن والحَمولة لحملها .

فقد استدل على حرمة البيع أو الإجارة للمقاصد المذكورة بوجوه :

الأوّل : الإجماع ، ادعاه الشيخ فى الخلاف(١) وابن زهرة الحلبى فى الغنية(٢) والعلامة فى المنتهى(٣) ، وقال النراقى بعد نقل الإجماع من المنتهى : « وهو الحجة فيه »(٤) . وقال صاحب الجواهر : « لا خلاف أجدها فيها »(٥) ، والشيخ الأعظم أيضاً ادعى عدم الخلاف فى المسألة(٦) .

وفيه : إن الإجماع هنا - على فرض تحققه - ليس إلاّ مدركيّاً ، فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة والوجوه المذكورة فى المقام .

الثانى : أن هذه المعاملة بيعاً كانت أو إجارة إعانة على الإثم ، فتحرم لذلك .

وفيه : أولاً : يأتى منّا معنى الإعانة على الإثم وأحكامها فى ذيل المسألة الثالثة من هذا القسم إن شاء اللّه تعالى ، ومنعنا حرمة الإعانة على الإثم مطلقاً .

ص:١٨١

١- (١) الخلاف ٣ / ٥٠٨ .

٢- (٢) الغنية / ٢٨٥ والمطبوع فى الجوامع الفقهية / ٥٣٨ .

٣- (٣) المنتهى ٢ / ١٠١١ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ٩٥ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٣٠ .

٦- (٦) المكاسب المحرمة / ١٦ (١ / ١٢٣ من الطبعة الحديثة) .

وثانياً : بفرض صدقها على هذه المعاملة وحرمتها ، بينهما عموم من وجه ، والإعانة

على الإثم لا تصدق إلاّ بالإقباض خارجاً مع العلم ، وهذا الإقباض ربّما يكون بغير البيع ، فبين البيع والإعانة عموم من وجه ، فلا يمكن الإستدلال بها على حرمة المعاملة مطلقاً .

وثالثاً : حرمة الإعانة على الإثم - على فرض ثبوتها - ليست إلاّ حرمة تكليفيه وهى لا تدلّ على بطلان المعاملة وضعاً .

إن قلت : ورود الحرمة فى المعاملات تقتضى فسادها .

قلت : نعم ، إذا كانت الحرمة تعلقت بنفس المعاملة ، ولكن فى المقام تعلقت بعنوان الإعانة ، فلا تدلّ على فساد المعاملة .

ورابعاً : هذا الإشتراط فى المعاملة ليس إلاّ شرطاً فاسداً ، وفساد الشرط لا يسرى إلى فساد العقد ، لأنّ الشروط لا تقابل بجزء من الثمن حتّى يُحكم بفساد المعاملة بالنسبة إليها .

الثالث : إن صحت هذه المعاملة كانت أكلاً للمال بالباطل ، المنهى عنه فى الآية الشريفة .

وفيه : أولاً : إنّ الآية الشريفة ليست بصدد شرائط العوضين كما مرّمنا مراراً .

وثانياً : إنّ الشروط لا تقابل بجزء من الثمن ليصدق من فسادها أكل المال بالباطل بل هى مجرد التزامات لا يترتب على مخالفتها إلاّ الخيار .

الرابع : ما ذكره العلامة النراقى فى المستند ، وقال : « مع كونه بنفسه فعلاً محرَّماً لمّا بينا فى موضعه : أنّ فعل المباح بقصد التوصل به إلى الحرام محرّم »(١) .

وفيه : أولاً : أنّ « مقدمة الحرام حرامٌ » ، ليست عندنا تامّة ، ولازم ذلک كون فاعل الحرام مرتكب لمحرمات كثيرة بعدد مقدماته ، ولا يلتزم به أحد .

وثانياً : حرمة مقدمة الحرام - على فرض ثبوتها - إنّما هى فى المقدمات التى لا تنفک عن ذيها ، نحو المقدمة الأخيرة فى المقدمات الإعدادية والمقدمات التوليدية ، وأمّا غيرها من المقدمات ليست محرّمة ، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل ، لتمكن المشترى من عدم الوفاء

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٩٦ .

بالشرط خارجاً .

الخامس : أدلة النهى عن المنكر تشمل المقام ، بدعوى أنّ دفع المنكر كرفعه واجب ، بل يمكن أن يقال : أنّه أولى بالوجوب .

وفيه : أولاً : يمكن المناقشة فى وجوب دفع المنكر ، وإن كان رفعه مع شرائطه واجباً .

وثانياً : على فرض وجوب دفع المنكر ، يترتب النهى التكليفى المحض على المعاملة ، وهذا لا يقتضى فساد المعاملة وضعاً كما مرّ سابقاً فى الدليل الثانى .

السادس : استدل بعض أساتذتنا - مدظله - على بطلان المعاملة وحرمتها على وجه تفرد به - أدام اللّه أيّامه - وقال : « ولو قلنا فى المسألة الآتية - أعنى بيع الجارية المغنيّة - بالحرمة والفساد بمقتضى الأخبار الواردة فيها كما يأتى فثبوتهما فى المقام أُولى ، حيث إنّ الجارية المغنيّة تشمل على المنافع المحلّلة أيضاً ولم يسقطها البائع ، فإذا فرض الحرمة والفساد فيها بسبب لحاظ غنائها ففى المقام الذى أسقط البائع جميع المنافع المحلّلة وأسقط الشارع المنفعة المحرّمة يكون الحرمة والفساد أوضح ، إذ المبيع حينئذ يصير فى قوة من لا منفعة له أصلاً ... »(١) .

وفيه : أولاً : نحن ذهبنا إلى جواز بيع الجارية المغنيّة كما عليه عدّة من الأعلام ، ويأتى البحث حوله فيما بعد .

وثانياً : القول بتعدّى حكم الحرمة والفساد من بيع الجارية المغنيّة إلى البيع والإجارة فى مسألتنا هذه بنظرنا القاصر أشبه شيءٍ بالقياس ، فلا يمكن الاستدلال به ، كما مرّ منّا نظير هذا الإشكال فى كلام بعض الأعيان قدس سره فى الوجه الثامن من الوجوه التى أقيمت على فساد بيع هياكل العبادة المبتدعة ، فراجع ما حرّرناه هناك .

السابع : الإستدلال بالروايات الواردة فى المقام :

منها : صحيحة جابر قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر ؟ قال : حرام أجره(٢) .

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٢٥٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٤ ح ١ .

وأمّا سندها : الراوى الأخير فى نقل الكافى(١) والاستبصار(٢) والطبعة الحديثة من مكاسب التهذيب(٣) « جابر » ،ولكن فى الطبعة السابقة من مكاسب التهذيب(٤) وفى المتاجر

من التهذيب فى كلتا الطبعتين(٥)(٦) « صابر » .

فعلى هذا الأقوى عندنا أنّه « جابر » ، والمراد به جابر بن يزيد الجعفى ، وهو ثقة والمراد بعبد المؤمن ، الأنصارى أخو أبى مريم الأنصارى ، وكلاهما ثقتان ، ولذا صارت الرواية صحيحة الإسناد كما عبّرنا عنها بالصحيحة . ومن المحتمل أن « صابر » أيضاً فى بعض نسخ التهذيب كان مصحفاً لجابر .

وأمّا إن كان الراوى الأخير « صابر » فلم يحرز وثاقته وصارت الرواية ضعيفة الإسناد به كما عبّر عنها بعض الأصحاب بالخبر ، نحو صاحبى المستند(٧) والجواهر(٨) والشيخ الأعظم(٩) والنائينى(١٠) والإيروانى(١١) والخوئى(١٢) والخمينى(١٣) والسبزوارى(١٤) والتبريزى(١٥) وغيرهم قدس سرهم .

١- (٣) الكافى ٥ / ٢٢٧ ح ٨ .

٢- (٤) الاستبصار ٣ / ٥٥ .

٣- (٥) التهذيب ٦ / ٣٧١ ط . الحديثة .

٤- (٦) التهذيب ٢ / ١١١ ط . السابقة .

٥- (١) التهذيب ٧ / ١٣٤ ط . الحديثة .

٦- (٢) التهذيب ٢ / ١٥٤ ط . السابقة .

٧- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ٩٤ .

٨- (٤) الجواهر ٢٢ / ٣٠ .

٩- (٥) المكاسب المحرمة / ١٦ طبع تبريز (١ / ١٢٣ من الطبعة الحديثة) .

١٠- (٦) منية الطالب ١ / ٣٤ .

١١- (٧) حاشية المكاسب ١ / ٩١ الطبعة الحديثة .

١٢- (٨) مصباح الفقاهة ١ / ١٦٥ .

١٣- (٩) المكاسب المحرمة ١ / ١٢٢ .

١٤- (١٠) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦٥ .

١٥- (١١) إرشاد الطالب ١ / ٨٠ .

وأمّا دلالتها : فعلى بطلان الإجارة واضحة ، لأنّ الظاهر من الحرمة فى المعاملات الحرمة الوضعية ، وهى البطلان . وبعدم الفرق واتحاد الملاك بين الإجارة والبيع يعلم حكم البيع أيضاً .

ومنها : خبر عمرو بن حريث قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن التوت أبيعه يصنع للصليب والصنم ؟ قال : لا(١) .

دلالة الرواية على بطلان البيع واضحة ، ولكن فى السند ضعف .

ومنها : صحيحة عمر بن أُذينة قال : كتبت إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه برابط ؟ فقال : لا بأس به .

وعن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه صلباناً ؟ قال : لا(٢) .

والرواية - وإن كانت صحيحة الإسناد - ولكن حكم فيها بصحة البيع فى البربط وهى آلة لهو ، وببطلان البيع فى الصليب وهو من هياكل العبادة المبتدعة ، مع أنّ الملاک فيهما واحد وهو وقوع العقد على استفادة الحرام من الشيء . فلا يمكن الإستدلال بهذه الصحيحة على طرفى القول بالجواز والحرمة فى المسألة . وأعنى أن هذه الرواية بنفسها صارت من المتعارضين ولا يمكن الأخذ بها ، وهى نظير ما مرّ منّا فى موثقة سماعة(٣) الواردة فى بيع العذرة ، فراجع ما حرّرناه هناک .

أللهم إلاّ أنْ يقال : بأنَّ الأهمية وشدّة الحرمة فى الصليب وهياكل العبادة المبتدعة صارت علّة الحرمة فى بيع الخشب ممّن يتخذه ، كما يأتى تفصيل ذلک فى المسألة الثالثة من هذا القسم إن شاء اللّه تعالى ، فانتظر .

ومنها : صحيحة أُخرى لابن أُذينة قال : كتبت إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابّته ممّن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنازير ؟ قال : لا بأس(٤) .

١- (١٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ٢ .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ١ .
٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٥ ح ٢ .
٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٤ ح ٢ .

دلالة الرواية على صحة هذه الإجارة واضحة وسندها أيضاً صحيح .

فكيف يمكن الجمع بين هذه الصحيحة وصحيحة جابر أو خبره أو خبر صابر ؟ الظاهر واللّه سبحانه هو العالم حمل صحيحة جابر أو خبره أو خبر صابر على صورة اشتراط الحرام أو التقييد به أو انصراف

المعاملة إلى الحرام أو وقعت مبنيّة على الحرام ، وحمل صحيحة ابن أذينة على ما عدى ذلک ، نحو ما إذا اتفق الحمل خارجاً .

بتقريب رفع اليد عن ظاهر كلّ منهما بنص الآخر أو بالأخذ بالقدر المتيقَّن فى كلّ منهما .

ويؤيّد هذا الجمع خبر دعائم الاسلام رفعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : من اكترى دابةً أو سفينةً فحمل عليها المكترى خمراً أو خنازيراً أو ما يحرم ، لم يكن على صاحب الدابة شىءٌ ، وإن تعاقدا على حمل ذلک فالعقد فاسد والكراء على ذلک حرام(٤) .

وذهب إلى هذا الجمع جلّ أصحابنا المتقدمين وعدّة من أصحابنا المتأخرين قدس اللّه أسرارهم ، منهم : صاحبا الحدائق(١) والرياض(٢) والشيخ الأعظم(٣) والمحقق النائينى(٤) والفقيه السبزوارى(٥) .

بنظرنا القاصر هذا هو الجمع الممكن بين روايات الباب ، وأمّا ما ذهب إليه بعض الأساطين نحو السيد الخوئى قدس سره من حمل رواية جابر على الكراهة(٦) فغير تام .

ثم إن صاحب الجواهر قدس سره ذهب إلى ترجيح صحيحة ابن أذينة والجواز فى مسألتنا ، فقال بعد نقل الروايات المجوِّزة بنظره : « فلا إشكال فى دلالتها على المطلوب كما لا إشكال فى قوّتها على المعارض من وجوه ، خصوصاً بعد تأيدها بالسيرة على المعاملة مع الملوک والأُمراء

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٢١ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٠٦ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٤٥ .

٤- (٤) المكاسب المحرمة / ١٦ (١ / ١٢٤ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٥) منية الطالب ١ / ٣٤ .

٦- (٦) مهذب الأحكام ١٦ / ٦٥ و ٦٦ .

فيما يعملون صرفه فى تقوية الجند والعساكر المساعدين لهم على الظلم والباطل وإجارة الدور والمساكن والمراكب لهم لذلك ، وبيع المطاعم والمشارب للكفار فى نهار شهر رمضان مع علمهم بأكلهم فيه وبيعهم بساتين العنب منهم مع العلم العادى بجعل بعضه خمراً ، وبيع القرطاس منهم مع العلم بأنّ منه ما يُتخذ كتب ضلال ... »(١) .

وأنت خبير بأنّ هذه السيرة المدعاة من قبله قدس سره - وإن كانت صحيحة جارية - ولكن كلامنا فى صورة اشتراط المعاملة على الحرام أو التقييد بالحرام ونحو ذلك لا فى صورة علم البائع بأنّ المشترى يصرفه فى الحرام ، والأخيرة هى المسألة الثالثة الآتية إن شاء اللّه ، والسيرة جارية فيها لا فى مسألتنا . ونحن أيضاً نذهب إلى الجواز فى المسألة الثالثة ، ويأتى البحث عنها آنفاً إن شاء اللّه تعالى . والحمد للّه العالم بأحكامه وحلاله وحرامه .

١- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ١٦٥ .

المسألة الثانية : حكم بيع الجارية المغنيّة

اشارة

نبحث عن المسألة فى مقامين :

المقام الأوّل : ما تقتضيه القواعد :

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره إلى أنّ للبيع هنا صوراً ثلاث :

الأُولى : أنّ الصفات المحرّمة قد تكون داعية إلى المعاملة بأزيد من الثمن المتعارف ، وحيث أنّ تبعّض المعاملة وتقسيط الثمن بالنسبة إلى أصل العين ووصفها غير متعارف ، تبطل المعاملة رأساً ، لأنّ تملك الثمن فى مقابل الوصف المذكور يدخل فى أكل المال بالباطل .

الثانية : إذا اشترى العين التى لها الصفة الخاصة ولكن لا يقصدها المتعاملان بل يقصدان نفس العين ، مثلاً يشتريان الجارية المغنّية بما أنّها جارية لا بما أنّها مغنية ، فلا بأس بهذه المعاملة وهى صحيحة .

الثالثة : إذا اشترى العين مع وجود الصفة فيها ، ولكن لم يقصدا الحرام من تلك الصفة بل يقصدان حلالها ، نحو شراء الجارية المغنّية بوصف غنائها واشتراطها فى المعاملة ولكن يقصدان كسبها المحلّل فقط ، كالغناء فى الأعراس على القول باستثنائها من حرمة الغناء . ففى هذه الصورة إذا كانت المنفعة المحلّلة المترتبة على الوصف مقصودة للعقلاء ولم تكن نادرة فلا بأس بهذه المعاملة .

وأمّا إذا كانت المنفعة نادرةً ، فهل تلحق بالعين التى لها منفعة محرّمة غالباً ولها منفعة محلّلة نادرة بعدم جواز بيعها أم لا تلحق ؟

ذكر الشيخ الأعظم أنّ الأقوى عدم الإلحاق ، وحكم بصحة بيع الجارية المغنّية بلحاظ أنّ الغناء صفة كمال تصرف فى الحلال ولو نادراً ، وأنّ النصوص فى حرمة بيعها منصرفة عن هذه الصورة .

هذا كله تقرير وبسط وتوضيح لكلام الشيخ الأعظم قدس سره (١) .

ص:١٨٨

١- (١) المكاسب ١ / ١٢٨ و ١٢٧ .

قد مرّ منّا فی بحث الدراهم المغشوشة أنّ الأوصاف والقيود التی وردت فی المعاملة بأیّ نحو كانت ، تنقسم على قسمين رئيسين :

القسم الأوّل : أن يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشیء ، كما إذا باعه على أنّه فضة فبان

رصاصاً ، ففی هذه الصورة تكون المعاملة باطلة مع تخلف الوصف والقيد .

القسم الثانی : أن لا يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشیء بل من جهات الفضل والكمال ، كما إذا باع عبداً على أنّه كاتب فبان أنه أمی ، ففی هذه الصورة تكون المعاملة صحيحة ولكن للمشترى خيار تخلف الوصف .

وحيث أنّ وصف الغناء ليست من مقومات الجارية بل هی من صفات الكمال عند أهلها ، فيقع تمام الثمن بإزاء نفس الجارية ، لأنّها من الأموال عند العقلاء ، فحينئذ لا يقع فی مقابل صفة التغنی أیّ شیء من الثمن ، ولذا على القاعدة الأوّلية تشملها إطلاقات حلّية البيوع ، فتكون المعاملة صحيحة .

هذا ما ذهب إليه المحقق الخوئی(١) قدس سره وبعض أساتذتنا(٢) – مدظله – فی المقام ويقولان : بأن الحكم بفساد بيع الجارية المغنية على خلاف القواعد الأوّلية فی المعاملات .

أقول : تقسيم الأُوصاف والقيود التی وردت فی المعاملة على قسمين رئيسين كما مرّ منّا صحيح ، ولكن بنظرنا القاصر بيع الجارية المغنية لا يدخل فی القسم الثانی بل يدخل فی القسم الأوّل ، يعنی أهل الغناء واللهو يعتبرون هذه الصفة فی الجارية التی يشترونها بمنزلة أحد مقوماتها ، بحيث لو لم تكن صفة الغناء فيها كأنّ لم يشتر شيئاً أبداً . ولذا ربّما يبذلون بإزائها أكثر من قيمة الجارية بآلاف وأُلوف .

وعلى هذا حيث كانت الصفة محرَّمة شرعاً يكون أخذ المال بإزائها من أكل المال بالباطل ، فتكون المعاملة على حسب القواعد الأوّلية باطلة كما ذهب إليه الشيخ الأعظم(٣)

قدس سره .

ص:۱۸۹

۱- (۱) مصباح الاصول ۱ / ۱٦۷ .

۲- (۲) ارشاد الطالب ۱ / ۸٦ .

۳- (۳) المكاسب ۱ / ۱۲۷ .

ويؤيد ما ذكرناه كلام بعض آخر من أساتذتنا - مدظله - فى المقام حيث يقول : « ... إنّ وصف الغناء فى الجارية المغنّية المعدّة له كان يعدّ ركناً فى المعاملة عليها عند العرف ، وكان وزانه وزان هيئات آلات اللهو والقمار التى تعدّ ركناً بحيث يستهلك فيها مادّتها وإن كانت لها قيمة . فكأنّ الجارية المغنّية نوع برأسها فى قبال ما يشترى للنكاح أو الخدمة ، وكان لها أهل خاص وسوق خاص ، وربّما لم يكن لها مع قطع النظر عن غنائها قيمة ولم يرغب فيها

أصلاً » (۱) .

ولكن مع ذلک كلّه يظهر لنا عند التأمل بأنّ التغنى ليس من مقومات الجارية بل يكون داعياً للمشترى . ومن الظاهر أنّ الدواعى يمكن أن تكون مختلفات مع المقوّمات . وعلى هذا يقع بيع الجارية المغنّية عليها ، وصفة الغناء تكون داعية فقط ، فلذا يصح ما ذكره الأعلام من صحة بيعها على القواعد الأوّلية .

هذا كلّه فى المقام الأوّل .

المقام الثانى : ما تقتضيه النصوص :

منها : صحيحة إبراهيم بن أبى البلاد قال : قلت لأبى الحسن الأوّل عليه السلام : جعلت فداک إنّ رجلاً من مواليک عنده جوار مغنيّات قيمتهنّ أربعة عشر ألف دينار ، قد جعل لک ثلثها ، فقال : لا حاجة لى فيها ، إنّ ثمن الكلب والمغنية سحت(٢) .

سند الرواية صحيح ودلالتها على بطلان بيع المغنية واضحة ، حيث قال عليه السلام : إنّ الثمن سحت .

ومنها : خبر آخر لإبراهيم بن أبى البلاد قال : أوصى إسحاق بن عمر بجوار له مغنّيات أن نبيعهن ويحمل ثمنهنّ إلى أبى الحسن عليه السلام . قال إبراهيم : فبعت الجوارى بثلاثمائة ألف درهم وحملت الثمن إليه ، فقلت له : إنّ مولى لک يقال له : إسحاق بن عمر أوصى عند وفاته ببيع جوار له مغنّيات وحمل الثمن إليک وقد بعتهنّ وهذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم ، فقال :

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٢٧١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٤ .

لا حاجة لى فيه ، إنّ هذا سحتٌ وتعليمهنّ كفر والإستماع منهنّ نفاق وثمنهنّ سحت(١) .

دلالة الرواية على بطلان بيعهنَّ واضحة ، ولكن فى السند إرسال .

ومنها : حسنة إسحاق بن يعقوب فى التوقيعات التى وردت عليه من محمّد بن عثمان العمرى بخط صاحب الزمان عليه السلام : أمّا ما سألت عنه أرشدک اللّه وثبتک من أمر المنكرين لى - إلى أن قال - : وأمّا ما وصلتنا به فلا قبول عندنا إلاّ لما طاب وطهر وثمن المغنية حرام(٢) .

دلالة الحسنة على بطلان بيع المغنية واضحة .

ومنها : خبر الحسن بن على الوشاء قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنية ؟ قال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه ، وما ثمنها إلاّ ثمن كلب سحت والسحت فى النار(٣) .

دلالتها على فساد بيعها واضحة ،ولكن فى سندها ضعف بسهل بن زياد .

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات ؟ فقال : شراؤهنَّ وبيعهنّ حرام وتعليمهنّ كفر واستماعهنّ نفاق(٤) .

دلالة الرواية واضحة ، ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : صحيحة معمّر بن خلاد عن أبى الحسن الرضا عليه السلام أنّه قال : خرجت وأنا أُريد داود بن عيسى بن على وكان ينزل بئرميمون وعلىَّ ثوبان غليظان ، فرأيت امرأة عجوزاً ومعها جاريتان ، فقلت : يا عجوز أتباع هاتان الجاريتان ؟ فقالت : نعم ولكن لا يشتريهما مثلك ، قلت : ولم ؟ قالت : لأنّ إحداهما مغنيّة والأُخرى زامرة ، فدخلت على داود بن عيسى فرفعنى وأجلسنى فى مجلسى ، فلمّا خرجت من عنده قال لأصحابه : تعلمون من هذا ؟ هذا على بن موسى الذى يزعم أهل العراق أنّه مفروض الطاعة(٥) .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٥ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٣ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٧ .

٥- (٣) الكافى ٦ / ٤٧٨ ح ٤ ونقل صدرها فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٤ .

بتقريب : أن العجوز إمّا عرفت أنّ الإمام عليه السلام هو الإمام المعصوم المفترض طاعته ، وإمّا لم تعرف بل وجدت فى سيماه أثر العبادة والسجود وعرفت أنّه عليه السلام من الذين يذهبون فى طريق الشريعة ، وفى كلا الفرضين الحكم حتّى عند العجوز واضح من حرمة الغناء تكليفاً ومن عدم جواز بيع الجارية المغنّية والجارية الزامرة فى الشريعة وعند المتشرعة ، ولذا قالت : « لا يشتريهما مثلك » . وقررها الإمام عليه السلام فى حكمها . فالرواية تدل على بطلان بيعها فى الشريعة المقدسة . مضافاً إلى دلالتها أيضاً على ما ذكر بعض الأعلام من أنّ أهل العرف والغناء يأخذون صفة الغناء من مقومات الجارية المغنّية ، ولذا قالت فى جواب الإمام عليه السلام ولم ؟ لأنّ إحداهما مغنّية والأُخرى زامرة . وهذه الصحيحة مضافاً إلى دلالتها على حرمة الغناء تكليفاً وفساد بيع الجارية المغنّية ، يمكن أن يستفاد منها أنّ صفات التغنى والضرب بآلات اللهو والموسيقى وهكذا الرقص من مقومات الجارية عند أهلها ، ولذا حكم بفساد هذه

المعاملة على القاعدة الأوليّة الشيخ الأعظم قدس سره .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه عن جعفر بن محمّد عليه السلام أنّه قال : لا يحلّ بيع الغناء ولا شراؤه واستماعه نفاق وتعلّمه كفر(١) .

بتقريب : أن عدم حلّية بيع الغناء يعنى فساد بيع المغنيّة لا أقل من شمولها له . ولكن فى السند إرسالٌ .

ومنها : خبر القطب الراوندى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لا يحلّ بيع المغنّيات ولا شراؤهنّ وثمنهنّ حرام(٢) .

دلالتها واضحة ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

ومنها : خبر ابن أبى جمهور الأحسائى رفعه عن النبى عليه السلام أنّه نهى عن بيع المغنّيات وشرائهنَّ والتجارة فيهنَّ وأكل ثمنهنَّ(٣) .

دلالته واضحة ، ولكن فى سنده ارسالٌ .

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ١ .
٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ٢ .
٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ٤ .

وبالجملة ، ظاهر هذه الروايات - وفيها الصحيحة والحسنة - تدلّ على بطلان بيع الجارية المغنيّة . وقد يقال بوجود روايات تعارضها ، نحو :

خبر عبد اللّه بن الحسن الدينورى قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : جعلت فداک ما تقول فى النصرانية أشتريها وأبيعها من النصرانى ؟ فقال : اشتر وبع ، قلت : فأنكحُ ؟ فسكت عن ذلک قليلاً ، ثم نظر إلىَّ وقال شبه الإخفاء : هى لک حلال .

قال : قلت : جعلت فداک فأشترى المغنّية أو الجارية أن تغنى أُريد بها الرزق لا سوى ذلک ، قال : اشتر وبع(١) .

بتقريب : أنّ الإمام عليه السلام أجاز البيع إذا كان لطلب الرزق ، قال عليه السلام : اشتر وبع .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة الإسناد بالدينورى وليس له إلاّ رواية واحدة وهى هذه .

وثانياً : الظاهر أنّ مراد الإمام عليه السلام - على فرض صدوره منه عليه السلام - بيع المغنّية بصفة أنّها جارية لا أنّها موصوفة بصفة الغناء ، وهذا ظاهر سؤال السائل « أريد بها الرزق » ، يعنى الرزق الحلال ، وأجازه الإمام .

وكذلک حملها المحقق النائينى قدس سره حيث يقول : « وأمّا لو قصد نفس الموصوف دون الصفة [يعنى صفة التغنى] فلا إشكال فى الصحة ، لأنّه مال عرفاً وشرعاً ، لأنّ المبغوض هو إعمال الوصف فيما هو حرام شرعاً ، وأمّا ذات العبد والجارية فلم يخرجا عن الماليّة ، ويدل عليه ما فى ذيل رواية الدينورى ... »(٢) .

وثالثاً : ثمَّ لو تنزلنا على فرض دلالة الرواية على جواز بيع الجارية المغنّية مع دخالة وصفها فى الثمن ، تحمل الرواية على التقية . والشاهد على ذلک موجود فيها ، وهو كلام الدينورى : « فسكت عن ذلک قليلاً ثم نظر إلىَّ وقال شبه الإخفاء : هى لک حلال » .

ولو لم يكن مقام التقية ، فلا وجه لهذا السكوت والنظر والمقال شبه الإخفاء ، فكلّ هذا

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ١ .
٢- (١) منية الطالب ١ / ٣٤ .

شاهد على أنّ الإمام عليه السلام فى مقام التقية لذا أجاز بيع الجارية المغنّية تقيةً .

رابعاً : على فرض تمامية الدلالة على جواز بيعهنّ ، وقع التعارض بين هذه الرواية وغيرها من الروايات الماضية ، والترجيح مع الروايات الماضية لكثرتها وشهرتها وصحة أسناد بعضها .

وأمّا مرسلة الصدوق قال : سأل رجل على بن الحسين عليه السلام عن شراء جارية لها صوت ؟ فقال : ما عليک لو اشتريتها فذكّرتک الجنة - يعنى بقراءة القرآن والزهد والفضائل التى ليست بغناء ، فأمّا الغناء فمحظور(١) .

لا تدلّ هذه المرسلة على جواز بيعهنّ ، لأنه أولاً : أنّها مرسلة لا يمكن الإستدلال بها .

وثانياً : مورد السؤال ليست الجارية المغنّية بل السؤال عن الجارية لها صوت ، وبينهما بون بعيد ، فمورد المرسلة خارج عن محلِّ كلامنا .

وثالثاً : الظاهر أنَّ التفسير الوارد فيها من كلام الصدوق قدس سره لا من الإمام عليه السلام .

ومع ذلک كلّه يمكن حمل الروايات الناهية على صورة قصد صفة التغنى فى الجارية ، وحمل هاتين الروايتين على صورة قصد الموصوف أى نفس الجارية .

وعلى هذا يمكن الجمع بين الروايات ونتيجتها الحكم بصحة بيع الجوارى المغنّيات إلاّ

أن يقصد من البيع الغناء . ويأتى منّا الكلام حول جواز بيعهنَّ فى بحث الغناء ، فانتظر .

حرمة كسب المغنّية

يظهر من الروايات حرمة كسب المغنّية وضعاً وتكليفاً إلاّ التى تزفّ العرائس ، تدلّ على هذا الحكم :

حسنة نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المغنّية ملعونة ، ملعون من أكل كسبها(٢) .

ظهور الحرمة من اللعن واضح ، والرواية تدل على حرمة الغناء بفقرتها الأُولى أى

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٢ .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٤ .

« المغنية الملعونة » ،وتدلّ على حرمة اكتسابها أيضاً بفقرتها الثانية ، وسندها لا بأس به .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن كسب المغنّيات ؟ فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول اللّه عزوجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(١)(٢) .

وردت فى الرواية حرمة كسب المغنّيات التى يدخل عليها الرجال وعدّ من مصاديق الآية الشريفة ، وورد فيها أيضاً حكم الاستثناء ، يعنى جواز كسبهنَّ فى الأعراس . ولكن فى السند ضعف بعلى بن أبى حمزة البطائنى .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : أجر المغنّية التى تزفّ العرائس ليس به بأس ، وليست بالتى يدخل عليها الرجال(٣) .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : المغنّية التى تزف العرائس لا بأس بكسبها(٤) .

الرواية ضعيفة بالحكم لأنّه مجهول .

ويمكن اتحاد الروايتين الأخيرتين ، بل اتحادهما مع ما قبلهما من خبر أبى بصير ، ونفس

وجود هذا الاستثناء يدلّ على حرمة غيرها من كسب المغنّيات ، أو أنّ مفهومها يدلّ على حرمة كسب المغنّيات .

ومنها : خبر دعائم الإسلام عن أبى جعفر محمد بن على عليه السلام : أنّ رجلاً من شيعته أتاه فقال : يابن رسول اللّه وردت المدينة فنزلت على رجل أعرفه ولا أعرفه بشيءٍ من اللهو ، فإذا جميع الملاهى عنده ، وقد وقعت فى أمر ما وقعت فى مثله ، فقال له : أحسن جوار القوم حتّى تخرج من عندهم . فقال : يابن رسول اللّه فما ترى فى هذا الشأن ؟ قال : أمّا القينة التى تتخذ لهذا

١- (٢) سورة لقمان / ٦ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٣ .

٤- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٢ .

فحرام ، وأمّا ما كان فى العرس وأشباهه فلا بأس به(١) .

الظاهر من قوله عليه السلام « أحسن جوار القوم حتّى تخرج من عندهم » يعنى يلاحظ الرجل فى معاشرتهم الخُلق الحَسَنِ ، ولعله ناظر إلى أنهم لا يفيدهم النهى عن المنكر ، أو أنّهم لا يرون بعض الملاهى من المنكرات كما هو مذهب القوم فتوىً أو عملاً .

وأمّا قوله عليه السلام : « أمّا القينة التى تتخذ لهذا فحرام » يعنى الأمة التى تغنى ، ويظهر هذا من استثنائه عليه السلام العرس . وأمّا ما ورد فى ذيل الرواية من قوله « وأشباهه » لم يرد فى غيرها ، فلا يمكن الأخذ به ، لا سيما مع الإرسال الموجود فى الرواية . وعدم إفتاء الأصحاب فى جواز التغنى فى أشباه العرس .

وبالجملة ، هذه الروايات مع ضمّ الروايات الواردة فى حرمة الغناء والروايات المذكورة سابقاً فى بطلان بيع المغنّيات تدلّ بوضوح على حرمة كسب المغنّيات وضعاً وتكليفاً ، وورد الإستثناء بالنسبة إلى كسب المغنّية التى تغنى فى زف العرائس فقط .

قيّد بعض الفقهاء هذا الاستثناء بأُمور ثلاثة : ١ - إذا لم تتكلم بالباطل ٢ - ولم تلعب بالملاهى ٣ - ولم يدخل عليها الرجال .

ولكن قال صاحب الجواهر قدس سره بعد هذه القيود المذكورة فى كلام البعض : « لكن فيه أنّ ذلک كلّه محرّمات خارجة عنه لا مدخلية له فيها خصوصاً الأخير ...»(٢) وما ذكره قدس سره متين جداً .

فرع :

هل يجوز كسب المغنّى وغناؤه فى الأعراس فى مجالس الرجال إلحاقاً له بالمغنّية أم لا ؟

الظاهر – واللّه سبحانه هو العالم – حرمة غنائه حتّى فى مجالس الأعراس وحرمة كسبه فيها تكليفاً ووضعاً ، لأنّ الحكم فى المغنّية على خلاف القاعدة والأصل فيقتصر على مورده الخاص ، ولا يمكن التعدى منها إلى المغنّى كما قال صاحب الجواهر قدس سره : « نعم ينبغى

١- (١) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٥ ح ٧٥١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩١ ح ٢ .
٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٨ .

الإقتصار على خصوص المغنّية دون المغنّى وعلى العرس دون الختان ونحوه »(١) .

نقل مقال :

مع ذلک كلّه أنكر جدنا الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدس سره استثناء التغنى فى الأعراس من حرمته وادعى عدم جواز التخصيص فيه ، وقال فى ختام كلامه : « ... وقد ظهر ممّا مرّ أنّه لا ينبغى صدور الإستثناء من أهل النظر ، كيف لا ؟ وتحريم الغناء كتحريم الزنا ، أخباره متواترة وأدلته متكاثرة ، عُبّر عنه بقول الزور ولهو الحديث فى القرآن ، ونادت الأخبار بأنّه المحرّک على الفجور والعصيان ، فكان تحريمه من الأُمور العقلية التى لا تقبل تقييداً ولا تخصيصاً بالكليّة . وكيف يخطر بالبال أو يجرى

فى الخيال أن يقع مثل هذا الكلام من سادات الأنام ، الآمرين بترك الشبهات خوفاً من الوقوع فى المحرمات ؟ ! مع أنّه مؤذن بجواز ما فيه معظم اللهو عن ذكر المعاد ومدنٍ إلى الزنا واللواط اللذين هما رأس الفساد . على أن فى ضعف دلالة تلك الأخبار ما يخرجها عن محلِّ الإعتبار وموافقتها للتقية يرفع اعتبارها فى مقابلة ما مرّ بالكليّة ، ولو كانت فى غاية الكثرة ما عادلت فكيف مع أنّها فى غاية الندرة ؟ ! ولو فُرِّق بين الحقِّ والباطل لرأيته من القسم الثانى بديهة ، وربّما كان قبحه فى غير الأعراس أقلّ منه فيها .

ثم إنّ القول بالتحريم هو المشهور على الظاهر ، لأنّ كلّ من حرّم الغناء ولم يستثن فهو من المحرِّمين وحاله كحال المصرّحين ، وهم عدد كثير من الفحول والأساطين ، لكنّه بعيد عن طريقة المخالفين والمتصوّفين »(٢) .

أقول : يأتى منّا تفصيل الكلام حول هذا الإستثناء فى مبحث الغناء إن شاء اللّه تعالى، فانتظر .

المسألة الثالثة : حكم بيع العنب ممن يعمله خمراً

اشارة

قد قسّم الشيخ الأعظم هذا الفرع إلى قسمين :

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

٢- (٢) شرح القواعد / ٣٧ من طبع النجف الاشرف ، و١ / (٢٠١ - ١٩٩) من طبع قم المقدسة .

١ - القسم الأوّل :

بيع العنب ممّن يعمله خمراً أو الخشب بقصد أن يعمله صنماً أو صليباً أو بربطاً ، يعنى قصد البائع المنفعة المحرّمة بنحو الداعى من دون أن يبذل بإزائه الثمن . وفى هذا القسم أيضاً ذهب الشيخ الأعظم إلى الحرمة وبطلان المعاملة وقال : « ... لأنّ فيه إعانة على الإثم والعدوان ولا إشكال ولا خلاف فى ذلک»(١) .

واعترض عليه المحقق الخوئى قدس سره بوجوه أربعة :

أولاً : أنّ مفهوم الإعانة على الإثم والعدوان – كمفهوم الإعانة على البرّ والتقوى – أمر واقعى لا يتبدل بالقصد ، ولا يختلف بالوجوه والإعتبارات .

وثانياً : لا دليل على حرمة الإعانة على الإثم ما لم يكن التسبيب والتسبب فى البين .

وثالثاً : إنّا إذا سلّمنا حرمة البيع مع قصد الغاية المحرّمة لصدق الإعانة على الإثم عليه ، فلابدّ من الإلتزام بحرمة البيع مع العلم بترتب الحرام أيضاً ، لصدق الإعانة على الإثم عليه . وإن قلنا بالجواز فى الثانى من جهة الأخبار المجوِّزة فلابدّ من القول بالجواز فى الأوّل أيضاً ، لعدم اختصاص الجواز الذى دلّت عليه الأخبار بفرض عدم القصد .

ورابعاً : لم يتبين لنا الفرق بين القسمين ، فإن القصد بمعنى الإرادة والاختيار يستحيل أن يتعلق بالغاية المحرَّمة فى محل الكلام ، لأنّها من فعل المشترى ، ... فلا معنى لفرض تعلّق القصد بالغاية المحرّمة ، وأمّا القصد بمعنى العلم والإلتفات فهو مفروض الوجود فى القسمين ، فلا وجه للتفصيل بينهما ...»(٢) .

أقول : ما ذكره قدس سره من الوجوه الأربعة تامة ، ولا فرق بين القسمين فى المقام .

٢ – القسم الثانى :

اشارة

بيع العنب ممّن يعمله خمراً وبيع الخشب ممّن يعمله صنماً أو صليباً أو بربطاً أو آلة لهو أو آلة قمار من دون قصد البائع ذلک . ذهب الشيخ الأعظم قدس سره فی هذا القسم إلی الجواز وقال : « ... فالأكثر على عدم التحريم للأخبار المستفيضة ... »(٣) .

أقول : حيث أنّ القسمين ، بنظرنا على نمط واحد ولا فرق بينهما نبحث عنهما فی

١- (١) المكاسب المحرمة / ١٦ (١ / ١٢٩ من الطبعة الحديثة) .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٧١ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة / ١٦ (١ / ١٢٩ من الطبعة الحديثة) .

مقامين :

١ - المقام الأوّل :

اشارة

حكم المسألة بحسب القواعد العامة وعمدتها الإعانة على الإثم .

فلابد لنا أن نبحث عن هذه القاعدة العامة ، أعنی حرمة الإعانة على الإثم ، ويقع الكلام فی هذه القاعدة فی اُمور :

الأوّل : حقيقة الإعانة ومفهومها :

الظاهر أنّ المراد من الإعانة ومفهومها العرفى هى : وقوع المعان عليه فى الخارج والعمل ، بلا فرق بين وجود قصد المعين الإعانة وعلمه أم لا ، وبلا فرق بين المقدمات القريبة والبعيدة ، وغير ذلک من الأقوال فى مفهومها التى ربّما أنهاها البعض إلى ستة(١) .

والشاهد على ذلک الاستعمالات العرفية لها، نحو : كتبتُ باستعانة القلم ، أو أعاننى والدى فى تحصيل العلوم ، أو أعاننى الريح على تحمّل حرارة الجوّ ، أو قوله صلى الله عليه و آله وسلم فى مرفوعة الراوندى : « من تبسّم على وجه مُبتدعٍ فقد أعان على هدم الإسلام »(٢) ، إلى غير ذلک من استعمالاتها . ودعوى كونها مجازات ، جزافية لعدم القرينة عليها .

والإعانة من الأُمور الإضافية ، أى تحتاج إلى وجود طرفى المعين والمعان فى الخارج ، وإلاّ لم يصدق عنوان الإعانة كما لا يخفى .

الثانى : حكم الإعانة على الإثم

هل هى حرام أم لا ؟ الأصل الأوّلى يقتضى جوازها ، ولكن ذهب المشهور من فقهائنا إلى حرمتها ، واستدلوا على ذلک بعدّة من الوجوه :

الأوّل : دعوى الإجماع على حرمة الإعانة على الإثم .

وفيه : أولاً : تحصيل الإجماع مشكل جداً ، نعم ذهب المشهور إلى الحرمة فى المقام .

١- (١) راجع مصباح الفقاهة ١ / ١٧٦ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٢ / ٣٢٢ ح ١٢ .

وثانياً: على فرض وجود الإجماع ، من المحتمل أن يكون مستند المجمعين إحدى الوجوه المذكورة ، فصار الإجماع مدركيّاً ولم يكن تعبديّاً ، فلا يفيدنا شيئاً .

الثانى : قوله تعالى «وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»(١) .

بتقريب : أنّ الآية الشريفة تدلّ على لزوم الإعانة على البرّ والحسنات والخير والتقوى ، وتنهى أيضاً عن الإعانة على الإثم والمعصية والذنب وعدوان العباد ، والنهى ظاهر فى الحرمة .

وفيه : التعاون غير الإعانة ، التعاون عبارة عن اجتماع أشخاص لإيجاد أمر من المعصية أو الطاعة كهدم مسجد أو بنائه ، ولذا ينسب الفعل إلى الجميع لا إلى الشخص الواحد ، بخلاف الإعانة التى هى عبارة عن تهيئة مقدمات فعل الغير مع استقلاله فى فعله ، كإعطاء الخشب لمن أراد أن يصنع آلة لهو أو قمار . فبين الإعانة والتعاون بون بعيد ، والآية الشريفة تدلّ على حرمة التعاون على الإثم والعدوان ، ولكن الإعانة غير التعاون فلا تدلّ على حرمة الإعانة .

الثالث : ترك الإعانة على الإثم دفع للمنكر ، ودفع المنكر كرفعه واجب ، فترك الإعانة على الإثم واجب ، فالإتيان بها حرام .

وفيه : أولاً : حرمة الإعانة على الإثم إنّما تتم على هذا الاستدلال إذا ذهبنا إلى أنّ الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده العام ، ولم يذهب إلى هذا المبنى أحد من المحققين .

وثانياً : النهى عن المنكر وان كان من الواجبات الشرعية بل بها تقام الفرائض إلاّ أنّ الدليل منحصر بوجوبه ، ولا يدلّ دليل على وجوب دفع المنكر ، وهو عبارة عن تعجيز فاعله عن الإتيان به .

نعم ، إذا كان المنكر من الأمور التى اهتمّ الشارع بتركها - كقتل النفوس ، وهتك الأعراض ، ونهب الأموال المحترمة - يجب دفعها ، يعنى على كلِّ مسلم أن يمنع من إحداث هذه

١- (١) سورة المائدة / ٣ .

الأُمور ، بل لعلَّ دفعها عين رفعها ، إذ لا معنى لرفع القتل أو الهتک أو النهب إلاّ دفعها ، ولا يتحقق رفعها إلاّ بدفعها . ففى هذه الأُمور نذهب إلى وجوب دفع المنكر ، وأمّا فى غيرها فليس لنا دليل على ذلک .

وأمّا ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره رداً على هذا الوجه بقوله : « وفيه : أولاً : إنّ الإستدلال بدفع المنكر هنا إنّما يتجه إذا علم المعين بانحصار دفع الإثم بتركه الإعانة عليه ، وأمّا مع الجهل

بالحال أو العلم بوقوع الإثم بإعانة الغير عليه فلا يتحقق مفهوم الدفع »(١) .

غير تام ، لأنّ مع إتيان الغير لا يتحقق مفهوم الدفع بالنسبة إلى الجميع ولكن يتحقق الدفع بالنسبة إلى التارک وهو بنفسه لا يفعل الحرام ، وكلّ إنسان مسؤل عن فعل نفسه لا غيره . فمع تركه الإعانة يتحقق مفهوم الدفع بالنسبة إليه ، وهذا يكفى فى صحة الاستدلال ، فتأمل .

الرابع : الاستدلال بالروايات المستفيضة الواردة حول حرمة إعانة الظالمين وأعوانهم وتقويتهم وتعظيمهم ولو بمدّة قلم أو كتابة رقعة أو جباية خراج ، فقد ورد فى خبر على بن أبى حمزة البطائنى قال : كان لى صديق من كتّاب بنى أُمية ، فقال لى : إستأذن لى عن أبى عبد اللّه عليه السلام ، فأستاذنت له عليه فأذن له ، فلمّا أن دخل سلّم وجلس ، ثم قال : جعلت فداک إنّى كنت فى ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالاً كثيراً وأغمضت فى مطالبه ؟ فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : لو لا أنّ بنى أمية وجدوا من يكتب لهم ويحبى لهم الفىء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقّنا ، ولو تركهم الناس وما فى أيديهم ما وجدوا شيئاً إلاّ ما وقع فى أيديهم ، الحديث(٢) .

وورد فى صحيحة أبى بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم ، فقال لى : يا أبا محمّد لا ولا مدّة قلم ، إنّ أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلاّ أصابوا من دينه مثله أو قال : حتّى يصيبوا من دينه مثله – الوهم من ابن أبى عمير –(٣) .

ص:٢٠١

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ١٨١ .

٢- (٢) الكافى ٥ / ١٠٦ ح ٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٩ ح ١ .

٣- (٣) الكافى ٥ / ١٠٦ ح ٥ .

وهذه الروايات وأمثالها تدلّ على حرمة إعانة الظالمين ، وبتنقيح المناط وعدم الفرق نذهب إلى حرمة الإعانة على كلِّ إثم .

وفيه : الجواب عن هذا الاستدلال واضح ، نقول بحرمة إعانة الظالمين ولو بمدّة قلم ولكن لا يمكن التعدى إلى حرمة الإعانة على كل إثمٍ ، ولا علم لنا بعدم الفرق بينهما ودون إثباته خرط القتاد ، وهذا الإستدلال أشبه شيءٍ بالقياس بل هو بعينه .

وبالجملة ، لا دليل على حرمة الإعانة على الإثم ، والأصل الأوّلى يقتضى جوازها ، فنذهب إلى جوازها خلافاً للمشهور وتبعاً لعدّة من المحققين منهم : السيد الخوئى قدس سره (١) وشيخنا الأستاذ – مدظله –(٢) .

الثالث : حكم الإعانة على الإثم هل تقبل التخصيص أم لا ؟

ذهب المحقق النائينى قدس سره إلى عدم جواز تخصيص حكمها وقال : « لا إشكال فى عدم إمكان تخصيصها بعد تحقق موضوعها ، لأنّ هذه من العناوين الغير قابلة للتخصيص ، فإنّها كنفس

المعصية وكالظلم ، فإنّه كما لا يمكن أن يكون معصيةً خاصةً مباحةً فكذلک لا يمكن أن تكون الإعانة على المعصية مباحة ... »(٣) .

والحق أنّها تقبل التخصيص ويكفى فى ردّ المحقق النائينى قدس سره ما ذكره تلميذه المحقق الخوئى قدس سره فى المقام ، حيث قال : « ولكن الوجوه المتقدمة الدالة على الجواز حجة عليه ، ومن هنا لو أكره الجائر أحداً على الإعانة على الإثم أو اضطر إليها لا شبهة حينئذ فى جوازها ، ولو كانت حرمتها كحرمة الظلم لا تختلف بالوجوه والإعتبار ولا تقبل التخصيص والتقييد لمّا كانت جائزة فى صورتى الإكراه والاضطرار أيضاً »(٤) .

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - أنّ حكم الإعانة سواء كان الجواز أو الحرمة قابل

١- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ١٨٠ .

٢- (١) ارشاد الطالب ١ / ٩٠ .

٣- (٢) منية الطالب ١ / ٣٦ .

٤- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ١٨٥ .

للتخصيص والتقييد وليس كالمعصية والظلم وحكمهما ، ولذا ذهبنا إلى جوازها . ولكن يقيّد هذا الجواز بروايات حرمة إعانة الظالمين ، وهكذا المشهور يقيّدون حرمتها بالروايات المجوّزة الواردة فى مسألتنا هذه ، أعنى بيع العنب ممّن يريد أن يصنعه خمراً . هذا كلّه فى المقام الأوّل ، يعنى ما تقتضيه القواعد العامة فى المقام .

٢ - المقام الثانى : حكم المسألة بحسب الروايات الواردة .

تدلّ عدة من الروايات على جواز هذا البيع :

منها : صحيحة محمد الحلبى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن بيع عصير العنب ممّن يجعله حراماً ؟ فقال : لا بأس به ، تبيعه حلالاً ليجعله حراماً ، فأبعده اللّه وأسحقه(٤) .

ومنها : صحيحة عمر بن أُذينة قال : كتبت إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أسأله عن رجل له كرم أبيع العنب والتمر ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً أو مسكراً ؟ فقال : إنّما باعه حلالاً فى الأبان الذى يحلّ شربه أو أكله ، فلا بأس ببيعه(١) .

ومنها : صحيحة أُخرى للحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام انّه سُئل عن بيع العصير ممّن يصنعه خمراً ؟ فقال : بعه ممّن يطبخه أو يصنعه خلاًّ أحبّ إلىَّ ولا أرى بالأوّل بأساً(٢) .

ومنها : صحيحة رفاعة بن موسى قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام وأنا حاضر عن بيع العصير ممّن يخمره ، قال : حلال ، ألسنا نبيع تمرنا ممّن يجعله شراباً خبيثاً(٣) .

ومنها : صحيحة أبى المغرا قال : سأل يعقوب الأحمر أبا عبد اللّه عليه السلام وأنا حاضر فقال : إنّه كان لى أخ وهلك وترك فى حجرى يتيماً ولى أخ يلى ضيعة لنا وهو لنا وهو يبيع العصير ممّن يصنعه خمراً ويؤاجر الأرض بالطعام - إلى أن قال : - فقال : أما بيع العصير ممّن يصنعه خمراً فلا بأس ، خذ نصيب اليتيم منه(٤) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٠ ح ٤ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٠ ح ٥ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣١ ح ٩ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣١ ح ٨ .

ومنها : خبر يزيد بن خليفة عن أبى عبد اللّه عليه السلام سأله رجل وأنا حاضر قال : إنّ لى الكرم ؟ قال : تبيعه عنباً ، قال : فإنّه يشتريه من يجعله خمراً ؟ قال : فبعه إذاً عصيراً ، قال : فإنّه يشتريه منّى عصيراً فيجعله خمراً فى قربتى ؟ قال : بعته حلالاً فجعله حراماً فأبعده اللّه ، ثم سكت هنيهة ثم قال : لا تذرن ثمنه عليه حتّى يصير خمراً فتكون تأخذ ثمن الخمر(١) .

ومن هنا ظهر وجه الكراهة الواردة فى خبر يزيد بن خليفه والنهى عن بيع العصير إلاّ بالنقد الواردة فى صحيحة أحمد بن أبى نصر الآتيان ، والوجه فى ذلک لئلا يؤخذ ثمن الخمر .

ومنها : خبر يزيد بن خليفة قال : كره أبو عبد اللّه عليه السلام بيع العصير بتأخير(٢) .

ومنها : صحيحة أحمد بن محمّد بن أبى نصر قال : سألت أبا الحسن عليه السلام بيع العصير

فيصير خمراً قبل أن يقبض الثمن ؟ فقال : لو باع ثمرته ممّن يعلم أنّه يجعله حراماً لم يكن بذلک بأس ، فأمّا إذا كان عصيراً فلا يباع إلاّ بالنقد(٣) .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يبتاعه ليطبخه أو يجعله خمراً ؟ قال : إذا بعته قبل أن يكون خمراً وهو حلال فلا بأس(٤) .

ومنها : خبر أبى كهمس قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام عن العصير فقال : لى كرم وأنا أعصره كلّ سنة وأجعله فى الدنان وأبيعه قبل أن يغلى ، قال : لا بأس به وإن غلى فلايحلّ بيعه ، ثم قال : هو ذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً(٥) .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سئل عن بيع العنب والتمر والزبيب والعصير ممّن يصنعه خمراً ، قال : لا بأس بذلک إذا باعه حلالاً ، فليس عليه أن يجعله المشترى حراماً(٦) .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣١ ح ٧ .
٢- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣١ ح ١٠ .
٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٩ ح ١ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٩ ح ٢ .
٥- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٠ ح ٦ .
٦- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٥ .

ومنها : حسنة محمّد بن إسماعيل قال : سأل الرضا عليه السلام رجل - وأنا أسمع - عن العصير يبيعه من المجوس واليهود والنصارى والمسلمين قبل أن يختمر ويقبض ثمنه أو ينسأ ، قال : لا بأس إذا بعته حلالاً ، فهو أعلم ، يعنى : العصير ، وينسئ ثمنه(١) .

سندها حسن بعلى بن السندى ، لأنّه لاأقل من حسنه ، « فهو أعلم » يعنى المشترى أعلم بما هو وظيفته ، قوله « يعنى » من كلام الراوى .

وبالجملة ، أنت ترى أن جميع الروايات تدلّ على جواز بيع العنب ممّن يعمله خمراً .

وقد تخيّل وجود التعارض بين هذه الطائفة من الروايات الدالة على الجواز وبين الروايتين الآتيتين :

إحداهما : صحيحة ابن أذينة قال : كتبت إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه برابط ؟ فقال : لا بأس به وعن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه صلباناً ؟ قال : لا(٦) .

وثانيتها : خبر عمرو بن حريث قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن التوت أبيعه يصنع للصليب والصنم ؟ قال : لا(٢) .

ولكن نحن لا نرى المعارضة هنا ، لأنّ الفقرة الأُولى من صحيحة ابن أُذينة تدلّ على الجواز بوضوح ، حيث أجاز الإمام عليه السلام بيع الخشب ممّن يتخذه بربطاً ، وأمّا الفقرة الثانية منها وخبر عمرو بن حريث فنأخذ بهما فى موردهما ، وهو بيع الخشب ممّن يتخذه ويصنع منه هياكل العبادة المبتدعة ، نحو : الأُوثان والأصنام والصلبان ونذهب إلى عدم جواز هذا البيع ، لأنّ أمر التوحيد مهمّ بل إنّه من أهم الأمور ، وهذه الأشياء تعارض توحيد اللّه سبحانه وتدعو الناس إلى الشرک و «إِنَّ اللّهَ لاَ يَغْفِرُ أَن يُشْرَکَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا

١- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٠ ح ٢ - الباب ٣٨ من الأشربة المحرمة .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ١ .

دُونَ ذَلِکَ لِمَن يَشَاء وَمَن يُشْرِکْ بِاللّهِ فَقَدِ افْتَرَى إِثْماً عَظِيماً»(١) و «إِنَّ اللّهَ لاَ يَغْفِرُ أَن يُشْرَکَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِکَ لِمَن يَشَاءُ وَمَن يُشْرِکْ بِاللّهِ فَقَدْ ضَلَّ ضَلاَلاً بَعِيداً »(٢) .

ولذا لا نحتاج إلى وجوه الجمع فى المقام التى أنهاها بعض أساتذتنا - مدظله - إلى ستة أوجه(٣) .

واختار - مدظله - بعد نقلها ما اخترته فى المقام وقال : « والصناعة الفقهية أيضاً تقتضى ، الجواز لاستفاضة أخبار الجواز وصحة كثير منها وإفتاء الأكثر بها ، وخبر المنع ورد فى خصوص بيع الخشب ممّن يتخذه صليباً أو صنماً . ويمكن التفصيل بين هياكل العبادة وبين غيرها ممّا ليست فى حدِّها من الأهمية والفساد ، وإلقاءِ الخصوصية إنّما يصح مع العلم بعدمها ، ولا علم بذلک فى المقام مع قوّة المفسدة فى هياكل العبادة »(٤) .

وهكذا اختار مختارنا فى المقام المحقق الخوئى قدس سره (٥) وشيخنا الأستاذ - مدظله - وقال : « المتيقَّن هذا الوجه »(٦) ، وقال الشيخ الأعظم فى شأنه : « وهذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولاً بالفصل »(٧) والحمد للّه على كل حالٍ .

ص:٢٠٦

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ٢ .

٢- (٣) سورة النساء / ٤٨ .

٣- (٤) سورة النساء / ١١٦ .

٤- (٥) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٢٩٣ .

٥- (٦) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٢٩٧ .

٦- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ١٧٥ .

٧- (١) المكاسب المحرمة / ١٧ (١ / ١٣٢ من الطبعة الحديثة) .

القسم الثالث

اشارة

ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأناً بمعنى ، أنّ من شأنه أن يقصد منه الحرام ، وتحريم هذا مقصور على النص ... كبيع السلاح من أعداء الدين ... .

بيع السلاح من أعداء الدين

الأقوال فى المسألة :

وقد ادعى الإجماع فى مسألتنا فى الجملة فى كلمات بعض فقهائنا ، منهم :

المحدث البحرانى قدس سره قال : « المشهور بين الأصحاب بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه : تحريم بيع السلاح على أعداء الدين »(١) .

وقال فى الرياض : « الثالث : ما يقصد به المساعدة على المحرَّم كبيع السلاح مثل السيف والرمح لأعداء الدين مسلمين كانوا أم مشركين إذا كان فى حال الحرب مع أهله إجماعاً ، وهو الحجة »(٢) .

والنراقى قدس سره قال : « بيع السلاح لأعداء أهل الدين مسلمين كانوا أم مشركين وحرمته فى الجملة إجماعيّة هو الحجة فيها »(٣) .

وقال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « بيع أولياء الدين أو أعدائه السلاح ، وهو مطلق ما يتخذ للحرب ، ولو أريد خصوص الحديد كان مثالاً - وكذا مطلق نقله لأعداء الدين من إسلام أو مذهب ، أصل أو فرع ، قُصد به المساعدة أو لا ، مع قيام الحرب بين الظالمين والمظلومين وإن كانوا مسلمين ، مع احتمال انتفاعهم به فى تلك الحرب ، للإجماع وظاهر

١- (١) الحدائق الناضرة ١٨ / ٢٠٦ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / ١٤١ .

٣- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ٩٢ .

الأخبار ، ومع عدم قيام الحرب لا يحرم إلاّ مع القصد أو الشرط »(١) .

وادعى الشيخ الأعظم قدس سره : عدم الخلاف فيها(٢) .

وقد أنهى الفقيه السيد اليزدى قدس سره الأقوال فى مسألة بيع السلاح من أعداء الدين إلى ثمانية ، فقال : « والمتحصل من ظواهر كلماتهم أقوال :

أحدها : وهو ظاهر المشهور اختصاص الحرمة بحال قيام الحرب .

الثانى : التحريم فى حال المباينة وعدم الصلح ، وهو مختار جماعة .

الثالث : التحريم فى حال الحرب أو التهيّؤ له ، وهو ظاهر المسالك(٣) .

الرابع : التحريم مطلقاً ، وهو المحكى عن حواشى الشهيد(٤) بل عن الشيخين(٥) والديلمى(٦) والحلبى(٧) والتذكرة(٨) ، وربّما يستظهر(٩) من الشرائع أيضاً .

الخامس : التحريم مع قصد المساعدة فقط ، حكاه فى الجواهر(١٠) عن بعض ، ويمكن استظهاره من عبارة الشرائع .

السادس : التحريم مع أحد الأمرين من القصد إلى المساعدة أو قيام الحرب ، اختاره فى الجواهر(١١) .

١- (٤) شرح القواعد / ٢٢ طبع النجف و ١ / ١٥٧ طبع قم المقدسة .

٢- (١) المكاسب المحرمة / ١٩ (١ / ١٤٧ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٢) المسالک ٣ / ١٢٣ .

٤- (٣) حكاه عنه فى مفتاح الكرامة ١٢ / ١١٦ عن حواشى الشهيد على القواعد .

٥- (٤) المقنعة / ٥٨٨ والنهاية / ٣٦٥ .

٦- (٥) المراسم / ١٧٠ .

٧- (٦) الكافى / ٢٨٢ .

٨- (٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٨٤ ، ولكن فيه : « يحرم بيع السلاح من أعداء الدين فى وقت الحرب ولا بأس به فى الهدنة » .

٩- (٨) المستظهِرُ هو الفاضل الآبى تلميذ صاحب الشرائع فى كشف الرموز ١ / ٤٣٩ .

١٠- (٩) الجواهر ٢٢ / ٢٩ .

١١- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٢٨ .

السابع : التحريم مع الأمرين من القصد وقيام الحرب ، حكاه فى الجواهر(١) .

الثامن : ما اختاره فى المستند(٢) من إطلاق المنع بالنسبة إلى المشركين والتفصيل بين

حال المباينة والصلح بالنسبة إلى المسلمين المعادين للدين ، وهو المحكى عن المهذب(٣) ، بل مقتضى عبارته المحكية فى المستند أنّ إطلاق المنع بالنسبة إلى الكفار إجماعىٌّ ، وإنّما الخلاف بالنسبة إلى المسلمين فى الإطلاق والتقييد ... »(٤) .

ثم اختار قدس سره التحريم وقال : « الأقوى هو التحريم مع القصد مطلقاً . ومع عدمه فى غير حال الصلح ، سواءً كان الحرب قائماً بالفعل أو كانوا متهيئين له أو لا ، فيكفى مطلق المباينة ... »(٥) .

أقول : والعمدة هى ملاحظة الروايات الواردة فى المقام .

الروايات

الروايات الواردة فى مسألتنا على طوائف ثلاث :

الطائفة الأولى : دالة على حرمة بيع السلاح منهم مطلقاً :

منها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لعلىٍّ عليه السلام أنّه قال : يا على كَفَر باللّه العظيم من هذه الأمة عشرة القتّات - إلى أن قال - : وبايع السلاح من أهل الحرب(٦) .

والرواية وإن دلت على الحرمة إلاّ أن فى سندها ضعف ، ويمكن المناقشة فى دلالتها أيضاً ، بأنّ الظاهر من أهل الحرب القائمين به والمحاربين فعلاً ، فالرواية تدلّ على حرمة بيع السلاح منهم فى حال الحرب لا مطلقاً .

١- (١١) الجواهر ٢٢ / ٢٩ .

٢- (١٢) مستند الشيعة ١٤ / ٩٢ .

٣- (١) المراد به المهذب البارع لابن فهد الحلى فراجع كتابه ٢ / ٣٥٠ .

٤- (٢) حاشية المكاسب / ١٠ للفقيه السيد الطباطبائى اليزدى قدس سره - (١ / ٧١ و ٧٠ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٣) حاشية المكاسب / ١١ (١ / ٧١) .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٣ ح ٧ .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجارة ، قال : إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس(١) .

جوّز الإمام عليه السلام فيها التجارة معهم إذا لم تكن سلاحاً ، ومفهومها إذا حملوا السلاح ففى هذه التجارة بأس . فهذه الصحيحة تدلّ على حرمة بيع السلاح منهم بنحو الموجبة الجزئية ،

يعنى إذا حملوا السلاح فيه بأس ، ولو كان هذا البأس فى صورة قيام الحرب والمباينة .

وبالجملة ، الروايتان لا تدلاّن على حرمة بيع السلاح منهم مطلقاً ، وعلى فرض دلالتهما عليه تدلاّن بنحو العموم ، وإذا وردت الروايات المفصلة وكانت بنحو الخصوص تقدّم عليهما بالصناعة الفقهية ، فانتظر .

الطائفة الثانية : ما قد يقال : إنّها تدلّ على الجواز مطلقاً :

منها : خبر أبى القاسم الصيقل قال : كتبت إليه أنّى رجل صيقل أشترى السيوف وأبيعها من السلطان أجائز لى بيعها ؟ فكتب عليه السلام : لا بأس به(٢) .

السند ضعيف بأبى القاسم الصيقل ، لأنّه مجهول ، مضافاً إلى وجود الإضمار فى الرواية وعدم تعيّن أنّه كتب إلى الإمام عليه السلام أو إلى غيره . ثمّ إنّ الظاهر من السلطان الوارد فى الرواية سلاطين الجور من المسلمين الذين كانوا فى زمن الأئمة عليهم السلام ، كما اعترف بذلك المحقق الإيروانى قدس سره (٣) وإثنان من أساتيذنا - مد ظلهما(٤)(٥) - فى المقام . فالرواية لا تدلّ على جواز بيع السلاح من أعداء الدين مطلقاً .

ومنها : صحيحة محمد بن قيس قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الفئتين تلتقيان من أهل الباطل أبيعهما السلاح ؟ فقال : بعهما ما يكنهما الدرع والخفين ونحو هذا(٦) .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٣ ح ٦ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٣ ح ٥ .

٣- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٠٧ .

٤- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٠٤ .

٥- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٣٩٢ .

٦- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٢ ح ٣ .

الرواية صحيحة الإسناد ومورد السؤال عن بيع السلاح من أهل الباطل المقاتلين لغيرهم من أهل الباطل ، فالسلاح يُستفاد منه فى حرب الباطل على الباطل ، ومع ذلك أجاز الإمام عليه السلام فى

هذه الصحيحة بيع الأدوات الدفاعيّة فقط لهم نحو الدرع ، ولذا لابدّ من حملها على كونهما محقونى الدم كأهل الذمة ، ولذا لاتدلّ الصحيحة على الجواز مطلقاً فى مسألتنا هذه .

وبالجملة ، ليس فى الروايات ما يدلّ على الجواز مطلقاً ، خلافاً لما ادعاه بعض .

الطائفة الثالثة : تدل على التفصيل فى المقام :

منها : حسنة بل صحيحة أبى بكر الحضرمى قال : دخلنا على أبى عبد اللّه عليه السلام فقال له حكم السراج : ما تقول فى من يحمل إلى الشام السروج وأداتها ؟ فقال : لا بأس ، أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، إنّكم فى هدنة ، فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج والسلاح(١) .

سند الرواية حسنة بعبد اللّه بن محمد الحضرمى بل صحيحة لأنّه ثقة على الأقوى . وتدلّ على جواز حمل السروج وأداتها والسلاح إلى أهل الشام وهم أعداء الدين فى فرض الهدنة ، يعنى السكون من الفتن بالصلح معهم . والشاهد على ذلك استشهاد الإمام عليه السلام بقوله : « أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم » ،يعنى كما لا خلاف بين أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى زمن حياته صلى الله عليه و آله وسلم وكان بينهم الصلح والهدنة ، اليوم أنتم وهم كذلك كما هو الظاهر . وليس المراد بهذه الفقرة يعنى « الباقين على صحبته ودينه بعد موته » كما استظهره المحدث البحرانى قدس سره (٢) ، ولا المراد بها يعنى من " الأصحاب" النفر اليسير الذين كانوا مع أمير المؤمنين عليه السلام بعد وفاة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم » كما استظهره المحقق الإيروانى قدس سره (٣) .

ويؤيد ما ذكرناه كلام الفقيه اليزدى قدس سره فى حاشيته على المكاسب حيث يقول : « الظاهر أنّ المراد أنتم وأهل الشام بمنزلة أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم حيث ، أنّهم مع كون

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠١ ح ١ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٠٧ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٠٧ .

بعضهم منافقاً ومع عداوة بعضهم لبعض فى الواقع ، كانوا فى الظاهر متوافقين ولم يكن بينهم نزاع ، فكذلك أنتم وأهل الشام ، فيكون المخاطب بأنتم مجموع الطرفين من أهل الحق وأهل الشام »(١) .

وبالجملة ، الرواية دالة على جواز حمل السلاح إلى أعداء الدين فى صورة المصالحة والمداهنة .

ومنها : ما رواه المشايخ الثلاثة عن هند السرّاج قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام :

لحک اللّه إنّى كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم ، فلمّا عّرفنى اللّه هذا الأمر ضقت بذلک وقلت : لا أحمل إلى أعداء اللّه ، فقال لى : إحمل إليهم ، فإنّ اللّه يدفع بهم عدوّنا وعدوّكم - يعنى :

الروم - وبعه ، فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا ، فمن حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرک(٢) .

والرواية سنداً ضعيفة بأبى سارة وهند السرّاج ، لأنّهما مجهولان ، ولكنّها تدلّ بوضوح على جواز حمل السلاح إلى أعداء الدين فى صورة مصالحتهم مع أهل الإيمان وعدم جوازه فى صورة قيام الحرب .

ومنها : خبر السراد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت له : إنّى أبيع السلاح ، قال : لا تبعه فى فتنة(٣) .

ذكر فى الوسائل الراوى الأخير بعنوان السرّاج فصارت الرواية ضعيفة الإسناد به لأنّه مجهول ، ولكن ورد فى الكافى(٤) والتهذيب(٥) السرّاد بدلاً من السرّاج ، والسرّاد إن أريد به الحسن بن محبوب كما هو لُقّب بالسرّاد والزرّاد وكلاهما بمعنى واحد يعنى صانع الزرد و السرد وهما بمعنى الدرع فهو ثقة وقال العلامة فى شأنه : « ثقة عين روى عن الرضا عليه السلام وكان

١- (٤) حاشية المكاسب / ١١ . (١ / ٧٤ من الطبعة الحديثة) .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠١ ح ٢ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٢ ح ٤ .

٤- (٣) الكافى ٥ / ١١٣ ح ٤ .

٥- (٤) التهذيب ٦ / ٣٥٤ ح ١٢٨ .

جليل القدر يعدّ فى الأركان الأربعة »(١) فصارت الرواية صحيحة الإسناد ولكن لا يمكن له أن ينقل عن الإمام الصادق عليه السلام بلا واسطة ، لأنّه مات فى آخر سنة أربع وعشرين ومائتين وكان من أبناء خمس وسبعين سنة ، فكانت ولادته عام تسع وأربعين ومائة ، واستشهد شيخ الأئمة الإمام الصادق عليه السلام فى خمس وعشرين من شوال عام ثمان وأربعين ومائة وله خمس وستون سنة ودفن بالبقيع مع أبيه وجده وعمّه الحسن عليهم السلام كما ذكره الشيخ المفيد فى الإرشاد(٢) . وحينئذ ولد الحسن بن محبوب السراد بعد استشهاد الإمام الصادق عليه السلام بسنة ، فكيف يمكن أن ينقل عنه عليه السلام بلا واسطة ؟ ! . واعترف بذلك المحقق الخوئى قدس سره وقال : « ... لعدم ثبوت رواية الحسن بن محبوب وهو السرّاد عن أبى عبد اللّه عليه السلام »(٣) .

ولذا نقل الشيخ فى الاستبصار(٤) الرواية عن السرّاد عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السلام ، وبهذا السند - وإن صح نقل ابن محبوب - ولكن صارت الرواية مرسلة لعدم تعيين هذا الرجل .

وكيف ما كان نقل صاحب الوسائل الراوى الأخير بعنوان السرّاج ولم يرد ذكره فى مصادر الحديث التى بتناول أيدينا ، ولعلّه قدس سره صحف بين السرّاج والسرّاد ، وإن ورد ذكر سرّاج خادم أبى عبد اللّه عليه السلام فى كتب الحديث(٥) والرجال(٦) .

ويخطر بالبال أنّ السرّاد المذكور فى السند غير الحسن بن محبوب ، ولكن فى هذه العجالة لا يمكن تعيينه بشخصه .

وبالجملة ، إلى هنا لا يتمّ سند الرواية ، فصارت إمّا مرسلة بسند الشيخ فى الإستبصار أو ضعيفة لعدم تعيين وتوثيق هذا السرّاد فى المعاجم الرجالية .

وتنبّه على كلٍّ ذلک المحدث البحرانى قدس سره حيث يقول : « وفى التهذيب رواه عن السرّاد

١- (٥) خلاصة الأقوال / ٣٧ .

٢- (٦) الارشاد ٢ / ١٨٠ .

٣- (٧) معجم رجال الحديث ٢٣ / ١٠٣ .

٤- (١) الاستبصار ٣ / ٥٧ ح ١ .

٥- (٢) الكافى ٢ / ٤٢ ح ١ .

٦- (٣) معجم رجال الحديث ٢٣ / ١٠٢ .

عن رجل عنه وهو الظاهر ، حيث أنّ السرّاد المذكور إنّما يروى عن أبى عبد اللّه عليه السلام بالواسطة ، هذا إن حمل أنّه الحسن بن محبوب المشهور بهذا اللقب وإلاّ فلا ويكون الرجل مهملاً »(١) .

ومراده قدس سره من « التهذيب » الإستبصار ، لأنّ بعض مهرة فن الحديث يعدّونه بعنوان تتمة التهذيب كما هو واضح عند أهله .

هذا كلّه فى سند الرواية .

وأمّا دلالتها : نهى عليه السلام عن بيع السلاح فى الفتنة ، ومن أظهر مصاديق الفتنة قيام الحرب والتهيؤ له ، فالرواية تدلّ على حرمة بيع السلاح فى الحرب من أعداء الدين .

فهذه الطائفة من الروايات تدلّ على جواز بيع السلاح من أعداء الدين فى صورة المصالحة والمداهنة معهم ، وحرمته فى صورة قيام الحرب أو التهيؤ له .

ولابدّ من الأخذ بها وتقديمها على الطائفة الأُولى الدالة على الحرمة مطلقاً ، لأنّها خاصة فى قبال العام ، فتقدّم على ما مرّ منّا فى ذيل الطائفة الأولى .

وأمّا الروايات الدالة على الجواز مطلقاً قد ذكرنا أنّها لم توجد ، و على فرض وجودها

تقيَّد بهذه الروايات المفصلة . وهذا هو الجمع العرفى بين الروايات ، وذهب إليه المشهور من فقهائنا فأفتوا بجواز بيع السلاح منهم فى الصلح وحرمته فى الحرب .

ثمّ إنّ المشهور ذهبوا إلى جواز بيع السلاح من أعداء الدين مشركين كانوا أم مسلمين فى صورة المصالحة والمداهنة وعدم الجواز فى صورة قيام الحرب أو التهيؤ له .

ولكن ظاهر صحيحة أبى بكر الحضرمى الماضية جواز حمل السلاح إلى أعداء الدين من المسلمين فقط ، لأنّ مورد سؤال السائل حمل السروج وأداتها إلى أهل الشام وأهلها فى زمن الإمام الصادق عليه السلام كانوا من المسلمين ، وأجاب الإمام عليه السلام أيضاً بقوله : « فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم (يعنى إلى أهل الشام) السروج والسلاح » . فهذه الصحيحة – وهى العمدة فى الروايات المفصِّلة – منحصرة بأعداء الدين من المسلمين فقط ولا تشمل المشركين الكافرين .

١- (٤) الحدائق ١٨ / ٢٠٧ .

وهكذا الأمر فى خبر هند السرّاج الماضى ، حيث سأل السائل عن حمل السلاح إلى أهل الشام فأجابه الإمام عليه السلام : « إحمل إليهم » يعنى إلى أهل الشام وهم مسلمون ولكن كانوا من أعداء الدين يعنى أعداء المذهب الحق الإثنى عشرى الإمامى .

فهاتان الروايتان المفصّلتان منحصرتان بأعداء الدين من المسلمين فقط ولاتشملان المشركين .

وأمّا خبر السرّاد الماضى - وإن يمكن استفادة العموم منه وشموله فى شأن المشركين والمسلمين - إلاّ أنّ فى سنده إمّا إرسالٌ أو ضعف ، فلا يمكن الأخذ بإطلاقه أو شموله .

وعلى هذا يجوز بيع السلاح من أعداء الدين المسلمين المخالفين لمذهب الإمامية فى حال المداهنة والمصالحة معهم ، ولا يجوز البيع منهم فى حال قيام الحرب أو التهيؤ له .

وأمّا بيع السلاح من أعداء الدين من المشركين فبقى على حرمته ولم يرو ترخيص فى شأنه ، سواء فى حال المصالحة والمداهنة لهم أو فى حال قيام الحرب والتهيؤ له . فهذا القول اختاره ابن فهد الحلى فى المهذب البارع(١) والنراقى فى المستند(٢) .

وبالجملة ، بنظرنا القاصر صحيحة على بن جعفر المذكورة تدلّ على حرمة حمل السلاح إلى المشركين مطلقاً ، فلابدّ من الأخذ بإطلاقها . وأمّا الروايات المجوِّزة منحصرة ببيع

السلاح من أعداء الدين المسلمين فقط ، ولذا نأخذ بها وتكون النتيجة حرمة حمل السلاح وبيعه إلى أعداء الدين المشركين مطلقاً ، سواء فى حال قيام الحرب أو فى حال المصالحة والمداهنة وجواز حمل السلاح وبيعه إلى أعداء الدين من المسلمين فى حال المصالحة والمداهنة فقط وحرمة بيعه منهم فى حال قيام الحرب أو التهيؤ له .

هذا ما يخطر بالبال بعد التأمل التام فى الروايات الواردة فى المقام .

ثم إنّ هاهنا فروعاً وأموراً لابدّ من التنبيه عليها :

الأوّل : كلّ ما يوجب تقوية المشركين وصار موجباً لشوكتهم بحيث يخاف منهم على

١- (١) المهذب البارع ٢ / ٣٥٠ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ٩٤ .

بيضة الإسلام والمذهب الحقّ حرام مطلقاً ، سواء فى ذلک المشركين أو المخالفين . وهكذا لا فرق بين بيع السلاح أو الأدوات الدفاعية بل حتى العلاقات التجارية الموجبة لتقويتهم ، والدليل على ذلک لزوم المحافظة على الإسلام والمذهب وحرمة تضعيفهما كما هو واضح لمن له أدنى إلمام بالفقه .

الثانى : حرمة بيع السلاح من قطاع الطريق .

بيع السلاح من قطاع الطريق سواء كانوا من المسلمين أو المشركين بقى على حرمته لأنّ الترخيص الوارد فى الروايات ثبت بالنسبة إلى أعداء الدين من المسلمين فى حال المصالحة والمداهنة فقط وهم غير قطاع الطريق ، فبيع السلاح من قطاع الطريق بقى على حرمته ، ولأنّ بيع السلاح منهم من أظهر مصاديق معونة الظالمين وإعانتهم ، وهى حرامٌ إجماعاً ، حتّى على القول بعدم حرمة الإعانة على الأثم كما هو المختار . لأنّ من أظهر مصاديق الظالمين هم قطاع الطريق ، وحرمة معونتهم وإعانتهم إجماعى عندنا . والعجب من المحقق الخوئى قدس سره حيث جعل هذه المسألة من صغريات الإعانة على الإثم ويقول : « ... إن قلنا بحرمة الإعانة على الإثم فلا يجوز بيعه منهم وإلاّ جاز كما هو الظاهر »(١) .

فعلى ما ذكرنا لا نحتاج إلى الحكم بالحرمة هنا إلى إحراز البايع استعمال المشترى ذلک السلاح فى الإعتداء على الغير فلا يجوز حينئذ ، ومع عدم الإحراز فلا بأس كما ذهب إليه شيخنا الأستاذ – مد ظله –(٢) ، لأنّ نفس تمكينهم من السلاح وبيعه لهم من أظهر مصاديق

إعانة الظالمين ، وهى حرام أجماعاً .

الثالث : هل النهى فى المقام يدلّ على الفساد أم لا ؟

إذا تعلق النهى بأمر خارج عن البيع – نحو تقوية أعداء الدين وإعانتهم – فلا يدلّ على فساد المعاملة ولا يفيد إلاّ الحرمة التكليفية ، كما ذهب إلى هذا القول صاحب الحدائق(٣)

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ١٩١ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٠٧ .

٣- (١) الحدائق ١٨ / ٢١٠ .

والشيخ الأعظم(١) والسيد اليزدى(٢) والمحققون النائينى(٣) والخوئى(٤) قدس سرهم وشيخنا الأستاذ(٥) – مد ظله – ، ولكن إذا قلنا بأنّ النهى تعلق بنفس المعاملة – كما تدلّ عليه الروايات الواردة فى المقام وقد مرّ ذكرها – صارت المعاملة فاسدة وأفادت الحرمة الوضعية . وهذا هو المختار وذهب إليه ثانى الشهيدين فى المسالک(٦) والمحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد(٧) وجدنا الفقيه الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدس سرهم فى شرح القواعد(٨) .

١- (٢) المكاسب المحرمة / ٢٠ - (١ / ١٥٢ من الطبعة الحديثة) .

٢- (٣) حاشية المكاسب / ١٢ - (١ / ٧٩ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٤) منية الطالب ١ / ٤٣ .

٤- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ١٩١ .

٥- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٠٦ .

٦- (٧) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٣ .

٧- (٨) مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الاذهان ٨ / ٤٦ .

٨- (٩) شرح القواعد ١ / ١٥٩ .

ص:٢١٨

النوع الثالث: ما ليس فيه منفعة محلّلة معتدّ بها

اشارة

ص:٢١٩

ص:٢٢٠

تعرّض الشيخ الأعظم قدس سره فی هذا القسم إلی بطلان بيع ما لا منفعة فيه ، منفعة معتدّاً بها عند العقلاء ومحلّلة عند الشارع الأقدس .

واستدلوا علی بطلان بيع ما لا منفعة فيه بعدّة من الوجوه :

الأوّل : بيع ما ليس له نفع محلّل وأخذ الثمن فی قباله ، أكلٌ للمال بالباطل فيكون فاسداً وتدلّ عليه قوله تعالی : «لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ»(١) ، واستدل بهذا الدليل فخر المحققين قدس سره فی إيضاح الفوائد(٢) .

وفيه : أولاً : الآية الشريفة - كما مرّ منا - فى مقام بيان الأسباب الصحيحة للمعاملة فى مقابل الأسباب الفاسدة لها فلا تكون فى مقام بيان شرائط العوضين .

وثانياً : بعد التوافق على المعاملة والرضا بها دخلت فى تجارة عن تراضٍ لا أكل المال بالباطل .

الثانى : الإجماع على بطلان بيع ما لا منفعة فيه ، وادعاه جماعة من الفقهاء نحو : صاحبى الغنية(٣) والجواهر(٤) .

وفيه : أولاً : أنّ المحصَّل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجة .

وثانياً : من المحتمل بل المتعيّن أنّ استناد المجمعين إلى الوجوه المذكورة فى المسألة ، فلا يكون الإجماع إجماعاً تعبديّاً بل صار إجماعاً مدركيّاً ، فليس بحجة .

الثالث : قالوا فى تعريف البيع أنه « مبادلة مال بمالٍ » كما عن المصباح المنير(٥) ، وما

١- (١) سورة النساء / ٢٩ .

٢- (٢) ايضاح الفوائد ١ / ٤٠١ .

٣- (٣) الغنية / ٢١٣ من الطبعة الحديثة ، والمطبوع ضمن الجوامع الفقهية / ٥٢٤ .

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٢ / ٣٤ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٦٩ .

ليس فيه المنفعة لم يعدّ مالاً فلا يصح بيعه .

وفيه : أولاً : قد كثر استعمال البيع والشراء فى غير المبادلة الماليّة فى الكتاب المجيد ،

نحو قوله تعالى : «إِنَّ اللّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِى سَبِيلِ اللّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعْداً عَلَيْهِ حَقّاً فِى التَّوْرَاةِ وَالإِنجِيلِ وَالْقُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللّهِ فَاسْتَبْشِرُواْ بِبَيْعِكُمُ الَّذِى بَايَعْتُم بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ»(١) .

وقوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِى نَفْسَهُ ابْتِغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ وَاللّهُ رَؤُوفٌ بِالْعِبَادِ»(٢) .

وقوله تعالى : «أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُاْ الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ»(٣)

وقوله تعالى : «أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُاْ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالآخِرَةِ»(٤)

وقوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»(٥) .

ومن الواضح أنّ « البيع والشراء يتلازمان» كما ذكره الراغب فى المفردات(٦) ، وقال الفيروزآبادى فى القاموس : « أنّ كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه»(٧) .

وثانياً : فما عن المصباح مضافاً إلى عدم حجية قوله ، أنّه ليس تعريفاً حقيقياً بل مجرد شرح اسم ، فلا يبحث فيه طرداً وعكساً ، نقضاً وإبراماً .

وثالثاً : على فرض قبول تعريف المصباح لا يجرى فى المقام أحكام البيع ولكن يمكن

١- (١) سورة التوبة / ١١١ .

٢- (٢) سورة البقرة / ٢٠٧ .

٣- (٣) سورة البقرة / ١٧٥ .

٤- (٤) سورة البقرة / ٨٦ .

٥- (٥) سورة لقمان / ٦ .

٦- (٦) معجم مفردات ألفاظ القرآن / ٢٦٧ .

٧- (٧) قاموس اللغة / مادة شراء ، الطبعة الحجرية .

التمسک بإطلاقات «تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ»(١) و«أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ»(٢) ونحوهما .

الرابع : معاملة ما لا نفع فيه من المعاملات السفهية ، فتكون فاسدة لذلک .

وفيه : أولاً : منع الصغرى : المعاملة إنّما تكون سفهية إذا انتفعت عنها الأغراض الشخصية والنوعية كلتيهما ، ولكن فى هذه المعاملة ربّما تعلّق الغرض الشخصى بالمعاملة وإلاّ

لم يتعرض البائع لها ، ونفس وجود الغرض الشخصى يخرج المعاملة عن كونها سفهية .

وثانياً : منع الكبرى : لم يدلّ دليل على بطلان المعاملات السفهية بعد شمول العمومات والإطلاقات الواردة فى صحة البيع والتجارة والوفاء بالعقد ، نعم : قام الدليل على فساد المعاملة السفيه لكونه محجوراً عن التصرف ، ومن الواضح أنّ معاملة السفيه غير المعاملة السفهية .

الخامس : قد استدل الشيخ الأعظم قدس سره فى بطلان بيع ما لا منفعة فيه ببعض فقرات رواية تحف العقول الماضية فى أوّل الكتاب .

وفيه : أولاً : أنّها رواية ضعيفة الإسناد بل مرسلة .

وثانياً : لم يثبت عندنا كونها رواية كما مرّ منّا فى محلّها .

وثالثاً : دلالة الرواية على البطلان فى مسألتنا هذه غير تامة .

فإلى هنا لم نجد ما يدلّ على بطلان بيع ما لا منفعة فيه كما ذهب إليه المحقق الخوئى قدس سره (٣) .

وربّما يؤيد ما ذكرناه بما ورد فى صحة بيع الهرّ ، نحو صحيحة محمد بن مسلم وعبد الرحمن عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت ، ثمّ قال : ولا بأس بثمن الهرّ(٤) .

وخبر دعائم الاسلام رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه رأى رجلاً يحمل هرّة ، فقال : ما

١- (٨) سورة النساء / ٢٩ .

٢- (٩) سورة المائدة / ١ .

٣- (١) مصباح الفقاهة ١ / (١٩٥ - ١٩٣) .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٣ .

تصنع بها ؟ قال : أبيعها ، فنهاه ، قال : فلا حاجة لى بها ، قال : فتصدّق إذاً بثمنها(١) .

بتقريب : أنّ الهرّ فى ذلک الزمان كان من الأشياء التى ليست لها منفعة معتداً بها ومع ذلک ورد الترخيص فى جواز بيعها ، وقال العلامة قدس سره فى التذكرة : « لا بأس ببيع الهرّ عند علمائنا ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثورى ومالک والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى »(٢) .

وهكذا يؤيد ما ذكرناه ، ما مرّ منّا من جواز بيع القردة فى تتمة بحث بيع المسوخ(٣) ، مع

أن القردة لا سيما فى ذاک الزمان ليست لها منفعة معتداً بها ومع ذلک جوّزنا بيعها .

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها :

الأوّل :

يجوز بيع السباع لوقوع التذكية عليها وجواز الإنتفاع بجلودها فى غير الصلاة ، وتدل عليه عدّة من الروايات :

منها : موثقة سماعة قال : سألته عن جلود السباع ، أينتفع بها ؟ فقال : إذا رميت وسمّيت فانتفع بجلده وأمّا الميتة فلا(٤) .

ومنها : موثقة أُخرى لسماعة قال : سألته عن لحوم السباع وجلودها ؟ فقال : أمّا لحوم السباع فمن الطير والدواب فإنّا نكرهه ، وأمّا الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا منها شيئاً تصلون فيه(٥) .

ومن الواضح دلالة الكراهة فى لسان الأئمة عليهم السلام على الحرمة المصطلحة .

ومنها : موثقة ثالثة لسماعة قال : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن جلود السباع ؟ فقال :

١- (٣) دعائم الاسلام ٢ / ٢٠ ح ٣٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ ح ٣ .
٢- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٩ .
٣- (٥) راجع الصفحة ١٢٤ من هذا المجلد .
٤- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٥ ح ٤ الباب ٣٤ من أبواب الأطعمة المحرمة .
٥- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٣ ح ٣ - الباب ٥ من أبواب لباس المصلى .

اركبوها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلّون فيه(١) .

وقد مرّ منّا جواز بيع السباع فى بحث بيع المسوخ ، فراجع ما حررناه هناک(٢) إن شئت . فإذا كان الإنتفاع بجلودها جائزة فيجوز بيعها على كلٍّ من المبنيين من عدم جواز بيع ما لامنفعة فيه وجوازه كما هو الظاهر .

الثانى :

يجوز الإنتفاع بعظام الفيل وعاجه وبيعها وشراؤها .

مع أنّ الفيل من المسوخ والسباع ، وقد مرّ منّا جواز التمشط بعاج الفيل وبيعها فى بحث بيع المسوخ ، فراجع إن شئت ما حررناه هناك(٣) .

الثالث :

يمكن أن يستند عدم المنفعة المعتدّ بها إلى اُمور :

الف : خسة الشيء : نحو كلّ ما ينفصل من الآدمى من شعر ومخاط ولعاب وظفر وغيره ، ومثّل بهذه الأشياء الشيخ الطوسى فى المبسوط(٤) . وحشرات الأرض من العقارب والحيات والخنافس والجعلان والضفادع والديدان وكبعض أقسام الطيور من بُغاثها(٥) والنسر(٦) والغربان والرَّخَم(٧) ، ومثّل بهذه المحقق الخوئى قدس سره فى المصباح(٨) .

ب : قلّة الشيء : نحو جزءٍ يسير من المال لا يبذل فى مقابله مال ، كحبّة من الحنطة أو

١- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٥٣ ح ٤ - الباب ٥ من أبواب لباس المصلى .

٢- (٤) راجع من هذا المجلد الصفحة ١٢١ .

٣- (٥) راجع الصفحة ١٢٢ من هذا المجلد .

٤- (١) المبسوط ٢ / ١٦٧ .

٥- (٢) بغاث الطير : شرارها وما لا يصيد منها ، مفرده بغاثة كنعام ونعامة .

٦- (٣) النسر : بالفارسية يقال له « باز» .

٧- (٤) الرَّخَم : جمع رَخَمَة ، طائر يأكل العذرة ، يُعد من الخبائث حرام أكله ، يشبه النسر فى الخلق لكنه يضعف عن الاصطياد وإن عُدّ من السباع . هكذا قاله الشيخ الأكبر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد ١ / ١٦٤ طبع قم المقدسة عام ١٤٢٢ .
٨- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ١٩٢ .

الشعير وغيرهما . وهذه وإن كانت عند العرف والشرع من الأملاك إلاّ أن قلّتها تخرجها من المالية .

ج : كثرة الشيء : نحو الماء فى البحر أو الشط ، والتراب فى بعض البلاد والرمل فى العالج .

د : عدم الحاجة إلى الشيء : نحو الثلج فى الشتاء .

ولعلّ الملاك الجامع فى الجميع عدم الرغبة فى شرائه وبذل المال بإزائه ، كما قاله بعض أساتذتنا(١) - مد ظله - فى المقام .

الرابع :

قال المحقق الخوئى قدس سره : « لو حاز ما لا نفع له كالحشرات ثبت له الاختصاص به ، فيكون أولى به من غيره ، فليس لأحد أن يزاحمه فى تصرفاته فيه للسيرة القطعية . على أنّ أخذ المحاز من المحيز قهراً عليه ظلم فهو حرام عقلاً وشرعاً . وأمّا حديث : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحقّ به»(٢) فقد تقدم أنّه ضعيف السند غير منجبر بشيءٍ »(٣) .

أقول : نعم لو حاز ما لا منفعة فيه ثبت له حقّ الإختصاص بل الملكية ولكن قد مرّ منّا الجواب عن إشكاله قدس سره بحديث السبق فراجع ما حرّرناه فى بحث حقّ الإختصاص(٤) .

الخامس :

هل فی غصب ما لا نفع فیه ضمانٌ أم لا ؟ ذهب إلی عدم الضمان مطلقاً العلاّمة فی التذکرة(٥) وشیخنا الأستاذ(٦) – مد ظله – وإلی الضمان فی المثلی وعدمه فی القیمی الشیخ

ص:٢٢٦

١- (٦) دراسات فی المکاسب المحرمة ٢ / ٤٥٠ .

٢- (٧) مستدرک الوسائل ١٧ / ١١١ ح ٤ .

٣- (١) مصباح الفقاهة ١ / ١٩٧ .

٤- (٢) راجع الصفحة ١٥٥ من هذا المجلد .

٥- (٣) تذکرة الفقهاء ١٠ / ٣٥ .

٦- (٤) ارشاد الطالب ١ / ١١٠ .

الأعظم قدس سره (١) ، وإلی الضمان مطلقاً السید الیزدی قدس سره (٢) والمحقق الخوئی قدس سره (٣) والمحقق الأردکانی قدس سره (٤) وبعض أساتذتنا(٥) – مد ظله – .

والفرق بین مقالة القائلین بالضمان مطلقاً ، أنّ السید الخوئی قدس سره یری بقاء مشغولیّة ذمّة الغاصب إلی یوم القیامة فی القیمی ، إذ لا قیمة لهذا المال ، کما تبقی مشغولیة الذمة للمفلس أیضاً .

والشیخ الأردکانی یری ثبوت الضمان فی المثلی بمجرد الغصب وفی القیمی یتوقف علی غصب ما یصیر بضمه إلیه مالاً لیدخل فی موضوع دلیل الضمان ، فالفرق بینهما أنّ الضمان فی الأوّل غیر مترتب وفی الثانی مترتب ، ثم أمر قدس سره بالتأمل .

ولکن الأستاذ – مد ظله – یری إمکان إرضاء الغاصبُ المالک بإعطاء المال له لا بعنوان القیمة بل بقصد إرضائه .

والسيد اليزدى قدس سره قال : « الحق الضمان مطلقاً بردّ المثل فى المثلى وما يكون بقدره من

شيء آخر فى القيمى وإن كان قليلاً لا يقابل بالمال ، فإنّ العوض لابدّ وأن يكون بقدر المعوّض وصالحاً للعوضيّة لا أن يكون مالاً فتدبر »(٦) .

أقول : الظاهر ثبوت الضمان مطلقاً يعنى فى المثلى والقيمى ، والدليل على ذلک : السيرة القطعية من العقلاء والمتشرعة على الضمان ، وهذه السيرة المستمرة القطعية من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام جارية ، وهى حجة فى المقام ، فلابدّ من الأخذ بها ، وهى مطلقة تشمل ضمان ما لا نفع فيه قيمياً كان أو مثلياً . ويؤيدها :

أولاً : قاعدة الإتلاف ، بأنّ « من أتلف مال الغير فهو له ضامن » .

١- (٥) المكاسب المحرمة / ٢١ - (١ / ١٦١ من الطبعة الحديثة) .
٢- (٦) حاشية المكاسب / ١٥ - (١ / ٩٠ من الطبعة الحديثة) .
٣- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ١٩٦ .
٤- (٨) غنية الطالب ١ / ١٠٥ .
٥- (٩) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٤٥٣ .
٦- (١) حاشية المكاسب / ١٥ - (١ / ٩٠ من الطبعة الحديثة) .

بتقريب : أن الإتلاف يوجب الضمان سواءً فى ذلک بين المال والملک ، والتعبير بالمال لأنّه أظهر مصاديقه وكان شائعاً ، وإلاّ لا فرق بين المال والملک فى أن إتلافهما موجب للضمان .

وثانياً : قاعدة ضمان اليد ، بأنّ « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى » .

بتقريب : أن « ما أخذت » أعمٌ من المال أو الملک ، فيشمل المقام ، فلو أخذ شخص ملک الغير ولو لم يكن مالاً كان عليه الضمان .

وأنت ترى بأنّ السيرة جارية فی المقام ، يعنی حتّی فی ضمان ما إذا لم يكن الشیء لقلّته مالاً ولو مع عدم الإنضمام إلی سائر أجزائه ، خلافاً لما ذكره شيخنا الأستاذ – مد ظله – .

وبأنّ الدليل يشمل القيمی كما يشمل المثلی ، فلا فرق بينهما ، فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره .

وهكذا لا يتوقف ثبوت الضمان فی القيمی علی غصب ما يصير بضمّه إليه مالاً ليكون الضمان فيه مترتباً ، فلا يتم ما ذكره المحقق الأردكانی قدس سره .

ويمكن أن يخرج الغاصب من مشغوليّة ذمّته فی القيمی بالنسبة إلی المالک بإرضائه بمال أو الإستحلال منه ، فلا يتمّ ما ذكره المحقق الخوئی قدس سره من بقاء مشغوليّة ذمّته للمالک إلی يوم القيامة .

وبالجملة ، نحن نلتزم بأنّ الضمان من أحكام الملک وليس من أحكام المال فقط ، بل يجری فی المال أيضاً ، لأنّه كان ملكاً غالباً ، واللّه سبحانه هو العالم والحمد له .

ص: ۲۲۸

النوع الرابع: الاكتساب بما هو حرام فی نفسه

اشارة

ص:۲۲۹

ص:۲۳۰

اشارة

قال الشيخ الأعظم قدس سره : « النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملاً محرّماً فى نفسه ، وهذا النوع وإن كان أفراده هى جميع الأعمال المحرَّمة القابلة لمقابلة المال بها فى الإجارة والجُعالة وغيرهما ، إلاّ أنّه جرت عادة الأصحاب بذكر كثير ممّا من شأنه الإكتساب به من المحرّمات ، بل وغير ذلک ممّا لم يتعارف الاكتساب به كالغيبة والكذب ونحوهما . وكيف ما كان فنقتفى آثارهم بذكر أكثرها فى مسائل مرتبة بترتيب حروف أوائل عنواناتها إن شاء اللّه »(١) .

أقول : قبل الورود فى العناوين المطروحة لابدّ لنا أنْ نتكلم فى الاكتساب بالمحرّمات وهل هو حرام وضعى بمعنى بطلانه أم لا ؟ فهاهنا بحثان :

الأوّل : حرمة نفس هذه الاعمال والعناوين المطروحة ، بمعنى الحرمة التكليفية نبحث عنها فى ذيلها .

الثانى : حرمة الاكتساب بالمحرمات بمعنى الحرمة الوضعية يعنى بطلانها .

الشيخ الأعظم قدس سره ترک هذا البحث الأخير ، ولعلّه كان عنده بمكان من الوضوح . ولكن لابدّ لنا من البحث حوله فنقول :

قد استدلوا على بطلان المعاملة على المحرّمات بوجوه :

١ - منها : إنّ العمل المحرَّم ليس مالاً فى نظر الشارع ، ولهذا لو منع شخص عن تغنى جارية مغنّية لا يكون ضامناً بالنسبة إلى المنفعة المحرّمة بلا إشكال وإن كانت أجيرة لذلک ، وما لا يكون مالاً فى محيط الشرع لا تكون المعاملة عليه معاملة . وإن شئت قلت : إنّ سلب المالية عن شيءٍ شرعاً وإسقاطها دليل على ردع المعاملة به . ذكره المحقق الخمينى قدس سره فى كتابه(٢) .

١- (١) المكاسب / ٢١ - (١ / ١٦٤ و ١٦٣ من الطبعة الحديثة) .
٢- (٢) المكاسب المحرمة ١ / ١٦٧ .

وفيه : إنّ هذا الاستدلال تام على المشهور ، ولكن بناءً على مختارنا من عدم لزوم المالية فى البيع وصحته ، لا يتمّ كبرى هذا الإستدلال . يعنى سلب المالية عن المحرّمات الشرعية فى نظر الشارع تام ولكن البيع لا يلزم فى صحته مالية المبيع كما مرّ منّا فى النوع

الثالث ، فلا يتمّ هذا الاستدلال على القول المختار .

٢ - ومنها : ما ذكره قدس سره أيضاً : أنّ مقتضى ذات المعاملة لدى العقلاء إمكان التسليم والتسلم ، ومع منع الشارع عن تسليم المنفعة المحرّمة وتسلّمها ، لا يعقل أن تكون المعاملة نافذة عند الشارع ، فمنع التسليم والتسلّم دليل على الردع عن المعاملة ، فتقع باطلة(١) .

أقول : هذا الاستدلال على بطلان المعاملة على المحرّمات تام ، لأنّ مع عدم إمكان التسليم والتسلّم كانت المعاملة باطلة شرعاً وعقلائياً ، وحيث لا يمكن تسليمها فى المحرّمات شرعاً ، فالمعاملة باطلة .

٣ - ومنها : ما ذكره قدس سره أيضاً بقوله : « إنّ الآية الكريمة أعنى «لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»(٢) وإن كان الموضوع فيها البطلان العرفى والعقلائى لا الشرعى ، لكن بتحكيم ما دلّ على نفى المالية أو نفى تسليم المنفعة ينسلک فى مفاد الآية ، فإنّ أخذ مال الغير بلا انتقال منفعة إليه أكل المال بالباطل ، ويؤيده النبوى ورواية التحف »(٣) .

وفيه : قد مرّ منّا مراراً فى هذا الكتاب أنّ الآية الشريفة ليست فى مقام بيان شرائط العوضين حتى يتم هذا الاستدلال ، بل الآية الشريفة فى مقام بيان عدم جواز أكل المال بالأسباب الباطلة ، نحو الرشوة والقمار ومثلهما ، فلا يتمّ هذا الاستدلال .

وكذا لا يتم التأييد ، لأنّ النبوى : « إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » ورواية التحف قد مرّ منّا الإشكال فى سندهما ودلالتهما فى أوائل الكتاب ، فراجع ما حرّرناه هناك .

٤ – ومنها : ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره من : « أنّه يكفى فى عدم جواز المعاملة على الأعمال المحرّمة مادلّ على حرمتها من الأدلة الأوّلية ، إذ مقتضى أدلة صحة العقود لزوم الوفاء

١- (١) المكاسب المحرمة ١ / ١٦٧ .

٢- (٢) سورة النساء / ٢٩ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة ١ / ١٦٨ .

بها ، ومقتضى أدلة المحرّمات حرمة الإتيان بها ، وهما لا يجتمعان »(١) .

أقول : وهذا الاستدلال أيضاً تام .

٥ – ومنها : ما ذكره الفقيه اليزدى قدس سره فى تعليقته على المكاسب : « عدم جواز أخذ الأجرة على العمل المحرّم لقوله صلى الله عليه و آله وسلم : « إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » فإنّ المراد من الثمن

مطلق العوض »(٢) .

وقد اعترض عليه المحقق الخوئى بعد المناقشة فى سند الحديث بقوله : « إنّا نمنع صدق الثمن على مطلق العوض »(٣) .

أقول : قد مرّ منّا المناقشة فى سند الحديث ودلالته فى أوائل الكتاب ، وهكذا يصح منع الثمن على مطلق العوض ، ولكن الظاهر أنّ مراد الفقيه اليزدى قدس سره إلقاء الخصوصية وتنقيح المناط

القطعی وإسراء حکم البیع إلی غیره من المعاملات ، کما یساعد علی ذلک الإعتبار العقلی وفهم العقلاء ، کما نبّه علیه بعض أساتذتنا - مد ظله -(٤) فی المقام .

وهذا البیان وإن کان رافعاً الإشکال المحقق الخوئی علی السید الیزدی قدس سرهم ولکن قد مرّ منّا ضعف سند الحدیث ودلالته ، فلا یفید فی المقام شیئاً .

ثم بعد ثبوت بطلان المعاملات علی المحرّمات والحرمة الوضعیة بالنسبة إلی الاکتساب بها ، لابدّ من البحث عن المحرّمات بترتیب حروف الهجاء ، والشیخ الأعظم قدس سره ابتدأ بتدلیس الماشطة وإن تعرض لبحث الإحتکار فی آخر بحث بیعه(٥) ولکن الظاهر تقدیم البحث حول الإحتکار ، ولذا نقول :

١- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ١٩٧ .

٢- (١) حاشیة المکاسب / ١٥ - (١ / ٩٢ من الطبعة الحدیثة) .

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٩٨ .

٤- (٣) دراسات فی المکاسب المحرمة ٢ / ٤٦١ .

٥- (٤) المکاسب / ٢١٣ و ٢١٢ . [٤ / (٣٧٤ - ٣٦٣) من الطبعة الحدیثة] .

الاحتکار

اشارة

وفیه جهات من البحث :

الجهة الأولی : الاحتکار فی اللغة

« الحُكر : إدّخار الطعام للتربص ، وصاحبه محتكر » كذا فى لسان العرب(١) .

وفى النهاية الأثيرية فيه : « من احتكر طعاماً فهو كذا» أى اشتراه وحبسه ليقلّ فيغلو(٢) .

وفى الصحاح : « احتكار الطعام : جمعه وحبسه يتربّص به الغلاء ، وهو الحُكرة بالضمِّ »(٣) .

والظاهر : أنّ للغة « الإحتكار » معنى عام يشمل الجمع والحبس لكلِّ شيءٍ ممّا يحتاج الناس إليه ليغلو ثمنه ، فلا يختص لغةً بشيءٍ دون شيءٍ .

الجهة الثانية : الأقوال فى الاحتكار

قال العلاّمة فى التذكرة : « فى الإحتكار قولان لعلمائنا : التحريم وهو أصح قولى الشافعى لما رواه العامة عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : « لا يحتكر إلاّ خاطىء» أى آثم و ... ، والكراهة ، للأصل »(٤) .

وقال أيضاً فى المختلف : « اختلف علماؤنا فى الاحتكار هل هو محرّم أو مكروه ، قال الصدوق فى مقنعه أنّه حرام وبه قال ابن البراج ، والظاهر من كلام ابن إدريس ، وقال الشيخ فى

١- (١) لسان العرب ٤ / ٢٠٨ .

٢- (٢) النهاية ١ / ٤١٧ .

٣- (٣) الصحاح ٢ / ٦٣٥ .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٦٥ .

المبسوط والمفيد أنّه مكروه ، وبه قال أبو الصلاح فى المكاسب من الكافى . وقال فى فصل البيع

أنّه حرام . والأقرب : الكراهة ، لنا الأصل عدم التحريم وما رواه ... »(١) .

وقال الشهيد معلّقاً على كلام العلامة الحلى فى إرشاد الأذهان حيث يقول : « والاحتكار على رأى » ، « أقول : هذا عطف على المكروه ، وهو مذهب المفيد(٢) رحمهم الله والشيخ فى المبسوط(٣) وأبى الصلاح فى المكاسب(٤) ، لأصالة العدم ولتسليط الإنسان على ماله ، ويؤيده رواية الحلبى(٥) فى الحسن عن الصادق عليه السلام ... ، وقال الصدوق(٦) وابن البراج(٧) وأبو الصلاح فى فصل البيع(٨) : هو حرام ، وهو ظاهر كلام ابن إدريس(٩) ، لما رواه إسماعيل ابن أبى زياد(١٠) فى الصحيح عن الصادق عليه السلام ... ولأنّه يجبر على البيع ... »(١١) .

وقال السيد العاملى فى مفتاح الكرامة : « والاحتكار منهى عنه إجماعاً كما فى نهاية الأحكام(١٢) ، ومراده ما هو أعم من المكروه بقرينة ما بعده ، وقد حكم المصنف بأنّه حرام وفاقاً للمقنع والفقيه فى ظاهره والهداية للصدوق على ما نسب إليها(١٣) والإستبصار(١٤)

١- (١) مختلف الشيعة ٥ / ٣٨ .

٢- (٢) المقنعة / ٦١٦ .

٣- (٣) المبسوط ٢ / ١٩٥ .

٤- (٤) الكافى فى الفقه / ٢٨٣ .

٥- (٥) الكافى ٥ / ١٦٥ ح ٥ .

٦- (٦) المقنع / ٣٧٢ .

٧- (٧) المهذب ١ / ٣٤٦ .

٨- (٨) الكافى فى الفقه / ٣٦٠ .

٩- (٩) السرائر ٢ / ٢١٨ و ٢٣٨ - ٢٣٩ .

١٠- (١٠) الفقيه ٣ / ١٦٩ ح ٧٤٩ .

١١- (١١) غاية المراد فى شرح نكت الإرشاد ٢ / ٥ و ٤ .

١٢- (١٢) نهاية الإحكام ٢ / ٥١٣ .

١٣- (١٣) الناسب هو المحدث البحرانى فى الحدائق ١٨ / ٥٩ و ٥٨ .

١٤- (١٤) الإستبصار ٣ / ١١٤ .

والسرائر والتحرير(١) والتذكرة والدروس(٢) وجامع المقاصد(١٧) والمسالک(١٨) والروضة(١٩) ،

وهو قوىّ كما فى التنقيح(٣) والميسية ، وهو المنقول عن القاضى والحلبى فى أحد قوليه والمنتهى(٤) ... والقول بالكراهة خيرة المقنعة والنهاية(٥) والمبسوط والمراسم(٦) والشرائع(٧) والنافع(٨) والإرشاد(٩) والمختلف وإيضاح النافع ، وهو المنقول عن التقى فى القول الآخر »(١٠) .

وقال أُستاذه الشيخ الأكبر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد : « يحرم عقلاً ونقلاً الاحتكار بالمعنى الأعم - ولو مجازاً - وهو حبس كلّ ما يحتاجه أرباب النفوس المحترمة ويضطرون إليه ولا مندوحة لهم عنه من مأكول أو مشروب أو ملبوس أو غيرها ، ولا يقيّد هذا بزمان دون زمان ولا بأعيان دون أعيان ولا انتقال بعقد ولا تحديد بحدٍّ ، إذ المدار على حصول الإضطرار - إلى أن قال قدس سره - : وفى مقابلة هذا القول قول بالكراهة ، يعادله بل يقوى عليه فتوىً ودليلاً ، ومن أدلّته : أصالة الإباحة وقاعدة تسليط الملاّک على أموالهم يصنعون بها ما شاؤوا و ... »(١١) .

١- (١٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٤ .

٢- (١٦) الدروس الشرعية ٣ / ١٨٠ .

٣- (١) جامع المقاصد ٤ / ٤١ .

٤- (٢) المسالک ٣ / ١٩١ .

٥- (٣) الروضة البهية ٣ / ٢٩٨ .

٦- (٤) التنقيح الرائع ٢ / ٤٢ .

٧- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٦ الطبع الحجرى .

٨- (٦) النهاية ٣٧٤ .

٩- (٧) المراسم / ١٨٢ .

١٠- (٨) الشرائع ٢ / ١٥ .

١١- (٩) المختصر النافع / ١٢٠ .

وبالجملة ، ظهر من كلمات الأصحاب قدس سرهم قولان حول الإحتكار ، الحرمة والكراهة ، والعمدة ملاحظة الأدلة الواردة فى المقام ، وعمدتها الروايات .

الجهة الثالثة : الروايات الواردة حول الإحتكار

اشارة

(١)

الروايات الواردة فى المقام على طوائف :

الطائفة الأولى : ما دلّ على المنع من الإحتكار مطلقاً :

منها : خبر ابن القداح عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون(٢) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : نهى أمير المؤمنين عليه السلام عن الحُكرة فى الأمصار(٣) .

ومنها : مرسلة الرضى رفعه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه كتب فى عهده إلى الأشتر النخعى : فامنع من الإحتكار ، فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم منع منه ، وليكن بيعاً سمحاً بموازين عدل وأسعار لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع ، فمن قارف حُكرة بعد نهيک إيّاه فنكّل به وعاقبه فى غير إسراف(٤) .

أقول : للنجاشى والشيخ الطوسى سند معتبر إلى هذا العهد الشريف ، فالرواية معتبرة الإسناد .

ومنها : مرسلة ورام بن أبى فراس عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن جبرئيل قال : اطلعت فى النار فرأيت وادياً فى جهنم يغلى ، فقلت : يا مالک لمن هذا ؟ فقال : لثلاثة المحتكرين والمدمنين للخمر والقوّادين(٥) .

١- (١٠) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٦ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٤ ح ٣ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ٩ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ١٣ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ١١ .

ومنها : خبر الحسن بن أبى الحسن البصرى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث طويل : ثم مشى حتّى دخل سوق البصرة ، فنظر إلى الناس يبيعون ويشترون ، فبكى عليه السلام بكاءً شديداً ، ثم قال : يا عبيد الدنيا وعمّال أهلها إذا كنتم بالنهار تحلفون وبالليل فى فُرشكم تنامون وفى خلال ذلک عن الآخرة تغفلون فمتى تحرزون الزاد وتفكّرون فى المعاد ؟

فقال له رجل : يا أمير المؤمنين إنّه لابدّ لنا من المعاش ، فكيف نصنع ؟ فقال أمير

المؤمنين عليه السلام : إنّ طلب المعاش من حلّه لا يُشغل عن عمل الآخرة .

فإن قلت : لابدّ لنا من الإحتكار لم نكن معذوراً ، فولّى الرجل باكياً ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : أقبل عليَّ أزدك بياناً ، فعاد الرجل إليه ، فقال له : إعلم يا عبد اللّه أنّ كلّ عامل فى الدنيا للآخرة لابدّ أن يوفّى أجر عمله فى الآخرة ، وكلّ عامل دنياً للدنيا عُمالته فى الآخرة نار جهنم . ثم تلا أمير المؤمنين عليه السلام قوله تعالى : «فَأَمَّا مَن طَغَى وَآثَرَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى»(١)(٢) .

أقول : إذا لم يكن المحتكر معذوراً من الإحتكار يعنى أنّه فى إحتكاره غير معذورٍ وهو آثم وعاصٍ ، فالرواية تدل على حرمة مطلق الإحتكار .

ومنها : مرسلة دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه كتب إلى رفاعة : أنْهِ عن الحُكرة ، فمن ركب النهى فأوجعه ، ثمّ عاقبه بإظهار ما احتكر(٣) .

ومنها : مرسلة أُخرى للدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : المحتكرُ آثمٌ عاصٍ(٤) .

ومنها : مرسلة ثالثة للدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : كلّ حُكرة تضر بالناس وتغلى السعر عليهم فلا خير فيها(٥) .

ويمكن المناقشة فى دلالتها على الحرمة ، لأنّ ظهور جملة « لا خير فيها » فى الحرمة مشكلٌ .

١- (١) سورة النازعات / (٣٩ - ٣٧) .

٢- (٢) أمالى المفيد ، المجلس الرابع عشر ح ٣ / ١١٨ .

٣- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ٣٦ ح ٨٠ .

٤- (٤) دعائم الإسلام ٢ / ٣٥ ح ٧٧ .
٥- (٥) دعائم الإسلام ٢ / ٣٦ ح ٧٩ .

ومنها : مرسلة الآمدى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : الإحتكار شيمة الفجّار(١) .

ومنها : مرسلة أُخرى للآمدى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : كن مقتدراً ولا تكن محتكراً(٢) .

تلك عشرة كاملة من الروايات الواردة فى النهى عن مطلق الإحتكار ، ومعتبرها سنداً

ما ورد فى ذيل عهد الأشتر النخعى ، وأمّا غيرها من الروايات - وآن كانت كلّها من حيث السند ضعيفة - ولكن من تعددها يمكن الوثوق بصدور بعضها من الأئمة عليهم السلام ولو إجمالاً ، فثبت ورود النهى عن مطلق الإحتكار . هذه كلّها الطائفة الأولى .

الطائفة الثانية : ما يدل على المنع فى خصوص الطعام مطلقاً

منها : خبر إسحاق بن عمار قال : دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام فخبّرته أنّه ولد لى غلام ، فقال : ألا سمّيته محمّداً ؟ قال : قلت : قد فعلت ، قال : فلا تضرب محمّداً ولا تسبّه ، جعله اللّه قرّة عين لک فى حياتک وخلف صدق من بعدک ، فقلت : جعلت فداک فى أىّ الأعمال أضعه ؟ قال : إذا عدلته عن خمسة أشياء فضعه حيث شئت : لاتسلّمه صيرفياً فإنّ الصيرفى لا يسلم من الربا ، ولا تسلّمه بيّاع الأكفان فإن صاحب الأكفان يسرّه الوباء إذا كان ، ولاتسلّمه بيّاع الطعام فإنّه لا يسلم من الإحتكار ، ولا تسلّمه جزّاراً فإن الجزّار تُسلب منه الرحمة ، ولا تسلّمه نخّاساً فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : شرّ الناس من باع الناس(٣) .

بيع الطعام مكروه لأنّه مظنة الإحتكار الحرام .

منها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يحتكر الطعام إلاّ خاطىء(٤) .

ص:٢٣٩

١- (٦) غرر الحكم ح ٦٠٦ .

٢- (٧) غرر الحكم ح ٧١٣٩ .

٣- (١) الكافى ٥ / ١١٤ ح ٤ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١ / ١١٥ ح ١ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ١٢ .

ظهور الخطأ فى المعصية واضح .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يحتكر الطعام إلاّ خاطىء(١) .

ومنها : خبر السكونى عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : طرق طائفة من بنى اسرائيل ليلاً عذابٌ ، فأصبحوا وقد فقدوا أربعة أصناف : الطبّالين والمغنّين والمحتكرين للطعام والصيارفة آكلة الربا منهم(٢) .

ومنها : معتبرة الثمالى بل صحيحته قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : إنّ اللّه عزّ و٢٣٩

جل تطوّل

على عباده بالحبّة فسلّط عليها القملة ، ولو لا ذلک لخزنتها الملوک كما يخزنون الذهب والفضة(٣) .

ومنها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ اللّه تطوّل على عباده بثلاثة : ألقى عليهم الريح بعد الروح ولولا ذلک ما دفَنَ حميمٌ حميماً ، وألقى عليهم السلوة ولولا ذلک لأنقطع النسل ، وألقى على هذه الحبّة الدابة ولو لا ذلک لكنزها ملوكهم كما يكنزون الذهب والفضة(٤) .

وروى الصدوق نحوها بسنده الصحيح عن هشام بن سالم فى الخصال ١ / ١١٢ ح ٨٧ وعلل الشرائع ١ / ٢٩٩ ح ١ . والظاهر أنّ المراد بالريح بعد الروح : ظهور الرائحة الخبيثة بعد الموت وقبض الروح . السلوة : الصبر والنسيان .

ومنها : خبر الأصبغ بن نباتة قال : سبّ الناس هذه الدابة التى تكون فى الطعام ، فقال على عليه السلام : لا تسبّوها ، فوالذى نفسى بيده لولا هذه الدابة لخزنوها عندهم كما يخزنون الذهب والفضة(٥) .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ٨ .

٢- (٤) جامع الأحاديث / ٩٦ . ونقل عنه فى بحار الأنوار ١٠٠ / ٧٩ ح ١١ . ونقل عن البحار فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٣ ح ٢ .

٣- (١) علل الشرائع ١ / ٢٩٩ ح ٢ ورواها فى بحار الأنوار ١٠٠ / ٨٧ ح ٣ (٤٢ / ٦٠) .

٤- (٢) المحاسن ٢ / ٣٤ ح ٣٥ .

٥- (٣) المحاسن ٢ / ٣٤ ح ٣٧ .

أقول : رجال السند كلّهم ثقات إلاّ أباجميلة مفضل بن صالح ، فلم يثبت توثيقه بل رمى بالضعف ، ولذا عبرنا عن الرواية بالخبر .

ومنها : مرسلة أبى العباس المستغفرى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من احتكر على المسلمين طعاماً ضربه اللّه بالجذام والإفلاس(١) .

ظهور الرواية فى الحرمة واضح ، لأنّ اللّه عاقبه فى الدنيا بالجذام والإفلاس مضافاً إلى عقابه الأُخروى .

والحاصل : تقريب دلالة الروايات الثلاث الأخيرة على حرمة احتكار الطعام : كما أنّ تخزين وتكنيز الذهب والفضة منهى عنه فى الشريعة المقدسة لقوله تعالى : «الَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِى سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ يَوْمَ يُحْمَى عَلَيْهَا فِى نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَى بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كَنَزْتُمْ لأَنفُسِكُمْ فَذُوقُواْ مَا كُنتُمْ تَكْنِزُونَ»(٢) .

فهكذا تخزين واحتكار الطعام والحبوب منه أيضاً منهى عنه فى الشريعة المقدسة . وظهور النهى فى الحرمة .

أقول : لا يمكن تخصيص هذه المطلقات الواردة فى الطعام بالروايات الصحاح الواردة فى ذيل قوله تعالى : «وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ»(٣) ، حيث فسر الطعام فيها بالعدس والحمّص والبقول والحبوب وأشباه ذلک ، فراجع إن شئت إلى وسائل الشيعة ٢٤ / ٢٠٣ باب ٥١ من أبواب الأطعمة المحرّمة .

لأنّ الروايات المذكورة هناک فسرت الآية الشريفة ولم ترد فى مقام تعيين الطعام مطلقاً ، أعنى أنّه إذا ذُكر الطعام فى أىّ موضع يكون المراد به الحبوب ونحوها ، فلذا لا يمكن تخصيص مطلق الطعام بهذه الروايات كما هو ظاهر .

وهكذا لا يمكن تخصيص الروايات المطلقة فى الطائفة الأولى بهذه الطائفة الثانية ،

١- (٤) طب النبى صلى الله عليه و آله وسلم / ٢٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٩ .

٢- (١) سورة التوبة / ٣٥ و ٣٤ .

٣- (٢) سورة المائدة / ٥ .

أعنى انحصار الإحتكار فى الطعام ، لأنّ ورود النهى عن احتكار الطعام من أظهر مصاديق الإحتكار بل فرده الشائع والغالب ، ولاحتمال تعدّد الحكم ، بأنّ الإحتكار حرام وفى الطعام أشدّ حرمةً .

الطائفة الثالثة : مايدل على التفصيل بين وجود الطعام فى البلد وعدمه

منها : صحيحة سالم الحناط قال : قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام : ما عملک ؟ قلت : حنّاط ، وربّما قدمت على نفاق وربما قدمت على كساد فحبست ، قال : فما يقول من قِبَلک فيه ؟ قلت : يقولون : محتكر ، فقال : يبيعه أحدٌ غيرک ؟ قلت : ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً ، قال : لا بأس ، إنّما كان ذلک رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام ، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كلّه ، فمرّ عليه النبى صلى الله عليه و آله وسلم فقال : يا حكيم بن حزام إياک أن تحتكر(١) .

وذكروا فى الرجال سلم الحناط وسالم الخياط وكلاهما ثقتان ولا يبعد الإتحاد ، فالرواية صحيحة الاسناد ، والمراد بالنفاق : الرّواج .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سئل عن الحُكرة ؟ فقال : إنّما الحُكرة أن تشترى طعاماً وليس فى المصر غيره فتحتكره ، فإن كان فى المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتک الفضل(٢) .

ومنها : صحيحة حماد ، روى فيها نحو الحديث الماضى ثم زاد : وقال : وسألته عن الزيت ؟ فقال : إذا كان عند غيرک فلا بأس بإمساكه(٣) .

ومنها : صحيحة اُخرى للحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يجوز ذلک ؟ قال : إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به ، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنّه يكره أن يحتكر الطعام ويترک الناس ليس لهم طعام(٤) .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٨ ح ٣ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ١ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ٢ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٤ ح ٢ .

ومن المعلوم أنّ الكراهة الواردة فى كلماتهم تُحمل على الحرمة المصطلحة ، كما ذهب إليه فى نفس الرواية المحدث الخبير صاحب الوسائل .

ومنها : صحيحة سلمة الحناط عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : متى كان فى المصر طعام غير ما يشتريه الواحد من الناس فجائز له أن يلتمس بسلعته الفضل ، لأنّه اذا كان فى المصر طعام غيره يسع الناس لم يغلُ الطعام لأجله ، وإنّما يغلو إذا اشترى الواحد من الناس جميع ما يدخل المدينة(١) .

الظاهر أن سلمة الحناط هو نفس سالم أو سلم الحناط أو الخياط أبو الفضل الثقة ، فالسند صحيح .

ومنها : خبر حذيفة بن منصور عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : نفد [فقد] الطعام على عهد رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فأتاه المسلمون فقالوا : يا رسول اللّه قد نفد الطعام ولم يبق منه شىءٌ

إلاّ عند فلان فمره ببيعه . قال : فحمد اللّه وأثنى عليه ثمّ قال : يا فلان إنّ المسلمين ذكروا أنّ الطعام قد نفد إلاّ شيء عندك ، فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه(٢) .

ومنها : صحيحة سالم أبى الفضيل قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام إنّى أجلب الطعام الى

الكوفة فأحبسه رجاء أن يرجع إلى ثمنه أو أربح فيه ، فقال : أنت محتكر وإنّ الحُكرة لا تصلح . قال : فسألنى هل فى بلادك غير هذا الطعام ؟ قال : قلت : نعم كثير . قال : فقال : لستَ بمحتكر ، إنّ المحتكر أن يشترى طعاماً ليس فى المصر غيره(٣) .

سالم أبو الفضيل يحتمل قوياً أن يكون هو سالم أو سلم الحناط الثقة والراوى عنه هو عاصم بن حميد الحناط الثقة ، فالرواية صحيحة الإسناد .

ومنها : مرسلة دعائم الإسلام عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : إنّما الحُكرة أن يشترى طعاماً ليس فى المصر غيره فيحتكره ، فإن كان فى المصر طعام أو متاع غيره ، أو كان كثيراً يجد الناس ما يشترون فلا بأس به ، وإن لم يوجد فإنّه يكره أن يحتكر ، وإنّما كان النهى من

١- (٤) التوحيد / ٣٨٩ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ١١٦ ح ٥ .
٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٩ ح ١ .
٣- (١) كتاب عاصم بن حميد الحناط / ٢٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٦ ح ١ .

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن الحُكرة ، أنّ رجلاً من قريش يقال له حكيم بن حزام كان إذا دخل المدينة طعام اشتراه كلّه ، فمرّ عليه النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، فقال له : يا حكيم إياک أن تحتكر(١) .

هذه الطائفة من الروايات تدلّ على التفصيل فى احتكار الطعام بين وجود الطعام فى البلد وعدمه وبين وجود بائع آخر للطعام وانحصاره ، فحكم بحرمة الإحتكار فى صورة عدم الطعام فى البلد وانحصار البائع به ، وجوازه إذا وُجد الطعام فى البلد وكثر بائعه .

وعلى موازين الصناعة الفقهية هذه الطائفة الأخيرة تقيد الروايات الواردة فى احتكار الطعام ، فاحتكار الطعام فى هاتين الصورتين حرام على سبيل منع الخلو ، يعنى إذا فقد الطعام فى البلد أو انحصر البائع بالمحتكر .

الطائفة الرابعة : مايدل على التفصيل بين الأيام

منها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الحُكرة فى الخصب أربعون يوماً وفى الشدّة والبلاء ثلاثة أيام ، فمازاد على الأربعين يوماً فى الخصب فصاحبه ملعون ، ومازاد على ثلاثة أيّام فى العسرة فصاحبه ملعون(٢) .

ومنها : خبر أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أيّما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدّق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع(٣) .

الكبس : الجمع .

ومنها : صحيحة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليه السلام فى حديث عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : وأمّا الحناط فإنّه يحتكر الطعام على أُمّتى ، ولئن يلقى اللّه العبد سارقاً أحبّ إلىّ من أن يلقاه قد احتكر الطعام أربعين يوماً ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسلة جعفر بن أحمد القمى عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده قال : قال

١- (٢) دعائم الاسلام ٢ / ٣٥ ح ٧٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٦ ح ٢ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٣ ح ١ .
٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٥ ح ٦ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٧ ح ٤ .

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من احتكر فوق أربعين يوماً فإنّ الجنة توجد ريحها من مسيرة خمسمائة عام وإنّه لحرام عليه(١) .

ومنها : مرسلة أبى العباس المستغفرى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من جمع طعاماً يتربص به الغلاء أربعين يوماً فقد بَرى ء من اللّه وبَرئ منه(٢) .

هذه الطائفة تقيّد احتكار الطعام فى القحط والغلاء بثلاثة أيام وفى الرخص والخصب والسعة بأربعين يوماً ، فلابدّ من الأخذ بها وتقييد احتكار الطعام بهذه الأيام . وذهب إلى هذا التقييد الشيخ فى النهاية(٣) والقاضى ابن البراج كما نقل عنه العلامة فى المختلف(٤) وابن حمزة فى الوسيلة(٥) .

اللهم إلاّ أن يقال : إنّ هذا التحديد بلحاظ الأعم الأغلب والمدار بتحقيق الضيق والغلاء واحتياج الناس إليه ، ولو لم يتحقق الأربعون فى الرخص أو الثلاثة فى الغلاء . وذهب إليه المفيد فى المقنعة(٦) وأبو الصلاح فى الكافى(٧) وابن زهرة فى الغنية(٨) والشهيد الأول فى

الدروس(٩) والشهيد الثانى فى الروضة(١٠) وبعض أساتيذنا - مد ظله -(١١) .

الطائفة الخامسة : مايدل على أنّ الاحتكار إنّما هى فى أشياء خاصة

منها : موثقة غياث عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ليس الحُكرة إلاّ فى الحنطة والشعير

١- (٣) الأعمال المانعة من الجنة / ٢٩٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٣ ح ١ .

٢- (٤) طب النبى صلى الله عليه و آله وسلم / ٢٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٩ .

٣- (٥) النهاية / ٣٧٤ .

٤- (٦) مختلف الشيعة ٥ / ٤٠ .

٥- (٧) الوسيلة ، المطبوع ضمن الجوامع الفقهية / ٧٤٥ .

٦- (٨) المقنعة / ٩٦ .

٧- (٩) الكافى / ٣٦٠ .

٨- (١٠) الغنية / ٢٣١ طبع عام ١٤١٧ .

٩- (١) الدروس ٣ / ١٨٠ .

١٠- (٢) الروضة البهية ٣ / ٢٩٩ .

١١- (٣) دراسات فى ولاية الفقيه ٢ / ٦٢٩ ، ونظام الحكم فى الإسلام / ٣٨٣ .

والتمر والزبيب والسمن(١) .

ومنها : حسنة السكونى عن الصادق عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : الحُكرة فى ستة أشياء : فى الحنطة والشعير والتمر والزيت والسمن والزبيب(٢) .

والرواية حسنة سنداً بحمزة بن محمد العلوى القزوينى شيخ الصدوق .

ومنها : خبر أبى البخترى عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ علياً عليه السلام كان ينهى عن الحُكرة فى الأمصار ، فقال : ليس الحُكرة إلاّ فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن(٣) .

ومنها : مرسلة دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : ليس الحُكرة إلاّ فى الحنطة والشعير والزبيب والزيت والتمر(٤) .

ومنها : مرسلة أبى العباس المستغفرى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : الإحتكار فى عشرة والمحتكر ملعون : البر والشعير والزبيب والذرّة والسمن والعسل والجبن والجوز والزيت(٥) .

الصناعة الفقهية تقتضى تقديم الطائفة الخامسة على الطوائف السابقة ، لأنّها تحصر الإحتكار المحرَّم فى الأشياء الخاصة وأسنادها ودلالتها تام ، فلابدّ من الأخذ بها وتقييد غيرها بها ، لا سيما بعد ورود كلمتى « ليس » و « إلاّ» الواردتين فى رواياتها .

وعلى هذا نذهب إلى حرمة الإحتكار فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت فقط ولا حرمة فى غيرها ، وكذلک ذهب المشهور من فقهائنا رضوان اللّه تعالى عليهم .

إن قلت : قد تُحمل أخبار هذه الطائفة الخامسة على أنّ الأشياء المذكورة كانت عمدة ما يحتاج الناس إليه فى عصر صدور الروايات ، أو أنّها صدرت للنهى عن عمل الخلفاء وعمّالهم فى البلاد فى تلک الأعصار ، لأنّهم كانوا يتعرضون لأموال الناس باسم المنع عن الحُكرة ، وبالجملة روايات هذه الطائفة ناظرة إلى القضايا الخارجية ولم تصدر بنحو القضية

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٥ ح ٤ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ١٠ .

٣- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ٧ .

٤- (٧) دعائم الإسلام ٢ / ٣٥ ح ٧٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٥ .

٥- (٨) طب النبى / ٢٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٨ .

الحقيقية ، الدالة على الحكم الفقهى الثابت فى الأعصار والأمصار(١) .

قلت : هذا الحمل خلاف ظاهر الروايات ، فإن ظاهرها أنّها صدرت من الأئمة عليهم السلام بنحو القضايا الحقيقية ، وهى تدلّ على الحكم الفقهى الثابت فى الأعصار جيلاً بعد جيل وفى الأمصار نسلاً بعد نسل ، فان بيان الحكم الفقهى الثابت من شؤون الأئمة عليهم السلام لثبوت الولاية التشريعية عندنا فى حقّهم .

وأمّا إثبات أنّها بنحو القضايا الخارجية فهو خلاف الظاهر ويحتاج إلى القرينة ، وهى مفقودة فى المقام وفى كلامه - مد ظله - .

الجهة الرابعة : حرمة مطلق الإحتكار

ثم على القول بانحصار حرمة الإحتكار فى الأشياء الستة المذكورة كما هو المختار ، فما حكم الإحتكار فى غيرها من الأشياء التى يحتاج الناس إليها ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - أنه يمكن القول بحرمة إحتكار كلّ ما يحتاج الناس إليه وتضطر النفوس المحترمة إليه من مأكول أو مشروب أو ملبوس أو دواءٍ أو وسيلة أو غيرها .

والدليل على ذلک ليست الروايات الماضية حيث تم الكلام بأنّها تدلّ على حرمة الإحتكار فى الأشياء الستة فقط .

وهكذا ليس دليلنا صحيحتى الحلبى الماضيتين(٢) فى الطائفة الثالثة من الروايات ، لعدم إمكان استفادة التعليل منها فى المقام بحيث يعمّم الحكم ويخصّص به ، كما استدل بذلک المحقق الحائرى قدس سره (٣) وبعض أساتيذنا - مد ظله -(٤) فى المقام .

١- (١) كما يظهر من دراسات فى ولاية الفقيه ٢ / ٦٤٧ ، ونظام الحكم فى الإسلام / ٣٩٠ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٤ ح ٢ و ١٧ / ٤٢٧ ح ١ .
٣- (٣) ابتغاء الفضيلة فى شرح الوسيلة ١ / ١٩٧ .

وهكذا ليس دليلنا قاعدتى نفى الحرج والضرر كما تمسك بهما المحقق الحائرى قدس سره (١) ، لأنّ القاعدتين كما قُرّر فى محلِّهما فى علم الأُصول من القواعد الإمتنانية ورفعت الأحكام بهما ولم يثبت بهما حكم ، ولذا لا يمكن إثبات الحرمة بهما كما هو المعلوم المقرَّر فى محلّه .

وهكذا ليس دليلنا الإضطرار كما تمسّك به الفقيه صاحب الجواهر قدس سره (٢) لأنّ الإضطرار أيضاً من الأدلة الإمتنانية يرفع به الحكم ولا يمكن إثبات الحكم به نحو ما مرّ منّا فى قاعدتى نفى الحرج والضرر كما قرّر فى محلّه .

بل دليلنا الوحيد الإختلال بالنظام ، حيث أنّ إحتكار ما يحتاج الناس إليه مختل بنظام معاشهم ، وكلّ ما أوجب اختلال النظام حرام ، فالإحتكار حرام ، وهذا الدليل عام يشمل مطلق الإحتكار .

وممّن وافقنا فى نتيجة الإستدلال - يعنى حرمة مطلق الاحتكار - من المتأخرين جماعة :

منهم : صاحب الجواهر قدس سره بعد ما ذهب إلى كراهة الإحتكار بذاته وحرمته مع قصد الإضرار بفعله أو بإطباق المعظم عليه ، قال : « بل هو كذلك فى كلِّ حبس لكلِّ ما تحتاجه النفوس المحترمة ويضطرون إليه ولا مندوحة لهم عنه من مأكول أو مشروب أو ملبوس أو غيرها ، من غير تقييد بزمان دون زمان ولا أعيان دون أعيان ولا انتقال بعقد ولا تحديد بحدٍّ بعد فرض حصول الإضطرار ... »(٣) .

ومنهم : المحقق الحائرى قدس سره قال : « إذا فرض الإحتياج إلى غير الطعام من الأمور الضرورية للمسلمين فمقتضى ما تقدم من دلالة دليل الحرج والضرر حرمته ... »(٤) .

ومنهم : بعض أساتيذنا - مدظله - وحتّى ذهب إلى أن تعيين موضوعات الحُكرة من شؤون الحاكم بحسب ما يراه من احتياجات الناس فى عصره ومجال حكمه(٥) .

١- (١) دراسات فى ولاية الفقيه ٢ / ٦٤٥ و ٦٥٠ ، ونظام الحكم فى الإسلام / ٣٨٩ .

٢- (٢) ابتغاء الفضيلة فى شرح الوسيلة ١ / ١٩٧ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٨١ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٨١ .

٥- (٥) ابتغاء الفضيلة فى شرح الوسيلة ١ / ١٩٧ .

الجهة الخامسة : هل يجبر المحتكر على البيع أم لا ؟

الظاهر إتفاق الأصحاب على أنّه يجبر المحتكر على البيع ، حتّى ذهب إليه القائلون بالكراهة فى نفس الاحتكار .

وقال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « وليس بينه (أى بين الإجبار على البيع) وبين التحريم ملازمة ولا بينه وبين الكراهة منافاة »(١) .

وقال تلميذه فى مفتاح الكرامة : « وقد يُستدل بذلك (أى على الإجبار على البيع) على التحريم وليس كذلك للاتفاق عليه والإختلاف فى التحريم ، والجبر قد يكون على المحتسب كزيارة النبى صلى الله عليه و آله وسلم فتأمل »(٢) .

وقد اعترف بثبوت الإجبار على قولى التحريم والكراهة فى الاحتكار تلميذه الآخر صاحب الجواهر قدس سره فى كتابه(٣) .

واعترف به أيضاً الشيخ الأعظم قدس سره فى المكاسب(٤) .

فالكلّ يعترفون بلزوم إجبار المحتكر على البيع حتّى القائلين بالكراهة فى نفس الإحتكار . ذهب إليه المفيد فى المقنعة(٥) والشيخ فى النهاية(٦) والمبسوط(٧) وأبو الصلح الحلبى فى الكافى(٨) وابن حمزة فى الوسيلة(٩) وابن إدريس فى السرائر(١٠) والمحقق الحلى فى الشرائع(١١)

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٢٠ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ٤ / ١٠٩ - (١٢ / ٣٦١ من طبعة جماعة المدرسين) .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٨٥ .

٤- (٤) المكاسب / ٢١٣ - (٤ / ٣٧٣ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٥) المقنعة / ٩٦ .

٦- (٦) النهاية / ٣٧٤ .

٧- (٧) المبسوط ٢ / ١٩٥ .

٨- (٨) الكافى / ٣٦٠ .

٩- (٩) الوسيلة المطبوع فى الجوامع الفقهية / ٧٤٥ .

١٠- (١٠) السرائر ٢ / ٢٣٩ .

١١- (١١) الشرائع ٢ / ٢١ .

والمختصر(١) والعلامة فى القواعد(١٣) والتذكرة(١٤) والشهيد فى الدروس(١٥) ، وغيرهم فى غيرها .

وادعى عليه الإجماع كما فى المهذب البارع(٢) ، ولا كلام فيه كما فى إيضاح النافع(٣) ،رولا نعلم فيه خلافاً كما فى التنقيح(٤) . وقد نفى الخلاف بين الأصحاب فى إجبار المحتكر أصحاب الحدائق(٥) ومفتاح الكرامة(٦) والجواهر(٧) والمكاسب(٨) .

وادعى عليه الإجماع أيضاً الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدس سره حيث قال : « للإجماع المنقول على لسان جماعة والأخبار ... »(٩) وصاحبا الرياض(١٠) والمستند(١١) قدس سرهم .

والحاصل : إنّ إجبار المحتكر على البيع من قبل أصحابنا إجماعى ولا خلاف فيه حتّى القائلين بالكراهة يقولون به ، وتدلّ عليه بعد هذا الإجماع ، الروايات :

منها : خبر ضمرة عن على بن أبى طالب عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه صلى الله عليه و آله وسلم : مرّ بالمحتكرين ، فأمر بحُكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق ، وحيث تنظر الأبصار إليها ،فقيل لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لو قَوَّمْتَ عليهم ، فغضب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم حتى عُرِفَ الغضبُ فى وجهه ،

١- (١٢) المختصر النافع / ١٢٠ .

٢- (١) القواعد ١ / ١٢٢ .

٣- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٦٨ .

٤- (٣) الدروس ٣ / ١٨٠ .

٥- (٤) المهذب البارع ٢ / ٣٧٠ .

٦- (٥) إيضاح النافع فى شرح مختصر الشرائع للشيخ ابراهيم بن سليمان القطيفى المعاصر للمحقق الكركى ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ١٠٩ . (١٢ / ٣٦١) .

٧- (٦) التنقيح ٢ / ٤٢ .

٨- (٧) الحدائق ١٨ / ٦٤ .

٩- (٨) مفتاح الكرامة ٤ / ١٠٩ . (١٢ / ٣٦١ من طبعة جماعة المدرسين) .

١٠- (٩) الجواهر ٢٢ / ٤٨٥ .

١١- (١٠) المكاسب للشيخ الانصارى قدس سره / ٢١٣ - (٤ / ٣٧٣ من الطبعة الحديثة) .

فقال : أنا أقوّم عليهم ، إنّما السعر إلى اللّه يرفعه إذا شاء ويَخفضه إذا شاء(١) .

سند الشيخ إلى ضمرة ضعيف ولكن روى الصدوق هذه الرواية بسنده المعتبر عن

غياث بن ابراهيم فى كتابه التوحيد(٢) ، ودلالتها على إجبار المحتكرين على البيع واضح .

ومنها : خبر حذيفة بن منصور عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : نفد الطعام على عهد رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فأتاه المسلمون فقالوا : يا رسول اللّه قد نفد الطعام ، لم يبق منه شيءٌ إلاّ عند فلان فَمُرهُ ببيعه .

قال : فحمد اللّه وأثنى عليه ثمّ قال : يا فلان إنّ المسلمين ذكروا أنّ الطعام قد نفد إلاّ شيءٌ عندك ، فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه(٣) .

دلالة الرواية على المطلوب واضحة ولكن سندها ضعيف .

ومنها : مرسلة دعائم الاسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه كتب إلى رفاعة : إنْهَ عن الحُكرة ، فمن ركب النهى فأوجعه ثم عاقبه بإظهار ما احتكر(٤) .

الجهة السادسة : التسعير

الأقوال فى التسعير :

المشهور على منع التسعير كما ذهب إليه الشيخ فى النهاية(٥) والمبسوط(٦) ، وابن زهرة فى الغنية(٧) وابن إدريس فى السرائر(٨) والمحقق فى الشرائع(٩) والمختصر(١٠) والعلامة فى القواعد

١- (١١) شرح القواعد ١ / ٣٢٠ .

٢- (١) التوحيد / ٣٨٨ ح ٣٣ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٩ ح ١ .

٤- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ٣٦ ح ٨٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٧ ح ١ .

٥- (٤) النهاية / ٣٧٤ .

٦- (٥) المبسوط ٢ / ١٩٥ .

٧- (٦) الغنية / ٢٣١ .

٨- (٧) السرائر ٢ / ٢٣٩ .

٩- (٨) الشرائع ٢ / ٢١ .

١٠- (٩) المختصر النافع / ١٢٠ .

قال : « ويجبر على البيع ، لا التسعير على رأى »(١) وقال فى التذكرة : « ... فإنّه لا يجوز أن يسعّر حالة الرخص عندنا ... وأمّا حالة الغلاء فكذلک عندنا »(٢) يعنى ذهب قدس سره إلى عدم جواز التسعير فى حالتى الرخص والغلاء .

ومن المتأخرين السيد الطباطبائى فى رياض المسائل(٣) والشيخ الأعظم فى المكاسب(٤) .

ثمّ فی قبال المشهور ، القول ، بالجواز وهو خيرة المفيد فی المقنعة(٥) والديلمی فی المراسم(٦) ، ومال إليه جدنا الفقيه الشيخ الأكبر كاشف الغطاء فی شرح القواعد(٧) .

ثم إنّ هاهنا قولاً ثالثاً ، وهو جواز التسعير إن أجحف المحتكر فی الثمن ، ذهب إليه ابن حمزة فی الوسيلة(٨) والعلامة فی المختلف(٩) ونجله فی إيضاح الفوائد(١٠) والشهيد فی الدروس(١١) واللمعة(١٢) وابن فهد الحلی فی المقتصر(١٣) والفاضل المقداد فی التنقيح(١٤) والمحقق

١- (١٠) القواعد ١ / ١٢٢ - (٢ / ١١ طبع جماعة المدرسين) .

٢- (١١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٦٩ .

٣- (١) رياض المسائل ٨ / ٢٨٨ .

٤- (٢) المكاسب / ٢١٣ - (٤ / ٣٧٣ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٣) المقنعة / ٩٦ .

٦- (٤) المراسم / ١٨٢ .

٧- (٥) شرح القواعد ١ / ٣٢٢ .

٨- (٦) الوسيلة / ٢٦٠ .

٩- (٧) مختلف الشيعة ٥ / ٤٢ .

١٠- (٨) إيضاح الفوائد ١ / ٤٠٩ .

١١- (٩) الدروس ٣ / ١٨٠ .

١٢- (١٠) اللمعة المطبوع مع شرحه الروضة البهية ٣ / ٢٩٩ .

١٣- (١١) المقتصر من شرح المختصر - لابن فهد الحلی ، اختصر فيه شرحه الكبير على المختصر النافع المسمى بالمهذب البارع ونقل عن المقتصر فی مفتاح الكرامة ٤ / ١٠٩ - (١٢ / ٣٦٢) .

١٤- (١٢) التنقيح الرائع ٢ / ٤٣ .

الكركى فى جامع المقاصد(١) . والنراقى فى المستند(٢) وصاحب الجواهر نفى البعد عن هذا القول(٣) .

فالأقوال فى التسعير صارت ثلاثة .

أما الروايات

الروايات تدل على منع التسعير :

منها : معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال : مرّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بالمحتكرين فأمر بحُكرتهم أن يخرج إلى بطون الأسواق وحيث تنظر الأبصار إليها ، فقيل لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لو قَوَّمْتَ عليهم ، فغضب صلى الله عليه و آله وسلم حتى عُرف الغضب فى وجهه وقال : أنا أُقوِّمُ عليهم ؟ ! إنّما السعر إلى اللّه عزّ وجل يرفعه إذا شاء ويخفضه اذا شاء .

وقيل لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لو أسعرتَ لنا سعراً فإنّ الأسعار تزيد وتنقص ، فقال صلى الله عليه و آله وسلم : ما كنتُ لألقى اللّه عزّ وجل ببدعة لم يُحدث لى فيها شيئاً ، فدعوا عباد اللّه يأكل بعضهم من بعض(٤) .

سند الرواية تام وظهورها فى عدم جواز التسعير واضح .

ويؤيد عدم جواز التسعير الروايات الواردة : بأنّ اللّه وكّل بالأسعار ملكاً يدبّرها ، حيث جعل اللّه أمر السعر بيد ملك وما جعله على يد غيره :

منها : صحيحة أبى حمزة الثمالى عن على بن الحسين عليه السلام قال : إنّ اللّه تبارك وتعالى وكّل بالسعر ملكاً يُدَبِّرُهُ بأمره .

وقال أبو حمزة الثمالى : ذكر عند على بن الحسين عليه السلام غلاءُ السعر ، فقال : و ما علىَّ من غلائه إن غلا فهو عليه وإن رَخُصَ فهو عليه(٥) .

ص:٢٥٣

١- (١٣) جامع المقاصد ٤ / ٤٢ .

٢- (١٤) مستند الشيعة ١٤ / ٥٢ .

٣- (١٥) جواهر الكلام ٢٢ / ٤٨٦ .

٤- (١) التوحيد / ٣٨٨ ح ٣٣ وروى نحوها فى وسائل الشيعة ١٧ / ٤٣٠ ح ١ و ٢ .

٥- (٢) التوحيد / ٣٨٩ ح ٣٤ وروى نحوها فى وسائل الشيعة ١٧ / ٤٣١ ح ٣ و ٤ .

ومنها : خبر محمد بن أسلم عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ اللّه عزّ وجل وكّل بالسعر ملكاً ، فلن يغلو من قلّة ولن يرخص من كثرة(١) .

ومنها : خبر يعقوب بن يزيد عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ اللّه وكّل بالأسعار ملكاً يدبرها(٢) .

ويمكن المناقشة فى دلالة هذه الروايات : بأن التسعير إذا كان فى مسيره الطبيعى هذه

الروايات ناظرة إليه ، ولكن إذا خرج من سيره العادى بواسطة الإحتكار والحبس ، والقحط والغلاء المصنوعيان ، فهذه الروايات لم تنظر إليه . وأشار إلى ما قلناه صدوق الأُمّة قدس سره بعد نقل هذه الروايات حيث يقول : « الغلاء هو الزيادة فى أسعار الأشياء حتّى يُباع الشىء بأكثر مما كان يُباع فى ذلك الموضع ، والرخص هو النقصان فى ذلك ، فما كان من الرخص والغلاء عن سعة الأشياء وقلّتها فإن ذلك من اللّه عزّ وجل ويجب الرضا بذلك والتسليم له ، وما كان من الغلاء والرخص بما يأخذ الناس به لغير قلّة الأشياء وكثرتها من غير رضى منهم به أو كان من جهة شراء واحدٍ من الناس جميع

طعام بلدٍ فيغلو الطعام لذلک فذلک من المسعِرِ والمتعدِّی بِشِری طعام المصرِ کلّه کما فعله حکیم بن حزام ... »(۳) .

ولعلّ الروایات الواردة(٤) فی عدم تسعیر النبی یوسف علیه السلام فی أیام القحط أیضاً شاهدة علی ما ذکرنا ، حیث کان القحط والغلاء فی مصر طبیعیاً عادیّاً ولم یکن صناعیّاً .

ومن الروایات التی تدلّ علی عدم جواز التسعیر : مرسلة دعائم الإسلام عن أبی عبد اللّه علیه السلام أنّه سئل عن التسعیر ، فقال : ما سعّر أمیر المؤمنین علیه السلام علی أحد ، ولکن من نقص عن بیع الناس ، قیل له : بع کما یبیع الناس وإلاّ فارفع عن السوق ، إلاّ أن یکون طعامه أطیب من طعام الناس(٥) .

١- (٣) وسائل الشیعة / ٤٣١ ح ٥ .

٢- (٤) وسائل الشی٢٥٣ عة ١٧ / ٤٣٢ ح ٦ .

٣- (١) التوحید / ٣٨٩ .

٤- (٢) راجع وسائل الشیعة ١٧ / ٤٣٢ ح ٧ ، و ١٧ / ٤٣٣ ح ٩ ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٨ ح ٢ .

٥- (٣) دعائم الاسلام ٢ / ٣٦ ح ٨١ ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٧ ح ١ .

والحاصل : معتبرة غیاث بن إبراهیم المذکورة فیما مضی یکفی فی الحکم بعدم جواز التسعیر من قبل الحاکم . نعم ، علیه أن یلاحظ البیع بحیث لا یتضرر منه کلّ من البائع والمشتری کما ورد ذلک فی ما کتب أمیر المؤمنین علیه السلام فی عهده إلی الأشتر النخعی ، حیث کتب علیه السلام : فامنع من الإحتکار ، فإنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم منع منه ، ولیکن البیع بیعاً سمحاً بموازین

عدل وأسعار لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع ، فمن قارف حُكرة بعد نهيک إيّاه فنكّل به وعاقبه فی غير إسراف(١) .

وقد مرّ منّا أنّ لهذا العهد سنداً معتبر للنجاشی والشيخ فی فهرستهما(٢) .

وبعبارة اُخری : ليس للحاكم الشرعی التسعير ، ولكن ينظر هو بأن لا يجحف بالبائع والمشتری ، وكلّ منهما إن أراد الاجحاف بصاحبه علی الحاكم أن يمنعه .

هذا تمام الكلام فی بحث الإحتكار ، والحمد اللّه ربّ الأسعار .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ١٣ .
٢- (٥) راجع رجال النجاشی / ٨ الرقم ٥ ، والفهرست للشيخ الطوسی / ٨٨ الرقم ١١٩ .

البذاء

وهو الفحش وعدم المبالاة بالقول وسوء اللسان وخُبثه ، وهو حرام . وتدلّ علی حرمته - مضافاً إلی الأدلة الواردة فی حرمة إيذاء المؤمن وحرمة الفحش - عدّة من الروايات :

منها : صحيحة أبی عبيدة الحذاء عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال : الحياء من الإيمان والإيمان فی الجنة ، والبذاء من الجفاء والجفاء فی النار(١) .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلی الله عليه و آله وسلم : إذا رأيتم الرجل لا يبالی ما قال ولا ما قيل له فإنّه لغَيَّة أو شَرَک شيطان(٢) .

اللغِيِّة : الزنا ، وتشريک الشيطان للانسان فی الأموال يعنی حمله إيّاه علی تحصيلها من الحرام وإنفاقها فيه ، وأمّا مشاركته له فی الأولاد إدخاله معه فی النكاح إذا لم يسمّ اللّه ولكن النطفة واحدة . ودلالة الرواية علی حرمة عدم المبالاة بالقول واضحة ، وسندها أيضاً صحيح كما مرّ .

ومنها : حسنة أو معتبرة سُليم بن قيس عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلی الله عليه و آله وسلم : إنّ اللّه حرّم الجنة علی كلّ فحّاش بذیء ، قليل الحياء ، لا يبالی ما قال ولا ما قيل له ، فإنّک إنْ فتّشته لم تجده إلاّ لغيّة أو شَرَک شيطان ، فقيل : يا رسول اللّه وفی الناس شَرَک شيطان ؟ فقال رسول اللّه صلی الله عليه و آله وسلم : أما تقرأ قول اللّه عزّ وجل : «وَشَارِكْهُمْ فِی الأَمْوَالِ وَالأَوْلادِ»(٣) الحديث(٤) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٦ ح ٥ - الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس .

٢- (٢) الكافی ٢ / ٣٢٣ ح ٢ ونقل عنه فی وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ ح ١ مع اختلاف .

٣- (٣) سورة الإسراء / ٦٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ ح ٢ .

دلالتها علی حرمة البذاء واضحة ، وسندها لا بأس به ، لأنّ رجاله كلّهم ثقات إلاّ أبان بن أبی عياش لم يرد توثيقه ، ولكن حيث تلقی الأصحاب كتاب سُليم بن قيس الهلالی بالقبول

ولم ينقل كتابه إلاّ من طريق إبن أبی عياش ، فهذا القبول يدلّ علی اعتباره ولاأقل من حسنه .

ومنها : خبر الحسن الصيقل عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ الفحش والبذاء والسلاطة من النفاق(١) .

السلاطة : شدّة اللسان ، ودلالة الرواية على الحرمة واضحة ، لأنّ النفاق من المحرّمات الشرعية ، ولكن فى سندها ضعف بمحمّد بن سنان على القول بضعفه ، والحسن بن زياد الصيقل لأنّه مجهول أو ضعيف .

ومنها : خبر عبد اللّه بن القاسم عمّن حدثه قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أرى الرجل من أصحابنا ممّن يقول بقولنا خبيث اللسان ، خبيث الخلطة ، قليل الوفاء بالميعاد ، فيغمّنى غمّاً شديداً ، وأرى الرجل من المخالفين علينا حسن السمت ، حسن الهدى ، وفيّاً بالميعاد ، فاغتمّ لذلك غمّاً شديداً ، فقال عليه السلام : أو تدرى لم ذاك ؟ قلت : لا ، قال : إنّ اللّه تبارک وتعالى خلط الطينتين فعركهما ، وقال بيده هكذا راحتيه جميعاً واحدة على الأُخرى ، ثم فلقهما ، فقال : هذه إلى الجنة وهذه إلى النار ولا أُبالى ، فالذى رأيت من خبث اللسان والبذاء وسوء الخلطة وقلّة الوفاء بالميعاد من الرجل الذى هو من أصحابكم يقول بقولكم ، فيما إلتطخ بهذه من الطينة الخبيثة وهو عائد إلى طينته ، والذى رأيت من حسن الهدى وحسن السمت وحسن الخلطة والوفاء بالميعاد من الرجال من المخالفين ، فما إلتطخ به من الطينة الطيبة . فقلت : جعلت فداک فرّجت عنّى فرّج اللّه عنک(٢) .

سند الرواية مرسل ، ويمكن المناقشة فى دلالتها على الحرمة أيضاً بما لا يخفى .

ولتفصيل روايات الباب راجع الكافى ٢ / ٢٣٢ والوافى ٥ / ٩٥٣ وبحار الأنوار ٧٦ / ١٠٣ ووسائل الشيعة ١٦ / ٣٤ ومستدرک الوسائل ١٢ / ٨٢ وجامع أحاديث الشيعة

١- (١) الكافى ٢ / ٣٢٥ ح ١٠ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٨ ح ٢ .

٢- (٢) المحاسن ١ / ٢٣٠ ح ٢١ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٣٠ ح ٨ .

١٦ / ٥٥٩ وكتابنا موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٨ .

والحاصل ، أن الروايات تدل على حرمة البذاء تكليفاً ، وأمّا أخذ شيء فى قبال هذا العمل المحرّم أيضاً حرام بالحرمة الوضعية ، يعنى لا يجوز أخذ الشيء فى قباله ولا يدخل فى ملك القابض ، لقوله تعالى : «لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»(١) ، وأكل المال فى مقابلة

هذا الحرام من مصاديق أكل المال بالباطل ، حتّى على ما ذهبنا إليه من أنّ الآية الشريفة تنهى عن أكل المال بالأسباب الباطلة ، نحو : القمار والظلم والفحش والربا ، ومنها : البذاء . فأخذ المال فى قبال البذاء باطل وفاسد وحرام بالحرمة الوضعية ، فلا يجوز الإكتساب بها ، فينبغى ذكرها فى المكاسب المحرَّمة كما ذكرنا ، لا سيما مع خلو حرف الباء من عنوانٍ ، ويأتى منّا عنوان « الهُجْر » - وهو الفحش - فى محلّه . والحمد للّه رب المحامد كلِّها .

١- (٣) سورة النساء / ٢٩ .

تدليس الماشطة

اشارة

يقع البحث فى جهات :

الجهة الأولى : حكم حرفة المِشاطة

لا بأس بكسب المشاطة وعملها ، وتدلّ عليه عدّة من الروايات المعتبرة :

منها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام – فى حديث أم حبيب الخافضة – قال : وكانت لأُمّ حبيب أُخت يقال لها : أُمّ عطية – وكانت مقينة – يعنى ماشطة – فلما انصرفت أُمّ حبيب إلى أُختها فأخبرتها بما قال لها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فأقبلت أُمّ عطية إلى النبى صلى الله عليه و آله وسلم فأخبرته بما قالت لها أُختها ، فقال لها : أُدن منّى يا أُمّ عطية إذا أنتِ قَيّنتِ الجارية فلا تغسلى وجهها بالخرقة ، فإنّ الخرقة تشرب ماء الوجه(١) .

الرواية صحيحة الاسناد . التقيّن : التزيين ، المقينة : المزينة . دلالتها على جواز التقيّن وتزيين المرأة واضحة ، حيث لم ينه النبىّ صلى الله عليه و آله وسلم أُمّ عطية عن عملها بل أوصتها فقط بعدم اغتسالها وجه المرأة بالخرقة .

ومنها : خبر إبن أبى عمير عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : دخلتْ ماشطةٌ على رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فقال لها : هل تركتِ عملكِ أو أقمتِ عليه ؟ فقالت : يا رسول اللّه أنا أعمله إلاّ أن تنهانى عنه فأنتهى عنه ، فقال : إفعلى ، فإذا مشطتِ فلا تجلى الوجه بالخرق فإنّه يذهب بماء الوجه ، ولا تصلى الشعر بالشعر(٢) .

دلالتها على جواز عمل الماشطة واضحة ، حيث لم ينه النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن عملها بل نهاها عن الفعلين فقط ، و لكن سند الرواية ضعيف بعلى بن احمد بن أشيم ، لأنّه مجهولٌ ، وفيها أيضاً إرسالٌ .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣١ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣١ ح ٢ .

ومنها : خبر القاسم بن محمد الجوهرى عن على بن أبى حمزة البطائنى قال : سألته عن إمرأة مسلمة تمشط العرائس ليس لها معيشة غير ذلک وقد دخلها ضيق ؟ قال : لا ، بأس ولكن

لا تصل الشعر بالشعر(١) .

الظاهر : المروى عنه هو موسى بن جعفر عليه السلام ، ولكن الرواية ضعيفة ومضمرة من حيث السند ، وأمّا دلالتها على جواز مشاطة فواضحة .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال عليه السلام : لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط وقبلت ما تعطى ولا تصل شعر المرأة بشعر إمرأة غيرها ، وأمّا شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة(٢) .

الرواية تدلّ على جواز كسبها ، وأمّا النهى عن إشتراطها الأُجرة فكالنهى كذلک فى حقِّ الحجام لا تدلّ أزيد من كراهة إشتراطهما الأُجرة ، ولكن فى سندها إرسال وإضمار .

ومنها : خبر سعد الإسكاف عن أبى جعفر عليه السلام قال : سُئل عن القرامل التى تصنعها النساء فى رؤوسهنَّ يصلنه بشعورهنَّ ؟ فقال : لا بأس على المرأة بما تزيّنت به لزوجها ، الحديث(٣) .

الرواية تدلّ على جواز تزيّن المرأة لزوجها ، والتزيّن يمكن أن يكون بعملها مباشرة ويمكن أن يكون بعمل غيرها ، وتلک الغير ليست إلاّ الماشطة ، فيجوز عمل الماشطة ، فإذا كان عملها جايزاً ، كذلک يجوز لها أخذ الأجرة عليه ، ولكن فى سندها ضعف .

والحاصل : عمل المشاطة فى نفسها لا بأس به ويجوز أخذ الأُجرة عليه .

الجهة الثانية : حكم الأعمال الأربعة

اشارة

قد وردت فی عدّة من الروایات النهی عن « الوصل » و «النمص » و « الوشم » و « الوشر » فلابدّ من البحث حول هذه الأعمال الأربعة :

ص:٢٦٠

١- (١) وسائل الشیعة ١٧ / ١٣٢ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشیعة ١٧ / ١٣٣ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشیعة ٢٠ / ١٨٧ ح ٢ الباب ١٠١ من أبواب مقدمات النکاح .

العمل الأوّل : الوصل

إن کان المراد به ما ورد فی بعض الروایات من تفسیر الواصلة بالفاجرة والموصولة بالقوّاد ، فحرمته من الضروریات بین المسلمین :

منها : خبر سعد الإسکاف عن أبی جعفر علیه السلام قال : سئل عن القرامل التی تصنعها النساء فی رؤوسهنَّ یصلنه بشعورهنّ ؟ فقال : لا بأس علی المرأة بما تزیّنت به لزوجها . قال :

فقلت : بلغنا أنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم لعن الواصلة والموصولة ، فقال : لیس هناک ، إنّما لعن رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم الواصلة والموصولة التی تزنی فی شبابها ، فلمّا کبرت قادت النساء إلی الرجال ، فتلک الواصلة والموصولة(١) .

ومنها : معتبرة إبراهیم بن أبی زیاد الکرخی قال : سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول : لعن رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم الواصلة والمستوصلة ، یعنی : الزّانیة والقوّادة(٢) .

سند الرواية لا يبعد حسنه ، لأنّ الحسين بن إبراهيم بن أحمد بن هشام المكتب ، شيخ الصدوق ، لو لم يكن ثقة لا أقل من حسنه ، وأمّا إبراهيم بن أبى زياد الكرخى أيضاً لا يبعد حسنه ، وأمّا غيرهما من رجال السند فكلّهم ثقات ، فالرواية لا يبعد أن تكون حسنة سنداً .

ومنها : مرسلة عمار الساباطى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّ الناس يروون : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لعن الواصلة والموصولة ، قال : نعم ، قلت : التى تمتشط وتجعل فى الشعر القرامل ؟ قال : فقال لى : ليس بهذا بأس ، قلت : فما الواصلة والموصولة ؟ قال : الفاجرة والقوّادة(٣) .

فمع ورود هذا التفسير لابدّ من حمل روايات اللعن الواردة فى شأن الواصلة والموصولة بالفاجرة والقوّادة . وليس فيه عجب ، خلافاً لابن حنبل - لمّا ذكر له ذلک - قال : « ما سمعت

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٧ ح ٢ - و ١٧ / ١٣٢ ح ٣ .
٢- (٢) معانى الأخبار / ٢٥٠ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٨ ح ٤ .

بأعجب من ذلک » . كما نقل عنه إبن الأثير فى نهايته(١) والعلامة المجلسى قدس سره فى مرآة العقول(٢) وملاذ الأخيار(٣) .

وأمّا إن كان المراد بالوصل ما ورد فى تفسير على بن غراب من أنّ « الواصلة التى تصل شعر المرأة بشعر إمرأة والمستوصلة التى يفعل ذلک بها »(٤) .

وفيه : أولاً : عدم حجية تفسير وفهم على بن غراب لنا .

وثانياً : بورود الروايات المذكورة فيما مضى على خلاف تفسيره كما مرّت .

وثالثاً : من المحتمل أن ابن غراب أخذ تفسيره هذا من العامة ، كما أنّ مضمونه روى فى سنن البيهقى(٥) .

ورابعاً : على فرض إعتبار تفسيره ، لابدّ من حمله على الكراهة جمعاً بينه وبين غيره من الروايات ، لأنّ الروايات الواردة فى حكم وصل الشعر على طوائف الثلاث :

الطائفة الأولى : تدل على الجواز مطلقاً ، نحو : خبر سعد الإسكاف(٦) ومرسلة عمار الساباطى(٧) المتقدمتين .

والطائفة الثانية : تدل على المنع مطلقاً ، نحو : خبر إبن أبى عمير عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السلام (٨) وخبر على بن أبى حمزة البطائنى(٩) الماضيين .

والطائفة الثالثة : تدل على التفصيل بين وصل الصوف وشعر المعز وشعر المرأة بنفسها وبين المرأة الأُخرى ، فحكمت بالجواز فى الأُولى وبعدمه فى الثانية ، نحو :

١- (٤) النهاية ٥ / ١٩٢ .

٢- (٥) مرآة العقول ١٩ / ٧٩ .

٣- (٦) ملاذ الأخيار ١٠ / ٣٤٢ .

٤- (٧) معانى الأخبار / ٢٥٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٧ .

٥- (١) سنن البيهقى ٧ / ٣١٢ كتاب القسم والنشوز ، باب ما لا يجوز للمرأة أن تتزيّن به .

٦- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٧ ح ٢ .

٧- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٨ ح ٤ .

٨- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣١ ح ٢ .
٩- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٢ ح ٤ .

خبر عبد اللّه بن الحسن قال : سألته عن القرامل ، قال : وما القرامل ؟ قلت : صوف تجعله النساء فى رؤوسهنَّ ، قال : إذا كان صوفاً فلا بأس ، وإن كان شعراً فلا خير فيه من الواصلة والموصولة(١) .

والرواية تدلّ على جواز وصل الصوف بشعرها ولكن نفت جواز وصل الشعر بشعرها مطلقاً ، ولكن فى سندها ضعف وإضمار .

ومنها : خبر ثابت بن سعيد قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن النساء يجعل فى رؤوسهنَّ القرامل ، قال : يصلح الصوف وما كان من شعر امرأة لنفسها ، وكره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر غيرها ، فإن وصلت شعرها بصوف أو بشعر نفسها فلا يضرّها(٢) .

دلالتها على التفصيل واضحة ، ولكن فى سندها ضعف لأنّ ثابتاً مجهولٌ .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال عليه السلام : لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط وقبلت ما تعطى ، ولا تصل شعر المرأة بشعر إمرأة غيرها ، وأمّا شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة(٣) .

والرواية تدلّ على التفصيل ، ولكن فى سندها إرسال وإضمار .

ومقتضى الجمع بين الروايات الجواز بالنسبة إلى وصل الصوف أو شعر الحيوانات نحو المعز وشعر المرأة نفسها بشعرها ، وأمّا وصل شعر المرأة الأُخرى بشعرها فلا يجوز ، إلا أن الأصحاب ذهبوا فى وصل شعر المرأة الأُخرى بشعرها إلى الكراهة نحو : الشيخ فى الخلاف(٤) والعلامة فى المنتهى(٥) والشيخ الأعظم فى المكاسب(٦) وصاحب الجواهر قدس سرهم فى كتابه(٧)

١- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٢ ح ٥ .

٢- (٧) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٧ ح ١ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٦ .

٤- (٢) الخلاف ١ / ٤٩٢ المسألة ٢٣٤ من الصلاة .

٥- (٣) منتهى المطلب ١ / ١٨٤ من كتاب الطهارة ، المقصد الخامس البحث الثانى - (٣ / ٣١٦ من الطبعة الحديثة) .

٦- (٤) المكاسب المحرمة / ٢١ - (١ / ١٦٩ من الطبعة الحديثة) .

٧- (٥) جواهر الكلام ٢٢ / ١١٤ .

وتلميذه السيد على بحر العلوم رحمهم الله فى برهان الفقه(١) والمحقق الإيروانى فى حاشية المكاسب(٢) والمحقق الأردكانى فى غنية الطالب(٣) وشيخنا الأستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب(٤) وبعض أساتذتنا - مد ظله - فى دراساته(٥) . ولكن استشكل الفقيه السبزوارى قدس سره فى استفاده الكراهة من الروايات(٦) ، وهكذا قبله الفقيه السيد اليزدى قدس سره ذهب إلى الكراهة ثم استشكل فيه وقال : « ومن ذلک يظهر أنّ الحكم بالكراهة فى المذكورات أيضاً مشكلٌ ، إلاّ من باب قاعدة التسامح العقلى أو الشرعى بملاحظة النبوى بعد دعوى ظهورها فى المرجوحية فى حدّ نفسه

فيصدق البلوغ ... »(٧) .

أما المحقق الخوئى قدس سره فقد ذهب إلى الجواز مطلقاً حتّى فى وصل شعر المرأة الأُخرى بشعرها ، لضعف ما دلّت على الكراهة سنداً ، ولذا قال : « ولكنّها جميعاً ضعيفة السند ، وإذن فمقتضى الأصل هو الجواز مطلقاً »(٨) . وتبعه تلميذه فى عمدة المطالب(٩) ، وقبلهما ذهب إلى الجواز العلامة الحلى قدس سره فى تذكرته حيث قال : « وإذا لم يحصل تدليس بالوصل ، لم يكن

به بأس »(١٠) . و ما ذكره العلامة الحلى والمحقق الخوئى « قدس سرهما » تام ، وإن كان الأحوط الذهاب إلى الكراهة فى وصل شعر المرأة الأُخرى بشعرها موافقة للمشهور وعملاً برواياتها .

العمل الثانى : النمص

وهو حفّ الشعر ونتفه فما حكمه ؟ تدلّ على عدم جواز النمص خبر على بن غراب عن

١- (٦) برهان الفقه / كتاب التجارة / ٣٩ من الطبع الحجرى .

٢- (٧) حاشية المكاسب ١ / ١١٨ .

٣- (٨) غنية الطالب ١ / ١٠٧ و ١٠٦ .

٤- (٩) إرشاد الطالب ١ / ١١٣ .

٥- (١٠) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٤٧٩ .

٦- (١١) مهذب الأحكام ١٦ / ٧٧ .

٧- (١) حاشية المكاسب / ١٥ - (١ / ٩٣ من الطبعة الحديثة) .

٨- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٠٣ .

٩- (٣) عمدة المطالب ١ / ١٥٧ للفقيه السيد تقى بن حسين الطباطبائى القمى - مدظله - .

١٠- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٣ .

جعفر بن محمّد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم النّامصة والمنتمِصَة والواشرة والمستوشِرَة والواصلة والمستوصِلة والواشمة والمستوشمة .

بانضمام تفسير على بن غراب قال : النّامِصَة التى تنتف الشعر من الوجه والمنتمصة التى يفعل ذلک بها . والواشرة التى تشر أسنان المرأة وتُفْلِجها وتُحدّدها ، والمستوشرة التى يفعل ذلک بها . والواصلة التى تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها ، والمستوصلة التى يفعل ذلک بها .والواشمة التى تشم وشماً فى يد المرأة أو فى شيءٍ من بدنها ، وهو أن تَغرِزَ يديها أو ظهر كفّها أو شيئاً من بدنها بإبرة حتّى تؤثّر فيه ثمّ تحشوه بالكحل أو بالنورة فيخضرُّ ، والمستوشمة التى يفعل ذلک بها(١) .

وقد مرّ منّا ضعف سند الرواية وعدم حجية تفسير على بن غراب وعدم إفتاء الأصحاب على مدلولها فلا تفيد شيئاً فى المقام ، مضافاً إلى ورود الروايات بجوازها :

منها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن المرأة ،

أتحفّ الشعر عن وجهها ؟ قال : لا بأس(٢) .

ومنها : خبر على بن جعفر أنّه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن المرأة تحف الشعر من وجهها ؟ قال : لا بأس(٣) .

ولا يبعد إتحاد الروايتين .

ومنها : مرسلة أبى بصير قال : سألته عن قصّة النواصى تريد المرأة الزينة لزوجها وعن الحفّ والقرامل والصوف وما أشبه ذلک ؟ قال : لا بأس بذلک كلّه(٤) .

قال بعض أساتيذنا فى ذيل الرواية : « القُصة : بضم القاف ، الخُصلة من الشعر ، وقُصة النواصى : الخصلة من الشعر تجمع فى الناصية للزينة ، نحو ما هو المتعارف فى عصرنا

١- (٥) معانى الأخبار / ٢٤٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٧ .

٢- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٩ ح ٦ .
٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٨ .
٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٩ ح ٥ .

أيضاً »(١) .

فمع ورود صحيحة على بن جعفر الماضية فى جواز حفّ الشعر ونتفه فلا مجال إلاّ الإفتاء بها والحكم بجوازه .

العمل الثالث والرابع : الوشم والوشر

وقد مرّ خبر على بن غراب وتفسيره فى الوشم والوشر آنفاً ، وقد مرّ منّا أيضاً إشكالنا فيه .

وأمّا خبر عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الواشمة والموتشمة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه و آله وسلم (٢) .

فيمكن أن يُستدل به على عدم جواز الوشم ، لأنّ ظهور اللعن فى الحرمة واضح .

وفيه : أولاً : قد يقال : الرواية ضعيفة سنداً بمحمد بن سنان وإن وثقه المفيد قدس سره فى الإرشاد(٣) واعتمد عليه المجلسى قدس سره فى الوجيزة(٧) ومال إلى الإعتماد عليه جدنا من طريق الأُمّ حجة الإسلام الشفتى رحمه الله فى رسائله الرجالية(٤) وجدنا الأعلى العلاّمة الشيخ محمّد تقى قدس سره صاحب هداية المسترشدين فى فقهه « تبصرة الفقهاء »(٥) ونحن أيضاً نذهب إلى وثاقته واعتباره .

وثانياً : لم يفت أحد من الأصحاب بالحرمة فيهما لهاتين الروايتين ، فلا يمكن الإفتاء عليهما . وغاية ما يمكن أن يقال فيهما ، القول بالكراهة و دون إثباتها خرط القتاد .

١- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٤٨٠ .

٢- (٥) الكافى ٥ / ٥٥٩ ح ١٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٣٩ ح ١ - الباب ١٣٧ من ابواب مقدمات النكاح .

٣- (٦) الارشاد ٢ / ٢٤٨ .

٤- (١) الوجيزة / ١٦١ الرقم ١٦٩١ .

٥- (٢) الرسائل الرجالية / (٦٣٧ - ٦٠٩) .

تذكرة : جمع آخر بين الروايات

ذهب جدنا الشيخ الأكبر الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره إلى جمع آخر بين الروايات الظاهرة فى الحرمة نحو خبر على بن غراب وغيرها وبين الروايات المجوّزة : بأن هذه الأعمال جائزة إذا كانت للزوج ، ومحرمة إذا كانت لغيره ، قال قدس سره بعد ذكر تفسير ابن غراب فى النبوى : « ... ويخصَّص أمثاله بما كان لغير الزوج ونحوه ، لما دلّ على استحباب التزيّن له بأنواع الزينة وعلى خصوص الوصل بالشعر . ولا عيب فى الصلاة من جهته كما ظُنّ ، فيُخَصّ المنع بالتدليس ، ومع تنقيح المناط يعمّ كلّ تدليس ، ولا يُشترط إذن الزوج إلاّ فيما يخشى منه النقص فى محاسن الزوجة بانهدام أسنانها أو ضرر فى بدنها ونحو ذلك ، وأمّا المالك فيلزم استئذانه مطلقاً »(١) .

وتبعه بعض أساتيذنا - مدظله - فى غير الوصل ، فقال : « وأمّا الخصال الثلاث الأخر فهى من أُوضح مصاديق الزينة ، فإن وقعت بقصد التدليس أو بقصد جذب الفسّاق من الأجانب - على ما كانت تصنعه الفواجر - كانت محرّمة بلا إشكال ، وإلاّ فلا وجه لحرمتها بل ولا كراهتها ، ولا سيما فيما إذا تزيّنت بها المرأة لزوجها وأخفتها عن الأجانب ، بل يمكن القول بحسنها عقلاً واستحبابها شرعاً فى هذه الصورة ، لإعفاف الزوج وإقناعه وكفّه عن المحرّمات ، وعلى ذلك استقرت سيرة

العقلاء بل والمتشرعة أيضاً ، وتحمل أخبار النهى واللعن على موارد التدليس وقصد الفساد أو المعرضيّة لهما ، ولا سيما بعد تفسير الوصل فيها بالقيادة التى لا إشكال فى حرمتها ، فتدبر »(٢) .

أقول : هذا الجمع حسن متين ترضى النفس به ، وأمّا إخراج الوصل عن بقية الأُمور كما صنعه الأُستاذ - مد ظله - غير تام على ما يخطر بالبال ، وقبلهما ذهب إلى هذا الجمع المحقق البحرانى قدس سره فى الحدائق(٣) . وهذا تمام الكلام فى حكم هذه الأعمال ، والحمد للّه العالم بالأحكام والأحوال .

١- (٣) تبصرة الفقهاء ١ / ١٨١ .

٢- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٤٨٤ .

٣- (٢) الحدائق ١٨ / ١٩٥ و ١٩٧ .

الجهة الثالثة : تدليس الماشطة

اشارة

قال فى الحدائق : « والمراد بذلک : ما إذا أرادت تزويج إمرأة برجل ومثله بيع أمة ، بأن تستر عيوبها وتظهر لها محاسن ليست فيها ، كتحمير وجهها ووصل شعرها ونحو ذلک ممّا يوجب رغبة الزوج فى تزويجها أو المالک فى شرائها »(١) .

هذا الكلام من صاحب الحدائق قدس سره يبيّن لنا محط نظر الأصحاب فى البحث ، وهو : إرادة الماشطة المدلِّسة تزويج المرأة أو بيع الأمة ، يعنى يصدق على نفس فعل الماشطة التدليس . وبعبارة أُخرى : الماشطة هى التى تريد تزويج المرأة أو بيع الأمة بالتدليس ، والشاهد على ما ذكرنا ملاحظة كلمات أصحابنا قدس سرهم فى المقام ، نحو :

١ – المحقق الأردبيلى قدس سره قال : « المراد تدليس المرأة التى تريد تزويج امرأة برجل أو بيع أمة ، بأن تستر عيبها وتظهر ما يحسنها من تحمير وجهها ووصل شعرها مع عدم علم الزوج والمشترى بذلک »(٢) .

٢ – قال الفقيه السيد على الطباطبائى فى الرياض : « تدليس الماشطة بإظهارها فى المرأة محاسن ليست فيها من تحمير وجهها ووصل شعرها ونحو ذلک إرادة منها ترويج كسادها »(٣) .

يعنى أرادت الماشطة بنفسها ترويج كسادها .

٣ – وقال الفاضل النراقى قدس سره : « تدليس الماشطة بإظهارها فى المرأة محاسن ليست فيها لترويج كسادها ... »(٤) .

٤ – وقال الفقيه صاحب الجواهر : « تدليس الماشطة مثلاً الإمرأة على خطّابها والجارية على مشتريها بإظهار حسن ليس فيها وإخفاء قبحها كتحمير وجهها ووصل شعرها ونحو ذلک »(٥) .

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٩٤ .

٢- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٣ .

٣- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٧٢ .

٤- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٧١ .

٥- (٢) الجواهر ٢٢ / ١١٣ .

٥ – وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم قدس سره : « ومن أفراد الغش تدليس الماشطة بفعل ما ترى المرأة لخاطبها أو الأمة لمشتريها فى محاسن ليست فيها واقعاً كتحمير وجهها وتسويد شعرها

وغير ذلک مع فرض حصول الغش والتدليس به ، فيحرم لحرمة الغش ويلزمه حرمة عوض العمل ... »(١) .

والغرض من نقل كلمات هؤلاء وهم من أساطين الفقه ، أنّ محط البحث والكلام فى مورد تدليس واقع على يد الماشطة ، وهى عالمة قاصدة به ، مضافاً إلى هذه التصريحات تدلّ عليه بيانهم بأنّ ذكر الماشطة وقع على سبيل المثال ، ولو أن المرأة بنفسها قامت بهذا التدليس فعملها أيضاً محرّم ولذا قال المحقق الأردبيلى : « بل ولو فعلت المرأة بنفسها ذلک كذلک »(٢) ، ونحوه عبارة ثانى الشهيدين فى كتابه المسالک(٣) كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة(٤) .

وقال المحقق البحرانى : « والظاهر أنّ ذكر الماشطة فى كلامهم إنّما مخرج التمثيل وإلاّ لو فعلت المرأة بنفسها ذلک للغرض المذكور فالظاهر أنّ الحكم فيها كذلک »(٥) .

فعلى ما ذكرنا بطوله من كلمات الأصحاب ظهر لک أنّ محلّ البحث فى تدليس الماشطة أعنى فعل التدليس الذى وقع على يد الماشطة كما يُشعر بذلک عنوان البحث ، ولذا لم يرد عليهم ما ذكره المحقق الإيروانى : « أنّ الماشطة لا ينطبق على فعلها غشّ ولا تدليس ، إنّما الغش

والتدليس يكون بفعل من يعرض المغشوش والمدلس فيه على البيع ، نعم الماشطة أعدّت المرأة لأنْ يغشّ بها ، وحالها كحال الحائک الذى بفعله تعدّ العمامة لأنْ يدلس بلبسها وكفعل السبحة المعدّ لها لأن يدلّس بالتسبيح بها رياءً»(٦) .

١- (٣) برهان الفقه / كتاب التجارة / ٣٩ .

٢- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٣ .

٣- (٥) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٠ .

٤- (٦) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٨ - (١٢ / ١٩٤ من طبعة جماعة المدرسين) .

٥- (٧) الحدائق ١٨ / ١٩٤ .

٦- (١) حاشية المكاسب ١ / ١١٧ .

واستجوده المحقق الخوئى فى تقريرات بحثه(١) .

ولكن قد عرفت أنّ المحقق الإيروانى قدس سره أخرج كلام الأصحاب عن مورده ثمّ استشكل عليه ، والحقّ ما ذكرناه .

ثمّ بعد ظهور محل الكلام فى البحث لابدّ من ذكر الأدلة التى أُقيمت على حرمة تدليس الماشطة فنقول :

الدليل الأوّل : الإجماع قام على تحريم تدليس الماشطة :

أوّل من ادعى عليه الإجماع المحقق الأردبيلى(٢) ثم تبعه أصحاب الرياض(٣) والمستند(٤) وشرح القواعد(٥) ومفتاح الكرامة(٦) والجواهر(٧) وحاشية المكاسب(٨) .

وفيه : أولاً : تحصيل الإجماع فى كلمات القدماء من أصحابنا مشكل ، وهو الحجة فى المقام .

وثانياً : يحتمل أن يكون الإجماع مدركياً وكون مدركهم الدليل الآتى .

الدليل الثانى : الغش والتدليس حرام بالروايات الصحاح ، وهذا العمل من الماشطة أيضاً تدليس ، فهذا العمل حرام .

ويأتى منّا أدلة حرمة الغش فى بحثه إن شاء اللّه تعالى ، ولم يرد فى خصوص تدليس الماشطة رواية خاصة كما اعترف به المحقق البحرانى قدس سره فى الحدائق(٩) ، ولا نحتاج إليه بعد

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ١٩٨ .

٢- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٣ .

٣- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٢ .

٤- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٧١ .

٥- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٢ للشيخ الأكبر كاشف الغطاء .

٦- (٧) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٨ - (١٢ / ١٩٣ من طبعة جماعة المدرسين) .

٧- (٨) الجواهر ٢٢ / ١١٣ .

٨- (٩) حاشية المكاسب / ١٥ للفقيه الطباطبائى اليزدى (١ / ٩١) .

٩- (١٠) الحدائق ١٨ / ١٩٤ .

دخول فعلها فى التدليس والغش الثابت حرمتهما بالروايات الصحاح .

فعلى ما ذكرنا ظهر ما فى كلام الفقيه اليزدى قدس سره من الحكم بالحرمة على فعل الماشطة مع قصد التدليس(١) .

والوجه فى ذلک : أنّ التدليس والغش فعل خارجى لا يحتاج إلى القصد والنية ، فلو أنّ شخصاً لم يقصد التدليس والغش ولكن صدق على فعله أنّه غشّ أو دلَّس كان فعله محرّماً ، والأمر فى الماشطة أيضاً كذلک .

وبالجملة ، تدليس الماشطة بما أنّه تدليس وغشّ يشمله الأدلة العامة فى حرمة الغش فهو حرام . هذا كلّه إذا صدق على فعل الماشطة أنّها تغش أو تدلّس ، بأن تتصدى هى بنفسها لتزويج المرأة أو بيع الأمة .

ولكن إذا لم تتصد الماشطة ذلک للتزويج أو البيع ، والولى أو المرأة بنفسهما تصديا للتزويج والمالک تصدى لبيع أمته ، والماشطة مشغولة بفعلها يعنى المِشاطة والتزيين فقط . فحينئذ تارة تعلم

الماشطة بأن يُغشّ أو يُدلّس بفعلها وتارة لا تعلم ، فعلى فرض علمها يمكن الحكم بحرمة فعلها على القول بحرمة الإعانة على الإثم مطلقاً ، وقد مرّ منّا الإشكال فى ذلک .

وعلى فرض عدم علمها لا يمكن الحكم بالحرمة مطلقاً ، لعدم الدليل عليها .

فرع مستحدث

ظهر ممّا ذكرنا فى حكم تدليس الماشطة ، حكم العملية الجراحية البلاستيكية المعمولة فى عصرنا هذا على وجوه النساء وأعضائهنَّ وحتّى على فروجهنّ من تضييقه وتحسينه وترميم بكارته ، من عدم حرمة هذه العملية من هذه الجهة إلاّ إذا صدق عليها عنوان الغش والتدليس ، وهو لا يصدق على فعل الجرّاح إلاّ فى موارد نادرة كما لا يخفى .

وهذا تمام الكلام فى بحث تدليس الماشطة والحمد للّه أوّلاً وآخراً وهو العالم بأحكامه .

١- (١) حاشية المكاسب / ١٥ (١ / ٩٢) .

تزيين الرجل بما يحرم عليه

اشارة

قد تعرّض الشيخ الأعظم قدس سره (١) تحت هذا العنوان لمسألتين :

١ - تزيين الرجل بالحرير والذهب .

٢ - تشبّه الرجل بالمرأة وعكسه ولذا نبحث عنهما فى مقامين :

المقام الأوّل : تزيين الرجل بالحرير والذهب

اشارة

هل المحرّم على الرجل عنوان التزيّن بالحرير والذهب أو لبسهما فلو لم يصدق التزيين ؟ لأنّ بينهما عموم وخصوص من وجه ، قد يصدق الزينة ولا يصدق اللبس كما إذا خيط بالحرير أو الذهب الثوب ، أو شدّ الأسنان بالذهب أو تعليق الساعة على اللباس بالذهب ، وقد يصدق اللبس ولا يصدق الزينة كلبسهما تحت الألبسة وتختم الرجل بالذهب للتجربة والإمتحان ، وقد يصدق اللبس والزينة معاً كمن لبس لباساً من الحرير خاصة أو الحرير والذهب ممزوجاً ونحوهما . فلابدّ من ملاحظة الأدلة فى المقام حيث ثبت أنّ المحرّم فيها عنوان التزيين أو اللبس أو كليهما ، ولذا نبحث عنها فى جهتين :

الجهة الأولى : أدلة حرمة الحرير إلاّ ما استثنى على الرجال

الدليل الأوّل : أدعى المحقق الأردبيلى قدس سره الإجماع على حرمة التزيين بهما للرجال وهكذا فى المسألة الثانية أعنى التشبّه ، ولكن استشكل فيه بقوله : « والإجماع غير ظاهر فيما قيل »(٢) .

ولكن ادعى الفقيه السيد على الطباطبائى قدس سره الإجماع على حرمة تزيين الرجل

١- (١) المكاسب ١ / ١٧٣ .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٥ .

بالذهب وإن قلّ والحرير إلاّ ما استثنى(١) ، وهكذا الفاضل النراقى(٢) .

وذهب صاحب الجواهر إلى الإجماع بين المسلمين فى عدم جواز لبس الحرير المحض

للرجال ، وإلى الإجماع عندنا فى عدم جواز الصلاة فيه إذا كان ممّا تتمّ به الصلاة(٣) .

فالدليل الأوّل على حرمة الحرير على الرجال هو الإجماع بين المسلمين والفريقين .

وفيه : ثبوت إتفاق الفقهاء من العامة والخاصة على حرمة الحرير للرجل متحقق ، ولكن هل هذا على نحو اللبس أو التزيين غير معلوم ، هذا أولاً .

وثانياً : تحصيل الإجماع المحصَّل فى المقام مشكل كما مرّ من المحقق الأردبيلى قدس سره .

وثالثاً : الإجماع على فرض ثبوته مدركى ومأخذه الروايات الواردة فى المقام ، فلا يفيد الإجماع شيئاً و لابدّ من ملاحظة الروايات .

الدليل الثانى : الروايات تدلّ على حرمة لبس الحرير على الرجل .

منها : معتبرة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا يصلح لباس الحرير والديباج ، فأمّا بيعهما فلا بأس(٤) .

بقرينة الحكم والموضوع وغيرها من الروايات ، فإن الرواية تدل على حرمة لبس الحرير والديباج على الرجل مطلقاً ، يعنى فى حال الصلاة وغيرها . والسند قوى ومعتبر .

ومنها : خبر جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام إنّه كان يكره أن يلبس القميص المكفوف بالديباج ، ويكره لباس الحرير ولباس الوشى [القسى] ، ويكره الميثرة الحمراء فإنّها ميثرة إبليس(٥) .

والرواية تدل على حرمة لبس الحرير والديباج على الرجل ، ومن المعلوم أنّ الكراهة فى لسان الأئمة عليهم السلام تحمل على الحرمة .

١- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٧٣ .

٢- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٧٣ .

٣- (١) الجواهر ٨ / ١١٤ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٦٨ ح ٣ - الباب ١١ من أبواب لباس المصلى .

٥- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٠ ح ٩ .

والوشى فى اللغة : تحسين الشىء وتزيينه(١) ، ولباس الوشى لعله كان لباساً فى تلك الأعصار يزيّنونه بالحرير ، وتظهر من مكاتبة الحميرى أنّه يعمل من قزّو أبريسم(٢) . وأمّا إذا كان لباس القسى - كما فى نسخة - فالمراد به ثيابٌ يوتى بها من اليمن كما فى معجم مقاييس اللغة(٣) أو ثياب فيها حرير تجلب من مصر ، نسبة إلى قرية تصنع بها كما فى لسان العرب(٧) ،ولم

ينقل لنا كيفيته ولكن الظاهر أنّه أيضاً يصنع من الحرير والديباج بقرينة عطفه فى كلامه عليه السلام بلباس الحرير .

وأمّا الميثرة : شىءٍ يحسن بقطن أو صوف ويجعله الراكب تحته ، وجمعه مياثر ومؤاثر(٤) . وعلى هذا المعنى لابدّ من حمل النهى عن الميثرة الحمراء على الكراهة كما هو واضح .

وبالجملة ، الرواية تدلّ على حرمة لبس الحرير والديباج على الرجال ، ولكن سندها ضعيف بقاسم بن سليمان ، لأنّ الرجاليين توقفوا فيه ولم يوثقوه .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهاهم عن سبع خصال : منها لباس الإستبرق والحرير والقَزِّ والأرجوان(٥) .

والرواية تدلّ حرمة لبس الحرير ، لأنّ النهى ظهوره فى الحرمة ، والسند لا بأس به .

ومنها : معتبرة إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلاّ فى الحرب(٦) .

النهى يدلّ على حرمة لبس الحرير للرجال ، والإستثناء يدلّ على جوازه فى الحرب .

ص:٢٧٤

١- (٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦ / ١١٤ .
٢- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٥ ح ٨ الباب ١٣ من أبواب لباس المصلى .
٣- (٦) معجم مقاييس اللغة ٥ / ١٠ .
٤- (١) لسان العرب ٦ / ١٧٥ .
٥- (٢) مجمع البحرين ٣ / ٥٠٩ .
٦- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧١ ح ١١ .

وسند الرواية معتبر بعبد اللّه بن محمد بن عيسى أخى أحمد الثقة ، وعبد اللّه كان معتمداً عليه ، وإسماعيل بن الفضل هو الهاشمى الثقة .

ومنها : موثقة ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يلبس الرجل الحرير والديباج إلاّ فى الحرب(١) .

ظهور النهى فى الحرمة واضح ، ولكن فى سند الرواية إرسال .

ومنها : موثقة سماعة بن مهران قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن لباس الحرير والديباج ، فقال : أمّا فى الحرب فلا بأس به وإن كان فيه تماثيل(٢) .

فى هذه الموثقة إشعار بأنّ فى غير الحرب به باسٌ ، يعنى يحرم فى غير الحرب .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : لم يطلق النبى صلى الله عليه و آله وسلم لبس الحرير لأحد من الرجال إلاّ لعبد الرحمن بن عوف وأنّه كان رجلاً قِملاً(٣) .

دلالتها على حرمة لبس الحرير للرجال واضحة ، ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : صحيحة زرارة قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام ينهى عن لباس الحرير للرجال والنساء إلاّ ما كان من حرير مخلوط بخزّ لحمته أو سداه خزّ أو كتان أو قطن ، وإنّما يكره الحرير المحض للرجال والنساء(٤) .

الرواية تدلّ على حرمة لبس الحرير المحض للنساء والرجال ، ولكن النساء خرجنّ بواسطة غيرها من الروايات من هذه الحرمة الى الجواز وبقى الرجال فى الحكم بالحرمة .

وبالجملة ، هذه الروايات كما ترى تدلّ على حرمة لبس الحرير للرجال فقط ولم يرد فيها عنوان التزيين ، فما حرم على الرجال لبس الحرير المحض وبطلت صلاتهم فيها كما تدلّ عليه الروايات(٥) . نعم استثنى لهم ما لا تتمّ الصلاة فيه كالقلنسوة ونحوها .

١- (٤) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧١ ح ١ الباب ١٢ من أبواب لباس المصلى .

٢- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٢ ح ٢ .

٣- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٢ ح ٣ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٢ ح ٤ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٤ ح ٥ - الباب ١٣ من أبواب لباس المصلى .

الجهة الثانية : أدلة حرمة الذهب على الرجال

تدلّ عدّة من الروايات على حرمة لبس الذهب على الرجال :

منها : موثقة روح بن عبد الرحيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لأمير المؤمنين عليه السلام : لا تتختم بالذهب فإنّه زينتک فى الآخرة(١) .

نهى صلى الله عليه و آله وسلم عن التختم بالذهب ، والتختم من أظهر مصاديق الزينة وإن صدق فى لسان العرب عليه اللبس ، والتعليل أيضاً فيه إشعار بحرمة هذا التزيين فى الدنيا . وسند الرواية موثق ، لأن المراد بغالب بن عثمان هو المنقرى الثقة وإن كان واقفياً بقرينة رواية ابن فضال عنه وروايته عن روح بن عبد الرحيم ، فالرواية موثقة سنداً به وبابن فضال .

ومنها : خبر أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام : أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال لعلىّ عليه السلام : إنّى اُحبّ

لک ما اُحبّ لنفسى وأكره لک ما أكره لنفسى ، لا تتختم بخاتم ذهب فإنّه زينتک فى الآخرة ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر حنان بن سدير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سمعته يقول : قال النبى صلى الله عليه و آله وسلم لعلىّ عليه السلام : إيّاک أن تتختّم بالذهب ، فإنّه حليتک فى الجنة ، وإيّاک أن تلبس القسى(٣) .

ومنها : خبر جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا تجعل فى يدک خاتماً من الذهب(٤) .

ومنها : معتبرة عمار بن موسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال : لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلّى فيه ، لأنّه من لباس أهل الجنة(٥) .

هذه الرواية تدلّ على حرمة لبس الذهب على الرجال وبطلان الصلاة فيه وسندها معتبر .

١- (٤) فراجع وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٦ الباب ١١ من أبواب لباس المصلى .

٢- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٤ ح ٦ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٦ ح ١١ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٣ ح ٢ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٣ ح ٤ .

ومنها : خبر موسى بن أكيل النميرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الحديد : إنّه حلية أهل النار والذهب أنّه حلية أهل الجنة ، وجعل اللّه الذهب فى الدنيا زينة النساء ، فحرّم على الرجال لبسه والصلاة فيه ، الحديث(١) .

فى الرواية إشعار بحرمة التزين بالذهب على الرجال ، والتلبس به من أحد مصاديقه .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهاهم عن سبع ، منها : التختّم بالذهب(٢) .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن الرجل هل يصلح له أن يتختم بالذهب ؟ قال : لا(٣) .

الظاهر أن النهى فى عدم جواز التختم بالذهب بعنوان أحد مصاديق التزيّن والتحلى

به ، ولا نرى الفرق بين التختم بالذهب وغيره من الحلى والزينة . وسند الرواية صحيح ، لأنّ لصاحب الوسائل سنداً صحيحاً إلى كتاب على بن جعفر العريضى قدس سره .

ومنها : خبر البراء بن عازب قال : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن سبع وأمر بسبع ، نهانا أن نتختّم بالذهب وعن الشرب فى آنية الذهب والفضة وقال : من شرب فيها فى الدنيا لم يشرب فيها فى الآخرة ، وعن ركوب المياثر ، وعن لبس القسىّ ، وعن لبس الحرير والديباج والإستبرق ، وأمرنا باتباع الجنائز وعيادة المريض وتسميت العاطس ونصرة المظلوم وإفشاء السلام وإجابة الداعى وإبراء القسم(٤) .

سند الرواية ضعيف بعدّة من الضعاف والمجاهيل .

ومنها : خبر إبن عباس عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال فى حجة الوداع : إنّ من أشراط القيامة إضاعة الصلاة - إلى أن قال : - فعند ذلک تحلّى ذكور اُمّتى بالذهب ويلبسون الحرير والديباج ، الحديث(٥)

١- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٤ ح ٥ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٥ ح ٩ .

٣- (٧) مسائل على بن جعفر العريضى / ١٦٢ ح ٢٥١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٤ / ٤١٥ ح ١٠ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٤١٥ ح ٨ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٤٨ ح ٢٢ - الباب ٤٩ من أبواب جهاد النفس .

ومنها : خبر جابر الجعفى عن الباقر عليه السلام أنّه قال : ليس على النساء أذان ولا إقامة إلى أن قال : ويجوز للمرأة لبس الديباج والحرير فى غير صلاة وإحرام وحرم ذلک على الرجال إلاّ فى الجهاد ، ويجوز أن تتختّم بالذهب وتصلّى فيه وحرم ذلک على الرجال [إلاّ فى الجهاد] ، قال النبى صلى

الله عليه و آله وسلم : يا على لا تتختّم بالذهب فإنّه زينتک فى الجنة ، ولا تلبس الحرير فإنّه لباسک فى الجنة ، الحديث(١) .

ومنها : مرسلة دعائم الإسلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه نهى الرجال عن حلية الذهب ، قال : هى حرام فى الدنيا(٢) .

ومنها : مرفوعة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه خرج وفى إحدى يديه ذهب والأُخرى حرير وقال : إنّ هذين محرّمان على ذكور اُمتى ، حلّ لأُناثها(٣) .

ظاهر هذه الروايات بقرينة تناسب حكمها وموضوعها أنّ التزيّن والتزيين بالذهب

والتلبس به على الرجال حرام ، ولا تنحصر الحرمة بالتلبس بالذهب فقط بخلاف الحرير ، فإن التلبس به كان على الرجال حراماً . وأمّا الذهب حرمته لا تنحصر بالتلبس بل تشمل التزيّن أيضاً . ويؤيد ما ذكرنا قوله تعالى : «جَنَّاتُ عَدْنٍ يَدْخُلُونَهَا يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤاً وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ»(٤) .

حيث جعل اللّه تعالى الذهب حلّى أهل الجنة وزينتهم وجعل لباسهم الحرير . والروايات أيضاً أشارت إلى الآية الشريفة حيث ورد فيها : « فإنّه (أى الذهب) زينتک فى الآخرة أو فى الجنة » .

وبالجملة ، مدار الحرمة فى الذهب على التزيين واللبس معاً على الرجال وفى الحرير على اللبس فقط عليهم .

فعلى ما ذكرنا تمت الحرمة التكليفية الواردة فى كلام صاحب العروة قدس سره لا الحرمة

١- (٣) الخصال ٢ / ٥٨٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٢١٨ ح ٥ .

٢- (٤) دعائم الاسلام ٢ / ١٦٤ ح ٥٨٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٢١٨ ح ٣ .
٣- (٥) مستدرک الوسائل ٣ / ٢١٩ ح ٦ .
٤- (١) سورة فاطر / ٣٣ .

الوضعية ، حيث يقول فى المسألة ٢٣ من شرائط لباس المصلى : « ... نعم إذا كان زنجير الساعة من الذهب وعلّقه على رقبته أو وضعه فى جيبه لكن علّق رأس الزنجير يحرم ، لأنّه تزيين بالذهب ولا تصح الصلاة فيه أيضاً »(١) .

لأنّنا استفدنا حرمة التزيين بالذهب على الرجال من الروايات ، وأمّا الحرمة الوضعية بالنسبة إلى الصلاة - يعنى بطلانها - فيدور مدار لبس الذهب وصدق عنوان الصلاة فيه ، يعنى إذا صدق أنّه صلى فى الذهب كانت صلاته باطلة . وفى صدق التلبس وإقامة الصلاة فيه فى مثل تعليق الزنجير الذى ذكره فى هذه المسألة مشكل جداً بل منع ظاهر . كما وافقنا فى هذا الفرض بعض المحشين للعروة ، نحو : بعض أساتيذنا - مد ظله -(٢) والسيد السيستانى(٣) - مد ظله - وقبلهما تنظّر السيد الحكيم قدس سره فى بطلان الصلاة(٤) . وأمّا شدّ الأسنان بالذهب فلا يصدق عليه عنوان التزيين عرفاً ، وعلى فرض صدقه عرفاً فهو مقام العلاج ويكون من الضرورات التى تبيح المحظور ، مضافاً إلى ورود رواية صحيحة تجوّز شدّ الأسنان بالذهب ،

وهى :

صحيحة محمّد بن مسلم قال : رأيت أبا جعفر عليه السلام يمضغ علكاً ، فقال : يا محمد نقضت الوسمة أضراسى فمضغت هذا العلک لأشدّها ، قال : وكانت استرخت فشدّها بالذهب(٥) .

والرواية بقرينة تناسب الحكم والموضوع وعدم الفرق بين الأضراس وغيرها من الأسنان تشمل الأسنان البارزة أيضاً ، فيجوز شدّ الأسنان بالذهب مطلقاً إذا كان الشدّ فى مقام العلاج ، واللّه العالم .

هذا تمام الكلام فى المقام الأوّل والمسألة الأولى .

ص:٢٧٩

١- (٢) العروة الوثقى / المسألة ٢٣ من شرائط لباس المصلى .

٢- (٣) التعليقة على العروة الوثقى ١ / ٢٦١ .

٣- (٤) العروة الوثقى مع تعليقة السيد السيستانى ٢ / ٥١ .

٤- (٥) العروة الوثقى ٢ / ٣٤٣ طبع جماعة المدرسين بقم المقدسة مع ١٥ حاشية من أعلام الفقهاء والمراجع .

٥- (١) وسائل الشيعة ٢ / ٩٣ ح ٣ - الباب ٤٩ من أبواب آداب الحمام . و٤ / ٤١٦ ح ١ الباب ٣١ من أبواب لباس المصلى .

المقام الثانى : تشبّه الرجل بالمرأة وعكسه

هل المحرّم على الرجل والمرأة تزيى أحدهما بزىّ الآخر فى اللباس والزينة وظهوره فى المجتمع بهيئة الآخر ، أو المحرّم عليها اللواط والمساحقة ، أو التزىّ التى مآلها إلى الإرتباطات الجنسية المنحرفة لأنّهما من أظهر مصاديق التأنث والتذكّر ؟ فلابدّ من مراجعة روايات الباب حتّى يظهر الجواب :

فمنها : خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم - فى حديث - لعن اللّه المحلِّل والمحلَّل له ، ومن تولّى غير مواليه ، ومن ادعى نسباً لا يعرف ، والمتشبّهين من الرجال بالنساء والمتشبّهات من النساء بالرجال ، ومن أحدث حدثاً فى الإسلام أو آوى محدِثاً ، ومَنْ قَتَلَ غير قاتله أو ضرب غير ضاربه(١) .

الرواية تدلّ على حرمة مطلق تشبّه الرجل والمرأة بالآخر ، ومنها : التشبّه بالزىّ واللباس والهيئة والجنسية وغيرها ، كما اعترف بهذه الدلالة عدّة من الأعلام منهم : الفقيه السيد محمد كاظم الطباطبائى(٢) والمحقق الإيروانى(٣) وناقش فيها الشيخ الأعظم(٤) والمحقق

الخوئى(٥) قدس سرهم .

نعم ، جواز اشتغال الرجل بأعمال المرأة نحو الغزل والخياطة وتغسيل الثوب وتنظيف البيت والكنس ، واشتغالها بأعماله نحو : البيع والشراء والسقى والزرع والحصد والأعمال التى تقع فى خارج البيت ، لا ينتقض علينا ، لأنّ خروج هذه الإشتغالات من محلّ البحث تخصصاً واضح ، ولم يذهب فقيه إلى حرمتها بإطلاق حرمة التشبّه ، فلا يتمّ ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره فى

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٤٨ ح ١ الباب ٨٧ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٣) حاشية المكاسب / ١٦ - (١ / ٩٩ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٤) حاشية كتاب المكاسب ١ / ١٢٢ .

٤- (٥) المكاسب المحرمة / ٢٢ - (١ / ١٧٤ من الطبعة الحديثة) .

٥- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٠٨ .

المقام ، فراجع تمام كلامه فى مصباحه(١) .

وأمّا ضعف سندها فمنجبر بالشهرة كما اعترف به الفقيه اليزدى قدس سره (٢) .

ومنها : معتبرة بل موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام أنّه رأى رجلاً به تأنيث فى مسجد رسول اللّه ، فقال له : اُخرجْ من مسجد رسول اللّه يا من لعنه رسول

اللّه ، ثم قال على عليه السلام : سمعتُ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم يقول : لعن اللّه المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال(٣) .

وفى حديث آخر : أخرجوهم من بيوتكم فإنّهم أقذر شىءٍ(٤) .

الرواية تدلّ على حرمة تشبّه الرجل بالمرأة وعكسه مطلقاً ، واختصاصها باللواط واضح المنع ، لعدم لزوم خروج الملوط من مسجد رسول اللّه وعدم إمكان الإتيان بالفعل الشنيع فيه ، فظهور الرواية فى الرجل الذى تشبّه بالنساء فى الزىّ والهيئة واللباس والزينة ونحوها ثابتٌ .

وأمّا سندها موثق أو معتبر أقلاً ، لأنَّ جلالة ووثاقة الصدوق ووالده ومحمد بن يحيى ومحمد بن أحمد وأحمد بن أبى عبد اللّه البرقى واضح ، وأمّا أبو الجوزاء فهو منبه بن عبد اللّه الثقة ، والحسين بن علوان الكلبى أيضاً ثقة أو معتبر ، نعم فى مذهبه خلاف من أنّه عامّى أو هو من الخاصة مع ثبوت وثاقة أخيه الحسن وكونه إمامياً . وعمرو بن خالد الواسطى ثقة وقد يقال بأنّه من العامة ، ولكنّه بالزيدية أقرب من العامّة ، لأنّ أكثر مايروى عن زيد بن على بن

الحسين عليهم السلام .

فالظاهر أنّ السند بنظرنا القاصر موثق أو معتبرٌ و لا أقل من حسنه ، فلا إشكال فى السند ، والدلالة أيضاً معلومة . فالرواية تدلّ على حرمة مطلق التشبّه .

ومنها : موثقة أو معتبرة أُخرى لعمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام عن

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٠٨ .

٢- (٣) حاشية المكاسب / ١٦ ،(١ / ١٠٠ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٤) علل الشرائع / ٦٠٢ ح ٦٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧/ ٢٨٤ ح ٢ و ٢٠ / ٣٣٧ ح ٩ .
٤- (٥) علل الشرائع/٦٠٢ ح ٦٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧/٢٨٥ ح ٣ و ٢٠ / ٣٣٨ ح ١٠ .

على عليه السلام قال : كنت مع رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم جالساً فى المسجد حتّى أتاه رجل به تأنيث ، فسلّم عليه فردّ عليه ، ثم أكبّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى الأرض يسترجع ، ثم قال : مثل هؤلاءِ فى اُمّتى ، إنّه لم يكن مثل هؤلاء فى اُمّة إلاّ عُذبتْ قبل الساعة(١) .

دلالة هذه الرواية على حرمة مطلق التشبّه مشكلٌ ، ولمستشكل أن يقول : إنّ المراد بالتأنيث كون الرجل ملوطاً . ولكن الصحيح أن كونه ملوطاً من أظهر مصاديق التأنث ، لا أنّ التأنث منحصر به .

نعم ، لا إطلاق فى الرواية حتّى تدلّ على حرمة مطلق التشبّه كما مرّ .

ومنها : خبر جابر بن يزيد الجعفى عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال : لا يجوز لها (أى للمرأة) أن تتشبّه بالرجال ، لأنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لعن المتشبّهين من الرجال بالنساء ولعن المتشبّهات من النساء بالرجال(٢) .

ودلالتها على حرمة مطلق التشبّه واضح ، ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر عروة بن عبد اللّه بن قشير [بشير] قال : دخلت على فاطمة بنت على بن أبى طالب عليه السلام وهى عجوزة كبيرة وفى عنقها خرز وفى يدها مسكتان ، فقالت : يكره للنساء أن يتشبَّهنَ بالرجال ، الحديث(٣) .

الرواية أقوى شاهد على ما ذكرنا ، حيث استفادت بنت أمير المؤمنين عليه السلام ، فيها تزيّنها مع كبر سنها من حرمة تشبّه النساء بالرجال من ترك الزينة وتعطيلها ، وهذه الإستفادة إحدى مصاديق التشبّه . وفى سندها ضعف ظاهر .

لا يقال : إنّ هذه الرواية مقطوعة لم تنقل عن المعصوم شيئاً ، فلا تفيدنا فى المقام .

لأنّا نقول : نعم هذه الرواية مقطوعة ولم تنقل من المعصوم شيئاً ، ولكن يظهر منها أنّ

حرمة تشبّه النساء بالرجال أمرٌ متسالم عليه بين المسلمين فى تلك الأعصار ، ولذا استدلّتْ واحتجتْ فاطمة بنت أمير المؤمنين عليه السلام على ما فى الرواية على عدم تعطيلها وتركها للزينة

١- (١) علل الشرائع/٦٠٢ ح ٦٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٨٥/١٧ ح ٤ و ٣٣٨/٢٠ ح ١١ .
٢- (٢) مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٦ ح ١ - الباب ٩ من أبواب أحكام الملابس .
٣- (٣) مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٦ ح ٣ .

بأنّ ترک الزينة وتعطيلها للنساء كان أمراً منهياً عنه فى الشريعة المقدسة ، لأنّها من مصاديق تشبّه النساء بالرجال ، وهو حرام .

فإذا صار تشبّه النساء بالرجال حراماً ، كان عكسه - يعنى تشبّه الرجال بالنساء - أيضاً حراماً ، لعدم القول بالفصل .

فهذه الرواية دلّت على حرمة مطلق التشبّه .

ومنها : خبر أبى هريرة قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم المخنثين [مِن] الرجال المتشبهين بالنساء ، والمترجلات مِن النساء المتشبهات بالرجال ، الحديث(١) .

دلالة الرواية على الإطلاق مشكل ، وفى سندها ضعف ظاهر .

ومنها : خبر جبير بن نقير الحضرمى قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لعن اللّه، وأمنت الملائكة على رجل تأنّث وامرأة تذكّرت ، الحديث(٢) .

دلالتها وسندها كالرواية السابقة .

ومنها : مرسلة الطبرسى رفعه عن أبى أمامة عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : أربع لعنهم اللّه مِنْ فوق عرشه وأمنت عليه ملائكته : الذى يحصر نفسه فلا يتزوّج ، ولا يتسرّى لئلا يولد له ، والرجل يتشبّه بالنساء وقد خلقه اللّه ذكراً ، والمرأة تتشبّه بالرجال وقد خلقها اللّه أُنثى(٣) .

دلالتها على حرمة مطلق التشبّه تام ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

ومنها : مرسلة دعائم الاسلام رفعها عن الصادق عليه السلام أنّه قال : إنَّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى النساء أن يكنّ معطلات من الحُلى ، ولا يتشبهن بالرجال ، ولعن من فعل ذلك منهنَّ(٤) .

الرواية تدلّ على حرمة مطلق تشبّه النساء بالرجال ومنها ، تعطيلهنّ الزينة والحُلى كما مرّ منّا فى ذيل رواية عروة بن عبد اللّه الماضية ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

وأمّا ما ورد فى بعض الروايات من تفسير تشبّه النساء بالرجال بالمساحقة ، وتفسير

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠٢ ح ١ الباب ٧٠ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠٣ ح ٣ .

٣- (٣) مجمع البيان ٤ / ١٤٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠٣ ح ٢ .

٤- (٤) دعائم الاسلام ٢ / ١٦٣ ح ٥٨٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٧ ح ٤ .

تشبّه الرجال بالنساء باللواط ، مضافاً إلى ضعف سندها ،ذُكرت فيها إحدى مصاديق هذا التشبّه لا أنّها انحصر التشبّه بهما فقط أو ذكرت فيها أظهر مصاديق التشبّه . كما ذهب إليه شيخنا الأستاذ – مد ظله – من إحتمال أنّها أقوى مراتب التشبّه ، لا تمام مراتبه(١) .

أضف إلى ذلک ما لو كان المراد بالتشبّه ما وردت هكذا ، فما الفرق بين مدلول هذه الروايات والروايات الواردة فى حرمة اللواط والمساحقة ؟ فلابدّ حينئذ عدّها منهنّ ، مع أنّ ظاهر روايات التشبّه إفادة معنىً أعم منها كما بيّناه .

وأمّا الروايات التفسير اثنتان :

إحداهما : خبر يعقوب بن جعفر قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام أو أبا إبراهيم عليه السلام عن المرأة تساحق المرأة ، وكان متكئاً فجلس وقال : ملعونة ملعونة الراكبة والمركوبة وملعونة حتّى تخرج من إثوابها ، فإنّ اللّه وملائكته وأولياءه يلعنونها ، وأنا ومن بقى فى أصلاب الرجال وأرحام النساء ، فهو واللّه الزنا الأكبر ، ولا واللّه ما لهنَّ توبة ، قتل اللّه لاقيس بنت إبليس ماذا جاءت به . فقال الرجل : هذا ما جاء به أهل العراق . فقال : واللّه لقد كان على عهد رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قبل أن يكون العراق ، وفيهنَّ قال رسول اللّه : لعن اللّه المتشبهات بالرجال من النساء ولعن المتشبهين من الرجال بالنساء(٢) .

وأُخراهما : رواية أبى خديجة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال ، وهم المخنثون واللاّتى ينكحنَ بعضهنّ بعضاً(٣) .

وتؤيد ما ذكرنا من أنَّ المساحقه واللواط من أظهر مصاديق التشبّه لا أنّها تنحصر بهما ، الروايات الواردة فى النهى عن تشبّه كلّ من المرأة والرجل بالآخر فى اللباس نذكر بعضها :

منها : موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يجرّ ثوبه ، قال : إنّى لأكره

١- (١) ارشاد الطالب ١ / ١١٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٣٤٥ ح ٥ الباب ٢٤ من أبواب النكاح المحرّم .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ٣٤٦ ح ٦ .

أن يتشبّه بالنساءِ(١) .

لا يخفى أنّ هذه الرواية رواها أيضاً صاحب مكارم الأخلاق(٢) مرسلاً كما نقل عنه فى الوسائل(٣) ، ولكن رواها هنا مسنداً عن الكافى الشريف(٤) .

ولا تنافى بين ما ذكرنا وعدم إفتاء الأصحاب بالحرمة فى إسبال الثوب وجرّه ، لأنّنا استفدنا من التشبيه الوارد فى الرواية فقط من أنّ الامام عليه السلام شبّه الرجل الذى جرّ ثوبه بالنساء وقال عليه السلام : « إنّى لأكره أن يتشبّه بالنساء » ، فيظهر أن التشبّه يمكن أن يكون فى اللباس ونحوه من الزينة والزى والهيئة والجنسية وغيرها ، ويمكن أن يكون بعض مصاديق التشبّه المكروه إذا كانت ضعيفة ، نحو جرّ الثوب ، وبعض مراتبها محرّمة إذا كانت قويّة شديدة نحو السحق واللواط .

ومنها : مرسلة الطبرسى صاحب مكارم الأخلاق رفعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم يزجر الرجل أن يتشبّه بالنساء وينهى المرأة أن تتشبّه بالرجال فى لباسها(٥) .

دلالة الرواية على حرمة تشبّه كلّ من الرجل والمرأة بالآخر فى اللباس تامة ، فما ذكره الشيخ الأعظم من أنّها تدلّ على الكراهة(٦) غير تام .

ويمكن أن يُستدل لما ذكرناه من الحرمة فى المقام بالروايات الواردة فى لباس الشهرة ، ولعلّ أوّل من استدلّ بها على مابدا لى بعد فحصى فى هذه العجالة جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرحه على القواعد(٧) ، وتبعه بعده أعلام تلاميذه و غيرهم منهم : السيد

١- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٤٢ ح ٤ . الباب ٢٣ من أبواب أحكام الملابس .

٢- (١) مكارم الأخلاق / ١١٨ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ٢٥ ح ١ . الباب ١٣ من أبواب أحكام الملابس .

٤- (٣) الكافى ٦ / ٤٥٨ ح ١٢ .

٥- (٤) مكارم الأخلاق / ١١٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٢٥ ح ٢ .

٦- (٥) المكاسب المحرمة / ٢٢ - (١ / ١٧٥ من الطبعة الحديثة) .

٧- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٣ .

الطباطبائى فى الرياض(١) والفاضل النراقى فى المستند(٢) والسيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٣) وصاحب الجواهر(١٠) وتلميذه السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه(١١) قدس سرهم .

بتقريب : أنه أفتى الأصحاب بحرمة لباس الشهرة ، وأظهر مصاديق لباس الشهرة لبس الرجل ما يختص بالمرأة وعكسه ، فالتلبس به حرامٌ .

وهذا الإستدلال تامّ لا ريب فيه ، وتدلّ على حرمة لباس الشهرة عدّة من الروايات :

منها : صحيحة أبى أيوب الخزّاز عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ اللّه يبغض شهرة اللباس(٤) .

ودلالتها على الحرمة واضحة وسندها صحيح .

ومنها : صحيحة حماد بن عثمان قال : كنت حاضراً عند أبى عبد اللّه عليه السلام إذ قال له رجل : أصلحک اللّه ذكرت أنّ على بن أبى طالب عليه السلام كان يلبس الخشن ، يلبس القميص بأربعة دراهم وما أشبه ذلک ونرى عليک اللباس الجيّد ؟ قال : فقال له : إنّ على بن أبى طالب عليه السلام كان يلبس ذلک فى زمان لا ينكر ، ولو لَبِسَ مثل ذلک اليوم لشهَّرَ به ، فخير لباس كلّ زمان لباس أهله ، غير أنّ قائمنا إذا قام لبس لباس على عليه السلام وسار بسيرته(٥) .

إذا صار لباس على عليه السلام فى زمن الصادق عليه السلام لباس شهرةٍ ، فمصداقية ما نحن فيه من الألبسة للباس الشهرة بطريق أولى واضحٌ .

ومنها : رواية ابن مسكان عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كفى بالمرء خزياً يلبس ثوباً يشهره أو يركب دابّة تشهره(٦) .

١- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٧٣ .

٢- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١٧٣ .

٣- (٩) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٠ (١٢ / ١٩٨ من طبعة جماعة المدرسين) .

٤- (١) الجواهر ٢٢ / ١١٥ .

٥- (٢) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤١ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٢٤ ح ١ . الباب ١٢ من ابواب احكام الملابس .

قال بعض أساتيذنا - مدظله - فى ذيل الرواية : « قد فسّر الخزى تارة بالذلّ والهوان وتارة بالعذاب والعقاب ، وعلى الأوّل لا دلالة له على الحرمة ، مضافاً إلى إرسال الرواية »(١) .

وفيه : الخزى حتّى لو فسّر بالذلّ والهوان يدلّ على الحرمة ، لأنه ليس على المؤمن أن يذلّ نفسه ، وأنّ اللّه لم يأذن للمؤمن أن يذلّ نفسه ، تدلّ على حرمة ذلک عدّة من الروايات : نحو موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ اللّه تبارک وتعالى فوّض إلى المؤمن كلّ شىءٍ

إلاّ إذلال نفسه(٢) .

ومثلها فى الدلالة موثقتين لسماعة(٣) ، وقد ذكرتُ رواياتها فى كتابَىَّ « ألف حديث فى المؤمن / ١١٢ » و « موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٣٢ » فراجعهما أن شئت .

ومنها : موثق عثمان بن عيسى عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الشهرة خيرها وشرّها فى النار(٤) .

الرواية مرسلة سنداً وتدلّ على قبح الشهرة ومنها : لباسها ، وبقرينة غيرها من الروايات يحكم مضافاً إلى قبح لباس الشهرة إلى حرمتها . أو أنّ الرواية تدلّ على الحرمة بقرينة النار التى وردت فيها ، ولكن تحمل خبر الشهرة بمعرضيتها للنار نحو : الإتيان بالعبادات والطاعات والخيرات رياءً وسمعةً أو إيجاد العُجب والفخر فى نفسه بسببها .

ومنها : رواية أبى سعيد عن الحسين عليه السلام قال : من لبس ثوباً يشهره ، كساه اللّه يوم القيامة ثوباً من النار(٥) .

دلالتها على الحرمة واضحة ، حتّى اعترف بها صاحب الوسائل(٦) الذى ذهب إلى الكراهة فى لباس الشهرة بحيث جعل عنوان بابها : « كراهة الشهرة فى الملابس وغيرها »(٧) .

١- (٤) الكافى ٦ / ٤٤٤ ح ١٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ١٧ ح ٧ . الباب ٧ من ابواب احكام الملابس .

٢- (١) الكافى ٥ / ٦٣ .

٣- (٢) الكافى ٥ / ٦٣ و ٦٤ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٢٤ ح ٣ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٢٤ ح ٤ .

٦- (٥) وسائل الشيعة ٥ / ٢٥ .

٧- (٦) وسائل الشيعة ٥ / ٢٤ .

والمراد بأبى سعيد فى سندها هو سعد بن مالک أبو سعيد الخِدْرى الصحابى ، ولا أقل من حسنه إن لم نعده من الثقات ، وعدّه الكشى من السابقين الذين رجعوا إلى أمير المؤمنين عليه السلام (١) ، فالرجل كان شيعياً أيضاً .

ولكن فى السند محمد بن سنان وأبى الجارود ، وبالأخير صارت الرواية ضعيفة الإسناد لِثبوت وثاقة الأوّل وضعف الثانى عندنا .

ورواها سبط الطبرسى مرسلاً عن الحسن بن على عليهماالسلام فى مشكاة الأنوار(٨) .

ومنها : مرسلة ابن أبى جمهور الأحسائى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : من لبس ثوب شهرة فى الدنيا ألبسه اللّه ثوب مذلّة فى الآخرة(٢) .

دلالتها على الحرمة واضحة ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

ومنها : مرسلة سبط الطبرسى نقلاً عن المحاسن عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ اللّه يبغض الشهرتين : شهرة اللباس ، وشهرة الصلاة(٣) .

دلالتها على حرمة لباس الشهرة واضحة ، ولكن فى سندها إرسال ولم أجدها فى المحاسن المطبوع لأنّها فُقدت من أصلها عدّة من الأجزاء ، ولعلّ هذه الرواية كانت فى الأجزاء المفقودة . والعلم عند اللّه تعالى .

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ من البحث فيها :

هاهنا فروع لابد منها

الفرع الأوّل :

التشبّه المحرّم حتّى إذا كان بنحو التلبس يختلف باختلاف الأعصار والأمصار والبلدان والمُدُن والأجيال ، حتّى بالنسبة إلى عصر واحد ومصر واحد وجيل واحد يختلف باختلاف الفقر والغنى ، ومستند كلّ ذلک الصدق العرفى للتشبّه كما قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره :

١- (٧) اختيار معرفة الرجال / ٣٨ ح ٧٨ .

٢- (١) مشكاة الأنوار / ٣٢٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٥ ح ٤ .

٣- (٢) مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٥ ح ١ .

« وباختلاف الأحوال و المحالّ تختلف ملابس النساء والرجال ، فقد يختلف حال العجم وحال العرب وحال الفقراء وحال أرباب الرتب»(١) .

ونحوها عبارة تلميذه فى الجواهر(٢) .

وقال السيد فى الرياض : « وتختلف باختلاف الأصقاع والأزمان»(٣) .

ونحوها عبارة المستند(٤) .

وقال السيد العاملى : « وباختلاف البلدان والأحوال تختلف ملابس النساء والرجال»(٥) .

وقال السيد على آل بحر العلوم من تلاميذ صاحب الجواهر : « يختلف الحكم فيه باختلاف الأزمان والبلاد والطوائف والحالات وغيرها ، ضرورة تبعيّة الحكم لعادة الرجال والنساء المختلفة بالاختلاف المزبور بالضرورة »(٦) .

وقال الفقيه اليزدى : « تنبيهات : الأوّل : لا يخفى أنّ مختصات الرجال والنساء تختلف باختلاف الأزمان والبلدان ، فيختلف الحكم باختلافهما »(٧) .

الفرع الثانى :

لا بأس بتلبس كلّ من الرجل والمرأة بلباس الآخر أو زيّه إذا كان لغرضٍ عقلائيٍ ، لانصراف أدلة حرمة التشبيه من هذه الصورة ، نحو : تلبس الرجل لباس المرأة لبردٍ أو حرٍّ أو للستر الواجب عند الناظر المحترم أو الستر الواجب فى الصلاة أو لإقامة التعزية للإمام الحسين عليه السلام وتجسّم ما وقع فى كربلاء أو الشركة فى الأفلام العصرية .

١- (٣) مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٥ ح ٢ .

٢- (٤) شرح القواعد ١ / ٢١٤ .

٣- (٥) الجواهر ٢٢ / ١١٦ .

٤- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٧٣ .

٥- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٧٣ .

٦- (٢) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٠ - (١٢ / ١٩٩ من طبعة جماعة المدرسين) .

٧- (٣) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤١ .

والدليل على ذلک - مضافاً إلى انصراف الأدلة من هذه الفروض والأمثلة - صحيحة العيص بن القاسم التى رواها المشايخ الثلاثة ، قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يصلّى فى ثوب المرأة وإزارها ويعتمّ بخمارها ، قال : نعم إذا كانت مأمونة(١) .

والرواية تدلّ على جواز لبس الرجل لباس المرأة لغرض عقلائى نحو الصلاة فيه ، والقيد الذى أشار إليه الإمام عليه السلام « إذا كانت مأمونة » يعنى من حيث الطهارة والنجاسة وتقيّدها بالطهارة وسندها كما مر صحيح .

واعترف بذلک المحقق الخوئى وقال قدس سره : « وقد تجلى ممّا ذكرناه أنّه لا شک فى جواز لبس

الرجل لبس المرأة لإظهار الحزن وتجسّم قضية الطف وإقامة التعزية لسيد شباب أهل الجنة عليه السلام ، وتوهم حرمته لأخبار النهى عن التشبّه ناشىء من الوساوس الشيطانية ... »(٢) .

وقال بعض أساتيذنا - مدظله - : « ... فالظاهر من هذه الرواية [يعنى مرسلة الطبرسى صاحب مكارم الأخلاق الماضية] وأمثالها صورة اتخاذ أحدهما لباس الآخر لباساً لنفسه فى حياته وتعيّشه الإجتماعى ، فلا يشمل اللبس الموقّت لغرض عقلائى كما فى الأفلام والتعازى المتداولة والإراة للخياط مثلاً ونحو ذلک»(٣) .

ولذا علّق - مدظله - على المسألة ٤٢ من شرائط لباس المصلى من العروة الوثقى بقوله : « ... و كذا يحرم على الأحوط لبس الرجال ما يختص بالنساء وبالعكس ، والأحوط ترک الصلاة فيهما وإن كان الأقوى عدم البطلان »(٤) . والدليل عليه هو ما ذكره فى المقام ، فراجع تعليقته على العروة الوثقى(٥) إن شئت .

وعلّق السيد السيستانى - مد ظله - على هذه المسألة من العروة بقوله : « لا ينبغى

١- (٤) حاشية المكاسب / ١٧ (١ / ٩٩ من الطبعة الحديثة) .

٢- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٠ .

٣- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥١٠ .

٤- (٣) العروة الوثقى - المسألة ٤٢ من مسائل شرائط الباس المصلى .

٥- (٤) التعليقة على العروة الوثقى ١ / ٢٦٣ .

الإشكال فى جواز أن يلبس الرجل قميص المرأة ويصلى فيه كما تدل عليه صحيحة العيص ، فمورد الإحتياط المذكور خصوص صيرورة أحدهما بهيئة الآخر وتزيّيه بزيّه »(١) .

وقبلهما ذهب المحققون النائينى والشيخ محمد رضا آل ياسين والخوئى قدس سرهم فى تعاليقهم على العروة الوثقى إلى الجواز إذا كان اللبس لمدّة يسيرة أو لغرضٍ عقلائيٍ(٢) .

الفرع الثالث :

هل يعتبر القصد فى حرمة التشبه أم لا ؟ بأن يتشبّه الرجل فى لباسه وزيّه بالمرأة ولكن لم يقصد هذا التشبّه هل هذا حرام عليه أم لا ؟ وهل يعتبر العلم فى حرمة التشبّه أم لا ؟ بأن تلبس الرجل بلباس المرأة وزيّها من دون علمه بذلک بل صدر منه غفلة أو جهلاً هل يصدق

عليه أنّه تشبّه بالمرأة أم لا ؟ وعلى القول باعتبار العلم ينحصر بالعلم التفصيلى أو يكفى العلم الاجمالى ؟ وجوه بل أقوال :

ذهب الشيخ الأعظم إلى اعتبار العلم حيث قال : « بأنّ الظاهر عن التشبّه صورة علم المتشبِّه »(٣) .

وظاهر الشيخ حيث عنونه فى ذيل بحث الخنثى اعتبار العلم التفصيلى ، ولذا ينقض عليه المحشون على المكاسب بكفاية العلم الإجمالى على فرض اعتبار العلم ، نحو : الفقيه اليزدى(٤) والمحققون الإيروانى(٥) والخوئى(٦) والأردكانى(٧) قدس سرهم وبعض أساتيذنا(٨) - مد ظله - .

١- (٥) العروة الوثقى مع تعليقة السيد السيستانى ٢ / ٥٦ .

٢- (٦) العروة الوثقى ٢ / ٣٥١ طبع جماعة المدرسين مع ١٥ تعليقة من أعلام الفقهاء .

٣- (١) المكاسب المحرمة / ٢٢ (١ / ١٧٦ من الطبعة الحديثة) .

٤- (٢) حاشية المكاسب / ١٧ (١ / ٩٩ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٣) الحاشية على المكاسب ١ / ١٢٣ .

٦- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢١١ .

٧- (٥) غنية الطالب ١ / ١١٠ .

٨- (٦) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥١٧ .

وذهب السيد الخوئى إلى اعتبار العلم ولكن كفاية العلم الإجمالى فى صدق عنوان التشبّه ، حيث يقول : « لا إشكال فى اعتبار العلم بصدور الفعل فى تحقق عنوان التشبّه إلاّ أنّه لا يختص بالعلم التفصيلى بل يكفى فى ذلك العلم الاجمالى أيضاً ... »(١) .

قال المحقق الأردكانى بعد منع دخل العلم فى عنوان التشبّه : « فإنّ أقصى ما يمكن أن يقال باعتباره فيه هو القصد ... »(٢) .

وقبله المحقق الإيروانى قدس سره نفى البعد عن اعتبار القصد والغرض عند إطلاق التشبّه وانصراف إطلاق التشبّه إلى صورة القصد والغرض(٣) .

أقول : الظاهر من الأدلة عدم اعتبار القصد والعلم مطلقاً ، نحو ما ورد فى موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يجرّ ثوبه ، قال : إنّى لأكره أن يتشبّه بالنساء(٤) .

حيث طبّق الإمام عليه السلام التشبّه بمجرد جرّ الثوب مع عدم القصد والعلم التفصيلى أو الإجمالى بالتشبّه كما هو الظاهر .

ومن المعلوم أن عنوان التشبّه لم يكن من العناوين القصدية بحيث لم يتحقق فى الخارج إلاّ مع القصد ، وهكذا لم يكن من العناوين التى يُعتبر فيها العلم بقسميه التفصيلى والإجمالى بحيث لم يتحقق فى الخارج إلاّ مع العلم به .

بل صدق عنوان التشبّه يدور مدار العرف ، فإذا صدّق العرف فى مورد أنّه من التشبّه فهو وإلاّ فلا ، كما فى غيره من المفاهيم والموضوعات .

لا ينتقض علينا بعدم صدق التشبّه عند العرف لمجرّد جرّ الثوب الوارد فى موثقة سماعة الماضية . لأنّ جرّ الثوب عادة من لباس النساء والأعراس لا سيما المحترمات منهنّ ، ولذا نبّه الإمام عليه السلام على هذا الصدق العرفى .

وهكذا لا ينتقض علينا بعدم إفتاء الأصحاب قدس سرهم بالحرمة فى مجرد جرّ الثوب . لأنّ

١- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ٢١١ .

٢- (٨) غنية الطالب ١ / ١٠٩ .

٣- (٩) الحاشية على المكاسب ١ / ١٢٣ و ١٢٤ .

٤- (١٠) وسائل الشيعة ٥ / ٤٢ ح ٤ .

ظهور الموثقة فى الحرمة واضح والكراهة المستعملة فى لسان الأئمة عليهم السلام تحمل على الحرمة لا الكراهة المصطلحة ، ولكن نرفع اليد عن هذا الظهور بالقرائن الداخلية والخارجية ، ومنها ما ذكر من عدم إفتاء الأصحاب قدس سرهم بالحرمة فى المقام ، ولذا يمكن أن نذهب إلى الكراهة فى مجرد جرّ الثوب للرجال .

وبالجملة ، لا يُعتبر القصد والعلم بقسميه فى صدق التشبّه لا عرفاً ولا شرعاً . نعم على القول بحرمة التشبّه كما ذهبنا إليه ، يترتب عليه العقاب . وتنجّز التكليف منوط بالعلم كما فى غيرها من التكاليف الشرعية واللّه العالم باحكامه .

الفرع الرابع : حكم الخنثى فى التشبّه

ما هو حكم الخنثى فى مسألة التشبّه ؟ هل يجوز لها التلبس بلباس كلّ من الرجل والمرأة والتشبّه بهما أم لا ؟

قبل بيان الحكم فى المقام لابدّ من تذكّر أمر مهم ، وهو تقسيم الخنثى إلى القسمين المفروضين :

١ - الخنثى غير المشكل : هى التى ألحقت بالإمارات الواردة فى كتاب الميراث(١) بأحد

الجنسين ، نحو : إلحاقها بالموضع الذى تبول منه ، وإن بالت من الفرجين فتلحق بمن سبق منه بولها ، وإن ابتدءا معاً فتلحق بمن ينبعث بولها ويخرج بالشدّة ، وإن بالت منهما بالسوية ومن دون فرق بينهما فهذه هى الخنثى المشكل .

وأمّا الخنثى غير المشكل فتلحق بأحد الجنسين من الذكر والأُنثى ولها حكمه ، فهى إمّا أُلحقت بالرجل فعليها أحكام الرجال وإمّا أُلحقت بالمرأة فلها أحكامها .

٢ - الخنثى المشكل ، وهى التى لم يتبين إلحاقها بأحد الجنسين ، فما حكمها بالنسبة إلى الأحكام المختصة بالرجال والنساء ومنها : حرمة التشبّه ؟

وقع الخلاف بين الأصحاب بكونها طبيعة ثالثة فى قبال الذكر والأُنثى أو هى فى الواقع

ص:٢٩٣

١- (١) راجع وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٨٣ أبواب ميراث الخنثى .

من إحداهما وإن لم يتبين لنا أنّها مِنْ أيهما ؟ كما ذهب إلى الأوّل الفقيه اليزدى(١) وبعض آخر ، ولعلّ المشهور على الثانى .

فلذا نقول : إن أمكن إلحاق الخنثى المشكل - ولو بالعملية الجراحية - بأحد الجنسين فهو ، وإن لم يمكن هذه العملية فبقيت تحت عنوان الخنثى المشكل فما هو حكمها ؟

إن ذهبنا إلى أنّها طبيعة ثالثة فى مقابل الرجل والمرأة ، فلها أن تجرى البراءة بالنسبة إلى التكاليف الخاصة بالجنسين عليها والعمل بالتكليف الوارد فى شأن الانسان فقط لا الجنسين ، وعليها العمل بالتكليف الواردة فى شأن الإنسان فقط لا الجنسين . فمثلاً فى صحة صلاتها تكفى الوضوء وستر العورة فقط نحو الرجال المصلين وفى المقام لها أن تتلبس بزينة أيّهما شاءت .

وأمّا إن قلنا بأنّها تلحق بأحد الجنسين فى الواقع وليست بطبيعة ثالثة فلها أن تحتاط فى عملها بين تكاليف الجنسين والإجتناب من محرماتهما لوجود العلم الإجمالى بالنسبة إليها . وفى المقام عليها الإجتناب من الألبسة المختصة بالجنسين ، ولذا قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر : « ويجب على الخنثى ترك الزينتين ولها العمل بما جاز لكلا النوعين »(٢) .

وقال تلميذه السيد العاملى : « والخنثى يجب عليها ترك الزينتين وتلبس ما جاز لهما معاً »(٣) .

وقال تلميذه الآخر فى الجواهر بعد نقل كلام أستاذه : « ... وهو جيد ، أمّا الثانى فواضح وأمّا الأوّل فللقطع بكونه مكلفاً بأحد الأمرين ، ولايتم العلم بامتثاله إلاّ باجتناب الزينتين ، واللّه أعلم »(٤) .

ثم إنّ الظاهر من الروايات عدم كونها طبيعة ثالثة بل هى ملحقة بأحد الجنسين إمّا ذكر فى الواقع وإمّا أنثى ، ومع عدم إمكان لحوقها فهى الخنثى المشكل التى فى الواقع ونفس

١- (١) حاشية المكاسب / ١٦ - (١ / ٩٩ و ٩٨ من الطبعة الحديثة) .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢١٤ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٠ (١٢ / ١٩٩ من طبعة جماعة المدرسين) .

٤- (١) الجواهر ٢٢ / ١١٦ .

الأمر إمّا مذكر أو مؤنث لا أنّها طبيعة ثالثة ، فحينئذٍ يجب عليها ترك الزينتين والعمل بما جاز لهما .

الفرع الخامس : حكم تغيير الجنسية

هل يجوز تغيير الجنسية مطلقاً أو يجوز إذا كانت سبباً لظهور الجنس وتعيّنه لو كان فى الخَفاءِ نحو بعض الخناثى ؟

الظاهر - واللّه سبحانه هو العالم - بعد ما استظهرنا من الروايات الواردة فى حرمة تشبّه الرجل بالمرأة وعكسه ، حرمة هذا التشبّه مطلقاً ، سواءً كان فى اللباس والهيئة والزىّ والرابطة الجنسية ونحوها ، صار تغيير الجنسية من أعلى مراتب هذا التشبّه عرفاً ، ولذا يحكم عليها بالحرمة .

إن قلت : ليس تغيير الجنسية من مصاديق التشبّه المحرّم ، بل هو خروج من موضوع إلى موضوع آخر ، فلكلِّ موضوع حكم خاص ، نحو : وجوب صيام شهر رمضان المبارک للحاضر ووجوب إفطاره للمسافر ، فإذا سافر الرجل فى شهر اللّه لزمه حكمه . وفى المقام الرجل متى يكون رجلاً حرم عليه

التشبّه بالنساء ، وأمّا إذا صار بعملية التغيير امرأة حرم عليها التشبّه بالرجال . والخروج من موضوع إلى موضوع آخر بيد المكلف ، نحو الحضور والسفر فى المثال القادم .

قلت : نعم ، الكبرى تام فى موارد يمكن الخروج من موضوع حكم إلى موضوع حكم آخر ولكلٍّ حكمه الخاص ، ولكن العرف يرى فى المقام العملية الخاصة المسماة بتغيير الجنسية من أظهر وأتم وأعلى مراتب التشبّه ، ونظر العرف فى تعيين الموضوعات متبعٌ ، فهذه العملية حرام .

وتدلّ على ما ذكرنا قوله تعالى ناقلاً من الشيطان وعمله «وَقَالَ لاَءَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيّاً مِّن دُونِ اللّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُّبِيناً»(١) .

١- (١) سورة النساء / ١١٩ - ١١٨ .

بتقريب : أن أمر الشيطان لعنه اللّه بالتغيير فى خلق اللّه ومنها تبكّن آذان الأنعام ، ذكر اللّه سبحانه تبكّن آذان الأنعام بعنوان الخاص الذى يلى بعده ذكر العام ، فهذا التبكّن من أحد مصاديق التغيير فى خلق اللّه تعالى الذى أمر الشيطان به ، ومن أظهر هذه التغييرات فى خلق اللّه الذى أمر الشيطان به تغيير الجنسية ولذا يحرم ، لأنّه من أوامر الشيطان الذى من يتخذه وليّاً وأطاع أوامره فقد خسر خسراناً مبيناً .

لا يقال : لا يمكن الأخذ بإطلاق الآية الشريفة ، لأنّها بإطلاقها تدلّ على حرمة مطلق التغيير فى نظام الطبيعة ولم يلتزم به أحدٌ ، لأن جميع الصنائع والحرف والإختراعات والإكتشافات نوع من التغيير فى نظام الطبيعة ولم يقل أحدٌ بحرمتها .

لأنّا نقول : نعم ، الإختراعات والإكتشافات والصنائع والحرف غالباً توجب تغيير النظام فى الطبيعة والوجود ، ولكن خروجها من تغيير خلق اللّه الذى أمر الشيطان به بالتخصّص لا بالتخصيص ولذا لم يقل أحد بحرمتها .

ومن هنا يمكن الأخذ بالآية الشريفة وعدّ تغيير الجنسية من أظهر مصاديق تغيير خلق اللّه الذى أمر الشيطان به ، كيف « تبكن آذان الأنعام » تعدّ فى الآية الشريفة من أوامر الشيطان ولا تعدّ تغيير الجنسية من التغيير الذى أمر الشيطان به فى خلق اللّه ؟ !

وبالجملة ، بنظرنا القاصر تغيير الجنسية تعدّ من التغيير الذى أمر الشيطان به فى خلق اللّه ، فيكون محرّماً بالآية الشريفة وظهورها فيما ذكرناه واضح .

والحاصل : تغيير الجنسية حرام مطلقاً لدلالة الآية الشريفة ، وبما أنّه من أظهر وأتم وأعلى مراتب التشبّه المحرّم .

نعم ، اذا كانت الآلة التناسلية خفيّةً بحيث لا يعدّ الشخص بحسب ظاهره أنّه ذكرٌ أو اُنثى وعدّ من الخناثى ، يجوز عليه العمليّة الجراحيّة وإخراج آلته التناسلية من الخفاء إلى الظهور ، وبذلک الظهور خرج من تحت الخنثى ودخل تحت أحد الجنسين .

وهذه العمليّة الجراحية لم تكن فى الحقيقة تغيير الجنسية بل هى ظهور الجنسية

الخفيّة ، ولذا يجوز بل ربّما يجب فى الموارد التى يوجب الخطأ فى التكاليف الشرعية أو النكاح ونحوها .

ص:٢٩٦

فهذه العمليّة تجوز على التى ظاهرها كانت ا لخنثى ولكن واقعها أحد الجنسين لخروجها إلى أحد الجنسين وتبيين حالها مِنْ أنّها مِنْ أحد الجنسين . أو على الذى ظاهره غير واقعه ، فتجوز هذه العمليّة له لظهور واقعه وكشف حاله من الجنسية .

تنبيه :

لو عصى ورضى بتغيير الجنسية ووقعت العملية الجراحية عليه وكان رجلاً سابقاً وله زوجة هل نكاحه السابق يبقى أم ينفسخ ؟ الظاهر انفساخ النكاح بتغيير الجنسية ، سواء وقعت من جانب الزوج أو الزوجة ، ولزمه تمام المهر إن كانت بعد الدخول ونصف المهر إن كانت قبل الدخول ، ولا يحتاج إلى الطلاق لانفساخ النكاح بتغيير الجنسية لعدم وجود الزوج أو الزوجة فى البين . ولو تغيّرا معاً فالأقوى إنفساخ النكاح أيضاً ، لأنّ الزوج والزوجة المعينين من مقومات النكاح ، وإن كان الأحوط إجراء صيغة الطلاق من الزوج السابق . واللّه سبحانه هو العالم بأحكامه .

ص: ٢٩٧

التشبيب بالمرأة الأجنبية

المراد بالتشبيب :

ذكر محاسنها وشدّة حبّها ونحو ذلك بالشعر ، ويقال : النسيب أيضاً كما قاله المحقق الثانى فى جامع المقاصد(١) .

وقال أهل اللغة : تشبيب الشعر : ترقيقه بذكر النساء كما فى النهاية(٢) .

والتشبيب : النسيب ، يقال : هو يشّبب بفلانة ، أى ينسب بها كما فى الصحاح(٣) .

وشبّب الشاعر بفلانة تشبيباً : قال فيها الغزل وعرّض بحبّها ، وشبّب قصيدته : حسّنها وزيّنها بذكر النساء ، كما فى المصباح المنير(٤) .

إذا عرفت معنى التشبيب فليعلم أنّه لم يرد فيه نص خاص وبعنوانه ، ولهذا استدلوا على حرمته بعدّة من الوجوه :

الوجه الأوّل : إنّ التشبيب هتكٌ للمشبَّب بها وإهانة لها فيكون حراماً .

وفيه : أولاً : إنّ النسبة بين التشبيب وبين عنوانى الهتک والإهانة عموم من وجه ، إذ ربّما يتحقق الهتک والإهانة بغير التشبيب وربما يتحقق التشبيب ولا هتک ولا إهانة ، كما لو أنشأ الشعر فى الخلوة أو أنشده لمن يريد أن يخطبها تحريكاً له وترويجاً لها .

وثانياً : لو سلمنا كون التشبيب هتكاً للمرأة ، فإنّ ذلک لا يختص بالشعر ، لإمكان هذا الهتک والإهانة بالنثر أيضاً ، ولا يختص بالأجنبية ولا بالمؤمنة ، لإمكانه بالنسبة إلى المخالفة أو الذميّة بل يمكن بالنسبة إلى الزوجة وغيرها من المحارم والأمة أيضاً .

وثالثاً : عنوان التشبيب غير عنوانى الهتک والإهانة ، فلا يسرى حكم أحد العنوانين

١- (١) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .
٢- (٢) النهاية ٢ / ٤٣٩ .
٣- (٣) الصحاح ١ / ١٥١ .
٤- (٤) المصباح المنير / ٣٠٢ .

إلى الآخر وإن تلازما خارجاً .

وبعبارة أخرى : بحثنا فى حرمة التشبيب بعنوانه الأوّلى ، فإثبات حرمته بعنوان آخر

عرضى خروج عن محل البحث .

الوجه الثانى : التشبيب إيذاء للمشبَّب بها وهو حرام .

وفيه : أولاً : لا دليل على حرمة كلّ فعل يتأذى منه الغير قهراً ، إذا كان الفعل سائغاً فى نفسه كتأذى بعض الناس من اشتغال بعض آخر بالتجارة والتحصيل والتدريس والتأليف والحج والعمرة والزيارة وغيرها من المباحات أو المستحبات أو الواجبات .

وثانياً : النسبة بين الإيذاء والتشبيب عموم من وجه ، لإمكان الإيذاء بغير التشبيب ويمكن التشبيب من دون الإيذاء ، كالتشبيب بالمتبرّجات التى يفرحن بذلك .

وثالثاً : حرمة الإيذاء لا تختص بالمؤمنة أو الأجنبية فقط ، بل تجرى فى حقِّ المخالفة والذميّة والزوجة وغيرها من المحارم والأمة أيضاً .

ورابعاً : عنوان التشبيب غير عنوان الإيذاء ، فلا يسرى حكم أحد العنوانين إلى الآخر وإن تلازما خارجاً كما مرّ آنفاً .

الوجه الثالث : التشبيب يكون مِن اللهو والباطل ، وعمومات حرمة اللهو والباطل تشملانه ، وسوف يأتى منّا هذه الأدلة تبعاً لشيخنا الأعظم قدس سره فى بحث الغناءِ ، فالتشبيب يكون من مصاديقهما ، فيكون حراماً .

وفيه : أولاً : منع الصغرى ، إذ يمكن أن لا يكون التشبيب لهواً أو باطلاً ، كتعلقه بغرض عقلائى ، نحو تحريک الرجل على خطبتها ونكاحها شرعاً ، أو يكون النظم بحيث يندرج فيه المطالب ا لعالية واللطائف الراقية .

وثانياً : منع الكبرى ، لا دليل على حرمة مطلق اللهو والباطل ، إذ كلّ ما أشغل عن ذكر اللّه تعالى وذكر رسوله صلى الله عليه و آله وسلم والقيامة والنار والجنة وما أشبهها لهو وباطل ، بل أطلق عنوان اللهو على الحياة الدنيا ومظاهرها فى قوله تعالى : «وَمَا هَذِهِ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلاَّ لَهْوٌ وَلَعِبٌ»(١)وقوله تعالى : «اعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهْوٌ»(٢) . وليس لأحدٍ الذهاب

١- (١) سورة العنكبوت / ٦٤ .

٢- (٢) سورة الحديد / ٢٠ .

إلى حرمة جميع هذه الأُمور .

وثالثاً : لو سلم حرمتها على الإطلاق ، فحكم كلّ عنوان ثابت لنفسه ولا يتعدى منه إلى غيره ، ولو فرض ملازمتها فى مورد خارجاً كما مرّ .

الوجه الرابع : التشبيب من مصاديق الفحشاء والمنكر المنهى عنهما فى القرآن الكريم وسنّة النبىّ الأعظم صلى الله عليه و آله وسلم ، نحو قوله تعالى : «وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ»(١) .

وفيه : أولاً : نمنع أن يكون التشبيب مطلقاً من مصاديق الفحشاء والمنكر ، فهل يكون من مصاديق الفحشاء إذا كان لغرض تحريک الرجل لأجل خطبتها ونكاحها شرعاً ؟ ! أو يكون من الرجل بالنسبة إلى زوجته أو أمته أو حليلته و ليس بينهما أحد ؟ !

وثانياً : لو تمّ هذا الوجه لدلّ على حرمة التشبيب مطلقاً ، سواء كان بالشعر أو بالنثر ، وسواء كان بالأُنثى أو بالذكر ، وسواء كانت الأُنثى مؤمنة أو مخالفة أو ذميّة أو زوجة أو أمة أو تكون من محارم الرجل ، فلا وجه لتخصيصه بالشعر أو بالمؤمنة كما يظهر من بعض . وهذا الإشكال مشترک بين الوجوه السابقة والآتية أيضاً ، ولذا لم أذكره فيما بعد . وهكذا إشكال تعدد عنوانى البحث وعدم سراية الحرمة من عنوان إلى آخر ، ونظيرهما الإشكال الثالث ، أعنى وجود نسبة العموم من وجه بين هذه العناوين وعنوان التشبيب .

الوجه الخامس : التشبيب يوجب إغراء الفساق للمشبَّب بها ، وهو حرام .

وفيه : يجرى فى هذا الوجه الإشكالات الثلاثة الماضية آنفاً ، فلا يتم بالمطلوب الاستدلال به .

الوجه السادس : التشبيب ينافى العفاف المعتبر فى العدالة ، المأخوذ فى صحيحة ابن أبى يعفور قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتّى تقبل شهادته لهم وعليهم ؟ فقال عليه السلام : أن تعرفوه بالستر والعفاف وكفّ البطن والفرج واليد واللسان ، ويعرف باجتناب الكبائر التى أوعد اللّه عليها النار من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلک ، الحديث(٢) .

ص:٣٠٠

١- (١) سورة النحل / ٩٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٩١ ح ١ - الباب ٤١ من أبواب الشهادات .

وفيه : المعتبر فى العدالة العفاف من المحرّمات واجتنابها ، وكون التشبيب منها أوّل الكلام .

الوجه السابع : الروايات الدالة على حرمة ما يثير الشهوة إلى غير الحليلة حتّى بالأسباب البعيدة ، وهى كثيرة وقد وردت فى مواضع مختلفة :

منها : ما ورد فى النهى عن النظر إلى الأجنبية ، نحو :

معتبرة عبد اللّه بن يحيى الكاهلى قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : النظرة بعد النظرة تزرع فى القلب الشهوة ، وكفى بها لصاحبها فتنة(١) .

وحسنة عقبة بن خالد الأسدى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سمعته يقول : النظرة سهم من سهام إبليس مسموم ، وكم من نظرة أورثت حسرة طويلة(٢) .

وخبر أبى جميلة عن أبى جعفر وأبى عبد اللّه عليهماالسلام قالا : ما من أحد إلاّ وهو يصيب حظّاً من الزنا ، فزنا العينين النظر وزنا الفم القبلة وزنا اليدين اللمس ، صدّق الفرج ذلک أو كذب(٣) .

وسند الرواية ضعيف بأبى جميلة .

وحسنة عقبة قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : النظرة سهم من سهام إبليس مسموم ، من تركها للّه عزّ وجل لا لغيره أعقبه اللّه أمناً وإيماناً يجد طعمه(٤) .

وخبر محمّد بن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتبه إليه جواب مسائله : وحرّم النظر إلى شعور النساء والمحجوبات بالأزواج وإلى غيرهنّ من النساء لما فيه تهييج ، الرجال وما يدعو إليه التهييج من الفساد والدخول فيما لا يحلّ ولا يجمل ، وكذلک ما أشبه الشعور ، الحديث(٥) .

وإلى غير ذلک من روايات الباب ، فراجع إن شئت إلى وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٢ ح ٦ . الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩١ ح ١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٢ ح ٢ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٢ ح ٥ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٣ ح ١٢ .

ومستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٨ وجامع أحاديث الشيعة ٢٥ / ٣٥٨ وكتابنا موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ٣٧٣ .

بتقريب : أنه إذا كان النظر سهماً من سهام إبليس وسمى بزنا العين لما فيه من تهييج الرجال إلى الفساد والدخول فيما لا يحلّ ، ظاهر هذا الأمر - يعنى التهييج إلى الفساد - موجود فى التشبيب بطريق أُولى ، لأن تأثير الكلام أشدّ من تأثير النظر وإنّ من الكلام لَسِحْراً ، يعنى يؤثر كتأثير السحر . بحيث لا يمكن أن يخلص السامع نفسه منه .

وفيه : أن بين عنوان التشبيب وعنوان التهييج إلى الشهوة والفساد عموم من وجه ، إذ

ربما شبّب بزوجته أو إحدى محارمه ، وهو إمّا غير مهيج إلى الحرام كما فى الزوجة وإمّا غير مهيج إلى الشهوة كما فى المحارم ، هذا أولاً .

وثانياً : لكلِّ عنوان حكمه ، وعلى فرض تلازم العنوانين خارجاً فحكم كلّ عنوان ثابت لنفسه ولا يسرى إلى العنوان الآخر .

منها : ما ورد فى النهى عن الخلوة بالأجنبية ، وهى كثيرة نحو :

خبر مسمع أبى سيار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : فيما أخذ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم البيعة على النساء ، أن لا يحتبين ولا يقعدن مع الرجال فى الخلاء(١) .

وخبر موسى بن إبراهيم عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : من كان يؤمن باللّه واليوم الآخر فلا يبيت فى موضع يسمع نَفَسَ إمرأة ليست له بمحرم(٢) .

بين المبيت فى الموضع الذى يسمع نَفَسَ المرأة التى ليست له بمحرم وبين الخلوة لم تكن ملازمة دائماً ، بل بينهما عموم من وجه كما نبّه عليه المحقق الخوئى قدس سره (٣) ، ولكنه تحصل غالباً هذه البيتوتة بالخلوة ، وبمناسبة الحكم والموضوع يرى العرف الخلوة فيها دخيلاً . وعلى ما ذكرنا يمكن أن يستأنس حكم الخلوة أيضاً من الرواية ، ولكن فى سندها ضعف ، وسيأتى منّا

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٥ ح ١ الباب ٩٩ من أبواب مقدمات النكاح .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٥ ح ٢ .
٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٧ .

كلام فى تمامية دلالة هذه الرواية على حرمة الخلوة بالأجنبية بعد صفحتين ، فانتظر .

وخبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لما دعا نوح ربّه عزّ وجل على قومه ، أتاه إبليس فقال : يا نوح إنّ لک عندى يداً أُريد أن أكافئک عليها - إلى أن قال - أذكرنى فى ثلاث مواطن ، فإنّى أقرب ما أكون إلى العبد إذا كان فى إحداهنّ : أذكرنى إذا غضبتَ ، واذكرنى إذا حكمتَ بين اثنين ، واذكرنى إذا كنتَ مع إمرأة خالياً وليس معكما أحد(١) .

وحسنة سعدان بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : بينما موسى بن عمران عليه السلام جالس إذ أقبل إليه إبليس - إلى أن قال - ثم قال له : أُوصيک بثلاث خصال : يا موسى لا تخل بامرأة ولا تخل بکَ ، فإنّه لا يخلو رجل بامرأة ولا تخلو به ، إلاّ كنتُ صاحبه من

دون أصحابى ، الحديث(٢) .

وخبر أبى المجبّر قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أربعة مفسدة للقلوب : الخلوة بالنساء ، والإستماع منهنّ ، والأخذ برأيهنَّ ، ومجالسة الموتى فقيل له : يا رسول اللّه وما مجالسة الموتى ؟ قال : مجالسة كلّ ضالٍ عن الإيمان وجائر فى الأحكام(٣) .

والروايات فى هذا المجال متعددة ، فإن شئت راجع وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٥ ومستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٤ وجامع أحاديث الشيعة ٢٥ / ٣٩٩ .

بتقريب : أن الخلوة مع الأجنبية محرّمة لأنّها توجب تهييج الشهوة إلى الحرام ، وتهييج الشهوة إلى الحرام موجود فى التشبيب ، فلذا صار حراماً .

وبعبارة أُخرى : ملاك الحرمة فى الخلوة مع الأجنبية ليس إلاّ تهييج ، الشهوة وهذا الملاك بعينه موجود فى التشبيب ، ولذا يحكم فى التشبيب أيضاً بالحرمة .

وفيه : أجاب المحقق الخوئى قدس سره عن هذا الاستدلال بوجوه :

أولاً : إنّ الروايات الواردة فى النهى عن الخلوة بالأجنبية كلّها ضعيفة السند وغير

١- (٤) مستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٥ ح ٤ . الباب ٧٨ من ابواب مقدمات النكاح .
٢- (١) مستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٦ ح ٧ .
٣- (٢) أمالى المفيد ، المجلس السابع الثلاثون ح ٦ / ٣١٥ ، ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣ / ٣٣٩ ح ٣ .

منجبرة بشىءٍ(١) .

وثانياً : استشكل قدس سره فى دلالة بعض الروايات ، مثلاً أنّه قدس سره يرى ظهور رواية مسمع أبى سيار فى النهى عن قعود النساء مع الرجال فى بيت الخلاء لقضاء الحاجة(٢) ، ويرى قدس سره عدم وجود الملازمة بين سماع النَفَس والخلوة دائماً فى رواية موسى بن إبراهيم(٣) ، وحمل قدس سره ما ورد من النهى عن الخلوة مع الأجنبية على أنّها من المقدمات القريبة للزنا ، وحيث أنّ الغرض المهم هو النهى عن الزنا فلا موضوعية لعنوان الخلوة بوجه ، وإنّما تعلق النهى بالخلوة لكونها من المقدمات القريبة له(٤) . وقال قدس سره بعد أسطر : « بل يمكن أن يقال : إنّه لو ورد نص صريح فى النهى عن الخلوة مع الأجنبية فلا موضوعية لها أيضاً ، وإنّما نهى عنها لكونها من المقدمات

القريبة للزنا ، فإنّ أهمية حفظ الأعراض فى نظر الشارع المقدس تقتضى النهى عن الزنا وعن كلّ ما يؤدى إليه عرفاً »(٥) .

وثالثاً : لو سلمنا وجود الدليل على حرمة الخلوة ، فإنّه لا ملازمة بين حرمة الخلوة وحرمة التشبيب ولو بالفحوى ، إذ لا طريق لنا إلى العلم بأنّ ملاك الحرمة فى الخلوة هو إثارة القوة الشهوية حتّى يقاس عليها كلّ ما يوجب تهيجها . ومن هنا علم أنّه لا وجه لقياس التشبيب على شيءٍ يوجب تهيج القوة الشهوية(٦) .

أقول : يمكن أن يلاحظ على هذا المحقق الجليل قدس سره ، أولاً : لم تكن الروايات كلها الواردة فى الخلوة بالأجنبية ضعيفة الإسناد ، بل فيها روايات يمكن الذهاب إلى اعتبار سندها ، نحو حسنة سعدان بن مسلم الماضية آنفاً .

وثانياً : لا يتم ما ناقشه فى دلالة الروايات - نحو خبر مسمع أبى سيار - التى ظاهرها

١- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٨ .

٢- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٧ .

٣- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٧ .

٤- (٦) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٧ .

٥- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٨ .

٦- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٨ .

النهى عن الخلوة بالأجنبية ، ولذا لم يدع أحد قبله قدس سره ما ذهب إليه من ظهور الرواية عن قعود النساء مع الرجال فى بيت الخلاء ، وكيف يمكن خفاء هذا الظهور على الجميع حتّى ظهر له قدس

سره ؟ وما يقول قدس سره فى معنى هذه الرواية التى رفعها الآمدى إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : كُنْ فى الملاء وَقُوراً ، وكن فى الخلاء ذَكُوراً(١) ؟ ! ومن الواضح استعملت كلمة الخلاء فى مقابل الملاء ، يعنى الخلوة فى مقابل أعين الناس والجلوة .

وأمّا ما ذهب إليه فى رواية موسى بن إبراهيم من عدم الملازمة بين سماع نَفَس الأجنبية والخلوة بها دائماً ، وإن كان كذلك بالنظر الدقى العقلى ولكن العرف إذا عرضت عليه هذه الرواية لا يرى فرقاً بين سماع نَفَسها والخلوة بها ، بل يرى سماع نَفَسها من ملازمات الخلوة بها وتبعاتها ، ولذا دلالة هذه الرواية عندهم على حرمة الخلوة بالأجنبية تامة . وإن شككت فيما ذكرت لک فالعرف ببابک ، وقد مرّ منّا أيضاً كلام فى ذيل الرواية ، فراجعه .

وأمّا ما ذكر قدس سره من أنّ الخلوة بالأجنبية من مقدمات الزنا فيحمل النهى عنها للمقدميّة فقط ، أيضاً غير تام . نعم : الخلوة من مقدمات الزنا غالباً ، ولكن لا مانع من تعلق النهى من

قبل الشارع بها بعنوانها الأصلى لا التبعى أو المقدميّة فقط ، نحو : نهى الشارع عن الأكل على مائدة يُشرب عليها الخمر ، أو فى الواجبات ومقدماتها ، الأمر الوارد فى الطهارات الثلاث . وظهور روايات الحرمة فى المقام فى الحرمة الأصلية لا المقدميّة ، كما ادعاه قدس سره . وما ذكره أخيراً من أهمية حفظ الأعراض فى نظر الشارع المقدس أيضاً يقتضى حمل حرمة الخلوة على الحرمة الأصلية لا المقدميّة كما هو الواضح .

وثالثاً : وما ذكره قدس سره من عدم العلم بأنّ ملاک الحرمة فى الخلوة هو إثارة القوة الشهوية أيضاً غير تام ، لظهور هذا الملاک عند كلِّ من يسمع بحرمتها وقد اعترف قدس سره بأنّها من المقدمات القريبة للزنا ، وكيف يمكن أن يكون شيئاً من المقدّمات القريبة للزنا ولم تكن لإثارة القوة الشهوية فيها دخل ؟ !

نعم ، لأحد أن يقال : بعدم إحراز أن تمام الملاک فيها تهييج القوة الشهوية ، ويمكن أن

١- (٣) غرر الحكم ح ٧١٤٥ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣ / ٣٤٠ ح ٨ .

يكون فيها على وجه الحكمة لا العلّة ، لا سيما العلّية التامة حتّى يقاس عليها التشبيب .

والحاصل ، بعد ورود الروايات المتعددة الناهية عن الخلوة بالأجنبية لابدّ لنا من القول بحرمتها ، ولكن قياس التشبيب عليها غير تام كما قال المحقق الخوئى قدس سره : « لا ملازمة بين حرمة الخلوة وحرمة التشبيب ولو بالفحوى »(١) .

ومنها : ما ورد من النهى التنزيهى الدال على الكراهة فى اُمورٍ ، نحو :

الف : النهى عن جلوس الرجل فى مكان المرأة حتّى يبرد ، نحو : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا جلست المرأة مجلساً فقامت عنه فلا يجلس فى مجلسها رجل حتّى يبرد(٢) .

ب : ما ورد من رجحان تستر المرأة عن نساء أهل الذمة وكراهة إنكشافها لهنّ ، نحو : صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا ينبغى للمرأة أن تنكشف بين يدى اليهودية والنصرانية ، فإنهنَّ يصفن ذلک لأزواجهنّ(٣) .

ج : ما ورد من التستر عن الصبى المميز ، نحو : معتبرة السكونى عن أبيعبد اللّه عليه السلام قال : سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن الصبى يحجم المرأة ؟ قال : إذا كان يحسن يصف فلا(٤) .

بتقريب : أن نهى الشارع المقدس عن هذه الأمور تنزيهى ، لكونها موجبة لتهييج الشهوة ، فيمكن أن يُستدل بفحواها على حرمة التشبيب ، لكونه أقوى من هذه الاُمور فى إثارة الشهوة وتهييجها .

وفيه : غاية ما يُستفاد من الروايات المذكورة كراهة الأُمور الثلاثة ، فكيف يمكن الذهاب منها إلى حرمة التشبيب ، حتّى على القول بالقياس الباطل . مضافاً إلى عدم ظهور مناط الكراهة فيها من تهييج الشهوة وإثارتها .

وبالجملة ، هذا الوجه السابع بطوله أيضاً غير تام كالوجوه الستة الماضية .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢١٨ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٤٨ ح ١ . الباب ١٤٥ من أبواب مقدمات النكاح .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٤ ح ١ . الباب ٩٨ من أبواب مقدمات النكاح .

الوجه الثامن : قوله تعالى فى سورة الأحزاب : «يَا نِسَاء النَّبِىِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاء إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلاَ تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِى فِى قَلْبِهِ مَرَضٌ»(١) .

أمر اللّه سبحانه فى الآية الشريفة بالإحتفاظ الأكثر بالنسبة إلى نساء النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، لأنّ لهنّ احتراماً خاصاً لتعلقهنّ بالنبى الأكرم صلى الله عليه و آله وسلم . ووجوب هذا الإحتفاظ الأكثر فى حقهنّ معلوم ، وأمّا فى حقِّ غيرهنّ مِن النساء أيضاً مستحب ومرغوب فيه . ويمكن أن يُستأنس من الآية الشريفة رجحان احتفاظ غيرهنّ من النساء أو لزومه ، ولكن أين هذا من حرمة التشبيب ؟ !

الإحتفاظ فعل النساء والتشبيب فعل الغير ، فكيف يمكن إستنتاج حرمة فعل الغير من وجوب فعلهنَّ ؟ !

مضافاً إلى ما مرّ منّا من الإشكالات السابقة المشتركة بين الوجوه ، فراجع ما حررناه هناك .

الوجه التاسع : قوله تعالى فى سورة النور : «وَلاَ يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ»(٢) .

بتقريب : أنه نهى اللّه سبحانه النساء من ضرب أرجلهنّ على الأرض لئلا يبدى زينتهنّ لأن إبداء زينتهنّ يوجب إثارة الشهوة وتهييجها ، فكلّ ما يوجب إثارة الشهوة وتحييجها حرام ، ومنها : التشبيب .

وفيه : غاية الأمر فى الآية الشريفة أنها تدلّ على حرمة ضرب النساء أرجلهنّ على الأرض لئلا يبدو ما تخفى من زينتهنَّ ، فهذه الحرمة ثابتة على النساء وكيف يمكن منها استفادة حرمة التشبيب وهو فعل الغير ؟ ! وبالجملة ليس لنا دليل على هذا التعدى .

مضافاً إلى ورود الإشكالات المشتركة الماضية .

الوجه العاشر : التشبيب نوع من الفحش والفحش حرام ، فالتشبيب مثله حرام .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٣٣ ح ٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح .
٢- (٢) سورة الأحزاب / ٣٢ .

وفيه : ، نعم الفحش حرام إلاّ أنّه لا يرتبط ذلک بالتشبيب بعنوانه الأوّلى الذى هو محل الكلام فى المقام كما ذكره فى المصباح(١) .

والحاصل : أن هذه الوجوه العشرة غير تامة فى الاستدلال على حرمة نفس التشبيب ، مع ذلک كلّه لنعم ما قال المحقق الخوئى طاب ثراه : « لا شبهة فى حرمة ذكر الأجنبيات والتشبيب بها كحرمة ذكر الغلمان والتشبيب بهم بالشعر وغيره ، إذا كان التشبيب لتمنى الحرام وترجى الوصول إلى المعاصى والفواحش كالزنا واللواط ونحوهما ، فإنّ ذلک هتک لأحكام الشارع وجرأة على معصيته

، ومن هنا حرم طلب الحرام من اللّه بالدعاء ، ولا يفرق فى ذلک بين كون [المرأة] المذكورة مؤمنة أو كافرة ، وعلى كلِّ حالٍ فحرمة ذلک ليس من جهة التشبيب »(٢) .

وهكذا يحرم التشبيب إذا انطبق عليه بعض العناوين المحرّمة ، نحو : هتک النفوس المحترمة ، أو تسبيب إيذائهن أو إغراء الفساق بهنّ أو الفحش أو غيرها .

ويؤيد ما ذكرناه خبر أبى هريرة وعبد اللّه بن عباس فى آخر خطبة خطبها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة ، قالا : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : مَنْ وصف إمرأة لرجل وذكر جمالها له فافتتن بها الرجل فأصاب منها فاحشة لم يخرج من الدنيا حتّى يغضب اللّه عليه ومن غضب اللّه عليه غضبت عليه السماوات السبع ، والأرضون السبع وكان عليه من الوزر مثل الذى أصابها . قيل : يا رسول اللّه فإن تابا وأصلحا ؟ قال : يتوب اللّه تعالى عليهما ، ولم يقبل توبة الذى يخطبها بعد الذى وصفها(٣) .

أقول : الموجود فى المتن المطبوع من عقاب الأعمال ما نقلته لک مع تذكّر وجود

« يخطيها » فى بعض النسخ بدلا من « يخطبها» فى آخر الحديث ، وهكذا نقله فى جامع أحاديث

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٠ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢١١ .

٣- (٣) عقاب الأعمال / ٣٣٧ .

الشيعة(١) ، ولكن نقل آخره فى وسائل الشيعة(٢) هكذا : « قيل : يا رسول اللّه فإن تاب وأصلح ؟ قال : يتوب اللّه عليه» .

والذى يختلج بالبال فى تصحيح آخر الرواية - والعلم عند اللّه تعالى - أن يكون هكذا :

« قيل : يا رسول اللّه فإن تابا وأصلحا ؟ قال : يتوب اللّه عليهما ولم يقبل توبة الذى يصفها بعد الذى وَصَفَها» . وصارت جملة« بعد الذى وصفها» توضيحية ليصفها . والمراد بها : إنّ اللّه تبارک وتعالى يقبل توبة الزانى والزانية ولا يقبل توبة هذا الواصف بعد وصفه أياها .

وهكذا يمكن تصحيح الرواية مع نسخة بدلها يعنى « يخطيها » : صارت معناها إنّ اللّه لم يقبل توبة الذى يخطيها أى يوجب خطأ المرأة وانحرافها من جادة الشريعة بالزنا ، وصارت جملة « بعد الذى وصفها » تعليلية لما قبلها ، يعنى تعليل ليخطيها ، وحاصل معناها : إنّ اللّه لم يقبل توبة الذى صار وصفه إيّاها موجباً لفسادها وارتكابها الزنا .

ولكن الظاهر أنّ التصحيح الأوّل أولى .

وبالجملة ، الرواية تدلّ على حرمة وصف الأجنبيات والتشبيب بهنّ ، ولكن فى سندها ضعف ظاهر .

ثم إنّ هاهنا فروعاً :

الفرع الأوّل :

يمكن أن يكون توصيف المرأة والتشبيب بها فى مورد خاص مستحسناً مرغوباً فيه شرعاً ، وهو إذا كان لسامع معلوم بالنسبة إلى المرأة المخلاة لغرض تشويقه فى خطبتها والسعى فى نكاحها ، وبهذا يخرج عن عنوان توصيف المحرّم وتشبيبه إلى عنوان تزويج المؤمن ، وهذا العنوان من المستحباتِ المؤكّدة فى الشريعة المقدسة ، وتدلّ عليه عدّة من الروايات :

منها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : أفضل

١- (١) جامع أحاديث الشيعة ٢٥ / ٣٨٩ ح ٢ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٤ ح ٢ .

الشفاعات أن تشفع بين إثنين فى نكاح حتّى يجمَع اللّه بينهما(٣) .

ومنها : موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من زوّج أعزباً ، كان ممّن ينظر اللّه عزّ وجل إليه يوم القيامة(١) .

الفرع الثانى :

على القول بحرمة التشبيب ، فهل يجوز التشبيب بالنسبة إلى المرأة المبهمة أم لا ؟ ظاهر كلمات الأصحاب جواز التشبيب بالنسبة إلى المرأة المبهمة ، لاسيما إذا كان الإبهام واقعياً كأكثر مايتعزل به منظوماً . والوجه فى عدم حرمته ، عدم ترتب أىّ مفسدة من المفاسد الماضية عليه ، وأيضاً عدم ترتب العناوين المحرّمة عليه .

وأمّا إذا كانت المرأة معينة عند القائل و مبهمة عند السامع ، فهل يحرم التشبيب بها أم لا ؟ ظهر حكم هذا الفرض أيضاً ممّا مرّ آنفاً ، حيث لم يترتب عليه مفسدة ولم ينطبق عليه العناوين المحرّمة ، فلا دليل على الحرمة حينئذ . خلافاً للمحقق الثانى(٢) والشهيد قدس سرهما حيث ذهب الأوّل إلى صدق هتك عرضها والثانى إلى حرمة الإستماع على السامع على التقديرين(٣) .

ووفاقاً لظاهر الشيخ الأكبر قدس سره فى شرحه على القواعد(٤) وصريح تلميذه قدس سره فى مفتاح الكرامة حيث يقول : « إذا لم تكن معروفة عند السامع لا يحرم عليه الإستماع ولا يحرم على القائل التشبيب ، كما هو الظاهر الموافق للإعتبار وللمتبادر من الإطلاق »(٥) .

وأمّا إذا كانت المرأة معينة عند القائل ومعلومة عند السامع لكن لا بالعلم التفصيلى بل بالعلم الإجمالى مع حصر أطرافه ، فحينئذ يمكن القول بالحرمة لإتيان المفاسد الماضية وترتب

١- (١) الكافى ٥ / ٣٣١ ونقلت عنه فى كتابى ألف حديث فى المؤمن / ١٤٦ .

٢- (٢) الكافى ٥ / ٣٣١ ونقلت عنه فى كتابى ألف حديث فى المؤمن / ١٤٦ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .

٤- (٤) ونقل عنهما فى مفتاح الكرامة ٤ / ٦٩ - (١٢ / ٢٢٥) .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٣٧ .

العناوين المحرّمة .

وأمّا مع عدم حصر أطراف العلم الإجمالى فلا يمكن الذهاب إلى القول بالحرمة ، لعدم

إتيان المفاسد وعدم ترتب العناوين المحرّمة . كما نبّه على الفرض الأخير المحقق الأردكانى قدس سره فى تعليقه على المكاسب(١) .

الفرع الثالث :

على القول بحرمة التشبيب - وهو فعل القائل والمتكلِّم والناظم - هل يحرم الإستماع إليه وهو فعل المستمع أم لا ؟

الظاهر واللّه العالم لو أمكن القول بحرمة التشبيب يمكن القول بحرمة الإستماع ، لأنّ غالب المفاسد والعناوين المحرّمة لم يترتب عليه مع عدم وجود المستمع كما هو ظاهر .

وحكم القارىء أيضاً حكم المستمع إذا كان التشبيب مكتوباً . ووافقنا على هذا الفرع الشهيد قدس سره والسيد العاملى قدس سره صاحب مفتاح الكرامة على ما مرّ من كلامهما فى الفرع السابق .

ولما ذكرنا ظهر ضعف ما ذهب إليه السيد الفقيه اليزدى قدس سره ولذا أمر بالتدبر فى آخر كلامه حيث يقول : « بل يمكن دعوى عدم حرمة الإستماع مطلقاً ولو كان محرّماً بالنسبة إلى القائل ، فتدبّر »(٢) .

الفرع الرابع :

على القول بحرمة التشبيب بالأجنبية ، هل التشبيب بالغلام وبالمرد الحسان حرام أم لا ؟ إذا كان التشبيب بالمرد الحسان باعثاً على التهيّج على الحرام فهو حرام بلا إشكال ، ويترتب عليه المفاسد والعناوين المحرّمة الماضية بطريق أشدّ وأولى .

وأمّا فى تنظّر الفيض الكاشانى فى إطلاق هذا الحكم فى كتابه مفاتيح الشرائع(٣) وتبعيّة

١- (١) غنية الطالب ١ / ١١١ .

٢- (٢) حاشية المكاسب / ١٧ - (١ / ١٠٢ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٠ مفتاح ٤٦٥ .

المحقق السبزوارى له فى كتابه كفاية الأحكام(١) ، نظر بيّن . لأنّ التشبيب بالغلام أشدّ مفسدة وحرمة .

ولذا قال الشهيد فى الدروس : « ... والتشبيب بها معينة وبالغلمان مطلقاً ... »(٢) . وقال

ثانى الشهيدين فى المسالك : « ... وكذا التشبيب بالغلام محرّم مطلقاً لتحريم متعلقه »(٣) .

وقال المحقق الثانى فى جامع المقاصد : « ... وأمّا التشبيب بالغلام فحرام على كلِّ حالٍ»(٤) . وذهب الفاضل الإصبهانى أيضاً إلى حرمة التشبيب بالغلام مطلقاً فراجع كتابه كشف اللثام(٥) .

وقال جدنا الفقيه الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدس سره : « وأمّا التشبيب بالمرد الحسان من الكفار والمؤمنين المعروفين والمبهمين فهو من السفه وباعث على التهيّج على الحرام ومعدود من الفحش ، وظاهر نظر المفاتيح لا يُنظر إليه »(٦) .

وتبعه تلميذاه صاحبا الجواهر(٧) والمفتاح(٨) .

وفى هذا المقدار كفاية لمن أراد الحقيقة فى الحكم ، واللّه سبحانه هوالعالم والحمد له .

ص: ٣١٢

١- (٤) كفاية الأحكام / ٢٨١ الطبع الحجرى - (ولكن فى المطبوع منها حديثاً لم تذكر التبعية فراجع ١ / ٤٤٠) .

٢- (٥) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٣ .

٣- (١) المسالک ٢ / ٤٠٤ الطبع الحجرى - (١٤ / ١٨٢) .

٤- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .

٥- (٣) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ من طبع جماعة المدرسين .

٦- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٣٨ .

٧- (٥) الجواهر ٤١ / ٤٩ .

٨- (٦) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٩ (١٢ / ٢٢٥) .

التصوير

أنواعه :

ينقسم التصوير إلى أربعة أنواع : الصورة إمّا لذى روح مِن إنسان أو حيوان ، وإمّا لغير ذى روح ، وكلّ منهما إمّا بنحو التجسيم بحيث يوجد له الظلّ ، وإمّا بنحو الصورة والنقش فقط مِنْ دون تجسيم ، فهذه أربعة أقسام .

وهكذا يمكن تقسيم التصوير إلى أقسام أُخر ، نحو إيجاده بعمل اليد والمباشرة أو بالمكائن والمطابع والآلات الحديثة نحو الكاميرا وهى الآلة المصوِّرة والحاسب الآلى وهو الكامبيوتر ونحوهما .

أو إيجاد الصورة كاملاً كإنسان أو حيوان قائماً أو إيجاده ناقصاً نحو : رأس الإنسان أو الحيوان فقط أو مع ضمّ بعض الأجزاء الآخر كتصويرهما قاعداً .

أو إيجاد الصورة لشيءٍ حقيقى يوجد فى الخارج ويراه الإنسان بعينه أو إيجاد الصورة لشيءٍ لم يره الإنسان نوعاً أو أصلاً ، نحو التصوير الخيالى للجن أو الملك أو الغول أو العنقاء ومثلها .

وهذه بعض أقسام الصورة ، ويمكن تقسيمه بإنقسامات أُخر أيضاً لا يهمّنا ذكرها هنا ويأتى البحث حولها فى فروع المسألة إن شاء اللّه تعالى .

الأقوال فيه

تنقسم الأقوال الرئيسية فى المقام إلى الخمسة :

الأوّل : حرمة التصوير مطلقاً بأقسامه الأربعة ، يعنى سواء كان للحيوان أو لغيره ، وسواء كان بنحو التجسيم أو الصورة والنقش فقط ، استظهره العلامة الحلّى قدس سره فى المختلف(١)

١- (١) المختلف ٥ / ١٣ .

من كلامى القاضى ابن البراج(١) وأبى الصلاح الحلبى(٣) .

الثانى : حرمة المجسّمة فقط ، سواء كانت لذى روح أو لغيره ، نسبه العلامة فى المختلف(٢) إلى الشيخين المفيد(٣) والطوسى(٤) ، وسلاّر(٥) واختاره العلامة نفسه فى إرشاد الأذهان(٦) وتذكرة الفقهاء(٧) .

الثالث : حرمة ما كان لذى روح فقط ، سواء كان بنحو التجسيم أو بالصورة والنقش ، نسبه الشيخ الأعظم(٨) قدس سره إلى ظاهر النهاية(٩) وصريح السرائر(١٠) والمحكى عن حواشى الشهيد(١١) والميسيّة(١٢) والمسالك(١٣) وإيضاح النافع(١٤) والكفاية(١٥) ومجمع البرهان(١٦) وغيرهم .

١- (٢) المهذب ١ / ٣٤٤ .

٢- (١) الكافى / ٢٨١ .

٣- (٢) المختلف ٥ / ١٤ .

٤- (٣) المقنعة / ٥٨٧ .

٥- (٤) النهاية / ٣٦٣ .

٦- (٥) المراسم / ١٧٠ .

٧- (٦) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ ، والارشاد المطبوع مع غاية المراد ٢ / ٨ .

٨- (٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٨٨ مسألة ٦٩٣ .

٩- (٨) المكاسب / ٢٣ - (١ / ١٨٣ من الطبعة الحديثة) .

١٠- (٩) النهاية / ٣٦٣ .

١١- (١٠) السرائر ٢ / ٢١٥ .

١٢- (١١) كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٤٨ - (١٢ / ١٥٨ من طبعة جماعة المدرسين) .

١٣- (١٢) الميسيّة / كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٤٨ - (١٢ / ١٥٨) .
١٤- (١٣) مسالک الإفهام ٣ / ١٢٦ .
١٥- (١٤) ايضاح النافع / كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٤٨ - (١٢ / ١٥٨) .
١٦- (١٥) كفاية الأحكام / ٨٥ - (١ / ٤٢٧ من طبعة جماعة المدرسين) .

أقول : واختاره الشهيد الثانى فى حواشيه على الإرشاد(١) ، والشرائع(٢) والنافع(٣) .

الرابع : اختصاص الحرمة بخصوص المجسَّم من ذوات الأرواح فقط ، وادعى عليه الإجماع ونفى الخلاف فى كلمات جماعة من الأعلام ، نحو : المحقق الثانى فى جامع المقاصد(٤) والمحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان(٥) والسبزوارى فى كفاية الأحكام(٦) واختاره جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد(٧) وتلميذه صاحب الجواهر(٨) والمحقق الخمينى فى المكاسب المحرمة(٩) وشيخنا الأُستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب(١٠) وبعض المعاصرين - مدظله - فى كتابه المسائل المستحدثة(١١) .

الخامس : ظاهر المشايخ الطوسى والطبرسى والميرزا محمد المشهدى قدس سرهم فى تفاسيرهم التبيان(١٢) ومجمع البيان(١٣) وكنز الدقائق(١٤) كراهة عمل الصور مطلقاً لا الحرمة فى ذيل قوله تعالى فى سورة البقرة : «وَإِذْ وَاعَدْنَا مُوسَى أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ثُمَّ اتَّخَذْتُمُ الْعِجْلَ مِن بَعْدِهِ وَأَنتُمْ ظَالِمُونَ»(١٥) .

١- (١٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٤ .
٢- (١٧) حاشية الارشاد المطبوعة مع غاية المراد ٢ / ٨ - ومستقلاً / ١٦٤ .
٣- (١٨) حاشية شرايع الإسلام / ٣٢٦ .
٤- (١) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .

٥- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٤ .

٦- (٣) كفاية الأحكام / ٨٥ - (١ / ٤٢٧ من طبعة جماعة المدرسين) .

٧- (٤) شرح القواعد ١ / ١٨٦ .

٨- (٥) الجواهر ٢٢ / ٤١ .

٩- (٦) المكاسب المحرمة ١ / ١٦٨ .

١٠- (٧) إرشاد الطالب ١ / ١٢٠ .

١١- (٨) المسائل المستحدثة / ٢١٤ للفقيه السيد محمد صادق الروحانى مدظله .

١٢- (٩) التبيان ١ / ٢٣٦ .

١٣- (١٠) مجمع البيان ١ / ١٠٩ .

١٤- (١١) كنز الدقائق ١ / ٢٤٥ .

١٥- (١٢) سورة البقرة / ٥١ .

ومن المعلوم أنّ تأليف التبيان متأخر عن كتب الشيخ الفقهية كما صرح بذلک ابن إدريس الحلى الذى هو من أسباط الشيخ فى مسألة ولاية الأب والجد على البنت فى النكاح من سرائره ، وقال : « وأيضاً فشيخنا أبوجعفر الطوسى قد رجع وسلّم المذهب بالكليّة فى كتابه كتاب التبيان ورجع عمّا ذكره فى نهايته وسائر كتبه ، لأنّ كتاب التبيان صنفه بعد كتبه جميعها واستحكام عمله وسبره للأشياء ووقوفه عليها وتحقيقه لها »(١٣) .

فهذه عمدة الأقوال فى حكم التصوير ، فلابدّ لنا من ملاحظة الروايات الواردة فى المقام حتّى نرى إمكان تأييد أىّ قول من الأقوال الخمسة بها وبالجمع بين طوائفها ؟ !

الروايات

اشارة

الروايات الواردة حول مسألة التصوير على طوائف :

الطائفة الأولى : ما يدلّ على حرمة التصوير مطلقاً

منها : موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ جبرئيل أتانى فقال : يا محمّد إنّ ربّک يقرؤک السلام وينهى عن تزويق البيوت . قال أبو بصير : قلت : ما التزويق ؟ قال : تصاوير التماثيل(١) .

ورواها فى الكافى(٢) بسند فيه ضعف لدخول على بن أبى حمزة البطائنى فيه ونقل عنهما فى الوسائل(٣) . والمراد بالتزويق يعنى التزيين والتحسين .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أتانى جبرئيل فقال : يا محمّد إنّ ربّک ينهى عن التماثيل(٤) .

وفى السند ضعف بعلى بن أبى حمزة البطائنى ، ويمكن اتحاد الروايتين وكون الثانى

١- (١) السرائر ٢ / ٥٦٣ .

٢- (٢) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٧ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٥٢٦ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٣ ح ١ . الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن .

تلخيصاً للأوّل .

ومنها : خبر الأصبغ بن نباتة قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من جدّد قبراً أو مثّل مثالاً فقد خرج عن الإسلام(١) .

ورواه الصدوق مرفوعاً إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى الفقيه(٢) والشيخ مسنداً عنه عليه السلام فى التهذيب(٣) ، والسند ضعيف بأبى الجارود ، وفى ألفاظ الرواية ومعانيها وجوه سوف يأتى

التعرض لها فيما بعد إن شاء اللّه تعالى ، فانتظر .

ومنها : خبر جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا تبنوا على القبور ولا تصوّروا سقوف البيوت ، فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم كره ذلك(٤) .

والكراهة فى لسان الأئمة عليهم السلام تحمل على الحرمة لا الكراهة المصطلحة عند الفقهاء ، لاسيما فى هذه الرواية المؤيدة بظهور النهى فى الحرمة أيضاً فى « لا تصوّروا» ، ولكن فى السند ضعف بالقاسم بن سليمان ، لأنّه لم يوثق . وأمّا جراح المدائنى فيمكن الذهاب إلى حسنه كما ذهب إليه العلاّمة المامقانى قدس سره فى تنقيح المقال(٥) .

ومنها : خبر سعد بن ظريف عن أبى جعفر عليه السلام قال : «إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ»(٦) : هم المصوّرون ، يكلَّفون يوم القيامة أن ينفخوا فيها الروح(٧) .

والسند ضعيف بأبى جميلة وسعد بن ظريف ، ولكن الرواية تدلّ على حرمة التصوير .

ومنها : صحيحة يحيى بن العلاء عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّه كره الصور فى البيوت(٨) .

١- (٥) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١١ .

٢- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ١٠ .

٣- (٧) الفقيه ١ / ١٨٩ ح ٥٧٩ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ٩ .

٥- (٢) تنقيح المقال ١ / ٢٠٩ الرقم ١٦٩٧ من الطبع الحجرى .
٦- (٣) سورة الأحزاب / ٥٧ .
٧- (٤) المحاسن ٢ / ٤٥٥ ح ٤٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٢ .
٨- (٥) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٦ .

الصحيحة تدلّ على الحرمة ، لأنّه مرّ منّا أنّ الكراهة فى لسان الأئمة عليهم السلام تحمل على الحرمة . ونظيرها خبر المثنى(١) وخبر حاتم بن إسماعيل المدينى(٢) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : بعثنى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم إلى المدينة فقال : لا تدع صورة إلاّ محوتها ، ولا قبراً إلاّ سوّيته ، ولا كلباً إلاّ قتلته(٣) .

ومنها : حسنة عبد اللّه بن ميمون القداح عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : أرسلنى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى هدم القبور وكسر الصور(٩) .

ورواها بسنده فى الكافى(٤) وفى السند سهل بن زياد آلادمى القمى .

ومنها : صحيحة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : إنّ جبرئيل قال : إنّا لا ندخل بيتاً فيه كلب ، ولا صورة إنسان ، ولا بيتاً فيه تمثال(٥) .

ورواها بسند معتبر فى الكافى(٦) ، ونحوها أيضاً خبر محمد بن مروان المروى فى الكافى(٧) والمحاسن(٨) ، وخبر عمر بن خلاّد المروى فى المحاسن(٩) . ونظيرها مرفوعة الأحسائى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى كتابه درر اللآلى(١٠) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن طلحة النهدى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : من أكل السحت

١- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٥ .

٢- (٧) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٧ .

٣- (٨) المحاسن ٤٥٣/٢ ح ٣٤ والكافى ٥٢٨/٦ ح ١٤ ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ٣٠٦/٥ ح ٨ .

٤- (١) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٥ .

٥- (٢) الكافى ٦ / ٥٢٨ ح ١١ .

٦- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٤ ح ٣٨ .

٧- (٤) الكافى ٦ / ٥٢٧ ح ٣ .

٨- (٥) الكافى ٦ / ٥٢٦ ح ٢ .

٩- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٤ ح ٣٩ .

١٠- (٧) المحاسن ٢ / ٤٥٤ ح ٤٠ .

سبعة - إلى أن قال - والذين يصوّرون التماثيل ، الخبر(١) .

ومنها : خبر أبى بصير ومحمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : أمير المؤمنين عليه السلام : إيّاكم وعمل الصور ، فإنّكم تسألون عنها يوم القيامة ، الخبر(٢) .

منها : ما رواه الصدوق بسند صحيح عن محمد بن أحمد بن يحيى بإسناده رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام قال : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أن يسلّم على أربعة : على السكران فى سكره ، وعلى من يعمل التماثيل ، وعلى من يلعب بالنرد ، وعلى من يلعب بالأربعة عشر ، وأنا أزيدكم الخامسة أنهاكم أن تسلّموا على أصحاب الشطرنج(٣) .

ومنها : مرفوعة ومضمرة القطب الراوندى قال : روى أنّه يخرج عنق من النار

فيقول : أين من كذب على اللّه ؟ وأين من ضادّ اللّه ؟ وأين من استخف باللّه ؟ فيقولون : ومن هذه الأصناف الثلاثة ؟ فيقول : من سحر فقد كذب على اللّه ، ومن صوّر التماثيل فقد ضادّ اللّه ، ومن تراءى فى عمله فقد استخف باللّه(٤) .

ومنها : مرفوعة الشهيد الثانى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : أشدّ الناس عذاباً يوم القيامة : رجلٌ قتل نبيّاً أو قَتَلَهُ نبىٌّ ، أو رجل يُضِلُّ الناسَ بغير علمٍ ، أو مُصَوِّرٌ يُصَوِّرُ التماثيلَ(٥) .

ومنها : مرفوعة الأحسائى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : المصوّرون يعذّبون يوم القيامة ، يقال : أحيوا ما خلقتم(٦) .

فهذه الروايات كلُّها نُقِلَتْ من طرقِنا وفيها الصحيحة والموثقة والمعتبرة والحسنة مِن

١- (٨) درر اللآلى ١ / ١١٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٤٥٣ ح ٣ .

٢- (٩) كتاب جعفر بن محمد بن شريح الحضرمى / ٧٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٠ ح ٢ .

٣- (١٠) الخصال / ٦٣٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٠ ح ١ .

٤- (١) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٤٥٤ ح ٥ ، و١٣ / ٢١٠ ح ٣ .

٥- (٢) منية المريد / ٢٨١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٠ ح ٤ .

٦- (٣) عوالى اللآلى ١ / ١٤٨ ح ٩١ ونقل عنه مع اختلاف يسير فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١١ ح ٥ .

حيث السند ، وتدلّ على مبغوضية بل حرمة عمل الصور والتماثيل مطلقاً .

الطائفة الثانية : ما يدلّ على جواز مطلق التصوير لغير ذوات الأرواح

منها : موثقة أو صحيحة أبى العباس عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجل : «يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاء مِن مَحَارِيبَ وَتَمَاثِيلَ»(١) فقال : واللّه ما هى تماثيل الرجال والنساء ولكنّها الشجر وشبهه(٢) .

ومنها : خبر آخر للفضل أبى العباس قال : قلت لأبى جعفر قول اللّه عزّ وجلّ : «يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاء مِن مَحَارِيبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ»قال : ما هى تماثيل الرجال والنساء ولكنّها تماثيل الشجر وشبهه(٣) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ سهل ، ويمكن اتحاده مع الموثقة الماضية .

ومنها : صحيحة أحمد بن محمد بن أبى نصر البزنطى قال : كنت عند أبى الحسن الرضا عليه السلام فأخرج إلينا خاتم أبى عبد اللّه عليه السلام وخاتم أبى الحسن عليه السلام وكان خاتم أبى عبد اللّه عليه السلام « أنت ثقتى فاعصمنى من الناس» ونقش خاتم أبى الحسن عليه السلام « حسبى اللّه » وفيه وردة وهلال فى أعلاه(٤) .

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس بتماثيل الشجر(٥) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان(٦) .

١- (٤) سورة سبأ / ١٣ .

٢- (٥) الكافى ٦ / ٥٢٧ ح ٧ والمحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٣ ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٥ ح ١ . الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به ، و ٥ / ٣٠٤ ح ٤ . الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن .
٣- (٦) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٥ ح ٦ .
٤- (١) الكافى ٦ / ٤٧٣ ح ٤ ونقل عنه مختصرها فى وسائل الشيعة ٤ / ٤٤٣ ح ١ . الباب ٤٦ من أبواب لباس المصلى .
٥- (٢) المحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٢ .
٦- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

ومنها : مرفوعة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ربّما قمت أُصلّى وبين يدى وسادة فيها تماثيل طائر فجعلت عليه ثوباً ، وقال : قد أُهديت إلىّ طنفسة من الشام فيها تماثيل طائر فأمرت به فغيّر رأسه فجعل كهيئة الشجر ، وقال : إنّ الشيطان أشدّ ما يهمّ بالإنسان إذا كان وحده(١) .

والرواية تدلّ على عدم الحرمة فى صورة الشجر وإلاّ لما أمر الإمام عليه السلام بتغييرها إليها .

ومنها : مرفوعة ابن شعبة الحرّانى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث أنّه قال فى عداد الصنائع المحلّلة : وصنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحانى(٢) .

والحاصل ، ان هذه الروايات وفيها صحيحة الإسناد والموثقة تدلّ على جواز عمل صور غير ذوات الأرواح مطلقاً سواء كانت مجسمة أم غير مجسّمة ، وبها نقيّد المطلقات الواردة فى حرمة عمل الصور بناءً على قانون الإطلاق والتقييد . ويؤيده السيرة القطعية المتصلة إلى زمن المعصومين عليهم السلام من عمل تصوير غير ذوات الأرواح بنحو التجسيم وغيره ولم يَنكره أحد ، وبعض الناس يطلبون الرزق بعمل هذه الصور ويكتسبون بها ولم يرتدع أحد منها .

الطائفة الثالثة : ما يدلّ على حرمة مطلق التصوير لذوات الأرواح

منها : ما رواها الصدوق قدس سره فى الفقيه بإسناده إلى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم : أنّه نهى عن التختم بخاتم صفر أو حديد ، ونهى أن ينقش شىء من الحيوان على الخاتم ، الحديث(٣) .

ظهور النهى فى الحرمة واضحة ، ولكن فى السند ضعف لدخول عدّة من المجاهيل فيه .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم الماضية قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان(٤) .

١- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٧ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .
٢- (٥) تحف العقول / ٣٣٥ .
٣- (١) الفقيه ٤ / ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

هذه الصحيحة بمفهومها تدلّ على حرمة تصوير ذوات الأرواح مطلقاً ، لأنّ مفهومها إن كان شيئاً من الحيوان ففيه بأس . وكما أن « لا بأس » يدل على الجواز ، ف- « فيه بأس » أيضاً يدلّ على الحرمة .

ومنها : الروايات الواردة فى تكليف المصوّرين يوم القيامة بأن ينفخوا الروح فى صورهم ويحيوهم : نحو :

١ - حسنة الحسين بن المنذر قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : ثلاثة معذّبون يوم القيامة : رجل كذب فى رؤياه يكلّف أن يعقد بين شعيرتين وليس بعاقد بينهما ، رجلٌ صوّر تماثيل يكلّف أن ينفخ فيها وليس بنافخ(١) .

أقول : إلى هنا انتهى نقل الكلينى ، ولكن رواها البرقى فى المحاسن بسند فيه ضعف ، وتمّمها هكذا : « والمستمع بين قوم وهم له كارهون ، يصبّ فى أُذنيه الآنک وهون الأُسرب »(٢) وهكذا تمّمها الصدوق بسنده عن محمد بن مروان الكلبى فى الخصال(٣) والرجل لم يثبت وثاقته ولذا كان التعبير بالصحيحة فى شأن خبر محمد بن مروان كما عبر به ثانى الشهيدين قدس سره فى المسالک(٤) غير تام .

٢ - وخبر ابن أبى عمير عن رجل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من مثّل تمثالاً كلّف يوم القيامة أن ينفخ فيه الروح(٥) .

ورواها البرقى فى المحاسن(٦) أيضاً .

٣ - وخبر الحسين بن زيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ونهى أن يكذب الرجل فى رؤياه متعمّداً وقال : يكلّفه اللّه يوم القيامة أن يعقد شعيرة وما هو

١- (٣) الكافى ٦ / ٥٢٨ ح ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٥ ح ٥ .

٢- (٤) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٥ ح ٥ .

٣- (٥) الخصال ١ / ١٠٨ ح ٧٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٦ / ١٦٦ ح ٩ .

٤- (٦) المسالک ٣ / ١٢٦ .

٥- (١) الكافى ٦ / ٥٢٧ ح ٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٤ ح ٢ .

٦- (٢) المحاسن ٢ / ٤٥٥ ح ٤٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٤ ح ٢ .

بعاقدها ، ونهى عن التصاوير وقال : من صوّر صورة كلّفه اللّه يوم القيامة أن ينفخ فيها وليس بنافخ ، الحديث(١) .

٤ – وخبر ابن عباس قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من صوّر صورة عُذّب وكُلّف أن ينفخ فيها وليس بفاعل ، ومن كذب فى حلمه عُذّب وكُلّف أن يعقد بين شعيرتين وليس بفاعل ، ومن استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون يُصبّ فى اُذنيه الآنک يوم القيامة(٢) .

قال سفيان (وهو من رجال السند) : الآنک : الرصاص .

٥ – وخبر سعد بن ظريف عن أبى جعفر عليه السلام قال : «إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ»(٣) هم المصوّرون يكلّفون يوم القيامة أن ينفخوا فيها الروح(٤) .

٦ – ومرفوعة الأحسائى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : المصوّرون يعذّبون يوم القيامة ، يقال : أحيوا ما خلقتم(٥) .

٧ – مرفوعة اُخرى للأحسائى عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال فى حديث : ومن صوّر صورة عُذّب حتّى ينفخ فيها الروح وليس بنافخ(٦) .

وقد حكم المحقق الخوئى(٧) قدس سره باستفاضة هذه الأخبار من طرق الفريقين ، وتبعه تلميذه شيخنا الأُستاذ(٨) – مد ظله – وقد يقال فى شأنها : « والظاهر أنّ نقل هذا المضمون مستفيض فى أخبار الفريقين ، بل يمكن القول بتواتره إجمالاً ، بمعنى العلم إجمالاً بصدور بعضها ،

١– (٣) الفقيه ٤ / ٥ ح ٤٩٤٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ .

٢– (٤) الخصال ١ / ١٠٩ ح ٧٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٩ .

٣- (٥) سورة الأحزاب / ٥٧ .
٤- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٥ ح ٤٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٢ .
٥- (٧) عوالى اللآلى ١ / ١٤٨ ح ٩١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١١ ح ٥ .
٦- (٨) عوالى اللآلى ١ / ١٢٢ ح ٥١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١١ ح ٦ .
٧- (٩) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٤ .
٨- (١) ارشاد الطالب ١ / ١٢١ .

ولا أقلّ من الإطمئنان والوثوق بذلک »(١) ... «وكيف كان فهذه الروايات ... قد كثرت من طرق الفريقين بحيث تطمئن النفس بصدور بعضها ولو واحدة منها ، فتكون حجة إجمالاً ، وظاهر الجميع هى الحرمة ... »(٢) .

أقول : الظاهر من هذه الروايات الآمرة بالنفخ يوم القيامة للمصوّرين ، أمرهم سبحانه وتعالى بإحياء ما صوّره ، فلابدّ أنّ هذه الصورة يمكن إحياؤها ، يعنى كانت صورة حيوان فقط ، سواء كانت بنحو التجسيم أو غير مجسمةٍ .

نعم ، خرجت من تحت هذه الأخبار صور غير الحيوان لعدم إمكان إحيائها .

فحمل الروايات الآمرة بالنفخ على المجسَّمة من الحيوان فقط بدعوى : أنّ الصورة حيوان لا ينقص منه شيءٌ سوى الروح ، كما ذهب إليه جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرحه على القواعد(٣) وتبعه تلميذه صاحب الجواهر(٤) وتبعهما المحققون الإيروانى(٥) والخمينى(٦) والأردكانى(٧) قدس سرهم والأُستاذ - مد ظله - فى آخر كلامه فى المقام تحت عنوان « اللهم إلاّ ان يقال »(٨) وبعض آخر من أساتيذنا(٩) - أدام اللّه تعالى ظله - غير تام لما مرّ منّا أنّ النفخ ظاهر فى الإحياء ، والإحياء كما صح أن يتعلق بالمجسمة من الحيوان صح أن يتعلق بغير المجسمة منه أيضاً .

ويؤيد ما ذكرناه صحيحة على بن يقطين فى قضية إحياء الإمام موسى بن جعفر عليه السلام

١- (٢) دراسات فی المکاسب المحرمة ٢ / ٥٧٤ .

٢- (٣) دراسات فی المکاسب المحرمة ٢ / ٥٧٩ .

٣- (٤) شرح القواعد ١ / ١٨٨ .

٤- (٥) الجواهر ٢٢ / ٤٢ .

٥- (٦) الحاشية على المكاسب ١ / ١٢٨ .

٦- (٧) المكاسب المحرمة ١ / ١٧٢ و ١٧١ .

٧- (٨) غنية الطالب ١ / ١١٢ .

٨- (٩) إرشاد الطالب ١ / ١٢١ .

٩- (١٠) دراسات فی المکاسب المحرمة ٢ / ٥٨١ .

أسداً مصوّراً كان على بعض الستور فقال له : يا أسد اللّه خذ عدوّ اللّه ، قال [على بن يقطين] : فوثبت تلك الصورة كأعظم ما يكون من السباع فافترست ذلک المُعَزِّم(١) ، فخرّ هارون وندماؤه على وجوههم مغشيّاً عليهم وطارت عقولهم خوفاً من هَوْل ما رأوه ، الحديث(٢) .

وهكذا يؤيدنا خبر محمد بن زياد ومحمد بن سيار عن الإمام الحسن العسكرى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن الرضا عليه السلام فی قضيته فی مجلس المأمون ، حيث يقول حميد بن مهران للإمام عليه السلام : ... فأمّا المطر المعتاد مجيئه فلست أنت أحق بأن يكون جاء بدعائک من غيرک الذى دعا ، كما دعوت ، وكان الحاجب أشار إلى أسدين مصوّرين على مسند المأمون الذى كان مستنداً إليه ، وكانا متقابلين على المسند ، فغضب على بن موسى عليه السلام وصاح بالصورتين : دونكما الفاجر ، فافترساه ولم يبقيا له عيناً ولا أثراً ، فوثبت الصورتان وقد عادتا أسدين فتناولا الحاجب ورضاه [رضضاه (٣)] وهشماه(٤) وأكلاه ولحسا(٥) دمه والقوم ينظرون متحيّرين ممّا

يبصرون ... إلى أن قال الرضا عليه السلام : عودا إلى مقرّكما كما كنتما ، فصارا إلى المسند وصارا صورتين كما كانتا ، الحديث(٦) .

والحاصل ، المراد بالنفخ هو الإحياء ، ولذا يتعلق بذوات الأرواح مطلقاً ، سواء كانت بنحو المجسَّمة أو غير المجسَّمة . ولم يرد علينا أولاً : لزوم قابلية المحلِّ بأن ينفخ فيه ، وهذا ليس إلاّ فى المجسَّمة من الحيوان .

وثانياً : إذا كانت صورة الحيوان بنحو غير المجسَّمة لزم من النفخ فيه تبديل اللون وهو العرض بالجسم وهو الجوهر ، وتبديل العرض بالجوهر محالٌ .

١- (١) المُعَزِّم : الرجل الذى عنده العزيمة والرقى .

٢- (٢) أمالى الصدوق ، المجلس التاسع والعشرون ح ٢٠ / ٢١٢ الرقم ٢٣٦ .

٣- (٣) رضّه : دقه وجرشه ، رضض الشىء : بالغ فى رضه .

٤- (٤) هشم الشىء : كسره .

٥- (٥) لحس القصعة : لعقها وأخذ ما علق بجوانبها بلسانه أو باصبعه .

٦- (٦) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٧١ .

لأنّه قد مرّ منّا مراراً : أنّ المراد بالنفخ الإحياء كما اعترف به المحقق الإيروانى(١) ، ويكفى فى تعلق الإحياء به كونه من ذوات الأرواح مطلقاً ، سواء كانت مجسَّمة أو غير مجسَّمة . والإحياء يمكن أن يتعلق بصورة الحيوان ولو كانت غير مجسَّمة . وهذا الأمر بالإحياء ليس إلاّ للتعجيز ، ولم يُشترط فى الأوامر التعجيزية القدرة على متعلَّقها وإلاّ لم يصدق التعجيز .

ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى جوابات الشيخ الأعظم(٢) عن الإشكالين ، حتّى يناقشه السيد الخوئى(٣) فى جوابه الأوّل وقبوله الجواب الآخر .

حيث أجاب الشيخ الأعظم : أولاً : بأنّ النفخ يتصوّر فى النقش أيضاً بملاحظة محلّه حيث أنّ النقش حالّ فى الجسم .

وثانياً : أدل الدليل على إمكان الشىء وقوعه كما قد وقع فى أمر الإمامين عليهماالسلام فى مجلس هارون وابنه مأمون .

وثالثاً : أن النقش ليس عرضاً بل هو فى الحقيقة أجزاء لطيفة من الصبغ فيكون جسماً(٤) .

وناقش السيد الخوئى بعد الإعتراف بأنّ الظاهر من أخبار النفخ التكليف بالإحياء ، فقال : « إنّ التكليف إنّما هو بإحياء نفس الصورة دون محلّها»(٥) ، وسكت بالنسبة إلى الجواب الثانى وقبل الجواب الثالث .

فظهر ممّا ذكرنا عدم الحاجة إلى هذه الجوابات لعدم ورود الإشكالات ، لأنّ المراد بالنفخ هو الإحياء والإحياء كما يتعلق بالمجسَّم يتعلَّق بغير المجسَّم أيضاً ، وليست الروايات ظاهرة فى المجسّم فقط بل تعمّ غيره .

١- (٧) حاشية المكاسب ١ / ١٢٩ .

٢- (١) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٤ من الطبعة الحديثة) .

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٦ .

٤- (٣) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٤) .

٥- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٦ .

وهكذا لا يتمّ ما ذكره المحققان الإيروانى(١) والخمينى(٢) ، فراجع كتابيهما . وتبعهما بعض أساتيذنا - مد ظله - فى المقام(٣) .

ووافقنا على نتيجة هذا البيان جمع من المحققين ، منهم : الشيخ الأعظم(٤) قدس سره والفقيه السيد اليزدى(٥) والسيد على آل بحر العلوم(٦) من تلاميذ صاحب الجواهر ، والسيد الخوئى(٧) والسيد عبد الأعلى السبزوارى(٨) وبعض المعاصرين(٩) - مدظله - .

وبالجملة ، هذه الروايات الآمرة بالنفخ تدلّ على حرمة مطلق تصوير ذوات الأرواح سواء كانت مجسَّمة أو غير مجسَّمة .

ومنها : أى من الروايات الواردة فى الطائفة الثالثة الدالة على حرمة مطلق التصوير لذوات الأرواح : خبر الأصبغ بن نباتة [الذى قد سبق ذكره] قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من جدّد قبراً أو مثّل مثالاً فقد خرج من الإسلام(١٠) .

بتقريب :أن المثال والصورة مترادفان كما قال الفاضل الأصبهانى قدس سره : « المعروف - كما فى اللغة - ترادف التماثيل والتصاوير والصور بمعنى التصاوير »(١١) .

فالرواية تدلّ على حرمة مطلق التصوير ، ولكنّ الروايات الواردة فى جواز تصوير غير ذوات الأرواح تخصصها ، فبقيت تحتها مطلق تصاوير ذوات الأرواح سواء بنحو

١- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٢٨ .

٢- (٦) المكاسب المحرمة ١ / ١٧٢ و ١٧١ .

٣- (٧) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥٨٢ و ٥٨١ .

٤- (١) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٦ من الطبعة الحديثة) .

٥- (٢) حاشية المكاسب / ١٧ - (١ / ١٠٢ من الطبعة الحديثة) .

٦- (٣) برهان الفقه - كتاب التجارة / ١٦ .

٧- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٦ .

٨- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٣ .

٩- (٦) عمدة الطالب ١ / ١٦٨ .

١٠- (٧) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ١٠ .

١١- (٨) كشف اللثام ٣ / ٣٠٨ طبع جماعة المدرسين .

التجسيم أو غيره .

وفيه : أولاً : فى سندها ضعف ظاهر بأبى الجارود كما مرّ منّا .

وثانياً : فى دلالة هذا الحديث ومفاد معناه مناقشات كثيرة نذكر لک كلام بعض الأعلام فى المقام حتّى يظهر بعضها :

قال الصدوق بعد نقل الرواية : « واختلف مشايخنا فى معنى هذا الخبر :

فقال محمد بن الحسن الصفار رحمه الله : هو جدّد بالجيم لا غير . وكان شيخنا محمد ابن الحسن بن أحمد بن الوليد رضى الله عنه يحكى عنه أنّه قال : لا يجوز تجديد القبر ولا تطيين جميعه بعد

مرور الأيام عليه وبعد ما طيّن فى الأوّل ، ولكن إذا مات ميّت وطيّن قبره فجائز أن يرمَّ سائر القبور من غير أن يجدَّد .

وذكر [ابن الوليد] عن سعد بن عبد اللّه رحمه الله أنّه كان يقول : إنّما هو مَن حدَّد قبراً - بالحاء غير المعجمة - يعنى به من سنّم قبراً .

وذكر [ابن الوليد] عن أحمد بن أبى عبد اللّه البرقى أنّه قال : إنّما هو من جدث قبراً ، تفسير الجدث : القبر فلا ندرى ما عنى به .

والذى أذهب إليه : أنّه جدَّد بالجيم ومعناه نبش قبراً ، لأنّ من نبش قبراً فقد جدّده وأحوج إلى تجديده وقد جعله جدثاً محفوراً .

وأقول : إنّ التجديد على المعنى الذى ذهب إليه محمد بن الحسن الصفار والتحديد بالحاء غير المعجمة الذى ذهب إليه سعد بن عبد اللّه والذى قاله البرقى من أنّه جدث كلّه داخل فى معنى الحديث ، وأنّ من خالف الإمام عليه السلام فى التجديد والتسنيم والنبش واستحلّ شيئاً من ذلك فقد خرج من الإسلام .

والذى أقوله فى قوله عليه السلام « مَن مثّل مثالاً » يعنى به أنّه من أبدع بدعةً ودعا إليها ، أو وضع ديناً فقد خرج من الإسلام ، وقولى فى ذلك قول أئمتى عليهم السلام ، فإن أصبتُ فمن اللّه على ألسنتهم وإن أخطأت فمن عند نفسى »(١) .

١- (١) الفقيه ١ / (١٩١ - ١٨٩) .

الشيخ فى التهذيب بعد نقل الرواية والاختلاف الذى مرّ من الصدوق فى معناها قال بعد نقل مقال البرقى توضيحاً لكلامه : « ويمكن أن يكون المعنى بهذه الرواية : النهى أن يجعل القبر دفعة أُخرى قبراً لإنسان آخر ، لأنّ الجدث هو القبر ، فيجوز أن يكون الفعل مأخوذاً منه »(١) . ثم نقل كلام أُستاذه المفيد فى آخر بياناته وقال : « وكان شيخنا محمد بن محمد بن النعمان رحمه الله يقول : إنّ الخبر بالخاء والدالين وذلك مأخوذ من قوله تعالى : «قُتِلَ أَصْحَابُ الْأُخْدُودِ»(٢) ، والخد : هو الشق ، يقال : خددت الارض خداً : أى شققتها . وعلى هذه الروايات يكون النهى تناول شق القبر

إمّا ليدفن فيه أو على جهة النبش على ما ذهب إليه محمد بن على ، وكل ما ذكرناه من الروايات والمعانى محتمل ، واللّه أعلم بالمراد والذى صدر

الخبر عنه عليه السّلام »(٣) .

وهكذا نقل المحقق هذا الاختلاف فى المعتبر ، وبعد بيان ضعف السند قال : « فإذن الرواية ساقطة فلا ضرورة إلى التشاغل بتحقيق نقلها »(٤) .

وأجابه الشهيد فى الذكرى بقوله : « اشتغال هؤلاء الأفاضل بتحقيق هذه اللفظة مؤذن بصحة الحديث عندهم وإن كان طريقه ضعيفاً ، كما فى أحاديث كثيرة اشتهرت وعلم موردها وإن ضعف إسنادها ، فلا يرد ماذكره فى المعتبر من ضعف محمد بن سنان وأبى الجارود راوييه ، على أنّه قد ورد نحوه من طريق أبى الهياج السالف ، وقد نقله الشيخ فى الخلاف ، وهو من صحاح العامة ، وهو يعطى صحة الرواية بالحاء المهملة لدلالة الإشراف والتسوية عليه ، ويعطى أنَّ المثال هنا هو التمثال هناك ، وهو الصورة ، وقد ورد فى النهى عن التصوير وفى إزالة التصاوير أخبار مشهورة »(٥) .

أقول : أبو الهياج - وهو حيان بن حصين الأسدى الكوفى - روى عن

١- (٢) التهذيب ١ / ٤٥٩ .

٢- (٣) سورة البروج / ٤ .

٣- (١) التهذيب ١ / ٤٦٠ .

٤- (٢) المعتبر فى شرح المختصر ١ / ٣٠٤ .

٥- (٣) ذكرى الشيعة ٢ / ٤٠ .

أمير المؤمنين عليه السلام وعمار وكان كاتباً له ، وروى عنه جرير ومنصور إبناه وأبو وائل والشعبى ، ووثقه ابن حبان والعجلى ، قال : كل ذلک ابن حجر(١) .

ونقل الشيخ روايته هكذا : « وروى أبو الهياج الأسدى قال : قال لى على عليه السلام : أبعثک على ما بعثنى عليه رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، لاترى قبراً مشرفاً إلاّ سويته ، ولا تمثالاً إلاّ طمسته »(٢) .

وهذه الرواية عامية رويت فى مسلم(٣) والنسائى(٤) والترمذى(٥) باختلاف يسير فى ألفاظها .

وقال العلاّمة المجلسى بعد نقل الرواية وكلام الصدوق والشيخ والشهيد : « وربما يقال : على تقدير أن يكون اللفظ « جدَّد » بالجيم والدال ، و« جدَّث » بالجيم والثاء ، يحتمل أن يكون

المراد قتل مؤمنٍ عدواناً ، لأنّ من قتله فقد جدَّد قبراً مجرَّداً بين القبور ، وجعله جدثاً وهو مستقلٌ فى هذا التجديد ، فيجوز إسناده إليه ، بخلاف ما لو قتل بحكم الشرع ، وهذا أنسب بالمبالغة بخروجه من الإسلام ، ويحتمل أن يكون المراد بالمثال الصنم للعبادة .

أقول : لا يخفى بُعْد ما ذكره فى التجديد ، وأمّا المثال فهو قريب .

وربما يقال : المراد به إقامة رجل بحذاه كما يفعله المتكبرون ، ويؤيده ما ذكره الصدوق قدس سره فى كتاب معانى الأخبار عن محمد بن على ماجيلويه عن عمّه محمد بن أبى القاسم عن أحمد بن أبى عبد اللّه عن النهيكى بإسناده رفعه إلى أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : من مثّل مثالاً أو اقتنى كلباً فقد خرج من الإسلام ، فقيل له : هلک إذاً كثيرٌ من الناس ، فقال : ليس حيث ذهبتم ، إنّى عنيت بقولى : « من مثّل مثالاً » من نصب ديناً غير دين اللّه ودعا الناس إليه ، وبقولى : « من اقتنى كلباً» مبغضاً لنا أهل البيت اقتناه وأطعمه وسقاه ، من فعل ذلک فقد خرج

١- (٤) تهذيب التهذيب ٣ / ٦٧ .

٢- (٥) الخلاف ١ / ٧٠٧ مسألة ٥٠٥ .

٣- (٦) صحيح مسلم ٢ / ٦٦٦ الحديث ٩٦٩ .

٤- (٧) سنن النسائى ٤ / ٨٨ .

٥- (٨) سنن الترمذى ٣ / ٣٦٦ الحديث ١٠٤٩ .

من الاسلام(١) .

ثم اعلم أنّ للإسلام والإيمان فى الأخبار معانٍ شتى ، فيمكن أن يراد هنا معنى يخرج ارتكاب بعض المعاصى عنه . أمّا إثبات حكم بمجرّد تلك القراءات والإحتمالات بخبر واحد فلا يخفى ما فيه ، وما ذكره القوم من التفسيرات والتأويلات لا يدلّ على تصحيحها والعمل بها . نعم : يصلح مؤيداً لأخبار اُخرى ، وردت فى كلّ من تلك الأحكام ، ولعلّه يصحُّ لإثبات الكراهة أو الإستحباب ، وإن كان فيه أيضاً مجال مناقشة »(٢) .

وأيّد بعض الأساتيذ - مد ظله - كلام المجلسى قدس سره بعنوان : « ربما يقال : المراد به إقامة رجل بحذاه كما يفعله المتكبّرون » . قال : « ويمكن أن يستأنس للإحتمال الأخير بالحديث الذى مرّ عن نهاية ابن الأثير فى لغة مثل ، حيث قال : « فيه : من سرّه أن يمثّل له الناس قياماً فليتبوّأ مقعده من النار »(٣)(٤) .

وقال شيخنا التسترى قدس سره بعد نقل الأقوال فى الرواية : « ثمَّ إنَّ « جدَّد » بالجيم أقرب للجميع و« جدث» أبعدها ، لأنّه لم يسمع بفعل من « جدث » سوى « اجتدث » بمعنى اتخذ قبراً ، ولعلّه لذا قال ابن الوليد - بعد نقل كلام البرقى - : « وتفسير الجدث بالقبر فلا ندرى ما عنى به » ، ولكن قال الشيخ : « يمكن أن يكون المعنى النهى أن يجعل القبر دفعةً اُخرى قبراً لإنسان آخر ، لأنّ الجدث هو القبر ، فيجوز أن يكون الفعل مأخوذاً منه .

قلت : قد عرفت عدم استعمال فعل من جدث مجرَّداً ... وقد أفتى البهائى فى جامعه(٥) بكراهة تجديد القبر ... »(٦) .

أقول : هذا بعض ما ذكره الأعلام فى المقام ، ومع ذلک كلّه ظهور المثال فى الصورة

١- (١) معانى الأخبار / ١٨١ .

٢- (٢) بحار الانوار ٧٩ / ١٩ و ١٨ = ٣٢ / ٥٠١ من الطبعة الحديثة فى بيروت .

٣- (٣) النهاية ٤ / ٢٩٤ .

٤- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥٨٩ .

٥- (١) جامع عباسى / ٢٣ الطبع الحجرى (/٧٥ من طبعة جماعة المدرسين عام ١٣٨٦ ش) .

٦- (٢) الأخبار الدخيلة ١ / ٥١ و ٥٠ .

منعقدٌ ولا يمكن إنكاره لأحد ، فالفقرة الثانية للرواية تدلّ على حرمة التصوير وتقيّدها بالطائفة الثانية من الروايات يعنى ما ورد فى جواز تصوير غير ذوات الأرواح مطلقاً ، فتنحصر الحرمة بتصوير ذوات الأرواح مطلقاً . وهكذا الفقرة الأُولى منها تدلّ على حرمة نبش القبر مطلقاً كما قاله الصدوق ، وتدخل فيها جميع الأقوال أو كثير منها . ولكن مع ذلک كلّه سند الرواية ضعيف كما مرّ منّا مراراً .

والحاصل ، انتهى الأمر بنا إلى هنا فى الجمع بين الروايات من الالتزام بالحرمة فى تصوير ذوات الأرواح مطلقاً سواء كان بنحو المجسَّم أم غير مجسَّم ، وبالجواز فى تصوير غير ذوات الأرواح مطلقاً سواء كان بنحو المجسَّم أم غير مجسَّم .

وافقنا على هذا الجمع ، جماعةٌ من الأصحاب قديماً وحديثاً ، وهو خيرة الشيخ الأعظم(١) وقد نسبه إلى عدّة من الأعلام ، حيث مرّ كلامه فى أوّل البحث ، واختاره الحلبى فى الكافى(٢) والقاضى ابن

البراج فى المهذب(٣)(٤) وابن إدريس الحلى فى السرائر(٥) ، وعدّه العلامةُ من المكاسب المحرمة على رأى فى التلخيص(٦) وثانى الشهيدين فى المسالک(٩)

وحواشى النافع(٧) والشرائع(٨) والإرشاد(٩) والمحدث البحرانى فى الحدائق(١٠) والسيد

١- (٣) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٧ من الطبعة الحديثة) .

٢- (٤) الكافى فى الفقه / ٢٨١ .

٣- (٥) المهذب ١ / ٣٤٤ .

٤- (٦) كما نقل عنهما فى مفتاح الكرامة ٤ / ٤٨ (١٢ / ١٦٥) وإلاّ عبارتهما بالنسبة إلى جميع التماثيل كما حمل على ظاهرهما العلاّمة فى مختلفه ٥ / ١٣ .

٥- (٧) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٦- (٨) تلخيص المرام فى معرفة الاحكام / ٩١ .

٧- (١) المسالک ٣ / ١٢٦ .

٨- (٢) حاشية مختصر النافع / ٩١ .

٩- (٣) حاشية شرائع الاسلام / ٣٢٦ .

١٠- (٤) حاشية الإرشاد المطبوعة مع غاية المراد ٢ / ٨ - ومستقلاً / ١٦٤ .

الطباطبائى فى الرياض(١) والنراقى فى المستند(٢) والسيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه(٣) والفقيه اليزدى فى حاشية المكاسب(٤) والمؤسس الحائرى فى المكاسب المحرمة(٥) والمحقق الخوئى فى مصباح الفقاهة(٦) والسيد السبزوارى فى مهذب الأحكام(٧) قدس سرهم والسيد القمى - مدظله - فى عمدة المطالب(٨) .

تبصرة : بيان المحقق الأردبيلى قدس سره ونقده

قال فی مجمع الفائدة والبرهان مانصه :« ... ثم إنّه تدلّ روايات كثيرة على جواز إبقاء الصور مطلقاً ، وهو يُشعر بجوازه ، وقد نقلنا من قبل روايات صحيحة دالة عليه .

وتؤيده رواية أبى بصير قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّا نبسط عندنا الوسائد فيها التماثيل وونفترشها ، قال : لا بأس بما يبسط منها ويفترش ويوطأ ، إنّما يكره ما نصب منها على الحائط والسرير(٩) .

وبعد ثبوت التحريم فيما ثبت يشكل جواز الإبقاء ، لأنّ الظاهر أنّ الغرض من التحريم

عدم خلق شيءٍ يشبه بخلق اللّه وبقائه ، لا مجرد التصوير .

فيحمل ما يدلّ على جواز الإبقاء من الروايات الكثيرة(١٠) الصحيحة وغيرها على ما يجوز منها ، فهى من أدلة جواز التصوير فى الجملة على البسط والستر والحيطان والثياب ،

١- (٥) الحدائق ١٨ / ١٠٠ .

٢- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٥٤ .

٣- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٨ .

٤- (٨) برهان الفقه / كتاب التجارة / ١٦ الطبع الحجرى .

٥- (٩) حاشية المكاسب / ١٧ - (١ / ١٠٢ من الطبعة الحديثة) .

٦- (١٠) المكاسب المحرمة / ١٠٣ و ١٠٤ - لمقرره آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٧- (١١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٦ .

٨- (١٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٣ .

٩- (١٣) عمدة المطالب ١ / ١٦٧ .

١٠- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٣ الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن .

وهى التى تدلّ الأخبار على جواز إبقائها فيها ، لا ذو الروح التى لها ظلّ على حدّته التى هى حرام بالإجماع .

والإجتناب مطلقاً من الإحداث والإبقاء من جميع أنواعه أحوط كما يشعر به الرواية : أن الملك لا يدخل بيتاً فيه صورة »(١)(٢) .

ملخص ما أفاده قدس سره : إنّ الغرض والحكمة والعلّة من الحكم بتحريم عمل الصور ، هو عدم خلق شيءٍ يشبه بخلق اللّه وبقائه ، وعلى هذا حرمة عمل الصور تستلزم حرمة إبقائها وهكذا حرمة إبقائها تستشعر بحرمة عملها ، وحيث وردت فى عدّة من الروايات الصحاح جواز إبقاء الصور وعدم لزوم إفنائها وإعدامها ، فظهر منها أنّ عملها أيضاً جائز ، ولذا تُحمل الروايات المانعة على الكراهة .

نعم ، عمل المجسَّمة من الحيوان حرام لأنّه إجماعىٌّ . ثم احتاط فى آخر كلامه قدس سره فى الصور مطلقاً من الإحداث والإبقاء . هذا ملخص بيانه قدس سره مع توضيح وترتيب .

أقول : لا يقيم قدس سره أىُّ دليلٍ على وجود الملازمة بين حرمة الإحداث وحرمة الإبقاء وبين جوازهما إلاّ أنّه قال : « إنّ الغرض من التحريم عدم خلق شيءٍ يشبه بخلق اللّه وبقائه لا مجرد التصوير » . وأنت ترى أنّ هذا البيان إدعاء بلا دليل ،ولذا نقول بعدم وجود الملازمة بين الإحداث والإبقاء ، لعدم وجود الدليل عليها بل الدليل على خلافها ، حيث ورد النهى من عمل صور الحيوان ولكن ورد الترخيص فى إبقائها وعدم وجوب إفنائها . حتّى ورد الترخيص بالنسبة إلى بقاء المجسَّمة من الحيوان مع أنّه قدس سره اعترف بأنّ حرمة عملها إجماعىٌ .

ولأنّ الإحداث والإبقاء فعلان مختلفان يصدران من شخصين غالباً ولكلٍّ واحد منهما حكم فعله الخاص .

والحاصل ، سيأتى فى فروع مسألة التصوير حكم إبقائها وأنّه يجوز ولكن لا يمكن رفع

اليد عن أدلة حرمة عمل الصور للحيوان ، وليس بينهما ملازمة ، بخلاف ما ادعاه المحقق

١- (٢) الكافى ٣ / ٣٩٣ - الفقيه ١ / ٢٤٦ مضموناً لا عيناً .

٢- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٦ و ٥٧ .

الأردبيلى قدس سره ، فما ذكره قدس سره غير تام . واللّه سبحانه هو العالم بالأحكام .

تنبيهٌ : بيان الشيخ الأكبر وتلميذه (قدس سرهما)

قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « وأمّا غير المجسَّمة للحيوان ففيها قولان : أقواهما الجواز ، للأصل وإطلاق الآيات والروايات فى الاكتساب والمشى فى طلب الرزق بأىّ نحو كان ، وما فى الأخبار من الصور والمثال والتمثال ظاهر فى الحيوانية ، ويؤيده أنّ فى بعضها صورة إنسان(١) وصورة الطير(٢) وتمثال جسد(٣) ، وفى المجسَّمة ، لأنّ فى بعضها : « لا بأس اذا غيّرت رؤوسها »(٤) وفى بعض آخر « قطعت »(٥) وفى آخر « كسرت »(٦) ، وفى الأخبار الكثيرة(٧) المعلَّلة بنفخ الروح إشعار بذلك وأنّ الصورة حيوان لا ينقص منه شىء سوى الروح ، مع أنّ الظاهر فى ذلك صنعها على نحو الأصنام .

وفى حديث المناهى عن الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم بعد النهى عن التصوير وأنّ المصوِّر يكلّف بنفخ الروح قال : ونهى أنّ ينقش شىءٌ من الحيوان على الخاتم(٨) ، وظاهر المقابلة يعطى خروج ما لم يكن جسماً عن اسم الصورة .

يؤيده أيضاً فهم المشهور من الصور خصوص المجسَّمة ، والأخبار المجوِّزة للتماثيل على الفرش والوسائد الدالة على استعمال الأئمة عليهم السلام لها ، المستثنية لما نصب على الحائط والسرير(٩) مرشدة إلى ذلک وإن لم تكن صريحة فيه ، لأن حرمة الإبتداء لا تستلزم حرمة

١- (١) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٥ ح ٢ و ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٣ ح ١٠ و ١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٤ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٥ / ١٧١ ح ٥ ، و ٥ / ١٧٣ ح ١٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٢ ح ١٠ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ و ٧ و ٨ و ٩ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٤ ، و ٥ / ١٧٠ ح ٢ ، و ٥ / ٣٩٠ ح ٤ و ٧ .

الاستدامة ، لكن استعمالهم لها وكثرة وجودها فى منازلهم يرشد إلى ذلک . وفى الأخبار ما يدلّ

على منع الاستدامة أيضاً(١) . وعلى كلّ حال فليس فى الأخبار ما يصلح للإستدلال به على تحريم الصور الغير المجسَّمة للحيوان »(٢) . انتهى ما أردنا نقله منه قدس سره .

وتبعه تلميذه فى الجواهر وقال : « لكن قد يقال ما فى بعض النصوص التى تقدمت فى كتاب الصلاة من أنّه : لا بأس إذا غيّرت رؤوسها ، وفى آخر : قطّعت ، وفى ثالث : كسرت ، نوع إشعار بالتجسيم ، كالتعليل بالنفخ فى الأخبار الأخر ، ونحوها ممّا هى ظاهرة فى كون الصورة حيواناً لا ينقص منه شيءٌ سوى الروح ، بل قد يظهر من مقابلة النقش للصورة فى خبر المناهى ذلک أيضاً ، ومن ذلک

كلّه يقوى حينئذ القول بالجواز فى غير المجسَّمة الموافق للأصل وإطلاق الآيات والروايات فى الاكتساب والمشى فى طلب الرزق بأىّ نحو كان ، كقوّة القول بجواز التصوير لغير ذى الروح مجسَّماً أو غير مجسَّم لذلک أيضاً ، وللنصوص السابقة المنجبرة بالشهرة التى كادت تكون إجماعاً »(٣) .

أقول : ذهب صاحب الجواهر وأستاذه قدس سرهما إلى اختصاص الحرمة بالمجسَّمة من الحيوان فقط ، وجواز التصوير فى غير المجسَّمة من الحيوان بالأدلة التالية :

الأوّل : إطلاق الآيات والروايات الواردة فى الإكتساب وطلب الرزق ، وهكذا الأصل العلمى فى المقام أيضاً هو الجواز .

وفيه : بعد ورود أدلة الحرمة فى المقام كما مرّ لا وجه للتمسک بالإطلاق والأصل كما لا يخفى .

الثانى : الروايات الواردة فى كتاب الصلاة وغيرها من الأمر بتغيير الرؤوس أو قطعها أو كسرها ، الظاهرة فى كون الصور من المجسَّمة .

وفيه : أولاً : أنّ قطع الرأس وتغييره كما يصدق فى المجسَّمة فكذلک يصدق فى غيرها ،

١- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ٨ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / (١٨٩ - ١٨٦) .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٢ .

فلا ظهور لها فى المجسَّمة فقط ، مضافاً إلى الروايات الواردة فى جواز الجلوس عليها(١) وأنّ كلّ شىء يوطأ فلا بأس به(٢) وجعلها تحت رجلک(٦) ، أو رجليک(٧) وإذا جعلتها تحتک(٨) ، وتلطخ

رؤوس التصاوير(٣) الظاهرة فى غير المجسَّمة .

وثانياً : أنّ الكلام هنا فى عمل الصور ، وهو غير مرتبط بالصلاة فى بيت فيه تماثيل ، بل الصلاة فيه كالصلاة فى الموارد المكروهة ، كما ذكره السيد الخوئى(٤) قدس سره .

الثالث : الروايات الآمرة بالنفخ الظاهرة فى كونها من المجسَّمة .

وفيه : أولاً : عدم ظهور الروايات الآمرة بالنفخ فى المجسَّمة بالتفصيل الذى مرّ منّا .

وثانياً : على فرض ظهورها فى المجسَّمة ، الأخبار الواردة فى الحرمة لا تنحصر بها .

الرابع : مقابلة النقش والصورة فى خبر المناهى ، حيث ورد فيه : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن التصاوير ... - ثم قال بعد أربع صحائف : - ونهى أن ينقش شىءٌ من الحيوان على الخاتم ، الحديث(٥) . وحيث كان النقش بنحو التجسّم فلابدّ أن تكون الصورة على نحو غير المجسَّمة .

وفيه : أولاً : سند خبر المناهى ضعيف كما مرّ منّا سابقاً .

وثانياً : المقابلة بينهما بعيد بل غير ظاهر ، حيث نهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن التصوير أولاً ثم بعد بيانات فى أربع صحائف(٦) نهى صلى الله عليه و آله وسلم أن ينقش شىءٌ من الحيوان على الخاتم ، وهذا نهى

١- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٤ ، و ٥ / ٣١٠ ح ٨ .
٢- (٥) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٨ ح ٢ ، و ٥ / ٣٠٩ ح ٥ .
٣- (١) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٠ ح ١ ، و ٥ / ١٧١ ح ٤ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٣ ح ١١ .
٥- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ١٧١ ح ٧ .
٦- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٢ ح ١٠ .

عن الخاص بعد ورود النهى عن العام ، وهو متعارف ورائج فى النواهى وكذلک فى الأوامر .

وثالثاً : هذا الدليل ينقض الدليل السابق ، لأنّ الوارد فى الحديث : نهى صلى الله عليه و آله وسلم عن التصوير وأنّ المصوِّر يكلّف بنفخ الروح ، وقد حمل الشيخ الأكبر وصاحب الجواهر ، التصوير بقرينة المقابلة مع النقش على غير المجسّم ، والحديث يقول : إنّ المصوِّر يكلّف بنفخ الروح فى التصوير . مع أن الدليل السابق يقول : بظهور نفخ الروح فى المجسَّمة فقط . وبالجملة لا يمكن الجمع بين هذين الدليلين ، والعجب منهما قدس سرهم كيف يجمعان بين هذين الإستدلالين وسبحان من

لا يسهو .

والحاصل ، لا يدلّ دليل على انحصار الحرمة بالمجسَّمة من الحيوان فقط ، بل يدلّ على الحرمة من صورة الحيوان مطلقاً سواء كانت بنحو المجسَّمة أو غيرها .

فروع مسألة التصوير

اشارة

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ أن نتكلم ونبحث حولها تتميماً للفائدة :

الأوّل : حكم تصوير المَلَك والجن والشيطان

هل الحيوان يصدق على الملك والجن والشيطان فيحرم تصويرهم حينئذ ؟ أم الحيوان منصرف عنهم فيجوز تصويرهم ؟

ذهب جدنا الشيخ الأكبر قدس سره إلى الحرمة ، حيث قال : « والأقوى إلحاق صورة الملك والجنّى بالحيوان »(١) .

وتبعه تلميذه صاحب الجواهر وقال : « والظاهر إلحاق تصوير الملك والجنّى بذلك»(٢) أى بالحيوان .

وقال تلميذه الآخر فى مفتاح الكرامة : « ويبقى الكلام فى صورة الجنّى والملك إن أمكن تصوير ذلك ، ولعلّ الظاهر إلحاقها بصورة الإنسان »(٣) .

١- (١) شرح القواعد ١ / ١٩١ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٠ - (١٢ / ١٦٦ من طبعة جماعة المدرسين) .

وتبعهم السيد على آل بحر العلوم تلميذ صاحب الجواهر وقال : « وصورة ذى الروح فى النص والفتوى تشمل الإنس والجن والملائكة»(١) .

وذهب الفقيه اليزدى إلى الحرمة وقال بعد أدلة الجواز : « ولكن يمكن تقوية المنع بوجهين : أحدهما : أنّ المتعارف من تصوير الجن والملك ما هو بشكل واحد من الحيوانات فيحرم من هذه الجهة ... .

الثانى : دعوى أنّ المراد من الحيوان المعنى اللغوى ، وهو مطلق الحىُّ لا العرفى ، أو

دعوى أنّه مثال لمطلق ذى الروح ، ولا يبعد الحكم بظهور إحدى الدعويين ، فالأقوى الحكم بالحرمة ، خصوصاً إذا كان على الوجه المتعارف الآن »(٢) .

واختار المحقق الخوئى قدس سره أيضاً الحكم بالحرمة وقال : « إنّ المراد من الحيوان هنا ما هو المعروف فى مصطلح أهل المعقول من كونه جسماً حسّاساً متحرّكاً بالإرادة ، ومن البديهى أنّ هذا المفهوم يصدق على كلِّ مادّة ذات روح ، سواء كانت من عالم العناصر أم من عالم آخر هو فوقه ، وعليه فلا قصور فى شمول صحيحة محمد بن مسلم لملك والجن والشيطان ، فيحكم بحرمة تصويرهم »(٣) .

أقول : الظاهر – واللّه العالم – أنّ المراد بالحيوان فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : « لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان »(٤) ، كلّ من له نعمة الحياة أو كان حيّاً أو كان ذاروح ، وكلّ ذلک يصدق على الملک والجن والشيطان ، فيحرم تصويرهم كما مرّ من بعض الأعلام رحمهم الله ، ومع ذلک كلّه لا ينقضى تعجبى من السيد الخوئى قدس سره كيف حمل كلام الإمام عليه السلام على مصطلح الفلاسفة ؟ !

ومع ذلک كلّه يمكن الحاق صورهم بالحيوان الخيالى الّذى يأتى حكمه فى الفرع الثامن فأنتظر .

١- (٤) برهان الفقه – كتاب التجارة / ١٧ .

٢- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٠٩ من الطبعة الحديثة عام ١٤٢٣ .

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٨ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

الثانى : لا يعتبر فى حرمة التصوير كونها معجبةً

ظاهر الشيخ الأعظم قدس سره إلى اعتبار الإعجاب فى حرمة التصوير(١) .

ولكن ردّه المحقق الإيروانى بقوله : « لا يُعتبر الإعجاب فى موضوع الحرام ، مع أنّ كلّ صورة هى معجبة فى بدو النظر إليها وإنّما يزول الإعجاب شيئاً فشيئاً . مع أنّ الإعجاب الحاصل عند مشاهدة الصورة إنّما هو من نفس الصورة لكشفها عن كمال مهارة النقاش ولو كانت صورة نمل أو دود ، ولذا لا يحصل ذلک الإعجاب من مشاهدة ذى الصورة»(٢) .

وقال السيد الخوئى قدس سره : « إنّ ما دلّ على حرمة التصوير لم يقيد بكون الصورة أو ذى الصورة معجبة ، فلا وجه لجعل الإعجاب شرطاً فى حرمة التصوير »(٣) .

وقال المحقق الأردكانى رحمه الله : « لا يخفى أنّه لا دليل على اعتبار الإعجاب فى الحرمة ، فإنّ إطلاق دليل الحرمة يشمل تصوير المعجبة من الحيوانى وغيرها كالديدان والخنافس »(٤) .

أقول : الظاهر أنّ الحقّ مع هؤلاء الأعلام ، لعدم ورود قيد الإعجاب فى الروايات الدالة على الحرمة ، فلا يمكن تقييد الحرمة به ، ولذا قال بعض الأساتيذ - مد ظله - : « لا دليل على اعتبار وصف الإعجاب »(٥) .

اللهم إلاّ أن يقال : ليس مراد الشيخ الأعظم قدس سره أن يكون قيد الإعجاب من القيود الخارجية فى حرمة تصوير الحيوان حتّى ينقض عليه بعدم وروده فى نصوص الحرمة وأنّها مطلقة بالنسبة إلى هذا القيد ، بل لعل مراده أن قيد الإعجاب من القيود الداخلية ، يعنى إنّه معتبر فى صدق التصوير عرفاً ، ولا يصدق على الصورة أنّها صورة إلاّ بعد الإعجاب . وعلى هذا الإحتمال يرتفع إشكال الأعلام على الشيخ الأعظم ، ولكن دون إثباته خرط القتاد ، حيث

١- (٤) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٨ من الطبعة الحديثة) .

٢- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٣١ .

٣- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٠ .

٤- (٢) غنية الطالب ١ / ١١٢ .

٥- (٣) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٠٦ .

أن العرف لا يعتبر فى صدق الصورة كونها معجبة . واللّه سبحانه هو العالم .

الثالث : هل يعتبر قصد الحكاية فى حرمة التصوير أم لا ؟

اشارة

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره إلى اعتبار قصد الحكاية فى حرمة التصوير ، بحيث لو لم يقصد الحكاية لم يحرم وقال : « فلو دعت الحاجة إلى عمل شيءٍ شبيهاً بشيءٍ من خلق اللّه ولو كان حيواناً من غير قصد الحكاية فلا بأس قطعاً »(١) .

واستشكل عليه الفقيه اليزدى وقال : « ظاهره أنّ المناط فى عدم الحرمة قصد الحكاية ولو كان عالماً بأنّه يصير على شكل الحيوان ، ولازمه جواز ذلك مع عدم قضاء الحاجة أيضاً . وهو مشكل ، إذ مع العلم بأنّ هذا الموجود صورة الحيوان يكون الفعل حراماً وإنْ لم يكن غرضه الحكاية ، والسِّرُّ أنّ القصد القهرى حاصل مع العلم ، غاية الأمر عدم كونه غرضاً له .

وحمله على إرادة صورة عدم العلم واتفاق ذلك بعيد ، فإنّه واضح لا يحتاج الى البيان كما أنّ صورة النسيان والغفلة كذلك ... فالأولى أن يقال : إنّ الوجه فى الجواز كون الصورة حينئذ مشتركة بين الحيوان وغيره ، فيكون تميزه بالقصد ، ولعلّه مراده قدس سره وإن كانت العبارة قاصرة عن إفادته »(٢) .

واعترض المحقق الإيروانى على الشيخ بقوله : « إنّ أراد اعتبار القصد لعنوان التصوير فى وقوعه على صفة المعصية فذلک ممّا لا إشكال فيه ، فإنّ حصول عنوان الحرام قهراً ليس بمعصية وإن تعلق القصد بذات الحرام ، كما إذا قصده بعنوان أنّه ماء فظهر أنّه خمر .

وإن أراد اعتبار ما يزيد على ذلک - كما هو ظاهر العبارة - بأن يكون الغرض من التصوير حكاية ذى الصورة وانتقال الناظر إلى الصورة إلى ذيها فذاک ممّا لا دليل عليه ، بل إطلاقات الأدلة تردّه »(٣) .

ولكن السيد الخوئى قدس سره يؤيد مقالة الشيخ الأعظم ، وقال توضيحاً لكلامه : « لا شبهة

١- (٤) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٩ من الطبعة الحديثة) .
٢- (١) حاشية المكاسب ١ / ١١٠ .
٣- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٢ .

فى اعتبار قصد حكاية ذى الصورة فى حرمة التصوير ، لأنّ المذكور فى الروايات النهى عن التصوير والتمثيل ، ولا يصدق ذلک إذا حصل التشابه بالمصادفة والإتفاق من غير قصد للحكاية ، وهذا نظير اعتبار قصد الحكاية فى صحة استعمال الألفاظ فى معانيها وبدون ذلک ليس هناک استعمال »(١) .

أقول : إن أراد الشيخ أنّ قصد الحكاية والتمثيل من القيود المعتبرة فى حرمة التصوير بحيث لو صوّر شيئاً من دون قصد الحكاية فلا حرمة فيه ، فهذا ممّا لا دليل عليه ، لأنّ الروايات الواردة فى الحرمة مطلقة من هذه الجهة ولم يرد فيها هذا القيد .

وإن أراد أنّ التصوير من العناوين القصدية ، فبطلانه أوضح من أن يخفى على مثله .

وإن أراد توقف عنوان الحرام على قصده ، وهو وإن كان صحيحاً لأنّ حصول عنوان الحرام قهراً ليس بمعصية كما لو شرب مايعاً على أنّه ماءٌ فظهر أنّه خمرٌ ، فلم يعص حينئذٍ ومآل هذا القيد إلى اعتبار العلم فى ترتب عنوان الحرام ، وهذا الإحتمال وإن كان فى الواقع صحيحاً ولكنّه بعيد عن عبارة الشيخ الأعظم وتعليله .

وإن أراد أنّ الحكاية وقصد التمثيل من الاُمور المعتبرة فى صدق عنوان التصوير ، بحيث لو لم يقصد التمثيل والحكاية لم يصدق التصوير أصلاً فهو بمكان من الإمكان ولكن دون إثباته خرط القتاد . والوجه فى ذلک أنه لو جمع عدّة من الأشخاص وصدر من كلٍّ واحد منهم خطوطاً من دون قصد ، الحكاية والتمثيل ولكن فى النهاية صار صورةَ شجرٍ أو ورد أو غيرهما ، فهل يصدق عليها عرفاً أنّها صورة الشجر أو الورد أو غيرهما أو الصدق العرفى منوطٌ بإحراز قصد أصحاب الخطوط ؟

ومن الواضح أنّ العرف يحكم بكونها صورة من دون توقف على إحراز القصد ، وهذا أقوى شاهد على عدم اعتبار هذا القصد ، مضافاً إلى عدم وجود دليل شرعاً على اعتباره .

فلا يرد علينا ما ذكره المحقق الخوئى بقوله : « فإذا احتاج أحدٌ إلى عمل شىءٍ من المكائن أو آلاتها أو غيرهما من الأشياء اللازمة على صورة حيوان فلا يكون ذلک حراماً ،

١- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣١ .

لعدم صدق التصوير عليه بوجه والمثال ، الواضح لذلک الطائرات المصنوعة فى زماننا ، فإنّها شبيهة بالطيور ومع ذلک لم يفعل صانعها فعلاً محرّماً ... »(١) .

والوجه فى ذلک : أنّه عمل ما يحتاج إليه ولم يصوّر ولم يمثّل شيئاً فلا حرمة فى فعله ،ولذا لم يذهب إلى الحرمة أحد من الفقهاء . واللّه سبحانه هو العالم .

الرابع : هل المحرّم تصوير مجموع الأجزاء أو يكفى تصوير معظمها ؟

قال الشيخ الأكبر : « والمدار فى صورة الحيوان على صدق الإسم ، وتصوير البعض مع عدم صدقه عليه لا مانع منه »(٢) .

وقال تلميذه فى الجواهر : « ثم إنّ المدار فى صورة الحيوان على صدق الاسم وتصوير البعض مع عدم صدقه عليه وكون المقصود من أوّل الأمر البعض خاصةً لا مانع منه »(٣) .

وقال تلميذه الآخر فى مفتاح الكرامة : « والمدار فى صورة الانسان على صدق الاسم وتصوير البعض مع عدم صدقه لا مانع منه»(٤) .

وقال الشيخ الأعظم : « ثمّ إنّ المرجع فى الصورة إلى العرف فلا يقدح فى الحرمة نقص بعض الأجزاء »(٥) .

وقال المحقق الإيروانى : « يظهر منه المفروغيّة عن أنّ الصورة لابدّ أن تكون صورة حيوان تام ، فلا يحرم نقش بعض الصورة ، مع أنّ من المختص قريباً حرمة كلّ جزءٍ جزءٍ ، أو ما يعمّ الجزء والكلّ ، فنقش كلّ جزءٍ حرام مستقل إذا لم ينضمّ إليه نقش بقيّة الأجزاء وإلاّ كان الكلّ مصداقاً واحداً للحرام . ويحتمل أن يكون المحرّم هو الإتيان بالهيئة الإجتماعية ، فلا يكون لتصوير كلّ جزء بأسٌ ما لم ينضمّ إليه تصوير بقية الأجزاء المحقِّق للهيئة الإجتماعية ... »(٦) .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٤- (٤) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٠ - (١٢ / ١٦٦) .

٥- (١) المكاسب المحرمة / ٢٣ (١ / ١٨٩ من الطبعة الحديثة) .

٦- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٢ .

وقال السيد الخوئى : « يُعتبر فى تحقق الصورة فى الخارج الصدق العرفى ، فإنّ الأدلة المتقدمة التى دلت على حرمة التصوير إنّما تقتضى حرمة الصورة العرفية التامة الأعضاء والجوارح بحيث يصدق عليها أنّها مثال بالحمل الشائع ، وعليه فإذا صوّر أحدٌ نصف حيوان من رأسه إلى وسطه أو بعض أجزائه فإن قدّر الباقى موجوداً فهو حرام ، كما إذا صوّر إنساناً جالساً لا يتبيّن نصف بدنه أو كان بعض أجزائه ظاهراً وبعضه مقدّراً بأن صوّر إنساناً وراء جدار أو فرس أو يسبح فى الماء ورأسه ظاهر ، وإن قصد النصف فقط فلا يكون حراماً ، فإنّ الحيوان لا يصدق على بعض أجزائه كرجله ويده ورأسه ، نعم : إذا صدق الحيوان على هذا النصف كان تصويره حراماً »(١) .

ونقل المحقق الأردكانى عن بعض الأعلام حرمة تصوير أعضاء الحيوان مطلقاً مدعيّاً صدق مثال الروحانى عليها وشمول إطلاق قوله عليه السلام : « من صوّر صورة أو مثّل مثالاً » - الخ . ثم استشكل عليه وقال : - وفيه : « دعوى الإنصراف عنها غير بعيدة »(٢) .

أقول : الظاهر تبعاً للأعلام أنّ الصدق العرفى معتبرٌ فى حرمة التصوير ، فإذا صدّق العرف فى مورد أنّها صورة فهى حرام وإلاّ فلا ، سواء كانت تامة الأجزاء أو ناقصتها ، وأمّا إذا لم يصدق عليها أنّها حيوان فلا حرمة فى البين خلافاً لما نقله المحقق الأردكانى عن بعض الأعلام .

وأمّا ما ذكره المحقق الإيروانى(٣) من الإحتمالات الثلاث :

١ - حرمة كل جزءٍ جزءٍ ٢ - حرمة ما يعمّ من الجزء أو الكلِّ ٣ - حرمة الإتيان بالهيئة الإجتماعية فحينئذٍ آخر الأجزاء يكون حراماً لأنّ بها حصلت الهيئة الإجتماعية .

فكلّها غير تامة ، أمّا الأوّل : فلعدم صدق الحيوان على الجزء منه عرفاً ، فلا يصدق على اليد أو الرِجْل أو العين أنّها حيوان .

وأمّا الثانى : فيظهر بطلانه من بطلان الاحتمال الأوّل ، لأنه حيث لا يصدق على الجزء

١- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٢ .

٢- (٤) غنية الطالب ١ / ١١٢ .

٣- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٣٢ .

أنّه حيوانٌ فلا يصح تعميم الحرمة للجزء .

وأمّا الثالث : فلأنّ موضوعات الأحكام تؤخذ من العرف لا من الإحتمالات البعيدة وبالدقة الفلسفية ، والعرف لم يتنبه على هذا الاحتمال قبل بيانه . وتوضيحه ، ولذ قال بعض الأساتيذ - مد ظله - فى نقده : « وأمّا احتمال كون المحرّم الهيئة الإجتماعية فالظاهر أنّه احتمال مدرسىٌ لا ينقدح فى أذهان من راجع أخبار المسألة ، إذ الحكم فيها مترتب على عنوان تصوير الحيوان ، وهو فعل تدريجىٌ مركّب بحسب تركّب الحيوان من الأجزاء ... »(١) .

ولعلّ المحقق الإيروانى تفطن إلى هذه الإيرادات ، ولذا قال بعد أسطر فى تعليق آخر : « ... إنّما المدار صدق كون الصورة صورة حيوان تامّ أو إنسان تامّ ، على قيام أو قعود أو اضطجاع ، عارياً أو لابساً للباس أو ملتفّاً بالرداء ومغطىً باللحاف ، فربّما لا يكون منقوشاً من أجزاء بدنه سوى وجهه ، بل قد عرفت أنّ النقش الغير المجسّم دائماً هو نقش جانب من جوانب ذى الصورة وصورة جزء منه»(٢) .

وهذا البيان منه قدس سره اعتراف بأنّ المدار فى الصورة الصدق العرفى على أنّها صورة حيوان تامةً كانت أو ناقصة كما مرّ منّا ، والحمد اللّه ربّ العالمين .

الخامس : حكم الشركة فى التصوير

قال الشيخ الأكبر : « ولو حصل الصنع من اثنين دفعةً كانا مصوّرين ومع التدريج المدار على الأخير ، والتعلّق بالأوّل أيضاً مع النية قويٌّ ومع التفريق يتعلّق الحكم

بالجامع »(٣) .

وقال تلميذه فى الجواهر : « ولو حصل الصنع من إثنين دفعةً كانا مصوّرين ومع التدريج ففى شرح الأُستاد أنّ المدار على الأخير ، قلت : لعلّ الأقوى التعلق بالأوّل أيضاً ، إذا فرض كون المقصود لهما ذلک من أوّل الأمر لصدق الاستناد إليهما ، ومنه يظهر ما فى إطلاق قوله

١- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦١١ .

٢- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٣٣ .

٣- (١) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

أيضاً بعد ذلک : « ومع التفريق يتعلق الحكم بالجامع »(١) .

وقال السيد على آل بحرالعلوم تلميذ صاحب الجواهر : « وإذا اشترک اثنان فى تصوير دفعةً أثما معاً ، أو تدريجاً فالمتمِّم ، قصد الأوّل الإتمام فبدا له أو الإقتصار ، وفى جواهر الاستاذ بل والأوّل أيضاً إذا قصد الإتمام ثمّ بدا له ، ولعلّ نظره إلى أن فعله البعض بقصد الإتمام يتمحض للجزئية ، فيشمله المنع عند فعله له باعتبار منعه عن الكل . وفيه : إنّه ينبغى حينئذ أن يكون مراعىً بالإتمام ، فإن أتمه انكشف تعلّق الحرمة وإلاّ تبيّن عدم الحرمة من البدء ، وتعيّن كونه جزء بمجرد القصد حتّى مع عدم الإتمام ممنوع »(٢) .

أقول : الظاهر أنّه قدس سره نقل معنى كلام أستاذه لانصه الذى مرّ منّا .

وقال الشيخ الأعظم : « وإن قصد النصف لا غير لم يحرم إلاّ مع صدق الحيوان على هذا النصف ، ولو بدا له فى إتمامه حَرُمَ الإتمام لصدق التصوير بإكمال الصورة لأنّه إيجاد لها ... »(٣) .

وظاهر الشيخ الأعظم وإطلاقه صدق التصوير بإكمال الصورة ولو كان الإكمال بتوسط شخص آخر ، فيحرم فعل المكمِّل فقط لا فعل البادئ الذى أتى بها ناقصاً .

وحَمَلَ السيد اليزدى كلام الشيخ الأعظم على ما قلناه فقال : « لازم ذلک الحكم بالحرمة أيضاً فيما إذا كان القدر الموجود بفعل غيره ، لأنّه يصدق عليه أنّه أوجد الصورة ، لأنّ ما كان موجوداً لم يكن صورة بل بعضها ، سواء كان ذلک الموجود بفعل مكلف آخر أو غيره كالصبى والمجنون ، بل ولو لم يكن قصد الفاعل له إيجاد الصورة أيضاً ، لأنّ المناط هو صدق الإيجاد بالنسبة إلى هذا المتمِّم . ولا يخفى أنّ الالتزام به مشكلٌ ، والمسألة مبنيّة على أنَّ المحرَّم هو فعل التصوير أو إيجاد الصورة . وبعبارة أُخرى : المحرَّم عنوان فعل مركب ، أو عنوان بسيط

يكون الفعل الخارجى المركب محقِّقاً ومحصِّلاً له ، على الأوّل يكون حرمة الفعل نفسيّاً وعلى الثانى مقدميّاً . فلو قلنا بالأوّل لا يكون الإتمام حراماً ، لعدم كونه تصويراً ، إذ إيجاد البعض لا يكون إيجاداً للصورة التى هى مركبة بالفرض ، سواء كان البعض الأوّل من فعله أو من فعل

١- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٢- (٣) برهان الفقه - كتاب التجارة / ١٧ الطبع الحجرى .

٣- (٤) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٩) .

غيره ، وسواء كان إيجاده له على الوجه المحرّم - كما لو كان بانيّاً على التصوير وبعد الإتيان بالبعض بدا له فى الاتمام ثمّ بعد ذلک أتّمه - أو على وجه محلَّل ، وإن قلنا بالثانى يكون الإتمام حراماً فى الجميع ، هذا .

والظاهر من الأخبار هو المعنى الأوّل كما لا يخفى ، وهو الظاهر من المصنف فيما ذكره فى الفرع الآتى . ولا يمكن أن يراد من الأخبار الأمران معاً ، أعنى حرمة نفس الفعل ذاتاً وحرمة العنوان البسيط - أعنى إيجاد الصورة ليكون الفعل الأوّل المركب حراماً مقدميّاً - لأنّه مستلزم للإستعمال فى أكثر من معنى ، مع أنّه يستلزم كون الفعل الخارجى محرّماً من جهتين .

نعم ، يمكن أن يدعى أنّ الظاهر من الأخبار وإن كان حرمة نفس الفعل ، لكن يستفاد من فحواها حرمة الإيجاد أيضاً إذا لم يكن تمام المركب حراماً ، ومقتضاه حرمة الإتمام أيضاً فى الصورة المذكورة ، فتدبّر »(١) .

والمحقق الإيروانى فى ذيل قول الشيخ الأعظم : « ولو بدا له فى إتمامه حرم الإتمام»(٢) ، قال : « أمّا إذا أتّمه غيره لم يحرم ، فإن المتمّم كالبادئ آت بجزءٍ من الحرام وجزء الحرام ليس بحرام »(٣) .

وذيّل كلام الشيخ الأعظم : « ومن أنّ حرمة الفعل عرفاً ليس إلاّ حرمة الاشتغال به عمداً ، فلا تراعى الحرمة بإتمام العمل ... »(٤) بقوله : « لا وجه لهذا الكلام بعد فرض كون المحرَّم هو تصوير صورة المجموع ، من حيث المجموع فإن تحصّل المجموع يكون بالجزء الأخير ، فإذا اشتغل ولم يتمّ العمل لم يكن آتياً بالحرام ، كما أنّه لو تمّم عمل غيره لم يكن آتياً به ، فالمتّصف بالحرمة هو مجموع العمل من بدوه إلى ختامه .

ودعوى : أن العرف يفهم من تحريم المركب حرمة الأخذ والشروع فيه ، رفض للمبنى ،

فإنّ معنى هذا حرمة ذلک الجزء الذى شرع به هو خلف ، إذ قد فرض أنّ معروض الحرمة هو

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١١٢ و ١١١ .

٢- (٢) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٩) .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٣٣ .

٤- (٤) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٩٠) .

المجموع من حيث المجموع ، ومع ذلک لا يكون شروعه محرّماً ما لم ينته إلى الختام »(١) .

قال المحقق الخمينى : « لو اشترک إثنان أو أكثر فى عمل صورة ، فالظاهر قصور الأدلة عن إثبات الحرمة لفعل كل من الفاعلين أو أكثر بعدم صدق عنوان : صوّر الصور أو مثّل المثال على واحد منهما بلا ريب ، ضرورة أنّ التمثال والصورة عبارة عن مجموع الصورة الخارجية ، والأجزاء لا تكون تمثالاً لحيوان ولا صورة له ، والفاعل للجزء لا يكون مصوِّراً للحيوان ، من غير فرق بين اشتغالهما بتصويره من الأوّل إلى الآخر أو تصوير أحدهما نصفه والآخر نصفه الآخر ، أو عمل واحد منهما الأجزاء وتركيب الآخر بينها ، لعدم الصدق فى شىء منها ، فإنّ الظاهر من قوله : « من صوّر صورة » ، كون صدور الصورة - أى هذا الموجود الخارجى الذى يقال له التمثال - من فاعل ، والفرض عدم صدورها منه ... واحتمال أن يكون المراد بهما أنّه من أوجد هيئة الصورة أو هيئة المثال وهو صادق على من أتمّهما ، إمّا بإتيان النصف الباقى أو بتركيب الأجزاء ، بعيد عن ظاهر اللفظ ومخالف للمتفاهم من الأخبار »(٢) .

وقال المحقق الخوئى : « إذا اشترک أشخاص عديدة فى صنعة صورة محرّمة ، فإن قصد كل واحد منهم التصوير المحرّم فهو حرام ، وإلاّ فلا يحرم غير تركيب الأجزاء المتشتتة »(٣) .

وقال المحقق الأردكانى : « فرع : لو بدا له فى إتمامه وأتمّه آخر ففى حرمة فعل كلّ من الأوّل والأخير ، أو عدم حرمته ، أو حرمة فعل الأخير دون الأوّل ، وجوه إن قلنا بإختصاص الحرمة بالمجموع فلا

يكون فعل واحد منهما محرّماً ، وإن قلنا أنّ المحرّم هو الإتيان بالهيئة الإجتماعية فلا إشكال فى حرمة فعل الأخير إذ بفعله تحصل الهيئة الإجتماعية ، و على هذا يحتمل حرمة فعل الأوّل أيضاً ، إذ لو لا سبق فعله لما حصلت الهيئة الإجتماعية ، فيكون لفعل كلّ منهما دخل فى حصولها فيكون محرّماً»(٤) .

وقال شيخنا الأستاذ – مدظله – : « فإنّ العنوان المحرَّم إذا كان بحيث لا يصدق إلاّ على

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٣٤ .

٢- (٢) المكاسب المحرمة ١ / ١٨٣ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٣ .

٤- (٤) غنية الطالب ١ / ١١٣ .

المجموع كما هو المفروض ، لأنّ المنهى عنه تصوير الحيوان أو الإنسان وعمل تمثالهما وهذا يكون بنقشهما أو تجسيمهما من قرنهما إلى قدمهما ، فيكون اتصاف الجزء الأوّل بكونه حراماً مشروطاً بتحقّق الجزء كما فى الواجبات الإرتباطية ، فالتفرقة بين الواجبات والمحرَّمات فى ذلک بلا وجه .

ولو اشتغل اثنان بتصوير حيوان – بأن قصد هذا تصوير بعضه والآخر تصوير بعضه الآخر وكان ذلک بعلم كلّ منهما بفعل صاحبه – فلا يبعد الإلتزام بحرمة تصوير البعض فى الفرض ، أخذاً بقوله سبحانه : «وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» ، حيث أن مقتضى الأدلة الأوّلية عدم جواز تصوير كلّ مكلَّف تمام الحيوان ، ومقتضى الآية حرمة الإشتراک فى تحقّق ذلک الحرام كما لا يخفى ، وليس المحرَّم بحسب الأدلة هو إتمام الصورة ، كما إذا قصد أحد تصوير جسد الحيوان مثلاً بلا رأس ، بلا علم منه أنّ الآخر يكمله ، وأكمله الآخر برسم الرأس له ، فلا يكون فعل الثانى حراماً باعتبار كونه

إتماماً لتلك الصورة ، فإن المحرَّم هو تصوير كلّ مكلَّف الحيوان أو الإنسان لا إتمام صورتهما ، وتصويرهما لا يصدق على مجرد إتمامهما ، كما أنّه لا يصدق على تصوير بعضهما ... »(١) .

أقول : الظاهر من الأدلة عدم صدق الصورة أو التمثال على بعضهما أو جزئهما ، فلا يحرم البعض أو الجزء . وعلى هذا لو أتى شخص بهذا الجزء أو البعض لم يكن فعله محرّماً ، ثمّ لو أتى آخر ببقية الأجزاء وأتمّها لم يكن فعله أيضاً محرّماً ، لأنّ الثانى أيضاً صوّر بعض الأجزاء والبعض لا يكون حراماً .

نعم ، يمكن أن يقال تبعاً للأُستاذ - مد ظله - لو علم الأوّل أنّ الثانى أتّمه والثانى أيضاً يعيّن على الأوّل تصوير بعض أجزائها وأن يأتى الأوّل بها ، بأن يقسما الصورة مثلاً - بأن يأتى الأوّل بالرأس والثانى ببقية الصورة - يصدق على فعلهما التعاون على الإثم والعدوان ، فيحرم فعل كلّ منهما .

ولعله أشار إلى هذا الفرع الأخير بعض أساتيذنا - مدظله - حيث يقول : « ولو سلّم

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٢٦ و ١٢٥ .

عدم حرمة فعل من أوجد الجزء بعنوان التصوير بما أنّه فعل تدريجيٌّ مركبٌ فلا أقل من حرمته بعنوان التعاون على الأثم ، كيف ؟ ! والمتعارف فى إيجاد التصاوير والتماثيل وقوعه بنحو المشاركة والتعاون ، فلو لم يكن هذا حراماً صار هذا طريقاً ووسيلة إلى ارتكاب المحرَّمات بنحو الشركة فراراً عن وقوع الحرام ، وهذا أمر لايقبله ذوق من اطّلع على مذاق الشارع

المقدَّس ، فتدبّر »(١) .

السادس : حكم ايجاد الصورة بالتسبيب

قال الفقيه اليزدى : « الظاهر أنّه لا فرق فى التصوير بين المباشرة والتسبيب ، كما أنّه لو أكره غيره أو بعثه عليه من غير إكراه فيما لو كان المباشر ضعيفاً ، بحيث يسند الفعل إليه ، وذلک لأنّ قوله عليه السلام : « من صوّر صورة » ونحوه أعم من الأمرين وإن كانت الأفعال ظاهرة فى المباشرة ، فإنّه يمكن فهم الأعمية بسبب القرائن ، كما فى قوله صلى الله عليه و آله وسلم « من أتلف » ، وقوله « من قتل نفساً » فكذا ، وهكذا .

والحاصل ، أنّ ظاهر الفعل وإن كان خصوص صورة المباشرة إلاّ أنّه يمكن استفادة التعميم من القرينة ، وهى فى مثل المقام ملاحظة مناط الحكم . والظاهر أنّ هذه الإستفادة مختصة بالأفعال المتعدّية دون اللازمة ، والسرّ فى ذلک أنّ معنى مثل قوله « من قتل نفساً » ، مثلاً من أوجد القتل ، فيمكن أن يُراد منه الأعم من الأمرين ، وإن كان ظاهراً - من حيث هو - فى خصوص المباشرة ، بخلاف مثل قوله « من جلس » أو « ذهب » أو نحو ذلک ، فإنّ المراد منه من قام به الجلوس أو الذهاب ، فلا يقبل أن يكون أعم ، إذ جلوس الغير قائم بذلک الغير ، فلا يمكن أن يكون جلوساً للسبب الباعث ، بخلاف القتل الصادر منه ، فإنّه يمكن نسبته إلى السبب ، فتدبّر ... »(٢) .

وقال المحقق الخوئى ناظراً إلى مقالة السيد اليزدى : « قد عرفت فى البحث عن حرمة تغرير الجاهل أنّ إلقاء الغير فى الحرام الواقعى حرامٌ ، وعليه فلا فرق فى حرمة التصوير بين

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٢٠ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١١٢ .

المباشرة والتسبيب . بل قد عرفت فى المبحث المذكور ، أن نفس الأدلة الأوّلية تقتضى عدم الفرق بين المباشرة والتسبيب فى إيجاد المحرَّمات ، وعلى هذا فلا نحتاج فى استفادة التعميم وملاحظة المناط كما فى حاشية السيد رحمه الله »(١) .

أقول : الظاهر من الأدلة الأوّلية الدالة على حرمة المحرّمات ، تشمل صورتى المباشرة والتسبيب بحسب الفهم العرفى ، من دون إحتياج إلى القرينة للتعميم ، وعلى هذا فى حرمة

التصوير أيضاً تحرم المباشرة للفعل أو التسبيب له كما عليه العَلَمين قدس سرهم مع إختلاف فى الاستدلال .

السابع : حكم إيجاد الصور بالمكائن والآلات الحديثة

قال المحقق الخمينى : « إنّ الظاهر من الأدلة هو حرمة تصوير الصور وتمثيل المثال ، وهما لايشملان إلاّ للمصنوع بيد الفاعل مباشرة ، بمعنى صدور عمل التصوير منه وبيده ، كما كانت صنعة الصور كذلک فى عصر صدور الروايات ، فلايشملان لإيجاد الصور كيف ما كان ، فلو فرضت مكينة صنعت لإيجاد المجسَّمات وباشر أحد لإتصال القوة البرقية بها فخرجت لأجلها الصور المجسَّمة منها ، لم يفعل حراماً ولم تدلّ تلک الأدلة على حرمته ، لعدم صدق تصوير الصور وتمثيل المثال عليه ، فلو نسبا إليه كان بضرب من التأويل والتجوّز ، فإنّ ظاهر « من صوّر صوراً » أو « مثّل مثالاً » سيما فى تلک الأعصار صدورهما من قوّته الفاعلة ، فيكون هو المباشر لتصويرها ، فكما أن قوله « من كتب كتاباً » لا يشمل من أوجد الكتابة بالمطابع المتعارفة أو أخذ العكس منه ، فمباشر عمل المطبعة وأخذ العكوس ليس كاتباً و لا كتب شيئاً ، كذلک صاحب المكينة العاملة للصوّر ، وكذا العكّاس ليسا مصوِّرين وممثِّلين للصور والمُ-ثُل ، إلاّ بضرب من التأويل والتجوّز ، ولايصار إليه بدليل وقرينة من غير فرق بين العكوس المنطبعة فى الزجاجة والمنعكسة منها إلى الصحائف وإن كان عدم الصدق فى الأوّل أوضح »(٢) .

ص:٣٥١

١- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٣ .

٢- (١) المكاسب المحرمة ١ / ١٧٧ .

ولكن قال السيد الخوئى : « الظاهر من الأدلة المتقدمة الناهية عن التصوير والتمثيل هو النهى عن إيجاد الصورة ، كما أنّ النهى عن سائر الأفعال المحرَّمة نهى عن إيجادها فى الخارج ، وعليه فلا يفرق فى حرمة التصوير بين أن يكون باليد أو بالطبع أو بالصياغة أو بالنسج ، سواء أكان ذلك أمراً دفعيّاً - كما إذا كان بالآلة الطابعة - أم تدريجيّاً ... »(١) .

وقال المحقق السيد عبد الأعلى السبزوارى قدس سره بعد الحكم بأن ليس من التصوير المحرَّم أخذ الصورة بالأجهزة المعدَّة لذلك بجميع أقسامها وكيفياتها ، مستدلاً عليه : « للأصل بعد أن كان المنساق من الأدلة ما كان بعمل اليد الشائع فى الأزمنة القديمة ، والشك فى الشمول يكفى فى

عدم الشمول ، لأنَّ التمسك بالدليل حينئذ تمسك به فى الموضوع المشتبه ، والمرجع فيه حينئذ هو الأصل . وكذا المجسَّمات المصنوعة فى عصرنا الحاضر من البلاستيک الذى تصبه المكائن الخاصة فى قوالب مخصوصة ، للشک فى كونها من التصوير المحرَّم فيرجع فيها إلى الأصل ، وفى كون القالب من التصوير المحرَّم إشكال لانصراف الأدلة عنه »(٢) .

أقول : الظاهر من الأدلة الواردة فى حرمة التصوير هو عمل الصورة والمثال بمباشرة اليد وآلاته الخاصة ، نحو القلم بأنواعه و المسمار وغيرهما . وأمّا إحداث الصورة بالمطابع أو إحداث المثال والمجسّمة بالمكائن الحديثة فهو خارج عن دلالة أدلة الحرمة فى المقام ، كما مرّ من المحققيْن الخمينى والسبزوارى قدس سرهما وخلافاً للمحقق الخوئى قدس سره .

لا أدعى : أنه لم تكن هذه المطابع والمكائن والآلات الحديثة فى زمن صدور الروايات ولذا تنصرف الروايات عن العمل بها والأفعال الصادرة باستخدامها .

بل أدعى : أنّ العرف لا يُطلق على عمل العامل بهذه المطابع والمكائن والآلات الحديثة أنّه صوّر صورة أو مثّل مثالاً ، بل يُطلق على عمله أنّه عامل فى المعمل أو المطبعة أو غيرهما ، ولا يصدق عليه أنّه مصوِّر أو ممثِّل .

وإتصال الآلة بالقوة الكهربائية أو الإتيان بالموّاد اللازمة للعمل نحو الأوراق أو المواد

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٣ .

٢- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٤ .

البلاستيكية ونحوها لم يكن محرّماً كما هو واضح .

قد ظهر ممّا ذكرنا جواز إيجاد الصور والمُثل بالآلات الحديثة نحو : الكاميرا وهى الآلة المصوِّرة وأخذ العكوس والأفلام ، أو إيجاد الصورة بالكامبيوتر أو بالمطابع أو بالمكائن أو نحوها .

وبالجملة ، نحن لا نرى فرقاً بين إيجاد الصور بالمطابع والمكائن والكاميرا والآلات المصوّرة الحديثة والكامبيوتر ونحوها ، فلذا يجوز أخذ العكس المتداول فى زماننا أيضاً .

وممّا ذكرنا ظهر ضعف مقالة السيد اليزدى قدس سره حيث يقول : « لا فرق بين أنحاء إيجاد الصورة من النقش بالتخطيط وبالحک وبغير ذلک ، فيشمل العكس المتداول فى زماننا ، فإنّه أيضاً تصوير كما لا يخفى ، فتدبّر »(١) .

ولكن المحقق الخوئى قدس سره مع ذهابه إلى حرمة إيجاد الصورة بالمطابع والمكائن والآلات

الحديثة - كما مرّ بيانه - ذهب إلى جواز أخذ العكس وقال : « ... فلا يحرم أخذ العكس المتعارف فى زماننا ، لعدم كونه إيجاداً للصورة المحرَّمة وإنّما هو أخذ للظلِّ وإبقاء له بواسطة الدواء ، فإن الإنسان إذا وقف فى مقابل المكينة العكاسة كان حائلاً بينها وبين النور ، فيقع ظلّه على المكينة ويثبت فيها لأجل الدواء ، فيكون صورة لذى ظلٍّ ، وأين هذا من التصوير المحرّم ؟ ! »(٢) .

ولكن استشكل على السيد الخوئى بعض أعلام تلاميذه وغيرهم مد ظلُّهم :

فمن الأوّل : صاحب فقه الصادق – مد ظله – فی کتابه المسائل المستحدثة یقول : « ... فی أخذ الصورة بالآلة أمرین ، الأوّل : ما ذکره من وقوع الظل علی الآلة وإثباته فیها بالدواء ، الثانی : أخذ الصورة من ذلک الظل المحفوظ هناک ، والأوّل لا یصدق علیه الصورة وإنّما هو عکس الصورة ولهذا لایحرم ، و أمّا الثانی فهو صورة حقیقة ویصدق علی فعله أنّه إیجاد الصورة ... فتحصل : أنّه علی القول بحرمة التصویر مطلقاً یحرم أخذ الصورة بالآلة – أی العمل

۱- (۲) حاشیة المکاسب ۱ / ۱۰۹ .

۲- (۱) مصباح الفقاهة ۱ / ۲۳۳ .

الثانی الذی یعمله المصوِّر ولکن قد عرفت اختصاص الحرمة بالمجسَّمة ، فلا إشکال فی الجواز »(۱) .

ومن الأوّل أیضاً صاحب عمدة المطالب – مدظله – حیث یقول : « إنّ المیزان فی استفادة المقاصد من الألفاظ العرف ، وبعبارة اُخری العرف مُحَکَّم فی تشخیص المفاهیم ، ولا إشکال فی أنّ التصویر بماله من المفهوم العرفی یصدق علی العکس المتداول فی زماننا ، فیترتب علیها الحکم ، أی الحرمة »(۲) .

ومن الثانی بعض أساتیذنا – مد ظله – یقول مستشکلاً علیه قدس سره : « بعد ما عمّم أولاً التصویر المحرَّم بالنسبة إلی جمیع أقسامه لا نری وجهاً لإستثناء العکس المتعارف منها ، إذ یصدق علیه الصورة وعلی فاعله المصوِّر بلا إشکال ، وقد حصل بمباشرة العکّاس واستخدام الآلة واُبقیت بالدواء کما قال رحمه الله ... »(۳) .

ولکن شیخنا الأستاذ – مد ظله – یؤید اُستاذه ویقول : « ثم لا یخفی أنّ ما دلّ علی حرمة

التصوير – ولو نقشاً على تقدير تمامه – لا يعم التصوير المتعارف فى زماننا المعبر عنه بالفارسية (عكس گرفتن) ، وذلک فإنّ ظاهر ما تقدم حرمة إيجاد الصورة وعملها نقشاً ومجسَّمة . وأمّا العمل على بقاء الصورة الواقعة من الشيء فى شيء آخر كما فى هذا التصوير المتعارف فغير داخل فى مدلولها ... »(٤) .

أقول : بناءً على ماذكرنا من جواز إيجاد الصورة بالمطابع والمكائن والآلات الحديثة فحكم العكس وجوازه واضح . وأمّا بناءً على ما ذهب إليه المحقق الخوئى قدس سره من حرمة إيجاد الصورة بالآلات الحديثة أيضاً فحكمه هو الجواز ، لانصراف أدلة الحرمة عن مثل هذا الإيجاد كما اختاره المحقق الخوئى قدس سره وشيخنا الأستاذ – مد ظله – وهكذا يرى الفقيه الإصبهانى قدس سره المسألة فى وسيلته حيث يقول : « الظاهر أنّه ليس من التصوير العكس المتداول فى زماننا ، فلا

١- (٢) المسائل المستحدثة / ٢١٥ للفقيه السيد محمد صادق الروحانى دام ظله .
٢- (٣) عمدة المطالب ١ / ١٧٢ للفقيه السيد تقى الطباطبائى القمى مدظله .
٣- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٢٤ .
٤- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٢٣ .

بأس به إذا لم يترتب عليه مفسدة »(١) .

الثامن : حكم تصوير الحيوان الخيالى

قال صاحب الجواهر : « بل قد يقوى جريان الحكم (أى الحرمة) فى تصوير ما يتخيّله فى ذهنه من صورة حيوان مشارک للموجود فى الخارج من الحيوان فى كلى الأجزاء دون أعدادها وأوضاعها مثلاً »(٢) .

وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم قدس سره : « إذا صوّر مثلاً فرساً ذيله مثلاً عشرون ذراعاً تعلقت الحرمة وإن لم يوجد فرس كذلک ، إكتفاءً بوجود النوع ، نعم : لو صوّر حيواناً مخترعاً بالنوع لم يحرم بناءً على اختصاص الحرمة بذى الروح »(٣) .

ولكن الفقيه اليزدى قدس سره ذهب إلى الحرمة فى تصوير الحيوان الخيالى مطلقاً وقال : « لا فرق فى الحيوان - بناءً على الاختصاص به - بين كونه من نوعه موجوداً فى الخارج أولا ، فلو اخترع صورة حيوان غير موجود فى الخارج أصلاً - كما إذا صوّر حيواناً له رؤوس عديدة وأجنحة كثيرة على شكل غريب - كان حراماً أيضاً لإطلاق الأدلة»(٥) .

وتبعه المحقق الخوئى قدس سره وقال : « ... فيحرم تصوير الصورة للحيوانات مطلقاً سواء ما كان منها فرداً لنوع من الحيوانات الموجودة ، وما لم يكن كذلک كالعنقاء ونحوه من الحيوانات الخيالية ، وذلک لإطلاق الأدلة »(٤) .

وتبعهما المحقق السبزوارى قدس سره وقال : « لصدق الحيوان عليه أيضاً فتشمله الإطلاقات »(٥) .

وتبعهم بعض أساتيذنا - مدظله - وقال : « بناءً على اختصاص الحرمة بالحيوان ،

١- (٢) وسيلة النجاة ٢ / ٥ .

٢- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٣- (٤) برهان الفقه - كتاب التجارة / ١٧ .

٤- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٠٧ .

٥- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٣ .

فالظاهر عدم الفرق بين كونه موجوداً فى الخارج أو موجوداً خيالياً كالعنقاء مثلاً أو فرس ذى أجنحة ، ولا سيما إذا كانت بنحو التجسيم ، لإطلاق الأدلة وشمول روايات الأمر بالنفخ ونحوها . وانصرافه إلى الحيوان الخارجى الموجود انصرافٌ بدويٌّ فلا يضرّ »(١) .

أقول : قد مرّ منّا فى الفرع الأوّل من هذا البحث أنّ المراد بالحيوان من كان له نعمة الحياة أو حيّاً أو ذا روح ، وعلى أساس هذا التعريف من الحيوان إذا كانت الصورة للحيوان الخيالى سواء كان نوعه موجوداً نحو فرس ذيله عشرون ذراعاً أو لم يكن نوعه بموجود نحو العنقاء أو الفرس الذى رأسه رأس إنسان أو كان ذو أجنحة كثيرة ونحوها ، حيث لم يكن لهذا الحيوان الخيالى حياة ولم يكن حيّاً أو ذا روحٍ ، فيخرج من مصطلحنا من الحيوان فى المقام ، فلا يمكننا الحكم بالحرمة فى صورة الحيوان الخيالى بأىّ وجه كان . ووافقنا فى بعض الفروض صاحب الجواهر وتلميذه صاحب برهان الفقه قدس سرهما كما مرّ كلامهما آنفاً .

فإذا ثبت جواز تصوير الحيوان الخيالى مطلقاً ، ظهر منه حكم الصور الدارجة فى زماننا هذا المسماة بالصور الكاريكاتورية والكارتونية من جوازهما ، سواء كانت تعمل باليد والقلم أو بالآلات الحديثة نحو الكامبيوتر ، لعدم صدق الحيوان المصطلح فى المقام لهما ، واللّه العالم بالأحكام .

وهكذا ظهر ممّا ذكرنا حكم ما يسمى اليوم بالروبات ، وهو جسم خاص يشبه الإنسان أو الحيوان صُنع لغرض عقلائى ، فلا بأس بصنعه وعمله لعدم صدق الحيوان

المصطلح فى المقام عليه ، فيجوز عمل الروباتات بأىٍّ نحو كانت ، سواء أشبهت إنساناً أو حيواناً خاصاً أو لم يشبه . واللّه سبحانه هو العالم .

التاسع : حكم الصورة المشتركة بين الحيوان وغيره

قال الشيخ الأكبر قدس سره : « ولو اشتركت الصورة بين الحيوان وغيره اتّبع القصد ، إن لم يكن لأحدهما ظهور فيها

»(٢) .

ص:٣٥٦

١- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٤ .

٢- (١) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

وقال تلميذه فى الجواهر قدس سره : « ولو اشتركت الصورة بين الحيوان أو غيره اتبع القصد ، إن لم يكن لأحدهما ظهور فيها »(١) .

وقال الفقيه اليزدى قدس سره : « الصورة المشتركة بين الحيوان وغيره يكون المدار فيها على القصد كما أشرنا إليه ، على ما هو المقرَّر فى سائر المقامات من كون تمييز المشتركات بالقصد .

ولكن قد يقال بعدم حرمتها مطلقاً ، لأنّها كما تدخل فى دليل المنع ، تدخل فى دليل الجواز أيضاً ، فالأصل الإباحة .

وفيه : أنّ هذا إنّما يصح لو لم يكن القصد معتبراً فى الحكم نفيّاً وإثباتاً ، إذ حينئذٍ تدخل تحت الدليلين ويكونان متعارضين ، مع أنّه يمكن على هذا التقدير كونه من باب التزاحم والترجيح لجهة الحرمة ، فتأمل .

وأمّا مع اعتبار القصد - كما هو الواقع - فيصدق تصوير الحيوان مع قصده وتصوير غيره مع قصد الغير . هذا ، ولكن يشكل الحال فيما إذا قصد القدر الجامع ، بمعنى أن لا يقصد إلاّ إيجاد هذه الصورة التى يعلم أنّها مشتركة من غير قصد الخصوصية ، ولا يبعد الحكم بعدم الحرمة حينئذ ، فتدبر »(٢) .

وقال المحقق الخوئى قدس سره : « إذا صوّر صورة مشتركة بين الحيوان وغيره ، لم يكن ذلک حراماً إلاّ إذا قصد الحكاية عن الحيوان »(٣) .

أقول : الصورة المشتركة إذا قصد مصوّرها أنّها صورة حيوان ، فتدخل فى تصوير

الحيوان وتحرم بذلک ، أمّا إذا قصد غيرها أو لم يقصد شيئاً أصلاً فلم تدخل فى تصوير الحيوان فلا تحرم ، واللّه العالم بالأحكام .

العاشر : هل صور البيضة والعلقة والمضغة ملحقة بصورة الحيوان أم لا ؟

قال الشيخ الأكبر : « وليس من المحظور تصوير البيضة والعلقة والمضغة

١- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٢- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٠٧ .

٣- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٣ .

وبزر القزّ(١) »(٢) .

وقال تلميذه فى المفتاح : « ولا يلحق بالحيوان صورة البيضة والعلقة ونحو ذلک ممّا هو منشأ الحيوان »(٣) .

وقال تلميذه الآخر صاحب الجواهر : « وتصوير البيضة والعلقة والمضغة وبزر القزّ ونحو ذلک ممّا هو نشوء الحيوان لا بأس به »(٤) .

أقول : الظاهر من الأدلة حرمة تصوير الحيوان ، وحيث لا يصدق على صورة البيضة أو العلقة أو المضغة أو بزر القزّ ونحو ذلک ممّا هو منشأ الحيوان ، أنّها صورة حيوان عرفاً فلا بأس بتصويرها وعمل صورها ، واللّه سبحانه هو العالم .

الحادى عشر : هل يجب منع غير المكلف إذا صوّر ؟

قال الشيخ الأكبر : « القول بوجوب منع الصبيان عنه لا يخلو من قوّة »(٥) .

ولكن ردّ تلميذه صاحب الجواهر على الأُستاذ وقال : « لا بأس بعدم منع الصبيان ونحوهم ممّن هو غير مكلَّف عن العمل أيضاً ، للأصل وغيره ، لكن فى شرح الأُستاد أنّ القول بوجوب المنع لا يخلو من قوّة »(٦) .

وذهب إلى عدم وجوب الردع فى المقام الفقيه اليزدى قدس سره حيث يقول : « الظاهر عدم

وجوب منع غير المكلَّف إذا باشر ذلک بنفسه ، بل جواز تمكينه أيضاً إذا لم يكن بحيث يسند الفعل إلى المُمَكِّنِ ، وذلک لعدم الدليل على وجوب المنع أو حرمة التمكين كما فى سائر المحرَّمات التى لم يعلم من أدلتها أو من الخارج إهتمام الشارع بها بحيث لا يريد وجودها فى الخارج أصلاً ، فإنّه لا يجب منع غير المكلّف منها .

١- (١) بزر القزّ : يقال له بالفارسية : « پيله كرم ابريشم» .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٠ - (١٢ / ١٦٧) .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ١٩١ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

نعم ، فيما كان من قبيل ما لم يرد الشارع وجوده - كقتل النفس وهتک عرض المؤمن ونحو ذلک - يجب المنع ولو صدر من البهائم ، ومعلوم أنّ المقام ليس من هذا القبيل ، ... وكذا لا يجب منع المكلَّف الجاهل والغافل ونحوهما مَنْ هو معذور ، نعم : يجب تنبيه الجاهل بالحكم من باب وجوب الإرشاد للجّهال فى الأحكام الشرعية . وهل يجوز تمكينهما أيضاً ، بمعنى تهيئة المقدمات وبعثهما عليه مع فرض عدم إسناد الفعل إليه عرفاً كما قلنا فى غير المكلَّف أو لا ؟ الظاهر عدم الجواز ، والفرق بينهما وبين غير المكلّف - مثل الصبى - أنّ فعل غير المكلَّف غير مبغوض واقعاً أيضاً ، لأنّه غير مكلّف أصلاً بخلاف ، فعل الجاهل والغافل فإنّه محرَّم فى الواقع غاية الأمر كونهما معذورين ، فتمكينهما تمكين على إيجاد المحرّم وهذا غير جائز على ما أسلفنا الكلام فيه ، فتدبّر »(١) .

أقول : الحاصل من كلامهم أنه لا يجب منع الصبى ونحوه من غير المكلَّفين إذا باشر بنفسه التصوير ، لأنّهم ليسوا بمكلفين . نعم : يجب إرشاد الجاهل بالحكم من باب وجوب تعليم الأحكام .

وأمّا تمكين المكلَّف وتهيئة أسباب التصوير لهم فلا بأس بالنسبة إلى الصبى والمجنون ، لعدم ورود التكليف فى حقّهما أصلاً . وأمّا تمكينه بالنسبة إلى الجاهل أو الناسى أو الغافل فلا يجوز ، لأنّ التكليف فى حقِّهما موجودٌ ولكن لم يتنجز .

ولبعض أساتيذنا - مدظله - فى المقام توضيح ، فراجع إن شئت إلى كتابه(٢) .

الثانى عشر : اقتناء الصور والمعاملة عليها

بعد تسليم حرمة تصوير الحيوان مطلقاً فهل يجوز اقتناء الصور بعد ما وجدت نسياناً أو جهلاً أو غفلةً أو عصياناً أو لا يجوز اقتناؤها بل يجب إفناؤها وإمحاؤها وتكون وزانها وزان

الأصنام وآلات القمار وغيرها ممّا لا يجوز إبقاؤها ؟

فی المسألة قولان :

اشارة

ص:۳۵۹

۱- (۱) حاشية المكاسب ۱ / ۱۱۳ .

۲- (۲) دراسات فی المكاسب المحرمة ۲ / ٦۲۳ .

الوجوه التسعة المستدلة على حرمة اقتناء الصور و نقدها

۱ - المعروف بين القدماء هی حرمة بيع الصور وابتياعها والتكسب بها ، بل حرمة اقتنائها ، أفتی بذلک الشيخان فی المقنعة(۱) و النهاية(۲) والديلمی فی المراسم ،(۳) وهذا مقتضی إطلاق كلام أبی الصلاح الحلبی فی الكافی(٤) وابن إدريس الحلی فی السرائر(٥) .

۲ - ولكن ذهب المحقق الثانی الكركی فی جامع المقاصد(٦) إلی جواز اقتنائها ، وتبعه جماعة من أعلام التحقيق ، منهم : المحقق الأردبيلی فی مجمع الفائدة(۷) وجدنا الفقيه الشيخ الأكبر فی شرح القواعد(۸) وتلميذه السيد العاملی فی مفتاح الكرامة(۹) وصاحب الجواهر(۱۰) ، والنراقی فی المستند(۱۱) والشيخ الأعظم فی المكاسب المحرمة(۱۲) .

ويمكن أن يُستدل لحرمة اقتناء الصور بعدّة من الوجوه :

الأوّل : إنّ النهی تعلق بإيجاد الصور ولكن أنّ الإيجاد والوجود متحدان ذاتاً ومختلفان بالإعتبار ، فإن الصادر من الفاعل بالنسبة إليه إيجادٌ وبالنسبة إلی القابل وجودٌ ، فإذا كان الإيجاد منهيّاً عنه وحراماً صار الوجود حراماً أيضاً .

وفيه : أن النهى تعلق بإيجاد الصورة بما أنّه فعل للمصوِّر ، فلا يدلّ على كون وجود الصورة مبغوضاً عند الشارع .

ص:٣٦٠

١- (١) المقنعة / ٥٨٧ .

٢- (٢) النهاية / ٣٦٣ .

٣- (٣) المراسم / ١٧٠ .

٤- (٤) الكافى / ٢٨٣ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ١٦ .

٧- (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٦ .

٨- (٨) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٩- (٩) مفتاح الكرامة ٤ / ٤٩ - (١٢ / ١٦٥) .

١٠- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

١١- (١١) مستند الشيعة ١٤ / ١١٠ .

١٢- (١٢) المكاسب المحرمة / ٢٥ - (١ / ١٩٣) .

وبعبارة أُخرى : النهى تعلق بالعنوان المصدرى للصورة يعنى إحداثها وإيجادها وترسيمها وعملها ولم يتعلق بالعنوان اسم المصدرى لها يعنى بقاؤها ووجودها وحفظها واقتناؤها .

نعم ، ربّما يكون النهى مع وجود قرينة تدلّ على الملازمة بين حرمة الإحداث والإبقاء ، نحو ، حرمة إيجاد النجاسة فى المسجد ، ولكن القرينة هنا مفقودة .

الثانى : صحيحة محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان(١) .

بتقريب : أنّ السؤال عن شيءٍ يقع غالباً عمّا يكون مورداً لابتلاء السائل وأمثاله ، وما يكون مورداً للإبتلاء فى المقام هو إقتناء الصور والتزيّن بها وبيعها وشراؤها ، وأمّا عمل الصور وإحداثها فهو فعل تخصصىٌ يختص بعدّة من الخواص فقط ، ولذا لابدّ من حمل هذه الصحيحة على حرمة اقتناء الصور وبيعها إذا كانت من الحيوان .

إن قلت : غاية ما يُستفاد من الصحيحة ثبوت البأس ، وهو أعمٌّ من التحريم كما عليه المحقق الإيروانى(٢) قدس سره .

قلت : ما ذكره هذا المحقق الجليل غير تام ، لأنّ كلمة « البأس » فى التحريم ظاهرة كما أن كلمةُ « لا بأس » ظاهرة فى الجواز المطلق .

وفيه : بعد التأمل التام فى الرواية ظهر أن المراد بها وسؤال السائل عن حكم عمل الصور وإحداثها مع كون هذا العمل عملاً تخصصياً يختص بالخواص ، لأنّ السائل فى الرواية وراويها محمد بن مسلم وهو من الفقهاء والمشايخ من أصحاب الصادقين عليهماالسلام ومثل محمد بن مسلم يسأل عن جميع المسائل الفقهية حتّى المسائل التى لايبتلى بها إلاّ الخواص ، لأنّه فقيه لابدّ أن يعلم جميعها .

والحاصل : إنّا لا نسلم ظهور الرواية فى الإقتناء ، بل ندعى ظهورها فى عمل الصور ،

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٥ .

مضافاً إلى أن احتمال حرمة الإقتناء فرع حرمة عملها ، إذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله كما تفطن عليه الشيخ الأعظم(١) قدس سره .

ثمّ : لو تنزلنا عن ظهور الصحيحة فى عمل الصور فغاية ما يمكن أن يقال : إطلاقها بحيث تشمل العمل والإقتناء معاً ، فتدلّ على حرمة عمل الصور واقتنائها معاً كما عليه الفقيه اليزدى قدس سره وقال : « الإنصاف أنّها أعم من العمل والإقتناء وغيرهما ... »(٢) .

وعلى فرض إطلاقها ودلالتها على حرمة الاقتناء ، تعارضها الروايات الواردة فى جواز اقتناء الصور . والعمل على الروايات المجوِّزة ، وتحمل الصحيحة على الكراهة .

ولو سلّمنا ظهورها فى الاقتناء تعارضها الروايات المجوِّزة فلابدّ من حمل الصحيحة على الكراهة أيضاً .

الثالث : الحصر الوارد فى رواية تحف العقول : « إنّما حرّم اللّه الصناعة التى حرام هى كلّها التى يجىء منها الفساد محضاً نظير البرابط والمزامير ... وما يكون منه وفيه الفساد محضاً ولا يكون فيه ولا منه شىءٌ من وجوه الصلاح فحرام تعليمه والعمل به وأخذ الأجر عليه وجميع التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات كلّها »(٣) .

وقد ورد فيها أيضاً حرمة صنعة التصاوير لذوات الأرواح ، حيث قال عليه السلام : « وصنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحانى »(٤) .

ويعنى أنه ورد فيها حرمة صنعة صور الحيوان ، وكلّ صناعة تكون حراماً تكون جميع وجوه الحركات والتقلبات فيها حراماً ، ومن التقلبات اقتناؤها فيكون حراماً .

وفيه : أولاً : الرواية مرسلة ليس لها سنداً ، فلا يمكن الإستناد إليها ، مضافاً إلى اضطراب متنها كما مرّ منّا فى أوّل هذا الكتاب .

وثانياً : حرمة عمل التصوير لا يسرى إلى الإقتناء ، فهما فعلان ربّما صدرا من

١- (٣) المكاسب المحرمة / ٢٤ - (١ / ١٩٤) .

٢- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٢٠ .

٣- (٢) تحف العقول / ٣٣٥ .

٤- (٣) تحف العقول / ٣٣٥ .

فاعلين ، وعمل الصور فعل المصوِّر والروايات تدلّ على حرمته إذا كانت الصورة لذات روح ، وأمّا سريان هذه الحرمة إلى اقتناء الصور فلا وجه لها ولا ملازمة بين الفعلين كما هو واضح .

وثالثاً : يمكن أن يناقش فى أنّ عمل الصور ممّا يجىء منه الفساد محضاً ، لأنّ كثيراً ما يترتب عليها المنافع المحلّلة والمباحة ، نحو : التعليم والتعلّم وحفظ صور بعض الأعاظم والعلماء . فلا تدخل فى الحصر الوارد فى رواية تحف العقول ، وإذا لم يدخل عمل الصور فى

الحصر فبالطريق الأُولى لم يدخل الاقتناء فيه .

الرابع : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : بعثنى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم إلى المدينة فقال : لا تدع صورة إلاّ محوتها ولا قبراً إلاّ سوّيته ولا كلباً إلاّ قتلته(١) .

والمعتبرة بظهورها تدلّ على لزوم محو الصورة ، يعنى لا يجوز إبقاؤها واقتناؤها بل وجب إفناؤها وإمحاؤُها .

ونظير هذه المعتبرة فى الدلالة خبر ابن القداح عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : بعثنى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى هدم القبور وكسر الصور(٢) .

وروى البرقى الرواية الأُولى بسند معتبر ، والرواية الثانية بسند حسن فى كتابه المحاسن(٣) .

فالإشكال فى الروايتين بضعف السند - كما ورد فى مصباح الفقاهة(٤) بالنسبة إلى الرواية الأُولى - غير تام .

وفيه : أولاً : قرينة السياق تقتضى حمل الأمر الوارد فى محو الصور على الإستحباب وكراهة إبقائها .

ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الردّ بعدم حجية قرينة السياق ، أعنى عدم وجودها .

١- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ٨ . الباب ٣ من ابواب احكام المساكن .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٥ ح ٧ .
٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٤ و ٣٥ .
٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٣٥ .

فهذا الإشكال على الإستدلال غير تام .

وثانياً : يمكن أن يقال : إنّ الروايتين واردتان فى قضية خاصة شخصيّة مجهولة الخصوصيات ، فلا يمكن أن يُستدل بها فى المقام .

وبعبارة أُخرى : إنّهما وردتا فى قضية فى واقعة – أى واقعة شخصيّة – ولذا قال المحقق الإيروانى : « إنّ النبوى وارد فى موضوع شخصىّ ، فلعل تصاوير المدينة كانت أصناماً وكلابها مؤذيات وقبورها مسنّمات ... »(١) .

ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الردّ أيضاً بأنّه خلاف ظاهر الرواية ، والظهور حجة فى العرف .

وثالثاً : وهى العمدة فى الإشكال : لو تمت دلالة الروايتين على لزوم إمحاء الصور وإفنائها ، بقرينة الروايات الواردة فى تجويز اقتناء الصور تحملان على الكراهة جمعاً بين الأخبار ، ولذا قال شيخنا الأُستاذ – مدظله – : « ... نعم نلتزم بحمل النهى عن إبقاء الصورة على الكراهة ، لكن لا بقرينة السياق بل للروايات الآتية الظاهرة فى الترخيص فى اقتنائها »(٢) .

الخامس : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن التماثيل هل يصلح أن يلعب بها ؟ قال : لا(٣) .

روى البرقى نحوها بسند صحيح عن على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام أنّه سأل أباه عن التماثيل ؟ فقال : لا يصلح أن يلعب بها(٤) .

ونظيرها مرفوعة المثنى ومضمرته قال : التماثيل لا يصلح أن يلعب بها(٥) .

بتقريب : يتم الإستدلال بالرواية مع تمامية الأُمور الثلاثة الآتية :

١- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٣٧ .

٢- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٢٩ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٨ ح ١٠ .

٤- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٥ .
٥- (٤) المحاسن ٢ / ٤٥٧ ح ٥١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٦ .

الأوّل : التماثيل الواردة فى الرواية مطلقة تشمل جميع الصور ولا تنحصر بالتماثيل التى يلعب بها فى الشطرنج .

الثانى : ظهور كلمة « لا يصلح » فى الحرمة .

الثالث : أنّ اللعب لا خصوصية له ، والمراد بحرمته حرمة جميع التصرفات والتقلبات فى الصور ، ومنها : اقتناؤها .

وفيه : يمكن أن يناقش فى جميع الأُمور الثلاثة :

أمّا الأوّل : فبأنّ اللعب بالتماثيل غير معهود إلاّ فى الشطرنج ، ولا أقل من احتمال إختصاصها ، فإذا جاء الإحتمال بطل الاستدلال .

وأمّا الثانى : فبعدم ظهور كلمة « لا يصلح » فى الحرمة ، بل هى فى الكراهة أظهر من

الحرمة .

وأمّا الثالث : فحرمة اللعب أعم من حرمة الإقتناء ، لأنّه يمكن أن تقنى الصور ولا يلعب بها ، ولا ملازمة بينهما .

لا يقال : صحيحة أُخرى لعلى بن جعفر تدلّ على تعارف اللعب بمطلق الصور والتماثيل ولا ينحصر اللعب بالتماثيل الشطرنجية ، روى على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن البيت فيه صورة سمكة أو طير أو شبهها ، يعبث به أهل البيت ، هل تصلح الصلاة فيه ؟ فقال : لا حتّى يقطع رأسه منه ويفسد ، وإن كان قد صلّى فليست عليه إعادة(١) .

لأنّا نقول : نعم ، الصحيحة تدلّ على تعارف أو إمكان اللعب بمطلق الصور والتماثيل كما اعترف به بعض أساتيذنا - مدظله -(٢) ولكن لا تدل على حرمة اللعب بها ، بل تدل على كراهة الصلاة فى مكان يوجد فيه صورة أو تمثال لم يقطع رأسه أو لم يفسد ، وبينهما برزخ لا يبغيان .

السادس : موثقة أو صحيحة أبى العباس عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجل :

١- (١) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٣ ح ١٢ . الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلى .
٢- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٥١ .

«يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِيبَ وَتَمَاثِيلَ»(١) فقال : واللّه ما هى تماثيل الرجال والنساء ولكنّها الشجر وشبهه(٢) .

بتقريب : أنه أنكر الإمام عليه السلام إنشاء سليمان عليه السلام تمثال الرجال والنساء وأنّ الجن لم يعملوا له ذلك ، و من المعلوم أنّ عمل الصور وإحداثها للأجنة وعمل النبى سليمان عليه السلام إقتنائها ، حيث أنّ الإمام أنكر إحداث الصور الحيوانية بأمر سليمان عليه السلام ، فهذا الإنكار يشمل إقتناء هذه الصور أيضاً ، فيدل على حرمة الإقتناء .

وفيه : ظهور الصحيحة فى حرمة عمل الصور الحيوانية واضح ، لأن النبى سليمان عليه السلام أمر بالصور وليس للأجنة التخطى عن أمره ، كما يشهد بذلك قوله تعالى : «فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ مَا دَلَّهُمْ عَلَى مَوْتِهِ إِلاَّ دَابَّةُ الأَرْضِ تَأْكُلُ مِنْسَأَتَهُ فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجِنُّ أَن لَّوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ الْغَيْبَ مَا لَبِثُوا فِى الْعَذَابِ الْمُهِينِ»(٥) .

وحيث كان الآمر والمسبِّب هنا أقوى من المباشر ، فيستند عمل الصور إليه ، ولذا نفى الإمام عليه السلام كون هذه الصور من الصور الحيوانية وحملها على غيرها . هذا كلّه أولاً .

وثانياً : على فرض تسليم ظهورها فى الإقتناء لا تدل الصحيحة على حرمة اقتنائها ، وغاية الأمر أنّ النبى سليمان عليه السلام لم يقتن هذه الصور ، لأنّها من الأُمور اللاهية وغير اللائقة بمنصب رجال الدين والعلماء فضلاً عن مقام النبوة ، وأين هذا من الحرمة ؟ !

السابع : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس بأن تكون التماثيل فى البيوت إذا غيّرت رؤوسها منها وترک ما سوى ذلک(٣) .

بتقريب : أنّ الصحيحة بمفهومها تدل على حرمة اقتناء الصور والتماثيل فى البيوت إذا لم يغيّر رؤوسها ، وهذا الاستدلال مبنى على أمرين :

١ - عدم خصوصية للبيت الذى يصلى فيه غالباً .

١- (٣) سورة سبأ / ١٣ .
٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٥ ح ١ .
٣- (١) سورة سبأ / ١٤ .

٢ - كون البأس ظاهراً فى الحرمة .

وفيه : أولاً : يمكن أن ندعى بأنّ للبيت الذى يصلى فيه خصوصية ، ولذا أفتى المشهور بكراهة الصلاة فى البيت الذى فيه الصور والتماثيل .

وثانياً : البأس - وإن كان ظاهراً فى الحرمة - ولكن فى المقام لابدّ أن نرفع اليد عن هذا الظهور ، بقرينة الروايات المجوِّزة الواردة فى اقتناء الصور .

الثامن : خبر المثنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أن عليّاً كره الصور فى البيوت(١) .

وخبر حاتم بن إسماعيل عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ عليّاً كان يكره الصورة فى البيوت(٢) .

بتقريب : أنّ الكراهة فى لسان الأئمة عليهم السلام تحمل على الحرمة لا الكراهة المصطلحة ، مضافاً إلى ما ورد فى ذيل صحيحة سيف التمار عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : ... ولم يكن على عليه السلام يكره الحلال(٣) .

فإذا لم يكن اقتناء الصور حلالاً كان حراماً .

وفيه : أولاً : خبر المثنى وحاتم كلاهما ضعيفا السند ، فلم يثبت بهما كراهة أمير المؤمنين عليه السلام للصور .

وثانياً : يمكن وجود الخصوصية فى البيت لمكان الصلاة فيه .

وثالثاً : على فرض تمامية استنتاج الحرمة من الروايتين ، لابدّ وأن يحملان على الكراهة جمعاً بينها وبين الروايات المجوِّزة الواردة فى اقتناء الصور .

التاسع : مرسلة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ربّما قمت أُصلّى وبين يدى وسادة فيها تماثيل طائر فجعلت عليه ثوباً ، وقال : قد أُهديت إلىّ طنفسة من الشام فيها تماثيل طائر فأمرت به فغيّر رأسه فجعل كهيئة الشجر ، وقال : إنّ الشيطان أشدّ ما يهمّ بالإنسان إذا كان وحده(٤) .

١- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٨ ح ٣ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٤ ح ٣ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٤ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٧ .

الطنفسة : بالمثلثة فى الطاء والفاء ، البساط والحصير والثوب ، جمعه طنافس .

بتقريب : أن أمر الإمام عليه السلام فى الطنفسة التى أُهديت إليه بتغيير رأس الصورة وجعلها كهيئة الشجر ، فهذا الأمر يدلّ على حرمة إبقاء الصورة والتمثال من غير تغيير فيهما ، وإلاّ لم يأمر الإمام عليه السلام بهذا التغيير .

وفيه : أولاً : الرواية مرسلة لا يمكن الاستناد إليها .

وثانياً : أمر الإمام بهذا التغيير كفعله عليه السلام لا تدلّ على وجوب التغيير ولا على حرمة اقتناء الصور ، بل لعلّه أمر الإمام عليه السلام بهذا التغيير لوجود الحزازة فى اقتناء الصور الذى لا يناسب شأنه ، كما مرّ فى قضية النبىّ سليمان عليه السلام ، ومن البديهى أنّ الفعل فى مورد خاص لا يدلّ على الوجوب .

وثالثاً : من الممكن أنّ الطنفسة كانت فى البيت الذى يصلى الإمام عليه السلام فيه ولذا أمر بهذا التغيير لكراهة الصلاة فى البيت الذى فيه التماثيل ، كما يشهد لذلك صدر المرسلة .

فهذه تسعة أدلة أُقيمت على حرمة الإقتناء ، وقد عرفت عدم تماميتها وأنَّ جميعها قابلة للمناقشة ، ولو سلّم ظهورها وتماميتها فى حرمة الاقتناء فهى معارضة بما هى أظهر وأكثر ، أعنى الروايات المجوِّزة ، فلا بدّ من حمل الأدلة الماضية على الكراهة جمعاً بينها وبين الروايات المجوّزة الآتية آنفاً إن شاء اللّه تعالى .

الروايات الدالة على جواز اقتناء الصور والتماثيل

الروايات الواردة فى الجواز كثيرة نذكر لك بعضها :

فمنها : ١ – صحيحة الحلبى قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : ربّما قمت فأُصلى وبين يدى الوسادة فيها تماثيل طير ، فجعلت عليها ثوباً(١) .

٢ – ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن مسجد يكون فيه تصاوير وتماثيل ، يصلّى فيه ؟ فقال : تكسر رؤوس التماثيل وتلطخ رؤوس التصاوير

١– (١) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٠ ح ٢ . الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلى .

ويصلى فيه ولا بأس . قال : وسألته عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل سبع أو طير أيصلّى فيه ؟ قال : لا بأس(١) .

٣ – ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن البيت فيه صورة سمكة أو طير أو شبهها يعبث به أهل البيت ، هل تصلح الصلاة فيه ؟ فقال : لا حتّى يقطع رأسه منه ويفسد ، وإن كان قد صلّى فليست عليه إعادة(٢) .

بتقريب : أنه قرر الإمام عليه السلام كون الصورة فى البيت ولعب أهل البيت بها ، فهذا التقرير يدلّ على الجواز ، وإنّما أمر بقطع رأسه بجهة الصلاة فى مكان توجد فيه الصورة .

٤ – ومنها : موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الوسادة والبساط يكون فيه التماثيل ؟ فقال : لا بأس به يكون فى البيت ، قلت : التماثيل ؟ فقال : كلُّ شىءٍ يؤطأ فلا بأس به(٣) .

إطلاقها تشمل تماثيل الحيوانات ، ولكن أجاز الإمام عليه السلام فيها غير المجسَّمات منها فقط بقرينة إمكان وطئها .

٥ – ومنها : خبر أبى بصير قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّا نبسط عندنا الوسائد فيها التماثيل ونفترشها ، فقال : لا بأس بما يبسط منها ويفترش ويؤطا ، إنّما يكره منها ما نصب على

الحائط والسرير(٤) .

والاستدلال بالفقرة الأُولى من جواب الإمام عليه السلام ، والفقرة الثانية بنظرنا ظاهرة فى الحرمة ، لأنّ الكراهة فى لسان الأئمة عليهم السلام ظهورها فى الحرمة واضح كما مرّ منّا مراراً ، ولكن بقرينة غيرها من الروايات المجوِّزة تحمل على الكراهة .

٦ – ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : وسألته عن رجل كان فى بيته تماثيل أو فى ستر ولم يعلم بها وهو يصلى فى ذلک البيت ثم علم ، ما عليه ؟ قال : ليس عليه فيما لا

١- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٢ ح ١٠ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٣ ح ١٢ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٨ ح ٢ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .
٤- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٤ . الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به .

يعلم شىء فإذا علم فلينزع الستر وليكسر رؤوس التماثيل(١) .

وتقرير الإمام عليه السلام فى أصل وجودها فى البيت يدلّ على جواز اقتناؤها ، والأمر بالكسر والنزع لأجل الصلاة .

٧ – ومنها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس بأن تكون التماثيل فى البيوت إذا غيّرت رؤوسها منها وترک ما سوى ذلک(٢) .

بقرينة الروايات الأُخرى يحمل ثبوت البأس فيها بل بلحاظ إقامة الصلاة ، وأمّا فى غير موضع الصلاة فلا بأس باقتنائها حتّى مع عدم التغيير فيها .

٨ - ومنها : صحيحة محمد بن مسلم قال : سألت أحدهما عليهماالسلام عن التماثيل فى البيت ؟ فقال : لا بأس إذا كانت عن يمينک وعن شمالک وعن خلفک أو تحت رجليک ، وإن كانت فى القبلة فألق عليها ثوباً(٣) .

٩ - ومنها : صحيحة أُخرى له قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام : أُصلّى والتماثيل قدّامى وأنا أنظر إليها ؟ قال : لا ، إطرح عليها ثوباً ، ولا بأس بها إذا كانت عن يمينک أو شمالک أو خلفک أو تحت رجلک أو فوق رأسک ، وإن كانت فى القبلة فألق عليها ثوباً وصلّ(٤) .

١٠ - ومنها : صحيحة بسنديها ثالثة له عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس بالتماثيل أن تكون عن يمينک وعن شمالک وخلفک وتحت رجليک ، فإن كانت فى القبلة فألق عليها ثوباً إذا

صلّيت(٥) .

١١ - ومنها : صحيحة رابعة له عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس أن تصلى على كلّ التماثيل إذا جعلتها تحتک(٦) .

١- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤٤١ ح ٢٠ . الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلى .
٢- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٨ ح ٣ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .
٣- (٤) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٦ ح ١ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٨ ح ٦ .
٥- (١) وسائل الشيعة ٥ / ١٧٣ ح ١١ . الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلى .

٦- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٩ ح ١٠ - الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلى .

١٢ - ومنها : صحيحة خامسة له قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يصلى وفى ثوبه دراهم فيها تماثيل ؟ فقال : لا بأس بذلك(١) .

١٣ - ومنها : صحيحة سادسة له عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال له رجل : رحمك اللّه ما هذه التماثيل التى أراها فى بيوتكم ؟ فقال : هذا للنساء أو بيوت النساء(٢) .

١٤ - ومنها : خبر جعفر بن بشير عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كانت لعلى بن الحسين عليه السلام وسائد وأنماط فيها تماثيل يجلس عليها(٣) .

١٥ - ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سئل عن الدراهم السود تكون مع الرجل وهو يصلى مربوطة أو غير مربوطة ؟ فقال : ما أشتهى أن يصلى ومعه هذه الدراهم التى فيها التماثيل ، ثم قال عليه السلام : ما للناس بدّ من حفظ بضائعهم ، فإن صلى وهى معه فلتكن من خلفه ولا يجعل شيئاً منها بينه وبين القبلة(٤) .

١٦ - ومنها : صحيحة حماد بن عثمان قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الدراهم السود فيها التماثيل ، أيصلى الرجل وهى معه ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا كانت مواراة(٥) .

١٧ - ومنها : فى حديث الأربعمائة عن على عليه السلام قال : لا يسجد الرجل على صورة ولا على بساط فيه صورة ، ويجوز أن تكون الصورة تحت قدميه أو يطرح عليها ما يواريها ، لا يعقد الرجل الدراهم التى فيها صورة فى ثوبه وهو يصلّى ، ويجوز أن تكون الدراهم فى هميان أو فى ثوب إذا خاف ويجعلها إلى ظهره(٨) .

١٨ - ومنها : خبر ليث المرادى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : الوسائد تكون فى البيت فيها التماثيل عن يمين أو شمال ، فقال : لا بأس ما لم تكن تجاه القبلة ، فإن كان شىء منها بين

١- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٩ ح ٩ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٦ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .

٣- (٥) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٤ .

٤- (٦) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٧ ح ٣ .

٥- (٧) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٩ ح ٨ .

يديک ممّا يلى القبلة فغطّه وصلّ ، وإذا كانت معک دراهم سود فيها تماثيل فلا تجعلها من بين يديک واجعلها من خلفک(١).

١٩ - ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يصلح له أن يصلّى فى بيت على بابه ستر خارج فيه تماثيل ، ودونه ممّا يلى البيت ستر آخر ليس فيه تماثيل ، هل يصلح له أن يرخى الستر الذى ليس فيه تماثيل ؟ هل يحوّل بينه وبين الستر الذى فيه التماثيل أو يجيف الباب دونه ويصلّى فيه ؟ قال : لا بأس .

وسألته عن الثوب يكون فيه تماثيل ، أو فى عَلَمه أيصلّى فيه ؟ قال : لا يصلّى فيه(٢) .

روى الحميرى الفقرة الأُولى فى كتابه قرب الإسناد / ١٨٥ ح ٦٨٩ .

والشاهد فى تقرير الإمام عليه السلام استعمال الستر الذى فيه تماثيل على باب البيت .

٢٠ - ومنها : صحيحة أبى الحسين محمد بن جعفر الأسدى فيما ورد عليه من الشيخ أبى جعفر محمد بن عثمان قدس سره فى جواب مسائله من صاحب الزمان عجل اللّه تعالى فرجه الشريف فى حديث : وأمّا ما سألت عنه من أمر المصلى والنار والصورة والسراج بين يديه هل تجوز صلاته ، فإن الناس اختلفوا فى ذلک قِبَلک ؟ فإنّه جائز لمن لم يكن من أولاد عبدة الأصنام أو عبدة النيران أن

يصلّى والنار والصورة والسراج بين يديه ، ولا يجوز ذلک لمن كان من أولاد عبدة الأصنام والنيران ، الحديث(٣) .

دلالة هذه الروايات على جواز اقتناء الصور واضحة ، والمتتبع يجد أكثر ممّا ذكرناه هنا ، فإن شئت فى هذا المجال راجع وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٦ الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلى ، و ٥ / ١٧٠ الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلى ، و ٥ / ٣٠٨ الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن وباب قبله ، و ١٧ / ٢٩٥ الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به .

تنبيه: جواز المعاملة على الصور والتماثيل

تنبيه : فإذا جاز إقتناء الصور والتماثيل والإنتفاع بها فى التعليم والتزيين ، جاز

المعاملة عليها ، لأنّ لها منافع مقصودة محلّلة توجب ماليتها ، فيجوز بيعها والمعاملة عليها على

١- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٨ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٩ ح ١١ .

٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٧ ح ٤٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٤ / ٤٤٠ ح ١٦ .

ما هو مقتضى إطلاقات التجارة والمعاملة ، كما عليه المحققون من أصحابنا قدس سرهم .

ولذا قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « وفى جواز بيع الصورة واقتنائها واستعمالها والإنتفاع بها والنظر إليها مع بقائها على حالها وجهان ، أقربهما ذلک . وفى الأخبار ما يدلّ على منعه ، وحمله على الكراهة - لأنّه خلاف الأصل وظاهر الأكثر - أقوى ، وليس ممّا صنع للحرام حتّى يلزمه إتلافه بل من الصنع الحرام »(١) .

واختاره الفاضل النراقى قدس سره وقال : « وهل يجوز ابتياع ما يحرم عمله أو ما فيه ذلک ؟ الأقوى : نعم ، للأصل ، إلاّ إذا كان إعانة على عمله فيحرم ... »(٢) .

والسيد جواد العاملى قدس سره قال : « فقد تحصّل أنّه يجوز اقتناء ذى الصورة وبيعه والانتفاع به على كراهية ، إذ ليس هو ممّا صنع للحرام حتّى يلزم إتلافه ، بل هو من الصنع الحرام ، فليلحظ ذلک وليتأمل فيه »(٣) .

وصاحب الجواهر قدس سره قال : « وأما بيعها واقتناؤها واستعمالها والانتفاع بها والنظر إليها ونحو ذلک ، فالأصل والعمومات والإطلاقات تقتضى جوازه ، وما يشعر به بعض النصوص من حرمة الإبقاء - كأخبار عدم نزول الملائكة ونحوها - محمول على الكراهة ، أو غير ذلک . خصوصاً مع أنّا لم نجد من أفتى بذلک عدا ما يحكى من الأردبيلى من حرمة الإبقاء . ويمكن ، دعوى الإجماع على خلافه ... »(٤) .

والفقيه اليزدى قدس سره بعد اختيار جواز الاقتناء قال : « بناءً على جواز الاقتناء لا إشكال فى جواز بيع الصور المجسَّمة وإن كان لا مالية لموادها إلاّ بلحاظها ، وكذا فى جواز بيع محالّ النقوش كالثياب والستور وإن كان بعض الثمن لأجلها ... »(٥) .

١- (١) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١١١ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ٤ / ٤٩ - (١٢ / ١٦٥) .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٢٢ .

وتبعهم جماعة من الأعلام منهم : المحققون الخوئى فى مصباح الفقاهة(١) والخمينى فى المكاسب المحرمة(٢) والسبزوارى فى مهذب الأحكام(٣) وشيخنا الأُستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب(٤) وبعض أساتيذنا - مدظله - فى دراساته(٥) وصاحب عمدة المطالب(٦) - دامت بركاته - .

تذييل: هل يجوز النظر إلى صورة الأجنبية

تذييل : هل يجوز النظر إلى الصورة أو التمثال إذا كان بين الناظر والمنظور إليه اختلاف فى الجنس ؟ فهل يجوز النظر إلى صورة الأجنبية أم لا ؟

فيه وجوه بل أقوال :

١ - حرمة النظر إلى صورة الأجنبية ، لأنّ الصورة مرآة لذيها ، و إذا حرم النظر إليها حرم النظر إلى مرآتها وصورتها . وادعاء العلم بعدم الفرق بين المرأة وصورتها فى مسألة النظر فى العرف يعنى المسامحة العرفية أو تنقيح المناط فى المقام ، ولعلّ هذا هو المشهور بين الأصحاب قدس سرهم ، واختاره المحقق الأردبيلى حيث قال : « ... فلا يبعد تحريم النظر إلى جارية الغير فى المرآة وكذا الأجنبى ، فتأمل »(٧) .

وفيه : أولاً : حرمة النظر إلى المرأة لا تقتضى حرمة النظر إلى صورتها .

وثانياً : ادعاء العلم بعدم الفرق صرف ادعاء ، والعرف يرى الفرق بينهما بوضوح ، فالمسامحة العرفية لا تجرى هنا .

وثالثاً : تنقيح المناط هنا ليس من القطعيات ، فلا يجرى فى المقام .

ولكن مع ذلک كلّه استشكل على القول بالجواز بعض أساتيذنا - مد ظله -(٨) .

١- (٦) مصباح الفقاهة ١ / ٢٤٠ .

٢- (١) المكاسب المحرمة ١ / ١٩٧ .

٣- (٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٥ .

٤- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٣٢ .

٥- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٦١ .

٦- (٥) عمدة المطالب ١ / ١٧٥ .

٧- (٦) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ / ٣٢٤ .

٨- (٧) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٣٧ .

٢ - ما ثبت فى الشريعة المقدسة من حرمة النظر إلى الأجنبية ، وأمّا النظر إلى صورتها فى الماء أو المرآة أو نفس الصورة (عكس) أو صورتها فى الأفلام أو تمثالها ونحوها - حيث لم يصدق أنّه نظر إليها بل نظر إلى صورتها - فليس لنا دليل يثبت به حرمة النظر إلى الصورة .

والفرق بين الصورة وذيها واضح ، فحينئذ يجوز النظر إلى صورتها مطلقاً ، أعنى لا فرق فى ذلک بين معروفيتها عنده وعدمه ، ولا فرق بين البرامج المباشرة وغير المباشرة وهذا هو المختار ، ويقتضيه الأصل العملى فى المقام ، وهو البراءة .

نعم ، النظر إلى صورة الأجنبية إذا وصل إلى حدّ الريبة والتلذذ الجنسى فالأحوط هو الترک وإن كان الجواز لا يخلو من قوة .

وممّن وافقنا على ذلک جمع من محققى أصحابنا قدس سرهم ، منهم : المحقق الثانى فى حاشيته على الإرشاد قال : « ... ولا دليل على تحريم النظر إلى الصور المجسَّمة »(١) .

والسيد العاملى يقول : « وقد يُستفاد من ذلک أنّه لا يحرم النظر بدون شهوة إلى صورة النساء المنقوشات على الجدران ونحوها ولا إلى صورة المرأة المخصوصة إذا قوبلت بالمرآة ، كما يرشد

إلى ذلک خبر الخنثى ، فليتأمل . لكن قد فهم المقدس الأردبيلى من التذكرة فى باب الوديعة أن مجرد النظر فى كتاب الغير والنسخ منه تصرف وإن لم يفتحه ولم يضع يده عليه وأنّه ليس كالجلوس تحت حائط الغير ، وفرّع على ذلک أنّه لا يجوز النظر إلى جارية الغير والأجنبية فى المرآة ، والماء فليلحظ ذلک »(٢) .

وقال صاحب الجواهر : « ومن ذلک يظهر لک جواز النظر إلى الصورة فى المرآة ونحوها مع عدم الشهوة ، إذ إحتمال الفرق بالخصوصية وعدمها لا وجه له كما هو واضح ، واللّه أعلم » (٣) .

وقال الفقيه اليزدى قدس سره : « لا ينبغى الإشكال فى جواز النظر إليها ولو كانت صورة

١- (١) حاشية إرشاد الأذهان / ٣١٩ المطبوعة ضمن حياة المحقق الثانى وآثاره ، المجلد التاسع فى عام ١٤٢٣ بتحقيق العلامة الشيخ محمد الحسون .
٢- (٢) مفتاح الكرامة ٤ / ٤٩ - (١٢ / ١٦٥) .
٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

إنسان مخالف للناظر فى الذكورة والأنوثة ، ولا فرق فى ذلک بين عورتها وغيرها ، وبين كون النظر شهوة أولا ، وبين كون الصورة لشخص معين وغيره »(١) .

ولكن مع ذلک أفتى فى عروته بحرمة النظر فى المرآة والماء الصافى حتّى مع عدم التلذذ ، قال : « الظاهر حرمة النظر إلى ما يحرم النظر إليه فى المرآة والماء الصافى مع عدم التلذذ ، وأمّا

معه فلا إشكال فى حرمته »(٢) .

أقول : لم يكن بين القولين مناقضة ، بل نظره العلمى ما كتب فى الحاشية ولكن فى مقام العمل والإفتاء احتاط ، والاحتياط فى العمل هو ديدن الفقهاء والأصحاب ومن الواضح أنّه طريق النجاة .

وقال المحقق الإيروانى قدس سره : « لا إشكال فى جواز النظر إليها وإن كانت الصورة أجنبيّة »(٣) .

وقال الفقيه السبزوارى قدس سره : « لا بأس بالنظر إلى صورة الإنسان وتماثيلهم وإن اختلفت مع الناظر فى الذكورة والأُنوثة ، للأصل بعد عدم دليل على الخلاف »(٤) .

أقول : نعم إذا صار النظر إلى صور الأجنبية أو أفلامها موجباً لإشاعة الفحشاء والمنكر فى المجتمع ، يكون حراماً ، فالنظر إلى الصور والأفلام الخلاعيّة من هذه الجهة حرام ، واللّه سبحانه هو العالم .

٣ - التفصيل بين كونها معروفة معينة عند الناظر وعدمها ، فيحرم فى الأوّل ويجوز فى الثانى .

وبعد ثبوت واختيار القول الثانى فلا وجه لهذا التفصيل ، واللّه العالم .

تبصرة : هل يجوز أخذ الأُجرة على عمل الصور الحيوانية بالإجارة أو الجعالة

١- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٢٣ .

٢- (١) العروة الوثقى - كتاب الصلاة . فصلٌ فى الستر والساتر . المسألة الثانية . ١ / ٤١٥ طبع بيروت عام ١٤١٠ .

٣- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٤ .

٤- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٧ .

ونحوهما أو لا يجوز ؟

الظاهر حرمة أخذ الأُجرة على عمل الصور المحرّمة مطلقاً ، سواء أخذت بعقد الاجارة أو الجعالة أو غيرهما ، وسواء صدقت الإعانة على الإثم أو لم تصدق . لأنه إذا صار العمل باطلاً فى الشريعة فلا يقابله مالٌ وأخذ الأُجرة عليه حرام ، ومن هنا اختلف حكم الإجارة والبيع فى الصور كما لا يخفى .

ولكن قال الفاضل النراقى : « وأمّا أجر عمل المحرّم من الصور فالظاهر من كلماتهم الحرمة ، فإن ثبت الإجماع فيه بخصوصه أو فى أجر كلّ محرّم فهو المتّبع ، وإلاّ ففى تحريم أخذه نظر ، وإن كان إعطاؤه محرّماً لكونه إعانة على الإثم »(١) .

وردّ عليه الفقيه اليزدى قدس سره وقال : « لا إشكال فى حرمة أخذ الأُجرة على عمل الصور المحرّم ، سواء كان بعقد الإجارة أو الجعالة أو غيرهما ، لما مرّ من قوله عليه السلام : « إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » وغيره ، ولكن استشكل فى ذلک فى المستند لو لا إجماع ، ... (ثمّ نقل مقالة النراقى بتمامها ، ثمّ قال :) ولا يخفى ما فيه ، مع أنّ الإجماع على كُلى القاعدة أيضاً متحققٌ ، كما لا يخفى على الناظر فى كلماتهم فى جزئياتها »(٢) .

واختار المحقق الخمينى قدس سره أيضاً الحرمة وقال : « إنّ أخذ الأُجرة على التصوير المحرّم غير جائز ، لأنّ الإجارة لذلک حرام وفاسد ، لما ذكرناه فيما سلف من أنّ الفعل المحرَّم الذى يجب على الناس منع الفاعل عنه بإدلة النهى عن المنكر لا يكون محترماً ومالاً ، ولهذا لا يضمن المانع عنه أُجرة المثل للعمل بلا شبهة ، فلو منع مانع عبد غيره من عمل الصورة المجسَّمة لا يكون ضامناً ، فلا يكون ذلک العمل مالاً لدى الشارع ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ويكون الأخذ أكلاً للمال بالباطل »(٣) .

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١١١ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٢٤ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة ١ / ١٩٧ .

التطفيف والبخس

الكلمتان فى اللغة

هاتان الكلمتان فى اللغة تدل على التقليل والنقص كما نص عليه أربابه :

ففى الصحاح : « الطفيف : القليل ... والتطفيف : نقص المكيال(١) .

« والبخس : الناقص ، يقال : شروه بثمن بخس ، وقد بخسه حقّه يبخسه : إذا نقصه »(٢) .

وفى لسان العرب : « التطفيف فى المكيال : أن يقرب الإناء من الامتلاء ... وطفّف على الرجل : إذا أعطاه أقل ممّا أخذ منه . والتطفيف : البخس فى الكيل والوزن ونقص المكيال ،وهو أن لا تملأه إلى إصباره ... فأمّا قوله تعالى : «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ» . فقيل : التطفيف : نقص يخون به صاحبه فى كيل أو وزن ... قال أبواسحاق : المطفّفون : الذين ينقصون المكيال والميزان ، قال : وإنّما قيل للفاعل « مطفّف » لأنّه لا يكاد يسرق فى المكيال والميزان إلاّ الشىء الخفيف الطفيف ، وإنّما أخذ من طفّ الشىء وهو جانبه ...»(٣) .

« والبخس : النقص ، بخس يبخسه بخساً : إذا نقصه »(٤) .

وفى معجم مقاييس اللغة : « طف ، الطاء والفاء يدلّ على قلّة الشىء ، يقال : هذا شىءٌ طفيف ... والتطفيف : نقص المكيال والميزان . وقال بعض أهل العلم : إنّما سمى بذلك لأن الذى ينقصه منه يكون طفيفاً»(٥) .

« بخس : الباء والخاء والسين أصل واحد وهو النقص ، قال اللّه تعالى : «وَشَرَوْهُ

١- (١) الصحاح ٤ / ١٣٩٥ .

٢- (٢) الصحاح ٣ / ٩٠٧ .

٣- (٣) لسان العرب ٩ / ٢٢١ و ٢٢٢ .

٤- (٤) لسان العرب ٦ / ٢٤ .

٥- (٥) معجم مقاييس اللغة ٣ / ٤٠٥ .

بِثَمَنٍ بَخْسٍ»أى نقص . ومن هذا الباب قوله فى المخّ : بَخَّسَ تَبخيساً : إذا صار فى السُّلامى والعين ، وذلک حين نقصانه وذهابه من سائر البدن ... »(٦) .

وفى أساس البلاغة للزمخشرى : « ط ف ف - قتل الحسين عليه السلام بطَفِّ الفرات وهو شاطئه وما ارتفع من جانبه . وخذ ما طفّ لک واستطفَّ : ما ارتفع لک ... وأعطانى طفاف المكيال وطِفُافه وطَففه وطَفَّه : مقداره الناقص عن ملئه ، ... وطفَّف المكيال وشىءٌ طفيفٌ : قليل »(١) .

« ب خ س : بَخَسَ الكيَّالى مكيالَه »(٢) .

وفى المصباح المنير للفيومى : الطَفِيفُ : مثل القليل وزناً ومعنىً ، ومنه قيل لتطفيف المكيال والميزان تطفيفٌ ، وقد طَفَّفَهُ فهو مُطَفِّفٌ إذا كالَ أو وَزَنَ ولَمْ يُوفِ ...»(٣) .

« بخسه : بَخْساً من باب نَفَعَ ، نَقَصَهَ أو غابَهُ ، ويَتَعَدَّى إلى مفعولين ، وفى التنزيل «وَلاَ تَبْخَسُواْ النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ» ، وبَخَسْتُ الكيلَ بخساً : نَقَصْتُهُ ، وثمن بخس : ناقص»(٤) .

وفى مفردات الراغب : « الطفيف : الشىء النزر ، ومنه الطفافة لما لا يتعدّ به ، وطفَّف الكيل : قلّل نصيب المكيل له فى إيفائه واستيفائه»(٥) .

« البخس : نقص الشيء على سبيل الظلم ...»(٦) .

وقد أنهى النقل عن أرباب اللغة بكلام فصل لشيخ الطائفة قدس سره فى تفسيره التبيان حيث قال : « المطّفف : المَقللِّ حقَّ صاحبه بنقصانه عن الحقِّ فى كيل أو وزن . والطفيف : النزر القليل ، وهو مأخوذ من طفّ الشيء وهو جانبه . والتطفيف : التنقيص على وجه الخيانة فى

١- (١) معجم مقاييس اللغة ١ / ٢٠٥ .

٢- (٢) أساس البلاغة / ٢٨١ .

٣- (٣) أساس البلاغة / ١٦ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٣٧٤ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٣٧ .

٦- (٦) المفردات / ٣١٤ .

الكيل أو الوزن »(١) .

وقد ظهر لک ممّا ذكرنا من كلمات أرباب اللغة وبيان شيخ الطائفة قدس سره عدم تمامية ما ذكره المحقق الإيروانى قدس سره فى تعليقته على الكتاب حيث يقول : « إنّ الظاهر بل المقطوع به أنّ التطفيف بنفسه ليس عنواناً من العناوين المحرّمة - أعنى الكيل بالمكيال الناقص - وكذا

البخس فى الميزان مع وفاء الحق كاملاً ، كما إذا كان ذلک لنفسه أو تمّم حقّ المشترى من الخارج أو أراد المقاصّة منه أو نحو ذلک »(٢) .

ووجه عدم تماميته : أنّ المأخوذ فى التطفيف والبخس لغة هو الأخذ من طفّ المال يعنى القليل منه أو إعطاء صاحب الحقّ إلاّ قليلاً منه ، على سبيل الظلم والجناية والسرقة وعدم الوفاء بالحقِّ لصاحبه

، أعنى أن عنوان الظلم والخيانة والسرقة مستتر فى التطفيف والبخس . ومن المعلوم أنّ كلّ ما صدق هذا العنوان صدق الحرام أيضاً فما ذكره قدس سره لم يكن تطفيفاً أو بخساً أصلاً ، لا أنّه تطفيف أو بخس ولم يكن حراماً .

أدلة حرمة التطفيف :

تدل على حرمة التطفيف والبخس الأدلة الأربعة :

١ - فمن الكتاب الآيات المتعددة منها :

قوله تعالى فى سورة الأعراف : «وَإِلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْباً قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُواْ اللّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَوْفُواْ الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلاَ تَبْخَسُواْ النَّاسَ أَشْيَاءهُمْ وَلاَ تُفْسِدُواْ فِى الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاَحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ»(٣) .

وقوله تعالى فى سورة هود : «وَإِلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْباً قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُواْ اللّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ وَلاَ تَنقُصُواْ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِنِّى أَرَاكُم بِخَيْرٍ وَإِنِّى أَخَافُ عَلَيْكُمْ عَذَابَ يَوْمٍ مُّحِيطٍ * وَيَا قَوْمِ أَوْفُواْ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلاَ تَبْخَسُواْ النَّاسَ أَشْيَاءهُمْ وَلاَ

١- (٧) المفردات / ٣٥ .

٢- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٣٧ .

٣- (٢) سورة الأعراف / ٨٥ .

تَعْثَوْاْ فِى الأَرْضِ مُفْسِدِينَ»(١) .

وقوله تعالى فى سورة الشعراء نقلاً عن شعيب النبى عليه السلام أيضاً : «أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلاَ تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ * وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ * وَلاَ تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءهُمْ وَلاَ تَعْثَوْا فِى الأَرْضِ مُفْسِدِينَ»(٢) .

وقوله تعالى فى سورة المُطفّفين : «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ * الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُواْ عَلَى النَّاسِ

يَسْتَوْفُونَ * وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ * أَلاَ يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُم مَّبْعُوثُونَ * لِيَوْمٍ عَظِيمٍ * يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ»(٣) .

وقوله تعالى فى سورة الرحمن : «وَالسَّمَاء رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ * أَلاَّ تَطْغَوْا فِى الْمِيزَانِ * وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلاَ تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ»(٤) .

٢ – ومن السنة الروايات الكثيرة الدالة على حرمتهما :

منها : خبر صفوان بن مهران الجمّال قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : إنّ فيكم خصلتين هلك بهما مَنْ قبلكم مِنَ الأُمم ، قالوا : وما هما يابن رسول اللّه ؟ قال : المكيال والميزان(٥) .

ومنها : صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام قال : وجدنا فى كتاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا ظهر الزنا من بعدى كثر موت الفجاءة ، وإذا طفف الميزان والمكيال أخذهم اللّه بالسنين والنقص ، الحديث(٦) .

ومنها : صحيحة أبان الأحمر عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : خمس إن أدركتموهنَّ فتعوّذوا باللّه منهنّ : لم تظهر الفاحشة فى قوم قطّ حتّى يعلنوها إلاّ ظهر فيهم الطاعون والأوجاع التى لم تكن فى أسلافهم الذين مضوا ، ولم ينقصوا المكيال والميزان إلاّ

١- (٣) سورة هود / ٨٤ و ٨٥ .

٢- (٤) سورة الشعراء / ١٨١ و ١٨٢ و ١٨٣ .

٣- (١) سورة المطففين / (٦ - ١) .

٤- (٢) سورة الرحمن / (٩ - ٧) .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٩٣ ح ٧ . الباب ٧ من أبواب آداب التجارة .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٣ ح ٢ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى .

أُخذوا بالسنين وشدّة المؤونة وجور السلطان ، الحديث(١) .

ومنها : معتبرة حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث طويل ، قال : ورأيت الرجل معيشته من بخس المكيال والميزان ، الحديث(٢) .

ومنها : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون جعل فى عداد الكبائر : « البخس فى المكيال والميزان » ، الحديث(٣) .

ومنها : خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليه السلام - فى حديث شرائع الدين - قال :

والكبائر محرّمة ، وهى الشرك باللّه - إلى أن قال عليه السلام : - والبخس فى الميزان والمكيال ، الحديث(٤) .

ومنها : صحيحة عمرو بن أبى المقدام عن أبى جعفر عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام عندكم بالكوفة ، يغتدى فى كلِّ يوم من القصر فيطوف فى أسواق الكوفة سوقاً سوقاً ومعه الدرة على عاتقه ، وكان لها طرفان وكانت تسمى السبيبة ، قال : فيقف على أهل كلّ سوق فينادى فيهم : يا معشر التجار ، قدّموا الإستخارة وتبركوا بالسهولة واقتربوا من المبتاعين وتزيّنوا بالحلم وتناهوا عن اليمين وجانبوا الكذب وتجافوا عن الظلم وأنصفوا المظلومين ولا تقربوا الربا «وَأَوْفُواْ الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ »(٥)

و «وَلاَ تَبْخَسُواْ النَّاسَ أَشْيَاءهُمْ وَلاَ تَعْثَوْاْ فِى الأَرْضِ مُفْسِدِينَ»(٦) . قال : فيطوف فى جميع الأسواق - أسواق الكوفة - ثمّ يرجع فيقعد للناس . قال : وكانوا إذا نظروا إليه قد أقبل إليهم قال « يا معشر الناس » أمسكوا أيديهم وأصغوا إليه بآذانهم ورمقوه بأعينهم حتّى يفرغ من كلامه ، فإذا فرغ قالوا : السمع والطاعة يا أمير المؤمنين(٧) .

ص:٣٨٢

١- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٢ ح ١ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٥ ح ٦ .

٣- (٧) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٥- (٢) سورة الأنعام / ١٥٢ .

٦- (٣) سورة هود / ٨٥ .

٧- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٤٩ ح ١ . الباب ٣ من أبواب آداب التجارة .

ومنها : خبر محمد بن سالم عن أبى جعفر عليه السلام - فى حديث طويل - قال : إنّ اللّه لمّا أذن لمحمد صلى الله عليه و آله وسلم فى الخروج من مكة إلى المدينة أنزل عليه الحدود وقسمة الفرائض وأخبره بالمعاصى التى أوجب اللّه عليها وبها النار لمن عمل بها - إلى أن قال - : وأنزل فى الكيل : «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ» ولم يجعل الويل لأحدٍ حتّى يسمّيه كافراً قال اللّه تعالى : «فَوَيْلٌ لِّلَّذِينَ كَفَرُوا مِن مَشْهَدِ يَوْمٍ عَظِيمٍ»(١) ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام فى ذيل قوله تعالى : «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ» قال : نزلت على نبى اللّه حين قَدِم المدينة ، وهم يؤمئذ أسوأ الناس كيلاً ، فأحسنوا الكيل ، وأمّا الويل فبلغنا - واللّه أعلم - أنّه بئرٌ فى جهنم(٧) .

ومنها : مقطوعة ابن عباس فى قوله تعالى : «الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُواْ عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ * وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ» قال : كانوا إذا اشتروا يستوفون بمكيال راجحٍ ، وإذا باعوا بخسوا المكيال والميزان ، فكان هذا فيهم فانتهوا(٣) .

تلك عشرة كاملة من الروايات الدالة بوضوح على حرمة التطفيف والبخس .

٣ - ومن العقل : من البديهى أنّ تنقيص حقّ الناس وعدم الوفاء به ظلمٌ فى حقِّ الغير ، والعقل حاكم بقبح الظلم ، والقاعدة الملازمة بين حكمى العقل والشرع بعد جريانها تدلّ على حرمة التطفيف والبخس شرعاً .

٤ - ومن الإجماع : فإنّه قائمٌ على حرمتهما ، كما ادعاه العلاّمة فى تذكرة الفقهاء(٤) .

وفيه : وجود الإجماع على حرمة التطفيف والبخس - وإن كان لا ينكر - ولكن كون هذا الإجماع تعبديّاً على الحكم بعيد فى الغاية ، ومن المحتمل جداً أنّ يكون مدرك المجمعين الأدلة الماضية ، فعلى هذا صار الإجماع مدركيّاً .

١- (٥) سورة مريم / ٣٧ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١ / ٣٤ ح ١٤ . الباب ٢ من أبواب مقدمة العبادات .

٣- (١) تفسير القمى ٢ / ٤١٠ ونقل عنه فى البرهان فى تفسير القرآن ٥ / ٦٠٤ ح ٢ .

٤- (٢) تفسير القمى ٢ / ٤١٠ ونقل عنه فى البرهان فى تفسير القرآن ٥ / ٦٠٤ ح ٣ .

هل المعاملة المطفَّف فيها صحيحةٌ أو فاسدة

اشارة

يقع الكلام فى مقامين :

المقام الأوّل : فى حكم البيع والمعاملة

صور هذه المعاملة ستة :

لأنّ المعاملة :

الف : قد تقع على الكلى فى الذمّة .

ب : وقد تقع على الكلى فى المعين الخارجى .

ج : وقد تقع على الشخص المعين الموجود فى الخارج المشار إليه بالإشارة الحسيّة ، هذا .

والعوضين إمّا أن يكونا من جنس واحد فيتطّرق فيهما الربا مع التفاوت وإمّا أن لا يكونا كذلك ، فصارت الصور ستة .

إذا وقعت المعاملة على الكلى فى الذمّة : وطفف البائع ، صحت المعاملة ولم تفسد بالتطفيف أو البخس الخارجيين ، ولكن ذمة البائع مشغولةٌ بما نقص عن الحقّ . ولا فرق فى هذه الصورة بين كون المعاملة من جنس واحد أو من جنسين .

وهكذا الأمر إذا وقعت المعاملة على الكلّى فى المعين الخارجى ، صحت المعاملة بلا إشكال ولكن ذمّة البائع مشغولة بما نقص من الحقّ ، بلا فرق بين كون المعاملة من جنس واحد أو من جنسين اللذين لم يتطرق فيهما الربا .

فهذا حكم أربع صور من الصور الست .

وأمّا إذا وقعت المعاملة على الشخص المعين الموجود فى الخارج المشار إليه بالإشارة الحسية وكانا من الجنسين المختلفين :

الظاهر أنّ الصور المتصوَّرة فى المقام على ثلاثة أقسام :

الأول : أن يكون إنشاء البيع معلقاً على كون المبيع بوزنٍ خاصٍ ، بأن يقول « بعتک هذا المتاع الخارجى على أن يكون مَنّاً » ، فظهر الخلاف والتنقيص . فهذه المعاملة باطلة ، لا من

جهة تخلف الوصف ولا من جهة التطفيف أو البخس بل لقيام الإجماع على بطلان التعليق فى الإنشاء ، وحيث أن المعاملة والإنشاء وقعت معلَّقة فلذا كانت باطلة .

الثانى : أن ينشأ البيع منجَّزاً على المتاع الخارجى بشرط كونه كذا مقداراً ثم يظهر الخلاف . ولا إشكال حينئذ فى صحته ، لأنَّ تخلّف الأوصاف غير المقوّمة للصورة النوعيّة لا يوجب بطلان المعاملة ، بل غاية الأمر أنّه يوجب الخيار للمشترى .

الثالث : أن يكون مقصود البائع بيع الموجود الخارجى فقط ، وكان غرضه من الاشتراط الإشارة إلى تعيين مقدار العوضين ووقوع كلّ منهما فى مقابل الآخر بحيث يقسّط الثمن على أجزاء المثمن . ففى هذه الصورة إذا ظهر الخلاف صح البيع فى المقدار الموجود وبطل فى غيره ، نظير بيع ما يملک وما لايملک كالخنزير مع الشاة والخمر مع الخل .

والظاهر حمل المعاملة على هذه الصورة الثالثة الأخيرة ، لأنّ مقصود البائع من الاشتراط المذكور ليس إلاّ بيان مقدار المبيع ، من غير تعليق فى الإنشاء ولا اعتبار شرط فى المعاملة . وعلى ما ذكرناه صحت المعاملة بالنسبة إلى المقدار الموجود وبطلت بالنسبة إلى المقدار الناقص ، وللمشترى خيار تبعّض الصفقة ، كما ثبت فى محلّه .

هذا كله إذا لم يكن البيع ربويّاً ، يعنى كانا من الجنسين المختلفين .

وأمّا إذا وقعت المعاملة على الشخص المعين الموجود فى الخارج المشار إليه بالإشارة

الحسيّة وكانا من الجنس الواحد بحيث يتطرّق فيها الربا ، فيمكن أن تجرى فيها الصور الثلاث المتصورة أيضاً :

الأولى : أن يكون أنشأ البيع معلقاً على كون المبيع بوزنٍ خاصٍ . فهذه باطلة جزماً ، لا لجهة التطفيف أو تخلّف الوصف أو تطرّق الربا ، بل من جهة التعليق فى الإنشاء ، كما مرّ الكلام فيه .

الثانية : أنْ ينشأ البيع منجَّزاً على المتاع الخارجى بشرط كونه مقداراً ثمّ ظهر الخلاف . بطل البيع لكونه ربويّاً ، مع قطع النظر عن تخلّف الشرط .

الثالثة : إنْ كان الغرض من الإشتراط ، الإشارة إلى تعيين مقدار العوضين ووقوع كلّ منهما فى مقابل الآخر بحيث يقسّط الثمن على أجزاء المثمن كما هو الظاهر من هذه المعاملات ،

ص:٣٨٥

فحينئذ من جهة تخلف المقدار واتحاد الجنس يقسّط الثمن على الأجزاء والمقدار الموجود ، فصح البيع فى المقدار الموجود وبطل فى غيره .

قد يقال : ببطلان المعاملة فى الفرضين من الصورة الثالثة ، بدعوى : أنّ ما هو موجود فى الخارج غير معنون بذلک العنوان ، وما هو معنون بعنوان كذا غير موجود فى الخارج ، فالمعاملة باطلة .

وفيه : لا وجه للبطلان إذا تخلف العنوان فى المقام ، فإنّه ههنا ليس من العناوين المقوِّمة ، فإن العنوان إذا تختلف تختلفت الصور النوعية عند العرف ، فلذا كانت المعاملة باطلة . كما إذا باع أمةً روميّةً فظهر أنّه عبدٌ حبشىٌ ، أو باع صندوقاً فظهر أنّه طبلٌ ، أو باع بغلاً فظهر أنّه حمار .

وأمّا إذا لم يكن العنوان من العناوين المقوِّمة كما فى المقام ، بل هو إما مأخوذ على نحو الشرطية أو الجزئية ، فالمعاملة صحيحة ، غاية الأمر للمشترى خيار الفسخ لجهة تخلّف الشرط أو تبعّض الصفقة .

هذا كلّه فى المقام الأوّل .

المقام الثانى : فى حكم الإجارة

بعد ما استفادنا حرمة عمل التطفيف والبخس تكليفاً من الأدلة الأربعة ، فأخذ الأُجرة على هذا العمل المحرَّم أيضاً حرام ، لبطلان عقد الإجارة .

فلذا لو أجار شخص نفسه على التطفيف والبخس المحرَّميْن ، بطلت الإجارة كما فى

غيرهما من الأفعال المحرَّمة . فهذه الإجارة محرّمة تكليفاً ووضعاً .

والحمد للّه ربّ العالمين .

ص:٣٨٦

التنجيم

اشارة

قبل الخوض فى الاستدلال لابدّ من ملاحظة الأقوال فى المقام لتعيين محلّ النزاع وتحريره والإطلاع على كيفيّة استدلالاتهم وسيرها :

الأقوال :

١ - قال الشيخ المفيد قدس سره فى كتاب المقالات - على ما نقل عنه السيد ابن طاوس الحلى قدس سره فى كتابه « فرج المهموم بمعرفة علم النجوم» : « أقول : إنّ الشمس والقمر وسائر النجوم أجسام ناريّة لا حياة لها ولا موت ولا تميز ، خلقها اللّه تعالى لينتفع بها عباده وجعلها زينة لسماواته وآيات من آياته كما قال سبحانه : «هُوَ الَّذِى جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاء وَالْقَمَرَ نُوراً وَقَدَّرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُواْ عَدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ مَا خَلَقَ اللّهُ ذَلِکَ إِلاَّ بِالْحَقِّ يُفَصِّلُ الآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ»(١) وقال تعالى : «وَهُوَ

الَّذِی جَعَلَ لَکُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُواْ بِهَا فِی ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ قَدْ فَصَّلْنَا الآیَاتِ لِقَوْمٍ یَعْلَمُونَ»(۲) وقال تعالی : «وَعَلامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ یَهْتَدُونَ»(۳) وقال تعالی : «وَزَیَّنَّا السَّمَاء الدُّنْیَا بِمَصَابِیحَ»(٤) ، فأمّا الأحکام علی الکائنات بدلائلها أو الکلام علی مدلول حرکاتها فإنّ العقل لا یمنع منه ، ولسنا ندفع أن یکون اللّه تعالی أعلمه بعض أنبیائه وجعله عَلَماً له علی صدقه ، غیر أنّا لا نقطع علیه ولا نعتقد استمراره فی الناس إلی هذه الغایة . أمّا ما نجده من أحکام المنجمین فی هذا الوقت وإصابة بعضهم فیه ، فإنّه لا ینکر أن یکون ذلک بضرب من التجربة وبدلیل عادة ، وقد تختلف أحیاناً ویخطیء المعتمد علیه کثیراً ولا یصحّ إصابته فیه أبداً ، لأنّه لیس بجار مجری دلائل العقول ولا

۱- (۱) سورة یونس / ٥ .

۲- (۲) سورة الأنعام / ۹۷ .

۳- (۳) سورة النحل / ۱٦ .

٤- (٤) سورة فصلت / ۱۲ .

براهین الکتاب وأخبار الرسول صلی الله علیه و آله وسلم . وهذا مذهب جمهور متکلّمی أهل العدل ، وإلیه ذهب

بنو نوبخت من الإمامیة ، وأبو القاسم وأبو علی من المعتزلة »(۱) .

أقول : لم أجد هذا الکلام من المفید فی النسخة المطبوعة من أوائل المقالات ، وهکذا لم یجده العلامة المجلسی قدس سره ، ولذا قال : « وإن لم نجد فیما عندنا من نسخه »(۲) .

ومع ذلک کلّه ابن طاوس قدس سره ثقة فی نقله ، فلابدّ من تصدیقه مع ما رأینا بأعیننا من تلاعب الزمان وأهله بالنسخ مخطوطة کانت أو مطبوعة ، وإلی اللّه المشتکی !!

وكتب علم الهدى الشريف المرتضى رسالة فى الرد على المنجمين وذهب إلى تحريمه فيها وبالغ فى فساد أحكامهم ، وقال فيها : « من أدل الدليل على بطلان أحكام النجوم ، أنّا قد علمنا أنّ من جملة معجزات الأنبياء عليهم السلام الإخبار عن الغيوب ، وعدّ ذلک خارقاً للعادات ، كإحياء الميت وإبراء الأكمه والأبرص ، لو كان العلم بما يحدث طريقاً نجومياً ، لم يكن ما ذكرناه معجزاً ولا خارقاً للعادة .

وكيف يشتبه على مسلم بطلان أحكام النجوم ؟ وقد أجمع المسلمون قديماً وحديثاً على تكذيب المنجمين ، والشهادة بفساد مذاهبهم وبطلان أحكامهم .

ومعلوم من دين الرسول صلى الله عليه و آله وسلم ضرورة التكذيب بما يدعيه المنجمون والإزراء عليهم والتعجيز لهم .

وفى الروايات عنه عليه السلام من ذلک ما لا يحصى كثرة ، وكذا عن علماء أهل بيته عليهم السلام وخيار أصحابه ، فما زالوا يبرؤن من مذاهب المنجمين ويعدّونها ضلالاً ومحالاً .

وما اشتهر هذه الشهرة فى دين الإسلام كيف يغترّ بخلافه منتسب إلى الملّة ومصلّ إلى القبلة ؟ ! ... »(٣) .

وهكذا ردّ السيد المرتضى قدس سره فى كتابه « تنزيه الأنبياء» نسبة هذا العلم إلى بعض الأنبياء عليهم السلام ، فراجع إلى كلامه فى كتابه .

١- (١) فرج المهموم بمعرفة علم النجوم / ٣٨ .

٢- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٧٨ (٢٢ / ٣٩٩ من طبع عام ١٤٢١) ، كلاهما من طبع بيروت .

٣- (٣) رسائل الشريف المرتضى ٢ / ٣١١ و ٣١٠ .

وقال الشيخ محمد بن الحسين الكيدرى فى شرحه على نهج البلاغة المسمى بحدائق الحقائق : « كيف يمكن أن يكون الإنسان يعرف الحوادث وأسبابها فى الأحوال حتّى يعرف المسبِّبات فى المستقبل كما فى الجزر والمدّ ، ومن ادعى أنّه يعرف أسباب الكائنات فمقدماته

ليست برهانية وإنّما هى تجربيّة أو شعريّة أو خطابيّة مؤلفة من المشهورات فى الظاهر أو المقبولات والمظنونات ، ومع ذلک فلا يمكنه أن يتعرَّض إلاّ لجنس من أجناس الأسباب ، وهو يتعرّض بعض الأسباب العِلْويّة ، ولا يمكنه أن يتعرّض لجميع الأسباب السماويّة والقوابل . وإذا تغيّرت القوابل عن أحوالها تغيّر أثر الفاعل فيها ، فإنّ النار فى الحطب اليابس مؤثرة تأثيراً لا تؤثر فى الرماد ، وكذا معرفة بقائها على استعداد القبول شرط ، ويمكن أن يكون للقوابل عوائق ، فلا يعلم تلک الأسباب والمسببات إلاّ اللّه تعالى . وأيضاً فإنّ المنجم يحكم على مفردات الكواكب ولا يحكم على جميعها ممتزجة » إلى آخر كلامه قدس سره ، فإنّه شنّع على المنجمين كثيراً من اختلافهم وتناقضاتهم ، فراجع إلى كتابه(١) .

وقال الشيخ أبو الفتح محمد بن على الكراجكى فى كتابه كنز الفوائد فى كلام طويل له فى الرد على المنجمين على ما حكى عنه ابن طاوس الحسنى : « ... وأنا أذكر لک بعد هذا مقالتنا فى النجوم وما نعتقده فيها لتعرف الطريقة فى ذلک فتعتمد عليها ، إعلم - أيدک اللّه - أنّ الشمس والقمر والنجوم أجناس محدثة من جنس هذا العالم مؤلفة من أجزاء تحلّها الأعراض ، وليست فاعلة فى الحقيقة ولا ناطقة ولا حيّة قادرة ... إلى أن قال : وفيها للخلق مصالح لا يعلمها إلاّ اللّه تعالى . فأمّا التأثير المنسوب إليها ، فإنّا لا ندفع كون الشمس والقمر مؤثرين فى العالم ... ومن ذا الذى ينكر تأثير الشمس والقمر وهو شاهد ، وإن كان تأثير الشمس أظهر للحسّ وأبين من تأثير القمر فى الأزمان والبلدان والنبات والحيوان . وأمّا غيرهما من الكواكب فلسنا نجد لها تأثيراً يُحسّ ، ولا نقطع وجوبه بالعقل ، وهو أيضاً ليس من الممتنع المستحيل ، بل هو من الجائز فى العقول ، لأنَّ لها شعاعاً متصلاً فى الأرض ، ... وليس فيما ذكرناه رجوع إلى قول أصحاب الأحكام ، ولا قول بما أنكرناه عليهم فى متقدم الكلام ، لأنّا أنكرنا عليهم إضافة

١- (١) حدائق الحقائق ١ / (٣٧٣ - ٣٦٩) ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / (٢٨١ - ٢٧٩) = (٢٢ / ٤٠٠).

تأثيرات الشمس والقمر إليهما من دون اللّه سبحانه وقطعهم على ما جوّزناه من تأثيرات الكواكب بغير حجة عقليّة ولا سمعيّة وإضافتهم إليها جميع الأفعال فى الحقيقة مع دعواهم لها الحياة والقدرة . وأنكرنا أن تكون الشمس والقمر أو شيءٌ من الكواكب موجباً لشيءٍ من أفعالنا بشهادة العقل الصحيح ، فإنَّ أفعالنا لو كانت مخترعة فينا أو كانت عن سبب أوجبها من غيرنا ، لم تصح بحسب قصودنا وإرادتنا ، ولا كان فرق بينها وبين جميع ما يفعل فينا من صحتنا وسقمنا وتأليف أجسامنا ، وحصول الفرق لكلٍّ دلالة على اختصاصها بنا وبرهان

واضح بأنّها حدثت من قدرتنا وأنّه لا سبب لها غير اختيارنا .

وأنكرنا عليهم قولهم أنّ اللّه تعالى لا يفعل فى العالم فعلاً إلاّ والكواكب دالة عليه ، فإن كلَّ شيءٍ يدل عليه لابدّ من كونه - وهذا باطل - يثبت لها تأثيراً أو دلالةً ، فإنّ اللّه أجرى تلك العادة وليس يستحيل منه تغيير تلك العادة لما يراه من المصلحة ، وقد يصرف اللّه تعالى السوء عن عبده بدعوة ، ويزيد فى أجله بصلة رحمٍ أو صدقةٍ ، فهذا الذى ثبتت لنا عليه الأدلة ، وهو الموافق للشريعة ، وليس هو بملائم لما يدّعيه المنجمون ، والحمد للّه .

وأنكرنا عليهم إعتمادهم فى الأحكام على أُصول مناقضة ودعاوى مظنونة متعارضة وليس على شيءٍ منها بيّنة ، فإن كان لهذا العلم أصل صحيح على وجه يسوغ فى العقل ويجوز ، فليس هو ما فى أيديهم ولا من جملة دعاويهم »(١) .

أقول : لم أجد هذه المقالة من الكراجكى فى المطبوع من كتابه كنز الفوائد ، ولكن ابن طاوس ثقة فى نقله ولابدّ من تصديقه وأنّها سقطت من النسخ ، ولذا ألحقها بالكتاب محققه الجليل فى طبعة عام ١٤٠٥ ببيروت ، تحت عنوان نصوص مفقودة من نسخة الكتاب(٢) ، فله من اللّه تعالى جزيل الأجر .

وقال الشيخ أبوعلى الحسين بن عبد اللّه بن سينا ، الشيخ الرئيس أعلى اللّه مقامه الشريف فى فصل المبدأ والمعاد من إلهيات كتابه الشفاء : « لو أمكن إنساناً من الناس أن يعرف

١- (١) فرج المهموم / (٧٤ - ٦٠) .
٢- (٢) كنز الفوائد ٢ / (٢٣٦ - ٢٢٤) .

الحوادث التى فى الأرض والسماء جميعاً وطبائعها لفهم كيفيّة ما يحدث فى المستقبل ، وهذا المنجم القائل بالأحكام - مع أن أوضاعه الأولى ومقدماته ليست مستندة إلى برهان بل عسى أن يدّعى فيها التجربة أو الوحى وربّما حاول قياسات شعرية أو خطابيّة فى إثباتها - فإنّه إنّما يعوّل على دلائل جِنس واحد من أسباب الكائنات وهى التى فى السماء ، على أنّه لا يضمن من عنده الإحاطة بجميع الأحوال التى فى السماء ولو ضمن لنا فى ذلك ووفى به لم يمكنه أن يجعلنا بحيث نقف على وجود جميعها فى كلِّ وقت ، وإن كان جميعها - من حيث فعله وطبعه - معلوماً عنده . - إلى أن قال : - فليس لنا إذن إعتماد على أقوالهم ، وإن سلمنا متبرّعين أن جميع ما يعطونا من مقدّماتهم الحكميّة صادقة »(١) .

وقال المتكلم الجليل الشيخ سديد الدين محمود بن على الحمصى قدس سره فى الرد على الصابئة : « وأمّا الصابئة فإنّه قد يحكى عنهم أنّهم يقولون : للعالم صانع أحكم الفلك وجعل نجومه مدبّرة لما فى العالم ، أضافوا ما يحدث فى العالم من الحيوان والنبات إلى النجوم ، وأنّهم يعبدون النجوم

، ثمّ نحتوا الأصنام على صورها يعبدونها بالنهار إذا غابت النجوم ، ويذهبون إلى أنّ النجوم توجب بطباعها التدبير فى العالم ، وربّما قالوا : بأنّها قديمةٌ .

والردّ عليهم هو أن نقول : لا شک فى أنّ النجوم أجسام والجسم لا يكون إلاّ محدثاً على ما بيناه ، ثم وهى ليست أحياءً فكيف يصدر عنها الأفعال . وأقوى ما يُستدل به على كونها غير أحياءٍ ، إجماع المسلمين على أنّها مسخّرات ، وقد استدل على أنّها مسخّرات غير متحيّرات بحركتها التى تجرى على طريقة واحدة ، إذ الحىّ القادر المختار لابدّ من أن تختلف حركاته لاختلاف دواعيه .

وقد استدل على كون الشمس غير حيّة على الخصوص بحرارتها المفرطة التى يستحيل أن يبقى معها الحياة ، ولو سلّمنا أنّها أحياء قادرة لما كانت قادرة إلاّ بقدرة كما فى غيرها من الأجسام التى هى أحياء قادرة ، وإذا كانت كذلک كان يجب أن لا يقدر على

١- (٣) الشفاء - الالهيات / ٤٤٠ المقالة العاشرة ، الفصل الأوّل ، ونقل عنه الشيخ البهائى فى الحديقة الهلالية / ١٤٢ و ١٤١ ، ونقل المجلسى عن البهائى فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٩٢ (٢٢ / ٤٠٨) .

الإختراع ، كما لا يقدر غيرها من القادرين بالقدرة . فكيف تؤثّر فى الأجسام الأرضية من الحيوان والنبات على بعدها منها ، وكان لا يصحّ منها اُصول النعم التى بها تستحق العبادة ، كما لا يقدر عليها غيرها من القادرين بالقدرة فلا يحسن عبادتها »(١) .

أقول : قد نقل العلامة المجلسى كلاماً آخراً من الشيخ سديد الدين الحمصى رحمه الله بواسطة ابن طاوس فى كتابه فرج المهموم(٢) .

وقال المحقق الحلى فى المعتبر : « ولا اعتبار بالجدول ، لأنّ أصل ذلک مأخوذ من الحساب النجومى فى ضبط مسير القمر واجتماعه بالشمس ، ولا يجوز التعويل على قول المنجم ، لأنّه مبنىٌ على قواعد ظنيّة مستفادة من الحدس الذى يخطى ء أكثر ممّا يصيب ، ولا يجوز التعويل على قوله ، لقول النبى صلى الله عليه و آله وسلم : « من صدّق كاهناً أو منجماً فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه و آله وسلم »(٣) .

وقال العلامة المجلسى قدس سره فى شأن ابن طاوس وكتابه فرج المهموم : « والسيد الجليل النبيل على بن طاوس رحمه الله لأُنس قليل له بهذا العلم ، عمل فى ذلک رسالة وبالغ فى الإنكار على من اعتقد أنّ النجوم ذوات إرادة أو فاعلة أو مؤثرة ، واستدلّ على ذلک بدلائل كثيرة وأيّده بكلام جمٍّ غفير من الأفاضل ، إلاّ أنّه أنكر على السيد الأجل المرتضى قدس سره فى تحريمه ، وذهب إلى أنّه من العلوم المباحات ، وأنّ النجوم علامات ودلالات على الحادثات ، لكن يجوز للقادر الحكيم أن يغيّرها بالبرّ والصدقة والدعاء وغير ذلک من الأسباب والدواعى على وفق إرادته وحكمته ، وجوّز تعليم النجوم وتعلّمه والنظر فيه والعمل به إذا لم يعتقد أنّها مؤثرة ، وحمل أخبار النهى والذَّم على ما إذا اعتقدت ذلک ، ثم ذكر رحمه الله تأييداً لصحة هذا العلم أسماء جماعة من الشيعة كانوا عارفين به ... »(٣) .

وذكر أيضاً نظير هذا البيان فى كتابه « مرآة العقول فى شرح أخبار آل

١- (١) المنقذ من التقليد ١ / ١٤٨ .

٢- (٢) فراجع إن شئت بحار الأنوار ٥٥ / ٢٩٨ (٢٢ / ٤١١) .

٣- (١) المعتبر ٢ / ٦٨٨ .

الرسول عليهم السلام »(١) .

وقال الشيخ إبراهيم بن نوبخت فى كتابه الياقوت : « قول المنجمين يبطله قدم الصانع واشتراط إختياره ، ويلزم عليهم أن لا يستقر الفعل على حالٍ من الأحوال ، وقول أهل الطبائع يبطل بمثل ذلك »(٢) .

وقال آية اللّه على الإطلاق العلاّمة الحلى قدس سره فى شرحه على الياقوت : « اختلف قول المنجمين على قسمين : أحدهما قول مَنْ قال : إنّ الكواكب السبعة حيّة مختارة ، والثانى قول من قال : إنّها موجبة ، والقولان باطلان :

أمّا الأوّل : فلأنّها أجسام محدثة فلا تكون آلهة ، ولأنّها محتاجة إلى محدث غير جسم ، فلابدّ من القول بالصانع .

وأمّا الثانى : فلأنّ الكوكب المعيّن كالمريخ مثلاً إذا كان مقتضياً للحرب لزم دوام وقوع الهرج والمرج فى العالم ، وأن لا يستقرّ أفعالهم على حالٍ من الأحوال ، ولما كان ذلك باطلاً كان ما ذكروه باطلاً .

وأمّا القائلون بالطبائع ألذين يسندون الأفعال إلى مجرد الطبيعة ، فيبطل قولهم بمثل ذلك أيضاً ، فإنّ الطبيعة قوّة جسمانيّة وكلّ جسم محدث ، فكل قوّة حالّة فهى محدثة تفتقر إلى محدث غير طبيعته ، وإلاّ لزم التسلسل ، فلابدّ من القول بالصانع سبحانه وتعالى »(٣) .

وقال العلاّمة الحلى فى القواعد : « التنجيم حرام ، وكذا تعلّم النجوم مع اعتقاد تأثيرها بالاستقلال أو لها مدخلٌ فيه »(٤) .

وقال فى التذكرة : « التنجيم حرام وكذا تعلّم النجوم مع اعتقاد تأثيرها فى عالم العنصريّات على ما يقوله الفلاسفة »(٥) .

١- (٢) بحار الانوار ٥٥ / ٥٢٩ و ٥٢٨ (٢٢ / ٤١٢) .

٢- (٣) مرآة العقول ٢٦ / ٤٦١ .

٣- (١) أنوار الملكوت / ٢٠٠ و ١٩٩ .

٤- (٢) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ مسألة ٦٥٠ .

وقال فى المنتهى : « التنجيم حرام ، وكذا تعلّم النجوم مع اعتقاد أنّها مؤثرة ، أو أنّ لها مدخلاً فى تأثير بالنفع والضرر ، وبالجملة كلّ مَنْ يعتقد ربط الحركات النفسانية والطبيعيّة بالحركات الفلكيّة والإتصالات الكوكبية كافرٌ ، وأخذ الأُجرة على ذلک حرام ، وأمّا من يتعلّم النجوم فيعرف قدر سير الكواكب وبُعده وأحواله من التربيع والكسف وغيرهما فإنّه لا بأس به»(١) .

وقال نحوه فى كتابه تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الامامية(٢) فراجعه .

ولكن العلاّمة نفسه قال فى أجوبة المسائل المهنائية الثالثة حيث سأل عنه السيد مهنأ ابن سنان : « ما يقول سيدنا فيما يقال : إنّ كسوف الشمس بسبب حيلولة جرم القمر بينه وبين الشمس ، وإنّ سبب خسوف القمر حيلولة الأرض ، ويدلّ على ذلک ما يخبر به أهل التقويم فيطابق أخبارهم ؟ وإذا كان الأمر على هذه الصورة فلم أُمرنا بالخوف عند ذلک والفزع إلى الدعاء والصلاة فى المساجد ؟ فأجاب قدس سره : استناد الكسوف والخسوف إلى ما ذكره - أدام اللّه أيّامه - مستند إلى الرصد ، وهو أمر ظنىٌّ غير يقينىٌّ ، ولو سلّم لم يضرّ فى التكليف بالصلاة وسؤال اللّه ردّ النور ، بأنّ أمثال هذه الأفعال مستندة إلى اللّه تعالى بالإختيار ، فَحَسَن الدعاء والصلاة فى طلب ردّ النور . ويجوز أن يكون هذا الحادث سبباً لتجدّد حادث فى الأرض من

خير أو شرٍّ ، فجاز أن تكون العبادة رافعة لما نيط بذلک الحادث من الشرِّ والخو ف بسبب ذلک .

ثم سأل عن أخبار المنجّمين وأصحاب الرمل بالأشياء المغيبة ، فأجاب بأن هذا كلّه تخمين لا حقيقة له ، وما يوافق قولهم من الحوادث فإنّه يقع على سبيل الإتفاق ، وعلم الرمل ينسب إلى إدريس عليه

السلام وليس بمحقَّقٍ ، ولكنّه جرى لنا وقائع غريبة عجيبة وامتحانات طابقت حكمه ، لكن لا يثمر ذلک علماً محقَّقاً »(٣) .

ص:٣٩٤

١- (٤) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ من فروع كتاب التجارة .

٢- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ طبع مؤسسة الامام الصادق عليه السلام - قم المقدسة ١٤٢٠ .

٣- (١) أجوبة المسائل المهنائية الثالثة / ١٤٤ و١٤٥ المسألة ٩ و ١٠ ، ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥/ ٣٠٨ (٢٢ / ٤١٩) .

وقال ولده فخر المحققين فى بحث السحر : « المراد بالسحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية أو بالإستعانة بالفلكيات فقط أو ... وقد خص أهل المعقول الأوّل باسم السحر والثانى بدعوة الكواكب و ... واختلف الفقهاء فى أنّ السحر لا بمعنى دعوة الكواكب ، فإنّ الكواكب لا تأثير لها قطعاً ، هل له حقيقة (أى تأثير) أو تخيّل لا حقيقة له ، بمعنى عدم التأثير ... »(١) .

أقول : يأتى تمام كلامه قدس سره فى بحث السحر إن شاء اللّه تعالى .

قال الشهيد فى الدروس : « يحرم اعتقاد تأثير النجوم مستقلة أو بالشركة والإخبار عن الكائنات بسببها ، أمّا لو أخبر بجريان العادة أنّ اللّه تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم وإن كره ، على أنّ العادة فيها لا تطّرد إلاّ فيما قلّ . وأمّا علم النجوم فقد حرّمه بعض الأصحاب ، ولعلّه لما فيه من التعرّض للمحظور من اعتقاد التأثير ، أو لأن أحكامه تخمينيّة ، أمّا علم هيئة الأفلاک فليست حراماً ، بل ربّما كان مستحبّاً لما فيه من الإطلاع على حِكَم اللّه وعِظَم قدرته »(٢) .

وقال فی قواعده : « كلُّ من اعتقد فی الكواكب أنّها مدبّرة لهذا العالم وموجدة ما فيه فلا ريب أنّه كافرٌ ، وإن اعتقد أنّها تفعل الآثار المنسوبة إليها واللّه هو المؤثر الأعظم - كما يقوله أهل العدل - فهو مخطیء ، إذ لا حياة لهذه الكواكب ثابتةٌ بدليل عقلی ولا نقلی . وبعض الأشعرية يكفّرون هذا كما يكفّرون الأوّل ، وأوردوا علی أنفسهم عدم تكفير المعتزلة ، وكلّ من قال بفعل العبد فرّقوا بأنّ الإنسان وغيره من الحيوان يوجد فعله من أنّ التذلّل ظاهر عليه ، فلا يحصل منه اهتضام لجانب الربوبيّة ، بخلاف الكواكب فإنّها غائبة عنه ، فربّما أدّی ذلک إلی إعتقاد استقلالها وفتح باب الكفر .

وأمّا ما يقال : من أنّ استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلی النار وغيرها من العاديات بمعنی أنّ اللّه تعالی أجری عادته أنّها إذا كانت علی شكل مخصوص أو وضع

١- (٢) ايضاح الفوائد ١ / ٤٠٥ .

٢- (٣) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٥ .

مخصوص يفعل ما ينسب إليها ، ويكون ربط المسبَّبات بها كربط مسبَّبات الأدوية والأغذية بها مجازاً باعتبار الربط العادی لا الفعل الحقيقی فهذا لا يكفر معتقده ولكنّه مخطیء أيضاً ، وإن كان أقل خطاءً من الأوّل ، لأن وقوع هذه الآثار عندها ليس بدائم ولا أكثریٍّ »(١) .

قال المحقق الثانی قدس سره فی جامع المقاصد : « التنجيم : الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية والإتصالات الكوكبية التی مرجعها إلی القياس والتخمين ، فإنّ كون الحركة المعيّنة والإتصال المعيّن سبباً لوجود ذلک ، إنّما يرجع المنجمون فيه إلی مشاهدتهم وجود مثله عند وجود مثلهما ، وذلک لا يوجب العلم بسببيتهما له ، لجواز وجود اُمور اُخری لها مدخل فی سببيّته لم

تحصل الإحاطة بها ، فإنّ القوة البشرية لا سبيل لها إلى ضبطها ، ولهذا كان كذب المنجمين وخطؤهم أكثريّاً ، وقد ورد من صاحب الشرع النهى عن تعلّم النجوم بأبلغ وجوهه ... .

إذا تقرر ذلک فاعلم : أنَّ التنجيم - مع اعتقاد أنّ للنجوم تأثيراً فى الموجودات السفلية ولو على جهة المدخليّة - حرام ، وكذا تعلّم النجوم على هذا الوجه ، بل هذا الإعتقاد كفرٌ فى نفسه ، نعوذ باللّه منه .

أمّا التنجيم لا على هذا الوجه مع التحرز مِنْ الكذب فإنّه جائز ، فقد ثبت كراهية التزوج وسفر الحج والقمر فى العقرب ، وذلک من هذا القبيل . نعم هو مكروه ، لأنّه ينجرّ إلى الإعتقاد الفاسد ، وقد ورد النهى عنه مطلقاً حسماً للمادة ، وتحريم الأُجرة وعدمه تابع للفعل ... »(٢) .

قال المحقق الأردبيلى بعد نقل كلام العلامة فى المنتهى وتأييده : « ... وقد يفهم من قوله تعالى حكاية عن إبراهيم عليه السلام : «فَنَظَرَ نَظْرَةً فِى النُّجُومِ * فَقَالَ إِنِّى سَقِيمٌ»(٣) الإعتبار

بأمثال ذلک ، بل أكثر وإن إجاب عنه السيد المرتضى فى « التنزيه» ، ولقد صنف على بن طاوس قدس سره كتاباً فى تحقيق النجوم وحليّة هذا العلم وجواز التأثير ، واستدلّ عليها بالآيات

١- (١) القواعد والفوائد ٢ / ٣٦ و ٣٥ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٢ و ٣١ .

٣- (٣) سورة الصافات / ٨٩ و ٨٨ .

والأخبار والإعتبار ، وردّ كلام مَنْ قال بتحريمه وكراهيته ، فمن أراد التفصيل فليرجع إليه .

وأمّا دليل كفر مَنْ يعتقد إستقلال الفكليّات فى التأثير فى الأرضيات وتحريم الإشتراك فى التأثير كأنّه إجماعٌ ، والعلم الضرورى شرعاً بأنّ اللّه تعالى هو المؤثر فى الأرضيات ، ووجوب إعتقاد أنّه هو المستقل فى التأثير فى الأرضيات مِنْ غير مدخليّة شيءٌ »(١) .

وقال الشيخ بهاء الدين محمد العاملى قدس سره فى الحديقة الهلالية : « ما يدّعيه المنجمون من إرتباط بعض الحوادث السفليّة بالأجرام العلويّة ، إن زعموا أن تلك الأجرام هى العلّة المؤثرة فى تلك الحوادث بالاستقلال أو أنّها شريكة فى التأثير فهذا لا يحلّ للمسلم اعتقاده ، وعلم النجوم المبتنى على هذا كفر والعياذ باللّه ، وعلى هذا حمل ما ورد فى الحديث من التحذير عن علم النجوم والنهى عن اعتقاد صحته ، وإن قالوا : إنّ اتصالات تلك الأجرام وما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم ممّا يوجده اللّه سبحانه بقدرته وإرادته ، كما أنّ حركات النبض واختلافات أُوضاعه علامات يستدلّ بها الطبيب على ما يعرض للبدن من قرب الصحة أو اشتداد المرض ونحو ذلک ، وكما يستدلّ باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبلة ، فهذا لا مانع منه ولا حرج فى اعتقاده ، وما روى من صحة علم النجوم وجواز نقله محمول على هذا المعنى .

ثم قال قدس سره : الأُمور التى يحكم بها المنجمون من الحوادث الإستقبالية أصول ، بعضها مأخوذة من أصحاب الوحى سلام اللّه عليهم ، وبعض الأُصول يدّعون فيها التجربة ، وبعضها مبتنٍ على أمور متشعبّة لا تفى القوة البشرية بضبطها والإحاطة بها ، كما يؤمى إليه قول الصادق عليه السلام : « كثيره لا يدرک وقليله لا ينتج(٢) » ، فلذلک وجد الاختلاف فى كلامهم وتطرّق الخطأ إلى بعض أحكامهم ، ومن اتفق له الجرى على الأُصول الصحيحة صحّ كلامه وصدقت أحكامه لا محالة كما نطق به كلام الصادق عليه السلام فى الرواية المذكورة ... ولكن هذا أمر عزيز المنال ، لا يظفر به إلاّ القليل واللّه الهادى إلى سواء السبيل »(٣) .

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨١ و٨٠ .
٢- (٢) الكافى ٨ / ١٩٥ ح ٢٣٣ .

وعَدّ الفيض الكاشانى قدس سره فى كتابه مفاتيح الشرائع من المعاصى المنصوص عليها الإخبار عن الغائبات على البتّ لغير نبيٍّ أو وصىّ نبيٍّ ، سواء كان بالتنجيم أو الكهانة أو القيافة أو غير ذلك . ثمّ ذكر أخباراً دالة على تحريم الكهانة والتنجيم ، ثم قال : « وإن كان الإخبار على سبيل التفاؤل من دون جزم ، فالظاهر جوازه ، لأنّ أصل هذه العلوم حقٌ ولكن الإحاطة بها لا يتيسر لكلِّ أحدٍ والحكم بها لا يوافق المصلحة »(١) .

وقال فى الوافى فى بحث البداء : « ... فاعلم أنّ القوى المنطبعة الفلكيّة لم تحط بتفاصيل ما سيقع من الأُمور دفعةً واحدةً ، لعدم تناهى تلك الأُمور ، بل إنّما ينتقش فيها الحوادث شيئاً فشيئاً وجملة فجملة مع أسبابها وعللها على نهج مستمر ونظام مستقر . فإنّ ما يحدث فى عالم الكون والفساد ، إنّما هو من لوازم حركات الأفلاك المسخرة للّه ونتائج بركاتها ، فهى تعلم أنّه كلّما كان كذا كان كذا ، فمهما حصل لها العلم بأسباب حدوث أمر ما فى هذا العالم حكمت بوقوعه فيه ، فينتقش فيها ذلك الحكم . وربّما تأخر بعض الأسباب الموجب لوقوع الحادث على خلاف ما يوجبه بقية الأسباب لو لا ذلك السبب ولم يحصل لها العلم بذلك بعد لعدم اطلاعها على سبب ذلك السبب ، ثمّ لما جاء أوانه واطلعت عليه حكمت بخلاف الحكم الأوّل فيُمْحا عنها نقش الحكم السابق ويُثْبَت الحكم الآخر ، مثلاً ... »(٢) .

وقال المحقق السبزوارى فى الكفاية : « علم النجوم حرّمه بعض الأصحاب والأقرب الجواز لظاهر بعض الروايات المعتبرة ، وصنف ابن طاووس رسالة أكثر فيها من الاستشهاد على صحته وجوازه »(٣) .

وقال الشيخ الحر العاملى قدس سره : « قد صرح علماؤنا بتحريم علم النجوم والعمل به ، وصرّحوا بكفر من اعتقد تأثير النجوم أو مدخليتها فى التأثير ، وذكروا أنّ بطلان ذلک من ضروريات الدين ، ونقلوا الإجماع على ذلک ، فممّن صرّح بما ذكرناه : الشيخ المفيد والمرتضى فى الدرر والغرر والشيخ الشهيد فى قواعده والدروس والعلاّمة فى التذكرة والمنتهى والقواعد

١- (١) الحديقة الهلالية / ١٤٠ - ١٣٩ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٩٢ - ٢٩١ (٢٢ / ٤٠٨ و ٤٠٧) .

٢- (٢) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ و ٢٣ ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٧٤ - (١٢ / ٢٤٢) .

٣- (٣) الوافى ١ / ٥٠٨ و٥٠٧ .

والتحرير والشيخ على فى شرح القواعد والشهيد الثانى فى شرح الشرائع والمحقق فى المعتبر

والكراجكى فى كنز الفوائد وغيرهم ، ولا يظهر منهم مخالف فى ذلک على ما يحضرنى »(١) .

وقال العلامة المجلسى فى آخر باب علم النجوم : « إذا أحطت خُبراً بما تلونا عليک من الأخبار والأقوال ، لا يخفى عليک أنّ القول باستقلال النجوم فى تأثيرها بل القول بكونها علّة فاعليّة بالإرادة والإختيار - وإن توقّف تأثيرها على شرائط - كفرٌ ومخالفة لضرورة الدين .

والقول بالتأثير الناقص يحتمل وجهين :

الأوّل : تأثيرها بالكيفيّة كحرارة الشمس وإضاءتها وسائر الكواكب وتبريد القمر ، فلا سبيل إلى إنكار ذلک ، ولكن الكلام فى أنّها مؤثّرات أو معدّات لتأثير الربّ سبحانه ، أنّه تعالى أجرى العادة بخلق الحرارة أو الضوء عقيب محاذاة الشمس مثلاً ، والأكثر على الأخير .

والثانى : كون حركاتها وأوضاعها ومقارناتها وإتصالاتها مؤثرة ناقصة فى خلق الحوادث على أحد الوجوه الثلاثة المتقدمة ، فلا ريب أن القول به فسق وقول بما لا يعلم ، ولا دليل يدلّ عليه من عقل ولا نقل ، بل ظواهر الآيات والأخبار خلافه ، والقول به جرأة على اللّه ، أمّا أنّه ينتهى إلى حد الكفر فيشكل الحكم به وإن لم يكن مستبعداً ... .

وأمّا كونها أمارات وعلامات جعلها اللّه دلالة على حدوث الحوادث فى عالم الكون والفساد فغير بعيد عن السداد ، وقد عرفت أنّ كثيراً من الأخبار تدلّ على ذلک ، وهى إمّا مفيدة للعلم العادى لكنّه مخصوص ببعض الأنبياء والأئمة عليهم السلام ومن أخذها منهم لأن الطريق إلى العلم بعدم ما يرفع دلالتها من وحى أو إلهام والإحاطة بجميع الشرائط والموانع والقوابل مختصة بهم ، أو مفيدة للظن ووقوع مدلولتها مشروط بتحقّق شروط ورفع موانع ، وما فى أيدى الناس ليس ذلک العلم أصلاً أو بعضه منه لكنّه غير معلوم بخصوصه ، ولا يفيد العلم قطعاً ، وإفادته نوعاً من الظن مشكوک فيه ... »(٢) إلى آخر ما ذكره فى بحار أنواره قدس سره .

وذكر نحوه مختصراً فى مرآة العقول(٣) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤١ .

٢- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٣٠٩ و ٣٠٨ (٢٢ / ٤٢٠ و ٤١٩) .

٣- (٣) مرآة العقول ٢٦ / ٤٨١ و ٤٨٠ .

وقال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « ... وطريق الجمع بين الأخبار - كما تشهد به طائفة منها - وبين كلام الأصحاب - كما يشهد به كلام طائفة منهم - أنّ التنجيم الحلال ما كان مع اعتقاد أنّ النجوم مسخّرات وليس لها فى حدّ ذاتها تأثيرات ، وأنّ الأمر إلى خالق الأرضين

والسماوات ، على التفصيل الذى اخترناه والنحو الذى ذكرناه ، وقد مرّ منّا سابقاً أنّ العلم والإدراك متصفان بالحسن - تعلّقا بالأفلاک أو غير الأفلاک - ما لم تفسد المقاصد أو تترتّب المفاسد . فإذن لا يجوز الطعن فى المنجّمين حتّى يظهر الحال ويستبين ، فمن فسدت فى الظاهر نيّته ظهرت معصيته وإلاّ حمل على الوجوه الحسان ، ولا أعرف سواها من إصحابنا المنجّمين فى هذا الزمان وصلاح نيّتهم من فيض ساداتهم وأئمتهم ... فمن تعلَّم علم النجوم أو غيره من العلوم للتوصل إلى بعض المحرّمات كان من العصاة . وكذا من أسند التأثير إلى صنعته كالطبيب فى طبابته والبيطار فى بيطرته وعلم الهيأة والرمل وغيرها مع اعتقاد لزوم ترتب الأحكام ... »(١) .

وقال النراقى فى المستند فى شأن علم النجوم : « أمّا تحريمه لأجل فساد المذهب فممّا لا وجه له ، إذ لا مدخليّة للمذهب واعتقاد التأثير من الكواكب فى التنجيم ، لأن غاية ما يترتب عليه أنّه يحدث كذا عند وضع كذا .

وأمّا أنّه هل هو من تأثير النجم مستقلاً أو اشتراكاً حتّى يكون اعتقاده حراماً ، أو من باب العلامات والأمارات على ما أجراه اللّه تعالى بعادته عقيبها حتّى لم يحرم اعتقاده على ما صرّح به الأكثر كالسيد والمفيد والكراجكى وابن طاووس والمحقق الثانى وشيخنا البهائى والمجلسى وغيرهم ، أو من قبيل تسخين النار وتبريد الماء ... أو غير ذلک .

فليس من مسائل النجوم ولا من متفرّعاتها ، بل هو من المسائل الطبيعيّة .

وليس التنجيم إلاّ كالطب ، فكما لا يبتنى الطب على اعتقاد أن تأثير الدواء هل هو من جهة نفسه أو من اللّه سبحانه ، فكذلک النجوم ، والظاهر أنّ فساد اعتقاد بعض المنجمين أوجب توهّم بعضهم أنّه ناشىء من جهة التنجيم .

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٥٩ و٢٦٠ .

وأمّا من حيث كونه قولاً بما لا يعلم ، فمع أنّه لا يحرّم التعليم ولا يختصّ بالتنجيم ، يوجب التحريم إذا كان الحكم بالبتّ مع ظنيّته ، فلا يحرم إذا حكم بالظن كما هو الطريقة ، أو بالقطع إذا حصل من تكرر التجارب .

وأمّا من جهة أنّه الإخبار بما لم يقع ، ففيه : أن تحريمه مطلقاً ممنوع ، فبقى أن يكون الوجه فيه هو الروايات ، وهى كثيرة(١) :

ثم ذكر أخبار الباب وقال فى آخرها : وحمل الأخبار المانعة على اعتقاد التأثير أو الحكم بالبتّ والعمل فى غيرهما بمقتضى الأصل متعيّن »(٢) .

وقال فى الجواهر فى آخر بحث علم النجوم : « والتحقيق ما عرفت ، من أنّه لا بأس بالنظر فى هذا العلم وتعلّمه وتعليمه ، والإخبار عمّا يقتضيه ممّا وصل إليه من قواعده لا على جهة الجزم ، بل على معنى جريان عادة اللّه تعالى بفعل كذا عند كذا ، وعدم إطراد العادة غير قادح ، فإنّ اللّه يمحو «مَا يَشَاء وَيُثْبِتُ وَعِندَهُ أُمُّ الْكِتَابِ»(٣) بل قد يُتوقف فى الكراهة فضلاً عن الحرمة ، بل يمكن حصول زيادة العرفان بمعرفته والترقى إلى بعض درجات الإيمان بممارسته .

ودعوى أن فيه تعريضاً للوقوع فى المحظور من اعتقاد التأثير فيحرم لذلك ، أو لأن أحكامه تخمينية كماترى ، خصوصاً الثانى ، ضرورة عدم حرمة مراعاة الظنون فى أمثال ذلك ،بل لعلّ المعلوم من سيرة الناس وطريقتهم خلافه فى الطب وغيره ، والتعريض المزبور - مع أنّه ممنوع - لا يكفى فى الحرمة ، وإلاّ لحرم النظر فى علم الكلام الذى خطره أعظم من ذلك .

فلا ريب فى رجحان ما ذكرناه ، بل لا يبعد أن يكون النظر فيه نحو النظر فى علم هيئة الأفلاك الذى يحصل بسببه الاطلاع على حكمة اللّه وعِظَم قدرته ، نعم : لا ينبغى الجزم بشيءٍ من مقتضياته ، لاستيثار اللّه بعلم الغيب »(٤) .

١- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٠ و١١٩ .

٢- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٤ .

٣- (٢) سورة الرعد / ٣٩ .

٤- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٠٨ .

وقال المحدث الخبير الحاج الميرزا حسين النورى قدس سره : « يحمل ما دلّ على النهى عن النظر بل تكفير المنجم على من اعتقد قدم الأفلاک والكواكب ، أو أنّ اختلاف حركاتها وأوضاعها علل تامة لصدور الحوادث ، أو أنّ لها حياةً ونفوساً تصدر عنها الحوادث بالإرادة و الإختيار ، وغير ذلک من العقائد الفاسدة المباينة لأصول الملل وأساس الشرائع ، وما دلّ على الجواز على أنّها أمارات وعلامات على حدوث الحوادث منه تعالى أو ما يقرب من ذلک ، ممّا ليس فيه ما ينافى الشرع ، ويرتفع شرّها بالبرِّ والدعاء والصدقة ، واللّه العالم »(١)

الروايات فى المقام

اشارة

الأخبار الواردة حول التنجيم يمكن حملها على طائفتين :

الطائفة الأولى : الروايات الناهية والرادعة

وهى عدة أحاديث وردت فى النهى عن علم النجوم وعمل المنجمين والإعتقاد به وبهم :

منها : خبر عبد اللّه بن عوف بن الأحمر قال : لما أراد أمير المؤمنين عليه السلام : المسير إلى النهروان أتاه منجّم ، فقال له : يا أمير المؤمنين لا تَسِر هذه الساعة وسِرْ فى ثلاث ساعات يمضين من النهار

، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ولِمَ ذاک ؟ قال : لأنّک إن سرت فی هذه الساعة أصابک وأصاب أصحابک أذی وضرّ شدید ، وإن سرت فی الساعة التی أمرتک ظَفَرتَ وظَهَرت وأصبتَ کلَّ ما طلبتَ .

فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : تدری ما فی بطن هذه الدابة أذکرٌ أم اُنثی ؟ قال : إن حسبتُ علمتُ ، قال له أمير المؤمنين عليه السلام : مَنْ صدّقک علی هذا القول کذّب بالقرآن «إِنَّ اللَّهَ عِندَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِی الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِی نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَداً وَمَا تَدْرِی نَفْسٌ بِأَیِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ»(۲) ، ما کان محمد صلی الله علیه و آله وسلم یدّعی ما ادّعیت ، أتزعم أنّک تهدی إلی الساعة التی مَنْ سار فیها صرف عنه السوء والساعة التی مَنْ سار فیها

۱- (٤) مستدرک الوسائل ۱۳ / ۱۰۵ .

۲- (۱) سورة لقمان / ۳٤ .

حاق به الضرّ ؟ مَنْ صدّقک بهذا استغنی بقولک عن الإستعانة باللّه عزّ وجل فی ذلک الوجه ، وأحوج إلی الرغبة إلیک فی دفع المکروه عنه ، وینبغی له أن یولیک الحمد دون ربّه عزّ وجلّ ، فمن آمن لک بهذا فقد اتخذک من دون اللّه نِدّاً وضِدّاً .

ثم قال : اللهم لا طیر إلاّ طیرک ، ولا ضیر إلاّ ضیرک ، ولا خیر إلاّ خیرک ، ولا اله غیرک . ثمّ التفت إلی المنجم فقال : بل نکذبک ونخالفک ونسیر فی الساعة التی نهیت عنها(۱) .

الروایة ضعیفة الإسناد . وتدلّ علی لزوم الإستعانة باللّه تعالی والتوکل علیه فی الاُمور کلّها وعدم الإتکال علی النجوم وإخبار المنجمین ، ولا تدلّ علی حرمة هذا العلم ولا علی استعماله .

وقد رُوى أنَّ المنجم الذى قال لأمير المؤمنين عليه السلام كان عفيف بن قيس أخا الأشعث المعروف كما ذكره العلامة المجلسى فى بحار الأنوار(٢) .

ومنها : خبر أبى الحصين قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : سئل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن الساعة ؟ فقال : عند إيمان بالنجوم وتكذيب بالقدر(٣) .

الرواية ضعيفة الإسناد ، ويمكن حملها على أنّ الناس فى آخر الزمان يؤمنون بالنجوم ويتوجهون إليها ويتّكلون عليها بدلاً عن الإيمان والتوجه والإتكال على اللّه تعالى ، وهذا الإعتقاد والتوجه والإتكال بالنجوم شمله النهى لا نفس علم النجوم .

ومنها : خبر الحسين بن زيد الشهيد عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أربعة لا تزال فى أُمّتى إلى يوم القيامة : الفخر بالأحساب ، والطعن فى الأنساب ، والإستقساء بالنجوم ، والنياحة . وإنّ النائحة إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة وعليها سربال من قطران ودرع من جرب(٤) .

١- (٢) أمالى الصدوق ، المجلس الرابع والستون ح ١٦ / ٥٠٠ الرقم ٦٨٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٣٧١ ح ٤ . الباب ١٤ من أبواب آداب السفر .

٢- (١) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٢٤ (٢٢ / ٣٦٤) .

٣- (٢) الخصال ١ / ٦٢ ح ٨٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٦ الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٣) الخصال ١ / ٢٢٦ ح ٦٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٢٥ ح ٦ (٢٢ / ٣٦٤) .

الرواية ضعيفة الإسناد . و الإستسقاء بالنجوم : يعنى الاعتقاد بأنّ للنجوم تأثيراً فى نزول المطر . ويمكن حملها على الاعتقاد بتأثيرها بالاستقلال أو فى عرض إرادة الربّ عزّ وجلَّ ، وبطلان هذا الإعتقاد عند المتشرعة واضحٌ .

ومنها : معتبرة نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المنجمُ ملعونٌ ، والكاهن ملعونٌ ، والساحر ملعونٌ ، والمغنية ملعونةٌ ، ومَنْ آواها وأكل كسبها ملعونٌ .

وقال عليه السلام : المنجمُ كالكاهنِ ، والكاهنُ كالساحرِ ، والساحرُ كالكافرِ ، والكافرُ فى النارِ(١) .

وهذه الرواية مِنْ حيث السند تامةٌ ، لأنّ وثاقة ابنى وليد والصفار معلومة ، والمراد بالحسن بن على الكوفى المذكور فى السند هو الحسن بن على بن عبد اللّه بن المغيرة البَجَلّى ثقة ثقة كما ذكره النجاشى(٢) ، والمراد باسحاق بن إبراهيم هو الحضينى وهو ثقة على الأقوى ،

ونصر بن قابوس أيضاً ثقة على الأقوى كما ذكرهما المامقانى فى نتائج التنقيح(٣) ، فالسند صحيح ولا أقل مِنْ إعتباره .

ولكن الكلام فى دلالتها : فهل يمكن القول بكفر كلِّ المنجمين وأنّهم ملعونون ؟

إستفادة هذا الإطلاق من الرواية مشكلة جداً ، ولذا حملها الصدوق قدس سره على الكفار منهم ، فقال بعد نقل الرواية : « المنجم الملعون هو الذى يقول بقدم الفلك ولا يقول بمفلّكه وخالقه عزّ وجلّ »(٤) .

ومنها : خبر القاسم بن عبد الرحمن الأنصارى عن الباقر عليه السلام عن جده الحسين بن على عليه السلام قال : لمّا افتتح رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم خيبر دعا بقوسه فاتّكأ سيتها ، ثم حمد اللّه وأثنى عليه وذكر ما فتح اللّه له ونصره به ونهى عن خصال تسعة : عن مهر البغىَّ ، وعن كسب الدابة - يعنى عسب الفحل - وعن خاتم الذهب ، وعن ثمن الكلب ، وعن مياثر الأرجوان - قال

١- (٤) الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٧ .

٢- (٥) رجال النجاشى / ٦٢ الرقم ١٤٧ .

٣- (١) نتائج التنقيح / ١٢ و ١٥٨ .

٤- (٢) الخصال ١ / ٢٩٨ .

أبو عروبة (وهو أحد رواة الحديث) عن مياثر الحمر - وعن لبوس ثيات القسّيِّ - وهى ثياب تنسج بالشام - وعن أكل لحوم السباع ، وعن صرف الذهب بالذهب والفضة بالفضة بينهما فضل ، وعن النظر فى النجوم(١) .

هذه الرواية مطلقة وظهور النهى فى الحرمة واضح ، فالرواية تدلّ على حرمة النظر فى النجوم ، ولكن فى سندها ضعف ظاهر . ويمكن تخصيصها بالروايات المجوِّزة الآتية ، فانتظر .

ومنها : صحيحة عبد الملک بن أعين قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّى قد ابتليت بهذا العلم فأريد الحاجة ، فإذا نظرتُ إلى الطالع ورأيتُ الطالع الشرّ جلستُ ولم أذهب فيها ، وإذا رأيتُ الطالع الخير ذهبتُ فى الحاجة ، فقال لى : تقضى ؟ قلت : نعم ، قال : أحرق كتبک(٢) .

سند الرواية تام ، وتحمل على ما ذكرنا فى الروايات السابقة مِن الإيمان بالنجوم والإتكال عليها والتوجّه إليها فقط ، ولذا أمر الإمام عليه السلام فى هذه الحالة بإحراق كتبه فى هذا العلم حتّى يمكن تخلصه من هذه الحالة .

والظاهر من الرواية أنّ ابتلاء عبد الملک بن أعين بعلم النجوم صار فى حدٍّ يوجب

إختلال أمر معاشه وحياته ، ولذا أمر الإمام عليه السلام بإحراق كُتبه حتّى يتمكن من التخلص من النجوم ومحاسباته والعمل على طبقه ، وبهذا التخلص أقام مجدداً أمر معاشه وحياته .

ومنها : خبر أبی خالد الکابلی عن علی بن الحسین علیه السلام قال فی حدیث : الذنوب التی تظلم الهواء : السحر والکهانة والإیمان بالنجوم والتکذیب بالقدر ، الحدیث(۳) .

قال العلامة المجلسی فی تفسیرها : « ظلمة الهواء کنایة عن التحیّر فی الأمور أو شدّة البلیّة وظهور آثار غضب اللّه فی الجو »(٤) .

أقول : سند الروایة ضعیف ، ودلالتها علی حرمة الإیمان بالنجوم فی قبال الإیمان باللّه تعالی واضحٌ ، ولا تدلّ علی حرمة علم النجوم مطلقاً .

۱- (۳) الخصال ۲ / ٤۱۷ ح ۱۰ ونقل عنه مختصراً فی وسائل الشیعة ۱۷ / ۱٤۲ ح ٥ .
۲- (٤) الفقیه ۲ / ۲٦۷ ح ۲٤۰۲ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۱۱ / ۳۷۰ ح ۱ .
۳- (۱) معانی الأخبار ۲۷۱ ح ۲ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۱۱ / ۳۷۲ ح ٦ .
٤- (۲) بحار الأنوار ٥٥ / ۲۷٤ (۲۲ / ۳۹٦) .

ومنها : مرسلة الرضی عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه قال لبعض أصحابه لما عزم المسیر إلی الخوارج وقد قال له : إن سرتَ یا أمیر المؤمنین فی هذا الوقت خشیتُ ألاّ تظفر بمرادک من طریق علم النجوم ، فقال علیه السلام : أتزعم أنّک تهدی إلی الساعة التی مَنْ سار فیها صُرف عنه السوء ؟ وتُخَوِّفُ مِن الساعة التی مَنْ سار فیها حاق به الضُّرُّ ؟ فمن صدَّقک بهذا فقد کذَّب القرآن ، واستغنی عن الإستعانة باللّه فی نیل المحبوب ودفع المکروه ، وتبتغی فی قولک للعامل بأمرک أن یُولیک الحمد دون ربّه ، لأنّک - بزعمک - أنت هدیتَهُ إلی الساعة التی نال فیها النفع وأَمِنَ الضُّرَّ !!!

أیها الناس إیّاکم وتعلّم النجوم إلاّ ما یُهتدی به فی برٍّ أو بحرٍ ، فإنّها تدعو إلی الکهانة والمنجم کالکاهن والکاهن کالساحر والساحر کالکافر والکافر فی النار ، سیروا علی اسم اللّه(۱) .

ورواها أبو منصور الطبرسى مرفوعاً فى الإحتجاج ١ / ٢٤٠ ، وأضاف فى آخرها : سيروا على اسم اللّه وعونه ، ومضى فظفر بمراده صلوات اللّه عليه .

وقد ورد النهى فى المرفوعة - كما ترى - عن الإستغناء عن الإستعانة باللّه تعالى ، حيث علم النجوم ربّما يوجب ذلک ، فورد النهى عنه أيضاً تبعاً .

ومنها : مرفوعة أبى منصور الطبرسى عن الصادق عليه السلام فى احتجاجه على الزنادقة

حيث سأله : فما تقول فى علم النجوم ؟ قال عليه السلام : هو علم قلّت منافعه وكثرت مضرّاته ، لأنّه لا يدفع به المقدور ولا يتقى به المحذور ، إنّ المنجم بالبلاء لم ينجه التحرز من القضاء ، إن أخبر هو بخير لم يستطع تعجيله ، وإن حدث به سوء لم يمكنه صرفه ، والمنجم يضادّ اللّه فى علمه ، بزعمه أن يردّ قضاء اللّه عن خلقه(٢) .

ومنها : مرفوعة الفاضلان والشهيد الثانى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : مَنْ صدّق كاهناً أو منجماً فهو كافر بما أُنزل على محمد صلى الله عليه و آله وسلم (٣) .

١- (٣) نهج البلاغة . الخطبة ٧٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٣ ح ٨ .
٢- (١) الاحتجاج ٢ / ٣٨٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ١٠ .
٣- (٢) المعتبر ٢ / ٦٨٨ وتذكرة الفقهاء ٦ / ١٣٧ ومسالک الأفهام ٢ / ٥٣ ونقل عنهم فى وسائل الشيعة ١٧/١٤٤ ح ١١ .

تلک عشرة كاملة من الروايات الواردة فى النهى عن تعلّم النجوم والنظر فيها ، وأنتَ ترى أنّ مصب النهى فيها هو الإيمان بالنجوم والإتكال عليها فى قبال الإيمان باللّه والإتكال عليه تعالى ، وهذا الإيمان والإتكال غير نفس علم النجوم ، العلم شىءٌ والإيمان بشىءٍ والإتكال عليه شىءٌ آخرٌ .

مضافاً إلى ورود الطائفة الثانية من الروايات – أعنى الروايات المجوِّزة فى المقام – وهى كثيرة نذكر لک بعضها :

الطائفة الثانية : الروايات المجوِّزة

ورد الترخيص بالنسبة إلى علم النجوم والنظر فيه وتعلّمه ومحاسباته فى عدّة من الروايات :

منها : خبر عبد الرحمن بن سيابة قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت لک الفداء إنّ الناس يقولون : إنّ النجوم لا يحلّ النظر فيها وهى تعجبنى فإن كانت تضرُّ بدينى فلا حاجة لى فى شىءٍ يضرُّ بدينى ، وإن كانت لا تضرُّ بدينى فو اللّه إنى لاشتهيها وأشتهى النظر فيها ؟ فقال : ليس كما يقولون ، لا تضرّ بدينک . ثم قال : إنّكم تنظرون فى شىءٍ منها كثيره لا يدرک وقليله لا ينتفع به ، تحسبون على طالع القمر . ثم قال : أتدرى كم بين المشترى والزهرة من دقيقة ؟ قلت : لا واللّه ، قال : أفتدرى كم بين الزهرة وبين القمر من دقيقة ؟ قلت : لا ، قال : أفتدرى كم بين الشمس وبين السنبلة وبين اللوح المحفوظ من دقيقة ؟ قلت : لا واللّه ما سمعته من منجم قطّ ، قال : ما بين كلّ واحد منهما إلى صاحبه ستون أو سبعون دقيقة ، شک عبد الرحمن .

ثم قال : يا عبد الرحمن هذا حساب إذا حسبه الرجل ووقع عليه عرف القصبة التى وسط الأجمة وعدد ما عن يمينها وعدد ما عن يسارها وعدد ما خلفها وعدد ما أمامها حتّى لا يخفى عليه من قصب الأجمة واحدة(١) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ الحسن بن أسباط ، فإنّه إماميٌّ مجهولٌ ، فالسند به ضعيف . ولكن دلالتها على جواز النظر فى علم النجوم واضحة ، وهكذا فى عدم إفادته ناقصاً شيئاً .

١- (١) الكافى ٨ / ١٩٥ ح ٢٣٣ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤١ ح ١ .

ومنها : خبر معلى بن خنيس قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن النجوم أحقٌّ هى ؟ فقال : نعم ، إنّ اللّه عزّ وجل بعث المشترى إلى الأرض فى صورة رجل فأخذ رجلاً من العجم فعلّمه النجوم حتّى ظنَّ أنّه قد بلغ ، ثم قال له : أنظر أين المشترى ؟ فقال ما أراه فى الفلك وما أدرى أين هو ؟ قال : فنحّاه وأخذ بيد رجل من الهند فعلّمه حتّى ظنّ أنّه قد بلغ وقال : أنظر إلى المشترى أين هو ؟ فقال : إنّ حسابى ليدلّ على أنّک أنت المشترى ، قال : وشهق شهقة فمات وورث علمه أهله فالعلم هناک(١) .

الرواية ضعيفة الإسناد ودلالتها على الجواز واضحة ، والعجب من المجلسى قدس سره حيث يقول فى ذيل الرواية : « قوله « أحقّ هى ؟ فقال : نعم» يدل على أن النجوم علامات للكائنات يعرفها أهلها ، ولا يدل على أنّه يجوز تعليمه وتعلّمه واستخراج الأحكام منه لسائر الخلق »(٢) .

ومنها : فى الصحيح عن جميل بن صالح عمّن أخبره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سئل عن النجوم ؟ قال : ما يعلمها إلاّ أهل بيت من العرب وأهل بيت من الهند(٣) .

ومنها : خبر هشام الخفّاف قال : قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام : كيف بصرک بالنجوم ؟ قال : قلت : ما خلّفت بالعراق أبصر بالنجوم منّى ، فقال : كيف دوران الفلک عندكم ؟ قال : فأخذت قلنسوتى عن رأسى فأدرتها ، قال : فقال : إن كان الأمر على ما تقول فما بال بنات النعش و الجدىّ والفرقدين لا يرون يدورون يوماً من الدهر فى القبلة ؟ قال : قلت : هذا واللّه شئٌ لا أعرفه ولا سمعت أحداً من أهل الحساب يذكره ، فقال لى : كم السكينة من الزهرة جزءاً فى ضوئها ؟ قال : قلت : هذا واللّه نجم ما سمعت به ولا سمعت أحداً من الناس يذكره ، فقال : سبحان اللّه فأسقطتم نجماً بأسره ، فعلى ما تحسبون ؟ ! ثم قال : فكم الزهرة من القمر جزءاً فى ضوئه ؟ قال : قلت : هذا شئٌ لا يعلمه إلاّ اللّه عزّ وجل .

قال : فكم القمر جُزءاً من الشمس فى ضوئها ؟ قال : قلت : ما أعرف هذا . قال : صدقت .

١- (٢) الكافى ٨ / ٣٣٠ ح ٥٠٧ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٢ ح ٣ .
٢- (٣) مرآة العقول ٢٦ / ٤٥٧ .
٣- (٤) الكافى ٨ / ٣٣٠ ح ٥٠٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٢ ح ٤ .

ثم قال : ما بال العسكرين يلتقيان فى هذا حاسب وفى هذا حاسب فيحسب هذا لصاحبه بالظفر ويحسب هذا لصاحبه بالظفر ، ثم يلتقيان فيهزم أحدهما الآخر ، فأين كانت النحوس ؟ قال : قلت : لا واللّه ما أعلم ذلک . قال : فقال : صدقت إنّ أصل الحساب حقٌّ ولكن لا يعلم ذلک إلاّ مَنْ علم مواليد الخلق كلّهم(١) .

الرواية ضعيفة الإسناد ، وتدلّ على حقيّة علم النجوم ، كما اعترف بذلک العلاّمة المجلسى قدس سره القدوسى فى كتابيه بحار الأنوار(٢) ومرآة العقول(٣) .

ومنها : صحيحة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّ آزر أبا إبراهيم عليه السلام كان منجماً لنمرود ولم يكن يصدر إلاّ عن أمره ، فنظر ليلة فى النجوم فأصبح وهو يقول لنمرود : لقد رأيتُ عجباً ، قال : وما هو ؟ قال : رأيت مولوداً يولد فى أرضنا يكون هلاكنا على يديه ولا يلبث إلاّ قليلاً حتّى يُحمل به . قال : فتعجب من ذلک وقال : هل حملت به النساء ؟ قال : لا ، قال : فحجب النساء من الرجال فلم يدع امرأة إلاّ جعلها فى المدينة لا يخلص إليها ووقع آزر بأهله فعلقت بابراهيم عليه السلام ، الحديث(٤) .

سند الرواية صحيح ودلالتها على حقيّة علم النجوم واضحة ، كما اعترف به العلامة المجلسى قدس سره وقال فى ذيل الرواية : « ولقد علمت أنّه يدلّ على كون النجوم علامات للكائنات »(٥) . ولكن المشكلة فى الرواية انتساب النبى إبراهيم عليه السلام إلى آزر ، مع أنَّ والدَه تارخٌ وآزر كان عمّاً مربيّاً له . ومع ذلک كلّه هذا لا يضرّ بالرواية وبما استفدنا منها من حقيّة علم النجوم وجواز النظر إليها .

قال ابن طاوس بعد نقل الرواية : « ورويتُ هذا الحديث عن إبراهيم الخزاز عن أبى

١- (١) الكافى ٨ / ٣٥١ ح ٥٤٩ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤١ ح ٢ .

٢- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٤٤ (٢٢ / ٣٧٦) .

٣- (٣) مرآة العقول ٢٦ / ٥١٦ .

٤- (٤) الكافى ٨ / ٣٦٦ ح ٥٥٨ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٤٨ ح ٢٨ (٢٢ / ٣٧٨) .

٥- (٥) مرآة العقول ٢٦ / ٥٥٠ .

بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام من أصل قُرِئ على هارون بن موسى التلعكبرى رحمه الله ، وقد روى هذا الحديث على بن إبراهيم فى كتاب تفسير القرآن(١) بأبسط من هذه الرواية ، ورواه أيضاً أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى فى الجزء الأوّل من تاريخه(٢) ورواه ، أيضاً سعيد بن هبة اللّه الراوندى فى كتاب قصص الأنبياء(٣) ، ورواه الثعلبى فى تفسيره(٤) وغيره من العلماء »(٥) .

ومنها : الصحيح عن على بن أسباط الثقة عمّن رواه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان بينى وبين رجل قسمة أرض ، وكان الرجل صاحب نجوم ، وكان يتوخّى ساعة السعود فيخرج فيها وأخرج أنا فى ساعة النحوس ، فاقتسمنا فخرج لى خير القسمين ، فضرب الرجل يده اليمنى على اليسرى ثمّ قال : ما رأيت كاليوم قطّ ، قلت : ويل الآخر وما ذاک ؟ قال : إنّى صاحب نجوم أخرجتک فى ساعة النحوس وخرجت أنا فى ساعة السعود ثمّ قسمنا فخرج لک خير القسمين ، فقلت : ألا أُحدّثک بحديث حدّثنى به أبى ، قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من سرّه أن يدفع اللّه عنه نحس يومه فليفتتح يومه بصدقة يذهب اللّه بها عنه نحس يومه ، ومن أحبّ أن يذهب اللّه عنه نحس ليلته فليفتتح ليلته بصدقة يدفع اللّه عنه نحس ليلته ، فقلت : وإنّى افتتحت خروجى بصدقة ، فهذا خير لک من علم النجوم(٦) .

رواها محمد بن محمد بن الأشعث فی الجعفریات / ٥٦ والقاضی النعمان المصری فی دعائم الاسلام ٢ / ٣٣٢ والسید فضل اللّه الراوندی فی النوادر / ٢٢٨ ح ٤٦٦ والقطب الراوندی فی الدعوات / ١١٢ ح ٢٥١ .

یتوخّی : أی یتحراه ویطلبه ، وحیث لم ینه الإمام علیه السلام عن النظر فی النجوم فتقریره یدلّ علی جواز النظر فی علم النجوم وجواز العمل علی طبق حساباته .

١- (١) تفسیر القمی ١ / ٢٠٦ .

٢- (٢) تاریخ الطبری ١ / ١٤٤ .

٣- (٣) قصص الأنبیاء / ١٠٣ .

٤- (٤) الکشف والبیان ٤ / ١٦٢ .

٥- (٥) فرج المهموم / ٢٥ ونقل عنه فی بحار الأنوار ٥٥ / ٢٣٨ - (٢٢ / ٣٧٢) .

٦- (٦) الکافی ٤ / ٦ ح ٩ ونقل عنه فی بحار الأنوار ٥٥ / ٢٧٣ ح ٦٤ (٢٢ / ٣٩٦) .

ومنها : صحیحة ابن أبی عمیر أنّه قال : کنت أنظر فی النجوم وأعرفها وأعرف الطالع

فیدخلنی من ذلک شیءٌ ، فشکوت ذلک إلی أبی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام فقال : إذا وقع فی نفسک شیءٌ فتصدَّق علی أوّل مسکین ثمّ امض ، فإنّ اللّه عزّ وجل یدفع عنک(١) .

سند الروایة صحیح ، ولم ینهه الإمام علیه السلام عن النظر فی النجوم وحساباته بل هداه إلی کیفیة تخلّصه ممّا وقع فی نفسه بالصدقة علی أوّل مسکین رآه . وهذه الروایة تدلّ علی جواز النظر فی النجوم ، بل العمل علی طبق محاسباتها .

ورويها فى المحاسن ٢ / ٨٦ ح ١٢٢٨ بسند صحيح عن سفيان بن عمر عن أبى عبداللّه عليه السلام ، والرجل مهمل فسند المحاسن ضعيف .

ومنها : خبر أبان بن تغلب قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أهل اليمن فسلّم عليه ، فردّ عليه السلام وقال له : مرحباً بک يا سعد ، فقال له الرجل : بهذا الإسم سمّتنى أُمّى وما أقلّ من يعرفنى به ، فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام : صدقت يا سعد المولى ، فقال الرجل : جعلت فداک بهذا كنت ألّقب ، فقال له أبوعبداللّه عليه السلام : لا خير فى اللقب ، إنّ اللّه تبارک وتعالى يقول فى كتابه : «وَلاَ تَنَابَزُوا بِالاْءَلْقَابِ بِئْسَ الاِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الاْءِيمَانِ»(٢) ، وما صناعتک يا سعد ؟ فقال : جعلت فداک أنا من أهل بيت ننظر فى النجوم لا نقول : إنّ باليمن أحداً أعلم بالنجوم منّا ، فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام : فأسألک ؟ فقال اليمانى : سل عما أحببت من النجوم فإنى أُجيبک عن ذلک بعلمٍ . ثمّ سأله أبو عبد اللّه عليه السلام عن مسائل فى جواب كلّ ذلک يقول المنجم اليمانى : لا أدرى ، ثمّ قال عليه السلام : يا أخا اليمن عندكم علماء ؟ فقال اليمانى : نعم ، جعلت فداک إنّ باليمن قوماً ليسوا كأحد من الناس فى علمهم ، فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : وما يبلغ من علم عالمهم ؟ فقال له اليمانى : إنّ عالمهم ليزجر الطير ويقفو الأثر فى الساعة الواحدة مسيرة شهر للراكب المجدّ . فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : فإن عالم المدينة أعلم من عالم اليمن ، فقال اليمانى : وما بلغ من علم عالم المدينة ؟ فقال أبوعبد اللّه عليه السلام : علم عالم المدينة ينتهى إلى حيث لا يقفو

١- (١) الفقيه ٢ / ٢٦٩ ح ٢٤٠٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٦ ح ٣ .

٢- (٢) سورة الحجرات / ١١ .

الأثر ويزجر الطير ويعلم ما فى اللحظة الواحدة مسيرة الشمس تقطع إثنى عشر بروجاً وإثنى عشر برّاً وإثنى عشر بحراً وإثنى عشر عالَماً . قال : فقال له اليمانى : جعلت فداک ما ظننت أنّ أحداً يعلم هذا أو يدرى كنهه ، قال : ثمّ قام اليمانى فخرج(١) .

سند الرواية ضعيف ، ولكن حيث لم ينه الإمام عليه السلام اليمانى عن النجوم تدلّ على جواز النظر فيها .

ومنها : مرسلة أبى بصير قال : رأيت رجلاً يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن النجوم ، فلمّا خرج من عنده قلت له : هذا علم له أصل ؟ قال : نعم ، قلت : حدّثنى عنه ، قال : أُحدثک عنه بالسعد ولا أُحدثک بالنحس ، الحديث(٢) .

و منها : ما رواه ابن طاوس بإسناده عن معاوية بن حكيم عن محمد بن زياد عن محمد بن يحيى الخثعمى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن النجوم حقّ هى ؟ قال لى : نعم ، فقلت له : وفى الأرض من يعلمها ؟ قال : نعم ، وفى الأرض من يعلمها(٣) .

ومنها : ما رواه ابن طاوس عن أصل عتيق اسمه كتاب التجمّل عن محمد وهارون ابنى أبى سهل وكتبا إلى أبى عبد اللّه عليه السلام : إنّ أبانا وجدّنا كانا ينظران فى النجوم ، فهل يحلّ النظر فيها ؟ فكتب : نعم(٤) .

ومنها : ما رواه ابن طاوس أيضاً عن كتاب التجمّل أنّهما كتبا إلى أبى عبد اللّه عليه السلام : نحن ولد بنى نوبخت المنجم ، وقد كنّا كتبنا إليک هل يحلّ النظر فيها ؟ فكتبت : نعم ، والمنجمون يختلفون فى صفة الفلک فبعضهم يقول : إنّ الفلک فيه النجوم والشمس والقمر معلَّق بالسماء

١- (٣) الخصال ٢ / ٤٨٩ ح ٦٨ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٦٩ ح ٥٨ (٢٢ / ٣٩٣) .

٢- (١) المناقب ٤ / ٢٦٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٨ / ١٢٤ ح ٤ الباب ١١ من أبواب آداب السفر إلى الحج وغيره .
٣- (٢) فرج المهموم / ٩١ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٤٩ ح ٣٠ (٢٢ / ٣٧٩) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٠ ح ٣ .
٤- (٣) فرج المهموم / ١٠٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٥٠ ح ٣٥ (٢٢ / ٣٨٠) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٢ ح ٧ .

وهو دون السماء ، وهو الذى يدور بالنجوم والشمس والقمر والسماء فإنّها لا تتحرّک ولا تدور ، ويقولون : دوران الفلک تحت الأرض ، وإنّ الشمس تدور مع الفلک تحت الأرض ، فتغيب فى المغرب تحت الأرض وتطلع بالغداة من المشرق . فكتب عليه السلام : نعم يحلّ ما لم يخرج من التوحيد(١) .

ومنها : قال ابن طاوس : رويتُ بعدّة طرق إلى يونس بن عبد الرحمن فى جامعه

الصغير بإسناده قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک أخبرنى عن علوم النجوم ما هى ؟ فقال : هو علم من علم الأنبياء . قال : فقلت : كان على بن أبى طالب عليه السلام خبيراً بعلمه ؟ فقال : كان أعلم الناس به(٢) .

ومنها : ما رواه أبو منصور الطبرسى مرفوعاً عن سعيد بن جبير قال : استقبل أمير المؤمنين عليه السلام دهقان من دهاقين الفرس ، فقال له - بعد التهنئة - : يا أميرالمؤمنين تناحست النجوم الطالعات وتناحست السعود بالنحوس ، وإذا كان مثل هذا اليوم وجب على الحكيم الإختفاء ، ويومک هذا صعب قد اتصلت فيه كوكبان وانقدح من برجک النيران وليس لک الحرب بمكان ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : ويحک يا دهقان المنبىء بآثار والمحذّر من الأقدار ، ما قصة صاحب الميزان وقصة صاحب السرطان ؟ وكم المطالع من الأسد والساعات فى المحركات ؟ وكم بين السرارى والذرارى ؟ قال : سأنظر . وأومى بيده إلى كمه وأخرج منه اصطرلاباً ينظر فيه .

فتبسّم على عليه السلام وقال : أتدرى ما حدث البارحة ؟ وقع بيت بالصين ، وانفرج برج ماجين ، وسقط سور سرنديب ، وانهزم بِطْريق الروم بأرمينية ، وفقد ديّان اليهود بأبلة ، وهاج النمل بوادى النمل ، وهلک ملک أفريقية ، أكنت عالماً بهذا ؟

قال : لا يا أمير المؤمنين . فقال عليه السلام : البارحة سعد سبعون ألف عالَم وولد فى كل عام سبعون ألفاً ، والليلة يموت مثلهم وهذا منهم - وأومى بيده إلى سعد بن مسعدة الحارثى - لعنه

١- (٤) فرج المهموم / ١٠٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٥٠ ح ٣٦ (٢٢ / ٣٨٠) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٢ ح ٨ .
٢- (١) فرج المهموم / ٢ و ٢٤ و نقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٣٥ ح ٣٥ (٢٢ / ٣٧٠) .

اللّه - وكان جاسوساً للخوارج فى عسكر أمير المؤمنين عليه السلام ، فظنّ الملعون أنّه يقول خذوه فأخذ بنفسه فمات فخر الدهقان ساجداً .

فقال له أمير المؤمنين : ألم أُرْوِک من عين التوفيق ؟ قال : بلى يا أمير المؤمنين . فقال أمير المؤمنين عليه السلام : أنا وأصحابى لا شرقيون ولا غربيون ، نحن ناشئة القطب وأعلام الفلک ، وأما قولک « انقدح من برجک النيران » فكان الواجب عليک أن تحكم لى به لا علىَّ ، أمّا نوره وضياؤه فعندى ، وأما حريقه ولهبه فذاهب عنّى ، وهذه مسألة عميقةٌ إحسبها إن كنت حاسباً(١) .

وجه الاستدلال بهذه المرفوعة تصحيح أمير المؤمنين عليه السلام حسابات المنجم

وتقريره عليه السلام فى أصل النجوم ، حيث لم ينهه ولم يردعه عن النجوم .

فهذه أربع عشرة رواية تدلّ على جواز النظر فى علم النجوم فى الجملة ، وإن أردت أكثر من هذا فعليک بمراجعة كتاب فرج المهموم بمعرفة علم النجوم تصنيف السيد الجليل ابن طاوس الحسنى قدس سره ، قد أكثر النقل عنه العلامة المجلسى فى باب علم النجوم والعمل به وحال المنجمين فى بحار الأنوار ۵۵ / ۲۱۷ (۲۲ / ۳۵۹) وروى فيه أكثر من ثمانين رواية ، فراجعه إن شئت .

وبالجملة ، حيث حملنا الروايات الناهية إلى الإيمان بالنجوم والإستعانة بها والإتّكال عليها فى أعمال الإنسان ونشاطاته فى قبال الإيمان باللّه تعالى والإستعانة به والإتّكال عليه ، وبعد ورود الروايات المجوِّزة الماضية فلابدّ من القول بالجواز فى علم النجوم وتعليمه وتعلّمه وحساباته والإخبار به على الأمور الآتية بنحو الجزم إن استند إلى برهان أو دليل قطعى وإلاّ بنحو الظن إن استند إلى أمارات تدلّ عليه . وهكذا يجوز ترتيب الأثر العملى على وفقه وطبقه ، ولكن مع كمال التوجّه والتنبّه إلى اللّه تعالى والإيمان بأنّ النجوم مسخرات لأمره ، وأنّ الأمور كلَّها بيد اللّه تعالى ، فيجب على العبد الإيمان به والإستعانة منه والتوكّل عليه تعالى ، و الإعتقاد بأنه لم يقع فى العالَم شىءٌ إلاّ بعد تعلّق إرادة اللّه به وأمره كن فيكون . وهذا تمام الكلام فى علم النجوم والحمد للّه ربّ النجوم والسماوات والأرضين والعالمين .

۱- (۲) الاحتجاج ۱ / ۲۳۹ ونقل عنه فى بحار الأنوار ۵۵ / ۲۲۱ ح ۲ (۲۲ / ۳۶۱) .

المجلد ۲

اشارة

سرشناسه : نجفى، هادى، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پديدآور : الاراء الفقهيه قسم المكاسب المحرمه/ تاليف هادى النجفى.

مشخصات نشر : اصفهان: مهر قائم، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۳ ج.

شابک : ۰ ۲۰۰۰۰ ریال: دوره: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷۷-۷ ؛ ج. ۱: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷٤-٦ ؛ ج. ۲: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷۵-۲ ؛ ج. ۳: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۸۵-۲

وضعیت فهرست نویسی : فاپا/ برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج. ۲ و ۳ (چاپ اول: ۱٤۲۹ق. = ۱۳۸۷).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : کسب و کار حرام

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱٤

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ٤ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۱۲٤٥٤۱۷

ص: ۱

اشارة

ص: ٢

الاراء الفقهيه قسم المكاسب المحرمه

تاليف هادى النجفى

ص: ٣

ص: ٤

تتمة النوع الرابع: الاكتساب بما هو حرام فى نفسه

حفظ كتب الضلال

اشارة

التعرض لمعنى العنوان هو الأولى ، كما قال الشيخ الأعظم : « لابدّ من تنقيح هذا العنوان»(١) ، فما المراد بالحفظ وماهى كتب الضلال هنا ؟

أما المراد بالحفظ

فقال الشهيد الثانى : « المراد حفظها من التلف أو على ظهر القلب وكلاهما محرَّم لغير النقض والحجة على أهلها لمن له أهليتها لا مطلقاً ، خوفاً على ضعفاء البصيرة من الشبهة . ومثله نُسخها . وكذا يجوزان للتقية . وبدونها يجب إتلافها إن لم يمكن إفراد مواضع الضلال ، وإلاّ اقتصر عليها حذراً من إتلاف ما يعدّ مالاً من الجلد والورق ، إذا كان لمسلم أو محترم المال »(٢) .

وقال المحقق الثانى فى معنى الحفظ : « أى حفظها فى الصدر أو حفظها بمعنى صيانتها عن أسباب التلف ... »(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « من المحرَّم حفظ كتب الضلال ،كأنّ المراد أعم من حفظها عن التلف أو على الصدر ، والأوّل أظهر . وكأنّ نسخها أيضاً كذلک ، بل هو أُولى»(٤) .

وقال جدنا الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « (حفظ كتب الضلال) أو ضلالها فى الصدر أو عن التلف (ونسخها) متعلقاً بأصل أو فرع ، مع صدق الإسم عليها لإعدادها له أو كثرته

ص:٥

١- (١) المكاسب المحرمة / ٣٠ - (١ / ٢٣٥) .

٢- (٢) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٧ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٥ .

فيها ... »(١) .

وقال صاحب الرياض « (وحفظ كتب الضلال) عن الإندراس أو عن ظهر «القلب(ونسخها) وتعليمها وتعلّمها ...»(٢) .

وقال النراقى : « حفظ كتب الضلال عن الإندراس ونسخها وتعليمها وتعلّمها ...»(٣) .

وقال السيد جواد العاملى : « ... وقضية قولهم « يحرم حفظها» أنّه يجب إتلافها كما صرّح بذلک المحقق الثانى والشهيد الثانى والقطيفى وغيرهم ... »(٤) .

وقال صاحب الجواهر : « ... والمراد حفظها عن التلف أو على ظهر القلب ، بل يحرم مطالعتها وتدريسها ، بل الظاهر أن حرمة الحفظ لوجوب إتلافها باعتبار دخولها تحت الوضع للحرام وتحت ما من شأنه ترتب الفساد عليه ، بل هى أولى حينئذ بالحرمة من هيأكل العبادة المبتدعة ... »(٥) .

وقال الشيخ الأعظم فى آخر البحث : « ثمّ الحفظ المحرَّم يُراد به الأعمّ من الحفظ بظهر القلب والنسخ و المذاكرة وجميع ماله دخل فى بقاء المطالب المضلّة»(٦) .

وقال المحقق الإيروانى : « مقتضى دليله وجوب العمد إلى إتلاف كتب الضلال ، فيكون المراد من الحفظ عدم التعرض للإتلاف ، لكنّه بعيد من العبارة .

ويُحتمل أن يكون المراد الحفظ من إثبات اليد عليها واقتنائها .

وثالث الإحتمالات الذى هو ظاهر لفظ « الحفظ » حفظه عن التلف ، فيختص بما إذا كان فى عرضة التلف ومتوجّهاً إليه غرق أو حرق فيحفظه عن ذلک ... لكن الأدلة إن تمّت

١- (٥) شرح القواعد ١ / ٢١٦ .

٢- (١) رياض المسائل ٨ / ١٦٤ .

٣- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٤- (٣) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٦) .

٥- (٤) جواهر الكلام ٢٢ / ٥٦ .

٦- (٥) المكاسب المحرمة / ٣٠ - (١ / ٢٣٨) .

قضت بوجوب الإتلاف والعمد إلى المحو والإعلام فى أيّة مكتبة كانت »(١) .

وقال المحقق الأردكانى : « أمّا الحفظ فكانت محتملاته أيضاً ثلاثاً :

الأوّل : أن يراد منه عدم الإتلاف .

الثانى : إثبات اليد عليها .

الثالث : صيانته عن التلف إذا كان فى معرضه كالغرق والحرق .

إلاّ أنّ المستفاد من بعض أدلة حرمة الحفظ هو وجوب الإتلاف ، ولازمه إرادة المعنى الأوّل من الحفظ هنا»(٢) .

وقال شيخنا الأستاذ – مدظله – : « المراد بحفظ كتب الضلال ما يعمّ اقتناءها واستنساخها»(٣) .

وقال بعض أساتيذنا – مدظله – : « أمّا الحفظ فقد مرّ عن المحقق الإيروانى قدس سره فيه ثلاثة احتمالات ، وأنّ الظاهر من الأدلة حرمة الحفظ فى مقابل الإتلاف ، فيجب محو كتب الضلال وإتلافها أينما كانت . ويضاف إليها إحتمال رابع ، وهو حفظها بظهر القلب»(٤) .

أقول : ما المراد بالحفظ هنا ؟ وجوه :

١ – الحفظ بظهر القلب وإيداعها فى الحافظة وقوة الذاكرة .

٢ – إثبات اليد عليها واقتناؤها .

٣ – المحافظة عليها من إتلافها إذا كانت فى معرض التلف أو الإتلاف .

٤ – استنساخها وتكثيرها وطبعها وتوزيعها ، بحيث لا يتمكن أحدٌ من إتلاف هذا المحتوى ، أو فقل فى زماننا هذا إرسالها إلى الإنترنت وإطلاع الناس عليها .

٥ – المراد بالحفظ هنا عدم الإتلاف .

ظاهر العبائر ومقتضى الأدلة هو الأخير ، يعنى أنّ المراد بالحفظ ما يقابل الإتلاف ،

١- (٦) حاشية المكاسب ١ / ١٥١ .

٢- (٧) غنية الطالب ١ / ١٢٢ .

٣- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٤٠ .

٤- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ٩٠ .

وإنّ الحفظ بهذا المعنى العام يشمل غيره من المعانى المذكورة ، فالجميع داخل فى حرمة الحفظ ، والأدلة إذا تمّت تقتضى حرمة جميعها كما صرح بذلک الشيخ الأعظم فى عبارته التى مرّت منّا . واللّه سبحانه هو العالم .

وأما المراد من كتب الضلال

فقال الشيخ الطوسى : « إذا وُجد فى المغنم كتبٌ نظر فيها فإن كانت مباحة يجوز إقرار اليد عليها ، مثل كتب الطب والشعر واللغة والمكاتبات ، فجميع ذلک غنيمة ، وكذلک المصاحف وعلوم الشريعة كالفقه والحديث ونحوه ، لأنّ هذا مال يباع ويشترى كالثياب . وإن كانت كتباً لا تحلّ إمساكها كالكفر والزندقة وما أشبه ذلک ، كلّ ذلک لا يجوز بيعه ، وينظر فيه ، فإن كان ممّا ينتفع بأوعيته إذا غُسل كالجلود ونحوها فإنّها غنيمة ، وإن كان ممّا لا ينتفع بأوعيته كالكاغذ فإنّه يمزق ولا يحرق لأنّه ما من كاغذ إلاّ وله قيمة وكلم التوراة والانجيل

هكذا ، كالكاغذ فإنّه يمزق لأنّه كتاب مغيّر مُبدّل»(١) .

وقال أيضاً : « إذا أوصى بشيءٍ يكتب به التوراة والإنجيل والزبور وغير ذلک من الكتب القديمة ، فالوصية باطلة لأنّها كتب مغيّرة مبدّلة ، قال اللّه تعالى : «يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَن مَّوَاضِعِهِ»(٢) وقال عزّ و جل : «فَوَيْلٌ لِّلَّذِينَ يَكْتُبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِندِ اللّهِ»(٣) ، وهى أيضاً منسوخة ، فلا يجوز نسخها لأنّه معصية ، والوصية بها باطلة ... »(٤) .

أقول : فألحق الشيخ كتب التوراة والإنجيل وغيرهما من الكتب المنسوخة بالكتب الباطلة والضالّة .

وقال العلامة فى مغانم التذكرة : « الكتب التى لهم : فإن كان الإنتفاع بها حلالاً - كالطب

١- (١) المبسوط ٢ / ٣٠ .

٢- (٢) سورة المائدة / ١٣ .

٣- (٣) سورة البقرة / ٧٩ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ٦٣ .

والأدب والحساب والتواريخ - فهى غنيمة ، وإن حرم الإنتفاع بها مثل كتب الكفر والهجو والفحش المحض فلا يترك بحاله ، بل يغسل إن كان على رَقٍّ أو كاغذٍ ثخينٍ يمكن غسله ، ثمّ هو كسائر الأموال ، فإن للممزَّق قيمة وإن قلَّت . وكذا كتب التوراة والإنجيل ، لأنّها مبدَّلة محرَّفة ، فلا يجوز الإنتفاع بها ، وإنّما تُقرّ فى أيدى أهل الذمة لاعتقادهم كما يُقرّون على الخمر . والأُولى أنّها لا تُحرق لما فيها من أسماء اللّه تعالى»(١) .

وقال المحقق الثانى : « والظاهر عدم الفرق فى كتب الضلال بين كتب الأُصول والفروع ، لأنّ ابتناء فروعها على الأُصول الفاسدة ... هذان (التوراة والإنجيل) من كتب الضلال بل من رؤوسها لكونهما محرّفين ... »(٢) .

وقال المحقق الأردبيلى : « ولعلّ المراد بها أعمّ من كتب الأديان المنسوخة والكتب المخالفة للحقّ أُصولاً وفروعاً ، والأحاديث المعلوم كونها موضوعة ، لا الأحاديث التى رواها الضعفاء لمذهبهم ولفسقهم مع إحتمال الصدور ، فحينئذ يجوز حفظ الصحاح الستة مثلاً - غير الموضوع المعلوم - كالأحاديث التى فى كتبنا مع ضعف رواتها لكونها زيديّة وفطحية وواقفية . فلا ينبغى الإعراض عن الأخبار النبوية التى رواها العامة ، فإنّها ليست إلاّ مثل ما

ذكرناها»(٣) .

وقال جدنا الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « وكشف الحال : أنّه ليس الغرض من كتب الضلال ما اشتمل على الضلال فى الجملة ، وإلاّ لم يمكن الرجوع إلى كتب اللغة والعربية والتفسير وغيرها من كتب المقدمات ووجب إتلافها لعدم الخلوّ من ذلک ، ولا ما كان من الكتب مشتملاً على ما يحتاجه الفقيه فى طُرق الإستدلال للإطلاع على مذاهب القوم ممّا يتوقّف عليه ترجيح الروايات بعضها من بعض ، ولا ما كان مستنداً إلى أهل الضلال وكان فيه رشاد كالكتب الأُصولية المشتملة على الضوابط الشرعية الموصلة إلى تحصيل معرفة الاستدلال ، فإنَّ ذلک من الواجبات للتوصل إلى معرفة الأحكام الشرعية .

ص:٩

١- (٥) تذكرة الفقهاء ٩ / ١٢٧ .

٢- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٣- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٥ .

بل المراد - واللّه أعلم - أنّ الكتب التى وضعت للاستدلال على تقوية الضلال يجب إتلافها فضلاً عن غيره - من نسخ و غيره - إلاّ مع قصد الإبطال ونحوه كما ذكرناه ...»(١) .

وقال السيد العاملى : « معرفة كتب الضلال فالظاهر من الأصحاب ما كان كلّها ضلالاً ... وهو الذى تقتضيه حقيقة اللفظ من دون تجوّز ، وهو معقد الإجماع ومصبّ الفتاوى كالتوراة والإنجيل ... وككتب القدماء من الحكماء القائلين بقدم العالم وإيجاب الصانع وعدم المعاد ، وكتب عبدة الأصنام ومنكرى الصانع ، وأمّا كتب البدع فى هذه الملّة فهى أصناف : منها : كتب الجبر ونفى الغرض المفردة التى ليس معها غيرها ... .

وأمّا ما اشتمل على ذلک من کتبهم مع کونه مشحوناً بما یوافق العدلیة - ککتب المعتزلة وبعض کتب الأشاعرة وتفاسیرهم وأُصول فقههم والصحاح الستّ - فلا حرمة ، فیها کما نصّ علی بعض ذلک صاحب إیضاح النافع والبعض الآخر المولی الأردبیلی ... »(۲) .

وقال النراقی : « والمراد بالضلال ما خالف الحقّ واقعاً ، کما یخالف الضروری أو بحسب علم المکلّف خاصة ، وأمّا ما خالفه بحسب ظنّه فلا»(۳) .

وصاحب الجواهر بعد نقل کلام أُستاده کاشف الغطاء ، نَقَلَ کلام صاحب مفتاح الکرامة بعنوان بعض مشایخنا وقال فی نقده : « وفیه : ما عرفت من أنّه لیس فی النصوص هذا اللفظ کی یقتصر علی المنساق منها من کونه معدّاً أو کون مجموعه ضلالاً أو نحو ذلک ، وإنّما العمدة ما سمعته من الدلیل الذی لا فرق فیه بین المعدّ وغیره والکلّ والبعض ، والأصلی والفرعی الذی علم کونه ضلالاً ولو للتقصیر فی الإجتهاد ونحوه . ولعلّ ملاحظة الأصحاب کتب فروع العامة وذکرها فی کتبهم ، لأنّ لها مدخلیة فی تمییز الحق باعتبار ما ورد من الأمر بأخذ ما خالفهم وطرح ما وافقهم ، وهو موقوف علی ذلک ، وهو واضح . کما أنّه قد یقال : بخروج غالب کتب المخالفین والملل الفاسدة عن الضلال فی هذه الأُوقات باعتبار ما وقع من جملة من أصحابنا من نقضها وإفسادها ، فهی حینئذ کالتالفة ، فلا یجب حینئذ إتلافها بمعنی

۱- (۲) شرح القواعد ۱ / ۲۱۸ .

۲- (۳) مفتاح الکرامة ٤ / ٦۲ و ٦۳ - (۱۲ / ۲۰۸ و ۲۰۷) .

۳- (٤) مستند الشیعة ۱٤ / ۱٥۸ .

إعدامها عن الوجود ، بل لا بأس ببيعها وشرائها والاستيجار على كتابتها ونحو ذلک ، ضرورة صيرورتها بذلک كالكلام المنقوض فى كتب أهل الحق مثل الشافى وكشف الحق ونحوهما ، إذ من المعلوم أعمية النقض للأمرين معاً ، فتأمل جيداً .

وليس من كتب الضلال كتب الأنبياء السابقين ما لم يكن فيها تحريف ، إذ النسخ لا يصيّرها ضلالاً ، ولذا كان بعضها عند أئمتنا عليهم السلام مثل الزبور ونحوه من أحسن كتب الرشاد ، لأنّها ليست إلاّ المواعظ ونحوها على حسب ما رأيناها ، واللّه أعلم»(١) .

وقال الشيخ الأعظم قدس سره : « ...فلابدّ من تنقيح هذا العنوان وأنّ المراد بالضلال ما يكون باطلاً فى نفسه ، فالمراد الكتب المشتملة على المطالب الباطلة ، أو أنّ المراد به مقابل الهداية ؟ فيحتمل أن يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال ، وأن يراد ما أُوجب الضلال وإن كان مطالبها حقّة ، كبعض كتب العرفاء والحكماء المشتملة على ظواهر منكرة يدّعون أن المراد غير ظاهرها ، فهذه أيضاً كتب ضلال على تقدير حقيّتها»(٢) .

وقال المحقق التقى الشيرازى : « المنصرف من الضلال : هو الضلال عن الدين بالإنكار أو الشک فى أحد المعارف الخمس وما يتبعها ، ويحتمل أن يراد به فى المقام أعمّ من ذلک وممّا يوجب الإقدام على المعاصى ، كالكتب المصنّفة فى علم السحر والشعبذة والكهانة ونحوها ، ويدلّ عليه عموم بعض الأدلة الآتية»(٣) .

وقال المحقق الإيروانى : « ثمّ المراد من كتب الضلال يُحتمل أن يكون كلّ كتاب وضع على الكذب والباطل فى الأُصول كان أو فى الفروع ، فى الموضوعات كان أو فى الأحكام ، بل كلّ كتاب لم تكن له غايةٌ عقلائيةٌ ، فيشمل ما وضع لأجل التلهّى به - مثل كتب القصص

والحكايات وإن كانت صادقةً .

ويُحتمل أن يكون المراد به كل كتاب أوجب الضلالة والخطأ فى الإعتقاد فى الأُصول أو الفروع أو الموضوعات ، وهذا يجتمع مع حقيّة ما تضمّنه ، وإنّما كانت الضلالة لقصور الناظر

ص:١١

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٥٩ و ٦٠ .

٢- (٢) المكاسب المحرمة / ٣٠ - (١ / ٢٣٥) .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ٧١ .

فيه ، كما ضلّ كثيرون من مطالعة الكتاب العزيز والأحاديث الشريفة . ويُحتمل أن يكون المراد به كلّ كتاب وضع لغرض الإضلال ولغاية إغواء العوام»(١) .

وقال المحقق الخوئى : « ثمّ إنّ المراد بكتب الضلال كلّ ما وضع لغرض الإضلال وإغواء الناس وأوجب الضلالة والغواية فى الإعتقادات أو الفروع ، فيشمل كتب الفحش والهجو والسّخرية وكتب القصص والحكايات والجرائد المشتملة على الضلالة وبعض كتب الحكمة والعرفان والسحر والكهانة ونحوها ممّا يوجب الإضلال»(٢) .

وقال المحقق الأردكانى فى بيان المراد من كتب الضلال : « ففيه ثلاث احتمالات :

الأوّل : أن يكون المراد بها كلّ كتاب مشتمل على الأكاذيب والمطالب الباطلة من الأُصول والفروع و الموضوعات ، فتدخل فيها الكتب المشتملة على الحكايات الكاذبة والقصص المجعولة .

الثانى : أن يكون المراد بها كلّ كتابٍ من شأنه الإضلال كان فى الأُصول والفروع أو الموضوعات ، ويدخل فيه بعض مصنفات بعض العرفاء كمحى الدين لإشتماله على المطالب المنكرة ، وإن ادعى عدم إرادة ظواهرها .

الثالث : أن يُراد بها ما وضع لغرض الإضلال وإغواء العوام ، كالكتب المؤلفة فى الجبر وإثبات المذاهب الفاسدة .

والذى يقوى فى النظر هو المعنى الثانى ، فإنّ غاية ما يُستفاد من الأدلة حرمة حفظ كتب الضلال بهذا المعنى ، فلا يدخل فيها بعض كتب الأشعار المتضمن للأوهام والخيالات والكتب المشتملة على الأُمور المجعولة من القصص والحكايات ، خصوصاً إذا كان الغرض من تأليفها النصيحة والمطالب الأدبية .

والعجب من الشيخ قدس سره أنّه اقتصر على ذكره الوجوه المحتملة للضلال ولم يرجح واحداً منها ، مع أنّه قال : « لابدّ من تنقيح هذا العنوان»(٣) .

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٥١ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٥٤ .

٣- (٣) غنية الطالب ١ / ١٢٢ .

وقال بعض أساتيذنا - مدظله - فى تعليقه على كلام الشيخ الأعظم قدس سره فى معنى الضلال : « احتمل المصنف - كما ترى - فى معنى الضلال ثلاثة إحتمالات ، ولعلّ أظهرها هو الإحتمال الثالث ، ولكن لا بمعنى إيجابه الضلال ولو لفرد ما إحياناً ولجهله وسذاجته ، وإلاّ لزم كون جميع الكتب حتّى مثل القرآن الكريم وكتب الحديث كتب ضلال ، بل بمعنى إيجابه الضلال لكثير ممّن يراجعه من المتوسطين خالى الذهن ، لاشتماله على مطالب باطلة مشابهة للحقِّ مِنْ دون نفعٍ فى وجوده»(١) .

أقول : الظاهر – واللّه العالم – أنّ المراد بكتب الضلال كلُّ ما صُنف أو كُتب لإضلال الناس وإغوائهم وتوجب الضلالة فى الأُصول أو الفروع ، فيشمل أكثر المعانى المذكورة فى كلمات القوم نحو ، كتب القصص والحكايات والجرائد والمجلات التى توجب الفساد والفحشاء فى المجتمع بين آحاده لاسيّما شبابه ، وكتب الهجو والسخريّة والفحش والكذب بالنسبة إلى خدّام المجتمع الإنسانى لاسيما بالنسبة إلى علماء الدين ورجاله ، وبعض كُتب التصوف والعرفان ونحو ذلک .

وأمّا الكُتب السماوية المحرّفة المنسوخة – نحو التوراة والإنجيل وغيرهما – فقد ألحقها الشيخ الطوسى والعلاّمة الحلى وغيرهما من الأصحاب قدس سرهم بكتب الضلال .

والإلحاق جيّدٌ ومتينٌ ، كما مرّت كلماتهم فى مطاوى ما ذكرناه(٢) . ووجود مثل كتاب الزبور الواقعى عند أئمتنا عليهم السلام وأنّ كلّها مواعظ كما ذكره صاحب الجواهر(٣) لا ينافى ما ذكرناه ، لأنّا قيّدنا الكتب السماوية بأمرين : ١ – المحرّفة ٢ – المنسوخة . و من الواضح أن الموجود عندهم عليهم السلام غير المحرّفة .

وأمّا تصانيف المخالفين فى العلوم الإسلامية لا سيّما فى الحديث والتفسير والفقه وأُصوله واللغة والأدب والتاريخ والأخلاق وغيرها ، فلم تكن من مصاديق كتب الضلال إلاّ ما أُلف لإثبات موضوع خاص ، نحو : إثبات تفضيل الخلفاء أو فضائلهم أو الجبر أو غيرها من

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ٩٩ .

٢- (٢) مضافاً إلى ما ذكرناه فراجع إلى تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ للعلامة الحلى .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٦٠ .

العقائد الباطلة أو فروعها .

ولذا قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر : « وأمّا ما كان من كتب أهل الضلال ممّا وضع لمعرفة كيفية الاستدلال أو الاهتداء إلى معرفة معانى الكتاب والسنة والكتب المنسوخة مع

قصد الإطلاع على المواعظ كالزبور ونحوه من كتب الأنبياء أو على التواريخ والسير والأُمور السالفة فلا بأس به وربّما وجب»(١) .

والعجب من العلامة الفقيه السيد مهدى بحر العلوم الطباطبائى المتوفى عام ١٢١٢ قدس سره كيف لم يستقر رأيه فى تحرير موضوع كتب الضلال وحفظها ، فأن تلميذه السيد جواد العاملى قدس سره نقل عنه فى كتابه وقال : « وكان الأُستاذ الشريف قدس اللّه روحه وحشره مع آبائه الطاهرين صلوات اللّه عليهم أجمعين منذ سبعة عشر سنة تقريباً يوم قراءتنا هذه المسألة عنده مستشكلاً فى تحرير الموضوع وخرجنا من عنده ولم يستقر رأيه المبارك على شىءٍ»(٢) .

ويؤيد أنّ المراد بالأُستاذ فى كلام صاحب المفتاح هو بحر العلوم ما ذكره حفيده الفقيه السيد على آل بحر العلوم قدس سره فى كتابه برهان الفقه قال : « إنّما الكلام فى تعيين موضوع الحرمة من حيث المراد بكتاب الضلال كمّاً وكيفاً ومن حيث المراد بحفظها ونسخها ، واختلفت كلماتهم فى ذلك على وجه حكى فى مفتاح الكرامة عن أُستاده جدى العلامة أنّه لم يستقر رأيه على شىء فى تشخيصه عند قراءته عليه ... »(٣) .

وأعجب منه كلام صاحب الحدائق قدس سره حيث تعرض لمشايخ الطائفة وأساطينها وحكم بكون كتب أُصول الفقه من مصاديق كتب الضلال ، وقال فيه ما قال ، ولا يمكننى كتابة مقالته لما فيه من ... فراجعها إن شئت(٤) .

وأجابه السيد العاملى وعدّ كلامه من الضلال المحض الذى يجب إتلافه فراجع مفتاح

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢١٨ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٣ - (١٢ / ٢٠٩) .

٣- (٣) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٢٥ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٤٤ و ١٤٥ .

الكرامة إن شئت(١) .

ولنعم ما قال العلاّمة الجد كاشف الغطاء فى آخر هذا المبحث : « ... فليتأمل فى هذا المقام ، فإنّه من مزالّ الأقدام ، وقد زلّت به قدم بعضُ الأعلام حتّى تسرّى إلى القدح فى أعيان الأعيان ، الذين مَنْ قَدَح فيهم فقد قدح فى الإسلام والإيمان»(٢) .

وهكذا تبعه تلميذه فى الجواهر وقال : « وكيف ما كان فمن الغريب بعد ذلک ما وقع للمحدث البحرانى من إنكار أصل الحكم لعدم نص بالخصوص على ذلک ، حتّى أنّه ربما أساء

الأدب مع الأصحاب الذين هم حفّاظ السنة والكتاب ، نسأل اللّه العفو عنّا وعنه»(٣) .

أقول : قد ذكرت - ولا نقلت - هذه المناظرات لتعلّم آداب صيانة القلم وحفظ أدب البحث لنفسى - لا لغيرى - غفر اللّه لى ولجميع الأصحاب ولصاحب الحدائق قدس سرهم جميع العثرات والزلاّت والآثام وهو العفو الغفور .

الاستدلال على حرمة الحفظ بوجوه

اشارة

قد استدلوا على حرمة الحفظ بوجوه :

الأوّل : الإجماع

ادعى العلامة الحلى قدس سره فى مسألتنا هذه « عدم الخلاف» فى كتابيه المنتهى(٤) وتذكرة الفقهاء(٥) ، واستفاد منه المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان الإجماع وقال : « وقد يكون إجماعيّاً أيضاً يفهم من المنتهى»(٦) .

١- (٥) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٣ - (١٢ / ٢٠٩) .

٢- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٩ .

٣- (١) الجواهر ٢٢ / ٥٧ .

٤- (٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ كتاب التجارة .

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ مسألة ٦٤٩ .

٦- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٥ .

وتبعه فى هذا الفهم صاحب الحدائق وقال : « بل ظاهر المنتهى أنّه إجماع»(١) .

وقال جدنا الشيخ جعفر : « ولنفى الخلاف عنه ممّن لا خلاف فى الإعتماد عليه»(٢) .

وقال السيد الطباطبائى : « مضافاً إلى عدم الخلاف فيها ، بل وعليه الإجماع عن ظاهر المنتهى»(٣) .

وقال النراقى : « على المعروف من مذهب الإصحاب ، بل بلا خلاف بينهم كما فى المنتهى»(٤) .

وقال صاحب الجواهر : « كما صرح به غير واحد ، بل عن التذكرة والمنتهى نفى الخلاف عنه»(٥) .

وقال تلميذه : « فالظاهر الإجماع على حرمته مجملاً وهو الحجة»(٦) .

وقال الشيخ الأعظم : « ... فلا دليل على الحرمة إلاّ أن يثبت إجماع أو يلتزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذى لا يقصر عن نقل الإجماع»(٧) .

يعنى استفاد قدس سره أيضاً من نفى الخلاف ، الاجماع تبعاً للأردبيلى وصاحبى الحدائق والرياض .

واعترض الفقيه اليزدى على الشيخ الأعظم وعلّق على كلامه : « نفى الخلاف الذى لا يقصر عن نقل الإجماع» وقال : « يعنى فى خصوص المقام من جهة الضمائم الخارجية ، وإلاّ فهو فى حدّ نفسه قاصر عنه كما لا يخفى»(٨) .

١- (٥) الحدائق ١٨ / ١٤١ .

٢- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٧ .

٣- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٦٥ .

٤- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٥- (٩) الجواهر ٢٢ / ٥٦ .

٦- (١٠) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٢٥ .

٧- (١) المكاسب المحرمة / ٣٠ - (١ / ٢٣٤) .

٨- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٢٩ .

ويردّ على الإجماع : أولاً : تحصيل الإجماع ممنوع لوجود المخالف وهو صاحب الحدائق ، قال : « وعندى فى الحكم من أصله توقف لعدم النص ، والتحريم والوجوب ونحوهما أحكام شرعية يتوقف القول بها على دليل شرعى ، ومجرد هذه التعليلات الشائعة فى كلامهم لا تصلح عندى لتأسيس الأحكام الشرعية»(١) .

ولكن يمكن أن يجاب عن هذا الإشكال : بأنّ مخالفة المحدث البحرانى قدس سره لا يضرّ بالإجماع على فرض وجوده ، لأنّ وجه مخالفته واضح على مسلكه وصرّح به أيضاً فى كلامه « لعدم وجود النص» كما مرّ منه ، ومثل هذه المخالفة لا يضرّ بالإجماع التعبدى على فرض وجوده كما عليه أساطين الفقه .

وثانياً : لا يُستفاد من عدم الخلاف الذى ادعاه العلامة ، الإجماع خلافاً للأردبيلى وصاحبى الحدائق والرياض والشيخ الأعظم ، وحتّى فى المقام خلافاً للسيد اليزدى فى حاشية المكاسب ، لأنّ نفى الخلاف يتحقق حتّى مع وجود جماعة قليلة تعرضوا لحكم المسألة ولكن الإجماع لم يتحقق بذلك ، فبينهما فرق ، ونفى الخلاف أقل من الإجماع بكثير فى المقام وغيره .

ولذا قال شيخنا الأُستاذ – مدظله – : « ما ذكره من دعوى الإجماع واستفادته من نفى الخلاف غير صحيح ، فإن الإجماع لا يحرز إلاّ فى مسألة تعرض لحكمها معظم الفقهاء أو جميعهم مع اتفاقهم على ذلک الحكم ، ونفى الخلاف يكفى فيه اتفاق جماعة قليلة تعرضوا للمسألة ، فكيف تكون دعوى نفى الخلاف كاشفة عن الإجماع ... »(٢) .

وقال بعض أساتيذنا – مدظله – فى تعليقه على الكلام الذى مرّ من الشيخ الأعظم : « عدم قصور نفى الخلاف عن الإجماع المصطلح ممنوع ، إذ يمكن عدم عنوان المسألة إلاّ من قبل جمع قليل لا يكشف اتفاقهم وعدم خلافهم عن تلقى المسألة عن المعصومين عليهم السلام »(٣) .

وثالثاً : على فرض وجود الإجماع حتّى المحصَّل منه فى المقام لا يفيد شيئاً ، لأنّه من

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٤١ .

٢- (٤) إرشاد الطالب ١ / ١٤٢ .

٣- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ٩٩ .

المحتمل جداً أن يكون مدركيّاً كما اعترف بذلک المحققون نحو : السيد الخوئى قدس سره (١) والأُستاذان(٢) - مدظلهما - .

الثانى : حكم العقل

بتقريب : أن العقل حاكم بوجوب قلع وحسم مادة الفساد ، ولا فساد أكبر من الضلالة .

واعترض عليه المحقق الإيروانى بقوله : « العقل لو حكم بذلک لحكم بوجوب قتل الكافر ، بل مطلق مَنْ يضلّ عن سبيل اللّه بعين ذلک الملاک ولحكم أيضاً بوجوب حفظ مال الغير عن التلف ، لكن حكمه بذلک ممنوع والمتيقّن من حكمه هو حكمه بقبح إلقاء الفساد ، ومصداقه فيما نحن فيه تأليف كتب الضلال ، لا حفظ المؤلَّف منها ، أو عدم التعرّض لإتلافها ، أو إثبات اليد عليها»(٣) .

أقول : الإعتراض غير وارد ، لأنّ بعد قبول حكم العقل بقبح إلقاءِ الفساد ، فمن الفساد إلقاء الضلالة والغواية ، ومن مصاديق إلقاء الضلالة تأليف كتب الضلال لأجل انحراف الناس عن دين اللّه تعالى . وبعد قبول كلّ ذلک فلا فرق بين تأليف كتب الضلال وطبعها ونشرها وبيعها وحفظها عن التلف ، لأنّ كل ذلک يوجب إلقاء الضلالة والغواية والعقل حاكم بقبح إلقاء الفساد وقلع مادته .

وأمّا نقضه قدس سره : بوجوب قتل الكافر بل مطلق مَن يضلّ عن سبيل اللّه أيضاً فغير تام ، لأنّ وجود الكافر ومطلق من يضل عن سبيل اللّه لا يوجب ضلالة الآخرين بل هو بنفسه ضالّ . نعم لو كان مضِلاّ يوجب ضلالة الآخرين مع أقواله وأعماله وكتاباته وكلّ ما صدر

عنه ، صار مصداقاً لما يوجب الضلالة ويجرى عليه حكمه . فما ذكره المحقق الإيروانى رداً للإستدلال غير تام .

نعم ، يرد على هذا الاستدلال ما ذكره المحقق الخوئى من قوله : « إنّ مدرک حكمه (أى

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٥٧ .

٢- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٤٢ ودراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ٩١ .

٣- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٥٢ .

حكم العقل) إن كان هو حسن العدل وقبح الظلم - بدعوى أن قلع مادة الفساد حسن وحفظها ظلم وهتک للشارع - فيرد عليه : أنّه لا دليل على وجوب دفع الظلم فى جميع الموارد ، وإلاّ لوجب على اللّه وعلى الأنبياء والأُوصياء الممانعة عن الظلم تكويناً ، مع أنّه تعالى هو الذى أقدر الإنسان على فعل الخير والشر وهداه السبيل إمّا شاكراً وإمّا كفوراً .

وإن كان مدرک حكمه وجوب الإطاعة وحرمة المعصية لأمره تعالى بقلع مادة الفساد فلا دليل على ذلک إلاّ فى موارد خاصة ، كما فى كسر الأصنام والصلبان وسائر هياكل العبادة ... .

نعم ، إذا كان الفساد موجباً لوهن الحقّ وسدّ بابه وإحياء الباطل وتشييد كلمته وجب دفعه لأهمّيّة حفظ الشريعة المقدسة ، ولكنّه أيضاً وجوب شرعى فى مورد خاص ، فلا يرتبط بحكم العقل بقلع مادة الفساد»(١) .

وتبعه تلميذه وقال : « حكم العقل غير مسلَّم وإلاّ لاستقل العقل بإزالة كلِّ ما فيه أو منه الفساد ، كالهجوم على أهل الكفر والشرک ومحو شوكتهم ومعابدهم وكتبهم ، فإنّهم وما معهم منشأ الفساد على الأرض ، ولا استقلال للعقل بذلک ، ووجوب الجهاد حكم شرعى تعبدى لا لحكم العقل بلزوم قهر الناس على الإيمان مع أنّ الدنيا دار إمتحان يكون فيها الخيار بين الهدى والضلال والكفر والإيمان»(٢) .

الثالث : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ

الثالث : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً أُولَئِکَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»(٣) .

قال الشيخ الطوسى فى تفسير الآية الشريفة : « قيل فى معناه قولان :

أحدهما : أنّه يشترى كتاباً فيه لهو الحديث .

الثانى : أنه يشترى لهو الحديث عن الحديث .

واللهو : الأخذ فى ما يصرف الهمّ من غير الحقّ ... والحديث : الخبر عن حوادث

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٥٤ و ٢٥٥ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤٠ .

٣- (٣) سورة لقمان / ٦ .

الزمان . ... وقيل : كلّما كان من الحديث ملهياً عن سبيل اللّه الذى أُمر باتباعه إلى ما نهى عنه فهو لهو الحديث .

وقيل : الآية نزلت فى النضر بن الحارث بن كلدة ، كان اشترى كتباً فيها أحاديث الفرس من حديث رستم واسفنديار ، فكان يلهيهم بذلک ويطرف به ، ليصدّ عن سماع القرآن وتدبّر ما فيه .

وقوله : «لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» أى ليتشاغل بما يلهيه عن سبيل اللّه ... .

وقوله : «وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً» أى يتخذ سبيل اللّه سخرية ، فلا يتبعها ويشغل غيره عن اتباعها ... »(١) .

وفی المطبوع من تفسیر القمی : « فی روایة أبی الجارود عن أبی جعفر علیه السلام فی قوله : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ»: فهو النَّضْر بن الحارث بن عَلْقَمَة بن كَلَدَة من بنی عبد الدار بن قصّی ، وكان النضر راوياً لأحاديث الناس وأشعارهم ، يقول اللّه عزّ وجل : «وَإِذَا تُتْلَى عَلَيْهِ آيَاتُنَا وَلَّى مُسْتَكْبِراً كَأَن لَّمْ يَسْمَعْهَا كَأَنَّ فِی أُذُنَيْهِ وَقْراً فَبَشِّرْهُ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ»(۲)»(۳)

.

وقال الطبرسی : « نزل قوله «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِيثِ» فی النضر ابن الحرث بن علقمة بن كلدة بن عبد الدار بن قصی بن كلاب ، كان يتّجر فيخرج إلی فارس فيشتری أخبار الأعاجم ويحدّث بها قريشاً ويقول لهم : إنّ محمداً يحدّثكم بحديث عاد وثمود وأنا اُحدّثكم بحديث رستم وإسفنديار وأخبار الأكاسرة ، فيستعمون حديثه ويتركون استماع القرآن ، ... وروی أيضاً عن أبی عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : هو الطعن فی الحقّ والإستهزاء به وما كان أبو جهل وأصحابه يجيئون به ، إذ قال : يا معشر قريش ألا اُطعمكم من الزقوم الذی يخوّفكم به صاحبكم ، ثمّ أرسل إلی زبد وتمر فقال : هذا هو الزقوم الذی يخوّفكم به ، ... فعلی هذا يدخل فيه كلّ شیءٍ يلهی عن سبيل اللّه وعن طاعته من الأباطيل والمزامير والملاهی

۱- (۱) التبيان ۸ / ۲۷۱ و ۲۷۲ .

۲- (۲) سورة لقمان / ۷ .

۳- (۳) تفسير القمی ۲ / ۱٦۱ .

والمعازف ويدخل فيه السخرية بالقرآن واللغو فيه كما قاله أبو مسلم ، والتُرَّهات والبَسابِس(۱) علی ما قاله عطا ، وكلّ لهو ولعب علی ما قاله قتادة ، والأحاديث الكاذبة

والأساطير الملهية عن القرآن علی ما قاله الكلبی ... »(۲) .

هذا ما ذكره أعلام التفسير فى ذيل الآية الشريفة وأمّا تقريب الاستدلال بها :

أستفيدت من الآية الشريفة : حرمة كلّ ما يقع فى طريق الإضلال ، ومنه حفظ كتب الضلال .

وقال المحقق الأردكانى فى تقريب الاستدلال بها : « إنّ الآية وإن كانت ظاهرة فى ترتب الضلالة فى الفروع على اشتراء اللهو وهى الإعراض عن طاعة اللّه عزّ وجل والإقدام على المعاصى البدنية الناشئة من تهييج القوى الشهوية الحاصل من الملهيات ، والمدعى أعم منها ومن الضلالة فى الأُصول ، إلاّ أنّه يتمّ المدعى بالأولوية القطعية وعدم القول بالفصل . ويمكن أن يقال : إن العبرة بإطلاق العلة وقضيته مبغوضيّة كلّما يوجب الضلالة كان فى الأُصول أو فى الفروع ، ومن مصاديقه كتب الضلال ، فالعلّة هنا معمِّمة ولا اعتبار بخصوصية المورد ، ويلزم من مبغوضية وجود ما يوجب الضلالة وجوب إتلافه»(٣) .

وفيه : أن ما ذكره هذا المحقق الجليل قدس سره من ادعاء ظهور الآية الشريفة فى ترتب الضلالة فى الفروع ثم عمّم الحكم فى الأُصول بالأولوية القطعية وعدم القول بالفصل ، غير تام لأنّ ظهور الآية الشريفة مع مراجعة شأن نزولها إمّا ظاهر بترتب الضلالة فى الأُصول فقط أو الأعم من الأُصول والفروع ، والثانى يؤيَّد بمراجعة الروايات الواردة فى ذيل الآية الشريفة المفسرة بالغناء .

فلا نحتاج إلى ظهور الآية الشريفة فى ترتب الضلالة فى الأُصول إلى ما ذكره قدس سره من الأولوية القطعية وعدم القول بالفصل وإن كان كلاهما موجودين . نعنى اننا نستشكل عليه ادعاء ظهوره ، وعليه لا ندرى كيف يردّ بيانه . هذا ما ذكره المحقق الإيروانى من الإشكال

١- (٤) الترهات البسابس : الأباطيل والكذب .

٢- (١) مجمع البيان ٧ / ٣١٣ .

٣- (٢) غنية الطالب ١ / ١٢٣ .

الآتى ؟ !

ثم يردّ على الاستدلال بالآية الشريفة :

أولاً : قال الإيروانى : « الظاهر أنّ المراد بالإشتراء هو التعاطى ، وهو كناية عن التحدث ، به وهذا داخل فى الإضلال عن سبيل اللّه بسبب التحدّث بلهو الحديث ، ولا إشكال فى حرمة الإضلال ، وذلک غير ما نحن فيه من إعدام ما يوجب الإضلال»(١) .

وثانياً : قال الخوئى : « ... إذا سلمنا ذلک فالمستفاد من الآية حرمة اشتراء كتب الضلال ، ولا دلالة فيها على حرمة إبقائها وحفظها بعد الشراء ، كما أن التصوير حرام وأمّا اقتناؤه فليس بحرام ، والزنا حرام وتربية أولاد الزنا ليس بحرام ... »(٢) .

وثالثاً : ما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله - : « على تقدير كون المراد بالإشتراء ما يعم مطلق الأخذ والإقتناء ، فلا تكون فى الآية دلالة على الحرمة فيما إذا لم يكن غرضه إضلال الناس وميلهم عن الهداية ، كما إذا جعل الكتاب المزبور فى مكتبته حتّى يكون فيها من كلّ باب كتاب»(٣) .

الرابع : قوله تعالى : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»

(٤) .

بتقريب : أن الشيخ الطوسى قال فى تفسير الآية : « يعنى الكذب ، وروى أصحابنا أنّه يدخل فيه الغناء وسائر الأقوال الملهية بغير حق»(٥) .

الآية الشريفة أمرت باجتناب قول الزور ، والمراد به الكذب والباطل ، والعرف لا يرى فرقاً بين الكذب والباطل وقول الزور إذا كان مقولاً بالقول أو مكتوباً بالقلم ، وحكمت بأنّ كلاهما قول الزور ويجب الاجتناب عنه . فتدخل كتب الضلال فى قول الزور الذى أُمرنا بالاجتناب عنه .

١- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٥٢ .

٢- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٥٥ .

٣- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤٠ .

٤- (٣) سورة الحج / ٣٠ .

٥- (٤) التبيان ٧ / ٣١٣ .

ولذا قال صاحب الجواهر : « بل قد يُستفاد حرمته أيضاً ممّا دل على وجوب اجتناب قول الزور ولهو الحديث والكذب والافتراء على اللّه ... »(١) .

وقال الشيخ الأعظم فى الاستدلال على حرمة حفظ كتب الضلال : « ... والأمر بالاجتناب عن قول الزور ... »(٢) .

وقال المحقق التقى الشيرازى : « وحاصله : أنّ المستفاد من أمثال تلك العبارات الاجتناب عن مطلق ما يدلّ على الباطل قولاً كان أو كتابة ، وكذا حجية كلّ صادر من العادل ممّا يحكى عن الواقع قولاً كان أو فعلاً»(٣) .

وقال السيد اليزدى : « ... يمكن دعوى شمول الآية وعمومها ، فإنّ مقتضى إطلاق الاجتناب عن قول الزور الاجتناب عنه بجميع الأنحاء ، الذى منها ما نحن فيه ، فتأمل»(٤) .

وفيه : أنه يُستفاد من الآية الشريفة الاجتناب من قول الزور ، يعنى عدم إيجاد الكذب والإفتراء والباطل بالقول والتكلّم والحديث ، وغاية الأمر أن تدخل الكتابة بهذه الأُمور تحت الآية الشريفة ، ومع ذلك لا تدلّ على لزوم إتلاف القول أو التكلّم والكتابة إذا كان لهما البقاء ، نحو ضبطهما فى الأشرطة والكتاب .

وبالجملة ، حرمة الإيجاد لا تدلّ على وجوب الإتلاف إذا كان للشيءِ بقاءٌ ، كما أنّ حرمة إيجاد التصوير لا تدلّ على لزوم فناء الصورة وحرمة اقتنائها .

والحاصل : وجوب إتلاف كتب الضلال لم يُستفد من الآية الشريفة .

الخامس : رواية تحف العقول

فقرات من رواية تحف العقول تدلّ على حرمة حفظ كتب الضلال :

منها : قوله عليه السلام : « ... فهذا كلّه حرام ومحرَّم لأن ذلک كلّه منهى عن ... والتقلب فيه بوجهٍ من الوجوه لما فيه من الفساد فجميع تقلّبه فى ذلک حرام ، وكذلک بيع ملهوٍّ به وكل منهيٍّ

١- (٥) الجواهر ٢٢ / ٥٦ .

٢- (٦) المكاسب المحرمة / ٢٩ - (١ / ٢٣٣) .

٣- (٧) حاشية المكاسب ١ / ٧٢ .

٤- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٢٨ .

عنه ممّا يتقرَّب به لغير اللّه ، أو يقوى به باب من أبواب الضلالة أو باب من أبواب الباطل أو باب يوهن به الحقّ فهو حرام محرّم ، حرام بيعه وشراؤُهُ وإمساكه ومِلْكُهُ وهبته وعاريته وجميع التقلب فيه ، إلاّ فى حال تدعو الضرورة فيه إلى ذلک»(١) .

ومنها : قوله عليه السلام : « إنّما حرم اللّه الصناعة التى حرام هى كلّها التى يجىءُ منها الفساد محضاً ، نظير البرابط والمزامير والشطرنج وكلّ ملهوٍّ به والصلبان والأصنام وما أشبه ذلک ... »(٢) .

بتقريب : أن من الواضح أن كتب الضلال ممّا يقوى به الضلالة و ممّا يتقرَّب به لغير اللّه ومن أبواب الباطل وممّا يوجب وهن الحقّ ، فهو حرام محرَّم جميع التقلب فيه ، ومن التقلب فيه حفظها وعدم إتلافها وإمساكها .

وهكذا لا يترتب على كتب الضلال إلاّ الضلالة والفساد ، ولا يجيئ منها إلاّ الفساد محضاً « فحرام تعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه وجميع التقلب فيه من جميع وجوه

الحركات كلّها»(٣) ، فحفظ كتب الضلال وعدم إتلافها حرامٌ .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب إرسال الرواية واضطرابها ، بل عدم ثبوت كونها رواية .

وثانياً : حرمة الصناعة لا تلازم وجوب إتلاف المصنوع ، كما فى حرمة التصوير وجواز إبقائها .

وثالثاً : بين حفظ كتب الضلال وتقوية الكفر وإهانة الحقّ عموم من وجه ، إذ قد لا يترتب عليه تقوية الكفر وإهانة الحقّ كما هو واضح .

ورابعاً : الحفظ لا يصدق عليه عنوان التقلّب ، لاسيما إذا كان غرض الحافظ عدم وقوع كتب الضلال فى أيدى الناس حتّى توجب ضلالتهم .

وخامساً : « لا تعمّ الرواية ما إذا كانت فى استنساخ كتب الضلال واقتنائها مصلحة

١- (٢) تحف العقول / ٣٣٣ .

٢- (٣) تحف العقول / ٣٣٥ .

٣- (١) اقتباس من رواية تحف العقول / ٣٣٦ .

مباحة غير نادرة» كما ذكره شيخنا الأستاذ – مدظله –(١) .

وأمّا إشكال المحقق الإيروانى قدس سره على الاستدلال بالرواية بأنّ موردها هى الصنعة(٢) غير تام .

لأنّ مورد الفقرة المذكورة الثانية هى الصناعة ، وأمّا مورد الفقرة الأولى فليست بالصناعة ، بل موردها التجارات بالمعنى الأعم .

السادس : حسنة أو صحيحة عبد الملك بن أعين

صحيحة عبد الملك بن أعين الماضية فى بحث النجوم ، قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّى قد ابتليت بهذا العلم فأُريد الحاجة ، فإذا نظرتُ إلى الطالع ورأيتُ الطالع الشر جلستُ ولم أذهب فيها ، وإذا رأيت الطالع الخير ذهبت فى الحاجة ، فقال لى : تقضى ؟ قلت : نعم ، قال : أحرق كتبك(٣) .

بتقريب : أن أمر الإمام عليه السلام بإحراق كتبه فى علم النجوم مع القضاء على طبقها ، وكتب الضلال لا تقلّ من كتب النجوم إفساداً ، فإذا وجب إحراق كتب النجوم وإتلافها ، يجرى الحكم فى كتب الضلال بطريق أولى ، فوجب إتلافها وحرم حفظها .

وفيه : أولاً : لم يأمر الإمام عليه السلام بإحراق كتب النجوم مطلقاً ، بل استفسر من عبد الملك أنّه يقضى ؟ فقال : نعم ، ثم أمر الإمام عليه السلام بالإحراق ، وقد سبق فى بحث النجوم فى ذيل الرواية أنّ أمر معاش عبد الملك إختل بجهة هذه الكتب والإعتماد عليها ، ولذا أمر عليه السلام بالإحراق لأجل نجاته من هذا الإختلال . فالرواية لاتدلّ على لزوم إحراق مطلق كتب النجوم حتّى يتعدى المستدِل منها إلى كتب الضلال .

وثانياً : لو سلمنا وذهبنا إلى التعدى من كتب النجوم إلى كتب الضلال وقلنا أنّ كتب النجوم من إحدى مصاديق كتب الضلال ، مع ذلك لا يمكن القول بوجوب إتلاف كتب الضلال مطلقاً وحرمة حفظها كذلك ، لأنّ الإمام عليه السلام فصّل بين القضاء وعدمه ، والتفصيل قاطع

١- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤١ .

٢- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٥٣ .

٣- (٤) الفقيه ٢ / ٢٦٧ ح ٢٤٠٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٠ ح ١ .

للشركة ، وهو جواز الحفظ مع عدم الحكم .

السابع : صحيحة أبى عبيدة الحذَّاء

نقل الكلينى عن على بن إبراهيم عن أحمد بن محمد البرقى عن محمد بن عبد الحميد عن العلاء بن رزين عن أبى عبيدة الحذّاء عن أبى جعفر عليه السلام قال : من علّم باب هدى فله مثل أجر من عمل به ولا ينقص أولئک من أُجورهم شيئاً ، ومن علّم باب ضلال كان عليه مثل أوزار مَنْ عمل به ولا ينقص أولئک من أوزارهم شيئاً(١) .

بتقريب : أن سند الرواية كما ترى صحيح ، وهى تدلّ على حرمة تعليم وتعلّم الضلال ، ولم يحرم هذا التعليم والتعلّم إلاّ من جهة أنّهما يوجبان الضلال ، فكلّ أمر يوجب الضلال فهو حرام ، ومنها حفظ كتب الضلال ، فصار حراماً .

وقد استدل على الحرمة بهذه الرواية الفاضل النراقى فى المستند(٢) من دون البحث فى السند سندها وتقريب الاستدلال .

وفيه : الصحيحة دالة على حرمة تعليم وتعلّم الضلال وعلى المعلّم أوزار المتعلّمين من دون نقص من أوزارهم ، ولكن لا تدلّ على وجوب إتلاف كلّ شيءٍ يوجب الضلال ، وإلاّ لزم القول بوجوب إتلاف معلّم الضلال أيضاً ولم يقل به أحد . فالصحيحة لا تدلّ على حرمة حفظ كتب الضلال .

الثامن : حرمة الإعانة على الإثم

الضلال وما يوجبه إثمٌ وحفظ كتب الضلال حيث يوجب الضلالة نوع إعانة على

الإثم ، وحرمة الإعانة على الإثم واضح ، فحفظ كتب الضلال بما أنّه إعانة على الإثم حرام . ذهب إلى هذا الاستدلال السيد العاملى وقال : « ... إن فى ذلک نوع إعانة على الإثم ... »(٣) .

وفيه : أولاً : قد مر منّا عدم حرمة كلّ إعانة على الإثم ، وما هو الحرام ليس إلاّ التعاون على الإثم .

١- (١) الكافى ١ / ٣٥ ح ٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٦ / ١٧٣ ح ٢ - الباب ١٦ من أبواب الأمر والنهى .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٣- (١) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٧) .

وثانياً : لو سلّمنا حرمة الإعانة على الإثم ، الدليل أخص من المدعى ، لأنّ حفظها لا يلازم الضلال دائماً كما هو واضح ، فبهذه القاعدة لا يمكننا الحكم بحرمة الحفظ مطلقاً ، كما قال الفاضل النراقى : « والتمسک بحرمة المعاونة على الإثم غير مطّرد»(١) .

التاسع : أنّها مشتملة على البدعة

كتب الضلال مشتملة على البدعة ويجب دفعها من باب النهى عن المنكر ، كما ذهب إلى هذا الاستدلال المحقق الأردبيلى(٢) وتبعه السيد العاملى(٣) .

وفيه : أولاً : نهى المنكر واجب ، ولكن وجوب دفعه أيضاً ، محل تأمل بل منع كما مرّ منّا سابقاً .

وثانياً : على فرض وجوب دفع المنكر « أنّ المراد بالمنكر فى المقام هو الفعل المحرَّم الذى يصدر من الشخص ، لا الأباطيل والأكاذيب المكتوبة فى الكتب ، فلا دليل على وجوب إتلافها» كما قاله بعض أساتيذنا - مدظله -(٤) .

العاشر : كتب الضلال ليست بأقل ضرراً من هياكل العبادة

كتب الضلال ليست بأقل ضرراً من هياكل العبادة المبتدعة ، فكما يجب إتلافها يجب اتلاف كتب الضلال أيضاً ويحرم حفظها .

قال فى الجواهر : « بل هى أولى حينئذ (يعنى حين ترتب الفساد) بالحرمة من هياكل العبادة المبتدعة»(٥) .

ومال إلى هذا الاستدلال أيضاً الفقيه اليزدى فى تعليقته على المكاسب(٦) .

وفيه : أن هياكل العبادة ووجوب إتلافها مورداً للنصوص ، وهى فى حقِّ كتب

١- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٢- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٥ .

٣- (٤) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٧) .

٤- (٥) دراسات فى المكاسب المحرّمة ٣ / ٩٨ .

٥- (٦) الجواهر ٢٢ / ٥٦ .

٦- (٧) راجع حاشية المكاسب ١ / ١٢٨ .

الضلال مفقودة كما اعترف بذلک صاحب الحدائق وقال : « وعندی فی الحکم من أصله توقف لعدم النص»(١) ، فقیاسها بها مع الفارق .

نعم ، إذا ترتب الضلال فعلاً علیها یجب إتلافها بحکم العقل والشرع ، ولکن هذا غیر حرمة حفظها مطلقاً .

تلک عشرة کاملة من الأدلة علی حرمة حفظ کتب الضلال ووجوب إتلافها ، وأنت تری عدم تمامیتها ، ومع ذلک نقول : إذا ترتب الضلال والغواية فعلاً علیها وجب إتلافها ، وهکذا إذا کانت فی مَعْرض هذا الترتب ، وهذا بحکم العقل والشرع الناهیان عن الضلال والفساد کما مرّ منّا آنفاً . وهذا الحکم هو المشهور بین الأصحاب ، بل ادعی علیه الإجماع ، ولذا قال السید العاملی فی ثبوت هذا الحکم : « فلا تصغْ إلی ما بَرْقَشَهُ(٢) بعضُ متأخری المتأخرین من الخرافات وأورده من التُرَّهات»(٣) .

والحاصل ، وجوب إتلاف کتب الضلال وحرمة حفظها مطلقاً ممّا لا دلیل علیه ، إلاّ إذا کان ترتب الضلال علیها فعلیّاً أو کان فی معرض ترتب الضلال ، واللّه العالم .

موارد الإستثناء علی القول بوجوب الاتلاف مطلقاً

القائلون بحرمة الحفظ ووجوب الإتلاف قد ذکروا موارد یستثنون الحکم فیها ، ولکن علی ما سلکناه من عدم الإطلاق فی وجوب الإتلاف وحرمة الحفظ ، هذه الموارد علی طبق القاعدة ، ونفس وجود هذه الموارد دلیل علی عدم إطلاق فی المقام ، وأمّا موارد الاستثناء :

استثنی ابن إدریس الحلی من حرمة حفظ کتب الضلال مورداً ، وهو : « من غیر نقض لها»(٤) .

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٤١ .

٢- (٢) برقشه فى الكلام : خلط .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٧) .

٤- (٤) السرائر ٢ / ٢١٨ .

وأضاف العلاّمة أمراً آخراً فصار أمرين : « ١ - لغير النقض ٢ - أو الحجة»(١) .

وقال ثانى الشهيدين توضيحاً : « لمن له أهليتها لا مطلقاً خوفاً على ضعفاء البصيرة

من الشبهة»(٢) .

وقال المحقق الثانى فى تعليقه على كلام العلامة : « أى : نقض مسائل الضلال ، أو الحجة على مسائل الحقّ من كتب الضلال ، وظاهره حصر جواز الحفظ والنسخ فى الأمرين ، والحقّ أنّ فوائده كثيرة ، فلو أُريد نقل المسائل أو الفروع الزائدة أو معرفة بعض أُصول المسائل أو الدلائل ونحو ذلک جاز الحفظ و النسخ أيضاً ، لمن له أهلية النقض لا مطلقاً ، لأنّ ضعفاء البصيرة لا يؤمَنُ عليهم خلل الإعتقاد»(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « ... وكذا بيعها وسائر التكسب بها ، على أنّه يجوز كلّه للأغراض الصحيحة ، بل قد يجب كالتقية والنقض والحجة واستنباط الفروع ونقل أدلّتها إلى كتبنا وتحصيل القوة وملكة البحث لأهلها»(٤) .

وقال جدنا الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى شرحه على كلام العلامة : « وأمّا لهما (أى للنقض بها أو الحجة على أهلها) فربّما وجب ، إذ الجهاد بالأقلام أعظم نفعاً من الجهاد بالسهام ، وإتلاف بعض آحادها لا يقضى برفع فسادها ، والإبطلال لكلّها إنّما يتحقق بإبطالها من أصلها ، وحيث أن مقصد الشرع فيها الإبطال كان الأقوى فى حصوله الردّ بطريق الاستدلال»(٥) .

وقال السيد الطباطبائى : « لغير النقض لها والحجة على أربابها بما اشتملت عليه ممّا يصلح دليلاً لإثبات الحق أو نقض الباطل لمن كان من أهلهما ، ويلحق به الحفظ للتقية أو

١- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٣ - تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ - منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٢- (١) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٧ .

٣- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٤- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٦ .

٥- (٤) شرح القواعد ١ / ٢١٧ .

لغرض الاطلاع على المذاهب والآراء ليكون على بصيرة فى تمييز الصحيح عن الفاسد ، أو لغرض الإعانة على التحقيق ، أو تحصيل ملكة للبحث والاطلاع على الطرق الفاسدة ليتحرّز عنها ، أو غير ذلک من الأغراض الصحيحة كما ذكره جماعة ، وينبغى تقييده بشرط الأمن على نفسه من الميل إلى الباطل بسببها ، وأمّا بدونه فمشكل مطلقاً ، لاحتمال الضرر الواجب الدفع عن النفس ولو من باب المقدمة إجماعاً»(١) .

وقال الفاضل النراقى بعد استثناء التقية والموردين : « وفاقاً لصريح المشهور ، لما رواه

الشيخ الحر فى الفصول المهمة عن الصادق عليه السلام : « أنَّ كل شيءٍ يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كلّه حلال بيعه وشراؤه وإمساكه واستعماله وهبته وعاريته »(٢) . ومقتضى ذلک وإن كان استثناء كلّ ما إذا ترتب عليه مقصد صحيح ، كتحصيل البصيرة بالاطلاع على الآراء والمذاهب وتمييز الصحيح من الفاسد والاستعانة على التحقيق وتحصيل ملكة البحث و النظر وغير

ذلک - كما ذكره المحقق الثانی وصاحب الكفاية(٣) - إلاّ أن ضعف الرواية وعدم انجبارها إلاّ فی النقض والاحتجاج يمنع من استثناء غيرهما»(٤) .

أقول : وأنت ترى أن النراقی حصر الاستثناء فی الموردين المشهورين ، وفيه ما لا يخفى على أهله .

وتبعه صاحب الجواهر وقال : « ... ومنه يظهر الوجه فی استثناء النقض ، لأنه إتلاف لكلّها الذی هو أُولى من إتلاف آحادها الغير المقتضى لرفع فسادها بخلاف ردّها بطريق الاستدلال ، وأمّا الحجة على أهلها فإن رجع إلى ذلک وإلاّ كان استثناؤه لا يخلو من إشكال ... »(٥) .

١- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٤ .

٢- (١) تحف العقول / ٣٣٣ .

٣- (٢) الكفاية / ٨٦ من الطبع الحجرى (١ / ٤٣٦ و ٤٣٥ من طبعة جماعة المدرسين) .

٤- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ و ١٥٨ .

٥- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥٧ .

أقول : لا أدرى كيف فرّق قدس سره بين النقض والرد بطريق الاستدلال ؟ وهكذا الحجة على أهلها إن لم يرجع إلى النقض ، فكيف صار استثناؤه لا يخلو من إشكال ؟ مع تعرض مشهور الأصحاب لهذه الاستثناء .

وبالجملة ، لا ينحصر الاستثناء بالموردين المشهورين ، بل يمكن التعدى إلى غيرهما من المنافع والفوائد ، وقد مرّ منّا فی ضمن نقل كلمات الأصحاب بعضها ، ونفس وجود هذه المستثنيات دال على أنّ الحكم بوجوب إتلاف كتب الضلال أو حرمة حفظها ليس بمطلق بل ينحصر بموارد خاصة

، كما مرّ منّا فى أوّل هذا البحث ، أعنى فى صورة ترتب الإضلال ، خارجاً أو فقل : غاية الأمر فى صورة معرضيتها لترتب الإضلال .

تنبيه : لا يخلو من فائدة

قال الفقيه اليزدى : « مقتضى الوجوه المذكورة وجوب تفويت جميع ما يكون موجباً

للضلال ولا خصوصية للكتب فى ذلک ، فيحرم حفظ غيرها أيضاً مما من شأنه الإضلال كالمزار و المقبرة والمدرسة ونحو ذلک ، فكان الأولى تعميم العنوان ، ولعلّ غرضهم المثال ، لكون الكتب من الأفراد الغالبة لهذا العنوان . نعم يمكن الاستدلال على الخصوصية برواية الحذّاء : من علّم باب ضلال كان عليه مثل وزر من عمل به ، فتأمل»(١) .

وتبعه المحقق الأردكانى وقال : « ويمكن أن يقال : إنّ العبرة بإطلاق العلّة وقضيته مبغوضية كلّما يوجب الضلالة كان فى الأُصول أو الفروع ، ومن مصاديقه : كتب الضلال ، فالعلّة هنا معمّمة ولا اعتبار بخصوصية المورد ، ويلزم من مبغوضية وجود ما يوجب الضلالة وجوب إتلافه»(٢) .

أقول : الأدلة لو تمت تقتضى ما ذكره المحققان ، ولكنّها لم تتم . وأمّا رواية الحذاء لا تقدر على التخصيص لو تم التعميم ، ولعلّ أمره بالتأمل إشارة إليه . ومع ذلک كلِّه يمكن أن

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٢٧ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ١٢٣ .

يقال : إذا ترتب على وجود شيءٍ إضلال الناس فعلاً وتوقّف منع إضلالهم خارجاً على إتلاف الشيء ، وجب إتلافه لمنعهم من الضلال وإرشادهم إلى الهداية ، والحمد للّه رب العالمين .

حرمة حلق اللحية

اشارة

لم يتعرض الشيخ الأعظم قدس سره لمسألتنا هذه ، مع أنّها من المسائل المبتلى بها فى عصرنا الحاضر وقد يكتسب بها ، فإن ذهبنا إلى حرمة حلقها فالاكتساب بها أيضاً حرام فلذا تصدينا للبحث عنها بإذن اللّه تعالى وعونه ، ونقول :

لم يتعرض القدماء من أصحابنا لهذه المسألة فى كتبهم ، ولعل سرّ عدم تعرضهم لذلک أنّ المنع عندهم واضح وسيرة المتشرعة أيضاً كانت على وجود اللحى وعدم حلقها ، ولذا لم يحتاجوا إلى ذكر المسألة والبحث حولها .

وأمّا متأخر المتأخرين من أصحابنا فابتلوا بها ، ولذا بحثوا عنها وكتبوا حولها رسائل مستقلة(١) وأفتى المشهور منهم بالحرمة بل كاد أن يكون إجماعاً . ونذكر هنا بعض كلماتهم لتكون على بصيرة من الأمر :

الأقوال فيها :

١ - قال يحيى بن سعيد الحلى : « ويكره القَزَع ، وقال صلى الله عليه و آله وسلم : أعفوا اللحى وحفوا الشوارب ، وينبغى أن يؤخذ من اللحية ما جاوز القبضة ، ويكره نتف الشيب ، وكان على عليه السلام لا يرى بأساً بجزه»(٢) .

القَزَع : جمع قزعة : أخذ بعض الشعر وترک بعضه .

ودلالة كلام ابن سعيد قدس سره على الحرمة غير واضحة .

۱- (۱) قد عدّ العلامة الشيخ رضا الأستادی - دامت برکاته - أکثر من أربعین رسالة مستقلة فی هذا الموضوع ، فراجع إلی رسالته بالفارسیة فی هذا المجال المسماة ب- « تحقیقی در یک مسأله فقهی (ریش تراشی) » المطبوع ضمن « ده رساله» / ۲۵۱ طبع جماعة المدرسین بقم المقدسة ۱۳۸۰ ه- . ش .

۲- (۲) الجامع للشرائع / ۳۰ .

۲ - قال العلامة : « وقال علیه السلام : حفّوا الشوارب واعفوا اللحی ولا تشبّهوا بالیهود . ونظر صلی الله علیه و آله وسلم إلی رجل طویل اللحیة فقال : ما کان علی هذا لوهیّأ من لحیته ، فبلغ الرجل ذلک فهیّأ لحیته بین اللحیین ، ثم دخل علی النبی صلی الله علیه و آله وسلم فلمّا رآه قال : هکذا فافعلوا» .

وقال علیه السلام : إنّ المجوس جزّوا لحاهم ووفّروا شواربهم ، وأمّا نحن نجزّ الشوارب ونعفی اللحی ، وهی الفطرة ... »(۱) .

۳ - وقد أفتی بالحرمة ولده فخر المحققین فی حواشیه الفخریة علی قواعد والده العلامة ، کما نقل عنه الشیخ البلاغی فی رسالته(۲) .

٤ - قال الشهید الأوّل : « لا یجوز له (أی للخنثی) حلق لحیته ، لجواز رجولیته»(۳) .

وهذا الکلام ظاهر فی حرمة حلق اللحیة للرجال .

٥ - وتبعه الفاضل المقداد وقال أیضاً : « ... ولا یجوز له (أی للخنثی) حلق لحیته ، لجواز رجولیته ... »(٤) .

٦ – قال الشيخ البهائى قدس سره فى رسالته الإعتقادية : « ونقول بتحريم الربا والرشوة والسحر والقمار وحلق اللحية وأكل السمک الذى لا فلس له ... »(٥) .

واستفاد العلامة الشيخ جواد البلاغى من هذا البيان الإجماع على الحرمة(٦) .

٧ – وقال السيد الداماد فى رسالة شارع النجاة ما معرّبه : « لا يجوز حلق اللحية وأنّه

١– (١) تذكرة الفقهاء ٢ / ٢٥٣ .

٢– (٢) رسالة فى حرمة حلق اللحية / ١٥٥ .

٣– (٣) القواعد والفوائد ١ / ٢٣١ .

٤– (٤) نضد القواعد الفقهية / ١٦٤ .

٥– (٥) الاعتقادية / ٨ ، والمطبوعة فى ضمن نصوص ورسائل من تراث اصفهان العلمى الخالد ٤ / ١١٨ بتحقيق المحقق القدير جويا جها نبخش – حفظه اللّه تعالى – .

٦– (٦) رسالة فى حرمة حلق اللحية / ١٥٥ المطبوعة ضمن الرسائل الأربعة عشرة للشيخ رضا الأستادى دامت بركاته .

حرام»(١) .

٨ – وقال الفيض الكاشانى فى عدّ المعاصى : « وحلق اللحية ، لأنّه خلاف السنة التى هى إعفاؤها ولمسخ طائفة بسببه ... »(٢) .

٩ – وقال الفيض فى كتابه منهاج النجاة : « ... ومن المعاصى ترک الواجبات وإتيان البدع والقعود فى المسجد جنباً أو حائضاً ... وحلق اللحية وهجاء المؤمنين وإيذاؤهم»(٣) .

١٠ – وقال أيضاً فى الوافى : « ... وقد مضى فى كتاب الحجة حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّ أقواماً حلقوا اللحى وفتلوا الشوارب فمسخوا ، وقد أفتى جماعة من فقهائنا بتحريم حلق اللحية ، وربما يستشهد لهم بقوله سبحانه حكايةً عن إبليس اللعين : «. . . وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ . . .»(٤)(٥) .

أقول : الحديث المذكور هو خبر حبابة الوالبية المروى فى الكافى ١ / ٣٤٦ ح ٤ ، ويأتى البحث حوله إن شاء اللّه تعالى ، فانتظر .

١١ – قال المحدث البحرانى : « الظاهر – كما استظهره جملة من الأصحاب كما عرفت – تحريم حلق اللحية ، لخبر المسخ المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فإنّه لا يقع إلاّ على ارتكاب أمر محرَّم بالغ فى التحريم ، وأمّا الاستدلال بآية «وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ» ، ففيه : أنّه قد ورد عنهم عليهم السلام : أنّ المراد دين اللّه ، فيشكل الإستدلال بها على ذلك وإن كان ظاهر اللفظ يساعده»(٦) .

١٢ – وقال المجلسى الأوّل : « ... ورد فى الكافى مع حكم الكلينى بصحة أخباره عن

١– (٧) شارع النجاة / ١٠٣ المطبوع ضمن إثنى عشر رسالة السيد الداماد . طبعت بإهتمام المرحوم السيد جمال الدين الميردامادى قدس سره .

٢– (٨) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٠ .

٣– (٩) منهاج النجاة / ٧٠ .

٤– (١) سورة النساء / ١١٩ .

٥– (٢) الوافى ٦ / ٦٥٨ .

٦– (٣) الحدائق ٥ / ٥٦١ .

أمير المؤمنين سلام اللّه عليه ، أنّ أقواماً حلقوا اللحى وفتلوا الشوارب فمسخوا ، ويظهر من الأوامر بإعفاء اللحى وهذا الخبر ، ومن أنّه زيّ اليهود وجزّه زيّ المجوس ، الحرمة ، ولم يذكره فيما رأينا منهم غير الشهيد رحمه الله ، فإنّه ذكر حرمة الحلق بلا ذكر خلاف ، والمسموع من المشايخ أيضاً حرمته . ويؤيده أنّه لم ينقل تجويزه من النبى والأئمة صلوات اللّه عليهم ، ولو كان جائزاً لفعلوه مرّة لبيان الجواز كما فى كثير من المكروهات ، أو وقع منهم الرخصة لأحدٍ ، مع أنّه معلوم منهم متواتراً بل من أصحابهم المداومة وإعفاء اللحية . والحاصل أنّ الإحتياط فى الدين ترک حلق اللحية ، بل الشارب وترک جز اللحية كالحلق ، فإنّهما كالضروريات من الدين ، بل ترک إطالة الشوارب وفتلهما أيضاً ، وترک إطالة اللحية زيادةً عن القبضة ، فإنّه ورد فى الأخبار الكثيرة أنّ الزائد عن القبضة فى النار ، وأنّه تقبض بيدک اللحية وتجزّ ما فضل ... »(١) .

أقول : فى هذا المجال أيضاً راجع إلى شرحه على الفقيه باللغة الفارسية(٢) .

١٣ - وقال ولده العلامة المجلسى فى ذيل الرواية : « واستدل به على حرمة حلق اللحية بل تطويل الشارب ، ويرد عليه أنَّه إنّما يدلّ على حرمتهما أو أحدهما فى شرع مَنْ قبلنا لا فى شرعنا .

فان قيل : ذكره عليه السلام ذلک فى مقام الذمّ يدلّ على حرمتهما فى هذه الشريعة أيضاً .

قلنا : ليس الإمام عليه السلام فى مقام ذمّ هذين الفعلين ، بل فى مقام ذمّ بيع المسوخ بهذا السببّ ،كما أنّ مسوخ بنى إسرائيل مسخوا لِصيد السّبت ، وذكرهم هنا لا يدلّ على تحريمه . نعم يدلّ بعض الأخبار على التحريم ، وفى سندها أو دلالتها كلام ليس هذا المقام محلّ إيراده»(٣) .

١٤ - وقد أفتى بالتحريم الشيخ على سبط الشهيد الثانى فى كتابه « الدر المنثور»(٤) .

١٥ - وذهب الشيخ الحر العاملى فى كتابه « هداية الأُمّة» إلى عدم جواز حلق

١- (٤) روضة المتقين ١ / ٣٣٣ .

٢- (٥) لوامع الصاحبقرانى ١ / ٢٤٢ .

٣- (١) مرآة العقول ٤ / ٧٩ .

٤- (٢) الدر المنثور ٢ / ٢٩١ .

اللحية(١) .

١٦ - وقال السيد عبد اللّه شبّر : « من المعاصى المنصَوص عليها ترک الواجبات ... وحلق اللحية لأنّه خلاف السنة التى هى إعفاؤها ولمسخ طائفة بسببه»(٢) .

١٧ - قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره : « خامسها : تخفيف اللحية وتدويرها والأخذ من العارضين وتبطين اللحية وقصّ ما زاد عن القبضة من اللحية ، فإن مازاد عن القبضة فى النار ، وعن الصادق عليه السلام : يعتبر عقل الرجل فى ثلاث فى طول لحيته ونقش خاتمه وفى كنيته(٣) . ويحرم حلقها ، ويستحب توفيرها قدر قبضته من يد صاحبها مع استواءِها واستوائه ، وإلاّ اعتبر المقدار ممّا لا يلائم خلقته»(٤) .

١٨ - قال صاحب الجواهر فى شرح قول المحقق : « (وليس على النساء حلق) : لا تعييناً ولا تخييراً ، بلا خلاف أجده بل عن التحرير والمنتهى الإجماع عليه ، وهو الحجة بعد قول النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى وصيته لعلى عليه السلام : ليس على النساء جمعة - إلى أن قال - : ولا استلام الحجر ولا الحلق ، والصادق عليه السلام فى صحيح الحلبى : ليس على النساء حلق ويجزيهنَّ التقصير ، بل يحرم عليهنّ ذلک ، بلا خلاف أجده فيه أيضاً ، بل عن المختلف الإجماع عليه ، وهو الحجة بعد

المرتضوى : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أن تحلق المرأة رأسها ، أى فى الإحلال لا مطلقاً ، فإنّ الظاهر عدم حرمته عليها فى غير المصاب المقتضى للجزع ، للأصل السالم عن

معارضة دليل معتبر . اللهم إلاّ أن يكون هناك شهرة بين الأصحاب تصلح جابراً لنحو المرسل المزبور ، بناءً على إرادة الإطلاق ، فيكون كحلق اللحية للرجال»(٥) .

١٩ - قد أفتى بالتحريم الشيخ الأعظم الأنصارى(٦) وكل من المعروفين بالتقليد من زمنه إلى يومنا هذا فى رسائلهم العملية :

١- (٣) هداية الأُمّة إلى أحكام الأئمة عليهم السلام ١ / ١٥٤ طبع الآستانة المقدسة الرضوية عليه السلام عام ١٤١٢ ه- .

٢- (٤) حق اليقين ٢ / ٢١٣ .

٣- (٥) الخصال ١ / ١٠٣ - مكارم الأخلاق / ٦٨ .

٤- (٦) كشف الغطاء ٢ / ٤١٨ .

٥- (١) الجواهر ١٩ / ٢٣٦ .

٦- (٢) مجمع المسائل - أواخرها فى المسائل المتفرقة كما نقل عنه العلامتان الطبسى فى المنية / ٨٥ و البلاغى فى رسالته / ١٥٦ .

٢٠ - ومنهم : خالنا العلامة الفقيه السيد إسماعيل الصدر قدس سره ، فقد قال فى بعض تعاليقه الفتوائية : « قد حررت هذه المسألة مفصلاً ، وأرجو العذر عن مقدار ما عرضت به ، ومن يقول بعدم حرمته فلا يخلو حاله من أحد الأمرين : إما لعدم كونه من الراسخين فى العلم ، أو يروم بذلك إظهار فضيلته ، واللّه العالم . حرره الراجى ابن صدر الدين العاملى»(١) .

٢١ - وممّن صرح بالحرمة آية اللّه الميرزا الشيرازى الكبير كما نقل عنه صاحب المنية(٢) .

٢٢ – ومنهم : الفقيه السيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى فى ترجمة العروة الوثقى المسماة بالغاية القصوى(٣) .

٢٣ – ومنهم : آية اللّه الشيخ عبد الكريم الحائرى اليزدى قال : « أما الدليل الكاشف عن الحرمة فمن الكتاب قوله تعالى : «فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ» .

بتقريب : أنّ إبليس فى مقام إضلاله يقول : لآمرنَّهم بتغيير الخلقة ، مخالفاً لمقتضى المقام الذى هو بيان إضلاله ، ومن جملة ما هو تغيير فى الخلقه حلق اللحية»(٤) .

٢٤ – ومنهم : الفقيه السيد أبو الحسن الأصفهانى قال ما معرّبه : « حلق اللحية حرام ولو بالماكنة إذا كان مثل الحلق ، وفى هذا الحكم جميع الناس سيان ، وحكم اللّه لا يتغير بالاستهزاء والسخرية»(٥) .

٢٥ – ومنهم : الفقيه الحجة الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء قال : « الظاهر تحقق الإجماع على الحرمة»(٦) .

٢٦ – ومنهم : آية اللّه الحاج آقا حسين القمى يقول ما يقرب هذا المضمون : « إنّ ارتكاز المسلم بما هو مسلم أنّ حلق اللحية حرام ، ويؤيده ما نقل من الإجماع على

١- (٣) ونقل عنه فى المنية / ٨٦ .

٢- (٤) المنية / ٨٨ .

٣- (٥) غاية القصوى ٢ / ٧١ المسألة ٦٣ و ٦٤ .

٤- (٦) نقل عنه تلميذه العلامة آية اللّه الشيخ محمد رضا الطبسى النجفى قدس سره فى كتابه المنية / ٨٨ .

٥- (٧) توضيح المسائل / ٤٥٨ المسألة ٢٨٤٤ .
٦- (١) نقل عنه فى المنية / ٩٣ .

حرمته»(١) .

٢٧ - وقال العلامة المامقانى : « ويحرم حلق اللحية لما ورد من النهى عن ذلک ... وقد ورد بسند محكوم بالصحة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّ حلق اللحية من المثلة وأنّ على من يفعله لعنة اللّه ... »(٢) .

٢٨ - وفى الفقه على المذاهب الأربعة « نقل عن الشافعية : أمّا اللحية فإنه يكره حلقها والمبالغة فى قصّها ، فإذا زادت على القبضة فإنّ الأمر فيه سهل ، خصوصاً إذا ترتب عليه تشويه للخلقة أو تعريض به أو نحو ذلک ... .

وعن الحنفية : يحرم حلق لحية الرجل ، ويُسنّ أن لا تزيد فى طولها على القبضة ، فمازاد على القبضة تُقصّ ، ولا بأس بأخذ أطراف اللحية وحلق الشعر الذى تحت الإبطين ونتف الشيب ، وتُسنّ المبالغة فى قصّ الشارب ... .

وعن المالكية : يحرم حلق اللحية ويُسنّ حلق الشارب ... .

وعن الحنابلة : يحرم حلق اللحية ولا بأس بأخذ ما زاد على القبضة منها ، فلا يكره قصّه كما لا يكره تركه . وكذا لا يكره أخذ ما تحت حلقة الدبر من الشعر ، ويكره نتف الشيب ، ويُسنّ المبالغة فى قصّ الشارب ... »(٣) .

أقول : أنت ترى نَقَل صاحب الفقه على المذاهب الأربعة عن الشافعية القول بكراهة حلق اللحية ، ولكن نقل الشيخ على محفوظ أحد مدرسى الأزهر القول بالحرمة عن بعضهم ، حيث قال : « الثالث : مذهب السادة الشافعية ، قال فى شرح العباب : فائدة : قال الشيخان : يكره حلق اللحية ، واعترضه ابن الرفعة بأنّ الشافعى نصّ فى الأُمّ على التحريم . وقال

الأذرعى : الصواب تحريم حلقها جملة لغير علّة بها . انتهى . ومثله فى حاشية ابن قاسم العبادى فى الكتاب المذكور»(٤)(٥) .

ص:٣٩

١- (٢) نقل عنه ولده الفقيه الحاج آقا تقى القمى فى عمدة الطالب ١ / ١٩٨ .

٢- (٣) مرآة الكمال / ١٠٩ .

٣- (٤) الفقه على المذاهب الأربعة ٢ / ٤٤ .

٤- (١) الإبداع فى مضارّ الإبتداع / ٤٠٦ الطبعة الرابعة . ونقل عنه العلامة الأمينى قدس سره فى كتابه الغدير ١١ / ١٥٦ الطبعة الأولى .

٥- (٢) راجع إعانة الطالبين ٢ / ٣٨٦ للبكرى الدمياطى وحواشى الشروانى ٩ / ٣٧٦ .

وبالجملة ، فجميع مذاهب الأربعة يذهبون إلى الحرمة ، نعم نقل عن بعض الشافعية القول بالكراهة .

الوجوه التى أُقيمت على الحرمة

الوجه الأوّل : الإجماع

قد مرّ منّا عند نقل الأقوال دعوى الإجماع على حرمة حلق اللحية من عدّة من الأصحاب :

منهم : الشيخ بهاء الدين محمد العاملى والشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء قدس سرهما .

وفيه : أولاً : لم يكن فى كلام الشيخ البهائى دعوى الإجماع كما سبق نقل كلامه آنفاً .

وثانياً : عدم إمكان تحصيل الإجماع ، لأن المسالة لم تكن معنونة فى كتب القدماء من أصحابنا .

وثالثاً : على فرض تحقق الإجماع لا يفيد فى المقام شيئاً ، لأنّه إجماع مدركى ولم يكن تعبدياً ، ومن المحتمل أنّ يكون مستند المجمعين نفس هذه الوجوه التى تعرضنا لذكرها ، فلابدّ من ملاحظتها .

الوجه الثانى : سيرة المتشرعة وارتكازهم

سيرة المتشرعة من إصحابنا المتصلة إلى زمن المعصومين عليهم السلام على إبقاء اللحية وعدم حلقها ، بل إنّهم يذمّون حالقها ويعاملون معه معاملة الفساق ولا يحكمون بعدالته . والدليل على إتصال السيرة ما ورد فى الروايات المتعددة من الأمر بإعفاء اللحية ، أو خبر حبابة الوالبية من تفسير أمير المؤمنين عليه السلام جند بنى مروان بأنّهم أقوام حلقوا اللحى وفتلوا الشارب ، ونحوها .

وهكذا الراسخ فى أذهان المتشرعة وارتكازهم حرمة حلق اللحية ويعدّ عندهم

الحالق كالفاسق ، ووجود نفس هذا الإرتكاز جيلاً بعد جيل يكشف عن وجود حكم شرعى فى المقام وهو الحرمة . ولعلّ نفس وجود هذه السيرة والإرتكاز هو السرّ فى عدم تعرض قدماء أصحابنا لهذه المسألة وتركوها لوضوحها وعدم الحاجة إلى بيانها .

وهذه السيرة والإرتكاز لا تختص بأصحابنا ، بل تجرى بالنسبة إلى المسلمين عامة ،

ص:٤٠

بل قد يقال : بجريانها بالنسبة إلى جميع الأديان السماوية .

ولكن العمدة فى المقام جريانها بالنسبة إلى أصحابنا واتصالها بزمن المعصومين عليهم السلام وتقريرهم عليهم السلام لها .

ووجود هذه السيرة والإرتكاز ممّا لا ينكر ، وإنكار إتصالها إلى زمن المعصومين عليهم السلام مكابرة ،وقد مرّ منّا ظهور الإتصال من الروايات ، فلا يمكن المناقشة فى هذا الوجه بوجه يكون تاماً .

الوجه الثالث : حلق اللحية تشبّه بأعداء الدين

التشبّه بالكفار وأعداء الدين حرام ، ومن شعارهم وزيّهم حلق اللحية كما ورد ذلک بالنسبة إلى المجوس ، فلا يجوز للمسلم التشبّه بهم فى حلق اللحية فلا يجوز حلقها .

ومن الروايات الناهية عن التشبّه بالكفار معتبرة السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : أوحى اللّه إلى نبيٍّ من الأنبياء أن قُل لقومک : لا تلبسوا لباس أعدائى ، ولا تطعموا مطاعم أعدائى ، ولا تشاكلوا بما شاكل أعدائى ، فتكونوا أعدائى كما هم أعدائى(١) .

ومنها : معتبرة أُخرى لإسماعيل بن مسلم - وهو السكونى - عن الصادق عليه السلام قال : أُوحى اللّه إلى نبيٍّ من أنبيائه قل للمؤمنين : لا تلبسوا لباس أعدائى ، ولا تطعموا مطاعم أعدائى ، ولا تسلكوا مسالک أعدائى ، فتكونوا أعدائى كما هم أعدائى(٢) .

وفيه : أن المراد من هذه الروايات وعدم جواز التشبّه بهم ، رفض المسلم هويته وتراثه وفكره وتاريخه وجعل نفسه تابعاً محضاً لهم ، فصار من مقلديهم فى العمل والفكر والعقيدة وحتّى فى اللباس والزى والشكل واللسان ونحوها ، بحيث يعدّون منهم عرفاً .

وأمّا مجرد الإتصاف بوصف من أُوصافهم لا سيما مع عدم قصد التشبّه ، فلا يصدق عليه عنوان التشبّه عادة ، فلا يتمّ هذا الوجه .

نعم ، صدق عنوان التشبّه بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة مختلف كما هو واضح .

١- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ١٤٦ ح ١ الباب ٦٤ من ابواب جهاد العدو .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٨٥ ح ٨ الباب ١٩ من أبواب لباس المصلى .

الوجه الرابع : حلق اللحية داخل فى التشبّه بالنساء

قد سبق فى البحوث الماضية أنّ تشبُّهَ كلٍّ من الرجلِ والمرأةِ بالآخرِ حرامٌ مطلقاً ومن الواضح أنّ من أظهر مصاديق تشبّه الرجل بالمرأة حلق اللحية .

وفيه : نعم التشبّه حرام مطلقاً ولكن إذا صدق عنوان التشبّه عرفاً ، وصرف حلق اللحية فقط لا يصدق عليه التشبّه إذا لم يكن معه اُمور اُخرى . لاسيما فى زمان أو مكان دارج أمر حلق اللحية بين رجاله ، فلا يصدق عنوان التشبّه أصلاً . والعرف خير حاكم بما ذكرناه .

الوجه الخامس : آية تغيير الخلقة

وهى قوله تعالى حكاية عن الشيطان : «لَعَنَهُ اللّهُ وَقَالَ لاَءَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً * وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيّاً مِّن دُونِ اللّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُّبِيناً»(١) .

بتقريب : أن حلق اللحية من مصاديق تغيير خلق اللّه ، وظاهر الآية حرمته مطلقاً إلاّ ما خرج بالدليل أو لم يكن عند العرف من مصاديقه . والأوّل نحو : الختان وحلق الرأس والعانة والإبطين وقصّ الأظفار ونحوها ، والثانى مثل : قطع الأشجار وحفر الآبار وجرى الأنهار وكسر الأحجار ونحوها .

وأمّا غيرهما من أنواع التصرفات فتدخل فى الآية الشريفة وهى حرام نحو ، قرض آذان الأنعام وشقها وجدع أنفهم وحلق اللحية وإخصاء الناس ونحوها ، فالآية الشريفة تدلّ على حرمة حلق اللحية .

وعلى ما ذكرنا تدخل فى الآية الشريفة جميع ما ذكره المفسرون ، لأنّ كل ذلك من التغيير فى خلق اللّه .

قال الشيخ الطوسى : « وقوله : «وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ» اختلفوا فى معناه ، فقال ابن عباس والربيع بن أنس عن أنس : أنّه الإخصاء وكرهوا الإخصاء فى البهائم ، وبه قال سفيان وشهر بن حوشب وعكرمة وأبو صالح . وفى رواية اُخرى عن ابن عباس فليغيّرن دين

١- (١) سورة النساء / ١١٩ و ١١٨ .

اللّه ، وبه قال إبراهيم ومجاهد ، وروى ذلک عن أبى جعفر وأبى عبد اللّه عليهماالسلام ، قال مجاهد : كذب العبد - يعنى عكرمة - فى قوله : انّه الإخصاء ، وإنّما هو تغيير دين اللّه الذى فطر الناس عليه فى قوله : «فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِى فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِکَ الدِّينُ الْقَيِّمُ»(١) ، وهو قول قتادة والحسن والسدى والضحاک وابن زيد .

وقال قوم : هو الوَشْم ، روى ذلک عن الحسن والضحاک و إبراهيم أيضاً والمغيرات خلق اللّه ، قال الزجاج : خَلَق اللّه تعالى الأنعام ليأكلوها فحرموها على أنفسهم ، وخَلَقَ الشمس والقمر والحجارة مسخرةً للناس ينتفعون بها فعبدها المشركون ، وأقوى الأقوال من قال : فليغيرن خلق اللّه بمعنى دين اللّه ، بدلالة قوله : «فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِى فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِکَ الدِّينُ الْقَيِّمُ» ، ويدخل فى ذلک جميع ما قاله المفسرون ، لأنّه إذا كان ذلک خلاف الدين فالآية تتناوله»(٢) .

وذكر نحوها الطبرسى فى مجمع البيان ، فراجع كلامه(٣) .

قال الزمخشرى : « وتبتيكهم الآذان فعلهم بالبحائر(٤) ، كانوا يشقّون اُذنَ الناقة إذا ولدت خمسة أبطن وجاء الخامس ذكراً ، وحرموا على أنفسهم الانتفاع بها . وتغييرهم خلق اللّه : فق ء عين الحامى وإعفاؤه عن الركوب . وقيل : الخصاء وهو فى قول عامة العلماء مباح فى البهائم وأما فى بنى آدم فمحظور ، وعند أبى حنيفة يكره شراء الخصيان وإمساكهم واستخدامهم ، لأنّ الرغبة فيهم تدعو إلى

خصائهم . وقيل : فطرة اللّه هى دين الإسلام . وقيل للحسن : إنّ عكرمة يقول هو الخصاء فقال : كذب عكرمة ، هو دين اللّه . وعن ابن مسعود : هو الوَشْم ، وعنه : لعن اللّه الواشرات والمتنمصات والمستوشمات المغيرات خلق اللّه . وقيل : التخنث»(٥) .

ص:٤٣

١- (١) سورة الروم / ٣٠ .

٢- (٢) التبيان ٣ / ٣٣٤ .

٣- (٣) مجمع البيان ٣ / ١١٣ .

٤- (٤) بَحَر الناقة : شقَّ أُذنها ، فهى بَحيرة جمعها بَحَائر وبُحُر .

٥- (٥) الكشاف ١ / ٥٦٦ .

وقال البيضاوى : « «فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ» يشقّونها لتحريم ما أحلّه اللّه ، وهى عبارة عمّا كانت العرب تفعل بالبحاير والسوايب ، وإشارة إلى تحريم كل ما أحلّ ، ونقص كل ما خلق كاملاً بالفعل أو بالقوة .

«وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ» عن وجهه صورة أو صفة ، ويندرج فيه ما قيل : من فقؤ عين الحامى وخصاء العبيد ، والوشم والوشر واللواطة والسحق ونحو ذلک وعبادة

الشمس والقمر ، وتغيير فطرة اللّه التى هى الإسلام ، واستعمال الجوارح والقوى فيما لا يعود على النفس كمالاً ولا يوجب لها من اللّه زلفى ، وعموم اللفظ يمنع الخصاء مطلقاً ولكن الفقهاء رخصوا فى خصاء البهائم للحاجة ... »(١) .

أقول : فعلى ما ذكر المفسرون يدخل فى الآية الشريفة ما ورد من الروايات من تفسير خلق اللّه بدين اللّه أو أمره أو نهيه ، نحو مرفوعتى جابر حيث فسّر الإمام أبى جعفر الباقر عليه السلام فيهما خلق اللّه بدين اللّه وأمر اللّه بما أمر به(٢) . وغيرها من الروايات(٣) .

والحاصل ، لا منافاة بين الأخذ بهذه التفاسير والقول بحرمة تغيير خلق اللّه وبين تفسير خلق اللّه بدين اللّه وأمره ونهيه ، لأنّ دين اللّه وفطرة اللّه وأمره ونهيه أيضاً من خلقه ، فالتغيير فى كل ذلک حرام بمفاد الآية الشريفة .

والعلامة الخبير الفيض الكاشانى قدس سره أيضاً جمع بين الروايات وأقوال المفسرين بمثل ما جمعناه وقال فى ذيل قوله تعالى : « «خَلْقَ اللّهِ» فيه (أى فى المجمع) عنه (أى عن الصادق عليه السلام) يريد دين اللّه وأمره ونهيه ، ويؤيده قوله سبحانه : «فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِى فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ» أقول : ويزيده تأييداً قوله عزّ وجل عقيب ذا «ذَلِکَ الدِّينُ الْقَيِّمُ»(٤) وتفسيرهم فطرة اللّه بالإسلام ، ولعلّه يندرج فيه كلّ تغيير لخلق اللّه عن وجهه صورةً أو صفةً من دون إذن من اللّه ، كفقئهم عين الفحل الذى طال مكثه عندهم

١- (١) أنوار التنزيل / ٢٠٦ الطبع الحجرى .

٢- (٢) تفسير العياشى ١ / ٤٤٤ ح ٢٧٨ و ٢٧٩ .

٣- (٣) راجع تفسير العياشى ١ / ٤٤٤ ح ٢٧٧ و البرهان فى تفسير القرآن ٢ / ١٧٥ .

٤- (٤) سورة الروم / ٣٠ .

وإعفائه عن الركوب ، وخصاء العبيد وكلّ مثلة ، ولا ينافيه التفسير بالدين والأمر ، لأنّ ذلک كله داخل فيهما»(١) .

وتبعه فى ذلک المشهدى فى كنز الدقائق(٢) والعلامة الطباطبائى فى الميزان(٣) ومال إلى هذا الجمع الشيخ الطوسى أعلى اللّه مقامه والقاضى البيضاوى كما مرّ كلامهما .

فعلى ما ذكرنا كل تغيير فى خلق اللّه حرام ، ومنها : حلق اللحية .

ولا يرد علينا عدم تطبيق التغيير فى خلق اللّه على حلق اللحية فى كلمات

المفسرين ،وكما أصرّ عليه بعض الأساتيذ(٤) - مدظله - ، لأنّ ما ذكروه ليس إلاّ بعنوان المثال ، وحيث لم يتداول حلق اللحية فى ذلک الزمان بين المسلمين فلم يذكروها .

فالآية الشريفة تدلّ بإطلاقها على حرمة تغيير خلق اللّه ومنها : حلق اللحية .

وجماعة من الأصحاب أيضاً استدلوا بهذه الآية لحرمة حلق اللحية ، منهم الفقيه السيد اليزدى والشيخ المؤسس الحائرى(٥) والشيخ البلاغى(٦) وصاحب المنية(٧) وغيرهم أعلى اللّه مقامهم .

الوجه السادس : آية الحنيفية

وهى قوله تعالى : «ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْکَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ»(٨) .

قد أمرنا عزّ وجلّ باتباع ملّة إبراهيم حنيفاً ، وعدّ من الحنيفية إعفاء اللحى ، كما قال

١- (٥) تفسير الصافى / ١٢٥ الطبع الحجرى .

٢- (٦) كنز الدقائق ٢ / ٦١٧ .

٣- (٧) الميزان ٥ / ٨٧ .

٤- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١١٣ و ١١٤ .

٥- (٢) كما نقل عنهما فى المنية / ٣٤ .

٦- (٣) فى رسالته فى حرمة حلق اللحية / ١٥٣ المطبوعة ضمن الرسائل الأربعة عشر .

٧- (٤) المنية / ٣٠ وما بعدها .

٨- (٥) سورة النحل / ١٢٣ .

على بن إبراهيم القمى فى تفسيره : « وهى الحنيفية العشرة التى جاء بها إبراهيم عليه السلام : خمسة فى البدن وخمسة فى الرأس ، فأمّا التى فى البدن فالغسل من الجنابة والطهور بالماء وتقليم الأظفار وحلق الشعر من البدن والختان ، وأمّا التى فى الرأس فطمّ الشعر(١) وأخذ الشارب وإعفاء اللحى والسواك والخلال . فهذه فلم تنسخ إلى يوم القيامة»(٢) .

والرواية كماترى مقطوعة لم تنسب إلى معصوم ، ولكن نسب الطبرسى هذه الرواية إلى الصادق عليه السلام وقال بعد نقلها : « ذكره على بن إبراهيم بن هاشم فى تفسيره»(٣) .

وهكذا نقل صاحب الوسائل(٤) عن الطبرسى .

فيمكن نسبة الرواية إلى المعصوم عليه السلام ، وعدّ من الحنيفية التى أُمرنا باتباعها إعفاء اللحى ، فإذا وجب إعفاء اللحى حرم حلقها .

وفيه : على فرض تمامية نسبة الرواية إلى المعصوم عليه السلام ، مع ذلک ليس لها سند وتكون

مرسلة فلا يمكن الإعتماد عليها . ويأتى البحث حول إعفاء اللحى بعد نقل رواياتها .

الوجه السابع : الخبر المروى فى الجعفريات

نقل محمد بن محمد بن الأشعث عن موسى بن إسماعيل بن موسى بن جعفر عن أبيه عن جده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : حلق اللحية من المثلة ، ومن مثّل فعليه لعنة اللّه(٥) .

بتقريب : أن المثلة حرام فى الشريعة المقدسة ، والرواية عدّت حلق اللحية منها فتكون حراماً .

وفيه : نعم ، المثلة حرام فى الشريعة ولكن كون حلق اللحية من المثلة فى العرف محل تأمل . وأمّا الذهاب إلى ثبوت حكم المثلة عليها تعبداً بواسطة هذه الرواية ، فغير تام ، لأنّ

١- (٦) طَمَّ الشعرَ : جزَّه أو عقصه ، عَقَصَتِ المرأةُ شَعْرَها : شدّته فى قفاها .
٢- (٧) تفسير القمى ١ / ٣٩١ .
٣- (٨) مجمع البيان ١ / ٢٠٠ - ذيل آية ١٢٤ من سورة البقرة .
٤- (٩) وسائل الشيعة ٢ / ١١٧ ح ٥ . الباب ٦٧ من أبواب آداب الحمام .
٥- (١) الجعفريات / ١٥٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٦ ح ١ .

الرواية من حيث السند ضعيفة ولم يثبت صحة انتساب الكتاب إلى ابن الأشعث الكوفى .

وأمّا الإشكال فى الرواية فبعدم صدق المثلة على حلق اللحية ، لأنّ المعتبر فى صدق المثلة أمران : أحدهما : إيقاع النقص بالغير ، وثانيهما : كون الإيقاع بقصد هتكه وتحقيره ، فلا يتحقق عنوان المثلة فيما إذا حلق الإنسان لحيته بداعى التجميل ونحوه . كما قاله شيخنا الأستاذ - مدظله -(١) وأُستاده(٢) قدس سره .

وهذا غير تام ، لِورود النهى عن المثلة فى الشريعة حتّى بالنسبة إلى الحيوانات والكلب العقور ومن الواضح انه لم يصدق فيها قصد التحقير والهتک بالنسبة إليهم .

وهكذا لايتم ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره من اجتماع اللعن مع الكراهة ، واستدل ببعض الروايات الواردة فى موارد استعمال اللعن فى مقام الكراهة(٣) .

لأنّ ظهور اللعن فى الحرمة واضح عند العرف ، نعم يمكن استعماله فى الكراهة مع وجود قرينة عليها ، ومن القرائن علم السامع بعدم الحرمة كما فى الأمثلة التى ذكرها هذا المحقق الجليل ، نحو : آكل زاده وحده وراكب الفلاة وحده والنائم فى بيت وحده .

ولذا صار مَثَل اللعن مَثَل السحت ، كما أن ظهور السحت فى الحرمة واضح ولكن ربّما يُستعمل فى الكراهة ، هكذا الأمر بالنسبة الى اللعن . وقد تنبّه على هذا الإشكال شيخنا

الاستاذ - مدظله - فراجع كلامه فى كتابه(٤) .

والحاصل ، الإشكال فى الاستدلال بهذه الرواية منحصر بما ذكرناه ، من أنّ الرواية ضعيفة سنداً ، مضافاً إلى عدم ثبوت انتساب الكتاب إلى ابن الأشعث ، فلا يمكن الإعتماد عليها . وإلحاق حلق اللحية بالمثلة تعبداً فى حكمها - وهى الحرمة - مشكلٌ .

الوجه الثامن : خبر حبابة الوالبية

روى الكلينى والصدوق بسند فيه ضعف عن حبابة أنّها قالت : رأيت

١- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤٧ .

٢- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٥٩ .

٣- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٠ .

٤- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٤٧ .

أمير المؤمنين عليه السلام فى شرطة الخميس ومعه درّة لها سبابتان يضرب بها بيّاعى الجِرّىّ والمارماهى والزِمّار ويقول لهم : يا بيّاعى مسوخ بنى إسرائيل وجند بنى مروان ، فقام إليه فرات بن أحنف ، فقال : يا أمير المؤمنين عليه السلام وما جند بنى مروان ؟ قال : فقال له : أقوامٌ حلقوا اللحى وفتلوا الشوارب فمسخوا ، الحديث(١) .

الجِرّىّ : نوع من السمك لا فلس له ، وكذا المارماهى والزِمّار ، والفتل : الإزالة .

بتقريب : أن المسخ عقوبة شديدة لا تترتب إلاّ على ارتكاب المحرّمات الشديدة والمغلّظة ، وحيث تترتب على حلق اللحية وفتل الشارب فيكونان من المحرّمات الشرعية .

وفيه : أولاً : الرواية ضعيفة الإسناد بسنديها ، لا يمكن الإعتماد عليها فى الأحكام الشرعية ، والعجب من العلاّمة البلاغى حيث حكم باعتبار سندها برواية الصدوق(٢) .

وثانياً : الرواية تدلّ على أن حلق اللحية وفتل الشارب - أى إزالته معاً - من المحرّمات كما فعله المجوس ، ولم يقل أحدٌ بأنّ فتل الشوارب فقط من المحرّمات ، أعنى الرواية تدلّ على أنّ فتل الشارب من المحرَّمات والإجماع قائم على خلافه ، فالأخذ بها مشكل .

اللهم إلاّ أن يقال : هذا الإجماع مانع من حمل الحرمة على فتل الشوارب ، ولكن لا يمنع من حمل الحرمة على حلق اللحى أو على حلقهما معاً .

وثالثاً : الرواية حيث ترتب المسخ على حلق اللحية ، تدلّ على أنّها من الكبائر ، والإلتزام بأنّها من الكبائر مشكل .

ورابعاً : الرواية تدلّ على حرمتهما فى الأديان السالفة المنسوخة ، وثبوت الحرمة فى الأديان المنسوخة لا تقتضى حرمتهما فى شرعنا وديننا .

ولكن مع ذلک كلّه ظهور الرواية فی حرمة حلق اللحية ممّا لا ينكر ، إلاّ أنّ العمدة ضعف إسنادها .

١- (٢) الكافی ١ / ٣٤٦ ح ٣ وكمال الدين / ٥٣٦ ح ١ ونقل عنهما فی وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ٤ .

٢- (٣) رسالة فی حرمة حلق اللحية / ١٥١ المطبوع ضمن الرسائل الأربعة عشر .

الوجه التاسع : صحيحة البزنطی

روی ابن إدريس فی آخر السرائر نقلاً عن كتاب الجامع لأحمد بن محمد بن أبی نصر البزنطی صاحب الرضا عليه السلام قال : وسألته عن الرجل هل يصلح لأحد أن يأخذ من لحيته ؟ قال : أمّا من عارضيه فلا بأس وأمّا من مقدّمها فلا(١) .

ورواها الحميری فی قرب الإسناد(٢) وعلی بن جعفر العريضی فی كتابه(٣) إلاّ أنّه قال فی آخره : فلا يأخذ .

ورواها فی بحار الأنوار(٤) عن قرب الإسناد والسرائر .

لم يذكر ابن إدريس سنده إلی جامع البزنطی ، فالرواية مرسلة . ولكن لصاحب الوسائل سنداً صحيحاً إلی كتاب علی بن جعفر ، وهو ثقة ، فهذا السند صحيح .

وأمّا سند الحميری فی قرب الإسناد فضعيف بعبد اللّه بن الحسن حفيد علی بن جعفر لأنّه لم يرد توثيقه ، اللهم إلاّ أن يقال باعتباره .

وأمّا دلالة الصحيحة على حرمة حلق اللحية وأخذها ولو بالنتف ونحوه واضحة ، لأنّ الإمام عليه السلام نهى عن الأخذ من مقدّمها مطلقاً ، ومن البديهى أنّ الأخذ من مقدّمها بمعنى إصلاحها أو تقصيرها إذا جاوزت عن القبضة أو تدويرها أو تبطّنها لا بأس بها ، فأىّ شىءٍ به بأس ؟ لم يبق إلاّ الحلق ، فالصحيحة تدلّ على حرمة حلق مقدّم اللحية حيث نهى الإمام عليه السلام عنه ، وأمّا حلق العارضين فلا بأس به ، فالرواية تدلّ - مضافاً على حرمة حلق اللحية - على جواز ما شاع فى عصرنا الحاضر من حلق العارضين وإبقاء ما على الذقن . وقد خالف فى هذه الدلالة بعض الأساتيذ(٥) - مدظله - .

١- (١) السرائر ٣ / ٥٧٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١١ ح ٥ الباب ٦٣ من أبواب آداب الحمام .

٢- (٢) قرب الاسناد / ٢٩٦ ح ١١٦٩ .

٣- (٣) مسائل على بن جعفر / ١٣٩ ح ١٥٣ .

٤- (٤) بحار الانوار ٧٣ / ١٠٩ ح ٢ و ٣ (٣٠ / ١٩٠) .

٥- (٥) منية الطالب فى حكم اللحية والشارب / ٤٤ ودراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١٢٥ .

والإشكال فيها : بأنّ « مفادها (لا يصلح) وهو أعم من الحرمة على ما هو المعروف بين الفقهاء» كما قاله بعض المعاصرين(١) قدس سره غير تام .

لأنه : أولاً : ورد فى نقل على بن جعفر « فلا يأخذ» ، ولم يكن مفاده لا يصلح حتّى يناقش فيها ، ومن الواضح ظهور كلمة « لا يأخذ» فى الحرمة ، لأنّها نهى صريح .

وثانياً : على فرض أنّ يكون مفادها « لا يصلح» فهذه أيضاً ظاهرة فى الحرمة ، لأنّ ظهور النهى فى الحرمة ، إلاّ ما ورد فيه الترخيص أو قامت قرينة على غيرها ، وكلاهما مفقودان فى المقام .

الوجه العاشر : الروايات الآمرة بإعفاء اللحى

عدّة من الروايات تأمرنا بإعفاء اللحى :

منها : مرسلة الصدوق قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : حفّوا الشوارب واعفوا اللّحى ولا تشبّهوا باليهود(٢) .

ومنها : مرسلة أُخرى له قال : رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم إنّ المجوس جزّوا لحاهم ووفرّوا شواربهم ، وإنّا نجزّ الشوارب ونعفى اللّحى ، وهى الفطرة(٣) .

ورواهما مرسلاً العلامة فى التذكرة(٤) والشهيد فى الذكرى(٥) ونجل الطبرسى فى مكارم الأخلاق(٦) ، ونقل عنه فى بحار الأنوار(٧) .

ومنها : خبر على بن غراب عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال :

قال

١- (٦) وهو الفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى فى مهذب الأحكام ١٦ / ٨٠ .

٢- (١) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٢٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ١ الباب ٦٧ من أبواب آداب الحمام .

٣- (٢) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٣١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ٢ .

٤- (٣) تذكرة الفقهاء ٢ / ٢٥٣ .

٥- (٤) ذكرى الشيعة ١ / ١٥٩ .

٦- (٥) مكارم الأخلاق ١ / ١٥٦ .

٧- (٦) بحار الأنوار ٧٣ / ١١٢ (٣٠ / ١٩٢ ح ١٤) .

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : حفّوا الشوارب واعفوا اللحى ولا تشبّهوا بالمجوس(١) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : قصوا سبالكم و وفّروا عثانينكم وخالفوا أهل الكتاب(٢) .

السبال : جمع سبَلة وهى الشارب . العُثْنُون : اللحية .

ومنها : مرسلة الشيخ أبى الفتوح الرازى قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : احفوا

الشوارب واعفوا اللّحى(٣) .

ومنها : خبر جابر قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ليس منّا من سلق ولا خرق ولا حلق(٤) .

سلقه بلسانه : خاطبه بما يكره . الخُرق : الجهل والحمق . وقال الأحسائى : الحلق هى حلق اللحية

.

ومنها : قال النورى : قال الكازرونى فى المنتقى فى حوادث السنة السادسة بعد ذكر كتابة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم إلى الملوك : وأنّه كتب كسرى إلى عامل اليمن بازان أن يبعثه إليه ، وأنّه بعث كاتبه بانويه ورجلاً آخر يقال له : خرخسک إليه صلى الله عليه و آله وسلم ، قال : وكانا قد دخلا على رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وقد حلقا لحاهما وأعفيا شواربهما ، فكره النظر إليهما وقال : ويلكما من أمركما بهذا ؟ قالا : أمرنا بهذا ربّنا - يعنيان كسرى - فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لكن ربّى أمرنى بإعفاء لحيتى وقصّ شاربى ، الخبر(٥) .

أقول : روى نحوها الطبرى فى تاريخه(٦) وابن الأثير فى

« الكامل فى

ص:٥١

١- (٧) معانى الأخبار / ٢٩١ ح ١ ونقلاً عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ٣ وبحار الأنوار ٧٣ / ١١١ ح ١٠ (٣٠ / ١٩١) .

٢- (٨) دعائم الاسلام ١ / ١٢٥ ونقل عنه العلامة البلاغى فى رسالته فى حرمة حلق اللحية / ١٤٤ .

٣- (١) روض الجنان ١ / ٢٨٧ .

٤- (٢) عوالى اللآلى ١ / ١١١ ح ١٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٦ ح ٢ .

٥- (٣) مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٧ .

٦- (٤) تاريخ الطبرى ٣ / ١٥٧٣ .

التاريخ»(١) .

وقد روى بطرق العامة أيضاً الأمر بإعفاء اللحى ، فإن شئت راجع فى هذا المجال رسالة العلاّمة البلاغى فى حرمة حلق اللحية(٢) والغدير(٣) للعلامة الأمينى .

وبعد مراجعة روايات الفريقين فى المقام ، لا محيص لنا من الإذعان بصدور الأمر بالإعفاء من رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم والأئمة عليهم السلام من أهل بيته ، كما اعترف بعض الأساتيذ - مدظله - بأنّها « مستفيضة من طرق الفريقين»(٤) . فما فى مصباح الفقاهة من : « أنّها ضعيفة السند»(٥) غير تام .

وأمّا دلالتها : ورد الأمر بالإعفاء والتوفير بالنسبة إلى اللحية ، والإعفاء مستلزم

لإبقائه وعدم حلقه ، والأمر بالإعفاء يستلزم وجود اللحية وإبقائها وعدم حلقها ، فالروايات تدلّ على الأمرين : لزوم التوفير استحباباً ولزوم إبقاء اللحية ووجودها وجوباً . وهكذا استفاد العلامة الفيض قدس سره من الروايات حيث قال : « فَذِكْر الإعفاء عقيب الإحفاء ثمّ النهى عن التشبّه باليهود دليل على أنّ المراد بالإعفاء أن لا يستأصل ويؤخذ منها من دون استقصاء بل مع توفير وإبقاء ... »(٦) .

وتبعه العلامة البلاغى فى الاستفادة من هذه الروايات واستنتج حرمة الحلق منها ، فراجع رسالته فى حرمة حلق اللحية(٧) .

وذكر بعض الأساتيذ - مدظله - ما ذكرناه بعنوان احتمال فى رسالته(٨)

١- (٥) الكامل فى التاريخ ٢ / ٢١٤ .

٢- (٦) رسالة فى حرمة حلق اللحية / (١٤٩ - ١٣٩) .

٣- (٧) الغدير ١١ / (١٥١ - ١٤٩) الطبعة الأولى .

٤- (٨) منية الطالب فى حكم اللحية والشارب / ٣٠ ودراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١١٨ .

٥- (٩) مصباح الفقاهة ١ / ٢٥٩ .

٦- (١) الوافى ٦ / ٦٥٨ .

٧- (٢) رسالة فى حرمة حلق اللحية / ١٤٩ .

٨- (٣) منية الطالب فى حكم اللحية والشارب / ٣٥ .

وكتابه(١) .

والحاصل ، أنّ الروايات الآمرة بالإعفاء تدلّ على وجوب وجود اللحية للمسلم ، فليس له حلقها . نعم : غاية الأمر أنّ توفيرها وتطويلها ليس بواجب ، لما ورد من جواز تقصيرها وإصلاحها وتدويرها .

وبالجملة ، تلك عشرة كاملة من الأدلة التى أقيمت على حرمة حلق اللحية ، وقد عرفت تمامية بعضها والمناقشة فى بعضها الآخر ، وأمّا اللاتى تمت فهىّ عندنا :

١ – سيرة المتشرعة وارتكازهم

٢ – الإطلاق الوارد فى الآية من حرمة تغيير الخلقة

٣ – صحيحة البزنطى

٤ – الروايات الآمرة بإعفاء اللحى .

وهذه الأدلة الأربعة تدلّ على حرمة حلق اللحية .

ثم إن هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها

الفرع الأوّل : الاكتساب بحلق اللحية

حيث ذهبنا إلى حرمة حلق اللحية ، فالإكتساب بها أيضاً حرام ، يعنى أخذ الأجرة فى

مقابل حلق اللحية حرام ، فيدخل فى المكاسب المحرمة .

الفرع الثانى : هل يجوز حلقها مادام لم يصدق عليها اللحية ؟

إذا لم يصدق على الشعر النابت على الوجه بأنها لحيةٌ يجوز حلقها ، لأنّها ليست بلحية ، نحو الشعر النابت على وجوه الأطفال الذين لم يبلغوا الحُلُم ، وأمّا إذا كانت كثيفة كثيرة بحيث صدقت عليها

أنها لحية عرفاً فلا يجوز حلقها . وأمّا بالنسبة إلى البالغين الذين لهم لحى ولكنهم حلقوها كلّ يوم لم يصدق على النابت اللحية ، يصدق على فعلهم الحلق عرفاً ، فلذا يكون فعلهم هذا حراماً ، مضافاً إلى أنّ الواجب على المسلم كونه ذا لحية ، وهو ليس كذلك ،

ص:٥٣

١- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١٢١ .

ففعله حرام .

الفرع الثالث : هل يجوز حلق العارضين وإبقاء ما على الذقن ؟

قد مرّ منّا فى ذيل صحيحة البزنطى أنّ المراد من الأخذ فيها الحلق ، فالصحيحة تدلّ على جواز هذه الكيفية من اللحية ، فيجوز حلق العارضين وإبقاءما على الذقن .

مضافاً إلى أن العرف يراهم ذا لحية ، لا الحالق لها . ونفس هذا يكفى فى جواز عملهم ، لأنّ ما وجب على المسلم كونه ذا لحية كما حملنا الروايات الآمرة بإعفاء اللحى على ذلك ، وهذا ذو لحية عند العرف .

نعم ، الأحوط الإجتناب عنه كما هو واضح .

الفرع الرابع : هل تسقط حرمة حلق اللحية ؟

حيث ذهبنا إلى حرمة حلق اللحية فصارت كغيرها من التكاليف المحرّمة ، بحيث تسقط عند الاضطرار أو الإكراه أو المزاحمة بتكليف آخر أهم منها ، ففى كلّ هذه الصور تسقط الحرمة كما فى غيرها من المحرّمات ، ونبّه على هذا الفرع شيخنا الأُستاذ(١) - مدظله - .

الفرع الخامس : هل يفرق بين الحلق والنتف وغيرهما ممّا يوجب إزالة الشعر ؟

الظاهر أنّ موضوع حرمة حلق اللحية إعدامها ، بأىّ نحو كان ، فعليه لا يفرق فى إعدام اللحية وإزالتها بين الحلق والنتف واستعمال الأدوية عليها أو أكل الأقراص لإزالتها وغيرها ممّا يوجب إزالة الشعر عن اللحية . ونبّه على هذا الفرع المحقق الخوئى(٢) قدس سره .

الفرع السادس : هل للحية حدٌ فى جانب القلّة والكثرة ؟

فى جانب القلّة لم يرد فى تحديد اللحية نص خاص ، ولذا يكون المدار فيه على الصدق

العرفى . وعلى هذا فإذا أخذ المكلف من اللحية بمثل المكينة والمقراض ونحوهما بحيث لم تصدق اللحية على الباقى عرفاً كان فعله حراماً . كما نبّه عليه المحقق الخوئى(٣) قدس سره .

١- (١) ارشاد الطالب ١ / ١٤٨ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٢ .

٣- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٢ .

وأمّا فى جانب الكثرة : قد يُستفاد من بعض الروايات النهى عن تجاوز اللحية عن القبضة :

منها : ما رواه الكلينى فى الصحيح عن محمد بن أبى حمزة عمّن أخبره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال : ما زاد على القبضة ففى النار ، يعنى اللحية(١) .

ومنها : خبر معلى بن خنيس عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ما زاد من اللحية عن القبضة فهو فى النار(٢) .

رواها الصدوق مرسلاً فی الفقیه(۳) عن الصادق علیه السلام .

ومنها : ما رواه الکلینی فی الصحیح عن یونس عن بعض أصحابه عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی قدر اللحیة ، قال : تقبض بیدک علی اللحیة وتجزّ ما فضل(٤) .

رواها الصدوق مرسلاً فی الفقیه(٥) عن الصادق علیه السلام .

ومنها : خبر درست عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال : مرّ بالنبی صلی الله علیه و آله وسلم رجل طویل اللحیة ، فقال : ما کان علی هذا لو هیّأ من لحیته ، فبلغ ذلک الرجل فهیّأ لحیته بین اللحیتین ثم دخل علی النبی صلی الله علیه و آله وسلم ، فلما رآه قال : هکذا فافعلوا(٦) .

ورواها الصدوق فی الفقیه(۷) مرسلاً .

ومنها : ما رواه محمد بن محمد بن الأشعث بإسناده إلی الصادق علیه السلام عن آبائه علیهم السلام عن علی علیه السلام إنّه کان یقول : « ما جاوز القبضة من مقدّم اللحیة فجزّوه»(۸) .

۱- (۲) الکافی ٦ / ٤۸۷ ح ۱۰ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۲ / ۱۱۲ ح ۱ الباب ٦٥ من أبواب آداب الحمام .

۲- (۳) الکافی ٦ / ٤۸٦ ح ۲ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۲ / ۱۱۳ ح ۲ .

۳- (٤) الفقیه ۱ / ۱۳۰ ح ۳۳۲ .

٤- (٥) الکافی ٦ / ٤۸۷ ح ۳ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۲ / ۱۱۳ ح ۳ .

٥- (٦) الفقیه ۱ / ۱۳۰ ح ۳۳٤ .

٦- (۷) الکافی ٦ / ٤۸۸ ح ۱۲ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۲ / ۱۱۱ ح ۳ الباب ٦۳ من ابواب آداب الحمام .

٧- (٨) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٣٠ .
٨- (٩) الجعفريات / ١٥٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٤ ح ١ الباب ٣٨ من ابواب آداب الحمام .

وهذه الروايات حددت اللحية فى جانب الكثرة بالقبضة ، لكنها كلّها ضعاف من حيث السند ، مضافاً إلى الخلاف المنقول(١) فى معنى القبضة ، ولذا لم يفت الأصحاب على

مفادها ، يعنى حرمة ما زاد عن القبضة .

نعم ، قد يقال بكراهية ما زاد على القبضة بهذه الروايات ، وهى لا بأس بها إن أغمضنا عن ضعف أسنادها أو ذهبنا إلى بلوغها مرتبة الاستفاضة كما عن بعض - الأساتيذ -(٢) مدظله .

وفيه : لا يتم القول بالكراهة أيضاً ، لعدم تمامية التسامح فى أدلتها عندنا ، بل لا يتمّ القول بالتسامح فى أدلة السنن حتّى يقاس المقام بها .

ولعمرى كيف ذهب بعض الأعلام إلى الحكم بحرمة ما نقص عن القبضة بهذه الروايات(٣) ؟ !

وحمل العلامة البلاغى هذه الروايات على التشبّه باليهود(٤) . وهو متين وله وجه . وقال بعض الأساتيذ - مدظله - : « ولعلّ النظر فى هذه الروايات إلى من كان يريد بذلک التشبّه باليهود أو رئاء الناس وتغريرهم بلحيته ، كما قد يرى فى أعصارنا من بعض مَن يتكلّف لإدخال نفسه فى عداد أهل الفضل بهذه الوسيلة»(٥) .

وفيه : أن الروايات وإن تشمل ما ذكره - مدظله - بإطلاقها ، ولكن لاوجه لتخصيصها به وتقييدها .

الفرع السابع : حكم الشارب

من السنن المؤكّدة الأخذ من الشارب وإحفائه ، وقد ورد فيه عدّة من الروايات

١- (١٠) راجع الوافى ٦ / ٦٥٦ - ومهذب الاحكام ١٦ / ٨٠ .

٢- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١٣٧ .

٣- (٢) نقل ذلک العلامة الطبسى قدس سره صاحب المنية عن بعض الأعلام من أساتيده ، ثم قال : ولكن لا دليل عليه . راجع المنية / ١١٢ .

٤- (٣) رسالة فى حرمة حلق اللحية / ١٥٨ .

٥- (٤) منية الطالب فى حكم اللحية والشارب / ٦٧ - دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١٣٧ .

المستفيضة :

منها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال : سألته عن قصّ الشارب أمن السنة ؟ قال : نعم(١) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ من السنة أن تأخذ من الشارب حتّى يبلغ الإطار(٢) .

الإطار - ككتاب - : ما يفصل بين الشفة وبين شعرات الشارب ، وكلّ شىء أحاط بشىءٍ فهو إطار له .

ومنها : معتبرة أُخرى للسكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يطوّلنَّ أحدكم شاربه ، فإنّ الشيطان يتّخذها مخبأ يستتر به(٣) .

رواها فى الفقيه(٤) مرسلاً عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم .

ومنها : موثق ابن فضال عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ذكرنا الأخذ من الشارب ، فقال : نُشْرَةٌ وهو من السنة(٥) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن عثمان أنّه رأى أبا عبد اللّه عليه السلام أحفى شاربه حتّى ألصقه بالعسيب(٦) .

العسيب : منبت الشعر .

ومنها : معتبرة ثالثة لإسماعيل بن مسلم السكونى عن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : لا يطولنَّ أحدكم شاربه ولا شعر إبطيه ولاعانته ، فإنّ الشيطان يتّخذها

١- (٥) الكافى ٦ / ٤٨٧ ح ٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ١ الباب ٦٦ من أبواب آداب الحمام .
٢- (٦) الكافى ٦ / ٤٨٧ ح ٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ٢ .
٣- (١) الكافى ٦ / ٤٨٧ ح ١١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ٣ .
٤- (٢) الفقيه ١ / ١٢٧ ح ٣٠٧ .
٥- (٣) الكافى ٦ / ٤٨٧ ح ٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ٤ .
٦- (٤) الكافى ٦ / ٤٨٧ ح ٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٥ ح ٥ .

مخائباً يستتر بها(١) .

ومنها : موثقة الحسن بن الجهم قال : قال أبو الحسن موسى عليه السلام : خمس من السنن فى الرأس وخمس فى الجسد ، فأمّا التى فى الرأس : فالسواك ، وأخذ الشارب ، وفرق الشعر ،

والمضمضة ، والاستنشاق . وأمّا التى فى الجسد : فالختان ، وحلق العانة ، ونتف الإبطين ، وتقليم الأظفار ، والإستنجاء(٢) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : ليأخذ أحدكم من شاربه والشعر الذى فى أنفه وليتعاهد نفسه ، فإنّ ذلک يزيد فى جماله ، وقال : كفى بالماء طيباً(٣) .

ومنها : حسنة حفص ابن البحترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : تقليم الأظفار وأخذ الشارب من الجمعة إلى الجمعة أمانٌ من الجذام(٤) .

رواها فى الفقيه(٥) مرسلاً إلى الصادق عليه السلام بالنسبة إلى أخذ الشارب فقط .

ومنها : خبر أبى كهمش قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : علّمنى دعاءً استنزل به الرزق . فقال لى : خذ من شاربک وأظفارک وليكن ذلک فى يوم الجمعة(٦) .

وأيضاً روى الصدوق مثلها فى الدلالة فى الفقيه(٧) ، وهى صحيحة عبد اللّه بن أبى يعفور .

هذه الروايات المعتبرة تدلّ بوضوح على أنّ الأخذ من الشارب والمبالغة فى إحفائه

١- (٥) علل الشرائع / ٥١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٥ ح ٦ .

٢- (٦) الخصال ١ / ٢٧١ ح ١١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١ ح ٢٣ ، الباب ١ من أبواب السواک .

٣- (٧) قرب الإسناد / ٦٧ ح ٢١٥ و ٢١٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٨ ح ٢ الباب ٦٨ من أبواب آداب الحمام .

٤- (١) الخصال ١ / ٣٩ ح ٢٤ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٣ / ١١٠ ح ٤ (٣٠ / ١٩٠) .
٥- (٢) الفقيه ١ / ١٢٧ ح ٣٠٥ .
٦- (٣) الخصال ١ / ٣٩١ ح ٨٦ وثواب الأعمال / ٤٣ ونقل عنهما فى بحار الأنوار ٧٣ / ١١٠ ح ٥ (٣٠ / ١٩٠) .
٧- (٤) الفقيه ١ / ١٢٧ ح ٣١٠ .

وقصّه من السنن المؤكدة فى الشريعة المقدسة ، فإعفاؤه مع نسبة هذه الإعفاء إلى الشريعة أو المعصومين عليهم السلام تكون من أظهر مصاديق التشريع المحرّم أو الإفتراء والكذب على المعصومين عليهم السلام ، كما يظهر ذلک من بعض طوائف الصوفية خذ لهم اللّه تعالى ونجا دينه منهم .

ص:٥٩

الربا

اشارة

لم يتعرض الشيخ الأعظم قدس سره لبحث الربا فى المكاسب المحرمة وتبعه أكثر الأصحاب قدس سرهم من بعده ، ولكن ينبغى التعرض لهذا البحث لكثرة إبتلاء الناس به من دون قصد منهم إلى ذلک أو معه .

ولأنّه من المكاسب ولذا قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى شأنه : شر المكاسب كسب الربا كما فى مرسلة الصدوق(١) ، أو قال صلى الله عليه و آله وسلم : أخبث المكاسب كسب الربا كما فى خبر سعد بن طريف(٢) ، أو قال صلى الله عليه و آله وسلم : شر الكسب كسب الربا كما فى موثقة ابن فضال(٣) .

فنتعرض له مع كمال الإختصار والإيجاز وللتطويل والتفصيل محلٌّ آخرٌ بحيث يمكن تدوين كتاب مستقل تحت عنوان « كتاب الربا » ، كما عمله الشهيد فى الدروس(٤) والسيد اليزدى فى العروة الوثقى(٥) .

فنقول بعونه تعالى : الربا فى اللغة « الزيادة» كما فى قوله تعالى : «فَلاَ يَرْبُو عِندَ اللَّهِ»(٦) وأخذ من قولهم : ربا الشيء يربو : إذا زاد ، والربا هو الزيادة على رأس المال ، وأربى الرجل : إذا عامل فى الربا . ويأتى موضوعه فى الشريعة المقدسة إن شاء اللّه تعالى .

تدل على حرمة الربا :

من الكتاب :

آيات منها : قوله تعالى فى سورة البقرة : «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٢ ح ١٣ الباب ١ من أبواب الربا .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٨ ح ٢ .
٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٢٩ ح ١ الباب ١ من أبواب الربا .
٤- (٤) الدروس ٣ / ٢٩١ .
٥- (٥) العروة الوثقى ٦ / ٥ طبع جماعة المدرسين عام ١٤٢٣ .
٦- (٦) سورة الروم / ٣٩ .

الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِکَ بِأَنَّهُمْ قَالُواْ إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِکَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ * يَمْحَقُ اللّهُ الْرِّبَا وَيُرْبِى الصَّدَقَاتِ وَاللّهُ لاَ يُحِبُّ

كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ»(١) .

التخبط من الخبط وهو الضرب على غير استواءٍ ، ويقال للذى يتصرف فى أمرٍ ولا يهتدى فيه : هو يخبط ، والتخبط : المسّ بالجنون .

وقد فُسر الموعظة هنا فى الروايات بالتوبة ، كما فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال : الموعظة : التوبة(٢) .

ومنها : قوله تعالى فيها : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ»(٣) .

قال الشيخ الطوسى قدس سره : « روى عن أبى جعفر عليه السلام أنّ الوليد بن المغيرة كان يربى فى الجاهلية وقد بقى له بقايا على ثقيف ، فأراد خالد بن الوليد المطالبة بها بعد أن أسلم فنزلت الآية فى المنع من ذلك »(٤) .

ورواها الطبرسى فى مجمع البيان(٥) .

وقال على بن ابراهيم القمى : « سبب نزولها أنّه لمّا أنزل اللّه : «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ»قام خالد بن الوليد إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وقال : يا رسول اللّه أربى أبى فى ثقيف وقد أوصانى عند موته بأخذه ، فأنزل اللّه تبارك وتعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ *

١- (١) سورة البقرة ٢٧٦ و ٢٧٥ .

٢- (٢) التهذيب ٧ / ١٥ ح ٦٨ ونقل عنه فى البرهان ١ / ٥٥٤ ح ٤ .

٣- (٣) سورة البقرة / ٢٧٨ و ٢٧٩ .

٤- (٤) التبيان ٢ / ٣٦٥ .

٥- (٥) مجمع البيان ١ / ٣٩٢ .

فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ» فقال : من أخذ الربا وجب عليه القتل وكلّ من أربى وجب عليه القتل »(١) .

وقال الطبرسى : « روى عن ابن عباس وابن عمر : أن آخر ما نزلت من القرآن آى الربا »(٢) .

ومنها : قوله تعالى فى سورة آل عمران : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا

أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُواْ اللّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * وَاتَّقُواْ النَّارَ الَّتِى أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ»(٣) .

ومنها : قوله تعالى حكاية عن فعل اليهود : «فَبِظُلْمٍ مِّنَ الَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَن سَبِيلِ اللّهِ كَثِيراً * وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَاباً أَلِيماً»(٤) .

ومن السنة :

عدّة من الروايات المستفيضة بل المتواترة تدلّ على حرمته :

منها : ما رواه المشايخ الثلاثة بسند صحيح عن هشام بن سالم الثقة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : درهم ربا [عند اللّه كما فى الفقيه] أشدّ من سبعين زنية كلّها بذات محرّم(٥) .

ومنها : موثقة سماعة قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّى رأيت اللّه تعالى قد ذكر الربا فى غير آية وكرره . قال : أو تدرى ولم ذاک ؟ قلت : لا ، قال : لئلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف(٦) .

ومنها : موثقة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت له : إنّى سمعت اللّه يقول : «يَمْحَقُ اللّهُ الْرِّبَا وَيُرْبِى الصَّدَقَاتِ»وقد أرى من يأكل الربا يربوا ماله ! فقال : أىّ محق

١- (٦) تفسير القمى ١ / ٩٣ ونقل عنه فى البرهان ١ / ٥٥٧ ح ٥ .

٢- (٧) مجمع البيان ١ / ٣٩٤ .

٣- (١) سورة آل عمران / ١٣١ و ١٣٠ .

٤- (٢) سورة النساء / ١٦١ و ١٦٠ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٧ ح ١ الباب ١ من أبواب الربا .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٨ ح ٣ .

أمحق من درهم ربا يمحق الدين ، وإن تاب منه ذهب ماله وافتقر(١) .

ومنها : صحيحة هشام بن الحكم أنّه سأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن علة تحريم الربا ؟ قال : إنّه لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون إليه ، فحرّم اللّه الربا لتنفر الناس من الحرام إلى الحلال وإلى التجارات من البيع والشراء ، فيبقى ذلك بينهم فى القرض(٢) .

ومنها : خبر ابن عباس فى آخر خطبة خطبها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة : ... ومن أكل الربا ملأ اللّه بطنه من نار جهنم بقدر ما أكل ، وإن اكتسب منه مالاً لا يقبل اللّه تعالى منه شيئاً من عمله ، ولم يزل فى لعنة اللّه والملائكة ما كان عنده منه قيراطٌ [واحدٌ (٣)] .

ومنها : صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لمّا أُسرى بى إلى السماء رأيت قوماً يريد أحدهم أن يقوم ولا يقدر عليه من عظم بطنه ، قال : قلت : من هؤلاء يا جبرئيل ؟ قال : هؤلاء الذين يأكلون الربا(٤) .

ومنها : صحيحة جميل عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الربا سبعون باباً أهونها عند اللّه كالذى ينكح أُمّه(٥) .

ومنها : صحيحة أُخرى له عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : درهم ربا أعظم عند اللّه من سبعين زنيّة كلّها بذات محرّم فى بيت اللّه الحرام(٦) .

ومنها : موثقة ابن بكير قال : بلغ أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل أنّه كان يأكل الربا ويسميه اللباء ، فقال : لئن أمكننى اللّه منه لأضربنَّ عنقه(٧) .

اللباء : أوّل اللبن من النتاج .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٩ ح ٧ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٠ ح ٨ .

٣- (٧) عقاب الأعمال / ٣٣٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٢ ح ١٥ .

٤- (١) تفسير القمى ١ / ٩٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٦ .

٥- (٢) تفسير القمى ١ / ٩٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٨ .

٦- (٣) تفسير القمى ١ / ٩٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٩ .

٧- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٥ ح ١ . الباب ٢ من أبواب الربا .

ومنها : معتبرة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الربا وآكله وبائعه ومشتريه وكاتبه وشاهديه(١) .

تلك عشرة كاملة من الروايات تدلّ على حرمة الربا ، وقد مرّ أنها مستفيضة أو متواترة .

ومن الإجماع :

قام إجماع المؤمنين بل المسلمين على حرمته ، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين ، كما صرح بذلک صاحب الجواهر قدس سره (٢) .

ومن العقل :

حكم العقل أيضاً يقتضى فساد الربا وحرمته ، لأنّ الربا يوجب تعطيل التجارات والأسواق ويصل بعض الناس إلى حدّ الإفلاس كما شاهدناهم فى هذه الأزمان ، وبعضهم يتقاضى أرباحاً كثيرة من دون عمل أو تجارة أو خدمة . وبالجملة الربا يحرّف مسيرة اقتصاد المجتمع السالم إلى الفساد . وفيه مضافاً إلى المفاسد الإقتصادية كثيرٌ من المفاسد الاجتماعية بل المفاسد السياسية .

ولعله أشارت إلى ما ذكرنا بعض الروايات الماضية ، نحو : موثقة سماعة(٣) وصحيحة هشام بن الحكم(٤) ، ونحوهما خبر محمد بن سنان عن على بن موسى الرضا عليه السلام أنّه كتب فى جواب مسائله : وعلّة تحريم الربا نهى اللّه عزّ وجل عنه ، ولما فيه من فساد الأموال ، لأنّ الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهماً وثمن الآخر باطلاً ، فبيع الربا وشراؤه وَكْسٌ على كل حالٍ على المشترى وعلى البائع ، فحرّم اللّه عزّ وجل على العباد الربا لعلّة فساد الأموال ، كما حظر على السفيه أن يدفع إليه ماله ، لما يتخوّف عليه من فساده حتّى يؤنس منه رشد ، فلهذه العلّة حرم اللّه عزّ وجل الربا وبيع الدرهم بالدرهمين ، وعلّة تحريم

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٧ ح ٢ . الباب ٤ من أبواب الربا .

٢- (٦) الجواهر ٢٣ / ٣٣٢ ، و ٢٥ / ٥ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٨ ح ٣ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٠ ح ٨ .

الربا بعد البينة لما فيه من الاستخفاف بالحرام المحرَّم ، وهى كبيرة بعد البيان وتحريم اللّه عزّ وجل لها ، لم يكن إلاّ استخفافاً منه بالمحرِّم الحرام ، والاستخاف بذلک دخول فى الكفر ، وعلّة تحريم الربا بالنسيئة لعلّة ذهاب المعروف وتلف الأموال ورغبة الناس فى الربح وتركهم القرض ، والقرض صنائع المعروف ، ولما فى ذلک من الفساد والظلم وفناء الأموال ، الحديث(١) .

وَكْسُ الشىء : نقصه ، وَكَس التاجر فى تجارته : خسر فى تجارته فذهب ماله .

والحاصل ، إن العقل حاكم بحرمة الربا ، لأنّه يوجب فساد اقتصاد المجتمع الإنسانى ، وما يوجب فساده يوجب هدم المجتمع وفساده ولعله إلى ما ذكرنا أشارت مرسلة الطبرسى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : إذا أراد اللّه بقرية هلاكاً ظهر فيهم الربا(٢) .

ومرسلة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : إذا ظهر الزنا والربا فى قرية أُذِنَ فى هلاكها(٣) .

ثمّ إنّ للربا قسمين رئيسيين ، وهما : ١ - الربا فى القرض ، ٢ - الربا فى البيع أو المعاملة .

فلذا نبحث عنه فى مقامين باختصار و إجمال ، وتفصيلهما فى كتابى القرض والبيع .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢١ ح ١١ الباب ١ من أبواب الربا .
٢- (٤) مجمع البيان ١ / ٣٩٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٧ .
٣- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٢ ح ١١ .

المقام الأوّل : الربا فى القرض

اشارة

اشتراط الزيادة والنفع فى القرض حرام لأنّه رباً :

قال ثانى الشهيدين ذيل قول المحقق : « فلو شرط النفع حرم» قال : « هذا الحكم إجماعىٌ»(١) .

وقال المحقق السبزوارى : « لا أعلم فيه خلافاً بينهم»(٢) .

وقال صاحب الحدائق : « لا خلاف بين الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم فى تحريم اشتراط النفع فى القرض ، بل نقل بعض محققى متأخرى المتأخرين إجماع المسلمين على ذلك»(٣) .

وتبعهم صاحب الجواهر وقال : « بلا خلاف فيه ، بل إجماع بقسميه عليه ، بل ربّما قيل : إنّه إجماع المسلمين لأنّه رباً»(٤) .

تدلّ على الحرمة الإجماع وأنّه رباً وما مرّ منّا من الأدلة فى تحريم الربا .

ونبحث هذا المقام فى ضمن جهات :

الجهة الأولى :

هذه المنفعة تكون تارة فى الزيادة العينية من نفس الجنس ، يعنى من جنس مال القرض ، كما إذا أقرض من شخص لآخر مائة درهم على أن يؤدى مائة وعشرة دراهم ، تدلّ على حرمتها عدّة من الروايات :

منها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : وسألته عن رجل أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسه دراهم أو أقل أو أكثر ؟ قال : هذا الربا المحض(٥) .

١- (١) المسالک ٣ / ٤٤٣ .

٢- (٢) کفاية الفقه ١ / ٥٢٨ .

٣- (٣) الحدائق ٢٠ / ١١٠ .

٤- (٤) الجواهر ٢٥ / ٥ .

٥- (٥) مسائل علی بن جعفر / ١٢٥ ح ٩٠ ونقل عنه فی وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٩ ح ١٨ الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .

ومنها : خبر خالد بن الحجاج قال : سألته عن الرجل کانت لی عليه مائة درهم عدداً قضانيها مائة درهم وزناً ؟ قال : لا بأس ما لم يشترط . قال : وقال : جاء الربا من قبل الشروط ، إنّما يفسده الشروط(١) .

الرواية ضعيفة سنداً بخالد بن الحجاج لأنّه إمامی مجهولٌ ، وهی مضمرةٌ .

ومنها : ما رواه المشايخ الثلاثة بسند صحيح عن الحلبی الثقة عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطی سوداً [وزناً] ، وقد عرف أنّها أثقل ممّا أخذ وتطيب نفسه أن يجعل له فضلها ؟ قال : لا بأس به إذا لم يکن فيه شرط ، ولو وهبها له کلّها صلح(٢) .

يعنی : إذا کان بينهما شرط فی أخذ الزيادة من الدراهم ففيه بأس أی حرام .

ونظيرها سنداً ودلالة صحيحة اُخری له عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال : إذا أقرضت الدراهم ثم أتاک بخير منها فلا بأس إذا لم يکن بينکما شرط(٣) .

ومنها : حسنة أبى الربيع العنزى الشامى - وهو خالد أو خليد بن أوفى - قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فردّ عليه أجود منها بطيبة نفسه وقد علم المستقرض والقارض أنّه إنّما أقرضه ليعطيه أجود منها ؟ قال : لا بأس إذا طابت نفس المستقرض(٤) .

سند الرواية حسنٌ كما مرّ ، لأن ابن جرير حسن وأبى الربيع فى أعلى مراتب الحسن ، وغيرهما من رجال السند كلّهم ثقات .

وأمّا دلالتها على جواز إعطاء الأجود أو الأكثر وقبضه ، حتى إذا علم القارض أنّ المستقرض يعطيه عند الأداء الأجود ، فيجوز له القرض والأخذ والقبض عند الأداء مادام لم يشترط شيئاً ، ولا فرق بين الأجود والأكثر كما هو واضح .

١- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٠ ح ١ الباب ١٢ من أبواب الصرف .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٢ .
٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٣ .
٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٢ ح ٤ .

ومنها : صحيحة يعقوب بن شعيب التى رواها المشايخ الثلاثة : أنّه سأل أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه جلّة من بسرفآخذ منه جلّة من رطب مكانها وهى أقل منها ؟ قال : لا بأس . قال : قلت : فيكون لى جلّة من بسرفآخذ مكانها جلّة من تمر وهى أكثر منها ؟ قال : لا بأس إذا كان معروفاً بينكما(١) .

الجلّة : وعاء التمر . أجاز الإمام عليه السلام أخذ الأكثر إذا كان بنحو المعروف ، يعنى طابت

نفس المستقرض بإعطائها ، ولا يجوز الأخذ إذا كان بنحو الإشتراط .

ويكفى هذه الأدلة فى حرمة الزيادة العينية .

الجهة الثانية :

وتارة الزيادة تكون من غير جنس مال القرض ، سواء كانت بنحو العينية - كما إذا أقرضه مائة درهم على أن يعطيه مائة درهم وخمسة دنانير - أو كانت عملاً نحو خياطة ثوب ، أو كانت منفعة أو انتفاعاً كالانتفاع بالعين المرهونة عنده . تدلّ على حرمتها أيضاً عدّة من الروايات :

منها : صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلاّ مثلها ، فإن جوزى أجود منها فليقبل ، ولا يأخذ أحدٌ منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه(٢) .

دلالة الصحيحة على حرمة الزيادة من غير الجنس - نحو ركوب دابة أو عارية متاع - واضحة .

ومنها : خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه ، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه ؟ قال : لا بأس بذلك مالم يكن شرطاً(٣) .

دلالة الرواية واضحة ، لأن الشيء من الربح بإطلاقه يشمل غير المال أيضاً ، فإذا

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٠١ ح ٧ . الباب ٩ من أبواب السلف .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٧ ح ١١ . الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .
٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٤ ح ٣ .

شُرط يصير حراماً . ولكن فى السند ضعف بموسى بن سعدان .

ومنها : موثقة له أيضاً قال : قلت لأبى إبراهيم عليه السلام : الرجل يكون له على الرجل المال قرضاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعة فينيله الرجل الشيء بعد الشى كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة ، أيحلّ ذلک له ؟ قال : لا بأس إذا لم يكن بشرط(١) .

دلالتها نحو روايته الأُخرى .

ومنها : موثقة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعها لهم بالأجر ، فيقولون له : أقرضنا دنانير فإنّا نجد من يبيع لنا غيرک ، ولكنّا

نخصّک بأحمالنا من أجل أنّک تقرضنا ، فقال : لا بأس به ، إنّما يأخذ دنانير مثل دنانيره ، وليس بثوب إن لبسه كسر ثمنه ولا دابة إن ركبها كسرها ، وإنما هو معروف يصنعه إليهم(٢) .

الجهة الثالثة :

الزيادة يمكن أن تكون زيادة وصفية غير راجعة إلى الكميّة ، مثل كون أحدهما فضة تبر والآخر مضروبة ، أو أن يقرضه دنانير مكسورة على أن يؤديها صحيحاً . قد نقل عن بعض الأصحاب(٣) قدس سرهم جوازها ، ولكن تدلّ على حرمتها عدّة من الروايات :

منها : خبر داود الأبزارى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يصلح أن تقرض ثمرة وتأخذ أجود منها بأرض أُخرى غير التى أقرضت فيها(٤) .

سند الرواية ضعيف بداود لأنّه أمامى مجهول ، وأمّا دلالتها واضحة ، إذ يمكن فرض الجودة فى الثمرة مع عدم اختلاف فى الوزن . وأمّا شرط أداء القرض فى الأرض الأُخرى فلا

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٧ ح ١٣ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٦ ح ١٠ .
٣- (٢) منهم الشيخ فى النهاية / ٣١٢ وأبو الصلاح الحلبى فى الكافى / ٣٣١ وابن حمزة فى الوسيلة / ٢٧٣ ومال إليه الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٩ / ٦٦ .
٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٤ ح ١٠ . الباب ١٢ من أبواب الصرف - وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٤ ح ١ الباب ١٢ من أبواب الربا .

بأس به ، كما يأتى التعرض لذلک فى الجهة الثامنة .

فينحصر إشكال الإمام عليه السلام فى اشتراط أخذ الأجود ،ومن المعلوم أنّ الأجودية من الزيادة الوصفية ، وأمّا ظهور كلمة « لا تصلح » فى الحرمة أيضاً واضح ، فدلالة الرواية على حرمة أخذ الزيادة الوصفية ظاهرة ، ولكن قد مرّ ضعف سندها .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يقترض من الرجل الدرهم فيردّ عليه المثقال ، ويستقرض المثقال فيردّ عليه الدراهم ؟ فقال : إذا لم يكن شرط فلا بأس ، وذلک هو الفضل ، إنّ أبى عليه السلام كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد فيقول : يا بنىّ ردّها على الذى استقرضتُها منه ، فأقول : يا أبه إنّ دراهمه كانت فسولة وهذه خير منها ، فيقول : يا بنىَّ إنّ هذا هو الفضل ، فأعطه إيّاها(١) .

سند الرواية صحيح ، ودلالتها بأنّ محط نظر السائل إلى أنّ الدراهم مضروبة ولكن المثقال فضة تبر ولذا تختلف قيمتها مع تساوى وزنها ، والإمام عليه السلام أجاز أخذ الزيادة من دون اشتراط ومعه فلا .

ومنها : موثقة عبد الملک بن عتبة عن عبد صالح عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأتينى يستقرض منّى الدراهم فأوطن نفسى على أن أُؤخره بها شهراً للذى يتجاوز به عنّى ، فإنّه يأخذ منّى فضة تبر على أن يعطينى مضروبة ، إلاّ أنّ ذلک وزناً بوزنٍ سواءً ، هل يستقيم هذا ، إلاّ أنّى لا أُسمى له تأخيراً ، إنّما أشهد لها عليه فيرضى ؟ قال : لا أُحبّه(٢) .

سند الرواية موثق ، وظهورها فى الإشتراط واضح . وأمّا « لا اُحبّه» هل يُحمل على الكراهة كما عليه ظاهر اللفظ وذهب إليه صاحب الوسائل وبعض مشايخنا(٣) قدس سره ، أو أنّه يحمل على الحرمة بقرينة غيرها من الروايات ؟ الظاهر هو الأخير .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إذا أقرضت الدراهم ثم جاءک

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٣ ح ٧ .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٤ ح ٩ .
٣- (٢) الفقيه الورع آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره فى كتابه المكاسب المحرمة / ١٢ .

بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط(١) .

يعنى إذا كان بينهما شرط ففيه بأس أى حرام .

ولا يعارضها صحيحة يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ منها الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه ؟ فقال : لا بأس ، وذُكر ذلک عن على عليه السلام (٢) .

الدراهم الطازجية : الدراهم الجيدة البيض الخالصة . الدراهم الغلة : الدراهم المكسورة وغير الخالصة .

والمراد بهذه الرواية : جواز الأخذ من المقارض إن طابت نفس المقترض فى الإعطاء من دون إشتراط ، فلا ينافى مع ما ذكرناها ، واللّه العالم .

الجهة الرابعة :

إنّما حرمت الزيادة مع الاشتراط ، وإمّا بدونه فلا بأس بها ، بل تستحب . وتدلّ عليه عدّة من الروايات قد ذكرنا بعضها ضمن الجهات السابقة من البحث ، فلا نعيدها بل نذكر هنا ماورد فى خبر خالد بن الحجاج(٣) وصحيحة الحلبى(٤) وصحيحة أُخرى له(٥) وصحيحة

محمد بن قيس(٦) وخبر إسحاق بن عمار(٧) وموثقته(٨) وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج(٩) ، وهذه الروايات كلّها قد مرّ ذكرها .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٣ و ١٨ / ٣٦٠ ح ١ الباب ٢٠ من أبواب الدين والقرض .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٢ ح ٥ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٠ ح ١ .

٤- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٢ .

٥- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٣ .

٦- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٧ ح ١١ .

٧- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٤ ح ٣ .

٨- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٧ ح ١٣ .

٩- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٣ ح ٧ .

ومنها : معتبرة حفص بن غياث عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الرباء ان : أحدهما ربا حلال والآخر ، حرام فأمّا الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضاً طمعاً أن يزيده ويعوضه بأكثر ممّا أخذه بلا شرط بينهما ، فإن أعطاه أكثر ممّا أخذه بلا شرط بينهما فهو مباح له وليس له عند اللّه ثواب فيما

أقرضه ، وهو قوله عزّ وجل : «فَلاَ يَرْبُوا عِندَ اللَّهِ»(١) ، وأمّا الربا الحرام : فهو الرجل يقرض قرضاً ويشترط أن يردّ أكثر ممّا أخذه فهذا هو الحرام(٢) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : من أقرض ورقاً فلا يشترط إلاّ ردّ مثلها ، فإن قُضى أجود منها فليقبل(٣) .

الجهة الخامسة :

هل الحرمة من ناحية اشتراط الزيادة تصل إلى إصل القرض ويوجب بطلانه وضعاً ؟

قال المحقق فى الشرائع : « فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك»(٤) .

وذيّله ثانى الشهيدين بقوله : « هذا الحكم إجماعى ، ومستنده ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : « كلّ قرض يجرّ منفعة فهو حرام»(٥) . والمراد مع الشرط ، إذ لا خلاف فى جواز التبرع بالزائد وغيره من الأخبار ... ومتى فسد العقد لم يجز للمقترض أخذه ، فلو قبضه كان مضموناً عليه كالبيع الفاسد ، للقاعدة المشهورة من أنّ « كلّ ما ضمن بصحيحه ضمن بفاسده » خلافاً لابن حمزة هنا ، فإنّه ذهب إلى كونه أمانة(٦) ، وهو ضعيف»(٧) .

قد عرفت ادعاء الإجماع فى المسألة من صاحب المسالک قدس سره مع إقراره بخلاف ابن

حمزة فى المقام ، واعترض عليه المحدث البحرانى قدس سره وقال : « أمّا ما ذكروه من تحريم الشرط

١- (٥) سورة الروم / ٣٩ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٠ ح ١ الباب ١٨ من أبواب الربا .

٣- (٧) دعائم الاسلام ٢ / ٦١ ح ١٦٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٤٠٩ ح ٢ .
٤- (٨) شرائع الاسلام ٢ / ٦١ .
٥- (٩) سنن البيهقى ٥ / ٣٥٠ : وفيه : فهو وجه من وجوه الربا .
٦- (١٠) الوسيلة / ٢٧٣ .
٧- (١١) المسالک ٣ / ٤٤٣ .

المذكور فهو ممّا لا إشكال فيه ، وما ذكروه من بطلان أصل العقد فإن كان من حيث اشتماله على الشرط الفاسد وكلّ عقد كان كذلک فهو باطل ، فقد عرفت الخلاف فى ذلک فيما تقدم ، إلاّ أنّ الظاهر أنّه ليس البطلان هنا عندهم مبنيّاً على ذلک ، ولهذا إنّما استند شيخنا المتقدم ذكره بعد دعوى الإجماع إلى الخبر النبوى المذكور ، وهو صريح فيما ذكره . إلاّ أنّ الظاهر أنّ الخبر المذكور إنّما هو من طريق العامة ، فإنّى لم أقف عليه بعد التتبع فى شيءٍ من كتب أخبارنا ، وأخبار المسألة المتقدمة على كثرتها وتعددها ليس فيها إشعار فضلاً عن الدلالة الصريحة ببطلان أصل العقد ، بل الظاهر منها إنّما هو بطلان الشرط ، فإنّ مفهوم نفى البأس مع عدم الشرط فى كثير ممّا تقدم من الأخبار إنّما توجّه إلى الزيادة كما لا يخفى على المتأمل فيها»(١) .

ولكن صاحب الجواهر حكم بضعف قول ابن حمزة وقال : « وأضعف منه توقف المحدث البحرانى فى ذلک»(٢) . وذهب إلى بطلان القرض مع اشتراط الزيادة وقال : « فيحرم على المستقرض التصرف فيه ، وهو مضمون عليه لكونه مقبوضاً على ذلک ، ولأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»(٣) .

أقول : إن تمّ الإجماع فى المقام فهو كما ادعاه صاحب المسالک(٤) وقبله العلامة فى المختلف قال : « ... للإجماع على أنّه إذا أقرضه شيئاً وشرط عليه أن يردّ خيراً ممّا أقرضه كان حراماً وبطل القرض ... »(٥) .ولكن دون إثباته خرط القتاد ويمكن إرجاع إجماع العلامة قدس سره بالحرمة فقط دون البطلان .

وأمّا ابتناء بطلان القرض على مسألة فساد الشرط يقتضى فساد العقد أيضاً فغير تام ، لأن المشهور ذهبوا إلى بطلان القرض مع عدم ذهابهم إلى أن الشرط الفاسد مفسد .

وأمّا التمسک بالنبوى أيضاً غير تام ، لعدم وروده من طرقنا ، بل ورد من طرقنا جواز

١- (١) الحدائق ٢٠ / ١١٧ .

٢- (٢) الجواهر ٢٥ / ٧ .

٣- (٣) الجواهر ٢٥ / ٦ .

٤- (٤) المسالک ٣ / ٤٤٣ .

٥- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٣٩١ .

الإنتفاع بمنفعة القرض من دون اشتراط ، كما فى صحيحة محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إمّا خادماً وإمّا آنية وإمّا ثياباً ،

فيحتاج إلى شيءٍ من منفعته فيستأذن فيه فيأذن له ؟ قال : إذا طابت نفسه فلا بأس . قلت : إنّ مَنْ عندنا يروون أنّ كلّ قرضٍ يجرّ منفعة فهو فاسد ، فقال : أو ليس خير القرض ما جرّ منفعة(١) .

والمراد بأبى أيوب فى سند الرواية هو إبراهيم بن عثمان المكنى بأبى أيوب الخزاز الثقة .

وأمّا التمسک بقاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » كما عن صاحب الجواهر فليس إلاّ مصادرة بالمطلوب ، أعنى أنه يحتاج إلى إثبات فساد القرض أولاً وهو أوّل الكلام ، ثم يرتب على القاعدة .

فكلّ ما ذكره الأعلام فى المقام من دليل بطلان القرض مع اشتراط الزيادة غير تام ، مضافاً إلى عدم ذكر بطلان القرض من رأسه فى رواياتنا كما مرّ الاعتراف بذلك من صاحب الحدائق(٢) ، فلابدّ من القول ببطلان شرط الزيادة وصحة القرض . وذهب إلى ما ذكرنا مضافاً إلى صاحب الحدائق(٣) ، صاحبا الجواهر(٤) والعروة(٥) ، واختاره أيضاً العلامة المؤسس الحائرى قدس سره فى تقريرات بحثه الشريف(٦) ، وتبعه بعض تلاميذه نحو السيد الخمينى والشيخ الأراكى قدس سرهم وبعض الأساتيذ(٧) - مدظله - .

اللهم إلاّ أن يقال : حَكَم الشارع بفساد إشتراط النفع وبطلانه ، فيقتضى هذا بطلان

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٤ ح ٤ الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .

٢- (٢) الحدائق ٢٠ / ١١٧ .

٣- (٣) الحدائق ٢٠ / ١١٨ .

٤- (٤) الجواهر ٢٣ / ٣٩٧ ، حيث ذهب إلى وجوب ردّ الزيادة خاصة فى كتاب التجارة ، ولكن اختار البطلان فى كتاب القرض ٢٥ / ٦ كما مرّ كلامه آنفاً .

٥- (٥) العروة الوثقى ٦ / ١٦ .

٦- (٦) المكاسب المحرمة / ١٣ بقلم مقرره شيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٧- (٧) تازه هاى أحكام / ٥٤ لمحمد حسن موحدى ساوجى .

نفس القرض ، لأنّ الشارع حكم بفساد الإنتفاع والمقرض أيضاً لا يرضى بالتصرف فى ماله بدون هذا الإنتفاع ، فصار أصل القرض باطلاً .

وفيه : أن إثبات الأحكام الشرعية بهذه الإستحسانات العقلية مشكل ، وفيه ما لا يخفى .

والحاصل ، إن ثبت الإجماع فى المقام فهو وإلاّ دون إثباته بالإدلة الماضية خرط القتاد .

ولكن بطلان شرط الزيادة وحرمة أخذها يُستفاد بوضوح من جملة من الروايات

المذكورة فيما سلف : كصحيحتى الحلبى(١) وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج(٢) وخبر خالد بن الحجاج(٣) وغيرها ، واللّه العالم .

الجهة السادسة :

إنّما يحرم شرط الزيادة للمقرض على المقترض لا عكسه .

أدلة حرمة إشتراط النفع فى القرض يختص بصورة اشتراط النفع للمقرض ولكن إذا يصل النفع إلى المقترض فلا يشملها ، ولذا نذهب إلى عدم البأس به ، كما إذا أقرضه مائة درهم على أن يؤدى تسعين ، أو أقرضه دراهم صحيحة على أن يؤدى مكسورة ، أو كما خاف المقرض من وجود المال عنده من سرقة أو ضياع أو أخذه بتوسط ظالم فأقرضه شخصاً وشرط له شيئاً من العين أو المنفعة . ففى كلِّ هذه الموارد حيث ينتقل النفع إلى المقترض حتّى مع الاشتراط فلا بأس بها ويجوز ، لأنّ أدلة حرمة الربا فى القرض تنحصر فى صورة رجوع النفع إلى المقرض فقط ولخروج هذا الفرض عن الربا موضوعاً .

وتدلّ على الجواز أو تؤيده صحيحة يعقوب بن شعيب أنّه سأل أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه جلّة من بسر فآخذ منه جلّة من رطب مكانها وهى أقل منها ؟ قال : لا بأس ، الحديث(٤) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٢ و ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٣ ح ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٠ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٠١ ح ٧ الباب ٩ من أبواب السلف .

الجهة السابعة :

إذا شُرط فى القرض شرطٌ ليس فيه نفع لأحد الطرفين جاز .

لمّا مرّ فيما سلف أنّ أدلة حرمة إشتراط النفع فى القرض تنحصر فيما إذا كان النفع يرجع إلى المقرض فقط ، ففى هذا الفرض حيث لا يرجع نفع إلى المقرض فلا بأس به . مضافاً إلى ما ذكرنا أنه تدلّ عليه موثقة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعها لهم بالأجر ، فيقولون له : أقرضنا دنانير فإنّا نجد من يبيع لنا غيرك ولكنّا نخصّك بأحمالنا من أجل إنّك تقرضنا ، فقال عليه السلام : لا بأس به ، إنّما يأخذ دنانير مثل دنانيره ، وليس بثوب إن لبسه كسر ثمنه ولا دابّة إن ركبها كسرها ، وإنّما هو معروف يصنعه إليهم(١) .

فعلى ما ذكرنا يجوز اشتراط كلّ شىءٍ ليس فيه نفع لأحد الطرفين ، مثل اشتراط البيع أو الإجارة بالثمن أو الأُجرة المتعارفين ، لصدق أنّ المقرض يأخذ دراهماً مثل دراهمه .

وهكذا يجوز اشتراط كلّ شىءٍ لا يكون فيه نفعٌ للمقرض ولو كان فيه مصلحة ، له نحو : إعطاء الرهن أو الضّامن أو الكفيل أو الإشهاد ونحوها ، لأنه ليس للمقرض فيه نفعاً وإن كان فيه مصلحة ، لأن المصلحة غير النفع عرفاً .

الجهة الثامنة :

لو اشترط على المقترض أداء القرض وتسليمه فى بلد معين جاز وصح إن كان فيه نفع للمقرض .

اشتراط أداء القرض فى بلد معين غير بلد الإقراض من طرف المقرض نافذ ولزم على المقترض أداؤه فى ذلک البلد وإن كان فى حمله إليه يحتاج إلى مؤنة زائدة ، وهذا النفع - وإن كان يرجع إلى المقرض - ولكن حكمت بصحة هذا القرض الروايات المتعددة :

منها : صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت : يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض اُخرى ويشترط عليه ذلک ؟ قال : لا بأس(٢) .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٦ ح ١٠ الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٦ ح ١ الباب ١٤ من أبواب الصرف .

ومنها : صحيحة أبى الصباح عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يبعث بمال إلى أرض ، فقال للذى يريد أن يبعث به : أقرضنيه وأنا اُوفيک إذا قدمت الأرض ، قال عليه السلام : لا بأس(١) .

ومنها : صحيحة أبان فى الرجل يسلف الرجل دراهم ينقدها إيّاه بأرض اُخرى ، قال أبو عبد اللّه عليه السلام : لا بأس به(٢) .

ومنها : صحيحة إسماعيل بن جابر عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت : يدفع إلىَّ الرجل الدراهم فأشترط عليه أن يدفعها بأرض اُخرى سوداً بوزنها ، وأشترط ذلک عليه ؟ قال : لا بأس(٣) .

ومنها : معتبرة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يُسلف الرجل الدارهم ينقدها إيّاه بأرض اُخرى والدراهم عدداً ؟ قال : لا بأس(٤) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا بأس بأن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج أن يعطوها بالكوفة(٥) .

السفاتج : جمع سُفْتجة ، وهى أن يعطى مالاً لآخر ، وللآخر مال فى بلد المعطى فيوفيه أيّاه هناك ، فيستفيد أمن الطريق أو يأمن به خطر الطريق .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّه رخّص فى السفاتج هى المال يستسلفه الرجل بأرض ويقبضه بأُخرى(٦) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن أمير المؤمنين عليه السلام إنّه أعطى مالاً فى المدينة ثم أخذه

١- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٦ ح ٢ الباب ١٤ من أبواب الصرف .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٧ ح ٤ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٧ ح ٥ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٧ ح ٧ .
٥- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٦ ح ٣ .
٦- (٢) دعائم الاسلام ٢ / ٦٢ ح ١٧٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٥٢ ح ١ الباب ٨ من أبواب الصرف .

بأرض أُخرى(١) .

ولا ينافى هذه الروايات المتعددة بل المعتبرة المستفيضة خبر داود الأبزارى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يصلح أن تقرض ثمرة وتأخذ أجود منها بأرض أُخرى غير التى أقرضت فيها(٢) .

لأنه قد مرّ فى الجهة الثالثة من هذه الجهات :

أولاً : ضعف سندها بداود لأنّه إماميٌّ مجهولٌ .

وثانياً : بأنّها تحمل على أخذ الزيادة الوصفية مع الاشتراط وحرمتها .

وثالثاً : على فرض حملها على ظاهرها لا يمكن مقابلة هذه الرواية الواحدة مع عدّة كثيرة من الروايات المعتبرة المنافية لها ، فلابدّ من الأخذ بهذه الروايات وحمل هذه الرواية بما مرّ منّا .

والحاصل ، جواز اشتراط أداء القرض فى بلد معين وأخذه فى غير بلد الإقراض من طرف المقرض .

هذا كلّه إذا اشترط المقرض الدفع إليه فى بلد معين ، وإلاّ لزم على المقترض الدفع إليه فى بلد القرض وعلى المقرض القبول . وأمّا الدفع فى غير بلد القرض فيحتاج إلى التراضى من

الطرفين ، وإن كان الأحوط للمقترض الأداء مع عدم الضرر وعدم الاحتياج إلى مؤنة الحمل لو طالبه المقرض فيه ، واللّه سبحانه هو العالم .

الجهة التاسعة :

لا فرق فى اشتراط النفع بين كونه فى عقد القرض أو فى ضمن عقد لازم خارج عنه .

نحو : إقراضه مائة ألف تومان للمقترض إلى سنة كاملة ولكن شرط عليه فى هذا القرض بيع شيءٍ يساوى ألفاً بخمسمائة ، فيصدق على هذا القرض أنّه يجرّ نفعاً مع الإشتراط

١- (٣) دعائم الاسلام ٢ / ٦٢ ح ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٥٢ ح ١ الباب ٨ من أبواب الصرف .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٤ ح ١٠ ، و وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٤ ح ١ .

فيصدق عليه الربا .

أو إقراضه مائة ألف تومان للمقترض إلى سنة كاملة ولكن شرط عليه إجارة داره إلى سنة كاملة ما يساوى بعشرين ألفاً ، بألفٍ فقط ، فهذا أيضاً يصدق عليه إشتراط النفع فى القرض فيصدق عليه الربا .

فكلّ هذه الموارد يصدق عليها عنوان الربا ، وإطلاق أدلة حرمة الاشتراط فى القرض يشمل المقام ، أعنى إذا شُرط فى عقد القرض عقد لازم خارج عنه ، بحيث بعد الإقتراض لابدّ لهما من الإلتزام بالعقد الثانى أيضاً وليس للمقترض الإختيار فى العقد الثانى ، بل بعد القرض لابدّ له من الوفاء بالعقد الثانى أيضاً وفيه الزيادة أو النفع للمقرض .

وهذا الفرض أيضاً يدخل فى الاشتراط فى القرض ولهذا حرم بإطلاق أدلتها .

الجهة العاشرة : الربا القرضى حرام مطلقاً

قد يُقسّم الربا القرضى إلى قسمين : ١ - الربا الاستهلاكى

٢ - الربا الاستنتاجى .

وقد يُسمع مِنْ بعض مَنْ عاصرناه(١) بانحصار الحرمة فى القسم الأوّل وجواز الثانى .

والمراد بالربا الاستهلاكى : إذا استقرض شخص من الآخر ولكن هلك المال فى ضروريات حياته ومعاشه من مصارفه ومخارجه الشخصية أو العائلية بحيث لم يبق له من المال شيئاً .

والمراد بالربا الاستنتاجى : أنّه إذا استقرض المال ولكنّه لم يصرفه فى مصارفه

ومخارجه الضرورية بل يجعله رأس ماله ويعمل به ، أو باع به شيئاً من الوسائل أو الدكاكين ويعمل به ، ونحو ذلك بحيث يستثمر المال ويصير إلى الزيادة يوماً فيوماً .

بعد قبول هذين التعريفين للربا ، يشملهما إطلاق أدلة حرمة الربا ، فلا وجه لتخصيص الحرمة بالأوّل دون الثانى . فالربا القرضى حرام مطلقاً بلا فرق بين الإستهلاكى منه أو

ص:٧٩

١- (١) مجمع المسائل ١ / ٣٨٤ - للشيخ يوسف الصانعى دامت بركاته .

الإستنتاجى .

هذا مجمل الكلام فى الربا فى القرض ومحلّ تفصيله فى كتاب القرض ، وفقنا اللّه تعالى لتحريره وبحثه إن شاء اللّه تعالى وله الحمد .

ص: ٨٠

المقام الثانى : الربا فى المعاملة

اشارة

يجرى الربا فى البيع مع شرطين فى الثمن والمثمن : ١ - الإتحاد فى الجنس ، ٢ - وكونهما من المكيل أو الموزون إذا باع بالتفاضل .

الشرط الأوّل : الاتحاد فى الجنس

وهو أن يصدق على الثمن والمثمن أنّهما من جنس واحد ، ويشملهما اللفظ الخاص الكاشف عن اتحاد حقيقتهما النوعية ، فكلّ ما يصدق عليه الحنطة أو الأُرز أو العنب أو التمر أو نحوها جنس واحد وإن اختلفت صفاتها وخواصّها .

قال المحقق فى الشرائع : « الأوّل : فى بيان الجنس ، وضابطه : كلّ شيئين يتناولهما لفظ خاص كالحنطة بمثلها والأُرز بمثله»(١) .

وقال العلامة فى القواعد : « وضابط الإتفاق فى الجنس شمول اللفظ الخاص لهما كالحنطة والأُرز ، لا كالمطعوم المختلفة أفراده»(٢) .

وقال فى الإرشاد : « والجنس هنا الحقيقة النوعية كالحنطة والأُرز والتمر ، ولا تخرج الحقيقة باختلاف الصفات العارضة ، فالحنطة ودقيقها جنس ، والتمر ودبسه جنس ، والعنب والزبيب جنس ، واللبن والمخيض(٣) والحليب واحد ، وجيّد كل جنسٍ ورديؤه واحد ، وثمرة النخل جنس وكذا الكَرْم(٤) ، واللحوم مختلفة ، فلحم البقر والجاموس واحد ، ولحم البقر والغنم جنسان ، والوحشى مخالف لأنسيه»(٥) .

وقال المحقق الثانى فى شرح قول العلامة فى القواعد : « المراد باللفظ الخاص : ما يكون مفهومه نوعاً بالإضافة إلى ما تحته ، فالجنس فى عبارته هو ما يعبَّر عنه فى المنطق بالنوع ،

١- (١) الشرائع ٢ / ٣٨ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ٦٠ .

٣- (٣) وهو الذى قد مخض وأخذ زبده .

٤- (٤) الكَرْم : العنب ، جمعه الكُرُوم .

٥- (٥) ارشاد الاذهان ١ / ٣٧٨ .

وأهل اللغة يسمونه جنساً ، وهذا وإن عزّ الوقوف عليه إلاّ أنّ بعض الأشياء قد قام القاطع على بيان نوعها ، فالحنطة بالنسبة إلى ما تحتها نوع بالنص والإجماع ، فالحمراء والبيضاء وغيرهما واحد ، وكذا الأُرز ... »(١) .

وقال ثانى الشهيدين فى شرح قول المحقق فى الشرائع : « المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعاً بالإضافة إلى ما تحته ، فالجنس فى هذا الباب هو المعبّر عنه فى المنطق بالنوع وأهل اللغة يسمّونه جنساً أيضاً ، ولا مشاحة فى الإصطلاح ، والمراد بالشيئين اللذيْن يتناولهما اللفظ أفراد ذلک النوع كالصفراء والحمراء فى الحنطة ... »(٢) .

وقال المحقق الأردبيلى فى شرح قول العلامة فى الإرشاد : « أشار بلفظ « هنا » أى الفقه والأُصول أو باب الربا ، إلى أنَّ الجنس له إطلاق آخر ، وهو الجنس المنطقى المقابل للنوع ، فهذا الاصطلاح عكس ذلک فى الجنس والنوع ، والأمر فى ذلک هيّن .

ولكن تحقيق ما يُعرف به الجنس مشكل جداً ، فإنّه تارة يُعلم أنّ المراد به النوع ، فكلّما تحقق حقيقة واتفاق أفرادها فيها فهو النوع الواحد المراد بالجنس الواحد الذى هو شرط الربا ، وتحقيقه متعسر جداً ، بل قد ادعى كونه متعذراً .

وتارة أنّ المراد به ما يشمله لفظ واحد ويخصه ، مثل الحنطة والأُرز ولاتمر ، فإنّ لكلٍّ واحدٍ اسماً خاصاً وتحته أفراد متكثرة ، وإن وجد بين الأفراد اختلاف كثير إلاّ أنّه ليس له اسم خاص ولا حقيقة خاصة ، بل الاختلاف بالصنف وإن كان له اسم فهو بانضمام الاسم الأوّل ... .

ولعلّک تفهم اتحاد الجنس بملاحظة كلتا الضابطتين ويتبع كلامهم ، فما يكون له اسم واحد وحقيقة واحدة - بحسب الظاهر والذى يجده العقل بحسب تفاهم العرف كذلک - فهو جنس واحد مع فروعه ، وما يُعمل منه أو ما يخرج عن الحقيقة بعمل فيها عن أصلها ، وإن خرج عن ذلک الإسم والحقيقة عرفاً وخاصيّة وطعماً ، فاستفهم اللّه يفهمک »(٣) .

١- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٢٦٦ .

٢- (١) مسالک الافهام ٣ / ٣١٧ .

٣- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / (٤٦٧ - ٤٦٥) .

هذا كلّه بعض كلمات الأعلام فی المقام ، وتدلّ علی اعتبار اتحاد واشتراک الجنسيّة عدّة من الروايات :

منها : صحيحة عمر بن يزيد بيّاع السابری عن أبی عبد اللّه عليه السلام - فی حديث - أنّه قال : يا عمر قد أحلّ اللّه البيع وحرم الربا ، بع واربح ولا تربه . قلت : وما الربا ؟ قال : دراهم بدراهم مثلين بمثل ، وحنطة بحنطة مثلين بمثل(١) .

سند الصدوق إلی عمر بن محمد بن يزيد بياع السابری مولی ثقيف صحيح وهو ثقة جليل ، فالرواية صحيحة الإسناد . وتدلّ فقرة « حنطة بحنطة» بوضوح علی الإتحاد فی الجنس فی تطرق الربا فی البيع .

ومنها : حسنة أبی الربيع الشامی قال : كره أبو عبد اللّه عليه السلام قفيز لوز بقفيزين لوز ، وقفيزاً من تمر بقفيزين من تمر(٢) .

سند الرواية حسنة بخالد بن جرير وأبی الربيع الشامی ، وهو خليد أو خالد بن أُوفی فی أعلی درجة الحسن . ودلالتها واضحة ، لأنّ الكراهة هنا تُحمل علی الحرمة لما يأتی فی ذيل صحيحة عبد اللّه بن سنان ، فانتظر .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبی جعفر عليه السلام - فی حديث - قال : إذا اختلف الشيئان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد(٣) .

ودلالتها بالمفهوم على الإتحاد واضحة .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شىءٍ من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيدٍ ، فأمّا نَظِرَة فلا يصلح(٤) .

الرواية صحيحة الإسناد . وأمّا دلالتها بالمفهوم على المراد واضحة ، لأنّ مفهومها هكذا : ما كان من طعام متحد أو متاع متحد أو شىءٍ من الأشياء متحد يتفاضل ففيه بأس

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٣ ح ٢ . الباب ٦ من أبواب الربا .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٤ ح ٤ .
٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٤ ح ١ . الباب ١٣ من أبواب الربا .
٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٥ ح ٢ .

بيعه مثلين بمثل .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - قال : الكيل يجرى مجرى واحد ، قال : ويكره قفيز لوز بقفيزين ، وقفيز تمر بقفيزين ، ولكن صاع حنطة بصاعين تمر ، وصاع تمر بصاعين زبيب إذا اختلف هذا ، والفاكهة اليابسة تجرى مجرىً واحداً . وقال : لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلاً أو لا وزناً(١) .

ومنها : موثقة سماعة قال : سألته عن الطعام والتمر والزبيب ؟ فقال : لا يصلح شىء منه إثنان بواحد ، إلاّ أن يصرفه نوعاً إلى نوع آخر ، فإذا صرفته فلا بأس اثنين بواحد وأكثر(٢) .

ومنها : موثقة أُخرى لسماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : المختلف مثلان بمثل يداً بيدٍ لا بأس(٣) .

دلالتها بالمفهوم واضحة .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : كان على عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خيبر بوسقين من تمر المدينة ، لأنّ تمر خيبر أجودهما(٤) .

بضميمة صحيحة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : ولم يكن على عليه السلام يكره الحلال(٥) .

وبالجملة ، هذه الروايات المعتبرة تكفى فى إثبات الشرط الأوّل الذى لا خلاف فيه ، أعنى الإتحاد فى الجنس فى تطرق الربا .

تنبيهٌ : حكم الشارع تعبداً باتحاد جنس الحنطة والشعير ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مع التفاضل ، وتدلّ على هذا الحكم عدّة من الروايات المستفيضة :

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٦ ح ٣ .
٢- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٦ ح ٥ .
٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٧ ح ٩ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥١ ح ٢ . الباب ١٥ من أبواب الربا .
٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥١ ح ١ .

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سُئل عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له : خذ منّى مكان كلّ قفيز حنطة قفيزين من شعير حتّى تستوفى ما نقص من الكيل . قال : لا يصلح ، لأنّ أصل الشعير من الحنطة ، ولكن يردّ عليه الدراهم بحساب ما ينقص من الكيل(١) .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلاّ مثلاً بمثلٍ ، ثم قال : إنّ الشعير من الحنطة(٢) .

ومنها : صحيحة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الحنطة والشعير رأساً برأس ، لا يزاد واحد منهما على الآخر(٣) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال : لا يباع مختومان من شعير بمختوم من حنطة ، ولا يباع إلاّ مثلاً بمثل ، والتمر مثل ذلک .

قال : وسُئل عن الرجل يشترى الحنطة فلا يجد صاحبها إلاّ شعيراً أيصلح له أن يأخذ اثنين بواحد ؟ قال : لا ، إنّما أصلهما واحد ، وكان على عليه السلام يعدّ الشعير بالحنطة(٤) .

ومنها : صحيحة أُخرى للحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - قال : ولا يصلح الشعير بالحنطة إلاّ واحد بواحد(٥) .

ومنها : خبر أحمد بن محمد بن عبد اللّه بن عيسى بن جعفر العلوى العمرى عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام أنّه سئل : ممّا خلق اللّه الشعير ؟ فقال : إنّ اللّه تبارک وتعالى أمر آدم : أن أزرع ممّا اخترت لنفسک ، وجاءه جبرئيل بقبضة من الحنطة ، فقبض آدم على قبضة وقبضت حواء على أُخرى ، وقال آدم لحواء : لا تزرعى أنتِ ، فلم تقبل أمر آدم ، فكلّما زرع آدم جاء

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٧ ح ١ . الباب ٨ من أبواب الربا .
٢- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٢ .
٣- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٣ .
٤- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٤ .
٥- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٩ ح ٥ .

حنطة وكلّما زرعت حواء جاء شعيراً »(١) .

وهذه الروايات المعتبرة المستفيضة تدلّ على أنّ الحنطة والشعير فى حكم الجنس الواحد تعبّداً فى تطرق الربا ، فلا ينظر إلى اختلافهما عرفاً واسماً وجنساً . وهكذا لا يسمع إلى خلاف القديمين(٢) كما نقل عنهما العلامة فى المختلف(٣) ، وتبعهما ابن ادريس الحلى فى السرائر(٤) .

نعم ، الحكم مختص بالربا ، فلا يحكم باتحادهما فى سائر الأبواب كالزكاة والنذور والغرامات والإقرار وغيرها كما ذكره صاحب العروة(٥) .

تذكرة: « الأصل مع كلِّ فرعٍ له واحد أم لا؟

تذكرة : قال العلامة فى تذكرة الفقهاء : « الأصل مع كلِّ فرعٍ له واحد ، وكذا فروع كلّ أصل واحدٌ - وذلک كاللبن الحليب مع الزُّبْد والسمن والمخيض واللِّبَأ والشيراز(٦) والأقِط والمَصْل(٧) والجبن والترجين(٨) والكشک والكامخ(٩) والسمسم مع الشيرج والكُسْب(١٠)

والراشى ، وبرز الكتّان مع حبّه ، والحنطة مع الدقيق والخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق والفرن وغيرهما ومع الهريسة ، والشعير مع السويق ، والتمر مع السيلان والدبس والخَلّ منه والعصير منه ، والعنب مع دبسه وخَلّه ، والعسل مع خلّه ، والزيت مع الزيتون وغير ذلک - عند علمائنا أجمع ، فلا

يجوز التفاضل بين اللبن والزُّبْد والسمن والمخيض واللِّبَأ والأقِط وغير ذلک ممّا تقدم ، بل يجب التماثل نقداً ، ولا يجوز نسيئةً لا متماثلاً ولا متفاضلاً ، ولا فرق فی ذلک بين أن

١- (٣) علل الشرائع ٢ / ٥٧٤ ح ٢ ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٤٤ ح ٢ .

٢- (٤) ابن الجنيد فی كتابه المفقود المسمی بالأحمدی فی الفقه المحمدی وابن أبی عقيل العمانی .

٣- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٨٩ .

٤- (٦) السرائر ٢ / ٢٥٤ .

٥- (٧) العروة الوثقی ٦ / ٤٢ .

٦- (٨) الشيراز : اللبن الرائب المستخرج ماؤه .

٧- (٩) المَصْلُ : ما سال من الأقِط إذا طبخ ثم عصر .

٨- (١٠) ارتجن الزُبْدُ : طبخ فلم يَصْفُ وفسد .

٩- (١١) الكامخ : إدام يُؤْتدم به ، وخصه بعضهم بالمخلاّت التی تُستعمل لتشهّی الطعام ، جمعه الكوامخ .

١٠- (١٢) الكُسْب : عصارة الدهن .

يباع الأصل مع فرعه أو بعض فروعه مع البعض »(١) .

أقول : العلامة الحلی ادعی قاعدةً مهمة فی المقام ، وهی : الأصل مع كلِّ فرع له واحد وكذا فروع كلّ أصل واحد ، ثمّ مثّل بأمثلة واستدل عليها بإجماع علمائنا ، والمشهور وافقوه فی هذه القاعدة الكلّية المدعاة ، لو لم تكن إجماعية .

ولكن بعض فقهائنا أنكروا هذه القاعدة الكلّيّة واقتصروا فيها فى موارد النص ولم يتعدوا من موارد النص إلى هذه القاعدة الكلّيّة .

منهم : المحقق الأردبيلى ، ولعله أوّل من خالف العلامة ، قال مستشكلاً على هذه القاعدة : « ... إلاّ أنّ الدليل على الكلية غير واضح ، لأنّه ما وجد شيءٌ صحيح صريح فى الكليّة ، والاسم غير صادق والاختلاف ممكن حقيقة بل هو الظاهر ، لاختلاف الخواص مثل الخلّ والتمر والجبن والحليب ... وبالجملة الدليل غير قائم على الإتحاد بين الشيء الربوى وأصله كلية بل قائم على عدمه ، والأصل وأدلة إباحة البيع دليل الجواز ، إلاّ أنّ كلام الأصحاب ذلک ، فالخروج عنه مشكل والمسألة من المشكلات يحلّها محلّها ، وقد ادعى الإجماع فى أكثرها فى التذكرة ... فما ثبت الإجماع فيه لا يمكن الخروج عنه ، وظاهر التذكرة الإجماع فى كلِّ أصل مع فرعه وفرع كلِّ أصل مع آخر ، فتأمل »(٢) .

ومنهم : السيد اليزدى صاحب العروة قدس سره قال : « الإنصاف عدم استفادة الكلية من الأخبار المذكورة ، إذ هى مختصة بمثل الحنطة والدقيق والسويق والعنب والزبيب ، فلا دلالة فيها على إتحاد مثل الحليب والزبد والتمر والعنب مع الخل منهما ونحو ذلک .

ودعوى الإتمام بعدم القول بالفصل كماترى ، وإجماع التذكرة ممنوع ... فالأظهر عدم التعدى عن موارد الأخبار من مثل الدقيق والسويق إلاّ إلى أمثالهما لاكلِّ أصل وفرع ، والفرق بين تغيير صورة شيءٍ إلى شيءٍ آخر ، وبين استخراج شيءٍ من شيءٍ أو تركيب شيءٍ من شيءٍ

بحيث صار شيئاً ثالثاً ... فتحصّل أنّ الأظهر التفصيل بين تغيير صورة شيءٍ إلى شيءٍ وبين

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٦٣ المسألة ٨٤ .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٧٥ و ٤٧٦ .

استخراج شيءٍ من شيءٍ أو تركيب شيءٍ من أشياء بحيث يصير شيئاً آخر وحقيقة أُخرى »(١) .

ومنهم : المؤسس الشيخ عبد الكريم الحائرى اليزدى قدس سره ، قال على ما فى تقريرات بحثه الشريف : « ... فيبقى فى المقام بعض الأخبار الخاصة ببعض الموارد ... وهذه أيضاً لا يمكن التعدى عن مواردها واستكشاف قاعدة كليّة منها تطرّد فى كلِّ ما هو من قبيلها مثل التمر وخلّه واللبن وفروعه وغير ذلک ممّا هو دائر فى كتبهم - رضوان اللّه عليهم - وبالجملة ، ما ذكروه من إتحاد كلِّ أصل مع فرعه خصوصاً إتحاد فروع الأصل الواحد بعضها مع بعض ... يكون استخراجها من الأخبار فى غاية الصعوبة إلاّ فى الموارد الخاصة المنصوصة ، وقد تفطّن له المقدس الأردبيلى قدس سره »(٢) .

أقول : بعد هذا الخلاف الثابت بين المشهور والأعلام الثلاثة فلابدّ من ملاحظة الروايات الواردة فى المقام حتّى يتبيّن جليّة الحال من إمكان التعدى منها إلى القاعدة الكلية أو عدمه :

منها : موثقة سماعة قال : سألته عن الحنطة والشعير ؟ فقال : إذا كانا سواء فلا بأس . قال : وسألته عن الحنطة والدقيق ؟ فقال : إذا كانا سواء فلا بأس(٣) .

وهذه الموثقة تدلّ على أن الحنطة ودقيقها واحد فى الجنس الربوى ، ويمكن التعدى إلى إتحاد الحبوب مع دقيقها فى الربا .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم وزرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل ، والسويق بالسويق مثلاً بمثل ، والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به(٤) .

مفهوم الصحيحة دالّ على مدلول الموثقة الماضية .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يدفع إلى

١- (١) العروة الوثقى ٦ / ٤٧ و ٤٨ .
٢- (٢) المكاسب المحرمة / ٢٩ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٩ ح ٦ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤١ ح ٢ .

الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطى لكلِّ عشرة أرطال إثنى عشر دقيقاً ؟ قال : لا . قلت : فالرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن له لكلِّ صاع أرطالاً مسماة ؟ قال : لا(١) .

هذه الصحيحة تدلّ على إتحاد الحبوب ودقيقها ، والسمسم وزيتها فى الجنس الربوى .

وغاية الأمر يمكن التعدى من السمسم وزيتها إلى الحبوب الدهنية وأزياتها .

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس به(٢) .

وهذه الصحيحة تدلّ على إتحاد الحنطة ودقيقها وسويقها فى الجنس الربوى .

ومنها : موثقة سماعة قال : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن العنب بالزبيب ؟ قال : لا يصلح إلاّ مثلاً بمثل ، قال : والتمر والرطب مثلاً بمثل(٣) .

سند هذه الرواية موثقة ، لأنّ المراد بأبى أيوب الراوى عن سماعة هو ابراهيم ابن عثمان أو عيسى أبى أيوب الخزاز الثقة . وتدلّ على إتحاد العنب والزبيب ، والتمر والرطب ، فى الجنس الربوى .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : ماترى فى التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس ، قلت : فالبختج والعنب مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس(٤) .

هذه الحسنة بمفهومها تدلّ على إتحاد التمر والبسر الأحمر ، والبختج والعنب فى الجنس الربوى . والمراد بالبسر : التمر إذا لوّن ولم ينضَج ، الواحدة بُسْرة وجمعها بِسار . والمراد بالبختج : العصير المطبوخ .

وأنت ترى أنّ هذه الروايات قاصرة عن إثبات القاعدة الكلية المدعاة فى المقام . نعم لابدّ من قبول إتحاد الجنس فى مذكورات النصوص تعبداً ، وأمّا فى غيرها التعدى والحكم بإتحاد الجنس فى كلِّ أصل وكلِّ فرع له أو إتحاد كلِّ فرع مع فرع آخر منه ، فمشكل فى الغاية

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤١ ح ٣ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٢ ح ٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٩ ح ٣ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٠ ح ٥ .

عند أُولى الدراية .

قد تمسّک القائلون بالتعدى بالروايات الواردة فى إتحاد جنسى الحنطة والشعير فى الربا ، حيث عُلّل هذا الإتحاد فى بعضها بأنّ : « إنّما أصلهما واحد » كما فى صحيحة الحلبى(١) أو : « أنّ الشعير من الحنطة » كما فى صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه(٢) .

وفيه : أنه لا يمكن التعدى بهاتين الروايتين وأمثالهما ، وإن يمكن التعدى فيمكن القول بأنّ الأصل فى جميع الأشياء أوجلّها واحدٌ ، ولا يذهب إليه أحد .

فلابدّ من الذهاب إلى انحصار فى المذكورات فى النصوص فقط .

وأما التمسک للتعدی بمرسلة ومضمرة علی بن إبراهیم القمی عن رجاله عمّن ذکره « قال : الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزناً بوزن سواء لیس لبعضه فضل علی بعض ، ... إلی أن قال : وما کیل أو وزن ممّا أصله واحد فلیس لبعضه فضل علی بعض کیل بکیل ووزن بوزن ، فإذا اختلف أصل ما یکال فلا بأس به إثنان بواحد ... »(۳) .

أیضاً غیر تام لأنه : أولاً : الروایة مرسلة .

وثانیاً : أنّها مضمرة ، لم تنسب إلی المعصوم علیه السلام .

وثالثاً : من المحتمل قویّاً أنّها فتوی القائل التی استفادها من التعلیل الوارد فی أخبار إتحاد الحنطة والشعیر فی الجنس الربوی ، وقد مرّ الکلام فیها .

نعم ، دلالتها لا بأس بها ، ولکن إفادة دلالتها بعد ثبوت کونها من کلام الإمام علیه السلام .

وبالجملة ، حیث لم تثبت کونها روایة فلا یثبت بها شیئاً .

والحاصل ، التعدی من المذکورات فی الروایات إلی ما ذکره العلامة وتبعه المشهور مشکل غایة الإشکال ، لولا الإجماع .

نعم ، ینبغی الإحتیاط فی المقام للخروج عن مخالفة المشهور ، واللّه سبحانه هو العالم .

هذا کلّه فی الشرط الأوّل .

۱- (٤) وسائل الشیعة ۱۸ / ۱۳۸ ح ٤ .

۲- (٥) وسائل الشیعة ۱۸ / ۱۳۸ ح ۲ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٨ ح ١٢ .

الشرط الثانى : الكيل أو الوزن

اشارة

يُشترط فى تحقق الربا كون الثمن والمثمن من المكيل والموزون ، فلا ربا فى غيرهما .

قد ادعى العلامة الإجماع على هذا الاشتراط فى كتابه « تذكرة الفقهاء »(١) .

وقال صاحب الجواهر فى ذيل هذا الاشتراط : « إذا كان المبيع والثمن كذلك (أى من المكيل والموزون) مع اتحاد الجنس حرّم الربا فيهما إجماعاً بقسميه ، وسنةً وكتاباً ، بل كاد يكون ضروريّاً»(٢) .

وتدلّ على هذا الاشتراط - مضافاً إلى الإجماع - النصوص المستفيضة :

منها : صحيحة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يكون الربا إلاّ فيما يكال أو يوزن(٣) .

ومنها : موثقة عبيد بن زرارة قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : لا يكون الربا إلاّ فيما يكال أو يوزن(٤) .

والروايتان تدلان على انحصار الربا البيعى فيما يكال أو يوزن ، لأنّ الاستثناء بعد النفى يدل على الحصر .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلاً ولا وزناً(٥) .

يُستفاد من الرواية أنّ المعاوضة بالمتاع لا بأس بها إلاّ مع التفاضل فى المكيل والموزون .

ومنها : موثقة بل صحيحة منصور بن حازم قال : سألته عن الشاة بالشاتين والبَيضةُ

ص:٩١

١- (٢) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٩٤ .

٢- (٣) الجواهر ٢٣ / ٣٥٨ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٢ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الربا .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٣ ح ٣ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٥ ح ٣ . الباب ١٧ من أبواب الربا .

بالبيضتين ؟ قال : لا بأس ما لم يكن كيلاً أو وزناً(١) .

سند الرواية تام ، لأنّ المراد بالعباس هو أبو الفضل ابن عامر بن رياح الثقفى القصبابى ، الشيخ الصدوق الثقة كثير الحديث ، بقرينة رواية أيوب بن نوح عنه وداود بن الحصين موثق كالصحيح ، فسند الرواية موثق بل صحيح . هذا كلّه فى سند الكلينى وسند الشيخ موثق ، فالتعبير عنها بالخبر كما فى الجواهر(٢) وتبعه صاحب العروة(٣) غير تام .

ودلالتها على المطلوب واضحة .

ومنها : موثقة له - أى لمنصور بن حازم - عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث : كلّ شىءٍ يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد ، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به إثنين بواحد(٤) .

سند الشيخ إلى حفيد سماعة موثق ، والمراد بابن رباط فى السند هو أبو الحسن على بن الحسن بن رباط البجلى الكوفى الثقة ، بقرينة نقل كتابه بواسطة الحسن بن محمد بن سماعة وروايته عن عبد

اللّه بن مسكان . وبقيّة رجال السند كلّهم ثقات ، فالرواية موثقة سنداً ، كما عبر عن سندها بالموثق فى الجواهر(٥) وتبعه صاحب العروة(٦) .

ودلالتها كالنص على المطلوب .

ومنها : حسنة داود بن الحصين أنّه سأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن مكيلاً أو موزوناً(٧) .

سند الصدوق إلى داود بن الحصين حسنٌ ، لورود الحكم بن مسكين المكفوف فيه وهو

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٢ ح ١ . الباب ١٦ من أبواب الربا .
٢- (٥) الجواهر ٢٣ / ٣٥٩ .
٣- (٦) العروة الوثقى ٦ / ٤٩ .
٤- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٣ ح ٣ .
٥- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٥٨ .
٦- (٢) العروة الوثقى ٦ / ٤٩ .
٧- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٥ ح ٢ . الباب ١٧ من أبواب الربا .

حسن ، كما فى نتائج التنقيح(١) ، وعبر عن هذا السند والد المجلسى بقويٍّ كالصحيح(٢) وولده قدس سره بقويٍّ(٣) .

وداود بن الحصين موثق كالصحيح ، فسند الرواية حسن عندنا .

ودلالتها بالمفهوم واضحة .

وهذه الروايات المعتبرة تكفى فى إثبات هذا الحكم الإجماعى ، يعنى اشتراط الكيل والوزن فى البيع الربوى .

تنبيهٌ:

الظاهر من الروايات الماضية أنَّ الحكم يدور مدار وصفى المكيلية والموزونية من غير دخل زمان فيه أصلاً ، فما يذكر من اختصاص الحكم بما كان من المكيل أو الموزون فى عصر النبى صلى الله عليه و آله وسلم - كما عن الشيخ فى ظاهر المبسوط(٤) والفاضل المقداد فى التنقيح الرائع(٥) وادعاء الاجماع عليه - غير تام .

وهكذا ما ذكروه من أنّ المدار فى المكيل والموزون ما كان فى عصر النبى صلى الله عليه و آله وسلم من غير فرق بين بلده وسائر البلاد إذا استقر أهلها عليه ، فما كان مكيلاً أو موزوناً فى عصره صلى الله عليه و آله وسلم فى

جميع البلدان أو كلّ بلد جرى فيه الربا وإن تغيّر بعد ذلک ، وما لم يكن من أحدهما فى عصره صلى الله عليه و آله وسلم لا يجرى فيه الربا وإن صار من أحدهما بعد عصر النبى صلى الله عليه و آله وسلم .

وهذان القولان ضعيفان ، لأنّ الحكم فى الروايات الماضية وغيرها يدور مدار وصفى المكيلية والموزونية ، ولا تنحصران بعصر النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، فما كان مكيلاً أو موزوناً فى أىّ عصرٍ وزمانٍ وأىّ بلدٍ ومكانٍ يجرى فيه الربا إن بيع مع التفاضل .

فعلى ما ذكرنا لو كان شىء موزوناً فى عصر النبى صلى الله عليه و آله وسلم ولكن الآن يباع عدداً فلا يجرى فيه

١- (٤) نتائج التنقيح / ٤٤ .
٢- (٥) روضة المتقين ١٤ / ١١٣ .
٣- (٦) الوجيزة فى علم الرجال / ٢٢٩ الرقم ١٤١ .
٤- (٧) المبسوط ٢ / ٩٠ .
٥- (٨) التنقيح الرائع ٢ / ٩١ .

الربا ، ولو كان شيء يباع عدداً فى عصره صلى الله عليه و آله وسلم ولكن الآن يباع موزوناً يجرى فيه الربا . واللّه سبحانه هو العالم .

تذكرة:

إن اختلفت البلدان فى الكيل أو الوزن أو العدّ أو غيرها ، فلكلّ بلد حكم نفسه ، فيجرى الربا فى بلد الكيل والوزن ولا يجرى فى بلد العدّ ، وذلك لما ذكرنا من أنّ الحكم يدور مدار الوصف . فما نسب إلى الشيخ فى النهاية(١) وسلاّر بن عبد العزيز الديلمى فى المراسم(٢) وقوّاه فخر المحققين فى إيضاح الفوائد(٣) من تغليب جانب الحرمة غير تام بما ذكرناه .

وإن اختلف فى بلد واحد ، يعنى يباع فيه تارة بالوزن وتارة بالعدّ نحو الخبز فى عصرنا الحاضر ، فلا يدخل تحت إطلاق أحد الخطابين من حرمة الربا وحلّية البيع ، لعدم إمكان دخوله تحتهما معاً ، والدخول فى تحت أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح ، فتصل النوبة إلى الأصل العملى ، وهو يقتضى البراءة من الحرمة ، يعنى جواز بيعه مع التفاضل .

وما نسب إلى المفيد(٤) من اختصاص الجواز بالأغلب ومع التساوى يرجح جانب الحرمة ، أيضاً غير تام بما ذكرناه . نعم : قوله قدس سره موافق للإحتياط الحسن ، ولكن الاستدلال له بما رواه الأحسائى مرفوعاً عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ما اجتمع الحرام والحلال إلاّ غلب الحرامُ الحلال(٥) ، غير تام . لضعفها سنداً ودلالةً .

ولذا قال صاحب الجواهر قدس سره بعد نقل كلام المفيد وموافقته للإحتياط والاستدلال له

بالمرسلة : « ... لكن لا يخفى عليک عدم وجوب مراعاة الأوّل (يعنى الإحتياط) عندنا وعدم تناول الثانى (يعنى المرسلة) لما نحن فيه »(٦) .

١- (١) النهاية ٢ / ١٢٢ و ١٢٣ .

٢- (٢) المراسم / ١٧٩ .

٣- (٣) إيضاح الفوائد ١ / ٤٧٦ .

٤- (٤) المقنعة / ٦٠٤ .

٥- (٥) عوالى اللآلى ٢ / ١٣٢ ح ٣٥٨ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٢ / ٢٧٢ ح ٦ (١ / ٣٥٨) .

٦- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٦٥ .

ثم إن هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها

فروع

الأوّل : الربا يجرى فى جميع المعاملات

هل الربا يجرى فى جميع المعاوضات والمعاملات المالية أو يختص بعقدى البيع والقرض ؟ ذهب المشهور إلى الأوّل ، وذهب ابن إدريس الحلى والعلامة إلى الثانى(١) .

قال الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى قدس سره : « ... وهذا التعريف [يعنى أنّه يجرى فى جميع المعاوضات المالية] يناسب ما حُكى عن الأكثر ، حكاه المقدس الأردبيلى فى آياته(٢) ، وقد حكى(٣) عن السيد والشيخ والقاضى وابن المتوج وفخر المحققين من أنّه يثبت فى كلّ معاوضة

ولا يختص بالبيع ، وهو خيرة الشهيدين فى صلح الدروس(٤) والمسالک(٥) والروضة(٦) وغصب الأوّلين(٧) ، وأبى العباس فى صلح المهذب(٨) والمقتصر(٩) والفخر فى صلح الإيضاح(١٠) والصالح القطيفى والمحقق الثانى(١١) والفاضل الميسى والمقدس الأردبيلى(١٢) وغيرهم(١٣) ، وهو صريح الشرائع(١٤) فى باب الغصب وظاهره فى باب

١- (٢) نقل عنهما صاحب الجواهر فى كتابه ٢٣ / ٣٣٨ .

٢- (٣) زبدة البيان / ٤٣٢ .

٣- (٤) حكاه السيد الطباطبائى فى الرياض ٨ / ٢٧٩ .

٤- (٥) الدروس ٣ / ٣٢٨ .

٥- (٦) المسالک ٤ / ٢٦٩ .

٦- (٧) الروضة البهية ٤ / ١٨٠ .

٧- (٨) الدروس ٣ / ١١٦ والمسالک ١٢ / ١٨٩ .

٨- (٩) المهذب البارع ٢ / ٥٣٧ .

٩- (١٠) المقتصر / ١٩٨ .

١٠- (١١) ايضاح الفوائد ٢ / ١٠٤ .

١١- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٦٦ .

١٢- (١٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٥٧ .

١٣- (١٤) كالسيد الطباطبائى فى الرياض ٨ / ٢٧٩ .

١٤- (١٥) الشرائع ٣ / ٢٤٠ .

الصلح(١) ... »(٢) .

وقال صاحب الجواهر : « ... بل قيل إنّ الفاضل [العلامة الحلى] قد رجع عنه فى كتاب الصلح من القواعد ، فينحصر الخلاف حينئذ بالحلى [ابن إدريس] ... »(٣) .

أقول : العبارة الموجودة فى المطبوعة من صلح القواعد هكذا : « ولو صالح على عين بأُخرى فى الربويّات ففى إلحاقه بالبيع نظر ، وكذا فى الدين بمثله ، فإن ألحقناه فسد ... »(٤) .

وأنت ترى عدم ظهور العبارة فى رجوعه قدس سره عن قوله ، واللّه سبحانه هو العالم .

فلابدّ من ملاحظة الروايات الواردة فى المقام حتّى يتبيّن اختصاص الربا بعقدى البيع والقرض فقط أو جريانه فى جميع المعاملات والمعاوضات الماليّة :

منها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الفضة بالفضة مثلاً بمثل ، ليس فيه زيادة ولا نقصان ، الزائد والمستزيد فى النار(٥) .

بتقريب : عدم ورود التخصيص بالبيع ، بل الرواية مطلقة ، فيجرى الربا فى جميع المعاوضات .

ومنها : صحيحة أبى بصير وغيره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الحنطة والشعير رأساً برأس ، لا يزاد واحد منهما على الآخر(٦) .

بتقريب : ما قد مرّ آنفاً من عدم ورود التخصيص بل أنّها مطلقة ، فتشمل جميع المعاوضات والمعاملات المالية .

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلٌ بمثلٍ لا بأس به(٧) .

١- (١٦) الشرائع ٢ / ١٢١ .

٢- (١٧) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٠٢ - (١٤ / ٨) .

٣- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٣٨ .

٤- (٢) قواعد الاحكام ٢ / ١٧٣ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب الصرف .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٣ . الباب ٨ من أبواب الربا .

٧- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤٢ ح ٤ . الباب ٩ من أبواب الربا .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلاّ مثلاً بمثل ، ثم قال : إنّ الشعير من الحنطة(١) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطى لكلِّ عشرة أرطال إثنى عشر دقيقاً ؟ قال : لا . قلت : فالرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن له لكلِّ صاع أرطالاً مسماة ؟ قال : لا(٢) .

قال صاحب الجواهر بعد نقل هذه الصحيحة : « بل قيل : إنّه صريح فى المطلوب »(٣) . يعنى أن هذه الرواية كالنص فى التعدى من البيع إلى غيره من المعاوضات المالية . وهى كذلكِ .

ومنها : صحيحة سيف التمار قال : قلت لأبى بصير : أحبّ أن تسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقّق . قال : فسأله أبو بصير عن ذلك فقال عليه السلام : هذا مكروه ، فقال : إنّ على بن أبى طالب عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ، لأنّ تمر المدينة أدونهما ، ولم يكن على عليه السلام يكره الحلال(٤) .

بتقريب : أن الاستبدال أعم من البيع وغيره من المعاوضات الماليّة .

والحاصل ، هذه الروايات كلّها مطلقة تشمل جميع المعاوضات الماليّة ولا تختص بالبيع ، ودعوى الاختصاص به والانصراف لغلبة البيع ممنوع . فالربا يجرى فى جميع المعاوضات والمعاملات المالية كما عليه المشهور . واللّه سبحانه هو العالم .

الثانى : موارد استثناء حرمة الربا

قد استثنوا من حرمة الربا أربعة موارد :

الف : الربا بين الوالد وولده

ب : وبين السيد وعبده

ج : وبين الرجل وزوجته

١- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٢ . الباب ٨ من أبواب الربا .
٢- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ١٤١ ح ٣ . الباب ٩ من أبواب الربا .
٣- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٣٧ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥١ ح ١ . الباب ١٥ من أبواب الربا .

د : وبين المسلم والحربى ، إذا أخذه المسلم . ويثبت بين المسلم والذمى .

وهذا الحكم إجماعىٌ عند أصحابنا لم يخالف فى كلّيّته أحدٌ(١) ، إلاّ الشريف المرتضى قدس سره فى المسائل الموصليات الثانية ، وأنقل هنا تمام كلامه لما فيه من فوائد وتظهر لک كيفية استنباطه ، قال قدس سره : « وباللّه التوفيق ، إنّ كثيراً من أصحابنا قد ذهبوا إلى نفى الربا بين الوالد وولده وبين

الزوج وزوجته والذمى والمسلم ، وشرط قوم من فقهاء أصحابنا فى هذا الموضوع شرطاً ، وهو أن يكون الفضل مع الوالد إلاّ أن يكون له وارث أو عليه دين .

وكذلک قالوا : أنّه لا ربا بين العبد وسيده إذا كان لا شريک له فيه ، وإن كان له شريک حرم الربا بينهما ، وكذلک العبد المأذون له فى التجارة ، حرم الربا بينه وبين سيده إذا كان العبد قد استدان مالاً عليه .

وعوّلوا فى ذلک على ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام من قوله : ليس بين الرجل وبين ولده ربا ، وليس بين السيد وبين عبده ربا(٢) . ورووا عن الصادق عليه السلام أنه قال : ليس بين المسلم وبين الذمى ربا ، ولا بين المرأة وزوجها(٣) . وأما العبد وسيده فلا شبهة فى انتفاء الربا بينهما .

ويوافقنا على ذلک أبوحنيفة وأصحابه الثورى والليث والحسن بن صالح بن حى والشافعى . ويخالف مالک الجماعة فى هذه المسألة ، لأن مالكاً يذهب إلى أن العبد يملک ما فى يده مع الرق ، والجماعة التى ذكرناها تذهب إلى أن الرق يمنع من الملک ، وهو الصحيح .

وإذا كان ما فى يد العبد ملكاً لمولاه لم يدخل الربا بينهما ، لأن المالين فى الحكم مال واحد والمالک واحد ، ولهذا يتعب(٤) حكم المأذون له فى التجارة ، يتعلق على(٥) الغرماء بما فى يده ،

١- (٣) السيد جواد العاملى ادعى الإجماع على المسائل الفرعية المذكورة ونقله عن عدة من الكتب ، راجع مفتاح الكرامة ٤ / ٥٢٩ و ٥٣٠ و ٥٣١ (١٤ / ٩٥ و ٩٨ و ١٠١ و ١٠٢) - وتبعه فى الجواهر وادعى الإجماع بقسميه على هذه المسائل راجع الجواهر ٢٣ / ٣٧٨ و ٣٨٠ و ٣٨١ و ٣٨٢ .
٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ١ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٥ .

٤- (٣) ظ : يتغير .

٥- (٤) ظ : ويتعلق حق الغرماء بما فى يده .

وكذلک يتغير فى هذا الحكم حال العبد بين شريكين ، فالشبهة فى انتفاء الربا بين العبد وسيده مرتفعة .

وإنّما الكلام فى باقى المسائل التى ذكرناها ، فالأمر فيها مشكل .

والذى يقوى فى نفسى أن الربا محرّم بين الوالد وولده والزوج وزوجته والذمى والمسلم ، كتحريمه بين غريبين .

فأمّا الأخبار التى وردت و فى ظاهرها أنه لا رباء فى هذه المواضع ، إذا جاز العمل بها جاز أن نحملها على تغليظ تحريم الربا فى هذه المواضع ، كما قال اللّه تعالى : «فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوقَ وَلاَ جِدَالَ فِى الْحَجِّ»(١) ولم يرد أن الرفث فى غير الحج لا يكون رفثاً ولا محرّماً ، وكذلک الفسوق ، وإنّما أراد بذلک تغليظ تحريمه والنهى عنه .

ومن شأن أهل اللغة إذا أكدوا تحريم شىء أدخلوا فيه لفظ النفى ، لينبى ء عن تحقيق

التحريم وتأكيده وتغليظه ، كما أنّ فى مقابلة ذلک إذا أرادوا أن يؤكدوا ويغلظوا الإيجاب استعملوا فيه لفظ الخبر والإثبات ، كما قال اللّه تعالى : «وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً»(٢) وإنّما أكد بذلک وجوب أمانه ، وكان هذا القول آكد من أن يقول : فأمنوا من دخله ولا تخيفوه .

وكذلک قوله عليه السلام « العارية مردودة ، والزعيم غارم »(٣) وإنّما المراد به أنّه يجب ردّ العارية ، وغرامة الزعيم الذى هو الضامن ، وأخرج الكلام مخرج الخبر للتأكيد والتغليظ ، فهذا فى باب الإيجاب نظير ما ذكرنا فى باب الحظر والتحريم .

فإن قيل : فأىّ فائدة فى تخصيص هذه المواضع نفى الربا فيها مع إرادة التحريم والتغليظ ، والربا محرّم بين كلِّ أحد وفى كلِّ أحد و فى كلِّ موضع .

قلنا : فى تخصيص هذه المواضع بالذكر ممّا يدلّ على أن غيرها ممّا لم يذكر بخلافها . وهذا مذهب قد اختلف فيه أصحاب أصول الفقه ، والصحيح ما ذكرناه . ومع هذا فغير ممتنع أن يكون للتخصيص فائدة .

١- (٥) سورة البقرة / ١٩٧ .

٢- (١) سورة آل عمران / ٩٧ .

٣- (٢) جامع الأصول ٩ / ١١٠ .

أما الوالد وولده والحرمة بينهما عظيمة متأكّدة ، فما حظر بين غيرهما وقبح فى الشريعة ، فهو المحرّمة بينهما أقبح وأشدّ حظراً . وكذلک الزوج وزوجته ، فيكون لهذا المعنى وقع التخصيص للذكر .

وأما الذمى والمسلم فيمكن أن يكون وجه تخصيصهما هو أن الشريعة قد أباحت - لفضل الإسلام وشرفه على سائر الملل - أن يرث المسلم الذمى والكافر وإن لم يرث الذمى المسلم . وثبت حق الشفعة للمسلم على الذمى ، ولا يثبت حق الشفعة للمسلم على الذمى ، فخص نفى الربا بالذمى والمسلم على سبيل الحظر بظن ظاهر(١) ، فإنه يجوز للمسلم أن يأخذ من الذمى الفضل فى الموضع الذى يكون فيه ربا ، وإن لم يجز ذلک للذمى ، كما جاز فى الميراث والشفعة .

فإن قيل : فما الذى يدعو إلى الإنصراف عن ظواهر الأخبار المروية فى نفى الربا بين الجماعة المذكورة إلى هذا التعسف من التأويل .

قلنا : ما عدلنا عن ظاهر إلى تأويل متعسف ، لأن لفظة النفى فى الشريعة إذا وردت فى مثل هذه المواضع التى ذكرناها ، لم يكن ظاهرها للإباحة دون التحريم والتغليظ ، بل هى

محتملة لكلِّ واحد من الأمرين إحتمالاً واحداً ، ولا تعسف فى أحدهما .

ولم يبق إلاّ أن يقال : فإذا احتملت الأمرين فلم حملتموها على أحدهما بغير دليل .

وها هنا دليل يقتضى ما فعلناه ، وهو أن اللّه تعالى حرّم الربا فى آيات محكمات من الكتاب لا إشكال فيها ، فقال تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ»(٢) وقال : «لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا»(٣) وقال جلّ اسمه : «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ»(٤) .

والأخبار الواردة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وعن ولده من الأئمة عليهم السلام فى تحريم الربا

١- (٣) كذا فى النسخة .

٢- (١) سورة البقرة / ٢٨٧ .

٣- (٢) سورة آل عمران / ١٣٠ .

٤- (٣) سورة البقرة / ٢٧٥ .

وحظره ، والنهى عن أكله ، والوعيد الشديد على من خالف فيه أكثر من أن تحصى .

وقد علمنا أن لفظة « الربا» إنّما معناه الزيادة ، وقررت الشريعة فى هذه اللفظة أنها زيادة فى أجناس وأعيان مخصوصة . وخطاب اللّه تعالى وخطاب رسوله يجب حملهما على العرف الشرعى دون

اللغوى ، فيجب على هذا أن يفهم من ظواهر الآيات والأخبار أن الربا الذى هو التفاضل فى الأجناس المخصوصة محرّم على جميع المخاطبين بالكتاب على العموم ، فيدخل فى ذلک الولد والزوج والذمى مع المسلم ، وكلّ من أخذ وأعطى فضلاً .

فإذا أوردت أخبار تنفى الربا بين بعض من تناوله ذلک العموم ، حملنا النفى فيها على ما ذكرناه بما يطابق تلک الآيات ويوافقها ، ولا يوجب تخصيصها وترک ظواهرها»(١) . انتهى كلامه فى المسائل الموصليات الثانية .

ولكنه قدس سره رجع عن هذا القول فى كتابه « الانتصار» وقال فيه : « وممّا انفردت به الإمامية : القول بأنّه لا ربا بين الولد ووالده ولا بين الزوج وزوجته ، ولا بين الذمّى والمسلم ، ولا بين العبد ومولاه . وخالف باقى الفقهاء فى ذلک وأثبتوا الربا بين كلّ من عددناه(٢) .

وقد كتبت قديماً فى جواب مسائل وردت من الموصل تأوّلت الأخبار التى يرويها أصحابنا المتضمّنة لنفى الربا بين من ذكرناه على أنّ المراد بذلک - وإن كان بلفظ الخبر - معنى الأمر ، كأنّه قال : يجب أن لا يقع بين من ذكرناه ربا ، كما قال تعالى : «وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً»(٣)، وكقوله تعالى : «فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوقَ وَلاَ جِدَالَ فِى الْحَجِّ»(٤) ، وقوله عليه السلام : العارية مردودة والزعيم غارم(٥) . ومعنى ذلک كلّه معنى الأمر والنهى وإن كان بلفظ الخبر .

فأما العبد وسيّده فلا شبهة فى نفى الربا بينهما ، لأنّ العبد لا يملک شيئاً ، والمال الذى فى يده مال لسيّده ، ولا يدخل الربا بين الإنسان ونفسه ؛ ولهذا ذهب أصحابنا إلى أنّ العبد إذا كان

١- (٤) رسائل الشريف المرتضى ١ / (١٨٥ - ١٨١) .

٢- (٥) المجموع ، ج ٩ ص ٣٩١ - ٣٩٢ .

٣- (١) سورة آل عمران / ٩٧ .

٤- (٢) سورة البقرة / ١٩٧ .

٥- (٣) عوالى اللآلى / ج ١ ص ٣١٠ ح ٢١ .

لمولاه شريک فيه حرم الربا بينه وبينه .

واعتمدنا فى نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن ، وأنّ اللّه تعالى حرّم الربا على كلّ متعاقدين ، وقوله تعالى : «لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا»(١) ، وهذا الظاهر يدخل تحته الوالد وولده والزوج والزوجة .

ثمّ لمّا تأمّلت ذلک رجعت عن هذا المذهب ؛ لأنّى وجدت أصحابنا مجمعين على نفى الربا بين من ذكرناه ، وغير مختلفين فيه فى وقت من الأوقات ، وإجماع هذه الطائفة قد ثبت أنّه حجّة ويخصّ بمثله ظواهر الكتاب ، والصحيح نفى الربا بين من ذكرناه .

وإذا كان الربا حكماً شرعياً جاز أن يثبت فى موضع دون آخر ، كما يثبت فى جنس دون جنس وعلى وجه دون وجه ، فإذا دلّت الأدلة على تخصيص من ذكرناه وجب القول بموجب الدليل .

وممّا يمكن أن يعارض ظواهره به من ظاهر الكتاب : أنّ اللّه تعالى قد أمر بالإحسان والإنعام ، مضافاً إلى ما دلّت عليه العقول من ذلک ، وحدّ الإحسان : إيصال النفع لا على وجه الاستحقاق إلى الغير مع القصد إلى كونه إحساناً ، ومعنى الإحسان ثابت فى من أخذ من غيره درهماً بدرهمين ؛ لأنّ من أعطى الكثير بالقليل وقصد به إلى نفعه به فهو محسن إليه ، وإنّما أخرجنا من عدا من استثنيناه من الوالد وولده والزوج وزوجته بدليل قاهر تركنا له الظواهر . وهذا ليس مع المخالف فى المسائل التى خالفنا فيها .

فظاهر أمر اللّه تعالى بالإحسان فى القرآن فى مواضع كثيرة كقوله تعالى : «وَأَحْسِن كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْکَ»(٢) ،

وقوله تعالى : «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ»(٣) يعارض الآيات التى ظاهرها عامّ فى تحريم الربا ، فإذا قالوا تخصّص آيات الإحسان لأجل آيات الربا ، قلنا : ما الفرق بينكم وبين من خصّص آيات الربا لعموم آيات الأمر بالإحسان ؟ وهذه طريقة إذا سلكت كانت

١- (٤) سورة آل عمران / ١٣٠ .

٢- (٥) سورة القصص / ٧٧ .

٣- (١) سورة النحل / ٩٠ .

قويّة »(١) .

أقول : الشريف المرتضى لم ينقض الإجماع بل رجع قدس سره إلى الإجماع ، ورجوعه بواسطة الإجماع يؤيد ويؤكد الإجماع ، قال العلامة المؤسس الحائرى قدس سره فى هذا المجال وفى ردّ استدلال المرتضى قدس سره فى الموصليات : « ولا يخفى أنّ كلامه قدس سره هذا ممّا يؤكّد ما ا شتهر من نفى تحريم الربا بين المذكورين غاية التأكيد ، لكونه فى ذلك العصر من المسلمات التى لم يمكن السيد الفتوى بخلافها . هذا مضافاً إلى إمكان استفادة ذلك من نفس هذا التركيب مع قطع النظر عن هذا أيضاً ، فإنّ ما ذكره السيد من كون المراد نفى موضوع الربا المقصود به نفى جوازه وإباحته - كما فى نفى الضرر فى الحديث والرفث والفسوق فى الآية - وإن كان حقّاً لكنّه ليس مطّرداً فى هذا التركيب ، وإنّما المُسَلَّم منه ما إذا كان سوقه ابتداءً بلا سابقة تشريع حكم فى الموضوع الذى وقع تلو النفى كما فى نفى الضرر ، فإنّ المنساق من نفى الموضوع حينئذ نفى إباحته وتشريع جوازه ، وأمّا إذا كان مسبوقاً بأحد الأحكام الخمسة وبعد تشريع الحكم فيه على سبيل الكلية ثمّ سيق هذا التركيب فى بعض الأصناف ، فالمنساق منه حينئذٍ هو نفى ذلك الحكم المجعول فيه على وجه الكلية كما فى الربا ، فإنّ حرمته ضرورية بين المسلمين ، ونادى بتحريمه الكتاب العزيز ، فبعد هذا

لو ورد « لا ربا بين الرجل وولده » الخ ، فلا شبهة أنّ أظهر الآثار الثابتة للربا فى الأذهان هو التحريم ، فيرجع النفى إليه ، فيكون المقصود جوازه بين المذكورين .

أمّا آية : «فَلاَ رَفَثَ» الآية ، حيث أنّه مع سبق الحكم بتحريم الفسوق والجدال حكمنا بأنّ المراد به نفى الجواز لا نفى التحريم ، فلشهادة قرينة المقام على ذلک حيث لا يتبادر إلى ذهن أحد أن يكون حال الحج أسوأ من سائر الأحوال »(٢) .

والحاصل ، الإجماع قائم على كلّية هذه المسائل الأربع من نفى الربا وعدم حرمته بين هؤلاء المذكورين ، وأمّا جزئياتها فتأتى فى ضمن البحث عن هذه المسائل منفرداً إن شاء اللّه تعالى .

١- (٢) الانتصار / (٤٤٣ - ٤٤١) ، طبع جماعة المدرسين عام ١٤١٥ .
٢- (٣) المكاسب المحرمة / ٤١ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

الف : لا ربا بين الوالد وولده

يدلّ على عدم حرمة الربا بين الوالد وولده - بعد الإجماع الذى قد مرّ ذكره - بعض الروايات :

منها : حسنة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده ، وبينه وبين عبده ، ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا فيما بينک وبين ما لا تملک ، الحديث(١) .

رجال السند كلهم ثقات إلاّ ياسين الضرير وهو فى أول درجات الحسن ، فالرواية به حسنة سنداً ، فالتعبير بالصحيح عن سندها كما عن الجواهر(٢) فى الموضعين عجيب . وأمّا دلالتها فواضحة .

ومنها : حسنة زرارة ومحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده ولا بينه وبين عبده ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا فى ما بينک وبين ما لا تملک ، الحديث(٣) .

الرواية من حيث السند حسنة بياسين الضرير ، وأمّا دلالتها فواضحة . ويمكن إتحادها مع الرواية الماضية ، أعنى حسنة زرارة .

ومنها : خبر عمرو بن جميع عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : ليس بين الرجل وولده ربا ، وليس بين السيد وعبده ربا(٤) .

أمّا رجال السند فحميد بن زياد النينوانى موثَّق ، والخشاب لقب لثلاثة أشخاص : أوّلهم : الحسن بن موسى الخشاب وهو حسنٌ ، وثانيهم : عمران بن موسى الخشاب وهو مهمل ، وثالثهم : حجاج بن رفاعة الخشاب وهو ثقة ، ولعلّ الأظهر فى المقام أنّ المراد به هو الأوّل . والمراد بابن بقاح هو الحسن بن على بن بقاح الثقة . ومعاذ بن ثابت حسنٌ ولكن عمرو بن جميع الراوى الأخير ضعيف ، فالرواية به ضعيفة الإسناد . ولكن دلالتها واضحة .

ومنها : ما فى الفقه الرضوى : ليس بين الوالد وولده ربا ،ولا بين الزوج والمرأة ربا ،

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ . الباب ٧ من أبواب الربا .
٢- (٢) الجواهر ٢٣ / ٣٧٩ و ٣٨١ .
٣- (٣) التهذيب ٧ / ١٧ ح ٧٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ١ .

ولا بين المولى والعبد ، ولا بين المسلم والذمى(١) .

وذكر الصدوق مثلها فى المقنع(٢) .

هذه الروايات الواضحة بعد الإجماع تدلّ على جواز أخذ الربا بين الوالد وولده .

ثم يجوز أخذ الزيادة لكلٍّ منهما ، لإطلاق الروايات الورادة ، وأفتى به فى السرائر(٣) والشرائع(٤) والتذكرة(٥) والتحرير(٦) والنهاية(٧) والدروس(٨) وإيضاح النافع(٩) والمسالك(١٠) والروضة(١١) وغيرها(١٢) ، وفى المفاتيح(١٣) والرياض(١٤) أنّه لا خلاف فيه إلاّ من الإسكافى(١٥) حيث خصّ الزيادة بالولد دون الوالد ويشترط أن لا يكون للوالد وارث ولا عليه دين ، وهو شاذ كما قاله جماعة ، وزاد فى الحدائق(١٦) : « وأقواله غالباً لا تخرج عن مذهب العامة » . كما

١- (٥) الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام / ٢٨٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٩ ح ١ وجامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ٢٠٨ ح ٣ .

٢- (٦) المقنع / ١٢٦ .

٣- (١) السرائر ٢ / ٢٥٢ .

٤- (٢) شرائع الاسلام ٢ / ٤٠ .

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٧ المسألة ١٠٥ .

٦- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٣١٢ . الخامس .

٧- (٥) نهاية الأحكام ٢ / ٥٥٣ .

٨- (٦) الدروس ٣ / ٢٩٩ - يُستفاد من إطلاق كلامه عليه السلام .

٩- (٧) إيضاح النافع / للفاضل القطيفى ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٥٢٩ - (١٤ / ٩٨) .

١٠- (٨) مسالک الأفهام ٣ / ٣٢٧ .

١١- (٩) الروضة البهية ٣ / ٤٤٥ .

١٢- (١٠) كالمهذب ١ / ٣٧٢ والكفاية ١ / ٥٠١ .

١٣- (١١) مفاتيح الشرائع ٣ / ٦٣ .

١٤- (١٢) رياض المسائل ٨ / ٤٣٣ .

١٥- (١٣) نقل عنه العلامة فى المختلف ٥ / ٧٩ .

١٦- (١٤) الحدائق ١٩ / ٢٦٠ .

قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(١) .

وقال الوحيد البهبهانى فى حاشيته على مجمع الفائدة والبرهان بالنسبة إلى تفصيل ابن الجنيد الإسكافى : « وهذا غريب بالنظر إلى الأخبار»(٢) .

ولا فرق هنا فى إطلاق الولد بين الذكر والأُنثى كما قال العلامة فى تذكرة الفقهاء : « ولا فرق بين الولد الذكر والأُنثى ، لشمول اسم الولد لهما »(٣) . وقال المحقق الثانى : « ولا فرق فى الولد بين الذكر والأُنثى لشمول الاسم »(٤) .

وهكذا لا فرق بين الولد وولد الولد وإن نزل كما يشمله لفظ « الولد » وإطلاقه ، والعمل بالعموم والحكم بثبوت الربا بعد ورود المخصص بلا وجه وإطلاق « الولد » على ولد الولد ليس بمجاز ، بل يُطلق عليه حقيقة . فالصحيح فى المقام ما ذهب إليه الشهيد قدس سره فى الدروس(٥) من الحكم بعدم ثبوت الربا بين الجد وولد الولد . ولا يتم ما ذهب إليه ثانى الشهيدين(٦) من ثبوت الربا بين الجد وولد الولد .

نعم ، الحكم يختص بالولد النسبى ، فلا يجرى فى حقّ الولد الرضاعى ، لأنّه ليس بولد حقيقة ، كما أنّه يختص بالأب فلا يجرى فى حقِّ الأُمّ ، كما هو واضح .

وأمّا ولد الزنا فهل يثبت هذا الحكم بينه وبين مَن له مِن نطفته أم لا ؟ الظاهر بعد الحكم بأنّ ولد الزنا أيضاً ولد فى الحقيقة فلذا لا يجوز له نكاحها لو كانت بنتاً ، إلاّ أنّ النسب منقطع فى الإرث فقط ، وأمّا فى غير الإرث بالنسبة إليهما جميع أحكام النسب باقية ، فيجرى الحكم بالجواز بالنسبة إليهما .

١- (١٥) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٢٩ - (١٤ / ٩٦) .

٢- (١٦) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٢٩٥ .

٣- (١٧) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

٤- (١٨) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٠ .

٥- (١) الدروس ٣ / ٢٩٩ .

٦- (٢) حاشية الإرشاد / ١٨٤ وفى المطبوعة ضمن غاية المراد فى شرح نكت الارشاد للشهيد الأوّل ٢ / ١٢٤ .

ب : لا ربا بين السيد وعبده

تدلّ على عدم ثبوت الربا بين السيد ومملوكه بعد الإجماع ، بعضُ الروايات :

منها : صحيحة على بن جعفر أنّه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدى العبد كلّ شهر عشرة دراهم ، أيحلّ ذلک ؟ قال : لا بأس(١) .

وسند الشيخ إلى هذه الرواية حسن ببنان بن محمد بن عيسى .

ومنها : حسنة زرارة(٢) وحسنة زرارة ومحمد بن مسلم(٣) وخبر عمرو بن جميع(٤) المذكورة فيما سبق .

وهذه الروايات وفيها صحيحة السند تدلّ على عدم ثبوت حكم الربا بين السيد وعبده وجواز أخذ السيد الزيادة من عبده ، وهذا الحكم بناءً على القول بأنّ العبد لا يملک واضح وبناءً على ثبوت ملكية العبد أيضاً تدلّ عليه الروايات ومنها الصحيحة ، فلا وجه

لمناقشة الأردبيلى حيث قال : « وأمّا على القول الآخر [يعنى مالكية العبد] فلا يظهر ، إذ الرواية غير صحيحة ولا نعرف غيرها ، إلاّ أن يدعى الإجماع فيقتصر على موضعه وهو القن الخاص ، لا المكاتب مطلقاً ولا المشترک كما تشعر به الرواية المتقدمة »(٥) .

وفيه : بعد ورود صحيحة على بن جعفر وغيرها من الروايات تمَّ ما ذكرناه ولا يصح قوله قدس سره : « إذ الرواية غير صحيحة» ، ولعلّه غفل عنها . وسبحان من لا يسهو .

نعم ، يثبت الربا بين السيد وعبده المشترک بينه وبين غيره ، كما تدلّ عليه حسنة زرارة ومحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده ولابينه وبين عبده ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا فى ما بينک وبين ما لا تملک . قلت : فالمشركون بينى وبينهم رباً ؟ قال : نعم ،

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٦ - وأورد تمامها فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٠٨ ح ١٢ . الباب ١١ من أبواب السلف .
٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .
٣- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .
٤- (٦) وسائل الشيعة ١٨ ١٣٥ ح ١ .
٥- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٨٩ .

قلت : فإنّهم مماليک ؟ فقال : إنّک لست تملكهم ، إنّما تملكهم مع غيرک ، أنت وغيرک فيهم سواء ، والذى بينک وبينهم ليس من ذلک ، لأنّ عبدک ليس مثل عبدک وعبد غيرک(١) .

ونحوها حسنة زرارة(٢) .

وعلى هذا العبد المشترک لا يجوز أخذ الربا منه ، وبه صرح العلامة فى القواعد(٣) وتذكرة الفقهاء(٤) وتحرير الأحكام(٥) ونهاية الإحكام(٦) ومختلف الشيعة(٧) والشهيد فى الدروس(٨) والفاضل المقداد فى التنقيح(٩) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(١٠) والقطيفى فى إيضاح النافع(١١) والشهيد الثانى فى المسالک(١٢) والسيد الطباطبائى فى الرياض(١٣) والسيد العاملى فى مفتاح الكرامة(١٤) .

خلافاً لصاحب الجواهر حيث قال : « العبد المشترک بين المالكين الذى يمكن القول فيه بحليّة الربا فيه بالنسبة إلى كلٍّ من مولييه »(١٥) وقال فى توجيه حسنة الماضية : « على أنّ الخبر

١- (٢) التهذيب ٧ / ١٧ ح ٧٥ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .

٣- (٤) قواعد الأحكام ٢ / ٦٣ .

٤- (٥) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

٥- (٦) تحرير الأحكام ٢ / ٣١٢ . الرابع .

٦- (٧) نهاية الإحكام ٢ / ٥٥٤ .

٧- (٨) مختلف الشيعة ٥ / ٨٣ .

٨- (٩) الدروس ٣ / ٢٩٩ .

٩- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ٩٣ .

١٠- (١١) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٠ .

١١- (١٢) إيضاح النافع ، كما نقل عنه العاملى فى مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٠ - (١٤ / ١٠٠) .

١٢- (١٣) مسالک الإفهام ٣ / ٣٢٨ .

١٣- (١٤) رياض المسائل ٨ / ٤٣٣ .

١٤- (١٥) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٠ - (١٤ / ٩٩) .
١٥- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

المزبور مع احتمال العلّة فيه إقناعيّة لما تسمع فى المشترک الجزئى ، ظاهر فى نحو المشترک الجنسى الذى هو بين المسلمين ، لا مثل المشترک بين شخصين مثلاً»(١) .

ولكن الصحيح مذهب المشهور من ثبوت الربابين العبد المشترک ومالكيه لحسنة زرارة ومحمد بن مسلم الماضية ، وما ذكره صاحب الجواهر فى توجيهها غير ظاهر .

وأمّا العبد المبعّض الذى بعضه رقّ وبعضه حرّ أيضاً ملحق بالمشترک ، فلا يجوز أخذ الربا منه ، خلافاً لما مال إليه صاحب الجواهر(٢) .

وأمّا القنّ والمدبَّر وأم الولد والمكاتب بقسميه(٣) فيدخل فى الاستثناء من حكم الربا ،فيجوز أخذ الربا منهم ، إلاّ إذا دخل الآخر فى المبعّض ، فيجرى فيه حكمه .

وهكذا لا فرق بين كون المالک رجلاً أو امرأة كما هو الظاهر من « لفظ السيد » الوارد فى الحسنة . و « الرجل » الوارد فى صحيحة على بن جعفر لا يختص الحكم به . وذهب إلى ما ذكرناه الفقيه اليزدى فى عروته ، ولكن قال : « وإن كان الأحوط الاقتصار على الأوّل»(٤) . ولا وجه لهذا الإحتياط إلاّ حسنه الذاتى وأنّه حسن على كلِّ حالٍ وطريق النجاة ، أو التمسک بصحيحة على بن جعفر الماضية .

ج : لا ربا بين الرجل وزوجته

تدلّ عليه بعد الإجماع حسنة زرارة(٥) وحسنة زرارة ومحمد بن مسلم(٦) ومرسلة

١- (٢) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

٢- (٣) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

٣- (٤) قال المحقق فى الشرائع : « الكتابة قسمان : مشروطة ومطلقة ، المطلقة أن يقتصر على العقد وذكر الأجل والعوض والنيّة ، والمشترطة : أن يقول مع ذلک « فإن عجزت فأنت رُدُّ فى الرق » ، فمتى عجز كان للمولى ردّه رقاً ولا يعيد عليه ما أخذ» . شرائع الاسلام ٣ / ٩٦ .

٤- (٥) العروة الوثقى ٦ / ٧٢ المسألة ٥٢ .

٥- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .

٦- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .

الصدوق(١) السابقة الذكر ، على أنّ المراد بالأهل فى الأوّلتين الزوجة كما هو الظاهر .

ولا فرق فى الزوجة بين المعقودة بالعقد الدائم والموقت لصدق الزوجية والأهلية فى زمان العقد . وذهب إليه الشهيد فى الدروس(٢) واللمعة(٣) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٤) والشهيد الثانى فى المسالک(٥) والروضة(٦) . وصاحبا الجواهر(٧) والعروة(٨) .

وأمّا العلامة الحلى فى التذكرة(٩) فذهب إلى ثبوت الربا بين الرجل وبين زوجته بالعقد المنقطع ، وتبعه الأردبيلى فى مجمع الفائدة(١٠) والسيد الطباطبائى فى الرياض(١١) مع اعترافه بأنّ أكثر الأصحاب عمّموا الزوجة للمنقطع(١٢) ، والسيد العاملى فى مفتاح الكرامة(١٣) .

والحق هو الإلحاق والظهور كما مرّ منّا .

نعم ، الأمر مشكل بالنسبة إلى المتمتع بها إذا كان زمانها قليلاً ، نحو ساعة أو ساعتين ويوم أو يومين ، لا لعدم صدق الزوجة عليها فى زمان العقد ، بل لعدم صدق عنوان الأهل المأخوذ فى الحسنتين الماضيتين . فلذا الأمر بالنسبة إليها مشكل ، وليس للإجماع إطلاق حتّى

١- (٨) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٥ .

٢- (١) الدروس ٣ / ٢٩٩ .

٣- (٢) اللمعة / ١٩٣ .

٤- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٠ .

٥- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ٣٢٧ .

٦- (٥) الروضة البهية ٣ / ٤٣٩ .

٧- (٦) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

٨- (٧) العروة الوثقى ٦ / ٧٣ المسألة ٥٣ .

٩- (٨) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

١٠- (٩) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٩٠ .

١١- (١٠) رياض المسائل ٨ / ٤٣٤ .

١٢- (١١) رياض المسائل ٨ / ٤٣٥ .

١٣- (١٢) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣١ - (١٤ / ١٠٢) .

يشمل المقام ، فحينئذ يجرى دليل حرمة الربا فيها ، والإحتياط أيضاً يقتضى الترک .

وأمّا المطلّقة الرجعيّة فهنا فى حكم الأجنبيّة ، إذ يمنع صدق الأهل عليها ، فلا يلحقها حكم الجواز . كما فى الجواهر(١) والعروة(٢) .

ثم يجوز أخذ الزيادة لكلٍّ واحد منهما من صاحبه ، كما اعترف به العلامة فى تذكرة الفقهاء(٣) .

د : يجوز الربا بين المسلم والحربى إذا أخذه المسلم

تدلّ عليه بعد الإجماع(٤) عدّة من الروايات :

منها : خبر عمرو بن جميع عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا ، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم(٥) .

الرواية رواها المشايخ الثلاثة(٦) وفى سندها ضعف بعمرو بن جميع ، ولكن الشهرة على طبقها وجابر لضعف سندها كما قال صاحب الجواهر : « والضعف غير قادح بعد الإنجبار »(٧) .

ودلالتها على جواز أخذ الربا من الحربى وعدم جواز إعطائها واضحة .

ويمكن المناقشة فى الإنجبار بأنّ من الممكن أن يكون استناد المشهور بالإجماع أو بأن الحكم على طبق القاعدة ، فلا يحرز استنادهم بالرواية .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال الصادق عليه السلام : ليس بين المسلم وبين الذمى ربا ، ولا بين المرأة وبين زوجها رباً(٨) .

١- (١٣) الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٢- (١٤) العروة الوثقى ٦ / ٧٣ .

٣- (١٥) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٧ .

٤- (١) المذكور فى مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣١ (١٤ / ١٠٢) و الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٢ .

٦- (٣) الكافى ٥ / ١٤٧ ح ٢ - الفقيه ٣ / ٢٧٧ ح ٤٠٠٠ - التهذيب ٧ / ١٨ ح ٧٧ .

٧- (٤) الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٨- (٥) الفقيه ٣ / ٢٨٧ ح ٤٠٠٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٥ .

بناءً على حملها على الذمى الذى خرج من شرائط الذمة كما حملها العلامة فى المختلف(١) ، وقال فى الرياض : « حمل الأصحاب المرسلة على خروج الذمى عن شرائط الذمة »(٢) فلذا تدلّ على جواز أخذ الربا بين المسلم والحربى ، لأنّ الذمى إذا خرج من شرائط الذمة ولم يف بها صار حربيّاً . مضافاً إلى أنّ أخذ الربا من الذمى إذا كان جائزاً بطريق أولى تدلّ على جواز أخذه من الحربى حتّى إذا لم تحمل المرسلة على ما حملها الأصحاب .

ومنها : ما فى كتابى الفقه الرضوى والمقنع : ليس بين الوالد وولده ربا ولا بين الزوج والمرأة ربا ، ولا بين المولى والعبد ، ولا بين المسلم الذمى(٣) .

بالتقريب الذى مرّ فى الرواية السابقة .

فحينئذٍ يجوز للمسلم أخذ الربا من الحربى ، ولكن لا يجوز إعطاؤه أيّاه ، كما يدلّ عليه

خبر عمرو بن جميع وعليه المشهور بل الإجماع ، بلا فرق فى ذلک بين دار الإسلام ودار الحرب ، لإطلاق الخبر وصريح فتوى المشهور .

ويؤيّد هذا الإستثناء من حرمة الربا ، عدم حرمة مال الحربى كعرضه ودمه ، فلذا يجوز للمسلم استنقاذ ماله بأىِّ وجهٍ يمكن ذلک ، ومنها : أخذ الربا منه .

وأمّا أخذ المسلم الربا من الذمى هل يجوز أم لا ؟ ذهب إلى جوازه والد الصدوق(٤) وولده(٥) والمفيد(٦) والمرتضى وادعى عليه الإجماع(٧) والقطيفى(٨) ، وإلى عدم جوازه

١- (٦) مختلف الشيعة ٥ / ٨٢ .

٢- (٧) رياض المسائل ٨ / ٤٣٥ .

٣- (٨) الفقه الرضوى / ٢٨٥ والمقنع / ١٢٦ ونقلا عنهما فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٩ ح ١ وجامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ٢٠٨ ح ٣ .

٤- (١) نقل عنه العلامة فى مختلف الشيعة ٥ / ٨١ .

٥- (٢) المقنع / ١٢٦ .

٦- (٣) نقل عنه ابن إدريس فى السرائر ٢ / ٢٥٢ والعلامة فى المختلف ٥ / ٨١ ، ولكن قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٢ (١٤ / ١٠٨) : « ولم أجد له ذكراً فى المقنعة » .

٧- (٤) الانتصار / ٤٤٢ .

٨- (٥) إيضاح النافع / مخطوط ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٢ (١٤ / ١٠٨) .

المشهور(١) .

والصحيح ما ذهب إليه المشهور من ثبوت الربا بين المسلم والذمى ، لما مرّ من حمل مرسلة الصدوق وعبارتى الفقه الرضوى والمقنع على الذمى الذى خرج من شرائط الذمة وبخروجه منها صار حربيّاً .

مضافاً إلى ورود إطلاقات حرمة الربا ، وتدلّ على ثبوت الربا بينهما :

حسنة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده وبين عبده ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا فيما بينک وبين ما لا تملک .

قلت : فالمشركون بينى وبينهم ربا ؟ قال : نعم . قال : قلت : فإنّهم مماليک ، فقال : إنّک لست تملكهم إنّما تملكهم مع غيرک ، أنت وغيرک فيهم سواء ، فالذى بينک وبينهم ليس من ذلک ، لأنّ عبدک ليس مثل عبدک وعبد غيرک(٢) .

ومثلها حسنة زرارة ومحمد بن مسلم عنه عليه السلام (٣) .

الروايتان من حيث السند حسنتان كما مرّ منّا سابقاً ، وأمّا دلالتهما على حرمة أخذ الربا من المشركين واضحة والقدر المتيقّن منهم أهل الذمة ، فلا يجوز أخذ الربا من أهل الذمة

كما عليه المشهور .

وأمّا المُعاهَد هل يلحق بالحربى أم بالذمى ؟ قال بإلحاقه بالحربى العلاّمة فى التذكرة(٤) والمحقق الكركى فى جامع المقاصد(٥) والشهيد الثانى فى المسالك(٦) والسيد العاملى فى مفتاح

١- (٦) مسالک الأفهام ٣ / ٣٢٨ ومفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٢ (١٤ / ١٠٥) ورياض المسائل ٨ / ٤٣٥ والجواهر ٢٣ / ٣٨٣ .

٢- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .

٣- (٨) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .

٤- (١) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٨ .

٥- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٨١ .

٦- (٣) مسالک الأفهام ٣ / ٣٢٨ .

الكرامة(١) وصاحبا الجواهر(٢) والعروة(٣) .

ولكن المحقق الأردبيلى قال بعدم إلحاقه بالحربى وثبوت الربا بين المسلم والمعاهد فى مجمع الفائدة والبرهان(٤) .

واستدلّ العلامة لإلحاق المعاهد بالحربى بقوله : « لأنّه (أى المعاهد) فى الحقيقة فىء للمسلمين وقد بذل ماله بإذنه للمسلم ، فجاز له أخذه منه حيث أزال أمانه عنه ببذله له »(٥) .

وقال المحقق الثانی فی تقریب هذا الاستدلال : « ولا فرق بین کونه معاهداً أم لا ، لأنّ الحربی فیءٌ لنا ، وأمانه وإن منع من أخذ ماله بغیر حقٍّ ، إلاّ أنّه إذا رضی بدفع الفضل انتقض أمانه فیه ، نبّه علیه فی التذکرة »(٦) .

أقول : هذا الاستدلال من العلمین تام ، مضافاً إلی أنّ إطلاق الحربی یشمل المعاهد ، فیجوز أخذ الربا منه ولا مانع من أخذ ماله بعد رضایته به .

وحیث کان أهل الکتاب الموجودون الیوم بین المسلمین لیسوا من أهل الذمة - لعدم وجود عقد ذمة بینهم وبین المسلمین وعدم مراعاتهم شرائط الذمة - فإنّهم معاهدون ، فیجوز أخذ الربا منهم ولا یجوز إعطاؤهم الربا .

نعم ، دماؤهم وأعراضهم وأموالهم محترمة بالعهد والأمان . واللّه سبحانه هو العالم .

هذا تمام الکلام فی مستثنیات الربا ، والحمد للّه ربّ العالمین .

الثالث : یجوز بیع درهم ودینار ، بدینارین ودرهمین

هذه إحدی الحیل للفرار من الربا ، ولکن هل یختص ببیع الصرف أو یمکن التعدی منه

إلی غیره ؟

١- (٤) مفتاح الکرامة ٤ / ٥٣١ - (١٤ / ١٠٩) .

٢- (٥) الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٣- (٦) العروة الوثقی ٦ / ٧٣ .

٤- (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٩٠ .

٥- (٨) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

٦- (٩) جامع المقاصد ٤ / ٢٨١ .

ظاهر بعض الروايات اختصاصها بالصرف ، ولكن الأصحاب قدس سرهم تعدوا منه إلى غير النقدين من الأجناس الربوية .

قال المحقق : « يجوز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين ويُصرف كلّ واحد منهما إلى غير جنسه ، وكذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيء من المتاع وكذا مُدَّ من تمرٍ ودرهمٍ بمدّين أو أمدادٍ ودرهمين أو دراهم »(١) .

وقال تلميذه العلامة فى القواعد : « لو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة ، كمُدّ تمرٍ ودرهمٍ بمدّين ، أو بدرهمين ، أو بمدّين ودرهمين »(٢) .

وقال فى التذكرة : « يجوز بيع الجنسين المختلفين بأحدهما إذا زاد على ما فى المجموع من جنسه بحيث تكون الزيادة فى مقابلة المخالف ، وذلك كمُدّ عَجْوَةٍ(٣) ودرهم بمُدَّىْ عجوة أو بدرهمين أو بمُدَّىْ عجوة ودرهمين ، عند علمائنا أجمع - وبه قال ابو حنيفة - حتّى لو باع ديناراً فى خريطة بمائة دينار جاز ، لنا : الأصل السالم عن معارضة الربا ، لأنّ الربا هو بيع أحد المثلين بأزيد منه من الآخر والمبيع هنا المجموع وهو مخالف لأفراده ، وما رواه» - ثمّ ذكر بعض الروايات الورادة فى المقام واستدل على الجواز ثم قال : « وقال الشافعى : لا يجوز ذلك كلّه ، وبه قال أحمد لأنَّ ... »(٤) .

وقال المحقق الثانى فى شرح قول العلاّمة فى القواعد : « لا يخفى أن قوله : (صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة) لا يتناول بيعهما بالجنسين معاً ، إلاّ إذا جعلنا الزيادة بحيث تتناول الجنس الآخر ، وهذا الحكم بإجماعنا ، ومنعه بعض العامة لحصول التفاوت»(٥) .

وقال الشهيد الثانى فى ذيل قول المحقق : « هذا الحكم موضع وفاق بين أصحابنا ، وخالف فيه الشافعى محتجّاً بحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه ، كما لو بيع مدّ

١- (١) الشرائع ٢ / ٤١ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ٦٢ .

٣- (٣) العَجْوَةُ والعُجَاوَة : التمرُ المحشِيُّ فى وعائه .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٨١ و ١٨٢ مسألة ٩٢ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٧٤ .

ودرهم بمدّين ، والدرهم ثمن لمدّ ونصف بحسب القيمة الحاضرة ، وجوابه أنّ الزيادة حينئذ بمقتضى التقسيط لا البيع ، فإنّه إنّما وقع على المجموع بالمجموع »(١) .

وقال الأردبيلى : « ومستند الإجماع عموم أدلة الجواز مع عدم تحقق الربا ، لأنّه إنّما يكون فى بيع أحد المتجانسين المقدَّرين بالكيل أو الوزن ، متفاضلين أو نسيئة بالآخر ، وهنا ليس كذلك ، لأنّ المركب من الجنسين ليس بجنس واحد ، وهو ظاهر .

ولاحتمال أن يكون المقابل للمجانس ما يساويه قدراً من جنسه ويبقى الباقى فى مقابل غير المجانس وإن كان أضعاف ذلك فلا يحصل الربا ، وهو ظاهر . وبالجملة : الأمر إذا احتمل الصحة محمول عليها ... »(٢) .

قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامة فى شرح كلام العلامة فى القواعد : « قد نص على جواز ذلك المبسوط(٣) والخلاف(٤) والغنية(٥) والسرائر(٦) والشرائع(٧) والنافع(٨) والتحرير(٩) والتذكرة(١٠) والإرشاد(١١) ونهاية الإحكام(١٢) وكنز الفوائد(١٣) والإيضاح(١٤)

١- (٦) مسالک الافهام ٣ / ٣٣٠ .

٢- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٨٧ .

٣- (٢) المبسوط ٢ / ٩٢ .

٤- (٣) الخلاف ٣ / ٦١ .

٥- (٤) غنية النزوع / ٢٢٥ .

٦- (٥) السرائر ٢ / ٢٦٤ .

٧- (٦) شرائع الإسلام ٢ / ٤١ .

٨- (٧) المختصر النافع / ١٢٨ .

٩- (٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٣١٠ .

١٠- (٩) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٨١ .

١١- (١٠) إرشاد الأذهان ١ / ٣٧٩ .

١٢- (١١) نهاية الإحكام ٢ / ٥٤٨ .

١٣- (١٢) كنز الفوائد ١ / ٤٤٢ .

١٤- (١٣) ايضاح الفوائد ١ / ٤٨٧ .

والدروس(١) واللمعة(٢) وحواشى الشهيد وكفاية الطالبين(٣) وجامع المقاصد(٤) وحاشية الارشاد(٥) والميسية والروضة(٦) والمسالک(٧) ومجمع البرهان(٨) والكفاية(٩) والمفاتيح(١٠) ، وقد

حكى عليه الإجماع فى الخلاف والغنية والتذكرة وجامع المقاصد وحاشية الارشاد والمسالک وظاهر نهاية الإحكام والإيضاح وكنز الفوائد ، مضافاً إلى الأصل والعمومات و ... »(١١) .

وقال فى الجواهر : « إذهو وإن لم يكن فى كلٍّ منهما جنس يخالف الآخر ، إلاّ أنّ الزيادة تكون فى مقابل الجنس المخالف فى أحدهما ، فهو فى الصحة حينئذ كذى الجنسين . ولا خلاف بيننا فى

الجميع ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكى منه مستفيض جداً إن لم يكن متواتراً ، مضافاً إلى الأصل والعمومات و ... »(١٢) .

أقول : فالحكم عندنا إجماعى ولم يخالف فيه أحد من أصحابنا ، وبه قال أبو حنيفة(١٣) كما مرّ

١- (١٤) الدروس ٣ / ٢٩٨ .

٢- (١٥) اللمعة / ١٢٦ .

٣- (١٦) كفاية الطالبين / ٣٧ .

٤- (١٧) جامع المقاصد ٤ / ٢٧٤ .

٥- (١٨) حاشية إرشاد الاذهان المطبوعة ضمن حياة المحقق الكركى وآثاره ٩ / ٤١١ .

٦- (١٩) الروضة البهية ٣ / ٤٤١ .

٧- (٢٠) المسالک ٣ / ٣٣٠ .

٨- (٢١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٨٦ .

٩- (٢٢) الكفاية ١ / ٥٠١ .

١٠- (٢٣) مفاتيح الشرائع ٣ / ٦٣ .

١١- (١) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٢١ و ٥٢٢ - (١٤ / ٧٢ - ٧٠) .

١٢- (٢) الجواهر ٢٣ / ٣٩١ .

١٣- (٣) حلية العلماء ٤ / ١٧٠ والحاوى الكبير ٥ / ١١٣ والتهذيب للبغوى ٣ / ٣٤٧ .

قوله عن العلامة فى التذكرة(١) ، وخالف فيه أحمد والشافعى(٢) كما مرّ خلاف الشافعى عن ثانى الشهيدين فى المسالک(٣) وخلافهما عن العلامة فى التذكرة(٤) .

وتدلّ على الحكم - مضافاً إلى الإجماع والأصل وعمومات صحة البيع - النصوص المستفيضةُ :

منها : موثقة أبى بصير قال : سألته عن السيف المفضَّض يباع بالدراهم ؟ فقال : إذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس ، وإن كانت أكثر فلا يصلح(٥) .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن بيع السيف المحلّى بالنقد ؟ فقال : لا بأس به . قال : وسألته عن بيعه بالنسيئة ؟ فقال : إذا نقد مثل ما فى فضّته فلا بأس به أو ليعطى الطعام(٦) .

وهاتان الروايتان لا تختصان بالصرف كما ترى .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألته عن الصرف فقلت له : الرفقة ربما عجّلت فخرجت فلم نقدر على الدمشقية والبصرية وإنّما يجوز نيسابور الدمشقية والبصرية ، فقال : وما الرفقة ؟ فقلت : القوم يترافقون ويجتمعون للخروج ، فإذا عجلوا فربّما لم يقدروا على الدمشقية والبصرية ، فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفاً وخمسين منها بألف من الدمشقية والبصرية ، فقال : لا خير فى هذا ، أفلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها ، فقلت له : أشترى ألف درهم ودينارا بألفى درهم ؟ فقال : لا بأس بذلك ، إنّ أبى كان أجرأ على أهل المدينة منّى ، فكان يقول هذا ، فيقولون : إنّما هذا الفرار ، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار ، وكان يقول لهم : نعم الشىء الفرار من الحرام إلى الحلال(٧) .

ومنها : فى صحيحة أُخرى له عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبى عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك اللّه وإنّا نعلم أنك لو أخذتَ ديناراً والصرف بثمانية عشر فدرتَ

١- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٨١ .

٢- (٥) المغنى لابن قدامة ٤ / ١٦٨ مسألة ٢٨٣٦ - الأُمّ ٣ / ٢٨ - مختصر المزنى / ٧٧ .

٣- (٦) مسالک الأفهام ٣ / ٣٣٠ .

٤- (٧) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٨٢ .

٥- (٨) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٠ ح ٨ . الباب ١٥ من أبواب الصرف .

٦- (٩) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٩ ح ٣ .

٧- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الصرف .

المدينة على أن تجد من يعطيک عشرين ما وجدتَه ، وما هذا إلاّ فرار ، فكان أبى يقول : صدقت واللّه ، ولكنّه فرار من باطل إلى حقّ(١) .

ومنها : صحيحة ثالثة له قال : سألته عن رجل يأتى بالدراهم إلى الصيرفى فيقول له : آخذ منک المائة بمائة وعشرة أو بمائة وخمسة حتّى يراوضه على الذى يريد ، فإذا فرغ جعل مكان الدراهم الزيادة ديناراً أو ذهباً ، ثم قال له : رادتک البيع وإنّما أُبايعک على هذا ، لأنّ الأوّل لا يصلح أو لم يقل ذلک ، وجعل ذهباً مكان الدراهم ، فقال : إذا كان آخر البيع على الحلال فلا بأس بذلک ، قلت : فإن جعل مكان الذهب فلوساً ، قال : ما أدرى ما الفلوس(٢) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا بأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به(٣) .

ومنها : صحيحة سعيد بن يسار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان أبى بعثنى بكيس فيه ألف درهم إلى رجل صراف من أهل العراق ، وأمرنى أن أقول له : أن يبيعها ، فإذا باعها أخذ ثمنها ، فاشترى لنا بها دراهم مدنية(٤) .

هذه الصحيحة محمولة إمّا على بيع الدراهم بالدنانير ثم بيع الدنانير بالدراهم المدنية أو على التساوى فى الوزن .

ومنها : صحيحة إسماعيل بن جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يجى ء إلى صيرفى ومعه دراهم يطلب أجود منها فيقاوله على دراهمه فيزيده كذا وكذا بشيءٍ قد تراضيا عليه ، ثم يعطيه بعد دراهمه دنانير ، ثم يبيعه الدنانير بتلك الدراهم على ما تقاولا عليه أوّل مرّة ؟ قال : أليس ذلك برضا منهما جميعاً ؟ قلت : بلى ، قال : لا بأس(٥) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الدراهم بالدراهم وعن

١- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٩ ح ٢ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٩ ح ٣ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٠ ح ٤ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٠ ح ٥ .
٥- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٠ ح ٦ .

فضل ما بينهما ؟ فقال : إذا كان بينهما نحاس أو ذهب فلا بأس(١) .

ومنها : صحيحة أبى الصباح الكنانى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ : صغ لى هذا الخاتم وأُبدل لک درهماً طازجاً بدرهم غلّة ؟ قال : لا بأس(٢) .

تلک عشرة كاملة من الروايات ، وأكثرها صحاح سنداً وواضحة دلالةً تدلّ على جواز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين ويصرف كلّ واحد منهما إلى غير جنسه ، وهكذا تدلّ على جواز بيع الجنسين الربويين مع الزيادة إذا كان فى البين جنس آخر غيرهما يقابل الزيادة وبعبارة أُخرى : تدلّ على كيفية الفرار من الربا فى المثليات ، وهى كما ترى لا تختص بالصرف وإن كان أكثرها فيه ، ولكن موثقة أبى بصير(٣) وصحيحته(٤) وصحيحة أبى الصباح الكنانى(٥) عام يشمل الصرف وغيره .

فيمكن التعدى فى هذه الحيلة من الصرف إلى غيره من المبادلات والمعاملات الربوية ، كما ذهب إليه المشهور من أصحابنا رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين .

تنبيهٌ : حكم الأُوراق النقدية

أمّا الأُوراق النقدية المتداولة فى البلاد المختلفة اليوم نحو : الريالات أو الدلارات أو الدنانير أو الدراهم الورقية أو غيرها ، فليست من جنس النقدين ، فلذا لا يحتاج فى معاملة

بعضها من بعض بالزيادة أو النقيصة إلى هذه الحيلة المذكورة فى التخلص من الربا أو غيرها من الحيل التى تأتى ، لأنّها ليست من النقدين أو ليست من المكيل والموزون ، فيجوز بيع أحدها بالآخر بالزيادة ، بل يجوز بيع أحدها بنفسها بالزيادة ، نحو : إعطاء مائة وعشرة دلارات المفردة وأخذ مائة دلار فى ورقة واحدة .

١- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨١ ح ٧ و ١٨ / ١٦٣ ح ٢ الباب ٢٠ من أبواب الربا .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٥ ح ١ . الباب ١٣ من ابواب الصرف .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٠ ح ٨ .
٤- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٩ ح ٣ .
٥- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٥ ح ١ .

والحاصل ، لا تجرى أحكام الربا فى الأُوراق النقدية ، فيجوز بيع بعضها من بعض بالزيادة ، ولذا قال صاحب العروة : « الإسكناس معدود من جنس غير النقدين له قيمة معينة ولا يجرى عليه حكمهما ، فيجوز بيع بعضه ببعض أو بالنقدين متفاضلاً ... »(١) .

نعم ، لابد من أن يكون هذا البيع نقداً ، وأمّا إذا كانت نسيئة بالزيادة فيشكل الأمر فيها ، لتطرق شبهة الربا القرضى فيها ، لأنّ هذه المعاملة ظاهرها وإن كانت بيعاً ولكن واقعها من القرض الربوى ، فحينئذ تكون محرّمة وباطلة .

واللّه سبحانه هو العالم .

الرابع : يمكن التخلص من الربا بوجوهٍ :

منها : أن يبيع الجنس الربوى بثمن من غير جنسه ثم يشترى الجنس الآخر بذلک الثمن أو بغيره ، كما إذا باع منّاً من الحنطة بألف دينار ثمّ اشترى منّين من الحنطة أيضاً بألف دينار أو أقل أو أكثر ثمّ تساقط الذمتين بمقدار المقابلة .

ومنها : ضمّ الضميمة من غير الجنس الربوى إلى الطرف الناقص أو الطرفين . كما مرّ مفصلاً فى الفرع السابق .

ومنها : أنْ يتبايعا بقصد كون المثل بالمثل وكون الزائد هبة .

ومنها : أن يهب كلّ من المتبايعين جنسه الآخر ، لكن من غير قصد المعاوضة بين الهبتين واشتراط الهبة فى الهبة .

ومنها : أن يقرض كلّ منهما صاحبه ثمّ يتبارءا مع عدم الاشتراط .

ومنها : أن يصالح صاحب الزيادة مقدارها للآخر ويشترط عليه أن يبيعه كذا بكذا مثلاً بمثل . هذا فى البيع ، وفى القرض أن يصالح المقترض مع المقرض قبل القرض الزيادة بعوض جزئى أو بلا عوض ويشترط فى ضمن هذه المصالحة أن يقرضه مبلغ كذا إلى مدّة كذا .

وإذا كان الدين سابقاً وحلّ أجله ويريد أن يؤجّله إلى مدّة يجوز أن يصالحه بمقدار

ويشترط عليه أن يؤجله إلى تلك المدّة .

ص:١٢١

١- (١) العروة الوثقى ٦ / ٧٤ مسألة ٥٦ .

ذكر الفقيه اليزدى قدس سره هذه الحيل الشرعية للتخلص من الربا فى العروة الوثقى(١) .

هذه الحيل المذكورة فى كلّيّتها تُلقيت بالقبول من قِبَلِ أصحابنا قدس سرهم ، كما عليه الشيخ الطوسى فى الخلاف(٢) والمحقق فى الشرائع(٣) والنافع(٤) والعلامة فى التذكرة(٥) والقواعد(٦) والنهاية(٧) والإرشاد(٨) والتحرير(٩) وابن زهرة الحلبى فى الغنية(١٠) والشهيد الأوّل فى الدروس(١١) والشهيد الثانى فى المسالك(١٢) والروضة البهية(١٣) وأصحاب الكفاية(١٤) والرياض(١٥) والمفتاح(١٦) والجواهر(١٧) والعروة(١٨) .

قال سيد الرياض : « بلا خلاف بين الطائفة بل عليه الاجماع فى الخلاف والغنية

ص:١٢٢

١- (١) العروة الوثقى ٦ / ٧٥ المسألة ٦١ .

٢- (٢) الخلاف ٣ / ٦١ .

٣- (٣) الشرائع ٢ / ٤١ .

٤- (٤) المختصر النافع / ١٢٨ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠١ المسألة ٩٨ .

٦- (٦) قواعد الأحكام ٢ / ٦٣ .

٧- (٧) نهاية الأحكام ٢ / ٥٤٨ .

٨- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٧٩ .

٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٣١٢ .

١٠- (١٠) غنية النزوع / ٢٢٥ .

١١- (١١) الدروس ٣ / ٢٩٨ .

١٢- (١٢) مسالک الأفهام ٣ / ٣٣٢ .

١٣- (١٣) الروضة البهية ٣ / ٤٤٥ .

١٤- (١٤) كفاية الأحكام ١ / ٤٩٩ و ٥٠١ .

١٥- (١٥) رياض المسائل ٨ / ٤٣٩ .

١٦- (١٦) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٢٧ - (١٤ / ٨٨ وما بعدها) .

١٧- (١٧) الجواهر ٢٣ / ٣٩٦ .

١٨- (١٨) العروة الوثقى ٦ / ٧٥ .

والمسالک والتذكرة وغيرها من كتب الجماعة هو الحجة »(١) .

وقال السيد العاملى : « ولم أجد من تأمل أو توقف [فى هذه الحيل] سوى المولى الأردبيلى على ما لعلّه يتوهم منه ... »(٢) .

أقول : أذكر تمام كلام المحقق الأردبيلى حتّى يتبيّن لک تأمله أو توقفه فى المقام أو

عدمه ، ولذا قال السيد العاملى : « على ما لعلّه يتوهم منه» . قال الأردبيلى معلّقاً على بعض الحيل المذكورة فى الإرشاد بعد تقريبه وتوضيحه لها : « ... وينبغى الإجتناب عن الحيل مهما أمكن ، وإذا اضطر ما ينجيه عند اللّه ولا ينظر إلى الحيل وصورة جوازها ظاهراً لما عرفت من علّة تحريم الربا ، فكأنّه أشار فى التذكرة بقوله : « لو دعت الضرورة إلى بيع الربويات مستفضلاً]متفاضلاً] مع إتحاد الجنس »(٣) الخ - وذكر الحيل منها ما تقدم -(٤) .

نعم قال قبل ثلاثين صفحة : « بل هذا يدلّ على عدم جواز أكثر الحيل التى تُستعمل فى إسقاط الربا ، فافهم »(٥) .

فيصح بأن يجعل المحقق الأردبيلى قدس سره من المستشكلين فى الحيل الربوية .

وهكذا تبعه فى الردّ على بعض الحيل الوحيد البهبهانى قدس سره فى حاشيته على مجمع الفائدة والبرهان(٦) ورسالته فى القرض بشرط المعاملة المحاباتية المطبوعة ضمن رسائله الفقهية(٧) .

فهذان الفقيهان يردان على بعض الحيل المذكورة ، وتبعهما من المتأخرين السيد الخمينى قدس سره فى كتابه البيع(٨) .

١- (١٩) رياض المسائل ٨ / ٤٣٩ .

٢- (٢٠) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٢٧ - (١٤ / ٨٩) .

٣- (١) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠١ المسألة ٩٨ .

٤- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٨٨ .

٥- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٥٣ .

٦- (٤) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٢٩٠ .

٧- (٥) الرسائل الفقهية / (٢٩٤ - ٢٣٩) للوحيد البهبهانى .

٨- (٦) كتاب البيع ٢ / ٤٠٦ طبعة اسماعيليان .

ولم يرد على هذه الحيل بعدم ترتب القصد إلى هذه العقود ، وأجاب الفقهاء عن هذا الإشكال :

ولعلّ أوّل من أجاب عن هذا الإشكال ثانى الشهيدين قال : « ولا يقدح فى ذلک كون هذه الأُمور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصود ، لأنّ قصد التخلص من الربا إنّما يتمّ مع القصد إلى بيع

صحيح أو قرض أو غيرهما من الأنواع المذكورة ، وذلک کافٍ فی القصد ، إذ لا يُشترط فی القصد إلی عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه ، بل يکفی قصد غاية صحيحة من غاياته ، فإنّ من أراد شراء دار مثلاً ليؤاجرها ويکتسب بها فإنّ ذلک کافٍ فی الصحة ، وإن کان لشراء الدار غايات اُخر أقوی من هذه وأظهر فی نظر العقلاء . وکذا القول فی غير ذلک من أفراد العقود »(١) .

وقال السيد الرياض : « ولا يقدح فی ذلک کون هذه الاُمور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصود ، لأنّ القصد إلی عقد صحيح وغاية صحيحة کافية فی الصحة ، ولا يُشترط فيه قصد جميع الغايات المترتبة عليه ، فإنّ من أراد شراء دار مثلاً ليؤاجرها ويتکسّب بها فإنّ ذلک کافٍ فی الصحة وإن کان له غايات اُخر أقوی من هذه وأظهر فی نظر العقلاء کالسکنی وغيره »(٢) .

قال السيد العاملی : « وقالوا فی المقام : ولا يُقدح فی ذلک کلّه کون هذه العقود - أی الإتهاب والإقتراض والإبراء - غير مقصودة بالذات ، مع أنّ العقود أی الصيغ تابعة للقصود ، لأنّ قصد التخلص من الربا الذی لا يتمّ إلاّ بالقصد إلی بيع صحيح أو قرض أو غيرهما کافٍ فی القصد إليها ، لأنّ ذلک غاية مترتبة علی صحة العقد مقصودة ، فيکفی جعلها غاية ، إذ لايعتبر قصد جميع الغايات المترتبة علی العقد ، فإنّ من أراد شراء دار ليؤجرها ويکتسب بها فإنّ ذلک کافٍ فی الصحة وإن کان لشراء الدار غايات اُخر أقوی من هذه وأظهر ... »(٣) .

وأجاب عن هذا الإشکال صاحب الجواهر أيضاً : « وکيف کان فلا يناقش فی هذه

١- (٧) مسالک الأفهام ٣ / ٣٣٢ .

٢- (١) رياض المسائل ٨ / ٤٤١ .

٣- (٢) مفتاح الکرامة ٤ / ٥٢٩ - (١٤ / ٩٤) .

الحيل بعدم قصد هذه الأُمور أوّلاً وبالذات ، ومن المعلوم تبعية العقود للقصود ، لاندفاعها بالمنع من عدم القصد ، بل قصد التخلص من الربا المتوقف على قصد الصحيح من البيع والقرض والهبة وغيرها من العقود كافٍ فى حصول ما يحتاج إليه البيع من القصد ، إذ لا يُشترط فى القصد إلى قصد جميع الغايات المترتبة ، بل يكفى قصد غاية من غاياته ، واللّه أعلم »(١) .

أقول : هذا المقال منهم قدس سرهم تام ، وتدلّ على صحة هذه الحيل عدّة من الروايات :

منها : ذيل صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج ، وفيها : كان يقول [أبو جعفر عليه السلام [لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال(٢) .

ومنها : صحيحته الأُخرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبى عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك اللّه ، واللّه إنّا لنعلم أنّك لو أخذت ديناراً والصرف بثمانية عشر فدرتَ المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته ، وما هذا إلاّ فراراً ، فكان أبى يقول :

صدقت واللّه ولكنّه فرارٌ من باطل إلى حقٍّ(٣) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سئل رجل له مال على رجل مِنْ قِبَلِ عينة عيّنها إيّاه ، فلمّا حلّ عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه ، فأراد أن يقلب عليه ويربح أيبيعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخّره ؟ قال : لا بأس بذلك ، قد فعل ذلك أبى رضى الله عنه وأمرنى أن أفعل ذلك فى شيءٍ كان عليه(٤) .

ومنها : صحيحة عبد الملك بن عتبة الصيرفى قال : سألته عن الرجل يريد أن أُعينه المال أو يكون لى عليه مال قبل ذلك ، فيطلب منّى مالاً أزيده على مالى الذى لى عليه ، أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم فأقول :

أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أُؤخرك بثمنها وبمالى عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال :

١- (٣) الجواهر ٢٣ / ٣٩٧ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٨ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الصرف .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٩ ح ٢ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٤ ح ٣ . الباب ٩ من أبواب أحكام العقود .

لا بأس(١) .

ومنها : موثقة بل صحيحة محمد بن إسحاق بن عمار قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : يكون لى على الرجل دراهم فيقول : أخّرنى بها وأنا أربحك ، فأبيعه جبّةً تقوم علىَّ بألف درهم ، بعشرة آلاف درهم ، أو قال : بعشرين ألفاً وأُؤخره بالمال ، قال : لا بأس(٢) .

ومنها : خبر محمد بن إسحاق بن عمار قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يكون له المال قد حلَّ على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخّر عنه المال إلى وقت ؟ قال : لا بأس ، قد أمرنى أبى ففعلت ذلک ، وزعم أنّه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلک(٣) .

سند الرواية ضعيف بمحمد بن عبد اللّه بن مغيرة لأنّه مهمل فى الرجال ، ولكن دلالتها واضحة .

ومنها : خبر آخر له قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : إنّ سلسبيل طلبتْ منّى مائة ألف درهم على أن تربحنى عشرة آلاف ، فأقرضها تسعين ألفاً وأبيعها ثوباً وشيّاً تقوّم علىَّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم ؟ قال : لا بأس .

قال الكلينى : وفى رواية أُخرى لا بأس به : أعطها مائة ألف وبعها الثوب بعشرة آلاف واكتب عليها كتابين(٤) .

سند الرواية ضعيف بعلى بن حديد . الثوب الوشى : ثوب يكون له نقش من كلّ لون ، وكان معروفاً فى تلك الأعصار . وسلسبيل : اسم امرأة .

ودلالتها واضحة . ولعلّ المراد بكتابة الكتابين أن يجعلهما فى عقدين مستقلين ، كما هو الظاهر .

ومنها : خبر الحسن بن صدقة المدائنى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : قلت له :

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٥ ح ٥ .
٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٥ ح ٤ .
٣- (٥) الكافى ٥ / ٢٠٥ ح ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٥٥ ح ٦ .
٤- (١) الكافى ٥ / ٢٠٥ ح ٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٥٤ ح ١ .

جعلت فداك إنّى أدخل المعادن وأبيع الجوهر بترابه بالدنانير والدراهم ، قال : لا بأس به . قلت : وأنا أصرف الدراهم بالدراهم وأصيّر الغلة وضحاً وأصيّر الوضح غلّة ، قال : إذا كان فيها دنانير فلا بأس .

قال : فحكيت ذلك لعمار بن موسى الساباطى قال : كذا قال لى أبوه ، ثم قال لى أبوه ، ثم قال لى : الدنانير أين تكون ؟ قلت : لا أدرى ، قال عمار : قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام : تكون مع الذى ينقص(١) .

الرواية ضعيفة سنداً بالسندى بن الربيع ، لأنّه إمامى مجهول . ومحمد بن سعيد المدائنى ، لأنّه مهمل . والمراد بالغلّة : الدراهم المغشوشة . وبالوضح : الدرهم الصحيح غير المغشوش . ودلالتها واضحة وفى الفرع الأوّل يعنى بيع الجوهر بترابه بالدنانير والدراهم معاً . وراجع فى هذا المجال ما ورد من الروايات فى الباب ١١ من أبواب الصرف(٢) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الدراهم وعن فضل ما بينها ؟ فقال : إذا كان بينها نحاس أو ذهب فلا بأس(٣) .

السند ضعيف بعلى بن أبى حمزة البطائنى ، ولكن دلالتها واضحة .

ومنها : حسنة أبى بكر الحضرمى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : يكون لى على الرجل الدراهم فيقول لى : بعنى شيئاً أقضيك ، فأبيعه المتاع ثمّ اشتريه منه وأقبض مالى ؟ قال : لا بأس(٤) .

سند الرواية حسنٌ بل معتبر ، لأنّ المراد بعلى بن إسماعيل هو ابن عمار فى أعلى درجة الحسن . وأبو بكر الحضرمى هو عبد اللّه بن محمّد ثقة على الأقوى . وغيرهما من رجال السند ثقات . ودلالتها على الحيل ظاهرة ، ونحوها فى الدلالة صحيحة أُخرى لأبى بكر الحضرمى(٥) .

١- (٢) التهذيب ٧ / ١١٧ ح ١١٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٢ ح ١ . الباب ٢٠ من أبواب الربا .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٨ .

٣- (٤) التهذيب ٧ / ٩٨ ح ٢٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٣ ح ٢ .

٤- (٥) الكافى ٥ / ٢٠٤ ح ٥ .

٥- (١) الكافى ٥ / ٢٠٤ ح ٤ .

تلك عشرة كاملة من الروايات وفيها الصحاح ، والمتتبّع يجد أكثر منها فى الجوامع الحديثية(١) . ومع ورود هذه الروايات المعتبرة وظهور دلالتها لابدّ من الأخذ بها والحكم بجواز الحيل مطلقاً ، بلا

فرق بين أن يتخذ ذلک عادة أم لا ، وبلا فرق بين أن تدعو الضرورة إلى ذلک أم لا ، لإطلاق الروايات الماضية .

ولا يمكن تخصيصها بمرفوعة معلى بن خنيس أنّه قال لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّى أردتُ أن أبيع تبر ذهب بالمدنية فلم يشتر منى إلاّ بالدنانير ، فيصح لى أن أجعل بينها نحاساً ؟ فقال : إن كنت لابدّ فاعلاً فليكن ونحاساً وزناً(٢) .

لأنّها أوّلاً : مرفوعة سنداً ، وثانياً : المراد بلا بديّة الفعل هنا ليس ما يرادف الاضطرار ، لأنّه يبيح جميع المحظورات ، بل المراد بها اللابديّة العاديّة ، نحو التنميّة الاقتصادية وغيرها . فلا يمكن حمل هذه المرفوعة نفسها على الاضطرار ، فكيف يمكن تقييد غيرها وحملها بها على الاضطرار .

وأمّا اختصاص هذه الروايات بمبادلة المثليات مع الزيادة كما فعله بعض المعاصرين(٣) قدس سره فغير تامٍ ، لإطلاق بعضها بل ، بعضها نص فى الربا القرضى أو المعاملى ، نحو معتبرة مسعدة بن صدقه(٤) وصحيحة عبد الملک بن عتبة(٥) وموثقة محمد بن إسحاق بن عمار(٦) وحسنة أبى بكر الحضرمى(٧) وصحيحته(٨) .

١- (٢) نحو خبر محمد بن سليمان الديلمى عن أبيه ، راجع وسائل الشيعة ١٨ / ٥٦ ح ٧ الباب ٩ من أبواب أحكام العقود .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٩ ح ٤ . الباب ١١ من أبواب الصرف .

٣- (٤) كتاب البيع ٢ / ٤٠٨ وما بعدها للسيد الخمينى قدس سره .

٤- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٤ ح ٣ .

٥- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٥ ح ٥ .

٦- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٥ ح ٤ .

٧- (٨) الكافى ٥ / ٢٠٤ ح ٤ .
٨- (٩) الكافى ٥ / ٢٠٤ ح ٥ .

وفى الواقع هذه الحيل خروجُ موضوعىّ عن الربا ، بلا فرق بين الربا القرضى والربا المعاملى ومبادلة المثليات مع ا لزيادة ، وهى أحد مصاديق الربا المعاملى إذا كان المثلى من المكيل أو الموزون . فلا تنافى هذه الحيل مع الإطلاقات والعمومات الواردة فى حرمة الربا ، فيمكن الأخذ بها وإن كان الأحوط ترك الحيل فى غير مقام الضرورة استحباباً ، والحمد للّه وهو العالم بأحكامه .

الخامس : ما يجب على آخذ الربا ؟

آخذ الربا إمّا أن يكون كافراً أو مسلماً ، وإذا كان كافراً وأخذ الربا فى حال كفره ثمّ أسلم لا يجوز له أخذ ما بقى من الربا فى حال إسلامه لحرمته فى الإسلام ، وأمّا ما أخذ من الربا فى حال كفره فلا يجب ردّه ويجوز امتلاكه ، لقوله تعالى : «فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ»(١) ولقوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ»(٢) ، ولما ورد فى مرسلة الطبرسى عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ الوليد بن المغيرة كان يربى فى الجاهلية وقد بقى له بقايا على ثقيف ، وأراد خالد بن الوليد المطالبة بعد أن أسلم فنزلت : «اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ» الآيات(٣) .

ولم يأمر رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم آخذى الربا بردّ الأموال إلى أصحابها .

وتدلّ عليه قاعدة جبّ الإسلام ومرسلة أُخرى للطبرسى عن أبى جعفر الباقر عليه السلام : من أدرك الإسلام وتاب ممّا كان عمله فى الجاهلية وضع اللّه عنه ما سلف(٤) .

والحاصل ، ما أخذه الكافر من الربا فى حال كفره يجوز امتلاكه بعد إسلامه مطلقاً ، أى بلا فرق بين كونه عالماً بالتحريم فى الإسلام أو جاهلاً به ، وبلا فرق بين كون الربا موجوداً بالفعل أو تالفاً ، ولكن الفاضل المقداد قدس سره ذهب إلى وجوب ردّه مع وجوده(٥) ولكن ، الأقوى

١- (١) سورة البقرة / ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة البقرة / ٢٧٨ .

٣- (٣) مجمع البيان ٢ / ٣٩٢ ، ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ٨ . الباب ٥ من أبواب الربا .

٤- (٤) مجمع البيان ٢ / ٣٩٠ .

٥- (٥) كنز العرفان ٢ / ٣٩ .

عدمه لما مرّ منّا .

نعم ، بعد إسلامه لا يجوز له أخذ ما بقى من الربا كما مرّ فى قضية خالد بن الوليد ولقوله تعالى : «اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ»(١) .

هذا كلّه إذا كان الآخذ كافراً ثم أسلم .

وأمّا إذا كان مسلماً فتارة يكون عالماً بالحكم والموضوع فهو آثم وعاص ويكون فعله حراماً ويجب عليه ردّ المال إلى صاحبه ، لأنّه عالم بالتحريم فهو عاص وتكون معاملته باطلةً فلم ينتقل المال إليه ، فيجب عليه ردّ المال عيناً إلى صاحبه إن كان موجوداً ومثله أو قيمته إن كان تالفاً ، وهذا الحكم يكون بحسب القواعد ولا يحتاج إلى دليل أزيد من ذلک .

وتارة يكون آخذ الربا مسلماً ولكنّه كان جاهلاً بالحكم أو ببعض خصوصياته ، كما إذا كان جاهلاً بأنّ الحنطة والشعير جنس واحد فى الربا ، أو كان جاهلاً بالموضوع كما إذا باع شيئاً بالزيادة بتخيّل أنّه ليس من جنسه فبان أنّه كان من جنسه . وفى صورة الجهل مطلقاً - سواء كان بالحكم أو الموضوع - هل يكون ما أخذه حلالاً على المسلم فلا يجب ردّه أم حراماً ويجب عليه ردّه أم يفرق بين كون

المال موجوداً معروفاً فيجب ردّه ، وبين كونه تالفاً أو موجوداً مختلطاً بماله وغير معروف فلا يجب الردُّ حينئذٍ ؟

وجوه بل أقوال :

ذهب إلى الحلية وعدم وجوب الرد الصدوق فى الهداية(٢) والشيخ فى النهاية(٣) والراوندى فى فقه القرآن(٤) والمحقق فى النافع(٥) والفاضل الآبى فى كشف الرموز(٦) والأردبيلى

١- (٦) سورة البقرة / ٢٧٨ .

٢- (١) الهداية / ٣١٦ .

٣- (٢) النهاية / ٣٧٦ .

٤- (٣) فقه القرآن ٢ / ٤٧ .

٥- (٤) المختصر النافع / ١٢٧ .

٦- (٥) كشف الرموز ١ / ٤٨٥ .

فى آيات أحكامه(١) والفاضل القطيفى فى إيضاح النافع(٢) والبحرانى فى الحدائق(٣) والسيد الطباطبائى فى الرياض(٤) ، وهو ظاهر السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٥) وصريح السيد اليزدى فى العروة الوثقى(٦) .

وذهب إلى الحرمة ووجوب الردّ جماعة من المتأخرين ، منهم : ابن إدريس الحلى فى السرائر(٧) والعلامة فى تذكرة الفقهاء(٨) والمختلف(٩) ونهاية الأحكام(١٠) وولده فى الإيضاح(١١) والشهيد فى الدروس(١٢) والفاضل المقداد فى التنقيح(١٣) وكنز العرفان(١٤) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(١٥) ، ومال إليه صاحب الجواهر(١٦) .

وذهب ابن الجنيد الإسكافى كما نقل عنه العلامة فى المختلف(١٧) إلى وجوب الردّ إن كان

١- (٦) زبدة البيان / ٤٣٤ .

٢- (٧) إيضاح النافع / كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٤ - (١٤ / ١١٣) .

٣- (٨) الحدائق ١٩ / ٢٢٢ .

٤- (٩) رياض المسائل ٨ / ٤١١ .

٥- (١٠) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٦ - (١٤ / ١١٣ وما بعدها) .

٦- (١١) العروة الوثقى ٦ / ٢٦ .

٧- (١) السرائر ٢ / ٢٥١ .

٨- (٢) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢١٠ .

٩- (٣) مختلف الشيعة ٥ / ٧٨ .

١٠- (٤) نهاية الأحكام ٢ / ٥٥٤ .

١١- (٥) ايضاح الفوائد ١ / ٤٨٠ .

١٢- (٦) الدروس ٣ / ٢٩٩ .

١٣- (٧) التنقيح الرائع ٢ / ٨٨ .

١٤- (٨) كنز العرفان ٢ / ٣٩ .

١٥- (٩) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٢ .

١٦- (١٠) الجواهر ٢٣ / ٤٠٤ وما قبلها .

١٧- (١١) مختلف الشيعة ٥ / ٧٨ .

المال موجوداً معروفاً وعدم وجوبه إن كان تالفاً أو مختلطاً بماله وغير معروف . فهذه ثلاثة أقوال فى صورة الجهل ، ولابدّ من ملاحظة الأدلة حتّى تبيّن دليل القول المختار :

أقول : ظاهر قوله تعالى «فَلَهُ مَا سَلَفَ»(١) عدم وجوب الردّ ، ويؤيده عدة من نصوص معتبرة :

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأكل الربا وهو يرى أنّه حلال ، قال : لا يضرّه حتّى يصيبه متعمداً ، فإذا أصابه متعمداً فهو بالمنزل الذى قال اللّه عزّ وجل(٢) .

ونحوها صحيحة الحلبى(٣) وصحيحة على بن جعفر(٤) . وهذه الصحاح فى نفى العقاب أظهر من عدم وجوب الردّ فى صورة الجهل .

ومنها : صحيحة الحلبى قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : كلّ ربا أكله الناس بجهالة ثمّ تابوا

فإنّه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة . وقال : لو أنَّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ فى ذلك المال ربا ولكن قد اختلط - فى التجارة - بغيره حلال كان حلالاً طيباً فليأكله ، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربا ، وأيّما رجل أفاد مالاً كثيراً قد أكثر فيه من الربا فجهل ذلك ثمّ عرفه بعد فأراد أن ينزعه ، فما مضى فله ويدعه فيما يستأنف(٥) .

ذيل الصحيحة تدلّ على عدم وجوب الردّ فى صورة الجهل .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : أتى رجل أبى عليه السلام فقال : إنّى ورثت مالاً وقد علمت أنّ صاحبه الذى ورثته منه قد كان يربى ، وقد أعرف أن فيه ربا واستيقن ذلك ، وليس يطيب لى حلاله لحال علمى فيه ، وقد سألتُ فقهاء أهل العراق وأهل الحجاز فقالوا : لا يحلّ أكله ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعلم بأنّ فيه مالاً معروفاً رباً

١- (١٢) سورة البقرة / ٢٧٥ .

٢- (١٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨ ح ١ الباب ٥ من أبواب الربا .
٣- (١٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٦ .
٤- (١٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ٩ .
٥- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨ ح ٢ .

وتعرف أهله فخذ رأس مالك وردّ ما سوى ذلك ، وإن كان مختلطاً فكله هنيئاً ، فإنّ المال مالك ، واجتنب ما كان يصنع صاحبه ، فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قد وضع ما مضى من الربا وحرم عليهم ما بقى ، فمن جهل وسع له جهله حتّى يعرفه ، فإذا عرف تحريمه حرم عليه ووجب عليه فيه العقوبة إذا ركبه كما يجب على من يأكل الربا(١) .

أقول : يمكن المناقشة فى دلالة الصحيحة على عدم وجوب الردّ ، لأنه يمكن حملها على نفى العقاب فقط ، وهو القدر المتيقَّن منها .

نعم ، لو كان صدرها مثل حسنة أبى الربيع الشامى الآتية تدلّ على عدم وجوب الرد .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل أربى بجهالة ثمّ أراد أن يتركه ، قال : أمّا ما مضى فله وليتركه فيما يستقبل . ثمّ قال : إنَّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فقال : إنّى ورثت مالاً ، وذكر الحديث نحوه(٢) .

دلالة الحسنة على عدم وجوب الردّ واضحة .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم قال : دخل رجل على أبى جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتّى كثر ماله ، ثم إنّه سأل الفقهاء ؟ فقالوا : ليس يقبل منک شيءٌ إلاّ أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبى جعفر عليه السلام فقص عليه قصّته ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجک من كتاب اللّه : «فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى

اللّهِ»والموعظة : التوبة(٣) .

وروى العياشى مثلها فى تفسيره مرسلاً(٤) .

ومنها : ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن أبيه قال : إنّ رجلاً أربى دهراً من الدهر فخرج قاصداً أبا جعفر الجواد ، فقال له : مخرجک من كتاب اللّه يقول اللّه : «فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ» والموعظة هى التوبة ، فجهله بتحريمه ثمّ معرفته

١- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٩ ح ٣ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٤ .
٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٧ .
٤- (٢) تفسير العياشى ١ / ٢٧٧ ح ٥١٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٦ ح ١ .

به ، فما مضى فحلال وما بقى فليتحفظ(١) .

الرواية صحيحة الإسناد ودلالتها واضحة .

ومنها : ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن أبيه قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : لا يكون الربا إلاّ فيما يكال أو يوزن ، ومن أكله جاهلاً بتحريمه لم يكن عليه شىءٌ(٢) .

أقول : سند الرواية صحيح ، لأنّ محمد بن عيسى بن عبد اللّه بن سعد بن مالک الأشعرى ، أبو على ، شيخ القميين ووجه الأشاعرة والمتقدم عند السلطان والداخل على الرضا عليه السلام والراوى عن أبى جعفر الثانى عليه السلام . ويمكن نقله عن الإمام أبى عبد اللّه الصادق عليه السلام المستشهد فى ٢٥ شوال عام ١٤٨ إذا كان عمره قريباً من ثمانين سنة . وإن كان أكثر رواياته عن الصادق عليه السلام مع الواسطة .

وأمّا دلالتها : فجملة « لم يكن عليه شيءٌ » فى الرواية مطلقة تشمل نفى العقاب وعدم وجوب الردّ ، ولا دليل لاختصاصها بالأوّل فقط .

فهذه الروايات المعتبرة تدلّ على عدم وجوب الردّ فى صورة الجهل بالربا ، ولابدّ من الأخذ بها بدعوى الحلية تعبداً من جهة عذر الجهل وإن كانت المعاملة باطلة أو بدعوى صحة المعاملة إذا وقعت حال الجهل ، واختصاص البطلان بصورة العلم بالحرمة حال المعاملة كما عليه صاحب الحدائق(٣) ولكنّه بعيد .

وإطلاقها يدلّ على عدم الفرق بين وجود المال وعدمه ، ولا بين صورة الاختلاط وعدمه ، ولا بين كون الطرف الآخر عالماً أو جاهلاً . وهكذا يدلّ على عدم الفرق بين أقسام

الجاهل ، كما نبّه عليه صاحب العروة الوثقى قدس سره (٤) .

ولكن مع ذلک كلّه استشكل صاحب الجواهر فى دلالة هذه النصوص ، فقال : « ولكن لا يخفى أنّه لا يصلح للفقيه الجرأة بمثل هذه النصوص التى لا يخفى عليک اضطرابها فى الجملة ،

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ١٠ .
٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ١١ .
٣- (٥) الحدائق ١٩ / ٢١٦ .
٤- (١) العروة الوثقى ٦ / ٣٠ .

وترک الاستفصال فيها عن الربا أن صاحبه كان جاهلاً بحرمته أو عالماً ، والأمر بالتوبة مع عدم الذنب حال الجهل الذى يعذر فيه ، بل قد اشترط فى الآية الحلّ بها وحمله على الجهل الذى لا يعذر فيه ينافيه ما فى خبر الباقر عليه السلام السابق من إلحاق مثله بالعالم ، وترک الإستفصال عن الربا فى

القرض والبيع ، وقد عرفت الفرق بينهما ، وغير ذلک على مخالفته الضوابط السابقة ، والإقدام على حلّ الربا الذى قد ورد فيه من التشديد ما ورد »(١) .

وأجابه صاحب العروة الوثقى بقوله : « فإنّ الاضطراب ممنوع ، ونلتزم بعدم الفرق بين كون الدافع عالماً أو جاهلاً ، وكثيراً ما يؤمر بالتوبة مع كون الشخص معذوراً بلحاظ الحرمة الواقعية ، ونلتزم باشتراط التوبة فى الحلية وبعدم الفرق بين القرض والبيع ونحوه ، والتشديد فى حرمة الربا مخصوص بصورة العلم والعمد فلا ينافى الحلية حال الجهل ... »(٢) .

وبالجملة ، هذه النصوص المعتبرة تدلّ على حلية الربا فى صورة الجهل وعدم وجوب الرد ، فلابدّ من أخذها والعمل على طبقها كما ذهب إليه بعض الأصحاب كما مرّ منّا ، ولذا قال سيد الرياض : « وبالجملة الدلالة على الحلّ فى غاية الوضوح جداً ... »(٣) .

وقال السيد العاملى بعد الإعتراف بأنّ القول بوجوب الردّ فى صورة الجهل أقعد بحسب القواعد(٤) ، قال فى شأن بعض هذه النصوص : « وهذه الأخبار الثلاثة - أعنى صحيحة الحلبى وخبرى أبى الربيع - كأنّها هى التى استند إليها أبوعلى ، لكنّ سوقها كما سمعت أظهر فى الدلالة على مختار الشيخ والصدوق من حيث تعليل حلّ أكل الربا المختلط بوضع الرسول صلى الله عليه و آله وسلم ما مضى منه ، وهو واضح الدلالة على أنّ المراد بما مضى نفس الربا فى حالة الجهل مطلقاً معروفاً أو مختلطاً ... »(٥) .

وهكذا اعترف بوضوح هذه الأخبار صاحب العروة وقال : « وبالجملة لا وجه

١- (٢) الجواهر ٢٣ / ٤٠١ .

٢- (٣) العروة الوثقى ٦ / ٣٠ .

٣- (٤) رياض المسائل ٨ / ٤١٣ .

٤- (٥) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٤ - (١٤ / ١١٤) .

٥- (٦) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣٦ - (١٤ / ١١٩) .

للإعراض عن الأخبار المذكورة بعد وضوحها فى الدلالة على الحلية لأجل هذه الإشكالات والإحتمالات مع كون الأحكام الشرعية تعبديّة . فالأقوى جواز العمل بها ، وإن كان الأحوط الردّ إلى المالك مع كونه موجوداً معزولاً إذا عرف مالكه ، بل إجراء حكم مجهول المالك عليه مع عدم معرفته ، خصوصاً مع كونه جاهلاً بالحرمة أيضاً . وأحوط من ذلك ما ذكره المتأخرون من عدم الفرق بين الجاهل والعالم ... »(١) .

إلى هنا تمت مهمات بحث الربا المعاملى ، وبها تم بحث الربا بقسميه على سبيل الإجمال ، وللتفصيل محلاّن آخران وهما كتابى القرض والبيع . والحمد للّه أوّلاً وآخراً وهو العالم بأحكامه والصلاة على محمّد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين .

١- (١) العروة الوثقى ٦ / ٣١ .

الرشوة

موضوعها:

الروايات لم تتعرض لتعيين موضوع الرشوة ومفهومها وحقيقتها ، فلابدّ لمعرفتها والتحقيق عنها إلى مراجعة أهل اللغة والعرف وبيانات الأصحاب قدس سرهم :

١ – قال أحمد بن فارس : « رشى : الراء والشين والحرف المعتل أصل يدلُّ على سببٍ أو تسبُّبٍ لشيءٍ برفق وملايَنَة ، فالرِّشاء : الحبل الممدود والجمع أرْشِيَة .

ويقال : للحنظل إذا امتدَّت أغصانه : قد أرشى ، يعنى أنّه صار كالأرشية وهى الحبال ، ومن الباب : رشاه يرشُوهُ رَشْواً . والرشوة الاسمُ ، وتقول : تَرَشَّيْتُ الرجل : لايَنْتُه ، ومنه قول امرى ء القيس : ترأشى الفؤاد .

ومن الباب استرشى الفصيلُ : إذا طلب الرّضاع ، وقد أرشيته إرشاءً .

وراشيتُ الرجل : إذا عاونْتَه فظاهَرْتَه ، والأصل فى ذلک كلّه واحد »(١) .

٢ – وقال صاحب الصحاح : « الرشاء : الحبل ، والجمع أرشية ، والرشوة معروفة ، والرُشوة بالضم مثله ، والجمع رِشاً ورُشاً »(٢) .

٣ – وقال الفيومى : « الرِشوة بالكسر : ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد ... والرشاء : الحبل والجمع أرشية مثل كساء وأكسية »(٣) .

٤ – قال الزمخشرى : « ر ش و فلان يرتشى فى حكمه ويأخذ الرِ ُشوة والرُّشَى ، الرُّشَى رشاءُ النجاح ، ولعن اللّه الراشى والمرتشى ، ورشوته أرشوه ، وعن ثعلب : هو من رَشَا الفرخ

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٢ / ٣٩٧ .

٢- (٢) صحاح اللغة ٦ / ٢٣٥٧ .

٣- (٣) المصباح المنير ١ / ٣١٠ .

إذا مدَّ رأسه إلى أُمّه لتزقَّه . واسترشى الفصيل : طلب الرضاع ... »(١) .

٥ – وقال صاحب القاموس : « الرشوة – مثلثة – : الجُعل جمعها رُشىً ... والرَّشاء ككَساء : الحبل ، كالرِشاء بالكسر »(٢) .

٦ – وابن الأثير قال : « رشا – س – فيه : لعن اللّه الراشى والمرتشى والرائش ، الرِشوة والرُشوة : الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة ، وأصله من الرِشاء الذى يُتوصّل به إلى الماء . فالراشى : من يعطى الذى يعينه على الباطل ، والمرتشى : الآخذ ، والرائش : الذى يسعى بينهما يزيد لهذا ويستنقص لهذا . فأمّا ما يعطى توصّلاً إلى أخذ حقٍّ أو دفعِ ظلمٍ فغير داخل فيه . روى أنّ ابن مسعود أُخذ بأرض الحبشة فى شىءٍ فأعطى دينارين حتّى خلّى سبيله ، وروى عن جماعة من أئمة التابعين قالوا : لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه وماله إذا خاف الظلم »(٣) .

٧ – وقال الطريحى : « والرِشوة – بالكسر – : ما يعطيه الشخصُ الحاكمَ وغيرَه فيحكم له أو يحمله على ما يريد ، والجمع رُشى مثل سِدرة وسُدَر ، والضمّ لغة ، وأصلها من الرِشاء : الحبل الذى يتوصل به إلى الماء ، وجمعه أرشية ككِساء وأكسية ... والرشوة قلّ ما تستعمل إلاّ فيما يتوصّل به إلى إبطال حقٍّ أو تمشية باطل »(٤) .

هذا كلّه كلمات أهل اللغة .

والأصحاب تعرضوا لتعريفها أيضاً منهم :

٨ – جدنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء قال : « (ويحرم) أخذ (الرشاء) : جمع الرشوة مثلّثة (فى الحكم) بسببه (وإن حكم على باذله) فلم يؤثر بذله (بحقٍّ أو باطل) وليس مطلق الجُعل كما فى القاموس بل بينه وبين الأُجرة والجُعل عموم من وجه ، ولا البذل على خصوص الباطل كما فى النهاية والمجمع ، ولا مطلق البذل ولو على خصوص الحقّ ، بل هو البذل على

١- (٤) أساس البلاغة / ١٦٤ .

٢- (٥) قاموس اللغة / ٨٧٨ .

٣- (١) النهاية ٢ / ٢٢٦ .

٤- (٢) مجمع البحرين ١ / ١٨٤ .

الباطل أو على الحكم له حقّاً أو باطلاً ، مع التمسية وبدونها ، أمّا ما كان بصورة الإجارة على أصل القضاء أو على خصوص الحق فيه فسيجيء الكلام فيه »(١) .

٩ - وقال السيد العاملى فى مفتاحه : « الرشاء - بالضم والكسر - جمع رشوة ... هى عند الأصحاب ما يعطى للحكم حقّاً وباطلاً ، وأصل مأخذها يدلّ على سبب أو تسبّب لشيءٍ برفق »(٢) .

١٠ - وقال النراقى : « ... فلا كلام فى أنّ الرشوة للقاضى هى المال المأخوذ من أحد الخصمين أو منهما أو من غيرهما للحكم على الآخر أو إهدائه أو إرشاده فى الجملة . إنّما الكلام فى أنّ الحكم أو الإرشاد المأخوذين فى ماهيته هل هو مطلق شامل للحقّ أو الباطل أو يختص بالحكم بالباطل ؟ مقتضى إطلاق الأكثر وتصريح والدى العلامة فى المعتمد والمتفاهم فى العرف هو الأوّل ، وهو الظاهر من القاموس والكنز ومجمع البحرين ، ويدلّ عليه استعمالها فيما أعطى للحقّ فى الصحيح عن رجل يرشو الرجل على أن يتحوّل من منزله فيسكنه ، قال : لا بأس(٣) . فإنّ الأصل فى الاستعمال إذا لم يعلم الاستعمال فى غيره الحقيقة ، كما حقق فى موضعه . نعم عن النهاية الأثيرية ما ربّما يشعر بالتخصيص ككلام بعض الفقهاء ، وهو لمعارضة ما ذكر غير صالح ، مع أنّ الظاهر أنّ مراد بعض الفقهاء تخصيص الحرمة دون الحقيقة »(٤) .

١١ - وقال صاحب الجواهر : « وكيف كان فالرشوة فى مختصر النهاية : الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة ، والراشى : مَنْ يعطى الذى يعينه على الباطل ، والمرتشى : الآخذ ، والرايش : الذى يسعى بينهما يستزيد لهذا ويستنقص لهذا . ثمّ ذكر كلمات بعض أهل اللغة والأعلام وقال : أنّ الرشوة خاصة فى الأموال وفى بذلها على جهة الرشوة ، أو أنّها تعمّمها وتعمّ الأعمال بل والأقوال ،

كمدح القاضى والثناء عليه والمبادرة إلى حوائجه وإظهار تبجيله وتعظيمه ونحو ذلک ، وتعمّ البذل وعقد المحاباة والعارية والوقف ونحو ذلک ، وبالجملة كلّ ما

ص:١٣٩

١- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٧٧ .

٢- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٠٢ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٨ ح ٢ . الباب ٨٥ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٢) مستند الشيعة ١٧ / ٧١ .

قُصد به التوصل إلى حكم الحاكم ، قد يقوى فى النظر الثانى وإنّ شک فى بعض الأفراد فى الدخول فى الإسم أو جزم بعدمه فلا يبعد الدخول فى الحكم »(١) .

١٢ - وقال المحقق الإيروانى : « مجموع معنى الرشوة خمسة : ١ - مطلق الجُعل المندرج فيه أُجرة الأُجراء ، ٢ - والجُعل على القضاء وتصدّى فصل الخصومة ، ٣ - والجُعل على الحكم بالواقع لنفسه كان أو لغيره ، ٤ - والجعل على الحكم لنفسه حقّاً كان أو باطلاً ، ٥ - والجُعل على الحكم بالباطل .

والأوّل ممّا ينبغى القطع ببطلانه وإنْ وقع تفسيره به فى كلمات بعض اللغويين ، فإنّه للإشارة إلى المعنى فى الجملة كما فى « سعدانة نبت » . والمتيقّن من بين بقية المعانى إنْ لم يكن هو الظاهر هو الأخير . وعلى كلٍّ حال فدفع المال لأجل أن لا يقبل القاضى الرشوة من المبطل ثمّ

يحكم هو على طبق الواقع بمقتضى طبعه ليس من الرشوة »(٢) .

وقال قبل صفحة : « وينبغى القطع بأنّ مطلق الجعل على عمل ليس رشوةً وإنْ أُوهمته عبارة القاموس والنهاية ، وإلاّ لدخل فيه أُجرة الأُجراء والأكرة ، ولئن سلّم عموم اللفظ فالمحرّم هو قسم خاصّ منه

، والمتيقَّن من المتّصف بالتحريم هو المال المدفوع بإزاء الحكم بالباطل ، بل منصرف لفظ « الرشوة » أيضاً عرفاً هو هذا لا غير ، ويشهد له عبارة المجمع ... »(٣) .

١٣ - وقال المحقق الخوئى : « والمتحصَّل من كلمات الفقهاء رضوان اللّه عليهم ومن أهل العرف واللغة مع ضمِّ بعضها إلى بعضها أنّ الرشوة ما يعطيه أحد الشخصين للآخر لإحقاق حقٍّ أو تمشية باطل أو للمتلق أو الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة أو فى عمل لا يقابل بالأُجرة والجعل عند العرف والعقلاء وإن كان محطاً لغرضهم وموردا لنظرهم . بل يفعلون ذلک العمل للتعاون والتعاضد بينهم ، كإحقاق الحقّ وإبطال الباطل وترک الظلم والإيذاء أو دفعها وتسليم الأوقاف من المدارس والمساجد والمعابد ونحوها إلى غيره ، كأنْ يرشو الرجل على أن

١- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٦ .

٢- (١) الحاشية على المكاسب ١ / ١٥٧ .

٣- (٢) الحاشية على المكاسب ١ / ١٥٥ .

يتحول عن منزله فيسكنه غيره ، أو يتحول عن مكان فى المساجد فيجلس فيه غيره ، إلى غير ذلک من الموارد التى لم يتعارف أخذ الأُجرة عليها .

نعم ، ما ذكره فى القاموس من تفسير الرشوة بمطلق الجُعل محمول على التفسير بالأعم ، كما هو شأن اللغوى أحياناً ، وإلاّ لشمل الجُعل فى مثل قول القائل « من ردّ عبدى فله ألف درهم » ، مع أنّه لا يقول به أحد »(١) .

١٤ - وقال شيخنا الأُستاذ - مدظله - : « الإحتمالات فى معنى الرشوة أربعة :

الأوّل : ما يعمّ مقابل الحكم الصحيح ، سواء جعل عوضاً عن نفس الحكم أو عن مقدماته كالنظر فى أمر المترافعين . وهذا ظاهر القاموس ، ويساعده ظاهر كلام المحقق الثانى وصريح الحلى ... .

الثانى : ما يعطى للقاضى للحكم له فى الواقعة بالباطل وبقضاء الجور ، كما هو ظاهر مجمع البحرين .

الثالث : إعطاء المال لغاية الوصول إلى غرضه من الحكم له أو أمر آخر يفعله الغير له ،

كما عن المصباح والنهاية .

الرابع : إعطاء المال للقاضى للحكم له حقّاً أو باطلاً ... . والصحيح فى معناها هو الإحتمال الرابع ، وهو إعطاء المال للحكم له مطلقاً حقّاً أو باطلاً »(٢) .

١٥ - قال بعض أساتيذنا - مدظله - : « إنّ الرشوة ليست عبارة عن مطلق الجُعل ولا مطلق الجُعل للقاضى أو القضاة ، بل المتيقَّن منها الجُعل فى قبال إبطال حقٍّ أو تمشية باطل ، أو إحقاق حقٍّ يتوقف عليها ، فيحرم على المرتشى فقط ... »(٣) .

أقول : الظاهر أنّ المراد بالرشوة عند الأصحاب هى البذل والجُعل فى عوض الحكم بالباطل أو بالحقّ مطلقاً ، كما صرح بها جماعة : منهم ابن إدريس الحلى فى السرائر(٤) والمحقق

١- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٣ .

٢- (١) ارشاد الطالب ١ / ١٤٩ .

٣- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١٦١ .

٤- (٣) السرائر ٢ / ١٦٦ .

فى الشرائع(١) والعلامة فى القواعد(٢) والتذكرة(٣) والمحقق الكركى فى جامع المقاصد(٤) وثانى الشهيدين فى المسالک(٥) والمحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة(٦) والشيخ الأعظم فى المكاسب(٧) والسيد اليزدى فى العروة الوثقى(٨) وشيخنا الأُستاذ(٩) – مد ظله – فيما مضى من كلامه آنفاً .

هذا كلّه فى تعين موضوع الرشوة وحقيقتها وتبيين معناها ، ولابدّ من مراجعة كلمات الأصحاب فى حرمتها :

الأقوال فى حرمة الرشوة

١ – قال الشيخ الطوسى : « والرشاء فى الأحكام سحت »(١٠) .

٢ – وقال القاضى ابن البراج ضمن بيان المكاسب المحظورة : « ... والفتيا بالباطل

والحكم به ولو مع العلم ، والإرتشاء على ذلک أو ما يجرى مجرى الإرتشاء ... »(١١) .

٣ – وقال ابن إدريس الحلى : « والرشا فى الأحكام سحت »(١٢) وقال أيضاً : « والقاضى بين المسلمين والحاكم والعامل عليهم يحرم على كلٍّ واحد منهم الرشوة ، لما روى أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : لعن اللّه الراشى والمرتشى فى الحكم . وهو حرام على المرتشى بكلِّ حال

١– (٤) شرائع الإسلام ٢ / ٦ .

٢– (٥) قواعد الاحكام ٢ / ١٠ .

٣– (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ المسألة ٦٥٤ .

٤– (٧) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

٥- (٨) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٦ .

٦- (٩) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٧- (١٠) المکاسب المحرمة / ٣٠ الطبع الحجری - (١ / ٢٤٢) .

٨- (١١) العروة الوثقی ٦ / ٤٤٢ المسألة ١٩ .

٩- (١٢) إرشاد الطالب ١ / ١٥١ .

١٠- (١٣) النهاية / ٣٦٤ .

١١- (١) المهذب ١ / ٣٤٥ .

١٢- (٢) السرائر ٢ / ٢٢٠ .

،وأمّا الراشی فإن کان قد رشاه علی تغيّر الحکم أو إيقافه فهو حرام ، وإن کان علی إجرائه علی واجبه لم يحرم عليه أن يرشوه لذلک ، لأنّه يستنقذ ماله ، فيحلّ ذلک له ويحرم علی الحاکم أخذه »(١) .

٤ - وقال المحقق : « الرشاء حرام سواء حکم لباذله أو عليه بحقٍّ أو باطل »(٢) .

٥ - وقال العلامة : « يحرم الرشاء فی الحکم وإن حکم علی باذله بحقٍّ أو باطل »(٣) .

٦ - وقال فی التحرير : « الرشاء فی الحکم حرام ، سواء کان حکم لباذله أو عليه بحقٍّ أو باطل »(٤) ، ونحوها فی إرشاد الأذهان(٥) .

٧ - وقال المحقق الثانی : « أجمع أهل الإسلام علی تحريم الرشاء فی الحکم ، سواء حکم بحقٍّ أو باطل للباذل أو عليه ، وفی الأخبار عن أئمة الهدی صلوات اللّه عليهم : أنّه الکفر باللّه عزّ وجل وبرسوله صلی الله عليه و آله وسلم »(٦) .

٨ - وقال الشهيد الثانی : « الرشا - بضم أوّله وکسره مقصوراً - جمع رشوة - بهما - وهو أخذ الحاکم مالاً لأجل الحکم وعلی تحريمه إجماع المسلمين . وعن الباقر عليه السلام : أنّه الکفر باللّه تعالی

وبرسوله . وكما يحرم على المرتشى يحرم على المعطى ، لإعانته على الإثم والعدوان ، إلاّ أن يتوقف عليه تحصيل حقه ، فيحرم على المرتشى خاصة »(٧) .

٩ - المحقق الأردبيلى قال : « يحرم على القاضى الرشوة ، دليله العقل والنقل ، كتاباً وإجماعاً من المسلمين وسنّة ، وهى أخبار كثيرة من طرقهم وطرقنا ، مثل أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال :

لعن اللّه الراشى والمرتشى فى الحكم ، وعن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الرشا فى الحكم هو الكفر

١- (٣) السرائر ٢ / ١٦٦ .

٢- (٤) شرائع الإسلام ٢ / ٦ .

٣- (٥) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

٤- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٢ .

٥- (٧) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٦- (٨) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

٧- (٩) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٦ .

باللّه ... »(١) .

١٠ - وقال سيد الرياض : « (و) أخذ (الرُشا) بضم أوّله وكسره مقصوراً ، جمع رشوة بهما (فى الحكم) بالإجماع كما فى كلام جماعة والنصوص المستفيضة ، فى بعضها أنّها سحت وفى عدّة منها : أنّها

الكفر باللّه العظيم ، وفيها الصحيح والموثق وغيرهما . وإطلاقها كالعبارة وصريح جماعة يقتضى عدم الفرق بين أن يكون الحكم للراشى أو عليه ... »(٢) .

١١ - وقال السيد العاملى بذيل كلام العلامة فى القواعد : « بإجماع المسلمين كما فى جامع المقاصد وقضاء الروضة وحاشية الإرشاد ، وهى سحت بلا خلاف كما فى المنتهى ، وفى النصوص أنّها سحت ، وفى عدّة منها أنّها الكفر باللّه العظيم ، وفيها الصحيح والموثق وغيرهما . وهى تدلّ بإطلاقها على ما ذكروه من عدم الفرق بين أن يكون الحكم للراشى أو عليه ... »(٣) .

١٢ - وقال الفاضل النراقى : « يحرم على القاضى أخذ الرشوة - مثلّثة الراء - إجماعاً من المسلمين للمستفيضة من المعتبرة . ثم ذكر بعض الروايات الواردة فى تحريمها وقال : وكما يحرم عليه أخذها كذلك يحرم على باذلها دفعها ، لأنّه أعانة على الإثم والعدوان ، ولقوله عليه السلام : لعن اللّه الراشى والمرتشى فى الحكم ، ولا كلام فى شىء من ذلك ... »(٤) .

١٣ - وقال صاحب الجواهر : (الرشاء) بضم الراء وكسرها جمع رشوة فى الحكم من الدافع والمدفوع إليه (حرام) وسحت إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواترة ... »(٥) .

١٤ - وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم : « ومن التكسبات المحرَّمة أخذ الشىء بعنوان الرشاء فى القضاء والحكم للشخص عند التخاصم مع الغير ، بإتفاق النص والفتوى ، كما ورد أنّه سحت وأنّه لعن اللّه الراشى والمرتشى »(٦) .

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / ١٨١ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٠٠ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٧ / ٦٩ .

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٥ .

٦- (٦) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤٥ الطبع الحجرى .

١٥ - وقال السيد اليزدى : « تحرم الرشوة ، وهى ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقّاً كان أو باطلاً ، أو ليعلّمه طريق المخاصمة حتّى يغلب على خصمه ، ولا فرق فى الحرمة بين أن يكون ذلک لخصومة حاضرة أو متوقّعة ، ويدلّ على حرمتها إجماع

المسلمين ، بل هى من ضروريّات الدين و ... »(١) .

١٦ - وقال الفقيه السبزوارى : « تدلّ على حرمة الرشوة الكتاب المبين وضرورة الدين ونصوص كثيرة ... ويدلّ على قبحه حكم العقل أيضاً ، لأنّه من الظلم ، فالأدلة الأربعة دالة على حرمتها »(٢) .

الاستدلال على حرمة الرشوة

الأوّل : الاجماع

قد مرّ نقل كلمات القوم وإدعاء الإجماع من المحقق(٣) والشهيد(٤) الثانيين والأردبيلى(٥) والفيض الكاشانى(٦) وسيد الرياض(٧) وأصحاب مفتاح الكرامة(٨) ومستند الشيعة(٩) والجواهر(١٠) وبرهان الفقه(١١) والعروة الوثقى(١٢) ، بل فى العروة الوثقى ومهذب

١- (١) العروة الوثقى ٦ / ٤٤٢ المسألة ١٩ .

٢- (٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٤ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

٤- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٦ والروضة البهية ٣ / ٧٥ .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٦- (٦) مفاتيح الشرائع ٣ / ٢٥١ لم اذكر كلامه فيما مضى .

٧- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٨١ .

٨- (٨) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٠٠ .

٩- (٩) مستند الشيعة ١٧ / ٦٩ .

١٠- (١٠) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٥ .

١١- (١١) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ٤٥ .

١٢- (١٢) العروة الوثقى ٦ / ٤٤٢ .

الأحكام(١) عدّ حرمتها من ضروريات الدين . كما قال المحقق الخوئى : « ومجمل القول أنّ حرمة الرشوة فى الجملة من ضروريات الدين وممّا قام عليه إجماع المسلمين ، فلا حاجة إلى الاستدلال عليها »(٢) .

ويمكن الإيراد على هذا الإجماع بأنّه إجماعٌ مدركىٌ ، لاحتمال كون مدركهم ما يأتى من الأدلة .

الثانى : الكتاب المجيد

قوله تعالى : «وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ»(٣) .

قال الشيخ الطوسى فى تفسيره : « قوله تعالى «وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ»فالحكم هو الخبر الذى يفصل به بين الخصمين يمنع كلّ واحد من منازعة الآخر .

وقيل فى معناه قولان :

أحدهما : قال ابن عباس والحسن وقتادة : إنّه الوديعة وما تقوم به بيّنة .

الثانى : قال الجبائى : فى مال اليتيم الذى فى يد الأوصياء ، لأنّه يدفعه إلى الحاكم إذا طولب به ، ليقتطع بعضه ويقوم له فى الظاهر حجة .

اللغة : يقال : أدلى فلان بالمال إلى الحاكم : إذا دفعه إليه ، وأدلى فلان بحقّه وحجته : إذا هو احتج بها وأحضرها ، ودلوت الدلو فى البئر أدلوها : إذا أرسلتها فى البئر ، وأدليتها إدلاء : انتزعها من البئر ، منه قوله تعالى : «فَأَدْلَى دَلْوَهُ»(٤)أى انتزعها ، وقال صاحب العين : أدليتها : إذا أرسلتها أيضاً ، وأدلى الإنسان شيئاً فى مهوى ، ويتدلّى هو بنفسه ، والدالية معروفة ... .

المعنى : وقيل فى اشتقاق تدلو قولان : أحدهما : أنّ التعلق بسبب الحكم كتعلق الدلو

١- (١٣) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٤ .

٢- (١٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٤ .

٣- (١) سورة البقرة / ١٨٨ .

٤- (٢) سورة يوسف / ١٩ .

بالسبب الذى هو الحبل . والثانى : أنّه يمضى فيه من غير تثبت ، كمضى الدلو فى الإرسال من غير تثبت . والباطل : هو ما تعلق بالشىء على خلاف ما هو به ، خبراً كان أو اعتقاداً أو تخيّلاً أو ظنّاً ، والفريق : القطعة المعزولة من الشىء ، والإثم : الفعل الذى يستحق به الذم ... »(١) .

وزاد الطبرسى فى معنى قوله تعالى «تُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ»مضافاً إلى ما ذكره الشيخ من القولين : « وثالثها : أنّه ما يؤخذ بشهادة الزور عن الكلبى ، والأولى : أن يُحمل على الجميع »(٢) .

وقال فى تفسيره الآخر : « وقيل : وتدلوا وتلقوا بعضها إلى حكام السوء على وجه الرشوة »(٣) .

وهكذا قال الزمخشرى : « وقيل «وَتُدْلُواْ بِهَا»وتلقوا بعضها إلى حكام السوء على وجه الرشوة »(٤) .

وقال الطريحى : «وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ»أى تلقوا حكومة الأموال إلى الحكام ، والإدلاء : الإلقاء ، وفى الصحاح «وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» يعنى الرشوة »(٥) .

أقول : ظاهر الآية الشريفة يدلّ على حرمة الرشوة ، لأنّها تدخل فى ما تدلوا إلى الحكام بجهةِ أكلِ فريقٍ من أموال الناس ، فتشملها النهى الوارد فى أوّل الآية الشريفة ، أعنى «لاَ تَأْكُلُواْ»فثبت تحريمها .

ومن الواضح أنّ ثبوت الظهور لا يحتاج إلى ورود رواية أو خبر ، والظهور حجة بلا ترديد ، فالرشوة صارت محرّمة بظهور الآية الشريفة ، ولذا تمسك جمعٌ من أصحابنا - أعلى اللّه كلماتهم - فى تحريم الرشوة بهذه الكريمة ، وهو فى محلّه .

الثالث : الروايات المتواترة

الروايات الكثيرة المستفيضة بل المتواترة تدلّ على حرمة الرشوة بوضوح :

١- (٣) التبيان ٢ / ١٣٨ و ١٣٩ .

٢- (٤) مجمع البيان ٢ / ٢٨٢ .

٣- (٥) جوامع الجامع ١ / ١٠٦ .

٤- (١) الكشاف ١ / ٢٣٣ .

٥- (٢) مجمع البحرين / ٣٠ الطبع الحجرى .

منها : صحيحة عمار بن مروان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول ، فقال : كلُّ شيءٍ غُلّ من الإمام فهو سحت ، وأكل مال اليتيم وشبهه سحت ، والسحت أنواع كثيرة : منها : أُجور الفواجر ، وثمن الخمر والنبيذ والمسكر ، والربا بعد البيّنة ، فأمّا الرشا فى الحكم فإن ذلک الكفر باللّه العظيم جلّ اسمه وبرسوله صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

سند الرواية صحيح ، لأنّ المراد بعمار بن مروان هو اليشكرى مولاهم الخزاز الكوفى ، هو وأخوه عمرو ثقتان . وروى نحوها الصدوق فى الخصال / ٣٢٩ ح ٢٦ بسند صحيح كما نقل عنه فى الوسائل ١٧ / ٩٥ ح ١٢ .

ومنها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : السحت أنواع كثيرة : منها : كسب الحجام إذا شارط ، وأجر الزانية ، وثمن الخمر ، وأمّا الرشا فى الحكم فهو الكفر باللّه العظيم ، الحديث(٢) .

سند الشيخ موثق ، ولكن سند الكلينى(٣) ضعيف . +٦

ومنها : موثقة أُخرى لسماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الرشا فى الحكم هو الكفر باللّه(٤) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة ، وثمن الكلب ، وثمن الخمر ، ومهر البغى ، والرشوة فى الحكم ، وأجر الكاهن(٥) .

ومنها : معتبرة حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال فى حديث طويل : ورأيتَ الولاة يرتشون فى الحكم ، الحديث(٦) .

وأنت ترى أنّ هذه الروايات المعتبرة تقيّد الرشاء بالحكم .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٢ ح ١ . الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٢ ح ٣ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٢ ح ٢ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٢ ح ٣ . الباب ٨ من أبواب آداب القاضى .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٥ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٧ ح ٦ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى .

ومنها : خبر يزيد بن فرقد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن السحت ، فقال : الرشاء فى الحكم(١) .

ومنها : خبر الأصبغ بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب اللّه عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وإن أخذ هديةً كان غلولاً ، وإن أخذ الرشوة فهو مشرك(٢) .

ومنها : فى خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : يا على من السحت ثمن الميتة ، وثمن الكلب ، وثمن الخمر ، ومهر الزانية ، والرشوة فى الحكم ، وأجر الكاهن(٣) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال عليه السلام : أجر الزانية سحت ، وثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت ، وثمن الخمر سحت ، وأجر الكاهن سحت ، وثمن الميتة سحت ، فأما الرشا فى الحكم فهو الكفر باللّه العظيم(٤) .

ومنها : مرسلة جراح المدايني عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من أكل السحت : الرشوة فى الحكم(٥) .

ومنها : خبر يوسف بن جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من نظر

إلى فرج امرأة لا تحلّ له ، ورجلاً خان أخاه فى امرأته ، ورجلاً احتاج الناس إليه لتفقّهه فسألهم الرشوة(٦) .

روى نحوها المجلسى(٧) عن خط الشيخ محمد بن على الجباعى قدس سره نقلاً عن الشهيد قدس سره ، وهذه الرواية بعمومها تدلّ على حرمة الرشوة .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٤ .
٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ١٠ .
٣- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٩ .
٤- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٨ .
٥- (٨) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٧ .
٦- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٥ .
٧- (٢) بحار الأنوار ١٠٠ / ٥٤ ح ٢٨ .

ومنها : مرسلة الطبرسى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : إنّ السحت هو الرشوة فى الحكم ، وهو المروى عن على عليه السلام (١) .

ومنها : مرسلة أُخرى للطبرسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ السحت أنواع كثيرة ، فأمّا الرشا فى الحكم فهو الكفر باللّه(٢) .

ومنها : خبر جابر عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : هدية الأُ مراء غلولٌ(٣) .

الرواية بإطلاقها تدلّ على حرمة الرشوة .

ومنها : خبر أحمد بن عبد اللّه الهروى الشيبانى وداود بن سليمان الغرا عن على بن موسى الرضا عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجل «أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ»(٤) قال : هو الرجل الذى يقضى لأخيه الحاجة ثمّ يقبل هديته(٥) .

هذه الرواية أيضاً بإطلاقها تدل على حرمة الرشوة

ومنها : ما رواها الشيخ أبومحمد جعفر بن أحمد بن على القمى بإسناده إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : الراشى والمرتشى والرائش بينهما ملعونون(٦) .

وفى بعض النسخ بدل الرائش « الماشى » وكلاهما بمعنى واحد .

ومنها : مرسلة الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال فى خطبة : وقد علمتم أنّه لا ينبغى أن يكون الوالى على الفروج والدماء و المغانم والأحكام وإمامة المسلمين : البخيل ... ولاالجاهل ... والجافى ... والحائف ... ولا المرتشى فى الحكم فيذهَب بالحقوقِ ويقف بها دون

المقاطِعِ ، ولا المعطِّلُ للسنة فَيُهْلِک الأُمّة(٧) .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٦ ح ١٥ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٦ ح ١٦ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٦ .

٤- (٦) سورة المائدة / ٤٢ .

٥- (٧) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٢٨ ح ١٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٩٥ ح ١١ .

٦- (٨) جامع الأحاديث / ٨٥ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٥ .
٧- (١) نهج البلاغة . الخطبة ١٣١ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٧ .

الحائف : الظالم والجائر ، من الحيف بمعنى الجور والظلم . المقاطع : الحدود التى عيّنها اللّه تعالى لها .

ومنها : مرسلة صاحب جامع الأخبار عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لعن اللّه الراشى والمرتشى والماشى بينهما(١) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : إيّاكم والرشوة ، فإنّها محض الكفر ، ولا يشمّ صاحب الرشوة ريح الجنة(٢) .

فهذه الروايات المتواترة تدلّ على حرمة الرشوة بوضوح ، وفى كثير منها تقيّد الرشوة بالحكم ، فلذا لابدّ من تقييد المطلقات به والذهاب إلى أنّ الرشوة المصطلح عند الفقهاء أعلى اللّه كلمتهم مقيدة بالحكم ، أعنى الرشوة التى إعطاؤها وأخذها والسعى بينهما حرام مختص بالرشوة التى تبذل فى الحكم فقط كما عليه فتوى المشهور .

وهكذا تدلّ على حرمة الرشوة : بلا فرق بين أن يأخذها القاضى ليحكم للمعطى بالباطل مع العلم ببطلان الحكم ، وبين أن يأخذها ليحكم للباذل مع جهله سواء طابق حكمه الواقع أم لم يطابق ، وبين أن يأخذها ليحكم له بالحقِّ مع العلم .

ففى الصورة الأخيرة حرمة الرشوة يدلّ عليها إطلاق الروايات الماضية ومضافاً إلى ذلک مناسبة الحكم والموضوع يقتضى الحرمة ، لأنّ القضاء من المناصب الإلهية التى جعلها اللّه للرسول صلى

الله عليه و آله وسلم والأئمة من ولده عليهم السلام ، فلا ينبغى لمن أعطاه اللّه هذا المنصب أن يأخذ عليه الأُجرة .

وتدلّ عليه الروايات الدالة على حرمة أخذ الأُجرة على القضاء ، كما سيأتى إن شاء اللّه تعالى .

فالرشوة فى جميع الصور الثلاث حرام .

نعم ، إذا كان أخذ الحقّ يتوقف عليها يجوز للراشى ويحرم على المرتشى فقط ، كما عليه

١- (٢) جامع الأخبار/ ٤٣٩ ح ٥ و نقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح٨ .
٢- (٣) جامع الأخبار/ ٤٤٠ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٩ .

فتوى المشهور .

ومنهم العلامة قال فى التحرير : « وأمّا الرشوة فإنّها حرام على آخذها ويأثم الدافع لها

إن توصل بها إلى الحكم بالباطل ، ولو توصل إلى الحقّ لم يأثم ويأثم المرتشى على التقديرين ، ويجب عليه دفع الرشوة إلى صاحبها سواء حكم له أو عليه ولو تلفت ضمنها »(١) .

ومنهم الشهيد الثانى قال معلّقاً على قول العلامة فى الإرشاد : « الرشاء فى الحكم » : « إلاّ أن يتوقّف تحصيل الحقّ عليه فيحرم على المرتشى خاصة »(٢) .

وعلى قوله فى كتاب القضاء : « تحرم عليه الرشوة» : « يحرم على الراشى والمرتشى إلاّ أنْ يتوقف حصول الحقّ عليها فيحرم على المرتشى خاصّةً »(٣) .

وعلى قوله « إن توصل بها إلى الباطل » : « إلاّ لِمَن يتوصَّل بها إلى الحقِّ ولا يمكن بدونه »(٤) .

الرابع : حكم العقل

العقل يحكم بحرمة الرشوة ، ولعلّ أوّل مَنْ تعرض له المحقق الأردبيلى قدس سره حيث يقول : « يحرم على القاضى الرشوة دليله العقل والنقل ... »(٥) . واعترف به أيضاً المحقق الخوئى(٦) فى الجملة ، وقال الفقيه السبزوارى : « ويدلّ على قبحه حكم العقل أيضاً لأنّه من الظلم ... »(٧) .

فالأعلام اعترفوا بحكم العقل على حرمة الرشوة ، وأمّا تقريبه :

أخذ الرشوة توسط القاضى ظلم على جميع التقادير ، لأنّه إمّا حَكَمَ للباذل بحقٍّ أو باطلٍ ، فإذا حكم له بالحقِّ فلماذا أخذ الرشوة ؟ لأنّ وظيفته الحكم على طبق الحقِّ والموازين

١- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ١١٥ .

٢- (٢) حاشية الشهيد الثانى على الارشاد المطبوعة ضمن غاية المراد ٢ / ٩ . ومستقلاً / ١٦٥ .

٣- (٣) حاشية الشهيد الثانى على الارشاد المطبوعة ضمن غاية المراد ٤ / ١٠ . ومستقلاً / ٣٦٨ .

٤- (٤) حاشية الشيهد الثانى على الارشاد المطبوعة ضمن غاية المراد ٤ / ١٠ . ومستقلاً / ٣٦٨ .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٦- (٦) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٥ .

٧- (٧) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٤ .

الشرعية . وإذا حكم له بالباطل كان حكمه محرّماً وما أخذ بأزائه أيضاً يكون محرّماً ، فعلى التقديرين أخذ القاضى الرشوة يكون من الظلم فصار محرّماً .

وهكذا الأمر إذا لم يتأثر القاضى من الرشوة وحكم على طبق الواقع وما يكون وظيفته طبق الموازين الشرعية ، لأنّه حينئذٍ أخَذَ الرشوة فى مقابل أىّ عمل ؟ ! فيكون أخذها ظلماً فيحرم عليه ، فأخذ الرشوة على جميع التقادير ظلم ، فيصير محرّماً .

وأمّا بالنسبة إلى المعطى فإنه إذا أعطى فى قبال الحكم بالباطل وتمشيته وتضييع الحقّ فيكون إعطاؤه أيضاً ظلماً ، فيصير محرّماً .

والحاصل : أنّ العقل أيضاً حاكمٌ بحرمة الرشوة ، لأنّها من مصاديق الظلم الذى يستقل العقل بقبحه وفساده وحرمته واللّه سبحانه هو العالم .

حرمة أخذ الأُجرة على القضاء

اختلفت كلمات الأصحاب فى أخذ الأُجرة والرِزق والجُعل على الحكم والقضاء بين الناس على أقوال :

١ – منها : جواز الأخذ مطلقاً مع الكراهة أو عدمها ، ذهب إليه المفيد فى المقنعة وقال : « ولا بأس بالأجر على الحكم والقضاء بين الناس ، والتبرع بذلك أفضل وأقرب إلى اللّه تعالى »(١) .

والشيخ فى النهاية قال : « ولا بأس بأخذ الأجر والرزق على الحكم والقضاء بين الناس من جهة السلطان العادل حسب ما قدّمناه ، فأمّا من جهة سلطان الجور فلا يجوز إلاّ عند الضرورة أو الخوف على ما قدّمناه ، والتنزه عن أخذ الرزق على ذلك فى جميع الأحوال أفضل »(٢) .

والقاضى ابن البراج فى المهذب قال فى عداد المكاسب المكروهة : « وكسب الحجام ،

١- (١) المقنعة / ٥٨٨ .

٢- (٢) النهاية / ٣٦٧ .

والأجر على القضاء وتنفيذ الأحكام من قِبَلِ الإمام العادل »(١) .

وسلاّر بن عبد العزيز الديلمى فى المراسم قال : « فأمّا المكروه فهو الكسب بالنوح على أهل الدين بالحقِّ ، وكسب الحجام ، والأجر على القضاء بين الناس »(٢) .

ومن المتأخرين ذهب إليه صاحب العروة(٣) والمحقق الإيروانى(٤) والمحقق الأردكانى(٥) وبعض الأساتيذ(٦) - مدظله - .

٢ - ومنها : منع الأخذ مطلقاً ذهب إليه أبو الصلاح الحلبى وقال فى عداد المكاسب المحرّمة : « أجر تنفيذ الأحكام»(٧) .

وابن إدريس الحلى قال فى السرائر فى عداد المكاسب المحرّمة : « والإرتشاء على الأحكام والقضاء بين الناس ، وأخذ الأُجرة على ذلک ، ولا بأس بأخذ الرزق على القضاء من جهة السلطان العادل ، ويكون ذلک من بيت المال دون الأُجرة على كراهة فيه »(٨) .

والعلامة فى القواعد يقول : « وتحرم الأُجرة على الأذان وعلى القضاء ، ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال »(٩) . وقال فى التذكرة : « وتحرم الأُجرة على الأذان وقد سبق(١٠) ، وعلى القضاء لأنّه واجبٌ ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال »(١١) .

١- (٣) المهذب ١ / ٣٤٦ .

٢- (٤) المراسم / ١٦٩ .

٣- (٥) العروة الوثقى ٦ / ٤٣٥ .

٤- (٦) الحاشية على المكاسب ١ / ١٥٨ .

٥- (٧) غنية الطالب ١ / ١٢٨ .

٦- (٨) دراسات فى المكاسب المحرمة ٣ / ١٧١ .

٧- (١) الكافى / ٢٨٣ .

٨- (٢) السرائر ٢ / ٢١٧ .

٩- (٣) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

١٠- (٤) فى تذكرة الفقهاء ٣ / ٨١ المسألة ١٨٤ .

١١- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .

ونحوها فى المنتهى(١) والتحرير(٢) والإرشاد(٣) .

وقال الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطّان الحلى فى كتاب التكسب من معالم الدين : « يحرم أخذ الأُجرة على تحمل الشهادة وأدائها و ... والقضاء ولا بأس بالرزق من بيت المال »(٤) .

وقال فى قضاء المعالم : « ولا يجوز أخذ الجُعل من الخصمين وإن لم يتعيّن عليه وإن كان به ضرورة على الأقوى ، ولو انتفى أحدهما لم يجز قطعاً »(٥) .

أقول : يأتى تفصيل ابن القطان فى جواز الإرتزاق من بيت المال فيما بعد إن شاء اللّه تعالى .

والمحقق الثانى قال فى شرح القواعد : « وأمّا القضاء للنص والإجماع ، ولا فرق بين أخذ الأُجرة من المتحاكمين أو من السلطان أو أهل البلد عادلاً كان أو جائراً ، سواء كان

المأخوذ بالإجارة أو الجُعالة أو الصلح ... والأقوى المنع مطلقاً ، إلاّ من بيت المال خاصة فيتقيّد بالحاجة »(٦) .

والشهيد الثانى قال : « ومن الأصحاب من جوّز أخذ الأُجرة عليه مطلقاً ، والأصح المنع مطلقاً إلاّ من بيت المال على جهة الإرتزاق ، فيتقيّد بنظر الإمام . ولا فرق فى ذلک بين أخذ الأُجرة من السلطان ومن أهل البلد والمتحاكمين ، بل الأخير هو الرشوة التى وردت فى الخبر أنّها كفر باللّه وبرسوله »(٧) .

وقال المحقق الأردبيلى : « وأمّا الأجر على القضاء والحكم بين المتحاكمين فالظاهر

١- (٦) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٨ ونقل عنه فى الحدائق ١٨ / ٢١٦ .

٢- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٥ .

٣- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٤- (٩) معالم الدين فى فقه آل يس ١ / ٣٣١ .

٥- (١٠) معالم الدين فى فقه آل يس ٢ / ٣٤٢ .

٦- (١) جامع المقاصد ٤ / ٣٦ .

٧- (٢) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٢ .

تحريمه مطلقاً ، سواء كان القضاء متعيّناً عليه أم لا ، وسواء كان بين المتحاكمين أم لا ... » . ثمّ استدل على مختاره وذكر بعض الأقوال فى المقام وقال : « والأوّل أظهر كما هو رأى المصنف ، ولا شک فى جواز الإرتزاق من بيت المال على الكلِّ مع الحاجة التى هى شرط الأخذ من بيت المال الذى هو للمصالح ، والظاهر أنّ المراد بالحاجة هى المتعارفة وعلى حسب العادة لا الضرورة التى لا يعيش بدونها ، والظاهر أنّ ذلک هو مراد المصنف »(١) .

وظاهر صاحب الحدائق أيضاً المنع مطلقاً ، فراجع كتابه(٢) .

وقال الفاضل النراقى ناقلاً عن والده قدس سرهما : « ونقل والدى فى معتمد الشيعة الإجماع على الحرمة صريحاً مع عدم الحاجة »(٣) . ومال إليه ولده فى المستند بل اختاره(٤) .

واختار سيد الرياض القول بالمنع بأنّه « أحوط وأولى»(٥) ، وردّ القول بالجواز بأنّه « ضعيف جداً »(٦) .

وقال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « (و) تحرم الأُجرة ونحوها من عوض صلح أو جُعل أو غيرهما (على القضاء) كالإفتاء ، سواء أُخذت من سلطان عادل أو غيره من بيت مالٍ أو أوقافٍ أو من المتخاصمين ، مع الحاجة وعدمها ، أو من متبرّع على أىِّ نحو كان ، لوجوبه

عيناً مع الاتحاد وكفايةً مع إمكان قيام الغير ، وليس من الواجبات المشروطة كالصنائع النظامية ، مع أنّ الشك فى دخولها تحتها ما يغنى فى المنع - وللأخبار الدالة عليه وللإجماعات المنقول بعضها على منع الجعل المخصوص بما كان من المتخاصمين أو الأعم ، وبعضها على تحريم الأُجرة »(٧) .

١- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩٣ .

٢- (٤) الحدائق ١٨ / ٢١٧ .

٣- (٥) مستند الشيعة ١٧ / ٦٤ .

٤- (٦) مستند الشيعة ١٧ / ٦٨ و ٦٧ .

٥- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٨٤ .

٦- (٨) رياض المسائل ٨ / ١٨٤ .

٧- (١) شرح القواعد ١ / ٢٨٩ .

وقال تلميذه صاحب الجواهر فى أُجور القضاة : « ... والتحقيق عدم جواز أخذ العوض عنه مطلقاً ، عينيّاً كان عليه أو كفائياً أو مستحباً مع الحاجة وعدمها ، من المتحاكمين أو أحدهما أو أجنبى أو أهل البلد أو بيت المال أو غير ذلک ، سواء كان ذا كفاية أو لا ، لأنّه من مناصب السلطان الذى أمر اللّه تعالى بأن يقول : «قُل لاَّ أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْراً»(١)وأوجب التأسى به ... »(٢) .

وتبعهم جماعة من الفقهاء منهم : المؤسس الحائرى(٣) والمحقق الخوئى(٤) وشيخنا الأُستاذ - مدظله - حيث يقول : « فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ الأظهر بحسب الروايات عدم جواز أخذ الجعل والأجر على القضاء أو ما هو من شؤونه ، بلا فرق بين حاجة القاضى وعدمها وتعيّن القضاء عليه وعدمه ، ويتعدى إلى أخذ الجُعل والأجر على الإفتاء وبيان الأحكام الشرعية الكلّيّة باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما فى ذلک »(٥) .

تنبيهٌ :

قد يقال : برجوع الشيخ فى كتابيه الخلاف والمبسوط عما أفتى به فى نهايته من جواز الأخذ مطلقاً ، فلابدّ من ملاحظة نص عبارته ، قال فى الخلاف : « لا يجوز للحاكم أن يأخذ الأُجرة على الحكم من الخصمين أو من أحدهما ، سواء كان له رزق من بيت المال أو لم يكن .

وقال الشافعى : إن كان له رزق من بيت المال لم يجز - كما قلناه - وإن لم يكن له رزق من بيت المال جاز له أخذ الأُجرة على ذلک .

دليلنا : عموم الأخبار الواردة فى أنّه يحرم على القاضى أخذ الرشا والهدايا وهذا داخل

فى ذلک ، وأيضاً طريقة الإحتياط تقتضى ذلک ، وأيضاً إجماع الفرقة على ذلک ، فإنّهم لا

١- (٢) سورة الأنعام / ٩٠ .

٢- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ١٢٢ .

٣- (٤) فى تقريرات بحثه المكاسب المحرمة / ٥٨ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٤- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨١ و ٢٦٩ .

٥- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٥٣ .

يختلفون فى أنّ ذلک حرام »(١) .

وأنت ترى أنّه أفتى بتحريم أخذ الأُجرة من المتحاكمين أو أحدهما ، لا أنّه رجع عمّا أفتى به فى النهاية من جواز أخذ الأُجرة ، فالجمع بين كلاميه يقتضى القول بأنّ الشيخ يذهب إلى جواز أخذ الأُجرة على القضاء ، ولكن لا من المتخاصمين أو أحدهما بل من غيرهما .

وقال الشيخ فى المبسوط : « وأمّا من يحلّ له أخذ الرزق عليه ومن لا يحلّ : فجملته أنّ القاضى لا يخلو من أحد أمرين : إمّا أن يكون ممّن تعيّن عليه القضاء أو لم يتعيّن عليه وهو القسم الأوّل والأخير ، فإن كان ممّن يجوز له القضاء ولم يتعيّن عليه لم يخل من أحد أمرين : إمّا أن يكون له كفاية أو لا كفاية له ، فإن لم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق وإن كانت له كفاية فالمستحب أن لايأخذ ، فإن أخذ جاز ولم يحرم عليه بل كان مباحاً . وجواز إعطاء الرزق للقضاء إجماع ، ولأنّ بيت المال للمصالح وهذا منها بل أكثرها حاجة إليه ، لما فيه من قطع الخصومات واستيفاء الحقوق ونصرة المظلوم ومنع الظالم .

هذا إذا لم يتعين عليه القضاء ، فأمّا إن تعيّن عليه القضاء لم يخل من أحد أمرين : إما أن يكون له كفاية أو لا كفاية له ، فإن كانت له كفاية حرم عليه الرزق لأنّه يؤدى فرضاً قد تعيّن عليه ، ومن أدّى فرضاً لم يحلَّ له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه ، وإن لم يكن له كفاية حلّ ذلک له لأنَّ عليه فرض النفقة على عياله وفرضاً آخر وهو القضاء وإذا أخذ الرزق جمع بين الفرضين ، لأنّ الرزق يقوم

مقام الكسب ، فكان الجمع بين الفرضين أولى من إسقاط أحدهما . وهذا عندنا وعندهم ، وحكم الشهادة فى أخذ الجُعل عليها عندنا لا يجوز بحال ... »(٢) .

أقول : الحاصل من كلام الشيخ أنه ذهب فى المبسوط إلى جواز أخذ الأُجرة للقضاء إلاّ إذا تعيّن عليه القضاء وله كفاية من المال ولا يحتاج إلى أجرة ، فحرم عليه الرزق حينئذ فقط .

والجمع بين أقواله الثلاثة يرشدنا إلى هذا التفصيل : بأنّ الشيخ يقول بجواز أخذ

١- (١) الخلاف ٦ / ٢٣٣ المسألة ٣١ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٨٥ و ٨٤ .

الأُجرة على القضاء ولكن منع أخذه من المتخاصمين أو أحدهما ، وهكذا يجوز أخذ الأُجرة للقاضى إلاّ إذا تعيّن عليه القضاء وله كفاية من المال بحيث لا يحتاج إلى أُجرته لإمرار معاشه ، فحرم حينئذ له أخذ الأُجرة حتّى من بيت المال .

فالشيخ لم يرجع عما أفتى به فى النهاية ، بل قيّده بقيود ، يعنى ذهب إلى جواز أخذ الأُجرة ولكن لا من المتخاصمين أو أحدهما ، ولا يجوز له الأخذ إذا تعيّن عليه القضاء وكان القاضى ذا يسار بحيث لا يحتاج إلى الأُجرة ، وهذا فى الواقع إحداث تفصيل من الشيخ يمكن أن يجعل قولاً ثالثاً فى المقام .

٣ - ومنها : التفصيل بين تعيّن القضاء عليه وصورة الغنى وتمكنه فلا يجوز أخذ الأُجرة ، وفى غيرهما - أعنى إذا لم يتعيّن القضاء عليه ولم يستغن من أجر قضائه ويحتاج إليه - فيجوز له أخذ الأُجرة ، وحيث ورد فى كلام الأصحاب هذا التفصيل مع بحث ارتزاق القاضى من بيت المال غالباً أذكرهما معاً .

يظهر التفصيل من الشيخ فيما مرّ منّا آنفاً فى الجمع بين أقواله مع زيادة ، ومن المحقق الحلى فى قضاء الشرائع حيث يقول : « إذا ولّى من لا يتعيّن عليه القضاء فإن كان له كفاية من ماله فالأفضل أن لا يطلبَ الرزق من بيت المال ، ولو طلب جاز لأنّه من المصالح . وإن تعيّن للقضاء ولم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق . وإن كان له كفاية ، قيل : لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدّى فرضاً . أمّا لو أخذ الجُعل من المتحاكمين ففيه خلافٌ ، والوجه التفصيل ، فمع عدم التعيين وحصول الضرورة ، قيل يجوز ، والأُولى المنع ، ولو اختلَّ أحد الشرطين لم يجز »(١) .

وقال فى المختلف بعد نقل الأقوال فى المسألة : « والأقرب أن نقول : إن تعيّن القضاء عليه إمّا بتعيين الإمام عليه السلام أو بفقد غيره أو بكونه الأفضل وكان متمكّناً لم يجز الأجر عليه ، وإن لم يتعيّن أو كان محتاجاً فالأقرب الكراهة .

لنا : الأصل الإباحة على التقدير الثانى ، ولأنّه فعل لا يجب عليه ، فجاز أخذ الأجر عليه . أمّا مع التعيين فلأنّه يؤدى واجباً ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ، كغيره من العبادات

١- (١) شرائع الاسلام ٤ / ٦٠ .

الواجبة »(١) .

أقول : الظاهر أنّ العلامة يشترط فى جواز أخذ أجرة للقاضى أمرين : ١ - عدم تعيّن القضاء عليه ، ٢ - وجود الحاجة واحتياجه إلى الأجر . وهذا هو الذى استفاد من عبارته الشيخ الأعظم قدس سره ، ولذا قال : « فصّل فى المختلف فجوّز أخذ الجعل والأُجرة مع حاجة القاضى وعدم تعيّن القضاء عليه ، ومنعه مع غناه أو عدم الغنى عنه »(٢) .

ويمكن حمل عبارته الآتية فى بحث إرتزاق القاضى من بيت المال من التحرير(٣) على ما ذكرناه فراجعها .

قال العلامة فى الإرشاد فى عداد المكاسب المحرمة : « ... وكذا أخذ الأُجرة على الأذان والصلاة بالناس والقضاء ، ولا بأس بالرزق من بيت المال على الأذان والقضاء مع الحاجة وعدم التعيين »(٤) .

وتبعه شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلّى فى أخذ الرزق من بيت المال وقال : « ومن يتعيّن عليه القضاء إن كان له كفايةٌ لم يحلّ له الرزق من بيت المال وإلاّ حلّ ، ومن لم يتعيّن جاز له الأخذ والأفضل الترک »(٥) .

والشهيد الثانى فى ذيل قول المحقق فى تجارة الشرائع : « والقضاء على تفصيل سيأتى» قال : « التفصيل الموعود به هو أنّه إن تعيّن عليه بتعيين الإمام أو بعدم قيام أحد به غيره ، حرم عليه أخذ الأُجرة عليه مطلقاً ، لأنّه حينئذٍ يكون واجباً ، و الواجب لا يصح أخذ الأُجرة عليه ، وإن لم يتعين عليه فإن كان له غنىً عنه لم يجز أيضاً وإلاّ جاز »(٦) .

وقال الفاضل الإصبهانى : « ولو أخذ الجُعل من المتحاكمين فإن لم يتعين للحكم

١- (٢) مختلف الشيعة ٥ / ١٧ .

٢- (٣) المكاسب المحرمة / ٣١ من الطبع الحجرى - (١ / ٢٤٤) .

٣- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ١١٥ و ١١٤ .

٤- (٢) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٥- (٣) معالم الدين فى فقه آل يس ٢ / ٣٤٢ .

٦- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٢ .

وحصلت الضرورة ، ... قيل : جاز ، ... وإن تعيّن للقضاء أو كان مكتفيّاً ... لم يجز له أخذ الجُعل قولاً واحداً »(١) .

واختار السيد جواد العاملى هذا التفصيل وقال : « إذا تعيّن عليه القضاء بتعيين الإمام أو بفقد غيره أو بكونه أفضل وكان متمكّناً ذا كفاية حرمت عليه الثلاثة : الأُجرة والجُعل والرزق ، لأنّه واجبٌ عينىٌّ عليه فلا يستحق عوضاً عليه ... وهو صريح تفصيل المصنف فى المختلف والإرشاد وحاشيته وإيضاح النافع وقضاء الكتاب والشرائع ، قالوا : إن تعيّن عليه وكان متمكّناً لم يجز الأجر ، وإن لم يتعيّن أو كان محتاجاً فالأقرب الكراهية ... »(٢) .

٤ - ومنها : التفصيل بين صورة احتياج القاضى فيجوز أخذ الجُعل والأُجرة وصورة تمكنه وعدم احتياجه فلا يجوز . قال ثانى الشهيدين : « قيل : يجوز مع الحاجة

مطلقاً »(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « وقيل : بالجواز على تقدير الاحتياج »(٤) .

وقال الفاضل النراقى : « ونقل والدى فى معتمد الشيعة الإجماع على الحرمة صريحاً مع عدم الحاجة »(٥) .

٥ - ومنها : التفصيل بين صورة عدم تعيّن القضاء على القاضى وتعيّنه عليه ، فيجوز فى الأوّل ويحرم فى الثانى ، قال ثانى الشهيدين : « قيل : يجوز مع عدم التعيّن مطلقاً»(٦) . وقال الأردبيلى : « قيل : بعدمه (أى عدم الجواز) على تقدير تعيين القضاء عليه إمّا بتعيين الإمام أم لعدم غيره »(٧) .

١- (٥) كشف اللثام ٢ / ١٤٣ الطبع الحجرى (١٠ / ٢٣ و ٢٤) .

٢- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٢٣ و ٣٢٢ .

٣- (١) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٢ .

٤- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩٣ .

٥- (٣) مستند الشيعة ١٧ / ٦٤ .

٦- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ١٣٢ .

٧- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩٣ .

أقول : لم يظهر لى إلى الآن قائل هذا القول والعلم عند اللّه تعالى .

٦ - ومنها : يمكن التفصيل بين جواز أخذ الأُجرة من بيت المال وعدم الجواز فى الأخذ من المتحاكمين أو الثالث أو أهل البلد ونحوها .

وإلى الآن لم أعرف قائله .

الاستدلال على حرمة أُجرة القضاء

اشارة

يمكن أن يُستدل على حرمة أخذ الأُجرة للقاضى بوجوه :

الأوّل : الاجماع

ولعلّ أوّل من ادعاه هو العلاّمة الحلّى فى التحرير(١) وتبعه المحقق الثانى فى جامع المقاصد(٢) كما مرّ بيانه ، وتبعهما والد النراقى فى معتمد الشيعة كما مرّ كلامه بتوسط ولده فى المستند(٣) ، وتبعهم الشيخ جعفر فى شرح القواعد(٤) .

وفيه : أولاً : قد عرفت وجود القول بالجواز صريحاً من المفيد فى المقنعة والشيخ فى

النهاية والقاضى ابن البراج فى المهذب وسلار فى المراسم وغيرهم ، وهكذا قد مرّ ذكر الأقوال المختلفة والتفاصيل المتعددة فى المقام ، فادعاء الإجماع بلا وجه .

وثانياً : لو تنزلنا وقبلنا وجود الإجماع على الحرمة فلا يفيدنا فى المقام شيئاً ، لأنّه إجماع مدركىٌ على فرض وجوده ، فلابدّ من ملاحظة ما يأتى من الأدلة .

الثانى : الروايات

عدّة من الروايات تدلّ على حرمة اُجور القضاة :

منها : صحيحة عمار بن مروان اليشكرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كلّ شىء غلّ من الإمام فهو سحت ، وأكل مال اليتيم سحت ، والسحت أنواع كثيرة ، منها : ما اُصيب من أعمال

١- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ١٥ .

٢- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٣٦ .

٣- (٨) مستند الشيعة ١٧ / ٦٤ .

٤- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٩٠ .

الولاة الظلمة ، ومنها : اُجور القضاة واُجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ المسكر ، والربا بعد البيّنة ، فأمّا الرشايا عمار فى الأحكام ، فإنّ ذلک الكفر باللّه العظيم وبرسوله صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

سند الرواية صحيح ودلالتها تامة ، لأنّها عدّت اُجور القضاة من السحت ، والظاهر من لفظ « السحت » الحرمة إلاّ أن تقوم عليه القرينة .

وأمّا حمل القضاة على قضاة الجور الذين كانوا فى عصر صدور الرواية بقرينة ما قبلها من الولاة الظلمة ، لأنّ القضاة قسم من الولاة أو لا أقل أنهم قسم من عمّالهم ، فغير تام ، لظهور الرواية فى استقلال فقراتها ، ولاأقل من الشک فى انعقاد ظهور بخلافه مع القرينة والأصل عدمه .

وبالجملة ، ظهور أن منها (أى من السحت) أُجور القضاة ، وهو عام يشمل قضاة الجور وغيرهم .

ولفظ « الأجر » و« الجُعل » وإن كانا متفاوتين فى مصطلح الفقهاء والمتشرعة بحيث يستعملون الأجر فى باب الإجارة ، والجُعل فى باب الجعالة ، ولكن الظاهر إتحاد حكمهما فى هذا الباب ، بل يمكن ادعاء أنّ الرزق أيضاً متحد معهما حكماً إذا أُخذ من شخص خاص ، خلافاً للسيد العاملى فى مفتاحه(٢) حيث فرّق بين العناوين .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان قال : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن قاضٍ بين قريتين ، يأخذ من السلطان على القضاء الرزق ، فقال : ذلک سحت(٣) .

سندها صحيح ، ولكن يمكن المناقشة فى دلالتها بظهور القاضى فى قضاة الجور والسلطان ، سلاطين الجور المعهود فى تلک الأيام ، بقرينة السؤال عن الرزق الوارد فى الصحيحة وجواز الإرتزاق من بيت المال كما عليه المشهور .

ولكن يمكن أن يجاب عن المناقشة : بأنّ لفظ « الرزق » لم يرد فى جواب الإمام عليه السلام حيث حكم بأنّه سحت . وهذه الرواية من القرائن التى مرّ آنفاً بأنّ هذه الألفاظ الثلاثة فى

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٥ ح ١٢ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٢٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢١ ح ١ . الباب ٨ من ابواب آداب القاضى .

المقام لها معنى واحد ، ولذا حمل العلامة المجلسى الصحيحة على الأُجرة وقال : « وحُمل على الأُجرة ، والمشهور جواز الإرتزاق من بيت المال »(١) .

ولكن مع ذلک كلّه بقى الإشكال بأنّ السائل يسأل عمّا أبتلى به ، وهو أُجور قضاة الجور المعهود فى ذلک الزمان ، فليس للرواية إطلاق حتّى تشمل أُجور قضاة العدل ، ولذا قال الشيخ الأعظم : « إنّ ظاهر الرواية كون القاضى منصوباً من قبل السلطان الظاهر - بل الصريح - فى سلطان الجور »(٢) . وهو متينٌ .

ومنها : خبر يوسف بن جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لعن رسول اللّه عليه السلام من نظر إلى فرج امرأة لا تحلّ له ، ورجلاً خان أخاه فى امرأته ، ورجلاً احتاج الناس إليه لتفقّهه فسألهم الرشوة(٣) .

دلالة الرواية على حرمة أُجور القضاة تامة ، لأنّ الناس يحتاجون إلى القاضى لتفقّهه ، وإذا سألهم الأُجرة يشمله إطلاق الرواية ، وأمّا حمل الرشوة على أُجور القضاة - وإن يكن بعيداً فى بادىء النظر - ولكن إذا حملنا لفظ « الرشوة » على معناها اللغوى تشمل أُجور القضاة أيضاً ، فتمَّ الإستدلال بالرواية . ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر حمزة بن حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من استأكل بعمله افتقر ، فقلت له : جعلت فداک ، إنّ فى شيعتک ومواليک قوماً يتحمّلون علومكم ويبثّونها فى شيعتكم فلا يعدمون على ذلک منهم البرّ والصلة والإكرام ، فقال عليه السلام : ليس أولئک بمستأكلين ، إنّما المستأكل بعمله الذى يُفتى بغير علمٍ ولا هدى من اللّه عزّ وجل ليبطل به الحقوق طمعاً فى حُطام الدنيا(٤) .

غاية ما يمكن أن يقال فى الإستدلال بالرواية : بأنّ قضاة الجور يدخلون فى الذين

١- (١) مرآة العقول ٢٤ / ٢٧٠ ح ١ .

٢- (٢) المكاسب / ٣٠ الطبع الحجرى (١ / ٢٤٣) .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٥ .

٤- (٤) معانى الأخبار / ١٨١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٧ / ١٤١ ح ١٢ . الباب ١١ من أبواب صفات القاضى .

يفتون بغير علم ولا هدى من اللّه عزّ وجل ليبطلوا به الحقوق ، فيشملهم إطلاق الرواية ، فما يأخذونه فى قبال أحكامهم يكون حراماً . ولكن الرواية تشمل قضاة الجور فقط ، لأنّ قضاة العدل لا يفتون بغير علم ولا هدى ولا يبطلون به الحقوق فلا تشملهم الرواية . فهذه تدلّ على حرمة أُجور قضاة الجور ،

ولكن المُدعى أعم من هذا . وفى سندها أيضاً ضعف .

والحاصل : أن الروايات تدلّ على حرمة أُجور القضاة مطلقاً .

الثالث : القضاء من المناصب الالهية

النبوة والإمامة من المناصب الإلهية وهما فوق الأجر والجُعل ، ولذا أمر اللّه تعالى أنبياءه عليهم السلام أن يقولوا : «وَمَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ إِنْ أَجْرِىَ إِلاَّ عَلَى رَبِّ الْعَالَمِينَ»(١) .

وأمر اللّه خاتم أنبيائه صلى الله عليه و آله وسلم أن يقول : «قُلْ مَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ»(٢) ويقول عنه : «مَا تَسْأَلُهُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ»(٣) .

وأمّا قوله تعالى : «قُل لاَّ أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْراً إِلاَّ الْمَوَدَّةَ فِى الْقُرْبَى»(٤) حيث جعل اللّه المودّة فى حقِّ أقرباء النبى صلى الله عليه و آله وسلم أجراً للرسالة ، نفعها يرجع إلى الأُمة لا إلى النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، والشاهد على ذلک قوله تعالى : «قُلْ مَا سَأَلْتُكُم مِّنْ أَجْرٍ فَهُوَ لَكُمْ إِنْ أَجْرِىَ إِلاَّ عَلَى اللَّهِ»(٥)(٦) .

والإمامة أيضاً وصاية النبى ، والأمر فيها كما فى النبوة .

ثمّ مِنْ مناصب الفقيه الجامع للشرائط : الإفتاء والقضاء اللذان جعلهما الإمام عليه السلام له ،

١- (١) سورة الشعراء / ١٠٩ و ١٢٧ و ١٤٥ و ١٦٤ و ١٨٠ .

٢- (٢) سورة ص / ٨٦ .

٣- (٣) سورة يوسف / ١٠٤ .

٤- (٤) سورة الشورى / ٢٣ .

٥- (٥) سورة سبأ / ٤٧ .

٦- (٦) ولتوضيح هذا البيان راجع إلى كتابى ولايت وامامت / ١٠٠ المطبوع باللغة الفارسية عام ١٣٧٠ ه- . ش .

فهما من المناصب الإلهية ، فلا يجوز أُخذ أُجرة والجُعل عليهما .

وأشار إلى هذا الإستدلال صاحب الجواهر بقوله : « لأنّه (أى القضاء) من مناصب السلطان الذى أمر اللّه تعالى بأن يقول : «لاَّ أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْراً»وأوجب التأسيبه»(١) .

واعترف المحقق الخوئى غير مرّة بأن الإفتاء والقضاء من الأُمور المجانية ، حيث يقول : « ... إنّ الأمور التى يكون وضعها على المجانية ، فإنّ أخذ الأُجرة يعدّ رشوة فى نظر العرف ، ومن هذا القبيل القضاء والإفتاء»(٢) ، ثمّ بعد صفحة أضاف إليهما أمر تبليغ الأحكام الشرعية فقال : « ثمّ الظاهر أنّه لا يجوز أخذ الأُجرة والرشوة على تبليغ الأحكام الشرعية وتعليم المسائل الدينيّة ، فقد عرفت فيما تقدّم : أنّ منصب القضاء والإفتاء والتبليغ يقتضى المجانيّة»(٣) .

ثم قال بعد أكثر من مائتى صفحةٍ : « ... لا يجوز أخذ الأُجرة على القضاء للروايات الخاصة ، وأنّ الظاهر من آية النفر الآمرة بالتفقه فى الدين وإنذار القوم عند الرجوع إليهم أنّ الإفتاء أمرٌ مجانىٌّ فى الشريعة المقدسة ، فيحرم أخذ الأُجرة عليه ، ويؤيده قوله تعالى : «قُل لاَّ أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْراً إِلاَّ الْمَوَدَّةَ فِى الْقُرْبَى» »(٤) .

والحاصل ، فهذان المنصبان – الإفتاء والقضاء – من المناصب الإلهية ، فلا يجوز أخذ الأُجرة عليهما لعظمتهما ورفعتهما .

الرابع : القضاء واجبٌ فلا يجوز أخذ الأجرة عليها

تقريب الاستدلال : القضاء واجب ووجوبها يكون عينيّاً أو كفائيّاً ، وأخذ الأُجرة على الواجبات لا يجوز فى الشريعة المقدسة ، فأخذ الأُجرة على القضاء لا يجوز .

وفيه : أنه يمكن المناقشة فى الكبرى بأنّ وجوب الفعل على المكلف ولو كان تعبديّاً لا يوجب عدم جواز أخذ الأُجرة عليه ، بل يكفى فى قصد التقرب المعتبر فى العبادة أنّه لو لم يكن أمر الشارع بالواجب لما كان يأتى به حتّى مع إعطاء الأُجرة عليه . والموجب لعدم جواز أخذ

١- (٧) جواهر الكلام ٢٢ / ١٢٢ .

٢- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٦٦ .

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٨٦ .

٤- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨١ .

الأُجرة على الفعل أحد الأمرين على سبيل منع الخلو :

أحدهما : أن يكون إيجابه على المكلف بأن يأتى به مجاناً كتغسيل الموتى بل تجهيزهم .

ثانيهما : عدم المالية لذلك الفعل بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل سواء كان الفعل واجباً أو مندوباً(١) ، نحو : إقامة الصلاة الواجبة على المكلَّف لنفسه والإتيان بصيامه أو إقامته صلاة الليل .

ومن الواضح أنه لم يدخل القضاء فى القسم الثانى ، وإدخاله فى القسم الأوّل يحتاج إلى ثبوت كونه من الواجبات المجانية ، فإذا ثبت هذا لا نحتاج إلى هذه الكبرى والإستدلال .

والحاصل ، هذا الدليل ليس بدليل مستقل عندنا ، بل يرجع ثبوته إمّا إلى الدليل الثالث أى كون القضاء من المناصب الإلهية – أو إلى الدليل الثانى – أى الروايات الناهية عن أخذ الأُجرة على القضاء .

وسوف يأتى البحث مفصلاً حول هذه الكبرى عند تعرض الشيخ الأعظم قدس سره فى النوع الخامس من المكاسب المحرَّمة ، وهو : « ما يجب على الإنسان فعله عيناً أو كفايةً ، تعبداً أو توصّلاً» فانتظر .

وبالجملة ، فلا يجوز أخذ الأُجرة على القضاء مطلقاً ، وأمّا إرتزاقه من بيت المال فسيأتى البحث حوله .

أخذ الأُجرة على مقدمات القضاء

هل يجوز أخذ الأُجرة على مقدمات القضاء ، نحو : سماع الشهادة والبيّنة أو التحليف أو التزكية والجرح ، أو الذهاب إلى الإمرأة المستورة الشريفة لسماع شهادتها أو جوابها أو إحلافها ، أو الذهاب إلى الذين لا يمكن إحضارهم ، مثل : العلماء والأجلاء والفقهاء العظام ، أو كتابة الحكم ورَشْمه أى ختمه ، أو أخذ الأُجرة على كاتبه وخدمه وعماله ومترجمه إذا احتاج

١- (٤) أشار إلى هذا البيان شيخنا الأستاذ - مدظله - فى دروسه من كتاب القضاء كما كتبته عنه ، وفى كتابه أُسس القضاء والشهادة / ٤٢ .

إليه ، أم لا يجوز أخذ الأُجرة على شيءٍ من هذه أو فيها التفصيل ؟

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء : « والأخذ على مقدمات القضاء من سماع الشهادة أو التحليف أو التزكية والجرح ، أخذٌ على القضاء . وليس منه الأخذ على الكتابة أو الرَّشْم أو الخروج من داره إلى محلّ آخر طلبه أحد الخصمين ونحو ذلك ، غير أنّه لا يقع إلاّ من السفلة إلاّ مع إلجاء الضرورة ، وأمّا ثمن القرطاس وما يصرفه من المال فلا بأس بأخذه ... ولا بأس بأخذ الخدّام والعمال والمباشرين الأُجرة على عملهم»(١) .

وقال تلميذه السيد العاملى : « ويلحق بالقضاء مقدماته كسماع الشهادة وأدائها والتحليف والتزكية والجرح ، ولا يلحق به على الظاهر كتابة الحجّة وختمها بخاتم القاضى ، على تأمّل فى هذين ، لأنّهما فى هذا الزمان قد صارا كأنّهما جزءً من القضاء ومن مقدماته ، إذ لا

ترفع الخصومة إلاّ بهما »(٢) .

وقال تلميذه الآخر فى الجواهر : « وعلى كلِّ حالٍ فمقدمات القضاء كسماع الشهادة والجرح والتعديل ونحوهما فى تحريم العوض ، بل لا يبعد استفادة حرمة الأُجرة عليها من حرمتها على القضاء . نعم : لا بأس بأخذ الأُجرة على ما كان خارجاً عن القضاء ومقدماته كالكتابة والرسم(٣) ونحوهما ، مع أنّه لا ينبغى استعماله من قوّام الشرع وحفظته ، ولا استعمال بعض الأرذال الذين يحتالون لأخذ الجُعل على القضاء بذلك ، وبالتحاكم فى مكان مخصوص ونحوه من الأُمور الزائدة على القضاء ، لما فيه من النفرة وجلب التهمة وعدم رغبة الناس فى الدين وأهله»(٤) .

وقال تلميذ صاحب الجواهر السيد على آل بحر العلوم : « ويلحق بالقضاء فى حكم الأُجرة مقدماته من سماع البيّنة والتحليف ونحو ذلک ، بل منه ظاهر الأُجرة على الذهاب إلى الإمرأة الغير المبرزة لإحلافها أو سماع جوابها ، وليس منه كتابة الحجة وختمها بخاتمه ، فله

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٩١ .

٢- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٢٨ .

٣- (٢) كذا فى المطبوعة ، والظاهر أنّ الصحيح الرَّشم بمعنى الختم .

٤- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ١٢٣ .

أخذ الشىء عليهما ، وإن وجبت الإجابة إلى الحجة - كما فى بعض الصور كما تسمعه - فى القضاء لعدم فهم المجانيّة فيه لخروجه عن القضاء»(١) .

أقول : الظاهر إلحاق مقدمات القضاء به ، بل إلحاق مؤخراته به نحو الكتابة والختم ، لأنّهما صارا اليوم من أجزاء القضاء ، كما نبّه عليه السيد العاملى(٢) فيما ذكر من كلامه ، بل يمكن القول بعدم الجواز مطلقاً بالنسبة إلى مقدماته ولوازمه ومؤخراته ، حتّى بالنسبة إلى الخدّام والعمال ، لأنّها من مواضع التهمة التى أُمرنا بالإجتناب عنها وتوجب النفرة والفرار عن الدين وأهله ويفتح بها باب الرشوة بعناوين أخرى ، والعلم عند اللّه تعالى .

ارتزاق القاضى من بيت المال

المشهور على جواز ارتزاق القاضى من بيت المال مع الحاجة وعدم التعيين ، بل عليه الإجماع كما قال العلاّمة فى التحرير : « السادس : إذا ولّى من يتعيّن عليه القضاء ، فإن كان ذا

كفاية حرم عليه أخذ الرزق على القضاء لأنّه يؤدى فرضاً و... وإن لم يكن ذا كفاية جاز له أخذ الرزق عليه ، لأنّ بيت المال للمصالح وهذا أعظمها .

وإن لم يتعيّن عليه القضاء وكان ممّن يجوز له القضاء ، فإن كان ذا كفاية استحب له أخذ(٣) الرزق وإن أخذ جاز ، وإنْ لم يكن ذا كفاية جاز له أخذ الرزق عليه إجماعاً .

وأمّا أخذ الأُجرة عليه ، فإنّه حرام بالإجماع ، سواء تعيّن عليه أو لم يتعيّن ، وسواء كان محتاجاً أولا»(٤) .

ونقل السيد جواد العاملى فى جواز الإرتزاق هذا القول عن العلامة وولده والشهيد ،

ص:١٦٩

١- (٤) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٤٧ الطبع الحجرى .

٢- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٢٨ .

٣- (١) كذا فى المطبوعة ، والظاهر أنه تصحيف « ترک» أو « أن لا يأخذ» ، والعبارة الصحيحة تكون هكذا : « فإن كان ذا كفاية استحب له ترک أو أن لا يأخذ الرزق وإن أخذ جاز» .

٤- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ١١٥ و ١١٤ .

حيث يقول : « على ما إذا كان محتاجاً ... لكن فى الإرشاد(١) وشرحه لولده(٢) وقضاء الدروس(٣) زيادة عدم التعيين»(٤) .

وقال السيد على آل بحر العلوم : « بلا خلاف أجده ظاهراً ، بل صرح بعد بالإجماع عليه غير واحد ، للأصل ولأنّه لا يقتصر عن المحاويج ، بل هو أُولى لاشتغاله بأهم مصالح المسلمين ... »(٥) .

بل المشهور على جواز الإرتزاق مع التعيّن والحاجة كما مرّ عن قضاء الشرائع(٦) والقواعد(٧) والمعالم(٨) واللمعة(٩) وجامع المقاصد(١٠) والروضة(١١) ومجمع الفائدة(١٢) .

بل يمكن انتساب جواز الإرتزاق مطلقاً - أى مع التعيّن وعدم الحاجة - إلى المشهور ،

كما قال جدنا الشيخ جعفر : « (ويجوز أخذ الرزق عليهما) من غير قصد المعاوضة مع التعيين وعدمه ومع الحاجة وعدمها (من بيت المال) أو من الأوقاف أو من متبرّع وقبول الهدايا ، للأصل والإجماع المنقول . وقد يجب الأخذ فى القضاء مع إتحاده ، وعدم تمكّنه من القيام به من غير اكتساب ، ومنافاة الاكتساب له»(١٣) .

١- (٣) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٢- (٤) شرح إرشاد الأذهان / مخطوط - نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٢٦ .

٣- (٥) الدروس الشرعية ٢ / ٦٩ .

٤- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٢٦ .

٥- (٧) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤٥ طبع الحجرى .

٦- (٨) شرائع الاسلام ٤ / ٦٠ .

٧- (٩) قواعد الأحكام ٣ / ٤٢٢ .

٨- (١٠) معالم الدين فى فقه آل يس ٢ / ٣٤٢ .

٩- (١١) اللمعة الدمشقية / ٩٤ .

١٠- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

١١- (١٣) الروضة البهية ٣ / ٧١ .

١٢- (١٤) مجمع الفائدة ٨ / ٩٤ .

١٣- (١) شرح القواعد ١ / ٢٩٠ .

وقال تلميذه فى الجواهر : « قد صرّحوا برزقه منه مع كفايته وتعينه للقضاء»(١) .

وقال الفاضل النراقى : « يجوز له الإرتزاق من بيت المال ، ولو مع التعين وعدم الحاجة ، كما صرح بهما والدى فى معتمد الشيعة ، وادّعى بعضهم الإجماع عليه»(٢) .

واسْتُدِلَ على جواز الإرتزاق من بيت المال بمعتبرة عهد العلوى عليه السلام إلى مالك الأشتر النخعى ، كتب عليه السلام إليه : « ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ممّن لا تَضِيقُ به الأُمور ... إلى أن يكتب : ثم أكثر تعاهد قضائه وافسح له فى البذل ما يزيل علّته وتَقِلُّ معه حاجته إلى الناس ، واعطه من المنزلة لديک ما لا يطمع فيه غيره من خاصتک ، ليأمن بذلک اغتيال الرجال له عندک ... »(٣) .

لهذا العهد سند معتبر فى ترجمة الأصْبَغ بن نُباتة الُمجاشِعِى كما فى رجال النجاشى(٤) وفهرس الشيخ(٥) . وفقرة « وافسح له فى البذل ما يزيل علته وتَقِلُّ معه حاجته إلى الناس » دالة على جواز إرتزاقه من بيت المال مطلقاً ، سواء تعيّن عليه القضاء أم لا ، وسواء كان ذا كفاية أو لا .

وبمرسلة حماد الطويلة عن العبد الصالح عليه السلام قال : « ... فيكون بعد ذلک أرزاق أعوانه على دين اللّه وفى مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام وتقوية الدين فى وجوه الجهاد وغير ذلک ممّا فيه مصلحة العامة ... »(٦) .

والرواية وإن كان فى سندها إرسال ولكن الأصحاب نظروا إليها بعين القبول . وفقرة

« وغير ذلک ممّا فيه مصلحة العامة» تشمل القضاء ، بل القضاء من أهمّ مصاديق مصالح العامة

١- (٢) جواهر الكلام ٢٢ / ١٣٢ .

٢- (٣) مستند الشيعة ١٧ / ٦٨ .

٣- (٤) نهج البلاغة / الكتاب ٥٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٩ . الباب ٨ من أبواب آداب القاضى .

٤- (٥) رجال النجاشى / ٨ الرقم ٥ .

٥- (٦) فهرست كتب الشيعة وأصولهم / ٨٨ الرقم ١١٩ .

٦- (٧) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢١ ح ٢ .

كما لا يخفى . فتدلّ على جواز إرتزاقه من بيت المال مطلقاً ، لأنّ من المصالح إعطاء القاضى مع تعيّن القضاء عليه ومع تمكنه .

وهاتان الروايتان تكفيان فى جواز إرتزاقه من بيت المال مطلقاً مع فتوى المشهور على ذلک بل بعض الإجماعات المنقولة ، واللّه العالم .

ويؤيدها مرسلة القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام أنّه قال : « لابدّ من إمارة ورزق للأمير ، ولابدّ من عريف ورزق للعريف ، ولابدّ من حاسب ورزق للحاسب ، ولابدّ من قاضٍ ورزق للقاضى ، وكره أن يكون رزق القاضى على الناس الذين يقضى لهم ولكن من بيت المال»(١) .

وهنا أذكر لک كلام جدى الشيخ جعفر قدس سره وأختم البحث به ، قال بعد ما نقلت من كلامه آنفاً :

« وما فى كلام جماعة من أصحابنا من تحريم الإرتزاق يُراد به تحريم الأُجرة ، ويؤيّده أن فى بعض عباراتهم(٢) تفسير أحدهما بالآخر ، وكذا الأخبار(٣) المانعة من الإرتزاق فى القضاء منزلّة على ما ذكرناه ، وليس بداخل تحت الرشا ، ولا الأُجرة والجعالة ولا غيرهما من الأعواض»(٤) .

حكم الهدية للقاضى

اشارة

قال الشيخ الطوسى : « فأما الهدية فإن لم يكن بمهاداته عادة حرم عليه قبولها ، والعامل على الصدقات كذلک ، لما روى عن النبى - ثمّ ذكر ثلاث روايات يأتى ذكرها فيما بعد ، وقال : - فإن قيل : أليس قد قال النبى صلى الله عليه و آله وسلم : لو دعيت إلى ذراع لأجبتُ ، ولو اُهدى إلىَّ كراع لقبلتُ ؟ قلنا : الفصل بينه وبين اُمّته أنّه معصوم عن تغيير حكم بهديّة وهذا معدوم فى غيره .

ص:١٧٢

١- (١) دعائم الاسلام ٢ / ٥٣٨ ح ١٩١٢ .

٢- (٢) كعبارة الشيخ الطوسى فى النهاية / ٣٦٧ كما مرّت منّا .

٣- (٣) كصحيحة عبد اللّه بن سنان المروية فى وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢١ ح ١ كما مرّت منّا .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٩١ .

هذا إذا اُهدى له من لم يجزء له بمهاداته عادة ، فأمّا إن كان ممّن جرت عادته بذلک كالقريب والصديق الملاطف نظرت ، فإن كان فى حال حكومة بينه وبين غيره أو أحس بأنّه

يقدمها لحكومة بين يديه حرم عليه الأخذ كالرشوة سواء ، وإن لم يكن هناک شىء من هذا فالمستحب أن يتنزَّه عنها .

هذا كلّه إذا كان الحاكم فى موضع ولايته ، وأمّا إن حصل فى غير موضع ولايته فاُهدى له هدية فالمستحب له أن لا يقبلها ، قال بعضهم يحرم عليه ، فكلّ موضع قلنا لا يحرم عليه قبولها فلا كلام ، وكلّ موضع قلنا يحرم عليه ، فإن خالف وقبل فما الذى يصنع ؟ فإن كان عامل الصدقات ، قال قوم : يجب عليه ردّها وقال آخرون : يجوز أن يتصدّق عليه بها ، والأوّل أحوط .

وأمّا هدية القاضى قال قوم يضعها فى بيت المال ليصرف فى المصالح ، وقال آخرون يردّها على أصحابها ، وهو الأحوط عندنا ... »(١) .

قال العلامة فى التحرير : « وأمّاالهدية فإن كانت ممّن له عادة بقبول الهدية منه فلا بأس ، إلاّ أن يفعل ذلک لأجل الحكم فتحرم ، وإن كانت ممّن لا عادة له بالإهداء ، فالوجه تحريمها لأنّه كالرشوة»(٢) .

وقال المحقق الأردبيلى : « ثمّ الظاهر أنّه يجوز له قبول الهدية ، فإنّه مستحب فى الأصل ، إلاّ أنّه يمكن أن يقال : صار حينئذ مكروهاً ، لاحتمال كونها رشوة . إلاّ أن يَعْلَمَ باليقين أنّها ليست كذلک ، مثل أن كان بينه وبين المُهدِى صداقة قديمة ، وعلم أن ليس له غرض من حكومته وخصومته بوجهٍ ، أو يكون غريباً لا يعلم ، أو جاء من السفر وكان عادته ذلک ، أو فعل ذلک بالنسبة إليه وإلى غيره . ومع ذلک لا شک أنّ الأحوط هو الاجتناب فى وقت يمكن ويحتمل احتمالاً بعيداً لكونها رشوة»(٣) .

الروايات الواردة فى حكم الهدية

قد استدلوا على حرمة الهدية على القاضى بعدّة من الروايات :

١- (١) المبسوط ٨ / ١٥٢ .

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ١١٦ .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ / ٥١ .

منها : خبر الأصبغ عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : أيّما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب اللّه عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وإن أخذ هدية كان غلولاً ، وإن أخذ الرشوة فهو مشرک(١) .

بتقريب : أنّ القضاة من الولاة ويمكن أن يقال : أنّ القضاء من أهم الولايات فأخذ الهدية لهم غلول ، والغلول فى معنى الخيانة والسرقة المحرَّمتان ، فأخذ الهدية للقضاة حرام . ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر جابر عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : هدية الأُمراء غلول(٢) .

بعين التقريب الذى مرّ آنفاً ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : مرسلة الشيخ الطوسى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : هدية العمال غلولٌ(٣) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : هدية العمال سحت(٤) .

ومنها : مرسلة ثالثة له قال : روى أبو حُميد الساعدى قال : استعمل النبى صلى الله عليه و آله وسلم رجلاً من الأسد يقال له : « أبو البنية » وفى بعضها « أبو الأبنية » على الصدقة ، فلمّا قدّم قال : هذا لكم وهذا أهدى إلىَّ ، فقام النبى صلى الله عليه و آله وسلم على المنبر فقال : ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول : هذا لكم وهذا أهدى إلىَّ ، فهلاّ جلس فى بيت أبيه أو فى بيت أُمّه ينظر يهدى له أم لا ؟ والذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلاّ جاء يوم القيامة يحمله على رقبته ، إن كان بعيراً له رُغاء أو بقرة لها خوار أو شاة لها تنعر . ثمّ رفع يده حتّى رأينا عفرة إبطيه ثمّ قال : اللهم هل بلغّت ؟ ، اللهم هل بلغّت ؟(٥) .

الرواية عامية ، رويت فى صحيح مسلم ٣ / ١٤٦٣ ، كتاب الإمارة ، باب تحريم هدايا العمال ح ٢٦ . نعرت العنز تنعِر نَعاراً : أى صاحت . والنعير : أى الصوت . عُفرة الأبط : بياضه

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ١٠ الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٦ الباب ٨ من أبواب آداب القاضى .
٣- (٢) المبسوط ٨ / ١٥١ .
٤- (٣) المبسوط ٨ / ١٥١ .
٥- (٤) المبسوط ٨ / ١٥١ .

الرُغاء : صوت الإبل . الخوار : صوت البقر . وعبد اللّه ابن اللتبيّة مذكور فى أُسد الغابة ٣ / ٢٥٠ وابن اللتبيّة فيه ٥ / ٣٢٩ وكلاهما واحد .

وبالجملة ، الرواية مرسلة عامية ووردت فى عمّال الصدقة ، فلا ترتبط بهدية القضاة .

ومنها : مرسلة الرضى رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال فى خطبته : وأعجب من ذلک طارقٌ طَرَقَنا بمَلْفُوفَةٍ فى وعائِها ومعجونةٍ شَنِئْتُها كَأَنَّما عُجِنَتْ بريقِ حَيَّةٍ أو قَيْئِها ، فقلتُ : أصِلَةٌ أم زكاةٌ أم صدقةٌ ؟ فذلک محرَّمٌ علينا أهلَ البيت ! فقال : لا ذا ولا ذاک ولكنّها هديّةٌ ، هَبِلَتْکَ الْهَبُولُ ! أعن دينِ اللّه ِأتَيْتَنى لِتَخْدَعنى ؟ أمُخْتَبِطٌ أنتَ أم ذو جِنَّةٍ ؟ أم تَهْجُرُ ؟ واللّه

لو أُعطيتُ الأقاليمَ السبعةَ بما تحتَ أفلاكها على أن أعْصِىَ اللّه فى نَمْلَةٍ أسْلُبُها جُلبَ شَعِيرَةٍ ما فَعَلْتُهُ ، وإنّ دنياكم عندى لأَهونُ مِنْ وَرَقَةٍ فى فم جرادَةٍ تَقْضَمُها ، ما لعلىٍّ ولنعيمٍ يَفْنَى ولَذَّةٍ لا تَبْقَى ، نعوذُ باللّه ِمن سُبَاتِ العقلِ وقُبْحِ الزّلَلِ وبه نستعين(١) .

المُهدِى : هو الأشعث بن قيس ، والظاهر أنّه أراد بهديّته هذه حكماً باطلاً بنفعه من أمير المؤمنين عليه السلام ، وهيهات ما هكذا الظن به سلام اللّه عليه وعلى أُولاده .

الملفوفة : نوع من الحلواء . شنئتها : كرهتُها . الصلة : العطية . هبلتک : ثكلتک ، الهَبُول : المرأة لا يعيش لهاولد . ذو جِنّة : مَن أصابه مسّ الشيطان . تهجر : تهذى بما لا معنى له فى المرض وغيره .

جُلب الشعيرة : قشرتها . قَضُمتِ الدابةُ الشعيرَ : كسرته بأطراف أسنانها . سبات العقل : نومه . الزلل : السقوط فى الخطأ .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى رفعه عن على عليه السلام فيما كتبه إلى رفاعة لمّا استقضاه على الأهواز : ذر المطامع وخالف الهوى - إلى أن كتب عليه السلام - إيّاك وقبول التحف من الخصوم ، وحاذر الدُّخلة ، الكتاب(٢) .

ومنها : خبر أحمد بن عبد اللّه الهروى الشيبانى وداود بن سليمان الفراء عن على بن

١- (١) نهج البلاغة . الخطبة ٢٢٤ .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ٥٣٤ خ ١٨٩٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧ / ٣٤٧ ح ١ . الباب ١ من أبواب آداب القاضى .

موسى الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجل «أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ»(١) قال : هو الرجل يقضى لأخيه الحاجة ثمّ يقبل هديته(٢) .

ومنها : مرسلة أُخرى للرضى رفعه إلى أمير المؤمنين أنّه قال فى خطبته : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : يا على إنّ القوم سيفتنون بأموالهم ويمنّون بدينهم على ربّهم ويتمنَّون رحمته ويأمنون سطوته ويستحلّون حرامه بالشبهات الكاذبة والأهواء الساهية ، فيستحلّون الخمر بالنبيذ والسحت بالهدية والربا بالبيع(٣) .

هذه الروايات الواردة فى حكم الهدية للقاضى ، وأنت ترى ضعف أسنادها ، وعدم تمامية دلالة جُلِّها لو لا كُلِّها ، فلا يمكن تخصيص العمومات الواردة فى استحباب الهدية وقبولها بها . نعم يمكن حملها على ما إذا أراد المُهدى الرشا المحرّم باسم الهدية ، أو أراد من الوالى تضييع

حقٍّ أو تمشية باطلٍ ونحوها ، ومن الواضح أن الصورة الأخيرة لا يخفى عليهما ، وحينئذ الهدية فقط اسم لواقع آخر محرّم ، فيمكن القول بحرمتها .

وفى الفرض الشک فى دخولها تحت الصورة الأخيرة ، وإن كانت العمومات والأصل تقتضى الجواز ، ولكن الإحتياط الذى هو سبيل النجاة يقتضى تركه .

وبما ذكرنا يمكن الجمع بين أقوال الأصحاب قدس سرهم فى المقام ، واللّه هو العالم بالأحكام .

حكم الرشوة فى غير الأحكام

الرشوة فى غير الأحكام يُتصور على ثلاثة وجوه :

الأوّل : قد تكون لإصلاح أمر حلال أو مباح ، فلا بأس فى جوازها إعطاءً وأخذاً ، لأنّ المعطى أعطاها لإصلاح أمرٍ حلالٍ أو مباحٍ والآخذ يعمل شيئاً فيأخذها فى قبال عمله المحترم . والشاهد على ذلک صحيحة محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل

١- (٣) سورة المائدة / ٤٢ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٥ ح ١١ .

٣- (٥) نهج البلاغة . الخطبة ١٥٦ .

يرشو الرجل الرشوة على أن يتحوّل من منزله فيسكنه ؟ قال : لا بأس به(١) .

هذا بناءً على أنّ المراد المنزل المشترک كالأوقاف العامة أو الموقوفة على قبيل وهما منه أو المدارس وحجراتها أو المشاهد أو نحوها .

ويؤيدها معتبرة أو موثقة حكم بن حكيم الصيرفى قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام وسأله حفص الأعور فقال : إنّ السلطان يشترون منّا القُرب والإدواة فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منّا فنرشوه حتّى لا يظلمنا ، فقال : لا بأس ما تصلح به مالک . ثمّ سكت ساعة ثمّ قال : أرأيت إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط ؟ قال : نعم ، قال : فسدت رشوتک(٢) .

إسماعيل ومحمد وحكم ثقات إلاّ أنّ أولهم واقفيٌّ . فالسند معتبر بل موثق .

والقُرَب جمع قربة : سقاء يجعل فيه الماء أو اللبن . الإداوة : إناء صغير من جلد يجعل فيه الماء وجمعها : الأداوى .

فصدر الموثقة تدلّ على جواز ما ذكرنا ، كما تدلّ على جواز إعطاء الرشوة لدفع الظلم و إن حرم أخذها حينئذٍ على المرتشى .

الثانى : قد تكون الرشوة لبلوغ أمر محرّم أو إتمامه ، فلا شبهة فى حرمتها على المعطى

والآخذ كليهما لما مرّ من حرمة أخذ المال على عمل محرّم ، وتؤيدها بل يدلّ عليه ذيل الموثقة الماضية آنفاً حيث سأل الإمام عليه السلام : أرأيت إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط ؟ قال : نعم ، قال : فسدت رشوتک .

الثالث : قد تكون الرشوة لأمر مشترک بين جهتى الحلال والحرام ، فإن قصد الراشى الحرام ووقع فصارت حراماً وإن قصد الحلال ووقع فصارت حلالاً . لأنّه بالقصد ووقوع الحلال يدخل فى القسم الأوّل وبالقصد ووقوع الحرام يدخل فى القسم الثانى .

وأمّا إذا قصد المشترک بينهما فهل هى حلال أم حرامٌ ؟ قد يقال : بحرمتها حينئذٍ ، لأنّه أكل للمال بالباطل ، وإطلاق الروايات الواردة فى هدية الولاة والعمال .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٧ ح ٢ . الباب ٨٥ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) التهذيب ٧ / ٢٣٥ ح ٤٥ ونقل عنه مع اختلاف فى السند فى وسائل الشيعة ١٨ / ٩٦ ح ١ . الباب ٣٧ من أبواب أحكام العقود .

ولكن يمكن المناقشة فيهما : بأنّ الأخذ على الجهة المشتركة ليس أخذاً بالباطل ، والروايات كلّها ضعيفة السند كما مرّت ، ويمكن حملها(١) على الرشوة المصطلحة أعنى فى الحكم والقضاء . فالعمومات والأصل يقتضى الجواز ، واللّه العالم .

حكم المعاملة المحاباتية مع القاضى

قسّم الشيخ الأعظم(٢) قدس سره المعاملة المشتملة على المحاباة مع القاضى إلى ثلاثة أقسام ، وإنّا نتبع أثره :

الأوّل : الغرض الأصلى للبائع هو حكم القاضى له ولم يتعلق غرضه بأصل البيع ، فالبيع اسم فقط لانتقال المال إلى القاضى ليحكم له ، بحيث لو لا المرافعة والحكم لم يبع ماله أصلاً مطلقاً ، أى بلا تقليل الثمن وعدمه .

ففى هذا القسم لم يقصد البائع المعاملة المحاباتية ، بل قصد الرشوة بإزاء الحكم له ، فالمعاملة صوريّة محضة فتدخل فى عنوان الرشاء ، فتحرم تكليفاً وتبطل وضعاً .

الثانى : البائع يقصد أصل البيع ولكن غرضه من تقليل الثمن إعطاء القاضى شيئاً ليحكم له ، بحيث لو لا المرافعة والحكم يبيع ماله ولكن بالثمن لا بتقليله .

قد يقال : إنّ المحاباة وتقليل الثمن فى قبال الحكم للبائع تكون كالشرط لهذه المعاملة ، والشرط حرام وفاسد . فإن قلنا بكون الشرط الفاسد مفسد للمعاملة فسدت المعاملة حينئذٍ ، وإن قلنا بعدم الإفساد وبتقسيط المبيع بالنسبة إلى الشرط والثمن صار حكمها حكم

بيع ما لا يملک بانضمام ما يملک ، نظير بيع الخمر والخلِّ معاً أو الخنزير والشاة معاً ، فحينئذٍ صحت المعاملة ولكن للمشترى خيار تبعّض الصفقة أو الرجوع إلى البائع فيما زاد من ثمن ما يملک .

وفى المقام حيث أنّ المشترى هو القاضى لم يقدم على شيءٍ منهما يحكم بصحة المعاملة .

وإن قلنا بعدم إفساد الشرط الفاسد وذهبنا إلى عدم تقسيط الثمن بالنسبة إلى الشرط

١- (١) أى حمل الروايات .

٢- (٢) المكاسب ١ / ٢٤٨ .

- كما هو الصحيح المختار - فالمعاملة صارت صحيحة .

ذهب إلى صحة ا لمعاملة فى هذا القسم جماعة من الأصحاب ، منهم : الفقيه اليزدى(١) والميرزا الشيرازى الثانى(٢) والمحقق الإيروانى(٣) والفقيه السبزوارى(٤) والمحقق الخوئى(٥) وتبعه تلميذه فى عمدة المطالب(٦) .

والظاهر أنّ متابعة الأعلام الأفذاذ تامة ، لأنّ حرمة الرشوة تكليفاً لم يسر إلى المعاملة ، فلا تبطلها وضعاً إلاّ على القول بأنّ الشرط المفسد فاسدٌ .

الثالث : قصد البائع أصل البيع ولكن الداعى له من تقليل الثمن والمحاباة جلب محبة القاضى وميله وحبّه إليه حتّى ينجر إلى الحكم له ، وفى هذا القسم أشبه شيءٍ بالهدية للقاضى .

وحيث ذهبنا إلى جواز الإهداء للقاضى كما مرّ ، لا وجه لبطلان المعاملة فى هذا القسم . ووافقنا على ذلک الأعلام الذين مرّت الإشارة إليهم فى القسم الثانى آنفاً .

تنبيه : فى حكم المعاملة المحاباتية ، المعاملة أو البيع بثمن المثل مع فرض قلّة المتاع وعزّته ، بحيث لو لا حكمه له أمسک على متاعه ولم يقدم على البيع لا من القاضى ولا من غيره ، ولكن باعه له بشرط حكمه للبائع أو بهذا الداعى ، فيجرى فيها ما ذكرنا فى المعاملة المحاباتية .

وفى حكمها ، بذل المنافع مجاناً أو بثمن أقل ، كسكنى الدار أو إجارة السيارة ونحوها لذلک ، واللّه سبحانه هو العالم .

حكم الرشوة وضعاً ووظيفة مَنْ أخذها

هل وجب على الآخذ ردّها ؟ ولو تلفت فى يده كان ضامناً ببدلها من المثل أو القيمة أم لا ؟

١- (١) العروة الوثقى ٦ / ٤٤٥ .

٢- (٢) حاشية على المكاسب ١ / ٧٥ .

٣- (٣) حاشية على المكاسب ١ / ١٦٢ .

٤- (٤) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٥ .

٥- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٤ .

٦- (٦) عمدة المطالب فى التعليق على المكاسب ١ / ٢١٠ للفقيه الحاج آقا تقى الطباطبائى القمى مدظله .

الظاهر أن هاهنا صوراً ثلاثة :

الأولى : قد يعطى الراشى ليحكم له القاضى على خصمه ، بحيث يصير مصداقاً للرشوة ، فحينئذ حيث يحكم بالحرمة تكليفاً يحكم بالبطلان وضعاً ، فالمال لم ينتقل إلى المرتشى ويبقى فى ملک مالكه الراشى ، فلذا على المرتشى ردّها إن كان عينه موجوداً أو ردّ بدله إن كان تالفاً .

والدليل على ذلک : بعد ادعاء نفی الخلاف فيه كما عن الغنائم(١) والمستند(٢) بل ادعاء الإجماع عليه كما عن المسالک(٣) وادعاء لا خلاف ولا أشكال كما فی الجواهر(٤) ، لأنّ الرشوة حينئذٍ وقعت فی مقابل الحكم للراشی ، فتكون معاملة باطلة وصارت من صغريات « كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » . وتدلّ عليه أيضاً عموم قواعد الضمان و« على اليد ما أخذت حتّى تؤدی » ، والإقدام حيث أنّ الآخذ أقدم على ضمان ما أخذ والإتلاف فی فرض التلف .

إن قلت : الراشی راضٍ بتصرف المرتشی فی الرشوة ، وهذه الرضاية ترتفع الضمان .

قلت : الراشی راضٍ بعنوان الرشوة لا بعنوانٍ آخرٍ ، وحيث أنّ الشارع ألغی الرشوة عن المالية وأخذ الوجه فی قبالها ، فلا توجب جواز أكل المال والتصرف فيه ، فالمرتشی يصير ضامناً .

الثانية : إذا أعطاه للقاضی على سبيل الهديّة وذهبنا إلى جوازها كما هو المختار فلا ضمان عليه ، لأنّه أخذها مشروعاً وحلالاً فيملكه ، فلا يجب عليه ردّه ولا ضمان عليه . وإن ذهبنا إلى حرمتها وأنّ إعطاءها على المُهدی يكون حراماً ، وكذا على آخذها ، ولكن حيث أنّ الدافع لم يقصد المقابلة بين الحكم والهدية وإنّما أعطاه مجاناً ليحكم له فيكون هبة مجانية فاسدة ، ولأنّ الداعی ليس قابلاً للعوضية ولا مؤثراً فی الحكم الشرعی وضعاً ولا تكليفاً فحينئذ يكون من

١- (١) غنائم الأيام / ٦٧٥ من الطبع الحجری .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٧ / ٧٤ .

٣- (٣) مسالک الأفهام ١٣ / ٤٢٢ .

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٩ .

مصاديق قاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

الثالثة : وأمّا إذا أعطاه فى المعاملة المحاباتية فلها أقسام ثلاثة كما مرّ منّا :

القسم الأوّل : إذا لم يقصد البيع بل غرضه الأصلى هو إعطاء الرشوة ، فحينئذ حكمه حكم الصورة الأُولى ، لأنّه فى الحقيقة رشوة ، فالآخذ ضامن .

وأمّا القسم الثانى : إذا تعلق غرضه بالبيع وتقليل الثمن لأجل الحكم له فيكون كالشرط للمعاملة ، وذهبنا إلى صحة المعاملة كما هو المختار ، فلا ضمان على المشترى وإن قلنا بفساد المعاملة حينئذٍ ، فعلى المشترى الضمان بالنسبة إلى ما يقلّل له .

وأمّا القسم الثالث : حيث قصد البيع وتقليل الثمن كالداعى له لجلب محبّة القاضى فيصير أشبه شيءٍ بالهدية ، فيجرى فيه حكم الصورة الثانية يعنى الهدية ، فلا ضمان على المشترى لعين ما ذكرناه هناك .

هذا كلّه بالنسبة إلى مقدار النقص فى المعاملة المحاباتية ، وبه تمّ الكلام فى حكم الرشوة وضعاً ، واللّه العالم بالأحكام .

فروع اختلاف الدافع والقابض

تعرّض الشيخ الأعظم(١) قدس سره لصور ثلاث فى المقام :

الصورة الأولى : أن يتوافق المترافعان على عنوان واحد كالهبة ولكن الدافع يدعى أنّها ملحقة بالرشوة فى الفساد والحرمة ، والقابض يدعى أنّها هبة صحيحة لازمة بداعى القربة أو الرحمية . وتظهر الثمرة فى جواز استرجاع العين على الأوّل وعدمه على الثانى إن كانت العين موجودة ، وأمّا مع التلف لاتظهر الثمرة ، لما مرّ أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده .

قد يقال : بتقديم قول الدافع ، لأنّ القابض وضع يده على مال الدافع ، وهذا محرز بالوجدان وعدم كونه بالهبة الصحيحة محرز بالأصل ، فيتم منهما موضوع الحكم بجواز

١- (١) المكاسب ١ / ٢٥١ .

الاسترجاع ، ولا يعارض الأصل بأصالة الهبة الفاسدة لأنّها لا أثر لها .

ولكن يمكن أن يقال : بتقديم قول القابض ، لأنّ أصالة الصحة فى العقود تتقدم على جميع الأُصول الموضوعية ، وعليه إتفاق كافة العلماء وبناء العقلاء ، كما فى مصباح الفقاهة(١) .

إن قلت : الدافع إنّما يدعى ما لا يُعلم إلاّ من قبله فيقدم قوله فى دعواه ، لأنّه أعرف

بضميره .

قلت : الدليل فى ثبوت هذه القاعدة - أى اعتبار القول ممّا لا يُعرف إلاّ من قبله - منحصر بموارد خاصة ، نحو : إخبار المرأة عن الحمل والحيض والطهر وأنّها ذات بعل أو غير مزوّجة إذا لم تكن متهمة أو أنّها فى العدّة أو خرجت منها . ولا دليل على ثبوت هذه القاعدة فى جميع الموارد . وإلاّ يجب قبول قول مدعى العدالة أو الإجتهاد أو الأعلمية . اللهم إلاّ أن يمنع كون هذه الموارد الأخيرة لا تُعرف إلاّ من قبله ، فإنّ كلّها تعرف بآثارها أو عند أهلها ، كما نبّه عليه المحقق الإيروانى(٢) .

ولكن بنظرى القاصر : فى هذه الصورة والمثال حيث تكون العين باقية والقابض اعترف بأنّ المال انتقل إليه من الدافع و الدافع يقول ببطلان الانتقال والقابض يدعى صحة الانتقال إليه ، فيصير القابض مدعيّاً والدافع منكراً ، فلابدّ للقابض من إقامة البيّنة على صحة الانتقال ، ولو لم يقمها يحلف الدافع ببطلان الانتقال ويأخذ عين ماله . يعنى الأصل مع الدافع حينئذ .

ولكن إذا كانت العين تالفة صار الأمر على عكس ما ذكرنا ، أعنى أنه صار الدافع مدعيّاً لأنّه إدعى الضمان والقابض منكراً ، فعلى الدافع إقامة البيّنة ولو لم يقمها يحلف القابض ويحكم ببراءة ذمّته من الضمان .

الصورة الثانية : أن يكون كلّ منهما يدعى أمراً غير ما يدعيه الآخر ، مثلاً لو ادعى الدافع أنّها رشوة أو أُجرة على المحرّم وادعى القابض كونها هبة صحيحة .

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٦ .

٢- (١) الحاشية على المكاسب ١ / ١٦٣ .

فى هذه الصورة يقدَّم قول الدافع ، لأصالة عدم تحقق الهبة الصحيحة الناقلة ، فإنّها أمر وجودى وموضوع للأثر ، فالأصل عدمها . ولا تعارضها أصالة عدم تحقق الرشوة المحرَّمة أو الإجارة الفاسدة ، لأنّهما لا أثر لهما ، وإنّما الأثر مترتب على عدم تحقق السبب الناقل ، سواء معه تحقق شئٌ من الأسباب الفاسدة أم لم يتحقق ، كما ذكره المحقق الخوئى قدس سره (١) .

الصورة الثالثة : أن يتوافق المترافعان على فساد الأخذ والإعطاء ولكن الدافع يدعى أنّها رشوة والقابض يدعى أنّها هدية فاسدة . على ثبوت قول الدافع يتبع الضمان على القابض ، لأنّه أخذها على سبيل الإجارة والجُعالة الفاسدتين ، وعلى ثبوت قول القابض لا يتبع الضمان ، لأنّه أخذها على سبيل الهديّة الفاسدة ، لأنّ الهبة الصحيحة لا ضمان فيها فكذا

الهبة الفاسدة .

نعم ، ثمرة هذه الدعوى تظهر بعد تلف المال ، إذ قبله يجوز للدافع استرجاع العين كما يجب على الآخذ ردّها لا تفاقهما على فساد المعاملة .

والتحقيق أن يقال فى هذه الصورة : لا يجوز لأحدٍ التصرف فى مال امرى ء مسلم إلاّ بطيبة نفسه ، ومن المعلوم أنّ وضع اليد على مال الغير بدون رضى مالكه يوجب الضمان للسيرة القطعية ، فعليه وضع اليد فى المقام على مال الغير محرز بالوجدان ، وإذا ضممنا إليه أصالة عدم رضى المالک بالتصرف المجانى ، يتشكّل الموضوع من ضم الوجدان إلى الأصل ويحكم بالضمان على القابض ، كما عليه المحقق الخوئى(٢) .

ذكر المحقق الخوئى قدس سره فى مقام الترافع صورةً رابعةً لا ترتبط بمسألة الرشوة وقال :

« الصورة الرابعة : أن يدعى كلٌّ منهما عنواناً صحيحاً غير ما يدعيه الآخر ، كأن يدعى الباذل كونه بيعاً ليتحقق فيه الضمان ، ويدعى القابض كونه هبة مجانيّة لكى لا يتحقق فيه الضمان ، فإن أقام أحدهما بيّنةً أو حلف مع نكول الآخر حكم له ، وإلاّ وجب التحالف وينفسخ العقد ، وعليه فيجب على القابض ردّ العين مع البقاء أو بدلها مع التلف ، وهذه الصورة

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٧ .

٢- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٦ .

لا تنطبق على ما نحن فيه»(١) .

أقول : حيث أن القابض اعترف بانتقال

المال إليه من الدافع فى الفرض والأصل فى الانتقالات عدم كونها مجانيّة ، فعلى القابض أن يثبت صحة الانتقال وعدم المجانيّة ، فهو المدعى والدافع صار منكراً ، والبيّنة على المدعى واليمين على من أنكر ، ولم يدخل الفرض فى صورة التداعى خلافاً لهذا المحقق الجليل قدس سره .

إلى هنا تمت مباحث الرشوة بطولها ، والحمد للّه أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً ، واللّه سبحانه هو العالم بأحكامه .

ص: ١٨٤

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٧ .

السبّ

اشارة

والكلام فيه يقع ضمن مقامات :

المقام الأوّل : ما معنى السبّ ؟

لم يرد فى الروايات تحديد معناه ، فلذا لابدّ فيه من الرجوع إلى اللغة والعرف ، فأذكر لک بعض كلمات اللغويين ثمّ الفقهاء :

١ - قال أحمد بن فارس المتوفى عام ٣٩٥ : « سبّ السين والباء حَدّهُ بعضُ أهل اللغة - وأظنُّه ابن دريد - أنّ أصل هذا الباب القطع ، ثم اشتقّ منه الشَّتم . وهذا الذى قاله صحيح . وأكثر الباب موضوع عليه . من ذلک السِّبّ : الخِمار ، لأنّه مقطوع من مِنْسَجه ... .

والسَّب : الشتم ، ولا قطيعة أقطع من الشتم ... ويقال : رجل سُبَبَة ، إذا كان يَسُبُّ الناسَ كثيراً . ورجل سُبَّة ، إذا كان يُسَبُّ كثيراً ... »(١) .

٢ – وقال الزمخشرى المتوفى عام ٥٣٨ : « س ب ب – بينهما سباب ، والمزاح سباب النوكى ، وقد سابّه وتسابُّوا واستبُّوا . وفى الحديث : المسْتبّان شيطانان ، وهو سُبَّة ، وهذه سُبّة عليك وعلى عقبك ، وأنت سُبّةٌ على قومك ، وإيّاك والمَسبّة والمَسابّ ... »(٢) .

٣ – وقال ابن منظور المتوفى عام ٧١١ : « سبب : السَّبُّ : القطع . سَبَّه سَبّاً : قطعه ... . السَّبُّ : الشتم ، وهو مصدر سَبَّه يَسُبُّه سَبّاً : شَتَمه ، وأصله من ذلك .

وسَبَّبه : أكثر سَبَّه ... وفى الحديث : سِبابُ المسلم فُسوقٌ وقتاله كُفرٌ .

السَّبُّ : الشتم . قيل : هذا محمول على من سَبَّ أو قاتَلَ مسلماً من غير تأويل ، وقيل :

١– (١) معجم مقاييس اللغة ٣ / ٦٣ .
٢– (٢) أساس البلاغة / ٢٠٠ .

إنّما قال ذلك على جهة التغليظ ، لا أنّه يخرجه إلى الفسق والكفر .

وفى حديث أبى هريرة : لا تَمْشِيَنَّ أمام أبيك ولا تجلس قَبْله ولا تدعه باسمه ولا تَسْتَسِبَّ له ، أى لا تُعَرِّضْه للسَّبِّ وتَجُرَّه إليه ، بأن تَسُبَّ أبا غيرك فَيَسُبَّ أباك مجازاةً لك .

وقد جاء مفسراً فى الحديث الآخر : إنّ من أكبر الكبائر أن يُسَبَّ الرجل والديه ، قيل : وكيف يَسُبُّ والديه ؟ قال : يَسُبُّ أبا الرجل ، فَيُسَبُّ أباه ويَسُبُّ أُمَّه فَيُسَبُّ أُمَّه .

والسُّبَّة : العار ، ويقال : صار هذا الأمر سُبَّةً عليهم ، بالضم ، أى عاراً يُسَبُّ به .

ويقال : بينهم أُسْبوبة يَتَسابُّونَ بها ، أى شىءٌ يَتشاتمونَ به .

السَبابُّ : التَّشاتُم ، وتسابُّوا : تشاتَمُوا .

وسابَّه مُسابَّة وسِباباً : شاتمه .

والسَّبِيبُ والسِّبُّ : الذى يُسابُّكَ . وفى الصحاح : سِبُّك الذى يُسابُّكَ ... .

ورجل سِبٌّ : كثير السِّبابِ . ورجل مِسَبٌّ : بكسر الميم ، كثيرُ السِّبابِ .

ورجل سِبَّة أى يَسُبُّه الناسُ ، وسُبَبَة أى يَسُبُّ الناسَ ... »(١) .

٤ - وقال الفيومى المتوفى عام ٧٧٠ : « سَبَّهُ : سَبّاً فهو سَبَّابٌ ، ومنه قيل : للإصبَعَ التى تلى الإبهامَ سَبَّابَةٌ لأنّه يُشارُ بها عند السَّبِّ ، والسُّبَّة : العار ، وسابَّه مُسَابَّةً وسِبَاباً واسمُ الفاعِلِ منه سِبٌّ بالكسر ، والسِبُّ أيضاً الخِمارُ والعِمامَةُ »(٢) .

٥ - وقال المحقق الثانى : « وذلک بإسناد ما يقتضى نقصه ، مثل الوضيع والناقص ونحو ذلک ، إلاّ لِمَنْ يستحق الإهانة كما سيجىء فى باب القذف»(٣) .

٦ - وقال جدنا الشيخ جعفر : « وسبّ المؤمنين وشتمهم بمعنى واحد يعمّ اللعن والطعن والقذف والفحش والتصغير والتحقير ونحوها ، مع قصد الإنشاء ، فيخالف الغيبة ، أو يعمّ الخبر وتعمّ الإنشاء ، ويختلفان فى بعض التعبيرات فيعمّ كلّ منهما الآخر من وجه»(٤) .

١- (١) لسان العرب ٦ / ١٣٧ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٢٦٢ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

٧ – وقال تلميذه السيد جواد العاملى : « وأمّا السبّ فهو الشتم ، ومثله السباب بالكسر وخفة الموحدة ، وفى الحديث : سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر .

والشتم السبّ ، بأن تصف الشىء بما هو إزراء ونقص ، فيدخل فى السبّ كلّ ما يوجب الأذى كالقذف والحقير والوضيع والكلب والكافر والمرتد ، والتعيير بشىءٍ من بلاء اللّه كالأجذم والأبرص ، ولو كان مستحقّاً للإستخفاف فلا حرمة إلاّ فيما لا يسوغ لقاؤه به .

وقد يُراد به فى المقام خصوص مثل الوضيع والحقير والناقص ، وإن ثبت بها التعزير لتبادره عرفاً . وقد يُراد خصوص ما ثبت به التعزير دون الحدّ كالقذف ، لأنّه من الكبائر فلا يناسب وضعه من الكذب على المؤمنين ، فتأمل .

والسبّ مع قصد الإنشاء يخالف الغيبة أو يعمّ الخبر وتعمّ الإنشاء ، ويختلفان فى بعض التعبيرات فيعمّ كلّ منهما الآخر من وجه ، وسبّ غير أهل الإيمان من شرائط الإيمان»(١) .

٨ – وقال الشيخ الأعظم : « إنّ المرجع فى السبّ إلى العرف»(٢) ، ثمّ ذكر بيان المحقق الثانى ومقالة الشيخ جعفر والسيد العاملى الماضية من دون النسبة إلى الإخيرين ، ثمّ قال : « ثمّ الظاهر أنّه لا يُعتبر فى صدق السبّ مواجهة المسبوب ، نعم يُعتبر فيه قصد الإهانة والنقص ، فالنسبة بينه وبين الغيبة عموم من وجه . والظاهر تعدد العقاب فى مادة الإجتماع ، لأنّ مجرد ذكر الشخص بما يكرهه لو سمعه ولو لا قصد الإهانة غيبة محرّمة والإهانة محرّم آخر »(٣) .

٩ – وقال المحقق الخوئى : « الظاهر من العرف واللغة اعتبار الإهانة والتعيير فى مفهوم السبّ وكونه تنقيصاً وإزراءاً على المسبوب وأنّه متحد مع الشتم ، وعلى هذا فيدخل فيه كلّما يوجب إهانة المسبوب وهتكه ، كالقذف والتوصيف بالوضيع واللاشى ء والحمار والكلب والخنزير والكافر والمرتد والأبرص والأجذم والأعور وغير ذلک من الألفاظ الموجبة للنقص والإهانة ، وعليه فلا يتحقق مفهومه إلاّ بقصد الهتک ، وأمّا مواجهة المسبوب فلا

۱- (۱) مفتاح الكرامة ۱۲ / ۲۲۲ .

۲- (۲) المكاسب ۱ / ۲۵٤ .

۳- (۳) المكاسب ۱ / ۲۵۵ .

تعتبر فيه»(۱) .

۱۰ - أقول : ظهر لک ممّا ذكرنا من كلمات اللغويين والفقهاء أنّ المراد بالسبّ هو الشتم ، بلا فرق بين أن يكون خبراً أو إنشاءً ، وبين أن يكون المسبوب حاضراً أو غائباً ، و بين أن يكون السابّ قاصداً الإهانة والتنقيص والتحقير أو لم يقصد . فعلى هذا النسبة بين السب والغيبة وقصد الإهانة والإستخفاف عموم من وجه ، فما ذكره المحقق الإيروانى قدس سره (۲) - ولعلّه ارتضاه صاحب الغنية(۳) لأنّه ذكره ولم يرد عليه - من أنّ النسبة بينه وبين الغيبة تباين ، غير تام .

وهكذا لا يتم ما ذكره المحقق الخوئى تبعاً للشيخ الأعظم من عدم تحقق السبّ إلاّ بقصد الهتک والإهانة كما سبق ، لما عرفت من عدم مدخلية القصد فى السبّ ، وحيث أنّ المرجع فيه هو العرف لا محالة يختلف السبّ باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة ، فربّما يكون لفظ

سبّاً عند قومٍ ولا يكون سبّاً عند آخرين ، فيلحق كلاً من المصاديق حكمه كما ذكره الفقيه السبزوارى قدس سره (٤) .

هذا كلّه فى معنى السب والمقام الأوّل من المقامات .

المقام الثانى : أدلة حرمة سبّ المؤمن

اشارة

تدلّ عليه الأدلة الأربعة :

الأوّل : الإجماع

قال العلامة فى التذكرة : « ويحرم سبّ المؤمنين والكذب عليهم والنميمة ومدح مَنْ يستحق الذم وبالعكس والتشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة ، بلا خلاف فى ذلک كلّه»(٥) .

ص:١٨٩

١- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٨٠ .

٢- (٥) حاشية على المكاسب ١ / ١٦٧ .

٣- (٦) غنية الطالب ١ / ١٣٣ للمحقق الشيخ مرتضى الأردكانى قدس سره .

٤- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٧ .

٥- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ ذيل المسألة ٦٤٩ .

وقد تعرض الغزالى من العامة لهذا الإجماع فى كتابه إحياء العلوم(١) .

فحرمة سبّ المؤمن من إجماعيات المسلمين كما قال المحقق الخوئى قدس سره : « وعلى ذلک إجماع المسلمين من غير نكير»(٢) .

ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الإجماع بوجهين :

أوّلاً : عدم ثبوت الإجماع عندنا من كلام الغزالى ، والمذكور فى كلام العلامة هو « لا خلاف» ، والفرق بينهما واضح .

وثانياً : على فرض ثبوت الإجماع لم يفد فى المقام شيئاً ، لأنّه من الإجماع المدركى ، فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة والمدارک .

الثانى : حكم العقل والعقلاء

العقل مستقل بحرمة سبّ المؤمن فى الجملة ، لأنّه ظلم وإيذاء وعدوان ، والعقلاء أيضاً يحكمون بقبحه فى الأعصار والأمصار وبلا اختصاص بملّة دون اُخرى .

الثالث : كتاب اللّه تعالى

١ - قال عزّ وجل : «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»(٣) .

بتقريب : أن الزور ظاهر فى الباطل ، والسبّ باطل عند العرف فيحرم . ومن المعلوم

أنّ الباطل لا ينحصر إنطباقه على الكذب وما هو متضمن له ، بحيث يشمل الأخبار الكاذبة فقط ، ولا تشمل الإنشاءات ومنها بعض السباب(٤) ، بل الظاهر من الزور هو الباطل الذى يشمل الإخبار والإنشاء ، ومن الأخير بعض السباب ، والشاهد على ذلک هو العرف ودينهم وحكمهم بأنّه من الباطل .

والشاهد الآخر : الروايات الواردة(٥) فى ذيل الآية الشريفة بتطبيقها على الغناء التى

١- (٣) إحياء العلوم ٣ / ١١٠ و ١١١ .

٢- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٧ .

٣- (٥) سورة الحج / ٣٠ .

٤- (١) ذهب إلى الإنحصار شيخنا الأستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب ١ / ١٥٩ .

٥- (٢) راجعها فى البرهان فى تفسير القرآن ٣ / ٨٨١ .

يغلب فيها الإنشاء على الإخبار .

والشاهد الثالث : صحيحة حماد بن عثمان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن قول الزور ، قال : منه قول الرجل للذى يُغنّى : أحسنت(١) .

الظاهر فى الإنشاء لا الإخبار ، أعنى أن الإمام عليه السلام طبق الآية الشريفة على الإنشاء لا الإخبار .

والحاصل ، أنّ سب المؤمن من أظهر مصاديق الآية الشريفة ، لأنّ المراد بالزور هو الباطل ، والسبّ الباطل عند العرف فيحرم بمقتضى الآية الشريفة .

ووافقنا على هذا الاستدلال المحققون الخوئى(٢) والسبزوارى(٣) قدس سرهما والقمى(٤) - مدظله - .

٢ - قوله تعالى : «وَلاَ تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلاَ تَنَابَزُوا بِالأَلْقَابِ بِئْسَ الاِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الأِيمَانِ»(٥) .

بتقريب : أن سب المؤمن ربّما يدخل فى النهى الأوّل ، أعنى «لاَ تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ» ، وربّما يدخل فى النهى الثانى ، أعنى «لاَ تَنَابَزُوا بِالأَلْقَابِ» ، وربّما يدخل فى التوصيف الآخر ، أعنى «بِئْسَ الاِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الأِيمَانِ» . فصار محرّماً بالآية الشريفة .

والشاهد على ذلک ما ورد فى شأن نزولها فى تفسير القمى ، قال : « فإنّها نزلت فى صفية بنت حُيَىّ بن أخطَب ، وكانت زوجة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، وذلک أنّ عائشة وحفصة كانتا

تؤذيانها وتشتمانها وتقولان لها : يا بنت اليهودية . فشكت ذلک إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فقال لها : ألا تجيبهما ؟ فقالت : بماذا يا رسول اللّه ؟ قال : قولى : إنّ أبى هارون نبى اللّه وعمّى موسى كليم اللّه وزوجى محمد رسول اللّه ، فما تُنكران منّى ؟ فقالت لهما ، فقالتا : هذا علمّک رسول اللّه ،

١- (٣) معانى الأخبار / ٣٤٩ ح ٢ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٦ طبع مؤسسة البعثة .
٢- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٢٧٩ .
٣- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٦ .
٤- (٦) عمدة المطالب ١ / ٢١٤ .
٥- (٧) سورة الحجرات / ١١ .

فأنزل اللّه فى ذلک «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ يَسْخَرْ قَومٌ مِّن قَوْمٍ» إلى قوله «وَلاَ تَنَابَزُوا بِالأَلْقَابِ بِئْسَ الاِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الأِيمَانِ» »(١) .

٣ - قوله تعالى : «لاَّ يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوَءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلاَّ مَن ظُلِمَ»(٢) .

بتقريب : أنّ اللّه لا يحب القول بالسوء جهراً ، أى يحرم القول بالسوء وإظهاره إلاّ مِنْ المظلوم ، ومن المعلوم أنّ السبّ يدخل فى القول بالسوء فيحرم . والشاهد على ذلک مرسلة الطبرسى عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال : لا يحبّ اللّه الشتم فى الإنتصار إلاّ مَن ظُلم ، فلا بأس له أن ينتصر ممَّن ظلمه بما يجوز الانتصار به فى الدِّين(٣) .

لأنّه عليه السلام طبق « القول بالسوء» بالشتم ، وقد مرّ منّا أنّ الشتم هو السبّ .

وبما ذكرنا من التقريب لا يتمّ ما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله - فى الإرشاد(٤) . واللّه سبحانه هو العالم .

الرابع : ومن السنة الروايات المستفيضة

رواياتنا تدلّ على حرمة السبّ على حدِّ الاستفاضة :

منها : موثقة أو صحيحة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصية ، وحرمة ماله كحرمة دمه(٥) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : سباب المؤمن كالمشرف على الهلكة(٦) .

ومنها : صحيحة أُخرى لأبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ رجلاً من تميم أتى

١- (١) تفسير القمى ٢ / ٣٢١ ونقل عنه فى البرهان ٥ / ١٠٩ ح ١ .

٢- (٢) سورة النساء / ١٤٨ .

٣- (٣) مجمع البيان ٣ / ٢٠١ ونقل عنه فى البرهان ٢ / ١٩٥ ح ٥ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ١٦٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٣ . الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٨ ح ٤ .

النبى صلى الله عليه و آله وسلم فقال : أوصنى ، فكان فيما أُوصاه أن قال : لا تسبّوا الناس فتكسبوا العداوة لهم(١) .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن موسى عليه السلام فى رجلين يتسابّان ، قال : البادى ء منهما أظلم ، ووزره ووزر صاحبه عليه مالم يعتذر إلى المظلوم(٢) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن يونس عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام فى كلام له فى صفات المؤمن : ... لا وثّاب ولا سبّاب ولا عيّاب ولا مغتاب ، الحديث(٣) .

ومنها : مرسلة أبى على محمد بن همام رفعه عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لا يكمل المؤمن إيمانه حتّى يحتوى على مائة وثلاث خصال - إلى أن قال : - لا لعّان ولا نمّام ولا كذّاب ولا مغتاب ولا سبّاب ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسلة العياشى رفعه عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى : «وَقُولُواْ لِلنَّاسِ حُسْنا»(٥) . قال : قولوا للناس أحسن ما تحبّون أنّ يقال لكم ، فإنّ اللّه يُبْغَض اللّعان السبّاب الطعّان على المؤمنين ، المُتَفَحِّش السائل المُلْحِف ، ويُحبُّ الَحيِىَّ الحليم العَفيف المتعفّف(٦) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى رفعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : من سبّ مؤمناً أو مؤمنة بما ليس فيهما بعثه اللّه فى طينة الخبال حتّى يأتى بالمخرج ممّا قال(٧) .

ومنها : مرسلة أبى القاسم الكوفى رفعه قال : كان رجل عند رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم من أهل يمن وأراد الإنصراف إلى أهله ، فقال : يا رسول اللّه أوصنى ، فقال : أوصيک أن لا تشرک

١- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٢ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ١ .

٣- (٢) الكافى ٢ / ١٧٩ ح ١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٨ ح ٧ .

٤- (٣) التمحيص / ٧٤ ح ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٨ ح ٨ .

٥- (٤) سورة البقرة / ٨٣ .

٦- (٥) تفسير العياشى ١ / ١٣٩ ح ٦٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٢٦ ح ١٣ .

٧- (٦) دعائم الاسلام ٢ / ٤٥٨ ح ١٦١٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٦ ح ٢ .

باللّه شيئاً ، ولا تعص والديک ، ولا تسبّ الناس ، الحديث(١) .

ومنها : مرسلة أبى الفتوح الرازى رفعه عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : المتسابّان ما قالا فعلى البادى ء ، ما لم يعتد المظلوم(٢) .

وهذه الروايات تدلّ بوضوح على حرمة السبّ .

المقام الثالث : هل تختص الحرمة بالمؤمن أو يعمّ جميع الناس ؟

هل تختص حرمة السبّ بالمؤمن وبالمعنى الأخص - أعنى الشيعى الإمامى الإثنى عشرى - أو تعمّ المسلم ولو كان مخالفاً ، أو أنّ الحكم يشمل جميع مَنْ تبع مِنْ الأديان الأبراهيمية ، أو أنّ الحكم عام يشمل جميع الناس مع اختلاف أديانهم واعتقاداتهم وفرقهم إلاّ من استثنى فيما بعد ؟

ظاهر الأصحاب اختصاص الحكم بالمؤمن ، لأنّهم قيّدوا العنوان به ، ويؤيدهم بعض الروايات الماضية ، نحو : موثقة أو صحيحة أبى بصير ومعتبرة السكونى . ولا يمكن تقييدها بهذه الأربعة ، لأنّ كلّهنَّ من المثبتات لا النفى والإثبات ، ولذا على قواعد الاستنباط صارت الحرمة فى المؤمن آكد .

وذهب بعض(٣) إلى اختصاص الحكم بالمسلمين ، للإطلاقات الواردة فى الروايات ، والتعدى صحيح ، لأنّ الإطلاقات تشمل جميع المسلمين ولكن لا تختص بهم بل تسرى إلى جميع الناس مع اختلاف أديانهم واعتقاداتهم ، بل تسرى إلى المشركين ومَنْ ليس له دينٌ ، مع الاعتراف بأنّ الناس فى رواياتنا غالباً يُطلق على العامة ومخالفينا من المسلمين . ولكن توجد هنا قرينة بل قرائن وشاهد بل شواهد على سريان الحكم بالنسبة إلى جميع الناس بالمعنى اللغوى ، حتّى المشركين منهم :

القرينة الأولى : قوله تعالى : «وَلاَ تَسُبُّواْ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللّهِ فَيَسُبُّواْ اللّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِکَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِم مَّرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ

١- (٧) كتاب الأخلاق (مخطوط) ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٩ ح ٩ .
٢- (٨) تفسير أبى الفتوح الرازى ١ / ٢٤٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٨ ح ٤ .
٣- (١) نحو الفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى قدس سره فى مهذب الأحكام ١٦ / ٩٧ .

يَعْمَلُونَ»(١) .

بتقريب : أنّ اللّه تعالى نهى عن سبّ آلهة المشركين لئلا يسبوا اللّه تقاصاً ، كما ورد ذلک فى معتبرة مسعدة بن صدقة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّه سُئل عن قول النبى صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ الشرک أخفى من دبيب النمل على صفاة سوداء فى ليلة ظلماء ؟ فقال : كان المؤمنون يسبّون ما يعبد المشركون من دون اللّه ، وكان المشركون يسبّون ما يعبد المؤمنون ، فنهى اللّه عن سبّ آلهتهم لكيلا يسبّ الكفار إله المؤمنين ، فيكون المؤمنون قد أشركوا باللّه من حيث لا يعلمون ، فقال : «وَلاَ تَسُبُّواْ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللّهِ فَيَسُبُّواْ اللّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ»(٢) .

فلما لا يجوز سبّ آلهة المشركين لئلا يسبوا اللّه ، لا يجوز سبّ المشركين لئلا يسبّوا

المؤمنين .

القرينة الثانية : الإطلاقات الواردة فى غير هذه الأربع من الروايات تدلّ على حرمة السبّ ، وحيث أنّ الأربع لا يصح أن تكون مقيِّدة فلابدّ من الأخذ بالإطلاق .

القرينة الثالثة : التعليل الوارد فى صحيحة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ رجلاً من تميم أتى النبى صلى الله عليه و آله وسلم فقال : أوصنى ، فكان فيما أوصاه أن قال : لا تسبّوا الناس فتكسبوا العداوة لهم(٣) .

السب يوجب العداوة والعداوة مع الناس حرام ، فصار السب أيضاً من المحرّمات .

القرينة الرابعة : أن جماعة من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام كانوا يسبّون أهل الشام فى حرب صفين وهم : حُجر بن عُدَى وعمرو بن الحُمْق وأمثالهم ثمّ نهاهم الأمير عليه السلام من السبّ بما سأذكره ثمّ قالا : يا أمير المؤمنين نقبل عظتک ونتأدب بأدبک(٤) .

أمير المؤمنين عليه السلام حين سمع قوماً من أصحابه يسبّون أهل الشام أيام حربهم بصفين ، قال لهم : إنّى أكره لكم أن تكونوا سبّابين و لكنكم لو وصفتم أعمالهم وذكرتم حالهم كان

١- (٢) سورة الأنعام / ١٠٨ .

٢- (٣) تفسير القمى ١ / ٢١٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٢٦ ح ١٥ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٢ .

٤- (٢) كما فى وقعة صفين / ١٠٢ لنصر بن مزاحم ونقلت عنه فى الموسوعة ٥ / ٢٧ ح ١٧ .

أصوب فى القول وأبلغ فى العذر وقلتم مكان سبّكم إيّاهم : اللهم احقن دماءَنا ودماءَهم وأصلح ذات بيننا وبينهم واهدهم من ضلالتهم حتّى يعرف الحقّ مَنْ جهله ويرعوى عن الغى والعدوان من لهج به(١) .

وورد فى الصحيح أنّ أمير المؤمنين لا يكره الحلال ، فحيث كره السبّ ونهى عنه فيكون حراماً ، وقبل منه عليه السلام أصحابه نهيه وتأدبوا بأدبه عليه السلام .

إن قلت : إنّه عليه السلام نهى عن سبّ أهل الشام وهم مسلمون ، فلا يدلّ هذا الاستدلال أزيد من حرمة سبّ المسلم .

قلت : من خرج على أمير المؤمنين عليه السلام ووأولاده الأئمة المعصومين عليهم السلام لا يكون مسلماً عندنا ، بل صار بخروجه كافراً ، كما اعترف بذلک شيخنا الصدوق فى اعتقاداته(٢) ولم يعترض عليه شيخنا المفيد فى تصحيح الإعتقاد ، بل قال فى أوائل المقالات : « القول فى محاربى أمير المؤمنين عليه السلام : واتفقت الإمامية والزيدية والخوارج على أنّ الناكثين والقاسطين من أهل

البصرة والشام أجمعين كفار ضلاّل ملعونون بحربهم أمير المؤمنين عليه السلام وأنّهم بذلک فى النار مخلدون(٣) ... واتفقت الإمامية والزيدية وجماعة من أصحاب الحديث على أنّ الخوارج على أمير المؤمنين عليه السلام المارقين عن الدِّين كفار بخروجهم عليه وأنّهم فى النار بذلک مخلدون ... »(٤) .

وقال علم الهدى الشريف المرتضى فى المسألة ثالثة والعشرين من « جوابات المسائل الميافارقيات» حيث سُئل عنه : « صاحب جيش البصرة والإعتقاد فيه وفى غيره ، وكيف كانوا على عهد رسول صلى الله عليه و آله وسلم ؟ » .

فأجاب قدس سره : « قتال أمير المؤمنين عليه السلام بغى وكفار جار مجرى قتال النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، لقوله صلى الله عليه و آله وسلم : « حربک يا على حربى وسلمک سلمى » ، وإنّما يريد أنّ أحكام حروبنا واحدة ، فمن حاربه عليه السلام ومات من غير توبة قطعنا على أنّه ما كان فى وقتٍ من الأوقات مؤمناً وإن

١- (٣) نهج البلاغة : الخطبة ٢٠٦ ونقلت عنه فى الموسوعة ٥ / ٢٧ ح ١٧ .

٢- (٤) الاعتقادات للشيخ الصدوق / ١٠٥ المطبوعة مع تصحيح الاعتقاد للشيخ المفيد .

٣- (١) أوائل المقالات / ٤٩ طبع چرندابى .

٤- (٢) أوائل المقالات / ٥٠ .

أظهر الإيمان ، لأن من كان مؤمناً على الحقيقة فى الباطن لا يجوز أن يكون على ما كان القوم عليه ، لأدلةٍ ليس هنا موضع ذكرها »(١) .

وقال شيخ الطائفة الطوسى : « ظاهر مذهب الإمامية أنّ الخارج على أمير المؤمنين عليه السلام والمقاتل له كافر ، بدليل إجماع الفرقة المحقّة على ذلک ... »(٢) .

وقال فى تفسيره : « وأمّا مذهبنا فى تكفير مَنْ قاتل عليّاً عليه السلام معروف»(٣) .

وقال ابن زهرة الحلبى : « إعلم أنّ محاربى أمير المؤمنين عليه السلام عندنا بمنزلة محاربى النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى عظم المعصية ، ويدلّ على ذلک أُمور : منها إجماع الإمامية عليه وإجماعهم حجة ... »(٤) .

فهذه الواقعة التاريخية والنهى الصادر فيه عن أمير المؤمنين عليه السلام تدلّ بأحسن وجه على حرمة سبّ الناس حتّى المشركين والكافرين منهم .

القرينة الخامسة : ما ورد فى رسالة أبى عبد اللّه عليه السلام إلى جماعة الشيعة ، وفيها : « ... وإيّاكم وسبّ أعداء اللّه حيث يسمعونكم «فَيَسُبُّواْ اللّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ» ، وقد ينبغى لكم أن تعلموا حدّ سبّهم للّه كيف هو ؟ إنّه من سبّ أولياء اللّه فقد انتهک سبّ اللّه ، ومن أظلم عند اللّه

ممّن استسبَّ للّه ولأولياء اللّه ، فمهلاً مهلاً ، فاتّبعوا أمر اللّه ، ولا حول ولا قوة إلاّ باللّه»(٥) .

دلالة مافى هذه الرسالة على حرمة سبّ الناس بالمعنى الأعم حتّى أعداء اللّه - أعنى الكافرين - واضحة ، ولكن العمدة فى ضعف سنديها . اللهم إلاّ أن يقال : إنّ المناقشة فى أسانيد الكافى الشريف جهد العاجز ، كما نقل عن المحقق النائينى قدس سره . وفيه ما لا يخفى .

القرينة السادسة : من المحتمل أن تكون حرمة السب ليست من جهة احترام المؤمنين أو المسلمين على القول به ، بل من جهة حفظ اللسان عن هذه الألفاظ القبيحة ، إذ

١- (٣) جوابات المسائل الميافارقيات ، المطبوعة ضمن رسائل الشريف المرتضى ١ / ٢٨٣ .

٢- (٤) الاقتصاد / ٢٢٦ .

٣- (٥) التبيان ٩ / ٣٢٦ .

٤- (٦) غنية النزوع إلى علمى الأصول والفروع ٢ / ٢٢٢ .

٥- (١) الكافى ٨ / ٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٢٤ ح ٥ .

ينحط قدر القائل بهذه الألفاظ عن أعين الناس ، والمؤمن لايجوز له أن يذلَّ نفسه ، فيشكل التكلم بهذه الألفاظ مطلقاً حتّى بالنسبة إلى الكفار .

ويذكر المحقق الأردكانى قدس سره شبيه هذا الإستدلال بالنسبة إلى حرمة الغيبة(١) وإن كان فيما ذكره نظرٌ بيّنٌ وحرمة الغيبة تختص بالمؤمن فقط ولكن كلامه قدس سره هناك يمكن أن يجرى هنا . والتفصيل يطلب من بحث الغيبة ، فانتظر .

وبالجملة ، مع هذه القرائن الست لا ينبغى الإرتياب فى تعميم الحكم بالنسبة إلى جميع الناس حتّى المشركين والكافرين ، وأنّه لا يختص بالمؤمن . هذا كلّه بالنظر إلى الأدلة ، لكن مع ذلک الإفتاء بالتعميم مشكلٌ ، لعدم وجدان القول به عند أصحابنا قدس سرهم ، ولعلّ القول به خرق للإجماع المركب ، ولكن لو وُجد القائل به فإنّا نتبع إثره وصرنا ثانيه . والإحتياط لا يترک بالنسبة إلى طرفى القضية السبّ والإفتاء ، واللّه سبحانه هو العالم بأحكامه .

وعلى ما حررناه لا ينقضى تعجبى من الشيخ الأكبر الفقيه الشيخ جعفر قدس سره حيث يقول : « وسبّ غير أهل الإيمان من المسلمين والمشركين من أفضل الطاعات الموصلة إلى رضى ربّ العالمين»(٢) .

وأعجب منه قول تلميذه الفقيه العاملى حيث يقول : « وسب غير أهل الإيمان من شرائط الإيمان»(٣)

.

اللهم إلاّ أن يقال : بأنّ مرادهما - كما هو الظاهر - سبّ الظالمين لآل محمد عليهم السلام وغاصبى حقوقهم واللاّبسى رداء الخلافة بغير حقٍّ ، فحينئذ يتجه كلامهما ، رفع فى الخلد

مقامهما .

المقام الرابع : المستثنيات من حرمة السب

١ - المتظاهر بالفسق :

يجوز سبّه بالفسق والمعصية التى تجاهر فيها لزوال حرمته بالتظاهر بها ، وتدلّ عليه

١- (٢) غنية الطالب ١ / ١٤٨ .

٢- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

٣- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢٢ .

حسنة هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام قال : إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة(١) .

وكما يأتى تفصيله فى البحث عن مستثنيات الغيبة . وأمّا المعاصى التى لم يتجاهر فيها فلا يجوز سبه بها ، لأنّ حرمته فيها باقية .

٢ - المُبْدِع :

يجوز سبّه بل ورد الحث عليه فى صحيحة داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم وأكثروا من سبّهم والقول فيهم والوقيعة ، وباهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام ويحذرهم الناس ولا يتعلّمون من بدعهم ، يكتب اللّه لكم بذلك الحسنات ويرفع لكم به الدرجات فى الآخرة(٢) .

فلا حرمة فى سبّ المبدع .

٣ - قد يقال بالاستثناء من الحرمة فى ما لم يتأثر المسبوب عرفاً

يعنى : إذا لم يتأثر المسبوب من السبّ ، لم يدخل فى الإيذاء والظلم ، فلا يحكم بحرمته .

وفيه : إن الإطلاقات الواردة فى الأدلة - نحو موثقتى أبى بصير الماضيتين(٣) تدلان على حرمة السبّ ، بلا فرق بين تأثر المسبوب وعدمه ، وبلا فرق بين حضوره وعدمه ، وبلا فرق بين اللغات حتّى لو سَبّ بلغة لا يفهمها المسبوب حرم ، وبلا فرق بين أن يكون السب جدّاً أو مزاحاً أو لهواً أو لعباً ، وبلا فرق بين أن يكون المسبوب بالغاً . أو غير بالغ . والإطلاق يشمل جميع ذلك .

٤ - المولى وعبده :

قد يقال : بإستثناء حرمة سبّ السيد عبده ، واستدلوا على ذلك بأنّ للسيد ضرب

عبده للتأديب ، وفحواه جواز سبّه تأديباً .

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٤ . الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٦٧ ح ١ . الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهى .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٢ و ٣ .

وفيه : أنه يمكن منع الفحوى ، بأنّ السبّ بنفسه من العناوين المحرَّمة والإيذاء أمرٌ آخر قد يجتمع معه ، فإذا جاز للسيد ضرب عبده وإيذاؤه تأديباً ، هذه الإجازة لا تدلّ على جواز سبّه الذى هو من المحرّمات المستقلة .

مضافاً إلى أنّ الإيذاء باللسان أشدّ من الإيذاء بالضرب حتّى عند العرف ، فلا مجال للقول بالفحوى . وقد نبّه على منع دليل الفحوى هنا المحقق الإيروانى قدس سره (١) وتبعه المحقق الأردكانى قدس سره (٢) .

ويؤيد(٣) منع الفحوى خبر عمرو بن نعمان الجعفى قال : كان لأبى عبد اللّه عليه السلام صديق لا يكاد يفارقه إذا ذهب مكاناً فبينما هو يمشى معه فى الحَذائين ومعه غلامٌ سندى يمشى خلفهما إذ التفت الرجل يريد غلامه ثلاث مرات فلم يره فلما نظر فى الرابعة قال : يا ابن الفاعلة أين كنتَ ؟ قال : فرفع أبو عبد اللّه عليه السلام يده فصك بها جبهة نفسه ، ثمّ قال : سبحان اللّه تقذف أُمّه ، قد كنتُ أرى أنّ لك ورعاً فإذاً ليس لك ورعٌ ، فقال : جعلتُ فداكَ إنّ أُمَّهَ سنديةٌ مشركةٌ ، فقال : أما علمتَ أنّ لكلِّ أُمّةٍ نكاحاً ، تنحّ عنّى . قال : فما رأيته يمشى معه حتّى فرّق الموت بينهما .

وفى رواية أُخرى : إنّ لكلِّ أُمّةٍ نكاحاً تحتجزون به مِن الزنا(٤) .

٥ - المعلّم والم-تعلّم :

قد يقال باستثناء الحكم بالنسبة إلى المعلّم إذا سبّ متعلِّمه تأديباً بْدليل أنّ له ضرب متعلّمه إذا كان مؤذناً فى الضرب عن وليّه تأديباً ، فإذا جاز له الضرب فبطريق أولى والفحوى يجوز له السبّ ، والسيرة جارية على ذلک عند المعلّمين .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا منع الفحوى والأولوية آنفاً .

وثانياً : على فرض وجود السيرة فى زماننا هذا ، لا طريق لنا إلى اتصاله بزمن

ص:١٩٩

١- (١) الحاشية على المكاسب ١ / ١٦٨ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ١٣٣ .

٣- (٣) قلتُ « يؤيد » لأنّ فى سندها ضعف ودلالتها أيضاً أخص من المدعى ، المدعى هو حرمة السب و الرواية تدل على حرمة القذف ، والنسبة بينهما عموم وخصوص مطلق .

٤- (٤) الكافى ٢ / ٣٢٤ ح ٥ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٦ ح ١٤ .

المعصومين عليهم السلام ، فلا تفيد شيئاً .

٦ - الزوج والزوجة :

يمكن أن يقال : بجواز سبّ الزوج زوجته ، لأنّ له ضربها تأديباً فى موارد خاصة ، فحينئذ يجوز سبّه بطريق أولى ، وبدليل الفحوى والسيرة جارية على ذلک .

وفيه : ما مرّ آنفاً فى الاستثناء السابق ، فلا يتمّ هذا الاستدلال .

٧ - الوالد وولده :

واستدلوا على جواز سبّ الوالد لولده بوجوه :

منها : عدم تحقق الهوان فى سبّ الوالد ، وحيث أنّ الحرمة تدور معه فلا حرمة .

ومنها : عدم تأثر الولد لسبّه بتوسط والده ، وحيث صار فخراً فلا حرمة .

ومنها : ورد فى الروايات بالنسبة إلى الولد كما فى صحاح محمد بن مسلم وأبى حمزة الثمالى والحسين بن أبى العلاء : « أنت ومالک لأبيک»(١) . وإذا تمّ هذا البيان بأنّ الولد وماله لأبيه فيجوز سبّه أيضاً بطريق أُولى ، كما يجوز سبّ السيد عبده لأنّه ملكه .

ومنها : السيرة الجارية بين المتشرعة من سب أولادهم .

وفيه : أولاً : منع الصغرى فى الثلاث الأُول ، أعنى تحقق الهوان وتأثر الولد وعدم الإفتخار بسبب الوالد ولده .

وثانياً : الحرمة كما مرّ منّا مطلقة فى السبِّ بالنسبة إلى تحقق الهوان وعدمه تأثر المسبوب وعدمه ، عدم الإفتخار بالسب والإفتخار به ، لإطلاق أدلتها .

وثالثاً : جملة « أنت ومالک لأبيک » الواردة فى الروايات ناظرة إلى أمر أخلاقى وتكوينى وتذكّر الولد بأنّه لا يناسبه أن يعارض أباه فى أُموره ، ولا تدلّ على الملكية الحقيقية أو التنزيلية أو ثبوت الولاية المطلقة . وعلى فرض ثبوتها أيضاً لا تدلّ على جواز سبّه ، لما مرّ منّا مِنْ عدم جواز سبّ السيد عبده .

١- (١) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ٢٦٢ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١ و ٢ و ٨ ونحوها فى خبر محمد بن سنان ح ٩ فى الباب المذكور ، وخبر عبيد بن زرارة الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٥ فراجع وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٩٠ .

ورابعاً : السيرة وإن كانت عند بعض المتشرعة موجودة ولكن دون إثباتها عند الجميع مع الإلتفات والإتصال الى زمن المعصومين عليهم السلام خرط قتاد .

وخامساً : الإطلاقات الواردة فى الأدلة تشمل الوالد ، فلا يجوز له سبّ أُولاده .

نعم ، للوالد جواز تأديب الولد الصغير بالضرب ، ولكن التعدى من الضرب إلى

السبّ(١) - بأنّ فى السب أيضاً نوعاً من التأديب - ومن الولد الصغير إلى الكبير بجريان الاستصحاب فى الأخير مشكلٌ . مضافاً إلى انحصار الدليل حينئذٍ فى فرض التأديب فقط .

٨ - التظلم

يجوز للمظلوم سبّ الظالم فى مقام التظلم والوصول الى حقِّه ، وتدلّ عليه قوله تعالى فى الآية الكريمة : «لاَّ يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوَءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلاَّ مَن ظُلِمَ»(٢) ، لأنّ السبّ يدخل فى القول بالسوء وجوّزه الآية الشريفة جهراً . وقد مرّ منّا الكلام فيها فى الاستدلال على حرمة السبّ بكتاب اللّه تعالى .

ولذا قال جدنا الشيخ جعفر : « ويقوى جوازه (أى جواز السب) فى خصوص الظالمين»(٣) .

٩ - يجوز السبّ لدفع المنكر والحفظ عن الضرر :

إذا كان المنكر أعظم فساداً وحرمةً من السبِّ ، والضرر يكون فاحشاً وقابلاً للملاحظة بحيث لا يتحمّله عادةً ونوعاً يجوز السبّ بقاعدة التزاحم وخوف الوقوع فى الفتنة وأدلة نفى الضرر والحرج . أفتى بذلك الشيخ جعفر قدس سره فى شرحه على القواعد(٤) .

١٠ - التقية :

يجوز السبّ للتقية لعموم أدلتها كما فى صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : التقيّة فى

١- (١) كما مال إليه المحقق الإيروانى قدس سره فى حاشيته على المكاسب ١ / ١٦٨ وشيخنا الأُستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب ١ / ١٦٢ .

٢- (٢) سورة النساء / ١٤٨ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

كلِّ ضرورة ، وصاحبها أعلم بها حين تنزل به(١) .

وصحيحة الفضلاء قالوا : سمعنا أبا جعفر عليه السلام يقول : التقية فى كلّ شىءٍ يضطر إليه ابن آدم فقد أحلّه اللّه له(٢) .

والحاصل ، أدلة التقية وعموماتها حاكمة على أدلة حرمة السبّ ، فلا حرمة للسب عند التقية كما قال الشيخ جعفر قدس سره : « ويغتفر للتقيّة»(٣) .

نعم ، أربع موارد يُستثنى من عمومات التقية فلا تقية فيها ، نحو : الدماء ، والمسح على الخفين ، وشرب النبيذ والمسكر ، والتبرى من مولانا وسيدنا وإمامنا أمير المؤمنين عليه السلام . والبحث موكول إلى محلِّه ، فراجع إن شئت إلى ما حررناه فى رسالتنا فى بحث التقية . واللّه سبحانه هو العالم بأحكامه الطاهرة والحمد للّه أولاً وآخراً .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٢١٤ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهى .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٢١٤ ح ٢ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهى .

٣- (٧) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

السحر

اشارة

ينبغى البحث عن السحر فى ضمن مقامات :

المقام الأوّل : موضوعه

لابدّ لتعيين موضوع السحر إلى مراجعة كلمات أهل اللغة والفقهاء ، فلذا نقول :

قال أحمد بن فارس : « سحر ، السين والحاء والراء أُصول ثلاثة متباينة : أحدها عضوٌ من الأعضاء ، والآخر خَدْعٌ وشبهه ، والثالث وقت من الأُوقات ... .

وأمّا الثانى فالسِّحْر ، قال قومٌ : هو إخراج الباطل فى صورة الحقّ ، ويقال : هو الخديعة ، واحتجّوا بقول القائل :

فإن تسألينا فيم نحن فإنّنا عصافيرُ من الأنام المسحَّرِ

كأنّه أراد المخدوع الذى خدعَتْه الدنيا وغرَّتْه ، ويقال المُسَحَّر الذى جُعِل له سَحْرٌ ، ومن كان ذا سَحْر(١) لم يجد بُداً من مطعم ومشرب ... »(٢) .

وقال الزمخشرى : « س ح ر - كلُّ ذى سَحْر أو سَحَرٍ يتنفَّس ، وهو الرئة .

ومن المجاز : سَحَرَه وهو مسحور وإنّه لمسحَّرٌ : سُحر مرّة بعد أُخرى حتّى تخبَّل عقلُه ، «إِنَّمَا أَنتَ مِنَ الْمُسَحَّرِينَ» ، وأصله من سَحَرَه إذا أصاب سَحْرَه ... وجاء فلانٌ بالسِّحْر فى كلامه ، وفى الحديث : إنّ من البيان لسحراً ، والمرأة تَسْحَرُ الناس بعينها ، ولها عين ساحرة ولهنَّ عيون سواحرٌ . ولعب الصبيان بالسَّحّارةِ ، وهى لُعْبَة فيها خَيط يخرج من جانب على لون ومن جانب على لون ، وأرض ساحرة السراب ... وعَنْز مسحورة قليلة اللبن ، وأرض مسحورة :

١- (١) سَحْرٌ : أى أجوفٌ .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ٣ / ١٣٨ .

لا تُنبت ، سحَرتُه عن كذا : صرفَته»(١) .

وقال ابن منظور : « سحر : الأزهرى : السِّحْرُ عَمَلٌ تُقُرِّبَ فيه إلى الشيطان وبمعونة منه ، كلّ ذلك الأمر كينونة للسحر ، ومن السحر الأُخذة التى تأخذُ العين حتّى يُظَنَّ أنّ الأمر كما

يُرى وليس الأصل على ما يُرى ، والسِّحْرُ : الأُخْذَةُ ، وكلّ ما لَطُفَ مأخَذُه ودَقَّ فهو سحرٌ ... قال : الأزهرى : وأصل السِّحرِ صَرْفُ الشيء عن حقيقته إلى غيره ، فكأنّ الساحر لما أرَى الباطل فى صورة الحقّ وخَيَّلَ الشيء على غير حقيقته ، قد سحر الشيء عن وجهه أى صرفه ... وقال يونس : تقول العرب للرجل ما سَحَرك عن وجه كذا وكذا أى ما صرفك عنه ؟ وما سَحَرَك عنّا سَحْراً أى ما صرفك ... ؟ »(٢) .

وقال الفيروزآبادى : « والسِّحر بالكسر : كلّ ما لطف مأخذه ودقَّ ، والفعلُ كمَنَعَ ... »(٣) .

قال الطريحى : « سمى السِّحر سحراً لأنّه صرف عن جهة ، وقيل : من السحر أى سحرت فخولط عقلك ومدّ ... والسِّحر بالكسر فالسكون : كلام أو رقيّة أو عمل يؤثر فى بدن الإنسان أو قلبه أو عقله ، وقيل : لا حقيقة له ولكنّه تخيّل . وقد اختلف العلماء فى القدر الذى يقع به السحر ، فقال بعضهم : لا يزيد تأثيره على قدر التفرق بين المرء وزوجه لأنّ اللّه تعالى ذكر ذلك تعظيماً لما يكون عنده وتهويلاً له فى حقِّنا ، فلو وقع به أعظم منه لذكره ، لأنّ المَثَل لا يُضرب عند المبالغة إلاّ بأعلى الأحوال ، والأشعريّة على ما نُقل عنهم أجازوا ذلك ، وفى الحديث : حلّ ولا تعقد ، وفيه دلالة على أنّ له حقيقة ، ولعلّه أصح و ... »(٤) .

قال فی المنجد : « السِّحر : مصدر ، ما لطف مأخذه ودقّ . إخراج الباطل فی صورة الحقّ . ما یفعله الإنسان من الحیل ، ومنه « إنّ من البیان لسحراً» . الفساد .

ما یستعان فی تحصیله بالتقریب من الشیطان ممّا لا یستقل به الإنسان ، جمعه أسحار

١- (٣) أساس البلاغة / ٢٠٤ .

٢- (١) لسان العرب ٦ / ١٨٩ .

٣- (٢) القاموس فی اللغة / الطبع الحجری من دون الرقم .

٤- (٣) مجمع البحرین / ٢٦٥ الطبع الحجری .

وسُحُور . السِحْرُ الکلامی : غرابة الکلام ولطافته المؤثرة فی القلوب المحوِّلة إیّاها من حالٍ إلی حالٍ کالسِحر»(١) .

أقول : کأنّ صاحب المنجد قد جمع فیه بین أقوال اللغویین .

وقال الشریف المرتضی : « السحر : تخییل ما لیس له حقیقة کالحقیقة یتعذر علی مَنْ لا یعلم وجه الجملة فیه»(٢) .

وقال الشیخ الطوسی فی تفسیره : « السحر والکهانة والحیلة نظائرٌ ، یقال : سحره یسحره سحراً ، أسحرنا أسحاراً ، وسحّره تسحیراً . قال صاحب العین : السحر عمل یقرّب إلی الشیطان . کلّ ذلک یکتبونه السحر . ومن السحر : الأُخْذَةُ التی تأخذ العین حتّی یظن أنّ الأمر کماتری ولیس الأمر کماتری ، والجمع : الأُخَذ .

والسحر البيان من اللفظ كما قال النبى صلى الله عليه و آله وسلم « إنّ من البيان لسحراً »... وأصل الباب الخفاء ، والسحر قيل : الخفاء سببه توهم قلب الشيء عن حقيقته ، كفعل السحرة فى وقت موسى لمّا أوهموا أنّ العصا والحبال صارت حيواناً ، فقال : «يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى»(٣)(٤) .

ثم قال بعد صفحة : « وقيل فى معنى السحر أربعة أقوال :

أحدها : أنّه خُدَع ومخاريق وتمويهات لا حقيقة لها ، يخيل إلى المسحور أنّ لها حقيقة .

والثانى : أنّه أخذ بالعين على وجه الحيلة .

و الثالث : أنّه قلب الحيوان من صورة إلى صورة ، وإنشاء الأجسام على وجه الاختراع ، فيمكن للساحر أن يقلّب الإنسان حماراً وينشيء أجساماً .

والرابع : أنّه ضرب من خدمة الجن ، كالذى يمسك له التجدل فيصرع .

وأقرب الأقوال الأوّل : لأنّ كلّ شيءٍ خرج عن العادة الخارقة فإنّه لا يجوز أن يتأتى

١- (٤) المنجد / ٣٣١ .

٢- (٥) رسالة الحدود والحقائق المطبوعة ضمن رسائل الشريف المرتضى ٣ / ٢٧٢ .

٣- (١) سورة طه / ٦٦ .

٤- (٢) التبيان ١ / ٣٧٢ و ٣٧٣ .

من الساحر . ومن جوّز للساحر شيئاً من هذا فقد كفر ، لأنّه لا يمكنه مع ذلک العلم بصحة المعجزات الدالة على النبوات ، لأنّه أجاز مثله من جهة الحيلة والسحر»(١) .

وذكر نظير البيان الأوّل الطبرسى فى مجمع البيان ١ / ١٧٠ .

ويأتى كلام الشيخ فى المبسوط والخلاف آنفاً .

قال الفخر الرازى فى تفسيره فى معنى السحر : « ذكر أهل اللغة أنّه فى الأصل عبارة عمّا لطف وخفى سببه ... ثمّ قال بعد أسطر : إعلم أنّ لفظ السحر فى عرف الشرع مختص بكلِّ أمر يخفى سببه ويتخيّل على غير حقيقته ويجرى مجرى التمويه والخداع ، ومتى أطلق ولم يقيد أفاد ذم فاعله ، قال تعالى : «سَحَرُواْ أَعْيُنَ النَّاسِ» ، يعنى موّهوا عليهم حتّى ظنوا أنّ حبالهم وعصيهم تسعى ، وقال تعالى «يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى» ، وقد يُستعمل مقيداً

فيما يمدح ويحمد ... فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : « إنّ من البيان لسحراً » ، فسمى النبى صلى الله عليه و آله وسلم بعض البيان سحراً لأنّ صاحبه يوضح الشىء المشكل ويكشف عن حقيقته بحسن بيانه وبليغ عبارته.... »(٢) .

ثمّ تعرض بعد أسطر لأقسام السحر فى ستة عشر صفحة من تفسيره(٣) ونقل عنه العلامة المجلسى فى بحار الأنوار(٤) وذكره مختصراً فى الجواهر(٥) . وزعم الشيخ الأعظم قدس سره (٦) أنّ هذا التقسيم من المجلسى حيث نسبه إليه وبيّن حكمها ، وتبعه المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهة(٧) . وحيث أنّ التقسيم من الفخر الرازى وليس بتام عندنا لم نتعرض إليه وإلى حكمه كما ردّه المجلسى قدس سره بلا فصل بعد ختام نقله منه وقال : « وإنّما أوردت أكثر كلامهم فى هذا المقام

١- (٣) التبيان ١ / ٣٧٤ .

٢- (١) التفسير الكبير ٣ / ٢٠٥ .

٣- (٢) التفسير الكبير ٣ / (٢٢٢ - ٢٠٦) .

٤- (٣) بحار الأنوار ٥٦ / (٣١٠ - ٢٧٧) - (٢٢ / ٦٧٤ - ٦٥٤) - كلاهما من طبع بيروت .
٥- (٤) الجواهر ٢٢ / (٨٤ - ٨١) .
٦- (٥) المكاسب المحرمة / ٣٣ الطبع الحجرى - (١ / ٢٦٢ و ٢٦٣) .
٧- (٦) مصباح الفقاهة ١ / (٢٩٢ - ٢٨٨) .

مع طوله واشتماله على الزوائد الكثيرة لمناسبته لما سيأتى فى بعض الأبواب الآتية ، ولتطّلع على مذاهبهم الواهية فى تلك الأبواب»(١) .

قال الشيخ الطوسى فى المبسوط : « السحر له حقيقة عند قوم ، وهو أنّ الساحر يعقد ويرقى ويسحر فيقتل ويمرض ويكوع الأيدى ويفرّق بين الرجل وزوجته ، ويتّفق له أن يسحر بالعراق رجلاً بخراسان فيقتله . وقال قوم : لا حقيقة له ، وإنّما هو تخيّل وشعبذة ، وهو الذى يقوى فى نفسى ، وفى رواياتنا أنّ السحر له حقيقة لكن ما ذكروا تفصيله كما ذكره الفقهاء . ولا خلاف بينهم أنّ تعليمه وتعلّمه وفعله محرّم ، لقوله تعالى : «وَلَكِنَّ الشَّيْاطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ» فذمَّ على تعليم السحر ... »(٢) .

وقال فى الخلاف : « السحر له حقيقة ، ويصح منه أن يعقد ويرقى ويسحر فيقتل ويمرض ويكوع الأيدى ويفرّق بين الرجل وزوجته ، ويتفق له أن يسحر بالعراق رجلاً بخراسان فيقتله عند أكثر أهل العلم أبى حنيفة وأصحابه ومالک والشافعى . وقال أبو جعفر الأسترآبادى من أصحاب الشافعى : لا حقيقة له ، وإنّما هو تخييل وشعبذة ، وبه قال المغربى

من أهل الظاهر ، وهو الذى يقوى فى نفسى ، ويدلّ على ذلک قوله تعالى مخبراً فى قصة فرعون والسحرة : «فَإِذَا حِبَالُهُمْ وَعِصِيُّهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى * فَأَوْجَسَ فِى نَفْسِهِ خِيفَةً مُّوسَى»(٣) وذلک أنّ القوم جعلوا من الحبال كهيئة الحيات ، وطلوا عليها الزيبق وأخذ الموعد على وقت تطلع فيه الشمس ، حتّى إذا وقعت على الزيبق تحرک فخيّل لموسى أنها حيّات تسعى ولم يكن لها حقيقة ، وكان هذا فى أشدّ وقت السحر ، فألقى موسى عصاه فأبطل عليهم السحر فآمنوا به .

وأيضاً فإنّ الواحد منّا لا يصحّ أن يفعل فى غيره ، وليس بينه اتصال ، ولا اتصال بما اتصل بما فعل فيه ، فكيف يفعل من هو ببغداد فى من هو بخراسان وأبعد منها ؟ ولا ينفى هذا قوله تعالى : «وَلَكِنَّ الشَّيْاطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ»(٤) لأنّ ذلک لا

١- (٧) بحار الأنوار ٥٦ / ٣١٠ (٢٢ / ٦٧٤) .

٢- (٨) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٣- (١) سورة طه / ٦٦ و ٦٧ .

٤- (٢) سورة البقرة / ١٠٢ .

يمنع منه ، و إنّما الذى منعنا منه أن يؤثر التأثير الذى يدّعونه ، فأمّا أن يفعلوا ما يتخيّل عنده أشياء فلا يمنع منه ... »(١) .

وقال العلامة الحلى فى التذكرة : « تعلّم السحر وتعليمه حرام ، وهو كلام يتكلّم به أو يكتبه أو رُقيّة(٢) أو يعمل شيئاً [يؤثّر] فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة . وهل له حقيقة ؟ قال الشيخ : لا إنّما هو تخييل ، وعلى كلٍّ تقدير لو استحلّه قُتل . ويجوز حلّ السحر بشىءٍ من القرآن أو الذكر والأقسام(٣) ، لا بشىءٍ منه ... »(٤) .

وذكر نحو ذلک فى التحرير(٥) والقواعد(٦) مع اختيار قول الشيخ فى الأخير بأن ليس للسحر حقيقة وإنّما هو تخييل .

وقال ولده فخر المحققين فى الإيضاح : « المراد بالسحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية أو بالإستعانة بالفلكيات فقط ، أو على سبيل تمزيج القوى السماوية بالقوى الأرضية ، أو

على سبيل الإستعانة بالأرواح الساذجة . وقد خص أهل المعقول الأوّل باسم السحر والثانى بدعوة الكواكب والثالث بالطلسمات والرابع بالعزائم ، وكلّ ذلک محرّم فى

شريعة الإسلام ومستحلّه كافر . أمّا على سبيل الاستعانة بخواص الأجسام السفلية فهو علم الخواص أو الاستعانة بالنسب الرياضية وهو علم الحيل وجرّ الأثقال ، وهذان النوعان الأخيران ليسا من السحر . إذا عرفت ذلک فنقول : اختلف الفقهاء فى أنّ السحر - لا بمعنى دعوة الكواكب ، فإنّ الكواكب لا تأثير لها قطعاً - هل له حقيقة (أى تأثير) أو تخيّل لا حقيقة له ، بمعنى عدم التأثير ، ذهب بعضهم إلى الأوّل وآخرون إلى الثانى ، ومأخذ القولين قوله

١- (٣) الخلاف ٥ / ٣٢٧ المسألة ١٤ .

٢- (٤) رُقية بضم الراء : العوذة كما فى جامع المقاصد ٤ / ٢٩ .

٣- (٥) الأقسام : بفتح الهمزة جمع قُسَم ، ولا تمتنع قراءته بكسرها على أنّه مصدر أقسم . كما فى جامع المقاصد ٤ / ٣٠ .

٤- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ المسألة ٦٥٠ .

٥- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ المسألة ٣٠٢٠ .

٦- (٨) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

تعالى : «فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُم بِضَآرِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللّهِ»(١) الآية . ثمّ تصدى للنقص قدس سره فى النقض والإبرام فى أدلة الطرفين بوجه تام وقال فى آخر كلامه : - واعلم أنّ الحقَّ عندى أنّه لا تأثير له ولا حقيقة»(٢) .

وقال الشهيد : « تحرم الكهانة والسحر بالكلام والكتابة والرقية والدخنة بعقاقير الكواكب وتصفية النفس والتصوير والنفث والأقسام والعزائم بما لا يُفهم معناه ويضرّ بالغير فعله ، ومن السحر الاستخدام للملائكة والجنّ والاستنزال للشياطين فى كشف الغائب وعلاج المصاب .

ومنه : الاستحضار بتلبّس الروح ببدن منفعل كالصبى والمرأة وكشف الغائب عن لسانه ، ومنه : النيرنجيّات ، وهى إظهار غرائب خواص الإمتزاجات وأسرار النيّرين ، وتلحق به الطلسمات ، وهى تمزيج القوى العالية الفاعلة بالقوى السافلة المنفعلة ليحدث عنها فعل غريب . فعمل هذا كلّه والتكسب به حرام ، أمّا علمه ليتوقّى أو لئلا يعتريه فلا ، وربّما وجب على الكفاية ليدفع المتنبّى ء بالسحر ، ويقتل مستحلّه ، ويجوز حلّه بالقرآن والذكر والإقتسام لا به ، وعليه يحمل رواية العلا بحلّه(٣) . والأكثر على أنّه لا حقيقة له بل هو تخيّل ، وقيل : أكثره تخييل وبعضه حقيقىٌ لأنّه تعالى وصفه بالعظمة فى سحرة فرعون . ومِن التخيّل السيميا وهى إحداث خيالات لا وجود لها فى الحس للتأثير فى شى ءٍ آخر وربّما ظهر إلى الحس ... »(٤) .

وقال ثانى الشهيدين فى تعريف السحر : « هو كلام أو كتابة أو رقية أو أقسام أو عزائم

١- (١) سورة البقرة / ١٠٢ .

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١ / (٤٠٧ - ٤٠٥) .

٣- (٣) وهى هذه الرواية : العلا عن محمد بن مسلم قال : سألته عن المرأة يعمل لها السحر يحلّونه عنها ؟ قال : لا أرى بذلک بأساً . مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٣٧ والجواهر ٢٢ / ٧٦ ولكن لم نجدها فى الجوامع الحديثية . والرواية مرسلة سنداً .

٤- (٤) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٤ طبع جماعة المدرسين وفيه أغلاط مطبعية صححناها بما نقله عنه فى بحار الأنوار ٦٠ / ٣٠ (٢٤ / ٢٥٣) .

ونحوها يحدث بسببها ضرر على الغير ، ومنه عقد الرجل عن زوجته بحيث لا يقدر على وطئها وإلقاء البغضاء بينهما ، ومنه استخدام الملائكة والجن واستنزال الشياطين فى كشف الغائبات وعلاج المصاب واستحضارهم وتلبّسهم ببدن الصبى أو امرأة وكشف الغائب على لسانه ... »(١) .

وقال جدنا الفقيه الشيخ جعفر بعد الإشكال فى التعاريف الماضية وأنّ المرجع فيه إلى العرف العام أنّه : « عبارة عن إيجاد شىء تترتّب عليه آثار غريبة وأحوال عجيبة بالنسبة إلى العادات ، بحيث تشبه الكرامات وتِوْهِم أنّها من المعاجز المثبتة للنبوات من غير استناد إلى الشرعيات بحروز أو أسماء أو دعوات أو نحوها من المأثورات(٢) . وأمّا ما أُخذ من الشرع كالعُوَذ والهياكل وبعض الطلسمات فليست منه بل هى بعيدة عنه ... »(٣) .

واعترض عليه فى الجواهر بعد نقل تعريفه : « ... لكنّه كماترى لا يرجع إلى محصَّل ، وأين العرف العام وتمييز جميع أقسام السحر الذى هو علم عظيم طويل الذيل كثير الشعب لا يعرفه إلاّ الماهرون فيه ؟ ! وليس مطلق الأمر الغريب سحراً ، فإنّ كثيراً من العلوم كعلم الهيئة والجفر والترازجية - وهو أسرار الجفر - وغيرها يظهر من العالِم بها بعض الآثار العجيبة الغريبة ، و يكفيك ما يصنعه الأفرنج فى هذه الأزمنة من الغرائب ، ولسيت هى من السحر الحرام قطعاً »(٤) .

وقال النراقى : « والذى يظهر من العرف والتتّبع فى موارد الاستعمال أنّه عمل يوجب حدوث أمر منوط بسبب خفى غير متداول عادةً ، لا بمعنى أنّ كلّما كان كذلك هو سحر ، بل بمعنى أنّ السحر كذلك .

وتوضيح ذلك : أنّ ذلك تارة يكون بتقوية النفس وتصفيتها حتّى يقوى على مثل ذلك العمل ، كما هو دأب أهل الرياضة ، وعليه عمل أهل الهند .

١- (١) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٨ .

٢- (٢) أی المأثورات عند السَحَرة .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٤٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٨١ .

واُخری : باستعمال القواعد الطبيعيّة أو الهندسية أو المداواة العلاجيّة ، وهو المتداول عند الأفرنجيّين .

وثالثة : تسخير روحانيّات الأفلاک والكواكب ونحوها ، وهو المشهور عن اليونانيين والكلدانيين .

ورابعة : بتسخير الجنّ والشياطين .

وخامسة : بأعمال مناسبة للمطلوب ، كتماثيل أو نقوش أو عُقد أو نُفث أو كُتب منقسماً إلى رُقية(١) وعزيمة(٢) أو دُخنة(٣) فی وقت مختار ، وهو المعروف عن النبط .

وسادسة : بذكر أسماء مجهولة المعانی وكتابتها بترتيب خاص ، ونسب ذلک إليالنبط والعرب .

وسابعة : بذكر ألفاظ معلومة المعانی غير الأدعية .

وثامنة : بالتصرف فی بعض الآيات أو الأدعية أو الأسماء ، من القلب أو الوضع فی اللوح المربّع ، أو مع ضمّه مع عمل آخر من عقد أو تصوير أو غيرهما .

وتاسعة : بوضع الأعداد فی الألواح .

ولا شک فی عدم كون الأوّليّن سحراً ، كما أن الظاهر كون الخامس سحراً والبواقی مشتبهة ، والأصل يقتضی فيها الإباحة ، إلاّ ما عُلمت حرمته من جهة الإجماع ، كما هو الظاهر فی التسخيرات»(٤) .

أقول : لابدّ من أن يؤخذ موضوع السحر وتعريفه من العرف ، كما اعترف بذلک العلامة الحلى فى المنتهى(٥) وتبعه غيره مِن الأعلام ، نحو الشيخ جعفر(٦) والنراقى(٧) والمؤسس

١- (١) الرُقية : العُوذَة .

٢- (٢) عزيمة ، جمعه العزائم : الرقى .

٣- (٣) دخنة : ذريرة تدخّن بها البيوت .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١١٥ و ١١٤ .

٥- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ طبع الحجرى .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٤٣ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١١٤ .

الحائرى قدس سرهم (١) .

وإشكال صاحب الجواهر رحمه الله بأنّ « ... أين العرف العام وتمييز جميع أقسام السحر الذى هو علم عظيم طويل الذيل ، كثير الشعب لا يعرفه إلاّ الماهرون فيه ؟ ! »(٢) فى غير محلّه ، لأن أخذ الموضوع والتعريف من العرف لا يوجب أن يكون العرف العام وأصحابه من

السَحَرة العالمين به ، كما أن العرف يعرفون الطبيب والطب وليسوا أطباء ولاعارفين به .

والذى يظهر مِنْ مراجعة العرف وكلمات أهل اللغة والفقهاء أنّ المراد بلفظ « السحر » ومترادفه بالفارسية « جادو» هو : كلُّ أمرٍ يوجب قلب الشىءِ عن واقعه وحقيقته ويخرج الباطل فى صورة الحقّ على سبيل الخديعة ، ويكون مأخذه ما لطف ودقَّ بحيث لا يظهر لكلّ أحدٍ بل يخفى سببه . ويمكن أن يكون بالتأثيرات النفسانية أو بمعونة الشياطين والأجنة أو بتلبس روحٍ ببدنٍ منفعلٍ أو غيرها

، سواء كان بكلامٍ أو كتابٍ أو رُقيّةٍ أو عزيمةٍ أو قسمٍ أو دُخنةٍ أو نقشٍ أو عقدٍ أو نفثٍ أو عددٍ أو لوحٍ أو عملٍ ، ويحدث بسببه ضررٌ على الغير غالباً ، أو أمرٌ خارق للعادة أو أثرٌ غريبٌ أو حالٌ عجيبٌ ونحوها .

وهذا التعريف ليس بالحدّ والرسم التامّين ، ولكن يدخل فيه أكثر موارد السحر ومصاديقه ، وهذا يكفى فى صحة التعريف المأخوذ مِن العرف ظاهراً .

ويظهر من التعريف أنّ للسحر أثراً عجيباً أو يترتب عليه أمرٌ أو حالٌ غريبٌ أو ضررٌ على الغير بنحو يخرق العادة ، كما يعقد الرجل عن وط ء زوجته أو يلقى البغضاء بينهما أو يلقى المحبّة الشديدة أو التعشق بين الرجل والمرأة الأجنبيّين أو الإختلال فى عقل الرجل أو عاطفة المرأة أو بدنهما ونحوها .

وبعد ثبوت الأثر للسحر فالبحث عن كونه حقيقة أو تخيّل لا فائدة فيه ، والعمدة حينئذ أثره لا مؤثره ، سواء كان المؤثرُ أمراً خياليّاً أو حقيقياً .

نعم ، لا يكون البحث عن مؤثره ساقطاً عن الإعتبار ، ويكون نزاعاً لفظيّاً ، كما عليه

١- (٨) المكاسب المحرمة / ١٤٨ لآية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .
٢- (٩) الجواهر ٢٢ / ٨١ .

بعض(١) ، وتعريفنا من السحر يجتمع مع المسلكين : الحقيقية والخيال ، لأنّ الأمر المأخوذ فيه يشملهما .

ذهب إلى مسلک خيالية السحر جماعة من العامة ، نحو : أبى جعفر الأسترابادى من أصحاب الشافعى والمغربى من أهل الظاهر - كما نقل عنهما الشيخ فى الخلاف(٢) - والفخر الرازى(٣) و البيضاوى(٤) والواحدى(٥) - كما نقل عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٦) -

وغيرهم .

ومِن الخاصة : الشريف المرتضى(٧) والشيخ فى الخلاف(٨) والمبسوط(٩) والتفسير(١٠) والعلامة فى كتبه : المنتهى(١١) والتذكرة(١٢) والقواعد(١٣) والتحرير(١٤) وولده فى الإيضاح(١٥) .

ومن المتأخرين : المحقق الإيروانى(١٦) وتبعه المحققون الخوئى(١٧)

١- (١) هو الفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى فى مهذب الأحكام ١٦ / ١٠٠ .

٢- (٢) الخلاف ٥ / ٣٢٧ .

٣- (٣) التفسير الكبير ٣ / ٢٠٥ .

٤- (٤) أنوار التنزيل ١ / ٣٦٣ .

٥- (٥) تفسير الواحدى ١ / ٣٤٨ المطبوع فى حاشية تفسير الطبرى .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٣١ .

٧- (١) رسالة الحدود والحقائق المطبوعة ضمن رسائل الشريف المرتضى ٣ / ٢٧٢ .

٨- (٢) الخلاف ٥ / ٣٢٨ .

٩- (٣) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

١٠- (٤) التبيان ١ / ٣٧٤ .

١١- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ الطبع الحجرى .

١٢- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

١٣- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

١٤- (٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

١٥- (٩) إيضاح الفوائد ١ / ٤٠٧ .

١٦- (١٠) حاشية المكاسب ١ / ١٧٠ .

١٧- (١١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٨٦ .

والسبزوارى(١) والقمى(٢) .

وذهب إلى مسلك حقيقة السحر أو حقيقة بعضه أو التشكيك فى خياليته ، أكثر العامة ، نحو : أبى حنيفة وأصحابه ومالك والشافعى - كما نقل عنهم الشيخ فى الخلاف(٣) - .

وبعض الخاصة ، نحو : الشهيد فى الدروس(٤) والكركى فى جامع المقاصد(٥) وثانى الشهيدين فى المسالك(٦) والأردبيلى فى مجمع الفائدة(٧) والمجلسى فى بحار الأنوار(٨) وكاشف الغطاء فى شرح القواعد(٩) والنراقى فى المستند(١٠) والعاملى فى مفتاح الكرامة(١١) وصاحب

الجواهر(١٢) وتلميذه السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه(١٣) وشيخنا الأُستاذ(١٤) - مدظله - .

والحقّ : أنّ لبعض موارد السحر واقعيةً وحقيقةً ، كما أنّ بعض موارده من قبيل التخيّل والتوهم ، والكلّ متفق بثبوت الأثر للسحر كما مرّ منّا .

ولذا قال الشهيد الثانى : « الحقّ أن تأثيره فى بدن المسحور أمر محقّق لا شبهة فيه ، نعم

١- (١٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٩ .

٢- (١٣) عمدة المطالب ١ / ٢٢٣ .

٣- (١٤) الخلاف ٥ / ٣٢٧ .

٤- (١٥) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٤ .

٥- (١٦) جامع المقاصد ٤ / ٣٠ .

٦- (١٧) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٨ .

٧- (١٨) مجمع الفائدة ٨ / ٧٨ .

٨- (١٩) بحار الأنوار ٦٠ / ٣٩ (٢٤ / ٢٦٠) .

٩- (٢٠) شرح القواعد ١ / ٢٤٤ .

١٠- (٢١) مستند الشيعة ١٤ / ١١١ .

١١- (٢٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٣٢ .

١٢- (١) الجواهر ٢٢ / ٨٧ .

١٣- (٢) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ٢٩ الطبع الحجرى .

١٤- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٦٣ .

كونه موهماً لحيّات تسعى ونحوه تخييل ، وبهذا يجمع بين الأدلة الدالة على الطرفين مع ضعف دلالة كثير منها»(١) .

ويؤيد ما ذكرنا : خبر عيسى بن سيفى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : حلّ ولا تعقد(٢) .

وخبر الصدوق فى العيون بإسناده عن الرضا عليه السلام فى حديث : «وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ» يتعلّمون من هذين الصنفين ما يفرّقون به بين المرء وزوجه ، هذا ما يتعلّم الإضرار بالناس ، يتعلّمون التضريب بضروب الحيل والتمائم والإيهام ، وأنّه قد دفن فى موضع كذا وعمل كذا ليحبب المرأة إلى الرجل والرجل إلى المرأة ويؤدى الى الفراق بينهما ، فقال عزّ وجل : «وَمَا هُم

بِضَآرِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللّهِ» أى ما المتعلّمون بذلک بضارين من أحد إلاّ بإذن اللّه ، يعنى بتخلية اللّه وعلمه ، فإنّه لو شاء لمنعهم بالجبر والقهر ، الحديث(٣) .

ومرسلة الرضى رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : العين حقٌّ ، والرُقى حقٌّ ، والسحر حقٌّ ، والفأل حقٌّ ، والطيرة ليست بحقٍّ ، والعَدْوى(٤) ليست بحقٍّ والطيب نُشْرَةٌ والعسل نشرة والنظر إلى الخضرة نشرةٌ(٥) .

ومرسلة الطبرسى رفعه إلى الصادق عليه السلام أنّه قال فى حديث طويل : إنّ السحر على وجوه شتى ، وجه منها بمنزلة الطب ، كما أنّ الأطباء وضعوا لكلِّ داءٍ داوءً فكذلک علم السحر ، احتالوا لكلِّ صحةٍ آفةً ولكلِّ عافيةٍ عاهةً ولكلِّ معنى حيلةً ، الحديث(٦) .

وبما ذكرنا من التعريف يظهر الفوارق الرئيسية بين السحر والمعجزة والكرامة ، لأنّ المعجزة والكرامة لا خدعة فيهما ، ولا يخرجان الباطل فى صورة الحقّ ، ولا يكونان بمعونة

١- (٤) فوائد القواعد / ٥١٨ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٥ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٦) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١ / ٢٦٦ ح ١ ونقل مختصره فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٤ .

٤- (٧) انتقال المرض مِن مريض إلى سليم .

٥- (٨) نهج البلاغة الحكمة ٤٠٠ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٦٤ ح ٧ .

٦- (٩) الاحتجاج ٢ / ٣٣٩ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٦٦ ح ١٠ .

الشياطين والأجنة ، بل إنّهما على سبيل الحقيقة وإراءة الواقع واقعاً والحقِ حقّاً ، وكلّ مَنْ تعلّم السحر يمكن أن يأتى به ، وأنّهما ليسا بالتعلّم والتتلمذ ، فالسحر علم والمعجزة والكرامة إظهار القدرة للّه تعالى على يد أنبيائه وأُوليائه عليهم السلام إذا كانت المصلحة تقتضيهما . فالفرق بين السحر وبينهما أساسىٌ ورئيسىٌ وسنخىٌ ، ولا يتشبهما الناسُ بالسحرِ ولا السَحَرة بهم . ولذا حيث رأى السحرة إعجاز عصا موسى ، يقول اللّه تعالى عنهم : «وَأُلْقِىَ السَّحَرَةُ سَاجِدِينَ * قَالُواْ آمَنَّا بِرِبِّ الْعَالَمِينَ * رَبِّ مُوسَى وَهَارُونَ»(١) . والتفصيل مؤكولٌ إلى علم الكلام .

تنبيهٌ : قال العلامة السيد محمد حسين الطباطبائى قدس سره ناقلاً عن شيخنا البهائى(٢) نوّر اللّه مرقده أنّه قال : « أحسن الكتب المصنفة فى هذه الفنون (أى العلوم الغريبة) كتاب رأيتُهُ ببلدة هرات إسمه (كلّه سر) ، وقد ركّب اسمه من أوائل أسماء هذه العلوم : الكيمياء ، والليمياء ، والهيمياء ، والسيمياء ، والريمياء» انتهى ملخص كلامه(٣) .

وقال صاحب الميزان فى تعريف هذه العلوم :

« ١ – الكيمياء : علم يبحث عن كيفية تبديل صور العناصر بعضها إلى بعضٍ .

٢ – الليمياء : علم يبحث عن كيفية التأثيرات الإرادية بإتصالها بالأرواح القويّة العالية ، كالأرواح الموكلة بالكواكب والحوادث وغير ذلک بتسخيرها أو باتصالها واستمدادها من الجنِّ بتسخيرهم ، وهو فن التسخيرات .

٣ – الهيمياء : العلم الباحث عن تركيب قوى العالم العِلوى مع العناصر السفلية للحصول على عجائب التأثير ، وهو الطلسمات .

٤ – السيمياء : العلم الباحث عن تمزيج القوى الإرادية مع القوى الخاصة المادية للحصول على غرائب التصرف فى الأُمور الطبيعية ، ومنه التصرف فى الخيال المسمى بسحر العيون ، وهذا الفن من أصدق مصاديق السحر .

٥ - الريم-ياء : العلم الباحث عن استخدام القوى المادية للحصول على آثارها بحيث

١- (١) سورة الأعراف / (١٢٢ - ١٢٠) .

٢- (٢) راجع كشكوله ٣ / ٢٥٤ من منشورات لسان الصدق . قم المقدسة ، عام ٢٠٠٦ م .

٣- (٣) الميزان ١ / ٢٤٤ .

يظهر للحس أنّها آثار خارقة بنحو من الأنحاء ، وهو الشعبذة» .

ثمّ ذكر بعض العلوم الملحقة بها مع تسمية بعض كتبه ، فراجعه إن شئت(١) .

هذا كلّه فى المقام الأوّل - أعنى موضوع علم السحر - وأمّا حكمه :

المقام الثانى : حكم السحر

اشارة

تعليم السحر وتعلّمه حرام بين المسلمين ، وتدلّ عليه الأدلة الأربعة :

الأوّل : الإجماع

قال الشيخ : « ولا خلاف بينهم (أى بين الفقهاء من المسلمين) أن تعليمه وتعلّمه وفعله محرّم ، لقوله تعالى : «وَلَكِنَّ الشَّيْاطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ»(٢) فذمَّ على تعليم السحر»(٣) .

وقال الأردبيلى : « فكأنّ تحريم السحر وتعليمه وتعلّمه وأخذ الأُجرة عليه ... إجماع (إجماعى - خ ل) بين المسلمين»(٤) .

وقال المحقق السبزوارى : « وعمل السحر والتكسّب به حرام بلا خلافٍ »(٥) .

وقال البحرانى فى السحر ونحوه من القيافة والكهانة والشعبذة : « ولا خلاف فى تحريم تعليم الجميع وأخذ الأُجرة عليه»(٦) .

وذكر الوحيد البهبهانى الإجماع على الحرمة فى حاشيته على مجمع الفائدة والبرهان(٧) . وقال السيد العاملى : « فى الإيضاح والتنقيح بعد ذكر أقسامه : أنّ كلّه حرام فى شريعة

١- (١) الميزان ١ / ٢٤٤ نقلتها مع اختلافٍ فى الترتيب واختصارٍ .

٢- (٢) سورة البقرة / ١٠٢ .

٣- (٣) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٤- (٤) مجمع الفائدة ٨ / ٧٨ .

٥- (٥) الكفاية ١ / ٤٤٠ .

٦- (٦) الحدائق ١٨ / ١٧١ .

٧- (٧) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٣٤ .

المسلمين ومستحلّه كافر»(١) .

وقال فى الجواهر : « بلا خلاف أجده فى الجملة بين المسلمين فضلاً عن غيرهم ، بل هو من الضروريات التى يدخل منكرها فى سبيل الكافرين»(٢) .

وقال الشيخ الأعظم : « السحر حرام فى الجملة بلا خلاف بل هو ضرورىٌّ»(٣) .

وقال المؤسس الحائرى : « لا خلاف فى حرمته فى الجملة بين المسلمين ، بل هى من الضروريات التى يدخل منكرها فى عِداد الكافرين»(٤) .

وقال المحقق الخوئى : « لا خلاف فى حرمة السحر فى الجملة بل هى من ضروريات الدين وممّا قام عليه إجماع المسلمين»(٥) .

وقال الفقيه السبزوارى فى الاستدلال على حرمة السحر : « للنصوص والإجماع بل الضرورة من المذهب ، إن لم تكن من الدين»(٦) .

أقول : الإجماع قائم على حرمة تعليم السحر وتعلّمه والعمل به وأخذ الأُجرة عليه بين المسلمين ، كما أفتى به الشيخ وقال : « تعلّم السحر وتعليمه والتكسب به وأخذُ الأُجرة عليه حرام محظور»(٧) . ولكن هل هذا الإجماع مدركىٌّ أم لا ؟ الظاهر أنّه نشأ مِن الأدلة التالية .

الثانى : الكتاب

تدلّ على حرمة السحر آيات من الكتاب المجيد ، نحو :

قوله تعالى : «مَا كَفَرَ سُلَيْمانُ وَلَكِنَّ الشَّيْاطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا

١- (٨) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢٦ .

٢- (٩) الجواهر ٢٢ / ٧٥ .

٣- (١) المكاسب المحرمة / ٣٢ الطبع الحجرى (١ / ٢٥٧) .

٤- (٢) المكاسب المحرمة / ١٤٢ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٥- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٢٨٣ .

٦- (٤) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٩ .

٧- (٥) النهاية / ٣٦٥ .

أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولاَ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلاَ تَكْفُرْ»(١) .

وقوله تعالى : «وَلاَ يُفْلِحُ السَّاحِرُونَ»(٢) ، ثمّ قال تعالى بعد ثلاث آيات : «قَالَ مُوسَى مَا جِئْتُم بِهِ السِّحْرُ إِنَّ اللّهَ سَيُبْطِلُهُ إِنَّ اللّهَ لاَ يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ»(٣) .

وقوله تعالى : «وَأَلْقِ مَا فِى يَمِينِكَ تَلْقَفْ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدُ سَاحِرٍ وَلاَ يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَتَى»(٤) .

وظهور الآيات فى الحرمة يكفينا عن التفسير والتقريب وتكثير الكلام .

الثالث : السنة

الروايات المستفيضة بل المتواترة من السنة الشريفة تدلّ على حرمة السحر وتعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأُجرة عليه :

منها : صحيحة عبد العظيم الحسنى عن أبى جعفر الثانى الجواد عليه السلام فى حديث الكبائر : والسحر لأنّ اللّه عزّ وجل يقول : «وَلَقَدْ عَلِمُواْ لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِى الآخِرَةِ مِنْ خَلاَقٍ»(٥) ، الحديث(٦) .

ومنها : معتبرة السكونى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ساحر المسلمين يُقتل وساحر الكفار لا يُقتل ، قيل : يا رسول اللّه لم لا يُقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنّ الشرك أعظم من السحر ، لأنّ السحر والشرك مقرونان(٧) .

١- (٦) سورة البقرة / ١٠٢ .

٢- (٧) سورد يونس / ٧٧ .

٣- (٨) سورة يونس / ٨١ .

٤- (٩) سورة طه / ٦٩ .

٥- (١) سورة البقرة / ١٠٢ .

٦- (٢) الكافى ٢ / ٢٨٥ ح ٢٤ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٢٦٩ ح ١١ .

٧- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٦ ح ٢ . الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به .

رواها الكلينى أيضاً بسنده المعتبر فى الكافى الشريف ٧ / ٢٦٠ ح ١(١) .

ومنها : مصححة زيد الشحام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الساحر يُضرب بالسيف ضربةً واحدةً على أُمّ رأسه(٢) .

سند الرواية صحيح إن كان المراد بالبشار الراوى قبل الشحام هو بشار بن يسار الضُبَعِىّ الكوفى الثقة ، روى هو وأخوه عن أبى عبد اللّه عليه السلام وأبى الحسن عليه السلام (٣) . كما هو الظاهر . ولا يضرّ جهالة حبيب بن الحسن ، لأنّ معه فى السند محمد بن يحيى ومحمد بن الحسين كما فى نقل الكلينى(٤) أو محمد بن الحسين فقط كما فى نقل الشيخ(٥) .

ومنها : موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام قال : سئل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن الساحر فقال : إذا جاء رجلان عدلان فَشَهدا بذلک عليه فقد حلّ دمه(٦) .

ومنها : حسنة إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول : من تعلّم شيئاً من السحر كان آخر عهده بربّه ، وحدّه القتل إلاّ أن يتوب ، الحديث(٧) .

وهذه الرواية عامة تشمل حرمة تعلّم السحر وعمله ، وحملها على العمل فقط تخصيص بلا وجه .

ومنها : خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام قال : من تعلّم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر ، وكان آخر عهده بربّه ، وحدّه أن يُقتل إلاّ أن يتوب(٨) .

ومنها : مرسلة الرضى رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال فى خطبة : المنجم كالكاهن

١- (٤) كما نقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب بقية الحدود .

٢- (٥) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٦ ح ٣ .

٣- (٦) رجال النجاشى / ١١٣ الرقم ٢٩٠ .

٤- (٧) الكافى ٧ / ٢٦٠ ح ٢ .

٥- (٨) التهذيب ١٠ / ١٤٧ ح ١٥ .

٦- (٩) التهذيب ٦ / ٢٨٣ ح ١٨٥ و ١٠ / ١٤٧ ح ١٦ و نقل عن الأخير فى وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ١ .

٧- (١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ٢ .

٨- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧ .

والكاهن ، كالساحر ، والساحر كالكافر ، والكافر فى النار ، سيروا على اسم اللّه(١) .

رواها الصدوق فى الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح٨ .

ومنها : خبر أبى موسى الأشعرى قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ثلاثة لا يدخلون الجنة مدمن خمر ، ومدمن سحر ، وقاطع رحم ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر على بن الجهم عن الرضا عليه السلام فى حديث : وأما هاروت وماروت فكانا ملكين علّما الناس السحر ليحترزوا به سحر السحرة ويبطلوا به كيدهم ، وما علّما أحداً من ذلک شيئاً إلاّ قالا : إنّما نحن فتنة فلا تكفر ، فكفر قوم باستعمالهم لما اُمروا بإلاحتراز منه ، وجعلوا يفرّقون بما تعلّموه بين المرء وزوجه ، قال اللّه تعالى : «وَمَا هُم بِضَآرِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللّهِ» يعنى بعلمه(٣) .

ومنها : خبر نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المنجم ملعون ، والكاهن ملعون ، والساحر ملعون ، الحديث(٤) .

وهذه الروايات وما شابهها منها مايدلّ بوضوح على حرمة تعليم وتعلّم السحر والتكسب به وأخذ الأجرة عليه والعمل على طبقه .

الرابع : حكم العقل

العقل مستقل بقبح الخديعة وإخراج الباطل فى صورة الحقّ وقلب الشىء عن واقعه وحقيقته ، وهذا القبح العقلى يستلزم الحكم الشرعى بقاعدة الملازمة .

المقام الثالث : فروع البحث

اشارة

إنّ هاهنا فروعاً يحسن التنبيه عليها والبحث حولها :

الفرع الأول: حرمته مطلقة من دون تقييد بالعمل الحرام أو نيته

الفرع الأوّل : حرمة تعليم وتعلّم السحر مطلقة فى رواياتنا كما مرّ آنفاً ، ولم تقيد

١- (٣) نهج البلاغة . الخطبة ٧٩ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٦٤ ح ٦ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٦ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٥ .

٤- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٧ .

بالعمل الحرام أو نيّته ، بحيث لو لم ينو هذا أو لم يقصد الحرام أو لم يترتب عليه لم يكن حراماً ، بل حرمته مطلقة ، سواء قصد الحرام أو لم يقصده ، وسواء ترتب عليه الحرام فى الخارج أو لم يترتب ، ولذا لو سحر لأجل جلب محبّة الزوج إلى زوجته أو توفيق إنسان فى عبادة اللّه تعالى وتحصيله للعلم أو دفع العقارب والحيات والبراغيث ونحوها من المنافع العقلائية كان حراماً ويكون تحصيله وتعلّمه حراماً أيضاً ، للإطلاقات الورادة فى الروايات .

خلافاً للشيخ الأكبر كاشف الغطاء(١) حيث قيّد الحرمة بالعمل ونيته ، فالسحر عنده حرام إذا كانت غايته المترتبة عليه حراماً ، وعلى فرض عدم ترتب الغاية إذا كانت نيته حراماً . وتبعه على هذا التقييد تلميذه صاحب الجواهر(٢) ، وتلميذ صاحب الجواهر السيد على آل بحر العلوم(٣) والمؤسس الحائرى(٤) .

وأنت ترى إطلاق الروايات وعدم وجود التقييد فيها وافقنا على حرمة تعلّم السحر وتعليمه مطلقاً ؟ السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٥) .

الفرع الثانى: هل يجوز الحرمة بوجود المضر منه؟

الفرع الثانى : هل يجوز تعلّم السحر فقط من دون قصد العمل به ؟ لأنّه مرتبة من الفضل ، والعلم فى حدِّ ذاته شريف وأنّه خير من الجهل ، أو أنّه لا يجوز مطلقاً ذهب إلى الأوّل كاشف الغطاء(٦) وتابعه صاحب الجواهر(٧) وتلميذه السيد على آل بحر العلوم(٨) والمؤسس

الحائرى(٩) .

ص:٢٢٣

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٣٩ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٩ .

٣- (٣) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٢٦ الطبع الحجرى .

٤- (٤) المكاسب المحرمة / ١٥٣ لآية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى .

٥- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢٧ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٣٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٧٨ .

٨- (٨) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٣٠ الطبع الحجرى .

٩- (١) المكاسب المحرمة / ١٥٣ لآية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى .

ولكن ظاهر المشهور على الثانى ، والحقّ قول المشهور ، للإطلاق الوارد فى الروايات .

مضافاً إلى دلالة حسنة إسحاق بن عمار(١) وخبر أبى البخترى(٢) الماضيتين على حرمة تعلّم السحر .

الفرع الثالث : هل تختص الحرمة بوجود المضر منه ؟

ذهب الشهيدان فى الدروس(٣) والمسالك(٤) إلى الاختصاص ، ووافقهما الكاشانى فى مفاتيح الشرائع(٥) ، وهو ظاهر العلاّمة فى كتبه(٦) ، حيث قيّد تعريفه بما « يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة» . وظاهر هذا التعريف وتقييده بالتأثير يعنى إذا لم يوجب ذلك فلا حرمة ،

ومن الواضح إنّ هذا التأثير يكون بالإضرار غالباً وعلى هذا يمكن عدّ العلامة الحلى من القائلين بالاختصاص .

ويؤيدهم بعض الروايات الواردة فى قصة هاروت وماروت ، نحو : خبر محمد بن زياد ومحمد بن سيار عن الحسن بن على العسكرى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى حديث : فلا تكفر بإستعمال هذا السحر وطلب الإضرار به إلى أن قال : ويتعلّمون ما يضرّهم ولا ينفعهم ، لأنّهم إذا تعلّموا ذلک السحر ليسحروا ويضرّوا به فقد تعلّموا ما يضرّهم فى دينهم ولا ينفعهم فيه ، الحديث(٧) .

ولكن الصحيح - كما ذهب إليه المشهور - عدم ثبوت اختصاص الحرمة بوجود المضر منه ، بل الحرمة للسحر ثابتة حتّى إذا لم يكن فى البين المضر منه والإضرار . وبعبارة أُخرى : نفس عمل السحر حرام حتّى إذا لم يترتب عليه ضررٌ ولم يضر منه أحدٌ ، نحو أن يعمل

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ٢ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧ .

٣- (٤) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٤- (٥) المسالک ٣ / ١٢٨ .

٥- (٦) مفاتيح الشرائع ١ / ٢٤ .

٦- (٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ وقواعد الأحكام ٢ / ٩ والتحرير ٢ / ٢٦٠ .

٧- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٤ .

الساحر أمراً فى الجو والسماء والفضاء والأرض ولكن لم يتضرر منه أحدٌ ، أو إحداث المنفعة والحبّ المفرط للغير من دون ترتب الإضرار على أحدٍ ، فهذا أيضاً حرام لإطلاق الأدلة

الواردة فی حرمة السحر ، ولم یقیّدها الروایات المقیدة ، لأنّها أیضاً من المثبتات وضعف إسنادها .

نعم ، یمکن القول بتشدید الحرمة فی صورة الإضرار ، لأنّ السحر حرام والإضرار بالغیر حرام آخر ، فصار فی مورد الاجتماع حرمان مجتمعان .

الفرع الرابع : هل یجوز رَفع ضرر السحر بالسحر أو إبطاله به ؟

ذهب إلی جواز حلّ السحر بشیءٍ من القرآن والذکر والدعاء والأقسام لا بشیءٍ من السحر ، جماعة منهم : العلاّمة فی القواعد(۱) والتحریر(۲) والتذکرة(۳) .

ویمکن أن یُستدل لهم بأنّ : السحر حرام فی حدِّ ذاته فلا یجوز استعماله حتّی فی إبطاله ودفع الضرر به . والإطلاقات تقتضی ذلک .

ولکن الصحیح جواز دفع ضرر السحر أو إبطاله أو حلّه به ، لما ورد فی ذلک عدّة من الروایات المرخصة ، نحو :

وخبر محمد بن زیاد ومحمد بن سیار عن العسکری علیه السلام عن آبائه علیهم السلام قال فی حدیث فی ذیل قوله تعالی : «وَمَا أُنزِلَ عَلَی الْمَلَکَیْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ» قال : کان بعد نوح علیه السلام قد کثرت السحرة المموهون ، فبعث اللّه عزّ وجل ملکین إلی نبی ذلک الزمان بذکر ما یسحر به السحرة وذکر ما یبطل به سحرهم ویردّ به کیدهم ، فتلقاه النبی عن الملکین وأداه إلی عباد اللّه بأمر اللّه عزّ وجل وأمرهم أن یقفوا به علی السحر وأن یبطلوه ونهاهم أن یسحروا به الناس .إلی أن قال : وما یعلّمان من أحد ذلک السحر وإبطاله حتّی یقولا للمتعلّم إنّما نحن فتنة ، الحدیث(٤) .

١- (١) القواعد ٢ / ٩ .

٢- (٢) التحرير ٢ / ٢٦٠ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٤ .

ومنها : خبر على بن الجهم عن الرضا عليه السلام فى حديث : قال : وأما هاروت وماروت فكانا ملكين علّما الناس السحر ليحترزوا به سحر السحرة ويبطلوا به كيدهم ، الحديث(١) .

ومنها : خبر إبراهيم بن هاشم عن شيخ من أصحابنا الكوفيين ، قال : دخل عيسى بن سيفى [شفقى - شقفى - سقفى] على أبى عبد اللّه عليه السلام وكان ساحراً يأتيه الناس ويأخذ على

ذلک الأجر ، فقال له : جعلت فداک أنا رجل كانت صناعتى السحر وكنت آخذ عليه الأجر وكان معاشى ، وقد حججت منه ومنّ اللّه علىَّ بلقائک ، وقد تبت إلى اللّه عزّ وجل ، فهل لى فى شئٍ من ذلک مخرج ؟ فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام : حلٍّ ولا تعقد(٢) .

هذه الرواية رواها المشايخ الثلاثة(٣) والحميرى فى قرب الإسناد(٤) . ولكنّها ضعيفة الإسناد بدخول مجهول فى السند ، كشيخ من أصحابنا الكوفيين كما فى الكافى ، أو دخول عيسى فى السند كما فى الفقيه وقرب الإسناد ، وهو مهمل .

ولكن دلالتها على جواز حلّ السحر بالسحر واضحة ، لأنّ حلّ السحر بغيره لا يختص بالساحر ، فما أمره الإمام عليه السلام بحلّ السحر وعطف كلامه ب- « لا تعقد » ظاهرٌ فى الحلِّ بالسحر . فدلالة الرواية على جواز حلّ السحر بالسحر تام وحملها على حلّه بشى ء من القرآن أو الذكر أو الدعاء ونحوها كما عن بعضٍ بعيد فى الغاية .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : روى : أنَّ توبة الساحر أن يحلَّ ولا يعقد(٥) .

ومنها : مرسلة العلاء عن محمد بن مسلم قال : سألته عن المرأة يُعمل لها السحر يحلّونه عنها ؟ قال : لا أرى بذلک بأساً(٦) .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٥ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٥ ح ١ .

٣- (٢) الكافى ٥ / ١١٥ ح ٧ - الفقيه ٣ / ١٨٠ ح ٣٦٧٧ - التهذيب ٦ / ٣٦٤ ح ١٠٣٤ .

٤- (٣) قرب الإسناد / ٥٢ ح ١٦٩ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٣ - ٢٨ / ٣٦٥ ح ٢ .

٦- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٣٧ - الجواهر ٢٢ / ٧٦ .

وأمر هذه الرواية عجيب ، ذكرها الشهيدان فى الدروس(١) والمسالک(٢) من دون ذكر متنها ، ولكن لم أجدها فى الجوامع الحديثية ، والعلم عند اللّه تعالى . وأمّا دلالتها على جواز حلّ السحر به ظاهرة .

ومنها : خبر الحلبى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن النُشْرَةِ للمسحورِ ، فقال : ما كان أبى عليه السلام يرى به بأساً(٣) .

سندها ضعيف ودلالتها غير ظاهرة ، لأنّها منوطة بحمل النُشْرَة على حلّ السحر بالسحر ، وهو محلّ تأمل بل منع .

ومنها : مرسلة أبى منصور الطبرسى : فما تقول فى الملكين هاروت وماروت ؟ وما يقول الناس بأنّهما يعلّمان الناس السحر ؟ قال الصادق عليه السلام : إنّهما موضع إبتلاء وموقع فتنة ، تسبيحهما : اليوم لو فعل الإنسان كذا وكذا لكان كذا وكذا ولو يعالج بكذا وكذا لكان كذا ، أصناف السحر فيتعلّمون منهما ما يَخْرُجُ عنهما ، فيقولان لهم : إنّما نحن فتنة فلا تأخذوا عنّا ما يضركم ولا ينفعكم ، الحديث(٤) .

دلالة الرواية على جواز تعليم وتعلّم السحر لأجل الإبطال ظاهرة ، فإذا جاز التعلّم جاز العمل لأجل الإبطال بطريق أولى .

ودلالة مجموع الروايات المذكورة على جواز حلّ السحر وإبطاله بالسحر واضح ، ولا يضرّ ضعف أسنادها بعد بلوغها مرتبة الإستفاضة وإفتاء جماعة من الأصحاب بها ، واللّه العالم .

الفرع الخامس : هل يجوز تعلّم السحر لأجل دفع السحر وضرره أو إبطال المدعى للمناصب الإلهية ؟

ذهب جماعة من الأصحاب قدس سرهم إلى الجواز ، بل ذهب بعضهم إلى الوجوب الكفائى :

١- (٦) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٢- (٧) المسالک ٣ / ١٢٨ .

٣- (٨) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٩ ح ١٠ .

٤- (١) الاحتجاج ٢ / ٣٤٠ .

منهم : الشهيد قال : « أما علمه ليتوقى أو لئلا يعتريه فلا ، وربّما وجب على الكفاية ليدفع المتنبّىء بالسحر »(١) . وتبعه الشهيد الثانى فى المسالک(٢) والروضة(٣) ، ونفى عنه البُعد المحقق الثانى وقال : « ليس ببعيد إن لم يلزم منه التكلّم بمحرَّم أو فعل ما يحرم»(٤) .

والمحقق الإردبيلى فى مجمع الفائدة(٥) والبحرانى فى الحدائق(٦) وسيد الرياض(٧) والشيخ جعفر(٨) وصاحب الجواهر(٩) وتلميذه السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه(١٠)

والمحقق الخوئى(١١) وشيخنا الأُستاذ(١٢) - مدظله - .

ويمكن أن يُستدل لهم - مضافاً إلى مرسلة الطبرسى(١٣) الماضية فى الفرع السابق - بقاعدة الضرورات التى تبيح المحظورات ، لأنّ السحر الحرام وتعلّمه الحرام إذا كانا لدفع ضرر السحر عن نفسه أو غيره أو دفع فتنة من ادعى النبوة والإمامة من المناصب الإلهية وإرشاد الناس المجتمعين المغفولين عنده وإفشاء أمره ، صار بقاعدة الضرورة من المحلّلات ، وإذا انحصر الدفع به صار من الواجبات الكفائية كما عليه جماعة من الأصحاب ، واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع السادس : هل يكون التسخير من السحر أم لا ؟

التسخيرات مختلفة باعتبار المُسْخَر بالفتح ، تارة المسخَر هو القوى المادية والطبيعية ، وأُخرى الأشجار والنباتات والحيوانات ، وثالثة الإنسان وروحه وفكره وجسده ، ورابعة الشياطين والأجنة ، وخامسة الأرواح سواء كانت من المؤمنين أو الكافرين ، وسادسة الملائكة .

والمسخِر بالكسر فى جميعها هو الإنسان .

والكلُّ جائز ومباح ، ويدلّ على ذلک قوله تعالى : «أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِى السَّمَاوَاتِ وَمَا فِى الأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً»(١٤) وقوله تعالى : «اللَّهُ الَّذِى سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِىَ الْفُلْكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِن فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ * وَسَخَّرَ لَكُم مَا فِى السَّماوَاتِ وَمَا فِى الأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ إِنَّ فِى ذلِکَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»(١٥) . وهذه الآيات الشريفة ونظائرها تدلّ بوضوح على جواز تسخير ما فى السماوات والأرض للإنسان ، ومنها ما ذكرناها . مضافاً إلى أنّ الأصل فيها الجواز والبراءة من الحرمة .

ولكن إذا صار هذا التسخير موجباً لتضرر المسخِر بالكسر - نحو تلفه أو جنونه أو مرضه فى العاجل أو الآجل - يكون محرّماً من هذه الجهة .

وهكذا إذا صار هذا التسخير موجباً لفناء المسخَر بالفتح بالكليّة بحيث يكون نوع

١- (٢) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٢- (٣) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٨ .

٣- (٤) الروضة البهية ٣ / ٢١٥ .

٤- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .

٥- (٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٩ .

٦- (٧) الحدائق ١٨ / ١٧٥ .

٧- (٨) رياض المسائل ٨ / ١٦٦ .

٨- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٤٠ .

٩- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٧٩ .

١٠- (١١) برهان الفقه / كتاب التجارة / ٣٠ و ٣١ .

١١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٩٦ .

١٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٦٦ .

١٣- (٣) الإحتجاج ٢ / ٣٤٠ .

١٤- (٤) سورة لقمان / ٢٠ .

١٥- (٥) سورة الجاثية / ١٢ و ١٣ .

الإنسان محروماً منه فى الآجل أو يكون المسخَر بالفتح من الإنس والجن والروح مؤمنين أو من الملائكة ويكون التسخير ظلماً له ويوجب إيذاءه فصار محرَّماً من هذه الجهة .

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الحكم الأوَّلى للتسخيرات هو الجواز وأنّها خارجة عن السحر حكماً وموضوعاً .

ومن هنا ظهر حكم عملية إحضار الأرواح بأنّها جائزة إذا لم تكن موجبة لتضرر المحضِر بالكسر والمحضَر بالفتح إذا كان من المؤمنين .

والعجب من الشهيد حيث عدّ من السحر بعض التسخيرات وقال : « ومن السحر الإستخدام للملائكة والجن والإستنزال للشياطين فى كشف الغائب وعلاج المصاب»(١) .

وهكذا عدّ من السحر إحضار الأرواح وقال : « ومنه الاستحضار بتلبّس الروح ببدن متفعّل ، كالصبى والمرأة وكشف الغائب عن لسانه»(٢) .

وتبعه فى ذلک ثانيه وقال فى المسالک : « ومنه استخدام الملائكة والجن واستنزال الشياطين فى كشف الغائبات وعلاج المصاب ، واستحضارهم وتلبّسهم ببدن صبىٍّ أو امرأةٍ وكشف الغائب على لسانه»(٣) .

وتبعهما الكاشانى فى المفاتيح(٤) والسيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه(٥) والشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمة(٦) ، ولكن ثانى الشهيدين أخرج الكِهانة التى هى من الاستخدامات والتسخيرات من السحر وقال : « وهو قريب من السحر»(٧) . وهكذا الشهيد عدّ كلاً منهما على حدّه(٨) .

العلامة يقول فى المنتهى : « فأما الذى يقال من العزم على المصروع ويزعم أنّه يجمع الجنّ فيأمرها لتطيعه ، فهو عندى باطل لا حقيقة له ، وإنّما هو من الخرافات»(٩) .

ووافقنا على أنّ التسخيرات ليست من السحر جماعة من المحققين ، منهم : الإيروانى(١٠)

١- (١) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٢- (٢) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٣- (٣) المسالک ٣ / ١٢٨ .

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ .

٥- (٥) برهان الفقه / كتاب التجارة / ٢٨ طبع الحجرى .

٦- (٦) المكاسب المحرمة / ٣٤ الطبع الحجرى (١ / ٢٧٣) .

٧- (٧) المسالک ٣ / ١٢٨ .

٨- (٨) الدروس ٣ / ١٦٣ .

٩- (٩) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

١٠- (١٠) حاشية المكاسب ١ / ١٧٢ .

والخوئى(١) والأردكانى(٢) قدس سرهم وشيخنا الأُستاذ(٣) والقمى(٤) - مدظلهما - .

الفرع السابع : إذا قتل الساحر أحداً بسحره هل يقتص منه ؟

قال الشيخ فى الخلاف : « إذا أقرّ أنّه سحر فقتل بسحره متعمداً لا يجب عليه القود ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعى : عليه القود . دليلنا : أنّ الأصل براءة الذمة ، وأنّ هذا ممّا يقتل به يحتاج إلى دليل ... »(٥) .

وقال فى المبسوط : « فإذا سحر رجلاً فمات من سحره سئل ، فإن قال سحرى يقتل غالباً وقد سحرته وقتلته فعليه القود ، كما لو أقرّ أنّه قتله بالسيف عمداً ، وقال قوم لا قود عليه بناءً على أصله أنّه لايقتل إلاّ إذا قتل بالسيف ، وأمّا إذا قتل بالمثقل فلا قود ، لكنّه قال : إن تكرر الفعل منه قتلته حدّاً لأنّه بمنزلة الخناق ، وهو من السعى فى الأرض بالفساد ، والأوّل يقتضيه مذهبنا»(٦) .

وأنت ترى أنّ الشيخ ذهب فى المبسوط إلى خلاف ما ذهب إليه فى الخلاف ، ذهب فى مبسوطه إلى ثبوت القود مع إقرار الساحر بأنَّ سحره يقتل غالباً ، وفى خلافه إلى نفيه مطلقاً .

قال المحقق : « السادسة : قال الشيخ : لا حقيقة للسحر ، وفى الأخبار ما يدلّ على أنّ له حقيقة . ولعلّ ما ذكره الشيخ قريب ، غير أنّ البناء على الاحتمال أقرب ، فلو سحره فمات لم يوجب قصاصاً ولادية على ما ذكره الشيخ ، وكذا لو أقر أنّه قتله بسحره ، وعلى ما قلناه من الاحتمال يلزمه الإقرار ، وفى الأخبار يقتل الساحر ، وقال فى الخلاف : يُحمل ذلک على قتله حدّاً لفساده لا قوداً»(٧) .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٩٦ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ١٣٥ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٦٨ .

٤- (٤) عمدة المطالب ١ / ٢٢٦ .

٥- (٥) الخلاف ٥ / ٣٣٠ المسألة ١٦ .

٦- (٦) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٧- (٧) شرائع الإسلام ٤ / ١٨٢ .

أقول : بناءً على ما اخترناه من أنّ للسحر حقيقة فإذا قتل الساحرُ أحداً بسحره وأقرّ بذلک أو قامت البينة الشرعية عليه ، يقتل به ويثبت القصاص ، لإستناد القتل العمدى إليه وهو الذى يكون موضوعاً للقصاص .

وأمّا بناءً على مختار الشيخ وأتباعه من أنه ليس للسحر حقيقة بل هو تخيّلٌ محضٌ ، يمكن القول بثبوت القصاص لو قتل الساحر أحداً خلافاً للشيخ فى خلافه ، لأنه قد يترتب على من ليس له حقيقة أمراً واقعياً نحو : أن يريه بحراً موّاجاً وسفينة جارية فيه ويريد المسحور أن يركبها فيسقط من ارتفاع فيموت ، وفى هذا الفرض ونحوه حيث يمكن استناد القتل إلى الساحر فعليه القود .

ولذا ذهب الفقيه العاملى إلى ثبوت القصاص على المسلكين وقال : « إنّ الأقوى الثبوت على القولين»(١) .

والمحقق الخوئى قدس سره مع أنّه من القائلين بأنّ ليس للسحر حقيقة بل هو تخيّل محض ، ذهب إلى ثبوت القصاص لصحة إستناد القتل(٢) .

فعلى ما ذكرناه ظهر عدم تماميّة جعل هذا الفرع من ثمرات مسلكى الحقيقة والتخيّل ، بحيث يثبت القود بناءً على الأوّل ثبت القود وبناءً على الثانى فلا ، كما عليه بعض(٣) .

والتفصيل يطلب من كتاب القصاص . واللّه العالم .

الفرع الثامن : هل يحكم بكفر الساحر ؟

قال الشيخ فى المبسوط : « فإذا قال : أنا ساحرٌ ، قلنا صف السحر ، فإن وصفه بما هو كفر فهو مرتدّ يستتاب فإن تاب وإلاّ قتل ، وإن وصفه بما ليس بكفر لكنّه قال : أنا أعتقد إباحته حكمنا بأنّه كافر يُستتاب ، فإن تاب وإلاّ قتل لأنّه اعتقد إباحة ما أجمع المسلمون على تحريمه ، كما لو اعتقد تحليل الزنا فإنّه يكفر . وإن قال : أنا ساحر أعمل السحر وأعتقد أنّه حرام لكنّى أعمله ، لم يكفر بذلك ولم يجب قتله ، وقال بعضهم : هو زنديق لا تقبل

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٣٣ .

٢- (٢) مبانى تكملة المنهاج ٢ / ٧ .

٣- (٣) نحو الفقيه الشيخ جعفر فى شرح القواعد ١ / ٢٤٨ .

توبته ويقتل ، وقال قوم : يقتل الساحر ولم يذكروا هل هو كافر أم لا ؟ وهو الموجود فى أخبارنا»(١)
.

وقال فى الخلاف « من استحلّ عمل السحر فهو كافر ووجب قتله بلا خلاف ، ومن لم يستحلّه وقال : هو حرام ، إلاّ أنّى أستعمله كان فاسقاً لا يجب قتله ، وبه قال أبوحنيفة والشافعى . وقال مالک : الساحر زنديق إذا عمل السحر وقوله « لا استحلّه » غير مقبول ، ولا

تقبل توبة الزنديق عنده . وقال أحمد بن حنبل وإسحاق : يُقتل الساحر ولم يتعرضا لكفره . وقد روى ذلک أيضاً أصحابنا . دليلنا : أنّ الأصل حقن الدماء ومن أباحها يحتاج إلى شرع ودليل ... ويدلّ على صحة ما قلناه ما روى عنه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : اُمرت أن اُقاتل الناس حتّى يقولوا « لا إله إلاّ اللّه » ، فإذا قالوها عصموا بها منّى دماءهم وأموالهم إلاّ بحقِّها ... »(٢) .

« إذا قال : أنا أعرف السحر واُحسّنه لكنّى لا أعمل به ، لا شىء عليه . وبه قال الشافعى وأبوحنيفة . وقال مالک : هذا زنديق ، وقد اعترف بذلک فوجب قتله ولا تقبل توبته . دليلنا : أنّ الأصل براءة الذمة وحقن دمه ، ومن أباحه فعليه الدلالة»(٣) .

أقول : هل يمكن الحكم بكفر الساحر بمحض تعلّم السحر وعمله أم لا ؟ الظاهر - واللّه العالم - عدم إمكان الحكم بكفره ، بمعنى أنّه صار مرتداً بمحض تعلّم السحر وعمله ، ولا يجرى عليه أحكام الإرتداد من وجوب قتله وبينونة زوجته وتقسيم أمواله بين ورثته ، بل حيث أقرّ بالشهادتين فهو مسلم ويجرى عليه أحكام الإسلام .

وما ورد فى بعض الروايات - نحو مرسلة الرضى الماضية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : الساحر كالكافر والكافر فى النار الخطبة(٤) - فلا تدلّ على كفره لإرسال سندها ولحرف التشبيه الظاهر فى الغيرية .

فالساحر إذا أقر بالشهادتين حكم بإسلامه ولكنّه كافر معنوياً وباطناً لا حكماً

١- (٤) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٢- (١) الخلاف ٥ / ٣٢٩ . المسألة ١٥ .

٣- (٢) الخلاف ٥ / ٣٣١ . المسألة ١٧ .

٤- (٣) نهج البلاغة . الخطبة ٧٩ .

ظاهرياً ، نحو ما ورد فى الروايات من الحكم بكفر تارك الصلاة ، حيث أنّ الشارع أمر بالصلاة ونهى عن السحر وعمله وتعلّمه ، وكلّ من ترك أمر الشارع أو عمل بنهيه فهو كمن أنكره ويلزمه الكفر المعنوى والباطنى ، فما ورد من الحكم بكفر الساحر(١) يحمل على هذا المعنى الذى ذكرناه .

تنبيه : إذا استحلّ السحر وعمله وتعلّمه مع علمه بحرمته فى الشريعة المقدسة وعلم أن مرجع هذا الإستحلال إلى إنكار النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، يحكم بكفره كمن أنكر غيره من الضروريات . ولكن إذا لم يستحلّه وذهب إلى حرمته أو لم يعلم بأن مرجع هذا الإستحلال إلى

إنكار النبى صلى الله عليه و آله وسلم وشريعته ، لا طريق لنا إلى الحكم بكفره المصطلح أعنى الإرتداد .

الفرع التاسع : حدّ الساحر

قال المحقق : « من عمل بالسحر يُقتل إن كان مسلماً ويؤدّب إن كان كافراً»(٢) .

وقال العلامة بعد تعريف السحر وأثره : « ... فمن عمل بالسحر قُتِلَ إن كان مسلماً وأُدِّب إن كان كافراً من غير أن يُقْتل ، والأقرب أنّه لا يكفر بتعلّمه وتعليمه محرّماً ، ولو استحلّه فالوجه الكفر . والسحر الذى يجب به القتل هو ما يُعدّ فى العرف سحراً ، كما نقل الأُموى فى مغازيه : أنّ النجاشى دعا السواحر فنفخن فى ... »(٣) .

قال سيد الرياض بعد نقل كلام المحقق : « بلا خلاف فتوىً ونصّاً ... ثمّ قال بعد صفحة : ثمّ إنّ مقتضى إطلاق النص والفتوى بقتله عدم الفرق فيه بين كونه مستحلاً له أم لا ، وبه صرح بعض الأصحاب(٤) ، وحكى آخر من متأخرى المتأخرين(٥) قولاً بتقييده بالأوّل ، ووجهه غير واضح بعد إطلاق النص المنجبر ضعفه - بعد الاستفاضة - بفتوى الجماعة وعدم الخلاف

١- (٤) نحو خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام قال : من تعلّم من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر وكان آخر عهده بربّه ، الحديث . [وسائل الشيعة ١٧/ ١٤٨ ح ٧] .

٢- (١) شرائع الاسلام ٤ / ١٥٤ .

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ٣٩٧ المسألة ٦٩٣٩ .

٤- (٣) الروضة البهية ٩ / ١٩٥ .

٥- (٤) مفاتيح الشرائع ٢ / ١٠٢ .

فيه بينهم أجده ، ولم أرحاكياً له غيره»(١) .

وقال صاحب الجواهر بعد كلام المحقق : « بلا خلاف أجده فيه ... - ثمّ قال بعد صفحة : - ثمّ إنّ إطلاق النص والفتوى يقتضى عدم الفرق بين مستحل وغيره ، فما عن بعض المتأخرين من القول بإختصاصه بالأوّل لم نتحققه ، وعلى تقديره غير واضح الوجه»(٢) .

وقال المحقق الخوئى قدس سره : « من دون خلاف فى الجملة ...»(٣) .

أقول : تدلّ على حدِّ الساحر عدّة من الروايات :

منها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ساحر المسلمين يُقتل وساحر الكفار لا يُقتل ، فقيل : يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ولم لا يُقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنّ الكفر أعظم من السحر ، ولأنّ السحر والشرك مقرونان(٤) .

ومنها : موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : سئل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن الساحر فقال : إذا جاء رجلان عدلان فشهدا عليه فقد حلّ دمه(٥) .

وهذه الموثقة مطلقة تشمل ساحر المسلمين والكفار ، ومعتبرة السكونى تقيّدها .

ومنها : موثقة أو حسنة إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول : من تعلّم شيئاً من السحر كان أخر عهده بربّه ، وحده القتل إلاّ أن يتوب ، الحديث(٦) .

هذه الرواية تدلّ على أنّ حدّ متعلِّم السحر هو القتل ، ولا بأس بأخذها ، والمراد بتوبته فى آخر الحديث تركه للتعلّم .

ومنها : مصححة زيد الشحام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الساحر يُضرب بالسيف

١- (٥) رياض المسائل ١٦ / ٥٨ و ٥٩ .

٢- (٦) الجواهر ٤١ / ٤٤٢ و ٤٤٣ .

٣- (٧) مبانى تكملة المنهاج ١ / ٢٦٦ .

٤- (٨) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب بقية الحدود والتعزيرات .

٥- (١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ١ . الباب ٣ من أبواب بقية الحدود والتعزيرات .

٦- (٢) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ٢ .

ضربةً واحدةً على رأسه(١) .

قد مرّ تصحيح سندها فى أدلة حرمة السحر .

ومنها : خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام قال : من تعلّم شيئاً من السحر قليلاً كان أو كثيراً فقد كفر ، وكان آخر عهده بربّه ، وحدّه أن يقتل إلاّ أن يتوب(٢) .

وهذه الروايات كماترى مطلقة بالنسبة إلى مستحلِّ السحر وغيره ، وهكذا مطلقة بالنسبة إلى من اتخذ السحر حرفةً وشغلاً وبين من عمل السحر مرة أو مرات .

ومن الواضح خروج من عمل لحلّ السحر ودفع المتنبىء ونحوهما من الحكم بكفره معنوياً وجريان حدّ القتل عليه ، والتفصيل يطلب من كتاب الحدود . واللّه العالم .

الفرع العاشر : هل يؤثر السحر فى النبى صلى الله عليه و آله وسلم والإمام عليه السلام أم لا ؟

وردت أخبار من طرق الفريقين فى تأثير السحر فى النبىّ صلى الله عليه و آله وسلم :

منها : ما رواه فرات بن إبراهيم الكوفى فى تفسيره بإسناده عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : سحر لبيد بن أعصم اليهودى وأُمّ عبداللّه اليهودية رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى عقد من قزٍّ أحمر

وأخضر وأصفر ، فعقدوه له فى إحدى عشر عقدة ثم جعلوه فى جف من طلع - قال يعنى قشور اللوز - ثمّ أدخلوه فى بئر بوادٍ فى المدينة فى مراقى البئر تحت راعوفة - يعنى الحجر الخارج - فأقام النبى صلى الله عليه و آله وسلم ثلاثاً لا يأكل ولا يشرب ولا يسمع ولا يبصر ولا يأتى النساء ، فنزل عليه جبرئيل عليه السلام ونزل معه بالمعوذتين [بالمعوذات] فقال له : يا محمد ما شأنک ؟ قال : ما

أدرى أنا بالحال الذى ترى ، فقال : إنّ أمّ عبد اللّه ولبيد بن أعصم سحراك وأخبره بالسحر وحيث هو ، ثمّ قرأ جبرئيل عليه السلام : «بِسْمِ اللّه ِالرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ الْفَلَقِ» ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ذلک فانحلت عقدة ، ثمّ لم يزل يقرأ آية ويقرأ النبى صلى الله عليه و آله وسلم وتنحل عقدة حتّى أقرأها عليه إحدى عشرة آية وانحلت إحدى عشرة عقدة ، وجلس النبى صلى الله عليه و آله وسلم ودخل

١- (٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٦ ح ٣ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧ .

أمير المؤمنين عليه السلام فأخبره بما جاء به جبرئيل وقال : إنطلق فأتنى بالسحر ، فخرج علىٌّ فجاء به ، فأمر به رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فنقض ثمّ تفل عليه ، وأرسل إلى لبيد بن أعصم وأُمّ عبد اللّه اليهودية فقال : ما دعاكم إلى ما صنعتم ؟ ثمّ دعا رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم على لبيد وقال : لا أخرجک اللّه من الدنيا سالماً . قال : وكان مؤسراً كثير المال ، فمرّ به غلام يسعى وفى أُذنه قرط قيمته دينار ، فجاذبه فخرم أُذن الصبى فأُخذ وقطعت يده فمات من وقته(١) .

ورويت نظائرها فى دعائم الاسلام ٢ / ١٣٨ ح ٤٨٧ وطب الائمة / ١١٣ و ١١٤ ونقل عنهما فى بحار الانوار ٦٠ / ٢٣ و ٢٤ (٢٤ / ٢٤٨) والبحرانى فى البرهان ٥ / ٨١٣ و ٨١٤ ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٧ ح ٧ و١٠٨ ح ٨ و١٠٩ ح ٩ .

وأمّا من طريق العامة : فروى نظائرها فى الدر المنثور ٦ / ٤١٧ وغيره .

ونقل عنهم الشيخ فى الخلاف عدّة من الروايات فى ذلک ، ولكن قال بعد نقلها : « وهذه أخبار آحاد لا يُعمل عليها فى هذا المعنى »(٢) .

وقال فی تفسیره : « ولا یجوز أن یکون النبی صلی الله علیه و آله وسلم سُحِرَ علی ما رواه القصّاص الجهال ، لأنّ من یوصف بأنّه مسحور فقد خبل عقله ، وقد أنکر اللّه تعالی ذلک فی قوله : «إِذْ یَقُولُ الظَّالِمُونَ إِن تَتَّبِعُونَ إِلاَّ رَجُلاً مَّسْحُوراً»(۳) ، ولکن قد یجوز أن یکون بعض الیهود اجتهد فی ذلک فلم یقدر علیه ، فأطلع اللّه نبیّه علی ما فعله حتّی استخرج ما فعلوه من التمویه ، وکان دلالة علی صدقه ومعجزة له »(٤) .

وقد ذکر مثل هذا البیان الطبرسی فی مجمع البیان مع زیادة ، وهی : « وکیف یجوز أن یکون المرض من فعلهم ، ولو قدروا علی ذلک لقتلوه وقتلوا کثیراً من المؤمنین مع شدّة عداوتهم له»(٥) .

۱- (۱ ۲۳٥) تفسیر فرات الکوفی / ٦۱۹ ح ۷۷٤ ونقل عنه فی بحار الأنوار ٦۰ / ۲۲ ح ۱٥ (۲٤ / ۲٤۷) .

۲- (۲) الخلاف ٥ / ۳۲۹ .

۳- (۳) سورة الاسراء / ٤۷ - ونحوها فی سورة الفرقان / ۸ .

٤- (٤) التبیان ۱۰ / ٤۳٤ .

٥- (۱) مجمع البیان ۱۰ / ٥٦۸ .

قال الفخر الرازی : « إنّ المعتزلة أنکروا ذلک بأسرهم ، قال القاضی هذه الروایة باطلة »(۱) .

وأنکره منّا - مضافاً إلی الشیخ والطبرسی - العلامة الحلی فی منتهی المطلب(۲) والشیخ البحرانی فی الحدائق(۳) والشیخ جعفر فی شرح القواعد(٤) وتلمیذه السید العاملی فی مفتاح الکرامة(٥) .

وأنکر العلامة المجلسی وقوعه وقال : « وإن لم یقم برهان علی امتناعه إذا لم ینته إلی حدٍّ یخلّ بغرض البعثة کالتخبیط والتخلیط ... »(٦) .

أقول : إن البرهان قائم على امتناع تأثر النبى من السحر ، لأن عامة الناس إذا رأوا تأثير سحر الساحر على النبى وأعماله ، لم يبق لهم إطمئنان ولا اعتماد على أقواله وأعماله ومايبلّغ من الوحى ، لأنّ من الممكن عندهم أنّ يكون الساحر سحره فى نفس الآن والحين ، ونفس هذا الاستدلال يكفى فى امتناع تأثر النبى من السحر ، وأشار إلى هذا الاستدلال جدنا الفقيه الشيخ جعفر فى شرحه للقواعد(٧) .

فلا يلتفت إلى ما احتمله فى البحار(٨) وتبعه صاحب الجواهر(٩) قدس سرهما .

والحاصل ، أنه لا يجوز تأثر النبى صلى الله عليه و آله وسلم من السحر مطلقاً ، أى من دون فرق بين تأثير

١- (٢) التفسير الكبير ٣٢ / ١٨٧ .

٢- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

٣- (٤) الحدائق ١٨ / ١٨١ .

٤- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٤٧ .

٥- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٣٩ .

٦- (٧) بحار الأنوار ٦٠ / ٤١ (٢٤ / ٢٦١) .

٧- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٤٧ .

٨- (٩) بحار الانوار ٦٠ / ٤١ (٢٤ / ٢٦١) .

٩- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٨٨ .

السحر فى جسمه الشريف أو فى عقله أو حدوث ما تنفر منه الطباع أو غير ذلک كما عليه

الأعلام المذكورون رحمة اللّه عليهم أجمعين . وهذا تمام الكلام فى السحر وفروعه ، والحمد للّه العالم بإحكامه .

ص:٢٣٨

الشعوذة

موضوعها وحكمها :

قال ابن منظور : « الشعوذة : خفة فى اليد وأخذ كالسحر ، يُرى الشيء بغير ما هو عليه أصله فى رأى العين ... »(١) .

وحيث يأتى تعريفها وحكمها فى كلمات الفقهاء ، نذكر لک بعضها مع وضوح تعريفها وموضوعها اليوم عند العرف بحيث أنّ الكلّ يعرفها ، وهى المعبَّر عنها فى لغة الفرس ب- « تردستى » و « چشم بندى » .

١ - عدّها الشيخ فى عداد المكاسب المحرّمة وقال : « وكذلک التكسب بالكِهانة والقيافة والشَعْبَذَةِ وغير ذلک محرَّم محظور»(٢) .

٢ - وعدّها ابن إدريس من المكاسب المحرّمة وقال : « والكهانة والشعبذة والحيل المحرَّمة وما أشبه ذلک ... »(٣) .

٣ - وكذا عدّها فى المكاسب المحرّمة المحقق فى كتابيه : الشرائع(٤) والمختصر النافع(٥) .

٤ - وقال العلامة الحلى : « والشعبذة حرام ، وهى الحركات السريعة جداً بحيث يخفى على الحس الفرق بين الشيء وشبهه لسرعة انتقاله من الشيء إلى شبهه»(٦) .

ص:٢٣٩

١- (١) لسان العرب ٣ / ٤٩٥ .

٢- (٢) النهاية / ٣٦٦ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢١٨ .

٤- (٤) الشرائع ٢ / ١٠ .

٥- (٥) المختصر النافع / ١١٧ .

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ .

وذكر نحوها فى القواعد(١) والإرشاد(٢) والتحرير مع زيادة الحكم بأخذ الأُجرة عليها وقال : « هى حرام وكذا الأُجرة عليها»(٣) . وفى المنتهى(٤) نفى الخلاف عن تحريمها .

٥ - وألحقها الشهيد بالسحر وقال : « ويلحق به الشعبذة ، وهى الأفعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فيلتبس على الحسّ»(٥) .

٦ - وقال ثانى الشهيدين : « عرّفوها بأنّها الحركات السريعة التى يترتب عليها الأفعال العجيبة ، بحيث يلتبس على الحس الفرق بين الشيء وشبهه ، لسرعة الانتقال منه إلى شبهه»(٦) .

ثم جاء فى هامشه : « إنّما قال عرّفوها لينبّه على تمريض التعريف ، فإنّ الظاهر من حال الشعبذة أنّه خلاف ما عرّفوه - منه رحمه الله »(٧) .

٧ - والمحقق الأردبيلى عرّفها بالتعريف المشهور ثمّ قال : « وهو حرام بلا خلاف»(٨) .

٨ - والفيض الكاشانى أيضاً ادعى نفى الخلاف فى حرمتها(٩) .

٩ - وقال المحدث البحرانى بعد ذكر تعريفها المشهور : « وقد صرح فى المنتهى بنفى الخلاف عن التحريم ، والظاهر أنّه لا دليل سواه ، فإنّى لم أقف بعد التتبع على خبر يدلّ على ذلك»(١٠) .

أقول : والعجب من هذا المحدث الخبير كيف غفل عن مرسلة أبى منصور الطبرسى

١- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

٢- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٧٥ .

٣- (٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ .

٤- (١٠) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

٥- (١) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٦- (٢) المسالک ٣ / ١٢٩ .

٧- (٣) المسالک ٣ / ١٢٩ .

٨- (٤) مجمع الفائدة ٨ / ٨١ .

٩- (٥) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٣ .

١٠- (٦) الحدائق ١٨ / ١٨٥ .

المذكورة فى الاحتجاج ، حيث سأل الزنديق عن الصادق عليه السلام : فأخبرنى عن السحر ما أصله ؟ .....قال عليه السلام : إنّ السحر على وجوه شتى وجه منها : بمنزلة الطب ... ونوع آخر منه خطفة وسرعة ومخاريق وخفة ، الحديث(١) .

وهذا النوع الأخير ينطبق على الشعبذة بلا ريب .

١٠ - وقال الشيخ جعفر بعد الحكم بتحريمها : « لإجماع المنتهى وللحوقها بالباطل عند العاقل ، فتحرم للخبر ولأنّها .... ثمّ ذكر تعريفها من القواعد وقال : فيحكم الرائى لها بخلاف الواقع ، وتدخل فى باب الإغراء بالجهل والتدليس والتلبيس ، ولما فيها من القبح الزائد على قبح الملاهى ، والاشتغال بها من أعظم اللهو»(٢) .

أقول : لعل مراد الجد قدس سره من الخبر ما ورد عن الأئمة عليهم السلام فى إيكال أمر حرمة الغناء والشطرنج ونحوهما إلى أنّهما ونحوهما من الباطل فصارت حراماً نحو : موثقة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام حيث سُئل عن الشطرنج وعن ... ؟ فقال عليه السلام : أرأيتک إذا ميّز اللّه الحقّ والباطل مع أيّهما تكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : لا خير فيه(٣) .

ومثلها معتبرة الريان بن الصلت حيث سأل عن الرضا عليه السلام عن الغناء ... فقال : إذا ميز اللّه الحقّ والباطل فأين يكون الغناء ؟ فقال : مع الباطل ، فقال عليه السلام : قد حكمت(٤) .

١١ - وقال سيد الرياض بعد تعريفها المشهور : « ولا خلاف فى تحريمه كما عن المنتهى»(٥) .

١٢ - والفاضل النراقى ذكرها من المكاسب المحرّمة فى المستند ، وقال بعد تعريفها المشهور : « وعن الدروس نفى الخلاف فى تحريمه»(٦) .

١- (٧) الإحتجاج ٢ / ٣٣٩ .

٢- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٦٠ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٥ . الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٤ . الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٦- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١١٧ .

أقول : لم أجد هذا القول فى الدروس .

١٣ - قال السيد العاملى فى المفتاح : « وقد نص على حرمتها فى النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والإرشاد والدروس واللمعة وسائر ما تأخر ، وعن المنتهى أنّه لا خلاف فيه ، فلا

وجه للتأمل فيه بعد الإجماع المنقول بل المعلوم ، إذ لم نجد مخالفاً مع قربها من السحر ، وقد ألحقها به الشهيد فى الدروس»(١) .

١٤ - وقال صاحب الجواهر : « الشعبذة المحرّمة بالإجماع المحكى والمحصَّل وبالدخول تحت الباطل والإغراء والتدليس واللهو وغيرها ، بل لعلّها مِن السحر على بعض الوجوه ... »(٢) .

١٥ - وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم : « وممّا يحرم التكسب به أيضاً الشعبذة ، ولم يتعرض لها فى جملة مِنْ كتب اللغة ، والمستفاد من المعترض لها أنّها إراءة شبه الشىء أشياء من غاية سرعة الحركة ، ووافقته كلمات الأصحاب فى تفسيرها ، ولم أجد مخالفاً فى حرمتها .

وعن المنتهى لا خلاف فيه ، وفى مفتاح الكرامة وجواهر الأُستاد الإجماع عليه ، ولعلّه كذلك ، خصوصاً إن قلنا بأنّها مِن السحر ، كما يعطيه خبر الإحتجاج المتقدم فى السحر المتضمن لقوله : « ونوع آخر منه خطفة وسرعة ومخاريق وخفة» ، فتشملها حينئذ مضافاً إلى ذلك نصوصه ، وتحصيل ملكتها لا يكون إلاّ بتكرر العمل كصيرورة الإنسان بريداً ، فلا مورد هنا لجواز تعلّمها لا للعمل»(٣) .

١٦ - وقال الشيخ الأعظم : « الشعبذة حرام بلا خلاف ... ويدلّ على الحرمة بعد الإجماع - مضافاً إلى أنّه من الباطل واللهو - دخوله فى السحر فى الرواية المتقدمة عن الإحتجاج المنجبر وَهْنَها بالإجماع المحكى وفى بعض التعاريف المتقدمة للسحر ما يشملها»(٤) .

١- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٦٨ .

٢- (٦) الجواهر ٢٢ / ٩٤ .

٣- (١) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٣٢ . الطبع الحجرى .

٤- (٢) المكاسب المحرمة / ٣٤ الطبع الحجرى (١ / ٢٧٤) .

١٧ - وذهب إلى الحرمة الفقيه السبزوارى ، ولكن قال بعد الإستدلال لها : « والمتيقَّن من الدليل ما إذا لم يكن فيها غرض صحيح شرعى ، وإلاّ فمقتضى الأصل الإباحة ، بعد عدم شمول الدليل لهذه الصورة أو الشک فى الشمول ، كما لا تشمل الآثار السريعة الحادثة من الآلات الكهربائية ونحوها»(١) .

أقول : بعد وضوح موضوع الشعبذة عند العرف ، ترى أنّ الأصحاب حكموا لها بحرمتها قديماً وحديثاً ، وغاية ما يمكن الإستدلال على حرمتها اُمورٌ نتعرض لها :

أدلة حرمة الشعوذة :

الأوّل : الإجماع

قد ادعى العلامة الحلى فى المنتهى(٢) عدم الخلاف فى حرمتها ، والمحقق الأردبيلى(٣) والفيض الكاشانى(٤) وسيد الرياض(٥) ، ونقله الفاضل النراقى(٦) عن الدروس ولكن لم يوجد

فيه ، والشيخ الأعظم(٧) .

ثمّ عدم الخلاف بُدّل بالإجماع فى كلام الشيخ جعفر(٨) وتلميذيه السيد العاملى(٩) وصاحب الجواهر(١٠) .

وحيث يرجع هذا الإجماع ، إلى عدم الخلاف الوارد فى كلام العلامة الحلى فقط ، لم

١- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ١٠٥ .

٢- (٤) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

٣- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨١ .

٤- (٦) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٣ .

٥- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٦- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١١٧ .

٧- (١) المكاسب المحرمة / ٣٤ (١ / ٢٧٤) .

٨- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٦٠ .

٩- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٦٨ .

١٠- (٤) الجواهر ٢٢ / ٩٤ .

يثبت به الإجماع ولكن ما وجدنا أحداً من الأصحاب تعرض للشعبذة إلاّ حكم بحرمتها .

نعم ، بعض المعاصرين قد نفى الحرمة عنها وحكموا بإباحتها ، ويأتى التعرض لأساميهم المباركة .

والحاصل : لم يثبت بعدم خلاف العلامة الإجماع ، هذا أوّلاً .

وثانياً : على فرض ثبوته يمكن أن يكون مدركياً ، لاحتمال استناده إلى الوجوه الآتية .

الثانى : مرسلة الإحتجاج

حيث قال الصادق عليه السلام فى وجوه السحر : « ونوع آخر منه : خطفة وسرعة ومخاريق وخفة» ، الحديث(١) .

بتقريب : أنّها تنطبق على الشعبذة ، فحكم بحرمتها وتلحق بالسحر حكماً .

ويمكن أن يقال : ألحقها الإمام عليه السلام بالسحر موضوعاً لتطرق حكم السحر عليها وهى الحرمة .

لا يقال : الرواية مرسلة سنداً ، لا يمكن الاعتماد عليها .

لأنا نقول : نعم هى مرسلة ولكن فتوى المشهور على طبقها يجبر ضعف سندها وإرسالها .

الثالث : الشعبذة من الباطل

الشعبذة من الباطل عرفاً ، والباطل حرام فى الشريعة المقدسة ، فهى من المحرّمات الشرعية . لا إشكال فى ثبوت الصغرى ، وقد دلّت على الكبرى موثقة زرارة(٢) ومعتبرة الريان بن الصلت(٣) الماضيتان آنفاً . فقد تمّ الاستدلال .

الرابع : أنّها من اللهو

الشعبذة من اللهو ، واللهو حرام ، فهى من المحرَّمات .

وفيه : أوّلاً : منع الصغرى بأنّها ليست من اللهو دائماً إذا ترتب عليها غرض

١- (٥) الإحتجاج ٢ / ٣٤٠ .
٢- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٥ .
٣- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٤ .

عقلائى صحيح .

وثانياً : منع الكبرى : بأنه ليس كلّ لهو بحرام ، بل الحرام منه قسم خاص .

الخامس : أنّها تدخل فى السحر

الشعبذة تدخل فى السحر ، لأنّه يشملها بعض التعاريف الواردة فى السحر ، نحو : كلّ أمر يختفى سببها ويتخيل على غير حقيقته ، وألحقها الإمام عليه السلام بالسحر فى مرسلة الاحتجاج الماضية .

وفيه : الشعبذة غير السحر فى اللغة والعرف ، لأنّ الشعبذة هى إيجاد الشىء بأسبابه العادية ولكن بالسرعة والخفة اللتان هما قوام الشعبذة ، فهى غير السحر الذى يحدث بأسباب غير عادية . وعلى هذا تعريف السحر لا ينطبق على الشعبذة ، وإلحاقها به فى كلام الإمام عليه السلام إمّا بالعناية والمجاز وإمّا بجريان حكم السحر عليها .

والحاصل ، حيث تمّ عندنا الدليل الثانى والثالث - أعنى مرسلة الاحتجاج وأنّها من الباطل - فيمكن القول بحرمتها وفاقاً للمشهور وخلافاً للمحقق الخوئى ، حيث ناقش فى جميع الأدلة فى مصباح الفقاهة(١) ونتيجتها الحكم بالإباحة وتلميذيه شيخنا الأُستاذ(٢) والفقيه القمى(٣) - مدظلهما - ، وناقش فى بعض الأدلة المحقق الإيروانى(٤) والفقيه الأردكانى(٥) قدس سرهما . كما ناقشنا البعض . ولكن بعضها الأُخرى تامة ، وتبعيةُ المشهورِ والحكم بالحرمة أُولى وأحوط ، واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٢٩٨ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ١٦٨ .

٣- (٣) عمدة المطالب ١ / ٢٣٤ .

٤- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٧٣ .

٥- (٥) غنية الطالب ١ / ١٣٦ .

الغَشّ

اشارة

والبحث فيه يقع فى جهات :

الجهة الأولى : موضوع الغش

ليس للغش حقيقة شرعيّة ولا عند المتشرعة ، فلابدّ من تعيين موضوعه إلى مراجعة اللغة والعرف ، فنذكر بعض كلمات اللغويين والفقهاء حتّى تبيّن الموضوع :

قال الزمخشرى : « غ ش ش : ما نصحتُ أحداً إلاّ استغشّنى واغتشّنى ، قال :

ألارُبَّ مَن تغتشُّه لک ناصح ومؤتمن بالغيب غير أمين

... ورجلٌ غاشٌ من قوم غَشَشَةٍ وغَشّاشة ، وتقول : ما هم إلاّ قوم غَشّاشة ، أيديهم بالخيانة رشَّاشة ، وطعام فلان مغشوش أعلاه يابس وأسفله مرشوش ، ما لقيته إلاّ غِشاشاً وعلى غِشاش ... »(١) .

قال ابن منظور : « غشش : الغِشُّ : نقيض النُّصح ، وهو مأخوذ من الغَشَش المَشْرَب الكِدِر ، أنشد ابن الأعرابى :

ومَنْهَل تروى به غير غَشَشْ

أى غير كدر ولا قليل ، قال : ومن هذا الغشُّ فى البياعات ... وقد غَشَّه يَغُشُّه غِشَاً : لم يَمْحَضه النصيحة ، وشىءٌ مَغْشوش . ورجلٌ غُشَّ : غاشٌّ ، والجمع غُشّون ... »(٢)

قال الفيومى : « غَشَّهُ : غَشّاً من باب قَتَلَ والإسم وغِشٌّ بالكسر : لم يَنْصَحْهُ وزَيَّنَ له غير المصلحة ، ولَبَنٌ مغشوشٌ مخلوطٌ بالماء»(٣) .

١- (١) أساس البلاغة / ٣٢٤ .

٢- (٢) لسان العرب ١٠ / ٧٤ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٤٤٧ .

قال الفيروزآبادى : « غَشَهُ : لم يُمحِضْه النُصح أو أظهر له خلاف ما أضمر كَغَشَّشَه ، والغِشُّ بالكسر الإسم منه والغِلُّ والحِقدُ ، ورجلٌ غَشّ بالفتح : عظيم السُّرّةِ وبالضّم الغاشّ جمعه غُشون ، والمغشوش الغير الخالص ، والغشش محركة الكِدر المشوب ... »(١) .

وقال الطريحى : « غشش : المغشوش : الغير الخالص ... »(٢) .

وقال فى المنجد : « غَشَّهُ ـُغَشّاً وغَشَّشه : أظهر له خلاف ما أضمره وزيّن له غير المصلحة . خدعه ، أغَشَّهُ : أوقعه فى الغِش ، ... الغِشّ : اسم من الغَشّ ، الحقد ، الخيانة ، سواد القلب ، عبوس الوجه ، الكدر فى كل شيءٍ .

الغُش جمعه غُشُّون ، والغاش جمعه غَشَشَة وغشّاش : الذى يَغُشّ الناس»(٣) .

وقال الشيخ جعفر كاشف الغطاء : « الغشّ بالفتح مصدر وبالكسر اسمٌ ، والأوّل ألصق بما بعده وأوفق بتعلّق الحكم وترتّب الملك بإدخال الأدنى فى الأعلى ، أو المطلوب فى غيره ، أو بالعكس من المجانس وغيره ، أو تعمّد ما يظهر الصنعة المليحة ويخفى القبيحة فيدخل التدليس ليتوفّر رغبة المستام بما يخفى حاله فيظنّ كماله فيغريه بالجهل بفعله الخالى عن الاحتمال والمصلحة بل المشتمل على المفسدة ، كما لو أغراه بقوله ، ويكون ساعياً فى ضرره بإخفاء خبره ... »(٤) .

وقال النراقى : « الغش خلاف النصح والخلوص أو إظهار خلاف ما أضمر ، وحصوله فى المعاملات إنّما يكون إذا كان فى المبيع نقص ورداءة وله صور ... »(٥) .

والإيروانى يقول : « الغش ستر ما لا يرغب فيه فيما يرغب فيه طلباً للزيادة فى المعاملة»(٥) .

ص:٢٤٧

١- (٤) قاموس اللغة / الطبع الحجرى ذيل مادته .

٢- (١) مجمع البحرين / ٣٤١ .

٣- (٢) المنجد / ٥٧٩ .

٤- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٥- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٩ .(٤) حاشية المكاسب ١ / ١٧٤ .

وقال المحقق الخوئى فى تعريفه : « كونه (أى كون الغش) بمعنى الكدر والخديعة والخيانة ، ويُعبّر عنه فى لغة الفرس بكلمة (گول زدن) ، ولا يتحقق ذلک إلاّ بعلم الغاش وجهل المغشوش ، فإذا كلاهما عالمين بالواقع أو جاهلين به أو كان الغاش جاهلاً والمغشوش عالماً انتفى مفهوم الغش»(١) .

أقول : تلک عشرة كاملة من كلمات اللغويين والفقهاء فى هذا الباب ، ويظهر منها أنّ للغش معنى عرفى يرجع إلى إخفاء العيب والنقص وتغطيتهما أو تخليط الردىء بالجيد

والمشوب بالخالص ونحوها طلباً للزيادة فى المعاملة وسوء الاستفادة من جهل المشترى بالنسبة إليه .

فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية ما ذكره المحقق الإيروانى من أنّ الغش لايكون محرّماً بعنوانه بل هو محرّم بالعناوين الثانوية من الكذب ، أو أنّه أكل للمال بلارضى صاحبه(٢) ، لأنّ الخطابات الشرعية وردت فى الغش وظاهرها حرمته بنفسه لا بعنوان آخر كما هو واضح .

الجهة الثانية : أقسامه

للغش أنواع كثيرة ذكر بعضها شيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى فى ما كتبه من تقريرات أُستاذه الحائرى قدس سرهما ، قال : « فاعلم أنّ الغش خلاف النصح وتزيين خلاف المصلحة ، وهو على أنحاءٍ :

١ - فقد يكون بالمزج ، إمّا للصنف الردىء فى الصنف الجيد ، أو لغير الجنس فى الجنس ، كالتراب فى الحنطة والماء فى اللبن .

٢ - وقد يكون بإخفاء العيب ، إمّا بستره بساتر مثل ستر صفرة لون البشرة بالتحمير ، أو بالسكوت عنه وعدم إظهاره ، أو بالتصدى للبيع فى مكان ظلمانى يحجب العيب لظلمته .

١- (٦) مصباح الفقاهة ١ / ٣٠٠ .

٢- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٧٤ .

٣ - وقد يكون بإظهار الصفة الجيدة المفقودة واقعاً ، إمّا بوصفه بها كذباً ، أو بإحداث شىء فيه يوهم كونه على خلاف جنسه ، كإعطاء الممّوه مكان الذهب أو الفضة أو بغير ذلک ، ويسمى هذا القسم بالتدليس .

٤ - وقد يكون بإحداث أمر ليزيد فى كمّ المتاع ، مثل بلّ الطعام ليصير أكثر وزناً ، ووضع الإبريسم والتتن والجلد فى الندى ليكتسب الثقل .

٥ - ثمّ إمّا أن يكون الغش ظاهراً أعنى قابلاً لأن يطلّع عليه بتوسط إحدى الحواس الخمسة الظاهرة مثل خلط مدوّر الحبّة مِنْ الأُرز فى طويلها حيث يمكن فهمه بالباصرة واللامسة وهكذا .

٦ – وإما أن يكون خفيّاً غير محسوس بها ، وحينئذ إما أن يمكن الإطلاع عليه بالإختبار أو الاستعلام من أهل الإطلاع غير البائع وإمّا أن ينحصر طريق الإطلاع فى إعلام

البائع كمزج الماء القليل فى اللبن .

١ – وعلى التقادير : إمّا أن يكون الغش بفعل البائع لفرض التلبيس والإغفال على المشترى ، وإمّا أن لا يكون كذلك : إمّا بحصوله إتفاقاً كورود ماء المطر فى اللبن مِنْ غير اختياره ، أو بحصوله بفعله لغرض صحيح أو بحصوله بفعل غيره .

٢ – وعلى التقدير الثانى : إمّا أن يكون للمبيع صورة موهمة لخلاف الواقع وإمّا أن يكون له صورة مشتركة بين الصحيح والمعيب ، مثل الحيوان الغير المبصر فى الليل .

٣ – وعلى جميع التقادير : إمّا أن يخبر البائع بالصحة والسلامة من العيب على وجه يعتمد المشترى ، وإمّا أن يكتفى بالسكوت وعدم الإظهار .

فهذه ثمان عشرة صورة»(١) .

أقول : وقد قسّم الفاضل النراقى الغش فى المستند(٢) بأكثر ممّا قسّمه المؤسس الحائرى فراجعه ، ويظهر حكم هذه الصور فى طىّ البحث إنْ شاء اللّه تعالى .

١- (١) المكاسب المحرمة / ١٢٦ و ١٢٥ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٩ و ١٧٠ .

الجهة الثالثة : أقوال الأصحاب قدس سرهم

قال المفيد : « والغش فى كلِّ متجر وصناعة حرام»(١) .

وقال الطوسى : « وكلّ شىء غُش فيه فالتجارة فيه والتكسب به بالبيع والشراء وغير ذلک حرامٌ محظورٌ»(٢) .

وقال ابن إدريس : « ويحرم ... والغش فى جميع الأشياء»(٣) .

وذهب الى الحرمة المحقق فى الشرائع(٤) والنافع(٥) .

وقال العلامة الحلى : « الغش والتدليس محرمان»(٦) ، وذهب فى المنتهى(٧) إلى عدم الخلاف فى حرمته ، وفى القواعد(٨) والتحرير(٩) والإرشاد(١٠) ذهب إلى حرمته .

والشهيد فى الدروس(١١) واللمعة(١٢) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(١٣) والشهيد الثانى فى المسالک(١٤) والروضة(١٥) والأردبيلى فى مجمع الفائدة(١٦) ، والبحرانى فى الحدائق

١- (٣) المقنعة / ٥٩٠ .

٢- (٤) النهاية / ٣٦٥ .

٣- (٥) السرائر ٢ / ٢١٦ .

٤- (٦) الشرائع ٢ / ١٠ .

٥- (٧) المختصر النافع / ١١٧ .

٦- (٨) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٢ .

٧- (٩) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٢ الطبع الحجرى .

٨- (١٠) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٩- (١١) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

١٠- (١٢) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .

١١- (١) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٣ .

١٢- (٢) اللمعة الدمشقية / ١٠٩ .

١٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

١٤- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٩ .

١٥- (٥) الروضة البهية ٣ / ٢١٦ .

١٦- (٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٢ .

إدعى عدم الخلاف فى تحريمه(١) .

وقال الشيخ جعفر : « ... وأمّا الشرع فقد تواترت عليه (أى على حرمة الغش) آياته ورواياته وإجماعاته ، وفى بعضها التشديد التام الدال على أنّه مخرج عن الإسلام»(٢) .

وفى الرياض(٣) ذهب إلى عدم الخلاف فى حرمته ، وهكذا فى المستند(٤) .

وفى الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه»(٥) .

وفى برهان الفقه : « فحرمته مورد إتفاق النص والفتوى ، بل هو حرام فى غير المعاملات أيضاً ... »(٦) .

أقول : أنت تجد أنّ الكلّ قائلون بالحرمة ، وادعى عدم الخلاف أو الإجماع على الحرمة أصحاب المنتهى والحدائق وشرح القواعد والرياض والمستند والجواهر وبرهان الفقه .

فهل يمكن الإستناد إلى هذا الاجماع أم لا ، لأنّه إجماع مدركىٌّ ؟ ! الظاهر هو الثانى ، فلابدّ مِنْ ملاحظة الأدلة التالية .

الجهة الرابعة : حكم العقل

قال الشيخ جعفر : « ... فالعقل حاكم بقبحه حيث غشّه بترك نصحه ولقد ظلمه حيث

١- (٧) الحدائق ١٨ / ١٩٠ .

٢- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٣- (٩) رياض المسائل ٨ / ١٧٠ .

٤- (١٠) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٨ .

٥- (١١) الجواهر ٢٢ / ١١١ .

٦- (١٢) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٣٨ طبع الحجرى .

شبّه عليه وما أعلمه ، ولدخوله فيما وضع للحرام أو قُصد به ... »(١) .

أقول : حيث أنّ العقل بنفسه حاكم بهذا القبح فيمكن أن يُستدل بهذا القبح العقلى على حرمة الغش بقاعدة الملازمة كما لا يخفى ، فالعقل حاكم على قبحه وحرمته .

الجهة الخامسة : الروايات

الروايات المتواترة تدلّ على حرمة الغش :

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام : ليس منّا من غشّنا(٢) .

ومنها : صحيحته الأُخرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لرجل يبيع التمر : يا فلان أما علمت أنّه ليس من المسلمين من غشّهم(٣) ؟ !

ومنها : صحيحة هشام بن الحكم قال : كنت أبيع السابرى فى الظلال ، فمرّ بى أبو الحسن الأوّل موسى عليه السلام فقال لى : يا هشام ، إنّ البيع فى الظلال غشٌّ والغشُّ لا يحلّ(٤) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : نهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أن يشاب اللبن بالماء للبيع(٥) .

ومنها : صحيحة على بن سويد السائى عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليه السلام أنّه كتب إليه فى جواب مسائله : ... ليس مِنْ أخلاق المؤمنين الغش ، لا الأذى ولا الخيانة ولا الكبر ولا الخناء ولا الفحش ولا الأمر به ، الحديث(٦) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة الحسين بن المختار القلانسى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّا نعمل القلانس فنجعل فيها القطن العتيق فنبيعها ولا نبين لهم ما فيها ، قال : أحبّ لک أن

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ١ الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ٢ الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٤ .
٦- (٦) الكافى ٨ / ١٢٦ ح ٩٥ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٠٥ ح ٩ .

تبين لهم ما فيها(١) .

ومنها : حسنة الحسين بن خالد عن أبى الحسن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن

على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من كان مسلماً فلا يمكر ولا يخدع ، فإنّى سمعت جبرئيل عليه السلام يقول : إنّ المكر والخديعة فى النار . ثمّ قال : ليس منّا من غشّ

مسلماً ، وليس منّا من خان مسلماً . ثمّ قال عليه السلام : إنّ جبرئيل الروح الأمين نزل علىَّ مِنْ عند ربّ العالمين فقال : يا محمّد عليک بحسن الخلق ، فإنّه يذهب بخير الدنيا والآخرة ، ألا وإنّ أشبهكم بى أحسنكم خُلقاً(٢) .

ومنها : صحيحة عبيس (عباس) بن هشام النّاشرى عن رجل من أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : دخل عليه رجل يبيع الدقيق ، فقال : إيّاک والغشّ ، فإنّ مَنْ غَشَّ غُشَّ فى ماله ، فإن لم يكن له مال غُشَّ فى أهله(٣) .

الرواية بسند الكلينى(٤) ضعيفة ، لعدم تعين الرجل ، ولكنّها بسند الشيخ(٥) صحيحة ، لعدم دخول الرجل فى السند ، بل رواها عبيس عن الصادق عليه السلام من دون واسطة الرجل .

ومنها : حسنة أو معتبرة موسى بن بكر قال : كنّا عند أبى الحسن عليه السلام فإذا دنانير مصبوبة بين يديه ، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثمّ قطعه بنصفين ثمّ قال : ألقه فى البالوعة حتّى لا يباع شىء فيه غشٌّ(٦) .

سند الكلينى ضعيف(٧) ، ولكن سند الشيخ(٨) إلى موسى بن بكر حسن بل معتبر بل

١- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٩ .

٢- (١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٥٠ ح ١٩٤ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٠٥ ح ١٠ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٧ .

٤- (٣) الكافى ٥ / ١٦٠ ح ٤ .

٥- (٤) التهذيب ٧ / ١٢ ح ٥١ .

٦- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .
٧- (٦) الكافى ٥ / ١٦٠ ح ٣ .
٨- (٧) التهذيب ٧ / ١٢ ح ٥٠ .

صحيح فى أبواب فرض الصلاة فى السفر(١) وأوقات الصلاة(٢) ، وتفصيل ما تقدم ذكره فى الصلاة(٣) وأحكام السهو فى الصلاة(٤) . فالرواية بسند الشيخ صحيحة على قول صاحب جامع الرواة ، ودلالتها على حرمة الغش واضحة .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون عنده لونان من طعام واحد سعّرهما بشيءٍ وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً ثمّ يبيعهما بسعر واحد ، فقال : لا يصلح له أن يغش المسلمين حتّى يبينه(٥) .

ومنها : حسنة بل صحيحة الحسين بن زيد الهاشمى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : جاءت زينب العطارة الحولاء إلى نساء النبى صلى الله عليه و آله وسلم وبناته ، وكانت تبيع منهنّ العطر ، فجاء النبى صلى الله عليه و آله وسلم وهى عندهنّ ، فقال : إذا أتيتنا طابت بيوتنا ، فقالت : بيوتک بريحک أطيب يا رسول اللّه . قال صلى الله عليه و آله وسلم : إذا بعتِ فأحسنى ولا تغشى ، فإنّه أتقى وأبقى للمال ، الحديث(٦) .

ومنها : خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة قال صلى الله عليه و آله وسلم فيها : ومَنْ غشّ مسلماً فى بيع أو فى شراء فليس منّا ويحشر مع اليهود يوم القيامة ، لأنّه مَنْ غش الناس فليس بمسلم إلى أن قال صلى الله عليه و آله وسلم : ألا ومَنْ غشّنا فليس منّا - قالها ثلاث مرات - ومنْ غشّ أخاه المسلم نزع اللّه بركة رزقه وأفسد عليه معيشته ، ووكله إلى نفسه . الحديث(٧) .

ومنها : خبر سعد الإسكاف عن أبى جعفر عليه السلام قال : مرّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى سوق المدينة بطعامٌ فقال لصاحبه : ما أرى طعامک إلاّ طيّباً ، وسأله عن سعره . فأوحى اللّه عزّ وجل

إليه أن يدسّ يده فى الطعام ، ففعل فأخرج طعاماً رديئاً ، فقال لصاحبه : ما أراك إلاّ وقد جمعت خيانةً

١- (٨) التهذيب ٢ / ١٣ ح ٤ .
٢- (٩) التهذيب ٢ / ٢٤ / ح ٢٠ و ٢ / ٣٦ ح ٥ .
٣- (١٠) التهذيب ٢ / ١٦٩ ح ١٢٨ .
٤- (١١) التهذيب ٢ / ١٧٦ ح ٤ .
٥- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ٢ . الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب .
٦- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٦ .
٧- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٣ ح ١١ .

وغشّاً للمسلمين(١) .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال فى حديث : ومَنْ غشّ مسلماً فى شراءٍ أو بيعٍ فليس منّا ويحشر يوم القيامة مع اليهود لأنّهم أغش الخلق .

وقال : ليس منّا مَنْ غشّ مسلماً .

وقال : ومَنْ بات وفى قلبه غشّ لأخيه المسلم بات فى سخط اللّه وأصبح كذلك حتّى يتوب(٢) .

تلك أربعة عشرة من الروايات أكثرها من الصحاح ، وهى تدلّ بوضوح على حرمة الغش .

الجهة السادسة : هل يعتبر فى صدق الغش قصد مفهومه أم لا ؟

قال سيد الرياض : « ثمّ لو غشّ لكن لا بقصده بل بقصد إصلاح المال لم يحرم ، للأصل واختصاص ما مرّ من النص بحكم التبادر بصورة القصد ... »(٣) .

وتبعه السيد العاملى وقال : « وأمّا إذا غشّ بقصد إصلاح المال لا بقصد الغش لم يحرم ، للأصل وتبادر غير هذه الصورة من أخبار الغش و ... »(٤) .

وتبعهما صاحبا برهان الفقه(٥) والمكاسب(٦) .

وقد استدلوا بصحيحة الحلبى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يشترى طعاماً فيكون أحسن له وأنفق له أن يبلّه من غير أن يلتمس زيادته ؟ فقال : إن كان بيعاً لا يصلحه إلاّ ذلک ولا ينفقه غيره ، من غير أن يلتمس فيه زيادة فلا بأس ، وإن كان إنّما يغش به المسلمين

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٨ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ١٠ .

٣- (١) رياض المسائل ٨ / ١٧٢ .

٤- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٨٩ .

٥- (٣) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٣٨ الطبع الحجرى .

٦- (٤) المكاسب المحرمة / ٣٥ من الطبع الحجرى للشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره - (١ / ٢٨٠) .

فلا يصلح(١) .

ولعلّ أوّل من ذهب إلى هذا القول صاحب الحدائق ، لأنّه قال بعد نقل الصحيحة : « ظاهر هذا الخبر أنّ الجواز وعدمه دائران مدار قصد البائع فى بلة الطعام ، فإنّه متى كان قصده إنّما هو لأجل

إنفاق السلعة وشرائها وأنّه بدون ذلک يَكْسِدُ عليه فلا بأس بما يفعله ، وإن كان غرضه إنّما هو لأجل زيادة فى الوزن فهو غير جائز»(٢) .

أقول : الظاهر عدم تمامية ما ذهب إليه هؤلاء الأعلام ، لأنّ الغش من الأُمور الواقعية وليس من الأُمور القصدية التى تختلف باختلاف الدواعى والقصود . والمعتبر فيه علم البايع به مع جهل المشترى إيّاه ، ولذا لو اختلط الجيد بالردئ بغير اختيار المالک ولكن علم فيما بعد وباعه من غير الإعلام يكون من الغش المحرَّم ولإطلاق الروايات :

منها : صحيحة هشام بن الحكم قال : كنت أبيع السابرى فى الظلال فمرّ بى أبو الحسن الأوّل موسى عليه السلام فقال لى : يا هشام إنّ البيع فى الظلال غش والغش لا يحلّ(٣) .

ولم يفرق الإمام عليه السلام بين اختيار الظلال لغرض عقلائى صحيح أو لغرض التلبيس .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام أنّه سُئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض ، وبعضه أجود من بعض ؟ قال : إذا رُؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغط الجيد الردى ء(٤) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون عنده لونان من طعم واحد سعّرهما بشيءٍ ، وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً ثمّ يبيعهما بسعر واحد ، فقال : لا يصلح له أن يغش المسلمين حتّى يبيّنه(٥) .

حيث لم يسأل الإمام عليه السلام فى الروايتين : أنّ الخلط لغرض صحيح وعقلائى أم لا ؟ ولم يستفصل عليه السلام . فهذه الإطلاقات تشمل الغش الخارجى حتى لو لم يقصده البائع .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٣ ح ٣ . الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب .

٢- (٦) الحدائق ١٨ / ١٩٢ .

٣- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ١ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ٢ .

وأمّا صحيحة الحلبى(١) الماضية أيضاً لا تدلّ على اعتبار القصد فى الغش كما حملها البعض ، بل تدلّ على جواز إضافة شيءٍ إلى المتاع إن كانت هذه الإضافة والزيادة تحسنه وتنفقه وكانت أحسن وأبقى له . وفى الواقع هذا الفرض لم يدخل تحت عنوان الغش ، بل يدخل تحت عنوان عملية إبقاء المتاع وإحيائه وإصلاحه فيجوز ، وصرح الإمام عليه السلام فى ذيلها بأن الغشّ حرام حتّى إذا كان تحت عملية الإصلاح والإبقاء ظاهراً ولكن واقعه يكون غشّاً .

وافقنا على عدم إعتبار القصد فى الغش جماعة مِن الأعلام ، نحو : المؤسس الحائرى(٢) قدس سره والمحقق الخوئى(٣) رحمه الله والسيد القمى(٤) - مدظله - .

الجهة السابعة : حكم المعاملة المشتملة على الغش

إذا باع المغشوش ، فعل حراماً بجهة الغش ، ولكن هل تصح المعاملة أم لا ؟

تردّد المحقق الثانى وقال : « وأمّا حال البيع فى الفرض الأوّل فيمكن صحته ، لأنّ المحرَّم هو الغش وأمّا المبيع فإنّه عين منتفع بها يعدّ مالاً فيصح . ويمكن الحكم بالبطلان ، لأنّ المقصود بالبيع هو اللبن والجارى عليه هو المشوب ... »(٥) .

ولكن الشهيد الثانى حكم بصحة المعاملة وقال : « ... ثمّ على تقدير الخفاء فالبيع صحيح وحكمه حكم ما ظهر فى المبيع عيب مِنْ غير الجنس ، وربّما احتمل البطلان بناءً على أنّ المقصود بالبيع هو اللبن والجارى عليه العقد هو المشوب ، فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حماراً . وقد

ذكروا(٦) فى هذا المثال إشكالاً مِنْ حيث تغليب الإشارة أو الإسم ، والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح»(٧) .

ص:٢٥٧

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٣ ح ٣ .

٢- (٤) المكاسب المحرمة / ١٢٨ و ١٣٠ لشيخنا آية اللّه محمد على الأراكى قدس سره .

٣- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٣٠١ .

٤- (٦) عمدة المطالب ١ / ٢٣٩ .

٥- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٦- (١) الذاكر هو المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٧- (٢) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٩ .

والمحقق الأردبيلى ذهب إلى بطلان البيع وقال : « وعلى تقدير البيع هل يصحّ ؟ الظاهر : لا ، لأنّ الغرض من النهى فى مثله عدم صلاحيّة بيع مثله على أنّه غير مغشوش ولما مرّ ، وقال فى شرح الشرائع(١) : يصحّ فتأمل»(٢) .

وتابع المحقق الثانى فى تردده المحقق السبزوارى فى الكفاية(٣) .

وتابع الشهيد الثانى فى الحكم بالصحة جماعة من الأعلام ، نحو : الفقيه الشيخ جعفر(٤) وتلميذه السيد العاملى(٥) وتلميذه الآخر صاحب الجواهر(٦) والفاضل النراقى(٧) والسيد على آل بحر العلوم(٨) والمؤسس الحائرى(٩) والمحققون الإيروانى(١٠) والخوئى(١١) والسبزوارى(١٢) والأردكانى (١٣) قدس سرهم والتبريزى(١٤) والقمى(١٥) - مدظلهما - .

وتابع المحقق الأردبيلى فى حكمه بالبطلان صاحب الحدائق(١٦) .

۱- (۳) یعنی الشهید الثانی فی المسالک ۳ / ۱۲۹ .

۲- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ۸ / ۸۳ .

۳- (٥) کفایة الأحکام / ۸۷ الطبع الحجری - (۱ / ٤٤۲) .

٤- (٦) شرح القواعد ۱ / ۲۱۰ .

٥- (۷) مفتاح الکرامة ۱۲ / ۱۹۳ .

٦- (۸) الجواهر ۲۲ / ۱۱۲ .

۷- (۹) مستند الشیعة ١٤ / ۱۷۱ .

۸- (۱۰) برهان الفقه . کتاب التجارة / ۳۸ الطبع الحجری .

۹- (۱۱) المکاسب المحرمة / ۱۳۲ وما بعدها لآیة اللّه الأراکی .

۱۰- (۱۲) حاشیة المکاسب ۱ / ۱۷٦ .

۱۱- (۱۳) مصباح الفقاهة ۱ / ۳۰۲ .

۱۲- (١٤) مهذب الاحکام ١٦ / ۱۰۸ .

۱۳- (۱٥) غنیة الطالب ۱ / ١٤٠ .

١٤- (١٦) ارشاد الطالب ۱ / ۱۷۲ .

۱٥- (۱۷) عمدة المطالب ۱ / ۲٤۳ .

١٦- (۱۸) الحدائق ۱۸ / ۱۹۳ .

أقول : قد تسالم الأصحاب قدس سرهم فی أنّ النهی إذا تعلق بعنوان المعاملة نفسها ینتج منه فساد المعاملة نحو : النهی المتعلّق ببیع الخمر أو المعاملة الربویة .

وأمّا تعلق النهى بعنوان آخر غير البيع ولكن قد يتّحد وينطبق معه ، فلا ينتج منه فساد المعاملة ، بل يحكم بالحرمة التكليفية لهذا العنوان والمعاملة المتحدة معه ، نحو : البيع وقت النداء أو البيع الذى ينهى عنه الوالد .

وقد نقل المؤسس الحائرى(١) عن سيد أُستاذه - وهو المحقق السيد محمد الفشاركى الإصفهانى المتوفى سنة ١٣١٦ ق قدس سرهما - دعوى الإجماع فى باب المعاملات على ذلك .

ثمّ على هذه القاعدة حيث أنّ النهى الوارد فى الروايات تعلّق بعنوان الغش لا بالمعاملة نفسها ، فقد يحكم بحرمة الغش تكليفاً وصحة المعاملة المشتملة على الغش مع ثبوت خيار العيب أو الوصف أو التدليس على اختلاف أنواع الغش .

والذى يُشكل الأمر أنّه قد تعلق النهى فى بعض الروايات بنفس المعاملة ، فلابدّ من ملاحظتها والجواب عنها وإلاّ تنقض القاعدة التى قلناها ، وأمّا الروايات :

فمنها : صحيحة هشام بن الحكم عن أبى الحسن موسى عليه السلام أنّه قال : يا هشام إنّ البيع فى الظلال غش والغش لا يحلّ(٢) .

ومنها : حسنة أو معتبرة موسى بن بكر قال : كنّا عند أبى الحسن عليه السلام وإذا دنانير مصبوبة بين يديه ، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثمّ قطعه بنصفين ، ثمّ قال لى : ألقه فى البالوعة حتّى لا يباع شىء فيه غشٌّ(٣) .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال فى حديث : مَنْ غشّ مسلماً فى شراءٍ أو بيعٍ

١- (١) المكاسب المحرمة / ١٣٢ لآية اللّه الأراكى .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

فليس منّا ، الحديث(١) .

ومنها : خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة قال صلى الله عليه و آله وسلم فيها : ومَنْ غشّ مسلماً فى بيع أو فى شراءٍ فليس منّا(٢) .

ومنها : خبر المفضل بن عمر الجعفى قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام فأُلقى بين يديه

دراهم ، فألقى إلىَّ درهماً منها ، فقال : أيش هذا ؟ فقلت : ستوق ، فقال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقتين فضّة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة ، فقال : اكسرها فإنّه لا يحلّ بيع هذا ولا إنفاقه(٣) .

وهذه الروايات - وإن كانت بظاهرها تعلق النهى فيها ببيع المغشوش - ولكن إذا تأملت فيها بدقة مع ملاحظة غيرها من الروايات تجد فى نفسك الإطمئنان بأنّ النهى الوارد فيها عن المعاملة تعلّق بحيثيّة الغش الوارد فيها ، لا بنفس المعاملة .

نعم ، يمكن الإلتزام بما ورد فى حسنة موسى بن بكر(٤) وخبر المفضل بن عمر الجعفى(٥) فى خصوص الدراهم المغشوشة مِنْ لزوم كسرها وإفنائها ووجوب إخراجها مِنْ جريان المعاملات حسماً لمادّة الفساد وبطلان المعاملة بها إن وقفت شخصيّة كما التزمنا بها فى بحث بيع الدراهم المغشوشة من هذا الكتاب(٦) .

والحاصل ، أنّ النهى المتعلق بالمعاملة تعلّق بها من جهة حيثيّة الغش ، فالمنهى فى الحقيقة أمر خارج عنها وهو الغشّ ، صار الغشّ حينئذ حراماً والمعاملة المشتملة عليه يكون صحيحاً وضعاً مع ثبوت الخيارات للمشترى . واللّه هو العالم والحمد له .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ١٠ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٣ ح ١١ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٦ ح ٥ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٦ ح ٥ .

٦- (٤) هذا الكتاب . المجلد الاوّل / ١٧٤ .

الجهة الثامنة : تعارض الاسم والاشارة

اشارة

قد تمسّكوا بهذا التعارض لثبوت بطلان المعاملة وفسادها ، ونحن نبحث عنه فى مقامين : ١ - فى بحث صلاة الجماعة ٢ - وفى بحثنا هذا عن المعاملات .

المقام الأوّل : تعارض الاسم والاشارة فى صلاة الجماعة

قال العلامة : « ولو نوى الإقتداء بالحاضر فاعتقده زيداً فكان غيره فالوجه البطلان»(١) .

قال الشهيد فى الذكرى : « يُشترط القصد إلى إمام معين ... ولو نوى الإقتداء بالحاضر

على أنّه زيد فبان عمراً ففى ترجيح الإشارة على الإسم فيصح أو بالعكس فيبطل نظر ، نظير أن يقول المطلِّق لزوجته اسمها عمرة « هذه زينب طالق » ، أو يشير البائع إلى حمار فيقول « بعتک هذا الفرس »(٢) .

وقال ثانى الشهيدين فى الروض : « ... ولو عيّن فأخطأ تعيينه - بأن نوى الإقتداء بزيدٍ فظهر أنّه عمرو - بطلت صلاته أيضاً وإن كان الثانى أهلاً للإمامة . أمّا لو نوى الإقتداء بالحاضر على أنّه زيد فبان عمراً ففى صحة القدوة ترجيحاً للإشارة على الاسم أو البطلان للعكس نظر ، ورجّح المصنف البطلان ، وهو متّجه»(٣) .

أقول : ونحوها فى الفوائد الملية(٤) من دون الترجيح .

وقال صاحب المدارک : « ولو نوى الإقتداء بالحاضر على أنّه زيدٌ فبان عمراً ففى ترجيح الإشارة على الإسم فيصح أو العكس فيبطل نظرٌ»(٥) .

وقال سيد الرياض : « ... ومنه يظهر وجه ما ذكره الشهيدان فى الذكرى وروض

١- (٥) نهاية الأحكام ٢ / ١٢٦ .

٢- (١) ذكرى الشيعة ٣ / ٤٢٣ .

٣- (٢) روض الجنان ٢ / ٩٩٨ .

٤- (٣) الفوائد الملى-ة . لِشرح الرسالة النفلية / ٢٩٠ .

٥- (٤) مدارک الأحكام ٤ / ٣٣٣ .

الجنان والروضة(١) من فسادها لو نوى الإقتداء بزيد فبان عمراً وإن كان أهلاً للإمامة ، أمّا لو نوى الإقتداء بالحاضر على أنّه زيدٌ فبان عمراً ففى صحة الإقتداء ترجيحاً للإشارة وعدمها ترجيحاً للإسم وجهان أحوطهما العدم»(٢) .

ولكن المحقق السبزوارى فى كتابيه الذخيرة(٣) والكفاية(٤) ذهب إلى الصحة ، وتبعه أصحاب المصابيح(٥) ومفتاح الكرامة(٦) وبرهان الفقه(٧) .

والحقّ متابعة أصحاب الذخيرة والكفاية والمصابيح ومفتاح الكرامة وبرهان الفقه من صحة الصلاة فى مسألتنا هذه ، لأنّ الإيتمام فعل خارجى ، وهو متابعة الإمام فى أفعاله

والإقتداء به ، والفعل الخارجى جزئى حقيقى غير قابل للتقسيم والتنويع حتّى يُتصور فيه التعليق والتقييد ، فالتخلف فيه ليس إلاّ من باب التخلف فى الداعى ، ومن الواضح أنّ التخلف فى الداعى حتّى فى العقود والإيقاعات لم يبطلها ، وعلى هذا التخلف فى الداعى فى الفعل الخارجى الجزئى بطريق أولى لا يوجب بطلانه ، وحينئذ فى الفرض صحت صلاته وجماعته(٨) حتّى لو فُرض عدم الإقتداء لو علم من الأوّل أنّه عمروٌ لغرض من الأغراض لا لعدم إحراز عدالته ، فما ذكره بعض الأصحاب من بطلان صلاته محل تأمل بل منع .

حتى لو قلنا ببطلان جماعته لا يمكننا القول ببطلان صلاته لو لم يخالف ما وظيفة المنفرد لجريان حديث « لا تعاد » والحقّ عدم جريان تعارض الإسم والإشارة فى صلاة الجماعة . والتفصيل يُطلب من أحكام الجماعة فى كتاب الصلاة .

١- (٥) الروضة البهية ١ / ٢٨٣ .

٢- (٦) رياض المسائل ٤ / ٢٣٤ .

٣- (٧) ذخيرة المعاد / ٣٩٩ .

٤- (٨) كفاية الأحكام / ٣١ الطبع الحجرى و ١ / ١٥١ من الطبع الحديث عام ١٤٢٣ .

٥- (٩) مصابيح الظلام ٨ / ٣١٤ وما بعدها للوحيد البهبهانى المطبوع عام ١٤٢٤ .

٦- (١٠) مفتاح الكرامة ١٠ / ٨١ و ٨٠ .

٧- (١١) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٣٨ طبع الحجرى .

٨- (١) كما ذهب إليه المحقق الخوئى فى مستند العروة الوثقى فى القسم الثانى من المجلد الخامس / ٧٨ .

المقام الثانى : تعارض الاسم والاشارة فى المعاملات

أوّل مَن احتمل البطلان فى المعاملات عامة وفى بيع المغشوش لهذا التعارض المحقق الكركى فى جامع المقاصد حيث قال : « ويمكن الحكم بالبطلان ، لأنّ المقصود بالبيع هو اللبن والجارى عليه هو المشوب ثمّ نقل كلام الشهيد فى الذكرى وختمه بهذا الكلام : وجعل منشأ التردد تغليب الإشارة أو الوصف»(١) .

ثمّ بعده نقل الشهيد الثانى هذا الإحتمال فى مسالكه وردّه حيث يقول : « وربّما احتمل البطلان بناءً على أنّ المقصود بالبيع هو اللبن والجارى عليه العقد هو المشوب ، فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حماراً ، وقد ذكروا فى هذا المثال إشكالاً من حيث تغليب الإشارة أو الإسم ، والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح »(٢) .

وهكذا ردّ هذا التعارض الشيخ جعفر وقال : « ... وليس هذا من تعارض الإسم والإشارة ، أمّا مع إتحاد الجنس فظاهر ، وأمّا مع اختلافه فإن لم تنقلب الحقيقة فليس منه ، ومع الانقلاب فقد حكمنا ببطلان ضروب الاكتساب ... »(٣) .

وتبعه تلميذه صاحب الجواهر فقال : « وليس ذا مِنْ تعارض الإسم والإشارة قطعاً ، ضرورة كون المراد واحداً من نحو قولك « بعتك هذا اللبن » . نعم لو خرج بالغش عن الحقيقة

وبيع على أنّه منها بطل البيع قطعاً ، وأمّا مع عدمه فالمتجه الصحة ... »(٤) .

وتبعه أيضاً تلميذه الآخر السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٥) ، وتبعهم السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه(٦) والمؤسس الحائرى فى تقريرات بحثه الشريف(٧) والمحقق الخوئى

١- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٢- (٣) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٩ .

٣- (٤) شرح القواعد ١ / ٢١٠ .

٤- (١) الجواهر ٢٢ / ١١٢ .

٥- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٩٠ .

٦- (٣) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ٣٨ الطبع الحجرى .

٧- (٤) المكاسب المحرمة / ١٣٤ وما بعدها لآية اللّه الأراكى قدس سره .

فى مصباح الفقاهة(١) قدس سرهم وتلميذاه شيخنا الأُستاذ فى إرشاد الطالب(٢) والفقيه القمى(٣) فى عمدة المطالب - مدّظلهما - .

والحقّ متابعة الأعلام حيث قد عرفت أنّ هذا التعارض لا يجرى فى محلّه المُدعى وهو صلاة الجماعة ، فكيف يجرى فى البيع أو غيره من المعاملات اللاتى يتعلقن بالأعيان الخارجية . وعلى هذا إذا وقع عقد البيع مثلاً على اللبن والغش لا يخرجه عن حقيقة اللبنيّة بل صار به مغشوشاً غير خالصٍ صحت المعاملة وتجرى فيها خيار العيب أو الوصف أو التدليس .

وأمّا إذا وقع عقد البيع مثلاً على فرس وحين التحويل أعطاه حماراً بحيث يوجب انقلاب ماهية المبيع إلى شىءٍ آخرٍ ، فيحكم ببطلان العقد عند الجميع ، لأنّ ما قُصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

والحاصل ، عدم جريان تعارض الإسم والإشارة فى البيع وفى غيره من المعاملات حتّى فى النكاح والطلاق ، فإنّهما تابعان لقصد من له ولايتهما ، فإذا قال الأب : أنكحتُ بنتى هذه - زينب - لزيد ، النكاح حيث هو من الأُمور الإنشائية فهى تابعة لقصد المُنْشِئ ، فإذا كان مراده من الإنشاء ، إنشاء عقد زينب ، ونكاحه لزيد فهذه الصيغة تجرى فى حقِّها حتّى لو لم تكن هذه زينب وإذا كان مراده

إنشاء عقده هذه وأخطأ فى تطبيقه بأنّها زينب ، يجرى العقد بالنسبة إلى المشار إليها ولا يرتبط بزينب . وهكذا الأمر بالنسبة إلى الطلاق لو قال الزوج مثلاً « زوجتى هذه - زينب - طالق » ، فإن الأمر منوط بقصد الزوج لأنه هو المُنْشئ .

والوجه فى ذلک كلّه أنّ العقود تابعة للقصود ، وإذا تردد المُنْشئ بعد ظهور الخلاف بأنّ قصده أيّهما تكون ، بطل العقد أو الإيقاع والمعاملة ، لأنّ الأُمور الإنشائية لا تتحقق مع الترديد

والشک والتعليق كما هو واضح ، ويحتاج إلى إنشاء عقد جديد من دون شک وترديد ، وتعيين الموضوع خارجاً .

١- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٣٠٣ .

٢- (٦) ارشاد الطالب ١ / ١٧٤ .

٣- (٧) عمدة المطالب ١ / ٢٤١ .

هذا مجمل الكلام فى تعارض الإسم والإشارة ، وقد عرفت عدم تماميته لا فى صلاة الجماعة ولا فى المعاملات ، واللّه سبحانه هو العالم .

الجهة التاسعة : ما قُصِدَ لَمْ يَقَعْ وما وَقَعَ لَمْ يُقْصَدْ

هذا العنوان اُستدل به على بطلان المعاملة ، بتقريب : أنّ العقد لم يتعلق بالمبيع بأىّ عنوان اتفق ، بل تعلق به بعنوان أنّه خالصٌ وغيرُ مغشوش ، فإذا كان المبيع مغشوشاً فقد ظهر أنّ ما هو المبيع غير موجودٍ وما هو موجودٌ غير المبيع ، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

وفيه : أولاً : هذا الإستدلال على فرض تماميته إنّما يتم إذا كان المبيع شخصيّاً ، وأمّا إذا كان المبيع كليّاً – كما فى بعض المعاملات – فغير تام .

وثانياً : إذا وقع العقد على المبيع الشخصى ولكن الغش لا يخرجه عن حقيقته وصورته النوعية لا يوجب بطلان المعاملة ، بل يجرى فيها خيار العيب أو الوصف أو التدليس .

نعم ، إذا كان الغش يردّ المبيع عن حقيقته وصورته النوعية ويوجب انقلابه عن ماهيته ، فيحكم ببطلان المعاملة ، لأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد . وفى هذا الفرض تمّ الإستدلال كما سبق .

والحاصل ، صحت المعاملة المغشوشة لعدم تمامية ما اُستدل على بطلانها ، والحكم ثابت بالحرمة التكليفية للغش فقط مع ثبوت الخيارات للمشترى ، واللّه سبحانه هو العالم .

الجهة العاشرة : هل حرمة الغشّ تعمّ الكافر ؟

إذا تأملت ما تلوناه عليك من الروايات ظهر لک أنّ بعض الروايات تخص الحرمة بالمؤمن ، يعنى الشيعى الإمامى ، نحو : صحيحة هشام بن سالم(١) وصحيحة على بن سويد

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ١ .

السائى(١) .

وبعضها الآخر تعمّها بالمسلم ، نحو : صحيحة اُخرى لهشام بن سالم(٢) وحسنة الحسين بن خالد(٣) وصحيحة الحلبى(٤) وخبر سعد الإسكاف(٥) وخبر مناهى النبى(٦) صلى الله عليه و آله وسلم وخبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة(٧) .

ويمكن استفادة الحرمة بالنسبة إلى جميع الناس حتّى الكافر منهم مِنْ بعضها نحو : صحيحة هشام بن الحكم(٨) ومعتبرة السكونى(٩) وصحيحة الحسين بن المختار القلانسى(١٠) وصحيحة عبيس بن هشام الناشرى(١١) وحسنة أو معتبرة موسى بن بكر(١٢) وحسنة بل صحيحة الحسين بن زيد الهاشمى(١٣) .

فهذه الروايات المعتبرة دالة على حرمة الغش بالنسبة إلى جميع الناس مع اختلاف أديانهم ومذاهبهم ، فلا يجوز غشّهم فى المعاملات ، واللّه سبحانه هو العالم .

وبهذه الجهة تمّ بحث الغش وللّه الحمد أولاً وآخراً .

١- (٢) الكافى ٨ / ١٢٦ ح ٩٥ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ٢ .

٣- (٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٥٠ ح ١٩٤ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ٢ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٨ .

٦- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ١٠ .

٧- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٣ ح ١١ .

٨- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

٩- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٤ .

١٠- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٩ .

١١- (١٠) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٧ .

١٢- (١١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

١٣- (١٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٦ .

الغِناء

اشارة

يقع الكلام فيه ضمن مقامات :

المقام الأوّل : موضوعه

لم يرد فى الروايات تحديد موضوع الغناء ، فلابدّ فى تعيين موضوعه إلى مراجعة كلمات أهل اللغة والفقهاء ، فلذا نقول :

قال أحمد بن فارس : « ... الغناء من الصوت ، والأُغنية(١) اللون من الغناء»(٢) .

وقال ابن منظور : « ... الغنى من المال مقصورٌ ومن السماع ممدودٌ ، وكلّ مَنْ رفع صوته ووالاه فصوته عند العرب غناءٌ ... »(٣) .

وقال ابن الأثير فى معنى التغنى بالقرآن : « ... وقال الشافعى : معناه تحسين القراءة وترقيقها ، ويشهد له الحديث الآخر « زيِّنوا القرآن بأصواتكم» ، وكلّ من رفع صوته ووالاه فصوته عند العرب غناء ... »(٤) .

وقال الفيومى : « ... والغناء مثالُ كِتابٍ : الصوت ، وقياسُهُ الضّمُ لأنّه صوتٌ ، وغَنَّى بالتشديد إذا تَرَنّم بالغناءِ»(٥) .

قال الفيروزآبادى : « ... والغناءُ ككِساءِ من الصوت ما طُرب به ... »(٦) .

١- (١) يقال : بضم الهمزة وكسرها مع تشديد الياء وتخفيفها ، أربع لغات .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ٤ / ٣٩٨ .

٣- (٣) لسان العرب ١٠ / ١٣٥ .

٤- (٤) النهاية فى غريب الحديث والأثر ٣ / ٣٩١ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٤٥٥ .

٦- (٦) قاموس اللغة / الطبع الحجرى مادة الغنى .

وقال الطريحى : « الغناء ككِساءِ : الصوت المشتمل على الترجيع المطرب أو ما يُسمى بالعرف غناءً وإن لم يطرب ، سواء كان فى شعرٍ أو قرآنٍ أو غيرهما ، واستثنى منه الحدو للإبل ، وقيل : وفعله للمرأة فى الأعراس مع عدم الباطل . وفى الحديث : جوار يتغنّين ويضربن بالعود ، أى يستعملن الغناء وضرب العود ... »(١) .

وقال فى المنجد : « الغناء من الصوت : ما طُرِّبَ به . الأُغْنِيَّة والإغْنِيَّة والأُغْنِيَة والإغْنيَة : ما يُترنَّم ويُتغنّى به ، جمعه أغانى وأغانٍ»(٢) .

أقول : بعد نقل كلمات اللغويين فلابدّ من مراجعة كلمات الفقهاء فى تعريفه :

قال المحقق فى شهادات الشرائع فى تعريف الغناء : « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطربِ يُفَسَّقُ فاعله وتردُّ شهادته وكذا مستعمه ، سواءٌ استعمل فى شعرٍ أو قرآن ولا بأس بالحُداءِ به ... »(٣) .

وقال ابن أخته وتلميذه العلامة الحلى فى شهادات التحرير : « الغناء حرام ، وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المُطْرِب يفسق فاعله وتُردّ شهادته به ، سواء كان فى شعرٍ أو قرآن ، وكذا مستمعُهُ سواء اعتقد إباحته أو تحريمه»(٤) .

وقال فی شهادات الإرشاد : « وسامع الغناء – وهو مدّ الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب وإن کان فی قرآن – وفاعله و ... »(٥) .

وقال فی شهادات القواعد : « الغناء حرام یُفَسَّقُ فاعله ، وهو ترجیع الصوت ومدّه ، وکذا یُفَسَّقُ سامعه قاصداً ، سواء کان فی قرآن أو شعر ، ویجوز الحداء»(٦) .

وقال فی تلخیص المرام فی تعریفه : « مدّ الصوت بالترجیع واستماعه فی قرآن

١- (٧) مجمع البحرین / ٦٧ الطبع الحجری و١ / ٣٢١ الطبعة الحدیثة .

٢- (١) المنجد / ٥٩٠ .

٣- (٢) شرائع الإسلام ٤ / ١١٧ .

٤- (٣) تحریر الأحکام الشرعیة ٥ / ٢٥١ المسألة ٦٦٢٩ .

٥- (٤) إرشاد الأذهان ٢ / ١٥٦ .

٦- (٥) قواعد الأحکام ٣ / ٤٩٥ .

وغیره»(١) .

وقال الشهید فی شهادات الدروس : « ... والمغنّی بمدّ صوته المطرب المرجّع وسامعه ، وإن کان فی قرآن أو اعتقد إباحته ، ویجوز الحُداء وشبهها ... »(٢) .

وقال الشیخ شمس الدین محمد بن شجاع القطان الحلی فی شهادات « معالم الدین فی فقه آل یاسین» : « الغناء : وهو مدّ الصوت المطرب وإن کان ورُخصّ الحِداءُ للإبل وغیرها»(٣) .

وقال المحقق الثانى : « الغناء : هو ممدود - ثمّ نقل تعريف الشهيد وأضاف - : وليس مطلق مدّ الصوت محرّماً وإن مالت القلوب إليه ما لم ينته إلى حيث يكون مطرباً بسبب اشتماله على الترجيع المقتضى لذلك ... »(٤) .

وقال ثانى الشهيدين : « الغناء - بالمد - مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، فلا يحرم بدون الوصفين - أعنى الترجيع مع الإطراب - وإن وُجد أحدهما . كذا عرّفه جماعة من الأصحاب(٥) ، وردّه بعضهم(٦) إلى العرف ، فما سمّى فيه غناء يحرم وإن لم يطرب ، وهو حسنٌ . ولا فرق فى ذلك بين كونه فى شعر وقرآن وغيرهما ... »(٧) .

وقال فى شهاداته : « الغناء عند الأصحاب محرَّم ، سواء وقع بمجرد الصوت أم انضمّ إليه آلة من آلاته ... والمراد بالغناء الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، كذا فسّره به المصنف رحمه الله وجماعة ، والأُولى الرجوع فيه إلى العرف فيما يُسمى فيه غناءً يحرم ، لعدم ورود الشرع بما يضبطه ، فيكون مرجعه إلى العرف . ولا فرق بين وقوعه بشرعٍ وقرآن وغيرهما ،

١- (٦) تلخيص المرام فى معرفة الأحكام / ٣١١ للعلامة الحلى .

٢- (٧) الدروس الشرعية ٢ / ١٢٦ .

٣- (٨) معالم الدين فى فقه آل ياسين ٢ / ٣٨٨ .

٤- (١) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .

٥- (٢) كالمحقق والعلامة والشهيد فى الشرائع والتحرير والإرشاد والدروس كما مرّ كلامهم .

٦- (٣) كالفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢ / ١١ .

٧- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٦ .

وكما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه كما يحرم استماع غيره من الملاهى ... »(١) .

أقول : ذكر نحو هذا البيان فى الروضة البهية(٢) وفى حاشيته على الشرائع(٣) وقال فى حاشيته على الإرشاد : معلّقاً على قول العلامة : « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب» « أو ما يُسمى فى العرف غناءً وإن لم يطرب»(٤) .

وقال المحقق الأردبيلى : « قوله « والغناء» قيل : هو - بالمد - مدّ صوت الإنسان المشتمل على الترجيع المطرب ، الظاهر أنّه لا خلاف حينئذٍ فى تحريمه وتحريم الأُجرة عليه وتعلّمه وتعليمه واستماعه . وردّه بعض الأصحاب إلى العرف ، فكلّ ما يُسمّى به عرفاً فهو حرام ، وإن لم يكن مشتملاً على الترجيع ولا على الطرب .

دليله : أنّه لفظ ورد فى الشرع تحريم معناه ، وليس بظاهر له معنى شرعى مأخوذ من

الشرع ، فيحال إلى العرف . والظاهر أنّه يُطلق على مدّ الصوت من غير طرب ، فيكون حراماً ، إذ يصحّ تقسيمه إلى المطرب وعدمه ، بل ولا يبعد إطلاقه على غير المرجّع والمكرر فى الحلق ، فينبغى الاجتناب ، والأوّل أشهر . ولعلّ وجهه أنّ الذى علم تحريمه بالإجماع هو مع القيدين وبدونهما يبقى على أصل الإباحة ، ولكنّ مدلول الأدلة أعمٌّ ، مثل : المغنية ملعونة وملعون مَنْ أكل ثمنها»(٥) .

قال صاحب الحدائق : « الغناء - بالمد ككساء - قيل : هو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، فلا يحرم بدون الوصفين ، أعنى الترجيع والإطراب ، كذا عرّفه جماعة من الأصحاب ، والطرب : خفة تعتريه تسرّه أو تحزنه .

وردّه بعضهم إلى العرف ، فما سُمى فيه غناءٌ يحرم وإن لم يطرب ، واختاره فى المسالک

١- (٥) مسالک الأفهام ١٤ / ١٧٩ و ١٨٠ .

٢- (٦) الروضة البهية ٣ / ٢١٢ .

٣- (٧) حاشية الشرائع / ٣٢٧ للشهيد الثانى .

٤- (٨) حاشية الإرشاد للشهيد الثانى المطبوعة ضمن غاية المراد ٤ / ١٠٩ ، ومستقلاً / ٣٨١ .

٥- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٧ .

وغيره ، وهو المختار ، ولا خلاف فى تحريمه فيما أعلمُ ... »(١) .

ثم قال صاحب الحدائق فى حاشية كتابه : « وممّن صرح بما اخترناه هنا الفاضل المولى محمد صالح المازندرانى فى شرح الأُصول حيث قال - بعد الكلام فى الغناء - : وعرّفه جماعة من أصحابنا بالترجيع المطرب ، فلا تتحقق ماهيته بدون الترجيع والإطراب ولا يكفى أحدهما ، وردّه بعضهم إلى العرف ، فما سمّاه أهل العرف غناءً حرامٌ ، أطرب أم لم يطرب . ولا يخلو من قوة ، لأنّ الشائع فى مثله ممّا لم يعلم معناه لغةً ولم يظهر المقصود منه شرعاً هو الرجوع إلى العرف»(٢) .

وقال المحقق السبزوارى : « الغناء : وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب على ما قاله بعضهم ، وبعضهم اقتصر على الترجيع ، وبعضهم على الإطراب من غير ذكر الترجيع ، ومن العامة مَنْ فسّر بتحسين الصوت ، ويظهر ذلک من بعض عبارات أهل اللغة ، والظاهر أنّ الغالب لا ينفک التحسين من الوصفين المذكورين . ومنهم من فسّر بمدّ الصوت . ومنهم من قال : من رفع صوتاً ووالاه فهو غناءٌ . ولعلّ الإطراب والترجيع مجتمعان غالباً . وقيل : ما يُسمى غناء عرفاً وإن لم يشتمل على القيدين»(٣) .

وقال الوحيد البهبهانى فى حاشيته على مجمع الفائدة والبرهان : « وقيل : الُمحْزِن داخل

فى المطرب ، وقيل : مدّ الصوت ، ومنهم من اقتصر على الصوت المشتمل على الترجيع ، ومنهم من اقتصر على المطرب ، وقيل : هو تحسين الصوت ، وقيل : رفع الصوت مع موالاته ، والأظهر الرجوع إلى العرف لتقدّمه على اللغة عند التعارض على الأظهر ، سيما مع الاضطراب فى اللغة ، فتأمل»(٤) .

وقال أيضاً : « النوحة ليس غناءً فى العرف وإن اشتمل على ترجيع ما ، فتأمل»(٥) .

ص:٢٧١

١- (٢) الحدائق ١٨ / ١٠١ .

٢- (٣) الحدائق ١٨ / ١٠١ .

٣- (٤) الكفاية ١ / ٤٢٨ .

٤- (١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٢٧ .

٥- (٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٢٧ .

قال الشيخ جعفر : « والغناء من مقولة الأصوات كما يظهر من كثير من اللغويين والفقهاء ، أو من كيفياتها كما يظهر من الأكثر من الجانبين ، ولعلّه الأقوى وليس اختلاف كلامهم فى تفسيره - حيث قيل : مدّ الصوت ، أو ترجيعه أو إطرابه أو تحسينه أو رفعه وموالاته أو مدّه وتحسينه أو مدّه وترجيعه أو تحسينه وترقيقه أو ترجيعه وإطرابه أو مدّه وترجيعه وإطرابه إلى غير ذلک ، أو الصوت مقيداً بالطرب أو الرفع والموالاة أو الترجيع والإطراب إلى غير ذلک - مبنيّاً على التعارض حتّى ينظر فى التعادل ويرجّح الأكثر أو الأبصر أو على الجمع ، فيؤخذ بالجامع للصفات لأنّه المتيقَّن ، والأصل جواز ما عداه ، أو الجميع عملاً بقول المثبت فيما أثبته ورداً للنافى فيما نفاه ، بل إنّما قصدهم - كما لا يخفى على مَنْ مارس كلامهم فى بيانهم لمعانى الألفاظ الشائعة المشهورة - الدوران حول العرف والإشارة إليه ، وبيان المعنى العام ليحترز عن إدخاله فى جنس آخر ، كبيان أنّ الغناء من مقولة الأصوات أو كيفياتها ، وسعدانة من مقولة النبات ونحو ذلک ، ولذا لاترى بينهم معركة ونزاعاً مع اختلاف العبارات وتفاوت الكلمات ، فلم يبق سوى الرجوع إلى العرف الذى هو المرجع والمفزع فى فهم المعانى من المبانى ، وهو لايكال بمكيال ولا يوزن بميزان ، فقد تراه يرى تحقق الغناء فى صوت خال عن الحسن والرّقة مشتمل على الخشونة والغلظة ، وفى خال عن المدّ مشتمل على التقطيع والتكسير ، وفى خال عن الترجيع متصف بالخفاء ، وفى مهيّج للطرب بمعنى الخفة المقرونة بالإنشراح واللّذة ، وفى

مقرِّح للفؤاد مهيّج على البكاء للعشّاق إلى غير ذلک ، فليس للفقيه الماهر سوى الرجوع إليه والتعويل عليه . ولو فرض ثبوت المعنى اللغوى فالعرف مقدّم عليه . وإذا أشكلت عليه الأُمور لاضطرابه ، رجع إلى أصل إباحته إن كان من أهلها أو إلى الأخذ بحائطته إن كان من أهلها»(١) .

ولكن خالف الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى أُستاذه واختار المعنى المشهور عنده مع القيدين - أعنى الترجيع والإطراب - وقال : « ... إنّ المعنى المشهور [مع القيدين] لا يحكم العرف بسواه ، ويرشد إلى ذلک أنّ جماعة ممّن عرّفه كالمحقق فى شهادات الشرائع والمصنف

١- (٣) شرح القواعد ١ / (١٩٣ - ١٩١) .

[العلامة] فى الكتاب [القواعد] والتحرير والإرشاد لم يذكروا له إلاّ المعنى المشهور ، وما ذاک إلاّ لأنّه هو الذى يحكم به العرف ، وإلاّ لكان الواجب عليهم الإحالة على العرف كما تقتضيه قواعدهم ، لأنّه لفظ ورد من الشرع تحريم معناه ولم يعلم له معنىً شرعى فيحال على العرف ، ولو كان له فى اللغة معنىً يخالفه ، لأنّ العرف العام يقدّم عليها فكيف يفسّرونه بمعنىً يخالف العرف ، إنّ ذلک لمستبعد منهم غاية البعد ... »(١) .

وقال سيد الرياض : « الغناء وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب أو ما يُسمّى فى العرف غناءً وإن لم يطرب ، سواء كان فى شعر أو قرآن أو غيرهما على الأصح الأقوى ... »(٢) .

وقال الفاضل النراقى : « ... إنّ كلمات العلماء من اللغويين والأُدباء والفقهاء مختلفة فى تفسير الغناء ، ففسّره بعضهم بالصوت المطرب ، وآخر بالصوت المشتمل على الترجيع ، وثالث بالصوت المشتمل على الترجيع والإطراب معاً ، ورابع بالترجيع ، وخامس بالتطريب ، وسادس بالترجيع مع التطريب ، وسابع برفع الصوت مع الترجيع ، وثامن بمدّ الصوت ، وتاسع بمدّه مع أحد الوصفين أو

كليهما ، وعاشر بتحسين الصوت ، وحادى عشر بمدّ الصوت وموالاته ، وثانى عشر- وهو الغزالى(٣) - بالصوت الموزون المفهم المحرّک للقلب . ولا دليل تاماً على تعيين أحد هذه المعانى أصلاً .

نعم ، يكون القدر المتيقّن من الجميع المتفق عليه فى الصدق - وهو : مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب الأعم عن السارّ والمحزن المفهم لمعنى - غناء قطعاً عند جميع أرباب هذه الأقوال ، فلو لم يكن هنا قول آخر يكون هذا القدر المتّفق عليه غناءً قطعاً .

إلاّ أنّ بعض أهل اللغة فسّره بما يقال له بالفارسية : « سرود » ، أيضاً ، وحكى عن الصحاح أنّه قال : الغناء هو ما يسمّيه العجم ب- « دو بيتى » .

وقال بعض الفقهاء : إنّه يجب الرجوع فى تعيين معناه إلى العرف .

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٦٩ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / ١٥٥ .

٣- (٣) إحياء علوم الدين ٢ / ٢٧٠ .

ولا يخفى ما فى معنى الأولين من الخفاء ، فإنّ « سرود» و« دو بيتى » ليس بذلک الإشتهار فى هذه الأعصار بحيث يتّضح المراد منها ، ويمكن أن يكون هذا متحداً مع أحد المعانى المتقدمة .

ويحتمل قريباً أن يكون لِلّحن وكيفية الترجيع مدخليّة فى صدقهما ، ويشعر به ما فى رواية عبد اللّه بن سنان(١) الآتية الفارقة بين لحن العرب ولحن أرباب الفسوق والكبائر .

ويؤيده أيضاً ما قد يُفسّر ب- « سرود» من أنّه ما يقال له بالفارسية « خوانندگی » ، وقد يُفسّر الغناء بذلک أيضاً ، فإنّ التعبير ب- « خوانندگی » فی الأغلب إنّما يكون بواسطة الألحان والنغمات .

وكذا الثالث فإنّ فيه خفاءً أيضاً ، فإنّه لا عرف لأهل العجم فی لفظ الغناء ومرادفه من لغة الفرس غير معلوم ، وعرف العرب فيه غير منضبط ، وقد يُعبَّر عنه أيضاً ب- « خوانندگی » وهو غير ثابت أيضاً .

ولأجل هذه الإختلافات يحصل الإجمال غايته فی معنى الغناء ، ولكنّ الظاهر أنّ القدر المتيقَّن المذكور من المعانی الإثنی عشرية - سيما إذا ضمّ معه اللحن الخاص المعهود الذی يستعمله أرباب الملاهی ويتداول عندهم ويعبّر عنه الآن عند العوام ب- « خوانندگی » يكون غناءً قطعاً ، سواء كان فی القرآن والدعاء والمراثی أو فی غيرها ... »(٢) .

قال صاحب الجواهر : « إنّما الكلام فی موضوعه ، ففی جملة من كتب الأصحاب أنّه مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، بل ربّما قيل أنّه المشهور ، وفی القاموس غناء ككساء من الصوت ما طرب به ، وفی شهادات القواعد وبعض كتب اللغة ترجيع الصوت ومده ، وعن الشافعی أنّه تحسين الصوت وترقيقه ، وفی محكی النهاية أنّ كل من رفع صوتاً ووالاه فصوته عند العرب غناء ، وعن السرائر والإيضاح أنّه الصوت المطرب ، وعن بعض أنه مدّ الصوت ، وعن المصباح المنير أنه الصوت ، إلى غير ذلک من كلمات أهل اللغة التی يقطع الماهر بملاحظتها

١- (١) وسائل الشيعة ٦ / ٢١٠ ح ١ . الباب ٢٤ من أبواب قراءة القرآن .
٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٦ .

بكون المراد منها ، بيان أن الغنى [الغناء] من هذا الجنس ، نحو قولهم « سُعدانة نبت » ، ضرورة عدم خلو غالب الأصوات فی قراءة القرآن والأدعية والخطب والشعر فی جميع الأعصار والأمصار

من العلماء وغيرهم ، من تحسين ومدّ وترجيع فى الجملة ، كما لا يخفى على من له أدنى معرفة وإنصاف ، فيعلم كون المراد كيفية خاصة منها موكولة إلى العرف ، كما هى العادة فى بيان

أمثال ذلک . نعم لا عبرة بعرف عامة سواد الناس ، فإنّه الآن مشتبه قطعاً ، لعدهم الكيفية الخاصة من الصوت فى غير القرآن والدعاء وتعزية الحسين عليه السلام غناءً ، ونفى ذلک عنها فيها ، وما ذاک إلا اشتباهه للقطع بعدم مدخلية خصوص ألفاظ فيه ، لما عرفت أنه كيفية خاصة للصوت بأى لفظ كان . ودعوى التزام جواز ذلک فيها وإن كان غناءً فى غيرها - لاطلاق ما دل على الأمر بها(١) الشامل لهذه الكيفية الخاصة ، بل جاء فى خصوص القرآن الأمر بالتغنى فيه ، وما يقتضى بجواز الغناء فيه - واضحة الفساد ، لمعلومية تحكيم النهى فى أمثال ذلک وليس من تعارض العموم من وجه المحتاج إلى ترجيح ، بل فهم أهل العرف كافٍ فيه ، نحو العام والخاص والمطلق والمقيد ، وإلا لتحقق التعارض من وجهٍ بين ما دلّ على قضاء حاجة المؤمن مثلاً ، والنهى عن اللواط والزنا والكذب وغيرها من المحرّمات ، المعلوم بطلانه بضرورة الشرع أنّه لا يطاع من حيث يعصى . وما ورد فى خصوص القرآن - بما لا ريب فى قصوره عن معارضة ما دلّ على الحرمة من وجوه مطرح أو مأوّل أو موضوع . خصوصاً بعد قوله عليه السلام « اقرؤا القرآن بألحان العرب وإيّاكم ولحون أهل الفسوق فإنّه سيجىء قوم يرجّعون القرآن ترجيع الغناء»(٢) .

نعم ، قد يحتمل إرادته إختصاص الغناء بالصوت المشتمل على التحسين بالمدِّ والترجيع المتخذ للهو وانشراح النفس و الطرب ، كما عساه يؤمى إليه لهو الحديث وأخذ الطرب فى تعريفه ، ومعروفية مجالس الغناء بذلک ، بعد العلم بعدم زيادتها فى المدِّ والترجيع على ما يُستعمل فى غيرها ، ممّا لم يرد به اللهو كالتعزية والأذان وغيرهما .

١- (١) الوسائل ٦ / ٢١١ و ٢١٢ ح ٥ و ٦ . الباب ٢٤ من أبواب قراءة القرآن .

٢- (٢) الوسائل ٦ / ٢١٠ ح ١ . الباب ٢٤ من أبواب قراءة القرآن .

وقد يؤيد بما ذكر فى استثناء النوح منه ، من أنه ليس داخلاً فى موضوعه باعتبار مقابلة النوح له عرفاً ، وما ذاک إلا لعدم اتخاذ اللهو به . لكنّه أيضاً لا يخلو من إشكال ، ضرورة عدم اعتبار ذلک فى حقيقته وإن تعارف استعماله فى مجالس اللهو ، وإلا فربّما كان من أفراد الغناء الأصوات المشجية والمثيرة للحزن والبكاء ، كما يستعمله العشاق فى فقد المحبوب وعدم نيل المطلوب ، وهو مع ذلک نوع من الطرب ،ولذا حكى عن القاموس التصريح بفساد وهم من خص الطرب بالسرور ، وأنّه قول العوام . والتحقيق الرجوع فى موضوعه إلى العرف الصحيح الذى لا ريب فى شموله للمقامات المعلومة وشعبها المعروفة عند أهل فنّها ، بل لا ريب فى تناوله لغير ذلک ممّا يستعمله سواد الناس من الكيفيات المخصوصة ، بل الورع يقتضى إجتناب

جميع الأفراد المشكوک اندراجها فى موضوعه ، وإن كان الأصل يقتضى الإباحة فى شبهة الموضوع الراجعة إلى شبهة الحكم»(١) .

قال العلاّمة الجد آية اللّه الحاج الشيخ محمد حسين النجفى الأصفهانى قدس سره المتوفى عام ١٣٠٨ فى تفسيره بهذا الشأن : « قد يكون حسن الصوت طبيعيّاً منشؤه كون آلات التنفّس والتكلّم بحيث يصدر عنه الكلام حسناً وملائماً مناسباً لسمع السامعين بحيث يستلّذ به السامع ، كما أنّها قد تكون على خلاف ذلک بحيث يخرج منه الكلام على وجه تشمئز منه النفوس ؛ كصوت الحمار . وهذا فى الصوت كالحسن والقبح فى الوجه وغيره من سائر الأشياء . وقد يكون اختياراً ناشئاً من طرف المادّة باعتبار إخراج الحروف من أليق حدود مخارجها بها على وجه متناسب ، كما يشاهد فى بعض القرّاء ، أو من طرف الهيئات العارضة للحروف ، المحسّنة لها ، المزيّنة إيّاها ، باعتبار الإنفراد والتأليف مع غيرها بحيث يميل إلى معروضها نفس السامع ، كما يعرض القبح للكلام بالاعتبارين ، كماهو المشاهد من بعض الناس . وقد يكون اختياريّاً ناشئاً من ترجيع الصوت وترديده بكيفيّات خاصّة ، بحيث تؤثر فى النفس سرور أو حزناً ، مع قطع النظر عن مادّة الحروف والكلمات

وهيئاتها العارضة لها ، بل هو خارج عنها أصلاً ، بل ربّما يؤثّر تأثيرها فى نفس السامع مع عدم سماعه لجوهر الكلام .

ص:٢٧٦

١- (١) الجواهر ٢٢ / (٤٧ - ٤٥) .

وبيان هذا النمط من الحسن وهو الذى تكفّل له علم الموسيقى المعدود من أجزاء علم الحكمة ، وله أقسام وقواعد مسطورة فيه .

ولا يبعد أن يكون هذا القسم بالخصوص هو المراد بالغناء الذى ورد عنه النهى فى الأخبار وأفتى بحرمته العلماء ، ويُشبه أن يكون موضوعه ظاهراً عند أهله ومن له بصيرة بهذا الشأن ، ولو فى الجملة ؛ إذ ليس كل من يعرف حسن الشيء من قبحه يقدر على صناعته ، كما يظهر بين الخط الحسن والقبيح ، والبناء الحسن من القبيح . والظاهر أنّ هذا من الكيفيّات العارضة للصوت ؛ كعروض هيئة الشعر على الكلمات فى تعيّنه واقعاً ، وانقسامه إلى أقسام محصورة فى الواقع ، ومعرفته من لا يقدر على إحداثه ، واختلاف الصانعين فى جودة الطبع وعدمها ، ومقدار الاكتساب . وهذه الكيفيّة هى ترجيع خاص معهود ، ومطرب مؤثّر فى النفس سروراً أو حزناً ، وهو المراد ب- « خوانندگى » ، ونحوها إن أريد بها وما يشبهها المعانى المعهودة عند أهل الخبرة بهذا الشأن .

وهيهنا نوع آخر من حسن الصوت بالقرآن يحصل من حال القارئ إذا ترقّى فى مقامات القراءة من هذا العالم إلى عالم السرور والبهاء والقدس ، فإنّه يُحدِثُ لقراءته ملاحةً وحسناً ، ويتلبّس بها كلامه بحيث يبتهج به السامع ابتهاجاً روحانيّاً لصدوره من عالم البهجة والحسن والجمال ، وظهور حال المتكلّم وصفاته فى الكلام ، كما يظهر حزنه وسروره فيه بحيث سرى منه إلى السامع ، كما يؤثّر الغناء فى ذلک ، وكما أنّه إذا خرج عن القلب دخل فى القلب . ويُشبه أن يكون هذا النمط من الحسن هو ما كان لداود وعلىّ بن الحسين والباقر عليهم السلام على ما روى فى الأخبار ، أو نمط أعلى من

ذلک یشابهه فی الروحانیّة ، وذلک بخروج القرآن عن لسان المتکلّم علی ما هو علیه من البهاء والکمال الروحانی ، أو عن مبدئه الّذی له الجمال المطلق .

وممّا ذکر یظهر أنّه لا یختصّ تحسین الصوت بالقرآن والترجیع به بالتغنّی به ، بل لیس لتلک الأخبار الواردة ظهور تامّ فی جوازه فضلاً عن رجحانه ، فالخروج بها عن إطلاق ما دلّ علی حرمته جرأة تامّة ، خصوصاً بملاحظة ما رواه الکلینی بسنده عن عبد اللّه بن سنان ، عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال : « قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم : إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها ، وإیّاکم ولحون أهل الفسق وأهل الکبائر ! فإنّه سیجیء من بعدی أقوام یرجّعون القرآن ترجیع الغناء

ص:۲۷۷

والنوح والرهبانیّة ، لا یجوز تراقیهم ، قلوبهم مقلوبة وقلوب من یعجبه شأنهم»(۱)(۲) .

وقال ولده العلاّمة آیة اللّه أبو المجد الشیخ محمد الرضا النجفی الاصفهانی قدس سره فی رسالته الخاصة بهذا الموضوع : « الروضة الغنّاء فی تحقیق معنی الغناء» : « الغناء : صوت الإنسان الذی من شأنه إیجاد الطرب بتناسبه لمتعارف الناس .

والطرب : هو الخفة التی تَعْتَری الإنسان فتکاد أن تذهب بالعقل وتفعل فعل المسکر لمتعارف الناس أیضاً ... ثمّ قال بعد صفحة : تقیید الصوت بصوت الإنسان لیس إلاّ لمتابعة العرف الذی هو المرجع فی معرفة موضوع الأدلة ، فإنّ أصوات البلابل وإن تناسبتْ وأطربتْ لا تُسمّی غناءً .

وبقید التناسب یخرج ما أوجب الطرب بغیره من حسن الصوت اللغوی ذاتاً أو لحسن

صاحبه أو لحسن ألفاظه ومعانیه ونحو ذلک .

وبقید المتعارف یخرج الخارج عنه ، فلا اعتبار بمن هوکالجماد لا یُطْرِبُه أحسن الألحان ، کما أنّه لا اعتبار بمن یطرب بأدنی سببٍ ، والحال فیه کالحال فی المسکر ... .

وبقولى : « فتكاد أن تذهب الخ» يخرج الطرب الخفيف ، إذ لا اعتبار به كما لا اعتبار بالفرح والنشاط الحاصلين من المشروبات المفرّحة ما لم يبلغ مرتبة يزيل العقل عن المتعارف . وبالجملة : الطرب فى الغناء كالسكر فى الشراب ، والعلّة فى تحريمه عين العلّة فيه ، وهو إزالة العقل . ومن فسّر الغناء بالإطراب وما يشتق منه فلقد أحسن وأصاب ، فمراده هو الذى عرفت لا مطلق الطرب ... .

وفذلكة القول : أنّ الغناء هو الصوت المتناسب الذى من شأنه بما هو متناسب أن

١- (١) الكافى ج ٢ ، باب ترتيل القرآن بالصوت الحسن ، ص ٦١٤ ، ح ٣ ؛ ورواه أيضاً الطبرسى قدس سره فى مجمع البيان ، ج ١ ، المقدمة ، الفن السابع ، ص ١٦ ، عن حذيفة بن اليمان ، عنه صلى الله عليه و آله وسلم ؛ والشيخ البهائى قدس سره فى كشكوله ، ج ٢ ، ص ١٦ ، مرسلاً عن أبى عبد اللّه عليه السلام عنه صلى الله عليه و آله وسلم ؛ وهكذا فى الوسائل ٦ / ٢١٠ ح ١ ، باب ٢٤ من أبواب قراءة القرآن .

٢- (٢) مجد البيان فى تفسير القرآن / (١٨٥ - ١٨٣) .

يوجد الطرب ، أعنى الخفة بالحدِّ الذى مرّ ... »(١) .

ومن عجيب التعاريف للغناء ما نسب إلى المؤسس الحائرى من دخالة القصد فيه وقال : « ... قد يكون المقصود الأصلى للإنسان قراءة القرآن أو الدعاء أو المرثية ، فيقصد تبعاً لهذا المقصود على الوجه الأتم إلى تحسين صوته وترجيعه وترقيقه عند قراءته ، وقد يكون الأمر بالعكس . فالمقصود الأصلى إظهار حسن الصوت لأجل أن يتفرّج به نفسه والحاضرون ، فيتوسّل إلى تمشية هذا المقصود إلى قراءة القرآن أو دعاء أو مرثية أو أشعار من المثنوى وغيره ... فالمدعى شهادة الوجدان والعرف بالفرق بين هذين القسمين فى التسمية باسم الغناء ... ولو فرض إتحاد القسمين فى جميع كيفيات

الصوت وكونهما بمرتبة واحدة مِنْ الحُسن ، ومن المعلوم عدم تأتى الفرق بينهما حينئذ إلاّ مِنْ قبل إصالية القصد وتبعيته» .

ثمّ استدرک على نفسه بعد صفحة : « نعم ، لا مضايقة من كون بعض أفراد الصوت غناءً بحسب الذات لا يتغير عن الغنائية ولو فيما كان المقصود الأصلى هو المقروء ، كما لا يبعد ذلک فى ما يُسمى ب- « تصنيف» ، لكن ما ذكرنا من الدوران مدار القصد هو الشائع فى غالب الأصوات الحسنة»(٢) .

وأخذ المحقق الايروانى فى تعريف الغناء المحرَّم أربعة أُمور : « بطلان الكلام فى معناه وهواشتماله على المدّ ، ثمّ الترجيع ، ثمّ الإطراب ، فإذا ارتفع أحد الأربع ارتفع التحريم»(٣) .

وقال المحقق الخوئى : «- إنّ الغناء المحرَّم عبارة عن الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو ، فكلّ صوت كان صوتاً لهوياً ومعدوداً فى الخارج من ألحان أهل الفسوق والمعاصى فهو غناء محرّم ... ثمّ إنّ الضابطة المذكورة إنّما تتحقق بأحد أمرين على سبيل مانعة الخلو :

الأوّل : أن تكون الأصوات المتصفة بصفة الغناء مقترنة بكلام لا يُعدّ عند العقلاء إلاّ باطلاً ، لعدم اشتماله على المعانى الصحيحة ، بحيث يكون لكلِّ واحد من اللحن وبطلان المادّة

١- (١) الروضة الغناء فى تحقيق معنى الغناء ، المطبوعة ضمن مجموعة الرسائل المكتوبة فى الغناء والموسيقى ٢ / (١٥١٤ - ١٥٠٨) طبع قم نشر مرصاد عام ١٤١٨ ق .
٢- (٢) المكاسب المحرمة / (١٦٨ - ١٦٦) .
٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٧٩ .

الثانى : أن يكون الصوت بنفسه مصداقاً للغناء وقول الزور واللهو المحرّم ، كألحان أهل الفسوق والكبائر التى لا تصلح إلاّ للرقص والطرب ، سواء تحققت بكلمات باطلة أم تحققت بكلمات مشتملة على المعانى الراقية كالقرآن ونهج البلاغة والأدعية ، نعم : وهى فى هذه الأُمور المعظمة وما أشبهها أبغض لكونها هتكاً للدين بل قد ينجر إلى الكفر والزندقة ... وعلى الجملة لا ريب أنّ للصوت تأثيراً فى النفوس ، فإن كان إيجاده للحزن والبكاء وذكر الجنة والنار بقراءة القرآن ونحوه لم يكن غناء ليحكم بحرمته ، بل يكون القارئ مأجوراً عند اللّه ، وإن كان ذلک للرقص والتلهى كان غناءً وسماعاً ومشمولاً للروايات المتواترة الدالة على حرمة الغناء واللّه العالم»(١) .

وقال المحقق الخمينى قدس سره تبعاً لأستاذه جدنا أبى المجد قدس سره فى تعريف الغناء : « بأنّه صوت الإنسان الذى له رقة وحسن ذاتى ولو فى الجملة وله شأنيّة إيجاد الطرب بتناسبه لمتعارف الناس ، فخرج بقيد الرقة والحسن صوت الأبحّ الردىء الصوت . وإنّما قلنا له شأنية الإطراب ، لعدم اعتبار الفعلية بلا شبهة ... وقيد التناسب لأجل أن الصوت الرقيق الرخيم إن لم يكن فيه التناسب الموسيقى لا يكون مطرباً ولا غناءً بل لا يتصف بالحسن حقيقة ، فالمدّ الطويل لايكون غناءً ولامطرباً ولو كان فى كمال الرقة والرخامة ... »(٢) .

وقال الفقيه السبزوارى : « ... إنّ الغناء لها إضافة إلى الصوت وإضافة إلى السامع ولابدّ وأن يشير فى تفسيره إلى الإضافتين فهى : كيفية خاصة فى الصوت طبيعيّاً كانت أو صناعية توجب نحو طرب فى السامع يناسب مجالس اللهو ومحافل الاستئناس والفرح ويلائم مع آلات الملاهى واللعب .

والطرب والفرح أيضاً من الوجدانيات التى تدرک ولا توصف ، فيُسمى المغنيين والمغنيّات بالمطربين والمطربات ، كما يوصف نفس الأصوات أيضاً يقال : أطربنا غناء فلان أو

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / (٣١٣ - ٣١١) .

٢- (٢) المكاسب المحرمة ١ / ٢٠٢ .

فلانة ، بل يطلق على المرأة الحلوة الجميلة لفظ « طروب» أيضاً إطلاقاً شائعاً . والطرب هو الإهتزاز فرحاً ... والطرب والفرح بحسب أصل اللغة والوجدان أعم من أن يكون ما يحصل منه حلالاً أو حراماً ، اختيارياً أو غير اختيارٍ .

ثمّ إنّ المنساق ممّا ورد فى تفسير قول الزور ولهو الحديث ... إنّما هو كيفية الصوت بالكيفيات الخاصة ، بقرينة تفاهم العرف من تلك الروايات لا خصوصيات الكلمات التى يتغنى بها .

نعم ، لو كانت تلك الكلمات معنونة بالعناوين الباطلة - كالكذب - وما يوجب تهييج الشهوة المحرَّمة ونحو ذلک من المفاسد تحرم من تلك الجهات أيضاً .

الثانية : النسبة بين مجرد تحسين الصوت والغناء المحرَّم عموم من وجه ، إذ ربّ صوت حسن لا ينطبق عليه الغناء المحرّم ، وربّ غناء محرّم لا ينطبق عليه الصوت الحسن ، لأن لحسن الصوت مراتب كثيرة جداً ، وكذا الطرب والترجيع والغناء أيضاً لها مراتب كثيرة على ما يشهد به الوجدان وفصّل فى الفنون المعدة لذلک .

الثالثة : المرجع فى تشخيص هذا الموضوع أهل الخبرة ومتعارف الناس كما صرح به فى الجواهر ، ومع الشک فى الصدق فمقتضى الأصل الموضوعى والحكمى عدم الغناء وعدم الحرمة من حيث الصوت ، وأما من حيث الآت اللهوية المحفوفة به فتحرم من تلك الجهة ، ولكن الأحوط الاجتناب فى الشبهة الموضوعية أيضاً»(١) .

وقال شيخنا الأُستاذ - مدظله - : « لا ينبغى التأمل فى كون الغناء عرفاً هى الكيفية للصوت ، ولا دخل فى صدقه بطلان معنى الكلام وعدمه ، ولذا مَنْ سمع مِنْ بعيد صوتاً يكون فيه الترجيع الخاص المناسب للرقص وضرب الأوتار يحكم بأنّه غناءٌ وإن لم يتميّز عنده مواد الكلام ولعلَّ . هذا هو المراد مِنْ قولهم : بأنّه مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، بأن يكون مرادهم تطويل الصوت بنحو

خاصٍ ، أى تطويله بترجيعه وترديده فى الحلق ، بنحو يقتضى الطرب ، أى يناسبه . والطرب حالة تعرض النفس من شدّة الفرح والحزن ، وحقيقته

ص:٢٨١

١- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ١١٥ و ١١٤ .

خروج النفس عن اعتدالها ، ولذا ربّما يفعل الإنسان فى ذلک الحال ما لا يفعله فى غيره ، وعلى

كلٍّ فإن أحرز فى مورد كون الكيفية غناءً فهو وإلاّ فمقتضى الأصل الإباحة ... »(١) .

أقول : هذا ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ الفقيه آية اللّه الميرزا جواد التبريزى - مدظله العالى - فى بحث مكاسبه وما كتبه فى إرشاده ، ولكن فى بحثه عن كتاب الشهادات عدل عنه وأخذ فى تعريف الغناء بطلان معنى الكلام ومضمونه ومحتواه بحيث لو لم يكن باطلاً لم يصدق على الصوت أنّه غناءٌ على ما كتبته من تقريرات بحثه فى كتاب الشهادات(٢) ، ولكن لم يدرجه فى كتابه « اُسس القضاء والشهادات » المطبوع ، ولعلّ هذا أمارة عدوله عنه .

والمختار من مجموع ما ذكرناه من كلمات اللغويين والفقهاء والأعلام : أنّ الغناء كيفية خاصة للصوت ، وهى : « صوت الإنسان الذى من شأنه إيجاد الطرب بتناسبه لمتعارف الناس»(٣) أو ما يُسمى فى العرف غناءً ، وربّما يقارن بأشياء اُخرى نحو : المدّ والترجيع ورفع الصوت ، وبطلان المحتوى ومضمون الكلام ومعناه ، وآلات الملاهى والمعازف وغيرها .

والطرب : هو الخفة التى تعترى الإنسان من شدّة الفرح أو الحُزن وتوجب خروج النفس عن اعتدالها فتكاد أن تذهب بالعقل ، ولذا ربّما يفعل حينئذ ما لا يفعله فى غير هذه الحالة . والمراد به شأنية إيجاد الطرب لا فعليته ، فلا فرق بين الطرب القليل أو الكثير .

وأخذ التناسب فى التعريف يُخرج ما أُوجب الطرب بغيره من حسن الصوت ذاتاً أو حسن ألفاظه ومعانيه أو حسن صاحبه ونحوها .

وقيد « ما يُسمى فى العرف غناءً » يدخل كلّما يخرج من تعريفنا - على فرض وجوده - والعرف الصحيح يعترفون بأنّه غناء ، وظهر منه أنّ المدار الأصلى فى صحة تعريف الغناء هو العرف لا هذا التعريف المذكور ، وهو إنّما يعتبر كالعون للعرف لا كَلاًّ عليه بحيث يمكنه معارضته ، فالحكم حكم العرف لو فارقه .

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الغناء كيفيّة للصوت والمحتوى ومضمون الكلام لا يدخل فيه ، ولذا

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٧٩ .

٢- (٢) كتاب الشهادات / ٣٢ بقلمى وهو مخطوط .

٣- (٣) هذا القسم من التعريف مأخوذ من جدنا أبى المجد فى رسالته « الروضة الغنّاء فى تحقيق معنى الغناء» .

يمكن التغنّى بالمضامين الحقّ ، نحو : القرآن الكريم ورثاء الحسين عليه السلام ومدح الأئمة عليهم السلام ونحوها .

نعم ، لو كان المضمون كِذباً أو تشبيباً بالمرأة أو تهييجاً للشهوة المحرَّمة ونحوها من المحرّمات ، يحرم من هذه الجهات أيضاً وصارت الحرمة مضاعفة .

هذا ما ظهر لنا مِنْ تعيين موضوع الغناء وتعريفه ، والأمر مؤكول إلى العرف فى البداية والنهاية ، وبه نختم المقام الأوّل .

المقام الثانى : أدلة حرمة الغناء

اشارة

الأدلة الأربعة تدلّ على حرمة الغناء :

١ - الإجماع

الأصحاب متفقون على حرمة الغناء ومجمعون على تحريمه ، ولعلّ أوّل من نبّه على الإجماع هو شيخ الطائفة ، قال فى خلافه : « الغناء محرّم ، يفسق فاعله وتردّ شهادته . وقال أبوحنيفة ومالک والشافعى : هو مكروه .

وحكى عن مالک أنّه قال : هو مباح ، والأوّل هو الأظهر ، لأنّه سئل عن الغناء فقال : هو فعل الفسّاق عندنا .

وقال أبو يوسف : قلتُ لأبى حنيفة فى شهادة المغنّى والنائح والنائحة ؟ فقال : لا أقبل شهادتهم .

وقال إبراهيم بن سعد الزهرى : هو مباح غير مكروه ، وبه قال عبيد اللّه بن الحسن العنبرى .

وقال أبو حامد : ولا أعرف أحداً من المسلمين حرّم ذلک ولم أعرف مذهبنا .

دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم ... »(١) .

١- (١) الخلاف ٦ / ٣٠٥ مسألة ٥٤ .

أقول : وهكذا ادعى الإجماع فى حرمة الغناء فى مسألة(١) بعد هذه المسألة وقال فى المبسوط : « ... فالغناء عندنا محرّم يفسق فاعله وتردُّ شهادته ، وقال بعضهم هو مكروه ... »(٢) .

والمحقق الأردبيلى قال : « الظاهر أنّه لا خلاف حينئذٍ فى تحريمه وتحريم الأُجرة عليه وتعلّمه وتعليمه واستماعه»(٣) .

وقال المحقق السبزوارى : « ولا خلاف عندنا فى تحريم الغناء فى الجملة»(٤) .

وقال صاحب الحدائق : « لا خلاف فى تحريمه فيما أعلم»(٥) .

وقال الشيخ جعفر : « هو [أى الغناء] وتعلّمه وتعليمه بفعله لا بجنسه وفصله (واستماعه) مراعيّاً صفته أو لا ، دون مجرد سماعه (وأجر المغنية) حرام لنفسه ، إجماعاً محصّلاً ومنقولاً نقلاً متواتراً ، ومَنْ حرّمه لأجل الملاهى ودخول الرجال على النساء ونحوهما قائلاً بإباحته لنفسه(٦) مخالف للإجماع بل الضرورة من المذهب ، لأنّ حاله كحال الزنا عند الإمامية ... »(٧) .

وقال سيد الرياض بعد تعريف الغناء : « عليه إجماع العلماء كما حكاه بعض الأجلاء وهو الحجة»(٨) .

وقال الفاضل النراقى : « الدليل عليها [أى على حرمة الغناء] هو الإجماع القطعى بل

١- (٢) الخلاف ٦ / ٣٠٧ مسألة ٥٥ .

٢- (٣) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٣- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٧ .

٤- (٥) الكفاية ١ / ٤٢٨ .

٥- (١) الحدائق ١٨ / ١٠١ .

٦- (٢) وهو الفيض الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٢ / ٢١ مفتاح ٤٦٥ .

٧- (٣) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٨- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٥٥ .

الضرورة الدينية ... »(١) .

وقال السيد العاملى : « وأمّا حكمه فلا خلاف كما فى مجمع البرهان فى تحريمه وتحريم الأُجرة عليه وتعلّمه وتعليمه واستماعه ، سواء كان ذلك فى قرآن أو دعاء أو شعر أو غيرها ، حتّى قام المحدث الكاشانى والفاضل الخراسانى فنسجا على منوال الغزالى وأمثاله من علماء العامة وخصّا الحرام منه بما اشتمل على محرَّم من خارج مثل اللعب بآلات اللهو ودخول الرجال والكلام فى الباطل ... »(٢) .

وقال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه ... »(٣) .

وهذا المقدار يكفى فى ثبوت الإجماع على حرمة الغناء ، نعم : يمكن الإشكال فيه بكونه مدركيّاً .

ولا يبعد دعوى كون حرمة الغناء من ضروريات المذهب كما اعترف به الشيخ جعفر(٤) والفاضل النراقى(٥) ، فحينئذ يرتفع الإشكال ويتمّ الاستدلال .

٢ - العقل

حيث أنّ الطرب الحاصل من الغناءِ كالسُكر الحاصل من الشراب وهما يوجبان إزالة العقل ولذا يفعل فى هذه الحالة أو شدّتها مالا يفعل فى غيرها ، فالعقل يحكم بالإجتناب عنه ولو فى بعض مصاديقه ، وبقاعدة الملازمة يجرى الحكم الشرعى على طبقه ، فالعقل حاكم بحرمة الغناء فى الجملة .

ولم أر أحداً من الأصحاب تعرض لهذا الإستدلال التام ، وللّه الحمد .

٣ - الكتاب

خَمْسُ آيات من القرآن الكريم بضميمة الروايات الواردة فى ذيلها تدلّ على حرمته :

ص:٢٨٥

١- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٩ .

٢- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٢ .

٣- (٧) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

٤- (٨) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٥- (٩) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٩ .

الأُولى : قوله تعالى : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»(١) .

قد ذكر فى عدّة من الروايات تفسير قول الزور بالغناء .

منها : صحيحة زيد الشحام قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قول اللّه عزّ وجلّ «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» فقال : الرجس من الأُوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء(٢) .

ومنها : صحيحة حماد بن عثمان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن قول الزور ، قال : منه قول الرجل للذى يُغنّى : « أحسنت »(٣) .

ومنها : صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الرجس من الأوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء ، الحديث(٤) .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قول اللّه تبارک وتعالى : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الغناء(٥) .

ومنها : صحيحة ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه

عزّ وجلّ : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الرجس من الأُوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء(٦) .

ومنها : خبر عبد الأعلى قال : سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول اللّه عزّ وجلّ : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الرجس من الأُوثان

١- (١) سورة الحج / ٣٠ .

٢- (٢) الكافى ٦ / ٤٣٥ ح ٢ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ٢ ومختصره فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٣ ح ٢ .

٣- (٣) معانى الأخبار / ٣٤٩ ح ٢ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٦ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح٢١ .

٤- (٤) تفسير القمى ٢ / ٨٤ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٩ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣١٠ ح ٢٦ .

٥- (٥) الكافى ٦ / ٤٣١ ح ١ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ١ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ٩ .

٦- (١) الكافى ٦ / ٤٣٦ ح ٧ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ٣ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ٨ .

الشطرنج ، وقول الزور الغناء ، الحديث(١) .

ومنها : خبر أبى موسى عيسى بن أحمد عن الإمام الهادى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن الباقر عليه السلام : فى قوله : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»قال : الرجس الشطرنج ، وقول الزور الغناء(٢) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن أبى بكر محمد بن عمرو بن حزم قال : قمت إلى متوضَّأ لى ، فسمعتُ جاريةً لجارٍ لى تغنّى وتضرب ، فبقيتُ ساعة أسمع ، قال : ثمّ خرجتُ ، فلما أن كان الليل دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام ، فحين استقبلنى قال : الغناء اجتنبوا ، الغناء اجتنبوا ، الغناء اجتنبوا ، اجتنبوا قول الزور . قال : فما زال يقول : الغناء اجتنبوا ، الغناء اجتنبوا ، قال : فضاق بى المجلس ، وعلمتُ أنّه يعنينى ، فلما خرجتُ قلتُ لمولاه مُعْتَب : واللّه ما عنى غيرى(٣) .

ومنها : رواية زيد النرسى فى أصله عن أبى عبد اللّه عليه السلام : «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» الغناء ، وإنّ المؤمن عن جميع ذلک لفى شغل ، الحديث(٤) .

الثانية : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً أُولَئِکَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»(٥) .

قد وردت فى ذيلها عدّة من الروايات مفسِّرة بالغناء :

منها : حسنة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الغناء ممّا وعد اللّه عزّ وجلّ عليه النار ، وتلا هذه الآية : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن

١- (٢) معانى الأخبار / ٣٤٩ ح ١ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ٥ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ٢٠ .
٢- (٣) أمالى الطوسى . المجلس الحادى عشر ح ٢٢ / ٢٩٤ الرقم ٥٧٥ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ١٠ .
٣- (٤) أمالى الطوسى . المجلس الثالث والأربعون ح ٣ / ٧٢٠ الرقم ١٥١٩ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٤ .
٤- (٥) أصل زيد النرسى / ٥١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٤ ح ١٣ .
٥- (٦) سورة لقمان / ٦ .

سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً أُولَئِکَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»(١) .

ومنها : خبر مهران بن محمد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سمعته يقول : الغناء ممّا قال اللّه : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(٢) .

ومنها : خبر الوشاء قال : سمعت أبا الحسن الرضا عليه السلام يقول : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن الغناء ؟ فقال : هو قول اللّه عزّ وجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(٣) .

ومنها : خبر الحسن بن هارون قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : الغناء مجلسٌ لا ينظرُ اللّه إلى أهله ، وهو ممّا قال اللّه عزّ وجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(٤) .

ومنها : خبر عبد الأعلى عن الصادق عليه السلام - فى حديث - قلت : قوله عزّ وجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ» قال : منه الغناء(٥) .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن كسب المغنيّات ، فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تُدْعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول اللّه عزّ وجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(٦) .

ومنها : ما ورد فى الفقه الرضوى : إعلم أنّ الغناء ممّا وعد اللّه عليه النار فى قوله : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً

١- (١) الكافى ٦ / ٤٣١ ح ٤ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٢ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ / ح ٦ .

٢- (٢) الكافى ٦ / ٤٣١ ح ٥ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٣ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ / ح ٧ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٣٢ ح ٨ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٤ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١١ .

٤- (٤) الكافى ٦ / ٤٣٣ ح ١٦ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٥ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٧ ح ١٦ .

٥- (٥) معانى الأخبار / ٣٤٩ ح ١ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٥ و ٤ / ٣٦٢ ح ٦ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ٢٠ .

٦- (٦) الكافى ٥ / ١١٩ ح ١ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ٣٦١ ح ١ ووسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

أُولَئِکَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»(١) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن الصادق عليه السلام أنّه سُئل عن قول اللّه عزّ وجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» الآية قال ، قال أبو جعفر عليه السلام : هو الغناء وقد تواعد اللّه عليه بالنار(٢) .

ومنها : مرسلة ابن أبى جمهور الأحسائى قال : روى ابن عباس وابن مسعود فى تفسير قوله تعالى : «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» وقوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ» إنّه الغناء(٣) .

ومنها : مرسلة الزمخشرى عن أبى أُمامة قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يحلّ تعليم المغنيّات ولا بيعُهُنّ ولا شِراؤهُنّ ولا التجارة فيهنَّ وثمنهنَّ حرام ، وما أُنزِلتْ علىَّ هذه الآية إلاّ فى مثل هذا الحديث : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» . ثمّ قال : والذى بعثنى بالحقّ ما رفع رجلٌ عقيرة(٤) صوته بالغناء إلاّ بعث اللّه تعالى عليه عند ذلک شيطانَيْن : على هذا العاتق واحد ، وعلى هذا العاتق واحد ، يضربان بأرجُلِهما فى صدره حتّى يكون هو الذى يسكت(٥) .

تنبيهٌ : اعلم أن المستفاد من هذه الروايات الواردة فى ذيل الآية الشريفة أنّ الغناء من المعاصى الكبيرة ، لأنّ الوراد فى حسنة محمد بن مسلم : « الغناء ممّا وعد اللّه عليه النار» ونحوها فى غيرها ، بل نفس تطبيق الغناء على الآية الشريفة يدلّ على أنّها من الكبائر ، لأنّ الوارد فى آخر الآية الشريفة قوله تعالى : «أُولَئِکَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ» والعذاب المهين لا يجرى إلاّ فى حق الكبيرة ، فثبت أنّ الغناء من المعاصى الكبيرة . ولعلّ هذا سرّ ذكر الأصحاب قدس سرهم الغناء من نواقض العدالة فى كتاب الشهادات ، فراجع كلامهم حتّى يتبين لک الأمر ، وصرح صاحب

١- (٧) فقه الرضا عليه السلام / ٢٨١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٣ ح ٩ .

٢- (٨) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٧ ح ٧٥٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ح ٢ .

٣- (١) عوالى اللآلى ١ / ٢٤٤ ح ١٧٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ ح ١٨ .
٤- (٢) عَقيرَةُ الرجل : صوته إذا غَنى أو قرأ أو بَكى .
٥- (٣) ربيع الأبرار ٢ / ٥٦٩ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٧ .

الرياض(١) بأنّ الغناء من الكبائر بدلالة الآية الشريفة . وللّه الحمد .

ويؤيد كون الغناء من الكبائر بل تدلّ عليه معتبرة مسعدة بن زياد عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث : قم فاغتسل وسَل ما بدالک فإنک كنت مقيماً على أمر عظيم ، ما كان أسوء حالک لو متّ على ذلک ، أحمد اللّه وسَلْه التوبة ، الحديث(٢) .

ويؤيده أيضاً خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام أنّه قال فى عدّ الكبائر : والملاهى التى تصدّ عن ذكر اللّه عزّ وجلّ مكروهة كالغناء وضرب الأوتار ، الحديث(٣) .

الثالثة : قوله تعالى : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً»(٤) .

وردت تفسيرها بالغناء فى عدّة من الروايات :

منها : صحيحة أبى الصباح عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قوله عزّ وجلّ : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ» قال : الغناء(٥) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم وأبى الصباح الكنانى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجلّ : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ» قال : هو الغناء(٦) .

ومنها : خبر أبى أيوب الخزاز قال : نزلنا بالمدينة ، فأتينا أبا عبد اللّه عليه السلام فقال : أين نزلتم ؟ فقلنا : على فلان ، صاحب القيان ، فقال : كونوا كراماً ، فو اللّه ما علمنا ما أراد به ، وظننّا أنّه يقول : تفضّلوا عليه ، فعُدنا إليه ، فقلنا له : لا ندرى ما أردتَ بقولک : « كونوا كراماً » ، فقال : أما سمعتم قول اللّه عزّ وجلّ فى كتابه : «وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً»(٧) .

۱- (٤) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٥ .

۲- (٥) وسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ وسيأتى تمامها .

۳- (٦) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٤- (١) سورة الفرقان / ٧٢ .

٥- (٢) الكافى ٦ / ٤٣١ ح ٦ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ١٥٣ ح ١ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٣ .

٦- (٣) الكافى ٦ / ٤٣٣ ح ١٣ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ١٥٤ ح ٢ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٥ .

٧- (٤) الكافى ٦ / ٤٣٢ ح ٩ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ١٥٤ ح ٣ .

أقول : القيان جمع القينة ، وكلّ عبد هو عند العرب قينٌ والأمة قينةٌ ، وبعض الناس يظن القينة المغنيّة خاصةً ويؤيده هذه الرواية .

ومنها : خبر محمد بن أبى عباد - وكان مشتهراً بالسماع ويشرب النبيذ - قال : سألت الرضا عليه السلام عن السماع فقال : لأهل الحجاز فيه رأىٌ وهو فى حيّز الباطل واللهو ، أما سمعت اللّه عزّ وجلّ يقول : «وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً»(١) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى رفعه عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّه سُئل عن قول اللّه عزّ وجلّ : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً» قال : من ذلک الغناء والشطرنج(٢) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّه بلغه قدوم قومٍ قدموا من الكوفة فنزلوا فى دار مغنٍ ، فقال لهم : كيف فعلتم هذا ؟ قالوا : ما وجدنا غيرها يابن رسول اللّه ، وما علمنا إلاّ بعد أن نزلنا ، فقال : أما إذا كان ذلک فكونوا كراماً ، فإنّ اللّه عزّ وجلّ يقول : «وَإِذَا

مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً»(٣) .

ومنها : مرسلة الطبرسى فى قوله تعالى : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ» عن أبى جعفر عليه السلام وأبى عبد اللّه عليه السلام : هو الغناء(٤) .

قال العلامة السيد هاشم البحرانى قدس سره بعد نقل هذه الرواية الأخيرة : « ومثله رواه الشيبانى عنهما فى نهج البيان»(٥) .

الرابعة : قوله تعالى : «وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ»(٦) .

بضميمة ما ورد فى تفسير على بن إبراهيم القمى عن الصادق عليه السلام فى حديث : وقوله :

١- (٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٢٨ ح ٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ١٩ .

٢- (٦) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٨ ح ٧٦٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٣ ح ٧ .

٣- (١) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٩ ح ٧٦٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٠ ح ١ .

٤- (٢) مجمع البيان ٧ / ٢٨٣ ونقل عنه فى تفسير فى البرهان ٤ / ١٥٤ ح ٥ ومرآة العقول ٢٢ / ٣٠٢ .

٥- (٣) تفسير البرهان ٤ / ١٥٤ ذيل ح ٥ .

٦- (٤) سورة المؤمنون / ٣ .

«وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ» يعنى عن الغناء والملاهى ، الحديث(١) .

الخامسة : قوله تعالى : «وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً»(٢) .

وقد فسّرت فى عدّة من الروايات بأنّ استماع الغناء من المحرَّمات التى يُسأل عنها يوم القيامة :

منها : معتبرة مسعدة بن زياد قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام فقال له رجل : بأبى أنت وأُمّى إنّنى أدخل كنيفاً لى ولى جيران عندهم جوار يتغنّين ويضربن بالعود ، فربّما أطلتُ الجلوس استماعاً منّى لهنَّ ، فقال : لا تفعل ، فقال الرجل : واللّه ما آتيهنَّ إنّما هو سماع أسمعه بأُذنى ، فقال : للّه أنت ، أما سمعتَ اللّه عزّ وجلّ يقول : «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً» . فقال : بلى واللّه لكأنّى لم أسمع بهذه الآية من كتاب اللّه من أعجمىٍّ ولا عربىٍّ لاجرم إنّنى لا أعود إن شاء اللّه ، وإنّى استغفر اللّه ، فقال له : قم فاغتسل وسَل ما بدالك ، فإنّك كنتَ مقيماً على أمرٍ عظيم ما كان أسوء حالك لو متّ على ذلك ، أحمد اللّه وسَلْه التوبة من كلِّ ما يكره ، فإنّه لا يكره إلاّ كلّ قبيح ، والقبيح دَعْه لأهله فإنّ لكلٍّ أهلاً(٣) .

أقول : رواها الصدوق مرسلاً فى الفقيه ١ / ٨٠ ح ١٧٧ والشيخ مرسلاً فى التهذيب

١١٦/١ ح ٣٦ والعياشى فيتفسيره ٣ / ٥٢ ح ٧٦ . وورد فى الفقه الرضوى / ٢٨١ أيضاً .

وقال العلامة المجلسى قدس سره « قوله عليه السلام « للّه أنت» إرفاق وإلطاف كقولهم « للّه أبوك» أى تريد أن تكون للّه وموافقاً لرضاه تعالى وتتكلّم بهذا الكلام»(٤) .

ومنها : مرسلة العياشى رفعه عن الحسن قال : كنتُ أُطيل القعود فى المخرج لأسمع غناء بعض الجيران . قال : فدخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام فقال لى : يا حسن «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً» السمع وما وعى ، والبصر وما رأى ، والفؤاد

١- (٥) تفسير القمى ٢ / ٨٨ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ١٤ ح ٩ .

٢- (٦) سورة الإسراء / ٣٦ .

٣- (٧) الكافى ٦ / ٤٣٢ ح ١٠ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٥٣٢ ح ٣ ووسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ .

٤- (١) مرآة العقول ٢٢ / ٣٠٣ .

وما عَقَد عليه(١) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى رفعه عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّ رجلاً سأله عن سماع الغناء ، فنهى عنه وتلا قول اللّه عزّ وجلّ : «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولئِکَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً» وقال : يُسأل السمع عمّا سمع ، والفؤاد عمّا عقد ، والبصر عمّا أبصر(٢) .

٤ - السنة

تواترت الروايات من السنة الشريفة على حرمة الغناء مضافاً إلى ما ذكرتُها فى ذيل الآيات الشريفة :

منها : صحيحة زيد الشحام قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : بيت الغناء لا تؤمن فيه الفجيعة ، ولا تجاب فيه الدعوة ، ولا يدخله الملک(٣) .

ومنها : صحيحة معمر بن خلاد عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : خرجت وأنا أُريد داود بن عيسى بن على وكان ينزل بئر ميمون وعلىَّ ثوبان غليظان ، فرأيت عجوزاً ومعها جاريتان ، فقلت : يا عجوز أتباع هاتان الجاريتان ؟ فقالت : نعم ولكن لا يشتريهما مثلک ، قلت : ولم ؟ قالت : لأنّ إحداهما مغنيّة والأُخرى زامرة ، فدخلت على داود بن عيسى فرفعنى وأجلسنى فى مجلسى ، فلما

خرجتُ مِنْ عنده قال لأصحابه : تعلمون مَنْ هذا ؟ هذا على بن موسى الذى يزعم أهل العراق أنّه مفروض الطاعة(٤) .

ومنها : خبر أبى أُسامة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الغناء عشُ النفاق(٥) .

وفى الوسائل بدّل « العشّ » بالغش بالغين .

ومنها : خبر إبراهيم بن محمد المدينى عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سُئل عن

١- (٢) تفسير العياشى ٣ / ٥٢ ح ٧٤ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٥٣٤ ح ٧ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣١١ ح٢٩ .
٢- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ٢١٠ ح ٧٧٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢١ ح ٢ .
٣- (٤) الكافى ٦ / ٤٣٣ ح ١٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٣ ح ١ .
٤- (٥) الكافى ٦ / ٤٧٨ ح ٤ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٤ .
٥- (٦) الكافى ٦ / ٤٣١ ح ٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ١٠ .

الغناء وأنا حاضر فقال : لا تدخلوا بيوتاً اللّه معرض عن أهلها(١) .

ومنها : خبر يونس قال : سألت الخراسانى عليه السلام وقلت : إنّ العباس ذكر أنّک ترخّص فى الغناء ، فقال : كذب الزنديق ، ما هكذا قلتُ له ، سألنى عن الغناء ، فقلتُ له : إنّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء ، فقال : يا فلان إذا ميّز اللّه بين الحقّ والباطل فأنّى يكون الغناء ؟ فقال : مع الباطل ، فقال : قد حكمت(٢) .

رواها الصدوق بسند صحيح فى عيون أُخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٤ ح ٣٢ ونقلت عنه فى الموسوعة ٨ / ١٩١ ح ٢٦ .

ومنها : خبر ياسر الخادم عن أبى الحسن عليه السلام قال : مَن نزّه نفسه عن الغناء فإنّ فى الجنة شجرة يأمر اللّه عزّ وجلّ الرياح أن تحرّكها فيسمع لها صوتاً لم يسمع بمثله ، ومَنْ لم يتنزّه عنه لم يسمعه(٣) .

ومنها : صحيحة عنبسة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : استماع الغناء واللهو ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء الزرع(٤) .

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات ، فقال : شراؤهنَّ وبيعهنَّ حرام وتعليمهنَّ كفرٌ واستماعهنَّ نفاق(٥) .

ومنها : خبر الحسن بن على الوشاء قال : سُئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنية فقال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه وما ثمنها إلاّ ثمن كلب ، وثمن الكلب سحت ، والسحت فى النار(٦) .

ومنها : خبر نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المغنية ملعونة ،

١- (١) الكافى ٦ / ٤٣٤ ح ١٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٢ .
٢- (٢) الكافى ٦ / ٤٣٥ ح ٢٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٣ .
٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٣٤ ح ١٩ ونقلتُ عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٨ ح ١٣ .

٤- (٤) الكافى ٦ / ٤٣٤ ح ٢٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٨ ح ١٤ .
٥- (٥) الكافى ٥ / ١٢٠ ح ٥ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٩ ح ١٩ .
٦- (٦) الكافى ٥ / ١٢٠ ح ٤ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٢ .

ملعون مَنْ أكل كسبها(١) .

ومنها : خبر إبراهيم بن أبى البلاد قال : أوصى إسحاق بن عمر عند وفاته بجوار له مغنيات أن نبيعهنَّ ونحمل ثمنهنّ إلى أبى الحسن عليه السلام . قال إبراهيم : فبعت الجوارى بثلاثمائة ألف درهم وحملتُ الثمن إليه ، فقلتُ له : إنّ مولى لک يقال له إسحاق بن عمر قد أُوصى عند موته ببيع جوار مغنيّات وحمل الثمن إليک وقد بعتهنَّ وهذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم ، فقال : لا حاجة لى فيه ، إنّ هذا سحت ، وتعليمهنَّ كفر ، والاستماع منهنّ نفاق ، وثمنهنَّ سحت(٢) .

ومنها : خبر الحسن بن هارون قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : الغناء يورث النفاق ويعقّب الفقر(٣) .

ومنها : خبر أبى بكر الحضرمى عن أحدهما عليهماالسلام قال : الغناء عُش النفاق ، والشراب مفتاح كلّ شرّ ، ومدمن الخمر كعابد وثن ، مكذّب بكتاب اللّه ، لو صدّق كتاب اللّه لحرّم حرام اللّه(٤) .

ومنها : خبر نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المنجم ملعون ، والكاهن ملعون ، والساحر ملعون ، والمغنيّة ملعونة ، ومَن آواها وأكل كسبها ملعون ، الحديث(٥) .

ومنها : مرسلة الصدوق عن الصادق عليه السلام أنّه قال : شرّ الأصوات الغناء(٦) .

ومنها : صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال : سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يُجلس إليه ؟ قال : لا(٧) .

ص:٢٩٦

١- (٧) الكافى ٥ / ١٢٠ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٣ .

٢- (١) الكافى ٥ / ١٢٠ ح ٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٤ .

٣- (٢) الخصال ١ / ٢٤ ح ٨٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٣ .

٤- (٣) علل الشرائع / ٤٧٦ ح ٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩١ ح ٢٧ .

٥- (٤) الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩١ ح ٢٨ .

٦- (٥) المقنع / ١٥٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٢ .

٧- (٦) مسائل على بن جعفر / ١٤٨ ح ١٨٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ٣٢ .

ومنها : مرسلة العياشى عن جابر بن عبد اللّه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : كان إبليس أوّل من تغنّى وأوّل من ناح وأوّل من حدا ، لمّا أكل آدم من الشجرة تغنّى ، فلما هبط حدا ، فلما استقر على الأرض ناح يُذكّره ما فى الجنة(١) .

ومنها : مرسلة أُخرى للعياشى رفعه عن الحسن بن محبوب عن أبى ولاّد قال : قلت

لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک ، إنّ رجلاً من أصحابنا ورعاً مسلماً كثير الصلاة قد ابتُلى بحبّ اللهو وهو يسمع الغناء ؟ فقال : أيمنعه ذلک من الصلاة لوقتها ، أو من صوم أو من عيادة مريض أو حضور جنازة أو زيارة أخ ؟

قال : قلت : لا ، ليس يمنعه ذلک من شيءٍ من الخير والبِرّ ، قال : فقال : هذا من خطوات الشيطان ، مغفور له ذلک إن شاء اللّه ، الحديث(٢) .

بتقريب : أنّ الإمام عليه السلام عدّ سماع الغناء من خطوات الشيطان والمعاصى ولكن اللّه يغفر للمؤمن هذا الذنب إن يشاء . فالرواية بأحسن وجه تدلّ على حرمة الغناء مطلقاً .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن الصادق عليه السلام أنّه سأل رجلاً ممّن يتصل به عن حاله فقال : جعلت فداک ، مرّ بى فلان أمس فأخذ بيدى وأدخلنى منزله وعنده جارية تضرب وتغنى ، فكنت عنده حتّى أمسينا ، فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : ويحک ، أما خفتَ أمر اللّه أنْ يأتيک وأنت على تلک الحال ، إنّه مجلس لا ينظر اللّه إلى أهله ، الغناء أخبث ما خلق اللّه ، الغناء شرّ ما خلق اللّه ، الغناء يورث النفاق ، الغناء يورث الفقر(٣) .

ومنها : خبر محمد بن محمد بن الأشعث بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : طرق طائفة من بنى إسرائيل ليلاً عذاب ، فأصبحوا وقد فقدوا أربعة أصناف : الطبالين والمغنين ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسلة صاحب جامع الأخبار رفعه إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : الغناءُ

١- (٧) تفسير العياشى ١ / ١٢٨ ح ٢٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٠ ح ٢٨ .

٢- (١) تفسير العياشى ٢ / ٣٨٩ ح ٤٢ ، ذيل الآية ٢٤ من سورة الرعد .

٣- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٧ ح ٧٥٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ح ٤ .
٤- (٣) الجعفريات / ١٦٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٤ ح ١٢ .

رقيّة الزنا(١) .

الروايات فى هذا المجال كثيرة جداً ، فإن شئت راجع الكافى ٦ / ٤٣١ ، والوافى ١٧ / ٢٠٥ ، ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٣ ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ، وجامع أحاديث الشيعة ٢٢ / ٢٢٩ ، وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٥ .

المقام الثالث : هل حرمة الغناء مختص بالكلام الباطل ؟

هل حرمة الغناء مطلق ، أى سواء فيها بطلان الكلام وفساد مضمونه ومحتواه أو

حقيّته ، أو تكون الحرمة مختصة بصورة بطلان الكلام وما يُتغنّى به ، فإذا تغنّى بما يكون حقّاً وصحيحاً فلا حرمة حينئذٍ .

ذهب المشهور إلى الإطلاق والبعض إلى التقيد ، نحو الفاضل النراقى قال : « إنّ المراد بما يُعصى به من الغناء أو عمل الحرام منه [إمّا] هو ما يتكلّم بالباطل ويقترن بالملاهى ونحوهما ، وحينئذٍ فعدم حرمة المطلق واضح ... »(٢) .

واستدلوا على التقييد بوجوه :

منها : قوله تعالى : «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»(٣) .

بتقريب : أنّ الظاهر من الآية الشريفة لزوم الاجتناب من مقول الزور ، لأنّ اتصاف القول بالزور لا يصح إلاّ باتصاف مقوله بالزور ، ومقول الزور لا يكون إلاّ باطلاً فى نفسه وفاسداً فى محتواه .

ويؤيده صحيحة حماد بن عثمان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن قول الزور ، قال : منه قول الرجل للذى يُغنّى : « أحسنت »(٤) .

بتقريب : أن كلمة « أحسنت » توجب ترغيب المغنى فى غنائه المحرَّم وتشويقه إليه ،

ص:٢٩٧

١- (٤) جامع الأخبار / ٤٣٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٤ ح ١٤ .
٢- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٤٠ .
٣- (٢) سورة الحج / ٣٠ .
٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢١ .

فتدخل هذه الكلمة الباطلة والمشوقة للمحرّم فى عنوان الباطل . فيظهر بهذه الصحيحة أنّ قول الزور لابدّ وأن يكون باطلاً فى مضمونه ومحتواه .

ويؤيده أيضاً مرسلة الصدوق قال : سأل رجل على بن الحسين عليه السلام عن شراء جارية لها صوت ؟ فقال : ما عليک لو اشتريتها فذكّرتک الجنة - يعنى - بقراءة القرآن والزهد والفضائل التى ليست بغناء ، فأمّا الغناء فمحظور(١) .

بتقريب : أن الإمام أخرج صوت الجارية من الغناء إذا أوجب التذكّر للجنة ، فتدلّ الرواية على أنّ الغناء يجب أن يكون مضمونه باطلاً وفاسداً . وهكذا التفسير الوارد فيها حتّى لو كان من الصدوق رضى الله عنه ولم يكن من الرواية كما هو الظاهر ، فتدلّ على خروج قراءة القرآن والزهد وفضائل أئمة أهل البيت عليهم السلام وما شابهها من الغناء المحرَّم . فالغناء ما يكون محتواه باطلاً وفاسداً .

وفيه : أنه إذا تأملت فيما سردناه عليک من الروايات الواردة فی تفسير الآية الشريفة ظهر لک أنّ الأئمة عليهم السلام طبقوا قول الزور على الغناء حكومةً ، لأنه قد مرّ منّا فی بحث سبّ المؤمن(٢) من ظهور « الزور » فی الباطل ، ولكن الأئمة حكموا بأنّ الغناء مطلقاً من الباطل ، فيجب الاجتناب عنه ، ولم يفصلّوا بين التغنی بالمضامين الصحيحة والفاسدة ، الحقَّة والباطلة .

وأمّا صحيحة حماد بن عثمان فكلمة « أحسنت» الواردة فيها لم تكن من الباطل المطلق ، نعم : حيث وقع الترغيب والتشويق على مطلق الغناء صار من الباطل ، ووقوعه فی قبال مطلق الغناء يوجب بطلان هذه الكلمة ، فيظهر من نفس هذا التطبيق أنّ مطلق الغناء يكون محرّم ، لأنّ الإمام عليه السلام لم يفصل فيها بين الغناء ، فهذه الصحيحة على خلاف مااستدل عليه المستدِّل ، دالة على حرمة مطلق الغناء ، لأنّ الإمام عليه السلام لم يفصل بأنّ كلمة « أحسنت» إذا وقعت فی قبال التغنّی بالباطل فتكون من قول الزور وإذا وقعت فی قبال التغنّی بالمضامين الصحيحة فليست من قول الزور . بل حكم مطلقاً بأنّها إذا وقعت فی قبال المغنّی صارت من

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (١) راجع صفحة ١٨٩ من هذا المجلد .

قول الزور ، فتدلّ بأحسن وجه على حرمة مطلق الغناء .

وأمّا مرسلة الصدوق - بعد الغمض عن سندها - فان السائل لم يسأل عن التغنّی بل عن جارية تكون لها صوت ، أعنی لها حسن الصوت الذاتی ، ومن المعلوم أنّ حسن الصوت غير الغناء . فلا بأس باشتراء جارية لها حسن الصوت الذاتی وتذكّر صاحبها بالجنة والزهد وفضائل أئمة أهل البيت عليهم السلام وتقرأ له القرآن بصوتها الحسن . ولذا قال صاحب الوسائل قدس سره فی ذيلها : « إنّ المراد لا بأس بحسن الصوت الذی لا يصل إلى حد الغناء ، فإنّه أعم منه»(١) .

وهكذا فسّرها الصدوق بغير الغناء وقال فى آخرها « فأمّا الغناء فمحظور »(٢) .

والحاصل ، ظهر لک بما ذكرناه عدم تمامية هذا الوجه من الاستدلال .

ومنها : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ»(٣) .

بتقريب : أن الظاهر أنّ المراد باللهو هو الباطل ، وإضافة اللهو إلى الحديث من قبيل إضافة الصفة إلى موصوفهاٌ فصار معناها الحديث اللهو ، يعنى الحديث الباطل . وحيث فسر

فى الروايات بالغناء ، يشمل ما يكون مضمونه باطلاً كما يشمل ما إذا تغنّى بالحقِّ ، نحو : التذكّر بالجنة والتشويق إلى العبادة والترغيب إلى المعروف . فالآية الشريفة لا تشمل الغناء بالمضامين الصحيحة .

بل حيث ورد فيها « ليضلّ عن سبيل اللّه» فيخرج منها الغناء المتعارف ، لأنّه لا يوجب إضلال الناس ، فإنّما يوجب إضلال الناس إذا تغنّى بالباطل ، فالآية الشريفة ظاهرة فى حرمة التغنّى بالباطل فقط .

وفيه : أن « اللهو » فى الآية الشريفة مضاف إلى الحديث ، فصار معناه اللهو فى الحديث ، أعنى ما يكون فى كيفيته وأدائه من اللهو ، فيدخل الغناء المتعارف ، حيث أنّ أداءه من اللهو . وكذا يشمل التغنّى بالمضامين الصحيحة ، لأنّ نفس هذه الكيفية والأداء أيضاً من

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ .

٣- (٤) سورة لقمان / ٦ .

اللهو . فالكلّ داخل فى الآية الشريفة ، ولذا وردت فى الروايات المفسرة الماضية تطبيق الغناء بها من دون تقييد كما مرّت منّا .

ومنها : قوله تعالى : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ»(١) .

بتقريب : أنّ عباد الرحمن لا يجتنبون من المحرَّمات فقط ، بل إنهم يجتنبون من كثيرٍ من المكروهات ، فلا تدلّ على حرمة الغناء أصلاً . بلا فرق فى ذلک بين التغنّى بالمضامين الباطلة والصحيحة .

وفيه : نعم عباد الرحمن يجتنبون من كثير من المكروهات ولكن لا يشهدون فى الآية الشريفة بمعنى لا يحضرون ، وحيث وردت فى الروايات بعدم الحضور فى مجلس الغناء مطلقاً حتّى فى مرسلة القاضى النعمان الثانية(٢) حيث سأل الإمام عليه السلام عن جماعة من الشيعة إنّهم كيف نزلوا فى دار المغنّى ؟ قالوا : ما وجدنا غيرها وما علمنا إلاّ بعد أن نزلنا ، فأمرهم عليه السلام بالمرور والخروج من الدار ، كيف يمكن حملها على الكراهة .

والظاهر من الروايات الواردة فى ذيل الآية الشريفة أنّ الغناء مطلقاً من المحرَّمات التى يجتنب عباد الرحمن منها ولا يشهدون مجلسه .

ويدلّ على ما ذكرناه من أنّ التغنّى بالمضامين الصحيحة أيضاً من المحرّمات عدّة من الروايات المعتبرة :

منها : حسنة بل موثقة عبد الأعلى بن أعين العجلى [البجلى ن خ] قال : سألت أبا

عبد اللّه عليه السلام عن الغناء وقلت : إنّهم يزعمون أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم رخص فى أن يقال : جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحيكم ، فقال : كذبوا ، إنّ اللّه عزّ وجلّ يقول : «وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاء وَالأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لاَعِبِينَ * لَوْ أَرَدْنَا أَن نَّتَّخِذَ لَهْواً لاَّتَّخَذْنَاهُ مِن لَّدُنَّا إِن كُنَّا فَاعِلِينَ * بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ»(٣) ثمّ قال : ويل

۱- (۱) سورة الفرقان / ۷۲ .

۲- (۲) مستدرک الوسائل ۱۳ / ۲۲۰ ح ۱ .

۳- (۱) سورة الأنبياء / (۱۸ - ۱٦) .

لفلان ممّا يصف ، رجل لم يحضر المجلس(۱) .

بتقريب : أن سند الرواية حسن ، لأن المراد بعبدالأعلى المذكور فيها هو ابن أعين كما مرّ منّا بقرينة رواية يونس بن يعقوب عنه ، وهو (أى عبد الأعلى) فى أعلى مراتب الحسن بل هو ثقة . فصار سند الرواية موثقاً بابن فضال .

وأمّا دلالتها على حرمة مطلق الغناء فواضحة ، لأنّ مضمون هذا الغناء لم يكن باطلاً ومع ذلک حكم الإمام عليه السلام بحرمته وكذّب رخصة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى ذلک ، فالغناء حرام مطلقاً بدلالة هذه الموثقة .

ومنها : صحيحة الريان بن الصلت قال : سألت الرضا عليه السلام يوماً بخراسان فقلت : يا سيدى إنّ هشام بن إبراهيم حكى عنک أنّک رخّصت له فى استماع الغناء ؟ فقال : كذب الزنديق ، إنّما سألنى عن ذلک فقلت له : إنّ رجلاً سأل أبا جعفر عليه السلام عن ذلک فقال أبو جعفر عليه السلام : إذا ميّز اللّه بين الحقّ والباطل فأين يكون الغناء ؟ فقال : مع الباطل ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : قد قضيت(۲) .

حيث حكم الإمام عليه السلام بأنّها من الباطل ويجب الاجتناب عنه مطلقاً ، بلا فرق بين التغنّى بالحقّ أو الباطل .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يجلس إليه ؟ قال : لا(٣) .

حيث لم يفصل الإمام بين التغنّى بالحقِّ أو الباطل .

ومنها : صحيحة إبراهيم بن أبى البلاد قال : قلت لأبى الحسن الأوّل عليه السلام : جعلت

فداک إنّ رجلاً من مواليک عنده جوار مغنيّات قيمتهنّ أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لک

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٧ ح ١٥ .
٢- (٣) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٤ ح ٣٢ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩١ ح ٢٦ وروى عنه أيضاً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٤ .
٣- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ٣٢ .

ثلثها ، فقال : لا حاجة لى فيها ، إنّ ثمن الكلب والمغنية سحت(١) .

حيث لم يفصل الإمام عليه السلام بين أنّهنَّ يغنين بالحقِّ أو الباطل .

ومنها : حسنة محمد بن عثمان العمرى بخط صاحب الزمان عليه السلام فى توقيعاته الشريفة : ... وثمن المغنية حرام(٢) .

ومنها : خبر الحسن بن على الوشاء قال : سُئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنية ؟ قال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه ، وما ثمنها إلاّ ثمن الكلب ، وثمن الكلب سحت ، والسحت فى النار(٣) .

أقول : فيظهر لک من هذه الروايات وممّا سردناه عليک فی ذيل الآيات والسنة المتواترة أنّ الغناء حرام مطلقاً ، بلا فرق بين أنّ ما يتغنّی به كان حقّاً أو باطلاً . وهذا تمام الكلام فی هذا المقام .

المقام الرابع : هل حرمة الغناء ذاتیٌّ أو عرضیٌّ ؟

الغناء بذاته من المحرّمات أو أنّه بواسطة اقترانه ببعض المحرّمات - نحو : دخول الرجال علی النساء ، وتكلّم المغنّيات بالباطل ، وتلاعبهنَّ بآلات الملاهی ، ومثلها - صار من المحرّمات الشرعية ، بحيث لو لم تكن هذه المحرّمات العارضية لم يكن الغناء بذاته محرَّماً . فالغناء علی هذا القول من المباحات الشرعية ، ولكن لاقترانه غالباً بالمحرَّمات صار من المحرَّمات العرضية .

ذهب إلی الأوّل أعنی الغناء حرام بذاته المشهور ، بل الإجماع من الطائفة المحقّة . وخالفهم فی ذلک وذهب إلی الثانی جماعة من العامة سبق ذكر أقوالهم فی نقل الشيخ الطائفة عنهم فی الخلاف(٤) ومنهم : الغزالی فی إحياء علوم الدين(٥) وتبعه منّا جماعة ، منهم : السيد

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٤ . الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

٤- (٤) الخلاف ٦ / ٣٠٥ مسألة ٥٤ ، وقد مرت منا فی صفحة ٢٨٤ من هذا المجلد .

٥- (٥) إحياء علوم الدين ٦ / ١٣٧ .

ماجد البحرانی - وهو من معاصری الشيخ بهاء الدين العاملی واجتمع به فی دار السلطنة

أصفهان فأعجب به شيخنا البهائى ، وبينه وبين الشيخ الإجازة المدبّجة وتوفى فى الليلة الحادية والعشرين من شهر رمضان بدار العلم شيراز عام ١٠٢٨ ودُفن فى مشهد السيد أحمد بن الإمام الكاظم عليه السلام (١) .

وتلميذه محمد محسن الفيض الكاشانى المتوفى عام ١٠٩١ والمولى محمد باقر السبزوارى المتوفى ١٠٩٠ صاحب الكفاية ، واستجوده الشيخ حسن بن على السنقرى المتوفى بعد عام ١٣٢٢ فى رسالته فى الغناء(٢) .

فلابدّ لنا من ملاحظة أدلة هذا القول فنقول :

قال الشيخ فى الاستبصار بعد نقل الروايات المجوّزة للغناء فى الأعراس وجواز كسب المغنية فيها : « فالوجه فى هذه الأخبار الرخصة فى من لا تتكلّم بالأباطيل ولا تلعب بالملاهى من العيدان وأشباهها ولا بالقصب وغيره ، بل تكون ممّن تزف العروس وتتكلّم عندها بإنشاد الشعر والقول البعيد مِن الفحش والأباطيل ، فأمّا مَنْ عدا هؤلاء ممّن يتغنين بسائر أنواع الملاهى فلا يجوز على حالٍ سواء كان فى العرائِس أو غيرها»(٣) .

استفاد المحدث الكاشانى من هذا البيان للشيخ أمراً لا يرتضيه صاحبه وقال : « والذى يظهر من مجموع الأخبار الواردة فيه اختصاص حرمة الغناء وما يتعلّق به من الأجر والتعليم

١- (١) ذكره العلامة النورى فى خاتمة مستدرک الوسائل ٢٠ / (٢٣٩ - ٢٣٦) .

٢- (٢) المطبوعة فى ميراث فقهى ، غناء ، موسيقى ٢ / ١١١٢ وما بعدها ، وهو من تلاميذ الشيخ هادى الطهرانى رحمهما اللّه . وأمّا انتساب هذا القول إلى أستاده الشيخ هادى الطهرانى قدس سره المتوفى ١٣٢١ غير تام ، لأنّه قال فى أواخر رسالته فى الغناء المطبوعة فى المصدر ٢ / ١٠٩٤ : «

ولكن التحقيق أنّ فهم هؤلاء الفحول الأخيار العالمين بالأسرار يوجب ظهور تلك الأخبار فيما ادعوه ، لا أنّ عدم دلالتها فى نفسها يمنع من كشف اتفاقهم عن رضا المعصوم عليه السلام ، فالتحقيق حرمة الغناء فى نفسه بالأخبار والآيات والإجماع ، أما الأخبار فبمعونة فهم الأصحاب ، وأمّا الآيات فبمعونة الأخبار ، وأمّا الإجماع فلتصريح كلّ الفقهاء بحرمته فى نفسه إلاّ قليل يصلح كلامه للتأويل» .

٣- (٣) الاستبصار ٣ / ٩٢ .

والاستماع والبيع والشراء كلّها بما كان على النحو المعهود المتعارف فى زمن بنى اُمية وبنى العباس من دخول الرجال عليهنّ وتكلمهنّ بالأباطيل ولعبهنّ بالملاهى من العيدان والقضيب وغيرها ، دون ما سوى ذلک كما يُشعر به قوله عليه السلام : « ليست بالتى يدخل عليها الرجال » . ثمّ ذكر كلام الشيخ فى الاستبصار وقال : ويُستفاد من كلامه أنّ تحريم الغناء إنّما هو لاشتماله على أفعال محرّمة ، فإن لم يتضمّن شيئاً من ذلک جاز ، وحينئذ فلا وجه لتخصيص الجواز بزفّ العرائس ، ولا سيما وقد وردت الرخصة به فى غيرها ، إلاّ إنْ يقال : أنّ بعض

الأفعال لا يليق بذوى المروءات وإن كان مباحاً ، فالميزان فيه حديث : مَنْ أصغى إلى ناطق فقد عبده(١) ، وقول أبى جعفر صلوات اللّه عليه : إذا ميّز اللّه بين الحقّ والباطل فأين يكون الغناء(٢) . وعلى هذا فلا بأس بسماع التغنّى بالأشعار المتضمنة ذكر الجنة والنار والتشويق إلى دار القرار ووصف نعم اللّه الملک الجبار وذكر العبادات والترغيب فى الخيرات والزهد فى الفانيات ، ونحو ذلک كما اُشير إليه فى حديث الفقيه بقوله عليه السلام : فذكّرتک الجنة(٣) ، وذلک لأنّ هذه كلّها ذكر اللّه تعالى ، وربّما تقشعرّ منه جلود الذين يخشون ربهم ثمّ تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر اللّه . وبالجملة لا يخفى على ذوى الحجى بعد سماع هذه الأخبار تمييز حقّ الغناء من باطله ، وأنّ أكثر ما يتغنّى به المتصوفة فى محافلهم من قبيل الباطل»(٤) .

وقال المحقق السبزوارى : « ... لأنّ الشائع فى ذلک الزمان الغناء على سبيل اللهو من الجوارى المغنيّات وغيرهنّ فى مجالس الفجور والخمور والعمل بالملاهى والتكلّم بالباطل وإسماعهنّ

الرجال وغيرها ، فحمل المفرد على تلك الأفراد الشائعة فى ذلک الزمان غير بعيد ثمّ ذكر عدّة من الروايات واستفاد منها لمختاره وقال : فإذن لا ريب فى تحريم الغناء على سبيل اللهو والاقتران بالملاهى ونحوهما ، ثمّ إن ثبت إجماع فى غيره كان متّبعاً ، وإلاّ بقى حكمه على

١- (١) الكافى ٦ / ٤٣٤ ح ٢٤ ونقل عنه فى الوافى ١٧ / ٢١٦ ح ٣٢ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٣ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٢ .
٤- (٤) الوافى ١٧ / (٢٢٣ - ٢١٨) .

أصل الإباحة ، وطريق الاحتياط واضح »(١) .

ويمكن أن يُستدل لهم بعدّة من الروايات :

منها : صحيحة أبى بصير قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : أجر المغنية التى تزفّ العرائس ليس به بأس ، وليست بالتى يدخل عليها الرجال(٢) .

بتقريب : أنّ الحرمة ليست فى الغناء بل الحرمة يختص بدخول الرجال على النساء وغيره من المحرَّمات التى تتبعه الغناء ، وإلاّ نفس الغناء فلا بأس به .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن الغناء هل يصلح فى الفطر والأضحى والفرح ؟ قال : لا بأس به ما لم يزمر به(٣) .

بتقريب : أنّ الغناء لا بأس به إذا لم يقترن بآلات الملاهى نحو المزمار وغيره ، فنفس الغناء مباح ، بلا فرق بين الأعياد والفرح وغيرها لعدم احتمال الفرق .

والجمع بين هذه الصحيحة وماضيها : بأنّ العرس وقع فى الفطر أو الأضحى كما احتمله صاحب الوسائل(٤) قدس سره ، لم يكن جمعاً عرفياً ولم يوجد له شاهد جمع ، فلا يصغى إليه .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : سأل رجلٌ على بن الحسين عليه السلام عن شراء جارية لها صوت ؟ فقال : ما عليک لو اشتريتها فذكّرتک الجنة(٥) .

بتقريب : أنه إذا غنت الجارية بما فيه ذكر الجنّة ونحوها فلا بأس به ، فظهر عدم حرمة الغناء ذاتاً ، بل الغناء لاقترانه غالباً بالمحرَّمات يصير منها عرضاً .

ومنها : خبر عبد اللّه بن الحسن الدينورى عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث : قال : قلت : جعلت فداک فأشترى المغنية أو الجارية تحسن أن تغنّى أُريد بها الرزق لا سوى ذلک ؟

١- (٥) الكفاية ١ / ٤٣٤ و ٤٣٣ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٣ . الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٥ .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به .

قال : اشتر وبع(١) .

بتقريب : أن جواز بيع الجارية المغنية يدلّ على جواز عملها وهو الغناء.

ومنها : ما ذكره الشيخ فى المبسوط حيث قال : « ومن قال الغناء مباح استدلَّ بما روى عن عائشة أنّها قالت : كانت عندى جاريتان تغنّيان ، فدخل أبو بكر فقال : مَن قرر الشيطان فى بيت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ؟ فقال النبى صلى الله عليه و آله وسلم : دعها ، فإنّها أيّام عيد .

وقال عمر : الغناء زاد الراكب .

وكان لعثمان جاريتان تغنّيان بالليل ، فإذا جاء وقت السحر قال : امسكا ، فهذا وقت الاستغفار»(٢) .

وتقريب الاستدلال عندهم واضح .

ومنها : خبر عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال النبى صلى الله عليه و آله وسلم : لكلِّ شىء حلية وحلية القرآن الصوت الحسن(٣) .

بتقريب : أنه ظهر من الرواية أنّ التغنّى بالقرآن جائز ، فنفس الغناء ليس من

المحرّمات بل مقارناته من المحرَّمات غالباً .

ومنها : خبر عبد اللّه التميمى عن الرضا عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : حسّنوا القرآن بأصواتكم ، فإنّ الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً(٤) .

بالتقريب الذى مرّ فى سابقه .

ومنها : خبر أبى بصير قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام : إذا قرأتُ القرآن فرفعتُ صوتى جاءنى الشيطان فقال : إنّما ترائى بهذا أهلك والناس . قال : يا أبا محمد ، إقرأ قراءة ما بين القراءتين تسمع أهلك ، ورجّع بالقرآن صوتك ، فإنّ اللّه عزّ وجلّ يحبّ الصوت الحسن يرجّع

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ١ .

٢- (٤) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ٦ / ٢١١ ح ٣ . الباب ٢٤ من أبواب قراءة القرآن .

٤- (١) وسائل الشيعة ٦ / ٢١٢ ح ٦ .

فيه ترجيعاً(١) .

بتقريب : أن الترجيع بالقرآن عبارة أُخرى عن التغنّى به ، فكيف يمكن أنّ يحبّ اللّه تعالى التغنّى بالقرآن وهو حرام ، فتدلّ الرواية على جواز التغنّى بالقرآن ، حيث أن عدم مدخلية القرآن فى الغناء ، فيجوز الغناء إلاّ إذا اقترن بالمحرّمات ، وحينئذ نفس المقترنات حرام لا الغناء .

ولكن فى جميع هذه الروايات نظرٌ بيّنٌ :

وفيه : أولاً : بأنّ الإجماع قد سبقهم ولحقهم ، فلا يسمع إلى ما ذكروه .

وثانياً : على فرض تمامية هذه الروايات سنداً ودلالة تعارض مع ما ذكرناه سابقاً فى أدلة حرمة الغناء ، وبعد المعارضة تطرح هذه الطائفة الأخيرة ، لأنّها موافقة للعامة وأنت تعرف بأنّ الرشد فى خلافهم ، ولذا ورد فى مقبولة عمر بن حنظلة عن أبى عبد اللّه عليه السلام : « ما خالف العامة ففيه الرشاد»(٢) .

وثالثاً : بعد الإغماض عن سندها ودلالتها يمكن حملها على التقية أيضاً لموافقتها للعامة ، وقد قال فى المقبولة : « فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامة فيؤخذ به ، ويترك ما خالف حكمه حكم الكتاب والسنة ووافق العامة »(٣) .

ورابعاً : يمكن المناقشة فى دلالة هذه الروايات أو سندها على سبيل منع الخلو :

أمّا صحيحة أبى بصير : فهى من أدلة استثناء حرمة الغناء فى العرس مع مراعاة عدّة

من الشروط ، ويأتى البحث حولها فى المقام الآتى ، أعنى مستثنيات الغناء .

وأمّا صحيحة على بن جعفر : فيمكن حملها على التقية أو طرحها والأخذ بالطائفة المحرّمة ، أو حملها على خلاف ظاهرها ، بأنّ يكون من المحتمل فيها حسن الصوت الذى لم يصل إلى حدِّ الغناء كما هو المتعارف بين المؤمنين فى الأعياد المذهبية ، بل هو المتعين بعد ثبوت أدلة حرمة الغناء .

١- (٢) وسائل الشيعة ٦ / ٢١١ ح ٥ .
٢- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٠٦ ح ١ . الباب ٩ من أبواب صفات القاضى .
٣- (٤) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٠٦ ح ١ .

وأمّا مرسلة الصدوق : فتحمل على حسن الصوت الذاتى واستعماله بتوسط الجارية للتذكّر بالجنة والترغيب إلى العبادات ونحوها ، وإشكال سندها واضح .

وأمّا خبر عبد اللّه بن الحسن الدينورى : فجواز بيع الجارية المغنية لا يدلّ على جواز استماع الغناء ، ولذا قال الشيخ فى المبسوط : « فأمّا ثمن المغنيّات فليس بحرام إجماعاً ، لأنّها تصلح لغير الغناء من الاستمتاع بها وخدمتها»(١) .

والرواية ضعيفة سنداً بعبد اللّه بن الحسن الدينورى ، وليس له فى الفقه إلاّ هذه الرواية ، وهو مهمل .

وأمّا ما ذكره الشيخ فى المبسوط قال قدس سره فى ردّه : « قالوا : وهذا كلّه محمول على نشيد الأعراب مثل الحداء وغير ذلک ، وعندنا أنّ هذه أخبار آحاد لا يلتفت إليها وفعل من لا يجب إتباعه»(٢) .

أقول : ما ذكره أخيراً من قوله « عندنا » إلى آخره ، تام .

وأمّا خبر عبد اللّه بن سنان : فلا يدلّ على جواز الغناء ولا على جواز التغنّى بالقرآن ، بل يدلّ على استحباب قراءة القرآن بصوت الحسن فقط ، وسندها ضعيف .

وأمّا خبر عبد اللّه التميمى : فسنده ضعيف ودلالته أضعف من سنده ، والإشكال فيه يظهر من سابقته .

وأمّا خبر أبى بصير : فالترجيع الوارد فيه غير الترجيع الغنائى وبحدٍّ لم يصل إليه ، مضافاً إلى ما مرّ فى تعريف الغناء من أنّ الترجيع ليس من مقومات الغناء ، وعلى هذا مطلق الترجيع فى القرآن ليس به بأس ، والرواية تدلّ عليه ، وسندها ضعيف بعلى بن أبى حمزة البطائنى .

وخامساً : على فرض تمامية سند هذه الروايات ودلالتها ، وردت فى قبالها روايات

أكثر وأشهر ، فلابدّ من الأخذ بها على طبق ما ورد فى مقبولة عمر بن حنظلة عن أبى

١- (١) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

عبد اللّه عليه السلام : « ... المجمع عليه عند أصحابک فيؤخذ به مِنْ حكمنا ويترک الشاذ الذى ليس بمشهور عند أصحابک ، فإنّ المجمع عليه لا ريب فيه»(١) .

والحاصل ، حرمة الغناء فى الشريعة المقدسة والمذهب الحقّ ذاتى إجماعاً ، ولذا قال الشيخ جعفر قدس سره : « ومن حرّمه لأجل الملاهى ودخول الرجال على النساء ونحوهما قائلاً بإباحته لنفسه مخالف للإجماع بل الضرورة من المذهب ، لأنّ حاله كحال الزنا عند الإمامية»(٢) .

وتبعه تلميذه السيد العاملى فقال : « ... والأولى بأهل التحصيل أن لا يلتفتوا إلى ردّ مثل هذه الأباطيل ، إنْ هى إلاّ آراء باردة ومذاهب فاسدة مخالفة لمذهب الشيعة ، كنّا نعيب على العامة والصوفية فما راعنا إلاّ وبعض الإمامية قد استحسن تلك الترهات وأكبّ على تلك الخرافات»(٣) .

وقال تلميذه الآخر صاحب الجواهر : « ... بل يمكن دعوى كونه (أى حرمة الغناء ذاتيّاً) ضروريّاً فى المذهب ، فمن الغريب ما وقع لبعض متأخرى المتأخرين تبعاً للمحكى عن الغزالى من عدم الحرمة فيما لم يقترن بمحرّم خارجى كالضرب بالعود والكلام بالباطل ونحو ذلك ... ومن هنا كان الإطناب فى إفساد ذلك مِنْ تضييع العمر بما لا ينبغى»(٤) .

وقال المحقق الخوئى فى إحدى نقوده على هذا القول : « إذا كان تحريم الغناء إنّما هو للعوارض المحرّمة كان الإهتمام بالمنع عنه فى هذه الروايات لغواً محضاً ، لورود النهى عن سائر المحرّمات بأنفسها»(٥) .

وهذا الإشكال متين جداً نحو الإشكالات الماضية ، ويظهر بما ذكرنا أنّ حرمة الغناء ذاتىٌّ ولو لم يقترن بغيره من المعاصى .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٠٦ ح ١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٥ و ٤٤ .

٥- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٣٠٨ .

المقام الخامس : مستثنيات الغناء

اشارة

قبل الورود فى البحث عن المستثنيات لابدّ لنا من نقل كلام ونقده حتّى ظهر لک إمكان

وقوع الاستثناء فى المقام :

قال الشيخ جعفر : « ... قد ظهر ممّا مرّ أنّه لا ينبغى صدور الاستثناء من أهل النظر ، كيف لا ؟ وتحريم الغناء كتحريم الزنا أخباره متواترة وأدلته متكاثرة عُبّر عنه بقول الزور ولهو الحديث فى القرآن ، ونادت الأخبار بأنّه المحرّک على الفجور والعصيان ، فكان تحريمه من الأُمور العقلية التى لا تقبل تقييداً ولا تخصيصاً بالكلية . وكيف يخطر بالبال أو يجرى فى الخيال أن يقع مثل هذا الكلام من سادات الأنام الآمرين بترک الشبهات خوفاً من الوقوع فى المحرَّمات ، مع أنّه مؤذن بجواز ما فيه معظم اللهو عن ذكر المعاد ومدنٍ إلى الزنا واللواط اللذين هما رأس الفساد ... »(١) .

وتبعه تلميذه السيد العاملى فقال : « ثمّ إنّا قد نقول : أنّ تحريم الغناء كتحريم الزنا أخباره متواترة وأدلته متكاثرة عبّر عنه بقول الزور ولهو الحديث فى القرآن ونطقت الروايات بأنّه الباعث على الفجور والفسوق ، فكان تحريمه عقليّاً لا يقبل تقييداً ولا تخصيصاً ، والأخبار الواردة فى ذلک محمولة على التقية فليلحظ ذلک»(٢) .

أقول : ولكن الحقّ أنّ أدلة حرمة الغناء سمعية والروايات مطلقة ، فيجوز تقييده بها إن ثبتت فى مورد والحكم بجوازها فى ذلک المورد الخاص ويؤيد ما ذكرناه بيان صاحب الجواهر(٣) فى نقد كلام اُستاذه ، فراجعه إن شئت .

وقد ذكروا فی مقام الاستثناء من حرمة الغناء موارد :

١ - التغنی بالقرآن

قد استدلوا علی جواز التغنّی بالقرآن عدة مِن الروایات :

ص:٣١٠

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٠٠ .

٢- (٢) مفتاح الکرامة ١٢ / ١٧٩ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

منها : ما رواه العامة عن رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم أنّه قال : تغنّوا به ، فمن لم یتغنَّ بالقرآن فلیس منّا»(١) .

ومنها : ما نقل الطبرسی عنهم فی تفسیره : « عبد الرحمن بن السائب قال : قدم علینا سعد بن أبی وقاص ، فأتیته مسلّماً علیه ، فقال : مرحباً یا ابن أخی ، بلغنی أنّک حسن الصوت

بالقرآن ، قلت : نعم والحمد اللّه ، قال : فإنّی سمعتُ رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم یقول : إنّ القرآن نزل بالحُزْن ، فإذا قرأتموه فابکوا ، فإن لم تبکوا فتباکوا وتغنّوا به ، فمن لم یتغنّ بالقرآن فلیس منّا»(٢) .

أقول : ورواها صاحب جامع الأخبار / ١٣١ ح ١٦ ونقل عنه فی بحار الأنوار ٩٢ / ١٨٨ ح ١٢ وفی مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٣ ح ٧ .

ومنها : خبر أبی بصیر الماضی آنفاً(٣) .

أقول : لا يتمّ الاستدلال بهذه الروايات مِنْ وجوه :

أولاً : ضعف إسنادها ، لأنّ الأولان منهما عاميان والثالث ضعيف بعلى بن أبى حمزة البطائنى .

ثانياً : ليس المراد بالتغنّى بالقرآن رفع الصوت به غناءً ، بل المراد به الاستغناء بالقرآن ، كما ظهر ما ذكرنا بالمراجعة إلى كتب اللغة والتفسير والحديث والفقه :

قال ابن الأثير : « وفى حديث القرآن « مَن لم يتغنّ بالقرآن فليس منّا» أى لم يستغن به عن غيره . يقال : تَغَنَّيْتُ وتغانَيْتُ واستغنيتُ . وقيل : أراد مَنْ لم يجهر بالقراءة فليس منّا . وقد جاء مفسراً .

وفى حديث آخر « ما أذن اللّه لشيءٍ كإذنه لنبيٍّ يتغنّى بالقرآن يَجْهَرُ به» .

قيل : إنّ قوله « يَجْهَرُ به» تفسير لقوله « يتغنّى به» .

١- (٤) سنن ابن ماجة ١ / ٤٢٤ ح ١٣٣٧ .

٢- (١) مجمع البيان ١ / ١٦ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ٦ / ٢١١ ح ٥ .

وقال الشافعى : معناه تحسين(١) القراءة وترقيقُها ... »(٢) .

وقال الطبرسى بعد نقل الرواية : « وتأول بعضهم تغنّوا به بمعنى استغنوا به ، وأكثر العلماء على أنّه تزيين الصوت وتحزينه ... »(٣) .

وقال الصدوق بإسناده إلى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : « ليس منّا من لم يتغن بالقرآن ، ومعناه : ليس منّا من لم يستغن به ، ولا يذهب به إلى الصوت . وقد روى أنّ من قرأ القرآن فهو غنىً لا فقر بعده . وروى أنّ من أُعطى القرآن فظن أنّ أحداً أُعطى أكثر ممّا أُعطى فقد عظّم

صغيراً وصغّر كبيراً . فلا ينبغى لحامل القرآن أن يرى أنّ أحداً من أهل الأرض أغنى منه ولو ملك الدنيا برحبها ، ولو كان كما يقوله قوم : أنّه الترجيع بالقراءة وحسن الصوت لكانت العقوبة قد عظمت(٤) فى ترك ذلك أن يكن مَنْ لم يرجّع صوته بالقراءة فليس مِنْ النبى صلى الله عليه و آله وسلم حين قال : (ليس منّا مَنْ لم يتغن بالقرآن) »(٥) .

قال الشريف المرتضى يرفعه « عن عبد اللّه بن نهيک أنّه دخل على سعد فى بيته فإذا مثال(٦) رثّ(٧) ومتاع رثّ ، فقال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ليس منّا من لم يتغن بالقرآن . قال أبو عبيدة : فذكر المتاع الرث والمثال الرث يدلّ على أن التغنّى بالقرآن : الاستغناء به عن الكثير من المال»(٨) .

وقال الشيخ فى المبسوط : « وروى عنه [أى عن رسول اللّه] صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ليس منّا مَنْ لم يتغنَّ بالقرآن ، وقيل فى أحد تأويلاته يعنى : يحسن صوته به ، وقيل : معناه يستغنى به من

١- (٣) فى الهروى : تحزين .

٢- (٤) النهاية ٣ / ٣٩١ .

٣- (٥) مجمع البيان ١ / ١٦ .

٤- (١) أى كثرت .

٥- (٢) معانى الأخبار / ٢٧٩ ونقل عنه مختصراً فى مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٣ ح ٧ .

٦- (٣) المثال : الفراش .

٧- (٤) الرث : السقط من متاع البيت .

٨- (٥) أمالى الشريف المرتضى ١ / ٢٤ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٣ ح ٩ .

غنى المال ... »(١) .

وقال الفاضل الأصبهانى : « ... فقد فسر التغنّى فيه [أى فى القرآن [بالإستغناء ، كما روى : أنَّ من قرأ القرآن فهو غنى لا فقر بعده ... »(٢).(٣) .

فظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد بالتغنّى بالقرآن ليس إلاّ الاستغناء به ، لا رفع الصوت به غناءً . ويؤيد ما ذكرناه نفى قراءة القرآن غناءً فى عدّة من الروايات وأنّ هذا الفعل يأتى به أُناس فى آخر الزمان إثماً وعصياناً .

منها : حسنة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها ، وإيّاكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ، فإنّه سيجىء مِنْ بعدى أقوام يرجّعون القرآن ترجيع الغناء والنوح والرهبانية لا يجوز تراقيهم ، قلوبهم مقلوبة ، وقلوب من يعجبه شأنهم(٤) .

سند الرواية حسنٌ ، لأن المراد بابراهيم الأحمر هو إبراهيم بن إسحاق الأحمرى النهاوندى ، وضعّفه جمع ولكن قال المامقانى : الأظهر حسنه . والمراد بعبد اللّه بن حماد هو الأنصارى من شيوخ أصحابنا ، ولا أقل من حسنه لو لم يكن ثقة . فالسند صار بهما حسناً .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى عن الحسن بن على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها ، وإيّاكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ، فإنّه سيجىء مِنْ بعدى أقوام يرجّعون القرآن ترجيع الغناء والنوح ، قلوبهم مفتونة وقلوب من يعجبه شأنهم(٥) .

وقال صاحب جامع الأخبار مرفوعاً عن حذيفة بن اليمان قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إقرأوا القرآن بلحون العرب وأصواتها ، وإيّاكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ، وسيجيء

١- (٦) المبسوط ٨ / ٢٢٧ .

٢- (٧) وسائل الشيعة ٦ / ١٧٨ ح ٣ . الباب ٦ من أبواب قراءة القرآن .

٣- (٨) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

٤- (٩) وسائل الشيعة ٦ / ٢١٠ ح ١ الباب ٢٤ من أبواب قراءة القرآن .

٥- (١) مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٢ ح ١ .

قوم من بعدى يرجّعون بالقرآن ترجيع الغناء والرهبانية والنوح لا يجاوز حناجرهم ، مفتونة قلوبهم وقلوب الذين يعجبهم شأنهم(١) .

رواها الطبرسى فى مجمع البيان ١ / ١٦ والشيخ بهاء الدين فى كشكوله ٢ / ٥ .

فعلى هذا لا يتم دليل استثناء حرمة الغناء فى القرآن ، فالتغنّى بالقرآن حرام بل أعظم حرمة من التغنى بغيره ، لأنّ فيه نوع استخاف وإهانة بالمقدسات ، وهكذا الأمر فى الأدعية والأذكار والزيارات ونحوها .

وفى هذا المجال أيضاً راجع إلى ما كتبه جدى العلامة آية اللّه الحاج الشيخ محمد حسين النجفى الأصفهانى المتوفى عام ١٣٠٨ فى تفسيره(٢) من الفرق بين تحسين الصوت بالقرآن والترجيع به وبينهما وبين التغنّى بالقرآن ، حتّى يظهر لک الحال وكلامه هو الفصل فى المقام .

٢ - مراثى ائمة أهل البيت عليهم السلام

الظاهر أنّ أوّل من تعرض لهذا الاستثناء المحقق الثانى المتوفى عام ٩٤٠ ، قال فى جامع المقاصد : « واستثنى بعضهم مراثى الحسين عليه السلام كذلک»(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « وقد استثنى مراثى الحسين عليه السلام أيضاً ، دليله أيضاً غير واضح ... ويؤيده أنّ البكاء والتّفجّع عليه عليه السلام مطلوب ومرغوب وفيه ثواب عظيم ، والغناء معين على ذلک وأنّه متعارف دائماً فى بلاد المسلمين فى زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير نكير ، وهو يدلّ على الجواز غالباً . ويؤيده جواز النياحة بالغناء وجواز أخذ الأُجرة عليها .ثمّ استدل بالروايات المجوِّزة الواردة فى النياحة ، ثمّ قال : ويؤيده أنّ التحريم للطرب على الظاهر ، ولهذا قُيّد بالمطرب وليس فى المراثى الطرب ، بل ليس إلاّ الحزن ، وأكثر هذا يجرى فى استثناء مطلق المراثى ، وكأنّه تُرک للظهور .

وبالجملة ، عدم ظهور دليل التحريم والأصل وأدلة جواز النياحة مطلقاً بحيث يشمل

١- (٢) جامع الأخبار / ١٣٠ ح ١١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٢ ح ٣ .
٢- (٣) مجد البيان فى تفسير القرآن / ١٨٤ .
٣- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .

الغناء بل الظاهر أنّها لا تكون إلاّ معه ، يفيد الجواز ، واللّه يعلم .

ولكن لابدّ مِنْ قصد التفجّع والندبة عليه عليه السلام فى الغناء بمرثيته لا غير ، وهو ظاهر»(١) .

وقال المحقق السبزوارى : « وعن بعضهم استثناء مراثى الحسين عليه السلام وهو غير بعيد»(٢) .

ومن الذين تبعهم فى هذا الإستثناء هو الفاضل النراقى فى مستند الشيعة(٣) .

وأنت ترى أنّ الأصحاب ذكروا مراثى الامام الحسين عليه السلام فقط ، ولكن حيث كلّهم أنّ نور واحد عممنّا العنوان فى جميعهم .

ولكن أنكر الاستثناء جماعة من الأصحاب ، ولعل الإنكار هو القول المشهور :

ومن المنكرين صاحب الحدائق ، قال : « وبعضهم استثنى مراثى الحسين عليه السلام أيضاً قال ، فى الكفاية : وهو غير بعيد . أقول : بل هو بعيد غاية البعد ، لما عرفت ممّا قدمناه من الأخبار المتكاثرة ، إلاّ أنّ ما ذكره جيد على مذهبه فى المسألة ممّا قدمنا نقله عنه»(٤) .

ومنهم : الوحيد البهبهانى قال فى تعليقه على مجمع الفائدة والبرهان : « فى أمثال زماننا نرى النكير ، ونرى أنّه لا ينفع ولا ينجع ، ونرى أنّه ربما يتقون من الناس والعوام ، فلعلّ السابق كان كذلك ، بل لا ندرى أنّه فيما سبق كانوا يغنّون فى المراثى ، فضلاً عن تعارف ذلك بينهم ، وخصوصاً مع دعوى عدم النكير ، مع أنّ المشايخ صرحوا فى كتبهم بالحرمة من غير

استثناء أصلاً ، واستثنوا الحِداء والزفّة والعرس للمغنية ولم يستثنوا شيئاً إلاّ ما نسب إلى نادر منهم .

وربما يتمسّك بقول الصادق عليه السلام للمنشد الذى كان يقرأ عنده : « إقرأ كما كنت تقرأ عندكم بالعراق»(٥) ، وفيه أيضاً تأمل ظاهر ، لعدم معلومية المراد وأنّه كان يغنّى بالعراق

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / (٦٣ - ٦١) .

٢- (٢) الكفاية ١ / ٤٣٤ .

٣- (٣) مستند الشيعة ١٤ / (١٤٦ - ١٤٤) .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١١٧ .

٥- (١) كامل الزيارات / ١٠٤ و ١٠٥ ح ١ و ٥ .

فتدبر» .

ثمّ قال معلقاً على قوله : « ويؤيده جواز النياحة بالغناء» : « لا تأمل فى أنّ النوحة حلال على كلِّ ميت ، سيما على الحسين عليه السلام ، فلو كان فى الغناء فهو مستثنى وإلاّ فلا استثناء ولا معارضة ، ولعلّه كذلك ، إذ لا يقال فى العرف : أنّه يغنّى ، وإنّ النوحة غناءٌ ، والعرف مقدّم على اللغة كما حقق . مع أنّ جواز النوحة بلا مضايقة وعدم جواز الغناء مطلقاً ، يؤيد التقديم هنا . وبالجملة ، لم يظهر كون النوحة غناءً حتّى يتوجه ما يقوله ، ويحتاج إلى ارتكاب خلاف الظاهر والتخصيص الذى هو مخالف للأصل ، ومجرد كونه معيناً على البكاء لا يصلح للتخصيص ، إذ ربما يحصل الإعانة بالأفعال المحرّمة»(١) .

ومنهم : سيد الرياض فى كتابه(٢) .

ومنهم : جدنا الشيخ جعفر فى شرحه على القواعد(٣) وتلميذاه وهما صاحبا المفتاح(٤) والجواهر(٥) .

ومنهم : تلميذ صاحب الجواهر السيد على آل بحر العلوم قدس سره فى برهان الفقه فى بحث النوح(٦) .

ومنهم : الشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمة(٧) .

أقول : لابدّ من متابعة هؤلاء الأعلام ، لأنّ المرثية تدخل تحت عنوان النوح ، وسوف يأتى فى هذا الكتاب فى محلّه أنّ النوح على كلّ ميت جائز وعلى الأئمة المعصومين عليهم السلام

مستحب .

١- (٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٣٠ و ٢٩ .

٢- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٥٧ .

٣- (٤) شرح القواعد ١ / ١٩٤ .

٤- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٧ .

٥- (٦) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٦- (٧) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٢٠ .

٧- (٨) المكاسب المحرمة / ٣٩ الطبع الحجرى - (١ / ٣٠٨ وما بعدها) .

ثمّ هل يمكن الإتيان بالرثاء والنوح مع الغناء أولا ؟ الظاهر إمكانه ، بل وقوعه ، لأنه قد مرّ أنّ الغناء هو كيفية خاصة للصوت ، والمحتوى ليس دخيلاً فى معناه . وأيضاً قد مرّ أنّ الطرب الحاصل من الغناء أعمّ من السرور والحزن ، فحينئذ يمكن الإتيان بالمرثية والنوح على طريق الغناء ولكنه صار به حراماً ، فلا يمكن الإتيان بالمستحب وهو مرثية الأئمة عليهم السلام مع الحرام وهو الغناء .

والروايات الآمرة برثائهم خالية عن استعمال الغناء فيها ، فهو بحرمته باقٍ . والسيرة المستمرة من المسلمين تنفى استعمال الغناء فى المرثية . وكون الغناء معيناً على البكاء - وإن كان فى الجملة صحيحاً - ولكن لا يمكن الاستفادة به فى شيءٍ حتّى المحرّمات الشرعية للإعانة على البكاء كما هو واضح .

فما ذكره أصحاب جامع المقاصد ومجمع الفائدة والكفاية ومستند الشيعة فى المقام غير تام ، فلا يتم عندنا استثناء مراثى الأئمة عليهم السلام من حرمة الغناء كما عليه المشهور ، واللّه سبحانه هو العالم .

٣ - العرائس

قد نسب إلى المشهور استثناء حرمة الغناء فى الأعراس :

قال الشيخ فى النهاية : « ولا بأس بأجر المغنية فى الأعراس ، إذا لم يُغَنَّين بالأباطيل ولا يَدْخُلْنَ على الرجال ولا يَدْخُلُ الرجالُ عليهنّ»(١) .

وهكذا ذهب إلى الجواز المحقق فى النافع(٢) .

وقال العلامة فى التذكرة : « أمّا المغنية فى الأعراس فقد ورد رخصة بجواز كسبها إذا لم تتكلّم بالباطل ولم تلعب بالملاهى ولم يدخل الرجال عليها »(٣) .

١- (١) النهاية / ٣٦٧ .

٢- (٢) المختصر النافع / ١١٦ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٠ .

أقول : ونحوها فى القواعد(١) ونهاية الإحكام(٢) واختاره فى المختلف(٣) واستدل له .

وقال فى التحرير : « الغناء حرام وتعليمه وأجر المغنية كذلك ، وقد وردت رخصة بإباحة أجر المغنية فى العرائس إذا لم تتكلّم بالباطل ولا تلعب بالملاهى كالعيدان والقصب ، بل تكون ممّن تزفّ العروس وتتكلّم عندها بإنشاد الشعر والقول البعيد عن الفحش والباطل ، وما عدا ذلك حرام فى العرس وغيره»(٤) .

وذهب إلى هذا الاستثناء جماعة من الأعلام ، نحو : الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع(٥) وتلميذه الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلّى فى معالم الدين فى فقه آل ياسين(٦) والشهيد فى الدروس(٧) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٨) والشهيد الثانى فى المسالك(٩) والروضة(١٠) والمحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان(١١) والمحقق السبزوارى فى

الكفاية(١٢) والبحرانى فى الحدائق(١٣) وسيد الرياض(١٤) والفاضل النراقى(١٥) والسيد العاملى(١٦) وصاحب

ص:٣١٩

١- (٤) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٢- (٥) نهاية الإحكام ٢ / ٤٩٦ .

٣- (٦) مختلف الشيعة ٥ / ١٨ .

٤- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٩ مسألة ٣٠١٢ .

٥- (٢) التنقيح الرائع ٢ / ١١ .

٦- (٣) معالم الدين فى فقه آل ياسين ١ / ٣٣٠ .

٧- (٤) الدروس ٣ / ١٦٢ .

٨- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .

٩- (٦) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٦ .

١٠- (٧) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

١١- (٨) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٩ .

١٢- (٩) الكفاية ١ / ٤٣٤ .

١٣- (١٠) الحدائق ١٨ / ١١٦ .

١٤- (١١) رياض المسائل ٨ / ١٥٧ .

١٥- (١٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٤١ .

١٦- (١٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٥ .

الجواهر(١) وتلميذه صاحب برهان الفقه(٢) والشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمة(٣) .

هذا هو القول المشهور فى المقام وهو الجواز وفى قباله قولان آخران :

الأوّل : الحرمة مطلقاً حتّى بالنسبة إلى الغناء فى الأعراس ، والقائل به : أبو الصلاح الحلبى فى الكافى(٤) وابن إدريس الحلى فى السرائر(٥) وفخر المحققين فى الإيضاح(٦) .

وعدّ العلامة فى المختلف المفيد وسلاّر من القائلين بالتحريم ، حيث قال : « وقال المفيد : كسب المغنيات حرام وتعلّم ذلک وتعليمه حرام فى شرع الإسلام(٧) وأطلق ولم يفصّل . وكذا قال سلاّر(٨)»(٩) .

ومن القائلين بالحرمة جدنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد(١٠) .

الثانى : كراهة الغناء فى العرس ، ذهب إليه القاضى ابن البراج(١١) وقال فى المفتاح : « لعلّه أراد التحريم ، لأنّه من القدماء ولسانهم فى الكراهية معلوم»(١٢) .

قد استدلوا على جواز التغنّى فى الأعراس بعدّة من الروايات :

منها : صحيحة أبى بصير قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : أجر المغنية التى تزفّ العرائس

١- (١٤) الجواهر ٢٢ / ٤٩ .

٢- (١٥) برهان الفقه . كتاب التجارة / ١٨ .

٣- (١٦) المكاسب المحرمة / ٤٠ من الطبع الحجرى - (١ / ٣١٣) .

٤- (١٧) الكافى فى الفقه / ٢٨٠ .

٥- (١٨) السرائر ٢ / ٢٢٤ .

٦- (١٩) ايضاح الفوائد ١ / ٤٠٥ .

٧- (١) المقنعة / ٥٨٨ .

٨- (٢) المراسم / ١٧٠ .

٩- (٣) مختلف الشيعة ٥ / ١٩ .

١٠- (٤) شرح القواعد ١ / ١٩٩ .

١١- (٥) المهذب ١ / ٣٤٦ .

١٢- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٦ .

ليس به بأس ، وليست بالتى يدخل عليها الرجال(١) .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : المغنية التى تزف العرائس لا بأس بكسبها(٢) .

ويمكن تصحيح سند هذا الخبر ، لأنّ العدّة فيهم ثقات وأحمد بن محمد ثقة والحسين بن سعيد ثقة [على فرض وجوده فى السند] ، والإشكال فى السند ليس إلاّ من جهة حكم الحنّاط ، وهو الحكم بن أيْمن الحنّاط ، قال النجاشى : « روى عن أبى عبد اللّه عليه السلام وأبى الحسن عليه السلام »(٣) وقال الشيخ « له أصل»(٤) ، وليس له توثيق ولكن روى عنه ابن أبى عمير وصفوان بسند صحيح فى الكافى ٢ / ٢٤ ح ١ و ٤ / ٣٩١ ح ٣ .(٥) وعلى مبنى أنّ المشايخ الثلاثة لا يروون ولا يرسلون إلاّ عن ثقة فالرجل صار من الثقات ، ولكن فيه ما لا يخفى . ومن

الممكن أن نذهب إلى أنّ النجاشى ديدنه نقل المطاعن الواردة فى الشخص كما اعترف به السيد الداماد(٦) ، وحيث لم يذكر له طعناً فالرجل صار من المعاريف ، حيث ينقل عنه المشايخ وله أصل ، فيمكن القول بحسنه واعتباره .

ومنها : خبر ثالث لأبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن كسب المغنيات ؟ فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول اللّه عزّ وجلّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(٧) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى رفعه عن أبى جعفر عليه السلام : إنّ رجلاً من شيعته أتاه فقال : يابن رسول اللّه وردتُ المدينة فنزلت على رجل أعرفه ولا أعرفه بشيءٍ من اللهو ،

١- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٣ . الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٢ .
٣- (٩) رجال النجاشى / ١٣٧ الرقم ٣٥٤ .
٤- (١٠) فهرست كتب الشيعة وأصولهم / ١٦٠ الرقم ٢٤٦ .
٥- (١١) الموسوعة الرجالية الميسّرة / ١٧٠ .
٦- (١) الرواشح السماوية / ١١٥ ، الراشحة السابعة عشر .
٧- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

فإذا جميع الملاهى عنده ، وقد وقعت فى أمر ما وقعت فى مثله ، فقال عليه السلام له : أحسن جوار القوم حتّى تخرج من عندهم ، فقال : يابن رسول اللّه فما ترى فى هذا الشأن ؟ قال : أمّا القينة التى تتخذ لهذا فحرام ، وأمّا ما كان فى العرس وأشباهه فلا بأس به(١) .

القينة : الأمة المغنيّة .

الأصحاب افتوا على طبق هذه الروايات وقيدوا بها إطلاق أدلة حرمة الغناء ، فلا بأس بأخذها والإفتاء على طبقها والذهاب إلى جواز الغناء فى العرس .

أمّا الشرائط الثلاثة التى اشترطوها فهى خارجة عن الغناء ، وهى محرّمات أُخرى ولم تنحصر فى الثلاثة بل يمكن عدّها إلى ثلاثين ، فهذه الأُمور الثلاثة من التكلّم بالباطل والتلاعب بالملاهى

ودخول الرجال على المغنية بنفسها من المحرّمات ، لا أنّها قيود للحكم بجواز التغنّى فى الأعراس .

نعم ، لابدّ من الاجتناب عنها كغيرها من المحرّمات ، ولذا لا أثر لها فى الروايات المجوِّزة إلاّ عدم دخول الرجال عليها فى صحيحة أبى بصير(٢) ، وهو عنوان مشير إليها بأنّها غير المغنية المتعارفة عند أهل الغناء .

ولكن لابدّ فى الجواز من التوقف على العرس ، وهو الزفاف - أى إهداء العروس إلى زوجها حتّى يدخل بها - دون الختان ونحوه ، وهكذا على المغنية دون المغنّى لانحصار أدلة

الجواز .

ويأتى منّا عدم تمامية استثناء الضرب بالدف فى العرس والختان من حرمة آلات اللهو والموسيقى ، فانتظر .

٤ - الحُداءُ

اشارة

وهو سَوْق الإبل بالغناء لها ، استثناه جماعة من الأصحاب من حرمة الغناء :

١- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩١ ح ٢ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٣ .

منهم : الشيخ قال : « وأمّا الحُداء – وهو الشعر الذى تحثُّ به العرب الإبل على الإسراع فى السير – فهو مباح ، وهو ممدود ، لأنّه من الأصوات كالدُعاءِ والنِداء والثُغاءِ(١) والرُغاءِ(٢) ، وفيه لغتان حُداء وحِداء والضم أقيس لأنّ أوائل الأصوات مضمومة كالدُعاء والثُغاء والخُوار(٣) ، والكسر جائز كالغِناء والنِداء . وإنّما قلنا إنّه مباح لما رواه ابن مسعود قال : كان مع رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ليلة نام فى الوادى حاديان .

وروى عن عائشة أنّها قالت : كنّا مع رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى سفر وكان عبد اللّه بن رواحة جيّد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النساء ، فقال النبى صلى الله عليه و آله وسلم لعبد اللّه بن رواحة : حرّك بالقوم ، فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فاعتنقت الإبل ، فقال صلى الله عليه و آله وسلم لأنجشة : رويدك رفقاً بالقوارير ، يعنى النساء .

وروى أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم كان فى سفر فأدرك ركباً من تميم معهم حادٍ ، فأمرهم بأن يحدوا وقال : إنّ حادينا نام آخر الليل ، فقالوا : يا رسول اللّه نحن أوّل العرب حداء بالإبل ، قال : وكيف ؟ قالوا : كانت العرب تغير بعضها على بعض ، فأغار رجل منّا على إبل فاستاقها فتبددت الإبل ، فغضب على غلامه فضربه بالعصا فأصابت يده ، فنادى وايداه ، فجعلت الإبل تجتمع فقال له : هكذا فقل – يعنى قل : وايداه – فقال ، والنبى يضحك . فقال : من أنتم ؟ قالوا : من مضر ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ونحن من مضر ، فكيف كنتم أوّل العرب ؟ فانتسب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم تلك الليلة حتّى بلغ بالنسب إلى مضر ، وضحك النبى صلى الله عليه و آله وسلم من قولهم « نحن أوّل العرب حداء » ، ثمّ قالوا : نحن من مضر ، فقال النبى صلى الله عليه و آله وسلم ونحن أيضاً من مضر فكيف كنتم أوّل العرب حداء »(٤) .

١- (١) صوت الشاة .

٢- (٢) رغاءُ البعير أو النُعام أوالضبع : صوته وضجّته .

٣- (٣) صوت البقرة .

٤- (٤) المبسوط ٨ / ٢٢٥ و ٢٢٤ .

وتبعه أعلام الطائفة ، منهم : المحقق فى شهادات الشرائع(١) والعلامة فى شهادات القواعد(٢) والشهيد فى شهادات الدروس(٣) والشهيد الثانى فى المسالك(٤) والأردبيلى فى مجمع الفائدة(٥) ، وقال المحقق السبزوارى : « المشهور بين الأصحاب استثناء الحداء - وهو سوق الإبل بالغناء لها - ولا أعلم حجة عليه إلاّ أنْ يقال بعدم شمول أدلة المنع له»(٦) .

وقال الفاضل النراقى : « الحق فيه : عدم الحرمة للأصل وعدم ثبوت الحرمة الكليّة »(٧) .

ولكن لعلّ المشهور على خلافهم ، لعدم وجود مستند لهذا الاستثناء ، ومن القائلين بالحرمة : صاحب الحدائق واعترف ب- « أنّ المسألة خالية عن النص»(٨) . والفاضل الأصبهانى(٩) والوحيد(١٠) والشيخ جعفر(١١) وتلميذيه السيد العاملى(١٢) وصاحب الجواهر(١٣) وتلميذه صاحب برهان الفقه(١٤) وسيد الرياض(١٥) والشيخ الأعظم(١٦) .

١- (١) الشرائع ٤ / ١٢٨ .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٥ .

٣- (٣) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٤- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٦ .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٩ .

٦- (٦) الكفاية ١ / ٤٣٤ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٤٤ .

٨- (٨) الحدائق ١٨ / ١١٦ .

٩- (٩) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

١٠- (١٠) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٢٨ .

١١- (١١) شرح القواعد ١ / ٢٠٣ .

١٢- (١٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٧ .

١٣- (١٣) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

١٤- (١٤) برهان الفقه - كتاب التجارة / ١٨ طبع الحجرى .

١٥- (١٥) رياض المسائل ٨ / ١٥٧ .

١٦- (١٦) المكاسب المحرمة / ٤٠ طبع الحجرى - (١ / ٣١٣) .

وأمّا مستند القائلين بالجواز هو ما روى العامة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم (١) كما مرّ فى كلام الشيخ .

والرواية بل الروايات كماترى عامية لم تنقل من طرقنا ، فلا يمكن الاعتماد عليها

والحكم بها بالجواز .

ولكن ورد فى معتبرة السكونى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : زاد المسافر الحُداء ، والشعر ما كان منه ليس فيه جفاء(٢) .

الرواية تدلّ على جواز الحداء ولكن يعارضها الروايتان :

أولاهما : خبر الفضل الهاشمى عن بعض مشيخته عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : أما يستحيى أحدكم أن يغنّى على دابّته وهى تسبّح(٣) .

وثانيتهما : مرفوعة بعض أصحابنا قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : لا تضربوها على العثار واضربوها على النفار . وقال : لا تغنّوا على ظهورها ، أما يستحيى أحدكم أن يغنّى على ظهر دابّة وهى تسبّح(٤) .

ومن المعلوم أنّ الأخيرتان مخالفتان للعامة ، فلابدّ من الأخذ بهما والحكم على طبقهما من عدم جواز الحُداء والتغنّى على ظهر الدابة .

لاسيما أنّ راوى الرواية الأُولى السكونى وهو من قضاة العامة فيحتمل فيها التقية . ولعله لأجل التعارض أو الحمل على التقية أعرض جماعة من الأصحاب قدس سرهم عن هذه المعتبرة .

نعم ، لو قلنا بأنّ الحُداء قسيم للغناء بشهادة العرف فيكون خارجاً عن موضوع الغناء

١- (١٧) سنن البيهقى ١٠ / ٢٢٧ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١١ / ٤١٨ ح ١ . الباب ٣٧ من أبواب آداب السفر - المحاسن ٢ / ١٠٣ ح ٧٥ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١١ / ٤١٩ ح ٢ - المحاسن ٢ / ١٢٤ ح ١٤٦ .

٤- (٣) المحاسن ٢ / ٤٦٨ ح ٩٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٤١٩ ح ٣ .

لاعن حكمه ، فيمكن القول فيه بالجواز ، كما قاله الشيخ جعفر(١) وتلميذاه صاحبا مفتاح الكرامة(٢) والجواهر(٣) . وكما يظهر من الشيخ الطائفة(٤) قبلهم حيث لم يأخذ فى تعريفه الغناء كما سبق ذكره والفاضل الأصبهانى حيث يقول : « ... ما لم يخرج إلى حد الغناء ... ولكن لابدّ من أن لا يخرج إلى حد الغناء لانتفاء الدليل على حلّه حينئذٍ»(٥) .

وعلى هذا - يعنى لو قلنا بأنّه قسيم للغناء - يمكن التعدى من الإبل إلى البغال والحمير ،

وأمّا لو قلنا بأنّه من الغناء واستثنى من حرمته فلا يتعدى من الإبل إلى البغال والحمير ، واللّه هو العالم .

وبهذا البيان تمّ المقام الخامس فى المستثنيات وللّه الحمد .

فروعٌ

اشارة

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها :

الأوّل :

قال الشيخ جعفر قدس سره : « ويقوى أيضاً خروج أصوات عملة السفن عند مباشرة الأعمال ، وترجيع الأُمّهات لنوم الأطفال ، والنداء لتحريض الرجال على القتال ، والأصوات المشجية فى المناجاة ، والأصوات الغير المشتملة على الحروف كالهلهلة(٦) على النحو المعروف . ومن الحزم اجتناب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات»(٧) .

١- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ .

٢- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٧ .

٣- (٦) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٤- (٧) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

٥- (٨) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

٦- (١) هلهل الصوت : رجّعه .

٧- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ .

وقال السيد العاملى : « وأمّا الرقص والهلاهل والرويد(١) فى غير حال الحرب وحضّ الرجال على القتال فالحزم اجتنابه ، بل لعلّه يحرم فعله ، لأنّه من اللهو أو الباطل ، والحازم يجتنب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات»(٢) .

وقال صاحب الجواهر : « نعم لا بأس بالهلهولة على الظاهر لكونها صوتاً من غير لفظ والغناء من الألفاظ ، وأمّا الترديد المسمى بالحوراب فى عرفنا فربّما ظهر من بعض مشايخنا(٣) معلومية حلّيته فى حال الحرب وحثّ الرجال على القتال المحلّل ، نعم قال : « الحزم اجتنابه واجتناب الرقص والهلهولة فى غير ذلک ، بل لعلّه يحرم فعله لأنّه من اللهو أو الباطل ، والحازم يجتنب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات » .

وفيه : أنّه مع فرض عدم اندراجه فى الغناء يمكن فرضه فيما لا يدخل فى اللعب واللهو ، أمّا مع فرض اندراجه فيه فيشكل جوازه فيه(٤) ، فضلاً عن غيره من الأحوال لإطلاق أدلة

النهى ، بل قد اقترنت بمؤكدات تقتضى إرادة جميع الأفراد على وجه أظهر دلالة من العموم اللغوى ، فتأمل جيداً ، واللّه العالم »(٥) .

وقال تلميذه السيد على آل بحرالعلوم فى برهان الفقه : « ولو أوجد الغناء المحرَّم من غير ألفاظ مميزة بل كان مجرد صوت على لهجة الغناء فالظاهر حرمته ، لأنّ اللفظ غير معتبرة فى حقيقة الغناء ، بل هو من كيفيات الصوت ، وفى جواهر الأستاد : « لا بأس بالهلهولة على الظاهر لكونها صوتاً من غير لفظ والغناء من الألفاظ» . وفيه : ما عرفت بل ادعى هو : « إتفاق الجميع » فى صدر المسألة « على أنّه من مقولات الأصوات أو كيفياتها »(٦) قال : « ولا ينافى ذلک عدّه من لهو الحديث وقول الزور ونحوها ممّا يمكن كون المراد منه أنّه كذلک باعتبار هذه

١- (٣) رُوَيد : مصدر أرْود مُصغّراً تصغير الترخيم ، يقال : رويداً : أى مهلاً .

٢- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٩ .

٣- (٥) إشارة إلى كلام صاحب المفتاح .

٤- (٦) أى فى الحرب .

٥- (١) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٦- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

الكيفية الخاصة »(١) ، فلو اشتملت الهلهولة على المدّ والترجيع المطرب المعتبر فى الغناء مثلاً تحرم أيضاً»(٢) .

أقول : الحقّ موافقة صاحب برهان الفقه قدس سره من عدم مدخلية الألفاظ فى الغناء ، فعلى هذا لو أوجد الغناء من غير ألفاظ مميزة يكون حراماً ، فظهر ممّا ذكرنا حكم كثير من الفروع المذكورة ، نحو : الهلاهل والرويد والحوراب .

نعم ، الأمر يدور مدار صدق الغناء عرفاً ، ففى كلّ مورد يصدق فهو غناء حتّى فى أصوات عملة السفن أو ترجيع الأُمّهات لنوم الأطفال والأصوات المشجية فى المناجاة ونحوها يحكم بحرمتها ، وكلّ مورد لم يصدق تجرى البراءة .

وكلّما كان حراماً لا يجوّزه الحرب إلاّ أن يطرأ عليه عنوانٌ ثانويٌ ، نحو لزومه فى الحرب بحيث ينحصر طريق غلبة المسلمين به .

وسيأتى حكم الرقص ضمن هذه الفروع فانتظر ، واللّه سبحانه هو العالم .

الثانى :

الغناء كما يحرم إذا أتى به المغنّى وحده أو المغنّية وحدها سواء انضم به آلات الملاهى أم

لا ، كذلک يحرم إذا أتى به المغنيان أو المغنون ، أو المغنيتان أو المغنيات ، أو جماعة من المغنين والمغنيات معاً ، كلّ ذلک يحرم لإطلاق أدلة الغناء .

الثالث : استماع الغناء حرام

التغنّى من المحرّمات الشرعية واستماعه أيضاً لا سماعه ، ولذا كثير من الأصحاب فى ذكر تعاريفهم للغناء قيدوا حرمته بالاستماع ، نحو : الشيخ(٣) والمحقق(٤) والعلامة فى تذكرته(٥)

١- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٥ .

٢- (٤) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ١٩ .

٣- (١) المبسوط ٨ / ٢١٤ .

٤- (٢) الشرائع ٤ / ١١٧ .

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٠ .

وتلخيص مرامه(١) وعدّ من المكاسب المحرّمة فى نهايته : « الغناء واستماعه وأجر المغنية»(٢) ، والشهيد(٣) وثانيه(٤) والأردبيلى(٥) والشيخ جعفر(٦) وغيرهم .

ويدلّ على حرمة الاستماع عدّة من الروايات .

منها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يجلس إليه ؟ قال : لا(٧) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن أبى بكر محمد بن عمرو بن حزم(٨) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن زياد(٩) .

ومنها : صحيحة عنبسة(١٠) .

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه(١١) .

ومنها : خبر سعيد بن إبراهيم بن أبى البلاد(١٢) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى(١٣) .

وعلى هذا استماع الغناء حرام لا سماعه واللّه العالم .

ص:٣٢٨

١- (٤) تلخيص المرام فى معرفة الأحكام / ٣١١ .

٢- (٥) نهاية الإحكام فى معرفة الأحكام ٢ / ٤٦٩ .

٣- (٦) الدروس ٣ / ١٦٢ .

٤- (٧) مسالک الأفهام ١٤ / ١٨٠ .

٥- (٨) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٧ .

٦- (٩) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٧- (١٠) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ٣٢ .

٨- (١١) أمالى الطوسى . المجلس ٤٣ ح ٣ / ٧٢٠ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٤ .

٩- (١٢) وسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ .

١٠- (١٣) موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٨ ح ١٤ .

١١- (١٤) موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٩ ح ١٩ .

١٢- (١٥) موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٤ .

١٣- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ح ٤ .

الرابع :

استماع الغناء حرام مطلقاً ، سواء كان عارفاً بلسان المغنية وعَرِفَ معانى كلامها أو لم يكن كذلک ، وسواء كان ظهر للمستمع مفردات كلامها وتبيين حروفها وتميّز بين كلماتها وتعيين مقالتها أو لم يظهر ، كلّ ذلک حرام لإطلاق أدلة حرمة استماع الغناء .

ومن هنا لو تغنّت المغنّية بلسان آخر وهو يستمع إليها يكون حرام وإن لم يكن من أهل اللسان ، واللّه العالم .

الخامس : حرمة أجر المغنّى والمغنّية

قال شيخ الطائفة : « كسب المغنيّات وتعلّم الغناء حرام»(١) . ثمّ استدرک بعد صفحة : « ولا بأس بأجر المغنية فى الأعراس إذا لم يغنين بالأباطيل ولا يدخلن على الرجال ولا يدخل الرجال عليهن»(٢) .

وتبعه أعلام الطائفة أعلى اللّه مقامهم وكلمتهم ، وتدلّ عليه - مضافاً إلى القاعدة الكلية « من عدم إباحة أعواض المحرّمات» وحرمة أُجورها - وادعى فى الجواهر تواتر الأدلة على هذه القاعدة ووضوحها(٣) - عدّة من الروايات :

منها : خبر نضر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المغنية ملعونة ، ملعون من أكل كسبها(٤) .

ورواه الصدوق فى الخصال / ٢٩٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩١ ح ٣ .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن كسب المغنيات ؟ فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول اللّه عزّ وجلّ :

١- (٢) النهاية / ٣٦٥ .

٢- (٣) النهاية / ٣٦٧ .

٣- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

٤- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٤ .

«وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»(١) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : روى أنّ أجر المغنّى والمغنّية سحت(٢) .

ومنها : مرسلة الأحسائى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه نهى عن الغناء وعن شراء المغنيات وقال : إنّ اُجورهنّ من السحت ، الحديث(٣) .

وقد ورد الحكم بأن كسب المغنية حرام فى المقنع / ٣٦٢ والهداية / ٣١٤ والفقه الرضوى / ٢٥١(٤) . ولم يناقش فيها أحدٌ من الأصحاب .

السادس : تعليم وتعلّم الغناء بفعله

قال الشيخ : « ... وتعلّم الغناء حرام»(٥) .

وقال ابن إدريس : « وكسب المغنيات وتعلّم الغناء [وتعليمه] حرام»(٦) .

وقال العلامة : « الرابع : ما نص الشارع على تحريمه عيناً ك- ... والغناء وتعليمه واستماعه وأجر المغنية»(٧) . ونحوها فى القواعد(٨) والتحرير(٩) .

وقال الشهيد : « الغناء فيحرم فعله وتعلّمه وتعليمه واستماعه والتكسب به ... »(١٠) .

وقال الأردبيلى : « الظاهر أنه لاخلاف حينئذٍ فى تحريمه وتحريم الأُجرة عليه وتعلّمه

١- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٧ ح ١٧ .

٣- (٢) عوالى اللآلى ١ / ٢٦١ ح ٤٢ ونقل عنه فيمستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ ح ١٩ .

٤- (٣) كلّها من الطبعات الحديثة .

٥- (٤) النهاية / ٣٦٥ .

٦- (٥) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٧- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٠ .

٨- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٩- (٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٩ .

١٠- (٩) الدروس ٣ / ١٦٢ .

واستماعه»(١) .

وقال الشيخ جعفر : « وهو وتعلّمه وتعليمه بفعله لا بجنسه وفصله واستماعه ... وأجر المغنية حرام لنفسه»(٢) .

وتدلّ عليه عدّة من الروايات :

منها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات ، فقال : شراؤهنّ وبيعهنَّ حرام وتعليمهنّ كفرٌ واستماعهنَّ نفاق(٣) .

ومنها : خبر ابراهيم بن أبى البلاد عن أبى الحسن عليه السلام وفيه : « وتعليمهنّ كفرٌ ، الحديث»(٤) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن الصادق عليه السلام أنّه قال : لا يحلّ بيع الغناء ولا شراؤه واستماعه نفاق وتعلّمه كفر(٥) .

ومنها : مرسلة الزمخشرى عن أبى أمامة قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يحلّ تعليم المغنيات ، الخبر(٦) .

أقول : إن كان التعليم للتغنّى واستماعه وفعله فيكون حراماً وإن كان لبيان الجنس والفصل وتوصيفه فيكون جائزاً ، للأصل كما يظهر من جدنا الشيخ جعفر والمحقق الخوئى(٧) قدس سرهما .

السابع : يجوز بيع الجوارى المغنيات

قال الشيخ : « فأمّا ثمن المغنيات فليس بحرام إجماعاً ، لأنّها تصلح لغير الغناء من

١- (١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٧ .

٢- (١١) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٣- (١) موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٩ ح ١٩ .

٤- (٢) موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٤ .

٥- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢١ ح ٣ .

٦- (٤) البرهان فى تفسير القرآن ٤ / ٣٦٢ ح ٧ .

٧- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٣١٨ .

الاستمتاع بها وخدمتها »(١) .

قال العلامة الحلى : « ويجوز بيع الجارية المغنية وإن كان الغناء أكثر منافعها ، إذ لا يخرج بهذه الصفة عن المالية . ولو كانت تساوى ألفاً وباعتبار الغناء تساوى ألفين ، فاشتراها بألفين ولولا الغناء لم تطلب إلاّ بألف ، فالوجه الصحة ، أمّا لو اشتراها بشرط الغناء المحرّم بطل »(٢) .

قد وردت عدّة من الروايات فى المنع عن بيعهنَّ :

منها : التوقيع الذى ورد بسند معتبر عن مولانا صاحب الزمان (عج) وفيه : « ثمن المغنية حرام»(٣) .

وهذا التوقيع رواه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٣ عن الصدوق عن محمد بن عصام الكلينى وهو مهمل . فسند الصدوق ضعيف . ولكن سند الشيخ حسن بل معتبر .

ومنها : صحيحة إبراهيم بن أبى البلاد قال : قلت لأبى الحسن الأوّل عليه السلام : جعلت فداك إنّ رجلاً من مواليک عنده جوار مغنّيات قيمتهنَّ أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لک ثلثها ، فقال : لا حاجة لى فيها ، إنّ ثمن الكلب والمغنية سحت(٤) .

ومنها : خبره عن أبى الحسن عليه السلام وفيه : وثمنهنّ سحت(٥) .

ومنها : خبر الحسن بن على بن الوشاء قال : سُئل أبوالحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنية ؟ قال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه ، وما ثمنها إلاّ ثمن كلب وثمن الكلب سحت والسحت فى النار(٦) .

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سأله رجل

١- (٦) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٢- (٧) نهاية الإحكام ٢ / ٤٦٧ .

٣- (٨) الغيبة للشيخ الطوسى / ١٧٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ٢ .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٤ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٥ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

عن بيع الجوارى المغنيات ؟ قال : شراؤهنّ وبيعهنّ حرام ، الحديث(١) .

ومنها : غيرها من الروايات(٢) .

والكلّ محمول على دخالة الغناء فى البيع ، بحيث أن يكون باع أو اشترى الجارية المغنية بثمن أرفع وأزيد من الجارية العادية لأجل الغناء المحرَّم .

ولكن إذا اشتراها بقصد خدمتها أو الاستمتاع بها أو أنّها جارية من دون دخالة قصد الغناء أو مع دخالة قصد الغناء الذى ليس بحرام نحو الأعراس ، فالبيع صحيح ومن دون أداء الزيادة بجهة غنائها أو معها .

وتدلّ على ما ذكرنا بعض من الروايات :

منها : خبر عبد اللّه بن الحسن الدينورى قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : جعلت فداک ما تقول فى النصرانية اشتريها وأبيعها من النصرانى ؟ فقال : اشتر وبع ، قلت : فأنكح ؟ فسكت عن ذلک قليلاً ، ثمّ نظر إلىَّ وقال وشبه الإخفاء : هى لک حلال .

قال : قلت : جعلت فداک فاشترى المغنية أو الجارية تحسن أن تغنّى أريد بها الرزق لا

سوى ذلک ؟ قال : اشتر وبع(٣) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : سأل رجل على بن الحسين عليه السلام عن شراء جارية لها صوت ؟ فقال : ما عليک لو اشتريتها فذكّرتک الجنة(٤) .

والحاصل ، يجوز بيع الجوارى المغنيات من دون النظر إلى غنائهنّ وملاحظته أو مع الاستفادة منه على جهة الحلال ، نحو : التغنّى فى الأعراس فقط . والروايات المانعة تحمل على بيعهنّ لغنائهنّ الذى يستفاد منه فى الحرام . واللّه العالم بالأحكام .

الثامن : الموسيقى

اشارة

استعمال آلات الملاهى والمعازف ، والموسيقى وهى صوت يخرج من بعضها حرام ،

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٧ .
٢- (٥) راجع مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ .
٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ١ .
٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٢ .

وأفتى به الأصحاب قدس سرهم ، منهم المفيد ذهب إلى حرمة عمل هذه الأشياء والإكتساب بها والتصرف فيها(١) .

ومنهم : أبو الصلاح الحلبى قال فى الكافى : « يحرم آلات الملاهى كالعود والطنبور والمزمار وأمثال ذلک وإعمالها للإطراب بها والغناء كلّه»(٢) .

ومنهم : شيخ الطائفة قال فى مبسوطه وعدّ من الأصوات المحرّمة : « الثانى : محرّم وهو صوت الأوتار والنايات والمزامير كلّها ، فالأوتار العود والطنابير والمعزفة والرباب ونحوها ، والنايات والمزامير معروفة ، وعندنا كذلک محرَّم تردّ شهادة الفاعل والمستمع . ثمّ ذكر روايتين تأييداً لكلامه قدس سره ثمّ قال : فإذا ثبت أنّ استماعه محرَّم إجماعاً فمن استمع إلى ذلک فقد ارتكب معصية مجمعاً على تحريمها ، فمن فعل ذلک أو استمع إليه عمداً ردّت شهادته »(٣) .

وقال فى النهاية : « ومنها (أى من المكاسب المحرّمة) عمل جميع أنواع الملاهى والتجارة فيها والتكسب بها ، مثل العيدان والطنابير وغيرهما من أنواع الأباطيل محرّمٌ محظورٌ »(٤) .

ومنهم : ابن إدريس الحلى عدّ من المكاسب المحرّمة : « وآلات جميع الملاهى على اختلاف ضروبها من الطبول والدفوف والزمر وما يجرى مجراه والقضيب والسير والرقص

وجميع ما يطرب من الأصوات والأغانى وما جرى مجرى ذلک والخبال على اختلاف وجوهه وضروبه وآلاته»(٥) .

وقال ابن زهرة : « وأجر عمل المحرّمات من الملاهى وآلات القمار وغير ذلک من كل محرّم حرام ... كلّ ذلک بدليل إجماع الطائفة وطريق الإحتياط »(٦) .

١- (٣) المقنعة / ٥٨٧ .

٢- (٤) الكافى / ٢٨١ .

٣- (٥) المبسوط ٨ / ٢١٤ .

٤- (٦) النهاية / ٣٦٣ .

٥- (١) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٦- (٢) غنية النزوع / ٣٩٩ .

وقال المحقق : « الثانى : ما يحرم لتحريم ما قُصد به كآلات اللهو ، مثل العود والزمر ... »(١) .

ومنهم : العلامة فى كتبه عدّ فى التذكرة من التجارات المحرّمة : « كلّ ما يكون المقصود منه حراماً كآلات اللهو كالعود ... »(٢) .

وقال فى التحرير : « يحرم التكسب بكلِّ ما يكون المقصود منه حراماً كآلات اللهو مثل العود والزمر »(٣) .

وقال فى النهاية : « وما لا منفعة فيه نظر الشرع ، كآلات الملاهى مثل المزمار والطنبور وغيرها إن كان ممّا لا يعدّ الرض مالاً لم يجز بيعها ، لأنّ المنفعة فيها لما كانت محرّمة شرعاً أُلحقت بالمنافع المعدومة حسّاً ، وإن عدّ الرض مالاً جاز بيعها قبل الرض للمنفعة المتوقعة . ويحمتمل المنع ، لأنّها على هيئتها آلة الفسق ولا يقصد بها غيره مادام التركيب ... »(٤) .

وقال فى المنتهى : « ويحرم عمل الأصنام وغيرها من هياكل العبادة المبتدعة وآلات اللهو كالعود والزّمر وآلات القمار كالنرد والشطرنج والأربعة عشر وغيرها من آلات اللعب بلا خلاف بين علمائنا فى ذلک»(٥) .

وقال الشهيد : « وثانيها : ما حرم لغاية كالعود والملاهى من الدف والمزمار والقصب والرقص والتصفيق وآلات القمار ... »(٦) .

وقال المحقق الثانى : « ... فإنّ آلات اللهو الغرض الأصلى منها على هذا الوضع

المخصوص هو المحرَّم ، وإن أمكن الانتفاع بها على حالتها فى أمر آخر فهو مع ندرته أمر غير مقصود بحسب العادة ، ولا أثر لكون رضاضها بعد تكسيرها ممّا ينتفع به فى المحلّل ويعدّ مالاً ،

١- (٣) شرائع الإسلام ٢ / ١٠ و ٩ .

٢- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٣٩ .

٣- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٨ مسألة ٣٠١٠ .

٤- (٦) نهاية الأحكام ٢ / ٤٦٧ .

٥- (٧) منتهى المطلب ٢ / ١٠١١ .

٦- (٨) الدروس ٣ / ١٦٦ .

لأنّ بذل المال فى مقابلها وهى على هيئتها بذل له فى المحرّم الذى لا يعدّ مالاً عند الشارع .

نعم ، لو باع رضاضها الباقى بعد كسرها قبل أن يكسرها وكان المشترى موثوقاً بتقواه وأنّه يكسرها أمكن القول بصحة البيع»(١) .

قال الشهيد الثانى : « ... كما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه ، كما يحرم استماع غيره من الملاهى ... »(٢) .

وقال أيضاً : « آلات اللهو ونحوها وإن لم يكن الانتفاع بها فى غير الوجه المحرّم ولم يكن لِمكسورها قيمة فلا شبهة فى عدم جواز بيعها ، لانحصار منفعتها فى المحرَّم ، وإن أمكن الانتفاع بها فى غير الوجه المحرَّم على تلك الحالة منفعة مقصودة واشتراها لتلك المنفعة ، لم يبعد جواز بيعها ، إلاّ أنّ هذا الفرض نادر ، فإنّ الظاهر أنّ ذلك الوضع المخصوص لا ينتفع به إلاّ فى المحرَّم غالباً والنادر لا يقدح . ومن ثَمَّ أطلقوا المنع من بيعها . ولو كان لمكسورها قيمة وباعها صحيحة لتكسر وكان المشترى ممّن يوثق بديانته ففى جواز بيعها وجهان . وقوّى فى التذكرة جوازه مع زوال الصفة ، وهو حسن ، والأكثر أطلقوا المنع»(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « الثانى ممّا يحرم بيعه والتكسب به : ما يحرم لتحريم ما يُقصد به كآلات اللهو مثل الدفوف والمزامير والعود وغيرها وكآلات القمار ...ودليل تحريم الكلِّ : الإجماع»(٤) .

وقال صاحب الحدائق : « لاخلاف بين الأصحاب فى تحريم عمل آلات اللهو والتكسب بها وبيعها ، مثل العود والدفوف والطبول والمزامير ونحوها ممّا ذكر ... وبالجملة فلا ريب فى تحريم البيع بقصد تلك الأغراض المحرَّمة بل مطلقاً أيضاً ، حيث أنّه لا غرض يترتب على هذه الأشياء إلاّ ذلك . أما لو أمكن الانتفاع بها فى غير ذلك فيحتمل الجواز ، إلاّ أنّه فرض نادر ، فيمكن التحريم مطلقاً ، بناءً على أنّ الغرض المتكرر المترتب على تلك الآلات إنّما هو ما

١- (١) جامع المقاصد ٤ / ١٥ .

٢- (٢) مسالک الأفهام ١٤ / ١٨٠ .

٣- (٣) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٢ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤١ .

ذكرنا ، فلا يلتفت إلى الأفراد النادرة الوقوع . نعم : لو كان الغرض من البيع كسرها مثلاً

وبيعت لأجل ذلک ، فالظاهر أنّه لا ريب فى الجواز إذا كان المشترى ممّن يوثق به فى ذلک ... »(١) .

وقال الفاضل الأصبهانى : « وكذا يحرم عندنا استماع أصوات آلات اللهو كالزمر - وهو مصدر أُريد به الآلة أو الفاعل مجازاً لما يقال لآلته المزمار والزمارة - والعود والصنج والقصب وغيرها ، ويفسق فاعله ومستمعه ... »(٢) .

وقال السيد الطباطبائى : « الثانى : الآلات المحرّمة كالعود والطبل والزمر ... بإجماعنا المستفيض النقل فى كلام جماعة من أصحابنا ، وهو الحجة»(٣) .

وادعى جدنا الشيخ جعفر على فساد معاملة هذه الآلات : الإجماع فى شرحه على القواعد(٤) .

وقال الفاضل النراقى : « ما يُقصد منه المحرَّم كالآت اللهو من الدف والقصب والمزمار والطنبور و ... لا خلاف فى حرمة بيعها والتكسب بها ، ونقل الإجماع - كما قيل - به مستفيض ، بل هو إجماع محقق ، وهو الحجة فيه ... »(٥) .

وقال صاحب الجواهر بعد أن ذكر حرمة التكسب بآلات اللهو مثل العود والزمر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه والنصوص ... »(٦) .

أقول : فظهر ممّا ذكرنا من كلمات الأصحاب أنّ عمل آلات الملاهى واستعمالها والاستماع إليها والتكسب بها وبيعها كلّها محرّمة عندهم إجماعاً منقولاً مستفيضاً بل متواتراً بل محصَّلاً .

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢٠١ و ٢٠٠ .

٢- (٢) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٥ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ١٥٦ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ٢٥ .

وتدلّ على حرمة استعمال آلات اللهو ، المسماة بآلات الموسيقى عدّة من الروايات :

منها : صحيحة معمر بن خلاد عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : خرجتُ وأنا أُريد داود بن عيسى بن على وكان ينزل بئر ميمون وعلىَّ ثوبان غليظان ، فرأيتُ عجوزاً ومعها جاريتان فقلت : يا عجوز أتباع هاتان الجاريتان ؟ فقالت : نعم ، ولكن لايشتريهما مثلك ، قلت : ولم ؟ قالت : لأن أحداهما مغنّية والأُخرى زامرة ، فدخلتُ على داود بن عيسى فرفعنى

وأجلسنى فى مجلسى ، فلما خرجت من عنده قال لأصحابه : تعلمون من هذا ؟ هذا على بن موسى الذى يزعم أهل العراق أنّه مفروض الطاعة(١) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن زياد قال : كنتُ عند أبى عبد اللّه عليه السلام فقال له رجل : بأبى أنت وأُمّى إنّنى أدخل كنيفاً لى ولى جيران عندهم جوار يتغنين ويضربن بالعود ، فربّما أطلتُ الجلوس استماعاً منّى لهنّ ، فقال : لا تفعل ، فقال الرجل : واللّه ما آتيهنَّ إنّما هو سماع أسمعه بأُذنى ، فقال : للّه أنت ، أما سمعت اللّه عزّ وجلّ يقول : «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولئِکَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً»(٢) ؟ فقال : بلى واللّه لكأنّى لم أسمع بهذه الآية من كتاب اللّه من أعجمىٍّ ولا عربىٍّ ، لاجرم إنّنى لا أعود إن شاء اللّه ، وإنّى أستغفر اللّه ، فقال له : قم فاغتسل وسَلْ ما بدا لک ، فإنّک كنتَ مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوء حالک لو متَّ على ذلک ، أحمد اللّه وسَلْه التوبة من كلِّ ما يكره ، فإنّه لا يكره إلاّ كلّ قبيحٍ ، والقبيحُ دَعْه لأهله لكلِّ أهلاً(٣) .

ومنها : خبر الأعمش عن جعفر بن محمد فى حديث شرائع الدين قال : والكبائر محرَّمة ، وهى الشرک باللّه - إلى أن قال : - والملاهى التى تصدّ عن ذكر اللّه عزّ وجلّ مكروهة كالغناء وضرب الأُوتار والإصرار على صغائر الذنوب(٤) .

ومنها : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون قال : واجتناب

١- (١) الكافى ٦ / ٤٧٨ ح ٤ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٤ .

٢- (٢) سورة الإسراء / ٣٦ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٣٢ ح ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

الكبائر وهى - إلى أن قال : - والإشتغال بالملاهى والإصرار على الذنوب(١) .

ومنها : صحيحة أو موثقة إسحاق بن جرير قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إنّ شيطاناً يقال له : « القَفَنْدَر » ، إذا ضُرب فى منزل الرجل أربعين صباحاً بالبرط ، دخل عليه الرجال وضع ذلک الشيطان كلّ عضو منه على مثله من صاحب البيت ، ثمّ نفخ فيه نفخة فلا يغار بعدها حتّى تؤتى نساؤه فلا يغار(٢) .

رواها الكلينى بسند صحيح فى الكافى ٥ / ٥٣٦ ح ٥ وبسند موثق فيه أيضاً ٦ / ٤٣٣ ح ١٤ ، ونقل عن الأخير فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ١ .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أنهاكم عن

الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات(٣) .

الزفن : الرقص . الكوب : الطبل الصغير . الكَبَر : الطبل .

قال الفيض فى بيان ذيل الحديث : « الزّفن : اللعب والدف ، ويزفنون : يرقصون . والمزمار : مال يزمر به ، والزّمر : التغنّى فى القصب ، ومزامير داود ما كان يتغنّى به من الزبور . والكوبة : بالضم يقال للنرد والشطرنج والطبل الصغير والبربط . والكَبَر محرّكة : الطبل»(٤) .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن الخمر ؟ فقال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ اللّه بعثنى رحمةً للعالمين ولأمحق المعازف والمزامير وأُمور الجاهلية والأوثان ، الحديث(٥) .

والسند حسن بخالد بن جرير وأبى الربيع الشامى وهو خليد أو خالد بن أُوفى ، والأخير فى أوّل مراتب الحُسْن . فالسند معتبر عندنا .

ومنها : خبر محمد بن الريان قال : احتال المأمون على أبى جعفر عليه السلام بكلّ حيلة فلم

١- (٥) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ١ . الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٣ ح ٦ .

٤- (٢) الوافى ١٧ / ٢١١ .

٥- (٣) الكافى ٦ / ٣٩٦ ح ١ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٤ ح ٢ .

يمكنه فيه شىء ، فلما اعتلَّ وأراد أن يبنى عليه ابنته دفع إلىّ مائتى وصيفة من أجمل ما يكون ، إلى كلِّ واحدة منهنَّ جاماً فيه جوهر يستقبلن أبا جعفر عليه السلام إذا قعد فى موضع الأخيار ، فلم يلتفت إليهنَّ ، وكان رجل يقال له : مخارق صاحب صوت وعود وضرب طويل اللحية ، فدعاه المأمون فقال : يا أمير المؤمنين إن كان فى شىءٍ من أمر الدنيا فأنا أُلفيک أمره ، فقعد بين يدى أبى جعفر عليه السلام فشهق مخارق شهقةً اجتمع عليه أهل الدار وجعل يضرب بعود ويغنّى ، فلما فعل ساعةً وإذا أبو جعفر لا يلتفت إليه لا يميناً ولا شمالاً ، ثمّ رفع إليه رأسه وقال : اتق اللّه يا ذا العثنون . قال : فسقط المضراب من يده والعود ، فلم ينتفع بيديه إلى أن مات . قال : فسأله المأمون عن حاله قال : لمّا صاح بى أبو جعفر فزعت فزعةً لا أُفيق منها أبداً(١) .

العثنون : اللحية أو ما فضل منها بعد العارضين أو طولها .

ومنها : مرسلة الشيخ عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : إنّ اللّه حرّم على أُمتى الخمر والميسر والمرز والكوبة والقنين . فالمرز : شراب الذرة ، والكوبة الطبل ، والقنين : البربط ، والتفسير فى الخبر(٢) .

منها : مرسلة أُخرى له عن محمد بن على المعروف بابن الحنفيّة عن على عليه السلام أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : إذا كان فى أُمّتى خمس عشرة خصلة حلّ بهم البلاء : إذا اتخذوا الغنيمة دولة ، والأمانة مغنماً ، والزكاة مغرماً ، وأطاع الرجل زوجته ، وجفا أباه ، وعقّ أُمّه ، ولبسوا الحرير ، وشربوا الخمر ، واشتروا المغنيّات والمعازف ، وكان زعيم القوم أرذلهم ، وأُكْرَمَ الرجل السوء خوفاً منه ، وارتفعت الأصوات فى المساجد ، وسبّ آخر هذه الأُمّة أوّلها - وفى بعضها - ولعن آخر هذه الأُمّة أوّلها ، فعند ذلک يرقبون ثلاثاً : ريحاً حمراء وخسفاً ومسخاً(٣) .

وقد فاتت الرواية عن صاحب « مسند محمّد ابن الحنفية» المطبوع فى مجلة علوم الحديث العدد الخامس عشر / ١٥١ .

تلک عشرة كاملة من الروايات التى تدلّ بإطلاقها على حرمة الموسيقى ، وأنت إن

١- (٤) الكافى ١ / ٤٩٤ ح ٤ ونقلتُ عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٥ ح ٥ .

٢- (٥) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

٣- (١) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

فحصت تجد أكثر من ثلاثين رواية فى هذا المجال(١) ، والروايات تدلّ على حرمة الموسيقى مطلقاً والفرق بين الموسيقى اللهوى وغيره والموسيقى الكلاسيک وغيره والموسيقى الأصيل وغيره وأمثال هذه التفاصيل فى غير محلّه ، مضافاً إلى ثبوت الإجماع فى المقام على الحرمة الذى مرّ فى ضمن كلمات القوم ، فيظهر الحكم بحرمة الموسيقى مطلقاً .

نعم ، ما يُضرب فى الحرب والعزاء خارج عنه بلا إشكال ، لانصراف الأدلة عنه . واللّه سبحانه هو العالم .

تنبيهٌ

ظهر ممّا ذكرنا أنّ استعمال آلات الملاهى والمعازف والموسيقى حرام ، وكذا صنعها وأخذ الأُجرة فى قبال صنعها وبيعها وشراؤها واستعمالها وأخذ الأُجرة فى قبال استعمالها والتكسب فيها ، كلّ ذلك حرام ، لما مرّ من القاعدة الكليّة « إنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنها » ، « وإنّ اللّه إذا حرّم شيئاً حرم أخذ الأُجرة وأخذ العوض فى قبالها » . فكلّ هذه الأفعال من الصنع والبيع والاستعمال وأخذ الأُجرة فى قبالها والتكسب فيها يكون حراماً .

وقد مرّت فى كلمات الأصحاب آنفاً الإشارة إلى ما ذكرناه والإفتاء على طبقها ، واللّه

العالم .

نعم ، الظاهر أنّ اقتناءها فقط مع الأمن من الفساد لا بأس به .

التاسع : استثناء الدّف فى العرس والختان

قد مرّ منّا حرمة الموسيقى مطلقاً ، فهل يثبت استثناء الدف فى العرس والختان من هذه الحرمة أم لا ؟

ذهب شيخ الطائفة إلى ثبوت الاستثناء على وجه الكراهية : « الغناء محرّم ، سواء كان

١- (٢) راجع إن شئت الوافى ١٧ / ٢٠٥ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ وجامع أحاديث الشيعة ٢٢ / ٢٤٤ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٤ .

صوت المغنّى أو بالقصب أو بالأوتار - مثل : العيدان الطنابير والنايات والمعازف وغير ذلک - وأمّا الضرب بالدّف فى الأعراس والختان فإنّه مكروه»(١) .

أقول : ولكنّه لم يستدل للإستثناء فى كتابه الخلاف .

وقال فى المبسوط : « وأمّا المباح [أى من الأصوات المباحة عند العامة [فالدف عند النكاح والختان ، لما روى ابن مسعود أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : أعلنوا النكاح واضربوا عليها بالغربال ، يعنى الدف .

وروى أنّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : فصل ما بين الحلال والحرام الضرب بالدف عند النكاح .

وعندنا أنّ ذلک مكروه ، غير أنّه لا تردّ به شهادته ، فأمّا فى غير الختان والعرس فمحرَّم»(٢) .

قال المحقق فى كتاب الشهادات : « واللعب بالشطرنج تردّ به الشهادة ، وكذا الغناء وسماعه والعمل بآلات اللهو وسماعها ، والدف إلاّ فى الإملاک(٣) والختان ... »(٤) .

وقال فى الشرائع فى عدّ نواقض العدالة : « السادسة : الزّمر والعود والصنج وغير ذلک من آلات اللهو حرام يفسق فاعله ومستمعه ، ويكره الدّف فى الإملاک والختان خاصةً»(٥) .

وقال العلامة : « وكذا يحرم استماع آلات اللهو كالزمر والعود والصنج والقصب وغيرها ، ويُفسَّق فاعله ومستمعه ، ولا بأس بالدف فى الأعراس والختان على كراهية»(٦) .

وقال فى التحرير : « العود والزمر والصنج والطنبور والمعزفة والرباب والقضيب وغير ذلک من جميع آلات اللهو حرام يفسق فاعله ومستمعه ، أمّا الدف فيكره فى الإملاک والختان

١- (١) الخلاف ٦ / ٣٠٧ المسألة ٥٥ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

٣- (٣) قال فى الرياض ١٥ / ٢٦٨ : الإملاک بالكسر : العرس والزفاف .

٤- (٤) المختصر النافع / ٢٨٧ كتاب الشهادات .

٥- (٥) الشرائع ٤ / ١١٧ .

٦- (٦) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٥ كتاب الشهادات .

خاصةً ويحرم فى غيرهما»(١) .

وقال فى الإرشاد : « وترد شهادة ... ومستمع الزمر والعود والصنج ، والدف إلاّ فى الإملاک والختان خاصةً وجميع آلات اللهو ... »(٢) .

وتبع الشيخ على بن محمد القمى السبزوارى شيخ الطائفة الطوسى فى كتابه الخلاف بعين عبارته وقال : « وأمّا الضرب بالدّف فى الأعراس والختان فإنّه مكروه»(٣) .

قال الشهيد فى بحث نواقض العدالة : « ... واللآهى بالعود والزمر والطنبور وشبهه فاعلاً ومستمعاً ، وكذا الدف بصنج وغيره ، إلاّ فى الإملاک والختان فيكره المجرد عن الصنج»(٤) .

وقال المحقق الثانى : « وإنّما يحرم من الملاهى ما لا يجوز مثله فى العرس ، فالدف الذى لا صنج فيه ولا جلاجل له يجوز لعبها به على الظاهر لاستثنائه»(٥) .

وقال ثانى الشهيدين : « واستثنى منه (أى من حرمة الغناء) ... وآخرون ومنهم المصنف فى الدروس فعله للمرأة فى الأعراس إذا لم تتكلم بباطل ولم تعمل بالملاهى ولو بدف فيه صنج لابدونه (يعنى

الغناء فى الأعراس مع الدف إذا لم يكن مع الصنج ليس بحرام) ولم يسمع صوتها أجانب الرجال ولا بأس به»(٦) .

وقال صاحب الرياض بعد نقل قول بالحرمة من الحلى والتذكرة ونفى البعد عنه فى الكفاية كما يأتى كلامهم : « ولا ريب أنّه أحوط وإن كان فى تعينه نظر ، لاشتهار القول الأوّل فتوىً بل وعملاً أيضاً . فتأمل جدّاً . فينجبر به سند الخبرين(٧) جبراً يصلحان معه لتخصيص

١- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ٢٥١ مسألة ٦٦٢٧ .

٢- (٢) إرشاد الأذهان ٢ / ١٥٧ .

٣- (٣) جامع الخلاف والوفاق / ٦١٦ .

٤- (٤) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

٦- (٦) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

٧- (٧) أى النبويان المذكوران فى المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

العمومات المستدل بها على المنع ، سيما مع اعتضادهما بفحوى المعتبرين - وفيهما الصحيح -

المبيحين لأجر المغنية فى العرائس ، بناءً على أشدّية حرمة الغناء لتصريح النص بكونه من الكبائر ، ولا كذلك اللهو كما عرفته ممّا مضى .

ويجبر أخصيتهما من المدعى باختصاصهما بالنكاح دون الختان بعدم القائل بالفرق بينهما ، سيما مع عدم تعقل الفرق وقوّة دعوى كون مناط الجواز قطعيّاً مشتركاً بينهما هذا ... ثمّ إنّ إطلاق الخبرين كالعبارة وغيرها يقتضى عدم الفرق فى الدف المحلَّل بين كونه ذات صنج أو غيره ، وقيّده الشهيد

والمحقق الثانى بالثانى ، وربّما يظهر من المسالک عدم الخلاف فيه ، فإن تمّ وإلاّ - كما هو الظاهر لإطلاق أكثر العبائر - فالإطلاق متعيَّن .

والمراد بالصنج هنا ما يجعل فى إطار الدف من النحاس المدوّرة صغاراً كما عن المطرزى(١) ، وأما أصله فهو الذى يتخذ من صفر يضرب أحدهما بالآخر كما عنه وعن الجوهرى(٢) ، وهو من آلات اللهو ، وفى الحديث : « إيّاک والصوانج فإنّ الشيطان يركض معک والملائكة تنفر عنک»(٣)(٤) .

أقول : هذا غاية ما يمكن أن يُستدل به لثبوت الإستثناء ، ولكن قبل البحث حول الأدلة لابدّ من ذكر آراء القائلين بالحرمة وعدم ثبوت الإستثناء ، ومنهم :

القاضى ابن البراج فى المهذب ، عدّ من المكاسب المكروهة : « وأجر المغنيات فى الأعراس إذا لم يغنين بالأباطيل والضرب»(٥) .

أقول : أى لم يكن غناؤهنّ مع الضرب ، وإطلاق كلامه وعدم وجود استثناء الدف فيه يُشعر بل يدلّ على ثبوت الحرمة عنده .

وقال الشيخ نفسه فى وصايا المبسوط : « وإن أوصى فقال : أعطوه دفّاً من دفوفى فإنّه

١- (١) المغرب ١ / ٣٠٩ .

٢- (٢) الصحاح ١ / ٣٢٥ .

٣- (٣) أصل زيد النرسى / ٥١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٦ ح ٤ .

٤- (٤) رياض المسائل ١٥ / ٢٧٠ و ٢٦٩ .

٥- (٥) المهذب ١ / ٣٤٦ .

تصحّ الوصية ، لأنّ الدف له منفعة مباحة ، لما روى عنه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدف ، وعلى مذهبنا لا يصح لأن ذلک محظور استعماله»(١) .

أقول : إنّ هذا الكلام من الشيخ كأنّه عدول منه عمّا ذكره فى شهادات خلافه ومبسوطه ، مع التصريح بأنّ هذه الوصية على مذهبنا لا تصح ، لأنّ استعمال الدف محظور أى

حرام . ولذا اختار ابن إدريس هذا الكلام من أقوال الشيخ وقال بعد نقل كلامه : « ونعم ما قال ، لأنّه من اللهو واللعب ، وإن كان قد روى رواية شاذّة بأنّه مكروه وليس بمحظور»(٢) .

ومنهم : العلامة فى التذكرة رجّح القول بالحرمة محتجاً « بأنّ اللّه عزّ وجلّ حرّم اللهو واللعب وهذا منه»(٣) .

ومنهم : المحقق السبزوارى قال بعد منع ابن إدريس والعلامة الحلى من ثبوت الاستثناء : « وهو غير بعيد»(٤) .

ومنهم : الفاضل الأصبهانى قال بعد نقل الأقوال فى المقام : « الأقوى الحرمة كما فى التذكرة ، لعموم النصوص الناهية وكثرتها وعدم صلاحية ما ذكر لتخصيصها»(٥) .

ومنهم : السيد العاملى قال : « والأقوى فى ذلک عندنا الحرمة»(٦) .

واستشكل صاحب الجواهر فى الإستثناء وقال : « ... صرح جماعة - كما قيل - بجواز لعبها فى العرس بالدف الذى لا صنج فيه ولا جلاجل وإن كان هو لا يخلو من إشكال ... »(٧) .

ومنهم : كلُّ من لم يذكر هذا الاستثناء فهو قائل بالحرمة وعلى هذا المشهور قائلون

١- (٦) المبسوط ٤ / ٢٠ .

٢- (١) السرائر ٣ / ٢٠٥ .

٣- (٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٥٨١ السطر ١٤ ، الطبع الحجرى .

٤- (٣) الكفاية ٢ / ٧٥٢ .

٥- (٤) كشف اللثام ٢ / ١٩٣ الطبع الحجرى و ١٠ / ٢٩٦ .

٦- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٦ .

٧- (٦) الجواهر ٢٢ / ٤٩ .

بالحرمة خلافاً لما ادعاه سيد الرياض ، فلا يمكن جبر ضعف سند النبويين المذكورين فى كلام الشيخ فى المبسوط والمراسيل المذكورة فى كتاب القاضى نعمان المصرى(١) والأحسائى(٢) لم يثبت به شيئاً .

وبالجملة ، ثبوت الشهرة بفتوى المحققيْن والشهيدين وصاحب الرياض - وهم خمسة فقط - فى غاية الإشكال ، فالأقوى فى المقام تبعاً للمشهور هو الحرمة ونفى هذا الإستثناء ، واللّه سبحانه هو العالم .

العاشر : الرقص والتصفيق

التصريح بحرمة الرقص جاء فى كلمات بعض الأصحاب قدس سرهم :

منهم : ابن إدريس الحلى قال : « وآلات جميع الملاهى على اختلاف ضروبها من الطبول والدفوف وما يجرى مجراه والقضيب والسير والرقص وجميع ما يطرب من الأصوات والأغانى وما جرى مجرى ذلک ... »(٣) . وعدّ جميع ذلک من المكاسب المحرّمة .

ومنهم : الشهيد قال : « وما حرم لغايته كالعود والملاهى من الدف والمزمار والقصب والرقص والتصفيق ... »(٤) .

ومنهم : السيد العاملى قال : « وأما الرقص والهلاهل والروید فى غير حال الحرب وحضّ الرجال على القتال فالحزم اجتنابه ، بل لعلّه يحرم فعله ، لأنّه من اللهو أو الباطل ، والحازم يجتنب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات»(٥) .

وقال صاحب الجواهر : « مع فرض اندارجه [أى اندراج هذه الأُمور المذكورة فى كلام صاحب المفتاح] فيه [أى فى اللعب واللهو] فيشكل جوازه فيه]أى فى الحرب] فضلاً

١- (٧) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٤ ح ٧٤٩ وما بعدها ح ٧٥٠ وح ٧٥٢ .
٢- (٨) عوالى اللآلى ١ / ٢٦٠ ح ٤١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٨ ح ١٤ .
٣- (١) السرائر ٢ / ٢١٥ .
٤- (٢) الدروس ٣ / ١٦٦ .
٥- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٧٩ .

عن غيره من الأحوال ، لإطلاق أدلة النهى ، بل قد اقترنت بمؤكدات تقتضى إرادة جميع الأفراد على وجه أظهر دلالة من العموم اللغوى ، فتأمل جيداً واللّه العالم»(١) .

أقول : ما ذكره صاحب الجواهر يغنينا عن الاستدلال ، لأنّ الرقص يدخل فى اللهو واللعب بلا ريب ، فحينئذ تشمله مؤكدات أدلة النهى التى تقتضى إرادة جميع الأفراد ، ولذا عدّ تلميذه صاحب برهان الفقه مجلس الرقص من مجالس اللهو وحكم برجحان الإبتعاد من تلک المجالس مطلقاً(٢) .

ومنهم : الشيخ الأعظم قال فى بحث اللهو : « ويدخل فى ذلک (أى اللهو الحرام) الرقص والتصفيق والضرب بالطشت بدل الدف و ... »(٣) .

ما الدليل على حرمة الرقص ؟

الأوّل : اللهو حرام فى الشريعة المقدسة ، وأدلة حرمته مطلقة ، والرقص يعدّ من اللهو

عرفاً ، فيحكم بحرمته . كما أشار إلى هذا الاستدلال صاحبا المفتاح والجواهر فى كلامهما الماضيين .

الثانى : تدلّ على حرمة الرقص بعض الروايات والنصوص :

منها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات(٤) .

والمراد بالزفن فيها هو الرقص . وقد مرّ كلام صاحب الوافى(٥) بأنّه فسّره بالرقص . وقال العلامة المجلسى فى مرآته : « قال فى الصحاح : الزفن : الرقص ، وقال فى القاموس : الكوبة بالضم : النرد والشطرنج والطبل الصغير المخصّر ، والفهر والبربط . وقال : الكبر

١- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٢- (٥) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٣٨ الطبع الحجرى .

٣- (٦) المكاسب المحرمة / ٥٤ الطبع الحجرى - (٢ / ٤٧) .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٣ ح ٦ .

٥- (٢) الوافى ١٧ / ٢١١ .

بالتحريک : الطبل »(١) .

ومنها : خبر سليم بن بلال المدنى عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : إنّ إبليس كان يأتى الأنبياء من لدن آدم عليه السلام إلى أن بعث اللّه المسيح يتحدّث عندهم ويسألهم ، ولم يكن

بأحد منهم أشدّ اُنساً منه بيحيى بن زكريا ، فقال له يحيى - إلى أن قال : - فما هذا الجرس الذى بيدك ؟ قال : هذا مجمع كلّ لذّة من طنبور وبربط ومِعْزَفَةٍ وطبل وناى وصرناى ، وإنّ القوم يجلسون على شرابهم فلا يستلذّونه ، فأحرك الجرس فيما بينهم فإذا سمعوه استخفهم الطرب ، فمن بين مَنْ يرقص ومِنْ بين مَنْ يفرقع أصابه ومن بين مَنْ يشق ثيابه ، الحديث(٢) .

ومنها : مرسلة الأحسائى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه نهى عن الضرب بالدف والرقص ، وعن اللعب كلّه ، وعن حضوره ، وعن الاستماع إليه ، ولم يجز ضرب الدف إلاّ فى الإملاک والدخول ، بشرط أن يكون فى البكر ولا يدخل الرجال عليهنَّ(٣) .

فدلالة الروايات على حرمة الرقص واضحة ، فحينئذ يحكم بحرمة الرقص مطلقاً ، حيث لم يذكر فى الروايات وغيرها من الأدلة وكلمات القوم التفريق فى الرقص ، فالرقص حرام مطلقاً ، ولا فرق بين رقص المرأة للنساء والرجل للرجال ، وهكذا بلا فرق بين رقص المرأة لزوجها ، كلّ ذلک يكون حراماً .

والعجب من بعض الفقهاء(٤) قدس سره حيث حكم بحرمة رقص ولكن رخص رقص الزوجة لزوجها تمسكاً بأنّه من الاستمتاع ويجوز للرجل أن يستمتع بزوجته حيث شاء .

وأنت تعرف أنه إن ذهبنا إلى حرمة الرقص ، لا يجوّزه الاستمتاع كما لا يجوّز الاستمتاع الغناء وآلات الملاهى وضرب الأوتار وشرب الخمور ونحو ذلک .

١- (٣) مرآة العقول ٢٢ / ٣٠٢ .

٢- (٤) أمالى الطوسى . المجلس الثانى عشر ح ٣٢ / ٣٣٨ الرقم ٦٩٢ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٩ ح ١٨ .

٣- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٨ ح ١٤ .

٤- (١) وهو السيد المحقق الخوئی قدس سره فی فتاواه .

وأمّا التصفيق - وإن حكم الشهيد فی الدروس(١) بحرمته وتبعه الشيخ الأعظم(٢) - ولكن حيث لم يدل عليه دليل خاص على نفس التصفيق فتجرى البراءة ويحكم بجوازه .

ولكن ظاهر الشهيد والشيخ الأعظم أنّهما يدخلانه تحت عنوان اللهو المحرَّم فإن صدق عليه عنوان اللهو لا يبعد الحكم بحرمته وإلاّ فلا .

وأمّا التصفيق فی المساجد والحسينيّات والمهديّات وكلِّ ما وقف للعبادة ونحوها فلا يجوز التصفيق فيها ، لأنّه خروج فيها عن وقفيتها ، والوقوف على حسب ما يوقفها أهلها .

وأمّا التصفيق فی المجالس المنسوبة إلى أئمة أهل البيت عليهم السلام فی مواليدهم وأعيادهم أيضاً لا يجوز ، لعدم مناسبته مع هذه المجالس الروحانيّة النورانيّة الألهيّة .

إلى هنا تمّ بحث الغناء وفروعه ، وللّه الحمد وهو العالم بأحكامه .

١- (٢) الدروس ٣ / ١٦٦ .

٢- (٣) المكاسب المحرمة / ٥٤ - (٢ / ٤٧) .

الغِيبة

اشارة

يقع الكلام فی الغيبة ضمن مقامات :

المقام الأوّل : موضوعها

لابدّ لنا من ملاحظة كلمات اللغويين والفقهاء فى هذا المجال :

قال أحمد بن فارس : « الغابة : الأجَمة ، والجمع غاباتٌ وغابٌ ، وسمّيت لأنّه يغاب فيها . والغِيبة : الوَقيعة فى الناس من هذا ، لأنّها لا تقال إلاّ فى غيبته»(١) .

وقال ابن منظور : « الغيبة : من الإغتياب ، واغتاب الرجل صاحبه إغتياباً إذا وقع فيه ، وهو أن يتكلّم خلف إنسان مستور بسوءٍ ، أو بما يَغُمُّه لو سمعه وإن كان فيه ، فإن كان صدقاً فهو غيبة ، وإن كان كذباً فهو البَهْتُ والبهتان ، كذلک جاء عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، ولا يكون ذلک إلاّ من ورائه ، والإسم : الغِيبة ... وروى عن بعضهم أنّه سمع : غابه يَغِيبُهُ إذا عابه ، وذكر منه ما يَسُوءُه ... »(٢) .

وقال الفيومى : « ... واغتابه اغتياباً : إذا ذكره بما تُكرَهُ من العيوب وهو حقٌّ ، والإسم الغِيبة فإن كان باطلاً فهو الغيبة فى بُهْتٍ ... »(٣) .

وقال فى الصحاح : « أن يتكلّم خلف إنسان مستور بما يغمّه لو سمعه ، فإن كان صدقاً يُسمّى غِيبة ، وإن كان كذباً سمُّى بهتاناً»(٤) .

وقال الفيروزآبادى : « غابه : عابه وذكره بما فيه من السوء ، كاغتابه . والغيبة بالكسر

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٤ / ٤٠٣ .

٢- (٢) لسان العرب ١٠ / ١٥٢ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٤٥٨ .

٤- (٤) الصحاح ١ / ١٩٦ .

فِعْلة منه ، تكون حسنة أو قبيحة»(١) .

وقال ابن الأثير : « الغيبة : وهو أن يُذكَر الإنسان فى غيبته بسوءٍ وإن كان فيه ، فإذا

ذَكَرْتَه بما ليس فيه فهو البَهْت والبهتان»(٢) .

وقال الطريحى : « اغتابه اغتياباً : إذا وقع فيه ، والإسم الغيبة بالكسر ، وهو أن يتكلّم خلف إنسان مستور بما يغمّه لو سمعه ، فإن كان صدقاً سمى غيبة وإن كان كذباً سمّى بهتاناً ، وتصديق ذلک ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم ... »(٣) .

هذه كلمات اللغويين فى المقام ، وأمّا الفقهاء فيقولون فى تعريفها :

قال الشريف المرتضى : « الغيبة : ذم المرء بعينه فى غيبته لغير حقٍّ له أو ما يجرى مجرى الذم بما لو سمعه كرهه»(٤) .

وقال الشيخ الطوسى فى تفسيره : « فالغيبة ذكر العيب بظهر الغيب على وجه تمنع الحكمة منه . ويُروى فى الخبر إذا ذكرت المؤمن بما فيه ممّا يكرهه اللّه فقد اغتبته ، وإذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهته»(٥) .

وقال الطبرسى فى تفسيره جوامع الجامع : « يقال : غابه واغتابه كغاله واغتاله ، والغيبة من الاغتياب كالغيلة من الاغتيال ، وهى ذكر السوء فى الغيبة ، وسئل النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن الغيبة فقال : أن تذكر أخاک بما يَكْرَه ، فإن كان فيه فقد اغتَبْتَه وإن لم يكن فيه فقد بَهَتَّه»(٦) .

وقد قسّم الشهيد فى قواعده الغيبة إلى ظاهرة وخفيّة وأخفى ، وعدّ من الثانى الإشارة والتعريض ، ومن الثالث أن يذمّ نفسه بترک طرائق لينبّه على عورات غيره ...(٧) .

١- (٥) القاموس المحيط ١ / ١١٢ - (والطبع الحجرى مادة الغيب) .

٢- (١) النهاية فى غريب الحديث والأثر ٣ / ٣٩٩ .

٣- (٢) مجمع البحرين / ١٣٠ الطبع الحجرى .

٤- (٣) رسالة الحدود والحقائق المطبوعة فى رسائل الشريف المرتضى ٣ / ٢٧٩ .

٥- (٤) التبيان ٩ / ٣٥٠ .

٦- (٥) جوامع الجامع ٤ / ١٥٧ .

٧- (٦) القواعد والفوائد ٢ / ١٤٧ و ١٤٨ قاعدة ٢٠٦ ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٣ .

قال أبو الحسين ورام بن أبى فراس المالكى الأشترى المتوفى عام ٦٠٥ : « واعلم أنّ الغيبة أن تذكر أخاك بما يكرهه ، سواء ذكرت نقصاناً فى بدنه أو نسبه أو فى خُلقه أو فى فعله أو فى دينه أو فى دنياه وحتّى فى ثوبه ، فأمّا فى بدنه فتذكر العمش والحول والقصر والقرع(١) والطول والسواد والصفرة وجميع ما يُتصوَّر أن يوصف به ممّا يكرهه ، وأمّا النسب بأن يقول أبوه نبطىٌّ أو هندىٌّ أو فاسقٌ أو خسيسٌ أو شىءٌ ممّا يكرهه كيف كان ، وأمّا الخُلق بأن يقول له سيّى ء الخُلق بخيل متكبر مراء شديد الغضب عاجز ضعيف القلب متهور وما يجرى مجراه ،

وأمّا أفعاله المتعلّقة بالدين كقولك : سارق وكذّاب وشارب خمر وخائن وظالم ومتهاون بالصلاة والزكاة ولا يحسن الركوع والسجود ولا يحترز عن النجاسات وليس بارّاً بوالديه ولا يضع الزكاة فى مواضعها ، وأمّا فعله المتعلّق بالدنيا كقولك : إنّه قليل الأدب يتهاون بالناس ، ولا يرى لأحدٍ حقّاً على نفسه ويرى لنفسه حقّاً ، وإنّه كثير الكلام كثير الأكل وإنّه نؤوم وينام إلى غير وقته ويجلس فى غير موضعه ، وأمّا فى ثوبه فإنّه واسع الكُم ، طويل الذيل ، وسخ الثياب .

وقال قوم : لا غيبة فى الدين ، لأنّه ذمّ ما ذمه اللّه فذكره بالمعاصى ، وذمّه يجوز ، بدليل ما روى أنّه ذكر لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم امرأة وكثرة صومها وصلاتها لكنّها تؤذى جيرانها ، فقال : هى فى النار ، وذكر له امرأة اُخرى بأنّها بخيلة ، فقال : فما خيرها إذن ، وهذا فاسد لأنّهم كانوا يذكرون ذلک بحاجتهم إلى الأحوال بالسؤال ولم يكن غرضهم التنقّص ، والدليل عليه إجماع الاُمّة ... »(٢) .

وقال المحقق الثانى : « الغيبة : هى بكسر الغين المعجمة ، وحدّها على ما فى الأخبار : أن يقول المرء فى أخيه ما يكرهه - لو سمعه - ممّا فيه ، وكذا ما فى حكم القول : من الإشارة باليد وغيرها من الجوارح أو التحاكى بفعله أو قوله كمشية الأعرج . وقد يكون بالتعريض مثل قول القائل : أنا لا أفعل كذا معرضاً بمن يفعله ، ولو قال ذلک فيه بحضوره فتحريمه أغلظ ، وإن

١- (٧) العمش : ضعف الرؤية مع سيلان الدمع فى أكثر الأوقات . القرع : مرض جلدىٌّ يسقط شعر الرأس .

٢- (١) تنبيه الخواطر ونزهة النواظر / ١٢٥ .

كان ظاهرهم أنّه ليس غيبة .

وضابط الغيبة : كلّ فعل يُقصد به هتک المؤمن والتفک به ، أو إضحاک الناس منه ، فأمّا ما كان لغرض صحيح فلا يحرم ، كنصيحة المستشير ، والتظلم وسماعه ، والجرح والتعديل ، وردّ من ادّعى نسباً ليس له ، والقدح فى مقالةٍ أو دعوى باطلة خصوصاً فى الدين ، وغير ذلک » .

ويوجد فى كلام بعض الفضلاء : أنّ من شرطها أن يكون متعلَّقها محصوراً وإلاّ فلا تعدّ غيبة ، فلو قال عن أهل بلدة غير محصورة ما لو قاله عن شخص واحد مثلاً يُعدّ غيبةٌ ، لم يحتسب غيبة »(١) .

وقال ثانى الشهيدين فى كشف الريبة عن أحكام الغيبة : « الغِيبة : - بكسر الغين المعجمة وسكون الياء المثناة التحتانية وفتح الباء الموحدة - اسم لقولک : اغتاب فلانٌ فلاناً إذا

أُوقع فيه فى غيبته ، والمصدر الاغتياب ، يقال : إغتابه إغتياباً ، والاسم : الغيبة . هذا بحسب المعنى اللغوى ، وأمّا بحسب الاصطلاح فلها تعريفان :

أحدهما المشهور ، وهو : ذكر الإنسان حال غيبته بما يكره نسبته إليه ممّا يعدّ نقصاناً فى العرف بقصد الإنتقاص والذمّ . واحترز بالقيد الأخير - وهو قصد الإنتقاص - عن ذكر العيب للطبيب مثلاً أو لإستدعاء الرحمة من السلطان فى حقِّ الزَمِن والأعمى بذكر نقصانهما . ويمكن الغناء عنه بقيد كراهية نسبته إليه .

والثانى : التنبيه على ما يكره نسبته إليه إلى آخره . وهو أعمّ من الأوّل ، لشمول مورده اللسان والإشارة والحكاية وغيرها ، وهو أولى لما سيأتى من عدم قصر الغيبة على اللسان »(٢) .

وقال العلامة المجلسى فى تعريف الغيبة : « ... وأمّا بحسب عرف الشرع فهو ذكر الإنسان المعيّن أو من بحكمه فى غيبته بما يكره نسبته إليه ، وهو حاصل فيه ويعدّ نقصاً فى

١- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

٢- (١) كشف الريبة عن أحكام الغيبة المطبوع فى ضمن المصنفات الأربعة / ٢٩ .

العرف بقصد الإنتقاص والذم قولاً أو إشارة أو كناية ، تعريضاً أو تصريحاً ، فلا غيبة فى غير معيّن ، كواحد مبهم غير محصور كأحد أهل البلد .

وقال الشيخ البهائى قدس سره : وبحكمه لإدراج المبهم من محصور كأحد قاضيى البلد فاسق مثلاً ، فإنّ الظاهر أنّه غيبة ولم أجد أحداً تعرّض له . انتهى .

وقولنا « فى غيبته » لإخراج ما إذا كان فى حضوره ، لأنّه ليس بغيبة وإن كان إثماً لإيذائه ، إلاّ بقصد الوعظ والنصيحة ، والتعرض حينئذ أولى إن نفع .

وقولنا « بما يكره » لإخراج غيبة من لا يكره نسبة الفسق ونحوه إليه ، بل ربّما يفرح بذلک ويعدّه كمالاً .

وقولنا « وهو حاصل فيه » لإخراج التهمة وإن كانت أشدّ .

وقولنا « ويعدّ نقصاً » لإخراج العيوب الشائعة التى لا تعدّ فى العرف نقصاً ، وفى الفسوق الشائعة التى لا يعدّها أكثر الناس نقصاً مع كونها مخفيّة وعدم مبالاته بذكرها وعدم عدّ أكثر الناس نقصاً لشيوعها ، ففيه إشكال ، والأحوط ترک ذكرها وإن كان ظاهر الأصحاب جوازه .

وقولنا « بقصد الانتقاص » لخروج ما إذا كان للطبيب لقصد العلاج وللسلطان

للترحم أو للنهى عن المنكر»(١) .

وقال صاحب الحدائق فى تعريف الغيبة : « القول بما يكرهه ويغيظه وإن كان حقّاً»(٢) .

وقال الشيخ جعفر قدس سره : « الغيبة بالإضافة إلى المؤمنين - واللام عوضها بقرينة السوق - العقلاء منهم والمميّزين من أولادهم بذكر معايبهم مع الرضا وبدونه أو ذكر ما يغمّهم ويحزنهم مع ذكر العيب وعدمه أو ذكرهما معاً على اختلاف الآراء فى معناها بين العلماء ، وعلى القول بأنّها مطلق الذكر فلابدّ من التقييد لترتب الحظر . ويُعتبر كونهامن مقولة الكلام كما عليه بعض الأعلام ، أو جميع ما يفيد مفاده من فعل أو تعريض أو إشارة أو تغيير عادة . وفى المغتاب

١- (١) مرآة العقول ١٠ / ٤٠٧ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ١٤٦ .

- اسم مفعول - عدم الحضور وإنْ تشاركا فى لزوم المحظور . وخلاف الكذب لئلا تدخل فى البهتان وتخرج عن الإسم وإن كان أشدّ فى العصيان . وحيث اختلف فيها كلام الأساطين من الفقهاء واللغويين فالمرجع إلى العرف الذى هو الميزان مع اختلاف كلام اللغويين فى التفسير والتبيان»(١) .

وقال الفاضل النراقى : « الغيبة ... وهى أن يُذكر إنسانٌ مِنْ خلفه بما هو فيه من السوء ، فلو لم يكن من خلفه لم يكن غيبته ، كما هو مقتضى مادّة اللفظ»(٢) .

وذكر المحقق الإيروانى أُموراً فى حقيقة الغيبة ، ملخصها : « الأوّل : أن يكون المذكور سوءً خَلقيّاً أو خُلقيّاً أو اعتباريّاً أو شرعيّاً ، فلو ذُكر شخصٌ بغير ذلک لم يكن غيبةً ، كما إذا ذكره بفعل المباحات أو بالمواظبة على النوافل أو التهجّد أو حمل الصدقات فى أُطراف الثياب إلى الفقراء فى جوف الليل لم يكن ذلک من الغيبة وإن كره ذكره بذلک . فإنّ مجرد كراهته الذكر لا يدرجه فى الغيبة وإنْ حرم من جهة الإيذاء .

الثانى : أن يكون ممّا يسوء المغتاب - بالفتح - فلو ذكر سوءً لا يسوء المغتاب لخصوصية فى المغتاب - بالفتح - أو فى المغتاب - بالكسر - لم يكن ذلک من الغيبة .

الثالث : أن يكون ذكره فى مقام التنقيص .

الرابع : أن يكون المذكور عيباً مستوراً على الناس ، أمّا لو كان ظاهراً لم يكن ذكره غيبةً .

الخامس : وجود المخاطب ، فلو ذكره بلا مخاطب فلا غيبة .

السادس : ذكر المغتاب - بالفتح - على وجه يرتفع عنه الجهالة والإبهام رأساً ، فلو ذكر مجهولاً بسوءٍ مردّدٍ بين أطراف غير محصورة - كواحد من البشر أو من أهل البلد - أو ذكر مجهولاً مردّداً بين أطراف محصورة - كمسمّى بزيدٍ المردّد بين اثنين - لم يكن ذلك غيبةً .

ولو شک فی تحقق شیءٍ من القيود المعتبرة فی الغيبة أو فی موضوع الحرمة لزم الحكم

١- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٢- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٩ .

بالجواز »(١) . انتهى ملخصاً .

قالت العلوية الأمينية الأصفهانية (١٣٠٨- ١٤٠٣) : « الغيبة : أن تذكر أخاک فی غيابه بما يكرهه ممّا يُعدّ نقصاناً فی العرف بقصد الإنتقاص . وقيد « بقصد الانتقاص » لخروج ما إذا كان ذكر العيب للطبيب بقصد العلاج أو للسلطان بقصد الاسترحام أو للحاكم بقصد رفع الظلم أو غير ذلک ، من الموارد التی لا يكون فيها قصدُ ذمّ وانتقاص .

وبعض آخر قيّد التعريف بقيد آخر وهو « كونه بحيث يعدُّ نقصاناً فی العرف» ، فإن لم يعدّ نقصاناً فی العرف كالعيوب الشائعة بين الناس ولو كانت مخفيّة لم تكن من الغيبة المحرّمة ، وفيه نظر ... »(٢) .

وقال المحقق الخوئی فی تعريف الغيبة : « هو أن تقول فی أخيک ما ستره اللّه عليه ، وأمّا فی المقدار الزائد فيرجع إلى الأُصول العملية ، وقد ذكر هذا فی جملة من الروايات ، وهی وإن كانت ضعيفة السند ولكن مفهومها موافق للذوق السليم والفهم العرفی ، ويؤيده ما فی لسان العرب وغيره من أنّ الغيبة أن تتكلّم خلف إنسان مستور بسوء أو بما يغمّه لو سمعه ، بل ينطبق عليه جميع تعاريف الفقهاء

وأهل اللغة ، لكونه المقدار المتيقَّن من مفهوم الغيبة كما عرفت ، وقد أُشير إليه فى بعض أحاديث العامة ... »(٣) .

وقد اختار شيخنا الأُستاذ – مدظله – تعريف أُستاذه الخوئى قدس سره فى إرشاده وقال : « حدّ الغيبة كشف ما ستره اللّه على المؤمن من عيبه ... »(٤) .

وقال الفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى قدس سره : « وخلاصة الكلام : أنّ كراهة القول والمقول والإنتقاص وكشف الستر فى الجملة من مقومات الغيبة بحسب اللغة والأخبار

والإعتبار ... »(٥) .

١- (١) الحاشية على المكاسب ١ / (١٩٩ - ١٩٥) .

٢- (٢) أربعين الهاشمية / ٣٤٧ الطبعة الثانية فى عام ١٣٧٩ ق .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٣٢٦ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ١٩٤ .

٥- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ١٢٣ .

أقول : حيث ورد تعريف الغيبة فى الروايات فلابدّ من ملاحظتها بعد المرور على تعاريف أهل اللغة والفقهاء ، بحيث يظهر تعريفها بلا فرق بين أنّ لها معنى عرفى متداول بين أهل العرف غير متلقّى من الشرع – كما فى مثل الهجاء والمدح والسبّ والتعيير كما عليه بعض ولعلّه هو المشهور – أو أنّها من المجعولات الشرعية وتعريفات أهل اللغة راجعة إلى تعيين ما تعلّمه أهل العرف من الشرع كما عليه بعض آخر ومنهم المؤسس الحائرى(١) قدس سره . لأنه بعد ثبوت التقييد الشرعى لابدّ من تقييد التعاريف العرفية به كما لا يخفى . وأمّا الروايات الواردة فى تعريفها فهى تكون متعددة :

منها : معتبرة أو صحيحة داود بن سرحان قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الغيبة ، قال : هو أن تقول لأخيک فی دينه ما لم يفعل ، وتبثّ عليه أمراً قد ستره اللّه عليه لم يقم عليه فيه حدّ(٢) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ معلى بن محمد البصرى وإن قلنا بوثاقته كما عليه المحقق الخوئى فی معجم رجال الحديث(٣) . فالرواية صحيحة الإسناد ، وإن قلنا باعتباره وأنّ الرجل من المعاريف ولم يرد فيه قدح كما عليه شيخنا الأستاذ - مدظله -(٤) فهی معتبرة الإسناد .

ومنها : معتبرة عبد الرحمن بن سيابة قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : الغيبة أن تقول فی أخيک ما ستره اللّه عليه ، وأمّا الأمر الظاهر فيه مثل الحِدَّة والعجلة فلا ، والبهتان أن تقول فيه ما ليس فيه(٥) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ عبد الرحمن بن سيابة ، والرجل مورد وثوق الإمام عليه السلام فی

١- (٢) المكاسب المحرمة / ١٩٣ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .
٢- (٣) الكافى ٢ / ٣٧٥ ح ٣ ونقلت عنه فی كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢١٩ ح ٢ ونقل عن الكافى فی وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ١ . الباب ١٥٤ من أبواب العشرة .
٣- (٤) معجم رجال الحديث ١٨ / ٢٥٨ .
٤- (٥) نقل عنه فی الموسوعة الرجالية الميسرة / ٤٧٠ الرقم ٦٠٨٤ .
٥- (٦) الكافى ٢ / ٣٥٨ ح ٧ ونقلت عنه فی كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢١٩ ح ٣ ونقل عن الكافى فی الوسائل ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

الأمانة ، لأنّه قسّم دنانير أبى عبد اللّه عليه السلام بين عيالات من استشهد مع عمّه زيد سلام اللّه عليه(١) ، وأسند عنه الشيخ الطوسى فی رجاله(٢) وحكم العلامة المجلسى بمدحه فی

الوجيزة(٣) ، وهو من مشايخ ابن أبى عمير(٤) ومن المذكورين مع الواسطة فى كامل الزيارات(٥) ، وله ٣٧ رواية فى الكتب الأربعة(٦) ، فالرجل من المعاريف لم يرد فيه قدح فثبت به وثاقته ولا أقل من اعتباره ، ولذا حكم العلامة المامقانى بوثاقته على الأقوى فى التنقيح(٧) وشيخنا الأستاذ - مدظله - فى الإرشاد(٨) . وبما ذكرنا ظهر ضعف ما استظهره شيخنا التسترى قدس سره فى قاموسه(٩) من مذموميته ، واللّه العالم بالحال .

والرواية رواها الصدوق بسنده المعتبر عن عبد الرحمن فى كتابيه الأمالى المجلس الرابع والخمسين ح ١٧ / ٤١٧ الرقم ٥٥٠ ومعانى الأخبار / ١٨٤ ح ١ ، ونقل عنهما صاحب الوسائل ١٢ / ٢٨٢ ح ١٤ . الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة .

ومنها : صحيحة يحيى بن عبد الرحمن الأزرق الأنصارى قال : قال لى أبو الحسن عليه السلام : من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه ممّا عرفه الناس لم يغتبه ، ومن ذكره من خلفه بما هو فيه ممّا لا يعرفه الناس اغتابه ، ومن ذكره بما ليس فيه فقد بهته(١٠) .

ورجال السند كلّهم ثقات ، لأنّ « العباس بن عامر بن رَباح أبو الفضل الثقفى القَصْبانى

١- (٧) كما فى اختيار معرفة الرجال / ٣٣٨ الرقم ٦٢٢ .

٢- (٨) رجال الطوسى / ٢٣٠ الرقم ١٢٠ .

٣- (١) الوجيزة فى علم الرجال / ١٠١ الرقم ١٠١٩ .

٤- (٢) كما فى إرشاد الطالب ١ / ١٩٣ .

٥- (٣) كامل الزيارات / ٧٩ ح ١ الباب ٢٣ .

٦- (٤) الموسوعة الرجالية الميسرة / ٢٥٥ الرقم ٣١٣١ .

٧- (٥) نتائج التنقيح / ٨٣ .

٨- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٩٣ .

٩- (٧) قاموس الرجال ٦ / ١١٦ .

١٠- (٨) الكافى ٢ / ٣٥٨ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٢٠ ح ٤ ونقل عن الكافى فى الوسائل ١٢ / ٢٨٩ ح ٣ .

الشيخ الصدوق الثقة كثير الحديث له كتب» كما قاله النجاشى(١) ، والراوى الأخير أيضاً ثقة ، وهكذا البواقى ثقات فالسند صحيح .

ومنها : ما رواه الشيخ بسنده المتصل إلى أبى الأسود الدؤلى عن أبى ذر رضى الله عنه فى حديث طويل قال : قلت : يا رسول اللّه ما الغيبة ؟ قال : ذكرك أخاك بما يكرهه ، قلت : يا رسول اللّه فإن كان فيه ذاك الذى يذكر به ؟ قال : إعلم إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبته ، و إذا

ذكرته بما ليس فيه فقد بهتّه ، الحديث(٢) .

ومنها : ما رواه العياشى فى تفسيره عن عبد اللّه بن حماد الأنصارى عن عبد اللّه بن سنان قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : الغيبة أن تقول فى أخيك ما هو فيه ممّا قد ستره اللّه عليه ، فأمّا إذا قلت ما ليس فيه فذلك قول اللّه : «فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً»(٣)(٤) .

ومنها : ما رواه ورام بن أبى فراس وثانى الشهيدين مرفوعاً عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : هل تدرون ما الغيبة ؟ قالوا : اللّه ورسوله أعلم ، قال : ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أرأيت إن كان فى أخى ما أقول ؟ قال صلى الله عليه و آله وسلم : إن كان فيه ما تقول اغتبته وإن لم يكن فيه فقد بهتَّه(٥) .

أقول : الذى يظهر للمتأمل من هذه الروايات أنّ الغيبة كشف ما ستره اللّه على المؤمن بما فيه ولكن لم يعرفه الناس ، ومن الطبيعى أنّ هذا الكشف يوجب كراهته وغمّه غالباً .

المقام الثانى :

اشارة

الأدلة الأربعة تدلّ على حرمة الغيبة :

الأوّل : الاجماع

حرمة الغيبة فى الجملة إجماعىٌّ بين المسلمين ، بل هى من ضروريات الدين ، واعترف

١- (٩) رجال النجاشى / ٢٨١ الرقم ٧٤٤ .

٢- (١) أمالى الطوسى . المجلس التاسع عشر ح ١ / ٥٣٧ الرقم ١١٦٢ ونقل عنه فى الوسائل ١٢ / ٢٨٠ ح ٩ .

٣- (٢) سورة النساء / ١١٢ .

٤- (٣) تفسير العياشى ١ / ٤٤٢ ح ٢٧٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٦ ح ٢٢ .

٥- (٤) تنبيه الخواطر ونزهة النواظر المعروف بمجموعة ورام / ١٢٦ وكشف الريبة عن أحكام الغيبة / ١١ .

بها جمع من الأصحاب قدس سرهم :

منهم : العلامة فى التذكرة قال : « ... وكذا يحرم هجاء المؤمنين والغيبة ، قال اللّه تعالى : «وَلاَ يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتاً»(١) و ... بلا خلاف فى ذلک كلّه»(٢) .

ومنهم : ثانى الشهيدين قال : « وتحريم الغيبة فى الجملة إجماعىٌّ ، بل هى كبيرةٌ موبقةٌ ، للتصريح بالتوعدّ عليها بالخصوص فى الكتاب والسنة ... »(٣) .

ومنهم : الشيخ جعفر قدس سره قال : « الأدلة الأربعة متفقة على حظرها ... »(٤) .

ومنهم : الفاضل النراقى قال : « ثمّ إنّه لا ريب فى حرمة الغيبة ، ويدلّ عليها الإجماع والكتاب والسنة ... »(٥) .

ومنهم : السيد جواد العاملى ، عدّ حرمتها وحرمة التكسب بها من الضروريات(٦) .

ومنهم : السيد على آل بحر العلوم قال : « فاعلم أنّ حرمتها باتفاق النص والفتوى بل الأدلة الأربعة عليها متطابقة ... »(٧) .

ومنهم : الشيخ الأعظم فى متن المكاسب المحرّمة قال : « الغيبة حرام بالأدلة الأربعة»(٨) .

ومنهم : المحقق الخوئى قال : « ... بل حرمتها من ضروريات الدين وممّا قام عليه

١- (٥) سورة الحجرات / ١٢ .

٢- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ ذيل مسألة ٦٤٩ .

٣- (٧) كشف الريبة / ٣٠ .

٤- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٢٢ .

٥- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٦١ .

٦- (٢) راجع مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٢ .

٧- (٣) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ٢١ طبع الحجرى .

٨- (٤) المكاسب المحرمة / ٤٠ الطبع الحجرى - (١ / ٣١٥) .

إجماع المسلمين ... »(١) .

الثانى : الكتاب

تدلّ على حرمة الغيبة أربعة من آيات كتاب اللّه العزيز وهى :

١ - قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلاَ تَجَسَّسُوا وَلاَ يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتاً فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ»(٢) .

شبّه اللّه تعالى المؤمن بالأخ والغيبة بأكل لحمه حالكونه ميتاً ، يعنى عدم شعور المؤمن حال الغيبة بها شُبّه بالموت ، فكما أن أكل لحم الأخ المؤمن ميتاً حرام كذلك الغيبة . واستفادة الحرمة من الآية واضحة ، مضافاً إلى النهى الوارد فى الآية عن الغيبة قبل التشبيه .

ولذا قال الشيخ فى معنى الآية الشريفة : « معناه أنّ مَنْ دُعى إلى أكل لحم أخيه فعافته نفسه ، فكرهته من جهة طبعه ، فإنّه ينبغى إذا دعى إلى عيب أخيه فعافته نفسه من جهة عقله ، فينبغى أن يكرهه ، لأنّ داعى العقل أحقّ أن يتبع من داعى الطبع ، لأنّ داعى الطبع أعمى وداعى العقل بصير ، وكلاهما فى صفة الناصح ، وهذا من أحسن ما يدلّ على ما ينبغى أن

يجتنب من الكلام . وفى الكلام حذف ، وتقديره أيحبّ أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فيقولون : لا ، بل عافته نفوسنا ، فقيل لكم : فكرهتموه ، فحذف لدلالة الكلام عليه»(٣) .

ويويد ما ذكرناه شأن نزول الآية الشريفة ، قال الشيخ الطبرسى : « ورُوى أنّ أبا بكر وعمر بعثا سلمان إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ليأتى لهما بطعام ، فبعثه إلى أُسامة بن زيد وكان خازن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم على رحله ، فقال : ماعندى شىءٌ ، فعاد إليهما ، فقالا : بخل أُسامة ولو بعثنا سلمان إلى بئر سُمَيحة(٤) لغار ماؤُها . ثمّ انطلقا إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فقال لهما : مالى أرى خُضْرَةَ اللحم فى أفواهكما ؟ قالا : يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ما تناولنا اليوم لحماً ، قال : ظَلمتُم ، تأكلون لحم

١- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٣١٨ .

٢- (٦) سورة الحجرات / ١٢ .

٣- (١) التبيان ٩ / ٣٥٠ .

٤- (٢) بئر بالمدينة .

سلمانَ وأُسامةَ ، فنزلت»(١) .

أقول : ذكر هذه الرواية فى مجمع البيان ٩ / ١٣٥ أيضاً ، ولكن فيه لم يسمهما .

٢ - قوله تعالى : «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ»(٢) .

بتقريب : أنه قد يقال فى تعريف الهُمَزة بأنّها : الكثير الطعن على غيره بغير حقٍّ العائب له بما ليس بعيب لجهله وسفهه وشدّه إقدامه على مكاره غيره كما فى التبيان(٣) ، وتبعه صاحب مجمع البيان(٤) . والطعن والعيب كما يمكن أن يكون بحضور المطعون والمعيوب ، يمكن أن يكون بغيابه والأخير هو الغالب ، وهو ليس إلاّ الغيبة ، فالآية الشريفة تشمل بإطلاقها على حرمة الغيبة فى الجملة .

ويؤيد هذا التقريب تفسير ابن عباس الهُمَزة بالطّعان ، واللمزة بالمغتاب(٥) ، وتفسير الطبرسى الهمزة بالذى يكسر أعراض الناس بالغض منهم واغتيابهم ، واللمزة بالذى يطعن فيهم ، وقال : « هذا وعيد من اللّه لكلِّ مغتابٍ عيّابٍ مشّاءٍ بالنميمة مُفرِّق بين الأحبّة»(٦) .

ولكن الإنصاف : أنّ بين العنوانين عموم وخصوص من وجه ، وبعض أفراد الغيبة داخل فى عنوان الهمزة أو اللمزة ، فدلالة هذه الآية الشريفة على حرمة الغيبة غير تامة ، كما

ذكره المحقق الخوئى قدس سره فى المصباح(٧) .

٣ - قوله تعالى : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِى الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى الدُّنْيَا وَالاْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ»(٨) .

ص:٣٦٢

١- (٣) جوامع الجامع ٤ / ١٥٨ ونقل عنه فى تفسير كنز الدقائق ٩ / ٦١٢ .

٢- (٤) سورة الهمزة / ١ .

٣- (٥) التبيان ١٠ / ٤٠٧ .

٤- (٦) مجمع البيان ١٠ / ٥٣٧ .

٥- (٧) نقل عنه فى التبيان ١٠ / ٤٠٧ .

٦- (٨) جوامع الجامع ٤ / ٥٣٥ .

٧- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣١٩ .

٨- (٢) سورة النور / ١٩ .

بتقريب : أن ظاهر الآية الشريفة يدلّ على حرمة شيوع الفاحشة بين المؤمنين لاحبّها فقط(١) ، لأنّ الحبّ بذاته لا يمكن أن يكون من المحرّمات التى تتعلق بالأفعال .

نعم ، الحبّ إذا برز إلى مرحلة الظهور والفعل - نحو دعوة المؤمنين إلى الفواحش وتحريضهم عليها صار - من المحرّمات ، ولذا قال الشيخ : « إنّ الذين يحبون ، يؤثرون ، أن تشيع الفاحشة أى تظهر الأفعال القبيحة»(٢) . ومن جملة إشاعة الفواحش بعض مصاديق الغيبة ، فتكون محرّمة .

ويؤيد ما ذكرناه صحيحة ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من قال فى مؤمن ما رأته عيناه وسمعته أُذناه فهو مِنْ الذين قال اللّه عزّ وجلّ : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِى الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»(٣) .

والرواية منقولة بسند صحيح عن الصدوق إلى محمد بن حمران عن الصادق عليه السلام ، وبهذا السند صارت صحيحة(٤) . والعجب غفلة الفاضل النراقى عن هذا السند وعبّر عنها بمرسلة ابن أبى عمير(٥) .

الآية الشريفة تدلّ بوضوح على أنّ الغيبة من المعاصى الكبيرة حيث وعد اللّه عليه العذاب الأليم فى الدنيا والآخرة .

٤ - قوله تعالى : «لاَّ يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوَءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلاَّ مَن ظُلِمَ وَكَانَ اللّهُ سَمِيعاً عَلِيماً»(٦) .

بتقريب : أنّ اللّه تعالى لا يحبّ القول بالسوءِ جهراً ، أى يحرم القول بالسوءِ وإظهاره

إلاّ من المظلوم ، ومن الواضح أنَّ الغيبة تدخل فى القول بالسوء عرفاً فتحرم .

١- (٣) كما هو ظاهر المحقق الخوئى بل صريحه فى مصباح الفقاهة ١ / ٣١٩ .

٢- (٤) التبيان ٧ / ٤١٩ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٠ ح ٦ .

٤- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٠ ح ٦ .

٥- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٦١ .

٦- (٨) سورة النساء / ١٤٨ .

ويؤيد ما ذكرناه مرسلة العياشى عن أبى الجارود عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : الجهر بالسوء مِن القول أن يُذكر الرجل بما فيه(١) .

ومِنْ المعلوم أنّ جُلّ ذكر الرجل بما فيه يكون فى غيبته لولا كلّه ، فالغيبة تدخل فى الآية الشريفة وتحرم بها .

وأمّا الإشكال على الاستدلال بالآية الشريفة - بأنّ عدم المحبوبية أعمّ من الحرمة ومن الكراهة المصطلحة كما ففى مصباح الفقاهة(٢) - ففى غير محلّه ، لأنّ اللّه تعالى فى كتابه يكون فى مقام الجعل والتشريع ، وفى هذا المقام الحبّ يلازم المصلحة والوجوب وعدمه يلازم المفسدة والحرمة .

فكلمة «لاَّ يُحِبُّ اللّهُ» يُحمل على الحرمة ، ولذا حكم الأصحاب قدس سرهم بحرمة الجهر بالقول السوء واستثنى منها المظلوم فقط .

ولذا قال الشيخ : « والتأويل فيه لا يحبّ اللّه أن يجهر أحدٌ لأحدٍ بالسوء من القول إلاّ من ظُلم ، فلا حرج عليه أنْ يخبر بما أُسىء إليه»(٣) .

وقال الطبرسى : « فإنّ المحبة إذا تعلقت بالفعل فمعناها الإرادة»(٤) .

فالمظلوم لا حرج عليه بأن يجهر بالسوء ، وأمّا غيره فثبت عليه الحرج ، يعنى أنّه يعصى إذا جهر بالسوء . والإرادة فى مقام التشريع إذا تعلقت بالكراهة تفيد معنى الحرمة فالآية الشريفة دالة على حرمة الغيبة . واللّه العالم بكتابه العزيز وأسراره .

الثالث : الروايات المتواترة

مضافاً إلى ما مرّ ذكره من الروايات فى تعريف الغيبة تدلّ على حرمتها متواتر الروايات :

منها : موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال : من عامل الناس فلم

١- (١) تفسير العياشى ١ / ٤٥٤ ح ٣٠٠ ونقل عنه فى البرهان ٢ / ١٩٤ ح ٢ .
٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣١٩ وقبله المحقق الإيروانى فى حاشية المكاسب ١ / ١٩٢ .
٣- (٣) التبيان ٣ / ٣٧٢ .
٤- (٤) مجمع البيان ٢ / ١٣١ .

يظلمهم وحدَّثهم فلم يكذبهم ووعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكملت مروءته وظهر عدله ووجبت أُخوته(١) .

ومنها : حسنة سليمان بن خالد عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ألا أُنبّئكم بالمؤمن ؟ مَنْ ائتمنه المؤمنون على أنفسهم وأموالهم ، ألا أُنبّئكم بالمسلم ؟ من سلم المسلمون من لسانه ويده ، والمهاجر مَن هجر السيئات وترك ما حرّم اللّه ، والمؤمن حرامٌ على المؤمن أنْ يظلمه أو يخذله أو يغتابه أو يدفعه دفعةً(٢) .

رجال السند كلّهم ثقات ، والمذكور فى الكافى الشريف الحسن بن على وهو ابن فضال بدل الحسين بن على الموجود فى الوسائل وهو ثقة جليل ، إلاّ أبى كَهْمَس وهو الهيثم بن عبد اللّه حسّنه العلامة المامقانى قدس سره فى نتائج التنقيح(٣) وما ذكر فى الموسوعة الرجالية الميسرة(٤) من أنّ العلامة المجلسى حسّنه فى الوجيزة ، غير تام ، لأنّه قال فى الوجيزة : « أبو كهمس كنية لمجاهيل»(٥) وقال : « هيثم بن عبيد أبو كهمس ، أُسند عنه»(٦) . ولعلّ الرجلين والكتابين قد خلط فى المسودة من الكتاب . وبالجملة الرجل عندنا حسنٌ ، فالرواية به حسنة سنداً .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الغيبة أسرع فى دين الرجل المسلم من الآكلة فى جوفه . قال : وقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الجلوس فى المسجد انتظار الصلاة عبادة ما لم يُحْدِث ، قيل : يا رسول اللّه وما يحدث ؟ قال : الاغتياب(٧) .

ومنها : معتبرة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال :

ص:٣٦٥

١- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ ح ٢ .

٢- (١) الكافى ٢ / ٢٣٥ ح ١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ ح ١ .

٣- (٢) نتائج التنقيح / ١٦٤ .

٤- (٣) الموسوعة الرجالية الميسرة / ٥٤٢ .

٥- (٤) الوجيزة / ٢٠٩ .

٦- (٥) الوجيزة / ١٩٥ .

٧- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٠ ح ٧ و ٨ وفى الكافى ٢ / ٣٥٦ ح ١ كلاهما يكونان حديثاً واحداً وهو الصحيح .

تحرم الجنة على ثلاثة : على المنّان ، وعلى المغتاب ، وعلى مدمن الخمر(١) .

رجال السند كلّهم ثقات حتّى الحسين بن علوان ، لأنّه يمكن رجوع توصيف الثقة فى كلام النجاشى إليه حيث يقول : « كوفى عامى وأخوه الحسن يكنى أبا محمد ثقة ، رويا عن أبى عبد اللّه عليه السلام »(٢) كما استظهره المحقق الخوئى(٣) قدس سره ونقل العلامة عن ابن عقده انّه قال : « إنّ

الحسن كان أوثقُ من أخيه وأحمدُ عند أصحابنا»(٤) .

وهذا الكلام من العلامة يقوى رجوع كلمة « الثقة » فى كلام النجاشى إلى الحسن كما هو الظاهر ، ولكنّه يدلّ على توثيق الحسين أيضاً ولكن الحسن اُوثق منه وأحمد ، ولذا حكم بتوثيقه العلامة

المجلسى قدس سره مع إقراره بأنّه غير إماميٍّ على الأظهر(٥) . فالرجل لو لم يكن ثقة ، يكون معتبراً عندنا ، والرواية صارت به معتبرة .

ومنها : خبر نوف البكّالى قال : أتيتُ أمير المؤمنين عليه السلام وهو فى رَحبة مسجد الكوفة ، فقلت : السلام عليک يا أمير المؤمنين ورحمة اللّه وبركاته ، فقال : وعليک السلام يا نوف ورحمة اللّه وبركاته ، فقلت له : يا أمير المؤمنين عظنى ، فقال : يا نوف أَحْسِنْ يُحْسَنُ إليک ، فقلت : زدنى يا أمير المؤمنين ، فقال : إرحم تُرْحَم ، فقلت : زدنى يا أمير المؤمنين ، قال : يا نوف قُلْ خيراً تُذْكَر بخير . فقلت : زدنى يا أمير المؤمنين ، قال : اجتنب الغيبة فإنّها إدام كلاب النار . ثمّ قال : يا نوف كَذَبَ مَنْ زَعَم أنّه وُلِدَ من حلالٍ وهو يأكُل لُحوم الناس ، وكذب من زعم أنّه وُلِدَ من حلالٍ وهو يحبُّ الزنا ، وكذب من زعم أنّه يعرف اللّه عزّ وجلّ وهو مُجْتَرِئٌ على معاصى اللّه كلّ يوم وليلة ، الحديث(٦) .

١- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨١ ح ١٠ .

٢- (٨) رجال النجاشى / ٥٢ الرقم ١١٦ .

٣- (٩) معجم رجال الحديث ٦ / ٣١ .

٤- (١) ترتيب خلاصة الأقوال / ١٦٥ الرقم ٢٣ طبع الآستانة المقدسة الرضوية .

٥- (٢) الوجيزة / ٦٤ .

٦- (٣) أمالى الصدوق . المجلس السابع والثلاثون ح ٩ / ٢٧٧ الرقم ٣٠٨ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٣ ح ١٦ .

ومنها : خبر أسباط بن محمد يرفعه إلى النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : الغيبة أشدّ من الزنا ، فقيل : يا رسول اللّه ولم ذلک ؟ قال : أمّا صاحب الزنا فيتوب فيتوب اللّه عليه ، وأمّا صاحب الغيبة فيتوب فلا يتوب اللّه عليه حتّى يكون صاحبه الذى يحلّه(١) .

ومنها : خبر سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام أنّه قال : إنّ للّه تبارک وتعالى على عبده المؤمن أربعين جُنَّة ، فمتى أذنب ذنباً كبيرة رفع عنه جُنّته ، فإذا اغتاب أخاه المؤمن بشىءٍ يعلمه منه انكشفت تلک الجنّن عنه ويبقى مهتک الستر ، فيفتضح فى السماء على ألسنة الملائكة وفى الأرض على ألسنة الناس ، ولا يرتكب ذنباً إلاّ ذكروه ، تقول الملائكة الموكلون به : يا ربّنا قد بقى عبدک مهتک الستر وقد أمرتنا بحفظه ، فيقول عزّ وجلّ : ملائكتى لو أردتُ بهذا العبد خيراً ما فضحته ، فارفعوا أجنحتكم عنه ، الحديث(٢) .

ومنها : مرسلة ثانى الشهيدين فى خبر معاذ الطويل المشهور عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ الحفظة تصعد بعمل العبد وله نور كشعاع الشمس ، حتّى إذا بلغ السماء الدنيا والحفظة تستكثر عمله وتزكيّه ، فإذا انتهى إلى الباب ، قال الملک الموكّل بالباب : اضربوا بهذا العمل وجه صاحبه ، أنا صاحب الغيبة ، أمرنى ربّى أن لا أدع عمل من يغتاب الناس يتجاوزنى إلى ربّى(٣) .

ومنها : مرسلة ورام بن أبى فراس عن أنس قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : مررت ليلة أُسرى بى على قوم يخمشون وجوهَهم بأظفارهم ، فقلت : يا جبرئيل من هؤلاء ؟ فقال : هؤلاء الذين يغتابون الناس ويقعون فى أعراضهم(٤) .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى رفعه إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : مَنْ اغتاب مؤمناً فكأنّما قتل نفساً متعمداً(٥) .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٤ ح ١٨ .

٢- (٥) الاختصاص / ٢٢٠ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٢٦ ح ٢٦ .

٣- (١) كشف الريبة / ٣٠ .

٤- (٢) تنبيه الخواطر ونزهة النواظر / ١٢٣ .

٥- (٣) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٨ .

تلک عشرة كاملة من الروايات ، فإن شئت أكثر ممّا ذكرناه فراجع الوافى ٥ / ٩٧٧ ووسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ ومستدرک الوسائل ٩ / ١١٣ وجامع أحاديث الشيعة ٢٠ / ٥١٨ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢١٩ وكتابى الآخر ألف حديث فى المؤمن / ١٠٣ و ١٩٢ .

الرابع : حكم العقل

العقل مستقل بقبح الغيبة ، لأنّها ظلم وإيذاء فى حقّ المؤمن ، وبقاعدة الملازمة يتبعه الحكم الشرعى بحرمتها .

المقام الثالث : فروعٌ

اشارة

لابدّ من التنبيه عليها :

الأوّل : حرمة الغيبة منحصرة بالمؤمن

ذهب المشهور إلى أنّ حرمة الغيبة تختص بالمؤمن ، وخالفهم بعض الأصحاب قدس سرهم ، كما هو ظاهر الشهيد فى قواعده(١) وصريح المقدس الأردبيلى حيث يقول : « الظاهر أنّ عموم أدلة

تحريم الغيبة من الكتاب والسنة يشمل المؤمنين وغيرهم ، فإنّ قوله تعالى : «وَلاَ يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً» إمّا للمكلَّفين كلّهم أو المسلمين فقط ، لجواز غيبة الكافر ولقوله تعالى بعده : «لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتاً»وكذا الأخبار فإنّ أكثرها بلفظ الناس أو المسلم . [ثمّ ذكر عدة من الروايات ثمّ قال : [وبالجملة ، عموم أدلة الغيبة وخصوص ذكر المسلم يدلّ على التحريم مطلقاً وأنّ عرض المسلم كدمه وماله ، فكما لا يجوز أخذ مال المخالف وقتله لا يجوز تناول عرضه الذى هو الغيبة ، وذلک لايدل على كونه مقبولاً عند اللّه ، كعدم جواز أخذ ماله وقتله كما فى الكافر ... »(٢) .

١- (٤) القواعد والفوائد ٢ / ١٤٧ و ١٤٨ قاعدة ٢٠٦ ونقل عنه صاحب مجمع الفائدة والبرهان ٨/ ٧٨ بلفظ « أظن أنّى رأيت فى قواعد الشهيد أنّه يجوز غيبة المخالف من حيث مذهبه ودينه الباطل وكونه فاسقاً من تلک الجهة لا غيرها ، مثل أنْ يقال : أعمى ونحوه» .

٢- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٧ و ٧٨ .

وهو ظاهر الشهيد الثانى فى ديباجة رسالته كشف الريبة حيث يقول : « ... فلمّا رأيتُ أكثر أهل هذا العصر ممّن يتّسم(١) بالعلم ويتّصف بالفضل وينسب إلى العدالة ويترشح للرئاسة يحافظون على أداء الصلوات والدؤوب(٢) فى الصيام وكثير من العبادات والقربات ، ويجتنبون جملة من المحرّمات كالزنا وشرب الخمر نحوهما من القبائح الظاهرات ، ثمّ هم - مع ذلک - يصرفون كثيراً من أوقاتهم ويتفكّهون فى مجالسهم ومحاوراتهم ويغذون نفوسهم بتناول أعراض إخوانهم من المؤمنين ونظرائهم من المسلمين ، ولا يعدّونه من السئيات ولا يحذرون معه من مؤاخذة جبّار السماوات ... »(٣) . ثمّ ذكر بعض الروايات الواردة فى حرمة الغيبة بالنسبة إلى الناس والمسلمين فى مقدمته بعد صفحة .

ولكن الشهيد الثانى نفسه صرّح فى الروضة(٤) بتخصيص الحكم بالمؤمن .

والمحقق السبزوارى(٥) حيث نقل كلام الأردبيلى بلفظ بعض المتأخرين ولكن لم يتعرض لردِّه ولا للقدح فيه .

ولكن أوّل من أنكر هذا القول عليهم من الذين كلامهم وكتبهم بأيدينا وذهبوا إلى تخصيص الحكم بالمؤمن ، هو الشيخ حسن ابن الشهيد الثانى حيث يقول فى أجوبة المسائل

التى سأله عنها بعض السادة الكرام(٦) ، قال : « لا ريب فى اختصاص تحريم الغيبة بمن يعتقد الحقّ ، فإنّ أدلة الحكم غير متناولة لأهل الضلال ... »(٧) .

١- (٢) اتّسم الرجل : إذا جعل لنفسه سمةً يعرف بها .

٢- (٣) الدأب : الجدّ والتعب والشأن والملازمة للشىء . الدؤوب : كثير الملازمة .

٣- (٤) كشف الريبة / ٢٩ .

٤- (٥) الروضة البهية ٣ / ٢١٤ .

٥- (٦) الكفاية ١ / ٤٣٦ .

٦- (١) وهو السيد محمد بن جويبر المدنى ، كما ذكره العلامة الطهرانى تحت عنوان « جوابات المسائل المدنيات» فى الذريعة ٥ / ٢٣٣ .

٧- (٢) نقل عنه المجلسى فى مرآة العقول ١٠ / ٤٢٣ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٣٥ .

ثمّ تبعه الأصحاب منهم : صاحب الحدائق(١) والوحيد البهبهانى فى حاشيته على مجمع الفائدة والبرهان(٢) وصاحب الرياض(٣) والشيخ جعفر فى شرح القواعد(٤) والفاضل النراقى فى المستند(٥) وصاحبا مفتاح الكرامة(٦) والجواهر(٧) والشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمة(٨) والسيد على آل بحر العلوم(٩) قدس سرهم .

والحق فى المقام تخصيص الحرمة بالمؤمن ، وهو الذى أقرّ بولاية مولانا وإمامنا أمير المؤمنين عليه صلوات المصلين والأئمة المعصومين من ولده عليهم السلام من أوّلهم إلى آخرهم وهو القائم المنتظر المهدى الإمام الثانى عشر عجل اللّه تعالى فرجه الشريف وروحى وأرواح العالمين لتراب مقدمه الفداء(١٠) .

والوجه فى ذلک تخصيص الآية الواردة فى سورة الحجرات بخطاب المؤمنين والضمير الوارد فى «لاَ يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً»(١١) راجع إليهم ، مضافاً إلى التشبيه بالأخ الذى لا يتمّ إلاّ فى المؤمن .

وهكذا ما ورد فى معتبرة داود بن سرحان(١٢) ومعتبرة عبد الرحمن بن سيابة(١٣) فى

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٤٨ وما بعدها .

٢- (٤) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٣٢ .

٣- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٢ .

٤- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٥- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٢ .

٦- (٨) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٣ .

٧- (٩) الجواهر ٢٢ / ٦٢ .

٨- (١٠) المكاسب المحرمة / ٤٠ الطبع الحجرى - (١ / ٣١٩) .

٩- (١١) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٠ طبع الحجرى .

١٠- (١٢) كتابة هذه الأسطر وقعت فى ليلة النصف من شعبان ١٤٢٥ وهى ليلة مولده (عج) وللّه الحمد .

١١- (١٣) سورة الحجرات / ١٢ .

١٢- (١٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ١ .
١٣- (١٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

تعريف الغيبة : « أن تقول فى أخيك» ، والأخ لا يطلق فى أحاديثنا إلاّ فى المؤمن . وغيرهما من الروايات الماضية .

فلابدَّ من تخصيص المطلقات الواردة بلفظ « الناس» و « المسلم» بهذه المقيّدات والحكم باختصاص الحرمة بالمؤمن كما عليه المشهور .

ويؤيد ما ذكرناه تعريفنا عن الغيبة فراجعه .

فعلى ما ذكرنا من أنكر واحداً من الأئمة عليهم السلام يخرج عن عنوان المؤمن فلا يشمله الحكم ، لما ورد فى صحيحة عبد اللّه بن مسكان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من أنكر واحداً من الأحياء فقد أنكر الأموات(١) .

وهذه الصحيحة تدلّ على أنّ إنكار واحد منهم عليهم السلام فى حكم إنكار كلّهم عليهم السلام ، فحينئذ تختص الحرمة فى المقام بالشيعة الإمامية الإثنى عشرية ، واللّه العالم .

الثانى : هل يشمل الحكم الصبى من المؤمنين أم لا ؟

الموضوع الوحيد فى حرمة الغيبة هو المؤمن ، وحيث يمكن صدقه على الصبى المميز - بل يمكن أن يكون إيمانه أكمل وأفضل وأعلى درجة مِنْ مراتب إيمان بعض البالغين - فلذا يلحق بالمؤمن فيحرم غيبته ، وأفتى به الشيخ جعفر(٢) والشيخ الأعظم(٣) قدس سرهما . وأمّا إذا لم يصدق عليه المؤمن لصباوته أو جنونه فيخرج عن الحكم .

وأمّا خروج الصبى المميز من قلم التكليف نفيه عنه إجماعىٌ بين المسلمين ، فلا يصغى إلى ما ذكره المحقق الأردكانى قدس سره فى المقام بأنه : « لو عُدّ أطفال المؤمنين منهم فى الآية تغليباً للزم

شمول الخطاب لهم فيحرم عليهم الغيبة ... ولا يظن بأحدٍ أنْ يلتزم بشمول الخطاب لهم ، فتأمل»(٤)

.

١- (١) كمال الدين وتمام النعمة / ٤١٠ ح ١ ونقلتُ عنه فى كتابى الأربعون حديثاً فى مَنْ يملاء الأرض قسطاً وعدلاً / ٥١ الحديث ٢٠ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة / ٤١ الطبع الحجرى - (١ / ٣١٩) .

٤- (٤) غنية الطالب ١ / ١٤٨ .

وذهبت إلى عدم حرمة غيبة الصغير صاحبة الأربعين الهاشمية(١) قدس سرهم ، وقد مرّ منّا عدم تمامية هذا القول .

الثالث : هل يشترط فى حرمة الغيبة تأثر المغتاب ؟

تدلّ على اشتراط تأثر المغتاب بعض الروايات الماضية ، نحو خبر أبى ذر عن

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى تعريف الغيبة : ذكرك أخاك بما يكرهه ، الحديث(٢) .

ومرسلة ورام وثانى الشهيدين عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى تعريفها : ذكرك أخاك بما يكره ، الحديث(٣) .

وقد أُخذ هذا الشرط فى كلام جماعة مِن الأصحاب ، كالشريف المرتضى والشيخ والطبرسى وورام والمحقق الكركى والمجلسى والعلوية الأمينية فيما نقلت عنهم آنفاً ، والشيخ الأعظم حيث يقول : « لعلّه من جهة أنّ الإطلاقات منصرفة إلى مَنْ يتأثر لو سمع»(٤) .

وتبعه المحقق الإيروانى(٥) فى ثانى مقومات الغيبة حيث مرّ كلامه فراجعه ، والمحقق الأردكانى فى غنية الطالب(٦) .

ولكن الظاهر أنّ الكراهة المذكورة فى النبويين - مع الغض عن ضعف إسنادهما - تحمل على الغالب ، كما اعترف بذلك المؤسس الحائرى قدس سره (٧) ، فلا يمكن أخذها فى التعريف ، لإلغاء القيد الغالبى فى التعاريف والموضوعات .

فاشتراط التأثر أو الكراهة فى المغتاب - بالفتح - فى غير محلّه وغير تام .

الرابع : هل يعتبر فى الغيبة قصد الهتك أو إضحاك الناس ؟

قال العلامة المولى محمد مهدى النراقى : « الغيبة إنّما تحرم إذا قصد بها هتك عرضه أو

١- (٥) الأربعين الهاشمية / ٣٧٨ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٠ ح ٩ .

٣- (٢) مجموعة ورام / ١٢٦ وكشف الريبة / ١١ .

٤- (٣) المكاسب المحرمة / ٤١ - (١ / ٣٢٠) .

٥- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٩٦ .

٦- (٥) غنية الطالب ١ / ١٤٨ .

٧- (٦) المكاسب المحرمة / ١٩٧ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

إضحاك الناس منه ، وأمّا إذا كان ذلك لغرض صحيح لا يمكن التوصل إليه إلاّ به فلا تحرم»(١) .

أقول : الظاهر أنّ الغيبة فعلٌ خارجيٌ لا يدور مدار القصد وليست من الأُمور القصدية ، فما ذكره قدس سره غير تام . نعم : فى موارد يجوز الغيبة ويدلّ عليه الأدلة ، نحو : ذكر العيب للطبيب بقصد العلاج ، أو للقاضى بقصد رفع الظلم وطرح الدعوى ، أو لِأرباب الحكم والسلطة بقصد الإسترحام وغيرها ، وفى هذه الموارد يصدق عنوان الغيبة ولكنّها تجوز ولا تحرم .

وبالجملة ، لا يُعتبر فى صدق الغيبة قصد الهتک أو إضحاک الناس ، ولذا ناقش الفاضل

النراقى كلام والده فى المستند ويقول : « وفى إطلاقه نظر ، والظاهر الاقتصار فى الجواز فيما ورد فى جوازه رخصة خصوصاً أو عموماً ... »(٢) .

الخامس : ذكر الأوصاف الظاهرة أو العادية لم تكن من الغيبة

قد مرّ فى تعريف الغيبة أنّها : كشف ما ستره اللّه على المؤمن بما فيه ولكن لم يعرفه الناس . وعلى هذا التعريف ذكر الأوصاف الظاهرة والأُمور العادية حيث لم يصدق عليه كشف الستر فليس بغيبةٍ .

فإذا ذُكر الرجل بأنّه يأكل ويشرب وينام ويشتغل ونحوها من الأُمور العادية فلا بأس به .

وإذا ذُكر الرجل بأنّه مريض أو صحيح ، أو طويل أو قصير ، أو أعمى أو بصير ، ونحوها من الأُمور الظاهرة التى يعرفها الناس وليست تخفى عليهم فلا بأس بها . وتؤيد ما ذكرناه بل تدلّ عليه معتبرة عبد الرحمن بن سيابة(٣) .

ربما يخطر بالبال تنافى بعض الروايات مع ما ذكرناه ، نحو مرسلتا عائشة :

أولاهما : أنّها قالت : إنّى قلت لإمرأة وأنا عند رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ هذه لطويلة

١- (٧) جامع السعادات ٢ / ٣٢٠ .

٢- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

الذيل ، فقال : إلفظى إلفظى(١) ، فلفظت بضعة من لحم(٢) .

وثانيتهما : أنّها قالت : دخلت علينا إمرأة فلمّا ولّت أو مأت بيدى أنّها قصيرة فقال النبى صلى الله عليه و آله وسلم : قد اغتبتيها ، ونهانى عن مثل ذلك(٣) .

وقد يناقش فيهما : أولاً : بأنّهما ضعيفتا السند لإرسالهما ولم تنقلا من طرقنا بل هما عاميان كما فى الدر المنثور ٧ / ٥٧٥ .

وثانياً : يمكن أنّها قالت فى حقِّهما شيئاً غير الأمرين الظاهرين ، فيصير كلامها به غيبة ، ثمّ حذفته فى الرواية عمداً أو سهواً ، ومثله عن مثلها غير بعيد .

وثالثاً : لا يمكن إثبات شيءٍ بهاتين المرسلتين ، بعد ثبوت تعريف الغيبة بالروايات المعتبرة بأنّها الكشف ، وحيث لم يصدق الكشف على ذكر الأوصاف الظاهرة والأُمور العادية

فذكرهما ليسا بغيبة .

فلذا ذكروا فى مستثنيات الغيبة : أن يكون الإنسان معروفاً باسم يُعرب عن غيبته كالأعرج والأعمش والأشتر ونحوها . قالوا : فلا إثم على مَنْ يقول ذلك ، فقد فعل العلماء ذلك لضرورة التعريف كما فى الحدائق(٤) .

نعم : قد يكون ذكر الأوصاف الظاهرة والأُمور العادية محرّماً ، لانطباق شيءٍ من العناوين المحرَّمة عليه ، كالتعيير والهجاء والسبّ والهتك والظلم وغيرها ، فحينئذ يكون حراماً من هذه الجهات(٥) . ويمكن أن تحمل المرسلتان على هذه الجهات أيضاً .

السادس : الغيبة لا تنحصر باللسان

كلّما يفهم منه نقصان الغير ويعرّف ما يستر عليه ويكشف ستره به يدخل فى تعريف الغيبة ، فما ذُكر فى تعريف الغيبة من لغة « الذكر» المراد به معناه العام ، فيدخل فيه القول أو

١- (٣) اللفظ : الرمى والدفع ، أى استفرغى وادفعى من فمك .

٢- (٤) مجموعة ورام ١ / ١٢٦ .

٣- (٥) مجموعة ورام ١ / ١٢٦ ، وكشف الريبة / ٣٧ إلى قوله : اغتبتيها .

٤- (١) الحدائق ١٨ / ١٦٩ .

٥- (٢) كما ذكره المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهة ١ / ٣٢٨ .

الفعل أو الكتابة أو التصريح أو الإشارة أو التعريض أو الغمز أو الإيماء أو الرمز أو الحركة أو الحكاية ، لأنّ المدار فى الغيبة كشف ما ستره اللّه ولا خصوصية للكاشف ، فبأىّ طريق من الطرق يكشف الستر يصدق عليه الغيبة . فراجع إن شئت فى هذا المجال مستند الشيعة(١) .

السابع : المغتاب لابدّ أن يكون معلوماً

المغتاب - بالفتح - لابدّ بأن يكون معلوماً عند السامع والمخاطب على وجه يرتفع عنه الجهالة والإبهام ، فلو ذكر المغتاب - بالفتح - مجهولاً بين أطراف غير محصورة - كواحد من أهل البلد أو

السوق أو التجار أو أهل العلم بحيث لا يتمكن المخاطب من تطبيق المقول على أحدهم - فليس بغيبة .

نعم ، يمكن أن ينطبق عليه عنوان محرَّم آخر ، كالإيذاء والسخرية وغيرهما .

وهكذا يمكن أن يكون غيبة إذا قال : أهل البلد الفلانى كذا وأهل الصنف الفلانى كذا ، لأنّه يعدّ غيبة بعدد أفراد البلد والصنف ، لانحلال الكلى بعدد أفراده . فلذا صار غيبة جميعهم إذا صدق عليه الكشف ، وأمّا إذا كان بحيث لا يصدق عليه الكشف لاشتهاره بين الناس فلا يكون غيبة .

وأمّا إن ذُكر المغتابُ - بالفتح - بين أطراف محصورة - كمسمى بزيد المردّد بين إثنين أو

أحد قضاة البلد وفيه ثلاثة أو خمسة من القضاة - هل يعدّ من الغيبة أم لا ؟

ذهب المحقق الإيروانى(٢) وتبعه السيد الخوئى(٣) بأنه ليس بغيبة ، ولكن الإنصاف أنّه من الغيبة ، لصدق الكشف ويمكن التعيين مجملاً عليهما أو على الثلاثة أو الخمسة ونحوها . ووافقنا على هذا الشيخ بهاء الدين محمد العاملى حيث يقول : « وبحكمه لإدراج المبهم من محصور كأحد قاضى البلد فاسق مثلاً ، فإنّ الظاهر أنّه غيبة ولم أجد أحداً تعرض له»(٤) .

١- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٣ .

٢- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٩٨ .

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٢٩ .

٤- (٣) نقل عنه العلامة المجلسى فى مرآة العقول ١٠ / ٤٠٧ .

وعمّنا آية اللّه الشيخ محمد على النجفى المتوفى عام ١٣١٨ فى رسالته فى المعاصى الكبيرة(١) واللّه العالم .

الثامن : الغيبة من الكبائر

إذا تأملت فى الآيات والروايات الماضية تجد فى نفسك السكون والإقرار بأنّ الغيبة من الذنوب الكبائر ، وصرح بكونها من الكبائر جماعة من الأصحاب ، منهم : الشهيد الثانى(٢) .

قد يقال : إنّ الكبيرة كلّ ذنب وعد اللّه عليه بالعذاب فى كتابه ، وقد نسب هذا القول إلى المشهور ، وقد وعد اللّه فى كتابه بالعذاب الأليم للمغتاب - بالكسر - كما مرّ عند بيان الآيات الدالة على حرمة الغيبة .

ومن نظر فى الروايات الماضية والآتية تيّقن بأنّها من الكبائر :

منها : صحيحة بريد بن معاوية العجلى عن أبى جعفر عليه السلام قال : وجدنا فى كتاب علىٍّ عليه السلام أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال - وهو على منبره - والذى لا إله إلاّ هو ما أُعطى مؤمن قطّ خير الدنيا والآخرة إلاّ بحسن ظنّه باللّه ورجائه له وحُسن خُلقه والكفّ عن اغتياب المؤمنين ، والذى لا إله إلاّ هو لا يعذِّب اللّه مؤمناً بعد التوبة والاستغفار إلاّ بسوء ظنّه باللّه وتقصيره من رجائه وسوء خُلقه واغتيابه للمؤمنين ، والذى لا إله إلاّ هو لا يحسن ظنّ عبد مؤمن باللّه إلاّ كان اللّه عند ظنِّ عبده المؤمن ، لأنّ اللّه كريم بيده الخيرات ، يستحيى أن يكون عبده المؤمن قد أحسن به الظن ثمّ يُخلف ظنّه ورجاءه ، فأحسنوا باللّه الظن وارغبوا إليه(٣) .

وروى نحوها فى الفقه الرضوى / ٣٦٠ .

ومنها : خبر حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أربعة يؤذون أهل النار على ما بهم من الأذى ،

يُسْقَون من الحميم والجحيم ينادون بالويل والثُّبور ، يقول أهل النار بعضهم لبعض : ما بال هؤلاء الأربعة قد

١- (٤) معاصى كبيرة / ٥٨ الطبع الحجرى . فارسىٌ .

٢- (٥) كشف الريبة / ٣٠ .

٣- (٦) الكافى ٢ / ٧١ ح ٢ باب حسن الظن باللّه عزّ وجلّ .

آذونا على ما بنا من الأذى ؟ فرجلٌ مُعلَّق فى تابوت من جمر ، ورجل يَجُرّ أمعاءَه ، ورجلٌ يسيل فوه قيحاً ودَماً ، ورجلٌ يأكُلُ لحمه .

فيقال لصاحب التابوت : ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى ؟ فيقول : إنّ الأبعد مات وفى عنقه أموال الناس ، ولم يجد لها فى نفسه أداءً ولا وفاءً .

ثم يُقال للذى يجرُّ أمعاءه : ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى ؟ فيقول : إنّ الأبعد كان لا يبالى أين أصاب البول من جسده .

ثم يقال : للذى يسيل فُوه قَيحاً ودَماً : ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى ؟ فيقول : إنّ الأبعد كان يُحاكى ، فينظُر إلى كلِّ كلمةٍ خبيثةٍ فيُسْنِدها ويحاكى بها .

ثم يقال للذى يأكل لحمه : ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى ؟ فيقول : إنّ الأبعد كان يأكل لحوم الناس بالغيبة ويمشى بالنَّميمة(١) .

ورواه فى عقاب الأعمال / ٢٩٥ والشهيد الثانى فى كشف الريبة / ٣٣ . وأمّا معنى « الأبعد » فقال الجزرى : « إنّ رجلاً جاء فقال : إنّ الأبعد قد زنا ، معناه المتباعد عن الخير والعصمة ، يقال : بَعِدَ - بالكسر - فهو باعد أى هلك ، والأبعد : الخائن أيضاً»(٢) .

ومنها : خبر علقمة عن الصادق عليه السلام فى حديث قال : ولقد حدّثنى أبى عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : مَن اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع اللّه بينهما فى الجنة أبداً ، ومن اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العِصمة بينهما ، وكان المغتاب فى النار خالداً فيها وبئس المصير ، الحديث(٣) .

ورواه صاحب جامع الأخبار / ٤١٢ ح ٩ .

ومنها : مرسلة ورام عن أنس قال : خطبنا رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فذكر الربا وعظّم شأنه ،

فقال : إنّ الدرهم يُصيبه الرجل من الربا أعظم عند اللّه فى الخطيئة من ست وثلاثين زنية

١- (١) أمالى الصدوق . المجلس الخامس والثمانون ح ٢١ / ٦٧٦ الرقم ٩١٩ .
٢- (٢) النهاية فى غريب الحديث والأثر ١ / ١٤٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٨ / ٢٨١ (٣ / ٥٦٣) .
٣- (٣) أمالى الصدوق . المجلس الثانى والعشرون ح ٣ / ١٦٤ الرقم ١٦٣ .

يزنيها الرجل ، وأربى الربا عرض الرجل المسلم(١) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن جابر قال : كنّا مع رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى مسير فأتى على قبرين يعذَّب صاحبهما ، فقال : إنّهما لا يعذّبان فى كبيرة ، أمّا أحدهما فكان يغتاب الناس ،

وأمّا الثانى فكان لا يستبرىء من بوله ، ودعا بجريدة رطبة أو جريدتين فكسرهما ، ثمّ أمر بكلِّ كسرٍ فغُرستْ على قبر ، فقال صلى الله عليه و آله وسلم : أما إنّه سيهوّن من عذابهما ما كانتا رطبتين ، أو ما لم يبسا(٢) .

أقول : « إنّهما لا يعذبان فى كبيرة » يعنى أنّهما لا يعذبان بجهة ارتكاب الأعمال الكبيرة عند الناس وفى أعيانهم ، لا المعاصى الكبيرة كما هو واضح .

ومنها : مرسلة ثالثة له عن الباقر عليه السلام قال : إذا كان يوم القيامة أقبل قومٌ على اللّه عزّ وجلّ فلا يجدون لأنفسهم حسنات ، فيقولون : إلهنا وسيّدنا ما فعلتْ حسناتُنا ؟ فيقول اللّه عزّ وجلّ : أكلتها الغيبة ، فإنّ الغيبة لتأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب(٣) .

روى نحوها المفيد فى الروضة كما نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٤ ح ٤٢ .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : إنّه نظر فى النار ليلة الإسراء فإذا قوم يأكلون الجيف ، فقال : يا جبرئيل مَنْ هؤلاء ؟ قال : هؤلاء الذين يأكلون لحم الناس(٤) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : إنّى لأعرف أقواماً تدخل النار فى أفواههم وتخرج من أدبارهم ، يسمع لها بطونهم دويّ كالسيل ، فقيل : مَنْ هم يا رسول اللّه ؟ قال : الذين يغتابون الناس(٥) .

ومنها : مرسلة أبى القاسم الكوفى عن على عليه السلام قال : من اغتاب مؤمناً حبسه فى طينة

١- (١) تنبيه الخواطر ونَزْهَة النواظر / ١٢٤ .

٢- (٢) تنبيه الخواطر ونَزْهَة النواظر / ١٢٤ .

٣- (٣) تنبيه الخواطر ونَزْهَة النواظر / ٣٤٥ .

٤- (٤) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٣ .

٥- (٥) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٥ .

خبال ثلاثين خريفاً . قيل : وما طينة خبال ؟ قال : ما يصير طيناً من صديد فروج الزوانى(١) .

ومنها : مرسلة صاحب جامع الأخبار عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل اللّه تعالى صلاته ولا صيامه أربعين يوماً وليلة إلاّ أن يغفر له صاحبه .

وقال صلى الله عليه و آله وسلم : من اغتاب مسلماً فى شهر رمضان لم يؤجر على صيامه(٢) .

تلک عشرة كاملة من الروايات المتواترة تدلّ بوضوح على أنّ الغيبة من المعاصى الكبيرة ، لأنّ الثابت بها التوعيد للعذاب عليها ، فصارت من الكبائر . ولا ينظر إلى ضعف أسناد بعضها ، لأنّ هذا المضمون ورد متواتراً فيها وأفتى المشهور على طبقها ، أعنى على أنّ الغيبة من الكبائر الموبقة . نستعيذ باللّه تعالى منها ومن غيرها وعصمنا اللّه وإيّاكم منها وهو العاصم .

التاسع : استماع الغيبة حرام

ذهبوا إلى حرمة استماع الغيبة ، وقد أُدعى عليها عدم الخلاف(٣) بل الإجماع(٤) واستدلوا لِترک ذكره فى كلمات الأصحاب بظهوره(٥) ، وقد أفتى بحرمة استماعها الشهيد الثانى فى الروضة(٦) وكشف الريبة(٧) والشيخ يوسف فى الحدائق(٨) والشيخ جعفر فى شرح القواعد(٩) وتلميذاه صاحبا المفتاح(١٠) والجواهر(١١) والشيخ الأعظم(١٢) والسيد على آل

١- (٦) كتاب الأخلاق / مخطوط ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١١٤ ح ٦ .

٢- (١) جامع الأخبار / ٤١٢ ح ٧ و ٨ .

٣- (٢) كما فى المكاسب المحرمة / ٤٦ (١ / ٣٥٩) للشيخ الأعظم ، والجواهر ٢٢ / ٧١ .

٤- (٣) كما فى مهذب الأحكام ١٦ / ١٢٨ للفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى .

٥- (٤) كما فى مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٩ ، وبرهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٣ الطبع الحجرى .

٦- (٥) الروضة البهية ٣ / ٢١٤ .

٧- (٦) كشف الريبة / ٣٩ .

٨- (٧) الحدائق ١٨ / ١٥٩ .

٩- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٣١ .

١٠- (٩) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٢٩ .

١١- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٧١ .

١٢- (١١) المكاسب المحرمة / ٤٦ - (١ / ٣٥٩) .

بحر العلوم(١) والمحقق الإيروانى(٢) والمؤسس الحائرى(٣) والعلوية الأمينية(٤) والمحقق الأردكانى(٥) والفقيه السبزوارى(٦) قدس سرهم .

ولكن ناقش فى الحرمة المحقق الخوئى ، لعدم تمامية المستند عنده(٧) ، وذهب إلى الجواز ،

وتبعه تلميذاه شيخنا الأستاذ(٨) والفقيه القمى(٩) - مدظلهما- .

والعمدة ملاحظة الأدلة ، فقد استدلوا للحرمة بعدّة من الروايات :

منها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن الغيبة والاستماع إليها ونهى عن النميمة والاستماع إليها ، الحديث(١٠) .

والرواية وإن كانت ضعيفة الإسناد ولكن دلالتها على الحرمة التكليفية واضحة . وأمّا ذيلها المذكور فيها : « ألا ومن تطوّل على أخيه فى غيبة سمعها فيه فى مجلس فردّها عنه ردّ اللّه عنه ألف باب من

الشرِّ فى الدنيا والآخرة ، فإن هو لم يردّها وهو قادر على ردّها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرّة»(١١) ، فليست قرينة بأنّ المراد من الاستماع فى الصدر هو الاستماع مع عدم الرد فقط(١٢) ، لأنّ كل منهما موضوع فارد كما يظهر من ملاحظة المتن .

ومنها : صحيحة عبد الأعلى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من

١- (١٢) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ٢٣ .

٢- (١٣) حاشية المكاسب ١ / ٢١٢ .

٣- (١٤) المكاسب المحرمة / ٢٣١ لآية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٤- (١٥) أربعين الهاشمية / ٣٦٣ .

٥- (١٦) غنية الطالب ١ / ١٥٩ .

٦- (١٧) مهذب الأحكام ١٦ / ١٢٨ .

٧- (١٨) مصباح الفقاهة ١ / ٣٥٧ .

٨- (١) إرشاد الطالب ١ / ٢٠٩ .

٩- (٢) عمدة المطالب ١ / ٢٨٦ .

١٠- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٢ ح ١٣ .

١١- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٢ ح ١٣ .

١٢- (٥) كما عليه المحقق الخوئى ١ / ٣٥٨ .

كان يؤمن باللّه واليوم الآخر فلا يجلس فى مجلس يُسبُّ فيه إمامٌ أو يُغتاب فيه مسلمٌ ، إنّ اللّه يقول فى كتابه : «وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِى آيَاتِنَا» إلى قوله : «مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ»(١)(٢) .

وروى ابن إدريس من كتاب ابن قولويه عن عبد الأعلى مثله(٣) .

وهذه الصحيحة كافية لاثبات المطلوب دلالةً وسنداً .

ومنها : معتبرة حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث : ورأيت الغيبة تستملح ويبشّر بها الناس بعضهم بعضاً ، الحديث(٤) .

ومن الواضح أن البشارة بالغيبة يستلزم استماعها مرّتين من المُبَشِّر والمُبَشَّر .

ومنها : مرسلة المفيد قال : نظر أمير المؤمنين عليه السلام إلى رجل يغتاب رجلاً عند الحسن

ابنه عليه السلام ، فقال : يا بنىّ نزّه سمعک عن مثل هذا ، فإنّه نظر إلى أخبث ما فى وعائه فأفرغه فى وعائک(٥) .

ومنها : مرسلة الشهيد نقلاً عن روضة المفيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : الغيبة كفر والمستمع لها والراضى بها مشرک . قلت : فإن قال ما ليس فيه ؟ فقال : ذاک بهتان(٦) .

ومنها : مرسلة أبى الفتوح الرازى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : السامع للغيبة أحد المغتابين(٧) .

ورواها ثانى الشهيدين مرسلاً عن على عليه السلام (٨) .

١- (٦) سورة الأنعام / ٦٨ .

٢- (٧) تفسير القمى ١ / ٢٠٤ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢ / ٢٦٤ ح ٩ .

٣- (٨) السرائر ٣ / ٦٣٩ .

٤- (٩) الكافى ٨ / ٤٠ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٢١ ح ١٠ .

٥- (١) الاختصاص / ٢٢٥ .

٦- (٢) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٦ .

٧- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٧ .

٨- (٤) كشف الريبة / ٣٩ .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من سمع الغيبة ولم يغيّر كان كمن اغتاب ، ومن ردّ عن عرض أخيه المؤمن كان له سبعون ألف حجاب من النار(١) .

ومنها : مرسلة الشهيد الثانى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : المستمع أحد المغتابين(٢) .

ورواها ورّام فى مجموعته / ١٢٧ .

ومنها : مرسلة ورّام بن أبى فراس عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : الساكت شريک المغتاب(٣) .

ومنها : مرسلة الآمدى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : مستمع الغيبة كقائِلِها(٤) .

تلک عشرة كاملة من الروايات وفيها الصحيحة ، وادعاء جعل جميعها خلاف العقل السليم فهذا المضمون ثبت صدورها عن أئمتنا عليهم السلام ، وهى تدلّ على حرمة استماع الغيبة لا سماعها ، ولا تلازم بين حرمة الغيبة وحرمة استماعها كما لا يخفى(٥) .

العاشر : وجوب ردّ غيبة المؤمن

عدّة من الروايات تدلّ على وجوب ردّ غيبة المؤمن :

منها : حسنة أبى الورد عن أبى جعفر عليه السلام قال : من اغتيب عنده أخوه المؤمن فنصره وأعانه نصره اللّه وأعانه فى الدنيا والآخرة ، ومن اغتيب عنده أخوه المؤمن فلم ينصره ولم يعنه ولم يدفع عنه وهو يقدر على نصرته وعونه إلاّ خفضه اللّه فى الدنيا والآخرة(٦) .

قد حكم العلامة المجلسى قدس سره بأنّ أبى الورد ممدوح فى الوجيزة(٧) ولذا وصفتُ الرواية بالحسنة . ورواها البرقى فى المحاسن ١ / ١٨٨ ح ٩٦ بسنده عن أبى الورد .

١- (٥) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٨ .

٢- (٦) كشف الريبة / ٣٩ .

٣- (٧) مجموعة ورام / ١٢٧ .

٤- (٨) غرر الحكم ح ٩٧٦٠ .

٥- (٩) راجع مصباح الفقاهة ١ / ٣٦١ .

٦- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩١ ح ٢ . الباب ١٥٦ من أبواب أحكام العشرة .

٧- (٢) الوجيزة / ٢١٠ الرقم ٢٢٨٤ .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : مَنْ ردّ عن عرض أخيه المسلم وجبت له الجنة البتة(١) .

ومن مصاديق الردّ عن عرض الأخ ، هو الردّ عن غيبته .

ومنها : معتبرة بل صحيحة إبراهيم بن عمر اليمانى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ما من مؤمن يعين مؤمناً مظلوماً إلاّ كان أفضل من صيام شهر واعتكافه فى المسجد الحرام ، وما من مؤمن ينصر

أخاه وهو يقدر على نصرته إلاّ نصره اللّه فى الدنيا والآخرة ، وما من مؤمن يخذل أخاه وهو يقدر على نصرته إلاّ خذله اللّه فى الدنيا والآخرة(٢) .

الصحيحة تدل بإطلاقها على وجوب ردّ غيبة المؤمن لأنّه من مصاديق نصرته وعدم خذلانه .

ومنها : ما ورد فى خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم للوصى عليه السلام : يا على ، من اغتيب عنده أخوه المسلم فاستطاع نصره فلم ينصره خذله اللّه فى الدنيا والآخرة(٣) .

ومنها : ما ورد فى خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة أنّه قال فيها : ومن ردّ عن أخيه غيبة سمعها فى مجلس ردّ اللّه عنه ألف باب من الشر فى الدنيا والآخرة ، فإن لم يردَّ عنه وأعجبه كان عليه كَوِزْرِ مَن اغتاب(٤) .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ألا ومن تطوَّل على أخيه فى غيبة سمعها فيه فى مجلس فردّها عنه ردّ اللّه عنه ألف باب من الشرّ فى الدنيا والآخرة ، فإن هو لم يردّها وهو قادر على ردّها كان عليه كَوِزْرِ من اغتابه سبعين مرّة(٥) .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر أنّه قال : يا أبا ذر مَنْ ذبّ عن أخيه المؤمن الغيبة كان حقّاً على اللّه أن يعتقه من النار . يا أبا ذر من اغتيب عنده أخوه المؤمن وهو يستطيع

١- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٢ ح ٣ .
٢- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٢ ح ٤ .
٣- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩١ ح ١ .
٤- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٢ ح ٥ .
٥- (٧) الفقيه ٤ / ١٥ ونقلت عنه فى كتابى ألف حديث فى المؤمن / ١٩٢ ح ١ .

نصره فنصره ، نصره اللّه عزّ وجلّ فى الدنيا والآخرة ، وإن خذله وهو يستطيع نصره خذله اللّه فى الدنيا والآخرة(١) .

ومنها : ما رواه المفيد(٢) والطوسى(٣) بإسنادهما عن أبى الدرداء قال : نال رجل مِنْ عرض رجل عند النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، فردّ رجل من القوم عليه ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من ردّ عن عرض أخيه كان له حجاباً من النار .

ومنها : خبر أبى محمد القاسم بن محمد بن جعفر العلوى عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علىٍّ عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : للمسلم على أخيه ثلاثون حقّاً لا براءة له منها إلاّ بالأداء أو العفو ، يغفر زلّته ، ويرحم عبرته ، ويستر عورته ، ويقبل عثرته ، ويقبل معذرته ، ويردّ غيبته ، ويديم نصيحته ، ويحفظ خلّته ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من سمع الغيبة ولم يغيّر كان كمن اغتاب ، ومن ردّ عن عرض أخيه المؤمن كان له سبعون ألف حجاب من النار(٥) .

تلك عشرة كاملة من الروايات المستفيضة الدالة على وجوب ردّ غيبة المؤمن ، والمراد من ردّ الغيبة هو نصرة المغتاب وتنزيهه عن تلك الوقيعة ، بأنّ يقال : العيب ليس إلاّ ما عابه اللّه من المعاصى إذا كان العيب يرجع إلى الاُمور الدنيوية ، أو يخرج العيب عن كونه معصية إن كان يرجع إلى الأمور الدينية ، وإن لم يقبل التوجيه والخروج عن كونه معصية ، يقال : بعدم ثبوت الأمر فى حقّه وعدم قبوله .

ومن الواضح أنّ ردّ الغيبة يرجع بالمآل إلى إسكات المغتاب - بالكسر - وهو ليس إلاّ

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٣ ح ٨ .
٢- (٢) أمالى المفيد . المجلس الأربعون ح ٢ / ٣٣٧ ونقلتُ عنه فى كتابى ألف حديث فى المؤمن / ١٩٤ ح ٦ .
٣- (٣) أمالى الطوسى . المجلس الرابع ح ٣١ / ١١٥ الرقم ١٧٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٣ ح ٧ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢١٢ ح ٢٤ . الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة ، وجامع أحاديث الشيعة ٢٠ / ٣٢٦ ح ١٨ (الطبعة الحديثة) .
٥- (٥) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٨ .

النهى عن المنكر واللّه العالم .

تنبيهٌ : قال الشيخ محمد بهاء الدين العاملى : « ولا يبعد أن يجعل استماع غيبة المؤمن لقصد ردّها مجوّزاً ، ولم أجد أحداً جوّز ذلک ، وتجويزه قويٌّ »(١) .

أقول : وهو فى محلّه .

الحادى عشر : هل يجوز غيبة الراضى باغتيابه ؟

فى جواز غيبة مَنْ يكون راضياً باغتيابه وأعلن ذلک أو نعلم من الخارج برضائه وجهان ، الظاهر واللّه سبحانه هو العالم - عدم الجواز ، لأنّا نعلم بحرمة الغيبة ثمّ نشک بعد العلم برضائه ، هل الحرمة باقية أم لا ؟ نستصحب بقاء حرمة الغيبة . هذا بالنسبة إلى الأصل العملى . مضافاً إلى أنّ الإطلاقات الواردة فى أدلة الغيبة تعمّ فرضى رضى المغتاب (بالفتح) وعدمه ، وبهذه الإطلاقات نحكم بحرمة غيبة الراضى باغتيابه .

لاسيما أنّ المستفاد من الأدلة أنّ الغيبة وحرمتها ذو الوجهين وذو الحقين : حقٌّ ووجهٌ بالنسبة إلى المغتاب (بالفتح) وبه صارت الغيبة من حقوق الناس ولذا يجب الاستحلال والاستعفاء منه كما

يأتى توضيح ذلک فى الفرع الآتى إن شاء اللّه تعالى ، وحيث يكون راضياً قبل الاغتياب أو بعده ترتفع الحرمة بالنسبة إلى هذا الوجه .

ولكن للغيبة حقٌّ ووجهٌ آخر بالنسبة إلى اللّه تعالى حيث حرّمه والإتيان بها خروج عن نواهى اللّه عزّ وجلّ وعصيانه . وهذا الوجه سُمّى بحقِّ اللّه فى الغيبة ، ورضى المغتاب (بالفتح) لايرفعه ولذا على المغتاب (بالكسر) بعد الاستعفاء من المغتاب (بالفتح) أو قبله الإستغفار من اللّه تعالى والتوبة إليه وطلب العفو منه .

فعلى ما ذكرناه رضى المغتاب (بالفتح) لا يجوّز الغيبة وهى باقية على حرمتها ، لأنّها تعدّ من عصيان اللّه تعالى وارتكاب معاصيه والإتيان بنواهيه . أعاذنا اللّه منها .

ولذا قال المحقق الخوئى فى بحث مستثنيات الغيبة : « إنّ رضاه (أى رضى المغتاب

١- (١) الأربعون حديثاً / ٤٠٦ طبع جماعة المدرسين .

بالفتح) لا يرفع الحرمة التكليفية »(١) .

الثانى عشر : كفارة الغيبة

يمكن أن يقال فى بيان كفارة الاغتياب وجوه :

الأوّل : الاستحلال من المغتاب (بالفتح) .

الثانى : الاستغفار له . ذهب إلى وجوبه جمع من الأعلام ، نحو : أصحاب الحدائق(٢)

وشرح القواعد(٣) ومفتاح الكرامة(٤) .

الثالث : كلا الأمرين معاً . نقله العلامة المامقانى عن بعض مشايخه كما فى المصباح(٥) ، وهو مختار المؤسس الحائرى(٦) .

الرابع : أحدهما على سبيل التخيير .

الخامس : التفصيل بين وصول الغيبة إلى المغتاب فكفارتها الاستحلال منه ، وبين عدم وصولها إليه فكفارتها الاستغفار له فقط . ذهب إليه جمع من الأصحاب كالشهيد الثانى(٧) والعلامة المجلسى(٨) والمحقق الطوسى فى التجريد(٩) وتبعه شارحاه العلامة(١٠) والقوشجى(١١) .

السادس : التفصيل بين إمكان الاستحلال منه وبين عدمه لموت أو بُعد مكان أو كون الإعتذار موجباً لإثارة الفتنة والإهانة . فعلى الأوّل يجب الاستحلال منه ، وعلى الثانى يجب

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٥٣ .

٢- (٣) الحدائق ١٨ / ١٥٩ .

٣- (١) شرح القواعد ١ / ٢٣٢ .

٤- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢٠ .

٥- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٣٣٤ .

٦- (٤) المكاسب المحرمة / ٢١٤ لآية اللّه الشيخ محمد على الأراكى .

٧- (٥) كشف الريبة / ٧٨ .

٨- (٦) مرآة العقول ١٠ / ٤٣٣ .

٩- (٧) تجريد الاعتقاد / ٣٠٧ .

١٠- (٨) كشف المراد / ٤٢٢ .

١١- (٩) شرح التجريد للقوشجى / ٣٨٩ سطر ٢٦ .

الاستغفار له . ألحقه ثانى الشهيدين(١) بالتفصيل المتقدم وهو مورد إحتياط شيخنا الأعظم الأنصارى(٢) ومختار صاحبة الأربعين الهاشمية(٣) .

السابع : عدم وجوب شيءٍ منهما فى جميع الصور ، بل الواجب على المغتاب (بالكسر) الاستغفار لنفسه والتوبة من ذنبه . وهو مختار صاحب الجواهر(٤) وتبعه تلميذه السيد على آل بحر العلوم(٥) والمحقق الخوئى(٦) قدس سره .

كما أنّ هذا التقسيم من الوجوه السبعة له(٧) ، ويمكن زيادة وجهين آخرين وهما :

الثامن : أنّ الغيبة من حقوق اللّه وحقوق الناس معاً ، فبالنسبة إلى حقِّ اللّه يسقط بالاستغفار لنفس المغتاب (بالكسر) ، وبالنسبة إلى حقِّ الناس والمغتاب (بالفتح) ، الأحوط الإسترضاء ، ومع عدم الإمكان يستغفر له وهذا هو مختار جمع من الأصحاب منهم : الفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى(٨) ، وهذا هو القول المختار عندنا فى كفارة الإغتياب .

التاسع : التوبة بالنسبة إلى نفس المغتاب (بالكسر) مع وجوب الجمع بين الأمرين ، أى الإستغفار والإسترضاء معاً من المغتاب (بالفتح) . ذهب إليه المحقق الإيروانى(٩) .

ما هو الأصل العملى فى المقام ؟

على فرض عدم ثبوت الدليل اللفظى فى المقام فهل الأصل العملى يقتضى البراءة أو

١- (١٠) كشف الريبة / ٧٩ .

٢- (١١) المكاسب المحرمة / ٤٤ طبع الحجرى (١ / ٣٤١) .

٣- (١٢) الأربعين الهاشمية / ٣٧٥ .

٤- (١٣) الجواهر ٢٢ / ٧٢ .

٥- (١٤) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٣ طبع الحجرى .

٦- (١٥) مصباح الفقاهة ١ / ٣٣٥ .

٧- (١٦) مصباح الفقاهة ١ / ٣٣١ .

٨- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ١٣٦ .

٩- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٢٠٢ .

الإحتياط ؟ ذهب المحقق الخوئى(١) إلى الأوّل ، والمحقق الإيروانى(٢) والمؤسس الحائرى(٣) إلى الثانى .

والصحيح أنّ الأصل العملى فى المقام هو الإحتياط ، لأنّ بعد وقوع الغيبة وثبوت كونها من المحارم بل من الكبائر يترتب العقاب على المغتاب (بالكسر) ويتوجه إليه النار ، فحينئذ يجب عليه التخلص من العقاب والنار بحكم العقل وتحصيل القطع بالأمن والبرأة منه ، فلابدّ له إلاّ من الاتيان بكلِّ شىءٍ يحتمل دخله فى البراءة من العقاب والأمن منه من الإستغفار لنفسه وللمغتاب (بالفتح) والإستحلال منه . وهذا يفيدنا بأنّ الأصل العملى فى المقام هو الإحتياط لا البراءة .

والذى يسهّل الخطب أنّ الأمر فى المقام لم يصل إلى الأصل العملى ، لأنه إن ثبت بالدليل اللفظى لزوم الاستغفار للمغتاب (بالفتح) أو الإستحلال منه أو كلاهما فهو وإلاّ يرجع إلى الإطلاقات والعمومات الواردة فى أدلة التوبة ، وبها يثبت أنّ الاستغفار للمغتاب (بالكسر) نفسِهِ والتوبة بينه وبين ربّه يكفى للأمن من العذاب والتخلص من العقاب . وقد نبّه على هذا البيان شيخنا الأستاذ - مدظله - فى الإرشاد وهو متين جداً(٤) .

وهذه العمومات والإطلاقات كثيرة جداً نذكر لک نموذج منها حتّى يرضى نفسک بها :

منها : موثقة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : «إِنَّ اللّهَ لاَ يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَن يَشَاء»(٥) الكبائر فما سواها ، قال قلت : دخلتْ الكبائر فى الاستثناء ؟ قال : نعم(٦) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة اسحاق بن عمار قال : قلت : لأبى عبد اللّه عليه السلام : الكبائر

١- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٣٣١ .

٢- (٤) حاشية المكاسب ١ / ٢٠١ .

٣- (٥) المكاسب المحرمة / ٢١٤ لآية اللّه الشيخ محمد على الأراكى .

٤- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٩٧ .

٥- (١) سورة النساء / ٤٨ و ١١٦ .

٦- (٢) الكافى ٢ / ٢٨٤ ح ١٨ ونقلت عنه فى كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٧٧ ح ٢ .

فيها استثناء أن يغفر لمن يشاء ؟ قال : نعم(١) .

ومنها : صحيحة أبى عبيدة الحذاء قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إنّ اللّه تعالى أشدّ فرحاً بتوبة عبده من رجل أضلّ راحلته وزاده فى ليلة ظلماء فوجدها فاللّه أشدّ فرحاً بتوبة عبده من ذلك الرجل براحلته حين وجدها(٢) .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا تُوبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَّصُوحاً»(٣) ؟ قال : هو الذنب الذى لا يعود فيه أبداً ، قلت : وأيّنا لم يعد ؟ فقال : يا أبا محمد إنّ اللّه يحبّ من عباده المفتّن التواب(٤) .

ومنها : غيرها من العمومات والإطلاقات الواردة فى أدلة التوبة ، فإن شئت راجع إلى كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / (٢٨٤ - ٢٥٧) .

ما هو دليل الاستحلال من المغتاب (بالفتح) ؟

قد استدلوا على وجوب الاستحلال بعدّة من الروايات :

منها : خبر أسباط بن محمد يرفعه إلى النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : الغيبة أشدّ من الزنا ، فقيل : يا رسول اللّه ولم ذلک ؟ قال : أما صاحب الزنا فيتوب اللّه عليه ، وأمّا صاحب الغيبة فيتوب فلا يتوب اللّه عليه حتّى يكون صاحبه الذى اغتابه يُحلّه(٥) .

دلالة الرواية على لزوم الاستعفاء والاستحلال واضحة ، ولكن فى سندها ضعفٌ ورفعٌ .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر أنّه قال فيها : يا أباذر إيّاک والغيبة ، فإنّ الغيبة أشدّ من الزنا . قلت : ولم ذاک يا رسول اللّه ؟ قال : لأنّ الرجل يزنى فيتوب إلى اللّه عليه ،

١- (٣) الكافى ٢ / ٢٨٤ ح ١٩ ونقلت عنه فى كتابى موسوعة احاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٧٧ ح ٣ .

٢- (٤) الكافى ٢ / ٤٣٥ ح ٨ ونقلت عنه فى كتابى موسوعة احاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٥٩ ح ٦ .

٣- (٥) سورة التحريم / ٨ .

٤- (٦) الكافى ٢ / ٤٣٢ ح ٤ ونقلت عنه فى كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٥٨ ح ٤ .

٥- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٤ ح ١٨ .

والغيبة لا تغفر حتّى يغفرها صاحبها ، الحديث(١) .

دلالتها واضحة ، وفى سندها ضعف .

ومنها : خبر القاسم بن محمد بن جعفر العلوى عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة له منها إلاّ بالأداء أو العفو . ثمّ ذكرها على التفصيل ، ثمّ قال : سمعت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم يقول : إنّ أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له وعليه(٢) .

الرواية ضعيفة سنداً ودلالةً لاشتمالها على حقوق لا قائل بوجوب أدائها ، والظاهر أنّها حقوق أخلاقية ينبغى للمسلم أن يراعيها ويواظب عليها ، بل هى فى الجملة من مقتضيات طبع العقلاء والبشر فى اُمورهم الإجتماعية ، حتّى مع قطع النظر عن الشريعة والدين ، ويأتى منّا توضيحه فى خاتمة هذا المبحث عند البحث عن حقوق الإخوان .

ومنها : مرسلة جابر وأبى سعيد قالا : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إيّاكم والغيبة ، فإنّ الغيبة أشدّ من الزنا ، إنّ الرجل يزنى ويتوب فيتوب اللّه عليه ، وإنّ صاحب الغيبة لا يغفر له حتّى يغفر له صاحبه(٣) .

دلالتها واضحة ، وفى سندها إرسال .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : عقوبة الغيبة أشدّ من الزنا . قيل : ولم يا رسول اللّه ؟ قال : لأنّ صاحب الزنا يتوب فيغفر اللّه [له] ، ولا تغفر الغيبة إلاّ أن يحلّله صاحبه(٤) .

سندها مرسل ودلالتها واضحة .

ومنها : مرسلة سعيد بن جبير عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال : يؤتى بأحد يوم القيامة يوقف

بين يدى اللّه ويدفع إليه كتابه فلا يَرى حسناته ، فيقول : إلهى ليس هذا كتابى فإنّى لا أرى فيها

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٠ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢١٢ ح ٢٤ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١١٨ ح ٢١ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٠ ح ٣ .

طاعتى ، فيقال : إنّ ربّک لا يضلّ ولا ينسى ، ذهب عملک باغتياب الناس ، ثمّ يؤتى بآخر ويدفع إليه كتابه فيرى فيها طاعات كثيرة ، فيقول : إلهى ما هذا كتابى فإنّى ما عملت هذه الطاعات ، فيقول : إنّ فلاناً اغتابک فدفعت حسناته إليک(١) .

الرواية لا تدلّ على وجوب الاستحلال ، وفى سندها إرسال .

ومنها : مرسلة المفيد عن الباقر عليه السلام أنّه قال : إذا كان يوم القيامة أقبل قوم على اللّه عزّ وجلّ فلا يجدون لأنفسهم حسنات ، فيقولون : إلهنا وسيدنا ما فعلت حسناتنا ؟ فيقول اللّه عزّ وجلّ : أكلتها الغيبة ، إنّ الغيبة تأكل الحسنات كما تأكل النار الحلفاء(٢) .

الحلفاء : نبات معروف ، الرواية لا تدلّ على لزوم الاستحلال وفى سندها إرسال .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : يعطى رجل كتابه فيرى حسنات لم يكن عملها ، فيقول : يا ربّ مِنْ أين هذا لى ؟ فيقول : هذا ممّا اغتابک وأنت لا تشعر ، ويدفع لآخر كتاب فيقول : ما هذا كتابى ، فيقول اللّه : بلى ولكن ذهب عملک باغتيابک الناس(٣) .

سند الرواية مرسلة ، ولا تدلّ على لزوم الاستحلال .

ومنها : مرسلة صاحب مصباح الشريعة عن الصادق عليه السلام : الغيبة تأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب(٤) .

الرواية لا تدلّ على لزوم الاستحلال ، وسندها مرسل أيضاً .

ومنها : قال الشهيد الثانى : روى عن بعضهم أنّ رجلاً قال له : إنّ فلاناً قد اغتابک ، فبعث إليه طبقاً من الرطب ، وقال : بلغنى أنّک قد أهديت إلىّ حسناتک فأردتُ أن أُكافئک عليها ، فاعذرنى فإنّى لا أقدر أن أُكافئک على التمام(٥) .

١- (١) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢١ ح ٣٠ .
٢- (٢) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٤ ح ٤٢ .
٣- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٩ .
٤- (٤) مستدرک الوسائل ٩ / ١١٨ ح ١٩ .
٥- (٥) كشف الريبة / ٧٩ .

الرواية عامية منقولة فى إحياء علوم الدين ٣ / ١٥٤ لأبى حامد الغزالى مع إرسالها وإضمارها ، ولا تدلّ على وجوب الاستحلال .

ومنها : مرسلة الشهيد الثانى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : مَنْ كانت لأخيه عنده مظلمة فى عرضٍ أو مالٍ فَلْيَتَحِلَّلَها منه قبل أن يأتى يوم ليس هناک دينار ولا درهم ، يؤخذ من حسناته ، فإن لم يكن له حسنات أُخذ من سيئات صاحبه فتزيد على سيئاته(١) .

الرواية عامية منقولة فى البخارى ٢ / ٨٦٥ و ٥ / ٢٣٩٤ ، ولكن دلالتها على وجوب الاستحلال واضحة .

ومنها : مرسلة صاحب جامع الأخبار عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : مَن اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل اللّه تعالى صلاته ولا صيامه أربعين يوماً وليلة ، إلاّ أن يغفر له صاحبه(٢) .

دلالتها على لزوم الاستحلال واضحة ، ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : ما روى فى مصباح الشريعة عن الصادق عليه السلام أنّه قال : فإن إغتبتَ فبلغ المغتاب ، فلم يبق إلاّ أن تستحلَّ منه ، وإن لم يبلغه ولم يلحقه عِلْمُ ذلک فاستغفر له(٣) .

الرواية مرسلة سنداً ، واضحة الدلالة على لزوم الاستحلال بعد وصول الغيبة إلى المغتاب (بالفتح) ، وإن لم يصل لزم الاستغفار له . فهذه الرواية من أدلة الوجه الخامس من وجوه كفارة الاغتياب . وفى الجملة تدلّ على لزوم الاستحلال .

ومنها : ما ورد فى الدعاء التاسع والثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية الشريفة : « اللهم وأيّما عبد من عبيدک أدركه منّى دَرَکٌ أو مَسَّهُ مِنْ ناحيتى أذىً أو لَحِقَهُ بى أو بسببى ظلمٌ فَفُتُّه بحقّهِ أو سَبَقْتُهُ بمَظْلِمَتِهِ فصلِّ على محمد وآله وأرْضِهِ عنّى مِنْ وُجْدِکَ وأوْفِهِ حَقَّهُ من عندک ثمّ قِنى ما يوجب له حُكْمُکَ وخَلِّصنى ممّا يحكم به عدلُکَ ، فإنّ قوتى لا تَسْتَقِلُّ بنقمتک وإنّ طاقتى لا تنهض بسخطک ، فإنّک إن تُكافِنى بالحقِّ تُهْلِكنى وإلاّ تَغَمَّدنى تُوبِقْنى»(٤) .

١- (١) كشف الريبة / ٧٨ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٢ ح ٣٤ .

٣- (٣) مصباح الشريعة / ٣٢ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢ / ٢٤٢ (٢٩ / ٢٦٤) .

٤- (٤) الصحيفة السجادية . الدعاء ٣٩ فى طلب العفو والرحمة .

الصحيفة الشريفة وصلت إلينا بأسناد صحيحة ، فلا يمكن المناقشة فى سندها ، لا سيما بعد تلقيها بالقبول عند الأصحاب . نعم يمكن المناقشة فى دلالتها :

أولاً : بأنّ الفعل الصادر من الإمام عليه السلام لا يدلّ على الوجوب ، لكونه أعم من الوجوب والاستحباب .

وثانياً : الدعاء لا يدلّ على لزوم الاستحلال من المغتاب (بالفتح) بل ناجى

الإمام عليه السلام ربّه ، بأنّ اللّه تعالى يرضيه ويوفى حقّه من عنده ، وهذا غير لزوم الاستعفاء والاستحلال من المغتاب (بالفتح) ، وإن كان فيه إشارة ضمنية أو دلالة إلتزامية بلزوم هذا . وإن تمت هذه الاشارة أو الدلالة فيتم المطلوب وإلاّ فلا .

ومنها : دعاء يوم الإثنين من ملحقات الصحيفة الشريفة ، قال عليه السلام فيها :

« وأسئلُكَ فى مظالم عبادك عندى ، فأيّما عبدٍ من عبيدك أو أمَةٍ من إمائك كانت له قبلى مظلمةٌ ظَلَمْتُها إيّاه فى نفسه أو فى عرضه أو فى ماله أو فى أهله ووَلَدِهِ أو غيبةٌ اغْتَبْتُهُ بها أو تَحامُلٌ عليه بميلٍ أو هَوىً أو أنَفَةٍ أو حميّةٍ أو رِئاءٍ أو عَصَبيّةٍ ، غائِباً كان أو شاهداً ، وحيّاً كان أو ميّتاً فَقَصُرَتْ يَدى وضاقَ وُسْعى عن ردّها إليه والتَّحَلُّل منه ، فأسألكَ يا من يملكُ الحاجاتِ وهى مستجيبةٌ لمشيّتِهِ ومُسْرِعةٌ إلى إرادته أن تصلّى على محمد وعلى آل محمد وأن تُرْضِيَهُ عنّى بما شئتَ وتَهَبَ لى من عندك رحمةً إنّه لا يَنْقُصُكَ المغفرة ولا تَضُرُّك الموهبة يا أرحم الراحمين»(١) .

وهذا الدعاء الشريف كالنص على لزوم الاستحلال والاستعفاء من المغتاب (بالفتح) ، ولا يمكن المناقشة فى إسنادها ، فلابدّ من الأخذ به .

المستفاد من أدعية الصحيفة الشريفة وغيرها من الروايات - وإن يمكن المناقشة فى إسناد بعضها ودلالة بعضها الآخر - ومن الجميع بعد بلوغها إلى حدّ الاستفاضة إن لم نقل بوجوب الاستحلال والإستعفاء مِن المغتاب (بالفتح) لا أقل من أنّه هو الأظهر والأولى والأحوط ، ولكن إن لايصير ذلک سبباً لمزيد الإهانة أو الإيذاء أو إثارة الفتنة أو جلب

ص:٣٩٣

١- (١) دعاء يوم الاثنين من ملحقات الصحيفة السجادية .

الضغائن ، ويمكن الاستعفاء مع الإبهام مع خوف هذه الأُمور ، كما نبّه عليه الشيخ الأكبر فى شرحه على القواعد(١) .

قال الشهيد الثانى : « ويُستحبّ للمعتذر إليه قبول العذر والمحالّة استحباباً مؤكداً ، قال اللّه تعالى : «خُذِ الْعَفْوَ»(٢) الآية ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : يا جبرئيل ما هذا العفو ؟ فقال : إنّ اللّه يأمرک أن تعفو عمّن ظلمک ، وتَصِلَ مَنْ قطعک ، وتعطى مَنْ حَرَمَک(٣) .

وفى خبر آخر : إذا جثى الأُمم بين يدى اللّه تعالى يوم القيامة نودوا : ليقم من كان أجْرُهُ

على اللّه ، فلا يقوم إلاّ من عفى فى الدنيا»(٤)(٥) .

دليل الاستغفار للمغتاب (بالفتح)

قد استدلوا على وجوب الاستغفار له بعدّة من الروايات :

منها : خبر حفص بن عمر الكوفى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سُئل النبى صلى الله عليه و آله وسلم ما كفارة الاغتياب ؟ قال : تستغفر اللّه لمَن اغتبتَهُ كلّما ذكرتَهُ(٦) .

الرواية ضعيفة سنداً بحفص بن عمر الكوفى ، لعدم ثبوت وثاقته كما هو الظاهر وإن لم يثبت أنّه الكوفى ، لأنّه مشترک بين أفراد لا توثيق لهم . والظاهر أنّ المراد ب- « كلّما ذكرتَهُ » أى كلّما ذكرتَ المغتاب (بالفتح) تستغفر له ، أو كلّما ذكرت الاغتياب . ويناقش فى دلالتها بأنّها « خلاف الضرورة ولم يلتزم به فقيه فيما نعلم وإن ذكره بعض أهل الأخلاق ، وعليه فتحمل الرواية على الجهات الأخلاقية» كما فى المصباح(٧) .

١- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٣٢ .

٢- (٣) سورة الأعراف / ١٩٩ .

٣- (٤) التبيان ٥ / ٦٣ .

٤- (١) إحياء العلوم الدين ٣ / ١٥٤ .

٥- (٢) كشف الريبة / ٧٩ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٠ ح ١ الباب ١٥٥ من أبواب أحكام العشرة .

٧- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٣٣٣ .

نعم ، بناءً على كون النسخة « كما ذكرته» كما نقل العلامة المجلسى فى المرآة(١) والبحار(٢) عن بعض النسخ فلا يرد عليها هذا الإشكال .

وممّا يؤيد هذه النسخة الأخيرة - أى « كما ذكرته» - الرواية الآتية :

ومنها : خبر أنس بن مالک عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : كفارة الإغتياب أن تستغفر لمن اغتبتَهُ(٣) .

ومنها : مرسلة الشهيد الثانى والمجلسى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : كفارة مَنْ اغتبته أن تستغفر له(٤) .

ومنها : خبر محمد بن محمد بن الأشعث فى الجعفريات بإسناده عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : مَن ظلم أحداً فعابه ،

فليستغفر اللّه له كما ذكره فإنّه كفارة له(٥) .

ومن المعلوم أنّ الغيبة داخلة فى العيب والظلم ، فعلى المغتاب (بالكسر) الاستغفار للمغتاب (بالفتح) كما تدلّ عليه الرواية ، ولكنّها ضعيفة الإسناد .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من ظلم أحداً وفاته فليستغفر اللّه له فإنّه كفارة له(٦) .

قال العلامة المجلسى : (« ففاته » أى لم يدركه ليطلب البراءة ويرضيه ، ولعلّه محمول على ما إذا لم يكن حقّاً ماليّاً كالغيبة وأمثالها ، وإلاّ فيجب أن يتصدّق عنه ، إلاّ أن يقال :

١- (٥) مرآة العقول ١٠ / ٤٣١ .

٢- (٦) بحار الأنوار ٧٢ / ٢٤٢ (٢٩ / ٤٦٢) .

٣- (٧) أمالى المفيد . المجلس الحادى والعشرون ح ٧ / ١٧١ وأمالى الطوسى . المجلس السابع ح ٢٧ / ١٩٢ الرقم ٣٢٥ ونقل عن الأول فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٠ ح ٢ .

٤- (٨) كشف الريبة / ٧٨ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٤٢ (٢٩ / ٤٦٢) .

٥- (١) الجعفريات / ٢٢٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٠ ح ١ .

٦- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٥٣ ح ٥ . الباب ٧٨ من أبواب جهاد النفس .

التصدق عنه أيضاً طلب مغفرة له)(١) .

أقول : الغيبة تدخل فى الظلم ، وحيث لم يتمكن المغتاب (بالكسر) من الإستحلال والإسترضاء والإستعفاء من المغتاب (بالتفح) لموته أو غيره ، يجب عليه الإستغفار له . وحيث أن روايات الاستغفار كلّها ضعاف إلاّ هذه الرواية وورد فيها الترتيب وعلّل الاستغفار بالفوت وعدم التمكن بالاستحلال من المظلوم ، فلابدّ من أخذها مرتباً .

فذلكة الكلام فى كفارة الاغتياب : يجب على المغتاب (بالكسر) الاستحلال والاسترضاء والاستعفاء من المغتاب (بالفتح) أوّلاً ، وإن لم يتمكن منه لموته أو لإثارة الفتنة أو لشدّة الإيذاء والإهانة فيجب حينئذ الاستغفار له ، وعلى كلِّ تقدير يجب عليه أيضاً الاستغفار لنفسه والتوبة من ذنبه إلى اللّه تعالى ، واللّه العالم .

المقام الرابع : مستثنيات الغيبة

اشارة

قد ذكروا فى هذا المقام اُموراً :

الأوّل : المتجاهر بالفسق

يجوز غيبة الفاسق المتجاهر والمعلن لفسقه فى الجملة ، وإنّما الخلاف بين أصحابنا بين تقييد هذا الجواز بالذنب الذى يتجاهر به - كما ذهب إليه الشهيد فى القواعد والفوائد(٢) والمحقق الثانى فى رسائله(٣) والشهيد الثانى فى كشف الريبة(٤) وصاحب الجواهر(٥) والمؤسس

الحائرى(٦) والمحقق الخوئى(٧) - أو أنّ الجواز مطلق ، بأن تجوز غيبته ولو فيما لم يتجاهر به كما هو

١- (٣) مرآة العقول ١٠ / ٣٠٨ .

٢- (٤) القواعد والفوائد ٢ / ١٤٨ .

٣- (٥) رسائل المحقق الكركى ٢ / ٤٥ .

٤- (٦) كشف الريبة / ٥١ .

٥- (٧) الجواهر ٢٢ / ٦٩ .

٦- (١) المكاسب المحرمة / ٢٢٢ لآية اللّه الشيخ محمد على الأراكى .

٧- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٤١ .

ظاهر كلام جملة من الأصحاب - كما فى الحدائق(١) - وذهب إليه أصحاب شرح القواعد(٢) والمستند(٣) وبرهان الفقه(٤) ومهذب الأحكام(٥) وإرشاد الطالب(٦) .

والذى يظهر من الشيخ الأعظم التفصيل بين المعاصى التى هى دون ما تجاهر فيه فى القبح وبين غيرها ، فيجوز اغتيابه فى الأوّل ولا يجوز فى الثانى . وهذا التفصيل من إبداعاته ومتفرداته ، ومثّل له بقوله : « ... فمن تجاهر باللواط - والعياذ باللّه - جاز اغتيابه بالتعرض للنساء الأجانب ، ومن تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيابه بالسرقة ، ومن تجاهر بكونه جلاّد السلطان يقتل الناس وينكّل بهم جاز اغتيابه بشرب الخمر ، ومن تجاهر بالقبائح المعروفة جاز اغتيابه بكلِّ قبيحٍ ... »(٧) .

والعمدة فى المقام ملاحظة الأدلة وما يُستفاد منها ، نحو :

حسنة هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام قال : إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة(٨) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ أحمد بن هارون وهو حسنٌ ، وبه عبّرنا عن الرواية بالحسنة . ودلالتها على جواز غيبة المتجاهر بالفسق مطلقاً ظاهرة ، حيث لم تقيّد الجواز بشيءٍ بل أطلقته . وقوله عليه السلام « فلا حرمة له ولا غيبة » ، يعنى بعد التجاهر بالفسق وهتک الشريعة علانيّةً فلا حرمة لهذا الهاتک المتجاهر ، فيجوز غيبته مطلقاً لذهاب حرمته .

ومنها : خبر أبى البخترى عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : ثلاثة ليس لهم حرمة :

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٦٦ .

٢- (٤) شرح القواعد ١ / ١٦٦ .

٣- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٧ .

٤- (٦) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٢ طبع الحجرى .

٥- (٧) مهذب الأحكام ١٦ / ١٣٠ .

٦- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٢٠٢ .

٧- (٩) المكاسب المحرمة / ٤٤ الطبع الحجرى (١ / ٣٤٦) .

٨- (١٠) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٤ . الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة .

صاحب هوى مبتدع ، والإمام الجائر ، والفاسق المعلن بالفسق(١) .

والرواية ضعيفة سنداً بأبى البخترى ، وهو وهب بن وهب الذى كان كذّاباً عاميّاً قاضيّاً متروک العمل فيما يختص به . والعجب من ابن الغضائرى حيث يقول : « إلاّ أنّ له عن جعفر بن محمد عليه السلام أحاديث كلّها يوثق بها»(٢)(٣) . وإنْ تمّ ما ذكره ابن الغضائرى صارت الرواية موثق بها ، ولكن فيه ما لا يخفى . وأمّا دلالتها على الجواز مطلقاً واضحة .

ومنها : رواية السيد فضل اللّه الراوندى فى نوادره بإسناده عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أربعةٌ ليس غيبتهم غيبةً : الفاسقُ المُعْلِنُ بفسقه ، والإمامُ الكذّابُ إن أحسنتَ لم يشكر وإن أسأتَ لم يَغْفُر ، والمتفكّهونَ بالأُمّهات ، والخارجُ من الجماعة الطاعنُ على اُمتى الشاهُر عليها سيفه(٤) .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لا غيبة لثلاثة : سلطان جائر ، وفاسق معلن ، وصاحب بدعة(٥) .

ومنها : مرسلة المفيد عن الرضا عليه السلام قال : من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له(٦) .

رواها ابن شعبة الحرانى فى تحف العقول / ٤٥ مرسلاً عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم .

الظاهر أنّ المراد بها : من هتك ستره وأعلن فسقه فلا غيبة له .

ومنها : مرسلة الشهيد الثانى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لا غيبة لفاسق(٧) .

رواها ابن أبى جمهور الأحسائى فى عوالى اللآلى ١ / ٤٣٨ ح ١٥٣ مع زيادة « أو فى

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٥ .

٢- (٢) مجمع الرجال ٦ / ١٩٨ للمولى عناية اللّه بن على القهبائى .

٣- (٣) رجال ابن الغضائرى / ١٠٠ الرقم ١٥١ ، ولكن فى المطبوعة : « إلاّ أنّ له عن جعفر بن محمد أحاديث كلّها لا يوثق بها» .

٤- (٤) النوادر / ١٣٣ ح ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٨ ح ٢ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٨ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٣ .
٧- (٧) کشف الریبة / ٥١ .

فاسق »(١) .

والروایة تحمل علی الفاسق المعلن بقرینة ما سبقها .

وهذه الروایات بإطلاقها وظاهرها تدلّ علی جواز غیبة الفاسق المتجاهر مطلقاً ، أی بلا فرق بین ما تجاهر به وغیره ، وبلا فرق بین دون ما تجاهر به وغیره ، کما علیه جملة من

الأصحاب قدس سرهم .

نعم ، لو أبدی المتجاهر عذراً شرعیّاً لما تجاهر به ، وادعاه ، قبل منه ، فحینئذ لا یجوز غیبته . وهکذا لو ارتکب الحرام الواقعی لشبهة حکمیة أو موضوعیة بأن یأکل مثلاً لحم الأرانب باعتقاد إباحتها بحسب اجتهاده أو اجتهاد مَنْ یقلده ، أو شرب الخمر باعتقاد أنّها ماءٌ ، ووطئ إمرأة أجنبیة باعتقاد أنّها زوجته ، وقتل المؤمن باعتقاد أنّه مهدور الدم ، ففی جمیع هذه الموارد إذا تمّ له أو لمقلّده الاجتهاد أو لم یکن مقصّراً ، کان معذوراً ، فلا یجوز غیبته لعدم ظهور فسقه مع هذه المعاذیر .

تنبیهٌ : قال صاحب الحدائق : « وکیف کان فالظاهر أنّ حکام الجور والظلمة وأتباعهم المتظاهرین بالظلم والفسق وأخذ أموال الناس واللعب بالباطل - کما هو معروف الآن فی جمیع الأصقاع والبلدان من الشیعة وغیرهم - من هذا القبیل ، بل من أظهر أفراد هذه الأخبار»(٢) .

أقول : مضافاً إلی ما ذکره قدس سره إنّهم یدخلون فی عنوان الإمام الجائر والإمام الکذّاب والسلطان الجائر وغیرها من العناوین الواردة فی الروایات الماضیة ، فلذا یجوز غیبتهم مطلقاً . أعاذنا اللّه وإیّاکم من شرّهم وظلمهم وجورهم وفسقهم وأتباعهم وأنصارهم والراضین بأفعالهم وأعمالهم .

الثانی : التظلّم

يجوز للمتظلّم عند من يرجو إزالة ظلمه غيبة الظالم بذكر الظلم .

ص:٣٩٩

١- (٨) كما نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٢ / ١٢٩ ح ٦ .

٢- (١) الحدائق ١٨ / ١٦٧ .

وقال المحقق السبزوارى بعد عنوانه المسألة : « ولعلّ الأحوط الإقتصار على قدر الحاجة»(١) .

قد استدلوا على هذا الإستثناء بعدّة من الآيات والروايات :

منها : قوله تعالى : «لاَ يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوَءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلاَّ مَن ظُلِمَ وَكَانَ اللّهُ سَمِيعاً عَلِيماً»(٢) .

من المعلوم أنّ الغيبة تدخل فى القول بالسوء ، فجوّزتها الآية الشريفة للمظلوم ، فله غيبة الظالم وإظهار جرائمه وآثامه ومعايبه عند من يرجو أن يتمكن من رفع الظلم عنه لا

مطلقاً(٣) ، لأنّ ظهور الآية الشريفة جواز التظلم لرفع الظلم وإلاّ صار عمله عبثاً لا يفيده شيئاً ، والعقلاء يتوقفون عند الأعمال التى لا فائدة لهم فيها .

ولذا قيّد بعض الأصحاب(٤) قدس سرهم العنوان بقيدين :

الأوّل : يختص الجواز عند من يرجو رفع الظلم عنه لا عند كلّ أحدٍ .

الثانى : يجوز له غيبة الظالم بذكر ظلمه فقط لا غيره .

والحق أخذ القيدين فى المقام ، لعدم ثبوت الإطلاق فى الأدلة المجوّزة بعد انعقاد القدر المتيقَّن فى المقام ، وهو فرض القيدين .

وبالجملة ، فالآية الشريفة تكفى دليلاً فى جواز غيبة الظالم للمظلوم ، ولكن مع القيدين

١- (٢) الكفاية ١ / ٤٣٦ .

٢- (٣) سورة النساء / ١٤٨ .

٣- (١) والعجب من المحقق الخوئى فى مصباحه ١ / ٤٣٤ وتبعه شيخنا الأُستاذ - مد ظله - فى إرشاده ١ / ٢٠٥ حيث ذهبا إلى الإطلاق .

٤- (٢) نحو أصحاب كشف الريبة / ٤٩ ومفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٨ والجواهر ٢٢ / ٦٦ ، والمحققون الشيخ الأعظم والإيروانى والسبزوارى ، وصرحوا بالثانى فى المكاسب المحرمة / ٤٤ (١ / ٣٤٨) والحاشية على المكاسب ١ / ٢١٠ ، ومهذب الأحكام ١٦ / ١٣٢ ، وكثير منهم صرح بالأوّل منهم : أصحاب الكفاية ٤٣٦/١ والحدائق ١٨ / ١٦٠ والمستند ١٤ / ١٦٨ وبرهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٢ والمؤسس الحائرى فى المكاسب المحرمة / ٢٢٥ والمحقق الأردكانى فى غنية الطالب ١ / ١٥٨ .

المذكورين ، من دون احتياج إلى الروايات الشريفة الواردة فى ذيلها .

ومنها : الآيات الواردة فى سورة الشورى ، وهى قوله تعالى : «وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْىُ هُمْ يَنتَصِرُونَ * وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الظَّالِمِينَ * وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِکَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ * إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى الأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِکَ لَهُم عَذَابٌ أَلِيمٌ»(١) .

بتقريب : ظهور الآية الثانية منها فى جواز الإعتداء على الظالم والانتقام منه ، نحو قوله تعالى : «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»(٢) ، ولكن ظهور الآيات الثلاث لا ينكر فى المقام . وتفسير الآيات الشريفة بالقائم عجل اللّه تعالى فرجه الشريف كما فى بعض الروايات(٣) الواردة فى ذيلها ، لا ينافى ما ذكرناه ، لأنّها من باب تعيين المصداق وتنقيح الصغرى لا الإنحصار .

ومنها : قوله تعالى فى سورة الشعراء وفى ذمّهم حيث استثنى من المذمومين «إِلاَّ

الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيراً وَانتَصَرُوا مِن بَعْدِ مَا ظُلِمُوا وَسَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ مُنقَلَبٍ يَنقَلِبُونَ»(٤) .

بتقريب : أن الآية الشريفة جوّز الانتصار للمظلوم ودفع الظلم عنه مطلقاً ، بلا فرق بين غيبة الظالم وحضرته ، سواء كان بالشعر أو النثر .

ومنها : صحيحة ثعلبة بن ميمون عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان عنده قومٌ يحدّثهم إذ ذكر رجلٌ منهم فوقع فيه وشكاه ، فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام : وأنّى لكَ بأخيک كلِّه - وأىُّ الرجال المهذّب(٥) .

١- (٣) سورة الشورى / (٤٢ - ٣٩) .

٢- (٤) سورة البقرة / ١٩٤ .

٣- (٥) راجع فى هذا المجال البرهان فى تفسير القرآن ٤ / ٨٢٩ .

٤- (١) سورة الشعراء / ٢٢٧ .

٥- (٢) الكافى ٢ / ٦٥١ ح ١ باب الإغضاء - أى الإغماض - ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٨٥ ح ١ . الباب ٥٦ من أبواب أحكام العشرة .

بتقريب : أنّ الرجل شكا بعض إخوانه فى الدين ، والإمام عليه السلام لم ينه عنه بل قال : « أنّى لک بأخيک كلِّه» ، أى لم يوجد الأخ الكامل التام فى هذا الزمان ولا يحصل إلاّ نادراً وتوقّع ذلک كتوقع أمر محال ، فارض عن الناس بالقليل ، حيث لم يؤدوا حقوق الأُخوة والأمر يكون عليک سهلاً ، ثمّ تمسک الإمام عليه السلام بقطعة من مصراع هذا البيت :

ولستَ بمستبق أخاً لا تلمه على شعث ، أيُّ الرجال المهذبُ

وبهذا البيان يظهر أنّ الإمام عليه السلام لم ينه الرجل عن الشكاية والوقوع فى أخيه ، والظاهر أنّه فى مقام بيان التظلم والشكوى عنه ، فأقرّه الإمام عليه السلام على شكايته ولكن سلاّه بأنّ الأخ التام الكامل والرجال المهذبين لا يوجدون فى هذا العصر ، فدلالة الرواية تامة ولكن فى سندها إرسال ظاهر .

ومنها : خبر هارون بن عمرو المجاشعى عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لَىّ الواجد بالدِّين يُحلّ عرضه وعقوبته ، ما لم يكن دينه فيما يكره اللّه عزّ وجلّ(١) .

دلالة الرواية واضحة ، لأنّ لىّ(٢) الواجد - أى مطله عن أداء الدين مع التمكن عليه - يحلّ عرضه ، لأنه قد ورد عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : مَطَل الغنىِّ ظلمٌ(٣) .

ماطله بحقّه : أى سوّفه بوعد الوفاء ، وهذا ظلم ، وهذا الامتناع يحلّ عرض الممتنع ،

لأنّه ظلم ، فالظلم يحلّ عرض الظالم للمظلوم ، ولكن فى سندها ضعفٌ .

ومنها : مرسلة الشهيد الثانى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لصاحب الحقّ مقالٌ(٤) .

الرواية عامية رويت فى البخارى ٢ / ٢١٨٣ وسنن الترمذى ٣ / ٦٠٨ وإحياء علوم الدين ٣ / ١٥٢ ، ودلالتها مجملة .

ومنها : مرسلة الأحسائى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال لهند بنت عتبة - امرأة أبى سفيان -

١- (٣) أمالى الطوسى . المجلس الثامن عشر ح ٥٣ / ٥٢٠ الرقم ١١٤٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٣٣ ح ٤ . الباب ٨ من أبواب الدين والقرض .

٢- (٤) اللَّيّ : مطل الدَّين .

٣- (٥) الفقيه ٤ / ٣٨٠ ح ٥٨١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٣٣ ح ٣ .

٤- (١) كشف الريبة / ٤٩ .

حين قالت : إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى وولدى ما يكفينى ، فقال لها : خُذى لكِ ولولدك ما يكفيك بالمعروف(١) .

دلالة الرواية غير تامة ، لأنّ أبا سفيان لم يكن محرَّم الغيبة عندنا ، بل هو منافق كافر كما صرح به صاحب الحدائق(٢) قدس سره ، أو يكون معلناً بالبخل ويضرب به المثل كما عن بعض(٣) ، وفى سندها إرسالٌ .

ومنها : غير ذلك من الروايات ولكن فى دلالة الآيات كفاية فى المقام .

فذلكة القول : يجوز غيبة الظالم للمظلوم فى مقام التظلم عند من يرجو إزالة ظلمه ، وبالنسبة إلى الظلم الذى ظلمه فقط ، لعدم ثبوت الإطلاق فى الأدلة المجوّزة كما مرّ ، واللّه سبحانه هو العالم .

تنبيهٌ : هل يجوز الغيبة فى ترك الأولى أم لا ؟

قد استدلوا على جوازها بعدّة من الروايات :

منها : معتبرة حماد بن عثمان قال : دخل رجل على أبى عبد اللّه عليه السلام فشكا إليه رجلاً من أصحابه ، فلم يلبث أن جاء المشكّو ، فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام : ما لفلان يشكوك ؟ فقال له : يشكونى إنّى استقضيتُ منه حقّى . قال : فجلس أبو عبد اللّه عليه السلام مغضباً ، ثمّ قال : كأنّك

إذا استقضيت حقّک لم تسی ء ، أرأيت ما حکی اللّه عزّ وجلّ فی کتابه : «يَخَافُونَ سُوءَ الحِسَابِ»(٤) ، أترى أنّهم خافوا اللّه أن يجور عليهم ، لا واللّه ما خافوا إلاّ الإستقضاء ، فسمّاه

اللّه عزّ وجلّ سوء الحساب ، فمن استقضی به فقد أساء(٥) .

معلی بن محمد البصری من المعاريف ولم يثبت قدحه ، فهو معتبر عندنا وصار سند

١- (٢) عوالی اللآلی ١ / ٤٣٨ ح ١٥٥ ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٤ .

٢- (٣) الحدئق ١٨ / ١٦٢ .

٣- (٤) نحو : المؤسس الحائری فی المکاسب المحرمة / ٢٢٨ والمحقق الخوئی فی مصباح الفقاهة ١ / ٣٥٢ .

٤- (٥) سورة الرعد / ٢١ .

٥- (١) الکافی ٥ / ١٠٠ ح ١ ونقل عنه فی وسائل الشيعة ١٨ / ٣٤٨ ح ١ الباب ١٦ من أبواب الدين والقرض .

الرواية به معتبراً .

وأمّا دلالتها : الإستقضاء : طلب الحقّ والقضاء ، وحيث أنّ الرجل من أصحاب الصادق عليه السلام طلب حقّه أو دينه من الشاکی فلم يظلمه ، إلاّ فی فرض إعساره وعدم تمکنه من الأداء ، فحينئذ لو استقضی منه فقد ظلمه . ودخلت المعتبرة فی أدلة جواز الغيبة فی فرض التظلم ، لأنّ الواجد يجب عليه أداء الدين ولا يجوز له التأخير .

هذا كلّه بناءً على أنّ « النسخة الاستقضاء » بالضاد المعجمة كما فى نسخة الكافى المطبوع والوسائل وهكذا فى نقل الشيخ الطوسى(١) من الرواية وإن كان فى سنده ضعف بمحمد بن يحيى الصيرفى لأنّه إمامىٌ مجهولٌ .

وأمّا بناءً على أنّ نسخة الرواية « الإستقصاء » بالصاد المهملة كما نقل فى هامش الكافى المطبوع عن بعض النسخ واختاره المحدث الفيض فى الوافى(٢) ونقل هذه النسخة ، ونقله العلامة المجلسى عن بعض النسخ القديمة فى مرآة العقول(٣) .

والاستقصاء فى الحقّ : البلوغ إلى الغاية فى المطالبة ، والدقة التامة فيه إلى حدّ النهاية ، ومن المعلوم أنّ ذلک قد يؤدى إلى الهتک والظلم فيكون حراماً ، فالمعتبرة على كلا النسختين صارت من أدلة جواز الغيبة فى فرض التظلم ، ولا تدلّ على ما نحن فيه من جواز الغيبة فى ترک الأُولى .

والظاهر - واللّه العالم - أنّ نسخة الاستقصاء بالصاد المهملة هى الصحيحة ، لما ورد فى صحيحة حماد بن عثمان المروية فى معانى الأخبار(٤) بالصاد المهملة . وهكذا نقلت الرواية فى تفسير على بن إبراهيم القمى(٥) وتفسير العياشى عن حماد بن عثمان(٦) وعن محمد بن

١- (٢) التهذيب ٦ / ١٩٤ ح ٥٠ .

٢- (٣) الوافى ١٨ / ٨٠١ .

٣- (٤) مرآة العقول ١٩ / ٥٤ .

٤- (٥) معانى الأخبار / ٢٤٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٤٩ ح ٣ .

٥- (٦) تفسير القمى ١ / ٣٦٣ .

٦- (٧) تفسير العياشى ٢ / ٣٨٨ ح ٣٩ .

عيسى(١) والسرائر لابن إدريس الحلى(٢) ومشكاة الأنوار لسبط الطبرسى(٣) .

ومنها : مرسلة العياشى عن الفضل بن أبى قُرّة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه تعالى : «لاَّ يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوْءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلاَّ مَن ظُلِمَ»(٤) ، قال : من أضاف قوماً فأساء ضيافتهم فهو ممّن ظلم ، فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه(٥) .

الظاهر أنّ المراد من إساءة الضيافة هو الهتك والإهانة اللذان يعدان من الظلم ، وإلاّ لم يصح تطبيق الآية الشريفة عليها . وعلى هذا فالرواية من أدلة جواز الغيبة فى التظلم ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

ونظيرها فى الدلالة والسند الرواية الآتية :

ومنها : مرسلة الطبرسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى ذيل الآية الشريفة : إنّه الضيف ينزل بالرجل فلا يُحسِنُ ضيافَتَه ، فلا جُناح عليه فى أنْ يذكره بسوء ما فعله(٦) .

وبالجملة ، حيث لم يدل دليل على جواز الغيبة فى ترك الأُولى واستثناؤه عن حرمة الغيبة ، فتبقى على حرمتها الأُولى ، واللّه سبحانه هو العالم .

الثالث : نُصح المستشير

قد استدلوا على جواز الغيبة فى نصح المستشير بعدّة من الروايات :

منها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال له : جئتُك مستشيراً ، إنّ الحسن والحسين وعبد اللّه بن جعفر خطبوا إلىّ ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : المستشار مؤتمن ، أمّا الحسن فإنّه مِطْلاق للنساء ، ولكن زوّجها

١- (٨) تفسير العياشى ٢ / ٣٨٨ ح ٤٠ .

٢- (٩) السرائر ٣ / ٥٧١ .

٣- (١٠) مشكاة الأنوار ١ / ٢٣١ ح ٤٩٢ طبع مؤسسة آل البيت ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٤٠٥ ح ١ .

٤- (١) سورة النساء / ١٤٨ .

٥- (٢) تفسير العياشى ١ / ٤٥٣ ح ٢٩٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٦ .

٦- (٣) مجمع البيان ٣ / ٢٠١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٠ ح ٧ .

الحسين فإنّه خير لابنتک(١) .

ومنها : خبر عمر بن يزيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأى سلبه اللّه عزّ وجلّ رأيه(٢) .

ومنها : خبر عبد اللّه بن سليمان النوفلى عن الصادق عليه السلام أنّه كتب إلى عبد اللّه

النجاشى : أخبرنى يا عبد اللّه ، أبى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى الطالب عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، أنّه قال : من استشاره أخوه المؤمن ، فلم يمحضه النصيحة سلبه اللّه لبّه(٣) .

ومنها : خبر عباية قال : كتب على عليه السلام إلى محمد - وإلى أهل مصر - وذكر الكتاب إلى أن قال : وانصح لمن استشارک(٤) .

ومنها : مرسلة الأحسائى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال لفاطمة بنت قيس حين شاورتْه فى خُطّابها : أمّا معاوية فرجلٌ صُعْلُوک لامال له ، وأما أبوجهم فلا يضع العصا عن عاتقه(٥) .

الرواية عامية رويت فى مسلم ٢ / ١١١٤ الباب ٦ من كتاب الطلاق وسنن أبى داود ١ / ٥٣٢ وسنن الترمذى ٣ / ٤٤٠ وكنز العمال ٣ / ٤١١ ، ورواها الشهيد الثانى فى كشف الريبة / ٥١ . الصُعْلُوك : الفقير .

الروايات بلغت إلى حدِّ الاستفاضة ، وفيها الصحيحة الدالة على وجوب نصح المستشير ، فإذا تزاحم مع حرمة الغيبة يقدّم نصح المستشير . بل لو لم نقل فى جميع الموارد يصح أن نقول فى أكثر موارد أن النصح للمستشير يلازم الغيبة ، فإذا وجب نصحه ارتفعت حرمة الغيبة ، لعدم إمكان الجمع بينهما . وقد أفتى جماعة من الأصحاب بل المشهور على طبقها . فليس لنا بدّ إلاّ موافقتهم .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٣ ح ١ . الباب ٢٣ من أبواب أحكام العشرة .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٤٤ ح ٢ .

٣- (١) مستدرک الوسائل ٨ / ٣٤٦ ح ١ . الباب ٢٢ من أبواب أحكام العشرة .

٤- (٢) مستدرک الوسائل ٨ / ٣٤٦ ح ٢ .

٥- (٣) عوالى اللآلى ١ / ٤٣٨ ح ١٥٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٥ .

تنبيهٌ : هل يجوز الغيبة فى مطلق النصح أم لا ؟

يُعلم من الروايات المعتبرة المتعددة وجوب مطلق النصح :

منها : صحيحة عيسى بن أبى منصور عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة له فى المشهد والمغيب(١) .

ومنها : صحيحة معاوية بن وهب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة له فى المشهد والمغيب(٢) .

ومنها : صحيحة أبى عبيدة الحذاء عن أبى جعفر عليه السلام قال : يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة(٣) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ أعظم الناس منزلة عند اللّه يوم القيامة أمشاهم فى أرضه بالنصيحة لخلقه(٤) .

ومنها : موثقة سماعة قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : أيّما مؤمن مشى فى حاجة أخيه فلم يناصحه فقد خان اللّه ورسوله(٥) .

ونظيرها موثقة أُخرى له(٦) .

هذه الروايات ونظائرها الكثيرة تدلّ على وجوب نصيحة المؤمن ، فإذا تزاحم النُصح مع حرمة الغيبة يؤخذ بأقواهما مصلحة وملاكاً ، فإذا كان ترك النصح يوجب تلف النفس أو هتك العرض أو فساد الدِّين أو ذهاب المال الكثير ، يقدّم على حرمة الغيبة بلا إشكال ، واللّه العالم .

١- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٨١ ح ١ . الباب ٣٥ من أبواب فعل المعروف .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٨١ ح ٢ .

٣- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٨١ ح ٣ .

٤- (١) وسائل الشعية ١٦ / ٣٨٢ ح ٥ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٨٣ ح ٢ . الباب ٣٦ من أبواب فعل المعروف .

٦- (٣) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٨٤ ح ٦ .

الرابع : الاستفتاء

من موارد جواز الغيبة الاستفتاء ، ولكن إذا توقف على ذكر المغتاب (بالفتح) بأن يقول للمفتى : ظلمنى أبى أو أخى أو فلان فكيف طريقى فى الخلاص .

وإذا أمكن الاستفتاء بغير الغيبة فلا تجوز الغيبة ، ولذا قال المحقق السبزوارى : « والأسلم هاهنا التعريض ، بأن يقول : ما قولك فى رجل ظلمه أبوه أو أخوه ؟ . ثمّ قال بعد الاستدلال بخبر هند : وفى هذا الحكم إشكال إذا كان سبيل إلى التعريض وعدم التصريح»(١) .

وتبع السبزوارىُ الشهيد الثانى فى لزوم التعريض إن أمكن فى كشف الريبة(٢) .

ويمكن الاستدلال على هذا الاستثناء بوجوه :

الأوّل : استمرار طريقة الاستفتاء على ذلك فى طول القرون والأعصار وعند الأجيال فى الأمصار ولم ينفه أحد . وذكر هذا الاستدلال الشيخ جعفر قدس سره فى شرحه على القواعد(٣) ، وتلميذه صاحب الجواهر(٤) .

الثانى : الاستفتاء داخل فى التظلم ورفع الظلم ، فإذا جازت الغيبة فى مقام التظلم جاز الاستفتاء مع الغيبة ، لأنّها من موارد التظلم . وذكر هذا الاستدلال صاحب الجواهر واختاره(٥) .

وأنت ترى بأنّ هذا الاستدلال على نحو الموجبة الجزئية تام لا على نحو الموجبة الكلية .

الثالث : الأدلة الشرعية نقلية كانت أو عقلية بل ضرورة المذهب تدلّ على وجوب تعلّم الأحكام الشرعية التى تكون فى معرض الإبتلاء بها ، فحينئذ إذا توقف ذلك على ترك واجب أو إرتكاب حرام فإنّ العمل على طبق أقوى الملاكين . ومن المعلوم أنّ التعلّم أهم من

١- (٤) الكفاية ١ / ٤٣٦ و ٤٣٧ .

٢- (٥) كشف الريبة / ٥٠ .

٣- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٢٥ .

٤- (٧) الجواهر ٢٢ / ٦٧ .

٥- (١) الجواهر ٢٢ / ٦٧ .

ارتكاب الغيبة ، لأنّ ترک التعلّم ينجر إلى اضمحلال الدين ، وذكر هذا الاستدلال المحقق الخوئى فى مصباحه(١) .

الرابع : عدّة من الروايات الدالة على جواز الاستفتاء لو استلزمت الغيبة :

منها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : جاء رجلٌ إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فقال : إنّ اُمّى لا تدفع يد لامس ، فقال : فاحبسها ، قال : قد فعلت ، قال : فامنع من يدخل عليها ، قال : قد فعلت ، قال : قيّدها ، فإنّک لا تبرُّها بشىءٍ أفضل من أن تمنعها من محارم اللّه عزّ وجلّ(٢) .

بتقريب : أنّ الرجل ذكر اُمّه واستغابها بذكر أنّها زانية ، وسأل عن النبى أنّها هى الزانية ، لأنّه يحتمل الفرق بين وظيفته بالنسبة إلى اُمّه وغيرها ، فالرواية تدلّ على جواز الغيبة فى مقام الاستفتاء إذا توقفت عليها .

وأمّا الإشكال فى دلالتها بأنّ « من المحتمل كون اُمّ السائل كافرة ، ولا أصل يقتضى إسلامها ، ولا يعلم غلبة مسلمى المدينة حين السؤال حتّى يحكم بمقتضى الغلبة باسلامها» كما عن المؤسس الحائرى(٣) غير تام

أولاً : بأنّ هذا الاحتمال خلاف ظاهر الصحيحة ، لاسيما مع ملاحظة التعليل الوارد فى ذيلها .

وثانياً : لا داعى للمسلم فى نهى الكافرة عن الزنا ، لأنّ الداعى إلى إسلامها أقوى من ذلک ، ولو كانت كافرة لابدّ أن يسأل ابنه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم كيف يدعوها إلى الإسلام ثمّ كيف ينهيها عن الزنا ؟ !

وأمّا الإشكال فى دلالتها : فبأنّ الأم على هذه الكيفية الخاصة متجاهرة بالزنا ، فحينئذ تدخل فى الاستثناء الأوّل ، أعنى المتجاهر بالفسق . كما عليه المحققون الإيروانى(٤)

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٥١ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٥٠ ح ١ . الباب ٤٨ من أبواب حد الزنا .

٣- (٤) المكاسب المحرمة / ٢٢٩ لآية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٤- (١) الحاشية على المكاسب ١ / ٢١١ .

والخوئى(١) والأردكانى(٢) غير تام أيضاً ، لأنّ التجاهر بالزنا شىءٌ وعدم دفع يد لامس شىءٌ آخر ، بينهما عموم وخصوص من وجه .

وهكذا الإشكال عليها بأنّ المرأة لم تكن معروفة عند النبى صلى الله عليه و آله وسلم فيجوز غيبتها لعدم معروفيتها كما عن المحقق الخوئى(٣) ، أيضاً لا يتمّ ، لأنّ العلم بعنوان أُمومة الرجل يستلزم التعيين ، وهذا المقدار من التعيين يكفى فى التعريف .

وبالجملة ، الاستدلال بالصحيحة تام عندنا ، فتدلّ على جواز الغيبة فى الاستفتاء ، ولكن لا مطلقاً بل إذا توقف الاستفتاء عليها .

ومنها : مرسلة الأحسائى عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى جواب هند بنت عتبة إمرأة أبى سفيان الماضية(٤) .

وقد مرّ منّا الإشكال فى دلالتها وسندها .

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة زنت وشردت أن يربطها إمام المسلمين بالزوج كما يربط البعير الشارد بالعقال(٥) .

بتقريب : أنّ ثبوت الزنا والشرود - أى النفر والفرار من البيت - عند إمام المسلمين لا يتمّ إلاّ بغيبتها .

وفيه : أن فى سندها ضعف بعبد اللّه بن هلال ، وفى دلالتها أيضاً إشكال لإمكان ثبوتهما بالبيّنة الشرعية الأربعة فى الأوّل والثانية فى الثانى ، وإن كان هذا الثبوت خلاف ظاهرها ، وإلاّ يجب حدّ الزنا عليها .

وبالجملة ، يثبت بالوجوه الأربعة الماضية جواز الغيبة إذا توقف الاستفتاء عليها ، واللّه سبحانه هو العالم .

١- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٥٢ .

٢- (٣) غنية الطالب ١ / ١٥٨ .

٣- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٣٥٢ .

٤- (٥) عوالى اللآلى ١ / ٤٣٨ ح ١٥٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٤ .

٥- (٦) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٤٨ ح ١ . الباب ٤٤ من أبواب حد الزنا .

الخامس : النهى عن المنكر

هل تجوز الغيبة عند النهى عن المنكر إذا توقف عليها ، أم لا ؟ وعلى الأوّل فيجب الوقيعة فى بعض العصاة حتّى يرتدعوا عن معصيتهم كما عن شرح القواعد(١) فحينئذ يجب الغيبة .

ولكن زاد صاحب الجواهر على كلام أُستاده قدس سرهما : « ولكن ينبغى فى هذا أيضاً مراعاة الميزان ، إذ مع فرض كونه من التعارض بين الأدلة فهو من وجه كما هو واضح»(٢) .

وكيف ما كان فقد استدلوا على هذه الاستثناء بوجوه :

الأوّل : الغيبة هنا إحسان فى حقّ فاعل المنكر ، لأنّها وإن اشتملت على إهانته وهتكه ولكن توجب نجاته من المهلكة الأبدية والعذاب الأُخروى .

وفيه : أولاً : الدليل هنا أخص مِن المدعى ، إذ ربّما لا يرتدع المغتاب بالفتح عن فعل المنكر ولم يتركه .

وثانياً : الغيبة محرّمة على المغتاب بالكسر ، ولا يجوز الإحسان بالأمر الحرام ، فهل يتوهم أحدٌ جواز الإحسان بالمال المغصوب أو المسروق ؟ ! وورد فى الآية الشريفة : «إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ»(٣) .

الثانى : عمومات أو إطلاقات أدلة وجوب النهى عن المنكر تشمل المقام فيجب .

وفيه : لا يجوز ردع المنكر بالمنكر لانصراف الأدلة عن ذلك ، وإلاّ جاز ردع الزناة بالزنا بأعراضهم وردع السراق بسرقة أموالهم ، ولم يتفوه به أحدٌ .

نعم ، فى موارد خاصة ثبت جواز دفع المنكر بالمنكر ، نحو جواز شتم المبدع والوقيعة فيه والبهت عليه ، بل وجوبها كما يدلّ عليه صحيحة داود بن سرحان(٤) الماضية فى بحث السبّ وأفتى بها الأصحاب قدس سرهم .

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٦٩ .

٣- (٣) سورة المائدة / ٢٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٦٧ ح ١ . الباب ٣٩ من ابواب الامر والنهى .

الثالث : المغتاب (بالفتح) إذا ترتب تركه المنكر على غيبته رضى بها ، وبعد رضايته فلا حرمة .

وفيه : أولاً : ثبوت رضايته محل تأمل بل منع .

وثانياً : قد سبق فى الفرع الحادى عشر من فروع هذا البحث حرمة غيبة مَنْ رضى بغيبته ، لأنّ رضاه لا يرفع الحرمة التكليفية ، فراجع لتفصيله إلى هذا الفرع .

فحينئذ الأدلة قاصرة عن ثبوت جواز الغيبة إذا توقف عليها النهى عن المنكر . نعم فى موارد خاصة تجوز الغيبة ، وهى الموارد التى نعلم من الخارج بأنّ الردع عن المنكر وجب بأىِّ طريق كان ومِنْ أىّ شخص وقع ، وهذا لم يتفق إلاّ إذا كان المنكر من الأُمور الخطيرة ، نحو : قتل النفوس ، وهتك الأعراض المحترمة ، وأخذ الأموال الخطيرة وغيرها . ولعلّ هذا البيان هو مراد صاحب الجواهر فيما نقلناه عنه فى أول هذا البحث ، واللّه العالم .

السادس : ذكر المبتدعة

تجوز غيبة المبدع فى الدين الذى يخشى من إضلاله للناس ، ويجوز ذكرهم بالسوء وتصانيفهم ومناقضتهم حذراً من ميل نفوس الناس إليهم وظهور فسادهم فى العباد .

ذكر هذا الاستثناء جماعة من الأصحاب ، منهم : الشهيد(١) وثانيه(٢) والسبزوارى(٣) والمحدث البحرانى قال : « ومنهم الصوفية»(٤) والشيخ جعفر(٥) وتلميذاه السيد العاملى(٦) والشيخ النجفى(٧) والشيخ الأعظم(٨) والسيد على آل بحر العلوم(٩) قدس سرهم .

١- (١) القواعد والفوائد ٢ / ١٥١ و ١٤٧ قاعدة ٢٠٦ .

٢- (٢) كشف الريبة / ٥٠ ضمن : الرابع : تحذير المسلم من الوقوع فى الخطر والشرّ .

٣- (٣) الكفاية ١ / ٤٣٧ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٦٤ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٢٨ .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٦٨ .

٨- (٨) المكاسب المحرمة / ٤٥ - (١ / ٣٥٣) .

٩- (٩) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٢ .

وتدلّ عليه صحيحة داود بن سرحان(١) وخبر أبى البخترى(٢) الماضيتان ، ومرفوعة محمد بن جمهور العمى قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا ظهرت البدع فى أُمتى فليظهر العالم

علمه ، فمن لم يفعل فعليه لعنة اللّه(٣) .

ومرسلة السبزوارى صاحب الكفاية حيث يقول : وفى الخبر : من كمال الدين الوقوع فى أهل الريبة(٤) .

ومرسلة السيد فضل اللّه الراوندى فى نوادره(٥) الماضية .

وغيرها من الروايات المذكورة فى مستدرک الوسائل ١٢ / (٣٢٤ - ٣١٧) . الباب ٣٧ من أبواب الأمر والنهى وما يناسبها .

فلابدّ من الأخذ بها والإفتاء على طبقها واللّه العالم .

السابع : جرح الشهود والرواة

قد اتفق الأصحاب قدس سرهم على جواز اغتياب الرواة بجرحهم وتضعيفهم حفظاً للدين ، صيانةً للشريعة ، ومن ثَمَّ وضع العلماء الكتب الرجالية وقسّموا الرواة إلى الثقات والمجروحين ، وذكروا أسباب جرحهم غالباً من كون الروای كذّاباً أو وضّاعاً للحديث ، وعلى ذلک جرت عادة السلف الصالح ولم ينكر عليهم أحدٌ . وبذلک يُعرف ترجيح الرواية بعدالة الراوی وخلافها ، وأعدليته وخلافها وإلاّ لانسد باب التعادل والترجيح الذی هو من أعظم أبواب الإجتهاد .

وقد ورد عن الأئمة عليهم السلام ذم بعض الرواة من الكذّابين والغالّين وغيرهما من الفرق المنحرفة .

وقد اتفقوا على جواز اغتياب الشهود وجرحهم وإظهار فسقهم بل إقامة البيّنة على ذلک صوناً لأموال الناس وأعراضهم وأنفسهم وحقوقهم ، وعلى ذلک ديدن الفقهاء والحكّام

١- (١٠) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٦٧ ح ١ .

٢- (١١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٥ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٦٩ ح ١ .

٤- (٢) الكفاية ١ / ٤٣٧ .

٥- (٣) النوادر / ١٣٣ ح ١٧١ ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٨ ح ٢ .

على الناس والقضاة فی الأعصار والأمصار .

قد صرح بهذه الاستثناء أصحاب كشف الريبة(١) والكفاية(٢) والحدائق(٣) وشرح القواعد(٤) ومفتاح الكرامة(٥) والمستند(٦) والجواهر(٧) والمكاسب المحرمة(٨) وقال فيها :

« الإجماع دل على جوازه» وبرهان الفقه(٩) .

الثامن : دفع الضرر عن المغتاب (بالفتح)

يجوز الاغتياب لدفع الضرر عن المغتاب بالفتح فى دم أو عرض أو مال أو ضرر ، فحينئذٍ غيبته جائزة لدفع الأُمور المذكورة عنه ، وقد رضى المغتاب (بالفتح) بذلک ، ولأنّ دفع الضرر عنه أهم فى الشريعة المقدسة مِنْ ستر ما فيه من العيوب .

وقد استدلوا على ذلک بما ورد عن الأئمة عليهم السلام فى الطعن فى بعض الثقات من الرواة ومشايخهم وفقهائهم حفظاً لهم وصيانة عليهم ، ويشهد عليه صحيحة عبد اللّه بن زرارة المروية فى رجال الكشى عن الصادق عليه السلام أنّه قال له : إقرأ منّى على والدک السلام وقل له : إنّى إنّما أعيبک دفاعاً منّى عنک ، الحديث(١٠) .

ونحوها ممّا ورد فى طعن الهشامَيْن ابنى الحكم(١١) وسالم(١٢) وغيرهم من ثقات الرواة .

١- (٤) كشف الريبة / ٥١ .

٢- (٥) الكفاية ١ / ٤٣٨ .

٣- (٦) الحدائق ١٨ / ١٦٥ .

٤- (٧) شرح القواعد ١ / ٢٢٦ .

٥- (٨) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٨ .

٦- (٩) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٨ .

٧- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٦٨ .

٨- (١١) المكاسب المحرمة / ٤٥ الطبع الحجرى - (١ / ٣٥٤) .

٩- (١) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٢ الطبع الحجرى .

١٠- (٢) اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشى / ١٣٨ الرقم ٢٢١ .

١١- (٣) اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشى / ٢٧٨ الرقم ٤٩٦ و ٤٩٧ و ٤٩٨ و ٤٩٩ .

١٢- (٤) اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشى / ٢٨٤ الرقم ٥٠٣ .

فإن شئت راجع رجال الكشى .

ولكن يمكن أن يناقش فى دلالتها : بأنه ليس فيهم عيب دينىٌ أو غير دينىٌ ليكون ذكره غيبة ، فمقالة الإمام عليه السلام فى حقِّهم ليس من الغيبة ، بل ذمّهم الإمامُ عليه السلام وتبرأ منهم لحفظ دمائهم ودفع الأخطار عنهم . فقدح الإمام عليه السلام فى أمثالهم يدلّ على رفعة شأنهم وعظم مقامهم عنده ، بحيث لا يرضى عليه السلام بضررهم وخوفهم والتعرض عليهم من جانب الأعداء والظالمين .

اللهم إلاّ أن يقال : إنّ الروايات تدلّ على جواز التهمة والبهتان عليهم لوجود المصلحة وهى حفظهم من شر الأعداء والظالمين ، فإذا جاز الإفتراء والبُهت عليهم بطريق أُولى جاز اغتيابهم .

ومع ذلک كلّه هذا الاستثناء تام . ولعلّ أوّل مَنْ نبّه عليه صاحب الحدائق(١) ثمّ تبعه

أصحابنا منهم : الشيخ جعفر(٢) وتلميذاه(٣) والشيخ الأعظم(٤) والسيد على آل بحر العلوم(٥) وغيرهم . قدس اللّه أسرارهم .

التاسع : من ادّعى نسباً ليس له

يجوز اغتياب مَنْ ادعى نسباً ليس له إذا ترتب عليه أثر شرعى من المواريث والنفقات والأنكحة وغيرها لئلا تختل هذه الأُمور ، وأمّا إذا لم يترتب على الدعوى أثر شرعىٌ بل ادعاه لصيانة نفسه أو عرضه أو ماله من الظالم فلا تجوز الغيبة بردّ هذه الدعوى .

العاشر : القدح فی مقالة باطلة

یجوز القدح فی مقالة باطلة ولو استلزم ذلک غیبة القائل ، لأنّ حفظ الحقِّ أُولی من احترام القائل . ومن هنا ظهر بأنَّ ذکر المناقشات العلمیّة وطرح آراء أصحاب النظر والردَّ علیهم فی جمیع العلوم الدینیّة والدنیویّة یجوز ولم یدخل فی حرمة الإغتیاب ، واللّه العالم .

ص:٤١٥

١- (٥) الحدائق ١٨ / ١٦٧ .

٢- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢٧ .

٣- (٢) مفتاح الکرامة ١٢ / ٢١٨ ، والجواهر ٢٢ / ٦٨ .

٤- (٣) المکاسب المحرمة / ٤٥ الطبع الحجری - (١ / ٣٥٤) .

٥- (٤) برهان الفقه . کتاب التجارة / ٢٢ الطبع الحجری .

الحادی عشر : تفضیل أرباب الفنون والعلماء

یجوز تفضیل بعض الصنّاع وأرباب الفنون والعلماء بعضهم علی البعض وإن استلزم انتقاص الآخر ، لتوقف الفرض الأهم علیه ، وعلی هذا دیدن الأصحاب فی تعیین الأعلم والمرجع .

الثانی عشر : ذکر العیب ثمّ تعقیبه بما یدلّ رفعه

یجوز ذکر المعایب والمناقص لشخص ثمّ تعقیبها بما یدلّ علی رفعها ورجوعه عنها وعود کماله ، کالنقل عن الحرِّ وأضرابه ، ولکن بشرط أن یکون هذا النقل موعظة لغیره ، وأمّا إذا کان موجباً لهتک المنقول فقط فالحرمة باقیّة بلا ریب .

الثالث عشر : ذکر عیوب المرأة

يجوز ذكر عيوب المرأة فى النكاح لئلا يترتب عليه التدليس ، وكذا ذكر عيوب المملوك لإسقاط الخيار .

الرابع عشر : ذكر التابع والقريب تأديباً لهم

يجوز ذكر عيوب أولاده وعياله وأتباعه الملحقين به تأديباً لهم وخوفاً عليهم من الوقوع فيما هو أعظم منه ، لأنّ الحكمة والمصلحة والسيرة تقتضى ذلك .

وغير ذلك من الموارد التى ذكروها بعنوان الاستثناء ، فقد ذكر الشيخ جعفر قدس سره فى شرحه على القواعد(١) سبعاً وعشرين مورداً . فراجعه إن شئت وإن كان بعض الموارد يخرج عن الغيبة موضوعاً لا حكماً .

وبالجملة ، فى كلِّ مورد كان للغيبة غرض صحيح يرجع إلى المغتاب بالكسر أو الفتح أو غيرهما ، وكان ذلك الغرض والمصلحة أهم من احترام المؤمن والستر عليه ، يؤخذ به ويحكم بجواز الغيبة فى ذلك المورد الخاص ، ولذا قال المحقق الثانى فى بحث الغيبة : « فأما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم ، كنصيحة المستشير والتظلم وسماعه و ... »(٢) .

١- (١) شرح القواعد ١ / (٢٣١ - ٢٢٣) .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

فالمدار فى جواز الغيبة وجود مصلحة وغرض أهم من مصلحة حرمة المؤمن والستر عليه ، وعلى هذا النهج يمشى فى جميع موارد التزاحم فى الواجبات والمحرّمات ، سواء كانت مِنْ حقوق اللّه تعالى أم مِنْ حقوق الناس . وهذه قاعدة مهمّة لا تحصى ثمراتها فى الفقه فاغتنمها ، واللّه سبحانه

هو العالم . وهذا تمام الكلام فى المقام الرابع من البحث وهو مستثنيات الغيبة والحمد للّه أولاً وآخراً .

المقام الخامس : تضاعف عقاب المغتاب (بالكسر)

قد يتضاعف عقاب المغتاب بالكسر إذا كان ممّن يمدح المغتاب بالفتح فى حضوره ، لأنّه حينئذ يدخل فى كون الإنسان ذا لسانين ويُسمى منافقاً ويترتب عليه عقابه ، ويترتب عليه عقاب الغيبة أيضاً ، وربّما يترتب عليه عقاباً ثالثاً وهو عقاب الكذب إذا مدحه فى حضوره بما ليس فيه . وهذا واضح لا ريب فيه .

ولكن العمدة فى المقام أدلة حرمة كون الإنسان ذا لسانين ، أعنى لسان ذمٍّ فى الغياب ولسان مدح فى الحضور . وأمّا هذا المدح إن لم يكن فى الممدوح فصار كذباً ، وإنْ كان فيه إذا كان مسبوقاً أو ملحوقاً بالذمِّ يدخل المادح فى ذى لسانين ويترتب عليه حرمته وعقابه ، وتدلّ على حرمته عدّة من الروايات المستفيضة :

منها : موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : قال

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : يجىء يوم القيامة ذو الوجهين دالعاً لسانه فى قفاه وآخر من قدّامه ، يلتهبان ناراً حتّى يلهبا جسده ، ثمّ يقال له : هذا الذى كان فى الدنيا ذا وجهين ولسانين ، يُعرف بذلک يوم القيامة(١) .

دلع لسانه : أى أخرجه من فمه .

ومنها : خبر ابن أبى يعفور عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : مَنْ لقى المسلمين بوجهين ولسانين جاء يوم القيامة وله لسانان من نار(٢) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٨ ح ٥ . الباب ١٤٣ من أبواب أحكام العشرة .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٦ ح ١ .

ومنها : خبر الزهرى عن أبى جعفر عليه السلام قال : بئس العبد يكون ذا وجهين وذا لسانين ، يطرى أخاه شاهداً ويأكله غائباً ، إن أُعطى حسده ، وإن ابتلى خذله(١) .

وللعلامة المجلسى توضيح فى شرح هذين الحديثين فراجع إن شئت مرآة العقول ٣٥٣/١٠ .

ومنها : خبر أبى هريرة قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ شر الناس عند اللّه يوم القيامة ذو الوجهين(٢) .

ومنها : خبر الصدوق بسنده المتصل إلى آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة وفيها : ... ومَنْ كان ذا وجهين وذا لسانين كان ذا وجيهن وذا لسانين يوم القيامة ، الحديث(٣) .

والروايات فى تحريم كون الإنسان ذا لسانين وذا وجهين فوق حدِّ الاستفاضة بل يمكن إدعاء تواترها إجمالاً ، فراجع فى هذا المجال إن شئت الكافى ٢ / ٣٤٣ والوافى ٥ / ٩٣٧ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٠٢ ووسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٦ ومستدرک الوسائل ٩ / ٦٩ وجامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٧٦ (من الطبعة الحديثة) وكتابنا موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٧٤ .

ثمّ إنّ النسبة بين الغيبة وبين ذى اللسانين هى العموم من وجه ، فإنّه قد توجد الغيبة ولا يوجد ذو اللسانين ، وقد يوجد ذو اللسانين ولا توجد الغيبة ، كأن يمدح المقول فيه حضوراً ويذمّه بالسب والفحش والبهتان غياباً ، وقد يجتمعان كما هو واضح .

فائدة : النسبة بين الغيبة والبهتان هى التباين ، لأنّه قد ذكرنا فى تعريف الغيبة أنّها

كشف ما ستره اللّه على الأخ المؤمن ، وأمّا البهتان فكما سبق فى بعض الأخبار نحو معتبرة عبد الرحمن بن سيابة(٤) وصحيحة يحيى بن عبد الرحمن الأزرق الأنصارى(٥) « ذكرك أخاك بما ليس فيه » ، فهما متباينان مصداقاً ومفهوماً .

١- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٧ ح ٢ .
٢- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٩ ح ٦ .
٣- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٩ ح ٨ .
٤- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .
٥- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٣ .

فعليه ما ورد فى خبر علقمة بن محمد عن الصادق عليه السلام من قوله : ومن اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العصمة بينهما وكان المغتاب فى النار خالداً فيها وبئس المصير(١) .

مع ضعف أسنادها يحمل على ضرب من التجوز والمسامحة .

نعم ، بناءً على مقالة بعض الأصحاب - ولعلّه هو المشهور - من أنّ الغيبة ذكرك أخاك بما يكرهه فيمكن اجتماع الغيبة والبهتان فى بعض الموارد ، فصارت النسبة بينهما عموماً وخصوصاً من الوجه .

والظاهر أن عقاب التهمة والبهتان أشد من عقاب الغيبة ، لاشتمالهما على الفرية والهتک معاً .

هذا تمام الكلام فى بحث الغيبة ، ثم إنّ الشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره فى خاتمة هذا المبحث تعرض لحقوق الإخوان فإنّا نتبع أثره ، فنقول :

١- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٥ ح ٢٠ .

خاتمة : حقوق الإخوان

اشارة

قبل أن أذكر لک حقوقهم يحسن تعريف الأُخوّة ، فقد قال اللّه تعالى : «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ»(١) وقد وردت فى الروايات المستفيضة بأنّ المؤمن أخو المؤمن(٢) ، والمراد بها هو الإشتراک فى الإنتساب إلى أبٍ واحدٍ روحانى ، وهو صاحب الشريعة المقدسة صلى الله عليه و آله وسلم كما نبّه عليه المحقق الإيروانى(٣) . بل هو مع صاحب الولاية وهو أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام وأحد عشر من أُولاده المعصومين عليهم السلام ، كما ورد فى الحديث الصحيح عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : « أنا وعلىٌّ أبوا هذه الأُمّة»(٤) .

فعلى هذا جميع المؤمنين يكونون إخوة .

وأمّا حقوقهم :

قد وردت فى عدّة من الروايات :

منها : رسالة الحقوق للإمام زين العابدين على بن الحسين السجاد عليه السلام المذكورة مرسلاً فى تحف العقول(٥) المشتملة على خمسين حقّاً ، ورواها الصدوق مع اختلاف بسند

١- (١) سورة الحجرات / ١٠ .

٢- (٢) راجع كتابى ألف حديث فى المؤمن / الحديث ١٧٨ و ١٧٩ و ١٨٢ و ٩٦٣ .

٣- (٣) الحاشية على المكاسب ١ / ٢١٦ .

٤- (٤) رواها الصدوق بسنده الموثق فى ثلاثة من كتبه : عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٨٥ ح ٢٩ ومعانى الأخبار / ٥٢ ح ٣ وعلل الشرائع ١ / ١٢٧ ح ٢ ، وبسنده فى أماليه . المجلس الرابع ح ٦ / ٦٥ الرقم ٣٠ ، ورواها أيضاً بسند صحيح ابن شاذان القمى أستاد الكراجكى فى مائة منقبة (المناقب) / ٤٦ المنقبة الثانية والعشرون - ورواها أيضاً السروى فى المناقب ٢ / ٣٠٠ وغيرهم فى غيرها .

٥- (٥) تحف العقول / (٢٧٢ - ٢٥٥) .

ضعيف فى الخصال(١) ، ورواها مختصراً بسند حَسَنٍ فى الفقيه(٢) .

ولكن لهذه الرسالة الشريفة سنداً صحيحاً ذكره النجاشى فى ترجمة أبى حمزة الثمالى ، قال : « وله رسالة الحقوق عن على بن الحسين عليهماالسلام أخبرنا أحمد بن على قال : حدثنا الحسن بن حمزة قال : حدثنا على بن ابراهيم عن أبيه عن محمد بن الفضيل عن أبى حمزة عن على بن

الحسين عليه السلام »(٣) .

فعلى ما ذكرنا صارت رسالة الحقوق صحيحة الإسناد ، ونبّه على تصحيح سندها المحدث النورى(٤) قدس سره ، وحيث كانت مفصلة فعليك بمراجعتها .

ومنها : صحيحة مرازم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ما عُبد اللّه بشيءٍ أفضل من أداء حقّ المؤمن(٥) .

والرواية تدلّ على أنّ أداء حقوق المؤمن من المستحباب الأكيدة التى لها ثواب عظيم .

ومنها : صحيحة أبى المَغْراء حميد بن المثنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يخونه ، ويحقّ على المسلمين الاجتهاد فى التواصل والتعاون على التعاطف ، والمواساة لأهل الحاجة ، وتعاطف بعضهم على بعض حتّى تكونوا كما أمركم اللّه عزّ وجلّ رحماء بينكم متراحمين مغتمّين لما غاب عنكم من أمرهم على ما مضى عليه معشر الأنصار على عهد رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم (٦) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة إبراهيم بن عمر اليمانى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : حقّ المسلم على المسلم : أن لا يشبع ويجوع أخوه ، ولا يروى ويعطش أخوه ، ولا يكتسى ويعرى أخوه ، فما أعظم حقّ المسلم على أخيه المسلم . وقال : أحبّ لأخيک المسلم ما تحبّ لنفسک ،

١- (٦) الخصال ٢ / (٥٧٠ - ٥٦٤) .

٢- (٧) الفقيه ٢ / (٦٢٦ - ٦١٨) الرقم ٣٢١٤ .

٣- (١) رجال النجاشى / ٨٤ من الطبعة الحجرية (١١٥ الرقم ٢٩٦ من طبعة جماعة المدرسين) .

٤- (٢) مستدرک الوسائل ١١ / ١٦٩ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٣ ح ١ . الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٣ ح ٢ .

وإن احتجت فسله ، وإن سألک فأعطه ، لا تملّه خيراً ، ولا يملّه لک ، كن له ظهراً فإنّه لک ظهرٌ ، إذا غاب فاحفظه فى غيبته ، وإذا شهد فزره وأجلّه وأكرمه فإنّه منک وأنت منه ، وإن كان عليک عاتباً فلا تفارقه حتّى تسلّ سخيمته ، وإن أصابه خير فاحمد اللّه ، وإن ابتلى فاعضده ، وإن تمحّل له(١) فأعنه ، وإذا قال الرجل لأخيه : « أُف » انقطع ما بينهما من الولاية ، وإذا قال له : « أنت عدوّى » كفر أحدهما ، فإذا اتّهمه إنماث الإيمان فى قلبه كما ينماث(٢) الملح فى الماء . وقال : بلغنى أنّه قال :

إنّ المؤمن ليزهر نوره لأهل السماء كما تزهر نجوم السماء لأهل الأرض . وقال : إنّ المؤمن وليُّ اللّه يعينه ويصنع له ، ولا يقول عليه إلاّ الحقّ ولا يخاف غيره(٣) .

قال الفيض : « ولعلّ المراد بقوله لا تمله خيراً ولا يمل لک : لا تسأمه مِنْ جهة إكثارک الخير له ولا يسأم هو من جهة إكثاره الخير لک ، يقال : مللته ومللت منه : إذا سأمه . والسّلُّ : انتزاعک الشيء وإخراجه في رفق كالإسلال . والسخيمة : الحقد . تمحل له : أي كيد ، يقال رجل محلّ أي ذو كيد ، ومحلّ بفلان : إذا سعى به إلى السلطان ، والمِحال بالكسر : الكيد»(٤) .

ومنها : موثقة علي بن عقبة عن أبي عبد اللّه عليه السلام قال : للمسلم على المسلم من الحقِّ أن يسلّم عليه إذا لقيه ، ويعوده إذا مرض ، وينصح له إذا غاب ، ويسمّته إذا عطس ، ويجيبه إذا دعاه ، ويتبعه إذا مات(٥) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : للمؤمن على المؤمن سبعة حقوق واجبة من اللّه عزّ وجلّ : الإجلال له في غيبته ، والودّ له في صدره ، والمواساة له في ماله ، وأن يحرم غيبته ، وأن يعوده في مرضه ، وأن يشيّع جنازته ، وأن لا يقول فيه بعد موته إلاّ خيراً(٦) .

١- (٥) تمحّل له : كيد .

٢- (٦) ينماث : يذاب .

٣- (٧) الكافي ٢ / ١٧٠ ح ٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٦ ح ٨ .

٤- (١) الوافي ٥ / ٥٦٠ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٠ ح ٩ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٨ ح ١٣ .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن مسكان عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال : أحبّ أخاک المسلم وأحبّ له ما تحبّ لنفسک ، واکره له ما تکره لنفسک ، إذا احتجت فسله وإذا سألک فاعطه ، ولا تدّخر عنه خيراً فإنّه لا يدّخر عنک ، کن له ظهراً فإنّه لک ظهر ، إن غاب فاحفظه فى غيبته ، وإن شهد فزره وأجلّه وأکرمه ، فإنّه منک وأنت منه ، وإن کان عليک عاتباً فلا تفارقه حتّى تسلّ سخيمته وما فى نفسه ، فإذا أصابه خير فاحمد اللّه ، وإن ابتلى فاعضده وتمحّل له(١) .

السخيمة : الضغينة ، يقال : سللتُ سخيمتَهُ باللطف والترضى ، جمعها سَخَائِم .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أمرهم بسبع ونهاهم عن سبع : أمرهم بعيادة المرضى واتّباع الجنائز وإبرار القسم وتسميت العاطس ونصر المظلوم وإفشاء السلام وإجابة الداعى ، ونهاهم عن التختم بالذهب والشرب فى آنية الذهب والفضة وعن المياثر(٢) الحمر وعن لباس الإستبرق والحرير والقَزّ والأُرجوان(٣) .

ومنها : صحيحة عيسى بن أبى منصور قال : کنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام أنا وابن أبى يعفور وعبد اللّه بن طلحة ، فقال ابتداءً منه : يا ابن أبى يعفور ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ست خصال مَنْ کنَّ فيه کان بين يدى اللّه تعالى وعن يمين اللّه تعالى . فقال ابن أبى يعفور : وما هى جعلت فداک ؟ قال : يحبّ المرء المسلم لأخيه ما يحبّ لأعزّ أهله عليه ، ويکره المرء المسلم لأخيه ما يکره لأعزّ أهله عليه ، ويناصحه الولاية . فبکى ابن أبى يعفور وقال : کيف يناصحه الولاية ؟ قال : يا ابن أبى يعفور ، إذا کان منه بتلک المنزلة بثّه همّه ، ففرح لفرحه إن هو فرح وحزن لحزنه إن هو حَزِن ، وإن کان عنده ما يفرّج عنه فرّج عنه وإلاّ دعا اللّه له . قال : ثمّ قال أبو عبد اللّه عليه السلام : ثلاث لکم وثلاث لنا : أن تعرفوا فضلنا وأن تطأوا عقبنا وأن تنتظروا عاقبتنا ، فمن کان هکذا کان بين يدى اللّه تعالى ، فيستضىء بنورهم من هو أسفل منهم . وأمّا

١- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢١٠ ح ١٩ .
٢- (٥) المياثر : جمع ميثرة ، وهى ما يوضع على ظهر الفرس ليحول بين الفارس وظهر الفرس . والمياثر الحمراء من مراكب العجم ، وهى من ديباج أو حرير . (الصحاح ٢ / ٨٤٤) .
٣- (٦) قرب الإسناد / ٧١ ح ٢٢٨ ونقل عنه صدرها فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢١٣ ح ٢٥ .

الذين عن يمين اللّه فلو أنّهم يراهم مَنْ دونهم لم يهنأهم العيش ممّا يرون مِنْ فضلهم . فقال ابن أبى يعفور : ما لهم لا يرون وهم عن يمين اللّه ؟ فقال : يا ابن أبى يعفور إنّهم محجوبون بنور اللّه ، أما بلغك الحديث أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم كان يقول : إنّ للّه خلقاً عن يمين العرش بين يدى اللّه وعن يمين اللّه تعالى وجوههم أبيض من الثلج وأضوء من الشمس الضاحية ، يسأل السائل ما هؤلاء ؟ فيقال : هؤلاء الذين تحابّوا فى جلال اللّه(١) .

وللفيض بيانٌ بذيل هذا الحديث فراجعه إن شئت . وقال العلامة المجلسى : « ومناصحة الولاية : خلوص المحبّة عن الغش والعمل بمقتضاها ... . الثلاث الأول : الحبّ والكراهة والمناصحة ، وقيل : الفرح والحزن والتفريج ، ولا يخفى بُعده . ثمّ بيّن عليه السلام الثلاث الذى لهم عليهم السلام بقوله :

- أن « تعرفوا فضلنا » أى على سائر الخلق بالإمامة والعصمة ووجوب الطاعة ، ونعمتنا عليكم بالهداية والتعليم والنجاة من النار واللحقوق بالأبرار .

- و« أن تطؤوا عقبنا » أى تتابعونا فى الأقوال والأفعال ولا تخالفونا فى شيءٍ .

- و« أن تنتظروا عاقبتنا » أى ظهور قائمنا وعود الدولة إلينا فى الدنيا ، أو الأعم منها ومن الآخرة كما قال : اللّه تعالى : «وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»(٢)»(٣) .

ومنها : خبر معلى بن خنيس عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت له : ما حقّ المسلم على المسلم ؟ قال : له سبع حقوق واجبات ما منهنّ حقٌ إلاّ وهو عليه واجب ، إنْ ضيّع منها شيئاً خرج من ولاية اللّه وطاعته ولم يكن للّه فيه من نصيب . قلت له : جعلت فداك وما هى ؟ قال : يا معلّى إنّى عليك شفيق أخاف أن تضيّع ولا تحفظ ، وتعلم ولا تعمل . قال : قلت له : لا قوة إلاّ باللّه ، قال :

أيسر حقٍّ منها أن تحبَّ له ما تحبُّ لنفسك وتكره له ما تكره لنفسك .

والحقّ الثانى : أن تجتنب سخطه وتتّبع مرضاته وتطيع أمره .

١- (١) الكافى ٢ / ١٧٢ ح ٩ ونقل عنه فى الوافى ٥ / ٥٦٢ ح ١١ .
٢- (٢) سورة القصص / ٨٣ .
٣- (٣) مرآة العقول ٩ / ٤٢ .

والحقّ الثالث : أن تعينه بنفسك ومالك ولسانك ويدك ورجلك .

والحقّ الرابع : أن تكون عينه ودليله ومرآته .

والحقّ الخامس : [أن] لا تشبع ويجوع ، ولا تروى ويظمأ ، ولا تلبس ويعرى .

والحقّ السادس : أن يكون لک خادمٌ وليس لأخيک خادمٌ فواجب أن تبعث خادمک فيغسل ثيابه ويصنع طعامه ويمهّد فراشه .

والحقّ السابع : أن تبرّ قَسَمه وتجيب دعوته وتعود مريضه وتشهد جنازته ، وإذا علمت أنّ له حاجة تبادر إلى قضائها ولا تلجئه أن يسألكها ولكن تبادره مبادرة ، فإذا فعلت ذلک وصلتْ ولايتک بولايته وولايته بولايتک(١) .

سند الرواية ضعيف بعبد اللّه بن بكير الهَجَرى ، لأنّه مهمل وليس له فى الكتب الأربعة إلاّ هذه الرواية فقط ، ولكن يمكن الحكم باعتباره بسند الشيخ الطوسى فى أماليه . المجلس الرابع ح ٣ / ٩٨ الرقم ١٤٩ ، ورجال سنده كلّهم ثقات إلاّ محمد بن الفيض . وعلى فرض أنّه التَّيْمى تِيْم الرباب حسّنه العلامة المجلسى فى ذكر طريق الصدوق إليه(٢) ، ويروى عنه ابن أبى عمير فى الصحيح(٣) ، فهو من مشايخه وعلى القول بوثاقة مشايخ ابن أبى عمير فهو يدخل فى الثقات .

وعلى ما ذكرنا تدخل الرواية فى الروايات الحسان . والمراد بإبرار قسمه : قبوله .

وتلك عشرة كاملة من الروايات المعتبرة فى حقوق الإخوان وإن شئت أكثر من هذا فراجع الكافى ٢ / ١٦٩ والوافى ٥ / ٥٥٧ وبحار الأنوار ٧١ / ٢٢١ ووسائل الشيعة ٢٠٣/١٢

ومستدرک الوسائل ٩ / ٣٩ وكتابَىَّ موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١ / ١٦٦ وألف حديث فى المؤمن / ١٧٣ .

ثمّ فليعلم : بأن ظهور هذه الروايات فى الاستحباب واضحٌ ، وحيث لا يمكن للمؤمن الإتيان بجميع هذه الحقوق بالنسبة إلى جميع إخوانه المؤمنين ، فيقع التزاحم فى مرحلة

١- (١) الكافى ٢ / ١٦٩ ح ٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٥ ح ٧ .
٢- (٢) الوجيزة / ٢٤٦ الرقم ٣٢٢ .
٣- (٣) الموسوعة الرجالية الميسرة / ٤٤٥ الرقم ٥٧٢٤ ينقله عن الوحيد البهبهانى قدس سره .

الامتثال ، فيؤتى بالأهم فالأهم كما يظهر من المحقق الخوئى(١) وشيخنا الأُستاذ(٢) - مدظله - .

ويمكن أن يقال : بتخصيص هذه الروايات بالمؤمن العارف بهذه الحقوق المؤدّى ، لها وأمّا المؤمن المضيّع لها فلم يرد تأكد استحبابها فى حقّه ، لأنّ التهاتر كما يقع فى الأموال يقع فى الحقوق المستحبة أيضاً ، كما يظهر من الشيخ الأعظم(٣) .

ويمكن أن يُستدل له : بما رواه الرضى مرسلاً عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : مَنْ قضى حَقَّ مَنْ لا يقضى حَقَّهُ فَقَدْ عَبَدَهُ(٤) .

وبالنبوى : لا خير فى صحبة من لا يرى لک من الحقِّ مثل ما ترى له(٥) .

وأمّا استدلال الشيخ الأعظم بما ذكر من الروايات فيتم مع ملاحظة هذه القرينة ، وهى :

للأخ على الأخ حقوق ، فإذا قام بها صدق فى إداء الأُخوة ، فصار صديقاً ويدخل فى عنوان الصداقة ، وأمّا إذا لم يقم لها ولا يصدق فى أدائه فلا يكون صديقاً ويدخل فى الإخوان المكاشرة(٦) ، وورد ذكرهم بأنّ : « ما هؤلاء بإخوة»(٧) أو « ما هذا لک بأخٍ»(٨) ونحوها .

وعلى هذا الأخ الصديق فى أدائه لحقوق الأُخوة هو الذى قام بوظائفها ، على المؤمن أن يؤدى حقوقها . وأمّا الأخ الذى يدعى الأُخوة فقط ولم يقم بوظائفها ، فلم يؤكّد استحباب القيام بحقوقها .

والحاصل ، رحجان القيام بأداء الحقوق بالنسبة إلى الجميع مطلق غير مقيد بقيام

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٦٨ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ٢١٣ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة ١ / ٣٦٦ طبع مجمع الفكر الإسلامى .

٤- (٤) نهج البلاغة . الحكمة ١٦٤ .

٥- (٥) نهج الفصاحة / ٥٢٢ ح ٢٤٩٣ - ونقل عنه بعض أساتيذنا - مدظله - فى رسالته فى الحقوق / ١١١ .

٦- (٦) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ١٣ ح ١ . الباب ٣ من أبواب أحكام العشرة .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦ ح ١ . الباب ١٤ من أبواب أحكام العشرة .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧ ح ٣ .

الآخر ، ولكن عدم قيام الآخر بأداء الحقوق بعد قيام هذا رافع لشدّة الرجحان ولتأكّد رجحانها . كما نبّه عليه المحقق الإيروانى(١) فى الجملة . واللّه سبحانه هو العالم .

إلى هنا إنتهى بحث الحقوق إجمالاً وللتفصيل مقام آخر . والحمد للّه أولاً وآخراً . وقد فرغنا من تدريسه فى النصف من ذى القعدة الحرام عام ١٤٢٥ فى الحوزة العلمية بإصبهان بمدرسة الصدر ، وأنا العبد هادى النجفى مصنف هذا الكتاب الشريف .

١- (١) الحاشية على المكاسب ١ / ٢١٦ .

المجلد ٣

اشارة

سرشناسه : نجفى، هادى، ١٣٤٢ -

عنوان و نام پديدآور : الاراء الفقهيه قسم المكاسب المحرمه/ تاليف هادى النجفى.

مشخصات نشر : اصفهان: مهر قائم، ١٣٨٧.

مشخصات ظاهری : ۳ ج.

شابک : ۰ ۰۰۰۰ ۲ ریال: دوره: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷۷-۷ ؛ ج. ۱: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷٤-٦ ؛ ج. ۲: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۷۵-۲ ؛ ج. ۳: ۹۷۸-۹٦٤-۷۳۳۱-۸۵-۲

وضعیت فهرست نویسی : فاپا/ برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج. ۲ و ۳ (چاپ اول: ۱٤۲۹ق. = ۱۳۸۷).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : کسب و کار حرام

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱٤

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ٤ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۱۲٤٥٤۱۷

ص: ۱

اشارة

ص: ۲

الاراء الفقهيه قسم المكاسب المحرمه

تاليف هادى النجفى

ص: ٣

ص: ٤

تتمة النوع الرابع: الاكتساب بما هو حرام فى نفسه

القِمار

اشارة

يقع الكلام فيه فى مقامات :

المقام الأوّل : ما هو القِمار ؟

قبل الورود فى البحث لابدّ من ملاحظة كلمات اللغويين فى القمار :

قال أحمد بن فارس : « القاف والميم والراء أصلٌ صحيحٌ يدلّ على بياض فى شىءٍ ثمّ يفرّع منه . من ذلک القَمَر : قَمَر السماء ، سمِّى قمراً لبياضه ، وحمارٌ أقمر : أى أبيض ... .

فأمّا قولُهم : قَمَر يَقْمِرُ قَمْرَاً ، والقِمار من المقامرة ، فقال قوم : هو شاذّ عن الأصل الذى ذكرناه ، وقال آخرون : بل هو منه . وذلک أنّ المُقامِرَ يزيد ماله وينْقُص ولا يبقى على حالٍ . وهذا شىءٌ قد سمعناه . واللّه أعلم بصحته . قال ابن دريد : تَقَمَّرَ الرجل : إذا طلب من يقامره ، ويقال : قَمَرْتُ الرجلَ أقْمُره وأقْمِرُه»(١) .

وقال الزمخشرى : « ومن المجاز : تَقَمَّره : خَدَعَه ، ومنه القِمار لأنّه خِدَاع ، تقول : قَامَرْتُهُ فَقَمَرتُه أقْمُرُه : غلبته ... »(٢) .

وقال ابن منظور : « وقامَرَ الرجلَ مُقامَرَةً وقِماراً : راهنه ، وهو التقامر . والقِمارُ : المُقامَرَةُ : وتَقَامَرُوا : لعبوا القِمارَ . وقَميرُكَ : الذى يُقامِرُك عن ابن جنى ، وجمعه أقْمارٌ ، عنه أيضاً وهو شاذٌ كنصير وأنصار ، وقد قَمَره يَقْمِرُه قَمْراً . وفى حديث أبى هريرة : مَنْ قال تَعالَ أُقامِرْكَ فليتصدَّق بقدر ما أراد أن يجعله خَطَراً فى القِمار . الجوهرى : قَمَرْتُ الرجل أقْمِرُه بالكسر ، قَمْرا : إذا لاعبتُهُ فيه فَغَلَبْتُهُ . وقامَرْتُه فَقَمَرْتُه أقْمُرُه ، بالضم ، قَمْراً : إذا فاخرته فيه فغلبته . وتَقَمَّر

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٥ / ٢٦ .

٢- (٢) أساس البلاغة / ٣٧٧ .

الرجلُ : غلب مَنْ يُقامِرُه ... »(١) .

وقال الفيومى : « قَامَرْتُهُ قِمَاراً : مِنْ باب قَاتَلَ ، فَقَمَرْتُهُ قَمْرَاً ، من بابى قَتَل وضَرَبَ ؛ غَلَبْتُهُ فى القِمارِ»(٢) .

وقال الفيروزآبادى : « قامَرَهُ مُقامَرَةً وقِماراً فَقَمَرهُ كنَصَرَهُ وتَقَمَّرَه : راهَنَه فَغَلَبَهُ وهو التَّقامُرُ ، وقَميرُك : مَقامِرُك ، جمعه : أقْمارٌ»(٣) .

وقال الطريحى : « القِمار بالكسر : المقامرة ، وتقامروا : لعبوا بالقمار واللعب بالآلات المعدّة له على اختلاف أنواعها نحو الشطرنج والنرد وغير ذلک ، وأصل القمار : الرهن على اللعب بشيءٍ من هذه الأشياء ، وربّما أطلق على اللعب بالخاتم والجوز وعود»(٤) .

أقول : قد نَطقت كلمات اللغويين على أنّ القمار لابدّ له من رهان ولا يصدق على صِرْفِ اللعب بلا رهان . ولكن هل يصدق القمار على اللعب بالآلات المُعَدِّة له فقط ؟ أو يصدق على اللعب بكلِّ شيءٍ سواءٌ عُدّ للقمار أم لا ولكن مع الرهان ؟ الظاهر هو الأخير ، لأنّ الغلبة فى الرهن يصدق مع كلِّ آلة ، سواء فى ذلک الآلات المعدّة له وغيرها ، نحو : الجوز والبيض والكتاب والخاتم وعود وبعض الظروف ونحوها كما صرح به الطريحى فى مجمع البحرين .

ثمّ هل يُطلق القمار على اللعب بالآلات المعدّة له ولكن مع عدم الرهان ؟ ذهب فى جامع المقاصد على صحة إطلاق القمار مع عدم الرهان وقال : « ربّما أُطلق على اللعب بها مطلقاً»(٥) أى يصدق إطلاق القمار على اللعب بالآلات المعدّة له مطلقاً ، أعنى مع الرهان وبدونه .

وقال فى مفتاح الكرامة : « وظاهر الصحاح والمصباح المنير وكذلک التكملة والذيل أنّه قد يُطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً ، أى مع الرهن ودونه ، وبه صرّح فى جامع

١- (١) لسان العرب ١١ / ٣٠٠ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٥١٥ .

٣- (٣) القاموس / الطبع الحجرى مادة : القمرة . (٢ / ١٢١) .

٤- (٤) مجمع البحرين / الطبع الحجرى مادة : قمر (٣ / ٤٦٣) .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

المقاصد»(١) .

وتبعه صاحب الجواهر(٢) ، وقبلهما قال سيد الرياض فى السبق والرماية من كتابه : « ودعوى صدق القمار والرهانة على بذل العوض غير معلوم الصحة ، مع صدقهما سيما الرهانة بدونه عرفاً وعادة»(٣) .

أقول : قد عرفت أنّ مقوم القمار وجود الرهن ، فمع عدمه لا يصدق القمار ، فلا يتمّ ما ذكره هؤلاء الأعلام قدس سرهم . ويظهر ما ذكرناه من الفاضل النراقى(٤) حيث ذهب إلى جواز اللعب بآلات القمار مع عدم الرهان فى غير الشطرنج والنرد . فهو لا يطلق القمار على اللعب بالآلة بدون الرهن ، فلذا حكم بالجواز فى غيرهما . وعدم صحة اطلاق القمار صحيح ، وسيأتى حكم الفرع المذكور فى كلامه قدس سره فيما بعد إن شاء اللّه تعالى .

ووافقنا على ذلك الشيخ الأعظم حيث يقول فى حكم اللعب بآلات القمار من دون رهن : « فى صدق القمار عليه نظر لما عرفت ... »(٥) .

ووافقنا أيضاً المحقق الخمينى فى الأخير فقط ، حيث يقول : « ولا يبعد عدم صدقهما (أى صدق القمار والميسر) على اللعب بالآلات بلا رهان ، كما تشهد به كلمات كثير من اللغويين كصاحب القاموس والمجمع والمنجد ومنتهى الأرب ومحكى لسان العرب ، فإنّها طفحت بقيد الرهان»(٦) .

والمحقق الخوئى وافقنا فى المسألتين ، حيث يقول : « إنّ المستفاد من كلمات أهل العرف واللغة أنّ القمار وكذلك الميسر موضوع للعب بأىّ شىءٍ مع الرهان ويعبّر عنه فى لغة الفرس

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٨٦ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٠٩ .

٣- (٣) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٩ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٦ فما ذكره فى مصباح الفقاهة ١ / ٣٦٩ من وجود عدم الخلاف فى المستند على المسألة الثانية غير تام ونفى الخلاف فيه يرجع إلى المسألة الأولى .

٥- (٥) المكاسب المحرمة ١ / ٣٧٢ .

٦- (٦) المكاسب المحرمة ٢ / ٣ .

بكلمة (برد و باخت) ، وعليه فاللعب بالآلات بدون الرهن خارج عن المطلقات موضوعاً وتخصصاً»(١) .

وقال أيضاً فى حرمة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدّة للقمار : « الثانى : صدق مفهوم القمار عليه بغير عناية وعلاقة ، فقد عرفت أن الظاهر من أهل العرف واللغة أنّ القمار هو الرهن على اللعب بأىّ شىء كان ، وتفسيره باللعب بالآلات المعدّة للقمار دور ظاهر»(٢) .

أقول : يظهر من كلمات أهل اللغة أنّ القمار يصدق إذا كان فى البين رهانٌ ، بلا فرق بين أن يكون بآلات القمار وغيرها . وأمّا إذا لم يكن رهان بين الطرفين فلا يصدق القمار ، سواء كان اللعب بآلات القمار أو غيرها ، ويؤيد ما استفدناه من أهل اللغة إطلاق كلمة « القمار » عند أهل العرف .

المقام الثانى : أدلة حرمة القمار

اشارة

الأدلة الأربعة تدلّ على حرمة القمار :

١ - من الكتاب

الف : قوله تعالى : «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا»(٣) .

الميسر هو القمار ، وقرنه اللّه تعالى بالخمر وحكم فيهما بأنهما أثم كبير . وظهور الآية الشريفة فى الحرمة واضحٌ .

ويدلّ على أنّ الميسر هو القمار خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام قال : سمعته يقول : الميسر هو القمار(٤) .

ورواه العياشى فى تفسيره ٢ / ٧٢ ح ١٨٣ عن الرضا عليه السلام .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٧٢ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٣٧٥ .

٣- (٣) سورة البقرة / ٢١٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٣ . الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به .

وفى تفسير العياشى عن حمدويه عن محمد بن عيسى قال : سمعته يقول : كتب إليه إبراهيم بن عَنْبَسَة - يعنى إلى على بن محمّد عليهماالسلام - إن رأى سيدى ومولاى أن يخبرنى عن قول اللّه تعالى : «يَسْأَلُونَکَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ» الآية ، فما الميسر جعلت فداک ؟ فكتب : كلّ ما قُومر به فهو الميسر ، وكلّ مسكر حرام(١) .

الرواية معتبرة الإسناد .

فى خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لما أنزل اللّه على رسوله صلى الله عليه و آله وسلم «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» قيل : يا رسول اللّه ما الميسر ؟ فقال : كلّ ما تقومر به حتّى الكِعاب(٢) والجوز . قيل : فما الأنصاب ؟ قال : ما ذبحوا لآلهتم . قيل : فما الأزلام ؟ قال : قداحهم التى يستقسمون بها(٣) .

ب : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِى الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ»(٤) .

عُدّ فى الآية الشريفة القمار - وهو الميسر - من الرجس وعمل الشيطان ، ولذا أمر باجتنابه ، وعلّل حرمته بأنّه يوجب العداوة والبغضاء بين المؤمنين ويصدّهم عن ذكر اللّه تعالى وعن الصلاة . فدلالة الآيتين على الحرمة ظاهرة .

روى العياشى فى ذيلها عن ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن الميسر ؟ قال : الثّقل من كل شيءٍ . قال الحسين : والثّقل ما يخرج بين المُتَراهِنَيْن من الدراهم وغيرها(٥) .

رواها الشيخ الحر ، ولكن بدّل الحسين بالخبز والثقل بالتفل ، ولكن الصحيح كما فى

١- (١) تفسير العياشى ١ / ٢١٨ ح ٣١٤ .

٢- (٢) الكعاب : جمع الكَعْب : يقال للعظم الذى يلعب به .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٤ .

٤- (٤) سورة المائدة / ٩١ و ٩٠ .

٥- (٥) تفسير العياشى ٢ / ٧٥ ح ١٨٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٧ ح ١٢ مع اختلاف .

تفسير العياشى « الحسين» ، ولعلّه هو من رواة الخبر قد حُذف بإسقاط السند ، ولعلّ الثّقل الموجود فى تفسير العياشى والتفل الموجود فيالوسائل كلاهما تصحيف الثُّفل - بالثاء المنقوطة بثلاث والفاء - وهو ما سفل من كلّ شيءٍ ، واُطلق هنا مجازاً على ما يخرج بين المتراهنين .

قال الشيخ الطوسى : « الميسر : قال ابن عباس وعبد اللّه بن مسعود والحسن ومجاهد وقتادة وابن سيرين : هو القمار ، وهو الظاهر فى رواياتنا »(١) .

بدلّ الطبرسى قوله الأخير ب- « هو المروى عن أئمتنا» وأضاف إليه : « حتّى قالوا : إنّ لعب الصبيان بالجوز هو قمارٌ»(٢) .

وقال فى تفسيره الآخر : « أكَّدَ سبحانه تحريم الخَمر والميسر بوجوه من التأكيد :

منها : أنّه قرنهما بعبادة الأنصاب التى هى الأصنام ، ومنه قوله عليه السلام : شارب الخمر كعابد الوثن .

ومنها : أنّه جعلهما رجساً كما قال : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ»(٣) .

ومنها : أنّه جعلهما من عمل الشيطان .

ومنها : أنّه أمر بالاجتناب .

ومنها : أنّه جعل الاجتناب من الفلاح ، والهاء فى « فاجتنبوه» يعود إلى عمل الشيطان أو إلى مضافٍ محذوفٍ ، كأنّه قيل : إنّما شأن الخمر والميسر أو تعاطى الخمر والميسر ونحو ذلک .

ومنها : أنّه ذكر نتائِجَهما من المفاسد التى هى وقوع التعادى والتباغض بين أصحاب الخمر والقَمْر وما يؤدّيان إليه من الصَّدِّ «عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ» التى هى عماد الدين .

وقوله : «فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ» نهىٌ بليغ ، أى فهل أنتم مع ما تُل-ىَ عليكم من هذه الصوارف منتهون»(٤) .

١- (١) التبيان ٢ / ٢١٢ .

٢- (٢) مجمع البيان ٢ / ٣١٦ .

٣- (٣) سورة الحج / ٣٠ .

٤- (٤) جوامع الجامع ١ / ٣٥١ .

ونحوها فى الكشاف ١ / ٦٧٤ للزمخشرى .

ج : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ»(١) .

الآية الشريفة نهت عن أكل الأموال بالأسباب الباطلة ، ومنها : القمار ، ولذا ورد فى عدّة من الروايات تطبيق السبب الباطل بالقمار :

منها : صحيحة زياد بن عيسى - وهو أبو عبيدة الحذاء(٢) - قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قوله عزّ وجل : «لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» فقال : كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله ، فنهاهم اللّه عزّ وجل عن ذلك(٣) .

روى العياشى مرسلاً عن محمد بن على عن أبى عبد اللّه عليه السلام مثله فى تفسيره ١ / ٣٩٠ ح ١٠٣ مع زيادة .

ومنها : صحيحة محمد بن عيسى قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجل : «لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» قال : ذلك القمار(٤) .

ومنها : ما رواه العياشى فى تفسيره مرسلاً عن أسباط بن سالم قال : كنت عند أبى عبد اللّه عليه السلام فجاءه رجلٌ فقال له : أخبرنى عن قول اللّه : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» قال : عنى بذلك القمار ، الحديث(٥) .

ومنها : ما رواه العياشى مرسلاً عن أسباط قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قول اللّه : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» قال : هو القمار(٦) .

فالآية الشريفة مع هذه التطبيقات فى الروايات المعتبرة تدلّ بوضوح على

١- (١) سورة النساء / ٢٩ .

٢- (٢) كذا فى الكافى الشريف ٥ / ١٢٢ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٤ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٧ ح ١٤ .

٥- (٥) تفسير العياشى ١ / ٣٨٨ ح ٩٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٨ .

٦- (٦) تفسير العياشى ١ / ٣٨٩ ح ١٠٠ .

حرمة القمار .

٢ - من السنة

عدّة من الروايات المعتبرة المستفيضة تدلّ على حرمته مضافاً إلى ما مرّ ذكره فى ذيل الآيات :

منها : صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال : لا تصلح المقامرة ولا النهبة(١) .

ومنها : حسنة عبد الحميد بن سعيد قال : بعث أبو الحسن عليه السلام غلاماً يشترى له بيضاً ، فأخذ الغلام بيضة أو بيضتين فقامر بها ، فلمّا أتى به أكله ، فقال له مولىً له : إنّ فيه من القمار ، قال : فدعا بطشت فتقيّأه(٢) .

قال الشيخ جعفر فى شأن الرواية : « وراويه أدرى به»(٣) .

وقال صاحب الجواهر : « إنّه لا يخلو من بحث بالنسبة إلى منافاة العصمة التى هى الطهارة من الرجس»(٤) .

وقال الشيخ الأعظم : « ولكن يشكل بأنّ ما كان تأثيره كذلک ... إلى قوله قدس سره : هذا كلّه لتطبيق فعلهم على القواعد ، وإلاّ فلهم فى حركاتهم من أفعالهم وأقوالهم شؤون لا يعلمها غيرهم»(٥) .

وقال المحقق الخوئى : « ويمكن أن يقال : إنّ الاعتراض على الرواية مبنى على كون علم الأئمة بالموضوعات حاضراً عندهم من غير توقف على الإرادة ، وقد دلت عليه جملة من الروايات ، كما أن علمهم بالأحكام كذلک . وأمّا بناءً على أنّ علمهم بالموضوعات تابع لإرادتهم واختيارهم - كما دلت عليه جملة اُخرى من الروايات - فلا يتوجّه الإشكال على

١- (١) الكافى ٥ / ١٢٣ ح ٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٥ .
٢- (٢) الكافى ٥ / ١٢٣ ح ٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٢ .
٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٠٧ .
٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١١٠ .
٥- (٥) المكاسب ١ / ٣٧٩ .

الرواية ، لإمكان صدور الفعل عنهم عليهم السلام جهلاً قبل الإرادة»(١) .

وقال شيخنا الأستاذ - مدظله - : « إنّ الإمام عليه السلام لا يمكن غفلته أو جهله بالأحكام المجعولة فى الشريعة ، حيث أنّ ذلک ينافى كونه هادياً ودليلاً على الحقّ ومبيّناً لأحكام الشرع . وأمّا الموضوعات الخارجية فعلمه بجميعها مطلقاً أو عند إرادته الإطلاع عليها ، فلا سبيل لنا إلى الجزم بشىءٍ حتّى نجعله منشأ الإشكال فى مثل الرواية»(٢) .

أقول : هذا البيان من شيخنا الأستاذ – مدظله – كلام فصل يحلّ به الإشكال فى الرواية ، وأمّا ما ذكره الفقيه السبزوارى قدس سره فى المهذب(٣) لا يتم لوجهين :

الأوّل : لا يمكن بيان الطرق والأمارات والأصول والأحكام الظاهرية وجعلها فى حقّ العالم بالواقع ونفس الأمر ، لأنّ اعتبار هذه الأمور يجرى فى فرض الجهل بالواقع .

والثانى : بعد الأكل والإزدراد لا يبقى ملكية الغير للمادّة ، لأنّها يصدق عليها أنّها تلفت ، وبقاعدة الإتلاف الآكل ضامن لها .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان ينهى عن الجوز يجىء به الصبيان من القمار أن يؤكل ، وقال : هو سحتٌ(٤) .

ومنها : معتبرة اسحاق بن عمار قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون ، فقال : لا تأكل منه فإنّه حرام(٥) .

٣ – الاجماع

لا خلاف بين المسلمين من حرمة اللعب بالآلات المعدّة للقمار مع المراهنة ، بل يمكن أن يقال بأنّ حرمته من ضروريات الدين :

قال الشيخ فى النهاية : « عمل الأصنام والصلبان والتماثيل المجسَّمة والصور والشطرنج

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٧٩ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٢٢٠ .

٣- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ١٤٤ .

٤- (٤) الكافى ٥ / ١٢٣ ح ٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٦ .
٥- (٥) الكافى ٥ / ١٢٤ ح ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٧ .

والنرد وسائر أنواع القمار حتّى لعب الصبيان بالجوز ، فالتجارة فيها والتصرف والتكسب بها حرامٌ محظورٌ»(١) .

قال العلامة فى المنتهى : « القمار حرام بلا خلاف بين العلماء ، وكذا ما يؤخذ منه ... إلى أن قال : فإن جميع أنواع القمار حرام من اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر(٢) واللعب بالخاتم ، حتّى لعب الصبيان بالجوز على ما تضمنته الأحاديث ، ذهب إليه علماؤنا أجمع ، وقال الشافعى : يجوز اللعب بالشطرنج ، وقال أبو حنيفة بقولنا»(٣) .

وقال الشهيد الثانى : « مذهب الأصحاب تحريم اللعب بآلات القمار كلّها من الشطرنج والنرد والأربعة عشر وغيرها ، ووافقتهم على ذلك جماعة من العامة منهم أبو حنيفة ومالك وبعض الشافعية ... »(٤) .

وذكر المحقق الأردبيلى كلام العلامة فى المنتهى ثمّ قال : « لعلّه يريد بقوله « بلا خلاف» فى تحريمه فى الجملة ، لا جميع أنواعه»(٥) .

وقال : « القمار هو : اللعب بالآلات المعدّة له ، كالنرد والشطرنج حتّى اللعب بالخاتم والجوز والكعاب ... ودليل تحريم الكلّ الإجماع»(٦) .

والفاضل الأصبهانى فى ذيل قول العلامة فى شهادات القواعد : « واللاعب بآلات القمار كلّها فاسق» قال : عندنا(٧) .

أقول : الظاهر أنّ مراده عند الشيعة الإمامية .

١- (١) النهاية / ٣٦٣ .

٢- (٢) الأربعة عشر : قطعة من خشب حُفر فى ثلاثة أسطر ويجعل فى الحفر حصى صغار يلعب بها كذا فى المبسوط ٨ / ٢٢٢ ، والمسالک ١٤ / ١٧٧ ، وكشف اللثام ١٠ / ٢٩١ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٢ .

٤- (٤) المسالک ١٤ / ١٧٦ .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٢ .

٦- (٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤١ .

٧- (٧) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٠ .

وذكر المحدث البحرانى كلام العلامة الحلى فى المنتهى من دون تعليق(١) .

وقال الشيخ جعفر بعد تعريف القمار والحكم بحرمته : « للإجماع المنقول»(٢) .

وقال سيد الرياض : « والقمار بالآلات المعدّة له كالنرد والشطرنج والأربعة عشر واللعب بالخاتم والجوز والبيض بلا خلاف فى شىء من ذلک ، بل عن المنتهى وفى غيره الإجماع عليه ، وهو الحجة بعد الكتاب والسنة المستفيضة ... »(٣) .

وقال الفاضل النراقى بعد تعريف القمار : « بل فى المنتهى وغيره الإجماع عليه ، وهو الحجة فى المقام وعليه المعوّل»(٤) .

وقال السيد العاملى : « إنّ عمل القمار حرام ... والتحريم مذهب الأصحاب ... »(٥) .

وقال فى الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه»(٦) .

وقال الشيخ الأعظم : « القمار حرام إجماعاً»(٧) .

وقال المحقق الخوئى بعد ذكر عدم الخلاف بين الفقهاءمن الشيعة والسنة « بل على حرمة القمار ضرورة مذهب الإسلام»(٨) .

٤ - العقل

العقل حاكم بأنّ القمار « منشأ للفساد والإفساد وتضييع المال والعمر»(٩) . فيحكم بقبحه الذى يتبع الحرمة الشرعية .

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٨٦ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٣ .

٥- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٨٤ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ١٠٩ .

٧- (٧) المكاسب المحرمة ١ / ٣٧١ .

٨- (٨) مصباح الفقاهة ١ / ٣٦٨ .

٩- (٩) كما فى مهذب الأحكام ١٦ / ١٤٠ .

« وأنّ أخذ المال بغير تجارة ومشقة يوجب لإلقاء العداوة والبغضاء والاشتغال به يصدّ عن ذكر اللّه وعن امتثال الأحكام الإلهية»(١) والعقل حاكم بقبح الجميع .

المقام الثالث : مسائل أربع

الأُولى : اللعب بآلات القمار مع المراهنة

قد سبق أن اللعب مع المراهنة هو المصداق التام للقمار ، ولم يسشكل فيه أحدٌ ، فما ذكر من الآيات والروايات والإجماع وحكم العقل على حرمة القمار تشمل هذه المسألة وتدلّ على حرمتها ، بلا إشكال بل هى القدر المتيقَّن منها .

ثمّ فليعلم أنّ هاهنا أموراً :

الأوّل : صنع الآلات المعدّة للقمار .

الثانى : أخذ الأُجرة على صنعها .

الثالث : بيع الآلات المعدّة للقمار .

الرابع : اللعب بها مع المراهنة .

الخامس : أخذ الرهن أى المال المجعول فى البين .

وبما مرّ من الأدلة يحكم بحرمة الجميع تكليفاً وبحرمة الثانى والثالث والخامس وضعاً .

ومن أظهر مصاديق القمار فى زماننا هذا « الحظ والنصيب» أو « يا نصيب» أو المعبَّر عنه فى لغة الفرس ب- « بليط بَخت آزمائى » ، لأنّه نظير اللعب بالأقداح فى زمن الجاهلية وفيه الرهان وكثيراً ما يقع بآلات القمار أو ما شابهها ، فيحكم بحرمته بلا إشكال .

الثانية : اللعب بالآلات المعدّة للقمار بدون المراهنة

بأنّ يكون الغرض من هذا اللعب مجرد الاشتغال والأنس كما هو المتداول اليوم بين بعض الشباب ، فهل هو محرّم أم لا ؟ استدلوا على حرمته بوجوه :

الأوّل : وجود الإجماع وعدم الخلاف اللذين يشملان هذه المسألة .

١- (١) كما فى مصباح الفقاهة ١ / ٣٦٩ .

وفيه : إن ثبت الإجماع فهو ، ولكن يمكن أنْ يناقش فيه بأنّ معقد الإجماع وعدم الخلاف فى المسألة الأولى فقط .

وقد مرّ منّا أن عدم الخلاف المذكور فى المستند يرجع إلى المسألة الأولى لا إلى الثانية ، فما ورد فى المصباح(١) غير تام .

نعم ، ورد التصريح بالحرمة فى القواعد(٢) والدروس(٣) فى شهاداتهما ، وقال المحقق الثانى : « لا ريب فى تحريم اللعب بذلك (أى بآلات القمار) وإن لم يكن رهن»(٤) . وتبعهم الفاضل الأصفهانى(٥) وسيأتى تفصيل كلمات الأصحاب فى هذا المجال فى المقام الخامس من البحث فانتظر .

الثانى : صدق القمار فى اللعب بها ولو لم يكن فى البين رهان .

وفيه : قد سبق عدم صدق القمار بمجرد اللعب وأنّ مقوم القمار هو الرهان فإذا لم يكن لم يصدق القمار ، ولذا قال الشيخ الأعظم : « وفى صدق القمار عليه نظر»(٦) .

الثالث : قد وردت فى الروايات بأنّ كلّ ما قومر عليه فهو ميسر ، ووردت عدّة من الروايات فى النهى عن اللعب بالشطرنج والنرد وسنذكر بعضها فيما بعد فى المقام الخامس من البحث إن شاء اللّه تعالى ، ولو كنّا وهذه الروايات فقط لا تفيد فى المقام شيئاً ، ولذا استشكل الفاضل النراقى(٧) فى حرمة اللعب بغيرهما من دون رهان وأنّ الأصل عدم الحرمة .

هذا البيان منه تام لو لم يكن فى البين صحيحة معمر بن خلاد عن أبى الحسن عليه السلام قال : النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة ، وكلّ ما قومر عليه فهو ميسر(٨) .

ص: ١٧

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٦٩ .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٤ .

٣- (٣) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

٥- (٥) كشف اللثام ١٠ / ٢٩١ .

٦- (٦) المكاسب المحرمة ١ / ٣٧٢ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٦ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ١ . الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به .

بتقريب : أن فى هذه الصحيحة أضاف الإمام عليه السلام الأربعة عشر التى لم ترد ذكرها فى غيرها من الروايات ، ثمّ حكم عليه السلام بأنهنَّ بمنزلة واحدة ، ثمّ عطف عليهنّ كلّ ما قومر عليه - أعنى كلّ ما يكون من آلات القمار - فهو ميسر ، يعنى قمار . ومن الواضح أنه لو كان فى البين رهان لا يحتاج الإمام عليه السلام إلى الحكم بكونه من الميسر والقمار لوضوحه ، فما ورد فى هذه الصحيحة اللعب بآلات القمار من دون رهان وحكم الإمام عليه السلام تعبداً بأنّه من الميسر وهو القمار .

والإستدلال بهذه الصحيحة فى حرمة اللعب بآلات القمار ولو من دون رهان تام عندنا .

ويؤيدها خبر الفضيل قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التى يلعب بها الناس : النرد والشطرنج حتى انتهت إلى السُدَّر(١) ؟ فقال : إذا ميّز اللّه الحقّ من الباطل مع أيّهما يكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : فما لک وللباطل(٢) ؟ !

رجال السند كلّهم ثقات حتّى عبد اللّه بن عاصم ، أمّا على بن إسماعيل الميثمى حسنٌ لو لم يكن ثقة ، ولكن فيه سهل بن زياد الآدمى القمى وفيه ما فيه ، إلاّ أن يقال - كما عن شيخنا البهائى قدس سره - بأنّ الأمر فى سهل سهلٌ . ولكن حيث أنّه لم يثبت وثاقته عندنا لذا عبرنا عن السند بالخبر .

وأمّا دلالتها : حيث عدّ السائل بعد النرد والشطرنج ، بعض آخر من آلات القمار وختمها بالسُدَّر ، وحكم الإمام عليه السلام بأنّ اللعب بها من الباطل أى حرامٌ . والسائل يسأل عن اللعب بها فقط وظهور السؤال فى عدم الرهان ، وهذه الرواية كالنص فى مسألتنا هذه ، ولكن فى سندها ضعف بسهل ، ولذا جئتُ بها على نحو التأييد .

ويؤيد ما ذكرنا اتفاق الأصحاب قدس سرهم على الحرمة فى اللعب بآلات القمار من دون

١- (١) السُدَّر : لعبة يقامر به ، فارسية معربة عن ثلاثة أبواب . قال الشيخ فى المبسوط ٨ / ٢٢٢ : « والقرق وقال أهل اللغة هى القرقة ويقال لها بالفارسية سدره ، وهى دايرة مربّعة يخط فيها خطّان كالصليب ويجعل على رؤوس الخط حصىً يلعبون بها» .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٣ .

الرهان ، ولم أجد مخالفاً بينهم إلاّ ما حُكى عن بعض مشايخنا طاب ثراه . نعم ، وقع الخلاف فيها بين العامة .

الثالثة : المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدّة للقمار

ذهب الأصحاب إلى حرمة هذه المراهنة ، واستدلوا بوجوه :

الأوّل : عدم وجود الخلاف بين أصحابنا قدس سرهم فى حرمتها كما مرّ التصريح بذلک فى المقام الثانى من هذا البحث عن العلامة فى المنتهى(١) ، وصرح بها فى التذكرة حيث يقول : « القمار حرام وتعلّمه واستعماله وأخذ الكسب به حتى لعب الصبيان بالجوز والخاتم»(٢) وهكذا فى القواعد(٣) والتحرير(٤) ، والمحقق الثانى فى ذيل قول العلامة « حتّى لعب الصبيان بالجوز والخاتم» قال : « ويمكن أن يكون مراد العبارة : ويحرم القمار حتّى لعب الصبيان - إلى آخره ، فتكون حتّى عاطفة على القمار ، والعبارة على هذا المعنى أدلّ ، إلاّ أنّ إطلاق التحريم على هذا القسم مشكل ، لأنّ فعل الصبى لا يوصف بالحرمة ولا بغيرها من الأحكام الشرعية ، إلاّ أن يأوّل : بأنّ تكليف التحريم وغيره فى ذلک يتعلق بالولى»(٥) .

أقول : الظاهر - واللّه العالم - أنّ مثالهم بلعب الصبيان بالجوز والخاتم ، يكون مثلاً لمسألتنا هذه ، أعنى المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدّة للقمار وأظهر مصاديق هذه الآلات الجوز والخاتم ولذا مثّلوا بهما واللاعب بهما على الأغلب الصبيان ، ولذا حذف الشهيد الثانى من المثال الصبيان وقال : « ومنه (أى من القمار) اللعب بالخاتم والجوز»(٦) .

ومن اللذين حكموا بالحرمة المحقق الأردبيلى وقال : « دليل تحريم الكلّ : الإجماع»(٧) .

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٢ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤١ المسألة ٦٤٦ .

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٦- (٦) المسالک ٣ / ١٢٩ .

٧- (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤١ .

ومنهم : المحقق السبزوارى فى الكفاية(١) .

ومنهم : كاشف اللثام قال : « (والخاتم وإن قصد) اللاعب بأحدها (الحذق أو اللهو أو القمار) فلا فرق بين القصود يحكم بفسقه و(ترد شهادته) لنحو ما سمعت»(٢) .

ومنهم : السيد مهدى بحر العلوم الطباطبائى ، صرح بعدم الخلاف فى الحرمة والفساد(٣) .

ومنهم : الشيخ جعفر فى شرحه على القواعد ، وادعى عليه الإجماع المنقول(٤) .

ومنهم : سيد الرياض ، وادعى عدم الخلاف فى حرمتها(٥) .

ومنهم : الفاضل النراقى فى المستند(٦) .

ومنهم : صاحب الجواهر فى كتاب السبق والرماية(٧) .

ومنهم : الشيخ الأعظم الأنصارى فى المكاسب المحرمة(٨) .

الظاهر أنّ الإجماع فى حرمة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدّة للقمار حاصل عند أصحابنا أعلى اللّه كلمتهم ، وأكثر العامة أيضاً يوافقونا(٩) .

الثانى : صدق مفهوم القمار كما مرّ منّا فى المقام الأوّل على هذه المراهنة بغير مسامحة وعناية ، بل صرح بعض الأصحاب بأنّها قمار ، نحو : سيد الرياض(١٠) والشيخ الأعظم(١١)

١- (١) كفاية الأحكام ١ / ٤٤١ .

٢- (٢) كشف اللثام ١٠ / ٢٩١ .

٣- (٣) المصابيح / مخطوط ونقل عنه الشيخ الأنصارى فى المكاسب ١ / ٣٥٧ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ و ٣٠٦ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٦- (٦) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٤ .

٧- (٧) الجواهر ٢٨ / ٢١٨ و ٢١٩ .

٨- (٨) المكاسب ١ / ٣٧٥ .

٩- (٩) كما نقل عنهم فى مصباح الفقاهة ١ / ٣٧٤ .

١٠- (١٠) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

١١- (١١) المكاسب ١ / ٣٧٥ .

والمحقق الخوئى(١) ، فإذا صدق عليها القمار تشملها الأدلة المحرّمة وإطلاقاتها .

الثالث : الروايات الواردة فى حرمة هذه المراهنة :

منها : معتبرة إسحاق بن عمار الماضية(٢) ، وهى كالنص فى المقام تدلّ على الحرمة التكليفية والوضعية .

ومنها : حسنة عبد الحميد بن سعيد الماضية(٣) ، فهى أيضاً تدلّ على الحرمة التكليفية والوضعية .

ومنها : صحيحة حفص عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا سبق إلاّ فى خف أو حافر أو نصل ، يعنى النضال(٤) .

والمراد بها : عدم جواز المسابقة مع الرهان فى غير الموارد المستثناة .

ومنها : حسنة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ليس شيءٌ تحضره الملائكة

إلاّ الرهان وملاعبة الرجل أهله(٥) .

والمراد بها الرهان فى الموارد المستثناة ، والشاهد على ذلک مرسلة الصدوق عن الصادق عليه السلام قال : « إنّ الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل ، وقد سابق رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أُسامة بن زيد وأجرى الخيل(٦) .

وهكذا صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام إنّه كان يحضر الرمى والرهان(٧) .

يعنى أنّه يحضر الرهان فى الرمى أو الرهان فى مسابقة الخيل أو الجمل .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٧٥ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٧ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٢ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥٢ ح ١ . الباب ٣ من أبواب كتاب السبق والرماية .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥٠ ح ٤ ، و ١٩ / ٢٥١ ح ١ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥١ ح ٦ .
٧- (٧) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥٢ ح ٤ .

ومنها : صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل آكل وأصحاب له شاةً ، فقال : إن أكلتموها فهى لكم وإن لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا ، فقضى فيه : أنّ ذلک باطل لا شىء فى المؤاكلة من الطعام ما قلَّ منه وما كثر ومنع غرامته فيه(١) .

رجال السند كلّهم ثقات حتّى يوسف بن عقيل البجلى ، قال النجاشى فى حقه : « كوفى ثقة قليل الحديث يقول القميّون : إنّ له كتاباً ، وعندى أنّ الكتاب لمحمد بن قيس»(٢) .

بتقريب : أنه قضى أمير المؤمنين عليه السلام ببطلان عقد المؤاكلة فى مثل شاة أو نحوها وهى إباحة الشاة ونحوها بشرط متأخر ، والشرط هو أكل الجميع أو مقدار معين منها ، فإذا صار العقد باطلاً لم تتحقق الإباحة على فرض الأكل ، وعلى فرض عدم الأكل أيضاً لم يتحقق الضمان المذكور فى العقد ، ومنع الغرامة فى ختام الحديث يرجع إلى هذا الأخير . ثمّ بعد بطلان العقد - حيث أنّهم أتلفوا الشاة أو غيرها من المأكولات بأكلها - كانت ذمّتهم مشغولة بالضمان . وهذا المعنى من الرواية يظهر للمتأمل فيها . وهذا العقد فى الواقع قسم من القمار ويصير من القسم الثالث .

ومن هذا القسم الإشتراط بين الأثنين على شيءٍ من المال على الأمور العادية أو العلمية ونحوهما ، بأنه لو غلب أو صدق أحدهما فله الشيء ، وحيث كان فى البين رهان فيدخل فى عنوان القمار ويحرم ، خلافاً لعمّنا الأكرم آية اللّه الحاج الشيخ محمد على النجفى قدس سره المتوفى ١٣١٨ ق حيث ذهب إلى الجواز فى رسالته فى المعاصى الكبيرة(٣) .

الرابعة : المسابقة بغير رهان

هل تجوز المسابقة بغير آلات القمار ومن دون رهان أم لا ؟ ذهب جماعة من

١- (١) الكافى ٧ / ٤٢٨ ح ١١ ، التهذيب ٦ / ٢٩٠ ح ١٠ ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ٢٣ / ١٩٢ ح ١ . الباب ٥ من أبواب كتاب الجعالة .

٢- (٢) رجال النجاشى / ٤٥٢ الرقم ١٢٢١ .

٣- (٣) معاصى كبيرة / ١١١ .

الأصحاب قدس سرهم إلى المنع ، ولعله هو المشهور ، وذهب بعض منهم إلى الجواز :

ومن القائلين بالمنع : شيخ الطائفة ، فى مبسوطه قال : « فأمّا ما لم يرد فيه الخبر فمذهبنا أنّه لا يجوز المسابقة عليه ... »(١) .

الظاهر أنّ كلامه يحمل على الإطلاق ، أى مع العوض وبدونه لما يظهر فيما بعده فراجع كتابه .

ومنهم : العلامة فى التذكرة حيث يقول : « لا تجوز المسابقة على المصارعة بعوض ولا بغير عوض عند علمائنا أجمع ، لعموم النهى إلاّ فى الثلاثة : الخفّ والحافر والنصل ، ... لا تجوز المسابقة على رمى الحجارة باليد والمِقْلاع والمَنْجنيق ، سواء كان بعوض أو بغير عوض عند علمائنا ... لا يجوز المسابقة على المراكب والسفن والطيارات عند علمائنا ... لا يجوز المسابقة على مُناطَحَة الغنم ومُهارَشة الديک بعوض ولا بغير عوض ، وكذلک لا يجوز المسابقة على ما لا ينتفع به فى الحرب ... »(٢) .

ومنهم : المحقق الثانى قال : « وكيف كان فظاهر المذهب التحريم ، إلاّ أنّ وجهه غير ظاهر ، لأنّ هذه قد تراد لهواً ولعباً - إلى أن قال : - لم نجد إلى القول بتحريم ذلک سبيلاً . ولا ريب أنّه إن انضم إلى آخر فتعاديا كان أدخل فى مطلوبه وليس للضميمة أثر فى التحريم»(٣) .

أقول : وأنت ترى أنّه وإن نقل أن ظاهر المذهب التحريم ولكن قال : « أنّ وجهه غير ظاهر» وذهب بنفسه إلى الجواز واستدل له . فالصحيح أن يُعد المحقق الكركى من القائلين بالجواز لا المنع .

ومنهم : ابن فهد الحلى قال : « ولا يجوز فى غيرها (أى فى غير الثلاثة) سواء كان بعوض أو خلت عنه ... »(٤) .

ومنهم : سيد الرياض يقول : « وفى جوازها بدونه إشكال (أى فى جواز المسابقة من

١- (١) المبسوط ٦ / ٢٩١ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٣٥٤ من الطبع الحجرى .

٣- (٣) جامع المقاصد ٨ / ٣٢٦ .

٤- (٤) المهذب البارع ٣ / ٨٢ .

دون عوض إشكال) ينشأ من اختلاف الروايات فى فتح الباء من لفظ « سبق » وسكونه ... ولكن الأشهر خلافه ، بل ظاهر المهذب(١) والمحقق الثانى(٢) وصريح المحكى عن التذكرة(٣) أنّ عليه إجماع الامامية فى جميع الأُمور المذكورة ، فالمنع أظهر لحجية الإجماع المنقول ، سيما مع التعدد والإعتضاد بالشهرة وبما ... »(٤) .

وأما القائلون بالجواز :

قد سبق أن المحقق الثانى هو القائل بالجواز .

ومنهم : الشهيد الثانى قال فى المسالک : « والمراد (أى المراد برواية لا سبق) أنّه لا يصح بذل العوض فى هذه المعاملة إلاّ فى هذه الثلاثة ، وعلى هذا لا ينفى جواز غيرها بغير تعويض»(٥) . وأيضاً صريحاً أفتى بجوازها ولو فى غير الثلاثة من دون عوض(٦) .

ومنهم : المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان(٧) .

ومنهم : المحقق السبزوارى يقول : « وبالجملة الأصل الجواز والتحريم يحتاج إلى دليل ، وقد ذُكر تحريم القمار سابقاً حتّى لعب الصبيان بالجوز ، وقد علم أيضاً تحريم بعض الأشياء بآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن وعوض مثل النرد والشطرنج ، وأمّا مثل السبق بالأقدام وغير ذلک فلا أعلم حجة على تحريمها إذا لم يكن فيها عوض ومراهنة»(٨) .

ومنهم : صاحب الحدائق قال : « وأنت خبير بأنّه باعتبار تعارض الاحتمالين المذكورين لا يمكن الاستدلال بالخبر على المنع ، فتبقى أصالة الجواز خاليةً من المعارض

ص: ٢٤

١- (١) لم أجده فى المهذب للقاضى ، نعم قد ورد فى المهذب البارع كما مرّ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٨ / ٣٢٦ .

٣- (٣) وقد مرّ كلام التذكرة .

٤- (٤) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

٥- (٥) المسالک ٦ / ٧٠ .

٦- (٦) المسالک ٦ / ٨٧ .

٧- (٧) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ / ١٦٨ .

٨- (٨) كفاية الأحكام ١ / ٧١٨ .

وتخرج الأخبار المذكورة شاهداً على ذلک ، مضافاً إلى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها»(١) .

ومنهم : الوحيد البهبهانى فى تعليقته على مجمع الفائدة والبرهان(٢) .

ومنهم : الشيخ جعفر قال : « ... وأمّا مجرد فعله فلم يقم دليل معتبر على تحريمه ، فالمسابقة والمغالبة من دون رهان لا بأس بها ومعه حرام إلاّ ما استثنى ... »(٣) .

ومنهم : تلميذه صاحب الجواهر يقول : « أمّا فعله لا على جهة كونه عقد سبق ، فالظاهر جوازه ، للأصل والسيرة المستمرة على فعله فى جميع الأعصار والأمصار من الأعوام والعلماء ، وما ورد من مصارعة الحسن والحسين عليهماالسلام ومكاتبتهما والتقاطهما حبّ قلادة أُمّهما بل ... »(٤) .

ثمّ قد استدلوا على الحرمة بوجوه :

الأوّل : الإجماع المدعى فى الرياض(٥)

وفيه : قد عرفت عدم تماميته ، لوجود المخالف فى المسألة وعدم كونه تعبديّاً .

الثانى : ما ورد فى الروايات فى انحصار جواز المسابقة فى الثلاثة :

منها : صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا سبق إلاّ فى خفّ(٦) أو حافر(٧)أو نصل(٨) ، يعنى النضال(٩) .

بتقريب : أن الرواية وأمثالها فى المقام حصرت المسابقة فى هذه الثلاثة ، فلا يجوز

١- (١) الحدائق ٢٢ / ٣٦٦ .

٢- (٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٥٣٤ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٠٦ .

٤- (٤) الجواهر ٢٨ / ٢٢٠ .

٥- (٥) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

٦- (٦) الخف : الإبل ، ويتناول الفيلة أيضاً لغة .

٧- (٧) الحافر : الفرس ، ويتناول الحمار والبغل لغةً .

٨- (٨) النصل : الرمى .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥٢ ح ١ . الباب ٣ من أبواب كتاب السبق والرماية .

فى غيرها .

وفيه : أوّلاً : المراد بالمسابقة هنا ، المسابقة مع العوض والرهان ، ولذا أفتى الفقهاء بجواز أخذ الرهان فى المسابقة مع الفرس والإبل والرمى .

وثانياً : الاستدلالُ مبنىٌ على قراءة « السَبْق » بسكون الباء فصار حينئذ مصدر سَبَقَ يَسْبِقُ ، ولم يثبت ذلک ، لأنه من المحتمل قراءته بفتح الباء فيصير معناه العوض والرهان ، يعنى أخذ العوض والرهان لا يجوز فى المسابقة إلاّ فى الثلاثة ، وحيث لم يثبت إحدى القراءتين فلا يمكن الاستدلال بها على حرمة المسابقة فى غيرها من دون العوض والرهان .

الثالث : قد يقال : بأنّ مفهوم القمار صادق على المسابقات ولو كانت من غير رهان .

وفيه : قد مرّ أنّ مقوم القمار لغةً وعرفاً وجود العوض والرهان فى البين ، وحيث لم يكن هنا عوض ورهان لم يصدق عليه القمار .

الرابع : هذه المسابقات داخة فى عنوان اللهو واللعب المحرّمان ، ويدلّ عليه : خبر عبد اللّه بن على عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : كلّما ألهى عن ذكر اللّه فهو من الميسر(١) .

ومرفوعة على بن إسماعيل رفعه قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : اركبوا وارموا ، وإن ترموا أحبّ إلىّ من أن تركبوا . ثمّ قال : كلّ لهو المؤمن باطل إلاّ فى ثلاث : فى تأديبه الفرس ورميه عن قوسه وملاعبته إمرأته ، فإنهنّ حقٌّ ، ألا إنّ اللّه عزّ وجلّ ليدخل بالسهم الواحد الثلاثة الجنة : عامل الخشبة ، والمقوّى به فى سبيل اللّه ، والرامى به فى سبيل اللّه(٢) .

وفيه : أوّلاً : لم تثبت حرمة مطلق اللهو واللعب ، نحو اللعب بالأحجار والأشجار والسبحة واللحية ونحوها .

وثانياً : النسبة بين اللهو والمسابقات العموم من وجه ، لأنّ من المسابقات ما فيها الأغراض العقلائية من صحة البدن وتربيته ومعالجته والتنّزه والتفريح ونحوها .

١- (١) أمالى الطوسى . المجلس الثانى عشر ح ٢١ / ٣٣٦ الرقم ٦٨١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٥ ح ١٥ الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ١٤٠ ح ٣ . الباب ٥٨ من أبواب جهاد العدو .

وثالثاً : قوله تعالى حكايةً عن إخوة يوسف : «أَرْسِلْهُ مَعَنَا غَداً يَرْتَعْ وَيَلْعَبْ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ»(١) يدلّ على إباحة بعض أقسام اللعب .

والحاصل ، لا يدلّ دليل على حرمة المسابقات المختلفة بغير رهان ، فهى جائزة عندنا وأفتى به جمع من الأصحاب قدس سرهم .

ويؤيد ما ذكرناه معتبرة بل صحيحة زيد الشحام عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى حديث : فأقبل [رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم] بهما [بالحسن والحسين عليهماالسلام] إلى منزل فاطمة وقد ادخرت لهما تُميرات ، فوضعتها بين أيديهما فأكلا وشَبِعا وفَرِحا ، فقال لهما النبى صلى الله عليه و آله وسلم : قوما الآن فاصطرعا ، فقاما ليصطرعا وقد خرجت فاطمة عليهاالسلام فى بعض حاجتها ، فدخلت فَسَمِعَت النبىَّ صلى الله عليه و آله وسلم وهو يقول : إيهٍ يا حسن ، شُدّ على الحسين فاصْرَعْه ، فقالت له : أبه ، واعجباه ، أتُشجّع هذا على هذا ؟ أتُشجّع الكبير على الصغير ؟ ! فقال لها : يا بُنَيّة ، أما ترضين أن أقول أنا ، يا حسن شُدّ على الحسين فاصْرَعه ، وهذا حبيبى جبرئيل يقول : يا حسين شُدّ على الحسن فاصْرَعْه(٢) .

ويؤيده أيضاً صحيحة غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال : مرّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بقوم يرفعون حجراً ، فقال : ما هذا ؟ قالوا : نعرف بذاك أشدّنا وأقوانا ، فقال صلى الله عليه و آله وسلم : ألا أُخبركم بأشدّكم وأقواكم ؟ قالوا :

بلى يا رسول اللّه ، قال : أشدّكم وأقواكم الذى إذا رضى لم يدخله رضاه فى إثم ولا باطل ، وإذا سخط لم يخرجه سخطه من قول الحقّ ، وإذا قَدَر لم يَتَعاطَ ما ليس له بحقٍّ(٣) .

ويدل عليه صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال : سألته عن ال-مُحرم يصارع هل يصلح له ؟ قال : لا يصلح له مخافة أن يصيبه جراح أو يقع بعض شعره(٤) .

١- (١) سورة يوسف / ١٢ .

٢- (٢) أمالى الصدوق . المجلس الثامن والستون ح ٨ / ٥٣٠ الرقم ٧١٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٨١/١٤ ح ١ .

٣- (٣) معانى الأخبار / ٣٦٦ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢ / ٢٨ ح ١٦ (٢٩ / ٣١٧) .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٥٦٣ ح ٢ . الباب ٩٤ من أبواب تروک الإحرام .

ويؤيده خبر أبى رافع قال : كنتُ أُلاعب الحسن بن على عليه السلام وهو صبى بالمداحى(١) ، فإذا أصابت مدحاتى مدحاته قلت : احملنى ، فيقول : ويحک أتركب ظهراً حمله رسول اللّه فأترک ، فإذا أصاب مدحاته مدحاتى ، قلت : لا أحملک كما لم تحملنى ، فيقول : أو ما ترضى أن تحمل بدناً حمله رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فأحمله(٢) .

ويؤيده ما رواه العامة من أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم سابق عائشة بالقدم كما ذكره الشيخ فى المبسوط(٣) والمحدث البحرانى فى الحدائق(٤) والوحيد البهبهانى فى تعليقته على مجمع الفائدة(٥) .

ورواها أحمد فى مسنده ٦ / ٢٦٤ وأبو داود فى سننه ٢ / ٣٤ ح ٢٥٧٨ وابن ماجه فى سننه ١ / ٦٣٦ ح ١٩٧٩ وابن قدامة فى المغنى ٩ / ٣٦٨ .

ويؤيده مرسلة الشيخ قال : « روى أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم خرج إلى الأبطح فرأى يزيد بن ركانة يرعى أعنزاً له ، فقال للنبى : هل لک فى أن تصارعنى ؟ فقال له النبى صلى الله عليه و آله وسلم : ما تسبّق لى ؟ فقال : شاة ، فصارعه فصرعه النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، فقال للنبى : هل لک فى العود ؟ فقال النبى : ما تسبّق لى ؟ فقال : شاة ، فصارعه فصرعه ، فقال للنبى : هل لک فى العود ؟ فقال النبى صلى الله عليه و آله وسلم : ما تسبّق لى ؟ فقال شاة ، فصارعه فصرعه ، فقال للنبى أعرض علىَّ الإسلام ، فما أحد وضع جنبى على الأرض ، فعرض عليه الإسلام فأسلم وردّ عليه غنمه»(٦) .

أقول : هذه الرواية وما قبلها كلتاهما عاميتان وثانيتهما مذكورة فى سيرة ابن هشام ٣١/٢ وسنن أبى داود ٢ / ٤٥٢ كتاب اللباس باب فى العمائم ح ٤٠٨٧ مع اختلاف ، ولم يرويا

١- (١) المداحى : وهى أحجار أمثال القرصة ، كانوا يحفرون حفيرة ويدحون فيها بتلک الأحجار ، فإن وقع الحجر فيها قد غلب صاحبها ، وإن لم يقع غُلب كما فى النهاية ٢ / ١٠٦ ، ونحوها فى الفائق ١ / ٤١٨ .

٢- (٢) بشارة المصطفى صلى الله عليه و آله وسلم لشيعة المرتضى عليه السلام / ١٤٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٤ / ٨٣ ح ٣ .

٣- (٣) المبسوط ٦ / ٢٩١ .

٤- (٤) الحدائق ٢٢ / ٣٦٤ .

٥- (٥) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٥٣٤ .

٦- (٦) المبسوط ٦ / ٢٩٢ .

من طرقنا كما قال المحدث البحرانى : « لم يثبت شىء من ذلک فى أخبارنا»(١) .

ويمكن حمل العوض فى هذه الرواية بأنّه من قبيل استنقاذ مال الكافر ، لعدم حرمة فى حقّ ماله ، أو على أنّه ليس من قبيل العوض والرهان بل من قبيل الجائزة والهدية ، والذى يسهّل الخطب خلو رواياتنا منها .

ويدلّ عليه قوله تعالى نقلاً عن إخوة يوسف : «قَالُواْ يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ وَمَا أَنتَ بِمُؤْمِنٍ لَّنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ»(٢) وهذه الآية الشريفة تدلّ على جواز المسابقة من دون رهان فى ملّة إبراهيم عليه وعلى نبينا وآله السلام وهى الحنيفيّة البيضاء ، لأنّهم أولاد حفيده وهو يعقوب بن إسحاق ابن إبراهيم عليهم السلام ، ويكونون متدينين بشريعة جدهم إبراهيم عليه السلام ، وبالإستصحاب نحكم بالجواز حتّى يثبت النسخ . وأشار إلى هذا الإستدلال الأخير الوحيد البهبهانى قدس سره فى حاشيته على مجمع الفائدة والبرهان(٣) .

المقام الرابع : حكم المال المأخوذ بالقمار

قد سبق فى المقام الثانى حرمة القمار تكليفاً ، وأمّا حرمته وضعاً - أعنى فساد انتقال المال إلى المغالب ووجوب ردّه على مالكه - فيدلّ عليه وجهان :

الأوّل : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ»(٤) .

بتقريب : أنّها نهت عن أكل المال بالأسباب الباطلة ومنها القمار ، كما ورد فى صحيحة

١- (١) الحدائق ٢٢ / ٣٦٥ .

٢- (٢) سورة يوسف / ١٧ .

٣- (٣) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٥٣٢ .

٤- (٤) سورة النساء / ٢٩ .

زياد بن عيسى أبى عبيدة الحذاء(١) وصحيحة محمد بن عيسى(٢) ومرسلتى أسباط(٣) الماضية ، ومع هذه التصريحات فى الروايات المفسرة للآية الشريفة يتضح دلالتها على الحرمة الوضعية للقمار ، أى أن المال المأخوذ بالقمار لم ينتقل إلى المغالب ، فلا يجوز له التصرف فيه .

الثانى : عدّة من الروايات المعتبرة دالة على بطلان هذا الانتقال وعدم جواز تصرف المغالب فى المال ، نحو :

معتبرة إسحاق بن عمار(٤) ومعتبرة السكونى(٥) وحسنة عبد الحميد بن سعيد(٦) .

وهذان الدليلان يدلان على عدم صحة تملّك الأجر والجُعل والرهن بواسطة المغالب ، فإن تملكّه وتصرَّف فيه فهو ضامنٌ وعليه الردّ إن كانت العين موجودةً ومع فرض تلفها فعليه القيمة إن كانت قيميّة أو المثل إن كانت مثليّة .

هذا كلّه إن تمكن من الردّ إلى صاحبه ، وإلاّ صار فى حكم مجهول المالك إن عرف صاحبه ولكن لم يتمكن من الردّ إليه ، أو نفس مجهول المالك إن لم يعرف صاحبه ، وهذا واضح لا غبار عليه .

المقام الخامس : حكم اللعب بالشطرنج والنرد من دون المراهنة

١ - الأقوال فيه :

قال الصدوق : « واعلم أنّ الشطرنج قد روى فيه نهى وإطلاق ولكنّى ... فالصواب والإحتياط فى ذلك نهى النفس عنه واللعب به ذنبٌ»(٧) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٤ ح ١ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٧ ح ١٤ .
٣- (٣) تفسير العياشى ١ / ٣٨٩ و ٣٨٨ ح ٩٨ و ١٠٠ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٧ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٦ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٢ .
٧- (٧) المقنع / ٤٥٨ و ٤٥٧ .

وقد مرّ كلام الشيخ فى النهاية(١) من أنّه عطف عمل الشطرنج والنرد وغيرهما من أنواع القمار على الأصنام والصلبان والتماثيل المجسَّمة والصور .

وقال فى شهاداته : « وتُرَدُّ شهادة اللاّعب بالنَّردِ والشطرنج وغيرهما من أنواع القمار والأربعةَ عشَر والشاهين»(٢) .

وقال فى الخلاف : « اللعب بالشطرنج حرام على أىّ وجه كان ويفسق فاعله به ولا تقبل شهادته . وقال مالک وأبو حنيفة : مكروه ، إلاّ أنّ أبا حنيفة قال : هو يلحق بالحرام . وقالا جميعاً : تُردُّ شهادته . وقال الشافعى : هو مكروه وليس بمحظور ، ولا تُردّ شهادة اللاّعب به إلاّ ما كان فيه قماراً ، وترک الصلاة حتّى يخرج وقتها متعمّداً ، أو يتكرر ذلک منه وإن لم يتعمد ترک الصلاة حتّى يذهب وقتها ، وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير : هو مباح ، دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم ... »(٣) .

وقال فيه : « اللاّعب بالنرد يفسق وتُردّ شهادته ، وبه قال أبو حنيفة ومالک ، وقال الشافعى - على ما نص عليه أبو إسحاق فى الشرح - : أنّه مكروه وليس بمحظور ولا يفسق فاعله ولا تردّ شهادته وهو أشدّ كراهة من الشطرنج . وقال قوم من أصحابه : أنّه حرام ، تُردّ شهادة اللاّعب به . دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم ... »(٤) .

قال الشيخ فى المبسوط : « اللاّعب بالشطرنج عندنا لا تقبل(٥) شهادته بحال ، وكذلک النرد والأربعة عشر وغير ذلک من أنواع القمار ، سواء كان على وجه المقامرة أو لم يكن .

وقال بعضهم من لعب به لا يخلو من أحد أمرين : إمّا أن يلعب بعوض أو بغيره ، فإن لعب بعضو نظرت فإن كان قماراً - وهو أن يخرج كلّ واحد منهما شيئاً على أنّ من غلب كان المخرَج كلّه له فهو - القمار وأكل المال بالباطل ، تردّ به شهادته . وإن كان العوض غير قمار -

---

١- (١) النهاية / ٣٦٣ .

٢- (٢) النهاية / ٣٢٥ .

٣- (٣) الخلاف ٦ / ٣٠٢ مسألة ٥١ .

٤- (٤) الخلاف ٦ / ٣٠٤ مسألة ٥٣ .

٥- (٥) ولكن فى المطبوعة « تقبل» وهو غلط مطبعى واضح .

وهو على معنى النضال والمسابقة على الخيل مثل أن يخرج العوض أحدهما فيقول إن غلبتنى فهو لک وإن غلبتک فلا شىء لک ولا لى - فهذا لا تردّ به شهادته .

فأمّا إن كان بغير عوض : فإما أن يترک الصلاة أو لا يترک ، فإن ترک الصلاة حتّى يخرج وقتها ، فإن كان عامداً فقد فسق بترک الصلاة لا باللعب بالشطرنج ، لأنّ فعل هذا فسق وإن كان لتشاغله بصلاة النافلة ، وإن كان ترک الصلاة بغير عمد مثل أن فاته وقت الصلاة لتشاغله بها ولم يعلم ذلک ، فإن كان هذا مرّة واحدة لم تردّ شهادته وإن كان الخطأ موضوعاً عنه ، وإن تكرر هذا منه فسق وردّت شهادته . وإن كان محافظاً على صلاته مداوماً عليها فى أوقاتها وإنّما يتشاغل بها فى غير أوقاتها لم يحرم ذلک عليه غير أنّه مكروه ، وقال بعض التابعين وهو سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير أنّه مباح

طلق ، وذكر أنّه كان يلعب به استدباراً ، ومعناه أن يولى ظهره ويقول : بماذا دفع ؟ قالوا له : دفع بكذا ، يقول : فادفع أنت بكذا»(١) .

وقال بعد صفحة : « قد بيّنا أنّ سائر أنواع القمار من النرد والأربعة عشر حكمه حكم الشطرنج يفسّق به ويردّ به شهادته»(٢) .

وقال المحقق : « اللعب بآلات القمار كلّها حرامٌ كالشطرنج والنرد والأربعة عشر وغير ذلک ، سواءٌ قصد اللهو أو الحذق أو القمار»(٣) .

وقال العلامة فى القواعد : « واللاعب بآلات القمار كلّها فاسق ، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر والخاتم وإن قصد الحذق أو اللهو أو القمار تُردّ شهادته»(٤) .

وقال فى التحرير : « اللعب بآلات القمار كلّها حرامٌ كالنرد والشطرنج والأربعة عشر وغير ذلک يفسق فاعله وتردّ شهادتُهُ إلاّ أن يتوب ، سواء قصد الحذق أو اللهو أو القمار وهو المشتمل على العوض ، وسواء اعتقد تحريمه أو لا»(٥) .

١- (١) المبسوط ٨ / ٢٢١ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٢٢٢ .

٣- (٣) الشرائع ٤ / ١١٧ .

٤- (٤) القواعد ٣ / ٤٩٤ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ٢٥٠ مسألة ٦٦٢٦ .

وقال الشهيد : « ... والقمار حتّى بالجوز والبيض والخاتم والبقيرى واستعمال النرد والشطرنج وإن لم يكن فيه رهان ... »(١) .

وقال الشيخ على بن محمد بن محمد القمى السبزوارى : « اللعب بالشطرنج حرام على أىّ وجه كان يفسق فاعله ولا تقبل شهادته ... »(٢) .

وقال المحقق الثانى فى تعريف القمار : « وهو اللعب بالآلات المعدة له على اختلاف أنواعها من الشطرنج والنرد وغير ذلک ، وأصل القمار : الرهن على اللعب بشىءٍ من هذه الأشياء ، ربما أُطلق على اللعب بها مطلقاً ، ولا ريب فى تحريم اللعب بذلک وإن لم يكن رهن ، والاكتساب به وبعمل آلاته»(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « قد عُلِمَ أيضاً تحريم بعض اللهو بآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن وعوض ، مثل النرد والشطرنج»(٤) .

وقال المحقق السبزوارى : « والأخبار الواردة فى تحريم خصوص الشطرنج كثيرة وكذا النرد ، وفى بعض الأخبار مبالغة عظيمة فى تحريم الشطرنج ، وفيه كون اللعب به كبيرة»(٥) وقال أيضاً : « ... قد علم أيضاً تحريم بعض الأشياء بآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن وعوض مثل النرد والشطرنج ... »(٦) .

والفاضل الإصفهانى ذهب إلى حرمة اللعب بالشطرنج والنرد وذكر بعض أخبار تحريمهما ، ثمّ أنكر على الشافعى قوله فيهما بالكراهة وقال : « لم يردّ الشافعى(٧) شهادة اللاّعب بالنرد أو الشطرنج ولم يحرّمهما ولكن جعل النرد أشدّ كراهيةً»(٨) .

١- (١) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٢- (٢) جامع الخلاف والوفاق / ٦١٤ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ / ١٦٧ .

٥- (٥) الكفاية ١ / ٤٤٢ .

٦- (٦) الكفاية ١ / ٧١٨ .

٧- (٧) الأُمّ ٦ / ٢٠٨ ، المجموع ٢٠ / ٢٢٨ .

٨- (٨) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٢ .

وقال الفاضل النراقى : « هل يحرم اللعب بالآلات المعدّة له من غير قمار ؟ لا إشكال فى تحريم الشطرنج والنرد كما صرح به الصدوق ، بل لا خلاف فيه . ثمّ ذكر بعض الروايات الواردة فى تحريمهما ثمّ قال : وأمّا فى غيرهما فيشكل الحكم بالتحريم ، بل الأصل مع عدمه»(١) .

والفقيه الشيخ جعفر ذكر بعض الروايات الواردة فى الشطرنج ثمّ علّق عليها : « وهو معمول عليه ، غير أنّ نجاسة اليد وبطلان الصلاة بدون الغسل مبالغة كالكفر والشرك ومعصية السلام ، والنظر والجلوس ليست على إطلاقها»(٢) .

وقال السيد العاملى بعد نقل خبر مستطرفات السرائر : « ولا مانع من العمل بهذه الأخبار الموافقة للإعتبار إلاّ الأصل وعدم العامل بجميع ما تضمّنته ، ثم أنّه لا ريب فى تحريم اللعب بذلك وإن لم يكن فيه رهان ، سواء كان قصد الحذق أو اللهو ... »(٣) .

وقد ذكر صاحب الجواهر بعد نقل كلام المحقق عدّة من الروايات المستفيضة فى تحريم الشطرنج ، ثمّ أبدى استغرابه من كلام صاحب المسالك(٤) من حمله النهى على الذنوب الصغيرة وذهابه إلى عدم قدحه فى العدالة إلاّ مع الإصرار وتبعية صاحب الرياض(٥) له ، ثمّ قال : « وأغرب منه ما عن الشافعى من عدم تحريم الشطرنج والنرد وإنّما هما مكروهان والثانى أشدّ كراهة من الأوّل ، واللّه العالم»(٦) .

أقول : فصاحب الجواهر ذهب إلى كون اللعب بهما من الذنوب الكبائر ويقدح فى العدالة .

٢ - وأمّا الروايات :

عدّة من الروايات المعتبرة المستفيضة تدلّ على حرمة اللعب بالشطرنج والنرد ولو كان

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٦ و ١٠٥ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٨٥ .

٤- (٤) المسالک ١٤ / ١٧٧ .

٥- (٥) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٥ .

٦- (٦) الجواهر : ٤١ / (٤٦ - ٤٣) .

من دون رهان ، وحكمت فيها بأنّهما من الميسر تعبداً :

منها : صحيحة زيد الشحام قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قول اللّه عزّ وجلّ : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»(١) قال : الرجس من الأوثان : الشطرنج ، وقول الزور : الغناء(٢) .

ورُوى نحوها فى الصحيح عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام (٣) .

ومنها : رواية عمر بن يزيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ للّه عزّ وجلّ فى كلِّ ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار إلاّ مَنْ أفطر على مسكر ، أو مشاحن أو صاحب شاهين . قلت : وأىّ شىءٍ صاحب الشاهين ؟ قال : الشطرنج(٤) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ محمد بن الحكم أخى هشام لم يرد توثيقه ولا تضعيفه ، وعلى القول بأنّ محمد بن أبى عمير لا يروى إلاّ عن ثقة يحكم بوثاقته ، فصارت الرواية صحيحة الإسناد ، ولكنّه لا يتم عندنا . ونحوها خبر الحسين بن عمر بن يزيد(٥) . المُشاحِن : عدوٌّ مشاحنٌ : مباغض شديد العداوة .

ومنها : موثقة زرارة عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سُئل عن الشطرنج وعن لعبة شبيب التى يقال لها : لعبة الأمير وعن لعبة الثلاث ؟ فقال : أرأيتک إذا ميّز اللّه الحقّ والباطل مع أيّهما تكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : فلا خير فيه(٦) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن زياد عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سئل عن الشطرنج فقال : دعوا المجوسية لأهلها لعنها اللّه(٧) .

١- (١) سورة الحج / ٣٠ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٨ ح ١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٨ ح ٣ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٤ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٦ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٥ .
٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٧ .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن اللعب بالشطرنج والنرد(١) .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سُئل عن الشطرنج والنرد ؟ فقال : لا تقربوهما ، الحديث(٢) .

ومنها : صحيحة بكير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن اللعب بالشطرنج ، قال : إنّ المؤمن لفى شغل عن اللعب(٣) .

ومنها : صحيحة حماد بن عيسى قال : دخل رجل من البصريين على أبى الحسن الأوّل عليه السلام فقال له : جعلت فداك إنّى أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر ، فقال : ما لک ولمجلس لا ينظر اللّه إلى أهله(٤) .

ومنها : صحيحة معمر بن خلاد الماضية(٥) .

ومنها : رواية الفضيل الماضية(٦) .

ومنها : ما فى الفقه الرضوى : « ... مثل الذى يلعب بها (أى بالنرد) - من غير قمار - مثل الذى يضع يده فى الدم ولحم الخنزير ، ومثل الذى يلعب فى شيءٍ من هذه الأشياء كمثل الذى مصرٌ على الفرج الحرام ... »(٧) .

ومنها : مرسلة ابن إدريس نقلاً عن جامع البزنطى عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : بيع الشطرنج حرام ، وأكل ثمنه سحت ، واتخاذها كفر ، واللعب بها شرک ، والسلام على اللاهى بها معصية وكبيرة موبقة ، والخائض فيها يده كالخائض يده فى لحم الخنزير ، لا صلاة

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٠ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٠ ح ١٠ .

٣- (٣) قرب الإسناد / ١٧٤ ح ٦٤١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ذيل ح ١١ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٢ ح ١ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ١ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٣ .
٧- (٧) الفقه الرضوى / ٢٨٤ .

له حتّى يغسل يده كما يغسلها من مسّ لحم الخنزير ، والناظر إليها كالناظر فى فرج اُمّه واللاهى بها والناظر إليها فى حال ما يلهى بها ، والسلام على اللاهى بها فى حالته تلك فى الإثم سواء ، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوأ مقعده من النار ، وكان عيشه ذلك حسرة عليه فى القيامة ، وإيّاك ومجالسة اللاهى والمغرور بلعبها ، فإنّها من المجالس التى باء أهلها بسخط من اللّه ، يتوقعونه فى كلِّ ساعة فيعمك معهم(١) .

ومنها : رواية على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام عن أبيه جعفر عليه السلام قال : النرد والشطرنج من الميسر(٢) .

سند الرواية لا بأس بها ، لأنّ المراد بالحسين هو ابن إشكيب الثقة(٣) ، وهو من مشايخ العياشى . وموسى بن القاسم البجلى ثقة . وأمّا محمد بن على بن جعفر العريضى من أصحاب الرضا عليه السلام كما عدّه الشيخ فى رجاله مكرراً(٤) من المعاريف ، ولم يرد فيه قدح ، فالرجل ثقة عدل ، ولا أقل من حسنه . ووالده على بن جعفر فوق حد الوثاقة . فالسند معتبرٌ عندنا .

ومنها : مرسلة الشيخ أبى الفتوح الرازى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه مرّ بقوم يلعبون بالشطرنج ، فقال : ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون ؟ وأخذ قدراً من التراب وطرحه فيه . قال الشيخ : يقول الذين يتعاطون لعب الشطرنج : أنّه كلّما بسط نطعه وجد فيه شيئاً من التراب(٥) .

ومنها : مرسلة اُخرى له عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : إيّاكم وهاتين الكَعْبَتَيْن المَوْشُومتين ، فإنّهما من ميسر العجم(٦) .

ومنها : مرسلة ثالثة له عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من لعب بالنرد فقد عصى اللّه ـ

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ٤ .

٢- (٢) تفسير العياشى ١ / ٢١٨ ح ٣١٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٤ ح ٣ .

٣- (٣) وله رواية فى قراءة الصحيفة السجادية الشريفة المطبوعة أخيراً بأصبهان عام ١٣٨٣ ه- . ش .

٤- (٤) رجال الشيخ / ٣٨٦ و ٣٨٧ الرقم ٥ و ١٩ .

٥- (٥) تفسير أبى الفتوح الرازى ٣ / ٢١٤ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٣ ح ٦ .

٦- (٦) تفسير أبى الفتوح الرازى ٣ / ٢١٤ .

ورسولَهُ(١) .

ومنها : مرسلة الثعلبى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام قال فى النرد والشطرنج : هى من الميسر(٢) .

وحمل هذه الروايات ونظائرها الكثيرة على أنّ اللعب بهما مع الرهان مجازفة ، وحملها على أنّهما من آلات القمار مكابرة . والظاهر أنّهما أُلحقا بالميسر تعبداً فى الروايات ، كما يظهر من عدّة منها ، نحو : مرسلة عبد اللّه بن جندب(٣) ومرسلة إسماعيل الجعفى(٤) وخبر أبى بصير(٥) ومرسلة أبى الجارود(٦) وصحيح عبد اللّه بن جندب عمّن أخبره عن أبى عبداللّه عليه السلام (٧) وخبر عبد الملک القمى(٨) وغيرها من الروايات المذكورة فيما مضى .

قال النجاشى فى ترجمة حفص بن البَخْتَرِى : « مولى بغدادىٌّ أصله كوفىٌّ ، ثقةٌ روى عن أبى عبد اللّه عليه السلام وأبى الحسن عليه السلام ، ذكره أبو العباس ، وإنّما كان بينه وبين آل أعْيَنِ نَبْوَةً(٩) فغمزوا عليه بلعب الشطرنج»(١٠) .

وهذه الروايات تدلّ بوضوح على حرمة اللعب بالشطرنج والنرد ولو كان بدون رهان وخرجا عن كونهما آله قمار وأفتى به ألاصحاب قدس سرهم ، ولذا آل أعْيَن تمكنوا من الغمز على حفص الثقة بأنّه يلعب بالشطرنج .

١- (١) تفسير أبى الفتوح الرازى ٣ / ٢١٣ .

٢- (٢) الكشف والبيان المعروف بتفسير الثعلبى ٢ / ١٥١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٢ ح ١٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٢ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٤ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٥ .

٩- (٩) النبوة : الجفاء والتباعد والنفور وعدم القبول .

١٠- (١٠) رجال النجاشى / ١٣٤ الرقم ٣٣٤ .

وأمّا عدّ اللعب بهما من الكبائر - كما عن صاحب الجواهر(١) غير تام لعدم وجود الدليل ، وفى هذه الجهة يكون الحقّ مع صاحبى المسالک(٢) والرياض(٣) قدس سرهم من عدّ اللعب بهما من الذنوب الصغار ، فلا يقدح فى العدالة إلاّ مع الإصرار على مبنى المشهور بين القوم فى تعريف

العدالة من أنّها ملكة نفسانية ، وأمّا على المبنى المختار من أنّها الإستقامة فى جادة الشريعة فينقضها كلّ معصية ، بلا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة والتفصيل يطلب من محلّه واللّه العالم .

خاتمة : القمار من الكبائر

تدلّ على أنّ القمار من المعاصى الكبيرة قوله تعالى : «يَسْأَلُونَکَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا»(٤) ، هذه الآية الشريفة تدلّ بوضوح على أنّه من الكبائر ، ولاينافى ذلک وجود منفعة ظاهرية للمغالب مع التصريح فيها بأنّ الإثم أكبر من النفع .

وهكذا تدلّ على أنّه من الكبائر عطفه على الخمر ، ولاريب أنّ شرب الخمر من الكبائر ، نحو قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاء فِى الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ»(٥) .

وفى مرسلة أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام فى الآية الأُولى من الآيتين قال : أمّا الخمر فكلّ مسكر من الشراب - إلى أن قال : - وأمّا الميسر فالنرد والشطرنج وكلّ قمار ميسر ، وأمّا

١- (١) الجواهر ٤١ / ٤٦ .

٢- (٢) المسالک ١٤ / ١٧٧ .

٣- (٣) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٥ .

٤- (٤) سورة البقرة / ٢١٩ .

٥- (٥) سورة المائدة / ٩١ و ٩٠ .

الأنصاب : فالأوثان التى كانت تعبدها المشركون ، وأمّا الأزلام : فالأقداح التى كانت تستقسم بها المشركون من العرب فى الجاهلية ، كلّ هذا بيعه وشراؤه والانتفاع بشىء من هذا حرام من اللّه محرّم ، وهو رجس من عمل الشيطان ، وقرن اللّه الخمر والميسر مع الأوثان(١) .

أقول : نفس هذا الاقتران يثبت كونه من الكبائر .

وتدلّ على أنّ القمار من الكبائر عدّة من الروايات :

منها : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون قال فى عدّ الكبائر : الميسر وهو القمار ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام فى حديث شرائع الدين قال فى عدّ الكبائر : الميسر ، الحديث(٣) .

ومنها : معتبرة عمر بن يزيد الماضية(٤) .

بتقريب : أن عدم غفران اللعب بالشطرنج الذى مرّ منّا إنّه قمار تعبدى فى شهر رمضان تدلّ بطريق أولى على أنّ القمار الواقعى ليس من الذنوب المتداولة بل هو من الكبائر .

ومنها : خبر الحسين بن عمر بن يزيد(٥) ، وهو نظير الرواية السابقة فى الدلالة حيث ظهر منها أنّ المراد بصاحب الشاهين هو الشطرنج .

وهذه الأدلة تدلّ بوضوح على أنّ القمار من الكبائر كما أفتى به الأصحاب أعلى اللّه كلمتهم ، واللّه العالم . وإلى هنا تمّ بحث القمار وللّه الحمد أولاً وآخراً .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٦ .

القيادة

تعريفها

هى السعى بين شخصين لجمعهما على الوطى المحرّم ، وقد يُعبَّر عنها بكلمة « الدياثة » ، وهى قسم خاص منها . وحرمتها من ضروريات الإسلام وضعاً وتكليفاً كما فى المصباح(١) .

ويمكن أن يقال بانها من الكبائر لقوله تعالى : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِى الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى الدُّنْيَا وَالاْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ»(٢) .

ومن أظهر مصاديق إشاعة الفحشاء وحبّها بل العمل فى طريقها القيادة ، فهذه الآية الشريفة تدلّ بوضوح على أنّها من الكبائر .

وتدلّ على حرمتها وعلى أنّها من الكبائر عدّة من الروايات :

منها : خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة قال فيها : ومن قاد بين رجل وامرأة حراماً حرّم اللّه عليه الجنة ومأواه جهنم وساءت مصيراً ، ولم يزل فى سخط اللّه حتّى يموت(٣) .

ومنها : خبر عبد العظيم بن عبد اللّه الحسنى عن محمد بن على الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال فى حديث طويل : وأمّا التى كانت تحرق وجهها وبدنها وهى تجرّ أمعاءها فإنّها كانت قوّادة ، الحديث(٤) .

ومنها : معتبرة إبراهيم بن زياد الكرخى قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : لعن

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٨١ .

٢- (٢) سورة النور / ١٩ .

٣- (٣) عقاب الأعمال / ٣٣٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٠ / ٣٥١ ح ٢ . الباب ٢٧ من أبواب النكاح المحرّم .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢١٣ ح ٧ . الباب ١١٧ من أبواب مقدمات النكاح .

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الواصلة والمستوصلة ، يعنى الزانية والقوّادة(١) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ الحسين بن إبراهيم المكتب ، وهو من مشايخ الصدوق ، وإن لم يكن ثقة فهو حسنٌ . وأمّا إبراهيم بن زياد الكرخى وإن لم يكن له توثيق خاص ولكن روى عنه ابن أبى عمير بسند صحيح فى الكافى ٢ / ٢٩٢ ح ١١ وصفوان بن يحيى فيه ٦ / ٣٠ ح ١ والحسن بن محبوب وغيرهم وله أكثر من أربعين رواية فى الكتب الأربعة ، فهو لا أقل من كونه من المعاريف ولم يرد فيه قدح ، فهو معتبر عندنا . ودلالتها على الحرمة واضحة .

ومنها : معتبرة سعد الإسكاف قال : سُئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل(٢) التى تضعها النساء فى رؤوسهنّ يصلنه بشعورهنّ ، فقال : لا بأس على المرأة بما تزيّنت به لزوجها .

قال : فقلت : بلغنا أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لعن الواصلة والموصولة ، فقال : ليس هنالک ، إنّما لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم الواصلة التى تزنى فى شبابها ، فلمّا كبرت قادت النساء إلى الرجال ، فتلک الواصلة والموصولة(٣) .

ومنها : مرسلة أبى سعيد قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يدخل الجنة عاقٌ ولا منّان ولا ديّوث ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسلة ورام عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن جبرئيل عليه السلام قال : إطلعت فى النار فرأيت واديّاً فى جهنم يغلى ، فقلتُ : يا مالک لمن هذا ؟ فقال : لثلاثة : المحتكرين ، والمدمنين الخمر ، والقوادين(٥) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : لعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم الواصلة والمؤتصلة ، يعنى : الزانية والقوادة(٦) .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ٣٥١ ح ١ .

٢- (٢) القرامل : ما تشدّه المرأة فى شعرها من خيوط .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٢ ح ٣ . الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١١ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ١١ . الباب ٢٧ من آداب التجارة .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٧٢ ح ٢ . الباب ٥ من أبواب حد السحق والقيادة .

وقد ورد حدّها فى بعض الروايات بخمسة وسبعين سوطاً ، وأفتى بها المشهور ، وهى خبر عبد اللّه بن سنان قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أخبرنى عن القوّاد ما حدّه ؟ قال : لا حدّ على القوّاد

، أليس على أن يعطى الأجر على أن يقود ؟ ! قلت : جعلت فداك ، إنّما يجمع بين الذكر والأُنثى حراماً ، قال : ذاك المؤلِّف بين الذكر والأُنثى حراماً ، فقلت : هو ذاك ، قال : يضرب ثلاثة أرباع حدّ الزانى خمسة وسبعين سوطاً ، وينفى من المصر الذى هو فيه ، الحديث(١) .

ورجال السند كلّهم ثقات إلاّ محمد بن سليمان ، وهو البصرى الديلمى لأنّه المعروف المشهور كما فى معجم رجال الحديث(٢) ، ولكنّه ضعيف كما فى النجاشى(٣) ورجال الشيخ(٤) ، وقد يرمى بالغلو(٥) . وبه صار السند ضعيفاً ، فالتعبير عنها بالصحيحة(٦) غير تام .

نعم ، يمكن جبران ضعف سندها بإفتاء المشهور على طبقها .

ويؤيدها ما ورد فى الفقه الرضوى : وإن قامت بيّنة على قوّاد جُلد خمسة وسبعين ونفى عن المصر الذى هو فيه ، وروى أنّ النفى هو الحبس سنة أو يتوب(٧) .

والحاصل ، أنّ القيادة من المحرّمات الشرعية وضعاً وتكليفاً ، بل هى من الكبائر الموبقة كما عدّه عمّنا الأكرم فى رسالته فى المعاصى الكبيرة(٨) ، ويثبت له الحدّ خمس وسبعون جلدة ثلاثة أرباع حدّ الزانى كما هو المشهور . قال فى الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل فى

١- (١) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٧١ ح ١ .

٢- (٢) معجم رجال الحديث ١٦ / ١٣٤ .

٣- (٣) رجال النجاشى / ٣٦٥ الرقم ٩٨٧ .

٤- (٤) رجال الشيخ / ٣٨٦ الرقم ٢ .

٥- (٥) رجال الشيخ / ٣٥٩ الرقم ١٠ .

٦- (٦) كما فى المكاسب ١ / ٣٨٥ للشيخ الأنصارى قدس سره .

٧- (٧) الفقه الرضوى / ٣١٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٨ / ٨٧ ح ١ . الباب ٥ من أبواب حد السحق والقيادة .

٨- (٨) معاصى كبيرة / ١١١ لآية اللّه الشيخ محمد على النجفى المتوفى عام ١٣١٨ .

المسالک(١) ومحكى الإنتصار(٢) والغنية(٣) الإجماع عليه»(٤) . بلا فرق بين أن يكون القواد رجلاً أو إمرأة ، وبلا فرق بين أن يجمع بين الرجل والمرأة للزنا أو بين رجل ورجل آخر للواط ، وقد نقل عن بعضهم(٥) بين المرأة والمرأة للسحق .

وقد ناقش شيخنا الأستاذ - مدظله -(٦) فى ثبوت الحدّ ، لضعف الرواية ، وذهب إلى أنّ للحاكم تعزيره بما يراه من المصلحة ، وهذا مناسباً لتأديبه .

وفيه : ما مرّ منّا من انجبار ضعف سندها بفتوى المشهور على طبقها ، والشهرة ينجبر ضعفها فى الجلدة ونفى البلد ، وأمّا حلق الرأس والإشهار كما ذهب إلى الأخير ابن إدريس(٧) وعن الإنتصار(٨) والغنية(٩) الإجماع كما نقل عنهم صاحب الجواهر(١٠) ، وكما أفتى به فى الجملة المفيد(١١) والشيخ(١٢) وأبو الصلاح(١٣) والسلار(١٤)

١- (١) المسالک ١٤ / ٤٢٢ .

٢- (٢) الإنتصار / ٥١٥ .

٣- (٣) الغنية / ٤٢٧ .

٤- (٤) الجواهر ٤١ / ٤٠٠ .

٥- (٥) كما عن الكافى / ٤١٠ لأبى الصلاح الحلبى ، ويمكن حمل عبارة يحيى بن سعيد فى الجامع / ٥٥٧ عليه وحمل العبارة الموجودة فيه على الغلط المطبعى بعد الرجال والنساء ، والصحيح :

النساء والنساء ، وكما عن جامع الخلاف والوفاق / ٥٨٤ والغنية / ٤٢٧ والإصباح / ٥١٩ ونقل عنهم فى كشف اللثام ١٠ / ٥٠٧ والجواهر ٤١ / ٣٩٩ .

٦- (٦) إرشاد الطالب ١ / ٢٢٤ .

٧- (٧) السرائر ٣ / ٤٧١ .

٨- (٨) الإنتصار / ٥١٥ .

٩- (٩) الغنية / ٤٢٧ .

١٠- (١٠) الجواهر ٤١ / ٤٠٠ .

١١- (١١) المقنعة / ٧٩١ .

١٢- (١٢) النهاية / ٧١٠ .

١٣- (١٣) الكافى فى الفقه / ٤١٠ .

١٤- (١٤) المراسم / ٢٥٧ .

والبيهقى(١) وابن سعيد(٢) .

فإن ثبت الإجماع فى الحلق والإشهار فهو وإلا إنكار الاستاذ - مدظله - فى هذين الأخيرين فى محلّه .

فيثبت حدّ القيادة بثلاثة أرباع حدّ الزانى ، خمسة وسبعون سوطاً ونفى البلد بالنسبة إلى الرجل ، وأمّا الحلق والإشهار منوط بثبوت الإجماع ، والتفصيل يطلب من كتاب الحدود ، واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) إصباح الشيعة / ٥١٩ .

٢- (٢) الجامع للشرائع / ٥٥٧ .

القيافة

اشارة

هاهنا مقامات من البحث حول القيافة :

المقام الأوّل : تعريف القيافة

لابدّ فى تعريفها من ملاحظة كلمات أهل اللغة وتعاريف الفقهاء :

قال أحمد بن فارس : « القاف والراء والفاء كلمةٌ ، وهى من باب القَلْب وليست أصلاً ، يقولون : هو يقوف الأثَرَ ويَقْتافُه بمعنى يقفو . ويقولون : أخذ بقُوفَةِ قَفاه ، وهو الشَّعْرُ المتدلِّى فى نُقْرة(١) القَفا»(٢) .

وقال ابن منظور : « القائف الذى يَعرف الآثار ، والجمع القافة ... القائف الذى يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبَه الرجل بأخيه وأبيه ... ومنه قيل للذى ينظر إلى شبه الولد بأبيه : قائف ، والقيافة : المصدر ... »(٣) .

وقال الفيومى : « قاف الرجلُ الأثَرَ قَوْفاً من باب قال ، تَبِعَهُ ، واقْتَافَهُ كذلک ، فهو قَائِف ، والجمع قَافَةٌ مِثْل كَافِر وكَفَرَةٍ ، ومُقْتاف»(٤) .

وقال ابن الأثير : « القائف : الذى يتتبع الآثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، والجمع : القافة . يقال : فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة ، مثل قفا الأثر واقتفاه»(٥) .

وقال الجوهرى : « القائف : الذى يعرف الآثار والجمع القَافَةُ ، تقول : قفتُ أثَرَه : إذا

١- (١) ثقب فى القفا .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ٥ / ٤٢ .

٣- (٣) لسان العرب ١١ / ٣٤٩ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٥١٩ .

٥- (٥) النهاية ٤ / ١٢١ .

تبعْتَه ، مثل قفوت أثره»(١) .

قال فى القاموس : « القائف : مَنْ يَعْرِفُ الآثارَ ، جمعه قافَةٌ ... »(٢) .

وقال الطريحى : « وفى الحديث : لا آخذ بقول قائفٍ ، هو الذى يعرف الآثار ويُلحق الولد بالوالد والأخ بأخيه ، والجمع قافة ، من قولهم قفت أثره إذا تبعته مثل قفوت أثره . وقاف الرجل يقوف قوفاً من باب قال : تبعه»(٣) .

وقال فى المنجد : « القائف : اسم الفاعل ، الذى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود ، جمعه قافة ، والقَوَاف والقَوَّاف : الذى يتتبَّع الآثار ويعرفها»(٤) .

أقول : قد ظهر من كلمات أهل اللغة أنّ القائف هو الذى يعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه ويحكم بالنسب بنظره إلى أعضاء المولود .

وأمّا الفقهاء أعلى اللّه كلمتهم يقولون فى تعريفها :

قال الفاضل المقداد : « التفرّس لإلحاق الأبناء بالآباء بسبب اتفاقهم فى صفة من الصفات»(٥) .

وقال المحقق الثانى : « هى إلحاق الأنساب بما يزعم أنه يعلمه من العلامات ، أو إلحاق الآثار إذا رتّب عليه محرّماً ، أو جَزْمٌ بنسبه مِنْ زَعْمِ عِلْمه بكونه أثَرَه»(٦) .

وعرّفها الشهيد الثانى بقوله : « هى الإستناد إلى علامات ومقادير يترتب عليها إلحاق بعض الناس ببعض ونحوه ، إنّما يحرم إذا جزم به ، أو رتّب عليه محرّماً»(٧) .

ص: ٤٧

١- (١) الصحاح ٢ / ١٠٨٤ .

٢- (٢) قاموس اللغة / الطبع الحجرى مادة قوف ، (٣ / ١٨٨) .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٤٢٠ الطبع الحجرى ، مادة قوف ، (٥ / ١١٠) .

٤- (٤) المنجد / ٧٠٢ .

٥- (٥) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .

٧- (٧) المسالک ٣ / ١٢٩ .

أقول : قد عرّفها فى الروضة البهية(١) بنحو هذا التعريف أو قريباً منه .

وقال المحقق الأردبيلى : « قيل : القيافة هى الإستناد إلى علامات يترتب عليها إلحاق بعض الناس ببعض ونحوهم ، وإنّما تحرم إذا جزم أو رتب عليه محرّماً . والظاهر أنّ ترتب الأحول من الحفظ والذكاء والبلاهة وغيرها على علامات - مثل علو الجبهة وعلوّ القفا ومؤخر الرأس - داخل فيها»(٢) .

وقد نقل أصحاب الكفاية(٣) والحدائق(٤) وشرح القواعد(٥) ورياض المسائل(٦) والمستند(٧) والجواهر(٨) فى تعريفها ما ذكره ثانى الشهيدين فى المسالک .

أقول : القيافة كما يظهر من تعاريفهم هى الإلحاق فى النسب بالإستناد إلى علامات وتقادير وصفات وآثار ، وقد قيّد الشهيد فى الدروس(٩) بماذا إذا ترتب عليها محرّم ، وزيد فى الميسية(١٠) وجامع المقاصد(١١) والمسالک(١٢) والروضة(١٣) والمفاتيح(١٤) بما إذا جزم بها . والتقييد فى محلّه .

ص: ٤٨

١- (١) الروضة البهية ٣ / ٢١٥ .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٠ .

٣- (٣) كفاية الأحكام ١ / ٤٤١ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٨٢ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٦١ .

٦- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٦٨ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١١٧ .

٨- (٨) الجواهر ٢٢ / ٩٢ .

٩- (٩) الدروس ٣ / ١٦٥ .

١٠- (١٠) الميسية مخطوطة كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٧١ .

١١- (١١) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .

١٢- (١٢) المسالک ٣ / ١٢٩ .

١٣- (١٣) الروضة البهية ٣ / ٢١٥ .

١٤- (١٤) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ .

وبالجملة ، الحرام فى الشريعة المقدسة بالنسبة إليها حرمة العمل بقول القافة وترتيب الأثر المحرَّم عليه .

المقام الثانى : أدلة حرمتها

١ - الإجماع وعدم وجود المخالف فى حرمتها :

قد أفتى بالحرمة الشيخ فى النهاية(١) وابن إدريس فى السرائر(٢) والمحقق فى النافع(٣) والشرائع(٤) والعلامة فى التذكرة قال : « والقيافة حرام عندنا»(٥) . وقال فى النهاية : « القيافة حرام عند علمائنا كافة ، لأنّ النسب عندنا لا يثبت بها بل بالقرعة ، فلا يجوز سلوك هذا الطريق»(٦) . وقد أفتى بالتحريم فى القواعد(٧) والتحرير(٨) ، وفى المنتهى(٩) ذهب إلى وجود الإجماع على حرمتها . وقال الشهيد : « ويحرم القيافة والتكسّب بها ، سواء استعمل فى إلحاق الأنساب أو فى قفو الآثار إذا ترتب عليها حرام»(١٠) . وقال الفاضل المقداد : « القيافة حرام عندنا»(١١) . وقال الأردبيلى : « ولعلّ دليل التحريم الإجماع المذكور فى المنتهى»(١٢) . وقال

١- (١) النهاية / ٣٦٦ .

٢- (٢) السرائر ٢ / ٢١٨ .

٣- (٣) المختصر النافع / ١١٧ .

٤- (٤) الشرائع ٢ / ٤ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ مسألة ٦٥٠ .

٦- (٦) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٢ .

٧- (٧) القواعد ٢ / ٩ .

٨- (٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ .

٩- (٩) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ من الطبع الحجرى .

١٠- (١٠) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٥ .

١١- (١١) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .

١٢- (١٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٠ .

السبزواری : « لا أعلم خلافاً بينهم أيضاً فی تحريم القيافة»(١) . وقال صاحب الحدائق : « المسألة السابعة فی السحر ونحوه من القيافة والكهانة والشعبذة ، ولا خلاف فی تحريم الجميع وأخذ الأُجرة عليه»(٢) . وقال الشيخ جعفر بعد الحكم بالحرمة : « لصريح نقل الإجماع فيه من بعض وظهوره من آخرين»(٣) . وقال فی الرياض : « بلا خلاف»(٤) . وقال فی الجواهر : « وكأنّه لا خلاف فی تحريمها نحو الكهانة بل لعلّها فرد منها فتندرج تحت ما دلّ على حرمتها»(٥) .

وقال فی برهان الفقه بعد نقل عدم الخلاف والإجماع عن الأصحاب « وهو الحجة»(٦) .

ولكن مع ذلک وسوس صاحب الحدائق فی أصل الحرمة(٧) وقال : « وبالجملة فالدليل من الأخبار على التحريم غير ظاهر وليس إلاّ ما يدعى من الإجماع»(٨) .

وتبعه الفاضل النراقی وقال : « فإن ثبت الإجماع فهو المتّبع وإلاّ ففيه نظر»(٩) .

أقول : الظاهر أنّ الإجماع على الحرمة ثابت عند أصحابنا قدس سرهم ، وقد حكى الفاضل المقداد(١٠) الخلاف فيه عن بعض المخالفين لبعض رواياتهم ، وقال فی المصباح : « خلافاً لأكثر العامة ، فإنّهم جوّزوا العمل بقول القافة استناداً إلى جملة من الروايات الواردة من طرقهم »(١١) .

١- (١) كفاية الأحكام ١ / ٤٤١ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ١٧١ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٦١ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٦٨ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٩٢ .

٦- (٦) برهان الفقه / كتاب التجارة ، ٣٢ الطبع الحجرى .

٧- (٧) كما عبر هكذا صاحب الجواهر ٢٢ / ٩٢ .

٨- (٨) الحدائق ١٨ / ١٨٤ .

٩- (٩) مستند الشيعة ١٤ / ١١٧ .

١٠- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .

١١- (١١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٨٢ .

٢ - النسب لا يثبت إلاّ بالأدلة الشرعية

من المعلوم أن الأصل النافى والاستصحاب يقتضيان نفى النسب ، وطريق ثبوته منحصر بالإقرار أو الولادة على الفراش ونحوهما ممّا ورد فى الشريعة المقدسة ، وأمّا الإعتماد على الاستحسانات الحاصلة من ملاحظة أعضاء البدن على الوجه الذى قرّر فى علم القيافة يوجب نقض أحكام الإرث والنكاح والديات وغيرها ، ويوجب الفضيحة على المسلمين حيث يرون أنّ أولادهم يلحقون بغيرهم بحكم القافة ، بل نفس مشروعية اللعان أوضح شىء على عدم اعتبار هذا العلم حيث انحصر نفى النسب الثابت به .

مضافاً إلى أنّ قول القافة لا يحصل به إلاّ الظن ، والآيات الواردة فى النهى عن اتباع الظن والروايات الكثيرة الناهية عن العمل بالظن تشملانه ، ولم يدل دليل على اعتبار الظن الحاصل من قولهم ، بل رواياتنا تدلّ على عدم العبرة بقولهم كما سيأتى إن شاء اللّه تعالى .

قال الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى قدس سره فى بطلان القيافة وحرمتها : « وهو الموافق لأصول المذهب والإعتبار ، لأنّه يلزم منها إلحاق شخص بآخر الموجب لترتب الأحكام الكثيرة بممجرد ظن لا دليل عليه شرعاً بل الدليل على خلافه ، وذلك ممّا تأباه أصول المذهب ومحاسن الشريعة ، بل يحكم أهل العقول بطيش عقل الملحق به أو أنّه أحمق»(١) .

٣ - الروايات تنهى عن اتباع قول القافة

بعض الروايات تنفى اعتبار علم القيافة :

منها : صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : لا آخذ بقول عرّاف(٢) ولا قائف ولا لصّ ، ولا أقبل شهادة فاسق إلاّ على نفسه(٣) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من تكّهن أو تكّهن له فقد برىء من دين محمد صلى الله عليه و آله وسلم . قال : قلت : فالقيافة ؟ قال : ما اُحبّ أن تأتيهم ، وقيل : ما يقولون شيئاً إلاّ كان قريباً ممّا يقولون ، فقال : القيافة فضلة من النبوة ذهبت فى الناس حين بعث

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٦٩ .

٢- (٢) قال صاحب الوسائل ١٧ / ١٤٩ : « فسّر بعض أهل اللغة العرّاف بالكاهن وبعضهم بالمنجم» .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٠ ح ٢ . الباب ١٤ من أبواب آداب السفر .

النبى صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

ومنها : خبر الجعفريات بسنده المتصل إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : من السحت ثمن الميتة . إلى أن قال : وأجر القافى(٢) .

ومنها : مرسلة الطريحى قال : فى الحديث : لا آخذ بقول قائفٍ(٣) .

وأمّا قضية عرض مولانا وإمامنا محمد بن على الجواد عليه السلام فى زمن والده مولانا وإمامنا على بن موسى الرضا عليه السلام ، التى وردت فيها روايتان :

الأولى : ما رواه أبو جعفر محمد بن جرير بن رستم الطبرى الصغير فى كتابه دلائل الإمامة بسنده إلى الإمام العسكرى عليه السلام أنّه قال فى حديث : وإنّهم أخذوه والرضا عليه السلام عند المأمون ، فحملوه إلى القافة وهو طفل بمكة فى مجمع من الناس بالمسجد الحرام فعرضوه عليهم ، فلمّا نظروا إليه وزرقوه بأعينهم خرّوا لوجوههم سجداً ، ثمّ قاموا وقالوا لهم : يا ويحكم مثل هذا الكوكب الدرى والنور المنير يعرض على أمثالنا ، وهذا واللّه الحسب الزكى والنسب المهذّب الطاهر ، واللّه ما تردّد إلاّ فى أصلاب زاكية وأرحام طاهرة ، واللّه ما هو إلاّ من ذرية أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام ورسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فارجعوا واستقيلوا اللّه واستغفروه ولا تشكّوا فى مثله . إلى أن قال : وبلغ الخبر الرضا على بن موسى عليه السلام وما صُنع بابنه محمد عليه السلام ، فقال : الحمد للّه . ثمّ التفت إلى بعض مَنْ بحضرته من شيعته فقال : هل علمتم ما قد رُمِيَتْ به مارية القِبطيّة وما ادُّعِى عليها من ولادتها إبراهيم ابن رسول اللّه ؟ - ثم بيّن عليه السلام قضية إفک مارية وقال فى ختام الحديث : الحمد للّه الذى جعل فىَّ وفى ابنى محمد اُسوةً برسول اللّه وابنه إبراهيم ، الحديث(٤) .

وعلى هذه الرواية العرض على القافة لم يكن بمحضر الرضا عليه السلام ورضايته ، بل عُرض

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٩ ح ٢ . الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ١ . الباب ٢٣ من أبواب ما يكتسب به ، و ١٣ / ٦٩ ح ١ . الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٤٢٠ الطبع الحجرى مادة قوف ، (٥ / ١١٠) .

٤- (٤) دلائل الإمامة / (٣٨٨ - ٣٨٤) .

الإمام الجواد عليه السلام بمكة فى المسجد الحرام على القافة ، ومن الواضح أنّه من كيد المأمون وسياسة سلطة الوقت .

فهذا النقل لا يدل على اعتبار علم القيافة بوجه . مضافاً إلى ضعف سنده بأبى المفضل محمد بن عبد اللّه وهو ضعيف ، ومحمد بن إسماعيل الحسنى وهو إمامىٌ مجهول .

الثانية : ما رواه الكلينى بسند لا يبعد حسنه ، وفيه : قالوا : فإن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قد قضى بالقافة فبيننا وبينک القافة ، قال : ابعثوا أنتم إليهم فأمّا أنا فلا ، ولا تُعلموهم لما دعوتموهم ولتكونوا فى بيوتكم ... ثمّ جاؤوا بأبى جعفر عليه السلام فقالوا : ألحقوا هذا الغلام بأبيه ، فقالوا : ليس له ههنا أبٌ ولكن هذا عمّ أبيه وهذا عمّ أبيه وهذا عمّه وهذه عمته وإن يكن له ههنا أبٌ فهو صاحب البستان ، فإنّ قدميه وقدميه واحدة ، فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا : هذا أبوه ، الحديث(١) .

وقد يُستشكل على الرواية بوجوهٍ :

أوّلاً : بضعف السند ، لأنّ زكريا بن يحيى الصيرفى مجهولٌ .

وثانياً : أنّها مشتملة على تقرير الإمام عليه السلام بأنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قد قضى بالقافة .

وثالثاً : اشتملت على عرض أخوات الإمام عليه السلام وعمّاته على القافة ، وهو حرام بلا ريب لا يصدر منه عليه السلام .

ويمكن أن يجاب :

عن الأوّل : بأنّ الرواية متلقاة بالقبول من جانب الأصحاب قدس سرهم ، مضافاً إلى قول المامقانى فى حقِّ زكريا بأنّه إمامىٌّ لا يبعد حسنه ، وبعد قبول هذا القول صار السند حسناً .

وعن الثانى : بأنّه يؤيد الإمام عليه السلام قضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بالقافة ، بل بعد أن أجبر بواسطة إخوته وعمومته قال : « ابعثوا أنتم إليهم فأمّا أنا فلا» وهذه الفقرة تدلّ بوضوح إلى عدم اعتبار قول القافة عند الإمام وعدم جواز تبعيتهم .

وعن الثالث : بأنّ الضرورات تبيح المحذورات ، وضرورة إثبات الإمامة تكون أهمّ

١- (١) الكافى ١ / ٣٢٢ ح ١٤ .

من ستر أخوات الإمام وعمّاته .

ويمكن أن يقال : بأنّ عرضهنَّ وقع من جانب إخوة الإمام وعمومته ولم يأمر الإمام بها بل ولم يرض بها .

وبالجملة ، عرض مولانا وإمامنا أبى جعفر محمد بن على الجواد عليه السلام على القافة أمرٌ قطعىٌّ وقع فى تلك الأعصار لكن دون إثبات أنّ العرض كان بأمر الإمام على بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء أو بأمر ابنه الإمام الجواد عليه السلام أو برضايتهما أو رضاية أحدهما خرط القتاد . فلا يدلّ هذا العرض على حجية قول القافة ولا يثبت صحة أو تأييد علم القيافة . واللّه سبحانه هو العالم .

الكذب

اشارة

يقع الكلام فيه فى ضمن فصول :

الفصل الأوّل : تعريفه

الكلام إمّا إنشاءٌ وإمّا إخبارٌ ، والإخبار إمّا مطابقٌ للواقع فيُسمى صدقاً وإمّا غير مطابقٍ للواقع فيسمى كذباً .

وهذا التعريف يؤيده الوجدان ويقرّ به الناس على مختلف طبقاتهم وأعصارهم وأمصارهم .

الفصل الثانى : أدلة حرمة الكذب

اشارة

الأدلة الأربعة تدلّ على حرمته :

١ - الكتاب :

آيات كثيرة من الكتاب تدلّ على حرمته :

منها : قوله تعالى : «وَيَا قَوْمِ اعْمَلُواْ عَلَى مَكَانَتِكُمْ إِنِّى عَامِلٌ سَوْفَ تَعْلَمُونَ مَن يَأْتِيهِ عَذَابٌ يُخْزِيهِ وَمَنْ هُوَ كَاذِبٌ وَارْتَقِبُواْ إِنِّى مَعَكُمْ رَقِيبٌ»(١) .

ومنها : قوله تعالى : «وَقَالَ رَجُلٌ مُّؤْمِنٌ مِّنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ أَتَقْتُلُونَ رَجُلاً أَن يَقُولَ رَبِّىَ اللَّهُ وَقَدْ جَاءكُم بِالْبَيِّنَاتِ مِن رَّبِّكُمْ وَإِن يَكُ كَاذِباً فَعَلَيْهِ كَذِبُهُ وَإِن يَكُ صَادِقاً يُصِبْكُم بَعْضُ الَّذِى يَعِدُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لاَ يَهْدِى مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ كَذَّابٌ»(٢) .

١- (١) سورة هود / ٩٣ .

٢- (٢) سورة غافر / ٢٨ .

ومنها : قوله تعالى : «وَيَجْعَلُونَ لِلّهِ مَا يَكْرَهُونَ وَتَصِفُ أَلْسِنَتُهُمُ الْكَذِبَ أَنَّ لَهُمُ الْحُسْنَى لاَ جَرَمَ أَنَّ لَهُمُ النَّارَ وَأَنَّهُم مُّفْرَطُونَ»(١) .

٢ - السنة الشريفة :

عدّة من الروايات المعتبرة المتواترة تدلّ على حرمة الكذب :

منها : معتبرة فضيل بن يسار بل موثقته عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ أوّل مَنْ يُكَذِّبُ الكذّابَ اللّه عزّ وجلّ ، ثمّ الملكان اللذان معه ، ثمّ هو يعلم أنّه كاذب(٢) .

ومنها : صحيحة عمر بن يزيد قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إنّ الكذّاب يهلک بالبينات ويهلک أتباعه بالشبهات(٣) .

ومنها : موثقة أو صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ اللّه عزّ وجلّ جعل للشرّ أقفالاً وجعل مفاتيح تلک الأقفال الشراب ، والكذب شرّ من الشراب(٤) .

ومنها : موثقة عبيد بن زرارة قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إنّ ممّا أعان اللّه به على الكذّابين النسيان(٥) .

ومنها : صحيحة معمر بن خلاد عن الرضا عليه السلام قال : سُئل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : يكون المؤمن جباناً ؟ قال : نعم ، قيل : ويكون بخيلاً ؟ قال : نعم ، قيل : ويكون كذّاباً ؟ قال : لا(٦) .

ومنها : حسنة عبد اللّه بن عجلان قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إنّ العبد إذا صدق كان أوّل من يصدّقه اللّه ونفسه تعلم أنّه صادق ، وإذا كذب كان أوّل من يكذّبه اللّه ونفسه تعلم أنّه كاذب(٧) .

١- (١) سورة النحل / ٦٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٣ ح ١ . الباب ١٣٨ من أبواب أحكام العشرة .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٣ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٤ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٥ ح ٧ .

٦- (٦) المحاسن ١ / ٢٠٩ ح ١٥٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٥ ح ١١ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٧ ح ١٥ .

ومنها : صحيحة ابن رئاب قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إنّ المؤمن لا يكون سجيته الكذب والبخل والفجور ، وربّما ألمّ من ذلک شيئاً لا يدوم عليه . قيل : فيزنى ؟ قال : نعم ، ولكن لا يولد له من تلک النطفة(١) .

ومنها : صحيحة معاوية بن وهب قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : إنّ آية الكذّاب بأن يخبرک خبر السماء والأرض والمشرق والمغرب ، فإذا سألته عن حرام اللّه وحلاله لم يكن عنده شيءٌ(٢) .

ومنها : صحيحة أبى الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى حديث : شرّ الرواية الكَذِبَ ، الحديث(٣) .

ومنها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ فى من ينتحل هذا الأمر لمن يكذب حتّى يحتاج الشيطان إلى كذبه(٤) .

تلك عشرة كاملة من الروايات المعتبرة حول حرمة الكذب وقبحه ، فإن شئت أكثر ممّا تلوناه عليك فراجع الكافى ٢ / ٣٣٨ وعقاب الأعمال / ٣١٨ وجامع الأخبار / ٤١٧ والوافى ٥ / ٩٢٧ وبحار الأنوار ٦٩ / ٢٣٢ ووسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٣ ومستدرک الوسائل ٩ / ٨٣ وجامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٤٣ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣٠٥ .

٣ - الإجماع :

الإجماع من المؤمنين بل من المسلمين قائم على حرمة الكذب ، بل حرمته من ضروريات المذهب ، بل الدين ، بل جميع الأديان الإلهية .

١- (١) الكافى ٢ / ٤٤٢ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣٠٧ ح ١١ .

٢- (٢) الكافى ٢ / ٣٤٠ ح ٨ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣٠٨ ح ١٤ .

٣- (٣) أمالى الصدوق . المجلس الرابع والسبعون ح ١ / ٥٧٦ الرقم ٧٨٨ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١١ ح ٢٧ .

٤- (٤) أمالى الطوسى . المجلس الرابع عشر ح ٨١ / ٤١٤ الرقم ٩٣٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١٢ ح ٣٣ .

ولكن من المعلوم أنّ هذا الإجماع مستند إلى ما مرّ من أدلة الكتاب والسنة ، فهو إجماع مدركيٌّ وليس بتعبدى .

٤ - العقل :

العقل يحكم بقبح الكذب فطرةً ، سواء ترتب عليه المفسدة والمضرة أم لا ! وإذا ترتب عليه المفاسد والمضرات دنيوية كانت أو أُخروية والحكم بقبحه وحرمته واضح ، ولكنه حينئذ لا يختص بالكذب فقط ، بل يجرى فى كلِّ ما استلزم شيئاً من هذه الأُمور ولو كان صدقاً .

فحكم العقل بقبح الكذب لا يختص بترتب المفسدة والمضرة حتّى يستلزم هذا الإشكال ، خلافاً للمحقق الخوئى قدس سره فى مصباحه(١) حيث قيّد حكم العقل بقبح الكذب بترتب المفسدة والمضرة عليه .

الفصل الثالث : هل الكذب مطلقاً من الكبائر ؟

يمكن أن يُستدل بأنّ الكذب من الكبائر مطلقاً بعدّة من الروايات :

منها : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون : عدّ الكذب من الكبائر(٢) .

ومنها : خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام فى حديث شرائع الدين : عدّ الكذب من الكبائر(٣) .

ومنها : موثقة أو صحيحة محمد بن مسلم(٤) الماضية .

ومنها : خبر أنس قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : المؤمن إذا كذب بغير عذر ، لعنه سبعون ألف ملک ، وخرج من قلبه نتن حتّى يبلغ العرش فيلعنه حملة العرش ، وكتب اللّه عليه بتلک

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٣٨٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٤ ح ٣ .

الكذبة سبعين زنية ، أهونها كمن يزنى مع أُمّه(١) .

ومنها : مرسلة الشهيد الثانى عن الإمام العسكرى عليه السلام أنّه قال : جعلت الخبائث فى بيت وجُعل مفتاحه الكذب(٢) .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر قال فيها : يا أبا ذر ويلٌ للذى يحدّث فيكذب ليُضحک به القوم ، ويل له ، ويل له ، الحديث(٣) .

ويمكن أن يُستدل بأنّ الكذب من الكبائر بقوله تعالى : «إِنَّمَا يَفْتَرِى الْكَذِبَ الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللّهِ وَأُوْلئِکَ هُمُ الْكَاذِبُونَ»(٤) .

بتقريب : أن الآية جعلت الكاذب غير مؤمن بآيات اللّه ، كافراً بها : ويؤيد هذا التقريب تطبيق الإمام الرضا عليه السلام الآية الشريفة على الكذّاب فى مرسلة العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا عليه السلام أنّه ذكر رجلاً كذّاباً ، ثم قال : قال اللّه : «إِنَّمَا يَفْتَرِى الْكَذِبَ الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ»(٥) .

ولكن وردت فى قبالها عدّة من الروايات يظهر منها بأنّه ليس بإطلاقه من الكبيرة :

منها : حسنة أبى خديجة سالم بن مكرم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الكذب على اللّه وعلى رسوله من الكبائر(٦) .

ومنها : خبر آخر له عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الكذب على اللّه وعلى رسوله وعلى الأوصياء عليهم السلام من الكبائر(٧) .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من قال علىَّ ما لم أقل فليتبّوأ

١- (١) مستدرک الوسائل ٩ / ٨٦ ح ١٥ .

٢- (٢) الدرة الباهرة / ٤٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥١ ح ٤ .

٤- (٤) سورة النحل / ١٠٥ .

٥- (٥) تفسير العياشى ٣ / ٢٤ ح ٧٠ ونقل عنه فى البرهان ٣ / ٤٥٦ ح ١ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٨ ح ٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٧ ح ٢٥ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

مقعده من النار(١) .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : الكذّاب هو الذى يكذب فى الشىء ؟ قال : لا ، ما من أحد إلاّ يكون ذاک منه ، ولكن المطبوع على الكذب(٢) .

ومنها : ما رواه سيف بن عميرة فى الصحيح عمّن حدثه عن أبى جعفر عليه السلام قال : كان على بن الحسين عليه السلام يقول لولده : اتقوا الكذب الصغير منه والكبير فى كلِّ جدٍّ وهزل ، فإنّ الرجل إذا كذب فى الصغير اجترأ على الكبير ، أما علمتم أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : ما يزال العبد يصدق حتّى يكتبه اللّه صدّيقاً وما يزال العبد يكذب حتّى يكتبه اللّه كذّاباً(٣) .

وأنت ترى بأنّ ضعف أسناد بعضها وضعف دلالة بعضها الأُخر يوجب عدم تقييد المطلقات الماضية بها ، فالكذب مطلقاً يكون من الكبائر ، لإطلاق ما ورد فى معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام (٤) وغيرها وعدم ثبوت مقيد لها .

واللّه سبحانه هو العالم .

الفصل الرابع : هل يحرم الكذب فى الهزل أم لا ؟

الكلام ينقسم إلى الجدّ والهزل ، ولا ريب فى حرمة الكذب فى الأوّل وأمّا الثانى فظاهر بعض الروايات حرمته فى الهزل أيضاً :

منها : صحيح سيف بن عميرة عمّن حدثه عن أبى جعفر عليه السلام الماضية آنفاً(٥) .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر الماضى(٦) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٧ ح ٢٦ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٥ ح ٩ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ١ الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ١ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥١ ح ٤ .

ومنها : معتبرة الأصبغ بن نباتة قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يجد عبد طعم الإيمان حتّى يترك الكذب هزله وجدّه(١) .

رجال السند كلّهم ثقات حتّى قاسم بن عروة ، لأنّه من المعاريف وله أكثر من ١٢٥ رواية ، وصرح المفيد بوثاقته فى المسائل الصاغانية ، فالرجل أيضاً ثقة ولا أقل من اعتباره .

ومنها : خبر الحارث عن على عليه السلام قال : لا يصلح من الكذب جدّ ولا هزل ، ولا أن يَعِدَ أحدكم صبيّه ثمّ لا يفى له ، إنّ الكذب يهدى إلى الفجور والفجور يهدى إلى النار ، وما يزال أحدكم يكذب حتّى يقال : كذب وفجر ، وما يزال أحدكم يكذب حتّى لا يبقى فى قلبه موضع إبرة صدق ، فيسمّى عند اللّه كذّاباً(٢) .

ومنها : خبر جبلة الأفريقى أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : أنا زعيم ببيت فى رَبَض الجنة وبيت فى وسط الجنة وبيت فى أعلى الجنة لمن ترك المراء وإن كان حقّاً ولمن ترك الكذب وإن كان هازلاً ولمن حسن خُلقه(٣) .

ومنها : الإطلاقات الواردة فى حرمة الكذب التى مرّ بعضها ، وهى تشمل الكذب فى الهزل أيضاً .

ولكن الكل يحمل على الهزل الذى يكون إخباراً عن الواقع ، كأن يخبر بحدوث حادث أو قدوم مسافر ونحوهما ، وهذا الذى يكون حراماً بدلالة الروايات .

وأمّا الهزل الذى يكون إنشاءً فهو خارج عن الكذب موضوعاً وحكماً ، فلا يصير حراماً بأدلته ، نحو أن ينشىء وصفاً لأحد بداعى الهزل ، كإطلاق العالم الكبير على الجاهل أو الأسد على الجبان ، والفطن الذكى على الأبله ونحوها . وهذا الهزل الإنشائى لا يدخل فى عنوان الكذب ، فلا يكون حراماً من جهته . نعم يمكن أن يصير حراماً لانطباق بعض عناوين أُخرى عليه ، نحو : الغيبة أو التهمة أو إيذاء المؤمن أو السخرية به أو غيرها .

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ٣ .
٣- (٣) الخصال ١ / ١٤٤ ح ١٧٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٣٧ ح ٨ . الباب ١٣٥ من أبواب أحكام العشرة ، ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١٠ ح ٢٤ .

الفصل الخامس : هل خلف الوعد يدخل فى عنوان الكذب أم لا ؟

الوعد عبارة : أن يخبر المتكلِّم عن عزمه على الوفاء بشيءٍ لِشخص آخر ، كأن يقول : إنّى عازم على طبع كتابک ، أو إنّى ملتزم بالمجيء إلى زيارتک أو إكرامک . هذا الفرد يدخل فى عنوان الخبر فيصدق عليه الصدق والكذب ، غاية الأمر أنّه إخبارٌ عن الأُمور النفسانية فإنّ كان صادقاً فى هذا الإخبار فهو من الصادقين وإلاّ فلا .

ثمّ بعد عزمه الأوّل على الوفاء بحيث يكون صادقاً فيه ، يجب عليه الوفاء فى المستقبل والإتيان بما وعد أم لا ؟ يعنى هل يجب عليه تنجز وعده وتحقق عزمه فى الخارج بحيث لا يصير كلامه ووعده كذباً أم لا ؟

ظهور بعض الروايات على وجوب الوفاء بالوعد :

منها : خبر الحارث الأعور عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : لا يصلح من الكذب جدّ ولا هزل ولا أن يَعِدَ أحدكم صبيه ثمّ لا يفى له ، الحديث(١) .

ومنها : صحيحة شعيب العقرقوفى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من كان يؤمن باللّه واليوم الآخر فليفِ إذا وعد(٢) .

ومنها : صحيحة هشام بن سالم قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : عِدَةُ المؤمن أخاه نذر لا كفارة له ، فمن أخلف فبخلف اللّه بدأ ، ولمقته تعرّض ، وذلک قوله : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لاَ تَفْعَلُونَ * كَبُرَ مَقْتاً عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لاَ تَفْعَلُونَ»(٣)(٤) .

ومنها : ما رواه الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه كتب فى عهده إلى مالک الأشتر النخعى : وإيّاک والمنّ على رعيتک بإحسانک ، أو التَّزَيُّدَ فيما كان من فعلک ، أو أن يَقِدَهم فَتُتْبِـ-عَ موعدک بخُلفک ، فإنّ المَنَّ يُبطل الإحسان ، والتزيّد يذهب بنور الحقّ ، والخلف يوجب المقت

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ١٦٥ ح ٢ . الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة .

٣- (٣) سورة الصف / ٢ و ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ١٦٥ ح ٣ .

عند اللّه والناس . قال اللّه تعالى : «كَبُرَ مَقْتاً عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لاَ تَفْعَلُونَ»(١) .

قد سبق أنّ لهذا العهد الشريف سنداً معتبراً . التزيد : إظهار الزيادة فى الأعمال عن الواقع منها فى معرض الإفتخار .

ومنها : خبر أنس بن مالک قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : تقبّلوا لى بستٍّ أتَقبّل لكم بالجنة : إذا حدّثتم فلا تَكْذِبوا ، وإذا وَعَدْتُم فلا تُخْلِفوا ، وإذا إئتُمِنْتُم فلا تَخُونوا ، وغُضّوا أبصاركم ، واحْفَظُوا فُرُوجكم ، وكفّوا أيديكم وألسنتكم(٢) .

والروايات الواردة حول الصدق فى الوعد متعددة ، فإن شئت راجع وسائل الشيعة ١٢ / ١٦٤ ومستدرک الوسائل ٨ / ٤٥٨ وجامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٧٢ وكتابَىَّ ألف حديث فى المؤمن / ٣٣٣ وموسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٩٩ .

نعم ، ورد فى بعض الروايات أنّ الوعد بالنسبة إلى الزوجة والأهل يحسن وإن لم يف به ، نحو : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لعلىٍّ عليه السلام (٣) وخبر المحاربى(٤) وخبر عيسى بن

حسان(٥) وخبرى الجعفريات(٦) ، فإن ظاهر هذه الروايات وجوب الوفاء بالوعد إلاّ بالنسبة إلى الزوجة والأهل . ولكن الأصحاب أعرضوا عن الوجوب وحكموا فيه بالإستحباب ، والسيرة القطعية بين المتشرعة أيضاً تدلّ على جواز خلف الوعد ، فلو كان حراماً لاشتهر وبان . وإن كان الاحتياط فى الوفاء به موافق للروايات ، والوفاء موجب لعدم سقوط الفرد عن الاعتبار فى المجتمع ، والعقل والعقلاء أيضاً يحكمون بلزوم الوفاء به .

وأمّا الوعيد : فالروايات والعقل والعقلاء والإعتبارات الأخرى كلّها غير حاكمة

١- (١) نهج البلاغة / الكتاب ٥٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٨ / ٤٥٩ ح ٦ .

٢- (٢) أمالى الصدوق . المجلس العشرون ح ٢ / ١٥٠ الرقم ١٤٧ - الخصال ١ / ٣٢١ ح ٥ ونقل عنهما فى جامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٧٣ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٥ .

٦- (٦) الجعفريات / ١٧١ و ١٧٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ١ و ٤ .

بلزوم الوفاء به ، بل تحسّن العفو والإغماض . وقد يحرم الوفاء به إذا كان الوعيد يدخل فى الظلم والعدوان ، واللّه سبحانه هو العالم .

الفصل السادس : هل المبالغة ونظائرها من الكذب أم لا ؟

المبالغة ونظيرها من الكناية والتشبيه والاستعارة والمجاز إذا أُريد بها الإخبار عن الواقع تتصف بالصدق والكذب أعنى أنه لابدّ من وجود أصل الشىء ثمّ التعبير به على هذه الوجوه من نصب

القرينة عليه فحينئذ تتصف بالصدق . وأمّا إذا لم يكن أصل الشيء ثمّ عبر عنه بهذه الوجوه - نظير استعمال الأسد فى الجبان والقمر فى الكريهة المنظر وكثير الرماد وهزال الفصيل فى الخسيس ونحوها - فيصير كذباً بلا فرق بين المبالغة ونظائرها .

وإمّا إذا كانت المبالغة ونظائرها استعملت فى إنشاء المدح أو الذم فإنّها لا تتصف بالصدق والكذب ، لأنّها إنشاء ، والإنشائيات كما مرّ لا تتصف بهما بخلاف الإخباريات . ولعلّ إلى هذا القسم ينظر مَنْ رأى خروج المبالغة عن الكذب موضوعاً . واللّه العالم .

وهذا البيان يجرى فى النظم والنثر والهزل والجدّ ، فالمبالغة ونظائرها فى النظم والهزل الإخبارى يمكن أنْ يتصف بالكذب ، ولذا قال المحقق فى شهادات الشرائع : « يحرم من الشعر ما تضمّن كذباً»(١) . وأمّا إذا كانت المبالغة ونظائرها فى النظم والهزل الإنشائى دون الإخبارى زادت فى حسنه ، بل قيل : أكذبه أعذبه . ويخرج عن الاتصاف بالصدق والكذب .

الفصل السابع : التورية

وهى استعمال اللفظ فى معنيين أحدهما قريب والآخر بعيد ، فيقصد المتكلّم المعنى البعيد ويوهم السامع المعنى القريب . ويسمّها العرب بالملاحن والمعاريض وتقول فيها : إنّ فى المعاريض مندوحة عن الكذب . واختلف الفقهاء فى وجوبها لدى الإضطرار إلى الكذب ، قال العلامة فى مسألة الوديعة إذا طالبها ظالم : « ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ، ويجب التورية على

١- (١) الشرائع ٤ / ١٢٨ .

العارف»(١) . وقال المحقق الكركى : « ولو اقتضت المصلحة الكذب وجبت التورية»(٢) . وناقش كلام العلامة بقوله : « حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التورية ومعلوم أن لا كذب معها»(٣)(٤) .

وقال الفقيه العاملى بعد نقل كلام المحقق الكركى الأوّل منهما : « فتأمّل ، لأنّ ظواهر الأدلة على خلاف ذلک»(٥) . وذهب إلى عدم وجوبها فى الجواهر(٦) تبعاً لأستاذهما فى شرح القواعد(٧) .

والتورية نحو قولک : « ما رأيتُ زيداً ولا كلّمته» ، فإنّک تُفهِم السامع عدم رؤيتک له وتكلّمک معه ، وتضمر فى نفسک أنّک ما ضربتَ ريته ولا جرحتَه .

والفرض فى هذه التورية إغفال السامع عن المراد وإخفاء الواقع عليه وتمويه الأمر عليه ، فلزم فيها اختلاف المعنيين ظهوراً وخفاءً وكون المراد هو الخفى منهما ولكن السامع ينتقل إلى المعنى القريب والظاهر . هذه هى التورية العرفية ، ولكن التورية البديعية غيرها ، وهى التى يقصد المتكلّم إفهام المعنيين معاً ، وربّما لم يكن بينهما خفاء فى الظهور بل يكونان متكافئين فى ظهور . وإذا كانا كذلک ، كانت أبدع فى الصنعة وأملح فى الذوق ، ومع اختلافهما فى الظهور فكثيراً ما يرشّح البعيد بما يقرّبه إلى المعنى الآخر احتيالاً من المتكلّم فى جعلهما فى مرتبة واحدة أو فى درجتين متقاربتين .

١- (١) قواعد الأحكام ٢ / ١٨٨ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٦ / ٣٨ .

٤- (٤) ومن القائلين بوجوب التورية : المفيد فى المقنعة / ٥٥٦ وابن زهرة فى الغنية / ٢٨٣ مدعياً عليه الإجماع وابن إدريس فى السرائر ٣ / ٤٣ والمحقق فى الشرائع ٢ / ١٦٣ و ٣ / ٣٢ والعلامة فى التحرير ٣ / ١٩٣ و ٤ / ٧٩ والشهيدين فى اللمعة وشرحها راجع الروضة ١ / ٣٥٨ . وقد ذكر بعضهم الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢ / ٢٢ و ٢٣ .

٥- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢١ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٧- (٧) شرح القواعد ١ / ٢٣٣ .

والحاصل ، أنّ بين التوريتين بون بعيد ، فراجع لمعرفة التفصيل بينهما رسالة « سمطا اللآل فى مسألتى الوضع والإستعمال»(١) وكتاب « السيف الصنيع لرقاب منكرى علم البديع»(٢) وكلاهما للعلامة الجد آية اللّه أبى المجد الشيخ محمد الرضا النجفى الإصفهانى المتوفى عام ١٣٦٢ طاب اللّه ثراه وجعل الجنة مثواه .

ثمّ فليعلم أنّ كلامنا فى التورية العرفية لا البديعية ، ومن الواضح أنّها إذا كانت فى مقام الإخبار لا الإنشاء ، حيث أنّ ظاهر الألفاظ يكون حجة ولم يقم المتكلّم قرينة على خلافه وإلاّ التفت السامع إلى المعنى البعيد ، فالتورية العرفية بظاهرها داخلة فى عنوان الكذب ويترتب عليها حكمه ، ولذا حكم جمع من الأصحاب بأنّ التورية من غير قرينة تدخل فى اسم الكذب أو حكمه كما فى شرح القواعد(٣) ومفتاح الكرامة(٤) والجواهر(٥) . ولعلّ الوجه فى ذلك ما ذكره المحقق القمى من « أنّ المعتبر فى اتصاف الخبر بالصدق والكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه»(٦) .

ثمّ يبقى الكلام فى رواية عبد اللّه بن بكير بن أعين عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يستأذن عليه فيقول للجارية قولى : ليس هو هاهنا ، قال : لا بأس ليس بكذب(٧) .

ويمكن أن يستشكل عليها : أوّلاً : بإرسالها ، لأنّ ابن إدريس لم ينقل سنده إلى عبد اللّه ، فصارت الرواية مرسلة سنداً .

وثانياً : يمكن حملها على جواز الكذب لدفع الضرر والخطر ، كما سيأتى بيانه فى

١- (١) سمطا اللّآل فى مسألتى الوضع والإستعمال / (٩٧ - ٨٨) .

٢- (٢) السيف الصنيع لرقاب منكرى علم البديع / ٩٧ وما بعدها .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٢ .

٤- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢٠ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٧٢ .

٦- (٦) القوانين ١ / ٤١٩ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٨ .

مسوغات الكذب ، وعليه تحمل مرسلة الشيخ فى المبسوط(١) والخلاف(٢) ، قال : روى سويد بن حنظلة قال : خرجنا ومعنا وائل بن حجر نريد النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، فأخذه أعداء له ، وتحرّج القوم أن يحلفوا فَحَلَفْتُ باللّه أنّه أخى ، فخلى عنه العدو ، فذكرتُ ذلک للنبى صلى الله عليه و آله وسلم ، فقال : صدقت المسلم أخو المسلم .

تنبيهٌ

وأمّا الآيات التى وردت فيها نسبة غير الصدق إلى بعض الأنبياء بظاهرها نظير ، قوله تعالى نقلاً عن إبراهيم على نبينا وآله وعليه السلام : «إِنِّى سَقِيمٌ»(٣) وقوله تعالى نقلاً عنه أيضاً : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِن كَانُوا يَنطِقُونَ»(٤) وقوله تعالى نقلاً عن مؤذن يوسف أنّه قال بأمره : «أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ»(٥) أحسن تأويل فيها ما ورد فى الإحتجاج مرسلاً عن الصادق عليه السلام أنّه سُئل عن قول اللّه عزّ وجلّ فى قصة إبراهيم عليه السلام : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِن كَانُوا يَنطِقُونَ»قال : ما فعله كبيرهم وما كذب إبراهيم عليه السلام . قيل : وكيف ذلک ؟ فقال : إنّما قال إبراهيم : «فَاسْأَلُوهُمْ إِن كَانُوا يَنطِقُونَ» فإن نطقوا فكبيرهم فعل وإن لم ينطقوا فكبيرهم لم يفعل شيئاً ، فما نطقوا ، وما كذب إبراهيم عليه السلام .

فسئل عن قوله فى سورة يوسف : «أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ» ، قال : إنّهم سرقوا يوسف من أبيه ، ألاترى أنّه قال لهم : «قَالُواْ ... مَّاذَا تَفْقِدُونَ * قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ»(٦) ، ولم يقل سرقتم صواع الملك ، إنّما سرقوا يوسف من أبيه .

١- (١) المبسوط ٥ / ٩٥ .

٢- (٢) الخلاف ٤ / ٤٩٠ مسألة ٦٠ .

٣- (٣) سورة الصافات / ٨٩ .

٤- (٤) سورة الأنبياء / ٦٣ .

٥- (٥) سورة يوسف / ٧٠ .

٦- (٦) سورة يوسف / ٧٢ و ٧١ .

فسئل عن قول إبراهيم : «فَنَظَرَ نَظْرَةً فِى النُّجُومِ * فَقَالَ إِنِّى سَقِيمٌ»(١) قال : ما كان إبراهيم سقيماً وما كذب ، إنّما عنى سقيماً فى دينه ، أى مرتاداً(٢) .

الإرتياد : أى الطلب والميل ، أى إنّى طالب ومُجِدٌّ فى دينى لتحصيل الإعتقاد الصحيح بالمبدأ والمعاد .

ورويت نظيرها مختصراً فى خبر عطاء(٣) وفى حسنة الحسن الصيقل(٤) الآتية ، المحمولة على ارادة الإصلاح .

الفصل الثامن : مسوّغات الكذب :

١ - جواز الكذب لدفع الضرر

اشارة

إطلاق حرمة الكذب يمكن أن يقيّد ، ومن مقيّداته دفع الضرر أو الضرورة إليه ،

واستدلوا عليه بالأدلة الأربعة :

الف : الكتاب

تدلّ على جواز الكذب لدفع الضرر قوله تعالى : «مَن كَفَرَ بِاللّهِ مِن بَعْدِ إيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ * ذَلِكَ بِأَنَّهُمُ اسْتَحَبُّواْ الْحَيَاةَ الْدُّنْيَا عَلَى الآخِرَةِ وَأَنَّ اللّهَ لاَ يَهْدِى الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ»(٥) .

بتقريب : أن الآية الشريفة تدلّ على جواز الإرتداد والتكلم بالكفر ظاهراً - مع الإيمان الواقعى والعقد القلبى عليه - عند الإكراه والإضطرار ، فإذا جاز إظهار الكفر والإرتداد كذباً لدفع الضرر وعند الضرورة ، جاز الكذب بطريق أولى حينئذ .

١- (١) سورة الصافات / ٨٩ و ٨٨ .

٢- (٢) الإحتجاج ٢ / ٣٥٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٤ .

٥- (٥) سورة النحل ١٠٧ و ١٠٦ .

ويدلّ عليه أيضاً قوله تعالى : «لاَّ يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُوْنِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللّهِ فِى شَىْءٍ إِلاَّ أَنْ تَتَّقُواْ مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرُكُمُ اللّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللّهِ الْمَصِيرُ»(١) .

بتقريب : أنه لا يجوز للمؤمنين أنْ يتخذوا الكافرين أولياء لأنفسهم ويظهروا المحبّة لهم ويلتجؤوا إليهم ويستعينوا بهم ، إلاّ أنْ يخافوا منهم ويتقوا منهم تقاةً ، فحينئذ يجوز إظهار المودة والمحبّة لهم كذباً وغيرها تقيّة منهم ، فثبت جواز الكذب تقيةً لدفع الضرر أو الضرورة إليه .

ب : الروايات

عدّة من الروايات المستفيضة بل المتواترة إجمالاً تدلّ على جواز الكذب لدفع الضرر :

منها : صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعرى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام – فى حديث – قال : سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلک فحلف ، قال : لا جناح عليه ، وعن رجل يخاف على ماله من السلطان ، فيحلف لينجو به منه ، قال : لا جناح عليه ، وسألته : هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله ؟ قال : نعم(٢) .

ومنها : صحيحة أبى الصباح الكنانى قال : واللّه قال لى جعفر بن محمد عليه السلام : إنّ اللّه علّم نبيّه التنزيل والتأويل ، فعلّمه رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم علياً عليه السلام ، قال : وعلّمنا واللّه ، ثمّ قال : ما صنعتم من شيءٍ ، أو حلفتم عليه من يمين فى تقيّة فأنتم منه فى سعة(٣) .

ومنها : معتبرة السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : احلف باللّه كاذباً ونجّ أخاک من القتل(٤) .

ومنها : موثقة زرارة قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام : نمرّ بالمال على العشّار ، فيطلبون منّا أن نحلف لهم ويخلّون سبيلنا ، ولا يرضون منّا إلاّ بذلک ، قال : فاحلف لهم ، فهو أحلّ (أحلى ،

١- (١) سورة آل عمران / ٢٨ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٤ ح ١ . الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٤ ح ٢ . الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٥ ح ٤ .

ن ل) من التمر والزبد(١) .

ومنها : صحيحة الحلبى أنّه سأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يحلف لصاحب العشور ، يحرز بذلک ماله ، قال : نعم(٢) .

ومنها : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون قال : والتقية فى دار التقية واجبة ، ولا حنث على من حلف تقيّةً ، يدفع بها ظلماً عن نفسه(٣) .

ومنها : صحيحة أبى بكر الحضرمى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام رجل حلف السلطان بالطلاق والعتاق ، فقال : إذا خشى سيفه وسطوته فليس عليه شيءٌ ، يا أبا بكر إنّ اللّه عزّ وجلّ يعفو والناس لا يعفون(٤) .

ومنها : صحيحة صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبى نصر البزنطى كلاهما عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملک ، أيلزمه ذلک ؟ فقال : لا ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : وضع عن اُمّتى ما اُكرهوا عليه ، وما لم يطيقوا ، وما أخطأوا(٥) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة معاذ بيّاع الأكسية قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّا نستحلف بالطلاق والعتاق ، فماترى أحلف لهم ؟ فقال : أحلف لهم بما أرادوا إذا خفت(٦) .

معاذ بن كثير بيّاع الأكسية لاأقل من اعتباره بل وثقه المفيد فى الإرشاد وذكره فى ضمن شيوخ أصحاب أبى عبد اللّه عليه السلام وخاصّته وبطانته وثقاته الفقهاء الصالحين رضوان اللّه عليهم(٧)

.

١- (١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٥ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٥ ح ٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٦ ح ١٠ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٦ ح ١١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٦ ح ١٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٣ .

٧- (٧) الإرشاد ٢ / ٢١٦ .

ومنها : موثقة اُخرى لزرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : إنّا نمرّ على هؤلاء القوم فيستحلفونا على أموالنا وقد أدّينا زكاتها ، فقال : يا زرارة إذا خفتَ فاحلف لهم ما شاؤوا ، قلت : جعلت فداک بالطلاق والعتاق ؟ قال : بما شاؤوا(١) .

ومنها : صحيحة معمر بن يحيى قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام : إنّ معى بضائع للناس ونحن نمرّ بها على هؤلاء العشار ، فيحلّفونا عليها فنحلف لهم ، فقال : وددتُ أنّى أقدر على أن اُجيز أموال المسلمين كلّها وأحلف عليها ، كلّما خاف المؤمن على نفسه فيه ضرورة فله فيه التقية(٢) .

ومنها : صحيحة إسماعيل الجعفى قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام : أمرُّ بالعشار ومعى المال ، فيستحلفونى ، فإن حَلفتُ تركونى ، وإن لم أحلف فتّشونى وظلمونى ، فقال : أحلف لهم ، قلت : إن حلّفونى بالطلاق ؟ قال : فاحلف لهم ، قلت فإنّ المال لا يكون لى ، قال : تتّقى مال أخيک(٣) .

ومنها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إذا حلف الرجل تقيّة لم يضرّه إذا هو أُكره واضطرَّ إليه ، وقال : ليس شىءٌ ممّا حرّم اللّه إلاّ أحلّه لِمَنْ اضطرّ إليه(٤) .

ومنها : صحيحة أبى بكر الحضرمى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : نحلف باللّه لصاحب العشور نجيز بذلک مالنا ؟ قال : نعم ، الحديث(٥) .

ومنها : مرسلة الصدوق عن الرضا عليه السلام قال : إنّ الرجل ليصدق على أخيه فيناله عنت من صدقه فيكون كذّاباً عند اللّه ، وإنّ الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند اللّه صادقاً(٦) .

قد يتوهم معارضة هذه الروايات برواية أُخرى ، وهى مرسلة الشريف الرضى عن

١- (١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٤ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٦ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٧ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٨ ح ١٨ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٨ ح ١٩ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٥ ح ١٠ . الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة .

أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : علامة الإيمان أن توثر الصدق حيث يضرّک على الكذب حيث ينفعک ، وألاّ يكون فى حديثک فضلٌ عن علمک ، وأن تتقى اللّه فى حديث غيرک(١) .

يمكن أن تعالج المعارضة بوجوه :

الأوّل : هذه الرواية مرسلة فلا يمكن أخذها فى قبال الروايات الصحاح الماضية ، وعلى فرض التعارض الترجيح معهنّ .

الثانى : يمكن حمل المرسلة على جلب المنفعة مع الكذب لا دفع الضرر معه ، فلا يجوز جلب النفع مع الكذب .

الثالث : ويمكن حمل المرسلة على استحباب تحمل الضرر المالى الغير المعتدّ به كما حملها الشيخ الأعظم(٢) . وحملهنَّ على جواز الكذب عند الضرر النفسانى والعرضى والمالى المعتدّ به .

وكذا تحمل معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من أجلّ اللّه أن يحلف به أعطاه اللّه خيراً ممّا ذهب منه(٣) .

وهذه المعتبرة لسانها فى الاستحباب أظهر من المرسلة .

ثم ظاهر بعض الأعلام وجوب التورية عند الإضطرار إلى الكذب ، ولكن الأدلة الماضية مطلقة بالنسبة إلى هذا التقييد ، فلا يمكن الأخذ به ، مضافاً إلى ما سبق فى الفصل السابع من أنّ التورية أيضاً داخلة فى عنوان الكذب فلا يفيد شيئاً فى المقام .

ج : الإجماع

الإجماع بين الأصحاب قدس سرهم بالنسبة إلى جواز الكذب فى صورة الإضطرار ودفع الضرر موجود ، ولكنّه إجماع مدركىٌ لا تعبدىٌّ ، فلا يستفاد منه شيئاً .

د : العقل

قد مرّ فى الفصل الثانى بأنّ العقل يحكم بقبح الكذب فطرةً ، سواء ترتب عليها المفسدة

١- (١) نهج البلاغة . الحكمة ٤٥٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٥ ح ١١ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ٢٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٩٨ ح ٣ . الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان .

والمضرة أم لا ، ولكن العقل نفسه يحكم بحُسن الكذب إذا كان هناك ضرر يجب التحفظ منه ، كحفظ النفس المحترمة أو عرض المؤمن أو ماله المعتدّ به . لأنّ العقل حينئذٍ يحكم بأخذ أقل المحظورين أو أقل القبيحين لدفع الضرر الأكثر أو القبح الأعظم أو الخطر الأتم أو الإضطرار .

٢ - جواز الكذب فى الإصلاح

عدّة من الروايات المعتبرة المستفيضة تدلّ على جواز الكذب عند إرادة الإصلاح :

منها : صحيحة معاوية بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : المصلح ليس بكذّاب(١) .

ومنها : صحيحة معاوية بن وهب أو معاوية بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال : أبلغ عنّى كذا وكذا - فى أشياء أمر بها - قلت : فأُبلّغهم عنك وأقول عنّى ما قلت لى وغير الذى قلت ؟ قال : نعم ، إنّ المصلح ليس بكذّاب [إنّما هو الصلح ليس بكذب (٢)] .

ومنها : حسنة الحسن الصيقل قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّا قد روينا عن أبى جعفر عليه السلام (٣) فى قول يوسف عليه السلام : «أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ»(٤) فقال : واللّه ما سرقوا وما كذب ، وقال إبراهيم عليه السلام : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِن كَانُوا يَنطِقُونَ»(٥) ، فقال : واللّه ما فعلوا وما كذب . فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : ما عندكم فيها ياصيقل ؟ قلت : ما عندنا فيها إلاّ التسليم . قال فقال : إنّ اللّه أحبّ اثنين وأبغض اثنين ، أحبّ الخطر فيما بين الصفّين وأحبّ الكذب فى الإصلاح ، وأبغض الخطر فى الطرقات وأبغض الكذب فى غير الإصلاح ، إنّ إبراهيم

عليه السلام إنّما قال : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا» إرادة الإصلاح ودلالة على أنّهم لا يفعلون ، وقال يوسف عليه السلام إرادة الإصلاح(٦) .

ص: ٧٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ٣ . الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة .

٢- (٢) الكافى ٢ / ٢١٠ ح ٧ ونقلتُ عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١٠ ح ٢٢ .

٣- (٣) وقد رويت فى الكافى ٢ / ٣٤٣ ح ٢٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٧ ، وفى تفسير العياشى ٢ / ٣٥٣ ح ٤٩ ونحوها ح ٤٧ و ٤٨ وروى الأوّل منها فى مستدرک الوسائل ٩ / ٩٥ ح ٦ .

٤- (٤) سورة يوسف / ٧٠ .

٥- (٥) سورة الأنبياء / ٦٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٤ .

ومنها : خبر عيسى بن حسان قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : كلّ كذب مسؤول عنه صاحبه يوماً إلاّ كذباً فى ثلاثة : رجل كائد فى حربه فهو موضوع عنه ، أو رجل أصلح بين اثنين يَلقى هذا بغير ما يلقى به هذا يريد بذلک الإصلاح ما بينهما ، أو رجل وعد أهله شيئاً وهو لا يريد أن يتمّ لهم(١) .

ونحوها فى الجعفريات / ١٧٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ٤ .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لعلىٍّ عليه السلام أنّه قال صلى الله عليه و آله وسلم : يا على إنّ اللّه أحبّ الكذب فى الصلاح وأبغض الصدق فى الفساد . إلى أن قال : يا على ثلاث يحسن فيهنّ الكذب : المكيدة فى يالحرب ، وعدتک زوجتک ، والإصلاح بين الناس(٢) .

ومنها : خبر المحاربى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبى عليه السلام قال : ثلاثة يحسن فيهنّ الكذب : المكيدة فى الحرب ، وعدتک زوجتک ، والإصلاح بين الناس ، وثلاثة يقبح فيهنّ الصدق : النميمة ، وإخبارک الرجل عن أهله بما يكرهه ، وتكذيبک الرجل عن الخبر ، الحديث(٣) .

ومنها : خبر أبى يحيى الواسطى عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الكلام ثلاثة : صدق وكذب وإصلاح بين الناس . قال : قيل له : جعلتُ فداک ما الإصلاح بين الناس ؟ قال : تسمع من الرجل كلاماً يبلغه فتخبث نفسه [فتلقاه [فتقول : سمعتُ من فلان قال فيک من الخير كذا وكذا ، خلاف ما سمعت منه(٤) .

ومنها : خبر معاوية بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - انّه قال له : أبلغ أصحابى كذا وكذا ، وأبلغهم كذا وكذا . قال : قلتُ : فإنّى لا أحفظ هذا فأقول ما حفظتُ ولم أحفظ أحسن ما يحضرنى ؟ قال : نعم ، المصلح ليس بكذّاب(٥) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٥ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ٢ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٦ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٩ .

ومنها : خبر ابن الأشعث بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه

و آله وسلم : لا يصلح الكذب إلاّ فى ثلاثة مواطن : كذب الرجل لامرأته ، وكذب الرجل يمشى بين الرجلين ليصلح بينهما ، وكذب الإمام عدوّه فإنّما الحرب خدعة(١) .

ومنها : مرسلة صاحب جامع الأخبار عن الصادق عليه السلام قال : الكذب مذموم إلاّ فى أمرين : دفع شرّ الظلمة ، وإصلاح ذات البين(٢) .

تلك عشرة كاملة من الروايات تدلّ على جواز الكذب فى الإصلاح وظاهرها عدم لزوم التورية كما التزمنا به فى الإستثناء السابق .

إلى هنا تمّ بحث الكذب والحمد للّه أولاً وآخراً .

١- (١) الجعفريات / ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ١ .
٢- (٢) جامع الأخبار / ٤١٧ ح ٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ٩٦ ح ٨ .

الكِهانَةُ

اشارة

قبل الخوض فى الحكم لابدّ من تعريف الكهانة موضوعاً ، فلا محيص من مراجعة كلمات اللغويين والفقهاء فى هذا المقام :

تعريفها

قال ابن الأثير فى نهايته : « الكاهن : الذى يَتَعاطَى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزمان ويَدَّعى معرفة الأسرار ، وقد كان فى العرب كَهَنة كِشقّ وسَطِيح وغيرهما ، فمنهم من كان يَزْعُم أنّ له تابعاً

من الجنّ ورئِيّاً يُلْقى إليه الأخبار ، ومنهم من كان يزعم أنّه يعرف الأُمور بمقدمات أسباب يَسْتَدِلُّ بها على مواقعها مِنْ كلام مَنْ يسأله أو فعله أو حاله ، وهذا يَخُصُّونه باسم العَرّاف ، كالذى يدَّعى معرفة الشيءِ المسروق ومكان الضَّالّة ونحوهما ... والعرب تُسَمِّى كلّ من يتعاطى عِلْماً دقيقاً : كاهناً . ومنهم من كان يُسَمّى المنجم والطبيب كاهناً»(١) .

وزاد ابن منظور : « قال الأزهرى : وكانت الكهانة فى العرب قبل مبعث سيدنا رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، فلما بعث نبيّاً وحُرِسَتْ السماء بالشُّهُب ومُنِعَت الجّنُ والشياطين من استراق السمع وإلقائه إلى الكَهَنة بطل علم الكهانة ، وأزهق اللّه أباطيلَ الكُهّان بالفرقان الذى فَرَق اللّه عزّ وجلّ به بين الحقِّ والباطل ، وأطلع اللّه سبحانه نبيَّه صلى الله عليه و آله وسلم بالوحى على ما شاء من علم الغيوب التى عجزت الكهنة عن الإحاطة به ، فلا كهانة اليوم بحمد اللّه ومنّه وإغنائه بالتنزيل عنها ... »(٢) .

قال أحمد بن فارس : « كهن : الكاف والهاء والنون كلمةٌ واحدة وهى الكاهن ، وقد تكهَّنَ يَتَكهَّنُ . واللّه العالم»(٣) .

وقال الزمخشرى : « ك- ه- ن - هو كاهِنٌ بيّن الكَهانة وقد كَهَنَ وكَهُنَ . وعن ابن عباس :

١- (١) النهاية فى غريب الحديث والأثر ٤ / ٢١٤ .

٢- (٢) لسان العرب ١٣ / ٣٦٣ .

٣- (٣) معجم مقاييس اللغة ٥ / ١٤٥ .

لا تتّبع النجوم فإنّها تؤدى إلى الكِهانة ، وتكهّن : قال ما يُشْبه قول الكَهَنَة»(١) .

وقال الفيّومى : « كَهَنَ يَكْهُنُ من باب قَتَلَ ، كَهَانَةً بالفتح ، فهو كاهنٌ والجمع كَهَنَةٌ وكُهّانٌ مثل كافِرٍ وكَفَرةٍ وكُفّارٍ ، وتكَهَّنَ مثله ، فإذا صارت الكَهانَةُ له طبيعة وغريزة ، قيل : كَهُنَ بالضم والكِهانة بالكسر الصَناعة»(٢) .

وقال فى الصحاح : « كهن يكهن كهانةً مثل كتب كتابة إذا تكهّن ، وإذا أردت أنّه صار كاهناً قلت : كَهُنَ بالضم - كَهانة - بالفتح - »(٣) .

وفى القاموس : « كَهَنَ له كمَنَعَ ونَصَرَ وكرُم ، كَهانةً بالفتح وتكَهَّنَ تكَهُّناً قضى له بالغيب فهو كاهن جمعه كَهَنَةٌ وكُهّان ، وحرفَتُه الكِهانة بالكسر»(٤) .

وقال الطريحى : « قال بعض الشارحين : الكهانة عمل يوجب طاعة بعض الجانّ له فيما يأمره به ، وهو قريب من السحر وأخص منه ، والكاهن : الساحر»(٥) .

وقال ابن الأثير فى معنى رَئِيٍّ : « يقال للتابع من الجن رَئِيٌّ بوزن كَمِيٍّ ، وهو فَعيل أو فَعُول ، سُمِّى به لأنّه يتراءَى لِمَتْبوعه ، أو هو من الرّأى من قولهم فلانٌ رَئِيُّ قومه ، إذا كان صاحب رأيهم ، وقد تُكْسَرُ راؤُه لإتباعها ما بعدها»(٦) .

وقال الفيروز آبادى : « رَئِيَ كَغَنِيَ ، جنٌّى يُرى فيحبّ»(٧) .

هذه كلمات أهل اللغة فى المقام ، وأمّا الكهانة فى تعاريف الفقهاء :

قال الشيخ فى تفسيره : « الكاهن الذى يزعم أنّ له خَدَمة مِن الجن تأتيه بضربٍ مِنْ الوحى»(٨) .

١- (١) أساس البلاغة / ٤٠٠ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٥٣٤ .

٣- (٣) الصحاح ٦ / ٢١٩١ .

٤- (٤) قاموس اللغة . مادة كهن من الطبع الحجرى (٤ / ٢٦٤) .

٥- (٥) مجمع البحرين / ٥٦٩ من الطبع الحجرى (٦ / ٣٠٦) .

٦- (٦) النهاية ٢ / ١٧٨ .

٧- (٧) القاموس ، مادة الرؤية من الطبع الحجرى (٤ / ٣٣١) .

٨- (٨) التبيان ١٠ / ١٠٩ .

وقال العلامة فى التذكرة : « يحرم تعلّم الكهانة وتعليمها ، والكاهن هو الذى رَئِىٌّ من الجن يأتيه بالأخبار ، يُقْتَلُ ما لم يتب»(١) وذكر نحوها فى نهايته(٢) وقواعده(٣) ، وفى بعض نسخ التحرير(٤) نسب التعريف إلى القيل وحكم بحرمة أخذ الأُجرة عليها(٥) .

وقال الفاضل المقداد : « المشهور أنّ الكاهن هو الذى له رَئِىٌّ - أى صاحب مِن الجن - يأتيه بالأخبار بالمغيبات ، كما كان لعمرو بن لحى رَئِىٌّ من الجن - وهو أوّل مَنْ بَحَر(٦) البحائر(٧) وسيّب(٨) السوائب(٩) وغيّر دين إسماعيل عليه السلام ، وعند الحكماء : أنّ النفوس ما يقوى على الإطلاع على ما سيكون من الأُمور ، فإن كانت خيّرة فاضلة فتلك نفوس الأنبياء والأولياء ، وإن كانت شريرة فهى نفوس الكَهنة»(١٠) .

قال المحقق الثانى : « رئىّ بوزن كَمِىّ ، وهو التابع للإنسان يتراءى له ، أى هو موضع رأيه ، وقد تكسر راؤه اتباعاً لما بعدها . ثمّ نقل كلام ابن الأثير الّذى سبق عن النهاية ثمّ قال : ومثله فى الفائق(١١)»(١٢) .

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ .

٢- (٢) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٢ .

٣- (٣) القواعد ٢ / ٩ .

٤- (٤) تحريرالأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ .

٥- (٥) التحرير ٢ / ٢٦٠ .

٦- (٦) بَحَرَ : أى شَقّ .

٧- (٧) البحائر جمع البحيرة : فهى الناقة شقّ أُذُنها .

٨- (٨) سيّبه : تركه يسيب وأهمله .

٩- (٩) السوائب والسُّيَّب جمع السائبة : وهى الناقة التى كانت تُسَيِّب فى الجاهلية لنذر ونحوه أو لأنّها ولدت عشرة أبطن كلّها أُناث ، فكانت لا تُركب ولا يُشرب لبنها إلاّ ولدها أو الضيف ولا تمنع عن ماءٍ ولا كِلاءٍ حتّى تموت .

١٠- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .

١١- (١١) الفائق ٢ / ٢٢ .

١٢- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٣١ .

وقال الشهيد الثانى : « الكهانة : هى - بكسر الكاف - عمل يوجب طاعة بعض الجانّ له واتباعه له ، بحيث يأتيه بالأخبار الغائبة . وهو قريب من السحر»(١) .

ونحوها فى الروضة البهية(٢) .

وقال المحقق الأردبيلى : « قيل : الكِهانة - بالكسر - قريب من السحر ، قال فيه أيضاً : الكاهن : هو الذى له رَئِيٌّ من الجن يأتيه بالأخبار ، يقتل أيضاً إلاّ أن يتوب ويحرم عليه أخذ الأُجرة ... ثمّ قال : لعلّه يريد قتل المستحلّ والذى لم يتب ... »(٣) .

وقال الشيخ جعفر : « (الكاهن هو الذى له رئىّ) - ككمىّ - تابع للإنسان يترائى له أو متبوع له يتبع رأيه (من الجن يأتيه بالأخبار) أو مَنْ تنكشف له بعض الأُمور لشرارة نفسه كما تنكشف لبعض الأُولياء لطهارة ذاته ، والأوّل أظهر وأشهر . وأما ملائكة اللّه فلا ربط معهم لغير أولياء اللّه»(٤) .

وقال سيد الرياض : « الكِهانة - بكسر الكاف - قالوا : هى عمل يوجب طاعة بعض الجانّ له فيما يأمره به ، وهو قريب من السحر أو أخص منه»(٥) .

أقول : قد استعملت لفظة « كاهن» فى القرآن الكريم مرّتين فى قوله تعالى : «فَذَكِّرْ فَمَا أَنتَ بِنِعْمَتِ رَبِّکَ بِكَاهِنٍ وَلاَ مَجْنُونٍ»(٦) وفى قوله تعالى : «إِنَّهُ لَقَوْلُ رَسُولٍ كَرِيمٍ * وَمَا هُوَ بِقَوْلِ شَاعِرٍ قَلِيلاً مَا تُؤْمِنُونَ * وَلاَ بِقَوْلِ كَاهِنٍ قَلِيلاً مَا تَذَكَّرُونَ * تَنزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ»(٧) .

والوجه فى هذا الاستعمال أنّ الكهنة فى كلامهم لجهة انجذاب الناس البسطاء استعملوا

١- (١) المسالک ٣ / ١٢٨ .

٢- (٢) الروضة البهية ٣ / ٢١٥ .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٩ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / (٢٥٤ - ٢٥٢) .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٧ .

٦- (٦) سورة الطور / ٢٩ .

٧- (٧) سورة الحاقة / (٤٣ - ٤٠) .

السجع كثيراً ، بل كانوا يستعملون السجع فى الألفاظ بلا وجود معنى فيها ، كما يظهر من بعض أهل اللغة(١) . ولذا قال اللّه سبحانه فى الآيتين بأنّ القرآن الكريم ليس بقول كاهن وليس رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بكاهن أيضاً .

وأمّا أصل الكِهانة وأنّها ما هى ؟ فأحسن بيان فيها هو كلام مولانا الصادق عليه السلام حيث يقول - على ما روى أبو منصور الطبرسى مرسلاً فى الإحتجاج - فى جواب الزنديق حيث سأل : فمن أين

أصل الكهانة ومن أين يخبر الناس بما يحدث ؟ قال : إنّ الكهانة كانت فى الجاهلية فى كلّ حين فترة من الرسل ، كان الكاهن بمنزلة الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتبه عليهم من الاُمور بينهم فيخبرهم عن أشياء تحدث وذلک من وجوه شتى : فراسة العين ، وذُكاء القلب ، ووسوسة النفس ، وفتنة الروح مع قذف فى قلبه ، لأنّ ما يحدث فى الأرض من الحوادث الظاهرة ، فذلک يعلم الشيطان ويؤديه إلى الكاهن ويخبره بما يحدث فى المنازل والأطراف .

وأمّا أخبار السماء : فإنّ الشياطين كانت تعقد مقاعد استراق السمع إذ ذاک ، وهى لا تحجب ولا ترجم بالنجوم ، وإنّما منعت من استراق السمع لئلا يقع فى الأرض سبب تشاكل الوحى من خبر السماء ، فيلبس على أهل الأرض ما جاءَهم عن اللّه ، لإثبات الحجة ونفى الشبهة ، وكان الشيطان يسترق الكلمة الواحدة من خبر السماء بما يحدث من اللّه فى خلقه فيختطفها ، ثمّ يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن فإذاً قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحقّ بالباطل ، فما أصاب الكاهن من خبر ممّا كان يخبر به فهو ما أداه إليه الشيطان لما سمعه وما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه ، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة ، واليوم إنّما تؤدى الشياطين إلى كهانها أخباراً للناس بما يتحدثون به وما يحدثونه ، والشياطين تؤدى إلى الشياطين ما يحدث فى البُعد من الحوادث من سارق سرق ومن قاتل قتل ومن غائب غاب ، وهم بمنزلة الناس أيضاً ، صدوق وكذوب ، الحديث(٢) .

١- (١) نحو ابن الأثير فى النهاية ٤ / ٢١٥ وابن منظور فى لسان العرب ١٣ / ٣٦٣ .

٢- (٢) الاحتجاج ٢ / ٣٣٩ .

ويؤيد هذا الحديث الشريف القرآن الكريم فى آيات سورة الجن حيث ورد فيه : «وَأَنَّهُ كَانَ رِجَالٌ مِّنَ الْأِنسِ يَعُوذُونَ بِرِجَالٍ مِّنَ الْجِنِّ فَزَادُوهُمْ رَهَقاً * وَأَنَّهُمْ ظَنُّوا كَمَا ظَنَنتُمْ أَن لَّن يَبْعَثَ اللَّهُ أَحَداً * وَأَنَّا

لَمَسْنَا السَّمَاء فَوَجَدْنَاهَا مُلِئَتْ حَرَساً شَدِيداً وَشُهُباً * وَأَنَّا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَن يَسْتَمِعِ الآْنَ يَجِدْ لَهُ شِهَاباً رَّصَداً * وَأَنَّا لاَ نَدْرِى أَشَرٌّ أُرِيدَ بِمَن فِى الاْءَرْضِ أَمْ أَرَادَ بِهِمْ رَبُّهُمْ رَشَداً * وَأَنَّا مِنَّا الصَّالِحُونَ وَمِنَّا دُونَ ذَلِكَ كُنَّا طَرَائِقَ قِدَداً»(١) .

وورد فى تفسيرها معتبرة بل صحيحة زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول اللّه : «وَأَنَّهُ كَانَ رِجَالٌ مِّنَ الاْءِنسِ يَعُوذُونَ بِرِجَالٍ مِّنَ الْجِنِّ فَزَادُوهُمْ رَهَقاً» قال : كان الجن ينزلون على قوم من الإنس يعوذون برجال من الجن . فزادوهم رَهَقاً ، قال : كان الرجل ينطلق إلى الكاهن الذى يوحى إليه الشيطان ، فيقول : قل لشيطانک : فلان قد عاذ بک(٢) .

ويثبت وجود الكهنة فى العرب خبر أبى جهم عن أبى طالب عن عبد المطلب قال : بينا أنا نائم فى الحِجر إذ رأيت رؤيا هالتنى فأتيتُ كاهنة قريش ، الحديث(٣) .

وخبر ابن عباس عن والده أنّه أتى كاهنة بنى مخزوم فى رؤياه فى حقِّ أخيه عبد اللّه والد النبى صلى الله عليه و آله وسلم (٤) .

وقد ورد فى خبر أبى حازم أنّه قال : قدم كاهن مكة ورسول اللّه ابن خمس سنين ... فقال : يا معشر قريش اقتلوا هذا الصبى ...(٥) .

ولا يضر بإثبات وجود الكهنة ضعف سند الروايات ، لأنّ متنها ليس من الأحكام الشرعية .

وورد فى خبر أبان بل معتبرته عن الصادق عليه السلام فى ذكر عجائب ليلة ولادة

١- (١) سورة الجن / (١١ - ٦) .

٢- (٢) تفسير القمى ٢ / ٣٨٩ ونقل عنه فى البرهان فى تفسير القرآن ٥ / ٥٠٧ ح ١ .

٣- (٣) أمالى الصدوق . المجلس الخامس والأربعون ح ١ / ٣٣٤ الرقم ٣٩١ .
٤- (٤) أمالى الصدوق . المجلس الخامس والأربعون ح ٢ / ٣٣٥ الرقم ٣٩٢ .
٥- (٥) بحار الأنوار ١٥ / ٤٠٢ .

النبى صلى الله عليه و آله وسلم قال فى حديث : وانْتُزِعَ علمُ الكهنة ، وبطل سحر السَّحَرة ، ولم تَبْقَ كاهنة فى العرب إلاّ حُجِبَتْ عن صاحبها ، الحديث(١) .

وظاهر هذه الرواية أنّ أخبار السماء انقطعت عن الكهنة ورئيهم بولادة النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، ولكن قبل ولادة النبى كان يمكن استراق سمع أخبار السماء لبعض الشياطين ، ومن الواضح أنّهم من الأجنة ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «وَلَقَدْ جَعَلْنَا فِى السَّمَاء بُرُوجاً وَزَيَّنَّاهَا لِلنَّاظِرِينَ * وَحَفِظْنَاهَا مِن كُلِّ شَيْطَانٍ رَّجِيمٍ * إِلاَّ مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُّبِينٌ»(٢) .

وعن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى : «إِلاَّ مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ» كان فى الجاهلية كهنة ومع كلّ واحد شيطان ، وكان يعقد من السماء مقاعد للسمع ، فيستمع من الملائكة ما هو كائن فى الأرض ، فينزل ويخبر به الكاهن ، فيفشيه الكاهن إلى الناس(٣) .

وفى مرسلة القاضى نعمان المصرى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : كنّا مع رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ذات ليلة إذ رمى نجمٌ فاستنار ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم للقوم : ما كنتم تقولون فى الجاهلية إذا رأيتم مثل هذا ؟ قالوا : كنّا نقول : مات عظيم وولد عظيم . قال : فإنّه لا يرمى لموت أحد ولا لحياة أحد ، ولكن ربّنا إذا قضى أمراً سبّح حملة العرش وقالوا : قضى ربّنا بكذا ، فتسمع ذلك أهل السماء التى تليهم فيقولون ذلك ، حتّى يبلغ ذلك إلى السماء الدنيا فيسرق الشياطين السمع ، فربّما اعتقلوا شيئاً فأتوا به الكهنة فيزيدون وينقصون فتخطىء الكهنة وتصيب ، ثمّ إنّ اللّه عزّ وجلّ منع السماء بهذه النجوم فانقطعت الكهانة فلا كهانة ، وتلا جعفر بن محمد عليه السلام : «إِلاَّ مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُّبِينٌ»(٤) وقوله عزّ وجلّ : «وَأَنَّا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَن يَسْتَمِعِ الآنَ يَجِدْ لَهُ شِهَاباً

١- (١) أمالى الصدوق . المجلس الثامن والأربعون ح ١ / ٣٦١ الرقم ٤٤٤ .

٢- (٢) سورة الحِجْر / (١٨ - ١٦) .

٣- (٣) مجمع البيان ٣ / ٣٣٢ .

٤- (٤) سورة الحجر / ١٨ .

رَّصَداً»(١)(٢) .

والحاصل ، أنّ الكهانة كانت موجودة فى جاهلية العرب ويخبر الشيطانُ الذى من الجن - الرئى - الكاهن وهو يخبر الناس بالأخبار الغيبيّة ، ولكن لما ولد النبى صلى الله عليه و آله وسلم منع الشياطين عن استراق سمع أخبار السماءِ تمهيداً لمبعثه صلى الله عليه و آله وسلم .

والعجب من الشريف المرتضى قدس سره حيث أنكر الكهانة ووجود الكهان وقال : « إنّما وردت به أخبار شاذه ضعيفة سخيفة لا توجب علماً ولا ظناً ، وما يرد هذا المورد لا يلتفت عليه ، فضلاً عن أن يصدق به والكهانة غير مستندة إلى أصل ولا لها طريق فى مثله شبهة ... إلى أن قال : ولو كانت الكهانة صحيحة ، إما باستراق السمع الذى قيل أو بغيره من التخمين والترجيم لما كان الخبر عن الغيوب معجزاً ولا خارقاً للعادة ولا دالاً على نبوة وقد علمنا خلاف ذلک»(٣) .

وقد قسّم المحقق الخوئى قدس سره الكهانة على قسمين :

« الأوّل : أن يخبر الكاهن عن الحوادث المستقبلة لاتصاله بالشياطين القاعدين مقاعد استراق السمع من السماء ، فيطلعون على أسرارها ثمّ يرجعون إلى أُوليائهم لكى يؤدوها إليهم .

الثانى : أن يخبر الكاهن عن الكائنات الأرضية والحوادث السفلية لاتصاله بطائفة من الجن والشياطين التى تلقى إليه الأخبار الراجعة إلى الحوادث الأرضية فقط ، لأنّ الشياطين قد منعت عن الإطلاع إلى السماء وأخبارها بعد بعثة النبى صلى الله عليه و آله وسلم »(٤) .

وبالجملة ، الكهانة بالمعنى الأوّل قد انقطعت لعدم إمكان استراق سمع أخبار السماء بعد ولادة النبى صلى الله عليه و آله وسلم توطئة للبعثة وأمّا الكهانة بالمعنى الثانى باقية ، ويمكن أن يُعبَّر عنها بنحو

١- (١) سورة الجن / ٩ .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ١٤٢ ح ٤٩٨ ونقلا عنه فى بحار الأنوار ٦٠ / ٢٨٠ ح ١٦٨ (٢٤ / ٤٠٨) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ٤ .

٣- (٣) رسائل الشريف المرتضى ١ / ٤٧١ فى جوابات المسائل الطرابلسيات الثالثة .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤١٦ .

ارتباط مع الأجنة للكاهن بحيث يخبرونه عمّا وقع فى الأرض من الحوادث والوقائع فيما مضى . وأمّا الإخبار عمّا يأتى من الحوادث والأُمور المستقبلة فلا يتمكن منها الجان لانسداد أبواب السماء بالنسبة إليهم بعد مولد النبى صلى الله عليه و آله وسلم تمهيداً لبعثته صلى الله عليه و آله وسلم ، فلا يخبر الكاهن اليوم بالنسبة إلى المستقبل ولكن يمكن له أن يخبر عمّا مضى . ولابدّ أن يحمل كلام الشريف المرتضى قدس سره على القسم الأوّل من الكهانة أى بالنسبة إلى الأُمور المستقبلة بعد بعثة النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، وإن كان ظاهر كلامه لايوافقه ، حملاً لكلام الأعاظم على الصحة مهما أمكن .

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى موضوع الكهانة ، واللّه سبحانه هو العالم .

أدلة حرمة الكهانة

قد أفتى الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم بحرمتها :

منهم : الشيخ فى النهاية(١) والعلامة فى كتبه القواعد(٢) والتحرير(٣) والتذكرة(٤) والنهاية(٥) والإرشاد(٦) والفاضل المقداد فى التنقيح(٧) والمحقق الكركى فى جامع المقاصد(٨) وثانى الشهيدين فى المسالك(٩) والروضة(١٠) ، ونفى الخلاف عن حرمتها الأردبيلى فى مجمع الفائدة(١١) والسبزوارى فى الكفاية(١٢) ، وادعى الإجماع على حرمته الفاضل القطيفى فى إيضاح

١- (١) النهاية / ٣٦٦ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ٩ .

٣- (٣) التحرير ٢ / ٢٦١ .

٤- (٤) التذكرة ١٢ / ١٤٥ .

٥- (٥) نهاية الأحكام ٢ / ٤٧٢ .

٦- (٦) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .

٧- (٧) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .

٨- (٨) جامع المقاصد ٤ / ٣١ .

٩- (٩) المسالک ٣ / ١٢٨ .

١٠- (١٠) الروضة البهية ٣ / ٢١٥ .

١١- (١١) مجمع الفائدة ٨ / ٧٩ .

١٢- (١٢) كفاية الأحكام ١ / ٤٤٠ .

النافع(١) والشيخ جعفر فى شرح القواعد(٢) وسيد الرياض(٣) والفاضل النراقى فى المستند(٤)، ونفى صاحب الجواهر(٥) الريب فى حرمتها ، والشيخ الأعظم قال : « فلا خلاف فى حرمة الكهانة»(٦) .

وتدلّ على حرمتها عدّة من الروايات :

منها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من تكهَّن أو تُكُهِّن له فقد برىء من دين محمد صلى الله عليه و آله وسلم ، الحديث(٧) .

ومنها : خبر مناهى النبى أنّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن إتيان العرّاف وقال : من أتاه صدّقه فقد برىء ممّا أنزل اللّه عزّ وجلّ على محمد صلى الله عليه و آله وسلم (٨) .

أقول : قد مضى نقل كلام ابن الأثير حيث يقول : « ومنهم (أى من الكهنة) من كان يزعم أنّه يعرف الأُمور بمقدمات أسباب يَسْتَدِلُّ بها على مواقعها من كلام من يسأله أو فعله أو حاله ، وهذا يَخُصُّونه باسم العرّاف ، كالذى يدّعى معرفة الشىء المسروق ومكان الضّالّة ونحوهما ... »(٩) .

وقال الراغب فى مفرداته : « العّراف كالكاهن إلاّ أنّ العَرّافَ يختصُّ بمَنْ يُخْبِرُ بالأحوال المستقبلة والكاهن بمن يخبر عن الأحوال الماضية»(١٠) .

١- (١) إيضاح النافع / ونقل عنه فى شرح القواعد ١ / ٢٥٢ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٥١ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٦٧ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١١٦ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٩١ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ٣٧ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٩ ح ٢ . الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٩ ح ١ .

٩- (٩) النهاية ٤ / ٢١٤ .

١٠- (١٠) مفردات القرآن / ٣٤٣ .

وذكر ابن منظور فى لسان العرب(١) كلام ابن الأثير فى النهاية .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : من جاء عرّافاً فسأله وصدّقه بما قال ، فقد كفر بما أنزل اللّه على محمد صلى الله عليه و آله وسلم ، الحديث(٢) .

ومنها : مرسلة جعفر بن أحمد القمى عن عطاء عن عبد اللّه بن عباس قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يدخل الجنة عاقّ ، ولا قاطع رحم ، ولامدمن خمر ، ولامؤمن بسحر ، ولاقتّات ، ولامنّان ، ولاديوث ولاكاهن ، ومَنْ مشى إلى كاهن فصدّقه بما يقول ، فقد برىء ممّا أنزل اللّه على محمد صلى الله عليه و آله وسلم .

فقال عطاء : سألته عن القتّات والديوث ، فقال : أمّا القتّات : فالذى يسعى بصاحبه إلى السلطان ، فيهلک نفسه وأخاه وسلطانه ، والديُّوث . الذى يجلب على حليلته الرجال(٣) .

ومنها : خبر أبى سعيد هاشم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : أربعة لا يدخلون الجنة : الكاهن ، والمنافق ، ومُدْمِن ، الخمر ، والقتّات وهو النمّام(٤) .

والرواية ضعيفة السند بأبى سعيد المُكارى ، وهو هاشم بن حيّان ، قال النجاشى فى شأنه : « أبو سعيد المكارى روى عن أبى عبد اللّه عليه السلام ، له كتاب يرويه جماعة»(٥) وقال فى ترجمة ابنه الحسين : إنّه « كان هو وأبوه وجهين فى الواقفة ، وكان الحسين ثقة فى حديثه ، ذكره أبو عمرو الكشى

فی جملة الواقفة وذکر فیه ذموماً »(٦) وضعّفه المامقانی فی نتائج التنقیح وقال : « ضعیف علی الأقوی »(٧) .

ص: ٨٦

١- (١) لسان العرب ١٣ / ٣٦٣ .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ٤٨٣ ح ١٧٣٧ ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ٣ .

٣- (٣) الأعمال المانعة من الجنة المطبوع ضمن جامع الأحادیث / ٢٨٢ ونقل عنه باختلاف فی مستدرک الوسائل ١٣ / ١١١ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشیعة ١٢ / ٣٠٩ ح ١١ . الباب ١٦٤ من أبواب أحکام العشرة .

٥- (٥) رجال النجاشی / ٤٣٦ الرقم ١١٦٩ وذکره فی / ٤٦٠ الرقم ١٢٦٠ .

٦- (٦) رجال النجاشی / ٣٨ الرقم ٧٨ .

٧- (٧) نتائج التنقیح / ١٦٢ الرقم ١٢٧٧١ .

ومنها : مرسلة القطب الراوندی عن النبی صلی الله علیه و آله وسلم قال : من صدّق کاهناً فقد کفر بما أُنزل علی محمد صلی الله علیه و آله وسلم (١) .

ومنها : خبر عقبة بن بشیر الأسدی قال : دخلت علی أبی جعفر علیه السلام فقلت له : إنّی فی الحسب الضخم من قومی ، وإنّ قومی کان لهم عرّیف فهلک فأرادوا أن یعرّفونی علیهم ، فماتری لی ؟ فقال أبو جعفر علیه السلام : تمّن علینا بحسبک ! إنّ اللّه رفع بالإیمان من کان الناس یسمّونه وضیعاً إذا کان مؤمناً ، ووضع بالکفر من کان یسمّونه شریفاً إذا کان کافراً ، ولیس لأحد علی أحد فضل إلاّ بتقوی اللّه ، وأمّا قولک : إنّ قومی کان لهم عرّیف فهلک فأرادوا أن یعرّفونی علیهم ، فإن کنت تکره الجنة وتبغضها فتعرّف علی قومک ، ویأخذ السلطان جائر بأمری ء مسلم یسفک دمه فتشرکهم فی دمه وعسی أن لا تنال من دنیاهم شیئاً(٢) .

ومنها : خبر نوف البكالى عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : يا نوف إقبل وصيتى : لا تكونن نقيباً ولا عرّيفاً ولا عشّاراً ولا بريداً(٣) .

ومنها : مرسلة الرضى عن نوف البكالى قال : رأيت أمير المؤمنين عليه السلام ذات ليلة وقد خرج من فراشه فنظر فى النجوم فقال : يا نوف إنّ داود عليه السلام قام فى مثل هذه الساعة من الليل فقال : إنّها ساعة لا يدعو فيها عبد إلاّ استجيب له إلاّ أن يكون عشّاراً أو عرّيفاً أو شرطيّاً ، الحديث(٤) .

ومنها : خبر أبى خالد الكابلى عن على بن الحسين عليه السلام أنّه قال فى حديث : والذنوب التى تظلم الهواء : السحر ، والكهانة ، والإيمان ، بالنجوم والتكذيب بالقدر ، وعقوق الوالدين ، الحديث(٥) .

ومنها : مرسلة ابن إدريس نقلاً عن كتاب المشيخة للحسن بن محبوب عن الهيثم قال :

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ٨ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ١١ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ١٠ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ٩ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٨١ ح ٨ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى .

قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّ عندنا بالجزيرة رجلاً ربّما أخبر من يأتيه يسأله عن الشىء يسرق أو شبه ذلک فنسأله ، فقال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذّاب يصدّقه بما يقول فقد كفر بما أنزل اللّه من كتاب(١) .

والعجب من الشيخ الأعظم حيث عبّر عنها بالصحيحة(٢) مع أنّ ابن إدريس لم يذكر سنده إلى كتاب المشيخة للحسن بن محبوب ، فلذا صارت الرواية مرسلة سنداً .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة ، وثمن الكلب ، وثمن الخمر ، ومهر البغى ، والرشوة فى الحكم ، وأجر الكاهن(٣) .

ومنها : مرسلة المحقق والعلامة والشهيدين عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : من صدّق كاهناً أو منجّماً فهو كافر بما أُنزل على محمد صلى الله عليه و آله وسلم (٤) .

وقد ورد بأنّ أجر الكاهن من السحت فى عدّة من الروايات الأُخر ، نحو : مرسلة الصدوق أو مضمرته(٥) وخبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لعلىٍّ عليه السلام (٦) وخبر ابن الأشعث فى الجعفريات(٧) وخبر كتاب جعفر بن محمد بن شريح الحضرمى عن عبد اللّه بن طلحة(٨) .

ودلالة هذه الروايات على حرمة عمل الكاهن والرجوع إليه والعمل على طبق قوله وأخذه الأُجرة على الكهانة واضحة . والنسبة بينها وبين التسخير بالنسبة إلى الأجنة عموم وخصوص مطلق يعنى كلّ كهانةٍ تسخير وليس كلّ تسخيرٍ بكهانة ، والكهانة قسم خاص من التسخير ، فالكهانة حرام بدليل الروايات الماضية ، ولكن التسخير الذى يكون غير الكهانة فلا بأس به كما مرّ منّا فى بحث السحر ، واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٠ ح ٣ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ٣٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٥ . الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٤ ح ١١ . الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٨ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٩ .

٧- (٧) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ١ ، و ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٨- (٨) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١١ ح ٦ ، و ١٣ / ٧١ ح ٦ .

أمّا حكم الإخبار عن الأُمور المستقبلة

عدّ الفيض فى المفاتيح من المعاصى المنصوص عليها « الإخبار عن الغائبات عن البتّ لغير نبيٍّ أو وصى نبيٍّ سواء كان بالتنجيم أو الكهانة أو القيافة أو غير ذلک - ثمّ ذكر أخباراً دالة على تحريم الكهانة والتنجيم ، ثمّ قال : وإن كان الإخبار على سبيل التفاؤُل من دون جزم فالظاهر جوازه ، لأنّ أصل هذه العلوم حقّ ولكن الإحاطة بها لا يتيسّر لكل أحدٍ والحكم بها لا يوافق المصلحة»(١) .

أقول : الإخبار عن الأُمور المستقبلة ، إن كان الُمخْبِر شاكاً فى وقوعها ولكن أخبر بها على سبيل الجزم والبتّ بوقوع المخبر به فى الخارج فهو كاذب فى إخباره ، وإنّ صادف الواقع اتفاقاً يكون المخبر متجريّاً .

وأمّا إذا كان المخبر جازماً فى وقوع مايخبر به فلا وجه لحرمته ، لخروجه عن الكذب والقول بغير علم موضوعاً وحكماً . بلا فرق فيما ذكرنا بين سبب الإخبار من الكهانة والتنجيم والقيافة والرمل والجفر والفال ونحوها .

والروايات لا تنافى ما ذكرناه ، ظاهراً واللّه سبحانه هو العالم .

خاتمةٌ : حدّ الكهانة

قال العلامة : « يُقتل ما لم يتب»(٢) .

وقال الأردبيلى : « لعلّه يريد قتل المستحلّ والذى لم يتب ، وإنّه لا خلاف فيه أيضاً فلا يضر أيضاً ، عدم صحة السند»(٣) .

وقال الشيخ جعفر : « وهو (أى الكاهن) كالساحر (يُقتل ما لم يتب) بل أشدّ منه ، حيث أنّ حدّه لا يتوقف على الاستحلال كما يظهر من كلامه ، وظاهر الأخبار تشبيهه

١- (١) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ و ٢٣ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ - القواعد ٢ / ٩ - التحرير ٢ / ٢٦١ .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٩ .

بالساحر والساحر كافر ، ومساواتهما فى الحكم بردّ حكم السحر إليه أو ردّ حكمه إلى السحر أقرب إلى التحقيق وعدم اشتراط الاستحلال فى استحقاق القتل بهما أوفق بالدليل»(١) .

وقال السيد العاملى : « وأمّا أنّه يقتل ما لم يتب ففى مجمع البرهان لا خلاف فيه ، وكذا المستحلّ ، بل هو أُولى ، والحكم معلومٌ وإن كان المصرَّح به قليلاً»(٢) .

أقول : قدّ مرّ منّا أنّ حدّ ساحر المسلمين هو القتل ، والرواية المعتبرة شبّهت الكاهن بالساحر ، فصار حدّ كاهن المسلمين قتلاً أيضاً . بلا فرق بين المستحِل وغيره كما مرّ عن الشيخ جعفر قدس سره ، وأمّا الرواية :

فهى معتبرة أو صحيحة نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : المنجم ملعون ، والكاهن ملعون ، والساحر ملعون ، والمغنّية ملعونة ، ومن آواها وأكل كسبها ملعون . وقال عليه السلام : المنجم كالكاهن ، والكاهن كالساحر ، والساحر كالكافر ، والكافر فى النار(٣) .

وقال الصدوق فى ذيلها : المنجم الملعون هو الذى يقول بقدم الفلک ، ولا يقول بمفلّكه وخالقه عزّ وجلّ(٤) .

سند الرواية معتبر بل صحيح ، لأنّ المراد بالحسن بن على الكوفى هو الحسن بن على النعمانى الكوفى الثقة الثبت . وأمّا إسحاق بن إبراهيم ونصر بن قابوس فكلاهما ثقتان على الأقوى ، فالسند صحيح .

وأمّا دلالتها على تشابه حدّ الكاهن والساحر فواضحة ، وأمّا المنجم مع توضيح الصدوق أيضاً فمشترک معهما فى الحدّ .

نعم ، حيث أنّ الأصحاب قيدوا الحكم بعدم ورود التوبة ، ولكن الدليل مطلق ، نأخذ بالقيد . لأنّ الحدود تدرءُ بالشبهات(٥) .

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٥٥ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٤٢ .

٣- (٣) الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٧ و ٨ . الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) الخصال ١ / ٢٩٨ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٨ / ٤٧ ح ٤ . الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود .

وتدلّ على حدّ القتل للساحر معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ساحر المسلمين يُقتل وساحر الكفار لا يُقتل ، فقيل : يا رسول اللّه صلى

الله عليه و آله وسلم ولم لا يقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنّ الكفر أعظم من السحر ولأنّ السحر والشرک مقرونان(١) .

فعليه حد القتل مختص بساحر المسلمين وكاهنهم ، واللّه سبحانه هو العالم .

ص: ٩١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب بقية الحدود .

اللهو

هل اللهو مطلقاً حرام ؟

تعاريف اللهو واللعب واللغو

قبل الورود فى البحث عن اللهو لابدّ من التنبيه على معانى لغات ثلاث لتعيين الموضوع ، وهى : اللهو ، واللعب ، واللغو .

أمّا اللّهو فقد قال ابن الأثير « اللهو : اللّعب ، يقال : لَهَوْت بالشىء ألْهُو لَهْواً ، وتَلَهَّيْتُ به إذا لَعِبْتَ به وتشاغَلتَ وغَفَلْتَ به عن غيره . وألهاه عن كذا أى شَغَله»(١) .

وقال ابن منظور : « اللّهو : ما لَهَوْتَ به ولعبت به وشغلک من هوىً وطربٍ ونحوهما»(٢) . ثم ذكر كلام ابن الأثير فى طىّ كلامه .

وقال الراغب : « اللّهو : ما يشغلُ الإنسانَ عمّا يَعْنِيهِ ويَهِمُّهُ ، يقال : لهوتُ بكذا ولهيتُ عن كذا : اشتغلتُ عنه بلهو ... »(٣) .

وقال الفيومى : « أصل اللهو : الترْويحُ عن النفس بما لا تقتضيه الحكمة»(٤) .

وأمّا اللعب فقد قال ابن منظور : « اللَّعِبُ واللَّعْبُ : ضد الجِدِّ»(٥) .

وقال الراغب : « لعب : أصل الكلمة اللُّعابُ وهو البزاقُ السائل ، وقد لَعَبَ يَلْعَبُ لَعْباً : سأل لُعَابُهُ ، ولَعِبَ فلانٌ إذا كان فِعْلُه غيرَ قاصِد به مَقْصداً صحيحاً يَلْعَبُ لَعِباً ... »(٦) .

وأمّا اللغو فقد قال أحمد بن فارس : « لغو : اللام والغين والحرف المعتلّ أصلان

١- (١) النهاية ٤ / ٢٨٢ .

٢- (٢) لسان العرب ١٥ / ٢٥٨ .

٣- (٣) مفردات القرآن / ٤٧٥ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٥٥٩ .

٥- (٥) لسان العرب ١ / ٧٣٩ .

٦- (٦) مفردات القرآن / ٤٧١ .

صحيحان أحدهما : يدلّ على الشيء لا يعتدّ به ، والآخر على اللَّهَج بالشيء - إلى أن قال - ويقال : إنّ اشتقاق اللغة منه ، أى يَلْهَجُ صاحبُها بها»(١) .

وقال فى النهاية : « يُقال : لغا الإنسان يَلْغُو ولَغَى يَلْغَى ولَغِيَ يَلْغَى : إذا تكَلَّم بالمُطْرَح من القول ومالا يَعْنى ، وألْغى : إذا أسْقَطَ»(٢) .

وقال فى لسان العرب : « اللَّغو واللَّغا : السَّقَط وما لا يُعتدّ به من كلام وغيره ولا يُحصَل منه على فائدة ولا نفع»(٣) .

وقال فى المفردات : « اللّغو من الكلام ما لا يُعْتَدُّ به ، وهو الذى يُورَدُ لاعن رَوِيَّةٍ وفِكْرٍ ، فيجرى مجرى اللَّغا ، وهو صوت العصافير ونحوها من الطيور ... وقد يُسَمَّى كلُّ كلامٍ قبيحٍ لَغْواً»(٤) .

قال السيد نور الدين بن نعمة اللّه الجزائرى فى فروق اللغات : « اللهو : ما يُشغل الإنسان عما يعنيه ويهمّه . واللعب : طلب المزح بما لا يحسن أن يطلب به ، قيل : واشتقاقه اللعاب ، وهو المرور على غير استواء ، كلعاب الطفل»(٥) .

وقال المحقق الإيروانى فى الفرق بينها : « ثمّ الظاهر أنّ بين اللهو واللعب واللغو عموم من وجه ، فاللهو فعل النفس واشتغالها باللذائذ الشهوية بلا قصد غاية ، وإن كانت الغاية حاصلة سواء صدرت حركة جوارحيّة من الشخص أو لا ، كما فى إستماع آلات الأغانّى ، قال اللّه تعالى : «وَهُمْ» فى خوضهم «يَلْعَبُونَ * لاَهِيَةً قُلُوبُهُمْ»(٦) .

واللعب : هو العمد إلى حركات جوارحيّة لغاية الالتذاذ بها بلا قصد غاية أُخرى ، وإن كانت الغاية الأُخرى حاصلة كأكثر أفراد اللعب المترتب عليه غايات عقلائية من فطانة

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٥ / ٢٥٥ .

٢- (٢) النهاية ٤ / ٢٥٧ .

٣- (٣) لسان العرب ١٥ / ٢٥٠ .

٤- (٤) مفردات القرآن / ٤٧٢ .

٥- (٥) فروق اللغات / ٢٠٥ .

٦- (٦) سورة الأنبياء / ٢ و ٣ .

النفس وجودتها وجولان الفكر وقوة الأعصاب والعضلات .

واللغو : الحركات الخارجية الخالية عن الغايات»(١) .

أقول : تبعه الفقيه السبزوارى فى الجملة(٢) ، ولكن الظاهر عدم تمامية التعريفات الثلاثة ، لأنّها غير مستندة إلى العرف واللغة كما يظهر هذا الإشكال من المحقق الأردكانى(٣) أيضاً .

ثمّ الظاهر من اللغة والعرف أنّ اللهو هو من الأفعال الإختيارية للإنسان يشغله عمّا يعنيه ويَهِمُّهُ ، ويوجب ترويح نفسه ولذّته ، وهذان غايتان له . ولذا يُطلق على اللذائذ الشهوية أيضاً . وقد يُعبَّر عنه بالفارسية ب- « كيف كردن» .

وأمّا اللعب : فهو من الأفعال الاختيارية بحيث لا يكون بجدٍّ ، والغرض منه نفس الفعل ولا يقصد به مقصداً وإن كان يمكن أن يترتب عليه اُمور اتفاقاً أو غالباً ولكن لا يُقصد ، وهو الذى يُعبَّر عنه فى الفارسية ب- « سرگرمى» أو « بازى كردن» . ولعله أشار إلى ما ذكرناه الشيخ الأعظم(٤) وتبعه شيخناالأستاذ - مدظله -(٥) .

وأمّا اللغو : هو كلّ فعل أو قول لم يترتب عليه فائدة فى الخارج ولا نفع . ويُعبَّر عنه بالفارسية ب- « بيهوده» .

ومن هنا ظهر أنّ النسبة بين اللغو وصاحبيه التباين ، وأمّا النسبة بين اللهو واللعب عموم وخصوص مطلق ، فإنّ كل لهو لعبٌ ولكن ليس كل لعب بلهوٍ .

ويؤيد ما ذكرناه ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : أوّل اللهو لعبٌ وآخره حربٌ(٦) .

١- (١) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٤١ .

٢- (٢) مهذب الأحكام ١٦ / ١٥٩ .

٣- (٣) غنية الطالب ١ / ١٨٢ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ٤٨ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٢٤٩ .

٦- (٦) غرر الحكم ح ٣١٣٢ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٨١ ح ٢٢ .

وهذا الذى يظهر لى بالتأمل فى كلمات أهل اللغة وموارد استعمالها عند العرف .

ثمّ إنّ الأصحاب قدس سرهم تعرضوا لحكم اللهو واللعب فى فروع عديدة نذكر لک بعضها لمزيد البصيرة :

قال الشيخ فى المبسوط : « السفر على أربعة أقسام : واجب مثل الحجّ والعمرة ، وندب مثل الزيارات وما أشبهها ، ومباح مثل تجارة وطلب معيشة وقوت وما أشبهها ، فهذه الأنواع الثلاثة كلّها يجب فيها التقصير فى الصوم والصلاة . والرابع سفر معصية مثل باغٍ أو عادٍ أو سعايةٍ أو قطع طريق وما أشبه ذلک من أتباع سلطان جائر فى طاعته مختاراً أو طلب صيد اللهو والبطر ، فإنّ جميع ذلک لا يجوز فيه التقصير لا فى الصوم ولا فى الصلاة»(١) .

وقد أفتى فى النهاية بقبول شهادة من يلعب بالحمام ، وقال : « تُقبل شهادةُ من يلعب بالحَمام إذا لم يُعرف منه فسق»(٢) .

وعدّ القاضى ابن البراج مِن السفر القبيح (أى الحرام) مَنْ طلب الصيد للّهو والبطر(٣) .

وقال ابن إدريس : « ... فصار سفر الصيد على ثلاثة أضرب ، وكلّ ضرب منها يخالف الآخر ويباينه ، فصيد اللهو والبطر يجب فيه تمام الصلاة والصوم ، وصيد القوت للعيال والنفس يجب فيه تقصير الصلاة والصوم بالعكس من الأوّل ، وصيد التجارة يجب فيه تمام الصلاة وتقصير الصوم»(٤) .

وقال : « يُقبل شهادة المتخذ للحمام غير اللاعب بها والمسابق والمراهن عليها إذا لم يعرف منه فسق» . ثم واستشكل على كلام الشيخ فى نهايته وقال : « وقول شيخنا فى نهايته « وتقبل شهادة من يلعب بالحمام » غير و [ا] ضح ، لأنّه سمّاه لاعباً واللعب بجميع الأشياء قبيح ، فقد صار فاسقاً بلعبه ، فكيف تقبل شهادته»(٥) .

ص: ٩٥

١- (١) المبسوط ١ / ١٣٦ .

٢- (٢) النهاية / ٣٢٧ .

٣- (٣) المهذب ١ / ١٠٧ .

٤- (٤) السرائر ١ / ٣٢٧ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ١٢٤ .

وقال المحقق : « مسألة : قال علماؤنا اللاهى بسفره كالمتنزه بصيده بطراً لا يترخص فى صلاته ولا فى صومه ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : يترخص . لنا : أنّ اللهو حرام فالسفر له معصية ، ولأنّ الرخصة لِتسهيل الوصول إلى المصلحة ولا مصلحة فى اللهو ، ويؤيد ذلک رواية زرارة عن أبى جعفر عليه السلام ... »(١) .

قال العلامة فى القواعد : « الخامس (من شرائط تقصير الصلاة) : إباحة السفر ، فلا يقصِّر العاصى به كتابع الجائر والمتصيد لهواً دون المتصيد للقوت أو التجارة - على رأى - ... »(٢) .

وقال فى النهاية فى حرمة بيع الجارية المغنية : « أما التى يطلب بها اللهو فإنّه يحرم بيعها ، لأنّ الرضا عليه السلام ... »(٣) .

وقال فی المختلف : « قال أبو الصلاح(٤) : ومن المحرمات الرمی عن قوس الجلاهق ، و الإطلاق لیس بجیّد ، بل ینبغی التقیید بطلب اللهو والبطر ، أمّا لو قصد به الصید للقوت أو للتجارة أو فعل لدفع الخصم أو لغیر ذلک ممّا هو مباح فالوجه الإباحة»(٥) .

وقال الشهید : « والصید لهواً وبطراً معصیة ، فلا ترخص فیه ، ورواه زرارة عن الباقر علیه السلام »(٦) .

وابن فهد الحلی بعد حکمه بعدم جواز المسابقة فی غیر الثلاثة - سواء کان بعوض أو غیره - قال : « عملاً بعموم النهی عن الرهان فی غیر الثلاثة ولأنّها لهو وقداح إلاّ ما خرج بالنص ... »(٧) .

١- (١) المعتبر ٢ / ٤٧١ .

٢- (٢) قواعد الأحکام ١ / ٣٢٥ .

٣- (٣) نهایة الإحکام ٢ / ٤٦٩ .

٤- (٤) الکافی / ٢٨٢ .

٥- (٥) مختلف الشیعة ٥ / ١٨ .

٦- (٦) ذکری الشیعة ٤ / ٣١٤ .

٧- (٧) المهذب البارع ٣ / ٨٢ .

والمحقق الثانی قال فی شرائط السفر : « الرابع : کون السفر سائغاً ، فالآبق والناشز وتارک وقوف عرفة أو الجمعة مع الوجوب وسالک ما یظن فیه العطب والمتصید لهواً وتابع الجائر وذو الغایة المحرمة لا یترخصون»(١) .

قال سيد الرياض فى حرمة المسابقة فى غير الثلاثة ولو كانت بغير رهان : « فالمنع أظهر ، لحجّية الإجماع المنقول ، سيما مع التعدد والاعتضاد بالشهرة وبما دلّ على حرمة اللهو واللعب ، لكون المسابقة فى المذكورات منهما بلا تأمل ... »(٢) .

وفى كتاب الشهادات قوّى قول ابن إدريس فى عدم مقبولية شهادة اللاعب بالحمام بقوله : « فلأنّ ما دلّ على قبحه (أى قبح اللعب) وورد بذمّه من الآيات والروايات أظهر من أن تخفى ، فإذا ثبت القبح والذمّ ثبت النهى ، إذ لا ذمّ على ما لم ينه عنه اتفاقاً ، ولولا شذوذه بحيث كاد أن يعدّ للإجماع مخالفاً لكان المصير إلى قوله ليس بذلک البعيد جدّاً»(٣) .

وقد أفتى بوجوب التمام والصيام لمن كان غرضه من الصيد اللهو جدُّنا العلامة التقى صاحب الهداية فى كتاب فتواه(٤) . المطبوع أخيراً .

وأنت تجد بعض هذه العبائر صريحة فى حرمة اللهو أو اللعب ، نحو : كلام ابن إدريس حيث يقول : « واللعب بجميع الأشياء قبيحٌ ، فقد صار فاسقاً بلعبه»(٥) .

وكلام المحقق حيث يقول : « أنّ اللهو حرامٌ»(٦) . وبيان العلامة فى المختلف(٧) الذى ذكرته آنفاً ، وما ذكره ابن فهد الحلى(٨) ، ويظهر من استدلال سيد الرياض أيضاً حرمة اللهو

١- (١) الرسالة الجعفرية المطبوعة ضمن رسائل المحقق الكركى ١ / ١٢٣ .

٢- (٢) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

٣- (٣) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٣ .

٤- (٤) رساله صلاتيه / ٤١١ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ١٢٤ .

٦- (٦) المعتبر ٢ / ٤٧١ .

٧- (٧) راجع مختلف الشيعة ٥ / ١٨ .

٨- (٨) المهذب البارع ٣ / ٨٢ .

واللعب عنده(١) .

نعم ، حرمة الصيد اللهوى ووجوب التمام والصيام فى سفره لا تدلّ على حرمة مطلق اللهو ، وكذا حرمة بيع الجوارى المغنيات لهواً المذكورة فى كلام العلامة فى نهايته(٢) .

ومن هنا ظهر عدم تمامية كلام المحقق الإيروانى قدس سره ، حيث يقول : « ليس فى شىء ممّا نقله من العبائر دلالة على حرمة اللهو بقول مطلق عدا عبارة المعتبر ... »(٣) .

والوجه فيه عدم مراجعته لكلمات الأصحاب فى كتبهم واكتفى بما نقل عنهم الشيخ الأعظم فى مكاسبه كما يظهر ذلك من قوله « ممّا نقله» .

والعمدة فى المقام ملاحظة الأدلة الواردة فى حرمة اللهو أوّلاً ثمّ اللعب ثانياً ثمّ اللغو ثالثاً :

روايات حرمة اللهو

أربع طوائف من الروايات

قد يقال بأنّ ظهور الروايات على حرمة اللهو على طوائف أربع :

الأولى : الطائفة الدالة على أنّ السفر للصيد اللهوى وجب فيه التمام ، نحو موثقة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عمّن يخرج عن أهله بالصقورة والبزاة والكلاب يتنزّه الليلتين والثلاثة ، هل يقصّر من صلاته أم لا يقصّر ؟ قال : إنّما خرج فى لهو ، لا يقصّر(٤) .

وفيه : غاية ما يُستفاد من الرواية وجوب التمام فى السفر للصيد اللهوى ، وهذا الدليل أعم من المدعى وهو حرمة اللهو ، وقد نُقل هذا البيان عن المحقق البغدادى(٥) .

ص: ٩٨

١- (١) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ و ١٥ / ٢٦٣ .

٢- (٢) نهاية الإحكام ٢ / ٤٦٩ .

٣- (٣) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٣٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٨ / ٤٧٨ ح ١ . الباب ٩ من أبواب صلاة المسافر .

٥- (٥) نقل عنه المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهة ١ / ٤٢١ ، والمحقق البغدادى هو السيد محسن الأعرجى المقدس الكاظمى (١٢٢٧ - ١١٣٠) صاحب المحصول فى علم الاصول ووسائل الشيعة إلى أحكام الشريعة فى الفقه الإستدلالى .

والثانية : الطائفة الدالة على أنّ الإشتغال بالملاهى من الكبائر ، نحو : معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون عدّ فيه من الكبائر : الإشتغال بالملاهى والإصرار على الذنوب(١) .

وخبر الأعمش عن الصادق عليه السلام فى حديث شرائع الدين عدّ من الكبائر : والملاهى التى تصدّ عن ذكر اللّه عزّ وجلّ مكروهة ، كالغناء وضرب الأُوتار والإصرار على صغائر الذنوب(٢) .

بتقريب : أنّ الملاهى جمع الملهى مصدراً أو وصفاً ، لا الملهاة آلة ، لأنّه لا يناسب التمثيل بالغناء كما عن الشيخ الأعظم(٣) . فتدلّ على أنّ اللهو مطلقاً من المحرّمات بل من الكبائر .

وفيه : الملاهى جمع الملهاة ، وهى اسم آلة ، والشاهد على ذلک تمثيله بضرب الأُوتار . وأمّا الغناء فَمِن أظهر طرق اللهو أيضاً ، ولو لم يكن هذا متعيّناً فلا أقل من كونه من المحتمل ، وإذا جاء الاحتمال بطل الإستدلال ، فتصير الرواية مجملة .

مضافاً إلى زيادة « الملاهى التى تصدّ عن ذكر اللّه عزّ وجلّ» فى رواية الأعمش ، فلو فرض عدم وجود هذا القيد فلم يمكن عدّها من الكبائر . مضافاً إلى ضعف سندها .

والثالثة : الطائفة الدالة على حرمة استعمال الملاهى والمعازف وآلات الموسيقى وهى روايات متواترة قد سبق ذكرها فى بحث الغناء ، فلا نعيدها فراجعها هناک .

وفيه : إن حرمة الغناء والموسيقى وهذا القسم من اللهو من ضروريات الدين ، وقال المحقق الخوئى : « بحيث يعدّ منكرها خارجاً عن زمرة المسلمين»(٤) ، ولكن لا تدلّ على حرمة اللهو مطلقاً .

والرابعة : الطائفة الدالة على حرمة اللهو على نحو الإطلاق ، نحو : خبر عبد اللّه بن على عن على بن موسى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : كلّ ما ألهى عن ذكر اللّه فهو

١- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .
٣- (٣) المكاسب ٢ / ٤٤ .
٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٢٢ .

من الميسر(١) .

ومنها : خبر موسى المروزى عن أبى الحسن الأوّل عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أربعة يفسدن القلب وينبتن النفاق فى القلب كما ينبت الماء الشجر : اللهو ، والبذاء ، وإتيان باب السلطان ، وطلب الصيد(٢) .

ومنها : مرفوعة على بن إسماعيل قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إركبوا وارموا وأن ترموا أحبّ إلىَّ من أن تركبوا . ثم قال : كلّ لهو المؤمن باطل إلاّ فى ثلاث : فى تأديبه الفرس ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته امرأته ، فإنهنَّ حقٌّ ، الحديث(٣) .

ومنها : ما رواه الكلينى بإسناده عنهم عليهم السلام فيما وعظ اللّه عزّ وجلّ به عيسى عليه السلام فى حديث : يا عيسى ... ولا تَلْهِ فإنّ اللهو يفسد صاحبه ، الحديث(٤) .

ومنها : معتبرة حماد بن عيسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال لقمان لابنه فى حديث : وللغافل ثلاث علامات : السهو واللهو والنسيان ، الحديث(٥) .

ومنها : خبر زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : لهو المؤمن فى ثلاثة أشياء : التمتع بالنساء ومفاكهة الإخوان والصلاة بالليل(٦) .

ومنها : مرسلة على بن ابراهيم رفعه إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : سيكون قوم يبيتون وهم على اللهو وشرب الخمر والغناء فبيناهم كذلك إذ مسخوا من ليلتهم وأصبحوا قردة وخنازير(٧) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٥ ح ١٥ . الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٨ / ٤٨١ ح ٩ . الباب ٩ من أبواب صلاة المسافر .

٣- (٣) الكافى ٥ / ٥٠ ح ١٣ ونقلتُ عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٦ ح ٢ ، ونقل عن الكافى فى وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥٠ ح ٥ مختصراً مع إيراد سند ليس فى المصدر .
٤- (٤) الكافى ٨ / ١٣٤ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٧ ح ٥ .
٥- (٥) الخصال ١ / ١٢١ ح ١١٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٨ ح ٨ .
٦- (٦) الخصال ١ / ١٦١ ح ٢١٠ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٨ ح ٩ .
٧- (٧) تفسير القمى ١ / ١٨١ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٦ / ٢٤٠ ح ١ (٣١ / ٥٠٣) ونقلت عن البحار فى موسوعتى ١٠ / ٨٢ ح ٣٠ .

ظاهر هذه الروايات حرمة اللهو مطلقاً ، ولكن الضرورة تقتضى جواز اللهو فى كثير من الموارد ، نحو : المسافرة للتفرج ، وبعض الرياضات لأهلها ، ومطالعة بعض القصص والحكايات لأهلها ومثلها . فلا يمكن الأخذ بإطلاق هذه الروايات ، مضافاً إلى ضعف إسناد جميعها . نعم بعض أقسام اللهو حرام قطعاً كما مرّ منّا قسماً منه فى بحث الغناء . هذا تمام الكلام فى اللهو .

أمّا اللعب

قد مضى تعريفه ولم يفتِ بحرمته إلاّ ابن إدريس الحلى فى السرائر(١) وتبعه العلامة وأفتى بحرمة المسابقة على جميع الملاعب(٢) .

وقال سيد الرياض : « فلأنّ ما دلّ على قبحه (أى قبح اللعب) وورد بذمّه من الآيات والروايات أظهر من أن تخفى ، فإذا ثبت القبح والذمّ ثبت النهى ... »(٣) .

وقد ادعى على تحريمه بعض الروايات :

منها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن اللعب بأربعة عشر وشبهها ؟ قال : لا يستحب شيئاً من اللعب غير الرهان والرمى(٤) .

وأنت ترى أنّ دلالتها على الحرمة ممنوعة . قال المحقق الإيروانى : « هى تدلّ على الكراهة»(٥) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة بكير بن أعين عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن اللعب بالشطرنج ، فقال : إنّ المؤمن لمشغول عن اللعب(٦) .

١- (١) السرائر ٢ / ١٢٤ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٣٥٤ من الطبع الحجرى .

٣- (٣) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٥ ح ١٤ . الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٤١ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٠ ح ١١ ، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به .

دلالة هذه الرواية أيضاً على الحرمة ممنوعة .

وعلى هذا لم يثبت حرمة اللعب ، مضافاً إلى ورود بعض الروايات بجوازها :

نحو : معتبرة غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرّتين ، إنّما نساؤكم بمنزلة اللعب(١) .

وخبر العلاء بن سيّابة قال : سألت أبا عبد اللّه عن شهادة من يلعب بالحمام ، فقال : لا بأس إذا كان لا يُعرف بفسق(٢) .

ورواه الصدوق بسنده الصحيح إلى العلاء(٣) ولكنّه إمامى مجهول ، فسنده ضعيف به .

وقد أفتى به الشيخ فى النهاية(٤) والأصحاب يتبعونه بحيث كاد أن يكون إجماعاً(٥) .

وعلى هذا لا يمكن القول بحرمة اللعب مطلقاً ، وفى مورد خاص إذا ثبتت حرمة اللعب نحو اللعب بالشطرنج والنرد وآلات القمار أخذنا به ، وفى غيره نرجع إلى أصل البراءة من الحرمة .

وأمّا اللغو

قد مرّ منّا تعريفه وربما استعمل فى معنى اللهو أيضاً ، وغاية ما يُستدل على حرمته ظهور بعض الآيات والروايات :

فمن الكتاب قوله تعالى : «وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ»(٦) .

وقوله تعالى : «وَالَّذِينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً»(٧) .

١- (١) الكافى ٥ / ٥٦٠ ح ١٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٥٠ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٤١٢ ح ١ . الباب ٥٤ من أبواب كتاب الشهادات .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٤١٣ ح ٣ . الباب ٥٤ من أبواب كتاب الشهادات .

٤- (٤) النهاية / ٣٢٧ .

٥- (٥) كما يظهر من صاحب الرياض فى كتابه ١٥ / ٢٦٣ .

٦- (٦) سورة المؤمنون / ٣ .

٧- (٧) سورة الفرقان / ٧٢ .

وقوله تعالى : «وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ وَقَالُوا لَنَا أَعْمَالُنَا وَلَكُمْ أَعْمَالُكُمْ سَلاَمٌ عَلَيْكُمْ لاَ نَبْتَغِى الْجَاهِلِينَ»(١) .

وقد ورد تطبيق اللغو على الغناء فى روايتى محمد بن أبى عباد(٢) وأبى أيوب الخرّاز(٣) ، وهو من موارد استعمال اللغو فى معنى اللهو ، وقد مرّ ذكر حرمة بعض أقسام اللهو نحو الغنا والموسيقى .

مضافاً إلى ضعف سنديهما ، فلا يثبت بهما حرمة مطلق اللغو .

وقد استدل على حرمة مطلق اللغو بعدّة من الروايات :

منها : خبر أبى خالد الكابلى عن زين العابدين على بن الحسين عليه السلام فى حديث : والذنوب التى تهتک العصم : شرب الخمر ، واللعب بالقمار ، وتعاطى ما يضحک الناس من اللغو ، والمزاح ، وذكر عيوب الناس ، ومجالسة أهل الريب ، الحديث(٤) .

والرواية ضعيفة الإسناد بعدّة من المجاهيل ، ولا تدلّ على حرمة اللغو والمزاح مطلقاً ، بل ما كان فيها من السخرية والإستهزاء والغيبة وإدخال الإذى على المؤمن وتعييره وهجائه . وأمّا إضحاک الناس بغير هذه الأُمور التى هى من المعاصى ، فلا بأس به قطعاً ، بل يدخل فى عنوان إدخال السرور على المؤمنين ، كما تدلّ عليه خبر يونس الشيبانى قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : كيف مداعبة بعضكم بعضاً ؟ قلت : قليل ، قال : فلا تفعلوا ، فإنّ المداعبة من حسن الخلق وإنّک لتدخل بها السرور على أخيک ، ولقد كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم يداعب الرجل يريد أن يسّره(٥) .

وتحمل على ما ذكرنا وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر(٦) رضى اللّه عنه ، بل هى قرينة عليه .

١- (١) سورة القصص / ٥٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ١٩ . الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٦ ح ٢ . الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٨٢ ح ٨ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى .

٥- (٥) الكافى ٢ / ٦٦٣ ح ٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣ / ٤٤٤ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥١ ح ٤ . الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة .

وأمّا صحيحة سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام فى حديث أنّه قال : وكلّ كلام ليس فيه ذكر فهو لغو ، الحديث(١) .

تحمل على أحسن الإستفادة من التكلّم وقدرة البيان فى ذكر اللّه تعالى وذكر أوليائه وكتابه ودينه ، ففى الحقيقية إرشاد إلى ما ذكرناه ولا تحمل على المولوية ، فلا تدلّ على حرمة مطلق اللغو .

ونحوها مرفوعة المفيد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال كلّ قول ليس للّه فيه ذكر فلغوٌ ، الحديث(٢) .

وأمّا مرفوعة نجل الطبرسى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : لأبى ذر فى وصيته له : ... فاترك اللغو ما دمت فيها (أى فى المساجد) ، فإن لم تفعل فلا تلومنّ يوم القيامة إلاّ نفسك ... يا أبا ذر كل جلوس فى المسجد لغو إلاّ ثلاث : قراء مصلّ ، أو ذكر اللّه ، أو سائل عن علم(٣) .

تحمل هذه المرفوعة أيضاً على الإرشاد بحسن الإستفادة من المساجد والأوقات ، فلا تدلّ على المولوية وحرمة اللغو مطلقاً .

والحاصل إثبات حرمة مطلق اللغو مشكل جداً بل ممنوع .

إلى هنا انتهى البحث عن اللهو واللعب واللغو والحمد للّه أوّلاً وآخراً .

ص: ١٠٤

١- (١) أمالى الصدوق . المجلس الثامن ح ٢ / ٧٩ الرقم ٤٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٦١ ح ٢ .

٢- (٢) الإرشاد ١ / ٢٩٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٦٣ ح ٥ .

٣- (٣) مكارم الأخلاق / ٤٦٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٦٥ ح ٩ .

مدح مَنْ يستحق الذَّمّ أو عكسه

اشارة

قد أفتى العلامة فى كتبه بحرمة هذا المدح أو عكسه ، أى ذم مَنْ يستحق المدح ، بل ادعى عدم الخلاف فيه ، قال فى التذكرة : « ويحرم سبّ المؤمنين والكذب عليهم والنميمة ومدح مَنْ يستحق الذمّ وبالعكس والتشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة بلا خلاف فى ذلک كلّه»(١) . وفى القواعد(٢) والنهاية(٣) عدَّ مِن المحرّمات مدح مَنْ يستحق الذَّم وبالعكس . وزاد فى التحرير(٤) أنّ الأمر به أيضاً من المحرّمات ، وكذا أخذ الأُجرة عليه .

والشهيد فى الدروس عدَّ من المحرّمات : « الذَّم لغير أهله والمدح فى غير موضعه»(٥) .

وقال المحقق الكركى فى تعيين المراد فى المقام : « المراد مدح مَنْ يستحق الذم مِن الوجه الذى يستحق به الذَّم ، وكذا عكسه . أمّا إعطاء الشخص الواحد حقّه من المدح والذم باعتبار مقتضاهما فإنّه يحسن ، ولا يبعد أن يقال بتحريم مدح من يستحق الذم وإن لم يكن من الوجه الذى يستحق به

الذم إذا فهم السامع منه كونه ممدوحاً ، لما فيه من إيهام الباطل ، وإنّما ذكر هذا بخصوصه وإن كان نوعاً من الكذب لأنّه أغلظ من غيره ، ولما فى ذمّ من يستحق المدح من زيادة إيذائِه»(٦) .

وكيف ما كان فقد استدل للحرمة بوجوهٍ :

الاستدلال لحرمته بوجوه

الأوّل : حكم العقل بقبح مدح مَنْ يستحق الذَّم أو عكسه .

ص: ١٠٥

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ وذكر نحوها فى المنتهى ٢ / ١٠١٣ من طبع الحجرى .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٣- (٣) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧١ .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

٥- (٥) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٣ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

بتقريب : أنّ العقل مستقل بقبح ذلک وبمقتضى قاعدة التلازم بين حكمى العقل والشرع يحكم بحرمته .

وفيه : أن العقل لا يحكم بقبحه ما لم ينطبق عليه عنوان آخر ممّا يستقل العقل بقبحه ، نحو : الكذب ، أو زيادة قوة الضالمين وسلطانهم ، أو إهانة المظلوم ، أو الإغراء بالجهل .

الثانى : قوله تعالى : «وَلاَ تَرْكَنُواْ إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُواْ فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللّهِ مِنْ أَوْلِيَاء ثُمَّ لاَ تُنصَرُونَ»(١) .

بتقريب : أن إنّ مدح الظالم يدخل فى الركون إليه ، وهو من « ركونِ مودَّةٍ ونصيحةٍ وطاعةٍ»(٢) المنهى عنه ، فيحرم . وكذا قارن بين المدح والركون فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم (٣) الآتى .

وفيه : أن الدليل أخصُّ من المدعى ، حرمة الركون إلى الظالمين ومعونتهم واضحة ، وبعض مِن المدايح يدخل فيه أيضاً مِن الواضحات ، ولكن مدح مَنْ يستحق الذَّم أو عكسه بإطلاقهما لا يدخلان فى الركون ، كما هو واضح لِمَنْ تأمل .

الثالث : ما ورد فى خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة ، وفيها : من عظّم صاحب دنيا وأحبّه لطمع فى دنياه سخط اللّه عليه وكان فى درجته مع قارون فى التابوت الأسفل من النار(٤) .

بتقريب : أنّ المادح يكون من المعظمين لصاحب الدنيا والمحبّين له طمعاً فى دنياه .

وفيه : أوّلاً : أنّها ضعيفة الإسناد .

وثانياً : بعض أقسام مدح من لا يستحق يدخل فى الرواية ، ولكن بعضها الآخر لم يندرج تحتها .

الرابع : ما ورد فى خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من مدح سلطاناً جائراً وتحفّف

١- (١) سورة هود / ١١٣ .

٢- (٢) كذا فى تفسير القمى ١ / ٣٣٨ وفى مجمع البيان ٥ / ٣٠٦ روى عنهم عليهم السلام .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٤ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٤ . الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به .

وتضعضع له طمعاً فيه كان قرينه فى النار . قال : وقال صلى الله عليه و آله وسلم : قال اللّه عزّ وجلّ : «وَلاَ تَرْكَنُواْ إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُواْ فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» ، الحديث(١) .

حَفَّف القوم حوله وحَفَّفوه : أحدقوا به . تَضَعْضَع : خَضَع وذلَّ .

وفيه : أوّلاً : الرواية ضعيفة الإسناد .

وثانياً : أنّها تشمل مدح السلطان الجائر طمعاً فى دنياه ، وأما غيره فيخرج من مدلولها ، فالدليل أخصُّ من المدعى .

الخامس : خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال : من جالس لنا عائباً ، أو مدح لنا قالياً ، أو واصل لنا قاطعاً ، أو قطع لنا واصلاً ، أو والى لنا عدواً ، أو عادى لنا وليّاً ، فقد كفر بالذى أنزل السبع المثانى والقرآن العظيم(٢) .

القالى : هو المُبْغِض .

وفيه : أوّلاً : أنّها ضعيفة الإسناد ، لأنّ أبا أيوب سليمان بن مقبل المدينى مجهول حاله . وثانياً : تدلّ على حرمة مدح مبغض أهل البيت لا غيره .

والحاصل ، هذه الأدلة لا تدلّ على حرمة مطلق مدح من لا يستحق المدح أو عكسه . نعم إذا كانا يدخلان فى عنوان الكذب أو الإغراء بالجهل أو تقوية الظالم وشوكته أو إهانة المؤمن والمظلوم أو الغيبة أو السبّ ونحوها يحكم بحرمتهما ، لوضوح حرمة هذه العناوين .

ولعلّ أحسن مقال فى هذا المجال هو قول جدنا الشيخ جعفر حيث يقول : « وتفصيل الحال بعد الإجمال : أنّه ينبغى إعطاء كلّ ذى حقٍّ حقّه ، فمَنْ سلم من أسباب الذم فهو ممدوح لا يذمّ ، وبالعكس العكس . ولو كان ذا جهتين كان الإنسان معه ذا حالتين قد يمدح ويبالغ وقد يذمّ محافظاً

على الوجه السائغ . ومَنْ نقل الإجماع فى المنع على الإطلاق مردود إلاّ أن يكون جارياً على هذا المذاق »(٣) .

ص: ١٠٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٣ ح ١ . الباب ٤٣ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) أمالى الصدوق . المجلس الثالث عشر ح ٧ / ١١١ الرقم ٨٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٤ ح ٦ .
٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٦ .

وتبعه تلميذاه صاحبا المفتاح(١) والجواهر(٢) ، وكذا تلميذ تلميذه صاحب برهان الفقه(٣) .

قال فى الجواهر : « فإنّ الذى ينبغى إعطاء كلّ ذى حقٍّ حقّه ، فمن لم يكن فيه صفة للذم فليس له إلاّ المدح وبالعكس ، فذو الجهتين يستحق الأمرين . ودعوى أنّ مستحق الذم يحرم مدحه ومستحق المدح يحرم ذمّه كذلك ، ممنوعة بالسيرة القاطعة وغيرها فضلاً عن دعوى الإجماع عليها ، واللّه أعلم»(٤) .

والمدح الحرام قد يكون سائغاً إذا رفع عن المادح أو غيره الضرر أو الظلم أو المفسدة أو كان لابدّ منه تقية(٥) ، قال شارح القواعد : « وهذه عادة العلماء مع الأُمراء ، خصوصاً مَنْ كانوا مِنْ أهل الحقّ ولو أنّهم من شرار الخلق»(٦) .

وقال صاحب الغنية : « قال بعض الأعلام رحمه الله : عمل ذلك بالنسبة إلى السلاطين الغير الغاصبين لحقوق الأئمة الطاهرين عليهم السلام الموالين ما لم يكن إعانة لهم فى شىء من ظلمهم لا بأس به أيضاً»(٧) .

وإذا صار المدح حراماً فأخذ الجائزة والأُجرة والفائدة عليه أيضاً حرام ، كما أفتى به العلامة فى التحرير(٨) والشيخ جعفر فى شرح القواعد(٩) .

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢٢ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٤ .

٣- (٣) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٢٤ الطبع الحجرى .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٧٥ .

٥- (٥) كما تدل عليه عمومات التقية وخبر درست عن أبى الحسن موسى عليه السلام ، راجع مستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٧ ح ١ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٣٦ للشيخ جعفر قدس سره .

٧- (٧) غنية الطالب ١ / ١٨٤ .

٨- (٨) التحرير ٢ / ٢٦٠ .

٩- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٣٦ .

وظيفة المادح والممدوح فى الروايات

وفى ختام البحث نجلب أنظار القراء الكرام إلى بعض الروايات فى المقام حيث يعلم منها المادح والممدوح وظيفتهما :

منها : حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، قد ورد فيه أنّه نهى عن المدح وقال : أحثوا وجوه المداحين التراب(١) .

وعن على أمير المؤمنين عليه السلام : الثناء بأكثر من الإستحقاق مَلَق والتقصير عن الإستحقاق عىٌّ أو حسدٌ(٢) .

وعنه عليه السلام : ربّ مفتون بحسن القول فيه(٣) .

وعنه عليه السلام : أجهل الناس المغتر بقول مادح متملق يحسّن له القبيح ويبغّض إليه النصيح(٤) .

وعنه عليه السلام : مادحک بما ليس فيک مستهزءٌ بک ، فإن لم تُسعِفهُ بنوالک بالغ فى ذمّک وهجائک(٥) .

وعنه عليه السلام : من مدحک فقد ذبحک(٦) .

وعنه عليه السلام فى حديث : طلبتُ المدح فما وجدت إلاّ بالسخاوة ، كونوا أسخياء تمدحوا ، الحديث(٧) .

وعن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : إذا مدح الفاجر اهتزّ العرش وغضب الربّ(٨) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٣ ح ١ .

٢- (٢) نهج البلاغة . الخطبة ٣٤٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٨٥/١٠ ح٩ .

٣- (٣) نهج البلاغة ، الحكمة ٤٦٢ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٨٥/١٠ ح١٠ .

٤- (٤) غ-رر الح-ک-م ح ٣٢٦٢ ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ١٣ .

٥- (٥) غ-رر الح-ک-م ح ٩٨٣٨ ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٦ ح ١٩ .

٦- (٦) غ-رر الح-ک-م ح ٧٧٦٦ ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٦ ح ١٥ .

٧- (٧) جامع الاخبار/٣٤١ ح١ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح١٢ .

٨- (٨) بحار الأنوار ٧٤ / ١٥٠ ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٦ ح٢٠ .

وعن أبی محمد الحسن العسکری علیه السلام أنّه قال : من مدح غیر المستحق فقد قام مقام المتهم(١) .

وعن أمیر المؤمنین أنّه مدحه قوم فی وجهه ، فقال : اللهم إنّک أعلم بی من نفسی وأنا أعلم بنفسی منهم ، اللهم اجعلنا خیراً ممّا یظُنُّون واغفر لنا ما لا یعلمون(٢) .

والحمد للّه ربّ العالمین .

١- (١) أعلام الدین / ٣١٣ ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ١١ .

٢- (٢) نهج البلاغة . الحکمة ١٠٠ ونقلت عنه فی موسوعة أحادیث أهل البیت علیهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ٨ .

معونة الظالمين

اشارة

قد أفتى الأصحاب قدس سرهم بحرمة معونة الظالمين فى الجملة ، نحو : المفيد فى المقنعة(١) والشيخ فى النهاية(٢) وسالار بن عبد العزيز الديلمى فى المراسم(٣) وابن إدريس فى السرائر(٤) والمحقق فى الشرائع(٥) والنافع(٦) والعلامة فى التذكرة(٧) والقواعد(٨) والتحرير(٩) والنهاية(١٠) والإرشاد(١١) والشهيد فى الدروس(١٢) واللمعة(١٣) والكركى فى جامع المقاصد(١٤) وثانى الشهيدين فى المسالك(١٥) والروضة(١٦) والأردبيلى فى مجمع الفائدة(١٧) والسبزوارى فى

١- (١) المقنعة / ٥٨٩ .

٢- (٢) النهاية / ٣٦٥ .

٣- (٣) المراسم / ١٧٠ .

٤- (٤) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٥- (٥) الشرائع ٢ / ٤ .

٦- (٦) المختصر النافع / ١١٧ .

٧- (٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٣ مسألة ٦٤٨ .

٨- (٨) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

١٠- (١٠) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٠ .

١١- (١١) ارشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .

١٢- (١٢) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٣ .

١٣- (١٣) اللمعة الدمشقية / ١٠٨ .

١٤- (١٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

١٥- (١٥) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٧ .

١٦- (١٦) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

١٧- (١٧) مجمع الفائدة ٨ / ٦٤ .

الكفاية(١) والشيخ يوسف فى الحدائق(٢) والشيخ جعفر فى شرح القواعد(٣) وسيد الرياض(٤) وأصحاب المفتاح(٥) والمستند(٦) والجواهر(٧) وبرهان الفقه(٨) والوسيلة(٩) .

وأمّا أدلتها :

١ - الإجماع

قد عرفت أنّ الحكم بالحرمة فى معونة الظالمين فى الجملة إجماعىٌّ بين أصحابنا أعلى اللّه كلمتهم ، وقد اعترف بوجود هذا الإجماع جمع منهم ، نحو : المحقق الأردبيلى(١٠) وسيد الرياض(١١) والفاضل النراقى(١٢) والشيخ الأعظم(١٣) ، وعن المحقق الخوئى فى معونتهم فى ظلمهم قال : « إنّها غير جائزة بلا خلاف بين المسلمين قاطبة»(١٤) وعن الفقيه السبزوارى فيه : « إجماع المسلمين بل الضرورة من الدين»(١٥) .

١- (١) الكفاية ١ / ٤٣٥ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ١١٩ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢١٤ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٦ .

٥- (٥) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٠٠ .

٦- (٦) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٢ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٨- (٨) برهان الفقه / كتاب التجارة / ٤١ من الطبع الحجرى .

٩- (٩) وسيلة النجاة ٢ / ٥ الطبع الحجرى .

١٠- (١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٦٤ .

١١- (١١) رياض المسائل ٨ / ١٧٦ .

١٢- (١٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٢ : قال فيه « بالثلاثة» ومراده دلالة الكتاب والسنة والإجماع على حرمتها .

١٣- (١٣) المكاسب المحرمة ٢ / ٥٣ .

١٤- (١٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٢٦ .

١٥- (١٥) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦١ .

وقال قبلهما صاحب برهان الفقه فيه : « وبالجملة لا خلاف نصاً وفتوى فى حرمة ما يتحقق به الإعانة على الإثم والظلم أو كان الفعل محرَّماً فى نفسه ولو لغير الإعانة ... »(١) .

أقول : الإجماع بقسميه على الحرمة فى الجملة حاصل فى المقام ، ولكن العمدة أنّه مدركىٌّ وليس بتعبدىٍّ حتّى يفيدنا شيئاً .

٢ - حكم العقل

العقل يحكم مستقلاً بقبح إبقاء مادة الفساد وإشاعته وترويجه ومعونتهم منها ، فالعقل يحكم بقبحه ، وبقاعدة الملازمة يترتب عليه الحكم الشرعى ، أى الحرمة .

وقد ذكر دلالة العقل على الحرمة هنا جمع من الأصحاب ، نحو : المحقق الأردبيلى(٢) والشيخ الأعظم(٣) والسيدان الخوئى(٤) والسبزوارى(٥) .

٣ - الكتاب

تدلّ على حرمتها من الكتاب قوله تعالى فى سورة هود : «وَلاَ تَرْكَنُواْ إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُواْ فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللّهِ مِنْ أَوْلِيَاء ثُمَّ لاَ تُنصَرُونَ»(٦) .

بتقريب : أنّ معونتهم فى ظلمهم وكون الرجل من أتباعهم وممّن يُعرف بهم من أظهر مصاديق الركون المنهى عنه فى الآية الشريفة .

قال الزمخشرى : « رَكَنَ إليه رُكوناً وهو راكن إلى فلان وساكن إليه»(٧) .

وقال الفيومى : « رَكِنْتُ إلى زيدٍ : اعتمدتُ عليه ... »(٨) .

١- (١) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤١ الطبع الحجرى .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٦٤ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة ٢ / ٥٣ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٢٧ .

٥- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦١ .

٦- (٦) سورة هود / ١١٣ .

٧- (٧) أساس البلاغة / ١٧٧ .

٨- (٨) المصباح المنير / ٢٣٧ .

وقال الفيروزآبادى : « رَكَنَ إليه ... رُكوناً : مال وسَكَنَ ... »(١) .

وقال ابن منظور : « رَكَنَ إلى الشىء ... : أى مال إليه وسكن ... وفى التنزيل العزيز «وَلاَ تَرْكَنُواْ إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُواْ» قُرى ء بفتح الكاف من رَكِنَ يَرْكَنُ رُكوناً : إذا مال إلى الشىء واطمأنَّ إليه ... »(٢) .

وفى مجمع البحرين بعد الآية الشريفة : «أى لا تطمئنوا إليهم وتسكنوا إلى قولهم وتظهروا الرضا بفعلهم ومصاحبتهم ومصادقتهم ومداهنتم ... »(٣) .

أقول : فالركون فى اللغة الميل والسكون والاعتماد والإطمئنان ، ومن الواضح أنّ الركون يحصل غالباً إلى أرباب الحكم والقدرة والسلطة والثروة بحيث يمكن أنْ يعتمد عليهم عند أعين الناس الذين يعلمون ظاهراً من الدنيا وهم عن الآخرة غافلون .

والآية الشريفة نهت عن هذا الركون إلى الظلمة وساوت الركون إليهم بالدخول إلى النار واشتعال الراكن .

ومن الواضح بأنّ معونتهم من أتم مصاديق الركون إليهم ، فتحرم بالآية الشريفة .

٤ - السنة المتواترة القطعية

الروايات المتواترة(٤) تدلّ على حرمة معونتهم ، ويأتى ذكر بعضها فانتظر .

ثمّ يقع الكلام فى ثلاث مقامات :

الأوّل : إعانة الظالمين على ظلمهم .

الثانى : كون الإنسان من أعوانهم وفى جملتهم .

الثالث : معونتهم على المباحات .

١- (١) القاموس : مادة ركن من الطبع الحجرى .

٢- (٢) لسان العرب ٥ / ٣٠٥ طبع بيروت عام ١٤٠٨ .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٥٥٨ الطبع الحجرى .

٤- (٤) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٧ . الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به ، وبحار الأنوار ٧٢ / ٣٦٧ ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٢ وجامع أحاديث الشيعة ٢٢ / ٣٢٧ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢٥٨ .

المقام الأوّل : حرمة إعانتهم على ظلمهم

تدلّ عليها مضافاً إلى الآية الشريفة عدّة من الروايات نتبرک بذكر بعضها :

منها : صحيحة أبى حمزة عن على بن الحسين عليه السلام فى حديث قال : إيّاكم وصحبة العاصين ومعونة الظالمين(١) .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم ؟ فقال لى : يا أبا محمد لا ولا مَدّة قلم ، إنّ أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلاّ أصابوا من دينه مثله ، أو حتّى يصيبوا من دينه مثله(٢) .

ومنها : حسنة جهم بن حميد الرواسى قال : قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام : أما تغشى سلطان هؤلاء ؟ قلت : لا ، قال : ولم ؟ قلت : فراراً بدينى ، قال : وعزمت على ذلک ؟ قلت : نعم ، قال لى : الآن سلم لک دينک(٣) .

ومنها : معتبرة السكونى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا كان يوم القيامة نادى مناد : أين أعوان الظلمة ومن لاق لهم دواةً أو ربط كيساً أو مَدّ لهم مَدّة قلم فاحشروهم معهم(٤) .

رواها السيد فضل اللّه الرواندى فى النوادر / ١٥٨ ح ٢٣٤ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٣ ح ٧ .

ومنها : معتبرة اُخرى له عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ما اقترب عبد من سلطان جائر إلاّ تباعد من اللّه ، ولا كثر ماله إلاّ اشتدّ حسابه ، ولا كثر تبعه إلاّ كثرت شياطينه(٥) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٧ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٩ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ١١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٢ .

ومنها : معتبرة ثالثة له عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إيّاكم وأبواب السلطان وحواشيها ، فإنّ أقربكم من أبواب السلطان وحواشيها أبعدكم من اللّه عزّ وجلّ ، ومن آثر السلطان على اللّه أذهب اللّه عنه الورع وجعله حيراناً(١) .

ومنها : خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة حيث قال صلى الله عليه و آله وسلم فيها : من تولّى خصومة ظالم أو أعانه عليها نزل به ملک الموت بالبشرى بلعنه ونار جهنم وبئس المصير ، الحديث(٢) .

الرواية ضعيفة سنداً وتامة الدلالة . ويمكن تصحيف « معونة » بخصومة فى متنها كما كتبته قريباً من عشر سنين حين ألقيت هذه الخطبة الشريفة محاضرة لجماعة من المؤمنين على هوامش كتاب عقاب الأعمال(٣) لشيخنا الصدوق قدس سره .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : من أعان ظالماً على مظلوم لم يزل اللّه عليه ساخطاً حتّى ينزع عن معونته(٤) .

ومنها : خبر طلحة بن زيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : العامل بالظلم والمعين له والراضى به شركاء ثلاثتهم(٥) .

ومنها : مرسلة ابن أبى فراس عن اوس بن شرحبيل رفعه : من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنّه ظالم فقد خرج من الإسلام(٦) .

رواها صاحب جامع الأخبار / ٤٣٦ ح ١٠ مرفوعاً عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، ونقلت عنه فى الموسوعة ٤ / ٢٦٣ ح ١٨ .

ومنها : مرسلة أُخرى له قال : قال بعضهم لمّا أراده ابن هبيرة للقضاء قال : ما كنتُ

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٤ .

٣- (٣) عقاب الأعمال / ٣٣١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٥٧ ح ٥ . الباب ٨٠ من أبواب جهاد النفس .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ١٥٥ ح ١ - و - ١٧ / ١٧٧ ح ٢ .

٦- (٦) تنبيه الخواطر / ٦٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٢ ح ١٥ .

لألى لک بعد ما حدّثنى إبراهيم . قال : وما حدّثک ؟ قال : حدّثنى عن علقمة عن ابن مسعود قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا كان يوم القيامة نادى منادٍ : أين الظلمة وأعوان الظلمة وأشباه الظلمة حتّى مَنْ برى لهم قلماً أو لاق لهم دواة ، فيجعلون فى تابوت حديد ثمّ يرمى بهم فى نار جهنم(١) .

ومنها : خبر ابن بنت الوليد بن صبيح الكاهلى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من سوّد اسمه فى ديوان ولد سابع حشره اللّه يوم القيامة خنزيراً(٢) .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ألا ومن علق سوطاً بين يدى سلطان جعل اللّه ذلک السوط يوم القيامة ثعباناً من النار طوله سبعون ذراعاً ، يسلّطه اللّه عليه فى نار جهنم وبئس المصير(٣) .

وهذه الروايات المتواترة تدلّ على حرمة إعانة الظالمين على ظلمهم بوضوح .

المقام الثانى : حرمة كون الانسان من أعوانهم وفى جملتهم

بحيث يعدّ منهم ومِن المنسوبين إليهم ، بأن يقال له : هذا من خدمه أو عماله أو مرتزقته أو أنّه معماره أو طباخه أو خياطه ونحوها .

تدلّ على حرمة ذلک مضافاً إلى الآية الشريفة ، الروايات الماضية فى المقام السابق ، لعدم تقييدها بالحرام ، كما نص على ذلک المحقق الإيروانى(٤) قدس سره .

ويدلّ عليها أيضاً : خبر كتاب مسائل الرجال عن أبى الحسن على بن محمد الهادى عليه السلام : أنّ محمد بن على بن عيسى كتب إليه يسأله عن العمل لبنى العباس وأخذ ما يتمكن من أموالهم هل فيه رخصة ؟ فقال : ما كان المدخل فيه بالجبر والقهر فاللّه قابل العذر ، وما خلا ذلک فمكروه ، ولا محالة قليله خير من كثيره ، وما يكفر به ما يلزمه فيه من يرزقه

ص: ١١٧

١- (١) تنبيه الخواطر / ٦٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٢ ح ١٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ١٠ .

٤- (٤) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٤٣ .

ويسبب على يديه ما يسرّک فينا وفى موالينا ، الحديث(١) .

إطلاق العمل يشمل المقام لو لم نقل بأنّه ظاهر فيه . ولكن السند مرسل ، لأنّ ابن إدريس لم يذكر سنده إلى كتاب المسائل .

المقام الثالث : حكم إعانة الظالم على الأفعال المباحة

هل يجوز إعانة الظالم على الفعل المباح أم يحرم ؟ يظهر من بعض الروايات حرمتها :

منها : خبر عذافر قال : قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام : يا عذافر نُبئتُ أنّک تعامل أبا يوب والربيع ، فما حالک إذا نُودى بک فى أعوان الظلمة ؟ قال : فوجم أبى ، فقال له أبو عبد اللّه لما رأى ما أصابه : أى عذافر إنّى إنّما خوّفتُک بما خوّفنى اللّه عزّ وجلّ به . قال محمد ابنه : فقدم أبى فما زال مغموماً مكروباً حتّى مات(٢) .

والرواية ضعيفة سنداً بسهل وعذافر ، وأمّا دلالتها أيضاً فيمكن المناقشة فيها بأنّه يعامل معهم دائماً كما يدلّ عليه فعل المضارع ، فيدخل فى أدلة المقام الثانى ، أى كون الرجل من المنسوبين إليهم وفى جملتهم .

ومنها : حسنة ابن أبى يعفور قال : كنتُ عند أبى عبد اللّه عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أصحابنا فقال له : جعلت فداک إنّه ربّما أصاب الرجل منّا الضيق أو الشدّة فيدعى إلى البناء يبنيه أو النهر يكريه أو المسناة يصلحها فما تقول فى ذلک ؟

فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : فما اُحبُّ أنّى عقدتُ لهم عقدة أو وكيتُ لهم وكاءً ، وإن لى ما بين لابتيها ، لا ولا مَدّة بقلم ، إنّ أعوان الظلمة يوم القيامة فى سرادق من نار حتّى يحكم اللّه بين العباد(٣) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ بشير وهو بشير بن عاصم البجلى الكوفى(٤) ، ولا يبعد

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٠ ح ٩ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٨ ح ٣ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٩ ح ٦ .
٤- (٤) جامع الرواة ١ / ١٢٤ .

حسنه(١) ، فالسند حسنٌ به .

المسناة : السَّد وما يبنى على وجه السيل . الوكاء : ما يسُدّ به رأس القُربة . والواو فى « وإن لى ما بين لابتيها » أى وإن كان لى ما بين لابتى المدينة . واللابتان تثنية اللابة ، وهى أرض ذات أحجار سود ،

وكأن المراد بهما الجبلان فى ناحيتى المدينة . والسرادق : الخيمة ، كما ذكره شيخنا الأستاذ – مدظله –(٢) .

وأمّا دلالتها على الحرمة أيضاً فغير واضحة لظهور « ما اُحبُّ أنّى » فى الكراهة . والحكم بأنّ أعوانهم فى سرادق من نار يدلّ على حرمة المقام الأوّل ونهاية المقام الثانى .

قال المحقق الخوئى : « فقوله عليه السلام « ما اُحبُّ أنّى عقدت لهم عقدة الخ » لو لم يكن ظاهراً فى الكراهة فلا ظهور له فى الحرمة ، فتكون الرواية مجملة»(٣) .

ومنها : صحيحة يونس بن يعقوب قال : قال لى أبو عبد اللّه عليه السلام : لا تعنهم على بناء مسجد(٤) .

سندها صحيح ، ودلالتها على الحرمة أيضاً واضحة .

ومنها : صحيحة سليمان الجعفرى قال : قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام : ما تقول فى أعمال السلطان ؟ فقال : يا سليمان الدخول فى أعمالهم والعون لهم والسعى فى حوائجهم عديل الكفر ، والنظر إليهم على العمد من الكبائر التى يُستحق بها النار(٥) .

دلالتها تامة ، وسندها صحيح ، لأنّ العياشى أدرك الجعفرى فنقل الرواية عنه بلا واسطة .

ومنها : موثقة صفوان بن مهران الجمال قال : دخلت على أبى الحسن الأوّل عليه السلام فقال لى : يا صفوان كلّ شىءٍ منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً ، قلت : جعلت فداك أىّ شىءٍ ؟

١- (١) نتائج التنقيح / ٢١ الرقم ١٢٥٢ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٢ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٤٣٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ٨ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

قال : إكراؤک جمالک من هذا الرجل - يعنى هارون - قلت : واللّه ما أكريته أشراً ولا بطراً ولا للصيد ولا للهو ، ولكنّى أكريته لهذا الطريق - يعنى طريق مكة - ولا أتولاّه بنفسى ولكنّى أبعث معه غلمانى .

فقال لى : يا صفوان أيقع كراؤک عليهم ؟ قلت : نعم ، جعلت فداک ، قال : فقال لى : أتحبّ بقاءهم حتّى يخرج كراؤک ؟ قلت : نعم ، قال : من أحبّ بقاءهم فهو منهم ، ومن كان منهم كان ورد النار .

قال صفوان : فذهبت فبعت جمالى عن آخرها ، فبلغ ذلک إلى هارون ، فدعانى فقال لى : يا صفوان بلغنى أنّک بعتَ جمالک ، قلت : نعم ، قال : ولم ؟ قلت : أنا شيخ كبير وإنّ الغلمان لا يفون بالأعمال ! فقال : هيهات هيهات إنّى لأعلم من أشار عليک بهذا ، أشار عليک بهذا موسى بن جعفر عليه السلام ، قلت : ما لى ولموسى بن جعفر ؟ فقال : دع هذا عنک ، فو اللّه لو لا حسن صحبتک لقتلتک(١) .

سند الرواية صحيح ، لأنّ الكشى من الثقات وحَمْدُوَيه بن نصير ثقة ، والمراد بمحمد بن إسماعيل الرازى هو البرمكى الثقة ، والشاهد على ذلک رواية الكلينى فى الكافى(٢) عن محمد بن جعفر الأسدى عن محمد بن إسماعيل البرمكى الرازى ، وذهب إلى اتحادهما المحقق الخوئى(٣) قدس سره ، وابن فضال موثق ، وصفوان بن مهران الجمال أيضاً من الثقات ، فالسند موثق ، ولذا نفى البعد عن كونها موثقة فى الإرشاد(٤) .

ودلالتها على الحرمة واضحة .

وبالجملة ، دلالة بعض هذه الروايات - مع اعتبار سند بعضها - على الحرمة معلومة ، ولذا قال صاحب الحدائق : « وهى (أى الأخبار) صريحة فى تحريم معونة الظالمين بالأُمور

ص: ١٢٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٢ ح ١٧ .

٢- (٢) الكافى ١ / ٧٨ ح ٣ .

٣- (٣) معجم رجال الحديث ١٥ / ١٠٨ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٢ .

المحلَّلة على أبلغ وجه وآكده ... »(١) .

ولكن العمدة فى المقام إعراض المشهور عن هذه الروايات ، لأنّ أكثرهم قيّدوا الحكم بالحرمة فى معونتهم بالحرام كما فى الشرائع(٢) والنافع(٣) والإرشاد(٤) وشرحه(٥) والكفاية(٦) ، أو قيّدوا الحكم بالظلم كما فى السرائر(٧) والتذكرة(٨) والتحرير(٩) والدروس(١٠) واللمعة(١١) ، بل صرّح بعضهم بجواز معونتهم فى غير الظلم من المباحات منهم أصحاب جامع المقاصد(١٢) والمسالك(١٣) والروضة(١٤) ومجمع الفائدة(١٥) والكفاية(١٦) .

وقال سيد الرياض : « وإن كان ظاهر الأصحاب بغير خلاف يُعرف اختصاص التحريم بالإعانة فى المحرَّم»(١٧) .

ص: ١٢١

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٢١ .

٢- (٢) الشرائع ٢ / ٤ .

٣- (٣) المختصر النافع / ١١٧ .

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .

٥- (٥) مجمع الفائدة ٨ / ٦٣ .

٦- (٦) كفاية الأحكام ١ / ٤٣٥ .

٧- (٧) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٨- (٨) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٣ .

٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

١٠- (١٠) الدروس ٣ / ١٦٣ .

١١- (١١) اللمعة الدمشقية / ١٠٨ .

١٢- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

١٣- (١٣) مسالک الأفهام ٣ / ١٢٧ .

١٤- (١٤) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

١٥- (١٥) مجمع الفائدة ٨ / ٦٣ .

١٦- (١٦) الكفاية ١ / ٤٣٥ .

١٧- (١٧) رياض المسائل ٨ / ١٧٧ .

وقال بحر العلوم فى المصابيح « إنّه مشهور»(١) .

ومنهم : الفاضل النراقى(٢) والشيخ جعفر(٣) وتلميذاه صاحبا المفتاح(٤) والجواهر(٥) والشيخ الأعظم(٦) وصاحب برهان الفقه(٧) .

فهذا الإعراض وقيام السيرة القطعية على خلاف ذلک يدلّنا على حمل الروايات إمّا على الكراهة أو على المقام الثانى الذى قد مرّ منّا .

ثمّ إنّ هاهنا تنبيهات :

الأوّل : هل الظالم يختص بمن ادعى الإمامة من العامة

الأوّل : هل الظالم يختص بمن ادعى الإمامة من العامة وانحرف عن مذهب الحقّ ، أو أنّه يشمل سلاطين الشيعة ورؤساءهم أيضاً ؟

الظاهر أنّ عنوان الظالم مطلق يشمل جميعهم بلا فرق بين مدعى الإمامة وغيره ، وإن كان الأوّل أظلم ، وأنّ المدعين فى عصر صدور الأخبار ظلمة ولكن لا يوجب الإنحصار .

فما ورد فى بعض العبارات(٨) من تخصيص كراهة معونتهم فى المباحات بأنّهم من العامة ولا يشمل سلاطين الشيعة ، غير تام .

الثانى : هل الظالم هنا ينحصر بالظالم للغير

الثانى : هل الظالم هنا ينحصر بالظالم للغير من أرباب الحكم والقدرة والسلطة أو يشمل العاصين الذين يظلمون أنفسهم ؟ الظاهر - بقرينة الحكم والموضوع والصدق العرفى -

---

١- (١) كما نقل عنه حفيده السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤١ الطبع الحجرى .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٦ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢١٥ .

٤- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٠٢ و ٢٠٣ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٥٣ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ٥٩ .

٧- (٧) برهان الفقه . كتاب التجارة / ٤٢ الطبع الحجرى .

٨- (٨) نحو رياض المسائل ٨ / ١٧٩ و شرح القواعد ١ / ٢١٦ ومفتاح الكرامة ١٢ / ٢٠٣ والجواهر ٢٢ / ٥٤ والمكاسب المحرمة ٢ / ١٠٣ للسيد الخمينى قدس سرهم .

أنّه يختص بالظالم للغير من السلاطين ونحوهم ولا يشمل العاصين والآثمين . مضافاً إلى ظهور بعض الروايات ونص بعضها الأُخرى بالإختصاص ، فما يظهر من سيد الرياض من شمول الحكم « حتّى للظالم لنفسه بعصيانه مع حرمانه عن الرئاسة وخذلانه»(١) وتبعه الفاضل النراقى(٢) غير تام عندنا .

الثالث : هل تجوز المعاملة معهم ؟

تجوز المعاملة معهم بنحو البيع والشراء ، وقيام السيرة القطعية المتصلة إلى زمن المعصومين عليهم السلام على المعاملة معهم ، ولو لم يكن ذلك لم يقم للمسلمين سوق .

الرابع : يجوز معونتهم للإضطرار .

معونتهم المحرَّمة ترتفع حرمتها لأجل الإضطرار والتقية ، لإطلاق أدلتهما . وقد اعترف بالجواز بعض الأصحاب فى صورتى الضرورة والتقية ، نحو صاحبى المفتاح(٣) والجواهر ، والأخير ذهب إلى كراهة معونتهم فى المباحات ثمّ قال : « وإن كان هو لا يخلو من كراهة ، ما لم تدع الضرورة من تقية ونحوها إليه ... »(٤) .

الخامس : إنّ معونتهم من الكبائر .

تدلّ على كون معونتهم من الكبائر - مضافاً إلى الآية الناهية عن الركون إليهم - معتبرة الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام حيث عدّ فيها من الكبائر : معونة الظالمين(٥) .

وخبر الأعمش عن الصادق عليه السلام عدّ من الكبائر فيه : وترك معاونة المظلومين والركون إلى الظالمين ، الحديث(٦) .

١- (١) رياض المسائل ٨ / ١٧٩ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٦ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٠٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

وصحيحة سليمان الجعفرى عن الرضا عليه السلام (١) وحسنة ابن أبى يعفور(٢) وخبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم (٣) وخبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة(٤) ومرسلتى ابن أبى فراس(٥) الماضية كلّها تدلّ بوضوح على كون معونتهم من الكبائر ، ولذا صرّح بكونها من الكبائر الشيخ الأعظم(٦) . وعمّنا الأكرم آية اللّه الشيخ محمد على النجفى المعروف بثقة الإسلام المتوفى عام ١٣١٨ فى رسالته الخاصة بالمعاصى الكبيرة(٧) .

إلى هنا تمّ بحث معونة الظالمين ، والحمد للّه الذى يقطع دابرهم وهو قاصمهم ومبيرهم ومهلكهم بظهور حجته عجّل اللّه تعالى فرجه الشريف .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ١٠ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٢ ح ١٥ و ١٦ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ٥٣ .

٧- (٧) معاصى كبيرة / ٣٧ .

النَّجْش

اشارة

بالنون المفتوحة والجيم الساكنة كما فى جامع المقاصد(١) ، أو بفتحتين ويُسَكّن كما فى شرح القواعد(٢) أى بالنون المفتوحة والجيم الساكنة أو المفتوحة كما فى المكاسب المحرمة(٣) ، ولابدّ من تعريفه أوّلاً ثمّ بيان حكمه :

المقام الأوّل : تعريفه

قال الزمخشرى : « نهى عن النجش ، وروى « لا تناجشوا » وهو أن تستام السِلعة بأزيد من ثمنها ليراك الآخر فيقع فيها ، وكذلک فى النكاح وغيره ... »(٤) .

وقال الفيومى : « نجش الرجل نجشاً من باب قتل : إذا زاد فى سلعةٍ أكثر من ثمنها وليس قصده أن يشتريها ، بل لِيَغُرَّ غيره فيوقعه فيه ، وكذلک فى النكاح وغيره والإسم النَجَش ... »(٥) .

وقال الفيروزآبادى : « النجش : أن تُواطِىءَ رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه ، أو أن يريد الإنسان أن يبيع بِياعه فتساومه فيها بثمن كثير لينظر إليک ناظر فيقع فيها ... »(٦) .

وقال الجوهرى : « النجش : أن تزايد فى المبيع ليقع غيرک وليس من حاجتک»(٧) .

١- (١) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٠٦ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة ٢ / ٦١ للشيخ الأنصارى .

٤- (٤) أساس البلاغة / ٤٤٧ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٥٩٤ .

٦- (٦) القاموس . مادة نجش من الطبع الحجرى (٢ / ٢٨٩) .

٧- (٧) الصحاح ٣ / ١٠٢١ .

وقال الطريحى : « فى الحديث أنّه صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن النجش ، النَجَش بفتحتين هو : أن يمدح السلعة فى البيع لينفقها ويروّجها أو يزيد فى ثمنها وهو لا يريد شراءها ليقع غيره فيها ، يقال : نجش الرجل نجشاً من باب قتل ، والإسم النجش ، والفاعل ناجشٌ ونجّاش مبالغة ... »(١) .

وفى المنجد : « نَجَشَ فى البيع : واطأ رجلاً يريد بيعاً أن يَمَدحه . وقيل : النجش : أن يريد رجل بيع بياعة فيساومه الآخر فيها بثمن كثير ينظر إليه الناظر فيقع فيها ، أو أن ينفر الناسَ عن الشىء إلى غيره ... »(٢) .

هذه كلمات اللغويين وأمّا الفقهاء فقد قالوا فى تعريفه :

قال الشيخ الطوسى : « النجش حرام ، وهو أن يزيد رجل فى ثمن سلعة زيادة لا تسوى بها وهو لا يريد شراءها وإنّما يزيد ليقتدى به المستام ، فهذا هو النجش ... »(٣) .

وقال ابن إدريس الحلى : « ونهى عن النجش - بالنون والجيم والشين المعجمة - وحقيقته الاستثارة ، وهى أن يزيد رجل فى ثمن سلعة ، زيادة لا تساوى بها وهو لايريد شراءها وإنّما يريد ليقتدى به المستام ، فهذا هو النجش الحرام»(٤) .

وقال ابن زهرة الحلبى : « ونهى عن النجش فى البيع ، وهو أن يزيد فى الثمن من لا رغبة له فى الشراء ليخدع المشترى ... »(٥) .

وورد نظير هذا التعريف فى جامع الخلاف والوفاق(٦) .

وقال المحقق : « ... النجش وهو أن يزيد لزيادة مَنْ واطأهُ البائعُ »(٧) .

١- (١) مجمع البحرين / ٣٤٣ .

٢- (٢) المنجد / ٨٥٧ .

٣- (٣) المبسوط ٢ / ١٥٩ .

٤- (٤) السرائر ٢ / ٢٤٠ .

٥- (٥) غنية النزوع / ٢١٦ .

٦- (٦) جامع الخلاف والوفاق / ٢٥٤ .

٧- (٧) الشرائع ٢ / ١٥ .

وقال فى النافع : « ... والزيادة فى السلعة مواطأة للبائع وهو النجش»(١) .

وقال يحيى بن سعيد الحلى : « يحرم النجش ، وهو أن يزيد فى الثمن ليغرّ غيره ولا خيار للمشترى فيه»(٢) .

وعدّ العلامة تبعاً لأستاذه وخاله المحقق فى مكروهات البيع النجش وقال : « النجش : وهو الزيادة لمن واطأه البائع»(٣) .

ونحوها من التعريف فى القواعد(٤) والمختلف(٥) ، ولكن ذهب فيهما إلى حرمته .

وقال فى التذكرة : « ومعناه أن يزيد الرجل فى ثمن سلعة لا يريد شراءها ليقتدى به المشترون بمواطأة البائع»(٦) .

وقال فى التحرير : « هو الزيادة لا للشراء بل ليغرّ المشترى فيزيد»(٧) .

وقال فى النهاية : « وصورته : أن يزيد فى ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليخدع الناس ويرغّبهم فيها»(٨) .

وقال ابن فهد الحلى فى تعريفه : « ومعناه أن يزيد الإنسان فى سلعة البائع ولا يريد شراءها ، قصداً لتغرير الغير ببذل الزيادة ، وتسميه العامة التحريص»(٩) .

وقال الشهيد : « النجش وهو رفع السعر ممّن لا يريد الشراء للحضّ عليه»(١٠) .

وقال المحقق الثانى بعد تعريف العلامة فى القواعد : « بل التعريف الصحيح : أنّه الزيادة

١- (١) المختصر النافع / ١٢٠ .

٢- (٢) الجامع للشرائع / ٢٥٧ .

٣- (٣) ارشاد الأذهان ١ / ٣٥٩ .

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

٥- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٤٤ .

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٧ .

٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٢ .

٨- (٨) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٠ .

٩- (٩) المهذب البارع ٢ / ٣٦٦ .

١٠- (١٠) الدروس ٣ / ١٧٨ .

فى السلعة ممّن لا يريد شراءها بمواطأة البائع له على ذلک لإيقاع غيره»(١) .

وقال الشهيد الثانى : بعد نقد تعريف المحقق فى الشرائع : « فالأجود فى تعريفه أنّه الزيادة فى السلعة ممّن لا يريد شراءها ليحضّ غيره عليه وإن لم يكن بمواطأة البائع»(٢) .

وزاد على هذا التعريف فى تعاليقه على قواعد العلامة : « وكلام أهل اللغة موافق لما ذكرناه ، قال الهروى : أصل النجش مدح الشىء وإطراؤه . قال : ومعناه لا يمدح أحدكم السِلْعَة ويزيد فى ثمنها وهو لا يريد شراءها ليسمعه غيره فيزيد»(٣)(٤) .

وقال المحقق الأردبيلى بعد نقل كلام الجوهرى فى الصحاح : « والمراد أنّه يكره أن يزيد شخص على ثمن بذل المبيع ليرغب الناس فى بيع ذلک المبيع من غير قصد للشراء»(٥) .

أقول : بعد نقل تعاريف الفقهاء أعلى اللّه كلماتهم فى ألف سنة يظهر لک تعريف النجش ، ولعلّ أحسن التعاريف تعريفى الشهيدين قدس سرهما .

ومنه يظهر أنّ للنجش ثلاث إطلاقات :

الأوّل : مدح سلعة الغير لتحريض المشترى على شرائه بالزيادة ، ويُعبِّر عنه فى زماننا هذا بالإعلانات التجارية . كما مرّ هذا التعريف من الفيروز آبادى والطريحى والهروى وصاحب المنجد من اللغويين .

الثانى : الزيادة فى ثمن السلعة لمن لا يريد شراءها ليخدع المشترى ويرغبه فيها ، سواء كانت بمواطأة البائع أم عدمها ، والفقهاء يطلق على هذا القسم عنوان النجش غالباً .

الثالث : ما مرّ من صاحب المنجد أنّ نفور الناس من الشىء إلى غيره أيضاً يطلق عليه النجش .

وستأتى آنفاً أحكام الصور الثلاث مع زيادة إن شاء اللّه تعالى ، فانتظر .

ص: ١٢٨

١- (١) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

٢- (٢) مسالک الأفهام ٣ / ١٩٠ .

٣- (٣) غريب الحديث ٢ / ١٠ و ٣ / ٣٦ .

٤- (٤) فوائد القواعد / ٥٢١ .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ١٣٧ .

المقام الثانى : حكمه

اشارة

يقع الكلام فى هذا المقام فى الحكمين التكليفى والوضعى :

أمّا الحكم التكليفى

لا أشكال فى حرمته التكليفية ، لأنّه خيانة وخدعة وتلبيس وتدليس وظلم وإضرار ، والعقل حاكم بقبحه . وقد ورد إدعاء الإجماع على حرمته فى بعض العبائر نحو منتهى المطلب(١) وجامع المقاصد(٢) ، وقال ابن فهد الحلى : « ولا أعلم فى تحريمه خلافاً بين الأصحاب»(٣) . ومال إلى قبول الإجماع فى الرياض وقال : « وهو الحجة»(٤) .

ولكن الصحيح أنّ الأكثر يقولون بحرمته كما فى المستند(٥) ، وأمّا المحقق فى الشرائع(٦) والنافع(٧) والعلامة فى الإرشاد(٨) ، والفاضل الآبى فى كشف الرموز(٩) نقل عن شيخه المحقق

القول بالكراهة ، والفاضل المقداد فى التنقيح(١٠) يذهبون إلى كراهته ، وقال الشهيد فى الدروس : « وكرهه قوم والأقرب التحريم»(١١) . فالإجماع غير ثابت .

وقد ورد فى حرمته رواية عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٤ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

٣- (٣) المهذب البارع ٢ / ٣٦٦ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٨٢ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ٤٣ .

٦- (٦) الشرائع ٢ / ١٥ .

٧- (٧) المختصر النافع / ١٢٠ .

٨- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٩ .

٩- (٩) كشف الرموز ١ / ٤٥٥ .

١٠- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ٤٠ .

١١- (١١) الدروس ٣ / ١٧٨ .

اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : الواشمة والمتوشمة ، والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

وَشَمَ اليدَ : غرزها بالإبرة ثمّ ذرّ عليها النيلج فصار فيها رسوم وخطوط ، ويقال له بالفارسية : « خالكوبى » .

وفی خبر أبی عبید القاسم بن سلام بأسانید متصلة إلی النبی صلی الله علیه و آله وسلم أنّه قال : لا تناجشوا ولا تدابروا . معناه أن یزید الرجل فی ثمن السلعة وهو لا یرید شراءها ولکن لیسمعه غیره فیزید لزیادته . والناجش : الخائن . وأمّا التدابر فالمصارعة والهجران مأخوذ من أن یولّی الرجل صاحبه دبره ویعرض عنه بوجهه(۲) .

الظاهر أن التفسیر من الصدوق أو مِنْ أحد الرواة .

وقال الشیخ الطوسی : رُوی عن النبی صلی الله علیه و آله وسلم أنّه نهی عن النجش(۳) .

وقال أیضاً : روی عنه صلی الله علیه و آله وسلم أنّه قال : لا تناجشوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ، وکونوا عباد اللّه إخواناً(٤) .

وروی العلامة الأخیر فی التذکرة(٥) مرسلاً .

وقد ورد فی مرسلة القاضی نعمان المصری أنّه صلی الله علیه و آله وسلم نهی عن النجش(٦) .

ونحوها مرسلة ابن أبی جمهور الأحسائی(۷) .

دلالة هذه الروایات علی حرمة النجش واضحة ، وإنّما الاشکال فی سندها ، وبعد ذهاب المشهور إلی الحرمة ینجبر ضعف أسنادها ، کما قال صاحب الحدائق : « المشهور فی کلام الأصحاب : تحریمه»(۸) . وقد مرّ نقل القول بعدم الخلاف فی تحریمه بین الأصحاب عن

۱- (۱) وسائل الشیعة ۱۷ / ٤٥٨ ح ۲ .

۲- (۲) معانی الأخبار / ۲۸٤ . ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۱۷ / ٤٥۹ ح ٤ .

۳- (۳) المبسوط ۲ / ۱٥۹ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ١٥٩ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٧ .

٦- (٦) دعائم الإسلام ٢ / ٣٠ ح ٦٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٨٦ ح ٢ .

٧- (٧) عوالى اللآلى ١ / ١٤٧ ح ٨٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٨٦ ذيل ح ٤ .

٨- (٨) الحدائق ١٨ / ٤٦ .

ابن فهد(١) والإجماع عليه عن العلامة(٢) والمحقق الثانى(٣) وسيد الرياض(٤) .

فالشهرة تجبر ضعف أسناد الروايات ، ويمكن الإستناد إليها فى الحرمة .

فإذا كان النجش حراماً ، فأخذ الأجرة فى قباله من المنجوش أيضاً يصير حراماً .

وأمّا الحكم الوضعى

(٥)

أعنى حكم المعاملة التى وقع فيها النجش وحكم أخذ الزيادة التى يأخذه البائع ، فهاهنا أقوال :

الأوّل : البيع يكون صحيح ولا خيار للمشترى ، وهو مختار الشيخ الطوسى فى المبسوط(٦) ، وقواه فى الخلاف(٧) ، ونقل فيه أنّه قول ابن أبى هريرة ، وظاهر قول الشافعى وبعض أصحابه من العامة ، ونسبه العلامة فى التذكرة(٨) إلى الشافعى ، وهو مختار يحيى بن سعيد الحلى من أصحابنا(٩) .

الثانى : يصح البيع وللمشترى الخيار مطلقاً ، وهو مختار الشيخ فى الخلاف(١٠) ، ونسبه العلامة فى المختلف(١١) إلى القاضى ابن البراج ، ونسبه الشيخ فى الخلاف(١٢) إلى أبى إسحاق

١- (١) المهذب البارع ٢ / ٣٦٦ .

٢- (٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٤ طبع الحجرى .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٨٢ .

٥- (٥) لم يتعرض الشيخ الأعظم قدس سره لهذا الحكم الوضعى فى الموردين اللذين تعرّض فيهما البحث عن النجش لا فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦١ ولا فى أواخر البيع ٤ / ٣٥٥ .

٦- (٦) المبسوط ٢ / ١٥٩ .

٧- (٧) الخلاف ٣ / ١٧٢ مسألة ٢٨٠ .

٨- (٨) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .

٩- (٩) الجامع للشرائع / ٢٥٧ .

١٠- (١٠) الخلاف ٣ / ١٧١ مسألة ٢٨٠ .

١١- (١١) مختلف الشيعة ٥ / ٤٥ .

١٢- (١٢) الخلاف ٣ / ١٧١ .

المروزى من أصحاب الشافعى .

الثالث : يصح البيع وللمشترى الخيار مع الغبن ، ذهب إليه المحقق فى الشرائع(١) والنافع(٢) والعلامة فى المنتهى(٣) والتذكرة(٤) والمختلف(٥) والقواعد(٦) والتحرير(٧) والنهاية(٨) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٩) والشهيد الثانى فى المسالك(١٠) والمقدس الأردبيلى فى مجمع الفائدة(١١) وسيد الرياض(١٢) والشيخ جعفر(١٣) والفاضل النراقى(١٤) وصاحب الجواهر(١٥) .

الرابع : بطلان البيع إذا كان النجش من البائع ، نسبه العلامة فى المختلف(١٦) إلى أبى على ابن الجنيد الإسكافى وفى التذكرة(١٧) إلى مالك من العامة .

أقول : المختار هو القول الثالث ، أى صحة البيع وثبوت الخيار للمشترى مع الغبن

ص: ١٣٢

١- (١) الشرائع ٢ / ١٥ .

٢- (٢) المختصر النافع / ١٢٠ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٤ الطبع الحجرى .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .

٥- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٤٥ .

٦- (٦) قواعد الأحكام ٢ / ١١ .

٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٢ .

٨- (٨) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٠ .

٩- (٩) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

١٠- (١٠) المسالک ٣ / ١٩١ .

١١- (١١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ١٣٧ .

١٢- (١٢) رياض المسائل ٨ / ٢٨٢ .

١٣- (١٣) شرح القواعد ١ / ٣٠٩ .

١٤- (١٤) مستند الشيعة ١٤ / ٤٤ .

١٥- (١٥) الجواهر ٢٢ / ٤٧٧ .

١٦- (١٦) مختلف الشيعة ٥ / ٤٤ .

١٧- (١٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .

فقط ، لأنّ البيع وقع صحيحاً وتشمله العمومات الواردة فى صحة البيع ، والنجش وإن ذهبنا إلى حرمته التكليفية ولكن لا تسرى الحرمة إلى البيع . نعم لو كان المشترى مغبوناً فله خيار الغبن لعموم أدلته .

ولو لم يكن للمشترى غبن فليس له خيار أصلاً . ولا فرق فيما ذكرنا أنّ يكون النجش بمواطأة البائع وعلمه أم لا . هذا ما تقتضيه قواعد الفقاهة .

ثم إنّ هاهنا فروعاً :

الأوّل : حكم النجش فى غير البيع من المعاملات .

ممّا ذكرنا ظهر حكمه فى غير البيع من المعاوضات من الإجارة والمصالحة والهبة والمضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها ، فى الجميع يكون النجش حراماً تكليفاً ويوجب الخيار للمشترى إن بلغ إلى حد الغبن فقط .

وذهب إلى التعدى من البيع إلى غيره من المعاملات والمعاوضات الشيخ جعفر(١) والفاضل النراقى(٢) والسيد العاملى(٣) قدس سرهم .

الثانى : قال العلامة فى التذكرة : « ولو قال البائع : أعطيتُ فى هذه السلعة كذا وكذا ، فصدّقه المشترى فاشتراها بذلک ، ثمّ ظهر له كذبه ، فإن البيع صحيح ، والخيار على هذين الوجهين . والأقرب عندى انتفاء الخيار هنا ، لأنّ التفريط من المشترى»(٤) .

أقول : أمّا الوجهان المذكوران فى كلامه قدس سره ثبوت الخيار لأنّه تدليس من جهة البائع ونفى الخيار لأنّ المشترى أفرط حيث اشترى ما لا يعرف قيمته .

فقد ذهب المحقق الثانى فى هذا الفرع إلى ثبوت الخيار للمشترى مع الغبن وقال : « ولا يأثم البائع إلاّ أن يكون كاذباً»(٥) .

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٠٨ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ٤٤ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٥١ .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

وقال الشهيد الثانى فيه : « فإنّه يتخير لو ظهر الغبن وإن كان البائع صادقاً ، ولو كان كاذباً فكالنجش فى التحريم ويزيد عنه بالكذب»(١) .

والصحيح عندنا ثبوت الخيار للمشترى حينئذ مع الغبن وفاقاً للثانيين وخلافاً للعلامة ، لأنّ الغبن إذا ثبت يجىء خياره بلا إشكال . ولذا قال صاحب الجواهر : « ولعلّ فى حكم النجش قول البائع كذباً « أعطيتُ فى هذه السلعة كذا » وصدّقه المشترى فى الحرمة والخيار مع الغبن ، ولو كان صادقاً فله الخيار خاصة معه ولا أثم»(٢) .

الثالث : لو استعمل الناجش النجش لتقليل الثمن وترك الزيادة ليشتريها بالثمن القليل بلا فرق بين أن يكون بمواطأة المشترى وعدمه ، فهل يجرى عليه أحكام النجش أم لا ؟

قال المحقق الثانى : « وهل المواطأة على ترك الزيادة فى السلعة ليشتريها بالثمن القليل مثلها ؟ لا أعلم فيه شيئاً ، والأصل العدم ، نعم يثبت الخيار لو ظهر غبن»(٣) .

وتبعه ثانى الشهيدين وقال : « ولا يلحق به ترك الزيادة فى السلعة ليشتريها بالثمن القليل للأصل»(٤) .

وتبعهما صاحب الجواهر وقال : « ولا يلحق بالنجش ترک الزيادة فى السلعة ليشتريها بالثمن القليل وإن كان هو محرّماً فى بعض الأحوال المشتملة على المواطأة مع المشترى لإرادة خدعة البائع وإضراره وإغرائه بالجهل ونحو ذلک»(٥) .

أقول : الظاهر أنّ الفرع يلحق بالنجش فى الحرمة التكليفية وثبوت الخيار مع الغبن للبائع ، لاشتراكه مع النجش فى الدليل ولو لم يصدق عليه النجش فى مصطلح الفقهاء . خلافاً للأعلام الثلاثة ووفاقاً لجدنا الشيخ جعفر حيث يقول فى شرح القواعد : « ومثله فى الحكم أن يواطئه المشترى فى دفع الناقص ليرغب البائع فى بيعه بأقل ثمن»(٦) . وتبعه تلميذه فى

١- (١) مسالک الأفهام ٣ / ١٩١ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٧٧ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

٤- (٤) مسالک الأفهام ٣ / ١٩١ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٤٧٧ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٣٠٨ .

المفتاح(١) .

الرابع : لو أعطى أحد المشترين مبلغاً من المال لرفع يدهم عن الشراء وبعد ذهابهم إشترى هو بثمن بخس دراهم معدودة ، فهل يحرم هذا العمل تكليفاً أم لا ؟ وهل يوجب بطلان البيع أم لا ؟

قال الشيخ جعفر قدس سره : « ونحوه (أى نحو الفرع السابق) مواطأة المشترى فى دفع الزائد إليه والذهاب عنه ليمتنع عن بيعه برجاء الزيادة ، حتّى يتفرّق الطالبون ويبقى حيراناً ، فيشتريه بأقلّ ثمن إلى غير ذلک من أسباب الحيل والخدع والمكر»(٢) .

وتبعه تلميذه صاحب المفتاح(٣) .

أقول : نفس أعطاء المال لغيره من المشترين لا بأس به ، ولا يمكن الذهاب فيه إلى الحرمة التكليفية ، لعدم وجود دليل عليه ، فافترق من العلامة الجد قدس سره من هذه الناحية .

وأمّا الحرمة الوضعية وبطلان البيع فهو قدس سره ونحن نقول معاً بصحة البيع حتّى لو اشتراه بثمن بخس . نعم ، للبائع خيار الغبن مع حصول التفاوت الفاحش . كما فى غيره من موارد الغبن ومع عدم الغبن ، صح البيع بلا إشكال ، واللّه العالم .

الخامس : حكم مدح السلعة فى البيع لينفقها ويروّجها (الإعلانات التجارية) .

قد فُسر النجش بأن يمدح السلعة فى البيع لينفقها ويروّجها لمواطأة بينه وبين البائع كما فى أقرب الموارد(٤) أو بدونها كما فى النهاية(٥) والمجمع(٦) .

ذكر العلامة الجد الشيخ جعفر قدس سره هذا التفسير ثم أتبعه بقوله : « وتحريم القسم الثانى من المعنى الثانى لا يخلو من بُعد »(٧) .

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٥١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٠٨ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٥١ .

٤- (٤) أقرب الموارد ٢ / ١٢٧٤ .

٥- (٥) النهاية ٥ / ٢١ .

٦- (٦) مجمع البحرين ٤ / ١٥٤ .

٧- (٧) شرح القواعد ١ / ٣٠٧ .

وقال تلميذه صاحب الجواهر : « وعن آخر تفسيره بأن يمدح السلعة فى البيع لينفقها ويروّجها لمواطأة بينه وبين البائع أو بدونها على اختلاف فى تعريفهم ، ولعلّ اعتبار المواطأة فيه غير بعيد ، وإن كان حرمة الثانى لا تخلو من قوة ، لكونه خدعاً وإغراءً وإضراراً وخيانة للمسلم»(١) .

أقول : الأستاذ لايذهب هنا إلى حرمة مدح السلعة مع عدم مواطأه البائع ويرى أن حرمته لا يخلو من بُعد ، ولكن تلميذه ذهب إلى قوة حرمة هذا المدح مطلقاً .

وقال الشيخُ الأعظم تبعاً للشيخ جعفر : « وحرمته بالتفسير الثانى - خصوصاً لامع المواطأة - يحتاج إلى دليل ، وحُكى الكراهة عن بعض»(٢) .

وبالجملة ، مدح السلعة فى البيع لينفقها ويروّجها أو قبل البيع سواء كان مع مواطأة البائع أو بدونها - ومنه يظهر حكم الإعلانات التجارية فى زماننا هذا - فإن كان المدح بما ليس فيها من الأوصاف والمختصات كان حراماً من جهة الكذب ، وأمّا إن مدحها بما فيها من الأوصاف والمختصات فلا بأس به .

وإن مدح السلعة ولكن بالغ فى المدح مع قيام القرينة على إرادة المبالغة فلا بأس به إن كان فى مقام الإنشاء لعدم صدق الكذب حينئذٍ ، وإن كان فى مقام الإخبار فيصدق عليه عنوان الكذب فيصير حراماً به .

وفى موارد يصير حراماً للكذب ، فأخذ الأجرة على هذا المدح والإعلان أيضاً يصير حراماً وإلاّ فلا .

وأمّا ثبوت هذه الحرمة فى مواردها فلا ينتقل إلى الحرمة الوضعية ولا يحكم ببطلان المعاملة التى وقعت على هذا المدح والإعلان والتحريص ، إلاّ فى موارد ثبوت الخيارات المعينة من الغبن والعيب وعدم الوصف ونحوها . هذا تمام الكلام فى النجش واللّه سبحانه هو العالم وله الحمد .

ص: ١٣٦

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٤٧٦ .

٢- (٢) المكاسب المحرمة ٢ / ٦٢ .

النميمة

اشارة

يقع الكلام فيها فى مقامين :

المقام الأوّل : تعريفها

قال الزمخشرى : « ن م م : هو نمّام بيّن النميم والنميمة ، وهو يمشى بالنمائم ، نم الحديث يَنُمُّهُ ، نمّ على الرجُل ، وسمعت نميمة القانص : هَمْس كلامه ... »(١) .

وقال الفيومى : « نمّ الرجلُ الحديث نَمّاً ، من بابى قتل وضرب ، سعى به ليُوقِعَ فتنةً أو وحشةً ، فالرجل نمٌّ ، تسميةً بالمصدر ، ونمّام مبالغةٌ والإسم النميمة والنميمُ أيضاً»(٢) .

وقال ابن الأثير : « النميمة : وهى نقل الحديث من قوم إلى قوم على جهة الإفساد والشَّرّ . وقد نَمَّ الحديث يَنِمُّه ويَنُمُّه نَمّاً فهو نَمَّام ، والإسم النميمة ، ونمّ الحديث إذا ظهر ، فهو مُتَعَدٍّ ولازم»(٣) .

وقال ابن منظور : « النَّمُّ : التوريش والإغراء ، رفع الحديث على وجه الإشاعة والإفساد ، وقيل : تزيين الكلام بالكذب ... ثمّ ذكر فى تعريف النميمة ما ذكره ابن الأثير»(٤) .

وقال الراغب فى مادة نمّ : « النَّمُّ : إظهار الحديث بالوشاية ، النميمة : الوشاية»(٥) .

وقال فى مادة وشى : « الواشى يُكنى به عن النّمام»(٦) .

ص: ١٣٧

١- (١) أساس البلاغة / ٤٧٣ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٦٢٦ .

٣- (٣) النهاية ٥ / ١٢٠ .

٤- (٤) لسان العرب ١٢ / ٥٩٢ .

٥- (٥) مفردات القرآن / ٥٢٧ .

٦- (٦) مفردات القرآن / ٥٦١ .

وقال الفيروزآبادى : « النَّم : التَوْريش والإغراء ورفع الحديث إشاعة له وإفساداً ، وتزيين الكلام بالكذب ... »(١) .

وقال الطريحى : « نمم : قوله تعالى : «مَّشَّاء بِنَمِيمٍ»(٢) أى قتات نقّال للحديث من قوم إلى قوم على وجه السعاية والإفساد ، يقال : نمّ الحديث ينمّه من باب ضرب وقتل : سعى به ليوقع فتنةً أو وحشةً ، فالرجل نمٌّ تسمية بالمصدر ، ونمّام مبالغة والإسم النميمة والنميم . ونمّ الحديث : إذا ظهر ، وهو متعد ولازم ... »(٣) .

وفى المنجد : « نمَّ ـِ نَمّاً : الحديث : أظهره بالوشاية ورفعه على وجه الإشاعة والإفساد . - الحديثُ : ظهر - بين الناس : ورَّش وأغرى - الكلامَ : زيّنهُ بالكذب ... .

الَنمَّام : الذى يتحدَّث مع القوم فينمُّ عليهم فيكشف ما يُكْرَهُ كَشْفُهُ»(٤) .

قال الشهيد الثانى : « واعلم أنّ النميمة تُطلق فى الأكثر على من ينمّ قول الغير إلى المقول فيه ، كما يقول : « فلان كان يتكلّم فيک بكذا وكذا» ، وليست مخصوصة به ، بل تطلق على ما هو أعمّ من القول كما مرّ فى الغيبة . وحدّها بالمعنى الأعم : كشف ما يكره كشفه ، سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث ، وسواء كان الكشف بالقول أم بالكتابة أم الرمز أم الإيماء ، وسواء كان المنقول من الأعمال أم من الأقوال ، وسواء كان ذلک عيباً ونقصاناً على المنقول عنه أم لم يكن ، بل حقيقة النميمة : إفشاء السرّ وهتک السّتر عمّا يكره كشفه ، بل كلّما رآه الإنسان فى أحوال الإنسان فينبغى أن يسكت عنه إلاّ ما كان فى حكايته فائدة لمسلم أو دفع لمعصية ، كما إذا رأى من يتناول مال غيره فعليه أن يشهد به مراعاةً لحقّ المشهود عليه ، فأمّا إذا رآه يخفى مالاً لنفسه فذكره نميمة وإفشاء للسرّ ، فإن كان ما ينمّ به نقصاناً أو عيباً فى المحكى عنه كان قد جمع بين الغيبة والنميمة»(٥) .

١- (١) قاموس اللغة / الطبع الحجرى مادة النُمّ .

٢- (٢) سورة القلم / ١١ .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٥٤١ .

٤- (٤) المنجد / ٩١٦ .

٥- (٥) كشف الريبة / ٥٨ المطبوع ضمن المصنفات الأربعة .

ونقل الفيض الكاشانى هذا التعريف فى كتابه المحجة البيضاء(١) من دون ذكر صاحبه ، وهكذا نقله الشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمة(٢) بعنوان القيل .

قال الشيخ جعفر : « والنميمة عليهم (أى على المؤمنين) فيزداد إثمها بنسبتها إليهم ، كالكذب عليهم - أو مطلقها (مطلقاً ن ل) من قولهم : نمَّ الحديث - من باب ضرب وقتل : سعى به لإيقاع فتنة أو وحشة»(٣) .

وقال تلميذه السيد العاملى : « أمّا النميمة فهى نقل الحديث من قوم إلى قوم على وجه السعاية والإفساد ، يقال : نمّ الحديث وينمّه من باب ضرب وقتل ، سعى به ليوقع فتنة أو وحشة»(٤) .

وقال تلميذه الآخر صاحب الجواهر : « فالمراد بها (أى بالنميمة) السعاية بنقل حديث كلٌّ إلى الآخر أو ما كان بمنزلته لإيقاع فتنة أو وحشة»(٥) .

وقال الشيخ الأعظم : « هى نقل قول الغير إلى المقول فيه ، كأن يقول : تكلّم فلان فيک بكذا وكذا»(٦) .

وعلّق المحقق الإيروانى على كلام الشيخ بقوله : « بشرط أن يكون سوءً مِنْ شتمٍ أو غيبةٍ ، وأمّا لو نقل مدحه فصدق النميمة عليه ممنوع وإنْ أوجب النفورة والكدورة ، كما أنّ إطلاق حرمة النميمة لما إذا لم توجب التوحّش والتنفر ممنوع»(٧) .

أقول : ظهر مما ذكرناه أنّ المراد بالنميمة نقل كلام شخص إلى المقول فيه لإيقاع الفتنة والإفساد ، ولا عبرة فى صدقها بكراهة الكشف مطلقاً ، سواء كانت الكراهة من المنقول عنه أم

١- (١) المحجة البيضاء ٥ / ٢٧٧ .

٢- (٢) المكاسب المحرمة ٢ / ٦٤ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٤ .

٤- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٢١ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ٦٣ .

٧- (٧) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٤٨ .

المنقول إليه أم ثالث ، بل المعيار فى صدقها نقل ما يكون وقيعة بينهما .

المقام الثانى : حكمها

اشارة

قال العلامة : « ويحرم سبّ المؤمنين والكذب عليهم والنميمة ... بلا خلاف فى ذلک كلّه»(١) .

وأفتى بحرمتها فى القواعد(٢) والتحرير(٣) وظاهر كلامه قدس سره فى كتبه الثلاثة اختصاص التحريم بالنميمة بين المؤمنين .

وتبعه الأصحاب أعلى اللّه كلمتهم فى الحكم بالتحريم واستدلوا عليه بالأدلة الأربعة :

الاستدلال عليها بالادلة الأربعة

١ - حكم العقل

العقل مستقلٌ بقبحها ، لأنّها منشأ فساد و إفساد ، بل ربّما يترتب عليها آلاف من المفاسد ومنها : القتل . ولذا العقل يستقل بقبحها وبعد حكم العقل فبقاعدة الملازمة يترتب الحكم الشرعى على حرمتها .

٢ - الإجماع

الإجماع بقسميه قائم على حرمتها كما مرّ نقل عدم الخلاف فى تذكرة العلامة . وقال المحقق الخوئى : « لا خلاف بين المسلمين فى حرمتها ، بل هى من ضروريات الإسلام ، وهى من الكبائر المهلكة ... »(٤) .

وأدعى الفقيه السبزوارى : « إجماع المسلمين على حرمتها»(٥) .

أقول : الإجماع بين المسلمين قائم على حرمتها ، ولكنّه إجماع مدركىٌّ فلا يفيد شيئاً فى المقام .

ص: ١٤٠

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ مسألة ٣٠١٨ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٣٢ .

٥- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦٨ .

٣ - الكتاب

قد استدلوا على حرمتها بعدّة من الآيات الشريفة :

منها : قوله تعالى : «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ»(١) .

قال الشيخ جعفر : « وهى المعنيّة بقوله تعالى : «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» »(٢) .

وتبعه تلميذه فى الجواهر وقال : « ولعلّها المراد بقوله تعالى : «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» »(٣) .

والظاهر من الشيخ الأعظم(٤) قبوله ، لأنّه ذكره بعنوان القيل ولم يستشكل عليه .

ولكن قال الشيخ الطوسى : « قوله «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» معناه الفتنة فى الدين - وهى الكفر - أعظم من القتل فى الشهر الحرام»(٥) .

وتبعه الطبرسى فى مجمع البيان(٦) ، وقال فى جوامع الجامع : « الفتنة : الإخراج أو الشرك»(٧) .

وفى تفسير القمى : « والفتنة - يعنى الكفر باللّه - أكبر من القتل»(٨) .

وفى نهج البيان : « عن أبى جعفر عليه السلام : الفتنة هيهنا : الشرك»(٩) .

فعلى ما ذكرناه من أعلام المفسرين الفتنة فى الآية الشريفة هى الكفر والشرك فلا تشمل النميمة . فالاستدلال بها على حرمتها غير تام .

١- (١) سورة البقرة / ٢١٧ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٣٤ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ٦٣ .

٥- (٥) التبيان ٢ / ٢٠٧ .

٦- (٦) مجمع البيان ٢ / ٣١٢ .

٧- (٧) جوامع الجامع ١ / ١١٩ .

٨- (٨) تفسير القمى ١ / ٧١ .

٩- (٩) نهج البيان ١ / ٥٢ ونقل عنه فى البرهان ١ / ٤٥٤ ح ٢ .

ومنها : قوله تعالى : «وَالَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ اللّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِى الأَرْضِ أُوْلَئِکَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ»(١) .

بتقريب : أنّ النمام قاطع لما أمر اللّه به أن يوصل من بسط المحبة فيما بين المؤمنين وتأليف قلوبهم ، ويفسد فى الأرض فساداً كبيراً فتلحق به اللعنة وسوء الدار .

وبعبارة أُخرى وأوجز : النمام قاطع أمر اللّه بصلته ، مضافاً إلى إفساده وأنّه مفسدٌ .

وفيه : أن الآية الشريفة أجنبية عن النميمة ، لأنّها بقرينة الآيات الواردة قبلها من قوله تعالى : «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَلاَ يَنقُضُونَ الْمِيثَاقَ» إلى قوله : «فَنِعْمَ عُقْبَى الدَّارِ»(٢) وردت فى شأن ولاية أمير المؤمنين عليه السلام وأولاده المعصومين عليهم السلام وعبر عنها بعهد اللّه والميثاق وما أمر اللّه به أن يوصل ، وهى رحم آل محمد عليهم السلام كما ورد ذلک فى خبر محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام قال : إنّ رحم آل محمد صلى الله عليه و آله وسلم معلّقة بالعرش تقول : اللهم صِلْ من وَصَلَنى واقْطَع من قطعنى ، وهى تجرى فى كلِّ رحم ، ونزلت هذه الآية فى آل محمد وما عاهدهم عليه وما أخذ عليهم من الميثاق فى الذّر من ولاية أمير المؤمنين والأئمة عليهم السلام ، وهو قوله : «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَلاَ يَنقُضُونَ الْمِيثَاقَ» الآية ، ثمّ ذكر أعداءهم فقال: «الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ»يعنى فى أمير المؤمنين عليه السلام ، وهو الذى أخذ عليهم فى الذّر وأخذ عليهم رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بغدير خم ، ثمّ قال : «أُوْلَئِکَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» »(٣) .

نعم ، يمكن التعدى من رحم آل محمد عليهم السلام إلى كلِّ رحم ، كما ورد فى خبر محمد بن مسلم أو أبى حمزة عن أبى عبد اللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال لى على بن الحسين عليه السلام : يا بنىّ أنظر خمسة فلا تصاحبهم ولا تحادثهم ولا ترافقهم فى طريق ، فقلت : يا أبه مَنْ هم ؟ قال : إيّاک ومصاحبة الكذّاب ... وإيّاک ومصاحبة الفاسق ... وإيّاک ومصاحبة البخيل ... وإيّاک ومصاحبة الأحمق ... إلى أن قال : إيّاک ومصاحبة القاطع لرحمه فإنّه وجدته ملعوناً فى كتاب اللّه عزّ وجلّ فى ثلاث مواضع ، قال اللّه عزّ وجلّ ... وقال : «الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللّهِ مِن بَعْدِ

١- (١) سورة الرعد / ٢٥ .

٢- (٢) سورة الرعد / (٢٤ - ٢٠) .

٣- (٣) تفسير القمى ١ / ٣٦٣ ونقل عنه فى البرهان ٣ / ٢٤٦ ح ٧ .

مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ اللّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِى الأَرْضِ أُوْلَئِکَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» ...(١) .

ومن المعلوم أنّ ولاية أمير المؤمنين عليه السلام وأولاده ورحمه بل كلّ رحم ، غير النميمة التى نبحث عنها . فالآية الشريفة أجنبية عنها .

وأما الاستدلال على حرمتها بقوله تعالى فى آخر الآية : «وَيُفْسِدُونَ فِى الأَرْضِ» بأنّ النميمة يوجب الفساد والّنمام مفسد أيضاً ، غير تام . لأنّ الآية الشريفة تدلّ على حرمة الفساد والإفساد ولاتدلّ على حرمة النميمة . وغاية ما يمكن أن يقال : أنّ الآية الشريفة تحرم النميمة التى توجب قطع الرحم أو الفساد والإفساد ، ولكن حرمة قطع الرحم والفساد والإفساد فى الآية واضحة ولكن النميمة يمكن أن لا يترتب عليها شىء من الأمور المذكورة ، فحينئذ حرمتها لا تُستفاد من الآية الشريفة .

ومنها : قوله تعالى «هَمَّازٍ مَّشَّاءٍ بِنَمِيمٍ»(٢) .

بتقريب : أنّه تعالى نهى عن طاعة جماعة منهم : النميم ، فنفس النهى عن إطاعتهم يدلّ على حرمة فعلهم . بل عدّ اللّه تعالى فى الآية الشريفة النميمة من الصفات الرذيلة القبيحة ، وما شأنها كذلک لابدّ من حرمتها .

ولكن نقل شيخنا الأستاذ - مدظله - عن أستاذه المحقق الخوئى قدس سره « بأنّ مدلولها حرمة المبالغة فى النميمة ، ولا تدلّ على حرمة أصلها»(٣) .

ثمّ أُورد عليه بقوله : « لا دلالة لها على حرمتها أصلاً لا مع المبالغة ولا بدونها ، بل هى واردة فى بيان حكم آخر ، وهو عدم جواز الإتباع والطاعة للحلاّف الهمّاز المشّاء بنميم مناع للخير معتد أثيم»(٤) .

ولكن لا يبعد أن يقال : بأنّ ما يوجب حرمة طاعتهم وإتباعهم هو أفعالهم ، فما ورد فى

١- (١) الكافى ٢ / ٣٧٦ ح ٧ .

٢- (٢) سورة القلم / ١١ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٦ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٦ .

الآيات الشريفة وهو من قبيل فعل يُستفاد حرمتها ، قال اللّه تعالى : «وَلاَ تُطِعْ كُلَّ حَلاَّفٍ مَّهِينٍ * هَمَّازٍ مَّشَّاء بِنَمِيمٍ * مَنَّاعٍ لِّلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَثِيمٍ * عُتُلٍّ بَعْدَ ذَلِکَ زَنِيمٍ»(١) . فعلى ما ذكرنا الآيات تدلّ على حرمة فعل الحلاّف والهمّاز(٢) والمشّاء بنميمة ومنّاع الخير والإعتداء والأثيم . والعتل : العظيم الكفر المستهزىء بكفره . والزنيم : الدعى ، وهو الذى لا أصل له ، وهذا الأخير لم يكن بفعل . وأمّا كلّ ما كان من قبيل الفعل فالآية أشارت إلى حرمتها . وما يكون حراماً يكون المبالغة فيه أيضاً بطريق أولى حراماً . فتأمّل .

٤ - السنة

قد وردت الروايات المستفيضة بل المتواترة على حرمتها :

منها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ألا أُنبّئكم بشراركم ؟ قالوا : بلى يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، قال : المشاؤون بالنميمة ، المفرّقون بين الأحبّة ، الباغون للبراء المعايب(٣) .

ومنها : صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : الجنة محرّمة على القتّاتين المشّائين بالنميمة(٤) .

القتّات : النّمام .

ومنها : موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام قال : قال على عليه السلام : تحرم الجنة على ثلاثة : على المنّان ، وعلى القتّات ، وعلى مدمن الخمر(٥) .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال : حرمت الجنة على ثلاثة : ال-نّمام ، ومدمن الخمر ، والديوث وهو الفاجر(٦) .

١- (١) سورة القلم / (١٣ - ١٠) .

٢- (٢) الهُمَزَةُ : الكثير الطعن على غيره بغير حقٍّ ، العائب له بما ليس بعيب ، راجع مجمع البيان ١٠ / ٥٣٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٦ ح ١ . الباب ١٦٤ من أبواب أحكام العشرة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٦ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٨ ح ٨ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٨ ح ٩ .

والروايات الواردة فى هذا المجال متواترة ، فإن شئت راجع الكافى ٢ / ٣٦٩ وعقاب الأعمال / ٢٦٢ والوافى ٥ / ٩٨١ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٦٣ ووسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٦ ومستدرک الوسائل ٩ / ١٤٩ وجامع أحاديث الشيعة ٢٠ / ٥٦٦ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ٤٢٦ وغيرها من كتب الأخبار .

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها :

الأوّل : هل النميمة مطلقاً تكون حراماً

الأوّل : هل النميمة مطلقاً تكون حراماً أم إذا كانت بين المسلمين فقط أو بين المؤمنين فقط . ثلاث احتمالات ، ولكن الروايات الواردة فى المقام مطلقة ، فلا وجه لتخصيصها بالمسلمين والمؤمنين فقط .

نعم ، قد يجوز بل يستحب بل يجب إيقاع الفتنة بين المشركين وتفريق كلمتهم وكسر شوكتهم وتقوية المحقّين على المبطلين ، ولكن هذا فى مقام الحرب والدفاع ودفع الضرر عن نفسه أو غيره من المؤمنين ، فتجوز أو تجب للضرورة وجريان قواعد باب التزاحم .

الثانى : النسبة بينها وبين الغيبة وبينها وبين الكذب وبينها وبين ذى اللسانين والوجهين

الثانى : النسبة بينها وبين الغيبة وبينها وبين الكذب وبينها وبين ذى اللسانين والوجهين عموم وخصوص من وجه ، يشتدّ العقاب والإثم فى مورد الإجتماع ولكلٍّ حكمه فى مورد الإفتراق .

الثالث: استماع النميمة

الثالث : قال الشيخ جعفر قدس سره : « وفى الأخبار ما يدلّ على حرمة استماعها»(١) .

وتبعه تلميذه صاحب الجواهر وقال : « بل فى بعض الأخبار ما يدلّ على حرمة استماعها أيضاً»(٢) .

أقول : لم أجد ما ذكراه فى رواياتنا ، ولعلّهما وجدا ذلک ولم يصل إلينا ، واللّه العالم .

الرابع: لا تختص بالأقوال والأفعال

الرابع : قال صاحب الجواهر : « الظاهر عدم اختصاصها بالأقوال كما أومأنا إليه سابقاً ، بل تكون بالكتابة والرمز والغمز»(٣) .

ص: ١٤٥

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٣٤ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

أقول : هذا البيان منه قدس سره متين جدّاً ، وتبع الشهيد الثانى(١) فى هذا ، المجال لعدم اختصاص النميمة بالقول ، بل يمكن أن تكون بالكتابة وغيرها . للعموم الوارد فى بعض الروايات وتشملها إطلاقات حرمة النميمة .

الخامس: لا تختص بكون المنقول قولاً أو عيباً أو

الخامس : قال صاحب الجواهر : « وعدم اختصاصها بكون المنقول قولاً أو عيباً أو ما يقتضى نقصاً ، ضرورة كون حقيقتها إفشاء السِّر وهتک الستر عمّا يكره كشفه»(٢) .

أقول : ما ذكره قدس سره من عدم الاختصاص تامٌّ وأمّا تعليله فليس بتام عندنا ، لأنّ حقيقتها ما يكون وقيعة بين المنقول والمنقول إليه(٣) لا ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره من إفشاء السِّر وهتک الستر عمّا يكره كشفه .

السادس : هل هى من الكبائر ؟

ذهب الشيخ الأعظم(٤) قدس سره إلى أنّها من الكبائر ، وتبعه عمّنا الأكرم آية اللّه الحاج الشيخ محمد على النجفى المتوفى عام ١٣١٨ فى رسالته فى المعاصى الكبيرة(٥) والمحقق الخوئى(٦) والفقيه السبزوارى(٧) . ويمكن تأييد الأعلام بما ورد فى بعض الروايات :

منها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر رضى الله عنه (٨) .

ومنها : خبر حفص بن غياث(٩) .

ومنها : خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة(١٠) .

١- (١) كشف الريبة / ٥٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٣- (٣) كما عن شيخنا الأستاذ مدظله فى إرشاد الطالب ١ / ٢٥٦ .

٤- (٤) المكاسب المحرمة ٢ / ٦٣ .

٥- (٥) معاصى كبيرة / ٨٠ .

٦- (٦) مصباح الفقاهة ١ / ٤٣٢ .

٧- (٧) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦٨ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٧ ح ٤ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٧ ح ٥ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٨ ح ٦ .

ومنها : خبر الربيع صاحب المنصور(١) .

ومنها : مرسلة أبى منصور الطبرسى فى الإحتجاج(٢) .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى(٣) .

ومنها : خبر عبد العظيم الحسنى عن أبى جعفر محمد بن على الجواد عليه السلام (٤) .

ومنها : مرسلة الطبرسى عن البراء بن عازب(٥) .

فيمكن من هذه الروايات المستفيضة استفادة كونها من الكبائر ، واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٩ ح ١٠ .

٢- (٢) الإحتجاج ٢ / ٣٤٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٥١ ح ٧ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١٥١ ح ٨ .

٤- (٤) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٠ ح ٢٤ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ٢٤٩ ح١٢ .

٥- (٥) مجمع البيان ٥ / ٤٢٣ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٢٠ / ٥٢٧ ح ٢٣ .

النِّياحة

تعريفها :

قال الزمخشرى : « ن و ح - ناحت على الميت نوحاً ونياحةً ، وهى نَوّاحة بنى فلان ، ونساءٌ نوائحٌ ونوحٌ وأنواحٌ ، واجتمعن فى المناحة والمناحات والمناوح ، والطير تَنُوحُ وتَتَناوحُ»(١) .

وقال الفيومى : « ناحت المرأةُ على الميت نوحاً من باب قال ، والاسم : النُّوَاحُ وزان غُرابٍ ، وربّما قيل النِّياحُ بالكسر ، فهى نائِحَةٌ ، والنياحة بالكسر اسم منه ، والمناحةُ بفتح الميم موضع النوح ... »(٢) .

وقال الفيروزآبادى : « التناوح : التقابل ، وناحت المرأة زوجها وعليه نوحاً ونواحاً بالضم ونياحاً ونياحةً بكسرهما ومَناحاً ، والاسم : النياحة ، ونساءٌ نوحٌ وأنواحٌ ونَوَّح ونوائحٌ ونائحات ، وكنّا فى مناحة فلان ... »(٣) .

وقال الطريحى : « وناحت المرأة تنوح نوحاً ونياحاً ، والاسم النياحة بالكسر ، ونساء نوائح ونائحات ، والتّناوح : التقابل ، ومنه سميت النوائح لأنّ بعضهنَّ يقابلن بعضاً ... »(٤) .

وقال ابن منظور : « نوح ، النّوحُ مصدر ناحَ يَنُوحُ نوحاً ، ويقال : نائحة ذات نياحة ، ونَوّاحةٌ ذات مَناحةٍ . والمَناحةُ : الاسم ويجمع على المناحات والمناوح . والنوائح : اسم يقع على النساء يجتمعن فى مناحة ويُجمع على الأنْواح ، قال لبيد :

قوماً تَنُوحان مع الأنواح

١- (١) أساس البلاغة / ٤٧٦ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٦٢٩ .

٣- (٣) قاموس اللغة / الطبع الحجرى مادة التناوح .

٤- (٤) مجمع البحرين / ١٩١ الطبع الحجرى .

نساء نَوْحٌ وأنواحٌ ونَوَّحٌ ونائحاتٌ ... والمَناحةُ والنّوْحُ : النساء يجتمعن للحزن ... »(١) .

الأقوال فى النياحة

ذهب الأصحاب قدس سرهم إلى أقوال مختلفة فى المقام :

١ - حرمة النوح مطلقاً ، كما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط(٢) وأدعى عليه الإجماع ، وابن حمزة فى الوسيلة(٣) .

٢ - كراهة النوح مطلقاً ، وهو ظاهر الشيخ فى التهذيب(٤) ، وقال سيد الرياض : « نعم ، الكراهة على الإطلاق غير بعيدة»(٥) ، ومال إليه الشيخ جعفر(٦) وتبعهما السيد العاملى فقال : « والقول بالكراهة مطلقاً غير بعيد»(٧) ، وتبعهم فى الجواهر فقال : « نعم ، لا يبعد الحكم بكراهة للخبر بل لا يبعد شدّتها مع الشرط ... »(٨) .

٣ - التفصيل بين النوح بالباطل فيحرم والنوح بالحقّ فيجوز ، وذهب إليه المشهور : منهم المفيد فى المقنعة(٩) والشيخ فى النهاية(١٠) وسالار فى المراسم(١١) وابن إدريس فى

١- (١) لسان العرب ٢ / ٦٢٧ .

٢- (٢) المبسوط ١ / ١٨٩ .

٣- (٣) الوسيلة / ٦٩ .

٤- (٤) التهذيب ٦ / ٣٥٩ ذيل ح ١٤٩ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦١ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٠٣ .

٧- (٧) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٨٣ .

٨- (٨) الجواهر ٢٢ / ٥٥ .

٩- (٩) المقنعة / ٥٨٨ .

١٠- (١٠) النهاية / ٣٦٥ .

١١- (١١) المراسم / ١٧٠ .

السرائر(١) والمحقق فى الشرائع(٢) والنافع(٣) والعلامة فى المنتهى(٤) - وأدعى فيه على طرفى التفصيل الإجماع - والتذكرة(٥) والقواعد(٦) والتحرير(٧) والإرشاد(٨) والنهاية(٩) والشهيد فى الدروس(١٠) واللمعة(١١) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(١٢) وثانى الشهيدين فى الروضة(١٣) والمسالک(١٤) والأردبيلى فى مجمع الفائدة(١٥) والمحقق السبزوارى فى الكفاية(١٦) والشيخ يوسف فى الحدائق(١٧) .

والمراد بالنياحة بالحقّ ذكر أوصاف الميت الموجودة فيه والمستحسن شرعاً أو عرفاً نحو وا رجلاه ، وا كريماه ، وا أبا الأيتام ، وازوج الأرامل .

والمراد بالنياحة بالباطل ذكر الأُوصاف التى لم يستحسن شرعاً أو عرفاً ، نحو : وا

١- (١) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٢- (٢) الشرائع ٢ / ٤ .

٣- (٣) المختصر النافع / ١١٧ .

٤- (٤) منتهى المطلب ٧ / ٤٢٣ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٣٤ مسألة ٦٤٠ .

٦- (٦) القواعد ٢ / ٨ .

٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٩ .

٨- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .

٩- (٩) نهاية الإحكام ٢ / ٤٦٩ .

١٠- (١٠) الدروس ٣ / ١٦٢ .

١١- (١١) اللمعة / ١٠٨ .

١٢- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

١٣- (١٣) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

١٤- (١٤) المسالک ٣ / ١٢٧ .

١٥- (١٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٥ .

١٦- (١٦) الكفاية ١ / ٤٣٥ .

١٧- (١٧) الحدائق ١٨ / ١٣٦ .

شارب خمراه ، وا قاتلاه ، وا ظالماه ، وا زانياه ، وا آكل المال بباطلاه .

وأمّا الكذب والتغنى واستعمال آلات اللهو واختلاط الرجال والنساء فى النياحة وتحريک الرجال بتلطيف صوتها ونحوها محرّمات اُخرى ولكنها غير داخلة فى النوح بالباطل ، وان اختلط الأمر على بعض ، واللّه العاصم .

والقائلون بالتفصيل وجواز النوح بالحقّ ذهبوا إلى أقوال ثلاثة :

الف : ذهب بعضهم إلى جواز النوح بالحقّ من دون كراهة ، وهو ظاهر ثانى الشهيدين(١) والأردبيلى(٢) وصاحب الحدائق ، وحمل الأخير روايات الكراهة على التقية(٣) .

ب : وذهب بعضهم إلى الجواز مع كراهة ، كما نسبه المحقق الخوئى(٤) إليهم .

ج : وذهب بعضهم إلى أنّ النوح بالحق إذا اشترطت فيه الأُجرة كان مكروهاً وإلاّ فلا بأس به ، كما نص عليه العلامة فى التذكرة(٥) والنهاية(٦) والتحرير(٧) .

ولتحقيق الأقوال فلابدّ من المراجعة إلى الروايات والجمع بينها ، ولذا نقول :

الروايات

اشارة

الواردة فی النیاحة علی طوائف :

الطائفة الأولی:

الطائفة الأولی : ما دلّ علی المنع من النیاحة مطلقاً ، سواء کانت بالباطل أم بالحقّ :

منها : خبر عمران بن إسحاق الزعفرانی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال : مَنْ أنعم اللّه علیه بنعمة فجاء عند تلک النعمة بمزمار فقد کفرها ، ومن اُصیب بمصیبة فجاء عند تلک المصیبة

۱- (۱) المسالک ۳ / ۱۲٦ .

۲- (۲) مجمع الفائدة والبرهان ۸ / ۷۵ .

۳- (۳) الحدائق ٤ / ۱٦۸ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ۱ / ٤۳٤ .

۵- (۵) تذکرة الفقهاء ۱۲ / ۱۳٤ .

٦- (٦) نهایة الإحکام ۲ / ٤٦۹ .

۷- (۷) تحریر الأحکام الشرعیة ۲ / ۲٦۰ .

بنائحة فقد کفرها(۱) .

ومنها : خبر مناهی النبی صلی الله علیه و آله وسلم : أنّه نهی عن الرنّة عند المصیبة ، ونهی عن النیاحة والاستماع إلیها ، ونهی عن تصفیق الوجه(۲) .

رنَّ : رفع صوتَهُ بالبکاء .

ومنها : خبر الحسين بن زيد بن على عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أربعة لا تزال فى أُمتى إلى يوم القيامة : الفخر بالأحساب ، والطعن فى الأنساب ، والاستسقاء بالنجوم ، وإنّ النائحة إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة وعليها سربال من قَطْران ودرع من جَرِب(٣) .

القَطْران والقِطْران والقَطِران : سيالٌ دهنى يتّخذ من بعض الأشجار كالصنوبر والأُرز . الجَرَب : وهو داء يُحدث فى الجلد بثوراً صغاراً لها حكّة شديدة .

ونحوها مختصراً مرسلة القاضى نعمان المصرى فى الدعائم(٤) .

ومنها : مرسلة أُخرى للقاضى نعمان عن على عليه السلام أنّه كتب إلى رفاعة بن شدّاد قاضيه على الأهواز : « وإيّاك والنوح على الميت ببلد يكون لک به سلطان»(٥) .

ومنها : مرسلة ثالثة له عن على عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : صوتان ملعونان يبغضها اللّه : إعوال عند مصيبة ، وصوت عند نغمة ، يعنى النوح والغناء(٦) .

ومنها : خبر جابر فى حديث وفاة إبراهيم ابن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : فقال عبد الرحمن : أتبكى يا رسول اللّه ! أو لم تنه عن البكاء ؟ قال : لا ولكن نهيتُ عن النوح ، الحديث(٧) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٧ ح ٥ . الباب ١٧ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ١١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ١٢ .

٤- (٤) دعائم الإسلام ١ / ٢٢٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ٢ .

٥- (٥) دعائم الإسلام ١ / ٢٢٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ٣ .
٦- (٦) دعائم الإسلام ١ / ٢٢٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ٤ .
٧- (٧) كتاب التعازى / ٩ ح ٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٤ ح ٥ .

ومنها : مرسلة القطب الراوندى أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم لعن أربعة : امرأة تخون زوجها فى ماله أو فى نفسها ، والنائحة ، والعاصية لزوجها ، والعاقّ(١) .

وأنت تجد ضعف أسناد هذه الطائفة وإرسالها .

الطائفة الثانية:

الطائفة الثانية : ما دلّ على الكراهة مطلقاً :

منها : موثقة سماعة قال : سألته عن كسب المغنية والنائحة ، فكرهه(٢) .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن النوح على الميت أيصلح ؟ قال : يكره(٣) .

ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن النوح فكرهه(٤) .

وحمل الكراهة فى هذه الروايات الثلاث على الكراهة المصطلحة مشكلٌ ولذا تحمل على التحريم والمنع مطلقاً ، فتلحق بالطائفة الأُولى .

الطائفة الثالثة:

الطائفة الثالثة : ما دلّ على جواز النياحة وجواز أخذ الأُجرة عليها مطلقاً :

منها : موثقة بل صحيحة يونس بن يعقوب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال لى أبى : يا جعفر أُوقف لى من مالى كذا وكذا لنوادب تندبنى عشر سنين بمنى أيام منى(٥) .

قال العلامة الحلى : « الندب لا بأس به ، وهو عبارة عن تعديد محاسن الميت وما يلقون بفقده بلفظة النداء ب- « وا » ، مثل قولهم : وا رجلاه ، وا كريماه ، وا انقطاع ظهراه ، وا مصيبتاه ... »(٦) .

وقال فى الحدائق : « قيل : الندب أن تذكر النائحة الميت بأحسن أوصافه وأفعاله

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٤ ح ٦ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ٨ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٩ ح ١٣ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٩ ح ١٤ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٥ ح ١ .
٦- (٦) منتهى المطلب ٧ / ٤٢٢ .

والبكاء عليه ، الاسم : النُدبة - بالضم - . قال بعض مشايخنا : يدلّ الخبر على رجحان الندبة عليهم وإقامة مأتم لهم ، لما فيه من تشييد حبّهم وبغض ظالميهم فى القلوب ، وهما العمدة فى الإيمان ، فالظاهر : اختصاصه بهم عليهم السلام ، لما ذكرنا . انتهى»(١) .

أقول : لا وجه للاختصاص ، لاسيما إذا كان المجلس مجلس ذكر وموعظة ونصيحة وتوسل وتوبة ودعاء وقراءة القرآن ونحوها ، وإيصال ثوابها إلى روح الميت .

ومنها : صحيحة أبى حمزة عن أبى جعفر عليه السلام قال : مات الوليد بن المغيرة ، فقالت أُمّ سلمة للنبى صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ آل المغيرة قد أقاموا مناحة فأذهب إليهم ؟ فأذن لها فلبست ثيابها وتهيّات وكانت من حسنها كأنّها جانٌّ وكانت إذا قامت فأرخت شعرها جلل جسدها وعقدت بطرفيه خلخالها ، فندبت ابن عمّها بين يدى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فقالت :

أنعى الوليد بن الوليد أبا الوليد فتى العشيرة

حامى الحقيقة ماجد يسمو إلى طلب الوتيرة

قد كان غيثاً فى السنين وجعفراً غَدِقاً وميرَة

فما عاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ذلک ولا قال شيئاً(٢) .

الجعفر : النهر الواسع والملآن . والغدق : الماء الكثير ، ومنه الآية «مَّاء غَدَقاً»(٣) . والميرة : الطعام . كذا فى الحدائق(٤) .

ومنها : خبر عذافر قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام وسُئل عن كسب النائحة ؟ فقال : تستحلّه بضرب إحدى يديها على الأُخرى(٥) .

الرواية ضعيفة الإسناد برواية الكلينى ، لأنّ فيها عذافر بن عيسى الخزاعى الصيرفى

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٣٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٥ ح ٢ .

٣- (٣) سورة الجن / ١٦ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٣٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٦ ح ٤ .

الكوفى ، وهو إمامى مجهول(١) . ورواها الصدوق(٢) مرسلاً . والظاهر أنّ المراد بالرواية تصحيح أخذ الأُجرة بما فعلت النائحة من ضرب إحدى يديها على الأُخرى .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : لا بأس بأجر النائحة التى تنوح على الميت(٣) .

ورواها الصدوق بسنده الصحيح فى الفقيه(٤) .

ومنها : مرسلة الصدوق أنّه سئل الصادق عليه السلام عن أجر النائحة ؟ فقال : لا بأس به ، وقد نيح على رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم (٥) .

الطائفة الرابعة:

الطائفة الرابعة : ما دلّ على جواز كسبها إذا قالت صدقاً وعدمه إذا قالت كذباً :

منها : خبر خديجة بنت عمر بن على بن الحسين - فى حديث - قالت : سمعت عمّى محمد بن على عليه السلام يقول : إنّما تحتاج المرأة إلى النوح لتسيل دمعتها ، ولا ينبغى لها أن تقول هُجراً ، فإذا جاء الليل فلا تؤذى الملائكة بالنوح(٦) .

الهُجر : الإفحاش والخنا كما فى الصحاح(٧) والقبيح من الكلام والإفحاش فى النطق كما فى المنجد(٨) .

قال فى الجواهر : « فيراد به (أى بالهُجر) حينئذ تعداد أفعاله القبيحة وصفاته المذمومة شرعاً ، نحو النياحة على بعض الناس بذكر تهتكهم فى المحرّمات من الزنا واللواط وقتل النفوس والسرقة والنهب ونحو ذلک ، ما لا يشمل المبالغة فى المدح ... »(٩) .

١- (١) نتائج التنقيح / ١٠١ .

٢- (٢) الفقيه ٣ / ١٦٢ ح ٣٥٩٢ و١ / ١٨٣ ح ٥٥٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٧ ح ٧ .

٤- (٤) الفقيه ٣ / ١٦١ ح ٣٥٨٩ .

٥- (٥) الفقيه ١ / ١٨٣ ح ٥٥١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ١٠ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٧ ح ٦ .

٧- (٧) الصحاح ٢ / ٨٥١ .

٨- (٨) المنجد / ٩٣٨ .

٩- (٩) الجواهر ٢٢ / ٥٥ .

الظاهر أنّ ما ذكره صاحب الجواهر فى معنى الهُجر ، هو معنى النياحة بالباطل كما سبق ، وأمّا معنى الهُجر هو الذى مرّ منّا آنفاً من الصحاح والمنجد .

ومنها : مرسلة الصدوق عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ولا بأس بكسب النائحة إذا قالت صدقاً(١) .

ورواها فى الفقه الرضوى / ٢٥٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٣ ح١ .

الطائفة الخامسة:

الطائفة الخامسة : ما دلّ على منع المشارطة :

وهى موثقة حنان بن سدير قال : كانت امرأة معنا فى الحى ولها جارية نائحة ، فجاءت إلى أبى فقالت : يا عمّ أنت تعلم أن معيشتى من اللّه ثمّ مِنْ هذه الجارية ، فأحبّ أن تسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن ذلک ، فإن كان حلالاً وإلاّ بعتُها وأكلتُ من ثمنها حتّى يأتى اللّه بالفرج ، فقال لها أبى : واللّه إنّى لأعظم أبا عبد اللّه عليه السلام أن أسأله عن هذه المسألة . قال : فلما قدمنا عليه أخبرته أنا بذلک ، فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : أتشارط ؟ فقلت : واللّه ما أدرى تشارط أم لا ، فقال : قل لها لا تشارط وتقبل ما أعطيت(٢) .

رواها الشيخ بسنده الموثق فى التهذيب ٦ / ٣٥٨ والاستبصار ٣ / ٦٠ ، وكذا رواها الحميرى فى قرب الإسناد / ١٢٣ ح ٤٣٤ .

أقول : الطائفتان الأوليان تدلان على المنع والحرمة بوضوح ، والطائفة الثالثة تدلّ على الجواز بوضوح ، فلذا لابدّ من حمل الأوّليين إمّا على التقية كما ذهب إليه صاحب الحدائق(٣) أو على الكراهة المصطلحة كما مال إليه أصحاب الرياض(٤) وشرح القواعد(٥) والمفتاح(٦) والجواهر(٧) .

١- (١) الفقيه ٣ / ١٦٢ ح ٣٥٩١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٧ / ١٢٦ ح ٣ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ١٤٠ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٦١ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٠٣ .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ١٨٣ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٥٥ .

وعلى الحملين يجوز أخذ الأُجرة عليها . وأمّا الخامسة من الطوائف فتدلّ على كراهة أخذ الأُجرة مع المشارطة فنحملها على التقية أو نذهب إلى شدّة الكراهة على حمل الكراهة المصطلحة .

وأمّا الطائفة الرابعة : أيضاً نأخذ بها ، لأنّ الكذب من المحرّمات الشرعية ، فأخذ الأُجرة فى قباله أيضاً من المحرّمات . وكذلک لا يجوز التغنى واستعمال آلات الملاهى والموسيقى وإسماع صوتها الأجانب إذا كان فيه كيفية توجب الريبة لهم ، ولكن كلّ ذلک خارج عن موضوع النياحة .

والحاصل ، أنّ النياحة لكل أحدٍ إمّا تجوز مطلقاً بناءً على حمل الروايات المانعة على التقية كما هو الظاهر ، وإمّا تكره بالكراهة المصطلحة بناءً على حملها عليها . وفى الصورتين يجوز أخذ الأُجرة عليها ويكره فى الأخير ، ويكره الأخذ مع الشرط أو هو أشدّ كراهة مع المشارطة . هذا حكم النياحة بالنسبة إلى عموم الناس .

النياحة على المعصومين عليهم السلام

وأمّا النياحة بالنسبة إلى المعصومين عليهم السلام - نحو النياحة على رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وبنته سيدة نساء العالمين فاطمة الزهراء الشهيدة عليهاالسلام وأميرالمؤمنين عليه السلام والأئمة من ولده سلام اللّه عليهم أجمعين - فإنّها تدخل فى ترويج الشعائر الإسلامية ويحكم باستحبابها بلاخلاف ، بل يمكن القول بوجوبها الكفائى فى بعض الأحيان ، وتدلّ عليه مضافاً إلى إطلاق قوله تعالى : «وَمَن يُعَظِّمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى الْقُلُوبِ»(١) ، المتواتر من الروايات :

منها : معتبرة بكر بن محمد الأزدى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : تجلسون وتتحدَّثون ؟ قال : قلت : جعلت فداك ، نعم . قال : إنّ تلك المجالس اُحبّها فأحيوا أمرنا إنّه مَنْ ذكرنا أو ذُكرنا عنده فخرج من عينه مثل جناح الذباب غفر اللّه له ذنوبه ولو كانت أكثر من زبد البحر(٢) .

١- (١) سورة الحج / ٣٢ .

٢- (٢) ثواب الأعمال / ٢٢٣ ح ١ ونقلها فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠١ ح ٢ ، ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ ح ١ .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : كان على بن الحسين عليه السلام يقول : أيّما مؤمن دمعت عيناه لقتل الحسين عليه السلام حتّى تسيل على خدّه بوّأه اللّه تعالى بها فى

الجنة غرفاً يسكنها أحقاباً ، وأيّما مؤمن دمعت عيناه حتّى تسيل على خدّه فيما مسّنا من الأذى من عدوّنا فى الدنيا بوّأه اللّه فى الجنة مبوَّأ صدق ، وأيّما مؤمن مسّه أذىً فينا فدمعت عيناه حتّى تسيل على خدّه من مضاضة ما أُوذى فينا صرف اللّه عن وجهه الأذى وآمنه يوم القيامة من سخطه والنار(١) .

ورواها ابن قولويه بسنده الصحيح فى كامل الزيارات / ١٠٠ ح ١ وكذا على ابن إبراهيم القمى فى تفسيره ٢ / ٢٩١ .

بَوَّأ المكان : حلّ فيه ، بوّأ له منزلاً : هيّأ له .

ومنها : معتبرة الريان بن شبيب عن الرضا عليه السلام - فى حديث - قال : يا بن شبيب إن بكيت على الحسين حتّى تصير دموعک على خديک غفر اللّه لک كلّ ذنب أذنبتَه صغيراً كان أو كبيراً ، قليلاً كان أو كثيراً ، يابن شبيب إن سرّک أن تلقى اللّه عزّ وجلّ ولا ذنب عليک فزر الحسين عليه السلام . يابن شبيب إن سرّک أن تسكن الغرف المبنية فى الجنة مع النبى صلى الله عليه و آله وسلم فالعن قتلة الحسين . يا بن شبيب إنّ سرّک أن يكون لک من الثواب مثل ما لمن استشهد مع الحسين بن على عليه السلام فقل متى ذكرته : « يا ليتنى كنتُ معهم فأفوزَ فوزاً عظيماً» . يا بن شبيب إنّ سرّک أن تكون معنا فى الدرجات العُلى من الجنان فاحزن لحزننا وافرح لفرحنا وعليک بولايتنا ، فلو أنّ رجلاً أحبّ حجراً لحشر اللّه عزّ وجلّ معه يوم القيامة(٢) .

ومنها : معتبرة معاوية بن وهب عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّه قال فى حديث : يا شيخ ذاک دم يطلب اللّه تعالى به ، ما أُصيب ولد فاطمة ولا يصابون بمثل الحسين عليه السلام ولقد قُتل فى

١- (١) ثواب الأعمال / ١٠٨ ح ١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠١ ح ٣ ، ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت ٢ / ٧٧ ح ٢ .
٢- (٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١ / ٢٩٩ ح ٥٨ - أمالى الصدوق . المجلس السابع والعشرون ح ٥ / ١٩٢ الرقم ٢٠٢ - ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٢ ح ٥ ونقلت عنهما أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٧ ح ٣ .

سبعة عشر من أهل بيته نصحوا للّه وصبروا فى جنب اللّه ، فجزاهم اللّه أحسن جزاء الصابرين . إنّه إذا كان يوم القيامة أقبل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ومعه الحسين عليه السلام ويده على رأسه يقطر دماً ، فيقول : يا ربّ سل أُمّتى فيم قتلوا ولدى . وقال عليه السلام : كلّ الجزع والبكاء مكروه سوى الجزع والبكاء على الحسين عليه السلام (١) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة معاوية بن وهب عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال : وارحم تلك الخدود التى تقلّبت على حفرة أبى عبداللّه [الحسين] عليه السلام ، وارحم تلك الأعين التى جرت دموعها رحمةً لنا ، وارحم تلك القلوب التى جزعت واحترقت لنا ، وارحم الصرخة التى كانت لنا ، اللهم إنّى أستودعك تلك الأنفس وتلك الأبدان حتّى نوافيهم على الحوض يوم العطش ، الحديث(٢) .

أقول : سندا الكلينى للرواية ضعيفان وكذا أسناد ابن قولويه فى كامل الزيارات/١١٦ ومابعدها ، ولكنّه رواها فى إحديها عن ابن أبى عمير عن معاوية بن وهب(٣) وللشيخ فى الفهرست(٤) ثلاثة أسانيد صحاح إلى جميع كتب ابن أبى عمير ورواياته وبعمليّة تبديل السند صار سندها معتبراً بل صحيحاً ، ولذا عبّرنا عنها بالمعتبرة بل الصحيحة .

ومنها : صحيحة فضيل بن يسار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : مَنْ ذُكرنا عنده ففاضت عيناه ولو مثل جناح الذباب غفر اللّه ذنوبه ولو كانت مثل زبد البحر(٥) .

ورواها ابن قولويه بإسناده فى كامل الزيارات / ١٠٣ ح ٨ .

ومنها : موثقة الحسن بن على بن فضال عن الرضا عليه السلام أنّه قال : من تَذَكّر مُصابنا فبكى وأبكى لم تبک عينه يوم تبكى العيون ، ومن جلس مجلساً يُحيى فيه أمرنا لم يمت قلبه يوم

١- (١) أمالى الطوسى . المجلس السادس ح ٢٠ / ١٦١ الرقم ٢٦٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٥ ح ١٠ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٨ ح ٤ .

٢- (٢) الكافى ٤ / ٥٨٢ ح ١١ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ١٥ / ١٩٦ ح ١ .

٣- (٣) كامل الزيارات / ١١٨ .

٤- (٤) الفهرست / ٤٠٥ الرقم ٦١٨ .

٥- (٥) المحاسن ١ / ١٣٦ ح ١٢٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٠ ح ١ .

تموت القلوب ، الحديث(١) .

ومنها : خبر على بن محمد الهرمزانى عن أبى عبد اللّه الحسين بن على عليهماالسلام قال : لما قبضت فاطمة عليهاالسلام دفنها أمير المؤمنين عليه السلام سرّاً وعفا على موضع قبرها ، ثمّ قام فحوّل وجهه إلى قبر رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، ثمّ قال : السلام عليک يا رسول اللّه عنّى ، والسلام عليک عن ابنتک وزائرتک والبائتة فى الثرى ببقعتک والمختار اللّه لها سرعة اللحاق بک ... إلى أن قال : أمّا حزنى فسرمد ، وأمّا ليلى فمسهّد ، وهمٌّ لا يبرح فى قلبى أو يختار اللّه لى دارک التى أنت فيها مقيم ، كمدٌ مقيِّحٌ ، وهمٌّ مهيِّجٌ ، سرعان ما فُرّق بيننا ، وإلى اللّه أشكو ... إلى أن قال : واه واهاً ، والصبر أيمن وأجمل ، ولولا غلبة المستولين لجعلت المُقام واللبث لزاماً معكوفاً ، ولأعولت إعوال الثكلى على جليل الرزية . فبعين اللّه تدفن ابنتک سرّاً ، وتهضم حقّها ، وتمنع إرثها ، ولم يتباعد العهد ، ولم يخلق منک الذكر . وإلى اللّه يا رسول اللّه المشتكى ، وفيک يا رسول اللّه أحسن العزاء ، صلى اللّه عليک وعليها السلام والرضوان(٢) .

السهود : قلة النوم . الكَمَد : الحزن الشديد .

ومنها : ما روى العلامة الحلى عن الجمهور عن فاطمة عليهاالسلام أنّها قالت : يا أبتاه من ربّه ما أدناه ، يا أبتاه إلى جبرئيل أنعاه ، يا أبتاه أجاب ربّاً دعاه(٣) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن الجمهور عن على عليه السلام : إنّ فاطمة عليهاالسلام أخذت قبضة من تراب قبر النبى صلى الله عليه و آله وسلم فوضعتها على عينيها ثمّ قالت :

ما ذا على مَنْ شمّ تُربة أحمدٍ أن لا يشمّ مَدىَ الزمان غوالياً

صُبَّت علىَّ مصائبٌ لو أنّها صُبَّت الأيام عدن لياليا(٤)

١- (١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١ / ٢٩٤ ح ٤٨ ، ونحوها فى أمالى الصدوق . المجلس السابع عشر ح ٤ / ١٣١ الرقم ١١٩ ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٢ ح ٤ .

٢- (٢) الكافى ١ / ٤٥٨ ح ٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨/ ٢٥٠ ح ٤ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٧ / ٤٣٢ - صحيح البخارى ٦ / ١٨ ، سنن ابن ماجه ١ / ٥٥٢ ، سنن النسائى ٤ / ١٣ . مسند أحمد ٣ / ١٩٧ . سنن البيهقى ٤ / ٧١ .

٤- (٤) منتهى المطلب ٧ / ٤٢٣ . المغنى ٢ / ٤١١ . الشرح الكبير بهامشه ٢ / ٤٢٩ .

وكذلك يجوز البكاء على موتى المؤمنين والعلماء وأبناء الأئمة عليهم السلام ونحوهم ، تدلّ عليه بعض الروايات :

منها : صحيحة على بن رئاب قال : سمعت أبا الحسن الأوّل عليه السلام يقول : إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة وبقاع الأرض التى كان يعبد اللّه عليها وأبواب السماء التى كان يصعد أعماله ، فيها وثلم ثلمة فى الإسلام لا يسدّها شيء ، لأنّ المؤمنين حصون الإسلام كحصون سور المدينة لها(١) .

ومنها : معتبرة أبى بصير عن أحدهما قال : لما ماتت رقية ابنة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إلحقى بسلفنا الصالح عثمان بن مظعون وأصحابه . قال : وفاطمة عليهاالسلام على شفير القبر تنحدر دموعها فى القبر ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر ابن القداح عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : قال لمّا مات إبراهيم ابن رسول اللّه هملت عين رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بالدموع ، ثمّ قال النبى صلى الله عليه و آله وسلم : تدمع العين ويحزن القلب ولا نقول ما يُسخط الربّ ، وإنّا بک يا إبراهيم لمحزونون ، الحديث(٣) .

ومنها : مرسلة الصدوق عن الصادق عليه السلام أنّه قال : لما مات إبراهيم ابن رسول اللّه ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : حزناً عليک يا إبراهيم وإنّا لصابرون ، ويحزن القلب وتدمع العين ولا نقول ما يسخط الربّ(٤) .

ومنها : مرسلة أُخرى له عن الصادق عليه السلام أنّه قال : إنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم حين جاءته وفاة

١- (١) الكافى ٣ / ٢٥٤ ح ١٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٣ ح ١ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٣ ح ١ .

٢- (٢) الكافى ٣ / ٢٤١ ح ١٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٢٧٩ ح ١ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧١ ح ١ .
٣- (٣) الكافى ٣ / ٢٦٢ ح ٤٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٠ ح ٣ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧١ ح ٣ .
٤- (٤) الفقيه ١ / ١٧٧ ح ٥٢٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٠ ح ٤ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٢ ح ٤ .

جعفر بن أبى طالب وزيد بن حارثة كان إذا دخل بيته كثر بكاؤه عليهما جدّاً ويقول : كانا يحدّثانى ويؤانسانى فذهبا جميعاً(١) .

ومنها : قال الصدوق : ولما انصرف رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم من وقعة اُحد إلى المدينة سمع كلّ دار قُتل مِنْ أهلها قتيل نوحاً وبكاءً ولم يسمع من دار حمزة عمّه ، فقال صلى الله عليه و آله وسلم : لكن حمزة لا بواكى له ، فآلى أهل المدينة أن لا ينوحوا على ميت ولا يبكوه حتّى يبدؤا بحمزة فينوحوا عليه ويبكوه ، فهم إلى اليوم على ذلك(٢) .

آلى يؤلى إيلاءً : أى حلف .

ومنها : خبر هشام بن محمد فى حديث طويل قال : ولما بلغ أمير المؤمنين عليه السلام وفاة الأشتر جعل يتلهَّف ويتأسّف عليه ويقول : للّه درّ مالك ، لو كان من جبل لكان أعظم أركانه ، ولو كان من حجر لكان صلداً ، أما واللّه ليهدَّنَّ موتك عالَماً ، فعلى مثلك فلتبك البواكى . ثمّ قال : إنا للّه وإنّا إليه راجعون ، والحمد للّه ربّ العالمين ، إنّى أحتسبه عندك ، فإنّ موته من مصائب الدهر ، فرحم اللّه مالكاً فقد وفى بعهده وقضى نحبه ولقى ربّه ، مع أنّا قد وطنّا أنفسنا أن نصبر على كلِّ مصيبة بعد مصابنا برسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فإنّها أعظم المصيبة(٣) .

والروايات فى هذا المجال متواترة ، فإن شئت راجع كامل الزيارات / ١٠٠ ووسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٠ ومستدرک الوسائل ١٠ / ٣١١ وجامع أحاديث الشيعة ١٥ / ٤٣٠ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ . والحمد للّه أوّلاً وآخراً .

١- (١) الفقيه ١ / ١٧٧ ح ٥٢٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٠ ح ٦ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٢ ح ٦ .

٢- (٢) الفقيه ١ / ١٨٣ ح ٥٥٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ ح ٢ .

٣- (٣) أمالى المفيد . المجلس التاسع ح ٤ / ٨٣ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ ح ٣ .

الولاية من قبل الجائر

ما المراد من الولاية والجائر ؟

المراد من « الولاية » هنا تارة يُقصد بها المعنى العام ، نحو : ولاية القضاء أو السياسة أو تدبير نظام أو جباية الضرائب والخراج ، وتارة يقصد بها المعنى الخاص نحو : الولاية على القاصرين من الأطفال والمجانين أو القيمومية على مال غائبٍ أو التولية لوقفٍ .

فالولاية هنا تشمل المعينين ، فما ذكره السيد العاملى(١) من أنّها تشمل المعنى الأوّل فقط غير تام .

ثمّ يظهر معنى الجائر بعد ظهور معنى العادل الذى هو فى قباله ، والمراد بالعادل فى جملة « الولاية من قبل العادل» هو الإمام المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام ، فالفقيه المستجمع لشرائط الإفتاء فى زمن الغيبة يدخل فى عنوان العادل .

ولذا قال فى الجواهر : « وقد يلحق به نائبه العام فى هذا الزمان إذا فُرض بسط يده فى بعض الأقاليم»(٢) .

وقال أستاده الشيخ جعفر فى المنصوبين على أيدى ظلمة سلاطين الشيعة قضاة أو شيوخ إسلام أو نوّاباً أو نحوهم أنّهم على أقسام ، ومنهم : « وأمّا مَنْ لم يداخله الإعتقاد الفاسد مع قابليته ، فليس من ولاة الجائرين وعمّالهم ، لأنّ الولاية لهم من قبل اللّه وإنّما أدخلوا أنفسهم تحت هذا الإسم لينالوا بعض منصبهم وليستوفوا بعض حقّهم ، كما يُستعان بالظالم لاستنقاذ الحقوق ، فمَنْ كانت ولايته من الأئمة عليهم السلام بإذن خاصة كابنى يقطين وابن بزيع والنجاشى ونحوهم ، أو عامّة كعَلَم الهدى والخواجة نصير الدين والمحقق الثانى والبهائى والمجلسى

١- (١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٧٣ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٥٦ .

ونحوهم يدخلون فى ولاة إمام العدل»(١) .

وقال أيضاً : « ولو نصب الفقيه المنصوب من الإمام بالإذن العام سلطاناً أو حاكماً لأهل الإسلام ، لم يكن من حكّام الجور ، كما كان ذلك فى بنى إسرائيل ، فإنّ حاكم الشرع والعرف كليهما منصوبان من الشرع»(٢) .

أقول : الكلام الأوّل من الجد الفقيه تام ، و قد وجدناه قبله عند الشيخ فى النهاية(٣) والعلامة فى التحرير(٤) والشهيد فى الدروس(٥) ، ويأتى نص كلام الأخيرين فى مطاوى البحث ، وتبعهم ثانى الشهيدين(٦) فى ظاهر كلامه . وأمّا كلامه الأخير ففيه تأمل ، لأنّ الحاكم المنصوب المأذون من قبل الفقيه يجوز تصرفاته فى ما أذن له الفقيه وحدوده المأذونة ، كما أذن هو قدس سره لفتحعلى شاه

القاجارى بالنسبة إلى الحرب مع الروس ودفع فتنتهم من بلاد المسلمين(٧) ، فتصرفات الشاه القاجارى بالنسبة إلى ذاک الحرب المأذون فيه من قبل الفقيه جائزة لا جميع تصرفاته ، ولم يصر الشاه القاجارى مع هذا الإذن عادلاً ولم يخرجه الإذن الخاص عن عنوان الظلمة . فكلامه الأخير بإطلاقه غير تام ، ولعله إلى ما ذكرنا أشار تلميذه صاحب الجواهر بعد نقل كلامه الأخير بقوله : « وإن كان فيه ما فيه»(٨) .

والحاصل ، أن المراد بالجائر كلّ من ادعى الإمامة والرئاسة العامة وليس بإمام معصوم أو ليس بفقيه فى زمن الغيبة ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، مؤمناً أو مخالفاً . هذا كلّه بالنسبة إلى المراد من ألفاظ العنوان .

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٣١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٣٥ .

٣- (٣) النهاية / ٣٠٢ .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧٠ .

٥- (٥) الدروس الشرعية ٣ / ١٧٤ .

٦- (٦) المسالک ٣ / ١١١ .

٧- (٧) راجع فى هذا المجال كشف الغطاء ٤ / ٣٣٣ .

٨- (٨) الجواهر ٢٢ / ١٥٦ .

تطور البحث فى كلمات الفقهاء

جعل الشيخ فى أوّل كتاب المكاسب من النهاية « باب عمل السلطان وأخذ جوائزهم » ، وقال فيه : « تَوَلِّى الأَمرِ من قِبَل السّلطان العادل الآمر بالمعروف والنَّاهى عن المنكر الواضع الأشياء مواضعها

، جائزٌ مَرَغَّبٌ فيه . ورُبَّما بلغ حدَّ الوجوب ، لما فى ذلک من التمكُّن من الأَمر بالمعروف والنَّهى عن المنكر ، ووضعِ الأشياء مواضعها .

وأمّا سلطان الجور ، فمتى علم الإنسان أو غلب على ظنِّه : أنَّه متى تولّى الأمر من قبله ، أمكنه التَّوصّل إلى إقامة الحدود والأمر بالمعروف والنَّهى عن المنكر وقَسْم الأَخماس والصّدقات فى أربابها وصلة الإخوان ، ولا يكون فى جميع ذلک مُخِلاًّ بواجبٍ ولا فاعلاً لقبيح ؛ فإنّه يستحبُّ له أن يتعرّض لتولِّى الأمر من قبلهم .

ومتى علم أو غلب على ظنِّه : أنّه لا يتمكَّنُ من جميع ذلک ، وأنّه لابدّ من أن يلحَقَهُ ضربٌ من التَّفريط فى القيام بالواجبات أو يحتاج إلى ارتكاب شىءٍ من المقبَّحات ؛ فلا يجوز له التعرُّضُ له على حال . فإن أُلزِمَ الولاية إلزاماً لا يبلغُ تركه إلى الخوف على النَّفس وسلب الأموال ، غير أنَّه يلحقه بعض الضّرر وتَحَمُّل بعض الأَثقال ؛ فالأولى له أن يتحمَّل ذلک ولا يتعرّض لعمل السّلطان .

فإن خاف من الإمتناع من ذلک على النَّفس أو على الأَهل أو على المال أو على بعض المؤمنين فى ذلک ، جاز له أن يتولّى الأَمر ، ويجتهد أن يضع الأشياءَ مواضعها . فإن لم يتمكَّن من الجميع ، فما يتمكَّن منه يجتهدُ فى القيام به . وإن لم يُمكنهُ ذلک ظاهراً فَعَلَه سرّاً وإخفاتاً ، وخاصةً ما يتعلَّقُ بقضاءِ حقوق الإخوان والتّخفيف عنهم فيما يَلْزِمُهُم مِنْ جهة السّلاطين الَجَورةِ مِنْ الخراج وغيره . فإن لم يتمكَّن مِنْ إقامة حقٍّ على وجه ، والحالُ وصفناه فى التَّقيّة ؛ جاز له أن يتَّقى فى جميع الأحكام والأمور ، ما لم يَبْلُغ ذلک إلى سفک الدِّماء المحرَّمة ، فإنّه لا تقيّةَ له فى سفكها على حال .

ومتى ما تولّى شيئاً من أمور السّلطان من الإمارة والجباية والقضاءِ وغير ذلک من أَنواع الولايات ، فلا بأسَ أن يَقْبَلَ على ذلک الأرزاق والجوائز والصِّلات . فإن كان ذلک من

جهة سلطان عادل ، كان ذلک حلالاً له طِلْقاً ، وإن كان من جهة سلطان الجَوْر ؛ فقد رُخِّصَ له فی قبول ذلک من جهتهم ، لأن له حظّاً فی بيت المال .

ويجتهِدُ أن يُخرج من جميع ما يَحصُلُ له من جهتهم الخمس ويَضَعَه فی أربابه ، والباقی يواسی منه إخوانه مِن المؤمنين ويصلهم ببعضه وينتفع هو بالبعض . ولا يجوز له أن يَقْبَلَ مِنْ جوائزهم وصلاتهم ما يَعْلَمُهُ ظلماً وغصباً ويتعيّنُ له ، فإن لم يتعيّن له ذلک ، وإن عَلِم أنّ الُمجيزَ له ظالم لم يكنْ به بأسٌ بقبول جوائِزه ويكون مباحاً له والإثم على ظالمه»(١) .

وقال القاضی عبد العزيز بن البراج : « السلطان على ضربين : أحدهما سلطان الإسلام والآخر السلطان الجائر ، فأمّا سلطان الإسلام العادل فهو مندوب إلى خدمته ومُرَغَّبٌ فيها ، وربّما وجب ذلک على المكلَّف طائفة لما فيه من وجوب إتباعه وطاعته فی أمره ونهيه .

فإذا ولّی السلطانُ إنساناً إمارة وحكماً أو غير ذلک مِن الولاة عليه وجب عليه طاعته فی ذلک وترک الخلاف له فيه ، وجاز قبول جوائزه وصلاته والتصرف فی الجميع على كلِّ حال .

وأمّا السلطان الجائر : فلا يجوز لأحدٍ أن يتولّی شيئاً من الأُمور مِنْ قِبَلِه إلاّ أن يعلم أو يغلب على ظنِّه أنّه إذا تولّی ولاية من جهته ، تمكَّن من الأمر بالمعروف والنهی عن المنكر ، وقسمة الأخماس والصدقات على مستحقّها وصلة الإخوان ، ولا يكون فی شیءٍ من ذلک تاركاً لواجب ولا مخلاً به ولا فاعلاً بشیءٍ من القبائح ، فإنّه حينئذ مستحب له التعرض لتولّی الأُمور من جهته . وإن علم أو غَلَب على ظنِّه أنّه لا يتمكَّن مِنْ ذلک وأنّه لا يخلو من تفريط يلحقه فی الواجبات ويحتاج إلى ارتكاب بعض المقبَّحات ، لم يجز له تولّی ذلک . فإن ألزمه السلطان الجائر بالولاية إلزاماً لا يبلغ تركه الإجابة إلى ذلک الخوف على النفس وسلب المال وإن كان ربّما لحقه بعض الضرر أو لحقه فی ذلک مشقة فالأُولى أن يتحمَّل تلک المشقة ويتكلّف مضرتها ، ولا يتعرَّض للولاية من جهته .

١- (١) النهاية / (٣٥٨ - ٣٥٦) .

وإن خاف على نفسه أو على أحدٍ مِنْ أهله أو بعض المؤمنين أو على ماله جاز له أن يتولّى ذلك ويجرى على وضع الأمور فى مواضعها ، وإن لم يتمكن من فعل ذلك اجتهد فيما يتمكَّن منه ، وإن لم يتمكن من فعل ذلك ظاهراً فَعَلَه سرّاً ، لا سيما حقوق الإخوان والتخفيف عنهم من جور السلاطين الجور من خراج أو غيره .

وإذا لم يتمكن من القيام بحقٍّ من الحقوق والحال فى التقية على ما ذكرناه جاز له أنْ يتقى فى سائر الأُمور والأحكام التى لا يبلغ إلى سفك دمٍ محرّمٍ ، لأنّ هذا الدم ليس فى سفكه تقية . وإذا تولّى إنسانٌ من قبل السلطان الجائر ولايةً ، جاز له على جهة الرخصة قبول الأرزاق والجوائز منه ، لأنّ له قسطاً مِنْ بيت مال المسلمين»(١) .

وقال قطب الدين الراوندى فى فقه القرآن : « اعلم أن تقلّد الأمر من قبل السلطان الجائر إذا تمكن من إيصال الحقِّ إلى مستحقه جائز .

يدلّ عليه - بعد الإجماع المتردّد والسنة الصحيحة - قول اللّه تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام «قَالَ اجْعَلْنِى عَلَى خَزَآئِنِ الأَرْضِ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ»(٢) طلب ذلك إليه ليحفظه عمّن لا يستحقه ويوصله إلى الوجوه التى يجب صرف الأموال إليها ولذلك رغب إلى الملك فيه ، لأنّ الأنبياء لا يجوز أن يرغبوا فى جمع أموال الدنيا إلاّ لما قلناه . فقوله : «حَفِيظٌ» أى حافظ للمال عمّن لا يستحقه عليهم بالوجوه التى يجب صرفه إليها . ومتى علم الإنسان أو غلب على ظنه أنّه لا يتمكن مع جميع ذلك فلا يجوز له التعرض له على حال ... »(٣) .

وقال ابن إدريس الحلى : « السلطان على ضربين ، أحدهما سلطان الحقّ العادل والآخر سلطان الجور الظالم المتقلب ، فأمّا الأوّل فمندوب إلى خدمته ومعاونته ومرغب فيها ، وربّما وجب ذلك على المكلف ، بأن يدعوه فيجب امتثال أمره ، فإذا ولّى هذا السلطان إنساناً إمارةً أو حكماً أو غير

ذلک من ضروب الولايات وجب عليه طاعته فی ذلک وترک الخلاف له فيه ، وجائز قبول جوائزه وصلاته وأرزاقه وسائغ التصرف فی ذلک علی کلِّ حالٍ .

ص: ١٦٧

١- (١) المهذب ١ / ٣٤٧ و ٣٤٦ .

٢- (٢) سورة يوسف / ٥٥ .

٣- (٣) فقه القرآن ٢ / ٢٤ .

وأمّا السلطان الجائر فلا يجوز لأحدٍ أن يتولّی شيئاً من الاُمور مختاراً من قبله ، إلاّ من يعلم أو يغلب علی ظنه أنّه إذا تولّی ولايةً من جهته ، تمكن من الأمر بالمعروف والنهی عن المنكر وقسمة الأخماس والصدقات إلی مستحقيها وصلة الإخوان ، ولا يكون فی شیءٍ من ذلک تاركاً لواجب ولا مخلاً به ولا فاعلاً لقبيح ، فإنّه حينئذ مستحبٌ له التعرض لتولی الأمر من جهته . فإن عَلِم أو ظنّ أنّه لا يتمكن من ذلک وأنّه لابدّ من الإخلال بواجب ، أو أن يفعل قبيحاً لم يجز له تولّی ذلک ، فإن ألزمه السلطان الجائر بالولاية إلزاماً لا يبلغ تركه الإجابة إلی ذلک ، الخوف علی النفس وسلب المال . وإن كان ربّما كان لحقه بعض الضرر أو لحقته فی ذلک مشقة ، فالاُولی أن يتحمّل تلک المشقة ويتكلّف مضرّتها ، ولا يتعرّض للولاية من جهته ، فإن خاف علی نفسه أو علی أحد من أهله أو المؤمنين أو علی ماله جاز أن يتولّی ذلک ، وساغ له عند هذا الخوف الدخول فيه بعد إلزامه له وخوفه المذكور منه ، ويجتهد ويحرص بعد هذا كلّه علی وضع الاُمور الشرعية مواضعها ، وإقرار الحقّ مقره ، فإن لم يتمكن من ذلک اجتهد فيما يتمكن منه . فإن لم يتمكن من فعل شیءٍ ظاهراً فعله سرّاً ، لا سيما فيما يتعلق بحقوق الإخوان فی الدين والتخفيف عنهم من ظلم السلاطين الجورة ، من خراج وغيره . فإن لم يتمكن من القيام بحقٍّ من الحقوق والحال فی التقية علی ما ذكرناه جاز له أن يتقی فی جميع الأشياء وسائر الاُمور والأحكام التی لا تبلغ إلی قتل النفوس وسفک الدماء المحرّمة ، لأنّ ذلک ليس فيه تقية عند أصحابنا ، لاخلاف بينهم أن لا تقية فی قتل النفس وسفک الدماء . فإذا كان الأمر فی

التقية ما ذكرناه جاز له قبول جوائزه وصلاته ما لم يعلم أن ذلک ظلم بعينه ، فإذا لم يعلم أنّه بعينه ظلم فلا بأس بقبوله وإن كان المجيز له ظالماً . وينبغى له أن يخرج الخمس من كلِّ ما يحصل من ذلک ويوصله إلى أربابه ومستحقيه ، وينبغى له أن يصل إخوانه من الباقى بشىءٍ ويتصرف هو فى منافعه بالبعض الذى يبقى من ذلک»(١) .

وقال المحقق فى الشرائع : « الرابعة : الولاية من قبل السلطان العادل جائزةٌ وربّما وجبت كما إذا عيَّنه إمام الأصل ، أو لا يمكن دفع المنكر أو الأمر بالمعروف إلاّ بها . وتحرم من

١- (١) السرائر ٢ / ٢٠٣ و ٢٠٢ .

قبل الجائر إذا لم يأمن اعتماد ما يحرم ، ولو أمِنَ ذلک وقدر على الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر استُحِبَّت . ولو أكره جاز له الدخول دفعاً للضرر اليسير على كراهية وتزول الكراهية ، لدفع الضرر الكثير ، كالنفس أو المال أو الخوف على بعض المؤمنين .

الخامسة : إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول والعمل بما يأمره مع عدم القدرة على التفصِّى ، إلاّ فى الدماء المحرّمة فإنّه لا تقية فيها»(١) .

وقال فى النافع : « السادسة : الولاية من العادل جائزة وربما وجبت وعن الجائر محرّمة إلاّ مع الخوف . نعم لو تَيَقَّن التخلص من المآثم والتمكن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر استحبت . ولو أكره لا مع ذلک أجاب دفعاً للضرر ، وينفذ أمره ولو كان محرّماً إلاّ فى قتل المسلم»(٢) .

وقال العلامة فى التذكرة : « الولاية من قبل العادل مستحبة ، وقد تجب إذا ألزمه بها أو كان الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا يتمّ إلاّ بولايته .

وتحرم من الجائر إلاّ مع التمكن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو بعض المؤمنين ، فيجوز حينئذ اعتماد ما يأمره إلاّ القتل الظلم ، فإنّه له فعله وإن قُتل .

ولو خاف ضرراً يسيراً بترك الولاية ، استحبّ له تحمّله وكرهت له الولاية»(٣) .

وقال فى نهاية الإحكام : « ويحرم الولاية من قبل الجائر لما فيه من المساعدة على الظلم ، لقول الصادق عليه السلام : « لا تعنهم على بناء مسجد(٤) » ، ولو عرف أنّه يتمكن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والتحرز عن المظالم ، جاز بل استحب ، ولو لم يأمن الدخول فى الظلم حرم . فإن أكره على الدخول جاز دفعاً للضرر اليسير على كراهية ، ولو كان الضرر كثيراً كالنفس أو المال أو الخوف على بعض المؤمنين جاز وزالت الكراهية ، فإن تعذّر جاز مع

١- (١) الشرائع ٢ / ٦ .

٢- (٢) المختصر النافع / ١١٨ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٩ مسألة ٦٥٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ٨ وهى صحيحة يونس بن يعقوب .

الإلزام اعتماد ما لا يسوغ من الظلم ، إلاّ أن يبلغ حد القتل فلا يجوز ، وإن خاف على نفسه القتل ، فإنّه لا تقية فى الدماء .

أما الولاية من قبل العادل فإنّها جائزة ، وربما وجبت ، كما لو عيّنه أو لم يكن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلاّ بولايته»(١) .

وقال فى التحرير : « سلطان الحقّ يُستحب خدمته والعمل من قبله ويجب مع الإلزام ويجوز أخذ جوائزه . أمّا الجائر فلا تجوز الولاية منه اختياراً إلاّ مع العلم بالمكنة من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ومع انتفاء العلم والظن بذلک تحرم الولاية من قبله ، ومع العلم بالتمكن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ووضع الأشياء من الصدقات والمواريث وغيرها مواضعها ، تجوز الولاية من قبل الجائر معتقداً أنّه يفعل ذلک من قبل سلطان الحقّ على سبيل النيابة .

ولو قهره على الولاية مع عدم العلم جازت الولاية ولا يعمل بغير الحقّ ما أمكن ، فإنْ اضطرّ إلى ظلم جاز للضرورة ما لم يبلغ الدماء ، فلا يجوز التقية فيها على حالٍ . ولو أمكنه دفع الجائر فى عدم الولاية وجب ، ويُستحبّ مع تحمل الضرر اليسير . ولو خاف على نفسه أو ماله أجمع أو على بعض المؤمنين جازت الولاية»(٢) .

وقال فى القواعد : « الولاية من قبل العدل مستحبَّة ، وقد تجب إنْ أُلزم أو افتقر فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إليها ، وتحرم من الجائر إلاّ مع التمكن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو بعض المؤمنين ، فيجوز - حينئذٍ - اعتماد ما يأمره إلاّ القتل الظلم ، ولو خاف ضرراً يسيراً بترک الولاية كره له الولاية حينئذ»(٣) .

وقال فى الإرشاد : « ولا بأس ... والولاية من قبل العادل ، ومن الجائر مع علمه بالقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أو بدونه مع الإكراه ... »(٤) .

١- (١) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٥ .

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧٠ مسألة ٣٠٥٧ .

٣- (٣) القواعد ٢ / ١١ .

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

وقال الشهيد : « والولاية عن العادل جائزة بل مستحبة ، وتجب مع الإلزام أو عدم وجود غيره . ويحرم عن الجائر إلاّ مع الإكراه فينفذ ما أكره عليه إلاّ الدماء المحرّمة ... ولو ظنَّ القيام بالحقِّ والاحتساب المشروع لم يحرم . ويجوز له إذا كان مجتهداً إقامة الحدود معتقداً أنّه عن العادل . ويُستحبّ له تحمل الضرر اليسير فى ترك الولاية ، ولا يجوز تحمّل الضرر الكثير فى نفسه أو بدنه أو من يجرى مجراه من قريب ومؤمن . ويجوز تحمّله فى المال ولا يجب»(١) .

وقال الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلّى : « وتجوز الولاية من قبل الإمام ، وقد تجب إذا تعيّن أو توقف الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر عليها . وتحرم من قبل الجائر ، فإن أمِنَ من ارتكاب المحرّم وتمكّن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر استحبّت . ولو أكرهه عليها جازت لدفع الضرر الكثير كالقتل أو اليسير على كراهية ، ويمتثل ما يؤمر به إلاّ القتل ظلماً»(٢) .

وعلّق المحقق الثانى على قول العلامة فى القواعد : « وتحرم من الجائر إلاّ مع التمكن من الأمر بالمعروف ... » بقوله : « إذا علم ذلک علماً يقينيّاً كما صرح به فى المنتهى(٣) ، وأمن إدخال الجائر له فيما لا يجوز ، وبدون ذلک يحرم»(٤) .

وعلّق المقدس الأردبيلى على قوله فى الإرشاد : « والولاية من قبل الظالم ... » بقوله : « الظاهر أنّ المراد بالولاية : السلطنة والغلبة على بعض الناس والبلاد أو كونه حاكماً عليهم من قبله أو كونه عاملاً له ووكيلاً له ونائباً عنه . وقد مرّ ما يدلّ على تحريمها من تحريم معاونة الظالمين ، والدليل عليه أكثر من أن يحصى»(٥) .

وقال المحقق السبزوارى : « لا يجوز التولّى من قبل الجائر إذا لم يأمن الحرام ، ولو أمن

١- (١) الدروس الشرعية ٣ / ١٧٤ .

٢- (٢) معالم الدين فى فقه آل ياسين ١ / ٣٣٣ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٤ من الطبع الحجرى .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٤٤ .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٦٨ .

ذلک وتمكّن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر جاز ، وعبّر بعضهم بالإستحباب(١) . وقال بعضهم : مقتضى هذا الشرط الوجوب ، لأنّ القادر على الأمر بالمعروف يجب عليه وإن لم يولّه الظالم(٢) . وهو متّجه إن ثبت أنّ الأمر بالمعروف بالقياس إلى القدرة ليس واجباً مشروطاً ، بل مطلق حتّى يجب عليه تحصيل القدرة إن أمكنه .

ولو أكرهه الجائر على الولاية جاز القبول بل وجب . وفى المسالک : ضابط الإكراه المسوِّغ للولاية الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمّله عادةً ، بحسب حال المكرَه فى الرفعة والضعة بالنسبة إلى الإهانة(٣) .

وقال جماعة(٤) : ولو أُكره جاز له الدخول دفعاً للضرر اليسير على كراهية وتزول الكراهة لدفع الضرر الكثير . ولو أُكره على الولاية وأُمر بمحرَّم جاز إذا أُكره عليه إلاّ الدماء كما مرّ تحقيق ذلک»(٥) .

وقال المحدث البحرانى : « والتحقيق إنّ هنا مقامات ثلاثة :

الأوّل : أن يدخل فى أعمالهم لحبّ الدنيا وتحصيل لذّة الرئاسة والأمر والنهى ، وهو الذى يُحمل عليه أخبار المنع .

الثانى : أن يكون كذلک ، ولكن يمزجه بفعل الطاعات وقضاء حوائج المؤمنين وفعل الخيرات . وهذا هو الذى أُشير إليه فى الأخبار المتقدمة ، كما عرفت من قوله عليه السلام : ذابذا(٦) . وقوله عليه السلام : واحدة بواحدة(٧) . وقوله عليه السلام : وهو أقلّهم حظاً(٨) . ونحو ذلک .

١- (١) منهم : الشهيد الثانى فى المسالک ٣ / ١٤٠ .

٢- (٢) المسالک ٣ / ١١١ .

٣- (٣) المسالک ٣ / ١٣٩ .

٤- (٤) منهم : المحقق فى الشرائع ٢ / ٦ والعلامة فى المنتهى ٢ / ١٠٢٥ من الطبع الحجرى .

٥- (٥) الكفاية ١ / ٤٤٧ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠١ ح ١ صحيحة حسن بن حسين الأنبارى .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٤ ح ٩ حسنة زياد بن أبى سلمة .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٦ ح ٤ ، خبر مهران بن محمد بن أبى نصر .

الثالث : أن يكون قصده من الدخول فيها إنّما هو محض فعل الخير ودفع الأذى عن المؤمنين واصطناع المعروف إليهم ، وهو الفرد النادر وأقل قليل ، حتّى قيل إنّه من قبيل إخراج اللبن الخالص من بين فرث دم»(١) .

ثمّ يحمل على هذا القسم دخول أجلاء الشيعة على السلاطين الظلمة .

وتبعه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٢) .

أقول : هذا تطور البحث فى كلماتهم أعلى اللّه مقامهم .

هل الولاية من قبل الجائر محرّم ذاتىٌّ أم لا ؟

اشارة

قد يظهر من بعض أعلام الطائفة أنّ الولاية من قبل الجائر ، نفسها من المحرّمات ، سواء انجرت إلى محرّم خارجى أم لا . نحو العلامة فى كتبه الثلاثة التذكرة(٣) والقواعد(٤) والتحرير(٥) والشهيد فى الدروس(٦) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٧) والمقدس الأردبيلى فى مجمع الفائدة(٨) والمحقق السبزوارى فى الكفاية(٩) والسيد مهدى بحر العلوم فى المصابيح كما نقل عنه فى الجواهر(١٠) والشيخ جعفر فى شرح القواعد(١١) والسيد الطباطبائى فى الرياض(١٢)

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٣٢ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٧٤ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٩ .

٤- (٤) القواعد ٢ / ١١ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧٠ .

٦- (٦) الدروس ٣ / ١٧٤ .

٧- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٤٤ .

٨- (٨) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٦ .

٩- (٩) الكفاية ١ / ٤٤٧ .

١٠- (١٠) الجواهر ٢٢ / ١٥٩ .

١١- (١١) شرح القواعد ١ / ٣٣١ .

١٢- (١٢) رياض المسائل ٨ / ٢٠٧ .

والشيخ الأعظم(١) وعمّنا آية اللّه الشيخ محمد على النجفى(٢) والمؤسس الحائرى(٣) والمحققان الخمينى(٤) والخوئى(٥) .

وقد يظهر من بعضهم أنّ حرمتها عرضية ، يعنى إذا ارتكب الوالى من قبلهم المحرَّمات يكون فعله حراماً وإذا لم يرتكب الحرام فليس عليه شيءٌ . كما هو الظاهر من الشيخ فى النهاية(٦) والقاضى ابن البراج فى المهذب(٧) وقطب الدين الراوندى فى فقه القرآن(٨) وابن إدريس فى السرائر(٩) والمحقق فى الشرائع(١٠) والنافع(١١) والعلامة فى نهايته(١٢) وابن قطان الحلى فى معالم الدين(١٣) وثانى الشهيدين فى المسالك(١٤) والإيروانى فى حاشيته على المكاسب(١٥) والأردكانى فى الغنية(١٦) .

هذان القولان الرئيسيان فى المقام ، وهناك أقوال أُخرى :

١- (١) المكاسب ٢ / ٧٠ .

٢- (٢) معاصى كبيرة / ١١٦ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة / ٨٢ من تقرير تلميذه آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى .

٤- (٤) المكاسب المحرمة ٢ / ١١٥ .

٥- (٥) مصباح الفقاهة ١ / ٤٣٦ .

٦- (٦) النهاية / ٣٥٦ .

٧- (٧) المهذب ١ / ٣٤٦ .

٨- (٨) فقه القرآن ٢ / ٢٤ .

٩- (٩) السرائر ٢ / ٢٠٢ .

١٠- (١٠) الشرائع ٢ / ٦ .

١١- (١١) المختصر النافع / ١١٨ .

١٢- (١٢) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٥ .

١٣- (١٣) معالم الدين فى فقه آل يس ١ / ٣٣٣ .

١٤- (١٤) المسالک ٣ / ١٤٠ .

١٥- (١٥) حاشية المكاسب ١ / ٢٥٢ .

١٦- (١٦) غنية الطالب ١ / ١٩٢ .

نحو : قول صاحب المستند حيث يقول : « فالقول الفصل أن يقال : إنّ الكلام فى التولية عنهم (أى عن سلاطين عهد الأئمة المعصومين عليهم السلام من أبناء اُميّة والعباس لعنهم اللّه تعالى) أو عن غيرهم من سلاطين الجور ، أمّا الأوّل فالأصل فيه الحرمة وإن إنفكّ عن العمل وارتكاب المآثم لإطلاق المستفيضة و ... .

وأمّا الثانى : فلا تحرم نفس التولية إلاّ إذا كانت إعانة على محرَّم آخر ، للأصل وقد تُستحب وقد تجب ... »(١) .

وقول صاحب الجواهر حيث يقول : « والأحسن منه الجمع بحمل نصوص المنع على الولاية على المحرّمات أو الممزوجة بالحرام والحلال ونصوص الجواز على الولاية على المباح كجباية الخراج ونحوه ممّا جوّز الشارع معاملة الجائر فيه معاملة العادل ... »(٢) .

ومستند الكلّ هو الروايات ، فلابدّ من ملاحظتها وهى على طوائف :

طوائف من الروايات

الطائفة الأولى : ما دلّ على حرمتها الذاتية .

منها : مرسلة الحسن بن على بن شعبة عن الصادق عليه السلام فقال فى حديث : فإحدى الجهتين من الولاية ولاية ولاة العدل الذين أمر اللّه بولايتهم على الناس والجهة الأُخرى ولاية ولاة الجور ، فوجه الحلال من الولاية ولاية الوالى العادل وولاية ولاته بجهة ما أمر به الوالى العادل بلا زيادة ولا نقصان ، فالولاية له والعمل معه ومعونته وتقويته حلال محلّل . وأما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر وولاية ولاته ، فالعمل لهم والكسب معهم بجهة الولاية لهم حرام محرّم معذب فاعل

ذلک علی قلیل من فعله أو کثیر ، لأنّ کلّ شیءٍ من جهة المؤونة له معصیة کبیرة من الکبائر ، وذلک أنّ فی ولایة الوالی الجائر دروس الحقّ کلّه ، فلذلک حرّم العمل معهم ومعونتهم والکسب معهم إلاّ بجهة الضرورة ، نظیر الضرورة إلی الدم والمیتة ، الحدیث(۳) .

ص: ۱۷۵

۱- (۱) مستند الشیعة ۱٤ / ۱۹۸ .

۲- (۲) الجواهر ۲۲ / ۱٦۱ .

۳- (۳) وسائل الشیعة ۱۷ / ۸۳ ح ۱ . الباب ۲ من أبواب ما یکتسب به .

أقول : قد مرّ البحث حول هذه المرسلة الشریفة مفصلاً فی أوائل المجلد الأوّل من الکتاب فلا نعیده ، فراجعه إن شئت(۱) .

ومنها : صحیحة الولید بن صبیح الأسدی قال : دخلت علی أبی عبد اللّه علیه السلام فاستقبلنی زرارة خارجاً من عنده ، فقال لی أبو عبد اللّه علیه السلام : یا ولید أما تعجب من زرارة ؟ سألنی عن أعمال هؤلاء أیّ شیءٍ کان یرید ؟ أیرید أن أقول له : « لا » فیروی ذاک علیَّ . ثمّ قال : یاولید متی کانت الشیعة تسأل عن أعمالهم ؟ إنّما کانت الشیعة تقول : یؤکل من طعامهم ویشرب من شرابهم ویستظل بظلّهم ، متی کانت الشیعة تسأل عن هذا(۲) ؟

ومنها : صحیحة محمد بن مسلم قال : کنّا عند أبی جعفر علیه السلام علی باب داره بالمدینة فنظر إلی الناس یمرون أفواجاً فقال لبعض من عنده : حدث بالمدینة ، أمرٌ ؟ فقال : أصلحک اللّه ولّی المدینة والٍ فغدا الناس یهنّؤونه ، فقال : إنّ الرجل لیفدی علیه بالأمر یهنّیء به ، وإنّه لباب من أبواب النار(۳) .

ومنها : صحيحة حُميد قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : إنّى وليت عملاً فهل لى من ذلک مخرجٌ ؟ فقال : ما أكثر مَنْ طلب المخرج مِنْ ذلک فعسر عليه ! ، قلت : فماترى ؟ قال : أرى أنْ تتقى اللّه عزّ وجلّ ولا تعد(٤) .

الظاهر أنّ المراد بحميد هو « ابن المثنى العِجْلِىّ أبو المغراء مولاهم روى عن أبى عبداللّه عليه السلام وأبى الحسن عليه السلام ، كوفىٌّ ثقة ثقة»(٥) .

ومنها : موثقة مسعدة بن صدقة قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام عن قوم من الشيعة يدخلون فى أعمال السلطان يعملون لهم ويحبّون لهم ويوالونهم ، قال : ليس هم من الشيعة ولكنّهم من أولئک ، ثمّ قرأ أبو عبد اللّه عليه السلام هذه الآية : «لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِن بَنِى إِسْرَائِيلَ

١- (١) راجع هذا الكتاب ١ / ١٦ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٧ ح ١ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٨ ح ٢ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٩ ح ٥ .
٥- (٥) رجال النجاشى / ١٣٣ الرقم ٣٤٠ .

عَلَى لِسَانِ دَاوُودَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ» إلى قوله «وَلَكِنَّ كَثِيراً مِّنْهُمْ فَاسِقُونَ»(١) قال : الخنازير على لسان داود والقردة على لسان عيسى «كَانُواْ لاَ يَتَنَاهَوْنَ عَن مُّنكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُواْ يَفْعَلُونَ»(٢) . قال : كانوا يأكلون لحم الخنزير ويشربون الخمور ، ويأتون النساء أيام حيضهنَّ ، ثمّ احتج اللّه على المؤمنين الموالين للكفّار ، فقال : «تَرَى كَثِيراً مِّنْهُمْ يَتَوَلَّوْنَ الَّذِينَ كَفَرُواْ لَبِئْسَ مَا قَدَّمَتْ لَهُمْ أَنفُسُهُمْ» إلى قوله «وَلَكِنَّ كَثِيراً مِّنْهُمْ فَاسِقُونَ»(٣) فنهى اللّه عزّ وجلّ أن يوالى المؤمنُ الكافرَ إلاّ عند التقية(٤) .

ومنها : صحيحة سليمان بن الجعفرى قال : قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام : ما تقول فى أعمال السلطان ؟ فقال : يا سليمان الدخول فى أعمالهم والعون لهم والسعى فى حوائجهم عديل الكفر ، والنظر إليهم إلى العمد من الكبائر التى يستحق بها النار(٥) .

قد مرّ فى بحث معونة الظالمين(٦) أنّ هذه الرواية صحيحة الإسناد ، لأنّ العياشى نقل عن الجعفرى بلا واسطة ، وهو ينقل عن الرضا عليه السلام ، فالرواية صارت صحيحة الإسناد .

ومنها : جميع ما دلّ من الروايات على تحريم معونة الظالمين(٧) الّتى مرّت منّا بعضها(٨) .

ومنها : الروايات التى دلّت على تحريم صحبة الظالمين ومحبة بقائهم(٩) .

١- (١) سورة المائدة / (٨١ - ٧٨) .

٢- (٢) سورة المائدة / ٧٩ .

٣- (٣) سورة المائدة / ٨٠ و ٨١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٠ ح ١٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

٦- (٦) راجع هذا المجلد ، صفحة ١١٩ .

٧- (٧) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٧ الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٢ الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به .

٨- (٨) راجع هذا المجلد ، صفحة ١١٤ ومابعدها .

٩- (٩) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ . الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٨ . الباب ٣٧ من أبواب ما يكتسب به .

الطائفة الثانية : ما دلّ على حرمتها العرضية .

منها : صحيحة داود بن زُرْبى قال : أخبرنى مولى لعلّى بن الحسين عليه السلام قال : كنت بالكوفة فقدم أبو عبد اللّه عليه السلام الحيرة فأتيته ، فقلت : جعلت فداك لو كلّمت داود بن على أو بعض هؤلاء فأدخل فى بعض هذه الولايات ، فقال : ما كنت لأفعل . إلى أن قال : جعلت فداك ظننت أنّك إنّما كرهت ذلك مخافة أن أجور أو أظلم ، وإنّ كلّ إمرأة لى طالق وكلّ مملوك لى حرٌّ وعلىَّ وعلىَّ إن ظلمتُ أحداً أو جرتُ عليه ، وإن لم أعدل . قال : كيف قلت ؟ فأعدت عليه الأيمان ، فرفع رأسه إلى السماء ، فقال : تناول السماء أيسر عليك من ذلك ! !(١) .

الرواية ضعيفة الإسناد ، لأن المولى لعلى بن الحسين عليه السلام المذكور فى الرواية لم يعيّن شخصه ، فهو كالمجهول عندنا من حيث الوثاقة . ولكن السند إلى داود صحيح وداود بن زُرْبى ثقة على الأظهر ، فالتعبير عنها بالصحيحة كما عن الشيخ الأعظم(٢) قدس سره غير تام .

وأمّا دلالتها على الحرمة العرضية ، قال الشيخ الأعظم بعد نقلها : « بناءً على أنّ المشار إليه هو العدل وترك الظلم ، ويحتمل أن يكون هو الترخّص فى الدخول»(٣) .

ثمّ استشكل عليه المحقق الإيروانى بقوله : « لا دلالة فى الرواية على الجواز حتّى على هذا البناء ، غايتها الإشعار ، بل لا إشعار أيضاً بعد ملاحظة أنّ السائل من العامة ، كما يظهر من حلفه بالطلاق والعتاق ، فإن التخلّص منه حينئذ ينحصر بما صنعه عليه السلام بعد عدم تيسّر التصريح بحكم الكبرى ، وأنّ الدخول فى أعمالهم حرام على كلّ حالٍ»(٤) .

وأجابه شيخنا الأستاذ - مدظله - ب- « أنّ حمل الكلام على رعاية التقية خلاف الأصل ، والحلف بالطلاق والعتاق لا تكون قرينة على ذلك ، كما يظهر ذلك لمن راجع الروايات الواردة فى ذلك الحلف ، حيث يظهر منها أن بطلانه لم يكن فى ذلك الزمان ظاهراً كظهوره فى زماننا ، والحاصل أنّ مجرد الحلف فى ذلك الزمان لم يكن قرينة على كون الحالف

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٨ ح ٤ الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) المكاسب ٢ / ٧٠ .
٣- (٣) المكاسب ٢ / ٧١ .
٤- (٤) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٥٣ .

عاميّاً»(١) .

أقول : الحقّ مع شيخنا الأستاذ - مدظله - من عدم ظهور الفرع فى ذاک الزمان ، ويظهر لک بعد ملاحظة الروايات الواردة فى الباب ١٤ من أبواب كتاب الأيمان من وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٠ ، ولكن دلالة الرواية على الحرمة العرضية غير تامة ، لأنّها مستفادة من كلام الراوى لا الإمام عليه السلام ، ولم يرد فى كلامه عليه السلام ما يدلّ عليها إلاّ اسم الإشارة ، والمشار إليه كما يمكن أن يكون ما ذكره شيخنا الأنصارى ، يمكن أن يكون أداء الأيمان أو الدخول فى الحكم والولاية أو الدخول فيها والعمل على العدالة أو غير ذلک ، وإذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال . واللّه سبحانه هوالعالم .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : من تولّى عرافة قوم أُتى به يوم القيامة ويداه مغلولتان إلى عنقه ، فإن قام فيهم بأمر اللّه عزّ وجلّ أطلقه اللّه وإن كان ظالماً هوى به فى نار جهنم وبئس المصير(٢) .

ومنها : خبر آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة أنّه قال فيها : من تولّى عرافة قوم حُبس على شفير جهنم بكلّ يوم ألف سنة وحُشر ويده مغلولة إلى عنقه ، فإن قام فيهم بأمر اللّه أطلقها اللّه ، وإن كان ظالماً هوى به فى نار جهنم سبعين خريفاً(٣) .

ومنها : صحيحة على بن يقطين قال : قال لى أبو الحسن موسى بن جعفر عليه السلام : إنّ للّه تبارک وتعالى مع السلطان أولياء يدفع بهم عن أوليائه(٤) .

ومنها : حسنة عبيد بن زرارة أنّه قال : بعث أبو عبد اللّه عليه السلام رجلاً إلى زياد بن عبيد اللّه فقال : وأدِ نقص عملك(٥) .

ومنها : حسنة زيد الشحام قال : سمعت الصادق جعفر بن محمد عليه السلام يقول : مَنْ تولّى

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٩ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ح ١ . الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٣ ح ٤ .

أمراً من اُمور الناس فعدل وفتح بابه ورفع ستره ونظر فى اُمور الناس كان حقّاً على اللّه عزّ وجلّ أن يؤمن روعته يوم القيامة ويدخله الجنة(١) .

ومنها : صحيحة الحلبى قال : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن رجل مسلم وهو فى ديوان هؤلاء وهو يحب آل محمد عليهم السلام ويخرج مع هؤلاء فى بعثهم فيقتل تحت رأيتهم ؟

قال : يبعثه اللّه على نيته .

قال : وسألته عن رجل مسكين خدمهم رجاء أن يصيب معهم شيئاً فيعنيه اللّه به فمات فى بعثهم ؟ قال : هو بمنزلة الأجير ، إنّه إنّما يعطى اللّه العباد على نيّاتهم(٢) .

ومنها : جميع ما ورد من الروايات فى جواز قبول الولاية من الجائر لنفع المؤمنين والدفع عنهم(٣) .

الطائفة الثالثة : ما دلّ على حرمة العمل لبنى أميّة والعباس المعاصرين للأئمّة .

بعض الروايات تدلّ حرمة العمل للخلفاء المعاصرين لأئمتنا المعصومين عليهم السلام :

منها : مرسلة ابن إدريس نقلاً عن كتاب مسائل الرجال عن أبى الحسن على بن محمد عليه السلام : إنّ محمد بن على بن عيسى كتب إليه يسأله عن العمل لبنى العباس وأخذ ما يتمكن من أموالهم هل فيه رخصة ؟ فقال : ما كان المدخل فيه بالجبر والقهر فاللّه قابل العذر ، وما خلا ذلک فمكروه ، ولا محالة قليله خير من كثيره ، وما يكفر به ما يلزمه فيه من يرزقه ويسبب على يديه ما يسرّک فينا وفى موالينا . قال : فكتبت إليه فى جواب ذلک أعلمه أنّ مذهبى فى الدخول فى أمرهم وجود السبيل إلى إدخال المكروه على عدوه ، وانبساط اليد فى التشفى منهم بشيءٍ أن نقرّب به إليهم ، فأجاب : من فعل ذلک فليس مدخله فى العمل حراماً بل أجراً وثواباً(٤) .

أقول : دلالة ذيل الحديث على الحرمة العرضية واضحة ، وإن كان صدرها يدلّ على

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٣ ح ٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠١ ح ٢ . الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) راجع فى هذا المجال وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٣٠ الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٠ ح ٩ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

الحرمة الذاتية .

ومنها : خبر ابن بنت الوليد بن صبيح الكاهلى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من سوّد اسمه فى ديوان ولد سابع حشره اللّه يوم القيامة خنزيراً(١) .

« سابع » قلب « عباس » ورواها الصدوق بإسناده عنه : من سوّد اسمه فى ديوان الجبارين من ولد فلان - الخ(٢) .

ومنها : خبر الوليد بن صبيح الكاهلى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من سوّد اسمه فى ديوان بنى شيصبان حشره اللّه يوم القيامة مسوداً وجهه ، إلاّ من دخل فى أمرهم على معرفة وبصيرة وينوى الإحسان إلى أهل ولايته(٣) .

الشيصبان : اسم للشيطان ، وقيل : أبو قبيلة من الجن ، وهو كناية عن ولاة الجور والطواغيت فى تلك الأيام .

ومنها : موثقة مسعدة بن صدقة(٤) الماضية فى الطائفة الأُولى من الروايات ، لأنّ المراد بالسلطان المذكور فيها هو سلطان الوقت ، أعنى خلفاء الجور كما هو الظاهر .

ومنها : صحيحة سليمان الجعفرى(٥) الماضية بعين الاستدلال الوارد فى الرواية السابقة .

ومنها : خبر على بن أبى حمزة البطائنى قال : كان لى صديق من كتّاب بنى أميّة ، فقال لى : استأذن لى على أبى عبد اللّه عليه السلام ، فاستأذنت له فأذن له ، فلمّا دخل سلّم وجلس ثمّ قال : جعلت فداك إنّى كنتُ فى ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالاً كثيراً وأغمضت فى مطالبه ، فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : لو لا أنّ بنى أميّة وجدوا لهم من يكتب ويجبى لهم الفىء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقّنا ، ولو تركهم الناس وما فى أيديهم ما وجدوا شيئاً إلاّ ما

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٦ ح ٦ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٣١ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٠ ح ١٠ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

وقع فى أيديهم ، الحديث(١) .

رواها الكلينى فى الكافى ٥ / ١٠٦ ح ٤ والشيخ فى التهذيب ٦ / ٣٣٢ ح ٤١ وروى الكلينى نظيرها فى خبر أبى بصير فراجع الكافى ١ / ٤٧٤ ح ٥ .

ومنها : صحيح وهب بن عبد ربه وعبيد اللّه الطويل عن شيخ من النخع قال : قلت لأبى جعفر عليه السلام : إنّى لم أزل والياً منذ زمن الحجاج إلى يومى هذا ، فهل لى من توبة ؟ قال : فسكت ، ثمّ أعدت عليه ، فقال : لا حتّى تؤدّى إلى كلّ ذى حقٍّ حقّه(٢) .

أقول : حرمة الدخول فى ولاية بنى أميّة مفروغ عنها فى الروايات الأخيرة ، أعنى خبر على بن أبى حمزة البطائنى وخبر أبى بصير وخبر شيخ من النخع ، أى الدخول أمرٌ محرَّم ويعلمه حتّى الداخلين .

الطائفة الرابعة : ما دلّ على معاملة الجائر فى الخراج والمقاسمة معاملة العادل

الطائفة الرابعة : ما دلّ على معاملة الجائر فى الخراج والمقاسمة معاملة العادل عدة من الروايات تدلّ على جواز المعاملة مع الجائر وعماله فى غلات المقاسمة وأموال الخراج وأنعام الزكاة ، وأنّ المعاملة معه كالمعاملة مع العادل :

منها : صحيحة زرارة قال : إشترى ضريس بن عبد الملك وأخوه هبيرة أُرزاً بثلاثمائة ألف . قال : فقلت له : ويلك أو ويحك أنظر إلى خمس هذا المال ، فابعث به إليه ، واحتبس الباقى ، فأبى علىَّ . قال : فأدّى المال وقدم هؤلاء . فذهب أمر بنى أُميّة ، قال : فقلت ذلك لأبى عبداللّه عليه السلام ، فقال مبادراً للجواب : هوله هوله ، فقلت له : إنّه قد أدّاها ، فعضّ على إصبعه(٣) .

ومنها : صحيحة معاوية بن وهب قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أشترى من العامل الشىء وأنا أعلم أنّه يظلم ؟ فقال : إشتر منه(٤) .

ومنها : صحيحة أبى عبيدة عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل منّا يشترى من السلطان من إبل الصدقة وغنم الصدقة وهو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذى

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٥٢ ح ٣ . الباب ٧٨ من أبواب جهاد النفس .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٨ ح ٢ . الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٩ ح ٤ .

يجب عليهم ؟ قال : فقال : ما الإبل إلاّ مثل الحنظة والشعير وغير ذلک ، لا بأس به حتّى تعرف الحرام بعينه . قيل له : فما ترى فى مصدّق يجيئنا فيأخذ منّا صدقات أغنامنا فنقول : بعنا فيبيعناها ، فما تقول فى شرائها منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس . قيل له : فما ترى فى الحنطة والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظّنا ، ويأخذ حظّه فيعزله بكيل فما ترى فى شراء الطعام منه ؟ فقال : إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلک فلا بأس بشرائه منه من غير كيل(١) .

ومنها : صحيحة جميل بن صالح قال : أرادوا بيع تمر عين أبى ابن زياد فأردت أن أشتريه ، فقلت : حتّى أستأذن أبا عبد اللّه عليه السلام ، فأمرت مصادف فسأله ؟ فقال له : قل له : فليشتره ، فإنّه إن لم يشتره إشتراه غيره(٢) .

ومنها : معتبرة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل أيشترى من العامل وهو يظلم ؟ فقال : يشترى منه(٣) .

وجه الجمع بين الطوائف الأربع

اشارة

الطائفة الأُولى هى مستند القول الأوّل بأنّ الولاية من قبل الجائر نفسها من المحرّمات الخارجية .

والطائفة الثانية هى مستند القول الثانى بأنّ حرمتها عرضية ، أى إذا ارتكب الوالى من قبلهم المحرَّمات يكون فعله حراماً .

والطائفة الثالثة هى مستند قول صاحب المستند بأنّ الولاية فى زمن خلفاء بنى أميّة وبنى العباس المعاصرين للأئمّة المعصومين حرام ذاتاً ، وأمّا غيرهم من سلاطين فلا بأس قبول الولاية منهم إلاّ إذا ارتكب محرّم خارجى أو أعانة عليه ، كما يُستفاد هذا الأخير من الروايات المجوّزة .

والطائفة الرابعة هى مستند قول صاحب الجواهر ، وهى شاهد جمع بين الطائفتين من

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٩ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٠ ح ١ . الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢١ ح ٣ .

حمل الروايات المجوِّزة على الولايات المحلّلة من جباية الخراج وجمع الزكاة ونحوهما ، وحمل الروايات المانعة على الولايات المحرّمة نحو غيرهما من الولايات .

فذلكة القول فى المقام

وأقول : آخذ بجميع الطوائف الأربع ، لأنّها كلّها من المثبتات ولا تنافى بينهنَّ ، ولذا آخذ بالطائفة الأُولى وأقول بأنّ الولاية من قبل الجائر من المحرّمات الذاتية فنفس قبولها حرام شرعاً .

وآخذ بالطائفة الثانية وأقول : بأنّ مَن ارتكب فى ولايته الجائرة بعض معاصى اللّه يكتب عليه .

وآخذ بالطائفة الثالثة وأقول : بأنّ قبول الولاية من قبل خلفاء بنى أميّة والعباس محرَّم شرعاً ، كما أنّ قبولها من غيرهم أيضاً من المحرّمات الشرعية .

وآخذ بالطائفة الرابعة لا بعنوان شاهد جمع بين الطائفتين بل بأنّ المعاملة مع الخلفاء وعمّالهم فى الخراج والمقاسمة ونحوها لا بأس بها .

فذلكة القول فى المقام : نحن نذهب إلى أنّ الولاية من قبل الجائر من المحرّمات الذاتية ، ونأخذ أيضاً بمفاد جميع الطوائف الأربع لأنّها من المثبتات ولا تنافى بينهنَّ كما مرّ ، واللّه سبحانه هو العالم .

ثمّ يسوّغ الولاية المذكورة أمران :

يسوّغ الولاية المذكورة أمران

الأوّل : القيام بمصالح العباد

اشارة

الولاية المحرَّمة يجوّزها الشارع لأجل القيام بمصالح العباد وإيصال النفع إلى المؤمنين ودفع المضارّ عنهم ، وتدلّ عليه قبل الإجماع المحكى(١) عدّة من الروايات المستفيضة :

منها : صحيحة على بن يقطين الماضية(٢) .

ومنها : حسنة زيد الشحام الماضية(٣) .

ومنها : حسنة زياد بن أبى سلمة قال : دخلت على أبى الحسن موسى عليه السلام فقال لى : يا

١- (١) الحاكى هو الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢ / ٧٢ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ح ١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٣ ح ٧ .

زياد إنّک لتعمل عمل السلطان ؟ قال : قلت : أجل ، قال لى : ولم ؟ قلت : أنا رجل لى مروءة وعلىّ عيال وليس وارء ظهرى شىء ، فقال لى : يا زياد لئن أسقط من حالق فأتقطع قطعة أحبّ إلىّ من أن أتولّى لأحد منهم عملاً أو أطأ بساط رجل منهم إلاّ لماذا ؟ قلت : لا أدرى جعلت فداک ، قال : إلاّ لتفريج كربة عن مؤمن أو فكّ أسره أو قضاء دينه ، الحديث(١) .

ومنها : معتبرة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ذكر عنده رجل من هذه العصابة قد ولّى ولاية ، فقال : كيف صنيعه إلى إخوانه ؟ قال : قلت : ليس عنده خير ، قال : اُفّ يدخلون فيما لا ينبغى لهم ولا يصنعون إلى إخوانهم خيراً(٢) .

رجال السند كلّهم ثقات ، لأنّ المراد بالحبيب هو ابن يسار الكندى الكوفى ثقة(٣) ، إلاّ ابن سنان وهو محمد والمشهور على تضعيفه والبعض على توثيقه ، وعلى قول البعض - كما هو المختار - صار سند الرواية معتبراً .

ومنها : صحيحة محمد بن عيسى العبيدى قال : كتب أبوعمرالحذاء إلى أبى الحسن عليه السلام وقرأت الكتاب والجواب بخطه ، يعلمه أنّه كان يختلف إلى بعض قضاة هؤلاء وأنّه صير إليه وقوفاً ومواريث بعض ولد العباس أحياءً وأمواتاً ، وأجرى عليه الأرزاق ، وأنّه كان يؤدى الأمانة إليهم ، ثمّ إنّه بعد عاهد اللّه أن لا يدخل لهم فى عمل وعليه مؤونة وقد تلف أكثر ما كان فى يده وأخاف أن

ينكشف عنه ما لا يجب أن ينكشف من الحال ، فإنّه منتظر أمرک فی ذلک فما تأمر به ؟ فکتب علیه السلام إلیه : لا علیک وإن دخلت معهم ونحن ما أنت علیه(٤) .

الروایة صحیحة الإسناد ، لأن سند الشیخ إلی محمد بن علی بن محبوب صحیح وهو ثقة ، ومحمد بن عیسی العبیدی ثقة علی الأقوی ، وهو شهد بخط الإمام علیه السلام ، فلا یضرّ جهالة أبی عمر الحذاء ، لأنّه لم یدخل فی السند .

١- (١) وسائل الشیعة ١٧ / ١٩٤ ح ٩ .
٢- (٢) وسائل الشیعة ١٧ / ١٩٥ ح ١٠ .
٣- (٣) جامع الرواة ١ / ١٧٩ .
٤- (٤) وسائل الشیعة ١٧ / ١٩٧ ح ١٤ .

وتدلّ علی جواز الدخول فی أمرهم وقبول الولایة منهم لأجل تحصیل المعاش والأرزاق مع أداء الأمانة ، حتّی عدم مراعاة العهد فی ترکه . کما تدلّ علی جواز الدخول معهم لتحصیل المعاش صحیحة الحلبی الماضیة(١) ، ولکن الصحیحة الأخیرة یضاف إلیها عدم لزوم مراعاة العهد فی اللّه فی ترکها ، لأنّ تحصیل المعاش یکون أهمّ وأُوجب . والحاصل هاتان الصحیحتان تدلان علی جواز قبول الولایة منهم والدخول فی أُمورهم لأجل تحصیل المعاش والمؤونة ، ولکن الجواز مختص بمن لا یقدر علی تحصیل مؤونته إلاّ بذای عادةً وعرفاً لا عقلاً ، کما تدلّ علیه موثقة عمار بن موسی الساباطی عن أبی عبد اللّه علیه السلام سُئل عن أعمال السلطان یخرج فیه الرجل ؟ قال : لا إلاّ أن لا یقدر علی شیءٍ یأکل ولا یشرب ولا یقدر علی حیلة ، فإن فعل فصار فی یده شیءٌ فلیبعث بخمسه إلی أهل البیت(٢) .

ولعلّ تقييد الإمام عليه السلام الجواز فى مَنْ لا يقدر على حيلة على معاشه عادة وعرفاً يوجب سرّ انصراف الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين عن الإفتاء على طبق هذه الروايات الثلاث ، لأنّ الغالب بل الأغلب عادةً وعرفاً يمكن تحصيل المعاش والحيلة عليه من طرق اُخرى . نعم : فى فرض انحصار الطريق وطرو الإضطرار أيضاً الأمر واضح لإباحته بالإضطرار وبأنّ الضرورات تبيح المحظورات .

ومنها : صحيحة على بن يقطين أنّه كتب إلى أبى الحسن موسى عليه السلام : إنّ قلبى يضيق ممّا أنا عليه من عمل السلطان - وكان وزيراً لهارون - فإن أذنتَ لى - جعلنى اللّه فداكَ - هربتُ منه . فرجع الجواب : لا آذن لكَ بالخروج من عملهم واتق اللّه ، أو كما قال(٣) .

رجال السند كلّهم ثقات ، ولايضر دخول زيد بأو على محمد بن عيسى العبيدى اليقطينى ، لأنّ المراد به هو زيد بن يونس أبو اُسامة الشحام الكوفى ، روى عن أبى عبد اللّه وأبى الحسن عليهماالسلام ثقة(٤) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠١ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٢ ح ٣ . الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) قرب الإسناد / ٣٠٥ ح ١١٩٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٨ ح ١٦ .

٤- (٤) جامع الرواة ١ / ٣٤٤ .

ومنها : خبر يونس بن حماد قال : وصفتُ لأبى عبد اللّه عليه السلام من يقول بهذا الأمر ممّن يعمل عمل السلطان ، فقال : إذا ولّوكم يدخلون عليكم المرفق وينفعونكم فى حوائجكم ؟ قال : قلت : منهم من يفعل ومنهم من لا يفعل ، قال : من لم يفعل ذلک منهم فابرأوا منه برىء اللّه منه(١) .

دلالة الرواية على الجواز بالمفهوم واضحة ، ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : مرسلة الصدوق عن الصادق عليه السلام أنّه قال : كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان(٢) .

ومنها : مرسلة العياشى عن مفضل بن مريم الكاتب قال : دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام وقد أمرت أن أخرج لبنى هاشم فلم أعلم إلاّ وهو على رأسى ، فوثبت إليه ، فسألنى عمّا أُمر لهم ، فناولته الكتاب ، فقال : ما أرى لإسماعيل هاهنا شيئاً ؟ فقلت : هذا الذى خرج إلينا . ثمّ قلت : جعلت فداك قد ترى مكانى مِنْ هؤلاء القوم ، فقال : أنظر ما أصبت فعد به على أصحابك ، فإنّ اللّه تعالى يقول : «إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ»(٣)(٤) .

ومنها : غير ذلک من الروايات الواردة فى الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به من وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ، والباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به من مستدرک الوسائل ١٣ / ١٣٠ وتعددها وكثرتها يغنينا عن ملاحظة أسنادها .

كيفية الجمع بين هذه الروايات والطوائف الأربع الماضية

الشارع الذى حرّم قبول الولاية والدخول فى أعمال الظلمة جوّزها بهذه الروايات لِمَنْ يقصد وينوى من الدخول إيصال النفع إلى المؤمنين ودفع الشرّ عنهم ، فيعمل بهذه المهمّة بقدر

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٦ ح ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ح ٣ وفى بحار الأنوار ٧٥ / ٢٠٦ ح ٥٧ : كفارة عمل السلطان الإحسان إلى الإخوان .

٣- (٣) سورة هود / ١١٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٨ ح ١٧ .

وُسعه وطاقته وإمكانيّاته . فمع هذه النيّة وذاک العمل يجوز الدخول فى أعمالهم .

فإذا كان هذا النفع كثيراً أو ذاک الدفع مهمّاً يكون الدخول مستحباً ، وإذا كان النفع أكثراً أو الدفع أهم بحيث لا يجوز تركه يكون الدخول واجباً .

فالجواز المستفاد من الروايات يكون بالمعنى الأعم ، فيشمل الاستحباب ، بل يشمل الوجوب هنا بالمعنى الذى مرّ آنفاً .

بهذا البيان يرتفع غائلة معركة الآراء بين الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين : من أنّ المحرّم كيف يكون جائزاً أو صار مستحباً أو انقلب واجباً ؟ ! فظهر ممّا ذكرنا جوابه ، واللّه سبحانه هو العالم .

هل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يجوّز الدخول فى أعمالهم ؟

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فريضة عظيمة بها تقام الفرائض وهما أسمى الفرائض ، وأشرفها(١) ، بل هما من أفضل فرائض الإسلام(٢) ، وأنّهما خلقان من خلق اللّه ، فمن نصرهما أعزّه اللّه ومن خذلهما خذله اللّه(٣) . وحيث يهتم الشارع بهذا الاهتمام ولعلّهما يكونان أنفع بحال المجتمع الإسلامى من المصالح الفردية ومنافعها ، فيمكن القول تبعاً لبعض الأصحاب قدس سرهم بجواز الدخول فى أعمال الظلمة وولايتهم إذا تمكن الداخل من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، بل إذا كانا مهمّين فالدخول يكون مستحباً ، وإذا كانا أشد أهمية فالدخول يكون واجباً .

وهذا البيان جارٍ حتّى على القول بأنّهما مشروطان بالقدرة كما هو الصحيح ، ولا يجب تحصيل هذه القدرة لو لم يكن المكلَّف واجداً لها كما هو الأصح ، ومع ذلک يجوَّز الدخول لأهميتهما فى الشريعة المقدسة ، أهميتها بالنسبة إلى المنافع الفردية للمؤمنين ومصالحهم ، والشارع الذى يجوّز الدخول للأخير كما مرّ آنفاً فبطريق أُولى يجوّز الدخول لهما . واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) كما فى خبر جابر ، راجع وسائل الشيعة ١٦ / ١١٩ ح ٦ . الباب ١ من أبواب الأمر والنهى .
٢- (٢) كما فى خبر عبد اللّه بن محمد ، راجع وسائل الشيعة ١٦ / ١٢١ ح ١١ .
٣- (٣) كما فى مرفوعة يعقوب بن يزيد ، راجع وسائل الشيعة ١٦ / ١٢٤ ح ٢٠ .

الثانى : الإكراه والخوف

الثانى من مسوغات قبول الولاية من قبل الجائر الإكراه عليه بالتوعيد على تركه بما يوجب ضرراً على نفسه أو عرضه أو ماله أو ضرراً بمَنْ يعدّ ضرره ضرراً عليه كالأب والولد ومن يجرى مجراهما .

تدلّ عليه مضافاً إلى حديث الرفع(١) وعمومات التقية(٢) والإضطرار(٣) عدّة من الروايات المستفيضة المعتبرة :

منها : صحيحة الحسن بن الحسين الأنبارى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : كتبت إليه أربع عشرة سنة أستأذنه فى عمل السلطان ، فلمّا كان فى آخر كتاب كتبته إليه أذكر أنّى أخاف على خيط عنقى ، وأنّ السلطان يقول لى إنّك رافضىٌ ، ولسنا نشك فى إنّك تركت العمل للسلطان للرفض . فكتب إلىَّ أبو الحسن عليه السلام : فهمتُ كتابك وما ذكرت من الخوف على نفسك ، فإن كنت تعلم أنّك إذا وليت عملت فى عملك بما أمر به رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ثمّ تصير أعوانك وكتّابك أهل ملتك وإذا صار إليك شىءٌ واسيت به فقراء المؤمنين حتّى تكون واحداً منهم كان ذابذا وإلاّ فلا(٤) .

وهذه الصحيحة تدلّ على كلى مسوغى قبول الولاية من قبل الجائر .

ومنها : حسنة الحسن بن موسى الخشاب قال : روى أصحابنا عن الرضا عليه السلام أنّه قال له رجل : أصلحك اللّه كيف صرت إلى ما صرت إليه من المأمون ؟ فكأنّه أنكر ذلك عليه .

فقال له أبو الحسن الرضا عليه السلام : يا هذا أيّما أفضل النبى أو الوصى ؟ فقال : لا بل النبى ، فقال : أيّما أفضل مسلم أو مشرک ؟ فقال : لا بل مسلم ، قال : فإنّ العزيز عزيز مصر كان مشركاً وكان يوسف نبيّاً ، وإنّ المأمون مسلم وأنا وصى ، ويوسف سأل العزيز أن يوليه حين

١- (١) وهو صحيحة حريز بن عبد اللّه ، راجع وسائل الشيعة ١٥ / ٣٦٩ ح ١ . الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس .

٢- (٢) نحو صحيحة زرارة ، راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٢١٤ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهى .

٣- (٣) نحو موثقتى سماعة ، راجع وسائل الشيعة ٥ / ٤٨٢ و ٤٨٣ ح ٦ و ٧ . الباب ١ من أبواب القيام .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠١ ح ١ . الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به .

قال : «اجْعَلْنِى عَلَى خَزَآئِنِ الأَرْضِ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ»(١) واُجبرت على ذلک ، الحديث(٢) .

ومنها : صحيحة الريان بن الصلت قال : دخلت على على بن موسى الرضا عليه السلام فقلت له : يا ابن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم إنّ الناس يقولون : إنّک قبلت ولاية العهد مع إظهارک الزهد فى الدنيا ، فقال عليه السلام : قد علم اللّه كراهتى لذلک ، فلما خيّرتُ بين قبول ذلک وبين القتل اخترت القبول على القتل ، ويحهم أما علموا أنّ يوسف عليه السلام كان نبيّاً رسولاً ، فلما دفعته الضرورة إلى تولّى خزائن العزيز قال له : «اجْعَلْنِى عَلَى خَزَآئِنِ الأَرْضِ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ» ، ودفعتنى الضرورة إلى قبول ذلک على إكراه وإجبار بعد الإشراف على الهلاک ، على أنّى ما دخلت فى هذا الأمر إلاّ دخول خارج منه ، فإلى اللّه المشتكى وهو المستعان(٣) .

ومنها : حسنة أو معتبرة أبى الصلت الهروى فى حديث طويل للرضا عليه السلام مع المأمون ، قال المأمون فيه : فباللّه أُقسم لئن قبلت ولاية العهد وإلاّ أجبرتک على ذلک ، فإن فعلت وإلاّ ضربت عنقک .

فقال الرضا عليه السلام : قد نهانى اللّه أن ألقى بيدى إلى التهلكة ، فإن كان الأمر على هذا فافعل ما بدالک ، وأنا أقبل ذلک على أن لا أُولّى أحداً ولا أعزل أحداً ولا أنقض رسماً ولا سنةً ، وأكون فى الأمر من بعيد مشيراً ، فرضى بذلک منه وجعله ولى عهده على كراهية منه عليه السلام لذلک(٤) .

ومنها : خبر محمد بن عرفة(٥) .

ومنها : خبر عبد السلام بن صالح الهروى(٦) .

ومنها : خبر الفضل بن سهل(٧) .

١- (١) سورة يوسف / ٥٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٢ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٣ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٣ ح ٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٥ ح ٧ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٥ ح ٨ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٥ ح ٩ .

ومنها : مرسلة محمد بن زيد الرزامى(١) .

ومنها : خبر الفضل عن موسى بن جعفر عليه السلام فى حديث طويل قال : لو لا أنّى سمعت فى خبر عن جدى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّ طاعة السلطان للتقية واجبة إذاً ما أجبت(٢) .

فهذه الروايات تدلّ على جواز قبول الولاية من الجائر فى صورة الجبر والإكراه والإضطرار والخوف على النفس والمال والعرض ، واللّه سبحانه هو العالم .

وينبغى التنبيه على أُمور :

الأول : الإكراه يسوّغ الدخول فى الولاية فكذلک يباح به ما يلزمها من المحرّمات الأُخرى

الأول : الإكراه يسوّغ الدخول فى الولاية من قبل الجائر فكذلک يباح به ما يلزمها من المحرّمات الأُخرى وما يتفق من خلالها ممّا يصدر الأمر به من الجائر ، عدا إراقة الدم ، فإنّ التقية إنّما شرعت ليحقن بها الدماء فإذا بلغت الدم فلا تقية فيه ، كما تدلّ عليه صحيحة محمد بن مسلم(٣) وموثقة أبى حمزة الثمالى(٤) ، وتدلّ على إباحة المحرّمات بالإكراه عموم أدلة التقية نحو : صحيحة الفضلاء(٥) وصحيحة زرارة(٦) ، وعموم أدلة نفى الإكراه نحو : صحيحة حريز بن عبد اللّه(٧) وأنّ الضرورات تبيح المحظورات . فما أُلزم من المحرّمات فلا بأس بالاتيان بها بعد جواز الدخول فى الولاية ، وهذا ممّا لا إشكال فيه .

إنّما الإشكال فى أنّه هل يجوز الإضرار بالناس إذا أُكره الشخص على الإضرار بهم ، كنهب أموالهم وهتک أعراضهم وجرح أبدانهم ما لم يصل إلى حدّ النفس أم لا ؟ أو أنّ الإكراه يرفع المحرّمات التى هى حقّ اللّه خاصةً دون ما كان حقّاً للناس دماً كان أو عرضاً أو مالاً ؟

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٦ ح ١٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٢١ ح ٣ . الباب ٢٧ من أبواب الأمر والنهى .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٣٤ ح ١ . الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهى .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٣٤ ح ٢ . الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهى .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٢١٤ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهى .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٢١٤ ح ٢ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهى .
٧- (٧) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٦٩ ح ١ . الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس .

ففيه وجوه ثلاثة :

الأوّل : الجواز مطلقاً ، لإطلاق أدلة الإكراه والإضطرار .

والثانى : لابدّ من إعمال قواعد باب التزاحم ودفع الضرر الأكثر بالضرر الأقل . يعنى لابدّ من الأخذ بأقل الضررين ، سواء كان على نفسه أو غيره .

الثالث : اختصاص المرفوع بالإكراه بالمحرّمات التى هى حقّ اللّه خاصة دون ما كان حقّاً للناس ، دماً كان أو عرضاً أو مالاً(١) .

واستدل الشيخ الأعظم على الأوّل بوجوه :

الف : عموم دليل نفى الإكراه يعم الجميع من المحرَّمات حتّى الإضرار بالغير ما لم يبلغ الدم .

ب : عموم أدلة نفى الحرج ، لأنّ إلزام الغير بتحمل الضرر وترك ما أُكره عليه حرج .

ج : قوله عليه السلام فى صحيحة محمد بن مسلم وموثقة أبى حمزة الثمالى الماضيتان(٢) : « إنّما جعلت التقية ليحقن بها الدم ، فإذا بلغ الدم فليس تقية» . حيث دلتا على أنّ حد التقية بلوغ الدم فتشرع ما عداه(٣) .

وفيه : دليلى نفى الإكراه والحرج فى الشريعة المقدسة إمتنانىٌّ ، ولذا لا يجريان فى فرض خلاف الإمتنان ، وحيث كان الإضرار بالغير خلافاً للإمتنان به ولذا لا يجريان .

وأمّا أدلة التقية عامة والتى تجرى فى كلِّ شىءٍ إلاّ الدم لأنّها إنّما شرعت ليحقن بها الدم وهو التحفظ على النفس من التلف ، فيوجب جواز كلّ محرّم حتّى الإضرار بالغير مالاً أو عرضاً ولكن لا يجوز به إراقة الدم وتلف النفس . وأمّا التحفظ على الضرر المالى ونحوه فخارج عن مدلول أدلة التقية ، فما ذكره الشيخ الأعظم فى المقام من الأدلة الثلاثة غير تام .

وأمّا التفصيل الذى ذكره المحقق الإيروانى قدس سره واختاره فلم يدلّ عليه دليل . فيبقى الوجه الثانى ، وهو إعمال قواعد باب التزاحم ودفع ضرر الأكثر بالضرر الأقل ، ومن

١- (١) أضاف هذا الوجه المحقق الإيروانى قدس سره واختاره فى الحاشية على المكاسب ١ / ٢٦٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٣٤ ح ١ و ٢ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ٨٧ .

الاستدلال عليه يظهر بطلان التفصيل بين حقى اللّه والناس .

تقريب الاستدلال : لو أجبر الجائر شخصاً وخيّره بين قتله أو أخذ أموال الغير فكيف يعمل ؟ هل يجوز له أخذ أموال الغير مع الضمان لو أتلفه ومع عدم الإتلاف إرجاعها إليه ، أم لا يجوز له الأخذ فى قتل ؟ ! الجواب واضح : يجوز له أخذ أموال الغير ونجاة نفسه ويدفع القتل عن نفسه .

ثمّ لو أجبر الجائر شخصاً وخيّره بين القتل وبين التعرض إلى عِرض غيره فما وظيفته ؟ فمن الواضح نجاة نفسه ودفع القتل عنه ، ويجوز له حينئذ التعرض لعِرض غيره أيضاً .

ثمّ لو أجبر الجائر شخصاً بين القتل وبين إيجاد الجرح الذى لم يبلغ إلى حدِّ القتل أو قطع عضو الغير الذى لم يبلغ إلى حدِّ القتل أو إسقاط الجنين فى الحمل قبل حلول الروح فما تكليفه ؟ يجوز حينئذ إيجاد الجرح وقطع العضو وإسقاط الجنين قبل حلول الروح فراراً من القتل ونجاة لنفسه . ولكن هذا بالنسبة إلى الحكم التكليفى ، وأمّا الحكم الوضعى – أى الدية فى الموارد الثلاثة – فتكون على الجارح والقاطع والمُسْقِط .

وأمّا لو أجبره بين القتل وبين قتل غيره بأنّه لو لم يقتل الغير لقتله الجائر ، فلا يجوز له قتل غيره ، لأنّ التقية شرعت ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقية .

إلاّ أن أجبره بين قتله وبين قتل غيره الذى ليس بمحقون الدم – نحو : الكافر الحربى أو الناصب الذى يظهر العداوة والبغضاء لآل محمد عليهم السلام أو الساب للنبى صلى الله عليه و آله وسلم أو الأئمة عليهم السلام أو فاطمة الزهراء عليهاالسلام – فحينئذ حيث إنّهم لم يكونوا بمحقونى الدم بل هم يكونون مهدورى الدم بالنسبة إلى جميع الناس فيجوز قتله ونجاة نفسه .

وأمّا لو أجبره بين قتله وبين قتل غيره الذى قد حُكم بقتله إمّا قصاصاً أو حدّاً ، فلا يجوز له الإقدام على قتله ، لأنّ إجراء الحدّ منوط بإذن الحاكم الشرعى وهو الفقيه وإجراء القصاص منوط بإذن أولياء الدم ، فلا يجوز له قتل ذاک الغير نجاةً لنفسه إلاّ بعد الإستيذان من الفقيه فى الحدِّ الشرعى أو من أولياء الدم للقصاص .

وأمّا لو أجبر بين قتله وبين قتل الذمى والمعاهد والمخالف ، يجوز له قتلهم ، لأنّ الفرض من التقية حفظ دماء الشيعة وأدلتها ساكت عن قتل غير الشيعة ، فإذا تزاحم حفظ نفوس

الشيعة وغيرهم ، يُقدم حفظ نفوس الشيعة وصار قتلهم من المحرّمات التى ترتفع حكمها بالإكراه والإضطرار والتقية ، ولكن مع ثبوت الدية لكلٍّ منهم .

والحاصل ، لابدّ للمجبور والمكرَه من ملاحظة الضرر الذى يتوجّه إلى نفسه والضرر الذى يتوجه إلى غيره ، فيأخذ بأقل الضررين وأدون الضررين مع وجود الضمان بالنسبة إلى الغير ، لأنّ الأدلة النافية ينفى الحكم التكليفى فقط لا الحكم الوضعى ، فالضمان باقٍ على كلِّ حال . هذا ما يخطر بالبال مع تشتت الأحوال والحمد للّه على كلِّ حالٍ .

الثانى : الاكراه يتحقق بماذا ؟

الإكراه يتحقق بتوعد الضرر على المكرَه نفساً أو عِرضاً أو مالاً ، وفى الأخير بحيث لا يتحمله عادةً أو يحسب فى العرف أنّه كثير لا الضرر المالى القليل . على نفس المكره أو ما يتعلق به من والده أو ولده أو غيرهما ممن يعدّ الضرر عليهم ضرراً على نفسه .

وألحق الأصحاب قدس سرهم دفع الضرر عن المؤمنين الأجانب بالضرر على المكرَه أو ما يتعلق به . كما نقلت كلماتهم فى عنوان تطور البحث ، فمنهم : الشيخ فى النهاية(١) والقاضى فى المهذب(٢) وابن إدريس فى السرائر(٣) والمحقق فى الشرائع(٤) والعلامة فى التذكرة(٥) والتحرير(٦) والقواعد(٧) والنهاية(٨) والشهيد فى الدروس(٩) .

١- (١) النهاية / ٣٥٧ .

٢- (٢) المهذب ١ / ٣٤٧ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢٠٣ .

٤- (٤) الشرائع ٢ / ٦ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٩ .

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧٠ .

٧- (٧) القواعد ٢ / ١١ .

٨- (٨) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٥ .

٩- (٩) الدروس ٣ / ١٧٤ .

قال ثانى الشهيدين فى تحقق الإكراه : « ويتحقّق بالخوف من المخالفة على نفسه أو ماله أو عرضه ، ويختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال الناس فى احتمال الإهانة وعدمها»(١) .

وقال أيضاً : « قد تقدّم فى باب الأمر بالمعروف أنّ ضابط الإكراه المسوِّغ للولاية الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمله عادةً بحسب حال المكرَه فى الرفعة والضعة بالنسبة إلى الإهانة »(٢) .

وتبعه المحقق السبزوارى فى الكفاية(٣) .

ومنهم : سيد الرياض(٤) والشيخ جعفر(٥) والفاضل النراقى(٦) والشيخ الأعظم(٧) .

أقول : الحقّ موافقة الأعلام قدس سرهم ، لأننا قد ذكرنا أنّ إيصال النفع إلى المؤمنين ودفع المضار يكون من مسوّغات قبول الولاية المحرَّمة . فإذا تمكن مع قبول الولاية المحرَّمة مِنْ دفع الضرر على المؤمنين مالاً أو عرضاً أو نفساً يجوز له الدخول والدفع عنهم بل ربّما وجب .

ولكن هل يجوز له الإضرار بالغير دفعاً للضرر عن غيره ، بأنّ نهب مال زيد لئلا ينهب مال عمرو أو تعرّض لعِرْض بكر لئلا يتعرض لعرض خالد أم لا ؟

يظهر ممّا ذكرنا فى التنبيه السابق حكم هذا الفرع : بأنّه يلاحظ فيه أحكام باب التزاحم ، فيجوز أخذ مال الغير دفعاً للضرر المتوجِّه إلى غيره عرضاً أو نفساً ، أو التعرض إلى عرض الغير دفعاً للضرر المتوجِّه إلى نفس غيره ونحوها مع ثبوت الضمان على المباشر للفعل كما مرّ منّا سابقاً . واللّه العالم .

١- (١) المسالک ٣ / ١١١ .

٢- (٢) المسالک ٣ / ١٣٩ .

٣- (٣) الکفایة ١ / ٤٤٧ .

٤- (٤) ریاض المسائل ٨ / ٢٠٧ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٣٣٣ .

٦- (٦) مستند الشیعة ١٤ / ١٩٢ .

٧- (٧) المکاسب ٢ / ٩٠ .

الثالث : هل یعتبر العجز عن التفصی فی الإکراه أم لا ؟

قال المحقق فی الشرائع : « إذا أکره الجائر علی الولایة جاز له الدخول والعمل بما یأمره مع عدم القدرة علی التفصّی ، إلاّ فی الدماء المحرَّمة فإنّه لا تقیة فیها»(١) .

قال ثانی الشهیدین : « قد ذکر المصنف رحمه الله فی هذه المسألة شرطین : أحدهما الإکراه ، والثانی : عدم قدرة المأمور علی التفصّی ، وهما متغایران ، فإنّ الإکراه یجوز أن یجتمع مع القدرة - کما عرفت من تعریفه - فالثانی أخص من الأوّل ، والظاهر أنّ مشروطهما مختلف ، فالأوّل شرط لأصل قبول الولایة والثانی شرط للعمل بما یأمره من المظالم ، وهما متغایران أیضاً ... »(٢) .

أقول : الظاهر - واللّه العالم - أنّ عدم القدرة علی التفصّی هو من مقوّمات الإکراه ، بحیث لو تمکن من التفصی لم یصدق أنّه مکرَهٌ . وعلی هذا ما ذکره الشهید ثانی من إرجاعه إلی الشرطین غیر تام . بلا فرق فی ذلک بین قبول الولایة والعمل فیها ، وفی کلیهما إذا أمکن التفصی لم یصدق الإکراه فلا یجوز الدخول فی ولایة الظالم ، وهکذا لا یجوز العمل علی طبق أوامره الدالة علی معاصی اللّه تعالی أو الإضرار بالغیر ، لأنّه مع إمکان التفصی یصدق علیه أنّه غیر مُکرَه بالفعل ، فلا یشمله أدلة الجواز .

الرابع : قبول الولاية عن الجائر مع الضرر المالى رخصة

إذا أجبر الظالم أحداً بين قبول الولاية من طرفه أو إعطاء مبلغاً من المال ، يجوز له قبول الولاية وعدم الإعطاء .

نعم ، لو كان المال قليلاً يستحب له الإعطاء وعدم القبول .

ولو كان المال كثيراً بحيث يضرّ بحاله لو أعطاه مع ذلک يجوز له الإعطاء وعدم القبول .

١- (١) الشرائع ٢ / ٦ .

٢- (٢) المسالک ٣ / ١٣٩ .

والوجه فى ذلک : أدلة نفى الإكراه والضرر ترفع الإلزام فقط عن موردهما ولم تثبت شيئاً ، فهما يرفعان حرمة قبول الولاية ولكنّهما لم يثبتا وجوب قبولها .

فما يظهر من الشيخ الأعظم من التفصيل بين الضرر المالى الذى لايضرّ بالحال وغيره فى غير محلّه ، واللّه العالم .

الخامس : حرمة قتل المؤمن بالإكراه أو التقية

قتل المؤمن حرام ولا يسوّغه الإكراه أو التقية ، لأنّ أدلة نفى الإكراه إمتنانية ولا إمتنان على الغير فى قتله ، وأدلة التقية مقيِّدة بعدم بلوغها مرتبة الدم ، فلا يجوز قتل المؤمن بهما .

مضافاً إلى قوله : «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ»(١) حيث تدلّ على التكافؤ بين الدماء المحترمة .

وتدلّ عليه أيضاً صحيحة عبد اللّه بن أبى يعفور عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم خطب الناس فى مسجد الخيف فقال : نضّر اللّه عبداً سمع مقالتى فوعاها وحفظها وبلّغها من لم يسمعها ، فربّ حامل فقه غير فقيه وربّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه ، ثلاث لا يغلُّ عليهنَّ قلب امرىء مسلم : إخلاص العمل للّه ، والنصيحة لأئمة المسلمين ، واللزوم لجماعتهم ، فإنّ دعوتهم محيطةٌ من ورائهم ، المسلمون إخوة تتكافىء دماؤهم ويسعى بذمّتهم أدناهم(٢) .

وعلى هذا لا يجوز لأحد قتل المؤمن ولو توجّه القتل إليه ، وأمّا غيرهم قد مرّ الكلام فى ذلک فلا نعيده .

إلى هنا تمّ بحث الولاية من قبل الجائر فى يوم الجمعة ٢٩ جمادى الثانية ١٤٢٦ ببلدة إصبهان صانها اللّه تعالى عن الحدثان على يد مؤلفه الفقير إلى اللّه الغنى هادى النجفى كان اللّه له ويكون .

والحمد للّه أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلّى اللّه على سيدنا محمد وآله أجمعين .

١- (١) سورة المائدة / ٤٥ .

٢- (٢) الكافى ١ / ٤٠٣ ح ١ .

هجاء المؤمن

موضوعه :

لابدّ أوّلاً من مراجعة أهل اللغة لتعيين موضوع الهجاء فنقول :

قال الزمخشری : « ومن المجاز : فلان یهجو فلاناً هِجاءً : یعدِّد معایبه ، وهو هجَّاء ، وله أهاجِیُّ ، وهاجاه مهاجاةً ، وتهاجِیا ، وبینهما تهاجٍ ، والمرأة تهجو زوجَها هجاءً قبیحاً : إذا ذمّت صحبته وعدّدت عیوبه»(۱) .

قال الفیومی : « هَجَاهُ یَهْجُوهُ هَجْواً : وقع فیه بالشعر وسَبَّهُ وعابه ، والاسمُ الهِجاءُ مثل کِتَابٍ»(۲) .

قال ابن الأثیر : « هجا ، فیه : « اللهم إنّ عمرو بن العاص هجانی وهو یعلم أنّی لست بشاعر فاهْجُه ، اللهم والعنه عدد ما هجانی أو مکان ما هجانی» ، أی جازه علی الهِجاء جزاء الهجاء ، وهذا کقوله « من یُرائی یُرائی اللّه به» أی یُجازیه علی مُراآته »(۳) .

قال ابن منظور : « هَجاه یَهْجُوه هَجْواً وهِجاء وتَهْجاء ، ممدود : شتمه بالشعر وهو خلاف المدح . قال اللیث : هو الوقیعة فی الأشعار . وروی عن النبی صلی الله علیه و آله وسلم أنّه قال : اللهم إنّ فلاناً هجانی فاهْجُه اللهم مکان ما هَجانی ، معنی قوله اهْجُه أی جازه علی هجائه إیّای جزاء هِجائه ... والمهاجاة بین الشاعرین : یتهاجیان ... »(٤) .

وقال الفیروزآبادی : « هَجاهُ هَجْواً وهِجاءً : شَتَمَهُ بالشعر ... »(٥) .

وقال الطریحی : « الهِجاء : خلاف المدح ، وهجی القوم ذکر معایبهم ، والمرأة تهجو

۱- (۱) أساس البلاغة / ٤٨٠ .

۲- (۲) المصباح المنیر / ٦٣٥ .

۳- (۳) النهایة ٥ / ٢٤٨ .

٤- (٤) لسان العرب ١٥ / ٣٥٣ .

٥- (٥) القاموس المحیط / مادة هجاه من الطبع الحجری و ٤ / ٤٠٢ من الطبع الحروفی .

زوجها أى تذمّ صحبته»(١) .

أقول :قد عرفت بأنّ بعض اللغويين خصص الهجو بالشعر كالفيومى وابن منظور والفيروزآبادى ، وبعضهم أطلق كالزمخشرى والطريحى وصاحب الصحاح(٢) . وهذا الخلاف بين اللغويين سرى إلى كلمات الفقهاء أيضاً ، فبعضهم خصص الهجو بالشعر كالمحقق الثانى قال فى تعريف الهجاء : « هو بكسر الهاء والمدّ : ذكر المعايب بالشعر»(٣) ، وتبعه الشهيد الثانى فى المسالك(٤) والروضة(٥) والمحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان(٦) والمحقق السبزوارى فى الكفاية(٧) والشيخ يوسف فى الحدائق(٨) وسيد الرياض(٩) والفاضل النراقى فى المستند(١٠) .

وبعضهم صرح بالإطلاق ، كالعلامة فى شهادات القواعد(١١) والشيخ جعفر فى شرحه(١٢) وتلميذيه صاحبى المفتاح(١٣) والجواهر(١٤) ، والشيخ الأعظم(١٥) وصاحبى برهان

١- (١) مجمع البحرين / ٩٩ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) الصحاح ٢ / ١٨٣٤ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٤- (٤) المسالک ٣ / ١٢٧ .

٥- (٥) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

٦- (٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٦ .

٧- (٧) الكفاية ١ / ٤٣٦ .

٨- (٨) الحدائق ١٨ / ١٤٦ .

٩- (٩) رياض المسائل ٨ / ١٦٢ .

١٠- (١٠) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٨ .

١١- (١١) القواعد ٣ / ٤٩٥ .

١٢- (١٢) شرح القواعد ١ / ٢١٩ .

١٣- (١٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٢ .

١٤- (١٤) الجواهر ٢٢ / ٦٠ .

١٥- (١٥) المكاسب ٢ / ١١٨ .

الفقه(١) ومعاصى كبيرة(٢) .

وغيرهم أطلق حرمة الهِجاء ولم يخصه بالشعر ، كما فى المقنعة(٣) والنهاية(٤) والمراسم(٥) والسرائر(٦) والشرائع(٧) والنافع(٨) ومكاسب القواعد(٩) والتحرير(١٠) والتذكرة(١١) والمنتهى(١٢) ، وفى الأخيرين ادعى عدم الخلاف فيه .

والحاصل ، لا وجه لاختصاص الحرمة بالهجاء الشعرى ، بل الأدلة عامة تشمل غيره أيضاً . بل لا وجه لاختصاص تعريف الهجو بالشعر فقط ، والهجاء كما يمكن أن يكون به يمكن أن يكون بالنثر أيضاً ، فما ورد فى كلمات بعض اللغويين لم يرد على سبيل التخصيص بل هو ذكر إحدى المصاديق .

وعلى هذا ما ورد من اختصاصه بالشعر فى كلمات بعض الفقهاء أعلى اللّه مقامهم غير تام عندنا .

فالهجو : هو ذكر معايب الشخص وشتمه وفحشه والوقيعة فيه ، سواء كان بالشعر أو النثر أو غيرهما .

ثم الأدلة الأربعة تدلّ على حرمة الهجاء :

اشارة

ص: ٢٠٠

١- (١) برهان الفقه ، كتاب التجارة / ٢٠ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) معاصى كبيرة / ٨٢ .

٣- (٣) المقنعة / ٥٨٩ .

٤- (٤) النهاية / ٣٦٥ .

٥- (٥) المراسم / ١٧٠ .

٦- (٦) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٧- (٧) الشرائع ٢ / ٤ .

٨- (٨) المختصر النافع / ١١٧ .

٩- (٩) القواعد ٢ / ٨ .

١٠- (١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ مسألة ٣٠١٨ .

١١- (١١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

١٢- (١٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ من الطبع الحجرى .

١ - فمن الكتاب

قوله تعالى : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِى الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»(١) .

بتقريب : أنّ هجو المؤمن من أظهر مصاديق إشاعة الفاحشة فى الذين آمنوا ، فيحرم بدلالة الآية الشريفة . وقد ورد عدّة من الروايات(٢) فى ذيلها يمكن تطبيقها عليه ، فسيأتى بعضها فى عنوان السنة .

وقوله تعالى : «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ»(٣) .

حيث فُسرت « الهمزة » ب- « الكثير الطعن على غيره بغير حقّ ، والعائب له بما ليس بعيب»(٤) ، فيدخل بعض مصاديق الهجو تحت عنوان الهَمْز واللمز فيحرم .

أمّا الفرق بين اللُّمزة والهمزة : «قيل هما بمعنى [واحد] ، وقيل بينهما فرقٌ ، فإنّ الهمزة : الذى يعكس بظهر الغيب ، واللمزة : الذى يعكس فى وجهك .

وقيل : الهمزة : الذى يؤذى جليسه بسوء لفظه ، اللمزة : الذى يكثر عيبه على جليسه ويشير برأسه ويؤمىء بعينه» . كذا فى فروق اللغات(٥) .

وقال الشيخ يحيى بن حسين بن عشيرة البحرانى فى الفرق بين الهمّاز واللمّاز : « أنّ الأوّل هو الذى يعيب فى الوجه ، والثانى هو الذى يعيب مع الغيبة ، كقوله تعالى : «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ» .

الهَمْز : الطعن فى الوجه بالعين ، واللَّمْز الذى يغتاب الناس عند الغيبة . وقيل : الهمز : الذى همز الناس بيده ويضربهم ، واللمز الذى يلمزهم بلسانه ويعيبهم»(٦) .

وقوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ يَسْخَرْ قَومٌ مِّن قَوْمٍ عَسَى أَن يَكُونُوا خَيْراً مِّنْهُمْ وَلاَ نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَى أَن يَكُنَّ خَيْراً مِّنْهُنَّ وَلاَ تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلاَ تَنَابَزُوا بِالأَلْقَابِ

١- (١) سورة النور / ١٩ .

٢- (٢) راجع البرهان فى تفسير القرآن ٤ / ٥٥ .

٣- (٣) سورة الهمزة / ١ .

٤- (٤) مجمع البيان ١٠ / ٥٣٧ .

٥- (٥) فروق اللغات / ٢٠٥ للسيد نور الدين بن نعمة اللّه الجزائرى .

٦- (٦) بَهْجَةُ الخاطر ونُزْهَةُ الناظر / ٨٤ الرقم ١٦١ .

بِئْسَ الاِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الأِيمَانِ وَمَن لَّمْ يَتُبْ فَأُوْلَئِکَ هُمُ الظَّالِمُونَ»(١) .

بتقريب : أنّ بعض أقسام الهجاء يدخل فى عنوان السخ-رية وال-لُّمزة والتنابز بالألقاب فتحرم بالآية الشريفة .

وقوله تعالى : «لاَ يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً»(٢) .

بتقريب : أن بعض أقسام الهجو يدخل فى عنوان الغيبة بلا ريب فيحرم بالآية الشريفة .

٢ - ومن السنة

عدّة من الروايات تدلّ على حرمة الهجاء لأنّه يدخل فى عنوان الظلم(٣) والقذف(٤) والفحش(٥) والبذاء(٦) وإيذاء المؤمن(٧) وإهانته(٨) واحتقاره(٩) واستخفافه(١٠) وإحصاء عثراته(١١) وعوراته(١٢) ، وتعييره(١٣) وتأنيبه(١٤)(١٥) وبهتانه(١٦) وغيبته(١٧) ، والروايات الواردة

١- (١) سورة الحجرات / ١١ .

٢- (٢) سورة الحجرات / ١٢ .

٣- (٣) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٤٦ .

٤- (٤) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٣٦ .

٥- (٥) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٣١ .

٦- (٦) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ .

٧- (٧) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٤ .

٨- (٨) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٥ .

٩- (٩) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٩ .

١٠- (١٠) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٢ .

١١- (١١) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ .

١٢- (١٢) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ .

١٣- (١٣) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٦ .

١٤- (١٤) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٦ .

١٥- (١٥) نبّه : عنّفه ولامه .

١٦- (١٦) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٧ .

١٧- (١٧) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ .

حول حرمة جميعها تدلّ على حرمتها أيضاً :

معتبرة محمد بن حُمران عن الصادق عليه السلام قال : من قال فى أخيه المؤمن ما رأته عيناه وسَمِعته أُذناه فهو ممّن قال اللّه عزّ وجلّ : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ»(١)(٢) .

ونحوها صحيحة هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام المروية فى تفسير القمى ٢ / ١٠٠.

ومنها : موثقة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ أقرب ما يكون العبد إلى الكفر أن يؤاخى الرجلُ الرجلَ على الدين فيحصى عليه زلاّته ليعنفه بها يوماًما(٣) .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من عيّر مؤمناً بذنب لم يمت حتّى يركبه(٤) .

ومنها : موثقة إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من أذاع فاحشةً كان كمبتدئها ، ومن عيّر مؤمنّاً بشىءٍ لم يمت حتّى يركبه(٥) .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من خاف الناس لسانه فهو فى النار(٦) .

ومنها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : يقول اللّه عزّ وجلّ : ليأذن بحرب منّى من آذى عبدى المؤمن ، الحديث(٧) .

ص: ٢٠٣

١- (١) سورة النور / ١٩ .

٢- (٢) أمالى الصدوق . المجلس الرابع والخمسون ح ١٦ / ٤١٧ الرقم ٥٤٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ ح ٢ . الباب ١٥٠ من أبواب أحكام العشرة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٦ ح ١ . الباب ١٥١ من أبواب أحكام العشرة .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٧ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٣١ ح ٩. الباب ٧٠ من أبواب جهاد النفس.

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٤ ح ١ . الباب ١٤٥ من أبواب أحكام العشرة .

٣ - أمّا الإجماع

فقد مرّ منّا ادعاء عدم الخلاف من المنتهى(١) والتذكرة(٢) وصرّح بوجود الإجماع فى المسألة أصحاب مجمع الفائدة والبرهان(٣) وكشف اللثام(٤) وشرح القواعد(٥) ومفتاح الكرامة(٦) ورياض المسائل(٧) ومستند الشيعة(٨) والجواهر(٩) والمكاسب حيث قال : « هجاء المؤمن حرام بالأدلة الأربعة»(١٠) .

وقال المحقق الخوئى قدس سره : « لا خلاف بين المسلمين فى حرمة هجاء المؤمن»(١١) .

٤ - أمّا حكم العقل

هجاء المؤمن ظلم فى حقّه ، والعقل مستقل بقبح الظلم ، ومع ضم قاعدة الملازمة بين حكمى العقل والشرع ينتج حكم الشرع بحرمة هجاء المؤمن .

هذا كلّه بالنسبة إلى حرمة هجو المؤمن .

ثمّ إنّ هاهنا فروعاً :

الأوّل : هل الحرمة تختص بالمؤمن ؟

نعم ، الحرمة من مختصات المؤمن ، فلا بأس بهجو غيره ، ولذا الأصحاب قدس اللّه

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٧٦ .

٤- (٤) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٢٠ للشيخ جعفر قدس سره .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٠ .

٧- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٦٢ .

٨- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٨ .

٩- (٩) الجواهر ٢٢ / ٦٠ .

١٠- (١٠) المكاسب ٢ / ١١٧ .

١١- (١١) مصباح الفقاهة ١ / ٤٥٦ .

أسرارهم قيدوا الموضوع بالمؤمن أو المؤمنين ، وهذا التقييد أدلّ دليل على الاختصاص .

مضافاً إلى ظهور الأدلة فى التخصيص كما مرّ فى بحث الغيبة .

قال الشيخ جعفر قدس سره : « يَعْلَمُ مَنْ تتّبع الأدلة أنّ كلاً من الكافرين الإسلامى والإيمانى على حدّ سواء فى جواز لعنهم وهجوهم وسبّهم وشتمهم ما لم يكن قذفاً مع عدم شرطه أو فحشاً ، بل الظاهر منها أنّ هجاءَهم على روؤس الأشهاد من أفضل عبادة العباد ، وقد أمر علّة الإيجاد وسيد العباد حسّاناً بهجو المشركين معلّلاً بأنّه أشدّ عليهم من رشق السهام(١) ...»(٢) .

أقول : وتبعه تلميذه صاحب الجواهر(٣) ، أنت ترى أنّ الشيخ الأكبر استثنى القذف والفحش، والاستثناء فى محله .

ولكن قد مرّ منّا عدم جواز سبّهم فى بحث السبّ ، فراجعه إن شئت .

الثانى : هل يجوز هجاء الفاسق المعلن ؟

لا يجوز هجو الفاسق غير المعلن لإطلاقات الأدلة ولوجود الحرمة له ، وأمّا المتجاهر بالفسق فيشمله إطلاقات الأدلة أيضاً فلا يجوز هجوه .

قال ثانى الشهيدين : « لا فرق فى المؤمن هنا بين الفاسق وغيره ، اللهم إلاّ أن يدخل هجاء الفاسق فى مراتب النهى عن المنكر ، بحيث يتوقف ردعه عليه ، فيمكن جوازه حينئذ إن فرض»(٤) .

وقال قريباً من هذا المضمون فى الروضة(٥) ، وتبعه المحقق السبزوارى فى الكفاية(٦) .

وقال الشيخ جعفر : « ولو كان لمصلحة عظيمة أو دفع مفسدة عن المهجو دنيوية كدفع الهلكة عن نفسه ، أو المؤاخذة بعد الحلول فى رمسه بالنهى عن الفساد حَسُنَ ولو بالهجو على

١- (١) سنن البيهقى ١٠ / ٢٣٨ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٢٠ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٦٢ .

٤- (٤) المسالک ٣ / ١٢٧ .

٥- (٥) الروضة البهية ٣ / ٢١٣ .

٦- (٦) الكفاية ١ / ٤٣٦ .

روؤس الأشهاد»(١) .

أقول : لو كان الهجو لدفع القتل والهلكة فلا بأس به ، وأمّا بالنسبة إلى النهى عن المنكر لا سيما بالنسبة إلى بعض أفراده ومراتبه ، فجواز الهجو محل تأمل بل منع ، كما ذهب إليه صاحب الجواهر(٢) .

وأمّا ما ورد فى الخبر من قوله « محّصوا ذنوبكم بغيبة الفاسقين»(٣) - مضافاً إلى عدم وروده فى مجاميع حديثنا بل نقله صاحب مفتاح الكرامة(٤) عن حواشى الشهيد على القواعد - فإنّها رواية مرسلة .

مضافاً إلى أنّه مختص بالغيبة فلا يشمل الهجو ، وعلى فرض الشمول فلابدَّ من حمله على الخارجين من الإيمان كما عن الشيخ الأعظم(٥) ، أو تذكّر أحوالهم وعاقبة أمرهم فى يوم القيامة وأن مصيرهم إلى النار كى يتّعظوا بذلک ويرتدعوا عن القبائح كما عن المحقق الإيروانى(٦) .

وأمّا حمل الخبر على الفاسق المتجاهر بفسقه كما عن الشيخ الأعظم(٧) أيضاً غير تام .

الثالث : حرمة استماع الهجو ثابت أم لا ؟

قال السيد العاملى فى المفتاح : « كما يحرم الهجاء يحرم استماعه كما ستسمع»(٨) .

أقول : نكلت حوالته ولم يأت بدليل على ماأفتى ، وحيث أنّ الدليل على حرمة استماع الهجاء مفقودٌ والملازمة بين الحرمتين ممنوعة ، فلابدَّ من جريان البراءة عن الحرمة

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٦١ .

٣- (٣) لم يرد فى مجاميع حديثنا .

٤- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١١ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١١٨ .

٦- (٦) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٧٢ .

٧- (٧) المكاسب ٢ / ١١٨ .

٨- (٨) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١١ .

عقلاً وشرعاً .

نعم ، إذا كان الهجو يدخل فى عنوان الغيبة - كما ربّما يدخل - يحرم استماعه ، لأنّ استماع الغيبة من المحرَّمات الشرعية .

الرابع : يجوز هجو المبدع فى الدين .

الدليل عليه صحيحة داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم ، وأكثروا من سبّهم ، والقول فيهم ، والوقيعة ، وباهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام ، ويحذرهم الناس ولا يتعلّمون من بدعهم ، يكتب اللّه لكم بذلک الحسنات ويرفع لكم به الدرجات فى الآخرة(١) .

وهذه الصحيحة صريحة فى جواز هجو أهل البدع ، والتعليل الوارد فيها بأن «لا يتعلّمون الناس من بدعهم» يجرى بالنسبة إلى الهجو أيضاً .

وأمّا خبر أبى حمزة عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : إنّ بعض أصحابنا يفترون ويقذفون من خالفهم ، فقال : الكفّ عنهم أجمل . ثمّ قال : يا أبا حمزة واللّه إنّ الناس كلّهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا . ثمّ قال : نحن أصحاب الخمس والفيء ، وقد حرّمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا ، الحديث(٢) .

هذه الرواية لا تعارض صحيحة داود بن سرحان لما فيها :

أولاً : من ضعف إسنادها لمجهولية الحسن بن عبد الرحمن وضعف على بن العباس .

ثانياً : موضوعها المخالفين وقذفهم ، وقد مرّ منّا تبعاً للشيخ الأكبر الشيخ جعفر قدس سره عدم جواز قذفهم وفحشهم ، ولم يكن موضوعها أهل البدع والقول فيهم .

ثالثاً : تحمل « الكف عنهم أجمل» على موارد التقية ، وفى غير مواردها يجوز قذفهم كما قال عليه السلام فى نفس الرواية : « واللّه إنّ الناس كلّهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا» ، فهل هذا إلاّ القذف ؟ فلابدّ من حملها على التقية وإلاّ يتنافى صدرها وذيلها .

١- (١) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٦٧ ح ١ . الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهى .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٧ ح ٣ . الباب ٧٣ من أبواب جهاد النفس .

فحينئذ يجوز هجو المبدع فى الدين بما فيه من المعايب وما ليس فيه لئلا يتعلّم الناس منهم البدع والآراء الفاسدة ، بشرط أن لا تترتب على هذا الهجو مفسدة أو فتنة وإلاّ فيحرم لترتبهما . ويمكن حمل خبر أبى حمزة أيضاً على فرض ترتب المفسدة أو الخوف من الفتنة ، واللّه سبحانه هو العالم .

الخامس : هل يجب إمحاءِ الهجو كفاية ؟ !

قال الشيخ جعفر قدس سره : « ومن كتب هجو المؤمن فى ديوانه وجب عليه كفايةً محوه ، ووجب على الناس ردعه ... »(١) .

وتبعه تلميذه السيد العاملى فقال فى المفتاح : « وليعلم أنّه لا تجوز المقاصّة فيه ويجب عليه هجره كفايةً ويجب على الناس ردعه ... »(٢) .

ولكن قال صاحب الجواهر بعد نقل هذا الكلام من أستاذه : « وإن كان لا يخلو من إشكال فى الجملة»(٣) .

أقول : الحقُّ مع صاحب الجواهر ، لأنّ الدليل ورد على حرمة الهجو ولم يرد على إمحائه كفاية ، وأمّا ردعه بتوسط الناس واجب على نحو وجوب النهى عن المنكر وبشرائطه ، وأمّا ثبوت وجوب آخر غير النهى عن المنكر فمحل تأمل بل منع .

نعم ، يحرم المقاصة فى الهجو والتهاجى والمهاجاة كما عن المفتاح ، لأنّ الإتيان بالحرام لا يسوّغه لآخر ، واللّه العالم وله الحمد .

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢١٢ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٦١ .

الهُجْر

موضوعه :

لابدّ فی تعیین موضوع الهجر من مراجعة کلمات اللغویین :

قال أحمد بن فارس : « هجر : الهاء والجیم والراء أصلان یدلُّ أحدهما علی قطیعةٍ وقَطْعٍ ، والآخر علی شَدِّ شیءٍ وربطه . فالأوّل الهَجْر : ضد الوصل وکذلک الهِجْران - إلی أن قال : - الهُجْر : الإفحاش فی المنطق ، یقال : أهجر الرجل فی منطقه . قال :

کما جدةِ الأعراق قال ابنُ ضَرَّةٍ علیها کلاماً جارَ فیه وأهْجَرا

ورماه بالهاجراتِ وهی الفضائح ، سمّی هذا کلُّه لأنّه من المهجور الذی لاخیر فیه ... »(۱) .

وقال الزمخشری : « أهْجَرَ : نطق بالهُجْر ، بالضم وهو الفحش»(۲) .

وقال الفیومی : « الهُجْرُ : بالضم الفُحْشُ ، وهو اسمٌ من هَجَرَ یَهْجُرُ من باب قَتَلَ ، وفیه لغة أُخری»(۳) .

وقال الفیروزآبادی : « الهَجْر ... وبالضم ، القبیح من الکلام کالهَجْراءِ ... »(٤) .

وقال الطریحی : « قوله : «سَامِراً تَهْجُرُونَ»(٥) هو من الهَجْر : وهو الهذیان ، وتهجرون من الهُجْر أیضاً ، وهو الإفحاش من المنطق»(٦) .

أقول : الحاصل مما قالوه : أنّ الهُجْر : بالضم الفحش ، وهو أخص من البَذاء ، وهی

۱- (۱) معجم مقاییس اللغة ٦ / ۳٤ .

۲- (۲) أساس البلاغة / ٤٧۹ .

۳- (۳) المصباح المنیر / ٦۳٤ .

٤- (٤) القاموس / مادة هجر الطبع الحجرى .

٥- (٥) سورة المؤمنون / ٦٧ .

٦- (٦) مجمع البحرين / ٣١٠ من الطبع الحجرى .

خروج الشيء عن طريقة الإحماد ، تقول : هو بذيء اللسان كما قاله أحمد بن فارس(١) . وقال الزمخشرى : « فلان بَذِى ءُ اللسان»(٢) ، وقال الفيومى : « بَذَا : على القوم يَبْذُو وبَذَاءً بالفتح والمَدِّ : سَفِهُ وأفحش فى منطقه وإن كان كلامه صدقاً فهو بَذِىٌّ على فعيلٍ وامرأة بَذِيَّةٌ كذلک ... »(٣) . فمرادف البذاء بالفارسية « بد زبانى» وهو أعم من الفحش . وعلى هذا كلّ فحش بذاء وليست كلّ بذاء بفحش . ولذا قد بحثنا عن البذاء فى أوّل الكتاب فى حرف الباء وعن الهُجْر أى الفحش هنا .

وقد تدلّ على حرمته عدّة من الروايات المستفيضة :

منها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ الفحش لو كان مثالاً لكان مثال سوءٍ(٤) .

ومنها : موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ من علامات شَرَک الشيطان الذى لا يشک فيه أن يكون فحّاشاً ، لا يبالى ما قال ولا ما قيل فيه(٥) .

ومنها : معتبرة سليم بن قيس عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ اللّه حرّم الجنة على كلّ فحّاش بذيء قليل الحياء ، لا يبالى ما قال وما قيل له ، فإنک إن فتّشته لم تجده إلاّ لَغيَّة أو شَرَک شيطان . قيل : يا رسول اللّه وفى الناس شَرَک شيطان ؟ فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أما تقرأ قول اللّه عزّ وجلّ : «وَشَارِكْهُمْ فِى الأَمْوَالِ وَالأَوْلادِ»(٦) ، الحديث(٧) .

ولد غيّة : أى ولد زنا .

ومنها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ من شرّ

١- (١) معجم مقاييس اللغة ١ / ٢١٧ .

٢- (٢) أساس البلاغة / ١٨ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٤١ .

٤- (٤) الكافى ٢ / ٣٢٤ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٣ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٣١ ح ١ . الباب ٧١ من أبواب جهاد النفس .

٦- (٦) سورة الإسراء / ٦٤ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ ح ٢ . الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس .

عباداللّه من تكره مجالسته لفحشه(١) .

ومنها : موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم بينا هو ذات يوم عند عائشة إذ استأذن عليه رجل فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : بئس أخو العشيرة ، فقامت عائشة فدخلت البيت ، وأذن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم للرجل ، فلما دخل أقبل عليه بوجهه وبُشْره إليه يحدثه حتّى إذا فرغ وخرج من عنده ، قالت عائشة : يا رسول اللّه بينا أنت تذكر هذا الرجل بما ذكرته به إذ أقبلت عليه بوجهك وبُشرك ، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عند ذلك : إنّ من شرّ عباد اللّه من تكره مجالسته لفحشه(٢) .

ومنها : صحيحة جابر الأنصارى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى حديث أنّه قال : أفلا أُخبركم بشرّ رجالكم ؟ فقلنا : بلى ، قال : إنّ من شرّ رجالكم البهّات الفاحش ، الآكل وحده ، المانع رفده ، الضارب أهله وعبده ، البخيل ، الملجىء عياله إلى غيره، العاق بوالديه(٣) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام : إنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان لا يقبل شهادة فحّاش ولا ذى مخزية فى الدين(٤) .

ومنها : خبر الحسن الصيقل قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : إنّ الفحش والبذاء والسلاطة من النفاق(٥) .

على القول بوثاقة محمد بن سنان كما لا يبعد صار سند الرواية معتبراً .

ومنها : خبر جابر عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إنّ اللّه يحبّ الحيى الحليم الغنى المتعفّف ، ألا وإنّ اللّه يبغض الفاحش البذىء السائل المُلْحِف(٦) .

ومنها : صحيحة يونس عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول

١- (١) الكافى ٢ / ٣٢٥ ح ٨ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٥ ح ١١ .

٢- (٢) الكافى ٢ / ٣٢٦ ح ١ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٥ ح ١٢ .

٣- (٣) التهذيب ٧/ ٤٠٠ ح٦ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٨ ح ٢٣ .

٤- (٤) الكافى ٧ / ٣٩٦ ح ٧ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٤ ح ٧ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٢ ح ٣ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٣ ح ٩ .

اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ألا اُخبركم بأبعدكم منّى شبهاً ؟ قالوا : بلى يا رسول اللّه ، قال : الفاحش المتفحش البذىء البخيل المختال الحقود الحسود ، القاسى القلب ، البعيد من كلِّ خير يُرجى ، غير المأمون من كلّ شرٍّ يُتّقى(١) .

تلك عشرة كاملة من الروايات المستفيضة تدلّ بوضوح على حرمة الهُجْر والفحش وأكثرها معتبرة الإسناد ، وإن شئت أكثر من هذا فراجع الكافى ٢ / ٣٢٣ باب البذاء ووسائل الشيعة ١٦ / ٣١ ومستدرک الوسائل ١٢ / ٨٠ وجامع أحاديث الشيعة ١٦ / ٥٥٩ وكتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٣ .

تنبيهٌ

نقل صاحب غنية الطالب(٢) أنّ بعض المحققين ذهب إلى حرمة الفحش من حيث نفسه ، لا من حيث أنّه إيذاء وهتک وتوهين ، ولا فرق بين كون المخاطب مؤمناً أو مسلماً أو فاسقاً أو كافراً ، ذكراً أو اُنثى ، حُرّاً أو مملوكاً صغيراً أو كبيراً ، وهو مقتضى إطلاق كلماتهم ، بل قال رحمه الله : يمكن دعوى شموله لما إذا كان المقول له غير المميز من الأطفال ، بل والبهائم ، ويُشعر به ممّا ورد فى لعن المركوب والتوبيخ عليه .

أقول : قد استظهرنا فى بحث السبّ هذا البيان بإطلاقه ، فراجعه إن شئت . وهذا المحقق الجليل الذى لا نعلم اسمه ولا نعرف شخصه موافق لنا والحمد للّه .

تبصرةٌ

إنّ الفحش يختلف باختلاف البلدان والأشخاص والأقوام والعادات ، ففى كلِّ مورد يصدق أنّه فحش عندهم يحكم بحرمته ، وفى مورد الشک فى الشبهات الموضوعية أو المفهومية تجرى البراءة العقلية والشرعية من الحرمة ويحكم بالجواز ، مع أنّ حُسن الاحتياط باقٍ على حاله(٣) ، والحمد للّه العالم بأحكامه .

ص: ٢١٢

١- (١) الكافى ٢ / ٢٩١ ح ٩ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٥ ح ٨ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ٢٠٣ .

٣- (٣) وردت هذه التبصرة بغير هذه الالفاظ فى مهذب الاحكام ١٦ / ١٨٢ للفقيه السبزوارى قدس سره .

هِجْران المؤمن

اشارة

(١)

لابدّ أولاً من معرفة تعيين موضوع الهجران بمراجعة كلمات اللغويين ثمّ البحث عن حكمه :

موضوعه

اشارة

قد مرّ فى العنوان السابق كلام أحمد بن فارس حيث قال : « هجر : ... أصلان يدلُّ أحدهما على قطيعةٍ وقَطْعٍ ... فالأوّل الهَجْر : ضد الوصل وكذلک الهجران ... »(٢) .

وقال الفيومى : « هَجَرتُهُ هَجْراً من باب قَتَل : قَطَعْتُهُ ، والإسم الهِجْران ، وفى التنزيل «وَاهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ»(٣) أى فى المنام توصّلاً إلى طاعتهنَّ ، وإنْ رَغِبَتْ عن صُحْبَتِهِ ودامتْ على النشوز ارتقى الزوج إلى تأديبها بالضرب ، فإن رجعتْ صَلَحَتِ العشرةُ ، وإن دامت على النشوز اسْتُحِبَّ الفراقُ ... »(٤) .

وقال الفيروزآبادى : « هَجَرَه هَجْراً بالفتح وهِجْراناً بالكسر : صَرَمَه والشىء تَرَكَه ... »(٥) .

وقال الطريحى : « وهَجَرْتُه هَجْراً بالفتح وهِجْراً بالكسر من باب قَتَلَ تَرَكْتُهُ ورفضته ، وفى الحديث : « لا هجرة فوق ثلاث» الهَجْر : ضد الوصل ، يعنى فيما يكون بين المسلمين من عتب وموجدة أو تقصير يقع فى حقوق العشرة والصحبة دون ما كان فى جانب الدين ، فإنّ هجرة أهل الأهواء والبدع دائمة على ممرّ الأُوقات ما لم تظهر التوبة»(٦) .

١- (١) لم يذكره الشيخ الأعظم ولكن ذكرناه لكثرة الإبتلاء به .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ٦ / ٣٤ .

٣- (٣) سورة النساء / ٣٤ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٦٣٤ .

٥- (٥) القاموس / مادة هجر من الطبع الحجرى .

٦- (٦) مجمع البحرين / ٣١١ .

أقول : فالمراد بالهجران بين المؤمنين هو التقاطع وعدم المواصلة فى العشرة بينهم ، وتدلّ على حرمتها عدّة من الروايات المستفيضة :

تدل على حرمته عدة من الروايات

منها : صحيحة هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا هجرة فوق ثلاث(١) .

ومنها : صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : إنّ الشيطان يغرى بين المؤمنين ما لم يرجع أحدهم عن دينه ، فإذا فعلوا ذلک استلقى على قفاه وتمدَّد ، ثمّ قال : فزتُ ، فرحم اللّه امرءاً ألّف بين وليّين لنا ، يا معشر المؤمنين تألّفوا وتعاطفوا(٢) .

أغرى بينهم العداوة : ألقاها . التمدّد : الاستراحة وإظهار الفراغ من العمل .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يزال إبليس فرحاً ما اهتجر المسلمان ، فإذا التقيا اصطكّت ركبتاه ، وتخلّعت أوصاله ونادى : يا ويله ما لقى من الثبور(٣) . اصطكاک الركبتين : اضطرابهما . التخلّع : التفكک . الأوصال : المفاصل . الثبور : الهلاک . ومنها : خبر مرازم قال : كان عند أبى عبد اللّه عليه السلام رجل من أصحابنا يلقب شَلْقان وكان قد صيّره فى نفقته وكان سيّىء الخُلْق فهجره ، فقال لى يوماً : يا مرازم [و] تُكلّم عيسى ؟ فقلت : نعم ، فقال : أصبتَ لاخير فى المهاجرة(٤) .

شَلْقان : لقب عيسى بن أبى منصور ، قيل : لقّب بذلک لسوء خُلقه ، من الشلق : وهو الضرب بالسوط وغيره ، وقد وردت أخبار كثيرة فى مدحه وأنّه ثقة من أصحابنا روى عن أبى عبد اللّه عليه السلام .

ومنها : فى خبر وصية المفضل قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : لا يفترق رجلان

١- (١) وسائل ١٢ / ٢٦٠ ح ١ . الباب ١٤٤ من أبواب أحكام العشرة .

٢- (٢) الكافى ٢ / ٣٤٥ ح ٦ ونقلت عنه فى كتابَىْ موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٤ ح ٦ - و - ألف حديث فى المؤمن / ٣٣٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٢ ح ٦ .
٤- (٤) الكافى ٢ / ٣٤٤ ح ٤ ونقلت عنه فى كتابَىْ موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٤ ح ٤ وألف حديث فى المؤمن / ٣٣٤ ، ونقل عن الكافى مختصراً فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦١ ح ٢ .

على الهجران إلاّ استوجب أحدهما البراءة واللعنة ، وربّما استحقَّ ذلک كلاهما . فقال له معتّب : جعلنى اللّه فداک هذا الظالم فما بال المظلوم ؟ قال : لأنّه يدعو أخاه إلى صلته ولا يتغامس له عن كلامه ، سمعت أبى يقول : إذا تنازع اثنان فعازَّ أحدهما الآخر فليرجع المظلوم إلى صاحبه حتّى يقول لصاحبه : أى أخى أنا الظالم ، حتّى يقطع الهجران بينه وبين صاحبه ، فإنّ اللّه تعالى حكمٌ عدلٌ يأخذ للمظلوم من الظالم(١) .

ومنها : خبر داود بن كثير قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : قال أبى عليه السلام : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : أيّما مسلِمَيْن تهاجرا فمكثا ثلاثاً لا يصطلحان إلاّ كانا خارجين من الإسلام ولم تكن بينهما ولاية ، فأيّهما سبق إلى كلام أخيه كان السابق إلى الجنة يوم الحساب(٢) .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ونهى عن الهجران ، فمن كان لابدّ فاعلاً فلا يهجر أخاه أكثر من ثلاثة أيّام ، فمن كان مهاجراً لأخيه أكثر من ذلک كانت النار أولى به ، الحديث(٣) .

ومنها : خبر أبى هريرة قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيّام ، والسابق يسبق إلى الجنة(٤) .

ومنها : خبر وصية النبى صلى الله عليه و آله وسلم لأبى ذر فى حديث : يا أباذر إيّاک والهجران لأخيک المؤمن ، فإنّ العمل لا يتقبّل مع الهجران ، الحديث(٥) .

ومنها : خبر الشيخ جعفر بن أحمد القمى بإسناده إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : هجر الرجل أخاه سنة كسفک دمه(٦) .

تلک عشرة كاملة من الروايات المستفيضة تدلّ على حرمة هجران المؤمن ، فإن شئت

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦١ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٢ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٢ ح ٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٣ ح ١١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٤ ح ١٢ .

٦- (٦) جامع الأحاديث / ١٣١ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٦ ح ١٣ .

أكثر من هذا فراجع الكافى ٢ / ٣٤٤ والوافى ٥ / ٩١٩ وبحار الأنوار ٧٢ / ١٨٤ ووسائل الشيعة ٢٠ / ٤٩٦ وكتابَىْ موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٣ وألف حديث فى المؤمن / ٣٣٤ لهذا العبد .

النوع الخامس ممّا يحرم التكسب به

اشارة

أخذ الأُجرة على الواجب

قبل الورود فى البحث عن أخذ الأجرة على الواجب لابدّ من ملاحظة كلمات الأصحاب قدس اللّه أسرارهم فى المقام :

كلمات الأصحاب فيه

قال المفيد : « والتكسب بتغسيل الأموات وحملهم ودفنهم حرام ، لأنّ ذلک فرض على الكفاية أوجبه اللّه تعالى على أهل الاسلام .

ولا بأس بالأجر على تعليم القرآن والحكم كلّها ، والتنزّه عن التكسب بذلک أفضل .

والأجر على الأذان والصلاة بالناس حرام .

ولا بأس بالأجر على الحكم والقضاء بين الناس ، والتبرع بذلک أفضل وأقرب إلى اللّه تعالى .

والأجر على كَتْب المصاحف وجميع علوم الدين والدنيا جائز»(١) .

قال أبو الصلاح الحلبى : « وأجر تعليم المعارف والشرائع وكيفية العبادة من النظر فيها والفتيا بها وتنفيذ الأحكام وتلقين القرآن وعَقْد الجُمَع والجماعات والأذان والإقامة وتغسيل الأموات وتجهيزهم وحملهم والصلاة عليهم ومواراتهم وجهاد الكفار والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وسائر العبادات والمعونة على ذلک محرَّمٌ»(٢) .

وقال الشيخ الطوسى : « وأخذ الأُجرة على غُسْل الأموات وحملهم ومواراتهم حرام ، لأنّ ذلک فرضٌ على الكفاية على أهل الإسلام . وأخذ الأجْرِ على الأذان والصلاة بالناس حرام »(٣) .

١- (١) المقنعة / ٥٨٨ .

٢- (٢) الكافى / ٢٨٣ .

٣- (٣) النهاية / ٣٦٥ .

وقال القاضى ابن البراج : « إعلم أنّ غسل الميت فرض على الكفاية وكذلک الصلاة عليه ، ودفنه ولا يجوز أخذ الأجر على غسله ، وهو مذهب شيخنا أبى جعفر محمد بن الحسن الطوسى رحمه الله وغيره من علماء الطائفة ، وقد كان شيخنا المرتضى رحمه الله أجازه ، يقول : يجوز أخذ الأجر على ذلک بشرط أن تتكفل مأمور الناس بعض الناس ، قال : فإذا تكفل هذا مأموره سقط الفرض عن غيره وجاز للغير أخذ الأجر على ذلک ، والظاهر من المذهب والأحوط هو ما قدمناه»(١) .

عدّ ابن البراج من المكاسب المحرَّمة أيضاً : « والأذان والإقامة لأجل الأجر عليهما والصلاة بالناس لمثل ذلک وتغسيل الموتى وتكفينهم وحملهم والصلاة عليهم ودفنهم»(٢) .

وقال ابن إدريس الحلى : «ولا يجوز أخذ الأُجرة على الأذان والاقامة ولا على الصلاة بالناس وتغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم والصلاة عليهم ، والأُجرة المحرّمة على حملهم هى إلى المواضع التى يجب على مَنْ حضرهم الحمل إليها ، وهى ظواهر البلدان والجبانة المعروفة بذلک ، فأمّا ما بعد عن ذلک من المواضع المعظمة والأمكنة الشريفة المقدسة فلا يجب حمل المؤمن إليها على مَنْ حضرهم ، ولا تحرم الأُجرة على مَنْ استؤجر للحمل إلى المواضع المذكورة النائية »(٣) .

وقال المحقق فى المكاسب المحرّمة من الشرائع : « الخامس ما يجب على الإنسان فعله كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم ، وقد يُحرم الاكتساب بأشياء أُخر تأتى فى أماكنها إن شاء اللّه .

مسألة : أخذ الأجرة على الأذان حرام ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وكذا الصلاة بالناس والقضاء على تفصيل سيأتى ، ولا بأس بأخذ الأُجرة على عقد النكاح»(٤) .

وقال أيضاً فى النافع : « السادس : الأُجرة على قدر الواجب من تغسيل الموتى

ص: ٢٢٠

١- (١) شرح جمل العلم والعمل / ١٤٨ .

٢- (٢) المهذب ١ / ٣٤٥ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢١٧ .

٤- (٤) الشرائع ٢ / ٥ .

وتكفينهم وحملهم ودفنهم ، والرُّشا فى الحكم ، والأُجرة على الصلاة بالناس والقضاء . ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وكذا على الأذان»(١) .

وقال فى المعتبر : « قال(٢) : يجوز أن يعطى المؤذّن من بيت المال ومن خاص الإمام ، وقال فى الخلاف(٣) : لا يجوز أخذ الأُجرة على الأذان ... وقال علم الهدى فى المصباح : يكره أخذ الأُجرة على الأذان»(٤) .

قال العلامة فى القواعد : « ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأُجرة عليه : كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم ، وتحرم الأُجرة على الأذان وعلى القضاء . ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال . ويجوز أخذ الأُجرة على عقد النكاح والخطبة فى الإملاك(٥) . وتحرم الأُجرة على الإمامة والشهادة وأدائها»(٦) .

وقال فى التحرير : « يحرم أخذ الأُجرة على تغسيل الأموات وتكفينهم ودفنهم والصلاة عليهم وعلى كلّ ما يجب عليه فعله ، وأخذ الأُجرة على الأذان . ويجوز أخذ الرزق فيه من بيت المال . وكذا يحرم أخذ الأُجرة على القضاء ، ويجوز أخذ الرزق فيه من بيت المال ، وكذا الصلاة بالناس ، ويجوز أخذ الأُجرة على عقد النكاح والخطبة فى الإملاك»(٧) .

وقال فى نهايته : « السادس عشر : ما يجب على الإنسان فعله يحرم أخذ الأُجرة فيه . أمّا لو أخذ الأُجرة على المستحب كما لو أخذ أُجرةً على تكرار كلّ غسلة ثلاثاً أو توصية الميت أو تكفينه بالمستحب أو دفنه فى اللحد ، فالأقرب الجواز ، لأنّه عمل مقصود محلّل ، فجاز أخذ الأُجرة عليه كغيره ، وكذا يجوز أخذ ثمن الكفن وماء تغسيل الميت .

ص: ٢٢١

١- (١) المختصر النافع / ١١٧ .

٢- (٢) القائل هو الشيخ فى المبسوط ١ / ٩٨ .

٣- (٣) الخلاف ١ / ٢٩٠ مسألة ٣٦ .

٤- (٤) المعتبر ٢ / ١٣٣ .

٥- (٥) الإملاک : التزويج .

٦- (٦) القواعد ٢ / ١٠ .

٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٥ .

السابع عشر : يحرم أخذ الأُجرة على الأذان للرواية(١) ، ولأنه من أعظم شعائر الإسلام .

الثامن عشر : يحرم أخذ الأُجرة على القضاء وسيأتى تفصيله ، ويجوز أخذ الرزق عليه وعلى الأذان من بيت المال . وكذا يجوز أخذ الأُجرة على عقد النكاح والخطبة فى الإملاک . ويحرم أخذ الأُجرة على الإمامة فى الصلاة والشهادة وأدائها .

التاسع عشر : الأقرب تحريم أخذ الأُجرة على تعليم القرآن ، لأنّه مِنْ أعظم المعجزات التى تجب تداولها ونقلها بالتواتر ، فلا يجوز أخذ الأُجرة عليه ويجوز قبول الهديّة عليه - ثمّ ذكر روايتين فى المقام - »(٢) .

وقال فی المنتهی : « یحرم أخذ الأُجرة علی تغسیل الموتی وتکفینهم ودفنهم والصلاة علیهم ، لأنّ ذلک واجب علیهم ، فلا یجوز لهم أخذ الأُجرة علی فعله کالفرائض»(۳) .

وقال فی التذکرة : « یحرم أخذ الأُجرة علی الأذان ، وبه قال أبوحنیفة وأحمد والأُوزاعی - ثم ذکر روایتین بطریقی العامة والخاصة ، ثمّ قال : - وقال المرتضی : یکره عملاً بالأصل ، وقال الشافعی ومالک بالجواز ، لأنّه عمل معلوم یجوز أخذ الرزق علیه فجاز أخذ الأُجرة علیه والملازمة ممنوعة»(٤) .

وقال فیه أیضاً : « الخامس : ما یجب علی الإنسان فعله یحرم أخذ الأجر علیه کتغسیل الموتی وتکفینهم ودفنهم . نعم ، لو أخذ الأجر علی المستحب منها فالأقرب الجواز . وتحرم الأُجرة علی الأذان وقد سبق ، وعلی القضاء لأنّه واجب ، ویجوز أخذ الرزق علیهما من بیت المال . ویجوز أخذ الأُجرة علی عقد النکاح والخطبة فی الإملاک . ویحرم الأجر علی الإمامة والشهادة وقیامها»(٥) .

۱- (۱) وسائل الشیعة ۱۷ / ۱۵۷ ح ۱ . الباب ۳۰ من أبواب ما یکتسب به . موثقة عمرو بن خالد .

۲- (۲) نهایة الإحکام ۲ / ٤۷٥ و ٤۷٤ .

۳- (۳) منتهی المطلب ۲ / ۱۰۱۸ (الطبع الحجری) .

٤- (٤) تذکرة الفقهاء ۳ / ۸۱ .

٥- (٥) تذکرة الفقهاء ۱۲ / ۱٤۸ .

وقال فی المختلف : « قال الشیخ فی النهایة : یکره أخذ الأُجرة علی تعلیم شیءٍ من القرآن ونسخ المصاحف ولیس بمحظور ، وإنّما یکره إذا کان هناک شرط ، فإن لم یکن هناک شرط لم یکن به بأس(۱) . وکذا قال ابن البراج(۲) .

والمفيد قال : لا بأس بالأُجرة على تعليم القرآن والحِكَم كلِّها ، والتنزّه عن التكسّب بذلک أفضل(٣) .

وقال أبو الصلاح : يحرم أجر تعليم المعارف والشرائع وكيفية العبادة عن النظر فيها والفتيابها وتنفيذ الأحكام وتلقين القرآن(٤) .

وقال الشيخ فى الإستبصار : يحرم مع الشرط ويكره بدونه(٥) .

وقال ابن إدريس : يكره مع الشرط ولا بأس بدونه(٦) .

والأقرب إباحته على كراهية ، لنا : الأصل الإباحة ، لأنّ فيه منفعة تعليم القرآن وتعميم إشاعة معجزة النبى صلى الله عليه و آله وسلم . ولأنّه يجوز جعله مَهْراً فجاز أخذ الأُجرة عليه ، إذ لو حرمت الأُجرة لحرم جعله مهراً»(٧) . ثمّ ذكر بعض الروايات فى المقام وحملها على الكراهة ، فراجعه .

وقال فيه : « قال ابن البراج فى أقسام المحرّمات : الأذان والإقامة لا يحلّ الأجر عليهما ، وكذا الصلاة بالناس وتغسيل الموتى وتكفينهم وحملهم ودفنهم(٨) .

والأقرب تحريم الأجر أمّا الفعل فلا ، ويحتمل أن يقال : الفعل إنّما كان طاعة لو وقع

١- (١) النهاية / ٣٦٧ .

٢- (٢) المهذب ١ / ٣٤٦ .

٣- (٣) المقنعة / ٥٨٨ .

٤- (٤) الكافى / ٢٨٣ .

٥- (٥) الاستبصار ٣ / ٦٦ و ٦٥ ذيل ح ٢١٩ و ٢١٦ .

٦- (٦) السرائر ٢ / ٢٢٣ .

٧- (٧) مختلف الشيعة ٥ / ١٦ و ١٥ .

٨- (٨) المهذب ١ / ٣٤٥ .

على الوجه المأمور به شرعاً ، ووقوعه على هذا الوجه ليس بشرعيٍّ فيكون بدعةً فيكون حراماً»(١) .

فخر المحققين فى ذيل قول والده فى القواعد : « وهل يجوز (أى الاستيجار) على تعليم الفقه المنع مع الوجوب والجواز معه» ، قال : « البحث هنا فى موضعين :

الف : من حيث الفريضة ووجه القرب أنّه إذا تعيّن التعليم عليه كان من الواجبات المعينة ، فلا يجوز أنْ يأخذ الأجر عليها ، ولأنّ كلّما هو فى مقابله عوض لم يلزمه فعله عند عدم وصول العوض إليه ، وإلاّ لم يكن معاوضة ولم يكن العوض عوضاً ، ويلزمه كلّما يلزمه فعله على تقدير عدم وصول العوض ، فلا يكون فى مقابلة عوض . لكن هنا ، كذلک ، لأنّه قد تعيّن عليه فلا تصح الإجارة ، ومع عدمه يجوز لوجود المقتضى وانتفاء المانع : أمّا الأوّل فلأنّه فعل مقصود ، وأمّا الثانى فلأنّه لا مانع إلاّ وجوبه على الكفاية ، ولا يصلح للمانعية ،لأنّ جميع الصنائع واجبة على الكفاية ، فإنّ كلّما ينتظم به أمر النوع واجب على الكفاية . والحقّ عندى أنّ كلّ واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به أخذ الأُجرة عليه ، والذى على الكفاية ، فإنّ كان لو أوقعه بغير نيّة لم يصح ولم يترک الوجوب به لا يجوز أخذ الأُجرة عليه ، لأنّه عبادة محضة وقال تعالى : «وَمَا أُمِرُوا إِلاَّ لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ»(٢) حصر غرض الآمر فى انحصار غاية الفعل فى الإخلاص ، وما يفعل بالعوض لا لذلک فلا يصح ، وغير ذلک يجوز أخذ الأجر عليه إلاّ ما نص الشارع على تحريمه كالدفن .

ب : فى العمل وضبطه فنقول : الفقه هوالعلم بالأحكام الشرعية الفرعية المكتسبة عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال ، فإمّا أن يستأجره للتدريس فيه بتعيين المدّة لا مَنْ يتعلّم وما يتعلّم فالأصح الصحة وجازت الجهالة للحاجة كالجهاد ، ويحتمل العدم لعدم الضبط ، وإمّا أن يستأجره مع تعيين من يتعلّم أو ما يتعلّم فلابدَّ مِنْ ضبط المسائل التى يتعلّمها »(٣) .

وقال الشهيد فى عداد المكاسب المحرّمة : « ما يجب على المكلّف فعله إمّا عيناً كالصلاة

١- (١) مختلف الشيعة ٥ / ١٨ .

٢- (٢) سورة البينة / ٥.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢ / ٢٦٤ و ٢٦٣ .

اليومية أو كفاية كتغسيل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه ، وفى فتاوى المرتضى هذا واجب على الولى ، فإذا استأجر عليه جاز ، والوجه التحريم ، أمّا ثمن الكفن والماء والكافور فليس بحرام .

ولو استؤجر على مازاد على الواجب من هذه جاز كالغسلات المندوبة والزيادة فى الكفن وتعميق القبر والحمل إلى المشاهد الشريفة ، فلو بذل له أُجرة تزيد عليه لم تحرم إذا كان هو المقصود .

ومن الواجب الذى يحرم أخذ الأُجرة عليه تعليم الواجب عيناً أو كفايةً من القرآن العزيز والفقه والإرشاد إلى المعارف الإلهيّة بطريق التنبيه . ...وكذا تحرم الأُجرة على وظيفة الإمامة وإقامة الشهادة وتحمّلها وإن قام غيره مقامه . ولو أخذ الأُجرة على مازاد على الواجب من الفقه والقرآن جاز على كراهيّة ، ويتأكّد مع الشرط ولا يحرم ... ولو دفع إليه بغير شرط فلا كراهية ... ويجوز الإستئجار على عقد النكاح وغيره من العقود ، وأمّا على تعليم الصيغة وإلقائها على المتعاقدين فلا . وكذا لا تجوز الأُجرة على الخطبة والخطبة فى الإملاك»(١) .

وعلّق المحقق الثانى على قول العلامة فى القواعد : « نعم لو أخذ الأُجرة على المستحب منها فالأقرب جوازه» بقوله : « أى : من هذه الأُمور كتكفين القدر المندوب ، وحفر مازاد على الواجب للأصل ، ولأنّه فعل سائغ ، فجاز أخذ الأُجرة عليه كالحج والصلاة . وقال ابن البراج : لا يجوز

لإطلاق النهى(٢) وعن المرتضى : جواز الأُجرة على الواجب بناءً على اختصاص الوجوب بولى»(٣)(٤) .

وعلّق على قوله : « ويجوز أخذ الأُجرة على عقد النكاح» بقوله : « إنّما يجوز إذا كان وكيلاً لأحد الزوجين أولهما ، فيتولّى الصيغة ويكون وكيلاً بجُعْل ، أما إلقاء الصيغة على

ص: ٢٢٥

١- (١) الدروس ٣ / ١٧٣ و ١٧٢ .

٢- (٢) المهذب ١ / ٣٤٥ .

٣- (٣) شرح جمل العلم والعمل / ١٤٨ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأُجرة عليه إجماعاً ، لأنّه من الواجبات الكفائية ، وكذا باقى العقود»(١) .

وعلّق على قوله : « والخُطبة فى الإملاک» بقوله : « الخُطْبة بالضم : ما اشتمل على حمد اللّه والصلاة على رسوله وآله صلوات اللّه عليهم ، والإملاک بكسر الهمزة : التزويج ، والزوج مملَکٌ بفتح اللاّم . وأما الخِطبة بكسر الخاء : فهو طلب المرأة من وليّها ونحوه»(٢) .

وعلّق على قوله : « وتحرم الأُجرة على الإمامة والشهادة» بقوله : « المراد إمامة الناس فى الصلوات من غير فرق بين الواجبة والمندوبة ، ويجوز الإرتزاق من بيت المال . وأمّا الشهادة تحمّلاً وإقامةً فلأن-ها من الواجبات إمّا العينية أو الكفائية»(٣) .

وعلّق الشهيد الثانى على قول المحقق فى الشرائع : « ما يجب على الإنسان فعله» . بقوله : « هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وعليه الفتوى . وذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأُجرة على ذلک لغير

الوليِّ ، بناءً على اختصاص الوجوب به . وهو ممنوع ، فإنّ الوجوب الكفائى لا يختصّ به . وإنّما فائدة الولاية توقف الفعل على إذنه ، فيبطل منه ما وقع بغيره ممّا يتوقف على النّية .

وخرج ب- « ما يجب فعله» من ذلک ما يستحبّ ، كتغسيله بالغسلات المسنونة من تثليث الغُسل وغَسْل يديه وفرجه ووَضوئه - على القول بندبه - وتكفينه بالقطع المندوبة ، وحفر قبره قامة مع تأدّى الفرض بدونها ، ونقله إلى ما يدفن فيه مع إمكان دفنه فى القريب ، فإنّ أخذ الأُجرة على ذلک كلّه جائز للأصل وعدم المانع ، خلافاً لبعض الأصحاب محتجّاً بإطلاق النهى»(٤) .

وعلّق على قوله : « أخذ الأُجرة على الأذان حرام» بقوله : « هذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه العمل . وذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأُجرة عليه ، تسوية بينها وبين

١- (١) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٤- (٤) المسالک ٣ / ١٣٠ .

الإرتزاق . وهو متروک . والفرق بينهما أنّ الأُجرة تفتقر إلى تقدير العمل والعوض وضبط المدّة والصيغة الخاصة ، وأمّا الإرتزاق فمنوط بنظر الحاكم ، لا يقدّر بقدر . ومحلّه من بيت المال ما أُعدّ للمصالح من خراج الأرض ومقاسمتها ونحوها . ولا فرق فى تحريم أخذ الأُجرة بين كونها من معيّن ومن أهل البلد والمحلّة وبيت المال .

وهل يوصف أذان آخذ الأُجرة بالتحريم فلا يعتدّ به ، أم يكون أخذ الأُجرة خاصة محرّماً ؟ نص بعض الأصحاب على الأوّل ، ووجّهه العلامة فى المختلف بأنّ الأذان على هذا الوجه لا يكون مشروعاً

فيكون محرّماً ، وهو متجه . لكن يُشكل بأنّ النية غير معتبرة فيه ، والمحرّم هو أخذ المال لا نفس الأذان ، فإنّه عبادة أو شعار . وأمّا أخذ ما يعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد ونحوها فليس بأُجرة ، وإن كان مقدّراً وكان هو الباعث على الأذان . نعم لا يثاب فاعله عليه إلاّ مع تمحّض إرادة القربة إلى اللّه تعالى به»(١) .

وعلّق على قول المحقق « ولا بأس بأخذ الأُجرة على عقد النكاح» بقوله : « أى على مباشرة الصيغة من أحد الجانبين أو منهما ، فإنّ ذلک غير واجب ، أمّا تعليم الصيغة وإلقاؤها على المتعاقدين فهو من باب تعليم الواجب ، فلا يجوز أخذ الأُجرة عليه . وكذا غيره من العقود . وأمّا الخُطبة - بالضم - بمعنى حمد اللّه تعالى والصلاة على رسوله وذكر ما يناسب مقام العقد عنده ، و - بالكسر - بمعنى طلب الزوجة من نفسها أو وليّها أو أقاربها ومحاورتهم فى ذلک ، فيجوز أخذ الأُجرة عليه أيضاً ، لأنّه ليس بواجب»(٢) .

وقال المحقق الأردبيلى فى المقام : « الظاهر أنّه لا خلاف فى عدم جواز أخذ الأُجرة على فعل واجب على الأجير ، سواء كان عينيّاً أم كفائيّاً ، فكأنّ الإجماع دليله . وأيضاً إنّه لما استحقّ فعله للّه لغير غرض آخر ، يحرم عليه فعله لذلک الغرض ويحرم الأجر عليه . هذا ظاهرٌ .

ولكن يرد عليه إشكال ، وهو : أنّ أكثر الصناعات واجب كفائىٌّ على ما صرّحوا ،

١- (١) المسالک ٣ / ١٣١ .

٢- (٢) المسالک ٣ / ١٣٢ .

فيلزم عدم جواز الأجر ، وكذا يحرم على الطبيب أخذ الأجر لوجوب الطبابة كفائيّاً كالفقه ... فالتحقيق بحيث يستحقّ ببعضه الأُجرة دون البعض يحتاج إلى التأمل والدليل .

ويمكن أن يقال : بعضها خارج بنصٍّ أو إجماع ، فكلّ ما دلّ عليه أحدهما يخرج ويبقى الباقى تحت التحريم ... »(١) .

وقال المحقق السبزوارى : « ومن ذلک : (أى من المكاسب المحرّمة) ما يجب على الإنسان فعله كتغسيل الموتى ودفنهم على المشهور بين الأصحاب خلافاً للمرتضى ، حيث ذهب إلى جواز أخذ الأُجرة على ذلک لغير الولىّ ، بناءً على اختصاص الوجوب بالولىّ ، وهذا لا يستقيم على القول بالوجوب الكفائى . وأخذ الأُجرة على المندوبات جائز على المشهور خلافاً لبعض الأصحاب .

... المشهور بين الأصحاب حرمة أخذ الأُجرة على الأذان ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وذهب المرتضى إلى جوازها ولعلّ الأقرب الأوّل ... وهل يوصف أذان آخذ الأُجرة بالتحريم ؟ فيه قولان ، والقول بالتحريم إذا كان غرضه من الأذان منحصراً فى الأُجرة متّجه ، والظاهر أنّ أخذ ما يعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد ونحوها جائز ليس بأُجرة ، ولا يثاب فاعله عليه إلاّ مع تمحّض إرادة القربة فى فعله .

... يجوز أخذ الأُجرة على النكاح أى على مباشرة الصيغة وكذا الخطبة»(٢) .

قال الشيخ يوسف البحرانى : « المشهور فى كلام الأصحاب - من غير خلاف يُعرف - أنّ تغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم والصلاة عليهم من الواجبات الكفائية على مَن علم بالموت مِنْ المسلمين ، فلا يجوز أخذ الأُجرة على شىءٍ من ذلک ... ونحن ... ذكرنا أنّ الخطابات الواردة من الشارع فى هذه المواضع إنّما توجهت إلى الولى بأن يفعل ذلک أو يأمر مَنْ يفعله ، إلاّ أن لا يكون للميت ولىٌّ ، وعلى ما ذكرنا لا يتجه تحريم أخذ الأُجرة على الإطلاق كما ذكروه ، وإن كان ظاهرهم الإتفاق على ما نقلناه عنهم .

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٩ .
٢- (٢) الكفاية ١ / ٤٤٤ و ٤٤٣ .

إلاّ أنْ يقال : إنّه إذا أذن الولى وجب عليه حينئذ . وهو بعيد ، لعدم الدليل عليه ، فإنّا لم نقف لهم فى دعوى الوجوب الكفائى فى هذا المقام على دليل يُعتمد عليه من الأخبار ، وليس إلاّ ظاهر اتفاقهم عليه»(١) .

وقال الوحيد البهبهانى معلّقاً على قول الأردبيلى « وأيضاً لمّا استحقّ فعله للّه لغير غرض آخر» بقوله : « ولأنّه إذا خوطب بفعل شيءٍ بعنوان الوجوب ، فالقول بأنّى لا أفعله إلاّ أن تعطونى أجراً عصيان ، كما لو قال : لا أُصلّى الظهر إلاّ كذلک . مع أنّه لا يصير عمله ملكاً والأخذ حتّى يأخذ عوضه منه ، بل لا يخرج عن ملكه ، فكيف يأخذ العوض ، ويجمع بين العوض والمعوّض ؟ ! فلا معنى لكون ما يأخذ عوضاً ولا أُجرةً وأجراً وملكاً والأخذ تملّكاً .

... والحاصل أنّه لا فرق بين وجوب إعطاء الأعيان ووجوب إعطاء المنافع ، ولا بين الوجوب العينى والوجوب الكفائى ، ولا بين العبادات - وهى التى لا تصحّ إلاّ بالنيّة - وبين غير العبادات - وهى التى تصحّ بغير النيّة - فى أنّه إذا خوطب بفعله وثبت وجوب تحقّقه لا يجوز توقيفه على أخذ الأُجرة ، فيكون الأخذ حراماً أيضاً لما عرفت ... »(٢) .

قال سيد الرياض معلّقاً على قول المحقق فى المختصر « أخذ الأُجرة على القدر الواجب من تغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم» بقوله : « ونحوها الواجبات الأُخرى التى تجب على الأجير عيناً أو كفايةً ، وجوباً ذاتيّاً ، بلا خلاف بل عليه الإجماع فى كلام جماعة ، وهو الحجة مع منافاته الإخلاص المأمور به كتاباً ، وأخرج بالذاتى التوصلى كأكثر الصناعات الواجبة كفايةً توصّلاً إلى ما هو المقصود من الأمر بها ، وهو انتظام أمر المعاش والمعاد ... »(٣) .

قال الشيخ جعفر : « الخامس : ما يجب على الإنسان فعله وجوباً مطلقاً أو مشروطاً بغير العوض وقد تحقق شرطه ، لتعلّق ملک أو حقٍّ مخلوقى أو خالقى تحرم الأُجرة والجعل وسائر الأعواض عليه

، عينيّاً كان كصلاة الفريضة وصوم شهر رمضان أو كفائيّاً كتغسيل الموتى وتكفينهم وتحنيطهم والصلاة عليهم وحفر قبورهم ودفنهم وحملهم إلى محالّها ،

ص: ٢٢٩

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢١٢ و ٢١١ .

٢- (٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٣٦ و ٣٧ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٨٠ .

ونحوها ... »(١) .

أقوالهم فيه بلغ إلى أحد عشر قولاً

أقول : هذا مجمل كلمات القوم فى المقام ، وأنت ترى أنّ أقوالهم فى التكسب بالواجبات بلغ إلى أحد عشر قولاً . فيظهر من الأقوال عدم وجود الإجماع فى المسألة .

الأوّل : المنع مطلقاً ، وقد مرّ عن الشهيد الثانى أنّه هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى(٢) ، وعن المحقق الأردبيلى كأنّه إجماعىٌّ(٣) .

الثانى : التفصيل المذكور عن فخر المحققين(٤) بين التعبديات والتوصليات التى تكون بالنية فلا يجوز أخذ الأُجرة بها ، وأما التوصليات التى تكون بغير النية فيجوز أخذ الأُجرة عليها إلاّ ما نص الشارع على تحريمه كالدفن .

الثالث : التفصيل الذى مرّ عن صاحب الرياض(٥) بين الواجبات التى تجب على الأجير عيناً أو كفايةً وجوباً ذاتيّاً فلا يجوز ، وبين الواجبات الكفائية التوصلية كالواجبات النظامية فيجوز .

الرابع : التفصيل المذكور عن صاحب مفتاح الكرامة(٦) بين كلّ ما كان الغرض الأهمّ منه الآخرة إمّا بجلب نفع فيها أو دفع ضرر لا يجوز أخذ الأُجرة عليه ، وكلّ ما كان الغرض الأهمّ منه الدنيا سواء كان بجلب النفع أو دفع الضرر فإنّه يجوز أخذ الأُجرة عليه وإن كان قد يرجع بالأخرة إلى المهمات الدينية باعتبار كونه وسيلة إليها .

الخامس : ما حكاه فى البلغة عن جده فى المصابيح من التفصيل بين التعبدى منه والتوصلى ، فمنع فى الأوّل مطلقاً ، وفصّل فى الثانى بين الكفائى منه والعينى ، فجوّز فى الأوّل مطلقاً ، وفصّل فى الثانى بين ما كان وجوبه للضرورة أو لحفظ النظام ، فجوّز فى الأوّل ومنع فى

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ .

٢- (٢) المسالک ٣ / ١٣٠ .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٩ .

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢ / ٢٦٣ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٨٠ .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٠٥ .

الثانى مطلقاً ، سواء كان الواجب ذاتيّاً أم غيريّاً(١) .

السادس : ما نسب إلى السيد المرتضى من الجواز فى الواجب الكفائى كتجهيز الميت ، وإن كان تعبديّاً .

وفيه : الشريف المرتضى(٢) مخالف فى الموضوع لا الحكم ، لأنّه ذهب إلى وجوب التجهيز على الولى فقط ، ومع فقده يجب على الغير ، فإذا أمر الوليُّ الغيرَ يجوز له أخذ الأجرة لعدم وجوبه عليه

. وتبعه صاحب الحدائق(٣) وآية اللّه السيد على البهبهانى الرامهرمزى المتوفى عام ١٣٩٥ فى تعليقته الفتوائية على الوسيلة(٤) .

فانتساب القول إلى الشريف المرتضى غير تام .

السابع : ما حكاه الشيخ الأعظم(٥) من المصابيح عن فخر المحققين وجماعة من التفصيل بين العبادات والتوصليات ، فلا يجوز فى الأوّل ويجوز فى الثانى .

الثامن : ما ذكره السيد اليزدى(٦) رحمه الله عن بعضهم من التفصيل بين الواجب الأصلى فلا يجوز والمقدِّمى فيجوز .

التاسع : ما يظهر من الشيخ الأعظم(٧) من التفصيل بين العينى التعينى والكفائى التعبدى فلا يجوز ، وبين الكفائى التوصلى والتخييرى التوصلى فيجوز ، والتردد فى التخييرى التعبدى .

العاشر : جواز أخذ الأُجرة على الواجب مطلقاً ، وهو مختار المحقق الخوئى(٨) .

١- (١) نقل عن البلغة فى مصباح الفقاهة ١ / ٤٦٠ .

٢- (٢) كما مر كلامه عن تلميذه القاضى ابن البراج فى شرح جمل العلم والعمل / ١٤٨ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٢١٢ .

٤- (٤) الوسيلة ٢ / ٧ طبعت تعليقته فى الهامش من منشورات مكتبة الصدر فى طهران .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٣٢ .

٦- (٦) حاشية كتاب المكاسب ١ / ١٣١ .

٧- (٧) المكاسب ٢ / (١٣٧ - ١٣٤) .

٨- (٨) مصباح الفقاهة ١ / ٤٦٠ .

الحادى عشر : قول السيد اليزدى ، وهو « أنّ الوجوب بما هو وجوب لا يقتضى عدم جواز أخذ الأُجرة وإن كان تعبديّاً عينيّاً ، نعم لو فرض استفادة المجانيّة من دليله لا يجوز أخذ الأُجرة عليه ، ولا يبعد دعوى ذلک فى مثل تجهيز الميت ونحوه»(١) .

أقول : ونحو وجوب الإفتاء على الفقيه مجانيّاً والقضاء عليه كذلک على القول المختار . ويمكن إرجاع القولين الأخيرين إلى قول واحد ، ومع نفى ما نسب إلى المرتضى صار عدد الأقوال تسعة .

تبيين موضوع البحث وحكمه

الإجارة هى تمليک منافع العين المستأجرة للمستأجر بالعوض فى المدّة المعلومة . والكلام هنا - بعد الفراغ من الأُمور المعتبرة فى عقد الإجارة وما يلحق بها من الجعالة وإباحة المنفعة بالعوض ونحوهما - هل جهتى العبادة أو الوجوب مانعتان عن صحة عقد الإجارة أو ما شابهها ؟

قد يقال : إنّ حقيقة الإجارة هى تبديل منفعة معلومة بعوض معلوم ، فلابدَّ من وصول المنفعة إلى المستأجر ، لأنّه الدافع للعوض المعلوم وإلاّ انتفت حقيقة الإجارة . وفى البلغة(٢) : إنّ الإجارة بدون هذا الشرط سفهية وأكل للمال بالباطل .

ولكن نقول : الإجارة لا تقتضى إلاّ دخول العمل فى ملک المستأجر ، وأمّا كون المنفعة راجعة إليه فلا موجب له ، ألا ترى أنّه يصح الإستيجار لكنس باب صديق لصديقه الآخر لمجرد وجود الصداقة بينهما . ومنعنا بطلان المعاملة السفهية ، والصحيح بطلان معاملة السفيه ، لأنّه محجور عن التصرف فى أمواله . ومنعنا أيضاً سفهية الإجارة فى جميع الموارد ، فيمكن تعلق غرض صحيح فى بعض الموارد ، نحو : إظهار عظمة الإسلام وإخضاع العاصين والمتمردين . فعلى ما ذكرنا يصح عقد الإجارة ونحوها من الجعالة وغيرها على الواجبات

١- (١) حاشية كتاب المكاسب ١ / ١٣١ .

٢- (٢) نقل عنه فى مصباح الفقاهة ١ / ٤٦١ .

والعبادات إذا تمت سائر الشروط المعتبرة فيهما ، والوجوب والعبادة لا تنافيان عقد الإجارة أو الجعالة فتشملهما عموماتهما .

نعم ، قد أُورد عليه بإشكال يظهر فى بادئ النظر ، وهو : أخذ الأُجرة ينافى قصد القربة والإخلاص المعتبر فى العبادات .

بتقريب : أنّ عقد الإجارة يوجب تغيير داعى الإخلاص فى العمل إلى داعى أخذ الأُجرة ، فيلزم من صحة الإجارة فساد العبادة .

وفيه : أولاً : إنّ هذا الإشكال لا يثبت دعوى عدم جواز أخذ الأُجرة على مطلق الواجبات ، لأنّ الإشكال يجرى فى العبادات فقط ، فيصح أخذ الأُجرة فى التوصليات . وهكذا لا يختص بالواجبات العبادية ، بل يجرى فى المستحبات منها .

وثانياً : لا تنافى بين قصد القربة والإخلاص وأخذ الأجرة ، والنسبة بينهما عموم وخصوص من وجه ، لأنّه يمكن أن يقصد القربة ويأتى بالعمل بداعى الإخلاص من دون أخذ الأُجرة ، ويمكن أن يأخذ الأُجرة ولم يأت بالعمل أصلاً أو لم يأت بالعمل مع قصد القربة والإخلاص ويمكن أن يجمع بينهما بأن يأتى بالعمل مع قصد القربة ويأخذ الأجرة أيضاً .

وثالثاً : لا تنافى بين وجوب الفعل على المكلف ابتداءً وتعلق الوجوب به ثانياً بعنوان وجوب الوفاء بالعقد ، وتعلق الوجوب الثانى يؤكد الإخلاص ولا ينافيه .

كما أشار إلى هذا الشيخ الأكبر فى شرحه على القواعد(١) وتلميذه فى الجواهر(٢) ، ولكن يناقشه الشيخ الأعظم بالمناقشات الثلاث الآتية .

ورابعاً : الإخلاص وقصد القربة لا تنافى مع المنافع الدنيوية والأُخروية ، لأنّ جلّ الناس لو لا كلّهم يقصدون تلك المنافع والأغراض ومع ذلک تكون عبادتهم صحيحة عند المشهور المختار(٣) ، وتدل عليه صحيحة هارون بن خارجة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : [إنّ [

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١١٧ .

٣- (٣) خلافاً لشيخنا البهائى فى أربعينه / ٢٢٥ حيث ذهب إلى بطلان العبادة إذا قصد بفعلها تحصيل الثواب أو الخلاص من العقاب . ونقل الفخر الرازى اتفاق المتكلّمين على أنّ من عبد اللّه لأجل الخوف من العقاب أو الطمع فى الثواب لم تصح عبادته ، أورده عند تفسير قوله تعالى : «ادْعُواْ رَبَّكُمْ تَضَرُّعاً وَخُفْيَةً»[سورة الأعراف / ٥٥] راجع التفسير الكبير ١٤ / ١٣٤ . وجزم الفخر فى أوائل تفسير الفاتحة ١ / ٢٥٠ بأنّه لو قال : أُصلّى لثواب اللّه أو للهرب من عقابه فسدت صلاته . راجع فى هذا المجال حاشية المكاسب / ٥٣ و ٥٤ لآية اللّه الميرزا أبى الفضل النجم آبادى المتوفى عام ١٣٨٥ ق .

العبّاد ثلاثة(١) : قوم عبدوا اللّه عزّ وجل خوفاً فتلک عبادة العبيد ، وقوم عبدوا اللّه تبارک وتعالى طلباً للثواب فتلک عبادة الأُجراء ، وقوم عبدوا اللّه عزّ وجلّ حبّاً له فتلک عبادة الأحرار ، وهى أفضل العبادة(٢) .

ومن تلک المنافع الدنيويّة ، أخذ الأُجرة ، فلا ينافى صحة العبادة .

الاشكالات الثلاثة من الشيخ الأعظم على ما ذكره صاحبا شرح القواعد والجواهر وأجوبتها

الاشكال الأوّل : على فرض تضاعف الوجوب بعقد الإجارة فى الواجبات فيصح بعنوان الاجارة ولكن لا يتضاعف بعقد الجعالة ، لإنّه لا يجب فيها العمل ، فحينئذ الأخذ فيها يكون منافيّاً للإخلاص المعتبر(٣) .

وفيه : لو صح تضاعف الوجوب ولو بعنوان الوفاء بعقد الإجارة وتأكيده للإخلاص المعتبر فى العبادات ، فلازمه عدم منافاة الأخذ مع الإخلاص ، فحينئذ يكون أخذه بعنوان الجعالة أيضاً صحيحاً ولا تنافى بينه وبين الإخلاص .

نعم ، فى عقد الجعالة لا يتأكد الوجوب ، وعدم تأكده لا يضرّ بالإخلاص .

١- (١) وفى بعض النسخ : العبادة ثلاث .

٢- (٢) الكافى ٢ / ٨٤ ح ٥ ونقلت عنه فى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٧ / ٤١ ح ٩ .

٣- (٣) راجع المكاسب ٢ / ١٢٧ للشيخ الأعظم قدس سره .

الاشكال الثانى : حديث تضاعف الوجوب فى الإجارة كيف يصحح قصد القربة ؟ لأنّ وجوب الوفاء بالعقد وغيرها من المعاملات توصلىّ فكيف يوجب تأكد اشتراط قصد القربة فى العمل .

وإن ذهبت إلى أنّ تعدد الوجوب ولو مع الاختلاف فى التوصلية والتعبدية يؤكد الإخلاص فهو خلاف الوجدان ، لأنّه يقضى بأنّ العمل بدون الأُجرة تكون القربة فيه أخلص(١) .

وفيه : يظهر جوابه ممّا مرّ فى الجواب عن الإشكال الأوّل من أنّ حديث تضاعف الوجوب يلزم عدم منافاة أخذ الأُجرة مع الإخلاص بالوجدان ، مضافاً إلى عدم الذهاب إلى تأكيد الإخلاص ولو مع

الاختلاف فى التوصلية والتعبدية ، وهذا الاحتمال ممّا يقطع بعدم إرادته كما عن السيد اليزدى(٢) قدس سره .

الإشكال الثالث : وجوب الوفاء بعقد الإجارة توصليٌّ يسقط بالإتيان بذات العمل . نعم ترتب الثواب موقوف على قصد القربة فيه ، وقصد أمر الشارع بالوفاء به بأنّه ملک للغير . ولكن قصد القربة فى العبادات هى الإتيان بالفعل بما أنّه حقٌّ للّه تعالى ، فلا يجتمع قصد القربة فى التوصليّات مع قصد القربة فى التعبديّات ، لأنّ الأوّل بما أنّه ملک للغير وحقّ له ، والثانى بما أنّه ملک للّه وحقٌّ له . وهذه الإشكالات الثلاثة من الشيخ الأعظم(٣) قدس سره .

وفيه : نعم ، وجوب الوفاء بالعقود فى المعاملات توصليٌّ ولكن لا تنافى بين هذا الوجوب وقصد القربة ، هذا أولاً .

وثانياً : ترتب الثواب على الإتيان بالعمل فى التوصليات منوط بقصد القربة وقصد أمر الشارع ولا يقيّد بأنّه ملک للغير ، بحيث لو أتى به مع قصد القربة وقصد أمر الشارع بدون تقييده بأنّه ملک للغير لكان مثوباً .

وثالثاً : يمكن اجتماع قصدى القربة فى التوصليات بعد إلغاء ملكية الغير فيها ، وفى

١- (١) راجع المكاسب ٢ / ١٢٧ للشيخ الاعظم قدس سره .
٢- (٢) راجع حاشيته على المكاسب ١ / ١٣٤ .
٣- (٣) راجع المكاسب ٢ / ١٢٧ .

التعبديات أيضاً بعد إلغاء ملكية اللّه له ، بل يكفى فى التعبديات إضافة العمل إلى اللّه تعالى، أعنى يقصد المكلَّف أمر الشارع فى الوفاء بالمعاملة ويأتى بالعبادة مضافاً إلى اللّه تعالى . فلعمرى لا أدرى لماذا لا يجتمعان ؟ ! فلا تضرّ المعاملة بصحة العبادة . واللّه سبحانه هو العالم .

تصحيح العبادة المستأجرة

الوجه فى العبادة المستأجرة أمران :

أحدهما : النيابة ، وهى تنزيل الأجير نفسه منزلة المنوب عنه . ونفس النيابة عن الغير فى العبادات تعدّ من المستحبات النفسيّة التوصلية ، لأنّها إحسان فى حقّ المنوب عنه ، ويكون أخذ الأُجرة على هذه النيابة والتنزيل .

ثانيهما : نفس العبادة وعمل النائب .

وعلى هذا يأخذ الأجير الأُجرة فى قبال النيابة ويأتى بالعمل العبادى مع قصد القربة ، فتصح العبادة المستأجرة .

وقد ناقش شيخنا الأُستاذ – مدظله – فى هذا الاستدلال بقوله : « إن أراد أنّ تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه فعل خارجى ، والصلاة مثلاً فعل آخر ولا يرتبط أحدهما بالآخر أصلاً ، وأنّ الإجارة فى موارد الاستيجار على العبادة تقع على الأوّل . فيردّه أنّ لازم ذلك فراغ ذمة الأجير واستحقاقه المطالبة بالأُجرة بمجرد قصده النيابة ، أى اعتبار نفسه منزلة المنوب عنه ... .

وإن أراد أنّ الموجود خارجاً شيءٌ واحد ، غاية الأمر أنّ فيه جهتان وعنوانان :

أحدهما : متعلق الإجارة ولم يؤخذ فيه قصد القربة ، ثانيهما : ما أُخذ فيه قصدها ولكن لم تتعلق به الإجارة ... .

فلا يمكن المساعدة عليه :

أمّا أولاً : فلأنّ الاستيجار على العبادة صحيح حتّى فيما إذا لم يقصد الأجير النيابة بالمعنى المتقدم ، كمن يقضى ما على الميت ويأتى بالعبادة إفراغاً لذمّته ... .

وأمّا ثانياً : فلأنّ تعدد العنوان مع الإتحاد بحسب الوجود لا يفيد فى رفع المنافاة

ص: ٢٣٦

الموهومة بين أخذ الأُجرة على العمل والإخلاص فيه ، وذلک فإنّ المطلوب فى العبادات والغرض منها لا يحصل إلاّ بكون الداعى إلى إيجادها أمر الشارع وطلبه ، فلابدَّ من تحقق العبادة بداعى أمر الشارع بها ، وإذا فرض الإتحاد خارجاً فكيف يكون ذلک الوجود مع أخذ الأُجرة عليه بداعى القربة»(١) .

أقول : أصل هذا الإشكال مأخوذ من السيد اليزدى رحمه الله فى حاشيته على المكاسب(٢) . وحيث كان أصل الاستدلال من الشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره فى مكاسبه(٣) استجوده المحقق النائينى طاب ثراه فى تقريرات بحثه(٤) ، وتعجّب من السيد وأجاب عن إشكاله بقوله : « لم يدّعِ شيخنا الأنصارى أنّ الأُجرة بإزاء نفس قصد النيابة من دون العمل ، ولا أنّ الفعل من جهة واحدة قربى ويجوز أخذ الأُجرة عليها ، لما عرفت أنّ له جهتين ، والحامل على العمل على جهة النيابة وإن كان هو الأُجرة ، إلاّ أنّ الحامل له على جهة المنوب عنه التى هى عبارة عن كونه بدلاً تنزيليّاً له هو أمر اللّه سبحانه المتوجه إلى المنوب عنه .

وملخص الكلام : أنّه لو وقعت الأُجرة بإزاء إتيان ذات العمل ، أو بإزاء إتيان العمل بقصد القربة ، فهذا ينافى العباديّة ، مضافاً إلى أنّه لا يسقط بهذا النحو من الإجارة ما هو الواجب على المستأجر ، لأنّه لم يأت بداعى الأمر المتوجه إلى المنوب عنه ، بل بداعى الأمر الإجارى .

وأمّا لو وقعت الأُجرة بازاء إتيان العمل بأمره المتوجه إلى المنوب عنه بالأمر الأعمّ من المباشرة والاستنابة فهذا لا ينافى القربة المعتبرة فى العبادة ، لأنّه لم يُعتبر فى الأمر الإجارى القربة ، ولا وقعت الأُجرة فى طول داعى نفس العمل ... .

وبعبارة أُخرى : الفعل إذا اعتبر فيه المباشرة فمعناه أنّه يجب أن تصدر هذه النتيجة من نفس الفاعل الذى تعلّق به التكليف . وأمّا إذا لم يُعتبر فيه المباشرة فمعناه أنّ الجامع بين إيجاد

١- (١) ارشاد الطالب ١ / ٢٨٥ و ٢٨٤ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٥ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٢٨ .

٤- (٤) منية الطالب ١ / ٥٤ .

غيره نائباً تبرعيّاً أو إجاريّاً وإيجاد نفسه متعلّق للتكليف ، فإذا كان الجامع متعلّقاً للتكليف ولم يجب على الغير الجهة الإصداريّة فله أن يؤجر نفسه بازاء أُجرةٍ لتحصيل ما هو واجب على الغير ، فلابدّ أن يقصد فى إيجاده نتيجة الفعل بفعله ، وقوعه عن الغير ليستحقّ الأُجرة وليسقط عنه ، فيترتب على فعله أمران متغايران :

أحدهما : وقوع متعلّق الإجارة عنه ، وهذا لا يُعتبر فيه القربة ، لأنّ إيجاده العمل من حيث فعل نفسه لا يُعتبر فيه القربة .

وثانيهما : وقوع العمل عن الغير ، لكونه فرداً من أفراد الجامع ، وبه يحصل فراغ ذمّته ، وبه يحصل التقرّب له ، وهذا معتبر فيه القربة ولكنّه للمنوب عنه لا للنائب»(١) . إنتهى كلامه .

أقول : وأنت خبير بأنّ ما ذكره المحقق النائينى قدس سره مع تماميته لا يندفع به الإشكال ، وهو أنّ الفعل الواحد - ولو مع تعدد العنوان - لا يخرج عن وحدته ، ومع الوحدة كيف يمكن أنْ يؤتى به مع قصد القربة وأخذ الأُجرة ، وإذا جاءت الأُجرة إرتفعت القربة . فالإشكال على الشيخ الأعظم قدس سره وارد .

ثم استشكل الشيخ على استدلال عدم جواز أخذ الأُجرة على الواجبات العبادية لأنها تنافى مع قصد القربة المعتبرة فيها بقوله : « فإن قلت : يمكن للأجير أن يأتى بالفعل مخلصاً للّه تعالى ، بحيث لا يكون للإجارة دخل فى إتيانه فيستحقّ الأُجرة ، فالإجارة غير مانعة عن قصد الإخلاص»(٢) .

وبعبارة أُخرى : يمكن أن يكون داعى الأجير إلى العبادة أمر الشارع بها ، بحيث لو لا أمر الشارع وطلبه لم يأت بها أصلاً ، حتّى مع بذل الأُجرة عليها ، وإذا فُرض الإتيان بها والداعى إليها أمرُ الشارع يحصل قصد القربة ويستحق الأُجرة ، ولا تنافى بين أخذ الأُجرة وقصد القربة .

وأجاب الشيخ عنه بقوله : « قلتُ : الكلام فى أنّ مورد الإجارة لابدّ أن يكون عملاً

١- (١) منية الطالب ١ / ٥٦ و ٥٥ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٢٨ .

قابلاً لأنْ يوفّى به بعقد الإجارة ، ويؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إيّاه ومن باب تسليم مال الغير إليه ، وما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك»(١) .

وحاصل جوابه بتوضيح منّا : أنّ الإجارة لابدّ أن تتعلّق بما أمكن أنْ تدعو إليه وتُبعث نحوه ، أى لابدّ من القدرة على عنوان الوفاء بعنوان أنّه مال الغير ، والعبادة لا تكون كذلك .

وبعبارة أُخرى : الإجارة تستلزم أن يكون العمل بحيث يمكن الإتيان به بداعى أنّه ملک للمستأجر ، وفى العبادة لا تجرى هذه الملازمة .

أقول : يمكن أن يناقش فى هذا الجواب بعدم اعتبار ذلک فى عقد الإجارة ، أعنى أنه لا يُعتبر فى عقد الإجارة أن يكون العمل بحيث أن يؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إيّاه ومن باب تسليم مال الغير إليه ، بل يكفى فيه أن يأتى الأجير بذات العمل من دون أىُّ تقييدٍ أو قصدٍ ، ألا ترى لو أتى الخياط بالخياطة المستأجرة ذاتها من دون تقييد بأنّ المستأجر يستحقه أو من باب تسليم مال الغير إليه أو أنّه ملک للمستأجر ، ومن دون قصد هذه الاُمور - بمعنى أنّها يكون الداعى له نحو العمل وتحرّكه بالإتيان به ، بل يكفى الإتيان بذات العمل مع توصيفه بأنّه هو العمل المستأجر عليه . هذا أولاً .

وثانياً : حتّى على القول باعتبار هذه الحيثيّة أو القيد فى عقد الإجارة يمكن أن يأتى به الأجير فى العبادات ، لأنّه قد مرّ منّا عدم التنافى بين قصد القربة والإخلاص وأخذ الاُجرة واستحقاقها ، وعلى هذا يمكن للأجير أن يأتى بالعمل المستأجر عليه والوفاء به .

وثالثاً : لو تنزّلنا مرّتين وقبلنا من الشيخ الأعظم قدس سره اعتبار هذا القيد فى عقد الإجارة ، وعدم إمكان الإتيان به فى العبادات ، مع ذلک كلّه يمكن القول بصحة الإجارة ، لأنّ دليل صحتها لا ينحصر بعموم «أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ»(٢) حتّى يستلزم عنوان الوفاء ذلک التقييد ، بل يكفى للحكم بالصحة عموم قوله تعالى : «تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ»(٣) كما نبّه عليه المحقق

١- (١) المكاسب ٢ / ١٢٩ .

٢- (٢) سورة المائدة / ١ .

٣- (٣) سورة النساء / ٢٩ .

الإيروانى رحمه الله (١) .

ثمّ استشكل الشيخ ثانياً على استدلال عدم جواز أخذ الأُجرة على العبادات للمنافاة بينها وبين قصد القربة المعتبرة فيها بقوله : « فإن قلت : يمكن أن يكون غاية الفعل التقرّب ، والمقصود من إتيان هذا الفعل المتقرَّب به استحقاق الأُجرة ، كما يؤتى بالفعل تقرّباً إلى اللّه ويُقصد منه حصول المطالب الدنيوية : كأداء الدين وسعة الرزق وغيرهما من الحاجات الدنيوية»(٢) .

توضيحه : كما يمكن أن تكون الحوائج الدنيوية هى الباعث والمحرّك إلى الإتيان ببعض العبادات نحو : صلة الرحم والصدقة وصلاة الليل والحج والعمرة ، كذلك أخذ الأُجرة يكون باعثاً على الإتيان بالعمل العبادى مع قصد القربة .

وأجاب عنه بقوله : « قلت : فرق بين الغرض الدنيوى المطلوب من الخالق الذى يُتقرّب إليه بالعمل ، وبين الغرض الحاصل من غيره وهو استحقاق الأُجرة ، فإن طلب الحاجة من اللّه تعالى سبحانه - ولو كانت دنيويّة - محبوب عند اللّه ، فلا يقدح فى العبادة ، بل ربّما يؤكّدها»(٣) .

توضيح الجواب : الحاجة والغرض والأُجرة إذا كانت مطلوبةً من الشارع بلا فرق بين أن تكون دنيوّيةً أو أُخرويّةً ، لا تضرّ بالقربة والإخلاص ، وأمّا إذا كانت مطلوبة من غيره نحو استحقاق الأُجرة للأجير فلا تجتمع مع قصد القربة .

أقول : يمكن أن يناقش فى الجواب : بأنّ غرض الأجير من عمله العبادى هو استحقاق الأُجرة فى الشريعة وحكم الشارع به ، ولذا يأتى بالعبادة فى غياب المستأجر أو بعد أخذ الأُجرة منه ، ولا يكون غرضه مجرد أخذ المال واستخلاصه من المستأجر لكى ينافى مع قصد القربة كما ذكره شيخنا الأُستاذ - مدظله(٤) - وأضاف : « فتحصل ممّا ذكرنا أنّه لا منافاة بين

١- (١) راجع حاشيته على المكاسب ١ / ٢٨١ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٢٩ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٢٩ .

٤- (٤) راجع إرشاد الطالب ١ / ٢٨٧ .

العمل [العبادى] للآخر بالإستيجار ، وبين قصد القربة فى ذلک العمل ، سواء كان واجباً تعبديّاً أو مستحبّاً كذلک ، ... بل بناءً على ما ذكرناه فى الأُصول من أن قصد التقرب المعتبر فى العبادة ليس خصوص الفعل بداعى الأمر المتعلّق به ، بل مطلق إضافة العمل إلى اللّه سبحانه ، فتكون الصلاة على ميت بداعى استحقاق الأُجرة المقرَّرة بإزائها شرعاً عبادة ، لحصول القربة المعتبرة فيها بغرض [وجود] الداعى وهو استحقاق الأُجرة شرعاً . وعلى ذلک فلو لم يلتفت الأجير إلى استحباب الصوم أو الصلاة عن الميت ، بل صام أو صلى بغرض استحقاقه شرعاً الأُجرة المقرَّرة لهما ، حكم بصحة عمله ووقوعها عبادة ، بلا حاجة إلى حديث الداعى إلى الداعى ليقال أنّه لا يجرى فى صورة الغفلة عن استحباب نفس العمل أو وجوبه كما لا يخفى »(١) .

استدلال الشيخ الأكبر فى عدم جواز أخذ الأُجرة على الواجبات ونقده

قال الشيخ جعفر قدس سره : « لأنّ المملوک والمستَحَق لا يُمْلَک ولا يُسْتَحَق ثانياً ، ولأنّ الإجارة لو تعلّقت به كان للمستأجر سلطان عليه فى الإيجاد والعدم على نحو سلطان المُلاّک ، وكان له الإبراء والإقالة والتأجيل ، وكان للأجير قدرة على التسليم . وفى الواجب يمتنع ذلک ، وهو فى العينى بالأصل أو بالعارض واضح .

وأمّا الكفائى : فلأ نّه بفعله يتعيّن له ، فلا يدخل فى ملک آخر ، ولعدم نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقّه غيره ، لأنّه بمنزلة قوله : « استأجرک لتملّک منفعتک المملوكة لک أو لغيرک » ، ولأنّ الظاهر عدم الدخول فى عمومات المعاملات فى الكتاب والسنة ، فيبقى على أصل عدم الانتقال عن الحالة الأولى .

وأمّا ما كان واجباً مشروطاً فليس بواجب قبل حصول الشرط ، فتعلّق الإجارة به قبله لا مانع منه ، ولو كانت هى الشرط فى وجوبه ، فكلّ ما وجب كفاية من حِرَف وصناعات لم يجب إلاّ بشرط العوض بإجارة أو جعالة أو نحوهما . فلا فرق بين وجوبها العينى للإنحصار

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ٢٨٧ .

ووجوبها الكفائى ، لتأخر الوجوب عنها وعدمه قبلها ، كما أنّ بذل الطعام والشراب للمضطر إن بقى على الكفاية أو تعيّن يستحقّ فيه أخذ العوض على الأصح ، لأنّ وجوبه مشروط بخلاف ما وجب مطلقاً ، بالإصالة كالنفقات أو بالعارض كالمنذورات ونحوها»(١) .

قال الشيخ الأعظم فى توضيح استدلاله فى الواجبات العينية : « إنّ الذى يقابل المال لابدّ أنْ يكون كنفس المال ممّا يَمْلِكُهُ المؤجر حتى يُمَلِّكُه المستأجر فى مقابل تمليكه المال إيّاه ، فإذا فرض العمل واجباً للّه ليس للمكلف تركه ، فيصير نظير العمل المملوك للغير...»(٢) .

ثمّ استشكل عليه تلميذه صاحب الجواهر على اُستاذه الشيخ الأكبر بقوله : « لا مانع من تعدد أسباب الوجوب ، كما يقضى به صحة نذر الواجب والحلف عليه وأمر الوالد والسيد به . نعم هو كذلك بالنسبة إلى أسباب المِلْك ، ولا تعدد فيها هنا . والسلطان من حيث الإجارة بالإبراء والإقالة ونحوها متحقِّقٌ هنا ، والأجير له قدرة على التسليم فى الواجبات التى تعتبر فيها النيّة ونفعها حاصل للغير كأحكام الأموات ونذر خياطة الثوب لزيدٍ مثلاً ونحو ذلك ، بل جواز أخذ الاُمّ الاُجرة على إرضاع الولد اللّباء مع وجوبه عليها ، كاستحقاق أخذ العوض عمّا يدفعه للمضطر من المال وما يأخذه الوصى عوضاً عن عمله ، أوضح شاهد على عدم منافاة صفة الوجوب للتكسب ، بل هو مقتضى القواعد والضوابط ... »(٣) .

أقول : قوله قدس سره : « لا مانع من تعدد أسباب الوجوب» مأخوذ من اُستاده فی نفس الکتاب ، لأنّه ذهب إلی تأکّد القربة بتضاعف الوجوب(٤) . ومنه یظهر القول بجواز تعدّد أسباب الوجوب أیضاً .

بل استدلال الشیخ جعفر یرجع إلی أنّ المعتبر فی المعاملات نحو الإجارة لابدّ للمؤجر أن یَمْلک مورد الإجارة حتّی یُمَلِّکه المستأجر ، إذا کان العمل واجباً للّه تعالی فلیس مملوکاً للمؤجر ، لأنّه لا یقدر علی ترکه شرعاً فلا تصح الإجارة کما یظهر هذا البیان من الشیخ

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ الی ٢٨٢ .

٢- (٢) المکاسب ٢ / ١٣٠ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١١٧ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ .

جعفر ، فما ذکره صاحب الجواهر - وإن کان صحیحاً فی نفسه - ولکن لم یردّ علی الاستدلال .

نعم ، یردّ علی الاستدلال ما ذکره الشیخ الأعظم بقوله : « لإمکان منع المنافاة بین الوجوب الذی هو طلب الشارع الفعل ، وبین استحقاق المستأجر له ، ولیس استحقاق الشارع للفعل وتملّکه المنتزع من طلبه من قبیل استحقاق الآدمی وتملّکه الذی ینافی تملّک الغیر واستحقاقه»(١) .

أقول فی توضیح کلام الشیخ : إنّ ملکیة المستأجر فی طول طلب الشارع واستحقاقه ، لأنّه استأجره للعمل الواجب علیه من اللّه بأن یأتی به للّه تعالی ، فهو - أی الأجیر - یأتی بالعمل الواجب للّه تعالی ثمّ یجعل ذلک العمل الذی یأتی به قربةً إلی اللّه تعالی للمستأجر ویملِّکه له حتّی یستحقَّ

الأُجرة شرعاً ، فالإتيان بالفعل الواجب للّه تعالى أوّلاً ثمَّ تمليكه للمستأجر لا يتنافيان ، لأنّ الثانى فى طول الأوّل .

نعم ، إذا كانا فى عرض واحد لا يمكن اجتماعهما فى بعض الفروض ، نحو : إيجاد فعل واحد لشخصين أو نيابة عنهما فى زمان واحد . ولتفصيل هذا البحث راجع إلى حاشية الفقيه اليزدى قدس سره على المكاسب(٢) .

وأمّا مناقشة المحقق الإيروانى فى كلام الشيخ الأعظم - وكذلک يردّ على استدلال الشيخ الأكبر أيضاً - من نفى الكبرى ، وهى أنّ المملوک لا يملک ثانياً قال : « وأمّا نحن ننكر الأصل وننكر أن المملوک لا يملک ثانياً ، بل يمكن أن تجتمع ملكيّتان عرضيّتان مستقلّتان على مال واحد ، كما تجتمع أوصياء متعدّدون ووكلاء متعدّدون على مالٍ واحدٍ ، كلٌّ مستقل فى وصيته ووكالته»(٣) .

غير تام ، فتكون الكبرى تامة ، لأنّ المملوک لا يملک ثانياً . وما ذكره قدس سره بعنوان المثال ليس من قبيل المِلْک بل من قبيل السُلطة على نحو الوكالة أو الوصاية على مِلْكٍ واحدٍ . والملكيّة مركبة من عقدين : إثباتى وسلبى :

١- (١) المكاسب ٢ / ١٣١ .

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ١ / ١٤١ .

٣- (٣) الحاشية على المكاسب ١ / ٢٨٣ للمحقق الإيروانى .

أمّا الإثباتى : فهو السلطنة على التصرفات بلا مراجعة أحد ، وأمّا السلبى : فهو السلطنة على منع الغير من التصرف .

ونفى العقد السلبى من الإيروانى تحكّم ولم يدل على كلامه دليل(١) . مضافاً إلى أنّ المراد بالعقد الإثباتى هنا هو العقد الإثباتى الأصلى لا غير الأصيل مثل الوكالة والوصاية ونحوهما .

والحاصل ، أنّ ما ذكره قدس سره فى نفى الكبرى غير تامّ.

وكذا لا ينقض على استدلال الشيخ الأكبر قدس سره ببيع الكلّى فى الذمة ، لأنّ فيه - وإن يمكن عدم مالكية البائع حين إنشاء العقد - ولكن له القدرة على التسليم وفاءً بالعقد بعد تمليك المبيع .

وكذا لايردّ عليه : بأنّ الحرّ يؤجر نفسه مع أنّه لا يملك عمله . لأنّ الحرّ له القدرة على تسليم العمل فى مدّة الإجارة ، ونفس القدرة تكفى فى صحة الإجارة أو المعاملة .

فالإشكال منحصر بما ذكره الشيخ الأعظم على القسم الأوّل من الاستدلال .

وأمّا ما ذكره الشيخ جعفر فى الواجب الكفائى : فيرجع إلى أنّ المكلف إذا اشتغل بالواجب الكفائى يتعيّن له ، أى ترجع مصالحه وثوابه إليه ، فتصير منافعه إليه . وما هذا شأنه من الإختصاص لا ينتقل إلى الغير ، فلا تجوز الإجارة عليه .

وقد ناقش الشيخ الأعظم فيه بقوله : « منع وقوع الفعل له بعد إجارة نفسه للعمل للغير ، فإنّ آثار الفعل حينئذ ترجع إلى الغير ، فإذا وجب إنقاذ غريق كفايةً ، أو إزالة النجاسة عن المسجد ، فاستأجر واحدٌ غيره ، فثواب الإنقاذ والإزالة يقع للمستأجر دون الأجير المباشر لهما .

نعم ، يسقط الفعل عنه ، لقيام المستأجر به ولو بالاستنابة ، ومن هذا القبيل الاستئجار للجهاد مع وجوبه كفايةً على الأجير والمستأجر »(٢) .

والمناقشة فى محلّها .

١- (١) راجع حاشيته على المكاسب ١ / ٢٨٤ .
٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٣١ .

وقد ناقش المحقق الميرزا محمد تقى الشيرازى قدس سره فى حاشيته على استدلال الشيخ الأكبر بقوله : « إن أُريد بذلک (أى بأنّ الفعل متعيّن له) أنّ الواجب الكفائى ممّا لا ينتفع به الغير أصلاً انتفاعاً يصح باعتباره استيجاره فهو واضح المنع ، فإنّ من أوضح الفوائد سقوطه عن المؤجر إذا كان واجباً كفائياً عليهما جميعاً إلى غير ذلک من الفوائد الكثيرة . وإن كان أُريد بذلک عدم إنتفاع الغير بخصوص ثوابه فهو غير مضرٍّ مع فرض ثبوت غيره من الفوائد التى يصح باعتباره الإجارة ... »(١) .

أقول : والحاصل ، الإشكال على الشيخ جعفر قدس سره بأنّ الواجب الكفائى مع الإتيان به لا يتعيّن ولا يصير واجباً عينيّاً ولا ينقلب من الكفائية إلى العينيّة ، كما هو الواضح لمن راجع مصاديقه ، هذا أولاً .

وثانياً : ترجع الفائدة إلى المستأجر فى الواجبات الكفائية بسقوطه مِنْ ذمّته وإيصال الثواب إليه .

وأمّا ما ذكره الشيخ الأكبر فى الواجب المشروط ، ذكره الشيخ الأعظم رحمهما اللّه بعنوان الوجه السادس من وجوه التفصّى عن إشكال الواجبات النظاميّة ويردّ عليه ب- : « أنّ وجوب الصناعات ليس مشروطاً ببذل العوض ، لأنّه لإقامة النظام التى هى من الواجبات المطلقة ، فإنّ الطبابة والفصد والحجامة وغيرها - ممّا يتوقف عليه بقاء الحياة فى بعض الأوقات - واجبةٌ بُذل له العوض أم لم يبذل»(٢) .

وحاصل إيراده : أنّ بعض الواجبات النظامية واجبٌ مطلقاً ولو لم يبذل العوض فى مقابله ، فلا يصح أخذه بعنوان الواجب المشروط ، والإيراد فى محلّه إلاّ أن يحمل كلام الشيخ الأكبر « لم يجب إلاّ بشرط العوض»(٣) على الغالب ، فيدفع به الإيراد ، ولكنه خلاف ظاهر كلامه قدس سره ، واللّه العالم .

١- (١) حاشيته على المكاسب ١ / ١٤٩ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٤٠ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٨١ .

بيان المحقق النائينى ونقده

ذكر المحقق النائينى فى مقدمة بحثه أمرين : الأوّل منهما - وهو مورد المناقشة - قال : « أن يكون العمل الذى يأخذ الأجير أو العامل بإزائه الأُجرة والجُعل ملكاً له بأنْ لا يكون مسلوب الاختيار بإيجابٍ أو تحريمٍ شرعىٍّ عليه ، لأنّه إذا كان واجباً عليه فلا يقدر على تركه ، وإذا كان محرَّماً عليه فلا يقدر على فعله . ويُعتبر فى صحة المعاملة على العمل كون فعله وتركه تحت سلطنته واختياره»(١) .

أقول : يمكن أن يناقش فى ما ذكره بأنّ المعتبر فى صحة المعاملة على العمل تمكن الأجير من تسليم العمل الذى هو مورد المعاملة ، وإيجاب الفعل لا ينافى تسليم العمل . نعم مع تحريم الفعل لا يمكن تسليمه شرعاً ، وتمّ ما ذكره النائينى بالنسبة إلى التحريم فقط لا الوجوب ، وقد نبّه على هذه المناقشة شيخنا الأُستاذ - مدظله(٢) - .

والحاصل ، ظهر لک إلى هنا عدم التنافى بين وجوب شىءٍ وأخذ الأُجرة عليه ، كما تدلّ عليه أيضاً صحيحة هشام بن الحكم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه ؟ فقال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم ، فليأكل بقدر ذلک(٣) .

وظاهر هذه الصحيحة أنّ الأكل أو الأخذ يصح بعنوان أُجرة المثل ، وليس فقط مجرد تجويز الأكل من مال اليتيم .

وهكذا ظهر عدم التنافى بين قصد القربة وأخذ الأُجرة ، كما تدل عليه الروايات الكثيرة فى الحج النيابى ، منها : موثقة عمار بن موسى الساباطى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأخذ الدراهم ليحجّ بها عن رجل ، هل يجوز له أن ينفق منها فى غير الحج ؟ قال : إذا ضمن الحجّة فالدراهم له يصنع بها ما أحبّ وعليه حجّة(٤) .

١- (١) منية الطالب ١ / ٤٥ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٢٨٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٥١ ح ٥ . الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١١ / ١٨٠ ح ٣ . الباب ١٠ من أبواب النيابة فى الحج .

فراجع فى هذا المجال وسائل الشيعة ١٠ / ١٨٠ الباب ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ وغيرها من أبواب النيابة فى الحج .

وبالجملة ، حيث ذهبنا إلى جواز أخذ الأُجرة حتّى فى الواجبات العينيّة التعبديّة لعدم تنافى قصد القربة مع أخذ الأُجرة كما مرّ مفصلاً ، فنحن فى فسحة من الإشكال المشهور فى الواجبات النظامية حتّى إذا بلغت إلى حدِّ الوجوب العينى لجواز أُخذ الأُجرة عليها .

نعم ، لو ثبت فى مورد مجانيّة العمل فى الشرع الأقدس - نحو : وجوب الإفتاء أو القضاء على الفقيه مجاناً - نأخذ به ، فلا يجوز حينئذ أخذ الأُجرة عليه .

هذا كلّه فى أخذ الأُجرة فى الواجبات .

أمّا المحرَّمات : فقد مرّ منّا عدم جواز أخذ الأُجرة عليها .

وأمّا المباحات والمكروهات والمستحبات فيجوز أخذ الأُجرة عليها ، وجوازها فى الأُوليين ظاهر وأمّا الأخير حيث قد مرّ منّا عدم تنافى قصد القربة مع أخذ الأُجرة فى الواجبات فالأمر فى المستحبات سهلٌ .

وأمّا النيابة والإستيجار فى العبادات

الروايات المتواترة إجمالاً تدلّ على أنّ النيابة عن الميت فى العبادات من المستحبات الشرعية لجميع الناس :

منها : صحيحة عمر بن يزيد قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام [أ] يصلّى عن الميت ؟ فقال : نعم حتّى أنّه ليكون فى ضيق فيوسّع اللّه عليه ذلک الضيق ، ثم يؤتى فيقال له : خُفّف عنک هذا الضيق بصلاة فلان أخيک عنک . قال : فقلت له : فأُشركُ بين رجلين فى ركعتين ، قال : نعم ، فقال عليه السلام : إنّ الميت ليفرح بالترحّم عليه والاستغفار له كما يفرح الحىُّ بالهديّة تهدى إليه(١) .

سند الصدوق إلى عمر بن يزيد صحيح والرجل ثقة ، فالرواية صحيحة الإسناد ودلالتها على استحباب النيابة عن الميت فى العبادات واضحة .

١- (١) الفقيه ١ / ١٨٣ ح ٥٥٤ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٩ ح ٤ .

ومنها : معتبرة بل صحيحة معاوية بن عمار الدهنى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أىّ شىءٍ يلحق الرجل بعد موته ؟ قال : يلحقه الحج عنه والصدقة عنه والصوم عنه(١) .

رجال السند كلّهم ثقات من البرقى وأبيه ، وأبان بن عثمان الأحمر التميمى إن لم يكن ثقة كان صحيح الرواية ، ومعاوية بن عمار الدهنى ثقة ، فالسند باعتبار صحة رواية أبان يكون معتبراً وباعتبار وثاقته يكون صحيحاً .

ومنها : صحيحة على بن جعفر سأل عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام : عن الرجل هل يصلح له أن يصلى أو يصوم عن بعض موتاه ؟ قال : نعم ، فيصلى ما أحبّ ويجعل ذلك للميت ، فهو للميت إذا جعل ذلك له(٢) .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن جندب قال : كتبت إلى أبى الحسن موسى عليه السلام أساله عن الرجل يريد أن يجعل أعماله من الصلاة والبرّ والخير أثلاثاً : ثلثاً له وثلثين لأبويه ، أو يفردهما من أعماله بشىءٍ ممّا يتطوع به بشىءٍ معلوم ، وإن كان أحدهما حيّاً والآخر ميتاً . فكتب إلىَّ : أمّا للميت فحسنٌ جائزٌ ، وأمّا للحى فلا إلاّ البرِّ والصلة(٣) .

رجال السند كلّهم ثقات من الحميرى وأحمد بن محمد وابن محبوب وعبد اللّه بن جندب .

ومنها : خبر عمر بن يزيد قال : كان أبو عبد اللّه عليه السلام يصلى عن ولده فى كلّ ليلة ركعتين ، وعن والديه فى كلّ يوم(٤) ركعتين ، قلت له : جعلت فداك وكيف صار للولد الليل ؟ قال : لأنّ الفراش للولد . قال : وكان يقرأ فيهما إنا أنزلناه فى ليلة القدر ، وإنا أعطيناك الكوثر(٥) .

١- (١) المحاسن ١ / ١٥٠ ح ١٦٦ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٩ ح ٣ .

٢- (٢) مسائل على بن جعفر / ١٩٩ ح ٤٢٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٨ / ٢٧٧ ح ٢ .

٣- (٣) قرب الاسناد / ٣١١ ح ١٢١٢ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٤٠٢ ح ٢٢ .

٤- (٤) كذا فى جامع أحاديث الشيعة وهو الصحيح ، ولكن فى المطبوع من التهذيب ليلة وفى الجامع أشار بأنّ « ليلة » نسخة بدل .
٥- (٥) التهذيب ١ / ٤٦٧ ح ١٧٨ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٩ ح ٥ .

الشيخ لم يذكر سنده إلى محمد بن عبد الحميد فى مشيخة التهذيب ، والسند المذكور فى الفهرست(١) ضعيف ، فالرواية من حيث السند ضعيفة .

والروايات فى هذا المجال متواترة إجمالاً كما مرّ ، فإنْ شئت راجع وسائل الشيعة ٨ / ٢٧٦ ومستدرک الوسائل ٦ / ٤٣٧ وجامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٨ .

وحيث ثبت بالروايات استحباب النيابة فى العبادات عن الميت ، بل عن الحيِّ فى بعض الموارد ، يجوز أخذ الأُجرة للإتيان بهذا الأمر الإستحبابى . نعم بعد عقد الإجارة يصير واجباً على الأجير . وهذا أحسن الطرق لتصحيح العبادات المستأجرة . وله طرق أُخَر أغمضنا عن ذكرها روماً للاختصار(٢) .

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها :

الفرع الأوّل : لو استؤجر لإطافة غيره هل يجوز احتساب الطواف لنفسه أم لا ؟

فى المسألة خمسة أقوال :

١ - القول بجواز الاحتساب مطلقاً ، وقد نُسب إلى الشرائع(٣) والقواعد(٤) على إشكال فى الثانى ، وجم غفير من الأصحاب(٥) .

٢ - عدم جواز الاحتساب مطلقاً ، وقد نسب إلى بعض الشافعية(٦) .

٣ - عدم جواز الاحتساب عن نفسه إذا استؤجر للإطافة بغيره أو لحمله فى الطواف ، وقد نسبه الشيخ الأعظم إلى جماعة منهم الإسكافى(٧) .

١- (١) الفهرست / ٤٣٥ الرقم ٦٩٠ .

٢- (٢) راجع فى هذا المجال مصباح الفقاهة ١ / ٤٧٣ .

٣- (٣) الشرائع ١ / ٢٣٣ .

٤- (٤) القواعد ١ / ٤١١ .

٥- (٥) نسبه إليهم المحقق الخوئى فى المصباح ١ / ٤٧٧ وفى الثانى حكاية عن بعض الأعاظم .

٦- (٦) نسبه إليهم المحقق الخوئى فى المصباح ١ / ٤٧٧ .

٧- (٧) المكاسب ٢ / ١٤٧ وأنت تجد قول الإسكافى فى المختلف ٤ / ١٨٥ .

٤ - التفصيل بين الاستيجار للطواف به وبين الاستيجار لحمله فى الطواف ، فلا يجوز الاحتساب فى الأوّل ويجوز فى الثانى . وهو مختار العلامة فى المختلف(١) .

٥ - التفصيل بين ما إذا كان الحامل متبرعاً أو حاملاً بجعالة أو كان مستأجَراً للحمل فى طوافه أمكن أن يحتسب الطواف لنفسه أيضاً ، وأمّا لو كان مستأجراً للحمل مطلقاً فلم يحتسب ، لأنّ الحركة المخصوصة قد صارت مستحقة عليه لغيره فلا يجوز صرفها إلى نفسه . وهذا التفصيل من الشهيد الثانى فى المسالك(٢) .

أقول : حيث أنّ الإطافة والحمل فى الطواف - ولو كانت بالإجارة أو الجعالة أو نحوهما - تكون غير النيابة ، فلذا صح احتساب الطواف لنفسه مطلقاً فى صورة الإطافة ، سواء كانت بالإجارة أو الجعالة أو التبرع .

والمستأجر بعد عقد الإجارة يملك الإطافة أو الحمل فى الطواف فقط ، وقد حمله الأجير ووفى بعقد الإجارة ، وأمّا الحامل والأجير لو نوى الطواف وله شرائطه فقد تمّ طوافه ، وليس للمستأجِر منعه بعقد الإجارة .

نعم ، لو آجره على منع الإتيان بالطواف من قبله ، لو أتى بالطواف حينئذ صح طوافه أيضاً ولكن حيث لم يعمل بعقد الإجارة مع شرائطه لم يستحق أُجرة المسمى ولكن له أُجرة المثل .

فصحة الطواف واحتسابه لنفسه على جميع الفروض جارية.

وتدلّ على جواز الاحتساب فى صورة التبرع - الذى لا فرق بينه وبين صورتى الإجارة والجعالة كما صرح بعدم الفرق الفقيه اليزدى(٣) وباطلاق الروايات حتّى تشمل الإجارة المحقق الخوئى(٤) - عدّة من الروايات :

منها : صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى المرأة تطوف بالصبى

١- (١) مختلف الشيعة ٤ / ١٨٦ .

٢- (٢) المسالک ٢ / ١٧٧ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٥٥ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٧٨ .

وتسعى به ، هل يجزى ذلک عنها وعن الصبى ؟ فقال: نعم(١) .

ومنها : صحيحة هيثم بن عروة التميمى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : رجل كانت معه صاحبة لا تستطيع القيام على رجلها فحملها زوجها فى محمل فطاف بها طواف الفريضة بالبيت وبالصفا والمروة ، أيجزيه ذلک الطواف عن نفسه طوافه بها ؟ فقال : إيها اللّه إذا(٢) .

قال صاحب الوسائل : معناه : أى واللّه يكون ذا ، فالهاء عوض عن واو القسم ، ذكره جماعة من النحويين واللغويين ، « وإيها » كلمة تصديق وارتضاء ذكره جماعة أيضا ، وعلى تقدير ثبوت واو القسم فالأمر أوضح(٣) .

ومنها : صحيحة أُخرى لهيثم بن عروة التميمى(٤) .

ومنها : صحيحة ثالثة لهيثم التميمى(٥) .

الفرع الثانى : هل يجوز أخذ الأُجرة على الأذان أم لا ؟

اشارة

المشهور بين الأصحاب عدم الجواز ، وادعى الشيخ فى الخلاف(٦) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٧) الإجماع عليه . ولكن حكى(٨) عن المرتضى القول بالكراهة ، وتبعه الشهيد فى الذكرى(٩) والسيد محمد العاملى فى المدارك(١٠) والأردبيلى فى مجمع الفائدة(١١) والمجلسى فى

١- (١) وسائل الشعية ١٣ / ٣٩٥ ح ٣ ، الباب ٥٠ من أبواب الطواف .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٩٦ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٩٦ ذيل ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٩٥ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٩٥ ح ١ .

٦- (٦) الخلاف ١ / ٢٩٠ .

٧- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٣٦ .

٨- (٨) الحاكى هو المحقق فى المعتبر ٢ / ١٣٣ والعلامة فى التذكرة ٣ / ٨١ ، ولكن ثانى الشهيدين فى المسالک ٣ / ١٣١ حكى عنه القول بالجواز وتبعه السبزوارى فى الكفاية ١ / ٤٤٣ .

٩- (٩) ذكرى الشيعة ٣ / ٢٢٣ .

١٠- (١٠) مدارک الأحكام ٣ / ٢٧٦ .

١١- (١١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩٢ .

بحار الأنوار(١) .

وأمّا العامة فقد ذهب أبو حنيفة وأحمد والأوزاعى إلى حرمة أخذ الأُجرة ، وأمّا الشافعى ومالک فقد ذهبا إلى الجواز كما نقل عنهم العلامة فى التذكرة(٢) . فلابدَّ فى المقام من ملاحظة الروايات :

منها : معتبرة السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام قال : آخر ما فارقت عليه حبيب قلبى أن قال : يا على ، إذا صلّيت فصلِّ صلاة أضعف مَنْ خلفک ، ولا تتّخذنَّ مؤذّناً يأخذ على أذانه أجراً(٣) .

ومنها : موثقة زيد بن على عن أبيه عليه السلام عن آبائه(٤) عليهم السلام عن على عليه السلام أنّه أتاه رجلٌ فقال : يا أمير المؤمنين واللّه إنّى أُحبّک للّه ، فقال له : لكنّى أبغضک للّه ، قال : ولم ؟ قال : لأنّک تبغى فى الأذان ، وتأخذ على تعليم القرآن أجراً ، وسمعت رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم يقول : مَنْ أخذ على تعليم القرآن أجراً كان حظّه يوم القيامة(٥) .

ولكن فى نقل الصدوق : لأنّک تبغى فى الأذان كسباً وتأخذ على تعليم القرآن أجراً(٦) .

أقول : قد عبّرنا عن هذه الرواية بالموثقة ولكن فى السند عبد اللّه بن المنبه فى مطبوعات التهذيب(٧) والإستبصار(٨) والوسائل(٩) وهو مجهول ، فلابدَّ من القول بضعف

١- (١) بحار الانوار ٨١ / ١٦١ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٣ / ٨١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٤٤٧ ح ١ . الباب ٣٨ من أبواب الأذان والاقامة .

٤- (٤) الظاهر عن أبيه عليه السلام .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ح ١ . الباب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٥ / ٤٤٧ ح ٢ .

٧- (٧) التهذيب ٦ / ٣٧٦ ح ٢٢٠ .

٨- (٨) الاستبصار ٣ / ٦٥ ح ٢ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ح ١ .

السند به . ولكن الصحيح أنّ الوارد فى السند هو منبه بن عبد اللّه أبو الجوزاء الثقة بقرينة رواية الصفار عنه وهو عن الحسين بن علوان ، وعلى هذا صار سند الرواية موثقاً كما ذكرنا . وأوّل من تنبّه على هذا التصحيح هو الشيخ محمد بن على الأردبيلى رحمه الله صاحب جامع الرواة(١) وتبعه شيخنا الأُستاذ - مدظله -(٢) .

ويؤيد ما ذكرنا أنّ المحقق الأردبيلى يستشكل فى السند وقال : « الخبر ليس بصحيح لكون عمروبن خالد بتريّا ولمجهوليّة الحسين بن علوان»(٣) ولم يتعرض لضعف الرواية بواسطة مجهوليّة عبد اللّه بن المنبه ، وهو الذى يتفق الكلّ على أنّه مجهول ، وهذا البيان منه قدس سره يؤيد الواقع فى سند الرواية فى النسخة الموجودة عنده هو منبه بن عبد اللّه . هذا كلّه فى السند .

وأمّا دلالتها بضميمة نقل الصدوق الوارد فيه لفظة « الكسب » وما ورد فى صحيحة سيف التمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : لم يكن على عليه السلام يكره الحلال(٤) . على الحرمة ، واضحة .

وحيث كان الأصل فى الرواية عدم الزيادة فلابدَّ من الأخذ بنقل الصدوق ومضافاً إلى صحيحة سيف التمار نستنتج الحرمة من الرواية .

ومنها : خبر العلاء بن سيّابة عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا يصلّى خلف من يبتغى على الأذان والصلاة الأجر ، ولا تقبل شهادته(٥) .

فى طريق الصدوق إلى محمد بن مسلم راويان مجهولان ، وهما : على بن أحمد بن عبد اللّه ابن أحمد بن أبى عبد اللّه ، وأبوه ، فالتعبير بالصحيحة عن هذه الرواية - كما فى الرياض(٦)

١- (١) جامع الرواة ١ / ٥١٣ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٣٠١ .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥١ ح ١ . الباب ١٥ من أبواب الربا .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٧٧ ح ٢ . الباب ٣٢ من أبواب الشهادات .

٦- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٨٣ .

والمستند(١) - غير تامٍّ ، ولعلّ سرّ تعبيرهما بالصحيحة عن الرواية لأنّهما وغيرهما يأخذون بظاهر كلام الصدوق فى أوّل الفقيه بأنّ كتابه « مستخرج من كتب مشهورة عليها المعوَّل وإليها المرجع»(٢) ، فذكر المشيخة والأسناد فى آخر الفقيه أشبه شى ءٍ بالتشريفات والتيمن والتبرك ، لأنّ الكتب المشهورة لا تحتاج إلى السند ، لاسيّما إذا كان لها سنداً صحيحاً عند الآخرين ، كما هو الأمر بالنسبة إلى الروايات أو كتاب محمد بن مسلم الثقفى .

وفيه : ما لا يخفى .

ومنها : معتبرة حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث طويل : ورأيتُ الأذان بالأجر والصلاة بالأجر ، الحديث(٣) .

ومنها : خبر الجعفريات بسنده عن علىّ عليه السلام أنّه قال : من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - : وأجر المؤذن ، إلاّ مؤذن يجرى عليه من بيت المال(٤) .

ومنها : مرسلة دعائم الإسلام عن علىّ عليه السلام أنّه قال : من السحت أجر المؤذن - يعنى إذا استأجره القوم يؤذن لهم - وقال : لا بأس بأن يجرى عليه من بيت المال(٥) .

هذه الروايات وإن كان سند بعضها ضعيفاً ولكن ينجبر ضعفها بعمل المشهور كما قال الشيخ جعفر : « والسند منجبر »(٦) وقال سيد الرياض : « المنجبر قصور سنده لو كان بالشهرة بين الأعيان»(٧) ، فلابدَّ من الأخذ بها والإفتاء على طبق المشهور بأنّ أخذ الأُجرة على الأذان حرام .

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٨٣ .

٢- (٢) الفقيه ١ / ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٩ ح ٦ .

٤- (٤) الجعفريات / ١٨٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤ / ٥١ ح ١ و ١٣ / ١١٧ ح ١ .

٥- (٥) دعائم الإسلام ١ / ١٤٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤ / ٥١ ح ٢ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٨٦ .

٧- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٨٥ .

تنبيهٌ

لو عصى المؤذن وأخذ الأُجرة على الأذان أثم ولكن يؤخذ بأذانه الإعلامى أو الصلاتى ، ويمكن الإكتفاء بها فى الصلاة فرادى كانت أم جماعة ، لعدم تنافى قصد القربة مع أخذ الأُجرة كما مرّ ، والحرمة الوضيعة لا تسرى إلى نفس الأذان حتّى تبطله ، فصح أذانه . وهذا هو المختار الأوّل للعلامة فى المختلف(١) ، ومال إليه ثانى الشهيدين فى المسالك(٢) ، وهو صريح جدنا الشيخ جعفر(٣) قدس سره .

الفرع الثالث : حكم أخذ الأجرة على الإمامة فى الصلاة

هل يجوز أخذ الأُجرة على إمامة الصلوات التى تُعتبر فيها الجماعة نحو الجمعة أو الإستقساء ، أو لا تُعتبر فيها الجماعة نحو الصلوات اليومية أو العيدين فى زمن الغيبة أم لا ؟

المشهور بين الأصحاب عدم جواز أخذ الأُجرة على الإمامة ، كما عليه المفيد فى المقنعة(٤) وأبو الصلاح الحلبى فى الكافى(٥) والشيخ فى النهاية(٦) وابن البراج فى المهذب(٧) وابن إدريس فى السرائر(٨) والمحقق فى الشرائع(٩) والنافع(١٠) ، والعلامة فى القواعد(١١)

١- (١) مختلف الشيعة ٥ / ١٨ .

٢- (٢) المسالک ٣ / ١٣٢ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٨٨ .

٤- (٤) المقنعة / ٥٨٨ .

٥- (٥) الكافى / ٢٨٣ .

٦- (٦) النهاية / ٣٦٥ .

٧- (٧) المهذب ١ / ٣٤٥ .

٨- (٨) السرائر ٢ / ٢١٧ .

٩- (٩) الشرائع ٢ / ٥ .

١٠- (١٠) المختصر النافع / ١١٧ .

١١- (١١) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

والتحرير(١) والنهاية(٢) والتذكرة(٣) ، والشهيد فى الدروس(٤) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٥) وغيرهم فى غيرها .

ولكن ناقش المحقق الأردبيلى فى الحكم ب- « عدم ورود نصّ هنا على ما رأيتُ»(٦) .

وتبعه صاحب الحدائق وقال : « ولم يحضرنى الآن خبر فى هذا الحكم ، ومِنْ جملة مَنْ صرّح بذلك صاحب الوسائل ، مع أنّه لم يورد فى الباب ما يدلّ عليه ، وإنّما أحال على ما قدّمه من أحاديث التظاهر بالمنكرات واختتال الدنيا بالدين وجهاد النفس . وفى استفادة الدلالة على ذلك منها نظر ، لا سيما مع ورود الاستيجار على العبادات ومشروعيته ، وكيف كان فالإحتياط فيما ذكروه»(٧) .

أقول : مراده من تصريح صاحب الوسائل عدم ذكره من الروايات ما يدلّ على الحكم فى الباب الذى عقده تحت عنوانه ، وهو الباب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ، ولكنّه قدس سره وإن لم يذكر ما يدلّ على الحكم هناك ولكن أحاله بما تقدّم ويأتى كما هو دأبه فى كثير من الأبواب .

وتدلّ على الحكم عدّة من الروايات الماضية :

منها : خبر العلاء بن سيّابة(٨) وخبر محمد بن مسلم(٩) ومعتبرة حمران(١٠) المذكورة فيما سبق .

وتدلّ عليه أيضاً أولوية عدم جواز أخذ الأُجرة على الإمامة بالنسبة إلى عدم جواز

١- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٥ .

٢- (٢) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٤ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .

٤- (٤) الدروس ٣ / ١٧٣ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٦- (٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩٣ .

٧- (٧) الحدائق ١٨ / ٢١٨ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٧٧ ح ٢ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٧٨ ح ٦ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٩ ح ٦ .

أخذ الأُجرة على الأذان ، بحيث ما دلّ على عدم جواز أخذ الأُجرة على الأذان من الروايات نحو : معتبرة السكونى(١) وموثقة زيد بن على(٢) الماضيتين وغيرهما تدلّ عليه أيضاً بطريق أولى ، لأنّ الأذان مقدمة للصلاة فإذا لم يجز أخذ الأجرة على المقدمة كذلك الأمر بطريق أولى على ذى المقدمة .

وقد اعترف جماعة من الأصحاب بدلالة الروايات الثلاث الأُوَل على عدم جواز أخذ الأُجرة على الإمامة ، نحو : الشيخ جعفر(٣) وصاحب الرياض حيث يقول فى شأن رواية محمد بن مسلم : « وهو نص فى التحريم»(٤) . والفاضل النراقى(٥) ، وصاحب الجواهر(٦) والفقيه اليزدى(٧) .

وعلى هذا ينجبر ضعف سند الروايات بفتوى المشهور ودلالتها أيضاً تامة ، فينتج منها القول بعدم جواز أخذ الأجرة على الإمامة .

وأمّا الذهاب إلى عدم جواز أخذ الأُجرة على الإمامة لأجل التنافى بين قصد القربة وأخذ الأُجرة ، فقد مرّ منّا الإشكال فيه وعدم التنافى بينهما ، فلا يتمّ فى المقام ما ذكره الشيخ الأعظم(٨) من التنافى

بينهما ، والقاعدة التى ذكرها من أنّ « شرط العمل المستأجر عليه قابلية إيقاعه لأجل المستأجر له حتّى يكون وفاءً بالعقد وما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلک »(٩) .

ص: ٢٥٧

١- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٤٤٧ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ح ١ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٩٣ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٨٣ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٨٦ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ١٢٢ .

٧- (٧) حاشية المكاسب ١ / ١٥٩ .

٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٥١ .

٩- (٩) المكاسب ٢ / ١٥١ .

كلاهما غير تامين عندنا ، وظهر ممّا مرّ المناقشة فيهما فلا نعيدها ، والحمد للّه .

الفرع الرابع : أخذ الأُجرة على تحمّل الشهادة

تحمّل الشهادة من الواجبات عند المشهور من أصحابنا رضوان اللّه تعالى عليهم ،رفقد ذهب جماعة منهم إلى وجوبه العينى نحو : المفيد(١) وأبى الصلاح الحلبى(٢) وسلاّر الديلمى(٣) وابنى البراج(٤) وزهرة(٥) .

وذهب آخرون إلى الوجوب الكفائى نحو : الشيخ فى النهاية(٦) والمبسوط(٧) وابن الجنيد(٨) والمحقق(٩) والعلاّمة(١٠) وولده(١١) والشهيد(١٢) .

ولكن ابن إدريس الحلى(١٣) ذهب إلى نفى الوجوب فى تحمّل الشهادة عيناً وكفايةً .

ويدلّ على الوجوب عيناً قوله تعالى : «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُواْ»(١٤) بضميمة الروايات المفسّرة فى ذيلها :

١- (١) المقنعة / ٧٢٨ .

٢- (٢) الكافى / ٤٣٦ .

٣- (٣) المراسم / ٢٣٤ .

٤- (٤) المهذب ٢ / ٥٦٠ .

٥- (٥) غنية النزوع ٢ / ٤٤١ .

٦- (٦) النهاية / ٣٢٨ .

٧- (٧) المبسوط ٨ / ١٨٦ .

٨- (٨) نقل عنه العلامة فى المختلف الشيعة ٨ / ٥٠٨ .

٩- (٩) شرائع الإسلام ٤ / ١٣٨ .

١٠- (١٠) قواعد الأحكام ٣ / ٥٠٢ .

١١- (١١) إيضاح الفوائد ٤ / ٤٤٢ .

١٢- (١٢) الدروس ٢ / ١٢٣ .

١٣- (١٣) السرائر ٢ / ١٢٦ .

١٤- (١٤) سورة البقرة / ٢٨٢ .

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجلّ : «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء» قال : قبل الشهادة ، وقوله : «وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»(١) قال : بعد الشهادة(٢) .

ومنها : صحيحة أبى الصباح عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قوله تعالى : «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُواْ» قال : لا ينبغى لأحدٍ إذا دُعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول : لا أشهد لكم عليها(٣) .

عبّرنا عن الرواية بالصحيحة مع ما فى سندها من محمد بن الفضيل المشترك بين الصيرفى الضعيف ومحمد بن قاسم بن الفضيل الثقة حيث نُسب إلى جده مع اشتراكهما فى الطبقة والمشايخ والراوى ، لأنّ الذى ينقل عنه كثيراً ما مشايخ الطائفة أمثال : الحسين بن سعيد ومحمد بن إسماعيل بن بزيع وأحمد بن محمد بن عيسى ، هو محمد بن قاسم بن الفضيل الثقة كما نبّه على هذا صاحب جامع الرواة(٤) .

فلذا سند الرواية صار صحيحاً . مضافاً إلى أنّ الكلينى يذكر الرواية بسنده الصحيح وهى صحيحة الحلبى(٥) .

ومنها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجلّ : «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُواْ» فقال : لا ينبغى لأحد إذا دُعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول : لا أشهد لكم(٦) .

رواها العياشى فى تفسيره(٧) مرسلاً عن زيد بن يونس أبى أسامة الشحام المعروف

١- (١) سورة البقرة / ٢٨٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٠٩ ح ١ . الباب ١ من أبواب الشهادات .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٠٩ ح ٢ .

٤- (٤) جامع الرواة ٢ / ١٨٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٠ ح ٤ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٠ ح ٥ .

٧- (٧) تفسير العياشى ١ / ٢٨٢ ح ٥٢٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١١ ح ١٠ عن يزيد ابن أبى أُسامة ولكن الصحيح ما ضبطناه .

بزيد الشحام .

ومنها : صحيحة محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجلّ : «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُواْ» فقال : إذا دعاك الرجل لتشهد له على دَيْن أو حقٍّ لم ينبغ لک أن تقاعس عنه(١) .

تقاعس عن الأمر : تأخر .

وحيث أنّ الروايات تدلّ على وجوب الإجابة عيناً إذا دُعى ، تعليق الإجابة على أخذ الأُجرة يعدّ نوعاً من الإباء المحرَّم ، فتحمّل الشهادة تكون من الواجبات المجانيّة .

وأمّا إقامتها : فواجبٌ كفائىٌ إجماعاً كما ذكره المحقق(٢) والعلاّمة(٣) والشهيد(٤) ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ»(٥) وقوله تعالى : «وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَادَةً عِندَهُ مِنَ اللّهِ وَمَا اللّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ»(٦) وعدّة من الروايات :

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجلّ : «وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال : بعد الشهادة(٧) .

ومنها : خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرى ء مسلم ، أو ليزوى بها مال امرى ء مسلم ، أُتى يوم القيامة ولوجهه ظلمة مدّ البصر ، وفى وجهه كُدوح ، تعرفه الخلائق باسمه ونسبه ، ومن شهد شهادةً حقّ ليحيى بها حقّ امرى ء مسلم ، أُتى يوم القيامة ولوجهه نور مدّ البصر تعرفه الخلائق باسمه

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٠ ح ٧ .

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤ / ١٣٨ .

٣- (٣) قواعد الأحكام ٣ / ٥٠٣ .

٤- (٤) الدروس ٢ / ١٢٣ .

٥- (٥) سورة البقرة / ٢٨٣ .

٦- (٦) سورة البقرة / ١٤٠ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٢ ح ١ . الباب ٢ من أبواب الشهادات .

ونسبه . ثمّ قال أبو جعفر عليه السلام : ألا ترى أنّ اللّه عزّ وجلّ يقول : «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»(١)(٢) .

الكُدوح : الخدوش ، وقيل : هى أكبر من الخدوش .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ أبو جميلة ، وهو مفضل بن صالح ، ولم يثبت توثيقه ولكن إن ذهبنا إلى حُسن حاله واعتباره - كما مال إليه الوحيد قدس سره على ما فى منتهى المقال ٦ / ٣٠٨ - صار السند معتبراً .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه نهى فيه عن كتمان الشهادة وقال : مَنْ كتمها أطعمه اللّه لحمه على روؤس الخلائق ، وهو قول اللّه عزّ وجلّ : «وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»(٣) .

هذه الآيات الشريفة والروايات تدلّ على وجوب إقامة الشهادة ، وحيث أنّ وجوبها مغيى بإقامة الحقّ فيصير وجوبها كفائياً ، وبعد إقامة الحقّ يسقط الوجوب . وهذا سرّ ذهاب الأصحاب إلى وجوبها الكفائى .

ويمكن القول بأنّ الشاهد إذا دُعى إلى التحمّل فأجاب يجب عليه الإقامة ، وأمّا إذا لم يدع إلى التحمّل ولكن اتفق له الشهادة فلا يجب عليه الإقامة ، إلاّ إذا كانت إقامة الحقّ منوطة بإقامته للشهادة فيجب عليه حينئذ . وتدلّ على هذا التفصيل عدّة من الروايات :

منها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت(٤) .

ومنها : صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار ، إن شاء شهد وإن شاء سكت . وقال : إذا أشهد لم يكن له إلاّ أن يشهد(٥) .

١- (١) سورة الطلاق / ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٢ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٣ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٧ ح ١ . الباب ٥ من أبواب الشهادات .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٨ ح ٢ .

ومنها : صحيحة أُخرى لمحمد بن مسلم أو موثقته عن أبى جعفر عليه السلام قال : إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت ، إلاّ إذا علم مَن الظالم فليشهد ، ولا يحلّ له إلاّ أن يشهد(١) .

وعلى ما ذكرنا حيث وجبت إقامة الشهادة تجب مجانّا ، لأنّ فى أخذ الأُجرة نوعاً من الكتمان أو لا أقل ينتهى فى بعض الموارد - وهى عدم إعطائه الأُجرة - إلى الكتمان المحرَّم ، فلذا أخذ الشارع المجانيّة فيها ، فلا يجوز أخذ الأُجرة عليها .

ولذا أفتى جماعة من الأصحاب وصرحوا بمجانيّة الشهادة - تحمّلها وإقامتها - وعدم جواز أخذ الأُجرة عليها ، منهم : العلامة فى القواعد(٢) والنهاية(٣) والتذكرة(٤) والشهيد فى الدروس(٥) والمحقق الكركى فى جامع المقاصد(٦) وغيرهم فى غيرها .

الفرع الخامس : ما المراد من الإرتزاق من بيت المال ؟

قد مرّ منّا كلام ثانى الشهيدين فى الفرق بين الأُجرة والإرتزاق من بيت المال ، قال قدس سره : « والفرق بينهما أنّ الأُجرة تفتقر إلى تقدير العمل والعوض وضبط المدّة والصيغة الخاصة ، وأمّا الارتزاق فمنوط بنظر الحاكم ، لا يقدَّر بقدر ، ومحلّه من بيت المال ما أُعدّ للمصالح من خراج الأرض ومقاسمتها ونحوهما . ولا فرق فى تحريم أخذ الأُجرة بين كونها من معيّن ومن أهل البلد والمحلّة وبيت المال»(٧) .

والمقدس الأردبيلى ذكر كلامه ثمّ اعترض عليه بقوله : « هذا يُشعر بأنّ كلّما لم يشتمل

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٨ ح ٤ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ١٠ .

٣- (٣) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٤ .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .

٥- (٥) الدروس الشرعية ٣ / ١٧٣ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٧- (٧) المسالک ٣ / ١٣١ .

على القيود المذكورة فى الأُجرة لا يكون حراماً ويكون ارتزاقاً وأنّها لا تكون عن بيت المال .

وفيه تأمل : لأنّ الظاهر أنّ المراد من الأجر هاهنا ما يؤخذ من غير ما ذكرناه لفعله الأذان بحيث لو لم يكن ، لم يفعل ، بأن قيل له : نعطيك كذا وكذا لتؤذّن ، وهو يؤذّن لذلک ، سواء عيّن المدّة والأُجرة بحيث لا يقبل الزيادة والنقيصة أصلاً أم لا ، وسواء وقع الصيغة المخصوصة العربيّة أم لا ، وسواء كان من بيت المال وغيره ومن شخص معيّن أو قرية أو بلد أم لا . لأنّ الظاهر أنّه يُسمّى ذلک أجراً حينئذ فيشمله دليله . ولأنّ المتبادر من الأجر فى أمثال هذا المقام ذلک . ولأنّ الظاهر أنّ الحكم هنا لا يتغيّر بالصيغة والتعيين وعدمهما ، بل بالشرط والقصد مع عدم تعيّنه فى نفس الأمر للمؤذنين وعدم حصوله إلاّ بالأذان وعدمهما ، فتأمل»(١) .

وتبع صاحب الحدائق(٢) الأردبيلىَّ فى المقام .

ذكر سيد الرياض أوّلاً تعريف الأردبيلى ثمّ تعريف الشهيد الثانى فى الفرق بينهما ثمّ قال : « وفى هذا الفرق نظر ، بل الأوّل أولى وأظهر ، والأمر سهلٌ لمَنْ تدبّر»(٣) .

وقال فاضل النراقى : « المراد بالإرتزاق منه : أن يعطيه الحاكم منه وإن كان لكونه مؤذّناً ، بل وإن ارتزق منه للأذان ويكون ذلک من جهة أذانه ، ولكن لا يجوز الأذان لذلک بأن يوقفه عليه ويؤذّن لذلک ، لصدق الأجر المحرَّم بالأخبار عليه لغةً وعرفاً وإن لم يكن فيه ولا فى المدّة والعمل تقدير ولم يجر صيغة .

فالتفرقة بين الارتزاق والأجر بعدم التقدير والصيغة فى الأوّل - كما فى المسالک - غير صحيح ، بل الصحيح فى الفرق ما ذكرنا»(٤) .

أقول : الأُجرة لغة وعرفاً ما يقابل العمل وتوقف العمل عليها كما فى الرياض(٥) ، وغالباً - لا دائماً - تحتاج إلى تقدير العمل والعوض وضبط المدّة والصيغة الخاصة كما فى

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٩٢ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢١٥ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٨٥ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٨٥ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٨٤ .

المسالک(١) ، بحيث لو لم يعمل لم تعط له الأُجرة ولو أتى بالعمل تعطى له الأُجرة .

وأمّا الارتزاق : أن يعطى الحاكمُ العاملَ مصارفه ومخارجه بقدر الكفاف والعفاف أو الأكثر ، ولا يقدّر بالفقر وعدم إمكان الاكتساب ، بل أنّ « المتصدين لهذه الأعمال من جملة مصارف بيت المال فى عرض الفقير » كما نبّه عليه المحقق الإيروانى(٢) .

هذا هو الفارق بين الارتزاق والأُجرة ، وقد عرفتَ عدم اعتبار قصد العامل والتعيين وعدمه ، فى الفرق بينهما .

١- (١) المسالک ٣ / ١٣١ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٠١ .

خاتمةٌ: تشتمل على مسائل

اشارة

ص: ٢٦٥

ص: ٢٦٦

الأولى : بيع المصحف

اشارة

(١)

المشهور بين أصحابنا حرمة بيع المصحف ، وإليک نصوص كلماتهم :

نصوص كلمات الأصحاب

١ - قال الشيخ الطوسى : « ولا بأس بشراء المصاحف وبيعها والتكسّب بها ، غير أنّه لا يجوز أن يبيع المكتوب ، بل ينبغى له أن يبيع الجلد والورق . وأمّا غيرها من الكتب فلا بأس ببيعها وشرائها بالإطلاق»(٢) .

٢ - وعدّ ابن إدريس الحلّى فى المكاسب المحرّمة : « بيع المصاحف إذا كان ذلک فى المكتوب»(٣) .

٣ - وقال العلامة فى القواعد : « ويحرم بيع المصحف ، بل يباع الجلد والورق ، ولو اشتراه الكافر فالأقرب البطلان ، ويجوز أخذ الأُجرة على كتابة القرآن»(٤) .

٤ - وقال فى التحرير : « يحرم بيع المصحف ويجوز بيع الجلد والورق ، لا بيع كلام اللّه تعالى ، ولو اشترى المصحف وعقد البيع على الجلد والورق جاز وإلاّ حرم كالبيع ، ولو اشترى الكافر مصحفاً لم ينعقد البيع . وقال بعض أصحابنا : يجوز ويجبر على بيعه . ويجوز أخذ الأُجرة على كتابة القرآن »(٥) .

١- (١) وفى القاموس ٣ / ١٦١ أنّه مثلث الميم ، وفى المصباح المنير / ٣٣٤ ومجمع البحرين ٥ / ٧٨ أنّ الضم أشهر ، ونقل الصغانى عن تغلب أنّ الفتح لغة صحيحة فَصِيحَة ، كذا فى مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٧٥ . وفيه أيضاً : المصحف جمع صحيفة ، والصحيفة قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيها .

٢- (٢) النهاية / ٣٦٨ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢١٨ .

٤- (٤) قواعد الاحكام ٢ / ٩ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ مسألة ٣٠٢٢ .

٥ - وقال فى التذكرة : « يحرم بيع المصحف ، لما فيه من الإبتذال له وانتفاء التعظيم ، بل ينبغى أن يبيع الجلد والورق . ثمّ ذكر الحديثين فى المقام وقال : ولا بأس بأخذ الأُجرة على كِتْبة القرآن ... »(١) .

٦ - وقال فى نهايته : « بيع المصحف وشراؤه حرام ، بل يباع الجلد والورق ، لمنع الصحابة منه ولم يعلم لهم مخالف ، ولأنّه يشتمل على كلام اللّه فيجب صيانته عن البيع والإبتذال . ثمّ ذكر حديثاً وقال : والشراء أسهل من البيع ، لأنّه استنقاذ للمصحف وبذل ماله فيه . ويجوز أخذ الأُجرة على كتابة القرآن لأنّها منفعة مباحة ، فجاز أخذ العوض عليها . نعم يحرم نقشه بالذهب»(٢) .

٧ - وقال الشهيد فى الدروس : « ويحرم بيع خط المصحف دون الآلة ، ولا يحرم بيع كتب الحديث والعلم المباح »(٣) .

٨ - وذيّل المحقق الثانى قول العلامة فى القواعد « ويحرم بيع المصحف» بقوله : « للنصوص فى الكتاب والسنة »(٤) .

٩ - وقال صاحب الحدائق : « صرح جملة من الأصحاب بأنّه لا يجوز بيع المصحف ، وإنّما يباع الورق والجلد ونحوهما من الآلات التى اشتمل عليها ذلك الكتاب . وعليه تدلّ الأخبار المكثرة ... »(٥) .

١٠ - وقال الشيخ جعفر عليه السلام : «ويحرم بيع ما دخل فى رسم المصحف - مثلّث الميم - وكتابته ، جوهريّة أو عرضية من كلمات وحروف ومدّات وشدّات ، مجتمعات أو متفرّقات ، ولو فى ورقات متفردات للدخول تحت الإسم أو القطع بشمول الحكم من كلّ ما يُسمّى كتابة قرآن والمعاوضة عليها ، مستقلاّت أو منضمّات إلى جلد أو ورق أو نحوهما . وكذا رسم أسماء

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ مسألة ٦٥١ .

٢- (٢) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٢ .

٣- (٣) الدروس الشرعية ٣ / ١٦٥ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .

٥- (٥) الحدائق ١٨ / ٢١٨ .

اللّه وصفاته الخاصة فى وجه قوىّ . وما دخل من الآيات فى بعض الكتب ، وباقى الكتب السماوية ، وكتب الحديث وغيرها ، لا يجرى فيه الحكم»(١) .

وفى قبال هذا القول ، قول بالكراهة ، وقد ذهب إليه المحقق السبزوارى فى الكفاية حيث يقول : « ... فإذن غاية ما يُستفاد من الأخبار الكراهة»(٢) .

وتبعه العلامة السيد مهدى بحر العلوم الطباطبائى فى مصابيحه كما نقل عنه صاحب الجواهر(٣) واختاره ، وتبعهم تلميذ صاحب الجواهر الفقيه السيد على آل بحر العلوم(٤) ، والمحققون الإيروانى(٥) والخوئى(٦) والأردكانى(٧) وشيخنا الأُستاذ(٨) - مدظله - .

والعمدة فى المقام ملاحظة الأدلة ، وهى الروايات وهنّ على الطائفتين :

الطائفتان من الروايات

الطائفة الأولى : تدل على حرمة بيعه

منها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن بيع المصاحف وشرائها ؟ فقال : لا تشتر كتاب اللّه ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين ، وقل : أشترى منک هذا بكذا وكذا(٩) .

ومنها : معتبرة عبد الرحمن بن سيابة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سمعته يقول : إنّ المصاحف لن تشترى ، فإذا اشتريت فقل : إنّما اشترى منک الورق ، وما فيه من الأديم وحليته

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٦٤ .

٢- (٢) الكفاية ١ / ٤٤٥ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٢٨ .

٤- (٤) برهان الفقه - كتاب التجارة / ٥٢ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ١ / ٣٠٤ .

٦- (٦) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨٥ .

٧- (٧) غنية الطالب ١ / ٢٤٥ .

٨- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٧ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٢ . الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به .

وما فيه من عمل يدک بكذا وكذا(١) .

الأديم : الجلد المدبوغ . وفى نسخة الأدم : وهو باطن الجلد وظاهره .

ولكن فى المطبوع من الكافى ٥ / ١٢١ ح ١ عبد الرحمن بن سليمان بدل عبد الرحمن بن سيابة وهو (ابن سليمان) مجهول ، ولذا صار السند به ضعيفاً .

ومنها : موثقة بل صحيحة عثمان بن عيسى قال : سألته عن بيع المصاحف وشرائها ؟ فقال : لا تشتر كلام اللّه ، ولكن اشتر الحديد والجلود والدفتر ، وقل : أشترى هذا منک بكذا وكذا(٢) .

الرواية مضمرة ، ولكن لا بأس بإضمارها لأنّ مضمره عثمان بن عيسى وهو من الفقهاء وأصحاب الإجماع الذين لا يروون إلاّ من الإمام المعصوم عليه السلام . مضافاً إلى أنّ الكلينى رواها فى الكافى الشريف ٥ / ١٢١ ح ٢ عن العدة عن أحمد بن محمد عن عثمان بن عيسى عن سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام ، فالسند موثق وليس فيه إضمارٌ .

ومنها : خبر عبد اللّه بن سليمان ومضمرته قال : سألته عن شراء المصاحف ؟ فقال : إذا أردت أن تشترى فقل : أشترى منک ورقة وأديمه وعمل يدک بكذا وكذا(٣) .

ومنها : حسنة جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى بيع المصاحف ، قال : لا تبع الكتاب ولا تشتره ، وبع الورق والأديم والجلد(٤) .

ومنها : خبر سماعة بن مهران قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : لا تبيعوا المصاحف فإنّ بيعها حرام . قلت : فما تقول فى شرائها ؟ قال : اشتر منه الدفتين والحديد والغلاف ، وإيّاک أن تشترى منه الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليک حراماً وعلى من باعه حراماً(٥) .

والسند ضعيف بأبى عبد اللّه الرازى ، وهو محمد بن أحمد الجامورانى ، ضعّفه القميون

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٩ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٩ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ١١ .

واستثنوه من كتاب نوادر الحكمة ، وفيه الحسن بن على ابن أبى حمزة وهو واقف ابن واقف وضعيف . وإن كان فى السند أبوه كما فى المطبوع من التهذيب ٧ / ٢٣١ فضعفه ظاهر . فالتعبير عن الرواية بالموثقة كما عن الشيخ الأعظم(١) والمحقق الإيروانى(٢) ، غير تام ، كما نبّه عليه المحققون الخوئى(٣) قدس سره والروحانى(٤) وشيخنا الأُستاذ(٥) - مدظلهما - .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : لا بأس أن يكتب بأجرٍ ، ولا يقع الشراء على كتاب اللّه ، ولكن على الجلود والدفتين ، يقول : أبيعك هذا بكذا(٦) .

الطائفة الثانية : تدل على جواز بيعه

اشارة

منها : خبر روح بن عبد الرحيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن شراء المصاحف وبيعها ؟ فقال : إنّما كان يوضع الورق عند المنبر ، وكان ما بين المنبر والحائط قدر ما تمر الشاة أو رجل منحرف ، قال : فكان الرجل يأتى فيكتب من ذلك ، ثمّ إنّهم اشتروا بعد . قلت : فما ترى فى ذلك ؟ فقال لى : أشترى أحبّ إلىّ من أن أبيعه ، قلت : فما ترى أن أعطى على كتابته أجراً ؟ قال : لا بأس ، ولكن هكذا كانوا يصنعون(٧) .

دلالة الرواية على جواز البيع واضحة ، ولكن فى سندها غالب بن عثمان وهو ضعيف ، فالتعبير عن الرواية بالموثقة كما فى الإرشاد(٨) غريب .

١- (١) المكاسب ٢ / ١٥٥ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٠٣ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨٤ .

٤- (٤) منهاج الفقاهة ٢ / ٢٨٧ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٥ .

٦- (٦) دعائم الإسلام ٢ / ١٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٨ ح ١ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٤ .

٨- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٦ و ٣٠٧ .

ومنها : خبر عنبسة الوراق قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام فقلت : أنا رجل أبيع المصاحف ، فإن نهيتنى لم أبعها ، فقال : ألستَ تشترى ورقاً وتكتب فيه ؟ قلت : بلى وأُعالجها ، قال : لا بأس بها(١) .

دلالتها على جواز بيع المصحف واضحة ، ولكن سندها ضعيف بسابق السندى وهو مهمل ، وعنبسة الوراق وهو مجهول .

ومنها : صحيحة أبى بصير قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن بيع المصاحف وشرائها ؟ فقال : إنّما كان يوضع عند القامة والمنبر ، قال : كان بين الحائط والمنبر قيد ممرّ شاة ورجل وهو منحرف ، فكان الرجل يأتى فيكتب البقرة ويجىء آخر فيكتب السورة كذلک كانوا ، ثمّ إنّهم اشتروا بعد ذلک ، فقلت : فما ترى فى ذلک ؟ فقال : أشتريه أُحبّ إلىَّ من أن أبيعه(٢) .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام أنّه قال : لا بأس ببيع المصاحف وشرائها(٣) .

مقتضى أُصول الفقاهة الجمع بين الطائفتين بحمل الروايات المانعة على الكراهة حيث ورد الترخيص ، ولذا أفتى بالكراهة جمع من الأصحاب كما مرّ .

مضافاً إلى أنّ فى الروايات المانعة قرينة داخلية تدلّ على حملها على الكراهة ، وهى الأمر الوارد فيها بالشراء بعد النهى عنه ، ونفس هذا التعبير قرينة قطعية على حمل الروايات المانعة على الكراهة .

فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية إشكال الشيخ الأعظم على دلالة روايتى أبى بصير وروح بن عبد الرحيم على جواز بيعه ، حيث يقول : « لكن الإنصاف أنْ لا دلالة فيها على جواز اشتراء خط المصحف ، وإنّما تدلّ على أنّ تحصيل المصحف فى الصدر الأوّل كان بمباشرة كتابته ، ثمّ قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم ، وحصّلوا المصاحف بأموالهم شراءً واستيجاراً ، ولا دلالة فيها على كيفية الشراء ، وأنّ الشراء والمعاوضة لابدّ أن لا يقع إلاّ على ما

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٩ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ٨ .

٣- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ١٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٨ ح ١ .

عدا الخط من القرطاس وغيره»(١) .

وفيه : نعم ورد فى الروايتين أنّ تحصيل المصحف كان بالكتابة - لا بالمباشرة فقط كما ذكره الشيخ الأعظم - فى الصدر الأوّل ، ولكن ورد فيهما شراء المسلمين المصاحف بعده ، والإمام عليه السلام ذهب إلى أنّ شراءه، أحبَّ إليه من بيعه .

وهذا البيان الأخير منه عليه السلام صريح فى جواز بيعه . وحيث كان فى مقام البيان ولم يتصدّ لكيفية الشراء أو البيع يُعلم منه عدم اعتبار كيفية خاصة فيه ، ولذا تحمل الروايات المانعة على الكراهة .

ويظهر ممّا ذكرنا أخيراً المناقشة الأُخرى مع الشيخ الأعظم حول الروايات المجوِّزة حيث يقول قدس سره : « وهى وإن كانت ظاهرة فى الجواز إلاّ أنّ ظهورها من حيث السكوت عن كيفية البيع فى مقام الحاجة إلى البيان ، فلا تعارض ما تقدّم من الأخبار المتضمّنة للبيان»(٢) .

مراده أنّ الأخبار المجوِّزة ساكتةٌ بالنسبة إلى كيفية البيع ولم تتعرّض لها ، ولكن فى الأخبار المانعة تعرّض إلى كيفية خاصة من البيع - وهى بيع الجلد والورق والحديد ما عدا الكتابة والخط - فلا تعارض بينهما ، فلابدّ فى بيع المصحف من مراعاة الكيفية الآمرة بها .

وجه المناقشة فى كلامه قدس سره : أنّ الروايات المجوِّزة فى مقام البيان ولم تذكر فيها كيفية خاصة لشراء المصحف ، فيعلم من إطلاقها عدم اعتبار كيفية خاصة فيه .

وبعبارة أُخرى : « مورد السؤال فى هذه الأخبار [المجوّزة] وتلك الأخبار [المانعة [واحدٌ ، وهو بيع المصحف الذى قوام عنوانه بالخط ، وهذا هو الذى يتوهّم المنع عنه ... ولم يكن يتوهم المنع فى الورق حتّى يسألوا عن ذلک ، مع أن قوله عليه السلام : « أشتريه أحبُّ إلىَّ من أن أبيعه» كالصريح فى أنّ المراد منه الورق مع الخط ، وإلاّ فنفس الورق لا كراهة فى بيعه» كذا قاله المحقق الإيروانى(٣) قدس سره ، وهو تام . وتبعه المحقق الخوئى(٤) رحمه الله .

١- (١) المكاسب ٢ / ١٥٨ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٥٩ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ٣٠٤ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨٥ .

ومن الغريب ما ذكره فى الإرشاد بقوله : « أنّ ظاهر السؤال فى مثل صحيحة أبى بصير بقوله : « فما ترى فى شرائها» هو السؤال عن جواز شراء المصاحف بالنحو المتعارف فى سائر الكتب ، فيكون جوابه عليه السلام بالجواز راجعاً إلى ذلک النحو ، وهذا من الظهور الوضعى لا الإطلاقى ليتوقف على تماميّة مقدماته ، وذلک فإنّ دلالة اللفظ الموضوع للكتاب عليه بالوضع وإضافة البيع إليه ظاهرة بمقتضى وضع الإضافة ، فى تعلّقه بعنوان ذلک الكتاب كما لا يخفى»(١) .

وجه الغرابة : أنه لم يرد فى الصحيحة وغيرها من الأخبار المجوِّزة لفظ « الكتاب » حتّى يدعى - دام ظله - دلالته على الخط والمكتوب والسطور بالوضع . وإن كان مراده - دامت بركاته - أنّ لفظة « الكتاب » تدلّ بالوضع على أن بيعها مطلق - لا على كيفية خاصة من البيع ، فهو أغرب من الأوّل ، وإن كان مراده - دامت إفضاله - أنّ الشراء والبيع يتعلّقان بالمصحف كما يتعلّقان بغيره من الكتب من دون كيفية خاصة فى المصحف ، فهو صحيح تام ، ولكن إنّما يتم بالتمسک بالإطلاق لا بالوضع كما مرّ .

مؤيدات ونقدها

ثمّ يؤيد ما ذكرناه من جواز بيع المصحف ما ذكره الفقهاء - أعلى اللّه كلمتهم - من أنّ بيع المصحف للكافر لا يجوز - كما عليه المشهور - فلو لم يجز بيعه للمسلم ، فهذا الفرع لا يطرح .

قال فى الجواهر : « والتحقيق الجواز لإطلاق الأدلة وإطلاق كثير من الفتاوى فى مقام ذكر شرائط البيع وغيره ، حتّى فى مسألة بيع المصحف من الكافر ، فإنّ كلامهم هناک بإطلاقه شامل لجواز بيعه من المسلم من غير تقييد بالآلات»(٢) .

ولكن قال اُستاذه فى شرح القواعد : « ومنعهم من بيعه للكافر المؤذن بجواز بيعه مطلقاً للمسلم منزّل على ما ذكرناه»(٣) . يعنى على كيفية خاصة من بيعه .

ويؤيد ما ذكرنا بل يدلّ عليه جريان السيرة القطعية المتصلة إلى زمن المعصومين عليهم السلام على معاملة المصاحف معاملة بقية الأموال ، كما تظهر هذه السيرة من الأسئلة الواردة فى

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٧ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٢٦ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٦٦ .

الروايات الماضية .

أشار إلى ما قلناه صاحب الجواهر قال : « بل السيرة القاطعة أقوى شاهدعلى ذلک»(١) .

ويؤيد ما ذكرناه أيضاً الروايات الواردة حول الحبوة التى تنتقل إلى الولد الأكبر بموت والده ، نحو : صحيحة ربعى بن عبد اللّه(٢) وصحيحة أُخرى له(٣) وصحيحة حريز(٤) . وعُدّت فيها المصحف من الحبوة ، فلو لم يكن مالاً أو ملكاً أو لم يكن قابلاً للإنتقال فيكف يرثه الولد الأكبر من والده .

ويؤيدنا أيضاً أنه لو لم يكن كذلک ، فكيف يحكم بالضمان لصاحبه لو أتلف شخص مصحف غيره أو أحدث فيه نقصاً .

ولكن يمكن أن يناقش فى هذه المؤيدات الأربعة بما ذكره جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره بقوله : « ولا مانع من تعلّق الملک والتمليک المجانى ، بل التمليک التبعى فيترتّب الضمان لمشتريه على متلفه ، بل لو قيل بالتمليک الأصلى ، والنهى إنّما هو عن الصورى المنافى للإحترام والآداب ، لم يكن بعيداً ، غير أنّ العمل على ظواهر الأدلة أقوى»(٥) .

بتوضيح : أنّ المصحف حيث صار ملكاً لمالكه ينتقل منه قهراً بالموت إلى ولده الأكبر ويحكم بضمان متلفه ، بل يجوز بيعه بالكيفية الخاصة الواردة فى الروايات ، ويمكن أن تكون السيرة القطعية على هذه الكيفية الخاصة . ولذا عبّرنا عن هذه الأربعة بالمؤيدات .

المراد من حرمة بيع المصحف

النهى الوارد فى الروايات تعلَّق بنفس الشراء أو البيع كما فى حسنة أو معتبرة عبد الرحمن بن سيّابة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سمعته يقول : إنّ المصاحف لن تشترى ،

١- (١) الجواهر ٢٢ / ١٢٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٩٧ ح ١ . الباب ٣ من أبواب ميراث الأبوين والاولاد .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٩٧ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٦ / ٩٨ ح ٣ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٦٥ .

الحديث(١) .

وفى موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا تشتر كتاب اللّه ، الحديث(٢) .

وفى صحيحة عثمان بن عيسى : لا تشتر كلام اللّه ، الحديث(٣) .

وفى حسنة جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام : لا تبع الكتاب ، الحديث(٤) .

وحيث أنّ النهى تعلّق بالبيع والشراء فظهوره فى الحرمة الوضعية واضح ، أعنى بطلان البيع لا الحرمة التكليفية واعترف بذلك المحقق الأردكانى(٥) .

فظهوره ممّا ذكرنا فساد القول بأنّ « المراد من الحرمة ما يعمّ الفساد دون مجرد الحكم التكليفى» أى أن المراد بالحرمة أعمّ من الحرمة الوضعية والتكليفية كماعن المحقق الإيروانى(٦) قدس سره ، وفساد القول بأنّ المراد بها الحرمة النفسية - أى التكليفية - كما يظهر من الفقيه اليزدى(٧) قدس سره .

والحاصل ، لو كنّا والروايات المانعة فقط كان لابدّ من الذهاب إلى بطلان بيع المصحف . ثمّ ورد فى نفس الروايات بيان الكيفية الخاصة فى بيعه ، وهو بيعه باعتبار الورق والجلد والحديد والدفتين والأديم والحلية والدفتر وعمل اليد .

ولكن مع ذلک حيث أنّ خط القرآن ونقوش كتابته من الاُمور التى يدور عليها التسمية فى نظر العرف ، ولذا المصحف عندهم شىءٌ والصحيفة المباركة السجادية - على منشئها آلاف التحية والسلام - مثلاً شىءٌ آخر ، فكيف يمكن البيع مع عدم قصد تلک الخطوط والسطور والكتابة ؟

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٩ ح ٧ .

٥- (٥) غنية الطالب ١ / ٢٥٢ .

٦- (٦) حاشية المكاسب ١ / ٣٠٣ .

٧- (٧) حاشية المكاسب ١ / ١٦٣ .

يمكن التخلص عن هذا الإشكال بأحد وجهين :

الأوّل : أنّ الخطوط والكتابة فى جميع الكتب من المقوّمات التى تدور عليها التسمية ، ولكن بعد نهى الشارع من بيع المصحف ، يجرى المتعاملين العقد على الورق والجلد وغيرهما الذى فيه الخطوط والنقوش ، فتدخل الأخيران تبعاً فى ملك المشترى .

وبعبارة أُخرى : « لو لا النهى لكانت النقوش جزءاً للمبيع ، بل كانت هى المقصودة الأصلية من المعاملة ، وكانت غيرها تابعةً ، ولكنّه بملاحظة النهى ينعكس الأمر ، ورعاية التبعية أمر ممكن قصدها من المتعاوضين ... » . كما قاله المحقق النائينى(١) وتبعه تلميذه السيد الخوئى(٢) قدس سرهما ، وأشار إلى هذا الإستدلال الشيخ جعفر(٣) وتلميذه صاحب الجواهر(٤) أعلى اللّه مقامهما .

ولكن يمكن أن يناقش فيه : بأنّ النقوش والخطوط من المقوّمات ، وهى المقصودة الأصلية فى بيع الكتب عموماً والمصحف خصوصاً ، والأصلية والتبعيّة ليستا من الأُمور القصدية حتّى يقصدهما المتعاملان ، بل هما من الأُمور المتحققة فى الخارج والمعينة عند عرف أهله ، فقصد المتعاملين لا يفيد فى المقام شيئاً .

الثانى : أن يكون المبيع هو الورق والجلد وغيرهما ولكن يشترط المشترى على البائع فى ضمن العقد أن يملّكه الخطوط والنقوش والكتابة مجاناً ، ولا يلزم التصريح بذلك الشرط ، لأنّه بعد البناء على حرمة بيع المصحف فالقرينة القطعية قائمة على اعتبار ذلك الشرط فى العقد أو صار كالشروط الإرتكازية فى العقد .

وأشار إلى هذا الإستدلال الشيخ جعفر(٥) وتبعه الفقيه اليزدى(٦) والمحقق

١- (١) منية الطالب ١ / ٥٧ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨٨ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٦٥ حيث قال : « لا مانع ... بل التمليک التبعی» .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٢٦ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٦٥ : حيث قال : « لا مانع من تعلّق الملک والتمليک المجانی» .

٦- (٦) حاشية المكاسب ١ / ١٦٢ .

الخوئی(١) قدس سرهم .

ثمّ إنّ هاهنا فروعاً كثيرة لابدّ من التنبيه على بعضها

الأوّل : جواز أخذ الأُجرة على كتابة القرآن

صرّح بجواز أخذ الأُجرة عليها سلاّر بن عبد العزيز الديلمی فی المراسم(٢) والعلامة فی التحرير(٣) والنهاية(٤) وتجارات القواعد(٥) والتذكرة(٦) وإجارتهما(٧) وإجارة جامع المقاصد(٨) ، وفی إجارتی التذكرة وجامع المقاصد نسبة ذلک إلی أكثر علمائنا . وقال فی الحدائق : « الظاهر أنّه لا خلاف فيه»(٩) . ولكن فی النهاية(١٠) والنافع(١١) أنّه مكروه مع الشرط .

وكذا عدّه ابن إدريس فی المكاسب المكروهة وقال : « ... ونسخ المصاحف مع الشرط فی ذلک ومع ارتفاعه فهو حلال طلق ، وهذا مذهب جميع أصحابنا وعليه إجماعهم منعقد »(١٢) .

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٤٨٨ .

٢- (٢) المراسم / ١٧٠ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ .

٤- (٤) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٢ .

٥- (٥) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٦ .

٧- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٢٩٤ وتذكرة الفقهاء ٢ / ٣٠٥ من الطبعة الحجرية .

٨- (٨) جامع المقاصد ٧ / ١٧٧ .

٩- (٩) الحدائق ١٨ / ٢٢٠ .

١٠- (١٠) النهاية / ٣٦٧ .

١١- (١١) المختصر النافع / ١١٧ .

١٢- (١٢) السرائر ٢ / ٢٢٣ .

وتدلّ على جواز أخذ الأُجرة على كتابة القرآن عدّة من الروايات :

منها : خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ أُمّ عبد اللّه بن الحارث أرادت أن تكتب مصحفاً ، واشترت ورقاً من عندها ودعت رجلاً فكتب لها على غير شرط ، فأعطته حين فرغ خمسين ديناراً ، وأنّه لم تبع المصاحف إلاّ حديثاً(١) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ القاسم بن محمد الجوهرى لم يذكر لنا توثيقه الخاص وقد ضعّفه العلامة الحلّى(٢) والمجلسى(٣) والمامقانى(٤) ، ولكن لم يرد تضعيفه من القدماء وروى عنه مشايخ الطائفة نحو محمد بن أبى عمير وصفوان بن يحيى والحسين بن سعيد وأبى عبد اللّه البرقى ، ذكره النجاشى وقال : « كوفى سكن بغداد روى عن موسى بن جعفر عليه السلام له كتاب» . ثمّ ذكر سنده المعتبر بل الصحيح إلى كتابه(٥) . وذكره الشيخ بعنوان « الكوفى له كتاب» ثمّ ذكر سنده الصحيح إليه(٦) . وله أكثر من سبعين رواية فى الكتب الأربعة ، ولذا لا يبعد حسنه واعتباره عندنا ، فصار السند معتبراً به .

والرواية تدلّ على جواز أخذ الأجرة على كتابة القرآن من دون شرط .

ومنها : خبر روح بن عبد الرحيم عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال : قلت : ما ترى أن أعطى على كتابته أجراً ؟ قال : لا بأس ، الحديث(٧) .

ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكتب المصحف بالأجر ، قال : لا بأس(٨) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ١٠ .

٢- (٢) ترتيب خلاصة الأقوال / ٣٤١ الرقم ٩ .

٣- (٣) الوجيزة / ١٤١ الرقم ١٤٦٤ .

٤- (٤) نتائج التنقيح / ١٢٣ .

٥- (٥) راجع رجال النجاشى / ٣١٥ الرقم ٨٦٢ .

٦- (٦) الفهرست / ٣٧١ الرقم ٥٧٦ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ٩ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦١ ح ١٢ .

ومنها : خبر آخر لعلىّ بن جعفر قال : وسألته عن الرجل هل يصلح له أن يكتب المصحف بالأجر ؟ قال : لا بأس(١) .

ومنها : مرسلة دعائم الإسلام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ولا بأس أن يكتب بأجر ، الحديث(٢) .

والروايات كما ترى كلّها ضعاف ، ولكن ينجبر ضعف أسنادها بالشهرة . والاشتراط لم يذكر إلاّ فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه ، ولا يمكن تقييد المطلقات به ، فالأقوى جواز أخذ الأُجرة على كتابة القرآن مطلقاً ، ولكن الأحوط عدم الاشتراط فيها .

ثمّ فليعلم على القول بكراهة أخذ الأُجرة مع الشرط ، تجرى فى ما تُسمّى كتابة القرآن ، فلا بأس به فى كتابة آيات التعوّذ والحرز والحفظ ونحوها .

وكذا الكراهة لا تجرى بالنسبة إلى إصلاحه وتصحيفه وتجليده . وهكذا لا تجرى بالنسبة إلى غيره من الكتب السماوية أو كتب الحديث والفقه والتفسير وغيرها .

الثانى : حكم تعشير المصحف

المراد به جعل العواشر فيه . وعواشر القرآن : الآى التى يتمّ بها العَشَر ، والعاشرة : حلقة التعشير من عواشر المصحف ، والمراد بالتعشير تزيين آخر الآية العاشرة بالذهب وبترسيم شبهة الدائرة بعدها . كما أنّ المتداول فى زماننا هذا ترسيمها بعد كلّ آية .

قال العلامة فى التحرير : « يكره تعشير المصاحف بالذهب ، فيكره الأُجرة عليه»(٣) .

وكذا أفتى بكراهته فى القواعد(٤) ، وسيأتى كلامه فى التذكرة ، وتبعه المحقق الثانى(٥)

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦١ ح ١٣ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٨ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٦ .

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢ / ٦ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ١٠ .

والفيض الكاشانى(١) وأصحاب الكفاية(٢) والحدائق(٣) والرياض(٤) وشرح القواعد(٥) والمفتاح(٦) .

وقد ورد النهى عن ذلک فى بعض الروايات :

منها : موثقة سماعة قال : سألته عن رجل يعشّر المصاحف بالذهب ؟ فقال : لا يصلح ، فقال : إنّه معيشتى ، فقال : إنّک إن تركته للّه جعل اللّه لک مخرجاً(٧) .

يشمّ من الرواية كراهة تعشير المصحف بالذهب ، والقرينة عليها قوله عليه السلام : « لا يصلح» و« إن تركته» ولو كان حراماً فلابدَّ من تركه .

ومنها : خبر محمّد بن الوراق قال : عرضتُ على أبى عبد اللّه عليه السلام كتاباً فيه القرآن مختّم معشّر بالذهب وكتب فى آخر سورة بالذهب فأريته إيّاه ، فلم يَعِبْ فيه شيئاً إلاّ كتابة القرآن بالذهب ، فإنّه قال : لا يعجبنى أن يكتب القرآن إلاّ بالسواد كما كتب أوّل مرّة(٨) .

ومنها : خبر داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : ليس بتحلية المصاحف والسيوف بالذهب والفضة بأس(٩) .

ظهور الروايات - مع فهم الأصحاب وإفتائهم - يدلّ على كراهة تعشير المصحف بالذهب .

١- (١) مفاتيح الشرائع ٣ / ١٤ .

٢- (٢) الكفاية ١ / ٤٤٥ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٢٢٠ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٥ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ١١٥ .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٠ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٢ ح ١ . الباب ٣٢ من أبواب ما يكتسب به .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٢ ح ٢ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ٥ / ١٠٥ ح ٣ . الباب ٦٤ من أبواب أحكام الملابس .

تذييلٌ :

قال الشيخ على : « وكتابة القرآن بالذهب أشدّ كراهة ، والظاهر أنّ كتبة الأحزاب بالذهب وجدوله به ونقشه كالتعشير »(١) .

وقال الشيخ جعفر : « وإلحاق تذهيب الأجزاء والأنصاف والأحزاب والجداول ونحوها بالتعشير غير بعيد »(٢) .

ولكن قال العلامة فى نهايته : « نعم يحرم نقشه بالذهب »(٣) .

وقال فى التذكرة : « يحرم تعشير المصاحف بالذهب وزخرفتها - ثمّ ذكر موثقة سماعة الماضية وقال : - والأولى عندى الكراهة دون التحريم ، عملاً بالأصل واستضعافاً للرواية ، لأنّها غير مستندة إلى إمام والرواة ضعفاء . ويكره كِتْبة القرآن بالذهب - ثم ذكر خبر محمّد بن الوراق - »(٤) .

أقول : الظاهر أنّ متابعة الشيخين من حيث الأدلة تامة ، ويمكن الحكم بكراهة تعشير المصحف وتذهيب الأجزاء والأنصاف والأحزاب وكتابته بالذهب(٥) ، بل لا يبعد القول بكراهة كتابة القرآن بغير سواد ، كما اختاره فى الحدائق(٦) والمفتاح(٧) واللّه العالم .

الثالث : هل يملّك الكافر للمصحف

يظهر من الشيخ الطوسى قدس سره فى فصل حكم ما يغنم ومالا يغنم من جهاد المبسوط تملّک الكافر للمصحف ، حيث يقول : « إذا وجد فى المغنم كتب نُظر فيها فإن كانت مباحة يجوز إقرار اليد عليها مثل كتب الطب والشعر واللغة والمكاتبات فجميع ذلک غنيمة ، وكذلک المصاحف

١- (١) جامع المقاصد ٤ / ١٠ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١١٥ .

٣- (٣) نهاية الإحكام ٢ / ٤٧٢ .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٦ مسألة ٦٥٢ .

٥- (٥) كما ذهب إلى الأخير المحقق السبزوارى فى الكفاية ١ / ٤٤٥ .

٦- (٦) الحدائق ١٨ / ٢٢٠ .

٧- (٧) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٠ .

وعلوم الشريعة كالفقه والحديث ونحوه ، لأنّ هذا مالٌ يُباع ويُشترى كالثياب ... »(١) .

ولو لم يدخل المصحف فى ملک الكافر فلا وجه لدخوله فى الغنيمة ، بل يكون من قبيل مجهول المالک ، ولكن الشيخ نظر إليه بعنوان الغنيمة .

وإرادة غير القرآن من المصاحف المذكور فى كلامه بعيدة ، كما نبّه عليه الشيخ الأعظم(٢) قدس سره .

مضافاً إلى أنّ الأصل الأوّلى فى المقام هو الجواز ، وهو تملّک كلّ شخصٍ لأىّ مال إلاّ ما خرج بالدليل ، والمصحف ملکٌ ومالٌ فيجوز لكلِّ شخصٍ تملّكه حتّى الكافر ، وإنّا لم نجد ما يدلّ على حرمة تملک الكافر للمصحف كما اعترف به المحقق الخوئى(٣) قدس سره .

ولكن يظهر من الشيخ جعفر قدس سره عدم تملّكه المصحف حيث يقول : « ولو تعقّب الكُفر الملك أبطله وبقى بلا مالك »(٤) .

والأوّل هو الأظهر .

الرابع : بيع المصحف من الكافر

هل يصح بيع المصحف من الكافر أم لا ؟ ذهب إلى البطلان الشيخ فى المبسوط(٥) والمحقق فى الشرائع(٦) وابن أخته العلاّمة فى القواعد(٧) والتحرير(٨) والإرشاد(٩) والنهاية(١٠)

١- (١) المبسوط ٢ / ٣٠ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٦٢ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٤٩٠ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٦٧ .

٥- (٥) المبسوط ٢ / ٦٢ .

٦- (٦) شرائع الإسلام ١ / ٣٠٥ .

٧- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

٨- (٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦١ .

٩- (٩) إرشاد الأذهان ١ / ٣٦٠ .

١٠- (١٠) نهاية الإحكام ٢ / ٤٥٦ .

والتذكرة(١) ، وولده فى إيضاح الفوائد(٢) وابن اخته السيد عميد الدين فى كنز الفوائد(٣) والشهيد فى الدروس(٤) واللمعة(٥) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٦) وثانى الشهيدين فى

المسالک(۷) والروضة(۸) والأردبیلی فی مجمع الفائدة(۹) والشیخ یوسف فی الحدائق(۱۰) والشیخ جعفر فی شرح القواعد(۱۱) .

ویمکن القول بصحة البیع کما حکاه المحقق فی الشرائع(۱۲) والعلاّمة عن بعض أصحابنا فی التحریر وقال : « وقال بعض أصحابنا یجوز ویجبر علی بیعه»(۱۳) . وکذا احتمله فی النهایة وقال : « ویحتمل الصحة فیقهر علی بیعه»(۱٤) . وقال المحقق الثانی : « وقیل : یَصِحُّ ویؤمر ببیعه»(۱۵) ونحوها فی الحدائق(۱٦) ، ولکن قال فی المفتاح : « لم أجد القائل بصحة البیع وإجباره علی بیعه . نعم قد قیل ذلک فی العبد المسلم ، فتأمل ، ولعلّ الفرق أنّ القرآن أعظم حرمةً»(۱۷) .

۱- (۱) تذکرة الفقهاء ۱۰ / ۲۳ .

۲- (۲) إیضاح الفوائد ۱ / ٤۰۷ .

۳- (۳) کنز الفوائد ۱ / ۳۷۷ .

٤- (٤) الدروس الشرعیة ۳ / ۱۷۵ .

۵- (۵) اللمعة الدمشقیة / ۱۱۱ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ۳۳ .

۷- (۷) المسالک ۳ / ۱٦٦ .

۸- (۸) الروضة البهیة ۳ / ۲٤۳ .

۹- (۹) مجمع الفائدة والبرهان ۸ / ۱٦۱ .

۱۰- (۱۰) الحدائق ۱۸ / ٤۲۸ .

۱۱- (۱۱) شرح القواعد ۱ / ۲٦۷ و ۲ / ۵۱ .

۱۲- (۱۲) شرائع الإسلام ۱ / ۳۰۵ .

۱۳- (۱۳) تحریر الأحکام الشرعیة ۲ / ۲٦۱ .

١٤- (١٤) نهاية الإحكام ٢ / ٤٥٧ .

١٥- (١٥) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .

١٦- (١٦) الحدائق ١٨ / ٤٢٨ .

١٧- (١٧) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٧٧ .

وكيف ما كان فقد استدلّ على البطلان بوجوه :

الاستدلال على البطلان بوجوه

الأوّل : فحوى ما دلّ على عدم تملّك الكافر للمسلم

ذهب الفقهاء إلى عدم تملّك الكافر المسلمَ ، قال الشيخ : « لا يجوز لكافر أن يشترى عبداً مسلماً ولا يثبت ملكه عليه ، وفيه خلاف لقوله تعالى : «وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»(١) »(٢) .

والآية الشريفة كافية فى الاستدلال لعدم تملّك الكافر المسلم ، لأنّ تملّكه إيّاه ذلّ وسبيل إليه وقد نفته الآية الشريفة . ويؤيدها مرفوعة حماد بن عيسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام : أنّ أمير المؤمنين أُتى بعبد لذمّىّ وقد أسلم ، فقال : إذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقرّوه عنده(٣) .

وحيث لا يجوز للكافر تملّك المسلم فبالطريق الأولى لا يجوز تملّك المصحف الذى هو كلام اللّه تعالى .

قرّبنا الشيخ جعفر قدس سره هذا الاستدلال بقوله : « أنّ منع تملّك الكافر لأهل الإيمان - للزوم الإهانة بثبوت السلطان - يتمشّى بطريق الأُولوية إلى القرآن ، مع أنّ الإهانة له عين الإهانة للإسلام والإيمان»(٤) .

وفيه : تملّک الكافر المسلم ذلّ واستخفاف عليه ، ولكن تملّكه للمصحف لا يكون كذلک ، بل ربّما يزيد فى احترامه كما إذا جعله فى مكان نظيف ويراجع آياته وبراهينه وقصصه وحكاياته وأحكامه ، ولعلّ ذلک يوجب هدايته إلى الإسلام ولذا تأمّل الشيخ الأعظم فى هذا الدليل ومنعه فى بيعه(٥) .

ص: ٢٨٥

١- (١) سورة النساء / ١٤١ .

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٦٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٨٠ ح ١ . الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع - ووسائل الشيعة ٢٣ / ١٠٩ ح ١ . الباب ٧٣ من أبواب كتاب العتق .

٤- (٤) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٥- (٥) المكاسب ٣ / ٦٠٢ .

الثانى : النبوى المشهور « الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه »

روى الصدوق مرسلاً عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه(١) . بتقريب : أنّ تملّک الكافر للمصحف يوجب الاستعلاء على الإسلام فلا يجوز .

ونقل الشيخ الأعظم عن الشيخ الطوسى(٢) استدلاله بالنبوى على عدم تملّک الكافر للمسلم ثم زاد عليه : « ومن المعلوم أنّ ملک الكافر للمسلم إن كان علوّاً على الإسلام فملكه للمصحف أشدّ علوّاً عليه»(٣) .

وفيه : أوّلاً : هذه الرواية مرسلة ليس لها سند .

ويمكن أن يناقش فى هذا الجواب : بأنّ شهرتها عند العامة والخاصة كافية عن السند .

وثانياً : لا تتمّ دلالة هذه الرواية على المطلوب ، قال الفقيه اليزدى : « هذا الخبر يُحتمل معان خمسة : أحدها : بيان كون الإسلام أشرف المذاهب ، وهو خلاف الظاهر جداً .

الثانى : بيان أنّه يعلو من حيث الحجة والبرهان .

الثالث : أنّه يعلو بمعنى يغلب على سائر الأديان .

الرابع : أنّه لا ينسخ .

الخامس : ما أراده الفقهاء من إرادة بيان الحكم الشرعى الجعلى بعدم علو غيره عليه . وإذا جاء الاحتمال بطل الإستدلال فتدبّر»(٤) .

وثالثاً : على فرض تمامية السند والدلالة فمجرد تملّک الكافر المصحف لا يكون علوّاً للكفر على الإسلام ، كما أنّ مجرد تملّک المسلم التوراة والأنجيل لا يكون علوّاً للإسلام على الكفر ، كما نبّه على ذلک شيخنا الأستاذ(٥) - مدظله - .

١- (١) الفقيه ٤ / ٣٣٤ ح ٥٧١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٦ / ١٤ ح ١١ . الباب ١ من أبواب موانع الإرث .

٢- (٢) ذكره الشيخ الطوسى فى الخلاف ٦ / ٤١٩ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٦٢ .

٤- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٦٤ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣١١ .

الثالث : بيع المصحف من الكافر يوجب هتكه واستخفافه

بتقريب : أنّ الكافر لا يبالى بهتك حرمات اللّه وبيعه المصحف يوجب تسليطه عليه وهتكه . وهكذا من الواجبات تعظيم كلام اللّه تعالى ولكن بيعه من الكافر استخفاف ، لأنّ الظن حاصل بأنّ الكافر يستخف بالقرآن ويستهين به ، كما أشار إلى الأخير الوحيد البهبهانى(١) قدس سره .

وتبعه تلميذه الشيخ جعفر وقال : « والأصل فى أصل هذا الحكم لزوم الإهانة ومنافاة التعظيم الباعث على تحريم تمليكه»(٢) .

وفيه : نعم لا يجوز هتك القرآن واستخفافه ، ولكن بينهما وبين بيعه من الكافر عموماً من وجه ، كما إذا اشتراه الكافر واحترمه فوق ما يحترمه نوع المسلمين وجعله فى مكتبة نظيفة . مضافاً إلى أن الهتك يتحقق بتسليطه على المصحف خارجاً لا على مجرد بيعه منه ، ولذا ناقش صاحب الجواهر هذا الحكم بقوله : « لإمكان منع منافاة ملكية الكافر للإحترام ، خصوصاً إذا اتخذه هو على جهة التبجيل والتبرك والاحترام ، كما يصنعه بعض النصارى فى تراب الحسين عليه السلام عند الطوفان»(٣) .

الرابع : بيعه من الكافر يستلزم تنجّسه

بيع المصحف من الكافر يستلزم تنجّسه ، للعلم العادى بمسّ الكافر إيّاه بالرطوبة ، فيكون حراماً من هذه الجهة .

وفيه : أوّلاً : بين تنجّس المصحف وبيعه من الكافر عموماً من وجه .

وثانياً : على فرض تمامية الإستدلال إنّما يتم إذا حكمنا بحرمة الإعانة على الإثم ، وقد مرّ منّا المناقشة فيها .

تنبيه : لو تمت هذه الأدلة الأربعة - ولم تتم - لا تدلّ إلاّ على حرمة بيعه من الكافر

١- (١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان / ٩٤ .

٢- (٢) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٣٤٠ .

تكليفاً ، وبين الحرمة التكليفية والحرمة الوضعية بون بعيد ، لعدم التلازم بينهما .

والحاصل ، أنّ للمناقشة فى هذا الحكم مجالاً واسعاً كما ذهب إليه صاحب الجواهر وقال : « بل لا يخلو أصل المسألة من ذلک (أى من بحث) أيضاً »(١) .

الخامس : حكم بيع أبعاض المصحف

إذا قلنا بحرمة بيع المصحف أو كراهته فهل يختص الحكم بمجموعه أو يسرى إلى الأبعاض أيضاً ؟

قال الشيخ جعفر : « مصحفاً أو أبعاضه المنفصلة أو المتصلة بما لا يغلب عليه اسمه - وفيالغالب إشكال - غير منسوخة التلاوة - وفى المنسوخ منها بحث - منسوخة الحكم أولا ، ومع الإشتراک فالمدار على قصد الكاتب ، ومع الشک فالعمل على أصل الإباحة . والمحافظة على جادّة الإحتياط فيه - كما فى الخالى عن القصد - أُولى»(٢) .

ونقل هذا البيان صاحب الجواهر عن أُستاده فى كتابه(٣) فراجعه .

وقال صاحب المفتاح : « ولا ريب أنّ أبعاض المصحف كالمصحف عندهم ، فلا يفرّق فيها بين المجتمع والمتفرّق ، وفى إطلاق كلامهم ما يعطى أنّه يُطلق على البعض والكلّ ، وهو الموافق لكلام أهل اللغة»(٤) .

أقول : المصحف لغةً وعرفاً يُطلق على البعض والأجزاء ، وتدلّ عليه أيضاً خبر سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : وإيّاک أن تشترى منه الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليک حراماً وعلى من باعه حراماً(٥) .

فعليه ما يجرى فى حقّ الكل يجرى فى حق الأجزاء أيضاً ولكن إذا كانت مستقلة ، وأمّا

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٣٤٠ .

٢- (٢) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٣٣٨ .

٤- (٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٧٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦١ ح ١١ .

المتفرقة فلا يبعد عدم اللحوق كما عن الشيخ الأعظم(١) قدس سره .

السادس : هل تلحق الأحاديث بالمصحف ؟

ألحقها به الشيخ فى المبسوط(٢) ، ولكن صريح المحقق فى الشرائع(٣) الكراهة ونسبه الصيمرى(٤) إلى المشهور ، وتردّد العلاّمة فى التذكرة(٥) فى الإلحاق وعدمه ، ولكن قال فى نهايته : « وهل تجرى الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه و آله وسلم وأهل بيته عليهم السلام مجرى المصحف فى المنع من البيع ؟ إشكال ، فإن قلنا به منعنا من الكتب المشتملة على الأخبار والآثار من كتب الفقه دون غيرها»(٦) .

وذهب ولده فى « شرح الإرشاد» إلى جواز بيع الأحاديث النبوية على الكافر(٧) .

ولكن المحقق الثانى ألحقها بالمصحف فى « فوائد الشرائع» وقال : «التحريم وبطلان البيع أُولى وأحوط ، ولا تكاد الأحاديث تخلو من الآيات القرآنية فالمنع لا يخلو من قوّة »(٨) .

وقال الشيخ جعفر : « وتسرية الحكم إلى الكتب المحترمة من كتب الحديث والفقه والدعوات ونحوها غير بعيد»(٩) .

وقال أيضاً : « ويقوى إلحاق كتب الحديث والتفسير والفقه والمزارات والخطب والمواعظ والدعوات والتربة الحسينية وتراب الضرائح المقدسة ورضاض الصناديق

ص: ٢٨٩

١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٣ .

٢- (٢) المبسوط ٢ / ٦٢ .

٣- (٣) الشرائع ١ / ٣٠٦ .

٤- (٤) غاية المرام ١ / ٥٤٠ ونقل عنه الشيخ الأعظم فى بيع المكاسب ٣ / ٦٠٢ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٣ .

٦- (٦) نهاية الإحكام ٢ / ٤٥٧ .

٧- (٧) نقل عنه صاحب مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٧٧ .

٨- (٨) فوائد الشرائع ، المطبوع ضمن حياة المحقق الكركى وآثاره ١١ / ١٠٣ .

٩- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٦٧ .

الشريفة وثوب الكعبة زاد اللّه شرفها»(١) .

وذهب إلى الإلحاق تلميذه صاحب مفتاح الكرامة(٢) .

ولم يختر الشيخ الأعظم(٣) قدس سره فى المقام شيئاً وكذا فى بيعه(٤) ولكن قال فيه : « ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبى صلى الله عليه و آله وسلم من طرق الآحاد حكمها حكم ما

عُلم صدوره منه ، وإن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبى صلى الله عليه و آله وسلم المعلوم صدورها عنه » .

أقول : ما ذكره متينٌ وحيث ذهبنا إلى جواز بيع المصحف من الكافر فالجواز فى كتب أحاديث الرسول صلى الله عليه و آله وسلم وأهل بيته عليهم السلام يجرى مجرى المصحف بطريق أولى ، كما ذهب إلى الجواز فخر المحققين قدس سره .

نعم ، لو تمت الأدلة هناك يقوى الإلحاق كما سمعت من الشيخ جعفر . وعلى الإلحاق لا فرق بين الأحاديث النبوية وغيرها ، كما ذكره جدنا الشيخ جعفر وعمّم الحكم .

السابع : هل يلحق اسم النبى صلى الله عليه و آله وسلم وآله عليهم السلام بأحاديثهم ؟

على فرض لحوق الأحاديث بالمصحف الشريف فهل تلحق أسماء النبى صلى الله عليه و آله وسلم والأئمة عليهم السلام وأُمّهم فاطمة الزهراء عليهاالسلام بأحاديثهم أم لا ؟

استشهد الشيخ الأعظم(٥) قدس سره باللحوق بطريق الأُولوية ، لأنّ اسمه صلى الله عليه و آله وسلم أعظم من كلامه . ثمّ فرّع عليه الإشكال فى تملّك الكفار الدراهم والدنانير المكتوبة عليها اسم النبى صلى الله عليه و آله وسلم ، ثمّ أجاب عن الإشكال بأنّ الثمن أو جزءه لا يقع بازاء اسمه صلى الله عليه و آله وسلم ، فالإسم ينتقل إلى البائع تبعاً .

ثمّ استشكل فى جوابه بأن يقال : مناط الحرمة هو التسليط الخارجى لا المعاوضة ولا

١- (١) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٢٧٧ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٦٣ .

٤- (٤) المكاسب ٣ / ٦٠٢ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٦٣ و ١٦٤ .

التمليک ، مضافاً إلى وجود العلم العادى بمسّ الكافر إيّاه مع الرطوبة .

وفيه : أولاً : نحن ذهبنا إلى عدم إلحاق الأحاديث النبوية وغيرها بالمصحف الشريف ، فنحن فى فسحة من هذا البحث .

وثانياً : بمنع أعظمية اسمه صلى الله عليه و آله وسلم على كلامه ، ولا أقل من أنّها غير معلومة . « ومجرد جواز مسّ المحدِّث لكلامه دون اسمه صلى الله عليه و آله وسلم لا يكون شاهداً على الأعظمية وإلاّ كان اسمه صلى الله عليه و آله وسلم أعظم من نفسه صلى الله عليه و آله وسلم الجائز مسّه بلا وضوء» كما نبّه عليه المحقق الإيروانى(١) قدس سره .

ثالثاً : يمكن أن يقع بإزاء أسمائهم عليهم السلام جزءٌ من الثمن ، كما يظهر ذلک من خبر دعبل بن على الخزاعى(٢) فى الدنانير الرضوية ، حيث باع كلّ دينار منها بمائة درهم لأن اسم الإمام الهمام على بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء كان مضروباً عليها .

ورابعاً : على فرض تمامية الأعظمية ، الحرمة تجرى بالنسبة إلى التسليط أو التنجيس الخارجيين لا المعاوضة والتمليک ، وعلى هذا لا بأس بهما .

وخامساً : السيرة المستمرة بين المسلمين تنفى هذا اللحوق من جريان المعاوضة والمبايعة على الدراهم والدنانير المكتوبة عليها اسم النبى صلى الله عليه و آله وسلم وأهل بيته عليهم السلام .

الثامن : هبة المصحف

على القول بحرمة بيع المصحف فهل يجوز هبته أم لا ؟

الظاهر عدم وجود إشكال فى جواز هبة المصحف مجاناً ، وأمّا الهبة المعوّضة فيمكن الحكم بالجواز ، لأنّ الأدلة المانعة تختص بالبيع فقط ، بل يمكن أن يقال : بأنّ العوض يقابل الهبة لا المصحف . ويمكن الحكم بالمنع ، لأنّ المستفاد من الأدلة حصول الهتک بالمصحف إذا قوبل بمال سواء فى البيع أو غيره ، لأنّ العوض فى الهبة أيضاً يصدق عليه العوض عرفاً ، فلا تجوز الهبة المعوّضة بالنسبة إلى المصحف .

ص: ٢٩١

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ٣٠٧ .

٢- (٢) راجع فى هذا المجال كتابنا : « الأربعون حديثاً فى مَنْ يملأ الارض قسطاً وعدلاً» / ٣٩ - وكمال الدين وتمام النعمة / (٣٧٦ - ٣٧٢) .

وهذا البيان يجرى فى تمليک المصحف بنحو الشرط فى ضمن العقد من أنّ الشرط لا يقابل بالعوض ، ومن صدق أخذ العوض عرفاً .

ولكن ما يتمّ عندنا من الأدلة جواز الهبة المعوّضة ، لأنّ الأدلة المانعة - لو تمت - تجرى بالنسبة إلى البيع فقط . وكذا يجوز تمليک المصحف بنحو الشرط فى ضمن العقد ، لأنّ الشروط لا تقابل بجزءٍ من الثمن .

فظهر ممّا ذكرنا جواز جعل المصحف عوضاً فى الإجارة أو الجُعالة أو جعله صِداقاً أو جزءً من الصداق . وقد أشار إلى هذا الفرع الفقيه اليزدى(١) والمحقق الأردكانى(٢) قدس سرهما .

التاسع : ما المراد من الهديّة فى معاملة المصحف ؟

المتعارف عند المتشرعة فى بيع المصحف أنّهم يسمّون ثمن القرآن هديّة ، والمراد بها تمليک القرآن مجاناً من طرف البائع وبذل الثمن مجاناً أيضاً من طرف المشترى . لأنّهم يراعون الأدب بالنسبة إلى

آيات اللّه تعالى ولا يجعلونها مورداً للبيع كسائر الأمتعة ، وهم يرون كلام اللّه أرفع من أن يقابل بالثمن ، ولذا يعبرون عن معاملة المصحف باسم الهديّة .

وهذه المعاملة ليس بها بأس وحتّى على القول بحرمة بيع المصحف يمكن التخلص عن الحرام بهذه الهديّة ، كما نبّه عليه الفقيه اليزدى(٣) قدس سره .

وقد مرّ منّا جواز المهاباة المعوّضة بالنسبة إلى المصحف فى الفرع السابق آنفاً ، ويمكن أن تُعد الهديّةُ منها .

وكذا يجوز مبادلة المصحف بالمصحف وإن كان مع أحدهما شىء آخر ، لانصراف دليل المنع عنه - لو تمّ - كما اعترف به الفقيه اليزدى(٤) قدس سره أيضاً .

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٦٣ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ٢٥١ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٦٢ .

٤- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٦٣ .

العاشر : هل يثبت الخيار بالعيب فى الخط ؟

على القول بحرمة بيع المصحف لو ظهر عيب فى الكتابة والخط فهل يثبت خيار العيب أم لا ؟

وجهان : من أنّ الخط والكتابة والسواد على القول بالمنع يدخل فى الملك تبعاً ، فلم يلاحظ فى البيع ، فلا يقع فى مقابله جزءٌ من الثمن ، فإذا بان معيوباً لم يثبت به الخيار .

لا يقال : يكفى فى إثبات الخيار كون الخط والكتابة والسواد هو الداعى ا ّ لى البيع .

لأنّا نقول : تخلف الداعى فى البيع لا يوجب الخيار كما هو واضح .

ومن أنّ العيب فى الخط أيضاً عيب فى المصحف فيثبت به خيار العيب .

ولكن الظاهر أنه على القول بالمنع لا يثبت الخيار ، كما ذهب إليه الفقيه اليزدى(١) والمحقق الأردكانى(٢) ، وعلى القول بالجواز يثبت الخيار .

وحيث ذهبنا إلى جواز بيع المصحف فإذا ظهر العيب فى الخط يثبت به خيار العيب للمشترى ، واللّه سبحانه هو العالم .

وإلى هنا تمّ البحث حول بيع المصحف والحمد للّه .

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٦٣ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ٢٥٢ .

الثانية : جوائز السلطان وعمّاله

اشارة

قبل الورد فى البحث لابدّ من استعراض كلمات الأصحاب قدس اللّه أسرارهم فى المقام ، فلذا نقول :

قال الشيخ : « ... وإن كان (الأرزاق والجوائز والصلات) من جهة سلطان الجور فقد رُخِّص له فى قبول ذلک من جهتِهم ، لأنّ له حظّاً فى بيت المال ويجتهِدُ أن يُخْرِجَ من جميع ما يَحْصُلُ له من جهتهم الخمس ، ويضعه فى أربابه ، والباقى يُواسى منه إخوانه من المؤمنين ويَصِلُهم ببعضه وينتفع

هو بالبعض . ولا يجوز له أن يَقْبَلَ من جوائزهم وصلاتهم ما يَعْلُمُه ظلماً وغصباً ويتعيّنُ له ، فإن لم يتعيّن له ذلک - وإن عَلِمَ أنّ المجيز له ظالم - لم يكن به بأسٌ بقبول جوائزه ويكون مباحاً له والإثم على ظالمه . إلى أن قال : فإن خاف من ردّ جوائزهم التى يَعْلَمُها غصباً على نفسه وماله ، فَلْيَقْبلها فإن أمكنه أن يردّها إلى أربابها فعل ، وإن لم يتمكّن من ذلک تصدّق بها عن صاحبها»(١) .

وقال ابن إدريس الحلى : « ... فإذا كان الأمر فى التقية ما ذكرناه جاز له قبول جوائزه وصلاته ما لم يعلم أنّ ذلک ظلم بعينه ، فإذا لم يعلم أنّه بعينه ظلم فلا بأس بقبوله وإن كان المجيز له ظالماً ، وينبغى له أن يُخرج الخمس من كلّ ما يحصل من ذلک ويوصله إلى أربابه ومستحقيه ، وينبغى له أن يصل إخوانه من الباقى بشى ءٍ ويتصرف هو فى منافعه بالبعض الذى يبقى من ذلک ... فإنْ خاف من ردّ جوائزهم وصلاتهم التى يعلمها ظلماً بأعيانها وغصباً ، على نفسه وماله جاز له قبولها عند هذه الحال ويجب عليه ردّها على أربابها إن عرفهم ، فإن لم يعرفهم عرّف ذلک المال واجتهد فى طلبهم . وقد روى(٢) أصحابنا أنّه يتصدق به عنهم ويكون

١- (١) النهاية / ٣٥٨ و ٣٥٧ .

٢- (٢) نحو خبر على بن أبى حمزة البطائنى راجع وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .

ضامناً إذا لم يرضوا بما فعل . والإحتياط حفظه والوصية به . وقد رُوى(١) أنّه يكون بمنزلة اللقطة ، وهذا بعيد من الصواب ، لأنّ إلحاق ذلک باللقطة يحتاج إلى دليل»(٢) .

وقال المحقق فى الشرائع : « جوائز الجائر إن عُلمت حراماً بعينها فهى حرام [وإلاّ فهى حلال] فإن قبضها أعادها على المالک ، وإن جهله أو تعذّر الوصول إليه تصدّق بها عنه ، ولا يجوز إعادتها على غير مالكها مع الإمكان»(٣) .

وقال فی المختصر : « جوائز الظالم محرّمة إن علمت بعینها وإلاّ فهی حلال»(٤) .

قال العلامة فی التذکرة : «جوائز الجائر إن علمت حراماً لغصبٍ وظلمٍ وشبهه حرم أخذها ، فإنْ أخذها وجب علیه ردّها علی المالک إن عرفه ، وإن لم یعرفه تصدّق بها عنه ویضمن أو احتفظها أمانةً فی یده أو دفعها إلی الحاکم . ولا یجوز له إعادتها إلی الظالم ، فإن أعادها ضمن ، إلاّ أن یقهره الظالم علی أخذها فیزول التحریم . وأمّا الضمان فإن کان قد قبضها اختیاراً لم یزل عنه بأخذ الظالم لها کرهاً ، وإن کان قد قبضها مکرهاً زال الضمان أیضاً . وإن لم یعلم تحریمها کانت حلالاً بناءً علی الأصل ... »(٥) .

وقال فی النهایة : «وأمّا جوائز الجائر فإن علمت بعینها حراماً ، فهی حرام فإن قبضها أعادها علی المالک ، فإن جهله أو تعذّر الوصول إلیه تصدّق بها عنه ، ولا یجوز إعادتها علی غیر مالکها ، وإن لم یعلم حراماً جاز تناولها ... وینبغی الصدقة ببعضها وأن یواسی إخوانه المؤمنین ، والأقرب أنّه علی سبیل الإستحباب»(٦) .

وقال فی التحریر : « وجوائز الجائر إن علمت حراماً وجب دفعها إلی أربابها مع

١- (١) نحو خبر حفص بن غیاث المروی فی وسائل الشیعة ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب کتاب اللقطة .

٢- (٢) السرائر ٢ / ٢٠٤ و ٢٠٣ .

٣- (٣) الشرائع ٢ / ٦ .

٤- (٤) المختصر النافع / ١١٨ .

٥- (٥) تذکرة الفقهاء ١٢ / ١٥٢ مسألة ٦٥٨ .

٦- (٦) نهایة الإحکام ٢ / ٥٢٧ و ٥٢٦ .

المكنة ، ومع عدمه يتصدّق بها عنه ، ولو لم يعلم تحريمها جاز تناولها ، وينبغى إخراج الخمس منها ويصل إخوانه من الباقى»(١) .

وقال فى القواعد : « جوائز الجائر إن عُلمت غصباً حرمت ، وتُعاد على المالك إن قبضها ، فإن جهله تصدّق بها عنه ، ولا يجوز إعادتها إلى الظالم اختياراً»(٢) .

أقول : ونحو هذه العبائر فى منتهى المطلب(٣) .

وقال الشهيد فى الدروس : « و[يجوز] تناول الجائزة منه [أى من الظالم] إذا لم يعلم غصبيّتها ، وإن علم ردّت على المالك ، فإن جهله تصدّق بها عنه ، واحتاط ابن إدريس بحفظها والوصية بها ، وروى أنّها كاللقطة ، قال [ابن إدريس] : وينبغى إخراج خمسها والصدقة على إخوانه منها ، والظاهر أنّه أراد الإستحباب فى الصدقة . وترك أخذ ذلك من الظالم مع الإختيار أفضل . ولا يعارضه أخذ الحسنين عليهماالسلام جوائز معاوية ، لأنّ ذلك من حقوقهم بالأصالة»(٤) .

وقال ثانى الشهيدين معلّقاً على عبارة الشرائع : « التقييد بالعين إشارة إلى جواز أخذها وإن علم أنّ فى ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم ، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك . نعم يكره أخذها حينئذٍ»(٥) .

وقال المحقق الأردبيلى : « الظاهر أنّه يجوز قبول ما لم يعلم كونه حراماً على كراهية ، وإن علم كونه حلالاً فلا كراهة . ولا يبعد قبول قوله فى ذلك ، خصوصاً مع القرائن ، بأن يقول : هذا من زراعتى أو من تجارتى أو أنّه اقترضت من فلان ، وغير ذلك ممّا علم حليّة ذلك من غير شبهة وقول وكيله المأمون حين يعطى وغير ذلك ، والظاهر أنّ كونه زكاةً كذلك ، ولا ينبغى ردّه لما مرّ ، والظاهر أنّه كذلك سائر الواجبات . وإذا كان مشتبهاً محتملاً للأمرين فالظاهر أنّه مكروه (للشبهة ، ن . ل) ويمكن استحباب إخراج خمسه ، ومواساة الإخوان لتزول كما تدلّ

١- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧١ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ١٢ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٥ من الطبع الحجرى .

٤- (٤) الدروس الشرعية ٣ / ١٧٠ .

٥- (٥) مسالک الإفهام ٣ / ١٤١ .

عليه الروايات وكلمات الأصحاب ... ولا شبهة فى أنّ الإجتناب أولى ، وهو واضح عقلاً ونقلاً ولا يحتاج إلى البحث ... إلاّ أنّه يخطر بالبال أنّه قد يكون الأخذ والقبول وصرفه فى المحاويج أولى . ويمكن الأولى منه جعله فى المحاويج من المؤمنين بإذن أهله من غير تصرّف . ويمكن فهمه من الأخبار المتقدمة من الإهتمام بحال المؤمنين ومواساتهم بعد الأخذ ، وأنّه ليس بحرام . ويحصل به قضاء حوائج المؤمنين المحتاجين مثل سدّ خلّتهم وقضاء ديونهم وتزويج أراملهم بل يمكن أن يحصل الأذى للمعطى بالردّ ، فإذا كان مؤمناً يشكل الردّ إلاّ أن يردّ به عن عمله ، أو أنّه قد حصل له الأذى ويستأهل الإرتكاب ما ارتكب .

ولكن يخطر بالبال أنّه لو كان ذلک حسناً لكان القبول له حسناً ، مع أنّه قد علم أُولوية الإجتناب . وأيضاً كما يكره للآخذ كذا يكره لغيره ، فكيف يجعله لهم . إلاّ أنّه قد يقال : الأخذ لنفسه يكون مكروهاً لا لغيره ، وإلاّ يلزم كراهة قضاء حوائج الإخوان فى مثل هذا الزمان ، لأنّ أكثر حوائجهم إلى الحكّام للجوائز إمّا تبرّعاً أو أُجرة حج ونحوه ، وإن خلى ذلک من التحريم فقليلاً ما يسلم من الشبهة ، إلاّ أن يكونوا مضطرّين ولا يعلموا به ... »(١) .

وقال المحقق السبزوارى : « جوائز الجائر إن علمت حرمتها بعينها فهى حرام ، فإن قبضها أعادها على المالک إن أمكنه ، ولا يجوز إعادتها إلى غير المالک مع الإمكان إلاّ أن يأخذها الظالم قهراً . وهل يضمن حينئذٍ ؟ قيل : نعم ، وقوّى بعضهم التفصيل ، وهو أنّ القبض إن كان بعد العلم بكونها مغصوبة ضمن واستمرّ الضمان ، وإن كان قبل العلم ولم يقصّر فى إيصالها إلى من يجوز إيصالها

إليه لم يضمن . والفرق أنّ اليد فى الأوّل عادية مستصحبة للضمان وفى الثانى أمانة . وهو حسنٌ . وإن جهل المالک أو تعذّر إيصالها إليه تصدّق بها عنه . وإن لم يعلم حرمتها بعينها جاز الأخذ وإن علم أنّ فى ماله مظالم ، للأخبار الكثيرة ، واشتهر بينهم أنّه مكروه ... »(٢) .

وقال صاحب الحدائق : « لا إشكال ولا خلاف فى حلّ جوائز السلطان وجميع الظلمة

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / (٨٨ - ٨٦) .

٢- (٢) الكفاية ١ / ٤٤٧ .

على كراهية ما لم يخبره بأنّ ذلک من ماله ، فإنّه لا كراهة ، وما لم يعلم بكونه حراماً ، فيجب ردّه على مالكه أو الصدقة به عنه»(١) .

وقال الشيخ جعفر : « ... ولو لم يعلم كونها غصباً جاز أخذها من الجائر مطلقاً للإجماع والأخبار ومن غيره ، ما لم يعلم إقدامه على المشتبه المحصور لقضاء اليد وإصالة الصحة فيجوز الأخذ حينئذٍ ، وإن جاء بها من دار أو دكان أو حجرة أو صندوق فيه غصب ، أو أشار إلى معيّن من جملة كذلک ، ولا يعلم حصوله فى المدفوع والمعيّن ، إلاّ أنّ التجنّب مع الانحصار من شيم الأبرار وتختلف مراتب الرجحان باختلافه ... »(٢) .

وقال سيد الرياض : «... وإلاّ يعلم حرمتها بعينها فهى حلال مطلقاً ، وإن علم أنّ فى ماله مظالم بلا خلاف فيه ... »(٣) .

وقال الفاضل النراقى : « جوائز السلطان - بل مطلق الظالم بل من لا يتورّع المحارم من الأموال - محرَّمة إن علمت حرمتها بعينها ، فإن قبضها حينئذٍ أعادها على المالک إن عرف ، ويتصدّق بها إن

لم يعرف كما صرّح به فى رواية على بن أبى حمزة ، وإن لم يعلم حرمتها كذلك فهى حلال مطلقاً ، وإن علم أنّ فى ماله مظالم ، بلا خلاف فيه للأصل والمستفيضة ... »(٤) .

وقال فى الجواهر : « جوائز السلطان الجائر وعمّاله إن علمت حراماً بعينها فهى حرام بلا خلاف ولا إشكال ، لا يجوز تملّكها والتصرف بها وقبولها ، وإلاّ فهى حلال مطلقاً وإن علم أنّ فى ماله محرّماً بلا خلاف ولا إشكال أيضاً كما اعترف به فى الحدائق والرياض ، بل فى المصابيح الإجماع عليه ، للأصل والمعتبرة المستفيضة ... »(٥) .

أقول : قسّم الشيخ الأعظم(٦) المال المأخوذ من الجائر إلى أربعة أقسام :

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢٦١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٣٨ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ٢٠٥ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٩ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ١٧٠ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ١٦٥ .

المال المأخوذ من الجائر تنقسم إلى أربعة أقسام

الأوّل : الآخذ لا يعلم - ولو إجمالاً - أنّ فى أموال الجائر مالاً محرّماً . وفى هذا القسم لا إشكال فى جواز أخذه ، لأنّ نفس كونه الشخص ظالماً لا يوجب حرمة أخذ جوائزه أو المعاملة معه .

الثانى : الآخذ يعلم إجمالاً أنّ فى أموال الجائر محرَّماً ولكن لا يعلم - لا تفصيلاً ولا إجمالاً - بالحرام فى المأخوذ منه ، فحينئذ يجوز التصرف فيما أخذ منه ، بلا فرق بين أنّ يكون محل ابتلائه جميع أمواله أو بعضه .

الثالث : الآخذ يعلم إجمالاً أنّ فى أموال الجائر محرَّماً ولكن يعلم تفصيلاً أيضاً بأنّ المأخوذ منه يكون حراماً ، فحينئذ لا يجوز له التصرف فيما أخذ منه .

الرابع : هذا القسم الأخير ولكن مع العلم الإجمالى بوجود الحرام فى المأخوذ منه . ويأتى حكمه فيما بعد .

وهذه إجمال الأقسام ، وأمّا تفصيلها :

القسم الأوّل :

اشارة

استدل الشيخ الأعظم قدس سره لجواز الأخذ وحليّة التصرف ب- « الأصل والإجماع والأخبار»(١) .

المراد من الأصل فى كلام الشيخ

« قد يقال : بأنّ المراد بالأصل فى كلامه قدس سره هو أصالة الإباحة الثابتة بالأدلة العقلية والنقلية .

وفيه : أنّ أصالة الإباحة إنّما تجرى فى الأموال إذا لم تكن مسبوقة بيد أُخرى ، كالمباحات الأصلية التى ملكها الجائر بالحيازة . وأما إذا كانت مسبوقة بيد أُخرى فإنّ أصالة الإباحة محكومة بأصل آخر ، وهو عدم انتقال الأموال المذكورة إلى الجائر من مالكها السابق ،

١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٥ .

فيحرم تناول تلك الأموال من الجائر» . كذا قاله المحقق الخوئى(١) قدس سره .

وإن كان المراد بالأصل هو أصالة الصحة وهى التى تقتضى حمل فعل المسلم على الصحة - والمفروض أنّ الجائر أيضاً يكون من المسلمين فيعامل معه معاملة بقية المسلمين .

وفيه : الدليل الوارد على اعتبار أصالة الصحة - هى السيرة الجارية على حمل المعاملات الصادرة عن الغير على الصحة والسيرة من الأدلة اللبيّة ، فيؤخذ بالمقدار المتيقَّن منها ، وهو إحراز أهلية المتصرِف للتصرف أو السلطة له ، ومن المحتمل عدم جواز التصرف فى المال للجائر لعدم كونه مالكاً له ، وحينئذ لا يمكن الحكم بجواز التصرف والأخذ منه بأصالة الصحة .

والظاهر أنّ مراد الشيخ من الأصل هو قاعدة اليد ، وهى تدلّ على أنّ الجائر يكون مالكاً لما فى يده فعليه يكون تصرفاته نافذةً ، وحيث أعطى ماله لشخص يجوز له التصرف فيه وأخذه . وفى التعبير عن هذه القاعدة بالأصل مسامحة واضحة .

ثمّ إنّ المراد بالأصل فى كلام الشيخ لم يكن استصحاباً ، لأنّ استصحاب عدم كون المال ملكا للجائر وكذا استصحاب عدم طيب نفس المالك بالتصرف فى ماله يمنعان من الأخذ والتصرف . وهكذا استصحاب عدم انتقال المال من مالكه وعدم دخوله فى ملك المجاز له ، وعلى هذا الاستصحاب يجرى على خلاف ما ينتجه الشيخ فلم يكن مراده .

ولكن يمكن أن يناقش فى جريان قاعدة اليد فى المقام أيضاً : بأنّ اليد تكون أمارة للملكية إذا لم يعلم حالتها السابقة وحيث أنّ الجائرين فى أوّل أمرهم ليس لهم مال أو ملك غالباً ولكن حصل لهم مال كثير فى زمن قليل بحيث لم يحصل لغيرهم ، فعليه الاعتماد على جريان قاعدة اليد فى المقام مشكل .

ولكن هنا شبهة أُخرى غير شبهة الغصبية وعدم جواز الحليّة ، وهى احتمال حرمة أخذ الجائزة والصلة وغيرهما من الجائرين ، واحتمال عدم جواز أكل أموالهم والتصرف فيها كحرمة معونتهم ومصاحبتهم والدخول عليهم بالحرمة التكليفية . وهذه الشبهة الأخيرة

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٤٩٣ .

مدفوعة بأصالة البراءَة وأصالة الحليّة . ولعلّ تمسک الشيخ الأعظم بالأصل - وهو هنا أصلى البراءَة والحليّة - لدفع الشبهة الأخيرة ، لا الغصبية وعدم جواز حليّة المال ، كما نبّه عليه المحقق الخمينى(١) قدس سره .

ولكن يمكن أن يناقش فيه : بأنّ حمل الإجماع فى كلمات القوم والروايات الواردة فى المقام على ما ذكره مشكلٌ . ولعلّ هذا صار قرينة على أنّ المراد بالأصل فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره يجرى فى الشبهة الأُولى فقط .

وأمّا المراد بالإجماع فى كلامه

فقد يظهر من مطاوى ما ذكرناه لک من كلمات القوم الإجماع على هذا الحكم ، كما صرح بعدم الخلاف فى المقام أو الإجماع أصحاب الحدائق(٢) والمصابيح(٣) وشرح القواعد(٤) والرياض(٥) والمستند(٦) والجواهر(٧) والمكاسب(٨) . ولم يظهر خلاف هذا الحكم ممّن تأخر عنهم بل يظهر موافقتهم معهم .

ولكن من المحتمل جداً أنّ مدرک المجمعين الأصول المرخِّصَة والروايات المجوِّزة فى المقام ، فحينئذ صار الإجماع مدركيّاً لا يغنى ولا يسمن من جوع .

وأمّا المراد بالروايات

يأتى منّا تفصيلاً الروايات الواردة فى المقام وأمّا بعضها :

فمنها: صحيحة أبى ولاّد - الحنّاط وهو حفص بن سالم وقيل ابن يونس ، ثقةٌ - قال :

ص: ٣٠١

١- (١) المكاسب المحرّمة ٢ / ٢٢٣ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٦١ .

٣- (٣) المصابيح للسيد بحر العلوم الطباطبائى النجفى قدس سره حيث نقل عنه فى الجواهر ٢٢ / ١٧٠ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٣٣٨ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ٢٠٥ .

٦- (٦) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ١٧٠ .

٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٦٥ .

قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : ما ترى فى رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلاّ من أعمالهم ، وأنا أمرّ به فأنْزلُ عليه فيضيفنى ويحسن إلىَّ ، وربّما أمر لى بالدرهم والكسوة ، وقد ضاق صدرى من ذلک ؟ فقال لى : كُلْ وخُذْ منه فلک المهنأ وعليه الوزر(١) .

ومنها : صحيحة أبى المغرا - وهو حميد بن المثنى الثقة - قال : سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السلام وأنا عنده ، فقال : أصلحک اللّه أمرّ بالعامل فيجيزنى بالدراهم آخذها ؟ قال : نعم ، قلت : وأحج بها ؟ قال : نعم(٢) .

ومنها : حسنة أو معتبرة محمد بن مسلم وزرارة قالا : سمعناه يقول : جوائز العمال ليس بها بأس(٣) .

ومنها : صحيحة أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس بجوائز السلطان(٤) .

ومنها : حسنة محمد بن هشام أو غيره قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أمرّ بالعامل فيصلنى بالصلة أقبلها ؟ قال : نعم ، قلت : وأحجّ منها ؟ قال : نعم وحجّ منها(٥) .

لا يخفى أنّ كلمة « أو غيره» يوجب الإخلال بسند الرواية ، ولكن متنها ودلالتها واضحة .

ومنها : معتبرة أبى بكر الحضرمى قال : دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام وعنده إسماعيل ابنه ، فقال : ما يمنع إبن أبى السماك أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس ، ويعطيهم ما يعطى الناس ؟ ثمّ قال لى : لم تركت عطاءک ؟ قال : مخافة على دِيْنى ، قال : ما منع إبن أبى السماك أن يبعث إليک بعطائک ؟ أما علم أنّ لک فى بيت المال نصيباً(٦) ؟ !

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٣ ح ١ . الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٣ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٨ ح ١٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٦ .

ومنها : مرسلة القاضى نعمان عن أبى جعفر عليه السلام أنّه سُئل عن جوائز المتغلبين ، فقال : قد كان الحسن والحسين عليهماالسلام يقبلان جوائز معاوية لأنّهما كانا أهل لما يصل من ذلک إليهما ، وما فى أيدى المتغلبين عليهم حرام وهو للناس واسع إذا وصل إليهم فى خير وأخذوه من حقّه(١) .

وهذه الروايات المستفيضة المعتبرة تدلّ بإطلاقها على حكم هذا القسم من جوائز الجائر بلا إشكال .

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم قدس سره مكاتبة الحميرى(٢) وقال قبلها : « ربّما يوهم بعض الأخبار أنّه يُشترط فى حلّ مال الجائر ثبوت مال حلال له»(٣) ، ثمّ قال : « لكن هذه الصورة قليلة التحقق »(٤) .

أقول : مورد مكاتبة الحميرى وجود العلم بوجود الحرام فى جملة أموال الجائر ، وهو مفقود فى هذا القسم ، فعليه المكاتبة تحمل على القسم الثانى كما حملها الفقيه اليزدى(٥) والمحققون الإيروانى(٦) والأردكانى(٧) والخوئى(٨) قدس سرهم .

ولم يكن موردها قليل التحقق بل كثيراً ما يتحقّق .

القسم الثانى :

اشارة

وهو أن يكون الآخذ علم إجمالاً أنّ فى أموال الجائر محرَّماً ولكن ليس له علماً - لا

١- (١) دعائم الإسلام ٢ / ٣٢٣ ح ١٢٢٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨١ ح ١٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٧ ح ١٥ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٦٥ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٦٥ .

٦- (٦) حاشية المكاسب ١ / ٣١٠ .

٧- (٧) غنية الطالب ١ / ٢٥٧ .

٨- (٨) مصباح الفقاهة ١ / ٤٩٤ .

تفصيلاً ولا إجمالاً - بالحرام فى المأخوذ منه ، وهذا القسم ينقسم إلى صورتين :

الصورة الأولى : عدم تعارض الأُصول والأمارات فى أطراف العلم الاجمالى

ذكر الشيخ الأعظم(١) جواز التصرف فى هذه الصورة بأحد شرطين على سبيل منع الخلو :

الأوّل : إذا كانت الشبهة فى أطراف العلم الإجمالى غير محصورة .

الثانى : إذا كانت الشبهة محصورة بين ما لا يبتلى المكلَّف به وبين ما من شأنه الإبتلاء به ، ثمّ مثّل بما « إذا علم أنّ الواحد المردّد بين هذه الجائزة وبين أُمّ ولده المعدودة من خواصّ نسائه (أى نساء الجائر) مغصوب»(٢) .

فإذا كان بعض أطراف العلم الإجمالى خارجاً عن محل الإبتلاء فلا يتنجز .

واستدلّ عليه فى الفرائد(٣) بوجوه أشار هنا إلى واحد منها ، وهى : من شرائط تنجز العلم الإجمالى كون التكليف المتعلّق بالواقع فعليّاً على كلّ تقدير ومع عدم كونه مشروطاً بالإبتلاء فى بعض الأطراف ، وإلاّ صار فى ما هو فى معرض الإبتلاء كالشبهة البدوية ، فلا يتنجز العلم الإجمالى فيه .

أقول : بنظرنا القاصر العلم الإجمالى منجز بالنسبة إلى التكليف الواقعى ، لتعارض الأُصول النافية فى أطرافه ولكن إذا جرى فى بعضها دون البعض كما فى الموردين اللذين ذكرهما الشيخ الأعظم قدس سره لأنه إذا كان بعض الموارد خارجاً عن محلِّ ابتلاء المكلّف فلا يجرى الأصل النافى بالنسبة إليه لعدم طرو الفائدة عليه بالنسبة إلى المكلّف ، فيصير الأصل النافى فى الطرف الآخر بلا معارض ، فيجرى وصار كالشبهة البدوية .

وهكذا مآل الشبهة غير المحصورة ترجع إلى خروج ابتلاء المكلّف عن كثير من أفراده فصار كالمورد الأوّل .

وما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره بالنسبة إلى عدم تنجز العلم الاجمالى فى الموردين تام

١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٣- (٣) فرائد الأصول ٢ / ٢٣٣ التنبيه الثالث .

عندنا ، ولكن يختلف طريقنا وطريقه فى الاستدلال ، مع الإتحاد فى النتيجة . والتفصيل يطلب من علم الأصول .

ولعله أشار إلى ما ذكرنا المحقق الإيروانى فى ذيل قول الشيخ الأعظم : « فإن كانت الشبهة فيها غير محصورة ... »(١) حيث يقول : « أو وإن كانت محصورةً لكن كان العلم الإجمالى بين ما بقى فى يد الجائر وما خرج من يده بغصبٍ أو إباقٍ أو نحو ذلک ، فإنّ هذا مشارک فى الحكم للصورة الأُولى»(٢) .

والحاصل ، الحكم بالجواز فى هذه الصورة مبنىٌّ على عدم تنجز العلم الإجمالى فى المقام كما مرّ ، وأمّا ابتناؤها على قاعدة اليد فمشكل بما مرّ فى القسم الأوّل ، بأنّها معتبرة بالنسبة إلى ما لا يعلم حالته السابقة ، وأمّا إذا ظهرت حالته السابقة فلا اعتبار بها ، فالتمسک بقاعدة اليد فى المقام مطلقاً لا يتمّ .

خلافاً للمحقق الخوئى(٣) قدس سره وشيخنا الأُستاذ(٤) - مدظله - .

هل أخذ الجائزة من الجائر مكروه مع العلم بوجود الحرام فى أمواله ؟

ذهب إلى الكراهة جمع من الأصحاب ، منهم : العلاّمة فى المنتهى(٥) والشهيد فى الدروس قال : « وترک أخذ ذلک من الظالم مع الاختيار أفضل»(٦) ، وثانيه فى المسالک(٧) والأردبيلى فى مجمع الفائدة بعد الحكم بأنّه مكروه للشبهة قال : «ولا شبهة فى أنّ الإجتناب أولى ، وهو واضح عقلاً ونقلاً ولا يحتاج إلى البحث»(٨) .

١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٣١١ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٤٩٥ .

٤- (٤) ارشاد الطالب ١ / ٣١٣ .

٥- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٦ الطبع الحجرى .

٦- (٦) الدروس ٣ / ١٧٠ .

٧- (٧) مسالک الأفهام ٣ / ١٤١ .

٨- (٨) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٨ .

والسبزوارى فى الكفاية قال : « واشتهر بينهم أنّه مكروه»(١) ولكن ناقش هو فيها ، واختار الكراهة المحدث البحرانى(٢) والسيد بحر العلوم الطباطبائى(٣) ، وقال الشيخ جعفر : « والأقوى استحباب التجنّب مطلقاً ، لما دلّ على رجحان التعفّف وعزة النفس والتباعد عن منّة الفسّاق والفجّار ، بل التجنّب عن منّة الخلق جميعاً أُولى»(٤) ، وقال فى الرياض : « والأفضل التورّع عنها بلا خلاف إن لم يخبر المجيز بالإباحة للشبهة الموجبة للكراهة»(٥) ، وقال فى المستند : « والأفضل التورع عنها فى غير ما علم حلّه إجماعاً ، لصدق الشبهة المأمور باجتنابها ، إلاّ مع إخبار المخبر بالإباحة فلا تكره كما قيل بل نفى عنه الخلاف . وهو مشكل ، لعدم خروجه عن الشبهة إذا احتمل كذبه ... »(٦) . وقال فى الجواهر : « ولا ريب فى أنّه أحوط كما أنّه لا ريب فى استحباب التنزه عن جوائزهم ... »(٧) .

الاستدلال عليها بوجوه

اشارة

ثم قد استدلوا عليها بوجوه :

الأوّل : الدليل قائم على جواز أخذها ظاهراً

ولكن يحتمل فى الواقع أن تكون حراماً ، فلذا الإجتناب عنها أُولى ، فيكون أخذها مكروهاً . ولعلّ هذا مراد العلامة(٨) فى الإستدلال عليها باحتمال الحرمة .

وفيه : كبرى هذا الاستدلال هى حكم العقل برجحان الإحتياط ، وهو تام ولكن لا تثبت الكراهة الشرعية كما ذكره المحقق الإيروانى(٩) . مضافاً إلى أنّها لو تثبتت الكراهة

١- (١) الكفاية ١ / ٤٤٧ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٦١ .

٣- (٣) حكاه عنه السيد محمد المجاهد فى المناهل / ٣٠٣ ونقل الشيخ الأعظم عن المجاهد فى المكاسب ٢ / ١٦٩ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٣٤٠ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ٢٠٦ .

٦- (٦) مستند الشيعة ١٤ / ٢٠٠ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ١٧٦ .

٨- (٨) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٦ الطبع الحجرى .

٩- (٩) الحاشية على المكاسب ١ / ٣١١ .

الشرعية لثبتت بالنسبة إلى جميع الناس حتّى المتورعين فى اُمورهم لوجود هذا الإحتمال فى أموالهم أيضاً ، ولكن لم يلتزم به أحدٌ .

اللهم إلاّ أنْ يقال : إنّ الدليل « ليس مجرد الإحتمال وإلاّ لعمّت كراهة أخذ المال من كلِّ أحدٍ ، بل الموجب له كون الظالم مظنّة الظلم والغصب وغير متورِّع عن المحارم ، نظير كراهة سؤر مَنْ لا يتوقّى النجاسة» كما ذكره الشيخ الأعظم(١) قدس سره . فحينئذ يتم الدليل ، ولكن دون إثبات كراهة الأخذ من غير المتورِّع ومَنْ يكون فى مظنّة الظلم والغصب خرط القتاد .

الثانى : الروايات الواردة على حُسن الاحتياط ، وهى كثيرة :

منها : معتبرة عمر بن حنظلة عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث : فإنّ الوقوف عند الشبهات خيرٌ من الإقتحام فى الهلكات(٢) .

ومنها : مرسلة الطبرسى أنّه قال : وفى الحديث : دع ما يريبك إلى ما لا يريبك(٣) .

قال الطبرسی : « الریب مصدر رابه یریبه : إذا حصل فیه الریبة ، وحقیقة الریبة قلق النفس واضطرابها . ثمّ ذکر الحدیث وقال : والمعنی أنّه من وضوح دلالته بحیث لا ینبغی أن یرتاب فیه ، إذ لا مجال للریبة فیه»(٤) .

ومنها : خبر أبی هشام الجعفری عن الرضا علیه السلام أنّ أمیر المؤمنین علیه السلام قال لکمیل بن زیاد : أخوک دینک فاحتط لدینک بما شئت(٥) .

ومنها : خبر نعمان بن بشیر قال : سمعت رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم یقول : إنّ لکلِّ ملک حمی وإنّ حمی اللّه حلاله وحرامه والمشتبهات بین ذلک ، کما لو أنّ راعیّاً رعی إلی جانب الحمی لم تثبت غنمه أن تقع فی وسطه ، فدعوا المشتبهات(٦) .

١- (١) المکاسب ٢ / ١٧٠ .

٢- (٢) وسائل الشیعة ٢٧ / ١٥٧ ح ٩ . الباب ١٢ من أبواب صفات القاضی .

٣- (٣) جوامع الجامع ١ / ١٣ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ٢٧ / ١٦٧ ح ٤٣ .

٤- (٤) جوامع الجامع ١ / ١٣ .

٥- (٥) وسائل الشیعة ٢٧ / ١٦٧ ح ٤٦ .

٦- (٦) وسائل الشیعة ٢٧ / ١٦٧ ح ٤٥ .

وفیه : هذه الروایات إرشاد إلی حسن الإحتیاط شرعاً کما هو حسنٌ عقلاً ، فلا یمکن إثبات الکراهة الشرعیة بها ، مضافاً إلی عدم اختصاصها بالمقام بل هی جاریة فی جمیع الشبهات .

الثالث : أخذ المال والجائزة من الظالمین یوجب محبّتهم ومودّتهم

لأنّ القلوب مجبولة على حبّ من أحسن إليها ، وقد ورد النهى فى الروايات المستفيضة عن محبّتهم ومودّتهم والتقرب إليهم ، ويترتب عليها من المفاسد ما لا يخفى .

ومن الروايات الناهية صحيحة أبى بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم فقال لى : يا أبا محمد ، لا ولا مَدّة قلم ، إنّ أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلاّ أصابوا من دينه مثله ، أو حتّى يصيبوا من دينه مثله . الوهم من ابن أبى عمير(١) .

ومنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : ما اقترب عبد من سلطان جائر إلاّ تباعد من اللّه ، ولا كثر ماله إلاّ اشتدَّ حسابه ، ولا كثر تبعه إلاّ كثرت شياطينه(٢) .

ومنها : معتبرة أُخرى له عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : إيّاكم وأبواب السلطان وحواشيها ، فإنّ أقربكم من أبواب السلطان وحواشيها أبعدكم من اللّه عزّ وجلّ ، ومن آثر السلطان على اللّه أذهب اللّه عنه الورع وجعله حيراناً(٣) .

ومنها : مرفوعة سهل بن زياد عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّ وجلّ : «وَلاَ تَرْكَنُواْ إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُواْ فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ»(٤) ، قال : هو الرجل يأتى السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده إلى كيسه فيعطيه(٥) .

ومنها : معتبرة أو حسنة محمد بن هشام عمّن أخبره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٩ ح ٥ . الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨١ ح ١٣ .

٤- (٤) سورة هود / ١١٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ ح ١ . الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به .

قوماً ممّن آمن بموسى عليه السلام قالوا : لو أتينا عسكر فرعون فكنّا فيه ونلنا من دنياه حتّى إذا كان الذى نرجوه من ظهور موسى عليه السلام صرنا إليه ، ففعلوا ، فلمّا توجه موسى عليه السلام ومَنْ معه هاربين من فرعون ركبوا دوابّهم وأسرعوا فى السير ليلحقوا موسى عليه السلام وعسكره فيكونوا معهم ، فبعث اللّه ملكاً فضرب وجوه دوابّهم فردّهم إلى عسكر فرعون ، فكانوا فى من غرق مع فرعون(١) .

ومنها : موثقة أو معتبرة على بن عقبة عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : حقّ على اللّه عزّ وجلّ أن تصيروا مع من عشتم معه فى دنياه(٢) .

ومنها : صحيحة الوليد بن صبيح عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : يا وليد متى كانت الشيعة تسأل عن أعمالهم ؟ إنّما كانت الشيعة تقول : يؤكل من طعامهم ، ويشرب من شرابهم ، ويستظل بظلّهم ، متى كانت الشيعة تسأل عن هذا(٣) ؟

بتقريب : أنّ المرتكز فى أذهان الشيعة حزازة الأكل مِنْ طعامهم والشرب مِنْ شرابهم حتّى الإستظلال بظلّهم ، ولذا يسألون أئمتهم أئمة الهدى عليهم السلام عنها ، ونفس هذا السؤال الذى نشأ من ارتكازهم يدلّ على الكراهة . والسؤال عن الإستظلال لا يضرّ بالمطلوب ، لعدم قرينية السياق ، ولأنّ الاستظلال بظلّهم لا يتحقق إلاّ بالتقرب إليهم وإلى قصورهم ومنازلهم « وهم النار هم النار » كما ورد فى خبر إبراهيم بن مهاجر(٤) . وقد ورد فى مرسلة سليمان الجعفرى عن الرضا عليه السلام أنّ « النظر إليهم على العمد من الكبائر التى يستحق بها النار »(٥) .

وفيه : أنه يمكن أن يناقش فى الجميع إلاّ صحيحة الوليد ، بأنّ بين أخذ الجائزة منهم ومحبّتهم عموم من وجه ، يمكن أن يأخذ الجائزة منهم ولا يحبّهم بل يبغضهم ، ويمكن أن لا يأخذ منهم شيئاً ولكن يحبّهم . وظاهر الروايات أنّ محبتهم من المحرَّمات الشرعية دون مجرد

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٧ ح ١ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٨ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

الكراهة كما اعترف به المحقق الإيروانى(١) قدس سره ، ولكن بينه وبين الأخذ عموم من وجه كما مرّ .

ولكن صحيحة الوليد تامة السند والدلالة كما مرّ ، فيمكن إثبات الكراهة الشرعية بها ، واللّه العالم .

ويؤيد الكراهة خبر الفضل بن ربيع أنّ الرشيد أمر بإحضار موسى بن جعفر عليه السلام يوماً فأكرمه وأتى بها بحُقَّة الغالية ففتحها بيده فغلفه بيده ، ثمّ أمر أن يُحمل بين يديه خلع وبدرتان دنانير ، فقال موسى بن جعفر عليه السلام : واللّه لو لا أنّى أرى مَنْ اُزوّجه مِنْ عزّاب بنى أبى طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلتها أبداً(٢) .

وخبر آخر له قال : لما اصطبح الرشيد يوماً ، استدعى حاجبه فقال له : امض إلى على بن موسى العلوى عليه السلام وأخرجه من الحبس وألقه فى بركة السباع ، إلى أن ذكر أمره بإخراجه وإدخاله عليه ، فلما حضر بين يدى الرشيد عانقه ، ثمّ حمله إلى مجلسه ، ورفعه فوق سريره ، وقال : يابن العم ، إن أردت المقام عندنا ففى الرحب والسعة ، وقد أمرنا لک ولأهلک بمال وثياب ، فقال له : لا حاجة لى فى المال ولا الثياب ، ولكن فى قريش نفر يفرّق ذلک عليهم ، وذكر له قوماً فأمر لهم بصلة وكسوة ، الحديث(٣) .

قال ابن طاوس بعد نقل هذا الخبر : لربّما كان هذا الحديث عن الكاظم موسى بن جعفر عليه السلام لأنّه كان محبوساً عند الرشيد ، لكنّني ذكرت هذا كما وجدته(٤) .

ويؤيده أيضاً مرسلة الصدوق قال : كان الحسن والحسين عليهماالسلام يأخذان من معاوية الأموال ، فلا ينفقان من ذلک على أنفسهما وعلى عيالهما ما تحمله الذبابة بفيها(٥) .

والحاصل ، ذهبنا - تبعاً للمشهور - إلى كراهة أخذ جوائز الظالمين بدلالة صحيحة الوليد كما مرّ ، ويؤيدها هذه الروايات المذكورة ، واللّه العالم .

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ٣١١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٦ ح ١١ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٧ ح ٨ .

٤- (٤) مهج الدعوات / ٢٤٩ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٠ ح ١٦ .

أُمور ترتفع بها الكراهة

اشارة

ثمّ ذكروا لإرتفاع الكراهة أُموراً :

منها : إخبار المجيز بحلّيّتها

وأنّها من أمواله الخاصّة ، بأن يقول : هذه الجائزة من تجارتي أو زراعتي أو حديقتي أو معملي أو نحو ذلک . ولعلّ أوّل من تعرض لها المحقق الأردبيلي(١) كما مرّ كلامه في أوّل البحث وتبعه أصحاب

الحدائق(٢) والمصابيح(٣) والرياض(٤) والمناهل(٥) والمكاسب(٦) ، وقال فى الجواهر : « بل قيل : لا كراهة فى قبولها مع الإخبار بأنّها من الحلال ، والأمر فى ذلک كلّه سهلٌ»(٧) .

وأمّا مستند هذا الأمر يمكن أن يكون قبول قول ذى اليد الذى يرجع بالمآل إلى اعتبار قاعدة اليد .

وفيه : ما قد مرّ منّا من عدم جريان قاعدة اليد بإطلاقها بالنسبة إلى أموال الجائر ، أعنى بالنسبة إلى الأموال التى نعلم فيها ملكيتها السابقة ولا نعلم كيفية انتقالها إليه ، وفى هذه الموارد لا تقبل قوله أيضاً ، لرجوع قبول قوله إلى تصحيح يده ، وهكذا الأمر بالنسبة إلى قول وكيله المأمون .

ولكن لا ينقض على المستند بأنّ إخبار الثقة يكون حجة عند العقلاء والمتشرعة والشريعة ، والجائر لا يكون ثقة فقوله ليس بمعتبر .

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٦ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٦١ .

٣- (٣) نقل عنه السيد المجاهد فى المناهل / ٣٠٣ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٠٦ .

٥- (٥) المناهل / ٣٠٣ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ١٦٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ١٧٧ .

لأنّ قول الثقة معتبر عندهم وفى الأحكام الشرعية ، وأمّا بالنسبة إلى قول ذى اليد فقوله معتبر ولو لم يكن ثقة أو لم يحرز وثاقته . نعم الإحتياط بالنسبة إلى قول المتّهم حسنٌ لو لم نقل بعدم اعتبار قوله

. فلو دخل المستشكل من هذا الوجه – وهو عدم اعتبار قول المتّهم – لكان حسناً . ومن الواضح أنّ الجائرين من أظهر مصاديق المتّهمين .

ولكن لا ينقض على الاستدلال بما ذكره الفاضل النراقى بقوله : « وهو مشكلٌ ، لعدم خروجه عن الشبهة إذا احتمل كذبه ، ووجوب حمل قول المسلم على الصدق إن كفى فى رفع الشبهة لكفى وجوب حمل فعله على الصحة فى رفعها بمجرد الإعطاء أيضاً ، فلا يكون مكروهاً مطلقاً»(١) .

لعدم استناد الكراهة إلى الشبهة كما سبق وكذا لا يتمّ ما ذكره المحقق الخوئى(٢) تبعاً له .

وكذا لا يتم ما ذكره شيخنا الأُستاذ(٣) – مدظله – بأنّ أخبار الإحتياط والتوقف عند الشبهات تجرى فى المقام أيضاً ، لما مرّ منّا من عدم استناد الكراهة إلى هذه الروايات .

ومنها : إخراج الخمس .

ذهب إلى استحباب إخراج الخمس من الجوائز جماعة من الأصحاب ، منهم :

الشيخ فى النهاية(٤) وابن إدريس الحلّى(٥) والعلاّمة فى التحرير(٦) وقال فى المنتهى : « من أنّ الخمس مطهّر للمال المختلط يقيناً بالحرام ، ما لم يعلم فيه الحرام»(٧) . والأردبيلى قال : « فالظاهر أنّه مكروه (للشبهة خ) ويمكن استحباب إخراج خمسه ومواساة الإخوان

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٢٠٠ .

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٤٩٨ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١ / ٣١٥ .

٤- (٤) النهاية / ٣٥٧ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ٢٠٣ .

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧١ .

٧- (٧) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٥ من الطبع الحجرى .

لتزول »(١) . وقال الشيخ جعفر : « ولا يجب إخراج الخمس منها وليس من قسم ما يتعلّق به لكن إخراجه لاحتمال الإختلاط لا بأس به»(٢) . وقال سيد الرياض فى ما يوجب انتفاء الكراهة : « ... أو إخراج الخمس لكونه مطهّراً للمال المختلط بالحرام علماً ، فلأن يطهر المختلط به ظنّاً أو احتمالاً أولى ثمّ أولى»(٣) . وقال فى الجواهر : « قد يرفعها (أى يرفع الكراهة) أيضاً إخراج الخمس لمعلومية كونها لإختلاط ماله والخمس يطهّر المختلط»(٤) .

الاستدلال عليه بوجوه

اشارة

واستدلوا على هذا الإستحباب أو هذه الرافعية للكراهة بوجوه :

الأوّل : موثقة عمار

عن أبى عبد اللّه عليه السلام سُئل عن أعمال السلطان يخرج فيه الرجل ؟ قال : لا إلاّ أن لا يقدر على شىءٍ يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيلة ، فإن فعل فصار فى يده شىءٌ فليبعث بخمسه إلى أهل البيت»(٥) .

وفيه : أن مورد الموثقة هو الدخول فى أعمالهم وحصول شىء له من ذلک ، والفرق بينه وبين الجائزة واضح كما نبّه عليه صاحب الحدائق(٦) . والأصحاب قدس سرهم لم يعملوا بالموثقة فى موردها ، وهو وجوب إعطاء الخمس لمن يدخل فى أعمال الجائرين والظلمة ، فكيف نعمل بها فى جوائزهم .

مضافاً إلى أنّ ظاهرها وجوب إعطاء الخمس لا استحبابه ، ولكن ليس ظاهرها ثبوت الخمس بعنوان ربح المكسب وفاقاً للمحقق الإيروانى(٧) ، لأنّ ظاهرها ثبوت الخمس

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٧ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٤١ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ٢٠٦ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٧٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٢ ح ٣ و ٩ / ٥٠٦ ح ٢ .

٦- (٦) الحدائق ١٨ / ٢٦٥ .

٧- (٧) حاشية المكاسب ١ / ٣١٤ ولذا قال فيها : « محتمل الموثقة وظاهر باقى الأخبار ثبوت الخمس بعنوان ربح المكسب» ولا يقول ظاهر الموثقة فقبل ظهورها فى المال المشتبه .

بعنوان المال المشتبه ، كما ورد نظيره فى صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا الخمس(١) .

والأصحاب أعرضوا عن الموثقة وحملوها على خمس الأرباح ولكن عملوا بالصحيحة . وبالجملة الموثقة لا تدلّ على ثبوت الخمس فى جوائز الجائرين .

الثانى : الروايات الواردة حول وجوب الخمس فى المال الحلال إذا اختلط بالحرام

إذا لم يتميّز قدر المال ولم يعرف صاحبه ، فيصير إخراج الخمس منه بدلاً واقعياً من الحرام ، فيرتفع به أثره ، وهو وجوب الإجتناب من جميعه ، فحينئذ صار المال حلالاً واقعيّاً . فإذا كان هذا حكم

المال المختلط بالحرام واقعاً ويوجب تطهيره ، فمحتمل الحرمة أُولى بالتطهير بالخمس ، فيصير أداء خمسه ندباً ويوجب خروجه عن الشبهة .

وأمّا رواياتها متعددة :

فمنها : معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال : إنّى كسبت مالاً أغمضت فى مطالبه حلالاً وحراماً ، وقد أردت التوبة ولا أدرى الحلال منه والحرام وقد اختلط علىَّ ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تصدّق بخمس مالک ، فإنّ اللّه رضى من الأشياء بالخمس وسائر المال لک حلال(٢) .

ومنها : صحيحة عمار بن مروان قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : فيما يخرج من المعادن والبحر والغنيمة والحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف صاحبه والكنوز الخمس(٣) .

ومنها : خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إنّ رجلاً أتى أمير المؤمنين عليه السلام فقال : يا أمير المؤمنين إنّى أصبتُ مالاً لا أعرف حلاله من حرامه ، فقال له : أخرج الخمس من ذلک المال ، فإنّ اللّه عزّ وجلّ قد رضى من المال بالخمس ، واجتنب ما كان صاحبه يُعلم(٤) .

وفيه : أوّلاً : ما ورد فى الروايات وأفتى به الأصحاب هو إخراج الخمس من المال

١- (١) وسائل الشيعة ٩ / ٤٨٧ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٦ ح ٤ وروى نظيرها فى ١٨ / ١٣٠ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩ / ٤٩٤ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٥ ح ١ . الباب ١٠ من أبواب ما يجب فيه الخمس .

المختلط بالحرام ، فيكون كالمصالحة فى نظر الشارع ، وأمّا المال المحتمل كونه حراماً كلَّها فلا معنى لتطهيره بإخراج خمسه ، فلابدَّ من الإجتناب من جميعه .

وثانياً : سراية الحكم من المال المختلط إلى المال المشتبه قياس مع الفارق ، كما نبّه عليه صاحب الحدائق(١) .

وثالثاً : لو أغمضنا وقبلنا تمامية الاستدلال ، يصير أداء الخمس من المال المشتبه مستحباً ، وأمّا المُدعى – وهى رافعية الخمس لكراهة أخذ الجائزة – لم تثبت .

الثالث : الروايات الواردة حول وجوب الخمس فى مطلق الجوائز

وردت عدّة من الروايات تدلّ على وجوب الخمس فى الجائزة مطلقاً ولكن الأصحاب لم يفتوا بمضونها وحملوها على الاستحباب ، فيمكن الحكم باستحباب إخراج الخمس من جوائز الجائر أيضاً ، لانّها تدخل فى مطلق الجوائز . وأمّا الروايات :

فمنها : صحيحة على بن مهزيار الطويلة عن أبى جعفر الثانى عليه السلام أنّه قال فى ما يتعلَّق به الخمس : والغنائم والفوائد يرحمک اللّه فهى الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها والجائزة من الإنسان للإنسان التى لها خطر ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كتبت إليه فى الرجل يهدى إليه مولاه والمنقطع إليه هديةً تبلغ ألفى درهم أو أقلّ أو أكثر هل عليه فيها الخمس ؟ فكتب عليه السلام : الخمس فى ذلک ، الحديث(٣) .

سند الرواية : ابن إدريس رواها عن خط جده الشيخ الطوسى عن نوادر محمد بن على بن محبوب الأشعرى الجوهرى القمى كما صرح بذلک فى السرائر(٤) وللشيخ سند صحيح إلى كتب ابن محبوب(٥) ، فصار السند إلى ابن محبوب صحيحاً ، ولكن الإشكال فى أحمد بن هلال

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢٦٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠١ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٤ ح ١٠ .

٤- (٤) السرائر ٣ / ٦٠١ .

٥- (٥) الفهرست / ٤١١ الرقم ٦٢٤ .

العبر تأئى ، لأنّه ملعون فى لسان الأئمة(١) عليهم السلام (٢) ، فلا يمكن الأخذ بروايته بمجرد قول النجاشى فى حقِّه : « صالح الرواية»(٣) ، فالسند ضعيف بأحمد .

وأمّا دلالتها : على وجوب الخمس فى الهدية والجائزة واضحة ولا يصغى إلى ما ذُكر فى الرواية بأنّها « لا خمس فى ذلک»(٤) بقرينة « حصر الخمس فى الهدية ولم يعمل به أحد»(٥) . لعدم الإعتناء بهذا الإحتمال والقرينة كما ناقشه مقرّر هذا المحتمِل(٦) .

ومنها : صحيحة يزيد بن إسحاق شَعَر قال : كتبت : جعلت لک الفداء ، تعلّمنى ما الفائدة وما حدّها ؟ رأيک أبقاک اللّه أن تمنّ علىَّ ببيان ذلک لكى لا أكون مقيماً على حرام لا صلاة لى ولا صوم ، فكتب : الفائدة ممّا يفيد إليک فى تجارة من ربحها وحرث بعد الغرام ، أو الجائزة(٧) .

أقول : قد حملتُ « يزيد » فى السند إلى ابن إسحاق شَعَر الثقة ، وهو الذى يروى عن موسى بن جعفر عليه السلام وعلى بن موسى الرضا عليه السلام ، ورجع عن القول بالوقف على فرض ذهابه إليه ، لأنّ أحمد بن محمد بن عيسى يروى عنه فقط ، فصار سند الرواية صحيحاً . والعجب من السيد البروجردى قدس سره مع كمال تبحره فى علم الرجال قال فى مجلس درسه الشريف : « وليعلم أنّ الراوى عن يزيد فى هذه الرواية هو أحمد بن محمد بن عيسى ولم يرو عنه فى الكتب الأربعة

١- (١) راجع رجال الكشى / ٥٣٥ ح ١٠٢٠ والغيبة / ٢١٤ للشيخ الطوسى .

٢- (٢) ورد فى الرواية الصحيحة التى ذكرها الشيخ الصدوق فى كمال الدين / ٤٨٩ هكذا : « ولما ورد نعى ابن هلال لعنه اللّه جاءنى الشيخ [أى الحسين بن روح] فقال لى : أخرج الكيس الذى عندک ، فأخرجته إليه ، فأخرج إلىَّ رقعةً فيها : وأمّا ما ذكرت فى أمر الصوفى المتصنع - يعنى الهلالى - فبتر اللّه عمره ، ثم خرج من بعد موته : فقد قصدنا فصبرنا عليه فبتر اللّه تعالى عمره بدعوتنا» .

٣- (٣) رجال النجاشى / ٨٣ الرقم ١٩٩ .

٤- (٤) كما ذكره المحقق البروجردى فى تقريرات بحثه الشريف / ٤٠٦ من خمس تفصيل الشريعة .

٥- (٥) زبدة المقال فى خمس الرسول والآل / ٨٣ .

٦- (٦) الخمس والانفال من تفصيل الشريعة / ١٣١ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٣ ح ٧ .

إلاّ هذه الرواية ، ولا يعلم مَن يزيد ولم يعلم أبوه فهو مجهول الحال رأساً»(١) .

ومنها : خبر على بن الحسين بن عبدربّه قال : سرّح الرضا عليه السلام بصلة إلى أبى ، فكتب إليه أبى : هل علىَّ فيما سرّحت إلىّ خمسٌ ؟ فكتب إليه : لا خمس عليک فيما سرّح به صاحب الخمس(٢) .

رجال السند كلّهم ثقات وحسان إلاّ السهل ، وعلى القول بأنّ الأمر فيه سهل تمّ السند .

وتقريب الاستدلال هو ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره فى كتاب الخمس(٣) ، حيث وجّه الإمام عليه السلام « عدم الخمس فى المسرَّح هو كون المسرِّح صاحب الخمس لا لكونه تسريحاً» ،

وأعميّة الصلة عن مطلق الجائزة فضلاً عن جائزة الظالم ظاهرة كما نبّه عليه المحقق التقى الشيرازى(٤) قدس سره .

وفيه : أوّلاً : على فرض تمامية الاستدلال فيستحب إخراج الخمس من مطلق الجوائز ومنها جوائز الجائر ، وأين هذا من رفع الكراهة بهذا الإخراج ؟

وثانياً : لم يحرز إعراض الأصحاب بالنسبة إلى الروايات ، فيمكن القول بوجوب إخراج خمس الجوائز والهدايا إمّا مطلقاً أو إذا كانت لها خطراً أى ذاقيمة يعتنى بها كما عليه البعض ، وهو المختار ، فلا تتم أركان الاستدلال .

وثالثاً : على القول بوجوب إخراج الخمس من الجوائز إمّا مطلقاً أو إذا كان لها خطر يدخل فى خمس أرباح المكاسب ويُستثنى منه مؤنة السنة ، لأنّ المال الواحد لا يخمّس مرّتين . فالهدية أو الجائزة إذا كانت خطيرة وذاقيمة كثيرة ولم تصرف فى مؤنة السنة يتعلَّق بها الخمس ، واللّه العالم .

ص: ٣١٧

١- (١) تقريرات بحث الخمس للمحقق البروجردى / ٤٠٦ بقلم آية اللّه الفاضل - مدظله - المطبوعة ضمن تفصيل الشريعة ، وزبدة المقال فى خمس الرسول والآل / ٨٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٨ ح ٢ .

٣- (٣) كتاب الخمس / ٨٦ الطبعة الحديثة عام ١٤١٥ ق .

٤- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٦٥ .

ومنها : الأخذ لغيره

كراهة أخذ جوائز الجائرين تختص بما إذا أخذها لنفسه وأنفقها فى حوائجه ، ولكن إذا أخذها لغيره والإنفاق عليهم وقضاء حوائجهم ، فلا يكره كما سبق ذكر كلام المحقق الأردبيلى(١) فى هذا المقام .

وتبعه الشيخ جعفر وقال : « غير أنّه لو حصلت مرجّحات أقوى منها غلبت عليها ، كما إذا كان الغرض التوصل إلى طلب العلم وإعانة الفقراء وصلة الأرحام وغير ذلک ، فإنّه ينقلب الرجحان»(٢) .

وتلميذاه صاحبا المفتاح والجواهر ، قال الأوّل منهما : « لو حصل مرجّحات اُخر أقوى غلبت الكراهية ، كما إذا كان الغرض تحصيل العلم وإعانة الفقراء والأرحام المضطرين إلى غير ذلک»(٣) .

وقال ثانيهما : « كما أنّه أيضاً يرفعها أيضاً اقترانها بمرجّحات تقتضى قبولها على حسب غيرها من المكروهات»(٤) .

وقال الشيخ الأعظم : « إنّ الكراهة ترتفع بكلِّ مصلحة هى أهمّ فى نظر الشارع من الإجتناب عن الشبهة»(٥) .

وقال المحقق الإيروانى : « لا إشكال فى ارتفاع الكراهة بكلِّ مصلحة هى أهمّ من اجتناب المشتبه ، بلا حاجة إلى التمسک لإثباته بهذه الرواية (أى رواية الكاظم عليه السلام) ، وإنّما الكلام فى الصغرى وأنّ كلَّ مصلحةٍ وإن كانت ضعيفةً هى أهمّ فى نظر الشارع من مفسدة إرتكاب المشتبه ، وهذه الكلّيّة غير مستفادة من الرواية ... »(٦) .

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٨ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٤٠ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٨٧ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٧٧ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٧٣ .

٦- (٦) حاشية المكاسب ١ / ٣١٥ .

أقول : ما ذكره الأعلام فى المقام تام ، والكراهة إذا تعارضت مع مصلحة أقوى منها ترتفع بلا إشكال . ويؤيدها خبران للفضل بن ربيع(١) ومرسلة الصدوق(٢) الماضية . وخبر مفضل بن قيس بن رمانة قال : دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام فذكرت له بعض حالى ، فقال : يا جارية هاتى ذلك الكيس ، هذه أربعمائة دينار وصلنى بها أبو جعفر فخذها وتفرَّج بها .قال : فقلت : لا واللّه جعلت فداك ما هذا دهرى ، ولكن أحببت أن تدعو اللّه عزّ وجلّ لى . قال فقال : إنّى سأفعل ، ولكن إيّاك أن تخبر الناس بكلِّ حالك فتهون عليهم(٣) .

ومنها : الكراهة تزول بالإنتقال

قال الشيخ جعفر : « والظاهر أنّ الكراهة - على القول بها - تختص بالمرتبة الأُولى ، فلو انتقل إلى الثانية أو الثالثة زالت الكراهة»(٤) .

أقول : إن كان منشأ الكراهة اجتناب الشبهة أو أخبار الإحتياط لا تختص بالمرتبة الأُولى بل تعمّ غيرها من المراتب كما نبّه عليه المحقق الأردكانى(٥) قدس سره ، ولكن إن كان منشأها حرمة محبّتهم أو صحيحة الوليد بن صبيح فتختص بالمرتبة الأُولى ،

وحيث أنّ التمسك بالصحيحة كان مختارنا فإذا انتقلت الجائزة إلى الثانية أو الثالثة فقد زالت الكراهة .

تنبيهٌ : كيف يأخذ الأئمة عليهم السلام جوائزهم مع ثبوت الكراهة فى أخذها ؟

عدّة من الروايات تدلّ على أنّهم عليهم السلام يأخذون جوائز الجائرين كما مرّ منّا بعضها فيما سبق وأمّا غيرها :

فمنها : موثقة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهماالسلام : أنّ الحسن

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٦ ح ١١ ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٧ ح ٨ .
٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٠ ح ١٦ .
٣- (٣) الكافى ٤ / ٢١ ح ٧ ونقل عنه مختصره فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٥ ح ٩ .
٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٣٤١ .
٥- (٥) غنية الطالب ١ / ٢٦٢ .

والحسين عليهماالسلام كانا يغمزان معاوية ويقعان فيه ويقبلان جوائزه(١) .

ومنها : خبر الرشيد أنّ موسى بن جعفر عليه السلام دخل عليه يوماً فأكرمه ، ثم ذكر أنّه أرسل إليه مائتى دينار(٢) .

ومنها : مرسلة الطبرسى عن الحسين عليه السلام أنّه كتب كتاباً إلى معاوية وذكر الكتاب وفيه تقريع(٣) عظيم وتوبيخ بليغ ، قال : فما كتب معاوية بشيءٍ يسوؤه ، وكان يبعث إليه فى كلِّ سنة ألف ألف درهم سوى عروض وهدايا من كلّ ضرب(٤) .

ومنها : خبر محمد بن عيسى(٥) وخبر الحسن بن الفضل(٦) ومرسلتان للربيع(٧) وخبران آخران له(٨) وخبر محمد بن الزبرقان الدامغانى(٩) ومرسلة الطبرى(١٠) وغيرها من الروايات .

يمكن حملها على وجوه :

الأوّل : أنّ الأرض وما فيها كلّها لهم ، كما ورد بذلک عدّة من الروايات المعتبرة نحو خبر أبى خالد الكابلى(١١) وصحيحة عمر بن يزيد(١٢) وصحيحة حفص بن البخترى(١٣)

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٦ ح ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٦ ح ١٢ .

٣- (٣) تقريع : تنقيص ويعاب ، قرع صفاته : أى تنقَّصهُ وعابَهُ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٧ ح ١٤ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٣ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٤ ح ٢ .

٧- (٧) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٤ ح ٣ ، و ١٣ / ١٧٥ ح ٥ .

٨- (٨) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٦ ح ٦ و ٧ .

٩- (٩) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٧ ح ٩ .

١٠- (١٠) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٨ ح ١٠ .

١١- (١١) الكافى ١ / ٤٠٧ ح ١ . ويأتى توضيح حول سند هذه الرواية فى هذا المجلد ، صفحة ٤٧٢ .

١٢- (١٢) الكافى ١ / ٤٠٨ ح ٣ .

١٣- (١٣) الكافى ١ / ٤٠٩ ح ٨ .

وغيرها(١) .

الثانى : أنّ لهم حقّاً بل حقوقاً فى بيت المال ، فتكون الجوائز من حقوقهم الواجبة ، كما نبّه عليه الشهيد وقال : « لأنّ ذلک من حقوقهم بالأصالة»(٢) .

بل هم الذين يجوز لهم التصرف فى بيت المال أوّلاً وبالذات وبالأصالة .

الثالث : إنّهم عليهم السلام أخذوها ووزّعوها بين أرباب الحاجة وفقراء المؤمنين وغيرهم كما مرّ منّا أخبارها .

الرابع : يجوز لهم عقلاً وشرعاً فعل المكروه وترک المستحب إحياناً ، لاسيما إذا كان لإظهار جواز الفعل أو تركه كما اعترف به أصحاب روضة المتقين(٣) والحدائق(٤) والجواهر(٥) .

نعم ، ليس لهم الاستمرار على ذلک لمنافاتهما مع قدسيتهم وأفضليتهم وأعلميتهم كما لا يخفى . هذا كلّه فى الصورة الأولى من القسم الثانى .

الصورة الثانية من القسم الثانى

اشارة

وهى فرض تعارض الأصول والأمارات فى أطراف العلم الإجمالى ويقع الكلام فيها فى مقامين :

المقام الأوّل : من حيث جريان القواعد

المقام الثانى : من حيث الروايات الواردة

فأمّا المقام الأوّل :

قد مرّ منّا أنّ العلم الإجمالى منجزٌ بالنسبة إلى التكليف الواقعى لتعارض الأصول النافية فى أطرافه ، وحيث تتعارض الأُصول النافية والأمارات فى هذه الصورة الثانية فالعلم

١- (١) راجع فى هذا المجال الكافى ١ / ٤٠٧ باب أنّ الأرض كلَّها للإمام عليه السلام .
٢- (٢) الدروس ٣ / ١٧٠ .
٣- (٣) روضة المتقين ١ / ٣٣٣ .
٤- (٤) الحدائق ١٨ / ٢٦٥ .
٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ١٧٦ .

الإجمالى منجّز بالنسبة إلى التكليف الواقعى ، فلابدَّ من الإحتياط وعدم جواز أخذ الجائزة من الظالم . هذا كلّه بناءً على الأصل الأوّلى فى المقام .

ولكن يمكن أن يقال بإنحلال العلم الإجمالى الموجود فى موارد :

منها : إذا أجاز الجائر لشخص التصرف فى شيءٍ معين من أمواله أو يعطيه مطلقاً - أى بلا فرق بين أن يعطيه مجاناً أو مع العوض - فحينئذ ينحل العلم الإجمالى إلى شک بدويٍّ وعلم تفصيليٍّ ، لأنّ الآخذ يعلم تفصيلاً بحرمة التصرف فى بقية أموال الجائر ، إمّا لأنّه لم يجز التصرف فيها وإما لكونها مغصوبة . وأمّا خصوص ما أخذه فيجوز التصرف فيها لقاعدة اليد .

ومنها : إذا أجاز الجائر أن يتصرف المجاز فى شيءٍ من أمواله على نحو العموم البدلى - كما إذا أعطى الجائر كيسه للمجاز وأجاز له أن يأخذ منه دينارا والمجاز يعلم إجمالاً بأنّ فى الكيس ديناراً محرّماً - فحينئذ يجرى فيه جميع ما يجرى فى المورد الأوّل ، من انحلال العلم الاجمالى ، لأنّ اختياره ديناراً خاصاً يعيّن متعلّق الأذن فصار كالمورد الأوّل .

ومنها : إذا أجاز الجائر أن يتصرف المجاز فى جميع أمواله على نحو العموم الاستيعابى - كما إذا كان له أموال وأجاز له أن يتصرف فى جميعها ويعلم المجاز إجمالاً بوجود أموال محرَّم فيها - ولكن حيث لم تكن جميع أمواله محلّ إبتلائه وإن كان إذنه عاماً ولكن عملاً لم يتصرف المجاز إلاّ فى بعض الأموال وبعضها يخرج من تصرفاته ، فحينئذ صار تصرفه العملى كتعين متعلَّق الإذن فى

المورد الثانى وكالإجازة الخاصة فى التصرف فى شى ءٍ معيّن من أمواله فى المورد الأوّل ، فالعلم الإجمالى ينحلّ - إمّا واقعاً أو حكماً - إلى شک بدويٍّ وعلم تفصيليٍّ .

أقول : قد مرّ أنّ العلم الإجمالى منجّز بالنسبة إلى التكليف الواقعى ، ففى جميع الموارد الثلاثة : الإذن الخاص فى شى ءٍ من أموال الجائر أو اختيار المجاز أو التصرف العملى كلها لاتحلّ العلم الإجمالى الوارد فى المقام ، فالعلم الإجمالى منجّز ، فلا يجوز التصرف فى شىءٍ من أمواله حينئذٍ .

نعم ، لو فرض فى مورد إنحلال هذا العلم الإجمالى - كما فى المورد الأوّل - ولكن مع جريان قاعدة اليد فى الجائزة بحيث لم تكن يد الجائر مسبوقة بيد الغير ، فحينئذ ينحل العلم

ص: ٣٢٢

الإجمالى ويجوز الجائزة .

والمحقَّق عندنا فى علم الأصول أنّ العلم الإجمالى بالنسبة إلى المخالفة القطعية يصير كالعلّة التامة ، فلا يمكن مخالفته القطعية . وأمّا بالنسبة إلى المخالفة الإحتمالية فيصير كالمقتضى ، فيمكن للشارع أن يتصرف فيه ويأذن بارتكاب بعض محتملاته ، ويمكن أن يكون أخذ الجائزة منها ، فيقع الكلام فى المقام الثانى فى ثبوت هذا الإذن .

المقام الثانى : الروايات

اشارة

وهى على طوائف ثلاث :

الطائفة الأولى : الروايات الواردة حول الربا

الدالة على حلّيّته إذا كان مالكه مجهولاً :

منها : صحيحة أبى المغرا قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : كلّ ربا أكله الناس بجهالة ثمّ تابوا فإنّه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة . وقال : لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ فى ذلک المال ربا ولكن قد اختلط - فى التجارة - بغيره حلال كان حلالاً طيباً فليأكله ، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليردّ الربا . وأيّما رجل أفاد مالاً كثيراً قد أكثر فيه من الربا فجهل ذلک ثمّ عرفه بعد فأراد أن ينزعه فما مضى فله ويدعه فيما يستأنف(١) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم قال : دخل رجل على أبى جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتّى كثر ماله ، ثمّ إنّه سأل الفقهاء ؟ فقالوا : ليس يقبل منک شىءٌ إلاّ أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبى جعفر عليه السلام فقصّ عليه قصّته ، فقال له أبوجعفر عليه السلام : مخرجک من كتاب اللّه «فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ»(٢) والموعظة : التوبة(٣) .

ومنها : صحيحة محمد بن عيسى قال : إنّ رجلاً أربى دهراً من الدهر فخرج قاصداً أبا

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨ ح ٢ . الباب ٥ من أبواب الربا .

٢- (٢) سورة البقرة / ٢٧٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٧ .

جعفر الجواد عليه السلام ، فقال له : مخرجک من كتاب اللّه يقول اللّه : «فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ» والموعظة هى التوبة فجهله بتحريمه ثم معرفته به ، فما مضى فحلال وما بقى فليتحفظ(١) .

ومنها : صحيحة أُخرى له قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام : لا يكون الربا إلاّ فيما يكال أو يوزن ، ومن أكله جاهلاً بتحريمه لم يكن عليه شيء(٢) .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى - وهو خالد بن أُوفى - قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل أربى بجهالة ثمّ أراد أن يتركه ، قال : أمّا ما مضى فله ، وليتركه فيما يستقبل ، الحديث(٣) .

قد مرّ منّا فى آخر بحث الربا بأنّ جماعةً من الفقهاء أفتوا بمضمون هذه الروايات وذهبوا إلى جواز أكل الربا مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً ومع الجهل بصاحبه والذهاب إلى التوبة من قبل آخذه أعنى الإنتهاء عن الربا ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «فَلَهُ مَا سَلَفَ» .

ثمّ قد ذهب الفقيه اليزدى(٤) إلى التمسك بهذه الروايات فى حليّة جوائز الجائرين ولو مع وجود العلم الإجمالى باشتمالها على الحرام .

وفيه : نعم نحن نقول بهذه الروايات فى بحث الربا كما مرّ ، ولكن تسرية حكم الربا إلى جوائز الجائرين مع الفارق وأشبه شيء بالقياس .

الطائفة الثانية : الروايات الدالة على حليّة الأشياء ما لم يعلم حرمتها

منها : معتبرة عبد اللّه بن سليمان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجبن ؟ فقال : لقد سألتنى عن طعام يعجبنى ، ثم أعطى الغلام درهماً ، فقال : يا غلام ابتع لنا جبناً ، ثم دعا بالغداء ، فتغدّينا معه فأتى بالجبن ، فأكل وأكلنا ، فلمّا فرغنا من الغداء ، قلت : ما تقول فى الجبن ؟ قال : أو لم ترنى آكله ؟ قلت : بلى ولكنّى أُحبّ أن أسمعه منك ، فقال : سأُخبرك عن الجبن وغيره ، كلّ

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ١٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ١١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٤ .
٤- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٧٣ .

ما كان فيه حلال وحرام فهو لک حلال ، حتّى تعرف الحرام بعينه فتدعه(١) .

رجال السند ثقات إلاّ عبد اللّه بن سليمان لم يرد توثيقه ، وهو مشترک بين أربعة لم يرد توثيق أحدهم ، وحمله الأردبيلى(٢) على النخعى الكوفى ، وهو غير تام . ولكن بهذا العنوان ورد فى ٤٥ رواية من الكتب الأربعة ، ونقل كثير من مشايخ الطائفة عنه أمثال : أبان وابن أبى عمير وصفوان بن يحيى والنضر بن سويد وابن مسكان ويونس بن عبد الرحمن ويحيى الحلبى ومحمد بن الحسن العطار وابن أُذينة وعبد اللّه بن سنان(٣) ، فيكشف ذلک عن اعتبار الرجل وشهرته ، ولم يرد قدح فيه فهو معتبر ، ولذا قال الوحيد : « إنّ عبد اللّه بن سليمان حسّنه خالى لوجود طريق للصدوق رحمه الله إليه ، ويروى عنه صفوان وابن ابى عمير ، وليس بمعلوم أنّه أيّهم هذا ، الظاهر أنّه الصيرفى على تقدير التعدد»(٤) . وبالجملة السند عندنا معتبر ولو لم يظهر لنا أنّ ابن سليمان هوالصيرفى أو العامرى أو العبسى أو النخعى أو غيرهم . ولكنّه لم يضر باعتباره .

ومنها : صحيح معاوية بن عمار عن رجل من أصحابنا قال : كنت عند أبى جعفر عليه السلام فسأله رجل من أصحابنا عن الجبن ؟ فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لطعام يعجبنى فسأخبرک عن الجبن وغيره ، كلّ شىءٍ فيه الحلال والحرام فهو لک حلال حتّى تعرف الحرام فتدعه بعينه(٥) .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كلّ شىءٍ يكون فيه حلال وحرام فهو لک حلال أبداً حتّى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه(٦) .

ومنها : موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث : إن كان خلط الحرام بالحلال

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٧ ح ١ . الباب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة .
٢- (٢) جامع الرواة ١ / ٤٨٦ .
٣- (٣) جامع الرواة ١ / ٤٨٦ .
٤- (٤) نقل عنه المامقانى فى تنقيح المقال ٢ / ١٥٨ من الطبع الحجرى .
٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٩ ح ٧ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٨٧ ح ١ . الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به - وسائل الشيعة ٢٤ / ٢٣٦ ح ٢ الباب ٦٤ من أبواب الأطعمة المحرمة .

فاختلطا جميعاً فلم يُعرف الحرام من الحلال فلا بأس(١) .

ومنها : معتبرة مسعدة بن صدقة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كلّ شىءٍ هو لک حلال حتّى تعلم أنّه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسک ، وذلک مثل الثوب يكون قد اشتريته وهو سرقة أو المملوک عندک ولعلّه حرّ قد باع نفسه ، أو خدع فبيع قهراً أو امرأة تحتک وهى أُختک أو رضيعتک ، والأشياءُ كلّها على هذا حتّى يستبين لک غير ذلک أو تقوم به البيّنة(٢) .

أقول : لا إشكال فى شمول هذه الروايات وجريان إطلاقها بالنسبة إلى محلِّ البحث ، ولكن لا يمكن الأخذ بإطلاقها ، لأنّها تقتضى الحكم بجواز ارتكاب جميع الشبهات ، سواء كانت مقرونةً بالعلم الإجمالى أم لا ، وسواء كانت الشبهة محصورة أم لا . ومن الواضح أنّ هذا ممّا لا يمكن الالتزام به ، وعليه فلابدَّ من حملها على الشبهات البدوية ، وإلاّ يلزم من إطلاقها المخالفة القطعية فى جميع أطراف العلم الإجمالى ، ولا يقول به أحدٌ كما نبّه عليه المحقق الخوئى(٣) قدس سره .

ثم قال الشيخ الأعظم قدس سره : « قد تقرر حكومة قاعدة الإحتياط على ذلک»(٤) يعنى على هذه الطائفة الثانية من الروايات الدالة على الحلّيّة .

وقد قرره الشيخ الأعظم فى فرائده(٥) ، ثمّ استشكل عليه المحققون الإيروانى(٦) والخوئى(٧) والأردكانى(٨) قدس سرهم بمنع حكومة قاعدة الإحتياط على أصالة الحلّيّة . ولكن الحقّ مع الشيخ الأعظم قدس سره ، لأنّ قاعدة الإحتياط حاكمة على أصالة الحلّيّة فى موارد العلم الإجمالى ،

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٨٨ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٨٩ ح ٤ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٥٠٣ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٧٥ .

٥- (٥) فرائد الأصول ٢ / ٢٠٠ .

٦- (٦) حاشية المكاسب ١ / ٣١٨ .

٧- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ٥٠٣ .

٨- (٨) غنية الطالب ١ / ٢٦٤ .

وخصوص الأموال كما نبّه على الأوّل صاحب عمدة المطالب(١) - مدظله - .

الطائفة الثالثة : الروايات الخاصة التى تدلّ على جواز أخذ الجائزة من الظالم

وقد مرّ منّا فى القسم الأوّل بعض هذه الروايات المعتبرة بل المستفيضة ، وبعضها فى التنبيه التى ذكرتُها فى آخر الصورة الأُولى من القسم الثانى ، وبعضها الأُخرى أذكرها لک هنا :

فمنها : صحيحة محمد بن عبد اللّه بن جعفر الحميرى أنّه كتب إلى صاحب الزمان «عجل اللّه فرجه» يسأله عن الرجل من وكلاء الوقف مستحلّ لما فى يده لا يرع عن أخذ ماله ، ربّما نزلتُ فى قريته وهو فيها ، أو أدخل منزله وقد حضر طعامه فيدعونى إليه ، فإن لم آكل من طعامه عادانى عليه

، فهل يجوز لى أن آكل من طعامه ، وأتصدق بصدقة ، وكم مقدار الصدقة ؟ وإن أهدى هذا الوكيل هديّة إلى رجل آخر فيدعونى إلى أن أنال منها وأنا أعلم أنّ الوكيل لا يتورع عن أخذ ما فى يده ، فهل علىَّ فيه شى ءٌ إنْ أنا نلت منها ؟

الجواب : إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده فكُلْ طعامَهُ واقبلْ برَّه ، وإلاّ فلا(٢) .

أقول : قد عبّرنا عن سند هذه الرواية بالصحيحة مع أنّها مرويّة فى احتجاج(٣) الطبرسى مرسلة ، ولكن للشيخ الطوسى سنداً صحيحاً إلى مكاتبات الحميرى مع الناحية المقدسة رواها الشيخ عن « جماعة عن أبى الحسن محمد بن أحمد بن داود القمى قال : وجدت بخط أحمد بن إبراهيم النوبختى وإملاء أبى القاسم الحسين بن روح رضى الله عنه »(٤) .

وهذا السند من الشيخ صحيح ، لأنّ الجماعة لا أقل من دخول واحد من الثقات فيهم . وأمّا أبو الحسن محمد بن أحمد بن داود بن على القمى « شيخ هذه الطائفة وعالمها وشيخ القميين فى وقته وفقيهم ، حكى أبو عبد اللّه الحسين بن عبيد اللّه [الغضائرى] أنّه لم يرَ أحداً

١- (١) عمدة المطالب ١ / ٤٧٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٧ ح ١٥ .

٣- (٣) الاحتجاج ٢ / ٤٨٥ .

٤- (٤) الغيبة / ٢٢٨ وفى المطبوعة الحسين بن نوح ، وهو إمّا تصحيف روح أو غلط مطبعى ، لأنّ حسين بن نوح لم يوجد فى كتب الرجال . وكذا نقل العلامة المجلسى فى بحار الأنوار ٥٣ / ١٥٠ الحسين بن روح .

أحفظ منه ولا أفقه ولا أعرف بالحديث ... ومات سنة ثمان وستين وثلاثمائة ودفن بمقابر قريش [ببغداد] » كما ذكره النجاشى(١) .

وهذا الفقيه والحافظ والمحدِّث الجليل شهد بأنّ هذه المكاتبات من إملاء أبى القاسم الحسين بن روح النائب ، ولذا لا يضرّ إهمال أحمد بن إبراهيم النوبختى ، لأنّه ليس فى سند الرواية بل هو كاتب فقط .

والشاهد على ما ذكرناه سند آخر للشيخ بهذه المكاتبات والتوقيعات ، لأنّه قال : « قال ابن نوح : أوّل من حدثنا بهذا التوقيع أبو الحسن محمد بن على بن تمام وذكر أنّه كتبه من ظهر الدَّرْج الذى عند أبى الحسن بن داود ، فلما قدم أبو الحسن بن داود قرأته عليه ، وذكر أنّ هذا الدَّرْج بعينه كتب به أهل قم إلى الشيخ أبى القاسم ، وفيه مسائل فأجابهم على ظهره بخط أحمد بن إبراهيم النوبختى وحصل الدرج عند أبى الحسن بن داود»(٢) .

والمراد بابن نوح هو أبو العباس أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن العباس بن نوح السيرافى البصرى ، قال النجاشى فى شأنه : « كان ثقة فى حديثه متقناً لما يرويه ، فقيهاً بصيراً بالحديث والرواية ، هو اُستاذنا وشيخنا ومن استفدنا منه»(٣) .

وأمّا أبو الحسن محمد بن على بن تَمّام بن سُكَيْن - وكان لقّب بسُكَيْن بسبب إعظامهم له - وكان ثقة عيناً صحيح الإعتقاد جيّد التصنيف ، كما ذكره النجاشى(٤) . وأمّا أبو الحسن بن داود هو نفس محمد بن أحمد بن داود القمى الذى كان فى السند السابق .

والمراد بالشيخ أبى القاسم هو الحسين بن روح النائب الخاص للناحية المقدسة . وأنت ترى التصريح فى هذا السند بأنّ النوبختى لم يكن إلاّ أنّ الدَّرْج يكون بخطه ، يعنى أنّه ليس إلاّ كاتباً ولم يدخل فى سند الرواية ، فلا يضر إهماله بالسند . هذا كلّه بالنسبة إلى اعتبار سند هذا التوقيع الشريف .

١- (١) رجال النجاشى / ٣٨٤ الرقم ١٠٤٥ .

٢- (٢) الغيبة / ٢٢٩ .

٣- (٣) رجال النجاشى / ٨٦ الرقم ٢٠٩ .

٤- (٤) رجال النجاشى / ٣٨٥ الرقم ١٠٤٦ .

وأمّا دلالتها : فمورد التوقيع وإن كان فى بعض وكلاء الوقف الذى ليس له ورع ولا يرعى مصالح الوقف ولا يصرف مال الوقف فى الموقوف عليهم ولذا صار تصرفه فيه محرّماً ، وبه يصير أمواله محل الشبهة والحرمة ، ولكن أجاز الإمام عليه السلام التصرف فى أمواله بشرط أن يكون له مال أو معاش غير ما فى يده من الوقف . وعلى هذا جواز التصرف فى جوائز الظالمين يُستفاد من هذا التوقيع ، لأنّ الغالب وجود أموال لهم غير الأموال المحرَّمة . مضافاً إلى أنّ الجائر يعطى غالباً من بيت المال لا من مال الوقف الخاص ، وحيث أنّ للآخذ حقٌّ فى بيت المال فيجوز له أخذه بطريق أُولى . وهذا التوقيع الشريف يدلّ على جواز أخذ جوائز الظالمين ، وقد حملها على القسم الثانى جماعة من المحققين نحو : السيد اليزدى(١) والإيروانى(٢) والأردكانى(٣) والخوئى(٤) قدس سرهم كما مرّ سابقاً .

ومنها : خبر عمر أخى عذافر قال : دفع إلىَّ إنسان ستمائة درهم أو سبعمائة درهم لأبى عبد اللّه عليه السلام ، فكانت فى جوالقى ، فلما انتهيت إلى الحفيرة شقَّ جوالقى وذهب بجميع ما فيه ، ووافقت عامل المدينة بها ، فقال : أنت الذى شقت زاملتک فذهب بمتاعک ؟ فقلت : نعم ، فقال : إذا قدمنا المدينة فأتنا حتّى أُعوِّضک . قال : فلمّا انتهيت إلى المدينة دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام فقال : يا عمر شقّت زاملتک وذهب بمتاعک ؟ فقلت : نعم ، فقال : ما أعطاک اللّه خير ممّا أُخذ منک . إلى أن قال إئت عامل المدينة فتنجز منه ما وعدک ، فإنّما هو شىءٌ دعاک اللّه إليه لم تطلبه منه(٥) .

والحفيرة : موضع بالعراق . وافقت : أى صادفت . الزاملة : بعير يستظهر به الرجل يحمل متاعه وطعامه عليه . وما أعطاك اللّه من دين الحقِّ والولاية .

وهذه الرواية نصٌّ فى جواز أخذ جوائزهم ، ولكن فى السند ضعف بعمر بن عيسى

ص: ٣٢٩

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٦٥ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٣١٠ .

٣- (٣) غنية الطالب ١ / ٢٥٧ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٤٩٤ .

٥- (٥) الكافى ٨ / ٢٢١ ح ٢٧٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٥ ح ٨ .

أخى عذافر ، وهو ضعيف أو مجهول وليس له إلاّ هذه الرواية وبغيره .

ومنها : صحيحة داود بن زُرْبى قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : إنّى أُخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها أو الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ، ثمّ يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه ؟ قال : خذ مثل ذلک ولا تزد عليه(١) .

والصحيحة تدلّ على جواز المقاصّة من مال الظالم ، وماله يُحتمل فيه الحرمة ولكن أجاز الإمام التصرف فيه بقدر ماله المأخوذ لا أزيد منه ، لأنّ الظالم لم يجز له ، وأمّا بالنسبة إلى جوائزه المجازة فلا بأس بها .

وهذه الروايات وما مضى منها وفيها الصحاح مطلقة بالنسبة إلى الشبهة البدوية والشبهة المقرونة بالعلم الإجمالى ، فتشمل المقام . وحيث ذهبنا إلى أنّ العلم الإجمالى يكون مقتضيّاً بالنسبة إلى المخالفة الإحتمالية ولا يكون علّة تامة - تبعاً للشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره وخلافاً للمحقق

الخراسانى طاب ثراه - فحينئذ الروايات المجوِّزة المطلقة تثبت الإذن فى ارتكاب المخالفة الإحتمالية لهذا العلم الإجمالى فى المقام .

مال إلى ما ذكرناه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة(٢) وصرح به الفقيه اليزدى(٣) والمحقق النائينى(٤) . ولعلّ إلى ما ذهبنا إليه ترجع كلمات الأصحاب قدس سرهم ، حيث أخذوا كلمة « التعين» أو « بعينها» فى حرمة جوائز الظالم نحو الشيخ فى النهاية حيث يقول : « ولا يجوز له أن يقبل من جوائزهم وصلاتهم ما يَعْلَمُهُ ظلماً وغصباً ويتعيّنُ له»(٥) ، وكلمة « يتعيّن » له تفسر مراده من العلم بأنّه التفصيلى لا الإجمالى .

وكذا كلام ابن إدريس حيث يقول : « جاز له قبول جوائزه وصلاته ما لم يعلم أنّ ذلک

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٧ .

٢- (٢) مفتاح الكرامة ١٢ / ٣٨٤ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٧٤ .

٤- (٤) منية الطالب ١ / ٦١ .

٥- (٥) النهاية / ٣٨٥ .

ظلم بعينه ، فإذا لم يعلم أنّه بعينه ظلم فلا بأس بقبوله ... »(١) .

ونحوها عبائر المحقق فى الشرائع(٢) والنافع(٣) والعلامة فى النهاية(٤) وثانى الشهيدين فى المسالک(٥) والمحقق السبزوارى فى الكفاية(٦) والفاضل النراقى فى المستند(٧) الماضية .

هذا تمام الكلام فى الصورة الثانية من القسم الثانى والحمد للّه .

القسم الثالث : الآخذ يعلم تفصيلاً بكون الجائزة محرّمة

اشارة

لا يجوز التصرف فى هذا المال بلا إشكال . ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم(٨) قدس سره لفروع لابدّ أن نقتفى أثره :

الفرع الأوّل : لو علم الآخذ بحرمة الجائزة قبل وقوعها فى يده لم يجز له أخذها

إذا كان مختاراً فى أخذها ، وإذا أخذها ارتكب محرّماً شرعيّاً وعليه الضمان بقاعدة تعاقب الأيدى .

وأمّا إذا كان مجبوراً فى الأخذ ، فأخذها فلم يرتكب محرّماً للإضطرار من الأخذ ، وحينئذ هل يضمن أم لا ؟

يمكن أن يقال : بعدم الضمان ، لأنّه كان مجبوراً ومضطراً للأخذ ، وأخذه حينئذ كلا أخذ ، فلا يوجب الضمان .

وقد يقال : بعدم الضمان إذا كان مجبوراً فى أخذه وأخذه بقصد الردّ إلى مالكه ، فحينئذ لا

١- (١) السرائر ٢ / ٢٠٣ .

٢- (٢) الشرائع ٢ / ٦ .

٣- (٣) المختصر النافع / ١١٨ .

٤- (٤) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٦ .

٥- (٥) المسالک ٣ / ١٤١ .

٦- (٦) الكفاية ١ / ٤٤٧ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٩ .

٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٨٢ وما بعدها .

ضمان له ، لأنّه مضطرٌّ إلى أخذه من حيث الحدوث فصار كالعدم ، ومن حيث البقاء لا يقتضى الضمان مع قصده الردّ إلى المالک لأنّه محسنٌ .

ولكن الصحيح عندنا هو الضمان مطلقاً ، سواء كان مختاراً فى أخذه أو مجبوراً - والجبر ينفى الحرمة التكليفية فقط لا الحكم الوضعى وهو الضمان - وسواء كان الأخذ بقصد الردّ إلى المالک وعدمه ، وسواء كان أخذه بلا قصد أو بقصد التملّک ، وسواء كان الأخذ بقصد التملّک ترتب عليه التوبة والندم ورجع إلى قصد الردّ إلى مالكه ، أو لم يترتب . فى جميع هذه الصور الآخذ يكون ضامناً بقاعدة تعاقب الأيدى ، فإن الآخذ جعل يده على مال الغير فيكون له ضامناً .

فليعلم أنّ صرف نية الردِّ لا يوجب عدم الضمان ولا يصير الآخذ بها محسناً كما ادعاه الشيخ الأعظم(١) قدس سره ، لأنّ عنوان الإحسان ليس عنواناً قصدياً ، بل هو عنوان واقعى ينطبق على ردّ المال إلى مالكه فى الخارج ، وبعد تحققه فلا ينطبق على الأخذ من يد الغاصب والجائر ولو كان الأخذ بنيّة الردّ كما نبّه عليه المحقق الإيروانى(٢) .

نعم ، يمكن أن يقال فى الأخذ أنّه مقدمة للردِّ خارجاً الذى هو من مصاديق الإحسان ، ومن المعلوم أن اشتراط صفة المحبوبية للمقدمة إذا ترتب التوصل بها إلى ذيها أو فى حال الوصول أو على فرض الإيصال خارجاً ولكن المحبوبية تغاير مع ترتب حكم ذى المقدمة على المقدمة . والتفصيل يُطلب من بحث مقدمة الواجب فى علم الأصول .

الفرع الثانى : لو لم يعلم الآخذ بحرمة الجائزة ولكن علمها بعد وقوعها فى يده

من المعلوم أنّ الحرمة التكليفية منتفية بالجهل بالحرمة حين الأخذ ، وأمّا بعد العلم بها لو نوى إبقاء يده عليه وأكل المال فيرتكب الحرمة ، ولوى نوى الردّ إلى صاحبه وقام به فلم يرتكب الحرام التكليفى .

وأمّا حكمه الوضعى من الضمان وعدمه : فقد مرّ منّا أنّ الضمان أثر وضع اليد على مال

١- (١) المكاسب ٢ / ١٨٣ .

٢- (٢) الحاشية على المكاسب ١ / ٣٢٧ .

الغير أو إتلافه ، وحيث أنّ الآخذ وضع يده على مال الغير بلا رضى صاحبه فيكون ضامناً مطلقاً . بلا فرق بين أنّ يكون الآخذ نوى التملّک أوّلاً ، لأنّه يكون جاهلاً بالحرمة ، وسواءً أدامت هذه النية بعد العلم بالحرمة أم ترجع إلى نية الردِّ بعده ، أو أنّه لم ينو التملّک أوّلاً بل أخذه حتّى يظهر له مالكية الجائزة وجواز تصرفه فيها أم لا ؟

فى جميع هذه الصور كان على الآخذ الضمان ، لأنّه وضع اليد على مال الغير ، وبقانون تعاقب الأيدى كان عليه الضمان ولو مع الجهل . غاية الأمر المغرور يرجع إلى مَنْ غرّ ، وحيث لم يمكن رجوعه إلى الظالم عادّةً يستقر الضمان على ذمّته ويخرج عنه بإرجاع المال إلى صاحبه . ووافقنا على الضمان مطلقاً فى هذا الفرع المحقق الإيروانى(١) قدس سره وتبعه الأردكانى(٢) .

فلا يصغى إلى ما ذكره فى المسالک(٣) من عدم الضمان مع الأخذ جهلاً مستدّلاً عليه بأنّ يده يد أمانة ، لأن الفرض عدم علمه بالغصب حتّى قبضها فتستصحب ، ووافقه على ذلک السيد بحر العلوم فى مصابيحه(٤) .

لأنّ الآخذ جعل يده على مال الغير فهو ضامن ، مضافاً إلى عدم وجود اليد الأمانى من أوّل الأمر حتّى تستصحب .

وكذا لا يصغى إلى ما ذكره الفقيه اليزدى(٥) من أنّ الضمان يرتفع بنية الردِّ إلى المالک ، لأنّه يدخل تحت عنوان الإحسان الموجب لعدم الضمان . لأنّه قد مرّ منّا من أنّ الأحسان ليس من العناوين القصدية ، بل يتحقق بإيصال المال إلى صاحبه خارجاً وأدائه واقعاً . فالنيّة والقصد لا يُدخل الآخذ فى عنوان المحسن ، فلا يرتفع عنه الضمان . مضافاً إلى أنّ الآخذ بجعل اليد على مال الغير يكون ضامناً ولا يخرج من هذا الضمان إلاّ بالأداء خارجاً ، وتعويض النية والقصد لا يخرجه من الضمان ما لم يتحقق الأداء خارجاً .

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ٣٢٨ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ٢٧٢ .

٣- (٣) المسالک ٣ / ١٤٢ .

٤- (٤) نقل عنه صاحب الجواهر فى كتابه ٢٢ / ١٧٩ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٨١ .

الفرع الثالث : وجوب الردّ هل يكون فوريّاً ؟

لأنّ جعل اليد على مال الغير محرّم ابتداءً واستدامةً ، فالتأخير فى الأداء يساوق بقاء اليد على مال الغير بلا رضى صاحبه ، فيكون من المحرّمات الشرعية . فالأداء يكون واجباً فوريّاً عرفيّاً ولا يكون واجباً فوريّاً عقليّاً ، لأنّ الأحكام الشرعية تنزل على العرف .

الفرع الرابع : هل يتحقق الردّ بمجرد التخلية بين المال وصاحبه أو يجب الإقباض ؟

الظاهر أنّ الأداء والردّ يتحقق بكليهما ، وإن كان مجرد التخلية بين المال وصاحبه ورفع اليد والسلطة عن المال وإعلام المالک بأنّ المال تحت سلطته وتصرفه كافٍ فى الأداء والردّ وعلى المالک الأخذ خارجاً .

وإمّا إقباض المال توسط المالک هو الأداء والرد الخارجى أو الجوانحى كما اعترف به المحقق الإيروانى(١) قدس سره وتبعه الأردكانى(٢) .

ونفقة حمل المال على الرادّ ، وكذا لو تلف فى النقل فهو ضامن إلاّ إذا كان بأمر المالک .

الفرع الخامس : وجوب الفحص عن المالک

قد استدلوا على وجوب الفحص إذا كان المالک مجهولاً مع الإمكان بقوله تعالى : «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا»(٣) .

بتقريب : أنّ اللّه يأمر بأداء الأمانة إلى أهلها ومالكها ، والأداء يقتضى وجوب الفحص عن المالک إذا كان مجهولاً ، وحيث أنّ المال فى يد المجاز فى مسألتنا أمانة حتّى يؤديه إلى مالكه المجهول فعلاً فيجب عليه الفحص حتّى يعرفه ويؤدى ماله إليه .

وبعدّةٍ من الروايات :

منها : خبر حفص بن غياث قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللصّ مسلم ، هل يردّ عليه ؟ فقال : لا يردّه ، فإن أمكنه أن يردّه إلى أصحابه فعل ، وإلاّ كان فى يده بمنزلة اللقطة يصيبها ، فيعرّفها حولاً فإن

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٠ .

٢- (٢) غنية الطالب ١ / ٢٧٣ .

٣- (٣) سورة النساء / ٥٨ .

أصاب صاحبها ردّها عليه وإلاّ تصدق بها ، فإن جاء طالبها بعد ذلک خيّره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له(١) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها ، قال : يعرّفها سنة ، فإن جاء لها طالب وإلاّ فهى كسبيل ماله(٢) .

يمكن أن يناقش فى دلالة هذه الصحيحة ونظائرها من الروايات الواردة فى باب اللقطة بأنّها مختصة ببابها ولا تعمّ غيرها كما نبّه عليه المحقق الخوئى(٣) قدس سره .

ومنها : معتبرة يونس بن عبد الرحمن قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام - وأنا حاضر - إلى أن قال : فقال : رفيق كان لنا بمكة فرحل منها إلى منزله ورحلنا إلى منازلنا ، فلمّا أن صرنا فى الطريق أصبنا بعض متاعه معنا ، فأىّ شىءٍ نصنع به ؟ قال : تحملونه حتّى تحملوه إلى الكوفة . قال : لسنا نعرفه ، ولا نعرف بلده ، ولا نعرف كيف نصنع ؟ قال : إذا كان كذا فبعه وتصدّق بثمنه ، قال له : على من جعلت فداک ؟ قال : على أهل الولاية(٤) .

ظاهر السند صحيح إلاّ أنّ الشيخ الصدوق نقل عن اُستاده ابن الوليد أنّه قال : « ما تفرّد به محمد بن عيسى من كتب يونس وحديثه لا أعتمد عليه»(٥) . ثمّ قال النجاشى : « ورأيت أصحابنا ينكرون هذا القول ويقولون مَنْ مِثْلِ أبى جعفر محمد بن عيسى»(٦) .

وأنت ترى أن الأصحاب قدس سرهم لم يقبلوا هذا القول من ابن الوليد ولذا نقل النجاشى إنكارهم عليه .

وقد نقل المولى الأردبيلى صاحب جامع الرواة بيان معاصره الفاضل السراب فى كتابه وقال : « ذكر الفاضل الكامل مولانا محمد الجيلانى الملقب بالسراب - مدظله العالى - ما يتعلق

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب اللقطة .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ٢ من أبواب اللقطة .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٥١٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ٢ . الباب ٧ من أبواب اللقطة .

٥- (٥) رجال النجاشى / ٣٣٣ الرقم ٨٩٦ .

٦- (٦) رجال النجاشى / ٣٣٣ الرقم ٨٩٦ .

بتوثيق محمد بن عيسى وبيان عدم صلاحية ما يتوهم كونه جرحاً له عن المعارضه بكلام مشبع بتقريب بيان اعتبار سند حديث فننقل كلامه بلفظه وهو قوله»(١) فراجعه إن شئت .

والحقّ عندنا أيضاً عدم تمامية قول ابن الوليد . هذا كلّه بالنسبة إلى السند .

وأمّا دلالتها : فالرواية وإن كانت واردة فى حكم المال المعلوم مالكه ولكنّه مع تعذر تسليم المال إليه صار حكمه حكم مجهول المالک ، فإنّهما فى الحكم مشتركان . وأخذ الإمام عليه السلام الجملة الشرطية فى جواب السائل فقال : « إذا كان كذا فبعه وتصدّق بثمنه» أى إذا لم تتمكن من إيصال المال إلى مالكه فبعه وتصدّق بثمنه ، وهذه الجملة الشرطية بالمفهوم تدلّ على أنّه إذا تمكن من إيصال المال إلى صاحبه ولو بالفحص وجب ذلک ، فالرواية دالّة على المطلوب كما نبّه عليه شيخنا الأُستاذ(٢) - مدظله - .

ومنها : معتبرة بل صحيحة هشام بن سالم قال : سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس - فقال : إنّه كان عند أبى أجير يعمل عنده بالأُجرة ، ففقدناه وبقى من أجره شىء ، ولا يُعرف له وارث ؟ قال : فاطلبوه ، قال : قد طلبناه فلم نجده ، قال : فقال : مساكين - وحرّک يده - قال : فأعاد عليه ،

قال : أطلب واجهد ، فإن قدرت عليه وإلاّ فهو كسبيل مالک حتّى يجىء له طالب ، فإن حدث بک حدث فأوصِ به : إن جاء له أن يدفع إليه(٣) .

دلالة الرواية على وجوب الفحص واضحة ، حيث يقول الإمام عليه السلام فيها : « أطلب واجهد» .

ومنها : صحيحة معاوية بن وهب قال : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن رجل كان له على رجل حقٌّ ففقد ولا يدرى أحيٌّ هو أم ميّت ؟ ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد ؟ قال : أطلبه ، قال : إنّ ذلک قد طال فأصدّق به ؟ قال : أطلبه(٤) .

١- (١) جامع الرواة ٢ / ١٦٦ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٣٢٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٩٦ ح ١ . الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى والمال المجهول المالک .

٤- (٤) التهذيب ٦ / ١٨٨ ح ٢١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٦٢ ح ٢ . الباب ٢٢ من أبواب الدين والقرض .

هذه الرواية دلالتها على وجوب الفحص واضحة وسندها أيضاً صحيح ، لأن سند الشيخ بأحمد بن محمد تامٌ وحماد ومعاوية ثقتان ، فالرواية صحيحة الإسناد .

ولكن روى نحوها المشايخ الثلاثة فى الكتب الأربعة(١) وفى سندها أبى (ابن) ثابت وابن عون أو أحدهما فى طبقة واحدة ، وهما مهملان ، فالتعبير عن هذا السند بالصحيحة ، كما عن الفقيه اليزدى(٢) والنائينى(٣) والأردكانى(٤) وشيخنا الأُستاذ(٥) - مدظله - ، غير تام إلاّ على القول بأنّ

السند إذا وصل إلى أصحاب الإجماع - وهو يونس هنا - لا ينظر إلى ما بعده ، ولكن هذا المبنى عندنا ولعلّ عند كثير منهم فاسد .

وقد نبّه على الخدشة فى هذا السند وتمامية سندها الآخر الفقيه القمى(٦) - مدظله - . وكذا نبّه أستاذه السيد الخوئى(٧) على صحة سندها الأوّل .

هذه الروايات تدلّ على وجوب الفحص عن المالک ، ولكن قال الشيخ الأعظم قدس سره : « ويُحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص ، لإطلاق غير واحد من الأخبار»(٨) .

لعلّ مراد الشيخ الأعظم قدس سره الأخبار التى ستذكر فتأمل بدقَّة فيها حتّى تعرف هل تدلّ على عدم وجوب الفحص أم لا ؟ وهل لها إطلاق بحيث تعارض الروايات الماضية أم لا ؟

ومن الروايات المشار إليها بها صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل ترک غلاماً له فى كرم له يبيعه عنباً أو عصيراً ، فانطلق الغلام فعصر خمراً ثمّ باعه ، قال : لا

١- (١) الكافى ٧ / ١٥٣ ح ٢ - الفقيه ٤ / ٣٣١ ح ٥٧١٠ - التهذيب ٩ / ٣٨٩ ح ٥ - الاستبصار ٤ / ١٩٦ ح ٧٣٧ ونقل عنهم فى وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٩٧ ح ٢ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ١٨٤ .

٣- (٣) منية الطالب ١ / ٦٤ .

٤- (٤) غنية الطالب ١ / ٢٧٥ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣٢٧ .

٦- (٦) عمدة المطالب ١ / ٤٨٦ .

٧- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ٥١٢ .

٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٨٥ .

يصلح ثمنه . إلى أن قال : إنّ أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمنها(١) .

ومنها : صحيحة أبى على [الحسن] بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى بألفى درهم ، فلمّا وفيت المال خُبّرت أنّ الأرض وقف ، فقال : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة فيمالک وادفعها إلى من وقفت عليه ، قلت : لا أعرف لها ربّاً ، قال : تصدّق بغلّتها(٢) .

ومنها : حسنة على الصائغ قال : سألته عن تراب الصوّاغين وإنّا نبيعه ؟ قال : أما تستطيع أن تستحله من صاحبه ؟ قال : قلت : لا ، إذا أخبرته اتّهمنى . قال : بعه ، قلت : بأىّ شىءٍ نبيعه ؟ قال : بطعام ، قلت : فأىّ شىءٍ أصنع به ؟ قال : تصدّق به إمّالک وإمّا لأهله ، قلت : إن كان ذا قرابة محتاجاً أصِلُه ؟ قال : نعم(٣) .

قد عبّرنا عن الرواية بالحسنة لأنّ المراد بعمران هو ابن موسى الزيتونى القمى الثقة ظاهراً ، والمراد بأيوب الذى يروى عنه عمران هو أيوب بن نوح بن دراج الثقة ، والمراد بعلى الصائغ هو على بن ميمون حسنٌ ، فصار السند به حسناً ولكن الرواية مضمرة .

ومنها : خبر آخر لعلى بن ميمون الصائغ(٤) نظير الذى مرّ ذكره ، ولكن سنده ضعيف بعلى بن حديد .

ومنها : خبر على بن حمزة البطائنى(٥) .

وهذه الروايات ونظائرها تُحمل على صورة عدم إمكان إيصال المال إلى المالک ، أو الجهل به ولو بعد الفحص . فليس فيها إطلاق حتّى تعارض الروايات الدالة على وجوب الفحص .

وعلى فرض التعارض يُرجع إلى روايات حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه ،

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٣ ح ١ . الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٤ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب الصرف .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٢ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .

ونتيجتها عدم جواز التصدق بالمال قبل الفحص عن صاحبه واليأس عنه .

الفرع السادس : هل يسمع قول من يدّعيه ؟

وجوه ثلاثة

اشارة

قال الشيخ الأعظم : « ثم لو ادّعاه مدّع ففى سماع قول من يدّعيه مطلقاً لأنّه لا معارض له ، أو مع الوصف تنزيلاً له منزلة اللقطة ، أو يُعتبر الثبوت شرعاً للأصل ، وجوه»(١) .

الوجه الأول

أقول: دليل الوجه الأوّل: - وهو سماع قول مَنْ يدّعيه مطلقا لأنّه ليس له معارض - بعض الروايات:

منها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام - فى حديث - قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها ؟ قال : يعرّفها سنة ، فإن جاء لها طالب وإلاّ فهى كسبيل ماله(٢) .

ومنها : خبر كثير قال : سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة ؟ فقال : يعرّفها ، فإن جاء صاحبها دفعها إليه وإلاّ حبسها حولاً ، فإن لم يجى ء صاحبها أو من يطلبها تصدَّق بها ، الحديث(٣) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال : سألته عن اللقطة ؟ قال : لا ترفعوها ، فإن ابتليت فعرّفها سنة ، فإن جاء طالبها وإلاّ فاجعلها فى عَرْض مالک ، يجرى عليها ما يجرى على مالک إلى أن يجىء طالب ، الحديث(٤) .

ومنها : صحيحة البزنطى قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيرة ، وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه ، أيحلّ له إمساكه ؟ فقال : إذا عرف صاحبه ردّه عليه ، وإن لم يكن يعرفه ملک جناحه فهو له ، وإن جاءک طالب لا تتّهمه ردّه عليه(٥) .

ومنها : صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت : عشرة كانوا

١- (١) المكاسب ٢ / ١٨٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ٢ من أبواب اللقطة .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٢ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦١ ح ١ . الباب ١٥ من أبواب اللقطة .

جلوساً ووسطهم كيس ، فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضاً : ألكم هذا الكيس ؟ فقالوا كلّهم : لا ، وقال واحد منهم : هو لى ، فلمن هو ؟ قال : للّذى ادّعاه(١) .

الرواية صحيحة الإسناد بسند الشيخ ، والمراد بمحمد بن الوليد هو البجلى الثقة بقرينة روايته عن يونس . وأمّا سند الكلينى فمرسل .

هذه الروايات تدلّ على قبول قول مَنْ يدعيه ، ولكنّها إمّا مختصَّة باللقطة أو مختصَّة بعدم ثبوت اليد على المال ، كما فى صحيحة منصور بن حازم . وفى الصورتين مختصَّة بحصول العلم العادى وهو الإطمئنان بالملكيّة فى الدعوى .

وأمّا الوجه الثانى :

فليس له دليل أصلاً ، إلاّ أنّ بالتوصيف يحصل العلم العادى وهو الإطمئنان بالملكيّة غالباً وهو حجة . وأمّا إذا لم يحصل الإطمئنان فالتوصيف ليس له وجه واعتبار .

وأمّا الوجه الثالث :

وهو الثبوت شرعاً بالبيّنة الشرعية أو حكم الحاكم له أو حصول العلم العادى ونحوها ، فيعتبر عند الشرع و« هو الموافق للتحقيق لاشتغال ذمّة ذى اليد بمجرد وضع يده على مال الغير ، فلا تبرأ ذمّته إلاّ بإيصاله إلى مالكه الواقعى أو الشرعى» كما فى مصباح الفقاهة(٢) .

تنبيهٌ :

من هنا أنه ظهر لو أدى المال إلى غير مالكه إمّا بمجرد الإدعاء أو الطلب أو معهما بقيد التوصيف أو بالبيّنة الشرعية أو العلم العادى ونحوها ، فهل هو ضامن بالنسبة إلى مالكه الأصلى أم لا ؟

الظاهر هو الضمان مطلقاً ، لأنّه وضع يده على مال الغير ، فلا تبرأ ذمّته إلاّ بإيصال المال إلى مالكه الواقعى ، فإذا أداه إلى غيره لم يخرج من الضمان مطلقاً . ومن هنا ظهر أن ما ذكره الفقيه اليزدى قدس سره من الوجوه الستة(٣) فى المقام غير تام . والعجب من المحقق الأردكانى(٤)

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٧٣ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب كيفية الحكم .
٢- (٢) مصباح الفقاهة ١ / ٥١٥ .
٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٨٧ .
٤- (٤) غنية الطالب ١ / ٢٧٦ .

حيث ذهب إلى عدم الضمان مطلقاً .

فرعٌ :

إذا دخل الحيوان داره أو أُرسل شيءٌ فيه أو جاء به الريح ، فلا يبعد القول بعدم لزوم الفحص عن مالكه بل عدم الضمان . نعم يجب عليه الردّ إذا عرفه . ويمكن أن يستأنس لهذا الفرع بذيل صحيحة البزنطى(١) الماضية ، كما نبّه عليه شيخنا الأُستاذ(٢) - مدظله - وقال فى الجواهر : « لو أطارته الريح منه إليه اتجه عدم ضمانه لأنّه حينئذ بمنزلة الأمانة فى يده لا يضمنه إلاّ بالتعدى أو التفريط»(٣) .

أقول : وفى كونه أمانة إشكال .

الفرع السابع : مقدار الفحص وكيفيته

هل المال الذى لم يُعرف مالكه يلحق باللقطة فيجب الفحص عن مالكه سنة كاملة ؟ كما عليه عدّة من الروايات المستفيضة فى اللقطة نحو : صحيحة الحلبى(٤) الماضية وصحيحة محمد بن مسلم(٥) ومعتبرة حنان(٦) وصحيحة أُخرى لمحمد بن مسلم(٧) التى يمكن إتحادها مع الأولى وغيرها من الروايات(٨) .

بلا فرق بين أن يكون تقييد الأمر بوجوب الفحص فى اللقطة بالسنة أمراً تعبدياً أو أنّه مشروط بعدم اليأس عن الظفر بالمالک ، ولكن إذا يئس عن الظفر – ولو كان فى أقل من السنة – فلا يجب الفحص من بعده ، ولكن غاية الفحص عن المالک هى سنة كاملة فإذا تمت فلا يجب الفحص بعدها .

ص: ٣٤١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦١ ح ١ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ٣٢٩ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٧٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ٢ من أبواب اللقطة .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٢ ح ٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٢ ح ٦ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٤ ح ١٠ .

٨- (٨) راجع الباب ٢ من أبواب اللقطة فى وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ .

يحتمل أن تكون السنة هى التى يظهر اليأس فيها عادةً ، وأمّا خبر أبان بن تغلب(١) الذى ورد فى تقييد الفحص بثلاثة أيام يُرمى بضعف الإسناد ، لأنّ محمد بن موسى الهمدانى ضعيف أو مجهول ، ويحمل على حصول اليأس من معرفة صاحبه بعد ثلاثة أيّام كما فى الوسائل . وبالجملة الأصحاب أعرضوا عن التقييد بثلاثة أيام . هذا كلّه فى اللقطة .

وأمّا المال المجهول مالكه فلا يلحق باللقطة فى وجوب التعريف سنة – على القول بهذا التحديد فيها – لعدم دليل على الإلحاق ، والأمر فى مقدار الفحص فيه يدور مدار اليأس ، فيجب عليه الفحص عن مالكه ما لم ييأس ولو صار أزيد من سنة أو سنوات ولم يحصل له اليأس . وإذا حصل اليأس فى أقل من سنة أو أكثر فقد تمّ تكليفه باليأس .

وخبر حفص بن غياث(٢) الماضى لا يدلّ على الإلحاق لضعف سنده وعدم إمكان التعدى من اللص إلى غيره من الغاصبين بل الظالمين ومنهم إلى المال المجهول مالكه .

وما ذكرناه هو مقتضى أصل البراءة فى المقام أيضاً ، واختاره جمع من الأصحاب ، منهم : صاحب الجواهر(٣) والشيخ الأعظم(٤) والفقيه اليزدى(٥) والمحقق النائينى(٦) والسيد الخوئى(٧) وشيخنا الأُستاذ(٨) – مدظله – . هذا كلّه فى مقدار الفحص .

وأمّا كيفية الفحص : فتدور مدار العرف ، وتختلف فى الأعصار والأمصار ، فكلّما يصدق الفحص عرفاً فهو عامل بوظيفته إنْ عمل عليه ، ولم تتقدر كيفيته شرعاً ، فيرجع ذلك كله إلى العرف ، واللّه العالم .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٣ ح ٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب اللقطة .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٧٧ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٨٦ و ١٨٨ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ١ / ١٨٨ .

٦- (٦) منية الطالب ١ / ٦٥ .

٧- (٧) مصباح الفقاهة ١ / ٥١٥ .

٨- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٣٣٠ .

الفرع الثامن : أُجرة الفحص على مَنْ ؟

لو احتاج الفحص على بذل مال ، فهل هو على الآخذ أو على المالك أو التفصيل فى المقام ؟

الظاهر أنّ الحق فى المقام هو التفصيل ، لأنّ الأخذ لو كان إحساناً فى حقِّ المالک -نحو أخذ المال من مواضع التلف والفناء - فهذا الآخذ محسن بالنسبة إلى المالک ، وآية نفى السبيل على المحسنين ينفى عن الآخذ أُجرة الفحص .

وأمّا لو لم يكن الآخذ محسناً للمالک وجعل يده على المال على سبيل العدوان والغصب والجهل ، فحينئذ أُجرة الفحص تكون على الآخذ ، لأنّه لم يكن محسناً . وإطلاق الروايات الواردة فى وجوب الفحص عليه تشمل الموارد التى يلزم عليه بذل المال ، فكان البذل عليه .

ويمكن أن يقال : بأنّ الفحص عن المالک يكون وظيفة الآخذ ومن المقدمات الموصلة أو من مقدمات الإيصال أو من مقدمات حال الوصول فى بعض الموارد وكذا بذل المال للفحص ، فحينئذ يكون البذل واجباً على الآخذ . وبالجملة فى هذا الفرض الأخير تكون أُجرة الفحص على الآخذ .

وذهب إلى هذا التفصيل المحقق الخوئى(١) قدس سره وشيخنا الأُستاذ(٢) - مدظله - .

الفرع التاسع : مصرف هذا المال بعد اليأس عن الظفر بصاحبه

الوجوه المتصورة

اشارة

المال المعلوم صاحبه ولكن لا يمكن إيصاله إلى مالكه فى الحكم يشترک مع المال المجهول صاحبه ، ولذا الوجوه المتصوَّرة فيهما متعددة :

الوجه الأوّل :

يحفظه الواجد حتّى يتبيّن صاحبه ويصله إليه ، ويوصى به عند وفاته . وذلک لأنه يجب الحفظ والإيصال إلى المالک مهما أمكن ، فيجب الإبقاء مقدمة له ، وكذا الوصية عند موته مقدمة لحفظه .

ولكن هذا البيان لا يجرى فى صورة العلم بعدم إمكان الإيصال إلى المالک ، كما نبّه عليه

ص: ٣٤٣

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٥١٧ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٣٣٠ .

الفقيه اليزدى(١) قدس سره .

وتدلّ على هذا الوجه جملة من الروايات :

منها : صحيحة هشام بن سالم(٢) الماضية .

ومنها : ذيل صحيحة أُخرى لهشام بن سالم قال الصادق عليه السلام فيها : توصى بها فإن جاء لها طالب ، وإلاّ فهى كسبيل مالک(٣) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال فى حديث : وإلاّ فاجعلها فى عرض مالک يجرى عليها ما يجرى على مالک حتّى يجى ء لها طالب ، فإن لم يجى ء لها طالب فأوص بها فى وصيتک(٤) .

ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : يعرّفها سنة ، فإن لم يعرف صاحبها حفظها فى عرض ماله حتّى يجىء طالبها فيعطيها إيّاه ، وإن مات أُوصى بها ، فإن أصابها شىء فهو ضامن(٥) .

ورواه الصدوق(٦) بسنده الصحيح عن على بن جعفر الثقة ، فسنده إلى الرواية صحيح . وكذا رواه على بن جعفر فى كتابه(٧) ، ولصاحب الوسائل سند صحيح إلى كتابه ، فالرواية بهذين السندين صحيحة الإسناد .

أقول : الروايتان الأخيرتان مختصتان باللقطة فلا تجريان فى مطلق مجهول المالک أو ما بحكمه ، ويمكن حمل كلّها على فرض عدم اليأس بل رجاء وجدان صاحبه ، وأمّا الإلتزام بها ولو مع اليأس عن وجدانه فمشكل جدّاً .

ص: ٣٤٤

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١٩٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٩٦ ح ١ . الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٤ ح ٧ . الباب ٤ من أبواب ضمان الجريرة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٤ ح ١٠ ، الباب ٢ من أبواب اللقطة .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٤ ح ١٣ .

٦- (٦) الفقيه ٣ / ٢٩٢ ح ٤٠٤٩ .

٧- (٧) مسائل على بن جعفر / ١٦٥ ح ٢٦٥ .

وأمّا حملها على أنّها وردت فى الحقّ الكلّى الثابت فى الذمة ، أو أنّها وردت فى قضية شخصية فلا يمكن التعدى عن موردها - كما ذكرهما المحقق الخوئى(١) قدس سره - فى الأُوليين ممكن ولكن فى الأخيرتين مشكل جداً . والروايات لا تنحصر بهما ، والأُولى حملها على ما ذكرنا من احتمال وجدان صاحبه وعدم اليأس عن الظفر به .

وكذا حمل جملة « كسبيل مالک» فى الأوليين على حقيقته - يعنى أنّه يدخل فى ملكک كما عن الإيروانى(٢) - مشكل جداً بل الظاهر أنّ المراد بحرف التشبيه الظاهر فى الغيرية حفظه كما لک ثمّ الوصية به . وما ذكرناه فى الأخيرتين أُوضح ، لأنّ التعبير بعرض مالک ظاهر فى الحفظ لا الأكل وإلاّ لم يبق مصداق للوصية ، واللّه العالم .

الوجه الثانى :

هذا المال بمنزلة مال الإمام عليه السلام ، لأنّه بمنزلة مال من لا وارث له .

عدّة من الروايات تدلّ على أنّ من مات وليس له وارث فما له يحسب من الأنفال والأنفال للإمام عليه السلام :

منها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : من مات وليس له وارث من قرابته ولا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فماله من الأنفال(٣) .

ومنها : صحيحة محمد الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى قول اللّه تعالى : «يَسْأَلُونَکَ عَنِ الأَنفَالِ»(٤) قال : من مات ، وليس له مولى فما له من الأنفال(٥) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من مات وترک ديناً فعلينا دينه وإلينا عياله ، ومن مات وترک مالاً فلورثته ، ومن مات وليس له موالى فما له من الأنفال(٦) . وقد أُلحق هذا المال ومجهول المالک بمال الإمام والأنفال فى معتبرة داود بن أبى يزيد

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٥٢١ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٤٦ ح ١ . الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة .

٤- (٤) سورة الأنفال / ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٦ / ٤٢٧ ح ٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٤٧ ح ٤ .

عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قال رجل : إنّى قد أصبت مالاً وإنّى قد خفت فيه على نفسى ، ولو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلّصت منه . قال : فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام : واللّه أن لو أصبتَهُ

كنتَ تدفعه إليه ؟ قال : أى واللّه ، قال : فأنا واللّه ما له صاحب غيرى ، قال : فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره ، قال : فحلف ، فقال : فاذهب فاقسمه فى إخوانک ، ولک الأمن ممّا خفت منه ، قال : فقسّمته بين إخوانى(١) .

قد عبّرنا عن الرواية بالمعتبرة لأنّ موسى بن عمر المذكور فى سندها هو موسى بن عمر بن يزيد بن ذبيان الصيقل بقرينة رواية أحمد بن محمد عنه وهو عن الحجال كما فى جامع الرواة(٢) وعنونه النجاشى(٣) وذكر كتبه وكذا الشيخ(٤) ، والنجاشى مقيد بذكر الغمز والقدح ، وحيث لم يذكر له قدحاً ظهر عدم ورود قدحٍ فى شأنه ، كما وافقنا على هذا البيان بل سابقنا إليه المحقق المير محمد باقر الداماد فى الرواشح السماوية(٥) وتبعه الفاضل الدربندى فى القوامیس(٦) .

وروى عنه جماعة من المشايخ منهم : محمد بن على بن محبوب ومحمد بن أحمد ابن يحيى و محمد بن الحسين ومحمد بن الحسن الصفار كما فى جامع الرواة(٧) وسعد بن عبد اللّه الأشعرى القمى كما فى النجاشى(٨) وعبد الرحمن بن حماد كما فى الفهرست(٩) للشيخ . وبما ذكرنا ظهر أنّه من المشاهير والمعاريف ولم يذكر بقدح فهو معتبر عندنا .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ . الباب ٧ من أبواب اللقطة .

٢- (٢) جامع الرواة ٢ / ٢٧٩ .

٣- (٣) رجال النجاشى / ٤٠٥ الرقم ١٠٧٥ .

٤- (٤) الفهرست / ٤٥٦ الرقم ٧٢٧ .

٥- (٥) الرواشح السماوية / ١١٥ الراشحة السابعة عشر .

٦- (٦) راجع المنتقى النفيس من درر القوامیس / ١٨٦ و ٢٣٥ المطبوع فى العدد ٢٤ من مجلة تراثنا .

٧- (٧) جامع الرواة ٢ / ٢٧٩ و ٢٧٨ .

٨- (٨) رجال النجاشى / ٤٠٦ .

٩- (٩) الفهرست / ٤٥٧ .

والمراد بالحجّال هو عبد اللّه بن محمد الأسدى الثقة ، وداود بن أبى يزيد أيضاً ثقة ، وباقى رجال السند ثقات ، فالسند يصير عندنا معتبراً .

وأمّا دلالتها على أنّ مجهول المالک للإمام عليه السلام فواضحة ، والمناقشة فيها بأنّ من المحتمل أنّ يكون المال للإمام واقعاً ، أو أنّ المال له لعلمه بموت مالكه وأنّه لم يترک وارثاً غيره ، أو أنّ المال يكون من صفو دار الحرب الذى هو خاص للإمام . وإن كان الكلّ محتمل كما فى مصباح الفقاهة(١) ولكنّ كلّها خلاف الظاهر . وظاهرها أنّ المال المجهول مالكه كان للإمام عليه السلام والإمام أمر بتقسيمه للشيعة ، وظهورها فقراؤهم لا أغنياؤهم بقرينة الحكم والموضوع ، كما ورد الأمر بذلک فى عدّة من الروايات نحو معتبرة خلاّد السندى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : كان على عليه السلام يقول فى الرجل يموت ويترک مالاً وليس له أحد : أعطِ المال همشاريجة(٢) .

الرواية معتبرة بخلاد لأنّه حسنٌ ومعتبر عندنا . همشاريجة كلمة معرّبة وأصلها فارسية « همشهرى» يعنى أهل بلده ومدينته .

وقد وردت فى هذا المجال روايات أُخرى ، نحو : مرفوعة السرى(٣) ومرسلة داود(٤) ومرسلة الصدوق(٥) وغيرها(٦) .

والحاصل ، استفيدت من مجموع الروايات أنّ مجهول المالک يصير ملكاً للإمام عليه السلام وأجاز الإمام تقسيمه بين فقراء الشيعة .

الوجه الثالث : أن يكون لمَنْ وضع يده عليه

قد ورد فى صحيحة على بن مهزيار عن أبى جعفر عليه السلام أنّه كتب فيما يجب فيه الخمس ...

١- (١) مصباح الفقاهة ١ / ٥١٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٢ ح ١ . الباب ٤ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٢ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٢ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٣ ح ٤ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٧ / ٢٠٩ ح ٤ .

ومثل مال يؤخذ لا يُعرف له صاحب ، الكتاب(١) .

استظهر المحقق الهمدانى(٢) من الصحيحة جواز تملّک مجهول المالک بعد إخراج خمسه ، وتبعه المحقق الإيروانى وقال : « وهذه الصحيحة صريحة فى جواز تملّک مجهول المالک بعد إخراج خمسه»(٣) .

أقول : إطلاق هذه الفقرة من الصحيحة وإن يشمل مجهول المالک ولكن الأصحاب قدس سرهم أعرضوا عن هذا الإطلاق ، كما اعترف به المحقق الأردكانى(٤) . مضافاً إلى أنّها بصدد بيان ما يجب فيه الخمس ، لا فى مقام بيان حكم مجهول المالک ، فليس لها إطلاق حتّى يشمل مجهول المالک . وعلى فرض إطلاقها وشمولها تقيّد بالروايات الماضية الواردة فى خصوص مجهول المالک من حفظها والوصية بها ، أو أنّه للإمام عليه السلام ، أو وجوب التصدّق به .

أو الإطلاق يحمل على الموارد التى يجوز تملک اللقطة إمّا ابتداءً لقلّة قيمتها - كما إذا كان دون الدرهم على ما ورد فى بعض الروايات(٥) - أو إذا وجدها فى الدار الخربة قد جلا عنها أهلها كما فى بعضها الأُخرى(٦) ، أو على من اشترى دابة فوجد فى بطنها مالاً ولم يعرف البائع كما فى بعضها الأُخرى(٧) ، أو على مَنْ وجد مالاً فى جوف سمكة كما فى بعضها الأُخرى(٨) .

والحاصل ، لا يمكن الأخذ بإطلاق الصحيحة على فرض وجوده ، فلا يمكن الأخذ بهذا الوجه .

ولذا قال المحقق الهمدانى بعد البحث عن الصحيحة : « لكن قد يُشكل التعويل على هذا

١- (١) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠١ ح ٥ . الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس .

٢- (٢) مصباح الفقيه ١٤ / ١٦٨ كتاب الخمس من الطبعة الحديثة .

٣- (٣) الحاشية على المكاسب ١ / ٣٣٧ .

٤- (٤) غنية الطالب ١ / ٢٨٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٦ . الباب ٤ من أبواب اللقطة .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٧ . الباب ٥ من أبواب اللقطة .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٢ . الباب ٩ من أبواب اللقطة .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٣ . الباب ١٠ من أبواب اللقطة .

الظاهر بعد مخالفته للمشهور أو المجمع عليه(١) ... والأُولى ردّ علمها إلى أهله ، والرجوع فى حكم ما لا يعرف صاحبه إلى أخبار الصدقة ، كما هو المشهور»(٢) .

الوجه الرابع : يتصدّق به

عدّة من الروايات المعتبرة المستفيضة تدلّ على وجوب التصدّق بهذا المال :

منها : حسنة على الصائغ(٣) الماضية وخبره(٤) .

ومنها : معتبرة بل صحيحة أبى على الحسن بن راشد(٥) الماضية .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم(٦) الماضية .

ومنها : خبر على بن أبى حمزة البطائنى(٧) الذى قد مرّ منّا فيما سبق .

ومنها : صحيحة هشام بن سالم(٨) الماضية .

ومنها : معتبرة داود بن أبى يزيد(٩) الماضية آنفاً .

ومنها : صحيحة يونس بن عبد الرحمن(١٠) الماضية .

ومنها : خبر حفص بن غياث(١١) الذى قد مرّ منّا .

١- (١) مصباح الفقيه ١٤ / ١٦٨ كتاب الخمس من الطبعة الحديثة .

٢- (٢) مصباح الفقيه ١٤ / ١٦٩ كتاب الخمس من الطبعة الحديثة .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب الصرف .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٢ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٤ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب عقد البيع - و - ١٩ / ١٨٥ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الوقوف .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٣ ح ١ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٤ ح ٧ . الباب ٤ من أبواب ولاء ضمان الجريرة .

٩- (٩) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ٢ .

١١- (١١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب اللقطة .

ومنها : خبر أبان بن تغلب(١) الذى قد مرّ منّا .

ومنها : صحيحة على بن جعفر عن أخيه قال : وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرّفها سنة ثمّ يتصدّق بها ، فيأتى صاحبها ، ما حال الذى تصدّق بها ؟ ولِمَنْ الأجر ؟ هل عليه أن يردّ على صاحبها أو قيمتها ؟ قال : هو ضامن لها ، والأجر له ، إلاّ أن يرضى صاحبها فيدعها والأجر له(٢) .

وقد عبّرنا عن الرواية بالصحيحة لأنّها رواها على بن جعفر فى كتابه(٣) .

ومنها : خبر نصر أو قيصر أو فيض بن حبيب صاحب الخان قال : كتبت إلى عبد صالح عليه السلام : لقد وقعت عندى مائتا درهم وأربعة دراهم وأنا صاحب فندق ومات صاحبها ولم أعرف له ورثة ، فرأيک فى إعلامى حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً ، فكتب : إعمل فيها وأخرج صدقة قليلاً قليلاً حتّى تخرج(٤) .

سند الرواية ضعيف بابن حبيب ، لأنّه مجهول أو مهمل فى الرجال وليس له إلاّ هذه الرواية . وأمّا دلالتها على لزوم التصدق بالمال واضحة ، ولكن بعد الفحص عن الورثة وعدم وجدانهم ، حيث قال السائل فيها : « لم أعرف له ورثةً» . ومن المحتمل أن تكون فقرة « إعلامى حالها» فى الرواية ناظرة إلى إعلام الموت وعدم وجدان الورثة إلى سلطة الوقت ، ونتيجته تصرف السلطة فى الأموال بالكلّيّة وضبطها ، ولذا أمره الإمام عليه السلام بالعمل فى الأموال بحيث لم يُعرف أنّه مال الغير ، ثمّ يتصدق به شيئاً فشيئاً حتّى يتمّ المال ولا تعرف السلطة من أين حصل له هذا المال . فلزوم العمل فى المال وخروجه شيئاً فشيئاً مختص بالمورد الخاص ، وهذه قضية شخصية على فرض ثبوت الرواية لا يجب مراعاته فى غيره من المال المجهول مالكه . وأمّا لزوم التصدق فمشترک بينها وغيرها من الروايات ، فلابدّ من الأخذ به .

ولا تنافى بين ما ذكرنا من الروايات وخبر الهيثم بن أبى روح صاحب الخان قال :

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٣ ح ٧ . الباب ٢ من أبواب اللقطة .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٥ ح ١٤ .
٣- (٣) مسائل على بن جعفر / ١٦٥ ح ٢٦٦ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٩٧ ح ٣ . الباب ٦ من أبواب ميراث المفقود والمال المجهول المالك .

كتبت إلى عبد صالح عليه السلام : إنّى أتقبّل الفنادق فينزل عندى الرجل فيموت فجأة ولا أعرفه ، ولا أعرف بلاده ولا ورثته ، فيبقى المال عندى ، كيف أصنع به ؟ ولمن ذلک المال ؟ قال : أتركه على حاله(١) .

لأنّه محمول على عدم الفحص عن الورثة أو عدم اليأس عن وجدانهم ، فأمر الإمام عليه السلام بترک المال على حاله أى حفظه . مضافاً إلى ضعف سنده ، لأنّ الهيثم صاحب الخان مجهول أو مهمل وليس له إلاّ هذه الرواية .

والحاصل من مجموع الروايات الماضية والوجوه المذكورة : أنه يمكن أن يقال بالنسبة إلى المال المجهول مالكه ويشترک معه المال المعلوم مالكه ولكن يتعذر ولا يمكن إيصاله إليه ، يجب حفظه والوصية به عند الوفاة على فرض رجاء وجدان صاحبه وعدم اليأس منه ، وعلى فرض اليأس عن وجدان مالكه يجب التصدق به على فقراء الشيعة . والأحوط الاستئذان من الفقيه فى التصدق ، لأنّه من المحتمل أن يكون للإمام عليه السلام ، ولكن حيث ورد فى نفس روايات ملكيته للإمام عليه السلام الأمر منهم عليهم السلام بالتصدق كما مرّ كأنّه إذن عام عنهم فيه . ومع ذلک كلّه الاحتياط حسنٌ ولا يترک بالنسبة إلى الاستئذان . هذا كلّه فى حكم مصرف هذا المال والمجهول مالكه ، واللّه سبحانه هو العالم .

الفرع العاشر : مَنْ يستحق هذه الصدقة ؟

حيث ورد الإذن بل الأمر بالتصدق بمجهول المالک ، وظهوره بقرينة الحكم والموضوع بل ظهوره من دون هذه القرينة هو التصدق على الفقراء فقط ولا يشمل الأغنياء كما اعترف به الشيخ الأعظم حيث يقول : « إنّ مستحق هذه الصدقة هو الفقير ، لأنّه المتبادر من إطلاق الأمر بالتصدق»(٢) .

وتدلّ أيضاً على أنّ المراد بالتصدق هو الصدقة على الفقراء قوله تعالى : «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاء وَالْمَسَاكِينِ»(٣) .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٩٨ ح ٤ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٩٣ .

٣- (٣) سورة التوبة / ٦٠ .

والمراد بالفقراء هنا فقراء أهل الإيمان فقط ، وتدلّ عليه معتبرة داود بن أبى يزيد(١) ومعتبرة يونس بن عبد الرحمن(٢) الماضيتان .

ثمّ هل يجوز إعطاؤها للهاشمى أم لا ؟ وجهان بل قولان ، أظهرهما الجواز ، لأنّ المحرَّم على الهاشميين هى الصدقة الواجبة ، أى الزكاة المفروضة مطلقاً ، أى بلا فرق بين زكاة المال وزكاة الفطرة التى هى زكاة الأبدان ، وتدلّ عليه عدّة من الروايات :

منها : صحيحة جعفر بن إبراهيم الهاشمى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت له : أتحلّ الصدقة لبنى هاشم ؟ فقال : إنّما تلک الصدقة الواجبة على الناس لا تحلّ لنا ، فأمّا غير ذلک فليس به بأس ، ولو كان كذلک ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكة ، هذه المياه عامّتها صدقة(٣) .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : لو حرمت علينا الصدقة لم يحلّ لنا أن نخرج إلى مكّة لأنّ كل ماءٍ بين مكة والمدينة فهو صدقة(٤) .

ومنها : معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الصدقة التى حرّمت على بنى هاشم ما هى ؟ فقال : هى الزكاة ، قلت : فتحلّ صدقة بعضهم على بعض ؟ قال : نعم(٥) .

والقاسم بن محمد المذكور فى السند هو الجوهرى ، لأنّ الحسين بن سعيد يروى عنه ، وذكره النجاشى(٦) ولم يذكر فيه قدحاً ، وكذلك الشيخ فى الفهرست(٧) ، وعنونه فى ثلاث مواضع من رجاله فى أصحاب الإمام الصادق عليه السلام (٨) وأصحاب الإمام الكاظم عليه السلام (٩)

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩ / ٢٧٢ ح ٣ . الباب ٣١ من أبواب المستحقين للزكاة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩ / ٢٧٢ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩ / ٢٧٤ ح ٥ . الباب ٣٢ من أبواب المستحقين للزكاة .

٦- (٦) رجال النجاشى / ٣١٥ الرقم ٨٣٢ .

٧- (٧) الفهرست / ٣٧١ الرقم ٥٧٦ .

٨- (٨) رجال الطوسى / ٢٧٦ الرقم ٤٩ .

٩- (٩) رجال الطوسى / ٣٥٨ الرقم ١ .

وصرح بكونه واقفياً ، ومَنْ لم يرو عن الأئمة عليهم السلام (١) . ضعّفه العلاّمة فى الخلاصة(٢) وتبعه العلاّمة المجلسى(٣) والمامقانى(٤) ، ولكن الرجل من المعاريف له أكثر من سبعين رواية فى الكتب الأربعة ، وروى عنه مشايخ الأصحاب ، وذكره النجاشى ولم يغمز عليه بقدح ، فهو معتبر

عندنا ، فالسند به صار معتبراً . ورواها الكلينى(٥) بسند معتبر بل صحيح ، ولذا عبّر عن الرواية شيخنا الأُستاذ(٦) - مدظله - بالمعتبرة .

فظهر من هذه الروايات أنّ المحرَّم على بنى هاشم هى الصدقات الواجبة ، أى الزكاة . وأمّا غيرها من الصدقات المندوبة لا سيما إذا كانت غير مقرونة بالمنّ والأذى والإهانة فلا بأس بإعطائهم . نعم الصدقات المندوبة محرَّمة على رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم والأئمة المعصومين عليهم السلام من ولده ، ومقالة أُمّ كلثوم بنت أمير المؤمنين عليه السلام وعملها عند ورود قافلة الأُسراء إلى الكوفة حيث « كان أهلها يناولون الأطفال الذين على المحامل بعض التمر والخُبز والجوز ، فصاحت بهم وقالت : يا أهل الكوفة إنّ الصدقة علينا حرام ، وصارت تأخذ ذلک من أيدى الأطفال وأفواههم وترمى به إلى الأرض» كما نقله العلاّمة المجلسى فى بحاره(٧) ، تحمل على التعريف بأنّها والأطفال من أهل البيت العصمة والطهارة .

وتدلّ عليه أيضاً معتبرة أبى خديجة سالم بن مكرم الجمّال عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : أُعطوا الزكاة من أرادها من بنى هاشم ، فإنّها تحلّ لهم ، وإنّما تحرم على النبى صلى الله عليه و آله وسلم وعلى الإمام الذى بعده وعلى الأئمة عليهم السلام (٨) .

١- (١) رجال الطوسى / ٤٩٠ الرقم ٥ .

٢- (٢) ترتيب خلاصة الأقوال / ٣٤١ الرقم ٩ .

٣- (٣) الوجيزة / ١٤١ الرقم ١٤٦٤ .

٤- (٤) نتائج التنقيح / ١٢٢ الرقم ٩٦٠٢ .

٥- (٥) الكافى ٤ / ٥٩ ح ٥ .

٦- (٦) إرشاد الطالب ١ / ٣٣٩ .

٧- (٧) بحار الأنوار ٤٥ / ١١٤ (١٨ / ٥٨٢) كلاهما من طبع بيروت - وكذا نقله الطريحى فى منتخبه / ٤٧٧ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٩ / ٢٦٩ ح ٥ . الباب ٢٩ من أبواب المستحقين للزكاة .

سند الكلينى(١) والشيخ(٢) إلى الرواية معتبر ، وأبو خديجة ثقة عندنا ، فالسند لا بأس به . والزكاة فى الرواية تحمل على الصدقات المندوبة .

وعلى هذا يجوز إعطاء مجهول المالک إلى بنى هاشم ، وكذا يجوز إعطاؤهم من الصدقات المستحبة .

الفرع الحادى عشر : التصدق بمجهول المالک هل يوجب الضمان ، لو ظهر المالک ولم يرض به ؟

حيث ذهبنا إلى وجود الضمان فى مجهول المالک مطلقاً ، فإذا تصدّق مَنْ بيده المال خرج من تكليفه بحسب الشريعة والأمر الأُخروى ، وأمّا بالنسبة إلى المالک إذا ظهر ورضى بالصدقة فلا ضمان ، ولكن لو لم يرض بها فالأصل يقتضى ضمانه . ويؤيده استصحاب الضمان وقاعدتا الإتلاف وجعل اليد على مال الغير يوجب الضمان وخبر حفص بن غياث عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث بعد الأمر بالتصدق أنّه قال : فإن جاء طالبها بعد ذلک خيّره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر وإن اختار الغرم غرم له ، وكان الأجر له(٣) .

ولا تعارضه معتبرة داود بن أبى يزيد عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث أنّه قال : فاذهب فاقسمه فى إخوانک ولک الأمن ممّا خفت منه ، قال : فقسّمته بين إخوانى(٤) .

لأن فقرة « ولک الأمن ممّا خفت منه» لا تنفى الضمان ، والسائل يخاف من اشتغال ذمّته بالنسبة إلى المالک فى الآخرة ، ولذا أمر الإمام عليه السلام بالصدقة ، ومع التصدق يخرج من هذا الخوف

وذمّته بريئة فى الآخرة . ولكن فى الدنيا لو ظهر المالک ولم يرض بالصدقة ، ذمّته مشغولة بالضمان الأوّل .

فعلى ما ذكرنا يثبت الضمان بمجرد جعل اليد على المال ولا يرتفع بالتصدق ، ولا يردّ التصدق من جانب المالک ، بل بنفس جعل اليد السابق .

ص: ٣٥٤

١- (١) الكافى ٤ / ٥٩ ح ٦ .
٢- (٢) التهذيب ٤ / ١٦٠ ح ١٦١ ، والاستبصار ٢ / ٣٦ ح ١١٠ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٣٦ ح ١ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ .

ووافقنا على الضمان جماعة من الفقهاء ، منهم : الشهيد فى البيان(١) وثانيه فى المسالک(٢) ، وخالفنا سيد الرياض(٣) وصاحب المدارک(٤) مستدلاً بأنّه أوفق بالأصل وبأنّه مأمور بذلک شرعاً .

ولو مات المالک ينتقل حقّ الردّ أو إجازة التصدق إلى ورثته ، فلو ردّوا الصدقة فذمّة المتصدِّق مشغولة بالمال .

وكذا لو مات المتصدِّق وردّ المالک الصدقة يتعلق الضمان بذمّة الدافع ويخرج من تركته أوّلاً ، ثمّ يقسم الباقى بين ورثته .

هذا كلّه لو قام المتصدِّق بأمر الصدقة من قِبَل نفسه ، ولكن لو استجاز من الحاكم الشرعى - وهو الفقيه العادل فى زمن الغيبة - فليس عليه الضمان . وكذا ليس الضمان على الفقيه ولا على الفقير

الذى أخذ الصدقة حتّى مع بقاء العين ، ولذا قال الشيخ الأعظم : « لم يقل أحد برجوع المالک على الفقير مع بقاء العين»(٥) .

وكذا لا يثبت الضمان عليهم ، فلو أعطى المال مَنْ جعل يده عليه للفقيه والفقيه أعطاه للفقير فلا ضمان ولو كانت العين باقية فى يد الفقير .

نعم ، لو أعطاه للفقيه وكانت العين موجودة فى يد الفقيه يجب عليه أداء المال إلى المالک لو طلبه منه ولم يرض بالصدقة ، لأنّه من مجهول المالک الذى وُجد صاحبه ، فعلى الفقيه أن يرجع ماله إليه لو طلبه .

وهاهنا وجوه واحتمالات أغمضنا عن ذكرها روماً للإختصار .

الفرع الثانى عشر : هل هذه الأحكام تختص بالجائزة المأخوذة من يد السلطان ؟

الظاهر أنّ السلطان والظالم يُذكر فى المقام بعنوان المثال ، فلا فرق بينه وبين غيره من

١- (١) البيان / ٢١٨ .

٢- (٢) مسالک الأفهام ١ / ٤٦٧ .

٣- (٣) رياض المسائل ٥ / ٢٣٩ .

٤- (٤) مدارک الأحكام ٥ / ٣٨٩ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٩٥ .

الآخذين للأموال بالباطل ، ولذا عمم الشيخ جعفر قدس سره الحكم إلى غيره وقال : « الآخذ للأموال بالباطل - مع العلم بوجودها فى جملة أمواله - من سلطان أو عامل أو عشّار أو سارق أو مُرْبٍ أو مرتشٍ إلى غير ذلک ، وإن كان الظاهر الأوّل والثانى»(١) .

وتبعه فى الجواهر وقال : « ... وحينئذ يكون الجائر كغيره فى الحكم المزبور ، وإنّما ذُكر بالخصوص لتعرض النصوص ، ولا ريب فى أنّه الأحوط»(٢) .

أقول : النصوص لا تختص بالظالم ، بل ورد فى عدّة من الروايات ذكر غير الظالم وجواز التصرف فى جوائزه وهداياه :

منها : صحيحة أبى بصير قال : سألت أحدهما عليهماالسلام عن شراء الخيانة والسرقة ؟ قال : لا ، إلاّ أن يكون قد اختلط معه غيره ، الحديث(٣) .

ومنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث انّه قال : لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ فى ذلک المال ربا ولكن قد اختلط فى التجارة بغيره حلال كان حلالاً طيّباً فليأكله ، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليرّد الربا ، الحديث(٤) .

فى الوسائل « أبى المغرا عن أبى عبد اللّه عليه السلام » ، ولكن فى الكافى(٥) « أبى المغرا عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام » والصحيح أنّه صحيحة الحلبى لا أبى المغرا .

ومنها : صحيحة اُخرى للحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث : وإن كان مختلطاً فكُلْه هنيئاً ، فإنّ المال مالک ، واجتنب ما كان يصنع صاحبه ، الحديث(٦) .

ومنها : مكاتبة الحميرى - التى صححنا سندها فيما مضى - عن صاحب الزمان عجل اللّه تعالى فرجه الشريف أنّه كتب فى جوابه : إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٣٥ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٧٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٠ ح ٦ . الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨ ح ٢ . الباب ٥ من أبواب الربا .

٥- (٥) الكافى ٥ / ١٤٥ ح ٤ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٩ ح ٣ .

فكُلْ طعامه واقبل برّه وإلاّ فلا(١) .

والظاهر أنّ منشأ الحلّيّة فى الجميع هو الإختلاط والاشتباه وعدم تعيّن الحرام فى المقام ، ولذا تأتى جميع هذه الأقسام الأربعة فى أموال السرّاق والعشّار والمربى والمرتشى وغيرهم من الذين يأخذون أموال الناس بالباطل ولا يرعون الحدود الشرعية وضوابطها فى تحصيل الأموال .

والحاصل ، أن جوائز السلطان وعمّاله وأمثاله من الذين يأكلون الحرام تشترك فى الحكم ويأتى فيها ما مضى من أقسامه الثلاثة ، وكذا يأتى فيها القسم الرابع الآتى . وهذا تمام الكلام فى القسم الثالث .

القسم الرابع:

اشارة

القسم الرابع : الآخذ يعلم إجمالاً أنّ فى أموال الجائر محرّماً ويعلم إجمالاً بوجود الحرام فى المأخوذ منه

هذا القسم الأخير يشترك مع القسم الثالث ، إلاّ أنّ العلم بوجود الحرام فى المأخوذ منه فى القسم الثالث علم تفصيلى وفى القسم الرابع علم إجمالى .

صورها الثمانية:

وهذا العلم الإجمالى يقسّم المال المأخوذ إلى صورتين رئيستين :

١ - العلم الإجمالى الذى يوجب حصول الإشاعة والإشتراک فى المال المأخوذ .

٢ - العلم الإجمالى الذى لا يوجب حصول الإشاعة والإشتراک فى المال المأخوذ .

وعلى الصورة الأُولى فالقدر المال المأخوذ ومالكه إمّا معلومان أو مجهولان أو مختلفان ، والأخير تارة القدر معلوم والمالک مجهول وتارة عكسه .

وعلى الصورة الثانية -وهى ما كان المال مفروزاً واشتبه الحرام بالحلال - فحينئذ أيضاً إمّا المالک وقدر ماله معلومان أو مجهولان أو مختلفان ، والأخير تارة القدر معلوم والمالک مجهول وتارة عكسه .

فهاتان الصورتان فى كلّ صورة منها أربعة فروض ، فصار المجموع ثمانية فروض نتعرض لها . فظهر ممّا ذكرنا أنّ فروض الصورة الأُولى تجرى فى الصورة الثانية أيضاً ، ولكن

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٧ ح ١٥ .

ظاهر الشيخ الأعظم(١) قدس سره انحصارها بصورة مجهولية القدر ومعلومية المالک ، وقد نبّه على تعميم الفروض واشتراكها فى الصورتين الفقيه اليزدى(٢) والمحقق الخوئى(٣) قدس سره ، وتبعهما شيخنا الأُستاذ(٤) - مدظله - وهو متين .

وأمّا حكم فروض الاشاعة والاشتراک :

الف : إذا كان القدر ومالكه معلومين فيجب ردّ القدر إلى مالكه المعلوم .

ب : إذا كان القدر والمالک كلاهما مجهولين فصار من صغريات المال المختلط بالحرام فيجب فيه الخمس .

وقد مرّ ذكر معتبرة السكونى(٥) وصحيحة عمار بن مروان(٦) وخبر الحسن بن زياد(٧) وليراجع مرسلة الصدوق(٨) وكلّها تدل على كفاية إخراج الخمس فى المقام ، أى إذا كان القدر مجهولاً . ولكن إذا كان القدر معلوماً إجمالاً لاسيما إذا كان أزيد من الخمس فيجب إخراج أزيد منها كما أفاده العلامة فى التذكرة(٩) ، والشهيد الثانى فى المسالک(١٠) والمحققان الهمدانى(١١) والنائينى(١٢) حكموا باختصاص الروايات بما إذا كان القدر مجهولاً ، وتبعهم السيد الخوئى(١٣) .

١- (١) المكاسب ٢ / ١٩٨ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٢١٨ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٥٢٩ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٣٤٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٦ ح ٤ وروى نظيرها فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٩ / ٤٩٤ ح ٦ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٥ ح ١ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٩ / ٥٠٦ ح ٣ .

٩- (٩) تذكرة الفقهاء ٥ / ٤٢٢ .

١٠- (١٠) مسالک الأفهام ١ / ٤٦٧ .

١١- (١١) مصباح الفقيه ١٤ / ١٧٢ . كتاب الخمس من الطبعة الحديثة .

١٢- (١٢) منية الطالب ١ / ٧٦ .

١٣- (١٣) مصباح الفقاهة ١ / ٥٣٠ .

فما ذكره السيد اليزدى(١) تبعاً لصاحب المناهل(٢) من إطلاق أخبار الخمس بالنسبة إلى ما لو شک فى كون الحرام بمقدار الخمس أو أقل منه أو أكثر ، غير تام .

لأنّ جعل وجوب الخمس فى المال المختلط بالحرام للإمتنان على العباد لتخلّصهم من الحرام ، ومن المعلوم عدم صدق الإمتنان لو كان المقدار أقل من الخمس .

وكذا لو كان الإختلاط أزيد من الخمس ، صار بالنسبة إلى الزائد كغيرها من المحرَّمات لا ترفع الحرمة عنه وإلاّ كان ذلک حيلة لأكل أموال الناس ، مضافاً إلى عدم القول بالفصل بين صورتى العلم بالزيادة والنقيصة كما ذكره السيد الخوئى(٣) .

فالأخبار تختص بفرض مجهولية المقدار والمالک .

ج : إذا كان القدر معلوماً والمالک مجهولاً فيصير من مصاديق مجهول المالک الذى سبق حكمه مفصلاً .

د : وإذا كان المالک معلوماً والقدر مجهولاً ذهب جماعة إلى لزوم المصالحة مع المالک ، منهم العلامة فى النهاية(٤) والشهيدان(٥) والفاضل المقداد(٦) والشيخ جعفر(٧) والشيخ الأعظم(٨) ، وزاد النائينى على المصالحة « أو يحكم بالتنصيف بينهما قهراً»(٩) واستدلّ له بصحيحة عبد اللّه بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لى ، وقال الآخر : هما بينى وبينک ، فقال : أمّا الذى

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ٢٠٨ .

٢- (٢) المناهل / ٣٠٣ الطبع الحجرى .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٥٣١ .

٤- (٤) نهاية الإحكام ٢ / ٥٢٥ .

٥- (٥) البيان / ٢١٧ ، والروضة البهية ٢ / ٦٧ .

٦- (٦) التنقيح الرائع ١ / ٣٣٧ .

٧- (٧) شرح القواعد ١ / ٣٤٧ .

٨- (٨) المكاسب المحرمة ٢ / ١٩٨ .

٩- (٩) منية الطالب ١ / ٧٦ .

قال : هما بينى وبينک فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له وأنّه لصاحبه ، ويقسّم الآخر بينهما(١) .

أقول : ويؤيد ما ذكره بل يدلّ على التنصيف معتبرة السكونى عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام فى رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها ؟ قال : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ، ويقسّم الآخر بينهما نصفين(٢) .

فقد يُستفاد من الخبرين : « أنّ كلّ مالٍ كان مشاعاً بين شريكين ولم يُعلم مقدار حقّهما فالحكم التنصيف ، ومورده وإن كان مورد التنازع إلاّ أنّ المناط مطّرد فى مقامنا أيضاً» كما ذكره المحقق النائينى(٣) .

واستشكل المحقق الخوئى على إطلاق وجوب المصالحة فى كلام الشيخ الأعظم فى مورد الجهل بالمقدار ومعلومية المالک وقال قدس سره : « لأنّ المال المذكور قد يكون فى يد أحدٍ وقد لا يكون كذلک ، وعلى الأوّل فالمقدار الذى يعلم صاحبه يردّ إليه والمقدار الذى لا يعلم صاحبه فهو لذى اليد لأنّها أمارة الملكية . وعلى الثانى فما هو معلوم المالک أيضاً يردّ إلى صاحبه وفى المقدار

المشتبه يرجع إلى القرعة . ويحتمل الحكم بالتنصيف للمصالحة القهرية ، ويستأنس حكم ذلک ممّا ورد فى الودعى ، ولكن الظاهر أنّ الرواية غير نقيّة السند»(٤) .

وتبعه شيخنا الأُستاذ – مدظله – فى فرضه الأوّل وقال : « ... بل يحكم بأنّ سهم المشاع فى ذلک المال هو الأقل ، أخذاً بمقتضى يد الجائر الجارية على جميع المال ، فإنّه لم يعلم عدم مالكيته للمال إلاّ بالاضافة إلى السهم الأقل»(٥) .

أقول : بالنسبة إلى ما ذكره المحقق الخوئى : اليد أمارة الملكية فيما إدعى ذو اليد بأنّه صاحب المال ولكن إذا لم يدع ذلک أو علم أنّ مقداراً منه يكون لغيره فلا اعتبار بيده مطلقاً أو

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٥٠ ح ١ . الباب ٩ من أبواب الصلح .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٥٢ ح ١ . الباب ١٢ من أبواب الصلح .
٣- (٣) منية الطالب ١ / ٧٧ .
٤- (٤) مصباح الفقاهة ١ / ٥٢٩ .
٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣٤٢ .

فيما علم وأقرّ ، والرواية المشار إليها فى كلامه هى معتبرة السكونى التى قد مرّ ذكرها وهى تامة السند .

وأمّا بالنسبة إلى ما ذكره الأُستاذ – مدظله – قد مرّ منّا عدم اعتبار يد الجائر فى أوائل البحث إذا علم سابقة يد الغير على المال ، أو اعترافه أو علمنا بأن جميع المال أو المقدار المجهول منه ليس له . وبهذا يظهر الإشكال فى ما ذكره فى الفرض الثالث من الصورة الثانية(١) .

وفى هذا الفرض يمكن الحكم بالتنصيف فى المقدار المشاع ، كما تدلّ عليه الروايتان ، أو المصالحة ، والأخير أحوط . هذا تمام الكلام فى فروض الصورة الأولى .

وأمّا حكم فروض عدم حصول الإشاعة والإشتراك :

قد سبق أنّه يفرض فيما إذا كان المال مفروزاً واشتبه الحلال بالحرام ، وهى أيضاً على أربعة أقسام :

الف : إذا كان المقدار والمالک كلاهما معلومين فيجب ردّه إلى مالكه ، وعلى فرض عدم التعيين يرجع فيه إلى القرعة .

ب : إذا كان المقدار والمالک كلاهما مجهولين فيجب فيه إخراج الخمس ، لأنّه من صغريات المال المختلط بالحرام ، لعدم انحصاره بصورة الإشاعة والإشتراک .

ج : وإذا كان القدر معلوماً والمالک مجهولاً فيصير ذلک المقدار من مصاديق مجهول المالک الذى مرّ حكمه فى القسم الثالث .

د : وإذا كان المالک معلوماً والقدر مجهولاً فيتعين بالقرعة ، لأنّها لكلِّ أمر مشكل ، أو يباع المجموع ويشتركان فى الثمن . ويدلّ على الوجه الثانى موثقة إسحاق بن عمار قال : قال أبو عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يبضعه ثلاثين درهماً فى ثوب وآخر عشرين درهماً فى ثوب ، فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه ؟ قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسى الثمن . قال : قلت : فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : اختر أيّهما شئت ، قال : قد أنصفه(٢) .

١- (١) راجع كلامه فى ارشاد الطالب ١ / ٣٤٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٥١ ح ١ . الباب ١١ من أبواب الصلح .

أبضع الشيء : أى جعله بضاعة ، وهى من المال ما أعدّ للتجارة .

سند الصدوق والشيخ والكلينى إلى هذه الرواية ضعيفة بموسى بن سعدان ، ولكن للشيخ طريقاً آخر رواها فى التهذيب(١) بإسناده عن الحسين بن أبى العلاء عن إسحاق بن عمار ، وسند الشيخ إلى الحسين بن أبى العلاء صحيح فى الفهرست(٢) . فالرواية بهذا السند موثقة على القول بفطحية اسحاق .

ويمكن القول باشتراكهما فى العين بعد الاشتباه بحسب الماليّة ، فلا يجب البيع بل لهما أن يقتسما العينين أو الأعيان كما ذكره الفقيه اليزدى(٣) قدس سره .

وهذا تمام الكلام فى فروض الصورة الثانية ، وبه ظهر حكم الأقسام الأربعة .

تنبيهان

اشارة

وبقى فى المقام تنبيهان تعرّض لهما الشيخ الأعظم قدس سره :

الأُولى : حكم أخذ المال من الجائر

قال الشيخ الأعظم قدس سره : « أنّ أخذ ما فى يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسة»(٤) .

أقول : الظاهر أنّ فى كلام الشيخ الأعظم نوعاً من المسامحة فى التعبير ، لأنّ شأن الأخذ شأن سائر الأفعال التى لا تتصف بحكم إلاّ باعتبار العوارض والطوارىء والإضافة ، فإنّ الأخذ بالنسبة إليها قد يكون حراماً كأخذ مال الغير بدون إذنه ، وقد يكون مكروهاً كأخذ المال المشتبه ، وقد يكون مباحاً

كأخذ المال من الجائر مع عدم العلم بحرمته لتكثير الثروة وإزدياد المال ، وقد يكون مستحباً كأخذ المال منه كذلک لزيارة المشاهد المشرفة والتوسعة على العيال ، وقد يكون واجباً كأخذ حقوق الناس من الجائر .

فرع :

قال الشيخ الأعظم : « يجب على الحاكم الشرعى استنقاذ ما فى ذمّته (أى ذمّة الجائر)

١- (١) التهذيب ٦ / ٢٠٨ ح ١٣ .
٢- (٢) الفهرست / ١٤٠ الرقم ٢٠٤ .
٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ٢١٨ .
٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٩٨ .

من حقوق السادة والفقراء ولو بعنوان المقاصّة ، بل يجوز ذلک لآحاد الناس ، خصوصاً نفس المستحقين مع تعذّر استئذان الحاكم»(١) .

ووافقه على الحكم وعمّمه المحقق الإيروانى حيث يقول : « لأنّه ولى بيت مال المسلمين ، فيجب عليه حفظه عن التلف وأخذه من ذمم الناس ولو بالمقاصّة من أموالهم»(٢) . وزاد : « بل يجب ذلک على آحادهم من باب النهى عن المنكر مع اجتماع شرائطه»(٣) .

أقول : لا فرق بين الجائر وغيره فى الحقوق الشرعية ، فتعميم الحكم من الإيروانى فى محلّه ، ولكن الحكم بوجوب المقاصّة على الحاكم الشرعى - وهو الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء - مشكل بل معلوم العدم . ووجه ظاهر ، لعدم صدق بيت المال عليه قبل إخراجه ، وغاية ما يمكن أن يقال فى حقّه جواز المقاصّة من أموالهم لا وجوبه .

وأمّا جواز التقاصّ لآحاد الناس لاسيما المستحقين ، فلا يجوز قطعاً من دون الاستئذان من الفقيه ، فنفى وجوبه أُوضح من أن يخفى .

ولو كان الأمر كما ذكره العلمان فلم يبق حجرٌ على حجرٍ ، ووافقنا على عدم جواز التقاصّ لآحاد الناس من دون الاستئذان شيخنا الأُستاذ(٤) - مدظله - .

الثانية : هل تخرج أموال الناس من تركة الجائر ؟

الجائر إذا كان حيّاً يجب عليه ردّ أموال الناس إليهم وكانت ذمّته مشغولة بما أتلفه من أموالهم لقاعدة الإتلاف وغيره ، فيجب عليه إفراغ ذمّته من هذا الاشتغال بردِّ العين إن كانت موجودة أو بردِّ المثل فى المثلى أو القيمة فى القيمى إن كانت العين تالفة .

وإذا مات يجب إخراج أموال الناس من أصل تركته ، لأنّها من ديونه ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ»(٥) ثمّ تقسيم ما بقى من الأموال بين ورثته .

١- (١) المكاسب ٢ / ١٩٨ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٤٨ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ٣٤٨ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٣٤٣ .

٥- (٥) سورة النساء / ١٢ .

ولكن خالف فيما ذكرناه جدنا الفقيه الشيخ جعفر وقال : « وتؤخذ من الظالم قهراً مع الإمكان إنْ بقيت فى يده ، وعوضها مع التلف ، ويقاصّ بها من أمواله مع حياته ولو كانت ودائع - على نحو ما سيجىء فى كتاب الغصب - إلاّ أنّ ما فى يده من المظالم تالفاً لا يلحقه حكم الديون فى التقديم

على الوصايا والمواريث ، لعدم انصراف الدين إليه وإن كان منه ، وبقاء عموم الوصية والمواريث على حاله ، وللسيرة المأخوذة يداً بيدٍ من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا . فعلى ذلك لو أُوصى بها بعد التلف خرجت من الثلث ، وما كان منها باقيّاً يجب ردّه ، ولو امتنعوا عنه حلّ الحلال وحرم الحرام»(١) .

نقل صاحب الجواهر هذا المقال من الجدّ ثمّ قال رادّاً عليه : « وفيه : مع أنّه لم نجد له موافقاً عليه منع واضح ، خصوصاً بعد معلومية المغصوب منه ، ودعوى عدم الإنصراف كدعوى السيرة المجدية ممنوعتان أشدّ المنع . وما فى التحرير من أنّ الأفضل للمظلوم عدم أخذه ما ظلم به وإن تمكن منه أجنبيٌّ عن ذلک ، ويمكن أن يكون وجهه مراعاة التقية ، واللّه أعلم»(٢) .

أقول : أشار صاحب الجواهر إلى ما ذكره العلامة فى التحرير بقوله : « إذا غصب الظالم شيئاً ثمّ تمكّن المظلوم من أخذه وأخذ عوضه ، كان تركه أفضل ، ولو كان الظالم قد أودعه ففى جواز الأخذ من الوديعة بقدر ماله قولان ، أقربهما الكراهية»(٣) .

وذكر الشيخ الطوسى نحو هذا فى النهاية(٤) .

وقد ناقش الشيخ الأعظم(٥) فى استدلال الشيخ جعفر بعين ما ذكره صاحب الجواهر مع توضيح بمنع دعوى الإنصراف وأنّ السيرة ناشئ عن قلّة مبالاة الناس كما هو ديدنهم فى أكثر السِيَر التى استمرّوا عليها ، وزاد : « مع أنّه لا إشكال فى جريان أحكام الدَّيْن عليه فى

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٣٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٨٠ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٧٢ مسألة ٣٠٦١ .

٤- (٤) النهاية / ٣٥٩ .

٥- (٥) راجع المكاسب ٢ / ١٩٩ .

حال حياته من جواز المقاصّة من ماله كما هو المنصوص وتعلّق الخمس والاستطاعة وغير ذلک»(١) .

مراده من النصوص الروايات الواردة فى الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به فى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٢ ، منها : صحيحة داود بن زربى(٢) وموثقة أبى العباس البقباق(٣) وموثقة أبى بكر الحضرمى(٤) وصحيحته(٥) وخبر على بن جعفر(٦) .

وما ورد من الروايات المانعة من المقاصّة نحو صحيحة سليمان بن خالد(٧) وصحيحة معاوية بن عمار(٨) وخبر ابن أخى الفضيل بن يسار(٩) وخبر زيد الشحام(١٠) تحمل على الكراهة جمعاً بين الطائفتين .

ومراده من تعلّق الخمس : عدم تعلق الخمس بما زاد عن مؤنة سنته فيما إذا كان البدل بمقدار الزائد عليها .

ومراده من الاستطاعة : عدم حصول الاستطاعة للحج فيما إذا كان البدل مساوياً لما عنده من المال الكافى لمصارف حجه .

كما أنّ الأخيرين مذكوران فى كلام المحقق الأردكانى(١١) وشيخنا الأُستاذ(١٢) - مدظله - .

١- (١) راجع المكاسب ٢ / ١٩٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٧ و ١٧ / ٢٧٢ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٢ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٣ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٤ ح ٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٦ ح ١٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٤ ح ٧ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٥ ح ١١ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٣ ح ٣ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٦ ح ١٢ .

١١- (١١) غنية الطالب ١ / ٣٠٢ .

١٢- (١٢) ارشاد الطالب ١ / ٣٤٥ .

والحاصل ، ما ذكره العلامة الجدّ لم يذهب إليه أحدٌ من فقهائنا كما اعترف به تلميذه صاحب الجواهر(١) . وعدم تماميته واضحة(٢) ، بل أوضح من أن يحتاج إلى بيان(٣) ، فلا فرق بين حياة الجائر ومماته ، فذمّته مشغولة بالمظالم وتخرج من أصل تركته ، ثمّ تعمل بوصيته فى ثلث ما ترك أو فى جميعه مع إذن الورثة ، ثمّ يقسم ما بقى بين ورثته ، واللّه سبحانه هو العالم . هذا تمام الكلام فى المسألة الثانية من مسائل الخاتمة .

١- (١) الجواهر ٢٢ / ١٨٠ .

٢- (٢) كما فى غنية الطالب ١ / ٣٠٢ .

٣- (٣) كما فى حاشية المكاسب ١ / ٢١٩ للفقيه اليزدى .

الثالثة : ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة

اشارة

قبل الورود فى البحث عن هذه المسألة لا بدّ بأن نعرّف الخراج والمقاسمة وأنّهما يتعلّقان بأىّ شىءٍ ولماذا ؟

تعريف الخراج والمقاسمة

اشارة

لا بدّ من تقديم مقدمة لتبيين البحث ، وهى بيان أقسام الأرضين وأحكامها ، فنقول تبعاً لبعض أساتيذنا – مد ظله – :

الأرض إمّا موات وإمّا عامرة ، وكلٌّ منهما إمّا أن تكون كذلک بالأصالة أو عرض لها ذلک ، فهى أربعة أقسام :

أقسام الأرضين و أحكامها

١ – أمّا الموات بالأصالة : فلا إشكال ولا خلاف منّا فى كونها من الأنفال وكونها للإمام بما هو إمام .

٢ – وأمّا العامرة بالأصالة : أى العامرة لا من معمِّر مثل الموات بالأصالة فى الحكم أى أنّها من الأنفال .

وأمّا هاتان لا فرق بينهما من أنّهما فى بلاد الإسلام أو فى بلاد الكفر ، إذ لم يتحقق ما هو الملاک الرئيسى للتملّک وهو الإحياء .

٣ – وأمّا الموات بالعرض :

ألف : فإن كانت العمارة السابقة فيها أصلية أو من معمِّر بقصد الملک ولكن باد أهلها بالكلّية أو أعرض عنها بالكلّية ، فهى للإمام أيضاً وحكمها حكم الموات بالأصالة .

ب – وإن كانت من معمّر بقصد الملک ولم يُبد أهلها ولم يعرض عنها ففى بقائها بعد الموت على ملک معمِّرها أو خروجها عن ملكه أو يفصّل بين ما كان الملک بغير الإحياء كالميراث والشراء ونحوهما فيبقى أو بالإحياء فيزول ؟ وجوه .

ص: ٣٦٧

٤ – وأمّا العامرة بالعرض :

ألف : فإن كانت العمارة بنفسها فهى أيضاً للإمام قطعاً .

ب – وإن كانت من معمِّر بقصد التملّک فهى له ويملكها المحيى بلا فرق بين المسلم والكافر ، فلا تخرج من ملكه إلاّ بالإعراض أو المعاملات الناقلة أو النواقل القهرية كالميراث .

وفى هذا القسم الأخير إذا كان المالک المحيى كافراً محارباً فملكه يزول بما يزول به ملک المسلم بانضمام الاغتنام عنوة كسائر أموالهم فتصير ملكاً للمسلمين ، والمتولّى للتصرف فيها وتقبيلها هو الإمام يصرف حاصلها فى مصالحهم .

وأمّا إن انجلى أهلها وأُخذت بغير حرب وعنوة أو صولح عليها على أن تكون للإمام صارت للإمام وتكون من الأنفال والفىء .

وأمّا إن صولح عليها على أن تبقى ملكاً لأنفسهم ويؤدّوا عنها الخراج سميّت أرض الجزية .

وهذه الأقسام الثلاثة الأخيرة من الصورة الثانية من القسم الرابع تُسمّى الأراضى الخراجيّة ، لأنّ كلّها مشتركة من أنّ الإمام يتصرف فيها من حيث تقبيلها ويأخذ خراجها .

ثمّ ظهر ممّا ذكرنا بأن الخراج والمقاسمة يطلقان على الطَّسْق(١) الذى يؤخذ من الثلاثة الأخيرة ، فإن كان التقبيل بمال معيّن بنحو الإجارة سمّى خراجاً ، وإن كان بسهم مشاع من عوائد الأرض سمّى مقاسمة ، وربما يطلق على كليهما الخراج ، ومقداره فى جميع الأقسام الثلاثة بيد الإمام(٢)(٣) .

١- (١) قال الشهيد الثانى فى حاشيته على الإرشاد المطبوع ضمن غاية المراد ٤٨٩/١ : «الطسق فارسى معرَّب والمراد به أُجرتُها» .

٢- (٢) فى هذا المجال راجع نظام الحكم فى الإسلام/ ٥٢٩ و ٥٢٨ .

٣- (٣) ويشير إلى أقسام الأراضى فقهاؤنا قديماً وحديثاً ، فراجع إن شئت إلى النهاية للشيخ الطوسى/ (١٩٦ - ١٩٤) ومبسوطه ٢٨/٢ ، ومنتهى العلامة ٩٣٢/٢ [١٤ / ٢٥٣] ، وتذكرته ١٨٣/٩ ، رسالة قاطعة اللجاج فى حلّ الخراج/٢٣٩ للمحقق الثانى المطبوعة ضمن المجلد الأولّ من رسائل المحقق الكركى وكذا طبعت فى ضمن الخراجيات ، والأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان ٤٦٩/٧ ، والمحقق السبزوارى فى الكفاية ٣٧٣/١ وما بعدها ، وصاحب الرياض فى كتابه ١١٥/٨ ، وصاحب الجواهر فيه ١٥٧/٢١ ، والسيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه ، كتاب التجارة/٥٨ ، والسيد الحكيم فى نهج الفقاهة/ ٥٣٥ ، ودراسات فى ولاية الفقيه ١٨١/٣ لبعض أساتيذنا - مد ظله - .

هذا معنى الخراج والمقاسمة ، ومعنى الزكاة واضحة ، ولذا نشرع فى أصل البحث :

جماعة من أصحابنا عرّفوا الخراج والمقاسمة فى كلماتهم :

كلمات الأصحاب فى الخراج و المقاسمة

منهم : الفاضل المقداد قال : «أمّا المقاسمة فهو أن يأخذ من الغلاّت باسم المقاسمة عن الأرض ، ومن الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض»(١) .

ومنهم : المحقق الثانى قال : «المقاسمة هى : مقدار معين يؤخذ من حاصل الأرض نسبته إليه بالجزئية كالنصف والثلث . والخراج : مقدار معين من المال يضرب على الأرض أو على البستان ، كأن يجعل على كلّ جريب كذا درهماً»(٢) .

ومنهم : ثانى الشهيدين قال : «المقاسمة حصة من حاصل الأرض تؤخذ عوضاً عن زراعتها ، والخراج مقدار من المال يضرب على الأرض أو الشجر حسبما يراه الحاكم»(٣) .

ومنهم : المحقق الأردبيلى قال : «المقاسمة : الحصّة المعينة من حاصل تلك الأرض (أى الأرض الخراجية ، وهى الأرض المعمورة المفتوحة عَنْوة بإذن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أو الإمام عليه السلام على المشهور ، أو المأخوذة بالصلح بأن تكون الأرض للمسلمين ولهم السكنى) مثل العُشر ، والخراج : المال المضروب عليها غالباً ، فلا يضرّ إطلاق الخراج على المقاسمة كما ورد فى بعض الروايات والعبارات ، والأمر فى ذلك هيّن ، فإنّ المقصود ظاهر ، لأنّ المراد منهما ومن الطَّسْق والقبالة واحد ، وهو ما يؤخذ من الأرض المذكورة بمنزلة الأُجرة»(٤) .

١- (١) التنقيح الرائع ١٨/٢ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤٥/٤ .

٣- (٣) المسالک ١٤٢/٣ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩٧/٨ .

وقال أيضاً فى رسالته الخراجية - التى كتبها تأييداً للشيخ إبراهيم القطيفى الذى هو ردّ على رسالة قاطعة اللجاج للمحقق الكركى فى رسالته المسماة ب- « السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج » - فقال الأردبيلى فى تعريف الخراج : «على ما فهم من كلامهم : أنّه كالأُجرة المضروبة على الأرض التى فُتحت عنوةً وكانت عامرة حين الفتح ، وفى معناه : المقاسمة ، سواء كانت عين حاصل الأرض كالثلث ، أو من النقد بل غيره أيضاً ، وقيل : إنّه مختص بالقسم الثانى ، والمقاسمة بالأوّل ، وقد يفرّق بالمضروب على الأرض والمواشى . . . »(١) .

ومنهم :الفيض الكاشانى قال : «الخراج ما يضرب على الأرض كالأُجرة لها وفى معناه المقاسمة ، غير أنَّ المقاسمة يكون جزءاً من حاصل الزرع والخراج مقدار من النقد يضرب عليها ، وقد يُسمّى كلاهما بالقبالة»(٢) .

ومنهم : الشيخ يحيى بن حسين بن عشيرة البحرانى قال : « . . . المقاسمة : مقدار معين من حاصل الأرض الخراجية - وهى المفتوحة عنوةً - نسبته إليه بالجزئية كالنصف والثلث . والخراج : مقدار معيّن من المال كان يضرب لكلِّ جريب من الأرض كذا درهماً فهو كالأجرة لها»(٣) .

ومنهم : الفاضل النراقى قال : «المراد بالمقاسمة : الحصّة المعينة من حاصل الأرض يؤخذ عوضاً عن زراعتها ، وبالخراج : المال المضروب عليها أو على الشجر حسبما يراه الحاكم ، وقد يُطلق الثانى على الأوّل »(٤) .

ومنهم : الفقيه اليزدى قال : «المراد بالخراج ما جعل على الأرض من الدرهم والدينار ونحوهما ، وبالمقاسمة الحنطة والشعير ونحوهما إذا جعل عليه أن يزرع بالنصف أو الثلث أو نحوهما»(٥) .

١- (١) الخراجيات/ الرسالة الأولى للمحقق الأردبيلى/ ١٧ .

٢- (٢) الوافى ٩٨٤/١٨ .

٣- (٣) بهجة الخاطر ونزهة الناظر/ ٩٣ الرقم ١٨٨ .

٤- (٤) مستند الشيعة ٢٠١/١٤ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ٢١٩/١ .

ومنهم : المحقق النائينى عمّم التعريف وقال : «والظاهر أنّ الخراج هو الأعمّ ممّا يؤخذ من حاصل الأرض وممّا يؤخذ ضريبة ، المعروف فى إيران ب- « الماليات » وفى العراق ب- « الميرى » ، وكيف كان مورد السؤال فى الأخبار يشمل كلّ ما يؤخذ من الأرض جنساً أو نقداً»(١) .

أقول : يظهر من كلمات الأصحاب أنّ المراد بالخراج ما جعل على الأرض الخاصة من النقود والمقاسمة ما جعل عليها من حصادها وثمرتها من نصف أو ثلث أو عشر أو غيرها ، وقد يُطلق الخراج على المقاسمة أيضاً ، وأمَّا تعميمه على كلِّ ضريبة كما ذهب إليه المحقق النائينى قدس سره ففى غاية البُعد .

تطور البحث

قال الشيخ الصدوق : «ولا بأس بشراء الطعام والثياب من السلطان»(٢) .

قال الشيخ الطوسى فى النهاية : « . . . فأمّا ما يأخذونه (أى يأخذ سلاطين الجور) من الخراج والصدقات وإن كانوا غير مستحقَّين لها ، جاز له شِراؤها منهم»(٣) .

وقال فيه أيضاً : «ولا بأس أن يشترى من السلطان الإبلِ والغنم والبقر إذا أخذها من الصدقة وإن لم يكن هو مستحِقّاً لها ، وكذلك الحكمُ فى الأطعمة والحبوب»(٤) .

وقال القاضى ابن البراج : «يجوز للإنسان أن يبتاع ما يأخذه السلطان الجور من الصدقات والخراج ، وإن كانوا غير مستحقين لأخذ شىء من ذلك ، إلاَّ أن يتعين له فى شىء منه معيّن أنّه غصب فإنَّه لا يجوز له أن يبتاعه»(٥) .

وقال ابن إدريس : «يجوز للإنسان أن يبتاع ما يأخذه سلطان الجور من الزكوات :

ص: ٣٧١

١- (١) منية الطالب ٧٩/١ .

٢- (٢) المقنع/ ٣٦٥ .

٣- (٣) النهاية/ ٣٥٨ .

٤- (٤) النهاية/ ٣٦٩ .

٥- (٥) المهذب ٣٤٨/١ .

الإبل والبقر والغنم والغلات ، والخراج وإن كان غير مستحق لأخذ شيء من ذلک ، إلاّ أن يتعينّ له شيء منه بانفراده أنّه غصب ، فإنّه لا يجوز له أن يبتاعه ، وكذلک يجوز له أن يبتاع منهم ما أراد من الغلات على اختلافها وإن كان يعلم أنّهم يغصبون أموال الناس ويأخذون ما لا يستحقونه ، إلاَّ أن يعلم أيضاً ويتعيّن له شيء منه بانفراده أنّه غصب ، فلا يجوز له أن يبتاعه منهم»(١) .

وقال المحقق : «ما يأخذه السلطان الجائر من الغلاّت باسم المقاسمة ، أو الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز ابتياعه وقبول هبته ، ولا تجب إعادته على أربابه وإن عُرف بعينه»(٢) .

وقال فى المختصر : «يجوز أن يشترى من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونَعَم وإن لم يكن مستحقّاً له»(٣) .

وقال يحيى بن سعيد الحلى : «يجوز شراء الغلّة والثمر والأنعام من سلطان جور أخذها على جهة الخراج والزكاة والمقاسمة وإن أخذ فوق الواجب»(٤) .

وقال السيد [عميد الدين] ابن عبد الحميد الحسينى فى شرحه للنافع : «وإنّما يحلّ بعد قبض السلطان أو نائبه ولهذا قال المصنف ما يأخذه باسم المقاسمة فقيّده بالأخذ وهو على الجائر ونائبه حرام»(٥) .

وقال العلامة فى القواعد : «والذى يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمة ومن الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض ، ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز شراؤه واتّهابه ولا

١- (١) السرائر ٢/٢٠٤ .

٢- (٢) شرائع الإسلام ٢/٧ .

٣- (٣) المختصر النافع/ ١١٨ .

٤- (٤) الجامع للشرائع/٢٦٠ .

٥- (٥) نقل عنه الشيخ إبراهيم القطيفى فى « السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج » ، المطبوع ضمن الخراجيات/ ١١٥ .

تجب إعادته على أصحابه وإن عرفوا»(١) .

ونحوها فى نهايته(٢) وإرشاده(٣) .

وقال فى التحرير : «ما يأخذه الظالم بشبهة الزكاة من الإبل والبقر والغنم ، وما يأخذه عن حقِّ الأرض بشبهة الخراج ، وما يأخذه من الغلاّت باسم المقاسمة حلال ، وإن لم يستحق أخذ ذلك ، ولا يجب إعادته على أربابه وإن عرفهم ، إلاَّ أن يعلم فى شيءٍ منه بعينه أنّه غصب ، فلا يجوز تناوله ولا شراؤه»(٤) .

وقال فى التذكرة : «ما يأخذ الجائر من الغلاّت باسم المقاسمة ، ومن الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض ، ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز شراؤه وأتّهابه ، ولا تجب إعادته على أصحابه وإن عُرفوا ، لأنّ هذا المال لا يملكه الزارع وصاحب الأنعام والأرض ، فإنّه حقّ للّه أخذه غير مستحقّه فبرئت ذمتّه وجاز شراؤه»(٥) .

ونحوها فى منتهى المطلب ١٠٢٧/٢ من الطبع الحجرى .

وقال الشهيد : «ويجوز شراء ما يأخذ الجائر باسم الخراج والزكاة والمقاسمة وإن لم يكن مستحقاً له . . . ولا يجب ردّ المقاسمة وشبهها على المالک ولا يُعتبر رضاه ، ولا يمنع تظلّمه من الشراء . وكذا لو عَلِمَ أن العامل يظلم ، إلاَّ أن يعلم الظلم بعينه . نعم يكره معاملة الظلمة فلا يحرم . . . ، ولا فرق بين قبض الجائر إيّاها أو وكيله ، وبين عدم القبض ، فلو أحاله بها وقَبِلَ الثلاثة ، أو وكلّه فى قبضها أو باعها ، وهى فى يد المالک أو فى ذمّته جاز التناول ويحرم على المالک المنع . وكما يجوز الشراء يجوز سائر المعاوضات والهبة والصدقة والوقف ، ولا يحل تناولها بغير ذلک »(٦) .

١- (١) القواعد١٢/٢ .

٢- (٢) نهاية الإحكام ٥٢٦/٢ .

٣- (٣) إرشاد الأذهان ٣٥٨/١ .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٢/٢ مسألة ٣٠٦٠ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٥٣/١٢ مسألة ٦٥٩ .

٦- (٦) الدروس الشرعية ١٦٩/٣ و١٧٠ .

وفى هذا المجال راجع إحياء الموات من اللمعة/ ٢٤١ .

وقال الفاضل المقداد : «إنّ الدليل على جواز شراء الثلاثة من الجائر – مع كونه غير مستحقّ – النص الوارد عنهم عليهم السلام ، والإجماع وإن لم نعلم مستنده ، ويمكن أن يكون مستنده أنّ ذلک حقّ الأئمة عليهم السلام ، وقد أذنوا لشيعتهم فى شراء ذلک ، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى إذا انضمّ إليه إذن المالک»(١) .

وقال محمد بن القطان الحلّى : «وما يأخذه الجائر من الغلاّت باسم المقاسمة ومن الأموال باسم الخراج ومن الأنعام باسم الزكاة و(٢) لا تجب إعادته على ربّه وإن عرفه»(٣) .

وقال المحقق الثانى : «وعبّر بقوله (باسم المقاسمة) و(باسم الخراج) لأذن ذلک لا يعدّ مقاسمة ولا خراجاً حقيقة ، إذ تحقق ذلک إنّما يكون بأمر الإمام عليه السلام . ولا فرق بين قبض الجائر إيّاها وإحالته بها إجماعاً . ولا يُعتبر رضى المالک قطعاً ، لأنّ ذلک حقّ عليه لا يجوز له منعه بحال . والجائر وإن كان ظالماً بالتصرف فيه ، إلاّ أنَّ الإجماع من فقهاء الإمامية والأخبار المتواترة عن أئمة الهدى دلّت على جواز أخذ أهل الحقّ لها عن قول الجائر تفصّيّاً من الحرج العظيم ، فإنَّ حقّ التصرف فى ذلک لأهل البيت عليهم السلام وقد رفعوا الحجر من قبلهم . نعم لا يجوز أخذها بغير أمر الجائر قطعاً . وكذا ثمرة الكرم والبستان ، صرّح به شيخنا الشهيد فى حواشيه»(٤) .

وقريب منها عبارة حاشيته على الإرشاد المطبوعة ضمن حياة المحقق الكركى وآثاره ٣٢٤/٩ .

وقال ثانى الشهيدين : « أنّ ما يأخذه الجائر فى زمن تغلّبه قد أذن أئمتنا عليهم السلام من تناوله منه ، وأطبق عليه علماؤنا ، لا نعلم فيه مخالفاً وإن كان ظالماً فى أخذه ، ولإستلزام تركه والقول بتحريمه الضرر والحرج العظيم على هذه الطائفة . ولا يُشترط رضى المالک ولا يقدح فيه

١- (١) التنقيح الرائع ١٨/٢ و ١٩ .

٢- (٢) الظاهر زيادة الواو .

٣- (٣) معالم الدين فى فقه آل ياسين ٣٣٣/١ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤٥/٤ .

تظلمه ، ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن المعتاد أخذه من عامة الناس فى ذلک الزمان . . . وكما يجوز ابتياعه واستيهابه ، يجوز سائر المعاوضات ، ولا يجوز تناوله بغير إذن الجائر ، ولا يُشترط قبض الجائر له . . . فلو أحاله به أو وكلّه فى قبضه أو باعه وهو فى يد المالک أو ذمّته حيث يصح البيع كفى ووجب على المالک الدفع . . . الظاهر أنّ الحكم مختص بالجائر المخالف للحقّ نظراً إلى معتَقَده من استحقاقه ذلک عندهم ، فلو كان مؤمناً لم يحل أخذ ما يأخذه منهما لاعترافه بكونه ظالماً فيه ، وإنّما المرجع حينئذ إلى رأى حاكمهم الشرعى مع احتمال الجواز مطلقاً ، نظراً إلى إطلاق النص والفتوى . . .»(١) .

وذكر مختصر هذه العبارة فى حاشيته على الشرائع/٣٢٩ ، وذهب إلى الجواز فى الروضة ١٥٣/٧ فى كتاب إحياء الموات .

وقال الشيخ ماجد بن فلاح الشيبانى رحمه الله فى رسالته الخراجية فى الردّ على المحقق الأردبيلى المعاصر له : « . . ومن ذلک يفهم جواز غير الشراء فتأمل ، وما ورد من الروايات التى يدلّ بعضها صريحاً وبعضها بالفكر الصائب وإن كان فى بعضها ضعف ، وعبارات الفقهاء التى هى صريحة بحلّه ممّا يدلّ على تحليله . . . ومن أعجب الأمور أنّ هذا الخراج لم يذهب إلى تحريمه أحدٌ من المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، حتّى أنّ الشيخ إبراهيم رحمه الله الذى نسب إليه الخلاف فى ذلک قال فى نقض الخراجية بما يدلّ على اعتقاده بأنّ الخراج حلال للمسلمين وإن حرم أخذ الجائر له . . .»(٢) .

وقال المحقق السبزوارى : «ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمة أو الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز ابتياعه وقبول هبته ، ولا يجب إعادته على أربابه وإن علم بعينه»(٣) .

وقال قبله فى كتاب الجهاد : «المعروف من مذهب الأصحاب حلّ الخراج فى زمان

١- (١) المسالک ٣/ (١٤٤ - ١٤٢) .

٢- (٢) رسالة الفاضل الشيبانى فى الخراج/١٥ و ١٤ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الكفاية ٤٤٧/١ .

غيبة الإمام عليه السلام فى الجملة ، لا أعرف فى ذلک خلافاً بينهم »(١) وقال بعد نقل كلام الشهيد الثانى : «والظاهر أنّ الأئمة عليهم السلام لمّا علموا انتفاء تسلّط السلطان العدل إلى القائم عليه السلام ، وعلموا أنّ للمسلمين حقوقاً فى الأراضى المفتوحة عنوة ، وعلموا أنّه لا يتيسّر لهم الوصول إلى حقوقهم فى تلک المدّة المتطاولة إلاّ بالتوسل والتوصل إلى السلاطين والأُمراء حكموا عليهم السلام بجواز الأخذ منهم ، إذ فى تحريم ذلک حرج وغضاضة عليهم وتفويت لحقوقهم بالكلّيّة »(٢) .

وأضاف المحدث الكاشانى فى المفاتيح(٣) على حكم المسألة أنّه لا خلاف فيه وقال : «وكذلک ما يأخذه باسم المقاسمة أو الخراج أو الزكاة ، فإنّه جائز الأخذ منه ومن مالكه بحوالته عليه بلا خلاف للنصوص . وقيل : يُشترط أن لا يزيد على المعتاد أخذه من عامة الناس فى ذلک الزمان ، وزاد آخرون إتفاق السلطان والعمال على القدر»(٤) .

وقال المحدث البحرانى : «الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب رضوان اللّه عليهم فى أنَّ ما يأخذه السلطان الجائر باسم المقاسمة والخراج من الأراضى والغلات وما يأخذه باسم الزكاة من الأنعام والغلات ونحو ذلک يجوز شراؤه وقبول إتهابه ، بل ظاهر كلام جملة من الأصحاب دعوى الإجماع على ذلک»(٥) .

وفى مصابيح العلامة الطباطبائى أنّ عليه إجماع علمائنا(٦) .

وقال حفيده السيد على آل بحر العلوم : «حكى الإجماع والروايات جدى العلامة فى المصابيح على أن ما يأخذه الجائر باسم المقاسمة والخراج من أراضى الصلح والمفتوحة عنوة وباسم الزكاة فى حكم ماله . . . »(٧) .

١- (١) الكفاية ٣٨٠/١ .

٢- (٢) الكفاية ٣٨٢/١ .

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ١٠/٣ .

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ١٠/٣ .

٥- (٥) الحدائق ٢٤٣/١٨ .

٦- (٦) كما نقل عنه صاحب الجواهر فى كتابه ١٨٠/٢٢ .

٧- (٧) برهان الفقه . كتاب التجارة/ ٥٤ الطبع الحجرى .

قال الشيخ جعفر : « (والذى يأخذه الجائر) المتغلّب بجنوده وأتباعه ، ذا طبل أو جمعة أو عيد أو لا ، فرعاً أو أصلاً ، مؤمناً أو مخالفاً ، مستحلاً أو لا ، من مؤمن أو مخالف - وإن كان الوجه فى المخالفين أظهر - للعمومات فى الروايات وأكثر العبارات وبعض منقول الإجماعات (من الغلاّت) وغيرها من حاصل الأرض (باسم المقاسمة) جرى على السيرة المألوفة أو لا - ما لم يفرط فى التعدّى

- من غير فرق بين ما كان فى أرض الخراج أو الصلح أو غيرهما ممّا جرت عادة السلاطين بالتسلط عليها ، مع التوافق مع العمّال أو الرعية وبدونه ، (ومن الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض) كذلك بتوزيع النقود عليها ، أو على زروعها أو أشجارها (ومن الأنعام) وغيرها ممّا تتعلّق به الزكاة فى مذهبهم - إن كان منهم - وإن لم يوافق مذهب أهل الحقّ دون العكس فى وجه ، أو ولو بطريق الإبداع فى وجه ضعيف (باسم الزكاة) ومن الذميّين باسم الجزية ومن غيرهم من محترمى المال من الكفار باسم الشرط حيث يصحّ (يجوز) لمؤمن وغيره - على إشكال فى الأخير - (شراؤه وإتهابه) وقبول الإحالة به قبل قبضه وبعده وتملّكه بسائر وجوه التملّكات . وكذا حكم ما يأخذه المخالف من مثله على وجه يحلّ فى مذهبه وإن حرم فى مذهبنا . (ولا يجب إعادته على أصحابه وإن عُرفوا) ولو طلبوه مُنِعوا . ولا يجوز لهم الإمتناع عن تسليمه . وفى إباحته لسلطان آخر وجهان . كلّ ذلك للإجماع محصّلاً - وندرة المخالف لا تنافيه - ومنقولاً ، وللروايات المعتبرة مع انجبارها بالإجماع والشهرة . والقدح فى دلالتها يردّه التأمل فى عباراتها وفهم الفقهاء ذلك منها . . .»(١) .

وقال أيضاً : «ولا يُشترط فى السلطان أن يكون مستطيلاً ذارايات وجماعات وجُمُعات وأعياد وكتّاب وقضاة وعمّال بحيث يكون متصديّاً لما يُراد من إمام الحقّ كما ذكره بعضهم ، لأنّ اسم الجائر فى الأخبار وكلام الأصحاب يعمّ كلّ متغلّب طلب الاستقلال لنفسه ولم يدخل فى خدمة غيره ، سواء عمل شيئاً ممّا ذُكر أو لا ، ولفظ « السلطان » فيها لا يبعد انطباقه على ذلك ، كما يظهر من أهل اللغة . . . فإنّ أكثر أهل الأطراف متغلّبون كأهل خراسان

١- (١) شرح القواعد ١/(٣٤٤ - ٣٤٢) .

إلاّ من شذّ وأهل الهند كذلك وكثير من بلاد الإسلام ولزوم الخراج المتعددة . . .»(١) .

وقال سيد الرياض : «يجوز أن يشترى من السلطان الجائر المخالف لا مطلقاً على الأصح ما يأخذه باسم المقاسمة والخراج واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونَعَم وإن لم يكن السلطان مستحقّاً ، له بشرط أن لا يزيد فى الأخذ على ما لو كان الإمام العادل ظاهراً لأخذه . وهو فى الثالث مقدّرٌ مضبوط ، وقدّر الأوّلين حيث لا تقدير فيهما فى الشريعة بما يتراضى عليه السلطان ومُلّاك الأرضين فى ذلك الزمان . فلو أخذ الجائر زيادةً على ذلك كلِّه حرم الزائد بعينه إن تميّز وإلاّ حرم الكلّ من باب المقدمة . والأصل فى المسألة - بعد عدم الخلاف فى الطائفة والإجماع المستفيض حكايته فى كلام جماعة - المعتبرة المستفيضة ... »(٢) .

وقال الفاضل النراقى : «الثانى : وهو جواز الأخذ من الجائر بعد أخذه من المالك قهراً أو لكونه متديّناً بدين الجائر - فالظاهر عدم الخلاف بل الإجماع فيه فى الجملة ، بل فى المسالك والتنقيح وشرح القواعد للمحقق الثانى ورسالته الخراجية دعوى الإجماع عليه ، وهو الحجة فى المقام ، وإلاّ فالأخبار التى استدلّوا بها لا تخلو عن مناقشة فى الدلالة ، مع أنّ ما يمكن إتمام دلالتها - ولو بقطع النظر عن بعض الاحتمالات - ولا يُثبت أزيد ممّا يثبته الإجماع ، وهو جواز شراء هذه الثلاثة من الجائر فى الجملة .

بل الظاهر وقوع الإجماع على جواز الأخذ فى الجملة ، سواء كان بالشراء أو غيره ، فيجب الحكم به ، ولكن نقتصر على موضع الإجماع ، وهو السلطان المخالف كما صرّح به الشهيد الثانى . أمّا الشيعة فلا ، والتعدى إليهم بواسطة بعض التعليلات قياس مستنبط العلّة ، مردودٌ عند الشيعة ، ويقتصر فى الأخذ بدون الشراء على من يستحقّه»(٣) .

وقال صاحب الجواهر : «لا خلاف أجده فى أنّ ما يأخذه أو يحول عليه أو يصالح عليه السلطان الجائر من الغلات فى زمن الغيبة ونحوها فى قصور من المؤمنين والمخالفين باسم المقاسمة التى هى قسم أيضاً من الخراج الذى هو بمعنى الأُجرة والطَّسْق أو الأموال باسم

١- (١) شرح القواعد ٢٠٤/٢ .

٢- (٢) رياض المسائل ١٩٥/٨ .

٣- (٣) مستند الشيعة ٢٠٤/١٤ و٢٠٣ .

الخراج عن حقِّ الأرض من المنتفعين بالأراضى التى مرجع التصرف فيها الإمام العدل حال بسط اليد باعتبار ولايته عن المسلمين من غير فرق بين الدراهم والغلات وغيرهما يكون خراجاً مبرئاً لذمّة من كان عليه كما لو أخذه السلطان العادل ، من غير فرق بين قسمة الموجود وبين قبض ما كان منه فى الذمّة ، كما أنّه لا خلاف معتدّ به فى جواز شرائه منه وقبول هبته ونحو ذلک ممّا يقع على المملوک حقيقة . . .»(١) .

وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم : «يجوز أن يشترى من السلطان الجائر ما يأخذه باسم المقاسمة واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونَعَم ، وإن كان المستحق لقبض هذا كلّه الإمام العادل ولم يكن هو - أى الجائر - مستحقّاً له ، لكن دلّت الأخبار المستفيضة واستفاض نقل الإجماع على أنّ حكم تصرفات السلطان الجائر فى نحو هذه الأشياء التى يرجع إلى الإمام حكم تصرف الإمام عليه السلام فى الصحة بالنسبة إلى غيره من الشيعة وإن كان حراماً على نفسه بغير إشكال . وهذا الحكم فى الجملة من مُتَّفِقات أصحابنا وإن شذّ مخالف فيه نحو الشيخ إبراهيم بن سليمان ، ومثله لا يؤ به بخلافه ، بل المسألة كأنّها عندهم قديماً وحديثاً من المسلّمات التى لا تعتريها شبهة ولا ريب ، وتكثرت فيها الروايات متفرقة فى مواردها ، وأعتضدت بلزوم العسر والحرج فى الاجتناب منها كما لا يخفى . وظاهر الأصحاب المجوّزين كما اعترف به جماعة صحة جميع أنحاء التصرفات . . .»(٢) .

أقول : هذا كلّه هو القول الأوّل - وهو القول المشهور المُدعى عليه الإجماع - فى المقام ، وفى قباله قولٌ بالحرمة وعدم الجواز ، وهو قول إثنان من فقهائنا فقط ، وهما الشيخ إبراهيم القطيفى وتبعه المقدس الأردبيلى (قدس سرهما) :

قال الشيخ إبراهيم بن سليمان القطيفى - وكان حيّاً سنة ٩٤٤ - فى رسالته الخراجية فى ردّ المحقق الثانى المسماة ب- « السراج الوهّاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج » : «الذى أذن أئمتنا عليهم السلام لشيعتهم فى زمن الغيبة المناكح وفى وجهٍ قوى له شاهد من الأثر والمساكن والمتاجر

ص: ٣٧٩

١- (١) الجواهر ٢٢/١٨٠ .

٢- (٢) برهان الفقه - كتاب التجارة/ ٥٤ طبع الحجرى .

وهو فى الأرضين مختصّ بما كان حقّهم عليهم السلام كالأنفال ، أمّا الأرض المفتوحة عنوةً فهى للمسلمين قاطبةً ، فتصرّفهم فيها جائز مع عدم ظهور الإمام . ويدلّ عليه ما يأتى من الأحاديث . . . والظاهر سقوط الخراج زمن الغيبة عن الشيعة لظاهر الأخبار ، ويؤيده أنّه لم ينقل عن السلف منهم والخلف عزل قسط من شىء من الأراضى وإن لم يؤخذ منهم الخراج مع اعتنائهم بالتقوى والتحرّز عن الإشتغال بالحقوق . وقد يُستدلّ على سقوط الخراج عن المسلمين كافّةً مع عدم ظهور الإمام بظاهر بعض الأحاديث وسيأتى . نعم الظاهر أنّه يستقرّ الضمان على غير الشيعة لظاهر حديث عمر بن يزيد .

إذا عرفت هذا فقوله : «وفى حال غيبته صلى الله عليه و آله وسلم قد أذن أئمتنا عليهم السلام لشيعتهم فى تناول ذلک من سلاطين الجور»(١) إن أراد به أنّهم إذ أذنوا فى تناول الأراضى فهو ممنوع ، ولا نعرف قائلاً به ولا أثراً من الحديث يدلّ عليه . . . ، وإن أراد أنّهم أذنوا فى ابتياع ما يأخذه الجائر فليس مخصوصاً بالخراج ، فإنّهم أذنوا فى ابتياع ما يأخذه من زكاة مَن أسلم طوعاً من الأراضى بل ومن الأنعام ولا بالشيعة ، مع أنّه لا يدلّ على ما هو فيه من حلّ القرية بشىءٍ من الدلالات . . .»(٢) .

وقال أيضاً : «إنّ المراد بالجائر فى كلام الأصحاب مخصوص بمَن له شبهة الإمامة ، وقد أُجيز لنا أن نعاملهم بمقتضى مذهبهم كما جاز ابتياع عوض الخمر من اليهود ، وحينئذٍ إذا أخذ إمامهم منهم

شيئاً فهو مباح بالنسبة إليه وإلى رعيته المعتقدين إمامته ، فيجوز ابتياعه وإن لم يكن مستحقاً عندنا . وفى وجوب التخصيص بما أُخذ من معتقدى الإمامة نظر ينشأ : من أن جواز معاملتهم بمذهبهم هل يقتضى العموم فلايُشترط الإباحة أو لايقتضيه فيُشترط ؟ فعلى عدم الإشتراط يجوز وإن أُخذ من الشيعى ، وعلى الإشتراط لا يجوز . وظاهر الأصحاب عدم الإشتراط ، لإطلاقهم الجواز من غير تفصيل . ولعلّ الأقرب الإشتراط ، وربمّا كان فى الخبر الذى ذكرناه سابقاً عن على بن يقطين دلالة عليه ، حيث قال عليه السلام : فاتق أموال

١- (١) رسالة قاطعة اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج/٣٨ للمحقق الثانى المطبوعة ضمن الخراجيات .

٢- (٢) السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج/ ٣١ و٣٠ المطبوع ضمن الخراجيات .

الشيعة(١) . . . .»(٢) .

أقول : ما ذكره هذا الفقيه - الشيخ إبراهيم القطيفى قدس سره - فى الواقع ردّ للروايات كلِّها وكلمات الأصحاب - رضوان اللّه تعالى عليهم - لأنّه أخذ بقاعدة الإلزام وحمل المقام عليها ولو لم تكن شيء من الروايات أو فتوى الأصحاب كان يمكن الذهاب إلى ما ذكره بقاعدة الإلزام ، فماذا تكون نتيجة هذه الروايات والفتاوى ؟! وهل هذا البيان إلاّ طرحها وردّها ؟!

وقد قال المحقق النائينى فى شأن رسالته ولنعم ما قال : «قد أرعد وأبرق وترنّم ولم يأت بشيءٍ»(٣) .

وتبعه المقدس الأردبيلى رحمه الله وقال فى مجمع الفائدة والبرهان : «وأمّا حليتهما - كما هو ظاهر أكثر العبارات لكلِّ أحدٍ ، مستحقّاً لذلک كالمصالح أم لا ، قليلاً كان أو كثيراً بشرط عدم التجاوز

عن العادة التى تقتضى كونهما أُجرة بإذن الجائر مطلقاً - سواء كان مخالفاً أو موافقاً ، قبضهما أم لا - وعدمها بدون إذنه مع كونه جائراً وظالماً فى الأخذ والإذن ، وعدم إباحتهما مع وجوب الدفع إليه وإلى مَن يأمره ، وعدم جواز كتمان الرعية والسرقة منهما بوجه من الوجوه ، مع كونهما أُجرة للأرض ومنوطة برأى الإمام وبرضى الرعية للأصل كما هو فى الإجارات ، فهى بعيدة جدّاً .

يدلّ على العدم : العقل والنقل والأصل ، ولا دليل عليها مع الإشكال فى تحققها وثبوتها فى نفسها ، ثم العلم بها ، ثم ثبوتها بالنقل وحجيّته ، وما أُدّعى ولا نقل أيضاً الإجماع صريحاً ، بل قيل : إنّه إتفاق . ونقل عبارات البعض فى الرسالة المدوّنة لهذه المسألة بخصوصها مع كثرة الإهتمام بتحقيقها وإثبات الإباحة فيها ، ثم قال : «فهو إجماع» .

وفيه ما فيه ، لعدم ثبوت الإجماع بعبارات البعض مع خلو البعض عنه ، ولهذا ترى بعض العبارات خالية عن هذه .

وقد ذُكر إباحة الشراء فقط مثل عبارة نهاية الشيخ على ما نقل فى هذه الرسالة ويظهر

١- (١) وسائل الشيعة ١٩٣/١٧ ح٨ . الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به .
٢- (٢) السراج الوهاج/ ١٢٥ و١٢٤ المطبوع ضمن الخراجيات .
٣- (٣) منية الطالب ٧٨/١ .

من شرح الشرائع أيضاً دعوى الإجماع فى الجملة ، فالسماع منهما مشكل .

وقد ادّعى فيهما دلالة الأخبار المتظافرة عليه وما عرفتُها وما فهمتُها من خبر واحد ، وكأنّه لذلك ما ادّعى فى المنتهى ، بل استدلّ على ذلك بالضرورة ودفع الحرج ، وإثبات مثله بمثله بعيد كما ترى»(١) .

وقال فی رسالته الخراجية الأُولی : « . . . ثمّ علی تقدير الثبوت فلا دليل يعتدّ به عليه ، وإن كان ظاهر عبارات الأصحاب يفيده ، لكن بمجرد ذلک من غير ظهور دليل ، وثبوت إجماعهم بحيث يقنع النفس به وإن أدعی الشيخ علی ذلک الإجماع فی الخراجية لما يعلم فی الإجماع . ودعواه فی هذا الزمان فی مثل هذه المسألة مشكلٌ ، لأنّ الظاهر أنّ المال لِمَنْ فی يده من غير أن يكون لأحدٍ شيئاً ، إذ ثبوت الخراج فی أرضه من الإمام ، وقبوله علی ذلک المقدار المقرّر الآن غير واضح وإن سلّم أنّ أرضها ممّا يجب فيه الخراج ، فيكون هو غاصباً يلزمه اُجرة المثل وليس بمعلوم كونها المقدار المقرّر المأخوذ باسمه . ثمّ إنّ ذلک دَينٌ فی ذمّته ، فلا يمكن الأخذ إلاّ برضاه ، ولا يتعيّن كون المأخوذ لذلک إلاّ بأخذهم أو أخذ وكيلهم ، وهو متعذّر حينئذ ، فيكون ثابتاً فی ذمّته يوصی به إلی أن يصل إلی صاحبه أو الحاكم لو أمكن ويكون له ذلک ، إذ الإمام ناظر . ولا يلزم من كون الحاكم نائباً عنه فی الجملة كونه نائباً فی ذلک ، أو يوصل هو إلی أهله ، أی يصرفه فی مصالح المسلمين ، أو يكون ساقطاً سيّما مع الاحتياج ، إذ هو من المسلمين فقد يكون هذا من نصيبه ، حيث إنّ المفهوم من كلام الشيخ علی رحمه الله أنّ الآخذ إنّما يأخذه لأنّه من بيت مال المسلمين وللآخذ نصيب فيه وحصّة ، ولا شک أنّ ذا اليد أيضاً كذلک »(٢) .

وقال أيضاً فی رسالته الثانية فی الخراج : « . . . وبالجملة معلوم عدم جواز التصرف فی مال الناس إلاّ علی الوجه الشرعی المعلوم شرعيته عقلاً ونقلاً وكتاباً وسنة وإجماعاً ، وما رأيتُ دليلاً منها يدلّ علی جواز أخذ واحد منّا شيئاً ممّا يأخذه الجائر باسم الخراج ، ولم نعلم

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٠٠ و ٩٩ .

٢- (٢) الرسالة الأولی فی الخراج للمقدس الأردبيلی/ ٢٠ و١٩ المطبوعة ضمن الخراجيات .

هل لكلِّ أحدٍ مِنَ المسلمين أو للفقراء المستحقّين له أو للصالح فى الجملة ، بقدر الحاجة وفوقها ، وهل الجائر هو المخالف أو الأعم وإن كان ظاهر ذلک العموم . ولهذا تردّد فى بعض أفراده بعض المجتهدين المدّعى للإجماع كما أشرنا إليه ، وذلک ليس بكتاب ولا سنة ولا إجماع ولا برهان عقلى حتّى يكون حجة بالنسبة إلى مَن يدّعى الاستدلال ، وكذا بالنسبة إلى مقلّديه كما عرفت ، مع أنّه فرع جواز تقليده ، وهو ظاهر ، مع أنّهم يدّعون الإجماع على بطلان تقليد الموتى . ومعلوم أنّ حلّه ليس ممّا يحتاج إلى الدليل ولا التقليد وهو ظاهر . والعجب أنّ الآخذين الآن - وإن كانوا أغنياء عن هذا وفوق حاجتهم - مستندهم كلام المحقق الثانى ، مع أنّه يُفهم من كلامه رحمه الله فى مواضع التردّد فى جوازه لكلّ أحدٍ مثل الغنىّ وغير المصالح ، وأنّه مع دعواه البرهان عليه ما اكتفى بذلک فى أخذه بل شارک أهل القرية فى البذر واشترى بعض الأشجار منهم ، صرّح به فى الخراجيّة .

وأعجب منه عدم جواز الأخذ إلاّ بإذن الجائر مع عدم جواز الأخذ له ، وعدمُ جواز التصرف فى الحاصل إلاَّ بعد القسمة وإخراج الحقّ الذى يطلبه ظلماً ، فما علم جواز أخذ الخراج على الإطلاق ولا لزومه على الزارع . نعم يلزم أُجرة على من تصرّف فى الأرض الخراجيّة إن ثبت ، فيكون دَيْناً فى ذمّته يأخذه الوالى أو وكيله يصرفه فى مصالح المسلمين»(١) .

أقول : المخالف فى المسألة كما مرّ منّا منحصر بهذين الفقيهين ، واعترف بالانحصار صاحب الحدائق حيث يقول : «ولم أقف على مخالف فى الحكم المذكور إلاّ المقدس الأردبيلى فى شرح الإرشاد ، وقبله الفاضل الشيخ إبراهيم بن سليمان القطيفى أصلاً والحلّى مسكناً . - وهذا الشيخ كان معاصراً للمحقق الشيخ على بن عبد العالى الكركى وجرت بينهما مناقشات ومباحثات ، ردّ فيها كلّ منهما على الآخر ، منها هذه المسألة ، فإنّ المحقق الشيخ على قد صنّف فيها رسالة فى حلّ الخراج فصنف الشيخ إبراهيم ردّاً عليه رسالة فى تحريمه»(٢) .

وكذا نبّه بخلافهما الفقيه اليزدى رحمه الله فى حاشيته على المكاسب(٣) .

١- (١) الرسالة الثانية فى الخراج للمقدس الأردبيلى/ ٢٨ و ٢٧ ، المطبوعة ضمن الخراجيات .

٢- (٢) الحدائق ٢٤٣/١٨ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ٢٢١/١ .

أدلة القائلين بالجواز

تدلّ على الجواز قبل الإجماع المحصَّل الذى مرّ منّا فى تطور البحث ومضافاً إلى أن تحريمه يوجب لزوم الحرج العظيم بل اختلال نظام المعاش كما ذكرهما الشيخ الأعظم(١) ومضافاً إلى الروايات الماضية فى أخذ الجوائز من السلطان لا سيما الجوائز العظام التى لا يحتمل عادة أن تكون من غير الخراج كما ذكره(٢) ، عدّة من الروايات المستفيضة :

منها : صحيحة أبى عبيدة عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل منّا يشترى من السلطان من إبل الصدقة وغنم الصدقة وهو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذى يجب عليهم ؟ قال : فقال : ما الإبل إلاّ مثل الحنطة والشعير وغير ذلک ، لا بأس به حتّى تعرف الحرام بعينه .

قيل له : فما ترى فى مصدِّقٍ يجيئنا فيأخذ منّا صدقات أغنامنا فنقول : بعناها فيبيعناها ، فما تقول فى شرائها منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس .

قيل له : فما ترى فى الحنطة والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظّنا ويأخذ حظّه فيعزله بكيل فما ترى فى شراء ذلک الطعام منه ؟ فقال : إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلک فلا بأس بشرائه منه من غير كيلٍ(٣) .

وأنت ترى أنّ شراء الصدقة من عمّال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل وكان من الواضحات التى لاتحتاج إلى السؤال ، وإنَّما سأل :

أوّلاً : عن الجواز مع العلم الإجمالى بحصول الحرام فى أيدى العمّال ، وأجابه الإمام عليه السلام بالجواز حتّى يعرف الحرام منه بعينه .

وثانياً : سأل من جهة توهم الحرمة أو الكراهة فى شراء ما يخرج فى الصدقة من قبل نفس المزكى ، وأجابه الإمام عليه السلام بلا بأس .

ص: ٣٨٤

١- (١) المكاسب ٢٠٢/٢ .

٢- (٢) المكاسب ٢٠٢/٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢١٩/١٧ ح٥ . الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به .

وثالثاً : سأل من جهة كفاية الكيل الأول فى المقاسمة أو الزكاة ، وأجابه الإمام عليه السلام بكفايته والمشترون حاضرون . وقد نبّه الشيخ الأعظم على جلّ هذه الأُمور(١) .

واستشكل الفاضل القطيفى فى رسالته الخراجية المسماة ب- «السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج» فى الفقرة الثالثة من الصحيحة بأنّ : «القاسم يجوز أن يكون مزارعاً أو وكيل المزارع الذى منه الزرع أو منهما أو من الزرع والأرض له ، ولا إشعار فى الخبر بأنّ القاسم قاسم الجور وأن الذى يأخذه من الخراج ، سلّمنا ، لكن جوازه لهم لا يدلّ على جوازه مطلقاً . . . وربّما كان فى قوله «وأنتم حضور» إشارة إلى ذلک ، لأنّ مع عدم الحضور يحتمل خلطه بغير ما أُخذ منهم»(٢) .

وتبعه الفاضل النراقى فذهب إلى عدم ظهور لفظ القاسم فى المقاسمة «لتحقّق القسمة فى صدقات الغلّات أيضاً ، لأنّها أيضاً كمال المقاسمة تؤخذ بالنسبة والمقابلة للمصدِّق غير مفيدة لجواز اختصاص استعمال المصدّق عندهم بأخذ صدقات الأنعام . . . ولو سلّم الظهور فكون المأخوذ مال

مقاسمة السلطان ممنوع ، لجواز أن تكون الأرض ملک القاسم قاسمها للزارع ، كما يُشعر به قوله « حظّه » ويكون المراد بالقاسم من قاسم الملک . . .»(٣) .

وفيه : أوّلاً : ظهور الرواية يقتضى أنّ المراد بالقاسم هو الآخذ للمقاسمة التى قد مرّ تعريفها ، وغاية الأمر يحتمل ضعيفاً أنّ المراد به العامل الآخذ للصدقات . وأمّا كون المراد به المزارع أو وكيله أو المزارع والعامل على الزرع الذى يزرع ويحصد أو مَن الزرع والأرض له ، كلّها خلاف ظاهر الصحيحة ، وحملها عليهم تحتاج إلى القرينة المفقودة فى المقام .

وثانياً : ظاهر المشتق هنا هو من كانت القسمة حرفةً وعملاً له ، ولذا لا يُطلق على المزارع أو وكيله أو مَن الزرع والأرض له أو غيرهم ، نبّه عليه المحقق الإيراونى(٤) .

وثالثاً : ما ذكره أخيراً بأن «الجوازلهم لايدلّ على جوازه مطلقاً» بعيد فى الغاية بأنّ

١- (١) المكاسب ٢٠٤/٢ .

٢- (٢) السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج/ ١٠٩ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٣- (٣) مستند الشيعة ٢٠٧/١٤ .

٤- (٤) حاشية المكاسب ٣٥٢/١ .

ظهور الصحيحة فى الجواز مطلقاً وعدم دخل المالک فى هذه الشراء ، ولو كان دخيلاً لا بدَّ أن يأخذه الإمام عليه السلام فى الجواب ، لأنّ بقاعدة الإشتراک تحمل على الجميع وعدم اختصاص جوازها بالمالک ، وقوله عليه السلام : «وأنتم حضور» يدلّ على كفاية الكيل الأوّل وعدم لزوم الإكتيال ثانياً ، والشاهد عليه قوله عليه السلام : «فلا بأس بشرائه منه من غير كيل» .

ورابعاً : ما ذكره الفاضل النراقى يردّ عليه ما ذكرناه ، مضافاً إلى كفاية الاستدلال حتّى على القول بأنّ المراد بالقاسم قاسم الزكاة ، وجواز شراء الزكاة من السلطان يثبت جواز شراء الخراج منه ، لعدم القول بالفصل كما نبّه عليه الفقيه اليزدى(١) .

واستشكل أيضاً المحقق الأردبيلى فى دلالتها بل وفى سندها ، أذكر لک كلامه بطوله لإكمال الفائدة :

قال قدس سره : «لا دلالة فيها أيضاً على إباحة المقاسمة بوجهٍ من الوجوه ، ويمكن أنّ لها دلالة على جواز شراء الزكاة ، ولهذا جعلها فى المنتهى دليلاً عليه فقط . وفى الدلالة عليه أيضاً تأمل ، إذ لا دلالة فى قوله : «لا بأس به حتّى تعرف الحرام بعينه » إلاّ على أنّه يجوز شراء ما كان حلالاً بل مشتبهاً أيضاً ، ولا يجوز شراء ما هو معروف أنّه حرام ، ولا يدلّ على جواز شراء الزكاة بعينها صريحاً . نعم ظاهرها ذلک ، ولكن لا ينبغى الحمل عليه لمنافاته للعقل والنقل(٢) .

ويُحتمل أن يكون سبب الإجمال التقية .

ويؤيد عدم الحمل على الظاهر أنّه غير مراد بالإتفاق ، إذ ليس بحلال ما أخذه الجائر ، فتأمل .

وأمّا قوله : «فما ترى فى مصدِّق . . . الخ » فإنَّ ظاهره يدلّ على جواز الشراء ، ولكن ليس بمعلوم كون المصدِّق - أى الذى يقبل الصدقة - من قبل الجائر الظالم ، فيحمل على كونه

١- (١) حاشية المكاسب ٢٢٥/١ .

٢- (٢) وفى هامش بعض نسخ مجمع الفائدة حاشية من مؤلفه ، وهى : «فإنّهما يمنعان من شراء الزكاة التى هى للمستحقين من الذى أخذها باسمها ولم يصر زكاة أو صار زكاة ، برئت ذمة المالک

أم لا ؟ كما هو رأى المصنف فى التحرير والشهيد فى البيان . وكذا المقاسمة ، فإنّ الشراء الحقيقى إنما يتحقق من المالک أو وكيله أو وليه وليس الظالم الجائر أحدهم ، وهو الظاهر» .

من قبل العدل لما تقدّم . على أنّه قد يكون المراد بجوازه حيث كان المبيع مال المشترى ، فإنّه قال : «يأخذ صدقات أغنامنا» ولم يصر متعيّناً للزكاة ، لأخذه ظلماً ، فيكون الشراء استنقاذاً لا شراءً حقيقيّاً ، ويكون الغرض من قوله : «إن كان . . . الخ» بيان شرط الشراء وهو التعيين ، ويعلم منه الكلام فى قوله : «فما ترى فى الحنطة . . . . الخ» فتأمل .

ويمكن عدم الصحة أيضاً ، لإحتمال أن يكون أبوعبيدة غير الحذّاء المشهور .

وبالجملة ، ليست هذه ممّا يصلح أن يُستدل بها على المطلوب ، بل على شراء الزكاة أيضاً ، لما عرفت من أنّها مخالفة للعقل والنقل مع عدم الصراحة واحتمال التقية .

وعلى تقدير دلالتها على جواز الشراء من الزكاة فلا يمكن أن يقاس عليه جواز الشراء من المقاسمة .

وعلى تقديره أيضاً لا يمكن أن يقاس عليه جواز قبول هبتها وسائر التصرفات فيها مطلقاً كما هو المدّعى ، إذ قد يكون ذلک مخصوصاً بالشراء بعد القبض بسبب ما نعرفه ، كسائر الأحكام الشرعية . ألا ترى أنَّ أخذ الزكاة لا يجوز منهم مطلقاً ويجوز شراؤها عندهم(١) .

ويؤيّده أنّه لما وصل العوض إلى السلطان الجائر يكون فى ذمّته عوض مال بيت المال ، بخلاف ما لم يكن له عوض ، فإنّه يصير كالتضييع ، فتأمل»(٢) .

وفيه : أوّلاً : الإشكال السندى فى الرواية ، بأنّ المراد بأبى عبيدة يُحتمل أن يكون غير الحذاء المشهور ، فهو غير تام بقرينة الراوى والمروى عنه والطبقة والشهرة ، لأنّ أبا عبيدة المعروف فى تلک الطبقة فهو الحذّاء فقط ، ولو كان المراد غيره لا بدّ من التنبيه عليه .

وثانياً : الفقرة الأُولى تدلّ على جواز شراء الزكاة من السلطان الجائر وعماله صريحاً ، ولو تنزلنا لقلنا ظاهراً ، وأمّا إنكار ظهورها فيه يكون مكابرة ، ولو بقرينة مخالفة العقل والنقل له ، لأنه ليس فى العقل(٣) ما يقتضى قبح هذا الشراء ، ولا فارق بين هذا وبين تحليل

١- (١) أى عند الأصحاب .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨/ (١٠٣ - ١٠١) .

٣- (٣) الظاهر أنّ مراده بالعقل : أنّ التصرف فى مال الغير بدون إذنه ورضايته ظلم فى حقِّه والظلم قبيح عقلاً ، فهذا التصرف - أى الشراء من الظالم - قبيح عقلاً ، ويستتبع الحكم الشرعى بالحرمة بقاعدة الملازمة .

حقوقهم عليهم السلام للشيعة نحو تحليل خمس المناكح والمساكن ، واليد أو الطبقة الثانية ، وإجازة تصرف الشيعة فى الأنفال ونحوها . وهكذا ليس فى النقل ما يخالف هذا الظهور إلاّ العمومات(١) التى يمكن تخصيصها بمثل هذه الصحيحة وغيرها من الروايات المشهورة بين الأصحاب روايةً وعملاً ، ومع نقل الإجماع ، بل الإجماع المحصَّل الذى قد مرّ منّا . وقد نبّه على جلِّ هذا الشيخ الأعظم(٢) .

إن قلت : الفرق بين ما أحلّوه لشيعتهم من حقوقهم من الخمس والأنفال وبين هذا (الخراج والمقاسمة) وهو حقوق المسلمين الواجب صرفها فى مصالحهم العامة واضح وبيّن ، كما ذهب إليه المحقق الإيروانى(٣) .

قلت : نعم فرق بينهما ، ولكن أمر الخراج والمقاسمة أيضاً إلى إمام المسلمين ، والإمام بما هو الإمام أباح لمصلحة ، وهى تسهيل الأمر على الشيعة وإدارة معاشهم ، أجازهم التصرف فيها فى عصر الغيبة مثلاً .

وثالثاً : ما ذكره قدس سره من قوله : «ويحتمل أن يكون سبب الإجمال التقية» قد مرّ منّا عدم إجمالها ، وأمّا الحمل على التقية فلا يجوز بمجرّد معارضة العمومات كما عن الشيخ الأعظم قدس سره (٤) . ومع أنّ «الظاهر لا داعى إليه لا سيّما مع كون الحكم من المسلّمات عند الشيعة ، ولا أقل من كونه من المشهورات عندهم» «وأنّ الحمل عليها خلاف الأصل» كما عن الوحيد البهبهانى رحمه الله (٥) .

ورابعاً : قوله عليه السلام : « لا بأس به حتّى تعرف الحرام بعينه» حيث ورد فى جواب مَن

١- (١) نحو قوله عليه السلام : لا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره وبغير إذنه ، وقوله عليه السلام : لا يحلّ مال أمرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه .

٢- (٢) المكاسب ٢٠٦/٢ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ٣٥٢/١ .

٤- (٤) المكاسب ٢٠٦/٢ .

٥- (٥) حاشية مجمع الفائدة والبرهان/ ٤١ للوحيد البهبهانى .

سأل عن شراء الزكاة من السلطان الجائر الذى يعلم أنّه يأخذ أكثر من الحقّ ، يظهر منه جواز الشراء حتّى يُعرف أنّ المال بعينه حرام ، فتدلّ على جواز شراء الزكاة منه حتّى تعرف الحرام بعينه .

وخامساً : قول الأردبيلى قدس سره : «ليس بمعلوم كون المصدِّق . . . من قبل الجائر فيحمل على كونه من قبل العدل» . وفيه : بقرينة الفقرة الأُولى ظهور المصدِّق فى الذى هو من قبل الجائر لا ريب فيه . مضافاً إلى عدم معهودية عمّال الزكاة إلاّ من قبل الجائرين فى ذلك الأوان ، كما يدلّ عليه فعل المضارع « يجيئنا » .

وسادساً : قول السائل : «مصدِّق يجيئنا فيأخذ من صدقات أغنامنا فنقول بعناها فيبيعناها» ، لا يدلّ على أنّ المبيع مال المشترى ليكون الشراء استنقاذاً لا شراءً حقيقيّاً كما ذكره الأردبيلى قدس سره ، بل الظاهر أنّ المصدِّق يجيء إلى مدينة وقبيلة ويأخذ زكاتها ، فهل يجوز للبعض شراء زكاة البعض الآخر .

وسابعاً : وبقرينة حمل المصدِّق فى الفقرة الثانية على عامل الزكاة المنصوب من قبل الجائر ، تحمل لفظ « القاسم » فى الفقرة الثالثة على الذى يجبى الخراج والمقاسمة ، لما مرّ منّا فى جواب الفاضل القطيفى . ولما كان الإمام عليه السلام ترك الاستفصال فى جواب السؤال «يجيئنا القاسم» مع قيام الاحتمال يفيد العموم(١) ، بل المدار فى أراضى العراق كان على المقاسمة غالباً ، والسائل عراقيٌّ وأراضى العراق مفتوحة عنوة ، والمدار فيها على المقاسمة مع أنّه عبّر عن أخذ الزكاة بالمصدِّق كما نبّه عليه الوحيد البهبهانى(٢) ، وقد تمسك بهذه الصحيحة العلامة فى التذكرة(٣) على حلية الثلاثة - أى الزكاة والخراج والمقاسمة - .

وثامناً : قوله قدس سره : «على تقدير دلالتها على جواز الشراء من الزكاة فلا يمكن أن يقاس

١- (١) يعنى إطلاق لفظ « القاسم » وعمومه يشمل الخراج والمقاسمة المصطلحة والزكاتية ، فلا وجه لانصرافه وتخصيصه بالثانى .
٢- (٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان/ ٤٠ .
٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٥٣/١٢ .

عليه جواز الشراء من المقاسمة» . بعد دلالة الفقرة الثالثة فلا قياس فى البين . ثم لو قلنا بعدم دلالتها على المقاسمة يكفينا تعرض الصحيحة لخصوص الزكاة وجواز شرائه ، فيثبت الحكم فى غيرها

بعدم القول بالفصل ، لأنّ كل مَن قال بجواز شراء الزكاة وأخذها قال بجواز شراء المقاسمة والخراج وأخذهما كما نبّه عليه المحقق الخوئی(١) ، وقد مرّ آنفاً فی جواب الفاضل النراقی .

وتاسعاً : ما ذكره الأردبيلی قدس سره من قوله : «لا يمكن أن يقاس عليه جواز قبول هبتها وسائر التصرفات فيها مطلقاً كما هو المُدّعى . . .» ففيه : تعلّق نفی البأس بالأعيان فی الصحيحة من الإبل والغنم وغيرها يدلّ على أن جميع الأفعال والمعاملات المناسبة لتلك العين جائزة ، لأنّ الحلية لكونها حكماً تكليفياً أو وضعيّاً يكون متعلقها الفعل أو المعاملة على القاعدة ، وإضافتها إلى العين يفيد جواز عموم المعاملات والتقلبات فی العين ، فلا يختص الجواز بالشراء فقط ، كما نبّه عليه شيخنا الأُستاذ – مد ظله –(٢)(٣) . ومضافاً إلى عدم القول بالفصل فی المقام .

وعاشراً : قوله قدس سره : «ألا ترى أنّ أخذ الزكاة لا يجوز منهم مطلقاً . . .» .

استشكل الوحيد بقوله : «فيه ما فيه ، إذ لا نعلم مأخذه ولا ما يشير إليه ويوهمه ولا أحداً ذكره . نعم ، إذا صار منشئاً لذلّته واستخفافه ومهانته لا شبهة فی المنع عنه حال الاختيار ، لأنَّ اللّه تعالى لم يرخّص المؤمن فی إذلال نفسه ، لكن هذا غير مختص بأخذ الزكاة منهم ، ولا كلّ أخذ الزكاة منهم يوجب الذلّة ، سيما إذا أعطوه بعنوان الهبة والجائزة والهدية . . .»(٤) .

والحاصل : دلالة صحيحة أبی عبيدة الحذّاء على حلّية الزكاة والمقاسمة والخراج واضحة عندنا وعند الأصحاب إلاّ الفاضل القطيفی والمحقق الأردبيلی قدس سرهما ، وقد دفعنا ما أورداه .

١- (١) مصباح الفقاهة ٥٣٧/١ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ٣٤٩/١ .

٣- (٣) هذا البيان من الأستاذ - مد ظله - يجرى فى الفقرة الأولى والثانية فقط دون الفقرة الثالثة كما هو واضح .
٤- (٤) حاشية مجمع الفائدة والبرهان/ ٤١ .

ومنها : معتبرة بل موثقة إسحاق بن عمار قال : سألته عن الرجل يشترى من العامل وهو يظلم ؟ قال : يشترى منه ما لم يعلم أنّه ظلم فيه أحداً(١) .

الرواية مضمرة ، ولكن بقرينة أنّ إسحاق يروى عن الإمامين الصادق والكاظم عليهماالسلام فالرواية عن أحدهما عليهماالسلام . وعبرنا عنها بالموثقة لأنّه والحسن فطحيان . ودلالتها واضحة .

ولكن استشكل الفاضل القطيفى قدس سره فى دلالتها وسندها وقال : « . . . لأنّ دلالته ليس إلاّ على جواز الإبتياع من العامل الذى يظلم إذا لم يعلم أنّه ظلم أحداً بعينه ، فأخذه إن كان ظلماً لم يجز وإلاّ جاز ، فأين الدلالة وهو مع ذلک مرسل وإسحاق بن عمار ضعيف»(٢) .

وتبعه الأردبيلى فقال : «ولا دلالة لها أصلاً على شراء شيءٍ لا يكون ظلم فيه أحداً ، فالاستدلال بها على المطلوب بعيد . . مع ضعف الطريق والإضمار ، لأنّه قال فيه : «أحمد بن محمد عن الحسن بن على عن إبان عن إسحاق» ، وأحمد مشترک ، وإن سلم أنّه أحمد بن محمد بن عيسى الثقة ، والحسن بن على بن فضال قيل : فطحى وكذا إسحاق وأبان مشترک ، والظاهر أنّه ابن عثمان قيل : هو أيضاً فطحى»(٣) .

أقول : سند الرواية كما سبق معتبر بل موثق . نعم فيه جماعة من الفطحيين ، ولكن كلّهم ثقات وليس فيها إرسالاً . نعم هى مضمرة فقط وإسحاق - لا سيما فى هذه المسألة المهمة - لم ينقل فيها إلاّ عن المعصوم والحجة ، ولذا قال الأردبيلى كما فى بعض مِن نُسَخ هامش كتابه بخطه : «وظنى أنّ الحسن وإسحاق وأبان بن عثمان كلّهم يُقبل قولهم لا بأس فى الجملة»(٤) .

إن كان مراد الفاضل القطيفى أو مرادهما أنّ « العلم » المأخوذ فى كلام الإمام عليه السلام هو بعينه العلم الإجمالى المأخوذ من كلام إسحاق فلا يتم ما ذكراه ، أو ذكرهما لأن هذا خلاف ظاهر الرواية ، ولا يتمّ مع حكم الإمام فى أوّل جوابه ب- «يشترى منه» ، لأنّ المناسب مع هذا الاعتبار « لا يشترى منه» . فنفس حكم الإمام عليه السلام بجواز الشراء يدّل على أنّ العلم المأخوذ

١- (١) وسائل الشيعة ٢٢١/١٧ ح٢ . الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) السراج الوهاج/ ١٨٠ المطبوع ضمن الخراجيات .

٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٦/٨ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٦/٨ .

فى كلام السائل هو العلم الإجمالى ، والعلم المأخوذ فى كلام الإمام عليه السلام العلم التفصيلى ، ولذا حكم بجواز الشراء مع العلم الإجمالى ما دام لم يبلغ إلى حدّ التفصيلى .

وهكذا دلالتها على جواز الشراء من عامل السلطان - فيما هو عامل فيه - واضحة ، وحملها على معاملة الظلمة فى أموالهم الخاصة بعيد ، ويدفعه إطلاق الرواية وعدم تفصيل الإمام بين المقامين ، كما نبّه عليه المحقق الخوئى(١) .

وبعبارة أُخرى : حتّى لو احتمل أن يريد السائل شراء أملاك العامل الخاصة به ، جواب الإمام عليه السلام مطلق يشمل المقامين : أموال الظالم الشخصية ، وما فى تصرفه وتحت يده من بيت المال .

ومنها : معتبرة أبى بكر الحضرمى(٢) وقد مرّ ذكر هذه الرواية فى بحث جوائز السلطان .

قال المحقق الكركى بعد نقل الرواية : «هذا الخبر نص فى الباب ، فإنّه عليه السلام بيّن للسائل - حيث قال إنّه ترک أخذ العطاء للخوف على دينه - أنّه لا خوف عليه ، فإنّه إنّما يأخذ حقّه حيث إنّه يستحقّ فى بيت المال نصيباً ، وقد تقرّر فى الأصول تعدّى الحكم بالعلّة المنصوصة»(٣) .

واعترض عليه الفاضل القطيفى وقال : «هذا الخبر أورده العلّامة فى المنتهى(٤) دليلاً على جواز تناول جوائز الظالم إذا لم يعلم أنّها حرام ، ولم يذكره فى حلّ الخراج وتناوله ، ولا شک أنّ الاستدلال يتبع الدليل ، والدليل لا إشعار فيه بالخراج . على أنّ ما فهمه هذا المؤلِّف من هذا الخبر ليس على الوجه ، وذلک أنّه عليه السلام أشار إلى الردّ على ابن أبى سمّاک فى إعراضه عن الشيعة بقوله : «أو لا يمنع . . . الخ» ثم سأل أبا بكر عن ترک العطاء فأجابه إنّ تركه مخافة فأقرّه عليه وأعرض عنه . ثم رجع إلى تقريع ابن أبى سمّاک وإلزامه بأنّه ترک الدفع مع أنّه يعلم لكلٍ

١- (١) مصباح الفقاهة ٥٣٨/١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١٤/١٧ ح٦ . الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) قاطعة اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج/ ٧٦ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٤- (٤) منتهى المطلب ١٠٢٦/٢ من الطبعة الحجرية.

من المسلمين حقّاً فى بيت المال وهو يدفع إلى بعضهم دون بعض . . . .»(١) .

وتبعه المحقق الأردبيلى واستشكل أولاً فى سند الرواية بقوله : «أنّهم ما سموها بالصحة كأنّه لعدم ظهور توثيق أبى بكر الحضرمى . . . . - وهو عبد اللّه بن محمد » . ثم قال : «ليس فيها دلالة أصلاً إلاّ على الذم على عدم إعطاء مال من بيت المال الذى للمصالح للمستحقين من الشيعة عند إعطائه لغيرهم . . . وذلک قد يكون من بيت مال يجوز أخذه وإعطاؤه للمستحقين ، مثل أن يكون منذوراً أو

وصيةً لهم ، بأن يعطيه ابن أبى سماك أو غير ذلک ، ولا يقاس عليه الخراج الذى أخذه الظالم باسم الخراج ظلماً . . .»(٢) .

أقول : أمّا الإشكال من جهة أبى بكر الحضرمى فى سند الرواية فلا وجه فيه ، لأنّه من المعاريف وله أكثر من مائة وأربعين رواية ، فكان كثير الرواية ينقل عنه مشايخ الطائفة أمثال محمد بن أبى عمير ، ولم يرد فيه قدح ، فالرجل معتبر ، ولذا عبّرنا به عن الرواية بالمعتبرة .

وناهيک أنّ الشيخ الأعظم قدس سره عبّر عن رواية ورد فى سندها أبى بكر الحضرمى بالحسنة أو الموثقة فى فرائده(٣) فراجعها .

وأمّا ما ذكره العلمان - القطيفى والأردبيلى قدس سرهما - من الإشكال فى دلالتها، فهو غير تام ، لأنّ المعتبرة ظاهرة فى جواز أخذ ما فى بيت المال للشيعة - بل نصٌّ فى ذلک كما قاله المحقق الكركى رحمه الله - ومن الواضح أن بيت المال فى ذلک الزمان تشتمل على الزكاة والخراج والمقاسمة والجزية ونحوها .

ولكن استشكل المحقق الخوئى فى دلالتها : بأنّ ظاهر التعليل «أنّ جواز الأخذ من جهة ثبوت الحقّ فى بيت المال فيجوز له الأخذ بمقدار حقّه»(٤) وتبعه تلميذه وزاد عليه : «بل مقتضاها عدم جواز الأخذ لغير المستحق»(٥) .

١- (١) السراج الوهاج/ ١٠٥ المطبوع ضمن الخراجيات .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٤/٨ و١٠٣ .

٣- (٣) فرائد الأصول ٢٩٠/١ ، والرواية فى الكافى ٢١١/١ ح٦ .

٤- (٤) مصباح الفقاهة ٥٣٨/١ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ٣٥١/١ .

وفيه : ظاهر التعليل أنّ الإمام عليه السلام علّل أصل الأخذ على أنّ للآخذ فى بيت المال نصيباً لا مقدار الأخذ أو الإعطاء ، وإلاّ لا بدّ له من التنبيه على ذلک المقدار والنصيب وهو مفقود فى المعتبرة . ولعله إلى ما ذكرناه أشار المحقق الكركى فى كلماته الماضية . هذا أولاً .

وثانياً : ما ذكره يناقض مع هذه الفقرة من الرواية : «ما منع ابن أبى السمّاک أن يبعث إليک بعطاءک ؟ » ، ومن الواضح أنّ البعث إلى أبى بكر الحضرمى بعطائِهِ من بيت المال يزيد على نصيبه بكثير قطعاً .

وثالثاً : ما ذكره شيخنا الأُستاذ - مد ظله - من عدم جواز الأخذ لغير المستحق أيضاً ، غير تام ، لأنّ الأخذ من بيت المال لا يُشترط فيه الاستحقاق ، بل أنّها وضعت لأجل مصالح المسلمين . والمصلحة يمكن أن تكون غير الاستحقاق ويجوز «صرف بيت المال فى سبيل صلاح المسلمين» كما اعترف به شيخنا الأُستاذ - مد ظله - فى الإرشاد(١) قبل أقل من خمسين صفحة .

ورابعاً : غاية ما يقال فى هذه الفقرة ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره قال : «فإنّما يدلّ على أنّ كلّ مَن له نصيب فى بيت المال يجوز له الأخذ ، لا أنّ كلّ مَن لا نصيب له يجوز أخذه»(٢) . وتبعه شيخنا الأُستاذ(٣) - مد ظله - .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال : قال لى أبو الحسن موسى عليه السلام : مالک لا تدخل مع علىٍّ فى شراء الطعام ، إنّى أظنّک ضيّقاً . قال : قلت : نعم ، فإن شئتَ وسعتَ علىَّ ، قال : اشتره(٤) .

دلالتها على شراء الطعام من عمّالهم واضحة ، لأنّ لا غبار فى حليّة شراء الطعام المحض ، فظهر أنّ عبد الرحمن بن الحجاج احتمل فى نفسه أنّ شراء الطعام من عمّال سلاطين الجور الذين يأخذون الزكاة والخراج والمقاسمة محظورٌ وأمره الإمام عليه السلام بالشراء ، والأمر

١- (١) إرشاد الطالب ٣٠٥/١ .

٢- (٢) المكاسب ٢٣٧/٢ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ٣٦٨/١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢١٨/١٧ ح ١ . الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به .

عقيب توهم الحظر يفيد الجواز ، وحيث أن الأمر مطلق يفيد إثبات الجواز فى الثلاثة . وقد تمسّک بهذه الصحيحة لإثبات الجواز العلامة فى التذكرة(١) والمحقق الثانى فى قاطعة اللجاج(٢) .

ولكن استشكل فى الإستدلال الفاضل القطيفى وقال : «لا يخفى على من له أدنى تأمل فى العلم أنّ هذا الخبر لايدلّ على تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة بشىء من الدلالات ، غاية دلالته أنّه يدلّ على ابتياع الطعام على جهة العموم وليس فيه تصريح بأن الابتياع من الجائر ، ولو سلّم فنحن لا(٣) نمنع من جواز ابتياع ما يأخذه باسم الخراج .

فإن قيل : يدل من حيث عمومه .

قلنا : قد ثبت أن شرط صحة الابتياع كون البيع حلالاً ، فالخراج إن كان حلالاً جاز ابتياعه وإلاّ فلا . ولا دلالة فى الخبر على أن الخراج حلال كما لا يخفى ، فإن معاملة الغاصب والإبتياع منه - وإن كان أكثر أمواله غصباً - جائز لعموم الكتاب والسنة ، ولا يدلّ على ما فى يده من الغصب ، وهذا واضح»(٤) .

وتبعه المحقق الأردبيلى فقال : «ما فهمتُ منها الدلالة على حلّ الخراج والمقاسمة بشىءٍ من الدلالات عقلية وعرفية بوجه من الوجوه ولا على شرائهما ، إلاّ أن يُعلم أن الطعام الذى جوّز شراءه

كان من الخراج . وكذا دلالتها على جواز شراء ما أخذه الظالم باسم الزكاة ، وكأنّه لذلک ما ذكرها العلّامة فی المنتهی دليلاً عليهما»(٥) .

وفيه : أنه لو خصصنا الصحيحة بالطعام المحض تلزم اللغوية ، ولو خصصناها

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٥٣/١٢ .

٢- (٢) قاطعة اللجاج/ ٧٧ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الظاهر زيادة «لا» وإلاَّ تم المطلوب ، وهو حليّة الخراج والمقاسمة والزكاة مطلقاً سواء بالشراء وغيرها ، لأنه لو ثبتت حلّيّة شرائها ثبتت حلّيّة جميع التقلبات ، لعدم القول بالفصل ، ولكن إذا قال القطيفی بالفصل صح وجود كلمة «لا» كما لا يخفی ، والظاهر أنّه يقول به .

٤- (٤) السراج الوهاج/ ١٠٦ و١٠٥ المطبوع ضمن الخراجيات .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٠/٨ .

بالأموال الشخصية للجائرين يلزم تخصيص الأكثر ، لأنّ الأموال الشخصية لهم بالنسبة إلى ما فی أيديهم من الزكاة والخراج والمقاسمة أقلّ قليل ، فتخصيص الصحيحة بها يوجب خروج الأكثر ، وهو مستهجنٌ وقبيحٌ .

وبما ذكرنا ظهر ضعف ما ذكره بعض المعاصرين - مد ظله - من «أنّ المال كان ملكاً شخصياً . . . فكان الأمر بيده وبإجازته»(١) . مضافاً إلى أن أمر الخراج أيضاً بيده . ومثله فی الضعف احتمال أنّ الطعام «من عائد الوقف المجهول أربابه أو نحوه »(٢) كما عن شيخنا الأُستاذ - مدّ ظله - .

ومنها : صحيحة زرارة قال : إشترى ضريس بن عبد الملک وأخوه من هبيرة أُرزاً بثلاثمائة ألف ، قال : فقلت له : ويلک أو ويحک أنظر إلى خمس هذا المال فابعث به إليه واحتبس الباقی ، فأبى علیَّ .

قال : فأدى المال وقدم هؤلاء فذهب أمر بنى أمية ، قال : قلت ذلک لأبى عبد اللّه عليه السلام فقال مبادراً للجواب : هو له هو له ، فقلت له : إنّه قد أدّاها ، فعضّ على أصبعه(٣) .

الظاهر أن هبيرة أحد عمّال الظلمة ، ويظهر من طبقات(٤) ابن سعد أنّه صاحب الوليد بن عبد الملک الأُموى ، وقال فى الوافى : «كان هبيرة من عمّال بنى أمية»(٥) وبيده أُرزٌ كثيرٌ من المقاسمة والخراج واشترى منه ضريس وأخوه وتوهم زرارة - وهو عمّهما - حرمة هذه المعاملة وبطلانها ، ولذا ظن أنّه من مصاديق المال المختلط بالحرام ، فأمر ضريساً - وهو ابن أخيه - بإخراج خمسه ، فأبى أوّلاً ولكن بعد ذلک قَبِلَ من زرارة وأخرج الخمس وأداه ، وبعد سقوط بنى أمية وظهور دولة بنى العباس سأل زرارة حكم الواقعة من الإمام الصادق عليه السلام ، فقال عليه السلام : « هو له هو له » ، أى المعاملة صحيحة ولا حاجة إلى إخراج الخمس ، لأنّه لم يكن من مصاديق المال المختلط بالحرام ، وحيث قال زرارة : إنّ ضريساً قد أدى خمسها فعضّ

١- (١) عمدة المطالب ٥١٥/١ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ٣٥٣/١.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢١٨/١٧ ح ٢ .

٤- (٤) الطبقات لابن سعد ١٢/٨ .

٥- (٥) الوافى ٢٩٧/١٧ وتبعه فى الحدائق ٢٧٠/١٨ .

الإمام عليه السلام على أصبعه من خطأ زرارة فى الحكم .

وقد مرّ منّا أن تخصيص الرواية بالأموال الشخصية لهم يوجب خروج الأكثر ، وهو مستهجن وقبيح .

ولذا قال الشيخ الأعظم : «فإن أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأُرز من المقاسمة»(١) .

ولكن الإشكال فى الرواية إنّما هو من جهة أنّ أداء الخمس فى ذاک الزمان يصح بالنسبة إلى الإمام عليه السلام ، أى إنّهم يؤدونه إلى الإمام عليه السلام ، فكيف أخذه الإمام عليه السلام مع علمه بخطأ المؤدى وأنّه لم يجب عليه .

ويمكن أن يجاب عنه بوجوه :

أولاً : يمكن أن يكون أداء المال بالنسبة إلى ثمن الأُرز أى ثلاثمائة ألف لا بالنسبة إلى أداء الخمس ، فيرتفع الإشكال من رأسه . ولكنّه خلاف ظاهر الرواية وترتب عضّ الإمام عليه السلام أصبعه .

وثانياً : الأئمة عليهم السلام لهم وكلاء بالنسبة إلى جمع الأخماس ، ولعلَّ وكيل الإمام عليه السلام أخذها وصرفها فى مواردها .

وثالثاً : يمكن القول بعدم وجوب علم الإمام عليه السلام بالنسبة إلى الموضوعات إلاّ إذا أراد وشاء ، وفى هذا المورد لم يشأ ولم يرد . واللّه العالم .

ومنها : صحيحة معاوية بن وهب قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أشترى من العامل الشىء وأنا أعلم أنّه يظلم ؟ فقال : إشتر منه(٢) .

حكم الإمام عليه السلام بصحة المعاملة مع عامل الزكاة أو المقاسمة أو الخراج ، لأنّ ظهور العامل فى جابيهم واضح والسائل يعلم أنّهم يظلمون ، ومع ذلک أمر الإمام عليه السلام بالشراء وعدم

١- (١) المكاسب ٢١٦/٢ وإن لم يوافق معنا هو فى معنى الرواية ، وصاحبا الوافى ٢٩٧/١٧ والحدائق ٢٧٠/١٨ وتبعهما المحقق الإيروانى فى حاشيته على المكاسب ٣٥٧/١ ولكن لم يتم معناهم لا عندنا ولا عند الشيخ الأعظم .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١٩/١٧ ح٤ .

الإعتناء بهذا العلم الإجمالى ، ويدلّ قوله عليه السلام على الجواز وأنّ العلم الإجمالى هنا لم يتنجز .

ويمكن أن يقال : بعدم تنجز العلم الإجمالى هنا حتّى لو قال صاحب الزرع أو المتصرف فى الأرض الخراجية أنّ العامل ظلمنى ، لعدم العبرة بقوله ، لأنّه يظنّ أنّ المحصول كلّه له مع أن الزكاة والمقاسمة أو الخراج حقوق واجبة يجب عليه إخراجها ، والشاهد عليه الرواية الآتية .

ومنها : معتبرة محمد بن أبى حمزة عن رجل قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أشترى الطعام فيجيئنى من يتظلّم ويقول : ظلمنى ، فقال : إشتره(١) .

الرواية تدلّ على جواز الشراء حتّى مع إظهار صاحب المال بأنّ العامل ظلمه ، لما مرّ آنفاً ، ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال : سألته عن الرجل أيشترى من العامل وهو يظلم ؟ فقال : يشترى منه(٢) .

ومن الواضح عدم إختصاص الرواية بالأموال الشخصية للعامل الظالم ، نعم يمكن القول بأنّ إطلاقها يشملها .

ومنها : صحيحة جميل بن صالح قال : أرادوا بيع تمر عين أبى زياد(٣) ، فأردت أن أشتريه ، فقلت : حتّى أستأذن أبا عبد اللّه عليه السلام ، فأمرتُ مصادف فسأله ؟ فقال له : قل له : فليشتره ، فإنّه إن لم يشتره إشتراه غيره(٤) .

قال المحقق الثانی : «وقد احتجّ بهذا الحدیث لحلّ ذلک العلامة فی المنتهی(٥) وصحّحه . لکن قد یُسأل عن قوله : «فإن لم یشتره اشتراه غیره» ، فإنّ شراء الناس للشیء لا مدخلیة له

١- (١) وسائل الشیعة ٢١٩/١٧ ح٣ .

٢- (٢) وسائل الشیعة ٢٢١/١٧ ح٣ . الباب ٥٣ من أبواب ما یکتسب به .

٣- (٣) فی المصدر أبی ابن زیاد نقلاً عن الفقیه ، وهو لا یتم لعدم وجود الاستعمال هکذا وهو یرادف مع زیاد ، وسیأتی منّا توضیح فی ترادفهما .

٤- (٤) وسائل الشیعة ٢٢٠/١٧ ح١ . الباب ٥٣ من أبواب ما یکتسب به .

٥- (٥) منتهی المطلب ١٠٢٧/٢ من الطبع الحجری.

فی صیرورته حلالاً علی تقدیر أن یکون حراماً ، فأیّ مناسبة له لیعلّل به ؟ ولا یبعد أن یکون ذلک إشارة منه علیه السلام إلی معنی لطیف ، وهو : أنّ کلّ من له دخل فی قیام دولة الجور ونفوذ أوامرها وقوة شوکتها وضعف دولة العدل یحرم علیه هذا النوع ونحوه بشراء وغیره ، بخلاف ما لم یکن کذلک ، فإنّ عدم دخوله فی شراء هذا کدخوله فی أنّه : لا یتعطّل أمر دولة الجور ولا یتناقص(١) بل رواجها بحاله(٢) . فأشار علیه السلام بقوله : «إن لم یشتره إشتراه غیره» إلی أنّه لا مانع له من الشراء أو لا دخل له فی دولة الجور بتقویة ولا غیرها ، فإن لم یشتره لم یتفاوت الحال بل یشتریه غیره»(٣) .

ویردّ علیه الفاضل القطیفی بأنّه : «لا دلالة فیه علی موضع النزاع ، بل علی ابتیاع مال الظالم ، ونحن لا نمنعه بل نکرهه » . وقال فی ردّ ما ذکره بعنوان معنی لطیف : « هذا خلاف ما أصّله من أن الخراج لجمیع المسلمین ، فإنّه إذا کان لا یفترق الحکم فیه بالنسبة إلی أهل یقوم به الدولة وغیرهم . . . والذی یخطر ببالی أنّ قوله علیه السلام «فإن لم یشتره اشتراه غیره» للإشارة إلی أنّ الإمتناع من أموال الظالم لا فائدة مهمة فیها إلاّ إذا کان أهل العصر جمیعاً أو أکثرهم علی ذلک ، لأنّ الإمتناع یفید

تورعه عن المظالم حينئذ بسبب عدم معاملة الناس له ، أمّا إذا لم يكن كذلک لم تظهر فائدته ، خصوصاً أنّ أحداً لا يمنع عن معاملة مَن يعامله وإلاّ لبطل أكثر النظام ، فلا فائدة فى الإمتناع حينئذ ، فقول الإمام ذلک للتنبيه على هذا»(٤) .

وتبعه المحقق الأردبيلى وزاد : «وفى الصحة أيضاً تأمل ، لأنّ الظاهر أنّ مصادفاً نقل إلى جميل قوله : «قل له فليشتريه . . . الخ » ، ومصادف ضعيف ذكروه فى محلّه . ويمكن أن يكون المعنى : جواز شراء مال الظلمة مع عدم العلم بالغصب بعينه كما يدلّ عليه الأصل والأخبار

١- (١) كذا فى المطبوعة فى رسائل المحقق الكركى ٢٧٣/١ وهو الصحيح ، ولكن فى المطبوعة ضمن الخراجيات / ٧٨ «أو يتناقض» وهو غلطٌ .

٢- (٢) كذا فى المطبوعة ضمن الخراجيات/ ٧٨ وهو الصحيح ، ولكن فى المطبوعة فى رسائل المحقق الكركى ٢٧٣/١ «بحلاله» وهو غلط .

٣- (٣) قاطعة اللجاج/ ٧٧ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٤- (٤) السراج الوهاج/ ١٠٧ و١٠٦ المطبوع ضمن الخراجيات .

الكثيرة الدالة على جواز أخذ جوائزهم مع كراهة لكن تزول عند الضيق . ويحتمل أن يكون قوله «فإن لم يشتره . . . الخ» أنّ اجتناب ذلک للتنزّه لا ينفع ، لأنّه إن لم تشتر أنت يشتريه غيرک ، وأنت مختلط معه وتأكل ممّا يأكل ، أو أنّه لا يُردّ به الظالم عن ظلمه كما قيل»(١) .

أقول : أمّا الإشكال فى السند - وقد مرّ من الأردبيلى أيضاً بأنّ مصادف ضعيف - فهو غير تام ، لأنّ مصادفاً من موالى أبى عبد اللّه عليه السلام ، وقد ذهبنا فى علم الرجال إلى أنّ الموالى كلّهم معتبرون وحسان ما لم يرد فى حقّهم تضعيف ، فمصادف حسنٌ عندنا كما ذهب إليه المحقق المامقانى فى نتائج التنقيح(٢) ، وتضعيف ابن الغضائرى(٣) له لا يثبت تضعيفه لعدم العبرة بتضعيفاته ، والعلامة

فى الخلاصة(٤) تبعه أيضاً وكذا ابن داود الحلّى(٥) ولكنّه ، لا يثبت تضعيفه ، لأنّ مأخذ تضعيفهما قول ابن الغضائرى . مع أن العلامة نفسه قد حكم فى المنتهى بصحة الحديث ، وهذا الحكم إمّا عدول عن رأيه فى حقّ مصادف وإمَّا بأنّه قدس سره لا يرى مصادفاً فى السند ، أو يراه ولكن القرائن تدلّ على صدقه فى النقل ، وهى قبول جميل قوله . والحاصل أنّ الإشكال فى السند غير تام عندنا بوجه .

وأمّا دلالتها على حليّة الخراج والمقاسمة والزكاة فلا أقل من إطلاقها لو لم نقل بأنّها تختص بها ظاهرة ، لأنّ تمر عين أبى زياد - وهو من عمّال السلطان كما فى الوافى(٦) - إمّا أن يكون من الثلاثة وإمّا أن يكون من أمواله الشخصية وقد حكم الإمام عليه السلام بجواز الشراء .

وأمّا قوله عليه السلام : «فإنّه إن لم يشتره إشتراه غيره» . فقد علمنا عدم مدخلية هذا الكلام

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠١/٨ .

٢- (٢) نتائج التنقيح/ ١٥٠ الرقم ١١٨٢٢ .

٣- (٣) رجال ابن الغضائرى/٩٠ الرقم ١٢٤ ، تحقيق العلامة السيد محمد رضا الجلالى ، طبعة دار الحديث ١٤٢٢ ق .

٤- (٤) ترتيب خلاصة الأقوال/ ٤٢٠ الرقم ١٤ .

٥- (٥) رجال ابن داود/ ٢٧٨ الرقم ٥٠٠ ، وفيه : ليس بشيءٍ وابنه محمد ثقة . طبع عام ١٣٩٢ بتحقيق العلامة السيد محمد صادق بحر العلوم ، النجف الأشرف .

٦- (٦) الوافى ٢٩٣/١٧ .

فى حلّيّة الشراء ، فإمّا أن يحمل على أنّ الإمام عليه السلام قاله كذا حتّى يقرّب إلى ذهن جميل وجه الحلّيّة ، أو يحمل على الحكمة لا العلّة ، أو على ما ذكره الشيخ على المحقق الثانى ، أو على ما

ذكره الفاضل القطيفى من المبارزة المنفية مع الظالمين ، أو غيرها من المحامل . ومع علمنا بعدم مدخلية شراء الغير لحلّيّته ، غاية الأمر أننا نرفع اليد عن هذا التعليل ونأخذ بجواز حكم الشراء الوارد فى الرواية ، فيثبت بها جواز حلّيّة الثلاثة ، ولا بأس بالتقطيع فى حجيّة الرواية بقبول بعضها وردّ بعضها الأُخرى .

ولكن العمدة فى دلالة الرواية ما يظهر من بعض الأخبار ، وهو بسند صحيح عن يونس أو غيره عمّن ذكره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك بلغنى أنّك كنت تفعل فى غلّة عين زياد شيئاً وأنا أُحبّ أن أسمعه منك . قال : فقال لى : نعم ، كنتُ آمر إذا أدركت الثمرة أن يثلم فى حيطانها الثلم ليدخل الناس ويأكلوا ، وكنت آمر فى كلّ يوم أن يوضع عشر بنيات(١) ، يقعد على كلِّ بنية عشرة ، كلّما أكل عشرة جاء عشرة أُخرى يُلقى لكلّ نفسٍ منهم مدّ من رطب ، وكنت آمر لجيران الضيعة كلّهم الشيخ والعجوز والصبى والمريض والمرأة ومن لا يقدر أن يجىء فيأكل منها لكلِّ إنسان منهم مُدّ ، فإذا كان الجِذاذ(٢) وفيت القوّام والوكلاء والرجال أُجرتهم وأحمل الباقى إلى المدينة ، ففرّقت فى أهل البيوتات والمستحقّين الراحلتين والثلاثة والأقل والأكثر على قدر استحقاقهم ، وحصل لى بعد ذلك أربعمائة دينار ، كان غلّتها أربعة آلاف دينار(٣) .

يظهر من الرواية أنّ الأرض كانت مِلكاً للإمام الصادق عليه السلام وأنفق عليه السلام تسعة عُشرِ غلّتِها وهى الرطب والتمر مع مصارفها فبقى له عُشرها . وهذا الإنفاق والإحسان من الإمام عليه السلام كان يوجب زيادة المحبة فى قلوب الناس لهم ، ولذا أخذها الظلمة منه غصبوها ، فحينئذ استأذن جميل لشراء تمره من أبى عبد اللّه عليه السلام ، وصح ما ورد من التعليل فى ذيل الصحيحة : «فإنّه إن لم يشتره إشتراه غيره» . وهكذا صح التعبير عن عين زياد بعين أبى ابن

١- (١) بنيات مفردة بنية : مصغر البناء .

٢- (٢) الجِذاذ بالجيم مثلثة : المكسَّر أو المقطوع مِن جَذَّه : أى قطعه أو كسره فانقطع أو أنكسر .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩/٢٠٥ ح٢ . الباب ١٨ من أبواب زكاة الغلات .

زياد ، وكلاهما يفيدان معنى واحد .

فعلى ما ذكرناه لا تدلّ الرواية على حليّة الخراج والمقاسمة والزكاة ، لأنّها مبنيّة على كون عين زياد أو عين أبى ابن زياد أو عين أبى زياد من الأراضى الخراجية ، لكنّها كانت من الأراضى المغصوبة من الإمام عليه السلام الموقوف اشتراء حاصلها على إذنه ، كما نبّه عليه الشيخ الأعظم رحمه الله (١) تبعاً لصاحب الحدائق(٢) . ولعله أول من تعرض لهذه الرواية فى البحث .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام : صدقات أهل الذمة وما يؤخذ من جزيتهم من ثمن خمورهم وخنازيرهم وميتتهم ؟ قال : عليهم الجزية فى أموالهم ، تؤخذ من ثمن لحم الخنزير أو الخمر ، فكلّ ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم وثمنه للمسلمين حلال يأخذونه فى جزيتهم(٣) .

ومنها : طائفة من الروايات واردة فى أحكام تقبّل الخراج من السلطان ، ويُستفاد منها كون أصل التقبّل معلوم الجواز عندهم . وهكذا الروايات الواردة فى قبالة الأراضى الخراجية واستئجارها من السلطان ثم إجارتها للغير بأزيد من ذلك ، كما نبّه عليهما الشيخ الأعظم قدس سره (٤) .

فمنها : صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه قال : فى القبالة أن يأتى الرجل الأرض الخربة فيتقبّلها من أهلها عشرين سنة ، فإن كانت عامرة فيها علوج فلا يحلّ له قبالتها إلاّ أن يتقبّل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج فى شىءٍ من القبالة فإنّه لا يحلّ .

وعن الرجل يأتى الأرض الخربة الميتة فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه فيها ؟ قال : الصدقة . قلت : فإن كان يعرف صاحبها ، قال : فليرد إليه حقّه . قال : لا بأس بأن يتقبّل الرجل الأرض وأهلها من السلطان .

وعن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث ، قال : نعم ، لا بأس به ، قد قبّل

١- (١) المكاسب ٢/٢١٠ .

٢- (٢) الحدائق ١٨/٢٤٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥٤ ح١ . الباب ٧٠ من أبواب جهاد العدو .

٤- (٤) المكاسب ٢/٢٠٨ و٢٠٩ .

رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخِبر ، والخِبر هو النصف(١) .

العُلُوج : جمعُ العِلج : وهو الرجل الضخم القوى من كفّار العجم ، وبعضهم يطلقه على الكافر عموماً . الخبر بفتح الخاء وكسرها وسكون الباء بمعنى المخابرة ، وهى المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض ، وقيل : «أصل المخابرة من خيبر ، لأنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم أقرّها فى أيدى أهلها على النصف من محصولها ، فقيل خابرهم أى عاملهم فى خيبر»(٢) .

ثمّ الصحيحة تدلّ على أنّ أصل القبالة من الجائر جائز ، وقد نقلنا فيما سبق عن الفيض(٣) أنه قد يُسمى كلاهما (أى الخراج والمقاسمة) بالقبالة . لا سيما مع عطف أهل الأراضى عليها وتقبّل الأهل هى المعاملة على جزية رؤوسهم أو ما يكون عليهم من الخراج ، كما نبّه على الأخير شيخنا الأُستاذ(٤) - مد ظله - .

هذا بناءً على التعدد من أنّ تقبّل الأرض شيءٌ وتقبّل أهل الأرض شيءٌ آخر . ويمكن أن يكونا شيئاً واحداً ، وهو تقبّل ما فى ذمم مستعمليها من الخراج . ونبّه على هذا الاحتمال المحقق الأردكانى(٥) قدس سره ، وعلى المحتملات الثلاثة تدلّ على حليّة الخراج ومنها المقاسمة .

فمنها : صحيحة إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يتقبّل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطير وهو لا يدرى لعلّه لا يكون من هذا شيء أبداً ، أو يكون ، أيشتريه وفى أىِّ زمان يشتريه ويتقبّل منه ؟ قال : إذا علمت أنّ من ذلک شيئاً

١- (١) التهذيب ٢٠١/٧ ح٣٤ ونقل صدرها عنه فى وسائل الشيعة ٥٩/١٩ ح٣ . الباب ١٨ من أبواب المزارعة ، وذيلها فى وسائل الشيعة ٤٢/١٩ ح٨ . الباب ٨ من أبواب المزارعة عن التهذيب ، والفقيه ٢٥٠/٣ ح٣٩٠٦ ، وفى الفقيه يوجد الذيل فقط . وقد ورد صدرها فى الكافى ٢٦٩/٥ ح٣ ، والجمع بين الصدر والذيل يوجد فى التهذيب .

٢- (٢) مجمع البحرين ٢٨٢/٣ ونقل عنه الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٢٢٩/١ .

٣- (٣) الوافى ٩٨٤/١٨ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ٣٥٢/١ .

٥- (٥) غنية الطالب ٣٠٩/١ .

واحداً أنّه قد أدرک فاشتره وتقبّل به(١) .

هذه الصحيحة تدلّ على جواز تقبّل جزية الرؤوس وخراج النخل والآجام ، بل جواز شرائها يكون مسلَّماً عند السائل وسأل عن زمان الشراء وحدوده .

ومنها : خبر الفيض بن المختار قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک ما تقول فى أرض أتقبّلها من السلطان ثمّ أؤاجرها أُكرتى على أنّ ما أخرج اللّه منها من شيءٍ كان لى من ذلک النصف أو الثلث بعد حقّ السلطان ؟ قال : لا بأس به ، كذلک أُعامل أُكرتى(٢) .

رجال السند كلّهم ثقات وحسان إلاّ أبو نُجيْح المسمعى لأنّه مجهول ، والسند ضعيف به . الأكرة : الحرّاس ، مفرده : الأكّار ، قال الصدوق رحمه الله : «سمّى الأكّار لأنّه يؤاكر الأرض أى يشقّها»(٣) . جواز تقبّل الأرض من السلطان مسلَّمٌ عند السائل وقرره الإمام عليه السلام على ذلک بل قال : «كذلک أُعامل أُكرتى» .

ومنها : رواية الحلبى قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : أتقبّل الأرض بالثلث أو الربع فأقبّلها بالنصف ؟ قال : لا بأس به .

قلت : فأتقبّلها بألف درهم وأقبّلها بألفين ؟ قال : لا يجوز ، قلت : لم ؟ قال : لأنّ هذا مضمون وذلک غير مضمون(٤) .

فى الكافى(٥) لم يعطف أحمد بن محمد بسهل بن زياد خلافاً لما فى الوسائل المطبوع ، بل ينقل سهل عن أحمد بن محمد عن عبد الكريم ، فحينئذ المراد بأحمد بن محمد هو البزنطى ، وهو ينقل عن عبد الكريم الخثعمى الثقة ، فحينئذ ضعف سند الكافى يكون بسهل . وقد قيل : إنّ الأمر فى سهل سهلٌ .

١- (١) وسائل الشيعة ٣٥٥/١٧ ح٤ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥٢/١٩ ح٣ . الباب ١٥ من أبواب المزارعة .

٣- (٣) معانى الأخبار/ ٢٧٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢٦/١٩ ح١ . الباب ٢١ من أبواب كتاب الإجارة .
٥- (٥) الكافى ٢٧٢/٥ ح٦ .

ولكن الشيخ رواها فى التهذيب(١) بسنده إلى أحمد بن محمد عن عبد الكريم عن الحلبى ، وقد مرّ أن المراد بأحمد هو البزنطى ، وعبد الكريم هو الخثعمى ، فصار سند الشيخ بالرواية صحيحاً .

ولكن رواها الشيخ نفسه فى الإستبصار(٢) بزيادة فى السند ، وهى على بن الحكم الزائد بين أحمد بن محمد وعبد الكريم ، وعلى بن الحكم معتبر وثقة عندنا ، ولكن فى هذه العجالة لم يتبيّن لنا أنّ على بن الحكم هل يروى عن عبد الكريم الخثعمى أم لا ؟ وهل البزنطى يروى عنه أم لا ؟

وحيث أنّ الأصل عدم الزيادة فلا بدّ من الأخذ بسند الإستبصار - ولعله لهذا ذكر الشيخ الحرّ فى الوسائل(٣) سند الإستبصار فقط - فيشكل أمر السند بجهالة عبد الكريم حينئذ لأنّه مشترك .

وأمّا دلالتها على جواز تقبّل الأرض من السلطان إمّا ظاهرة فيه ومختصة به ، وإمّا تشمله بإطلاقها .

ومنها : صحيحة أُخرى لإسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام مسمّى ثمّ آجرها وشرط لِمَن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلک أو أكثر ، وله فى الأرض بعد ذلک فضل ، أيصلح له ذلک ؟ قال : نعم ، إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلک فله ذلک .

قال : وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام معلوم فيؤاجرها قطعةً قطعةً أو جريباً جريباً بشيءٍ معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان ولا ينفق شيئاً ، أو يؤاجر تلک الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة فيكون له فى ذلک فضل على إجارته وله تربة الأرض أو ليست له ؟ فقال له : إذا استأجرت أرضاً

١- (١) التهذيب ٢٠٤/٧ ح٤٣ .
٢- (٢) الاستبصار ١٣٠/٣ ح٥ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢٧/١٩ .

فأنفقت فيها شيئاً أو رممت فيها فلا بأس بما ذكرت(١) .

رَمَّ البناء أو الأمر : أصلحه ، وكذا رمَّم .

ومنها : صحيحة يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل يستأجر الأرض بشيءٍ معلوم يؤدى خراجها ويأكل فضلها ومنها قوته ؟ قال : لا بأس(٢) .

الإجارة من السلطان بلا واسطة أو منه مع الواسطة ، وكلاهما تدلان على جواز تقبّل الأرض منه و . . .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى - وهو خليد بن أوفى - عن أبى عبد اللّه صلى الله عليه و آله وسلم قال : سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبّلها فأىُّ وجوه القبالة أحلّ ؟ قال : يتقبّل الأرض من أربابها بشيءٍ معلوم إلى سنين مسماة فيعمّر ويؤدى الخراج ، فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالته ، فإن ذلک لا يحلّ(٣) .

ومنها : خبر أبى بُردَة بن رجَا قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : كيف ترى فى شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلک ؟! هى أرض المسلمين . قال : قلت : يبيعها الذى هى فى يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثمّ قال : لا بأس اشترى حقّه منها ويحول حقّ المسلمين عليه ، ولعلّه يكون أقوى عليها وأملأ بخراجهم منه(٤) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاَّ أبا بُردَة بن رجا لأنّه مجهول .

ومنها : موثقة محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن ذلک (أى عن الشراء من أرض اليهود والنصارى) فقال : لا بأس بشرائها ، فإنّها إذا كانت بمنزلتها فى أيديهم تؤدى عنها كما يؤدى عنها(٥) .

هذه الروايات تدلّ على حلّيّة أخذ الخراج والمقاسمة والزكاة - مطلق الأخذ وهو

١- (١) وسائل الشيعة ١٢٧/١٩ ح ٣ و٤ . الباب ٢١ من أبواب كتاب الإجارة .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٥٩/١٩ ح٢ . الباب ١٨ من أبواب المزارعة .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٦٠/١٩ ح٥ . الباب ١٨ من أبواب المزارعة .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥٥/١٥ ح١ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العد .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥ ح٣ .

يشمل الأخذ مع العوض وبدونه كما صرح به السيد الخوئى قدس سره (١) - من السلطان كما عليه المشهور بل الإجماع عليه ، ولعلّ فى هذا المقدار كفاية بل فوقها ، والحمد للّه .

ينبغى التنبيه على أُمور

الأوّل : هل يعتبر أخذ السلطان خارجاً فى حلّيّة الخراج أم لا ؟

قد يظهر من كلمات الأصحاب (قدس سرهم) إطلاقها بالنسبة إلى اشتراط الأخذ خارجاً وعدمه . نعم قد ذهب إلى اشتراط الأخذ السيد عميد الدين الحسينى فى شرحه للنافع - على ما حكى عنه الشيخ إبراهيم القطيفى فى رسالته(٢) - ولكن صرّح جماعة من الأصحاب بعدم الفرق بين الأخذ خارجاً وغيره ، منهم : الشهيد فى الدروس(٣) ، والفاضل المقداد فى التنقيح(٤) ، والمحقق الثانى صرّح بالإجماع على عدم الفرق فى جامع المقاصد(٥) ، وثانى الشهيدين فى المسالک(٦) ،

والفيض الكاشانى فى المفاتيح(٧) ، وجدى الشيخ جعفر فى شرح القواعد(٨) ، وسيد الرياض صرّح بعدم الخلاف فى عدم الفرق(٩) ، وأصحاب الجواهر(١٠) والمناهل(١١) والمكاسب(١٢) والمحقق النائينى(١٣) .

١- (١) مصباح الفقاهة ٥٣٩/١ .

٢- (٢) السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج/ ١١٥ المطبوع ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الدروس ١٧٠/٣ .

٤- (٤) تنقيح الرائع ١٩/٢ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤٥/٤ .

٦- (٦) المسالک ١٤٣/٣ .

٧- (٧) مفاتيح الشرائع ١٠/٣ .

٨- (٨) شرح القواعد ٣٤٤/١ .

٩- (٩) رياض المسائل ١٩٩/٨ .

١٠- (١٠) الجواهر ١٨٠/٢٢ و١٩٠ .

١١- (١١) المناهل/ ٣١٠ .

١٢- (١٢) المكاسب ٢١٢/٢.

١٣- (١٣) منية الطالب ٨٣/١ .

والحقّ موافقة هذه الجماعة من الأصحاب من عدم الفرق بين الأخذ خارجاً والتوكيل فى قبضها وبيعها وهى فى يد المالک أو فى ذمّته والحوالة إلى المالک ونحوها لأن يصدق على الجميع أخذ الثلاثة من السلطان ، وقد مرّ منّا دليل حلّيّتها .

مضافاً إلى ذلک الأخبار الواردة فی جواز قبالة الأرض وتقبّل الخراج أو استئجار أرض الخراج من السلطان ثمّ إجارتها للزارع بأزيد من ذلک ونحوها :

منها : خبر الفيض بن المختار(١) الماضی .

ومنها : صحيحة إسماعيل بن الفضل الهاشمی(٢) الماضية .

ومنها : صحيحة يعقوب بن شعيب(٣) الماضية .

ومنها : رواية الحلبی(٤) الماضية .

ومنها : صحيحة اُخری ليعقوب بن شعيب عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدی خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا بأس ، الحديث(٥) .

ومنها : صحيحة داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه عليه السلام فی الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ربمّا زاد وربمّا نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتی درهم فی السنة ، قال : لا بأس(٦) .

ومنها : حسنة إبراهيم بن ميمون قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قرية لأُناس من أهل الذمّة لا أدری أصلها لهم أم لا غير أنّها فی أيديهم وعليهم خراج فاعتدی عليهم

١- (١) وسائل الشيعة ٥٢/١٩ ح٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٣٥٥/١٧ ح٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٥٩/١٩ ح٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢٦/١٩ ح١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٤٥/١٩ ح٢ . الباب ١٠ من أبواب المزارعة .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٥٧/١٩ ح١ . الباب ١٧ من أبواب المزارعة .

السلطان ، فطلبوا إليّ فأعطونى أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قلّ أو كثر ، ففضل لى بعد ذلک فضل بعدما قبض السلطان ما قبض ؟ قال : لا بأس بذلک ، لک ما كان من فضل(١) .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتقبّل الأرض من الدهاقين فيؤاجرها بأكثر ممّا يتقبّلها ويقوم فيها بحظّ السلطان ، قال : لا بأس به ، إنّ الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت ، إنّ فضل الأجير والبيت حرام(٢) .

وهذه الروايات تدلّ على جواز التقبّل قبل أخذ السلطان خراجها وهكذا جواز إجارة الأرض ، فهذه تصرف فى الخراج قبل أخذها ، فكذلک يجوز أخذ الخراج قبل قبض السلطان أو وكيله .

الثانى : هل يجوز منع الجائر من الخراج وعدم إعطائه أم لا ؟

اشارة

قال الشهيد : «ويحرم على المالک المنع»(٣) .

قال المحقق الثانى فى خاتمة رسالته : «لا زلنا نسمع من كثير ممّن عاصرناهم لا سيّما شيخنا الأعظم الشيخ على بن هلال - قدس اللّه روحه - وغالب ظنّى أنّه بغير واسطة بل بالمشافهة ، أنّه لا يجوز لمن عليه الخراج والمقاسمة سرقته ولا جحوده ولا منعه ولا شيئاً منه لأنّ ذلک حقّ واجب عليه»(٤) .

وقال الشهيد الثانى : «وقد ذكر الأصحاب أنّه لا يجوز لأحدٍ جحدهما ولا منعهما ولا التصرف فيهما إلاّ بإذنه ، بل أدّعى بعضهم الإتفاق عليه »(٥) .

١- (١) الكافى ٢٧٠/٥ ح٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥٧/١٩ ح٢ .

٢- (٢) الكافى ٢٧١/٥ ح١ .

٣- (٣) الدروس ١٧٠/٣ .

٤- (٤) قاطعة اللجاج/ ٩١ المبطوعة ضمن الخراجيات .

٥- (٥) المسالک ٥٥/٣ والمدعى للإتفاق هو المحقق الثانى فى حاشيته على الشرائع .

وقال أيضاً : «ووجب على المالک الدفع»(١) .

وقال الشيخ جعفر : «ولا يجوز لهم الإمتناع عن تسليمه»(٢) . وقال أيضاً : «ويقوى حرمة سرقة الحصّة وخيانتها والإمتناع عن تسليمها ، أو عن تسليم ثمنها - بعد شرائها - إلى الجائر ، وإن حرمت عليه ودخل تسليمها فى الإعانة على الإثم فى البداية والغاية ، لنصّ الأصحاب على ذلک ، ودعوى الإجماع فيه . وجعلها من الجُعل له على حماية بيضة الإسلام فتحلّ له ، لم يقم عليه دليل . . .»(٣) .

وهذه أحد الأقوال فى المسألة ، وهو عدم جواز منع الجائر من الخراج ووجوب إعطائه له إذا طلبه .

وفى المسألة قول آخر ، وهو جواز منعه وعدم إعطائه له ، ذهب إليه جمع من الفقهاء :

منهم : الشيخ إبراهيم القطيفى ، قال فى رسالته : « . . . ولو شئت أن أقول أنّ اختيار الدفع إلى الظالم مع التمكن من الكتمان والسرقة والجحود ممّا علم عدم جوازه من الدين بالضرورة . لقلتُ لأنّ ذلک حقّ للمسلمين يجب إيصاله إلى واليهم ، فإذا كان غائباً وجب أن يوصل إلى نائبه وهو حاكم الشرع ، فإن لم يكن فإلى مستحقه حسبةً كالمال الذى فى يده لغيره ، فإنّه يدفعه إلى من يستحقّ قبضه شرعاً . . .»(٤) .

ومنهم : المحقق الأردبيلى قال بعد نقل روايات الزكاة : «ولعلّک فهمت من هذه الأخبار عدم وجوب إعطاء الزكاة للسلطان الجائر ، بل عدم جواز إعطائها إيّاه مهما أمكن»(٥) .

ومنهم : ملاّ فيض ، قال : «المراد أنّه لا يحل المنع والسرقة ممّن اشتراها مِن الجائر ، وأمّا الجائر فيجوز ذلک بالنسبة إليه »(٦) .

ص: ٤١٠

١- (١) المسالک ١٤٣/٣ .

٢- (٢) شرح القواعد ٣٤٤/١ .

٣- (٣) شرح القواعد ٣٤٥/١ .

٤- (٤) السراج الوهاج/ ١٢٢ المطبوع ضمن الخراجيات .

٥- (٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٩/٨ .

٦- (٦) نقل عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٨٩/١٣ ، والظاهر أنّ المراد منه هو الملاّ محسن الفيض الكاشانى قدس سره ، ولم يشتهر بهذا الاسم غيره .

ومنهم : المحقق السبزوارى قال : « ... وما اُسند إلى الأصحاب من عدم جواز الجحد والمنع والتصرف فيهما إلاّ بإذنه محلّ تأمل ، إذ لا أعلم حجّة واضحة عليه ، وادّعاء بعضهم الإتفاق عليه لا يصلح حجّة شرعية ... »(١) .

ومنهم : الفاضل النراقى قال بعد نقل كلام الشيخ إبراهيم : «ولا يخفى أن ذلک (أى جواز المنع) مقتضى الأصل ، لأنّهما كالزكاة حقّ لجماعة خاصة ليس الجائر منهم ولا قيّماً عليهم ، فالأصل عدم جواز دفع حصتهم إليهم - سيما مع ما هو عليه من الفسق الظاهر - ما دام يتمكّن من عدم الدفع »(٢) .

ومنهم : صاحب الجواهر بعد نقل مقال أُستاذه الشيخ جعفر نقده وقال : «وفيه أوّلاً : أنّه كغيره من الأحكام التى شُرعت للتقية المعلوم كونها دائرة مدارها ، فمع فرض عدمها فى حال أو فى زمان أو مكان لا ينبغى التأمل فى عدم جواز مراعاتها . . . .

وثانياً : أن أقصاها جواز الدفع ، أمّا وجوبه على وجه بحيث لا يجزى لو دفعه إلى حاكم الشرع المنصوب من قبلهم فغير معلوم ، بل معلوم خلافه ، ولإطلاق ما دل على ولايته من النص والفتوى . . .»(٣) .

ومنهم : الشيخ الأعظم قال بعد نقل كلام الشيخ جعفر فى شرح القواعد : « . . . وإن أريد منعها من خصوص الجائر فلا دليل على حرمته ، لأنّ اشتغال ذمّة مستعمل الأرض بالأُجرة لا يوجب دفعها إلى الجائر ، بل يمكن القول بأنّه لا يجوز مع التمكن ، لأنّه غير مستحقٍّ ، فيسلّم إلى العادل أو نائبه الخاص أو العام ، ومع التعذّر يتولّى صرفه فى المصالح حسبةً »(٤) .

ص: ٤١١

١- (١) الكفاية ٣٩٣/١ .

٢- (٢) مستند الشيعة ٢٠٢/١٤ .

٣- (٣) الجواهر ١٩٥/٢٢ .

٤- (٤) المكاسب ٢١٥/٢ .

ومنهم : المحقق الإيروانى فى حاشيته على المكاسب(١) .

ومنهم : المحقق النائينى قال : «ولكن الأقوى عدم وجوب الدفع إليه مع التمكن »(٢) .

ومنهم : المحقق الخوئى قال : «لا يجوز دفع الخراج إلى الجائر مع الإختيار »(٣) .

أدلة القائلين بجواز المنع وعدم الإعطاء له

تمسّک هؤلاء بعدّة من الروايات :

منها : صحيحة العيص بن القاسم عن أبی عبد اللّه عليه السلام فی الزكاة قال : ما أخذوا منكم بنو أُميّة فاحتسبوا به ، ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم ، فإن المال لا يبقى على هذا أن تزكيّه مرّتين(٤) .

ومنها : صحيحة أبی أُسامة زيد الشحام قال : قلت لأبی عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک ، إنّ هؤلاء المصدِّقين يأتونا ويأخذون منّا الصدقة فنعطيهم إيّاها ، أتجزی عنّا ؟ فقال : لا ، إنّما هؤلاء قوم غصبوكم ، أو قال : ظلموكم أموالكم ، إنّما الصدقة لأهلها(٥) .

ومن الواضح أنّ كلمتی « الغصب » و « الظلم » تدلان على الأخذ بالقهر والغلبة والقوّة والجور ، وهذا ينافی مع الإعطاء .

ومنها : خبر علی بن يقطين قال : قلت لأبی الحسن عليه السلام : ما تقول فی أعمال هؤلاء ؟ قال : إن كنت لا بدّ فاعلاً فاتق أموال الشيعة . قال : فأخبرنی على أنّه كان يجبيها من الشيعة علانيةً ويردّها عليهم فی السرِّ(٦) .

الظاهر من ردّه رحمه الله أموال الشيعة سرّاً ، لأنّهم يأخذونها منهم ظلماً وغصباً ، والشيعة لا

١- (١) حاشية المكاسب ٣٥٦/١ .

٢- (٢) منية الطالب ٨٠/١ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ٥٤٢/١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٣ . الباب ٢٠ من أبواب المستحقين للزكاة .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥٣/٩ ح٦ .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٩٣/١٧ ح٨ . الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به .

يعطون إلاّ بالقهر والغلبة والخوف والتقيّة .

ومنها : خبر سهل بن اليسع ، أنّه حيث أنشأ سهل آباد وسأل أبا الحسن موسى عليه السلام عمّا يخرج منها ، ما عليه ؟ فقال : إن كان السلطان يأخذ خراجها فليس عليک شيء ، وإن لم يأخذ السلطان منها شيئاً فعليک إخراج عشر ما يكون فيها(١) .

المراد بأبى قتادة هو على بن محمد بن حفص القمى الثقة ، والمراد بسهل بن اليسع هو ابن عبد اللّه بن سعد الأشعرى الثقة ، ولكن الرواية ضعيفة سنداً بعبد اللّه بن مالک النخعى الكوفى ، وهو إماميٌّ مجهولٌ . هذا كلّه بالنسبة إلى السند .

ولكن تدل الرواية على أن السلطان كانت سيرته وعمله على وجه الاستمرار على الأخذ ، ومن الواضح أنّ الأخذ غير الإعطاء . وإن لم يأخذ السلطان منه شيئاً أمره الإمام عليه السلام بإخراج العُشر بنفسه لا بإعطاء الخراج له طوعاً واختياراً .

ومنها : خبر أبى كَهْمَس عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : من أخذ منه السلطان الخراج فلا زكاة عليه(٢) .

ودلالتها كسابقها ، ولكن فى السند ضعف بأبى كهمس ، وهو يمكن أن يكون الهيثم بن عبد اللّه الكوفى المجهول ، ويمكن أن يكون غيره . ولا فرق فى ذلک ، لأنّ أبا كهمس كنية لعدّة من المجاهيل .

ومنها : خبر أبى البخترى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام كان يقول : أعتد فى زكاتک بما أخذ العشّار منک واخفها عنه ما استطعت(٣) .

وقد ورد فى كثير من الروايات إضافة الأخذ إمّا إلى السلطان نحو : صحيحة سليمان بن خالد(٤) وصحيحة عبيد اللّه بن على الحلبى(٥) وصحيحة أبى عبيدة(٦) ، وإمَّا إضافته إلى العاشر

١- (١) وسائل الشيعة ١٩٢/٩ ح١ . الباب ١٠ من أبواب زكاة الغلاة .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩٣/٩ ح٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥٤/٩ ح٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥٣/٩ ح٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢١٩/١٧ ح٥ .

أو غيره من عمّال الظلمة نحو : معتبرة السكونى(١) ومرسلة الصدوق(٢) . فحينئذ ظهورها يثبت فى الأخذ ظلماً أو زوراً أو قهراً أو غصباً وعدوناً . وعليه تحمل كلمة « يؤدى » الواردة فى صحيحة رفاعة بن موسى(٣) ، فإذا كان كذلک يجوز الفرار من الظلم بعدم الإعطاء والإستتار ونحوها إن أمكن .

فغاية ما يمكن أن يقال فى المستفاد من النصوص والفتاوى : إنّ الجائر إذا أخذ الخراج والمقاسمة بالقهر والغلبة يجزى ذلک عن إعطاء الخراج للإمام العدل ويجوز التصرف حينئذ فى الأراضى الخراجية . وسيأتى حكم الإجزاء عن الزكاة أو عدمه إن شاء اللّه تعالى .

ولا يدلّ أىُّ دليل على وجوب إخراج الثلاثة (الخراج والمقاسمة والزكاة) إلى الجائر ، بل لا يدلّ دليل على جواز إخراجها إليه مع التمكن من عدم الإعطاء . فإذا تمكن المتصرِّف أو المالک من عدم الإعطاء كلّاً أو بعضاً يجب عليه ، ولو أعطاه حينئذ فلا يجزى عنه .

وما ورد فى الروايات من حرمة شراء السرقة والخيانة نحو معتبرة جرّاح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا يصلح شراء السرقة والخيانة إذا عرفت(٤) . تحمل على شراء السرقة والخيانة من محترمى المال ، أو السرقة والخيانة بالحمل الشائع الصناعى . وأمّا إنقاذ مال الخراج والمقاسمة والزكاة من يد الجائر وإيصاله إلى المصالح والمستحقين الواقعيين . وعلى فلا يصدق عليه السرقة والخيانة الواقعيان . وعلى ما ذكرنا تحمل صحيحة أبى بصير قال : سألت

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥٤/٩ ح٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩٣/٩ ح٢ .

٤- (٤) الكافى ٢٢٨/٥ ح٤ ، عبرنا عنها بالمعتبرة لأنّ رجال السند كلّهم ثقات إلاّ القاسم بن سليمان لأنّه يروى عنه الأجلاء وله أكثر من مائة رواية فى الكتب الأربعة ولم يرد فيه قدح ، وأمّا الجراح المدائنى فله خمس وستون رواية مضافاً إلى أنّ النجاشى ذكره ولم يقدح فيه ، فهو أيضاً عندنا معتبر ، ولذا عبرنا بهما عن الرواية بالمعتبرة .

أحدهما عليهماالسلام عن شراء الخيانة والسرقة ؟ فقال : لا إلاّ أن يكون قد اختلط معه غيره ، فأمّا السرقة بعينها فلا إلاّ أن تكون من متاع السلطان فلا بأس بذلك(١) .

وكذلك تحمل على شرائهما قبل أن يقعا فى يد السلطان وأن يجمعا عنده وفى بيت ماله ، وإلاّ فبعدهما مشكلٌ جدّاً . وعليه فتحمل على إخفاء الخراج والمقاسمة والزكاة وإنقاذها من السلطان ، وهذا عنده وعند عماله يرادف مع الخيانة والسرقة .

الثالث : هل تختص حلّيّة الخراج بما يأخذه الجائر من الأراضى الخراجية ؟

من المعلوم أنّ السلطان كما يأخذ الخراج من الأراضى الخراجية ، كذلک يأخذها من الأنفال وربّما يأخذها من الأراضى الشخصية ، فهل أدلة حليّة الخراج تشمل الجميع أم لا ؟ وتختص بالأراضى الخراجية ؟

إطلاق بعض الروايات تدلّ على التعميم :

منها : خبر الفيض بن المختار(٢) وصحيحة داود بن سرحان(٣) وصحيحة يعقوب بن شعيب(٤) وصحيحة الحلبى(٥) وخبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه(٦) وصحيحة معاوية بن وهب(٧) وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج(٨) ومعتبرة أبى بكر الحضرمى(٩) وموثقة إسحاق

١- (١) الكافى ٢٢٨/٥ ح١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥٢/١٩ ح٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٥٧/١٩ ح١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٥٩/١٩ ح٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٥٩/١٩ ح٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٢١/١٧ ح٣.

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢١٩/١٧ ح٤ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢١٨/١٧ ح١ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ٢١٤/١٧ ح٦ .

بن عمار(١) والفقرة الثالثة لصحيحة أبى عبيدة(٢) الماضية كلّها .

ولكن حيث أن غاية ما يُستفاد من روايات الباب أنّ الشارع جعل تصرف الجائر فى الثلاثة بدلاً عن تصرف العادل ، «وأنّه يقوم مقام تصرف العادل فى النفوذ»(٣) . فما يأخذه الجائر من الأراضى الخراجية ومن مال المقاسمة وكذا فى قبالة الأرض ومن الزكاة يحكم بأنّه يأخذه العادل ، لأنّه بدله فى هذه الأمور . وعلى ما ذكرنا فما يأخذه من أراضى المسلمين - وهى الخراجية - أو من الأنفال - حيث كان أمرها بيد الإمام العادل والآن يقوم مقامه الجائر - فتشملها أدلة حليّة الخراج .

ولكن لو أخذ الخراج من الأراضى الشخصيّة فلا تشمله أدلة حليّة الخراج ، لعدم جوازه شرعاً حتّى بالنسبة إلى العادل .

والحق عندنا أنه لا تخصيص بالأراضى الخراجية ولا تعميم لكلّ ما يأخذه الجائر باسم الخراج بل التفصيل بين ما يجوز الخراج فيه - وهو الأراضى الخراجية والأنفال - وبين ما لا يجوز الخراج فيه - كالأراضى الشخصيّة - وأدلة حليّة الخراج تشمل الأوّل ولا تشمل الثانى .

ومن المعلوم أنّ الأنفال أمرها بيد الإمام العادل ، ويجوز تصرفاته فيها ، فكذلک الجائر يمكن له أن يأخذ منها الخراج كما كان هو المعمول فى الأزمنة السالفة .

وأمّا التمسّک(٤) لأجل التعميم بأدلة نفى الضرر والحرج للشيعة فى المقام ، فغير تام ، لما ثبت فى علم الأصول من عدم إثبات الحكم الشرعى بهما . نعم هما يرفعان الحكم .

وكذلک التمسک بالسيرة ، لا سيما أنّها من الأدلة اللبيّة ، فلا بدّ من لحاظ القدر المتيقَّن فيها ، وهو فى المقام الأراضى الخراجية .

١- (١) وسائل الشيعة ٢٢١/١٧ ح٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١٩/١٧ ح٥.

٣- (٣) كما صرح به المحقق الإيروانى قدس سره فى حاشيته ٣٦١/١ .
٤- (٤) المتمسِّک بالثلاثة - قاعدة نفى الحرج ، والسيرة واختلال النظام - هو الفقيه اليزدى قدس سره فى حاشيته على المكاسب ٢٤٠/١ .

ونحوهما التمسک بأنّ « الاختصاص يوجب اختلال النظام » الذى وجب حفظه عقلاً ، بالمنع صغرويّاً ، لأنّ القول بالاختصاص لا يوجب اختلال النظام ، لأنّ فيما يعلم أنّه من الأراضى الخراجية يجوز التصرف والتقلّب فيها وفيما لا يعلم أنّه منها أو من غيرها حيث لا يعلم حرمتها بعينه فيجوز التصرف فيها لإطلاق الروايات الواردة فى حليّة الجوائز ، والشراء من العامل ، وجواز التقبّل ، وجريان أصل البراءة من الحرمة وغيرها .

الرابع : هل يختص الحكم بالسلطان المخالف ؟

ذهب جماعة من الأصحاب إلى اختصاص الحكم بالسلطان المخالف ، منهم : الفاضل القطيفى فى إيضاح النافع(١) وصرح به فى السراج الوهاج(٢) والشهيد الثانى فى المسالک(٣) وسيد الرياض جعل هذا القول الأصح(٤) والفاضل النراقى جعل التعدى من المخالف إلى السلاطين الشيعة «بواسطة بعض التعليلات قياس مستنبط العلّة مردودٌ عند الشيعة»(٥) . والشيخ الأعظم يرى أن هذا القول «لا يخلو عن قوة»(٦) وتبعهم المحقق النائينى فقال : «لا يمكن الجزم بالتعميم وإن كانت الأخبار مطلقةً فتدبر»(٧) ، والمحقق الخوئى(٨) .

١- (١) إيضاح النافع/ مخطوط وحكى عنه الفقيه العاملى فى مفتاح الكرامة ٩١/١٣ .
٢- (٢) السراج الوهاج/ ١٢٤ المطبوع ضمن الخراجيات .
٣- (٣) المسالک ١٤٤/٣ ، ولكنّه قدس سره احتمل الجواز وقال : «مع احتمال الجواز مطلقاً نظراً إلى إطلاق النص والفتوى» .

٤- (٤) رياض المسائل ١٩٥/٨ .

٥- (٥) مستند الشيعة ٢٠٤/١٤ ، والعجب منه أنّه ذهب بعد صفحات إلى جواز التقبيل من سلاطين الشيعة إذا كان شيئاً من تلك الأراضى فى أيديهم وجاز لهم التصرف فيها - إلى أن قال - وهؤلاء السلاطين لكونهم من الشيعة يكونون محلّلين ممّا فى أيديهم» (مستند الشيعة ٢٣١/١٤) . وهذان القولان لا يمكن الجمع بينهما .

٦- (٦) المكاسب ٢٣١/٢.

٧- (٧) منية الطالب ٨٥/١ .

٨- (٨) مصباح الفقاهة ٥٤٣/١ .

وفى قبالهم جماعة يقولون بشمول السلطان للمؤمن أيضاً ، كما يظهر ذلك من المحقق السبزوارى(١) والشيخ جعفر(٢) وتلميذيه(٣) وصاحب البرهان(٤) والفقيه اليزدى(٥) والفقيه السبزوارى(٦) .

وقد استشكل بعض فى القولين ، نحو المحدث الكاشانى حيث يقول : «وفى اختصاص الحكم بالجائر المخالف للحقّ ، نظراً إلى معتقده من استحقاق ذلك عندهم ، دون غيره لاعترافه بكونه ظالماً فيه ، ولأصالة المنع إلاّ ما أخرجه الدليل وهو المخالف خاصةً ، لأنّه المسؤول عنه والمدلول عليه بالقرائن ، إلتفاتاً إلى الواقع أو الغالب فيبقى الباقى ، أو التعميم نظراً إلى إطلاق النص والفتوى إشكال»(٧) .

ولعلّ المحقق النائينى حذا حذوه حيث يقول : «يظهر من جماعة الاختصاص ، ويظهر من جملة منهم التعميم ، ولا يخفى ما فى استدلال الطرفين»(٨) .

والحق عندنا هو القول بالشمول ، لإطلاق النصوص والفتاوى ، وحملهما على القضايا الشخصية أو الخارجية والأغلبية ممنوعة ، ولعلّ لأجل ذلك أمر المحقق النائينى بالتدبر فى آخر كلامه . ولا يبعد شمول الحكم للمنتحلين كما قاله الشيخ جعفر(٩) .

نعم ، النصوص والفتاوى منصرفة عن السلطان الكافر ، فلا يدخل فى الحكم وبعد الانصراف لا يبقى إطلاق حتى يدخل الكافر فيه ، كما أنصف فى ذلك الشيخ الأعظم قدس سره وقال :

ص: ٤١٨

١- (١) الكفاية ٣٩٢/١ .

٢- (٢) شرح القواعد ٣٤٢/١ ، و٢٠٤/٢ .

٣- (٣) وهما صاحبا مفتاح الكرامة ٩١/١٣ و٩٢ والجواهر ١٩٠/٢٢ وما بعدها .

٤- (٤) برهان الفقه ، كتاب التجارة/ ٥٤ من الطبع الحجرى .

٥- (٥) حاشية المكاسب ٢٤٢/١ .

٦- (٦) مهذب الأحكام ١٨٧/١٦ .

٧- (٧) مفاتيح الشرائع ١٠/٣ .

٨- (٨) منية الطالب ٨٤/١ .

٩- (٩) شرح القواعد ٣٤٦/١ .

« لكن الإنصاف انصرافهما (أى النصوص والفتاوى) إلى غيره (الكافر)»(١) .

والعجب من الفقيه اليزدى رحمه الله (٢) انه أدخل الكافر فى البحث .

وكذلك النصوص والفتاوى منصرفة عمن دُعِى سلطاناً بلا شوكة وحكومة كبعض سلاطين الهند كما قال الشيخ جعفر(٣) .

ولا مدخل فى النسب فى الحكم ، بأن دعى السلطان ابن السلطان والخاقان ابن الخاقان كما يظهر منه أيضاً(٤) .

ثم هل « ظاهر الأخبار ومنصرف كلمات الأصحاب الإختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة وعماله ، فلا يشمل مَن تسلّط على قرية أو بلدة خروجاً على سلطان الوقت ، فيأخذ منهم حقوق المسلمين » ؟ كما عليه الشيخ الأعظم(٥) وتبعه المحقق الخوئى(٦) وشيخنا الأُستاذ – مد ظله – (٧) . أم لا يختص بل يشمل كلّ من ادعى الرئاسة فى بلدة وغلب على الأمر مستقرّاً ولو لم تكن رئاسته العامة ، فيدخل فيهما جميع سلاطين المسلمين فى مختلف البلاد فى آن واحد ؟ .

الظاهر – واللّه العالم – أنه لا وجه للإختصاص ، لعدم ظهور الروايات فيه وعدم انصراف كلمات الإصحاب إليه .

الخامس : هل يختص الحكم فى المأخوذ منه بمن يعتقد إمامة الجائر ؟

قال الفاضل القطيفى : «إنّ المراد بالجائر فى كلام الأصحاب مخصوص بمن له شبهة الإمامة ، وقد أُجيز لنا أن نعاملهم بمقتضى مذهبهم ، كما جاز ابتياع عوض الخمر من اليهود ،

١- (١) المكاسب ٢٣١/٢ .

٢- (٢) حاشية المكاسب ٢٤٢/١ .

٣- (٣) شرح القواعد ٣٤٧/١ .

٤- (٤) شرح القواعد ٣٤٧/١ .

٥- (٥) المكاسب ٢٢٧/٢ .

٦- (٦) مصباح الفقاهة ٥٤٣/١ .

٧- (٧) إرشاد الطالب ٣٦٣/١ .

وحينئذ إذا أخذ إمامهم منهم شيئاً فهو مباح بالنسبة إليه وإلى رعيته المعتقدين إمامته ، فيجوز ابتياعه وإن لم يكن مستحقّاً عندنا . . .»(١) .

وقد نقل المحقق الأردبيلى هذا عن الشيخ إبراهيم من دون ذكر إشكاله الظاهر فى قبوله ، قال : «وقد احتمل الشيخ إبراهيم فى النقض كون الجائر مخالفاً يظن إمامته وكذا المعطى»(٢) .

أقول : لا وجه لاختصاص الحكم بأنّ المأخوذ منه لا بدّ وأن يكون من المخالفين أو القائلين بإمامة الجائر بعد إطلاق النصوص والفتاوى كما مرّ منّا ، بل فى الروايات أخبار ظاهرها أنّ المأخوذ منه يكون مؤمناً :

منها : صحيحة أبى عبيدة الحذاء(٣) وصحيحة أبى بصير(٤) ومعتبرة السكونى(٥) وصحيحة عيص بن القاسم(٦) وصحيحة سليمان بن خالد(٧) وصحيحة أبى أُسامة(٨) وغيرها من الروايات .

وليس مدرك الحكم قاعدة الإلزام حتّى يقال :

أوّلاً : باختصاصها بالمخالف كما فى الإرث والنكاح والطلاق وجريانها فى بعض المعاملات .

ثانياً : بعدم تمامية دليلها بحيث يجرى فى أكثر أبواب الفقه بل له محالّ معينة وهى ما مرّت آنفاً .

١- (١) السراج الوهاج/ ١٢٤ المطبوع ضمن الخراجيات .
٢- (٢) الرسالة الأولى فى الخراج للأردبيلى/ ٢٤ المطبوعة ضمن الخراجيات .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢١٩/١٧ ح٥ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٦٠/١٩ ح٤ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٢.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٤ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢٥٣/٩ ح٦.

فالعمدة هنا أنّ مدرک التعميم إطلاقات النصوص والفتاوى ، بل ظهور بعض الروايات فى المؤمن وظهور بعضها الآخر فى الكافر ، نحو : حسنة إبراهيم بن ميمون(١) ، وليس مدركها قاعدة الإلزام حتّى يناقش فيها بالإشكالين . والبحث حول هذه القاعدة وتعميمها أو عدم تعميمها فى محلّها والحمد للّه .

السادس : ليس للخراج قدر معين

الخراج على ما تراضى السلطان ومستعمِل الأرض ، لأنّه طسق الأرض فمنوط برضاهما .

قال الشيخ : « . . والضرب الآخر من الأرضين ما أُخذ عَنْوة بالسيف ، فإنّها تكون للمسلمين بأجمعهم ، وكان على الإمام أن يُقَبِّلَها لِمَن يقومُ بعمارتها بما يراه من النصف أو الثلث أو الربع ، وكان على المتقبِّل إخراج ما قد قَبِلَ به من حقِّ الرقبة وفيما يبقى فى يده وخاصّةً العشر أو نصف العشر »(٢) .

وقال أيضاً فى مبسوطه : «إذا فُتح بلد من بلاد الحرب فلا يخلو من أن يفتح عنوةً أو صلحاً ، فإن فُتح عنوةً كانت الأرض المحياة . . . وأما الأرضون المحياة فهى للمسلمين قاطبةً وللإمام التصرف فيها بالتقبيل والضمان على ما نراه ، وارتفاعها يعود على المسلمين بأجمعهم وينصرف إلى مصالحهم الغانمين وغير الغانمين فيه سواء ، فأمّا الموات فإنّها لا تغنم ، وهى للإمام خاصةً ، فإن أحياها أحد من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها ويكون للإمام طَسْقها . . .»(٣) .

وقال العلامة فى التذكرة : «الأرض المأخوذ بالسيف عنوةً يُقبّلها الإمام لمن يقوم

١- (١) وسائل الشيعة ٥٧/١٩ ح٢ .

٢- (٢) النهاية/ ١٩٥ .

٣- (٣) المبسوط ٢٩/١ و ٢٨ .

بعمارتها بما يراه من النصف وغيره ، وعلى المتقبِّل إخراج مال القبالة وحق الرقبة ، وفيما يفضل فى يده إذا كان نصاباً العشر أو نصفه ، فلا يصحّ التصرف فى هذه الأرض بالبيع والشراء والوقف وغير ذلک ، وللإمام أن ينقله من متقبّلٍ إلى غيره إذا انقضت مدّة قبالته ، وله التصرف فيه بما يراه من مصلحة المسلمين . . .»(١) .

ونحوها فى المنتهى(٢) .

وقال أيضاً فى التحرير : «ما تُملک بالاستغنام ويؤخذ قهراً بالسيف فإنّها للمسلمين قاطبةً . . . ويقبّلها الإمام لمن يقوم بعمارتها بما يراه من النصف أو الثلث ، وعلى المتقبّل إخرج مال القبالة وحق الرقبة ، وفيما يفضل فى يده إذا كان نصاباً العشر أو نصف العشر . . .»(٣) .

يظهر من هذه العبارات أنّ الأمر فى الخراج بيد الإمام عليه السلام ، وحيث أنّه فى الواقع عالم بأمر رعيته ومملكته فلا بدّ له من لحاظ الطرفين ، وحيث أنّه عقد لابدّ من تعيّنه عندهما ، قال الفيض : «وقيل : يُشترط أن لا يزيد على المعتاد أخذه من عامة الناس فى ذلک الزمان ، وزاد آخرون إتفاق السلطان والعمال على القدر»(٤) .

وقال الشيخ الأعظم : «لو استعمل أحدٌ الأرض قبل تعيين الأُجرة تعيّن عليه أُجرة المثل ، وهى مضبوطة عند أهل الخبرة ، وأمّا قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه ، ونُسب ما ذكرناه إلى ظاهر الأصحاب»(٥) .

أقول : ما ذكره الفيض عن الآخرين من توافق السلطان والعمال على القدر وذكره الشيخ الأعظم بعنوان التراضى ، وقبلهما الفاضل المقداد يقول به فى التنقيح(٦) وتبعهم المحقق

ص: ٤٢٢

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٨٦/٩ مسألة ١٠٩ .

٢- (٢) منتهى المطالب ١٤ / ٢٥٥ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ١٦٩/٢ .

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ١٠/٣ .

٥- (٥) المكاسب ٢٣٤/٢ .

٦- (٦) التنقيح الرائع ١٩/٢.

النائينى وقال : «الأقوى كونه موقوفاً على تراضى السلطان والمأخوذ منه»(١) ، ....كلّ هذا غير تام ، لما ذكره الشهيد الثانى بأنّه بعيد الوجه والوقوع(٢) . ومراده قدس سره أنّ الأدلة لم يظهر منها الإتفاق ، بل فى جميعها أنّ أمره راجع إلى الإمام وأنّه عليه السلام يلاحظ الحقّين : حقّ المسلمين وبيت المال وحقّ الرعية بحيث يراعى الحقين .

نعم ، لا بدّ من التعيين ، ولو لم يعينه الإمام عليه السلام ينتقل إلى أُجرة المثل .

وتدلّ على أنّ الأمر بيد الإمام عليه السلام ما رواه حماد بن عيسى فى الصحيح عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام قال فى حديث : والأرضون التى أُخذت عنوة بخيل ورجال فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما يصالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحقِّ النصف أو الثلث أو الثلثين وعلى قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرّهم ، فإذا أخرج منها ما أخرج بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء أو سقى سيحاً ونصف العشر ممّا سقى بالدوالى والنواضح فأخذه الوالى فوجّهه فى الجهة التى وجّهها اللّه على ثمانية أسهم ، الحديث(٣) .

الرواية دلالتها على أنّ الأمر بيد الإمام وأنّه يصالحهم على قدر طاقتهم واضحة ولكن فى سندها إرسالٌ ، ولذا تعرف بمرسلة حماد الطويلة عند الفقهاء ، ولكن عمل المشهور على طبقها جابر لضعف سندها .

وكذلک تدلّ عليه صحيحة أحمد بن محمد بن أبى نصر البزنطى قال : ذكرت لأبى الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته ، فقال فى حديث : وما أُخذ بالسيف فذلک إلى الإمام يقبّله بالذى يرى كما صنع رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم بخيبر قبّل أرضها ونخلها ، والناس يقولون لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد ، وقد قبّل رسول اللّه عليه السلام خيبر وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر(٤) .

ص: ٤٢٣

١- (١) منية الطالب ٨٦/١ .

٢- (٢) المسالک ١٤٣/٣ .

٣- (٣) الكافى ٥٤١/١ ح٤ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١١١/١٥ ح٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥٨/١٥ ح٢ . الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو - ١٨٩/٩ ح٣ .

وكذا يدلّ عليه خبر صفوان بن يحيى والبزنطى(١) ودلالته بعين صحيحة البزنطى ولكن فى سنده ضعف بعلى بن أحمد بن أشيم لأنّه مجهول .

ثم قال الشيخ الأعظم قدس سره : «يُستفاد منه (أى من قول أبى الحسن فى مرسلة حماد الطويلة الماضية) أنّه إذا جعل عليهم من الخراج أو المقاسمة ما يضرّ بهم لم يجز ذلک كالذى يؤخذ من بعض مزارعى بعض بلادنا ، بحيث لا يختار الزارع الزراعة من كثرة الخراج فيجبرونه على الزراعة ، وحينئذ ففى حرمة كلّ ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما تضرّ الزيادة عليه ، وجهان»(٢) . ثم اختار الشيخ الأعظم القول بالتفصيل : بأنّ مستعمل الأرض لو كان مختاراً فى استعمالها بلا حرج عليه فى

تركها كان مقدار الخراج ما تراضيا عليه قليلاً كان أو كثيراً ، وإن كان لا بدّ له من استعمال الأرض - بأن كان تركها حرجاً عليه ، لأنّها كانت تلك الأرض مزرعة له مدّة سنين بحيث يتضرّر بالإرتحال عن تلك القرية إلى غيرها - ففيها يحكم بفساد المعاملة أو فساد الزائد(٣) .

ولكن قال قبله صاحب الجواهر : «وكيف كان فالخراج والمقاسمة ليس لهما مقدار معين فى الشرع ، بلا خلاف أجده فيه ، بل هو راجع إلى نظر الإمام عليه السلام على حسب ما تقتضيه مصلحة جميع المسلمين بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال التى تختلف معها الرغبات وغيرها من المنتفعين بالأرض أو بخراجها ، كما فعله أمير المؤمنين عليه السلام فى أيام خلافته . ثم ذكر مرسلة حماد الطويلة الماضية وقال : بل فى رسالة الكركى(٤) الإجماع على ذلك ، وحينئذ فالخراج مقاسمة كان أو غيره ، أُجرة الأرض على حسب مقتضى المصلحة الجامعة بين الطرفين .

وإلى ذلك يرجع ما قيل من أنّ الخراج ما ينص به الجائر قلَّ أو كثر ما لم يصل إلى حدِّ الظلم ، وحينئذ فمتى زاد الجائر على ذلك كان حراماً تناوله منه ، وإن سماه باسم الخراج ،

١- (١) وسائل الشيعة ١٥٧/١٥ ح١ - ١٨٨/٩ ح٢ .

٢- (٢) المكاسب ٢٣٥/٢ و٢٣٤ .

٣- (٣) المكاسب ٢٣٥/٢ .

٤- (٤) قاطعة اللجاج/ ٧١ المطبوعة ضمن الخراجيات .

ضرورة كونه ظلماً وإن كان هو حلالاً فى مذهبه ، وإن كان لا يُعتبر فيها الإتفاق بين السلطان والرعية على الأقوى ، خلافاً لما عن بعضهم(١) من اعتبار ذلك ، وهو بعيد الوجه والوقوع كما اعترف به فى ذلك المسالك(٢) وغيرها ، فما عن السيد العميد : «من أنّه يصح بشرط أن يأخذ الجائر بقدر ما يأخذ سلطان الحق لا أزيد إلاّ مع رضى المالك ، وإن زاد ولم يرض المالك حرم الجميع»(٣) . إن

أراد به القول المزبور [أى لزوم الإتفاق] كان واضح الضعف ، وإلاّ فهو راجع إلى ما قلناه ، غير أن قوله أخيراً « حرم الجميع » فيه ما لا يخفى»(٤) .

وتبعه الفقيه اليزدى فى عدم حرمة الجميع وقال : «والأولى أن يقال : إنّ المحرَّم المقدار الزائد على أُجرة المثل ، لأنّ المعاملة باطلة من جهة عدم رضاهم بها ، فيكون كما لو استعملوها قبل تعيّن الأُجرة ، ومن ذلک يظهر حكم ما إذا كانوا مجبورين على الزراعة مع جعله عليهم ما لا يضرّ بهم ، فإنّ فى هذه الصورة أيضاً يتعين عليهم أُجرة المثل ويكون الزائد عليها حراماً وإن لم يكن مضرّاً بهم»(٥) .

وذهب شيخنا الأُستاذ – مد ظله – إلى «بطلان المعاملة فى الصورتين ، فإن السلطان وعماله ليست لهم ولاية التصرف فى تلک الأراضى بما يكون فيه إضرار بالمسلمين . . . وأمّا احتمال بطلانها بالإضافة إلى المقدار الزائد فضعيف ، فإنّ التبعيض فى المعاملة بحسب صحتها يختص بموارد انحلالها ، كما إذا باع شيئين بصفقة واحدة أو آجر العين مدّة ، فإنّ انحلال البيع بالإضافة إلى كلٍّ منهما وانحلال الإجارة بحسب أبعاض المدّة صحيح . وأمّا انحلالهما بالإضافة إلى بعض الثمن أو بعض الأجرة – بأن تتم المعاملة ويقع تمام المبيع بإزاء بعض الثمن أو تمام المدّة بإزاء بعض الأُجرة – فهذا ليس من انحلال المعاملة . وعلى ذلک يبتنى الحكم ببطلان البيع الربوى وعدم اختصاص البطلان بالمقدار الزائد . . . بخلاف الربا فى باب القرض ، فإنّه لا

١- (١) ذكر القول بالاعتبار الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ١٩/٢ .

٢- (٢) المسالک ١٤٣/٣ .

٣- (٣) نقل السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٨٩/١٣ عن السيد عميد الدين .

٤- (٤) الجواهر ١٩٩/٢٢ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ١/٢٤٣ .

يوجب بطلان عقد القرض ، فإنّ القرض والاقتراض فى حقيقتهما تمليک المال وتملكه بالضمان ، ومعنى الضمان اشتغال الذمة بمثل ذلک المال فى المثليات وبقيمته فى القيميات ، فالزيادة تكون شرطاً فيهما . وبما أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل العقد يصح القرض والاقتراض ويبطل الشرط . . .»(١) .

أقول : نعم ، المعاملة فى الصورتين تكون باطلة لعين ما ذكره الأُستاذ - مد ظله - ولكن ذمّة العامل فيهما مشغولة بأُجرة المثل ، لأنّ الأرض للمسلمين وحيث انتفت أُجرة المسمى ببطلان المعاملة ينتقل إلى أُجرة المثل لئلا تبطل حقوقهم . كما ذهب إليه الفقيه اليزدى فيما نقلناه من كلامه قدس سره .

ولعله يؤيد ما ذكرناه بعض الروايات ، منها : معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمى أو موثقته قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل إكترى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون ، وإنّما يقبّلها السلطان بعجز أهلها أو غير عجز ؟ فقال : إذا عجز أربابها عنها فلک أن تأخذها إلاّ أن يضارّوا ، وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفسهم بها لكم فخذوها ، الحديث(٢) .

تدلّ الرواية على جواز تقبّل الأرض من السلطان إذا عجز أهلها عن إعطاء الخراج ، إلاّ أن يجعل عليهم خراجاً كثيراً بحيث يتضرّرون فحينئذ لا يجوز أخذ أرضهم من السلطان ، لبطلان جعل الخراج وعدم صدق العجز ، فإذاً إن أراد التقبّل يجب على المتقبِل إعطاء شىء لهم لترضى نفوسهم على تحويل الأرض له .

هذا تمام الكلام فى التنبيه السادس والحمد للّه .

السابع : هل يشترط أخذها من الجائر بالاستحقاق ؟

قال المحقق الكركى : «قد عرفت أنّ الخراج والمقاسمة والزكاة مأخوذة بأمر الجائر أو نائبه حلال تناولها ، فهل تكون حلالاً للآخذ مطلقاً حتى لو لم يكن مستحقّاً للزكاة ولاذا

ص: ٤٢٦

١- (١) إرشاد الطالب ٣٦٦/١ و٣٦٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥٩/١٥ ح٤ . الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو .

نصيب فى بيت المال حين وجود الإمام عليه السلام ؟ أم إنّما يكون حلالاً بشرط الاستحقاق ، حتّى أنّ غير مستحق يجب عليه صرف ذلك إلى مستحقيه ؟ إطلاق الأخبار وكلام الأصحاب يقتضى الأوّل ، وتعليلاتهم بأنّ للآخذ نصيباً فى بيت المال ، وأنّ هذا الحق للّه تعالى يُشعر بالثانى .

وللتوقف فيه مجال ، وإن كان ظاهر كلامهم هو الأوّل ، لأنّ رفع الضرورة لا يكون إلاّ بالحلّ مطلقاً»(١) .

وقال فى جامع المقاصد : «وهل يجوز أخذ الزكاة من الجائر لكلّ أحدٍ وإن كان غنّياً ؟ ظاهر الأخبار والعبارات الإطلاق »(٢) .

وقال ثانى الشهيدين : «ولكن يُشترط هنا (أى فى الزكاة) أن لا يأخذ الجائر زيادةً عن الواجب شرعاً فى مذهبه ، وأن يكون صرفه لها على وجهها المعتبر عندهم ، بحيث لا يعدّ عندهم غاصباً ، إذ يمتنع الأخذ منه عندهم أيضاً . ويحتمل الجواز مطلقاً نظراً إلى إطلاق النص والفتوى . ويجىء مثله فى المقاسمة والخراج ، لأنّ مصرفهما بيت المال ، وله أرباب مخصوصون عندهم أيضاً»(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : «وبعد القول بالجواز (أى جواز أخذ الزكاة والخراج من الجائر) يمكن جواز أخذ الزكاة للفقراء والمستحقين منه لا غير ، وأنّ الظاهر أنّه يبرأ ذمّة المالك . . .»(٤) .

وقال الفاضل النراقى : «ويقتصر فى الأخذ بدون الشراء على مَن يستحقّه»(٥) .

أقول : على القاعدة الأوّلية أخذ الزكاة فى غالب مواردها يحتاج إلى الإستحقاق وأخذ الخراج يحتاج إلى المصلحة للمسلمين ، ولكن الإطلاقات الواردة فى حلّ جوائز السلطان

١- (١) قاطعة اللجاج/ ٨٩ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤٥/٤ .

٣- (٣) المسالک ١٤٣/٣ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٧/٨ .

٥- (٥) مستند الشيعة ٢٠٤/١٤ .

تشمل المقام ، نحو : صحيحة أبى ولاّد(١) وصحيحة أبى المغرا(٢) وحسنة أو صحيحة محمد بن مسلم وزرارة(٣) وخبر محمد بن هشام أو غيره(٤) ، وخبر عمر أخى عذافر(٥) وصحيحة محمد بن عيسى(٦) .

لأنّ ما يُجمع فى بيت المال فى ذاک الزمان ليس سوى الخراج والمقاسمة والزكاة والجزية ، وربّما يضاف إليها بعض الغنائم ونحوها .

وعلى هذا يجوز للآخذ أخذ جوائز الظالم إذا لم يعلم أنّه من أىّ شىءٍ أعطاه ، ومع علمه لو أعطاه من الخراج فلا بأس بأخذه لأنّه للمسلمين ومصالحهم وهو أحدهم ، ولو أعطاه من الزكاة ولم يكن الآخذ من مصارفها الثمانية ، الحكم بجواز التصرف فيها بهذه الإطلاقات مشكل . نعم يجوز له الأخذ وإيصاله إلى مصرفه الخاص ، واللّه العالم .

فظهر ممّا ذكرنا مواقع النظر فى كلام المحقق النائينى حيث يقول : «فإنّ الزكاة وإن كان لها مصرف خاص ولا تدخل فى مصالح المسلمين إلاّ بعض مصارفها إلاّ أنّ مقتضى النصوص دخولها فى الخراج والمقاسمة حكماً ، وهذا لا إشكال فيه»(٧) ، وقال أيضاً : «عدم اختصاص جواز الأخذ بمن كان مستحقّاً له ، أو كان مصرفاً له فإنّ بعض الأخبار وإن كان ظاهره الاختصاص . . . إلاَّ أن ظاهر جملة من الأخبار الإطلاق . . . .»(٨) . وتبعه شيخنا الأُستاذ(٩) وبعض المعاصرين(١٠) - مد ظلهما - .

١- (١) وسائل الشيعة ٢١٣/١٧ ح١ . الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١٣/١٧ ح٢.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢١٤/١٧ ح٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢١٤/١٧ ح٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢١٥/١٧ ح٨ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢١٨/١٧ ح١٦ .

٧- (٧) منية الطالب ٨٥/١ .

٨- (٨) منية الطالب ٨٢/١ .

٩- (٩) إرشاد الطالب ٣٦٨/١ .

١٠- (١٠) عمدة المطالب ٥٢٤/١ .

الثامن : هل يجوز للجائر إقطاع شخص خاص من الأراضى الخراجية ؟

الأراضى الخراجية كانت ملكاً للمسلمين وللإمام عليه السلام أن يتصرف فيها بما هو رئيس المسلمين ، يعطيها للغير ويأخذ منهم الخراج ويصرفه فى مصالح المسلمين وسدّ خلاّتهم . وأمّا

الجائر لم يكن ولى الأمر فى زمن الغيبة ولم يكن مأذوناً من قبل الإمام عليه السلام ، فتصرفاته فى الأراضى الخراجية غير نافذة . فيحرم عليه التصرف وضعاً وتكليفاً .

وأجاز الأئمة عليهم السلام تسهيلاً للأمر على المكلّفين أخذ الخراج والزكاة منه بلا عوض أو مع العوض .

وكذا يظهر من الروايات إجازتهم بشراء الأراضى الخراجية من أصحابها أو المسلّطين عليها فعلياً وينتقل إليه الخراج منهم ، وكذا أخذها من الجائر مع إعطاء الخراج .

تدلّ على ماذهبنا إليه عدّة من الروايات :

منها : موثقة محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال : ليس به بأس ، الحديث(١) .

ومنها : موثقة أُخرى له ولعمر بن حنظلة – عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سألته عن ذلک ؟ فقال : لا بأس بشرائها ، فإنّها إذا كانت بمنزلتها فى أيديهم تؤدى عنها كما يؤدّى عنها(٢) .

ومنها : حسنة إبراهيم بن أبى زياد – الكرخى – قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية ؟ قال : فقال : إشترها ، فإنّ لک من الحق ما هو أكثر من ذلک(٣) .

ومنها : خبر أبى بُرْدَة بن رجَا قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : كيف ترى فى شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلک ؟! هى أرض المسلمين . قال : قلت : يبيعهاالذى هو فى يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال : لا بأس ، إشترى حقّه منها ويحول حقّ المسلمين عليه ،

١- (١) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥ ح٢ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥ ح٣ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥ ح٤ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .

ولعلّه يكون أقوى عليها وأملأ بخراجهم منه(١) .

ولذا قال الشهيد الثانى : «ولو أقطع الجائر أرضاً ممّا تقسّم أو تخرّج أو عاوض عليهما ، فهو تسليط منه عليهما ، فيجوز للمقطَع أو المعاوِض أخذهما من الزارع والمالک كما يجوز إحالته عليه»(٢) .

وقد اعترف بجواز التصرف الفقيه العاملى فى مفتاح الكرامة ونسبه فى الظاهر إلى المعظم ، قال قدس سره : «وإنّ من صار فى يده شىء من الخراج أو أقطعه الجائر أرضاً وكان مصلحة للمسلمين كالقاضى والغازى والمشتغل فى طلب العلم لتحصيل الاجتهاد جاز له الاستبداد به من دون كراهية ، وأمّا مَن سوى ذلک فالأولى له مشاركة بعض إخوانه ، وإن كان مجتهداً مستغنياً عنه وجب عليه صرفه فى مصالح المسلمين على الظاهر ، ويصحّ له الاستبداد به عند المعظم على الظاهر»(٣) .

أقول : يتمّ ما ذكرناه من النسبة إذا أرجع الضمير فى «ويصح له» فى آخر كلامه إلى من «صار فى يده شىء من الخراج أو أقطعه الجائر أرضاً» ولكن إذا أرجع إلى المجتهد - كما هو ظاهر عبارته - فلا يتم ، ولكن حينئذٍ لا وجه لتقييده بالمستغنى ، فتأمل .

التاسع : إذا أخذ الجائر الزكاة فهل يجزى عن المأخوذ منه ؟

بالنسبة إلى الخراج كأنه لا خلاف فى الإجزاء إذا أخذها الجائر ، وإنّما الخلاف وقع بالنسبة إلى الزكاة ، قال المحقق الثانى : «وهل تبرأ ذمّة المالک من إخراج الزكاة مرّة أُخرى ؟ يلوح من تجويز الأخذ والتعليل بكون دفع ذلک حقّاً واجباً على المالک ، ذلک كما فى الخراج والمقاسمة بلا فرق ، فتعتبر هاهنا النيّة كما يُعتبر فى إخراج مطلق الزكاة . ويُحتمل العدم ، لأنّ الجائر ليس نائب الفقراء ، فتتعذر النيّة ، ولا يصح الإخراج بدونها»(٤) .

١- (١) وسائل الشيعة ١٥/١٥٥ ح١ .

٢- (٢) المسالک ٣/١٤٣ .

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٣/١٠٠ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤/٤٥ .

والشهيد الثانی نقل الاحتمالين فی كلام الكركی ثمَّ اختار عدم الإجزاء ، قال : « وهل تبرأ ذمّة المالک من إخراج الزكاة مرةً أُخرى ؟ يحتمله كما فی الخراج والمقاسمة ، مع أنّ حقّ الأرض واجب لمستحق مخصوص ، وللتعليل بكون دفع ذلک حقّاً واجباً عليه وعدمه ، لأنّ الجائر ليس نائب المستحقين فيتعذّر النيّة ، ولا يصح الإخراج بدونها . وعلى الأوّل تُعتبر النيّة عند الدفع إليه كما تعتبر فی سائر الزكوات . والأقوى عدم الإجتزاء بذلک ، بل غايته سقوط الزكاة عمّا يأخذه إذا لم يفرّط فيه ، ووجوب دفعه إليه أعمّ من كونه على وجه الزكاة أو المضی معهم فی أحكامهم والتحرز على الضرر بمباينتهم »(١) .

ولكن المحقق الأردبيلی مع خلافه مع القوم فی أصل البحث ذهب إلى الإجزاء فی الزكاة ، قال : «وإنّ الظاهر أنّه يبرأ ذمّة المالک . . . . ويؤيده الأخبار »(٢) . ثم ذكر روايات الباب .

وقال صاحب الحدائق : «والأظهر فی وجه الجمع ، إنّما هو حمل ما دلّ على الإجزاء على عدم التمكن من إنكارها ومنعها وإنّما تؤخذ منه قهراً ، وما دلّ على العدم على مَن تمكن من عدم الدفع ودفعها لهم اختياراً ، كما تدلّ عليه صحيحة العيص المذكورة ، واللّه العالم»(٣) .

وقال سيد الرياض : «ثم إنّ فی سقوط الزكاة بأخذ الحاكم لها قولين : للأوّل ظواهر الصحاح المستفيضة . . . بل يُستفاد من كثير من المعتبرة وفيها الصحيح وغيره جواز إحتساب ما يأخذه باسم الخراج مكان الزكاة(٤) ، إلاّ أن ظاهر الأصحاب الإطباق على ردّها ، بل عليه إجماعنا عن

المنتهى(٥) ، فتكون ، شاذّة ومع ذلک محتملة للتقية ، فقد حكى القول بمضمونها عن أبى حنيفة(٦) .

١- (١) المسالک ١٤٣/٣ .

٢- (٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠٨/٨ و١٠٧ وكذا فى مجمع الفائدة ١١٦/٤ حمل صحيحة الشحام على الإعطاء للجائر اختياراً .

٣- (٣) الحدائق ٢٦٠/١٨ وراجع أيضاً الحدائق ١٢٩/١٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥٣/٩ ح٥ .

٥- (٥) منتهى المطلب ٥٠٠/١ من الطبع الحجرى (٢١٠/٨ من الطبعة الحديثة) .

٦- (٦) حكاه عنه ابن قدامة فى المغنى ٥٨٧/٢ والمحدث البحرانى فى الحدائق ١٢٩/١٢ .

وللثانى : الأصل والعمومات وخصوص الصحيح . . . ويخصّ الأوّلان بما مرّ و يحمل الثالث لقصوره عن مقاومته على الاستحباب تارة كما عن الشيخ(١) وعلى الإعطاء اختياراً أُخرى كما ذكره جماعة من أصحابنا(٢) . وفيهما بُعدٌ ، سيما الثانى جدّاً ، لمكان التعليل بالظلم ، فالعمل به أحوط»(٣) .

وذهب الشيخ جعفر إلى عدم الإجزاء وقال : «والأقوى عدم سقوط حقّ الزكاة لو أخذها ، لكنّه يحتسب ما بقى بعد أخذها فيزكّى و إن نقص عن النصاب بعده»(٤) .

وتبعه تلميذه السيد جواد العاملى وحمل الصحاح الثلاث على أنّها شاذة أو فيها تقية ، ثمّ قال : «ويؤيّد صحيحة الشحام الأصل والعموم ، وحملها على الاستحباب تارة كما عن الشيخ وعلى الإعطاء اختياراً كما ذكره جماعة بعيد جدّاً»(٥) .

والفاضل النراقى(٦) ذهب إلى عدم الإجزاء مع التمكن من عدم الدفع والإجزاء فى صورة عدم التمكن .

وصاحب الجواهر أيضاً ذهب إلى الإجزاء(٧) مطلقاً .

وذهب إلى الإجزاء أيضاً المحقق النائينى حيث يقول : «خروج من أُخذ منه الزكاة والخراج عن عهدة ما يجب عليه إذا لم يتمكّن من دفعه إلى مستحقه وصرفه فى مصالح المسلمين »(٨) .

أقول : القائل بعدم الإجزاء هو الشهيد الثانى ، وتبعه الشيخ جعفر تلميذه والسيد

١- (١) راجع الاستبصار ٢٧/٢ والتهذيب ٤٠/٤ ذيل ح١٣ .

٢- (٢) كما مرّ عن مجمع الفائدة ١١٦/٤ والحدائق ١٢٩/١٢ و٢٦٠/١٨ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨/(٢٠١ - ١٩٩) .

٤- (٤) شرح القواعد ٣٤٧/١ .

٥- (٥) مفتاح الكرامة ٣٤٢/١١ .

٦- (٦) راجع تفصيل كلامه فى مستند الشيعة ٢٠٥/١٤ و٢٠٤ .

٧- (٧) الجواهر ٢٠٣/٢٢ و٢٠٢ .

٨- (٨) منية الطالب ٨٢/١ .

العاملى ، والقائل بالإجزاء هو المحقق الأردبيلى وتبعه أصحاب الحدائق والمستند(١) والجواهر والمنية .

والكركى ذكر الاحتمالين فقط من دون اختيار ، وجعل سيد الرياض القول بعدم الإجزاء هو الأحوط ، هذا حصيلة الأقوال فى المقام .

وقد سبق عدم جواز إعطائهم اختياراً ، وأمّا ما أخذوه ظلماً وجوراً من الزكاة تدلّ على إجزائه عن الزكاة عدّة من الروايات :

منها : صحيحة عيص بن القاسم(٢) الماضية .

ومنها : صحيحة سليمان بن خالد(٣) الماضية أيضاً .

ومنها : صحيحة عبيد اللّه بن على الحلبى قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن صدقة المال يأخذه السلطان ؟ فقال : لا آمرک أن تعيد(٤) .

يُستشم من هذه الصحيحة استحباب الإعادة لا وجوبها .

ومنها : مرسلة الصدوق قال : سُئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يأخذ منه هؤلاء زكاة ماله أو خمس غنيمته أو خمس ما يخرج له من المعادن ، أيحسب ذلک له فى زكاته وخمسه ؟ فقال : نعم(٥) .

وفى قبال هذه الروايات صحيحة أبى أسامة زيد الشحام قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : جعلت فداک ، إنّ هؤلاء المصدّقين يأتونا ويأخذون منّا الصدقة فنعطيهم إيّاها أتجزى عنّا ؟

١- (١) قد ذكرنا صاحبى الحدائق والمستند من القائلين بالإجزاء مطلقاً مع أنّهما ذكرا الإجزاء فى صورة عدم التمكن من عدم الدفع إلى الظالم ، وهما يقولان بعدم الإجزاء فى صورة التمكن من عدم الدفع إلى الظالم ، لأنه قد مرّ منّا سابقاً عدم جواز إعطاء الزكاة والخراج والمقاسمة إلى الظالم إذا تمكن من عدم دفعه إليه ، وحينئذ لو دفعه لم يجزئ عند الكل ، والكلام يقع فى صورة عدم التمكن من عدم الدفع .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٣ . الباب ٢٠ من أبواب المستحقين للزكاة .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥٢/٩ ح٤ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥٣/٩ ح٥ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥٤/٩ ح٧ .

فقال : لا ، إنّما هؤلاء قوم غصبوكم ، أو قال : ظلموكم أموالكم ، وإنّما الصدقة لأهلها(١) .

حمل هذه الصحيحة على الإعطاء اختياراً بعيدٌ ، لوجود كلمة « الغصب » أو « الظلم » الموجودة فيها ، فلا بدّ من حملها على الاستحباب جمعاً بينها وبين غيرها ، فحينئذ إعادة الزكاة بعد أخذها بتوسط الظالم مستحبة .

فرع آخر يرتبط بالمقام : هل فى الأرض الخراجية زكاة ؟

بعد ما أخذ السلطان خراج الأرض هل على الزارع إخراج زكاته إن بلغ إلى حدِّ النصاب سهمه ؟ أم لا ، ويكفى إعطاء الخراج عن الزكاة ؟ .

قال العلامة فى المنتهى : «خراج الأرض يخرج وسطاً ثم يزكّى ما بقى إن بلغ نصاباً ، إذا كان المالك مسلِّماً ، وهو مذهب علمائنا وأكثر الجمهور .

وقال أبو حنيفة : لا زكاة فى الأرض الخراجية .

لنا : قوله تعالى : «وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنْ الأَرْضِ»(٢) .

وما رواه الجمهور عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : فيما سقت السماء العشر(٣) . وذلك عام - ثم ذكر الروايتين من طريقنا - وقال : ولأنّهما حقّان مختلفان لمستحقّين متغايرين يجوز وجوب كلّ واحد منهما على المسلم ، فجاز اجتماعهما كالكفارة والقيمة فى الصيد المملوك . . .»(٤) .

هذه المسألة هى التى تعرض لها ولكلام العلامة فيها صاحبا الرياض(٥) والمفتاح(٦) ، وتدلّ على لزوم إخراج الزكاة بعد إعطاء الخراج إن بلغ نصيبه إلى النصاب عدّة من الروايات :

منها : صحيحة أبى بصير ومحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قالا له : هذه الأرض التى يزارع أهلها ما ترى فيها ؟ فقال : كلّ أرض دفعها إليک السلطان فما حرثته فيها فعليک ممّا

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥٣/٩ ح٦ .

٢- (٢) سورة البقرة/ ٢٦٧ .

٣- (٣) صحيح البخارى ١٥٥/٢ ، سنن أبى داود ١٠٨/٢ ح١٥٩٦ وغيرهما .

٤- (٤) منتهى المطلب ٨ / (٢١٣ - ٢١٠) .

٥- (٥) رياض المسائل ٢٠٠/٨ .

٦- (٦) مفتاح الكرامة ٣٤٢/١١ .

أخرج اللّه منها الذى قاطعک عليه ، وليس على جميع ما أخرج اللّه منها العشر ، إنّما عليک العشر فيما يحصل فى يدک بعد مقاسمته لک(١) .

ومنها : خبر صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبى نصر قالا : ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته ، فقال فى حديث : وعلى المتقبّلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر فى حصصهم . . . ، الحديث(٢) .

ومنها : صحيحة البزنطى - فى حديث - قال : ذكرت لأبى الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته ، فقال : ما أُخذ بالسيف فذلک إلى الإمام يقبّله بالذى يرى ، وقد قبّل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم خيبر ، وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر(٣) .

«واو» العاطفة تدلّ على أنّ بعد وجه قبالة الأرض ، لابدّ للزارع من إخراج العشر ونصف العشر وهى الزكاة ، والعطف علامة التعدد والتغاير .

وفى قبال هذه الروايات عدّة أُخرى منها تدلّ على كفاية إخراج الخراج عن الزكاة :

منها : صحيحة محمد بن مسلم قال : سألته عن الرجل يتكارى الأرض من السلطان بالثلث أو النصف ، هل عليه فى حصّته زكاة ؟ قال : لا ، الحديث(٤) .

ومنها : صحيحة رفاعة بن موسى(٥) .

ومنها : خبر أبى كَهْمَس(٦) .

ومنها : خبر سهل بن اليسع(٧) . الماضيات .

ومنها : مرسلة عبد اللّه بن بكير عن أحدهما قال فى زكاة الأرض : إذا قبّلها النبى أو

١- (١) وسائل الشيعة ١٨٨/٩ ح١ ، الباب ٧ من أبواب زكاة الغلاّت .
٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨٨/٩ ح٢ - ١٥٧/١٥ ح١ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨٩/٩ ح٣ - ١٥٨/١٥ ح٢ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩٠/٩ ح٥ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩٣/٩ ح٢ . الباب ١٠ من أبواب زكاة الغلات .
٦- (٦) وسائل الشيعة ١٩٣/٩ ح٣ .
٧- (٧) وسائل الشيعة ١٩٢/٩ ح١ .

الإمام بالنصف أو الثلث أو الربع فزكاتها عليها ، وليس على المتقبّل زكاة إلاّ أن يشترط صاحب الأرض أنّ الزكاة على المتقبّل ، فإن اشترط فإنّ الزكاة عليهم وليس على أهل الأرض اليوم زكاة إلاّ على من كان فى يده شيء ممّا أقطعه الرسول صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

وهذه الطائفة الأخيرة أعرض عنها الأصحاب ، لما قد عرفت من العلاّمة قدس سره أنّ الإخراج للزكاة بعد الخراج إن بلغ إلى حد النصاب «هو مذهب علمائنا»(٢) وإعراضهم يوجب الوهن فيها .

ويمكن حملها على أنه لم يجب عليه الزكاة فى جميع ما خرج من الأرض ، وإن كان يلزمه زكاة ما يحصل فى يده بعد الخراج إن بلغ حدّ النصاب ، كما حملها الشيخ هكذا فى التهذيب(٣) والعلاّمة فى المنتهى(٤) .

ويمكن حملها على عدم بلوغ الباقى فى يده إلى حدّ النصاب ، كما قاله الشيخ الحر العاملى(٥) .

وأمّا ما ورد فى ذيل الخبر الأخير من قوله عليه السلام : «وليس على أهل الأرض اليوم زكاة» ، حملها الشيخ فى التهذيب على أنّ الإمام عليه السلام «رخّص اليوم لمن وجبت عليه الزكاة وأخذ منه السلطان الجائر أن يحتسب به من الزكاة وإن كان الأفضل إخراجه ثانياً»(٦) . وإلاّ فلا يمكن الأخذ به لمخالفته مع الكتاب بالتباين ، ويلزم منه تعطيل حكم الزكاة الذى لم يتفوه به أحدٌ ، واللّه العالم .

العاشر : مَن الوالى على الخراج فى عصر الغيبة ؟

الولاية على الأراضى الخراجية فى زمن الحضور للإمام صلى الله عليه و آله وسلم بلا كلام ، وفى عصر

١- (١) وسائل الشيعة ١٨٩/٩ ح٤ .
٢- (٢) منتهى المطلب ٢١٠/٨.
٣- (٣) التهذيب ٣٩/٤ ذيل ح٩ .
٤- (٤) منتهى المطلب ٢١٣/٨ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩٠/٩ .
٦- (٦) التهذيب ٣٩/٤ .

الغيبة للفقيه الجامع لشرائط الإفتاء إن كان متمكناً وله بسط يدٍ ، ولذا قال المحقق السبزوارى : « وإذا تمكن الحاكم الشرعى من التصرف فيه فالظاهر جواز ذلک له ، والأحوط أن يستأذن الحاكم الشرعى فيما يعطيه الجائر إنّ تمكّن من ذلک »(١) .

وقال قبله المحقق الكركى فى رسالته قاطعة اللجاج : «فإن قلت : فهل يجوز أن يتولّى من له النيابة حال الغيبة ذلک ، أعنى الفقيه الجامع للشرائط ؟

قلنا : لا نعرف للأصحاب فى ذلک تصريحاً ، ولكن مَن جوّز للفقهاء - فى حال الغيبة - تولّى استيفاء الحدود وغير ذلک من توابع منصب الإمامة ينبغى تجويزه لهذا بطريق أُولى ، لأنّ هذا أقلّ خطراً ، لا سيّما والمستحقّون لذلک موجودون فى كلّ عصر ، إذ ليس هذا الحقّ مقصوراً على الغزاة والمجاهدين كما يأتى ، ومن تأمّل فى كثير من أحوال الكبراء من علمائنا السالفين مثل السيد الشريف علم الهدى ، وأعلم المحققين من المتقدمين والمتأخرين نصير الحقّ والدين الطوسى ، وبحر العلوم مفتى العراق جمال الملّة والدين الحسن بن مطهر وغيرهم - رضوان اللّه عليهم - نظر متأمِّلٍ منصفٍ لم يعترضه الشک فى أنّهم كانوا يسلكون هذا المنهج ويفتحون هذا السبيل ، وما كانوا ليودعوا بطون كتبهم إلاّ ما يعتقدون صحته»(٢) .

وأيَّد صاحب الجواهر كلامه وقال : «قلت : قد عرفتَ أنّه لا ينبغى الشک فى الحكم المزبور ، فله حينئذ تسليم الخراج له إذا لم تكن تقيّة تنافيه ، بل الظاهر تعميمه لعدم ثبوت الإذن فى التسليم للجائر فى هذا الحال . . .»(٣) .

أقول : يظهر أنّ الولاية على الخراج فى عصر الغيبة للفقيه ، والعجب من الشيخ جعفر حيث يقول : « . . . ومع عدم السلطان الجائر فالمرجع إلى الفقيه المأمون فيما يتعلّق بأمور المسلمين ، والقول بجواز أخذ الجميع للمؤمنين فيما يكتسبونه بزراعتهم عند عدم تسلّط الجائر

١- (١) الكفاية ٣٩٤/١ .

٢- (٢) قاطعة اللجاج/ ٧٤ المطبوعة ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الجواهر ١٩٦/٢٢ .

هو الأقوى . . . لظاهر الأخبار»(١) .

وكذا قال فيه : « وأمّا مع غيبة الإمام العادل وفقد سلطان الجور أو ضعفه عن التسلط - فلم يبق له سوى اسم إكتسبه بالنسب كسلطان الهند - فالرجوع إلى النائب العام من علماء آل محمد عليهم السلام ويلزم تسليم الخراج إليهم على الترتيب المذكور ، ومع فقد الجميع فللمسلمين أن يتصرفوا فى الأرض . . . »(٢) .

وقد علّق عليه تلميذه صاحب الجواهر بقوله : «وظاهره ترتب ولاية الفقيه على عدم السلطان الجائر ، كما أنّ ظاهره سقوط الخراج عن المؤمنين حينئذ ، وفيهما معاً منع واضح ، وإن كان ربّما يشهد للثانى فى الجملة نصوص التحليل(٣) ، وما ورد أيضاً(٤) من أنّ الأرض كلّها لنا وأنّه قد أبحنا ذلک لشيعتنا إلى ظهور قائمنا ، فيأخذ طَسْقها من الشيعة ويتركها فى أيديهم ، كما أنّه يأخذ الأرض جميعاً

من أيدى أعدائهم . إلاّ أنّ ذلک مطّرح عند الأصحاب بالنسبة إلى ذلک ، وربّما كان المراد منها خصوص الموات الذى هو لهم من الأنفال أو غير ذلک دون الأراضى الخراجية التى للمسلمين ، فإنّ خراجها غير ساقط عمّن انتفع بها ، ولذا جاز تناوله من يد الجائر ، فإن قضت التقية بتسليمه للجائر دفعه إليه وبرئت ذمّته وإلاّ دفعه إلى حاكم الشرع صرفه فى مصارفه . ودعوى عدم الولاية لحاكم الشرع مع السلطان الجائر - وإن لم تقض التقية بالدفع إليه - واضحة المنع كما عرفته فيما تقدّم ، مضافاً إلى أنّه لا شک فى أنّ للإمام حال قصور يده ذلک ، كما صُرّح به فى بعض النصوص ، وكلّما كان له صار لنائبه المنصوب من

١- (١) شرح القواعد ٣٤٦/١ .

٢- (٢) شرح القواعد ٢٠١/٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩/ ٥٤٣ . الباب ٤ من أبواب الأنفال .

٤- (٤) الكافى ٤٠٧/١ ح١ معتبرة أبى خالد الكابلى ، وهى مروية مكررة فى الكافى ٢٧٩/٥ ح٥ أيضاً ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥ ح٢ ، والرواية تدلّ على لزوم الخراج فى عصر الغيبة ، ولكن تدل على التحليل صحيحة عمر بن يزيد المروية فى الكافى ٤٠٨/١ ح٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥٤٨/٩ ح١٢ .

قبله»(١) .

وما ذكره صاحب الجواهر تام عندنا فى الجملة .

الحادى عشر : شرائط الأراضى الخراجية

اشارة

إنما ثبتت الأراضى الخراجية بأُمور ثلاثة :

الأوّل : أن تكون الأرض مفتوحة عنوة أو صُلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين أو من الأنفال

اشارة

(٢)

وهذه العناوين للأرض تثبت بالعلم والبيّنة ولو كانت من قبيل الشهادة على الشهادة والشياع الموجب للعلم ، ويمكن أن يلحق به الشياع المفيد للظنّ المتآخم للعلم المعبَّر عنه بالإطمئنان ، بناءً على كفاية الأخير فى كلّ ما يعسر إقامة البيّنة عليه كالنسب والوقف والملك المطلق ونحوها ، أو على القول بحجيته مطلقاً ، لأنّه علمٌ عاديٌّ . وأمّا ثبوتها بخبر العدل الواحد أو غيره من الأمارات الظنية حتّى قول من يوثق به من المؤرّخين فمحلّ منع ، والأصل عدم الفتح عَنْوة وعدم تملّك المسلمين .

نعم ، الأصل عدم تملّك غيرهم أيضاً ، وبذلك يدخل فى الأنفال ، وقد ألحقناها بالأراضى الخراجية فى الحكم ، ويأتى بحث الخراج فيه .

وأمّا ثبوت الفتح عنوة بالسيرة وحمل فعل الجائر على الصحة أيضاً لا يتم ، لأن المراد بها إن كانت سيرة الظالمين فلا يفيد شيئاً ، لأنّهم لا يقيدون بالشريعة ، وإن كانت سيرة الفقهاء على معاملة جملة من الأراضى الخراجية فى الجملة وإن كانت صحيحة ولكن لا تفيد شيئاً ، لأنّها ثبتت فى الجملة ، مع أنّ إثبات الصغرى حينئذٍ مشكلٌ جدّاً .

وحمل فعل الجائر على الصحة أيضاً لا يتم ، لأنّ أصالة الصحة تجرى فى حق الغير إذا كان الفاعل يحتمل فى حقّه الصحة ، ولكن هذا الاحتمال فى حقّ الجائرين منفىٌ كما هو واضح .

١- (١) الجواهر ١٩٧/٢٢ .
٢- (٢) على المختار فى الأخير كما مرّ فى التنبيه الثالث من هذه التنبيهات .

ثم يقع الكلام فى صغرى البحث ، وهى تعيين الأراضى التى فتحت عَنْوة من غيرها :

قال الشيخ : «ظاهر المذهب أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم فتح مكة عَنْوة بالسيف ثم أمنّهم بعد ذلک ، وإنّما لم يقسّم الأرضين والدور لأنّها لجميع المسلمين كما نقوله فى كلِّ ما يُفتح عنوة إذا لم يمكن نقله إلى بلد الإسلام ، فإنّه يكون للمسلمين قاطبة ، ومَنَّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم على رجال من المشركين فأطلقهم ، وعندنا أنّ للإمام أن يفعل ذلک وكذلک أموالهم مَنَّ عليهم لما رآه من المصلحة .

وأمّا أرض السواد فهى الأرض المغنومة من الفرس التى فتحها عمر ، وهى سواد العراق ، فلمّا فتحت بعث عمار بن ياسر أميراً وابن مسعود قاضياً ووالياً على بيت المال وعثمان بن حنيف ماسحاً ، فمسح عثمان الأرض واختلفوا فى مبلغها ، فقال البياجى : إثنان وثلاثون ألف ألف جريب ، وقال أبوعبيدة : ستة وثلاثون ألف ألف جريب ، وهى ما بين عبّادان والموصل طولاً وبين القادسية وحلوان عرضاً ، ثمّ ضرب على كلِّ جريب نخل ثمانية دراهم والرطبة ستة والشجر كذلک والحنطة أربعة والشعير درهمين ، وكتب إلى عمر فأمضاه .

وروى أن ارتفاعها كان من عهد عمر مائة وستين ألف ألف درهم فلمّا كان فى زمن الحجاج رجع إلى ثمانية عشر ألف ألف درهم ، فلمّا ولّى عمر بن عبد العزيز رجع إلى ثلاثين ألف ألف درهم فى أوّل سنة وفى الثانية بلغ إلى ستين ألف ألف ، فقال : لو عشت سنة أُخرى لرددّتُها إلى ما كان فى أيّام عمر فمات تلک السنة . وكذلک أمير المؤمنين عليه السلام لما أفضى الأمر إليه أمضى ذلک لأنّه لم يمكنه أن يخالف ويحكم بما يجب عنده فيه .

والذى يقتضيه المذهب أنّ هذه الأراضى وغيرها من البلاد التى فتحت عنوة أن يكون خمسها لأهل الخمس ، فأربعة أخماسها يكون للمسلمين قاطبةً للغانمين وغير الغانمين فى ذلک سواء ، ويكون

للإمام النظر فيها وتقبيلها وتضمينها بما شاء ، ويأخذ ارتفاعها ويصرفه فى مصالح المسلمين وما ينوبهم مِن سدّ الثغور ومعونة المجاهدين وبناء القناطر وغير ذلک من المصالح . وليس للغانمين فى هذه الأرضين خصوصاً شيء ، بل هم والمسلمون فيه سواء .

ولا يصحّ بيع شيء من هذه الأرضين ولا هبته ولا معاوضته ولا تمليكه ولا وقفه ولا رهنه ولا إجارته ولا إرثه ، ولا يصحّ أن يبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ، ولا غير ذلک من أنواع التصرف الذى يتبّع الملک ، ومتى فعل شيء من ذلک كان التصرف باطلاً ، وهو باقٍ

ص: ٤٤٠

على الأصل .

وعلى الرواية التى رواها أصحابنا : أنّ كلّ عسكر أو فرقة غزت بغير أمر الإمام فغنمت يكون الغنيمة للإمام خاصةً ، هذه الأرضون وغيرها ممّا فتحت بعد الرسول ، إلاّ ما فتح فى أيام أمير المؤمنين إن صحّ شيء من ذلک يكون للإمام خاصةً ، ويكون من جملة الأنفال التى له خاصّة لا يشركه فيها غيره»(١) .

وقال فى الخلاف : «مكة فتحت عَنْوة بالسيف ، وبه قال الأوزاعى وأبو حنيفة وأصحابه ومالک . وقال الشافعى : أنّها فتحت صلحاً وبه قال مجاهد . دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم ، . . . ومن قرأ السير والأخبار وكيفية دخول النبى صلى الله عليه و آله وسلم مكة علم أنّ الأمر على ما قلناه . . .»(٢) .

قال العلامة فى التذكرة : «وأمّا أرض مكّة : فالظاهر من المذهب أنّ النبى صلى الله عليه و آله وسلم فتحها بالسيف ثم آمنهم بعد ذلک ، وبه قال أبوحنيفة ومالک والأوزاعى . . . وقال الشافعى : إنّه صلى الله عليه و آله وسلم فتحها صُلحاً بأمانٍ قدّمه لهم قبل دخوله ، وهو منقول عن أبى سلمة بن عبد الرحمن المجاهد .

وأمّا أرض السواد - وهى الأرض المغنومة من الفُرس التى فتحها عمر بن الخطاب - وهى سواد العراق وحدّها فى العرض من منقطع الجبال بحلوان إلى طرف القادسية المتصل بعُذيب من أرض العرب ، ومن تخوم الموصل طولاً إلى ساحل البحر ببلاد عبّادان من شرقى دجلة ، فأمّا الغربى الذى تليه البصرة إنّما هو إسلامى مثل شط عثمان بن أبى العاص وما والاها كانت سباخاً ومواتاً فأحياها عثمان بن أبى العاص ، وسمّيت سواداً لأنّ الجيش لمّا خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سمّوها السواد لذلک ، ولمّا فتحها عمر بعث عمار بن ياسر على صلاتهم أميراً ، وابن مسعود قاضياً ، والياً على بيت المال ، وعثمان بن حُنيف على مساحة الأرض ، وفرض للثلاثة فى كلِّ يوم شاة شطرها مع السواقط(٣) لعمار وشطرها

١- (١) المبسوط ٣٤/٢ و٣٣ .

٢- (٢) الخلاف ٥٢٧/٥ مسألة ١٣ .

٣- (٣) المراد بالسواقط هو مثل الكبد والكرش والأمعاء .

للآخرَيْن وقال : ما أرى قرية تؤخذ منها كلّ يوم شاة إلاّ سريع فى خرابها - ثم تعرَّض لكلام الشيخ - »(١) .

وذكر العلامة فى المنتهى(٢) والتحرير(٣) نحو ما ذكره فى التذكرة .

وقال ثانى الشهيدين : «ويثبت كونها مفتوحة عَنْوة بنقل من يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرّخين ، وقد عدّوا من ذلک مكّة المشرفة وسواد العراق وبلاد خراسان والشام . . .»(٤) .

وقال : «إنّ أكثر بلاد الإسلام فُتحت عنوةً»(٥) .

وتبعه فى هذه الأكثرية الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٢١/٣ والشيخ جعفر فى شرح القواعد ١٩٨/٢ .

وقال المحقق السبزوارى : «الظاهر أنّ أرض السواد مفتوحةٌ عنوةً وأنّها خراجية للمسلمين ، كما يُستفاد من الكتب والتواريخ المعتبرة ، ويُستفاد منها استثناء شىء يسير منها كالحيرة(٦) . . . والظن قد يحصل بالتواريخ المعتبرة إذا كان صاحب الكتاب اشتهر بصحة النقل واشتهر الاعتماد على كتابه والعمل بقوله بين الناس كابن جرير الطبرى وصاحب المغازى و(٧) الواقدى والبلاذرى والمدائنى وابن الأثير والمسعودى وأضرابهم ، وقد يحصل باستمرار أخذ السلاطين الخراج منه وأخذ المسلمين من السلاطين . . .»(٨) .

وقال صاحب الحدائق : «نقل بعض فضلائنا عن بعض كتب التواريخ قال : وكأنّه من الكتب المعتبرة فى هذا الفن ، أنّ الحيرة وهى من قرى العراق تقرب الكوفة فتحت صلحاً ، وأنّ

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٨٩/٩ - ١٨٨ .

٢- (٢) منتهى المطلب ٩٣٧/٢ من الطبع الحجرى [١٤ / ٢٦٦ من الطبعة الحديثة] .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ١٧٣/٢ و١٧٢ .

٤- (٤) المسالک ٥٤/٣ .

٥- (٥) الروضة البهية ١٣٦/٧ كتاب إحياء الموات .

٦- (٦) الكفاية ٣٨٨/١ .

٧- (٧) فى المطبوعة «واو» موجودة ولكنها زائدة لأن صاحب المغازى هو الواقدى .

٨- (٨) الكفاية ٣٩٠/١ .

نيسابور من بلاد خراسان فتحت صلحاً ، وقيل : عنوة ، وبلخ وهرات منها ، وقوشج والتوابع فتحت صلحاً ، وبعض آخر فتح صلحاً ، وبعض عنوة . وبالجملة فإنّ بلاد خراسان مختلفة فى كيفية الفتح . وأمّا بلاد الشام ونواحيها فحكى أنّ حلب وحمى وحمص وطرابلس فتحت صلحاً ، وأنّ دمشق فتحت بالدخول من بعض الأبواب غفلةً بعد أن كانوا طلبوا الصلح ، وأنّ أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام ، وإنّ آذربيجان فتحت صلحاً ، وأنّ أهل أصفهان عقدوا أماناً ، والرى فتحت عنوة »(١) .

أقول : وفى هذا المجال راجع إلى شرح القواعد ٢/(١٩٨ و١٩٧) للشيخ جعفر والجواهر ٢١/١٦٧ و١٦٦ من كتاب الجهاد .

وبعض الروايات تدلّ على أنّ مكة وسواد العراق فتحت عنوة :

منها : خبر صفوان بن يحيى والبزنطى عن الرضا عليه السلام قال فى حديث : وإنّ مكة دخلها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عنوة وكانوا أُسراء فأعتقهم وقال صلى الله عليه و آله وسلم : إذهبوا فأنتم الطلقاء(٢) .

ومنها : صحيحة الحلبى قال : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن السواد ما منزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين ، لمن هو اليوم ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم ولمَنْ لم يخلق بعد ، الحديث(٣) .

ومنها : حسنة أبى الربيع الشامى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : لا تشتر من أرض السواد شيئاً إلاّ من كانت له ذمّة ، فإنّما هو فىء للمسلمين(٤) .

ومنها : صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عمّا أختلف فيه ابن أبى ليلى وابن شبرمة فى السواد وأرضه ، فقلت : إنّ ابن أبى ليلى قال : إنّهم إذا أسلموا أحرار وما فى أيديهم من أرضهم لهم ، وأمّا ابن شبرمة فزعم أنّهم عبيد وأنّ أرضهم التى بأيديهم ليست لهم ، فقال فى الأرض ما قال ابن شبرمة وقال فى الرجال ما قال ابن أبى ليلى

١- (١) الحدائق ٣١٠/١٨ و٣٠٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨٢/٩ ح١ . الباب ٤ من أبواب زكاة الغلات .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧ ح٤ . الباب ٢١ من أبواب عقد البيع .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧ ح٥ .

إنّهم إذا أسلموا فهم أحرار ، ومع هذا كلام لم أحفظه(١) .

فظهر ممّا ذكرنا من كلمات الفقهاء ونصوص الروايات أنّ أرض مكة وسواد العراق فتحت عَنْوة بلا شكٍ وريب ، وقال المحقق النائينى : «وأمّا بلاد إيران فالرى ونهاوند فتحت عنوة ، وأمّا باقى الأمصار فالتواريخ مختلفة فيها ، سيّما أصفهان وخراسان وآذربايجان ، وأمّا بلاد الشام ونواحيه فكذلك»(٢) .

والحاصل ، كل أرض ظهر أنّها مفتوحة عنوة أو مفتوحة صلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين أو الأنفال يجوز على مسلكنا جعل الخراج عليه شرعاً ولكن دون إثباتها فى الأوّلين خرط القتاد .

الثانى : أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام

اشارة

قد مرّ كلام الشيخ فى المبسوط حيث قال : «وعلى الرواية التى رواها أصحابنا أنّ كلّ عسكر أو فرقة غزت بغير أمر الإمام فغنمت يكون الغنيمة للإمام خاصةً ، هذه الأرضون وغيرها ممّا فتحت بعد الرسول إلاّ ما فتح فى أيام أمير المؤمنين عليه السلام - إن صح شىء من ذلك - يكون للإمام خاصةً ، ويكون من جملة الأنفال التى له خاصة لا يشركه فيها غيره»(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى : « على أنّه قد اشترط فى المشهور عند أصحابنا بل كاد أن يكون إجماعاً فى المفتوحة عنوة كون الفتح بإذن الإمام عليه السلام حتّى يكون غنيمة واشترک فيه المسلمون كلّهم ولا يكون للإمام خاصةً »(٤) .

أقول : الرواية التى أشار إليها شيخ الطائفة هى مرسلة عباس الوراق عن رجل سمّاه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمة كلّها للإمام ، وإذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس(٥) .

١- (١) وسائل الشيعة ٤١٧/٢٥ ح٣ . الباب ٤ من أبواب إحياء الموات .

٢- (٢) منية الطالب ٨٠/١ .

٣- (٣) المبسوط ٣٤/٢ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٤٧٣/٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٥٢٩/٩ ح١٦ . الباب ١ من أبواب الأنفال .

دلالة الرواية تامة ، ولكن سندها ضعيف بالحسن بن أحمد بن يسار أو بشار وهو مهمل ، مضافاً إلى إرسالها . ولكن الأصحاب أفتوا بها ، والشهرة جابرة لضعف سندها .

وتدلّ عليه أيضاً صحيحة معاوية بن وهب قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : السرية يبعثها الإمام فيصيبون غنائم ، كيف يقسّم ؟ قال : إن قاتلوا عليها مع أمير أمّره الإمام عليهم أخرج منها الخمس للّه وللرسول وقسّم بينهم أربعة(١) أخماس ، وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلّ ما غنموا للإمام يجعله حيث أحبّ(٢) .

سندها تام ودلالتها أيضاً كذلک ، لأنّ المراد بالفقرة الثانية بقرينة الفقرة الأولى هو : وإن لم يكونوا قاتلوا مع أمير أمّره الإمام عليهم قاتلوا عليها المشركين - الخ ، فالصحيحة أيضاً تدلّ على الحكم .

والعجب من المحقق الإيروانى حيث استشكل فى دلالة الصحيحة بقوله : «فلا تخلو عن إجمال ، فإنّ فقرة الذيل لا إشكال فى أنّها تصريح بمفهوم فقرة الصدر ، وحينئذ فالأمر يدور بين أن لا يكون قيد (مع أمير أمّره الإمام) فى الصدر احترازياً ، فتكون فقرة المفهوم محفوظة عن التصرف ، فلا تجد ما ينافى المقام ، وبين العكس بحفظ فقرة الصدر والتصرف فى فقرة الذيل بالتقدير وحذف قيد (مع أمير أمّر الإمام) ، وحيث لا ترجيح لأحد التصرفين تخرج الحسنة عن قابلية الاستدلال»(٣) .

وفيه : إن لم تكن قيد (مع أمير أمّره الإمام) احترازياً يصير معنى الفقرة الثانية عدم القتال للمشركين ، ومع فرض عدم القتال فكيف غنموا ، وهذه القرينة القطعية تدلّ على احترازية القيد وترجيح المعنى الثانى فى كلامه ، وهو الذى مرّ منا فى دلالة الصحيحة .

وعلى هذا يلزم فى كون الأرض مفتوحة عَنْوة من ثبوت إذن الإمام عليه السلام ، ومن المعلوم أنّ الإذن غير الرضى ، وما هو المعتبر فى المعاملات بالمعنى العام هو الإذن لا الرضى ، وقد تمسّكوا لإثبات إذن الإمام بعدّة من الوجوه :

١- (١) هكذا فى الكافى ٤٣/٥ ح١ ، ولكن نقل عنه فى الوسائل « ثلاثة » ومن الواضح أنّها غلط أو تصحيف .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩ ح٣ .

٣- (٣) حاشية المكاسب ٣٧٠/١ .

منها : خبر جابر الجعفى

المروى فى الخصال عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث طويل عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : يا أخا اليهود فإنّ القائم بعد صاحبه كان يشاورنى فى موارد الأمور فيصدرها عن أمرى ويناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأى ، لا أعلم أحداً ولا يعلمه أصحابى يناظره فى ذلک غيرى ، الحديث(١) .

قال الشيخ الأعظم فى دلالة الرواية وسندها : «الظاهر أنّ عموم الأُمور إضافى بالنسبة الى ما لا يقدح فى رئاسته ممّا يتعلق بالسياسية ، ولا يخفى أنّ الخروج إلى الكفار ودعاءَهم إلى الإسلام من أعظم تلک الأمور بل لا أعظم منه .

وفى سند الرواية جماعة تخرجها عن حدّ الاعتبار ، إلا أنّ اعتماد القميين عليها وروايتهم لها - مع ما عُرف من حالهم لمن تتبّعها - مِنْ أنّهم لا يخرّجون فى كتبهم رواية راويها ضعف إلا بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها ، جابر لضعفها فى الجملة»(٢) .

وفيه : المشورة فى بعض الأمور غير الإستئذان . نعم قد شاور أمير المؤمنين عليه السلام فى خروجه مع المقاتلين وعدمه وأمره عليه السلام ببقائه فى المدينة لجهات وقبل قوله عليه السلام ولكن أين هذا من الإذن فى الحرب ، بل هذه المشورة لا تثبت حتّى رضاه عليه السلام . هذا كلّه بالنسبة إلى الدلالة ، وأمّا السند فضعيف بعدّة من الضعاف ، كما اعترف بذلک الشيخ الأعظم ، ولكن نقل القميين الرواية لا يوجب الاعتماد عليها وإلاّ كانت جميع روايات الصدوق وأبيه وعلى بن إبراهيم وأبيه وغيرهم منهم معتبرة ولم يقل به أحدٌ . نعم قد ذكرنا فى أبحاثنا الرجالية أنّ اعتماد القميين على الراوى مع كونهم فى أمر الرواية شديدى الإنكار يدخله فى الحسن الإصطلاحى لو لم يدل على وثاقته ، وهم أمثال أحمد بن محمد بن عيسى الذى أخرج جماعةً من قم لروايتهم عن الضعفاء واعتمادهم على المراسيل كأحمد بن محمد بن خالد البرقى ، ومحمد بن الحسن ابن الوليد(٣) وكان يستثنى من روايات محمد بن أحمد بن يحيى الأشعرى عن جماعة ، وغيرهم .

١- (١) الخصال ٣٧٤/٢ ح٥٨ .

٢- (٢) المكاسب ٢٤٥/٢ .

٣- (٣) عطف على أحمد بن محمّد بن عيسى .

مضافاً إلى أنّ هذا الوجه ، لو تم - ولم يتم - يجرى بالنسبة إلى الفتوحات التى وقعت فى زمن الثانى فقط لا غيرها .

ومنها : ما هو المشهور من حضور الإمام أبى محمد الحسن عليه السلام فى بعض الغزوات .

بل ورد فى تاريخ الطبرى(١) والكامل(٢) من حضور الحسنين عليهماالسلام ، وما ورد من دخول بعض خواص أمير المؤمنين عليه السلام من الصحابة كسلمان وعمار بن ياسر فى أمرهم ، ومن المعلوم أنّهما لايعملان شيئاً إلاّ بعد الاستئذان من إمامهما .

وفيه : نعم ، قد ورد فى بعض التواريخ حضور الإمام الحسن عليه السلام فى إيران أو الحسنين عليهماالسلام ، ولكن ما ذكره أرباب التواريخ لا يوجب إلاّ ظنّاً والظن لا يغنى من الحقِّ شيئاً ولم يدل دليل على اعتباره . وعلى فرض ثبوت ورود الحسنين عليهماالسلام بإيران لعلّ ورودهما وحضورهما فى الحرب كان لرعاية التقية كما ذكره شيخنا الأستاذ(٣) - مد ظله - أو أنّهما كانا مضطرين أو مجبورين للحضور ، كما ثبت ذلک بالنسبة إلى أخيهما عبيد اللّه بن على بن أبى طالب وهو ابن النهشلية قد خرج فى جيش مصعب بن الزبير لأجل مقاتلة مختار بن أبى عبيد الثقفى فى المذار وقتل هناک وقبره مزار . ولكن مصعب قدّمه لأنْ يحارب المختار وبعد قتله يشنع على المختار ويقول قتل ابن إمامه ، كما كتبتُ تفصيل ذلک قبل خمس عشرة سنة فى كتابى «يوم الطف»(٤) فراجعه إن شئت .

وأمّا دخول سلمان وعمار فى أمرهم كان بإذن أمير المؤمنين عليه السلام قطعاً ، وقد ورد استئذانهما عنه عليه السلام . ولكن الفرق بين الدخول فى أمرهم بعد الفتح لأجل إدارة الأمور وغيرها ، وبين أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام واضح ، ولايثبت أحدهما الآخر .

ومنها : العلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام .

ص: ٤٤٧

١- (١) تاريخ الطبرى ٣٢٣/٣ .

٢- (٢) الكامل فى التاريخ ١٠٩/٣ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ٣٧٩/١ .

٤- (٤) يوم الطف/ ١٨٤ وما بعدها .

بالفتوحات الإسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين كما ذكره الشيخ الأعظم(١) ، وأنّ الأئمة عليهم السلام راضون بالفتوحات الواقعة فى زمن خلفاء الجور لكونها موجبة لقوة الإسلام وعظمته .

وقد ورد فى خبر أبى عمرو الزبيرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث طويل أنّه قال : إنّ اللّه ينصر هذا الدين بأقوام لاخلاق لهم ، فليتق اللّه عز وجل أمرؤ وليحذر أن يكون منهم ، الحديث(٢) .

وفى صحيحة يونس بن يعقوب عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه كتب إليه بعض أصحابه يسأله أن يدعو اللّه أن يجعله ممّن ينتصر به لدينه ، فأجابه وكتب فى أسفل كتابه : يرحمك اللّه ، إنّما ينتصر اللّه لدينه بشرّ خلقه(٣) .

وقد ورد فى روايات العامة : إنّ اللّه يؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر(٤) .

ورواها العلامة الحلى فى تذكرة الفقهاء ٤٩/٩ مسألة ٢٠ مرسلاً ، وهكذا فى منتهى المطلب ٩٠٦/٢ من الطبع الحجرى (١٤ / ٦٩ من الطبعة الحديثة) .

وفيه أولاً : إدعاء العلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام ليس إلا دعوى بلا شاهد وبرهان ، والروايات المذكورة لا تدلّ عليها بأىّ وجه كان .

وثانياً : ما هو المستند فى المعاملات بالمعنى الأعم هو الإذن وهو غير الرضى ، وعلى فرض تمامية الرضى لا ينتج منها الإذن الذى يفيد فى المقام . ومن هنا ظهر ما ذكره المحقق الخوئى من قوله : « إذ المناط فى ذلك هو الكشف عن رضاء المعصوم عليه السلام بأىّ طريق كان ، ولا

١- (١) المكاسب ٢٤٦/٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤٠/١٥ ح١ . الباب ٩ من أبواب جهاد العدو .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٣٨/٧ ح١ . الباب ٦٠ من أبواب الدعاء .

٤- (٤) صحيح البخارى ٨٨/٤ و ١٦٩/٥ و١٥٥/٨ ، صحيح مسلم ١٠٥/١ ، سنن الدارمى ٢٤١/٢ ، مسند أحمد ٣٠٩/٢ و٤٥/٥ ، كنز العمال ٤٥/١ ح١١٥ ، المغنى لابن قدامة ٣٧١/١٠ ، شرح شهاب الأخبار ٣٦٨ ح٧٦٣ .

موضوعية للإذن الصريح »(١) غير تام عندنا . وما هو الموضوع فى المعاملات هو الإذن لا الرضى .

وثالثاً : قوة الإسلام وعظمته مرضيّة للإمام عليه السلام قطعاً ، ولكن يمكن أن يكون حرباً خاصاً ليس له بمرضى لأجل عدم مناسبة الوقت أو لتوقفه على إتلاف نفوس الأبرياء أو الأموال الكثيرة ، ولكن

لو يؤخر إلى وقت آخر لم تترتب عليه هذه الأمور ، كما أشار إلى هذا المعنى شيخنا الأستاذ(٢) - مد ظله - .

ورابعاً : ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره من قوله : «فإنّه ليس كلُّ فتح مرضيّاً للأئمة حتّى ما كان من الفتوح موجباً لكسر الإسلام وضعفه »(٣) .

ومنها : قول الشيخ الأعظم : «يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على الوجه الصحيح وهو كونه بأمر الإمام عليه السلام »

(٤) .

قد ناقشه المحقق الإيروانى صغروياً بقوله : «حمل فعل الغزاة على الصحة عجيب ، فإنّهم هم الذين تركوا بيعة أمير المؤمنين عليه السلام وعدلوا به إلى مَن سواه ، فكيف يستأذنوا مع ذلک من أمير المؤمنين . ولو فرض وجود بعض خواصه وشيعته تحت رايتهم مسترخصاً منه عليه السلام فذلک لا يجدى ، لأنّ الفتح لم يكن بفعل ذلک النفر المعدود ، هذا إن أُريد من الغزاة الجيش ، وإن أُريد أميرهم وسلطانهم فذلک أشنع»(٥) .

ويمكن أن يناقش على الشيخ الأعظم كبروياً ب- « أنّ مورد حمل فعل المسلم على الصحة ما إذا كان الفعل ذا وجهين : الصلاح والفساد ، ودار الأمر بين حمله على الصحيح أو الفاسد ، فإنّه يحمل على الأول للقاعدة المذكورة ، وأمّا إذا كان كلا وجهى الفعل صحيحاً - كما فى المقام - فلا مورد لها أصلاً ، فإنّ الغزوات الواقعة إن كانت بإذن الإمام عليه السلام فالغنائم

١- (١) مصباح الفقاهة ٥٤٨/١ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ٣٧٩/١ .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ٥٤٨/١ .

٤- (٤) المكاسب ٢٤٦/٢ .

٥- (٥) حاشية المكاسب ٣٧١/١ .

للمسلمين ، وإلاّ فهى للإمام ، ولا شبهة أنّ كلا الوجهين صحيح ، فلا مورد لنفى أحدهما وإثبات الآخر بتلك القاعدة» ، كما ذكره المحقق الخوئى(١) .

فقد ظهر مما ذكرنا عدم تمامية الوجوه التى أقاموها لإستناد الفتوحات بإذن الأئمة عليهم السلام ، فحينئذ الفتح محرز بالوجدان ، وحيث لم يثبت أنّه بإذن الإمام يحرز عدم الإذن بالأصل ، فيترتب الأثر وهو ملكية الإمام لمطلق الغنائم من المنقول وغير المنقول ، فتدخل الأراضى المفتوحة بعد زمن النبى صلى الله عليه و آله وسلم فى ملك الإمام خاصةً ولم تدخل فى ملك المسلمين ، وحيث صارت ملكاً للإمام فيجوز له التصرف فيها بأىّ نحو كان . ولكن قد ثبت بأنّ أمير المؤمنين عليه السلام قد اكتفى فيها بأخذ الجزية منها ، وفعله حجة لنا ، حيث ورد فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن سيرة الإمام فى الأرض التى فتحت بعد رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ؟ فقال : إنّ أمير المؤمنين قد سار فى أهل العراق سيرةً فهم إمام لسائر الأرضين ، وقال : إنَّ أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية ، الحديث(٢) .

وهذه الصحيحة تدلّ على جواز أخذ الجزية من أرض العراق وغيرها من الفتوحات الإسلامية مع أنّها تدخل فى ملك الإمام مع عدم ثبوت إذنه فى الفتح . ومن هنا وجّه ما ذكرناه سابقاً من جواز أخذ الجزية من الأنفال التى كانت ملكاً للإمام ، حيث كان أمرها بيده ، فيجوز له أخذ الجزية منها . هذا تمام الكلام فى الشرط الثانى والحمد للّه .

الثالث : أن تكون الأرض محياة حين الفتح

لتدخل فى الغنائم ويصير ملكاً للمسلمين بعد إخراج خمسه على المشهور ، كما أفتى بهذا الشرط الشيخ فى الخلاف(٣) والحلى فى السرائر(٤) وابن زهرة فى الغنية(٥) والمحقق فى

١- (١) مصباح الفقاهة ٥٤٩/١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥٣/١٥ ح٢ . الباب ٦٩ من أبواب جهاد العدو .

٣- (٣) الخلاف ٥٢٥/٣ .

٤- (٤) السرائر ٤٨١/١ .

٥- (٥) غنية النزوع / ٢٩٣ إطلاق كلامه يدل عليه حيث يقول: «إنّ الموات من الأرض للإمام...».

الشرائع(١) وتلميذه العلامة فى التذكرة(٢) والمنتهى(٣) والتحرير(٤) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٥) إدعى الإجماع على ذلک ، والشهيد الثانى فى المسالک(٦) والمحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة(٧) والسبزوارى فى الكفاية(٨) والشيخ يوسف فى الحدائق(٩) وسيد الرياض(١٠) ، وقال فى الجواهر : «بلا خلاف أجده بل الإجماع بقسميه عليه»(١١) .

يدل عليه إطلاق ما ورد من الروايات فى أبواب الأنفال بأنّ موات الأرض مطلقاً من الأنفال وملک للإمام عليه السلام :

منها : صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، أو قوم صالحوا ، أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة وبطون الأودية ، فهو لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء(١٢) .

ومنها : مرسلة حماد الطويلة عن العبد الصالح عليه السلام فى حديث قال : وللإمام . . . وله بعض الخمس الأنفال . . . كلّ أرض ميتة لا ربّ لها ، الحديث(١٣) .

١- (١) شرائع الإسلام ٢١٦/٣ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٨٧/٩ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٩٣٦/٢ من الطبع الحجرى [١٤ / ٢٦١ من الطبعة الحديثة] .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ١٧٢/٢ مسألة ٢٧٦٦ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٩/٧ .

٦- (٦) مسالک الأفهام ٣٩١/١٢.

٧- (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٤٧٠/٧ .

٨- (٨) الكفاية ٣٧٥/١ .

٩- (٩) الحدائق ٢٩٩/١٨ .

١٠- (١٠) رياض المسائل ١١٨/٨ .

١١- (١١) الجواهر ١٦٩/٢١ .

١٢- (١٢) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩ ح١ . الباب ١ من أبواب الأنفال

١٣- (١٣) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩ ح٤ .

ومنها : موثقة سماعة قال : سألته عن الأنفال ؟ فقال : كل أرض خربة ، الحديث(١) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنّه سمعه يقول : إنّ الأنفال : . . . وما كان من أرض خربة ، الحديث(٢) .

ومنها : صحيحة اُخرى له عن أبى جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الفيء والأنفال . . . وما كان من أرض خربة ، الحديث(٣) .

يظهر من هذه الروايات أنّ الأرض الموات ملک للإمام عليه السلام بلا فرق بين موات دار الإسلام ودار الكفر ، وما يغنم من الكفار فى الحرب هو ما يكون ملكاً لهم ، وأمّا ما لا يكون ملكاً لهم فلا يصح أخذه بعنوان الغنيمة . وحيث كانت الأراضى الموات ملكاً للإمام فلا تدخل فى ملک الكفار

فى دار الكفر ، فلا يصح أخذها غنيمة حتّى صارت ملكاً للمسلمين ، وحينئذ الأراضى الموات فى دار الكفر باقية على ملكية الإمام من باب الأنفال .

ولو فرض جريان أيدى الكفار عليها كانت من المغصوبة فلا تعدّ من الغنيمة .

لا يقال : إطلاق أنّ الأرض الموات للإمام عليه السلام يعارض مع إطلاق أنّ الأراضى المفتوح عنوة ملک للمسلمين ، فلا يمكن الأخذ بإطلاق الأوّل لوجود المعارض فى المقام .

لأنّا نقول : على فرض وجود تعارض الإطلاقين ، يرجّح إطلاق الأوّل لذهاب المشهور إليه بل الإجماع بقسميه عليه كما سمعت من صاحب الجواهر آنفاً .

إن قلت : لا نسلم هذا الترجيح بل الإطلاقان متعارضان فيتساقطان .

قلت : على فرض التعارض والتساقط ، المرجع هو العام الفوق ، أى الروايات الواردة بأنَّ الأرض كلّها للإمام(٤) ، فتدخل تحت تصرفه عليه السلام . هذا ما يظهر بالبال .

والحاصل ، إن ثبتت هذه الأمور الثلاثة ثبت أنّ الأرض تكون مفتوحة عنوة وإلاّ فلا ، وأنت ترى عدم إمكان إثباتها بل دون إثباتها خرط القتاد ، واللّه العالم .

١- (١) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩ ح٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩ ح١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٥٢٧/٩ ح١٢ .

٤- (٤) الكافى ٤٠٧/١ باب أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام .

فرع : لو ماتت الأرض المحياة فهل تبقى على ملكية مالكها أم لا ؟

اشارة

بل تخرج عنها وتدخل فى الموات وتجرى عليها ما يجرى عليه ،

وجوه بل أقوال ثمانية :

الأول : بقاء الأرض على ملک صاحبها الأول مطلقاً ، يقول صاحب الجواهر : «المحکی عن المبسوط(١) والمهذب(٢) والسرائر(٣) والجامع(٤) والتحرير(٥) والدروس(٦) وجامع المقاصد(٧) أنّها باقية على ملكه أو ملک وارثه ، بل قيل(٨) : إنّه لم يعرف الخلاف فى ذلک قبل الفاضل فى التذكرة(٩)»(١٠) .

أقول : إختاره المحقق الثانى فى رسالته المعمولة لذلک المسماة ب- « رسالة الأرض المندرسة »(١١) .

الثانى : القول بالتفصيل بين ما كان ملكها بالإحياء فتزول بزوال الحياة وبين ما كان بغيره من الشراء أو الوراثة أو الإتهاب أو نحوها فتبقى على ملكه ، قال فى الجواهر : «قيل : ربّما أشعرت به (أى بهذا القول) عبارة الوسيلة(١٢) ، واختاره فى المسالک(١٣) والروضة(١٤) بعد أن

١- (١) المبسوط ٢٦٩/٣ .

٢- (٢) المهذب ١٨٣/١ .

٣- (٣) السرائر ٤٨٠/١ .

٤- (٤) الجامع للشرائع/ ٣٧٤ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٣/٤.

٦- (٦) الدروس ٥٧/٣ و٥٦ .

٧- (٧) جامع المقاصد ١٨/٧ و١٧ .

٨- (٨) القائل به هو السيد جواد العاملى فى مفتاح الكرامة ١٠/٧ من الطبعة القديمة .

٩- (٩) تذكرة الفقهاء ٤٠١/٢ من الطبع الحجرى .

١٠- (١٠) الجواهر ٢١/٣٨ .

١١- (١١) رسالة الأرض المندرسة ، المطبوعة ضمن رسائل المحقق الكركى ٢/(٢٠٦ - ١٩٩) .

١٢- (١٢) الوسيلة/ ١٣٣ .

١٣- (١٣) المسالک ٤٠٠/١٢ .

١٤- (١٤) الروضة البهية ١٣٩/٧ و١٣٨ .

حكاه عن جماعة منهم العلامة فى بعض فتاواه ، ومال إليه فى التذكرة(١) ، وفى الكفاية : «أنه أقرب»(٢) ، وفى المفاتيح : «أنّه أوفق بالجمع بين الأخبار»(٣) بل فى جامع المقاصد : «إنّ هذا القول مشهور بين الأصحاب»(٤)»(٥) .

الثالث : إنّ عملية الإحياء توجب ملكية رقبة الأرض إذا كانت بإذن الإمام عليه السلام ، ولكن إذا لم تكن بإذن الإمام فلا تفيد إلاّ الأولوية فى التصرف ، ولكن كل هذا يجرى بالنسبة إلى أراضى الأنفال فقط كما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط(٦) وابن إدريس فى السرائر(٧) ويأتى تفصيل ذلک .

الرابع : وهو القول الثالث ولكن انحصاره فى زمن الحضور فقط وفى زمن غيبة الإمام عملية الإحياء لا تفيد إلا الأولوية ، ذهب إليه المحقق فى الشرائع(٨) والمختصر(٩) وتبعه تلميذه العلامة فى التذكرة(١٠) والتحرير(١١) والقواعد(١٢) .

الخامس : من المحتمل أن يقال : بعدم خروجها عن ملكه بمجرد موتها ولكنّها تخرج عن ملكه بإحياء الغير لها واستيلائه عليها ، ويوجّهه الجمع بين استصحاب ملكية الأوّل وبين ما

١- (١) تذكرة الفقهاء ٤٠١/٢ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) الكفاية ٥٤٧/٢ .

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٢٤/٣ ، ولكن نص عبارة الفيض الكاشانى هكذا : «والجمع بينهما بحمل حديث أحقيّة الأوّل على ما إذا كان قد ملكها بغير الإحياء أوفق» وكأنّ صاحب الجواهر نقلها بمفادها ومضمونها .

٤- (٤) جامع المقاصد ١٧/٧ .

٥- (٥) الجواهر ٢١/٣٨ .

٦- (٦) المبسوط ٢٧٠/٣ و ٢٦٩ .

٧- (٧) السرائر ٤٨١/١ .

٨- (٨) الشرائع ٢١٦/٣ و٢١٥.

٩- (٩) المختصر النافع/ ٢٥٩ .

١٠- (١٠) تذكرة الفقهاء : ٤٠١/٢ من الطبع الحجرى .

١١- (١١) تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٤/٤ .

١٢- (١٢) قواعد الأحكام ٢٦٧/٢ .

دلّ على مالكية الثانى بالإحياء ، فتبقى ملكية الأوّل إلى زمن إحياء الثانى .

السادس : القول ببقائها على ملك الأوّل ولكن يجوز للغير إحياؤها وأداء طسقها إلى الأوّل أو وارثه ، ذهب إليه العلامة فى الإرشاد(١) والمنتهى(٢) ، ونسبه الشهيد الثانى فى المسالك : إلى «المبسوط»(٣) والمحقق فى كتاب الجهاد(٤) والأكثر»(٥) ، ونحوها فى حاشيته على الإرشاد(٦) .

السابع : وهو القول الرابع بانضمام لزوم الاستئذان من المالك أو الحاكم إن أمكن وإلاّ فيحيها بنفسه ، وبه قال فى الدروس(٧) .

الثامن : خروجها عن ملك الأوّل مطلقاً فيجوز لكلِّ أحد إحياؤها كسائر الموات ، ولا حقَّ للأوّل فيها أصلاً . لم أجد القائل بهذا القول وإن كان ربّما يلوح من بعض العبائر ، وعدّ أبو الصلاح الحلبى(٨) من الأنفال كلُّ أرضٍ عطّلها مالكها ثلاث سنين .

كلمات الأعلام فى المقام

اشارة

وبعد ذكر هذه الوجوه والأقوال الثمانية ، فلا بدّ من ملاحظة كلمات الأعلام ثمَّ ملاحظة أدلة الأقوال حتّى تبيّن ما هو المختار فى المقام :

قال الشيخ الطوسى فى التهذيب : « . . .وأمّا الأنفال وما يجرى مجراها فليس يصح تملّكها بالشراء والبيع وإنّما أبيح لنا التصرف حسب . . .»(٩) .

وقال فى الاستبصار : « قال محمد بن الحسن : الوجه فى هذه الأخبار وما جرى مجراها

١- (١) الإرشاد ٣٤٨/١ .

٢- (٢) منتهى المطالب ١٤ / ٢٧٤ .

٣- (٣) لم أجده فى المبسوط ولكن قال به فى النهاية/ ٤٢٠ .

٤- (٤) الشرائع ٢٩٤/١ .

٥- (٥) المسالک ٤٠١/١٢ .

٦- (٦) حاشية الإرشاد المطبوعة ضمن غاية المراد ٤٩٠/١ .

٧- (٧) الدروس ٥٧/٣ .

٨- (٨) الكافى/ ١٧٠ .

٩- (٩) التهذيب ١٤٦/٤ .

ممّا أوردنا كثيراً منها فى كتابنا الكبير أنّ من أحيا أرضاً فهو أولى بالتصرف فيها دون أن يملك تلك الأرض ، لأنّ هذه الأرضين من جملة الأنفال التى هى خاصة للإمام إلاّ أنّ من أحياها أولى بالتصرف فيها إذا أدّى واجبها للإمام ، وقد دللنا على ذلک فى كتابنا المذكور بأدلة مستوفاة وأخبار كثيرة . . . »(١) .

وأنت ترى كلام الشيخ فى الكتابين ينحصر بالأنفال فقط ، وهى غير الأرض التى يسلم أهلها وغير الأرض التى تؤخذ عنوة أو يصالح عليها .

وقال فى متاجر النهاية بعد تقسيم الأرض إلى أربعة أقسام : « أرض الخراج . . . وأرض الصلح . . . وأرض من أسلم عليها طوعاً . . . ومنها : أرض الأنفال وهى كلّ أرض انجلى أهلها عنها من غير قتال والأرضون الموات ورؤوس الجبال والآجام والمعادن وقطائعُ الملوک . وهذه كلّها خاصة للإمام يُقَبِّلُها من شاء بما أراد ويَهَبُها ويَبِيعُها إن شاء حسب ما أراد . ومن أحيا أرضاً ميتاً كان أملک بالتصرف فيها من غيره ، فإن كانت الأرض لها مالک معروف كان عليه أن يُعطى صاحبَ الأرض طَسقَ الأرض وليس للمالک انتزاعها من يده ما دام هو راغباً فيها ، وإن لم يكن لها مالک وكانت للإمام وجب على من أحياها أن يؤدِّى إلى الإمام طسقها ، ولا يجوز للإمام انتزاعها من يده إلى غيره إلاّ أن لا يقوم بعمارتها كما يقوم غيره أو لا يقبل عليها ما يقبله الغير »(٢) .

ولكن كأنّه عدل عن إطلاق هذا الرأى بعد حدود عشرين صفحة ، لأنّه قال : «ومن أخذ أرضاً ميتة فأحياها كانت له ، وهو أولى بالتصرف فيها إذا لم يُعرف لها ربّ وكان للسلطان طَسْق الأرض ، وإن عُرف لها ربّ كان له خراج الأرض وطسقها ، فإن شرط على صاحب الأرض أنّه يحييها ويكون إرتفاعها مدّة من الزمان ثم يُسَلِّمُها إليه كان ذلک جائزاً ، وكذلک إن شرط أن يكون على صاحب الأرض مؤونة ما عليه للسلطان كان ذلک جائزاً ولصاحب الأرض أن يأخذها منه أىّ وقتٍ شاء»(٣) .

١- (١) الاستبصار ١٠٨/٣ .

٢- (٢) النهاية/ (٤٢٠ - ٤١٨) .

٣- (٣) النهاية/ ٤٤٣ .

والوجه فى العدول أنّه ذهب إلى ملكية الأرض الميتة حيث قال : «كانت له» ، وذهب إلى أنّه «صاحب الأرض» الظاهران فى الملكية ، وبهذا أفتى فى إحياء الموات من المبسوط حيث قال : «الأرضون الموات عندنا للإمام خاصةً لا يملكها أحدٌ بالإحياء إلاّ أن يأذن له الإمام»(١) .

ويظهر منه حصول الملكية بالإحياء إذا كان بإذن الإمام .

ولكن مع ذلک قال فى جهاد المبسوط فى حكم موات المفتوحة عَنْوة : «فأمّا الموات فإنّها لا تغنم وهى للإمام خاصةً ، فإن أحياها أحدٌ من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها ويكون للإمام طسقها . . .»(٢) .

أقول : يمكن الجمع بين قوليه بأنّ عملية الإحياء إذا لم تكن بإذن الإمام فلا تفيد إلاّ الأولوية بالتصرف ، وأمّا إذا كانت بالإذن فتفيد الملكية . والشاهد عليه قوله فى إحياء الموات من المبسوط : «لا يملكها أحدٌ بالإحياء إلاّ أن يأذن له الإمام»(٣) .

ويدلّ عليه قوله قدس سره فيه : «أمّا الغامر فعلى ضربين : غامر لم يجر عليه ملک المسلم وغامر جرى عليه ملک المسلم . . . وأمّا الذى جرى عليه ملک المسلم فمثل قرى المسلمين التى خربت وتعطّلت ، فإنّه ينظر فإن كان صاحبه معيّناً فهو أحقّ بها وهو فى معنى العامر وإن لم يكن معيّنا فإنّه يملک بالإحياء لعموم الخبر ، وعند قوم لا يملک . ثم لا يخلو أن يكون لمالكها عقب أو لا عقب له

، فإن كان له عقب فهى لهم وإن لم يكن له عقب فهى للإمام خاصةً ، فإذا ثبت ذلک ثبت أنّها مملوكة لا يحييها أحدٌ إلاّ بإذن الإمام»(٤) .

وقال فى غامر بلاد الشرک : «وأما الغامر فعلى ضربين : . . .وأما الذى جرى عليه ملک فإنّه ينظر فإن كان صاحبه معيّناً فهو له ولا يملک بالإحياء بلا خلاف وإن لم يكن معيّناً فهو

١- (١) المبسوط ٣/٢٧٠ .

٢- (٢) المبسوط ٢/٢٩ .

٣- (٣) المبسوط ٣/٢٧٠ .

٤- (٤) المبسوط ٣/٢٦٩ .

للإمام عندنا . . .»(١) .

والحاصل ، أنّ الشيخ قدس سره عدل عمّا ذكره فى التهذيبين والنهاية بما ذكره فى المبسوط ، وفيه ذهب إلى مالكية أراضى الموات إذا كانت عملية الإحياء بإذن الإمام عليه السلام ، وذهب أيضاً أنّ طرو الموات على الأرض لا يوجب خروجها عن ملک مالكها بل يبقى فى ملكه وملک وراثه .

قال القاضى ابن البراج فى ذكر الأنفال : « . . وكلّ أرض كانت آجاماً فاستحدثت مزارع أو كانت مواتاً فأحييت ، فجميع ذلک من الأنفال . . . وله بعد أنقضاء مدّة القبالة أن يقبضها وينزعها ممّن هى فى يده بالقبالة ، ويقبّلها لغيره إلاّ أن يكون ممّا كانت مواتاً فأحييت ، فإنّها إذا كانت كذلک لم ينتزع من يد من أحياها ، وهو أولى بالتصرف فيها ما دام يتقبلها بما يتقبلها به غيره ، فإن لم يتقبلها بذلک جاز للإمام عليه السلام أن ينتزعها من يده ويقبّلها لغيره كما يراه ، ويجب على المتقبل فيما يبقى فى يده

بعد إخراج مال القبالة وما لحقه عليها من المؤن العشر أو نصف العشر حسب ما يراه الإمام عليه السلام »(٢) .

قال ابن زهرة : «ومن أحيى أرضاً بإذن مالكها ، أو سبق إلى التحجير عليها كان أحقّ بالتصرف فيها من غيره وليس للمالك أخذها منه ، وإلاّ أن لايقوم بعمارتها أو لايقبّل عليها ما يقبّل غيره بالإجماع المشار إليه ، ويحتجّ على المخالف بما رووه من قوله عليه السلام : من أحيى أرضاً ميتة فهى له ، وقوله : من أحاط حائطاً على أرض فهى له ، والمراد بذلك ما ذكرناه من كونه أحقّ بالتصرف ، لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإذن فى إحيائها»(٣) .

أقول : أنت ترى هذين الفقيهين ذهبا إلى ما ذهب إليه الشيخ فى التهذيبين من أن الإحياء يوجب أولوية التصرف فقط ولا يوجب الملكية .

ولكن ابن إدريس قال : «والأرضون الموات عندنا للإمام خاصةً لا يملكها أحدٌ

١- (١) المبسوط ٢٦٩/٣ .

٢- (٢) المهذب ١٨٣/١ .

٣- (٣) غنية النزوع/ ٢٩٣ .

بالإحياء إلا أن يأذن الإمام له»(١) .

وهذا بعينه التفصيل الذى مرّ عن الشيخ وتبعه المحقق ، ولكن زاد وقال : « وأمّا الموات . . . فهو للإمام عليه السلام لا يملكه أحدٌ وإن أحياه ما لم يأذن له الإمام وإذنه شرط ، فمتى أذن ملكه المحيى له إذا كان مسلماً . . . وكلّ أرض جرى عليها ملك لمسلم فهى له أو لورثته بعده ، وإن لم يكن لها مالك معروف معيّنٌ فهى للإمام ولا يجوز إحياؤها إلاّ بإذنه ، فلو بادر مبادر فأحياها من دون إذنه لم

يملک . وإن كان الإمام عليه السلام غائباً كان المحيى أحقّ بها ما دام قائماً بعمارتها ، فلو تركها فبادت آثارها فأحياها غيره ملكها»(٢) .

وقال فى المختصر : «الموات . . . فهو للإمام لا يجوز إحياؤه إلاّ بإذنه ومع إذنه يملک بالإحياء ، ولو كان الإمام غائباً فمن سبق إلى إحيائه كان أحقّ به»(٣) .

أقول : أنت ترى أنّ المحقق فصّل بين زمنى الظهور والغيبة ، ذهب فى الظهور إلى ملكية عملية الإحياء مع الإذن وفى الغيبة ذهب إلى الأولوية فقط ، كأنّه لم يثبت لديه الإذن العام فى عصر الغيبة . وتبعه العلامة الحلّى فى بعض كتبه(٤) ، ولكن هذا التفصيل غير تام ، لورود الإذن العام عنهم عليهم السلام ، ولذا قال سيد الرياض فى شأن تفصيله : «ووجهه غير واضح إن لم ينعقد الإجماع عليه»(٥) . وقال فى الجواهر : (ولكن - مع أنّه لا دليل على ذلک - لا تخلو من تنافٍ بين قوله أوّلاً « أحقّ » مشعراً بعدم الملک وبين قوله ثانياً « ملكها »)(٦) .

وقال العلامة الحلى فى إحياء الموات من التذكرة : «ولا يجوز لأحدٍ إحياؤها إلا بإذنه ، فإن بادر إليها إنسان وأحياها من دون إذنه لم يملكها ، ولو كان الإحياء حال غيبة الإمام عليه السلام كان المحيى أحق بها ما دام قائماً بعمارتها ، فإن تركها فزالت آثارها فأحياها غيره ملكها ، فإذا

١- (١) السرائر ٤٨١/١ .

٢- (٢) الشرائع ٢١٦/٣ و٢١٥ .

٣- (٣) المختصر النافع/ ٢٥٩ .

٤- (٤) نحو تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٤/٤ .

٥- (٥) رياض المسائل ١٠٩/١٤ .

٦- (٦) الجواهر ٢٨/٣٨ .

ظهر الإمام عليه السلام يكون له رفع يده عنها لما تقدم »(١) .

أقول : أنت ترى تبع العلاّمةُ أستاذَه المحقق فى التفصيل الذى اختاره ، وقد مرّ الإشكال فيه ، ولكن العلاّمة ذكره فى نفس الكتاب(٢) مرّة أُخرى وكذا اختاره فى التحرير وقال : «إنّ البلاد ضربان : بلاد الإسلام وبلاد الشرك ، فبلاد الإسلام إمّا عامرةٌ وهى لأربابها خاصةً ، وإمّا موات فإن لم يجر عليها ملكُ مسلمٍ فهى للإمام خاصةً وإن جرى عليها ملك ثم عطلت فإن كان المالك أو وارثه معلوماً فهو أحقّ بها ولا تخرج بخرابها عن التملك لصاحبها ولا يصح لغيره إحياؤها ، وإن لم يكن صاحبها معيّناً فهى للإمام خاصةً لا يملكها المحيى من دون إذن الإمام . . . ولو كان الإمام غائباً كان المحيى أحقّ بها ما دام قائم بعمارتها ، فإن تركها فزالت آثاره فأحياها غيره كان الثانى أحقّ ، فإذا ظهر الإمام كان له رفع يده عنها»(٣) .

أقول : ونحوها معنىً فى القواعد ٢٦٧/٢ .

وقال الشيخ على بن محمد بن محمد القمى السبزوارى : «ومن أحيى أرضاً بإذن مالكها أو سبق إلى التحجير عليها ، كان أحقّ بالتصرف فيها من غيره وليس للمالك أخذها منه ، إلاّ أن لا يقوم بعمارتها [أ] ولا يقبّل عليها ما يقبل غيره ، لقوله عليه السلام : من أحيى أرضاً ميتة فهى له ، والمراد بذلك ما ذكرناه من كونه أحقّ بالتصرف فيها ، لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإذن فى إحيائها»(٤) .

وقال الشهيد : «عامر الأرض ملك لأربابه ، ولو عرض له الموات لم يصح لغيرهم أحياؤه إلاّ بإذنهم ، ولو لم يعرفوا فهو للإمام ، وكذا كلّ موات من الأرض لم يجر عليه ملك أو ملك وباد أهله ، سواء كان فى بلاد الإسلام أو بلاد الكفر»(٥) .

وقال فى رابع شرائط التملّك بالإحياء : «ورابعها : أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو معاهد ،

١- (١) تذكرة الفقهاء ٤٠١/٢ من طبع الحجرى .
٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٤٠٣/٢ من الطبع الحجرى .
٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٤/٤ و٤٨٣ .
٤- (٤) جامع الخلاف والوفاق/ ٣٦٢ .
٥- (٥) الدروس ٥٥/٣ .

فلو سبق ملك واحد منهما لم يصحّ الإحياء . نعم لو تعطّلت الأرض وجب عليه أحد الأمرين : إمّا الإذن لغيره أو الانتفاع ، فلو امتنع فللحاكم الإذن وللمالك طَسْقها على المأذون ، فلو تعذّر الحاكم فالظاهر جواز الإحياء مع الإمتناع من الأمرين وعليه طَسْقها . . . ومجرد ثبوت يد محترمة كافٍ فى منع الغير من الإحياء وإن لم يعلم وجود سبب الملك . نعم لو علم إثبات اليد بغير سبب ملك ولا موجب أولوية فلا عبرة به»(١) .

وقال ابن فهد الحلى بعد نقل روايات الإحياء وجوازها : «وأجمعت الأُمّة على تملك الأرض الميتة مع إحيائها إذا خلت عن الموانع»(٢) .

واختار المحقق الثانى القول ببقاء الملكية بعد الخراب وعدم جواز إحياء الثانى إلاّ بإذن الأوّل ، قال : « . . . واللام تقتضى الملك ، وخروج الملك يحتاج إلى سبب ناقل وهو محصور ، وليس من جملة الأسباب الخراب ، ولأنّ ما ملك ببيع أو إرث ونحوهما لا يخرج عن الملك بخرابه - صرح به فى التذكرة(٣) - والظاهر أنّه إتفاقيٌّ ، فكذا ما هنا للإستواء فى الملك ولأنّ مطلق الملك لا بدّ أن ينتهى إلى الإحياء ، وهذا متين»(٤) .

وكذا ذهب فى رسالته المفردة التى كتب فى هذه المسألة - أى رسالة الأرض المندرسة - إلى نفس هذا القول وقال : « . . . ولأنّ الملك واستحقاق التصرف ومنع الغير منه كان ثابتاً قبل عروض خراب الأرض ، والأصل بقاؤه ، لأنّ أسباب زوال المِلْك محصورة شرعاً وليس هذا واحداً منها . . . وكأنّ

القول بملكية هذه الأرض بالإحياء ، مع القول بعدم ملكية المملوكة بسبب غير الإحياء إذا خربت فأحياها غير مالكها لا يجتمعان ، والثانى ثابت بالإجماع فينتفى الأول .

بيان التنافى : إنّ عروض الموت للأرض إن كان سبباً للخروج عن الملك وجب الحكم

ص: ٤٦١

١- (١) الدروس ٥٧/٣ و٥٦ .

٢- (٢) المهذب البارع ٢٨٥/٤ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٤٠١/٢ من الطبع الحجرى .

٤- (٤) جامع المقاصد ١٨/٧ .

بالخروج فى الموضعين معاً ، وإلاّ وجب الحكم بعدم الخروج فيهما معاً»(١) .

وأمّا الشهيد الثانى قوّى القول بخروج الأرض عن الملكية لطرو الخراب وأنّها يملكه الثانى بعد الإحياء ، قال فى توجيهه بعد ذكر الروايات الواردة فى المقام : « . . .ولأنّ هذه الأرض أصلها مباح ، فإذا تركها حتّى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة ، كما لو أخذ ماءً من دجلة ثم ردّه إليها . ولأنّ العلّة فى تملك هذه الأرض الإحياء والعمارة ، فإذا زالت العلّة زال المعلول وهو الملك ، فإذا أحياها الثانى فقد أوجد سبب الملك ، فيثبت الملك له ، كما لو التقط شيئاً ثمّ سقط من يده وضاع عنه فالتقطه غيره ، فإن الثانى يكون أحقّ به . وهذا القول قوى لدلالة الروايات الصحيحة عليه . . .»(٢) .

وقال فى الروضة فى شرح قول الشهيد : « (وغامرها . . . للإمام) فلا يصح إحياؤه بغير إذنه مع حضوره ، أمّا مع غيبته فيملكها المحيى . . . (وكذا كل ما) أى موات من الأرض (لم يجر عليه ملك المسلم) فإنّه للإمام عليه السلام ولا يصح إحياؤه إلاّ بإذنه مع حضوره ويباح فى غيبته . ومثله ما جرى عليه

ملكه ثم باد أهله (ولو جرى عليه ملك مسلم) معروف (فهو له ولوارثه بعده) كغيره من الأملاك (ولا ينتقل عنه بصيرورته مواتاً) مطلقاً ، لأصالة بقاء الملك وخروجه يحتاج إلى سبب ناقل وهو محصور وليس منه الخراب . وقيل : يملكها المحيى بعد صيرورتها مواتاً ويبطل حقّ السابق لعموم « من أحيى أرضاً ميتة فهى له » و . . . وهذا هو الأقوى . وموضع الخلاف ما إذا كان السابق قد ملكها بالإحياء ، فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزل ملكه عنها إجماعاً على ما نقله العلامة فى التذكرة عن جميع أهل العلم (وكل أرض ترك أهلها عمارتها فالمحيى أحقّ بها) منهم ، لا بمعنى ملكه لها بالإحياء لما سبق من أنّ ما جرى عليه ملك مسلم لا ينتقل عنه بالموت فبترك العمارة التى هى أعم من الموت أولى ، بل بمعنى استحقاقه التصرف فيها ما دام قائماً بعمارتها (وعليه طَسْقها) أى أجرتها (لأربابها) الذين تركوا عمارتها . أمّا عدم خروجها عن ملكهم فقد تقدّم ، وأما جواز إحيائها مع القيام بالأُجرة

١- (١) رسالة الأرض المندرسة ، المطبوعة ضمن رسائل المحقق الكركى ٢٠٣/٢ و٢٠٢ .
٢- (٢) المسالک ٤٠٠/١٢ .

فلرواية سليمان بن خالد . . .»(١) .

وقال فى حاشيته على الإرشاد معلقاً على قوله العلامة (وللإمام تقبيل كلّ أرضٍ ميتة ترک أهلها عمارتها) ، « هكذا أطلق المصنف رحمه اللّه وجماعة ، والأقوى التفصيل ، وهو أنّ الأرض التى جرت عليها يدُ مالكٍ ثمّ خَرِبَتْ لا تخلو إمّا أن تكون قد انتقلت إليه بالشراء ونحوه أو بالإحياء ، والأولى لا يزول ملكه عنها بالخراب إجماعاً نقله المصنف فى التذكرة عن جميع أهل العلم ، والثانية - وهى التى مُلِكَتْ بالإحياء - لا تخلو إمّا أن يكون ملكها مُعَيَّناً أو غير معيّنٍ ، والثانية تكون للإمام عليه السلام من جملة الأنفال يملكها الُمحيى لها فى حالة الغيبة ، فإن تركها حتّى خربت زال ملكه

عنها وجاز لغيره تملّكها ، وهكذا الأولى - وهى التى قد خربت ولها مالک معروف - قد اختلف فيها الأصحاب على أقوال أجودها أنّها تخرج عن ملک الأوّل ويسوغ أحياؤها لغيره ويملكها الُمحْيى»(٢) .

وذهب الشيخ محمّد نظام الدين الساوجى تلميذ الشيخ بهاء الدين محمد العاملى فى تكملة كتاب جامع عباسى لأستاذه : إلى حصول الملكية بعملية الإحياء وأنّ مِلک المسلم لم يزل بطرو الخراب ، ولا يجوز للغير إحياؤه من دون إذن مالكه لو كان حاضراً ، وأمّا إذا كان المالک غائباً فعمّرها الثانى كان هو (أى الثانى) أحقّ بها من غيره ما دام قائم بعمارتها(٣) .

وقال المحقق الأردبيلى فى شرح قول العلامة فى الإرشاد (وكل من سبق إلى إحياء ميتة فهو أحقّ بها ولو كان لها مالک معروف فعليه طسقها له) : «ظاهره يدل على جواز التصرف بالتعمير والزراعة فى أرض الغير ، وصيرورة المتصرف أولى بها إذا ترک عمارتها من غير إذنه وإن كان معلوماً بعينه ومعروفاً ، إلاّ أنه يلزمه أُجرة المثل . وفيه تأمل ، إلاّ أن يقال : عُلم الإذن من الإعراض والترک كما يُعلم ذلک فى سائر الأموال المعروض عنها غير الأرض .

وأمّا لزوم الأجرة حينئذ كأنّه لعدم العلم بالإعراض عنها ، مع إمكان العدم ما لم

١- (١) الروضة البهية ٢/٢١٠ من الطبع الحجرى (٧/١٤٠ - ١٣٦) .

٢- (٢) حاشية الإرشاد ، المطبوعة ضمن غاية المراد ١/٤٩٠ و٤٨٩ .

٣- (٣) جامع عباسى/ ٢٣١ من الطبع الحجرى عام ١٣٢١ ق ، و ص ٥٩٧ و ٥٩٨ من الطبعة الحديثة عام ١٣٨٦ ش من منشورات جماعة المدرسين بقم المقدسة ، والكتاب يكون باللغة الفارسية .

يطلب(١) ، وإمكان عدم فهم عدم الإذن(٢) ، إلاّ أنه ما ذكره لأنّ ذلک معلوم من الخارج بأنّه إن كان بالإذن فهو جائز ولا عقاب ، وإلاّ فلا يجوز ويستلزم استحقاقه ، وعلى التقديرين الأُجرة لازمة»(٣) .

أقول : فى العبارة تشويش ، ومع ذلک ذهب الأردبيلى إلى عدم جواز إحياء الثانى إلا إذا كان مأذوناً من المالک ، فهو يرى بقاء الملک لمالكه الأوّل مطلقاً بعد طرو الخراب عليه .

وقال المحقق السبزوارى : «الثالثة : إذا جرى على الأرض ملک أو ما فى حكمه لمسلم معروف ومن بحكمه فما دامت عامرة فهى له ولورثته بعده وإن ترک الانتفاع بها بلا خلاف فى ذلک ، وإن خربت فإن كانت من الأراضى المفتوحة عنوة لم يزل ملک المسلمين عنها ، وإن ملكها بالشراء والعطيّة ونحوها لم يزل ملكه عنها على المعروف ، ونقله فى التذكرة عن جميع أهل العلم . وإن ملكها بالإحياء ثم تركها حتى رجعت مواتاً ففيه للأصحاب قولان :

أحدهما : ما ذهب إليه جماعة منهم الشيخ ، وهو بقاؤها على ملک مالكها .

وثانيهما : ما ذهب إليه العلامة فى بعض فتاواه ومال إليه فى التذكرة ، وهو صحة إحيائها وكون الثانى أحقّ بها من الأوّل . وهذا القول أقرب»(٤) .

وقال أيضاً : «الرابعة : إذا لم يكن للأرض مالک معروف ، فإن كانت الأرض حيّة فهى مال مجهول المالک يجرى فيها حكمه ، وإن كانت مواتاً وكانت فى الأصل لمالک معيّن ثم جهل مالكها فهى للإمام ، فإن كان حاضراً لم يصح إحياؤها إلاّ بإذنه وإن كان غائباً لم يتوقّف الإحياء على الإذن وكان المحيى أحقّ بها من غيره ما دام قائماً بعمارتها ، ولو تركها فبادت آثارها فأحياها غيره ملكها ، ومع ظهور الإمام يكون له رفع يده عنها . . .»(٥) .

وقال الآقا جمال الدين الخوانسارى فى حواشيه على الروضة : « . . . وبالجملة فالظاهر

١- (١) أى مع إمكان عدم لزوم الأُجرة ما دام لم يطالبها المالک .
٢- (٢) أى ويمكن لزوم الأُجرة ما دام لم يفهم عدم إذن المالک الأول لإحياء الثانى .
٣- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٤٨٦/٧ .
٤- (٤) الكفاية ٥٤٧/٢ و٥٤٦ .
٥- (٥) الكفاية ٥٤٨/٢ .

فيما كان السابق بالإحياء هو القول بأحقيّة الثانى غير لزوم الطسق ، واللّه تعالى يعلم»(١) .

وقال سيد الرياض : « (وكلّ أرض موات سبق إليها سابق وأحياها) وأخرجها من عطلتها (فهو أحقّ بها وإن كان لها مالک) ومعروف (فعليه طَسْقها له) بلا خلاف فى جواز إحيائها مع عدم معروفية صاحبها ، ولا فى وجوب الأجرة له إذا كان معروفاً وملكها بغير الإحياء .

وفى وجوبها له إذا ملكها بالإحياء خلاف مبنىّ على الاختلاف فى زوال ملک الأوّل الحاصل له بالإحياء ، بإحياء المحيى الثانى أم لا ؟ فقد اختلفوا فيه على أقوال :

قيل : نعم ولا يستحق شيئاً ويملكه المحيى الثانى لعموم الصحاح . . . .

وقيل : لا ، لأصالة بقاء الملک والصحيح . . . .

فمقتضى الجمع بينهما صرف ظهور الصحيحة الأولى من الملكية للثانى إلى الأحقيّة جمعاً وإلا لزم طرح الثانية رأساً . ويُراد من الحق فيها الأُجرة لا الرقبة ، لصراحة الأُولى فى عدم لزوم أدائها وأحقيّة الثانى بها .

والحاصل ، أنّ العمل بالروايتين معاً يقتضى صرف ظاهر كل منهما أو مجمله إلى صريح الآخر أو مبيّنه ، وهذا الجمع أولى من الجموع الأخر . . . .

وعلى المختار ففى توقف الإحياء على استئذان المالک مع الإمكان وإلاّ فالحاكم وإلاّ فيحيى هو حِسْبةً ، كما هو مقتضى الأُصول الشرعية وأفتى به الشهيد فى الدروس أم لا كما هو ظاهر الأخبار وأكثر الأصحاب ، وجهان . ولا ريب أنّ الأول إنْ لم نقل بكونه أقوى فهو أحوط وأُولى»(٢) .

وقال جدى الشيخ جعفر قدس سره : «الأرض التى كانت محياة بأيدى المسلمين ، والحكم فيها : أنّها إن كانت مملوكة بالإحياء ثم ماتت ، كان إحياؤها كإحياء موات الأصل ، يملكها الُمحيى ، كما أنّ سبب التحجير فيها إذا اندرس رجعت إلى أصلها . وإن كان الملک لا عن إحياء ،

١- (١) حاشيته على الروضة البهية/ الطبع الحجرى من دون الترقيم بل قبل سبعة أوراق بنهاية الكتاب .

٢- (٢) رياض المسائل ٨/ (١٢٦ - ١٢٤) .

بل عن بيع وشراء أو ميراث أو غير ذلک من الأسباب ، فإن عمرّها المالک فهو أولى بها ، وإن ترک عمارتها أعطاها ولى الأمر لمن يعمرها وعيّن عليه قدراً من الحاصل لصاحبها»(١) .

وعَدّ من أرض الأنفال : «أرض مُلكت بالإحياء ثم ماتت»(٢) .

وقال فى شرح القواعد فى شأن أرض الأنفال : «وهذه الأرض بأقسامها للإمام عليه السلام ، لا يجوز التصرف بها مع الحضور ورخصّ بذلک مع الغيبة مجاناً ، ويملک المحيى للموات بما يُسمّى إحياءً عرفاً ما لم يسبق عليه تحجير أو حريم لعامر . . . وإذا ظهر المالک - روحى له الفداء - رجع الملک إلى أهله . . .»(٣) .

وقال فى الأرض المفتوحة عَنْوة : «وأمّا ما عُلم موته حينه فالأقوى أنّه للإمام ويملكه المحيى له بعد الغيبة كافرّاً كان أو مسلماً مخالفاً كان أو مؤمناً - على إشكال فى القسمين الأوّلين - ملكاً مشروطاً

ببقاء التعمير ويزول بزواله على الأصح وبغيبة الإمام روحى له الفداء ، فإذا ظهر (عج) رجع المال إلى أهله ولا يجوز التصرف إلا بإذنه ، والظاهر أنّه يأخذ منه ضريبة ويبقيه فى يده»(٤) .

وتبعه تلميذه السيد العاملى يرى أوّلاً جواز الإحياء للثانى ولكنه لا يملك ، ثم يرى ثانياً قول المحقق الثانى - أى لا يجوز التصرف فيها أصلاً إلاّ بإذن المالک - هو الأوفق بالضوابط ، ثمّ يرى ثالثاً أنّ تفصيل الشهيد قوى ، قال قدس سره : «وكيف كان قالترجيح لما عليه الأصحاب من أنّه يجوز إحياؤها للثانى ولكنه لا يملكها لما عرفت ، بل الأوفق بالضوابط قول المحقق الثانى وتفصيل الشهيد قويٌّ جداً»(٥) .

وقال المحقق الهمدانى : « ثمّ إنّ التقييد بكون الأرض الميتة المملوكة ممّا باد أهلها فى المتن وغيره بحسب الظاهر للإحتراز عمّا كان لها مالک معروف ، فإنّها له بلا خلاف فيه على الظاهر

١- (١) كشف الغطاء ٣٩٩/٤ .

٢- (٢) كشف الغطاء ٤٠٧/٤ .

٣- (٣) شرح القواعد ٢١١/٢ و٢١٢ .

٤- (٤) شرح القواعد ٢٠٩/٢ .

٥- (٥) مفتاح الكرامة ١٠/٧ الطبعة القديمة .

ولا إشكال لو لم يكن ملكه لها بالإحياء . وأمَّا لو كانت مملوكةً بالإحياء ففى زوال ملكيتها بعروض الخراب لها ورجوعها إلى ملک الإمام كما كان قبل الإحياء وعدمه قولان فى باب الإحياء ، لا يخلو ثانيهما عن قوة ، وتحقيقه موكول إلى محلّه»(١) .

وقال المحقق الخوئی : « . . . فیعلم من ذلک أنّ مجرد الخراب لا یستوجب الخروج عن ملک المالک والدخول فی ملک الإمام علیه السلام لیعدّ من الأنفال ، بل هو مشروط بالإعراض والإنجلاء . . .»(۲) .

وأمّا الروایات الواردة فی المقام

طائفة منها تدلّ علی مالکیة الأرض لمحییها بلا فرق بین زمنی الحضور والغیبة :

منها : صحیحة الفضلاء عن أبی جعفر وأبی عبد اللّه علیهماالسلام قالا : قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم : من أحیی أرضاً مواتاً فهی له(۳) .

ظهور اللام فی الملکیة واضح ، وضمیر «هی» ترجع إلی الأرض ظاهرة فی ثبوت ملکیته لرقبة الأرض ، وصدور هذا البیان وعدم تقییده بزمن الحضور وعدم ورود المخصص یدلّ علی أنّ الحکم عام یشمل زمنی الحضور والغیبة .

ومنها : صحیحة زرارة عن أبی جعفر صلی الله علیه و آله وسلم قال : قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم : من أحیی مواتاً فهو له(٤) .

ومنها : معتبرة السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال : قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم : من غرس شجراً أو حفر وادیاً بدّیاً لم یسبقه إلیه أحد ، وأحیی أرضاً میتة فهی له قضاء من اللّه

۱- (۱) مصباح الفقیه ۲٤۲/۱٤ .

۲- (۲) مستند العروة الوثقی . کتاب الخمس/ ۳٥۷ .

۳- (۳) وسائل الشیعة ٤۱۲/۲٥ ح٥ . الباب ۱ من أبواب إحیاء الموات .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح٦ .

ورسوله صلى الله عليه و آله وسلم (١) .

وهذا القضاء من اللّه ورسوله فى زمن الحضور والغيبة ، وأنت ترى أنّ التفصيل بينهما لا وجه له .

ومنها : صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال : سئل - وأنا حاضر - عن رجل أحيى أرضاً مواتاً فكرى فيها نهراً ، وبنى بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً ، فقال : هى له وله أجر بيوتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء ، أو سيل وادٍ أو عين ، وعليه فيما سقت الدوالى والقرب نصف العشر(٢) .

ومنها : معتبرة محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها وهى لهم(٣) .

وفى هذه المعتبرة قد فسّر الإمام عليه السلام أنّ المراد بالأحقيّة فى إحياء الأرض هى المالكية ، بقرينة اللام الظاهرة فى الملكية ، ومثلها :

صحيحة محمد بن مسلم قال : سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ قال : ليس به بأس - إلى أن قال : - وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها وهى لهم(٤) .

ظهر من هذه الصحيحة - وقد ذكرها صاحب الوسائل بتمامها فى كتاب الجهاد(٥) - وتطبيق الإمام عليه السلام أنّ المراد بمَن فيها مطلق ، ولا يشمل المؤمن أو المسلم فقط بل يشمل اليهود والنصارى ، وبعدم الفرق بين الكافر الكتابى وغيره يظهر حكم الكافر غير الكتابى .

ونحوها مرسلة الصدوق قال : قد ظهر رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم على خيبر فخارجهم على أن يكون الأرض فى أيديهم يعملون فيها ويعمرونها ، وما بأس لو اشتريت منها شيئاً ، وأيمّا قوم

١- (١) وسائل الشيعة ٤١٣/٢٥ ح١ . الباب ٢ من أبواب إحياء الموات .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح٨ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح٤ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥ ح١ .
٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥ ح٢ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .

أحيوا شيئاً من الأرض فعمروه فهم أحقّ به وهو لهم(١) .

ومن هنا ظهر معنى كلمة « الأحقيّة » فى غيرها من الروايات الواردة فى شأن الإحياء أنّ المراد بها هى الملكية :

ومنها : صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها(٢) .

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد بأداء الحقّ الوارد فى صحيحة سليمان بن خالد هو ردّ رقبة الأرض للمحيى الأول ، لأنّ حقّه هو ملكيته للأرض ، وإليک نصها :

صحيحة سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يأتى الأرض الخربة فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : فإن كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤدّ إليه حقّه(٣) .

وفى هذه الصحيحة يسأل السائل عن أرضٍ كان لها مالک ولكنّه ترک إحياءها فصار مواتاً وأحياها الثانى فماذا عليه ؟ أجاب الإمام بأنّ عليه الصدقة - أى الزكاة فقط - إن كان لا يعرف صاحبها أو يعلم إعراضه عنها ولكنه إذا عرف صاحبها فليودّ إليه حقّه أى أرضه ، لأنّه مالک لرقبة الأرض . هذا ما استفدتُهُ منها .

وكذا يُحمل الترك على الإعراض فى الروايات الآتية بقرينة أنّ المحيى يصير مالكاً لرقبة الأرض .

نحو : صحيحة معاوية بن وهب قال : سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول : أيّما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرّها فإنّ عليه فيها الصدقة ، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها ، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض للّه ولمن عمّرها(٤) .

بل لابدّ أن تُحمل فى هذه الصحيحة كلمة « تركها » ب- « أعرض عنها » ، وإلاّ لا يتم

١- (١) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح٧ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥ ح٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥ ح٣ .
٤- (٤) وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥ ح١ .

تطبيق الكبرى الموجودة فى آخرها على المطلوب ، وهو ملكية المحيى الثانى على الأرض ، وهى قوله عليه السلام : « فإنّ الأرض للّه ولمن عمّرها » .

ولأنه لو لم يعرض المحيى الأوّل عن الأرض فالكبرى تنطبق عليه لا على الثانى ، فلابدّ من حمل كلمة « تركها » فيها على الإعراض حتّى تنطبق الكبرى على الثانى . والأمر هكذا فى الصحيحة الآتية ، فلابدّ من حمل كلمة « تركها أهلها » فى كلام السائل على إعراض أهلها ، وإلاّ لم تنطبق الكبرى الواردة فى كلام الإمام عليه السلام ، وهى قوله : « مَنْ أحيى أرضاً من المؤمنين فهى له » على المحيى الثانى ، بل تنطبق على المحيى الأوّل ، وهو خلاف المطلوب . هذا ما ظهر لى عند التأمل .

ومنها : صحيحة عمر بن يزيد قال : سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمّرها وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً ؟ قال : فقال أبو عبد اللّه عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : من أحيى أرضاً من المؤمنين فهى له وعليه طَسْقها يؤدّيه إلى الإمام فى حالة الهدنة ، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه(١) .

يُحمل بقرينة ما ذكرنا « الترك » الوارد فى كلام السائل على الإعراض ، ولكن الوارد فى جواب الإمام عليه السلام تقييد المحيى بالإيمان ، ولا يمكن تقييد المطلقات به لأنّهما مثبتان . والظاهر بعد قبول أنّ عملية الإحياء توجب الملكية لا بدّ من حمل الطسق الوارد فيها على الزكاة ، كما تظهر من صحيحتى سليمان بن خالد(٢) وعبد اللّه بن سنان(٣) الماضيتان .

ويمكن أن يبقى على ظاهره فيصير معنى كلمة « الطسق » الأُجرة ، لأنّ الأرض الموات من الأنفال ، والأنفال كلّها للإمام عليه السلام ، فيمكن له أن يأذن فى عملية الإحياء ولكن مع جعل الطَسْق ، أى الأجرة على المحيى ، فله أنّ يجعل الطسق والأُجرة . ولكن لم يعهد منهم هذا الجعل ، ويمكن أن يجعله صاحب العصر (عجل اللّه تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره .

١- (١) وسائل الشيعة ٥٤٩/٩ ح١٣ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥ ح٣ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح٨ .

وأما التفصيل الوارد فيها بين زمان ظهور القائم (عجل اللّه تعالى فرجه الشريف) وبين غيره فلا بأس به ، أى للقائم (عج) أن يأخذ الأرض من المحيى أو له أن يجعل عليه الطسق أو الأجرة . كما يمكن

دعوى أنّ المراد بالهدنة زمن حكومة غير الأئمة عليهم السلام ، والمراد بزمن الظهور زمن حكومتهم ، لأنّ كلَّهم القائمون بالحقّ .

ويمكن أن يقال بأنّ الضمير المستتر فى كلمة «تؤخذ» يرجع إلى الزكاة ، فيصير المعنى : أنّ القائم - بالمعنيين - يأخذ الزكاة فى زمن ظهوره أو اقتداره ولكن فى غيرها من الزمن على المالك أن يؤديها . هذا ما ظهر لنا بعد التأمل فى الرواية .

ومنها : خبر أبى خالد الكابلى عن أبى جعفر عليه السلام قال : وجدنا فى كتاب على عليه السلام : «إِنَّ الْأَرْضَ للّه يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»(١) ، أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلّها لنا ، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى وله ما أكل منها ، فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذى تركها ، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى وله ما أكل منها حتى يظهر القائم (عج) من أهل بيتى بالسيف ، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ومنعها ، إلاّ ما كان فى أيدى شيعتنا ، فإنّه يقاطعهم على ما فى أيديهم ويترك الأرض فى أيديهم(٢) .

عبّرنا عن الرواية بالخبر لأنَّ أبا خالد الكابلى إثنان :

أحدهما : الكبير اسمه كنكر وقيل وردان ، وقد ذكره الشيخ فى أصحاب على بن الحسين زين العابدين عليه السلام (٣) . وهذا الرجل ثقة بلا ريب عندنا .

ثانيهما : الصغير واسمه وردان ذكره الشيخ فى أصحاب الباقر عليه السلام وقال : «وردان أبو خالد الكابلى الأصغر ، روى عنه عليه السلام وعن أبى عبد اللّه عليه السلام ، والكبير اسمه كنكر(٤)» . وكذا

١- (١) سورة الأعراف/ ١٢٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥ ح٢ .

٣- (٣) رجال الشيخ/ ١٠٠ الرقم ٢ .

٤- (٤) رجال الشيخ/ ١٣٩ الرقم ٥ .

ذكره فى أصحاب الصادق عليه السلام وقال فى شأنه : «وردان أبو خالد الكابلى الأصغر روى عنهما عليهماالسلام والأكبر كنكر»(١) . وهذا الأصغر لم يرد توثيقه ، ولذا استشكل فى سند الرواية بأن أبا خالد الكابلى إمّا مشترك أو أنّ الراوى عن أبى جعفر عليه السلام هو الأصغر فقط - كما هو الصحيح - ولذا لا يمكن الحكم باعتبار سندها . بل هى ضعيفة الإسناد لعدم اعتبار أبى خالد الكابلى الأصغر الراوى عن أبى جعفر عليه السلام ، ولذا تعجّب الشيخ الحر فى حاشية الوسائل(٢) من الشهيد الثانى فى محلِّه » .

وأمّا المذكور فى رجال الشيخ فى أصحاب الصادق عليه السلام بعنوان «كنكر أبو خالد القماط كوفى »(٣) ، وكذلك عنونه فى الفهرست وقال : «أبو خالد القماط له كتاب وقال ابن عقدة : اسمه كنكر»(٤) . يكون غيرهما لأنّهما الكابليان وهذا الرجل كوفى بتصريح الشيخ ، ويبعد إتحاد الأخير مع أبى خالد الكوفى المذكور فى رجال الشيخ فى أصحاب الرضا عليه السلام (٥) لبُعد الزمان .

وأمّا دلالتها : فيمكن حملها على ما ذكرنا ، بأنّ للإمام عليه السلام أن يجعل على الأراضى الأنفال الخراج أو الطَسْق أو الأُجرة ، والمراد بجملة «وله ما أكل منها» أنّه مالكها ، ولكن لو تركها وأعرض عنها يجوز للغير إحياؤها وتملكها مع أداء الخراج . ولا يمكن الحكم بتقييد مطلقات الإحياء بالمسلمين ، لأنّهما كما مر مثبتتان . والرواية تدلّ على أنّ القائم (عجل اللّه تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره يأخذ الأرض من غير شيعته ويأخذ منهم الخراج .

ولا بأس بالأخذ بما فيها بالنسبة إلى ما بعد الظهور لو تمّ سندها . والأمر فيه سهلٌ ، لأنّ الإمام عليه السلام عالم بوظيفته وعلينا أن نطيعه . ويمكن اختلاف الحكم بين زمنى ما قبل الظهور وما بعده .

والحاصل : ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكية رقبة الأرض للمحيى - بلا فرق

ص: ٤٧٢

١- (١) رجال الشيخ/ ٣٢٨ الرقم ٢٦ .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥ .
٣- (٣) رجال الشيخ / ٢٧٧ الرقم ٩ .
٤- (٤) الفهرست/ ٥٢٢ الرقم ٨٣٠ .
٥- (٥) رجال الشيخ/ ٣٩٦ الرقم ٢ .

بين كونه مؤمناً أو مسلماً أو كتابياً أو مشركاً - ولا تخرج عن ملكه إلاّ بالإعراض أو الأسباب الناقلة للملك ، كما عليه المشهور من أصحابنا ، ولا يجوز لأحد إحياؤها أو التصرف فيها إلاّ بإذنه .

نعم ، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحياؤها ولكن لو علم المحيى أو حضر المالك يجب على المحيى ردّ رقبة الأرض والأُجرة له .

ومن المعلوم أنّ النزاع يختص بأراضى الأنفال ، وأمّا غيرها من الأراضى لا يختلف أحدٌ بأنّها باقية على ملك مالكها ولو طرأ عليه الموات . ومن هنا ظهر حكم الأراضى المفتوحة عَنْوة لو طرأ عليها الخراب ، فهى باقية على ملك المسلمين بلا خلاف عند الأصحاب (قدس اللّه أسرارهم) . هذا ما أدى إليه نظرى القاصر بعد التتبع والتأمل فى الروايات ، واللّه سبحانه هو العالم .

الثانى عشر : هل تلحق الضرائب بالخراج والمقاسمة أم لا ؟

اشارة

قد مرّ فى أوّل البحث تعريف الخراج والمقاسمة ، وقد ظهر منه أنّهما غير الضريبة والماليات والميرى ، وبعد ثبوت الغيرية فهل تلحق الضرائب بهما من جهة جواز أخذها للغير أم لا ؟

من المعلوم أنّ جواز أخذ مال الغير حكم على خلاف الأصل والقاعدة الأوّلية ، فلا بدّ من القول به عند مايكون دليل عليه ، وحيث لم يرد دليل بالنسبة إلى الضريبة فلا يمكن القول بجواز أخذ الضريبة بأدلة جواز أخذ الخراج والمقاسمة ، لا سيما مع ما ذكرنا من وجود الفارق الموضوعى بينهما وأنّهما (الخراج والضريبة) شيئان مختلفان .

فلا بدّ فيالمقام من البحث حول جهتين :

١ - جواز أخذ الضريبة للحاكم وعدمه .

٢ - جواز أخذ هذه الضريبة من الحاكم للغير .

أمّا الجهة الأولى : هل يجوز للحاكم أن يأخذ الضرائب من رعاياه ؟

قد ورد فى رواياتنا ذمّ العشارين ، وهم الذين يأخذون من الناس العشر لدى إيرادهم

الأمتعة والأموال فى البلاد المسمى اليوم بالجمارک ، وهذه إحدى الضرائب التى يأخذها الحكام فيما سبق من الأيام ، فهل يمكن استفادة حرمة أخذ جميع الضرائب منها أم لا ؟

من هذه الروايات مرسلة الرضى رفعه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال فى حديث : يا نوف ، إنّ داود عليه السلام قام فى مثل هذه الساعة من الليل فقال : إنّها ساعة لا يدعو فيها عبد إلا استجيب

له إلا أن يكون عشاراً أو عريفاً أو شرطياً أو صاحب عرطبة - وهى الطنبور - أو صاحب كوبة - وهى الطبل -(١) .

ومنها : حسنة نوف عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : يا نوف إيّاک أن تكون عشّاراً أو شاعراً أو شرطيّاً أو عريفاً أو صاحب عرطبة - وهى الطنبور - أو صاحب كوبة - وهى الطبل - ، فإنّ نبى اللّه عليه السلام خرج ذات ليلة فنظر إلى السماء فقال : إنّها الساعة التى لا يردّ فيها دعوة إلا دعوة عريف أو دعوة شاعر أو شرطىّ أو صاحب عرطبة أو صاحب كوبة(٢) .

ومنها : خبر نوف عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : يا نوف إقبل وصيتى ، لا تكوننَّ نقيباً أو عريفاً أو عشّاراً أو بريداً(٣) .

ومنها : مرفوعة محمد بن الحسين عن رسول اللّه عليه السلام أنّه قال : لا يدخل الجنة مدمن خمر ولا سكيّر ولا عاقّ ولا شديد السواد ولا ديّوث ولا قلّاع - وهو الشرطى - ولا زنوق - وهو الخنثى - ولا خيوق - وهو النبّاش - ولا عشّار ولا قاطع رحم ولا قدرىّ(٤) .

ومنها : خبر أبى هريرة وعبد اللّه بن عباس عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فى آخر خطبة خطبها النبى صلى الله عليه و آله وسلم بالمدينة : ومَن منع طالباً حاجته وهو قادر على قضائها فعليه مثل خطيئة عشّار . فقام إليه عوف بن مالک فقال : ما يبلغ خطيئة عشّار يا رسول اللّه ؟ قال : على العشار كلّ يوم

١- (١) نهج البلاغة - الحكمة/ ١٠٤ .

٢- (٢) الخصال ٣٣٨/١ ح ٤٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٣٤٢/٧٢ ح ٣٠ (٣١/٣٠) .

٣- (٣) أمالى الصدوق . المجلس ٣٧ ح٩/ ٢٧٨ الرقم ٣٠٩ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٣٤٣/٧٢ ح٣٣ (٣٢/٣٠) .
٤- (٤) الخصال ٤٣٦/٢ ح٢٣ ، ونقل فى بحار الأنوار ٣٤٣/٧٢ ح٣٢ (٣٢/٣٠) .

وليلة لعنة اللّه والملائكة والناس أجمعين ، ومن يلعن اللّه فلن تجد له نصيراً(١) .

إنک ترى بأنّ هذه الروايات تنهى عن أخذ العشور ، والنهى يدلّ على الحرمة . ولا بأس بضعف إسنادها بعد استفاضتها أو القول بتواترها الإجمالى .

وأمّا العشور ما هى ؟

قال أبو يوسف : «يؤخذ من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر ومن أهل الحرب العشر من كلّ ما مرّ به على العاشر وكان للتجارة وبلغ قيمة ذلک مأئتى درهم فصاعداً أخذ منه العشر ، وإن كانت قيمة ذلک أقل من مأئتى درهم لم يؤخذ منه شىء ، وكذلک إذا بلغت القيمة عشرين مثقالاً أخذ منه العشر . . . [ثم] قال أبو يوسف : فإنّ عمر بن الخطاب وضع العشور ، فلا بأس بأخذها إذا لم يتعدّ فيها على الناس ويؤخذ بأكثر ممّا يجب عليهم . وكلّ ما أخذ من المسلمين من العشور فسبيله سبيل الصدقة ، وسبيل ما يؤخذ من أهل الذمة جميعاً وأهل الحرب سبيل الخراج . . .»(٢) .

وقال ابن قدامة فى العشر : «إشتهر هذا عن عمر وصحت الرواية عنه به . . .»(٣) .

وفى بدائع الصنائع فى فقه الحنفية : « . . . وأصله ما روينا عن عمر أنه كتب إلى العُشّار فى الأطراف أن خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمى نصف العشر ومن الحربى العشر ، وكان ذلک بمحضر من الصحابة ولم يخالفه أحد منهم ، فيكون إجماعاً منهم على ذلک . وروى أنّه قال : «خذوا منهم ما يأخذون من تجّارنا ، فقيل له : إن لم نعلم ما يأخذون من تجارنا ؟ فقال : خذوا منهم العشر . . .»(٤) .

من هذا يظهر أن عمر أوّل مَن وضع العشور بالكيفية الخاصة عندهم من مال التجارة وهى نفس الجمارک فى يومنا هذا ، وقد ورد فى رواياتنا عدم جواز أخذها وأنّ آخذها من

ص: ٤٧٥

١- (١) عقاب الأعمال/ ٣٤١ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٣٦٩/٧٣ (٣٦٤/٣٠) .

٢- (٢) الخراج/ (١٣٤ - ١٣٢) .

٣- (٣) المغنى لابن قدامة ٥٩٧/١٠ .

٤- (٤) بدائع الصنائع ٣٨/٢ .

العاصين . فلا يبعد القول بحرمة أخذ العشور المسماة اليوم بالجمارک بدلالة هذه الروايات المستفيضة أو المتواترة إجمالاً . نعم يجوز أخذها من الكافر الحربى ، وأمّا الذمّى فجواز أخذها منه تابع لعقد الذمّة ، وأمّا المعاهد والمسلم فلا يجوز أخذها منهما . وأمّا التعدى من العشور إلى غيرها من الضرائب والحكم بحرمتها بالأدلة الواردة فى حرمة العشور مشكل جداً .

وكذا الحكم بجواز أخذ الضرائب لفعل أمير المؤمنين عليه السلام من أنّه وضع الزكاة فى أيام خلافته الظاهرية على الخيل والبراذين لاحتياج دولته بالأموال . أشكل من سابقه ، وقد ورد فعله فى صحيحة محمد بن مسلم وزرارة عنهما جميعاً عليهماالسلام قالا : وضع أمير المؤمنين عليه السلام على الخيل العتاق الراعية فى كلّ فرس فى كل عام دينارين وجعل على البراذين ديناراً(١) .

وقد رواها المفيد مرسلاً إلا أنّه قال : وجعل على البراذين السائمة الإناث فى كلِّ عامٍ ديناراً(٢) .

وقد ورد تقييد الخيل بالإناث أيضاً فى صحيحة زرارة قال : قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام : هل فى البغال شيءٌ ؟ فقال : لا ، فقلت : فكيف صار على الخيل ولم يصر على البغال ؟ فقال : لأنّ البغال لا تلقح والخيل الأُناث ينتجن ، وليس على الخيل الذكور شيء . قال : فما فى الحمير ؟ قال : ليس

فيها شيء . قال : قلت : هل على الفرس أو البعير يكون للرجل يركبهما شيء ؟ فقال : لا ، ليس على ما يعلف شيء ، إنّما الصدقة على السائمة المرسلة فى مرجها عامها الذى يقتنيها فيه الرجل ، فأمّا ما سوى ذلک فليس فيه شيء(٣) .

هذه الصحيحة تخص الزكاة بالخيل الأناث السائمة المرسلة فى مرجها عامها وتنفيها عن الحمير ، والصحيحة الأولى تثبتها فيها ، فصارت النتيجة عدم وجوبها وثبوت الاستحباب فى الحمير . وبعدم القول بالفصل بين الحمير والخيل ثبت استحباب الزكاة فى الخيل أيضاً . هذا ما تفيدنا الروايات .

وأمّا أمير المؤمنين عليه السلام بما أنَّ له الولاية فى التشريع فيجوز له أن يجعل حكماً خاصاً فى زمن خلافته ، فإنّه عليه السلام بدّل الاستحباب فى الخيل والحمير بالوجوب لمصلحة اقتضت ذلک .

١- (١) وسائل الشيعة ٧٧/٩ ح١ . الباب ١٦ من أبواب ما تجب فيه الزكاة .
٢- (٢) وسائل الشيعة ٧٨/٩ ح٢ .
٣- (٣) وسائل الشيعة ٧٨/٩ ح٣ .

ولكن ليس لغيره عليه السلام هذه الولاية ، فالحكم يختص بزمن خلافته فقط وبه عليه السلام .

ولذا استفادة جواز جعل الضرائب للحاكم من صحيحة محمد بن مسلم وزرارة ، وفعل أمير المؤمنين عليه السلام مشكل جداً .

ثم هل يمكن تصحيح أخذ الضريبة للحاكم الشرعى بطرق أُخرى من العقود الشرعية أم لا ؟ ذهب المؤسس الحائرى قدس سره إلى الجواز بدعوى إمكان خروج سلاطين الشيعة عن عنوان الظالم الوارد فى أخبار منع معونة الظالمين ، ثم قال : « . . . فتبيّن أنّ أصل العمل ليس ظلماً ، ثم إنّه يمكن تمشيته أيضاً على وجه لا يخالف الشرع من جهات أُخرى ، بأن يعلِن هذا السلطان فى جميع البلاد

التى تحت اقتداره وسلطنته بأنّ مَن أراد أن يشمله كفايتى وحفظى وحمايتى فليدفع إلىَّ فى كلِّ سنة مقداراً من المال وإلاّ فلستُ أنا محاميّاً عنه مجّاناً . وليس الوجوب أيضاً منافيّاً لجواز أخذ الأُجرة والجعل كما تقدم بيانه سابقاً ، وحينئذ فيكون أخذ المالية عن الرعية على طبق الشرع لأنّها جُعْلٌ له على عمله . . .»(١) .

وأنت ترى بأنّ هذا المحقق الجليل صحح أخذ الضريبة من الحاكم على نحو الجعالة .

وكذا يمكن تصحيحها على نحو الهبة المعوَّضة أو الصلح المعوَّض ، بأنْ وهب الحاكم حمايته وفعاله بإيجاد الأمن والطرق ووسائل العيش للرعية فى مقابل أنّ الرعية تهب فى كلّ سنة مبلغاً من المال . أو صالح الحاكم هكذا فى مقابل أن صالحته الرعية مبلغاً من المال .

والأمر سهل بالنسبة إلى الضرائب التى أخذها الحاكم فى مقابل إعطاء الخدمات ، نحو : الماء والكهرباء والهاتف (التليفون) والغاز والطرق والبريد والمستشفيات والمستوصفات ونحوها ، لأنّه أخذٌ للمال فى مقابل خدمة ، وأخذ المال فى مقابل العمل والخدمة يمكن تصحيحه شرعاً فى الجملة بوجوه عديدة ، نحو : البيع والصلح والهبة والجعالة وغيرها .

ويمكن الإشكال فى الكلّ : بأنّ البيع والإجارة والصلح والهبة وكذا الجعالة تحتاج إلى رضاية الطرفين ، وإذا لم تكن الرعية راضياً - كما هو الغالب فى إعطاء الضريبة - فيصير العقد باطلاً .

والجعالة من العقود الجائزة قبل الإتيان بالعمل ، فللرعية فسخها قبل الإتيان بالعمل من قبل الحاكم أو قبل حلول السنة الآتية مثلاً .

اللهم إلاّ أن يقال : بأنّ هذه مبادلة قهرية من الطرفين ولا تحتاج إلى رضايتهما بعد

١- (١) المكاسب المحرمة/ ٩٥ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

إعطاء الطرفين ، كما فى بدل الحيلولة على القول بالإنتقال القهرى إلى المُتلِف فيها ، فتأمل .

نعم ، يمكن للحاكم اشتراط الضريبة فى عقد بيعته ، وإذا قبلت الرعية هذا الشرط وبايع مع الحاكم يجوز له أن يأخذ الضريبة وفاءً بالشرط .

ولكن هل يصدق على الإنتخابات أنّها بيعة أم لا ؟ الظاهر هو الثانى .

وأمّا الحاكم فيأخذ أيضاً بعضَ الضرائب ولكنّه ليس فى مقابلها أىّ خدمة أو عمل ، نحو : الجمارک كلّها وما يأخذها بالنسبة إلى رواتب الموظفين أو الاستثمارات والفوائد التى تحصل للرعية والمدنيين ، أو ما يأخذها بالنسبة إلى البيع والشراء والإنتقالات المالية ، أو ما يأخذها بالنسبة إلى الضريبة على الميراث ، أو ما تأخذها البلدية من السيارات والبيوت والمعامل ولم تقم بأىّ خدمة أو عمل ، وفى هذه القسم الأخير الحكم بالجواز شرعاً مشكل جدّاً .

والحاصل ، نحن قسّمنا الضرائب إلى قسمين :

١ - ما تقابل الخدمة والعمل فلا بأس بها بشرط وجود التناسب العرفى بين الخدمة والضريبة وقبول الرعية ذاک ، وإذا لم تقبل فتصحيحه مشكل جدّاً .

٢ - ما أخذها وليس فى قبالها أىّ خدمة أو عمل فلا يجوز له أخذها .

هذا ما ظهر ببالى القاصر على سبيل العجالة فى الجهة الأُولى .

الجهة الثانية : هل يجوز للغير أخذ هذه الضريبة من الحاكم ؟

الآخذ تارة يعلم أنّها بعينها ضريبة وتارة لا يعلم . فإذا علم أنها بعينها من الضرائب تارة يعلم بأنّها ممّا تقابل الخدمة والعمل فلا بأس بأخذها إذا كانت الرعية راضياً و تارة يعلم بأنّها ممّا لا تقابل بالخدمة والعمل فلا يجوز أخذها .

وأمّا إذا هو لا يعلم أنّ المأخوذ منه بعينه هل هو من الضرائب أو غيرها ؟ فلا بأس بجواز أخذها للآخذ ، وتشملها الإطلاقات والعمومات الواردة فى أخذ جوائز الظالمين .

والذى يسّهل الخطب أنّ الغالب فى هذه الموارد عدم علم الآخذ بأنّ المال من أين حصل للحاكم ، فلذا يجوز له أخذه منه ، واللّه سبحانه هو العالم .

إلى هنا فرغنا من الفرع الثانى عشر ، وقد تمت مسائل الخاتمة وبحث المكاسب المحرّمة من كتابنا الآراء الفقهيَّة ، وقد استوعبت نصف عقد من حياتى على يد مؤلِّفها العبد هادى النجف-ى فى يوم الخميس منتصف شهر رجب الأصب عام ١٤٢٧ ببلدة أصبهان صانها اللّه

ص: ٤٧٨

تعالى عن الحدثان ، والحمد للّه أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى اللّه على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين .

ص: ٤٧٩

المجلد ٤

اشارة

سرشناسه : نجفى، هادى، ١٣٤٢ -

عنوان و نام پديدآور : االآراء الفقهيه: قسم البيع/ تاليف هادى النجفى.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ٤٤٨ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-٦۰۰-۹۲۹۰۲-۸-٤

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ۳٦ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱

اشارة

ص: ۲

تاریخ تصحیح الکتاب من نظم فضیلة العلاّمة القدیر الشاعر المُفْلِق

السیّد عبدالستار الحسنی البغدادی حفظه اللّه تعالی :

عَرَضَ عَلَىَّ صاحِبُ السَّماحَةِ، الفَقْيهُ الْمُحَقِّقُ، آيَةُ اللّه ِالشَّيْخُ (الهادِىْ) مِنْ آل (أبى الْمَجدِ) النَّجفىّ - دامَ ظِلُّهُ - كِتابَهُ النَّفِيسَ الْقَيِّمَ الْمَوْسُوْمَ بِـ- (الآراء الْفِقهِيَّة) - المُجَلّد الرّابع - قَبْلَ طَبْعِهِ، وَ غِبَّ الاِنْتِهاءِ مِنْ مُطالَعَتِهِ حَضَرَتْنى هذِهِ الأَبْياتُ فى تَقْرِيْظِهِ - إِجْمالاً - وَ فِىْ آخِرِها تأْرِيْخُ الاِنْتِهاءِ مِنْ إِتْمامِهِ، راجيا مِنْ سَماحَةِ الشَّيْخِ النَّجَفِىِّ قَبُوْلَها:

بِـ- (النَّقْضِ وَ الأِبْرامِ) (هادِىْ) الْوَرى مِيْزانُهُ الرّاجِحُ دُوْنَ(١) ارْتِيابْ

إِذْ سَبَرَ (الأَآراءَ) مُسْتَقْصِيا وَ خاضَ مِنْ (قامُوْسِهِنَّ)(٢) الْعُبابْ

مُسْتَكْنِها أَسْرارَ ما جاءَ مِنْ أَحْكامِ دِيْنِ اللّه ِفى كُلِّ بابْ

شَمَّرَ عَنْ ساعِدِهِ(٣) جاهِدا بِهِمَّةٍ لا تَنْثَنِىْ لِلصِّعابْ

١- (١) الوَجْهُ أَنْ يُقالَ: (مِنْ دُوْنِ...) لكِنْ خُذِفَتْ (مِنْ) - هُنا - لِمُراعاةِ الْوَزْنِ.

٢- (٢) الْقامُوْسُ: مِن أَسْماءِ الْبَحْرِ، وَ قَدْ سَمّى الَمجْدُ الفَيْرُوزآبادِىُّ كِتابَهُ فى اللُّغَةِ بِـ(القاموس...) تَشْبِيْها لَهُ بِالْبَحْرِ لِاتِّساعِ مَوادِّهِ اللُّغَوِيَّةِ، وَ هذِهِ التسْمِيَّةُ هِىَ التّى أَوْ قَعَتِ الْمُتَأَخِّرِيْنِ فى الاِشْتِباهِ؛ فَظَنُّوْا (الْقامُوْسَ) مُرادِفا لِـ(الْمُعْجَم) وَ الأَمْرُ كَما تَرى!

٣- (٣) يُقالُ: شَمَّرَ عَن ساعِدِهِ، وَ عَنْ ساعِدَيْهِ، كِلاهُما بِمَعنىً واحِدٍ، إذا جَدَّ فِىْ الأَمْرِ وَ انْتَدَبَ لَهُ.

وَ كَيْفَ لا يَحْوِىْ الْعُلا ماجِدٌ مِنْهُ إِلى (الْمَجْدِ)(١) تَجَلّى انْتِسابْ

للّه مِنْ سِفْرٍ أَتانا بِهِ ضَمَّ إِلى الْحِكْمَةِ فَصْلَ الْخِطابْ

أَسْفَرَ مِثْلَ الشَّمْسِ لكِنَّهُ لا يَتَوارى نُوْرُهُ بِالْحِجابْ(٢)

فُصُوْلُهُ قَدْ حُرِّرَتْ فَاغْتَدَتْ بُغْيَةِ(٣) مَنْ يَرُوْمُ مَحْضَ اللُّبابْ

(مَناطُها) (تَنْقِيْحُهُ) مُعْرِبٌ عَنْ فِكْرِ خِرِّيْتٍ، سَدِيْدِ انْتَخابْ

لا يَعْتَرِيْ الْأِشْكالُ مَضْمُوْنَهُ كَما خَلا فى الْعَرْضِ مِنْ كُلِّ عابْ(٤)

مِنْهاجُهُ الْمَهْيَعُ مَنْ يَقْفُهُ يَحْظَ بِتَحْصِيْلِ الْمُنى وَ الرِّغَابْ

وَ بِ- (اللَّيالِيْ الْعَشْرِ) أَرِّخْ: (أَجَلْ قَدْ سَلَكَ الشَّيْخُ سَبِيْلَ الصَّوابْ)

١٤٣١ ه. ق

ص: ٤

١- (١) فِيْهِ تَوْرِيَةٌ لِانْتِسابِ آيَةِ اللّه الشَّيْخِ الْهادِيْ - دامَ ظِلُّهُ - إِلى جَدِّهِ الْأَعْلى، آيَةِ اللّه الْعُظْمى عَلَمِ الْفُقَهاءِ وَ الْمُجْتَهِدِيْنِ الْأِمامِ الشَّيْخِ مُحَمَّدٍ الرِّضا آلِ (صاحِبِ الْحاشِيَةَ عَلى الْمَعالِمِ) الْمُلَقَّبِ بِ(أَبِيْ الْمَجْدِ) قدس سره .

٢- (٢) فِيْهِ تَلْمِيْحٌ بِ(الِاقْتِباسِ) مِنْ قَوْلِهِ تَعالى: «... حَتّى تَوارَتْ بِالْحِجابِ» و الضَّمْيرُ فِيْ (تَوارَتْ) عائِدٌ على الشَّمْسِ.

٣- (٣) بِغُيَةَ: بِضَّمِ الْباءِ وَ كَسرِها، لكِنَّ الشّائِعَ الْيَوْمَ الِاقْتِصارُ عَلى الضَّمِّ.

٤- (٤) العابُ: العَيْبُ. سَلْخُ شَعْبانَ الْمُعَظَّمِ ١٤٣١ ه . ق.

الحمدللّه الذى أحلّ البيع و حرّم الربا و الصلاة و السلام على مؤسس الشريعة و الأحكام محمّد رسول اللّه صلى الله عليه و آله و على مبيّنيها أميرالمؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام و الْأَحَدَ عَشَرَ من ولده الأئمة المعصومين عليهم السلام لا سيما على الحجة الثانى عشر بقية اللّه الإمام المنتظر المهدى عجل اللّه تعالى فرجه الشريف و جعل أرواحنا فداه.

تقسيم الفقه

بعد الفراغ من البحث حول المكاسب المحرّمة لابُدَّ من الشروع فى البحث عن كتاب البيع و هو من كتب القسم الثانى من أقسام الفقه، لأنّ الفقه ينقسم إلى أربعة أقسام:

١- العبادات: و هى اُمور اشترط فى صحَّتِها النية أو شُرِّعَتْ للمصالح الاُخروية.

٢- المعاملات: و هى بنفسها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ: العقود: و هى مااللألفاظ فيها مدخلية و مشتملة على إيجاب و قبول أو لاأقل مشتملة على رضا الطرفين أو المتضمنة لقصد من الجانبين.

ب: الايقاعات: و هى ايضا ما للألفاظ فيها مدخلية ولكن تشتمل على إيجابات فقط أو مَقاصِد أو رضا من جانب واحد.

ج: الأحكام: و هى ما أثبتها الشرع من غير توقيف على لفظ أو قصد أو رضا.(١)

و هذه التعاريف ليست من التعاريف الحقيقية بل من قبيل شرح الاسم و لذا لا تَطَّرِدُ و لا تَنْعَكِسُ.

١- (١) كذا قسّمها الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرح القواعد ٩٧/١ و ٩٦.

و ربّما عبّر عن بعض الكتب النهائية فى الفقه بالسياسات نحو: القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات.

و جماعة عبّروا عن هذا الكتاب بالبيع كما فى الانتصار(١) و المبسوط(٢) و الخلاف(٣) و الغنية(٤) و الجامع للشرائع(٥) و الدروس(٦) و كذا ربّما بالتجارة كما فى الشرائع(٧) و المراد بالتجارة هى

البيع وَ تَوابعُهُ، و ليس المراد بها ما ذكره الزمخشرى من أنّها «صناعة التاجر و هو الذى يبيع و يشترى للربح»(۸).

و كذا ربما عبّروا عن هذا الكتاب بالمتاجر كالعلاّمة فى القواعد(۹) و الشهيد فى اللمعة(۱۰) و هو مصدر ميمى بمعنى التجارة كالمقتل بمعنى القتل.

و حيث كان الإنسان مَدَنِيّا بالطبع و لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلّها فلابدّ فى حفظ النظام من تشريع المعاملات و تعلّم أحكامها و بما أنّ اشتغال الجميع بها يوجب اختلاف النظام وجب التصدى لها كفاية كما فى مصباح الفقاهة(۱۱).

۱- (۱) الانتصار /٤٣٣.

۲- (۲) المبسوط ۷٦/۲.

۳- (۳) الخلاف ۳/۳.

٤- (٤) الغنية /۲۰۷.

٥- (٥) الجامع للشرائع /۲٤٤.

٦- (٦) الدروس ۱۹۱/۳.

۷- (۷) شرائع الاسلام ۳/۲.

۸- (۸) الكشاف ۲٤۲/۳.

۹- (۹) قواعد الاحكام ٥/۲.

۱۰- (۱۰) اللمعة /۱۰۳.

۱۱- (۱۱) مصباح الفقاهة ۳/۲.

الإضافة الحاصلة بين المال و مالكه

قبل الورود فيها لابدّ من التَّذْكِيْرِ مُجَدَّدا بِالْفَرْقِ بين المال و الملک و النسبة بينهما؛ المال: هو ما يبذل بإزائه المال أو الشیء و يتنافسون فيه و يدخرونه و يميل إليه النوع فی حدّ ذاته و لا يختص بالأعيان بل يعم المنافع و بعض الحقوق أيضا.

و النسبة بينه و بين الملک هی العموم من وجه، لأنّه قد يوجد الملک و لا يوجد المال كالحبّة من الأُرز فإنّها ملک و ليست بمال، و قد يتحقّق المال من دون الملک كالمباحات الأصلية قبل حيازتها و قد يجتمعان نحو: الأراضی و الدور و السيارات و نحوها و هی كثيرة.

و أمّا الإضافة بين المال و مالكه: فَتارَةً هی إضافة حقيقية خالقية: و هی مالكية اللّه تعالى بالنسبة إلى جميع الأشياء و المخلوقات، فالجميع ملک للّه تعالى ملكيّة حقيقية ذاتية إشراقية خالقية: «قل اللهم مالک الملک»(۱).

و أُخرى: هی إضافة ذاتية تكوينية: و المراد بالذاتی هنا هو ما لا يحتاج تحققّه إلى أمر خارجی و ليس المراد به الذاتی فی باب البرهان: أیّ ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتی فی باب الإيساغوجی أیّ: الجنس و الفصل.

و هذه الاضافة نحو: ملكيّة كلّ فرد لأعضائه و أطرافه و نفسه و أعماله و أفكاره و ذمّته.

و ثالثة: إضافة عرضية اعتبارية: يظهر تَعْرِيْفُ العرضية ممّا يقابلها من الذاتية، فالمراد بها هی ما يحتاج تحققه إلى أمر خارجی و المراد بالإعتبارى أیّ ليس لَهُ وجود حقيقی، متأصل بالذات. و هذه الاضافة نحو: ملكيّة كلّ فرد لأمواله الخارجية.

و هذه الأخيرة إمّا الأوّلية المنقسمة إلى الأصلية الاستقلالية و التبعية الغيرية.

١- (١) سورة آل عمران /٢٦.

و إمّا الثانوية المنقسمة إلى الاختيارية و القهرية و تفصيل ذلک:

أ: الاضافة الأوّلية الأصلية نحو: الاضافة المالية الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معا.

ب: الاضافة الأوّلية التبعية فهى ما تكون بين المالک و نتاج أمواله نحو: أنّه اصطاد حيوانا حيّا فولد له.

الاضافة الثانوية: و هى أيضا على نَوْعَيْنِ:

أ: الاختيارية: و هى الحاصلة من المعاملات من البيوع و الهبات.

ب: القهرية: و هى الحاصلة من الإرث و الوقف و الوصية بناءً على أنّ الأخير من الإيقاعات.

و لتفصيل هذا البحث راجع مصباحَ الفقاهة ٢/(٧-٤).

ص: ٨

تعريف البيع

قال أحمد بن فارس: «بيع: الباء و الياء و العين اصلٌ واحدٌ، و هو بيع الشيء و رُبّما سمّىَ الشِّرَى بيعا و المعنى واحدٌ. قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : لا يبع أحدكم على بيع أخيه، قالوا: معناه: لا يَشْتَرِ على شِرَى أخيه، و يقال: بعت الشيء بيعا، فإن عَرَضْتَه للبيع قلتَ أَبَعْتُهُ...(١)»(٢).

و قال الفيومى: «... و البيع من الأضدادِ مثلُ الشِرَاءِ و يُطلق على كلِّ واحد من المتعاقدين أنّه بائع، ولكن إذا أُطلق البائعُ فالمتبادر إلى الذهن باذل السِّلْعَةِ، و يُطلق البيع على المبيع فيقال: بيعٌ جيدٌ و يُجمعُ على بيوع، و بعتُ زيدا الدارَ يتعدّى إلى مفعولين و كثر الاقتصار على الثانى لأنّه المقصودُ بالإسناد و لهذا تتمُّ به الفائدة نحو بعتُ الدارَ، و يجوز الاقتصارُ على الأوّل عند عَدَمِ اللَّبْسِ نحو:

بعتُ الأميرَ لأنّ الأمير لا يكون مملوكا يُباعُ... و الأصل فى البيع مُبادَلَةُ مالٍ بمالٍ لقولهم بيعٌ رابحٌ و بيعٌ خاسرٌ و ذلک حقيقةٌ فى وصف الأعيان لكنَّهُ اُطلق على العقد مجازا لأنّه سببُ التمليک و التملُّكِ و قولُهُم: صحَّ البيعُ أو بَطَلَ و نحوه أىّ صيغة البيع لكن لمّا حُذِفَ المضاف اُقيمَ المضافُ إليه مقامَهُ و هو مذكَّر اُسند الفعلُ و إليه بلفظ التذكير...»(٣).

و قد عرّفه الفقهاء بكلمات مختلفة اُذكر لک بعضها:

البيع: انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضى، فلا ينعقد على المنافع و لا على ما لا يصحّ تملّكه و لا مع خلوّه عن العوض و لا مع جهالته و لا

١- (١) و لذا لا يَصحُّ قَوْلُهُمْ: المُباعُ لا يرجِع لِاءنّ مَقْصُوْدَهُمْ: الذى دَفَعَ عليه الْبَيْعُ لا المعروض و الصوابُ: المَبِيْعُ.

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ٣٢٧/١.

٣- (٣) المصباح المنير /٦٩.

مع الإكراه، و يظهر هذا التعريف من المبسوط(١) و السرائر(٢) و التذكرة(٣) و نهاية الإحكام(٤) و التحرير(٥) و التلخيص(٦) و القواعد(٧).

و فى المختلف(٨): أنّه العقد على الانتقال المذكور و أنّه المتبادر من البيع عند الإطلاق.

و فى الكافى(٩): أنّه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما. و نحوه فى النافع(١٠) و الدروس(١١) و التنقيح(١٢) من أنّه الإيجاب و القبول على اختلافها فى القيود زيادة و نقصانا.

و استقرب المحقّق الثانی(۱۳) أنّه نقل الملک من مالک إلی غیره بصیغة مخصوصة. و هو ظاهر الشرائع(۱٤) و اللمعة(۱٥) حیث عرّفا فیهما عقد البیع بما دلّ علی نقل الملک فیکون نقلاً لا انتقالاً و لا عقدا و اختاره السیّد بحرالعلوم فی مصابیحه علی ما حکی عنه تلمیذهُ

۱- (۱) المبسوط ۷٦/۲.

۲- (۲) السرائر ۲٤۰/۲.

۳- (۳) تذکرة الفقهاء ٥/۱۰.

٤- (٤) نهایة الإحکام ٤٤۷/۲.

٥- (٥) تحریر الأحکام الشرعیة ۲۷٥/۲.

٦- (٦) تلخیص المرام /۹٤.

۷- (۷) قواعد الأحکام ۱٦/۲.

۸- (۸) مختلف الشیعة ٥۱/٥.

۹- (۹) الکافی فی الفقه /۳٥۲.

۱۰- (۱۰) المختصر النافع /۱۱۸.

۱۱- (۱۱) الدروس ۱۹۱/۳.

۱۲- (۱۲) التنقیح الرائع ۲۳/۲.

۱۳- (۱۳) جامع المقاصد ٥٥/٤.

۱٤- (۱٤) الشرائع ۷/۲.

۱٥- (۱٥) اللمعة الدمشقیة /۱۰۹.

صاحب المفتاح(۱)، الذی جمیع هذه المنقولات منه و اختار هو أنّه: «إنشا تملیک العین بعوض علی وجه التراضی»(۲).

و لعلّ الصحيح فى تعريفه هو: تمليک خاص بعوض أو تبديل العين أو الشىء بعوض على وجه التراضى بين الطرفين. أو «تمليک العين بالعوض فى ظرف تملّک المشترى» كما عن المحقّق النائينى(٣). و لازمه التبادل و تعويض طرفى إضافة الملكيّة.

و الذى يسهل الخطب أنّ العرف يعرفون البيع و أنّ مفهومه من المفاهيم الواضحة البديهية الارتكازية التى يعرفها كلّ أحد فى الجملة، و ليس له حقيقة شرعية و لا حقيقة متشرعة كما اعترف به الشيخ الأعظم(٤) رحمه الله فهذه التعاريف المختلفة كلّها إشارة إلى ذاک المفهوم العرفى المرتكز فى الأذهان فلا نَتَرَتَّبُ فائدة على النقض و الإبرام عليها و تطويل الكلام فيها.

تنبيهات

اشارة

نعم هاهنا اُمورٌ لابدّ من التنبيهِ عليها:

الأوّل: هل يعتبر فى البيع كون المعوَّض من الأعيان؟

المصرَّح به فى كلام جماعة من الأصحاب و لعل المشهور هو هذا الاعتبار كما قال الشيخ الأعظم قدس سره : «الظاهر اختصاص المعوّض بالعين، فلا يعمّ أبدال المنافع بغيرها و عليه استقرّ اصطلاح الفقهاء فى البيع»(٥).

و قال قبله صاحب الجواهر: «لا خلاف و لا اشكال فى اعتبار كون المبيع عينا و

١- (١) مفتاح الكرامة ٤٧٦/١٢.

٢- (٢) مفتاح الكرامة ٤٨٢/١٢.

٣- (٣) منية الطالب ١١٤/١.

٤- (٤) المكاسب ١٠/٣.

٥- (٥) المكاسب ٧/٣.

لذلک اشتهر بينهم أنّه لنقل الأعيان كإشتهار أنّ الإجارة لنقل المنافع»(١).

ولكن يظهر من الشيخ أنّه يستعمل البيع فى نقل غير الأعيان فى شأن بيع العبد المدبَّر إذا عاد إلى مولاه فهل يعود حكم التدبير أم لا؟ قال: «و الذى نقوله إن كان حين باعه نقض تدبيره فإنّه لا يعود تدبيره و إن كان لم ينقض تدبيره فالتدبير باق، لأنّ عندنا يصحّ بيع خدمته دون رقبته مدّة حياته...»(٢).

و قال الشيخ فى نهايته: «و متى أراد المدبِّرُ بيعه من غير أن يَنْقُصَ تدبيره لم يجزْ له: إلاّ أن يُعْلِمَ المبتاع أنّه يَبِيعُهُ خدمتَه و أنّه متى مات هو، كان حرّا لا سبيل له عليه»(٣).

و قد حكى الشهيد عن ابن الجنيد قوله: «تباع خدمته مدّة حياة السيّد»(٤).

كما ورد فى بعض الروايات استعماله فى غير نقل الأعيان:

منها: موثقة اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل فى يده دار ليست له و لم تزل فى يده و يد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنّها ليست لهم و لا يدرون لِمَنْ هى فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما اُحبُّ أن يبيع ما ليس له، قلت: فإنّه ليس له، قلت: فيبيع سكناها أو مكانها فى يده فيقول: أبيعک سكناى و تكون فى يدک كما هى فى يدى، قال: نعم يبيعها على هذا.(٥)

و منها: صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمى قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل اشترى أرضا من أرض أهل الذمة من الخراج و أهلها كارهون و إنّما يَقْبَلُها من السلطان

١- (١) الجواهر ٢٠٨/٢٢.

٢- (٢) المبسوط ١٧٢/٦.

٣- (٣) النهاية /٥٥٢.

٤- (٤) الدروس الشرعية ٢٣٣/٢.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٣٣٥/١٧، ح٥، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلک أن تأخذها إلاّ أن يضاروا و إن أعطيتهم شيئا فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها. قال: و سألته عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أنّ أُناسا من أهل الذمة نزولوها، له أن يأخذ منهم أُجرة البيوت إذا أدّوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.(١)

و نحوها خبر محمّد بن شريح(٢) و خبر أبى بُردَة بن رجَا(٣) و صحيحة حريز(٤) و حسنة ابراهيم بن أبى زياد(٥) و موثقة محمّد بن مسلم و عمر بن حنظلة(٦).

و منها: صحيحة أبى مريم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سُئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال: أىّ ذلک شاء فعل(٧).

و نحوها معتبرة السكونى(٨) و خبر علىٍّ(٩).

و حمل الجميع على «مسامحة فى التعبير»(١٠) كما عن الشيخ الأعظم قدس سره مشكل جدّا.

مضافا إلى خروج بيع الكلّى فى جميع أقسامها: من الكلّى فى ذمّه البائع أو فى ذمّة الغير و الكلّى المشاع و الكلّى فى الخارج، و الكلّ يتفقون على صحة بيع الكلّى.

فالظاهر أنّ المراد بالعين فی کلماتهم إذا کان الشخص الخارجی فلا یصح جمیع هذه

۱- (۱) وسائل الشیعة ۳۷۰/۱۷، ح۱۰، الباب ۲۱ من أبواب عقد البیع و شروطه.

۲- (۲) وسائل الشیعة ۳۷۰/۱۷، ح۹.

۳- (۳) وسائل الشیعة ۱۵۵/۱۵، ح۱، الباب ۷۱ من أبواب جهاد العدو.

٤- (٤) وسائل الشیعة ۱۵۷/۱۵، ح٦.

٥- (٥) وسائل الشیعة ۱۵٦/۱۵، ح٤.

٦- (٦) وسائل الشیعة ۱۵٦/۱۵، ح۳.

۷- (۷) وسائل الشیعة ۱۱۹/۲۳، ح۱، الباب ۳ من أبواب التدبیر.

۸- (۸) وسائل الشیعة ۱۲۰/۲۳، ح٤.

۹- (۹) وسائل الشیعة ۱۲۰/۲۳، ح۳.

۱۰- (۱۰) المکاسب ۷/۳.

الموارد ولکن إذا کان المراد بالعین ما یقابل المنفعة لتشمل الشخص الخارجی و الکلّی بجمیع أقسامها و یخرج منه الموارد المذکورة فی الروایات التی مرّت آنفا.

و الذی یختلج بالبال کما مرّ: أنَّ (بِحَذْفِ الباءِ) البیع لیس له حقیقة شرعیة و لا متشرعة و علی هذا کُلّ ما سماه عرف العقلاء بیعا فهو بیع و أمضاه الشارع ب-«أحل اللّه البیع»(۱) إلاّ ما خرج بالدلیل نحو: البیع الربوی و غیره. و علی ما ذکرناه تدخل الروایات أیضا من دون مسامحة و لذا قال صاحب الجواهر رحمه الله : «و عن بعض المتأخرین اعتبار عینیة العوضین، و هو وهم»(۲) و اللّه العالم.

الثانی: بیع الکلّی

الأعيان فى البيع تارة تكون شخصيّةً و اُخرى كُلِّيَّةً.

العين الشخصى إمّا يكون بالفعل موجودا و إمّا أن يكون بالقوة الأوّل نحو: بيع الأعيان الخارجية، و الثانى نحو: الأثمار المتجددة فى بيع الثمرة على الشجر.

و أمّا الكلّى فَهُوَ أيضا على أقسام: الأوّل و الثانى: الكلّى الثابت فى الذمّة، و الذمّة تنقسم إلى ذمّة البائع نفسه أو ذمّة غيره، الكلّى الثابت فى ذمّة الإنسان نفسه نحو: بيع منّ مِن الاُرز حالاً أو سَلَما، و الكلّى الثابت فى ذمّة غيره كبيع الدين ممّن هو عليه أو من غيره. فهاتان صورتان.

الثالث: الكلّى المشاع: كثلث الدار أو كسر آخر منها.

الرابع: الكلّى فى المعين: كصاح من الصبرة المعينة.

لا اشكال فى تعلّق البيع بجميع هذه الصور فى العرف و عند العقلاء و لم يَنْهَ الشارع

١- (١) سورة البقرة /٢٧٥.

٢- (٢) الجواهر ٢٢/٢٠٩.

عنها فصار البيع صحيحا و لا يصغى إلى الاشكالات الباردة فى بيع الكلّى فى الذمّة من أنّ الملكيّة تحتاج إلى محلّ تعرضها و هو هنا غير موجود، و الكلّى قبل تحقّق العقد لا يعدّ مالاً، و كيف يبيع الإنسان ما لا يملكه؟

و الجواب عن الأوّل: بأنّ الملكية أمر اعتبارى و ليست من الاُمور الحقيقية المتأصلة من الأعراض حتّى تحتاج إلى محل.

و عن الثانی: المالیة تدور مدار العرف و العقلاء و هی حاصلة فی مَنّ مِن الأُرز حالاً أو سَلَما.

و عن الثالث: بأنّ العرف یَعُدُّ الملکیّة ثابتة له ولو علی نحو الإجمال و القوّة لأنّ القدرة القریبة من الفعل تجعل الإنسان مالکا لشیء بالقوة نظیر الثمرة المتجددة علی الشجرة.

و الحاصل: بعد اعتراف العرف و العقلاء بصحة هذه البیوع فلا عبرة بهذه الاشکالات الواهنة.

الثالث: الحقوق و بیعها

اشارة

الحقّ فی اللغة یستعمل بمعنی: ثابتٌ و موجودٌ و فی الاصطلاح یطلق علی مَعْنَیَیْنِ و هما الحقیقی و الإعتباری.

أمّا المعنی الإصطلاحی الحقیقی: فَیُرادُ به وجود الشیء و أنّه واقع فی العالم الوجود و یتحقّق خارجا نحو: قول رسول اللّه صلی الله علیه و آله : علی علیه السلام مع الحقّ و الحقّ مع علی علیه السلام (۱).

و أمّا المعنی الاصطلاحی الاعتباری فَالْحَقُّ أَنَّ هذا المعنی لا یتحقّق فی الخارج إلاّ مع الاعتبار. کحقّ الزوجیة و حقّ الخیار. و المراد به هو سلطنة و أولویّة شرّعت رعایة لحال

۱- (۱) تاریخ مدینة دمشق ۱۲۰/۳، شرح نهج البلاغة ۲۹۷/۲، تاریخ بغداد ۳۲۱/۱٤، کنزالعمال ۱۵۷/٦، مجمع الزوائد ۲۳۵/۷، و نموها فی صحیح الترمذی ۲۹۸/۲، مستدرک الصحیحین ۱۱۹/۳ و ۱۲٤، مجمع الزوائد ۲٤۳/۷ و ۱۳٤/۹.

المكلّف وَرِفْقا به أو لكونه أهلاً لذلک.

قال أميرالمؤمنين عليه السلام فى خطبة خطبها بصفين: «أمّا بعد فقد جعل اللّه سبحانه لى عليكم حقّا بولاية أمركم و لكم عَلَىَّ مِنْ الحقِّ مثل الذى لى عليكم، فالحقّ أوسع الأشياء فى التواصف و أضيقها فى التناصف، لا يجرى لأحدٍ إلاّ جرى عليه و لا يَجْرى عليه إلاّ جرى له ولو كان لإحد أن يجرى له و لا يجرى عليه لكان ذلک خالصا للّه سبحانه دون خلقه لقدرته على عباده و لعدله فى كلّ ما جرت عليه صروف قضائه ولكنّه سبحانه جعل حقّه على العباد أن يطيعوه و جعل جزاءهم عليه مضاعفة الثواب تفضّلاً منه و توسّعا بما هو من المزيد أهله»(١).

و على هذه الاساس ما ورد من الحقّ على اللّه تعالى ليس منه تعالى إلاّ التفضل و الرحمة نحو قوله تعالى: «و كان حقّا علينا نصر المؤمنين»(٢) و قوله تعالى: «كتب ربكم على نفسه الرحمة»(٣) و أمّا بالنسبة إلى غير اللّه تعالى فَتَكُوْنُ الحقوق متقابلة بين الطرفين فى الغالب.

الفرق بين الحقّ و المال: الحقّ هو سلطنة متعلقة بالمال و ليس بالمال نفسه نحو: حقّ التحجير و حقّ الرهانة و حقّ الخيار.

و بعبارة اُخرى: الحقّ كالملک فى أنّه سلطنة متعلَّقها المال و ليس المال نفسه، نعم يصحّ تعلّقه بما يتعلّق بالمال كحقّ الخيار و الشفعة.

و كذا يصحّ تعلّقه بنفس الغير كتعلّق حقّ الولاية لولى الصغير بنفسه.

و كذا يصحّ تعلّقه بذمّة الغير كحقّ الزوجية.

١- (١) نهج البلاغة، الخطبة /٢١٦.

٢- (٢) سورة الروم /٤٧.
٣- (٣) سورة الانعام /٥٤.

و أمّا الفرق بين الحقّ و بين الملک: فَإِنَّهُما مشتركان فی کونهما سلطنةً ولکن الفرق بينهما أَنَّ الحقّ متعلّقه إمّا أن يکون من سنخ المال - ولکن من مال غير من هو له - و إمّا أن يکون من غير سنخ المال.

ولکن الملک لابدّ أن يکون متعلّقه من سنخ المال بل مِن مال مَنْ هو له ولو کان لقلّته و حقارته لا يعدّ مالاً فی العرف.

و الفرق بين الحقّ و الحکم الترخيصی - لا الايجابی و التحريمی - يمکن أن يقال بأنّ الفرق بينهما: أنّ المجعول ابتداءً فی الحقّ هو السلطنة و فی الحکم هو الإباحة.

و بعبارة اُخری: الداعی إلی تشريع الحقّ هو الرعاية من الشارع لحال المکلّف و لياقته للسطلنة ولکن الحکم الترخيصی الداعی إلی جعله خلوه من المصلحة و المفسدة فی نوعه.

و الحقّ و الحکم الترخيصی کثيرا ما يشتبه أحدهما بالآخر نحو: الرجوع إلی المطلّقة الرجعية قبل انقضاء العدة، أو الجواز فی العقود الجائزة بالأَصالة.(١)

أقسام الحقوق بالنسبة إلی صحة النقل و الإسقاط

١- ما لا يصح نقله و لا اسقاطه، و لا ينتقل بالموت نحو: حقّ الأُبوة و حقّ الولاية للمجتهد الجامع شرائط الإفتاء، و حقّ الاستمتاع بالزوجة.

٢- ما يجوز اسقاطه و لا يصح نقله و لا ينتقل بالموت أيضا: کحقّ الغيبة بناءً علی وجوب إرضاء صاحبه و عدم کفاية التوبة.

٣- ما لا يصح نقله ولکن يجوز اسقاطه و ينتقل بالموت: کحّق الشفعة علی

١- (١) و لتفصيل هذا البحث راجع كتابَ البيع ١/(١٣-١٠) لشيخنا آية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

وجه.

٤- ما يصح نقله و اسقاطه و ينتقل بالموت أيضا: كحقوق الخيار و القصاص و الرهانة و التحجير و الشرط.

٥- ما يجوز اسقاطه و نقله لا بعوض و لا ينتقل بالموت: كحقّ القَسْم على ما ذكره جماعة كالشيخ فى المبسوط(١) و العلاّمة فى القواعد(٢) و الشهيد فى اللمعة(٣). و فيه نظر بيّن.

٦- ما هو محلّ الشك فى صحة الإسقاط و النقل و الإنتقال نحو: حقّ الرجوع فى العدة الرجعية، و حقّ النفقة فى الأرقاب كالأبوين و الأولاد، و حقّ الفسخ فى النكاح بالعيوب، و حقّ المطالبة فى القرض و الوديعة و العارية، و حقّ الفسخ فى العقود الجائزة كأمثال: الشركة و المضاربة و الوكالة و الهبة.(٤)

و اعلم: أَنَّ مِنْ لَوازِمِ الْحُكْمِ عَدَمُ جَوازِ إِسْقاطِهِ و من لوازم الحقّ جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع، و إذا ما شككنا بنُفُوْذِ الإسقاط و عدمه، فالأَصْلُ يجرى بالنسبة إلى عدم النفوذ و عدم السقوط، كالرجوع فى العدّة إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة فيشك أنّه حكم حتّى لا يؤثر إسقاطه أو حقّ حتّى يؤثر فيحكم ببقائه بعد الإسقاط لِلاستصحاب.

ثم: إذا تَعَيَّنَت الحقيّة وَ طُرِحَت الحكمية و شككنا فى أنّها تقبل النقل و الانتقال أم لا؟ فَالأَصْلُ يقتضى عدم نفوذ النقل و الانتقال فلا يجوز بيعها.

و قد أسس المؤسس الحائرى قدس سره أصلاً ثانيا فى المقام حيث يقول: «لكن يمكن

١- (١) المبسوط ٣٢٥/٤.

٢- (٢) القواعد ٤٥/٢.

٣- (٣) اللمعة الدمشقية /١٧٤.

٤- (٤) فى هذه الأقسام راجع حاشية الفقيه اليزدى على المكاسب ٢٨٢/١ و ٢٨١.

استفادة الأصل و القاعدة على القبول من قوله عليه السلام : ما ترک الميت من حقٍّ فلوارثه(١)، و فى رواية: زيادة «أو مال» بعد قوله «من حقّ»، و على الأوّل: معناه الأعم الشامل للمال و كيف كان فمضمونه تأسيس القاعدة على أنّ كلّ حقّ ينتقل بالموت إلى الوارث فيستكشف منه القابلية للنقل فى جميع الحقوق ضرورة أنّ الانتقال الفعلى الذى هو مضمون الرواية فرع القابلية فيكون هذا أصلاً ثانويا حاكما على الأصل الأوّلى، غاية الأمر أنّه خرج ما خرج»(٢).

و فيه: أوّلاً: هذه الرواية مرسلة، لم تنقل فى كتب الحديث بل نقلت فى كتب الاستدلال فقط كما يَظْهَرُ من مصادرها.

و ثانيا: يمكن المناقشة فى دلالتها بأنّ المراد من الحقّ فيها الحقوق التى تقبل النقل و الانتقال.

ولكن يمكن تأييد المؤسس الحائرى قدس سره بأنّ الحقّ إذا كان من الحقوق التى تُعُوْرِفَ نقلها و انتقالها عند العرف أمكن القول بامضائها من ناحية الشارع بعد عدم وصول الردع عنه بخصوصها. لما مرّ فى تعريف البيع.

و أمّا التمسک بعمومات البيع و الصلح و العقد لأجل جواز النقل بنحو القابلية الشرعية فلا يتم لأنّه تمسک بالعام فى الشبهة المصداقية له.

و لأحدٍ أن يقال: الحقوق التى تقوم بالأشخاص أو العنوان لا يجوز التعدى مِنْها إلى

١- (١) وردت الرواية فى دعائم الإسلام ٣٩٥/٢ هكذا: ما ترک الميت من شىء فلورثته. نعم وردت هذه الألفاظ المذكورة فى كتب الاستدلال نحو: المسالک ٣٤١/١٢ و المفاتيح ٨٢/٣ و الحدائق ٣٢٦/٢٠ و حاشية مجمع الفائدة /٢١٤ للوحيد و رياض المسائل ٢٠٢/٨ و الجواهر ٧٥/٢٣.
٢- (٢) كتاب البيع ١٧/١ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى قدس سره .

غيرها نحو: ولاية الفقيه أو حقوق الوصاية بالنسبة إلى الوصىّ أو القيمومية بالنسبة إلى القيم أو التولية بالنسبة إلى المتولى، و أمّا غيرها إذا تُعُوْرِفَ نقلها و لم يرد من الشرع النهى عنه فيجوز نقلها و انتقالها.

و بعبارة أُخرى: الحقّ بطبيعته يقتضى جواز إسقاطه و نقله، لأنّ من له الحقّ كان مالكا له و مسلَّطا عليه، فالمنع منهما إمّا تعبدى أو من جهة قصور فى كيفيته بحسب الجعل، و تحصيل عدم الأوّل واضح، و الثانى نحو أن يكون الحقّ متقوِّما بشخص خاص أو عنوان خاص كحقّ التولية فى الوقف و حقّ الشفعة بالنسبة إلى الشريک.

و إذا شک فى كون شىءٍ حقّا، فهل يجوز إسقاطه أو نقله أم لا؟ الظاهر لا، و أمّا إن علم كونه حقّا و علم المنع التعبدى أو كون الشخص أو العنوان مقوّما له فلا اشكال، و إن شک فى المنع فمقتضى العمومات صحة التصرفات فيه، و كذا إن شک فى كون الشخص أو النوع مقوّما بحسب الجعل الشرعى بعد إحراز القابلية بحسب العرف، مقتضى العمومات يَدُلُّ على صحة التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها.

و من ذلک يَظْهَرُ أنّ ما يقال من أنّ العمومات لا تثبت القابليّات، مدفوع بأنّ ذلک إذا كان الشک فی القابلية العرفية، ولكن ما نحن فيه هو فی القابلية الشرعية و شأن العمومات إثباتها. هذا ما أفاده الفقيه اليزدی(۱) قدس سره بتلخيص منّا.

و بما ذكرنا تظهر مواقع النظر فی ما ذهب إليه المحقّق السيِّدُ الخوئی: «من أنّ الحكم و الحقّ متحدان حقيقة لأنّ قوامهما بالاعتبار الصرف - ثم قسّم المعجولات الشرعية على ستة أقسام و قال: - و هذه الامور الاعتبارية و إن اختلف من حيث الآثار اختلافا واضحا ولكنّها تشترک فی أنّ قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعی أو

۱- (۱) حاشية المكاسب ۲۸۳/۱.

العقلائی إلى الحقّ و الحكم لكی نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلّها حكم شرعی أو عقلائی قد اعتبر لمصالح خاصة...، نعم، تختلف هذه الأحكام فی الأثر اختلافا ظاهرا فبعضها يقبل الاسقاط و بعضها لا يقبله، و السرّ فی هذا الاختلاف هو أنّ زمام تلک الأُمور بيد الشارع حدوثا و بقاءً، فقد يحكم ببقائه كما حكم بحدوثه، و قد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلک باختيار أحد المتعاملين أو كليهما، نعم المتبع فی ذلک - فی مقام الإثبات - هو الأدلة الشرعية و على الجملة إنّ الجواز و اللزوم الوضعيين كالجواز و اللزوم التكليفيين فإن جميعها من الأحكام الشرعية و لا تفاوت فی ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

... نعم لا مانع من تخصيص اطلاق الحقّ اصطلاحا بطائفة من الأحكام - و هی التی تقبل الإسقاط، إذ لا مُشاحَّةَ فی الاصطلاح... و ممّا يدل على اتحاد الحقّ و الحكم أنّ لفظ الحقّ فی اللغة بمعنى الثبوت و لذا يصح إطلاقه على كلّ أمرٍ متقرر فی وعائه المناسب له، سواء أكان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا...»(۱) و قد استشكل(۲) على هذا المبنى فی عدم جواز جعل الحقّ ثمنا فی البيع لأنّ الحقّ

حكم شرعى غير قابل لأن تتعلَّق به اضافة ملكية أو غيرها، و غاية الأمر يكون قابلاً للاسقاط و به ينتهى أمده.

أقول: و فيه: أوّلاً: ظهر ممّا ذكرنا الفرق بين الحكم و الحقّ(٣) و اعتباريتهما لا تدلّ على كونهما شيئا واحدا و إلاّ صار جميع العقود و الأحكام شيئا واحدا لأنّ الجميع مُشْتَرِكٌ فى الاعتبارية.

و ثانيا: الحقوق ممّا يبذلُ العقلاء فى قبالها الأموال و تكون موردا لرغبتهم و

١- (١) مصباح الفقاهة ٢/(٤٧-٤٥).

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٢/٤٣.

٣- (٣) و لتفصيل الفرق بينهما راجع كتاب البيع ١/١٢ و ١١ من تقريرات المؤسس الحائرى بقلم شيخنا آية اللّه الأراكى.

تنافسهم فيصدق عليها أنّها مال بالحمل الشائع فلا مانع من جواز المعاوضة عليها كما اعترف(١) قدس سره به قبل هذا الاشكال. و كذا يجوز بيعها.

و ثالثا: إنّ ثبوت الحقّ فى موارد عدم ثبوت الحكم - و هو الجواز أو اللزوم - يدلّ على افتراقهما و أنّهما شيئان مختلفان كما إذا باع داره ببيع الخيار ثم عرض له السفه، فإنّه يقوم وليه مقامه، مع أنّ الخيار كان مجعولاً للبائع، أو كان شريک مالک الحصة سفيها لا يصح له الأخذ بالشفعة فإنّه يقوم وليُّه مقامه مع أنّ الشفعة مجعولة للشريک نفسه لا لِوَلِيّهِ.

و لذا مثل حقّ التحجير أو السبق يعدّ أُولوية اعتبارية للشخص بالإضافة إلى الأرضِ الموات أو المسجد و المدرسة و نحوهما و هذه الأُولوية فى نفسها قابلة للنقل إلى الآخر مجانا كان أو بالعوض

فتشملها أدلة حلية البيوع و اوفوا بالعقود و جواز الصلح و نحوها. و قد تعرض لهذا الجواب شيخنا الأُستاذ(٢) - مد ظله - .

و كذا تظهر مواقع النظر فى كلام المحقّق النائينى(٣) من أنّ قوام الحقّ بقابلية للإسقاط بخلاف الحكم تبعا للشهيد(٤) و تعجّب من الفقيه اليزدى كيف يقسم الحقوق إلى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبل!

لما مرّ أنّ من لوازم الحق جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع تعبدى أو من جهة قصور فى كيفية جعله بحيث يكون متقوما بشخص خاص أو عنوان خاص، لا من مقوماته و على هذا يوجد فى الحقوق ما لا يجوز إسقاطه كحقوق اللّه على الانسان و حقوق رسول اللّه صلى الله عليه و آله و الأئمة عليهم السلام عليه، و كبعض الحُقوقِ المتقابلة بين المؤمنين من الفرديّة و الاجتماعيّة و العائليّة و

١- (١) مصباح الفقاهة ٤٢/٢.

٢- (٢) ارشاد الطالب ١٣/٢.

٣- (٣) منية الطالب ١٠٧/١.

٤- (٤) القواعد و الفوائد ٤٣/٢.

الحكوميّة و الحقوق المتقابلة بين الملل و كذا الحقوق بين الانسان و الطبيعة و الحيوانات و نحوها.(١)

فما ذكره المحقق النائينى يوجب خروج عدّة متناهية من الحقوق و هو غير سديد.

و الحاصل: حيث أنّ الحقوق التى يجوز نقلها و انتقالها بل يجوز إسقاطها تُعَدُّ فى العرف مالاً فلا بأس ببيعها و العجب من الجد الشيخ جعفر كاشف الغِطاء قدس سره حيث ذهب إلى عدم صحة

بيعها و قال: «و أمّا الحقوق: فالظاهر أنّها لا تقع ثمنا و لا مثمنا لخفاء الملكيّة فيها فلاتتبادر من الملك»(۲).

و لعلّ لما ذكرنا استشكل تلميذه صاحب الجواهر عليه بقوله: «فى شرح الأستاد اعتبار عدم كونه حقّا مع أنّه لا يخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور [أى من إطلاق العوض و الثمن بحيث يدخل الشخصى و الكلّى و العين و المنفعة] المقتضى لكونه كالصلح الذى لا إشكال فى وقوعه على الحقوق، فلا يبعد صحة وقوعها ثمنا فى البيع و غيره، من غير فرق بين اقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحقّ الخيار و الشفعة على معنى سقوطهما و بين اقتضائه نقلها كحقّ التحجير و نحوه، و كان نظره رحمه الله فى المنع إلى الأوّل باعتبار معلوميّة كون البيع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح.

و فيه: إنّ من البيع، بيع الدين على من هو عليه، و لا ريب فى اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذى بعينه يقرر فى نحو حقّ الخيار و الشفعة، و اللّه أعلم»(۳).

۱- (۱) فى هذا المجال راجع «رساله حقوق» لبعض أساتذتنا - مد ظله - باللغة الفارسية و قد أتعب نفسه الشريفة فى عدّ الحقوق المختلفة.

۲- (۲) شرح القواعد ۱۱/۲.

۳- (۳) الجواهر ۲۰۹/۲۲.

أقول: قد عرفت أنّ صاحب الجواهر قدس سره ذهب إلى جواز بيع الحقوق التى يجوز إسقاطها و نقلها و انتقالها بجعلها فى البيع ثمنا. و الصحيح عندنا جواز بيعها بلا فرق بين كونها ثمنا أو مثمنا لما مرّ فى تعريف الحقّ و البيع ما يصح معاملتها و بيعها، و اللّه العالم.

الرابع: هل يعتبر فى البيع كونه بالصيغة؟

اشارة

انشاء العقد باللفظ و قراءةُ الصيغة هل يعتبران فى البيع أم لا؟ ذهب المشهور على الاعتبار بل كاد أن يكون إجماعا، ولكن جماعة من الفقهاء يقولون بعدم الاعتبار:

منهم: الشيخ المفيد قال: «و البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له، إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان»(١).

و استفاد من هذه المقالة جماعة من الفقهاء نحو الشَّهِيْدَيْنِ(٢) و المحقّق الكركى(٣) عدم اعتبار الصيغة و الإكتفاء بالمعاطاة فحينئذ ما ذكره العلاّمة فى المختلف: «بأنّ للمفيد قولاً يوهم الجواز - ثم ذكر كلام المفيد - و قال: ليس فى هذا تصريح بصحته إلاّ أنّه موهم»(٤)، غير تام.

و منهم: الشيخ الطوسى فى ظاهر المبسوط يقول: «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضى»(٥) و لم يشترط العقد هنا و إن اشترطه فى غيرها.

١- (١) المقنعة /٥٩١.

٢- (٢) الدروس ١٩٢/٣؛ المسالک ١٤٧/٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٥٨/٤.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٥١/٥.

٥- (٥) المبسوط ٧٦/٢.

و منهم: ابن ادريس الحلّى فى السرائر(١) ذهب إلى تعريف الشيخ و لم يشترط العقد.

و العلاّمة أخذ هذا التعريف فى عدّة من كتبه نحو: التذكرة(٢) و النهاية(٣) و التلخيص(٤) و التحرير(٥) و القواعد(٦) و لكنّه بعده تعرّض لإشتراط الصيغة أو خروج المعاطاة كما فى النهاية حيث يقول فيها: «المعاطاة ليست بيعا»(٧).

ترجمة السيد حسن ابن السيد جعفر من مشايخ الشهيد الثانى

و منهم: السيّد حسن ابن السيّد جعفر(٨) و هو من مشايخ الشهيد الثانى حيث قال

١- (١) السرائر ٢/٢٤٠.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٠/٥.

٣- (٣) نهاية الإحكام ٢/٤٤٧.

٤- (٤) تلخيص المرام /٩٤.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٧٥.

٦- (٦) قواعد الأحكام ٢/١٦.

٧- (٧) نهاية الإحكام ٢/٤٤٩.

٨- (٨) هو بدرالدين الحسن بن جعفر بن فخرالدين بن الحسن بن نجم الدين الأعرج الحسينى العاملى الكركى - من مشايخ على بن هلال الكركى و الشهيد الثانى و الشيخ حسين بن عبدالصمد والد البهائى - و كان ابن خالة المحقّق الكركى و وصفه الشهيد الثانى فى إجازة للوالد البهائى بقوله: «شيخنا الأجل الأعلم الأكمل ذى النفس الطاهرة الزكية أفضل المتأخرين فى قوّتَيْه: العلميَّة و العمليّة»... ثم ذكر نسبه و كتبه. [راجع رسائل الشهيد الثانى ٢/١١١٦ و ١١١٧]. المتوفى عام ٩٣٣ كما فى الأمل، أو ٦ شهر رمضان ٩٣٦ كما فى نظام الأقوال و له أقوال فى الفقه لعلّه بعضها مختصة به: منها: تطهير الماء النجس إذا وقعت قطرة واحدة من المطر عليه. كما نقل عنه ثانى الشهيدين فى

روض الجنان ۱۷۲/۱، المحدّث البحرانی فی الحدائق ۲۲۱/۱، و المحقق القمی فی غنائم الأیام ۵۳۰/۱. و منها: اشتراطه فی دم الحیض فی الثلاثة رؤیته فی أوّل الأوّل و آخر الثالث و أیّ وقت من الثانی. کما نقل عنه فی الحدائق ۱۶۹/۳ و المستند ۱۹۴/۲ و الجواهر ۱۵۷/۳ [۲۸۴/۳]. منها: أنّه جعل مقارنة النیة مع تکبیرة الإحرام فی الصلاة من ارکانها کما نقل عنه صاحب الجواهر ۲۴۰/۱۲. و منها: لو أجنب فنام فطلع الفجر صح صومه لو نوی الاغتسال لیلاً ولکن شرط هو اعتیاده الانتباه و إلاّ کان کمتعمِّد البقاء، کما فی المسالک ۱۸/۲، و نسب فی هامش بعض نسخه إلیه. و منها: أنّه یری جعل وضع الحدیدة فی عصا المداقق حیلة علی جواز الفعل، نظرا إلی دخوله بذلک فی النصل [فی الرمایة]، کما نقل عنه فی المسالک ۸۵/۶. و له مصنفات منها: المحجة البیضاء و العمدة الجلیة و مقنع الطلاب و شرح الطیبة الجزریة، انظر ترجمته فی أمل الآمل ۵۶/۱ و تعلیقته للأفندی /۴۲ و طبقات أعلام الشیعة، القرن العاشر /۴۹.

فی المسالک: «و قد کان بعض مشایخنا المعاصرین یذهب إلی ذلک أیضا، لکن یشترط فی الدال کونه لفظا و إطلاق کلام المفید أعم منه، و النصوص المطلقة من الکتاب و السنة الدالة علی حلّ البیع و انعقاده من غیر تقیید بصیغة خاصة یدلّ علی ذلک، فأنّا لم نقف علی دلیل صریح فی اعتبار لفظ معین غیر أنّ الوقوف مع المشهور هو الأجود...»(۱).

و منهم: المحقّق الأردبیلی قال: «فاعلم أنّ الذی یظهر أنّه لا یحتاج فی انعقاد عقد البیع المملِّک الناقل للملک من البائع إلی المشتری و بالعکس إلی الصیغة المعینة کما هو المشهور، بل یکفی کلّ ما یدلّ علی قصد ذلک مع الإقباض و هو المذهب المنسوب إلی الشیخ المفید من القدماء و إلی بعض معاصری الشهید الثانی رحمه الله . و هو المفهوم عرفا من البیع لأنّه کثیرا ما یقال فی العرف و یراد بذلک، بل إنّما یفهم عرفا ذلک من لم یسمع من المتفقهة شیئا و لهذا تسمع یقولون بِعْنا و یریدون ذلک من غیر صدور تلک الصیغة بل بدون الشعور بها و لهذا یصح أنّه أُوقع البیع بدون الصیغة و بالجملة الاطلاق واضح... و الأصل و الاستصحاب متروک بالأدلة التی ذکرناها و هی

أربعة عشر دليلاً من الكتاب و السنة و الإجماع و ترک البيان و عدم نقل الصيغة و التصرف المفيد للملكيّة و الشريعة السهلة و لزوم الحرج و

١- (١) المسالک ١٤٧/٣.

الضيق المنفى عقلاً و نقلاً و اللزوم بعد التصرف و التجارة عن تراض و العلم به و الملک بدون اللزوم عند الأكثر و غرض حصول العلم و بقاء المال للوارث بعد موت البائع... و بالجملة ما نرى له دليلاً قويّا إلاّ أنّه مشهور...»(١).

و منهم: المحدّث الكاشانى فى المفاتيح(٢).

و منهم: المحقّق السبزوارى قال: «و قول المفيد غير بعيد و النصوص المطلقة من الكتاب و السنة دالة على حلّ البيع و انعقاده من غير التقييد بصيغة مخصوصة. و لم ينقل عنهم عليهم السلام اعتبار خصوص لفظ مع توفّر الدواعى فى ذلک لو كان شرطا»(٣).

و منهم: المحدّث البحرانى يقول فى شأن هذا القول: «... و إليه يميل والدى و الشيخ عبداللّه بن صالح البحرانى، و نقلاه عن شيخهما العلاّمة الشيخ سليمان بن عبداللّه البحرانى، و هو الظاهر عندى من أخبار العترة الأطهار التى عليها المدار فى الإيراد و الإصدار كما سيظهر لک إن شاء اللّه تعالى على وجه لا تعتريه غشاوة الإنكار هذا...»(٤).

و منهم: الفاضل النراقى قال: «و الثالث: ظاهر المفيد و جمع من المتأخرين و هو الحقّ...»(٥).

و منهم: الفقيه اليزدى قال: «أنّ المسألة (أىّ أنّ المعاطاة بيع) راجعة إلى الشک فى شرطية الصيغة فى انعقاد البيع و لا دليل عليها، و عدم الدليل فى مثل هذه المسألة دليل العدم لأنّه لو كان كذلک لبان و وجب على الشارع البيان، مع أنّه لم يرد ذلک فى شىء ممّا

١- (١) مجمع الفائدة و البرهان ٨/(١٤٢-١٣٩).

٢- (٢) مفاتيح الشرائع ٤٨/٣، مفتاح ٨٩٦.

٣- (٣) الكفاية ٤٤٩/١.

٤- (٤) الحدائق ٣٥٠/١٨.

٥- (٥) مستند الشيعة ٢٥٣/١٤.

وصل إلينا من الأخبار لا من طرق العامة و لا من طرق الخاصة مع توفر الدواعى على نقل مثله فى مثل هذه المسألة...»(١).

و جماعة من العامة يذهبون إلى هذا القول منهم: بعض الشافعية و أحمد بن حنبل و مالک بن أنس كما نقل عن الأخيرين العلاّمة فى التذكرة(٢) و قال ثانى الشهيدين: «... و الذى اختاره متأخرو الشافعية و جميع المالكية انعقاد البيع بكلّ مادلّ على التراضى و عدّه الناس بيعا و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم، و ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه»(٣).

أقول: لا يبعد تمامية هذا القول و عدم احتياج البيع و غيره من المعاملات إلى الصيغة الخاصة و اللفظ و تشمله الإطلاقات و العمومات الواردة فى حلّيّة البيوع و الوفاء بالعقود فحينئذ تدخل المعاطاة فى البيع و غيره على الأصل الأوّلى، فلا نحتاج عن البحث حول صيغة البيع أو المعاملة ما هى؟ و صيغة الإيجاب و صيغة القبول ما هما؟ و تقديم الايجاب على القبول لازم أم لا؟ و لزوم النطق بهما فلا تكفى الإشارة إلاّ مع العجز! و لزوم التصريح فلا يقع بالكناية، و لزوم الجزم فلو علّق

العقد على شرط لم يصح، و لزوم التطابق فى المعنى بين الصيغتين و عدمه! لأنّا استغنينا عن جميع هذه الأبحاث.

نعم: بالنسبة إلى النكاح خصوصا الأحوط جريان الصيغة و التلفظ بها و يلحق به بعض الإيقاعات نحو: الطلاق و الظهار و اللعان و الإيلاء و نحوها و التفصيل يطلب من محلّه.

١- (١) حاشيته على المكاسب ٣٣٦/١.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

٣- (٣) المسالک ١٥٢/٣.

تنبيه:

و أمّا ما ورد فى ألسن الفقهاء - أعلى اللّه مقامهم - من «أنّ المحلّل و المحرّم هو اللفظ»(١) أو «إنّما يحرّم و يحلّل الكلام»(٢) أو إقامة التعليل من صاحب الجواهر للسيّد حسن بن جعفر الحسينى رحمه الله حيث اشترط «فى الدال كونه لفظا»(٣) بقوله: «محافظة على حصر التحليل و التحريم بالكلام»(٤) إنّما نشأت من معتبرة خالد بن الحجاج(٥) قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الرجل يجىء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحک كذا و كذا قال: أليس إن شاء ترک و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام و يحرّم الكلام.(٦)

مفاد هذه المعتبرة مفاد عدّة من الروايات حيث واعد الرجل أحدا شِراءِ شىءٍ منه و ليس عنده الآن موجودا فاشتراه من أجله فهل يلزم الوفاء بهذا الوعد و الشراء منه فأجابه الإمام عليه السلام بعدم لزوم الوفاء بل إن شاء اشتراه و إن شاء تركه.

و من هذه الروايات صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج(٧) وَ صَحِيْحَتا منصور بن حازم(٨).

ولكن إنّما الكلام فى ذيلها «إنّما يحلّ الكلام و يحرّم الكلام» ما معناها؟ قال صاحب الوسائل رحمه الله : «فيه دلالة على عدم انعقاد البيع بغير صيغة، فلا يكون بيع المعاطاة معتبرا،

١- (١) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦٤ للوحيد البهبهانى رحمه الله .

٢- (٢) رياض المسائل ٢١٤/٨.

٣- (٣) كما فى المسالک ١٤٧/٣.

٤- (٤) الجواهر ٢١٢/٢٢.

٥- (٥) و فى الكافى ٢٠١/٥، ح٦ خالد بن نَجيح.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح٤. الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٧- (٧) وسائل الشيعة ٥١/١٨، ح٩.

٨- (٨) وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح١١ و ١٢.

فتدبر»(١).

و قد حملها صاحب الحدائق(٢) على عدم لزوم البيع حتّى يحرم الرد و الرجوع إلاّ إذا حصل من الكلام ما يوجب الانتقال.

و تبعه فى الحمل الوحيد(٣) و سيّد الرياض(٤).

ولكن ذكر الشيخ الأعظم قدس سره أرْبَعَة محتملات(٥) لهذا الذيل و اختار هو اثْنَيْنِ منها و هما كما قال: «فتعيّن: المعنى الثالث: و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرّم هذه المعاملة إلاّ وجوده قبل شراء العين التى يريدها الرجل لأنّه بيع ما ليس عنده، و لا يحلِّل إلاّ عدمه، إذ مع عدم

الكلام الموجب لإلتزام البيع لم يحصل إلاّ التواعد بالمبايعة، و هو غير مؤثر. فحاصل الرواية أنّ سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدما و وجودا.

أو المعنى الرابع و هو: أنّ المقاولة و المراضاة مع المشترى الثانى قبل اشتراء العين محلِّل للمعاملة، و ايجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام فى التحليل...»(٦).

و ذكر المحقّق النائينى خمسة وجوه محتملة لهذا الذيل و قال: «... و على أىّ تقدير لا تدّل الرواية على اعتبار اللفظ فى المعاملات...»(٧).

١- (١) وسائل الشيعة ١٨/٥٠.

٢- (٢) الحدائق ١٨/٣٥٥.

٣- (٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦٤.

٤- (٤) رياض المسائل ٨/٢١٤.

٥- (٥) راجع المكاسب ٣/(٦٣-٦١).

٦- (٦) المكاسب ٣/٦٤.

٧- (٧) منية الطالب ١/١٦١.

و قال المحقّق السيِّدُ الخوئى قدس سره بعد المناقشة فى محتملات الشيخ الأعظم: «و المتحصل من جميع ما ذكرنا أنّه لا دلالة فى رواية ابن نجيح على اعتبار اللفظ فى صحة البيع أو لزومه لكى تدلّ على فساد المعاطاة أو على عدم لزومه»(١).

و قال شيخنا الاستاذ: «و الصحيح أنّ ذكر الكلام باعتبار فرض المقاولة و المساومة فى الرواية و أنّها ربّما تكون متضمنة لإنشاء البيع و الالتزام قبل تملك المتاع و ربّما لا تكون، لا لأنّ لإنشاء البيع بالكلام خصوصية لا تجرى فى المعاطاة»(۲).

ولكن بنظرنا القاصر إن ناقشت أنت فى كلام الشيخ الأعظم و غيره لا يمكن الأخذ بإطلاق ذيل الرواية لأنّ مقتضاه عدم تحقّق الإباحة و لا يقول به أحد كما نبّه عليه الفقيه اليزدى(۳)، و حملت على أنّ التحليل و التحريم فى جميع العقود - من حيث الجميع حتّى تشمل النكاح و الطلاق و نحوهما - إنّما هو بالكلام. أو حملت على الأغلبية و الأكثرية أو على الحصر الإضافى لا على الحصر الحقيقى لا سيما بعد ما علمنا من الخارج بأنّ غير الكلام أيضا يحلل و يحرّم نحو الرضاع و الرجوع فى العدّة فعلاً لا قولاً و الدخول فى الأُمّ بعد عقد النكاح الذى يوجب حرمة بنتها و بعد مَبْنانا من عدم صحة الاستدلال بالحروف أو الالفاظ الخاصة - و هى هنا كلمة «إنّما» - فى الروايات لأنّها نقلت بالمعنى لا باللفظ.

و على هذا البيع كما ينعقد بالعقد ينعقد بالفعل و اللّه العالم.

و فى ختام هذا المبحث أذكر لک كلام المحقّق السيِّد الخوئى قدس سره حيث يقول: «... و المتحصل من جميع ذلک: أنّ إطلاق كلمة البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحة

۱- (۱) مصباح الفقاهة ۱۵٤/۲.

۲- (۲) ارشاد الطالب ٦٤/۲.

۳- (۳) حاشية المكاسب ۳۳۸/۱.

لا من الاستعمالات المجازية»(۱).

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟

اشارة

محل هذا البحث هو علم الأصول ولكن نتعرض إليه تبعا للشيخ الأعظم قدس سره و لما فيه من الفوائد منها جواز التمسک بالإطلاقات.

قال الشهيد الأوّل: «الماهيّات الجعلية كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلاّ الحج لوجوب المضى فيه»(٢).

و قال الشهيد الثانى فى المسالک فى ذيل قول المحقّق فى الشرائع: «إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد»(٣) مالفظه: «عقد البيع و غيره من العقود حقيقةٌ فى الصحيح، مجازٌ فى الفاسد، لوجود خواص الحقيقة و المجاز فيهما كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره و غيره، من ثَمَّ حمل الإقرار به عليه، حتّى لو إدّعى إرادةَ الفاسد لم يُسمع إجماعا و عدم صحة السلب و غير ذلک من خواصِّه، ولو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لَيُقبَل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة، و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرُّ بالفاسد. ولو حَلَفَ على الإثبات سواء كان فساده لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر و الخنزير أو لفقد شرط فيه كجهالة مقداره و عينه سيأتى البحث فيه»(٤).

و قد نوقش كلامهما بأنّ مفهوم البيع أَمْرٌ عُرْفِيٌّ و هو الذى يمضيه الشارع تارة و يرده اُخرى و عليه فلا يعقل أخذ الصحة الشرعية فى مفهومه إلاّ على القول بالحقيقة الشرعية فى

١- (١) مصباح الفقاهة ٧٩/٢.

٢- (٢) القواعد و الفوائد ١٥٨/١.

٣- (٣) الشرائع ١٣٨/٣.

٤- (٤) المسالک ٢٦٣/١١.

ألفاظ العقود و هو بديهى البطلان.

و لذا قال الفقيه اليزدى: «الظاهر أنّه أعم من الصحيح العرفى أيضا، بمعنى أنّ الفاسد فى نظر العرف أيضا بيع، فكلّ تمليک عين بعوض مع التعقب بالقبول بيع سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و هذا واضح جدّا»(١).

ولكن أجاب الشيخ الأعظم عن هذه المناقشة بقوله: «نعم، يمكن أن يقال: أنّ البيع و شبهه فى العرف إذا استعمل فى الحاصل من المصدر الذى يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقة إلاّ فى ما كان صحيحا مؤثّرا - ولو فى نظر القائل - ثم إذا كان مؤثّرا فى نظر الشارع كان بيعا عنده و إلاّ كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف، فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للأثر و مجاز فى غيره...»(٢).

و بعبارة اُخرى: يمكن أن يوضع البيع لما هو المؤثر فى الملكيّة واقعا، و يكون الإمضاء، من الشرع أو العرف طريقا إلى ذلک، و قد يحكم الشارع بعدم حصول الملكيّة، إلاّ أنّ ذلک من ناحية تخطئة الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاة بين أن يكون البيع مفهوما عرفيّا و بين أن يكون موضوعا لخصوص الحصة الصحيحة.

و الحاصل: إنّ البيع بمعنى الاسْمِ المصدرى حقيقة فيما هو المؤثر فى الملكيّة واقعا و من الظاهر أنّ هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقة الشرعية فى المفاهيم العرفية - هذا ما افاده المحقّق السيّدُ الخوئى(٣) فى توضيح كلام الشيخ - .

١- (١) حاشية المكاسب ٣١٥/١.

٢- (٢) المكاسب ٢٠/٣.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ٨٠/٢.

ترجمة شيخنا الاستاذ آية الله الشيخ الميرزا جواد التبريزى قدس سره بمناسبة ارتحاله

ولكن شيخنا الاستاذ(١) - قدس اللّه روحه - تعدى من البيع بمعنى الاسم المصدرى إلى المصدرى و وجّه استدلال الشيخ بقوله: «... فالبيع ولو بمعناه المصدرى من العناوين القصدية فيمكن أن يكون المستعمل فيه أمرا واحدا عند الشرع و العرف و هو ما يترتب عليه الأثر المترقب - فإنّ الأثر المترقب فى البيع انتقال المالين - فالمعنى مبهمٌ من حيث

١- (١) ارتحل إلى رحمة ربّه شيخنا الأُستاذ آية اللّه العظمى الحاج الشيخ الميرزا جواد التبريزى قدس سره فى الساعة العاشرة من الليل المسفر صَباحُهُ عَنْ يوم الاثنين الثامن و العشرين من شهر شوال المكرم عام ١٤٢٧ بعد مرض لازمه أربع سنوات و صار حليفا للفراش قريبا من شهرين و لعلّ شهرا منهما كان فى المستشفى أوّلاً بقم و ثانيا بطهران حتّى لبّى داعى اللّه، و نقل جثمانه الشريف إلى قم - عش آل محمّد عليهم السلام - فى نفس الليل و وصل إليه بعد منتصفه و استقبله ليلاً شيخنا الأُستاذ آية اللّه العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراسانى - مدظِلُّهُ - عند مدخل المدينة وَ شَيَّعَهُ حتّى بيته الشريف و دخله و عزّى أبْناءَهُ قريبا من السّاعةِ الثّانِيَةِ بعد منتصف الليل. و لأجل ارتحاله عُطِّلَتْ دروس الحوزات العلميّة الشيعيّة فى جميع البلدان يومين، و كَما عُطِّلَتْ قُمُّ فى يوم تشييعه و هو يوم الأربعاء الثلاثين من شوال و قد حضرت تشييعه و الصلاة عليه و لم أر فى حياتى نظيرا لَهُ منْ حيث كثرة الازْدِحام من جميعَ الطبقات و قد صلى عليه شيخنا الاستاذ الوحيد الخراسانى و دفن فى زاوية مسجد «بالاسر» فوق رأس مرقد المؤسس الحائرى قدس سره ، و قد أقمتُ له مجلسا

ترحيميّا فى مسجدى فى يوم الأربعاء القعد الحرام ١٤٢٧ بأصبهان و كذا مجلسا تأبينيا بعد عام واحد على ارتحاله فى يوم ٢٥ شهر شوال المكرم ١٤٢٨ يوم الثلاثاء استشهاد الإمام الصادق عليه السلام و قد كتبت ترجمته فى كتابى «طريق الوصول إلى أخبار آل الرسول عليهم السلام » فراجعه، رَحِمَهُ اللّه رَحمَةً واسَعةً وَ حَشَرَهُ مَعَ مولاهُ أميرالمؤمنين و أولاده المعصومين عليهم السلام آمين ربّ العالمين. و قد حضرت عليه أربعة عشر عاما فى الفقه و أصوله و حتى مجلس تعليقه على المنهاج و العروة و الوسيلة كما قرأت عليه فى هذه المدّة عدّة من الكتب الفقهية منها: الطهارة و الصلاة و الخمس و القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات، و من الأُصول دورتين فى الأدلة العقلية و دورة فى مباحث الألفاظ و قد كتبتُ جميع هذه الدروس على نحو التقرير منه فى قريب من عشرين مجلدا، فحقوقه قدس سره علىَّ كثير لايسعها هذه الأسطر.

الذات و القيود، و مبيَّنٌ من حيث الأثر و إذا كان المعاطاة مثلاً أمرا يترتب عليه انتقال المالين فى اعتبار العرف و الشرع تكون بيعا عندهما، و لو لم يترتب عليه انتقال شرعا فهى لا تكون بيعا عند الشارع و بالجملة يمكن أن لا يكون خلاف بين الشرع و العرف فى المعنى المصدرى أو الاسم المصدرى و يصح القول بأنّ ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة فلا تطلق على الفاسدة إلاّ بطور المجاز»(١)

أقول: الملكيّة الحاصلة من البيع و غيره من الأُمور الاعتبارية التى تدور مدار الاعتبار من حيث الوجود و العدم، و ليست من الأُمور التكوينية المتأصلة فى الخارج نحو الخمر و الخنزير، و على هذا فلا يتصور التخطئة فى الملكيّة بأن يوجد مورد توجد فيه الملكية و لم يلتفت إليها العرف و يكشف عنها الشارع تخطئة له.

و لذا لو قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثِّر فى الملكية فإن كان المراد منه الاعتبار العقلائى أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعى فلابدّ من الالتزام بوضع البيع للأعم.

و إن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعى فلابدّ من القول بالحقيقة الشرعية فى ألفاظ العقود و حينئذ يعود المحذور المتقدم أىّ أخذ الصحة الشرعية فى المفهوم العرفى. هذا ما افاده السيّد الخوئى(٢) رحمه الله .

لا يقال: التخطئة فى الأُمور الاعتبارية لم تتم ولكن يمكن قبول التخطئة من ناحية الملاكات و المصالح و المفاسد.

لأنّا نقول: الأحكام التكليفية تدور مدار الملاكات و المصالح و المفاسد غالبا ولكن الأحكام الوضعية لا تقاس بها و الملاک و المصلحة فى نفس اعتبارهِما كالاحكام الطريقية

١- (١) ارشاد الطالب ٢٦/٢.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٨١/٢ و ٨٠.

التى تكون المصلحة فى نفسها كحجيّة البيّنة الشرعية و أخبار الآحاد.

نعم، ربّما تصح التخطئة فى الملاک أو فى نفس الاعتبار، لأنّ الاعتبار لابدّ أن يكون ناشئا من المصلحة الواقعية الداعية إليه، و مع عدم وجود تلک المصلحة يحكم الشارع بعدم صحة اعتبار الملكيّة و يكشف عنه خطأ العقلاء فى اعتبارهم نحو: عدم ملكيّة الخمر و الخنزير و الميتة عند الشارع أو الحكم ببطلان الْبَيْعِ الربوى و الغررى و نَحْوِهما، و هذا الاستدراک هو المختار عندنا.

تذكرة لابدّ من التنبيه عليها:

الظاهر أنّ مراد الشيخ الأعظم قدس سره هو ما ذكره جدّنا العلاّمة التقى صاحب الهداية قدس سره فى آخر بحث الصحيح و الأعم بعد اختياره القول بالأعم ثم ذكر كلام الشهيدين و سَعَى فى توجيه

كلامهما – و لعلّ الشيخ أخذه منه رحمهماالله – حيث يقول: «فالأظهر أن يقال بوضعها لخصوص الصحيحة أىّ المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال أو نحو ذلک ممّا قرّرله تلک المعاملة الخاصة، فالبيع و الإجارة و النكاح و نحوها إنّما وضعت لتلک العقود الباعثة على الآثار المطلوبة منها، و إطلاقها على غيرها ليس إلاّ من جهة الْمُشاكَلَةِ أو نحوها على سبيل المجاز.

لكن لا يلزم من ذلک أن تكون حقيقة فى خصوص الصحيح الشرعى حتّى يلزم أن تكون توقيفيته متوقّفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها، بل المراد منها إذا وردت فى كلام الشارع قبل أَنْ يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثة على تلک الآثار المطلوبة فى المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضيّا بترتب تلک الآثار عليها فى حكم الشرع أيضا فَتَتطابَقُ صحتها العرفية و الشرعية، و إذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلک الآثار على بعضها خرج ذلک عن مصداق تلک المعاملة فى حكم الشرع و إن صدق عليه اسمها بحسب العرف نظرا إلى ترتب الأثر عليه

ص: ٣٦

عندهم. و حينئذ فعدم صدق اسم البيع – مثلاً – عليه حقيقة عند الشارع و المتشرعة لا ينافى صدقه عليه عند أهل العرف مع اتحاد العرفين، و عدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، و إنّما الاختلاف هناک فى المصداق، فأهل العرف إنّما يحكمون بصدق ذلک المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، و إنّما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع للحكم بعدم ترتب ذلک الأثر عليه، ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفا بصدق ذلک عليه أيضا كما أنّ البيوع الفاسدة فى حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع.

فظهر أنّه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة و كون المرجع فى تلك الألفاظ هو المعانى العرفية من غير أن تتحقق هناك حقيقة شرعية جديدة فتأمل جيّدا».(۱)

أقول: أنت ترى بأنّ ما اوردناها على الشيخ الأعظم لم يرد على العلاّمة الجدّ رحمهماالله لأنّه صرّح بعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع و عدم تحقّق حقيقة شرعية فى المعاملات، و قد نبّه على هذا الأخذ الفقيه اليزدى رحمه الله فى حاشيته(۲) ولكن استشكل عليه بقوله: «... إنّ الملكيّة و كذا أخواتها من الزوجية و الحرية و الرقية و نحوها أحكام مجعولة للعقلاء أو الشارع و اعتبارات عقلائية أو شرعية و لا واقع بها إلاّ هذا الاعتبار... إذ لا معنى حينئذ لتخطئة العرف فى المصداق إذ المفروض أنّ العقد بدون الشرط الشرعى الفلانى سبب عندهم مفيد للملكيّة فلا يمكن أن يقال ما تراه سببا ليس بسبب لأنّ الفرض أنّه هو الجاعل للسبب و الواضع للاسم. نعم: يمكن تخطئته فى أصل الجعل بأن يقال أنّ مقتضى المصلحة أن

۱- (۱) هداية المسترشدين ۴۹۲/۱.

۲- (۲) حاشية المكاسب ۳۱۹/۱.

لا يجعل هذا سببا، و هذا غير التخطئة فى المصداق...»(۱).

و فيه: بنظرى القاصر يمكن ارجاع التخطئة فى أصل الجعل إلى التخطئة فى المصداق بادّعاء أنّ البيع الربوى أو الغررى أو المجهول ثمنا أو مثمنا لم يكن عند الشارع بيعا، و هذه أيضا بعينها هى التخطئة فى مصداقيته لِعنوان البيع فيتم ما ذكره العلاّمة الجد صاحب الهداية قدس سره .

و قد اعترف الفقيه اليزدى قدس سره بعد صفحة بإمكان التخطئة فى المصداق حين استشكل على بعض الأفاضل بقوله: «أوّلاً: فما ذكره من عدم امكان التخطئة فى المصداق كماترى»(۲).

ثمرة هذا البحث:

قد يقال: بأنّ ثمرة بحث الصحيح و الأعم فى المعاملات تظهر فى صحة التمسک بالاطلاقات الواردة فيها و عدمها، و قبل الورود فى البحث لابدّ لنا من تعريف الإطلاق و النسبة بينه و بين التقييد و التذكر بمقدمات أو مقدمة الحكمة:

فَأَمّا الإطلاق: فَهُوَ رفض القيود عندنا لا جمعها، و أنّ الملاک فيه كون حيثية الطبيعة تمام الموضوع.

و النسبة بينه و بين التقييد: فى مقام الثبوت هى التضاد لا يجتمعان و لا يرتفعان، ولكن فى مقام الإثبات هى تَقابُلُ العدم و الملكيّة، إى إذا استحيل التقييد لجهة من الجهات لايمكن الحكم بالإطلاق من هذه الجهة.

۱- (۱) حاشية المكاسب ۳۲۱/۱.

۲- (۲) حاشية المكاسب ۳۲۳/۱.

و أمّا مقدمات الحكمة أو مقدمتها فهى:

۱- كون المتكلم فى مقام البيان و يمكن إحرازه بالأصل العقلائى. ولكنّه إذا علمنا أنّه من جهة فى مقام البيان ثم شككنا فى أنّه من يَأْتِ سائر الجهات أيضا فى مقام البيان أم لا؟ لا تجرى أصالة أنّه فى مقام البيان.

٢- تمكن المتكلم من الاتيان بالقيد و لم يَأْتِ به. لما مرّ أن التَّقابُلَ بين الاطلاق و التقييد فى مقام الإثبات هو العدم و الملكة. و الكلام فى هذا المقام.

٣- عدم ورود القيد فى كلام المتكلم لا متصلاً و لا منفصلاً. لأنّ مع ورود القيد متصلاً لم يبق مجال لتوهم الاطلاق و مع وروده منفصلاً يمحو الاطلاق السابق لاأقل من جهة هذا القيد.

و أمّا وجود الْقَدَرِ المتيقن فى مقام التخاطب، كقدر المتيقن فى الخارج فَلا يمنع من الاطلاق. الأوّل: نحو القيود المأخوذة فى أسئلة السائلين و إجابة الإمام بالاطلاق. و الثانى: نحو قول الْمَوْلى: اكرم العالم، و وجود العلم من الخارج بأنّ الفقيه هو الْقَدَرُ المتيقن منه، وَلكنَّ وُجُوْدَ الْقَدَرِ المتيقن فى الخارج لا يوجب رفع اليد عن إطلاق العالِم.

و يمكن إرجاع المقدمتين الثانية و الثالثة إلى الأُولى فحينئذ تَصِيْرُ المقدمة الوحيدة فى المقام هو كون المتكلم فى مقام البيان.(١)

ثم بعد التذكر بهذه المقدمة على القول بأنَّ ألفاظ المعاملات موضوعة للأعم فلا بأس بالتمسک بإطلاق خطابات المعاملات و على القول بأنّها موضوعة للصحيح عند العرف أو المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال - كما ذكره العلاّمة الجدّ قدس سره فى توجيه كلام الشهيدين رحمهماالله - فلا بأس أيضا بالتمسک بإطلاقها، أمّا على القول بأنّها موضوعة للصحيح

١- (١) فراجع نهاية الاصول /٣٨٣ تقريرات السيّد المحقّق البروجردى رحمه الله لتوضيح ذلک.

عند الشرع فلا يصح التمسک بإطلاقها و تصير مجملة و عليه فلو احتمل اعتبار شيءٍ شرعا فى معاملةٍ يلزم من القول بكونها موضوعة للصحيحة عدم جواز التمسک بالاطلاق، لأنّها صارت مجملة.

ولكن مع ذلک نحن نرى أنَّ ديدن الفقهاء التمسک بالاطلاقات فى ألفاظ المعاملات، حتى القائلون بالصحيح يتمسّكون بها و الشيخ الأعظم رحمه الله (۱) يستدل لهم بوجهين على سبيل منع الخلو:

الأوّل: حمل لفظ البيع و غيره من العقود فى الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثِّر عند العرف فى النقل و الانتقال، يعنى حمل لفظ البيع على البيع الصحيح العرفى المؤثِّر فى النقل.

و فيه: أنت ترى أنَّ هذا الوجه لا يَتُمُّ على القول بالصحيح، بل هو الوجه الذى ذكره العلاّمة الجد و تبعه الشيخ الأعظم فى توجيه كلام الشهيدين من حمل الصحيح فى كلامهما على الصحيح العرفى و عليه قد مرّ منّا جواز التمسک بالاطلاق، ولكن البحث هنا حول جواز التمسک بالاطلاق على القول بالصحيح الشرعى - لأنّ ما يصدق عليه البيع الصحيح العرفى يمكن أن يكون فى الشرع باطلاً - و هذا الوجه لا ينتج بالنسبة إليه.

و لذا قال المحقّق السَّيِّدُ الخوئى رحمه الله إنّ هذا البيان يكون «عبارة اُخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم»(۲).

الثانى: أن يحمل البيع على المصدر الذى يراد من لفظ «بعت» بتقريب: أنّ البيع فى مثل قوله تعالى: «أحلّ اللّه البيع» يستعمل فى معناه المصدرى و اُريد منه الحلّيّة التكليفية

۱- (۱) المكاسب ۲۰/۳.

۲- (۲) مصباح الفقاهة ۸٤/۲.

أو الوضعية و يحمل على المصاديق العرفية، لأنّ بيان جعل الحكم التكليفى على المصاديق الشرعية لغو محضٌ.

و يمكن ان يستعمل فى معنى الاسْمِ المصدرى و اُريد منه الحلية الوضعية و لابدّ أنْ يحمل على امضاء المصاديق العرفية لأنّ بيان جعل الحكم الوضعى على المصاديق الشرعية لغو محض.

و بعبارة ثالثة: هذا الخطاب انحلالى فيعم جميع المصاديق العرفية و إلاّ يصير لغوا. و هذا التقريب مستفاد من كلام شيخنا الاستاد(١) قدس سره .

و فيه: و أنت ترى أيضا بأنّ حمل البيع على المصاديق العرفية لا يجمع مع القول بالصحيح، بل هذا عين القول بالأعم.

و الظاهر عدم الفرق بين الوجهين بل يرجعان لبّا إلى وجه واحد.

و لذا قد تمسّكوا لصحة الاستدلال باطلاقات للصحيح بوجوه اُخر:

منها: البيع و نحوه من العقود يطلق تارة على السبب اُخرى على المُسَبَّبَ:

البيع السببى: عبارة عن العقد المركب من صيغتى الإيجاب و القبول، أو التعاطى خارجا بقصد تحقّق المبادلة.

البيع المسببى: عبارة عن تبادل الإضافتين المتحقِّق بالطرفين أو ما يحصل من الانشاء و يعتبر أمرا باقيا فى عالم الاعتبار.

ثم إذا كان المراد من البيع هو السببى و كان الشارع فى مقام إِمضاء الأسباب العرفية و لم يرد شيئا على ما هو سبب عندهم فحينئذ يصح التمسك بالاطلاق فى نفى اشتراط العربية فى صيغة العقد مثلاً.

١- (١) إرشاد الطالب ٢٧/٢.

و أمّا إذا كان المراد من البيع هو المُسَبَّبى لأنّه أمرٌ مستقَّرٌ قارٌّ و يعتبر أمرا باقيا فى عالم الاعتبار فلا يصح التمسک بالاطلاق لأنّ أمر المسبَّب يدور مدار الصحة و الفساد، و الوجود و العدم و لا يلاحظ الأسباب.

و الظاهر أنّ المطلقات الواردة فى الكتاب و السنة كلّها واردة فى مقام إمضاء المسببات دون الأسباب حتّى قوله تعالى «اُوفوا بالعقود»(١) بقرينة تعلّق وجوب الوفاء بها تكون ظاهرة فى المسببات لأنّ الأسباب آنية الحصول و غير قابلة للبقاء حتّى تكون متعلقة لوجوب الوفاء بل القابل هى المسببات التى لها نحو بقاء بعد انعدام أسبابها(٢)، فحينئذ لا يمكن التمسک باطلاقات المعاملات.

و بعبارة اُخرى: أنّ العرف لا يرى الدليل المتكفل لحكم على المسبَّب من إمضاء و نحوه ناظرا إلى إثبات ذلک الحكم أو لازمه لسببٍ، لعدم كونه فى مقام البيان من هذه الجهة.(٣)

و الحاصل: أنّ المسبّب حيث أنّه موجود آخر فى قبال السبب فلا دليل على أن يكون إمضاء المسبب إمضاءً للسبب.(٤)

و قد نُسِبَ(٥) إلى الشيخ الأعظم جوابٌ فى حلّ هذا الاشكال: بأنّ العرف حيث يرى حصول المسبّب بسببٍ معين عندهم فإمضاء المسبب يستلزم امضاء السبب.

و استشكل عليه الناسب بقوله: «إنّ المتّبع هو أنظار العرف فى تعيين المفاهيم لا فى

١- (١) سورة المائدة /١.

٢- (٢) كما ذكره المحقّق النائينى فى أجود التقريرات ٧٢/١ و تقريرات مكاسبه ١١٢/١.

٣- (٣) كما ذكره السيّد الروحانى رحمه الله فى منتقى الاصول ٢٩١/١ و ٢٩٠.

٤- (٤) كما ذكره السيّد الروحانى رحمه الله فى منتقى الاصول ٢٩١/١ و ٢٩٠.

٥- (٥) الناسب هو المحقّق النائينى فى الأجود ٧٢/١ و فوائد الاصول ٨٠/١.

التطبيق، فهم و إن رأوا حصول المسبّب عند وجود أمر خاص إلاّ أنّ امضاء المسبّب لا دليل على كونه إمضاءً لنظره فى التطبيق أيضا، بل المتّبع هو نظر الشارع فإن ثبت و إلاّ فيتمسّک بإصالة عدم حصول المسببات...»(١).

و يمكن أن يقال: إنَّ أمر المسبّب و السبب يتصور على ثلاثة وجوه:

أ: مسبَّبٌ ليس له إلاّ سبب واحد.

ب: مسبَّبٌ له أسباب متعددة فى عرض واحد.

ج: مسبَّبٌ له أسباب متعددة و نحن نقطع بتأثير أسباب فيه و تأثير بعض اُخر منها مشكوک.

و إمضاء المسبّب يكون إمضاءً للسبب فى الصورتين الأُوليين و أمّا فى الصورة الثالثة فلا و العمدة فى التمسک بالاطلاقات من قبيل هذه الصورة الأخيرة.

و قد أجاب المحقّق النائينى عن الإشكال بجواب آخر و هو:

«أنّ نسبة العقود إلى المعاملات ليست نسبة الأسباب إلى مسبباتها حتّى يكونا موجودين خارجيين يترتب أحدهما على الآخر ترتبا قهريا و الارادة تكون متعلّقة بالمسبَّب بتبع تعلّقها بالسبب حيث أنّ اختيارتيه باختيارتيه... بل نسبتها إليها نسبة الآلة إلى ذيها... بداهة أن قول: بعت ليس بنفسه موجدا للملكيّة نظير الإلقاء الموجد للإحراق، بل الموجد هو الارادة المتعلّقة بإيجاده إنشاءً، فإذا لم يكن من قبيل الأسباب و المسبَّبات فليس هناک موجودان خارجيان حتّى لا يكون امضاء أحدهما إمضاءً

للآخر بل الموجود واحدٌ غاية الأمر أنّه باختلاف الآلة ينقسم إلى أقسام عديدة فالبيع المنشأ باللفظ العربى قسم و بغير العربى قسم آخر، فإذا كان المتكلِّم فى مقام البيان و لم يقيّده بنوع دون نوعٍ

١- (١) أجود التقريرات ٧٢/١.

فيستكشف منه عمومه لجميع الأنواع و الأصناف، كما فى سائر المطلقات طبقَ النعل بالنعل»(١).

و قد قرّر هذا الجواب عن النائينى فى تقريرات بحث مكاسبه بما ملخّصه: «باب المنشأ بالألفاظ الإنشاء ليس من باب المسببات و الأسباب بل هو من قبيل إيجاد ذى الآلة بآلة إيجاده و ألفاظ العقود آلات لإيجاد المعانى الإنشائية بها، و الفعل المباشرى الصادر عن الفاعل إمّا أن لا يتوقف صدوره عنه على آلة كإيجاد النفس للصور الذهنية فى صقعها، أو يتوقف صدوره عنه على آلة، و الآلة إمّا تكون من أعضائه كالتكلّم المتوقف على اللسان أو يكون أمرا خارجا كالكتابة المتوقفة على القلم فعلى هذا صدور هذه المعانى الإيجادية الإنشائية عن الفاعل يكون بالمباشرة لكن باستعانة تلك الألفاظ فى إنشائها و إيجادها فتلك الألفاظ كالأفعال فى باب المعاطاة آلات لإيجاد تلك المنشآت فلا يصح وصفها بالمسبَّبات و لا وصف آلاتها بالأسباب.

و هذه المنشآت لها اعتباران، اعتبار نفس ذاتها من حيث هى هى مع قطع النظر عن انتسابها إلى الفاعل، و اعتبارها من حيث انتسابها إلى الفاعل، فهى بالاعتبار الأوّل معنى اسم مصدرى، و بالاعتبار الثانى معنى مصدرى و هذان الاعتباران واردان على حقيقة واحدة و إنّما الفرق بالاعتبار و عليهما فامضاء المُنْشَأ بالإنشاء عين إمضاء إنشائه بالآلة المعدّة لإنشائه، سواءً كان الإمضاء متعلّقا بالمعنى المصدرى أو بالاسم المصدرى، أمّا على الأوّل فواضح ضرورة أنّ إيجاد كلّ شىءٍ له آلة تخصّه فإمضاء الكتابة بالمعنى المصدرى عين إمضاء إيجادها بالقلم فالممضى هو الكتابة بالقلم و

إمضاء الفعل باعتبار صدوره عن الفاعل عين إمضاء إيجاده بالآلة المعدّة لإيجاده عرفا. و أمّا على الثانى حيث أنّ المعنى

ص: ٤٤

١- (١) أجود التقريرات ٧٤/١ مع تلخيص.

المصدرى يكون عينا للمعنى الاسم المصدرى بحسب الواقع و إنّما التغاير بينهما بالاعتبار، فإمضاء معنى الاسم المصدرى عين إمضاء المصدرى لأنّ المعتبَر فى صدق الإمضاء هو صدق العنوان الذى تعلّق به الإمضاء على المصداق الخارجى فيكون إمضاء البيع بالمعنى الاسم المصدرى عين إمضاء البيع بالمعنى المصدرى فالكلام الكلام»(١).

أقول: و فيه: لو سلّمنا و قبلنا من المحقّق النائينى رحمه الله بأنّ نسبة المنشَأ بألفاظ الإنشاء هى نسبة ذى الآلة بآلة إيجاده و أن ألفاظ العقود الآت لإيجاد المعانى الإنشائية بها، و مع ذلک لا يمكننا التمسک بالاطلاق لأنّ دليل إمضاء المعاملة لا يكون فى مقام البيان من جهة إمضاء الآلة و مع عدم كونه فى مقام البيان فلا يصح التمسک بالاطلاق بلا فرق بين كون الألفاظ من الأسباب أو الآلات. و ما ذكره من أنّ الآلة و ذيها موجودان بوجود واحد مع عدم تماميتها لايفيدنا فى المقام شيئا من عدم نظر دليل الإمضاء إلى جهة العقد أو السبب أو الآلة على حدٍّ تعبيره و تسميته السبب آلة لا يُغَيِّرُ واقعه و عدم النظر إليه.(٢)

و المحقّق السيّد الخوئى أجاب عن الاشكال بجواب آخر على ما سلكه فى معنى الإنشاء المختص به قال فى تعريفهِ: «فالتحقيق أنّ حقيقة الإنشاء ليست عبارة عن إيجاد معنى - كالطلب و غيره - باللفظ كما هو المعروف... بل الصحيح أنّ الإنشاء حقيقة هو إبراز أمر نفسانى باللفظ غير قصد الحكاية، فالمتكلِّم بمقتضى تعهّده و إلتزامه يكون اللفظ الصادر منه مبرزا لاعتبار من الإعتبارات القائمة بنفسه و أنّه هو الداعى لإيجاده...»(٣)

و على مَبْناهُ استشكل على اُستاذه بقوله: «بل التحقيق أن يقال: أنّ المراد من المسبَّب فى المعاملة ليس هو الإمضاء الشرعى أو إمضاء العقلاء، ضرورة أنّ البيع و نحوه اسم لفعل

ص: ٤٥

١- (١) راجع المكاسب و البيع ١/(١١٢/١١٦) بقلم العلاّمة الشيخ محمّد تقى الآملى رحمه الله .
٢- (٢) راجع منتقى الاصول ٢٩٢/١ و ٢٩١.
٣- (٣) تعليقة السيّد الخوئى على أجود التقريرات ٣٧/١ و ٣٦.

البائع، و هو يصدر منه لا من غيره، بل المراد منه هو الاعتبار الصادر من البائع، المُظْهَرُ باللفظ أو بغيره و الاعتبار أمر قائم بالمعتبِر بالمباشرة بلا احتياج إلى سبب أو آلة.

و قد عرفت سابقا أنّه لا أساس لما هو المعروف من كون الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ و على ما ذكرناه فإذا كان دليل الإمضاء واردا فى مقام إمضاء الاعتبارات الصادرة من المتعاملين فمقتضى إطلاقه و عدم التقييد بمظهِرٍ خاصٍ يثبت عموم الإمضاء لكلّ ما يمكن أن يكون مظهِرا له، و بذلک يستغنى عن جميع ما اُفيد فى المقام فى وجه التمسک بالإطلاقات فى المعاملات مع عدم تماميتها فى أنفسها فافهم و اغتنم»(١).

أقول: لو تمَّ هذا المبنى صح ما بنى عليه ولكن قد بحثنا فى أبحاثنا الاُصولية عدم تماميتهِ و أنّهُ مذهب متفرد به قدس سره و الشاهد على بطلانهِ أنّ العقلاء يَحْدِثون الأمور الإنشائية نحو المعاملة و النكاح بنفس إجراء الصيغة و لا يكفى فيها التوافقات القبليّة، و الوجدان يشهد على ذلک. كما أنّه يشهد بعدم صدق الإنشاء و الاعتبار قبل إيجاد اللفظ و حدوثه و التفصيل موكول إلى محلّه.

قد عرفت إلى هنا عدم تمامية الأجوبة و الذى نذهب إليه أنّ أدلة الإمضاء فى المعاملات تدور مدار المسبَّبات ولكن العرفية منها لا الشرعية و إلاّ تكون لغوا كما مرّ، و إمضاء المسبّب العرفى إمضاء

لأسبابه العرفية فكلَّما يدخل فى الأسباب العرفية يدخل فى الإمضاء، و على هذا يصح التمسک بالإطلاقات.

و بعبارة اُخرى: أنّ العرف يرى أنّ الدليل المتكفل لإمضاء المسبَّب ناظر إلى إمضاء أسبابه، فعليه يمكن التمسک بالإطلاق لكون المتكلِّم فى مقام البيان من هذه الجهة(۲). فيرتفع الإشكال و الحمدللّه على كلِّ حالٍ.

ص: ٤٦

۱- (۱) تعليقته على أجود التقريرات ۷۳/۱ - و راجع أيضا مصباح الفقاهة ۸٤/۲ و ٥۳.

۲- (۲) و لتفصيل البحث راجع منتقى الاُصول ۲۹٥/۱ و ۲۹٤ تقرير أبحاث السيّد الروحانى قدس سره .

فَصْلٌ: المُعاطاةُ

اشارة

ص: ٤٧

ص: ٤٨

المُعاطاةُ

اشارة

و هى مُفاعَلَةٌ من الإعطاء(۱) و باب المفاعلة يرد للمشاركة بين الاثنين كالتفاعل ولكن لا ينحصر به و لذا قال شارح النَّظّام: «و فاعل لنسبة أصله و هو مصدر ثلاثية إلى أحد الأمرين متعلقا بالآخر

للمشاركة صريحا، فيجيء العكس ضمنا نحو: ضاربتُه و شاركتُه...، و بمعنى فعَّل نحو: ضاعفتُه بمعنى: ضعّفتُ، و بمعنى فَعَلَ نحو: سافرتُ بمعنى سفرتُ...»(۲).

و عليه كما يمكن أن يرد باب المفاعلة للمشاركة بين الاثنين فى عمل أو فعل كذا يرد و يستعمل فيما إذا فَعَله واحدٌ من دون اشتراكٍ. فلذا استعمال المعاطاة لغة و عرفا فى العقود التى بين الاثنين و الإيقاعات التى تحتاج إلى طرف واحد يجوز حقيقة من دون استعمال مجاز فى البين و على هذا يجوز استعمال لفظة المعاطاة فى الإيقاعات أيضا من دون تجوّز. هذا كلّه بالنسبة إلى التعريف اللغوى.

أمّا المعاطاة فى مصطلح الفقهاء فَهِىَ «أن يُعطى كلّ من الاثنين عوضا عمّا يأخذه من

١- (١) جامع المقاصد ٤/٥٧.
٢- (٢) شرح النظّام /٥٥.

الآخر»(۱) أو «هى إعطاء كلّ واحد من المتبايعين من المال عوضا عمّا يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلک بغير العقد المخصوص»(۲).

التعريف الثانى و إن ورد فى البيع ولكن لا يختص به و قد اعترف المحقّق الثانى بأنّ فى كلام بعض الفقهاء «ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الإجارة و كذا فى الهبة»(۳). و على هذا يمكن جريانها فى جميع العقود. بل الإيقاعات نحو الوقف و غيره.

و قال الشيخ يحيى بن حسين بن عشيرة البحرانى رحمه الله فى الفرق بين المعاطاة البيعى و نفس البيع: «أنّ المعاطاة لا يلزم إلاّ بذهاب أحد العوضين أو بعضه بخلاف البيع بالعقد، فإنّه يلزم بنفس

العقد و التقابض للثمن و المثمن و لا يبطل إلاّ بالإقالة أو بحصول فسخ من عيبٍ أو خيارٍ. و المعاطاة يفيد إباحةً لا ملكا»(٤).

و قال السيّد عبدالفتاح المراغى: «إنّ سيرة المسلمين قديما و حديثا على كون الوقف و الإذن و الإجازة و البذل و الأخذ بالشفعة و الفسخ و الإسقاط بالأفعال كما يكون بالأقوال...»(٥).

صورها بحسب قصد المتعاطين

قد ذكر صاحب الجواهر رحمه الله لها أربع، إثنان منها غير مشهور:

١- أن يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة بل يعطى

١- (١) المكاسب ٢٤/٣.

٢- (٢) رياض المسائل ٢١٢/٨.

٣- (٣) جامع المقاصد ٥٩/٤.

٤- (٤) بهجة الخاطر و نزهة الناظر /٩٤.

٥- (٥) العناوين ٩٩/٢.

البقال مثلاً شيئا ليتناول عوضه فيدفعه إليه.(١).

و استشكل الشيخ الأعظم رحمه الله عليه بأنّ المعاطاة عمل إرادىٌّ و اختيارىٌّ من الطرفين وحيث أنّ المعاملات محصورة فى اُمور معينة و معلومة من البيع و القرض و الهبة و نحوها التى تفيد ملك العين، و من الإجارة التى تفيد ملك المنفعة و من العارية التى تفيد إباحة الانتفاع، و من طرف آخر يمكن لهما أن يقصدا أىّ منها شاءَا بلا مانع فى البين فعليهما أن يقصدا إحدى المعاملات المعروفة.

و فيه: لم يتم عندنا انحصار المعاملات فى العقود الدراجة المعروفة و يمكن إيجاد و إحداث العقود الجديدة نحو: التأمين بجميع أقسامها و على هذا لا يتم ما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره ، و ظاهر الشهيد(٢) فى حواشيه على القواعد أنّها معاوضة مستقلة.

ثم لو قلنا بأنّها معاوضة مستقلة لا بأس بها و تبعه جدّنا الشيخ جعفر فى شرحه على القواعد(٣).

و بما ذكرنا يظهر عدم تمامية ما ذكره صاحب الجواهر بأنّ: «دعوى كونها معاوضة مستقلة لا تدخل تحت اسم شيءٍ من المعاوضات، لكن فيه: أنّه لا دليل عليه، بل ظاهر حصر الأصحاب النواقل فيما ذكروه من الأُمور المخصوصة خلافه، مضافا إلى إصالة عدمه، اللهم إلاّ أن يستندفيه إلى السيرة و إن كان دون إثباتها على وجه تكون معتبرة خرط القتاد»(٤).

١- (١) الجواهر ٢٢٦/٢٢ ثالثها.

٢- (٢) نقل عنه صاحبا مفتاح الكرامة ٥١١/١٢ و الجواهر ٢٢٦/٢٢.

٣- (٣) شرح القواعد ٣٢/٢.

٤- (٤) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

٢- أن يقصد الملك المطلق(١) دون خصوص البيع(٢).

ولكن استشكل صاحب الجواهر نفسه على هذه الصورة بأنّ: «لا ريب فى فساده عند من اعتبر الصيغة الخاصة فى ملك المعاوضة لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه، و أمّا القائل بعدم اشتراطه فقد يقول بصحته و تنزيله على البيع بناءً على أنّه الأصل فى نقل الأعيان و لا يخرج عنه إلاّ بقصد غيره كما صرح به بعض مشايخنا(٣)، لكن قد يناقش فى ثبوت الأصل المزبور لعدم الدليل عليه و مطلق النقل جنس مشترك بينه و بين الصلح و الهبة بعوض فلا يتشخص إلاّ بقصده و لذا لا يكفى

فی صیغة البیع ملّکتُک و نحوها، و قد یقول بصحته علی أن یکون من الهبة المعوضة، و فیه أنّها محتاجة إلی القصد أیضا»(٤).

و استشکل علیه أیضا الشیخ الأعظم بأنّ التملک الخاص هو البیع أیّ «التملیک بالعوض علی وجه المبادلة هو مفهوم البیع لا غیر»(٥). فهذا التملیک المطلق لیس بیعا عند الشیخ الأعظم.

و یمکن أن ندافع عن هذه الصورة بما ذکرناه آنفا من عدم حصریة العقود و المعاملات بِما هو المذکور عند قدماء أصحابنا قدس سرهم و من الممکن إحداث عقود و معاملات جدیدة تشملها الإطلاقات الواردة فی شأن العقود نحو قوله تعالی: «اُوفوا بالعقود»(٦)، و

١- (١) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

٢- (٢) المکاسب ٢٣/٣.

٣- (٣) و هو الشیخ جعفر قال فی شرحه علی القواعد ١٠/٢: «انّ الأصل فی مطلق التملیک للأعیان التنزیل علی البیع». و قال ایضا فیه ٣٢/٢: «فالبیع أصل فی المعاوضة علی الأعیان مقدَّم علی الصلح و الهبة المعوّضة، و الإجارة فی نقل المنافع مقدَّمة علی الصلح و الجُعالة».

٤- (٤) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

٥- (٥) المکاسب ٢٤/٣.

٦- (٦) سورة المائدة /١.

لأحدٍ أن یقال: بأنّ الملک المطلق أحدی هذه العقود.

و يؤيد ما ذكرنا من عدم انحصار المعاملات كلام الشيخ الأعظم قدس سره بأنّ: «يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود - كبيع لبن الشاة مدّة و غير ذلک - كون التمليک المطلق أعمّ من البيع»(١).

قال الشيخ فى النهاية: «لا بأس أن يُعطى الانسانُ الغنمَ و البقرَ بالضريبة مدّةً من الزمان بشىءٍ من الدراهم و الدنانير و السَّمن و إعطاء ذلک بالذهب و الفضة أجودُ فى الاحتياط»(٢).

و علّق العلاّمة عليه: «و التحقيق أنّ هذا ليس ببيع و إنّما هو نوع معاوضة و مرضاة غير لازمة بل سائغة و لا منع من ذلک»(٣).

و المحقّق الثانى وافق العلاّمة و قال فى هذا الفرع: «لم يكن بيعا حقيقيا بل نوع معاوضة و مراضاة غير لازمة بل جائزة وفاقا لاختياره فى المختلف...»(٤).

يظهر من هذه الكلمات لأساطين الفقه عدم انحصار المعاملات عندهم فى العقود الدّارِجَةِ المتعارفة و عليه فلا وجه لمنع ابن إدريس(٥) أو حمل هذه المعاملة على الصلح كما ذكره الشهيد بعنوان قول(٦).

و كذا يؤيده جواز تقّبل أحد الشريكين حصّة شريكه بشىءٍ معلوم، إذا كان بينهما

١- (١) المكاسب ٢٤/٣.

٢- (٢) النهاية /٤٠٠.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٢٤٩/٥.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١٠/٤.

٥- (٥) السرائر ٣٢٢/٢.

٦- (٦) الدروس ١٩٧/٣.

نخل أو شجر.

قال ثانى الشهيدين: «و ظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ القبالة و أنّ لها حكما خاصّا زائدا على البيع و الصلح لكون الثمن و المثمن واحدا، و عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص... كما لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به، و إنّما المعلوم من الرواية(١) أنّه معاملة على الثمرة و أنّه لازم بحيث يملك المتقبِّل الزائد و يلزمه لو نقص...»(٢).

ظاهر الشهيد الثانى أنّه معاملة مستقلة غير البيع.

و قال المحقّق الأردبيلى: «يجوز أن يتقبَّل أحد الشريكين أو أكثر من الشريك حصته واحدا كان أو أكثر من الثمرة بمقدار معلوم من الثمر عشر تغارات مثلاً، لا على سبيل البيع، بل هو على سبيل القبول و المراضاة و دليله الأصل و الحاجة لأنّها قد تدعو إليه...»(٣).

و قال صاحب الحدائق فى شأن هذا الفرع: «... و ليس هذا من قبيل البيع و إنّما هى معاوضة مخصوصة تسمى القبالة و هى مستثناة من المزابنة و المحالقة...»(٤) و لكنّه حملها على الصلح و قال: «... و هذا هو الصلح بلا إشكال»(٥).

و قال المتتبع العاملى: «أنّ هذا التقبيل هل هو معاملة برأسها غير الصلح و البيع؟ أو أحدهما و يكون مستثنى من القاعدة؟ ظاهر الأصحاب الأوّل كما فى المسالک و هو كما قال بل هو صريح جماعة و فى الروضة(٦) نسبه إلى ظاهر الشهيد و جماعة...»(٧).

١- (١) صحيحة يعقوب بن شعيب المروية فى وسائل الشيعة ٢٣١/١٨، ح١. الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

٢- (٢) المسالک ٣٧٠/٣.

٣- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ٢٢١/٨.

٤- (٤) الحدائق ٣٦٢/١٩.

٥- (٥) الحدائق ٣٦٣/١٩.

٦- (٦) الروضة البهية ٣٦٩/٣.

٧- (٧) مفتاح الكرامة ٥٢٣/١٣.

و أمّا الاثنان المشهوران فَهُما:

٣- أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه.

٤- أن يتعاطيا على وجه التمليک الحاصل من البيع.

قيّدنا هذه الصورة الأخيرة بالبيع حتّى لا تتحد مع الصورة الثانية - و هى الملک المطلق - .

و من المعلوم وقوع الإباحة و التمليک تابع لقصد البائع و المشترى و على هذا لا تَنْحَصِرُ الصور بالأَرْبَع بل يمكن زيادتها بأن يقصد البائع الإباحة و المشترى الملک أو العكس و قد تعرض الشيخ الأعظم لأحكام بعض هذه الصور فى التنبيه الرابع(١) و نحن نقتفى أثره إن شاء اللّه تعالى فانتظر.

الأقوال فيها

١- المعاطاة البيعيّة بيعٌ و نحوها من المعاملات المعاطاتِيّة و أنّها تدل على اللزوم إذا كانت عقدا لازمة سواء أكان الدال على التراضى لفظا أم غيره و قد مرّ فى الأبحاث السابقة نسبة هذا القول إلى ظاهر المفيد(٢) و اطلاق كلام الشيخ فى المبسوط(٣) و المقدس الأردبيلى(٤) و المحدث

الكاشانی(٥) و السبزواری(٦) و الشیخ سلیمان البحرانی و تلمیذیه الشیخ عبداللّه البحرانی و والد الشیخ یوسف البحرانی صاحب الحدائق علی ما نقل عنهم

ص: ٥٥

١- (١) المکاسب ٨٠/٣.

٢- (٢) المقنعة /٥٩١.

٣- (٣) المبسوط ٧٦/٢.

٤- (٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٤٢/٨.

٥- (٥) مفاتیح الشرائع ٤٨/٣.

٦- (٦) الکفایة ٤٤٩/١.

صاحب الحدائق فی کتابه(١) و اختاره هو أیضا و الفاضل النراقی(٢) و الفقیه الیزدی(٣)، و هو مختار أحمد و مالک و بعض الشافعیة من العامة.

٢- و هو القول الأوّل ولکن مع التقیید بأنّ الدال علی التراضی أو المعاملة یکون لفظا و قد نسب هذا القول ثانی الشهیدین إلی شیخه السیّد حسن ابن السیّد جعفر الحسینی العاملی الکرکی المتوفی عام ٩٣٣ أو ٩٣٦ و هو ابن خالة المحقّق الکرکی و له اخْتِیاراتٌ مُخْتَصَّةٌ به فی الفقه کما مرّ منّا(٤)، و استجود هذا القول فی المسالک(٥) إلاّ أنّه خلاف المشهور و قال: «ما أحسنه و أمتن دلیله إن لم ینعقد الاجماع علی خلافه»(٦).

٣- أنّها تفید الملکیة الجائزة و تصیر لازمة بذهاب إحدی العینین و هو مختار المحقّق الثانی(٧) و حمل علیه کلام کلّ من قال بالإباحة فی المعاطاة، و الحمل بعید من کلماتهم و قد حمل ثانی الشهیدین(٨) مقالة العلاّمة فی التحریر(٩) علیه، و هو أیضا بعید ولکن قال المحقّق النائینی: «فالأقوی أن یقال: إنّ التعاطی بقصد التملیک یفید الملک الجائز...»(١٠).

٤- إنّها تفيد الإباحة ولكن اباحة جميع التصرفات حتّى التصرفات المتوقفة على الملک، مع بقاء كلّ من العينين على ملک صاحبه و يحصل الملک اللازم بتلف إحدى العينين

ص: ٥٦

١- (١) الحدائق ١٨/٣٥٠ و ٣٦١.

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤/٢٥٣.

٣- (٣) حاشية المكاسب ١/٣٣٦.

٤- (٤) فى صفحة ٢٥ من هذا المجلّد.

٥- (٥) المسالک ٣/١٤٧.

٦- (٦) المسالک ٣/١٥٢.

٧- (٧) جامع المقاصد ٤/٥٨.

٨- (٨) المسالک ٣/١٤٨.

٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٧٥.

١٠- (١٠) منية الطالب ١/١٢٢.

أو ما هو بمنزلة التلف و قد نُسب هذا القول إلى أبى الصلاح الحلبى(١) و الشيخ فى الخلاف(٢) و المبسوط(٣) و أبناء البَرّاج(٤) و زُهْرَة(٥) و إدريس(٦) و سعيد(٧) و العلاّمة فى تذكرة الفقهاء(٨) و الشهيد فى الدروس(٩) و قال ثانى الشهيدين: «... لأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ أنواع التصرفات»(١٠)و نحوها فى الروضة(١١) و ذهب إلى هذا القول سيّد الرياض(١٢).

٥- المعاطاة تفيد اباحة جميع التصرفات إلاّ ما يتوقف على الملک كالوطى و العتق و البيع، قال الشهيد فى حواشيه على القواعد: «لا يجوز لأحدهما أن يخرجها فى زكاةٍ و خمسٍ أو ثمن الهدى قبل التلف - يريد تلف العين الأُخرى - و قال: و يجوز أن يكون الثمن و المثمن مجهولين لأنّها

ليست عقدا و كذا جهالة الأجل، و قال: ولو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ كان بشبهة»(١٣).

و عليه يحمل كلام الشيخ(١٤) بأنّ الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و

١- (١) الكافى فى الفقه /٣٥٣.

٢- (٢) الخلاف ٤١/٣، مسألة ٥٩.

٣- (٣) المبسوط ٨٧/٢.

٤- (٤) جواهر الفقه /٥٦.

٥- (٥) غنية النزوع /٢١٤.

٦- (٦) السرائر ٢٥٠/٢.

٧- (٧) الجامع للشرائع /٢٥١.

٨- (٨) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

٩- (٩) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

١٠- (١٠) المسالک ١٤٩/٣.

١١- (١١) الروضة البهية ٢٢٢/٣.

١٢- (١٢) رياض المسائل ٢١٤/٨.

١٣- (١٣) نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥١٠/١٢.

١٤- (١٤) المبسوط ٣١٥/٣.

القبول و لا يحلّ و طؤها.

٦- أنّها معاملة فاسدة تفرد به العلاّمة فی نهایته و قال: «المعاطاة لیست بیعا... و هل هو إباحة؟ أو یکون حکمه حکم المقبوض بسائر العقود الفاسدة الأقرب الثانی، فلکلٍّ منهما مطالبة الآخر بما سلمه إلیه مادام باقیا و یضمنانه إن کان تالفا...»(١). ولکنّه رجع عنه فی التحریر(٢) و التذکرة(٣).

٧- أنّها معاملة مستقلة غیر البیع قاله الشهید(٤) فی حواشیه علی القواعد و تبعه جَدُّنا الشیخ جعفر کما فی شرح القواعد(٥) و الفرق بینهما أنّ الشهید ذهب إلی إباحة جمیع التصرفات بالمعاطاة إلاّ ما یتوقف علی الملک کما مرّ ولکن الشیخ جَعْفَرا ذهب إلی أنّها تفید الملکیّة کما نبّه علیه الفقیه الیزدی(٦).

المختار من الأقوال

و هو یبنی علی اُمور:

الأوّل: المعاطاة المقصود بها البیع، بیعٌ أو تجارةٌ عرفا و المنکر مکابرٌ کما قال الشیخ الأعظم: «و أمّا منع صدق البیع علیه عرفا فمکابرة»(٧).

و أمّا ما ذکره ابن زهرة من أنّ المعاطاة «لیس ببیع و أنّما هو إباحة للتصرف»(٨) ثم

١- (١) نهایة الإحکام ٤٤٩/٢.

٢- (٢) تحریر الأحکام الشرعیة ٢٧٥/٢.

٣- (٣) تذکرة الفقهاء ٧/١٠.

٤- (٤) نقل عنه فی مفتاح الکرامة ٥١١/١٢.

٥- (٥) شرح القواعد ٣٢/٢.

٦- (٦) حاشیة المکاسب ٣٣٥/١.

٧- (٧) المكاسب ٣/٤٠.

٨- (٨) غنية النزوع /٢١٤.

ادعى عليه الإجماع، فَإنْ كان مراده نفى صِدْقِ البيع على المعاطاة عرفا و حقيقة فهو مردود و من الممكن أنّه نفى الصحة أو اللزوم و لذا قال: «إنّما هو إباحة للتصرف».

الثانى: بيعية المعاطاة راجعة إلى الشک فى شرطية الصيغة فى انعقاد البيع و قد مرّ فى الأبحاث السابقة عدم الدليل على هذا الاشتراط و عدم الدليل فيها دليل العدم لأنّه لو كان لظَهَرَ و بانَ و لزم على الشارع البيان، مع أنّه لم يرد فى رواياتنا و حتّى روايات العامة مع توفر الدواعى على نقله.

الثالث: «السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملک فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطأ و الإيصاء و توريثه و غير ذلک من آثار الملک»(١) كما قاله الشيخ الأعظم.

أى أَنَّ سِيْرَةَ المتشرعة قائمة من زمننا هذا إلى زمن النبى صلى الله عليه و آله على جريان أحكام البيع على المأخوذ بالمعاطاة من دون فرق بين المأخوذ بالمعاطاة أو بالصيغة.

و دعوى: بنائُها على عدم المبالاة و المسامحة كما عن صاحب الجواهر(٢) و تبعه الشيخ الأعظم(٣) ممّا لا يصغى إليها، لأنّ الْعامِلِيْنَ بِهذِهِ السيرة عدّة أشخاص لا يُمْكِنُ رَمْيُهُمْ بعدم المبالاة نحو العلماء و الفقهاء بل أصحاب الأئمة عليهم السلام و لذا قال الفقيه اليزدى قدس سره : «من المعلوم أنّ الأئمة عليهم السلام و أصحابهم بل سائر الناس من العلماء و العوام كانوا يتصرّفون فى الهدايا و العطايا تصرّف الملاّک، و لم يعهد من أحدٍ منهم إجراء الصيغة فيها، مع أنّه لا فرق بينها و بين البيع بناءً على اعتبارها فى الملكيّة فتدبر»(٤).

١- (١) المكاسب ٣/٤٠.

٢- (٢) الجواهر ٢٢/٢٤٣.

٣- (٣) المكاسب ٣/٤٢.

٤- (٤) حاشية المكاسب ١/٣٣٦.

الرابع: بعد صدق البيع على المعاطاة عرفا أو التجارة يشملها قوله تعالى: «أحل اللّه البيع»(١) و قوله تعالى: «إلاّ أن تكونَ تجارةً عن تراضٍ»(٢) و لذا قال الشيخ الأعظم: «و كيف كان ففى الآيتين مع السيرة كفاية»(٣).

بل يَدُلُّ عليها قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(٤) بعد ما مرّ من عدم اشتراط العقد بالصيغة، و حتّى على القول باشتراطها فيه، لأنّ المراد بالعقود العهود و لا إشكال فى صدق العهد على المعاطاة. فالمعاطاة بيع لازم.

الخامس: إذا وافقت أنت معى فهو، و إلاّ يتَحقَّقُ ما ذكره الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء من أنّ القول بالإباحة فى المعاطاة يستلزم تأسيس «قواعد جديدة:

منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود، و قصد الملک و التمليک عند المعاملة و البناء عليهما لا محض الإباحة بها لا ينافيها.

و منها: أنّ ارادة التصرف من المملّكات فتملک العين و المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعة، و إن لم يخطر ببال المالک الأوّل الإذن فى شيءٍ من هذه التصرفات لأنّه قاصد للنقل من حين الدفع و أنّه لا سلطان له بعد ذلک بخلاف من قال: اعتق عبدى، و تصدّق بمالى عنک.(٥)

و منها: أنّ الأخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حقّ المقاسمة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف

١- (١) سورة البقرة /٢٧٥.

٢- (٢) سورة النساء /٢٩.

٣- (٣) المكاسب ٤٢/٣.

٤- (٤) سورة المائدة /١.

٥- (٥) لتوضيح الاشكال راجع إلى ما قاله المحقّق النائينى فى منية الطالب ١٣٣/١.

به أو عدم العلم به فينفى بالأصل فتكون متعلّقة بغير الأملاک، و أنّ صفة الغنى و الفقر تترتّب عليه كذلک فيصير ما ليس من الأملاک بحكم الأملاک.(١)

و منها: كون التصرف من جانب مملّكا للجانب الآخر، مضافا إلى غرابة استناد الملک إلى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوى من جانب مملِّكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين معيّنا للمسمّى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمة المثل حتّى يكون له رجوع التفاوت. و مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنّه المطالِب - لأنّه تملَّک بالغصب أو التلف فى يد الغاصب - غريب و القول بعدم الملک بعيد جدّا. مع أنّ التلف القهرى: إنْ التالف قبل التلف فهو عجيب، و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ، و بعده ملک معدوم، و مع عدم الدخول فى الملک يكون ملک الآخر بغير عوض و نفى الملک مخالف للسيرة و بناء المتعاملين.

و منها: أنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقّف على النية فهو بعيد و إن اوقفناه عليها كان الواطى للجارية من غير علم واطئا بالشبهة، و الجانى و المتلِف جانيا على مال الغير و متلِفا له.

و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملِّكا له دون العين فبعيد أو معها فكذلک، و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر. و شمول الإذن له خفى.

و منها: قصر التملّک على التصرف مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالک به إذن بالتملّک فيرجع إلى كون المتصرّف فى تمليكه نفسَه موجبا قابلاً، و ذلک جار فى القبض بل هو أولى منه لاقترانه بقصد التمليک دونه و إيراد عدم الملازمة بين صحة التمليک مجّانا و صحّته

١- (١) لتوضيح الاشكال راجع إلى ما قاله المحقّق النائينى فى منية الطالب ١٣٦/١.

معاوضة مشترک الإلزام و الكلام الكلام»(١).

و مقصود هذا الفقيه صرف استبعاد هذا القول كما نبّه عليه الشيخ الأعظم(٢) لا الاستدلال بهذه الوجوه و لذا لا ينبغى النقض فيها و العجب منه أنّه تصدّى له(٣) مع اعترافه بأنّه «لم يذكرها للاعتماد و الإنصاف أنّها استبعادات فى محلّها»(٤).

وَهْمانِ

الأوّل منهما: تخيّل استفادة لزوم الصيغة من بعض الروايات:

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّما هى ماء، قال: يصيد كفّا من سمک تقول: أشترى منک هذا السمک و ما فى هذه الأجمة بكذا و كذا.(٥)

و منها: صحيحة رفاعة النخاس قال: سألت أباالحسن موسى عليه السلام قلت له: أيصلح لى أن أشترى من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلاّ أن تشترى منهم معها ثوبا أو متاعا، فتقول لهم: أشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإنّ ذلک جائز.(٦)

و منها: موثقة سماعة عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یشتری العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا یصلح إلاّ أن یشتری معه شیئا آخر، و یقول: أشتری منک هذا الشیء و عبدک

١- (١) شرح القواعد ٢/(٢٧-٢٣).

٢- (٢) المکاسب ٣/٤٦.

٣- (٣) راجع المکاسب ٣/(٥٠-٤٦).

٤- (٤) المکاسب ٣/٥٠.

٥- (٥) وسائل الشیعة ١٧/٣٥٥، ح٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البیع و شروطه.

٦- (٦) وسائل الشیعة ١٧/٣٥٣، ح١، الباب ١١ من أبواب عقد البیع و شروطه.

بکذا و کذا، فإن لم یقدر علی العبد کان الذی نقده فیما اشتری منه.(١)

و منها: موثقة اُخری له عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سألته عن بیع المصاحف و شرائها؟ فقال: لا تشتر کتاب اللّه ولکن اشتر الحدید و الورق و الدفّتین و قل: اشتری منک هذا بکذا و کذا.(٢)

و منها: حسنة عبدالرحمن بن سیابة عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سمعته یقول: إنّ المصاحف لن تشتری فإذا اشتریت فقل: إنّما أشتری منک الورق و ما فیه من الأدیم و حلیّته و ما فیه من عمل یدک بکذا و کذا.(٣)

و منها: موثقة و مضمرة عثمان بن عیسی قال: سألته عن بیع المصاحف و شرائها؟ فقال: لا تشتر کلام اللّه ولکن اشتر الحدید و الجلود و الدفتر، و قل أشتری هذا منک بکذا و کذا.(٤)

و منها: صحیحة بُرَیْدِ بن معاویة عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل اشتری من رجل عشرة آلاف طن قصب فی أنبار بعضه علی بعض من أجمة واحدة و الأنبار فیه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد

بعتک من هذا القصب عشرة الآف طن، فقال المشترى: قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، و وكّل المشترى من يقبضه فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشرة الآف طن، فقال: العشرة آلاف طن التّى بقيت هى للمشترى و العشرون التّى احترقت من مال البائع.(٥)

١- (١) وسائل الشيعة ٣٥٣/١٧، ح٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح١، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح٣، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٣٦٥/١٧، ح١، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

الطنّ: حزمةٌ من حطب أو قصب

و منها: موثقة سماعة قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها؟ فقال: لا إلاّ أن يشترى معها شيئا غيرها رطبة أو بَقْلاً(١) فيقول: أشترى منک هذا الرطبة و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشترى فى الرطبة و البقل، الحديث.(٢)

و منها: صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قدم لأبى متاع من مصر فصنع طعاما و دعا له التجار، فقالوا: نأخذه منک بده دوازده، قال لهم أبى: و لم يكون ذلک؟ قالوا: فى عشرة آلاف ألفين، فقال لهم أبى: فإنّى أبيعكم هذا المتاع بإثنى عشر ألفا، فباعهم مساومة.(٣)

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: فى رجلين كان لكلٍّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک ولى ما عندى، فقال: لا بأس بذلک إذا تراضيا و طابت أنفسهما.(٤)

تلک عشرة كاملة من الروايات و أنت ترى بأنّ غاية مايمكن أن يقال فيها: أنّ المعاملات الواردة فى هذه الروايات أُنشأت باللفظ و لا إشعار فيها بإعتبار اللفظ فضلاً عن الدلالة. مضافا إلى جريان السيرة على المعاطاة، فالنهى الوارد عنها لابدّ بأن يكون طائفة

١- (١) البَقْل: هو ما ينبت فى بزره لا فى أصل ثابت جمعه بُقُول و أبقال، و بزر الحبوبَ: أى بذرها، فحينئذٍ فالخضروات قسم من البقل لا جميعها.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١٩/١٨، ح١، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٦١/١٨، ح١، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٤٤٥/١٨، ح١، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح.

من النصوص الصريحة الصحيحة كالنهى عن القياس، و لا يفيد بعض الإطلاقات و العمومات.

الثانى منهما: قد يتوهم أنّ النهى الوارد عن بيع المنابذة و الملامسة و الحصاة يشمل المعاطاة أو أنّ المعاطاة تكون من مصاديقها.

قد ذكر الصدوق بسند ضعيف عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه نهى عن المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة.(١)

و قال فی تفسیرها: «ففی کلّ واحدة منها قولان: أما المنابذة فیقال: إنّها أن یقول الرجل لصاحبه: انبذ إلیَّ الثوب أو غیره من المتاع أو انبذه إلیک و قد وجب البیع بکذا و کذا. و یقال: إنّما هو أن یقول الرجل: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البیع و هو معنی قوله أنّه نهی عن بیع الحصاة.

و الملامسة أن تقول: إذا لمست ثوبی أو لمست ثوبک فقد وجب البیع بکذا و کذا. و یقال: بل هو أن یلمس المتاع من وراء الثوب و لا ینظر إلیه فیقع البیع علی ذلک.

و هذه بیوع کان أهل الجاهلیة یتبایعونها فنهی رسول اللّه صلی الله علیه و آله عنها لأنّها غرر کلّها»(۲).

و قد فسروا بیع الحصاة بثلاثة تفاسیر(۳):

أحدها: أن یجعل اللمس للشیء و النبذ له و إلقاء الحصاة بیعا موجبا کما عن ابن

۱- (۱) معانی الأخبار /۲۷۸ و نقل عنه فی وسائل الشیعة ۳۵۸/۱۷، ح ۱۳، الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع و شروطه.
۲- (۲) معانی الأخبار /۲۷۸ و نقل عنه فی وسائل الشیعة ۳۵۸/۱۷ ذیل ح۱۳.
۳- (۳) حکاها الرافعی فی المجموع ۱۹٤/۸ و ۱۹۳ و نقل عنه فی مفتاح الکرامة ۵۱٦/۱۲.

زهرة فی الغنیة(۱)، و وجه بطلانها جعل اللمس و النبذ بیعا و عقدا موجبا للانتقال و اللزوم.

الثانی: أن یقول: بعتک ثوبا من هذه الأثواب و ارم بهذه الحصاة فعلی أیّها وقعت فهو مبیعٌ و وجه بطلانه جهل المبیع.

الثالث: أن یقول: بعتک هذا علی أنّک بالخیار إلی أن أرمی بهذه الحصاة، و بطلانه لإبهام مدّة الخیار.

فقد كان معنى النهى عن هذه البيوع: لا تعقدوا بالنبذ و لا باللمس كما كان أهل الجاهلية يفعلون.

دفعه: المعاطاة شيءٌ و هذه البيوع أشياء أُخَر، فالمعاطاة ليست من مصاديقها و لاتشمل هذه البيوع المعاطاة. هذا أوّلاً.

و ثانيا: الرواية عامية ضعيفة الإسناد.

و ثالثا: الظاهر أنّ تعيين المبيع فى هذه البيوع بهذه الأفعال، لا أصل إيجابه و قبوله و انشائه بأن يقول: «بعتک مايقع عليه الحصاة أو ما لامسته أو ما نبذته» فتكون علة النهى أنّها بيعٌ غرريٌ كما نبّه عليه الفقيه اليزدى(٢) قدس سره فلا ربط لها بالمعاطاة.

و ينبغى التنبيه على امور:

الأوّل: إعتبار شروط البيع فى المعاطاة و عدمه و هل يلحق بها أحكام البيع أم لا؟

اشارة

قال الشيخ جعفر: «أنّها هل هى داخلة فى إسم المعاملة التّى جاءَت فى مقامها فيجرى فيها شرائطها و أحكامها؟

الظاهر من جماعة من الأصحاب إختيار ذلک فيجرى فيها قائمةً مقام البيع مثلاً

١- (١) غنية النزوع /٢١٤.

٢- (٢) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

أحكام الشفعة و الخيار و الصرف و السَلَم و بيع الحيوان و الثمار و جميع شرائطه سوى الصيغة. و لم يقم على ذلک شاهد معتبر من كتاب أو سنة أو إجماع»(۱).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

المقام الأوّل: إعتبار شروط البيع فيها

۱- بناءً على المختار من أنّ البيع المعاطاتى بيع فى الواقع فحينئذ تعتبر فيها جميع شروط البيع و لا دليل على أنّها تختص بالبيع القولى.

۲- و أمّا بناءً على القول بالإباحة بمعنى كون قصد التمليک داعيا إلى إنشاء ما هو مصداق للإباحة و هو التسليط عن قصدٍ و ارادةٍ فَتَقَعُ الإباحة لأنّها المقصودة بالإنشاء الفعلى عن اختيار و يتخلف قصد التمليک من باب تخلف الداعى، و على هذا المسلک و هو مختار المحقّق النائينى(۲) على القول بالإباحة أيضا يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى البيع من الشروط، لأنّ فى هذه المعاملة الخاصة كون العوضين فيها مضمونا بالمسمى لا بالمثل أو القيمة فلابدّ فى إثبات صحتها من قيام دليل و الدليل هو السيرة و هى دليل لُبّى لا إطلاق لها و لا عموم فيجب الأخذ بالمتيقن منها و هو ما اجتمع فيه الشرائط المعتبرة فى البيع.

لا يقال: عموم دليل السلطنة ينفى اعتبارها.

لأنّا نقول: دليل السلطنة و عمومها ناظرٌ إلى إيجاد المسببات و لا ينظر إلى الأسباب بل لا يعقل جعلها فى ناحية الأسباب بعد كونها أسْبابا شرعية و لابدّ فيها من الجعل التشريعى.

۳- و أمّا بناءً على القول بالإباحة بمعنى أنّه مع الأءنْشاءِ الفعلى للمتعاملين التمليک مع

١- (١) شرح القواعد ٣١/٢.
٢- (٢) المكاسب و البيع ١٩١/١ و ١٩٣.

قصدهما به، حكم الشارع تعبدا بحصول الإباحة و عدم حصول الملک إلى زمان تحقق إحدى الملزمات. فحينئذ يجرى فيها جميع مايعتبر فى البيع لأنّ المفروض كون قصدهما التمليک و كان هو المُنشأ بإنشائهما، غاية الأمر لم يترتب المُنشأ بواسطة حكم تعبدى من الشارع و صار ترتبه منوطا على أمر متأخر من وجود إحدى الملزمات و هذا لا يخرجه من كونه بيعا و يصير نحو توقف الملكية فى بيع الصرف على القبض.

قال الْمحَقِّقَ النائينى فى ذيل هذا الْمَبْنى: «لا أظنُّ لهذا المسلک قائلاً و لا أصدقُ بوجود القائل به»(١).

أقول: إنَّما يَأْتِيْ ما ذكره المحقّق النائينى على القول بانحصار العقود فى الرائج و الدارج فى ألسنة الفقهاء و عليه فلابدّ من حمل هذه المعاملة على البيع و تَأْتِيْ فيه الشروط المعتبرة فيه و لكن على القول بعدم انحصارها كما مرّ سابقا فلم يدل دليل على أنّ هذه المعاملة بيع حتّى أجرينا شروطه، و لأحد أن يَقُوْلَ: أنّها معاملة جديدة حديثة و لم تَجْرِ فيها شرائط البيع، فتأمل.

و قد مرّ منّا فى القول الرابع من الأقوال فى المعاطاة ذِكْرُ القائلين به، و هم كثيرون و الظاهر عدم تمامية ما ذكره النائينى قدس سره من عدم القائل به.

٤- و أمّا بناءً على القول بالإباحة بمعنى أنّ قصد المتعاطيين من أوّل الأمر هو الإباحة و كان الدليل على صحتها أدلة التسليط كما ذكره صاحب الجواهر(٢) فحينئذ تدلّ اطلاق الدليل على صحتها ولو مع فقد الشروط.

ولكن قد مَرَّت المناقشة فى إطلاق دليل السلطنة أو عمومها من أنّها ناظِرَةٌ إلى إيجاد

١- (١) المكاسب و البيع ١٩٢/١ تقرير أبحاث المحقّق النائينى بقلم العلاّمة الشيخ محمّد تقى الآملى رحمه الله .
٢- (٢) الجواهر ٢٢٤/٢٢.

المسببات و لا ينظر إلى إيجاد الأسباب. فحينئذ يَقْتَصِرُ الدليل على السيرة وَ يَنْحَصِرُ بِها، و هى دليل لبّى فيجب الأخذ بالمتيقن منها و هو ما إجتمع فيه الشرائط المعتبرة فى البيع. فقد عرفت اعتبار شروط البيع فى المعاطاة على جميع المبانى إلا المبنى الثالث، و قد مرّ من النائينى عدم وجود القائل به و قد مرّت منّا المناقشه فى هذا كلّه فى المقام الأوّل.

المقام الثانى: لحوق أحكام البيع للمعاطاة

بعض أحكام البيع يلحق بالمعاطاة نحو: الربا لأنّه يجرى فى كلّ معاملة و معاوضة و لايختص بالبيع، فعلى القول بأنّها بيعٌ فواضح و على القول بالإباحة على جميع وجوهه الأربعة المتقدمة فى المقام الأوّل فلأنّها معاوضة يكون الضمان فيها بالمسمى لا بالمثل أو القيمة فتكون إمّا بيعا أو معاملة معاوضية و على التقديرين فيجرى فيها الربا.

و أمّا انفساخ العقد بالتلف قبل القبض و إن اسْتُفِيْدَ من النص ولكن ليس من التعبديات الصرفة بل هُوَ منطبق على التزام المتعاملين بالتسليم ضمنا فإذا امتنع التسليم انْفَسَخَت المعاملة، فهو يجرى فى المعاطاة لعدم اختصاصه بالبيع بل يجرى فى كلّ معاملة و معاوضة، فعلى القول بأنّها بيع فالأمر فيه واضح و على القول بالإباحة بالوجوه المتقدمة فالأمر كذلک لأنّ المعاوضة المفيدة لإباحة العوض المسمّى قوامها بوجود المباح فلو تلف لا يبقى مورد للإباحة و تعلُّق الإباحة بالمثل أو القيمة لا وجه له.

و أمّا الخيارات فأمرها مختلف بالنسبة إلى قبل لزوم المعاملة و بعده.

و أمّا عدم جريانها قبل اللزوم فَواضِحٌ؛ لأنّ الخيار حقّ و سلطنة لذى الخيار على التزام الآخر، بحيث إن شاء حلّ العقد اللازم و إن شاء أمضاه و ليس لصاحبه هذه السلطنة و الحقّ، فمع عدم لزوم المعاملة فلا وجه لهذه السلطنة. و يكون نفى الخيار فيه من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

اللهم إلاّ أن يقال: على القول بأنها بيع أو بيع يفيد الإباحة شرعا قبل الملزمات يجرى فيها

ص: ٦٩

الخيار أيضا لأنّ جوازها من وجه لا ينافى جوازها من وجه آخر، و هذا هو المختار.

و يمكن أن يقال: إنّ المعاطاة من المعاملات اللازمة فيجرى فيه الخياركما لا يبعد.

و أمّا جريانها بعد اللزوم على القول بأنّها بيع لازم أو القول بأنّها تفيد الإباحة و بعد تحقق إحدى الملزمات يفيد الملكية و اللزوم فلا إشكال فى جريان أحكام الخيار، لكون المعاطاة حينئذ بيعا فيقع فيها ما يقع فى البيع من الخيارات.

و على القول بأنّها بيع جائِزٌ أو القول بالإباحة بمعنى كون التمليک داعيا إلى إنشاء ما هو مصداق للإباحة كما ذهب إليه المحقّق النائينى، أو القول بالإباحة بمعنى أنّ قصد المتعاطيين من أوّل الأمر هو الإباحة كما ذكره صاحب الجواهر، فحينئذٍ قد يقال(١) بأنّ ثبوت الخيار فيها بعدُ اللزوم مبنىٌّ بأن كون اللزوم المتحقِّق بإحدى الملزمات حكميّا أو حقّيا، على القول الاوّل لا تجرى الخيارات، و على القول الثانى تجرى ولكن تصوير كونه حقيّا لِيُمْكِنَ فيه ثبوت الخيار مشكل و سيأتى البحث عن هذه المقالة فى بعض التنبيهات الآتية(٢) إن شاء اللّه تعالى.

الثانى: لا يعتبر فى المعاطاة قبض العوضين بل يكفى أحدهما

اشارة

قال الشهيد: «من المعاطاة أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافقه عليه من غير عقد ثم تهلک عند القابض فيلزم الثمن المسمى...»(۳).

و نحوهُ فی حواشيه علی القواعد(٤) و کذا فی حواشی المحقّق الثانی علی الإرشاد(٥). و

ص: ۷۰

۱- (۱) و القائل المحقّق النائينی رحمه الله فی تقريرات بحثه الشريف فراجع المکاسب و البيع ۱۹٦/۱.

۲- (۲) يأتی فی التنبيه السابع.

۳- (۳) الدروس ۱۹۲/۳.

٤- (٤) کما نقل عنه فی مفتاح الکرامة ٥۰۹/۱۲.

٥- (٥) حاشيته علی إرشاد الأذهان /۳۳٤ المطبوعة فی المجلّد التاسع من حياة المحقّق الکرکی و آثاره، و نقل عنه فی مفتاح الکرامة ٥۰۹/۱۲.

تبعهما الشيخ يوسف فی الحدائق(۱) و السيّد المجاهد فی المناهل(۲) و قال الشيخ جعفر: «هل يُعتبر فيها قبض العوضين معا - کما يظهر من لفظهما أو يکفی أحدهما فيجری فيه السَلَم و النسيئة، و يجری حکمها فی قابض أحد الطرفين إذا تلف فی يده قبل قبض الآخر؟ الظاهر الثانی، لقضاء السيرة بقيامها مقام عقود المعاوضات بأسرها»(۳). و تبعهم أصحاب المفتاح(٤) و الجواهر(٥) و المکاسب(٦).

و قال ثانی الشهيدين: «لو وقعت المعاملة بقبض أحد العوضين خاصة - کما لو دفع إليه سلعةً بثمن وافقه عليه، أو دفع إليه ثمنا عن عين موصوفة بصفات السلم فتلف العوض المقبوض - ففی لحوق أحکام المعاطاة و لزوم الثمن المسمی و المثمن الموصوف نظر، من عدم صدق إسمها، لأنّها مفاعلة تتوقف علی العطاء من الجانبين و لم يحصل و الإقتصار بما خرج عن الأصل علی موضع اليقين إن

كان، و من صدق التراضى على المعاوضة و تلف العين المدعى كونه كافيا فى التقابض من الجانبين، و الظاهر أنّ الحكم واحد. و قد ذكر أوّلهما شيخنا رحمه الله فى الدروس و ألحقه بها»(۷).

و قال نحوهُ فى الروضة.(۸)

ص: ۷۱

۱- (۱) الحدائق ۳٦٤/۱۸.

۲- (۲) المناهل /۲۷۰.

۳- (۳) شرح القواعد ۳۱/۲.

٤- (٤) مفتاح الكرامة ۵۰۹/۱۲.

۵- (۵) الجواهر ۲۳۸/۲۲.

٦- (٦) المكاسب ۷۵/۳ للشيخ الأعظم قدس سره .

۷- (۷) المسالک ۱۵۱/۳.

۸- (۸) الروضة البهية ۲۲٤/۳.

و أنت ترى أنّ الشهيد الثانى لم يختر أحد طرفى الحكم بل ذكرهما على وجه الاحتمال.

و بعد نقل هذه الأقوال لتنقيح محل النزاع و تحرير مَوْضِعِ الخِلافِ يمكن أن يقال: أنّ لَفْظَ المعاطاة لم يرد فى آية و لا رواية و لا أنّه معقد للإجماع التعبدى حتّى يحفظ على هذا العنوان و يؤخذ بالقدر المتيقن منه. بل الإجماع و السيرة قائمان على جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة و إن كان الإعطاء أو التعاطى من طرف واحد.

مضافا إلى ما مرّ منّا فى أوّل بحث المعاطاة بأنّ باب المفاعلة لا ينحصر بالمشاركة بين الإثنين بل يجى ء أيضا من طرف واحد نحو: ضاعفته بمعنى ضعّفتُ و سافرتُ بمعنى سفرت، و على هذا

الإعطاه أو التعاطى من طرف واحد أيضا يصدق عليه المعاطاة بلا إشكال و تجوّز و بالْقَدَرِ الْمُتَيَقَّنِ، فيجرى عليه ما يجرى عليها على جميع المبانى فى المعاطاة.

فرعان تعرّض لهما الشيخ الأعظم قدس سره

الأوّل: هل مجرد وصول الثمن إلى البائع و المثمن إلى المشترى بأىّ نحواتفق يُعدّ معاطاة؟ استظهر الشيخ الأعظم من كلام المحقّق الأردبيلى حيث يقول: «و لأنّ الظاهر أنّ الفرض حصول العلم بالرضا و هو حاصل»(١)، «أنّ المعيار فى المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف»(٢) و قال فى توضيح ذلک: «أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطى فى كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و أنّ عمدة الدليل على ذلک هى السيرة، و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلاّ قبض أحد العوضين، و السيرة موجودة فى المقام أيضا...»(٣).

ثمّ مثّل بالأمثلة الثلاثة:

١- تعارف أخذ الماء مع غيبة السقّاء و وضع الفلس فى المكان المعدّ له إذا علم من

١- (١) مجمع الفائدة و البرهان ١٤١/٨.

٢- (٢) المكاسب ٧٥/٣.

٣- (٣) المكاسب ١١٣/٣.

حال السقّاء الرضا بذلک»(١).

٢- إنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلک من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس فى الموضع المعدّ له»(٢).

٣- «الدخول فى الحمام و وضع الأُجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته»(٣).

أقول: الظاهر عدم كفاية الرضا فى المعاملات بالمعنى الأخص و الأعم و الذى يُصَحِّحُ المعاملة هو استنادها إلى البائع و المشترى، أو الطرفين فى غير البيع، و هذا الاستناد لا يتم إلاّ بأقل من الإذن، و صِرْف الرضا لا يكفى فى تصحيح المعاملة، فحينئذٍ فى أىّ صورة يكشف الإذن مع تعاطى الطرفين بل مع الإعطاء من طرف واحد صحت المعاملة و إلاّ فلا كما ذكر الشيخ الأعظم كفاية الرضا على القول بأنّ المعاطاة يوجب الإباحة فقط لا التمليک و قال: «فالمعيار فى المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضى بالتصرف، و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة»(٤).

هذا كلّه بالنسبة إلى أصل المسألة و أمّا الأمثلة المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره فَهِىَ و إن صَحَّحَتْ هذه المعاملات ولكن لا لجهة التّى ذكرها و هى الرضا فقط، بل لأنّها من قبيل المعاوضة الخاصة التمليكية أو الإباحة بالعوض، نعم يمكن حمل الثانى منها على البيع المعاطاتى المتعارف ولكن إيجابه ليس بمباشرة المالک بل إنّما هو بمباشرة وكيله و فى الكلِّ حصل التعاطى من الجانبين و يمكن تحصيل الإذن بأنّ الحَمّامى إذا فتح باب حَمّامَهُ أو إذا فتح الخضار أو البقال أو العطار دكانه لبيع المحقرات التّى فيها أو إذا مَلاَءَ السُّقاءُ قِرْبَتَهُ من الماء و

١- (١) المكاسب ٣/٧٥.

٢- (٢) المكاسب ٣/١١٣.

٣- (٣) المكاسب ٣/٧٥.

٤- (٤) المكاسب ٣/١١٤.

جعله فى المعرض فيكشف من نفس هذه العملية الإذن العام فى المعاوضة أو المعاملة كما هو الظاهر. فإنّا نحكم بصحة المعاملة فى هذه الموارد لا من جهة أنّها كلّها من البيع المعاطاتى و أنّها

يكفى فيها الرضا، بل من جهة أنّها معاوضة خاصة تمليكيّة أو إباحة بالعوض و يوجد فيها إذن طرفى المعاوضة أو الإباحة أو المعاملة.

و يمكن القول بأنّ الثلاثة كلّها بيعٌ معاطاتيٌّ و دفع الغرر من المثالين الأوّل و الثالث بأنّهما حُملا على القدر المتعارف عند الناس.

نعم، قد تتحقّق المعاملة بلا عطاء من الجانبين و هو أن يكون مال كلّ من الجانبين عند الجانب الآخر نحو إذا كان المالان عند كلّ منهما بسبق أمانةٍ أو غصب أو إطارة ريحٍ فحينئذ إن ثبت الإذن بالنسبة إلى المالين تمت المعاملة و إلاّ لم يصدق عنوان المعاملة بمجرد الرضا لما مرّ و قد إعترف الشيخ الأعظم به فيما بعد و قال: «و ربّما يستعمل فى المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء و فى صحته تأمل»(١).

و كذا يجوز الأكل فى هذه الأمثلة الأخيرة حتّى مع عدم الرضا بشرط صدق عنوان التقاص و حدوده.

الثانى: قال الشيخ الأعظم قدس سره : «لو قلنا بأنّ اللفظ الغير المعتبر فى العقد كالفعل فى إنعقاد المعاطاة، أمكن خلوّ المعاطاة من الإعطاء و الإيصال راسا، فيتقاولان على مبادلة شىءٍ بشىءٍ من غير إيصال و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملک و أمّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا آكد(٢)»(٣).

١- (١) المكاسب ٨١/٣.

٢- (٢) الإشكال هو العلم بعدم قيام السيرة هذه على إباحة التصرف دون الصورة السابقة و هى أن يكون التعاطى من طرف واحد. كما فى المصباح ١٧٢/٢.

٣- (٣) المكاسب ٧٦/٣.

أقول: حتّى على القول بأنّ اللفظ الغير المعتبر فى العقد كالفعل فى المعاطاة لا يمكن القول بإمكان خلوّ المعاطاة من التعاطى أو لاأقل من الإعطاء من طرف واحد، لِإنَّهُ حتّى على القول بأنّ المعاطاة بيع فعلىٌّ لا يتم إلاّ باعطاء أحد طرفى البيع من الثمن فصار البيع سلما أو من المثمن فصار البيع نسيةً أو منهما فصار نقدا و أمّا مع خلوّهما فصار بيع الكالى بكالى و يكون باطلاً عند الجميع. فما تعرّض له الشيخ الأعظم فى هذا الفرع غير تام.

و وافقنا المحقّق العراقى(١) على عدم إيجاد البيع حينئذ و استغرب كلام الشيخ الأعظم رحمه الله من عدم استبعاد الصحة كصدق البيع عليه فى هذا الفرع.

الثالث: بماذا يتميّز البائع عن المشترى؟

يتميّز البائع من المشترى فى المعاطاة بل و فى العقد القولى بأنّ البائع هو الذى بذل ماله مع خصوصياته ولكن أمسک بماليته بأخذ البدل ليحفظ تموّله و لئلاينقص ماله بدفع العين و يختار البائع فى الأغلب من الأبدال النقود لأنّها أسهل فى الحمل و الاشتراء و المصرف.

و أمّا المشترى فَإِنْ رغب فى خصوصيات العين التّى يريد شراءها فمقصوده العين لرفع حاجاته ولكن حيث لا يعطى مجانا و بلا بدل الْتَجَأَ إلى إحضار بدلها.

و يمكن أن يقال بأنّ تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشترى من الواضحات التى لا تحتاج إلى البيان و إنّما الغرض من عقد هذا التنبيه بيان صدق مفهوم البائع أو المشترى من جهة السعة و الضيق ليبيّن مقدار صدقهما و بالمآل يرجع إلى الشبهة فى المفهوم فلذا نقول:

إذا كان أحد العوضين نقدا و الآخر سلعةً أو عرضا، فَصاحِبُ النقد يكون مشتريا و

١- (١) حاشية المكاسب /١٢٩ لآية اللّه الميرزا أبوالفضل النجم آبادى كتبه من تقرير أبحاث المحقّق العراقى.

صاحب السلعة و العرض يكون بائعا، لقيام سيرة العقلاء على ذلك.

و أمّا إذا كان كلا العوضين نقدا أو سلعة، فَمَنْ يُرِدْ حفظ تموّله أو ازدياده يَكُنْ بائعا و من يُرِدْ رفع حاجاته و سدّ خلاّته فهو المشترى.

و فى هذه الصورة إذا كان غرض كلّ من المتعاملين هو التحفظ على ماليّة ماله و تموّله و كسب الربح و المنفعة أو رفع الحاجة و سدّ الخلّة نحو تبديل بيت ببيت أو سيارة بأُخرى و نحوها فأيّهما يكون بائعا و أيّهما يكون مشتريا؟ ذكر الشيخ الأعظم أربعة وجوه فى تعينهما:

١- يكون بيعا و شراءً بالنسبة إلى كلّ منهما لأنّ البيع لغة مبادلة مالٍ بمالٍ كما مرّ عن المصباح(١)، و الاشتراء هى ترك الشيء و الأخذ بغيره كما عن صاحب اللسان(٢) و القاموس(٣) فحينئذ يصدق على كلّ منهما أنّه بائعٌ وَ مُشْتَرٍ لكن لا تَتَرَتَّبُ عليهما أحكام البائع و المشترى المختصة بهما لأنّها تجرى فى حقِّ البائع المحض و المشترى كذلك.

٢- يكون بيعا بالنسبة إلى المعطى أوّلاً متاعه و شراءً بالنسبة إلى الآخذ و الذى يعطى متاعه ثانيا.

٣- يكون من قبيل المصالحة لأنّها بمعنى التسالم على شيءٍ و لذا حملوا صحيحة محمّد بن مسلم الواردة فى رجلين كان لكلِّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كلُّ واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک ولى ما عندى، فقال عليه السلام : لا بأس بذلک إذا تراضيا و طابت أنفسهما(٤). حملوها على الصلح.

٤- يكون معاوضة مستقلة حيث لا يدخل تحت العناوين المتعارفة السابقة.

١- (١) المصباح المنير /٦٩.

٢- (٢) لسان العرب ١٠٣/٧.

٣- (٣) قاموس اللغة ٣٤٨/٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٤٤٥/١٨، ح١، الباب ٥ من أبواب الصلح.

فهذه أربعة وجوه مذكورة فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره و اختار هو الثانى منها(١) و تبعه المحققان النائينى(٢) و الإصفهانى(٣).

و اختار الرابع منها الفقيه اليزدى(٤) و المؤسّس الحائرى(٥) و المحقّقون العراقى(٦) و الإيروانى(٧) و الحكيم(٨) و الخوئى(٩) و الأردكانى(١٠) قدس سرهم .

فلابدّ لنا من التحقيق حول الوجوه الأربعة و لذا نقول:

أمّا الوجه الأوّل: فَإِنَّهُ و إن كان يؤيده قول بعض اللغويين نحو أحمد بن فارس حيث يقول فى معنى البيع: «بيع الشيءِ و ربّما سمى الشِّرى بيعا و المعنى واحد»(١١) و يقول الفيومى: «البيع من الأضداد مثل الشراء و يطلق على كلّ واحد من المتعاقدين أنّه بائع»(١٢)، ولكن يرد عليه: بِأَنْ لو تم هذا الوجه ليجرى حتّى بالنسبة إلى البيوع المتعارفة فلا يختص أحدهما بكونه بائعا و الآخر مشتريا و من البديهى بطلان هذا الأمر. مضافا إلى أنّه لو كان حصل الغرض من البيعِ و الشراءِ الْأَوَّلِيَّيْنِ فإجراء الثانى منهما ليس له مَوْضُوْعٌ بَلْ

١- (١) المكاسب ٧٩/٣.

٢- (٢) منية الطالب ١٦٩/١.

٣- (٣) حاشية المكاسب ١٦١/١.

٤- (٤) حاشيته على المكاسب ٣٧٧/١.

٥- (٥) كتاب البيع ١٠٥/١ الآية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى.

٦- (٦) حاشية المكاسب /١٣٢ لآية اللّه النجم آبادى تقريرا لمحاضرات المحقّق العراقى.

٧- (٧) حاشيته على المكاسب ٧٢/٢.

٨- (٨) نهج الفقاهة /١٠٨

٩- (٩) مصباح الفقاهة ١٧٥/٢.

١٠- (١٠) غنية الطالب ٦٤/٢.

١١- (١١) معجم مقاييس اللغة ٣٢٧/١.

١٢- (١٢) المصباح المنير /٦٩.

هُوَ لغوٌ. و العقلاء لم يذهبوا فى سِيَرِهم بالأُمور اللغوية.

و أمّا الوجه الثانى: فَالْواضِحُ عدم تماميته على إطلاقه بحيث ربّما يعطى البائع ماله ثانيا كما فى البيع السلم و ربّما ينشأ العقد بصيغة القبول بعد إنشاء المشترى صيغة الإيجاب. فهذا الوجه فى محلّه لا يتم حتّى نَتَمَسَّكَ به فى موارد الإشتباه.

و أمّا الوجه الثالث: فَلَوْ سلمنا حمل الصحيحة على المصالحة كما هو الظاهر، ولكن الصلح معاملة خاصة معيّنة لاأقل من قصدها و نيّتها و بدونها لا تتحقّق و قصدها و نيّتها هنا مفقودة.

و أمّا الوجه الرابع: فَلَوْ ذهبنا إلى إمكان وجود عقود و معاملات مستقلة غير العناوين الدارجة فحينئذ يمكن أن يفرض هنا معاوضة مستقلة كما مال إليها جماعة من الأعلام ولكن العرف يرى هذه المعاملة بيعا لا غيره فلا يتم هذا الوجه لأنّ العرف ينظر إليها بعنوان البيع.

و على هذا بنظرى القاصر هذه المعاملة تكون بيعا فإن أقرّ كلّ منهما بأنّه البائع أو المشترى و لم يلحق به نفيه من الجانب الآخر فيقبل منه و تَتَرَتَّبُ عليه آثاره و إلاّ ففى ترتب الأحكام المختصة تحتاج إلى المرافعة الشرعيّة و إثباتها بضوابط القضاء من البينة و اليمين و غيرهما.

الرابع: الوجوه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة

اشارة

قبل الورود فى البحث لابدّ لنا من التَّذْكِيْرِ بالفرق بين التَّنْبِيْهَيْنِ الثانى و الرابع فلذا نقول: الغرض من الثانى بيان مورد المعاطاة و ما هو المبرز الخارجى لما قصده المتعاطيان و بعبارة ثالثة مقام الإثبات، و الغرض من الرابع بيان ما يمكن أن يقصده المتعاطيان و بعبارة اُخرى مقام الثبوت.

ثم الوجوه المتصورة فى المقام بلغت إلى العشرة لأنّ المبادلة: إمّا أن تكون بين المالين و

ص: ٧٨

هما إمّا بين ملكيتهماأو أباحتهما أو مختلفَيْن أىّ ملكية أحدهما و إباحة الآخر. فهذه ثلاثة أقسام.

و إمّا أن تكون بين الفعلين و هما أيضا يمكن أن يكونا بين تمليكين أو إباحتين أو مختلفين أىّ بين تمليک و إباحة فهذه أيضا ثلاثة.

و إمّا أن تكون بين مال و فعل، و الفعل يمكن أن يكون إباحة أو تمليكا، و المال إمّا أن يجعل عوضا فى كونه ملكا أو فى كونه مباحا فهذه أربعة و يكون المجموع عشرة وجوه كما ذكره المحقّق الإيروانى(١) قدس سره .

و الظاهر صحة جميع الأقسام لشمول العمومات، نعم فيما كان أحد الطرفين أو كلاهما إباحة فيه إشكال إذا كان المقصود إباحة جميع التصرفات حتّى الموقوفة على الملک كما ذَكَرَهُ الشيخ الأعظم و نبّه على هذا الأخير الفقيه اليزدى(٢).

ثم إنّ الشيخ الأعظم تعرض لأربعة من هذه الوجوه لإيضاح حكم الباقى منها و نحن نقتفى أثره:

الوجه الأوّل: المقابلة بين المالين فى الملكية

بأن يقصد كلّ من المتعاطيين تمليک ماله بمال الآخر فتكون المقابلة بين المالين لا بين التمليكين فحينئذ تَتُمّ المعاملة بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر لأنّ الأوّل تمليک و الثانى تملُّک، فإعطاء الثانى لا يكون إنشاء القبول و لا إنشاء التمليک و إنّما هو وفاء بالعقد، و لذا لومات الثانى قبل دفع ماله لم يؤثر فى المعاطاة و تماميتها.

و بهذا الإطلاق تُستعمل المعاطاة فى الرهن و القرض و الهبة.

ص: ٧٩

١- (١) حاشية المكاسب ٧٣/٢.

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ٣٧٦/١.

و مثله - أى مثل صدق المعاطاة بإعطاء واحد و خلافا لظهور باب المفاعلة أو اشتهاره - صدقُ المصالحة و المزارعة و المساقاة و المضاربة و المؤاجرة كما عن الشيخ الأعظم(١).

و اعترض عليه المحقّق النائينى بأنّ لو تمّ هذا الكلام الأخير من الشيخ الأعظم قدس سره فى المعاطاة بأنّها بالإعطاء و القبض الأوّليين تمت و حصلت، فهو يتنافى مع ما ذكره فى الأمر [التنبيه] الثانى من أنّ المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى(٢) و الوجه فى ذلک أنّ العطاء الثانى لا أثر له و لا يتحقّق به إلاّ عنوان الوفاء بالمعاطاة(٣).

ولكن يمكن أن يجاب بأنَّ الأيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أوّلاً و إنّ دفع العين ثانيا خارج عن حقيقة المعاطاة و هو وفاء بالعقد الفعلى ولكن مع ذلک أنّ المتيقن من المعاطاة فى قبال

العقد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضا فلاتنا فى بين الأمرين كما عن السيّد المحقّق الخوئى(٤).

و بعبارة اُخرى: انّ المعاطاة تمت بالإعطاء و القبض الأوّليين و إعطاء الثانى و كذا قبضه خارج عن حقيقة المعاطاة و هو وفاء بالعقد كما مرّ ولكن المراد من المتيقن من المعاطاة هو تيقنه من معنى باب المفاعلة لأنّ المتيقن من موارد استعمالها هو اشتراک المبدأ بين الطرفين، فهذا الوزن ينادى باعتبار إنشاء المعاملة بالعطاء من الطرفين كما عن المحقّق المروج(٥) رحمه الله .

ص: ٨٠

١- (١) المكاسب ٨١/٣.

٢- (٢) المكاسب ٧٤/٣.

٣- (٣) منية الطالب ١٦٩/١.

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١٧٦/٢.

٥- (٥) هدى الطالب ٨٠/٢.

و قد مرّ منّا فى أوّل بحث المعاطاة بأنّها تُسْتَعْمَلُ فى طرف واحد أيضا و لا تختص باشتراک الاثنين بالمبدأ. نعم: يمكن أن يقال بأنّ الاشتراک قدر مُتَيَقَّنٌ كما عن الشيخ الأعظم قدس سره .

و كما يمكن أن يكون إنشاء القبول بدفع العوض، بأن يكون أخذ المعوَّض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول كما كان هو الغالب وقوعا فلا وجه لإهماله.

لا يقال: إذا أعطاه البائع بعنوان التمليک فلا يمكن أخذه إلاّ بعنوان القبول فيكون دفع العين الاُخرى من باب الوفاء لا محالة.

لأنّا نقول: كما يمكن أن يكون أخذه بعنوان القبول كذا يمكن أن يكون الأخذ بعنوان تتميم الإيجاب و الاستيفاء للمبيع و دفع العين الأُخرى يصير إنشاء للقبول كما قاله الفقيه اليزدى(١) رحمه الله .

و بعبارة أُخرى: كما يتصور كون القبول فى هذا الوجه أن يكون بأخذ المعوّض، فكذلک يتصور كونه بإعطاء العوض فحينئذ لا يترتب عليه الثمرة المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم رحمه الله من أنّه لو مات الثانى قبل إعطاء العوض مات بعد العقد كما عن المؤسّس الحائرى(٢) قدس سره .

الوجه الثانى: المقابلة بين التمليكين

هذا الوجه أيضا يمكن أن يقرّر على الوجهين:

الأوّل: ما ذكره الشيخ الأعظم(٣) بأن يقصد كلّ منهما تمليک ماله للآخر بإزاء تمليک الآخر ماله إيّاه فيكون تمليكا بإزاء تمليک فالمقابلة يصير بين التمليكين لا الملكين و متقوّمة

١- (١) حاشيته على المكاسب ٣٧٨/١.

٢- (٢) كتاب البيع ١٠٦/١ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى رحمه الله .

٣- (٣) المكاسب ٨١/٣.

بالإعطاء من الطرفين فحينئذ فلومات الثانى قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة كما لو مات أحدهما بين الإيجاب و القبول.

و بعبارة أُخرى: قَصَدَ كُلّ من المتعاطيين التمليک بأن يكون تمليک الأوّل مشروطا بتمليک الثانى، بحيث لو لم يُملِّک الثانى لم يتم تمليک الأوّل.

قال الشيخ الأعظم: «و هذا بعيد عن معنى البيع»(۱) لأنهم اعتبروا فى تعريف البيع أن يكون المبيع من الأعيان فحينئذ يخرج التمليک لأنّه من الأفعال لا الأعيان.

و فيه: قد مرّ فى التنبيه الأوّل فى بداية الكتاب عدم اعتبار كون المبيع أن يكون من الأعيان فلا وجه لبعد هذا القسم من تعريف البيع و يصح أن يكون بيعا.

ثمّ حيث أنّ الشيخ الأعظم بعّده عن البيع قرّبه بثلاثة وجوه اُخر:

أ: الهبة المعوّضة: و قد قرّبها من وجه و هى: «لكون كلٍّ من المالين خاليّا عن العوض»(۲). أىّ المقابلة وقعت بين التمليكين و هما فعلان، لا بين الملكين و هما مالان فتكون كالهبة المعوّضة.

و قد بعّدها من وجه و هى: أنّ حقيقة الهبة هى الإعطاء بلا بدل فقوامها تكون بالمجانية، و اعتبار العوض فى المعوّضة منها يمكن أن يكون على نحو الداعوية أو الاشتراط، لا على نحو المعاوضة أو المقابلة، و من المعلوم فى هذا القسم أنَّهُ قابل التمليک بإزاء التمليک و هو يكون غير الهبة التى حقيقتها المجانية و حيث ذكر قدس سره وجه بعده عن الهبة المعوّضة ذكر وجهين اخَرَيْنِ و هما:

ب: مصالحة و تسالم على أمر معيّن: بأنّ يكون المقام من قبيل الصلح المعاطاتى.

۱- (۱) المكاسب ۸۱/۳.

۲- (۲) المكاسب ۸۱/۳.

أقول: و يمكن أن يناقش فى هذين الاحتمالين الأخيرين بأنّهما لا يتحققان إلاّ مع قصدهما و خلو قصدهما عند المعاطيين معلوم.

ج: معاوضة مستقلة: تشملها إطلاقات «تجارة عن تراض» و نحوها.

هذا ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره فى المقام بتوضيح منّا.

و يمكن أن يناقش فى هذا الوجه الأخير بأنّ بعد صحة بيعية هذه المعاطاة لا نحتاج إلى جعلها معاوضة مستقلة.

الثانى: تقرير آخر لهذا الوجه: و هو كما يُمْكِنُ أن يكون القبول فى هذا القسم بالإعطاء من الطرف الآخر فكذلک يمكن أن يكون القبول بالأخذ من الطرف الآخر و يكون التمليک واجبا عليه من باب الوفاء فلا يترتب ما ذكره الشيخ الأعظم من الثمرة من عدم تحقّق المعاطاة لو مات الثانى قبل الدفع، بل لو أخذ و مات تمت المعاطاة و على ورثته الإعطاء. فحينئذ يكون كالإجارة فكما فى الإجارة يحصل تملک الأُجرة و العمل على العهدة و وجب الأْءتْيانُ به وفاءً بالعقد قبل حصوله فكذلک فى المعاطاة هنا يحصل تملّک المال و التمليک على العهدة قبل حصوله و وجب الأْءتْيانُ به وفاءً بالمعاملة و قال الفقيه اليزدى رحمه الله : «و يمكن أن يقال إنّ هذا [التقرير] هو المتعين»(۱).

الوجه الثالث: المقابلة بين الإباحة و التمليک

بأن يقصد الباذل أوّلاً إباحة ماله للآخذ بإزاء أن يملک الآخذ ماله إيّاه أو بالعكس كأنّ يقول: أبحتُ لک التصرف فى دارى هذِهِ فى مقابل كَذا مقدار من المال، بحيث يكون المال ملكا لى. أو يقول: ملّكتک هذا المقدار من المال فى مقابل إباحتک تصرُّفى بِدارِکَ.

و فى هذا القسم يقابل الإباحة مع المال أو التمليک له و قبول الثانى يكون بالأخذ و

۱- (۱) حاشيته على المكاسب ۳۷۹/۱.

التصرف فى الدار مثلاً أو فى المال فحينئذ يكون أداء المال أو الدار وفاءً بالمعاملة فلا تكون هذه المعاملة مقوّمة بالإعطاء من الطرفين.

و قد عمّمنا الوجه عمّا ذكره الشيخ الأعظم(۱) تبعا للفقيه اليزدى(۲).

و قد استشكل عليه الشيخ الأعظم بِإِشْكالَيْنِ يَرِدانِ على هذا الوجه، و حيث يرد أحد الإشكالين على الوجه الرابع أيضا، لذا نذكرهما بعد الوجه الرابع.

الوجه الرابع: المقابلة بين الإباحتين

بأن يقصد كلّ منهما إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إيّاه فيكون الإباحة فى مقابل الإباحة أو الإباحة بداعى الإباحة لأنّها يمكن أن تصور على نحو الداعى.

و كما قد تكون المقابلة بين الإباحتين اللَّتَيْنِ هما من الأفعال، كذلک يمكن أن تكون المقابلة بين المالين على وجه الإباحة كما ذكره الفقيه اليزدى(۳).

و قد استشكل عليه الشيخ الأعظم بإشكال يشترک وروده على الْوَجْهَيْنِ الثالث و الرابع.

أمّا الإشكال المشترک على الوجهين الأخيرين

و هو أنّ الإباحة من حيث هى إباحة لا تسوغ جميع التصرفات، حتّى المتوقفة على الملک إلاّ على نحو التشريع.

بتقريب: للمالک أن يبيح التصرف فى ماله للغير ولكن ليس له إلاّ الإباحة فى التصرفات المشروعة و إلاّ تكون الإباحة مشرِّعا حتّى تقدر على التصرفات الغير المشروعة. و من جملة التصرفات الغير المشروعة للمجاز هى التصرفات الموقوفة على

١- (١) المكاسب ٨٢/٣.

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ٣٨٠/١.

٣- (٣) حاشيته على المكاسب ٣٨٠/١.

الملک نحو: البيع و الوقف و العتق و الوطی و نحوها.

ثمّ قد تصحح التصرفات التی تختص بالمالک للمباح له بوجوه:

١- منها: قصد المبيح من إباحة ماله للمباح له هو إنشاء التوكيل فی بيع ماله للمباح له ثمّ نقل الثمن إلی نفسه بالهبة من طرف المبيح.

أو قصد المبيح تمليک ماله بصيغة الإباحة، فيكون إنشاء الإباحة إنشاءً لتمليک المال للمباح له، فحينئذ لوباع المباح له المال، يكون بيعه بمنزلة قبوله، فيصير نحو قول الرجل لمالک العبد: «إعتق عبدک عنّی بكذا»، فهذا القول استدعاءٌ لتمليكه، و إعتاق المولی عنه جواب لذلک الإستدعاء فيُعد هذا القول بيعا ضمنيّا لا يحتاج إلی شروط البيع كما قال العلاّمة: «إنّمايفتقر إلی الإيجاب و القبول فيما ليس بضمنیٌّ من البيوع أمّا الضمنی ک-«إعتق عبدک عنّی بكذا» فيكفی فيه الإلتماس و الجواب و لا تعتبر الصيغ المتقدمة إجماعا»(١).

و فيه: ظهور كلمة الإباحة لم يدخل فيه التوكيل أو التمليک، فهما غير مَقْصُوْدَيْنِ، و لو أراد المبيح إرادتهما كانَ عليه التصريح بهما، مضافا إلی أنّ استيفاء الأموال و الأعمال بالاستدعاء المعاملی يَقْتَضِی وقوع ما استدعاه فی ملک المستدعی و هذا المعنی مفقود فی الإباحة لأنّ مجردها لا توجب الملكيّة كما نبّه علی هذا الأخير المحقّق النائينی(٢).

٢- منها: دلالة دليل شرعى على حصول الملک للمباح له بعد إنشاء الإباحة توسط المبيح ولو آنا ما قبل بيعه فحينئذ يَقَعُ البيع فى ملكه، نظير دخول العمودين فى الملک آنا ما بحيث لا يقبل غير العتق. و هذه الدلالة موجودة و هى إمّا «دلالة الاقتضاء»(٣) أو عموم

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠.

٢- (٢) راجع منية الطالب ١٧٣/١ و ١٧٤.

٣- (٣) و المراد بها ما يتوقف صحة الكلام عليه عقلاً نحو قوله تعالى «و اسئل القرية» أو شرعا نحو قول الآمر «اعتق عبدک عنّى».

«الناس مسلطون على أموالهم»(١).

و فيه: دلالة الاقتضاء تامة حيث ما وجدت نحو قول الآمر: «اعتق عبدک عنّى»، و وجهها هُوَ أنّ استيفاء المال أو العمل المحترمَيْن مع عدم قصد التبرع من المالک أو العامل يقتضى ضمان المستوفى و مقتضى ضمانه انتقال ما إستوفاه إلى ملكه، لأنّ ضمانه يكون من باب المعاملة لا الغرامة، و نظيرها قول الآمر: «أدِّ دينى» أو «أحلق رأسى».

ولكن هذه الدلالة مفقودة هنا لأنّ إعتاق عبد الغير أو بيع ماله للمباح له مشروط بالإباحة المطلقة بحيث تشمل التصرفات التى لا تصح إلاّ من المالک، و إذا أنت تريد تصحيح هذه الإباحة المطلقة بالتمسک بصحة هذا الإعتاق أو البيع يكون دورا واضحا فدلالة الاقتضاء لا تجرى فى مثل «إعتق عبدى عنک» و «إشتر لنفسک من مالى دارا» كما نبّه عليه المحقّق النائينى(٢).

و أمّا عموم حديث «الناس مسلطون على أموالهم» فَإنّما يدل على تسلّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالک كلّ تصرف جائز شرعا فالإباحة و إن كانت مطلقة

إلاّ أنه لا يباح بها إلاّ ما هو جائز بذاته فی الشريعة. فحينئذ دليل عدم جواز بيع ملک الغير أو عتق عبد الغير لنفسه حاکم علی عموم الحديث. نظير حکومة دليل عدم جواز عتق عبد الغير علی عمومات وجوب الوفاء بالنذر و العهد، إذا نذر عتق غيره له أو لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملک القهری - و لو آنا ما - للناذر کما عن الشيخ الأعظم(۳) و قال: «و لأجل ما ذکرنا صرّح المشهور، بل قيل(٤): لم يوجد خلاف فی أنّه لو

۱- (۱) عوالی اللآلی ۲۲۲/۱، ح۹۹.

۲- (۲) منية الطالب ۱۷٥/۱ و ۱۷٤.

۳- (۳) المکاسب ۸۷/۳.

٤- (٤) القائل هو صاحب الجواهر فی کتابه ۱۷٤/۲۳ قال فيه: «بلاخلاف أجده فيه».

دفع إلی غيره مالاً و قال: إشتر به لنفسک طعاما... لم يصح»(۱).

أقول: کما ذهب إليه الشيخ فی المبسوط(۲) و المحقّق فی الشرائع(۳) و العلاّمة فی القواعد(٤) و اقتصر فی التذکرة(٥) و التحرير(٦) علی نقل کلام الشيخ فی المبسوط و الشهيد فی الدروس(۷) و الشيخ مفلح الصيمری البحرانی فی غاية المرام(۸) و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(۹) و الشهيد الثانی فی المسالک(۱۰).

ولکن استقرب العلاّمة الجواز فی المختلف(۱۱) و تؤيده بل تعيّنه صحيحة يعقوب بن شعيب(۱۲) و لذا بها تُحْمَلُ صحيحه الحلبی(۱۳) و صحيحة عبدالرحمن بن أبی عبداللّه البصری(۱٤) علی خوف التهمة کما فی مفتاح الکرامة(۱٥)، و حُکم بالصحة لو دفع إليه مالاً و أمره بالشراء له، و اللّه العالم.

۱- (۱) المکاسب ۸۵/۳.

۲- (۲) المبسوط ۱۲۱/۲.

۳- (۳) الشرائع ۲۶/۲.

٤- (٤) قواعد الأحکام ۸۷/۲.

٥- (٥) تذکرة الفقهاء ۱۰٦/۱۰.

٦- (٦) تحریر الأحکام الشرعیّة ۳۳۸/۲.

۷- (۷) الدروس الشرعیة ۲۱۱/۳.

۸- (۸) غایة المرام ٥۸/۲.

۹- (۹) جامع المقاصد ٤۰۰/٤.

۱۰- (۱۰) المسالک ۲٥۲/۳.

۱۱- (۱۱) مختلف الشیعة ۲۸۷/٥.

۱۲- (۱۲) التهذیب ٤۲/۷، ح ٦۸، الفقیه ۲٥۹/۳ ذیل ح ۳۹۳٥.

۱۳- (۱۳) الکافی ۱۸٥/٥ ح٥، الفقیه ۲۸٥/۳ ح۳۹۳٤، التهذیب، ۲۹/۷ ح۱۳.

۱٤- (۱٤) الکافی ۱۸٦/٥ ح۹، التهذیب ۳۰/۷ ح۱٤.

۱٥- (۱٥) مفتاح الکرامة ٦۷۸/۱٤.

و تبعهما صاحب الجواهر فی الجملة و قال: «إلاّ أنّ الإنصاف عدم خلو ذلک عن البحث آن لم یکن إجماعا، و لو علم بقرینة إرادة قرض الدراهم من ذلک، أو القضاء لما علیه من الطعام بجنس الدراهم أو الاستیفاء بعد الشراء و القبض له، و یکون التعبیر المزبور باعتبار ما یئول إلیه، أو لأنّه السبب فی هذا الشراء، خرج عن موضوع البحث، و اللّه أعلم»(۱)

۳- و منها: ما نحن فيه يكون من قبيل بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه، لأنّ البيع و العتق فى الفرض يكشفان عن رجوع الواهب فى هبته قبلهما بآنٍ و نحو ذلک بيع ذى الخيار بحيث يسقط به خياره.

و فيه: الإباحة لم تثبت الملكية هنا بحيث يكشف البيع أو العتق فيها، و إذا لم تثبت الملكية فالبيع و العتق يقعان فى غير الملک و يحكم ببطلانهما.

قد وجّهوا إشكال الشيخ الأعظم بأنّ الإباحة لا تسوّغ التصرفات الموقفة على الملک بأمرين:

أ: حقيقة البيع هو تبديل أحد طرفى الإضافة بالنسبة إلى العين و الثمن و مقتضى ذلک انتقال العين من مالكه إلى المشترى و انتقال الثمن من المشترى إلى مالک العين، فإذا قال المالک لأحدٍ: «اشتر لنفسک من مالى دارا» أو «خُذ هذه الفلوس و اشتر لنفسک طعاما أو ثوبا» فحينئذ تصير إضافة الثمن و المثمن لشخص واحد فلا يتحقق تبادل الإضافتين التى هى ماهية البيع و حقيقته أو خروج أحد العوضين على ملک شخص و دخول العوض الآخر فى ملک شخص آخر يعنى خروج الثمن من ملک مالكه ولكن دخول الدار أو الطعام أو الثوب فى المثال للمباح له. فإذا لم تَتَحَقَّقْ ماهية البيع لا يوجد. إلاّ على نحو التقاريب

۱- (۱) الجواهر ۱۷٤/۲۳.

الثَّلاثَةِ الَّتِىْ ذكرها الشيخ و استشكل عليه - و هذا هو المانع العقلى - .

ب: المانع الشرعى: لابدّ أنْ يكون المبيع ملكا للبائع حتّى يصح بيعه لما ورد من قول رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «لابيع إلاّ فيما تملک»(۱) و عنه صلى الله عليه و آله : «لا طلاق إلاّ فيما تملكه و لا بيع إلاّ فيما تملكه»(۲) و قوله عليه السلام : «لا يجوز بيع ما ليس يملک و قد وجب

الشراء من البائع على ما يملک»(۳). و قوله عليه السلام : «ما اُحبُّ أن يبيع ما ليس له»(٤) و قوله عليه السلام : «لا تشترها [الأرض] إلاّ برضا أهلها»(٥) و قوله عليه السلام : «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ من مالكها أو بأمره أو رضا منه»(٦).

و فى المثال حيث باع المباح له مال المبيع فيكون بيعه باطلاً لأنّه باع مال غيره و يخرج العين من مال المبيح و يدخل الثمن فى مال المباح له.

ولكن هذا الإشكال و إن قبله جمع كثير من الأصحاب قدس سرهم ولكنّه غير تام عندنا لما مرّ من أن البيع و حقيقته و ماهيته مَعْلُوْمَةٌ عند العرف و هو من المفاهيم الواضحة عندهم و لا يحتاج إلى تعريف حتّى يقال فى ماهيته بتبديل الإضافتين، فهذه الماهية من رأسها لا تَتُمُّ للزوم استقلال الإضافة و صيرورتها بلامضاف و لا مضاف إليه و لو آنا ما و هو محال حتّى فى الاُمور الإعتبارية عند العقل و العقلاء و العرف و يظهر هذا صريحا فى الإعراض عن الملكية، و يمكن أن ينقض عليها: من بيع الوقف العام فى صورة جوازه، و بيع الوقف و

١- (١) عوالى اللآلى ٢٤٧/٢، ح١٦ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢٣٠/١٣، ح٣.

٢- (٢) عوالى اللآلى ٢٠٥/٣، ح٣٨ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢٣٠/١٣، ح٤.

٣- (٣) الفقيه ٢٤٢/٣، ح٣٨٨٦.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٣٣٥/١٧، ح٥. معتبرة اسحاق بن عمّار.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٣٣٤/١٧، ح٣. صحيحة محمّد بن مسلم.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٣٣٧/١٧، ح٨. توقيع الحميرى.

اشتراء شىء آخر بدله بثمن وقف آخر بحيث يصير وقفا فى صورة جواز هذا البيع و الشراء إذا طَرَأَ أحد مجوّزات بيع الوقف، و شراء عين زكويّة بنقد زكويٍّ و أمثال هذه المعاملات تكون بيعا عند العرف

و الشرع و العقلاء ولكن ليس فيها تبادل الإضافتين فيظهر عدم تمامية هذه الماهية. هذا كلّه بالنبسة إلى المانع العقلى.

و أمّا المانع الشرعى: فَإنَّ ما ورد فى هذه الروايات و إن تَلَقّاها المسلمون بالقبول ولكن المراد منها عدم جواز بيع مال الغير إلاّ بإذنه أو عدم جواز بيع مالا يقبل التملك كالخمر و ليس المراد منها دخول الثمن فى مال مَنْ يخرج العين المثمن من ماله و دخول العين المثمن فى مال مَنْ يخرج الثمن من ماله، فإذا قال المبيحُ للمباحِ له: «خُذ هذه الأموال و اشتر لنفسك دارا»، هذا القول بنفسه إذنٌ فى جواز بيع ماله و شراء دارٍ للمباح له، و هذا المقدار من الإذن يكفى فى صحة البيع و يخرجه من الفضولى أيضا.

و الشاهد لما ذكرنا وقوع هذه البيوع و المعاملات و المبادلات و المباحات فى الخارج و عند العرف كثيرا و حيث ينظر العرف إليها بعنوان البيع فتشملها إطلاقات «أحل اللّه البيع» و «تجارة عن تراض» و «اوفوا بالعقود» و «الناس مسلطون على أموالهم» و لا نحتاج إلى تصحيها بما ذكره الشيخ الأعظم بالوجوه الثلاثة الماضية.

و ما تَوَصَّلْنا اليه من نتيجة الاسْتِدلال هُوَ الْمُوافِقُ لرأى الفقيه اليزدى(١) و المحقّق الإيروانى(٢) و على كيفيته و طريقه و نتيجته المحقّق الخمينى(٣) قدس سرهم .

أمّا الإشكال المختص بالوجه الثالث

فَإنَّ الإباحة بعوض التمليك لا تَنْدَرِجُ فى المعاوضات المالية لأنّ كلاً من العوضين يدخلان فى

١- (١) حاشية المكاسب ٣٨١/١.

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ٧٤/٢.

٣- (٣) كتاب البيع ١٧٣/١ و ١٧٢.

ملک المبيح، أمّا ما أباحه معلوم و أمّا ما عوضه فالمفروض أنّه عوض الإباحة فيدخل فی ملک المبيح، فهو قد جمع بنی الملکين و لا دليل علی مشروعية هذه المعاملة کأنّه قد جمع بين الثمن و المثمن.

و يمکن الاستدلال علی مشروعيتها و صحتها بأنّها نوع من الصلح لأنّها بمعنی التسالم و الاتفاق علی أمر و لايشترط فيها لفظ (صالحت) أو (تسالمت) بل يکفی کلّ لفظ أو فعل يدلّ عليه و لو بالالتزام کما ورد فی صحيحة محمّد بن مسلم «لک ما عندک و لی ما عندی»(١) و ما ورد فی مصالحة الزوجين نحو صحيحة الحلبی(٢) و غيرها(٣) من الروايات الواردة فی تفسير قوله تعالی: «و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا و الصلح خير»(٤).

و يمکن أن يناقش فيه: بعدم وجود دلالة لفظية أو فعلية علی إنشاء الصلح و لا يدلّ حتّی السياق علی أنّها صلح و لم يقصده الْمُتَعاطِيانِ و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة و إلاّ لزم إرجاع جميع العقود حتّی النکاح إلی الصلح. کما عن المحقّقيْن النائينی(٥) و الخوئی(٦).

و کذا الاستدلال علی صحتها بقوله صلی الله عليه و آله : «المؤمنون عند شروطهم» المذکور فی موثقة منصور بن يونس (بزرج)(٧) لا يتم لعدم دخول الشروط الإبتدائية فی الرواية، و علی

١- (١) وسائل الشيعة ٤٤٥/١٨، ح١، الباب ٥ من أبواب الصلح.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٣٤٩/٢١، ح١، الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق.

٣- (٣) راجع جميع روايات الباب المذكور فى المصدر السابق.

٤- (٤) سورة النساء /١٢٨.

٥- (٥) منية الطالب ١٨٥/١.

٦- (٦) مصباح الفقاهة ١٩٠/٢.

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٧٦/٢١، ح٤، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

فرض دخولها فَالْمُرادُ بها التزام المؤمن بشروطه تكليفا أىّ يجب على كلّ مؤمن الوفاء بشرطه لأنّه من علائم إيمانه لا وضعا كما عن المحقّق السيّد الخوئى(١).

نعم، يمكن القول بأنّها معاوضة أو معاملة مستقلة يشملها قوله تعالى: «أَوْفُوْا بالعقود»(٢) و قوله تعالى «تجارة عن تراض»(٣) بل يمكن القول بأنّها بيع فيشملها قوله تعالى: «أحل اللّه البيع»(٤) و لا سيما بعد تصحيح التصرفات التى تختص بالمالک فى الإباحة كما مرّ آنفا.

و كذا قوله صلى الله عليه و آله : «الناس مسلطون على أموالهم»(٥).

و قد عدّ المحقّق الإيروانى(٦) من الإباحة بالعوض بعض المعاملات الشائِعَة من عصر الشارع إلى زماننا هذا نحو الدخول فى الحمامات مع إعطاء العوض و كذلک الدخول فى المطاعم و أشباه ذلک.

و حيث صححنا هذه المعاملة و جرت الآيات الثلاث فى شأنها فهل القول بلزومها يكون تماما أم لا؟

ثم استدل الشيخ الأعظم(٧) لجوازها بحديث السَّلْطَنَةِ و أصالتها - بعد القول بأنّ الأقوى لزومها - ، و يردّه الفقيه اليزدى(٨) بأنّ متقضى السلطنة على المال لزوم الإباحة

١- (١) مصباح الفقاهة ١٩٠/٢.

٢- (٢) سورة المائدة /١.

٣- (٣) سورة النساء /٢٩.

٤- (٤) سورة البقرة /٢٧٥.

٥- (٥) عوالى اللآلى ٢٢٢/١، ح٩٩.

٦- (٦) حاشيته على المكاسب ٧٦/٢.

٧- (٧) المكاسب ٩٠/٣.

٨- (٨) حاشيته على المكاسب ٣٩١/١.

المفروضة لا جوازها لأنّه إذا كان مسلَّطا على ماله و قد أباحه بعوض فيلزم أن تكون نافذة لازمة.

ولكن الظاهر أنّ القول بالجواز إذا كان أحد طرفى المعاملة أو كلاهما الإباحة يكون متعيّنا بقاعدة السلطنة حيث للمبيح أن يرجع عن إباحته لتلك القاعدة أو بحديث «لا يحل مال امْرَئٍ مسلم إلاّ بطيب نفسه» فإذا رجع المبيح عن اباحته فلا يحلّ للمباح له التصرف فى المال، و للمباح له الرجوع فى ملكه أيضا لإنّه ملّكه للمبيح فى قبال إباحته فإذا رجع هو عنه فيجوز له الرجوع فى ماله. فهذه المعاملة جائزة وضعا و تكليفا، و العجب من المحقّق الإيروانى(١) حيث قالَ بالجوازِ الْوَضْعِىّ و هو الموافِقُ لما قَرَّرْناهُ ولكن ذهب إلى اللزوم التكليفى بِالأْءطْلاقاتِ الْوارِدَةِ فى تصحيح هذه المعاملة و أنت تعلم بأجنبيتها عن اللزوم التكليفى بعد ثبوت الجواز الوضعى و اللّه العالم.

الخامس: جريان المعاطاة فى جميع العقود و بعض الإيقاعات

اشارة

صرح الشيخ بأنّ إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملک و قال: «إذا وصلت الهدية إلى المُهْدى إليه لم يملكها بالوصل و لم تلزم و يكون ذلک إباحة من المهدى حتّى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها لأنّ الإباحة لا تدخل فى الاستمتاع...»(۲).

و ظاهر الشيخ الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد و قال: «إذا بنى مسجدا خارج داره فى ملكه فإن نوى به أن يكون مسجدا يصلّى فيه كلّ من أراده زال ملكه عنه، و إن لم ينو ذلک فملكه باقى عليه سواء صلى فيه أو لم يصل...»(۳).

۱- (۱) حاشية المكاسب ۸۱/۲.

۲- (۲) المبسوط ۳۱۵/۳.

۳- (۳) المبسوط ۱٦۲/۱.

و تبعه ابن ادريس الحِلّى فى الهديّة و قال: «إذا أهدى لرجلٍ شيئا على يد رسوله فإنّه على ملكه بعد، و إن مات المهدى إليه كان له استرجاعه، و إن مات المهدى كان لوارثه الخيار، و إذا وصلت الهديّة إلى المهدى إليه، لم يملكها بالوصول و لم تلزم و يكون ذلک إباحة من المهدى»(۱).

و كذا العلاّمة الحِلّى قال فى الهبة من القواعد: «و لا تكفى المعاطاة و الأفعال الدالة على الإيجاب، نعم يباح التصرف. و الهديّة كالهبة فى الإيجاب و القبول و القبض»(۲).

و قال فى بحث الرهن من التذكرة: «و الخلاف فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكورة فى البيع بجملته آتٍ هاهنا»(۳).

و يلوح من عبارته فى هبة التذكرة كفاية المعاطاة فى الهدية حيث نقله عن بعض العامة و لم يناقش فيه قال: «الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات، و أمّا الهديّة فذهب

قوم من العامة إلى أنّه لا حاجة فيها إلى الإيجاب و القبول اللفظيين، بل البعث من جهة المُهدى كالإيجاب و القبض من جهة المُهدى إليه كالقبول، لأنّ الهدايا كانت تحمل إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمرّ الحالُ من عهده إلى هذا الوقت فى سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدى الصبيان الذين لا يُعتدّ بعبارتهم، و منهم من اعتبرهما كما فى الهبة و الوصية. و اعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلک كان إباحة لا تمليكا. و اُجيب بأنّه لو كان كذلک لما تصرّف الملاّک، و معلوم أنّ النبى صلى الله عليه و آله كان يتصرّف فيه و يُملِّكه غيرَه. و الصدقة كالهدية فى ذلک بلا فصل. و يمكن الإكتفاء فى هدايا الأطعمة بالإرسال و الأخذ من غير لفظ الإيجاب و القبول

١- (١) السرائر ١٧٧/٣.

٢- (٢) قواعد الأحكام، ٤٠٥/٢.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٩١/١٣.

جريا على المعتاد بين الناس. و التحقيق مساواة غير الأطعمة لها، فإنّ الهديّة قد يكون غير طعام، فإنّه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوک إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّ مارية القبطية اُمّ ولده كانت من الهدايا. و قال بعض الحنابلة: لا يفتقر الهبة إلى عقد بل المعاطاة و الأفعال الدالة على الإيجاب و القبول كافية، و لا يحتاج إلى لفظٍ، لأنّ النبى صلى الله عليه و آله كان يهدى و يُهدى إليه، و يُفرِّق الصدقة و يَأمُرُ بتفرقتها، و لم ينقل فى ذلک لفظ إيجاب و لا قبول، و لو كان شرطا لأمر به...»(١).

و تبع الشهيدُ الشيخَ فى الاكتفاء بغير اللفظ فى وقف المساجد و قال بعد نقل كلام الشيخ: «فظاهره الاكتفاء بالنيّة، و اُولى منه إذا صلّى فيه، و ليس فى كلامه دلالة على التلفظ و لعلّه الأقرب»(٢).

و قال فی بیع الدروس: «... و شبهها (أی شبه المعاطاة) اقتضاء المدین العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاک، و إلاّ فله سعر یوم القبض، و لا یحتاج إلی عقد و لیس لهما الرجوع بعد التراضی»(۳).

و قال فی رهنها فی اشتراط الصیغة المخصوصة: «و لو قال: خذه علی مالِکَ أو بمالِکَ فهورهنٌ. و لو قال: إمسکه حتّی أعطیک مالَکَ و أراد الرهن، و لو أراد الودیعة أو اشتبه فلیس برهن، تنزیلاً للفظ علی أقل محتملاته...»(٤).

و قال المحقّق الثانی فی بیع کتابه: «و أعلم أن فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاة فی الإجارة و کذا فی الهبة، و ذلک لأنّه إذا أمره بعمل علی عوض معیّن، عمله و

۱- (۱) تذکرة الفقهاء ٤١٥/٢ من طبع الحجری.

۲- (۲) ذکری الشیعة ۱۳۳/۳.

۳- (۳) الدروس الشرعیة ۱۹۲/۳.

٤- (٤) الدروس الشرعیة ۳۸۳/۳.

استحق الأجر و لو کان هذا إجارة فاسدة لم یجز له العمل، و لایستحق اُجرة مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلک، و کذا إذا وهب بغیر عقدٍ، فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف و لو کانت هبة فاسدة لم یجز، و منع من مطلق التصرف. و هو ملخص وجیه»(۱).

و استشکل علی قول العلاّمة فی القواعد: «و لابدّ فیه (أی فی القرض) من إیجاب صادر عن أهله: کقوله: أقرضتک أو تصرَّفْ فیه أو انتفع به أو ملّکتک و علیک ردّ عوضه و شبهه، و قبول، و هو: ما یدلّ علی الرضی قولاً أو فعلاً»(۲). بقوله: «ظاهر عباراتهم: أنّه لابدّ من الإیجاب القولیء، و عبارة

التذكرة(٣) أدّل على ذلک. و يرد عليه: أنّه قد سبق فى البيع الاكتفاء بالمعاطاة التى هى عبارة عن الأخذ و الإعطاء فإن اكتفى فى العقد اللازم بالايجاب و القبول الفعليين فحقّه أن يكتفى بهما هنا بطريق أُولى. و ليس ببعيد أن يقال: إنّ انتقال الملک إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحة التصرف إذا دلّت القرائن على إرادتها»(٤).

و نحوها فى حاشيته على إرشاد الأذهان(٥).

و قال فى تعليقه على الإرشاد: «إنّ من المعاطاة الإجارة و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلاً»(٦).

ولكن استشكل على كلام العلاّمة فى رهن التذكرة الذى مرّ منّا آنفا بقوله: «... و

١- (١) جامع المقاصد ٥٩/٤.

٢- (٢) قواعد الأحكام ١٠٣/٢.

٣- (٣) راجع تذكرة الفقهاء ٣٢/١٣.

٤- (٤) جامع المقاصد ٢٠/٥.

٥- (٥) حاشية إرشاد الأذهان /٤٣٠ المطبوعة ضمن المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى و آثاره.

٦- (٦) نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٠٩/١٢ و لم أجده فى حاشية إرشاد الأذهان المطبوعة ضمن المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى و آثاره مع كثرة تتبعى لَها.

يشكل بأنّ باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ماهنا، أمّا الاستيجاب و الإيجاب فنعم»(١).

و قال فی قرض صیغ عقوده: «فأمّا الإیجاب: فلابدّ أن یکون بالقول، فلا یکفی الدفع علی وجه القرض من غیر لفظ فی حصول الملک، نعم یکون ذلک فی القرض کالمعاطاة فی البیع فیثمر إباحة التصرف، فإذا تلف العین وجب العوض. و الذی ینساق إلیه النظر أنّ المعاطاة فی البیع تثمر ملکا متزلزلاً و یستقر بذهاب أحد العینین أو بعضها، و مقتضی هذا أنّ النماء الحاصل من المبیع قبل التلف شیء من العین یجب أن یکون للمشتری، بخلاف الدفع للقرض هنا فإنّه لا یثمر إلاّ محض الإذن فی التصرف و إباحة الإتلاف، فیجب أن یکون نماء العین للمقرض، لبقائها علی الملک، إذ لا معاوضة هنا و لا تملیک بخلاف الأوّل»(۲).

و قال فی هبة جامع المقاصد بعد نقل محتوی کلام العلاّمة فی هبة التذکرة الذی مرّ آنفا: «و هذا قویٌّ متینٌ، یؤیده أنّ الهدیة مبنیّة علی الحشمة و الإعظام، و ذلک یفوت مع إعتبار الإیجاب و القبول و ینقص موضعها من النفس، و مطالبة المُهدی إلیه بالتملیک و سؤال الرسول هل هو وکیل فیه أم علی تقدیر اعتبار عبارته و نحو ذلک خروج عن مقصودها»(۳).

و قبل ثانی الشهید کلام المحقّق الثانی فی بیع جامع المقاصد و قال بعد نقل کلامه: «... و لا بأس به إلاّ أنّ فی مثال الهبة نظرا من حیث أنّ الهبة لا تختص بلفظ، بل کلّ لفظٍ یدل علی التملیک بغیر عوض کافٍ فیها کما ذکروه فی بابه. و جواز التصرف فی المثال المذکور موقوف علی وجود لفظ یدلّ علیها، فیکون کافیّا فی الإیجاب. اللهم إلاّ أن یعتبر القبول القولی مع

۱- (۱) جامع المقاصد ٤٥/٥.

۲- (۲) صیغ العقود و الایقاعات /۱۸۷، المطبوع فی ضمن المجلد الأوّل من رسائل المحقّق الکرکی.

۳- (۳) جامع المقاصد ۱٤۲/۹.

ذلک، و لا یحصل فی المثال فیتجه ما قاله»(۱).

و قبل المعاطاة فی الإجارة و قال: «لمّا کان الأمر بالعمل یقتضی استیفاء منفعةٍ مملوکة للمأمور متقوّمةٍ بالمال وجب ثبوت عوضها علی الآمر کالاستیجار معاطاةً»(۲).

و قال فی هبة المسالک بعد نقل نص عبارة هبة التذکرة: «و هذا الذی ذکره من التحقیق یشعر بما نقلناه عنه من الاکتفاء بذلک، و هو حسنٌ، و مع ذلک یمکن أن یجعل ذلک کالمعاطاة یفید الملک المتزلزل و یبیح التصرف و الوطی ولکن یجوز الرجوع فیها قبله عملاً بالقواعد المختلفة...»(۳).

و تبعه المحقّق الأردبیلی و فی ذیل قول العلاّمة فی الإرشاد: «و لو أمره بعمل له اُجرة بالعادة فعلیه الاُجرة و إلاّ فلا»(٤) قال: «هذا الحکم مشهور و یحتمل أن یکون مجمعا علیه و لعلّ سنده اقتضاء العرف فإنّه یقتضی أن یکون مثل هذا العمل بالاُجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا و لک علیَّ الاُجرة، فیکون جعالة أو إجارة بطریق المعاطاة مع العلم بالاُجرة، و لو کان من العادة مثل اُجرة الحمّالین، و یبعد کونها إجارة باطلة...»(٥).

و ذهب صاحب الحدائق إلی عدم اعتبار الصیغ الخاصة بالنسبة إلی جمیع العقود و قال: «... أنّه لا یعتبر فیها أزید من الألفاظ الدالة علی الرضا بمضمون ذلک العقد کیف کانت، و علی أیّ نحو صدرت، و مع استکمال جمیع ما یشترط فیه، من غیر توقف علی الصیغ الخاصة التی اوجبوها فی کلّ عقد، و أمّا الاشکال فی کون ذلک یسمی معاطاة أم لا؟ ... ما

۱- (۱) مسالک الأفهام ۱۵۲/۳.

۲- (۲) مسالک الأفهام ۲۲۹/۵.

۳- (۳) مسالک الأفهام ۱۱/٦.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ٤٢٥/١.

٥- (٥) مجمع الفائدة و البرهان ٨٣/١٠.

أشرنا إليه آنفا من أن هذه التسمية إنّما هى اصطلاحية ذكروها فى باب البيع...»(١).

و قال الفاضل المراغى: «إنّ المعاطاة هل هى ملحقة فى كلّ باب بالعقد الذى هو أصل لها؟ فيكون فى مقام البيع بيعا و فى مقام الإجارة إجارةً و فى مقام الصلح صلحا و فى مقام الهبة هبةً و نحو ذلک أو هى معاملة مستقلة؟ مقتضى حصر الأصحاب أبواب المعاملات فى الأُمور المخصوصة و عدم ذكرهم للمعاطاة عنوانا آخَرَ دخولها فيها، كما أنّ صدق لفظ البيع و الإجارة و نحو ذلک من ألفاظ المعاملات أيضا يقتضى كون المعاطاة داخله فيها... و حيث قلنا باندارجها تحت أسامى العقود، فالظاهر جريان جميع الأحكام المذكورة فى أبواب العقود من الشرائط فى المتعاقدين أو العوضين و غير ذلک من أحكام الخيارات و الضمان و الشروط و نحو ذلک من التوابع و غيرها آتية فى المعاطاة»(٢).

و قال الفقيه اليزدى: «إنّ مقتضى ما هو التحقيق من شمول العمومات العامة و الخاصة بكلِّ عنوان للمعاملات الفعلية كالقولية و كون المعاطاة على طبق القاعدة جريانها فى جميع العقود جائزة كانت أو لازمة إلاّ ما قام الاجماع فيه على اعتبار الصيغة الخاصة كالنكاح و التحليل و نحوهما...»(٣).

و قال المؤسّس الحائرى قدس سره : «لا اشكال فى إمكان المعاطاة فى سائر العقود كما فى البيع و لا فى صدق عناوين تلک العقود على ما كان منها بالمعاطاة، كما كان باللفظ بلا فرق، و مقتضى ذلک دلالة أدلة صحة تلک العقود - كالإجارة و الهبة و الصلح و نحوها على صحة المعاطاة فيها، نعم استثنوا من ذلک عقد النكاح، فحكموا بعدم جريان المعاطاة فيه»(٤).

١- (١) الحدائق ٣٦٤/١٨.

٢- (٢) العناوين ١٢٩/٢ و ١٢٨.

٣- (٣) حاشيته على المكاسب ٣٩١/١.

٤- (٤) كتاب البيع ١١٣/١ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

قال المحقّق الأصفهانى: «انّ صحة المعاطاة فى البيع إن كانت على القاعدة و أنّها بيع فيعمّها أدلة البيع، فكذا فى غيره من المعاملات لعدم الفرق فى صدق عناوينها بين البيع و غيره... إذا عرفت ما ذكرنا تعرف أنَّ التمسک بالاطلاق لجريان المعاطاة فى العقود و الايقاعات بمعنى صحتها بالإنشاء الفعلى كالإنشاء القولى بمكان من الإمكان و إن لم يصدق عليه المعاطاة بعنوانها، لما مرّ مرارا أنّ المعاطاة بعنوانها لم ترد فى آية و لا رواية ليدور الأمر مدارها بعنوانها، نعم بعض العقود و الايقاعات ممّا قام الدليل على انحصار سببها فى صيغة خاصة كالطلاق و العتق و شبههما و بعضها ربّما يدعى البرهان على عدم جريان المعاطاة فيها»(١).

و قال المحقّق السيّد الخمينى: «مقتضى القاعدة جريان المعاطاة فى كلّ عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل، فإنّ الفعل كالقول آلة للإيجاد و الإيقاع الإعتبارى، و مع الا ّ يقاع كذلک يصير المنشأ مصداقا للعناوين العامة و الخاصة، و دليل صحتها و لزومها هو الأدلة الخاصة أو العامة، نعم ما لا يمكن إيقاعه بالفعل فهو خارج عن البحث، و لعلّ الوصية أو بعض أقسامها منه...»(٢).

و قال المحقّق السيّد الخوئى: «... فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاة فى جميعها إلاّ ما خرج بالدليل، و إذن فيكون ما هو المنشأ بالأفعال من المعاملات مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و الإيقاعات و لزومهما»(٣).

و قال شيخنا الأُستاذ قدس سره : «الصحيح الالتزام بجريان المعاطاة فى ساير المعاملات عقودا و إيقاعا أخذا بإطلاق صحتها و نفوذها، نعم لا تجرى فى عقد أو إيقاع قام الدليل

١- (١) حاشية المكاسب ١٨٣/١.

٢- (٢) كتاب البيع ١٨٠/١.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١٩٢/٢.

على اعتبار اللفظ فى إنشائه كما فى النكاح و الطلاق حيث أنّ مطلق اللفظ غير كاف [فى] إنشائهما فضلاً عن الإنشاء بمجرد الفعل»(١).

أقول: قد عرفت جريان المعاطاة فى الجملة و فى بعض العقود أو الإيقاعات من أساطين الفقه و أعلام الطائفة نحو: الشيخ الطوسى فى الهديّة و وقف المساجد، و تبعه ابن ادريس فى الهدية، و كذا العلاّمة فى الهديّة و الهبة و الرهن، و الشهيد فى وقف المساجد و أداء الدين و الوثيقة فيه، و المحقّق الثانى فى الإجارة و الهبة و الهديّة و القرض، و ثانى الشهيدين فى الإجارة و الهبة و الهديّة، و الأردبيلى فى الإجارة، و مال إلى جريانها فى جميع العقود و الإيقاعات صاحب الحدائق و الفاضل المراغى و الفقيه اليزدى و المؤسّس الحائرى و المحققون الأصفهانى و الخمينى و الخوئى و شيخنا الإستاذ - قدس اللّه أسرارهم - و يظهر مما سردناه عليک وجه اسْتِغْرابِنا من صاحب الجواهر حيث يقول: «و أغرب من ذلک كلّه دعوى جريان المعاطاة فى مورد جميع العقود جايزها و لازمها، فيتحقق مسمّاها بها دون عقدها للإطلاق عرفا، و فائدة العقد حينئذ اللزوم فى اللازمة منها و لا فائدة له فى غيره إذ هو كماترى لا ينبغى صدورها ممّن ذاق طعم الفقه»(٢). فتأمل.

ما يستثنى من المعاطاة:

ثم القائلون بالتعميم و جريان المعاطاة فى جميع العقود و الإيقاعات استثنوا مواردَ.

منها: الوصية: لأنّها لا تُنْشَأُ إلاّ بالقول و ليس فى موردها فعل يكون مصداقا لها و مثلها جعل القيمومية و التدبير. و الإشكال فيها ليس من ناحية القابل و العقد و الإيقاع، بل الاشكال من ناحية الفاعل بحيث لا يوجد هناک فعل يدل على هذه الاُمور، و لو وجد

١- (١) إرشاد الطالب ٨٦/٢.

٢- (٢) الجواهر ٢٤٤/٢٢.

فعل يدل عليها تمّت المعاطاة فيه. نحو: أن يسأل أحدٌ عن غيره مَنِ القَيِّمُ بعدک على أُولادک أو أموالک؟ أو مَنِ الوَصِيُّ فى ما وصيت بِهِ؟ أو أيّما من بيوتک أو أراضيک جعلتَها للمسجد أو المدرسة؟ أو أىّ من عبيدک أو إمائک يَكون بعدک حرا أو حرّة؟

و فى جميع هذه الموارد أشار إلى شخص أو بيت أو أرض، أو عيّنه بفعل دون قول، بلا فرق فى ذلک بين الحياة المستقرة أو حالة الاحتضار مع شرائطها ينفذ ما أقرّبها أو قرّره أو عيّنه، و لَعَلَّهُ لم ينكر هذا أحدٌ من فقهائنا الكبار، و على هذا تجرى المعاطاة بالنسبة إلى

الوصية و التدبير و القيمومية و نحوها.

و لِاءَنَّهُ لم ينحصر الإنشاء المعاطاتى بالإعطاء و الأخذ الخارجيين حتّى يستشكل بأنّ هذه الأُمور من الأُمور الاستقبالية فيستحيل إنشاؤها بفعل يتحقق قبل الموت بل المعاطاة هى تبديل الفعل بدل القول فى المعاملات و عليها تجرى المعاطاة فى الوصية و القيمومية و التدبير.

و بما ذكرنا يظهر جريان المعاطاة فى الوقف و كذا فى الرهن لِاءَنّا ذهبنا إلى اللزوم فى المعاطاة لا الجواز فى المعاملات اللازمة، لأنّ الرهن من العقود اللازمة من طرف الراهن و كذا تجرى المعاطاة فى القرض.

و قد يستشكل جريان المعاطاة فى الضمان لأنّ انتقال الدين من ذمّةٍ إلى أُخرى لا يمكن أن يتحقق بالفعل الخارجى.

و يرد عليه: كما يمكن أن ينتقل المال فى البيع بالمعاطاة كذلک يمكن انتقال الدين، و لا فرق فى الانتقال فى عالم الاعتبار بين العين و الدَّين فكما يمكن الانتقال بالمعاطاة فى العين فكذلک يمكن فى الدين.

و أمّا جريان المعاطاة فى النكاح: فَقَدْ يتوهم عدم جريانها فيه لأنّ الفعل فيه ملازم لضده و هو الزنا و السفاح، بل هو مِصْداقٌ له حقيقةٌ و من الواضح أنّه لا يمكن إنشاء شىءٍ

ص:١٠٢

من الأُمور الإنشائية بضده.

و دفعه: الزنا عند العرف غير النكاح و الزواج سواء كان انشاؤه بالقول أو الفعل، و الزنا يكون قسيمه، لو قَصَدَ الزوجان النكاح و أَنْشَأَاهُ بالفعل لا بالقول، تحقّق الزوجية، و الوطى بعدها ليس من الزنا.

و من هنا ظهر جواب تسبّب الوطى للنكاح و الإشكال فيه بأنّ الوطى يحتاج إلى سبب محلّل له، فلو كان سببا لحلّيّة نفسه لزم إتحاد السبب و المسبب فى مرتبة واحدة مع امتناع تأثير الشى فى نفسه.

و أما جوابه: فَإِنَّ الزَوْجَيْنِ يقصدان النكاح بالفعل ثم يتحقّق و من بعده يَقَعُ الوطى و من أين لزم إتحاد السبب و المسبب؟ هذا أولاً.

و ثانيا: امتناع اتحاد السبب و المسبب و امتناع تأثير الشى فى نفسه فى عالَمِ التكوين تام و أمّا عالَمُ الاعتبار غيره، و ما هو ممتنع فى عالم التكوين يمكن وقوعه فى عالَمِ الاعتبار، لأنّهما عالمان بينهما بون بعيد و لكل واحد منهما قوانينه و قياس أحدهما بالآخر مع الفارق و

غَيْر سَدِيْدٍ.

و ثالثا: على القول بالاتحاد بين السبب و المسبب و على القول بصحة قياس العالَمَيْن يمكن أن يجاب عن الإشكال بعدم الاتحاد لأنّ السبب هو الوطى و المسبب هو الحلية فلم يلزم اتحاد السبب

و المسبب، و لا تأثير الشيء فى نفسه. كما عن المحقّق الإصفهانى(۱) قدس سره و له أجوبة اُخرى لهذا الاشكال إن شئت فَراجِعْ حاشِيَتَهُ على المكاسب(۲).

و يمكن ان يستدل لجريان المعاطاة فيه بخبر عبدالرحمن بن كثير المَرْوِىِّ فى الكافى

۱- (۱) حاشية المكاسب ۱/۱۸٤.

۲- (۲) حاشية المكاسب ۱/(۱۸۷-۱۸٤).

عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى عمر فقالت: إنّى زينتُ فطهّرنى، فأمر بها أن ترجم، فاُخبر بذلک أميرالمؤمنين عليه السلام ، فقال: كيف زينتِ؟ فقالت: مررتُ بالبادية فأصابنى عطش شديد فاستسقيت أعرابيا فأبى أن يسقينى إلاّ أن اُمكّنه من نفسى، فلما أجهدنى العطش و خفتُ على نفسى سقانى، فأمكنته من نفسى، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام : تزويج و ربّ الكعبة(۱).

بتقريب: حمل أميرالمؤمنين عليه السلام فعلها على التزويج بحيث لما اشتدّ عطشها رضيت بالنكاح فصار مهرها الماء الذى به دفعت عطشها، و مدّته دفعة واحدة فهذا نكاح موقت بالمهر المعلوم و دفعة واحدة و قد جرى بالفعل و المعاطاة لا القول و الصيغة.

و حمل الرواية على الاضطرار خلاف ظاهرها لأنّ اميرالمؤمنين عليه السلام لم يحمل عملها على الاضطرار بل حمله على النكاح. و القول بحمله على الاضطرار تصحيحا لما ورد من الأمر بالرجم، لا يتم لأنّ آمره - و هو الثانى - ليس بفقيه و كلّ الناس أفقه منه أو أعلم على حد تعبيره(۲). لأنّ الرجم لا يتم إلاّ إذا كانت الزانية ذات بعل فحينئذ لا يتم نكاحها فعليه لابدّ من حملها على الاضطرار. و قد ظهر ممّا ذكرنا جوابه بأنّ اميرالمؤمنين عليه السلام حمله على النكاح لا الاضطرار. مع أنّ الاضطرار أيضا يمكن أن يرفع به الذنب و الحد من جانب المرأة فقط.

فالرواية تدل على جواز النكاح المعاطاتى بل وقوعه ولكن سندها ضعيف بعلى بن

حسان و هو مشترک بين الواسطى الثقة و الهاشمىّ مَوْلاهُمْ المرمى بالكذب و الوقف، و

١- (٣) الكافى ٤٦٧/٥، ح٨.

٢- (٤) سنن البيهقى ٢٣٣/٧؛ الدر المنثور ١٣٣/٢؛ الكشّاف ٤٩١/١ ذيل آية «و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و اتيتم أحديهنّ قنطارا» من سورة النساء /الآية ٢٠؛ و نقل عنهم العلاّمة السيّد مرتضى الفيروزآبادى فى كتابه «السبعة من السلف» /٨٨ و ما بعده.

كلاهما ينقلان عن عبدالرحمن بن كثير - و هو كان عمّ الهاشمى - و قد يقال: بضعفه أو مَجْهُوْلِيَّتِهِ ولكن قال الوحيد فى شأنه: «رواية الأجلاء الثقات كتبه تشهد على الاعتماد بل الوثاقة» و له أكثر من أربعين رواية فى الكتب الأربعة.

فإن ذهبنا إلى أنّ المراد بعلى بن حسان هو الواسطى - لا الهاشمى - و إلى اعتبار عبدالرحمن بن كثير كما عليه الوحيد، صار سَنَدُها مُعْتَبَرا ولكن فى الجميع نظر بيّن.

و الذى يسهّل الخطب وجود الإجماع بين الأصحاب من عدم تحقّق النكاح المعاطاتى و أنّه لا يتحقّق إلاّ بالصِّيَغِ الخاصَّةِ المتداولة بين المُتَشَرِعَةِ و يلحق بالنكاح، الطلاق فإنّه أيضا لا يتحقّق إلاّ بالقول و الصيغ الخاصة و كذا الظهار و الإيلاء و اللعان.

فيظهر ممّا ذكرنا جريان المعاطاة فى جميع العقود و الإيقاعات إلاّ ما خرج بالدليل.

السادس: ملزمات المعاطاة

اشارة

قد مرّ أنّ المعاطاة – فی المعاملات التی أصلها اللزوم – تدل علی اللزوم و – فی المعاملات التی أصلها الجواز – تدل علی الجواز فلا فرق بین الأعْتِیانِ بالمعاملة و إجْرائِها بالقول و الصیغة بها و إجرائِها بالفعل و المعاطاة، و علی هذا فنحن فی فسحة عن هذا المبحث – أی ملزماتها – .

و أمّا إذا ذهب أحد إلی القول بالجواز فی المعاملات المعاطاتیة – کما لَعَلَّهُ هو المشهور – فَسَوْفَ یأتی هذا البحث و یجری القول فی ملزماتها.

ثم ذهب الشیخ الأعظم أوّلاً إلی تأسیس الأصل فی المقام و قال: «إنّ الأصل علی القول بالملک اللزوم... و أمّا علی القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم»(۱).

۱- (۱) المکاسب ۹۶/۳.

ثمانیة أوجه تدل علی لزوم المعاطاة علی القول بالملک

اشارة

لأنّه قدس سره أقام ثمانیة أوْجُهٍ(۱) تدل علی اللزوم علی القول بالملک و حیث أغمضنا الکلام عنها هناک نبحثها هنا تتمیما للفائدة باختصارٍ:

۱- الاستصحاب

بتقریب: أنّ کلّ واحد من المتعاطیین ملّک الآخر ماله بالمعاطاة، ثم یشک بخروج المال عن ملک أحدهما برجوع صاحبه، فیستصحب بقاء الملک الحادث بالمعاطاة و هذه عبارة اُخری عن اللزوم فی المعاملات.

و قد استشکل علی هذا الاستصحاب الشخصی بوجهین:

الأوّل: عدم اتحاد الْقَضِيَّتَيْنِ المتيقنة و المشكوكة فى هذا الاستصحاب لأنّ المتيقنة منهما هى القدر المشترک بين فردى الملک: اللازم و الجائز، و المشكوكة منهما هى الفرد المعين أىّ الملک اللازم، فاليقين تعلَّق بالقدر المشترک بين فردى الملک، و الشک تعلَّق بحدوث فرد معيّن و هو الملک اللازم. و مع عدم اتحاد القضيتين لا يجرى الاستصحاب.

الثانى: وجود أصل حاكم على هذا الاستصحاب - على فرض جَرَيانِهِ - و هو اسْتِصْحابُ بَقاءِ العلاّقة التى أثرها جواز الرجوع بين المالک الأوّل و ماله و مع جريان هذا الاستصحاب فلا مجال لجريان استصحاب ملكيّة المالک الثانى.

و بعبارة اُخرى: مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالک عن العين التى له فحينئذ يجوز له الرجوع فيها و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المقتضى لِلْلِزُومِ.

ثمّ أجاب عن الاشكال الأوّل بوجهين:

الأوّل: نمنع انقسام الملک إلى قسمين و تنوّعه بنوعين و هما الملک المتزلزل و الملک المستقر لطبيعة الملک لكى يجرى الاستصحاب فى الكلّى و هو القدر المشترک بينهما. بل نجرى

١- (٢) المكاسب ٣/(٥٦-٥١).

الاستصحاب فى الشخص و هو الملكية التى هو اضافة خاصة بين المالک و المملوک، و التزلزل و الاستقرار ينشأان من حكم الشارع على الملک بزواله برجوع المالک الأوّل و عدمه. فحينئذ اللزوم و الجواز حكمان للملک و ليسا منوِّعين له.

و الوجه فيه لأنّ المُنشأ فى العقود اللازمة و الجائزة كلاهما أمرٌ واحدٌ و هو إضافة الملكية التى هى أمر بسيط شخصى. و استقرار الملک أو تزلزله حكمان شرعيان للملک يستندان إلى حكم الشارع بجواز الرجوع و عدمه الناشى فى اختلاف السبب المملِّک. و لا يستندان إلى المالک بوجه بحيث يكون الخيار بيده.

الثانى: يجرى الاستصحاب حتّى على القول بأنّه كلّىٌّ، لجريان الاستصحاب فى القسم الثانى من أقسام الكلّى على المشهور الذى موردنا يحسب منه، و هو عبارة عن العلم بوجود الكلّى فى ضمن أحد فردين: أحدهما معلوم الارتفاع و الآخر محتمل الحدوث وَلكِنَّ الأثَرَ مُتَرَتِّبٌ على الجامع بين الفردين لا على خصوصيتهما الفرديان، نحو: إذا علم بنجاسة مردّدة بين البول و الدم فإنّه بعد الغَسْل مرّة يشک فى بقاء النجاسة: فيستصحب بقاء النجاسة.

و فى ما نحن فيه: أيضا لا نستصحب الأفراد و هما اللزوم و الجواز الحاصلان من

الملک، بل نستصحب الجامع بينهما و هو استصحاب كلّى الملک و بعد جريانه نحكم باللزوم.

لم يجب الشيخ الأعظم عن الإشكال الثانى هنا - فى بحث البيع - ولكن طرح الإشكال فى اوائل بحث الخيارات و أجاب عنه بقوله: «إن أُريد بقاءُ علاقةِ الملكِ أو علاقةٍ تتفرع على الملک، فلا ريب فى زوالها بزوال الملک.

و إن أُريد بها سلطنة إعادة العين فى ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملک، و إنّما تحدث بعد زوال الملک لدلالة دليلٍ، فإذا فُقد الدليلُ فالأصل عدمها.

و إن أُريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع، فإنّها تستصحب عند الشک فيصير

الأصل فى البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف، فى مقابل مَنْ جعلها لازمة بالتصرف، ففيه: - مع عدم جريانه فيما لا خيار فى المجلس، بل مطلقا بناءً على أنّ الواجب هنا الرجوع فى زمان الشک إلى عموم «اوفوا» لا الاستصحاب - أنّه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلک الاستصحاب سليما عن الحاكم»(١).

و يجيب عن الإشكال الثانى بوجوه اُخر:

الاوّل: العلاّقة الموجودة بين المالک و ماله ليست إلاّ العلاّقة المالكية و أمّا غيرها فمن أوّل الأمر ثبوتها محلّ ترديد.

الثانيّة: العلاّقة الموجودة ليست إلاّ الإضافة المالكية بين المالک و ملكه و هذه قد ارتفعت قطعا بنقل المال إلى غيره، و لم تكن هناک إضافة اُخرى حتّى تستصحب ليكون حاكما على أصالة اللزوم، فالشک حينئذٍ فى حدوث علاقة جديدة للمالک الأوّل بعد الفسخ - لا فى بقائها - و الأصل عدمها.

الثالثة: العقد الخيارى يوجب بسبب الخيار أن يحدث علاقة لذى الخيار فهو مالک لأن يملک، لا أنّ العلاقة الأُولى باقية له، كما ذكره المحقق النائينى(٢).

الرابعة: ان كان المراد من العلاّقة هى جواز رجوع المالک السابق إلى العين و استرجاعها من الآخذ بالمعاطاة فلا ريب فى أنّ ذلک لم يكن موجودا سابقا و أنّه مشكوک الحدوث فعلاً، فالأصل يقتضى عدمه دون بقائه.

الخامسة: و إن كان المراد منها أنّ الملكية الثابتة للمالک لها مراتبُ شَتّى التى لم يعلم

١- (١) المكاسب ٢٣/٥ و ٢٢.

٢- (٢) منية الطالب ١٤٤/١.

زوال جميعها بالبيع المعاطاتى، بل من المحتمل أنّ الملكية إذا زالت بحدّها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة.

فيرد عليه: الملكية الاعتبارية ليست مشكّكة و ليست ذات مراتب، لأنّ اعتبار أيّة مرتبة منها مغايرة لاعتبار مرتبتها الأُخرى. فحينئذ إذا زال المرتبة الأقوى ثبوت مرتبة أُخرى منها تحتاج إلى دليل و هو مفقود.

السادسة: و إن كان المراد منها هُوَ بقاء سلطنة المالک و قدرته على التصرف فى العين لأنّ الملكية و السلطنة أمران مُتَغايرانِ و يمكن تفكيک أحدهما عن الأٰخَرِ كما فى المحجور بقى ملكه من دون السلطنة و فى الولى و الوصى لهما السلطنة على أشخاص أو أموال من دون الملک، فعلى هذا أنّ المتيقن هو سقوط الملكية و أمّا السلطنة للمالک فزوالها مشكوک فيه فتستصحب.

و يرد عليه: نعم يتغاير الملكية عن السلطنة ولكن تغايرهما من قبيل تغاير الحكم و موضوعه لأنّ الملكية موضوع للسلطنة و إذن قتدور السلطنة مدار موضوعها - أى الملكية - و على هذا لا يجرى استصحاب بقاء السلطنة لعدم اتحاد الْقَضِيَّتَيْنِ المتيقنة و المشكوكة، لأنّ المتيقنة منهما أنّما هى السلطنة المترتبة على المكية و المشكوكة منهما إنّما هى السلطنة العارية عن الملكية فلا يجرى استصحاب السلطنة. و من المعلوم أنّ انفكاكهما فى الموارد الخاصة لوجود دليل خاص و نص معتبر. كما يظهر من السيّد المحقق الخوئى(١) رحمه الله .

ص: ١٠٩

١- (١) مصباح الفقاهة ١٣٦/١ و ١٣٥.

٢- حديث السلطنة

و هو قوله صلى الله عليه و آله : إنّ الناس مسلطون على أموالهم.(۱)

مقتضى الجمع الوارد على الجمع هو عموم السلطنة لكلِّ مالكٍ على ماله، فيجوز له جميع أنحاء التصرفات المجوّزة شرعا فى ماله، و منع سلطنة غير المالک عنه، فحينئذ الخبر متضمن لعقدين:

أ: العقد الإيجابى: و هو سلطنة المالک على ماله بجميع أنحاء السلطنة و التصرف، ولكن نعلم من الخارج تقييده بالشريعة المقدسة.

ب: العقد السلبى: و هو نفى سلطنة الغير عن ماله بأىّ نحو كانَ، و هذا الأخير يخرج من عموم الأوّل، و العقد الإيجابى لا يكون تامّا حتّى يلحقه العقد السلبى، أى أنَّ تَصَرُّفات المالک لا تكون تامة إلاّ أن يَلْحَقَها نفى تصرفات الغير.

و على هذا الأساس عموم سلطنة المالک على ماله ينفى سلطنة الغير عن ماله فحينئذ يدلُّ على عدم نفوذ رجوع الغير أى المالک الاوّل السابق. لأنّ المال الآن للمالک الأخير و السلطنة عليه تختص به لا بالأوّل، فعموم السلطنة يَدُلُّ على اللزوم و عدم نفوذ رجوع المالک الأوّل.

و قد يناقش فى دلالة عموم السلطنة أو إطلاقها على اللزوم بوجوه:

الأوّل: ما يظهر من المحقق الخراسانى من أنّ الرواية فى مقام بيان عدم محجورية المالک لا فى نفوذ جميع تصرفاته فلا يتم التمسک بها لأجل إثبات لزوم المعاملة، قال قدس سره : «... حيث أنّه مسوق لبيان سلطنة المالک و تسلّطه، قبالاً لحجره، لا لبيان تشريع أنحاء السلطنة، كى يجدى فيما إذا شک فى تشريع سلطنته فلا يجوز التمسک به على صحة معاملة خاصة و

۱- (۱) عوالى اللآلى ۱/۴۵۷، ح۱۹۸ و نقل عنه فى بحارالأنوار ۲/۲۷۲، ح۷ (۱/۳۵۸).

جواز تصرّف خاص مع الشک فیهما شرعا، فافهم»(۱).

و تبعه فی هذه المناقشة المحقق السیّد الخوئی حیث یقول: «... أنّ دلیل السلطنة یتکفل ببیان استقلال المالک فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعة و عدم کونه محجورا عن التصرف فی تلک الجهات و لیس لغیره أن یزاحمه فی ذلک، و علیه فشأن دلیل السلطنة شأن الأوامر المسوقة لبیان أصل الوجوب من غیر نظر فیها إلی تعیین الواجب من حیث الکم و الکیف. و علی الجملة: أنّ دلیل السلطنة لا یدل علی استقلال الملاّک فی

التصرف فی أموالهم من جمیع الجهات بحیث لو منع الشارع عن التصرف فیها من ناحیة خاصة کان ذلک مخصصا لعموم الحدیث...»(۲).

و یرد علیهما: إنَّهُ لا قصور فی عموم الناس و لا فی إطلاق السلطنة و مقتضی مقابلة الجمع بالجمع أن یکون کلّ أحد مسلّطا علی ماله بأیّ نحو من أنحاء السلطنة و منها: منع الغیر عن التصرف فی ماله کما عن المحقّق النائینی(۳).

الثانی: سلطنة المالک لا تُنافیْ الخیار بناءً علی کَوْنِها مُتَعَلِّقَةً بالعقد لا بالعین، فصاحب الخیار ینفسخ العقد - أی حلّه - و لازمه إرجاع العین، فحینئذ لا یکون الفسخ تصرفا فی ملک الغیر حتّی یکون منافیّا مع عموم سلطنته.

و یرد علیه: تعلّق الخیار بالعقد و حلّه لا بالعین - حتّی علی القول به - یرجع بالمآل إلی التصرف بالعین لأنّ تعلّقه بالعقد طریقی لا موضوعی، أیّ تعلق الخیار بالعقد و حلّ العقد به یصیر طریقا إلی استرجاع العین و التصرف فیه، و حقّ استرجاع العین یستلزم أن تکون سلطنة المالک ناقصة، لأنّه ینجرّ إلی التصرف فی العین - و بعموم السلطنة و إطلاقها

١- (٢) حاشية المكاسب /١٢ للمحقّق الآخوند الخراسانى.
٢- (١) مصباح الفقاهة ١٠٢/٢ - و نحوها فيه ١٣٧/٢.
٣- (٢) منية الطالب ١٥٤/١.

تنفى هذا الحقّ كما ذكره المحقّق النائينى(١).

الثالث: انّ التمسک بهذه الرواية لأجل إثبات اللزوم فى المعاطاة على القول بالملكية فيها يكون من قبيل التمسک بالعام فى الشبهة المصداقية لذلک العام، لأنّ مع الشک فى تأثير الفسخ يشک فى بقاء أصل المالكية، فالتمسک بها فى إثبات المالكية يكون من التمسک بالعام فى الشبهة المصداقية.

و بعبارة اُخرى: إذا شک فى لزوم معاملة أو جوازها و فسخ أحد المتعاملين فحينئذ يشک فى جواز تصرفات المالک لاحتمال تأثير الفسخ و رجوع المال عمّا انتقل إليه إلى ما انتقل عنه و اثبات اللزوم و نفوذ تصرفات المالک بعموم دليل السلطنة أو إطلاقها تمسک بالعام فى الشبهة المصداقية لذاک العام.

و يرد عليه: نعم، التمسک به فى الشبهات الموضوعية تمسک بالعام فى الشبهة المصداقية فإذا شک فى عقد بين البيع و الهبة لا يمكن القول باللزوم بعموم دليل السلطنة، لاحتمال كونه من مصاديق ما ثبت فيه شرعا سلطنة غير المالک على ملک المالک إذا كان

العقد فى الشريعة من العقود الجائزة، بخلاف الشبهة الحكمية و الفرق بينهما واضح فإنّ مرجعهما إلى الشک فى أصل التخصيص فى الشبهة الحكمية، و إلى الشک فى مصداق المخصص إذا كانت الشبهة مصداقية.

و بعبارة واضحة: نفرض آنَيْنِ، أحدهما آنٌ يقع فيه الفسخ و الآخر آنٌ يقع فيه التصرف بعد الفسخ فى العين المرتجعة، و من الواضح أنّ الشک يقع فى الآن الثانى و فى جواز تصرفات المالک فيه أم لا؟

و الشک ناشٍ من نفوذ الفسخ من المالک السابق و عدم نفوذه، ولکن ببرکة عموم السلطنة یحکم بجواز تصرفات المالک فی العین المرتجعة فإذا جاز تصرفه

ص:۱۱۲

۱- (۳) منیة الطالب ۱۵٤/۱، المکاسب و البیع ۱۷۸/۱.

لم یؤثر الفسخ و یحکم باللزوم ولکن هذا إذا کانت الشبهة حکمیة بحیث نشک فی أصل وجود التخصیص و الأصل عدمه، ولکن إذا کانت الشبهة مصداقیة یقع الشک فی مصداق المخصص و عموم الدلیل لایتمکن من تعیین مصداق مخصصه.

الرابع: ما ذکره المحقق الإصفهانی بقوله: «إنّ المنفی بالالتزام هی السلطنة المنافیة لسلطنة المالک علی جمیع التصرفات الواردة علی المال، دون غیرها من أنحاء السلطنة، مثلاً سلطنة المالک علی بیع ماله تنافی سلطنة الغیر علی اشترائه منه بدون اختیاره و لیس سلطنة الغیر علی الرجوع سلطنة علی تملّک المال علی حدِّ سلطنة الشفیع علی تملّک مال المشتری ببذال الثمن لتکون مزاحمة لسلطان المالک، بل سلطنة علی الرد و الاسترداد، فهو فی الحقیقة سلطنة علی إزالة الملکیة، و المالک له السلطان علی الملک لا علی الملکیة، فکما لیس له السلطنة علی إزالة الملکیة ابتداءً، کذلک لیس له السلطنة علی إبقاء الملکیّة، حتّی تکون سلطنة الغیر علی إزالتها مزاحمة لها»(۱).

حاصل إشکاله یرجع إلی الفرق بین السلطنة علی الملک التی أثبتها الحدیث و السلطنة علی الملکیة التی هی خارجة عن مدلول الحدیث، لأنّ مقتضی ترتب السلطنة علی أموالهم - أی الملک - تأخُّرها رتبة عن إضافة الملکیة و سلطنتها تأخِّر کلّ حکم عن موضوعه و هذه إضافة الملکیة و سلطنتها أیضا متأخرة عن العقد المملِّک أو المعاطاة، و حیث أن نسبة الفسخ إلی العقد نسبة الرافع إلی المرفوع فلو فسخ المالک الأصلی کان مقتضاه إعدامَ العقد أو انحلاله الموضوع لإضافة الملکیّة الموضوعة

للسلطنة، فظهر مما ذكرنا أنّ فسخ العقد يتقدَّم على السلطنة الملک برتبتين و على السلطنة الملكيّة برتبة واحدة فلا معنى لتأثير

سَلْطَنَةِ الملک فى الفسخ الذى يتقدَّم عليه برتبتين و لا حتّى تأثير السلطنة الملكية عليه لأنّ

۱- (۱) حاشية المكاسب ۱۳۹/۱.

الفسخ يتقدَّم عليه برتبة واحدة لاستحالة تكفل الحكم بإبقاء موضوع نفسه و لاستحالة تأثير الحكم فى أمر متقدِّم عليه برتبة أو رتبتين على موضوع نفسه.

ولكن يرد عليه: أوّلاً: نحن لا نفرق بين السلطنة على الملک و الملكيّة، لأنّ سلطنة المالک على ملكه تكفى فى كونه سلطانا على إبقائه و إزالته من غير احتياج إلى السلطنة على الملكيّة، و على فرض تعددهما أنّ السلطنة على الملک بما هو ملک سلطنة على الملكية أيضا فإزالة ملكيّته من غير اختياره من اُوضح مراتب المزاحمة لسلطنته و عموم حديث السلطنة أو إطلاقها ينفيها.(۱)

و ثانيا: حديث تعدد الرتبة على فرض صحتها أجنبى عن الاستظهار العرفى المعوّل عليه فى الخطابات الشرعية فلا ينظر إليها.

و ثالثا: على فرض صحة الفسخ بالمآل ينافى سلطنة المالک الفعلى على المال و لذا يَنْفِيْهِ عموم حديث السلطنة أو إطلاقه.

و رابعا: قد مرّ منّا مرارا عدم سراية القوانين الحاكمة على عالم الكون إلى عالم التشريع و الجعل و الاعتبار، و الاعتبار سهل المؤنة يكفى فى صحته عدم اللغوية، و ما قرّره المستشكل يختص بعالم التكوين لا الاعتبارت.

هذا كلّه بالنسبة إلى المناقشات الواردة فى دلالة الحديث و جواباتها.

و أمّا سنده: فهذه الرواية لم تذكر فى كتبنا إلاّ على نحو الإرسال فسندها ضعيف.

قد يقال: بانجبار ضعف سندها بعمل المشهور من فقهائنا على طبقها و إرْسالِهِمْ إيّاها فى كتبهم الاستدلاليّة إرْسالَ الْمُسَلَّماتِ حتّى جعلوا مفادها من القواعد الفقهية المسلَّمة عندهم و قد تمسک بها أساطين فقه الشيعة:

١- (١) لتفصيل هذا الجواب راجع كتاب البيع ١٠٧/١ للمحقّق الخمينى قدس سره .

فَقَدْ قال المحقق فى قرض الشرائع: «القرض يُمْلَکُ بالقبض لا بالتصرف، لأنّه فرعُ الملک فلا يكون مشروطا به، و هل للمُقْرِضِ ارتجاعُهُ؟ قيل: نعم، و لو كره المقترضَ، و قيل: لا، و هو الأشبه، لأنّ فائدةَ المِلْکِ التسلُّطُ»(١).

و قال تلميذه و ابن أُخته العلاّمة فى بيع التذكرة: «يجوز بيع كلّ ما فيه منفعة لأنّ الملک سبب لإطلاق التصرف، و المنفعة المباحة كما يجوز استيفاؤها يجوز أخذ العوض عنها

فيباح لغيره بذل ماله فيها توصّلاً إليها و دفعا للحاجة بها، كسائر ما أُبيح بيعه و سواء أجمع على طهارته كالثياب و العقار و بهيمة الأنعام و الخيل و الصيود أو مختلفا فى نجاسته كالبغل و الحمار و سباع البهائم و جوارح الطير الصالحة للصيد كالفهد و الصقر و البازىء و الشاهين و العقاب، و الطير المقصود صوته كالهزار و البلبل، و هذا هو الأقوى عندى، و به قال الشافعى و أحمد»(٢).

و قال فى بحث كيفية الأخذ بالشفعة: «يجوز للمشترى التصرف فى الشقص قبل أن يأخذه الشفيع و قبل علمه بالبيع فإذا تصرّف صح تصرّفه لأنّ مَلِكَهُ بالعقد إجماعا و فائدة الملک استباحة وجوه

الانتقاعات و صحّ قبض المشترى له، و لم يبق إلاّ أنّ الشفيع ملک عليه أن يملک، و ذلک لا يمنع تصرّفه كما لو كان الثمن معيبا فتصرّف المشترى فى المبيع. و كذا الموهوب له إذا كان الواهب ممّن له الرجوع فيها، فإنّ تصرّفه يصحّ و إن ملک الواهب [الرجوع] فيها...»(٣).

و قال فى قرض المختلف: «مسألة: قال الشيخ فى المبسوط(٤) و الخلاف(٥): يجوز للمُقْرِض أن

١- (٢) الشرائع ٦٢/٢.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٣٣/١٠، مسألة ١٢.

٣- (٢) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١٢، مسألة ٧٤٠.

٤- (٣) المبسوط ١٦١/٢.

٥- (٤) الخلاف ١٧٧/٣، مسألة ٢٩٩.

يرجع فى عين القرض. و قال ابن ادريس: ليس له ذلک إلاّ برضى المقترض(١). و هو الأجود لنا: أنّه ملكه بالقرض و القبض، فلا يتسلّط المالک على أخذه منه لانتقال حقّه إلى المثل أو القيمة. و احتج الشيخ بأنّه كالهبة. و الجواب: المنع من المساواة بين المسألتين»(٢).

و بالجملة: حديث ا لسلطنة يَدُلُّ على اللزوم و تمت عندنا دلالتُهُ و يجبر ضعف سَنَدِهِ بالشهرة، و الحمدللّه.

لا يقال: إنّهم لم يذكروا تمسّكهم بحديث السلطنة فَمِن الممكن انّهم تمسكوا بالقاعدة المقبولة عند العقلاء من ذهابهم إلى أنّ حقّ السلطنة على المال للمالک.

لأنّا نقول: إنّهم تمسكوا باطلاق السلطنة و الاطلاق لا يستفيد إلاّ من الحديث و الدليل اللفظى لأنّ ليس للقاعدة المقبولة عند العقلاء إطلاق لأنّها دليل لبّى فلا يجوز التمسك بإطلاقها أى ليس لها إطلاق أصلاً و حيث أنّهم تمسكوا بإطلاق السلطنة فهم يتمسكون

بحديث السلطنة.

٣- حديث لا يحل مال امرى ءٍ إلاّ عن طيب نفسه

قد وَرَدَ مضمون هذا الحديث فى عدّة من الروايات:

منها: موثقة سماعة عن أبيعبداللّه عليه السلام فى حديث أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلاّ بطيبة نفسه(٣).

١- (٥) السرائر ٦٠/٢.

٢- (٦) مختلف الشيعة ٣٩٢/٥.

٣- (١) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

و نحوها صحيحة أبى اسامة زيد الشحام(١).

و منها: التوقيع الشريف الْمَرْوِىُّ بسند صحيح عن الناحية المقدسة و فيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها، و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقرّبا إليكم؟ فلا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف فى مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ

ذلک فی مالنا؟! من فعل شیئا من ذلک لغیر أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم علیه و من أکل من مالنا شیئا فإنّما یأکل فی بطنه نارا و سیصلی سعیرا(۲).

و منها: خبر محمّد بن زید الطبری قال: کتب رجل من تجار فارس من بعض موالی أبی الحسن الرضا علیه السلام یسأله الإذن فی الخمس، فکتب إلیه: بسم اللّه الرحمن الرحیم، إنّ اللّه واسع کریم ضمن علی العمل الثواب و علی الضیق الهمّ، لا یحلّ مال إلاّ من وجهٍ أحلّه اللّه، إنّ الخمس عوننا علی دیننا و علی عیالاتنا و علی أموالنا، الحدیث(۳).

و منها: مرسلة ابن شعبة الحرانی رفعه عن رسول اللّه صلی الله علیه و آله أنّه قال فی خطبة الوداع: أیها الناس، إنّما المؤمنون إخوة و لا یحلّ لمؤمن مال أخیه إلاّ عن طیب نفس منه(٤).

و منها: مرسلة ابن أبی جمهور الأحسائیّ رفعه عن رسول اللّه صلی الله علیه و آله أنّه قال: المسلم أخوالمسلم، لا یحلّ ماله إلاّ عن طیب نفسه.

و عنه صلی الله علیه و آله قال: لا یحلبن أحدکم ماشیة أخیه إلاّ بإذنه(٥).

۱- (۲) وسائل الشیعة ۱۰/۲۹ ح۳، الباب ۱، من أبواب القصاص فی النفس.

۲- (۳) وسائل الشیعة ٥٤٠/۹، ح۷، الباب ۳ من أبواب الأنفال.

۳- (٤) وسائل الشیعة ٥۳۸/۹، ح۲.

٤- (٥) وسائل الشیعة ۱۲۰/٥، ح۳.

٥- (٦) مستدرک الوسائل ۳۳۱/۳، ح۱، الباب ۳ من أبواب مکان المصلی.

و هذه الروايات تدلّ على حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه و فيها الصحيحة و الموثقة ولكن خصوص ما ذَكَرَهُ الشيخ الأعظم من الرواية لم أقِفْ عليه فى كتب الحديث و كأنّه نقل المضمون أو المعنى.

و أمّا دلالتها: فَإنَّ الروايات تدلّ على سبب حلّيّة التصرف فى مال الغير هو طيب نفسه و رضاه - أى طيب نفس مالكه و رضاه - و لم يجز للغير التصرف فيه إلاّ بإذنه و رضاه، فلا يجوز للغير أن يتملّك ذلك المال بدون إذن مالكه و رضاه حيث أنّ تملّكه كذلك مُنافٍ لانحصار سبب الحلّ فى الرضا و الإذن.

و بلا فرق بين ذلك الغير أنّه المالك السابق أو غيره فحينئذ انحصار سبب الحلّ فى رضا المالك و إذنه يكشف عن عدم نفوذ فسخ المالك السابق لأنّ الفسخ و الرجوع تصرّف فى مال الغير و كلّ تصرُّفٍ غير مشروط برضا المالك أو إذنه ممنوع شرعا فلا ينفذ فسخه و هذه عبارة عن لزوم الملك.

توهمٌ: موضوع الحرمة هو مال الغير و مادام هذا الموضوع محقّقا ثبتت الحرمة و إذا انتفى انتفت الحرمة لأنّ الحكم لا يتعرض لموضوعه نفيّا أو إثباتا فحينئذ التمسك بهذه الأحاديث على لزوم المعاطاة تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية لذاك العام، لأنّ بعد الرجوع و نفوذه من المالك الأوّل لايَبْقى موضوع لمال الغير حتّى يُتَمَسَّكَ بحديث لا يحلّ مال الغير.

دفعه: ظهر ممّا ذكرنا فى حديث السلطنة(١) لدفع هذا الاشكال من جواز التمسك بالعام فى الشبهات الحكمية لذاك العام لأنّه يرجع بالمآل إلى الشك فى أصل التخصيص و الأصل عدمه و ما نحن فيه من هذا القبيل، لا من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية لذاك العام. هذا أوّلاً.

١- (١) الاشكال الثالث فى حديث السلطنة.

و ثانيا: الحِلِّيةُ فى مال الغير مَنُوْطَةٌ بطيب نفسه أعنى رضاه و إذنه و حيث أنّ جواز التصرف فى مال الغير منوط برضاه و إذنه فقط و على الفرض لا يرضى المالک لغيره بالفسخ و لا يأذن فيه، فالفسخ لا ينفذ و يردّ.

و ثالثا: عدم حلّية مال الغير يشمل تملّكه أيضا و لا معنى لحرمة التملّک إلاّ فساده و عدم تأثيره فى الملكية فصار مفاد الرواية أنّه لا يحلّ التصرف فى مال أحدٍ و لا تملّكه بأىّ سبب من الأسباب إلاّ بطيب نفسه كما عن المصباح(١).

نعم، لأجل تمامية الاستدلال لابدّ من التَّذْكِيْرِ بأُمور مُهِمَّة:

الأوّل: أنّ المراد بالحلّ فى الشريعة المقدسة أعنى عدم وجود المانع الشرعى و لذا يمكن الذهاب و المضى فيه و هذا المعنى أعمّ من الوضع و التكليف مع وحدة المعنى، و المراد بالحرمة فى الشريعة أعنى وجود المانع الشرعى و لذا لا يمكن الذهاب و المضى فيها و لذا يشمل الوضع و التكليف معا بالمعنى الواحد كما مرّ منّا هذا الْمَبْنى فى البحث عن المكاسب المحرّمة.

الثانية: الحلّ إذا تعلّق بالمال ظاهر بالأعم من الوضع و التكليف و توهم الاختصاص بالتكليف فقط بمثل الأكل و الشرب و غيرهما من التقلّبات الحسّيّة و المعاملية بلا ترديد فإذا جاز له ذلک، لم يجز لغيره إلاّ مع طيب نفسه و رضاه و إذنه. فحينئذ لا يتم اطلاق ما ذكره بعض الأعلام من أنّ الحلّ إذا أسند إلى الأعيان الخارجية يُرادُ منه الحلّ التكليفى فقط لأنّه من الممكن استفادة الحلية المطلقة أى التكليف و الوضع معا بالمعنى الذى مرّ منّا بحيث لا يستلزم منه استعمال اللفظ فى أكثر من معنى - و إن ذهبنا إلى جوازه فى الأُصول - كما إذا أسند إلى الأموال أو النساء أو غيرهما.

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٣٨/٢.

الثالثة: حذف المضاف فى حديث «لا يحلّ مال امرى ء» أى لا يحلّ التصرف فى مال أمرى ء، قرينة على عمومية المضاف أىّ التصرف فحينئذ يشمل التصرف الخارجى و الاعتبارى معا، لأنَّهُ لا يصح إطلاق عدم حلّيّة الذات إلاّ بملاحظة أنّ المنفى جميع الأُمور و التقلبات من الحسيّة و الاعتبارية و المعاملية.

بعد وضوح هذه الأُمور يظهر ما فى إشكال السيّدين الحكيم و الخوئى حيث يقول السيّد الحكيم: «هذا يتوقف على أن يكون المراد من الحلّيّة، الحلّيّة الوضعية ليكون موضوعها التصرفات الإعتبارية التى منها التملّک، أمّا لو كان المراد منها الحلّيّة التكليفية كما هو الظاهر منها، و لا سيّم-ا بقرينة السياق و المورد، إذ لم نعثر على المتن المذكور إلاّ على ما رواه سماعة عن أبيعبداللّه عليه السلام ... اختصّت بالتصرفات الحقيقية مثل أكله و لبسه و نحو هما فلا تشمل التملّک، و أمّا رواية تحف العقول... فضعيفة السند»(١).

و فيه: مضافا إلى مرّ من أعمية الحرمة للوضع و التكليف مع وحدة المعنى، و وجود التوقيع الشريف المروى بسند صحيح و فيه: «فلا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف فى مال غيره بغير

إذنه»(٢) الظاهر فى الأعم من الوضع و التكليف.

و يقول السيّد الخوئى: «... إذا أُسند لفظ الحلّ إلى الأُمور لاعتبارية كالبيع و نحوه أُريد منه الحلّ الوضعى و التكليفى معا، و إذا أُسند ذلک إلى الأعيان الخارجية أُريد منه الحلّ التكليفى فقط... و هكذا الحال فى لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحلّ فى الرواية الشريفة إنّما نسب إلى المال و هو إمّا من الأعيان الخارجية أو من المنافع و على كلا التقديرين فلا معنى لحلّيّة ذلک إلاّ باعتبار ما يناسبه - كالتصرف - و إذن فيراد من حلّيّة المال حلّيّة التصرف

١- (١) نهج الفقاهة /٨١ و ٨٠، طبع عام ١٤٢١، قم المقدّسة بتحقيق جواد القيومى الإصفهانى.
٢- (١) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧.

فيه... و على هذا فمعنى الرواية: أنّ الشارع المقدس لم يرخص فى التصرف فى مال امرى ء إلاّ بطيب نفسه، و إذن فهى أجنبية عمّا نحن فيه»(١).

و فيه: قد مرّ أعمية الحرمة و الحلّ للوضع و التكليف سيما إذا أُسند إلى المال و النساء و عمومية التصرف كما يظهر من حذف المضاف و وافقنا على هذا الإشكال شيخنا الاستاذ قدس سره فِيْما أوْرَدَهُ على استاذه و قال: «وجه الضعف ما ذكرنا من أنّ الظاهر من إضافة عدم الحلّ إلى المال الذى من قبيل الأعيان تعلّقه بالتصرفات المتعارف، تعلقها به سواء كانت حقيقية أو اعتبارية و مقتضى عدم الحلّ فى الإعتباريات هو الوضع»(٢).

و كذا يظهر ما فى اشكالات المحقّق الأردكانى حيث يقول: «... لكن يرد على هذا الوجه من التمسك تارة: بأنّ الظاهر من لا يحلّ الحرمة التكليفية لا الوضعية فهى مختصة بغير التملّك، و أُخرى: دعوى ظهور الرواية فى تقدير التصرف بقرينة التصريح به فى رواية «لا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره»، و ثالثة: يلزم منه الجمع بين إرادة الحكم التكليفى و الوضعى فى كلمة واحدة فالمراد من قوله عليه السلام : لا يحلّ، أحد الحكمين و قد تقدم ظهوره فى الأوّل»(٣).

و الحاصل: تمامية الاستدلال على اللزوم بمضمون هذه الروايات على القول بالملك فى المعاطاة عندنا و اللّه العالم.

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٣٩/٢.
٢- (٣) إرشاد الطالب ٥٨/٢.

٣- (٤) غنية الطالب ٤٩/٢.

٤- قوله تعالى: «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارةً عن تراض»

(١)

تمسّک الشيخ الأعظم بهذه الآية الشريفة مرّتين تارة بالنظر إلى مجموع المستثنى و المستثنى منه و جعله الدليل الرابع. و أُخرى استفاد اللزوم من المستثنى منه من دون انضمام الاستثناء و جعله الدليل الخامس.

تقريب الوجه الأوّل: الأكل فى الآية الشريفة كناية عن التصرف و التملّک كما هو الشائِعُ فى كلِّ لغةٍ و فى كلمات فصحائها، فالآية تدلّ على عدم جواز تملّک أموال الناس أو التصرف فيها بسبب من الأسباب الباطلة التى لم يمضها الشارع - كالقمار و السرقة و الربا و غيرها - إلاّ أن يكون سبب الأكل و التصرف و التملّک هو التجارة عن تراض فقط.

و لا فرق فى استفادة انحصار سببية الناقل و المملِّک للأموال فى التجارة عن تَراضٍ بين كون الإستثناء متصلاً - كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية - فحينئذ تكون الباء للسببيّة و يصير مفاد الآية الشريفة عدم جواز تملّک أموال الناس بسبب من الأسباب الباطلة إلاّ أن يكون ذلک السبب تجارة عن تراض، فيستفاد من الآية الشريفة حصر الأسباب الصحيحة فى التجارة عن تراض.

و بين ان يَكُوْنَ الاستثناء منقطعا فتصير الآية ظاهرة فى بيان الكُبْرَيَينِ الكلّيّتين و هما حرمة تملّک أموال الناس بالباطل، و نفوذ التجارة عن تَراضٍ و صحتها فحينئذ لابدّ من إحراز موضوع كلّ من الكبريين بالعرف حتّى يترتب عليه حكمه الخاص. و لا يمكن اثبات الحصر فى هذا الفرض بالقرينة المقامية و هى: أنّ الشارع فى هذا المقام بصدد بيان الأسباب المشروعةِ للمعاملات و لا يذكر إلاّ التجارة عن تراض و لا ريب بأنّ الاهمال يضرّ بالمقصود فلا محالة يستفاد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات فى التجارة عن تراض.

۱- (۱) سورة النساء /۲۹.

و على كلّ تقدير ينحصر السبب الناقل فى الأموال بالتجارة عن تراض، و أمّا الرجوع من المالک السابق و فسخه فلا يدخل فى التجارة لأنّها هى الإعطاءُ و الأخذُ بقصد الاسترباح و من المعلوم إنّ المالک الأوّل حين رجوعه لا يُحصِّل ربحا بل إنّما يستردّ عين ماله.

و كذا لا يصدق على الرجوع و الفسخ عنوان التراضى لفرض عدم رضا المالک الفعلى به و إلاّ كان إقالة من الطرفين.

و على هذا الأساس مجموع المستثنى و المستثنى منه يَدُلُّ على عدم جواز الرجوع و الفسخ من المالک السابق - أى عدم نفوذ فسخه - فتصير المعاملة لازمة. هذا بنظرنا القاصر.

ولكن بنظر الشيخ الأعظم لا يتم هذا الاستدلال لأن-ه قال فى بحث الاختيار من شروط المتعاقدين مانصه: «... لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضى إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا يخفى لإنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، و مفهوم الوصف - على القول به - مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما فى «ربائبكم اللاتى فى حجوركم»(۱)...»(۲).

فالشيخ الأعظم يرى الاستثناء منقطعا لا يَدُلُّ على الحصر فلا يتم الاستدلال على اللزوم على رأيه كما نبّه عليه الفقيه اليزدى(۳).

و تبعه شيخنا الأُستاذ قدس سره و قال: «... انّ الاستثناء فى الآية من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصرا حيث أنّ التجارة عبارة عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار فى الأسواق، و التجارة بهذا المعنى لا تكون داخلة فى عنوان الأكل بالباطل حتّى

۱- (۱) سورة النساء /۲۳.

۲- (۲) المکاسب ۳۳۱/۳.

۳- (۳) حاشیة المکاسب ۳٦۰/۱.

یعمّها النهی لو لا ذکر الاستثناء. و بالجملة الآیة متضمنة لحکم التملّک بالباطل و أنّه فاسد فی الشرع و لحکم التملّک بالتجارة و التراضی و أنّه جایز، و أمّا سایر المملّکات التی لا تدخل فی عنوان الأکل بالباطل بحسب بناء العقلاء کالهبة و الاجارة و الصلح و البیع و الشراء لا بقصد تحصیل الربح إلی غیر ذلک فلیست للآیة دلالة علیها، و علی ذلک فعدم کون الرجوع من التجارة و لا من التراضی لا یوجب الحکم بفساده»(۱).

أقول: إن تمت القرینةُ المقامیةُ المُدَّعاةُ سابقا من أنّ الشارع فی هذا المقام بصدد بیان الأسباب المشروعة للمعاملات و لا یذکر إلاّ التجارة عن تراض و من المعلوم أنّ الاهمال یضرّ بالمقصود فلا محالة یستفاد الحصر و تم الاستدلال و یمکن دخول کثیر من الأُمور الاقتصادیة فی عنوان التجارة و لا ینحصر بالبیع الاسترباحی فقط و لکن تبعد تمامیة القرینة عندنا.

و بعبارة اُخری: نحن نذهب إلی أنّ الاستثناء فی الآیة الشریفة منقطعٌ - کما مرّ منّا فی

اوّل البحث عن الأدلة العامة فی المکاسب المحرّمة(۲) - ولکن العقد الثانی فی الآیة أیّ التجارة عن تراض أیضا مطلق یشمل المعاطاة فیحکم بصحتها و لزومها، فالتمسک فی هذه الاخیرة بالاطلاق اللفظی لا المقامی فتأمل.

و أمّا التوهم السابق فی تقریب الاستدلال بحدیثی السلطنة و لا یحلّ من أنّ التمسک بهما یکون من مصادیق التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة لذاک العام، لا یجری هنا لأنّ المستفاد من الآیة

الشريفة حصر سبب تملّک أموال الناس فی التجارة عن تراض و من المعلوم أنّ رجوع المالک السابق لا یصدق علیه التجارة - و لا عن تراض - فتدلّ بالدلالة المطابقیة

ص:١٢٤

١- (٤) إرشاد الطالب ٥٩/٢.

٢- (١) راجع الآراء الفقهیة ١٣/١.

علی عدم جواز أکل المال بهذا الرجوع أو الفسخ، أعنی بطلانهما.

و علی ما ذکرنا لابدّ أن تکون عبارة الشیخ الأعظم هکذا: «و التوهم المتقدم فی السابق غیر جار هنا...»(١) مع وجود کلمة الغیر، و إلاّ لاتتم العبارة إلاّ بالبعض.

التأویلات الباردة نحو: «التوهم المتقدم فی السابق جار هنا مع جوابه و دفعه» کما ذکره السیّد الیزدی(٢)

٥- قوله تعالی: «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل»

تمسک الشیخ الأعظم هنا بجملة المستثنی منها فقط من دون انضمام الاستثناء:

تقریب الوجه الثانی: إنّ تملّک أموال الناس بغیر رضا منهم و قهرا و غلبةً تملّک بالباطل و أکل و تصرف بالباطل عرفا فهو حرام بمتقضی النهی عنه، فیکون تملّک المال بالفسخ بدون رضا مالکه أکلاً للمال بالباطل.

نعم، إذا أذن الشارع - و هو المالک الحقیقی - فی التصرف و لو من دون رضا مالکه الاعتباری یخرج من البطلان موضوعا و تخصّصا لحکومة الشارع علی أنّه لیس من أُکل المال بالباطل لا حکما و تخصیصا.(٣).

و بعد ورود إذن الشارع لا يحكم العرف المتشرعة بكونه مصداقا للباطل كما فى حقّ المارّة و الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار نحو خيارى الحيوان و المجلس - و أمّا الأخذ

بالخيارات المستندة إلى الشرط الارتكازى أو المجعولة بتوسط المتعاقدين فليس مِنْ أوّل الأمر أكلاً للمال بالباطل عرفا - و الأسباب القهرية نحو: الإرث و الارتداد و الإتلاف فى

١- (٢) المكاسب ٥٥/٣.

٢- (٣) حاشية المكاسب ٣٥٩/١.

٣- (٤) كما يراه الفقيه اليزدى تخصيصا و خروجه عن البطلان حكما لا موضوعيّا فى حاشيته على المكاسب ٣٦٠/١.

حال الغفلة.

ولكن اورد المحقق السيّد الخوئى على الاستدلال بالآية الشريفة بقوله: «هذا الاستدلال مبنىٌّ على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفى لكى يكون ذلک أمرا معلوما فى نظر أهل العرف و متميّزا عن السبب الصحيح، و أما لو أُريد منه الباطل الواقعى - كما هو الظاهر لأنّ الألفاظ موضوعة للمفاهيم الواقعية - أو احتملت إرادة ذلک من كلمة الباطل فى الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأنّا نحتمل احتمالاً عقلائيا أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية، و عليه فيكون التمسک بالآية فى المقام من قبيل التمسک بالعام فى الشبهات المصداقية. و هذا ظاهرٌ»(١).

أقول: المخاطب بالآية الشريفة كغيرها من الأدلة الشرعية هو العرف فلابدّ من حملها على المعانى العرفية و إلاّ صارت مجملة كما مرّ منّا فى اوائل هذا المجلد، و حيث أنّ الآية الشريفة وردت بالنسبة

إلى الأموال و مالكيتها و المالكية يعدّ من الأُمور الاعتبارية لا الواقعية فحينئذ - فى المقام - يكون مراده قدس سره من المفاهيم الواقعية - هو الاعتبارية منها - و على هذا لأجل عدم تطرق الإجمال فى الآية الشريفة لابدّ من حمل كلمات الباطل و التجارة و التراضى على المعانى العرفية منها، ولكن للشارع الحكومة عليها و تعينها فى موارد خاصة و ما ذكرهُ الشارع يخرج من المعانى العرفية بالتخصّص و الموضوع تعبدا لا التخصيص و الحكم كما مرّ آنفا فحينئذ يرى العُرْفُ رجوعَ المالک السابق أو فَسْخَهُ خارِجا عن التجارة عن تَراضٍ فيحكم ببطلان الرجوع و عدم نفوذ الفسخ و يندفع اشكال المحقق الخوئى قدس سره و اللّه العالم.

١- (١) مصباح الفقاهة ١٤١/٢.

٦- أخبار خيار المجلس

هُناکَ عدّة من الروايات تدل على خيار المجلس:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : البيّعان بالخيار حتّى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.(١)

منها: صحيحة زرارة عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله :

البيّعان بالخيار حتّى يفترقا، الحديث.(٢)

و منها: معتبرة بل صحيحة فضيل عن أبى عبداللّه عليه السلام - فى حديث - قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.(٣)

و منها: صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: أيّما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، الحديث.(٤)

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم قال: سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلاً فلما بايعته قمتُ فمشيتُ خُطا ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين إفترقنا.(٥)

هذه الروايات و أمثالها تدل على لزوم البيع بعد تفرقة المتبايعين، و من المعلوم أنّ البيع المعاطاتى أيضا بيع بالحمل الشايع و عند العرف و العقلاء و الشرع فتكون مشمولة لعموم الروايات الماضيات.

١- (٢) وسائل الشيعة ٥/١٨، ح١، الباب ١ من أبواب الخيار.

٢- (١) وسائل الشيعة ٥/١٨، ح٢.

٣- (٢) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح٣.

٤- (٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح٤.

٥- (٤) وسائل الشيعة ٨/١٨، ح٣، الباب ٢ من أبواب الخيار.

ان قلت: هذا الروايات و إن دلت على لزوم البيع بعد تفرقة المتبايعين عن مجلس العقد، إلاّ أنّ المراد من اللزوم هو اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط لا على وجه الاطلاق، و الشاهد عليه امكان وجود الخيارات الأُخر فى البيع فإذن لا تدل هذه الروايات على لزوم البيع مطلقا.

قلت: هذا الاحتمال ممكن فى مقام الثبوت ولكنّه خلاف الظاهر من الروايات فى مقام الإثبات، فإن اطلاقها يقتضى اللزوم بعد التفرق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط. كما فى المصباح.(١)

نعم: يمكن تقييد هذا الاطلاق بالأدلة الواردة فى اثبات غيرها من الخيارات كما فى كلِّ اطلاق، ولكن الاطلاق بالنسبة إلى الموارد الأُخر موجودٌ و منها: لزوم البيع باق و يجرى و يثبت به اللزوم فى البيوع.

٧- قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»

(٢)

الأمر الوارد فى الآية الشريفة يكون إمّا إرشاديا أو مولويا:

على الأوّل: يكون الأمر ارشادا إلى صحة المعاملة و لزومها، بناءً على أنّ المراد بالعقود هى العهود - كما يأتى - أو لم يبن، فالآية تدل على وجوب الوفاء بكلِّ ما صدق عليه عنوان العهد أو العقد عرفا، و من المعلوم أنّ المعاطاة عهد أو عقد عرفى كسائر العهود أو العقود، فتكون مشمولة بِعُمُوْمِ الآية الشريفة.

و على الثانى: - كما عليه الشيخ الأعظم فى أوّل الخيارات(٣) - يكون الأمر بالوفاء مولويا و دلالتها على اللزوم يحتاج إلى تقديم مقدمات:

١- (٥) مصباح الفقاهة ١٤٣/٢.

٢- (٦) سورة المائدة /١.

٣- (١) المكاسب ١٧/٥.

الأُولى: هيئة «افعل» ظاهرةٌ فى الوجوب التكليفى و بعث المكلّف نحو المادة و لا يرفع اليد عن الظهور إلاّ بالقرينة القطعية و هى مفقودة فى المقام فلا يمكن حمل الأمر على الإرشاد.

الثانية: الوفاء هُوَ عبارة عن القيام بمقتضى العقد كما عن البيضاوى(١).

الثالثة: العقود الواردة فى الآية الشريفة لغويّا عبارة عن: «العقد نقيض الحلّ» كما عن ابن منظور(٢)، أو «الجمع بين أطراف الشىء و يستعمل ذلک فى الأجسام الصلبة كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلک للمعانى نحو عقد البيع» كما عن الراغب(٣)، أو «عَقَدَ الحبلَ و البيعَ و العهدَ يعقده: شدَّه» كما عن الفيروزآبادى(٤)، أو «العقدُ: العهد الموثّق» كما عن البيضاوى(٦)، أو «العقود جمع عقد بمعنى معقود، و هو أو كد العهود، و الفرق بين العقد و العهد: أنّ العقد فيه الاستيثاق و الشدّ، و لا يكون إلاّ بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فكلُّ عهدٍ عقدٌ، و لا يكون كلّ عقدٍ عهدا، و أصله: عقد الشىء بغيره، و هو و صلُه به كما يعقد الحبل» كما عن الطبرسى(٥).

و قد نقل الطبرسى بعد تفسير العقود بالعهود - و كما فى صحيحة عبداللّه بن

سنان(٦) - أقوالاً أربعة فى العقود الواردة فى الآية:

أحدها: العهود التى كان أهل الجاهلية يعاهد بعضهم بعضا على النصرة و المؤازرة و

١- (٢) تفسير البيضاوى /١١٢ من طبع الحجرى.

٢- (٣) لسان العرب ٢٩٦/٣.

٣- (٤) المفردات /٣٤١.

٤- (٥) القاموس المحيط ٣١٥/١.(٥) تفسير البيضاوى/١١٢، طبع الحجرى.

٥- (٧) مجمع البيان ١٥١/٢.

٦- (١) تفسير القمى ١٦٠/١.

المظاهرة على من حاول ظلمهم.

ثانيها: العهود التى أخذها البارى على عباده بالإيمان به و طاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم.

ثالثها: العقود التى يتعاهدها الناس كعقد الأيمان و النكاح و العهد و البيع، أىّ العقود الفقهية، و المعاملات بالمعنى الأعم.

رابعها: العهود المأخوذة من أهل الكتاب على العمل بما فيها من تصديق نبيّنا صلى الله عليه و آله ثم رجّح الطبرسى(١) القول بعموم العهود لكلّ ما اوجبه اللّه تعالى على العباد و الفرائض و الحدود و العقود الفقهية المتداولة بين العقلاء.

و قد زاد الفاضل النراقى على هذه المعانى الأربعة بأربعةً أخْرى.(٢)

و بعد وضوح هذه المقدّماتِ الثَّلاثِ يتمّ تقريب الاستدلال: بأنّ العقد سواء كان مطلق العهد أو خصوص المؤكّد منه يصدق على المعاطاة، اذ لا شبهة فى أنّ عنوان العهد و العقد لا ينحصر فى العهد أو العقد اللفظى و القولى و لذا يشمل الفعلى و العملى منهما و هى المعاطاة. فالشارع أمر بِالأْءيْفاء بالمعاطاة حدوثا و بقاءً، فلو لم يلتزم العاقد فى العمل بمقتضى العقد حدوثا أو بقاءً لم يصدق الوفاء به. فوجوب الوفاء بالعقد يعنى استمرار الالتزام به و هذا هو المطلوب.

ولكن جماعة من الأصحاب استشكلوا فى هذه الدلالة:

منهم: الفاضل النراقى من أنه يحتمل أن يكون المراد بالعقود فى الآية سائر معانى العهد كالوصية و الأمر و الضمان و قال: «و لو سلّمنا أنّ للعهد معنى يلائم العقود الفقهية

١- (٢) راجع مجمع البيان ١٥٢/٢ و ١٥١.

٢- (٣) عوائد الأيام، العائدة الأُولى /(٥-٢).

فإرادة ذلک من الآية غير معلومة»(۱).

و ما عنه أيضا: من أنّ العهد الموثق إمّا العقدُ اللازمُ شرعا، فلابدّ من إحرازه و معه لا حاجة إلى التمسک بالآية، أو الموثّقُ العرفى فلابدّ من إثباته، و ليس مجرد بنائهم على الإبقاء

على مقتضى العقد توثيقا له، لأنّ ما لا يقصد فيه الإتيان البتة ليس عهدا فحصول التوثيق يحتاج إلى أمرٍ آخرٍ و على المستدِّل إثبات التوثيق عرفا.(۲)

و فيه: العقد سواء يترادف مع العهد أم لا، يكون من أظهر مصاديق العقد و أتمّهاالعقود الفقهية هذا أوّلاً.

و ثانيا: صحيحة ابن سنان دَلَّتْنا على الترادف بين العقد و مطلق العهد لا الموَثّق منه فقط حتى يَرِدَ إشكاله الثانى.

و ثالثا: على فرض أنّ المراد بالعقد هو العهد و هو الموثّق منه لا مطلقا، يكون المراد من العهد الموثّق هو العرفى منه، و المراد منه هو الأْءتْيانُ بمقتضى العقد على سبيل الحتم و القطع، و هذا يجرى بالنسبة إلى المعاطاة البيعى أيضا.

و منهم: المحقّق الإيروانى قال: «إنّ الآية لا تجدى لإثبات اللزوم عموما، و إنّما تجدى لإثباته فى خصوص ما إذا كان العقد متعلِّقا بالفعل لا فى العقد على النتيجة الذى منه المقام، إذ العقد على النتيجة إمّا أن يكون مؤثِّرا فى وقوع تلک النتيجة أو لا يكون مؤثِّرا، و على كلّ حالٍ لا عمل خارجىٌّ له من العاقد حتّى يخاطب بخطاب «اوفوا»، و أمّا التسليم للعوضين فذلک ليس لأجل أنّه مصداق للوفاء و إنّما هو من جهة أنّه بالعقد صار مِلكا للغير فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه...»(۳).

١- (٤) عوائد الأيام /٨.

٢- (١) عوائد الأيام /٨.

٣- (٢) حاشية المكاسب ٦١/٢.

و فيه: قد مرّ تقريب الاستدلال على اللزوم على كلّ من المولوية و الإرشادية و من المعلوم أن البيع المعاطاتى كالقولى يتعلّق بالتمليک أو التبديل من دون فرق بين العقد القولى و الفعلى، فكلّ منهما يتعلّق بالتبديل أو التمليک الذى هو فعل يتعلّق به خطاب أوفوا، هذا.

مع أنّ العقد الواقع على النتيجة يتعلّق به «اوفوا» باعتبار مقتضياته، فإنّ الملكية تَتَرَتَّبُ عليها آثارٌ من حرمة تصرف غير المالک أو حرمة مزاحمته، فالوفاء بالملكية عبارة عن التصرفات المترتبة عليها، كما عن المحقّق المروج.(١)

و منهم: المحقّق النائينى بعد تقريب دلالة آية «اوفوا بالعقود» على اللزوم سواء على القول بتأصّل الأحكام الوضعية أو على القول بأنّها منتزعة عن الأحكام التكليفية كما عليه الشيخ الأعظم قدس سره قال: «دلالة الآية على اللزوم فى المعاملات اللفظيّة لا إشكال فيها،

كما لا إشكال فى عدم دلالتها عليه فى المعاطاة، لعدم إمكان إفادتها له ثبوتا، مضافا إلى قيام الإجماع على الجواز»(٢).

و فيه: على القول بترادف العقد مع العهد لا إشكال فى أنّ المعاطاة من العهود فتشملها الآية الشريفة.

بل العقد يمكن أن يُنْشَأَ بأمرين مستقلين:

الأوّل: اللفظ و الصيغة الخاصة.

الثانى: الفعل و العمل الخارجى.

فالمعاطاة عقد تشملها الآية الشريفة.

و أمّا الإجماع المذكور فی کلام النائینی فقد عرفت سابقا الاشکال فیه و عدم ثبوته.

ص:۱۳۲

۱- (۳) هدی الطالب ۱/۵٤۸.

۲- (۱) منیة الطالب ۱/۱۵٦.

فما ذکره قدس سره غیر تام.

و الآیة الشریفة تدل علی اللزوم فی المعاطاة.

۸- قوله صلی الله علیه و آله : «المؤمنون عند شروطهم»

وَرَدَ هذا الحدیثُ من رسول اللّه صلی الله علیه و آله فی موثقة منصور بن یونس بُزُرْج(۱)، و بلفظ «المسلمون عند شروطهم» عن أمیرالمؤمنین علیه السلام کما فی حسنة إسحاق بن عمار(۲) و عن غیره من الأئمة علیهم السلام کما فی صحیحتی عبداللّه بن سنان(۳) و صحیحة محمّد بن مسلم(٤) فهذه الروایة لیست بمرسلة کما فی نقل الأحسائی(۵).

و قد تمسّک بها عدّة من أعلام الأُمّة علی اللزوم حتّی فی المعاطاة(٦) أو مطلق البیع(۷). و تبعهم الشیخ هنا فی بحث البیع(۸) ولکن ناقشهم فی أوّل الخیارات(۹) بمنع صدق الشرط

علی الالتزامات الابتدائیة ثم عاد إلی القول الأوّل - أی صدق الشرط علی الالتزامات الابتدائیة - فی بحث الشروط(۱۰) فلابدّ من البحث حول کلمة «الشرط» هل تشمل الالتزامات الابتدائیة أم لا؟ یظهر من بعض اللغویین شموله لها:

ص:۱۳۳

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٧٦/٢١، ح٤، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧/١٨، ح٥، الباب ٦ من أبواب الخيار.

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٦/١٨، ح ١ و ٢.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٥٥/٢٦، ح١، الباب ٢١ من أبواب موانع الإرث.

٥- (٦) عوالى اللآلى ٢١٨/١، ح٨٤ و ٢٩٣/١، ح١٧٣ و ٢١٧/٣، ح٧٧ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣٠١/١٣، ح٧.

٦- (٧) نحو المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة و البرهان ٣٨٣/٨.

٧- (٨) نحو صاحب الحدائق فى كتابه ٤/١٩.

٨- (٩) المكاسب ٥٦/٣.

٩- (١٠) المكاسب ٢١/٥.

١٠- (١) المكاسب ١٢/٦ و ١١.

قال ابن فارس: «شرط: الشين و الراء و الطاء أصلٌ يدلُّ على عَلَمٍ و علامة و ما قارب ذلک من عَلَم. من ذلک الشَرَط: العلاّمة. و أشراط الساعة: علاماتها و من ذلک الحديث حين ذكر أشراط الساعة، و هى علامتها، و سمِّى الشُرَط لأنّهم جعلوا لأنفسهم علامةً يُعَرفون بها. و يقولون: أشْرَطَ فلانٌ نفسَه للهَلكة، إذا جعلها علما للهلاک. و يقال: أشْرَطَ من إبله و غنمه، إذا أعدّ منها شيئا للبيع. قال الشاعر:

فأشْرَطَ فيها نفسَه و هو مُعْصِمٌ و ألقى بأسبابٍ له و توكُّلاً

و من الباب شَرْط الحاجم، و هو معلوم، لأنّ ذلک علامةٌ و أثَر...»(١).

و قال الزمخشرى: «ش ر ط: شرط عليه كذا و اشترط و شارطه على كذا و تشارطا عليه و هذا شَرْطِى و شَريطتى...»(٢).

و قال الفيومى: «شرط: الحاجمُ شَرْطا، من بابَىْ ضرب و قتل، الواحدة شَرْطَةٌ و شَرَطْتُ عليه كذا شرطا؛ أيضا و اشْتَرَطْتُ عليه، و جمعُ الشَّرْطِ شُرُوطٌ مِثْلُ فَلْسٍ و فُلُوسٍ...»(٣).

و يظهر من ابن عشيرة البحرانى أنّ «الشرط ما يمكن وقوعه و عدمه كدخول زيد الدار أو يتحتّم الوقوع ولكن غير معلوم كإدراك الثمرات و قدوم الحاج»(٤). و كذا أنّ «الشرط يتعلّق بفعله و بفعل غيره... و الشرط المقصود منه مجرد التعليق خاصة لا غير»(٥).

و قال الطريحى: «و الشرط معروف و جمعه شروط كفَلْس و فُلُوس و شرط الحاجم

١- (٢) معجم مقاييس اللغة ٣/٢٦٠.

٢- (٣) أساس البلاغة /٢٣٣.

٣- (٤) المصباح المنير /٣٠٩.

٤- (٥) بَهْجَةُ الخاطِرِ و نُزْهَةُ الناظِرِ /٧١.

٥- (٦) بَهْجَةُ الخاطِرِ و نُزْهَةُ الناظِرِ /٧٢.

شرطا من باب ضرب و قتل و شرطت عليه كذا شرطا و اشترطت عليه و منه حديث بريرة: شرط اللّه أحقّ، يريد ما أظهره و ما بيّنه من حكم اللّه بقوله: الولاء لمن أعتق و قيل: هو إشارة إلى قوله تعالى «و إخوانكم فى الدين و مواليكم»(١) و الشريطة فى معنى

الشرط و جمعها شرائط»(٢).

و أنت ترى أنّ كلماتهم مطلقة تشمل الالتزامات الابتدائية كما أنّ الشرط استعمل فى عدّة من النصوص هكذا نحو: صحيحة محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام حديث: أنّ شرط اللّه قبل شرطكم، الحديث(٣).

و نحوها مرسلة ابن مسلم(٤).

و صحيحة على بن رئاب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشترى اشترط أو لم يشترط، الحديث(٥).

و نحوها صحيحة فضيل(٦).

و قوله صلى الله عليه و آله فى قضية بريرة: الولاء لمن أعتق و شرط اللّه آكد و كلُّ شرطٍ خالف كتاب اللّه فهو رُدّ، الحديث(٧).

١- (٧) سورة الأحزاب /٥.

٢- (١) مجمع البحرين /٣٦٣ من طبع الحجرى.

٣- (٢) وسائل الشيعة ٢٩٦/٢١، ح١، الباب ٣٨ من أبواب المهور.

٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٧٧/٢١، ح٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٣/١٨، ح١، الباب ٤ من أبواب الخيار.

٦- (٥) وسائل الشيعة ١١/١٨، ح٥، الباب ٣ من أبواب الخيار.

٧- (٦) مستدرک الوسائل ٣٠٠/١٣، ح٢، الباب ٥ من أبواب الخيار - راجع فى قصة بريرة وسائل الشيعة ٦٥/٢٣، ح٢، الباب ٣٧ من أبواب كتاب العتق. صحيحة الحلبى و أربعين البهائى مع تعليقة الخواجوئى /(٥٠٩-٤٩٩)، سنن البيهقى ٥٥٥/١٥، باب بيع المكاتب، ح ٢٢٣٤٤.

و قد ورد عن سيّد الساجدين على بن الحسين عليه السلام فى دعاء التوبة من الصحيفة الشريفة: «و قد قلت يا إلهى فى محكم كتابک إنّک تقبل التوبة عن عبادک و تعفو عن السيئات و تحبّ التوابين فاقبل توبتى كما وعدت واعف عن سيئاتى كما ضمنت و أوجب لى محبتک كما شرطت و لک يا

ربّ شرطی ألاّعود فی مکروهک و ضمانی أن لا أرجع فی مذموک و عهدی أن أهجر جمیع معاصیک...»(۱).

و ماورد فی دعاء الندبة من قوله علیه السلام : «بعد أن شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنیا...»(۲).

ولکن مع ذلک کلّه ورد التخصیص فی الشرط بحیث لا یشمل الالتزامات الابتدائیة

فی کلمات بعض اللغویین:

منهم: ابن منظور قال: «الشرط: إلزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه و الجمع شروط»(۳).

و منهم: الفیروزآبادی قال: «الشرط: إلزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه کالشریطة جمعه شروط»(٤).

و منهم: سعید بن عبداللّه الخوری الشرتونی صاحب أقرب الموارد قال: «شرط علیه فی البیع و نحوه شرطا: ألزمه شیئا فیه»(٥).

فظهر مما ذکرنا عدم تفرد صاحب القاموس بالتخصیص کما یظهر من الشیخ

۱- (۷) الصحیفة السجادیة. الدعاء الحادی و الثلاثون، دعاء التوبة و طلبها.

۲- (۸) مصباح الزائر /٤٤٦ و نقل عنه فی بحارالأنوار ۱۰۲/۱۰٤.

۳- (۱) لسان العرب ۳۲۹/۷.

٤- (۲) القاموس / ذیل مادة شرط من طبع الحجری (۳٦۸/۲).

٥- (۳) أقرب الموارد ٥۸۳/۱.

الأعظم.(١)

و أمّا ما ذكر من الروايات و الأدعية فَيُمْكِنُ حملها على الالتزامات المعاملية أو الضمنية و غير الابتدائية(٢) و ما لا يمكن حملها كذلک فغاية ما يمكن أن يقال فيها أنها استعمالٌ و الاستعمال أعمٌ من الحقيقة. فعليه صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية مشكلٌ. خلافا للفاضل النراقى(٣) و الفقيه اليزدى(٤) فإنّهما يَرَيانِ الصدق و الشمول و السيّد الإشكورى(٥) فإنّه يراه الإنصاف. و تبعهم الفقيه السبزوارى(٦).

مضافا إلى حمل الرواية على الالتزام التكليفى لا الوضعى، فصار معناها يجب على كلّ مؤمن الوفاء بشرطه تكليفا كما عن المحقّق الإصفهانى(٧) و ظاهر السيّد المحقق الخوئى(٨).

و أمّا حملها على خطاب أخلاقى مسوق لما يقتضيه الإيمان و يقود إليه، نظير «المؤمن

إذا و عد وفى» فلا يمكن استفاده الوجوب منها كما عن المحقّق الإيروانى(٩) محل تأمل بل منع.

و الحاصل: استفادة اللزوم من هذه الرواية لملعاطاة على القول بالملک مشكلٌ جدّا.

١- (٤) المكاسب ١٢/٦.

٢- (٥) راجع فى هذا المجال إلى حاشية المكاسب ٥/(١٠٩-١٠٥) للمحقّق الإصفهانى.

٣- (٦) راجع عوائد الأيام /١٤٢.

٤- (٧) راجع حاشيته على المكاسب ٣٦١/١ و ٣٢٩/٣.

٥- (٨) مهذب الأحكام ٢٣٢/١٦.

٦- (٩) بُغْية الطالب فى شرح المكاسب ٧٧/١.

٧- (١٠) حاشيته على المكاسب ١٤٨/١.

٨- (١١) مصباح الفقاهة ١٤٢/٢.

٩- (١) حاشية المكاسب ٦٢/٢.

ثمّ يقع الكلام فى ملزمات المعاطاة على القول بأنّها جائزة ذاتا:

منها: تلف العوضين

اشارة

لا اشكال و لا خلاف عندهم فى أنّه لو تلف العينان فى بيع المعاطاة صارت لازمة كما فى الحدائق(١) و شرح القواعد(٢) و المناهل(٣) و المفتاح(٤) و الجواهر(٥).

أمّا على القول بالإباحة: فواضح لأنّ يجوز لكلٍّ من المتعاطيين الرجوع فى ماله لأن المال باقٍ على ملک معطيه ولكن مع بقاء العينين و أمّا اذا تلفتا لزمت المعاطاة لا متناع الرجوع.

لا يقال: المتعاطيين وضع يدهما على مال الآخر لأنّ مالكه أباح له التصرف فيه، و من المعلوم أنّ للمالک استرداد ماله من المباح له مادام موجودا، و لو تلف استقرّ بدله عليه، فكلّ منهما ضامن لمال الآخر بمقتضى «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» و قاعدة الضمان أىّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، فإذا جاز الرجوع إلى بدل العينين فقد استمرت الإباحة و لم تلزم المعاطاة بمجرد تلف العينين، لأنّ التلف غير مانع من الرجوع إلى البدل و المراد به الرجوع إلى المثل أو القيمة لا ما قابله فى المعاطاة.

لأنا نقول: لا تجرى هنا قاعدة الضمان أىّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن و كذا لا تجرى قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدى، لأنّ الأولى تختص بمورد لم يعط المتلف بإزاء المال الغير مالاً آخرا مع رضاية صاحب المال و المعطى و إلاّ ذمته مشغولة بذاک المال

١- (٢) الحدائق ٣٦٢/١٨.

٢- (٣) شرح القواعد ٢٨/٢ للشيخ جعفر قدس سره .

٣- (٤) المناهل /٢٦٩ من طبع الحجرى للسيّد محمّد المجاهد قدس سره .

٤- (٥) مفتاح الكرامة ٥٠٦/١٢.

٥- (٦) الجواهر ٢٣٠/٢٢.

المُعْطى.

و الثانية تختص باليد المضمنة و هى إمّا اليد العدوانية أو اليد المشروط عليها الضمان و كلتاهما منتفيتان فى المقام، لأنّ المفروض حكم الشارع بإباحة التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة، فاليد السابقة لم تكن مضمنة قطعا لاستنادها إلى إذن الشارع و إذا تلفت العين

امتنع انقلاب اليد عمّا هو عليه، فلابدّ من استناد الضمان إلى موجب آخر و المفروض عدمه.

نعم: هذا البيان إنّما يتمّ على القول بكون الإباحة المترتبة على المعاطاة - المقصود بها الملک - إباحة مالكية.

ولكن إذا قلنا بأنّها إباحة شرعية - كما هو الظاهر فلا يتم ما ذكرناه أخيرا تبعا للشيخ الأعظم(١) قدس سره - فيجرى ما أفاده قدس سره فى مناقشاته(٢) لكاشِفِ الغطاء رحمه الله من الالتزام بحصول الملكية آنا ما قبل التلف فيكون التلف فى ملک المالک الثانى و يكون ضامنا بضمان المسمّى، لأنّ الإجماع يقتضى عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، و قاعدة ضمان اليد تقتضى كون التلف من ذى اليد لأنّ المفروض أنّ المعاطاة لم تفد إلاّ الإباحة الشرعية فحينئذ لابدّ أن يقال جمعا بين الأدلة ببقاء المال فى ملک مالكه الأوّل ولكن آنا ما قبل التلف يدخل فى ملكية الثانى و إذا حصلت الملكية للثانى فذمّته مشغولة بالضمان المسمّى فقط كما نبّه عليه المحقّق الخوئى(٣) رحمه الله تبعا لأُستاذه المحقّق النائينى(٤) قدس سره .

و أمّا على القول بالملک: فلابدّ أوّلاً من تمهيد مقدمة و هی:

تقسيم اللزوم و الجواز إلى القسمين و هما الحكمی و الحقّی

ص:۱۳۹

۱- (۱) المكاسب ۹٦/۳ و ۹۸.

۲- (۲) المكاسب ٤۹/۳.

۳- (۳) مصباح الفقاهة ۱۹۹/۲.

٤- (٤) منية الطالب ۱۹۷/۱.

اللزوم الحكمی: هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة مع قطع النظر عن التزام المتعاملين بل نفس طبع المعاملة أينما تحققت تقتضی اللزوم و يترتب عليه عدم وقوع الإقالة فيها و عدم صحة شرط الفسخ فيها و عدم انفساخها بالفسخ إلاّ أن يرد دليل بالخصوص على انفساخها بالفسخ أو الاقالة فيؤخذ به بمقدار دلالته و يقتصر عليه و ذلک كالنكاح.

اللزوم الحقّی: هو ما كان ناشئا عن اقتضاء التزام المتعاملين على مضمون المعاملة من غير أن يكون فی ذات المعاملة اقتضاء اللزوم و يترتب عليه صحة شرط الفسخ فيها و قبولها للإقالة و انفساخها بالفسخ كالوكالة بشرط عدم عزل الوكيل.

و مما ذكرنا من تعريف اللزومين يظهر تعريف الجوازين و هما:

الجواز الحكمی: هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة و طبعها مع قطع النظر عن

توافق المتعاملين على الجواز و يترتب عليه وقوع الاقالة فيها و جواز فسخها نحو عقدی الهبة و الوكالة.

الجواز الحقّى: و هو ما كان ناشئا من توافق المتعاملين على الجواز من دون أن يكون الجواز فى ذات المعاملة نحو جعل الخيار و شرط الفسخ لأحد المتعاملين أو كليهما فى البيع.

ثم ذهب الشيخ الأعظم(١) قدس سره إلى أنّه على القول بالملك يحكم بلزوم المعاطاة و المتيقن من مخالفة دليل اللزوم فى المعاطاة - بسبب الإجماع على القول به - هو صورة إمكان ترادّ العينين فمع تلفهما و امتناع الترادّ يرتفع فرض إمكان الجواز و يثبت اللزوم.

يظهر منه قدس سره اختصاص ثبوت جواز الحكمى بصورة بقاء العينين فلا يصح الرجوع

١- (١) المكاسب ٩٦/٣ السطر الأخير.

مع التلف لارتفاع مورده بخلاف جواز الحقّى فإنّه يصح مع بقائهما و تلفهما إلاّ أنّه عند التلف يرجع إلى المثل أو القيمة، و عدم تمامية هذا البيان يظهر ممّا ذكرنا فى تعريف الجوازين لأنّ الجواز الحكمى ليس مختصا بصورة بقاء العينين على نحو الإطلاق بل يفصل فيه بين ما كان بناء المعاملة على الضمان و كانت معاوضية و بين ما لم تكن كذلك كالهبة فيشرط جواز الرجوع ببقاء العين أو العينين فى الثانى دون الأوّل.

أمّا الأوّل فلانّ بناء المعاملة على الضمان المسمّى، فإذا سلم المسمّى فهو و مع عدمه إمّا بفساده من الأوّل أو بواسطة الرجوع فلابدّ من الرجوع إلى المثل أو القيمة و ليس التلف فى هذه الصورة مانعا عن الرجوع بعد إمكانه بأخذ المثل أو القيمة.

أما الثانى فلانّ المعاملة ليست مبنيّة على الضمان فالواهب إنّما وهب العين للمتهب لكى يتلقه بلا ضمان له بالمثل أو القيمة فإذا كان باقيا فى يد المتهب فله الرجوع بعين ماله فإذا تلف فليس له

الرجوع بأخذ مثله أو قيمته لكون مبنى المعاملة على عدم التضمين بالمثل و القيمة كما يظهر هذا الاشكال و التعاريف من المحقّق النائينى(۱) قدس سره .

أقول: هذا الاشكال يرد على ظاهر عبارة الشيخ من قوله قدس سره : «... فلما عرفت من إصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز ترادّ العينين و حيث ارتفع مورد الترادّ امتنع»(۲). ولكن على ما ذكرنا من تقريب كلام الشيخ فلا يرد و الحمدللّه.

ثمّ قال المحقّق النائينى: «إذاصارت المعاطاة لازمة بالتلف أو بغيره من الملزمات فهل هذا اللزوم الطارى حقّىٌ أو حكمىٌ لا يخلو كلٌّ منهما عن إشكال لبُعد اللزوم الحقى بلا التزام فى البين كما هو المفروض، و كون البيع المعاطاتى بعد تلف العينين أو أحدهما [صار] لازما

۱- (۲) المكاسب و البيع ۲۲۷/۱ و ۲۳۰.
۲- (۳) المكاسب ۹٦/۳.

كالنكاح بحيث يحكم بعدم صحة التقايل فيه و عدم قابلية لاشتراط الفسخ يكون أبعد لعدم الالتزام بأحكام اللزوم الحكمى فيه من أحدٍ من الأصحاب.

و حلّ الإشكال هو اختيار كون اللزوم فيه حقيّا لا حكميّا، بدعوى عدم الحاجة فى اللزوم العقدى إلى الالتزام العقدى دائما بل يكتفى فى تحققه بجعله من الشارع، و هذا كالجواز الحقى حيث أنّه قد يكون بجعل المتعاملين كما فى خيار الشرط، و قد يكون بجعل الشارع كما فى خيار المجلس و الحيوان، و كذلك اللزوم الحقّى، تارة يكون بجعل المتعاملين كما فى المعاملة العقدية و اُخرى يكون بجعل الشارع كما فى المعاطاة عند تغيّر العينين عمّا هو عليه فهذا اللزوم حقّىٌ يترتب عليه

صحة التقايل و غيره ممّا يترتب على اللزوم الحقى لكنّه لا يكون بواسطة التزام المتعاملين بل إنّما هو بجعل الشارع فتبصر»(۱).

أقول: ما ذكره قدس سره صحيح ولكن لابدّ مِنْ إصلاحِ التعاريف الماضية بما ذكره أخيرا و الأمر سهل لأنَّهُ لا مُشاحَّةَ فى الاصطلاح.

لا يقال: إذا ثبت بالإجماع جواز الملک قبل التلف فى المعاطاة و شُک فى انتفاء ذاک الجواز بالتلف، من الممكن إحراز استصحاب الجواز و الحكم بعدم لزوم الملک بعد التلف أيضا و نتيجتها جواز فسخ المعاملة بعد التلف و الرجوع بالمثل أو القيمى.

لأنّ الشيخ الأعظم(۲) قدس سره أجابَ عن هذا الإشكال بجوابين:

الأوّل: الفرق بين الجواز فى العقد الخيارى و الجواز فى المعاطاة فإنّ الأوّل بمعنى انحلال العقد و فسخه و لذا يجرى بعد تلف العين أيضا لأنّ متعلّقه العقد و هو باق على حاله و لو بعد تلف العين أو العينين، ولكن الثانى بمعنى الرجوع فى العين و جواز تملّكها مجددا و

۱- (۱) المكاسب و البيع ۱/ ۲۳۰.

۲- (۲) المكاسب ۳/ ۹۷.

الجواز لا يتعلق بنفس المعاطاة بل بموضوع الترادّ، فعليه بعد تلف العين أو العينين فلا يمكن الرجوع فيها و كذا لا يمكن تملّكها فلا يجرى الجواز لإنعدام موضوعه و مع الانعدام لا يجرى الاستصحاب.

الثانى: حتّى على التردّد فى أنّ متعلق الجواز فى المعاطاة هل هو نفس المعاطاة أو

الرجوع فی العین أو العینین أیّ الترادّ من الطرفین لا یجری الاستصحاب، لأنّ من شرائط جریان الاستصحاب هو إحراز اتحاد الْقضیَّتَیْن المتیقنة و المشکوکة و مع عدم إحرازهما - لأنّه علی فرض تعلّق الجواز بالرجوع فی العین أو العینین فلا یبقی موضوع فی البین حتّی یستصحب و کذا تختلف القضیّتانِ - فلا یجری الاستصحاب.

إن قلت: غایة ما یمکن أن یقال علی تقریب الشیخ الأعظم قدس سره عدم جریان استصحاب فرد الجواز لإنعدام موضوعه أو لِعدم إحراز قضیتی المتیقنة و المشکوکة، ولکن یجری استصحاب کلّی الجواز بتقریب: الاجماع یدلّ علی أنّ المعاملة المعاطاتیة حتّی علی القول بالملک جائز إجمالاً، و لا یُدری هذا الجواز الذی یتعلّق بها هل هو الجواز الصغیر أی إلی بقاء العینین و امکان ترادّهما أو المتعلَّق بها هو الجواز الکبیر أی إلی ما بعد تلف العینین و بعد عدم إمکان تَرادّهما، فیستصحب کلّی الجواز علی نحو استصحاب القسم الثانی من الکلّی المتفق علیه جریانه.

قلت: لا یجری استصحاب القسم الثانی من الکلّی فی المقام لعدّة من الوجوه:

منها: الإجماع دلیل لبّی لابدّ من الأخذ بالقدر المتیقن منه و هو هنا جریان جواز إلی بقاء العینین و إمکان ترادّهما.

و منها: المناط فی عدم جریان الاستصحاب هنا هو الشک فی بقاء موضوعه نظیر العلم باجتهاد الفردین الأوّل أو الثانی، و الأوّل منهما مات فلا یجوز تقلیده و الثانی منهما حیٌّ و إن کان هو المجتهد فیجوز تقلیده ولکن لا ندری لعلّ الأوّل یکون مجتهدا بخلاف

ص:۱۴۳

الاستصحاب الکلّی القسم الثانی لأنّ موضوعه هو الکلّی.

و منها: ثم علی فرض جریان استصحاب القسم الثانی من الکلّی فی المقام لا یفید شیئا لأنّ الآثار المختصة بکلِّ فرد لا تترتب علیه بخلاف آثار الکلّی لأنّها تترتب و جواز فسخ المعاطاة بعد تلف

العينين من الآثار المختصة للفرد الطويل فلا تترتب، فعليه لا يترتب على جريان الاستصحاب الكلّى أثرا و مع عدم ترتب الأثر لا يجرى لأنّه من الأُصول العملية.

إن قلت: نعم، استصحاب الكلّى القسم الثانى لا يجرى فى القام، ولكن يمكن جريان استصحاب الفرد المردد كالحدوث المردد بين الأصغر و الأكبر بعد الوضوء بحيث يكون فعلاً مرددا بين ما هو مقطوع الارتفاع إذا كان الحدث أصغرَ لأنّه تؤضأ و بين ما هو مقطوع البقاء إذا كان الحدث أكبرَ لإنّه لا يغتسل و لذا تترتب الآثار المختصة بالحدث الأكبر.

بتقريب: أنَّ هنا فَرْدَيْنِ للجواز، الفرد الأصغر و هو الجواز إلى تلف العينين و امكان ترادّهما، و بعد تلف العينين هذا الجواز قد ارتفع يقينا، و الفرد الأكبر و هو الجواز إلى ما بعد تلف العينين و بعد عدم امكان التراد، و هذا الفرد الأكبر بعد تلف العينين يكون باقيا قطعا، و لذا باستصحاب الفرد المردد نستصحب الفرد الأكبر من الجواز و تترتب عليه آثاره المختصة له.

قلت: نمنع من جريان استصحاب الفرد المردد لا سيما بعد القطع بارتفاع الفرد الأصغر، بأنّ الفرد المردد إذا كان الأصغر قد ارتفع يقينا بعد التوضى فى المثال و بعد تلف العينين فى المقام، و إذا كان الأكبر فهو مشكوك الحدوث من الأوّل فلا يجرى الاستصحاب فى حقّه. هذا أولاً.

و ثانيا: الفرد المردد بما هو مردد لا ماهية له و لا وجود، فليس موضوعا لأثرٍ شرعيٍ حتّى يصح التمسک بالاستصحاب لإثبات ذاک الأثر.

ص:١٤٤

و ثالثا: استصحاب الفرد المردد لا يجرى - بنظرنا القاصر - بلا فرق بين صورتى الشک فى ارتفاع الفرد القصير على تقدير حدوثه، و اليقين بارتفاعه على تقدير حدوثه و التفصيل يطلب من بحث الاصول و الحمدللّه.

و قد اعترض المحقّق السيّد الخوئی علی الشیخ الأعظم بقوله: «إن کان المراد من الترادّ هو الترادّ الخارجی فهو غیر مفید بدیهة أن مجرد ردّ العین خارجا مع بقائهما فی ملک الآخر بالمعاطاة لا یترتب علیه أثر.

و إن کان المراد من الترادّ هو فسخ العقد [الذی] لا یکون إلاّ بتراد العین خارجا، أو بعد تحقق التراد فی الخارج فهو متین، ولکنّه لیس شیئا آخر وراء تعلق الخیار بنفس العقد، لأنّ الأدلة الدالة علی لزوم العقود إنّما تدل علی لزوم کلّ عقد، و قد قام الاجماع علی أنّ المعاطاة المقصود بها الملک تفید الإباحة إلی زمان معین، و من الواضح أن الاجماع لبیٌّ، فلا یؤخذ منه إلاّ بالمقدار المتیقن، و هو ما إذا أمکن تراد العینین، و فی غیر هذه الصورة یتمسک بعموم العام.

و إذن فلابدّ للمصنف أن یعلّل لزوم المعاطاة مع تلف العینین بأنّ المأخوذ بالمعاطاة إنّما تلف من ملک المالک الثانی، فلا یجوز للمالک الأوّل أن یرجع إلیه، إذا المتیقن من جواز الرجوع إنّما هو صورة الفسخ بترادّ العینین و هو غیر ممکن مع تلفهما»(۱).

ولکن یرد علیه: أنّ المعتبر فی المعاطاة من جواز الرجوع لیس فرض الفسخ بترادّ العینین أی الفسخ الخاص بل هو الفسخ المطلق و الشاهد علیه أنّه إذا فسخ أحد المتعاطیین المعاطاة قولاً مع بقاء العینین ولکن لم یسلم العین إلی مالکه الأوّل بعد الفسخ عصیانا، لا ریب فی انفساخ المعاطاة و عصیان المانع. و هذا یدل علی أنّ المعتبر فی المعاطاة نفس الفسخ

۱- (۱) مصباح الفقاهة ۲/۲۰۰.

- لا الفسخ الخاص و هو المشروط بترادّ العينين - غاية الأمر المتيقن من وجود الإجماع جواز الفسخ حال امكان ترادّ العينين، و إذا شک فی ثبوته فی حالة اُخری کتلف إحدی العينين فيستصحب جواز الفسخ کما فی سائر موارد الاستصحاب و کما عليه شيخنا الأُستاذ(١) قدس سره .

و کذا استشکل الأُستاذ(٢) قدس سره علی الشيخ الأعظم رحمه الله بعدم وجود الفرق بين جواز فسخ الهبة أو المعاطاة و جواز الفسخ فی موارد الخيار إلاّ أنّ جواز الفسخ فيهما حکميٌّ لا يسقط بالإسقاط و جواز الفسخ فی الخيارات حقّیٌ قابل للإسقاط، فعليه علی القول بترتب الملکية الجائزة علی المعاطاة، يحکم بجواز فسخها و بعد تلف أحد العينين أو کليهما يستصحب ذلک الجواز کاستصحاب الخيار بعد طرو ما يحتمل معه زواله، و مع جريان استصحاب الجواز لا مجال لإستصحاب بقاء الملک المالک الثانی الذی حصل ملکه بالمعاطاة، لأنّ استصحاب بقاء جواز الفسخ حاکم عليه و مع جريانه لا يبقی موضوع له.

أقول: يرد علی الأُستاذ قدس سره ما مرّ منّا من أنّ الملک يفيد اللزوم، قد خرج من هذا العام المعاطاة علی القول بالملک إجماعا بأنّها تفيد الملکية الجائزة - علی مسلک القوم - و بعد تلف العينين نشک فی بقاء اللزوم علی القاعدة الأوّلية أو الجواز للإجماع و حيث کان دليل الجواز الإجماع و هو دليل لبّیٌ يؤخذ بالقدر المتيقن منه، و هو بقاء الجواز قبل تلف العينين و فيما بعد التلف نرجع إلی القاعدة الأولية و هی اللزوم فلا نشک فی حکم ما بعد التلف حتّی نحتاج إلی الاستصحاب و الحمدللّه.

١- (١) إرشاد الطالب ٨٩/٢.

٢- (٢) إرشاد الطالب ٩٠/٢.

فذلکة القول فی المقام

تلف العوضين يوجب اللزوم فى المعاطاة بلا فرق بين القول بالملک و الاباحة ولكن قبل التلف يحكم بالجواز فيها بلا فرق أيضا بين قولى الملک و الإباحة - على مسلک القوم - و الوجه فى ذلک باختصار:

قبل تلف العينين يحكم بجواز الرجوع: أمّا على القول بالاباحة فواضح لأنّ كُلاً منهما يرجع إلى ملكه و أمّا على القول بالملک لقيام الإجماع عليه بأنّ متقضى القاعدة اللزوم لكن المعاطاة خرج منها بالإجماع و القدر المتيقن منه قبل تلف العينين.

و بعد تلف العينين يحكم باللزوم: أمّا على القول بالاباحة فلانتقال كلّ من العينين من مالكها الأوّل إلى الآخر آنا ما قبل التلف، فتلف فى ملک نفسه و لذا يحكم باللزوم و عدم الرجوع إلى المثل و القيمة جمعا بين الدليلين القول بالاباحة و الاجماع على عدم الرجوع إلى المثل و القيمة بعد التلف.

و أمّا على القول بالملک: فَإنَّ الملک يقتضى اللزوم و قد خرج من هذا اللزوم المعاطاة إجماعا و الإجماع دليل لبّىٌ يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو الجواز قبل تلف العينين و بعده يرجع إلى اللزوم الاوّل.

ثم إنّ هنا أصْلَيْنِ آخَرَيْنِ يمكن اثبات اللزوم بهما بعد التلف:

أحدهما: استصحاب بَراءَةِ ذمّة كلّ واحد من المتعاطيين عن ضمان المثل أو القيمة عند تلف العينين، أو بَراءَةِ ذمّة من وقع عنده التلف لو كان التالف إحدى العينين، و هذا الأصل لا غبار عليه ضرورة أنّ التالف قبل الرجوع مضمون بالمسمى و بعد الرجوع يشک فى ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة و يكون المرجع فى هذا الشک هو أصالة العدم.

و ثانيهما: استصحاب بقاء الملكية الثابتة آنا ما قبل التلف - التى قد مرّ منّا توضيحها - لإثبات عدم جواز الرجوع إلى المثل أو القيمة ضرورة أنّ عدم جواز الرجوع

من آثار تلک الملکیّة الثابتة قبل التلف، إذ لا ملکیة بعده لسلب الملکیة بعد التلف بسلب موضوعها.

و قد نبّه المحقّق النائینی(۱) علی هذین الأصلین فی المقام و قد مرّ منّا أیضا أنّ عدم الرجوع إلی المثل أو القیمة بعد تلف العینین فی المعاطاة إجماعیٌ. هذا تمام الکلام فی تلف العوضین و الحمدللّه.

و منها: تلف إحدی العینین

المشهور بین الأعلام صیرورة المعاطاة لازما بعد تلف إحدی العینین کما علیه الشهید(۲) و الفاضل المقداد(۳) و المحقّق الثانی(٤) و الشهید الثانی فی الروضة(٥)، و صاحب المیسیة(٦).

و قال المحقّق الثانی فی حاشیته علی الإرشاد أنّه: «الأظهر بین عامّة المتأخرین»(۷) و فی جامع المقاصد نسبه إلی«جمع من متأخری الأصحاب»(۸).

و تبعهم الشیخ جعفر(۹).

۱- (۱) المکاسب و البیع ۱/۲۳٤ و ۲۳۳.

۲- (۲) الدروس الشرعیة ۳/۱۹۲، و الحاشیة النجاریة، مخطوطة و نقل عنه فی مفتاح الکرامة ۱۲/۵۰۷، و کذا ظاهر اللمعة /۱۰۹.

۳- (۳) التنقیح الرائع ۲/۲۵.

٤- (٤) جامع المقاصد ٤/۵۸ و رسالته «صیغ العقود» المطبوعة ضمن رسائل المحقّق الکرکی ۱/۱۷۸ و حاشیته علی إرشاد الأذهان /۳۳۳.

۵- (۵) الروضة البهیة ۳/۲۲۳.

٦- (۱) المیسیة، مخطوطة، کما نقل عنه فی مفتاح الکرامة ۱۲/۵۰۷.

٧- (٢) حاشيته على إرشاد الأذهان /٣٣٣.

٨- (٣) جامع المقاصد ٥٨/٤.

٩- (٤) شرح القواعد ٢٨/٢.

ولكن قال الشهيد الثانى فى المسالک: «لو تلفت العينان معا تحقّق الملک فيهما و لو تلفت إحداهما خاصة فقد صرّح جماعة بالاكتفاء به فى تحقق ملک الأُخرى، نظرا إلى ما قدّ مناه من جعل الباقى عوضا عن التالف لتراضيهما على ذلک، و يحتمل هنا العدم، التفاتا إلى إصالة بقاء الملک لمالكه و عموم الناس مسلطون على أموالهم، و الأوّل أقوى فإنّ من بيده المال مستحق قد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقه فيملكه، و إن كان مغايرا له فى المجنس و الوصف لتراضيهما على ذلک»(١).

و تبعه فى الاحتمال و تنظر فى اللزوم المحقق السبزوارى و قال: «... و المشهور بينهم أنّه يفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض لا أنّه بيع فاسد و هو أقوى بناءً على القول بعدم اللزوم و على هذا يجوز له الرجوع فى المعاوضة مادامت العين باقية، قالوا: فإذا ذهبت لزمت، و فيه نظر»(٢).

و تبعهما السيّد المجاهد على القول بالاباحة التّى لا يرضاها نفسه و قال: «منهل: قد بيّنا فيما سبق أنّ المعاطاة لا تفيد اللزوم، فيجوز لكلّ من المتعاطيين الفسخ و الاسترداد و إن لم يرض الآخر به إلاّ فى مواضع:... و منها: ما إذا تلف أحد العوضين... ولكن فى

المسالک...، و فيه نظر لأنّ الوجهين المذكورين إنّما يتجهان إن قلنا أنّ المعاطاة لا تفيد نقل الملک و أمّا على تقدير إفادتها الملک كما هو المختار فلا، فالمعتمد عليه عدم جواز الفسخ حينئذ لأنّ الأصل عدم جواز الرجوع بعد انتقال الملک...»(٣).

و قال الفاضل النراقى: «... و لو تلفت إحداهما خاصة فلا يجوز الرجوع لصاحب التالفة، و هل له ردّ الموجودة بلا مطالبة شىء لو أراده لمصلحة و امتنع صاحبه؟ الظاهر: نعم،

١- (٥) المسالک ١٤٩/٣.

٢- (٦) الكفاية ٤٤٩/١.

٣- (١) المناهل /٢٦٩.

لإصالة عدم اللزوم... و لصاحب الموجودة الرجوع إليها لذلک أيضا على الأقوى، ثم الآخر يرجع إلى قيمة التالفة أو مثله كذا قالوا. و هو بإطلاقه مشكلٌ، بل الموافق لِلْقواعد أن يقال: لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجودة فلا يرجع إليه بشيء، لأصل البَراءَةِ و عدم دليل على الاشتغال.

و إن كان منه فإن قصد الرجوع قبل الإتلاف فعليه المثل أو القيمة، إذ كونه مأدونا فى الإتلاف إنّما كان مع عدم قصده الرجوع، فمعه يكون غاصبا، فيعمل فيه بقاعدة الغصب.

و إن لم يقصده قبله فمقتضى الأُصول و إن كانت بَرِئَت ذمّته عن المثل أو القيمة لعدم كونه غاصبا و جواز رجوعه إلى عينه للأصل، إلاّ أنّ الإجماع و نفى الضرر يمنعان عن الأمرين معا، فلابدّ من أحدهما، ولكن تعيين أحدهما مشكلٌ. و تعيين الاشتغال مطلقا أو على كون المعاطاة إباحة محضة لقاعدة الغصب كعدم الرجوع على كونها تمليكا لئلا يلزم الجمع بين المالين باطل، لمنع صدق الغصب، و تسليم جواز جمع المالين إذا اشتغلت ذمّته بمثل أحدهما أو قيمته، إلاّ أن تَعَيَّنَ الاشتغال بإثبات جواز الرجوع بمثل: «الناس مسلّطون على أموالهم»(١) و «على اليد ما أخذت»(٢).(٣)

أقول: على القول بالملک يحكم باللزوم بعد تلف إحدى العينين لأنّ الاجماع قائم بجواز المعاطاة و قدر المتيقن منه صورة إمكان ترادّ العينين و مع تلف أحديهما تنتفى صورة الجواز و يحكم باللزوم.

و أمّا على القول بالاباحة فقد نسب الشيخ الأعظم قدس سره إلى بعض مشايخه - و لعلّ هو السيّد المجاهد رحمه الله - وفاقا لبعض معاصرى شيخه - و لعلَّهُ هو الفاضل النراقى رحمه الله - تبعا

١- (٢) عوالى اللآلى ٢٢٢/١، ح٩٩.
٢- (٣) عوالى اللآلى ٣٨٩/١، ح٢٢.
٣- (٤) مستند الشيعة ٢٦١/١٤ و ٢٦٠.

للشهيد الثانى قدس سره فى المسالک حيث استوجه أصالة عدم اللزوم بأمرين:

١- بقاء سلطنة مالک العين الموجودة و ملكه لها.

٢- التمسک بعموم على اليد.

و فى النسبة نظر يظهر لک بالتأمل فى نقل كلمات الأعلام الثلاثة.

و قد ناقش الشيخ الأعظم رحمه الله فيهما و ردّ الاوّل منهما بأنّها معارضة بأصالة بَراءَةِ ذمّة مَنْ تلف عنده مالُ صاحبه عن مثله أو قيمته و إذا تعارضا تساقطا.

و الوجه فى المعارضة: أنّ أصالة بقاء سلطنة المالک تقتضى جواز استرداد العين الموجودة و الرجوع ملازم لضمان بدل التالف من المثل أو القيمة للقطع بعدم مجانيّة التالف، أو للإجماع المركب على التلازم بين جواز رجوع مالک العين الباقية و جواز رجوع مالک العين التالفة ببدلها.

و ردّ الثانى منهما: بأنّ اليد تكون معدومة عند الحكم بالضمان - على القول به - و هو حال التلف. و اليد السابقة على التلف لم تكن يد ضمانٍ لأنّها بإذن الشارع أو المالک. بل و لا بعد التلف إذا قصد مالک العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع. فاليد إذا لم تكن عدوانية قبل التلف و لا بعده لا تنقلب إلى العدوانية حتّى توجب الضمان.

فيبقى فى المقام إرادة الرجوع و قصده و هذه الإرادة ليست من موجبات الضمان و به يظهر إشكال الشيخ الأعظم رحمه الله على الفاضل النراقى قدس سره حيث فصّل بين ارادة الرجوع و عدمها.

ثم ناقش الشيخ الأعظم رحمه الله بنفسه فی ما ذکره:

المناقشة الاولی: أصالة بقاء سلطنة مالک العین الموجودة علی رجوع ماله حاکمة علی أصالة عدم الضمان بالمثل أو القیمة، لأنّ الشک فی ضمان المثل أو القیمة و عدمهما مسبّب عن الشک فی بقاء سلطنة مالک العین الموجودة و عدمها، و من الواضح حکومة الأصل السببی

ص:۱۵۱

علی الأصل المسببی، فمع جریان أصالة بقاء السلطنة، لا تجری أصالة عدم الضمان فلا معارضة فی البین.

مضافا إلی أنّ وجود الضمان فی الجملة فی المعاطاة عند تلف إحدی العینین من المُسَلَّماتِ و إنّما الکلام فی أنّ المُتْلِفَ ضامنٌ بالبدل الحقیقی - أی المثل أو القیمة - أو البدل الجعلی و المسمی - أی العین الموجودة - فلا تجری أصالة عدم الضمان - للعلم بوجوده إجمالاً - حتی تعارض أصالة بقاء سلطنة المالک.

المناقشة الثانیة: یمکن التمسک بعموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» و الحکم بوجود السلطنة للمالکین علی مالهما فإن کان المال موجودا فهو مسلّط علی أخذه برجوعه فیه، و إن کان المال تالفا فهو مسلّط علی بدله الحقیقی - أی المثل أو القیمة - فیثبت بهذا العموم جواز الرجوع بعد تلف إحدی العینین، و من الواضح أنّه مع وجود دلیل لفظی - و هو العموم - لا تصل النوبة إلی الأصل العملی - و هو أصالة بقاء سلطنة المالک - حتّی تناقش فیها بالمعارضة مع أصالة بَراءَةِ الذمّة.

ثم أمر الشیخ الأعظم رحمه الله بالتدبر و لعلّه لوجود المناقشة فی هذه الاستدلالات و منها: عدم شمول عموم «الناس مسلطون علی أموالهم» للمال التالف و لذا لم یستدل بها أحدٌ علی الضمان.

ثم یمکن أن یُناقَشَ قَوْلُ الشیخ الأعظم رحمه الله بوجوه:

منها: لا يجوز التمسک بأصالة بقاء سلطنة مالک العين الموجودة لأجل جواز جوعه فيها لأنّ هذا الأصل يقتضى جواز رجوع مالک العين التالفة فى مثلها أو قيمتها أعنى اشتغال ذمّة من بيده تلف المال و التالى باطل إجماعا فالمقدَّم مثله.

هذا مع الاْءِغْماضِ عن اقتضاء المعاطاة للملكية و لو آنا ما قبل التلف - كما هو مختار الشيخ الأعظم رحمه الله فى جواب الشيخ جعفر قدس سره - و إلاّ ينقلب التمسک بأصالة بقاء سلطنة المالک

ص:١٥٢

كما هو الواضح.

و منها: اليد الموجودة فى المُعاطاةِ يَدُ ضَمانٍ - حتّى على القول بأنّها تفيد الإباحة - لأنّ الاخذ و الإعطاء فيها ليسا بمجانيين، نعم إنّما الكلام فيها بعد تلف العينين أو إِحْدَيْهِما فى الضمان الحقيقى - أى المثل أو القيمة - أو الضمان الجعلى و المسمى - أى العين الموجودة - كما اعترف به الشيخ الأعظم فى كلماته الأخيرة.

فليعلم بأنّ اليد فى موردين لم تكن يد ضمان:

أوّلهما: أن يسلط المالک غيره فى التصرف على ماله مجانا، فتلف المال عند المتصرف، الوجه فى عدم الضمان حينئذ لأنّ المالک قد أجاز التصرف فى ماله بلاعوض.

ثانيهما: أن تكون اليد يد أمانة - بلافرق بين الأمانة الشرعية و الأمانة المالكية - لأنّهُ ليس على الأمين سبيل فليست يده يد ضمان.

و من المعلوم أنّ اليد فى المعاطاة ليست من أحدالموردين.

و منها: ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى حكومة أصالة بقاء سلطنة مالک العين الموجودة

على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة و هذه الحكومة يمكن أن تقرر بوجهين:

الأوّل: ما ذكرناه فى توضيح كلام الشيخ الاعظم بأنّ الشک فى ضمان المثل أو القيمة و عدمها مسبب عن الشک فى بقاء سلطنة مالک العين الموجودة و عدمها، و من المعلوم حكومة الأصل السببى على الأصل المسببى.

و يرد عليه: حكومة الأصل السببى على الأصل المسببى إنّما تتم فيما إذا كان ارتفاع ضمان المثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعية للأصل السببى، و من الواضح عدم ثبوت ضمان المثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعية لأصالة بقاء سلطنة مالک العين الموجودة، بل من لوازمه العقلية لوجود الملازمة الخارجية بين جواز رجوع مالک العين الموجودة فيها و جواز رجوع مالک العين التالفة فى بدلها الواقعية. فالحكومة الواردة فى كلام الشيخ الأعظم

ص:۱۵۳

لا تتم.

الثانى: المراد بأصالة بقاء سلطنة مالک العين الموجودة هى استصحاب ملكيته على عينه و المراد بأصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة هى جريان الْبَراءَةِ عن اشتغال ذمّة التالف، و من البديهى حكومة دليل الاستصحاب على دليل الْبَراءَةِ. لارتفاع موضوع الْبَراءَةِ بجريان الاستصحاب.

و يرد عليه: نعم، دليل الاستصحاب يكون حاكما على دليل الْبَراءَةِ، أمّا إذا كان مجراهما واحدا و على فرض بقدر المجرى فكلّ يجرى فى مجراه و ما نحن فيه من قبيل الثانى لأنّ جريان استصحاب ملكية مالک العين الموجودة لم يثبت شرعا اشتغال ذمّته بالمثل أو القيمة، لأنّ اشتغال الذمة يعدّ من الْلَوازِمِ العقلية لهذا الاستصحاب لأنّه يثبت بالملازمة الخارجية بين جواز رجوع المالكين. فحينئذ تقديم الاستصحاب على البرأة هنا لتعدد المجرى يحتاج إلى حجية الأصل المثبت.

مضافا إلى تبديل بَراءَةِ الذمة عن الاشتغال بالمثل أو القيمة باستصحاب عدم اشتغال الذمة قبل التلف و كذا بعده مادام لم يقصد الرجوع، فحينئذ لايقدم أحد الاستصحابين على الآخر فيتعارضان و يتساقطان و بعد يرجع إلى أصالة الْبَراءَةِ.

هذا بعض المناقشات الواردة على الشيخ الأعظم رحمه الله و هى مأخوذة من كلام المحقّق السيّد الخوئى(١) قدس سره .

و منها: تلف بعض العينين أو بعض إحدى العينين

قال المحقّق الكركى: «و يكفى [فى اللزوم] تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترادّ فى الباقى، إذ هو موجب لتبيعض الصفقة و للضرر، و لأنّ المطلوب هوكون إحداهما فى مقابل

١- (١) مصباح الفقاهة ٢/(٢٠٦-٢٠٢).

الأُخرى»(١).

و نحوها فى صيغ العقود(٢) و حاشية الإرشاد(٣) له أيضا. و تبعه الشهيد الثانى فى الروضة(٤).

و تبعهما الشيخ جعفر قدس سره و قال: «إنّا نعلم مِنْ تتبّع كلمات القوم و النظر إلى السيرة القاطعة أنّ الجواز مشروط بإمكان الردّ و بالخلوّ عن الضرر المنفى بحديث الضرار فلو تلف كلّ أو بعض منه، أو من فوائده بتصرّف بعين أو منفعة من ركوب أو سكنى أو حرث أو دخول فى عمل و نحوها، أو بيع أو إجارة أو زراعة أو مساقاة و نحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعا، أو بإتلاف أو تلف سماوى، تعذّر الردّ و لم يتحقّق مصداقه، و لو صدق فى البعض امتنع أيضا مع حصول الضرر بالتبعيض.

و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطة أو صبغ و نحوها، لو دخل تحت الردّ جاءَه ثبوت الضرر غالبا بتبديل الأُوصاف و اختلاف الرغبات.

نعم، لو بقى الشيء على حاله وزاده حسنا بصقل أو إخراج غبار و رفع و سخ و نحوها لم يكن فيه ذلک.

و أمّا المزج على وجه لا يتميّز فلا يمكن الردّ بعينه، و قبول الجميع فيه منّة، و دخول مال الغير فى ماله، من غير فرق بين الأجود و مقابلاته»(٥).

ولكن ناقشهم الشهيد الثانى نفسه فى المسالک و قال: «و فيه نظر، فإنّ تبعض الصفقة

١- (١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

٢- (٢) صيغ العقود، المطبوعة فى رسائل المحقّق الكركى ١٧٨/١.

٣- (٣) حاشية إرشاد الأذهان /٣٣٤ قال فيها: «فلا حاجة إلى تلف العين بل يكفى تلف البعض».

٤- (٤) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

٥- (٥) شرح القواعد ٢٩/٢.

لا يوجب بطلان أصل المعاوضة، بل غايته جواز فسخ الآخر فيرجع إلى المثل أو القيمه كما فى نظائره، و أمّا الضرر الحاصل من التبعيض المنافى لمقصودهما من جعل إحداهما فى مقابلة الأُخرى فمستند إلى تقصيرهما فى التحفظ بإيجاب البيع، كما لو تبايعا بيعا فاسدا. و يحتمل

حينئذ أن يلزم من العين الأُخرى [ما] فى مقابلة التالف و يبقى الباقى على أصل الإباحة بدلالة ما قدمناه»(١).

و قال فی الحدائق بعد نقل هذا المقال من ثانی الشهیدین: «و هو جید بناءً علی قواعدهم»(۲).

و فی الجواهر نقل کلام الشیخ جعفر بطوله وردّ علیه بقوله: «و لا یخفی علیک مواقع النظر فی کلامه بعد الإحاطة بما ذکرناه و حدیث الضرار لو قضی بذلک لقضی به فی الخیار کما أنّه لا سیرة معتدّ بها فی إثبات أکثر هذا الأحکام أو جمیعها، و لم یصدر من المتعاملین سوی قصد البیع علی نحو غیره من البیوع، فلا بناء للمعاملة علی شیء من ذلک، و إصالة اللزوم بعد فرض انحصار دلیلها فی آیة «اوفوا» المعلوم عدم صدقها علی ما نحن فیه کما صرح به الکرکی و علیه بنی ثبوت الجواز فی هذا البیع لا وجه لها. علی أنّ المتجه بعد ثبوت الجواز استصحابه حتّی یحصل المخرج، فکل ما شک فی ارتفاع الجواز معه کان مقتضی الاستصحاب المزبور ثبوته.

اللهم إلاّ أن یقال: أنّه یکفی فی اللزوم استصحاب الملک الذی قد فرض ثبوته، إنّما یخرج عنه بالمتیقن و هو مع بقاء العین بحالها، فکلّ ما شک حینئذ فی الجواز معه کان مقتضی الاستصحاب المزبور اللزوم فیه، إلاّ أنّه هو أیضا کماتری محلّ للنظر و المنع کما تقرر فی

۱- (۱) المسالک ۱۴۹/۳.

۲- (۲) الحدائق ۳۶۳/۱۸.

نظائره»(۱).

أقول: مع قطع النظر عن المناقشات الواردة علی کلمات القوم فی طرفی المسألة، بناءً علی أنّ المعاطاة تفید الملک تجری أصالة اللزوم لأنّ المتیقن من الإجماع علی الجواز هو إمکان ترادّ العینیین، و الاجماع دلیل لبّیٌّ یؤخذ بالقدر المتیقن منه و هو ترادّ العینیین، و فی غیرها یحکم بأصالة اللزوم.

و بناءً على أنّها تفيد الملكية الجائزة أو المتزلزلة - على القول بها - فيحكم بالجواز فى الفرضين، لأنّ القدر المتيقن من تبديل هذه الملكية الجائزة باللازمة هما صورتا تلف العينين أو تلف إحْداهُما و أمّا الفرضانِ الْخارِجانِ عن الصورتين فيحكم فيهما بالجواز.

و أمّا بناءً على القول بأنّ المعاطاة تفيد إباحة مالكية فتجرى قاعدة سلطنة الناس

على أموالهم و ثبت الجواز بها.

و على القول بأنّها تفيد إباحة شرعية لا تجرى قاعدة السلطنة لأنّها محكومة بدليل الإباحة الشرعية و يجرى استصحاب الاباحة و نتيجتها هى اللزوم.

و من البديهى فى موارد الجواز أنّهُ يمكن الترادّ ولكن بالنسبة إلى العين التى تلف بعضها مع زيادة الأرش و جبران النقيصة أو الرجوع إلى المثل أو القيمة.

و منها: كون أحد العوضين دَيْنا

اشارة

إذا كان زيد مديونا لعمرو بألف ريال ثمّ اشترى عَمْروٌ منه سِجّادا بألف ريال بالمعاطاة، يترتب عليه فراغ ذمّة زيد عمّا اشتغلت به لعمروٍ و حينئذ تصير المعاطاة لازمة من أوّل تحققها لعدم إمكان الترادّ الذى هو موضوع الجواز.

و لذا قال الشهيد فى الدروس: «و من المعاطاة أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافقه عليه

١- (٣) الجواهر ٢٣٧/٢٢ و ٢٣٦.

من غير عقد، ثم تهلک عند القابض فيلزم الثمن المسمى و شبهها اقتضاء المدين العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاک، و إلاّ فله سعر يوم القبض و لا يحتاج إلى عقد، و ليس لهما الرجوع بعد التراضى»(۱).

و كذا جعل فى قواعده(۲) الإبراء مردّدا بين الإسقاط و التمليک.

أقول: قبل الشرُوْعِ فى بحث اللزوم لابدّ من البحث عن صحة هذه المعاطاة فلذا على القول بصحة المعاطاة فى الإعطاء من طرف واحد الأمر واضح و يحكم بصحتها، و أمّا على القول بعدم كفاية الإعطاء من طرف واحد فَيُحْكَمُ بصحتها أيضا لأنّ الدين بمنزلة المقبوض فلا يحتاج إلى القبض ثانيا.

ثم وقع الخلاف فى بيع الدين على مَنْ هو عليه كبيع من ينعتق عليه بعد الاتفاق على حصول الْبَراءَةِ للذمّة فى الأوّل، و الانعتاق فى الأخير، فى أنّ المبيع أعنى الدين فى الأوّل و العبد فى الثانى يتلف على المشترى بنفس إنشاء البيع و المُنْشأ و كانت ملكية الدين لم-نْ هو عليه و العبد لمن ينعتق عليه لا تنتج إلاّ نتيجة التلف، أو أنّ الدين أو العبد ينتقلان إلى المشترى و يدخلان فى ملكه آنا ما ثمّ يتلفان عليه بسقوط الدين و بانعتاق العبد.

و منشأ القول الأوّل: فى باب الدين هُوَ لأجل استحالة أن يسلط الانسان على نفسه بمال و يملک على نفسه شيئا لعدم صحة اعتبار مال الانسان على نفسه عند العقلاء أو

لأنّه قد مرّ منّا فى أوّل البيع بأنّ كلّ أحد مالک لذمّته و ما فيها بالملكيّة الذاتية التكوينية كما يملک أعضاءَهُ و جوارحه، لا بالملكية الاعتبارية العرضية كما يملک الأموال و مع حصول الملكية الذاتية التكوينية يَكُوْنُ جَعْلُ الملكيّةِ الاعتبارية العرضية لغوا - كما عليه المحقّق

١- (١) الدروس ١٩٢/٣.

٢- (٢) القواعد و الفوائد ٢٩١/١ للشهيد و نقل عنه الشيخ فى المكاسب ٩/٣.

السيّد الخوئى(١) قدس سره و سيأتى الاشكال فيه فى الفرق بين الذمّة و ما فيها - و إذا ورد الدليل على صحة بيع الدين عليه فيصير مآلُهُ إلى إبراء ذمته عن الدين بالعوض أو سقوطه كذلك، لا صيرورته مالكا لما فى ذمّته، و كذا فى بيع من ينعتق عليه يُقيم الدَّلِيْلَيْنِ:

الأوّل منهما: يدلّ على أنّ الأنسان لا يملك عموديه.(٢).

و الثانى منهما: يدل على انعتاقهما عليه بعد البيع.(٣)

و الجمع بينهما يقتضى كون البيع لا ينتج إلاّ الانعتاق على البائع من دون تحقق ملك للمشترى أصلاً.

و منشأ القول الثانى: فى باب الدين فلأنّ المانع عن اعتبار المال للإنسان على نفسه إنّما يمنع عن اعتباره على نحو الاستمرار، و أمّا اعتباره لما ثبت فى ذمّته عن الغير ملكا يترتب عليه الإبراء لا ملكا مستقرا، فلا مانع عن اعتباره، و أمّا فى باب العتق فلأنّ الدليل على عدم ملكية العمودين أيضا إنّما يمنع عن الملك المستقَر لا الملك المترتب عليه العتق.

قد اختار الشيخ الأعظم(٤) و تبعه المحقق النائينى(٥) رحمه الله القول الثانى، و لكن يظهر ممّا ذكرنا بالنسبة إلى باب الدين و بيعه عدم الفرق بين استحالة أن يسلط الأنسان على نفسه بمال استمرارية أو ابتدائية، أو أنّ كلّ انسان يملك ذمّته بالملكية الذاتية التكوينية، لا الملكية الاعتبارية العرضية، فحينئذ جعل الملكية الاعتبارية العرضية بالنسبة إلى الذمة تكون لغوا حتّى إذا كانت على نحو الملكية الابتدائية لا الاستمرارية التى لا يترتب عليه إلاّ الإبراء -

١- (١) مصباح الفقاهة ٢٠٧/٢.

٢- (٢) راجع وسائل الشيعة ١٨/٢٣، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

٣- (٣) راجع وسائل الشيعة ١٨/٢٣، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

٤- (٤) المكاسب ٩٨/٣ قال: «يملكه من فى ذمته فيسقط عنه».

٥- (٥) المكاسب و البيع ٢٤٢/١.

على مبنى المحقق السيّد الخوئى رحمه الله كما مرّ.

فَالْقَوْلُ المختار بالنسبة إلى هذا الباب هو القول الأوّل و وافقنا المحقّق العراقى(١) رحمه الله و

أمّا بالنسبة إلى باب العتق فالظاهر تمامية اختيار المحقّق النائينى لأنّ ظاهر الجمع بين الدليلين الماضيين بانضمام ما دلّ على أنّه لا عتق إلاّ فى ملك، بل ورد فى صحيحة منصور بن حازم: «لا عتق قبل الملك»(٢) هو حدوث الملك آنا ما للمشترى ثمّ الانعتاق عليه.

هذا التفصيل هو مختارنا فى المقام و الذى يسهل الخطب هو التنبيه على عدم ترتب ثمرة عملية فى البابين - أى الدين و العتق - لأنّ الْقَوْلَيْنِ يذهبان إلى سقوط الدين و انعتاق العمودين.

ثم يقع الكلام فى أنّ هذا التلف الشرعى - أى سقوط الدين - هَلْ هُوَ كالتلف التكوينى الخارجى يكون من ملزمات المعاطاة أم لا؟

فلذا نقول بناءً على القول بالملك يكون التلف الشرعى الاعتبارى كالتلف الخارجى التكوينى، لأنّ على القول بالملك تكون المعاطاة لازمة إلاّ فى فرض كون العوضين عينين و امكان الترادّ ففى هذا الفرض تكون جائزة إجماعا و فى فرض كون أحدهما دينا، و مع التلف الشرعى الاعتبارى لا يمكن الترادّ فتخرج المعاطاة من تحت فرض الجواز و تكون لازمة.

و بما ذكرنا يظهر أنّه إذا كان أحد العوضين دينا و لو كان على ذمّة غير المتعاطيين تكون المعاطاة لازمة.

و أنّه ليس اللزوم فيها متوقفا على القول الثانى فيما مرّ - مِنْ صيرورة الدين ملكا لمن هو عليه ثم تلف عليه كما هو مختار الشيخ الأعظم و تبعه المحقّق النائينى - بل على القول

١- (٦) حاشية المكاسب /١٥١ لآية اللّه الميرزا ابوالفضل النجم آبادى رحمه الله من تقرير أبحاث المحقّق العراقى رحمه الله .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٥/٢٣، ح١، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق.

المختار و هو سقوط الدين بنفس حدوث المعاطاة من دو ن وساطة الملكية - أيضا يجرى، فعليه ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره من قوله: «فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمّته فيسقط عنه»(١) كما مرّ هو اختيار الشيخ فى المقام لا ابتناء المسألة عليه.

و ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله من قوله: «الظاهر أنّه فى حكم التلف»(٢) أىّ أنّ سقوط الدين فى حكم التلف الخارجى التكوينى من جهة إيجاد اللزوم فى معاطاة العينين غير تام لأنّ نفس وجود الدين فى طرف المعاطاة يخرجها من فرض الجواز، نعم، التساوى بين التلفين و عدم إمكان التراد يؤيد هذا الخروج.

و أمّا التَّعْلِيْلُ الوارد فى كلامه قدس سره من قوله: «لأنّ الساقط لا يعود و يحتمل العود، و هو

ضعيف»(٣) لا يتم عندنا لإمكان عوده بالإقالة و الفسخ، قال شيخنا الاستاذ قدس سره : «لأنّ عود ما على الذمة إليها فى بعض الموارد شاهد قطعى لإمكانه، كما إذا باع المديون لآخر بعشرة دنا نير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمّته من العشر و خياطة ثوبه المعين، فأخذ المشترى المتاع و سلم

الألف وَ أَبْرَاءَهُ عن العشر ولكن امتنع عن خياطة الثوب فإنّه لا ينبغى الريب فى أنّ للبائع خيار تخلف الشرط و إذا فسخ يعود العشر إلى ذمّته، و هذا عود بعد السقوط.

و الحاصل، أنّه لا يمكن قياس عود المال إلى الذمّة بعود الشىء الخارجى بعد صيرورته معدوما و يقال بأنّ الشىء لو كان عوده بشخصه الأوّل لزم تخلل العدم فى الوجود الواحد، و لو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأوّل، و الوجه فى الفرق أنّ ثبوت المال على الذمّة اعتبار يتعلق بالطبيعى و يمكن اعتباره ثانيا بنحو لا يكون بينه و بين

١- (٢) المكاسب ٩٨/٣.

٢- (٣) المكاسب ٩٨/٣.

٣- (١) المكاسب ٩٩/٣.

الطبيعى الأوّل ميز أصلاً»(١).

لا يقال: أنتم ذهبتم إلى القول بالملكية الذاتية الحقيقية بالنسبة إلى الذمّة لكلّ أحد فكيف تذهبون إلى ما ذكره شيخكم الأُستاذ قدس سره من «أنّ ثبوت المال على الذمة اعتبار يتعلّق بالطبيعى و يمكن اعتباره ثانيا الخ»، و الجمع بين الملكيتين الحقيقية و الاعتبارية لا يمكن! فكيف ذهبتم إلى هذا الجمع؟!

لأنّا نقول: هناک شيئان لابدّ بأنّ يفرق بينهما:

الأوّل: الذمّة لكلِّ أحد و تكون ملكيتها على نحو الملكية الحقيقية.

الثانی: ما فی الذمة و علیها و تکون ملکیته غالبا علی نحو الملکیة الاعتباریة کعشرة دنانیرَ أوْ مَنٍّ من الحنطة، و ناهیک غالبا - لا دائما - لأنّه ما فی الذمة قد یکون ملکیته علی نحو الملکیة الحقیقیة نحو: بیع اختراع أخترعتُهُ أو کتاب ألّفتُهُ أو مقالة قُلْتُها أو بَدائع فِکَرٍ أبدعتُها. و علی ما سردناه علیک یمکن لک التمییز بین الذمّة و ما فیه و تعلّق الملکیة بقسمیها علیهما بل علی ما فی الذمة.

و نضرب لک مثلاً حتّی تکون علی بصیرة من الأمر نحو العلم و المعلوم، العلم یکون من الأشیاء الحقیقیة و یکون متّحدا مع ذات العالم، ولکن المعلوم کما یمکن أن یکون من الأشیاء الحقیقیة کالنفس و خالقها و رسول الخالق کذلک یمکن أو یکون من الأشیاء

الاعتباریة کالقوانین الموضوعة فی الممالک و نحوها، و مع ذلک لا تنافی أن یکون متحدا مع العالم و علمه.

و بما ذکرنا یظهر ضعف ما ذکره المحقّق الأصفهانی قدس سره من قوله: «أنّ الذمة المطلقة لا معنی لها، فإنّها لیست من الأُوعیة و الظروف بل هی نحو ثبوت الشیء اعتبارا، فشخص

۱- (۲) إرشاد الطالب ۹۳/۲ و ۹۲.

الذمّة یتشخص بأطرافها و هی من له و من علیه و ما فیها، و لیس هی علی اعتباریتها بأعظم من العلم الذی یتشخص بالعالم و المعلوم بذاته»(۱).

و ضعف ما ذکره المحقّق الخراسانی رحمه الله من قوله: «لا یکاد یعود نفس الساقط حقیقة لإمتناع إرادة المعدوم، لکنّه لا یختص بالساقط، بل الملکیة الزائلة عن العین الموجودة، کذلک لاتعود لذلک، و إعادة مثله کما فی الملکیة بمکان من الإمکان، فالعمدة مع الشک هو إصالة عدم العود، و

عدم زوال ملكه عمّا انتقل إليه بعوض الدين، و لا استصحاب للجواز هيهنا، ليحكم عليها كما لا يخفى»(۲).

فذلكة القول فى المقام

لعلّ أجلى ما يكشِفُ عَنْها هُوَ بيان المؤسّس الحائرى قدس سره - و هو أحسن مقال، بل تحقيق القول فى المقام - قال: «قد يبحث عن جواز و لزوم هذا القسم من المعاطاة من جهة القواعد و قد يبحث عنهما من جهة إمكان الترادّ و عدم إمكانه.

أمّا الكلام فى الأوّل: فهو أنّه لا شک أنّ القدر المتيقن من الخروج عن تحت قاعدة اللزوم هو صورة كون العوضين عينين، فتبقى صورة كون أحدهما دينا تحت القاعدة من أوّل الأمر.

أمّا الكلام فى الثانى: فهو أنّه كما يمكن نقل السلطنة على الدَّيْن من الدائن إلى المديون، كذلک يمكن نقلها من المديون إلى الدائن ثانيا، فليس دَينيّة العوض كتلفه، فأصالة الجواز - لو لا العمومات - ثابتة، لثبوت موضوعها، لا أنّها منفية لانتفائه»(۳).

و أمّا بناءً على القول بالإباحة: فَقَدْ قال الشيخ الأعظم قدس سره : «و الظاهر أنّ الحكم كذلک

۱- (۱) حاشيته على المكاسب ۲۲۲/۱.

۲- (۲) حاشية المكاسب /۲٤ للآخوند الخراسانى رحمه الله .

۳- (۳) كتاب البيع ۱۲۰/۱ بقلم مقرره شيخنا آية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

على القول بالإباحة، فافهم»(۱).

مراده قدس سره أنّه يوجب سقوط الدين لا أنّه يوجب اللزوم كما فى القول بالملک، لأنّ «إباحة الدين على من عليه الدين لا يقعل لها معنىً إلاّ سقوطها» كما ذكره المحقّق الخراسانى رحمه الله (٢).

و قد نبّه على تشابه سقوط الدين فى القولين لا اللزوم المحقّق الإصفهانى رحمه الله فى حاشيته على المكاسب قال: «ليس غرضه [أى غرض الشيخ الأعظم] رحمه الله : أنّ الحكم هو اللزوم على القول بالإباحة، فإنّ كون الإباحة مفيدة للسقوط لا يوجب كون السقوط بأعظم من التلف، مع أنّه لا لزوم عنده قدس سره على القول بالإباحة فى صورة التلف الحقيقى لجريان أصالة السلطنة فى طرف العين الباقية، و الرجوع بالبدل الواقعى فى طرف العين التالفة، فكيف بما هو فى حكم التلف. بل غرضه رحمه الله أن جعل الدين عوضا على الإباحة يوجب السقوط، كما أنّه يوجبه على القول بالملک، حيث لا معنى لإباحة الدين إلاّ الإبراء و الإسقاط...»(٣).

و تبعه تلميذه المحقّق السيّد الخوئى(٤) رحمه الله .

نعم، يمكن القول باللزوم حتّى على القول بالأْءباحَةِ فى المقام لأنّ «الإباحة تثبت فى المعاطاة بالإجماع و السيرة و من الظاهر أنّ الإباحة فى مقابل الملک لا معنى لها فى المقام فيكون الإجماع و السيرة فى ساير الموارد و يثبت الملک فى المورد من الأوّل كما هو مقتضى

١- (٤) المكاسب ٩٩/٣.

٢- (١) حاشيته على المكاسب /٢٤.

٣- (٢) حاشيته على المكاسب ٢٢٢/١.

٤- (٣) مصباح الفقاهة ٢٠٧/٢.

حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقد». كما عليه شيخنا الأُستاذ(١) قدس سره تبعا لأُستاذه المحقّق السيّد الخوئى(٢) رحمه الله و لعلّ الشيخ أشار إلى هذا بقوله فافهم فى آخر كلامه.

و أمّا على القول بأنّ الحكم على القول بالإباحة أيضا هو اللزوم كما فى القول بالمک فيمكن أن يشير أمر الشيخ بالتفهّم إلى الجواز لجريان قاعدة السلطنة و لذا قال الفقيه اليزدى: «حاله حال تلف إحدى العينين على القول بالإباحة، فيمكن الحكم بالجواز لقاعدة السلطنة بالنسبة إلى العوض الموجود، و لعلّه إليه أشار بقوله «فافهم»»(٣).

و منها: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز

عدّه المحقّق الثانى من ملزمات المعاطاة و قال: «... بل تعذّر الرد بعقدٍ لازمٍ كبيع و وقف و نحوهما»(٤).

و هكذا عدّه من ملزمات المعاطاة فى الميسية.(٥)

و قال ثانى الشهيدين: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازما كالبيع و الهبة بعد القبض و الوقف و العتق فكالتالف و إن كان جائزا كالبيع فى زمن الخيار فالظاهر أنّه كذلک لصدق انتقال الملک عنه فيكون كالتلف»(٦).

و نحوها فى الروضة.(٧)

و قال الشيخ جعفر: «أنّه لا ريب و لا خلاف فى أنّ المعاطاة تنتهى إلى اللزوم و أنّ

١- (٤) إرشاد الطالب ٢/٩٣.

٢- (٥) مصباح الفقاهة ٢/٢٠٨.

٣- (٦) حاشيته على المكاسب ٣٩٩/١.

٤- (١) حاشية الإرشاد /٣٣٤.

٥- (٢) الميسية، مخطوطة، و نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٠٧/١٢.

٦- (٣) المسالک ١٥٠/٣.

٧- (٤) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

التلف الحقيقى أو الشرعى - بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معا - باعث على اللزوم و كذا للواحد منهما. و احتمال العدم فيه و فى الناقل الشرعى فى حكم العدم... فلو خرج عنه و لو بعقد جائز دخل فى حكم آخر»(١).

و قال الفاضل النراقى: «و لو لم تتلف العين ولكن وقع التصرف فيها، فإن كان بنقل الملک اللازم فكالتلف لأنّه سلّطه على ذلک. و إن كان بالمتزلزل فيحتمل اللزوم أو الإلزام بالاسترداد أو بالمثل أو القيمة»(٢).

أقول: التصرفات الواقعة على العينين من المتعاطيين إذا كانت متوقفة على الملک بلا فرق بين التصرفات الخارجية كالوط ء و بين التصرفات الاعتبارية، و الأخير منها بلا فرق بين الإيقاعات كالوقف و العتق و العقود، و الأخير منها بلا فرق بين العقود غير المعاوضية كالهبة و العقود المعاوضية، و الأخير منها بلا فرق بين أن يَقَعَ على الأعيان كالبيع و الرهن و أن يَقَعَ على المنافع كالإجارة. و بلا فرق بين أن يكون التصرف ناقل العين كالبيع و أن يكون غير ناقل للعين كالوديعة و العارية، فكلّ ذلک موجب لسقوط الردّ و لزوم المعاطاة.

و سواء فى ذلک كلّه العقد اللازم أو الجائز، و العقد باللفظ و الصيغة أو بالعمل و المعاطاة، فَسَخَ العقد بخيار أو إقالة أم لا، عاد العين إلى مَنْ انتقل عنه بمعاوضة أُخرى أم لا، و

فى المعاطاة بلا فرق بين قولى الملک و الاباحة.

و الوجه فی ذلک أنّ جواز المعاطاة مشروط ببقاء العین بعینها و عدم خروجها عن ملکه، و عدم تصرفات المالکیّة فیها و کلّ ذلک یکون من التصرفات المالکیّة أی لا تجوز هذه التصرفات إلاّ من المالک، و إذا تصرّف فی العین بهذه التصرفات المالکیّة و لا یمکن

١- (٥) شرح القواعد ٢٨/٢ و ٢٩.

٢- (٦) مستند الشیعة ٢٦١/١٤.

الترادّ فتصیر المعاطاة لازمة.

أمّا علی القول بالملک لأنّ القدر المتیقن من الجواز الثابت بالإجماع هو عدم التصرفات المالکی و معها تخرج المعاطاة من القدر المتیقن و فیحکم بلزومها.

و علی القول بالإباحة لأنّ الجواز مشروط ببقاء العین بعینها و مع هذه التصرفات یفقد الشرط بل أنّها فی حکم التلف کما اعترف به الشیخ الأعظم(١) رحمه الله فیحکم بلزومها.

و بعد الحکم بلزومها فإنّ رجوع العین إلی المتعاطی بالفسخ أو الإقالة أو معاوضه أُخری لا یخرجها عن اللزوم لأنّ بعد خروج المعاطاة عن الجواز إلی اللزوم، رجوعها مجددا إلی اللزوم یحتاج إلی دلیل و هو مفقود.

و لا فرق فی ما ذکرناه بین عقدی اللازم و الجائز لأنّ بعد هذا التصرف المالکی لم تبق العین بعینها فتصیر المعاطاة لازمة، و کذا لا فرق بین العقد بالصیغة و المعاطاة لما ذکرنا.

و کذا لا فرق بین التصرفات الناقلة للعین و غیر ناقلة لها کالإجارة و العاریة و الودیعة، لأنّ الأخیر أیضا من التصرفات المالکیّة فی العین و الفرق بین العین التی عقد علیها هذه العقود و غیرها واضح

فلم تبق العين بعينها و لذا صار المعاطاة بها لازمة خلافا للمحقّق النائينى(۲) رحمه الله حيث أنّه يرى فى التصرفات غير الناقلة بقاء العين على حالها.

و كذا لا يجرى استصحاب جواز الرد الثابت قبل العقد للقطع بانقطاعه بالعقد فموضوعه معدوم، لا أنّ «الموضوع غير محرز»(۳) كما عليه الشيخ الأعظم رحمه الله و بما ذكرنا يظهر جواب السيّد الحكيم رحمه الله من بناء قول الشيخ على «أنّ المرجع فى تعيين موضوع

۱- (۱) المكاسب ۹۹/۳.

۲- (۲) منية الطالب ۲۰۷/۱.

۳- (۳) المكاسب ۹۹/۳.

الاستصحاب الدليل لا العرف و مع إجمال الدليل لا يحرز موضوعه»(۱)، مع أنّ العرف أيضا لا يرى فى المقام وحدة الموضوع فى القضيتين.

و العجب من شيخنا الأُستاذ قدس سره حيث يقول: «المستصحب جواز الترادّ وضعا أى نفوذ الترادّ و صحته، و عدم إمكان الترادّ قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز»(۲). و لعلّه قدس سره تنبّه على عدم تمامية كلامه فذكر بعده إشكال الشيخ الأعظم بأنّ الموضوع غير محرز فى الاستصحاب و لم يرد عليه.

نعم، يمكن جريان الاستصحاب التعليقى - على القول به - بأنّ استحقاق أخذ العين عند كونها فى ملك الطرف المقابل كان ثابتا و هذا الاستحقاق التعليقى مستمر حتّى عند كون العين خارجة عن الملك و أثره أنّها إذا رجعت إلى الملك صار مستحقا كما فسره فى المقام المحقّق الإيروانى(۳) و العمدة عدم جريانه.

و أعجب منه مقالة المحقّق الخراسانی(٤) رحمه الله حیث جمع بین جواز رجوع المالک الاوّل الذی هو من المتعاطیین فی الهبة التی و هبها المتعاطی الآخر، و بین عدم جواز ردّه للمعاطاة، و کذا حکم بإمکان الجمع بین العوضین فی ید المالک الأوّل أحَدَهُما بالمعاطاة و الأْخَرْ بالرجوع فی العین الموهوبة، و لا یخفی ما فی کلیهما من التأمل.

و قد ناقشه تلمیذاه المحققان النائینی(٥) و الإصفهانی(٦) رحمهماالله .

١- (٤) نهج الفقاهة /١٤٣ طبع عام ١٤٢١ق.

٢- (١) إرشاد الطالب ٩٣/٢.

٣- (٢) حاشیته علی المکاسب ٨٨/٢.

٤- (٣) حاشیة المکاسب /٢٥.

٥- (٤) منیة الطالب ٢١٢/١.

٦- (٥) حاشیته علی المکاسب ٢٢٦/١.

و کذا لا ینقضی تعجبی ممّا نسب إلی المحقّق العراقی رحمه الله من أنّه بنی کلام الشیخ «ولو عادت العین بفسخ ففی جواز التراد... و عدمه... و جهان أجودهما ذلک»(١) علی إصالة اللزوم و قال: «و أمّا بناءً علی ما اخترناه من إصالة الجواز، فلا ریب فی جواز الترادّ لأنّ الخروج عن الملک إنّما یمنع جواز الرجوع من جهة فقد الموضوع لا لضعف فی سلطنة الارتجاع، فإذا عادت العین إلی ملکه عادت سلطنة الارجاع علیها لأنّها عین ما ملکه الباقی، مع بقاء سلطنة الارتجاع إنّما منع عن فعلیتها خروجها عن ملکه، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضی أثره»(٢).

و الوجه فیه: بعد الحکم علیها باللزوم من أیّ جهة کانت، رجوع حکم الجواز علیها بأیّ وجه کان یحتاج إلی دلیل وَ هُوَ مفقود، مع الاعتراف بأنّ «الملک الحاصل بالفسخ لا یعقل أن یکون شخص

الذى زال بل هو شخص آخر» كما عليه المحقّق الإيروانى(۳) رحمه الله فالحكم بلزومه يحتاج إلى دَلِيْلٍ.

و منها: لو باع العين ثالثٌ فضولاً

تارة أجاز البيع المالک الأوّل الأصلى الذى منه ينتقل العين بالمعاطاة إلى الثانى، و اُخرى أجازه المالک الثانى الذى تنتقل العين إليه، و الإجازتان تأتيان على قولى الملک و الإباحة فتصير الفروع أربعة:

الأوّل: أجاز المالک الأوّل على القول بالملک.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله : «لم يُبعد كون إجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته

۱- (٦) المكاسب ۹۹/۳.
۲- (۷) حاشية المكاسب /۱۵۲ من تقرير المحقّق العراقى بقلم آية اللّه الشيخ الميرزا أبوالفضل النجم آبادى.
۳- (۱) حاشيته على المكاسب ۸۸/۲.

الناقلة»(۱).

مراده نفى البعد عن صحة بيع الفضولى حينئذ لأنّ المالک الأوّل بإجازته للبيع الفضولى فسخ المعاطاة، و صار بنفسه مالكا للعين و لذا إجازته تكون نافذة، و كذلک ردّه.

و أمّا وجه البعد فى كلامه رحمه الله يمكن أن يقدر بوجهين:

أ: عدم الدليل على كون الإجازة فسخا أو رجوعا، بخلاف التصرفات الناقلة من ذى الخيار، لأنّه قد ثبت الدليل على أنّها رجوع و الدليل هو الإجماع.

ب: أنّ الفسخ فى المعاملة المعاطاتية لابدّ أن يكون بترادّ العينين بخلاف الفسخ فى العقود، و من المعلوم إجازة بيع الفضولى ليس ردا للعين حتّى يصدق الترادّ.

ولكن يمكن أن يُناقَشَ الْوَجهان:

أمّا الأوّل: فإنّ التصرفات المنافية للمعاطاة تكون رجوعا عند العرف و فسخا عندهم. و أنت ترى بأنّهم لا يفرقون بين التصرفات الناقلة من ذى الخيار أو فى المعاطاة من أنّها رجوع فى الخيار أو المعاطاة و تكون ردّا لهما.

و أمّا الثانى: فإنّ المعتبر فى الفسخ هو إمكان الترادّ لا الترادّ الخارجى و فى إجازة بيع الفضولى توسط المالک الأوّل يمكن الترادّ بالرجوع إلى العين إن كانت موجودة أو المثل و القيمة إن كانت مفقودة.

الثانى: أجاز المالک الثانى على القول بالملک.

قال الشيخ الأعظم: «نَفَذَ بغير اشكال»(٢).

أقول: لأنّه مالک للعين حين وقوع العقد فينفذ إجازته و كذلک ردّه و تكون إجازته

١- (٢) المكاسب ١٠١/٣.

٢- (١) المكاسب ١٠١/٣.

كبيعه المباشرى ملزما للمعاطاة، و أمّا ردّه فليس إلاّ هدما للعقد الفضولى فلا تخرج المعاطاة من التزلزل إلى اللزوم. بخلاف إجازة المالک الاوّل أو ردّه لأنّهما منه کانا فسخا للمعاطاة و کاشفَيْن عن الرجوع فى المعاطاة بالدلالة الالتزامية.

الثالث: أجاز المالک المبيح على القول بالإباحة

على القول بالإباحة، العين باقية على ملک المالک الأوّل فينفذ إجازته و ردّه، و إجازته تکون رجوعا فى المعاطاة و تدلّ على فسخها، لعدم الفرق بين إجازته و بيعه المباشرى.

ثم هل يکون ردّه رجوعا عن المعاطاة أم لا؟ قد يقال: بأنّ ردّ العقد الفضولى لا يترتب عليه إلاّ بقاء ماله على ما کان عليه مملوکا له و هذا لا ينافى إباحته للمتعاطى فتبقى الإباحة على حالها.

ولکن ردّ المحقّق السيّد الخوئى هذه المقالة بقوله: «ولکن فى هذا خلطا بين المعاطاة المقصود بها الإباحة و بين المعاطاة المقصود بها الملکية مع ترتب الإباحة عليها بالتعبد، ففيما إذا أعطى المالک ماله و قصد به الإباحة لم يکن رد العقد الواقع عليها فضولاً رجوعا عن الإباحة بخلاف إجازته. و أمّا إذا أعطى ماله قاصدا به التمليک فهو أجنبى عن ذلک المال فى اعتباره، و الإباحة الشرعية مترتبة على هذا الاعتبار حدوثا و بقاءً، فمادام هذا الاعتبار کان باقيا فهو أجنبى عن المال، فليس له ردّ العقد الواقع عليه، فردّه يکشف بالدلالة الالتزامية عن رجوعه فى المعاطاة و إرجاع مملوکه إلى نفسه، فکان الرد کالإجازة فى أنّه يکون رجوعا عن المعاطاة»(۱).

الرابع: أجاز المباح له على القول بالإباحة

۱- (۲) مصباح الفقاهة ۲/۲۱۱.

إجازته نافذة و صح العقد الفضولى بها و كذلک صارت المعاطاة بها لازمة، لأنّ شأن الإجازة الصادرة منه شأن البيع الصادر منه و لذا توجب لزوم المعاطاة. و أمّا ردّه فلا يؤثر فى إبطلال العقد الفضولى، لأنّه ليس له إلاّ جواز التصرف فيها دون ردّ العقد الواقع

عليها.

و بعبارة اُخرى: مع ردّه لا يضاف العقد إليه و يجوز للمالک التصرف فى ماله بإجازته للعقد الفضولى و تكون هذه رجوعا عن المعاطاة.

و بالجملة يمكن التفصيل بين إجازة المباح له و ردّه بأنّ إجازته تصحح العقد ولكن ردّه لا يردّه خلافا للشيخ الأعظم(۱) و المحقّق النائينى(۲).

و قال الشيخ الأعظم قدس سره فى الصورتين الأخيرتين ما نصه: «و ينعكس الحكم إشكالاً و وضوحا على القول بالإباحة»(۳).

مراده: أنّ الاشكال يأتى فى الصورة الأخيرة و هى إجازة المباح له، و هو عبارة عن استدعاء نفوذ إجازته، الملكية آنا ما قبلها له و هذه الملكية أيضا لا تفيد على القول بأنّ الإجازة كاشفة و ليست بناقلة لأنّ الملكية آنا ما قبل الإجازة لا تصحح العقد الفضولى بناءً على أنّ الإجازة كاشفة - كما هو الصحيح - نعم تصححه بناءً على أنّ الإجازة ناقلة.

و جوابه: ترتب الإباحة على المعاطاة لم يدل دليل لفظى عليها بل هو مقتضى الإجماع المدّعى، و المتيقن منه هو ما قبل صدور العقد الفضولى المتعقب بإجازته، و فى غيره يتمسک بالاطلاقات الواردة و بها تثبت المليكة من حين صدور العقد.

هذا كلّه على مبنى القوم و إلاّ على القول المختار فى المعاطاة من أنّ المعاطاة بيعٌ بلا

١- (١) المكاسب ١٠١/٣.

٢- (٢) المكاسب و البيع ٢٥٧/١.

٣- (٣) المكاسب ١٠١/٣.

فرق بينها و بين البيع باللفظ، فالمال ينتقل إلى الثانى و له الإجازة أو الرد فى العقد الفضولى و ليس لغيره، فإذا أجاز نفذو و إن ردّ المال، فهو باق على ملكه.

ثم قال الشيخ الأعظم: «و لكلٍّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر»(١).

أقول: للمالک الأوّل ردّه - على قولى الملک و الإباحة - و ردّه رجوع فى المعاطاة.

و أمّا الثانى فله ردّه على القول بالملک لأنّه مالک و له الإجازة و الردّ، و أمّا على القول بالإباحة فردّه يرد انتساب العقد الفضولى إليه ولكن يمكن للمبيح أن يجوّز العقد و لو بعد ردّه و هذا الأخير هو الفارق بيننا و بين الشيخ الأعظم كما مرّ.

ثم قال الشيخ الأعظم: «لو رجع الأوّل فأجاز الثانى، فأن جعلنا الإجازة كاشفة لغى

الرجوع و يحتمل عدمه، لأنّه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعا»(٢).

أقول: لو رجع المالک الأوّل أو المبيح عن المعاطاة ولكن العقد الفضولى وقع قبل رجوعه ثم وقع الرجوع ثم أجازه الثانى فهل يؤثر الرجوع أو الاجازة؟

فليعلم بأنّ الفضولى قد يبيع الثمن و قد يبيع المثمن، و الرجوع قد يقع من البائع و الإجازة من المشترى و اُخرى بالعكس، فهذه أربعة فروع تارة وقع على القول بالملک و تارة وقع على القول بالإباحة فصارت ثمانية و الكل يقع على قولى الكشف و النقل فصارت ستةَ عشَرَ.

فی بعض الفروع لا بأس بالقول بالصحة نحو: إذا کان المبیع فضولاً هو المبیع معاطاة و الراجع هو المشتری و المجیز هو البائع، أو کان المبیع هو الثمن و الراجع هو البائع و المجیز هو

۱- (٤) المکاسب ۱۰۱/۳.

۲- (۱) المکاسب ۱۰۱/۳.

المشتری فلا إشکال فی نفوذ الإجازة و صحة العقد لأنّها تقع علی ملک مالکه، و بلا فرق بین قولی الملک و الإباحة و کذا بلا فرق بین قولی الکشف و النقل فی الإجازة، فهذا حکم ثمانیة فروع.

و بقیَت ثمانیة فروع محل البحث و هی: باع الفضولی المبیع فرجع البائع ثم أجاز المشتری، أو باع الفضولی الثمن فرجع المشتری ثم أجاز البائع علی قولی الملک و الإباحة و کذا علی قولی الکشف و النقل.

و أنت تری بأنّ لا فرق هنا بین قولی الملک و الإباحة و الحکم فیهما واحد ولکن الکلام کلّ الکلام یظهر فی الفرق بین قولی الکشف و النقل، لأنّه لو رجع الأوّل ثم أجاز الثانی فلو جعلنا الإجازة کاشفة - بمعنی عدم دخلها فی العقد لکون السبب التام هو العقد بحیث کانت الإجازة طریقا صِرفا إلی الواقع کالعلم کما یظهر من بعض نحو: سیّد الریاض(۱) و صاحب الجواهر(۲) - لغی الرجوع لوقوعه فی ملک الغیر ولو کان سابقا علی الإجازة لتأخره عن السبب التام و هو العقد.

ولکن هذا المعنی من الکشف غیر تام لأنّه و إن کان محتملاً فی مقام الثبوت ولکن لا دلیل علیه فی مقام الإثبات، و لأنّ هذا المعنی فی الکشف یتم إذا کان صدرت الإجازة من

المالک، لا من کلّ أحدٍ، و من المعلوم رجوع المالک الأوّل یرفع موضوع الإجازة من المالک الثانی فلا تکون إجازته صادرةً من المالک.

ولكن لو جعلنا الإجازة كاشفة ولكنّها بمعنى أنّها دخيلة فى تأثير الإنشاء السابق للعقد إمّا بنحو الشرط المتأخر أو بنحو القيدية على أن يكون المؤثر فى صحة العقد الفضولى

١- (٢) رياض المسائل ٢٢٧/٨.

٢- (٣) الجواهر ٢٨٥/٢٢ و ٢٨٧.

و ترتب الملكية عليه هو الإنشاء السابق المقيد بتعقب الإجازة، صارت الإجازة لاغية لإنّ المالک الثانى قد انقطعت علاقته عن المال برجوع المالک الأوّل عن معاطاته.

ولو جعلنا الإجازة ناقلة فلغويتها فى المقام ظاهرٌ.

هذا كلّه فى فرض تقدم الرجوع على الإجازة ولكنّهما إذا تقارنا فأيّهما يقدم على الآخر؟ لو قلنا بشمول الإجماع القائم على جواز المعاطاة حتّى فى صورة رجوعه حال إجازة المالک الثانى فلا يبقى مجال لإجازة الثانى و الرجوع يقدم عليها، ولو قلنا بعدم شمول الإجماع فى هذه الصورة كان الرجوع لاغيا و تقدم الإجازة.

و فى فرض الشک فى الشمول و عدمه حيث كان الإجماع دليلاً لبيّا، لابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو صورة عدم المقارنة بين الرجوع و الإجازة، ففى صورة المقارنة لا يجرى الإجماع و تقدم الإجازة حينئذ و للّه الحمد.

و منها: امتزاج إحدى العينين بغيرها

قال المحقّق الثانى فى تعليقه على الإرشاد: «و مثله (أى فى معنى التلف)... أو خُلطت بما لا يتميّز معه»(١).

و نحوها فی المیسیة(۲).

و قال ثانی الشهیدین: «لو اشتبهت بغیرها أو امتزجت بحیث لا یتمیّز فإن کان بالأجود فکالتلف. و إن کان بالمساوی أو الأردأ احتمل کونه کذلک لإمتناع التراد علی الوجه الأوّل، و اختاره جماعةٌ. و یحتمل العدم فی الجمیع لأصالة البقاء»(۳).

و علّق صاحب مفتاح الکرامة علی قوله «و اختاره جماعةٌ» بقوله: «لعلّه فهمه من

۱- (۱) حاشیة الإرشاد /۳۳٤.

۲- (۲) کما نقل عنه فی مفتاح الکرامة ۵۰۸/۱۲.

۳- (۳) المسالک ۱۵۰/۳.

إطلاقهم»(۱). و هذا اشارة علی عدم وجود قائل صریح بهذا التفصیل من فقیه متتبع.

و نحوها فی الروضة(۲) و کذا احتمل عدم إلحاق الامتزاج بالتلف فیها.

و قال الشیخ جعفر: «و اُلحق به طحن الحنطة و مزجها مطلقا أو بالأجود دون الأدنی و المساوی... و أما المزج علی وجه لا یتمیّز فلا یمکن ردّه بعینه و قبول الجمیع فیه منّة و دخول مال الغیر فی ماله، من غیر فرق بین الأجود و مقابلاته»(۳).

و قال الشیخ الأعظم: «ولو امتزجت العینان أو إحداهما، سقط الرجوع علی القول بالملک، لامتناع التراد و یحتمل الشرکة، و هو ضیعف. أمّا علی القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط علی ماله الممتزج بمال الغیر، فیصیر المالک شریکا مع مالک الممتزج به، نعم لو کان المزج مُلْحِقا له بالإتلاف جری علیه حکم التلف»(٤).

أقول: الامتزاج لابدّ أن يكون امتزاجا عرفا و أمّا ما لم يكن كذلک ولو كان امتزاجا عقلاً فلا عبرة به نحو امتزاج الاوراق النقدية، ثم الامتزاج إمّا أن يكون بغير جنسه و إمّا أن يكون بجنسه، و الأوّل على القسمين تارة على وجه الاستهلاک كامتزاج ماء الورد بالزيت، و اُخرى على وجه لا يُعدّ تالفا كالخل الممتزج بالأنجبين.

الثانى: تارة يمتزج بالمساوى و اُخرى بالأرادأ و ثالثة بالأجود.

فهذه مواردُ الامتزاجِ الْخمسةُ ذكرها الشيخ الأعظم فى بحث خيار الغبن(٥)، و يأتى الحكم فى كلّ منها على قولى الملک و الإباحة فى المعاطاة فصار عشرة فروع.

١- (٤) مفتاح الكرامة ٥٠٨/١٢.

٢- (١) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

٣- (٢) شرح القواعد ٢٨/٢ و ٢٩.

٤- (٣) المكاسب ١٠١/٣.

٥- (٤) المكاسب ١٩٩/٥.

و من المعلوم عند أهله أنّ البحث عن التغيير و الامتزاج يأتى فى خمسة أبواب أقلاً: هنا و خيارا العيب و الغبن و الهبة و التفليس.

و الفقهاء حكموا بسقوط خيار العيب بالتغيير و المزج لأنّ المناط فيه بقاء العين بعينها كما تدل عليه صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهماالسلام فى الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا، فقال: إن كان الشىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب.(١)

و أنت تعرف بأنّ المناط مشترک بين المزج و التغيير فيسقط الردّ دون الأرش. و

الأصحاب الحقوا خيار الغبن و الهبة بخيار العيب و الأوّل يأتى حكمه مفصلاً فى محلّه كالمُلْحَق إن شاء اللّه تعالى فانتظر.

و أمّا الهبة و إن كان نُسب(٢) إلى ظاهر المحقّق اختصاص سقوط الرجوع فيها بالتلف الحقيقى دون التغيّر و الامتزاج لأنّه قال: «.. و إن كان اجنبيّا فله الرجوع مادامت العينُ باقيةً فإن تِلفَتْ فلا رجوع... و هل يلزم بالتصرف؟ قيل: نعم، و قيل: لا يلزم و هو الأشبه»(٣).

ولكن الظاهر الحاقهما بالتلف فى الهبة أيضا لما ورد فى صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع و إلاّ فليس له.(٤)

ولكن فى باب التفليس حكموا بأنّ التغيير و المزج لا يوجب سقوط حقّ صاحب العين عن عينه لأنّ المناط فيه وجود العين فما لم يطرأ عليها التلف فصاحب العين أحقّ بها و هما لايخرجان العين عن امكان رجوع صاحبها إليها فلا يضرب مع الغرماء لما ورد فى

١- (٥) وسائل الشيعة ٣٠/١٨، ح٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار.
٢- (١) الناسب هو المحقّق النائينى فى منية الطالب ٢١٧/١.
٣- (٢) شرائع الإسلام ١٨٠/٢ كتاب الهبات.
٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٤١/١٩، ح١، الباب ٨ من أبواب كتاب الهبات.

صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل باع متاعا من رجل فقبض المشترى المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشترى و المتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائما بعينه ردّ إلى صاحب المتاع و قال: ليس للغرماء أن يُحاصّوه»(١).

و نحوه صحيحة عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لا يُحاصّه الغرماء.(٢)

نعم فى بعض صور، باب التفليس خلافٌ كما فى المزج بالأجود عن الشيخ فى الخلاف حيث قال: «إذا باع زيتا فخلّطه المشترى بأجود منه ثم أفلس المشترى بالثمن سقط حقّ البائع من عين الزيت و...»(٣).

و تبعه العلاّمة فى التذكرة و قال: «أن يمتزج بالأجود فالأجود فالأصح أنّه يسقط حقّه من العين و ليس إلاّ المضاربة بالثمن...»(٤).

ولكن المشهور باقون على جواز الرجوع فى العين ولو مع التغيير و المزج فى الجملة و

التفصيل يطلب من كتاب الحجر.

ثم التغيير و الامتزاج فى المعاطاة هل يلحقان بخيارى العيب و الغبن و باب الهبة أو يلحقان بباب الحجر و التفليس؟ الظاهر لحوقهما بالأوّل و الحكم بلزوم المعاطاة و عدم جواز الردّ لأنّ على القول بالملك دليل الجواز هو الإجماع، و هو لا يأتى فى صورة التغيير و الامتزاج و لاأقل من الشك فى إتيانه فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو فرض بقاء العين من دون تغيير و مزج.

١- (٤) وسائل الشيعة ٤١٤/١٨، ح١، الباب ١٥ من أبواب كتاب الحجر.

٢- (٥) وسائل الشيعة ٤١٥/١٨، ح٢.

٣- (٦) الخلاف ٢٦٦/٣، مسألة ٦.

٤- (٧) تذكرة الفقهاء ١٥٢/١٤.

و على القول بالإباحة أيضا تَثْبُتُ الإباحة الشرعية فى المعاطاة بالإجماع فالكلام الكلام.

مضافا إلى قيام السيرة القطعية على عدم جواز الرجوع فى المعاطاة فى صورتى التغيير و الامتزاج.

و بما ذكرنا يظهر وجه ضعف احتمال الشركة على القول بالملك كما ضعفه الشيخ الأعظم، و كذا عدم تمامية الشركة على القول بالإباحة الواردة فى كلامهِ قدس سره ، و أمّا دليل الشركة على القولين فليس إلاّ السيرة العقلائية على تحقق الشركة عند حصول الامتزاج بين العينين بحيث يمتنع تمييز إحداهما و إفرازها عن الأُخرى بحسب العادة بلا فرق فى جريان السيرة بين الامتزاج بجنسه أو بغيره و لم يثبت الردع الشرعى عنها، فهذه السيرة العقلائية مع عدم ورود الردع شرعا تثبت الشركة. ولكن مع ملاحظة ما ذكرناه لا يتم القول بالشركة فى المقام.

و كذا لا تتمّ مقالة المحقّق الخراسانى حيث يقول: «لو قيل بحصول الشركة بمجرد الامتزاج، و إلاّ لم يمتنع التراد لبقاء الأجزاء الممتزجة على ما كانت عليه من الملك أو الإباحة، لمن صارت إليه من المتعاطيين فيصح ردّها إلى من انتقل عنه. فتدبر جيدا»(١).

و فيه: أوّلاً: قد مرّ آنفا جريان السيرة العقلائية على تحقّق الشركة عند حصول الامتزاج بين العينين و عدم ورود الردع الشرعى، فما ذكره بعنوان القيل تمام ولكن فى غير المقام.

و ثانيا: و كذلک مرّ من أن ممّا يوجب لزوم المعاطاة عدم بقاء العين على ما هى عليه من الوصف كما فى خيار العيب و غيره، و ليس منحصرا بخروج المال عن قابلية التملّک.

١- (١) حاشية المكاسب /٢٥.

و منها: التغيير فى صورة إحدى العينين

قال إبن ادريس الحلّى: «... و لكلّ واحد منهما أن يرجع فيما بذل لأنّ الملک لم يحصل لهما بشرط أن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أوّلاً فلا خيار لأحدهما...»(١).

يمكن حمل كلامه على صورة التغيير أو إطلاقه يشمله.

و قال المحقّق الثانى فى تعليقه على الإرشاد: «و مثله (أى فى معنى التلف) لو تغيّرت من حالة إلى أُخرى كالحنطة تُطحن أو اشتبهت بغيرها...»(٢).

و نحوها فى الميسية(٣) بل الحقّ فيها بالتلف تغيير صفتها كخياطة الثوب و صبغه و قصره.

و قال الشهيد الثانى: «لو تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملک و لا جزء سببه فإن لم تتغير العين به عن صفتها - كالاستخدام [و الانتفاع بالأناء] و لبس الثوب - فلا أثر له فى اللزوم، و إن أوجب تغييرا إلى حالة أُخرى - كطحن الحنطة و صبغ الثوب - احتمل كونه كذلک لأصالة بقاء الملک مع بقائه، و لزوم المعاطاة بذلک و به جزم بعض الأصحاب لما تقدم من امتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدد. و عندى فيه إشكال»(٤).

و احتمل عدم الالحاق بالتلف فى الروضة.(٥)

و قال الشيخ جعفر: «... و أُلحِق به طحن الحنطة... و خياطة الثوب و صبغه و قصره... و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطة أو صبغ و نحوها، لو دخل تحت الردّ

١- (١) السرائر ٢/٢٥٠.

٢- (٢) حاشية الإرشاد /٣٣٤.

٣- (٣) كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٢/٥٠٧ و ٥٠٨.

٤- (٤) المسالک ١٥٠/٣.

٥- (٥) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

جاءَه ثبوت الضرر غالبا بتبديل الأُوصاف و اختلاف الرغبات، نعم لو بقى الشيء على حاله و زاده حسنا بصقل أو إخراج غبار و رفع و سخ و نحوها لم يكن فيه ذلک»(١).

و قال الشيخ الأعظم: «و لو تصرّف فى العين تصرفا مغيّرا للصورة - كطحن الحنطة و فصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحة، و على القول بالملک ففى اللزوم و جهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز الترادّ و منشأ الاشكال أنّ الموضوع فى الاستصحاب عرفىٌّ أو حقيقىٌّ»(٢).

أقول: قد ظهر مما ذكرناه فى الامتزاج آنفا من أنّ دليل الجواز على قولى الملک و الإباحة الشرعية هو الإجماع فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو عدم التغيير و القول باللزوم فى صورة التغيير.

فالتغيير يلحق بالامتزاج و هما هنا يلحقان بخيارى العيب و الغبن و الهبة كما مرّ فى بحث الامتزاج، و لا يلحقان بباب التفليس كما مرّ، فما ذكره الشيخ من الجواز على القول بالإباحة، و ابتناء المسألة على جريان الاستصحاب و عدمه على القول بالملک لا يتم.

لأنّ المراد بالإباحة هو الشرعية منها لا المالكية فحينئذ لابدّ من ملاحظة دليلها و هو الإجماع، و لا تبتنى المسألة على جريان الاستصحاب على القول بالملک لأنّ دليل الجواز أيضا هو الإجماع و مع عدم إتيان الدليل فى صورة التغيير فلا تصل النوبة إلى الاستصحاب حتّى نبحث فى أن الموضوع فيه عرفى - كما هو الصحيح - أو حقيقى.

مضافا إلى قيام السيرة المستمرة على اللزوم فيها فى صورتى التغيير و الامتزاج كما مرّ، و حيث أنّ الصورتين (التغيير و الامتزاج) من سنخ واحد فلا نطيل الكلام فيهما و يظهر

١- (٦) شرح القواعد ٢٨/٢ و ٢٩.
٢- (٧) المكاسب ١٠١/٣ و ١٠٢.

لک الحكم ممّا ذكرناه فی صورة الامتزاج و الحمدللّه.

و منها: موت أحد المتعاطيين

هل المعاطاة على القول بجوازها تصير لازمة بموت أحد المتعاطيين؟ أم تبقى على جوازها و اختيارها يكون بيد الوارث؟!

قال الشيخ الأعظم: «ليس جواز الرجوع فی مسألة المعاطاة نظير الفسخ فی العقود اللازمة حتّى يورّث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداءً أو فی ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملک نظير الرجوع فی الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع فی إباحة الطعام...»(١).

أقول: الوارث يرث من مورّثه ما تركه من حقٍّ أو ملكٍ، و الجواز فی المعاطاة على القول بها لا يكون حقّا و لا ملكا بل يكون حكما شرعيّا و لذا لا يورّث، لأنّ الحكم الشرعی الجواز يختص بالمتعاطيين و انتقاله إلى ورثتهما يحتاج إلى دليل مفقود فی المقام و لذا يكون نظير الحكم الشرعی بالجواز فی الهبة.

ثم قد مرّ أنّ دليل الجواز فی المعاطاة على قولی الملک و الإباحة الشرعية ليس إلاّ

الاجماع، و الاجماع دليل لبّیٌّ يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو فرض نفس المتعاطيين و لا يجرى فی حقّ ورثتهما و لاأقل من الشک فيؤخذ بالقدر المتيقن منه و هما المتعاطيان أنفسهما فبموت أحدهما تصير المعاطاة لازمةً.

مضافا إلى وجود السيرة القطعية على لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين على قولى الملک و الإباحة.

فظهر ممّا ذكرنا عدم صحة الفرق بين قولى الملک و الإباحة حيث يظهر من الشيخ

۱- (۱) المكاسب ۱۰۲/۳.

الأعظم الفرق بينهما، و كذا عدم تمامية القول بالإباحة المالكية، كما يظهر من تمثيل الشيخ فى المقام حيث يقول: «و على القول بالإباحة نظير الرجوع فى إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطنى، بحيث لو علم كراهة المالک باطنا لم يجز له التصرف»(۱). بل على القول بالإباحة ليست إلاّ الشرعية منها. و لا يجرى استصحاب الجواز لأنّ المتيقن منه يكون راجعا إلى الميت لا وارثه، فالموضوع مغاير فى قضيتى المتيقنة و المشكوكة و لذا لا يجرى الاستصحاب.

و منها: جنون أحد المتعاطيين

هل جنون أحدهما يلحق المعاطاة باللزوم؟ أم لا؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى جواز المعاطاة مع طرو الجنون و لذا قال: «ولو جنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه فى الرجوع على القولين»(۲).

ولكن ظهر ممّا ذكرنا أنّ دليل الجواز هو الاجماع و القدر المتيقن منه هو عدم طريان الجنون على أحدهما و معه يحكم باللزوم و ينتفى قيام وليّه مقامه فى الرجوع. قد طال بنا الكلام فى التنبيه السادس من المعاطاة و تم و الحمدللّه أوّلاً و آخرا.

السابع: المعاطاة بيعٌ - ولو بعد اللزوم - أو معاوضة مستقلة؟

اشارة

إذا كانت بيعا تجرى فى حقّها أحكام البيع من الفسخ بالخيارات و الإقالة ولو بعد اللزوم، و قد بحثنا فى التنبيه الأوّل عن ترتب أحكام البيع على المعاطاة ولكن واعدنا لتفصيل بحث الخيارات إلى هنا، ولكن قبل الورود فى البحث لابدّ من نقل كلام الشهيدين ثم تعليق الشيخ عليهما.

ص:۱۸۳

۱- (۱) المكاسب ۱۰۲/۳.

۲- (۲) المكاسب ۱۰۲/۳.

نقل السيّد العاملى عن الشهيد أنّه قال فى حاشيته على القواعد: «إنّ المعاطاة

معاوضة برأسها إمّا لازمة و إمّا جائزة»(۱). و قال العاملى: «و هل تصير بيعا على تقدير لزومها بأحد الوجوه أو معاوضة برأسها؟ ففى حواشى الكتاب أنّها معاوضة برأسها إمّا لازمة و إمّا جائزة فقد جعلها أوّلاً و آخرا معاوضة على حدة، و هو الظاهر من كلامهم»(۲).

و علّق الشيخ الأعظم على كلام الشهيد: «الظاهر أنّه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كلٍّ من العينيين مباحا عوضا عن الأُخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلابدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم»(۳)

أقول: قد مرّ عدم انحصار العقود و الإيقاعات بما ذكره الأصحاب قديما و يمكن إحداث عقود حديثة نحو التأمين و تشملها الإطلاقات و العمومات كقوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(٤) و لذا يمكن جعل المعاطاة برأسها معاوضة مستقلة.

ولكن إن جعلنا الإباحة الواردة فى المعاطاة الإباحة المالكية - كما هر ظاهر الشيخ الأعظم فى بعض كلماته - فإنّ لزومها من الإبتداء لا يلازم الملک، بخلاف الإباحة الشرعية لأنّ اللزوم الابتدائى فيها يلازم الملک، فلابدّ من حمل الإباحة فى كلام الشيخ على مذهبه أىّ الإباحة المالكية، لا الشرعية منها. و نبّه عليه شيخنا الاستاذ(٥) قدس سره .

ثم قال ثانى الشهيدين: «على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة، فهل تصير بيعا

١- (١) مفتاح الكرامة ٥١١/٢.

٢- (٢) مفتاح الكرامة ٥١١/١٢.

٣- (٣) المكاسب ١٥٠/٣.

٤- (٤) سورة المائدة /١.

٥- (٥) إرشاد الطالب ١٠٠/٢.

أو معاوضة برأسها؟ يحتمل الأوّل، لأنّ المعاوضات محصورة و ليست أحدها و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل، و يحتمل الثانى لإطباقهم على أنّها ليست بيعا حال و قوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف.

و تظهر الفائدة فى ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها - كخيار الحيوان - لو كان التالف الثمن أ و بعضه، و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة أم من حين اللزوم؟ كلٌّ محتمل. و يشكل الأوّل بقولهم: «أنّها ليست بيعا، و الثانى بأنّ التصرف ليست معاوضة بنفسه. اللهم إلاّ أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار

الحيوان هنا، بناءً على أنّها ليست لازمة و إنّما يتم على قول المفيد و من تبعه. أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتفٍ»(۱).

ثم علّق عليه الشيخ الأعظم(۲) بأنّ كلام ثانى الشهيدين يجرى على القول بالإباحة فى المعاطاة، أمّا على القول بالملک حتّى المتزلزل و الجائز منه، يعدّ المعاطاة بيعا بلا إشكال عندهم و إذا لزمت صارت بيعا لازما، و اختار قدس سره على القول بالإباحة أنّها بيع عرفى لم يصحّحه الشارع و لم يمضه إلاّ بعد التلف أو ما فى حكمه، و بعده تترتّب عليه أحكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من أوّل الأمر.

أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم ظاهر فى الإباحة الشرعية - خلافا لبعضها الآخر الظاهر فى الإباحة المالكية كما مرّ فى بحث الامتزاج و التغيير و موت أحدهما - و أنّ المعاطاة بيعٌ على القولين ولكن على القول بالملک قبل اللزوم و على القول بالإباحة بعده فيكون اللزوم على هذا القول الأخير كالتقابض فى البيع الصرف فحينئذ - أى حين اللزوم -

---

۱- (۱) المسالک ۱۵۱/۳.

۲- (۲) المكاسب ۱۰٤/۳ و ۱۰۳.

على القول بالإباحة و على القول بالملک من أوّل أزمنة التعاطى يترتب عليها جميع أحكام البيع و من جملتها الخيارات هذا ما يستفاد من كلام الشيخ الأعظم.

و أمّا جريان الخيارات فى المعاطاة

فإنّه قبل ورود البحث لابدّ من التّذكير بأنّ الخيارات على أقسام ثلاثة:

١- تارة يثبت الخيار فى البيع بالشرط الضمنى و الارتكاز العرفى من غير تصريح بالشرط فى ضمن العقد نحو خيارى العيب و الغبن و خيار تأخير الثمن.

٢- و أُخرى يثبت فيه بالجعل و الاشتراط من قبل المتبايعين سواء كان شرط فعل على أحدهما أو اشتراط صفة فى أحد العوضين نحو خيارى الرؤية و تخلف الوصف، و من البديهى عدم إمكان توقف أصل العقد على تحقق الشرط لأنّه يستلزم التعليق فى العقود و هو مبطل اجماعا - على المشهور - و لذا يحكم بأنّ لزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط.

٣- و ثالثة يثبت الخيار فيه بالدليل الشرعى التعبدى نحو خيارى المجلس و الحيوان.

ثم من المعلوم جريان الخيارات فى المعاطاة على القول بأنّها بيع لازم، لأنّها بيع و لذا تجرى جميع الخيارات فيها.

و عدم توهم جريانها فيها على القول بأنّها تفيد الإباحة المالكية نحو: إباحة الطعام و

الألبسة و الأمكنة.

و أمّا على القول بأنّها معاوضة مستقلة فيجرى القسم الأوّل و الثانى منها دون الثالث لانحصار دليلها بالبيع فقط.

و على القول بأنّها تفيد الإباحة الشرعية أو الملک الجائز - أى المتزلزل - أيضا يجرى القسم الأوّل و الثانى منها لأنّ دليل القسم الأوّل يأتى فى جميع المعاملات و كذلک القسم الثانى يأتى حين الاشتراط و الجعل فى المعاملات بل القسم الثالث لأنّها بيع عرفا.

إن قُلْتَ: أثر الخيار هو جواز العقد و من المعلوم - على القولين أىّ الملكية الجائزة و

الإباحة الشرعية – تكون المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض.

قُلْتُ: قد مرّ منّا فى التنبيه الأوّل بأنّ الجواز من ناحية لاينافى الجواز من ناحية اُخرى كما يمكن أن تترتب على بيع عدّة من الخيارات، و تظهر الثمرة فى طرو إحدى الملزمات و مع طريانها صارت المعاطاة لازمة فتثمر جريان الخيارات، مع جواز أخذ الأرش فى عدّة منها.

إن قُلْتَ: الظاهر من أدلة الخيارات عموما و الخيارات المختصة بالبيع – نحو خيارى المجلس و الحيوان – خصوصا، اختصاصها بالعقود اللازمة من غير ناحية هذا الخيار، فلا تشمل المعاطاة لأنّها الجائزة.

قُلْتُ: مضافا إلى ما مرّ فى الجواب عن الاشكال السابق، أنّها تختص بعقد لازم عند المتعاقدين و المعاطاة منها، و لا اللازم عند الشارع لأنّها حتّى فى العقد اللفظى أيضا لا تتم لاجتماع الخيارات.

إن قُلْتَ: على فرض جريان الخيارات فى المعاطاة، يمكن جريانها على القول بالملک ولو كانت الجائزة ولكن على القول بانّها تفيد الإباحة الشرعية فكيف يمكن جريانها فيها مع أنّها ليست إلاّ اباحة شرعية و لكلّ منهما التصرف فى مال الآخر فقط فكيف يمكن جريان القسم الثانى من الخيارات الثابتة بالجعل و الشرط مع عدم لزوم المشروط، و كذلک القسم الأوّل منها لأنّها تثبت بالشرط الضمنى و الإرتكازى، و القسم الثالث أيضا دليله مختص بالبيع فقط فلا يجزى فى الإباحة الشرعية، فلا يجرى الخيارات بأثرها على القول بالإباحة الشرعية.

قُلْتُ: قد مرّ منّا بأنّ الجواز لا ينافى جريان الخيار و أنّ المعاطاة على القول بالإباحة الشرعية أيضا معاوضة و معاملة، مضافا بأنّ الإطلاقات الواردة فى وجوب الوفاء بالشرط

تشمل المقام، و المعاطاة بيع عرفا و عند المتعاطيين فتجرى الأقسام الثلاثة من الخيارات

حتّى على القول بأنّها تفيد الإباحة الشرعية.

و كذلک يجرى خيار تأخير الثمن أيضا فى المعاطاة على جميع الأقوال فيها لأنّه قد مرّ فى التنبيه الثانى صحة المعاطاة و إن كانت من طرف واحد و مع عدم لحوق الثمن بها يجرى هذا الخيار.

و أمّا مبدأ خيارى المجلس و الحيوان هل يُحْسَبُ من مجلس إحدى الملزمات و يومها أو يُحْسَبُ من مجلس التعاطى و يومه، فالظّاهر هو الثانى لأنّه هو مبدؤها على جميع الأقوال فلا يلاحظ زمن طرو الملزمات.

و بما ذكرنا يظهر عدم تبنى جريان الخيارات على القول بأنّ اللزوم فيها حقّىٌّ و عدم جريانها على القول بأنّ اللزوم فيها حكمىٌّ، لأنّ الخيار ثابت فيها حتّى قبل اللزوم لعدم التنافى بينهما، هذا تمام الكلام فى جريان الخيارات فى المعاطاة و الحمدللّه.

الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاةٌ؟

مسألتان لابدّ من التنبيه عليهما ثم وجه الجمع بينهما:

أمّا الأُولى منهما: المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان.

فقد قال الشيخ فى المبسوط: «إذا باع عبدا بيعا فاسدا و أُقبضه لم يملک و لم ينفذ عتقه و لاشىء من تصرّفه من البيع و الهبة و الوقف و غير ذلک و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه لأنّ ملک الأوّل لم يزل عنه فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه و لا أثم عليه...»(۱).

و قال فى غصب المبسوط: «... و جملته أنّ كلّ منفعة تضمن بعقد الإجارة فإنّها تضمن بالغصب كمنافع الدار و الدابّة و العبيد و الثياب المقبوض عن بيع فاسد فإنّه لا يملک

١- (١) المبسوط ١٤٩/٢.

بالبيع الفاسد و لا ينتقل به الملک بالعقد و إذا وقع القبض لم يملک به أيضا لأنّه لا دليل عليه، و إذا يملک

به کان مضمونا...»(١).

و قال فی الخلاف: «إذا اشتری جارية شراءً فاسدا ثم قبضها فاعتقها لم يملک بالقبض و لم ينفذ عتقها و لا يصح شیء من تصرفه فيها مثل البيع و الهبة و الوقف و غير ذلک و يجب ردّها علی البائع بجميع نمائها المنفصل منها... دليلنا علی ذلک: أنّه إذا کان البيع فاسدا فملک

الأوّل باق لم يزل و إذا لم يزل فکلّ من تصرف فی ملکه بغير إذنه يجب أن لا يصح تصرفه لأنّه لادليل علی صحته»(٢).

و قال فيه أيضا: «إذا اشتری جارية بيعا فاسدا فوطأها فإنّه لا يملکها و وجب عليه ردّها و عليه إن کانت بکرا عشر قيمتها و إن کانت ثيبا نصف عشر قيمتها... دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم، فإنّهم رووا ذلک منصوصا عن الأئمة عليهم السلام و إجماعهم حجة»(٣).

و قال فی غصب الخلاف: «المقبوض ببيع فاسد لا يملک، و لا بالقبض. و به قال الشافعی، و قال أبوحنيفة: يملک بالقبض. دليلنا: أنّه لا دليل علی أنّه يملک بهذا القبض، فمن ادعی ذلک کان عليه الدلالة، لأنّ الأصل أنّه علی ملک مالکه»(٤).

و قال ابن ادريس الحلّی: «... لأنّ هذا بيع فاسد، و البيع الفاسد عند المحصلين يجری مجری الغصب فی الضمان...»(٥).

و قال المحقّق: «ولو قبض المشتری ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملکه و کان مضمونا

۱- (۲) المبسوط ۶۴/۳.

۲- (۱) الخلاف ۱۵۸/۳، مسألة ۲۵۰.

۳- (۲) الخلاف ۱۵۸/۳، مسألة ۲۵۱.

۴- (۳) الخلاف ۴۰۳/۳، مسألة ۱۲.

۵- (۴) السرائر ۲۸۵/۲.

علیه»(۱).

و قال فی غصب الشرائع: «لایملک المشتری ما یقبضه بالبیع الفاسد و یضمنه و ما یتجدَّدُ من منافعه و ما یزداد من قیمته لزیادة صفة فیه، فإن تلف فی یده ضمن العین بأعلی القیم من حین قبضه إلی حین تلفه...»(۲).

و قال العلاّمة: «ولو قبض المشتری بالعقد الفاسد لم یملک و ضمن»(۳).

و قال فی غصب القواعد: «و لا یملک المشتری ما یقبضه بالبیع الفاسد و یضمنه و ما یتجدّد من منافعه الأعیان أو غیرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستیفاء و بدونه إشکال...»(۴)

و قال فی التذکرة: «البیع الفاسد لا یفید ملکیّة المشتری للمعقود علیه سواء فسد من

أصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب آخر ولو قبضه لم یملکه بالقبض، ولو تصرّف فیه لم ینفذ تصرّفه فیه عند علمائنا أجمع و به قال مالک و الشافعی و أحمد...»(۵).

و قال فی نهج الحقّ و کشف الصدق: «ذهبت الإمامیة إلی أنّ الشراء الفاسد لا یملک بالقبض و لا ینفذ عتقه لو کان عبدا أو أمة، و لایصح شیء من تصرفه ببیع أو هبة أو غیرهما...»(۶).

و قال الشهيد الأوّل: «حكم البيع الفاسد استرداد العوضين أو بدلهما و لا يوجبه

١- (٥) الشرائع ٧/٢.

٢- (٦) الشرائع ١٩٤/٣.

٣- (٧) القواعد ١٧/٢.

٤- (٨) القواعد ٢٣٨/٢.

٥- (١) تذكرة الفقهاء ٢٩٠/١٠.

٦- (٢) نهج الحقّ و كشف الصدق /٤٨٥.

ايصال القبض و يرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاة، فلو فاتت بغير استيفاء فوجهان...»(١).

و قال ابن فهد الحلّى: «إذا اشترى فاسدا لم يملك و كان لمالكه الرجوع فإن تعيّب ضمن أرشه ولو زاد... اجماعا»(٢).

و قال المحقق الثانى: «[لاريب أنّه مضمون عليه(٣)] كالصحيح لأنّهما تراضيا على ذلك فيحكم عليه به فلو تلف بغير تفريط كان من ضمانه، و إذا علم بالفساد لم يجزله التصرف عندنا، لأنّه فرع الملك و لم يحصل و كذا نقول فى كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، كما أنّ ما لايضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»(٤).

و قال أيضا فى كتاب الغصب: «لاريب فى أنّ البيع الفاسد مضمون لأنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ذلك لأنّه إنّما دخل على تملك العين فى مقابل الثمن، فإذا كان العقد غير مملّك وجب ردّ كلّ من العوضين إلى مالكه فلو تعذر وجب بدله من الثمل أو القيمة لامتناع فوات العين و ما جعلت فى مقابله»(٥).

و قال الشهيد الثانى: «لا إشكال فى ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد لأنّه أقدم على أن يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفريط، و لقوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى(٦) و من القواعد المقررة فى هذا الباب أن كلّ عقد يضمن بصحيحه

١- (٣) الدروس ١٩٤/٣.

٢- (٤) المهذب البارع ٣٦١/٢.

٣- (٥) الزيادة من نقل مفتاح الكرامة ٥٣٨/١٢ و يقتضيها السياق.

٤- (٦) جامع المقاصد ٦١/٤.

٥- (٧) جامع المقاصد ٣٢٤/٦.

٦- (٨) عوالى اللآلى ٢٢٤/١، ح١٠٦ و ٣٨٩/١، ح٢٢ - سنن البيهقى ٩٥/٦.

يضمن بفاسده، و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و لا فرق - مع جهله - بين كون البائع عالما بالفساد أو جاهلاً، مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه، مع علمه بكونه باقيا على ملكه و كذا لو كان عالمين بالفساد. ولو كان البائع جاهلاً به و المشترى عالما فالضمان أُولى. و الأقوى ثبوته فى جميع الصور، فيترادّان العينين مع بقائهما و بدلهما مع تلفهما، و يرجع صاحب المنافع المستوفاة بها. ولو فاتت بغير استيفاء فوجهان. ولو زادت العين فللمالك إلاّ أن تكون الزيادة بفعل الآخر جاهلاً فهى له عينا كانت كالصبغ أو صفة كالصنعة»(١).

و قال فى كتاب الغصب: «لااشكال فى عدم ملك المشترى شراءً فاسدا لأنّ نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع و حدود حدّدها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله. و تسميته على تقدير فساد الشراء مشتريا مجاز بحسب الصورة و إلاّ فالبيع حقيقة لا يطلق إلاّ على الصحيح.

و أمّا كونه مضمونا عليه فلأنّه قبضه ليكون مضمونا عليه كذلک، و لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدى و للقاعدة المشهورة أنّ ما كان مضمونا بصحيحه يضمن بفاسده، و البيع لو صحّ انتقل ضمان المبيع إلى المشترى بمعنى كون تلفه من ماله فيكون فى فاسده كذلک...»(۲).

و علّق فيه على قول المحقّق: «و من الأسباب: القبض بالعقد الفاسد»(۳). بقوله: «هذا الثلاثة من جملة الأسباب للضمان بغير الغصب و الحكم فى الأوّل منها موضع وفاق، لعموم: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى لأنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و المراد بالعقد

۱- (۱) المسالک ۱۵٤/۳.

۲- (۲) المسالک ۲۲۲/۱۲.

۳- (۳) الشرائع ۱۸۷/۳.

هنا عقد البيع و نحوه من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان إلى القابض، لا مطلق العقد، فإنّ منه ما لا يضمن بصحيحه - كالقراض و الوكالة و الوديعة - فلا يضمن بفاسده»(۱).

و قال المحقّق السبزوارى: «لايملک المشترى ما يقبضه بالبيع الفاسد، لإنتفاء الأسباب المقتضية للملک. و المقطوع به فى كلام الأصحاب أنّه مضمون عليه لعموم: على

اليد ما أخذت حتّى تؤدّى و للقاعدة المشهورة أنّ ما كان مضمونا بصحيحه يضمن بفاسده. و البيع لو صحّ انتقل ضمانه إلى المشترى بمعنى كون تلفه من ماله، فيكون فى فاسده كذلک. و فى التعليلين تأمل. و إن لم يثبت اجماع فيه كان للمأمل فيه مجال»(۲).

أقول: هذا كلّه فى تطور المسألة الاولى و يأتى تفصيل أحكامها بعد أقل من مائة صفحةٍ ستأتى إن شاء اللّه(۳) فانتظر.

و أمّا الثانية منهما: وَ هُوَ الإخلال بالشروط المعتبرة فی الصيغة جعل البيع معاطاةً

فقد قال أبوالصلاح الحلّی: «فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع اختلال بعضها للراضی [للتراضی] دون عقد البيع و يصح معه الرجوع»(٤).

و قال أيضا: «و إن كان مع كون العقد فاسدا ممّا يصح التصرف فيه للتراضی فلكلّ منهما الرجوع بعين ما رضی بتسليمه خاصة، فإن هلكت العين فی يد أحدهما لم يصح الرجوع»(٥).

١- (٤) المسالک ١٧٤/١٢.

٢- (١) الكفاية ٦٥٣/٢.

٣- (٢) راجع صفحة **** من هذا المجلد.

٤- (٣) الكافی فی الفقه /٣٥٣.

٥- (٤) الكافی فی الفقه /٣٥٥.

و قال الشهيد الأوّل بعد نقل كلامه: «لعلّه أراد المعاطاة»(١).

و قال المحقّق الثانی فی رسالته «صيغ العقود و الإيقاعات»: «... فلو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضی منهما كان معاطاة، لا يلزم إلاّ بذهاب أحد العينين و كذا القول فی الإجارة و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلاً»(٢).

و قال الشهيد الثانی: «أنّها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح»(٣).

و قال الشيخ يوسف البحرانی: «ولو ظن أنّ المالک رضی لهذا المال بالبدل المعلوم فهو راض بأن يتصرف فيه عوضا عمّا فی يده، فالأكل حينئذ ليس بالباطل، بل بالرضا فإنّه رضی بالتصرف فيه بأن

يجوز له التصرف فى بدله و قد جوز صاحبه ذلک و عرف كلّ واحد من صاحبه ذلک. فحينئذ يجوز تصرف كلّ واحد فى بدل ماله و إن لم يكن بسبب البيع، بل

بسبب الإذن المفهوم مع البدل و كأنّه يرجع إلى المعاطاة و الإباحة مع العوض من غير بيع و لا تجد منه مانعا، غاية الأمر إنّه يكون لكلّ واحد الرجوع عن قصده الأوّل و أخذ ماله عينا و زيادة»(٤).

قال الشيخ جعفر: «... نعم، لو وقع العقد من كاملين لاغيين به (أى بالعقد) قاصدين للمعاطاة أو الإباحة، جأت أحكامها بتمامها»(٥).

أقول: هذا الكلام غير فرعنا هذا.

و قال السيّد محمّد المجاهد: «إذا كان إيجاب البيع و قبوله بغير اللغة العربية من الألفاظ

١- (٥) الدروس ١٩٤/٣.

٢- (٦) رسالة صيغ العقود و الإيقاعات، المطبوعة فى ضمن رسائل المحقّق الكركى ١٧٨/١.

٣- (٧) الروضة البهية ٢٢٥/٣.

٤- (١) الحدائق ٤٦٧/١٨.

٥- (٢) شرح القواعد ٣٥/٢.

الفارسية و غيرها فلا اشكال فى صحة البيع حينئذ و إفادته إباحة التصرف و نقل الملک بناءً على المختار من افادة المعاطاة ذلک لظهور عدم القائل بالفصل بين الأمرين و لفحوى مادلّ على إفادة المعاطاة أو عمومه الملک...»(١).

أقول: الانتقال إلى المعاطاة مطلقا أىّ بلا فرق بين التقابض و عدمه لم يظهر من السيّد المجاهد قدس سره .

و قال الفاضل النراقى: «على القول باشتراط الصيغة - كما هو المشهور - فهل هى شرط اللزوم خاصة، أو مع انتقال الملک أيضا، أو هما مع إباحة التصرف؟ لا ينبغى الريب فى الإباحة بدونها للأصل و الإجماع و إذن المالک فى التصرف.

و القول بكونه بيعا فاسدا مع شذوذه لا ينفى إلاّ الإباحة الشرعية من جهة البيع لامطلقا، مع أنّ حرمة التصرف فى المقبوض بالبيع الفاسد بجميع أفراده - حتّى ذلک - لم تثبت. نعم، ينبغى تقييد إباحة التصرف من كلّ منهما بعدم قصده الرجوع بماله حال التصرف لأنّه المعلوم من الإذن.

أمّا الأوّلان فيجب بناؤهما على كون المعاطاة و نحوها ممّا تجرد عن الصيغة بيعا عرفا و لغة، أم لا؟ فإن قلنا به - كما هو الحقّ - فالحقّ هو الأوّل لانحصار دليل اشتراط الصيغة عندهم حينئذ و تخصيص عمومات اللزوم بالاجماع، و انحصاره فى إشتراط اللزوم ظاهرا، أو مع بعض الظواهر الذى لا تثبت منه حرمة التصرف بدون الصيغة، و تبقى عمومات حلية البيع خالية عن المعارض فيصير البيع فى الشرع قسمين: لازم و جائز.

و إن لم نقل به فالحقّ هو الثانى، اذ تدلّ على اشتراط الصيغة حينئذ الأُصول المتقدمة و هى جارية فى نفى الملک.

١- (٣) المناهل /٢٧٠.

و اطلاق القول بنقل الملک مع المعاطاة - تمسّكا بأنّه لولاه لما تحقّق الملک بالتلف - ضعيف جدّا»(١).

أقول: لم يظهر من الفاضل النراقى الانتقال إلى المعاطاة مطلقا.

ولكن سيّد الرياض ناقشهم فى الحاقه بالمعاطاة و قال: «و احتمال الالحاق بالمعاطاة فى عدم لزوم قيمة الفائت و الاكتفاء عنها بالعوض المبذول بالرضا فى المقابل كما فى عبارة بعض الأصحاب غير جيّد بناءً على عدم الدليل على الاكتفاء بالعوض و لزومه بمجرد الرضاء السابق، بل يترتب على العقود الناقلة بشرائط الصحة و هى هنا مفقودة. فإن تراضيا بالبدلين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا كلام فيما ذكره و إن انتفى فالاكتفاء بالرضاء السابق فى لزومه يحتاج إلى التأمل، سيما مع العلم بأنّ المُنْشِأ زعم صحة المعاملة، فبعد كشف الفساد و عدم الرضاء بعده لم يكن هناك رضاء فى الحقيقة، فلكلّ منهما الرجوع إلى المال أو بدله مع التلف فإن الناس مسلطون على أموالهم...»(٢).

و تبعه فى الجواهر: «... نعم لو علم منهما ولو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم إرادتهما ذلك بل قصد الإنشاء بتقابضهما و أراد حصول الملك أو الإباحة جرى عليه حكم المعاطاة، و كان خارجا عمّا نحن فيه»(٣).

فعلى هذا يكون صاحب الجواهر من القائلين بعدم تحقّق المعاطاة مطلقا.

هاهنا فرعان، و كيفية الجمع بينهما

اشارة

أقول: هاهنا فرعان: الأوّل منهما إجماعى و هو أنّ المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان، و الثانى منهما: أنّ الاخلال بالشروط المعتبرة فى الصيغة يجعل البيع معاطاة كما ذهب إليه بعض الأصحاب، فكيف يمكن الجمع بين الفرعين؟

١- (١) المستند ٢٥٩/١٤.

٢- (٢) رياض المسائل ٢٥٥/٨.

٣- (٣) الجواهر ٢٥٦/٢٢.

جَمْعُ صاحِبِ مفتاح الكرامة

قال السيّد العاملى فى وجه الجمع بين المسألتين: «موضوع المسألة ما إذا علم عدم الرضا إلاّ بزعم صحة المعاملة أو اشتبه الحال، و فى الظن فى الرضا بدونه إشكال، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن لترتّبها على زعم الصحة، فكان التصرف حينئذ تصرفا بغير إذن و أكل

مال بالباطل لانحصار وجه الحلّ فى كون المعاملة بيعا أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض، و الأوّلان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقى للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيءٍ فى المقابل، فالرضا المتقدم كالعدم. فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا كلام فى صحة التصرف بأىّ نوع اتفق سواء صحت المعاملة أو فسدت فإنّ ذلک ليس من البيع الفاسد فى شى ءٍ كما بيّنّا ذلک فى مبحث المعاطاة...»(١).

أقول: حاصل جمعه يرجع إلى أمرين و يحكم بصحة المعاطاة فيهما و هما:

الأوّل: تحقق المعاطاة بالتراضى الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيّده بصحة المعاملة.

الثانى: حصول المعاطاة بالتراضى الجديد الحادث بعد العقد و العلم بالفساد.

و استشكل عليهما الشيخ الأعظم(٢) قدس سره و ردّ:

الأوّل منهما: بأنّ التراضى الموجود حين العقد مقيّد بالتمليک لا أنّه مطلق، و من البديهى انتقاء المقيد بانتفاء قيده، فبإنتفاء التمليک ينتفى التراضى.

و الثانى منهما: أنّ كلام الجماعة لا يقبل الحمل على التراضى الجديد و وقوع معاطاة جديدة بالتقابض الواقع بعد العقد الفاسد. لانّ كلامهم ظاهر فى حصول المعاطاة بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

۱- (۱) مفتاح الكرامة ۵۳۹/۱۲ و نقل عنه الشيخ فى المكاسب ۱۰۸/۳.

۲- (۲) راجع المكاسب ۱۰۹/۳.

وجه جمع المحقّق الخراسانى

قال: «يمكن أن يقال: أنّ الصيغة المفروضة، و إن لم تتضمن إلاّ إنشاءً واحدا و المفروض فسادها للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلاّ أنّ الصحة و الفساد لمّا كان من الأُمور الإضافية... كان فساد الصيغة المُنْشَاء بها التمليک بما هى عقد البيع، و لا يترتب عليها شىء مما يكون آثار العقد من اللزوم و غيره، لا ينافى كونها معاطاةً و داخلة فى المسألة التى تكون معركة للآراء و صحيحة بما هو بيع عند بعض و اباحة عند الآخر إلى غير ذلک من الأقوال فيها، و الحكم بالضمان بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنّه حكم اقتضائى لا فعلى، بمعنى أنّ قضية فساده بما هو عقد، ذلک لو لم يجىء فى البين الحكم بصحته بوجه آخر، أى بما هو بيع بغير العقد، و هذا أحسن ما يقال توفيقا بين ما ذكر فى المقامين

فتفطّن»(۱).

و فيه: حمل الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد و هكذا فساد عقده بما هو معاملة و معاوضة على الحكم الإقتضائى لغو محض، لأنّ العنوان الثانى و هو المعاطاة دائما يكون موجودا فيه، لا سيما إذا قلنا بأنّ العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاة مطلقا أى ولو لم يتحقق معه قبض أصلاً كما نسبه الشيخ الأعظم(٢) إلى ظاهر غير واحد من مشايخه المعاصرين له، و مع وجود المعاطاة دائما فى العقد الفاسد فلا تصل النوبة إلى الضمان أصلاً فجعل الحكم بالضمان ولو على نحو الحكم الاقتضائى يكون لغوا لعدم تحقق فعليته أصلاً. و هذا مراد شيخ مشايخنا المحقّق النائينى(٣) فى الردّ على المحقّق الخراسانى.

ما هو المختار فى المقام

إذا لم يتحقق القبض بعد الصيغة الفاسدة فهذا خارج عن المعاطاة المصطلحة لعدم

١- (١) حاشية المكاسب /٢٦.

٢- (٢) المكاسب ١٠٧/٣.

٣- (٣) منية الطالب ٢٢٨/١.

التقابض المعتبر فى المعاطاة، فلابدّ من إخراجه من كلام الجماعة، و من هنا ظهر أنّ القول بأنّ الإنشاء القولى الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع إلى المعاطاة مطلقا - أى سواء تحقق القبض أو لم يتحقق - فلا وجه له لخروجه عن عنوان المعاطاة بالكلّية.

و إن تحقق القبض و يكون بناؤهما على الإغماض عن الصيغة الفاسدة و يريدان انشاء العقد مجددا بالفعل، فهذه الصورة تدخل فى عنوان المعاطاة بلا ريب و تكون خارجة عن محط كلام الجماعة.

و إن تحقق القبض ولكن ليس بناؤهما على الاغماض بل أنّهما يقبضان وفاءً بما التزمابه على البيع الفاسد بحيث لم يعلم منهما رضا بالتصرف فى ماله. إلاّ الرضا المعاملى الذى كان فى ضمن الإنشاء الفاسد و مقيدا به، فهذه الصورة ليست إلاّ المقبوض بالعقد الفاسد الذى هو موجب الضمان، و هذه أيضا خارجة عن موضوع البحث.

ولكن إن تحقق القبض و ليس بناؤهما على الاغماض بل أنّهما يقبضان لا بما أنّ القبض يكون وفاءً بل رضا جديدا يحصل لهما فى أىّ حال و هذه الصورة هى محل كلام الجماعة.

ثم هذا الرضا تارة يكون حقيقيا كما لو عَلِما بفساد الصيغة و مع ذلک رضيا

بالتصرف، و اُخرى تقديريّا كما لو جهلابه ولكن يظهر من حالهما أنّهما لو علما بفساد الصيغة لرضيا بالتصرف أيضا و يكون كالرضا من شاهد الحال فى غير المقام.

و ادخال هذا فى المعاطاة يتوقف على أمرين:

الأوّل: كفاية الرضا الشأنى فى صحة المعاطاة لصدق طيب النفس المعتبر فى أكل مال الغير و صرّح بكفايته المحقق التسترى فى المقابس(۱) و يمكن حمل كلام السيّد العاملى: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما...»(۲) عليه.

۱- (۱) مقابس الأنوار /۱۳۸.

۲- (۲) مفتاح الكرامة ۵۳۹/۱۲.

الثانى: عدم اعتبار إنشاء عنوان العقود قولاً و لا فعلاً، بل كفاية مجرد وصول كلٍّ من العوضين إلى المالک الآخر، بل يكفى قبض أحد العوضين. لا سيّما فى المعاطاة، و السيرة موجودة بالنسبة إليها

لإنّ بناء الناس على أخذ المحقرات من دكاكين أربابها و وضعهم الفلوس فى الموضع المعدّ له، و على دخول الحمام و وضع الفلوس فى كوز صاحبه.

ولكن يمكن إن يناقش فى الأمرين:

أمّا الأوّل منهما: قد مرّ منّا عدم كفاية الرضا مطلقا - أى سواء كان شانيّا أو فعليّا - فى العقود و الإيقاعات و أنّها تحتاج إلى الإذن و الانتساب.

ثم، لو قلنا بكفاية الرضا الباطنى فى إباحة جميع التصرفات حتّى ما كان منها متوقّفا على الملك فكيف يتحقق الركن الآخر و هو الضمان بالمسمى و انتقال التالف إلى ملك من تلف فى يده؟ كمانبّه عليه المحقّق النائينى.(١)

أمّا الثانى منهما: فمن الواضح أنّ العقود و الإيقاعات تكون من الأُمور الإنشائية و هى تحتاج إلى الإنشاء و إلاّ لايتحقق فى الخارج، و الإنشاء كما يمكن أن يكون باللفظ يمكن أن يكون بالفعل و أمّا حدوثها من دون إنشاء فلا يمكن.

نعم: يمكن أن يكون إنشاؤها من طرف واحد بالخصوص مع تحقق الإنشاء العام من طرف آخر كما يمكن الذهاب إليه بالنسبة إلى أخذ المحقرات من دكاكين أربابها مع غيابهم و وضع الفلوس فى موضعها و على دخول الحمام و وضع الأُجرة فى كوز صاحبه و نحوها، و قد مرّ تفصيل هذا البحث فى التنبيه الثانى فراجعه.

و بالجملة: الحكم بتحقق المعاطاة بمجرد الإخلال بالشروط المعتبرة فى الصيغة

مشكل جدّا.

١- (٣) منية الطالب ١/٢٣٠.

فصلٌ: عقد البيع

اشارة

ص:٢٠١

ص:٢٠٢

قبل الكلام فى عقد البيع لابدّ من البحث حول تمامية حدوث العقود بالألفاظ فقط، و عدم حدوثه إذا لم يكن هناک لفظ!؟ أو عدم تماميته، و لأجل ظهور هذا البحث لابدّ من تقديم اُمور:

تقديم أمور:

الأوّل: الأصل فى العقود هل هو الصحة أم الفساد؟

العقود و الإيقاعات اُمور حادثة و مسبوقة بالعدم، كما أنّ نتائجها من الزوجية و الملكيّة و الفراق و نحوها أيضا منها، فإذا شک فى تحققها أو تحقق نتائجها يحكم بأصالة عدمهما بفسادها و عدم تحقق نتيجتها و هذا هو المراد من أصالة الفساد من العقود و الإيقاعات.

و إذا شككنا فى جزئية شىءٍ فى نفس الصيغة أو شرطيته لها أو مانعيته لها أو لترتب الأثر عليها فلا يجرى حديث الرفع فيها، لا لعدم جريانه فى الأحكام الوضعية كما ذهب إليه جمع، و لا لعدم جريانه فى خصوص الجزئية و الشرطية و المانعية بالنسبة إلى نفس التكليف أو متعلَّق التكليف كما ذهب إليه السيّد الخوئى(١) قدس سره ، لأنّا نذهب إلى جريانه فى الأحكام الوضعية مطلقا بلافرق بين أن تكون مجعولة بنفسها كالملكيّة و الزوجية و الرقية و نحوها، أو

ص:٢٠٣

١- (١) مصباح الفقاهة ٩/٣ و ١٠.

تكون راجعة إلى نفس التكليف نحو: الشرطية و الجزئية و السببية و المانعية بالنسبة إلى الوجوب، أو تكون راجعة إلى متعلَّق التكليف نحو الشرطية و الجزئية و المانعية بالنسبة إلى الواجب أو المأمور به أو المكلّف به، فحديث الرفع يجرى فى جميعها و التفصيل يطلب من علم الاصول.

ولكن مع ذلک كلّه لا يجرى فى المعاملات بالمعنى الأعم بأسرها، لأنّها تحتاج إلى إمضاء الشارع حتّى تَصِحَّ عنده و حديث الرفع غير ناهضٍ بإثبات تحقق الإمضاء فلا يمكن

جريانه فيها و هذا هو سرّ عدم جريانه فيها.

قد يقال: فلماذا أجراه الإمام عليه السلام فيها لما ورد فى صحيحة صفوان و البزنطى عن أبيالحسن عليه السلام فى الرجل يُسْتَكْرَهُ على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملک، أيلزمه ذلک؟ فقال: لا، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : وُضع عن اُمتى ما اُكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا.(١)

ولكن نقول: بأن الإمام أجرى حديث الرفع بالنسبة إلى نفى الحكم التكليفى لليمين و أنّ ليس عليه الوفاء به لأنّه مكره فجميع ما يحلف بها من الزوجية و الرقية و الملكيّة باقية على ما كانت عليها و لا يلزمه الوفاء به، و هذا غير جريانه فى المعاملات.

و بما ذكرنا تظهر مواقع النظر فى كلام المحقّق الإيروانى حيث يقول: «لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البرائة فى الأحكام الوضعية كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكرَه و عتاقه فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كلّ خصوصية شک فيها بمعنى عدم دخلها فى تأثير السبب و عدم كونها من أجزاء السبب، و لا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقّق النقل و الانتقال، لأنّ هذا فى مرتبة السبب و ذاک فى

١- (١) وسائل الشيعة ٢٢٦/٢٣، ح١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

مرتبة المسبَّب، و الاستصحاب إنّما يقدّم على إصالة البرائة حيث يكونان فى مرتبة واحدة»(١).

الثانى: هل يجوز التمسک بالإطلاقات عند

الشک فى صحة العقود و الإيقاعات؟

بعد عدم جريان حديث الرفع فى المعاملات و التمسک بأصالة عدم تحقّق العقد و نتيجته و استصحاب عدمهما، هل يجوز التمسک بالعمومات أو الإطلاقات فى مورد منها إذا فرض وجودها أم لا؟

نعم، يجوز التمسک بالإطلاقات و العمومات حيث ما وُجِدَتْ نحو قوله تعالى: «أحل اللّه البيع»(٢) أو قوله عليه السلام : «لكلِّ قومٍ نكاح»(٣). حيث أنّها مطلقة بالنسبة إلى أنكحة غير المسلمين من الإلهيين أو غيرهم. و بعد التمسک بالإطلاق تُنْفى الجزئية أو الشرطية المشكوكة

أو المانعية المترددة و يحكم بصحّة العقد و ترتب الأثر عليه.

و على هذا إذا وجد إطلاق أو عموم فهو مقدّم على أصالة عدم تحقّق العقد و أثره لأنّهما من التمسک بالدليل اللفظى و هو مقدّم على الأصل العملى كما هو الواضح.

الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ و لا تحقّق بدونه؟

قد يقال: بوجود الاجماع على أنّ العقود لا تتحقّق من دون اللفظ(٤) أو أنّ العقود اللازمة لا تتحقّق بدونه.(٥)

۱- (۲) حاشیته علی المکاسب ۹۵/۲.

۲- (۳) سورة البقرة /۲۷۵.

۳- (٤) وسائل الشیعة ۸۰/۱۵، ح۲، و ۲۹۹/۱۷، ح۲، و ۱۹۹/۲۱، ح۲.

٤- (۱) کما عن ابن زهرة فی الغنیة /۲۱٤.

۵- (۲) کما عن المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۳۰۹/۵.

ولکن یمکن أن نقول فی الجواب: عدم امکان تحصیل هذا الاجماع فی کلمات القدماء من أصحابنا قدس سرهم و أمّا المتأخّرون فلا عبرة بإجماعهم - علی فرض وجوده - لأنّ المسألة تکون من المسائل الاجتهادیة المستنبطة و لیست من الاُصول المتلقاة من الأئمة المعصومین علیهم السلام فحینئذ ادعاء الإجماع فی المقام لا یغنی و لا یسمن من جوع.

و قد مرّ الکلام فی بحث المعاطاة من أن الروایات قاصرة عن اثبات لزوم اللفظ فی العقود فراجع ما حررناه هناک.

نعم، العقود و الایقاعات تعدان من الاُمور الإنشائیة، و الإنشاء یحتاج إلی ما یُنْشأُ به حتّی توجد فی الخارج و ما یُنْشأُ به کما یمکن أن یکون من الألفاظ یمکن أن یکون من الأفعال، فالإنشاء یُوْجَدُ باللفظ و بالفعل فلا یتحقّق باللفظ فقط بل یتحقّق بالفعل أیضا کما باللفظ.

ثمَّ بعض الاُمور الإنشائیة لا تتحقّق إلاّ باللفظ بل إلاّ بالصیغ الخاصة نحو: النکاح و الطلاق و الظهار و الإیلاء و اللعان.

فما ورد من الروایات بالنسبة إلی الأخرس و طلاقه یکون خلاف القاعدة الأوّلیة لأنّ الطلاق معتبر فیه اللفظ الخاص، و الأخرس إن لم یتمکن من التکلّم به ولکن یتمکن من التوکیل، و لذا لو کنّا و

القاعدة الأوّلية لابدّ له من التوكيل ولكن النصوص وردت فى مباشرته للطلاق و نفوذ طلاقه كما ورد فى صحيحة البزنطى أنّه سأل أباالحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت و لا يتكلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغض لامرأته و كراهة لها، أيجوز أن يطلّق عنه وليّه؟ قال: لا، ولكن يكتب و يشهد على ذلک، قلت: أصلحک اللّه، فإنّه لايكتب و لايسمع، كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من

ص:٢٠٦

أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها.(١)

و فى حسنة أبان بن عثمان قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن طلاق الخُرْسِ(٢) قال: يلفُّ قناعها على رأسها و يجذبه.(٣)

و فى معتبرة السكونى عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها و يعتزلها.(٤)

و نحوها خبر أبيبصير.(٥)

و كذا تحريک لسان الأخرس و إشارته يقومان مقام تلبيته و تشهده و قراءته الصلاتية كما فى معتبرة السكونى عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: تلبية الأخرس و تشهّده و قراءته القرآن فى الصلاة تحريک لسانه و إشارته بإصبعه.(٦)

و لذا نأخذ بهذه النصوص و نحكم بنفوذ طلاقه، و بعدم الفرق بينه و بين النكاح فكذا نكاحه، و أمّا غيرها من العقود و الإيقاعات فحكم الأخرس مطابق للقاعدة الأوّلية من إنشائها بالفعل تصح منه و من غيره.

فحينئذ لا فرق بين الأخرس و غيره فى العقود و كذا المعاطاة فالتفصيل بينه و بين غيره كما يظهر من الشيخ الأعظم(٧) رحمه الله فى غير محلّه. لأنّه قادر على إنشاء العقد ولكن

١- (١) وسائل الشيعة ٤٧/٢٢، ح١، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢- (٢) الخُرسْ: جمع الأخْرَسِ.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٤٧/٢٢، ح٢.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٤٨/٢٢، ح٣.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٤٨/٢٢، ح٥.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٣٦/٦، ح١، الباب ٥٩ من أبواب القرأة فى الصلاة - و وسائل الشيعة ٣٨١/١٢، ح١، الباب ٣٩ من أبواب الإحرام.

٧- (٧) المكاسب ١١٨/٣.

بالإشارة و كذلک هو قادرٌ على إنشاء المعاطاة بها و بفعله فلا فرق بينه و بين غيره فى المعاطاة.

و يؤيد ما ذكرنا من كفاية الإنشاء بالفعل ما ورد فى صحيحة الحلبى عن أبيعبداللّه عليه السلام أنّ أباه حدّثه: أنّ أمامة بنت أبيالعاص بن الربيع و اُمّها زينب بنت رسول اللّه صلى الله عليه و آله فتزوّجها بعد على عليه السلام المغيرة بن نوفل، أنّها وجعت وجعا شديدا حتّى اعتقل لسانها فأتاها الحسن و الحسين عليهماالسلام و هى لا تستطيعُ الكلام، فجعلا يقولان - و المغيرة

كاره لما يقولان - : اعتقت فلانا و أهله؟ فتشير برأسها: أن نعم، و كذا و كذا، فتشير برأسها: نعم أم لا، قلت: فأجازا ذلک لها؟ قال: نعم.(١)

و كذا خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو إمرأة فجعل أهاليهما يسائله: اعتقت فلانا و فلانا فيؤمىء برأسه أو تؤمى برأسها فى بعض نعم، و فى بعض: لا، و فى الصدقة مثل ذلک، أيجوز ذلک؟ قال: نعم جائز.(٢)

و كذا خبر محمّد بن جمهور عن بعض أصحابنا عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إنّ فاطمة بنت أسد اُمّ أميرالمؤمنين عليه السلام كانت أوّل امرأة هاجرت إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله من مكة إلى المدينة على قدميها - إلى أن قال - و قالت لرسول اللّه صلى الله عليه و آله يوما: إنّى اُريد أن أعتق جاريتى هذه، فقال لها: إن فعلتِ أعتق اللّه بكلّ عضو منها عضوا منكِ من النار، فلما مرضتْ اُصتْ إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله و أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل لسانها، فجعلت تومىء إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله إيماء فقبل رسول اللّه صلى الله عليه و آله وصيتها، الحديث.(٣)

و لذا ذهب المحقّق فى ظاهر عبارته فى النافع إلى الاكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق و

١- (١) وسائل الشيعة ٨٠/٢٣، ح١، الباب ٤٤ من أبواب كتاب العتق.
٢- (٢) وسائل الشيعة ٣٧٤/١٩، ح٢، الباب ٤٩ من أبواب كتاب الوصايا.
٣- (٣) وسائل الشيعة ٣٧٤/١٩، ح٣.

قال: «و تكفى الإشارة الدالة على القصد، و لا تكفى الكتابة ما لم تنضم القرينة الدالة على الإرادة»(١).

و قال فى الجواهر: «... لما ذكرناه من كفاية الفعل فى إجراء حكم الوصية و إن لم يتحقّق بذلک عقدها و أنّه كالمعاطاة فى البيع»(٢).

الرابع: هل تتحقّق العقود بالكتابة؟

على ما سلكناه من أنّ العقود تحتاج إلى ما تُنْشَأُ به و هو يمكن أن يكون قولاً و صيغةً و كذلک يمكن أن يكون فعلاً و عملاً و ثالثة يمكن أن يكون كتابةً و خطا، فحينئذ يجوز تحقّق العقود و الإيقاعات بالكتابة إلاّ مادلّ الدليل على لزوم التلفظ و النّطق بها نحو: النكاح و الطلاق.

ولكن عند القوم العقود لا تتحقّق إلاّ باللفظ و مع عدم التمكن من اللفظ نحو

الأخرس تتحقّق بالإشارة و مع عدم التمكن منها تتحقّق بالكتابة. فالكتابة عندهم تكون أَدْوَنَ من الإشارة و لذا قال فى المفتاح معلقا على قول العلاّمة فى القواعد: «و لا تكفى الكتابة بدون الإشارة و اللفظ»، «قضية مفهوم العبارة كفاية الكتابة فى العمل بها مع القرينة الدالة على المراد و العجز عن النطق كالاشارة المفهمة و قد حكى الإجماع فى الإيضاح على ذلک، و فى التنقيح أنّه لاخلاف فيه، و فى جامع المقاصد نفى الشک فيه و به صرح فى الجامع و التذكرة فى موضعين منها و التحرير و التبصرة و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروضة... و قد احتمل فى التذكرة فى أوّل كلامه كفاية الكتابة مع القدرة على النطق و هو الظاهر من عبارة النافع...»(٣).

١- (٤) المختصر النافع /١٦٣.

٢- (٥) الجواهر ٢٤٦/٢٨.

٣- (١) مفتاح الكرامة ٣٧٩/٩ من الطبعة الاولى.

و فى وصايا الجواهر: «ربّما ظهر من تقييد الاكتفاء بالعجز عدم الاكتفاء بها مع الاختيار، بل هو صريح المحكى عن الفاضل و ولده و الشهيدين و المحقّق الثانى و القطيفى بل عن السرائر نفى الخلاف فيه، نعم عن التذكرة احتمال الاكتفاء بها مع الاختيار فى أوّل كلامه بل لعلّه الظاهر من النافع و فى الرياض أنّه لا يخلو عن قوة مع قطعية دلالة القرينة...»(١).

و قال الشيخ جعفر: «و العبارة السقيمة مقدّمة عليها (أى على الإشارة) و الكتابة مؤخّرة عنها»(٢).

ولكن علّق عليه صاحب الجواهر بقوله: «... بل لا يبعد أنّ المراد كل ما دلّ على المقصود غير اللفظ حتّى الكتابة التى قد صرح فى الاجتزاء بها حينئذ فى محكى التحرير و نهاية الإحكام و الدروس و غيرها... فما فى شرح الأُستاد من أنّ الكتابة قاصرة عن الإشارة لايخلو من نظر هذا»(٣).

أقول: دخول الكتابة فى الإشارة بعيد فى الغاية، لأنّهما شيئان مختلفان حتّى عند عرف ذلک الزمان كما هو الواضح.

و قال الشيخ الأعظم قدس سره : «و الظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها فى الطلاق مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه، و أمّا مع القدرة على الاشارة فقد رجّح بعض الاشارة و لعلّه لأنّها أصرح فى الإنشاء من الكتابة، و

فى بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس و إليه ذهب الحلّى(٤) رحمه الله هناک»(٥).

١- (٢) الجواهر ٢٤٨/٢٨.

٢- (٣) شرح القواعد ١٨/٢.

٣- (٤) الجواهر ٢٥١/٢٢.

٤- (١) السرائر ٦٧٨/٢.

٥- (٢) المكاسب ١١٨/٣.

يؤيد ما ذكرناه من تحقّق العقود بالكتابة آيتها(١) الواردة فى كتاب اللّه تعالى و هى أطول آيةٍ.

و صحيحة البزنطى عن الرضا عليه السلام فى شأن الأخرس أنّه قال فى حديث: ولكن يكتب و يشهد على ذلک، الحديث.(٢)

و معتبرة يونس فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل فى قبل الطهر بشهود و فهم عنه كما يفهم عن مثله و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنة.(٣)

و صحيحة إبيحمزة الثمالى قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إبى امرأتى بطلاقها أو اكتب إلى عبدى بعتقه، يكون ذلک طلاقا أو عتقا؟ قال: لا يكون طلاقا و لا عتقا حتّى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده و هو يريد الطلاق و العتق و يكون ذلک منه بالأهلة و الشهود و يكون غائبا عن أهله.(٤)

أقول: تحمل الرواية على طلاق الغائب عن أهله و أمّا حملها على التقية أو على التلفظ معها أو على حدوث علم الزوجة و العبد بالطلاق و العتق أو على الأخرس كما عن صاحب الوسائل فلا يَتُمُّ. نعم يأتى منّا فى آخر البحث ما يفيد فى المقام فانتظر.

و فى معتبرة سَدير عن أبيجعفر عليه السلام قال: دخلت على محمّد بن على، - ابن الحنفية - و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدک، فخطّ وصيته بيده فى الرمل و نسخت أنا فى صحيفة.(٥)

١- (٣) سورة البقرة /٢٨٢.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٢٢/٤٧، ح١، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٣- (٥) وسائل الشيعة ٢٢/٤٨، ح٤.

٤- (٦) وسائل الشيعة ٢٢/٣٧، ح٣، الباب ١٤ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- (٧) وسائل الشيعة ٣٧٢/١٩، ح١، الباب ٤٨ من أبواب كتاب الوصايا.

لم يذكر الصدوق سنده إلى عبدالصمد بن محمّد فى مشيخة الفقيه ولكن له سند آخر للرواية فى كتابه كمال الدين(١) و كذا للشيخ سند لها فى التهذيب(٢) و كلاهما معتبران. و سَدير ذكره النجاشى(٣) فى ترجمة ابنه الحسن و لم يطعن عليه فهو إمامى معتبر.

و حسنة ابراهيم بن محمّد الهمدانى قال: كتبت إلى أبيالحسن عليه السلام : رجل كتب كتابا بخطه و لم يقل لورثته: هذه وصيتى، و لم يقل: إنّى قد اوصيت إلاّ أنّه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلک؟ فكتب عليه السلام : إن كان له ولد ينفذون كلّ شىء يجدونه فى كتاب أبيهم فى وجه البرّ و غيره.(٤)

نعم، قد مرّ فى أوّل البحث أنّ بعض العقود لا تتحقّق إلاّ باللفظ و منها: الطلاق لما ورد فى صحيحة زرارة قال: سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعتق مملوكه و لم ينطق به لسانه، قال: ليس بشىء حتّى ينطق به.(٥)

و وَرَدَ فى خبر زرارة(٦) أيضا.

و كذا ورد فى صحيحته الاُخرى قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : رجل كتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه ثم بدا له فمحاه، قال: ليس ذلک بطلاق و لاعتاق حتّى يتكلّم به.(٧)

فكلّ ما ثبت بالدليل خروجه فهو و إلاّ تتحقّق العقود بالكتابة و اللّه العالم.

١- (٨) كمال الدين /٣٦.

٢- (٩) التهذيب ٢٤١/٩.

٣- (١٠) رجال النجاشى /٦٢، الرقم ١٤٦.

٤- (١) وسائل الشيعة ٣٧٢/١٩، ح٢.

٥- (٢) وسائل الشيعة ٣٦/٢٢، ح١.

٦- (٣) وسائل الشيعة ٨١/٢٣، ح١، الباب ٤٥ من أبواب كتاب العتق.

٧- (٤) وسائل الشيعة ٣٦/٢٢، ح٢.

الخامس: ما يُنْشَأُ به لابدّ أن يكون صريحا فى العقد و الإيقاع

١- اشارة

قد عرفت أنّ العقود و الإيقاعات تكون من الاُمور الإنشائية و هى لا تتحقّق إلاّ بما يُنْشَأُ به، و قد مرّ أنّ ما يُنْشَأُ به كما يمكن ان يكون قولاً و لفظا و صيغة كذلک يمكن أن يكون فعلاً و عملاً، و كذلک يمكن أن يكون كتابة و سطرا، ولكن فى الجميع لابدّ أن يكون ما ينشأ به العقد أو الإيقاع صريحا أو ظاهرا عرفا فى ذاک العقد أو الإنشاء، بحيث يتميّز عن غيره فمادام لم يكن صريحا أو ظاهرا عرفا فى العقد لا يتحقّق ذلک.

نعم، يمكن تعيين الظهور و تصريح بالقرائن المقالية و الحالية فى تمييز عقد عمّا سواه.

و بما ذكرنا نستغنى من البحث حول مادة الصيغة و هيئتها و ترتيبها و أنّها بأجمعها موكل إلى العرف و تعيين الظهور إلاّ ما ورد من الشرع تحديدها نحو صيغ النكاح و الطلاق و الظهار و الإيلاء و اللعان و أنّها لا تتحقّق إلاّ بالصيغ الخاصة.

٢- ثم لابدّ من التنبيه على فروع:

اشارة

الإختلاف فى تعيين الموجب و القابل

ذهب الشيخ الأعظم(۱) رحمه الله فيه إلى الحكم بالتحالف و عدم ترتب الأثار المختصة بالبائع و المشترى عليهما.

و فيه: الآثار إمّا مترتب على عنوان البيع نحو خيار المجلس أو على عنوان المشترى فقط كخيار الحيوان فإنّه مختص به على المشهور.

ولو فرض وجود أثر على عنوان البائع فلابدّ من تعين المدعى و المنكر على موازين القضاء للمدعى البينة و اليمين على من أنكر و لا تصل النوبة إلى التداعى و التحالف.

و أمّا ما قد يقال: من أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و استُدِلَ له

۱- (۱) المكاسب ۱۳٤/۳.

بالإجماع و مرسلة عوالى اللآلى عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه قال: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه(۱) و خبر عقبة بن خالد فى رجل اشترى متاعا من رجل و أُوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيک غدا إن شاء اللّه، فسرق المتاع، مِن مال مَن يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتّى يقبض المتاع و يخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتّى يردَّ ماله إليه.(۲) فهذه ثمرة تترتب على عنوان البائع.

فلا يتم، لأنّ الاجماع مدركىٌّ و المرسلة لا يمكن الاستدلال بها و الخبران ضعيفان سندا و لايجبر ضعف سندهما بعمل الأصحاب، لعدم استناد عملهم بهما لوجود السيرة القطعية عند العقلاء بتسليم الثمن و المثمن فى المعاملات و القبض و الإقباض فمادام لم يتحقّق القبض فإن تلف فهو من مال صاحبه الأوّل و هذه السيرة تجرى فى ناحية البائع كما تجرى فى ناحيه المشترى بالنسبة إلى الثمن. فلا تترتب هذه الثمرة على عنوان البائع خاصة.

هل تعتبر العربية فی العقد؟

المحکی عن السیّد عمید الدین: «یشترط فی سائر العقود و النذور و العهد و الیمین وقوعها باللفظ العربی»(۳).

و اعتبرها الفاضل المقداد(٤)، و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(٥) و رسالة صیغ

العقود(٦) و حاشیة الارشاد(۷)، و الشهید الثانی فی الروضة(۸).

۱- (۲) عوالی اللآلی ۲۱۲/۳، ح٥۹ و نقل عنه فی مستدرک الوسائل ۳۰۳/۱۳، ح۱، الباب ۹ من أبواب الخیار.

۲- (۳) الکافی ۱۷۱/٥، ح۱۲.

۳- (٤) الحاکی عنه هو الشهید فی حواشیهِ علی القواعد کما فی مفتاح الکرامة ٥۲۳/۱۲.

٤- (٥) التنقیح الرائع ۱۸٤/۲، کنزالعرفان ۷۲/۲.

٥- (٦) جامع المقاصد ٥۹/٤.

٦- (۱) رسالة صیغ العقود /۱۷۸، المطبوعة فی المجلّد الأوّل من رسائل المحقّق الکرکی.

۷- (۲) حاشیة الارشاد /۳۳٥ المطبوعة فی المجلد التاسع من حیاة المحقّق الکرکی و آثاره.

۸- (۳) الروضة البهیة ۲۲٥/۳.

و استدل لها المحقّق الثانی فی حاشیة الارشاد و جامع المقاصد بالتأسی، و زاد فی الأوّل ب- «أنّ إیقاع العقد بلفظ غیر الماضی غیر صحیح مع أنّه عربی اتفاقا فغیر العربی بطریق اُولی»(۱).

و فیه: أوّلاً: نعم، الرسول الأعظم صلی الله علیه و آله أنشأ العقود بالعربیة ولکن من جهة أنها لسان قومه کما هی کذلکِ فی محاوراته و محادثاته.

و ثانيا: لو كانت العربية معتبرة لظهرت و بانت لأنّ الناس يُبْتَلَوْنَ بها أكثر من ابتلائهم بالصلوات الخمس.

و ثالثا: سيأتى منّا عدم اعتبار الماضوية فى العقود، و منع الأُولوية فى المقام لأنّ من الممكن أنّ غير العربية يكون صحيحا ولكن العربية بغير الماضى لم تكن صحيحة، و يمكن ان يقال: «إذا لم يكن قادرا على الماضى يجوز بغير العربية و لا يجوز بغير الماضى» كما فى مفتاح الكرامة(٢).

و رابعا: شمول عمومات و مطلقات العقود و وجوب الوفاء بها للعقد غير العربى.

و خامسا: ولو قلنا باعتبار العربية فإنّما تكون مع القدرة و أمّا مع العجز فتجوز بغير العربية كما قطع به الأصحاب ولو بالتعلّم بلامشقّة و لا فوت غرض مقصود كما نبّه عليه الفاضل الإصبهانى(٣) رحمه الله .

نعم، فى صيغ النكاح الإجماع على عدم الصحة بغير العربية مع القدرة كما عن الشيخ

١- (٤) حاشية الارشاد /٣٣٥.

٢- (٥) مفتاح الكرامة ٥٢٧/١٢.

٣- (٦) كشف اللثام ٤٧/٧.

فى المبسوط(١) و العلاّمة فى التذكرة(٢)، و خالفهم ابن حمزة فى الوسيلة(٣) و ذهب إلى

استحباب العربية فيه.

و أمّا العربى الملحون من حيث المادة أو الهيئة أو الإعراب بناءً على القول باعتبار العربية، فإنّ العربيّة الصحيحة المتيقّنة تكون من أسباب النقل و الانتقال و أمّا الملحونة فلا، فلا يصحّ إنشاء العقود بها.

إمّا بناء على ما اخترناه من جواز إنشاء العقود بكلّ ما يُنْشَأُ به فلابدّ من التفصيل بين ما يعدّ فى العرف أيضا غلطا فلا يصح الإنشاء به و بين ما يعد غلطا بحسب القواعد العربية فقط ولكن العرف يستعملونه فيتم الإنشاء به.

و بالجملة فالأمر فى العربية الملحونة مُوْكَلٌ إلى العرف و أنّه يحكم بغلطها أو لا يراها غلطا و فى الأخير يصح الإنشاء به.

ثم هل المعتبر - على فرض اعتبارها - عربية الصيغة فقط فيصح نحو: بعتک - اين كتاب را به فلان مقدار - أو لابّد أن يكون الجميع بالعربية؟!

الظاهر كفاية صحة العقد بعربية صيغتها، أما سائر متعلقاتها فيجوز فيها غير العربية لعدم احتمال أن يكون اللفظ غير العربى مخلاً بصحة العقد، و يدلّ على ما ذكرنا عدّة من الروايات.

منها: صحيحة اسماعيل بن عبدالخالق(٤) و صحيحة العلاء(٥).

١- (٧) المبسوط ١٩٤/٤.

٢- (٨) تذكرة الفقهاء ٥٨٢/٢ من طبع الحجرى.

٣- (٩) الوسيلة /٢٩١.

٤- (١) وسائل الشيعة ٥٣/١٨، ح١٤، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٥- (٢) وسائل الشيعة ٦٣/١٨، ح٥، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

و بهما تحمل صحيحة الحلبى(١) و خبر جراح الملائنى(٢) و معتبرة حنان بن سدير(٣) على الكراهة، و اللّه العالم.

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة تفصيلاً؟

جهله بها يتصور على القسمين:

الأوّل: أن يكون المنشىء جاهلاً بمعنى الصيغة و مضمونها راسا بل ربما يكون المرتكز فى ذهنه غير ما يفهمه أهل اللغة و العالمون بها فحينئذ لا يصح الإنشاء بها للإخلال بقصد الإنشاء فلا يتحقّق الإنشاء لأنّه لا يدرى معنى الصيغة حتّى يقصد الإنشاء بها.

الثانى: المنشىء يعلم إجمالاً معنى الصيغة ولكنّها جاهل بها تفصيلاً - أى لا يدرى وقوع أىّ جزء منها بإزاء أىّ جزء من معناها - فهو لا يدرى كيفية الدلالة، فحينئذ يجوز الإنشاء بها لعدم الدليل على اعتبار العلم التفصيلى بمعنى الصيغة و لقيام السيرة القطعية على الصحة فى هذا الفرض، لأنّ لايطلع على المعنى التفصيلى إلاّ الأفاضل. و لم يثبت أىّ ردع بالنسبة إلى جريان العقود و الإيقاعات توسط عموم الناس الغافلين من كيفية الدلالة و معانى المفردات.

و من هنا ظهر عدم ابتناء المسألة على اعتبار العربية فى الصيغة كما هو ظاهر الشيخ الأعظم رحمه الله حيث يقول: «الظاهر هو الأوّل (أى اعتبار العلم التفصيلى) لأنّ عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب...»(٤).

بل الظاهر ايتان النزاع حتّى على القول بجواز إنشاء الصيغ بغير العربية و لذا اعترض

١- (٣) وسائل الشيعة ٦١/١٨، ح١.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٦٢/١٨، ح٢.

٣- (٥) وسائل الشيعة ٦٣/١٨، ح٣.

٤- (١) المكاسب ١٣٧/٣.

علیه الفقیه الیزدی بقوله: «... بل یکفی الإیتان بالصیغة الصحیحة بقصد الإنشاء مع العلم بها بأنّها لإنشاء البیع أو غیره، و إن لم یفهم المعنی تفصیلاً و لم یمیز بین الخصوصیات، حتّی بالنسبة إلی النکاح أیضا فتدبر»(۱).

اشتراط الماضویة فی الصیغ

ذهب إلی الاشتراط ابن حمزة فی الوسیلة(۲) و المحقّق فی الشرائع(۳) و العلاّمة فی التذکرة(٤) و التحریر(٥) و المختلف(٦) و القواعد(۷) و الإرشاد(۸) و ولده فی شرحه(۹) و الشهید فی الدروس(۱۰) و اللمعة(۱۱)، و الفاضل المقداد فی التنقیح(۱۲)، و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(۱۳) و صِیغَ العقود(۱٤) و حاشیة الإرشاد(۱٥)، و الشهید الثانی فی المسالک(۱٦) و

۱- (۲) حاشیته علی المکاسب ۱/٤۲٤.

۲- (۳) الوسیلة /۲۳۷.

۳- (٤) شرائع الإسلام ۲/۷.

٤- (٥) تذکرة الفقهاء ۱۰/۸.

٥- (٦) تحریر الأحکام الشرعیة ۲/۲۷٥.

٦- (۷) مختلف الشیعة ٥/٥۳.

۷- (۸) قواعد الأحکام ۲/۱۷.

۸- (۹) إرشاد الأذهان ۱/۳٥۹.

۹- (۱۰) نقل عنه فی مفتاح الکرامة ۱۲/٥٥۲.

۱۰- (۱۱) الدروس الشرعیة ۳/۱۹۱.

۱۱- (۱۲) اللمعة الدمشقیة /۱۰۹.

١٢- (١٣) التقيح الرائع ٢٤/٢.

١٣- (١) جامع المقاصد ٥٩/٤.

١٤- (٢) رسالة صيغ العقود /١٧٧ المطبوعة فى ضمن المجلد الأوّل من رسائل المحقّق الكركى.

١٥- (٣) حاشية الإرشاد /٣٣٥.

١٦- (٤) المسالک ١٥٣/٣.

الروضة(١)، و المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة و البرهان(٢)، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح(٣) فهذا هو المشهور بين الأصحاب كما فى الأخيرين.

ولكن نُسب الخلاف إلى القاضى ابن البراج فى كتابيه: قال فى الكامل: «لو قال المشترى: بعنى هذا، فقال البائع: بعتک، انعقد»(٤).

و قال فى المهذب: «لو قال المشترى: بعنى هذا، فيقول البائع: بعتک، صحّ»(٥).

و استدل لهم: بأنّ الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف الأمر و المضارع، لأنّ الأمر استدعاء و المضارع أشبه شيءٍ بالوعد.

و أنّ الإنشاء بغير الماضى خارج عن العقود المتعارفة فلا تشمله العمومات.

و أنّ الاجماع قائم على عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر كما نبّه عليه فى التذكرة(٦) بالنسبة إلى الأوّل فقط.

و استدل على عدم الاشتراط: صدق عنوان العقد على المنشأ بالمضارع و الأمر فيكون مشمولاً للاطلاقات و العمومات.

و أنّهما يكونان صريحين فى الإنشاء بالقرائن المقالية أو الحالية كما أنّ الماضى كذلک بهما.

و الاجماع المُدعى لا يفيد شيئا لأنّه مدركىٌّ و مدركه هو الوجوه الاعتبارية التى

١- (٥) الروضة البهية ٢٢٥/٣.

٢- (٦) مجمع الفائدة و البرهان ١٤٥/٨.

٣- (٧) مفاتيح الشرائع ٤٩/٣.

٤- (٨) نقل عنه العلاّمة فى مختلف الشيعة ٥٣/٥.

٥- (٩) المهذب ٣٥٠/٢.

٦- (١٠) تذكرة الفقهاء ٨/١٠.

ذكروها.

و قد ورد فى عدّة من الروايات الإنشاء بصيغة المضارع أو الأمر:

منها: صحيحة رفاعة النّخّاس.(١)

و منها: موثقة سماعة.(٢)

و منها: موثقة اُخرى له.(٣)

و منها: موثقة عثمان بن عيسى و مضمره.(٤)

و منها: خبر عبداللّه بن سليمان.(٥)

و منها: خبر أبان بن تغلب.(٦)

و منها: خبر هِشام بن سالم الجواليقى.(٧)

و منها: خبر الأحول و هو محمّد بن على بن النعمان مؤمن الطاق.(٨)

و منها: صحيحة ثعلبة بن ميمون.(۹)

و منها: موثقة أبى بصير.(۱۰)

۱- (۱) وسائل الشيعة ۳۵۳/۱۷، ح۱، الباب ۱۱ من أبواب عقد البيع و شروطه.

۲- (۲) وسائل الشيعه، ۳۵۳/۱۷، ح۲.

۳- (۳) وسائل الشيعة ۱۵۸/۱۷، ح۲، الباب ۳۱ من أبواب ما يكتسب به.

٤- (٤) وسائل الشيعة ۱۵۸/۱۷، ح۳.

٥- (٥) وسائل الشيعة ۱۵۹/۱۷، ح٦.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٤۳/۲۱، ح۱، الباب ۱۸ من أبواب المتعة.

۷- (۷) وسائل الشيعة ٤٥/۲۱، ح٦، وسائل الشيعة ۲٦٤/۲۰، ح۱۰، الباب ۱ من أبواب عقد النكاح.

۸- (۸) وسائل الشيعة ٤٤/۲۱، ح٥.

۹- (۹) وسائل الشيعة ٤۳/۲۱، ح۲.

۱۰- (۱۰) وسائل الشيعة ٤٤/۲۱، ح٤.

و لا يضر إضمار هاتين الأخيرتين مضافا إلى جلالة راوِيَيْهِما و أنّهما لا ينقلان إلاّ من الإمام عليه السلام ، لأنّ الكلام فى جواز إنشاء العقود بصيغة المضارع و أنّهما - أى ثعلبة و أبابصير - أنشآ اعقد النكاح بالمضارع و لا يمكن لأحد أن يقال أنّهما لا يعلمان إنشاء عقد المتعة.

فتلك عشرة كاملة من الروايات - و الباحث يجد أكثر منها - فيّما يدلّ على جواز إنشاء العقود بصيغتى المضارع و الأمر، لأنّ خبر الأحول ورد بصيغة الأمر.

تقديم الإيجاب على القبول

اشارة

هل يعتبر الترتيب بين الإيجاب و القبول بتقديم الأوّل؟

نسب الشهيدان فى غاية المراد(١) و المسالک(٢) إلى الشيخ فى الخلاف دعوى الاجماع

على الاعتبار فلابدّ من ملاحظة كلامه.

قال الشيخ فى الخلاف: «إذا قال: بِعْنيه بألف، فقال: بعتک لم يصح البيع حتّى يقول المشترى بعد ذلک اشتريت أو قبلت... دليلنا: إنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به و ما ادعوه لا دلالة على صحته و الأصل عدم العقد، و من ادعى ثبوته فعليه الدلالة»(٣).

أقول: و أنت ترى عدم وجدان الاجماع فى كلامه قدس سره على اعتبار التقديم إنّما قال بأنّ العقد لو وقع إيجابه أوّلاً ثم قبوله، الكلّ يقول بانعقاده و هذا البيان صحيح منه ولكنّه لن يدعى الاجماع فى المقام و لذا قال فى المفتاح بالنسبة إلى ادعاء اجماع الخلاف: «و هو وهم قطعا لأنّى تتبعت كتاب البيع فيه مسألة مسألة و غيره حتّى النكاح فلم أجده ادّعى ذلک و إنّما عبارته فى المقام توهم ذلک المستعجل... إلاّ أن يريد أنّه استدل بأنّه مجمع عليه»(٤).

١- (١١) غاية المراد ١٦/٢.

٢- (١٢) المسالک ١٥٣/٣.

٣- (١) الخلاف ٣٩/٣، المسألة ٥٦.

٤- (٢) مفتاح الكرامة ٥٢٩/١٢.

قال فی بیع المبسوط: «عقد النکاح ینعقد بالإیجاب و القبول سواء تقدّم الإیجاب فقال [کقوله] زوّجتک بنتی، فقال، قبلت النکاح أو تأخّر الإیجاب کقوله: زوّجنی بنتک، فقال: زوّجتک، بلاخلاف.

فأمّا البیع فإن تقدم الإیجاب فقال: بعتک، فقال: قبلت، صحّ بلاخلاف، و إن تقدّم القبول فقال: بعنیه بألف فقال: بعتک، صحّ، و الأقوی عندی أنّه لا یصحّ حتّی یقول المشتری بعد ذلک: اشتریت. فإذا ثبت هذا فکلّ ما یجری بین الناس إنّما هو استباحات و تراض دون أن یکون ذلک بیعا منعقدا...»(۱).

ولکن قال فی نکاح المبسوط: «... فإذا تعاقدا فإن تقدّم الإیجاب علی القبول، فقال: زوّجتک، فقال: قبلتُ التزویج صحّ، و کذلک إذا تقدّم الإیجاب فی البیع علی القبول صحّ بلاخلاف.

و أمّا إن تأخّر الإیجاب و سبق القبول، فإن کان فی النکاح فقال الزوج: زوّجتنیها، فقال: زوّجتکها صحّ، و إن لم بعد الزوج القبول بلاخلاف، لخبر سعد الساعدی قال الرجل زوّجنیها یا رسول اللّه صلی الله علیه و آله ، فقال: زوّجتکها بما معک من القرآن، فتقدم القبول و تأخر

الإیجاب، و إن کان هذا فی البیع، فقال بعنیها، فقال: بعتکها صح عندنا و عند قوم من المخالفین، و قال قوم منهم لا یصحّ حتّی یسبق الإیجاب»(۲).

و أنت تری بأنّ الشیخ عدل فی باب النکاح عمّا ذهب إلیه فی باب البیع من المبسوط و الخلاف من لزوم تقدّم الإیجاب علی القبول فی البیع فقط و قال: «صح عندنا و عند قوم من المخالفین».

۱- (۳) المبسوط ۸۷/۲.

۲- (۱) المبسوط ۱۹٤/٤.

و الحاصل: اعتبار الترتيب بين الإيجاب و القبول هو مذهب الشيخ فى الخلاف(١) و بيع المبسوط(٢)، و خيرة ابنى حمزة و ادريس فى بيع الوسيلة(٣) و السرائر(٤)، و عدّه من الأقوى العلاّمة فى التذكرة(٥) و من الأشهر فى المختلف(٦) و نجله فى الإيضاح(٧) كما هو ظاهر شرحه على الإرشاد(٨)، و كذا ظاهر الشهيد فى غاية المراد(٩) و كذا عدّه من الأقوى الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع(١٠)، و المحقّق الكركى فى جامع المقاصد(١١) و فى صيغ العقود(١٢) ذهب إلى أنّه الأصح، و فى حاشيته على الإرشاد على أنّه الأظهر(١٣)، و ذهب الشيخ جعفر على أنّه الأشهر و الأظهر فى شرحه على القواعد(١٤).

و أمّا عدم الاعتبار فهو مذهب جماعة كما هو المنقول(١٥) عن القاضى ابن البراج و

١- (٢) الخلاف ٣٩/٣.

٢- (٣) المبسوط ٨٧/٢.

٣- (٤) الوسيلة /٢٣٧.

٤- (٥) السرائر ٢٥٠/٢.

٥- (٦) تذكرة الفقهاء ٨/١٠.

٦- (٧) مختلف الشيعة ٥٢/٥.

٧- (٨) ايضاح الفوائد ٤١٣/١.

٨- (٩) نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٢٩/١٢.

٩- (١٠) غاية المراد ١٦/٢.

١٠- (١١) التنقيح الرائع ٢٤/٢.

١١- (١٢) جامع المقاصد ٦٠/٤ و ٧٤/١٢.

١٢- (١٣) صيغ العقود /١٧٧ المطبوعة فى ضمن المجلّد الأوّل من رسائل المحقّق الكركى.

١٣- (١٤) حاشية الإرشاد /٣٣٥.

١٤- (١٥) شرح القواعد ١٩/٢.

١٥- (١٦) الناقل هو العلاّمة فى المختلف ٥٢/٥.

عدّه المحقّق فى الشرائع(١) من الأشبه، و ذهب العلاّمة فى نهاية الإحكام(٢) أنّه الأقوى و فى

التحرير(٣) أنّه الأقرب، و تنظر فى الاشتراط فى القواعد(٤) و الإرشاد(٥) و تبعه الشهيد فى الأقربية فى الدروس(٦)، و فى اللمعة(٧) ذهب إلى عدم اعتبار الاشتراط و إن كان تقديمه أحسن، و عدم الاعتبار هو اختياره فى حواشيه على القواعد(٨). و صاحب الميسية(٩) ذهب إلى أنّ عدم الاشتراط هو الأقوى و كذا الشهيد الثانى فى المسالك(١٠)، و فى الروضة(١١) ذهب إلى عدم الاشتراط و إن كان تقديم الإيجاب أحسن، و المحقّق الأردبيلى ذهب إلى أنّه الأظهر فى مجمع الفائدة و البرهان(١٢)، و المحقّق السبزوارى على أنّه الأقرب فى الكفاية(١٣). و كذا الفقيه المتتبع السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة(١٤). و كلّ هذه المنقولات منه قدس سره .

و هو ظاهر السيّد ابن زهرة فى الغنية لأنّه لم يتعرض لهذا الاشتراط، و نحوه فى

١- (١٧) الشرائع ٧/٢ و ٢١٧/٢.

٢- (١٨) نهاية الإحكام ٤٤٨/٢.

٣- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

٤- (٢) قواعد الأحكام ١٧/٢.

٥- (٣) إرشاد الأذهان ٣٥٩/١.

٦- (٤) الدروس الشرعية ١٩١/٣.

٧- (٥) اللمعة /١٠٩ و ١٨٤.

٨- (٦) نقل عنه فی مفتاح الکرامة ٥٣١/١٢.

٩- (٧) نقل عنه فی مفتاح الکرامة ٥٣١/١٢.

١٠- (٨) المسالک ١٥٤/٣.

١١- (٩) الروضة البهیة ٢٢٥/٣.

١٢- (١٠) مجمع الفائدة و البرهان ١٤٥/٨.

١٣- (١١) الکفایة ٤٤٩/١.

١٤- (١٢) مفتاح الکرامة ٥٣١/١٢.

الریاض للسیّد الطباطبائی و المستند للفاضل النراقی.

و ذهب بعضٌ إلی التفصیل بین النکاح و غیره من العقود فیجوّزه فیه دون غیره کما یظهر من الشیخ فی بیع المبسوط(١) و ابن حمزة فی الوسیلة(٢) و یمکن استفادة هذا التفصیل من کلام فخر المحققین فی ایضاح الفوائد(٣)، و نسب السیّد محمّد العاملی - صاحب المدارک - عدم اشتراط تقدیم الإیجاب فی النکاح إلی المشهور بین الأصحاب فی کتابه نهایة المرام(٤).

و ذهب بعضٌ إلی التفصیل بین القبول بلفظ قبلت و نحوه و غیره فجوّز التقدیم فی الثانی دون الأوّل کما یظهر من الشهید الثانی فی المسالک(٥) و المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة و البرهان(٦).

فهذه أربعة أقوال فی المقام.

أدلة الأقوال

یمکن أن یستدل للترتیب بوجوه:

الأوّل: أصالة عدم تحقّق العقد و عدم تحقّق الآثار المترتبة علیه و منها النقل و الانتقال إلاّ بما ثبت من الأدلة، و لیس إلاّ ما قدّم فیه الإیجاب.

الثانی: أدلة وجوب الوفاء بالعقود تنصرف إلی ما کانت منها مرتبة بین الایجاب ثم القبول و العکس لیس مشمولاً لأدلتها فلا یصحّ.

ص:۲۲۵

۱- (۱۳) المبسوط ۸۷/۲.

۲- (۱٤) الوسیلة /۲۳۷ و ۲۹۱.

۳- (۱٥) ایضاح الفوائد ٤۱۳/۱.

٤- (۱٦) نهایة المرام ۲٦/۱.

٥- (۱) المسالک ۱٥٤/۳.

٦- (۲) مجمع الفائدة و البرهان ۱٤٦/۸.

الثالث: القبول هو انفعال - أی مبنیّ علی کون الفعل صادرا من آخر حتّی یتحقّق الانفعال - فلو قدّم القبول لزم البناء علی أمر لم یتحقّق.

و یمکن أن یستدل لعدم اعتبار الترتیب بوجوه تظهر منها المناقشة فی أدلة الترتیب:

الأوّل: اطلاق أدلة وجوب الوفاء بالعقود الشامل لصورتی التقدیم و التأخیر و الأصل عدم التقیید.

الثانی: الروایات الواردة فی بیع العبد الآبق(۱)، و بیع المصحف(۲)، و بیع الثمر(۳) و صیغة المتعة(٤) التی مرّ بعضها فی البحث عن الماضویة تدلّ علی جواز تقدّم القبول.

الثالث: ما ورد فی جواز جعل المهر تعلیم شیءٍ من القرآن نحو: صحیحة محمّد بن مسلم(٥) و مرسلة سهل بن سعدٍ الساعدی(٦) التی رواها العامة(۷).

و یستفاد من الروایتین أحکام أربعة:

أ: جواز تقديم القبول على الإيجاب.

ب: جواز وقوع القبول بلفظ الأمر.

ج: جواز الفصل بين الإيجاب و القبول.

د: جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن.

ولكن استفادة الثلاثة الأُوَل منهما مبنيّة على أنّ الإيجاب قوله صلى الله عليه و آله : «زوّجتُكها» و

١- (٣) وسائل الشيعة ٣٥٣/١٧، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، الباب ٣١ من أبواب مايكتسب به.

٣- (٥) وسائل الشيعة ٢١٩/١٨، ح١، موثقة سماعة، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار.

٤- (٦) وسائل الشيعة ٤٣/٢١، الباب ١٨ من أبواب المتعة.

٥- (٧) وسائل الشيعة ٢٤٢/٢١، ح١، الباب ٢ من أبواب المهور.

٦- (٨) عوالى اللآلى ٢٦٣/٢، ح٨ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٦١/١٥، ح٢.

٧- (٩) صحيح البخارى ١٩٢/٤، ح٤٧٤٢، سنن البيهقى ٢٤٢/٧.

القبول قول الصحابى: «زوّجنيها» قبلها بفصل غير قصير كما فهمه جمعٌ.(١)

و يمكن أن يستدل للتفصيل بين النكاح و غيره من العقود بأنّ النص ورد فيه كما فى صحيحة محمّد بن مسلم و مرسلة سهل الساعدى المذكورتين، و أمّا فى غيره من العقود فَيُتَمسَّكُ بالأصل من لزوم اشتراط الترتيب.

إن قلت: إذا قبلت تقديم القبول على الإيجاب فى النكاح فيجرى فى غيره من العقود إمّا لوجود الإجماع المركب بعدم القائل بالفرق بين النكاح و غيره، و إمّا بالأُولوية القطعية إذ من المعلوم أنّ الاحتياط فى أمر الفروج أزيد من غيره و إذا صحّ العقد فيه، ففى غيره بطريق أُولى.

قلت: يمنع وجود الإجماع المركب صحَّ القائل بالفصل - كما مرّ القائل به - و نمنع أيضا الأُولوية بأنّ الإيجاب فى النكاح إنّما هو فى طرف المرأة و هى تستحيى غالبا فالمناسب تقديم القبول و لعلّ السر فيه مراعاة الحياء - كما عن الفاضل المراغى(٢) - و هو غير موجود فى الأبواب الأُخر.

و يمكن أن يستدل للتفصيل بين القبول بلفظ قبلت و رضيت و بين غيره نحو تزوّجت و اشتريت و ابتعت، بأنّ كلمة القبول و ما بمعناه صريحة فى الانفعال أعنى أنّه مبنىٌّ على كون الفعل صادرا من الآخر أوّلاً ثم القبول و إلاّ لزم البناء على أمر لم يتحقّق.

و بعبارة أُخرى: كلمة القبول و ما بمعناه صريحة فى البناء على أمر سابق فاستعمالها فيما لم يقع بعد مستبعد راجع إلى استعمال المجاز البعيد، بل ولو أُبقى معناه على ما هو عليه لزم إرادة المحال، فأمره دائر بين إرادة المحال أو المجاز البعيد و كلاهما ممّا لا يصح فلا يجوز تقديمه.

١- (١) راجع مصباح الفقاهة ٥١/٣.

٢- (٢) هو السيّد المير عبدالفتاح الحسينى المراغى المتوفى عام ١٢٥٠ من تلاميذ الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى كتابه «العناوين» ١٧٠/٢.

و أمّا ما عداه فلا صراحة فيه فى هذا المجال فلو أُبقى على معناه صار كالإيجاب، ولو

صُرف عن معناه - أيضا - إلى القبول لم يكن بعيدا عن معناه.(١)

فذلكة كلام الشيخ الأعظم فى المقام و نقده

قسّم صيغة القبول باعتبار ألفاظها إلى ثلاثة أقسام:

الأوّل: إذا وقع القبول بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما لم يجز تقديمه على الايجاب، للإجماع، و أنّ العمومات محمولة على العقود المتعارفة و أنّه ليس منها، و أنّ القبول فرع الايجاب و ليس مجرد الرضا به حيث يمكن تعلّق الرضا بالأمر المتأخر بل المراد منه الرضا بالايجاب المتضمن لآثار العقد نحو نقل المال من الموجب إلى القابل نقلاً فعليا و هذا المعنى لايتحقّق إلاّ بتأخر الرضا عن الايجاب، و السرّ فى ذلک أنّ كلمة قبلت و أشباهها قد اخذ فيها مفهوم الإنفعال و المطاوعة و لا يتحقّق ذلک فى الخارج إلاّ بتأخره عن الايجاب.

وفيه: أوّلاً: الاجماع المدعى غير تام و قد عرفت الأقوال فى المسألة و وجود المخالف و على فرض تماميته أنّه مدركىّ و ليس مدركه إلاّ هذه الوجوه الاعتبارية المردودة.

و ثانيا: لا وجه لحمل العمومات أو الاطلاقات على العقود المتعارفه بل هما تشملان المتعارفة و غير المتعارفة.

و ثالثا: المتحصل من كلمات أهل اللغة و العرف أنّ العقد لا يوجد إلاّ بين شخصين سواء كان الصادر منهما مركبا من الايجاب و القبول أو مركبا من الايجابين فقط، و الاطلاقات و العمومات تشملهما. و لذا يمكن أن يعدّ القبول المقدّم ايجابا من صاحبه فيدخل فى تركب العقد من الايجابين.

١- (١) راجع العناوين ٢/١٧٠.

و لذا نص الشهيد الثانى(١) فى مقامات عديدة أنّ القبول المقدّم يكون فى معنى الايجاب.

و رابعا: لو سلّمنا احتياج العقد إلى القبول و سلّمنا أيضا أخذ الانفعال و المطاوعة فى مفهوم القبول، ولكنّا لا نسلّم استحالة تقدّم القبول على الايجاب لأنّ القبول تارة يتعلق بالمعنى المصدرى أعنى به إنشاء البائع، القول بالاستحالة يمكن أن تأتى هنا، و أُخرى يتعلق باسم المصدر أعنى به نفس الأثر المترتب على العقد مع قطع النظر عن اضافته إلى طرف الآخر فحينئذ يمكن القول بتحقّق القبول قبل الايجاب لأنّ مفهوم الانفعال و المطاوعة هو الأخذ و يصدق عليه أنه أخذ المبدأ - و هو العقد الخاص كالنكاح أو البيع - و صح العقد نحو

قوله: قبلتُ و رضيتُ بأن أكون زوجا لكِ و أن تكونى زوجة لى، أو قبلت و رضيت مالک بمالى و نحوها.

و عليه فلا محذور من جهة تحقّق الانفعال و المطاوعة فى تقدّم القبول فى العقود أصلاً.

و خامسا: كلٌّ من المتعاقدين متساويان فى إحداث العقد، فكلّ مَنْ بدأ بالإحداث قاصدا ذلک صح، سواء سمّيته قبولاً أو ايجابا لأنّ القبول بهذا المعنى ايجاب كما مرّ و عموم أدلة العقود يشمله كما نص عليه الفاضل المراغى(٢) و قد مرّ من ثانى الشهيدين آنفا.

الثانى: إذا وقع القبول بلفظ الأمر نحو: بعنى أو زوّجنى بنتک و أمثالها لم يجز أيضا تقديمه على الايجاب لأنّه استدعاء و ليس بصيغة القبول، مضافا إلى اعتبار الماضوية فى العقود كما عليه جماعة.

و فيه: أوّلاً: قد مرّ عدم اعتبار الماضوية فلانعيد.

١- (٢) راجع المسالک ١٥٤/٣ و ٩٥/٧ - الروضة البهية ١١٠/٥.

٢- (١) العناوين ١٧٣/٢.

و ثانيا: يمكن أنْ تُعَدَّ صيغة الأمر بالقرائن الحالية و المقالية قبولاً بالنسبة إلى العقد كما هو الحال فى صيغة الماضى.

و ثالثا: أدل دليلٍ على إمكان الشيء وقوعه و قد مرّ بعض الروايات الواردة فى تقدم القبول بصيغة الأمر نحو: خبر الأحول مؤمن الطاق(١) و صحيحة محمّد بن مسلم(٢) و مرسلة سهل الساعدى(٣).

الثالث: إذا وقع القبول بلفظ اشتريت و ابتعت و ملكت - مخففا - يجوز تقديمه على الايجاب، لعدم أخذ عنوان المطاوعة فيه حينئذ فأنشأ المشترى بهذه الألفاظ ملكيّة المثمن لنفسه بإزاء الثمن فلايفرق فى ذلک تقدّمه على الإيجاب و تأخّره عنه.

أقول: الجواز تام عندنا فى جميع الصور الثلاث.

ثم قال الشيخ الأعظم فى آخر كلامه: انّ العقد «إمّا أن يكون التزاما بشيءٍ من القابل كنقل ماله عنه أو زوجيّة، و إمّا لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب.

و الأوّل على قسمين: لأن الالتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغايرا كالاشتراء.

و الثانى أيضا على قسمين: لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب والاقتراض، و إمّا أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما.

فتقديم القبول على الايجاب لا يكون إلاّ فى القسم الثانى من كلٍّ من القسمين»(٤).

١- (٢) وسائل الشيعة ٢١/٤٤، ح٥.

٢- (٣) وسائل الشيعة ٢٤٢/٢١، ح١.
٣- (٤) مستدرک الوسائل ٦١/١٥، ح٢.
٤- (١) المکاسب ١٥٦/٣.

ولکن یمکن أن ینقض علیه، إذا قال أحد لصاحبه: قبلتُ المصالحة علی مالک الفلانی بهذا المال أو المبلغ، و أجابه الآخر: صالحتک مالی الفلانی بمالک أو المبلغ، و لا أظن بأحدٍ أن یذهب إلی بطلان هذه المصالحة لأجل تقدیم قبولها.

و کذا إذا قال للواهب: تملکتُ مالک مجانا، أو قال: قبلتُ هبتک، و قال الواهب بعد ذلک: وهبتک أو ملّکتک إیّاه، فهل لأحدٍ أن یقول ببطلان الهبة؟!

و کذا إذا قال المقترض: قبلتُ أو تملکتُ منک مأة دینار مع الضمان، و قال المُقْرِضُ: خُذْها، فهل یمکن القول ببطلانها؟!

و کذا إذا قال المرتهن: أخذتُ أو قبلتُ مالک الفلانی رهنا علی دینک، و قال الراهن: أرهنت، فهل لأحد القول بعدم انعقاد هذا العقد؟!(١)

و هل أنت تری فرقا بین هذه الأمثلة الأربعة و بین قول المشتری: قبلت هذا الثوب بألفین، و قال البائع بعده: بعته بهما.

و بین قول أحدٍ: قبلتُ و کالتک فی هذا الأمر، و أجابه الموکّل بقوله: و کلّتک.

و بین قول المستعیر: أَعِرْنِیْ أو قبلتُ عاریتک لهذا العین، و أجابه المعیر بقوله: أعرتک.

و لَعَمْرِی فصّل الشیخ الأعظم قدس سره وجه تفریقه بین الأمثلة الأربعة الأُولی و الثلاثة الأخیرة حتّی تعلّمنا الفرق بینها!!

و الحاصل: القول المختار فی المقام هو جواز تقدم القبول علی الایجاب مطلقا أیّ بلافرق بین ألفاظ القبول و بلافرق بین عقد النکاح و غیره من العقود و الحمدللّه.

ص:۲۳۱

۱- (۲) هذه الأمثلة الثلاثة الأخیرة لشیخنا الاستاذ رحمه الله فی إرشاد الطالب ۱۱۵/۲.

الموالاة بین الإیجاب و القبول

اشارة

هل تعتبر الموالاة بینهما؟ و أن لا یتأخر القبول بحیث لا یعدّ جوابا للإیجاب؟ ذهب إلی اعتباره الشیخ فی خلع المبسوط(۱) و العلاّمة فی نکاح القواعد(۲) و خلعها(۳) و بیع

نهایته(٤) و الشهید فی وقف الدروس(٥) و بیعها(٦) و قواعده(۷) و الفاضل المقداد فی التنقیح(۸) و المحقّق الثانی فی خلع رسالة صیغ العقود(۹) و بیع جامع المقاصد(۱۰) و ثانی الشهیدین فی هبة المسالک(۱۱) و خلعها(۱۲) و الشیخ جعفر فی شرح القواعد(۱۳) و السیّد العاملی فی المفتاح(۱٤).

قال الشهید فی القواعد: «الموالاة معتبرة فی العقد و نحوه، و هی مأخوذة من اعتبار الاتصال بین الاستثناء و المستثنی منه، و قال بعض العامة: لا یضرّ قول الزوج بعد الإیجاب:

ص:۲۳۲

۱- (۳) المبسوط ۳٦۲/٤.

۲- (٤) القواعد ۱۰/۳.

٣- (٥) القواعد ١٦١/٣.

٤- (١) نهاية الإحكام ٤٥٠/٢.

٥- (٢) الدروس ٢٦٤/٢.

٦- (٣) الدروس ١٩١/٣.

٧- (٤) القواعد و الفوائد ٢٣٤/١، القاعدة ٧٣.

٨- (٥) التنقيح الرائع ٢٤/٢.

٩- (٦) المطبوعة ضمن رسائل المحقّق الكركى ٢٠١/١.

١٠- (٧) جامع المقاصد ٥٩/٤.

١١- (٨) المسالک ٩/٦.

١٢- (٩) المسالک ٣٨٤/٩.

١٣- (١٠) شرح القواعد ٢١/٢.

١٤- (١١) مفتاح الكرامة ٥٣٢/١٢.

«الحمدللّه و الصلاة على رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، قبلت نكاحها»(١).

و منه: الفورية فى استتابة المرتدّ فيعتبر فى الحال، و قيل(٢) إلى ثلاثه أيام.

و منه: السكوت فى اثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله.

و منه: السكوت الطويل فى اثناء القرأة أو قرأة خلالها، و كذا التشهد.

و منه: تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتّى ركع فلا جمعة. و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة.

و منه: الموالاة فى تعريف بحيث لا ينسى أنّه تكرار، و الموالاة فى سنة التعريف، فلو رجع فى اثناء المدّة استؤنف ليتوالى»(٣).

أقول: اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه يعدّ من الأُمور البديهية، لأنّ الاستثناء من النفى يعيد الإثبات، و الاستثناء من الإثبات يفيد النفى فلابدّ من الاتصال بينهما للإفادة و كان لهما ظهور واحد. و فى فرض انفصال أحدهما عن الآخر كان لكلّ منهما ظهور خاص و لذا حكم بكفر من قال: لا إله و لم يعقبه بقوله إلاّ اللّه. أو أتى به بعد مدّة طويلة.

و الظاهر أنّ الشهيد أراد أن يأخذ من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه دليلاً عاما لاعتبار الاتصال فى كل أمرٍ تدريجىٍّ ثبتت له الصورة الاتصالية فى نظر العرف.

و مثّل قدس سره بلزوم الفورية فى استتابة المرتد حيث تجب عليه المبادرة إليها بعد طلب التوبة منه، و الوجه فى ذلک ثبوت الدليل الشرعى على وجوب الاستمرار فى الإسلام و عدم قطعه بالكفر. فلا يصح الاتيان بها على المثال فى ما نحن فيه و لذا قال الشيخ الأعظم:

١- (١٢) قاله النووى، اُنظر المجموع ٣٠٧/١٧.

٢- (١٣) قائله هو العلاّمة فى الإرشاد ١٨٩/٢.

٣- (١٤) القواعد و الفوائد ٢٣٤/١، القاعدة /٧٣.

«إنّ المطلوب فى الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلابدّ من اعادته فى أقرب الأُوقات»(١).

و أمّا دخول المأمومين فى صلاة الجمعة قبل ركوع الإمام فيحتاج إلى دليل شرعى إن وجد فهو و يحمل عليه كلام الشيخ الأعظم: «لأنّ هيئة الاجتماع فى جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة فيقدح الإخلال بها»(٢) و إلاّ يرجع فيه إلى أصل البرأة و صحة صلاتهم حتّى لو دخلوا بعد الركوع.

و أمّا اعتبار اتصال لزوم الموالاة فی تعریف اللقطة بحیث تُعرف فی کلِّ مرّة أنّه تکرار للتعریف السابق أیضا فیحتاج إلی دلیل شرعی و هو مفقود فی المقام فیرجع فیه إلی البراءَةِ.

و بالجملة: أخذ اعتبار الاتصال بین جملتی الاستثناء دلیلاً علی اعتباره، فی کلِّ أمر تدریجی له الصورة الاتصالیة، قیاس مع الفارق و یمکن المناقشة أیضا فی الأمثلة کما قال الشیخ الأعظم: «و للتأمل فی هذه الفروع و فی صحة تفریعها علی الأصل المذکور مجال»(۳).

نعم: إذا أُخذ فی موضوع حکم شرعی أمرٌ تدریجیٌّ مقیَّدٌ بالهیئة الاتصالیة إذا انتفی الاتصال انتفی الموضوع فینتفی الحکم. و تمام الکلام فی ثبوت هذا الاتصال فی الموضوع إذا ورد یجب مراعاته ولکن فی صورة الشک، أصل العدم یجری فی المقام و یحکم بعدم اعتباره.

أدلة اعتبار الاتّصال بین إیجاب العقد و قبوله

الأوّل: ما ذکره الشیخ الأعظم تتمیما و تحصیلاً لبیان الشهید و هذا نصه: «أنّ الأمر المتدرّج شیئا فشیئا إذا کان له صورة اتصالیة فی العرف فلابدّ فی ترتب الحکم المعلّق علیه فی الشرع من اعتبار صورته الاتصالیة، فالعقد المرکب من الایجاب و القبول القائم بنفس

۱- (۱) المکاسب ۳/۱٦۰.

۲- (۲) المکاسب ۳/۱٦۰.

۳- (۳) المکاسب ۳/۱٦۰.

المتعاقدین بمنزلة کلامٍ واحدٍ مرتبط بعضه ببعض فیقدح تخلّل الفصل المخلّ بهیئته الاتصالیه و لذا لا یصدق التعاقد إذا کان الفصل مُفْرَطا فی الطول کسنة أو أزید، و انضباط ذلک إنّما یکون بالعرف

فهو فی کل أمرٍ بحسبه، فیجوز الفصل بین کلٍّ من الایجاب و القبول بما لا یجوز بین کلمات کلّ واحدٍ منهما، و یجوز الفصل بین الکلمات بما لا یجوز بین الحروف کما فی الأذان و القرأة»(۱).

و حیث إنّ هذا البیان یرتبط بالعقود و آیة وجوب الوفاء بها استشکل الشیخ السیّد الأعظم قدس سره علیه بقوله: «ما ذکره حسنٌ لو کان حکم الملک و اللزوم فی المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا، کما هو مقتضی التمسک بآیة الوفاء بالعقود و باطلاق کلمات الأصحاب فی اعتبار العقد فی اللزوم بل الملک، و إمّا لو کان منوطا بصدق البیع أو التجارة عن تراض فلا یضرّه عدم صدق العقد»(۲).

أقول: یمکن أن یجاب عن إشکال الشیخ الأعظم بعدم الفرق بین العقد و البیع و التجارة فی الصدق مع عدم الموالاة، کما لا فرق بینها علی فرض عدم الصدق مع عدمها، فالتفصیل المذکور بین العقد و اخوته - أی البیع و التجارة - فی غیر محلّه کما اعترف بذلک الفقیه الیزدی(۳) و المحقّق الإیروانی(٤) و شیخنا الأُستاذ(٥)- قدس اللّه أسرارهم - و خلافا للمحقّق السیّد الخوئی(٦) حیث وافق الشیخ فی تفصیله.

۱- (۱) المکاسب ۱۵۹/۳ و ۱۵۸.

۲- (۲) المکاسب ۱۵۹/۳.

۳- (۳) حاشیة المکاسب ٤۳۸/۱.

٤- (٤) حاشیته علی المکاسب ۱۰۰/۲.

٥- (٥) إرشاد الطالب ۱۱۷/۲.

٦- (٦) مصباح الفقاهة ٥٤/۳.

ولكن يمكن أن يناقش على أصل استدلاله بأنّ مجرد تعليق الحكم على مركّبٍ لا يدلّ على اعتبار الموالاة بين أجزائه ما لم يعلم اعتبار الهيئة الاتصالية بينها إمّا من العرف كما فى لواحق الكلام من الجُمَلِ الاستثنائية و سائر القرائن المتصلة، و إمّا من الشرع كما ورد

اعتبارها فى الأذان و القراءَةِ و نحوها.

و أمّا العقود فيمكن منع احتياجها إلى الطرفين مفهوما لأنّها بمعنى العهود أو العهود المشدّدات و هى يمكن تحصيلها من طرف واحد كما فى النذر و العهد و اليمين. هذا أوّلاً.

و ثانيا: و على فرض احتياجها إلى الطرفين كما فى بعضها من البيع و النكاح، لا يتم اعتبار اتصال القبول بالايجاب، لأنّه لو كان لأحد طرفى العقد من الايجاب أو القبول بقاء فى عالم الاعتبار، يتم العقد مع الحاق طرفه الآخر ولو بعد فصل طويل كما يظهر ذلك بملاحظة المعاملات الجارية بين الأقوام و الملل المختلفة بالكتابة أو البرقيات أو الإنترنت - المُصْطَلَح عليه فى عَصْرنا- أو بايصال المال إلى طرف آخر، و بملاحظة لو أنّ أحدا قال بعد سماع الايجاب: إنّى لا أقبل حتّى أتأمّل فى صلاحه و فساده و بعد أيام أو أُسبوع أو حتّى عدّة شهور قال: قبلتُ. فلابدّ من القول بصحة الجميع و هذا أقوى شاهد على عدم اعتبار الموالاة فى العقود.

نعم: إذا فرض أنّ الطرف رجع عن ايجابه قبل قبول الآخر لم يتحقق العقد، و فى صورة الشك يمكن للشاك أن يسأل من طرفه هل أنت باق على ايجابك و بعد علمه ببقاء ايجابه يمكنه إنشاء قبوله و تظهر هذه المناقشة إجمالاً من المؤسس الحائرى(١) و المحقّق السيّد الخوئى(٢) و شيخنا الاستاذ(٣).

١- (١) كتاب البيع ١٣٩/١ و ١٤٠ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى رحمه الله .

۲- (۲) مصباح الفقاهة ۵۵/۳.

۳- (۳) إرشاد الطالب ۱۱۷/۲.

و لذا قال السيّد الحكيم: «الظاهر الاكتفاء فى تحقق العقد ببقاء العهد النفسانى فى نفس الموجب فإذا كان باقيّا إلى زمان القبول و تحقّق، كفى ذلک فى تحقّق العقد عندهم ولو مع الفصل الطويل... و هذا هو السرّ فى عدم صدق العقد مع الفصل المفرط كسنة أو أزيد...»(۱).

الثانى: ما ذكره المحقّق النائينى بقوله فى العقود العهدية المعاوضية كالبيع و ما يلحق بها كالنكاح و نحوهما: «أنّه لما كان فيها خلع و لبس أو إيجاد علقةٍ فلابدّ أن يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقة قبول، و إلاّ يقع الاضافة و العلقة بلا محلٍّ و مضاف إليه»(۲).

و استشكل عليه المحقّق السيّد الخوئى بالنقض و الحلّ و أمّا النقض: «أنّ هذا الوجه يقتضى استحالة تحقّق العقد مع وجود الفصل بين الايجاب و القبول و لازم ذلک أن لا يوجد عقد فى العالَم، لأنّه لايتحقّق إلاّ بوجود الفصل بين ايجابه و قبوله - ولو بزمان قليل - و من البيّن أنّه لا يفرق - فى استحالة الفصل بينهما - بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير و بين أن يكون ذلک هو الزمان الطويل و هذا بيّن لا ريب فيه.

و الحلّ: أنّ الخلع و اللبس - فى اعتبار البائع - ليس على وجه الاطلاق و إلاّ لتحقّق ذلک قبل تحقق القبول، مع أنّه لا يتحقّق قبله حتّى فى اعتبار نفس البائع فضلاً عن امضاء العقلاء أو الشارع. بل الخلع و البس فى اعتبار البائع معلَّق على قبول المشترى و على فرض تحقّقه، و عليه فالخلع مقارن باللبس دائما، سواء أتحققت الموالاة بين الإيجاب و القبول أم لم تتحقق»(۳).

و استشكل عليه شيخنا الاستاذ رحمه الله أيضا بقوله: «أنّ العقد ليس بذلک و الشاهد

١- (٤) نهج الفقاهة /١٧٧.

٢- (٥) منية الطالب ٢٥١/١.

٣- (١) مصباح الفقاهة ٥٥/٣ و ٥٦.

ملاحظة العقود حتّى التمليكيّة كبيع الكلّى بالذمة فضلاً عن مثل عقد النكاح أو المضاربة و الوكالة و نحوها.

و ثانيا: على تقدير كون العقد فى حقيقته ما ذكر فيكفى فى تحقق اللبس بقاء الخلع و عدم إلغائه و مع حصول اللبس فى أىّ زمان يتحقّق المجموع»(١).

أقول: مضافا إلى وجود السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول فى معاملات الناس و تجاراتهم و إرسال الهدايا من البلاد النائية. و منها: إرسال ملك الحبشة النجاشى بعد اسلامه بالهدايا و مارية القبطيّة أُمّ ابراهيم ابن رسول اللّه صلى الله عليه و آله كما ورد تفصيله فى تفسير على بن ابراهيم القمى(٢) و إعلام الورى بأعلام الهدى(٣) للطبرسى و قصص الأنبياء(٤) للقطب الراوندى، و راجع فى هذا المجال دلائل النبوة(٥) للبيهقى و البداية و النهاية(٦) لابن كثير.

تنبيهات

اشارة

ثم هاهنا امور لابدّ من التنبيه عليها:

الأوّل: فذلكة ما ذكره المحقّق النائينى فى المقام

قسّم العقود إلى الثلاثة:

١- العقود العهدية المعاوضية: كالبيع و مايلحق بها كالنكاح و نحوهما و ذهب إلى

۱- (۲) إرشاد الطالب ۱۱۸/۲.

۲- (۳) تفسير القمى ۱/(۱۸٦-۱۸۳) و نقل عنه فى بحارالأنوار ۱۸/(٤۱٦-٤۱٤) - [۸/(٤۸۹-٤۸۷) من الطبعة الحديثة البيروتيّة].

۳- (٤) إعلام الورى بأعلام الهدى ۱۱۹/۱ و نقل عنه فى بحارالأنوار ٤۱۹/۱۸ [٤۹۱/۸].

٤- (٥) قصص الأنبياء /۳۲۳، ح٤۰٤ و نقل عنه أيضا فى بحارالأنوار ٤۱۹/۱۸ [٤۹۱/۸].

٥- (٦) دلائل النبوة ۳۰۸/۲.

٦- (۷) البداية و النهاية ۸۳/۳.

اعتبار الموالاة فيها بالدليلين الماضيين - الأوّل و الثانى - ، و قد مرّ الإشكال فيهما فلا نعيده.

۲- العقود العهدية الغير المشتملة على المعاوضة: كالهبة و الرهن، و تارة ناقشها بالإشكال فى كونها من العقود كما فى منية الطالب(۱)، و أُخرى يجرى فيها الدليل الأوّل فقط دون الثانى كما فى المكاسب و البيع.(۲)

و فيه: لا اشكال فى كونها من العقود فى الشرع و عند العرف، و قد مرّ عدم تمامية الدليل الأوّل.

۳- العقود الإذنية: نحو الوكالة و العارية و الوديعة، ذهب فيها إلى عدم اعتبار الموالاة فيها لأنّ اطلاق العقد عليها تكون مسامحة و يكفى فيها كل ما يدلّ على الرضا.(۳)

ثم قال فى آخر كلامه بالنسبة إلى إرسال الهدايا من البلاد البعيدة: «جميع هذه الأفعال الصادرة من الواسطة كأنّها صادرة من الموجب، فهو بمنزلة من كان فى المشرق و كانت يده طويلة تصل إلى المغرب فمدّ يده و أعطى شيئا لمن كان فى المغرب فإنّ فعله يتمّ فى زمان وصول يده إلى المغرب فتأمل جيّدا»(٤).

ناقشه تلميذه المحقّق السيّد الخوئى بقوله: «ولكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه و بين المثال المزبور، بداهة أن المُهدى فى - مورد السيرة - ربّما يغفل عن هديّته فى زمان وصولها إلى المُهدى إليه و عندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الواسطة منزلة فعل المُرْسِل»(٥).

ص:٢٣٩

١- (١) منية الطالب ٢٥٣/١.

٢- (٢) المكاسب و البيع ٢٩١/١.

٣- (٣) راجع منية الطالب ١/(٢٥٣-٢٥١) - المكاسب و البيع ١/(٢٩١-٢٨٩).

٤- (٤) منية الطالب ٢٥٣/١.

٥- (٥) مصباح الفقاهة ٥٧/٣.

الثانى: مقالة الشيخ الأعظم حول رواية سهل الساعدى

روى سَهْلٌ الساعدىٌّ: أنّ النبى صلى الله عليه و آله ، جاءت إليه امرأة فقالت: يا رسول اللّه إنّى قد وهبت نفسى لک، فقال صلى الله عليه و آله : لا اربة لى فى النساء، فقالت: زوّجنى بمن شئت من أصحابک، فقام رجل فقال: يا رسول اللّه زوّجنيها، فقال: هل معک شىء تصدقها؟ فقال: و اللّه ما معى إلاّ ردائى هذا، فقال: إن أعطيتها إيّاه تبقى و لا رداء لک، هل معک شىء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا و كذا، فقال صلى الله عليه و آله : زوّجتكها على ما معک من القرآن.(١)

أقول: قد مرّ منّا أنّ هذه الرواية عامّيّةٌ مضافا إلى إرسالها ولكن وردت بمضمونها صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: جاءت إمرأة إلى النبى صلى الله عليه و آله فقالت: زوِّجنى، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : مَنْ لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول اللّه، زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: مالى شىء، قال: لا، فأعادت فأعاد رسول اللّه صلى الله عليه و آله الكلام فلم يقم

أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى المرّة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوَّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها إيّاه.(٢)

قال الشيخ الأعظم: «يظهر من رواية سهل الساعدى، جواز الفصل بين الايجاب و القبول بكلام طويل أجنبىّ، بناءً على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابىّ: زوّجنيها، و الإيجاب قوله صلى الله عليه و آله بعد فصل طويل: زوّجتكها بما معك من القرآن، و لعلّ هذا موهنٌ آخر للرواية، فافهم»(٣).

و علّق عليه شيخنا الاستاذ: «الموهن الأوّل ما تقدم آنفا من أنّه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل فى قبوله النكاح باستدعائه، و وجه عدم الدلالة عدم ورودها فى مقام بيان

١- (١) مستدرک الوسائل ٦١/١٥، ح٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤٢/٢١، ح١.

٣- (٣) المكاسب ١٦١/٣.

كيفية عقد النكاح بل حكاية قضيّة شخصية لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهرا.

و الموهن الثانى: لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

ولكن لا يخفى ما فيه: فإنّ قبول الإيجاب ليس استدعائه الأوّل ليقال: بتخلل الفصل الطويل بينه و بين ايجاب النكاح بل إنّه قد كرّر استدعاء بعد نداء رسول اللّه صلى الله عليه و آله ثانيا و ثالثا، و قد سأله رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى الثالثة عن عرفانه القرأة فى الفحص عمّا عنده ممّا يمكن أن يجعله مهرا فأجاب الرجل بنعم الذى يمكن جعله فى أمثال المقام قبولاً من غير تخلل بين الإيجاب و القبول بالأجنبى أو غيره و على تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا

فصل بين الايجاب و القبول بالأجنبى الطويل، فلاحظ الحديث»(۱).

أقول: ما ذكره قدس سره فى آخر كلامه لا يمكن المساعدة عليه لأنّ «نعم» الوارد فى الرواية فى كلام الصحابى يكون جوابا لسؤال رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، هل معک شیء من القرآن؟ فى روايه سهل الساعدى، و سؤال: أتحسن من القرآن شيئا؟ فى صحيحة محمّد بن مسلم، و جعله قبولاً خلاف ظاهر الرواية.

و يمكن المناقشة فى الموهن الأوّل بأنّه لو كان للقضية - ولو كانت شخصيّة - ذيل لابدّ من التعرض له لا سيما فى كلام سيدنا أبى جعفر عليه السلام ، و من الممكن مراد الشيخ من الموهن الأوّل هو إرسال الرواية و عاميتها فى خبر سهل الساعدى، فلا يتم لا الموهن الأوّل و لا الثانى و الرواية تدلّ على جواز الفصل الطويل و بالكلام الأجنبى بين الإيجاب و القبول فى العقود و لعلّ إلى ما ذكرنا أشار الشيخ الأعظم بقوله فافهم.

ولكن قال السيّد الحكيم فى وجه أمره بالتفهم: «لعلّه اشارة إلى ما تقدّم من أنّ اعتبار الموالاة إنّما هى فى خصوص العقد لا مطلق الأسباب كالتجارة و البيع، لأنّه خلاف عموم

۱- (۱) إرشاد الطالب ۱۱۸/۲.

نفوذهما و يمكن أن يكون النكاح كذلک»(۱).

الثالث: الفاصل بين الإيجاب و القبول

اشارة

قد مرّ تعريف الموالاة هنا بالاتصال بين الإيجاب و القبول، فالفاصل بينهما ينعدم الموالاة، و هو يقع على أقسام:

أ: الرَّد

يتخلل بين الإيجاب و القبول إمّا من الموجِب أو من القابِل و كلاهما يوجبان بطلان و العقد لأنّ فى الرَّد من الموجب لا يبقى ايجاب حتّى يلحقه القبول، و من القابل أيضا مبطل للإيجاب فلا ينفع القبول بعده، لأنّ مع تخلل الرد لا يكون عقدا، لا شرعا و لا عرفا فلا يشمله اطلاقات صحة العقود، و الأصل أيضا يقتضى فساده لأنّ الأصل فى العقود الفساد، و الإجماع المحصّل من الأصحاب فى أبواب مختلفة من العقود المشروطة صحتها بعدم تخلّل الرد، و كذا الاجماع المحكى(٢) المستفيض عليه.

و كذا يدلّ عليه الاتفاق بينهم من بطلان العقد الفضولى إذا يلحقه الرد و لا ينفعه

الاجازة بعد الرد مع تمامية الإيجاب و القبول هناك، و أمّا هنا فبطريق الأُولى لأنّه الإيجاب فقط إذا كان الراد هو القابل أو حتّى من دون إيجاب إذا كان الراد هو الموجب.

و من عدم تمامية الاستصحاب التأهلى كما مرّ منّا فى بحوثنا الأُصولية.

و كذا الردّ يبطل بتخلله فى أثناء الإيجاب أو القبول و كذلک يبطل بتخلّله بين العقد و القبض فى كلِّ عقد يشترط فيه القبض كالوقف و الحبس و السكنى و الهبة و القرض و الصدقة و الصرف و السَّلم لعدم حصول، التمليک ما لم يتحقّق القبض.

١- (٢) نهج الفقاهة /١٧٨.

٢- (٣) حكاه الفاضل المراغى فى العناوين ١٧٧/٢.

و أمّا ما ذهب إليه المشهور(١) من أنّ الموصى له لو ردّ الوصية فى حياة الموصى فله أن يقبل بعد وفاته فلا ينافى ما ذكرناه لأنّه «لا حكم لهذا الرد لأنّه ما وجب له شىء حتّى يردّه كما لو عفى عن الشفعة قبل البيع، فلا يكون له حكم و يكون له القبول بعد وفاة الموصى» كما فى المبسوط(٢).

ب: السكوت

لابأس بتخلّل السكوت بين الإيجاب و القبول، مادام الطرف الآخر باقيا و للساكت قبول العقد، أو إنشاء إيجابه لو تقدّم القبول، لأنّ السكوت لا يبطل العقد بخلاف الردّ.

ج: تخلّل الكلام الأجنبى

أو ما فى حكمه من الشرط الفاسد، أيضا لا بأس به، مادام الإيجاب أو القبول من الطرف الآخر باقيّا.

د: تخلّل ما هو من لواحق العقد

من الشرائط و الخيارات و القيود و توصيف السِّلْعَةِ و نحوها فلابأس بها عند الكلّ.

و ما ذكرنا يجرى فى العقود اللازمة و الجائزة، بل الصحة فى الأخيرة لعلّه إجماعىٌّ فى الفواصل الثلاثة الأخيرة.

و هذا تمام الكلام فى عدم اعتبار الموالاة فى العقود و الحمدللّه.

التنجيز فى العقود

اشارة

ذكر جماعة اعتباره فى العقود:

منهم: الشيخ فى وكالة المبسوط قال: «إذا علّق الوكالة بصفة مثل أن يقول: إن قدم

١- (١) كما نسبه الشهيد إليهم فى الدروس ٢٩٦/٢ و ثانيه فى الروضة ١٥/٥.

٢- (٢) المبسوط ٣٣/٤.

الحاج أوجاء رأس الشهر فقد و كّلتک فى البيع فإنّ ذلک لا يصح لأنّه لا دليل عليه»(١).

و قال فى وكالة الخلاف: «مسألة: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر، فقد وكّلتک فى البيع فإنّ ذلک لا يصحّ و به قال الشافعى. قال أبوحنيفة: يصحّ، دليلنا: أنّه لا دليل على صحة هذا العقد، و عقد الوكالة يحتاج إلى دليل»(٢).

و قال ابن ادريس فى وكالة السرائر: «و إذا قال: إن جاء رأس الشهر فقد وكّلتک فى الشىء الفلانى، فإنّ الوكالة لا تنعقد و إنّ ذلک لا يصح، فأمّا إن وكّله فى الحال بأن يبيع الشىء إذا جاء رأس الشهر جاز ذلک و صحّ، لأنّ الوكالة صحت فى الحال و انعقدت ثم أمره بتأخير البيع إلى رأس الشهر، و المسألة الاولى ما انعقدت الوكالة فى الحال بل يحتاج إذا جاء رأس الشهر إلى عقد الوكالة فافترق الأمران»(٣).

و قال المحقّق فى وكالة الشرائع: «و من شرطها أن تقعَ منجَّزَةً فلو عُلِّقت بشرطٍ متوقَّعٍ أو وقتٍ متجددٍ لم تصِحّ، نعم لو نَجَّزَ الوكالة و شَرَطَ تأخيرَ التصرفِ جازَ»(٤).

و قال العلاّمة فى شرائط صيغة البيع من التذكرة: «الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ و إن كان الشرط المشيئة للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولى الشافعية، و أظهر الوجهين لهم: الصحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنّه لو لم يشأ لم يشتر»(٥).

و قال فى وكالة التذكرة: «لايصحّ عقد الوكالة معلّقا بشرطٍ أو وصفٍ، فإن عُلّقت

١- (٣) المبسوط ٣٩٩/٢.

٢- (١) الخلاف ٣٥٤/٣.

٣- (٢) السرائر ٩٩/٢.

٤- (٣) الشرائع ١٥١/٢.

٥- (٤) تذكرة الفقهاء ٩/١٠.

عليهما بطلت مثل أن يقول: إن قدم زيد أو إذا جاء رأس فقد وكّلتك، عند علمائنا - و هو أظهر مذهب الشافعى - لأنّه عقد يملك به التصرف حال الحياة لم يبن على التغليب و السراية فلم يجز تعليقه بشرطٍ كالبيع، و لأنّ الشركة و المضاربة و سائر العقود لا تقبل التعليق فكذا الوكالة.

و قال بعض الشافعية و أبوحنيفة و أحمد: يصحّ تعليقها على الشرط لأنّ النبى صلى الله عليه و آله قال فى جيش مؤته: «أميركم جعفر فإن قُتل فزيد بن حارثة فإن قتل فعبداللّه بن رواحة» و التأمير فى معنى التوكيل. و لأنّه لو قال: أنت وكيلى فى بيع عبدى إذا قدم الحاج أو وكّلتك فى

شراء كذا فى وقت كذا صحّ إجماعا و محلّ النزاع فى معناه.

و الفرق ظاهر بين تنجيز العقد و تعليق التصرف و بين تعليق العقد، إذا ثبت هذا، فلا خلاف فى جواز تنجيز الوكالة و تعليق العقد مثل أن يقول: وكّلتک فى بيع العبد و لا تبعه إلاّ بعد شهر فهذا صحيح و ليس للوكيل أن يخالف....

قد بيّنّا بطلان الوكالة المعلّقة على الشرط و هو أظهر قولى الشافعية، فلو تصرّف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحّة التصرف لأنّ الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط فى الوكالة عوضا مجهولاً، فقال بع كذا على أن لک العُشر من ثمنه تفسد الوكالة ولكن إن باع يصحّ و هو أحد وجهى الشافعية.

و الثانى: لا يصحّ لفساد العقد، و لا اعتبار بالاذن الضمنى فى عقدٍ فاسدٍ ألاترى أنّه لو باع بيعا فاسدا و سلّم إليه المبيع لا يجوز للمشترى التصرف فيه، و إن تضمّن البيعُ و التسليمُ الإذنَ فى التصرف و التسليط عليه.

و ليس بجيد، لأنّ الإذن فى تصرّف المشترى باعتبار انتقال الثمن إليه و الملک إلى المشترى و شيءٌ منهما ليس بحاصل و إنّما أذن له فى التصرف لنفسه ليسلم له الثمن، و هنا إنّما أذن له فى التصرف عن الإذن لا لنفسه... فإن قلنا بالصحة - على ما هو مختارنا - فأثر بطلان

ص:٢٤٥

الوكالة أنّه يسقط الجُعل المسمّى إن كان قد سمّى له جُعلاً إلى أُجرة المثل»(١).

و قال فى نهايته: «و لابدّ و أن يقع الايجاب و القبول منجزا، فلو علّقه على شرط لم يقع كما لو قال: إن دخلت لأصالة بقاء الملک، ولو علّقه على مشية المشترى بأن قال: بعتُ هذا بألف إن شئتَ، فقال: اشتريتُ لم ينعقد أيضا لما فيه من التعليق، كما لو قال: إن دخلتَ الدار، و يحتمل هنا الصحة لأنّ هذه صفة تقتضيها إطلاق العقد فإنه لو لم يشأ لم يشتروا(٢)، الحقّ الأوّل فإنّه حالة الايجاب غير عالمٍ بحاله فلم يوقع الإيجاب منجزا»(٣).

و قال فی وکالة القواعد: «و یجب أن تکون منجّزةً فلو جعلها مشروطةً بشرط متوقعٍ أو وقتٍ مترقّبٍ بطلت. نعم لو نجّز الوکالة و شرط تأخیر التصرف إلی وقت أو حصول شرط جاز کأن یقول: وکّلتک الآن و لا تتصرف إلاّ بعد شهر. و إذا فسد العقد لتعلّقها علی الشرط احتمل تسویغ التصرف عند حصوله بحکم الإذن، و فائدة الفساد سقوط الجُعل

المسّمی و الرجوع إلی الأُجرة»(٤).

و قال فی وقف التحریر: «إذا علّق الوقف علی شرط أو صفة لم ینعقد و کان باطلاً... و لانعلم فیه خلافا»(٥).

و قال الشهید فی وقف الدروس: «ولو قال إذا متُّ أو إن متُّ فهو وقف فالظاهر بطلانه لتعلیقه. ولو قال هو وقف بعد مماتی احتمل ذلک أیضا، و أن یحمل علی الوصیة

١- (١) تذکرة الفقهاء ١٥/(١٦-١٣).

٢- (٢) کذا فی المصدر ولکن الظاهر زیادة «وا» کما یدل علیها السیاق.

٣- (٣) نهایة الإحکام ٤٥١/٢.

٤- (١) القواعد ٣٤٩/٢.

٥- (٢) تحریر الأحکام الشرعیة ٢٩١/٣.

به»(١).

و قال أیضا فی عنوان خامس شرائط الوقف: «التنجیز فلو علّق بشرطٍ أو وصفٍ بطل، إلاّ أن یکون واقعا، و الواقف عالم بوقوعه کقوله: وقفتُ إن کان یوم الجمعة»(٢).

و قال المحقّق الثانی فی وکالة جامع المقاصد: «یجب أن تکون الوکالة منجّزة عند جمیع علمائنا، فول علقها بشرط و هو ممّا جاز وقوعه کدخول الدار، أو صفة و هی ما کان وجوده محقّقا کطلوع الشمس لم یصح. و ذهب جمع من العامة إلی جوازها معلّقة لأنّ النبی صلی الله علیه و آله قال فی غزاة مؤته: «أمیرکم جعفر فإن قتل فزید بن حارثه»، الحدیث. و التأمیر فی معنی التوکیل و لأنّه لو قال: أنت وکیلی فی بیع عبدی إذا قدم الحاج صحّ إجماعا، و فی کون التأمیر توکیلاً نظر و الفرق بین محل النزاع و المفروض ظاهر، لأنّ المعلّق فیه هو التصرف لا التوکیل و لا بحث فی جوازه... و اعلم أن قوله «فلو جعلها مشروطة بشرط» لا یرید به إلاّ التعلیق أمّا مطلق الاشتراط فلا، فلو قال: «وکّلتک فی کذا و شرطت علیک کذا ممّا لا مانع منه صحّ، و اعلم أیضا أنّ توقیت الوکالة لا یلزم، لکن لا یجوز التصرف بعده»(۳).

و قال فی شرائط الوقف: «أحدها: تنجیزه، فلو علّق بشرط أو صفة مثل أن یقول: إذا جاء زید فقد وقفت داری، أو إذا جاء رأس الشهر وقفت عبدی لم یصحّ لعدم الجزم به، کما لایصحّ تعلیق البیع و الهبة، و استثنی فی الدروس ما إذا کان المعلَّق علیه واقعا و الواقف علم بوقوعه کقوله: وقفت إن کان الیوم الجمعة. و قد سبق فی الوکالة مثل ذلک و المراد بالشرط: ما جاز وقوعه و عدمه بالنسبة إلی العادة، و الصفة: ما کان محقّق الوقوع عادة»(٤).

۱- (۳) الدروس ۲/۲٦۳.

۲- (٤) الدروس ۲/۲٦٤.

۳- (٥) جامع المقاصد ۸/۱۸۰ و ۱۸۱.

٤- (٦) جامع المقاصد ۹/۱٤ و ۱٥.

و قال فی نکاح کتابه: «یشترط فی عقد النکاح التنجیز قطعا، لانتفاء الجزم بدونه فیبطل ولو علقه بأمر محتمل أو متوقع الحصول»(۱).

و قال الشهید الثانی فی وکالة المسالک: «من شرط الوکالة وقوعها منجزةً عند علمائنا فلو علّقها علی شرطٍ متوقَّعٍ و هو ما یمکن وقوعه و عدمه، أو صفة و هی ما کان وجوده فی المستقبل محقَّقا کطلوع الشمس و إلیها أشار بقوله: أو وقتٍ متجدّد لم یصحّ. و احترز بتعلیقها علی الشرط عمّا لو قرنها بشرط لا یقتضی التعلیق ک- «وکّلتک فی کذا و شرطت علیک کذا» ممّا لامانع منه فإنه جائز.

و اعلم أنه متی فسد العقد لتعلیقه علی الشرط فهل یصحّ التصرف بعد حصول الشرط؟ قرّب فی التذکرة ذلک محتجّا بأنّ الإذن حاصل لم یزل بفساد العقد و صار کما لو شرط فی الوکالة عوضا مجهولاً فقال: بع کذا علی أن لک العُشر من ثمنه، تفسد الوکالة، ولکن إن باع یصحّ، و لأنّ المقتضی للصحة حاصل و هو الإذن، إذا الغرض حصول المعلَّق علیه و انتفاء المانع إذ لیس إلاّ رفع الوکالة و هی أخص من مطلق الإذن، و رفع الخاص لا یستلزم رفع العام فعلی هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمّی فی عقد الوکالة إن کان و الرجوع إلی اُجرة المثل کما فی المضاربة الفاسدة حیث یحکم فیها بعدم استحقاق الحصّة المشروطة و وجب للعامل اُجرة المثل.

و فیه: أنّ الوکالة لیست أمرا زائدا علی الإذن و الجعل المشروط لیس جزءً منها و إنّما هو شرط زائد علیها، لصحتها بدونه، بخلاف المضاربة فإنّ اشتراط الحصة شرط فی صحتها، و لأنّه لو تمّ ذلک لزم الحکم بصحة التصرف مع فسادها بوجهٍ آخر، کعزل الوکیل نفسه مع علم الموکِّل به و سکوته، فإنّ الإذن حاصل منه فلا یرتفع بفسخ الوکیل. و لأنّ

۱- (۱) جامع المقاصد ۷۷/۱۲.

العقد حينئذٍ فاسد قطعا. و لا معنى للفاسد إلاّ ما لا يترتب عليه أثره. و لأنّ الإذن المطلق إنّما وجد فى ضمن الوجه المخصوص، إذ لا وجود للكلّى إلاّ فى ضمن جزئياته و لم يوجد منها إلاّ هذا الجزئى، فإذا ارتفع ارتفع الكلّى و للتوقف فى هذا الحكم مجال»(١).

و قال فى وقف المسالک: «... و اشتراط تنجيزه مطلقا موضع وفاق كالبيع و غيره من العقود و ليس عليه دليل بخصوصه... و يستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان

الشرط واقعا و الواقف عالما بوقوعه كقوله: «وقفت إن كان اليوم الجمعة، فلا يضرّ كغيره»»(٢).

قال الفاضل الإصبهانى فى نكاح كشفه: «(و يشترط التنجيز) اتفاقا، إذ لا عقد مع التعليق، خصوصا و أمر الفروج شديد. (فلو علّقه) ولو بأمرٍ متحقَّقٍ كأن يقول: إن كان اليوم يوم الجمعة فقد زوّجتک (لم يصحّ) و إن لم يرد التعليق، لأنّه غير صريح فهو بمنزلة الكناية»(٣).

و قال سيّد الرياض فى وقفه: «و يشترط فيه التنجيز فلو علّقه على شرط متوقّع أو صفة مترقّبة، أو جعل له الخيار فى فسخه متى أراده من دون حاجة بطل بلاخلاف فيه، و فى الصحة لو كان المعلَّق عليه واقعا و الواقف عالمٌ بوقوعه كقوله: وقفتُ إن كان اليوم الجمعة، و كذا فى غيره من العقود و بعدم الخلاف صرّح جماعة و لعلّه كافٍ فى الحجية»(٤).

و قال السيّد جواد العاملى فى مفتاحه معلَّقا على قول العلاّمة فى القواعد: «و يجب أن

١- (٢) المسالک ٢٣٩/٥ و ٢٤٠.

٢- (١) المسالک ٣٥٧/٥.

٣- (٢) كشف اللثام ٤٨/٧.

٤- (٣) رياض المسائل ١٠٣/١٠.

تكون منجزة»: «عند علمائنا كما فى التذكرة(١)، أجمع كما فى جامع المقاصد(٢)، و فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام: أنّ تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية و كذا سائر العقود جائزة كانت أو لازمة، و عن غاية المرام(٣) أنه لا خلاف فيه، و مع ذلک قال فى الكفاية(٤): أنّه المشهور و أنّه غير مرتبط بدليل واضح... و به - أى وجوب التنجيز - صرح فى الخلاف(٥) و المبسوط(٦) و السرائر(٧) و الشرائع(٨) و النافع(٩) و التحرير(١٠) و الإرشاد(١١)

و اللمعة(١٢) و التنقيح(١٣) و جامع المقاصد(١٤) و المسالک(١٥) و الروضة(١٦) و هو قضية بقية الشروح(١٧) و الحواشى(١٨) حيث سكتوا عمّا فى متونها و لا يقدح فى ذلک عدم التعرض له فى

١- (٤) تذكرة الفقهاء، ١٣/١٥.

٢- (٥) جامع المقاصد ١٨٠/٨.

٣- (٦) غاية المرام ٣٣٧/٢.

٤- (٧) الكفاية، ٦٧١/١.

٥- (٨) الخلاف ٣٥٤/٣.

٦- (٩) المبسوط ٣٩٩/٢.

٧- (١٠) السرائر ٩٩/٢.

٨- (١١) شرائع الإسلام ١٥١/٢.

٩- (١٢) المختصر النافع /١٥٤.

١٠- (١٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢٢/٣.

١١- (١٤) إرشاد الأذهان ٤١٧/١.

١٢- (١) اللمعة الدمشقية /١٦٦.

١٣- (٢) التنقيح الرائع ٢/٢٨٠.

١٤- (٣) جامع المقاصد ٨/١٨٠.

١٥- (٤) مسالک الأفهام ٥/٢٣٩.

١٦- (٥) الروضة البهية ٤/٣٦٨.

١٧- (٦) منها: إيضاح الفوائد ٢/٣٣٣؛ و غاية المراد ٢/٢٨٨؛ و كنزالفوائد ٢/٨٦.

١٨- (٧) نحو حاشية الإرشاد للشهيد الثانى المطبوعة ضمن غاية المراد ٢/٢٨٨.

المختصرات التى هى متون أخبار كالمقنعة و المراسم و الكافى و النهاية و الوسيلة و فقه الراوندى و الجامع - بل لا ذكر لباب الوكالة فى المقنع و الانتصار - و الدليل على ذلک بعد الاجماع نقلاً و تحصيلاً أنّ الأصل عدم جواز الوكالة خرجت المنجزة بالإجماع و بعض الأخبار و بقى الباقى...»(١).

و قال صاحب الجواهر فى وكالة كتابه: «(من شرطها أن تقع منجزة) كغيرها من العقود بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد ممّا دلّ على تسبيب العقود (فلو علّقت على شرط متوقَّع) كمجى ء زيد (أو وقت متجدّد لم تصحّ)، بل قيل: إنّه كذلک فى التعليق على أمرٌ محقَّقٍ نحو: إذا كانت الشمس طالعة فأنت وكيلى، لا لفوات المقارنة المزبورة بل للشک فى تناول الاطلاقات لمثل ذلک، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله»(٢).

أقول: خالف جماعةٌ من الفقهاء هذا الإجماع الوارد فى كلمات القوم، و من المخالفين المحقّق الأردبيلى قال فى وكالة مجمع الفائدة: «أنّ الأصل و عموم أدلة التوكيل و كونه جائزا و مبناه على المساهلة دون الضيق و ما تقدم فى عبارة التذكرة من أنّه إذن و أمر و أنّه مثل الإذن فى أكل الطعام و لا شک فى جواز تعليقه مثل إن جئت فأنت مأذون فى الأكل و نحوه مع عدم مانع ظاهر يدلّ على جواز التعليق. و يؤيده عدم ظهور فرق كثير فى المآل بين ما صوّرناه من المجوزّات مثل التوقيت و ذكر الشرط و المنع إلاّ بعد كذا و بين التعليق. و يؤيده أيضا جواز التعليق فى العقود الجائزة مثل القراض(٣)، بل هو وكالة بجُعل و العارية و

۱- (۸) مفتاح الكرامة ۵۲۶/۷، الطبعة الأُولى (۲۰/۲۱ و ۲۱ من الطبعة الحديثة).
۲- (۹) الجواهر ۳۵۲/۲۷ و راجع أيضا ۲۵۳/۲۲ و ۱۹۸/۲۳ و ۷۸/۳۲ و ۷۹.
۳- (۱۰) أهل العراق يسمّونه مضاربة كما فى التحرير ۲۲۴/۳.

غيرهما...»(۱).

ولكن ردّ عليه الوحيد فى حاشيته على مجمع الفائدة بقوله: «العموم ما وجدناه، نعم وجدنا اطلاقات مثل ما ذكر من أنّ «الوكيل وكيل حتّى يبلغه العزل» و أمثاله من الأخبار(۲) و القاعدة أن ينصرف إلى الأفراد الشائعة و كون ما نحن فيه منها محلّ تأمل. و الأصل ما نعرفه لأنّ الحكم الشرعى و ترتب الآثار الشرعية يحتاج إلى دليل شرعى و مجرد الجواز لا يقتضى ترتب الآثار سوى إباحة التصرف فتأمل»(۳).

و منهم: المحقّق السبزوارى قال فى وكالة الكفاية: «و مذهب الأصحاب - كما نُقل - أنّ من شرط صحة الوكالة أن يقع منجّزة فلو علّقت بشرط و هو ما أمكن وقوعه أو صفة و هو ما تحقّق وقوعه كانت باطلاً... و ادّعى فى التذكرة الإجماع على صحة قوله: أنت وكيلى فى بيع عبدى إذا قدم الحاج، و لعلّ الشرط قيد للبيع، و به يحصل الفرق بينه و بين المعلّق الممنوع، و مرجعهما بحسب المآل واحد، و منع التعليق غير مرتبط بدليل واضح إلاّ أن يثبت الإجماع عليه»(٤).

و منهم: صاحب الحدائق قال فى وكالة كتابه: «لاخلاف بين الأصحاب فى اشتراط التنجيز فى الوكالة فلو علّقها على شرط... بطلت... و بالجملة فمقتضى إطلاق روايات الوكالة و عمومها هو الصحة مطلقا و تخصيصها يتوقف على الدليل و ليس إلاّ الاجماع، فمن ثبت عنده حجية الإجماع و أنّه دليل شرعى فله أن يخصص به عموم تلك الأخبار و إلاّ

١- (١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٣٣/٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦١/١٩ و ١٦٢ الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الوكالة.

٣- (٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٤٦١.

٤- (٤) الكفاية ٦٧١/١.

فالعمل على ما دلت عليه تلك العمومات...»(١).

و ذهب المحقّق القمى(٢) إلى أنّ التعليق فى الوكالة لا يضرّ بصحتها.

و قال الشيخ الأعظم: «و بالجملة فإثبات هذا الشرط فى العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها فى العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محقّقا أو منقولاً مشكلٌ»(٣).

و تبعه المحقّق الخراسانى و قال: «و تحصيل الاجماع فى مثل هذه المسألة من الاتفاق

لو كان أشكل لاحتمال تشبث البعض لو لا الجلّ أو الكلّ بما أشار إليه من الوجوه الاعتبارية بما فيها من الضعف، و المنقول منه فى مثلها ليس بحجة ولو قيل بحجيته فى نفسه، فالعمل باطلاقات أبواب المعاملات لا يخلو من قوة»(٤).

و قال المحقّق السيّد الخوئى: «لادليل على بطلان العقود بالتعليق لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لأدلة صحة العقود»(٥).

و قال المحقّق السيّد الخمينى: «فالتحقيق عدم اعتبار التنجيز فى المعاملات مطلقا سواء كانت معلَّقة على معلوم الحال أو الاستقبال أو مجهول كذلك، بل أو معلوم العدم كذلك ثم بأن تحققه»(٦).

أقسام التعليق و أحكامها

قبل الورود فی البحث لابدّ من التذکیر بعقود یصح فیها التعلیق، و العقد معه یکون

ص:۲۵۳

۱- (۵) الحدائق ۱۰/۲۲ و ۱۱.

۲- (٦) جامع الشتات ۳۰۷/۱.

۳- (۷) المکاسب ۱۷۲/۳.

٤- (۱) حاشیة المکاسب /۲۹.

۵- (۲) مصباح الفقاهة ۷۰/۳.

٦- (۳) کتاب البیع ۳۳٦/۱.

صحیحا:

منها: التعلیق لبیان اعتبار وصف فی المبیع نحو: اشتریت هذا الثوب إن کان من القطن.

و منها: التعلیق لاثبات حقّ زائد نحو: بعتک هذا بکذا بشرط أن تخیط لی ثوبا.

و منها: التعلیق لتحدید المتعلّق نحو: وکّلتک فی بیع داری بشرط أن تبیعه بعد النیروز.

و منها: التعلیق لتحدید الإنشاء نحو: وقف المدرسة لإسکان طالب العلم بشرط أن یصلی صلاة اللیل و یلبس العمامة.

و منها: التعلیق لتحدید اللزوم نحو: بعتک سیارتی بکذا بشرط أن ترضی زوجتی ببیعها.

و منها: التعليق لتحديد المتعلَّق من جهة صحة التأثير نحو: زوجتى فلانة هى طالق إن كانت فى طهر غير المواقعة.

و منها: التعليق لتحديد ما يعتبر فى المُنْشى ء نحو: اشتريت منک دارک بشرط أن لاتكون محجورا.

و منها: التعليق لتحديد ما يعتبر فى العقد نحو: بعتک دار الفلانى فضوليا بشرط أن يجيز.

و منها: التعليق لتحديد جزء المقتضى للعقد نحو: بعتک هذا إن قبلت.(۱)

و لأجل بيان الضابطة الكلّية نرسم لک أقسام التعليق و أحكامها تبعا للمحقّق

۱- (۱) راجع فى هذا المجال حاشية المكاسب /۲۰٤ لآية اللّه ابوالفضل النجم آبادى من تقرير المحقّق العراقى -رحمة اللّه عليهما - .

لسيّد الخوئى(۱) و إن يمكن الزيادة فيها كما عن الفاضل المراغى(۲).

المعلَّق عليه إمّا أن يكون معلوم التحقّق أو محتمل التحقّق، و كذا إمّا أن يكون أمرا حاليّا أو استقباليا فصار أربعة.

و الشرط الذى علّق عليه العقد إمّا أن يكون دخيلاً فى مفهوم العقد أو يكون دخيلاً فى صحته أو لا يكون دخيلاً فى شىء منهما فصار العدد اثْنَىْ عشر قسما.

و أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا شبهة فى صحته نحو قول الزوج: زوجتى طالق إن كانت زوجتى، أو قول الواقف: وقفت هذه الدار إن كانت ملكى. أو قول البائع: إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا.

و هذا المقدار من التعليق لا يضر بالعقد، لأنّ العقد بنفسه معلَّق عليه معنىً حتّى لو لم يذكر فى اللفظ، فلو جاء به العقد فى صيغته فلا بأس به.

و عليه يحكم بصحة التعليق فى أربعة من الأقسام:

١- أن يكون المعلَّق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول كقول الزوج: إن كانت فلانة زوجتى فهى طالق.

٢- أن يكون المعلَّق عليه أمرا حاليا مع الجهل بتحقّقه كما إذا قال الرجل: إن كانت هذه زوجتى فهى طالق، مع جهله بأنّها زوجته.

٣- أن يكون المعلَّق عليه أمرا استقباليا و معلوم الحصول فى ظرفه نحو قول البائع للمشترى: بعتك حديقتى إنْ قبلت مع علمه بأنّ المشترى يقبله.

٤- أن يكون المعلّق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقّق فى ظرفه نحو قول المرأة:

١- (٢) مصباح الفقاهة ٣/(٦٥-٦٢).
٢- (٣) راجع العناوين ٢/(٢٠٦-١٩١).

أُنكحتُكَ نفسى على الصداق كذا، و هى لا تعلم بأن الرجل يقبل النكاح أم لا؟

و التعليق فى هذه الصور الأربع لا أشكال فى صحته لأنّ العقد و مفهومه فى الواقع معلَّقان على هذه الأُمور فذكرها فى الصيغة و عدمه لا يغيّر الواقع.

و أما التعليق على ما هو داخلٌ فى صحة العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعة أقسام:

١- أن يكون المعلَّق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول كقول الرجل: إن كان هذا الشيء ممّا يملك فقد بعته بكذا، مع علمه بأنه ممّا يملك.

٢- أن يكون المعلَّق عليه أمرا حاليا و مجهول التحقّق نحو قول البائع: إن كنت غير محجور فقد بعتک هذا المال، و هو لا يدرى بحجره أم لا؟!

٣- أن يكون المعلّقَ عليه أمرا استقباليا و معلوم التحقّق كالتسليم و التسلم فى بيع الصرف كقول البائع: بعتک هذا الذهب بكذا إن أخذتها و سلمت إلىّ الثمن.

٤- أن يكون المعلّق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقّق، نحو المثال السابق مع عدم علم البائع بتحقّق التسليم و التسلم.

و التعليق فى هذه الصور الأربع أيضا لا اشكال فى صحته لأنّ صحة العقد تتوقّف عليها فى الخارج و ذكره فى الصيغة لا يغيّر شيئا.

مضافا إلى أنّ جميع هذه الصور الّثمان تشملها العمومات و لم يرد أىّ مخصص لها.

و أمّا التعليق على الصفة أو الشرط اللذيْن لا دخل لهما فى تحقّق عنوان العقد و مفهومه و لا فى صحة العقد فهو أيضا على أربعة أقسام:

١- أن يكون المعلّق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول كأن يقول البائع للمشترى: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتک دارى، مع علمه بأنّ هذا اليوم يوم الجمعة.

ص:٢٥٦

و قد مرّ من الشهيد فى وقف الدروس(١) صحة هذا القسم و تبعه ثانيه فى وقف المسالک(٢) و تبعهما جماعة و منهم: سيّد الرياض قال: «و بعدم الخلاف صرّح جماعة و لعلّه كافٍ فى

الحجية»(٣) ولكن ناقشه الفاضل الأصبهانى فى نكاح كشفه(٤) لا من جهة التعليق بل من جهة عدم التصريح و أنّه بمنزلة الكناية.

ولكن لا إشكال فى صحته لأنّ المضرِّ بالعقد هو واقع التعليق لا صورته و التعليق فى الفرض صوريٌّ. و لا نقبل قول صاحب كشف اللثام فى عدم التصريح و أنّه بمنزلة الكناية، بل هو العقد المصرح به و ليس فيه الكناية.

٢- أن يكون المعلَّقُ عليه أمرا حاليّا و مجهول التحقّق عند العاقد كقول البائع: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتک دارى، و هو لا يدرى أنّ يوم الجمعة موجود أم لا؟!

٣- أن يكون المعلَّقُ عليه أمرا استقباليا و معلوم التحقّق فى المستقبل، بحيث ايقاع العقد مشروط بتحقّق ذلک الأمر أعنى العاقد ينشىء العقد فى ظرف تحقّق الأمر الاستقبالى نحو قول البائع: بعتک دارى إذا أُهلّ شهر رجب، و يريد من ذلک تحقّق البيع من حين رؤية هلال رجب.

٤- أن يكون المعلَّق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقّق فى المستقبل نحو قول البائع: إن جاء زيد الحاج من سفرة حجّه فقد بعتک دارى.

و هذه الثلاثة الأخيرة هى مورد الإجماع المُدعى من بطلان التعليق فى العقود. فلابدّ من البحث حول الوجوه التى اسْتُدِلَّ بها على بطلان التعليق فى العقود فنقول:

١- (١) الدروس ٢٦٤/٢.

٢- (٢) المسالک ٣٥٧/٥.

٣- (٣) رياض المسائل ١٠٣/١٠.

٤- (٤) كشف اللثام ٤٨/٧.

الوجوه المستدَّل بها على بطلان العقود بالتعليق:

الوجه الأوّل:

الإجماع المذكور فى كلمات الفقهاء نحو: العلاّمة فى وكالة التذكرة(١) و وقف التحرير(٢) و ولده فى شرح الإرشاد(٣) و المحقّق الثانى فى وكالة جامع المقاصد(٤) و الشهيد الثانى فى تمهيد القواعد(٥) و وكالة المسالک(٦) و وقفه(٧)، و المحدث الكاشانى فى مفاتيح الشرائع(٨)و الإصفهانى فى كشف اللثام(٩) و السبزوارى فى الكفاية(١٠) و صاحب

الحدائق(١١) و الشيخ مفلح الصميرى البحرانى فى غاية المرام(١٢) و سيّد الرياض(١٣) و صاحب الجواهر(١٤).

و فيه: أوّلاً: قد عرفت وجود المخالفين فى المسألة و هم أصحاب مجمع الفائدة و

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٣/١٥: ورد فيها: عند علمائنا.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٢٩١/٣: ورد فيها: لا نعلم فيه خلافا.

٣- (٣) كما نقل عنه صاحب مفتاح الكرامة ٥٢٦/٧ من الطبعة الاولى، (٢٠/٢١) و فيه: لا يصح عند الإمامية.

٤- (٤) جامع المقاصد ١٨٠/٨ و فيه: عند جميع علمائنا.

٥- (٥) تمهيد القواعد /٥٣٣ و فيه: الاتفاق عليه.

٦- (٦) المسالک ٢٣٩/٥ و فيه: عند علمائنا.

٧- (٧) المسالک ٣٥٧/٥ و فيه: موضوع وفاق.

٨- (٨) مفاتيح الشرائع ٢٠٧/٣ و فيه: عدم الخلاف فيه.

٩- (٩) كشف اللثام ٤٨/٧ و فيه: اتفاقا.

١٠- (١٠) الكفاية ٦٧١/١ و فيها: مذهب الأصحاب - كما نُقل - .

١١- (١) الحدائق ١٠/٢٢ و فيه: لا خلاف بين الأصحاب.

١٢- (٢) غاية المرام ٣٣٧/٢ و نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٢٦/٧، (٢٠/٢١) و فيه: لا خلاف فيه.

١٣- (٣) رياض المسائل ١٠٣/١٠ و فيه: بلا خلاف فيه.

١٤- (٤) الجواهر ٣٥٢/٢٧ و فيه: بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه.

البرهان، و الكفاية و الحدائق و القوانين و المكاسب و كفاية الأُصول و معجم رجال الحديث و تحرير الوسيلة كما مرّت أقوالهم فلا نعيدها.

و ثانيا: على فرض تحقّق الاجماع يكون مدركيّا أو لاأقل من أن يكون محتمل المدركية فلايفيد فى المقام شيئا.

الوجه الثانى:

عدم قابلية الإنشاء للتعليق كما اشتهر لأنّ الإنشاء هو تحقّق الوجود الإنشائى فى نفس الأمر فلا يعقل تعليقه على شيءٍ ما، لأنّ ما وجد يمتنع عدمه فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقديرٍ و معدوما على تقديرٍ آخَرَ.

و فيه: نعم الأمر كذلک ولكن ليس الكلام فى تعليق الإنشاء بل فى تعليق المنشأ و لاشبهة فى إمكانه بل وقوعه فى الأحكام العرفية و الشرعية و العقود و الايقاعات نحو: الوصية و التدبير و النذر و العهد و اليمين، و المثال للأحكام الشرعية نحو: الواجبات المشروطة و المثال للأحكام العرفية كثيرٌ.

الوجه الثالث:

الظاهر من آية «اوفوا بالعقود»(۱) و «أحل اللّه البيع»(۲) أنّ الحكم بوجوب الوفاء و حليّة البيع يترتب على تحقّق موضوعه خارجا، و إذا كان فى البين تعليق يتخلّل بين العقد و وجوب الوفاء به، أو البيع و الحكم بحليّته و هو انتظار حصول المعلَّق عليه.

فتكون العقود أو البيوع التعليقيّة خارجةً عن مدلول الآيتين و المفروض عدم وجود خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء أو حليّته و صحته فتكون باطلة.

۱- (۵) سورة المائدة /۱.

۲- (٦) سورة البقرة /۲۷۵.

و كذلک الأمر بالنسبة إلى حديث السلطنة - و هو قوله صلى الله عليه و آله : الناسُ مسلَّطون على أموالهم(۱) - .

و فيه: أجاب الشيخ الأعظم(۲) قدس سره عن هذا الوجه بوجوه:

الأوّل: أدلة وجوب الوفاء أو حليّة البيع أو حديث السلطنة ناظرة إلى وجوب الوفاء بالعقد أو الإيقاع أو حليّة البيع أو السلطنة على الأموال بأىّ نحو تحقّق فى الخارج منجزا كان أو معلَّقا.

و بالجملة: الإمضاء الشرعى للعقود أو البيوع أو إدارة المال تابع لجعل المتعاقدين أو المتبايعين و أو المديرين و المسلطتين فإذا كان مطلقا فيكون أثره الشرعى منجزا غير مشروط بشىءٍ. و إذا كان معلَّقا فأثره الشرعى يكون معلَّقا مشروطا بوجدان الشرط و المعلَّق.

و الحاصل: لزوم الوفاء بالعقد يكون نظير الوفاء بالعهد الذى يكون مطلقا أو مطلَّقا.

الثانی: ثبت فی الشریعة تخلف الأثر عن العقد فی موارد مختلفه نحو: الوقف و الهبة قبل حصول القبض لأنّ الملکیة فیهما مشروط به. و البیع قبل انقضاء خیار المجلس. و بیع الصرف و السلَّم قبل حصول تحقّق القبض فی المجلس. و الوصیة. و المعاطاة - علی القول بإفادتها الإباحة مع قصد الملکیة - فحینئذ لا یفسد العقد من تأخیر ترتب الأثر علیه و إلاّ لزم القول بفساد الجمیع.

و فیه: یمکن أن یرد علی هذا الجواب بأنّ صحة هذه المعاملات تکون بالنص الخاص فلامورد للنقض بها و قیاس غیرها علیها.

۱- (۱) عوالی اللآلی ۲۲۲/۱، ح۹۹ و ۴۵۷/۱، ح۱۹۸ و نقل عنه فی بحارالأنوار ۲۷۲/۲، ح۷، (۳۸۵/۱).

۲- (۲) راجع المکاسب ۱۷۰/۳ و ما بعدها.

الثالث: الدلیل أخص من المدعی لأنّه إنّما یلزم تخلف الأثر عن العقد فی ما إذا کان التعلیق علی أمر خارجی غیر دخیل فی تحقّق العقد نحو: بعتک داری بکذا إن جاء زید من السفر. و أمّا إذا کان التعلیق علی أمر حالی کقبول المشتری فإنّه لا یلزم تخلف الأثر عن العقد لأنّ القبول جزء من العقد لا أمر خارج عنه.

و فیه: قد ظهر ممّا مرّ خروج مثل هذا التعلیق الأخیر عن محل الکلام فلا یتم ما ذکره.

الرابع: الدلیل أخص من المدّعی لأنّه لا یجری فی التعلیق علی الشرط الذی یشک فی تحقّقه فی الحال فإن تحقّق الشرط، فیکون العقد مراعی بالعلم بظهور الواقع. و إن انکشف وجود المعلَّق علیه فی الواقع فیحکم بصحة العقد من حین حدوث العقد.

و إلاّ فیحکم بفساده من غیر أن یکون العقد موقوفا علی الشرط لکی یلزم منه تخلف الأثر عن العقد.

و بعبارة أُخرى: يكون وجوب الوفاء فى هذه الموارد مراعى بانكشاف الحال لاموقوفا على حصول الشرط.

الخامس: الدليل لا يجرى فى العقود التى يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها أو الدليل الخاص نحو: الوصية و التدبير و السبق و الرماية و الجعالة، و من الواضح، أنّ الكلام ليس فى خصوص البيع و ليس على بطلان التعليق فى كلّ عقد دليل مستقل. فالدليل أخص من المدعى من وجه آخر أيضا.

الوجه الرابع:

أسباب العقود و الايقاعات أُمور توقيفية فلابدّ أن يقتصر فيها بالقدر المتيقن و هو ليس إلاّ العقد العارى عن التعليق.

و فيه: اطلاق الأدلة و عمومها تدلّ على صحة كلّ ما صدق عليه عنوان العقد أو

ص:٢٦١

البيع أو التجارة عن تراض أو سلطنة الناس على أموالهم.

الوجه الخامس:

ما ذكره المحقّق النائينى رحمه الله من أنّ العمومات و الاطلاقات الدالة على صحة العقود منصرفة عن العقد المعلَّق إلى العقد المنجَّز قال قدس سره : «إنّ التعليق ليس ممّا جرى عليه العرف و العادة فى الأُمور العهدية و العقود المتعارفة بين عامّة الناس و إن مسّت الحاجة إليه إحيانا فى العهود الواقعة بين الدول و الملوك فلا يشمله أدلة العقود و العناوين ممّا يشک فى صدقها عليه»(١).

و أجاب عنه تلميذه المحقّق السيّد الخوئى بالمنع عن هذا الوجه كبرى و صغرى.

أمّا منع الكبرى: فلانّ الانصراف لو صح فإنّما يتم فى المطلقات بدعوى احتياجها إلى مقدمات الحكمة فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفا فى الخارج كان ذلک قادحا فى شمول

الاطلاق لهم، ولكن هذه الدعوى لا تجرى فى العمومات لأنّ العموم فيها يكون بحسب الوضع فلا نحتاج إلى مقدمات الحكمة حتّى يجرى ذلک البيان.

و أمّا منع الصغرى: فلا نسلم كون العقود المعلَّقة غير المتعارفة ضرورة أنّها واقعة فى العرف كثيرا كتعليق البيع على إجازة الأب أو الزوجة أو الصديق و نحوه.(٢)

الوجه السادس:

ما ذكره الشهيد الثانى بعد دعوى الاتفاق على عدم صحة التعليق فى العقود بقوله: «الانتقال مشروط بالرضا و لا رضا إلاّ مع الجزم و لا جزم مع التعليق»(٣).

و فيه: يمكن المناقشة فى الجميع لأنّ الانتقال مشروط بالإذن لا الرضا و شاهده بيع

١- (١) منية الطالب ٢٥٥/١.

٢- (١) راجع مصباح الفقاهة ٧٠/٣.

٣- (٢) تمهيد القواعد /٥٣٣.

المضطر، و الإذن، أو الرضا عنده موجودان مع التعليق و شاهد ذاک العقود المعلّقة الموجودة فى الشريعة نحو: الوصية و التدبير و النذر و العهد و اليمين و الجعالة و السبق و الرماية.

الوجه السابع:

قد مرّ فی أوّل الفصل من أنّ الأصل فی العقود هو الفساد لأنّها مسبوقة بالعدم و کذا الأصل فی ترتب الآثار علیها هو العدم و مع الشک و الترديد فی شمول الاطلاقات و العمومات للعقود المعلَّقة و عدم جواز التمسک بهما یجری أصالة الفساد و أصالة عدم ترتب الآثار فیحکم ببطلان العقود المعلّقة، و یمکن تأئیده بالإجماع المُدّعی أو لاأقل من فتوی المشهور علی بطلانها و لعلّ هذا البیان هو مراد الشیخ بقوله: «لادلیل علیه»(۱) أو «لادلیل علی صحة هذا العقد»(۲).

و کذا مراد شیخنا الاستاذ قدس سره من قوله: «ولکن یمکن دعوی انصراف أدلة المعاملات عن التعلیق... فالحکم فیها بالبطلان لقصور دلیل الامضاء لا لمانع خارجی»(۳).

الوجه الثامن:

ما ذکره الفقیه الهمدانی فی تعلیقه علی المکاسب: «إنّ تنقیح المقام یتوقف علی معرفة الأسباب المملّکة فی أنظار أهل العرف من أنّها هل متحقّق عندهم مع التعلیق، أم یتوقّف

عندهم تحقّقها علی الجزم(٤) و التنجیز(٥) و بدونها لایرتّبون علیها حال کونها مجرّدة عن

۱- (۳) المبسوط ۳۹۹/۲.

۲- (٤) الخلاف ۳٥٤/۳.

۳- (٥) إرشاد الطالب ۱۲۳/۲.

٤- (۱) الجزم: أن یکون المتبایعان قاطعین بحصول الأثر حین ایقاع العقد. حاشیة المکاسب /٤٥ للمحقّق الهمدانی.

٥- (۲) التنجیز: أن لا یکون معلّقا علی شیء بأدوات الشرط، بأن یقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فی صورة وجود ذلک الشیء لا فی غیرها. حاشیة المکاسب /٤٥ له.

هذين الشرطين آثار الملكية بل يعدّون ما صدر من المالک من اللفظ مثل قوله: هذا لک إن جاء زيد من السفر، مجرد الوعد على الإعطاء و لا يحصل به - مع قطع النظر عن إمضاء متأخر عن حصول الشرط - تمليک عندهم، فيكون على هذا التمليک على هذا منافيا للتعليق فيه»(١).

الوجه التاسع:

ما ذكره الفقيه الإشكورى من أنّ أدلة العقود و الايقاعات غير ما استُثْنِيَ من النذر و الوصية و التدبير و الظهار و نحوها قاصرة عن شمول التعليق، لظهورها فى كون السبب ما أنشأه الموجِب على وجه أُوجد مفادها تحقيقا و فعلاً فيترتب على إيجاده وجود مفاده.

و دعوى: أنّ الغرض ليس إلاّ ترتيب ما أوجده المنشى ء، غايته أنّه يترتب عليه التحقّق و الفعلية عند وجود المعلَّق عليه.

مسلَّمةٌ، لو لا ظهور الأدلة فى أنّ السبب فى نظر المشهور ليس مطلق إنشاء هذه المعانى، بل إنشاؤها على وجه الاطلاق كما يظهر من كلمات القوم.(٢)

الوجه العاشر:

ما جاء فى تقرير المحقّق العراقى من: «أنّ الغرض من إنشاء العقود و الإيقاعات حصول الالتزام من المنشى ء بسبب الإنشاء و تحقّق العناوين الطارية، و التعليق على الأُمور الغير المتوقفة عليه التأثير ينافيه، لكونه موجبا لعدم تحقّق ذلک العنوان بخلاف التعليق على الأُمور المتوقفة عليه التأثير.

فإن قلت: إنّ إنشاء الأمر يصح تعليقه على ما يشتهيه الآمر فيتحقّق معه الطلب

١- (٣) حاشية المكاسب /٤٦ له أيضا.

٢- (٤) راجع بغية الطالب فى شرح المكاسب ١٧٦/١ للفقيه السيّد أبوالقاسم الإشكورى المتوفى عام ١٣٢٤ق.

المشروط، فلم لا يصحّ تعليق البيع على ما يشتهيه البائع، فتحقّق معه المبادلة المشروطة و يترتّب الأثر عند وجود الشرط...؟!

قلت: فرق بين المقامين لأنّ الانشائية فى الأوامر و النواهى إنّما هى باعتبار النسب المدلولة للهيئة أو الأداة بالوضع و أنّها قابلة للتعليق بخلاف العقود و الإيقاعات الإنشائية و إنّما هى باعتبار ترتب العناوين الطارئة، و التعليق على غير ما يترتب عليه التأثير ينافيها، فإنَّ مَنْ أظهر المبادلة على تقدير مشيّة زيد أنّه لم يكن مبادلاً فعليّا و لم يتحقّق منه مبادلة اُخرى على تقدير مشيّته. و الأثر إنّما يترتب على المبادلة لا على مجرد مشيئتها و الرضا بها»(١).

و بما ذكرنا ظهر أن الثلاثة الأخيرة هى مورد الإجماع المُدعى و دعوى كون المتيقن منه صورة كون الشرط مشكوك الحصول فى الاستقبال فقط كما فى كلام المؤسس الحائرى(٢) رحمه الله لاشاهد عليه.

و بالجملة: بطلان العقود المعلَّقة تبعا للمشهور تام عندنا و موافق للاحتياط و اللّه العالم.

التطابق بين الإيجاب و القبول

اشارة

قبل الخوض فى البحث لابدّ من ملاحظة كلمات القوم:

قال الشيخ فى الخلاف: «إذا قال واحد لإثنين: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بحسابه، و ردّ الآخر، لم ينعقد العقد، و به قال أبوحنيفة.

و قال الشافعى: ينعقد العقد فى حقّه، سواء قبل صاحبه أو ردّه.

١- (١) حاشية المكاسب /٢٠٠ و ٢٠١ من تقريرات المحقّق العراقى لآية اللّه الميرزا ابوالفضل النجم آبادى.

٢- (٢) كتاب البيع ١٤٧/١ بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلّى الأراكى قدس سره .

دليلنا: إنّ قبوله غير مطابق للايجاب و إن العقد يحتاج إلى دلالة، و لا دليل على ثبوت هذا العقد»(١).

و قال فى المبسوط: «إذا قال واحد لإثنين: بعتكما هذا العبد بكذا فقال أحدهما: قبلتُ نصفه بنصف ما قال من الثمن، لم ينعقد العقد لأنّه غير مطابق لايجابه. و إن قال واحد لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف فقبل أحدهما أحد العبدين بخمسمائة لم يجز إجماعا و فى الأوّل خلاف.

و الفرق بينهما أنّه إذا قال: بعتكما هذين العبدين بألف فإنّما أوجب لكلّ واحد منهما

نصف كلّ واحد من العبدين فإذا قبل أحد العبدين فقد قبل ما لم يوجبه و بثمن لا يقتضيه إيجابه، لأنّ الثمن ينقسم على قدر قيمة العبدين و لا يقابل نصف الثمن أحدهما.

فإن قال: قبلت نصف كلّ واحد منهما بنصف الثمن كان مثل المسئلة الاولى سواء.

و إن قال: قد قبلتُ نصف أحد العبدين بحصّته من الثمن لم يصحّ إجماعا لأنّ حصته مجهولة.

و إن قال واحد لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف درهم هذا العبد منك و هذا العبد الآخر منك فقبله أحدهما بخمسمأة لم يصحّ لأنّه قبله بثمن لم يوجب له لأنّ الألف مقسومة على قدر القيمتين لا على عددهما و هو اجماع»(٢).

و قال القاضى ابن البراج فى المهذب: «و إذا قال رجل لرجلين: بعتكما هذا العبد، فقال الواحد منهما: قبلت نصفه بنصف ما قال من الثمن، لم ينعقد البيع لأنّه ليس مطابقا لإيجابه، فإن قال: بعتكما هذين العبدين بألف فقبل أحد العبدين بخمسمائة لم يجز بغير

١- (٣) الخلاف ٣/٤٠، مسألة ٥٨.

٢- (١) المبسوط ٢/١٢٨.

خلاف، و فى الناس مَنْ خالف فى المسألة الأُولى، و الفرق بينهما أنّه إذا قال بعتكما هذين العبدين فإنّما اوجب لكلّ واحد منهما نصف كلّ واحد من العبدين، و إذا قبل أحد العبدين فقد قبل ما لم يوجبه و بثمن لايقتضيه إيجابه لأنّ الثمن ينقسم على قدر قيمة العبدين و لا يقابل بنصف الثمن أحدهما.

فإن قال: قبلت نصف كل واحد منهما بنصف الثمن كان مثل المسألة الاولى، فإن قال: قبلت نصف أحد العبدين بحصة من الثمن لم يصحّ أيضا لأنّ حصته مجهولة.

و إذا قال واحد لاثنين: بعتكما هذين العبدين بألف درهم، هذا العبد منک و هذا العبد منک فقبله أحدهما بخمسمائة لم يصحّ لأنّه قبله بالثمن الذى لم يوجب لأنّ الألف مقسومة على قدر القيمتين لا على عددهما إجماعا»(١).

و قال العلاّمة فى القواعد: «و لابدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول، فلو قال: بعتک هذين بألفٍ فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، أو قبلت نصفهما بنصف الثمن، أو قال بعتكما هذا بألفٍ، فقال أحدهما: قبلتُ نصفه بنصف الثمن لم يقع»(٢).

و قال فى التذكرة: «لابدّ من التطابق فى المعنى بين الصيغتين، فلو قال: بعتک هذين

بألف، فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، أو: قبلت نصفهما بنصف الثمن. أو قال: بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، لم يقع على اشكال فى الأخير، أقربه الصحة و اختيار البائع»(۳).

أقول: سيأتى منه قدس سره توضيح الإشكال و تقريب الصحة و الخيار فى نقل كلامه عن المختلف.

۱- (۲) المهذب ۳۹٤/۱ و ۳۹۳.

۲- (۳) قواعد الأحكام ۱۷/۲.

۳- (۱) تذكرة الفقهاء ۱۰/۱۰.

و قال فى تلخيص المرام: «ولو قال: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت بخمسمائة لم يصحّ على رأيٍ، لاختلال التطابق بين الإيجاب و القبول، أما لو قال: بعتكما هذين العبدين بألف، فقال أحدهما: قبلت أحدهما بخمسمائة لم يصحّ إجماعا»(۱).

و قال فى النهاية: «و يشترط المطابقة بين الإيجاب و القبول فلو قال: بعتک بألف صحيحة، فقال: قبلت بألف قُراضَة(۲)، أو بالعكس. أو قال: بعتک جميع كذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة. أو قال لإثنين: بعتكما بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح.

ولو قال: بعتک هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة و نصفه بخمسمائة، احتمل الصحة لأنّه تصريح بمقتضى الاطلاق و لا مخالفة، و ترتبه على أنّ تفصيل الثمن هل هو من موجبات تعدد الصفقة، و البائع هنا اوجب بيعة واحدة و الفاعل قبل بيعين لم يوجبهما البائع، ففيه مخالفة.

ولو قال: بعتک بألف، فقال: اشتريت بألف و خمسمائة، لم يصح أيضا»(۳).

و قال فی المختلف: «قال الشیخ فی المبسوط و الخلاف: إذا قال واحد لإثنین: بعتکما هذا العبد بألف فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسمائة لم ینعقد العقد لعدم التطابق بین القبول و الإیجاب و تبعه علی ذلک ابن البراج، و الأقوی عندی الصحة و ثبوت الخیار للبائع، أما الصحة فلأنّ البائع لم یقصد بقوله: «بعتکما» تملیک کلّ واحد منهما جمیع المبیع و لا تملیک أحدهما ذلک، و لا تملیک کلّ واحد منهما نصف الثمن، و إنّما قصد تملیک کلّ واحد منهما نصف المبیع بنصف الثمن، و قد أتی باللفظ الدال علیه وضعا فیجب الحکم بالصحة، کما لو قال:

١- (٢) تلخیص المرام /٩٥.

٢- (٣) قُراضَة: ما سقط بالقرض (أی القطع) کقراضة الذهب و الثوب، قُراضَةُ المال: ردیئُهُ.

٣- (٤) نهایة الإحکام ٢/٤٥٠.

بعتکما هذا العبد بألف نصفه منک بخمسمائة و نصفه من هذا بخمسمائة فإنّه یجوز عندهما و لا فرق بینهما، و أمّا ثبوت الخیار فلأنّ البائع قصد تملیک کلّ واحد بشرط تملیک الآخر، فإذا فقد الشرط وجب أن یثبت له الخیار»(١).

و قال الشهید: «و یشترط فیهما التطابق، فلو قال: بعتک العبدین بألف، فقال: قبلت أحدهما بنصفه لم یصحّ، و إن تساویا قیمة، و اُولی بالبطلان ما لو قال: بعتکما العبدین بألف فقبل أحدهما بخمسمائة، لأنّ الإیجاب لم یقع للقابل، إلاّ علی نصف العبد قضیة للإشاعة»(٢).

و علّق المحقّق الثانی علی قول العلاّمة «و لابدّ من التطابق بین الإیجاب و القبول»، بقوله: «أی: علی الوجه المخصوص، الذی یدل علیه باقی کلامه، لا مطلق التطابق للاتفاق علی أنّه لو قال: بعتک، فقال: اشتریت، صح»(٣).

و علّق على قوله: «قبلت أحدهما بخمسمائة» و «أى: لا يصحّ هنا على أصح الوجهين، و يحتمل الصحة، لأنّه فى قوة عقدين، و من ثمّ افترقا فى الشفعة لو اختصت بأحدهما، و ليس بشيءٍ، لأنّ ذلک حقّ ثابت فى البيع بالأصالة، و رضاهما محمول عليه، بخلاف ما هنا، لأنّ رضا البائع إنّما وقع على المجموع بالمجموع»(٤).

و قال الشيخ جعفر فى شرح القواعد مع متنه: «(و لابدّ من التطابق بين الايجاب و القبول) فى المتعاقدين و فى قدر العوضين (فلو) اختلفا فى أحدهما أو كليهما بأن (قال: بعتک هذين بألف، فقال: قبلت أحدهما) أو بعضه منفردين أو مع بعض الآخر (بخمسمائة) أو قبلتُهما بنصف الثمن أو قبلت أحدهما (أو قبلت نصفهما) أو نصف أحدهما (بنصف الثمن) أو

١- (١) مختلف الشيعة ١٨٦/٥.

٢- (٢) الدروس ١٩١/٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٦٠/٤.

٤- (٤) جامع المقاصد ٦٠/٤.

بكلِّه (أو قال: بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه) أو كلّه (بنصف الثمن) أو بكلِّه، أو قال: بعتک أحدهما، فقال: قبلتهما كليهما (لم يقع) و إن جمع الشرائط الآخر. و كذا لو لم يحصل التطابق فى جنس العوضين أو قدرهما أو مكانهما أو زمانهما إلى غير ذلک.(١)

و أمّا لو حصل التطابق الحقيقى دون الصورى، كأن قال فى الأوّل: قبلت كل واحد منهما بخمسمائة، أو قال: قبلت أحدهما بخمسمائة و الآخر بخمسمائة، و فى الآخر: قبلنا كل

واحد من نصفيه، أو قبلناه بنصفى الثمن، أو: قبلنا نصفه بنصف الثمن و نصفه الآخر بنصفه الآخر، فالأقرب الصحة»(۲).

و نختم نقل الأقوال بكلام صاحب الجواهر - و هو كالحصيلة للبحث - قال: «و من ذلک يعلم الحال فى التطابق بين الإيجاب و القبول الذى قد صرح به غير واحد من الأصحاب، لكن على معنى المطابقة بينهما بالنسبة إلى المبيع و الثمن، لا مطلق التطابق للإتقان على صحة الإيجاب ببعت و القبول باشتريت، بل الظاهر صحة قبلت النكاح مثلاً لإيجاب زوّجتک كما عن جماعة التصريح به، بل المراد المطابقة التى مع انتفائها ينتفى صدق القبول لذلک الإيجاب و بالعكس، و الظاهر أنّ من ذلک ما لو قال: بعتک هذين بألف فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، ضرورة تعلق الرضا بالمجموع، و أُولى من ذلک ما لو قال: بعتكما العبدين بألف فقبل أحدهما بخمسمائة، بل عن المبسوط أنّه لم يجز إجماعا، بل عنه أيضا أنّه لو قال: قبلت نصف أحد العبدين بحصة من الثمن لم يصح إجماعا، لأنّ حصته مجهولة. بل الظاهر عدم الصحة لو قال: قبلت نصفهما بنصف الثمن، كما عن المبسوط التصريح به أيضا لما عرفت، و عنه أيضا أنّه لو قال: بعتكما هذين العبدين بألف هذا العبد منک و هذا العبد من الآخر فقبل

۱- (۵) وردت هذه العبارة فى بعض نسخ شرح القواعد هكذا: «و كذا يشترط التطابق فى جنس العوضين أو مكانها أو زمانها أو المركب منها إلى غير ذلک».

۲- (۱) شرح القواعد ۲۰/۲.

أحدها بخمسمائة لم يصح لأنّه قبله بثمن لم يوجب له، بأنّ الألف مقسومة على قدر القيمتين لا عددهما و هو إجماع، قلت: وجهه واضح كما ذكره.

نعم لو قال: بعتكما هذين العبدين هذا العبد منک بخمسمائة و هذا الآخر منک [بخمسمائة] صح لمعلومية ثمن كلّ منهما مع ظهور عدم ارادة اشتراط تمليک كل منهما بتمليک الآخر، أمّا لو قال: بعتكما هذا بألف فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، فالظاهر عدم الصحة كما فى القواعد و محكى المبسوط و الخلاف و القاضى و نهاية الإحكام و التلخيص لظهور إرادة الاجتماع، خلافا للفاضل فى محكى المختلف و التذكرة فالصحة مع الخيار.

ولو قال: بعتک هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة و نصفه بخمسمائة فالأقوى الصحة، لأنّه تصريح بمقتضى الاطلاق من غير مخالفة، مع احتمال البطلان، ولو قال: بعتک بألف فقال: اشتريت بألف و خمسمائة فالأقوى الفساد لعدم المطابقة، و ربما احتمل الصحة إلى غير ذلک من الفروع التى مدارها ما عرفت»(۱).

أقسام التطابق بين الايجاب و القبول

و هو يتصور على أنحاءٍ و الوجه فى اعتبار كلّها ارتباط التزام البائع بالتزام المشترى لصدق المعاقدة و أمّا أقسامها:

۱- التطابق بالاضافة إلى عنوان المعاملة: بأن يقول البائع: بعتک دارى، و يقول المشترى: قبلت هبتک أو الصلح.

۲- التطابق بالإضافة إلى المبيع كأن يقول البائع: بعتک الكتاب، و يقول المشترى: قبلت بيع الدار.

۳- التطابق بالإضافة إلى الثمن كأن يقول البائع: بعتک سيارتى بألف دولار أمريكى،

۱- (۲) الجواهر ۲۵٦/۲۲ و ۲۵۵.

و يقول المشترى: قبلت البيع بألف تومان ايرانى.

٤- التطابق بالإضافة إلى البائع و المشترى - أى طرفى العقد - فلو قال زيد لعمرو: بعتک هذا الدار بكذا، قال عمرو: قبلت البيع لخالد.

و الوجه فى ذلک مضافا إلى عدم ورود الإيجاب و القبول على موردٍ واحدٍ، من الممكن عدم رضا البائع ببيع داره لخالد أو عدم رضا الخالد ببيع دار زيد. و تظهر الثمرة فى ما إذا كان أحد المبيعين - أو كليهما - فى الذمة، لاختلاف ذمم الأفراد فى الاعتبار فربّ شخصٍ لا يعتمد عليه إلاّ فى الأُمور الحقيرة و ربّ شخص يعتمد عليه حتّى فى الأُمور الخطيرة فلابدّ من التطابق بين الايجاب و القبول من هذه الجهة.

نعم: إذا قبل عَمْرُوْ البيع لخالد و رضى زيد بالبيع لخالد، فالبيع يكون صحيحا.

٥- التطابق بالإضافة إلى الشروط المذكورة فى العقد. و الوجه فى ذلک لأنّ مرجع اعتبار الشرط فى العقد إمّا إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشىءٍ كشروط عقد النكاح، أو إلى تعليق لزومه على شىءٍ كاشتراط صفة فى المبيع، أو تعليقهما معا عليه كاشتراط عمل فى البيع و نحوه.

و مرجع الجميع فى العرف إذا لم يقبل أحدهما الشروط فى العقد إلى بطلانه و عدم انعقاده. و الحاصل أنّ البطلان فى موارد تعليق العقد واضح، و أمّا فى مورد تعليق لزومه أيضا فيمكن أن يقال مضافا إلى ما ذكرنا من «أنّ تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، و جعل الخيار إنّما يرجع إلى تحديد المُنْشأ»(١) و عدم التطابق بين مُنْشائهما يوجب بطلان العقد.

٦- التطابق بالإضافة إلى أجزاء المبيع و الثمن كأن يقول البائع: بعتک هذا الأرض

١- (١) كما فى مصباح الفقاهة ٧٣/٣.

بمليون، و قال المشترى: قبلت نصف الأرض بنصف ميليون. و الوجه فى ذلک: «عدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر»(١) كما عن المحقّق النائينى، أو «عدم المطابقة من جهة الشرط»(٢) كما عن المحقّق السيّد الخوئى لأنّ بيع كلّ نصف من المبيع فى قبال نصف الثمن مشروط بنصفه الآخر.

نعم: فى كلّ موردٍ ينحلّ العقد عرفا إلى عقدين أو عقود، فقبل بعضها يقع التطابق و يكون صحيحا.

هذا تمام الكلام فى التطابق.

هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين فى حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

اشارة

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره - و هو أوّل من تنبّه لهذا الشرط - إلى عدم الجواز و أنّ المعتبر فى العقد أن يقع كلٌّ من الايجاب و القبول فى حالٍ يجوز لكلٍّ من الموجب و القابل الانشاء.

قال: «فلو كان المشترى فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد.

ثم إنّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقدة و المعاهدة حنيئذ....

و إن كان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه أيضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لأنّ المعتبر فيه عرفا رضا كلٍّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه كمن يعرض له الحجر بفَلَسٍ أو سَفَهٍ أو رقٍ - لو فرض - أو مرض موت.

١- (١) منية الطالب ٢٥٧/١.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٧٤/٣.

و الأصل فى جميع ذلک أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق و كذا لو كان المشترى فى زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممّن لا يعتبر رضاه - كالصغير - فصحة كلٍّ من الايجاب و القبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلّم من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب و به يتمّ معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس أحدهما أو قام و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقّق معنى المعاقدة»(١).

ثم خرّج(٢) قدس سره الوصية من العقود و جعلها فى الايقاعات لصحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، أو صحة القبول بعد الردّ فى حال حياة الموصى و قبوله بعد موته، و الشاهد عليه لو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه.

و كذا صرح(٣) بأنّ صحة بيع المكره يكون على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

و وافقه المحقّق النائينى حيث يقول: «لايخفى أنّ هذا الشرط أيضا كالشرط السابق من القضايا التى قياساتها معها بل منشاء اعتباره هو المنشأ لاعتبار الشرط السابق لأنّ العقد لاينعقد إلاّ بفعل الإثنين، فلو فقد حين أنشأ أحدُهما شرائط العقد فوجودها سابقا أو لاحقا لا أثر له و مجرد تحقّق الشرط حين أنشأ الآخر لا يفيد بعد يكون إنشائه جزءا للعقد لا إيقاعا مستقلاً، فلو كان المشترى حين إنشاء البائع نائما لا يصحّ العقد و كذلک العكس.

و التفصيل بينهما كما فى حاشية السيّد لا وجه له. ما يدّعيه من الصحة بلا إشكال فى العقود الجائزة فإنّما فى العقود الإذنية لا العهدية.

ثم لا فرق بين الموت و الجنون و نحوها و بين الفلس و الرقية و نحو ذلک لأنّ المدار فی التطابق بين المشتری و البائع حال العقد علی اجتماع جميع شرائط الصحة و اللزوم.

ص:٢٧٤

١- (٣) المكاسب ١٧٧/٣ و ١٧٦.

٢- (١) المكاسب ١٧٦/٣.

٣- (٢) المكاسب ١٧٧/٣.

و بعبارة اُخری: المدار علی ما به يصير العقد عقدا، نعم رضا المشتری حين ايجاب البائع و كذا العكس غير معتبر فی صحد العقد و المعاهدة، لأنّ ما يعتبر فی صدق العقد هو قصدهما لايجاد المادّة، لا رضاهما به، فلا يكون صحة بيع المكره إذا لحقه الرضا علی خلاف القاعدة»(١).

و وافق المحقّق الأصفهانی الشيخ الأعظم فی الجملة و قال: «أمّا عدم الأهلية لِما يوجب امتناع تحقّق المعاهدة و المعاقدة كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإنّ مناط عهد كلٍّ منهما و التزامه و إنْ كان حياة المتعهِّد و عقله و يقظته و هی مفروضة الحصول هنا، إلاّ أنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضی كونهما معا كذلک فی حال الإيجاب و فی حال القبول، إذ معية المتعاقدين ليست معيّة جسم مع جسم و لا معيّة حيوان مع حيوان بل معيّة شاعر ملتفت إلی ما يلتزم للغير و يلتزم له الغير، و إلاّ فلا ينقدح القصد الجدی فی نفس العاقل إلی المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار و علمه بالتفاته فيما بعد لا

يصحح المعاهدة معه فعلاً... .

و أمّا عدم الأهلية لعدم الرضا المعتبر ولو لعدم اعتبار رضاه، فمن الواضح أنّه لا دخل له بالتعاهد و التعاقد فإنّهما متقوّمان بالشعور و الالتفات المحقّقين للقصد الجدی إلی المعاهدة مع الغير... .

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ استمرار الأهلية بين الايجاب و القبول غير لازم، فإنّ مقوّم المعاهدة مع الغير التفاتهما و شعورهما حال كون كلّ منهما معاقدا مع الآخر، و قد عرفت أنّ النوم و الإغماء فضلاً عن غيرهما لا يوجب زوال الالتزام، حتّى يعتبر استمرار الأهلية

١- (٣) منية الطالب ٢٥٧/١.

لبقاء الالتزام»(١).

و تبع المحقّقَ الأردكانيُّ المحقّق الأصفهانيَّ و نقل كلامه إلاّ أنّه قال: «إنّ المناسب ذكر هذا الشرط فى جملة شروط المتعاقدين...»(٢).

و قبل السيّد ابوالقاسم الإشكورى ما ذكره الشيخ فى شرحه على المكاسب و قال: «أنّ التأمل قاضٍ بصحة ما ذكره المصنف»(٣).

ولكن ناقش الفقيه اليزدى ما ذكره الشيخ و قال: «لادليل على هذه الكلية و عدم صدق المعاقدة و المعاهدة إنّما يتم فى بعض الفروض كما لو كان المشترى فى حال ايجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، و أمّا بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصا فيما إذا نام البائع بعد الايجاب مع علمه بذلک، أنّ المشترى يقبل لا محالة، و كذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه. نعم فى جملة من الفروض يحتاج إلى إمضاء الغير كالوارث المالک للعين، أو الولى أو نحوهما، و هذا غير البطلان و يشهد لما ذكرنا من صدق المعاهدة عدم الفرق فى ذلک بين كون العقد لازما أو جائزا، مع أنّه لا بأس بالنوم بين الايجاب و القبول فى العقود الجائزة بلا إشكال، و كذا يشهد له باب الوصية و الجواب الذى يذكره المصنف كما ترى فتدبّر»(٤).

و اعترض المحقّق الإيروانى على الشيخ فى قوله: «فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقدة» بقوله: «فيه منع، فإنّه لا يعتبر فى تحقّق المعاقدة إلاّ وجود الشرائط المعتبرة فى

كلّ من المتعاقدين حال إنشاء نفسه، نعم لو ارتفع رضا الموجب بالمعاملة حال لحوق القبول

١- (١) حاشية المكاسب ١/(٢٩٣-٢٩١).

٢- (٢) غُنية الطالب ١١٤/٢.

٣- (٣) بُغية الطالب فى شرح المكاسب ١٨٤/١.

٤- (٤) حاشية المكاسب ٤٤٦/١.

من الآخر لم يبعد عدم صدق المعاقدة بخلاف مالومات أو جُنّ أو أغمى عليه، فإنّ كلّ ذلک غير مانع من تحقّق مفهوم المعاقدة عند قبول الطرف الآخر»(١).

و اعترض المحقّق السيّد الخوئى على الشيخ و ذهب إلى عكس ما ذهب إليه الفقيه اليزدى، و قال: «ولكن التحقيق يقتضى الالتزام بالصحة إذا فقد المشترى شرائط صحة الانشاء حال انشاء البائع، و بالفساد فى عكسه. و الوجه فى ذلک: أنّ المناط فى تحقّق العقد إنّما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشترى و عليه فإذا أنشا البائع حال كون المشترى نائما أو غافلاً أو مغمى عليه ثم التفت المشترى إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه عنوان العقد جزما و يحكم بصحته للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود. بل تدل على ذلک السيرة الواقعة بين التجار لأنّ المتعارف فيما بينهم - غالبا - أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمة معينة و يقبله المكتوب إليه مع أنّه ربّما يكون - عند كتابة البائع - نائما أو غافلاً أو مجنونا، و لا شبهة فى صحة هذه المعاملة.

و أمّا إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشترى حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الانشاء عنه و لايتصل التزامه بالتزام المشترى إلاّ فى مثل النوم و الغفله فإنّهما لاينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المزبورة»(۲).

القول المختار

اشتراط صحة العقد بأن المتعاقدين من أوّل الايجاب إلى آخر القبول لابدّ أن يكونا مُسْتَجْمِعَيْنِ لجميع شرائط الانشاء - اضافة إلى أن كلٍّ من الموجب و القابل لابدّ أن يكون فى إجراء إيجابه و قبوله مستجمعا لشرائط الإنشاء - ممّا لا دليل عليه، لأنّ صحة المعاقدة و

۱- (۱) حاشيته على المكاسب ۱۰۷/۲.

۲- (۲) مصباح الفقاهة ۷۵/۳.

المعاهدة يتم فيما إذا كان كلّ منهما قابلاً لشرائط الانشاء فى حال إجراء صيغته الخاصة به. لأنّ المناط فى تحقّق المعاقدة هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشترى، و كذا يشمله العمومات و الاطلاقات الواردة فى صحة البيع و وجوب الوفاء بالعقد و تجارة عن تراضٍ و الناس مسلطون على أموالهم. مضافا إلى جريان السيرة القطعية المتداولة بين الناس فى العقود.

و لعل ما ذكرنا هو وجه عدم تعرض الاصحاب قدس سرهم إلى هذا الاشتراط إلى القرن

الثالث عشر حيث عنونه الشيخ الأعظم - أعلى اللّه مقامه - و قبل منه السيّد الإشكورى بالجملة، و المحقّقون النائينى و الإصفهانى و الأردكانى فى الجملة.

و ناقشه السيّدان الفقيه اليزدى و المحقّق الخوئى كلّ منهما على عكس الآخر. و المختار عندنا عدم اعتبار ما ذكره الشيخ بالكلّية و وافقنا جماعة من الأصحاب نحو المحقّقين الشهيدى فى هداية الطالب(١) و الإيروانى فى حاشيته على المكاسب(٢) و المروج فى هدى المطالب(٣) و شيخنا الأُستاذ فى إرشاد الطالب(٤).

نعم: إذا مات الموجب قبل تحقّق القبول أو جُنَّ لا يبعد انفساخ الايجاب، و يمكن أن يقال ببقائه و الإستيذان من ورثته أو وليّه كما عليه الفقيه اليزدى(٥). و اللّه العالم.

١- (١) هداية الطالب ٢/٢٣٠.

٢- (٢) حاشية المكاسب ٢/١٠٧.

٣- (٣) هدى الطالب ٢/٦١٥ من طبعة عام ١٤٢٨ق.

٤- (٤) إرشاد الطالب ٢/١٣١ و ١٣٢.

٥- (٥) حاشيته على المكاسب ١/٤٤٦.

فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصيغة

اشارة

إذا اختلف المتعاقدان - اجتهادا أو تقليدا - فى شروط الصيغة فهل يجوز لكلِّ واحدٍ منهما العمل باجتهاده أو تقليده مع أنّ الآخر يراه باطلاً؟ أم لا يجوز و لابدّ من إلقاء العقد بحيث يكون صحيحا عند كلِّ منهما؟ أم فيه تفصيل بين أن يكون العقد المركب منهما هل يقول بصحته أحد من الفقهاء أو لا؟ فى صورة وجود القائل بالصحة يكون العقد صحيحا و فى صورة عدمه فلا.

مقالة الشيخ الأعظم فى المقام

ذهب الشيخ الأعظم(۱) قدس سره إلى أنّ أردءَ الوجوه هو التفصيل و لم يذكر وجه الأردئية.

و الوجه فيها: أنّ عدم وجدان القائل بالصحة لا يوجب الجزم بالبطلان و لا يقتضى الفساد بل يمكن ما لاقائل بصحته يكون موافقا للواقع. و لذا قال الفقيه اليزدى فى وجه الأردئية: «و ذلک لأنّ مجرد عدم القائل لايكفى بل لابدّ من كونه مخالفا للإجماع و ليس كذلک لأنّ عدم القائل به إنّما من باب الاتفاق لا من جهة بنائهم على عدم صحته فتدبر»(۲).

و تبعه الشّارح الشهيدى فقال: «و مجرد عدم وجود القائل بها لا يستلزم الإجماع

على العدم»(۳).

و قال الإيروانى: «و السر فى ذلک أنّ مثل هذا الاجماع الذى لم يتورد فيه أقوال المجمعين على عنوان واحد بل كلٌّ أفتى بعنوان غير العنوان الذى أفتى به صاحبه و بتصادق العناوين صار المصداق فيه موردا للاتفاق ممّا لايعتدّ به عندهم لتخطئة كلٍّ من المفتين

۱- (٦) المكاسب ۱۷۸/۳.

۲- (۷) حاشية المكاسب ٤٤٧/۱.

۳- (۱) هداية الطالب ۲۳۲/۲.

صاحبه فى الفتوى»(۱).

و ذهب الشيخ الأعظم(۲) إلى أنّ الأوّلَيْن مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل هى بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية أم هى أحكام عذرية يكون العامل بها معذورا - بعد اجتهاده أو تقليده فيها - فى عمله قبل كشف الخلاف؟!

فعلى الأوّل فالمؤثر عند أحدهما مؤثرٌ عند الآخر أيضا ولو كان أحدهما مخالفا للثانى، فيحكم بالصحة مطلقا.

و على الثانى فلايترتب عليه أثر لأنّ المُنْشِىء و إن رأى ترتب الأثر على إنشائه إلاّ أنّ الآخر يراه مخطئا لاغيا فلا يمكن له أن يترتب عليه الأثر.

هذا إذا كان بطلان العقد مستندا إلى فعل الآخر عند كلٍّ من المتعاقدين بحيث لا يسرى من جزءٍ إلى الجزء الآخر و أمّا إذا يسرى من جزءٍ إلى الآخر فالقول فيه هو البطلان و الفساد مطلقا و الأخير نحو اعتبار الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفة صحة الانشاء من أوّل العقد إلى آخره، لأنّ الموجب إذا أنشاء معلّقا أو من دون بقاء الآخر على صحة الإنشاء، أو القابل أنشأ من دون الموالاة، فى هذه الموارد لم يجز لكلٍّ منهما الإنشاء فى قبال إنشاء الآخر، هذا كلّه فَحْوى مقالة الشيخ الأعظم(٣) فى المقام.

مناقشة مقالة الشيخ الأعظم قدس سره

يمكن أن يلاحظ على مقالته:

أوّلاً: أنّ الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية و إلاّ لزم التصويب المجمع على بطلانه.

١- (٢) حاشية المكاسب ١٠٩/١.

٢- (٣) المكاسب ١٧٨/٣ و ١٧٩.

٣- (٤) المكاسب ١٧٨/٣ و ١٧٩.

و قد ذُكر فی علم الأُصول وجوه الجمع بين الأحكام الواقعية و الظاهرية قد عددناها

إلى ثمانية جمع فی محاضراتنا الأُصولية منها: جمعان للشيخ الأعظم و جمع للمحقّق الخراسانی و جمع للسيّد محمّد الفشاركی - و جمعه متين عندنا(١) - و جمع للمحقّق النائينی(٢) و آخر للمحقّق العراقی(٣) و سابع للمحقّق السيّد الخوئی(٤) - و هو أيضا تام - و ثامن للسيّد محمّد الداماد(٥) - و هو أيضا تام - .

و منها: أنّ التنافی فی الأحكام الشرعية فی الموردين: المبدأ و المنتهى، و أمّا عدم التنافی فی الأحكام الظاهرية و الواقعية فی المبدأ فلانّ الحكم الواقعی نشأ من المصالح و المفاسد الواقعية ولكن المصلحة فی الحكم الظاهری إنّما تكون فی نفس جعل الحكم لا فی متعلَّقه فلا يلزم من مخالفتهما اجتماع المصلحة و المفسدة، و أمّا عدم التنافی بينهما فی المنتهى فلانّ الحكم الظاهری موضوعه الشک فی الحكم الواقعی و عدم تنجزه لعدم وصوله فمادام لم يصل الحكم الواقعی لا يحكم العقل بوجوب امتثاله فلا مانع من امتثال الحكم الظاهری، و إذا وصل الحكم الواقعی فلا يبقى مجال لامتثال الحكم الظاهری لكون الحكم الظاهری دائما فی طول الحكم الواقعی، لأنّه مجعولٌ فی ظرف عدم وصول الحكم الواقعی، و هذا هو أحد وجوه الجمع الصحيح بينهما فی المقام.

ثانيا: أنّ الاختلاف فی طريقية الأمارات أو موضوعيتها يتم بالنسبة إلى من قامت

١- (١) راجع كتب تلاميذه نحو المؤسس الحائری فی درر الفوائد ٣٥١/٢ و جدنا العلاّمة أبی المجد الشيخ محمّد الرضا النجفی الأصفهانی قدس سره فی وقاية الأذهان /٤٨٧.

٢- (٢) راجع أجود التقريرات ١٢٨/٣ و ما بعدها.

٣- (٣) راجع تعليقته على فوائد الاصول ١٠٢/٣.

٤- (٤) مصباح الاصول ١٠٨/٢.

٥- (٥) المحاضرات ٢/٩٠ تقريرات السيّد محمّد الداماد رحمه الله بقلم آية اللّه السيّد جلال الدين الطاهرى الأصفهانى - مدظله - .

عنده الأمارة فإنّه على القول بالطريقية لا يجزىء العمل بعد كشف الخلاف و على القول بالموضوعية يجزى، و أمّا بالنسبة إلى غير مَنْ قامت عنده الأمارة فالاكتفاء بمفادها يحتاج إلى دليل ليدلّ على أنّ الحكم الظاهرى فى حقّ كلِّ أحدٍ حكم واقعى فى حقّ غيره، و لا يتم هذه الكبرى إلاّ فى موارد نحو: جواز إيتمام المتطهِّر بالوضوء بالمتطهِّر بالتيمم، و حرمة تزويج المعقودة بالفارسى لمن يرى فساد العقد الفارسى لما ورد أنّ لكلّ قوم نكاحا، و إذا أسلم الزوجان أو زوج الكتابية حكم ببقاء النكاح السابق.

و الحاصل: مجرد كون مفاد الأمارة حكما حقيقيا فى حقّ الموجب أو القابل لا يفيد

شيئا فى المقام بل لابدّ أن يكون ذلک حكما حقيقيا فى حقّ غيره لأنّه أحد طرفى العقد.

ثالثا: قد مرّ منّا عدم اعتبار العربية و الماضوية و الترتيب و الموالاة و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى آخر العقد فى صيغ العقود، نعم الصراحة و التنجيز معتبران فلايتم تفصيل الشيخ الأعظم عندنا.

رابعا: على قوله قدس سره أيضا لابدّ من الحاق الترتيب بالموالاة و التنجيز لأنّ التقدّم و التأخّر من الأُمور المتضائفة بعدم مراعاته من طرف يخلُّ بطرف آخر أيضا و لذا قال الفقيه اليزدى: «الظاهر أنّ الترتيب كالموالاة»(١). هذا كلّه ما يرد على الشيخ الأعظم فى المقام.

مقالة المحقّق الأصفهانى وردّها

قال تحت عنوان تحقيق المقام ما ملخصه: «إنّ الملكية إذا كانت من الأُمور الواقعية و كانت الأمارة حجة من باب الطريقية فهى لا توجب إلاّ العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسى تصرف فى

مال الغير و هو حرام غاية الأمر أنّه معذور فى هذا التصرف الحرام. و إن كانت حجة من باب الموضوعية فالتصرف و إن كان فى مال الغير حقيقة لكنّه جائز

ص:٢٨٢

١- (١) حاشية المكاسب ٤٤٩/١.

حقيقة لكون التصرف بعنوان أنّه تصرف فى مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحة غالبة على مفسدة التصرف فى مال الغير فلا يكون حراما واقعا... .

و أمّا إذا كانت الملكية من الاعتبارات [كما هو الصحيح] فأسبابها أيضا جعلية فربّما يكون ذات العقد العربى - بما هو - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية من الشارع، و ربما يكون العقد الفارسى - لا بما هو بل بما هو عقد قامت الحجة على سببيته شرعا - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعا، فما انتقل إلى المعتقِد بالعقد الفارسى ملک شرعا حقيقة حيث لا واقع للاعتبار إلاّ نفسه فيترتب جميع آثار الملک عليه...، و إن كانت لا سببية للعقد الفارسى بالاضافة إلى غير المعتقِد و عليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأى، و إلاّ فالاعتبار لا ينقلب عمّا هو عليه.

هذا بخلاف ما عدا الأُمور الوضعية كالواجبات التكليفية على الموضوعية فإنّ مجرد كون صلاة الجمعة التى أخبر بوجوبها العادل بلحاظ العنوان الطارىء ذا مصلحة كما يقتضيه ظهور الأمر بها فى البعث الحقيقى المنبعث عن مصلحة فى متعلّقه و عرضا، لا يقتضى أن تكون المصلحة فيه مصلحة بدلية عن مصلحة الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء

مصلحة الواقع على حاله فيجب تحصيلها، و ليس فى باب المعاملات مصلحة لازمة التحصيل كى يجرى فيها هذا البيان»(١).

و اعترض عليه تلميذه السيّد المحقّق الخوئى: «هذا الذى أفاده... و إن كان متينا بناءا على السببية إلاّ إنّا ذكرنا فى مبحث الجمع بين الأحكام الظاهرية و الواقعية من علم الأُصول أنّ الالتزام بالموضوعية و السببية حتّى السببية السلوكية - التى اخترعها الشيخ الأعظم فى رسائله - مستلزم للتصويب، فإذن فلايمكن الالتزام بذلک، فلامناص وقتئذ عن القول

١- (١) حاشية المكاسب ٢٩٥/١.

بالطريقية المحض فى جعل الأمارات و لازم ذلک هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحا فيحكم بالصحة من جانب و بالفساد من جانب آخر»(١).

أقول: حمل كلام المحقّق الأصفهانى رحمه الله فى ذيل الملكية الاعتبارية على الموضوعية و السببية فى حجية الأمارات ممكن، ولكن يمكن حمله على الطريقية أيضا - لو لم نقل أنّه يحمل عليها فقط - و المراد بقوله: «سببيته شرعا»(٢) يمكن أن يحمل على سببية العقد الفارسى على الملكية الاعتبارية لو لا قوله: «ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعا»(٣)، و على أىّ حالٍ يمكن الأخذ بقوله حتّى بناءً على القول بالطريقية فى حجية الأمارات كما هو المختار.

مقالة الفقيه اليزدى رحمه الله فى المقام و مناقشتها

قال: «ثم لا يخفى أنّ ترتيب الأثر على ظن المجتهد الآخر إنّما يكون فيما لو فعله موضوعا للحكم بالنسبة إليه كما فى مثال النكاح و غيره و أمّا إذا كان فعله قائما مقام فعله فلا، كما إذا استأجر الولى الذى يجب عليه القضاء عن الميت من يعتقد بطلان صلاته و إنْ كانت صحيحة عند نفسه، فإنّ فعل الأجير فعل المستأجر فلايجوز الاكتفاء به.

و ما نحن فيه بمنزلة ذلک، فإنّ العقد متقوم بطرفين، و يجب على كلٍّ من المتبايعين إيجاد عقد البيع، و هو عبارة عن الإيجاب و القبول، فلا يجوز لواحد منهما الأكل إلاّ بعد ذلک، فمع اعتقاد أحدهما بطلانه - ولو ببطلان أحد جزئيه - لا يجوز له ترتيب الأثر، و إنّما يتم ما ذكره المصنف لو كان المؤثر فى حقّ البائع فى جواز الأكل الإيجاب الصحيح، و بالنسبة إلى المشترى القبول الصحيح و ليس كذلک، إذ المؤثر المجموع و هو فعل كلّ واحد منهما...، و

بالجملة: البيع فعل واحد تشريكى، و لابدّ من كونه صحيحا فى مذهب كلٍّ منهما ليمكن

١- (٢) مصباح الفقاهة ٨٣/٣.

٢- (٣) حاشية المكاسب ٢٩٦/١.

٣- (٤) حاشية المكاسب ٢٩٦/١.

ترتيب الأثر عليه، و هذا بخلاف مسألة النكاح فإنّ الفعل للأوّل و الثانى مرتب عليه أثره»(١).

و كذا أفتى فى عروته بما ذكره هنا و قال: «إذا كان البائع مقلِدا لِمَنْ يقول بصحة المعاطاة مثلاً أو العقد الفارسى و المشترى مقلِدا لِمَنْ يقول بالبطلان لا يصح البيع بالنسبة إلى البائع أيضا، لأنّه متقوم بطرفين فاللازم أن يكون صحيحا من الطرفين، و كذا فى كلِّ عقد كان مذهب أحد الطرفين بطلانه و مذهب الآخر صحته»(٢).

يمكن أن يلاحظ عليه: أوّلاً: لا يكون البيع فعلاً واحدا تشريكيا بل هو فعلان مرتبط أحدهما بالآخر و لذا قال المحقّق الخمينى قدس سره : «أنّ العقد المركب من الإيجاب و القبول لا يعقل أن يكون فعل كلّ واحد من المتعاقدين فكيف يكون الموجب موجبا و قابلاً، و القابل كذلک، و لاشک فى أن

الإيجاب فعل الموجب و هو موضوع الأثر بالنسبة إلى القابل فإذا ضم إليه القبول صار عقدا تاما و قوله: «البيع فعل [واحد] تشريكى» الخ، مصادرة محضة»(٣).

ثانيا: إنّ العقد متقدم بالطرفين لا يقتضى أن يكون القابل ينشىء قبوله و مقصوده على نحو ينشأ الموجب إيجابه و مقصوده به.

و ثالثا: على فرض قبول أنّ البيع فعل واحد و هو لا يقتضى إمّا الصحة أو الفساد، لايتم إلاّ بحسب الحكم الواقعى، و أمّا بالنسبة إلى الحكم الظاهرى فلا مانع من الالتزام بالتفكيک بأن يعمل كلّ من الموجب و القابل بما تقتضيه وظيفته الظاهرية.

١- (١) حاشية المكاسب ٤٤٨/١.

٢- (٢) العروة الوثقى - الاجتهاد و التقليد، المسألة ٥٥.

٣- (٣) كتاب البيع ٢٤٤/١.

الأوّلان من الملاحظات للمحقّق النائينى(١) و الثالث للسيّد الخوئى(٢) رحمهماالله و لذا كتبنا فى تعليقنا على العروة الوثقى فى ذيل المسألة المذكورة: «بل يصح»، و فى آخرها: «نعم، فى أمثال الفروج لزم مراعاة الاحتياط». فلا يتم ما ذكره الفقيه اليزدى قدس سره .

١- (٤) منية الطالب ٢٦٠/١.

٢- (٥) مصباح الفقاهة ٨٤/٣.

وصلٌ: أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

اشارة

ص: ٢٨٧

ص: ٢٨٨

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

اشارة

قد مرّ بعض كلمات القوم فى المقام فى التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة والان تضاف إليها أحكامه:

الأوّل: لا يملك المشترى المقبوض بالعقد الفاسد

إذا كان العقد باطلاً لا يتحقّق آثاره المقصودة كالملكية مثلاً فى البيع فمقتضى بطلان البيع بقاء كلٍّ من المالين على ملك صاحبه الأوّل و لا حاجة إلى التمسلک بأصالة عدم الانتقال لعدم الشک فى المقام حتّى يجرى فيه الأصل.

و بعبارة اُخرى: المؤثر فى حصول الملكية إنّما هو العقد فإذا حكم بفساده لم يؤثر فى الملكية و صار كالمعدوم لا يؤثر فى شيءٍ.

صرح بعدم الملكية فى فرض فساد العقد الشيخ فى كتابيه(١)، و المحقّق فى موضعين من الشرائع(٢)، و العلاّمة فى القواعد(٣) و التذكرة(٤) و نهج الحقّ(٥)، و ابن فهد فى المهذب

ص:٢٨٩

١- (١) المبسوط ١٤٩/٢، ٦٤/٣ - الخلاف ١٥٨/٣، ٤٠٣/٣.

٢- (٢) الشرائع ٧/٢، ١٩٤/٣.

٣- (٣) القواعد ١٧/٢، ٢٣٨/٢.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢٩٠/١٠.

٥- (٥) نهج الحقّ و كشف الصدق /٤٨٥.

البارع(١)، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد(٢)، و الشهيد الثانى فى المسالک(٣)، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية(٤)، و الشيخ جعفر فى شرح القواعد(٥)، و تلميذاه صاحبا المفتاح(٦) و الجواهر(٧).

قال فى الأخير: «بلا خلاف، بل الاجماع بقسميه عليه، للأصل بعد فرض بطلان السبب الذى أريد الانتقال به، و فرض عدم إرادة غيره من أسباب الملک، حتّى المعاطاة بناءً على أنّها منه...»

١- (٦) المهذب البارع ٣٦١/٢.

٢- (٧) جامع المقاصد ٦١/٤.

٣- (٨) المسالک ٢٢٢/١٢.

٤- (٩) الكفاية ٦٥٣/٢.

٥- (١٠) شرح القواعد ٣٢/٢.

٦- (١١) مفتاح الكرامة ٥٣٧/١٢.

٧- (١) الجواهر ٢٥٦/٢٢.

الثانی: ضمان القابض

استدل علیه بوجوه:

الأوّل - الاجماع: بمعنی کون تلفه علیه

ادعی الشیخ فی باب الرهن من المبسوط(۱) و فی موضعین من البیع فی المبسوط(۲) و الخلاف(۳) الاجماع علیه صریحا و تبعه ابن ادریس فی السرائر(٤) و ابن فهد الحلّی فی المهذب البارع(٥) و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(٦) و الشهید الثانی فی غصب المسالک(۷) و السبزواری فی الکفایة(۸) و الشیخ جعفر فی شرح القواعد قال: «للإجماع المحصَّل فضلاً عن المنقول المعتضد بالشهرة المستفیضة تحصیلاً و نقلاً»(۹) و السیّد العاملی فی المفتاح قال: «هذان الحکمان (عدم الملکیة و الضمان) ممّا قد طفحت به عباراتهم»(۱۰) و قال صاحب الجواهر: «بلاخلاف أجده فیه بل الإجماع بقسمیه علیه»(۱۱).

الثانی - علی الید ما أخذت حتّی تؤدی

۱- (۱) المبسوط ۲۰٤/۲.

۲- (۲) المبسوط ۱٥۰/۲.

۳- (۳) الخلاف ۱٥۸/۳، مسألة ۲٥۱.

٤- (٤) السرائر ۲۸٥/۲: و فیه: «عند المحصلین».

٥- (٥) المهذب البارع ۳٦۱/۲.

٦- (٦) جامع المقاصد ٦۱/٤.

۷- (۷) مسالک الأفهام ۱۷٤/۱۲.

٨- (٨) الكفاية ٦٥٣/٢.

٩- (٩) شرح القواعد ٣٣/٢.

١٠- (١٠) مفتاح الكرامة ٥٣٧/١٢.

١١- (١١) الجواهر ٢٥٧/٢٢.

و يدلّ عليه بعد الإجماع النبوى المشهور: على اليد ما أخذت حتّى تؤدى.(١)

لايستشكل على سند الرواية بأنّ راويها هو قتادةُ عن الحسن البصرى(٢) عن سمرة بن جندب(٣) المعلوم حالهما، و لم يسمع حسب رأى البخارى و مسلم - الحسن عن سمرة

إلاّ حديث العقيقة(٤) و ابن حزم أيضا ضعّف الحديث بدعوى انقطاعه لأنَّ قتادةَ لم يدرک الحسن(٥).

لأنّ شهرتها و العمل بمضمونها يكفى فى اعتبارها، و قد قال العلاّمة البلاغى: «... قد شاعت روايته بين الفريقين و كثرت روايته و الاعتماد عليه بين الأصحاب، بل لم يخل من الاعتماد عليه فى الاستدلال فيما رأيناه كتاب يتعرض لمدارک الأحكام و وصفه فى جامع الشتات(٦) بالمشهور المقبول بل ذكر فى المضاربة(٧) و وصفه بالرواية المجمع عليها. و كاشف الغطاء فى شرح القواعد(٨) بالمستفيض المجمع على مضمونه، و فى الرياض(٩) بالمشهور

١- (١٢) عوالى اللآلى ٢٢٤/١، ح١٠٦، ٣٨٩/١، ح٢٢؛ سنن البيهقى ٩٥/٦ و ٩٠؛ كنزالعمال ٣٢٧/٥، الرقم ٥٧١٣؛ سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، ح٢٤٠٠؛ و سنن الترمذى ٥٦٦/٣، ح١٢٦٦؛ و سنن ابن داود ٢٩٦/٣، ح٣٥٦١؛ سنن النسائى ٤١١/٣؛ و مسند احمد بن حنبل ٨/٥ و ١٢ و ١٣؛ المستدرک على الصحيحين ٤٧/٢.

٢- (١٣) لبعض ما طُعِنَ عليه به عندهم راجع ميزان الاعتدال ٥٢٧/١ و عندنا راجع رجال الكشى /٩٧، ح١٥٤ و الاحتجاج ١٧١/١.

٣- (١٤) لبعض ما طُعِنَ عليه راجع شرح نهج البلاغة لابن أبى الحديد ٧٣/٤ و ٧٧ و ٧٨؛ و تاريخ الطبرى ١٧٦/٤؛ و قاعدة لا ضرر لشيخ الشريعة الإصفهانى /٣٥ و ٣٦.

٤- (١) راجع نصب الرأية ٣٩٨/٥ للزيعلى.

٥- (٢) المحلّى ١٧٢/٩.

٦- (٣) جامع الشتات ٤٠٥/٣ و فيه: «حديث مشهور على اليد كه أصحاب به آن عمل كرده اند».

٧- (٤) جامع الشتات ٣٤٠/٣ من طبعة الحروفى الاولى.

٨- (٥) شرح القواعد ٣٣/٢.

٩- (٦) رياض المسائل ٢٥٤/٨ و فيه: الخبر المشهور.

المقبول، و فى غصب مفتاح الكرامة(١) بالمشهور المعمول به فى أبواب الفقه، و فى وديعة المقابس(٢) بالقوية المعروفة المجمع عليها. و فى العناوين(٣) بالمنجبر بالشهرة المتلّقى بالقبول عند العامة و الخاصة بحيث يغنى عن ملاحظة سنده و صحته بل هو ملحق بالقطعيات فى الصدور، و فى الجواهر(٤) أنّه مجبور بالعمل»(٥).

أقول: الظاهر استناد الأصحاب قديما و حديثا هو على هذا الحديث بحيث يظهر للمتأمل الوثوق بصدوره و الآن أذكر لک - مضافا إلى ما مرّ من العلاّمة البلاغى - بعض هذه الاستنادات:

منهم: الشريف المرتضى فى بحث ضمان الصنّاع من الانتصار(٦) احتجاجا عليهم.

و منهم: شيخ الطائفة فى أوّل غصب المبسوط(٧).

و منهم: الشيخ فى أوّل وديعة المبسوط(٨).

و منهم: الشيخ فى رهن الخلاف(٩) و فى غصبه مرّتان(١٠) و وديعته(١١).

۱- (۷) مفتاح الكرامة ۲۲۸/٦ من الطبعة الاولى.

۲- (۸) المقابس /۲۵۳.

۳- (۹) العناوين ٤١٦/۲.

٤- (۱۰) الجواهر ۳۵/۳۷ و استدل به أيضا فى ۱۱٦/۲۷ و ۳۵۸/۳۱.

۵- (۱۱) العقود المفصّلة /۲، المطبوعة مع تعليقته على المكاسب على الحجر، و ص۲۳ من المطبوعة فى ضمن المجلد السابع من موسوعة العلاّمة البلاغى.

٦- (۱۲) الانتصار /٤٦٨.

۷- (۱) المبسوط ۵۹/۳.

۸- (۲) المبسوط ۱۳۲/٤.

۹- (۳) الخلاف ۲۲۸/۳، مسألة ۱۷.

۱۰- (٤) الخلاف ٤۰۸/۳ و ٤۰۹، مسألة ۲۰ و ۲۲.

۱۱- (۵) الخلاف ۱۷٤/٤، مسألة ۵.

و منهم: السيّد ابن زهرة فى غصب الغنية و إجارتها(۱) احتجاجا عليهم.

و منهم: ابن ادريس الذى لا يرى الأخبار الآحاد موجبا للعلم و العمل و قال: «و قد بيّنا أنّ أخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علما و لا عملاً، و الواجب على المفتى الرجوع فى صحة الفتوى إلى الأدلة القاطعة»(۲). و قال أيضا: «الواجب الأخذ بالأدلة القاطعة للأعذار، و ترك أخبار الآحاد التى لا توجب علما و لا عملاً فإنّه أسلم للديانة، لأنّ اللّه تعالى ما كلّفنا إلاّ الأخذ بالأدلة و ترك ماعداها»(۳).

تمسک بهذه الروایة فی عدّة مواضیع من کتابه نحو: رهن السرائر مرتین(٤) و فی غصبه کذلک(٥) و إجارته(٦) و وکالته(٧).

و منهم: الشیخ علی بن محمّد بن محمّد القمی السبزواری فی غصب جامع الخلاف و الوفاق و رهنه و إجارته.(٨)

و منهم: العلاّمة تمسک بها فی عدّة من کتبه نحو: متاجر المختلف(٩) و رهنه(١٠) و عاریته مرّتین(١١) و لقطته(١٢) و ودیعته(١٣) و إجارته(١٤).

١- (٦) غنیة النزوع ٢٨٠ و ٢٨٩.

٢- (٧) السرائر ٣٢٢/٢.

٣- (٨) السرائر ٤٢٢/٢.

٤- (٩) السرائر ٤٢٥/٢ و ٤٣٧.

٥- (١٠) السرائر ٤٨١/٢ و ٤٨٤.

٦- (١١) السرائر ٤٦٣/٢.

٧- (١٢) السرائر ٨٧/٢.

٨- (١٣) جامع الخلاف و الوفاق ٣٤٣ و ٢٩٩ و ٣٥٤.

٩- (١٤) مختلف الشیعة ٣٢١/٥.

١٠- (١٥) مختلف الشیعة ٤١٧/٥.

١١- (١٦) مختلف الشیعة ٧٢/٦ و ٧٧.

١٢- (١٧) مختلف الشیعة ٨٧/٦.

١٣- (١٨) مختلف الشیعة ٦٣/٦.

١٤- (١٩) مختلف الشيعة ١٥٨/٦.

و قال فى غصب التذكرة: «كلّ من غصب شيئا وجب عليه ردُّه على المالک سواء طالب المالک بردّه أو لا، مادامت العين باقية بلاخلاف، لقول النبى صلى الله عليه و آله على اليد ما أخذت حتّى تؤديه»(١).

و قال فى ضمانها: «و كلّ من يثبت يده على مال الغير و لا حقّ له فى إمساكه و كان المال باقيا وجب عليه ردّه على مالكه بلاخلاف، لقول النبى صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى، و لأنّ حقّ المالک متعلَّق بماليته، و ماليته لا تتحقّق إلاّ بردّه إليه»(٢).

و ذكرها العلاّمة فى كتاب الرهن(٣) مرّتين، و كذلک فى كتاب الوديعة(٤)، و فى كتاب العارية(٥) ثلاث مرّات.

و هكذا ذكرها ولده فخرالمحقّقين مكررا فى كتابه ايضاح الفوائد(٦).

و هكذا الفاضل المقداد فى التنقيح(٧) مكررا.

و منهم: الشهيد قال فى غصب الدروس: «يجب ردّ المغصوب إلى مالكه إجماعا و لقوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤديه...»(٨)

١- (١) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٣٧٤/٢ من الطبع الحجرى.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٩٤/١٣ و ٢٥٨.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٦١/١٦ و ٢١٨.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢٧١/١٦ و ٢٧٣ و ٢٩٦.

٦- (٦) ايضاح الفوائد ١١٦/٢ و ١٢٤ و ١٥٨ و ١٦٠ و ١٦٧ و ٣٠٨ و ٣٢٤ و ٣٢٧ و ٣٢٩.

٧- (٧) التنقيح الرائع ٢٤٥/٢ و ٢٤٩ و ٢٥٩ - ١١٢/٤ و ١٢٤.

٨- (٨) الدروس ١٠٩/٣.

و ذكرها أيضا ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع(١) مكررا و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد(٢) و الشهيد الثانى فى المسالك(٣)، و المحقّق الأردبيلى مع حكمه بعدم صحة الرواية كما يأتى ذكرها مكررا فى كتابه(٤).

و بما ذكرنا يظهر الوثوق بصدورها من رسول اللّه صلى الله عليه و آله فلا يُصْغى إلى ما ذكره المحقّق الأردبيلى(٥) فى بحث المأخوذ بالبيع الفاسد بعد الاعتراف بأنّ الخبر مشهور حكم بأنّ صحته غير ظاهرةٍ و تمسک بأصل البراءة من الضمان فى مقابله.

و تبعه المحقّقان االسيّدان الخوئى(٦) و الخمينى(٧)، لأنّ الأوّل منهما لا يرى جبر ضعف السند بعمل المشهور، و كلاهما لايران استناد المشهور إلى الرواية.

و تبعهم شيخنا الاستاذ(٨) قدس سره .

و قد ذهبنا فى أبحاثنا الأُصولية تبعا للمشهور إلى جبران ضعف السند بعمل المشهور و ظهر ممّا ذكرنا استناد المشهور من المتقدمين و المتأخرين إليها، فالرواية عندنا تكون مُوْثوقة بصدورها هذا كلّه فى أمر سندها.

و أمّا دلالتها: فالّذى يظهر من جماعة ظهورها فى الحكم التكليفى فقط - أى وجوب

١- (٩) المهذب البارع ٥٦٠/٢ - ٧/٣ و ٩ و ٣٩ - ٣١١/٤.
٢- (١٠) جامع المقاصد ١٠٩/٤ و ١٧٧ - ٢٩/٥ و ٣١ و ٩٨ و ٣٠٧ و ٣٤١.
٣- (١١) المسالک ١٤٢/٣ و ١٥٤ و ٣٤٣ و ٤٤٠ - ٣٨/٤ و ٣٩ و ٥٦ و ٥٨ و ٢٠٧ و ٣٣٧ و ٣٥٩ و ٣٨٣ و ٣٨٥ و ٣٩٨ - ٤٧/٥ و ٧٨ و ٩٣ و ١١٦ - ٦٣/٦.
٤- (١٢) مجمع الفائدة ١٦٩/٩ و ٢٢٨ و ٦٠٢ - ٢٧٦/١٠ و ٤٤١ و ٤٥١ و ٤٩٩.
٥- (١) مجمع الفائدة و البرهان ١٩٢/٨.
٦- (٢) مصباح الفقاهة ٨٨/٣ و ٨٩.
٧- (٣) كتاب البيع ١/(٢٥٠-٢٤٧).
٨- (٤) إرشاد الطالب ١٣٩/٢.

الردّ - دون الحكم الوضعى - أى الضمان - كما صرح به ابن حزم فى المحلّى(١) و الشاهد على ذلک أنّ الشيخ فى كتاب الغصب من المبسوط(٢) لم يتمسک بها لأجل ثبوت الضمان فى فرض تلف المغصوب، و كذا العلاّمة(٣) تمسک بها فى وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه و الفاضل النراقى(٤) صرّح بأنّها تدل على وجوب حفظ المال عن التلف و ردِّه إلى مالكه و لا تدل على الضمان بوجه و تبعه المحقّق الإيروانى(٥).

لأنّ كلمة «على» ظاهرة فى الحكم التكليفى، و أجابه الشيخ الأعظم بأنّ «هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلّفين لا إلى مالٍ من الأموال»(٦).

أقول: لا يخفى أنّ المراد باليد هو الاستيلاء على المال كما هو المراد بها فى قاعدة اليد.

ثم إنّ كلمتى «على اليد» فى الحديث خبر مقدم و جار و مجرور متعلَّق بثابت أو لازم بقرينة الحكم و الموضوع، و «ما أخذت» مبتدأ مؤخَّر و ما موصولة و «حتّى تؤدى» غاية للحكم. فصار معناها: ما أخذته اليد ثابت عليها حتّى تؤديه. و بعد الأداء يرفع الحكم، و من الواضح مع وجود العين أنّ الثابت - أى الواجب شرعا - هو ردّ نفس العين و مع تلفه تصل النوبة إلى بدله المثلى أو القيمى.فالرواية

تدل على الحكم الوضعى - أى الضمان عند تلف العين - و الحكم التكليفى - أى وجوب ردّ العين - و إذا كان يجب عليه الردّ يجب عليه حفظه عقلاً حتّى يتمكن من الردّ. هذا ما يخطر بالبال عند التأمل فى الرواية. و وافقنا على ذلک

ص:٢٩٧

١- (٥) المحّلى ٩//١٧٢.

٢- (٦) المبسوط ٥٩/٣ و ٦٠.

٣- (٧) تذكرة الفقهاء ٣٧٤/٢ من الطبع الحجرى.

٤- (٨) عوائد الأيام /١٠٩ و ١١٠، العائدة ٣٣.

٥- (٩) حاشية المكاسب ١١١/٢.

٦- (١٠) المكاسب ١٨١/٣.

المحقّق الشهيدى(١) رحمه الله .

ثم قال الشيخ الأعظم: «و من هنا كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور»(٢).

و استشكل عليه(٣) بأنّ هذا يتم بناءً على تأصل الأحكام الوضعية، و أمّا بناءً على انتزاعها من الأحكام التكليفية كما هو مذهب الشيخ الأعظم فلا يمكن شمول الرواية للصغير و المجنون لانتفاء التكليف فى حقِّهما ليصحّ انتزاع الوضع منه.

و أجاب السيّد الحكيم عن هذا الاشكال بقوله: «امكان انتزاع ذلک الحكم الوضعى من الحكم التكليفى المتوجه إلى الولى، أمّا لو حملنا الرواية على الحكم التكليفى فلا وجه لصرفها إلى الولى لأنّ تخصيصها بأدلة رفع القلم أولى من ذلک فيتعيّن ارتكابه [أى تخصيصها]...»(٤).

الثالث: الروايات الواردة فى الأَمَةِ المسروقة

اشارة

و قد استدل الشيخ الأعظم بالروايات الواردة فى الأَمَةِ المسروقة لأجل ثبوت الضمان:

و منها: موثقة جميل بن درّاج عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقُّ و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى أخذت منه(٥).

ص:٢٩٨

١- (١) هداية الطالب ٢٣٩/٢.

٢- (٢) المكاسب ١٨١/٣.

٣- (٣) الاشكال للسيّد اليزدى فى حاشية المكاسب ٤٥٣/١.

٤- (٤) نهج الفقاهة /١٩٤.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٠٥/٢١، ح٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

بتقريب ذكره بقوله: «فإن ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشترى - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابلٍ للملك فهو كالتالف لا المتلف فافهم»(١).

و بعبارة أُوضح: الولد يكون منفعةً و نماءً للجارية ولكن المشترى لم يستوف هذه المنفعة لأنّ الولد تابع لوالده فى الحرية، و الحرّ لا يُقوَّم بالمال. و من هنا ظهر الفرق بين الاستيلاد و منافعها الأُخرى. فإذا كانت اليد على المنافع توجب الضمان فبطريق أولى تكون اليد على العين ضامنة.

ان قلت: المشترى باستيلاد الجارية أتلف منفعتها على مالكها لتربية نطفة الرق و لذا يصدق الإتلاف.

قلت: الإتلاف هو إعدام الموجود، و هو هنا مفقود بل المشترى أحدث فيها نماءً غير قابل للملك، لحكم الشارع بحرّية الولد فهو كالتالف بالتلف السماوى لا كالمتلَف حتّى يكون موردا لقاعدة الإتلاف.

و لعلّ أمره بالتفهم فى آخر كلامه إشارة إلى إمكان صدق الإتلاف على الاستيلاد، أو إلى أنّها استيفاء لنماء الجارية. و على الأوّل يكون الضمان بقاعدة الإتلاف و على الثانى يكون الضمان بقاعدة الاستيفاء للمنافع لا اليد.

و لعلّه إشارة إلى: أنّ الوطى إذا كان مانعا عن صدق الإتلاف على حدوث الولد غير قابل للملك فلا محالة يكون مانعا أيضا عن صدق الضمان باليد، ضرورة أنّ التلف تحت اليد إنّما يوجب الضمان باليد إذا كان التالف ملكا للمضمون له. و من المعلوم أنّ الولد لم يكن ملكا لصاحب الجارية فلا تدل الرواية على ضمان اليد، بل يمكن أن يكون ضمان الولد بسبب

١- (١) المكاسب ١٨١/٣.

تعبدى غير الأسباب المعروفة كما قاله المحقّق المروج(١).

بيان المحقّق النائينى

قرّر المحقّق النائينى قدس سره ما يدعيه الشيخ الأعظم من ضمان قاعدة اليد فى المقام – مع اختلاف له يظهر لک – بما ملخصه: ليس استيلاد الأمة داخلاً تحت موارد ضمان المنافع مستقلاً لأنّ المستولد «لم يستوف منفعة الأمة – فإن استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب

و الجلوس و الأكل و الشرب و الوطى و نحو ذلک – .

وعدّ العرف حصول الولد له منفعة من الأمة لا اعتبار به، لأنّ نظر العرف ليس متّبعا فى تعيين المصاديق.

نعم أُوجد ما هو السبب لفوت المنفعة على المالک، لأنّ وطأه الذى استلزم الحمل صار سببا لفوت المنفعة عليه، ولكن ضمان مَنْ منع المالک من التصرف حتّى تلف المنفعة ممنوع، إلاّ إذا قيل بأنّ قاعدة «لاضرر» كما تنفى الحكم الثابت الذى يلزم منه الضرر كذلک تثبت الحكم الذى لو لا تشريعه لزم منه الضرر.

و بالجملة: الذى استوفاه المشترى إنّما هو الوط ء، و المفروض أنّ القيمة لم تجعل عوضا له بل للولد، و الولد ليس من المنافع المتلفة، و لا ممّا كان المشترى سببا لإتلافها، لأنّ الولد لم يكن لمالک الأمة حتّى يكون مشترى الأمة سببا لإتلافه، فليس استيلاد الأمة إلاّ من قبيل منع المالک من السكون فى داره، فضمان الولد الذى يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّا إنّما هو من جهة تبعيّة المنافع التالفة للعين المضمونة، فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للاولوية، بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التالف.

و بالجملة: منشأ الضمان إمّا قاعدة اليد أو الإتلاف أو التسبيب، و الأخيران منتفيان

۱- (۲) هدى الطالب ۵۳/۳ من الطبعة الحديثة.

فی المقام. أمّا الإتلاف فلأنّ الأب لم یستوف المنفعة، فإنّ الولد لا یعدّ من المنافع، فإنّ حکمه حکم الأب و الأمّ، فکما أنّه لا یکون من المنافع... فمراد المصنف قدس سره من أنّ الاستیلاد لیس استیفاءً أنّه لیس ممّا استعمله و أتلفه المستولد.

و الأصل فی هذا التعبیر للعلاّمة قدس سره فإنّه قال فی التذکرة: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفویت، لا بالفوات، فلو قهر حرّا و استعمله فی شغلٍ ضمن اُجرته، لأنّه استوفی منافعه و هی متقومة، کما لو استوفی منافع العبد، ولو حبسه مدّة لمثلها اُجرة و عطّل منافعه فالأقوی أنّه لایضمن الاُجرة، لأنّ منافعه تابعة لما لا یصحّ غصبه... إلی آخره»(۱).

«... و أمّا باب التسبیب فواضح أنّ وط ء المشتری لیس سببا لتلف المنفعة الموجودة المملوکة لمالک الأمة فلایدخل تحت قاعدة الضمان بالتسبیب، فانحصر أن یکون منشأه ضمان الید»(۲)

و فیه: أوّلاً: ذهب النائینی إلی عدم کون الولد نماءً للأمة - مع إقرار الشیخ الأعظم

به - لأنّ نظر العرف لیس متبعا فی تعیین المصادیق، و لا یتم ما ذکره صغریً و کبریً لصدق المنفعة علی الولد حقیقةً و عرفا، و حیث لم یکن للشارع فی خطاباته مع العرف طریقة خاصة بل یتبع هو طریقة العقلاء فلا محالة من أن یصیر تشخیص العرف فی المفاهیم و مصادیقها معتبرا(۳) و یدل علی کونها منفعة بل منفعة مستوفاة خبر زرارة عن أبی جعفر علیه السلام :... یردّ إلیه جاریته و یعوّضه بما انتفع، قال: کان معناه قیمة الولد.(٤) الظاهر أنّ التفسیر من زرارة.

۱- (۱) تذکرة الفقهاء ۳۸۲/۲ من الطبع الحجری.

۲- (۲) منیة الطالب ۲٦۳/۱ و ۲٦٤.

۳- (۱) قد تنبّه لنفی الکبری المحقّق الخمینی فی البیع ۲٥۸/۱.

٤- (٢) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٤، ح٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و ثانيا: يردّ عليه و على الشيخ الأعظم حيث أنكر أنّ الاستيلاد هو استيفاء المنفعة خبر زرارة حيث عدّ فيه الولد بأنّه منفعة مستوفاة كما يظهر من قوله عليه السلام : «بما انتفع»، و لم يذكر فيه استيفاء منفعة أُخرى من منافع الجارية.

و ثالثا: أنكر على الشيخ الأعظم الأولوية و قال: «فضمان الولد الذى يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّا، إنّما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المضمونة فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للألوية، بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التالف». فكأنّه قبل ما أنكره من كون الولد منفعة، و كذا لايتم من إنكاره للأولوية، لأنّ تأمّل بعضهم فى ضمان المنافع المستوفاة فى صدق الأخذ عليها و انحصار حديث اليد بما يقبل الردّ إلى مالكه - و هو العين - . و عليه فإذا حكم الشارع بضمان قيمة الولد الذى هو من قبيل منفعة الجارية كان ضمان نفسها ثابتا بالأولوية، مع اعترافه قدس سره بتسبّب ضمان المنفعة عن ضمان العين.

و رابعا: قال قدس سره : «فليس استيلاد الأمة إلاّ من قبيل منع المالک من السكون فى داره» حيث شابه الاستيلاد بمنع المالک عن استيفاء منفعة ملكه، و الوجه فى عدم تماميته أنّ الوطى ليس سببا للحمل بل إنّما هو معدّله فتشبيهه بمنع المالک الذى يكون سببا لعدم استيفائه منافع ملكه غير تام. كما يمكن القول بوجود الضمان فى المشبه به، على ما قد يقال، خلافا للعلاّمة فى التذكرة كما مرّ و فى التحرير قال: «ولو حبس صانعا مدّة عن عمله فكذلک لا يضمن أُجرته، و لايضمن الحرّ لو غصبه و إن كان صغيرا»(١).

مقالة المحقّق الأصفهانى و مناقشتها

قال الأصفهانى: يمكن أن يقال: إنّ النطفة و إن كانت من الرجل إلاّ أنّها لما كانت

مُكَمَّلَةً بدم الأُمّ و كانت تكوّنها حيوانا بالقوى المودعة فى الرحم، فكأنّ صيرورتها حيوانا

١- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٢٠.

من قبل الأُمّ فقد أتلفها الرجل على الأب(١)، خصوصا إذا قيل بتكوّنه من نطفة المرأة و كان اللقاح من الرجل، أو قلنا بأنّ الولد ينعقد رقّا و إنّما يصير حرّا بالولادة فإنّه إتلاف حقيقة»(٢).

و فيه: أوّلاً: الولد يتكوّن من نطفتى الرجل و المرأة معا لا من الرجل فقط و لا من المرأة فقط، و الرحم يكون محل نشوئه عرفا و حقيقة، نعم، قد يقال بإمكان تكثير السلول الواحد من الانسان و الحيوان و هو عملية الاستنساخ البشرى أو الحيوانى ولكن هذه العمليه غير الاستيلاد.

و ثانيا: صيرورة نطفة الرجل حيوانا بما ذكر لا توجب أن يكون الولد لصاحب الجارية حتّى يصير التحرير إتلافا لِمالِهِ، بل لازمه - لو سلم - أن يكون صاحب الولد ضامنا للدم التالف و قيمة القوى المودعة، لا لقيمة الولد و لا سيّما إذا قلنا بضمان يوم الأداء.

و ثالثا: على فرض كون النطفة من المرأة فإن الولد الحاصل من نطفتها يصير ولدا للأب و يخرج عن الملك فلو كان ذلك موجبا للضمان فلابدّ من تقويمه حال كونه فى جوف اُمّه و حال الولادة - أى حال الخروج عن ملك صاحبه - لا التقويم فى زمن الأداء.

و رابعا: الخروج بالحكم الشرعى يكون من قبيل التلف السماوى لا الإتلاف و لا الإتلاف بالتسبيب، فإنّ السبب للحكم الشرعى - و هو الولادة - ليس فعله، بل نتيجة فعله يكون موضوعا للحكم.(٣)

١- (١) كذا فى المطبوعتين من الكتاب، ولكن الصحيح «المالک» كما نبه عليه المحقّق الخمينى فى البيع ٢٥٧/١.

٢- (٢) حاشية المكاسب ٣٠٤/١.

٣- (٣) الثلاثة الأخيرة كانت للسيّد الخمينى رحمه الله فى بيعه ٢٥٧/١.

مقالة المحقّق الإيروانى و نقدها

قال الإيروانى: «يمكن أن يقال: إنّ المشترى استوفى منفعة الرحم باشتغاله بمائه أو لاأقل من أنّه أتلف منفعته على المالک بذلک، فإنّه(١) كان مستعدا لإنماء نطفة الرّق فسلب عنه ذلک بإشغاله بنطفته، و بهذا يصدق الإتلاف و لا يتوقّف صدقه على فعليّة النماء، فمن سقى أشجار الغير المستعدة للأثمار مائا مالحا منعه عن الإثمار يصدق أنّه أتلف ثمرها...»(٢).

و فيه: أوّلاً: الولد لا يعدّ منفعة الرحم و ليست نسبة الرحم إلى الولد كنسبة الثمرة إلى الشجرة بل هو محل نشوئه و ارتقائه عرفا و حقيقة، نعم يصدق أنّه منفعة الجارية كما مرّ.

و ثانيا: ثم على فرض صحة استيفاء منفعة الرحم لا يوجب أن يكون المضمون قيمة الولد، بل المضمون حينئذ الدم التالف و قيمة القوى المودعة و هو كما ترى.

و ثالثا: على فرض تمامية ما ذكره و ضمان الولد لابدّ أنْ تكون قيمة يوم الولادة هى المتعيّنة لا قيمة الولد يوم الأداء و بينهما بون.

مقالة المحقّق الخمينى

ذكر قدس سره خبر زرارة قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أُولادا، ثم إنّ أباها يزعم أنّها له و أقام على ذلک البينة، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوّضه فى قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها.(٣)

ثم قال قدس سره : «و فی قوله علیه السلام : «و یعوضه» الخ احتمالان: أحدها: أنّ ما أصاب من لبنها و خدمتها أیّ المنافع المستوفاة منها جعل عوضا من قیمة الولد، فقدّر القیمة بما أصاب منها

۱- (٤) أیّ الرحم.

۲- (٥) حاشیة المکاسب ۱۱۲/۲.

۳- (۱) وسائل الشیعة ۲۰٤/۲۱، ح٤.

تعبدا، و الثانی: ولو بملاحظة سائر الروایات أنّ قیمة الولد تقدیر لما أصاب من اللبن و الخدمة، فقیمته علی هذا لیست لأجل استیفاء المنفعة التی هی الولد و لا بازاء تفویت منافع الجاریة و لا لأجل ضمان الید علی الجاریة و یتبعه ضمان المنافع بل لأجل استیفاء سائر المنافع أی اللبن و الخدمة، لکن لمّا کان قدرهما ربما یکون مجهولاً أو مَعْرَضا للنزاع قدّره الشارع علی قیمة الولد، تأمل»(۱).

و فیه: أوّلاً: الظاهر بقرینة بقیة روایات الباب(۲) یحمل «قیمة ما أصاب من لبنها» علی قیمة الولد.

و ثانیا: فی هذه الروایة زیادة لابدّ من الأخذ بها و هی ضمان خدمة الجاریة علی البائع لانّها معطوفة علی «ما أصاب من لبنها» و ظهور العطف فی المغایرة و التعدد ثابتٌ.

و بالجملة: فی هذه المسألة ترجع الجاریة إلی مالکها و یدفع صاحب الولد قیمته إلی

المالک مع ضمان خدمة الجاریة. و للمشتری أن یرجع فی قیمة الجاریة و الولد إلی مَنْ غرّه بقاعدة الغرور. و الظاهر أنّ ضمان الولد فیها یکون من قبیل ضمان التلف الحکمی کما علیه الشیخ الأعظم، لا ضمان قاعدة الإتلاف أو ضمان التسبیب أو ضمان استیفاء المنافع.

ولكن العمدة فى المقام عدم دلالة هذه الروايات على ما كنّا بصدد اثباته، لأنّ البائع فى هذه الرّوايات يكون غاصبا و لذا لا يتوهم أحدٌ عدم الضمان منه حتّى إذا كان العقد غير معاوضى كالهبة. ولكن فى بحث ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لا يكون البائع غاصبا بل يكون مالكا و فى هذه الصورة يثبت الضمان أيضا هو أوّل الكلام و الروايات الماضيه لا تدل على ذلک كما نبّه عليه المحقّق السيّد الخوئى(٣) رحمه الله ص:٣٠٥

١- (٢) البيع ٢٥٩/١.

٢- (٣) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح٢ و ٣ و ٥، من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٣- (١) مصباح الفقاهة ٩٠/٣.

نعم: يظهر من العلاّمة عدم الفرق بين البائع المالک و الغاصب قال: «و لا يملک المشترى ما يقبضه بالبيع الفاسد، سواء كان البائع المالک أو الغاصب أو غيرهما، و يضمنه و ما يتجدّد من نمائه و ما يزداد به قيمته لزيادة صفة...»(١).

الرابع: قاعدة ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفاسده

اشارة

هذه القاعدة و مفهومها(٢) أو سالبتها(٣) أو نقيضها(٤) - و لا عكسه(٥) - و هى ما لايضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وردت فى كلام العلاّمة حيث قال: «إذا فسد الرهن و قبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان لأنّه قبضه بحكم أنّه رهن، و كلّ عقدٍ كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلک و كلّ عقد كان صحيحه مضمونا ففاسده مثله. أمّا الأوّل: فلانّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه. و أمّا الثانى: فلأنّ من أبثت اليد عليه أثبته عن إذن المالک و لم يلتزم بالعقد ضمانا، و لا يكاد يوجد التسليم و التسلّم إلاّ من معتقدى الصحة»(٦).

الظاهر وقوع السهو من قبل النساخ فى العبارة بتبديل الأوّل بالثانى و بالعكس.

و ورد نظيرها فى كتاب الاجارة منها.(٧)

و هكذا يظهر من كلمات الشيخ فى موارد من العقود الفاسدة كما فى غصب المبسوط:

منها: قال: «فإن كان المبيع قائما ردّه، و إن كان تالفا ردّ بدله، إن كان له مثل و إلاّ

١- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٤٣/٤.

٢- (٣) كما فى الجواهر ٢٥٩/٢٢.

٣- (٤) كما فى الجواهر ٢٥٢/٢٧.

٤- (٥) كما فى هدى الطالب ٥٧/٣.

٥- (٦) كما فى المكاسب ١٨٢/٣.

٦- (٧) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١٣، مسألة ١٧٤.

٧- (٨) تذكرة الفقهاء ٣١٨/٢ من الطبع الحجرى.

قيمته لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى فى مقابلة ملكه فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله، فإذا هلكت كان له بدلها، و كذلك العقد الفاسد فى النكاح يضمن المهر مع الدخول، و كذلك الإجارة الفاسدة، و الباب واحد»(١).

و منها: قال: «و إن كان مع الجهل بالحال فكلّما دخل المشترى على أنّه يملكه ببدل و هو أرش البكارة و نقصان الولادة و قيمتها إن ماتت لايرجع به على الغاصب، لأنّه قد دخل على أنّه مضمون عليه بالثمن فإذا تلفت فى يده استقرّ الثمن عليه»(٢).

و منها: قال: «إذا غصب ثوبا فباعه فنقص فی ید المشتری کان للمالک أخذ ثوبه و له أن یطالب بأرش النقص من شاء منهما، یطالب الغاصب لأنّه سبب ید المشتری و یطالب المشتری لأنّه نقص فی یده، فإن طالب الغاصب رجع بما غرم علی المشتری و إن طالب المشتری لم یرجع بما غرم علی الغاصب، لأنّه دخل علی أنّ العین علیه مضمونا بالبدل، فإذا ذهب بعضها کان بدل الذاهب علیه»(۳)

و منها: قال: «و هکذا کلّ ما کان قبضا مضمونا مثل أن یأخذ علی سبیل السَّوْم أو علی أنّه بیع صحیح، أو کان ثوبا فأخذه علی أنّه عاریة مضمونة، فکلّ هذا یستقرّ علیه، لأنّه دخل علی أنّه مضمون علیه، فلم یکن مغرورا فیه»(٤).

و هکذا استفاد أصلها و نقیضها من رهن المبسوط حیث قال: «إذا رهن رجل عند غیره شیئا بدین إلی شهر علی أنّه إن لم یقبض إلی محلّه کان بیعا منه بالدین الذی علیه لم یصح الرهن و لا البیع اجماعا لأنّ الرهن موقت و البیع متعلّق بزمان مستقبل، فإن هلک هذا

۱- (۱) المبسوط ۶۵/۳.

۲- (۲) المبسوط ۶۸/۳.

۳- (۳) المبسوط ۸۵/۳.

٤- (٤) المبسوط ۸۹/۳.

الشیء فی یده فی الشهر لم یکن مضمونا علیه لأنّ صحیح الرهن غیر مضمون علیه فکیف فاسده و بعد الأجل فهو مضمون علیه لأنّه فی یده ببیع فاسد، و البیع الصحیح و الفاسد مضمون علیه إجماعا»(۱).

و الحاصل: إنّ هذه القاعدة و نقيضها و إن لم يُصَرَّحْ بها فى كلام مَنْ تقدّم على العلاّمة إلاّ أنّها مذكورة فى كلمات الشيخ تلويحا كما مرّ و حيث يُعبّر عن الشيخ بأنّه لسان المتقدمين فيظهر أنّ القاعدة كانت متداولة بينهم.

و الشهيد الثانى بعد اعترافه بالقاعدة وكلّيتها فى مواضع، قال فى إحداها: «لم يخالف فيها أحد»(٢) و منها: عارية المسالک قال: «و أمّا مع فسادها فلأنّ حكم العقد الفاسد حكمُ الصحيح فى الضمان و عدمه - كما أسلفناه فى مواضع - قاعدة كلية»(٣).

ولكن تأمل فى كليّة أصلها فى سبق المسالک و قال: «و قاعدة أنّ كلّ ما كان صحيحه موجبا للمسمّى ففاسده موجب لأُجرة المثل لا دليل عليها كلية، بل النزاع واقع فى بعض مواردها، فكلّ ما لا إجماع و لا دليل صالح يدل على ثبوت شيءٍ فالأصل يخالف مدّعى القاعدة»(٤).

و تبعه فى المناقشة المحقّق الأردبيلى و تنظّر فى أصلهاو نقيضها حيث قال فى المقبوض بالسَّوْم(٥) أو البيع الفاسد: «دليلهم الخبر المشهور «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» و

١- (٥) المبسوط ٢٠٤/٢.

٢- (١) المسالک ٥٦/٤.

٣- (٢) المسالک ١٣٩/٥.

٤- (٣) المسالک ١١٠/٦.

٥- (٤) المقبوض بالسَّوْم: أىّ أنّ المال الذى أُخذ للبيع أو الشراء مضمون مثل الغصب. كذا فى مجمع الفائدة ١٩٢/٨.

«القاعدة المشهورة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و صحتهما غير ظاهر، و الأصل يقتضى العدم»(۱)

ثم يقع الكلام فى هذه القاعدة ضمن مقامات:

المقام الأوّل: معانى ألفاظ القاعدة

اشارة

و هو متضمن لجهات من البحث:

الجهة الاولى: ما المراد من العقد؟

قال الشيخ الأعظم: «إنّ المراد بالعقد أعمّ من الجائز و اللازم بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع»(۲).

العقد اللازم نحو: البيع و الصلح و النكاح، و الجائز منه نحو: الهبة و الوكالة، و ما كان فيه شائبة الإيقاع مثّل به الجعالة و الخلع:

أما الجعالة: فهى عند جماعة من الأصحاب عقد جائز نحو: الشيخ(۳) و ابن حمزة(٤) و العلاّمة فى تذكرة الفقهاء(٥) و الإرشاد(٦) و ابنه فى الايضاح(۷) و الشهيد(۸) و المحقّق الثانى(۹).

ولكن المحقّق الحلّىّ جعلها فى قسم الايقاعات من الشرائع(۱۰) و تبعه صاحب

۱- (٥) مجمع الفائدة و البرهان ۱۹۲/۸.

۲- (٦) المكاسب ۱۸۳/۳.

٣- (١) المبسوط ٣٣٣/٣؛ النهاية /٣٢٣.

٤- (٢) الوسيلة /٢٧٢.

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ٢٨٨/٢ من الطبع الحجرى.

٦- (٤) إرشاد الأذهان ٤٣٠/١.

٧- (٥) ايضاح الفوائد ١٦٢/٢.

٨- (٦) الدروس ١٠٠/٣.

٩- (٧) جامع المقاصد ١٨٩/٦.

١٠- (٨) الشرائع ١٢٦/٣.

الجواهر و قال: «و لعلّه الأصح»(١).

و أمّا الطلاق الخلعى ففيه أيضا احتمالان بل قولان، أحدهما: كونه عقدا كما عليه الأصحاب و اعترف بأنّ الخلع من عقود المعاوضات الشهيد الثانى فى المسالک(٢).

و ثانيهما: كونه جعالةً أو فداءً و ذهب الشهيد الثانى بأنه «لايعلم قائله من الأصحاب لكنّه مذهب جميع مَنْ خالفنا مِن الفقهاء [العامة] إلاّ من شذ منهم»(٣).

ثم إنّ الشهيد الثانى رجَّح جانب الفداء و الجعالة(٤) و احتمله الفاضل الأصفهانى فى كشفه و قال: «و يحتمل الصحة بناءً على أنّ البذل ليس إلاّ افتداءً أو جعالة... - ثم ضعّفه و قال: - و يضعِّف بأنّ الكلام فى صحته على وجه يكون عوض الخلع و وقوعه خلعا...»(٥).

و هذه الوجوه أُوجبت تردد الشيخ الأعظم فى كون الجعالة أو الخلع عقدا جائزا أو إيقاعا و لذا قال: «ممّا كان فيه شائبة الايقاع»(٦) و لعلّ مراده قدس سره كلّ ما اشتمل على المعاوضة من العقود و الايقاعات.

و لذا ذهب الفاضل المراغی إلی أنّ أصل القاعدة یختص بعقود المعاوضات و نقیضها یشمل الأمانات کالودیعة و رأس مال المضاربة و العین المستأجرة - دون منفعتها - والعقود المجانیة: کالهبة بلاعوض.(۷)

ص:۳۱۰

۱- (۹) الجواهر ۱۸۹/۳۵.

۲- (۱۰) المسالک ۳۹۲/۹.

۳- (۱۱) المسالک ۳۹۲/۹.

٤- (۱۲) المسالک ۳۹۳/۹.

٥- (۱۳) کشف اللثام ۲۰٦/۸.

٦- (۱٤) المکاسب ۱۸۳/۳.

۷- (۱) العناوین ٤٦۳/۲.

الجهة الثانیة: ما المراد من الضمان؟

اشارة

الضمان تارة یراد به المعنی المصدری أی جعل الشیء فی العهدة و یقال له بالفارسیة: «عهده گرفتن و شی ء را در عهده قرار دادن» کما فی قاعدة الخراج بالضمان، و اُخری یراد به معنی الاسم المصدری أی مطلق کون الشیء فی العهدة ولو بسبب غیر اختیاری کما فی قاعدة ما یُضمن.

أمّا الأوّل: قاعدة «الخراج بالضمان» کما ورد فی الحدیث النبوی(۱) فیدلّ أنّ النماء ملکٌ له أعنی أنّ کلّ من تعهّد ضمان شیء بالتضمین المعاملی فمنافعه له، و هذا من غیر فرق بین أن یکون التضمین علی نحو یفید الإباحة أو التملیک فإنّ مقتضی إطلاقه کون منافعه للضامن.

و بالجملة: مقتضى الضمان المعاوضى أن تكون المنافع ملكا للضامن، و النبوى يكون بمنزلة الحكم المعلل لأنّه يتعرّض لمنشاء ملكية النماء فإنّ الباء فى قوله صلى الله عليه و آله : «بالضمان» بمعنى المقابلة فحينئذ يكون قاعدة تبعيّة النماء للعين ناظرة إلى اقتضائها بحسب طبعها الأصلى - مضافا إلى عدم ورودها فى النصوص و مدركها لا يكون إلاّ الاجماع أو العقل و كلاهما لُبيّان و ليس لهما اطلاق حتّى يعارضا النبوى - و أمّا إذا اقتضت معاملة انفكاك النماء عن العين فى الملك فلا تنافى بينها و بين الملازمة فى الملكية بحسب الطبع الأصلى.

و بعبارة أوضح: الخراج فى الحديث يراد منه مطلق المنافع الحاصلة من الأعيان، و المراد بالضمان فيه المعنى المصدرى أىّ بالفارسية «عهده گرفتن و شى ء را در عهده قرار دادن» و جعله فى العهدة ببذل العوض فى مقابله كما فى البيع و ما يدل على جعله فى العهدة ببذل عوضه و ثمنه كلمة «الباء» الوارد على الضمان لأنّها تدل على المقابلة و السببية بحيث

١- (٢) سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، ح٢٢٤٣، سنن البيهقى ٣٢١/٥؛ عوالى اللآلى ٢١٩/١، ح٨٩.

بعد الانتفاع بالمنفعة تكون العين باقيةً و لا تكون تالفةً كالانتفاع بالخبز و اللحم، و ظاهر المقابلة و السببية أيضا يدلّ على أنّ الضمان يوجب جواز الانتفاع بالمنفعة و هذا لا يكون إلاّ فى العقد الصحيح لا الفاسد.

و الحاصل: الرواية تدل على أنّ المنفعة لِمَنْ يكون على عهدته الضّمان بالمعنى المصدرى - أى قبل عهدة الشىء - العين فى صورة بقاء العين و فى صورة العقد الصحيح.

نحو جواز الانتفاع بالعين - مثل الدار - لمن باعه و شراط لنفسه الخيار لسنتين فيجوز له الانتفاع به ولو فسخ العقد لا يكون ضامنا لمنفعة الدار لأنّ الخراج بالضمان.(١)

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الضمان فى النبوى ليس بمعنى الإسم المصدرى بأن مَنْ يكون ضامنا لشيءٍ - سواء كان منشاء الضمان هو الغصب أو غيره - فمنفعته له، لأنَّ هذا المعنى هو الذى أفتى به أبوحنيفة و قال أبوعبداللّه عليه السلام فى شأنه: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها.(٢)

هذا معنى الضمان بالمعنى المصدرى(٣) و ليس المراد بالضمان فى قاعدة ما يُضمن هذا المعنى.

و أمّا الثانى: قاعدة «ما يُضمن بصحيحة يُضمن بفاسده» و نقيضها، فالضّمان فيها بمعنى الاسم المصدرى لأنّه يتناسب مع بناء يُضمن للمفعول.

ثم ذكروا للضمان بهذا المعنى ثلاثة أقوال:

الأول: لزوم درک المضمون عليه بمعنى كون دَرَكه و خسارته فى ماله الأصلى أى

١- (١) فى هذا المجال راجع المبسوط ١٢٦/٢ و المكاسب و البيع ٣٣٠/١ و ما بعدها، و هو تقريرات المحقّق النائينى بقلم العلاّمة الشيخ محمّد تقى الآملى.
٢- (٢) وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.
٣- (٣) راجع منية الطالب ١٤٢/١ و ١٤٣.

كون درک المضمون و خسارة تلفه على الضامن بأن يجب عليه تداركه بأداء بدله من ماله و هو مختار الشيخ الأعظم(١).

الثانى: كون تلفه فى ملک الضامن أى كلّ ما يقتضى صحيحة أن يكون المدفوع لو تلف، تلف فى ملكه ففاسده أيضا كذلک، و بعبارة أوضح: أنّ الضمان بمعنى الخسارة الواردة على مال الضامن و

وقوع التلف فی ملکه، کما یظهر من صاحب الریاض(۲)، و نسبه النائینی(۳) إلی العلاّمة فی الأوانی المکسورة و صاحب المقابس فی مطلق الضمانات ولو فی غیر باب الإتلاف کباب المغصوب و نحوه، و کذلک المامقانی(٤) نسبه إلی الشیخ علی ما فی

حواشی الروضة، ولکن لم أجد النسبتین مع تتبعی.

الثالث: مطلق التعهد الجامع بین فرض التلف و عدمه، فالتعهد فی الموجود بحفظه و حراسته و ردّه إلی صاحبه، و فی التالف بردٍّ مثله أو قیمته، و هو مختار المحقّقِ المیرزا حبیب اللّه الرشتی(٥) فی رسالته فی الغصب، و المحقّقیْنَ النائینی(٦) و الأصفهانی فی حاشیته(۷) و الإیروانی(۸)و السادة البجنوردی(۹) و الحکیم(۱۰) و المروج(۱۱) قدس سرهم .

۱- (٤) المکاسب ۱۸۳/۳.

۲- (٥) ریاض المسائل ۲٥٤/۸.

۳- (٦) منیة الطالب ۲٦٥/۱.

٤- (۷) غایة الآمال /۲۷۷.

٥- (۱) کما نقل عنه صاحب بُغیة الطالب ۱۹۹/۱.

٦- (۲) المکاسب و البیع ۳۰۰/۱.

۷- (۳) حاشیة المکاسب ۳۰۹/۱.

۸- (٤) حاشیة المکاسب ۱۱۳/۲.

۹- (٥) القواعد الفقهیة ۱۱۱/۲.

۱۰- (٦) نهج الفقاهة /۱۹٦.

۱۱- (۷) هدی الطالب ۱۱۲/۳.

و القائل بالقول الثانی عدل عن القول الأوّل لأنّ: المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف بید المشتری کانت خسارته علیه و وجب دفع بدله إلی البائع و أمّا فی العقد الصحیح فلا یتصور معنی للضمان - بهذا المعنی أی تدارک مال الغیر - لأنّ المال حینئذ تلف من ملکه و فیه، لا من ملک البائع حتّی یجب علی المشتری تدارکه و لذا لم یتضح المراد من کلمة الضمان فی أوّل القاعدة: «ما یضمن بصحیحه». و هذا الأمر صار موجبا للعدول إلی القول الثانی.

و اعترض علیه الشیخ الأعظم بقوله: «فلیس هذا معنی للضمان أصلاً، فلا یقال: إنّ الانسان ضامن لأمواله»(۱). و مراده عدم صدق الضمان علی تلف المال المملوک لشخصٍ أنّه ضامن لماله التالف، بل المناط فیه تدارک الخسارة الواردة علی المالک إذا تلف ماله عند غیره بلا إذنه أو أتلفه ذلک الغیر.

و ما یوجب عدوله إلی القول الثانی أیضا لا یتم لأنّ المراد بالضمان فی العقود الصحیحة هو الضمان المعاوضی و هو «یکون بأداء عوضه الجعلی الذی تراضی هو و المالک علی کونه عوضا و أمضاه الشارع، کما هو المضمون بسبب العقد الصحیح»(۲). ثم لإثبات مختاره تمّمه بقوله: «و اُخری: بأداء عوضه الواقعی و هو المثل و القیمة و إن لم یتراضیا علیه.

و ثالثة: بأداء أقل الأمرین من العوض الواقعی و الجعلی کما ذکره بعضهم فی بعض

المقامات مثل تلف الموهوب بشرط تعویض قبل دفع العوض»(۳).

و مراده ببعضهم هو المحقّق الثانی فی جامع المقاصد حیث قال معلّقا علی قول العلاّمة «فإن اوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرین من العوض و قیمة الموهوب»(٤) بقوله:

۱- (۸) المکاسب ۱۸۳/۳.

۲- (۹) المکاسب ۱۸۳/۳.

٣- (١) المكاسب ١٨٣/٣.

٤- (٢) قواعد الأحكام ٤٠٩/٢.

«وجه القرب: إنّ المتهب مخيّر بين الأمرين فالمحقَّق - اللزوم - هو الأقل، و لأنّه إن كان العوض أقل فقد رضى به الواهب فى مقابل العين.

و إن كان الموهوب أقل فإن المتهب لا يجب عليه العوض، بل للواهب الرجوع فى العين فلا يجب أكثر من قيمتها، و يحتمل قيمة الموهوب وقت تلفه لأنّه مضمون فوجب ضمانه بالقيمة، و يضعّف بأنّ له إتلافه بالعوض لأنّه قد سلطه على ذلک و الأصح الأوّل»(١).

و تبعه ثانى الشهيدين و قال: «إذا تقرر ذلک و قلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته أو أقل الأمرين من ذلک و من العوض؟ وجهان، أجودهما الثانى لما عرفت من أنّ المتهب مخيّر بين الأمرين و المحقّق لزومه هو الأقل لأنّه إن كان العوض الأقل فقد رضى به الواهب فى مقابلة العين، و إن كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعيّن عليه العوض بل يتخيّر بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى»(٢).

ولكن صاحب الجواهر قال بعد نقل مقال الشهيد الثانى: «و لا يخفى عليک ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلک و الاكتفاء بردّ العين مع وجودها لا يقتضى الاكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعدة تعذر أحد فردى المخيّر التى اعترف بها تعيّن الفرد الثانى فتأمل جيدا...»(٣).

و اختار الفقيه اليزدى قول صاحب الجواهر فى المقام و حيث أنّ فى كلامه تحقيقا فى مسألتنا هذه نذكر كلامه بعينه قال: «اختلفوا فيما إذا تلفت العين الموهوبة بشرط التعويض قبل دفع العوض على أقوال:

١- (٣) جامع المقاصد ١٧٨/٩.

٢- (٤) المسالک ٦٣/٦.

٣- (٥) الجواهر ٢١٠/٢٨.

أحدها: ما فی الشرائع(١) و عن الفاضل(٢) و ولده(٣) من عدم الضمان و عدم وجوب العوض.

الثانی: ما عن جماعة(٤) من تعیّن دفع العوض المسمی لأنّه قبل التلف کان مخیّرا بین دفعه ورد العین، و إذا تعذّر الثانی تعیّن الأوّل بعد عموم وجوب الوفاء بالعقد.

الثالث: ما عن المسالک(٥) من وجوب أقل الأمرین فقد رضی به الواهب فی مقابل العین و إن کان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا یتعین علیه العوض بل یتخیر بینه و بین العین، فلا یجب علیه مع تلفها أکثر من قیمتها، و المصنف [الشیخ الأعظم] أشار إلی القول الثالث.

و لا یخفی أنّ الأقوی هو الثانی بناءً علی التخییر مع بقاء العین کما لا یخفی، لکن الکلام فی صحة المبنی و إن ذهب إلیه جمع(٦)، فإن مقتضی القاعدة وجوب دفع المسمی معینا لعموم وجوب الوفاء بالعقود.

نعم، یتعین ما فی المسالک لو قلنا - فی صورة بقاء العین - بعدم وجوب دفع المسمی، و أنّ للواهب الرجوع فی عینه، لا أن یکون المتهب مخیّرا، إذ حینئذ لو تلفت العین أیضا لا یجب علیه دفع العوض، فللواهب أخذ قیمة العین الموهوبة، لکن هذا غیر ماذکره صاحب المسالک من الوجه کما لا یخفی.

١- (٦) الشرائع ١٨٢/٢ ولکن فیه بعد الحکم بعدم الضمان قال: «و فیه تردد».

٢- (٧) تذكرة الفقهاء ٤٢٢/٢ من الطبع الحجرى - و تنظّر فى التضمين فى القواعد ٤٠٩/٢ و قال فيه: «ففى تضمين نظر، فإن اوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرين من العوض و قيمة الموهوب».

٣- (٨) ايضاح الفوائد ٤٢٠/٢.

٤- (١) و منهم صاحب الجواهر ٢١٠/٢٨ كما مرّ.

٥- (٢) المسالک ٦٣/٦ تبعا لصاحب جامع المقاصد ١٧٨/٩ كما مرّ.

٦- (٣) كالمحقّق فى الشرائع ١٨٢/٢ و العلاّمة فى القواعد ٤٠٩/٢.

ثم لا يخفى أنّه على أىّ حالٍ لا يكون من التخيير بين العوض الواقعى و الجعلى حسب ما رامه المصنف، و ذلک لأنّه مخير بين دفع العوض المسمى و دفع العين بدفع قيمتها بناءً على ما فى المسالک من الوجه، و هذا ليس تخييرا إلاّ بين العوض أو العين، لا بين نوعى العوض، فتأمل.

و أمّا على وجهنا فالأمر أوضح لأنّه إنّما يتعين دفع العوض الواقعى بعد عدم الوفاء بالعقد المفروض عدم وجوبه، فيكون من باب الفسخ، و الحكم بدفع العوض الواقعى لكون يده يد ضمان فتدبّر و للكلام فى المسألة مقام آخر»(١).

أقول: لا أدرى ما الفرق بين العوض الواقعى و الجعلى و ما ذكره من العوض المسمى و دفع العين بدفع قيمتها، و هل العوض المسمى غير العوض الجعلى، و هل العوض الواقعى غير دفع العين بدفع قيمتها - لو كانت قيميّة - فما ردّ به على الشيخ الأعظم غير تام و لعلّ أمره بالتأمل فى آخر إشكاله إشارة إلى ما ذكرناه.

و الحاصل: ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ «المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعى لأنّ هذا هو التدارک حقيقة»(٢).

و استشهد على مختاره بأنّ اشتراط الضمان فى العارية يحمل على ذلک و كذلک ما ورد فى أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات(٣) و غيرها(٤).

۱- (٤) حاشية المكاسب ۱/(٤٥٦-٤٥٤).

۲- (۱) المكاسب ۱۸٤/۳.

۳- (۲) لم أجد فى كتاب الغصب من وسائل الشيعة ۲۵/(۳۹۳-۳۸۵) ما ورد فيه لفظة ضمان إلاّ صحيحة أبى ولاد ۳۹۰/۲۵، ح۱، الباب ۷، و قد مرّ منّا آنفا أنّ المراد بها الضمان بالمعنى المصدرى لا معنى الاسم المصدرى الذى هو محلّ الكلام.

٤- (۳) نعم وردت لفظة ضمان فى الوديعة من كتاب وسائل الشيعة ۸۱/۱۹، ح۱، الباب ۵ من أبواب كتاب الوديعة، و فى ضمان العارية إذا اشترط راجع وسائل الشيعة ۹۱/۱۹، ح۱، الباب ۱ من أبواب كتاب العارية، و ۹٦/۱۹، ح۱ و ۹۷/۱۹، ح۱، و ما ورد فى ضمان الصنّاع راجع وسائل الشيعة ۱٤۱/۱۹، الباب ۲۹ من أبواب كتاب الإجارة ح۱ و ٦ و ۱۰ و ۱۹، و ما ورد فى ضمان الحمّال و نحوه راجع وسائل الشيعة ۱٤۸/۱۹، الباب ۳۰ من أبواب كتاب الإجارة، ح٤ و ۸ و ۱۳.

ثم تعرض لمقالة الشيخ جعفر حيث قال فى شرح القواعد بعد ذكر القاعدة: «و هى صريحة فى أصل الضمان إلاّ أنّها يُحتمل فيها وجهان: أحدهما: الضمان بمقدار ما أقدم عليه من المقابل، ثانيهما: قيمته ما بلغت و هو الظاهر»(۱).

و استشكل عليه بأنّه مع فرض فساد العقد لا وجه لحمل الضمان على الضمان المسمى و هو كلام متين، إلاّ يمكن أن يدفع عن الشيخ جعفر هذا الإشكال بحمل القيمة فى كلامه على الثمن أو الضمان المسمى أو الضمان الجعلى ولكن هذا يتم فى الجملة الأُولى من القاعدة أى «ما يضمن بصحيحه» فقط، و يمكن حمل القيمة على القيمة السوقية فى القيميات فحينئذ يتم فى الجملة الثانية من القاعدة «يضمن بفاسده» فقط. و هذا الحمل فى كلامه و إن كان خلاف الظاهر ولكن لابدّ منه تحفظا من ورود واضح الإشكال فى كلام الأبطال.

المختار فی معنی الضمان

الظاهر بمساعدة الروایات الواردة فی کتاب الضمان(۲) أنّه عبارة عن التعهد و الالتزام بمال الغیر(۳) و هو یصدق مع وجود عینه بردِّه کما فی المال المغصوب و مع تلفه بدفع بدله

۱- (٤) شرح القواعد ۳٤/۲.

۲- (۱) راجع کتاب الضمان من وسائل الشیعة ٤۲۲/۱۸، ح۱ و ۲ و ۳ من الباب ۲ من أبواب الضمان، و ٤۲۳/۱۸، ح ۱ و ۲ و ۳ من الباب ۳، و ٤۲٥/۱۸، ح۱، من الباب ٤، و نحوها من الروایات.

۳- (۲) و یؤید هذا المعنی کلمات اللغویین، قال الفیّومیُّ فی المصباح المنیر ۳٦٤: «ضمنتُ المال و به ضمانا فأنا ضامنٌ و ضمینٌ التزمته التزمْتُهُ»، و قال الجوهریُّ فی صحاح اللغة ۲۱٥٥/٦: «ضمنتُ الشیء ضمانا کلَّفتُ به فأنا ضامن و ضمین».

- مثلیّا أو قیمیّا کان - و مع وجود العقد الصحیح بدفع المسمی و ما یجعل بین الطرفین من العوض و هذه الاختلافات من مصادیق الضمان، أو فقل من لوازمه و هو ناشئة من الاختلاف فی أسباب الضمان.

و ممّا ذکرناه یظهر أنّ تفسیر الشیخ الأعظم للضّمان من کون درک المضمون علیه تفسیر باللازم أو ذکر أحد مصادیقه.

و أبعد منه تفسیره بکون تلفه فی ملک الضامن، و وقوع تلفه فی ملکه ولو آنا ما قبل تلفه لعدم الموجب لتقدیر هذا الملک، و لا یمکن القول بهذه الملکیة و هی آنا ما قبل التلف إلاّ فی موردین:

أحدهما: مورد الحکم بتحقّق علّة الملکیة.

و ثانيهما: مورد الحكم بتحقّق معلولها.

و فى المقام ليس شىء منهما بمتحقّق لأنّ الحكم بضمان المثل أو القيمة لا يلازم الملكية بوجهٍ من الوجوه بل يلازم عدمها - كما قاله المحقّق النائينى(١) - .

فظهر أنّ معنى الضمان هو التعهد - كما عليه المحقّقون الرشتى و النائينى و الأصفهانى و الإيروانى و البجنوردى و الحكيم و المروج قدس سرهم كما مرّ - وردّ العين أو مثلها أو قيمتها أو ثمنها ليس إلاّ مصاديقه.

و لا ينقضى تعجبى من المحقّق الخراسانى رحمه الله لأنّه قال: «و حيث أنّ هذه القاعدة بألفاظها، ليست ممّا دلّت بها آية و لا وردت فى رواية و ما وقعت فى معقد اجماع لم يكن بيان معناها من المهم بشىء، ضرورة أنّه لابدّ أن يراد منها ما يساعد عليه سائر القواعد، و

١- (٣) المكاسب و البيع ٣٠٣/١.

انّما المهم بيان أنّ قضيتها الضمان فى أىّ الموارد، ساعد عليه ظاهر القاعدة أو لم تساعد، و هكذا الحال فى عكسها»(١).

و تبعه المحقّق السيّد الخوئى(٢) قدس سره فى المقام.

الجهة الثالثة: العموم فى كلِّ عقد هل يكون بلحاظ النوع أو الصنف أو الأشخاص؟

المراد بالنوع هو جنس المعاملة القائمة بالطرفين من البيع و الإجارة و الهبة و العارية و الصلح و الجعالة و الوديعة و الوكالة و الرهن و نحوها.

ثم إنّ لكلِّ نوع من هذه الأنواع أقساما و هى أصناف ذلک النوع نحو البيع و ما فى تحته من بيع النقد و النسيئة و الصرف و الحيوان و الثمار و الفضولى و الغررى و نحوها. و الإجارة و ما تحته من إجارة الأعيان و الأعمال، و الهبة و ما تحته من الهبة بذى رحم أو بشرط التعويض أو المعوضة و نحوها. و العارية و ما تحته من عارية النقدين و غيرهما و العارية بشرط الضمان و غيرها.

و المراد بالأفراد هو أشخاص العقود التى تقع خارجا بإنشاء المتعاقدين.

إن كان المراد من العقد النوع يدخل بعض العقود المحدّدة فى القاعدة نحو: البيع و الإجارة و الجعالة، و إن كان المراد منه هو الصنف يدخل فيها أصناف متعددة، و إن كان المراد منه الشخص يدخل فيه الكثيرون. هذا كلّه بحسب مقام الثبوت.

و أمّا بحسب مقام الإثبات فقد ذهب الشيخ الأعظم(٣) قدس سره إلى أن المراد من العقد هو صنفه، لأنّه لو كان المراد منه أنواع العقود(٤) يلزم منه عدم اطِّرادِ نقيض القضية نحو أن يكون

١- (١) حاشية المكاسب /٣٠.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٨٧/٣.

٣- (٣) المكاسب ١٨٥/٣.

٤- (٤) كما ذهب إليه الميرزا حبيب اللّه الرشتى رحمه الله و نقله تلميذه فى بغية الطالب ٢٠٠/١.

الصلح لايتقضى الضمان فيكون فاسده كذلک، مع أن الصلح المعاوضى يقتضى الضمان و كذلک العارية و الهبة و نحوها.

و كذا لا يمكن أن يكون المراد من العقد أشخاصه - خلافا لاحتمال صاحب الجواهر(١) - لأنّ ظهور القاعدة فى فعلية القسمين يمنع عن الحمل على الأشخاص، لأنّ الفرد الشخصى الموجود فى الخارج جزئىٌ و لا يمكن له الاتصاف بوصفين متقابلين و هما الصحة

و الفساد بل يوجد إمّا صحيحا و إمّا فاسدا، و يتوقف اتصافه بوصفين على التقدير و الفرض و هو خلاف الظاهر.

لايقال: منشأ الضمان شخص العقد الصادر لو كان صحيحا هو الإقدام و هو موجود فى صورة فساده فالبيع مع الثمن لو كان صحيحا يضمن لمكان الإقدام ففى فاسده أيضا كذلک، و البيع بلا ثمن لو كان صحيحا ليس فيه الضمان لمكان إنتفاء الإقدام ففاسده أيضا كذلک.

لأنا نقول: إنّ الكلام فى القاعدة نفسها و الإقدام مدرک للقاعدة - كما يأتى - و هو خارج عن محل الكلام.(٢)

فلابدّ ان يحمل العموم فى كلّ عقد على صنفه، هذا ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره بتقرير منّا فى المقام.

ولكن اعترضه المحقّق النائينى و حمل كلَّ عقدٍ على العموم الأفرادى أىّ الاحتمال الأخير فى كلام الشيخ الأعظم و استدل لقوله بوجهين:

الأوّل: الحمل على الأشخاص و العموم الأفرادى هو ظاهر القضية كما فى غيرها من

١- (٥) الجواهر ٢٤٧/٢٧ فى كتاب الإجارة بحث الإجارة الفاسدة.

٢- (١) راجع المكاسب ١٨٧/٣ و ١٨٦.

القضايا، لأنّ قضية كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده نظير جميع القضايا الحقيقية فى كونها منحلة إلى شرطية شرطها عقد وضعها و جزائها عقد حملها، فمعنى ما يضمن بصحيحه هو أنّه لو وجد عقد و كان على تقدير وجوده و صحته ممّا فيه الضمان فهو على تقدير وجوده و فساده فيه الضّمان أيضا.

الثانى: إنّ هذه القضية بألفاظها ليست واردة فى نصّ الكتاب أو السّنّة، بل إنّما هى قاعدة اسْتُخْرِجَتْ من مدركها فالمتبع حينئذ هو المدرک و مدرک هذه القاعدة هو الإقدام - كما يأتى - و إذا كان المدرک مقتضيا للإحتمال الأخير - كما اعترف عليه الشيخ الأعظم - يتعيّن الحمل عليه ولو كان اللفظ ظاهرا فى غيره.(١)

و تبعه تلميذه السيّد البجنوردى قدس سره و قرّره بقوله حتّى يرفع عنه إشكال الشيخ الأعظم: «ليس المراد أنّ هذا الشخص الخارجى الذى صحيح و فاسد، صحيحه كذا و فاسده كذا، بل المراد أنّ كلّ عقد أو ايقاع كان بحيث أنّه على تقدير أن يكون صحيحا فيكون فيه الضمان فهو على تقدير فساده أيضا يكون فيه الضمان أى بعد القبض. و كلّ عقد

أو إيقاع على تقدير صحته لا يوجب الضمان لأنّه أقدم على أن يكون مجّانا و بلاعوض فهو على تقدير فساده أيضا لا يوجب الضمان لأنّه أقدم على أن يكون بلا عوض و مجانا فيكون بواسطة هذا الإقدام خارجا عن تحت عموم على اليد تخصيصا أو تخصصا. و هذا الحكم عام يشمل جميع أشخاص طبيعة العقد أو الإيقاع...»(٢).

و انتقد المحقّق الخمينى كلامَ النائينى بعد ما ذهب إلى الأخذ بظاهر العموم الأفرادى بقوله: «مقتضى القضية الحقيقية على فرض صحة تفسيرها بما ذكر ليس إلاّ فرض وجود

١- (٢) المكاسب و البيع ٣٠٥/١.

٢- (١) القواعد الفقهية ١١٥/٢.

أفراد الطبيعة لا فرض فرد منها مقام فرد آخر، فقوله: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» معناه على طبق القضية الحقيقية المفروضة أنّه كلّ عقدٍ إذا وجد فى الخارج و كان صحيحا موجبا للضمان إذا وجد فاسده فى الخارج كان موجبا للضمان، و هذا غير فرض وجود الفاسد صحيحا، فالحقيقية تقتضى فرض وجود الموضوع، لا فرض وجود منه وجودا آخرا أو فرض وصف من الفرد وصفا آخرا»(١).

أقول: يرد هذا الاشكال على النائينى ولكن من عجيب الاتفاق أنّ المستشكل قدس سره ذهب إلى مقالةٍ يرد عليه هذا الإشكال فيها بعينه حيث يقول: «... و أمّا أن يكونا على الفرض و التقدير كما هو قضية القضايا الشرطية، فيراد بها أنّ كلّ عقد فرض أنّه موجود فى الخارج صحيحا و كان فيه الضمان لو فرض أنّه موجود فاسدا يكون فيه الضمان، فحينئذ يمكن الأخذ بظهور الصدر فى العموم الأفرادى، فيقال: كلّ فرد لو وجود فى الخارج و كان صحيحا و فيه الضمان لو وجود فى الخارج فاسدا فكذلك فيشمل الإجارة بلا أُجرة و البيع بلا ثمن مثلاً»(٢).

و أعجب منه مقالة السيّد الحكيم تبعا للمحقّق الهمدانى(٣) رحمهماالله لأنّه لا يمكن حملها على الفرد و الشخص، حيث يقول: «... فالمراد بالعقد هو الجامع بين فردين لا الفرد الذى يكون موضوعا لحالين: الصحة و الفساد»(٤).

و المختار فى المقام حمل كلّ عقد على العموم الأفرادى و على الفرد و الشخص و لا

محالة لابدّ من تقدير بلافرق بين إرادة الفرد أو الصنف كما نبّه عليه المحقّق الإشكورى حيث

١- (٢) كتاب البيع ٢٦٨/١.

٢- (٣) كتاب البيع ٢٦٩/١.

٣- (٤) حاشية المكاسب /٤٩ للفقيه الهمدانى.

٤- (٥) نهج الفقاهة /٢٠١.

يقول: «أمّا ارادة اتصاف الثانى و الفرضى، لعدم وجودهما فى الفرد فعلاً فلا ضرر فيها أبدا بعد كون الفرض و التقدير لازما على تقدير إرادة النوع و الصنف أيضا بأن يقال: إنّ هذا الصنف على تقدير وجوده فى الخارج صحيحا مضمون فكذا فاسدا، غاية الأمر أنّ المقدَّر فى الصنف هو الوجود، و فى الفرد هو تقدير الصحة، أيكلّ فرد على تقدير صحته يضمن كان فاسده أيضا كذلك...»(١). و بهذا البيان يرتفع الاشكال عن النائينى و السيّد الخمينى.

و على ما ذكرناه يكون معنى القاعدة ما ذكره المحقّق الشهيدى من قوله: «أنّ كلّ عقد يكون فرده الخارجى المتصف بوصف الصحة موجبا للضمان، ففرده الخارجى المتصف بوصف الفساد مع تحقّق أصل حقيقة العقد المتحد مع الفرد الصحيح من جميع الجهات إلاّ الجهة الموجبة للفساد، يكون موجبا له أيضا»(٢).

الجهة الرابعة: معنى الباء فى القاعدة

ذكر الشيخ الأعظم(٣) لمعنيها ثلاثة محتملات:

الأوّل: الظرفية و أنّها بمعنى «فى» نحو قوله تعالى: «و لقد نصركم اللّه ببدر»(٤) و قوله تعالى: «و بالأسحارهم يستغفرون»(٥) و قوله تعالى: «و نجّيناهم بسحر»(٦)، و صار معنى القاعدة كلّ عقد تحقّق الضمان فى صحيحه تحقّق فى فاسده أيضا.

الثانى: السببيّة نحو قوله تعالى: «إنّكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل»(٧) و

١- (١) بُغية الطالب ٢٠٠/١، و نحوها فى غنية الطالب ١٢٧/٢.

٢- (٢) هداية الطالب ٢٤٧/٢.

٣- (٣) المكاسب ١٨٧/٣.

٤- (٤) سورة آل عمران /١٢٣.

٥- (٥) سورة الذاريات /١٨.

٦- (٦) سورة القمر /٣٤.

٧- (٧) سورة البقرة /٥٤.

قوله تعالى: «فكلاً أخذنا بذنبه»(١) و قسّمها إلى قسمين:

أ: السببية التامة: بمعنى العليّة التامة بحيث يكون العقد على نحو العلية التامة بالنسبة إلى الضمان فى العقود الصحيحة و الفاسدة، و نفى هذا الاحتمال فى العقدين.

ب: السببية المطلقة الشاملة للناقصة: بحيث يكون العقد سببا ناقصا لإيجاد الضمان

فى العقد الصحيح و الفاسد لأنّ كلّ منهما يحتاج إلى القبض لترتب الضمان.

و عند الشيخ الأعظم كلّ من الاحتمالين الأوّل و الثانى من القسم «ب» محتمل ولكن احتمال السببية التامة بمعنى العِلِّيَّةِ التامة لا يتمّ.

ثم ذكر أنّ الغرض من ذكر هذه المحتملات هو دفع توهّمين(٢):

الأوّل: سبب الضمان فى الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح فى السببية؟!

الثانى: ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان فى الفاسد على القبض فلابدّ من تخصيصها بإجماع أو حديث على اليد و نحوها. انتهى ما ذهب إليه الشيخ الأعظم قدس سره .

أقول: ظهر من الشيخ بطلان السببيّة التامة بمعنى العلّية التامة و هو تام.

و أمّا الظرفية فيمكن ان يناقش فيها بانتفاء الظرفية الحقيقية لأنّ العقد لا يكون ظرفا حقيقيا للضمان فلابدّ من التجوّز فيها بجعل استعمالها فى الظرفية بمناسبة السببية، و كذا الظرفية الاعتبارية لأنّ الظرف الاعتبارى للضمان هو العهدة - كما مرّ - نعم، العقد سبب لثبوت الضمان فى العهدة فلابدّ حينئذ من التجوّز أيضا، فكلّ من محتملى الظرفية يكون فيهما التجوّز و هو خلاف الظاهر و الأصل.(٣)

١- (٨) سورة العنكبوت /٤٠.

٢- (١) المكاسب ١٨٨/٣.

٣- (٢) راجع كتاب البيع ٢٦٩/١ و هدى الطالب ٩٨/٣.

فيبقى القول بالسببية الناقصة للعقد لترتب الضمان فى الصحيح و الفاسد كما هو مختار المحققين الشهيدى(١) و النائينى فى أحد تقريراته(٢) و الخمينى(٣) و المروج(٤). خلافا للسيّد الإشكورى(٥) حيث ذهب إلى السّببيّة التامة فى العقود الصحيحة و السببية الناقصة فى العقود الفاسدة.

و خلافا للفقيه اليزدى(٦) و المحقّق الإيروانى(٧) حيث ذهبا إلى الظرفية، و عدّها الأوّل منهما الأُولى، و الثانى عدّها تعيّنا، مع إقراره بأنّه: «نعم، كون الظرفية خلاف ظاهر

الباء مسلّم»(٨).

و خلافا للهمدانى(٩) و النائينى فى أحدِ تقريراته(١٠) و السيّد البجنوردى(١١) و السيّد السبزوارى(١٢) لأنّهم وافقوا الشيخ الأعظم فى الاحتمالين.

الجهة الخامسة: هل يعتبر فيها الضمان بمقتضى العقد أو تشمل الضمان بمقتضى الشرط؟

اقتضاء العقد الصحيح للضمان تارة يكون بذات العقد نحو البيع و أُخرى يكون

١- (٣) هداية الطالب ٢٤٧/٢.

٢- (٤) المكاسب و البيع ٣٠٧/١.

٣- (٥) كتاب البيع ٢٦٩/١.

٤- (٦) هدى الطالب ٩٨/٣.

٥- (٧) بغية الطالب ٢٠٣/١.

٦- (٨) حاشية المكاسب ٤٥٧/١.

٧- (٩) حاشية المكاسب ١١٤/٢.

٨- (١) حاشية المكاسب للإيروانى ١١٥/٢.

٩- (٢) حاشية المكاسب /٤٩ للفقيه الهمدانى.

١٠- (٣) منية الطالب ٢٦٩/١.

١١- (٤) القواعد الفقهية ١١٤/٢.

١٢- (٥) مهذب الأحكام ٢٥٣/١٦.

بالشرط نحو شرط الضمان فى العارية أو شرط ضمان العين فى الإجارة، لا أشكال فى شمول القاعدة للقسم الأوّل - أى إذا كان الضمان بذات العقد - ولكن هل تشمل القسم الثانى - أى إذا كان الضمان بالشرط النافذ - أم لا؟

ذهب الشيخ الاعظم إلى الأوّل بدعوى أنّ «المتبادر من اقتضاء الصحيح للضّمان اقتضاؤه له بنفسه»(۱) و استشكل فى شمول القاعدة للثانى.

أقول: بناءً على المختار من أنّ العموم فى كلّ عقد هو العموم الأفرادى و أنّ المراد بالباء هو السببية المطلقة الشاملة للناقصة لا إشكال فى شمول القاعدة لكلّ من القسمين - أى إذا كان الضمان بذات العقد أو إذا كان بالشرط - لأنّ الثانى أيضا من أفراد القاعدة و إذا كان العقد المشروط بالضمان صحيحا يكون بفاسده أيضا ضمان.

أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم من أنّ العموم فيها صنفى و المراد بالباء إذا كان السببية هكذا يمكن القول بالشمول لأنّ العقد مع الشرط و بدونه صنفان مستقلان(۲) فتجرى القاعدة فى حقّ كلّ منهما أىّ إذا كان العقد المشروط بالضمان سببا للضمان صحيحا فكذلک سببا للضمان فاسدا.

و كذا على مختاره من العموم الصنفى و المراد بالباء إذا كان الظرفية و الأمر كذلک بل هو أُوضح و تشملهما القاعدة، أى إذا كان العقد المشروط بالضمان فى صحيحة ضمان يكون فى فاسده أيضا ضمان.

فما ذكره الشيخ من التبادر بالنسبة إلى الاختصاص هو مكابرةٌ.

و يؤيد ما ذكرنا أنّ منشأ الضمان فى القاعدة هو الإقدام على الضمان و المعاوضة و هذا

۱- (٦) المكاسب ۱۸۵/۳.

۲- (۷) كما نبّه عليه الفقيه اليزدى فى حاشية المكاسب ٤٥٦/۱.

المنشأ كما يكون موجودا فى ذات العقد كذلک يمكن أن يكون موجودا فى الشروط. فلا فرق بينهما.

و على ما ذكرنا ذهب الشهيد الثانى فى مسألة الاستعارة من الغاصب مع جهل المستعير بالغصب و اشتراط الضمان، فهل للمالک أن يرجع إلى المستعير لو تلفت العين؟ قال: «... لأنّا لم نضمّنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة و دخوله على ذلک، فإذا تبيّن فسادها لحقّ حكم الفاسد بالصحيح، كما سلف من القاعدة»(۱).

فالشهيد الثانى يجعل الضّمان من مشمولات القاعدةِ و بمقتضى الشرط و تبعه سيّد الرياض إذ قال: «... و إن ألزم الغاصب لم يرجع على المستعير، إلاّ مع علمه أو كون العين مضمونة فيرجع عليه فيهما لاستقرار الضمان عليه فى الأوّل و إقدامه فى الثانى على الضمان مع صحة العارية فكذا عليه الضمان مع الفساد، للقاعدة الكليّة أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لكن هذا لايوجب إلاّ ضمان العين دون المنفعة، فإنّها ليست بمضمونة بالكلّية ولو فى الذهب و الفضة، بل المضمون فيهما هو العين خاصة»(۲).

ولكن ما ذكرنا لا يجرى بالنسبة إلى ما يكون من قبيل شرط عدم الثمن فى البيع أو عدم الأُجرة فى الاجارة أو عدم المهر فى النكاح، لأنّ البيع - لو خلّى و نفسه - يكون مقتضيا للضمان و كذا الاجارة مقتضيا للأُجرة و النكاح للمهر، و إذا اشترط فى البيع عدم الثمن أو فى الاجارة عدم الأُجرة أو فى النكاح عدم المهر يكون الشرط موجبا لعدم الإقدام - الذى هو منشأ الضمان - فيقع باطلاً على قول أو يكون هبة مجانية بالنسبة إلى العين أو المنفعة أو البضع على قول آخر بناءً على جواز إيقاع العقود بالألفاظ المجازية فإن المراد من البيع حينئذ هو

۱- (۱) المسالک ۱٤۲/٥.

۲- (۲) رياض المسائل ٤٥۰/۹.

الهبة، و كذا المراد من الاجارة هو هبة المنافع أى العارية، و المراد من النكاح هبة المهر أو صلحه مجانا أو تفويض البضع(١)، و يكون الشرط قرينة عليه فنفس الشرط يوجب الإقدام على المجانية، فإن كانت هبة صحيحة فلا ضمان فيها و إن كانت فاسدة فلا ضمان أيضا لأجل عدم الإقدام كما نبّه عليه المحقّق النائينى(٢).

ثم اختار قدس سره فساد هذا القبيل و قال: «و التحقيق هو البطلان مطلقا سواء قلنا بصحة العقد بالألفاظ المجازية أم لا، أمّا على الثانى فواضح و أمّا على الأوّل فلأنّه على تقدير القول به يقتصر على ما إذا لم يكن الإنشاء بالألفاظ الدالة على ما يضاد المعنى الحقيقى مثل إنشاء البيع بلفظ الهبة أو الهبة بلفظ البيع ممّا يكون مدلول القرينة منافيا لمقتضى العقد بحيث يوهم اندارجه تحت الشرط المخالف للعقد بل كان مثل لفظ نقلتُ و أشباهه من الألفاظ المجازية التى كان المانع عن انعقاد العقد بها كون معناها معنى جنسيا مشتركا محتاجا إلى انضمام فصل إليه المستلزم لتدريجية إيجاده المنافى مع بساطته»(٣).

و تبعه تلميذه السيّد الخوئى(٤).

و على أىّ حال وافقنا على عدم ضمان فى هذه الفروض الشهيدان و اليک نص كلامهما مع اعتراض المحقّق الثانى على الشهيد و دفاع ثانى الشهيدين عن الأوّل: قال المحقّق الثانى نقلاً من الشهيد: «و فى حواشى الشهيد: إنّ هذا إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأُجرة، أو يكون متضمنا له فهناک يقوى عدم وجوب الأُجرة لدخول العامل على ذلک»(٥).

١- (٣) المكاسب و البيع ١/٣٠٧.

٢- (٤) و ذهب إلى الأخير الفقيه الأصفهانى فى الوسيلة ٢/٣٤٦.

٣- (١) المكاسب و البيع /٣٠٩ و ٣١٠.

٤- (٢) مصباح الفقاهة ٣/٩٧.

٥- (٣) جامع المقاصد ٧/١٢٠.

و استحسنه الشهيد الثانى فى المسالک.(١)

و اعترض المحقّق الثانى على الشهيد و قال: «هذا صحيح فى العمل، أمّا مثل سكنى الدار التى يستوفيها المستأجر بنفسه، فإنّ اشتراط عدم العوض إنما كان فى العقد الفاسد الذى لاأثر لما تضمنه من التراضى فحقّه وجوب اُجرة المثل. و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن عليه. ولو اشترط فى العقد عدم الاُجرة على العمل فعمل فلا شىء، لتبرعه بعمله»(٢).

و أجاب الشهيد الثانى عنه بقوله: «و يندفع الاشكال فيها بأنّه مع اشتراط عدم الاُجرة يكون اللفظ الوارد فى ذلک دالاّ على إعارة العين المؤجرة فإنّ الإعارة لا تختص بلفظ مخصوص بل و لا على لفظ مطلقا كما تقدم. و لا شک أنّ اشتراط عدم الاُجرة صريح فى الإذن فى الانتفاع من غير عوض، باللفظ فضلاً عن القرينة فلا يترتب عليه ثبوت اُجرة»(٣)

و استدل صاحب الجواهر للشهيد بقوله: «و كان وجهه أنّه متبرع بالمال و العمل مجانا قادم على ذلک، فهو أشبه شىء حينئذ بالعقود الفاسدة المجانية كالهبة و العارية و نحوهما مما لا يضمن بفاسدهما فلا يضمن بصحيهما.

بل قد يقال بشمول هذه القاعدة للفرض، بناءً على ارادة أشخاص العقود منها لاأصنافها و لاريب فى عدم الضمان فى المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد للقاعدة المزبورة التى عرفت أنّ الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان فى التقديرين كما أنّک قد عرفت تقريره حينئذهنا»(٤).

١- (٤) المسالک ١٨٤/٥.

٢- (٥) جامع المقاصد ١٢٠/٧.

٣- (٦) المسالک ١٨٤/٥.

٤- (١) الجواهر ٢٤٧/٢٧.

و استشكل العلاّمة فی الضمان و قال: «و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السَلَم فيقول: أسلمت إليک هذا الثوب فی هذا الدينار و كذا(١) لو قال: بعتک بلا ثمن أو علی أن لا ثمن عليک، فقال: قبلت، ففی إنعقاده هبة نظر، ينشأ من الالتفات إلی المعنی و اختلال اللفظ، و هل يكون مضمونا علی القابض؟ فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا و دلالة لفظه علی اسقاطه»(٢).

أقول: الظاهر من الفقهاء صحة عقد النكاح بلا مهر قال الفقيه الأصبهانی فی الوسيلة: «بل لو صرّحت بعدم المهر بأن قالت زوّجتک نفسی بلامهر، فقال: قبلت صح و يقال لهذا - أی لإيقاع العقد بلامهر - تفويض البضع و للمرأة التی لم يذكر فی عقدها مهرٌ مفوّضة البضع»(٣).

فما ذكرناه من بطلان هذه العقود لا يجری فی عقد النكاح.

هذا كلّه فی المقام الأوّل من البحث أعنی معانی ألفاظ القاعدة، ثمَّ يقع البحث فی مدركها.

المقام الثانی: مدرک القاعدة

الأوّل: قاعدة الإقدام

و المراد بها أنّ كِلا المتعاقدين أقدما علی أن يكون مال الآخر انتقل إليه بضمان لا

مجانا و بلاعوض.

من بعض كلمات الشيخ يظهر أنّ مدرک قاعدة ما يضمن هو قاعدة الإقدام حيث حكم بدخوله فی البيع أو الاجارة الفاسدين علی أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمی فإذا

۱- (۲) لم يرد لفظة كذا فى نسخة.

۲- (۳) القواعد ۴۴/۲.

۳- (۴) وسيلة النجاة ۳۴۶/۲ من الطبع الحجرى.

لم يسلّم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.(۱)

و قد يظهر من الشهيد الثانى أنّ مدرک قاعدتنا هو الإقدام حيث يقول فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل: «... و فاسد كلّ عقد يتبع صحيحه فى الضمان و عدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلک و حيث كان صحيح البيع مضمونا على المشترى ففاسده كذلک. و السر فى ذلک أنّهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان و دفع المالک عليه، مضافا إلى قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى، و هو واضح»(۲).

ولكن يظهر منه فى بحث المقبوض بالعقد الفاسد أنّ قاعدتنا دليل مستقل فى رديف قاعدة الإقدام و حديث اليد فقال: «لاإشكال فى ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد لأنّه أقدم على أن يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به و إن تلف بغير تفريط و لقوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى و من القواعد المقررة فى هذا الباب أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»(۳).

كما يظهر من الشيخ الأعظم ذلک حيث يقول بعد صفحة: «نعم فى المسالک ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً»(۴).

ثم ناقش الشّيخ الأعظم(۵) قاعدة الإقدام بوجوهٍ ثلاثةٍ:

۱- (۱) راجع المبسوط ۶۵/۳ و ۶۸ و ۸۵ و ۸۹، ۲۰۴/۲ کما مرّ نصوص کلام الشیخ فی أوّل البحث حول قاعدة ما یضمن فراجعها.

۲- (۲) المسالک ۵۶/۴.

۳- (۳) المسالک ۱۵۴/۳.

۴- (۴) المکاسب ۱۹۱/۳.

۵- (۵) المکاسب ۱۸۹/۳ و ۱۸۸.

الأوّل: الضمان الموجود فی العقد المعاوضی هو الضمان المسمی فی العقد الفاسد و هو الضمان الخاص فالمتعاقدین أقدما و تراضیا و تواطئا بالعقد الفاسد علیه و المفروض عدم امضاء الشارع لذلک، و أمّا الضمان الواقعی - و هو المثل أو القیمة - ممّا لم یُقدما علیه.

و بعبارة اُخری: قاعدة الإقدام لا تثبت الضمان الواقعی، إذ المُقْدَم علیه - و هو الضمان

المعاوضی - المسمی - و هو غیر واقع، و الواقع المدعی هو الضمان المثل أو القیمة غیر مُقْدَم علیه.

الثانی: النسبة بین قاعدتی مایضمن و الإقدام عموم من وجه فلا یمکن أخذ قاعدة الإقدام مدرکا لقاعدة ما یضمن، إذ قد یکون الإقدام موجودا و لا ضمان نحو تلف المبیع قبل القبض، و قد یکون الضمان و لا إقدام فی البین نحو: شرط ضمان المبیع علی البائع إذا تلف عند المشتری، و کما إذا قال: بعتک بلاثمن أو آجرتک بلا اُجرة.

الثالث: ما الدلیل علی أن کون قاعدة الإقدام موجبا للضمان علی نحو الاستقلال فی ردیف قاعدتی الإتلاف و استیفاء المنفعة و نحوهما؟

ولکن یمکن أن یجاب عن الشیخ الأعظم قدس سره بأُمور:

عن اشكاله الأوّل بما ذكره المحقّق الخراسانى بقوله: «يمكن أن يقال بأنّهما أقدما على أصل الضمان فى ضمن الاقدام على ضمان خاص، و الشارع إنّما لم يمض الضمان الخاص لا أصله، مع أنّ دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إمضائه فافهم»(۱).

و بعبارة اُخرى: إنّ هنا إقدامين هما: إقدام عام على أصل الضمان و إقدام خاص على الضمان المسمى و إذا حكم الشارع ببطلان العقد يبطل الإقدام الخاص - أى ضمان المسمى - ولكن الإقدام العام باقٍ على أصل الضمان.

ص: ۳۳۳

۱- (۱) حاشية المكاسب /۳۱.

و بعبارة ثالثة: المقصود من البيع أوّلاً و بالذات هو تمليک الغير للمبيع و تملّكه للثمن و أمّا خصوصية الثمن يمكن أن يقال أنّه مطلوب آخر فبانتفائه لا ينتفى ما هو المطلوب أوّلاً(۱). أعنى إذا حكم الشارع ببطلان العقد بطل الثمن المسمى ولكن أصل الضمان يمكن أن يكون باقيا على نحو تعدد المطلوب. أو على نحو الشرط فى ضمن العقد حيث بطلان الشرط لم يسر إلى العقد. و أصل العقد باق على صحته. لأنّ العقد هو الأصل و الشرط هو الفرع، و بطلان الفرع لايسرى إلى الأصل.

و يمكن أن يجاب عن إشكاله الثانى: بأن تلف المبيع قبل القبض يعدّ انفساخا حقيقيّا للعقد و مع الانفساخ لا يصدق الإقدام و لا الضمان، و أمّا فى مثل البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اُجرة فقد مرّ عدم الضمان تبعا للشهيدين. و أمّا شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشترى فهو إمّا شرط فاسد لا يفسد به العقد، أو أنّه شرط مفسد للعقد و فى الصورتين

لم يتم ضمان البائع. فما ذكره الشيخ الأعظم من النقوض غير تام.

و يمكن أن يجاب عن اشكاله الثالث الذى قَبِلَه المحقّق الخراسانى فى قوله: «لكن لا دليل على كون الإقدام سببا للضمان أصلاً»(٢) و الفقيه اليزدى لأنّه قال: «الأُولى أن يقال إنّ الإقدام لا يكون موجبا للضمان أصلاً لعدم الدليل عليه و هذا هو الوجه...»(٣).

يمكن أن يقرر الجواب بأنّ دليل حجية قاعدة الإقدام هو سيرة العقلاء و بناؤهم فى أبواب المعاملات على أنّه إذا أخذ شيئا من الطرف، لا يأخذه إلاّ أن يعطى بدله و عوضه، فإن تراضيا على العوض المعين - المسمى - فهو، و إن تعذّر المسمى - بأىّ دليل كان التعذر - يرون المأخوذ مضمونا على الآخذ بالضمان الواقعى - أى المثل أو القيمة - فإذا حكم الشارع

١- (٢) كما فى حاشية المكاسب /٥١ للفقيه الهمدانى.

٢- (١) حاشية المكاسب /٣١.

٣- (٢) حاشية المكاسب ٤٥٧/١.

بفساد المعاملة و عدم لزوم أداء المسمى يرونه ضامنا بالضمان الواقعى. و لم يرد من الشارع ردع هذه السيرة و البناء.(١) و إذا قررنا قاعدة الإقدام بهذا التقرير لا يمكن ردّها و يمكن أن نجعله دليلاً لقاعدة الإقدام فتأمل.

اعترف الشيخ الأعظم ببعض ما ذكرنا حيث يقول بعد سطور: «ثم إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه، بيان أنّ العين و المنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجانا و تبرّعا حتّى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما فى العمل المتبرّع به و العين المدفوعة مجانا أو أمانة»(٢).

هذا نظير ما ذكرناه ولكن أضاف إليه: «فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الأموال و احترام الأعمال»(٣).

أقول: و فى هذه الاضافة نظر بيّن يظهر من التأمل فى ما ذكرناه.

الثانى: خبر اليد:

اشارة

و هو قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى(٤).

قال الشيخ الأعظم: «و أمّا خبر اليد فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبرا إلاّ

أنّ مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل لمنافع و الأعمال المضمونة فى الإجارة الفاسدة»(٥).

و قال بعد صفحات: «و لا إشكال فى عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها

١- (٣) قرر السيّد البجنوردى هذا البناء للعقلاء فى القواعد الفقهية ١٠٥/٢ و جعلها دليلاً مستقلاً للضمان. و تبعه السيّد الخوئى فى مصباح الفقاهة ٩٦/٣.

٢- (٤) المكاسب ١٩٠/٣.

٣- (٥) المكاسب ١٩١/٣.

٤- (٦) عوالى اللآلى ٢٢٤/١، ح١٠٦، ٣٨٩/١، ح٢٢ و قد مرّ مصادره فى ما سبق.

٥- (١) المكاسب ١٨٩/٣.

فی الید بقبض العین لا یوجب صدق الأخذ و دعوی: أنّه کنایة عن مطلق الاستیلاء الحاصل فی المنافع بقبض الأعیان مشکلة»(۱).

و یظهر من الشیخ الطوسی تمسکه بخبر الید حیث قال فی مسألة إذا باع عبدا بیعا فاسدا: «... و إذا وجب ردّه نُظر فإن کان بحاله لم یزد و لم ینقض ردّه و لا شیء علیه إلاّ أن یکون له اُجرة و هو أن یکون المبیع ممّا ینتفع به مع بقاء عینه انتفاعا مقصودا فیجب اُجرة مثله للمدّة التی أقام فی یده...»(۲).

و أنت تری تمسکه بالید حتّی فی المنافع و بعد صفحة یظهر منه أنّها خبر الید حیث یقول: «... و إن ردّها حاملاً و ولدت فی ید البائع لزمه ما ینقص بالولادة...»(۳).

و کذا قال: «فإذا ثبت أنّ البیع فاسد نظر فإن کان المبیع قائما أخذه مالکه و هو البائع الأوّل... و إن طالب الثانی و غرمه لم یرجع إلی الأوّل لأنّه تلف فی یده...»(٤)

و قال: «... و إن طالب البائع رجع البائع علی المشتری بأکثر ما کانت قیمته من حین قبضه إلی حین العتق، لأنّه دخل علی أنّه علیه بعوض و قد تلف فی یده، و إن طالب المشتری لم یرجع المشتری علی البائع بما غرم لأنّ التلف فی یده، فاستقرّ الضمان علیه»(٥).

و قد تقدم کلام الشهید الثانی و تمسلکه بخبر الید و جعلها من مدارک قاعدة ما یُضمن و قد مرّ أیضا عدّها فی ردیف خبر الید للضمان.(٦)

۱- (۲) المکاسب ۲۰٤/۳.

۲- (۳) المبسوط ۱٤۹/۲.

۳- (٤) المبسوط ۱٥۰/۲.

٤- (٥) المبسوط ١٥٠/٢.

٥- (٦) المبسوط ٩٨/٣.

٦- (٧) المسالک ١٥٤/٣.

ثم خبراليد هل يشمل المنافع المستوفاة و غير المستوفاة أم لا، و يختص بالأعيان فقط؟

ذهب الشيخ الأعظم(١) إلى أنّه مختص بالأعيان بالأدلة التالية:

١- عدم شمول لفظة «ما» الموصولة للمنافع.

٢- عدم صدق الأخذ عرفا بالنسبة إلى المنافع ولو حصلت فى اليد بقبض العين.

٣- دعوى أنّ المراد من الأخذ هو مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الأعيان مشكلة.

و أضاف إليها المحقّق الأصفهانى وجها رابعا و هو:

٤- «عدم صدق التأدية فى المنافع مطلقا فإن ظاهر قوله «حتّى تؤدى» كون عهدة المأخوذ مغياة بأداء النفس المأخوذ و المنافع لتدرجها فى الوجود لا أداء لها بعد أخذها فى حدّ ذاتها، لا كالعين التى لها أداء فى حدّ ذاتها و إنْ عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً»(٢).

و قد شرح لنا المحقّق السيّد الخوئى بيان أُستاذه بقوله: «أنّ الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط، بداهة أنّ الظاهر من الأداء هو ردّ المأخوذ بعينه بدءا. و مع عدم التمكن منه ينوب عنه ردّ المثل أو القيمة. و من الواضح أنّ ردّ المأخوذ بعينه لا يعقل فى المنافع، لأنّها ما لم توجد فى الخارج ليست بمضمونة و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم، و حينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالک كلّى يشملها دليل ضمان اليد»(٣).

و أضاف السيّد الحكيم وجها خامسا و هو:

٥- أنّ المراد من الأخذ هو «الاستيلاء على شيء يتوقف على كونه موجودا حقيقيا

١- (٨) المكاسب ٢٠٤/٣.

٢- (١) حاشية المكاسب ٣١٧/١.

٣- (٢) مصباح الفقاهة ١٢٨/٣.

و لايصح بالإضافة إلى المنافع التى هى من الأُمور الاعتبارية و لا وجود لها حال الاستيلاء على العين، فنسبة الاستيلاء إليها يتوقف على نحو من التجوّز و العناية و ذلک ممّا لا قرينة عليه فيختص الدليل بضمان العين لا غير»(١).

ولكن يمكن أن يناقش فى الكلّ:

أمّا الأوّل: فلوضوح شمول لفظة «ما» الموصولة للمنافع، لأنّ «ما» هنا يراد به، لفظ «الشيء»، و يمكن أن يرادف بين لفظة الشيء و الوجود أو الموجود و ليس فى الألفاظ أعما منه. مضافا إلى أنّ شمول الموصول يكون بقدر شمول صلته و هى كلمة «أخذت» و إذا ظهر شمول كلمة «الأخذ» للمنافع كما سيأتى ظهر شمول «ما» الموصولة لها.

و أمّا مناقشة الدليل الثانى و الثالث و الخامس - و الكلّ مشترک فى المناقشة

فى مدى دلالة كلمة «الأخذ» - فيظهر ممّا ذكره المحقّق السيّد الخوئى بقوله: «أنّ مفهوم كلمة الأخذ أُوسع من ذلک [من أن تختص بالأعيان]، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى و إلاّ لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار و الأرض و البستان و الحديقة و أشباهها ممّا لا يقبل الأخذ الخارجى.

و ممّا يدل على صحة ما ذكرناه: أنّ مفهوم الأخذ يصح انتسابه إلى الأُمور المعنوية كالعهد و الميثاق و الرأى و أمثالها كما أنّه يصح انتسابه إلى الأُمور الخارجية، و إذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية و إنّما هو كناية عن الاستيلاء على الشيء كما أنّ كلمة بسط اليد كناية عن الجود و السخاء و كلمة قبض اليد كناية عن البخل و لا ريب أنّ استعمال لفظ الأخذ فى هذا المعنى - الذى ذكرناه - كثير فى القرآن و غيره و منه قوله تعالى:

١- (٣) نهج الفقاهة /٢٢٩.

«لا تأخذه سنة و لا نوم»(١)»(٢).

أقول: الشاهد لما ذكره المحقّق السيّد الخوئى الاستعمالات القرآنية لكلمة الأخذ أو مشتقاتها نحو: قوله تعالى: «و إذ أخذ اللّه ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب و حكمة»(٣) و «و إذ أخذنا ميثاقكم و رفعنا فوقكم الطور»(٤) و «خذ العفو و أمر بالعُرف و اعرض عن الجاهلين»(٥) و «خذوا ما آتيناكم بقوة و اذكروا ما فيه لعلّكم تتقون»(٦) و «ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا»(٧) و غيرها من الآيات.

و لذا قال الفقيه اليزدى: «إذ من المعلوم أنّ الأخذ ليس بمعنى القبض باليد و إلاّ لزم عدم الحكم بالضمان فى كثير من الموارد، هذا. مع أنّه يمكن أن يقال يكفى صدق الأخذ بالنسبة إلى العين فى ضمان المنافع فإنّ حاصل المعنى أنّ ما أخذت اليد مضمونة و يجب الخروج عن عهدتها و من شؤون الخروج عند عهدة العين أداء عوض منافعها، كما أنّ من شؤونه أرش العيب و نحوه»(٨).

و أمّا مناقشة الدليل الرابع فيظهر من إجابة المحقّق الخمينى قدس سره له حيث يقول: «إنّ الشىء المتصرم يوجد شيئا فشيئا و ينعدم، و فى حال وجوده ولو وجودا مستمرا غير مستقر يقع تحت اليد فيكون الاستيلاء على موجود و إن لا يبقى آنين، فيقع وجوده الآنى

١- (١) سورة البقرة /٢٥٥.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١٢٨/٣.

٣- (٣) سورة آل عمران /٨١.

٤- (٤) سورة البقرة /٩٣.

٥- (٥) سورة الأعراف /١٩٩.

٦- (٦) سورة البقرة /٦٣.

٧- (٧) سورة الحشر /٧.

٨- (٨) حاشية المكاسب ٤٦٧/١.

المستمرّ تحت اليد و بتلفه يصير مضمونا على ذى اليد المستولى عليه، فلذلک الوجود المستمرّ فى عمود الزمان يقع تحت اليد بنحو الاستمرار و الانصرام و بانعدامه يصير ضامنا شيئا فشيئا»(١).

و بقوله: «إنّ المنافع إذا كانت مقدرة الوجود صح تمليكها و تملّكها و صيرورتها تحت الاستيلاء عرفا، و لازم ذلک أنّ المنافع المتدرجة واقعا صارت مقدَّرة الوجود فى زمان وقوع الاجارة، فتقدير وجودها فعلاً يخرجها عن تصرم الوجود إلى ثباته و قراره، فوجودها فى الحال مصحّح التملّک و الاستيلاء فعليه يكون هذا الموجود الثابت القارّ تقديرا من شأنه ذاتا أن يؤدى، و التلف ابتداءً أو بقاءا لا ينافى الشأنية كما أنّ التلف العارض للعين فى الآن الأوّل من الأخذ لا ينافى شأنية التأدية.

و بالجملة: إن لوحظ التأدية بالنسبة إلى الوجود الواقعى المتصرِّم فهى و إن لا تمكن، لكن لا يعقل فيه الاستيلاء، و الأخذ، و إن لوحظت بالنسبة إلى ما يمكن فيها الاستيلاء و التملّک فى الحال فالتأدية فيها ممكنة ذاتا و شأنيتها لاتنافى التلف العارض لبعض وجودها...»(۲).

و كذا «مع أنّ إمكان الأداء فى الجملة كافٍ فى حفظ ظهور الغاية، و لا يلزم إمكان الأداء بجميع خصوصياتها و تمام وجودها تأمّل»(۳).

ثم قال: «إنّ حل الإشكال بأن يقال: إنّ الظاهر من الخبر أن جميع العناية فيه بجعل الضمان على المأخوذ و إنّما ذكرت الغاية لتحديد الموضوع و معناه أن الحكم بالضمان تعلّق على المأخوذ غير المؤدى من غير نظر إلى إمكان التأدية و لا إمكانها و شأنية التأدية و لا

۱- (۱) كتاب البيع ۱/۲۷٤.

۲- (۲) كتاب البيع ۱/۲۷٦.

۳- (۳) كتاب البيع ۱/۲۷۷.

شأنيتها... و بالجملة الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله «على اليد» الخ جعل الضمان على غير المؤدى سواء أمكن الأداء أم لا، أو كان له شأنية الأداء أم لا...»(۱).

أقول: فهذه أربعة أجوبةٍ للمحقّق الأصفهانى رحمه الله فظهر ممّا ذكرنا المناقشة فى جميع أدلة المخصّصين لحديث اليد بالأعيان، فحينئذ يصحّ القول بأنّ حديث اليد يشمل المنافع مطلقا - أى المستوفاة منها و غير المستوفاة - و اللّه العالم.

تنبيهٌ:

ولكن لابدّ من التنبيه على أنّ النسبة بين الاستيلاء على الشيء و استيفاء منافعه مختلفة:

الأوّل: الأعيان التى يتوقف استيفاء منافعها على كونها تحت استيلاء المستوفى كالدار المستأجرة للسكنى، و فى هذا القسم قبض المنفعة يصدق بقبض العين و تكون المنافع تحت اليد بتبع العين فاليد على العين يد على المنفعة.

الثانى: الأعيان التى لا يكون استيفاء منافعها بالاستيلاء على العين كعمل الحر، فضمانه فى هذا القسم إنّما هو بالاستيفاء فكلّ ما سلمت المنفعة للمستأجر يكون ضامنا لها فى العقد الصحيح كانت أو الفاسد.

الثالث: ما يمكن بكلا القسمين - الأوّل و الثانى - كالدابة أو السيارة المستأجرة لحمل المتاع و فى هذا القسم يجرى حكم القسمين أعنى ما كان منه استيفاء المنفعة بالتصرف فى العين فيكون ضمانها باليد، و ما كان منه بالاستيفاء و حصولها للمستأجر فبالاستيفاء. كما نبّه عليها المحقّق النائينى(٢).

١- (٤) كتاب البيع ٢٧٧/١.

٢- (١) المكاسب و البيع ٣١٩/١ و ٣١٨.

و ممّا تلوناه عليک يظهر النظر فى مقالة المحقّق الخراسانى: «و مورده و إن كان مختصا بالأعيان، إلاّ أنّ قضية كونها مضمونة ضمان منافعها، فضمان المنافع فى الإجارة الفاسدة إنّما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة و بالجلمة قضية ضمان اليد، ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها، فاختصاص مورده بالأعيان، لا يوجب اختصاص الضمان بها، نعم الحرّ، حيث لم يكن نفسه مضمونة باليد، لم يكن أعماله مضمونة فى الإجارة الفاسدة بها، فافهم»(١).

و وجه النظر فی مقالته عدم اختصاص حدیث الید بالأعیان کما مرّ ولکن حکمه بضمان المنافع تام و کذا تقسیمه الثنائی للمنافع فما مرّ من النائینی من تقسیمه الثلاثی غیر تام و یمکن الحاق بعض أقسام القسم الثالث بالأوّل و بعضها بالثانی، و یأتی ضمان منافع الحرّ

ولو کانت غیر مستوفاة فی ما بعد(۲) فانتظر، و الحمدللّه.

الثالث: قاعدة الاحترام

اشارة

و هی احترام مال المسلم و یصدق الموضوع - أی المال - علی الأعیان کما أنّه یصدق علی المنافع فتکون قاعدة الاحترام الدلیل الثالث لقاعدة ما یُضمن. و تُسْتَفادُ قاعدة الاحترام من طوائف من الروایات:

الاولی: ما دلّ علی عدم حلیة مال المسلم لغیره إلاّ عن طیب نفسه.

منها: صحیحة أبی أسامة زید الشحام عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله وقف بمنی حین قضی مناسکها فی حجة الوداع - إلی أن قال: - فقال: أیّ یوم أعظم حرمة فقالوا: هذا الیوم، قال: فأیّ شهر أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر، قال: فأیّ بلد أعظم حرمة؟ قالوا:

۱- (۲) حاشیة المکاسب /۳۱.

۲- (۱) راجع فرع ضمان عمل الحرّ الکسوب المحبوس، فی هذا المجلد ص۴۱۷.

هذا البلد، قال: فإنّ دماءَکم و أموالکم علیکم حرام کحرمة یومکم هذا فی شهرکم هذا فی بلدکم هذا إلی یوم تلقونه فیسألکم عن أعمالکم، ألا هل بلغتُ؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد ألا من کانت عنده

أمانة فليؤدّها إلى مَنْ ائتمنه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلاّ بطيبة نفسه، و لا تظلموا أنفسكم و لا ترجعوا بعدى كفّارا.(۱)

و منها: مرسلة ابن شعبة الحّرانى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله أنّه قال فى خطبة الوداع: أيّها الناس إنّما المؤمنون إخوة، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلاّ عن طيب نفس ٍمنه.(۲)

و منها: خبر محمّد بن زيد الطبرى قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبى الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن فى الخمس فكتب إليه: بسم اللّه الرحمن الرحيم، إنّ اللّه واسع كريم ضمن على العمل الثواب و على الضيق الهمّ(۳)، لا يحلّ مال إلاّ من وجه أحلّه اللّه، الحديث.(٤)

و منها: التوقيع الشريف بسند صحيح و فيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز ا لقيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقرّبا إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه

فكيف يحلّ ذلک فى مالنا؟! التوقيع.(٥)

و منها: مرسلة الأحسائى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله أنّه قال: المسلم أخو المسلم لا يحلّ

۱- (۲) وسائل الشيعة ۱۰/۲۹، ح۳، الباب ۱ من أبواب القصاص فى النفس، و ذكرها مختصرا فى وسائل الشيعة ۱۲۰/٥، ح۱، الباب ۳ من أبواب مكان المصلى.

۲- (۳) وسائل الشيعة ۱۲۰/٥، ح۳.

۳- (٤) و فى التهذيب ۱۳۹/٤، ح۳۹٥ و المقنعة /٤٦: و على الخلاف العقاب.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٥۳۸/۹، ح۲، الباب ۳ من أبواب الانفال.

٥- (۱) وسائل الشيعة ٥٤۰/۹، ح۷، الباب ۳ من أبواب الأنفال.

ماله إلاّ عن طيب نفس ٍمنه.(١)

بتقريب: إنّ حرمة مال المسلم يراد بها حرمة التصرف فيه و هو أعم من التصرف الخارجى كالأكل و الشرب و الاعتبارى كالبيع و الصلح، فصارت الحرمة تكليفية بالنسبة إلى التصرفات الخارجية و وضعيّة بالنسبة إلى التصرفات الاعتبارية، و الحرمة تقتضى ضمان المتصرِّف فيه و بما ذكرنا يظهر عدم تمامية اختصاصها بالحرمة التكليفية كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى(٢) قدس سره .

و كذا لا يتم ما يقال بأنّ «لو قبض ماله لا بالقهر و الغلبة - حتّى تكون يده عادية - لاشىء عليه لو تلف بالتلف السماوى من دون ارتباط إلى القابض لا مباشرة و لا تسبيبا»(٣).

لأنّه فى مسألتنا أعطى ماله فى مقابل عوض معين فإذا صارت المعاملة باطلة و حكم الشارع بعدم جواز أخذ ثمن المسمى و تلف المال فى يد المشترى، فلا يرضى البائع بهذه المعاملة و المعاوضة و لا تطيب نفسه بها فيكون المشترى ضامنا حتّى فى فرض التلف - و كما هو كذلك فى فرض الإتلاف - و بما ذكرنا يظهر جواب هذا الإشكال فى الطائفة الثانية أيضا.

الثانية: ما دلّ على أنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه

منها: موثقة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه.(٤)

١- (٢) عوالى اللآلى ٤٧٣/٣، ح١.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ٩٠/٣.

٣- (٤) القواعد الفقهية ١٠٦/٢ للسيّد البجنوردى.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٢٩٧/١٢، ح٣، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة.

بتقريب: نزّل حرمة مال المؤمن منزلة حرمة دمه و عموم التنزيل يقتضى ثبوت كلّ حكم للدم، للمال أيضا و حيث أنّ الدم لا يذهب هدرا و إراقته حرام تكليفا و وضعا و هو يوجب ثبوت القصاص أو الدية فكذلك المال حرام التصرف فيه من دون إذن مالكه و على

فرض التصرف الحرام يوجب الضمان. و السياق ليس بحجة و ظهور بقية الفقرات فى الحكم التكليفى لايوجب ظهور الأخيرة فى الحكم الوضعى.(١)

و العجب من المحقّق السيّد الخوئى حيث خصص الرواية فى صورة الإتلاف - لاالتلف - و علّله بقوله: «إذ لا يتوهم عاقل أنّه إذا تلف مال مؤمن بآفة سماوية ضمن به سائر المؤمنين و عليه فيكون الدليل أخص من المُدعى»(٢).

وجه التعجب: لا يتوهم لو مات أحدٌ حتف أنفه أو قُتل أحدٌ فى المجتمع فديته على الجميع حتّى يتوهم ذلك بالنسبة إلى تلف المال، نعم لو وجد قتيل فى قبيلة أو قرية - و كانت موضع اتّهام - تُعْقَلُ الدية(٣) بينهم لما دلّ عليه النصوص.(٤)

و كذلك بالنسبة إلى المال و أمّا إذا كان المالك لا يرضى إلاّ ببدل ماله و أبطل الشارع ثمن المسمى فهل لأحد أن يقول بعدم حرمة المال حينئذ و جواز أكله من دون عوض و ضمان؟! كلاّ.

الثالثة: ما ورد من الروايات من التعليل فيها بعدم ذهاب حقّ أحدٍ.

منها: صحيحة ضُرَيس الكناسى قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلاّ أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم،

١- (١) خلافا للسيّد الخوئى فى مصباح الفقاهة ٩١/٣.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٩١/٣ و راجع كتابه ١٢٩/٣.

٣- (٣) أى تكون على (العاقلة).

٤- (٤) راجع وسائل الشيعة ١٤٨/٢٩، الباب ٨ من أبواب دعوى القتل.

و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ امرى مسلم و لاتبطل وصيته.(١)

و منها: صحيحة الحلبى و محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته: هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.(٢)

و منها: موثقة سماعة قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهادة أهل الذمة؟ فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ.(٣)

بتقريب: أنّ عنوان الحقّ عام يشمل الحقوق المالية و الحقوق المصطلحة فى مقابل الحكم و المال و الملك(٤)، فحينئذ يدلّ التعليل الوارد فى الروايات بأنّه إذا ثبت حقّ شخصٍ على غيره لايجوز ذهابه و فواته بغير عوض و ليس هذا إلاّ معنى الضمان.

ولكن يمكن أنّ يناقش فى دلالة هذه الطائفة الثالثة بأنّها «واردة فى مورد الوصية و أنّ للمسلم أن يوصى بماله و هذا حقّ له و لا يصلح أن يذهب حقّه، و عليه فإن أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو، و إلاّ تجوز شهادة غيرهم أيضا و هذا المعنى أجنبى عمّا نحن فيه بالمرّة»(٥) كما عن المحقّق السيّد الخوئى.

١- (٥) وسائل الشيعة ٣٠٩/١٩، ح١، الباب ٢٠ من أبواب الوصايا.
٢- (٦) وسائل الشيعة ٣١٠/١٩، ح٣.
٣- (٧) وسائل الشيعة ٣١١/١٩، ح٥.
٤- (١) قد مرّ منّا تعريف الحقوق، و الفارق بينها و بين الحكم و المال و الملک فی التنبيه الثالث بعد تعريف البيع فی أوّل الكتاب فراجع ص١٥ من هذا المجلد.
٥- (٢) مصباح الفقاهة ٩٣/٣.

و لأحد أن يقول: نتمسک بالتعليل الوارد فی ذيل الروايات و هو عدم جواز ذهاب حقّ أحد هدرا، و الوصية إحدى مصاديقه و لا يختص بها و قاعدة الاحترام يشملها التعليل و الحمدللّه.

الرابع: قاعدة نفی الضرر

اشارة

الروايات الواردة حول قاعدة لا ضرر مستفيضة عند الفريقين:

منها: موثقة زرارة.(١)

و منها: معتبرة أبی عبيدة الحذّاء.(٢)

و منها: خبر زرارة.(٣)

و منها: خبر عقبة بن خالد.(٤)

و منها: خبر آخر لعقبة بن خالد.(٥)

و منها: مرسلة الصدوق عن رسول اللّه صلی الله عليه و آله أنّه قال: لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام.(٦)

و منها: صحيحة هارون بن حمزة الغنوى.(۷)

و منها: صحيحة و مكاتبة محمّد بن الحسين.(۸)

ص: ۳٤۷

۱- (۳) وسائل الشيعة ٤۲۸/۲٥، ح۳، الباب ۱۲ من أبواب كتاب إحياء الموات.

۲- (٤) وسائل الشيعة ٤۲۷/۲٥، ح۱.

۳- (٥) وسائل الشيعة ٤۲۹/۲٥، ح٤.

٤- (٦) وسائل الشيعة ۳۹۹/۲٥، ح۱، الباب ٥ من أبواب كتاب الشفعة.

٥- (۷) وسائل الشيعة ٤۲۰/۲٥، ح۲، الباب ۷ من أبواب إحياء الموات.

٦- (۸) الفقيه ۳۳٤/٤، ح٥۷۱۸، باب ميراث أهل الملل.

۷- (۱) الكافى ۲۹۳/٥، ح٤.

۸- (۲) الكافى ۲۹۳/٥، ح٥.

و منها: خبر ثالث لعقبة بن خالد.(۱)

و منها: صحيحتا الحلبى.(۲)

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم.(۳)

و منها: مرسلة القاضى نعمان المصرى و هى خبر هدم الحائط.(٤)

و منها: مرسلة أُخرى له.(٥)

و هذه أربع عشرة من الروايات المذكورة فيها قاعدة لا ضرر أو تطبيقها من طرقنا. و قد ورد ذكرها فى كتب العامة أيضا نحو مسند أحمد(٦) و سنن ابن ماجه(٧) (٨) و سنن الدار قطنى(٩) و المراسيل مع الأسانيد لأبى داود(١٠) و كنزالعمال للمتقى الهندى.(١١)

بل يمكن القول بتواترها الإجمالى كما ذهب إليه المحقّق الخراسانى(١٢) قدس سره .

و هذه الروايات تدل على نفى الحكم الضررى فى الشريعة المقدسة و أنّ الحكم

١- (٣) الكافى ٢٩٤/٥، ح٧.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٣٦/٢٣، ح١ و ٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

٣- (٥) وسائل الشيعة ٤٠/٢٣، ح١٢.

٤- (٦) دعائم الاسلام ٥٠٤/٢، ح١٨٠٥ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١١٨/١٧، ح١.

٥- (٧) دعائم الاسلام ٤٩٩/٢، ح١٧٨١ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١١٨/١٧، ح٢.

٦- (٨) مسند أحمد ٣١٣/١.

٧- (٩) سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢، ح٢٣٤٠ و ح٢٣٤١.

٨- (١٠) بالهاء الخالصة و ليس بالتّاء القصيرة المربوطة كما نبّه عى ذلک محقّقو العامّة. ممّن عرضوا لترجمته. و ليست بعربيّةٍ.

٩- (١١) سنن الدار قطنى ٢٢٨/٤ و ٨٢٢/٤.

١٠- (١٢) المراسيل مع الأسانيد /٢٠٧، ح٢، باب ٧١ فى الإضرار.

١١- (١٣) كنزالعمال ٩١٩/٣، ح٩١٦٧ و ٦١/٤، ح٩٥١٩ و ح٩٥١٨ و ٨٤٣/٥، ح١٤٥٣٤.

١٢- (١٤) كفاية الأُصول ١٥٩/٣ طبع جماعة المدرسين بقم المقدسة، عام ١٤٢٧ق.

الضرری غیرمجعولة فیها و إذا وصلت الأحکام الشرعیة إلی حدّ الضرر تنفی بهذه القاعدة المهمة و التفصیل یطلب من الأبحاث الأُصولیة فی نهایة مطاف البحث حول الأُصول العملیة، یبحث فیها حول قاعدة لا ضرر مفصلاً.(۱) و من المعلوم أنّ الحکم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر علی مالکه فأدلة نفی الضرر تنفیه.

ولکن یمکن أن یناقش فیه بعدّة من الوجوه:

الأوّل: أدلة لا ضرر لو دلّت علی الضمان - و لم تدل - فإنّما تدل علیه فی بعض الموارد نحو: الإتلاف أو استیفاء المنافع أو فیما کان العمل بأمر الآمر و أمّا فی فرض التلف السماوی - مع تحفظ القابض علیه - فلا موجب لإضراره دفعا لتضرر المالک.

الثانی: إذا انتفی الضمان المسمی ببطلان المعاملة یبقی الضمان بالنسبة إلی البدل الواقعی و حینئذ تقع المعارضة فی شمول أدلة نفی الضرر لکلا الطرفین لأنّ البدل الواقعی قد یزید علی البدل المسمی بکثیر و لم یقدم علیه القابض بوجه من الوجوه.

الثالث: - و هو العمدة فی المقام - عدم شمول أدلة نفی الضرر للأحکام العدمیة لأنّها تنفی ما ثبت بالعمومات من الأحکام الشرعیة، و عدم الضمان و غیره من الأُمور العدمیة لیست أحکاما شرعیة مجعولة من قبل الشارع، لأنّ ما یصحح استناد الضرر هو إیجاد مایستلزمه و أمّا عدم إیجاد المانع عن الضرر فلا یتحقّق به إسناد الضرر.

مضافا إلی أنّ الالتزام بعموم الأدلة للأحکام العدمیة یوجب تأسیس فقه جدید کما هو الثابت فی محلّه.(۲)

۱- (۱۵) قد بحثنا حولها شهرین کاملین فی بحوثنا الأُصولیة وللّه الحمد.

٢- (١) راجع فى هذا المجال تقرير أبحاث المحقّق النائينى حول قاعدة لا ضرر المطبوع فى ضمن منية الطالب ٤١٨/٣ و مصباح الأُصول ٥٥٩/٢ تقرير أبحاث السيّد الخوئى و منتقى الأُصول ٤٥٠/٥ تقرير أبحاث المحقّق الروحانى قدس سرهم .

تنبيهٌ:

هذا تمام الكلام فى مدرک قاعدة ما يضمن ولكن بقى هنا أمرٌ لابدّ من التنبيه عليه و هو بعض الأعمال المضمونة التى لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم تقع بأمره كالسبق فى المسابقة الفاسدة هل فيها ضمان أم لا؟ أى هل يستحق السابق أجرة المثل أم لا؟

ذهب إلى عدم الضمان و عدم استحقاقه أُجرة المثل جماعة عُدّ منهم:

الشيخ قال فى المبسوط: «و مَن قال المناضلة باطلة، فتناضلا فإن كان الناضل هو المسبِّق فلا كلام يمسک مال نفسه، و إن كان الناضل هو المسبَّق لم يستحقّ المسمّى لأنّ المسمى سقط فى العقد الفاسد. و قال قوم يستحقّ أُجرة المثل كالبيع و الصلح و الإجارة، و

قال آخرون لايستحقّ شيئا لأنّه إنّما يجب أُجرة المثل فى الموضع الذى يفوِّت على العامل عمله و عاد به نفعه إلى الناضل كالقراض الفاسد يجب عليه أُجرة مثل العامل لأنّه فوّت عليه عمله فيما عاد نفعه إليه»(١)

و أنت ترى بأنّ الشيخ ذكر طرفى المسألة من استحقاق أجرة المثل و عدمها و استدل لهما و لم يختر فى المقام شيئا فعدّ الشيخ بواسطة هذا الكلام و عدم اعتراضه على القول بعدم استحقاق أجرة المثل من القائلين به، لا بأس به.

نعم، عنون صدر المسألة فى الخلاف و قال: «إذا تناضلا فسبق أحدهما صاحبه فقال لک عشرة بشرط أن تطعم السبق أصحابک كان النضال صحيحا و الشرط باطلاً، و به قال أبوحنيفة و أبو اسحاق المروزى، و قال الشافعى: النضال باطل، دليلنا: أنّ الأصل صحته و

۱- (۱) المبسوط ۳۰۲/٦.

أن مضامة الشرط إليه تفسده يحتاج إلى دليل»(۱).

و هذه المسألة أيضا تخلو من القول بالفساد و عدم استحقاق أُجرة المثل.

و منهم: المحقّق قال: «الخامسة: إذا فسد عقد السبق، لم يجب بالعمل أُجرة المثل و يسقط المسمّى لا إلى بدلٍ، ولو كان السبق مستحِقّا وجب على الباذل مثله أو قيمته»(۲).

و القسم الأخير من كلامه يرجع إلى ظهور عدم مملوكيّة العوض لِمَنْ يجب عليه بذله فحكم بالانتقال حينئذ إلى المثل أو القيمة.

و منهم: الشهيد الثانى نقل استدلال القائلين بوجوب أُجرة المثل بفساد العقد ثم قال ردّا عليهم: «و عندى فيه نظر لأنّ الالتزام لم يقع إلاّ على تقدير العقد الصحيح و الأصل برأءة الذمة من وجوب شىء آخر غير ما وقع عليه العقد. و الفرق بين هذا العقد و بين ما يجب فيه أُجرة المثل من العقود واضح، لا من جهة ما ذكروه من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأُجرة حتّى يرد عليه مثل العمل الذى لا يعود به عليه نفع فى القراض، بل لأنّ تلك العقود اقتضت أمر العامل بعملٍ له أُجرة فى العادة، فإذا فسد العقد المتضمّن للعوض المخصوص بقى أصل الأمر بالعمل الموجب لأُجرة المثل بخلاف هذا العقد، فإنّه لا يقتضى أمرا بالفعل، فإن قوله: سابقتک على أن مَنْ سبق منّا فله كذا، و نحو ذلک من الألفاظ الدالة على المراد ليس فيها أمر و لا ما يقتضيه بفعل له أُجرة، فالأصل براءة الذمة من وجوب شىء

آخر غير ما تضمّنه العقد...»(۳).

و منهم: المحقّق الأردبيلى ولكن على القول بأنّ عقد السبق جائز - كما عليه الشيخ

١- (٢) الخلاف ١٠٥/٦، مسألة ١٠.

٢- (٣) الشرائع ١٨٨/٢.

٣- (١) المسالک ١٠٩/٦.

فى الخلاف(١) - قال: «ثم اعلم إنّه على تقدير كونه جائزا كالجعالة يقوى عدم لزوم شىء فى صورة الفساد مطلقا لعدم الدليل»(٢).

و منهم: المحقّق السبزوارى قال: «السادسة: إذا فسد عقد السبق ففى وجوب أجرة المثل و عدمه قولان و الأقرب الثانى فيسقط المسمى لا إلى بدل، ولو ظهر كون السبق مستحِقّا للغير و لم يرض المالک ففى ثبوت المثل أو القيمة أو ثبوت أُجرة الثمل قولان، و المسألة محلّ إشكال»(٣).

و ذهب إلى استحقاق أُجرة المثل و الضمان جماعة:

منهم: العلاّمة قال فى القواعد: «فإن فسدت المعاملة بكون العوض ظَهَرَ خمرا رجع إلى أُجرة مثله فى جميع ركضه لا فى قدر السبق، و قيل: يسقط المسمّى لا إلى بدل. ولو فسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله أو قيمته و يحتمل أُجرة المثل»(٤).

و قال فى التحرير: «السابع: كلّ موضع فسدت فيه المسابقة فإن كان السابق هو المخرج لم يستحقّ شيئا على صاحبه و كان سبقه له، و إن كان الآخر استحقّ على المخرج أُجرة المثل، ولو كان العوض مستحَقّا كان على مخرجه قيمته أو مثله»(٥).

و نحوه فى تذكرة الفقهاء(٦).

و منهم: ولده قال فى الإيضاح: «إذا فسد عقد المسابقة لفقد شرط فى السبق المعين

١- (٢) الخلاف ١٠٥/٦، مسألة ٩.

٢- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ١٨٨/١٠.

٣- (٤) الكفاية ٧٢٩/١.

٤- (٥) القواعد ٣٧٥/٢.

٥- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ١٦٩/٣.

٦- (٧) تذكرة الفقهاء ٣٥٧/٢ من الطبع الحجرى.

فى العقد فإما أن لا يكون له قيمة فى شرع الإسلام و لا يملک لكونه خمرا أو يكون له قيمة فى شرع الاسلام و يمكن تقويمه فهنا مسألتان ذكرهما المصنف فى هذا الكلام:

أما الاولى: ففيها قولان (ذكرهما المصنف هنا)(١) الثانى منهما قول الشيخ لأنّه لم يعمل

له شيئا و فائدة عمله يرجع إليه بخلاف ما إذا عمل فى الإجارة أو الجعالة الفاسدتين فإنّه يرجع العامل إلى أُجرة المثل لأنّ فائدة العمل ترجع إلى المستأجر و الجاعل و اختاره أبوالقاسم بن سعيد.

و الأوّل: اختيار المصنف لأنّ كلّ عقد استحق المسمّى فى صحيحه فإذا المعقود عليه فى فاسده وجب عوض المثل كالإجارة لأنّه بصحة الاجارة عليه علم أنّه مملوک لصاحبه مقصود فى المعاوضة متقوم و الفاسد يتضمن الأمر فينتفى التبرع.

(ب) [و أما الثانية(٢)]: و هو أن تكون له قيمة شرعا و يمكن تقويمه كما لو خرج مستحقا فيحتمل استحقاق مثله إن كان مثليا و إلاّ فالقيمة لأنّهما تراضيا على هذا العوض و قد تعذر فله ما يقوم مقامه و الأصح أُجرة المثل لأنّ العقد الفاسد على عمل يصح لو لا هذا الخلل يجب أُجرة المثل»(٣).

و منهم: المحقّق الثانى اختار فى المسألة الأُولى - و هى فساد العقد لأجل كون العوض ظهر خمرا مثلاً - قولَي العلاّمة فى القواعد و التذكرة و هو وجوب «أُجرة المثل لأنّ كلّ عقد استحق المسمّى فى صحيحه فإذا وجود المعقود عليه فى الفاسد وجب عوض المثل و العمل فى القراض قد لا ينتفع به المالک و مع ذلک يكون مضمونا فيرجع إلى أُجرة المثل

ص: ٣٥٣

١- (٨) الظاهر زيادة هذه الجملة الواردة بين القوسين ولكنها موجودة فى المطبوعة.

٢- (١) الزيادة منّا و ليست فى النسخ.

٣- (٢) ايضاح الفوائد ٣٦٨/٢.

بجميع ركضه لا إلى القدر الذى سبق به لترتبه على جميع ركضه»(١).

و كذا اختار فى المسألة الثانية - و هى فساد العقد لأجل أن يكون العوض مستحقا للغير - لزوم اجرة المثل و هو يرى دليل المسألتين واحد و كذا الفتوى.(٢)

ثم استشكل فى الوجه الثانى الذى ذكره العلاّمة فى التذكرة: «و هذا و إن كان أقرب لكن يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس»(٣). و ردّه بقوله: «ولكن انتفاء العرف لا يوجب العدول إلى الطرف الآخر الضعيف فإن أمكن الوقوف عليه و إلاّ اصطلحا»(٤).

أقول: الظاهر - و اللّه العالم - عدم الفرق بين المسألتين و دليلهما واحد كما نبّه عليه المحقّق الثانى(٥) و التفصيل بين فساد عقد المسابقة من رأسها و ما لو ظهر كون

السبق مستحِقّا للغير و لم يرض المالک بأنّ السبق فى غير محلّه لأنّ مآل الثانى أيضا ينجر إلى الأوّل - أى فساد العقد - .

و فی کلیهما یکون الضمان موجودا لعدم التبرع بالعمل و لأنّ عمل المؤمن کماله محترم - و لایکون الضمان منحصرا بصورة الأمر بالعمل کما یظهر من الشهید الثانی(٦) - و إذا انتفت اُجرة المسمی تصل النوبة إلی اُجرة المثل بلا فرق بین المسألتین. و هذا القول هو مختار المحقّق الثانی و قبله فخر المحقّقین و والده العلاّمه فی أحد احتمالاته، و بعد صاحب الجواهر کما سیأتی کلامه.

١- (٣) جامع المقاصد ٣٣٧/٨.

٢- (٤) جامع المقاصد ٣٣٨/٨.

٣- (٥) تذکرة الفقهاء ٣٥٧/٢ من الطبع الحجری.

٤- (٦) جامع المقاصد ٣٣٨/٨.

٥- (٧) جامع المقاصد ٣٣٨/٨.

٦- (١) المسالک ١٠٩/٦.

و بما ذکرنا یظهر عدم تمامیة مقالة المحقّق النائینی حیث یقول: «انتفاء مقتضی الضمان إذا لم یعد عمل العامل إلی الآمر بوجهٍ، و لم یتحقّق من الآمر ما یوجب الضمان من ید أو إتلاف أو استیفاء فلا موجب للضمان»(١).

و کذا عدم تمامیة مقالة تلمیذه المحقّق السیّد الخوئی حیث یقول فی المقام: «... فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقة و صار فاسدا کان ذلک مصداقا للقمار المحرّم فیکون أکل المال به أکلاً له بالباطل، إذ المفروض أنّه لم یتحقّق فی مورد المسابقة الفاسدة ما یوجب الضمان...»(٢).

و وجهها: أنّ الشارع لا یری لعمل القمار احتراما ولکن یری لعمل المسابقة الخاصة احتراما فإذا کان العمل محترما و لم یتبرع السابق به فلابدّ له من اعطاء اُجرة المثل. و لذا قال صاحب الجواهر ما

نصه: «... إنّما المقتضى لها (أى لأُجرة المثل) عدم كون العمل متبرعا به و الأصل ضمانه لأنّ عمله كماله و هو فى الجميع حاصل...»(٣).

المقام الثالث: هل يختص الضمان بصورة الجهل

اشارة

بفساد المعاملة أم يعم صورة العلم؟

المسألة لها صور أربع: علم الدافع و القابض بالفساد و جهلهما و علم الدافع و جهل القابض و عكسه. و حكم جميع الصور الأربع الضمان كما عليه المشهور(٤) لإطلاق النص أو الفتوى كما

١- (٢) المكاسب و البيع ٣٠٨/١.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ٩٩/٣.

٣- (٤) الجواهر ٢٣٨/٢٨.

٤- (١) نبّه عليه الفقيه المامقانى غاية الآمال /٢٨١.

قاله الشيخ الأعظم(١) أو لإطلاق السيرة العقلائية على ضمان اليد مع الإقدام كما عن المحقّق الخوئى(٢).

أو لإطلاق ما مرّ من الأدلة على الضمان و هى قاعدة الإقدام و حديث على اليد و قاعدة الاحترام و جريانها فى جميع الصور.

ولكن احتمل ثانى الشهيدين عدم الضمان فى فرضى علم الدافع بالفساد و جهل القابض به و علمهما و قال: «مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه مع علمه بكونه باقيا على ملكه و كذا لو كانا عالمين بالفساد - ثم قال: - و الأقوى ثبوته فى جميع الصور»(٣).

و أخذ المحقّق الأردبيلى محتمل الشهيد الثانى و ذهب إلى عدم الضمان فى الفرضين و قال: «و هو (أى عدم الضمان) مع الجهل بالفساد قويٌّ و مع علم الآخر أقوى... و مع علمه بالفساد... كالمغصوب...، و أما مع الجهل بالفساد - سيما فى أمر غير ظاهر الفساد و كذا بعد العلم به ولكن مع عدم العلم بوجوب الردّ فى الحال - فالضمان غير ظاهر»(٤).

و تبعهما الفقيه اليزدى قال: «التحقيق عدم الضمان مع علم الدافع خصوصا مع جهل القابض لأنّ الإذن فى التصرف مسقط للضمان»(٥).

ولكن ظهر ممّا ذكرنا من جريان الأدلة فى الفروض الأربعة الحكم بالضمان فى جميعها فلا يصغى إلى محتمل ثانى الشهيدين و اختيار المحقّق الأردبيلى و الفقيه اليزدى له قدس سرهم .

١- (٢) المكاسب ١٩٢/٣.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ٩٩/٣.

٣- (٤) المسالک ١٥٤/٣.

٤- (٥) مجمع الفائدة و البرهان ١٩٢/٨.

٥- (٦) حاشية المكاسب ٤٥٨/١.

لايقال: إذا كان الدافع عالما بالفساد ولكن جهل القابض بالفساد تصدق عليه قاعدة الغرور و أنّ المغرور يرجع على مَنْ غرّه، لأنّ الدافع العالم بالفساد إذا رضى ببيع ماله بثمن بخس ظاهرا - لأنّ

البيع فى الحقيقة يكون باطلاً بأىّ دليل - لأجل الرجوع إلى ثمن المثل بعد تصرف البائع الجاهل بالبطلان فهذا يدخل فى قاعدة الغرور، و هذا البيع و الإقباض الظاهرى من البائع يكون خدعة و يدخل فى قاعدة الغرور.

لأنّا نقول: هذا الفرع لا يدخل تحت قاعدة الغرور لأنّ القابض الجاهل (المشترى) قبض المال مع ضمانه بالمسمّى و إقراره به و الدافع العالم (البائع) سلّطه على المال بأنّه ملكه فى مقابل العوض لا بعنوان الأمانة أو العارية، فمع هذا الاقرار من القابض الجاهل و هذا النوع من التسليط - أى فى مقابل العوض لا مجانا - من الدافع العالم فلا يكون فى البين غرورٌ، و حينئذ لو كان العين موجودة لا يجوز للقابض الجاهل (المشترى) التصرف فى المال و لا الانتفاع به و يجب عليه دفعه إلى الدافع العالم (البائع) بعد علمه ببطلان العقد.

و بعبارة أُخرى: قاعدة الغرور لا تتحقّق إلاّ بأمرين، أحدهما: علم الغارّ و ثانيهما: جهل المغرور، و من المعلوم أنّ القابض يكون جاهلاً بفساد العقد، إلاّ أنّه عالم و مقررٌ بأخذه فى مقابل العوض و عدم أخذه مجانا.

نعم: يمكن جريان قاعدة الغرور فى الزائد عن العوض المسمّى لأنّ الدافع غارّ بالنسبة إلى هذا الزائد فيرجع إليه لا إلى القابض المغرور كما قاله المحقّق الخوئى(١) رحمه الله .

إن قلت: المالک الدافع مع علمه بالفساد قد سلّط القابض على ماله، فصار المال أمانة مالكية عند القابض و حينئذ إذا تلف لم يحكم بضمانه لما ورد من الروايات(٢) على عدم

١- (١) مصباح الفقاهة ١٠٠/٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٧٩/١٩، الباب ٤ من أبواب الوديعة.

ضمان الأمين مع عدم التفريط.

قلت: تسليط المالک الدافع لا يكون مجانيّا و بلاعوض حتّى صار المال أمانة مالكية بل تسليطه يكون بإزاء العوض، و أقرّ القابض بالعوض و هذه الكيفية من التسليط فالضمان فى مقابل المال يكون موجودا و حتّى على فرض الشک فى بقاء الضمان يستصحب.

إن قلت: إنّ الإذن المتحقّق فى ضمن العقد الباطل يكون مسقطا للضمان.

قلت: هذا الإذن موجود ولكن ليس على نحو الاطلاق بل إنّما هو إذن مقيّد بدفع عوض المقبوض كما نبّه عليه المحقّق السيّد الخوئى(١).

و سيأتى تفصيل البحث فى مسألة بيع الغاصب مع علم المشترى بالغصب إن شاء اللّه تعالى فانتظر.

تذكرة:

قد يتوهم انتقاض قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بالنكاح الفاسد مع

علم المرأة بالفساد لأنّها حينئذ تكون زانية و لا مهر لبغيٍّ، مع أن النكاح الصحيح يقتضى الضمان بالمهر المسمى أو المثل على اختلاف الفروض.

و فيه:النكاح خارج عن هذه القاعدة موضوعا لانّ المَهر ليس بازاء الوطى أو الاستمتاعات الزوجية حتّى يوجب الضمان على كلا تقديرى صحة العقد و فساده بل المهر يقع بإزاء الزوجية الاعتبارية – دائمية كانت أو موقتة – و استحقاق الزوجة للمهر وقع بنفس العقد، نعم الدخول يوجب استقرار تمامه تعبدا.

فالبضع و الاستمتاعات و الوطى لا مالية لها شرعا فلا تقابل بالمال، نعم ثبت مهرالمثل فى بعض الموارد كالوطى بالشبهة تعبدا لاحترام الأعراض.

۱- (۳) مصباح الفقاهة ۳/۱۰۰.

و بالجملة: النكاح خارج عن القاعدة موضوعا لأن موضوعها العقود التى يكون الضمان فيها مستندا إلى غير العقد فانكاح الصحيح فيه المهر و النكاح الفاسد أيضا فيه مهرالمثل و أمّا الزنا ولو من جانب المرأة ليس فيها شيء لورود لا مهر لبغيّ، فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة و الحمدللّه.

و هذا تمام الكلام فى البحث حول أصل قاعدة ما يضمن و أمّا نقيضها أو سالبتها و هى:

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

اشارة

فقد مرّ ورود هذه القاعدة أيضا فى كلمات الأعلام فى أوّل البحث حول أصل القاعدة و معانى الألفاظ الواردة فيها لا نعيدها.

و يظهر معنى النقيض أو السلب من معنى الأصل للمتأمل و حاصل معناها: كلّ عقد لايقتضى ضمانا إذا كان صحيحا فلا يقتضى ضمانا إذا كان فاسدا كما فى العقود الوكالة و المضاربة و الجعالة.

و ما ورد فى تعريف شيخنا الأنصارى قدس سره من: «أن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانا»(۱) ظاهر مورد العقد هو ما تعلَّق به العقد كالعين فى البيع و المنفعة فى الإجارة ولكن مراده هنا أعمّ منه و من متعلَّق متعلَّق العقد كما يظهر من حكمه بعدم ضمان العين المستأجرة فاسدا و من المعلوم أنّ العين فى عقد الإجارة يكون من متعلّق متعلّق العقد و متعلّق عقد الإجارة هو المنفعة كما مرّ. ولو لم يكن مراده أعم تخرج العين

المستأجرة عن القاعدة موضوعا و يرجع فيها إلى قاعدة اليد المقتضية للضمان.(۲)

١- (١) المكاسب ١٩٢/٣.

٢- (١) كما ذكره فى هداية الطالب ٢٧٥/٢.

ثم مثّل بالعارية الغير المضمونة للقاعدة و قال: «بل المضمونة بناءً على أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع فى متنه»(١).

و قد مرّ فى الجهة الخامسة من المقام الأوّل من البحث حول أصل القاعدة عمومية القول بالضمان بشروط أيضا فراجع.

و قال فى المفتاح: «قد طفحت عباراتهم بهذه القاعدة و قد ادّعى الإجماع عليها و هى معروفة بينهم من غير نكير»(٢).

ثمَّ هاهنا جهتان من البحث:

الجهة الأُولى: دليل اعتبار قاعدة ما لا يضمن

الأوّل: الأُولوية المستفادة

من كلام الشيخ الطوسى و مرّ بنصه فى أوّل البحث حول قاعدة ما يضمن و استظهارها من كلماته من قوله قدس سره : «فإن هلك هذا الشيء فى يده فى الشهر لم يكن مضمونا عليه لأنّ صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده...»(٣).

و قال الشيخ الأعظم فى توضيحه(٤) بشرح منّا: أنّ سبب الضمان فى العقود الصحيحة المضمِّنة كالبيع و الاجارة أمران:

الأوّل: إقدام المتعاقدين من ضمان كلّ منهما بمال الآخر.

الثانى: إمضاءُ الشارع لما أقدما عليه و حكمه بوجوب الوفاء بما التزمابه.

و كلا الأمرين منتفٍ فى مثل الرهن أمّا الأوّل فَلاِنّ تسليم العين إلى المرتهن ليس

١- (٢) المكاسب ١٩٢/٣.

٢- (٣) مفتاح الكرامة ٤١٤/١٩.

٣- (٤) المبسوط ٢٠٤/٢.

٤- (٥) المكاسب ١٩٦/٣.

بقصد تمليكها له بعوض بل بقصد كونها وثيقة عنده فسار أمانه عنده.

و أمّا الثانى: فَلاِنّ الامضاء يكون على طبق المُمْضى و مماثلاً له و لما كان الممضى هو البناء على تسليم العين إلى المرتهن و تسلُّمها بلاعوض و من دون ضمان يكون إمضاؤه كذلک و الإمضاء تأتى على فرض صحة العقد لا فساده و المفروض أنّه فاسد فلا ضمان.

و قال فى وجه الأولوية(١) بشرحٍ منّا: الرهن الفاسد أُولى بعدم الضمان إمّا من صحيح تلک العقود التى ليس فى فاسدها ضمان، و إمّا من العقود الفاسدة التى فى صحيحها ضمان، فهذان احتمالان فى وجه الأولوية:

أمّا الأوّل: فَلاِنّ صحيح هذه العقود ليس فيه ضمان لانتفاء الموجب للضمان - و هو الإقدام - فإذا انتفى الضمان فى صحيحه ففاسده أولى بعدم الضمان، مضافا إلى عدم الإمضاء فى الفاسد.

أمّا الثانى: فإذا كان العقد الذى فى صحيحه ضمان بسبب الإقدام و الامضاء نحو البيع الصحيح و الاجارة الصحيحة، إذا انتفى السببان فى الفاسد لأنّهما أقدما على الضمان الخاص و المفروض أنّه منتف لأنّ العقد فاسد، و الإمضاء مفقود كذلک لفساد العقد فإذا يمكن القول حينئذ بعدم الضمان فيه، يكون عدم الضمان فى الفاسد الذى لا يضمن بصحيحه اُولى منه، لأنّه على تقدير صحته و الإمضاء الشرعى له لا يكون فيه ضمان فيكف مع فساده و عدم وجود الإمضاء له.

كلا الاحتمالين يأتى و يمكن أن يستظهر من كلام الشيخ الأعظم. كما حمل المحقّق الشهيدى كلامه على الأوّل(٢) تبعا للمحقّق الإشكورى(٣)، و المحقّقون اليزدى(٤) و

١- (١) المكاسب ١٩٧/٣.

٢- (٢) هداية الطالب ٢٨٥/٢.

٣- (٣) بُغية الطالب ٢١٦/١.

٤- (٤) حاشية المكاسب ٤٦٢/١.

الأصفهانى(١) و الحكيم(٢) على الثانى.

ولكن أبدع المحقّق الإيروانى احتمالاً ثالثا و هو ملاحظة الأولوية بين عقدين يقتضى صحيح أحدهما الضمان و لا يقتضيه الآخر و قال: «ينبغى تقرير الأولوية هكذا: إنّ صحيح العقد الذى كان فيه إقدام على الضمان ليس فى فاسده اقدام، لما عرفت أنَّ الاقدام حاصل على المسمّى و لا ضمان به، و ما به الضمان و هو المثل أو القيمة لا إقدام عليه، فإذا كان هذا حال ما كان الإقدام فى صحيحه على الضمان موجودا فكيف ما لا إقدام فى صحيحه على الضمان، فإنّه بالأحرى أن لا يكون فى فاسده إقدام على الضمان»(٣).

فهذه ثلاثة احتمالات فی وجه الأولوية فی كلام الشيخ الأعظم قدس سره و الاحتمال الأوّل متعيّن فی كلام الشيخ الطوسی - قدس اللّه أسراره - و حيث كلام الشيخ الأنصاری يرجع إليه فلابدّ من الأخذ بالإحتمال الأوّل و ان كان فی عبارته تشويش أو إغلاق. مضافا إلی عدم تمامية احتمالی الثانی و الثالث لما مرّ من وجود الضمان بالنسبة إلی العقد الفاسد الذی يكون فی صحيحه ضمان لأنّه يدخل فی أصل قاعدة ما يضمن و لأنّ الخدشة الآتية فی كلام الشيخ الأعظم يرد علی الاحتمال الأوّل فقط، فهذه ثلاثة قرائن يقتضی الاحتمال الأوّل.

كما أنّ المحقّق الهمدانی(٤) يری الاحتمال الأوّل بين الاحتمالات أعدلها و أظهرها.

ولكنّ فی المقام احتمالاً آخر يخرج الكلام عن الاولوية - باحتمالاتها الثلاثة - بالكلية و هو أن يكون المراد بكيف فی كلام شيخ الطائفة قدس سره التعجب فقط من القول بالضمان فی العقد

١- (٥) حاشية المكاسب ١/٣٤٠.

٢- (٦) نهج الفقاهة /٢١٤.

٣- (٧) حاشية المكاسب ٢/١٢٢.

٤- (١) حاشية المكاسب /٦٤ و ٦٣.

الفاسد الذی لا يكون فی صحيحه ضمان، و علی هذا الاحتمال يغلق باب الأُولوية.

ثم يخدش الشيخ الأعظم(١) فی الأولوية المذكورة بما حاصلها: يمكن أن يدعی أحدٌ بأنّ صحة العقد و إمضاء الشارع له فی العقود الصحيحة التی لم يكن فيها ضمان سببٌ لعدم وجود الضمان، و هذا السبب - أیّ صحة العقد و امضاء الشارع له - فی العقود الباطلة لا يجری فلا اولوية فی الفاسد.

و بعبارة أُخرى: الصحيح منها ليس فيها الضمان لإمضاء الشارع عقدا ليس فيه إقدام على الضمان من الطرفين فالفاسد منها ليس فيها الضمان لعدم الإقدام على الضمان و لعدم إمضاء شرعى و لذا يختلف مبنى عدم الضمان فيهما من دون أولوية فى البين.

و هذه المناقشة جاءت فى كلام المحقّق السيّد الخوئى و قال: «إنّ عدم الضمان فى العقد الصحيح - كالهبة الصحيحة مثلاً - إنّما هو من جهة كون المال ملكا مجانيا للقابض، و من الواضح أنّه لم تحصل له الملكية فى العقد الفاسد - كالهبة الفاسدة مثلاً - و إذن فلا وجه لدعوى الاولوية هنا بوجه»(٢).

ثم يناقش الشيخ الأعظم على أصل استدلال شيخ الطائفة قدس سره بقوله: «إن قلت: إنّ الفاسد و إن لم يكن له دخل فى الضمان، إلاّ أنّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقى الباقى»(٣).

و أجاب الشيخ الأعظم بنفسه عن هذا الاشكال بقوله: «ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها»(٤) و جاء بما يمكن أن يعدّ دليلاً مستقلاً

١- (٢) المكاسب ١٩٧/٣.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ١١٣/٣.

٣- (٤) المكاسب ١٩٧/٣.

٤- (١) المكاسب ١٩٧/٣.

لقاعدة ما لايضمن و لذا نبحث عنه تحت عنوان الدليل الثانى.

الثانى: عموم ما دلّ على أنّ من لم يُضمِّنه المالكُ فهو غير ضامن

كما ادعاه الشيخ الأعظم(١) و هو مستفاد من النصوص المتفرقة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلک أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ قال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا.(٢)

الاستبضاع أو البضاعة معاملة يدفع صاحب العين عينه إلى غيره ليتّجر به و كان النفع للمالک و العين تكون أمانة عند الغير. يقال له بالفارسية «امانت فروشى».

و منها: موثقة غياث بن ابراهيم عن أبى عبداللّه عليه السلام : إنّ اميرالمؤمنين عليه السلام أُتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنّه، و قال: إنما هو أمين.(٣)

و منها: صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان، الحديث.(٤)

و منها: صحيحة أُخرى له و فيها: ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن.(٥)

و منها: صحيحة ثالثة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث: عن رجل استأجر

١- (٢) المكاسب ١٩٧/٣.

٢- (٣) التهذيب ١٨٤/٧، ح١٥.

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٣٩/١٩، ح١، الباب ٢٨ من أبواب كتاب الإجارة.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٧٩/١٩، ح١، الباب ٤ من أبواب الوديعة.

٥- (٦) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح٦، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

أجيرا فأقعده على متاعه فسرق قال: هو مؤتمن.(١)

و منها: صحيحة أبى بصير المرادى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث: و فى رجل استأجر جمّالاً فيكسر الذى يحمل أو يهريقه، فقال: على نحو من العامل إن كان مأمونا

فليس عليه شىء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن.(٢)

و منها: معتبرة مسعدة بن صدقة عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ليس لک أن تأتمن من خانک و لاتتّهم من ائتمنت.(٣)

و منها: صحيحة مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: ليس لک أن تتّهم من قد ائتمنته، و لا تأتمن الخائن وقد جرّبته.(٤)

و منها: صحيحة محمّد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام [أىّ الإمام الحسن العسكرى عليه السلام]فى رجل دفع ثوبا إلى القصّار ليقصّره فدفعه القصّار إلى قصّار غيره ليقصّره، فضاع الثوب، هل يجب على القصّار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره و إن كان القصار مأمونا؟ فوقع عليه السلام : هو ضامن له إلاّ أن يكون ثقة مأمونا إن شاء اللّه تعالى.(٥)

تلک عشرة كاملة من الأحاديث الصحاح يستفاد منها «كل أمين ليس بضامن»، و العقود الفاسدة تكون من صغريات هذا العموم لصدق الأمين على المستأجر فى الاجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، و المستعير فى العارية الفاسدة و نحوها، فليس فى فاسد هذه العقود ضمان، و مما ذكرنا ظهر عدم تمامية كلام المحقّق الشهيدى حيث علق على العموم

١- (٧) وسائل الشيعة ١٤٢/١٩، ح٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة.

٢- (١) وسائل الشيعة ١٤٤/١٩، ح١١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.
٣- (٢) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح٩، الباب ٤ من أبواب الوديعة.
٤- (٣) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح١٠.
٥- (٤) وسائل الشيعة ١٤٦/١٩، ح١٨، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

الوارد فى كلام الشيخ الأعظم بقوله: «لم نعثر بهذا الدليل»(١).

ثم تعرّض الشيخ الأعظم إلى كيفية خروج الهبة الفاسدة من عموم على اليد و استدل «بفحوى ما دلّ على خروج صور الاستئمان فإن استئمان المالک لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق أُولى»(٢).

مراده: أنّ عدم الضمان فى صورة قطع العلقة عن المال بالكلية أُولى من عدم ضمانه فى موارد الاستيمان التى تبقى ملكية العين لمالكها.

ثم شرّح لنا وجه تقييد التسليط المطلق بالمجانية بقوله: «و التقييد بالمجانية لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فإنّه عين التضمين»(٣).

مراده: أنّ التسليط المطلق له فردان: أحدهما: بلاعوض و هو الهبة و الآخر مع العوض و هو المعاوضات، و ما ذكر من الاولوية تجرى فى القسم الأوّل - أىّ بلاعوض - لا القسم الثانى - أى مع العوض - و لخروج القسم الثانى أتى بقيد المجانية.

و اعترض عليه المحقّق السيّد الخوئى بأنّ «قاعدة ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجانى لكى نحتاج إلى تخصيصها بأدلة الاستيمان، و عليه فمورد الكلام خارج عن قاعدة ضمان اليد، و عن مورد أدلة الاستيمان - أيضا - خروجا تخصصيا»(٤).

ثم اضاف إلى ذلک: «أن المالک لم يسلط غيره على ماله فى موارد الاستيمان ليتصرف فيه أىّ تصرف، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف، بخلافه فى الهبة الفاسدة، فلا يمكن قياس

١- (٥) هداية الطالب ٢٨٧/٢.

٢- (٦) المكاسب ١٩٨/٣.

٣- (٧) المكاسب ١٩٨/٣.

٤- (١) مصباح الفقاهة ١١٣/٣.

أحدهما بالآخر»(١).

و الشيخ الأعظم لم يأت إلاّ بهذين الدليلين فى مستند قاعدة ما لا يضمن ولكن يمكن أن يستدل لها بوجوه أُخر نذكرها لک.

الثالث: عدم ثبوت الدليل على الضمان

الدليل الوحيد على عدم الضمان فى موارد قاعدة ما لا يضمن هو عدم ثبوت الدليل على الضمان فنأخذ بها مادام لم يثبت دليل على وجود الضمان، و هذا الدليل تام تنبّه عليه المحقّق السيّد الخوئى(٢) قدس سره .

الرابع: إقدام المتعاقدين على المجانية

المتعاقدان أقدما فى كلّ من العقدين - الصحيح و الفاسد - على المجانية و هذا الاقدام رافع للضمان.

ولكن يمكن أن يناقش عليه: بأنّهما أقدما على المجانية فى فرض صحة العقد فقط فإذا ارتفعت الصحة ارتفع السبب الرافع للضمان - أىّ المجانية - و مقتضى عموم على اليد ثبوت الضمان.

اللهم إلاّ ان يقال: بخروجها عن عموم على اليد تخصصا كما مر عن المحقّق الخوئى آنفا.

الخامس: الأصل العملى: البراءة

ثبوت الضمان يحتاج إلى دليل فإذا شک فى ثبوته يُنفى أصالة البراءة.

و هذا الدليل تام على فرض عدم إمكان التمسک بحديث «على اليد» إمّا لضعف سنده

ص: ٣٦٧

١- (٢) مصباح الفقاهة ١١٤/٣.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ١١٤/٣.

أو خروج المورد تخصصا منه و إلاّ مع فرض الدليل اللفظى لم يصل النوبة إلى الأصل العملى.

هذا تمام الكلام فى مستند قاعدة ما لا يضمن و الحمدللّه أولاً و آخرا.

الجهة الثانية: ما يمكن أن يعد من موارد نقضها

اشارة

و قد ذكروا فروعا بعنوان نقوض القاعدة:

منها: ضمان العين المستأجرة فاسدُ

كما عليه سيّد الرياض قال: «العين مضمونة فى يد المستأجر مطلقا كما نُسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب و لعلّه لعموم الخبر بضمان ما أخذته اليد»(١).

و الناسب هو المحقّق الأردبيلى قال: «إنّ الظاهر أنّ العالم كالغاصب لا يجوز له التصرف و لا يستحق شيئا لما مرّ من أنّ الإذن إنّما علم بالعقد لاعتقاد أنّه صحيح و يلزم الطرف الآخر ما يلزمه و

قد بطل و هو عالم بالفرض فيبقى أصل المنع على حاله كما قيل فى البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضا»(۲).

أقول: الظاهر من الأردبيلى أنّه ذهب إلى أنّ مورد نفى الضمان فى هذه القاعدة مورد العقد فقط - و هو متعلَّقه - فلا يعم متعلَّق متعلَّقه خلافا للشيخ الأنصارى قدس سره و جماعة، و ذهب أيضا إلى أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع فى متنه وفاقا للشيخ الأنصارى و لذا قال فى مسألة اشتراط ضمان العين فى عقد الإجارة هو عدم ضمان العين على تقدير فساد العقد لفساد الشرط المذكور مستدِّلاً عليه بالأصل «و بما تقرّر عندهم من أنّ كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»(۳).

و ظاهر هذا الكلام من الأردبيلى عدم الضمان بالنسبة إلى العين المستأجرة كما

۱- (۱) رياض المسائل ٤٤/۱۰.

۲- (۲) مجمع الفائدة و البرهان ٥۰/۱۰.

۳- (۳) مجمع الفائدة و البرهان ٦۹/۱۰.

استفاد من اطلاق كلام سيّد الرياض حيث يقول: «و العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر و لا ما ينقص منها إلاّ مع تعدٍّ و تفريط، بلا خلاف أجده بل عليه الاجماع فى الغنية و هو الحجة، مضافا إلى النصوص المستفيضة...»(۱).

و لذا قال فى مفتاح الكرامة: «و قد قال فى مجمع البرهان بعد أربع قوائم: إنّ الشرط الفاسد يبطل العقد و لا ضمان لأنّه تقرّر عندهم أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و مثل ذلک قال فى الرياض قبل ذلک بمقدار أربع قوائم تقريبا»(۲).

ولكن فى مقابل هذا القول تجد قولاً بعدم الضمان و لعلّ هو المشهور كما اختاره العلاّمة فى القواعد و قال: «العين أمانة فى يد المستأجر لا يضمنها إلاّ بتعدٍّ أو تفريطٍ فى المدّة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب، سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة»(٣).

و قال فى التحرير: «إذا كانت الاجارةُ فاسدةً لم تكن العين مضمونةً أيضا إلاّ بالتعدّى»(٤).

و قال فى التذكرة: «إذا كانت الاجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين أيضا إذا تلفت بغير تفريط و لا عدوان، لأنّه عقدٌ لايقتضى صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسده كالوكالة و المضاربة. و حكم كلّ عقد فاسد حكم صحيحه فى وجوب الضمان و عدمه فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده و ما لم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده، و لأنّ الأصل براءة الذمة من الضمان، لأنّه قبض العين بإذن مالكها فلم يجب عليه ضمانها لعدم

١- (٤) رياض المسائل ١٥/١٠.

٢- (١) مفتاح الكرامة ٤١٤/١٩.

٣- (٢) القواعد ٣٠٤/٢.

٤- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ١١٧/٣، مسألة ٤٢٦٣.

موجب له مع هذا القبض»(١).

و اطلق بعضهم عدم الضمان و لم يقيّده بالعقد الصحيح كالمحقّق حيث قال: «العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلاّ بتعدٍّ أو تفريط و فى اشتراط ضمانها من غير ذلک تردّدٌ أظهره المنع»(٢).

و ابن حمزة فى الوسيلة(٣) و الشهيدين فى اللمعة و شرحها(٤).

و صرح المحقّق الثانى أيضا بعدم الضمان حيث يقول: «و المنفعة المستوفاة بالإجارة الفاسدة مضمونة بأُجرة المثل، و هل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم، و الذى ينساق إليه النظر كونها مضمونة، لأنّ التصرف فى العين غير جائز فهو بغير حقّ،

فيكون فى حال التصرف استيلاؤه عليها بغير حقّ و ذلک معنى الغصب، إلاّ أنّ كون الإجارة الفاسدة لاتضمن بها كما لاتضمن بالصحيحة مناف لذلک، فيقال: أنّه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقّا، و الأصل براءة الذمة من الضمان، فلاتكون العين بذلک مضمونة، إنّما يضمن المنفعة خاصة ولو لا ذلک لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأنّ استيلاءه بغير حقّ و هو باطل»(٥).

قال فى الجواهر: «قلت لايخفى عليک أنّ الذى عثرنا عليه من كلام الأصحاب فى المقام صريح فى عدم ضمان العين المستأجرة فى العقد الفاسد، كما صرّح به فى القواعد و جامع

١- (٤) تذكرة الفقهاء ٣١٨/٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٥) الشرائع ١٤٠/٢.

٣- (٦) الوسيلة /٢٦٧.

٤- (٧) الروضة البهية ٣٣١/٤.

٥- (١) جامع المقاصد ٢١٦/٦ و ٢١٥.

المقاصد و محكى التذكرة، بل فى مفتاح الكرامة(١) عن الرياض و المجمع التصريح بذلک أيضا فى مقام آخر من الإجارة، لعلّه لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كما استدلّ به فى التذكرة و الجامع، بل لم أجد من صرّح هنا بالضمان»(٢).

يمكن أن يستدل على القول بالضمان بوجهين:

الأوّل: خروجها عن قاعدة ما لا يضمن لأنّ موردها مورد العقد و متعلَّقه و هو فى الاجارة المنفعة، و لم يكن موردها متعلَّق متعلَّقه و هو العين فى الاجارة، فالعين باقية على كونها أمانة فى يد المستأجر و ليس عليها ضمان على القاعدة الأولية، ولكن الأردبيلى قيّد الإذن فى التصرف فى هذه الأمانة فى صحة العقد و المفروض بطلانه فيصح القول بالضمان لعدم جواز التصرف شرعا و المفروض تصرفه فينتج الضمان.

و قرّر هذا البيان صاحب الجواهر فى قوله: «و ذلک لأنّ المراد من الايجاب و السلب فيها ما كان مضمونا بسبب العقد، و ما لم يكن مضمونا كذلک على معنى أنّ الضمان و عدمه فيه مورد العقد كالمنفعة فى الإجارة و العين فى الهبة، و لا ريب أنّ عدم الضمان فى العين المستأجرة لامدخلية للعقد فيه و إنّما هو باعتبار كونها أمانة، فيدور الضمان فى الفاسدة حينئذ عليها، لا من القاعدة المزبورة و كذلک العين فى العارية، فمع فرض عدم الأمانة لما سمعته من تقييد الإذن بالصحة المفروض انتفاؤها يتجه ما نسباه - [الأردبيلى و سيّد الرياض] - إلى الأصحاب من الضمان حينئذ، خصوصا مع علم المستأجر بالفساد و خصوصا إذا كان الفساد من جهة الغصب و نحوه»(٣)

الثانى: ترجيح قاعدة اليد على قاعدة ما لايضمن عند المعارضة، و قرّر صاحب

١- (٢) مفتاح الكرامة ٤١٤/١٩ كما مرّ نص بيانه.

٢- (٣) الجواهر ٢٥٢/٢٧.

٣- (٤) الجواهر ٢٥٣/٢٧ و ٢٥٢.

الجواهر هذا الدليل بقوله: «و إن كان قد يوجّه على تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم على اليد المعارض للقاعدة المزبورة من وجه و يرجّح عليها بالنسبة المزبورة، و دعوى العكس باعتضادها بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من الرياض أخيرا من أنّه إذا كان الدفع بعنوان الصحة تكون الإذن كالمقيدة بذلک فمع الفساد ينكشف أن لا إذن فلا تكون أمانة»(۱).

ولكن تنظر صاحب الجواهر(۲) فی كلا الدليلين و تبعه شيخنا الأنصاری(۳) و هو المختار لأنّ المراد من مورد العقد فی القاعدة أعم من متعلّقه و متعلّق متعلّقه فتشمل العين، و قاعدة ما لايضمن حاكمة على قاعدة اليد لعدم وجود موضوع لها لو لا هذه الحكومة أصلاً بناءً على كون النسبة بينهما العموم المطلق أو غالبا بناءً على كون النسبة بينهما العموم من وجه.

و النسبة بينهما تصير مثل النسبة بين قاعدتی الفراغ و التجاوز، و الاستصحاب بحيث أنّهما حاكمان أو واردان على الاستصحاب و إلاّ لم يبق مورد لهما.

و الحاصل: الظاهر - و اللّه العالم - عدم ضمان العين المستأجرة بالعقد الفاسد فهذا الفرع يدخل فی القاعدة و لا يكون مورد نقض لها.

و منها: الصيد الذی استعاره المُحرِم مِن المُحِلّ

العارية الصحيحة لا يكون فيها الضمان فلابدّ أنّ الفاسدة منها كذلک ولكن الأصحاب حكموا بالضمان فی الصيد الذی استعاره المحرِم من المحلّ لأنّه يجب عليه ارساله و

۱- (۱) الجواهر ۲۵۲/۲۷.

۲- (۲) الجواهر ۲۵۳/۲۷ و قال: «و مع ذلک فالانصاف أنّه لا يخلو دعوى عدم الأمانة مطلقا حتّى فی صورة الجهل منهما من بحث و نظر كما هو واضح و اللّه العالم».

٣- (٣) المكاسب ١٩٤/٣.

الارسال هو الإتلاف و المُتْلِفُ ضامنٌ.

قال فى الشرائع: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلٍّ صيدا لأنّه ليس له امساكه، ولو أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه»(١).

و قال فى التذكرة: «لايحلّ للمُحْرِم استعارة الصيد من المحرم و لا من الُمحِلّ لأنّه يحرم

عليه إمساكه فلو استعاره وجب عليه إرساله و ضمن للمالک قيمته. ولو تلف فى يده ضمنه أيضا بالقيمة لصاحبه الُمحلّ و بالجزاء للّه تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساک و إن لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه إلى صاحبه برىء منه و ضمن للّه تعالى...»(٢).

و قال المحقّق الكركى بعد نقل مقال العلاّمة فى التذكرة: «و فى موضعين منه إشكال: أحدهما: أنّ وجوب الارسال مع كون الصيد ملكا لآدمى - و حقّ الآدمى مقدّم على حقّ اللّه تعالى - غير ظاهر، و إنّما الذى يقتضيه الدليل ردّه على مالكه و وجوب الجزاء للّه تعالى.

الثانى: وجوب القيمة للمالک الُمحِل لو تلف فى يده بغير تعدّ - مع عدم اشتراط الضمان أيضا غير ظاهر، لأنّ غاية ما هناک أنّها عارية فاسدة و كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و لأنّ المالک لما أعاره فقد رضى بعدم ثبوت الضمان عليه الذى هو مقتضى العارية، فلا وجه لتضمينه.

فالحاصل: أنّ الذى يقتضيه النظر خلاف الأمرين، لكن لم أظفر إلى الان بمخالف فإنّ المصنف فى التحرير(٣) قد صرح بالثانى و كذا المحقّق فى الشرائع»(٤).

١- (٤) الشرائع ١٣٦/٢.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٢٣٨/١٦، مسألة ٨٣.
٣- (٢) لم أجد ما ذكره فى التحرير المطبوع و الموجود فيه استعارة المحلّ صيدا من مُحْرِم راجع تحرير الأحكام الشرعية ٢٢١/٣، مسألة ٤٤٩٢، نعم يوجد فى تلخيص المرام فى معرفة الأحكام /١٤٠ له ما نصه: «العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلاّ أن... أو يستعير الصيد و هو محرم...». يمكن استفادة ما ذكره المحقّق الثانى من اطلاق كلامه.
٤- (٣) جامع المقاصد ٦٠/٦.

و قال ثانى الشهيدين: «لاشبهة فى عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحلِّ و المحرم لما ذكره المصنف [صاحب الشرائع] من تحريم إمساكه عليه، فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسدا؟ يحتمله للنهى، و عدمه لأنّ المعاملات لا يبطلها النهى إلاّ بدليلٍ خارجٍ. و عبارة المصنف [صاحب الشرائع] و غيره لا تدل على أحد الأمرين صريحا، لأنّ عدم الجواز أعمٌ من الفساد كما ذكرنا.

فعلى تقدير قبضه له إن ردّه على المالک لزمه الفداء للّه تعالى و برى ءَ من حقّ المالک و إن تلف فى يده فلا شبهه فى ضمانه الفداء للّه تعالى لأنّه ثابت عليه بمجرد الإمساک كما فى الصيد الذى ليس بمملوک حتّى لو كان المعير مُحرما أيضا فعلى كلّ واحد منهما فداءٌ.

و مقتضى عبارة المصنف و جماعة أنّه يضمنه مع التلف للمالک أيضا بالقيمة لأنّهم جعلوه من العوارى المضمونة و إن لم يشترط فيها الضمان و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم

استعارته لا يدّل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أمّا مع صحته فالأصل فى العارية عندنا أن تكون غير مضمونة إلاّ أن يدلّ دليل عليه و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه، و أمّا مع فسادها فلأنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح فى الضمان و عدمه - كما أسلفناه فى مواضع - قاعدة كلّية»(١).

أقول: نسبة القول بالضمان مع التلف إلى المحقّق و جماعة كما فى كلام ثانى الشهيدين رحمه الله لاتتم و استفادها قدس سره من إطلاق كلامهم، و يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان فى صورة التلف السماوى فهذه النسبة غير تام كما يأتى.

ص: ٣٧٤

١- (١) المسالک ١٣٩/٥.

قال فى الجواهر: «بل يجب عليه ارساله و حينئذ فلو أثم و أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلک فى العارية، و وجوب ذلک عليه لا ينافى ضمانه لمالكه و إن أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالارسال، فإنّ ذلک لا يقتضى ذهاب حرمة ماله كما لا يقتضى إبطال سببيّة الضمان الحاصلة من عموم قوله: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، و عدم الضمان بالعارية الفاسدة لقاعدة عدمه فى الصحيح منها مع تسليمها فى صورة العلم إنّما تتم فى التلف بغير تفريط لا الاتلاف.

و دعوى: عدمه فى المقام أيضا باعتبار كون تكليفه ذلک، يمكن منعها:

أوّلاً: لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه ترجيحا لحقّ المخلوق على حقّ الخالق.

و ثانيا: بعد تسليمها بمنع مادلّ على عدم ضمان العارية فى الفرض لاأقل من الشک فيبقى عموم من أتلف و أصالة احترام المال بحاله.

و على كلّ حال فمن ذلک ظهرلک أنّه لا وجه للإشكال فى الجزم بالضمان من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الدليل عليه لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ضرورة كون المراد الضمان فى الفرض المذبور و إن كان إطلاقهم يوهم ذلک، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه، فإنّه الموافق لذكر مسألة المحرم بخصوصه»(١).

و تبعه الشيخ الأعظم و قال: «أنّ وجه ضمانه - بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته - أنّ المستقر عليه قهرا بعد العارية هى القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذى هو سببٌ لضمان ملك الغير فى كلّ عقدٍ

ص: ٣٧٥

١- (٢) الجواهر ١٦٥/٢٧.

لا بسبب التلف»(١).

و استشكل الفقيه اليزدى على الشيخ الأعظم بقوله: «لكن يمكن منع المبنى [أى البناء على أنّه يجب على المحرم ارساله] فإن التخلّص عن الإمساك كما يمكن بالارسال كذلك يمكن بالدفع إلى المالك، مع أنّ حقّ المخلوق مقدّم على حقّ الخالق»(٢).

و العجب من المحقّق النائينى(٣) حيث قال فى توضيح ما أفاده الشيخ اُمورا ثلاثة أذكر لک مختصرها: الأوّل: وجوب الارسال هل هو حكم تكليفى محض أو أنّ الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكية و صار من المباحات بالأصل وجهان بل قولان أقواهما الثانى.(٤)

الثانى: لا فرق فى ضمان المستعير بين ما إذا كان المعير عالما بالموضوع و الحكم أم لا و كان جاهلاً.

الثالث: لو لم يرسل المستعير الصيد بل ردّه إلى المعير فهل يسقط به الضمان أم لا؟ قولان أقواهما الثانى.

أقول: المناقشة فى الأوّل و الثالث واضحةٌ و ناقضية هذا الفرع للقاعدة تبتنى على اُمور:

الأوّل: فساد عقد العارية المذكورة لورود النهى عن إمساک الصيد توسط الُمحْرِم.

الثانی: وجوب الإرسال علی المحرم و لا یکفی دفعه إلی مالکه.

الثالث: امساک المحرم الصید ثم ارساله فی حکم التلف.

ص: ۳۷۶

۱- (۱) المکاسب ۱۹۵/۳.

۲- (۲) حاشیة المکاسب ٤٦٠/١.

۳- (۳) المکاسب و البیع ۱/(۳۱۵-۳۱۳).

٤- (٤) فی هذه المقالة هو تابع للحاج آقا رضا الهمدانی فی حاشیته علی المکاسب /۷۳.

و یمکن أن یناقش فی الکلّ بصحة عقد العاریة لأنّ النهی فی المعاملات لا یدل علی الفساد، و لا یجب علیه إرساله بل یحرم علیه إمساکه و رفع الامساک ممکن بالردّ إلی مالکه و بالردّ خرج من الضمان، نعم یجب علیه الکفارة للّه تعالی، و إرسال المحرم الصید لا یکون تلفا بل یکون إتلافا کما علیه الأعلام فیشمله قاعدة الإتلاف کما نبّه علی الأخیر المحقّق النائینی(۱) و کما مرّ قبله من صاحب الجواهر و الشیخ الأعظم.

فرعٌ:

هل یثبت الضمان مع الارسال مطلقا، أم یختص بصورة جهل المعیر؟ ذهب الفقیه الیزدی إلی اختصاصه بصورة الجهل و قال: «هذا [الضمان] لا یتم فی صورة علم الدافع، فإنّه حینئذ یعدّ من المتلف لماله بدفعه إلی من هو مکلَّفٌ بإتلافه فلا وجه لاستقرار القیمة فی ذمّته خصوصا إذا کان جاهلاً بأنّه صیدا و بالحکم»(۲).

أقول: تم إسناد الإتلاف إلی المستعیر فهو ضامن ولو مع فرض علم المعیر و الاتلاف موجب للضمان کما مرّ عن المحقّق النائینی(۳) و تبعه تلمیذه السیّد الخوئی(٤).

و منها: المنافع غير المستوفاة من المبيع فاسدا

(٥)

البيع إذا كان صحيحا يقتضى الضمان المسمّى بالنسبة إلى العين و كذلک يقتضى الضمان مطلقا إذا كان فاسدا، و المنافع المستوفاة فى البيع يقتضى الضمان(٦) صحيحا كان البيع

١- (٥) المكاسب و البيع ١/٣١٥.

٢- (١) حاشية المكاسب ١/٤٦٠.

٣- (٢) المكاسب و البيع ١/٣١٤.

٤- (٣) مصباح الفقاهة ٣/١٠٧.

٥- (٤) يأتى تفصيل ضمان المنافع مطلقا فى الرابع من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحة ٣٩٥ و ما بعدها.

٦- (٥) كما قاله العلاّمة فى القواعد ٢/٢٣٨: «لايملک المشترى ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمنه و ما يتجدّد من منافعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال».

أو فاسدا لأنّ الاصل و هو العين تكون مضمونة و كذلک الفرع و هو المنفعة(١) و لأنّ المنافع على قسمين:

الأوّل: كانت من الأعيان و استيفاؤها يكون إتلافا لها نحو: البيضة بالنسبة إلى الدجاج و اللبن بالنسبة البقرة و الصوف بالنسبة إلى النعجة.

الثانى: كانت من غير الأعيان و استيفاؤها بمنزلة التلف نحو: السكنى فى الدار و الركوب فى السيارة و نحوها و حيث كان الأصل مضمونا يكون فرعه أيضا مضمونا و لعموم قوله صلى الله عليه و آله :

على اليد ما أخذت حتّى تؤدى و لأنّه أثبت يده على العين بغير استحقاق - على فرض بطلان المعاملة - و المالک الذى سلّطه على العين رضى بكونه تحت يده فى مقابلة الثمن و صحة المعاملة فإذا بطلت المعاملة و الثمن لا يرضى المالک بفوات منافعه ولو لم يستوفها المشترى السابق.(٢)

فالمنافع المستوفاة موردٌ للضمان فى البيع الصحيح و الفاسد بما مرّ و بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

ولكن عدّت المنافع غير المستوفاة موردا لنقض القاعدة لأنّها فى الصحيح ليس لها ضمان ولكن حكموا بأنّها فى الفاسد تكون مضمونة.

لايقال: ضمان العين يستتبع ضمان المنافع - المستوفاة منها و غير المستوفاة - فى العقد الصحيح كان أو فاسدا. فيدخل المنافع بِكلَى قسميها فى أصل القاعدة أعنى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لا نقيضها و سلبها.

١- (٦) كما استدل به المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٣٢٤/٦ و تبعه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٣٥٧/١٨.

٢- (٧) كما نبّه عليها الفقيه العاملى فى مفتاح الكرامة ٣٥٨/١٨.

لأنا نقول: الثمن فى العقد الصحيح يقع بإزاء أصل العين لا منافعها و إن كانت المنافع تكون من دواعى المعاملة ولكن لايقع فى قبالها ثمن، فالمنافع بقسميها خارجة عن مورد العقد و لا تدخل تحت عنوان أصل القاعدة و لا نقيضها. فلايعدّ مِنْ نقوض نقيض القاعدة. و لابدّ من ثبوت ضمانها و عدمه من ملاحظة دليل آخر نحو قاعدة الإتلاف أو قاعدة الإحترام و نحوها. هذه إجابة الشيخ الأعظم(١) عن النقض بتوضيح منّا و تبعه المحقّق الإصفهانى(٢).

ولكن يمكن أن يناقش عليه بأنَّ بيانه هذا ينافى ما مرّ منه قدس سره من أنّ مورد العقد عنده يكون أعمّا من متعلَّق العقد و متعلَّق متعلَّقه حيث مثّل بمورد العقد بعدم ضمان العين المستأجرة فاسدا(٣) فلا يمكن الجمع بين البيانين.

ولكن الفقيه اليزدى أجاب عن النقض ببيان آخر و قال: «المنافع و إن لم تكن مقابلة بالمال إلاّ أنّها ملحوظة فى القيمة و زيادة الثمن و هذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونة، و من هنا يعرف حال الشروط فإنّه لو فرض شرط الخياطة فى عقد فاسد فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامنا، لأنّ فى الصحيح و إن لم يكن الشرط مقابلاً بالمال إلاّ أنّه ملحوظ فى زيادة الثمن و نقصانه، فكأنّه مقابل بالمال و لذا اشتهر أنّ للشرط قسطا من الثمن يعنى فى اللبّ، فتدبّر»(٤).

و فيه: ردّ المحقّق الأصفهانى عليه بقوله: «أنّ هذا المعنى لا يحقّق ضمانين بالإضافة إلى المنفعة و العين، و الاشكال فى كون المنافع [غير المستوفاة] مضمونة على حدِّ ضمان العين فى

١- (١) راجع المكاسب ١٩٥/٣.

٢- (٢) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

٣- (٣) المكاسب ١٩٣/٣.

٤- (٤) حاشية المكاسب ٤٦١/١.

الفاسد مع أنّها غير مضمونة فى الصحيح»(١).

و بعبارة أُخرى: دخالة المنافع فى زيادة الثمن لا يستلزم ضامنها بغير ضمان العين و دونه كما أنّ الشروط لها دخل فى زيادة القيمة مع أنّها لا تدخل فى الضمان. و ثبوت الضمان فى مثل الخياطة

فلأجل احترام العمل و استناد تحققه فى الخارج إلى أمر المشروط له فلا صلة له بالمقام كما نبّه عليه المحقّق السيّد الخوئى(٢).

و أجاب المحقّق الأصفهانى مضافا إلى جواب الشيخ الأعظم بإجابة ثالثة و هى: «نعم، ربّما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمنا لضمان المنافع الفائتة فى الصحيح و الفاسد كما إذا كانت العين لها أمد خاص و عمر مخصوص فإذا أمضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين، فهذا النقص ملحوظ فى الصحيح و الفاسد، فلا فرق حينئذ بين القول بضمان العين و المنافع معا أو ضمان العين تامة فتدبر»(٣).

و فيه: نعم مُضىّ مدّة خاصة من عمر العين و إن اوجب نقصانا فيها إلاّ أنّ الضمان حينئذ بالعين لا المنافع التى لم يستوفى و لذا اعترف فى آخر كلامه بعدم الفرق حينئذ، كما ذكره تلميذه المحقّق السيّد الخوئى(٤) قدس سره .

و للمحقّق النائينى إجابة رابعة للنقض - و يمكن عدّها توضيحا لكلام الشيخ الأعظم - قال: أنّ المدار على مورد العقد و مصبه و متعلَّقه و هو فى البيع العين، فالعين فى البيع الصحيح مضمون و كذلک فى الفاسد ولكن «منافع العين التى تعلق بها البيع حيث أنّ المنفعة فى البيع ليست متعلَّقة للعقد و لا يبذل بازائها الثمن، بل الثمن يقع بإزاء العين و إن

١- (١) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١٠٨/٣.

٣- (٣) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

كان يتفاوت ثمنها بواسطة المنفعة لتفاوت الرغبة بالنسبة إلى العين بواسطة التفاوت فى منفعتها، لكان خارجا عن مورد تلك القاعدة [أى قاعدة ما يضمن]فلا يرد النقض بضمان المنافع التى لم يستوفها فإنّها غير مضمونة فى العقد الصحيح مع أنّها مضمونة فى العقد الفاسد، و ذلک لأنّ تلک المنافع ليست متعلقة العقد حتّى يكون ضمانها فى حال

فساد العقد مع ضمانها فى حال صحته نقضا للقاعدة»(١).

و قال فى تقريراته الأُخرى: «أنّ مورد الأصل و العكس هو مورد العقد و مصبه لا ما هو خارج عنه و إنّما حكم بتبعيّته له شرعا، أو التوقف استيفاء المنفعة عليه، و من هذا الأمر ظهر عدم ورود النقض بالنسبة إلى المنافع، و لا تلف العين المستأجرة، و لا تلف الحمل و نحو ذلک من النقوض»(٢).

أقول: أنت ترى أنّ هذه الإباحة هى جواب الشيخ الأعظم بتوضيح من المحقّق النائينى كما مرّ، ولكن زاد تلميذه السيّد الخوئى فى إجابته: «و إنّما المنافع فى الصحيح تابع للعين بحكم الشارع و فى الفاسد حيث أن العين لم تنقل إلى القابض فيضمن منافعها»(٣).

ثم ردّ عليه بقوله: «أنّه لو صح ذلک فلازمه الحكم بالضمان فيما لايضمن بصحيحه كالهبة الفاسدة، بديهة أنّ المنافع فى الهبة الصحيحة تابعة للعين و حيث أن العين لم تنقل إلى المُتَّهِبِ فى الهبة الفاسدة فتضمن منافعها»(٤).

يعنى: يتولد من هذه الإجابة مورد نقض آخر و هو ضمان المنافع فى الهبة الفاسدة مع أنّ فى صحيحها ليس ضمان.

١- (١) المكاسب و البيع ٣٠٨/١.

٢- (٢) منية الطالب ٢٧٣/١.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

٤- (٤) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

و للمحقّق البجنوردى إجابة خامسة على طرف النقيض من إجابة الشيخ الأعظم و النائينى و الأصفهانى لأنّهم يقولون بخروج المنافع عن العين فى قبال الضمان و المسمّى ولكنّه يقول بتبعية المنافع للعين من جهة الضمان و المسمّى قال: «إنّ الضمان فى الصحيح عبارة عن المسمّى، و المسمّى فى الصحيح موجود بدل العين، فبعوض ملكيّة العين يشتغل ذمّته بالمسمّى، و المنافع مطلقا سواء كانت مستوفاة أو غير مستوفاة من توابع العين، فإذا كانت العين مضمونة فالمنافع أيضا مضمونة، كما هو الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله : الخراج بالضمان، أىّ المنافع التى للعين تكون لمن انتقل إليه العين بواسطة ضمان المسمّى، فكان المسمى فى البيع الصحيح عوض العين و منافعه، فلا نقض»(١).

و تبعه السيّد الخوئى و قال: «كلّ من العين و المنفعة مورد للعقد، نهاية الأمر أنّ العين

مورد للعقد بالإصالة و المنافع مورد له بالتبعية، و من الواضح أنّ عقد البيع ممّا يضمن بصحيحة و فاسده، سواء فى ذلک نفس المبيع و منافعه و إذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة طردا بالبيع الفاسد»(٢).

أقول: السيّدان يتبعان المحقّق الخراسانى رحمه الله و قد مرّت مقالته فى الثانى من مدارک قاعدة ما يضمن تحت عنوان تنبيه ذيل خبر اليد حيث يقول: «قضية كونها [العين[مضمونة ضمان منافعها»(٣)، و مرّ منّا اختيار هذا الكلام، و كذا مرّ من أنّ مورد العقد يكون أعما من متعلّق العقد و متعلَّق متعلَّقه فالمنافع تدخل القاعدتين و حينئذ، لابدّ لنا من القول بتبعية المنافع للعين و إذا كانت العين مضمونة فالمنافع كذلک بلافرق بين المستوفاة منها و غير المستوفاة و لا تنقض القاعدة كما عليه السيّدان البجنوردى و الخوئى و الحمدللّه.

١- (٥) القواعد الفقهية ١٢٤/٢.

٢- (١) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

٣- (٢) حاشية المكاسب /٣١ للمحقّق الآخوند الخراسانى قدس سره .

و منها: الضمان فى حمل المبيع إذا كان البيع فاسدا

إذا كان المبيع حيوانا حاملاً فإمّا أن يكون كلّ منهما يدخل فى المبيع و يقسّط الثمن عليهما فحينئذ لا إشكال على الضمان بالنسبة إلى كليهما فى البيع الصحيح أو الفاسد.

و أمّا إذا كان المبيع خصوص الأُمّ فقط فيبقى الحمل أمانة عند المشترى إلى الولادة و بعدها يسلّمه إلى البائع فحينئذ إذا كان البيع صحيحا فلا إشكال فى ضمان الأمّ و عدم ضمان الحمل و أمّا إذا كان البيع فاسدا فضمان الأُمّ يكون على القاعدة ولكن جماعة ذهبوا إلى ضمان الحمل التالف و بالنسبة إلى ضمان الحمل يكون نقضا لقاعدة ما لايضمن، لأنّ فى صحيحه ليس الضمان ولكن يكون فى فاسده ضمانا.

و من القائلين بالضمان شيخ الطائفة لأنّه يرى دخول الحمل فى المبيع تبعا قال: «و إن باع بهمية أو جارية حاملاً و استثنى حملها لنفسه لم يجز لأنّ الحمل يجرى مجرى عضو من أعضائها»(١).

ولكن على هذا المبنى لا يكون نقضا لقاعدتنا بل يدخل فى أصل قاعدة ما يضمن.

ولكن قال: «من غصب جارية حاملاً ضمنها و حملها معا، و ولد المشتراة شراءً فاسدا مثل ذلك و فى الناس من قال لا يضمن»(٢).

و منهم: المحقّق قال فى الشرائع: «و غصبُ الأَمَةِ الحاملِ غصبٌ لولدها، و لثبوت يده عليهما. و كذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد»(٣).

و منهم: العلاّمة فى التذكرة(٤) و الإرشاد(٥) و التحرير قال فى الأخير: «ولو اشترى

١- (٣) المبسوط ١٥٦/٢.

٢- (٤) المبسوط ٦٥/٣.

٣- (١) الشرائع ١٨٥/٣.

٤- (٢) تذكرة الفقهاء ٣٧٦/٢ سطر ٣٤ من كتاب الغصب، الطبع الحجرى.

٥- (٣) إرشاد الأذهان ٣٦٢/١.

بالبيع الفاسد الأمة الحامل أو الدابةَ الحاملَ، ضمن الأصل و الحمل معا»(١).

ولكن العلاّمة فى القواعد أفتى بعدم الضمان و قال: «و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد و السؤم»(٢).

و تبعه جماعة منهم: الشهيد قال: «و غصب الحامل غصب الحمل، أمّا حمل المبيع فاسدا أو المستام فلا ضمان فيه، و قال الفاضل: يضمن الحمل فى البيع الفاسد، و لعلّه أراد مع اشتراط دخوله»(٣).

و منهم: المحقّق الثانى قال: «أما حمل الغصب فإنّه مغصوب كالأصل، و أمّا حمل المبيع فإنّه ليس مبيعا، إذ لا يندرج الحمل فى بيع الأُمّ، فيكون أمانة فى يد المشترى لأصالة عدم الضمان، و لأنّ تسلمه بإذن المالک الذى هو البائع»(٤).

و منهم: الشهيد الثانى قال: «و أمّا ضمان حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد فإنّما يتم مع دخوله معها فى البيع إمّا تبعا كما يقوله الشيخ(٥) أو مع الشرط(٦). أمّا لو لم يكن داخلاً لم يتّجه ضمانه، لأنّه مقبوض بإذن المالک و ليس مبيعا فاسدا حتّى يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه، و مثله القول فى

المقبوض بالسؤم بالنسبة إلى الحمل، فإن كان السؤم لهما ضمنهما على القول بضمان الأُمّ، و إن كان لها خاصة اختصّ بها.

و قد اختلف كلام العلاّمة فى المسألة ففى التحرير جزم بضمان الأمة و الحمل معا كما

١- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٢/٤.

٢- (٥) القواعد ٢٢٣/٢.

٣- (٦) الدروس ١٠٨/٣.

٤- (٧) جامع المقاصد ٢٢٠/٦.

٥- (٨) كما مرّ كلام الشيخ فى المبسوط ١٥٦/٢.

٦- (٩) كما مرّ آنفا من الشهيد فى الدروس ١٠٨/٣.

ذكره المصنف [صاحب الشرائع] و فى القواعد جزم بعدم ضمان الحمل و هو الأصح و لا إشكال مع دخوله فى البيع»(١).

و ذهب إلى عدم الضمان فى الروضة(٢).

و منهم: المحقّق الأردبيلى قال: «و أمّا عدم الضمان فى المأخوذ بالبيع الفاسد أو المأخوذ بالسؤم فإن الحمل و إن كان مقبوضا إلاّ أنّه غير مبيع بالبيع الفاسد و لامأخوذ بالسؤم فلا يدخل تحت ما يدل على ضمانه مثل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، نعم إن اشترى مع الحمل يكون حكمه حكم الحامل هنا فتأمل»(٣).

و منهم: السيّد العاملى قال بعد نقل القائلين بعدم الضمان: «و لعلّه قضية كلام الباقين إلاّ من ستعرفه [فى كلامه و قد مرّ فى كلامنا] لأنّه ليس مبيعا فيدخل فى البيع فيكون أمانة فى يد المشترى لأصالة عدم الضمان و لأنّ تسلّمه بإذن البائع»(٤).

أقول: يظهر لک ممّا ذكرناه إنّ النزاع بين القوم لفظى(٥) لأنّ القائل بالضمان أراد صورة كون الحمل جزءً من المبيع كما مرّ الاعتراف به من الشيخ فى المبسوط(٦) أو أراد صورة اشتراط دخول الحمل فى المبيع كما يظهر من العلاّمة فى الإرشاد حيث يقول: «ولو باع الحامل فالولد له [أى للبائع] إلاّ أن يشترطه المشترى»(٧) و مرّ من الشهيد(٨) فى توجيه

١- (١٠) المسالک ١٥٥/١٢.

٢- (١) الروضة البهية ٢٤/٧.

٣- (٢) مجمع الفائدة و البرهان ٥١١/١٠.

٤- (٣) مفتاح الكرامة ٧٤/١٨.

٥- (٤) كما نبّه عليه المحقّق الخوئى فى مصباح الفقاهة ١١٠/٣.

٦- (٥) المبسوط ١٥٦/٢.

٧- (٦) إرشاد الأذهان ٣٦٦/١.

٨- (٧) الدروس ١٠٨/٣.

كلام العلاّمة و القائل بعدم الضمان أراد خروج الحمل من البيع فلا نزاع و لا نقض على القاعدة.

لأنّه على الفرض الأوّل يدخل فى

أصل القاعدة و على الفرض الثانى يدخل فى نقيضها فلانقض أصلاً و للّه الحمد.

و منها: الشركة الفاسدة

قال الشيخ الأعظم: «و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة، بناءً على أنّه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترک حينئذ عدوانا موجب للضمان»(۱).

قال شيخنا الأُستاذ قدس سره : «و وجه النقض أنّ مع صحة عقد الشركة و جواز تصرف

كلّ من الشريكين فى مال المشترک يكون المال المزبور فى يد كل منهما كالمال فى يد الوكيل أمانة مالكية فلا يضمن، بخلاف صورة فساد عقدها و البناء على عدم جواز التصرف فى مال الشريک فإنّه تكون يده على مال صاحبه، يد عدوان فيضمن و هذا ينافى القاعدة المزبورة فى عكسها»(۲).

و قبله قال السيّد البجنوردى فى توضيح النقض: «الظاهر أنّ مراده [أى مراد الشيخ الأعظم] شركة الأموال بعقد الشركة فيكون النقض عبارة عن أنّ أحد الشريكين مثلاً فى الشركة الصحيحة لو تصرّف فى المشترک و صار تحت يده - كما هو المتعارف عند الشركاء - فتلف ذلک المال من دون تعدّ و تفريط لا يكون ذلک الشريک ضامنا لحصّة شريكه الآخر و هذا مقتضى صحة عقد الشركة، و أمّا لو لم يكن العقد صحيحا و كانت الشركة فاسدة فيكون ذلک الشريک ضامنا لقاعدة «و على اليد ما أخذت حتّى تؤديه» و لابدّ من فرض

۱- (۸) المكاسب ۱۹٦/۳.

۲- (۱) إرشاد الطالب ۱٥٤/۲.

التلف فى صورة عدم إذن ذلک الشريک الآخر فى التصرف، فلا إذن من طرف المالک و لا أنّ جواز التصرف مقتضى عقد الشركة فلا يكون المال لا أمانة مالكية و لا أمانة شرعية فتكون اليد يد ضمان...»(۱).

أقول: يمكن أن يناقش فى النقض أوّلاً: تفريع الضمان على الحكم التكليفى كما هو ظاهر كلام الشيخ الأعظم لا يتم لعدم وجود التلازم بينهما، اللهم إلاّ أن يقال بأن عدم الجواز فى كلامه قدس سره هو عدم الجواز الوضعى لفساد عقد الشركة.

و ثانيا: بعد فساد عقد الشركة لو فوّض كلّ منهما زمام ماله إلى شريكه العرفى - لا الشرعى - و جعله أمينا فى ماله فلا ضمان عليه لو تلف من دون إفراط و لا تفريط فلا يفرق فى عدم الضمان بين الشركة الصحيحة أو الفاسدة و لا وجه لتوهم النقض(٢).

ثم ما ذكر من موارد النقض على القاعدة أصلاً أو نقيضا على فرض تمامية تلك الموارد - و لم تتم كما مرّ - لا توجب ردا و طعنا عليها لأنّها عام قابل للتخصيص و التقييد كما لا يخفى(٣).

١- (٢) القواعد الفقهية ١٢٦/٢.

٢- (٣) راجع مصباح الفقاهة ١١١/٣.

٣- (٤) كما نبّه عليه الحاج آقا رضا الهمدانى فى حاشيته على المكاسب /٧٩ و تبعه المحقّق الخمينى فى البيع ٣٠٧/١ .

الثالث: وجوب ردّ المبيع فاسدا إلى مالكه فورا

اشارة

هذا حكم تكليفى فى المقام ادعاه الشيخ الأعظم و استدل عليه بوجوه ثلاثة:

الأوّل: الإجماع

اشارة

فإنّه يدعى قدس سره ورود الاجماع المنقول الوارد فى كلمات جماعة من الأصحاب - قدس اللّه أسرارهم - .

ولكنه لم يذكر إلاّ المحقّق الأردبيلى لأنّه قال فى مجمع الفائدة: «و مع علمه بالفساد و بعدم جواز تصرفه و حفظه و وجوب رده إلى مالكه معجلاً كالمغصوب، و ذلک قد يكون بعلمه بطلب من المالک على تقرير الفساد و عدم رضاه بكونه عنده و فتوى العلماء له بذلک فهو ضامن...»(۱).

و قال الشيخ الأعظم: «الثانى من الأمور المتفرعة على عدم تملّک المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّه فورا إلى المالک، و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه»(۲).

أقول: ثبوت الإجماع فى المسألة بقول الواحد الذى يدعى هو فتوى العلماء على قسم خاص من الفرع - و هو فرض علم المشترى بالفساد و طلب المالک له - فى غاية الاشكال و منعه واضح ثم ظاهر الشيخ الأعظم حرمة التصرف فى مال الغير يكون دليلاً على وجوب الردّ و هذا تامٌّ على مبنى الذين يقولون: انّ حرمة الضد يقتضى وجوب ضده، ولكنّه لم يتم حتّى عنده قدس سره ، فلا يكون هذا مراده بل لعلّ مراده فهم العرف من حرمة التصرف فى مال الناس يقتضى لزوم الرد إلى المالک.

۱- (۱) مجمع الفائدة و البرهان ۱۹۲/۸.

۲- (۲) المكاسب ۱۹۹/۳.

فرع: مؤونة الرد على من؟

هذا الفرع محلّه فى ختام البحث ولكن قدّمه الشيخ الأعظم و نحن نقتفى أثره: قال العلاّمة فى تذكرة الفقهاء: «إذا اشترى شراءً فاسدا وجب عليه ردّه على مالكه، لعدم خروجه عنه بالبيع، و عليه مؤونة الرد كالمغضوب لوجوب لا يتمّ الواجب إلاّ به»(۱).

و قال المحقّق الثانی فی جامع المقاصد: «فرعٌ: علی المشتری مؤونة ردّ المبیع فاسدا إن کان له مؤونة کالمغضوب و لا یرجع بالنفقة إلاّ إذا کان جاهلاً بالفساد، إذ لا یعدّ متبرِّعا

بنفقته، إذ لم یُنفق إلاّ بناءً علی أنّه ماله، فإذا فات ذلک رجع کلٌّ إلی حقّه و جعل فی التذکرة(۲) البائع غارّا»(۳).

ثم الشیخ الأعظم یرتضی قول العلاّمة ب- «أنّ مؤونة الرد علی المشتری»(٤) ولکنّه ذهب ألی أنّ علیه مؤونة عادیة و أمّا الکثیرة یقیّد بأدلة نفی الضرر فینفی، قال: «اطلاقه یشمل ما لو کان فی ردّه مؤونة کثیرة إلاّ أن یقیّد بغیرها بأدلة نفی الضرر»(٥).

و اعترض علیه السیّد الیزدی و قال: «علی تقدیر وجوب الردّ حتّی مع علم الدافع یمکن أن یقال بکفایة التخلیة ثم علی فرض کون الردّ واجبا و کون مؤونته علی القابض إنّما یتم فیما إذا کان هو الناقل له عن مکانه، و أمّا إذا کان فی مکان القبض و قد انتقل البائع إلی بلد آخر فلا دلیل علی وجوب نقله إلی ذلک البلد و کون مؤونته علی القابض فتدبر»(٦).

۱- (۳) تذکرة الفقهاء ۲۹۲/۱۰، مسألة ۱۲۷.

۲- (۱) تذکرة الفقهاء ۲۹۳/۱۰.

۳- (۲) جامع المقاصد ٤۳٥/٤.

٤- (۳) مرّ قوله فی تذکرة الفقهاء ۲۹۲/۱۰.

٥- (٤) المکاسب ۱۹۹/۳.

٦- (٥) حاشیة المکاسب ٤٦٤/۱.

و قال أيضا: «لافرق بين الكثيرة و اليسيرة فى كونه ضررا، إلاّ أن يراد بالكثيرة ما يكون فيه اجحاف، فتدبر»(۱).

و قال المحقّق النائينى: «إنّما الكلام فى أنّ مؤونة الردّ على القابض مطلقا أو على المالک كذلک أو فيه تفصيل؟ وجوه، و الأقوى هو الأخير.

و حاصله: أنّه لو كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه - طبعا - ردّ مال الغير فهو على القابض، ولو لم يكن كذلک بأن كانت زائدة عليه فلا يجب عليه، و ذلک لأنّ الحكم المجعول إذا اقتضى فى طبعه مقدارا من الضرر فهو مخصّص لقاعدة الضرر، و لاأقل من عدم حكومتها عليه. نعم، لو احتاج الردّ إلى المؤونة الزائدة على المتعارف بحيث صار وجوبه بدون جبرانه من المالک اجحافا على القابض فأدلة لا ضرر حاكمة عليه.

ثم لا فرق فى وجوب الردّ إذا كان متوقّفا على المؤونة المتعارفة بين نقل القابض المال عن مكانه إلى بلدٍ آخر، أو لا مع وجود المالک فى بلد القبض.

و أمّا إذا كان المقبوض فى بلد القبض و انتقل المالک إلى مكان آخر فلا يجب نقله إليه، بل يردّه إلى وكيله أو الحاكم، لعدم دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالک فى هذه الصورة.

و يشكل الأمر لو نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر و انتقل المالک أيضا إلى بلد ثالث فيحتمل أن لا يكون الردّ إلى بلد القبض أو البلد الذى انتقل إليه المالک واجبا، إلاّ إذا كان فى بلد القبض خصوصية بأن يكون قيمته أغلى أو راغبه أزيد أو نحو ذلک.

و على أىّ حال، الردّ إلى البلد الذى انتقل إليه المالک لا دليل عليه، إلاّ إذا نقله القابض أيضا إلى هذا البلد، فإنّه مع مطالبته يجب دفعه إليه، لأنّ ماله موجود و يستحق

١- (٦) حاشية المكاسب ١/٤٦٤.

المطالبة فيجب ردّه إليه»(١).

و اعترض عليه تلميذة المحقّق السيّد الخوئى و قال: «و يرد عليه: أن وجوب الردّ فى نفسه

لايقتضى أىّ ضرر إذ قد يكون الردّ غير محتاج إلى المؤونة اصلاً، فالمؤونة أمر قد يحتاج إليه الردّ، و قد لا يحتاج إليه ذلک، و إذن فدليل نفى الضرر يقتضى اختصاص وجوب الردّ بما لايحتاج إلى مؤونة.

ثم اعترض على تفصيل الشيخ الأعظم - أى الفرق بين المؤونة القليلة و الكثيرة - بقوله: «فإن تحمل الضرر مرفوع فى الشريعة المقدسة و لا فرق بين قليله و كثيره».

ثم اختار: «نعم، لا بأس بالالتزام بكون المؤونة على القابض فيما إذا كانت المؤونة من القلّة بمرتبة لا تعدّ ضررا عرفا»(٢).

الثانى: التوقيع الشريف

المروى بسند صحيح عن أبيالحسين محمّد بن جعفر الأسدى الثقة قال: كان فيما و رد علىَّ من الشيخ أبيجعفر محمّد بن عثمان العَمْرِىّ - قدس اللّه روحه - فى جواب مسائلى إلى صاحب الدار عليه السلام :... فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف فى مال غيره بغير إذنه فكيف يحلّ ذلک فى مالنا؟! التوقيع.(٣)

بناءً على أنّ الإمساک آنا ما مصداق للتصرف الحرام، فيجب التخلّص منه بردّه فورا إلى مالكه.

١- (١) منية الطالب ٢٧٦/١.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١٢٥/٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، و مختصرا فى وسائل الشيعة ٣٨٦/٢٥، ح٤، الباب ١ من أبواب الغصب.

تنبّه الشيخ الأعظم إلى وجود مناقشة فى هذا الاستدلال و قال: «ولو نوقش فى كون

الامساک تصرفا»(١).

و مراده: عدم صدق التصرف على مجرد الإمساک حتّى يكون منهيّا عنه لأنّ التصرف مأخوذ من الصرف فيراد به التقليب و التقلُّب.

بل يمكن ان يقال: بخروج الإمساک عن التصرف موضوعا و تخصصا، لعدم صدق التصرف فيه و يؤيده كلاما شيخ الطائفة و ابن ادريس الآتيان فى آخر البحث.

بتوضيح: أنّ القابض بالعقد الفاسد - بلا فرق بين العقود المعاوضى و غير المعاوضى - تارة يمتنع عن ردّ المقبوض إلى مالكه حتّى مع مطالبته، و أُخرى لا يمتنع عن ذلک:

فعلى الأوّل: لا شبهة فى حرمة إمساكه لأنّه من أظهر مصاديق الغصب.

و على الثانى: لا يجب ردّه إلى مالكه لا فوريا و لا غيره، لانّ لا يجب على القابض إلاّ التخلية بين المال و مالكه و أمّا الزائد فلا شىء عليه.(٢)

الثالث: النبوى الشريف

الوارد فى خطبة الوداع لرسول اللّه صلى الله عليه و آله أنّه قال: أيها الناس إنّما المؤمنون إخوة، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلاّ عن طيب نفس منه.(٣)

قال الشيخ الأعظم فی تقریب الاستدلال به: «حیث یدلّ علی تحریم جمیع الأفعال المتعلّقة به، التی منها کونه فی یده»(٤).

مراده: أنّ «لا یحلّ» منسوب إلی الذات - و هو المال - فلابدّ من تقدیر الفعل

١- (١) المکاسب ٣/٢٠٠.

٢- (٢) کما فی مصباح الفقاهة ٣/١٢٠.

٣- (٣) وسائل الشیعة ٥/١٢٠، ح٣، الباب ٣ من أبواب مکان المصلی.

٤- (٤) المکاسب ٣/٢٠٠.

المناسب، و حیث لا تکون قرینة علی تحدید فعل خاص لزم تحریم جمیع الأفعال و الشؤون المتعلّقة بالمال و منها إمساکه لأنّ حذف المتعلّق یدل علی العموم.

و یناقش فیه: بوجود القرینة للتعین و هی أنّ الحلیة أو الحرمة إذا اسندت إلی الأعیان فلابدّ أن یراد بها الحلیة أو الحرمة التکلیفیان، ففی النبوی یکون المراد به عدم جواز الانتفاع به أو عدم جواز تملّکه و علی التقدیرین لاتدل علی حرمة الإمساک.

نعم، یحتمل أن یکون المقدَّر مطلق التصرف، و هو أیضا لا یفید، لأنّه قد مرّ خروج الإمساک عن التصرف موضوعا و عن حرمته تخصصا.

هذا کلّه فی أدلة الشیخ الأعظم فی المقام.

و استُدِلَّ علی حرمة الإمساک و وجوب الردّ بحدیث «علی الید» بتقریبین:

الأوّل: ما ذكره المحقّق النائينى إذ قال: «عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» فإنّه و إن لم يكن متعرّضا للحكم التكليفى بالدلالة المطابقية إلاّ أنّه متعرض له بالدلالة الالتزامية فإن استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الرد لأنّه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلاّ وجوب ردّ العين مادامت باقية و ردّ المثل أو القيمة لو كانت تالفةً، فحرمة إمساک مال الغير من غير إذنه و وجوب ردّه إليه فورا بالفورية العرفية لا أشكال فيه»(۱).

و اعترض عليه تلميذه المحقّق السيّد الخوئى بعد قبوله الملازمة هنا ولكن قال: «الحكم التكليفى الملازم للحكم الوضعى - هنا - ليس هو وجوب ردّ العين إلى صاحبها لكى تترتب عليه حرمة الإمساک، و إنّما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين المال و مالكه، و أمّا الزائد على ذلک فلم يدل عليه دليل شرعى و لا عقلى»(۲).

۱- (۱) منية الطالب ۲۷٤/۱.

۲- (۲) مصباح الفقاهة ۱۲۳/۳.

الثانى: ما ذكره المحقّق الإيروانى فى قوله: «فالأولى تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد، فإنّه إن لم يكن مقصورا ببيان التكليف فلا أقل من أن يعمّ الوضع و التكليف جميعا بتقريب أنّ مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها و دفع البدل مع التلف»(۱).

ثم اعترض عليه المحقّق السيّد الخوئى بوجوه ثلاثة: «أوّلاً: ارادة الحكم التكليفى من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال لأنّ الحكم التكليفى لا يتعلق بالمال نفسه، و ارادة الحكم الوضعى منه لا يحتاج إلى تقدير شيءٍ أصلاً فلا يمكن الجمع بين الحكمين إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

و ثانيا: الغاية الواردة فى الحديث تناسب مع الحكم الوضعى فقط لا الحكم التكليفى و لاالجمع بينهما، لأنّه إذا أُريد من النبوى الحكم التكليفى كان معناه: أنّه يجب ردّ المال المأخوذ من مالكه بدون إذنه حتّى تؤديه أىّ حتّى تردّه إلى صاحبه و لا شبهة فى أنّ هذا الاستعمال مستهجن جدا.

و ثالثا: قد مرّ أن حديث على اليد ضعيف السند»(٢). انتهى ملخصا.

أقول: قد مرّ الوثوق بصدور الحديث و يمكن أن يكون ذكر الغاية للتأكيد و التغليظ و حيث يكون التقدير اللازم واضحا و لذا حُذِفَ و عليه يمكن الذهاب إلى الجمع بين الحكمين، و لا سيّما على القول المختار من جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد و يتم استدلال المحقّق الإيروانى قدس سره .

ثم لابدّ من التنبيه على أمرين:

١- (٣) حاشية المكاسب ١٢٤/٢.

٢- (٤) مصباح الفقاهة ١٢٤/٣ و ١٢٣.

الأوّل: عدم الفارق فى وجوب الردّ بين العقود المعاوضيّة الفاسدة و العقود غير المعاوضيّة الفاسدة لأنّه بعد بطلان العقد لا يبقى للآخذ وجه شرعى فى تصرفاته، نعم إذا أذن له المالك من جديد فلا بأس بها أو إذا علم رضا المالك فى بعض تصرفاته فلا بأس بذلك البعض كما هو الواضح.

الثانى: ما ورد فى كلام شيخ الطائفة من عدم الإثم فى إمساكه فى قوله: «إذا باع عبدا بيعا فاسدا و أقبضه لم يملك بالقبض و لم ينفذ عتقه و لا شىء من تصرفه... و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه لأنّ ملك الأوّل لم يزل عنه فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه و لا إثم عليه لأنّه قبضه بإذن مالكه...»(١).

و تبعه ابن ادريس و قال: «متى ابتاع بيعا فاسدا فهلک المبيع فی يده أو حدث فيه فساد کان ضامنا لقيمته... و لأرش ما نقص من قيمته بفساده لأنّه باق علی ملک صاحبه ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشیء المغصوب إلاّ فی ارتفاع الإثم بإمساکه»(۲).

يحملان إمّا علی ما مرّ من خروج الإمساک عن التصرف موضوعا و تخصصا لعدم صدق التصرف بالإمساک و يؤيد هذا المبنی، و إمّا علی ارادة صورة الجهل بالفساد کما حملهما الشيخ الأعظم(۳) علی الأخير، و الحمدللّه.

الرابع: ضمان المنافع

اشارة

يقع الکلام هنا فی جهتين:

الجهة الأُولی: المنافع المستوفاة

اشارة

و قد ذهب المشهور إلی الحکم فيها بالضّمان بل کأنّه إجماعیٌ لتعيين المخالف فيه: قال

۱- (۱) المبسوط ۱۴۹/۲.

۲- (۲) السرائر ۳۲۶/۲.

۳- (۳) المکاسب ۲۰۰/۳.

الشيخ: «إذا باع عبدا بيعا فاسدا و أقبضه لم يملك... و إذا وجب ردّه نظر فإن كان بحاله لم يزد و لم ينقص ردّه و لا شيء عليه إلاّ أن يكون له أُجرة و هو أن يكون المبيع ممّا ينتفع به مع بقاء عينه انتفاعا مقصودا فيجب أُجرة مثله للمدّة التى أقام فى يده، و إن كان متغيّرا فإن كان زايدا ردّه بزيادته لأنّ ماله قد زاد فكانت الزيادة له سواء كانت الزيادة منفصلة أو متصلة و إن كان ناقصا كان عليه أرش ما نقص و إن تلفت فى يده كان عليه أكثر ما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف...»(١).

و قال ابن ادريس: «و متى ابتاع بيعا فاسدا، فهلك المبيع فى يده أو حدث فيه فساد كان ضامنا لقيمته، أكثر ما كانت إلى يوم التلف و الهلاك، و لأرش ما نقص من قيمته بفساده، لأنّه باق على ملك صاحبه، ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلاّ فى ارتفاع الإثم بإمساكه»(٢).

أقول: «عند أصحابنا» ظاهر فى الإجماع و كذا تمثيله بالمغصوب و لذا قال الشيخ الأعظم إنّ ظاهره «الاتفاق على الحكم»(٣).

و قال العلاّمة: «... و يجب عليه أيضا أُجرة المثل للمدّة التى كانت فى يده سواء استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده لأنّ يده ثبتت عليه بغير حقّ فهو كالمغصوب. ولو زادت العين فى يد المشترى زيادة منفصلة كالولد و الثمرة أو متصلة كالسمن و تعلّم الصنعة، وجب عليه ردّ الزيادة أيضا لأنّها نماء ملك البائع فيتبع الملك، فإن تلفت الزيادة ضمنها المشترى و هو أحد وجهى الشافعية، و فى الآخر: لا يضمنها المشترى عند التلف.

و إن نقصت وجب عليه ردّ أرش النقصان لأنّ الجملة مضمونة عليه حيث قبضها

١- (١) المبسوط ١٤٩/٢.

٢- (٢) السرائر ٣٢٦/٢.

۳- (۳) المکاسب ۲۰۱/۳.

بغیر حقّ و لأنّه قبضها علی سبیل المعاوضة فأشبهت المقبوض علی وجه السَّوْم...»(۱).

و قال الفاضل المقداد: «و أمّا منافعه فهی مضمونة مع التفویت، خلافا لابن حمزة(۲) محتجا بأنّ الخراج بالضمان و نقض بالغاصب مع ضمانه قطعا(۳)، و أمّا مع الفوات فوجهان من

اصالة البرائة و من أنّها منافع عین مضمونة فتضمن»(٤).

المخالف فی المسألة و دلیله و مناقشته

أقول: قد عرفت أنّ المخالف فی المسألة ابن حمزة فی کتابه الوسیلة و قد استدل بالنبوی الخراج بالضمان(٥) بتقریب أنّ ضمان العین علیه فتکون منافعها له.

و فیه: أوّلاً: الروایة ضعیفة الإسناد.

ثانیا: أنّها منتقضةٌ بالمغصوب کما مرّ عن الفاضل المقداد.

ثالثا: قد مرّ منّا معنی الروایة و مدی دلالتها فی بحث معانی ألفاظ قاعدة ما یضمن فی الجهة الثانیة: ما المراد من الضمان؟(٦) و قلنا إنّ للضمان معنیین: الأوّل: المعنی المصدری، و الثانی: معنی الاسم المصدری، و مثلنا للأوّل بقاعدة الخراج بالضمان و ذهبنا إلی أن المراد بالخراج فی الحدیث مطلق المنافع الحاصلة من الأعیان المستوفاة و غیرها و المراد بالضمان هو المعنی المصدری أی جعله فی العهدة ببذل العوض فی مقابله و الباء تدل علی المقابلة و السببیة و ظاهر هذه المقابلة تدل علی أن الضّمان یوجب جواز الانتفاع بالمنفعة و هذا لا

١- (٤) تذكرة الفقهاء ٢٩٢/١٠.

٢- (٥) راجع الوسيلة /٢٥٥ لابن حمزة الطوسى.

٣- (٦) خلافا للحنفية حيث قال فى شرح فتح القدير ٣٩٤/٧: و لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه لأنّها حصلت على ملك الغاصب إلاّ أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.

٤- (١) التنقيح الرائع ٣٢/٢.

٥- (٢) سنن البيهقى ٣٢١/٥ و سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، ح ٢٢٤٣؛ عوالى اللآلى ٢١٩/١، ح٨٩.

٦- (٣) راجع هذا المجلد، صفحة ٣١١.

يكون إلاّ فى العقد الصحيح.

فما ورد عن ابن حمزة من عدم الضمان فى المنافع المستوفاة فى العقد الفاسد تمسّكا بالنبوى، يكون خروجا عن مورده و محلّه فلا يتم.

و رابعا: إن أبيت ما ذكرنا فى معنى الرواية فتأتى احتمالات فى معناها ذكرها المحقّق السيّد الخوئى(١) و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

ما الدليل على الضمان؟

اشارة

قد استدلوا على الضمان بوجوه متعددة:

الأوّل: النبوى المعروف: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى».

قد مرّ الوثوق بصدوره و شموله للأعيان و المنافع المستوفاة منها و غيرها، و الأجوبة عن الاشكالات الخمسة الواردة لشموله للمنافع فى الدليل الثانى من البحث حول مدرک قاعدة مايضمن(٢) فلانعيدها.

الثانی: ما دلّ علی حرمة مال المؤمن

و قد مرّت موثقة أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله فی حدیث: و حرمة ماله (أی المؤمن) کحرمة دمه.(۳)

و قد حملنا الروایة علی الحرمة الوضعیة - أی الضمان - أو الأعم من الوضعیة و التکلیفیة. و لا یقتضی ما ذکرنا لزوم الضمان لو تلف مال المؤمن بآفة سماویة کما أصرّ المحقّق السیّد الخوئی(٤) علی ذلک کما مرّ جوابه فی الثانی من طوائف الروایات الدالّة علی قاعدة

۱- (٤) راجع مصباح الفقاهة ۱۳۳/۳ و ۱۳٤.

۲- (٥) راجع هذا المجلد صفحة ۳۳٥ و ما بعدها.

۳- (۱) وسائل الشیعة ۲۹۷/۱۲، ح۳، الباب ۱٥۸ من أبواب أحکام العشرة.

٤- (۲) راجع مصباح الفقاهة ۹۱/۳ و ۱۲۹.

الاحترام.(۱)

الثالث: ما دل علی عدم حلیة مال امری ء مسلم إلاّ بطیب نفسه.

مرّ روایته فی الطائفة الأُولی من الروایات التی تدل علی قاعدة الاحترام(۲) و أنّها تدل علی الحکم الوضعی - أی الضمان - ، و إذا تدل علی ضمان العین تدل علی ضمان منافعها أیضا لأنّ المنافع تعدّ من توابع العین.

الرابع: قاعدة الإتلاف

و هی من أتلف مال الغیر فهو له ضامن و هذه القاعدة من المسلّمات بین جمیع فرق المسلمین و اتّفق علیها الکلّ و ربّما یقال بأنّها من ضروریات الفقه و باللفظ المشهور لم ترد فی أیّ روایة ولکنّها مستفادةٌ من عدّة روایات وردت فی مختلف الکتب الفقهیة.

منها: صحیحة جمیل عن أبی عبداللّه علیه السلام فی شاهد الزور قال: إن کان الشیء قائما بعینه ردّ علی صاحبه، و إن لم یکن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل.(۳)

و منها: موثقة اسحاق بن عمّار قال: سألت أبا ابراهیم علیه السلام عن الرجل یرهن الرهن بمائة درهم و هو یساوی ثلاثمائة درهم فیهلک، أ علی الرجل أن یرد علی صاحبه مائتی درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فیه فضل و ضیّعه، قلت: فهلک نصف الرهن، قال: حساب ذلک، قلت: فیترادّ ان الفضل؟ قال: نعم.(٤)

و منها: صحیحة الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سُئل عن القصّار یفسد؟ فقال: کلّ

۱- (۳) راجع هذا المجلد صفحة ۳٤٤.

۲- (٤) راجع هذا المجلد صفحة ۳٤۲.

۳- (٥) وسائل الشیعة ۳۲۷/۲۷، ح۲، الباب ۱۱ من أبواب کتاب الشهادات.

٤- (٦) وسائل الشیعة ۳۹۱/۱۸، ح۲، الباب ۷ من أبواب کتاب الرهن.

أجیرٍ یعطی الأُجرة علی أن یصلح فیفسد فهو ضامن.(۱)

و منها: معتبرة السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام : أنّ أمیرالمؤمنین علیه السلام رفع إلیه رجل استأجر رجلاً یصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب فضمّنه أمیرالمؤمنین علیه السلام .(۲)

و منها: صحيحة زرارة و أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره، قال: إن كان ضيّع شيئا أو أبق منه فموالیه ضامنون.(٣)

و منها: موثقة سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال إذا رهنت عبدا أو دابّة فمات فلا شىء عليک، و إن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن.(٤)

و منها: خبر أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال: فى الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع فى حقّه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه ترادّا الفضل بينهما.(٥)

و منها: خبر وهب عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ عليا عليه السلام كان يقول: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن. و قال: من استعار حرّا صغيرا فعيب فهو ضامن.(٦)

و منها: مرسلة القاضى نعمان المصرى عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث: فمن نال من رجل مسلم شيئا من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلک و التنصل من

١- (١) وسائل الشيعة ١٤١/١٩، ح١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٤٤/١٩، ح١٠.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١١٤/١٩، ح٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الاجارة.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٣٨٨/١٨، ح٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٣٨٧/١٨، ح٧.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٩٤/١٩، ح١١، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

كلِّ ما كان منه إليه، و إن كان قدمات فليتنصل من المال إلى ورثته و ليتب إلى اللّه ممّا أتى إليه، حتّى يطلع عليه عزّوجلّ بالندم و التوبة و التنصل، ثم قال: و لستُ آخذ بتأويل الوعيد فى أموال الناس، ولكنّى أرى أن يؤدى إليهم إن كانت قائمة فى يدى من اغتصبها و ينتصل إليهم منها، و إن فوّتها المغتصب أعطى العوض منها، فإن لم يعرف أهلها، تصدَّق بها عنهم على الفقراء و المساكين، و تاب إلى اللّه عزوجل ممّا فعل.(١)

و منها: مرسلة اُخرى له عن أميرالمؤمنين عليه السلام : أنّه قضى فيمن قتل دابة عبثا أو قطع شجرا أو أفسد زرعا أو هدم بيتا أو عور بئرا أو نهرا أن يغرم قيمة ما استهلک و أفسد و يضرب جلدات نكالاً، و إن أخطا و لم يتعمد ذلک، فعليه الغرم و لا حبس عليه و لا أدب، و ما أصاب من بهيمة فعليه ما نقص من ثمنها.(٢)

تلک عشرة كاملة من الأحاديث تدل على قاعدة الإتلاف.

و استدل الشيخ(٣) و تبعه ابن ادريس(٤) بقوله تعالى: «من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(٥).

بتقريب: أنّ اتلاف مال الغير بدون رضاه و إذنه هو اعتداء عليه و تعبيره عزّوجلّ عن ضمان المثل و القيمة بالاعتداء إنّما هو للمشاكلة اللّفظيّة - و هى من المحسنّات البديعية -

---

١- (٧) دعائم الاسلام ٤٨٥/٢، ح١٧٣١ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٨٧/١٧، ح٢، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب.

٢- (١) دعائم الاسلام ٤٢٤/٢، ح١٤٧٦ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩٥/١٧، ح٦، الباب ٩ من أبواب كتاب الغصب.

٣- (٢) المبسوط ٦٠/٣، الخلاف ٤٠٢/٣، مسألة ١١، و ٤٠٦/٣، مسألة ١٨.

٤- (٣) السرائر ٤٨٠/٢.

٥- (٤) سورة البقرة /١٩٤.

كقوله تعالى: «وَ جَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها»(١) و قوله تعالى: «وَ يَمْكُرونَ وَ يَمْكُرُ اللّه و اللّه خير الماكرين»(٢)، فالاعتداء الثانى «ليس باعتداءٍ و انّما هو جزاءٌ و هذا أحد وجوه البلاغة»(٣) و الآية الشريفة تدلّ على أنّ مَنْ أتلف مال الغير بدون إذنه و رضاه فهو ضامن له.(٤)

و فيه: يمكن أن يناقش فى هذا الاستدلال بمنع صدق الاعتداء لغة و عرفا على الإتلاف عن غير عمد و اختيار، نحو الإتلاف فى حال النوم و فى الحادثات و التصادفات.

نعم: الآية الشريفة تشمل كلاً من الحكمين: التكليفى و الوضعى و لا تختصّ بالحكم التكليفى كما مرّ مرارا خلافا لبعض أساتيذنا(٥) قدس سره .

و بالجملة الاستدلال بالآية الشريفة فى هذا المقام لا يتم لما ذكرنا من خروج بعض

موارد الإتلاف من تحت الاعتداء.

و المراد بالإتلاف فى هذه القاعدة هى الفناء و الهلاك بل الإفناء و الإهلاك، و الإفناء تارة يتعلق بذات المال كأكل المأكولات و المشروبات بمعنى ازدرادهما و بلعهما و هو الإفناء الواقعى، و أُخرى يتعلق بماليته مع بقاء ذاته كما لو غصب المُثلج - أى المكان الذى يذخرون فيه الثلج - مع ثلجه فى الصيف و ردّه إلى صاحبه فى الشتاء بحيث لايروون الناس مالية للثلوج فى الشتاء. و ثالثة يتعلق بمنافع المال نحو: سكنى الدار و ركوب السيارة و زرع الأرض و لبس الملابس الفاخرة و التزيين بالمجوهرات و الذهب. ففى كلٍّ ذلک يصدق

١- (٥) سورة الشورى /٤٠.

٢- (٦) سورة الأنفال /٣٠.

٣- (٧) راجع التبيان فى تفسير القران ٤٧٦/٣.

٤- (٨) كما فى القواعد الفقهية ٢٥/٢ للفقيه السيّد حسن البجنوردى رحمه الله .

٥- (٩) راجع القواعد الفقهية ٤٦/١ لآية اللّه الأُستاذ الشيخ محمّد الفاضل اللنكرانى رحمه الله .

الإفناء و الإتلاف و المُتْلِفُ ضامنٌ بقاعدة الإتلاف. و حينئذ المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد تدخل فى قاعده الإتلاف و المستوفى لها ضامن.

الخامس: السيرة العقلائية

قائمة على أنّ أموال الناس محترمة و لا تذهب هدرا، و من استولى على مال غيره فعليه الضمان بالنسبة إلى المال و جميع مختصاته من المالية و المنافع و غيرها. و لم يردع الشارع من هذه السيرة العقلائية فتكون دليلاً على ضمان المنافع المستوفاة.(١)

السادس: قاعدة نفى الضرر

قد تمسكوا بها لإثبات الضمان بالنسبة إلى المنافع المستوفاة بتقريب أنّ: استيفاء منفعة مال المالک و جعله مسلوب المنفعة ضرر عليه و هو منفى فى الشريعة فلابدّ من إثبات الضمان للمستوفى درءا(٢) للضرر المنفى، و قد مرّت الروايات الواردة حول هذه القاعدة فى الدليل الرابع من البحث حول مدرک قاعدة ما يُضمن.(٣)

و فيه: أوّلاً: إنّ قاعدة نفى الضرر ليست مسوّغةً لإثبات الحكم الشرعى و إنّما هى مسوّغةٌ لنفى الحكم الضررى، بعبارة أُخرى تنفى بها الأحكام الضررية و لا يثبت بها الحكم كما هو محقَّقٌ فى محلّه.

و ثانيا: الحكم بهذه القاعدة على ثبوت الضمان للمستوفى القابض ضرر عليه و القاعدة لاتفى لإثبات ضرر على أحد لنفى الضرر عن غيره كما هو الواضح فى محلّه.

و ثالثا: تحصيل المنافع للمالک من قبيل المنفعة و عدم إمكان تحصيله يكون من قبيل

عدم النفع، و من المعلوم أنّ عدم المنفعة غير الضرر، و القاعدة تنفى الضرر لا عدم النفع.

١- (١) راجع مصباح الفقاهة ٣/١٣٠.

٢- (٢) أى: دَفْعا.

٣- (٣) راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٧.

فإثبات ضمان المنافع المستوفاة بقاعدة نفى الضرر لا يتم. و التفصيل يطلب من بحث الأُصول.

الجهة الثانية: المنافع غير المستوفاة

اشارة

إذا لم يستوف المشترى المنافع للعين التى قبضها بالعقد الفاسد فهل يضمن تلک المنافع الفائتة أم لا؟ أو فيه تفصيل؟ وجوه بل أقوال:

الأوّل: الضمان مطلقا كما عليه المشهور و نسبه إليهم الشيخ الأعظم(١) و يظهر الاجماع على ذلک من ابن ادريس لأنّه قال فى آخر إجارة سرائره: «لأنّ المنافع عندنا تضمن بالغصب»(٢) و قال فى بيعه: «البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب فى الضمان»(٣) و قال فيه أيضا: «و متى ابتاع بيعا فاسدا... ما انتقل عنه فهو عند أصحابنا بمنزلة الشىء المغصوب إلاّ فى ارتفاع الإثم بإمساكه»(٤).

و كذا يظهر الإجماع على ذلک من العلاّمة حيث قال فى التذكرة: «إنّ منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبدا أو جارية أو ثوبا أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة فى يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع»(٥).

و قال الشيخ الأعظم مستندا إلى هذين الإجماعين: «... فالقول بالضمان لا يخلو من

١- (١) المكاسب ٢٠٤/٣.

٢- (٢) السرائر ٤٧٩/٢.

٣- (٣) السرائر ٢٨٥/٢.

٤- (٤) السرائر ٣٢٦/٢.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢ من الطبعة الحجرية.

قوّة»(١).

و يظهر الضمان من الشيخ جعفر(٢) و سيّد الرياض(٣) و السيّد العاملى(٤) لأنّ الثلاثة الأخيرين لم يفرقوا بين المنافع المستوفاة و غيرها.

و ذهب إلى هذا القول الفقيه اليزدى(٥) و المحقّق النائينى(٦) و الميرزا الشهيدى(٧) و

السيّد الخمينى(٨) و الفقيه السبزوارى(٩).

الثانى: عدم الضمان مطلقا كما مرّ عن ابن حمزة(١٠) و ذهب إليه فخر المحقّقين(١١) و تبعه المحقّق السيّد الخوئى(١٢).

الثالث: الضمان إلاّ مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع(١٣).

و قال الشيخ الأعظم: «فالحكم بعدم الضمان مطلقا... أو مع علم البائع بالفساد موافق للأصل السليم»(١٤).

ص: ٤٠٥

١- (٦) المكاسب ٢٠٨/٣.

٢- (٧) شرح القواعد ٣٤/٢.

٣- (٨) رياض المسائل ٢٥٣/٨.

٤- (٩) مفتاح الكرامة ٥٤١/١٢.

٥- (١٠) حاشية المكاسب ٤٦٧/١.

٦- (١١) راجع منية الطالب ٢٨٢/١.

٧- (١٢) هداية الطالب ٣٠٧/٢.

٨- (١) كتاب البيع ٣٢٢/١.

٩- (٢) مهذب الأحكام ٢٦٠/١٦.

١٠- (٣) الوسيلة /٢٥٥.

١١- (٤) ايضاح الفوائد ١٩٤/٢.

١٢- (٥) مصباح الفقاهة ١٣٦/٣ و ١٤٤.

١٣- (٦) كذلک نقل عنه الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢٠٦/٣.

١٤- (٧) المكاسب ٢٠٥/٣.

قال المحقّق الخمینی رحمه الله : «التفصیل بین کون المشتری جاهلاً مبالیا بحکم الشرع مع علم البائع بالفساد و بحال المشتری، فقلنا بإمکان التمسک فی مثله بقاعدة الغرور لدفع الضمان حتّی ضمان الإتلاف عن المشتری و بین غیره فیکون ذلک قولاً سادسا فی ضمان المنافع»(۱).

أقول: الظاهر دخول ما ذکره من التفصیل أو بعض وجوهه فی القول الثالث و لذا لایتم عدّه قولاً مستقلاً فی قبال بقیة الأقوال.

الرابع: التوقف فی فرض علم البائع کما استظهره السیّد عمیدالدین(۲) من عبارة خاله العلاّمة فی القواعد(۳) و تبعه المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(٤). و الحکم بالضمان فی فرض جهل البائع.

الخامس: التوقف مطلقا کما عن الشهید فی الدروس(٥) و الفاضل المقداد فی التنقیح(٦) و ثانی الشهیدین فی المسالک(۷) و محتمل القواعد علی ما یظهر من فخر المحقّقین(۸). و قال الشیخ الأعظم: «انّ التوقف أقرب إلی الإنصاف»(۹).

۱- (۸) کتاب البیع ۳۲۳/۱.

۲- (۹) کنز الفوائد ٦۷٦/۱.

۳- (۱۰) قواعد الأحکام ۲۳۸/۲ قال فیها: «و لا یملک المشتری ما یقبضه بالبیع الفاسد و یضمنه و ما یتجدّد من منافعه الأعیان أو غیرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستیفاء، و بدونه إشکال».

٤- (۱۱) جامع المقاصد ۳۲٤/٦.

٥- (۱) الدروس ۱۹٤/۳.

٦- (۲) التنقیح الرائع ۳۲/۲.

۷- (۳) المسالک ۱٥٤/۳.

۸- (٤) ایضاح الفوائد ۱۹٤/۲.

۹- (۵) المکاسب ۲۰۷/۳.

و أنت تری بأنّه تباینت(۱) آراء الشیخ الأعظم قدس سره فی هذه المسألة فاختار الضمان مطلقا فی أوّل کلامه(۲) و استدلّ له بوجهین ثم ناقش فیهما، و رجح عدم الضمان مطلقا(۳) لقیام وجوه ثلاثة له، ثم جعل التوقف هو الانصاف فی المسألة(٤)، ثم فی آخر کلامه رجح القول بالضمان مطلقا مجددا(۵) و اختار أنّه لا یخلو مِنْ قوة، و هذا لا یعاب علیه لحدّة ذهنه و جولان آرائه رحمه الله .

أمّا الدلیل علی ضمان المنافع غیر المستوفاة

اشارة

فیمکن أن یستدل علی الضمان و القول المشهور بوجوه:

الأوّل: النبوی المعروف

و هو حدیث «علی الید ما أخذت حتّی تؤدی» و قد مرّ عدم اختصاصه بالأعیان و أنّه یشمل المنافع المستوفاة و غیر المستوفاة.

و انصراف الأخذ إلی الاستقلالی منه بَدْوِیٌّ لأجل اُنس الذهن إلیه، و من المعلوم عدم مانعیة هذا الانصراف بالتمسک بالاطلاق. مضافا إلی أنّ المنافع یقع تحت الید تبعا للعین و الاستیفاء لم یکن دخیلاً فی تحقّق النفع لا خارجا و لا مفهوما.

الثانی: مادلّ علی حرمة مال المؤمن

بل و احترام مال المسلم أیضا یدل علی الضمان لأنّ المنافع المستوفاة منها و غیرها أیضا تعدّ من الأموال ولو کانت تتبع العین و احترامها یعنی عدم جواز استیفائها للغیر و

١- (٦) أى: اختلفت.

٢- (٧) المكاسب ٢٠٤/٣.

٣- (٨) المكاسب ٢٠٥/٣.

٤- (٩) المكاسب ٢٠٦/٣ و ٢٠٧.

٥- (١٠) المكاسب ٢٠٨/٣.

عدم جواز التسلط على العين و عدم ذهابها هدرا و هذا الأخير هو الحكم الوضعى أىّ الضمان.

الثالث: مادلّ على عدم حلية مال امرى ء مسلم إلاّ بطيب نفسه

و قد مرّت رواياته، و كما تدل على ضمان العين تدل على ضمان المنافع لأنّها من توابع العين بلافرق بين المستوفى منها و غيرها.

الرابع: قاعدة الإتلاف

بأنّ القابض بقبضه أتلف استيفاء المنفعة على المالک - ولو لم يستوف القابض المنفعة - فيصير ضامنا لها.

و لذا قال الفقيه اليزدى: «الاستيلاء على العين و منع المالک عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها و يصدق عليه الإتلاف عرفا و لذا نحكم بالضمان لها [أىّ للمنافع الفائتة] فى الغصب»(١).

و لم يرد عليه ما ذكره المحقّق السيّد الخوئى من عدم صدق التفويت «إلاّ إذا استند الفوت إلى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكه من التصرف»(٢).

و العجب منه رحمه الله تسرية هذا النقد إلى الغاصب أيضا و قال: «إنّ الغاصب إنما يضمن المنافع الفائتة إذا استند فوتها إليه. أما لو استند ذلک إلى المالک فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب فى أمثال ذلک»(٣).

لأنّه بصرف القبض و الاستيلاء فوّت القابض المنفعة على المالک و هذا التفويت يعدّ

١- (١) حاشية المكاسب ٤٦٧/١.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ١٤٣/٣.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١٣٩/٣.

إتلافا للمنفعة على المالک، فيكون القابض ضامنا و كذلک الأمر فى الغاصب بطريق الأُولى.

الخامس: الإجماع

قد مرّ ادعاء الاجماع من ابن ادريس(١) و العلاّمة(٢) و استقوى الشيخ الأعظم(٣) به القول بالضمان.

و اعترض عليه الفقيه اليزدى بأنّ: «لاوجه للقول به [أىّ بالضمان] من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول و عدم معلومية الشمول للمقام»(٤).

و أجابه المحقّق النائينى ب- «أنّ اختياره الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنّه منكر لحجتيه فى الأُصول، بل اعتمد على نقل الاجماع من جهة كشف اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد و الاحترام للمنافع»(٥).

و أشكل المحقّق السيّد الخوئى على استاذه ب- : «أن المصنف [الشيخ الأعظم] قد ناقش فى كلتا القاعدتين صريحا فى صدر كلامه و حكم بعدم إمكان التمسک بهما - هنا - و معه كيف يعتمد عليهما فى ذيل كلامه»(٦).

ثم اعترض على الشيخ الأعظم بأنّه: «و إن ناقش فى حجية نقل الإجماع فى فرائده(٧) إلاّ أنّه اعتمد عليه فى محل البحث و غيره»(٨).

١- (٤) السرائر ٢/٢٨٥ و ٣٢٦ و ٤٧٩.

٢- (٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨١ من الطبعة الحجرية.

٣- (٦) المكاسب ٣/٢٠٨.

٤- (١) حاشية المكاسب ١/٤٦٨.

٥- (٢) منية الطالب ١/٢٨١.

٦- (٣) مصباح الفقاهة ٣/١٤٤.

٧- (٤) راجع فرائد الأُصول ١/١٧٩ و ما بعده.

٨- (٥) مصباح الفقاهة ٣/١٤٤.

أقول: الحقّ مع المحقّق السيّد الخوئى ولكن هذين الإجماعين يؤيّدان ما فَهِمْناهُ من القاعدتين و أنّهما تشملان المنافع مطلقا المستوفاة منها و غيرها، و أمّا منع التمسک بالاجماع بعد كون المسألة ذات أقوال خمسة فواضحٌ(١).

أمّا الدليل على عدم ضمانها فأُمورٌ:

الأوّل: قاعدة ما لا يضمن

و قد مرّت تمامية هذه القاعدة و حيث أنّ المنافع غير المستوفاة فى صحيح البيع لم تكن مضمونةً فكذلک فى المقبوض بالعقد الفاسد.(٢)

و ما ذكره الفقيه اليزدى: «من أنّ المنافع مضمونة فى البيع حيث أنّ الثمن فى اللب يكون بملاحظتها و بإزائها، فالاندراج ممنوع، بل مقتضى أصل القاعدة الضمان حيث إنّ المقام بهذا البيان مندرج فيه، لا فى العكس، فتدبر»(٣).

غير تام، لأنّ لحاظ المنافع فى البيع يكون من قبيل الدواعى و الثمن يقع بإزاء المبيع خاصة لا منافعه كما نبه عليه المحقّق الخمينى رحمه الله .(٤)

نعم: قد مرّ فى موارد نقض قاعدة ما لا يضمن حيث عدّ منها: المنافع غير المستوفاة، أنّ المنافع بقسميها المستوفاة منها و غيرها تعدّ من توابع العين لا من مقوماتها - كما يستظهر من الفقيه اليزدى - فإذا كانت العين مضمونة كما فى البيع الصحيح، فتوابعها تكون مضمونة أيضا، ففى البيع الفاسد كذلک تكون مضمونة و المنافع تدخل فى أصل قاعدة «ما يضمن» لا

١- (٦) كما فى هداية الطالب ٣٠٦/٢.

٢- (٧) ذكرها الشيخ الأعظم رحمه الله بعنوان «قد يدّعى» و لم يرد عليه فى المكاسب ٢٠٥/٣.

٣- (٨) حاشيته على المكاسب ٤٦٧/١.

٤- (١) كتاب البيع ٣٢٤/١.

فى نقيضها أو سالبتها أى قاعدة «ما لا يضمن» كما اختار ما ذكرناه المحقّق الخراسانى(١) و السيدان البجنوردى(٢) و الخوئى(٣).

و العجب من السيّد الخوئی حيث يرى هناک دخول المبيع و منافعه فی نفس قاعدة مايضمن و يرى هنا(٤) المنافع غير المستوفاة فی نقيض القاعدة أیّ «ما لا يضمن» و هذه مسافة الخلف بين القول و العمل.

و على هذا لا نحتاج إلى ما ذهب إليه البعض من أنّ الضمان الوارد فی المنافع غير المستوفاة يكون بالدليل الخاص و لذا يخرج من تحت قاعدة ما لا يضمن، و أنّ القاعدة عامّة يمكن تخصيصها، أو أنّ القاعدة «سلب الاقتضاء لا اقتضاء السلب فلاتنافی ثبوت الضامن بوجود سبب»(٥) لأنّا نرى أنّها تدخل فی قاعدة ما يضمن.

مضافا إلى ما مرّ من أنّ مورد العقد يكون أعمَّ من متعلَّق العقد (أیّ العين فی البيع مثلاً) و متعلّق متعلَّقه (و هو منافعها) وفاقا للشيخ الأعظم فيكون المنافع تدخل تبعا للعين فی أصل قاعدة ما يضمن. فلا يتم من «أنّ المنافع ليست مصب العقد فهی خارجة عن القاعدة موضوعا»(٦)

الثانی: الروايات الواردة فی الجارية المسروقة المبيعة

قد مرّت فی الدليل الثالث من أدلة ضمان القابض بالنسبة إلى المقبوض بالعقد الفاسد

١- (٢) حاشية المكاسب /٣١.

٢- (٣) القواعد الفقهية ١٢٤/٢.

٣- (٤) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

٤- (٥) مصباح الفقاهة ١٤٤/٣.

٥- (٦) كما عن المحقّق الخمينی فی بيعه ٣٢٤/١.

٦- (٧) كما عن المحقّق الخمينی فی بيعه ٣٢٤/١.

هذه الروايات(١) و البحث حولها.

يرى الشيخ الأعظم دلالتها على عدم الضمان لأنّ: الأخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكتة من ضمان غيرها فى مقام البيان»(٢). مع أنّه قال قبل صفحات: «فإنّ ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشترى - يستلزم ضمان الأصل بطريق أُولى، و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غيرَ قابلٍ للملك فهو كالتالف لا المتلَف، فافهم»(٣).

أنت ترى أنّه قدس سره ذهب هنا إلى أنّ الروايات ساكتة من ضمان المنافع غير المستوفاة و أنّها فى مقام بيان ضمان المنافع، مع أنّه هناك ذهب إلى أنّ ضمان الولد يكون من المنافع غير المستوفاة و إذا كانت مضمونة فضمان الأصل بطريق أُولى يثبت. فكيف يجمع قدس سره بين بالنسبة إليها ساكتة و بين الدليل الأُولوية الماضية. هذا أوّلاً.

و ثانيا: نحن ذهبنا هناك أنّ ضمان الولد فى الروايات يكون من قبيل ضمان التلف الحكمى كما عليه الشيخ الأعظم، لا ضمان قاعدة الإتلاف أو ضمان التسبيب أو ضمان استيفاء المنافع.(٤)

فالشيخ الأعظم يرى ضمانه من قبيل ضمان التلف الحكمى، و هذا الضمان يدخل فى ضمان المنافع غير المستوفاة و النسبة بينهما عموم و خصوص مطلق لأنّ جميع الضّمانات الحكمية تدخل فى ضمان المنافع غير المستوفاة و بعض هذه المنافع تخرج من الضّمان الحكمى، فعليه أن يذهب على ما سلكه بأنّ هذه الروايات تدلّ على ضمان المنافع غير المستوفاة لا

١- (١) راجع وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- (٢) المكاسب ٢٠٥/٣ و تبعه السيّد الخوئى فى مصباحه ١٤٤/٣.

٣- (٣) المكاسب ١٨١/٣.

٤- (٤) راجع ما حررته فى آخر ذاک البحث، صفحة ٣٠٥ من هذا المجلد.

عدم ضمانها.

نعم: لا يتم ما يقال: بأنّ المنافع غير المستوفاة هى مساويةٌ للحكميّة(١) لأنّ التصريح بالأعمية يوجد فى كلمات الفقهاء. هذا كله بناءً على ورود الروايات فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

و ثالثا: الروايات وردت حول مسألة الغصب و نأخذ بها ولكن كلامنا فى المقبوض

بالعقد الفاسد و ضمان منافعها الفائتة و الروايات لم تدل على حكمه، و بعبارة أُخرى الروايات تكون فى مقام بيان حكم ضمان المغصوب لا حكم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد و منافعها فكيف عدّ الشيخ الأعظم أنّها فى مقام بيان ضمان المنافع و لم يتعرض لحكم المنافع الفائتة؟! و أعجب منه أن المحقّق السيّد الخوئى(٢) يرى أنّ الروايات وردت فى مسألة الغصب ولكن قبل هنا استدلال الشيخ الأعظم و سبحان من لا يسهو.

اللهم إلاّ أن يقال: بعدم الفرق بين البائع المالک و الغاصب هنا كما يظهر من العلاّمة فى التحرير(٣).

الثالث: صحيحة محمّد بن قيس

التى رواها المشايخ الثلاثة بأسانيد صحاح عن محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيّدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدّم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الأخير، فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير إذنى، فقال: خذ وليدتک و ابنها، الحديث.(٤)

١- (٥) كما ذكره المحقّق المروج بعنوان قد يقال راجع هدى الطالب ٢٥١/٣.

٢- (١) راجع كلامه فى مصباح الفقاهة ٩٠/٣ و ١٤٤.

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٤٣/٤.

٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١، من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى أنّ الصحيحة فى مقام بيان ضمان المنافع «و سكت عن المنافع الفائتة، فإنّ عدم الضمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريقٍ أولى»(١) و تابعه المحقّق السيّد الخوئى(٢).

أقول: يأتى تفصيل البحث حول هذه الصحيحة فى البيع الفضولى - إن شاء اللّه تعالى - ولكن هنا أذكر لمناقشة مقالة الشيخ الأعظم بأنّه:

أوّلاً: الصحيحة لم تكن فى مقام بيان ضمان المنافع بل كانت فى مقام بيان صحة عقد الفضولى.

و ثانيا: الابنُ لم يكن من المنافع المستوفاة حتّى على نظر الشيخ الأعظم.(٣)

و ثالثا: عدم الضمان الوارد فى الصحيحة تام لأنّ بعد إجازة المالک فى بيع الفضولى يدخل المبيع فى الملک المشترى من حين العقد فلا ضمان بالنسبة إلى المنافع مطلقا لأنّه استفاد

من منافع ملكه خلافا للمقبوض بالعقد الفاسد فطريق الأولوية المذكورة ممنوعة.

الرابع: صحيحة أبى وَلاّدٍ الحناط

المروية فى الكافى الشريف(٤) و المراد به هو حفص بن سالم أو يونس الثقة.

و أقول توضيحا لبعض الكلمات الواردة فيها: هبيرة - المذكور فيها- هو صاحب الوليد بن عبدالملک الأُموى و كان من عمالهم(٥)، و قصرا ابنه كان موضعا قريبا من الحائر

١- (٤) المكاسب ٢٠٥/٣.

٢- (٥) مصباح الفقاهة ١٤٤/٣.

٣- (٦) راجع المكاسب ١٨١/٣.

٤- (١) الكافى ٢٩٠/٥، ح٦ روى أكثرها فى وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة. و التهذيب ٢١٥/٧، ح٩٤٣ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٣٩٠/٢٥، ح١، الباب ٧ من أبواب كتاب الغصب.

٥- (٢) راجع الآراءُ الفقهية ٣٩٦/٣.

الشريف، ولكن فى معجم البلدان(١) قال: بناه أحد ولاة العراق فى عهد بنيأُمية قرب الكوفة.

و النيل: بلدة صغيرة قرب الكوفة كما فى معجم البلدان(٢). و قيل: قرية بالكوفة بين واسط و بغداد و قال الشهيدى: النيل الواقع فى الواسط و يسمى فعلاً و بالحَىّ»(٣). و حكى ابن خلكان فى ترجمة ابن الحجاج الشاعر أنّه فى الأصل اسم نهر حفره الحجاج بن يوسف و سماه بنيل مصر.(٤) و ما زالت بلدة النّيل قائمة قرب الحلّة.

قال الشيخ الأعظم: «و إن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبى ولاد اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلاّ أنّا لم نجد بذلك عاملاً فى المغصوب الذى هو موردها»(٥).

توضيح كلامه: ورد فى الصحيحة ضمان أبى ولاّد بالنسبة إلى كرى بغل من الكوفة إلى النيل و منه إلى بغداد و من بغداد إلى الكوفة، و هذا ضمان منافعه المستوفاة بحيث لو بقى أبوه ولاّد أيّاما فى إحدى المناطق فلا شىء عليه لهذه المدّة و هذا الأخير هو منافعه غير المستوفاة و الصحيحة لاتدل

على ضمانها، ثم استشكل الشيخ عليه بأنّ ضمان المنافع غير المستوفاة من المغصوب يعدّ من ضروريات الفقه فلا يمكن الأخذ بهذا البيان و لم يرض الشيخ به و لذا عبر عنه «بالمتراءى».

ولكن من المحتمل أن سفريات أبى ولاد حيث كانت متعددة ذهابا و ايابا صار

مجموعها خمسة عشر يوما كما هو ظاهر تعجيله المشهود فى كلامه فلا يبقى مكثا طويلاً فى

١- (٣) معجم البلدان ٣٦٥/٤.

٢- (٤) معجم البلدان ٣٣٤/٥.

٣- (٥) هداية الطالب ٣٠٦/٢.

٤- (٦) كما قاله الشهيدى فى ذيل هداية الطالب ٣٠٦/٢.

٥- (٧) المكاسب ٢٠٨/٣.

بلد حتّى يطلق عليه المنفعة الفائتة ففى جميع خمسة عشر يوم - على نحو المتعارف - استفاد من منافع البغل و هو ركوبه و لذا حكم الإمام عليه السلام بضمانه بالنسبة إلى كرى هذا الأسفار، و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال. فصحيحة أبى ولاد لا تدل على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، و قد تعرض لشرح فقراتها المؤسس الحائرى(١) قدس سره و لعلّنا سنتعرّض لمقاله فى البحث الآتى - إن شاء اللّه تعالى - .

الخامس: الأصل السليم

قال الشيخ الأعظم: «فالحكم بعدم الضمان مطلقا... موافق للأصل السليم»(٢).

الظاهر أنّ مراده من الأصل هو أصالة البرائة عن الضمان عند فوت المنفعة بيد المشترى و عدم وجود معارض لهذا الأصل فهو سليم عن المعارض.

و أنت ترى بعد تمامية أدلة الضمان و عدم تمامية أدلة عدم الضمان لم تصل النوبة إلى الأصل، لأنّ الدليل الاجتهادى على الضمان موجود. و أدلة عدم الضمان لم يتم حتّى تعارضها أدلة الضمان.

و على القول بعدم تمامية أدلة الضمان و تمامية أدلة عدم الضمان أيضا لم تصل النوبة إلى الأصل لأن الدليل الاجتهادى موجودٌ.

لايقال: لو كان أحدا لم ير تمامية أدلة الطرفين لم تصل النوبة إلى أصل البرائة لأنّه شكٌ فى المكلَف به بأن وظيفة القابض أداء العين أو مثلها أو قيمتها فقط، أو بانضمام من ضمان المنافع مطلقا المستوفاة منها و غيرها و مقتضى الشک هو جريان أصل الاشتغال لا البراءة. لا سيما بعد أن نعلم بأنّ مذاق الشارع بالنسبة إلى الأموال كالدماء و الأعراض هو

١- (١) راجع كتاب البيع ١٦٠/١ و ما بعده، من تقريره بقلم آية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

٢- (٢) المكاسب ٢٠٥/٣.

الإحتياط، فما ذكره الشيخ الأعظم لا يتم.

لأنا نقول: قد مرّ فى علم الأُصول صحة جريان إصالة البراءة بالنسبة إلى الأقل و الأكثر الاستقلاليين أو الارتباطيين و الكلام هنا من القس

م الأوّل و الشک يكون فى التكليف فتجرى البراءة - إن تصل النوبة إليها - و اللّه العالم.

فرعٌ: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس

اشارة

بعد القول بالضمان فى المنافع الفائتة فى المقبوض بالعقد الفاسد، لا بأس بالتعرض إلى

فرع مهم و هو إذا حَبَس ظالمٌ حُرّا كسوبا فهل يضمن ما فات عنه فى مدّة الحبس من العمل الذى يبذل بإزائه المال أم لا؟

فيه قولان:

أحدهما: عدم الضمان و هو المشهور قال المحقّق الحلّى: «ولو حبس صانعا لم يضمن أُجرته ما لم ينتفع به لأنّ منافعه فى قبضته»(۱).

و قال العلاّمة الحلّى: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات فلو قهر حرّا و استعمله فى شغل ضمن أُجرته، لأنّه استوفى منافعه و هى متقومة، فلزمه ضمانها، كما لو استوفى منافع العبد.

ولو حسبه مدّة لمثلها أُجرة و عطل منافعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأُجرة لأنّ منافعه تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه و أطرافه و لأنّ منافعه فى يده، لأنّ الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال و هو أصح وجهى الشافعية، و الثانى أنّه يضمنها، لأنّ منافعه تتقوّم بالعقد الفاسد فأشبهت منافع الأموال فقد فوّتها بحسبه فضمنها كمنافع العبد أمّا لو منعه من العمل من غير حبس فإنّه لا يضمن منافعه

١- (١) الشرائع ١٨٥/٣.

وجها واحدا، لأنّه لو فعل ذلک بالعبد لم یضمن منافعه فالحرُّ أُولی»(۱).

و قال المحقّق السبزواری: «و المقطوع به فی کلام الأصحاب أنّه لو حبس صانعا حرّا مدّة لها أُجرة لم یضمن أُجرته ما لم یستعمله لأنّ منافعه فی قبضته بخلاف المملوک فإنّ منافعه فی قبضة سیّده»(۲).

و قال فی الجواهر معلِّقا علی ما مرّ من الشرائع: «فضلاً عن غیر الصانع بلاخلاف أجده فیه...»(۳).

ثانیهما: القول بالضمان و یظهر من جماعة من الأصحاب - قدس اللّه أسرارهم -:

منهم: المحقّق الأردبیلی قال: «إذا استخدم حرّا قهرا ضمن أُجرته و لا یضمن بدون الاستخدام، و إن حبسه و منعه عن الشغل الذی یحصل منه الأُجرة مثل إن کان صانعا یحصّل کلّ یومٍ شیئا کثیرا، لأنّ منافعه لم تضمن بقبضه، لأنّه لیس بمال حتّی یکون وضع

الید علی المال بغیر رضاء المالک فیضمن، فما لم یستعمل لم یضع یدا موجبا للضمان و [لیس] مال ذلک، و ما صار سببا [للضمان] و سبب الضمان منحصر فی ذلک [الاستعمال أو الاستخدام]، بخلاف ما لو استعمله، فإنّه أخذ منه ماله بلاعوض، فکأنّه غصب منه مالاً و حقّا أو أتلفه فیضمن، و لعلّه لیس لهم فیه خلاف، و إن کان لأخذ الأُجرة مع منع الصانع الذی لو لم یحبسه و یمنعه لحصل کذا و کذا وجه، و ذلک لدفع المفاسد و دفع الضرر العظیم، فإنّه قد یموت هو و عیاله من الجوع، و لا یکون علیه فی ذلک مانع مع کونه ظالما و عادیا و وجود ما یدلّ علی جواز الإعتداء بما اعتدی(٤) و جزاء سیئة سیئة(٥) و القصاص و نحو

۱- (۲) تذکرة الفقهاء ۳۸۲/۲ من الطبعة الحجریة.

۲- (۳) الکفایة ٦۳٤/۲.

٣- (٤) الجواهر ٣٩/٣٧.

٤- (١) اشارة إلى قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» [سورة البقرة /١٩٤].

٥- (٢) اشارة إلى قوله تعالى: «و جزاء سيئة سيئة مثلها» [سورة الشورى /٤٠].

ذلک، فتأمل»(١).

و علّق عليه الوحيد البهبهانى بقوله: «ليس كذلک، بل حديث لا ضرر و لا ضرار(٢) و ما سيذكر رحمه اللّه أيضا دليل و سبب، مع أن عمله حقّ وله عوض قطعا كما اعترف به، و لذلک يستحقّ بالاستخدام العوض، و يصير فى الإجارة عوض الأُجرة المسماة، و فى بعض الأُوقات عوض اُجرة المثل، فكيف يكون ماله عوض شرعا و عقلاً و عرفا و عادة يتلفه و يضيّعه بلاعوض أصلاً؟!

على أنّهم قالوا فى عقد الإجارة بمجرد العقد ينتقل الأُجرة من ملک المستأجر إلى ملک المؤجر، و من حين العقد يصير كذلک بعوض انتقال المنفعة من المؤجر إلى المستأجر، و أنّ العوضين لا ينتقل كلّ واحد منهما إلى الآخر إلاّ و ينتقل الآخر منهما إلى صاحب الأوّل كما هو الحال فى البيع و الصلح.

و لذلک كلّ من المتعاقدين يتسلّط على أخذ ما وقع العقد عليه قهرا و أيضا يصير عوض البضع فى النكاح و عوض كلّ شىء و كلّ ملک و كلّ حقٍّ، و حاله حال الملک و المال فى جميع الأحوال، و لا فرق بين المال و الحقّ بحسب العرف و العقل و الشرع أيضا، كما أشرنا فتأمل جيدا. و بالجملة، إن ثبت إجماع فهو و إلاّ فالأمر كما ذكر»(٣).

و قال ابن اخته سيّد الرياض: «ولو حبس صانعا) حرّا زمانا له اُجرة عادتا (لم

يضمن اُجرته) إذا لم يستعمله، قالوا: لأنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد تبعا سواء كان قد

١- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ٥١٣/١٠.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٣٢/١٨.

٣- (٥) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦١٤.

استأجره لعمل قد اعتقله و لم يستعمله، أم لا. نعم، لو كان قد استأجره مدّة معينة فمضت زمن اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرّت الأُجرة لذلک، لا للغصب، بخلاف الرقيق لأنّه مال محض و منافعه كذلک. و ظاهرهم القطع بعدم الضمان فی صورته و به صرّح فی الكفاية، فإن تم إجماعا و إلاّ ففيه مناقشة حيث يكون الحابس سببا مفوّتا لمنافع المحبوس لقوة الضمان فيه لا للغصب، بل لإيجابه الضرر عليه المنفی، و عليه نبّه الفاضل المقدس الأردبيلی فی الشرح... و تبعه خالی العلاّمة - دام ظله - فی حواشيه عليه... .

أقول: و يحتمل قويّا اختصاص ما ذكره الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه، بل الفوات خاصّةً. و ربما يستفاد ذلک من التذكرة حيث أنّه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال فی عنوان البحث: «منفعة بدن الحر تضمن بالتفويت لا بالفوات»(١) انتهی، فتأمل.

و يظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدّة لها أُجرة عادةً، فإن كان لو لم يحبس لحصّلها كان حبسه سببا لتفويتها فيضمن هنا كما ذكراه، و إن كان لو لم يحبس لم يحصّلها أيضا لم يكن حبسه سببا لتفويتها، و هذا مراد الأصحاب فی حكمهم بنفی الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم»(٢).

ولكن ردّه فی الجواهر بقوله: «قلت: لا يخفی فساد الاحتمال المزبور علی من لا حظ كلمات الأصحاب بل فرضهم المسألة فی حبس الصانع كالصريح فی عدم الضمان و إن كان سببا. و المراد بالتفويت فی عبارة التذكرة الاستيفاء... علی أن التسبيب الذی ذكره إنّما يقتضی الضمان إذا تعلّق بتلف الأموال و منفعة الحرّ معدومة فلا يتصور التسبيب لتلفها، كما

١- (١) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٢) رياض المسائل ١٦/١٤.

أن قاعدة نفى الضرر و الضرار و غيرها ممّا ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لأثبتت فقها جديدا، ضرورة اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله و غير ذلک ممّا عرفت عدم القول به من العامة الذين مبنى فقههم على القياس و الاستحسان فضلاً عن الإمامية الذين مبنى فقههم على القواعد المقررة الثابتة عن أهل بيت العصمة [عليهم السلام] فلا وجه للضمان فى الفرض كما قطع به الأصحاب (لأنّ) الحرّ لايدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعا. بل (منافعه فى قبضته) كثيابه باقية على

أصالة عدم الضمان (و) إن ظَلَم و أثم بحبسه أو منعه عن العمل»(١).

أقول: ستأتى أدله الضمان و الحَكَمُ بيننا و بين صاحب الجواهر هو الدليل، و أما ما ورد فى كلام الوحيد و سيّد الرياض و خوفهما من الاجماع، لابدّ من التنبيه على أنّ المسألة غيرمطروحة فى كتب القدماء بل طرحت فى بعض الكتب الفقهية فقط و الشاهد عليه كلام الفقيه العاملى حيث يقول: «قوله: (ولو حبس صانعا و لم ينتفع به) هذا مقطوع به فى كلام الأصحاب كما فى الكفاية و القطع به فى الشرائع و النافع(٢) و التحرير(٣) و الإرشاد(٤) و التبصرة(٥) و المهذب البارع(٦) و المسالک(٧) و الروضة(٨)، و لا قطع فى التذكرة و إنّما قال هو

١- (١) الجواهر ٤٠/٣٧ و ٤١.

٢- (٢) المختصر النافع /٢٤٧.

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٠/٤.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ٤٤٥/١.

٥- (٥) تبصرة المتعلمين /١٠٨.

٦- (٦) المهذب البارع ٢٤٩/٤.

٧- (٧) مسالک الأفهام ١٥٩/١٢.

٨- (٨) الروضة البهية ٢٨/٧.

الأقوى و لا تعرّض له فی غیرها فیما أجد...»(١).

أدلة الضمان

الأوّل: الآیتان

قوله تعالی: «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»(٢) و قوله تعالی: «جزاء سیئة سیئة مثلها»(٣).

بتقریب: حبس الحر الکسوب و تفویت منافعه علیه یعدّ فی الشرع و العرف و اللغة إعتداء علیه و کذا یعدّ سیئة و بحکم الآیتین یجوز المقابلة بالمثل و هو هنا الضمان، و قد مرّ فی البحث حول قاعدة الإتلاف دلالة الآیتین علی حکم الوضعی أیضا کما استدل بهما الشیخ(٤) و ابن ادریس(٥) علی تلک القاعدة.

الثانی: عَمَلُ الحُرِ مالٌ

عمل الحر الکسوب یکون ملکا له بالملکیة الذاتیة التکوینیة لأنّه یجوز له التصرف فی نفسه و شؤونها، فهو مِلْک له بالملکیة الاعتباریة أیضا لأنّ أقویها الملکیة التی ترجع إلی الذاتیة التکوینیة، و کذا یکون مالاً لأنّ یبذل بإزائها المال و یجوز أن یقع ثمنا فی البیع أو إجارة عمله و إعطاء المال له، فإذا عُدّ مالاً و یوجب أحد فواته فعلیه ضمانه لأنّ أحد موجبات الضمان، ضمان الفوات. و هو بعینه ضمان التلف الحکمی الذی مرّ من الشیخ الأعظم فی بحث الولد و الجاریة المسروقة.

١- (٩) مفتاح الكرامة ٨٤/١٨.

٢- (١٠) سورة البقرة /١٩٤.

٣- (١١) سورة الشورى ٤٠.

٤- (١٢) راجع المبسوط ٦٠/٣.

٥- (١٣) راجع السرائر ٤٨٠/٢.

إن قلت: إن كان عمله يعدّ مالاً فلماذا لايحصل به الاستطاعة فى الحج؟

قلت: لأنّ المراد بالاستطاعة فيه هى الفعلية منها لا استعدادها أو قوّتها كما يظهر من الروايات الواردة فيها.(١)

و الشاهد على ما ذكرناه من أنّ المنافع للحر تعدّ مالاً كلام الفقيه المتتبع السيّد العاملى حيث يقول: «و التحقيق: أنّ القول بأن المنافع معدومة باطل أيضا، بل هى إمّا موجودة أو مقدّرة الوجود، و لهذا عدّت مالاً و جعلت مورد العقد، لأنّ العقد لا يرد إلاّ على موجود أو ما فى حكمه، و لا ريب أنّه يجوز أن تكون الأُجرة دَينا، فلو لم يلحق المنفعة بالموجودات لكان فى معنى بيع الدَين بالدَين، فصح لهم أن يقولوا: إنّه ملكها و هى فى يده و أهمل استعمالها حتّى تلفت على ملكه فكان تلفها منه و من ماله و تكون مسألة الضرس و مسألة الأجير الخاص و غيرهما ممّا جرى بها على الأصل و لا يرد على ذلک إلاّ الإبراء و التعيين، و الجواب عنهما ممكن و الأمر هيّن، بل القول بأنّ المنافع معدومة إنّما هو للعامة كما حكاه عنهم فى التذكرة(٢) و أطال فى الردّ عليهم»(٣).

الثالث: حديث لا ضرر

و قاعدته تثبت الضمان، لأنّ لو حبسه الظالم الحر الكسوب و لم يعطه شيئا يوجب تضرر الحرّ و القاعدة تنفيه فيثبت ضمان الحابس.

و فيه: قد مرّ مرارا عدم ثبوت الحكم الشرعى بقاعدة لا ضرر لأنّها تنفى الحكم الضررى و لا تثبت بها حكما. مضافا إلى عدم جريانها فى فرض تقابل الضررين بحيث يلزم بها إثبات الضمان على أحد الأطراف و عدم شمولها للآخر. كما مرّ.

١- (١) راجع وسائل الشيعة ٣٣/١١، الباب ٨ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.
٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢٩١/٢ من الطبع الحجرى - كتاب الاجارة.
٣- (٣) مفتاح الكرامة ٨٣/١٨.

الرابع: السيرة العقلائية

مبنية على بنائهم على تغريم الحابس و المانع عن عمل الحرّ الكسوب كما أنت تشاهدها فى الأحكام الصادرة من الَمحْكمات الدولية و الملّية.

و السيرة عامة لا تختص بالمانع فقط كما يظهر الاختصاص من ظاهر كلام المحقّق الخوئى(١) قدس سره .

و لم يصل رادع عن هذه السيرة إلاّ ادعاء الإجماع على عدم الضمان، و قد عرفت وجود المخالف مع عدم طرح المسألة فى كلمات القدماء من الإصحاب - قدس اللّه اسرارهم - .

الخامس: عدم الفرق بين المسألتين لبّا

أعنى هذه المسألة و مسألة لو استأجر الحرّ لعمل فاعتقله فى ذاک الزمان الخاص بالعمل و لم يستعمله فيه و بذل الأجير نفسه للعمل فهل يستقر الضمان على المؤجر المعتقِل أم لا؟ فى المهذب البارع(٢) ذهب إلى استقرار الأُجرة قولاً واحدا و نقل فى جامع المقاصد(٣) عن حواشى الشهيد «لا نزاع فيه [أىّ فى ضمان الأُجرة]» و فى الكفاية: «و قال بعضهم: لو استأجره مدّة معينة فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرّت الأُجرة و هو غير بعيد»(٤). و هذا القول أىّ استقرار الأُجرة فى هذه المسألة الأخيرة هو اختيار العلاّمة فى إجارة التذكرة(٥) و ثانى الشهيدين فى إجارة المسالک(٦) و قوّاه الأردبيلى فى مجمع

١- (١) راجع مصباح الفقاهة ٣٦/٢.

٢- (٢) المهذب البارع ٢٥٠/٤.

٣- (٣) جامع المقاصد ٢٢٢/٦.

٤- (٤) الكفاية ٦٣٥/٢.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٢٦/٢ من الطبع الحجرى.

٦- (٦) المسالک ١٩٤/٥.

الفائدة(١).

ولكن تنظّر فى استقرار الضمان فى فرض عدم تعيين الوقت الخاص فى القواعد(٢)، و لاترجيح أيضا فى غصب التذكرة(٣) و الإرشاد(٤) و غاية المراد(٥)، و اختير عدم

استقرارها فى الشرائع(٦) و التحرير(٧) و جامع المقاصد(٨) و تعليق الإرشاد(٩) و المسالک (١٠) و الروضة(١١) كما فى المفتاح(١٢).

قد ظهرلک أنّ هناک فرعين بل ثلاثة فروع:

الأوّل: لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففی استقرار الاُجرة حينئذ وجوهٌ، ذهب بعض إلی استقراره، و بعض إلی عدمه، و تنظر فی الاستقرار بعض، و لا ترجيح فی كلام بعضهم فهذا الفرع محل خلاف بين القوم.

الثانی: نفس الفرع الأوّل بالإضافة إلی تعيين زمن معين لعقد الإجارة و هو بعينه

١- (٧) مجمع الفائدة و البرهان ٥١٤/١٠.

٢- (٨) قواعد الأحكام ٢٢٣/٢.

٣- (٩) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجری.

٤- (١٠) إرشاد الأذهان ٤٤٥/١.

٥- (١١) غاية المراد ٣٩٦/٢.

٦- (١) الشرائع ١٨٥/٣.

٧- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢١/٤.

٨- (٣) جامع المقاصد ٢٢١/٦.

٩- (٤) حاشية الإرشاد للمحقّق الثانی فی موسوعة آثاره ٤٧٦/٩.

١٠- (٥) المسالک ١٥٩/١٢.

١١- (٦) الروضة البهية ٢٨/٧.

١٢- (٧) مفتاح الكرامة ٨٠/١٨.

زمن اعتقاله، ففی هذا الفرع يقولون باستقرار الاُجرة قولاً واحدا كما مرّ عن المهذب البارع.

الثالث: لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مدّة يمكنه القلع فيها باذلاً الأجير نفسه و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر، قالوا: بضمان الأُجرة عليه.

قال السيّد العاملى: «و موضع الإجماع ما إذا تعلّقت الإجارة بالزمن المعيّن بل نقول: إنّ العقد موجب للعوضين و قد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر كما فى نفقة الزوجة و المهر فإنّها تجب لها النفقة إذا مكّنت من نفسها و إن لم يستمتع بها، كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلّمت المهر، بل قالوا: أنّه يضمن الأُجرة لو استأجره لقلع ضرسه... و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر فينقطع الأصل بذلک، و القاعدة القائلة بأنّ منافع الحرّ لا تضمن لا تتناول محلّ النزاع، فليتأمل جيّدا»(١).

و قال فى الجواهر فى ذيل الفرع الثانى: الحجة بعد اقتضاء عقد الإجارة ملک الثمن، و عدم الاستيفاء إنما كان لتقصير من المستأجر و قد فات الزمان و الأصل عدم بطلانها، كما أن الأصل عدم قيام غير الزمان الذى هو متعلَّق العقد مقامه. و لعلّ مثله ما قيل من أنّهم ذكروا قرارها أيضا فيما لو استأجره لقلع ضرسه فبرأ بعد أن مضت مدّة يمكنه القلع فيها باذلاً

الأجير نفسه فيها و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر و ذلک لما عرفت من اقتضاء العقد ملک الأُجرة على الوجه الذى سمعته و الفرض لم يبق محل للعمل. و الأصل عدم الانفساخ و عدم قيام غير متعلَّق العقد مقامه، فهو حينئذ كالأجير الخاص و كذا ما كان مثله، إذ ليس لقلع الضرس خصوصية»(٢).

أقول: الظاهر أنّ مسألة قلع الضرس حيث لم يرد فيه زمن خاص يدخل فى الفرع

١- (٨) مفتاح الكرامة ٨١/١٨.

٢- (١) الجواهر ٣٧/٤١.

الأوّل - لا الثانى - و القائلين بعدم استقرار الأُجرة فيه لماذا حكموا بالضمان هنا؟

و عقد الإجارة لا يفيد فى الفرق بين الأوّليين، لأنّه فيهما موجود و المستأجر فيهما لايفيد فكيف صار عقد الإجارة الفارق بينهما؟!

ثم ما الفرق بين الفرع الأوّل و الثالث حيث حكموا بالضمان فى الثالث و بعدمه فى الأوّل.

الظاهر - و اللّه العالم - عدم الفرق بين الفروع الثلاثة و نحكم بالضمان فى الجميع و نذهب إلى بطلان القاعدة المدعاة بأنّ منافع الحرّ لا تضمن و أنّ منافع الحرّ حيث يكون مالاً فيكون مضمونا و حكمهم بالضمان فى فرعى الثانى و الثالث على القاعدة كما مرّ من المفتاح(١) و كذا حكم القائلين بالضمان فى الفرع الأوّل.

و كذا يظهر ممّا مر عدم تمامية القول بعدم الضمان أو عدم الترجيح أو التنظر فى الفرع الأوّل أيضا.

و الحاصل: أن منافع الحر مضمونة فيثبت به الضمان فى جميع الفروع الثلاثة الماضية كما عليه المحقّقون الأردبيلى و الوحيد و سيّد الرياض - كما مرّت كلماتهم - و المروج(٢) قدس سرهم و الحمدللّه.

الخامس: ضمان المثلى يكون بالمثل

تمهيدٌ: فى خلاف ابن الجنيد الإسكافى

قال الشيخ الأعظم: «إذا تلف المبيع فإن كان مثليّا وجب مثله بلاخلاف إلاّ ما يُحكى عن ظاهر الإسكافى»(٣).

١- (٢) مفتاح الكرامة ٨٣/١٨.

٢- (٣) هدى الطالب ١/(٨٥-٧٥)

٣- (٤) المكاسب ٢٠٩/٣.

ثم قال بعد ثلاثين صفحة من الطباعة الحديثة فى الأمر السابع: «لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حُكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة»(١)... ثم أضاف إليه: «و كيف كان فقد حُكى الخلاف فى ذلک عن الإسكافى و...»(٢).

و أنت تعلم بأنّ كتاب الشيخ الجليل أبى على ابن الجنيد الإسكافى رحمه الله المسمى ب- «الأحمدى فى الفقه المحمّدى» مفقود و وصل إلينا منه ما نقل عنه العلاّمة الحلّى رحمه الله فى مختلف الشيعة و هو ينقل كلامه هنا هكذا: «قال: ابن الجنيد: «فإن استهلک الغاصبُ العينَ المغصوبةَ كان ضامنا لها لصاحبها، إمّا أرفع قيمة كانت لها منذ يوم غصبها إلى أن هلكت، أو المثل لها إن اختار صاحبها ذلک»، و هذا يشعر بإيجاب أحد الأمرين فى المثلى»(٣).

و الشهيد فى غاية المراد اختصر هذا البيان من ابن الجنيد و قال فى خلافه مع القوم: «إن تلف المغصوب ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه»(٤).

و الشيخ الأعظم رحمه الله حمل «المغصوب» فى كلامه إلى الأعم من المثلى و القيمى و لذا عدّ الإسكافى مخالفا فى ضمان المثلى بالمثل - كما مرّ - و القيمى بالقيمة، لحكمه بضمان القيمة مطلقا إلاّ مع رضا المالک بالمثل.

و أما جماعة من الأصحاب فقد حملوا كلامه «المغصوب» على خصوص القيمى فقط نحو: الشهيد قال بعد نقل كلامه: «و لعلّه يريد القيمى»(٥) و مال إليه الأردبيلى بعد نقل قول

١- (١) المكاسب ٣/٢٤٠.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٤٢.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٦/١٣١.

٤- (٤) غاية المراد ٢/٣٩٨.

٥- (٥) غاية المراد ٢/٣٩٨.

الشهيد: «و العبارة صالحة فالحمل عليه أُولى»(١). و إن صح هذا الحمل فإنّه مخالف فى القيمى فقط لا فى المثلى.

و تابعهم المحقّق السيّد الخوئى و لذا ذهب إلى وقوع السقط فى عبارة الشيخ الأعظم «فكأنّه قال: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله و إن كان قيميا وجبت قيمته بلاخلاف فى ذلک بين الأصحاب إلاّ عن الإسكافى، فإنّه حكم بضمان المثل فى القيمى أيضا»(٢).

ولكن الصحيح عدم وقوع السقط فى كلام الشيخ الأعظم لما مرّ من أنّه حمل المغصوب فى كلام الإسكافى على الأعم كما أنّ خلافه فى ضمان المثلى بالمثل مذكور فى كلمات الأصحاب نحو: العلاّمة قال فى مختلف الشيعة «مسألة: قد بينّا الخلاف فى الواجب على الغاصب إذا تلف العين و بينّا أنّ المختار عندنا إيجاب المثل فى المثلى، فإن تعذر فقيمته يوم الإقباض و القيمة يوم التلف، [ثم تعرض لخلاف ابن الجنيد الذى مرّ و قال:] و الوجه ما قلناه أوّلاً»(٣).

و الشهيد فى غاية المراد قال قبل نقل مقالة ابن الجنيد: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلى... إلاّ ما يظهر من كلام ابن الجنيد فإنّه قال:...»(٤).

و الأردبيلى فى مجمع الفائدة قال: «و يمكن أن يكون قول ابن الجنيد اشارة إلى أنّ تحقيق المثل لا يمكن و حينئذ ما يلزمه إلاّ القيمة ولكن إن رضى الغريمان يجوز أخذ المثل و

١- (٦) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٧/١٠.

٢- (٧) مصباح الفقاهة ١٤٦/٣.

٣- (١) مختلف الشيعة ١٣١/٦.

٤- (٢) غاية المراد ٣٩٨/٢.

الاكتفاء به اللّه يعلم»(١).

و كذا نقل عن الشهيد فى مفتاح الكرامة(٢) و لم يعترض عليه.

و العمدة عدم العبرة بهذا الخلاف كما قال المحقّق الثانى: «هذا الخلاف يكاد يكون مضمحلاً لا يلتفت إليه»(٣).

ثم بعد تقديم هذا التمهيد يقع البحث فى ضمن مقامات:

المقام الأوّل: تعريف المثلى

اشارة

اختلفت كلمات الأصحاب فى تعريفه أحصى لک بعضها:

أ: تعريف المشهور

«و هو ما تتساوى قيمة أجزائه» كما عليه الشيخ فى الخلاف(٤) و المبسوط(٥) و ابن زهرة فى الغنية(٦) و ابن ادريس فى السرائر(٧) و المحقّق فى الشرائع(٨) و النافع(٩) و تلميذه

الفاضل الآبی فی کشف الرموز(۱۰) و العلاّمة فی القواعد(۱۱) و التذکرة(۱۲) و التحریر(۱۳)، و ابن

۱- (۳) مجمع الفائدة و البرهان ۵۲۶/۱۰.

۲- (٤) مفتاح الکرامة ۱۳۷/۱۸.

۳- (٥) جامع المقاصد ۲٥۲/٦.

٤- (٦) الخلاف ۳۹٦/۳.

٥- (۷) المبسوط ٥۹/۳ و ٦۰.

٦- (۸) غنیة النزوع /۲۷۸.

۷- (۹) السرائر ٤۸۰/۲.

۸- (۱۰) الشرائع ۱۸۸/۳.

۹- (۱۱) المختصر النافع /۲٤۸.

۱۰- (۱) کشف الرموز ۳۸۱/۲.

۱۱- (۲) قواعد الأحکام ۲۲٦/۲.

۱۲- (۳) تذکرة الفقهاء ۳۸۱/۲ من الطبع الحجری.

۱۳- (٤) تحریر الأحکام الشرعیة ٥۲۹/٤.

فهد الحلّی فی المهذب البارع(۱) و المقتصر(۲)، و الفاضل المقداد فی التنقیح الرائع(۳) و ابن العشیرة فی بهجة الخاطر.(٤)

و فی التنقیح(٥) و مسالک(٦) ثانی الشهیدین و کفایة(۷) السبزواری و حدائق البحرانی(۸) و ریاض(۹) السیّد الطباطبائی: «أنّه المشهور».

و قد زاد الشيخ فى المبسوط(١٠) و ابن زهرة فى الغنية(١١) و العلاّمة فى التذكرة(١٢) بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهم: كالحنطة و الشعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان و ما أشبه ذلک. كما نقل جُلّ ذلک الفقيه العاملى فى مفتاح الكرامة(١٣).

الشيخ الأعظم فسّر التعريف بأنّ «المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة و المراد بتساويها من حيث القيمة»(١٤).

١- (٥) المهذب البارع ٢٥١/٤.

٢- (٦) المقتصر /٣٤٢.

٣- (٧) التنقيح الرائع ٦٩/٤.

٤- (٨) بهجة الخاطر و نُزْهة الناظر /١٢٢.

٥- (٩) التنقيح الرائع ٦٩/٤.

٦- (١٠) المسالک ١٨٢/١٢.

٧- (١١) الكفاية ٦٣٩/٢.

٨- (١٢) الحدائق ٤٧٠/١٨.

٩- (١٣) رياض المسائل ٢٣/١٢.

١٠- (١٤) المبسوط ٦٠/٣.

١١- (١٥) الغنية /٢٧٨.

١٢- (١٦) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢.

١٣- (١٧) مفتاح الكرامة ١٣٨/١٨.

١٤- (١٨) المكاسب ٢١٠/٣.

و كذا قبله قال فى الجواهر: «و لعل المراد تساوى قيمة أجزاء الصنف من النوع منه،

بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلک التساوى من حيث الذات لا الاتفاق و حينئذ فالمنّ من شخص الحنطة الخاصة مثلاً و الدهن الخاص مثلاً قيمة أجزائه متساوية...»(۱).

مراده من الأجزاء هو الأفراد و الجزئيات التى تصدق عليها طبيعة واحدة، لا أنّ المراد من لفظ الأجزاء هو الفرد و مثليّته بلحاظ تساوى أجزائه معه. فالمثلى هو ما تتساوى قيمة أفراده و لا عبرة بتساوى قيمة أجزائه، فلا يرد على التعريف ما حكاه الشهيد الثانى من الاعتراض عليه بقوله: «إن أُريد بالأجزاء كلّ ما تركب عنه الشىء فيلزم أن لا تكون الحبوب مثليّة، لأنّها تتركّب من القشور و الألباب و القشر مع اللبّ مختلفان فى القيمة و كذا التمر و الزبيب لما فيهما من النوى و العجم، و إن أُريد بالأجزاء التى يقع عليها اسم الجملة، فيلزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثليّة لما يقع فى الصحاح من الاختلاف فى الوزن، و فى الاستدارة و الإعوجاج و فى وضوح السكة و خفائها و ذلک ممّا يؤثر فى القيمة»(۲)

و يرد على إشكال الدراهم والدنا نير بأنّ موضوع المثلية فيهما هو خصوص النوع الصحيح و هو الذى تكون سِكّته و هيئته محفوظة. لا الأعم منه و المكسور و المعيوب حتّى يرد عليه الإشكال و هذا مراد الشيخ الأعظم بقوله: «إنّ الدرهم مثلى بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح... و من هنا يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من أصناف نوع واحد مثليٌّ بالنسبة إلى أفراد ذلک النوع أو الصنف»(۳).

فعلى ما ذكرناه لايرد اعتراض المحقّق الأردبيلى على المشهور حيث يقول: «أنّه إن

۱- (۱) الجواهر ۸۹/۳۷.

۲- (۲) المسالک ۱۸۲/۱۲.

٣- (٣) المكاسب ٣/٢١٠ و ٢١١.

أُريد التساوى بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيءٍ من المعرَّف إذ ما من شيءٍ إلاّ و أجزائه مختلفة فى القيمة فى الجملة مثل الحنطة و الشعير و جميع ما قيل أنّه مثليٌّ، فإنّ حنطة طغارها يساوى عشرين و الآخر عشر شاهيات و بالجملة التفاوت معلوم، و إن أُريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى أيضا موجود مثل الأرض و نحوها، و إن أُريد مقدارا خاصا فهو حوالة إلى المجهول»(١).

لأنّ المراد بالمثلى كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من أصناف نوع

واحد مثليٌّ بالنسبة إلى أفراد ذلک النوع أو الصنف كما مرّ من الشيخ الأعظم و لعلّ إلى هذا البيان أشار الأردبيلى بقوله: «... و يؤيده أنّه على تقدير ثبوت كون المُتْلَف مثليّا مثل الحنطة لا يؤخذ بها كلّ حنطة، بل مثل ما تلف عرفا و قيمة، مثل سن الجمل بمثله من الجمل، و الأعلى بمثله لا بالآخر، و كذا فى غيره، فيمكن إن أراد ذلک مع المساواة فى القيمة فإذا كان ثوبا مثل ثوب آخر فى اللون و القماش و بقيمته يكون ذلک المثل، و كذا الفرس العتيق خاص يكون تحته خاص، و قيمته متعينة يكون مثلها بمثلها و هكذا، و عليه يحمل ما فى الكتاب و السنة و الإجماع»(٢).

و علّق الوحيد البهبهانى على عبارته الأُولى «التفاوت معلوم» بقوله: «التفاوت المتعارف المعتدّ به عند أهل العرف أى ما يكون متساوى الأجزاء عرفا يكون مثليّا و غير المتساوى كذلک غير مثلى، فتأمل...»(٣).

و ذكرها صاحب الرياض(٤) فى كتابه تضعيفا على كلام الأردبيلى.

١- (٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٠/٥٢٢.

٢- (١) مجمع الفائدة و البرهان ١٠/٥٢٦.

٣- (٢) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦٢٠.

٤- (٣) رياض المسائل ٢٥/١٤.

أقول: يأتى تعريف الوحيد للمثلى فى ذكر بقية تعريفات المثلى فانتظر.

و ردّ صاحب الجواهر الأردبيلى فى عبارته الأُولى و قال: «قلت: قد عرفت أنّ المراد المساواة فى غالب ما له مدخلية فى المالية، و تفاوت أفراد الحنطة و إن كان معلوما إلاّ إنّک قد عرفت المساواة فى أشخاص الأصناف، و لا يكفى الاتحاد فى اسم النوع المنافى لقاعدة لا ضرر و لا ضرار و لغيرها»(١).

ثم استشكل الشيخ الأعظم على تفسيره لتعريف المشهور بأمرين:

الأوّل: «إنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما...»(٢).

مراده: أن تفسير تعريف المشهور بأن مدار المثلية على الصنف مخالف لظاهر المشهور لانّهم يُطلقونه على الجنس لا الصنف كما يظهر من تمثيل الشيخ للمثلى حيث يقول: «كالحبوب و الأدهان و التمور و الأقطان و الخلول التى لا ماء فيها و الأثمان و نحو هذا كلّه له

مثل...»(٣).

الثانى: هذا التفسير من التعريف المشهور إمّا غير جامع للأفراد أو غير مانع للأغيار، لأنّه «إن أُريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا فقلَّ ما يتفق ذلک فى الصنف الواحد من النوع»(٤) فحينئذ يخرج كثير من المثليّات و التعريف لا يكون جامعا للأفراد.

«و إن أُريد تقارب أجزاء ذلک الصنف من حيث القيمة و إن لم يتساو حقيقة، تحقّق

١- (٤) الجواهر ٨٩/٣٧.

٢- (٥) المكاسب ٢١١/٣.

٣- (١) المبسوط ٦٠/٣.

٤- (٢) العبارة من الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢١٢/٣.

ذلک فى أكثر القيميات»(١) فحينئذ يدخل كثير من القيميات فلا يكون التعريف مانعا للأغيار.

ثم تعرض الشيخ الأعظم لدفع الإشكال الأخير - و هو «تحقّق ذلک فى أكثر القيميات» - بإجابه صاحب الجواهر عنه فى قوله: «و لا يرد النقض بالثوب أو الأرض الذى يمكن دفعه بعدم غلبة ذلک فيهما، و فرض بعض الأفراد كذلک لا يناسب إطراد قواعد الشرع»(٢). و قد مرّ عبارته الأُخرىُ فى اعتراضه على الأردبيلى.

ثم يلاحظ عليه بقوله: «ثم لو فرض أنّ الصنف المتساوى من حيث القيمة فى الأنواع القيمية عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثليّة لم يوجب ذلک إصلاح طرد التعريف...»(٣).

مراده: أنّه يكفى فى عدم الإطراد، التساوى فى القيميات ولو نادرا.

و يرد عليه: «لو فهم التقييد بالغالب ولو من قرينة حكمهم بضمان المثلى بالمثل الذى يبعد جدّا تنزيله على النادر كفى ذلک فى إصلاح إطراد التعريف». كما نبّه عليه السيّد الحكيم(٤) رحمه الله .

أقول: ولكن يمكن أن يجاب عن إشكالى الشيخ الأعظم بأنّ مرادهم أنّ إطلاق الحنطة و الشعير و نحوهما فى كلمات الأصحاب منصرفٌ إلى صنفها لا جنسها و إلاّ لايتم تساوى القيمة.

و عن الثانى: بأنّ التعاريف كلّها شرح الاسم و ليس بتعريف حقيقىّ لا على نحو الحدِّ

التام و لا حتّى على نحو الرسم الناقص، و حيث أنّ التعريف يصدق غالبا يكفى و خروج

١- (٣) العبارة من الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢١٢/٣.

٢- (٤) الجواهر ٨٩/٣٧.

٣- (٥) المكاسب ٢١٣/٣.

٤- (٦) نهج الفقاهة /٢٣٣.

موارد نادرا لا يضر كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله ، فحينئذ يمكن الأخذ بتعريف المشهور.

و لا يرد على ما بيّناه إشكال المحقّق الخراسانى على تعريف المشهور بأنّه: «لا يعمّ كثيرا من المثليات مثل المسكوكات و سائر المصنوعات المشتبهات كالساعات و الظروف و الآلات الفرنجية حيث أنّ كلّ واحد منهما يكون مثليّا و ليس ممّا يتساوى أجزائه بحسب القيمة»(١)

ثم حيث لم يتم تعريف المشهور عند الشيخ الأعظم فلابّد له من التعرض لسائر التعاريف:

ب: تعريف العلاّمة فى التحرير

عرّفه بأنّه «ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته»(٢).

و هذا التعريف مساوٍ لتعريف المشهور بناءً على تفسير الشيخ الأعظم له بتساوى أفراد الصنف لا النوع و الجنس، و أخصّ منه بناءً على ظاهره من تساويهما فى الحقيقة النوعية كما فى هدى الطالب(٣).

ج: تعريف الشهيد فى الدروس

أنّه «المتساوى الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات»(٤).

و اختاره ثانى الشهيدين فى الروضة(٥) و قال فى المسالک: «أقرب التعريفات إلى

١- (١) حاشية المكاسب /٣٥.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

٣- (٣) هدى الطالب ٣١١/٣.

٤- (٤) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

٥- (٥) الروضة البهية ٣٦/٧.

السلامة تعريف الدروس»(١). و تبعه فى الأقربية السبزوارى فى الكفاية(٢).

و اعترض عليه فى جامع المقاصد بقوله: «و هذا لا يكاد يخرج الثوب»(٣) و زاد فى المجمع: «و يمكن أن يقال: بل الأرض و بعض ما تقدم مع زيادة إبهام التساوى فإنّه غير معلوم فى أىّ شىءٍ و كذا تقارب الصفات»(٤).

قال المحقّق القمى: «و لعلّ المنفعة فى كلامه عطف على القيمة المقدّرة، يعنى المتساوى الأجزاء فى القيمة و المنفعة. و يمكن أن يكون نظره فى زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة و الحمَّص معا إذا تساويا فى القيمة، و قيل: النوع الواحد فى تعريف المشهور يكفى عن ذلک، و فى زيادة تقارب الصفات إلى ملاحظة الأصناف كما ذكرنا»(٥).

أقول: و العجب منه قدس سره أنّه زاد فى التعريف القيمة ثم استشكل عليه بتساوى قيمة بعض الأجناس ثم يأتى بما فى التعريف من المنفعة لدفع إشكاله و ما هذا إلاّ حدّة ذهن المحقّق القمى و ليس بتفسير لتعريف الشهيد فى الدروس.

و قال فی الجواهر: «بل هو [تعریف الدروس] فی الحقیقة کشف لتعریف المشهور، لا أنّه تعریف آخر و إن توهّمه غیر واحد، بل لعلّه المراد من تعریفه له فی غایة المراد [الآتی[أیضا...»(٦).

بل أنّه أخصٌ من التعریف المتقدم حیث أخذ فیه مع تساوی الأفراد تساویها فی

١- (٦) المسالک ١٨٣/١٢.

٢- (٧) الکفایة ٦٤٠/٢.

٣- (٨) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

٤- (٩) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٥/١٠.

٥- (١) جامع الشتات ٣٠٠/٢ من طبع الحروفی و نقل عنه فی هدی الطالب ٣١٢/٣.

٦- (٢) الجواهر ٩٠/٣٧.

المنفعة و تقاربها فی

صفاتها کما فی الإرشاد.(١)

د: تعریف الشهید فی غایة المراد

قال فی تعریف المثلی: «و هو ما تتساوی أجزاؤه فی الحقیقة النوعیة»(٢).

و قال ثانی الشهیدین معلِّقا علیه: «و مرجعه إلی ما یکون اسم الکثیر و القلیل منه واحدا کالماء و الدبس و الحنطة و ینتقض بالأرض»(٣).

أقول: توضيح ثانى الشهيدين رحمه الله و نقضه مأخوذٌ من أحد التعاريف الواردة فى جامع المقاصد حيث يقول: «و ربّما ضبط بأنّ المثلى ما يكون اسم الكثير و القليل منه واحدا كالماء و الدبس و الدهن و نُقص بالأرض»(٤).

و قرّر السيّد العاملى هذا الإشكال بقوله: «إذ الظاهر صدقه على ما تقدّم من الأرض و الثوب و نحوهما، مع إشكال تحقيق الاتفاق فى الحقيقة النوعية و مرجعه إلى ما يكون اسم

القليل و الكثير منه واحدا كالماء و الدبس»(٥).

و أجاب عنه فى الجواهر بقوله: «على معنى إرادة التساوى المزبور [أىّ المتساوى الأجزاء و المنفعة أو المساواة فى أشخاص الأفراد]، لا أنّ المراد به الاتحاد فى اسم القليل و الكثير منه كالماء و الحنطة كى يرد عليه الانتقاض بالأرض»(٦).

أقول: جواب صاحب الجواهر تام و التعريف قريب من تعريف المشهور بناءً على

١- (٣) إرشاد الطالب ١٦٧/٢.

٢- (٤) غاية المراد ٣٩٨/٢.

٣- (٥) المسالک ١٨٣/١٢.

٤- (٦) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

٥- (١) مفتاح الكرامة ١٤١/١٨.

٦- (٢) الجواهر ٩٠/٣٧.

أنَّ المراد بالحقيقة النوعية هو الصنف الخاص - كما فسره صاحب الجواهر - لا النوع و الجنس فحيئنذ لا يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره فى إرشاده: «و هذا أعم من التعريف المتقدِّم حيث أنّ هذا يعم جميع المثليات و القيميات فإن الأفراد فيهما مشتركة فى الحقيقة النوعية»(١).

ذ: تعريف الوحيد البهبهانى

قال: «المثلى ما تعارف تحقّق المثل له بحيث يساويه و يماثله فى الطبيعة و المميّز النوعى و الصنفى و هو أقرب إليه من كلِّ جنس و إن كان مثل الدرهم و الدينار، فتأمل»(٢).

و نقل عنه فى الرياض(٣) و عن الرياض فى الجواهر(٤) و حمله الأخير على تعريفه الآتى.

و اختاره المحقّق الخمينى و قال: «ما هو له مثل عادة كالحبوبات و لايلاحظ فيه الشاذ النادر، فما لا مثل له عادة ليس بمثلى و إن وجد نادرا»(٥) ثم عدّ من أوضح مصاديق المثلى منتوجات المَعَامِل الحديثة.

ر: تعريف صاحب الجواهر

قال: «و بالجملة فالمراد من التعاريف واحد، و هو التساوى الذاتى فى غالب ما له مدخلية فى الرغبة و القيمة، و أن يكون ذلک غالبا فى أفراد الأصناف لا اتفاقا، بل لعلّه المراد أيضا ممّا فى الإرشاد و شرحه الإسعاد لبعض الشافعية من تعريفه بأنّه «ما أمكن ضبطه

١- (٣) ارشاد الطالب ١٦٧/٢.

٢- (٤) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦٢٠.

٣- (٥) رياض المسائل ٢٦/١٤.

٤- (٦) الجواهر ٩١/٣٧.

٥- (٧) كتاب البيع ٣٣٢/١.

بكيل أو وزن و جاز السَّلَم فيه»، بل لعلّه المراد أيضا ممّا حكاه فى الرياض عن خاله...»(١).

و قال أيضا: «إنّ المراد بالمثلى فى كلامهم هو الذى له مثل بمعنى أنّه مساوٍ له فى جميع ما له مدخلية فى ماليته من صفاته الذاتية لا العرضية كالمكان و الزمان على وجه يكون غالبا فى صنفه و ما عداه قيمى، فتأمل فإنّه جيد»(٢).

ز: تعريف المحقّق الخراسانى

قال بعد المناقشة فى تعريف المشهور: «فالأُولى تعريفه بما كثر أفراده التى لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفة بحسب الرغبات»(٣).

ص: تعريف الفقيه اليزدى

قال: «فإنّ المثلى حينئذ ماله مماثل فى الأُوصاف و الخصوصيات التى تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القيم قلةً و كثرةً فكلّ ما كان كذلك غالبا فهو مثلىٌّ و كلّ ما لم يكن كذلك فهو قيمىٌّ و لا الاعتبار بالنادر و هذا يختلف بحسب الأزمان و البلدان و الكيفيات...»(٤).

ض: تعريف المحقّق الإيروانى

قال: «... و الأحسن أن يعرّف المثلى بما تشابهت أفراده و جزئياته فى الصورة و الصفات، اللازم منه التساوى فى الرغبات، اللازم منه التساوى فى المالية، و على هذا فجنس الحنطة المختلف الأنواع و الأصناف اختلافا فاحشا إن لم يكن مثليّا صادقا عليه التعريف

١- (١) الجواهر ٩١/٣٧.

٢- (٢) الجواهر ٩٤/٣٧.

٣- (٣) حاشية المكاسب /٣٥.

٤- (٤) حاشية المكاسب ٤٦٩/١.

فأصنافه النازلة مثلية البتة»(١).

ط: تعريف المحقّق النائينى

أخذ قدس سره فى تعريف المثلى أربعة قيود:

الأوّل: أن يكون تساوى الصفات و الآثار بحسب الخِلقة الإلهية كالحبوب و أمّا ما كان متساويا بحسب الصناعة البشرية فهو محل خلاف.

الثانى: أن لا يتغيّر بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالخضروات و الفواكه و كلّ ما يفسد

من يومه فإنّه أيضا محل خلاف فى كونه مثليّا أو قيميّا.

الثالث: أن يكون مماثله كثيرا مبذولاً [موجودا].

الرابع: أن يكون تماثل الصفات موجبا لتماثل القيمة و تقاربها، و أمّا لو كان شىء مماثلاً لشىءٍ آخر فى جميع الصفات و الآثار ولكنّهما متفاوتان فى القيمة جدّا فهذا ليس مثلاً لذاك.

و على هذا فالمتيقن من المثلى الحبوبات ولكنّه لا بحسب الجنس أو النوع بل بحسب الصنف كما أنّ المتيقن من القيمى الحيوانات.(٢)

ظ: تعريف المحقّق الأصفهانى

قال: «الصفات المقابلة للذات على قسمين تارة تختلف بها الرغبات فلها دخل فى المالية و اُخرى لا دخل لها فيها حيث لا تختلف بها الرغبات، و الثانية سواء كانت فى المثلى أو القيمى ليست مناطا لمثليّته و لا لقيميّته، و الأُولى إذا كانت ممّا لها نوعا أفراد مماثلة كان الموصوف بها مثليّا

، و إن لم توجد لها أصلاً أو نوعا أفراد مماثلة كان الموصوف بها قيميّا

ص: ٤٤١

١- (٥) حاشية المكاسب ١٣٠/٢.

٢- (١) راجع منية الطالب ٢٨٦/١ و ٢٨٥.

فتدبر»(١).

و اختاره السيّد الخوئى رحمه الله و قال فى توضيحه: «اوصاف الأشياء على قسمين: إذ قد يكون لها دخل فى المالية و قد لا يكون لها دخل فى المالية بوجه، أمّا القسم الثانى فهو خارج عن محل بحثنا لعدم دخله فى مالية الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان، أمّا القسم الأوّل فإن كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلى، ضرورة أن أفراد الكلّى مع فرض تماثلها متساوية الأقدام و متقاربة الأُوصاف من دون تفاوت بينهما فى نظر العرف و إن كان بينها فرق بالدقة العقلية، و إن لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمىٌّ»(٢).

و اختاره أيضا المحقّق المروج قال: «فكلّ كلّىٍّ تكثر أفراده المتماثلة فى الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات الدخيلة فى اختلاف المالية يكون مثليّا و القيمى بخلافه»(٣).

ع: تعريف شيخنا الاستاذ قدس سره

قال: «و المراد بالمثل هو القريب إلى التالف فى الأُوصاف التى تكون بها المالية

أوزيادتها، لا ساير الخصوصيات التى قد يتعلق غرض شخصى بالشىء باعتبارها... و لم يكن وجوده عزيزا [نادرا] نوعا بحيث لايعدّ الظفر به من الاتفاق فالمال مثلى و فى صورة عزّة وجوده و ندرة الظفر به فالمال قيمى...»(٤).

أقول: الظاهر أنّه مأخوذ من تعريف الأصفهانى قدس سره أفردتُهُ إحتراما للإستاذ قدس سره .

ص: ٤٤٢

١- (٢) حاشية المكاسب ٣٥٦/١.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ١٥٢/٣.

٣- (٤) هدى الطالب ٣١٤/٣.

٤- (١) إرشاد الطالب ١٦٨/٢.

٥-: التعريف الأوّل المنقول من العامة

نقل العلاّمة فى التذكرة(١) عن بعضهم فى تعريفه: «أنّه ما قدّر بالكيل أو الوزن»(٢) و فى جامع المقاصد(٣) نقله عن الشافعى و أبيحنيفة و أحمد.

و فى المسالک: «نقض بالمعجونات»(٤).

و فى مجمع الفائدة: «و أنّه يشكل بالغزل و الصوف و الوبر و الشعر و نحوها، فإنّها غير مثلية، مع صدق التعريف، إلاّ أن يليه النفى أو الإثبات(٥) و هو بعيد. و أيضا أنّ المكيل و الموزون ليس له ضبط فإنّه يختلف حينئذٍ لكلّ بلد حكم نفسه على ما قيل... فيلزم كون شىء واحد مثليا فى بلد و قيميا فى اُخرى و هو بعيد،... إلاّ أن يقال: لا يجوز السلم فيها و لا بيع بعضها ببعض و حينئذ يشكل التعريف الأوّل بدون الزيادة، فتكون فائدتها فتأمل»(٦).

و فى الجواهر: «بل لعله المراد... معنى غلبة التساوى فى أجزائها على الوجه المزبور [مرّ فى تعريفه] فى كثير من أفرادها المتعارفة فلا يرد النقض بالمعجونات»(٧).

أقول: تفسير صاحب الجواهر لا يتم مع ظاهر التعريف.

ص: ٤٤٣

١- (٢) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٣) المغنى لابن قدامة ٢٣٩/٥، بداية المجتهد ٣١٧/٢، المحلّى ٤٣٧/٦، روضة الطالبين ١٠٨/٤، الأُمّ ٢٥٤/٣، حاشية إعانة الطالبين ١٣٨/٣.

٣- (٤) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

٤- (٥) المسالک ١٨٣/١٢.

٥- (٦) مراده منهما: الزيادات الواردة فى التعريف الثانى و الثالث.

٦- (٧) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٤/١٠ و ٥٢٥.

٧- (٨) الجواهر ٩٠/٣٧.

و: التعريف الثانى من العامة

نقل العلاّمة(١) و زاد بعضهم [على تعريفهم الأوّل] اشتراط جواز السلم فيه(٢). و

علّله فى جامع المقاصد: «لأنّ السلم يثبت بالوصف فى الذمة»(٣) و فى المسالک: «ليسلم من النقض»(٤).

ى: التعريف الثالث لهم

نقل العلاّمة(٥) عنهم زيادة: جواز بيع بعضه ببعض.(٦)

و فی جامع المقاصد(۷): «لتشابه الأصلین فی قضیة التماثل» و نحوه فی المسالک(۸) و الجواهر(۹).

و قال فی جامع المقاصد: «و اعترض علی العبارات الأخیرة [تعاریف العامة] الثلاث: بأنّ القماقم(۱۰) و الملاعق و المغارف(۱۱) المتخذة من الصفر و النحاس موزونة یجوز

۱- (۹) تذکرة الفقهاء ۳۸۱/۲.

۲- (۱۰) انظر فتح العزیز المطبوع مع المجموع ۲٦٦/۱۱، مغنی المحتاج ۲۸۱/۲، روضة الطالبین ۱۰۸/٤.

۳- (۱) جامع المقاصد ۲٤٤/٦.

٤- (۲) المسالک ۱۸۳/۱۲.

٥- (۳) تذکرة الفقهاء ۳۸۱/۲.

٦- (٤) روضة الطالبین ۱۰۸/٤.

۷- (٥) جامع المقاصد ۲٤٤/٦.

۸- (٦) المسالک ۱۸۳/۱۲.

۹- (۷) الجواهر ۹۰/۳۷.

۱۰- (۸) جمع مفرده «قمقمة» و هو وعاء من صفر یستصحبه المسافر. الصحاح ۲۰۱٥/٥.

۱۱- (۹) جمعٌ مفرده المِغْرَفة: ما یغرف به الطعام. [مجمع البحرین مادة غرف].

السلم فیها و بیع بعضها ببعض و لیست مثلیة»(۱).

تنظر صاحب المسالک فی الاعتراض: «لمنع جواز السلم فیها لاختلافها و عسر ضبطها»(۲).

و ردّه فی الجواهر: «انّ المراد التساوی ذاتا لا اتفاقا بصنع صانع و نحوه»(۳).

أقول: بعد نقل هذه المقالات لیس للمثلی حقیقة شرعیة و لا متشرعة فلابدّ فیه من ملاحظة العرف، و العرف بعد إحداث المعامل الحدیثة یعرف المثلی بأحسن وجه، لأنّهم یستنسخون و یستکثرون من البضائع الآلاف فلا نحتاج إلی زیاده البحث حول تعریف المثلی و کلّ ما لم یکن مثلیّا فهو قیمیٌّ.

و المثل فی اللغة: قال أحمد بن فارس: «المیم و الثاء و اللام أصلٌ صحیح یدلّ علی

مناظرة الشیء للشیء، و هذا مثل هذا، أیّ نظیره. و المِثْل و المِثال فی معنی واحد»(٤).

و قال الفیومی: «المِثْل: یُستعمل علی ثلاثة اُوجهٍ بمعنی الشبیه و بمعنی نفس الشیء و ذاته و زائدةٍ و الجمع أمثال...»(٥).

و ورد بالمعنی اللغوی فی العدید من کرائم القرآن الوارد منه فی أکثر من ثلاثین آیة(٦)، هذا بالأضافة إلی الضمائر فی کثیر منها و أمّا اللفظ المثلی - علی مصطلح الفقهاء - فلم یرد فیه و کذلک لم یرد فی روایاتنا، نعم ورد فی معقد إجماعهم کما فی جامع المقاصد(۷) و

۱- (۱۰) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

۲- (۱۱) المسالک ۱۲/۱۸۳.

۳- (۱۲) الجواهر ۳۷/۹۰.

٤- (۱) معجم مقاییس اللغة ٥/٢٩٦.

٥- (۲) المصباح المنیر /٥٦٣.

٦- (۳) راجع المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الکریم /٦٥٩.

٧- (٤) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

رياض المسائل(١) و المناهل(٢) و المفتاح(٣) و الجواهر(٤) و غيرها(٥).

و بعد ظهور تعريف المثلى فلايهمنا النقض فى بعض أمثلته و البحث حولها(٦) لما مرّ مِنَ الاختلاف فيه بحسب الأزمان و البلدان و الكيفيات كما عن الفقيه اليزدى(٧).

فهذا تمام الكلام فى المقام الأوّل.

المقام الثانى: الدليل على ضمان المثل فى المثلى

الأوّل: آية الاعتداء

قد تمسلک الشيخ فى كتابيه(٨) و تبعه ابن ادريس فى السرائر(٩) و العلاّمة فى تذكرة الفقهاء(١٠) بلزوم ضمان المثل فى المثلى بقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(١١) و تابعهم الطبرسى فى مجمع البيان و قال: «و فى هذه الآية دلالة على

أنّ من غصب شيئا و أتلفه يلزمه ردّ مثله ثم إنّ المثل قد يكون من طريق الصورة فى ذوات الأمثال و من طريق المعنى كالقيم فيما لا مثل له»(١٢).

١- (٥) رياض المسائل ١٤/٢٣.

٢- (٦) المناهل /٢٩٩ من الطبع الحجرى.

٣- (٧) مفتاح الكرامة ١٨/١٣٧.

٤- (٨) الجواهر ٣٧/٨٥.

٥- (٩) كالمكاسب ٣/٢٠٩ للشيخ الأعظم.

٦- (١٠) كما فى المكاسب ٢١٥/٣.

٧- (١١) حاشيته على المكاسب ٤٦٩/١.

٨- (١٢) المبسوط ٦٠/٣، الخلاف ٤٠٢/٣ و ٤٠٦.

٩- (١٣) السرائر ٤٨٠/٢.

١٠- (١٤) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

١١- (١٥) سورة البقرة /١٩٤.

١٢- (١) مجمع البيان ٢٨٨/١ من طبع مصر.

و تابعهم قطب الدين الراوندى فى فقه القرآن قال: «و إن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» إن كان له مثل، و إن لم يكن له مثل فعليه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، لأنّه مأمور بردّه فى كلّ وقت فوجب عليه قيمته إذا تعذر. و اللّه أعلم»(١).

و قال الفاضل المقداد فى كنز العرفان: «د: المثل فى الآية يمكن حمله على المساوى فى الحقيقة و على المساوى فى الحكم و على المساوى فى المالية و قد يعبر عن الأوّل بما يشترك جزؤه و كلّه فى صدق الاسم و هو المراد بالمثلى فى عبارة الفقهاء. ه : المغصوب إن كان مثليّا بالمعنى الأوّل تعيّن مع فقده مثله و لا اعتبار بتفاوت الأسعار فى الزيادة و النقصان عن حال الغصب...»(٢).

و اعترض على الاستدلال بالآية الشريفة صاحب الرياض و قال: «و فيه نظر، لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذى هو ما نحن فيه، فتأمل»(٣).

و ردّه فى المفتاح بقوله: «أنّ الاحتمال الذى ذكره فى الآية خلاف المتبادر و قد اطبقوا على العمل بها فى مثل المعتدى فيه فى باب القصاص و الديات و استند إليها جماعة كثيرون فى المسألة فى الباب...»(٤).

و قال فى الجواهر ردّا على الرياض: «إذ قد عرفت أنّ المراد به [أىّ بالمثل] ذلك [أى

١- (٢) فقه القرآن ٧٤/٢.

٢- (٣) كنزالعرفان /٢٥١ من الطبع الحجرى، ٨٤/٢ من الطبع الحروفى.

٣- (٤) رياض المسائل ٢٤/١٤.

٤- (٥) مفتاح الكرامة ١٤٢/١٨.

المعتدى فيه] ولو بمعونة ما سمعت من النص [أى نصوص كلمات الأصحاب] و الفتوى»(١).

و ذكر الشيخ الأعظم(٢) مناقشات فى الاستدلال بالآية الشريفة:

الأولى: الآية تختص بالتلف العدوانى بقرينة الاعتداء الوارد فى الظلم و العدوان

ولكن فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد لم يكن اعتداءً لا سيما مع الجهل بالفساد.

ولكن أجاب عنه الشيخ الأعظم بعدم القول بالفصل بين بابى الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد.

الثانية: ما ذكره سيّد الرياض من أنّ ظاهر المماثلة فى أصل الاعتداء و جنسه من الكلام و الضرب و نحوها، لا المماثلة فى المعتدى فيه و مقداره.

و تنظر الشيخ الأعظم فى هذه المناقشة و لعلَّ وجهه ظهور الآية فى اعتبار المماثلة فى الإعتداء و المعتدى به كليهما.

الثالثة: انّ المراد بالمثل فى الآية الشريفة ما يعدّ عرفا مِثلاً للتالف فى الامرين: - أى الحقيقة النوعية و المالية - و الآية و العرف يقتضيان الضمان بالمثل - مع الأمرين - حتّى فى القيميات لإمكان مساواة أفراد بعض القيميات فى المالية فضلاً عن المساواة فى الحقيقة مع أنّ المشهور حكموا

بضمان القيمى بقيمته مطلقا - سواء وُجد مثله أم لا - و سواء قيمة المثل مساوية لقيمة المتلَف أم أزيد أم أقل.

و استشهد قدس سره بفرعين:

١- إذا أتلف شخص ذراعا من كرباسٍ و أمكنه تحصيل مماثِله عرفا و الآية تقتضى ذلك ولكن المشهور على أنّ الثوب من القيميات و حكموا بوجوب دفع القيمة.(٣)

١- (٦) الجواهر ٩٢/٣٧.

٢- (٧) المكاسب ٢١٨/٣.

٣- (١) كما فى هدى الطالب ٣٤٤/٣.

٢- و كذا لو أتلف عبدا و له فى ذمة مالك العبد بسبب القرض أو السلم عبدٌ موصوف بصفات التالف فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى. كما تشهد به ملاحظة كلماتهم فى بيع عبدٍ من عبدين.(١)

قال فى مفتاح الكرامة: «قوله: (ولو اشترى عبدا من عبدين لم يصح) هذا هو المشهور كما فى المهذب البارع(٢) و المقتصر(٣) و غاية المرام(٤) و هو خيرة الخلاف(٥) فى موضع منه و الجواهر(٦) و السرائر(٧) و الشرائع(٨) و النافع(٩) و التحرير(١٠) و المختلف(١١) و

التذكرة(١٢) و اللمعة(١٣) و التنقيح(١٤) و جامع المقاصد(١٥) و إيضاح النافع(١٦) و المسالك(١٧) و

١- (٢) كما فى المكاسب ٢١٨/٣.

٢- (٣) المهذب البارع ٤٦٦/٢.

٣- (٤) المقتصر /١٨٥.

٤- (٥) غاية المرام ١١١/٢.

٥- (٦) الخلاف ٢١٧/٣.

٦- (٧) جواهر الفقه /٦٣.

٧- (٨) السرائر ٣٥١/٢.

٨- (٩) الشرائع ٥٤/٢.

٩- (١٠) المختصر النافع /١٣٣.

١٠- (١١) تحرير الأحكام الشرعية ٤١٠/٢.

١١- (١٢) مختلف الشيعة ٢٣٠/٥.

١٢- (١) تذكرة الفقهاء ٣٢٨/١٠.

١٣- (٢) اللمعة /١١٩.

١٤- (٣) التنقيح الرائع ١٣٦/٢.

١٥- (٤) جامع المقاصد ١٥٠/٤.

١٦- (٥) ايضاح النافع، مخطوط.

١٧- (٦) المسالک ٣٩٨/٣.

الروضه(١) و غيرها(٢) و هو ظاهر الدروس(٣) أو صريحه و فى الرياض(٤) أنّ عليه عامّة من تأخر»(٥).

ولكنّ فى هذا الفرع خلافا للشيخ حكى فى باب البيوع من الخلاف(٦) عن رواية الأصحاب الجواز [أىّ صحة بيع عبد من عبدين] على الإطلاق، مدعيّا عليه الإجماع، و ظاهره الميل إليه، إلاّ أنّه رجع عنه فى باب السلم(٧) فلا عبرة بقوله الأوّل كدعواه الإجماع عليه و استناده به و بالرواية... لضعف

الأوّل [الاجماع] بمخالفته نفسه، مع شهرة خلافه الظاهرة فى وهنه [أىّ فى و هن الخبر]. كذا قاله سيّد الرياض(٨).

و قال فى النهاية: «و من اشترى من رجل عبدا و كان عند البائع عبدان، فقال للمبتاع اذهب بهما فاختر أيّهما شئتَ و رُدَّ الآخر و قبض المال، فذهب بهما المشترى فأبق أحدهما من عنده فَلْيَرُدَّ الذى عنده منهما و يقبض نصف الثمن ممّا أعطى و يذهب فى طلب الغلام فإن وجده اختار حينئذ أيّهما شاء و ردّ النصف الذى أخذ و إن لم يجد كان بينهما

نصفين»(٩).

و حكى العلاّمة فى المختلف(١٠) عن القاضى ابن البرّاج متابعته. و هو متن رواية محمّد

١- (٧) الروضة البهية ٣٤٦/٣.

٢- (٨) نحو كشف الرموز ٥٢٠/١.

٣- (٩) الدروس ٢٣١/٣.

٤- (١٠) رياض المسائل ١٠٢/٩.

٥- (١١) مفتاح الكرامة ٤٠٠/١٣.

٦- (١٢) الخلاف ٣٨/٣.

٧- (١٣) الخلاف ٢١٧/٣.

٨- (١٤) رياض المسائل ١٠٢/٩.

٩- (١) النهاية /٤١١.

١٠- (٢) مختلف الشيعة ٢٢٩/٥.

بن مسلم(١) عن أبى جعفر عليه السلام و مثله روى السكونى(٢) عن أبى عبداللّه عليه السلام كما فى المفتاح(٣).

و أنت ترى أنّ التهاتر ورد فى فتوى الشيخ فى النهاية ولكن الأصحاب لم يوافقوه.

٣- ثم عزز الشيخ الأعظم الفرعين بثالث بقوله: «و أمّا مع عدم وجود المثل للقيمى التالف فمقتضى الدليلين [العرف و الآية] عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذّر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلى و لا يقولون به»(٤).

لأنّهم يقولون بضمان قيمة يوم التلف فى العين القيمية لاقيمة يوم الأداء. و هذا الفرع أيضا من مخالفة المشهور لإطلاق الآية الشريفة و الاستظهار العرفى.

الرابعة: من مناقشات الشيخ الأعظم: مقتضى الآية و العرف عدم جواز إلزام المالک بأخذ المثل الذى نقصت قيمته نقصانا فاحشا إذ مقتضاهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالية، مع أنّ المشهور يقولون بجواز إلزامه به - كما فى الجواهر(٥) - و إن قوّى الشهيد(٦) خلافه، ولكن العلاّمة احتمل فى القواعد(٧) كفاية المثل ولو سقط من القيمة بالكلية و احتمل أيضا الرجوع إلى القيمة.

أقول: ولكن الرجوع إلى القيمة حينئذ هو خيرة التذكرة(٨) و الايضاح(٩) و فى

١- (٣) وسائل الشيعة ٢٦٨/١٨، ح١، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان. و السند ضعيف بابن أبى حبيب لأنّه مهمل.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٢٦٩/١٨ و السند معتبر.

٣- (٥) مفتاح الكرامة ٣٩٥/١٣.

٤- (٦) المكاسب ٢١٩/٣.

٥- (٧) الجواهر ٣٧/٩٩.

٦- (٨) الدروس ٣/١١٣.

٧- (٩) القواعد ٢/٢٢٨.

٨- (١٠) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٤ من الطبع الحجرى.

٩- (١١) ايضاح الفوائد ٢/١٧٧.

جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب و غيرهم و قول: «لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم»(١).

فَذْلَكَةٌ كلام الشيخ الأعظم؛ بعين عبارته مع توضيح

قال: «فتبيّن أنّ النسبة بين مذهب المشهور [ضمان المثلى بالمثل [و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين [العرف و الآية [و لايضمن به عند المشهور كما فى المثالين المتقدمين [الفرع الأوّل و الثانى أى الكرباس و العبد [و قد ينعكس الأمر [يعنى الآية و العرف يقتضيان الضمان بالقيمة مع أنّ المشهور على الضمان بالمثل] كما فى المثال الثالث [نقصان القيمة و إسقاطها] و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثلة»(٢)

الجواب عن مناقشات الشيخ الأعظم قدس سره

أقول: قد أجاب بنفسه عن المناقشة الأولى بعدم القول بالفصل بين البابين، و تنظّر فى مناقشة سيّد الرياض و قد مرّ فى وجهه أنّ الآية ظاهرة فى اعتبار المماثلة فى أصل الاعتداء و المعتدى فيه كليهما.

و أمّا المناقشة الثالثة: فيظهر جوابها ممّا مرّ من أنّ المثلى ما هو يوجود مثله كثيرا لانادرا. فالقيمى الذى يوجد نادرا مثله يحكم بقيميته و ضمان القيمة فيه، و أمّا الفروع الثلاثة فالكرباس و الثوب و الأقمشة تعدّ من المثليات فى زماننا هذا فيحكم بضمان المثل فيه(٣)، ولكن الحيوان الذى يعدّ العبيد منه قيمى فإذا كان على التالف قيمة العبد و له فى ذمّة مالک العبد عبدٌ بهذه القيمة أو قريب منه فلا يبعد التهاتر بقدر الذمم و هذا غير مسألة بيع

١- (١٢) جامع المقاصد ٢٥٨/٦.

٢- (١) المكاسب ٢٢٠/٣.

٣- (٢) كما عليه الفقه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٤٦٨/١.

عبدٍ من عبدين التى حكم الأصحاب بعدم صحتها.

و وافقنا على التهاتر المحقّق الأصفهانى و قال: «لو لا الاجماع لزم التهاتر فيما إذا كان للضامن فى ذمة المالک مثل ما أتلفه منه»(١).

و أمّا رواية محمّد بن مسلم التى هى مستند قول الشيخ فى النهاية فإنّها ضعيفة السند برواية الكلينى و معتبرة السند برواية الشيخ، ان لم يكن إعراض المشهور موجبا لوهنها، ولكن الشيخ و القاضى ابن البراج فى الكامل افتيا بمضمونها، فيمكن الأخذ بها فى موردها فقط و لايمكن التعدى إلى غيره لأنّها مخالفة للقواعد، القاعدة فى المقبوض بالسؤم تقتضى

ضمانها على القابض أو المشترى و الرواية تحكم بالضمان نصفين نصف على المشترى و نصف على البائع، فإن أغمضنا عن إشكال الوهن يمكن قبولها فى موردها الخاص.

و أمّا الفرع الثالث: فقد قال: «لو تعذر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع»(٢) أى يوم الأداء ولكن مختار الأصحاب قيمته يوم الإقباض و لا يوجد مخالفٌ منّا فيه كما صرح به صاحب المفتاح(٣)، و أمّا بالنسبة إلى القيمى فيكون الضمان فيه بالقيمة، إمّا قيمة يوم الغصب أو أرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف أو قيمته يوم التلف ثلاثة أقوال يأتى تفصيلها، مضافا إلى ما مرّ من أنّ الضمان فى المثلى يكون بالمثل و مع عدم وجدانه ينتقل إلى قيمة يوم الإقباض، و أمّا القيمى فلا

يكون الضمان فيه بالمثل أصلاً بل الضمان يكون بالقيمة من أوّل الأمر ولكن اختلفوا فيها بأنّها قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو أعلى القيم، فالفارق بينهما و على قول المشهور واضح.

و هكذا قد مرّ من أن الملاک فى المثلى و القيمى هو كثرة وجدان مثله و عدمه و هذا

١- (٣) حاشيته على المكاسب ٣٦٧/١.

٢- (١) المكاسب ٢١٩/٣.

٣- (٢) مفتاح الكرامة ١٤٤/١٨.

يختلف بحسب الأزمان و الأماكن و لاعبرة بالإجماعات الواردة فى مصاديقهما لأنّ غايتها هو الاجماع على أنّه قيمى أو مثلى فى زمن الإجماع و بلده لا فى كلّ زمان و مكان و بالجملة هذا الإجماع لم يكن تعبديا فلا يكون حجة.

كما عليه الفقيه اليزدى رحمه الله قال: «و من ذلک يظهر أنّه لااعتبار بإجماعهم على كون الشىء الفلانى مثليّا أو قيميّا فإنّه ليس ممّا وصل إليهم من الشارع حكم تعبدى قطعا بل من جهة ما ذكرنا، فلو كان الموجود فى زماننا على خلاف ما ذكروه لايجب متابعتهم فى ذلک»(١).

و أمّا الإجابة عن المناقشة الرابعة: فإنّ المماثلة تصدق فى الحقيقة و المالية معا فإذا نقصت المالية بحيث سقطت بالكلية ينتقل الضمان من المثل فى المثلى إلى قيمة يوم القبض كما احتمله العلاّمة فى القواعد و اختاره فى التذكرة و ولده فى الإيضاح و قواه الشهيد و نسبه المحقّق الثانى إلى الأصحاب و قال: «لامحيد عنه». فما نسبه إلى المشهور من جواز إلزامه بأخذ المثل لايتم عندنا - خلافا للجواهر(٢) -، و كما اختار الشيخ الأعظم انتقال الضمان إلى القيمة حينئذ قال: «و إن كان الحقّ خلافه»(٣). أى خلاف الإلزام و ضمان المثل و تبعه السيّد

الخوئی(٤).

هذه أجوبة عن مناقشات الشيخ الأعظم و أنت ترى عدم تماميتها فی دلالة آية الاعتداء فی ضمان المثلی بالمثل.

مناقشة السيّد الخوئی فی دلالة آية الاعتداء

قال قدس سره : «الاستدلال بها علی ذلک يتوقف علی أُمورٍ ثلاثة:

١- (٣) حاشيته علی المكاسب ١/٤٧٠.
٢- (٤) جميع المصادر مرّت فی أصل المناقشة و لا نعيدها فراجع صفحة ٤٥١.
٣- (٥) المكاسب ٣/٢٢٠ و ٢٣٨.
٤- (١) مصباح الفقاهة ٣/١٦٠.

الأوّل: أن تكون كلمة «ما» فی الآية الكريمة موصولة لا مصدرية.

الثانی: أن يراد من هذا الكلمة الموصولة الشیء المعتدی به بأن يكون المعنی فاعتدوا عليه بمثل الشیء الذی اعتدی به عليكم.

الثالث: أن يراد من كلمة المثل فی الآية الشريفة المثل فی المثلی و القيمة فی القيمی، و أنّی للمستدِل إثبات هذه الأُمور كلّها...»(١)

أقول: الظاهر أنّه أخذ بعضه ممّا فی تعليقة اُستاذه المحقّق الأصفهانی علی المكاسب علی خلاف مختاره لأنّه قال: «إنّ المماثلة تارة بين الاعتدائين كالضرب فی مجازاة الضرب دون القتل و الشتم،

و أُخرى مقدارها كالدرهم الواحد بإزاء الواحد لا اثنان فى قبال الواحد، و ثالثة فى المُعتدى به كالحنطة بإزاء الحنطة مثلاً، لابمعنى الإتلاف فى قبال الإتلاف كما فى الأوّل.

فإن جعلنا كلمة «ما» مصدرية غير زمانية فالمعنى فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه، و إن جعلناها موصولة فالمعنى فاعتدوا بمثل الشىء الذى أُعتدى به عليكم، و حينئذ يحتمل أن يراد بمثل ذلک الشىء فى الطبيعة و الحقيقة، و يحتمل أن يراد بمقداره لا أزيد منه كما أو كيفا.

بناءً على الأوّل لادلالة للآية إلاّ على المماثلة فى الاعتداء و هى غير مرادة هنا بل غير جائزة هنا، إذ مماثل إتلاف المال هو الإتلاف كمماثلة الضرب للضرب.

و بناءً على الثانى يصح الاستدلال بها إن أُريد منها المماثلة فى المقدار، لأنّها تلازم المماثلة فى الحقيقة إذا أُريد الزيادة و النقص من المقدار دون غيرهما....

ثم اختار فى آخر هذه التعليقة أنّ مماثلة أعمٌّ من حيث الاعتداء و المعتدى به و كيفياته

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٤٨/٣ راجع تمام كلامه فى كتابه قدس سره .

و قال فى التعليقة التى تليها: «تحقيق المقام أنّ المماثلة تارة هى المماثلة المطلقة لامطلق المماثلة، فيراد منها المماثلة من جميع الجهات من الذات و الصفات و المالية، و أُخرى هى المماثلة من حيث الذات و الصفات، و ثالثة هى المماثلة من حيث المالية، و رابعة هى مطلق المماثلة سواء كانت مماثلة من جميع الجهات أو من حيث الحقيقة أو من حيث المالية، فمع إثبات إحدى التعينات الثلاث تثبت المماثلة المطلقة أو المماثلة الخاصة، و مع عدمه فمطلق المماثلة.

وجه الأُولى: أنّ المماثلة بلاعناية هى المماثلة المطلقة... .

وجه الثانية: أنّ المماثلة العرفية هى المماثلة من حيث الحقيقة فمماثل الحنطة عرفا هى الحنطة...

.

وجه الثالثة: أنّ الأغراض العقلائية فى باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، و لاريب أنّ العبرة فى مقام الاستظهار من الآية بالمماثلة العرفية فيتعيّن الثانية... و أما المدار عند العقلاء على المالية فهو مسلم إلاّ أنّه لاينافى تعلق الغرض العقلائى بمطالبة الحقيقة التى تختلف بها الرغبات العقلائية، فأوجه الوجوه الوجه الثانى...»(۱).

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق الأصفهانى اختار على خلاف تلميذه دلالة الآية على المماثلة بالمعنى الأعم من حيث الاعتداء و المعتدى به و أنّ المراد بالمماثلة هى المماثلة العرفية أى من حيث الذات و الصفات فقط، لا من حيث المالية و مختاره الأخير محل تأمل بل منع لعدم صدق المماثلة إلاّ فى فرض التساوى فى المالية كما اعترف قدس سره بأنّ المدار عليه فى المعاملات، فالمماثلة العرفية عندنا هى المماثلة فى الذات و الصفات و المالية المسماة عند المحقّق الأصفهانى قدس سره بالمماثلة المطلقة.

١- (١) حاشية المكاسب ١/(٣٦٥-٣٦٢) راجع تمام كلامه فى كتابه.

نقد مقالة المحقّق الخوئى فى المقام

أمّا أمره الأوّل: من عدم وجود قرينة على أنّ «ما» موصولة بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية و عليه فتكون معنى الآية أنّه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم و إذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال... ثم قال: «بل المحكى عن المحقّق الأردبيلى فى آيات أحكامه هو تعين هذا الاحتمال فإنّه بعد ما

ذكر جملة من الآيات التى منها الآية المتقدمة الظاهرة فى جواز الاعتداء بالمثل قال: فيها دلالة على جواز القصاص فى النفس و الطرف و

الجروح...»(۱).

ففيه: أوّلاً: يمكن أن يأتى فى بادى الأمر احتمال أن تكون ما مصدرية غير زمانية ولكن صار معنى الآية هكذا: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل إعتدائه عليكم، و قرينة فصاحة كلام اللّه يطرد هذا الاحتمال، لأنّ إبقاء لفظة «ما» على موصوليتها أفصح من حملها على المصدرية غير الزمانية.

و ثانيا: كلمة «ما» ظاهرة فى الموصولة لا المصدرية كما صرح به المحقّق القمى(۲) رحمه الله و كما يظهر من عدّة من المفسرين:

نحو: مقاتل بن سليمان - الذى عدّه الشيخ فى الرجال من أصحاب الباقر(۳) عليه السلام و الصادق(٤) عليه السلام و فى الأوّل مع توصيفه بالبترى و فى الثانى مع نسبته إلى خراسان، و توفّى مقاتل فى عام ۱۵۰، و البترية هم جماعة من الزيدية تبرؤوا من أعداء الشيخين - عليهما لعنة اللاعنين إلى يوم الدين - و... و المشهور أنّهم يضعّفونه و أنت تجد ترجمته فى تهذيب

۱- (۱) راجع مصباح الفقاهة ۱٤۹/۳.

۲- (۲) جامع الشتات ۳۰۲/۲ و نقل عنه فى هداية الطالب ۳۳۱/۲.

۳- (۳) رجال الشيخ /۱۳۸، الرقم ٤۹.

٤- (٤) رجال الشيخ /۳۱۳، الرقم ٥۳٦.

التهذيب(۱) - قال فى تفسيره: ««فاعتدوا عليه» يقول: فقاتلوهم فيه، «بمثل ما اعتدى عليكم» فيه، «واتقوا اللّه» يعنى المؤمنين و لاتبدءوهم بالقتال فى الحرم فإن بدأ المشركون فقاتلوهم»(۲).

تفسيره «فيه» أىّ فى الحرم بعد جملة «ما اعتدى عليكم»، يظهر منه أنّه أخذ كلمة «ما» موصولة لا مصدرية غير زمانية و إلاّ لايحتاج إلى تفسير «فيه». لوضوح أنّ الاعتداء الذى يمكن أن يعتدى بهم يكون فى الحرم. فتأمل.

و شيخ الطائفة قال فى تفسيره: «فإن قيل: كيف قال «بمثل ما اعتدى عليكم»، و الأوّل جور و الثانى عدل؟ قلنا: لأنّه مثله فى الجنس و مقدار الاستحقاق لأنّه ضرر كما أنّ الأوّل ضرر، و هو على مقدار ما يوجبه الحقّ فى كلّ جرم»(٣).

و ثالثا: ما ذكره بعنوان المحكى عن المحقّق الأردبيلى و ما حكاه عنه لايتم؛ لأنّ

الأردبيلى ذكر هذه الجمل فى كتاب الجنايات فى ذيل آيتى ٤٠ و ٤١ من سورة الشورى و لم يذكرها فى آية الاعتداء فراجع زبدة البيان(٤)، فتأييد مقالته بكلام الأردبيلى غير تام.

و أمّا أمره الثانى: فقد قال: «لاقرينة على أنّ المراد من الشىء هو المعتدى به أعنى به الأعيان الخارجية من النقد و العرض بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء...، و يحتمل أن يراد من الشىء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآية على جوازاعتداء المضروب بالضرب... و على جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة... و على هذا الاحتمال لايستفاد من الآية الضمان - أيضا - بل و لاجواز تملك المغصوب منه شيئا ممّا أخذه

١- (٥) تهذيب التهذيب لابن حجرٍ العسقلانىّ ٢٤٩/١٠.

٢- (٦) تفسير مقاتل بن سليمان ١٠٢/١ طبع عام ١٤٢٤ فى بيروت.

٣- (٧) التبيان ١٥١/٢.

٤- (١) زبدة البيان /٨٥٤.

الغاصب، بل غاية ما يستفاد منها حينئذ إنّما هو جواز التصرف فى أموال الغاصب على سبيل التقاص بلا كونها ملكا للمتصرف...»(١).

و فيه: بعد قبول ظهور كلمة ما فى الموصولة، الآية الشريفة تحمل على ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به - لم أقلْ المعتدى به خاصا - كما عليه السيّد الحكيم(٢) رحمه الله - أى الأعيان الخارجية لخروج موردها كما يأتى - فتشمل المماثلة جواز القصاص فى النفس و الطرف و الجروح و غيرها، كما تشمل جواز أخذ المثل و حتّى القيمة فى التالف، أمّا المثل فواضح و أمّا القيمة لأنّ مع فقدان المثل المصطلح، أقرب الأشياء بالتالف هو القيمة فهو مثله فى القيمة و المالية.

و لأنّ الاعتداء فى المعتدى به - الأعيان الخارجية - هو الإتلاف و هو لايجوز قطعا لأنّه يدخل فى عنوان الإسراف فينحصر بأخذ المثلى أو القيمة. و ما ذكره هذا الفقيه الكبير رحمه الله فى ذيل كلامه من جواز التصرف دون التملك احتمال مَدْرِسىٌّ لايعتنى به و لم تقبله حتى فى المعاطاة الواردة فى كلامه، كما ذهب شيخنا الأُستاذ(٣) قدس سره إلى استفادة جواز التملك من الآية.

و أمّا أمره الثالث: فقد قال: «أن يراد من كلمة المثل فى الآية الشريفة المثل فى المثلى و القيمة فى القيمى(٤)... فيردّه عدم وجود القرنية على إرادة ضمان المثل من الآية فى

المثلى و إرادة ضمان القيمة فى القيمى، لأنّ المماثلة لاتقتضى هذا المعنى بل هى أعمٌّ من

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٤٩/٣.

٢- (٣) نهج الفقاهة /٢٤٠.

٣- (٤) إرشاد الطالب ١٧١/٢.

٤- (٥) مصباح الفقاهة ١٤٨/٣.

ذلک»(۱).

و فیه: نعم، الآیة الشریفة عامة لاتختص بالضمان المثل فی المثلی ولکن تشمله و تعمّه، لأنّ المثل فیها یحمل علی المعنی اللغوی أی المماثلة، و هذا یکفی فی إثبات استفادة الضمان من آیة الاعتداء.

و بما ذکرنا من حمل الآیة علی ما هو الأعم من مماثلة الفعل و المعتدی به لایخرج مورد الآیة الشریفة منها، لأنّها نزلت فی عمرة القضاء فی سنة سبع من الهجرة النبویة حیث أراد رسول اللّه صلی الله علیه و آله الإتیان بالعمرة فی ذی القعدة الحرام سنة ستٍّ و صدّه المشرکون عن دخول مکة، و وقّعوا معه المصالحة الحدیبیة ثم أتی صلی الله علیه و آله فی ذی القعدة سنة سبعٍ و قضی نسک عمرته مع المسلمین و هم فی خوف من قتال المشرکین لهم فی الشهر الحرام و فی الحرم، و نزلت الآیة و أجازهم اللّه قتالهم فیهما إن قاتلوهم.(۲) و بما ذکرنا لایخرج المورد ولکن من الواضح أنّ مورد الآیة و شأن نزولها لایخصص.

کمّا تدخل فی ما ذکرناه صحیحة معاویة بن عمار فی حدیث عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قلت: فما تقول فی رجل قَتَل فی الحرم أو سوق؟ قال: یقام علیه الحدّ فی الحرم صاغرا(۳)، إنّه لایر للحرم حرمة و قد قال اللّه تعالی: «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» فقال: هذا هو فی الحرم، فقال «لا عدوان إلاّ علی الظالمین»(٤).(٥)

۱- (۱) مصباح الفقاهة ۳/۱۵۰.

۲- (۲) راجع شأن نزولها فی کتب التفسیر نحو: التبیان ۲/۱۵۰ و مجمع البیان ۱/۲۸۷ و جوامع الجامع ۱/۱۰۸ و الکشاف ۱/۲۳۷ و البیضاوی /۵۱ من الطبع الحجری.

۳- (۳) أیّ مُهانا و هو الراضی بالذُلّ و الضیم.

٤- (٤) سورة البقرة /۱۹۳.

۵- (۵) الكافى ۲۲۷/٤، ح٤ و نقلا عنه فى وسائل الشيعة ۲۲۵/۱۳، ح۱، و البرهان فى تفسير القرآن ٤۱۱/۱، ح۲، التهذيب ٤۱۹/۵، ح۱۰۲ و ٤٦۳/۵، ح۲۰٦ كلاهما بسند صحيح.

و من هنا ظهر عدم الإشكال فى التمسک بآية الاعتداء فى ضمان المثلى بالمثل بل القيمى بالقيمة و الحمدللّه.

الثانى: حديث على اليد

قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى.(۱)

بعد ما مرّ(۲) من انّها موثوقة الصدور عند الأصحاب قدس سرهم مع إقرارهم بأنّها رواية عاميّة ضعيفة السند لأنّ الراوى لها هو سمرة بن جندب المعلوم الحال و الراوى عنه هو الحسن البصرى و هو أيضا معلوم حاله، و مع وضوح هذا عندهم استدلوا بالرواية و ذكروها فى كتبهم و عملوا بها و هذا يدلّ على أنّها موثوقة الصدور عندهم.

و الرواية كما مرّ تدل على الحكمين: التّكليفىّ و الوضعى معا، أعنى وجوب ردّ مال الغير المأخوذ منه إليه تكليفا و ضمانه وضعا، و الضمان يكون بالنسبة إلى العين مادام موجودا و بعد تلفه ينتقل الضمان إلى المثل إن كان مثليا أو القيمة إن كان قيميّا. و الوجه فى ذلک أنّ الضمان بعد تلف العين ينتقل إلى البدل، و البدل فى كلّ من المثلى و القيمى معلوم.

و بما ذكرنا يظهر فساد ما قد يقال: بأنّ الرواية تدل على وجوب ردّ العين إلى مالكها فقط، و هذا الوجوب يسقط بتلف العين، و لاتدل على وجوب ردّ البدل، و الوجه فى الفساد، أنّ الضمان بعد التلف باق و يسقط بأداء المثل و القيمة، كما يظهر عدم تمامية ما ذكره المحقّق السيّد الخوئى من عدم انطباق مدلول الرواية على مذهب المشهور لأنّ «مقتضاه أن

١- (٦) عوالى اللآلى ٢٢٤/١، ح١٠٦، ٣٨٩/١، ح٢٢، مسند أحمد بن حنبل ٨/٥ و ١٢ و ١٣، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، ح٢٤٠٠، سنن الترمذى ٥٦٦/٣، ح١٢٦٦، سنن النّسائى ٤١١/٣، سنن أبى داود ٢٩٦/٣، ح٣٥٦١، سنن البيهقى ٩٥/٦ و ٩٠، المستدرک على الصحيحين ٤٧/٢، كنزالعمال ٣٢٧/٥، ح٥٧١٣.

٢- (١) فى أوّل البحث عن احكام المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحة ٢٩٢ من هذا المجلد.

ضمان القيمة فى طول ضمان المثل، كما أنّ ضمان المثل فى طول الضمان بنفس العين التى أخذت من مالكها بغير سبب شرعى»(١).

لأنّ مدلول الرواية وجوب ردّ العين تكليفا و ضمانها وضعا و إذا تلفت العين تنتقل إلى البدل و البدل هو المثل فى المثلى و القيمة فى القيمى، لا أنّها تنتقل إلى المثل أوّلاً و مع فقدان المثل تنتقل إلى القيمة كما ادعاه قدس سره .

و أمّا ما ذكره المحقّق النائينى بقوله: «أن يكون التالف ممّا يتموّل عرفا و شرعا، فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردّهما حين بقائهما لجهة حقّ الاختصاص الثابت لمَنْ أُخذ منه إلاّ أنّه بعد تلفهما لايتعلق بهما ضمان»(٢).

فقد ردّه السيّد الخوئى بقوله: «أنّ وضع اليد على متعلَّق حقّ الغير بدون سبب شرعى يوجب ضمانه، و إذا تلف ذلک انتقل ضمانه إلى المثل، نعم إذا تعذر المثل أيضا بقى

التالف فى عهدة الضامن، إذ المفروض أنّه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته»(٣).

أقول: ما ذكره قدس سره من «أن وضع اليد على متعلَّق حقّ الغير بدون سبب شرعى يوجب ضمانه» تام و يكون حراما ولكن هذا الكلام كيف يجمع مع ما قاله فى بحث حقّ الاختصاص من قوله: «لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير»(٤)، و قد ناقشناه فى ذلك البحث فراجع.(٥)

ص: ٤٦٢

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٤٦/٣.

٢- (٣) منية الطالب ٢٨٣/١.

٣- (١) مصباح الفقاهة ١٤٧/٣.

٤- (٢) مصباح الفقاهة ١٤٤/١.

٥- (٣) الآراء الفقهية ١٥٢/١.

فالاستدلال بهذا النبوى تام.

الثالث: الروايات الدالة على احترام مال المؤمن و أن حرمة ماله كحرمه دمه.

قد مرّ(١) أنّ هذه الروايات(٢) كما تدل على الحكم التكليفى، تدل على الحكم الوضعى - أى الضمان - أيضا و بعد دلالتها على ضمان العين، إذا تلفت العين انتقل الضمان فى المثلى إلى المثل و فى القيمى إلى القيمة، و لاتدل مفاده على ثبوت الضمان بالبدل الواقعى فقط.

الرابع: الروايات الدالة على ضمان الولد إذا وُجِدَت الأَمَةُ مسروقةً.

قد مرّ(٣) أنّ الضمان الوارد فى هذه الروايات(٤) هو ضمان التلف الحكمى و بما أنّه ضمان التلف يكون البائع الواطى الوالد ضامنا للولد، و حيث أنّ الولد قيمىّ ينتقل الضمان إلى القيمة، و إن كان مثليا ينتقل ضمانه إلى المثل، فلا يبعد استفادة الحكم من هذه الروايات.

الخامس: عدّة من الروايات فی مختلف الأبواب

نشير إلى بعضها و الباقی علی عهدة المتتبّع و هی تدلّ علی أصل الضمان أو أنّ ضمان المثلی بالمثل أو أنّ ضمان القيمی بالقيمة، أو الأوّل مع أحد الأخيرين بسبب اختلاف مدلولها:

منها: صحيحة زرارة و بكير عن أبی جعفر عليه السلام قال: ليس علی مال اليتيم زكاة إلاّ أن

يتّجر به، فإن اتجر به ففيه الزكاة، و الربح لليتيم، و علی التاجر ضمان المال.

ص: ٤٦٣

١- (٤) فی الدليل الثالث من أدلة قاعدة ما يضمن راجع صفحة ٣٤٤ من هذا المجلد.
٢- (٥) وسائل الشيعة ١٠/٢٩، ح٣ صحيحة أبی أُسامة، وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح٣ مرسلة ابن شعبة الحرّانی، وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧، التوقيع المروی بسند صحيح، وسائل الشيعة ٢٩٧/١٢، ح٣ موثقة أبی بصير.
٣- (٦) فی الدليل الثالث من أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحة ٢٩٨ من هذا المجلد.
٤- (٧) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

ثم قال الصدوق: و قد رويت رخصة فی أن يجعل الربح بينهما.(١)

و منها: صحيحة محمّد بن الحسن الصفّار قال: كتبت إلى أبی محمّد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة، فوضعها فی منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقّع عليه السلام : هو ضامن لها إن شاء اللّه.(٢)

و منها: صحيحة زُرارة قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمک تواه إلاّ الذهب و الفضة فإنّهما يلزمان، إلاّ أن تشترط عليه أنّه متى توى لم يلزمک تواه، و كذلک جميع ما استعرت فاشترط عليک لزمک، و الذهب و الفضة لازم لک و إن لم يشترط عليک.(۳)

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لايركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسمّ فليس عليه شىء.(٤)

و منها: موثقة زيد بن على عن آبائه عليهم السلام : أنّه أُتى بجمال كانت عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمّنها إيّاه، و كان يقول: كلّ عامل مشترک إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترک؟ فقال: الذى يعمل لى و لک و لذا.(٥)

و منها: معتبرة السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت فى الطريق مطروحة، كثير لحمها و خبزها و جبنها و بيضها و فيها سكين، فقال

١- (١) وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح٨، الباب ٩ من أبواب من تجب عليه الزكاة.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعة.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩٦/١٩، ح٢، الباب ٣ من أبواب كتاب العارية.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١١٨/١٩، ح١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإجارة.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥٢/١٩، ح١٣، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة.

اميرالمؤمنين عليه السلام : يقوّم ما فيها، ثم يؤكلّ لأنّه يفسد و ليس له بقاء فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، فقيل: يا أميرالمؤمنين لا يُدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسّى، فقال: هم فى سعة حتّى يعلموا.(١)

و منها: صحيحة جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شاهد الزور قال: إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل.(٢)

و منها: حسنة سدير عن أبى جعفر عليه السلام فى الرجل يأتى البهيمة، قال: يجلد دون الحدّ و يغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنّه أفسدها عليه و تذبح و تحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، و إن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها و جُلّد دون الحدّ و أخرجها من المدينة التى فُعل بها فيها إلى بلاد اُخرى حيث لاتعرف، فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها.(٣)

و منها: معتبرة السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام فيمن قتل كلب الصيد، قال: يقوّمه، و كذلک كلب البازى، و كذلک كلب الغنم، و كذلک كلب الحائط.(٤)

و منها: صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن رجل يمرّ على طريق من طرق المسلمين على دابته فتصيب برجلها، قال: ليس عليه ما أصابت برجلها، و عليه ما أصابت بيدها، لأنّ رجليها خلفه إن ركب، فإن كان قاد بها فإنّه يملک بأذن اللّه يدها يضعها حيث يشاء، الحديث.(٥)

١- (٦) وسائل الشيعة ٤٦٨/٢٥، ح١، الباب ٢٣ من أبواب كتاب اللقطة.

٢- (٧) وسائل الشيعة ٣٢٧/٢٧، ح٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

٣- (١) وسائل الشيعة ٣٥٨/٢٨، ح٤، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم.

٤- (٢) وسائل الشيعة ٢٢٦/٢٩، ح٣، الباب ١٩ من أبواب ديات النفس.
٥- (٣) وسائل الشيعة ٢٤٧/٢٩، ح٣، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان.

و منها: صحيحة أُخرى للحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سُئل عن بُختى(١) اغتلم(٢) فخرج من الدار فقتل رجلاً فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف؟ فقال: صاحب البختى ضامن للدية و يقتصّ ثمن بختيه، الحديث.(٣)

و منها: معتبرة السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام : من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليّه، و إلاّ فهو له ضامن.(٤)

و منها: غير ذلک من الروايات الدالة على ضمان المثل أو القيمى.

السادس: سيرة العقلاء

سيرة العقلاء جارية فى الضمان إذا وضع الإنسان يده على مال الغير من دون إذنه و رضايته، و لايخرج من الضمان إلاّ بردّ عين المال، و فى صورة التلف بردّ الأقرب إليها و هو فى المثلى مثلٌ و فى القيمى قيمةٌ. و لايكفى ردّ أحدهما فى موضع الآخر إلاّ برضا المالک.

هذه السيرد عند العقلاء جارية و لم يرد فى الشريعة ردع عنها، و عدم الردع يكفى فى الإمضاء الشرعى.

السابع: الإجماع

لعلّ أوّل من تعرض له الشيخ فى المبسوط(٥) و نفى الخلاف عنه فى الخلاف(٦) و يأتى نص كلامه قدس سره فى الكتابين فى الفرع الآتى(٧).

١- (٤) البُختى: واحد البُخت: و هى الأبل الخراسانية.

٢- (٥) الاغتلام: هيجان البعير عند شدة الشهوة الجنسية.

٣- (٦) وسائل الشيعة ٢٥٠/٢٩، ح١، الباب ١٤، من أبواب موجبات الضمان.

٤- (٧) وسائل الشيعة ٢٦٠/٢٩، ح١، الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان.

٥- (١) المبسوط ١٠٣/٣.

٦- (٢) الخلاف ٤١٥/٣، مسألة ٢٩.

٧- (٣) السادس.

و قد مرّ من الشهيد قوله: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلى بمثله»(١). و صرح المحقّق الثانى(٢) بالإجماع عليه، و فى ظاهر كشف الرموز(٣) للفاضل الآبى و صريح سيّد الرياض(٤) نفى الخلاف فيه و تبعهم ولده السيّد المجاهد فى المناهل.(٥) و فى المفتاح: «يدلّ عليه بعد الإجماع»(٦) و فى الجواهر: «بلاخلاف معتدبه أجده فيه، كما اعترف به بعضهم بل هو من قطعيات الفقه، كما يومى إليه أخذه مسلَّما فى سائر أبوابه»(٧).

أقول: الاجماع و إن كان محقَّقا ولكنّه مدركىٌّ لاحتمنال أنّ مستندهم أحد الوجوه المتقدمة، فلا يكون اجماعا تعبديا.

هذا تمام الكلام فى المقام الثانى.

المقام الثالث: حكم الشك فى كون التالف مثليّا أو قيميّا

التالف إذا شك فيه من أنّه مثلىٌّ إمّا لاختلاف العرف فى ذلك المسرى إلى الفقهاء كيف يحكم فيه؟ ذكر الشيخ الأعظم أربعة وجوه فى حكم الشك:

الأوّل: الضمان بالمثل

الثانی: الضمان بالقیمة

الثالث: تخییر المالک بین المثل و القیمة

الرابع: تخییر الضامن بین المثل و القیمة.

ص: ٤٦٧

١- (٤) غایة المراد ٣٩٨/٢.

٢- (٥) جامع المقاصد ٢٤٥/٦.

٣- (٦) کشف الرموز ٣٨١/٢.

٤- (٧) ریاض المسائل ٢٣/١٢.

٥- (٨) المناهل /٢٩٩.

٦- (٩) مفتاح الکرامة ١٣٧/١٨.

٧- (١٠) الجواهر ٨٥/٣٧.

و اضطربت کلماته فی المسألة فرجّح أوّلاً تخییر الضامن بین المثل و القیمة ثم تخییر المالک لو کان الأوّل مخالفا للإجماع، ثم قوّی تخییر المالک من أوّل الأمر، ثم عاد إلی تقویة تخییر الضامن و فی ختام مقاله اختار اقتضاء أدلة الضمان ثبوت المثل فی العهدة لکونه أقرب إلی التالف.(١)

و أمّا دلیل الوجوه و مستندها:

فدلیل الوجه الأوّل: الضمان بالمثل

إذا تلف العين، الواجب على المتلِف الضامن ابتداءً هو أداء المثل حتّى فى القيميّات، لكونه أقرب إلى التالف، و أمّا أداء القيمة فى القيميات فإنّما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لايوجد مثل للقيميات فى الخارج غالبا.

ثم إنّ فراغ الذمه بأداء ما يحتمل تعينه قطعى و بأداء غيره مشكوک فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما فى ذمة الضامن إلاّ بأداء المثل لأنّه إذا دارالأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه، هذا ما ذكره المحقّق السيّد الخوئى(٢) فى المقام.

ثم ردّه(٣) بأنّ: الواجب على الضامن ابتداءً إنّما هو أداء القيمة فى القيميات دون أداء المثل هذا أوّلاً.

و ثانيا: لايتم المبنى من أنّه إذا دارالأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه، لإنّه إذا كان هناک حكم واحد ودار أمره بين التعيين و التخيير - لاحتمال الأهميّة فى التعيين - يحكم بالتخيير لأنّ تعلّقه بالجامع معلوم و بخصوص التعيين مجهول فتجرى البراءة بالنسبة إلى التعيين.

١- (١) كما فى هدى الطالب ٣/٣٢٠.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٣/١٥٤ و ما بعده.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ٣/١٥٤ و ما بعده.

نعم، إذا كان هناک حكمان و دارالأمر بين التعيين و التخيير فى مرحلة الامتثال و الفعلية من ناحية المزاحمة وجب الأخذ بمحتمل الأهمية.

و ثالثا: ما ذكرنا من البراءة من التعيين يجرى فى مسألتنا لأنّ ثبوت مالية التالف فى ذمة المتلِف معلوم إلاّ أنّ ثبوت تعيّنها بخصوص المثل مشكوک فيه فتدفعه البراءة.

ثم تمسک(۱) قدس سره بأنّ سيرة العقلاء جارية على ضمان مَنْ وضع يده على مال غيره من

دون رضاه و إذنه أو سبب شرعي، فإن كانت العين موجودة فيجب عليه ردّها و إذا تعذر - لتلف أو نحوه - سقط عنه وجوب رد العين، و انتقل الضمان إلى المثل - و هو المشترک معه فی الذات و الصفات و المالية من دون المشخصات الفردية التی هی دخيلة فی التشخّص - و علی هذا فمقتضی القاعدة علی ضوء هذه السيرة هو الضمان بالمثل، إلاّ إذا ثبت كون التالف قيميا أو كان مثليا ولكن تعذر مثله فی الخارج فحينئذ ينتقل إلى القيمة.

و لم يثبت من الشارع الردع عن هذه السيرة العقلائية، و عدم الردع يكفی فی الإمضاء كما هو الظاهر.

و فی العناوين: «ربّما يقال بالبناء علی أنّه مثلی لأصالة عدم تفاوت القيم و الرغبات و لأنّ الميزان فی اعتبار المثل إنّما هو كونه أقرب إلى المال المضمون بحيث يُعدّ تأديته تأديةً لأصل المال، و متی ما كان الشیء يشكّ فی أنّ فيه تفاوتا أم لا، صار أقرب إلى المال المضمون من القيمة قطعا، فلا وجه للعدول إلى القيمة، فهو و إن يثبت كونه مثليّا فی الاسم لكنّه مثلیٌّ فی الحكم فتدبر»(۲) ثم اختار فی فرض الشک أنّ دفع المثل يكون أقرب من دفع القيمة فراجع كلامه.(۳)

ص: ٤٦٩

۱- (٤) مصباح الفقاهة ۱۵٦/۳.

۲- (۱) العناوين ۵۲۷/۲.

۳- (۲) العناوين ۵۲۸/۲.

دليل الوجه الثانی: الضمان بالقيمة

هذا الفرع - الشک فی أنّ التالف مثلیٌّ أو قيميٌّ - يدخل فی دوران الأمر بين الأقل و الأكثر، فلابدّ من الأخذ بالأقل و رُدّ الأكثر بالأصل النافی.

لأنّ المراد بالقيمة هى المالية المشترک بين جميع الأموال و المراد بالمثل مضافا إلى هذه المالية المشتركة، المماثلة فى الذات و الصفات، فنشک بأنّ الواجب على التالف القيمة - أى المالية المشتركة - و هى الأقل أو مضافا إليها المماثلة فى الذات و الصفات و هى الأكثر، و الثابت فى علم الأُصول فى موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر هو جريان البراءة من الأكثر و تعيّن الأقل و هو هنا القيمة.

اعترض على هذا الاستدلال المحقّق السيّد الخوئى(١) رحمه الله و ذهب إلى أنّ أنّه مبنىٌّ على أنّ المراد من القيمة هى المالية المشتركة السارية فى الأموال كلّها فإنّه على هذا يجوز للمتلِف

أن يؤدى عن التالف أىّ شىءٍ أراده مِنْ أمواله إذا كانت تساوى فى القيمة قيمة التّالف.

و هذا التفسير من القيمة خلاف ما هى المرتكز فى الأذهان و المتسالم عليها و المتبادر منها هى المالية الخاصة أى النقود الرائجة بين الناس من الريالات و الدنانير و الدراهم و الدلارات و نحوها.

فيكون الدوران بين المثل و القيمة من دوران الأمر بين المتباينين - لا الأقل و الأكثر - و لابدّ فيه من الاحتياط أى أداء الجمع بين المثل و القيمة و هو خلاف الإجماع.

ربما يقال(٢) فى اثبات القيمة: أنّها الأصل فى مورد الشک، لأصالة عدم تساوى الرغبات و لكون الغالب فى الشيئين الاختلاف، فالمشكوک يلحق به - أى بالغالب -، و لأنّ

١- (٣) مصباح الفقاهة ١٥٧/٣.

٢- (١) ذكره صاحب العناوين مع ذيله فى كتابه ٥٢٧/٢.

القيمة دفع لما يقابل المضمون فى المالية قطعا، بخلاف المثلى لاحتمال النقيصة فلا يحصل اليقين بالبراءة.

ان قلت: إنّ مع دفع القيمة أيضا لايحصل اليقين، لاحتمال كونه مثليّا موجبا لدفع مثله من الأعيان، فيفوت الخصوصية - المماثلة فى الذات و الصفات - على صاحبها.

قلت: غاية ما فى الباب تعارض احتمال فوات خصوصية العين - المماثلة فى الذات و الصفات - مع احتمال فوات المالية، و لاريب أنّ الثانى أهم، إذ الغالب فى الماليات إنّما هى جهة المالية، و الخصوصية مع حصول المالية لايعتنون بها، بخلاف العكس، فمراعاة جهة المالية توجب دفع القيمة، لأنّه أقرب إلى البراءة.

دليل الوجه الثالث: تخيير المالک بين المثل و القيمة

أنّ ما اختاره المالک إمّا هو البدل الواقعى فهو مسقِطٌ لما فى ذمة الضامن، و إمّا هو بدل البدل فهو أيضا مسقِطٌ لما فى ذمة الضامن المتلِف لرضاية المالک به فى اختياره له، ففى اختيار المالک يسقط ذمة الضامن بلاريب.

دليل الوجه الرابع: تخيير الضامن بين المثل و القيمة

الضامن المتلف يعلم باشتغال ذمّته بأحد أمرين: المثل أو القيمة، و مقتضى الاحتياط اللازم فى الأموال هو تحصيل القطع بالبراءة - لأنّ المورد يكون من دوران الأمر بين المتباينين - و لايحصل إلاّ بأداء كلا الأمرين لِتَحْصَلَ الموافقة القطعية.

ولكن الإجماع و ضرورة الفقه و قاعدة لاضرر تنفى أداء كلا الأمرين فإذن الضامن

مخير بين أداء المثل أو القيمة، أيّهما شاء.

واعترض المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله على مستند كلا الوجهين الأخيرين بقوله: «إنّ اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة واقعا و قيام الإجماع و الضرورة على عدم وجوب أدائهما معا لايقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لاتخيير المالک فى استيفاء أيّهما شاء، بل

ص: ٤٧١

يمكن تعيين ما فى الذمة بالصلح القهرى، بأن يرجع الضامن و المالک كلاهما إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح إن لم يكن - هنا - ما يتعيّن به الضمان بالمثل أو القيمة.

و يمكن أن يرجع فى تعيين أحد الأمرين إلى القرعة، بناءا على جريانها فى كلّ أمر مشكل ولو كان فى الشبهات الحكمية، ولكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها فى الشبهات الحكمية، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم فيلزمهما بالصلح إن لم يكن - هنا - ما يتعيّن به الضمان بالمثل أو القيمة»(١).

ثم إنّ هنا احتمالات لم يذكرها الشيخ الأعظم رحمه الله يظهر اثنان منها ممّا مرّ و هما:

«أ: المصالحة للعلم باشتغال الذمة بأمر مجهول لاسبيل إلى بيانه.

ب: و الرجوع إلى القرعة، بناءً على جريانها فى الشبهات الحكمية، ولكنها خلاف متسالم عليه فيها.

و أمّا الإثنان الآخران فهما:

ج: أداء أكثرهما قيمة و تموّلاً و ماليةً لقاعدة الاشتغال و لزوم خروج العهدة منها.

د: أداء أقلّهما قيمة و مالية و تموّلاً ترجيحا لأصل البراءة. ذكرها صاحب العناوين.(٢)

ولكن قد مرّ منّا أنّ الأصل فى صورة الشک بينهما - المثلى أو القيمى - هو المثلى إمّا لجريان سيرة العقلاء كما هو المختار أو للاستصحاب كما ذكره المحقّق النائينى(٣) رحمه الله أو للأدلة الاجتهادية كما ذكره الشيخ الأعظم(٤) قدس سره .

ص: ٤٧٢

١- (١) مصباح الفقاهة ١٥٩/٣.

٢- (٢) العناوين ٥٢٨/٢.

٣- (٣) منية الطالب ٢٩١/١.

٤- (٤) المكاسب ٢١٧/٣.

أمّا الاستصحاب: لأنّ ذمة الضامن اشتغل بالمثل أوّلاً و إذا تعذر المثل ينتقل إلى القيمة، و فى صورة ترديد الانتقال إلى القيمة يستصحب اشتغال الذمة إلى المثل.

و فيه: بعد فرض جريان السيرة يحصل العلم و لايكون موردا للشک بحيث يجرى الاستصحاب.

و أمّا الأدلة الاجتهادية: و هى اطلاقات الضمان فى المغصوبات و الأمانات فهى القول بالضّمان بالمثل لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية و الصفات ثم بعده القيمة.

و فيه: ما مرّ من أنّ القيمة تدخل فى الاطلاقات فى عرض المثل لا فى طوله، فما ذكره قدس سره لايتم، و بهذا البيان يظهر اشكال آخر فى الاستصحاب.

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟

اشارة

قال الشيخ فی المبسوط: «إذا غصب مالاً لرجلٍ فتلف فی یده لم یخل من أحد أمرین إمّا أن یکون له مثل أو لامثل له، فإن کان له مثل فعلیه مثل ما تلف فی یده یشتریه بأیّ ثمن کان، و یدفعه إلی المالک إجماعا، و إن کان ممّا لامثل له کالثیاب و الحیوان فعلیه قیمته أکثر ما کانت قیمته من حین الغصب إلی حین التلف، لأنّه مأمورٌ بردّه فی کلّ وقت، فوجب علیه قیمته إذا تعذّر»(۱).

و قال فی الخلاف: «إذا غصب ما له مثل کالحبوب و الأدهان فعلیه مثل ما تلف فی یدیه، یشتریه بأیّ ثمن کان بلاخلاف...»(۲).

و قال ابن ادریس فی السرائر: «فأمّا ما له مثل فعلیه مثله یوم المطالبة تغیّرت الأسعار أو لم تتغیّر...»(۳).

۱- (۱) المبسوط ۱۰۳/۳.

۲- (۲) الخلاف ۴۱۵/۳، مسألة ۲۹.

۳- (۳) السرائر ۴۹۰/۲.

و تنظّر العلاّمة فی القواعد و قال: «ولو تعذّر المثل إلاّ بأکثر من ثمن مثله ففی وجوب الشراء نظر»(۱).

و قال فی التذکرة: إذا أتلف المثلی وجب علیه تحصیل المثل، فإن وجده بثمن المثل وجب علیه شراؤه بلاخلاف، و إن لم یجده إلاّ بأزید من ثمن المثل ففی إلزامه بتحصیله إشکال، ینشأ من أنّ الموجود بأکثر من ثمن المثل کالمعدوم کالرقبة فی الکفارة و الهدی، و من أنّ المثل کالعین، و ردُّ العین واجب و إن لزم فی مؤونته أضعاف قیمته. و للشافعیة وجهان: أظهرهما الأخیر، و ربّما یمکن الفرق بین المثل و العین بأنّه تعدّی فی العین دون المثل فلا یأخذُ

المثل و حُكمَ العين»(٢).

أقول: يمكن حمل هاتين العبارتين من العلاّمة على الصورة الثانية من الفرض كما سيأتى.

ولكن قال فى التحرير: «ولو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء...»(٣).

و تبع جماعة مقالة التحرير منهم: ولده فى الإيضاح قال: «و الأقوى وجوب الشراء بالأكثر»(٤).

و منهم: الشهيد فى الدروس قال: «ولو تعذّر المثل إلاّ بأضعاف قيمته كلِّف الشراء على الأقرب»(٥).

١- (٤) القواعد ٢٢٨/٢.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢ من الطبع الحجرى.

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

٤- (٣) إيضاح الفوائد ١٧٨/٢.

٥- (٤) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

و منهم: المحقّق الثانى فى جامع المقاصد قال: «... و الأصح الوجوب، فإنّ الضرر لايزال بالضرر، و الغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يناسبه التخفيف و هو الأصح»(١).

و منهم: الفقيه المتتبع العاملى قال فى مفتاح الكرامة: «و الأقرب الوجوب...»(٢).

و منهم: الشيخ الأعظم فى بيع مكاسبه قال: «... ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء...»(٣).

ولكن مع ذلك ردّ صاحب الجواهر وجوب الشراء حينئذ و قال ردّا على حكم العلاّمة بوجوب الشراء فى التحرير بقوله: «و فيه: إنّه منافٍ لمادلّ على نفى الضرار و الحرج فى الدين، و الخروج عنه فى

خصوص ردّ العين المغصوبة لايقتضى الخروج عنه فى مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلک، و اللّه العالم»(٤).

أقول: زيادة القيمة السوقية تُتَصَوَّرُ على صورتين:

الصورة الأُولى: زيادة قيمتها السوقية مع رواجها فى السوق و كثرة بائعها ولكن

ارتفعت القيمة و صارت بأضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فحينئذ يجب الشراء و الأداء.

قال الشيخ الأعظم فى وجه وجوب الشراء فى هذه الصورة: «عموم النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى و يؤيده فحوى حكمهم بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لايوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتمل بعضهم(٥) ذلک مع سقوط المثل فى زمان

١- (٥) جامع المقاصد ٢٦٠/٦.

٢- (٦) مفتاح الكرامة ١٨٣/١٨.

٣- (٧) المكاسب ٢٢٤/٣.

٤- (٨) الجواهر ٩٧/٣٧.

٥- (١) و هو العلاّمة فى القواعد ٢٢٨/٢ و مال إلى هذا الاحتمال فى الجواهر ٩٩/٣٧، كما مرّ فى الرابع من مناقشات الشيخ الأعظم فى دلالة آية الاعتداء، و كذا جوابه هناک فى صفحة ٤٥٢ و ما بعدها.

الدفع عن المالية كالماء على الشاطىء و الثلج فى الشتاء»(١).

و يمكن أن يضاف إلى هذه الأدلة بعد المناقشة فى الإجماع المذكور فى كلام شيخ الطائفة لاحتمال كونه مدركيا، السيرة العقلائية و هى تدل على لزوم الشراء ولو بزيادة القيمة السوقية.

الصورة الثانية: زيادة القيمة لأجل تعذّر المثل و عدم وجدانه إلاّ عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز و أنّه يبيع المثل بأضعاف قيمته فهل الموجود بأكثر من ثمن المثل يكون كالمعدوم نحو الرقبة فى الكفارات و الحيوان فى الهدى(٢)، و أنّه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة و هو ضرر(٣)، أو يجب عليه الشراء حينئذ لعين ما ذكر فى الصورة الأُولى من الأدلة؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى وجوب الشراء ولكنّه لايتم لحكومة قاعدة لاضرر عليه لأنّ وجوب شراء المثل بأضعاف من قيمته الواقعية يعدّ ضررا على الضامن المتلِف، و قاعدة لاضرر تنفيه و تحكم بعدم وجوبه و انتقال الضمان إلى القيمة. و يمكن حمل عبارتى العلاّمة فى التذكرة و القواعد على هذه الصورة الثانية كما مرّ.

لا يقال: الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و قد مرّ عدم الفرق بين الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد إلاّ فى الإثم، فيجب عليه الشراء ولو كانت القيمة أضعافا مضاعفا من قيمة المثل، كما عليه المحقّق الثانى.(٤)

١- (٢) المكاسب ٢٢٣/٣.

٢- (٣) كما فى تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢.

٣- (٤) كما فى كنز الفوائد ٦٦١/١ للسيّد عميدالدين ابن اخت العلاّمة الحلّى و تلميذه، و جامع المقاصد ٢٦٠/٦ للمحقّق الكركى.

٤- (٥) جامع المقاصد ٢٦٠/٦.

لأنا نقول: لادليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال فلا يجب الشراء حتّى فى الغصب فى هذه الصورة فكيف بالمقبوض بالعقد الفاسد.

لا يقال: أدلة نفى الضرر تنفىْ الأحكام التكليفيّة، لامقدماتها و من المعلوم أن شراء يكون من مقدمات أداء الضمان، و وجوب المقدمة عقليٌّ و ليس بشرعيٍّ حتّى تنفيه قاعدة لاضرر.

لأنا نقول: أدلة لاضرر تنفى الحكم النا شىء من قبله الضرر بلافرق بين أصل الحكم أو مقدماتها و لذا ترى يحكم بعدم وجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسكه ولكن كانت مقدماته ضرريّة عليه، و لافرق فى ذلک بين القول بأن وجوب المقدمة عقليّ - كما هو الصحيح - أو أنّ وجوبها شرعىّ.

تنبيه: فى نقصان القيمة السوقية

ثم إذا عكس الأمر و نقصت القيمة السوقية للمثل فهل ينتقل الضمان من المثل إلى القيمة الأوّلية الزائدة؟

الظاهر عدم انتقال الضمان إلى القيمة الأوّلية الزائدة و عليه شراء المثل ولو بالقيمة النازلة و أدائه، و بالجملة إذا كانت العين مثليّا، فيجب على التالف أداؤُهُ بلافرق بين أن نزلت قيمته السوقية أو صعدت.

نعم: إذا سقطت من المالية رأسا كالثلج فى الشتاء و الماء عند البحر يرجع إلى القيمة كما مرّ سابقا، و كذلک فى صعود القيمة فى الصورة الثانية ينتقل الضمان إلى القيمة كما مر آنفا.

فرع: هل يجوز مطالبة المالک بالمثل فى غير مكان التلف ولو كانت قيمته أزيد من قيمته فى مكان التلف؟

إذا تلفت شاة مثلاً من المالک فی القریة المسکونة ثم سافرا - المالک و التالف - معا إلی حج بیت اللّه الحرام، هل یجوز للمالک مطالبة قیمة شاته من التالف الضامن فی یوم عید

ص: ٤٧٧

الأضحی بمنی لیجعلها هَدْیَهُ أم لا؟

ذهب الشیخ الأعظم(١) إلی جواز هذه المطالبة ولو کانت قیمتها أزید من قیمتها فی مکان التلف، تبعا لجماعة من الفقهاء:

منهم: ابن ادریس الحلّی قال فی السرائر: «... و لأنّ المغصوب منه لایجب علیه

الصبر إلی حین العود إلی مصر، بل یجب علی الغاصب ردّ مثل الغصب إن کان له مثل، أو قیمته إن لم یکن له مثل، فإنّ هذا الذی یقتضیه عدل الإسلام و الأدلة و لایعرج إلی خلافه بالآراء و الاستحسان»(٢).

و منهم: العلاّمة قال فی المختلف: «... فی الغصب و القرض له المطالبة بالمثل أین کان و بالقیمة إن لم یکن له مثل و متی تغیّرت القیمة...»(٣).

و کذلک ذهب إلی جواز المطالبة فی تذکرة الفقهاء(٤) و القواعد(٥).

و منهم: ولده الفخر فی الإیضاح قال: «و الأصح عندی اختیار والدی»(٦).

و منهم: الشهید قال فی الدروس: «ولو ظفر المالک بالغاصب فی غیر بلد الغصب فله المطالبة بالمثل أو القیمة و إن کان فی نقله مؤنة أو کانت القیمة أزید...»(٧).

و منهم: المحقّق الثانی قال فی جامع المقاصد بعد نقل قول ابن ادریس: «... و الأصح الأوّل [أیّ قول ابن ادریس] لأنّ الحقّ فوری و تأخیر الأداء ضرر، و الضرر لایزال

١- (١) المكاسب ٢٢٤/٣.

٢- (١) السرائر ٤٩١/٢.

٣- (٢) مختلف الشيعة ١٢٨/٦.

٤- (٣) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٥- (٤) قواعد الأحكام ٢٢٨/٢.

٦- (٥) ايضاح الفوائد ١٧٦/٢.

٧- (٦) الدروس الشرعية ١١٤/٣.

بالضرر، و حقّ الغاصب المؤاخذة بالأشق دون الإرفاق بحاله»(١).

مراده من «الضرر لايزال بالضرر»: «أىّ «إذا تعارض الضرران فى الغصب فالترجيح لنفى ضرر المالک، إذ الضرر المنفى إنما هو من شرع الحكم، و الغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافا إلى أنّه يؤخذ بالأشق لا بالرفق». كما فى مفتاح الكرامة.(٢)

ثم الشيخ الأعظم زاد فى استدلال ابن ادريس بقوله: «لعموم الناس مسلطون على أموالهم»(٣).

أقول: نعم الناس مسلطون على أموالهم و للمالک المطالبة بماله بأىّ بلد شاء مشروطا بتساوى قيمته السوقية مع بلد التلف أو الغصب أو القرض بلافرق بين المثليات و القيميات أو كونها أقل قيمة فى بلد المطالبة، و أمّا إذا كانت قيمته أكثر و المتلِف الضامن لايرضى

بالزيادة، فلا يمكن إجباره على الشراء أو الأداء لأنّه ضرر عليه و الضرر منفى فى الشريعة المقدسة بلافرق بين الغاصب أو المقروض أو القابض - فى مسألتنا - أو المتلِف، فما ذكره أعلام الفقهاء يرد بقاعدة لاضرر حتّى بالنسبة إلى الغاصب لما مرّ من عدم تمامية أنّه يؤخذ بأشق الأحوال و لذا فى

هذا الفرع نحن نتبع مقالة الشيخ فى المبسوط و هو كلام متين حيث يقول: «إذا غصب منه مالاً مثلاً بمصر فلقيه بمكّة فطالبه به لم يخل من أحد أمرين إمّا أن يكون لنقله مؤنة أو لامؤنة لنقله، فإن لم يكن لنقله مؤنة كالأثمان فله مطالبته به سواء كان الصرف فى البلدين متّفقا أو مختلفا لأنّه لامؤنة فى نقله فى العادة، و الذهب لايقوَّم بغيره و الفضة لايقوَّم بغيرها إذا كانا مضروبين.

و إن كان لنقله مؤنة لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون له مثل أو لامثل له، فإن كان

١- (٧) جامع المقاصد ٢٥٦/٦.

٢- (٨) مفتاح الكرامة ١٧٧/١٨.

٣- (٩) المكاسب ٢٢٥/٣.

له مثل كالحبوب و الأدهان نظرت، فإنْ كانت القيمتان فى البلدين سواء، كان له مطالبته بالمثل لأنّه لاضرر عليه فى ذلک، و إن كانت القيمتان مختلفين، فالحكم فى ما له مثل و فى ما لامثل له سواء فللمغصوب منه إمّا أن يأخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، و إمّا أن يدع حتّى يستوفى ذلک منه بمصر، لأنّ فى النقل مؤنة و القيمة مختلفة، فليس له أن يطالبه بالفضل، فإن صبر فلا كلام، و إن أخذ القيمة ملكها المغصوب منه، و لم يملک الغاصب ما غصب، لأنّ أخذ القيمة لأجل الحيلولة لا بدلاً» عن المغصوب كما لو غصب عبدا فابق فأخذنا منه قيمته فإنّ القيمة تملک منه، و لايملک الغاصب العبد، فإن عاد إلى مصر و الشىء قائم بحاله انتقض ملكه عن القيمة التى أخذها و عاد إلى عين ماله كما قلناه فى العبد الآبق.

هذا الكلام فى الغصب فأمّا الكلام فى القرض فالحكم فيه كالحكم فى الغصب سواء لايفترقان...»(١).

و تبعه القاضى ابن البراج فى المهذب.(٢)

حديث بدل الحيلولة لايجرى فى بحثنا - المقبوض بالعقد الفاسد - لأنّها مختص بوجود العين و كلامنا فى فرض تلفها و لذا قال العلاّمة فى القواعد: «ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة، بخلاف القدرة على العين»(٣).

فرع آخر: لو أعطى الضامن فى مكان كان قيمته أقل من قيمة مكان التلف فهل

للمالك الامتناع من القبض؟

لو انعكس الفرع السابق و تنزّلت قيمة المثل فى مدينة و استفاد الضامن من الفرصة و اشترى المثل بالقيمة النازلة و أعطاها للمالك، فهل يجب على المالك القبول؟ أو يجوز له

١- (١) المبسوط ٧٦/٣.

٢- (٢) المهذب ٤٤٣/١.

٣- (٣) القواعد ٢٢٨/٢.

الامتناع من القبول، لأنّ مكان التلف غير مكان الإعطاء؟ وجهان ذكرهما المحقّق الثانى من دون ترجيح و قال: «لو ظفر المالك بالغاصب فى غير محل الغصب أو الإتلاف للمثلى، و كانت قيمته أقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البدل إلى موضع الإتلاف، خصوصا إذا كان حمله يحتاج إلى مؤونة و كان غير بلده؟ فيه تردد»(١).

أقول: لايجب عليه القبول لأنّ فيه ضررا عليه و قاعدة لاضرر تنفيه فيجوز له الامتناع كما ذهب إليه صاحب المفتاح و قال: «و لعلّ الأشبه أن له ذلك»(٢). [أىّ للمالك الامتناع].

السابع: لو تعذّر المثل فی المثلی

اشارة

یقع البحث هنا فی ضمن جهاتٍ:

الجهة الاولی: متی ینقلب الضمان من المثل إلی القیمة؟

فی فرض إعواز المثل و تعذّر الوصول إلیه و مطالبة المالک بماله ینقلب الضمان من المثل إلی القیمة جمعا بین الحقّین - أی حقّ المالک من المطالبة بماله و حقّ الضامن حیث تکلیفه بالمثل مع إعوازه یعدّ تکلیفا بما لایطاق أو ضررا منفیّا فی الشریعة المقدسة، فینتقل الضمان من المثل إلی القیمة.

قال فی المفتاح: «إنّه ینتقل إلی القیمة عند التعذر فهو ممّا طفحت به عباراتهم کما ستسمع، بل إجماعیٌّ، و لعلّ دلیله بعده أنّ الضرر منفی، و أنّ تکلیف ما لایطاق غیر جائز و إنّ فی تأخیر الحقّ إضرارا أیضا فتعیّنت القیمة جمعا بین الحقّین»(۳).

و قال فی الجواهر تذییلاً لقول المحقّق: «فإن تعذّر المثل ضمن قیمته»: «أی المثل

۱- (۱) جامع المقاصد ۲۵۸/٦.

۲- (۲) مفتاح الکرامة ۱۷۷/۱۸.

۳- (۳) مفتاح الکرامة ۱٤۳/۱۸.

بلاخلاف أجده فیه، بل قیل: إنّه إجماعیٌّ، لنفی الضرر و قبح التکلیف بما لایطاق و الإضرار بتأخیر الحقّ فتعینت القیمة المزبورة جمعا بین الحقّین.

لكن قد يناقش إن لم يكن إجماعا بأنّ ذلک لا يقتضى وجوب القبول على المالک لو

دفع الغاصب، فإنّ له التأخير إلى حال التمكن من المثل.

اللهم إلاّ أن يكون ذلک ضررا على مَنْ عليه الحقّ ولو باعتبار بقاء ذمّته مشغولة بناءً على أن مثله ضرر منفى أيضا، و فيه تأمل.

أو يقال: أنّه مقتضى قوله عليه السلام : المغصوب مردود(١) بناءً على ارادة ما يشمل ردّ المثل أو القيمة من الردّ فيه، فيكون ذلک تكليفا للغاصب، فيجب القبول على من له الحقّ مع دفع الحقّ.

هذا، و قد يظهر من بعض عبارات التذكرة(٢) و الإيضاح(٣) عدم وجوب القبول عليه و أنّ له التأخير إلى وجدان المثل، فيملک المطالبة و حينئذ يرتفع الاشكال من أصله»(٤).

أقول: مراده من بعض عبارت التذكرة هو هذا الكلام من العلاّمة ففيه: «إنّ المثل لايسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملک المطالبة به؟ و إنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها»(٥). و كذا فى الإيضاح(٦) إلى قوله «المطالبة به» فقط.

١- (١) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤، الباب ١ من أبواب الأنفال، مرسلة حماد بن عيسى و فيه: «الغصب كلّه مردود»، وسائل الشيعة ٣٨٦/٢٥، ح٣، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٣- (٣) ايضاح الفوائد ١٧٥/٢.

٤- (٤) الجواهر ٩٤/٣٧.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٦- (٦) ايضاح الفوائد ١٧٥/٢.

و قال الشيخ الأعظم: «لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، و لعلّهم يريدون صورة المطالبة و إلاّ فلا دليل على الاطلاق.

و يؤيد ما ذكرنا: أنّ المحكى(١) عن الأكثر فى باب القرض أن المعتبر فى المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة، نعم عبر بعضهم(٢) بيوم الدفع فليتأمل»(٣).

أقول: من الأكثر ابن إدريس قال فى قرض السرائر: «... بل له المطالبة بمثله إن كان له المثل أو بقيمته إن أعوز المثل يوم المطالبة، لايوم إقباض القرض...»(٤).

و فى قرض جامع المقاصد قال: «... و لاوجوب إلاّ بالمطالبة و هو المفهوم من فتوى الدروس(٥) فإنّه صرح فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لاوقت التعذر و لاوقت القرض و لايريد بها إلاّ قيمة وقت المطالبة و إن كان فى عبارته تساهل و ما اختاره هو الأصح»(٦).

و قال فى قرض الكفاية: «و كلّ ما كان مثليا يثبت فى الذمة مثله... و مع تعذر المثل ينتقل إلى القيمة، و فى اعتبارها يوم القرض أو التعذر أو المطالبة أوجه، و لعلّ الأخير أوجه»(٧).

فيظهر إلى هنا الاتجاهان فى المقام:

الاتجاه الأوّل: أنّ انتقال المثل إلى القيمة مشروط بشرطين: ١- إعواز المثل، ٢- مطالبة المالك بالقيمة بحيث لو لم يطالب و صبر على وجدان المثل يبقى المثل على ذمة

١- (٧) الحاكى هو السيّد محمّد جواد العاملى فى المفتاح ١٥٠/١٥.

٢- (٨) العلاّمة فى المختلف ٣٩٢/٥.

٣- (٩) المكاسب ٢٢٧/٣.

٤- (١٠) السرائر ٢/٦٠.

٥- (١) راجع الدروس ٣/٣١٤ و ٣٢١.

٦- (٢) جامع المقاصد ٥/٤٢.

٧- (٣) الكفاية ١/٥٣٠.

الضامن كما يظهر من ابن ادريس و العلاّمة و ولده و الكركى و السبزوارى و مال إليه صاحب الجواهر و الشيخ الأعظم كما مرّ منْ كلماتهم.

و كذلک يظهر هذا الاتجاه من أصحاب أبى حنيفة(١) و المالكية(٢) و الشافعية(٣).

الاتجاه الثانى: انقلاب المثل إلى القيمة له شرط واحد و هو إعواز المثل فقط بلافرق بين مطالبة المالک و عدمه، بل ليس له الامتناع من أخذ القيمة إذا أعطاها الضامن و الصبر على وجدان المثل.

يظهر هذه الاتجاه لكلّ مَنْ ذهب إلى الانقلاب من دون تقييده بالمطالبة من فقهائنا، كما يظهر ذلک من بعض فقهاء الشافعية و أبى يوسف من الحنفية و أبى قدامة و المقدسى من الحنابلة(٤).

و صرح بهذا الاتجاه الفقيه السبزوارى قال فى مهذبه: «يجب عليه دفع القيمة فعلاً و يجب على المالک قبولها، لأنّ القيمة عند تعذر المثل كنفس المثل فى جميع الجهات إلاّ ما خرج

بالدليل... إذ المناط فى الكلّ هو تدارک المالية و هو موجود فى الجميع موضوعا مترتبا فيكون كذلک حكما، فليس للمالک الامتناع عن القبول خصوصا مع تضرر الغاصب بذلک»(٥).

أقول: المختار هو الاتجاه الأوّل، لأنّ للمالک الصبر إلى حين وجدان مثل ماله كما أنّ له

١- (٤) راجع مبسوط السرخسى ٥٠/١١ و البناية فى شرح الهداية لأبيمحمّد بن احمد العينى ٣٤٤/٨.

٢- (٥) شرح الخرشى ١٣٣/٦.

٣- (٦) تكملة المجموع ٦١/١٤ للمطيعى.

٤- (٧) راجع تكملة المجموع ٦١/١٤، المبسوط للسرخسى ٥٠/١١، مغنى المحتاج ٤٢١/٥ لابن قدامة.

٥- (١) مهذب الأحكام ٣٧/٢١.

أخذ القيمة و الدليل عليه عموم الناس مسلطون على أموالهم، فالانقلاب من المثل إلى القيمة مشروط بشرطين: ١- إعواز المثل ٢- مطالبة المالک و عدم صبره إلى وجدان المثل.

الجهة الثانية: أىّ قيمة يدفع الضامن إلى المالک؟

قال فى القواعد، «ولو تلف المثلى فى يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرمه حتّى فُقد، ففى القيمة المعتبرة احتمالات.

(أ): أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف، و لا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال.

(ب): أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز.

(ج): أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز.

(د): أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة.

(ه): القيمة يوم الإقباض»(١).

و أنهى العلاّمة الأقوال فى التذكرة(٢) إلى عشرةٍ مع التنبيه على أنّها هى الوجوه التى ذكرها الشافعية، و قد أنهاها العلاّمة الشيخ محمّد الحسين كاشف الغطاء قدس سره إلى خمسة و أربعين وجها(٣) لايهمنا ذكرها.

و القول المختار عند أصحابنا هو القيمة يوم الإقباض - أىّ قبض المالک القيمة - كما عليه أصحاب الخلاف(٤) و المبسوط(٥) و الغنية(٦) و السرائر(٧) و الشرائع(٨) و التحرير(٩) و

١- (٢) القواعد ٢/٢٢٧.

٢- (٣) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.

٣- (٤) راجع كتابه النظر الثاقب /٣٧ و هى تعليقته و تعليقة أخيه الفقيه الكبير الشيخ أحمد على المكاسب.

٤- (٥) الخلاف ٣/٣٩٥.

٥- (٦) المبسوط ٣/٦٠.

٦- (٧) الغنية /٢٧٨.

٧- (٨) السرائر ٢/٤٨٠.

٨- (٩) الشرائع ٣/١٨٨.

٩- (١٠) التحرير ٤/٥٢٩.

التذكرة(١) و الدروس(٢) و جامع المقاصد(٣) و المسالک(٤) و مجمع الفائدة(٥) و هو قضية كلام من اقتصر على لزوم القيمة يوم الاقباض كالإرشاد(٦) و غاية المراد(٧).

قال الفقيه المتتبع السيّد العاملى: «و الحاصل إنّى لو أجد مخالفا منّا فى ذلک بل و لا متأمّلاً فى هذا الباب إلاّ قوله فى الإيضاح(٨): إنّ الاحتمال الرابع أصح، و إلاّ قوله فى المفاتيح(٩): و قيل: وقت

الأعواز. فما فى المسالک(۱۰) و الکفایة(۱۱) من أنّه الأشهر أو الأظهر بین الأصحاب، و کذا الریاض(۱۲) لم یصادف محلّه. و قد یتوهم من عبارة التذکرة أنّ الشیخ مخالف و لیس کذلک، ما ذکر فیما یأتی من الکتاب [قواعد الأحکام] و المسالک و الکفایة من الأوجه الأربعة الأُخر فسیأتی الکلام فیها - إن شاء اللّه تعالی - علی أنّها لیست أیضا لأحدٍ منّا فی الباب، و إنّما هی أحد الوجوه العشرة التی ذکرها الشافعیة ذکرها فی

١- (١) تذکرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجری.

٢- (٢) الدروس ١١٣/٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٢٤٥/٦.

٤- (٤) المسالک ١٨٤/١٢.

٥- (٥) مجمع الفائدة ٥٢٧/١٠.

٦- (٦) إرشاد الاذهان ٤٤٦/١.

٧- (٧) غایة المراد ٣٩٨/٢.

٨- (٨) إیضاح الفوائد ١٧٥/٢.

٩- (٩) مفاتیح الشرائع ١٧٢/٣.

١٠- (١٠) المسالک ١٨٥/١٢.

١١- (١١) الکفایة ٦٤٠/٢.

١٢- (١٢) ریاض المسائل ٢٦/١٤.

التذکرة...»(١).

أقول: فالقول المختار عند أصحابنا الإمامية هو قيمة يوم الأداء المعبر عنه بيوم الإقباض عندهم أو يوم المطالبة أو يوم الدفع و الكلّ واحد و الوجه فی ذلک بقاء المثل فی عهدة الضامن بعد تلف العين إذا كانت مثليّة حتّى بعد الإعواز(٢)، فلاوجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة بعد تلف العين و قبل يوم الأداء.

إن قلت: إنّ الضمان لابدّ أن ينتقل إلى القيمة عند إعواز المثل فی الخارج و إلاّ ينتقل

إلى المثل أيضا عند تلف العين الشخصية.

قلت: انتقال الضمان إلى المثل بعد تلف العين أمر قهرىٌ، لأنّ لامعنى لبقائها فی الذمة بعد التلف، بخلاف المثل لأنّه أمر كلّىٌّ قابل للبقاء فی الذمة إلى حين الأداء - كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئی(٣) قدس سره -

و لذا لايهمّنا التعرض للأقوال و النقض و الإبرام فيها كما فعله الشيخ الأعظم(٤) رحمه الله و كذلک لايهمّنا التعرض لتأسيس الأصل فی المقام لكی يكون مرجعا إذا لم يتعين أحد الأقوال كما صنعه المحقّق الاصفهانی(٥) رحمه الله .

الجهة الثالثة: انقلاب الضمان إلى القيمة هل يختص بالتعذر الطارىء أم يعمّ الابتدائی؟

قال الشيخ فی المبسوط: «... فإذا ثبت أنّه يضمن بالمثل فإن كان المثل موجودا طالبه

١- (١٣) مفتاح الكرامة ١٤٤/١٨.

٢- (١٤) كما هو مختار الشيخ الأعظم أيضا راجع المكاسب ٢٣٩/٣.

٣- (١) مصباح الفقاهة ١٦٥/٣.

٤- (٢) المكاسب ٣/(٢٣٤-٢٢٧).

٥- (٣) حاشية المكاسب ٣٧٦/١.

به و استوفاه، و إن أعوز المثل طالبه بقيمته...»(١).

و قال العلاّمة فى القواعد: «ولو تلف المثلى فى يد الغاصب - و المثل موجود فلم يغرمه حتّى فقد - ففى القيمة المعتبرة احتمالات...»(٢).

و نحوها فى تذكرة الفقهاء(٣) و التحرير(٤).

و كذا يظهر طريان العذر من ولده فخر المحقّقين حيث يقول: «اختصاص المثلى بالمثل مع وجوده، و غيره بالقيمة»(٥).

من تقييده بقوله «مع وجوده»، يظهر اعتبار طريان العذر عنده قدس سره .

و صرح بهذا المحقّق الكركى فى جامع المقاصد: «لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف، أمّا مع وجوده و عدم التغريم إلاّ بعد فقده فإنّه استقر فى الذمة فيرجع إلى القيمة...»(٦).

و قال صاحب المفتاح: «و التقييد بوجود المثل عند التلف و عدم التسليم له إلى أن فَقَدَ، قد وقع فى التذكرة و المسالك(٧) و الكفاية(٨) و وجهه أنه حينئذ يكون قد استقرّ فى ذمّته فيرجع إلى قيمته و فى تعيّنها احتمالات، و قضية ذلک أنّه لو لم يكن المثل موجودا وقت

١- (٤) المبسوط ٦٠/٣.

٢- (٥) القواعد ٢٢٧/٢.

٣- (٦) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٤- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

٥- (٨) إيضاح الفوائد ١٧٥/٢.

٦- (٩) جامع المقاصد ٢٥٢/٦.

٧- (١) المسالک ١٨٣/١٢.

٨- (٢) الكفاية ٦٤٠/٢.

التلف فالواجب قيمة التالف و هو الذى استظهره فى جامع المقاصد...»(١).

و اعترض صاحب الجواهر على المحقّق الثانى بقوله: «و قد يناقش بعدم المنافاة بين ثبوته فى الذمة و بين تعذر أدائه فى ذلک الوقت، و دعوى صيرورته قيميّا واضحة المنع، إذ المثلى لايتعيّن كونه كذلک بتعذر المثل و إلاّ لزم عدم وجوب دفعه لو تمكن منه بعد ذلک قبل الأداء، لثبوت القيمة حينئذ فى الذمة، و لا أظن أنّ القائل المزبور يلتزمه لوضوح ضعفه، فالمتجه ثبوت المثل فى ذمّته على كلّ حال، و تعذر أدائه حال التلف لايقتضى عدم ثبوته فى الذمة فإن عدم التمكن من وفاء الدين لايقتضى عدم ثبوته فى الذمّة، و حينئذ لم يكن للتقييد المزبور فائدة»(٢).

أقول: يمكن انحلال اعتراض صاحب الجواهر على الكركى إلى مناقشتين:

الاولى: المناقشة الحلّيّة و حاصلها: اشتغال الذمة بالمثل ليس مشروطا بالتمكن من أداء المثل لاحدوثا و لا بقاءً، كما اعترف به حتّى المحقّق الكركى حيث يقول: «... إنّ المثل لايسقط من الذمة بتعذره و أداء الدين لايسقط بتعذر أدائه...»(٣) و كذا قال فى ذيل قول العلاّمة «القيمة يوم الإقباض» بقوله: «هذا هو الأصح لأنّ الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البدلية حين الدفع فحينئذ تعتبر القيمة»(٤).

و اعترض الشيخ الأعظم على هذه المناقشة الحلّيّة بقوله: «إلاّ أن يقال: إنّ أدلة وجوب المثل ظاهرة فى صورة التمكن، و إن لم يكن مشروطا به عقلاً فلاتعمّ صورة العجز،

١- (٣) مفتاح الكرامة ١٧١/١٨.

٢- (٤) الجواهر ٩٧/٣٧.

٣- (٥) جامع المقاصد ٢٥٤/٦.

٤- (٦) جامع المقاصد ٢٥٥/٦.

نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميّا»(١).

مراده: «قصور مقام الإثبات عن شمول صورة التعذر الإبتدائى، فاشتغال الذمة بالمثل و إن لم يكن متوقفا عقلاً و بالنظر العرفى فى مقام اعتبار وجود شىء فى الذمة بالتمكن من أداء ما اشتغلت به، لكن الدليل لايدلّ على اشتغال الذمّة إلاّ فى صورة التمكن من أدائه مع عدم النظر لصورة طرو التعذر»(٢).

و ردّه المحقّق الأصفهانى بعد بيان مراده بقوله: «لكنّه مخدوش: بأنّه لو كان الدليل قاصرا عن شمول صورة العجز عن الأداء، للزم عدم القول باشتغال الذمة بالقيمة فى القيمى مع تعذر أدائها ابتداءً و لايلتزم به أحد، فيعلم أنّ اشتغال الذمة بشىءٍ لا يدور مدار تيسّره ثبوتا و لا إثباتا»(٣).

الثانية: المناقشة النقضية و تظهر من قول صاحب الجواهر «و إلاّ لزم... - إلى قوله - لوضوح ضعفه».

و حاصلها: إذ تم هذا البيان من المحقّق الثانى يرد عليه نقضا بما إذا كان المثل متعذِّرا من أوّل الأمر، ولكن لم يأخذ المضمون له القيمة، ثم وجد المثل، فهل يمكن التزامه بعدم سقوط الضمان بأداء المثل بل وجوبه؟

الشيخ الأعظم(٤) بعد تقرير هذه المناقشة تأمّل فيها ولكن لم يذكر وجهها و لعلّ وجهها: أنّ كلّ تكليف مشروط فعليّا بفعلية شرطه، يعنى إذا فقد المثل لم يلزم عليه إعطاؤه و إذا وجده لزم عليه أداؤه.

ص: ٤٩٠

١- (٧) المكاسب ٢٣٥/٣.

٢- (١) حاشية المكاسب ٣٨٤/١.

٣- (٢) حاشية المكاسب ٣٨٤/١.

٤- (٣) المكاسب ٢٣٥/٣.

و بعبارة أُخرى: عدم تنجز التكليف بالمثل حين فقدانه من أوّل التلف، لاينافى وجود التكليف بأداء المثل مشروطا بوجوده - أى متى وجد المثل لزم أداؤه، و بهذا البيان يمكن الجواب عن المناقشة النقضيّة.

و بالجملة: لافرق بالتعذر الطارىء و الابتدائى من انتقال الضمان إلى القيمة و اللّه العالم.

و لذا ذهب الشهيد إلى عدم الفرق بين التعذر الطارىء و الابتدائى و قال: «فإن تعذّر فقيمته يوم الإقباض، سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين أو لا...»(١).

الجهة الرابعة: ما هو المناط فى تعذّر المثل؟

قال فى التذكرة: «... و المراد من الفقد أن لايوجد فى ذلک البلد و ما حواليه»(٢).

و قال فى جامع المقاصد فى توضيح ما حواليه بعد نقل عبارة التذكرة:«و لم يحدّ ما حواليه و الظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»(٣).

و قال فی المسالک: «... و المراد من الفقدان أن لایوجد فی ذلک البلد و ما حوله ممّا ینتقل إلیه عادةً کما بُیِّن فی انقطاع المسلَم فیه»(٤).

و قال فی انقطاع المسلَم فیه: «ولو کان الانقطاع ببلده خاصة و أمکن تحصیله من غیرها، فإن قلنا بوجوب تعیین البلد فلا کلام، إذ لایجب قبول غیره فلا یجب المطالبة به و لایجب قبولها، و إن لم نوجب - مطلقا أو علی بعض الوجوه - فإن نقله البائع باختیاره و إلاّ لم

١- (٤) الدروس الشرعیة ١١٣/٣.

٢- (١) تذکرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجری.

٣- (٢) جامع المقاصد ٢٤٥/٦.

٤- (٣) المسالک ١٨٣/١٢.

یجبر علیه مع المشقة، و یجبر مع عدمها»(١).

و قال فی الکفایة: «و المراد من الفقدان أن لایوجد فی ذلک البلد و ما حوله ممّا ینتقل إلیه عادة»(٢).

تنظّر سیّد الریاض فی هذا المناط و قال بعد ذکره: «و فیه نظر، بل مقتضی الأصل لزوم تحصیل المثل ولو من البلاد النائیة التی لم ینقل إلیها عادةً إن لم یستلزم التکلیف بالمحال، فتأمل»(٣).

و استدل الشیخ الأعظم لصاحب الریاض بقوله: «إنّ مقتضی عموم وجوب أداء مال الناس و تسلیطهم علی أموالهم - أعیانا کانت أم فی الذمّة - وجوب تحصیل المثل - کما کان یجب ردّ العین أینما کانت - ولو کانت فی تحصیله مؤونة کثیرة، و لذا کان یجب تحصیل المثل بأیّ ثمنٍ کان و لیس هنا تحدید التکلیف بما عن التذکرة»(٤).

ولكن مع ذلک استانس الشيخ الأعظم رحمه الله الحكم هنا من الروايات الواردة(٥) فی

تخيير المشترى فی بيع السَلَم بين الفسخ أو أخذ بعضه و الباقی من رأس ماله إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلَم فيه، من أنّ عدم القدرة الواردة فيها «ليس التعذر العقلی المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفا ما [مرّ] عن التذكرة»(٦).

أقول: لم يرد تقدير تعذر المثل بحدّ خاص فی الدليل الشرعی فلابدّ من تعيّنه من

١- (٤) المسالک ٤٣١/٣.

٢- (٥) الكفاية ٦٤٠/٢.

٣- (٦) رياض المسائل ٢٦/١٤.

٤- (٧) المكاسب ٢٣٦/٣.

٥- (٨) راجع وسائل الشيعة ٣٠٣/١٨، الباب ١١ من أبواب السلف.

٦- (١) المكاسب ٢٣٦/٣.

الاعتبار العقلی و هو لايساعد إلاّ التعذر الشخصی - أیّ عدم إمكان الوصول إليه بشخصه - فإذا تمكن الضامن من الوصول إلى المثل ولو كان ذلک فی البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز بل وجب تحصيله عليه، كما أنّه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجودا فی البلد وجب عليه دفع القيمة.

بعبارة أُخرى: يجب عليه تحصيل المثل إلاّ إذا كان تحصيله ضرريّا أو حرجيّا، فينفی بهما، و من المعلوم أنّ الحكم فی هاتين القاعدتين يدور مدار ضرر و حرج الشخصيين لا النوعيين فلا يتم ما ذكره العلاّمة و تبعه القوم.

و لايستأنس من الروايات الواردة فى بيع السلَم الحكم هنا لوجود الفارق بينهما و هو أنّ الضمان فيه اختيارىٌّ ثابتٌ بالعقد بخلاف ما نحن فيه، فعليه يمكن القول باعتبار وجود المبيع الثابت فى الذمة - فى بيع السلَم - فى بلد المعاملة و ما حوله أو قدرة البائع على تحويل مبيعه فى وقته. كما ذهب إلى جُلِّ ما ذكرنا المحقّق السيّد الخوئى(١) رحمه الله و شيخنا الاستاذ(٢) قدس سره .

الجهة الخامسة: المعيار فى قيمة المثل المتعذّر

طرح الشيخ الأعظم هنا إشكالاً و هو: أنّ المثل إن كان موجودا أمكن معرفة قيمته، و إن لم يكن موجودا لم يكن سبيل إلى معرفة قيمته حتّى يؤديها الضامن إلى المالک إلاّ بفرض وجود المثل. و لمّا كان المثلى ذا أسعار متفاوتة باختلاف الأزمان فهل «العبرة بفرض وجوده ولو فى غاية العزّة - كالفاكهة فى أوّل زمانها أو آخره - أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند مَنْ يستغنى عن بيعه بحيث لايبيعه إلاّ إذا بذل له عوض لايبذله الراغبون فى هذا الجنس

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٦٧/٣ و ١٦٨.

٢- (٣) إرشاد الطالب ١٨١/٢.

بمقتضى رغبتهم...»(١).

أقول: بعد البناء على أنّ المراد هنا من القيمة، قيمة يوم الدفع و الأداء - كما هو الْمُجْمَعُ عليه عند أصحابنا - فلا يبقى مجال لهذا الاشكال و يقوم المثل فى يوم الدفع و الأداء فى السوق، و كذلک الأمر لو اختار أحد فى ما سبق غيرها من الاحتمالات الواردة فى القيمة. فهذا الإشكال مدفوع من الأصل كما نبّه عليه المحققان الشهيدىٌّ(٢) و المروّج(٣).

الجهة السادسة: هل العبرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة؟

قد مرّ فی الفرع السادس ما یفیدنا هنا من أنّ العبرة بقیمة بلد التلف ولکن للمالک حقّ المطالبة بماله فی أیّ زمان أو مکان شاء لعموم الناس مسلطون علی أموالهم مقیدا بقاعدة نفی الضرر علی الضامن، فللمالک المطالبة بماله فی أیّ وقت أو أیّ بلد شاء مشروطا بتساوی قیمته فی یوم الأداء بین البلدین أو أنّ القیمة فی بلد المطالبة کانت أقلّ منها فی بلد التلف.

و وافقنا علی أنّ العبرة بقیمة بلد التلف الشیخ الطوسی(٤) و القاضی ابن البراج(٥) کما مرّ کلامهما(٦) و شیخنا الاستاذ(٧) رحمه الله ، و العجب من المحقّق السیّد الخوئی(٨) حیث اختار هنا ما هو مرجوحٌ عندنا فراجعْ.

١- (٤) المکاسب ٢٣٦/٣.

٢- (١) هدایة الطالب ٣٥١/٢.

٣- (٢) هدی الطالب ٤٣٥/٣.

٤- (٣) المبسوط ٧٦/٣.

٥- (٤) المهذب ٤٤٣/١.

٦- (٥) فی بحث فرع هل یجوز مطالبة المالک... فی عنوان السادس راجع صفحة ٤٤٧ من هذا المجلد.

٧- (٦) إرشاد الطالب ١٨٣/٢.

٨- (٧) مصباح الفقاهة ١٦٩/٣.

الجهة السابعة: إذا سقط المثل من المالیة فهل ینتقل إلی القیمة؟

نحو الماء على الشاطئ إذا أتلفه فى مفازة، و الجَمد فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف، و قد مرّ هذا البحث فى المناقشة الرابعة(١) من مناقشات الشيخ الأعظم رحمه الله فى دلالة آية الاعتداء على ضمان المثل فى المثلى، من انتقال الضمان حينئذ إلى القيمة خلافا لصاحب الجواهر(٢) و احتمله فى القواعد(٣)، ولكن اختار القيمة فى التذكرة(٤) و ولده فى الإيضاح(٥) و قواه

الشهيد(٦) و هو خيرة جامع المقاصد(٧) مع نسبته إلى الأصحاب و اختاره الشيخ الأعظم(٨) و هو الصحيح المختار. و اللّه سبحانه هو العالم.

و من هنا ظهر حكم فرع و هو إذا أخذ أو أقرض أو غصب الأوراق النقدية الدارجة الخاصة ثمّ أُسقطت عن الاعتبار، ينتقل الضمان إلى الأوراق النقدية الدّارجة المتداولة بين أيدى الناس المعتبرة، لأنّها بعد إسقاطها عن الاعتبار تعدّ تالفة عند العقلاء، و اللّه العالم.

فرع: لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة

هل يجب على الضامن بعد دفع القيمة، لو تمكّن من المثل أداء المثل و أخذ القيمة أم لا؟

أقول: هذا الفرع يُبنى على أنّ الواجب على الضامن هل هو المثل ولو عند التعذّر و

١- (٨) راجع صفحة ٤٥٢ من هذا المجلد.

٢- (٩) الجواهر ٩٩/٣٧.

٣- (١٠) القواعد ٢٢٨/٢.

٤- (١١) تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢ من الطبع الحجرى.

٥- (١٢) ايضاح الفوائد ١٧٧/٢.

٦- (١) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

٧- (٢) جامع المقاصد ٢٥٨/٦.

٨- (٣) المكاسب ٢٢٠/٣ و ٢٣٨.

ينتقل حقّ المالک إلى القيمة عند تعذر المثل و المطالبة، فإذا وجد المثل يرجع حقّه و صارت القيمة كالبدل الحيلولة، لابدّ من عودتها و أخذ المثل من الضامن.

أو أنّ الواجب على الضامن بعد تعذّر المثل انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة، فإذا أعطى القيمة، أدى ما هو عليه و تمّ ضمانه و لاينتقل إلى المثل مجددا كما هو مختار العلاّمة فى القواعد(١) و التذكرة(٢) و التحرير(٣) و الشهيد فى الدروس(٤) و الكركى فى جامع المقاصد(٥) و ثانى الشهيدين فى المسالک(٦).

و يمكن أن يعلل القول الأخير بأنّ بدل الحيلولة مختص بالأعيان و لاترد فى الذمم كما عليه الفقيه اليزدى(٧) و المحقّق الاصفهانى(٨).

أقول: الظاهر موافقة الأعلام و عدم وجوب أداء المثل بعد إعطاء القيمة، و الوجه فى ذلک أنّ للمالک شيئا واحدا و هو ماله التالف و أخذ قيمته فسقط حقّه و ليس له بعد شىء حتّى يدعى المثل و ليس على الضامن بعد أداء القيمة شىء حتّى يعطى المثل و اللّه العالم.

١- (٤) قواعد الأحكام ٢٢٨/٢.

٢- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٣- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

٤- (٧) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

٥- (٨) جامع المقاصد ٢٥٨/٦.

٦- (٩) المسالک ١٨٤/١٢.

٧- (١٠) حاشیته علی المکاسب ٤٩٥/١.

٨- (١١) حاشیته علی المکاسب ٣٩٧/١.

الثامن: ضمان القیمی بالقیمة

اشارة

یقع البحث فی المقامین،

المقام الأوّل: ما الدلیل علی أنّ ضمان القیمی بالقیمة؟

الأوّل: قال الشیخ الأعظم:

الأوّل: قال الشیخ الأعظم: «... فقد حُکی الاتفاق علی کونه مضمونا بالقیمة»(١).

و قال الفقیه العاملی: «أمّا ضمان القیمی بالقیمة ففی الدروس(٢) و غایة المراد(٣) و الروضة(٤) أنّه المشهور، قلت: لا أجد فیه فی الباب خلافا إلاّ ما یُحکی عن أبی علی... و ما یظهر من قرض الخلاف(٥) و ما لعلّه یظهر من المحقّق(٦) فی باب القرض من أنّ الواجب فی القیمی مثله، مستندین إلی أنّه أقرب إلی الحقیقة و لخبرین عامیین: أحدهما: خبر عائشة لما أخذتها الغیرة و الأفکل(٧) فکسرت إناء صفیة، فقال رسول اللّه صلی الله علیه و آله لمّا سألته عائشة عن کفارة ذلک: إناء مثل الإناء و طعام مثل الطعام.(٨) و الثانی: أنّ امرأة کسرت قصعة امرأة اُخری فدفع رسول اللّه صلی الله علیه و آله قصعة الکاسرة إلی صاحبة المکسورة.(٩) و قد عورضا بخبر آخر عامی(١٠)، و حملهما الأکثر علی أنّه صلی الله علیه و آله علم بالرضا منهما کما بیّنا ذلک فی باب القرض(١١)

١- (١) المكاسب ٣/٢٤٠.

٢- (٢) الدروس ٣/١١٣.

٣- (٣) غاية المراد ٢/٣٩٨.

٤- (٤) الروضة البهية ٧/٤١.

٥- (٥) الخلاف ٣/١٧٥، مسألة ٢٨٧.

٦- (٦) الشرائع ٢/٦٢.

٧- (٧) إرتعدّ من خوفٍ أو بردٍ أو غيرهما.

٨- (٨) سنن أبى داود، كتاب البيوع، ح٣٠٩٧، السنن الكبرى ٦/٩٦ للبيهقى.

٩- (٩) صحيح البخارى، كتاب المظالم و الغصب ح ٢٣٠١، السنن الكبرى ٦/٩٦.

١٠- (١٠) السنن الكبرى ١٠/٢٧٣.

١١- (١١) مفتاح الكرامة ١٥/١٤٢ و ما بعدها.

و ذكرنا هناك تفصيل التذكرة(١) و فى جامع المقاصد... أنّ خلاف أبى على كاد يكون مضمحلاً(٢). و كيف كان، فقد اتفقوا هنا [أىّ باب الغصب] من غير تأمل و لاخلاف، و هناك [أى باب القرض] تأمل بعض و خالف آخرون...»(٣).

أقول: بمراجعة الرواية العامية الثانية يظهر أنّ الكاسرة و صاحبة المكسورة

كلتيهما من أُمّهات المؤمنين و أزواج النبى صلى الله عليه و آله و لذا حمل بعض أهل العلم(٤) القصعتين بأنّهما كانتا للنبى صلى الله عليه و آله فى بيتى زوجتيه و لم يكن هناك حكمٌ بالضّمان إلاّ أنّه عاقب الكاسرة بترك المكسورة فى بيتها و نقل الصحيحة إلى بيت صاحبتها. و لعل هذا الحمل أحسن ممّا ذكره صاحب المفتاح رحمه الله .

و أمّا مراده من معارضتهما بخبر آخر عامى فهو ما رواه العامة عن أبى الوليد عن أبيه أنّ رجلاً أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلک للنبى صلى الله عليه و آله فقال: ليس للّه شريک.(٥)

و نظيره عن ابن عمر قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من اعتق شركا له فى مملوک فقد عتق كلّه.(٦)

و نحوها عنه عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه قال: من اعتق شقصا فى مملوک و كان للذى يعتق منهما نصيبه مبلغ ثمنه فقد عتق كلّه.(٧)

و أمّا تفصيل العلاّمة فى التذكرة فى باب القرض فما ذكره بقوله: «... و إن لم يكن

١- (١٢) تذكرة الفقهاء ٣٠/١٣.

٢- (١٣) جامع المقاصد ٢٥٢/٦.

٣- (١٤) مفتاح الكرامة ١٤٧/١٨.

٤- (١) كما فى السنن الكبرى ٩٦/٦ للبيهقى.

٥- (٢) السنن الكبرى ٢٧٣/١٠.

٦- (٣) السنن الكبرى ٢٧٧/١٠.

٧- (٤) السنن الكبرى ٢٧٧/١٠.

مثليا، فإن كان ممّا ينضبط بالوصف - و هو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان و الثياب - فالأقرب أنه يضمنه بمثله من حيث الصورة [و استدل له بخبرين عامين]... و أمّا ما لايضبط بالوصف - كالجواهر و القسىّ و ما لايجوز السلف فيه - تثبت فيه قيمته...»(١).

و أمّا خلاف أبى علىّ الإسكافى فقد مرّ فى أوّل البحث عن المثلى و كذا قول المحقّق الثانى فى اضمحلاله.

و بالجملة: لم يثبت الخلاف فى باب الغصب الذى تلحق به مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، نعم الخلاف ثابت فى باب القرض من الشيخ فى خلافه و المحقّق فى شرائعه، و كذا ورد تفصيل فيه من العلاّمة فى تذكرة الفقهاء كما مرّ، و لذا استظهر السيّد المجاهد(٢) عدم الخلاف بين الأصحاب.

و قال صاحب الجواهر: «(و إن لم يكن) المغصوب المتلف (مثليا) بل كان قيميا كالحيوان و نحوه ممّا لم يكن لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواة فيما له مدخلية فى ماليته

من صفاته الذاتية فى الصنف (ضمن قيمته)، بلاخلاف معتد به فى ذلک هنا، نعم تقدّم للمصنف فى كتاب القرض ضمان القيمى بمثله و قد سمعت الكلام فيه هناک(٣)»(٤).

أقول: يمكن أن يستدل لشيخ الطائفة فى قرض الخلاف(٥) و للمحقّق فى قرض الشرائع(٦) من أداء المثل فى قرض القيمى بأنّ ذمة الدائن مشغولة بالعين أوّلاً و مع تلفها

١- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٠/١٣ و ٣١.

٢- (٦) راجع المناهل /٢٩٨.

٣- (١) راجع الجواهر ٢٠/٢٥.

٤- (٢) الجواهر ١٠٠/٣٧.

٥- (٣) الخلاف ١٧٥/٣، مسألة ٢٨٧.

٦- (٤) الشرائع ٦٢/٢.

تكون مشغولة بالمثل لأنّه بعد تلف العين انتقل الضمان إلى مثلها و هو الكلّى المتحد مع العين التالفة فى جميع الخصوصيات إلاّ الخصوصيات الدخلية فى التشخص الخارجى، فإذا وجد المثل يجب إعطاؤها و إن لم يوجد حين الأداء ينتقل الضمان إلى القيمة.

و فی الجملة: بعد تلف العین ینتقل الضمان إلی المثل حتّی فی القیمیات و مع فرض عدم وجدانه ینتقل إلی القیمة کما یظهر من الشیخ الأعظم(۱) و علیه الفقیه الیزدی(۲).

نعم: لو تعذر أداء المثل - علی الاطلاق - فالتّکلیف بأدائه یکون لغوا فیتعلَّق بالقیمة حتّی ابتداءً، و من هنا یظهر عدم تمامیة اطلاق کلام الفقیه الیزدی. کما یستشکل علیه: ب- «أنّ لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القیمة فی فرض تعذر المثل علی الاطلاق، و هذا ممّا لایمکن الالتزام به»(۳).

و یؤید هذه المقالة الروایات الدالة علی جواز أداء المثل عن القیمی فی باب القرض:

منها: حسنة صباح بن سیابة قال: قلت: لأبی عبداللّه علیه السلام : إنّ عبداللّه بن أبی یعفور أمرنی أن أسالک قال: إنّا نستقرض الخبز من الجیران فنردّ أصفر منه أو أکبر؟ فقال علیه السلام : نحن نستقرض الجوز الستین و السبعین عددا فیکون فیه الکبیرة و الصغیرة، فلا بأس.(٤)

و منها: حسنة اسحاق بن عمار قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : استقرض الرغیف من الجیران و نأخذ کبیرا و نعطی صغیرا و نأخذ صغیرا و نعطی کبیرا، قال: لابأس.(٥)

و منها: فی نوادر أحمد بن محمّد بن عیسی عن الصادق علیه السلام و سئل عن الخبز بعضها

۱- (٥) المکاسب ۲٤۱/۳ قوله: إلاّ أنّ المتیقن من هذا المتعارف ما کان المثل فیه متعذِّرا... الخ.

۲- (٦) حاشیة المکاسب ٤٩٥/۱ و ما قبلها.

۳- (۷) مصباح الفقاهة ۱۷۳/۳.

٤- (۸) وسائل الشیعة ۳٦۱/۱۸، ح۱، الباب ۲۱ من أبواب الدین و القرض.

٥- (۹) وسائل الشیعة ۳٦۱/۱۸، ح۲.

أكبر من بعض، قال: لابأست إذا أقرضته.(۱)

و يمكن قلع مادة النزاع بما مرّ من تعريف القيمى بأنّه ما لم يكن مثليا فإذا وجد مثل فهو مثلى و لزم أداؤه و إذا لم يكن المثل فهو قيمى.

و قد يغتفر بعض الخصوصيات فى المثل فى الأمور الرخيصة نحو الخبز و الرغيف و الجوز و نحوها كما ورد فى النصوص و بما ذكرنا يجمع خلاف البعض بين بابى الغصب و القرض و اللّه العالم و الحمدله.

الثانى: الأخبار المتفرقة فى كثير من القيميّات.

هناک عدّةٌ من الروايات تدلّ على الحكم:

منها: مرسلة الصدوق عن الصادق عليه السلام فى حديث: و إن وجدت طعاما فى مفازة فقوّمْهُ على نفسک ثم كُلْه، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة، الحديث.(۲)

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرِّفها سنة، ثم يتصدَّق بها، فيأتى صاحبها، ما حال الذى تصدّق بها؟ و لمن الأجر؟ هل عليه أن يردّ على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، و الأجر له، إلاّ أن يرضى صاحبها فيدعها، و الأجر له.(۳)

و منها: صحيحة اُخرى له عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أصاب شاة فى الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : هى لک أو لأخيک أو للذئب،

١- (١) نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى /١٦٣، ح٤٢٢، ولكن فى بحارالأنوار ١١٦/١٠٠، ح٦ [٧٨/٤٢] و مستدرک الوسائل ٤١٠/١٣، ح١، الباب ٢١ من أبواب الدين و القرض نقلا عن الفقه الرضوى و هو خطأ.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤٤٣/٢٥، ح٩، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٤٤٥/٢٥، ح١٤، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

فخذها و عرّفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، و إن لم تعرف فكُلْها و أنت ضامن لها، إن جاء صاحبها يطلبها أن تردّ عليه ثمنها.(١)

و منها: معتبرة السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام فى رجل أقبل بنار فأشعلها فى دار قوم فاحترقت متاعهم، أنّه يغرم قيمة الدار و ما فيها ثمّ يقتل.(٢)

و منها: موثقة زيد بن على عن آبائه عليهم السلام قال: أتاه رجل تكارى دابّة فهلكت و أقرّ أنّه جاز بها الوقت، فضمنّه الثمن و لم يجعل عليه كراء.(٣)

و منها: رواية السفرة الماضية.(٤)

و منها: الروايات الواردة فى بيع الجارية المسروقة الماضيات.(٥)

و منها: بعض الروايات الأُخر تأتى فيما بعد - إن شاء اللّه تعالى - .

الثالث: آية الاعتداء

و هى قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(٦).

لم يذكرها الشيخ الأعظم بعنوان الدليل لأنّه يرى دلالتها غير تامة حتّى بالنسبة إلى الضمان فى المثلى(٧) و قد مرّت مناقشاته الأربع و أجوبتها منّا، ولكن نحن نرى دلالة آية

١- (٤) وسائل الشيعة ٤٥٩/٢٥، ح٧، الباب ١٣ من أبواب كتاب اللقطة.

٢- (٥) وسائل الشيعة ٣١٥/٢٨، ح١، الباب ٣ من أبواب حد المحارب - وسائل الشيعة ٢٧٩/٢٩، ح١، الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان.

٣- (١) وسائل الشيعة ١٢٢/١٩، ح٥، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

٤- (٢) وسائل الشيعة ٤٦٨/٢٥، ح١، الباب ٢٣ من أبواب كتاب اللقطة.

٥- (٣) راجع وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٦- (٤) سورة البقرة /١٩٤.

٧- (٥) ولكنّه قيّد بالآية الشريفة شمول الإجماع - على فرض وجوده - للمثل الموجود للتالف القيمى راجع المكاسب ٢٤١/٣ قوله: و على تقديره ففى شموله... الخ.

الاعتداء بالنسبة إلى ضمان المثل فى المثلى و القيمة فى القيمى، لأنّ «ما» فيها موصولة - كما أنّها ظاهرة منها - لا مصدرية غير زمانية، و ما الموصولة تحمل على ما هو الأعم من الفعل - أىّ الاعتداء - و المعتدى به - أىّ الأعيان الخارجية من العرض و النقد - ، و المثل فى الآية يحمل على المعنى اللغوى أى المماثلة فى الفعل - الإعتداء - و العين - المعتدى به - الأعيان من العرض و النقد - و المماثلة فى الفعل واضح أعنى الضرب فى مقابل الضرب و الجرح فى مقابل الجرح و القتل فى مقابل القتل، و المماثلة فى العين هى المماثلة فى الذات و الصفات و المالية - أىّ المماثلة المطلقة - و إذا فقدت المماثلة فى الذات و الصفات، تبقى المماثلة فى المالية - و هى القيمة - فحينئذ بعد فقدان المثل تصل النوبة إلى القيمة بدلالة الآية الشريفة.

وافقنا على دلالة الآية الشريفة فى ضمان القيمى بالقيمة الشيخ فى كتابيه(١) و ظاهر ابن ادريس(٢) و العلاّمة(٣) و الطبرسى(٤) و قطب الدين الراوندى(٥) و الفاضل المقداد(٦) و

غيرهم كما مرّ هذا البحث مفصلاً فى الدليل الأوّل من المقام الثانى فى بحث ضمان المثلى بالمثل.(٧)

تنبيه:

قال الشيخ الأعظم: «فلا حاجة إلى التمسک بصحيحة أبى ولاّد(٨) الآتية فى ضمان

١- (٦) المبسوط ٦٠/٣، الخلاف ٤٠٢/٣ و ٤٠٦.

٢- (٧) السرائر ٤٨٠/٢.

٣- (٨) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجرى.

٤- (٩) مجمع البيان ٢٨٨/١ من طبع مصر.

٥- (١٠) فقه القرآن ٧٤/٢.

٦- (١١) كنز العرفان ٨٤/٢.

٧- (١) راجع صفحة ٤٤٦ من هذا المجلد.

٨- (٢) وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح١، الباب ١٧ من أبواب الإجارة.

البغل»(١). هذا البيان منه تعريض لصاحب الجواهر حيث أنّه استدل على ضمان القيمى بالقيمة بها و قال: «لظهور صحيح أبى ولاّد...»(٢).

لأنّه ورد فيها: «نعم قيمة بغل يوم خالفته...»(٣) و البغل من الحيوانات و الحيوان قيمى فإذا تلفت اشتغلت الذمة بقيمتها لابمثلها.

ولكن يرى الشيخ الأعظم استغناءه عن هذه الصحيحة لإمكان المناقشة فى دلالتها، لأنّ كلمة «بغل» فيها نكرة و هى ظاهرة فى كونها بغلاً غير معيّن فحينئذ يتمّ قول من ذهب إلى أنّ الثابت فى الذمة بغلٌ غير معيّن و هو المثل و أنّ القيمة بدل عنه، فلا تدل على أنّ الثابت فى الذمة فى القيميات القيمة.

و كذا قال الشيخ الأعظم: «و لابقوله صلى الله عليه و آله : من أعتق شقصا من عبدٍ قُوِّم عليه»(٤).

أقول: الرواية عاميّة مرّ مصدرها فى مقالتى ذيل كلام الفقيه العاملى رحمه الله ، ولكن رُوى نظيرها من طرقنا فى الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق من وسائل الشيعة ٣٦/٢٣ و يأتى بعضها، و هذا أيضا تعريض بصاحب الجواهر(٥) و أمّا المناقشة فى دلالتها: فلأنّها حكم تعبدى لتغليب جانب الحرية و لم يكن مرتبطا بالإتلاف و ضمان القيمى بالقيمة.

و الشيخ الأعظم يرى استغناءَهُ عن الصحيحة و روايات انعتاق العبد ولكن بعد سطور استدل بها بقوله: «بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة فى خصوص بعض

١- (٣) المكاسب ٢٤٠/٣.

٢- (٤) الجواهر ١٠٠/٣٧.

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٢٠/١٩.

٤- (٦) المكاسب ٢٤٠/٣.

٥- (٧) راجع الجواهر ١٠٠/٣٧.

القيميات - كالبغل و العبد و نحوهما - لصورة تعذّر المثل كما هو الغالب»(١). و قال أيضا: «...

فيردّه اطلاقات الروايات الكثيرة فى موارد كثيرة: منها: صحيحة أبى ولاّد الآتية، و منها: رواية تقويم العبد...»(٢).

و الجمع بين الاستغناء عن الاستدلال بهما ثم الاستدلال بهما لايتم كما قال المحقّق الإيروانى: «... إنّ اظهار الاستغناء ثم العود إلى التشبّث بهما بعد سطرين ليس كما ينبغى»(٣).

دفعُ وَهْمٍ:

قد يقال: يظهر من بعض الروايات أنّ الأصل فى الضمان هو القيمة بلافرق بين القيمى و المثلى:

منها: معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن علىّ عليهم السلام أنّه قضى فى رجل أقبل بنار فأشعلها فى دار قوم فاحترقت و احترق متاعهم، قال: يغرم قيمة الدار و ما فيها ثمّ يقتل.(٤)

هذه الرواية قد مرّت ولكن كررنا ذكرها للتنبيه على أن بعض متاع البيت يمكن أن يكون مثليّا و مع ذلک قضى أميرالمؤمنين عليه السلام بلزوم دفع قيمته فيمكن أن يستفاد منها أنّ الأصل الأولىّ فى الضمان القيمة.

و يمكن أن يناقش فى هذه الدلالة بأنّ الانتقال إلى القيمة لسهولة الدفع و الأخذ للضمان و للمالک و يمكن أن يعطف «ما فيها» على «قيمة» لا على «الدار» فحينئذ تدل على مطلق التغريم لا التغريم بالقيمة.

و منها: صحيحة محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى

١- (٨) المكاسب ٢٤١/٣.

٢- (١) المكاسب ٢٤٢/٣.

٣- (٢) حاشية المكاسب ١٤٥/٢.

٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٧٩/٢٩، ح١، الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان.

الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلک أن يؤدّى الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان الرهن أقلّ من ماله فهلک الرهن أدّى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن يسوى مارهنه فليس عليه شيء.(١)

و منها: صحيحة أبى حمزة الثّمالى قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن قول على عليه السلام : يترادّان الفضل، فقال: كان على عليه السلام يقول ذلک، قلت: كيف يترادّان؟ فقال: إن كان الرهن أفضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، و إن كان لايسوى ردّ الراهن ما نقص من

حقّ المرتهن. قال: و كذلک قول علىّ عليه السلام فى الحيوان، و غير ذلک.(٢)

و منها: موثقة اسحاق بن عمّار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم فيهلک، أ على الرجل أن يردّ على صاحبه مائتى درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل و ضيّعه، قلت: فهلک نصف الرهن، قال: حساب ذلک، قلت: فيترادّان الفضل؟ قال: نعم.(٣)

تقريب دلالة هذه الروايات الثلاث: أنّها تدل على التهاتر بين مال المرتهن و مال الراهن و كلّ منهما يأخذ الفضل إذا كانت الزائدة فى طرفه و الآخر يعطى، و من المعلوم أنّ التهاتر لايتم مع فرض أنّ المتلَف (بالفتح) مثلىٌّ و صرف دلالة الروايات على اثبات التهاتر تدل على أنّ الضمان يكون بالقيمة حتّى فى المثليات.

و فيه: الضمان فى المثلى بالمثل و فى القيمى بالقيمة و ما ورد فى هذه الروايات لأجل قضية التهاترو لذا بدّل عليه السلام المثلى بالقيمة لأجل ثبوت التهاتر و تعيين أنّ الزيادة لِمَنْ؟ للراهن أو المرتهن. إذا كان فى البين التهاتر، فلا تدل الروايات على أنّ الأصل فى الضمان هو

١- (٤) وسائل الشيعة ٣٩٢/١٨، ح٤، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.
٢- (١) وسائل الشيعة ٣٩٠/١٨، ح١، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.
٣- (٢) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح٢.

القيمة. و اللّه العالم.

تكميلٌ:

عدّة من الروايات فى أبواب مختلفةٍ من الفقه نحو العارية و الوديعة و الإجارة و اللقطة و ما ورد فى ضمان الغسّال و الصبّاغ و القصّار و الصائغ و البيطار و الدّلال و نحوهم تدلّ على مطلق الضمان و لم ترد فيها ضمانهم بالقيمة مع أنّها وردت فى القيميات، فهل هذه الروايات تدل على أنّ الأصل الأوّلى فى الضمان هو المثل و مع فرض عدم الحصول عليه تصل النوبة إلى القيمة، أو أنّ القيمى ما ليس له مثلٌ كما مرّ؟ لايبعد بل الظاهر ذلک أذكر لک بعضها حتّى يتبيّن لک ما قد سردته عليک.

منها: صحيحة محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل أعار جارية فهلكت من عنده و لم يبغها غائلة، فقضى أن لايغرمها المعار، و لايغرّم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة.(١)

و بحكم الشرط إذا أكرهها أو أبغيها غائلة فله الغرم أىّ الضمان مع أنّ المورد فيها هى

الجارية و الدابة وكلتاهما قيميّتان ولكن لم يرد فيها القيمة.

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استاجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لايركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسمّ فليس عليه شىء.(٢)

و منها: حسنة الحسن بن زياد الصيقل عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل اكترى من رجل دابة إلى موضع فجاز الموضع الذى تكارى إليه فنفقت الدابة، قال: هو ضامن و عليه

١- (٣) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح٩، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.
٢- (١) وسائل الشيعة ١١٨/١٩، ح١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإجارة.

الكراءُ بقدر ذلک.(١)

و المراد بالميثمى فى سند الرواية إمّا أحمد بن الحسن بن اسماعيل بن ميثم الثقة، أو محمّد بن الحسن بن زياد الثقة أو على بن اسماعيل بن شعيب الممدوح، فهو لاأقل من كونه ممدوحا، و الحسن بن زياد الصيقل حسنٌ لأنّه يروى عنه عدّة من أصحاب الإجماع و مشايخ الطائفة فالسند حسنٌ أو معتبر.

و منها: صحيحة أبى الصباح قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم، كلّ من يعطى الأُجرة ليصلح فيفسد فهو ضامن.(٢)

و المراد بأبى الصباح هو ابراهيم بن نعيم الكنانى الثقة الراوى عن أبى عبداللّه عليه السلام و أبيجعفر عليه السلام و هو كثير الرواية.

و منها: موثقة زيد بن على عن آبائه عليهم السلام أنّه أُتى بحمّال كانت عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمّنها إياه، و كان يقول: كلّ عامل مشترک إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترک؟ فقال: الذى يعمل لى و لک و لذا.(٣)

الظاهر أنّ الرواية منقولة عن جده أميرالمؤمنين عليه السلام بقرينة أُتى.

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوبا أو دابة، كيف يصنع بها؟ قال: يعرّفها سنة فإن لم يعرف صاحبها حفظها فى عرض ماله حتّى يجىء طالبها فيعطيها إيّاه، و إن مات أوصى بها، فإن أصابها شىء فهو ضامن.(٤)

ص:٥٠٨

١- (٢) وسائل الشيعة ١٢١/١٩، ح٤، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٤٥/١٩، ح١٣، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٥٢/١٩، ح١٣، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٤٤٤/٢٥، ح١٣، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام رجل ورث غلاما، و له فيه شركاء، فاعتق لوجه اللّه نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضارّة و هو مؤسر ضمن للورثة، و إذا أعتق لوجه اللّه كان الغلام قد أعتق من حصّة من أعتق، و يستعملونه على قدر ما أعتق منه له و لهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوما و له يوم، و إن أعتق الشريک مضارّا و هو معسر فلا عتق له، لأنّه أراد أن يفسد على القوم، و يرجع القوم على حصصهم.(١)

و هذه الصحيحة عُدَّتْ من أدلة قاعدة لاضرر كما مرّ فى أبحاثنا الأصولية.

المقام الثانى: تعيين القيمة فى القيميات

اشارة

إذا اختلفت القيمة، فهل يضمن الضامن من قيمة يوم القبض أو الغصب، أم قيمة يوم التلف أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم؟ أقوال.

القول الأوّل: قيمة يوم القبض أو الغصب

و «هو خيرة المقنعة(٢) و المراسم(٣)، و المبسوط(٤) و النهاية(٥) فى موضع منهما، و النافع(٦) و كشف الرموز(٧) و كأنّه مال إليه فى الإرشاد(٨)، و فى الشرائع(٩) و التحرير(١٠) أنّه

١- (١) وسائل الشيعة ٤٠/٢٣، ح١٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

٢- (٢) المقنعة /٦٠٧.

٣- (٣) لم أعثر عليه ولكن نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٤٧/١٨.

٤- (٤) المبسوط ٦٠/٣.

٥- (٥) النهاية /٤٠٢ فى بيع الغرر.

٦- (٦) المختصر النافع /٢٤٨.

٧- (٧) كشف الرموز ٣٨٢/٢.

٨- (٨) إرشاد الأذهان ٤٤٦/١.

٩- (٩) شرائع الاسلام ١٨٩/٣.

١٠- (١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

مذهب الأكثر». كذا فى مفتاح الكرامة(١).

و هذا القول هو مختار المحقّق السيّد الخوئى(٢) قدس سره .

القول الثانى: قيمة يوم التلف

«و هو خيرة القواعد(٣) فى آخر باب البيع و التذكرة(٤) و المختلف(٥) و التحرير(٦) و

الدروس(٧) و التنقيح(٨) و جامع المقاصد(٩) و مجمع البرهان(١٠) و المحكى عن القاضى(١١)، و فى الدروس(١٢) و كذا الروضة(١٣) نسبته إلى الأكثر. و قد يظهر من النافع(١٤) أنّه ليس قولاً لأحد و أنما هو مجرد وجه...»(١٥).

١- (١١) مفتاح الكرامة ١٤٨/١٨.

٢- (١٢) مصباح الفقاهة ١٨٤/٣ و ١٩٧.

٣- (١٣) القواعد ٩٥/٢.

٤- (١٤) تذكرة الفقهاء ٢٩٩/١٠.

٥- (١٥) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

٦- (١٦) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٠/٤.

٧- (١) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

٨- (٢) التنقيح الرائع ٧٠/٤.

٩- (٣) جامع المقاصد ٢٤٦/٦.

١٠- (٤) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٧/١٠.

١١- (٥) المهذب ٤٣٧/١ و حكاه عنه العلاّمة فى المختلف ١١٦/٦.

١٢- (٦) الدروس ١١٣/٣.

١٣- (٧) الروضة البهية ٤١/٧.

١٤- (٨) المختصر النافع /٢٤٨.

١٥- (٩) مفتاح الكرامة ١٥١/١٨.

و هذا القول هو مختار أصحاب الجواهر(١) و العناوين(٢) و المكاسب(٣) و بغية الطالب(٤)، و السيّد الخمينى(٥) قدس سرهم .

القول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف

«و هو خيرة الخلاف(٦) و المبسوط(٧) و النهاية(٨) فى موضع منهما، و الوسيلة(٩) و الغنية(١٠) و السرائر(١١) و الإيضاح(١٢) و اللمعة(١٣) و المقتصر(١٤)، و التبصرة(١٥) على

إشكال. و كذا شرح الإرشاد(١٦) للفخر، و فى بيع المختلف(١٧) نسبته إلى علمائنا و فى

١- (١٠) جواهر الكلام ١٠٥/٣٧.

٢- (١١) العناوين ٥٣٦/٢.

٣- (١٢) المكاسب ٢٥١/٣ و ما بعدها.

٤- (١٣) بغية الطالب ٢٧٠/١.

٥- (١٤) البيع ٤٢٠/١ و ٤٣٠.

٦- (١٥) الخلاف ٤١٥/٣، مسألة ٣٠.

٧- (١٦) المبسوط ٧٢/٣.

٨- (١٧) لم أجده و نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٤٩/١٨، و قبله نقل عن النهاية ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع ٢٥٢/٤ و المقتصر /٣٤٢.

٩- (١٨) الوسيلة /٢٧٦.

١٠- (١٩) غنية النزوع /٢٧٩.

١١- (٢٠) السرائر ٤٨١/٢.

١٢- (٢١) إيضاح الفوائد ١٧٥/٢.

١٣- (٢٢) اللمعة الدمشقية /٢٣٥.

١٤- (٢٣) المقتصر /٣٤٢.

١٥- (٢٤) تبصرة المتعلّمين /١٠٨.

١٦- (١) نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٥٠/١٨.

١٧- (٢) مختلف الشيعة ٥٦/٥.

غصبه(١) أنّه أشهر و استحسنه فى الشرائع(٢)، و كأنّه قال به أو مال إليه فى الكفاية(٣)، و فى المسالک(٤) أنّ فى خبر أبى ولاّد ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، و كأنّه قال به وقوّاه فى الروضة(٥) أيضا لمكان هذا الخبر الصحيح... و فى الدروس(٦) أنّه أنسب بعقوبة الغاصب»(٧).

و هذا القول هو مختار المحقّق الإيروانى(٨) رحمه الله .

القول الرابع: أعلى القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين ردّ القيمة

حكى الشهيد الثانى(٩) هذا القول عن المحقّق(١٠) فى أحد قوليه و اختاره الوحيد البهبهانى فى حاشيته على مجمع الفائدة(١١) و نقل عنه ابن اخته فى الرياض(١٢)، و علّق عليه صاحب المفتاح بقوله: «هذا قول آخر غير مشهور»(١٣). و قال سيّد الرياض «و كيف كان فالمسألة محل إشكال. و الاحتياط يقتضى المصير إلى مختار الخال، لكن على سبيل

١- (٣) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

٢- (٤) الشرائع ١٨٩/٣.

٣- (٥) الكفاية ٦٤٠/٢.

٤- (٦) المسالک ١٨٦/١٢.

٥- (٧) الروضة البهية ٤٢/٧ و ٤٣.

٦- (٨) الدروس ١١٣/٣.

٧- (٩) مفتاح الكرامة ١٤٩/١٨.

٨- (١٠) حاشيته على المكاسب ١٥٢/٢.

٩- (١١) الروضة البهية ٤٠/٧ و المسالک ١٨٦/١٢.

١٠- (١٢) أُنظر ترددات الشرائع ١١٠/٢.

١١- (١٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦٢٤.

١٢- (١٤) رياض المسائل ٣٠/١٤.

١٣- (١٥) مفتاح الكرامة ١٥١/١٨.

الاستحباب»(١).

القول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء

لم أعرف قائله فعلاً ولكن ذكره المحقّق السيّد الخوئى(٢) فى ضمن الأقوال.

و هو وجه أو قول عند الشافعية(٣) و الحنابلة، جاء فى الإنصاف: «و قيل أكثرهما - يعنى أكثر القيمتين - قيمته يوم البدل و قيمته يوم التلف»(٤).

القول السادس: قيمة يوم الأداء

قال به السيّد اليزدى و يراه «الأوفق بالقاعدة حسبما عرفت من عدم الانقلاب»(٥).

مراده عدم انقلاب ضمان المثل إلى القيمة إلاّ حين فقدان المثل و أدائها.

القول السابع: قيمة يوم البيع

فى مسألتنا المقبوض بالبيع الفاسد، ذهب إليه المفيد(٦) و الشيخ(٧) و ابن البراج(٨) و أبوالصلاح(٩).

و هناک أقوال أُخَر أو وجوه لعلّها تبلغ خمسة عشر قولاً و وجها كلّها من العامة الضعفاء تجدها فی كتاب «المال المثلی و المال القيمی فی الفقه الاسلامی»(۱۰).

ص:۵۱۳

۱- (۱۶) رياض المسائل ۳۰/۱۴.

۲- (۱) مصباح الفقاهة ۱۷۷/۳.

۳- (۲) نهاية المحتاج ۱۶۲/۵.

۴- (۳) الانصاف ۱۹۱/۶.

۵- (۴) حاشية المكاسب ۵۰۲/۱.

۶- (۵) المقنعة /۵۹۳.

۷- (۶) النهاية و نكتها ۱۴۵/۲.

۸- (۷) لم أجدها فی المهذب و لا فی جواهره و نقل عنه فی المختلف ۲۴۴/۵.

۹- (۸) الكافی فی الفقه /۳۵۳.

۱۰- (۹) للشيخ العلاّمة الدكتور عباس ابن الشيخ علی ابن الشيخ محمّد رضا ابن الشيخ هادی ابن الشيخ عباس ابن الشيخ علی ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء - قدس سره أسرارهم - نشر الذخائر، النجف الأشرف، ۱۴۲۰ق و طبع للمرّة الثانية بقم عام ۱۴۳۰ق من منشورات بوستان كتاب.

الاستدلال للقول الأوّل: قيمة يوم القبض أو الغصب

استدلوا له بفِقْرَتی صحيحة أبی ولاّد الماضية(۱) و هما:

الفقرة الأُولی: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته».

و استدل بهذه الجملة بوجهين:

الوجه الأوّل: الظرف فيها و هو كلمة «يوم» قيد لكلمة «قيمة» و قد قرّبوه بأنحاء مختلفة:

١- الظرف «اليوم» يتعلق ب- «قيمة» لأنّها و إن لم تكن معنى حدثيّا ولكن فيها شائبة الحدثيّة، لأنّها ليست من الجوامد المحضة حتّى لايصح تعلّق الظرف بها، و كلمة «بغل» مجرور باضافة القيمة إليه، و يؤيد هذا النحو من الاستدلال تعريف الكلمة أى «البغل» كما فى الوافى(٢) و بعض نسخ التهذيب(٣) و نسخة خطية من الكافى(٤) و فى إجارة الحدائق(٥) و بيعه(٦) و حينئذ فلا يصلح للإضافة إلى ما بعده و إذن فمفاده أنّ الثابت على الغاصب إنّما هو قيمة يوم المخالفة أى يوم الغصب.

و فيه: لايمكن أن يتعلق الظرف بكلمة «قيمة» لأنّها من الجوامد و ليست معنى

١- (١٠) الكافى ٢٩٠/٥، ح٥، التهذيب ٢١٥/٧، ح٢٥، الاستبصار ١٣٤/٣، ح٢ و نقل عنهم فى وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

٢- (١) الوافى ٩٣٣/١٨.

٣- (٢) نقل عنها المحقّق الخوئى فى مصباح الفقاهة ١٨١/٣.

٤- (٣) نقل عنها الشهيدى فى هداية الطالب ٣٦٠/٢.

٥- (٤) الحدائق ٥٩٥/٢١.

٦- (٥) الحدائق ٤٦٩/١٨.

حدثيّا و متعلّق الظرف لابدّ أن يكون معنىً حدثيّا.

٢- جملة «قيمة بغل»، مضاف و مضاف إليه، تضاف إلى جملة «يوم خالفته» فتدلّ على المطلوب أى إثبات ضمان قيمة البغل يوم الغصب.

و فيه: هذا البيان لايجتمع مع تعريف كلمة «البغل» الواردة فى الوافى و بعض نسخ التهذيب، لأنّ ذلک مانع من إضافته إلى ما بعده.

٣- كلمة «القيمة» أُضيفت مرّة إلى «بغل» و مرّة أُخرى إلى «يوم»، و إسقاط حرف التعريف من كلمة «بغل» المشير إلى بغل معين خارجى الذى وقعت عليه الإجارة، حاصل بالإضافة المسوقة لبيان العهد الخارجى و إذن حرف التعريف فيها يكون لغوا و خاليا مِنَ الفائدة.

و لعلّ إلى ما ذكرنا فى هذا النحو من الاستدلال أشار الشيخ الأعظم بقوله: «فإن الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانيا، يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القيمة بغل غير

معين، حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيمى مضمونا بالمثل، و القيمة إنّما هى قيمة المثل»(١).

و فيه: أنّ المضاف إلى شيءٍ أوّلاً لايضاف إلى غيره ثانيا لأنّ ذلک مخالف بطريقة أهل الاستعمال.

و يمكن أن يكون مراده قدس سره : أنّ كلمة «قيمة» أُضيفت إلى كلمة «بغل» أوّلاً، ثم جملة «قيمة بغل» تضاف إلى جملة «يوم المخالفة» ثانيا فحينئذ يرجع إلى النحو الثانى من الاستدلال و يردّه ما ردّه من تعريف كلمة «البغل» فى الوافى و بعض نسخ التهذيب.

١- (١) المكاسب ٣/٢٤٧.

٤- ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره ثانيا بقوله: «و إمّا بجعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة إلى البغل»(١).

و مراده: إنّ لفظ يوم قيد للاختصاص الحاصل من إضافة لفظ «قيمة» إلى كلمة «بغل» فيكون الظرف أى «يوم» منصوبا للاختصاص و معنى الجملة: أنّ على الغاصب القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة أى الغصب.

و فيه: أوّلاً: العامل فى الظرف لايكون إلاّ الفعل أو شبهه دون الحرف.

و ثانيا: الاختصاص الحاصل من الإضافة يكون معنا حرفيا فلا يمكن أن يكون محكوما به و لامحكوما عليه، فإذن لامعنى لتقييده أصلاً.

٥- كلمة «قيمة» تضاف إلى «بغل» و كلمة «بغل» تضاف إلى «يوم» و لابأس بتتابع الإضافات كما وقع فى أفصح كلام العرب و هو قوله تعالى: «مثلَ دأبِ قومِ نوحٍ و عادٍ و ثمودَ و الذين مِنْ بعدهم...»(٢).

فحينئذ يصير المعنى: على الغاصب قيمةُ بغلٍ يومِ المخالفة أى الغصب.

و فيه: لايتم هذا الوجه مع تعريف كلمة «البغل» كما فى الوافى و بعض نسخ التهذيب لأنّ الاسم المحلّى باللام لايضاف إلى ما بعده كما هو الظاهر.

و أمّا المناقشة(٣) فى هذا النحو من الاستدل من عدم صحة اضافة لفظ «بغل» إلى «يوم» كما لايصح أن يقال: دار يوم و أرض أمس و غرفة غد، لا تتمّ صحّة هذه الاضافة كما

يصح أن يقال: رجل اليوم و مرأة الليل و عالم الغد و بطله و هذه الاضافة تعدّ من محاسن الكلام.

١- (٢) المكاسب ٢٤٧/٣.

٢- (٣) سورة غافر /٣١.

٣- (٤) المناقِش هو المحقّق الخوئی فی مصباح الفقاهة ١٨٣/٣ کما أنّ جمیع هذه الوجوه له.

الوجه الثانی: و هو ما احتمله جماعة(١)

«من تعلّق الظرف بقوله «نعم» القائم مقام قوله علیه السلام : یلزمک، یعنی یلزمک یوم المخالفة قیمة بغل» کما فی المکاسب للشیخ الأعظم قدس سره .

مراده ما ورد فی سؤال أبی ولاّد: أرأیت لو عطب البغل و نفق(٢) أ لیس کان یلزمنی؟ قال علیه السلام : نعم قیمة بغل یوم خالفته.(٣)

لفظ «نعم» قام مقام فعل یلزمک فیکون شبیة بالفعل و یصح تعلق الظرف به و أنّه العامل فی الظرف، و یدلّ علی ثبوت قیمة یوم الغصب أو القبض علیه.

ولکن یرد علی هذا الاستدلال: أوّلاً: هذا یدل علی أنّ الضمان یثبت فی یوم المخالفة و الغصب و أمّا مقداره غیر مذکور، فهل یتعلق بقیمة البغل یوم الغصب أو التلف أو الأداء أو غیرها لم یرد فیه.

و ثانیا: لایمکن أخذ هذا الاستدلال لأنّه واضح البطلان من جهة أنّ الضمان لایتعلَّق بالقیمة إلاّ بعد تلف العین و فی یوم المخالفة، العین باقیة فلا یمکن الأخذ به.

و ثالثا: أ: یردّ هذا الاستدلال الجملة الآتیة بعدها فی الصحیحة حیث یسأل أبوولاّد: فإن أصاب البغل کسرٌ أو دَبْرٌ(٤) أو غمز(٥)، فقال علیه السلام : علیک قیمة ما بین الصحة و

١- (١) منهم: المحقّق السبزواری فی الکفایة ٦٤٣/٢ و سیّد الریاض ٢٧/١٤ و أصحاب المفتاح ١٤٨/١٨ و ٦٣٨/١٢ و الجواهر ١٠١/٣٧ و المستند ٢٩٠/١٤ و المکاسب ٢٤٧/٣ و الکلّ یردّون علیه و لایقبلونه.

٢- (٢) عَطَب الرجل عطبا: هلک، یکون فی الناس و غیرهم. و عطب البعیرة: انکسر، نَفَق الرجل و الدابة نفوقا: ماتا و خرجت روحهما.

٣- (٣) وسائل الشیعة ١٢٠/١٩.

٤- (٤) الدبر بالتحریک کالجراحة تحدث فی الرِجْل و غیره.

٥- (٥) غمزت الدابة: مالت من رجلها، و الغمر: العطش، و العقر: الجرح.

العیب یوم تردّه علیه.(١)

حیث حکم الإمام علیه السلام بالأرش بقیمة یوم ردّه - أیّ یوم الأداء - . لایوم قبضه أو غصبه.

ب: و کذا الجملة التی تلیها من قوله علیه السلام : «أنّ قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا

فیلزمک»، حیث بظاهرها تدلّ علی ثبوت قیمة یوم الاکتراء و لم یقل به أحد.

نعم، لو لم تکن کلمة «یوم» فی الصحیحة کما ادّعاها صاحب الجواهر بقوله: «إنّ الموجود فیما حضرنی من نسخة التهذیب الصحیحة المحشاة «تردّه علیه» من دون لفظ «یوم» و معناه أنک تردّ الأرش علیه مع البغل...»(٢).

و لأنّ ردّ الأرش لایکون إلاّ فی یوم الردّ فحینئذ وجود کلمة «یوم» وعدمها فی الروایة علی السّواء کما اعترف بما ذکرنا صاحب الجواهر بقوله: «... فالمتجه أن یراد منه أنّ علیک ردّ الأرش حین تردّ البغل».

فعلیه لایتم الردّ «الف»، ولکن لو قلنا بأنّ الأصل عدم الزیادة، فلابدّ من الأخذ ب-«الیوم» و یتمّ الردّ و هذا هو المتجه.

و لذا قال الشیخ الأعظم فی شأن هذا الوجه من الاستدلال: «بعید جدّا بل غیر ممکن»(٣).

أختتم هذا الوجه من الاستدلال بذكر مقالة العلاّمة الشيخ أبيالحسن الشعرانى رحمه الله فى تعليقته على الوافى قال: «قوله: «قيمة البغل يوم خالفته» يوم ظرف لغو متعلِّق بيلزمک المقدَّر، أى يلزمک القيمة لزوما معلَّقا على التلف يوم خالفته فإنّه يوم تحقّق الغصب و هو

ص:٥١٨

١- (٦) وسائل الشيعة ١٢٠/١٩.

٢- (١) الجواهر ١٠٢/٣٧.

٣- (٢) المكاسب ٢٤٨/٣.

مبدأ الضمان، و حمله جماعة من الفقهاء إنّ اليوم صفة القيمة أى القيمة الثابتة للبغل يوم المخالفة، و على هذا فهو ظرف مستقر و هو بعيد، إذ لايختلف عادة قيمة البغل فى خسمة عشر يوما و لايمكن أن يتردّد الناس فى أنّ القيمة المضمونة قيمة أىّ يوم منها، و لامراد الإمام عليه السلام رفع تردّدهم بأنّها قيمة يوم الغصب و القرينة على ما ذكرنا قوله: «عليک قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه» فإنّ هذا أيضا ظرف لغو متعلَّق بيلزمک المفهوم من قوله عليه السلام : «عليک»، و ليس المراد القيمة الثابتة للبغل يوم الردّ، و يؤيده أيضا قوله عليه السلام : «إنّ قيمة البغل حين اكترى كذا...» لأنّ يوم الإكتراء كان قبل يوم المخالفة و يوم الردّ و ثبوت قيمة يوم الاكتراء إن خالف قيمة اليومين ممّا لم يقل به أحد، فلابدّ أن يكون قيمة البغل ثابتة غير متغيّرة فى خمسة عشر يوما بحيث يكون ثبوتها حين الاكتراء موجبا لثبوتها يوم المخالفة و يوم الردّ لعدم التغيير، فمن تمسّک بهذه الصحيحة على وجوب خصوص قيمة يوم الردّ أو يوم الغصب كما نقله فى الكفاية(١) فقوله ضعيف جدّا»(٢).

و قال قبله المحقّق النائينى: «أن يكون اليوم ظرف لغو متعلِّق بعامل محذوف يدل عليه قوله عليه السلام : نعم، إذ هو فى قوة القول بأنّه يلزمک بعد سؤال السائل أيلزمنى، و ينبغى أن يعلم، أنّ الظرف و ما يجرى مجراه كالجار و المجرور لايقع إلاّ لغوا، و منها ما تقع لغوا تارة و مستقرّا اُخرى:

و معنى ظرف اللغو: هو ما كان محمولاً على توابع الذات مثل زيد ضرب فى الدار حيث أنّ فى الدار يكون من قيود الضرب الذى من توابع الذات.

و معنى ظرف المستقر: هو ما كان محمولاً على نفس الذات مثل زيد فى الدار، حيث

١- (٣) الكفاية ٦٤٣/٢.

٢- (٤) تعليقته على الوافى ٩٣٣/١٨.

إنّ «فى الدار» من قيود نفس الذات لا من قيود توابعه فمثل كلمة «فى» قد تكون من قيود الذات و قد تكون من قيود توابع الذات و هذا بخلاف مثل كلمة «مِن» حيث أنّها لاتقع إلاّ قيدا لتوابع الذات فيقال: سير زيد من البصرة، و لايقال: نفس زيد من البصرة.

و كلمة اليوم ممّا لايمكن أن يقع ظرفا مستقرا و يجعل بنفسها محمولاً على الذات فيقال: القيمة يوم المخالفة، بل لابدّ من جعله من قيود توابع الذات و هى فى المقام يلزمک المقدَّر بقرينة كلمة «نعم» الواقعة فى جواب السائل «يلزمنى كذا» فيصير المعنى يلزمک يوم المخالفة قيمة البغل، و على هذا فقد يقال بأنّه لايدل على لزوم قيمة يوم المخالفة، بل إنّما يدل على الضمان من يوم المخالفة و أمّا المقدار المضمون فهل هو قيمة يوم المخالفة أو غيرها فلا دلالة فيها...»(١)

و ظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة المحقّق السيّد الخوئى - تبعا لأُستاذه المحقّق النائينى(٢) - قدس سره : «نعم، لابأس بدلالتها على ذلک التزاما، فإنّ ذكر القيمة فيها ثمَّ إضافتها إلى كلمة بغل ثمّ ذكر يوم المخالفة بعد ذلک من القرائن الظاهرة على أنّ الإمام عليه السلام إنّما قدّر مالية المغصوب و بيّن أنّ ضمانها بقيمة يوم المخالفة، إذ لا معنى لكون الضمان يوم الغصب فعليّا و يكون المدار فيه على قيمة يوم آخر»(٣)

الفقرة الثانية: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى

كذا و كذا فيلزمک»(٤).

قال الشيخ الأعظم فى تقريب الاستدلال بهذه الفقرة: «فإنّ إثبات قيمة يوم الإكتراء

١- (١) المكاسب و البيع ٣٦٠/١.

٢- (٢) كما فى تقريراته المكاسب و البيع ٣٦١/١.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١٨٤/٣.

٤- (١) وسائل الشيعة ١٢٠/١٩.

من حيث هو يوم الإكتراء لاجدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلابدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة، بناءً على أنّه يوم الإكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنّه خالف المالک بمجرد خروجه من الكوفة، و من المعلوم أنّ إكتراء البغل لمثل تلک المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج، أو فى عصر اليوم السابق، و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدّة القليلة»(١).

توضيح كلامه: يوم الكرى لاضمان فيه لأنّ المستأجر لايضمن العين المستأجرة قبل المخالفة فلابدّ من حمله على فرض اتّحاد يَوْمَيِ الكَرْيِ و المخالفة لأنّ قنطرة الكوفة التى هى مكان المخالفة قريبة من الكوفة التى هى مكان الاكتراء بحيث لايقع فصل بين وقت الاكتراء و بين الوصول إلى القنطرة، فاليومين واحد و الاعتبار بيوم المخالفة للعلم بعدم اعتبار يوم الاكتراء و على فرض اختلاف اليومين القيمة فيهما تكون واحدة. و إنّما ذكر يوم الكرى لا المخالفة لأنّها وقعت من القنطرة و إقامة الشهود على قيمة البغل حين المخالفة لعلّه كانت عسريّا لعدم من يطلع عليها وقت العبور بخلاف وقت

الكرى حيث أنّه يقع غالبا بمجمع من الناس فلذلک ذكر يوم الكرى و بعد جعل يوم الكرى هو يوم المخالفة. كما ظهر من المحقّق النائينى(٢).

كما يظهر الأخير من الشيخ الأعظم بقوله: «إلاّ أن يقال: إنّ الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث أنّه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على

١- (٢) المكاسب ٢٤٨/٣.

٢- (٣) المكاسب و البيع ٣٦٢/١.

سهولة معرفة القيمة بالبيّنة كاليمين فى مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلک»، فتأمل»(١).

قال الفقيه اليزدى رحمه الله ردّا على هذا الاستدلال: «لايخفى ما فيه، إذ غاية ما فى هذا البيان توجيهه بحيث لاينافى مادلّ على كون المدار على يوم المخالفة على فرض وجوده، و إلاّ

فلا يمكن أن يكون دليلاً عليه كما هو الواضح...»(٢).

ثم ردّ الشيخ الأعظم الاستدلال على هذه الفقره بقوله: «نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنّه لايبعد أن يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدّة خمسة عشر يوما، و يكون السرّ فى التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوام: أنّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلک لأنّه خسّره المبلغ الذى اشترى به البغلة»(٣).

ثم يؤيد الشيخ الأعظم هذا الرد بتأييدين:

الأوّل: «و يؤيّده: التعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرواية ب-«يوم [حين] اكترى» فإن فيه إشعارا بعدم عناية المتكلّم بيوم الخالفة من حيث أنّه يوم المخالفة»(٤).

الثانى: «و يؤيّده أيضا: قوله عليه السلام فى ما بعد من جواب قول السائل: «و من يعرف ذلک؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمک، فإن ردّ اليمين عليک فحلفت على القيمة لزمه ذلک، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمک...» الخبر(٥)، فإنّ العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول

١- (٤) المكاسب ٣/٢٥٠.

٢- (١) حاشية المكاسب ١/٥٠٥.

٣- (٢) المكاسب ٣/٢٥٠.

٤- (٣) المكاسب ٣/٢٥٠.

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٩/١٢٠.

قول المالک مع كونه مخالفا للأصل، ثمّ لا وجه لقبول بيّنته، لأنّ من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه، و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدّقه فيه من دون محاكمة - و التعبير بردّه اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالک أعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقّ له ابتداءً - خلاف الظاهر»(١).

و اختار صاحب الجواهر(٢) و تبعه المحقّق الإيروانى هذا الأخير فى قضية الحلف من أنّ «فى مورد الرواية لم يفرض مخاصمة...»(٣).

و جوابه: كما مرّ عن الشيخ الأعظم من أنّه خلاف الظاهر، و ظاهرها أنّه وارد فى مورد المخاصمة و المحاكمة. كما عن المحقّق السيّد الخوئى(٤).

عويصةٌ فى الصحيحة

ثمّ هذا التّأييد الأخير فى كلام الشيخ الأعظم يعدّ عويصة فى الصحيحة لأنّ الظاهر فى النزاع فى اختلاف القيمة أنّ المالک يدعى زيادة القيمة فهو مدّعٍ و الغاصب يدّعِىْ القيمة الأقلّ، و الأصل عدم زيادة القيمة فالأصل مطابق لقوله فهو منكرٌ، فعلى قانون القضاء، «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» ولكن فى الصحيحة عرض اليمين أوّلاً على المدعى ثم على المنكر و كذلک البينة، مضافا إلى أنّه كيف يمكن الجمع بين اليمين و البينة فى شخص واحد؟

و لذا تصدّى الأعلام إلى جوابها:

منهم: صاحب الجواهر و تبعه المحقّق الإيروانى رحمه الله فى مقالته و قد مرّ جوابها و يأتى

١- (٥) المكاسب ٢٥١/٣.

٢- (٦) الجواهر ٢٢٤/٣٧.

٣- (٧) حاشيته على المكاسب ١٥١/٢.

٤- (٨) مصباح الفقاهة ١٩٢/٣.

نص الجواهر فى المقام.

و تبعهما السيّد الحكيم فى ظاهر كلامه الآتى.

و منهم: شيخ الطائفة

حملها على التعبد و تخصيص قانون القضاء بها إمّا مطلقا أو فى خصوص الدابة، قال فى النهاية: «و من غصب غيره متاعا و باعه من غيره ثمّ وجد صاحب المتاع عند المشترى كان له انتزاعه من يده... فإن اختلف فى قيمة المتاع، كان القول قول صاحبه مع يمينه باللّه تعالى...»(۱).

و علّله المحقّق فى نكت النهاية بقوله: «إنّما كان القول قول المالک لأنّ الثابت فى الذمة هى الشىء المغصوب، فإذا إدّعى الغاصب أنّ القدر المدفوع هو قيمته و أنكر المالک، كان القول قوله، لأنّ الغاصب يدعى خلاص ذمّته ممّا هو ثابت فيها بالقدر المدفوع و أنّ القدر هو قيمة ما فى الذمة و على هذا التخريج لاتكون هذه الصورة خارجة عن الأصل»(۲).

أقول: و أنت ترى لو تمّ ما ذكره المحقّق فى تبيّن مراد الشيخ لم يكن كلامه تخصيصا للقاعدة الكلّية ولكن الشيخ الأعظم استفاد من كلامه تخصيص القاعدة كما يأتى.

و قال الشيخ أيضا: «.. و من اكترى دابّة ليركبها هو لم يجز أن يركبها غيره... و إذا اكترها على أن يركبها إلى موضع مخصوص لم يجز له أن يتجاوزه و... فإن اختلفا فى الثمن كان

على صاحبها البينة فإن لم تكن له بينة كان القول قوله مع يمينه فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المستأجر منه لزمه اليمين أو يصطلحان على شىءٍ و الحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الخلف فيه بين المستأجر و المستأجر منه كانت البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه»(۳).

۱- (۱) النهاية /٤٠٢.

۲- (۲) النهاية و نكتها ۱۷۹/۲.

۳- (۱) النهاية /٤٤٦.

و صرح المحقّق فی نکتها بأنّه عمل بصحیحة أبیولاّد فتکون مخصصة لقاعدة البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه، و أمّا غیر الدابة ممّا یقع الخلاف فی ثمنه فمشمول بعموم القاعدة(۱).

و قال فی الحدائق ناقلاً عن الشیخ: «فذهب فی النهایة إلی العمل بالخبر و جعل مقصورا علی مورده و هو الدابة»(۲) ثمّ استقوی مختار الشیخ بقوله: «و المسألة لاتخلو من إشکال و إن کان ما ذهب إلیه الشیخ لا یخلو من قوة لصحة الخبر و صراحته فیخصص به عموم القاعدة المذکورة کما خصصوها فی مواضع عدیدة»(۳).

و حکی الشیخ الأعظم هذا الحمل من الشیخ بدقّة تلیق به و بعّده بقوله: «و أبعد منه حمل النص علی التعبد و جعل الحکم فی خصوص الدابة المغصوبة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق علیها نصا و فتویً من کون البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر کما حیکی عن الشیخ فی بابی الإجارة و الغصب»(٤).

أقول: أوّل من ردّ علی الشیخ الطوسیّ فی هذا التخصیص هو ابن ادریس قال بعد نقل مقالته الثانیة فی النهایة: «... و الصحیح أنّه لافرق بین الدابة و غیرها فی ذلک، فالمفرِّق یحتاج إلی دلیل»(٥).

و تبعه صاحب الشرائع و قال: «إذا تعدّی فی العین المستأجرة ضمن قیمتها وقت العدوان ولو اختلفا فی القیمة، کان القول قول المالک إن کانت دابةً، و قیل: القول قول

۱- (۲) النهایة و نکتها ۲۸۰/۲ و ۲۸۱.

۲- (۳) الحدائق ٥٩٥/۲۱.

۳- (٤) الحدائق ٥٩٦/۲۱.

٤- (٥) المکاسب ۲٥۲/۳.

٥- (٦) السرائر ٤٦٥/٢.

المستأجر على كلّ حالٍ و هو أشبه»(١).

أقول: أوّلاً أشار ب-«قول» إلى الشيخ، و ب-«قيل» تعرض لقول ابن إدريس و هو يراه

أشبه بقواعد المذهب.

و استجود العلاّمة قول ابن ادريس فى المختلف(٢).

و تبعهم ثانى الشهيدين و قال فى ذيل قول المحقّق: «القول بالتفصيل للشيخ رحمه الله و الأقوى ما اختاره المصنف من تقديم قول المستأجر مطلقا، لأنّه منكر»(٣).

و استقربه المحقّق السبزوارى و قال: «ولو اختلفا فى القيمة قيل: القول قول المالک ان كانت دابة و هو قول الشيخ، و قيل: القول قول المستأجر و لعلّه الأقرب، لأنّه منكر»(٤).

و قال صاحب الحدائق: «و ذهب ابن ادريس إلى أنّ القول قول المستأجر لأنّه منكر و لم يفرّق بين الدابة غيرها و تبعه المتأخرون كالفاضلين و نحوهما غيرهما و أطرحوا الخبر من البين...»(٥).

و قال فى الجواهر ممزوجا بمتنه: «(إذا تلف المغصوب و اختلفا فى القيمة ف-) عن المقنعة(٦) و النهاية(٧) أنّ (القول قول مالک مع يمينه) بل (و) عن التحرير(٨) (هو قول الأكثر)

١- (٧) الشرائع ١٤٨/٢.

٢- (١) مختلف الشيعة ١٥٠/٦.

٣- (٢) المسالک ٢٢١/٥.

٤- (٣) الكفاية ٦٦١/١.

٥- (٤) الحدائق ٥٩٥/٢١.

٦- (٥) المقنعة /٦٠٧.

٧- (٦) النهاية /٤٠٢.

٨- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٥٥٠/٤.

و إن كنّا لم نجده لغيرهما(١).

(و قيل) و القائل الشيخ(٢) و الحلّى(٣) و الفاضل(٤) و ولده(٥) و المقداد(٦) و الشهيدان(٧) و الكركى(٨) و غيرهم(٩) على ما حكى(١٠) عن بعضهم: (القول قول الغاصب)

بيمينه، بل فى المسالك(١١) نسبته إلى أكثر المتأخرين، بل فى الرياض(١٢) إلى عامتهم.

(و) لا ريب فى أنّه (هو أشبه) باصول المذهب و قواعده التى منها أصالة براءة ذمّته باعتبار أنّه غارم و منكر»(١٣).

و ذهب إلى هذا الجمع المحقّق الخراسانى و قال: «ربما يأتى عنه [أىّ من الشيخ الأعظم] أنّه الحلف الفاصل للخصومة فى مقام الحكومة، و يمكن أن يقال: إنّ الإمام عليه السلام إنّما يكون بصدد الاشارة إلى ما يقع معه الخصومة، لا فى مقام بيان موازين الحكومة لدى التشاجر و الخصومة، حيث إنّ الانسان يحصل له الاطمينان بحلف خصمه غالبا لو لم يكن

١- (٨) ولكن فى الكفاية ٦٥٦/٢: «لا يبعد ترجيحه».

٢- (٩) المبسوط ٧٥/٣ و ٩٥ - الخلاف ٤١٢/٣، مسألة ٢٦.

٣- (١٠) السرائر ٤٩٠/٢ و ٤٩٦.

٤- (١١) تذكرة الفقهاء ٣٩٩/٢ من الطبع الحجرى - تحرير الأحكام الشرعية ٥٥٠/٤ - إرشاد الأذهان ٤٤٨/١ - مختلف الشيعة ١٢٨/٦ - تبصرة المتعلمين /١٠٩.

٥- (١٢) إيضاح الفوائد ١٩٦/٢.

٦- (١٣) التنقيح الرائع ٧٨/٤.

٧- (١٤) الدروس ١١٧/٣ - اللمعة /٢٣٦ - المسالک ٢٤٨/١٢ - الروضة البهية ٥٨/٧.

٨- (١٥) جامع المقاصد ٣٣٦/٦.

٩- (١٦) نحو أصحاب المقتصر /٣٤٤ و الشرائع ١٩٨/٣ و النافع /٢٤٩.

١٠- (١٧) الحاكى هو السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٣٨٣/١٨ و ٣٨٤.

١١- (١) المسالک ٢٤٩/١٢ و تبعه صاحب الكفاية ٦٥٦/٢.

١٢- (٢) رياض المسائل ٥١/١٤.

١٣- (٣) الجواهر ٢٢٣/٣٧.

دائما، و كان مراده من الحلف أو الردّ، الحلف فى صورة اطمينانه بمقدار القيمة دون صاحبه و الردّ فى صورة العكس فيحصل للجاهل منهما الاطمينان بحلف الآخر فتدبّر»(١).

و فى الرياض: «ولو لا إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام و اطرّاح الرواية لكان المصير إليها فى غاية القوة، لكن لامندوحة عمّا ذكروه، لاعتضاد الأصل بعملهم، فيترجّح عليها و إن كانت خاصة لفقد التكافؤ، و مع ذلک فالاحتياط لازم فى المسألة بمراعاة المصالحة»(٢).

و قال الفقيه اليزدى ردا على سيّد الرياض: «قلت: بل هو فى غاية القوة مع ذلک أيضا، و عموم قوله صلى الله عليه و آله : البينة على المدعى و اليمين على من أنكر، كسائر العمومات قابل للتخصيص، و الرواية صحيحة كالصريحة، مع أنّ الحكم المذكور مناسب لأخذ الغاصب بأشق الأحوال، فتدبر»(٣).

و كذلک اختار المحقّق السيّد الخوئی رحمه الله مقالة الشيخ و قال: «بل الظاهر - و اللّه العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحة من توجّه كلا الأمرين - أی الحلف و إقامة البينة - على المالک فی خصوص الدابة المغصوبة أو فی مطلق القيمی المغصوب، و إذن فتكون الصحيحة مخصصة لقاعدة البيّنة على المدعی و اليمين على المنكر، فلا غرو فی ذلک، لأنّ تلک القاعدة ليست من

القواعد العقلية حتّی لاتقبل التخصيص أو التقييد، بل هی قاعدة فقهية قابلة لذلک، كما أنّ سائر القواعد الفقهية كذلک، و عليه فالمستفاد من الصحيحة أنّه إذا اختلف المالک و الغاصب فی زيادة القيمة و نقصانها جاز للمالک أن يحلف على ما يدعيه من زيادة القيمة أو يرده إلى الغاصب، أو يقيم بينة على ذلک، فكان هذا الحكم تفضلٌ من الشارع المقدس

١- (٤) حاشيته على المكاسب /٤٣.

٢- (٥) رياض المسائل ٥٢/١٤.

٣- (٦) حاشية المكاسب ٥٠٩/١.

للمالک على رغم من الغاصب»(١).

أقول: فالقائل بتخصيص القاعدة بالصحيحة هما الشيخان و استقواه صاحب الحدائق و اختاره المحقّق الخراسانی و الفقيه اليزدی و المحقّق السيّد الخوئی كما مرّ.

و منهم: صاحب الجواهر

قال فی حمل الصحيحة: «قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بيان أنّ ذلک طريق لمعرفة القيمة مع التراضی بينهما فی ذلک، لا أنّ المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضی و إلاّ لم يكن معنى

لقوله عليه السلام : «أو يأتى... بشهود» ضرورة عدم الحاجة إليهم فى إثبات قوله بناءً على أنّ القول قوله.

و لعل التأمل الجيّد يقتضى أنّ المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفة القيمة كما هى بهما، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشهود، و هو كذلک فإنّ كلاً منهما مدعٍ بالنسبة إلى تعيين كون القيمة كذا فى الواقع، و قولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه تقديمه بالنسبة إلى نفى شغل ذمّته بالزائد، لا على تعيين كون القيمة كذا، فلا دلالة فى الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمّة الغاصب بالزائد و عدمه.

بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضى بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله عليه السلام : «تعرفها أنت و هو»، ضرورة كون المعرفة للمالک حينئذ، بناءً على أنّ القول قوله، و ليس المراد من قوله عليه السلام : «فإن ردّ اليمين عليک» اليمين المردودة المصطلحة، إذ تلک إنّما هى على نفى ما يدعيه المنكر، لا على إثبات ما يدعيه الغاصب فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه و إلاّ نافى قواعد القضاء، فتأمل جيدا. و اللّه العالم»(٢).

١- (١) مصباح الفقاهة ١٩١/٣.

٢- (٢) الجواهر ٢٢٤/٣٧.

أقول: قد مرّ هذا الحمل من الشيخ الأعظم و أنّه يراه خلاف الظاهر(١) ولكن اختاره المحقّق الإيروانى(٢) و قد مر أنّ ظاهر الصحيحة وارد فى مورد المحاكمة و المخاصمة

و منهم: الشيخ الأعظم

و يظهر من حلّه دليل قيمة يوم التلف.

ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ توجيه الصحيحة بحيث لا يوجب تخصيص القاعدة مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة ممكن بوجهين:

الأوّل: إذا اتفقا المالک و الغاصب على قيمة البغل فى اليوم السابق على يوم المخالفة ثمّ اختلفا فى قيمته يوم المخالفة بأن ادّعى الغاصب نقصانها فى يوم المخالفة و ادّعى المالک بقاءها، فحينئذ يكون المالک منكرا لموافقة قوله مع اصالة عدم النقصان.

الثانى: إذا اتفقا على قيمة البغل فى اليوم اللاحق ليوم المخالفة ولكن الغاصب يدّعى كونها فى يوم المخالفة أقل من قيمتها فى اليوم اللاحق و المالک ينكر الأقلية فحينئذ أيضا المالک منكر لموافقة قوله مع أصالة عدم التغيير فى القيمة أو الاستصحاب القهقرائى - على القول بحجيته - .

ولكن الشيخ الأعظم بعد ذكر الوجهين قال: «و لايخفى بعده»(٣). و لعل وجه البعد حمل الصحيحة على الفرد النادر(٤) فى هذين الوجهين و لذا عدل عن قيمة يوم المخالفة بقيمة يوم التلف و حلّ العويصة فى ضمن صورتين:

الاولى: المالک و الغاصب يتفقان على قيمة البغل - مثلاً يوم الاكتراء - ولكن اختلفا

١- (٣) المكاسب ٢٥١/٣.

٢- (٤) حاشية المكاسب ١٥١/٢.

٣- (١) المكاسب ٢٥٢/٣.

٤- (٢) كما فى هداية الطالب ٣٧٣/٢.

فی تنزله عن تلک القیمة یوم التلف و عدمه فحینئذ لابدّ من الأخذ بقول المالک لکونه موافقا للأصل و هو بقاء القیمة و استمرارها أو استصحابها، و الغاصب یدعی نقصان القیمة فلابّد له من اقامة البینة فالقول قول المالک مع یمینه.

الثّانیة: یتفقان علی أنّ قیمة یوم التلف متحدة - اجمالاً - مع قیمة یوم المخالفة أو الاکتراء أو أیّ یوم کان قبله، ولکنّهما اختلفا فی تعیین تلک القیمة و ادّعی المالک القیمة الأکثر و الغاصب القیمة الأقل فحینئذ المالک یدعی زیادة القیمة و یلزمه إقامة البینة و الغاصب منکر فیتوجّه علیه الیمین.

فما ورد فی الصحیحة من توجّه الیمین علی المالک أوّلاً یمکن تصحیحه فی ضمن الصورة الاولی.

و ما ورد فیها من توجّه الیمین علی الغاصب ثانیا أو اقامة البینة من المالک تحمل علی الصورة الثانیة.

هذا کلّه حلّ الشیخ الأعظم(۱).

أقول: هذا الحل منه علیه السلام أیضا بعید فی غایة البعد إذ الظاهر من الصحیحة اتّحاد صورة توجیه الیمین علی المالک مع صورة اقامة البینة له لأنّ الوارد فیها عطف الیمین بالبینة مع حرف «أو» الظاهر فی أنّ کلاهما وظیفة المالک فی صورة واحدة و عطف فیها بفاء التفریع عنوان ردّ الیمین علی الغاصب أیضا قرینة علی اتحاد صورة الدعوی کما نبّه علی الأوّل المحقّق النائینی(۲) و تبعه السیّد الخوئی(۳). هذا أوّلاً.

و ثانیا: هذا البیان مناف لما اعترف به سابقا من أنّ الغالب عدم تفاوت قیمة البغل

۱- (۱) راجع المکاسب ۲۵۱/۳.

۲- (۲) المکاسب و البیع ۳٦٦/۱.

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١٩١/٣.

فى مدّة خمسة عشر يوما. كما يظهر من المحقّق الاصفهانى(١) بانضمام إشكالين آخرين عليه فراجعهما.

و منهم: المحقّق الأصفهانى

قال: «و عليه فيمكن الجواب عمّا أشكله على الصحيحة من حيث قبول الحلف و سماع البينة بوجوه ثلاثة:

أحدها: أنّ الإمام عليه السلام فى مقام تعليم طريق لمعرفة القيمة، لا فى مقام بيان موازين الحكومة لفصل الخصومة، و ذلک لظهور السؤال و الجواب فيما ذكرنا حيث قال السائل: «فمن يعرف ذلک؟» قال عليه السلام : «أنت و هو إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمک، فإن ردّ اليمين فحلفت فيلزمه، أو يأتى صاحب البغل بشهود...». فالسؤال عن العارف، و الجواب بأنّه إمّا يحلف المالک لمعرفته بقيمة بغله فيكون طريقا عاديا لمعرفتک، حيث إنّ الانسان بطبعه يطمئن بيمين غيره، و إمّا أن تحلف أنت لمعرفتک بقيمته من حيث كان عندک فى هذه المدّة، فيطمئن المالک بحلفک، أو لا يعرف هو و لا أنت فيأتى بأهل الخبرة من المكارين المشاهدين للبغل فيكون قولهم طريقا عاديا لمعرفتكما، فالصحيحة أجنبية عن بيان موازين القضاء حتّى يشكل عليها بما مرّ فتدبر.

ثانيها: بحملها على بيان موازين القضاء، و حمل الدعوى على صورة غالبة فى مقام الدعوى، و هى دعوى المالک أنّه اشترى البغل بكذا و أنّه على ما كان كما هو المتعارف فى باب مطالبة الضامن بقيمة ما اشتراه فيصدِّقه الضامن ولكنّه يدّعى بترک القيمة(٢)، و المالک عليه اليمين لموافقة دعواه للأصل، ولكن الحلف - كما هو مختار جملة من المحقّقين - إرفاق

١- (٤) حاشية المكاسب ٤١٦/١.

٢- (١) الظاهر مراده قدس سره تنزّل القيمة.

بالمنكر لا أنّه وظيفة معيّنة، و إنّما لم يكلّف بالبينة لعدم تمكنه غالبا من إقامة البينة على النفى، لا أنّه لايسمع منه البينة، و له فى الشرع نظائر و ليس ما ثبتت فى غيره ممّا ثبت بأقوى من هذه الصحيحة.

ثالثها: بحملها على صورة غالبة أُخرى، هى طبع دعوى الزيادة من المالک و النقص من الغاصب، و قول المالک مخالف للأصل و حقّه إقامة البينة، لكنه ثبت فى الشريعة فى موارد قبول دعوى المدعى إمّا مطلقا أو بيمينه، فليقبل هنا قول المدعى بيمينه مع مناسبة الحكم و الموضوع حيث أنّه أعرف بقيمة بغله، و الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا مانع من العمل بالصحيحة فى قبول دعوى المالک بيمينه، فليست قاعدة البينة على المدعى و اليمين على من أنكر غير مخصصة أصلاً حتّى يستبعد تخصيصها بالصحيحة، بل مخصصة كثيرا فى طرفيها، و لذا قال بمضمونها جماعة من الأعلام فتدبر جيدا»(١).

أقول: ما ذكره أوّلاً يرجع إلى جمع صاحب الجواهر رحمه الله بين الصحيحة و القاعدة الذى مرّ، و ذكره الشيخ الأعظم و اعترض عليه بأنّ ظاهر الصحيحة هو مقام القضاء و الحكم و تابع الإيروانى صاحب الجواهر كما مرّ، و الإعتراض وارد.

و ما ذكره ثالثا يرجع إلى جمع الشيخ الطوسى قدس سره الذى مرّ و يرد عليه بعدم وجود التكافؤ بين الصحيحة و القاعدة حتّى تخصصها كما مرّ من صاحب الرياض(٢) و لذا لم يقبل الأصحاب طوال ألف سنة هذا الجمع.

و أمّا ما ذكره ثانيا فيمكن أن يجمع به بين الصحيحة و القاعدة و لأنّه صورة واحدة و لم يرد عليه ما يرد على الشيخ الأعظم من أنّ جمعه حلّ المشكلة فى الصورتين و ظاهر

١- (٢) حاشية المكاسب ٤١٦/١ و ٤١٧.

٢- (٣) راجع رياض المسائل ٥٢/١٤.

الصحيحة أنّها وردت فى صورة واحدة. إلاّ أنّه يرد عليه أنّ هذه الصورة هى من الفرد النادر ولكن لابأس به حيث ظهر عدم تمامية الباقى من الجموع فلابدّ من حمل الصحيحة عليه أو

يأتى منّا فانتظر.

و منهم: السيّد الحكيم

قال: «و يمكن حمل الرواية على صورة التداعى عند الحاكم كما يقتضيه قول السائل: «من يعرف ذلک؟» فإنّه ظاهر فى السؤال عن طريق معرفة القيمة التى يلزم أداؤها، و يكون الجواب متكفّلاً لبيان ثلاثة طرق: [١] إخبار المالک مع يمينه، [٢] و إخبار الغاصب كذلک، [٣] و البينة، فيكون قوله عليه السلام : «إمّا أن يحلف الخ» تفسير لقوله عليه السلام : «أنت و هو»، و قوله عليه السلام : «أو يأتى الخ» بيان لطريق ثالث و هو البينة، فالجواب بيان لطرق القيمة فى الجملة.

و ليس المراد منه بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة كى يتعيّن حمل الكلام على بيان طرق الحاكم المترتبة التى هى البينة ثم يمين المنكر ثم اليمين المردودة، بل الكلام بيان لطرق معرفة القيمة فى الجملة كلّ فى محلّه. فمع جهل الغاصب و المالک تكون البينة طريقا لهما، و مع جهل الغاصب و علم المالک يكون إخبار المالک مع يمينه حجة للغاصب، و مع جهل المالک و علم الغاصب يكون إخبار الغاصب مع يمينه طريقا للمالک، و التأمل فى قول السائل: «قلت: من يعرف الخ» يوجب الوثوق بظهور الرواية فيما ذكرنا، فلا تشمل صورة النزاع و الترافع إلى الحاكم، بحيث يكون ما ذكر منها طريق الحاكم فى حكمه فلاحظ»(١).

أقول: يظهر من ذيل كلامه أنّ ما ذكره من «حمل الرواية على صورة التداعى عند الحاكم» لا يحمل على ظاهره و إلاّ كيف يجمع مع قوله: «فلا تشمل صورة النزاع و الترافع إلى الحاكم». و هذا مسافة الخلف بين القولين.

ص:٥٣٤

١- (١) نهج الفقاهة /٢٧٦.

و الظاهر أنّه حمل الصحيحة على ما حملها صاحب الجواهر و تبعه الإيروانى بالمآل و يرد عليه ما يرد عليهما من أن ظاهرها خصوص القضاء و الحكم و لذا حملها قدس سره أوّلاً على صورة التداعى عند الحاكم فافهم.

و منهم: السيّد الخمينى رحمه الله

قال: «ثم إنّ فى قوله: «فمن يعرف ذلک» احتمالين: أحدهما من يعرف قيمة البغل، و على ذلک جرت كلماتهم، ثم وقعوا فى حيص بيص فى ارجاع الحلف و البينة إلى شخص واحد، و هو خلاف قواعد باب القضاء فهرب كلٌّ مهربا.

و الثانى الذى هو ظاهر الرواية و إن لم أر احتماله فى كلماتهم أن يكون المراد من يعرف

قيمة ما بين الصحيح و المعيب، لأنّ الجملة الاولى قد أعرض عنها سؤالاً و جوابا، و توجّه السائل إلى مسألة اُخرى هى ضمان العيب، فأجاب بضمان قيمة ما بين الصحيح و معيب فقوله: «من يعرف ذلک» عقيب هذه الجملة ظاهر فى الرجوع إلى الثانية و الاختصاص بالأولى بعيد جدّا، و الرجوع إليهما بعيد أو غير ثابت.

و مع الرجوع إلى الثانية يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من قوله عليه السلام : «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمک» هو الحلف على قيمة البغل المعيوب الموجود بين أيديهما لا على قيمة أيام اُخر، و معلوم أن فى الاختلاف بينهما فى قيمة المعيوب يكون صاحب البغل منكرا، لأنّه يريد أن يجلب النفع إلى نفسه، فينكر زيادة قيمة المعيب، بخلاف صاحبه، فإنّه يريد دفع الضرر عن نفسه، فيدعى زيادة قيمته فمع كون قيمة الصحيح خمسين فإن كانت قيمة المعيب عشرين يكون التفاوت ثلاثين، و إن كانت ثلاثين يكون التفاوت عشرين، فالضامن يدعى ثلاثين و صاحب البغل ينكره، فالقول قوله، فيحلف أو يردّ الحلف إلى صاحبه.

و أمّا قوله عليه السلام : «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم أكرى

ص:٥٣٥

كذا كذا» صريح فى أن اختلافهما راجع إلى قيمته حال الصحة دون حال العيب و إن كان الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما، و من المعلوم أنّ فى هذا الاختلاف يكون القول قول الضامن و صاحب البغل مدعٍ للزيادة.

و بالجملة: ظاهر الجملة الاولى هو الاختلاف فى قيمة المعيب فيتوجّه الحلف إلى صاحب البغل، و صريح الجملة الثانية أنّ الاختلاف بينهما فى قيمة الصحيح لأنّ يوم الكراء يوم صحة البغل، و الاختلاف فى قيمة الصحيح لتشخيص ما به التفاوت، فيكون صاحب البغل مدعيا و الضامن منكرا، فالرواية متعرضة لصورتين من صور الدعوى بحسب الظهور و الصراحة و موافقة القاعدة و يستفاد منها الصورة الثالثة.

و ما ذكرناه و إن كان مخالفا للظاهر فى الجملة أىّ الظهور فى وحدة القضية لكن ليس ذلک الظهور بمثابة أمكن معه رفع اليد عن القواعد المسلَّمة، سيما مع الاحتمال الذى ذكرناه بالتقريب المتقدم، و لاأقل من التعارض بين الظهور الذى قرّبناه و ظهور سياق الكلام فى وحدة القضية فلا يصح الاستدلال بها و تخصيص القواعد المحكمة...»(١).

أقول: مراده قدس سره من الصورة الثالثة فرض التداعى أىّ كلّ منهما منكر و مدّع و يظهر حكمها من الصورتين الأوليين كما يظهر من تقريرات(٢) بحثه الشريف.

و قد سمعت منه رحمه الله مخالفة جمعه لظاهر الرواية فى الجملة لأنّ ظهورها فى وحدة القضية فيرد عليه كلّ ما يرد على الشيخ الأعظم الذى قال بحمل الصحيحة على الصورتين.

الجواب المختار:

لابدّ فى هذا الجواب من ملاحظة أُمور:

١- (١) كتاب البيع ٤١٨/١ و ٤١٧.

٢- (١) راجع البيع /٣٢٨ للعلامة الفقيد الشيخ محمّد حسن القديرى رحمه الله المتوفى فى شوال المكرم ١٤٢٩ق.

الأوّل: إنّ الصحيحة واردة فى مقام القضاء و الحكومة.

الثانى: إنّها واردة فى صورة واحدة لا أكثر.

الثالث: لايمكن تخصيص القاعدة بها لعدم وجود التكافؤ بينهما.

الرابع: لايمكن حملها على الفرد النادر، لأنّها كانت حينئذ كقضية فى واقعة فلا يستفاد منها الحكم فى غير هذه القضية و الواقعة.

و بعد ملاحظة هذه الأُمور يمكن حملها على فرض توافق المالک و الغاصب على القيمة الأولية للبغل إمّا قيمة الشراء أو قيمة يوم الكراء أو قيمة حين الصحة أو قيمه حين الغصب أو نحوها ثم يدعى

الغاصب تنزل القيمة و المالک يقول ببقائها فحينئذ المالک منکر و الغاصب مُدَّعٍ و حيث لم يکن للغاصب بينة غالبا حين التلف أو المرض أو الغصب أو نحوها فلذا أغمض الإمام عليه السلام من إحضار بينة الغاصب و أمر بحلف المالک و إن لم يحلف و ردّ اليمين على الغاصب فحلف فهو و إلاّ لو کان للمالک المنکر بينة تسمع منه و يحکم على طبقها.

و أنت ترى بأنّ فى جوابنا هذا يُراعى جميع الأُمور الماضية و لا يرد عليه إشکالٌ بإذن اللّه تعالى و الحمد و النعمة له.

فلا تکون الصحيحة عندنا مجملة(۱) فتکون حجة نأخذبها.

الاستدلال للقول الثانى: قيمة يوم التلف

يظهر دليل قيمة يوم التلف من کلام الشيخ الأعظم(۲) رحمه الله الذى مرّ و المناقشة فيه(۳).

و يظهر دليل آخر من تقريب السيّد العاملى يقول: «و وجه هذا القول [الوجه] أنّ الواجب

۱- (۲) کما ذهب إلى إجمالها فعدم حجيتها المؤسس الحائرى رحمه الله على ما فى تقريرات بيعه بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّد على الأراکى قدس سره راجع کتابه البيع ۱۶۵/۱.
۲- (۳) المکاسب ۲۵۱/۳.
۳- (٤) جمع الشيخ الأعظم فى حلّ العويصة و المناقشة فيه.

زمن بقاء العين إنّما هو ردّها سواء کانت القيمة زائدة أو ناقصة من غير ضمان شىءٍ من النقص إجماعا کما فى المختلف(۱) و الروضة(۲) فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحقّ إليها

لتعذّر البدل، و مع وجود العين لاتتعلّق القيمة بالذمّة و إنّما الذّمة مشغولة بردّ العين، و الانتقال إلى القيمة انتقال إلى البدل و هو إنّما يثبت حال وجوبه و هو حالة التلف»(٣).

أقول: و يمكن تأييد الإجماع بلاخلاف الوارد فى المبسوط(٤) و قصر الخلاف على أبى ثور فى الخلاف(٥) و كذا فى التذكرة(٦) إلاّ قال: «إنّ بعض الشافعية وافقه». و فى المسالک(٧) قصر الخلاف على شذود من العامة. قال فى المفتاح: «و به طفحت عباراتهم فى المقام حتّى ممّن لايعمل إلاّ بالقطعيات بل فى مقامات اُخر يأخذونه مسلَّما، فالإجماع محصَّل لاريب فيه معتضد بالأصل و الاعتبار...»(٨)

و قرّب هذا الاستدلال صاحب الجواهر بقوله: «... لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة و إلاّ فقبله مكلّف بردّ العين من غير ضمان للنقص السوقى إجماعا و احتمال منع الانتقال إلى القيمة حين التلف و إن كان هو وقت الانتقال إلاّ أنّه ينتقل إلى الأعلى حينه يدفعه عدم

١- (١) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

٢- (٢) الروضة البهية ٤١/٧.

٣- (٣) مفتاح الكرامة ١٥٢/١٨.

٤- (٤) المبسوط ٦٣/٣.

٥- (٥) الخلاف ٤٠٤/٣، مسألة ١٥.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجرى.

٧- (٧) المسالک ١٨٢/١٢.

٨- (٨) مفتاح الكرامة ١٩٨/١٨.

الدليل...»(١).

و ردّ سيّد الرياض هذا الاستدلال بقوله: «و فيه نظر... و هو منع استلزام التلف الانتقال إلى القيمة حينه، إذ لامانع من تعيين القيمة الأعلى حينه لأمر آخر كحديث لا إضرار و لا ضرر، إذ لاريب أنّ حبس العين عن المالک حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالک و تفويت لتلک القيمة العليا عليه...»(٢).

نقل صاحب المفتاح هذا الردّ تحت عنوان قد يقال.(٣)

و أمّا توهم الاستدلال له بالروايات الواردة فى باب الرهن الظاهرة فى أنّ القيمى إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة لأنّها تدلّ على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها و ملاحظة نسبتها مع الدين، فإن كانت مساوية له فلا شيء على الراهن و إن زادت عليه أخذ الزيادة و إن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

منها: موثقة ابن بكير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام فى الرهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلک أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان أقل من ماله فهلک الرهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله، و إن الرهن سواء فليس عليه شيء.(٤)

بتقريب: أنّ المراد من الهلاک هو التلف و يحاسب قيمة يوم التلف على المرتهن للراهن.

و منها: موثقة أبان بن عثمان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقّه على الراهن فأخذه، و إن استهلكه ترادّ الفضل

١- (٩) الجواهر ١٠٥/٣٧.

٢- (١٠) رياض المسائل ٢٩/١٤.

٣- (١) مفتاح الكرامة ١٥٢/١٨.

٤- (٢) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح٣، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

بينهما.(١)

بتقريب: أنّ المراد من الاستهلاک فی الجملة الثانية هو فعل ما يوجب ضياع المال بتفريط المرتهن و تضييعه و ليس المراد منه الإهلاک و الإتلاف لأنّه حينئذ يخرج عن مورد ضمان التلف و يدخل فی ضمان الإتلاف.(٢)

و منها: صحيحة أبی حمزة(٣).

و منها: موثقة اسحاق بن عمار(٤).

و منها: صحيحة محمّد بن قيس(٥) الماضية(٦).

و منها: خبر عبداللّه بن الحكم قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل رهن عند رجل

رهنا على ألف درهم و الرهن يساوی ألفين، و ضاع، قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان أنقص ممّا رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل، و إن كان الرهن يسوی ما رهنه عليه فالرهن بما فيه.(٧)

فيردّه [أنّ يرد هذا التوهم]: أنّ مورد هذه الروايات إنّما هو الإتلاف أو التفريط و التضييع فی مال الرهن، لعدم الضمان على المرتهن من دون تعد و تفريط و إتلاف كما تدلّ عليه عدّة من الروايات(٨)، و فی فرض الإتلاف زمان التلف و الضمان واحد و أمّا فی فرض

١- (٣) وسائل الشيعة ٣٨٦/١٨، ح٢، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

٢- (٤) راجع كتاب البيع ٤٢١/١ للمحقّق الخمينی رحمه الله .

٣- (٥) وسائل الشيعة ٣٩٠/١٨، ح١.

٤- (٦) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح٢.

٥- (٧) وسائل الشيعة ٣٩٢/١٨، ح٤.

٦- (٨) فى بحث دفع توهم أنّ الأصل فى الضمان هو القيمة راجع صفحة ٥٠٥ من هذا المجلد.

٧- (١) وسائل الشيعة ٣٩٢/١٨، ح٥.

٨- (٢) راجع وسائل الشيعة ٣٨٥/١٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

التفريط و إن يمكن تغاير زمانى التلف و الضمان ولكن الذى يسهّل الخطب أنّه لا دلالة فى روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف و لا غيره بل تدل على أصل الضمان فى فرض التعدى و التفريط كما نبّه عليه المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله (١).

و قال: «و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد فى العتق على الضمان بقيمة يوم التلف لأنّ ذلک ورد فى الإتلاف و قد عرفت أنّ زمان التلف و الضمان واحد فى صورة الإتلاف»(٢).

الاستدلال للقول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف

أُسْتدِلَّ لهذا القول بِوُجُوْهٍ:

الأوّل: ما صَرَّحَ به الشهيد الثانى(٣) من دلالة صحيحة أبيولاّد على هذا القول ولكنّه قدس سره لم يذكر وجه دلالتها عليه(٤) و إليک بعض تقارير دلالتها:

أ: قال السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة فى وجه دلالتها: «... و إن كان ظرفا [أى يوم فى جملة «نعم، قيمة بغل يوم خالفته] للزوم صار المعنى تلزمک القيمة فى ذلک اليوم لكن يكون مقدار القيمة غير معلوم فيحتاج فى تعينه إلى دليل آخر... و قد يلوح من ذيله ما... يوافق... أعلى القيم»(٥).

و قال أيضا: «... و لعلّه فهم ذلک من قوله عليه السلام : «أو يأتى صاحب البغل بشهود

١- (٣) مصباح الفقاهة ١٩٩/٣.

٢- (٤) مصباح الفقاهة ١٩٩/٣.

٣- (٥) مسالک الأفهام ١٨٦/١٢ - الروضة البهية ٤٣/٧.

٤- (٦) بل قال الشيخ الأعظم فی المکاسب ٢٥٣/٣: «و لم أظفر بمن وجّه دلالتها علی هذا المطلب».

٥- (٧) مفتاح الکرامة ٦٣٨/١٢.

يشهدون أن قيمة البغل حين اکتری کذا و کذا فيلزمک» »(١).

أقول: لعل نظره الشريف إلی أن صاحب البغل يقيم الشهود علی أعلی القيم لا غيره غالبا، أو أنّه يکون فی يوم الاکتراء سليما عن کلّ و نقص بخلاف بعده.

ب: قال صاحب الجواهر فی وجه دلالتها: «... اللهم إلاّ أن يقال: إنّه بناءً علی تعلّق الظرف بالفعل المستفاد من قوله: نعم: يکون المراد أنّ ابتداء الضمان من ذلک اليوم إلی يوم التلف، فيضمن الأعلی منه حينئذ. بل إن جعل متعلِّقا بالقيمة يکون المراد منه ذلک أيضا لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين فيکون الحاصل أنّه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة»(٢).

ولکن يرد علی هذين التقريرين من الاستدلال: إنّ ابتداء الضمان من يوم المخالفة و الغصب لا يُثْبِتُ أنّ مقداره يکون أعلی القيم من حين الغصب إلی حين التلف. مضافا إلی أن ثبوت القيمة فی الذمة مع وجود العين واضح البطلان.

و ضمان ارتفاع القيمة مع وجود العين ولكنّها مخالف لما تسالموا عليه(٣) بل للإجماع كما مرّ من العلاّمة(٤) و ثانى الشهيدين(٥)، و ضمانها مراعى بالتلف «فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل»(٦).

و لذا قال صاحب الجواهر نفسه فى ردّه: «إلاّ أنّ ذلک كلّه كماترى تجشم و خلط بين

١- (١) مفتاح الكرامة ١٥٠/١٨.

٢- (٢) الجواهر ١٠٤/٣٧.

٣- (٣) كما ذكره الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢٥٣/٣.

٤- (٤) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

٥- (٥) الروضة البهية ٤١/٧.

٦- (٦) كما ذكره الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢٥٣/٣.

الضمان التقديرى المتحقّق بالمخالفة و الضمان التحقيقى الحاصل يوم التلف كما هو واضح»(١).

ج: قال المحقّقون الأصفهانى(٢) و النائينى(٣) الخوئى فى وجه دلالتها و اللفظ للأخير: «المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمنة الغصب التى منها زمان ارتفاع القيمة إذ يصدق على ذلک زمان المخالفة أيضا ضرورة أنّ المراد من يوم المخالفة - فى الصحيحة - إنّما هو طبيعى يوم المخالفة الذى يصدق على كلِّ يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص، و عليه فإن

ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و إلاّ فإن ردّ أعلى القيم فقد ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، لدخول القيمة السفلى فى القيمة العليا بديهة أنّه لا يجب على الغاصب قيم متعددة حسب تعدد أيام

المخالفة، كما أنّه لوردّ القيمة النازلة لمّا ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل أدى قيمة بعض أيام المخالفة»(٤).

ثم ردّه السيّد الخوئى قدس سره بقوله: «إنّ الظاهر من قوله عليه السلام فى الصحيحة، «نعم قيمة بغل يوم خالفته» هو أوّل يوم حدثت فيه المخالفة، لا مطلق أيام المخالفة، إذ يوجد الطبيعى فى الخارج بأوّل وجود فرده، لأنّ موضوع الضمان فى الصحيحة إنّما هو صرف وجود المخالفة.

... أضف إلى ذلک: أنّ ذيل الصحيحة شاهد صدق على عدم ارادة الطبيعة السارية من يوم المخالفة، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود، و ذلک الذيل هو قوله عليه السلام : «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا»، إذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبيعى لما كان وجه لتعيين ذلک اليوم بيوم الاكتراء فى هذه الفقرة، و لا

١- (٧) الجواهر ١٠٤/٣٧.

٢- (٨) حاشية المكاسب ٤١٧/١.

٣- (٩) المكاسب و البيع ٣٦٧/١.

٤- (١) مصباح الفقاهة ١٩٢/٣.

لتعيين قيمة المغصوب - فى ذلک اليوم - بالشهود»(١).

د: ما ذكره المحقّق المروج بقوله: «استفادة الحكم من مجموع الجملتين و هما: قوله عليه السلام : «قيمة بغل يوم خالفته»، و قوله عليه السلام : «عليک قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّة»، بتقريب: أنّ القيمة المضمونة ليست خصوص قيمة يوم الغصب، بل المستقر على ذمة أبى ولاّد - عند تعيُّب البغل - هو إحدى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف أو إلى ردّه معيبا إلى المكارى، و من

المعلوم اقتضاء اطلاق القيمة بين هذين الوقتين ضمان الجامع بين القيم، و أداءُ هذا الجامع منوط بدفع الأعلى...»(٢).

أقول: يظهر ضعفه بما مرّ فى جواب التّقارير السابقة.

الثانى: جماعة من الفقهاء - و منهم الفاضل المقداد(٣) و ابن فهد الحّلى(٤) و الشهيد الثانى(٥) ولكنه ناقش و عدل إلى الاستدلال بالصحيحة كما مرّ فى الاستدلال الأوّل - استدلوا: بأنّ العين مضمونة فى جميع أزمنة الغصب و منها زمان ارتفاع قيمتها، و لا تفرغ

الذمة إلاّ بدفع أعلى القيم لفرض اشتغال الذمة بها.

و فيه: ناقش هذا الاستدلال كلٌّ مِنْ أصحاب المسالك(٦) و الرياض(٧) و المفتاح(٨)

١- (٢) مصباح الفقاهة ١٩٣/٣.

٢- (٣) هدى الطالب ٥٣٠/٣.

٣- (٤) التنقيح الرائع ٧٠/٤.

٤- (٥) المهذب البارع ٢٥٢/٤.

٥- (٦) المسالک ١٨٧/١٢.

٦- (١) المسالک ١٨٧/١٢.

٧- (٢) رياض المسائل ٢٩/١٤.

٨- (٣) مفتاح الكرامة ١٥٠/١٨.

و الجواهر(١) و المكاسب(٢) و حاصلهم: أنّه إن أُريد بضمان العين فى أزمنة الغصب وجوب قيمة ذلک الزمان على تقدير تلفها فهو معلوم إذ تداركها منحصر بذلک، لكنّه خلاف المفروض لأنّها لم تتلف و هذا الضمان التقديرى لم يصر فعليا.

و إن أُريد ثبوت القيمة العليا - و ان لم تتلف العين و تنزّلت قيمته بعد ذلک - فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين كما صرح به هنا العلاّمة فى المختلف(٣).

و إن أُريد به استقرار القيمة بمجرد الارتفاع المراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الإجماع إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل يعتمد عليه.

ولكن الشيخ الأعظم وجّه هذا الاستدلال بقوله: «إنّ العين إذا ارتفعت قيمتها فى زمان و صار ماليّتها مقوّمة بتلک القيمة، فكما أنّه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلک القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالک حتّى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تتلف أو تبقى. نعم، لوردّت تدارک تلک المالية بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالاً و إنّما هو مقوّم لمالية المال و به تمايز الأموال كثرةً و قلةً... فإن رُدّت العين فلامال سواها يضمن و إن استقرت عليا تلک المراتب لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادّة حيث إنّه يضمن الأعلى منها»(٤).

و فيه: المنع من مساواة حيلولتى العين و القيمة، الغاصب إذا تصرف فى مال غيره

١- (٤) الجواهر ١٠٤/٣٧.

٢- (٥) المكاسب ٢٥٣/٣.

٣- (٦) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

٤- (٧) المكاسب ٣/٢٥٤.

بحيث كون عينه موجودة ولكن لايتمكن المالک من الوصول إليه يحكم ببدل الحيلولة مادام لم يتمكن المالک من التصرف فی عين ماله، ولكن الحيلولة بين المالک و قيمة ماله مع بقاء

عينه و إمكان ردّها فمردود، و مع تلف عينه يضمن الغاصب و إمّا مقدار ضمانه يكون بقدر أعلى القيم فهو أوّل الكلام و مصادرة بالمطلوب.

و قد مرّ فی أبحاث المثلی فی فرع مطالبة المالک بالمثل فی غير مكان التلف(١)، عدم جريان بدل الحيلولة فی بحث المقبوض بالعقد الفاسد لأنّها مختص بوجود العين و كلامنا على وجوب المثل أو القيمة يكون فی فرض تلف العين و لذا قال العلاّمة: «ولو غرم القيمة ثمّ قدر على المثل فلا يرد القمية، بخلاف القدرة على العين»(٢).

مضافا إلى أنّ البعض لم يذهبوا إلى القول بالبدل الحيلولة حتى فی الأعيان فكيف بها فی القيمة؟! و يأتی تفصيل البحث حول البدل الحيلولة فانتظر.

و ما ذكره فی آخر كلامه يمكن أن يكون مؤيدا لنا فی ما مرّ من القول بالضمان فی المنافع غير المستوفاة لأنّ المنافع المتفاوتة المتضادة لا يمكن الجمع فی استيفائها و حكم قدس سره بضمان الأعلى منها، فافهم.

الثالث: لا يستلزم يوم المخالفة أو التلف الانتقال إلى القيمة حينهما، «إذ لا مانع من تعين القيمة الأعلى حينه لأمر آخر كحديث: لا إضرار و لا ضرر، إذ لا ريب أنّ حبس العين عن المالک حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالک و تفويت لتلک القيمة العليا عليه» كما فی الرياض(٣).

و فيه أوّلاً: حديث لا ضرر يكون من الأدلة النافية للأحكام و لا يكون إثبات

١- (١) راجع الصفحة ٤٧٧ من هذا المجلد.

٢- (٢) القواعد ٢٢٨/٢.

٣- (٣) رياض المسائل ٣٠/١٤.

حكم به كما مرّ تفصيل البحث فى قاعدة لا ضرر فى علم الاصول.

و ثانيا: إنّه وارد فى مقام الامتنان، و ثبوت أعلى القيم به منافٍ للامتنان على الغاصب.

و ثالثا: ما ذكره فى الجواهر بقوله: «اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته و إن ردّ العين نفسها و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية...»(١).

الرابع: ما ذكره ابن ادريس فى السرائر بقوله: «.. فأمّا زيادة القيمة لارتفاع السوق

فغير مضمونة مع الرد للعين المغصوبة لأنّ الأصل براءة الذمة و شغلها يحتاج إلى دليل شرعى، فإن لم يردّها حتّى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنّه إذا ادّى ذلک برئت ذمّته بيقين و ليس كذلک إذا لم يؤدّه»(٢).

و ذكره السيّدان الوالد و الولد فى الرياض(٣) و المناهل(٤) و سلام اللّه عليهما.

و فيه: إنّ المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين، و يؤخذ بالأقل و تجرى البراءة عن الأكثر عند الكلّ و لذا قال فى الجواهر: «مثله يجرى فيه أصل البراءة ضرورة رجوعه إلى الشک فى التكليف بين الأقل و الأكثر»(٥).

الخامس: العين المغصوبة مضمونة بقاعدة اليد فنستصحب ضمانها إلى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، للشک فى ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من

١- (٤) الجواهر ١٠٥/٣٧.

٢- (١) السرائر ٤٨١/٢.

٣- (٢) رياض المسائل ٣١/١٤.

٤- (٣) المناهل /٢٩٩.

٥- (٤) الجواهر ١٠٦/٣٧.

ذلک. قال الشيخ الأعظم: «نعم، لا بأس بالتمسک باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد»(١).

و فيه: أوّلاً: لا يجرى الاستصحاب فى المقام لأنّ اشتغال الذمّة لا يثبت إلاّ بالقيمة النازلة لجريان البراءة عن الأكثر فما هو المتيقن [القيمة النازلة] قد ارتفع يقينا بأدائها و أمّا غيره [أىّ الأعلى و الأكثر] فلم يتعلق به اليقين من الأوّل.

و ثانيا: و إنْ كان المراد من استصحاب الضمان هو ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد، إلاّ أنّ هذا لايحتاج إلى الاستصحاب لأنّ القاعدة الأوّليّة تقتضى ذلک كما مرّ و يأتى.

و الحاصل: استصحاب الضمان أمّا لا يجرى، أو يجرى و يثبت قيمة يوم الرد.

السادس: ما استدل به المحقّق الإيروانى بقوله: «فالأحسن فى الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنّه يصدق عند صعود القيمة أنّ الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالية صاعدة و مقتضى «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى» جواز أخذ تلک المالية منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه،... فظهر بما ذكرنا أنّ الحقّ من الأقوال هو هذا... و مقتضى الآية هو أعلى القيم»(٢).

و فيه: غاية ما يمكن أن يقال دلالة الآية الشريفة الإعتدى على أصل الضمان و أمّا إثبات أعلى القيم بها أو غيرها من مقادير الضمان فمشكل جدا.

الاستدلال للقول الرابع: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة

استدل الوحيد البهبهانى لهذا القول بما نصُّهُ: «... الردّ كان واجبا عليه فى كلِّ وقتٍ وقتٍ ففى وقت ارتفاع القيمة كان الواجب عليه أن يسلّم هذه العين التى كان هكذا قيمتها،

١- (٥) المكاسب ٢٥٥/٣.

٢- (٦) حاشية المكاسب ١٥٢/٢.

فحينا ظلمه و حبس حقّه و لم يعطه أضرّه و حال بينه و بين الذى كان بهذه القيمة العالية و كان حقّه و ملكه، بل ربّما كان فى الحصار و يرتفع القيمة إلى آلاف ولو كان عنده فيبيعه و ينتفع و يحصل له أموال عظيمة فخسّره بل ربّما كان اشترى بأموال عظيمة لاحتياجه إليه له و لعياله، بل ربّما يتلف بسبب الحبس عياله و أمواله - مثل دوابه و غيرها - فهذا ضرر عظيم لا يناسب الشريعة القويمة العادلة المستقيمة، التى هى فى غاية المتانة و الضبط و الحكمة أن يتضرّر بلا تدارک أصلاً مع أنّه لا ضرر فى الإسلام. بل تتبّع تضاعيف أحكام الشرع يكشف عمّا ذكرنا و لا يناسب الفرقة العدلية سوى ما ذكر. هذا على تقدير وجود عين ماله حينما صار فى غاية الارتفاع.

و أمّا على تقدير العدم، فلا تأمل فى أنّه وقت غاية الارتفاع كان عليه أن يعطى قيمته لو كان يطالبه المالک و يلازمه و يضيّق عليه و القيمة فى غاية الارتفاع، لما ستعرف وجهه و دليله، و معلوم أنّه واجب عليه فى كلّ آنٍ و دقيقةٍ أن يسلِّم إلى المالک بلا توقف على مطالبته و تضييقه و إلزامه، فإذا كان وقت الارتفاع اشتغل ذمّته بإعطاء القيمة - فى هذا الوقت - على سبيل الوجوب الفورى الضيقى

لا جرم يكون هذا الاشتغال مستصحبا شرعا إلى أن يثبت خلافه و لم يثبت، بل الثابت أيضا هو ما ذكرناه فى العين الباقية فتأمل جدّا...»(۱).

و يرد عليه أوّلاً: ضمان ارتفاع القيمة السوقية مع وجود العين وردّها مخالف للإجماع كما مرّ و لذا قال فى نقده ابن اخته و تلميذه و صهره: «و فيه نظر مع أن الاجماع المحكى عموما و خصوصا على عدم ضمان القيمة السوقية يدفع هذا الوجه المبنى عليه ما اختاره، مضافا الى شذوذه و ندرة القائل به، إذ لم يحك القول به إلاّ عن الماتن [المحقّق] فى

١- (١) حاشية مجمع الفائدة و البرهان /٦٢٤.

أحد قوليه(١) و كافّة الأصحاب على خلافه، لأنّ الواجب القيمة فمتى حكم بها استقرت فلا

عبرة بزيادتها و نقصانها يوم التلف»(٢).

و قال تلميذه الآخر فى المفتاح: «و هو كماترى مع إطباق الأصحاب على خلافه»(٣).

و كذا قال صاحب الجواهر فى ردّه: «و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عاليه...»(٤).

و ثانيا: ما مرّ من أنّ حديث لاضرر تنفى الحكم و لا يثبت به الحكم.

و ثالثا: ما مرّ من أنّ حديث لا ضرر امتنانىّ و ثبوت أعلى القيم خلاف الامتنان على الغاصب فلا يجرى.

الاستدلال للقول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء

يمكن أن يستدل لهذا القول بأنّ يوم التلف هو يوم ثبوت الضمان و منه إلى يوم الأداء يجب على الغاصب إعطاء أعلى القيم كما مرّ دليله من الوحيد البهبهانى رحمه الله .

و فيه: يرد عليه ما اوردناه على القول الرابع، مضافا إلى عدم وجدان قائله كما مرّ.

الاستدلال للقول السادس: قيمة يوم الأداء

ما مرّ من القاعدة الكلية من أنّ الأصل فى الضمان هو المثل و فى فرض عدم وجدانه ينقلب إلى القيمة، فحينئذ فى وقت الأداء لو كان المثل موجودا يجب على الغاصب إعطائه و لو لم يوجد يجب عليه إعطاء قيمته فى ذاک اليوم - أى يوم الأداء - و هذا القول هو مختار الفقيه اليزدى رحمه الله و هو مختارنا و بعد قبول أنّ الأضل فى الضمان هو المثل لا مناقشة فيه.

١- (٢) الشرائع ١٨٩/٣ حيث يقول: «و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلک على تردّد».
٢- (١) رياض المسائل ٣٠/١٤.
٣- (٢) مفتاح الكرامة ١٥١/١٨.
٤- (٣) الجواهر ١٠٥/٣٧.
الاستدلال للقول السابع: قيمة يوم البيع فى مسألة المقبوض بالبيع الفاسد

قال العلاّمة فى التذكرة: «تذنيب، لو باعه بحكم المشترى و لم يعيّن، بطل البيع إجماعا، فإن هلک فى يد المشترى فعليه قيمته...»(١).

و قال فى المختلف: «لايجوز البيع بحكم أحدهما فى الثمن فإن بيع أحدهما كذلک بطل البيع، ولو حكم الحاكم فيها بأىّ شىء كان لم يلزم بل يبطل البيع، فإن كانت السلعة قائمة استردّها البائع و إن كانت تالفة وجب على المشترى قيمتها... [ثم نقل عن الشيخ أنّه قال فى

نهايته]: من اشترى شيئا بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً فإن هلك فى يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه(٢)... [ثم زاد العلاّمة] و كذا قال المفيد(٣) و ابن البراج(٤) و ابو الصلاح(٥)... و لنا: على بطلان البيع مع الجهالة الإجماع عليه، و النهى عن الغرر و الحكم غير لازم، إذ ذلک لا يصير ما ليس بثابت فى الذمة ثابتا...»(٦).

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنّه حكى عن المفيد و القاضى و الحلبى الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشترى و لم يعلم له وجه، و لعلّهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم»(٧).

صاحب البغية ذكر وجه كلامهم بقوله: «و دليل هذا القول - بعد البناء على اتحاد يوم

١- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠٠.

٢- (١) النهاية /٣٣٦ المطبوعة فى ضمن الجوامع الفقهية، النهاية و نكتها ١٤٥/٢ و نقل فى السرائر ٢٨٥/٢ عن الشيخ فى نهايته.

٣- (٢) المقنعة /٥٩٣.

٤- (٣) لم أجدها فى المهذب و لا فى جواهر الفقه.

٥- (٤) الكافى فى الفقه /٣٥٣.

٦- (٥) مختلف الشيعة ٢٤٤/٥ و ٢٤٣.

٧- (٦) المكاسب ٢٥٥/٣.

القبض و البيع بحكم الغلبة - هو ما يدل على ضمان يوم الغصب، بناءً على اتحاد حكم المسألتين [المقبوض بالعقد الفاسد و الغصب] كما عن الحلّى دعوى الإجماع عليه...»(١).

و قال الفقيه اليزدى: «... و إن كان [مرادهم من يوم البيع هو يوم القبض] بعيد إلاّ أنّه لابدّ منه، اذ لا وجه لاعتبار يوم البيع أصلاً فيجب التوجيه المذكور صونا لكلامهم عن الفساد»(٢).

و استدل لهم المحقّق الأصفهانى بقوله: «و يمكن أن يقال: بناءً على الاستناد فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد إلى قاعدة الإقدام إنّ الإقدام العقدى على الضمان بالمسمّى إذا كان إقداما على الضمان بالعوض الواقعى، فالعوض الواقعى فى حال الإقدام هى القيمة فى يوم القبض، و إن كان تأثيره فى ضمان هذه القيمة منوطا بالقبض»(٣).

أقول: ولكن المحقّق الشهيدى(٤) استدل لهم بصحيحة رفاعة النّخّاس. و تبعه المحقّق

المروّج(٥) أذكرها لک أوّلاً ثم أذكر استدلالهما:

ففى صحيحة رفاعة النّخّاس قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ساومت رجلاً بجارية فَباعَنِيْها بحكمى فقبضتها منه على ذلک، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمى عليک أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منّى، و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثت إليه كان عليک أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، و إن كان ثمنها أقل ممّا بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداک إن

١- (٧) بغية الطالب ٢٧٠/١.

٢- (٨) حاشية المكاسب ٥١٢/١.

٣- (٩) حاشية المكاسب ٤٢٤/١.

٤- (١٠) هداية الطالب ٣٧٧/٢.

٥- (١) هدى الطالب ٥٤٧/٣.

وجدت بها عيبا بعد ما مسستها، قال: ليس لک أن تردّها و لک أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه(١).

و الاستدلال يبتنى على أُمور:

الأوّل: بطلان البيع بحكم المشترى كما مرّ الاجماع عليه من العلاّمة فى التذكرة و المختلف، حتّى صارت الصحيحة من مصاديق المقبوض بالبيع الفاسد. ولكن على قول صاحب الحدائق(٢) من صحته فتخرج من مصاديقه.

الثانى: صيرورة الجارية بعد المسّ أُمّ ولد و هى بحكم التلف.

الثالث: المراد من «قيمة عادلة» هى قيمتها يوم البيع.

بعد قبول هذه الثلاثة يتمّ دليل قيمة يوم البيع فى المقبوض بالعقد الفاسد - فقط لا الغصب - تعبدا و لا يحتاج إلى تطبيقه مع يوم القبض، فعليه يمكن حمل أمر الشيخ الأعظم بالفهم فى آخر كلامه إشارة إلى عدم إرادة يوم القبض من يوم البيع فى كلامهم.

ولكن الأصحاب أعرضوا عن هذه الصحيحة و ذهبوا بالإجماع إلى بطلان البيع بحكم المشترى - و كذا بحكم البائع أو غيرهما - فلابدّ من حملها على قضية فى الواقعة أو تأويلها حتّى لا تردّ، و على أىّ حال لايتم الاستدلال.

كما على الأوّل - قضية فى الواقعة - المقدس الأردبيلى حيث يقول: «و هى تدل على جواز الجهل فى الثمن و أنّه يقع البيع صحيحا و ينصرف إلى القيمة السوقية إذا بيع بحكم المشترى ولكن نقل الإجماع فى التذكرة على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه، يمنع القول بها ولكن تأويلها مشكل و كذا ردّها، فيمكن أن يكون حكما فى قضية و لا يتعدى»(٣).

١- (٢) وسائل الشيعة ٣٦٤/١٧، ح١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.
٢- (٣) راجع كلامه فى الحدائق ٤٦٢/١٨.
٣- (٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٧٦/٨.

و على الثانى - تأويل الصحيحة - المحقّق السيّد حسين المشهور بخليفة سلطان(١) فى حواشيه على الفقيه قال حول الصحيحة: «لا يخفى أنّ البيع بحكم المشترى أو غيره فى الثمن باطل إجماعا كما نقله الفاضل فى التذكرة و غيره، لجهالة الثمن وقت البيع، فعلى هذا يكون بيع الجارية المذكورة باطلاً، و كان وطى المشترى محمولاً على الشبهة، و أمّا جواب الإمام عليه السلام للسائل فلا يخلو من إشكال لأنّ الحكم حينئذ ردّ الجارية مع عشر القيمة أو نصف العشر، أو شراؤها مجددا بثمن يرضى به البائع مع أحد المذكورين، سواء كان بقدر ثمن المثل أم لا، فيحتمل حمله على ما إذا لم يرضى البائع بأقل من ثمن المثل و يكون حاصل الجواب حينئذ: أنّه تقوم بثمن المثل إن أراد و يشترى به مجددا و إن كان المثل أكثر ممّا وقع، ندبا أو(٢) استحبابا، بناءً على أنّه أعطاه سابقا، و هذا الحمل و إن كان بعيدا عن العبارة، مشتملاً على التكلّف لكن لابدّ منه لئلا يلزم طرح الحديث الصحيح بالكلية»(٣).

هذا تمام الكلام فى المقام الثانى.

١- (١) هو السيّد علاءالدّين حسين ابن الأمير رفيع الدّين محمّد ابن الأمير شجاع الدّين محمود الحسينى المرعشىّ، المكنّى بأبى طالب و المعروف بسلطان العلماء و خليفة سلطان، المولود عام ١٠٠١ق، تصدى لوزارة الشاه عباس الأوّل خمس سنين و صاهره على ابنته، و للشّاه صفى سنتين ثم عزله و كحل عيون أُولاده و نفاه إلى قم المقدسة، ثم تصدى الوزارة لشاه عباس الثانى ثمانى سنين و

ستة أشهر إلى آخر حياته و وافاه الأجل ببلدة الأشرف من بلاد مازندران بعد المراجعة مع السلطان المذكور من فتح قندهار الأفغان فى عام ١٠٦٤ و نقل جثمانه إلى النجف الأشرف و قبره الآن هناك معروف يُزار، و له عدّة من الحواشى على كتب الكلام و المنطق و الحديث و الفقه و التفسير و الأُصول تدلّ على طول باعه و تبحره فى العلوم، لأجل ترجمته يراجع: أمل الآمل ٩٢/٢، جامع الرواة ٥٤٤/١، رياض العلماء ٥١/٢، تكملة أمل الآمل ٥٢٢/٢، الرقم ٦١٨ و غيرها.

٢- (٢) كذا فى المصدر.

٣- (٣) نقل عنه فى الحدائق ٤٦١/١٨.

ثم لابدّ من تتميم بحث القيمى بأُمور:

الأوّل: حكم زيادة ثمن القيمى بعد التلف

قال المحقّق: «و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلک - أى التلف - على تردُّدٍ»(١).

و قال ثانى الشهيدين فى وجه تردّده: «... نعم، لو قلنا بأنّ الواجب فى القيمى مثله كما

ذهب إليه ابن الجنيد(٢) مخيرا بين دفع المثل و القيمة، و مال إليه المصنف [المحقّق] فى باب القرض(٣)، اتّجه وجوب مازاد من القيمة إلى حين دفعها كما فى المثلى. و المصنف [المحقّق] رحمه الله تردّد فى ذلک، لما ذكرناه من الشک فى كون الواجب فى القيمى المثل أو القيمة، و الأظهر اعتبار القيمة، فلا يتغيّر بعد الحكم بها»(٤).

أقول: الشيخ مقدِّمٌ على المحقّق فى اختيار هذا القول فى باب القرض من الخلاف(٥) و تبعهما العلاّمة(٦) فى باب القرض ولكن إن كان ممّا ينضبط بالوصف - و هو ما يصح السلف فيه - لا ما لاينضبط بالوصف.

و قد مرّ فى أوّل البحث عن القيمى من أنّ الضمان بعد تلف العين ينتقل إلى المثل حتّى فى القيميات و مع فرض عدم وجدانه ينتقل إلى القيمة كما يظهر من الشيخ الأعظم(٧) و

١- (٤) الشرائع ١٨٩/٣.

٢- (١) حكاه عنه فخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ١٧٤/٢ و ١٧٥، و الشهيد فى غاية المراد ٣٩٨/٢ و قد مرّ فى أوّل البحث عن القيمى فراجع ٤٩٧ هناک و صفحة ٤٢٧.

٣- (٢) الشرائع ٦٢/٢.

٤- (٣) المسالک ١٨٨/١٢، و نحوها فى الروضة البهية ٤٠/٧.

٥- (٤) راجع الخلاف ١٧٥/٣، مسألة ٢٨٧.

٦- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٠/١٣ و ٣١.

٧- (٦) المكاسب ٢٤١/٣.

صرّح به الفقيه اليزدى(١) و اختار هذه القاعدة السيّد الخوئى(٢)، و إذا كان المثل على الذمة حتّى فى القيميات، يتجه القول باعتبار قيمة يوم الأداء - كما هو المختار - و يحكم بضمان زيادة الثمن حتّى بعد التلف و قبل الأداء.

و ليس فى البين إجماعٌ تعبّدىٌّ حتّى يمنعنا من هذا القول.

و أمّا مقالة المحقّق الخمينى رحمه الله من «أنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف حتّى على القول بأنّ القيمى مضمون بالمثل، لأنّ عمدة دليل الضمان قاعدة اليد، و هى لا تشمل المثل الذى على العهدة، ولو قلنا بأنّ ارتفاع القيم مضمون، و ذلک لأنّ موضوع دليل اليد هو الاستيلاء على مال الغير، و كون الشىء على العهدة و الذمّة غير كونه تحت اليد و الاستيلاء فما فى العهدة خارج عن دليل اليد موضوعا و هو واضح»(٣).

فغير تامّةٍ بما مرّ فى المقام الأوّل من البحث القيمى بدلالة الروايات الكثيرة على

ضمان القيميّات و كذا الآية الاعتداء، فحديث اليد لم يكن عمدة دليل الضمان هذا أوّلاً.

و ثانيا: حديث اليد أيضا يدل على ضمان ما فى العهدة و الذمة، لأنّ بعد وضع اليد عليه خارجا، يصدق الأداء - الذى جعل غاية للعهدة و رافعا للضمان - على كلٍّ من العين و بدلها، فحينئذ لابدّ من إرادة معنىً من الحديث حتّى ينطبق على كلٍّ ممّا تحت اليد خارجا و على العهدة و الذمة.

و بما ذكرنا يظهر ضعف مقالة الشيخ الأعظم فى قوله: «ثمّ إنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال...»(٤).

١- (٧) حاشية المكاسب ٤٩٥/١ و ما قبلها.

٢- (٨) مصباح الفقاهة ٢٠١/٣ و ما قبلها.

٣- (٩) كتاب البيع ٤٣٠/١.

٤- (١) المكاسب ٢٥٦/٣.

لأنّک ترى اعتبار زيادة القيمة على القول المختار - و هو قيمة يوم الأداء - ، اللهم إلاّ أنّ مراده من «جميع الأقوال»، الأقوال الثلاثة الأُوَل أعنى قيمة يوم الغصب، و يوم التلف، و ارفع القيم من يوم الغصب إلى حين التلف، و يمكن إلحاق القول السابع - قيمة يوم البيع فى مسألة المقبوض بالبيع الفاسد - بهنّ.

ولكن على القول الرابع - و هو أعلى القيم من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة - و على القول الخامس أو وجهه - و هو أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء - و على القول السادس و هو المختار - أى يوم الأداء - لا يتم ما ذكره و زيادة القيمة بعد التلف تكون معتبرةً، و سبحان من لا يسهو.

الثانی: حکم ارتفاع القیمة بحسب الأمکنة

ذهب الشیخ الأعظم(۱) فی بحث المثلی إلی جواز مطالبة المالک بالمثل بلا فرق بین کونه فی مکان التلف أو غیره، و لا بین کون قیمته فی مکان المطالبة أزید من قیمته فی مکان التلف أم لا، وفاقا لجماعة من الفقهاء، ولکن یتم عنده کلّ هذا مع وجود المثل فی بلد المطالبة.

و قد ناقشنا کلامه هناک من جواز المطالبة للمالک فی أی بلد شاء ولکنّه مشروطٌ بتساوی القیمة السوقیة مع بلد التلف أو الغصب أو القرض بلا فرق بین المثلیات و القیمیات(۲).

ولکنّه ذهب هو - فی القیمیات - إلی اعتبار قیمة مکان التلف(۳) - و لعلّه قدس سره هو

۱- (۲) راجع المکاسب ۲۲٤/۳.

۲- (۳) راجع ما کتبته حول هذا الفرع: هل یجوز مطالبة المالک بالمثل فی غیر مکان التلف؟ صفحة ٤۷۷ من هذا المجلد.

۳- (۱) المکاسب ۲۵٦/۳.

القائل بقیمة یوم التلف(۱) - فإذا کان فی بلد أو مکان آخر یتساوی مع قیمة مکان التلف فهو و إلاّ العبرة بقیمة مکان التلف. لا بالزیادة و النقیصة منها فی غیره.

و أنت تری بأنّ قیمة مکان التلف یمکن أن یختص بقائل قیمة یوم التلف و أمّا غیرها من الأقوال فلا، فما ذکره قدس سره بإطلاقه غیر تام.

ثم لا أدرى ما الفرق بين المثلى و القيمى، حيث أنّه قدس سره قائل بجواز المطالبة بالمثل فى غير مكان التلف ولو كانت قيمته بأزيد من قيمة مكان التلف. ولكن فى القيمى ذهب إلى اعتبار القيمة بقيمة مكان التلف لا الأزيد منها و لا الأنقص. الظاهر أنّ التفصيل بينهما فى غير محلِّه.

اللهم إلاّ أن يقال: بأنّ الفارق بينهما موجود و هو الدليل التعبدى فى القيميات و هى صحيحة أبيولاّد الماضية.

ولكن قد مرّت المناقشة فى دلالتها عندنا.

ثم هل بحث الأمكنة فى القيميات تابع لبحث الأزمنة فيها بحيث من يقول بقيمة يوم الغصب يقول بقيمة مكان الغصب و من يقول بقيمة يوم التلف يقول بقيمة مكانه و هكذا أم لا؟

قال الفاضل المراغى رحمه الله : «هذا البحث (تعيين القيمة بحسب المكان) قد أغفله الأصحاب و لم يتعرّضوا له فى شيءٍ من هذه الأبواب مع الاختلاف الفاحش فى القيمة بحسب الأمكنة كالأزمنة... لكن السبب فى ترك الأصحاب هذا العنوان هل هو من جهة تبعيته للزمان؟... و هذا الاحتمال بعيد جدّا، نظرا إلى بُعد انفهام هذا المطلب ممّا ذكروه فى الزمان، و عدم تصريح منهم فى ذلک... مع أنّ فى كلامهم ما يدلّ على وجوب ردّ المال

١- (٢) راجع المكاسب ٢٥١/٣ فى جواب حلّ العويصة الواردة فى صحيحة أبيولاّد الماضية.

المغصوب إلى المالک أىّ مكان شاء أو أراد... و الذى أراه: أنّ دفع القيمة بحسب المكان منوط بالمكان الذى يجب الدفع فيه، فإن قلنا: إنّ الاختيار بيد المالک فأىّ مكانٍ اختاره فى الردِّ فيعتبر قيمته. و إن قلنا: ليس كذلک بل المعتبر الردّ فى محل الغصب إلاّ أن يرضى المالک بما هو أقلّ منه مؤنةً أو المساوى فالمدار على مختار المالک فيكون الميزان محلّ الغصب»(١).

أقول: نعم، للمالک اختيار ماله فی الردِّ فی أیّ مکانٍ شاءَ ولکن بشرط أن یکون قیمته مع قیمة بلد المال واحدا أو یکون أقلاً من ذلک، أمّا إذا کان أکثر من قیمة بلد المال فلا، لأنّ ذمّة الضمان لا یکون مشغولاً بأکثر من ذلک کما مرّ فراجع ما حررناه فی بحث المثلی. و اللّه سبحانه هو العالم.

الثالث: حکم ارتفاع القیمة بسبب الزیادة العینیّة

قال المحقّق: «لو زادت القیمة لزیادة صفة ثمّ زالت الصفة، ثمّ عادت الصفة و القیمة، لم یضمن قیمة الزیادة التالفة لِأنّها انجبرت بالثانیة. ولو نقصت الثانیة عن قیمة الأُولی ضمن التفاوت. أمّا لو تجدَّدَت صفة غیرها، مثل إن سَمِنَت فزادت قیمتها، ثم هزلت فنقصت قیمتها، ثم تعلَّمَت صنعةً فزادت قیمتها، ردَّها و ما نقص بفوات الأُولی»(۲).

و قال ثانی الشهیدین فی شرحه: «إذا تجدّد الکمال بعد النقصان، سواء کان الکمال الأوّل الذی توسّط نقصه موجودا من حین الغصب أم تجدّد فی ید الغاصب، فإن کان الکمال الثانی هو الأوّل بعینه، کما لو کان صانعا أو عالما فنسی العلم و الصنعة ثم تذکّرهما، فلا شبهة فی جبر المتجدّد للذاهب، لأنّه ذهب ثمّ عاد فکأنّه لم یزل، و لایردّ أن ذلک العلم غیر باقٍ فالعائد غیر الزائل لمنع ذلک أوّلاً، و لو سلّم لزمه ضمانه و إن لم ینسِ، لأنّه یتجدّد فی ید

۱- (۳) العناوین ۵۳۷/۲ و ۵۳۶.

۲- (۱) الشرائع ۱۹۴/۳.

الغاصب بعد زوال ما کان حالته.

و إن لم یکن عینه فلا یخلو: إمّا أن یکون من الوجه الذی حصل فیه الأوّل کما لو هزلت الجاریة ثم سمنت و عادت القیمة کما کانت ففیه قولان:

أحدهما: أنّه ينجبر أيضا، و يسقط العزم كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى على عين فابيضّت ثم زال البياض، و هذا هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف حيث خصّ الضمان بصفة غيرها، و إن كان ظاهر قوله: «ثمّ عادت الصفة»، قد يقتضى خلاف ذلک، لأنّ السمن الأوّل غير الثانى، إلاّ أنّ الصفة - و هى نفس السمن - واحدة.

و الثانى: العدم، لأنّ السمن الثانى غير الأوّل، و الأوّل وقع مضمونا، و الثانى تجدّد هبة من اللّه تعالى كالأوّل لو كان متجدّدا، فلا يحصل للغاصب بسببه شىء، و هذا أظهر.

ثمّ على القول بالانجبار إنّما يسقط الضمان مطلقا لو عادت القيمة بتمامها بالعائد، فلو لم تبلغ القيمة الأُولى ضمن مابقى من النقصان.

و إن كان الكمال من وجه آخر، بأن نسى صنعة و تعلّم أُخرى، أو أبطل صنعة [صفة] الإباق و أحدث صنعة أُخرى، فلا انجبار بحال، و على هذا فلو تكرّر النقصان و كان فى كلّ مرّة مغايرا بالنوع للناقص فى المرّة الأُخرى ضمن الكلّ. حتّى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت و بلغت القيمة ألفا، و تعلّمت صنعة فبلغت ألفين، ثمّ هزلت و نسيت الصنعة فعادت قيمتها إلى مائة، ردّها و غرم ألفا و تسعمائة، ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها، ثم علّمه حرفة أو سورة أُخرى فنسيها أيضا، ضمنهما.

و إن لم تكن مغايرة، كما إذا علّمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مرارا و هو ينساها فى كلّ مرّة، ففيه الوجهان، [١] فإن قلنا: لايحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان فى كلّ مرّة، [٢] و إن قلنا: يحصل، ضمن أكثر المرّات نقصانا». ثم ذكر قدس سره بعدها ثلاثة فروع

مرتبطات بالبحث فراجعها.(١)

قال العلاّمة فی القواعد: «و لا یُجبر المتجدِّد من الصفات ما خالفه من التالف و إن تساویا قیمة، بخلاف ما لو اتّفقا جنسا»(۲).

و قال العاملی فی ذیل کلامه فی المفتاح: «نحوه ما فی المبسوط(۳) و الشرائع(٤) و التذکرة(٥) و التحریر(٦) و الإرشاد(۷) و الدروس(۸) و جامع المقاصد(۹) و غیرها.

و الحاصل: إنّ العائد إن کان من نوعٍ آخر لم یحصل الانجبار به إجماعا کما یظهر من مجمع البرهان(۱۰)، و قد قطع به الأصحاب کما فی الکفایة(۱۱).

قلت: و ظاهرهم القطع أیضا بالانجبار و عدم وجوب الأرش فیما لو اتّفقا جنسا کما لو کان کاتبا أو عالما أو خیّاطا فنسی ثم تذکّر إذا لم یفت شیءٌ و فی المسالک(۱۲) أنّه لاشبهة

فیه... .

۱- (۱) المسالک ۱۲/(۲۲۱-۲۱۹).

۲- (۲) قواعد الأحکام ۲۳۳/۲.

۳- (۳) المبسوط ۸٤/۳.

٤- (٤) الشرائع ۱۹٤/۳.

٥- (٥) تذکرة الفقهاء ۳۸٦/۲ و ۳۸۷ من الطبع الحجری.

٦- (٦) تحریر الأحکام الشرعیة ٥٤۰/٤ و ٥٤۱.

۷- (۷) إرشاد الأذهان ٤٤۷/۱.

۸- (۸) الدروس الشرعیة ۱۱۲/۳.

۹- (۹) جامع المقاصد ۲۹۱/٦.

١٠- (١٠) مجمع الفائدة و البرهان ٥٤٥/١٠.

١١- (١١) الكفاية ٦٥٣/٢.

١٢- (١٢) المسالک ٢١٩/١٢.

و اختلفوا فيما إذا كان سمينا فهزل ثمّ سمن فصريح المبسوط(١) و الإرشاد(٢) و مجمع البرهان(٣) و ظاهر الشرائع(٤) أنّه يجبر الثانى الأوّل، لأنّ الأصل عدم الضمان و لا دليل على الضمان سوى قولهم: إنّهما بمنزلة صفتين مختلفتين، و ليس بدليل يعول عليه، و لا إجماع إلاّ فى المتغايرين. و صريح التذكرة(٥) و جامع المقاصد(٦) و ظاهر الدروس(٧) أنّه لا يجبر(٨)، لأنّ الثانى مال متجدِّد للمالک و الأوّل مال ذاهب، و يقولون: إنّه بعد الهزال صار الأصل الضمان. و اقتصر فى الكفاية على قوله: فيه قولان(٩).

و كلام التذكرة لا يخلو من اضطراب، لأنّه قد صرّح فيها أيضا بأنّه لو مرض العبد ثمّ عوفى وجب ردّه من غير شيءٍ(١٠)، و مثله قال فى التحرير(١١) كنا تقدّم التنبيه عليه، و نحوه ما يأتى للمصنف [العلاّمة فى القواعد] فى آخر الفصل الثانى(١٢).

إذا تقرّر هذا فلو كان الكمال من وجهٍ آخر مثل إن نسى صنعة كانت قيمته معها مائة

١- (١) المبسوط ٦٤/٣.

٢- (٢) ارشاد الأذهان ٤٤٧/١.

٣- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ٥٤٥/١٠.

٤- (٤) الشرائع ١٩٤/٣.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٣٨٦/٢ و ٣٨٧ من الطبع الحجرى.

٦- (٦) جامع المقاصد ٢٩١/٦.

٧- (٧) الدروس الشرعية ١١٢/٣.

٨- (٨) و عدم الانجبار هو الأظهر عند ثانى الشهيدين فى المسالک ٢٢٠/١٢ كما مرّ.

٩- (٩) الكفاية ٦٥٣/٢.

١٠- (١٠) تذكرة الفقهاء ٣٨٧/٢ من الطبع الحجرى.

١١- (١١) تحرير الأحكام الشرعية ٥٤١/٤.

١٢- (١٢) قواعد الأحكام ٢٣٦/٢: و فيه: «ولو نقصت قيمة لعيبٍ، ثمّ زال العيب فى يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة».

فصارت إلى خمسين ثمّ تعلّم صنعة أُخرى غير الأُولى فعادت إلى مائة ردّه و ردّ معه خمسين، ولو تكرّر النقصان و كان فى كلِّ مرّة مغايرا بالنوع للناقص فى المرّة الأُخرى ضمن الكلّ كما لو غصب جارية...»(١).

و فى الجواهر فى ذيل قول المحقّق: «أمّا لو تجدّدت صفة غيرها...» قال: «بلا خلاف

أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه بل هو مقتضى الضابط الذى ذكرناه، ضرورة زيادة القيمة بتقدير السمن الفائت مع الصفة المتجددة، فيضمنه الغاصب الذى قد فات تحت يده»(٢).

و مراده من الضابط هو قوله قدس سره : «... فكلّ صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجدِّدة و تزاد القيمة بذلک هى لاتنجبر بالمتجدِّدة، و كلّ صفة لا يمكن تقديرها مع المتجدِّدة أو أمكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المتجدِّدة بل هى هى أو تنقص لا تضمن و تنجبر بالثانية»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس، و أمّا إذا كان حاصلاً من زيادة فى العين فالظاهر - كما قيل - عدم الخلاف فى ضمان أعلى القيم...»(٤).

مراده: أنّ ارتفاع القيمة عند الغاصب لأجل زيادة عينيّة كسمن الشاة أو تعلّم صنعة للعبد نحو الكتابة و النجارة، ثمّ عادت العين إلى ما كانت عليه حين الغصب حتّى تلف عند الغاصب، كانت هذه الزيادة أو الصفة مضمونة كضمان العين المغصوبة، و فى هذه الحالة تجرى أعلى القيم بلاخلاف.

ص:٥٦٣

١- (١٣) مفتاح الكرامة ١٨/(٢٥٢-٢٥٠).

٢- (١) الجواهر ١٧٣/٣٧.

٣- (٢) الجواهر ١٧١/٣٧.

٤- (٣) المكاسب ٢٥٦/٣.

ثم قال الشيخ الأعظم: «نعم، يجرى الخلاف المتقدم فى قيمة هذه الزيادة الفائتة، و أنّ العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم»(١).

أقول: و قد مرّ فى الخلاف الماضى أنّ العبرة بقيمة يوم الأداء و الدفع و كذلک بالنسبة إلى الزيادة العينيّة الفائتة تُحْسَبُ بقيمة يوم الأداء و الحمدللّه.

الرابع: كيفيّة تقويم مال القيمى

تعرّض الأصحاب - رضوان اللّه تعالى عليهم - لها فى الأبواب المتعدِّدة نحو: إخراج الزكاة، و الخمس، و الوصايا من الثلث، و الغصب، و الأرش فى العقد و الجناية، و فروع أبواب المزارعة و المساقاة و المغارسة و البيع و الشفعة و الإجارة و غيرها.

و المال القيمى ينقسم إلى أقسام خمسة:

١- المال المستقل: و لأجل تقويمه يلاحظ من الجهات المختلفة: من حيث الزمان و

المكان و الإشاعة و الوحدة فى الملكية، وضعه و جهته، احتياجه إلى المؤنة فى الحفظ و النقل و عدمه، يكون سريع الفساد أو بطيئه، يكون صحيحا أو معيبا، يكون فى معرض التلف أم لا؟، هل تترتّب عليه المنافع أم لا؟ و غير ذلک من الأُمور التى تختلف بها القيم و الرغبات.

يلاحظ جميع هذه الأُمور و غيرها و يُقَوَّمُ.

٢- بعض المال المركب المعدود شيئا واحدا - سواء كان واحدا حقيقةً أو عرفيةً أو شرعيةً: و ينقسم إلى قسمين:

أ: الهيئة التركيبيّة لها مدخلية فى القيمة: نحو لو كان الجزءان مجتمعين بخمسين و كان كلّ واحد منهما بعشرين، يعلم منه قيمة الجرء الفائت هى العشرون و قيمة الهيئة التركيبية المختلّة هى العشرة و الحاصل الجزء الفائت حيث يفوت به الهيئة التركيبية أيضا يقوم

١- (٤) المكاسب ٢٥٧/٣.

بثلاثين.

هذا كلّه إذا كانت الأجزاء و الهيئة التركيبية لمالک واحد أو عُرض للبيع معا، و أمّا إذا كانت لمالكين أو أكثر و عُرض للبيع فى الأمكنة أو الأزمنة المختلفة فكلّ جزء يقدّر و يقوم بثمنه الخاص.

ب: الهيئة التركيبية ليس لها مدخلية فى القيمة: فيقوَّم الجزء التالف وحده و يصير كالمال المستقل حينئذ.

٣- الأوصاف نظير الصحة و العيب الواردة فى الأرش بالنسبة إلى المال أو الجناية. فطريق تقويمها كما ورد فى صحيحة أبيولاّد(١) الماضية و نص عليه الأصحاب تقويم المال واجدا لذلک الوصف

و فاقدا له ثمّ يرجع بالتفاوت، و فى العقود هذا التفاوت ينسب إلى الثمن أو المعوَّض و يقلِّل منه بهذه النسبة. بلا فرق بين فقدان وصف المال أو جزئه.

٤- النماءات: و هى على قسمين:

أ: النماء المنفصل: فهى يقوَّم كالمال المستقل.

ب: النماء المتصّل: تقوَّم العين فاقدة لها ثمّ تقوّم واجدة لها و التفاوت يكون قيمة النماء و تنسب إلى الثمن و العوض إذا كان فى العقد المعاوضى.

هذا كلّه إذا كان النماء موجودا. و أمّا إذا كان معدوما كما فى باب الوصية نحو ثمرة البستان فى السنين الآتية، يقوّم العين مسلوبة المنفعة فى تلك السنين المعيّنة و يقوّم مع

منافعها و التفاوت يكون قيمة المنافع و النماء.

٥- المنافع و الأعمال

إن كانت موجودة مستوفاة يرجع فيها إلى أُجرة المثل.

و إن كانت معدومة كمنفعة سنين معيّنة للدار، يقوّم العين واجدة المنافع مرّة و

١- (١) وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

مسلوبة أُخرى و التفاوت هو قيمة المنفعة.

و لتفصيل البحث راجع الكتب المفصلة و كذا كتاب السيّد الفاضل المراغى، المُسَمىّ بالعناوين(١).

الخامس: اختلاف المقوِّمين

تارة اختلافهم ينشأ من الإخبار عن القيمة السوقية فيدخل فى باب تعارض البيّنات فإمّا نحكم بالتعادل ثمّ التساقط أو نحكم بالترجيح بالأعلمية أو الأُورعية أو الأكثرية أو أقوى و أكثر الظنّية أو القرعة و نحوها.

و تارة اختلافهم ينشأ من إعمال نظرهم فى التقويم و إنشائهم به فحينئذٍ يؤخذ بأقوى خبرة و لا يدخل فى قوانين باب التعادل و الترجيح و هذا الأخير هو المراد بالتقويم فى ألسنة القوم و هذا هو المختار.

قد يقال: بالجمع بين القيم ثمّ تقسيمها على عددها، أو الأخذ بثلث القيم الثلاث و ربع القيم الأربع و نحوها، و ادعوا(٢) بأنّه ورد فى رواية فى اختلاف المقوّمين فى الهدى أو اختلاف قيم الهدى.

و أمّا الاختلاف فى قيمة الأرش فيمكن تحديد القيمة بطريقتين:

١- نسبة مجموع القيم الصحيحة إلى مجموع المعيبة و ملاحظة التفاوت بينهما من الثمن بالنسبة.

٢- نسبة كلّ من المعيبة إلى الصحيحة و جمع النسب الحاصلة ثمّ تقسيمها على عددها ثمّ ملاحظة النسبة بينها و بين الثمن.

و من المعلوم أنّ بينهما تفاوتا يسيرا. هذا تمام الكلام فى عمدة مسائل القيمى و الحمدللّه.

١- (١) العناوين ٢/٥٤٠.

٢- (٢) كما فى العناوين ٢/٥٤٧.

وصلُ: مَباحِثُ بَدَلِ الْحَيْلَوْلَةِ

اشارة

ص: ٥٦٧

ص: ٥٦٨

و البحث فيها يقع فى ضمن مقاماتٍ:

المقام الأوّل: تعريفها و نقل الأقوال فيها

قال المحقّق: «و إذا تعذَّر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكلٍّ منهما الرجوع، و على الغاصب الأُجرة إن كان ممّا له أُجرةٌ فى العادة من حين الغصب إلى حين دفع البدل، و قيل: إلى حين إعادة المغصوب، و الأوّل أشبه»(١).

و قال فى القواعد: «ولو أبق العبد ضمن فى الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادّا، و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال...»(٢).

و فيه: «و يجب ردّ العين ما دامت باقيةً، فإن تعذّر دفع الغاصبُ البدلَ و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكلٍّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال...»(٣).

ص:٥٦٩

١- (١) الشرائع ١٩٠/٣.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢٢٨/٢.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢٣٠/٢.

قال فى المفتاح فى ذيل الكلام الأوّل من القواعد: «هذا معنى ما فى المبسوط(١) و الخلاف(٢) و الغنية(٣) و السرائر(٤) و الشرائع(٥) و التذكرة(٦) و التحرير(٧) و الإرشاد(٨) و

الدروس(٩) و جامع المقاصد(١٠) و مجمع البرهان(١١) و كذا المسالك(١٢) و الكفاية(١٣) و الإيضاح(١٤) و فى الخلاف(١٥) و الغنية(١٦) أنّه عليه القيمة و أنّ مالك العين إذا أخذها - أى القيمة - ملكها بلا خلاف و ظاهرهما نفيه بين المسلمين.

و قد ذكر أنّ ضمان القيمة للحيلولة فى المبسوط(١٧) و الخلاف(١٨) و الغنية(١٩) و

١- (٤) المبسوط ٩٥/٣.

٢- (٥) الخلاف ٤١٢/٣، مسألة ٢٦.

٣- (٦) غنية النزوع /٢٨٢ و ٢٨١.

٤- (٧) السرائر ٤٨٦/٢.

٥- (٨) شرائع الإسلام ١٩٠/٣.

٦- (٩) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجرى.

٧- (١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤.

٨- (١١) إرشاد الأذهان ٤٤٦/١.

٩- (١) الدروس الشرعية ١١٢/٣.

١٠- (٢) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

١١- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ٥٣٨/١٠ و ٥٣٩.

١٢- (٤) المسالک ٢٠٠/١٢.

١٣- (٥) کفایة الأحکام ٦٤٧/٢.

١٤- (٦) إیضاح الفوائد ١٧٨/٢.

١٥- (٧) الخلاف ٤١٢/٣.

١٦- (٨) غنیة النزوع /٢٨٢.

١٧- (٩) المبسوط ٩٥/٣.

١٨- (١٠) الخلاف ٤١٢/٣.

١٩- (١١) غنیة النزوع /٢٨٢.

التذکرة(١) و المسالک(٢) و ظاهر هذه الکتب أنّ ذلک مجمع علیه أیضا و أنّهم لَیَأْخذونه مُسَلَّما...»(٣).

و قال فی الجواهر فی ذیل کلام المحقّق إلی قوله: «کان لکلٍّ منهما الرجوع: «کما صرح لذلک کلِّه غیر واحد من أساطین الأصحاب کالشیخ و ابن ادریس و الفاضل و الشهید و الکرکی و غیرهم، بل فی المسالک نسبته إلیهم مشعرا بالاتفاق علیه، بل فی محکی الخلاف و الغنیة نفی الخلاف عن ملک المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما علی ما قیل بین المسلمین...»(٤).

و بالجملة: بدل الحیلولة موضوعه وجود العین لکن مع تعذُّر الوصول إلیها لغرقٍ أو ضیاعٍ أو إباقٍ أو سرقة أو نحوها.

و لذا قال الشیخ الأعظم: «ثمّ إنّ فی حکم تلف العین فی جمیع ما ذکر - من ضمان المثل أو القیمة - حکما تعذّر الوصول إلیه و إن لم یهلک کما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق...»(٥).

المقام الثانی: ما الدلیل علی بدل الحیلولة؟

اشارة

أقاموا لها عدّة وجوه:

الأوّل: الروايات

استدلوا عليها بعدّه من الروايات الواردة فى الضمانات نحو:

صحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا رهنت عبدا أو دابّة فمات فلا

١- (١٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجرى.

٢- (١٣) المسالک ٢٠٠/١٢.

٣- (١٤) مفتاح الكرامة ١٨٥/١٨ و ١٨٤.

٤- (١٥) الجواهر ١٢٩/٣٧.

٥- (١٦) المكاسب ٢٥٧/٣.

شىء عليک، و إن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن.(١)

الإهلاک هو الإتلاف الحقيقى، و الإباق و الإتلاف الحكمى.

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلک أو تُسرق؟ فقال: إن كان أمينا فلا غرم عليه.(٢)

مفهومها الضمان بدون الأمانة بلا فرق بين الهلاک و هو التلف الحقيقى و السرقة و هو التلف الحكمى.

و منها: صحيح أبان عمّن حدّثه عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: و سألته عن الذى يستبضع المال فيهلک أو يُسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا.(٣)

بتقريب الماضى و الرواية روت فى الكافى ٢٣٨/٥، ح٤ بسند معتبر إلى أبان و هو ينقل من دون واسطه عن أبى جعفر عليه السلام (٤) فى بعض النسخ و مع واسطة محمّد فى بعضها الآخر و بسند صحيح فى التهذيب ١٨٤/٧، ح٨١٢ عن أبان عن محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام .(٥)

و منها: موثقة غياث بن ابراهيم عن أبى عبداللّه عليه السلام : أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام أُتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمّنه، و قال: إنّما هو أمين.(٦)

١- (١) وسائل الشيعة ٣٨٨/١٨، ح٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح٧، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٨٠/١٩، ح٥، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح٨، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢١/١٩، ح٣، الباب ٣ من أبواب كتاب المضاربة.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٣٩/١٩، ح١، الباب ٢٨ من أبواب كتاب الإجارة.

مفهومها فى صورة عدم الأمانة عليه الضمان فى فرض الضياع و هو التلف الحكمى.

و منها: مكاتبة الصفّار المروية بسند صحيح عن الإمام العسكرى عليه السلام فى رجل دفع ثوبا إلى القصّار ليقصره فدفعه القصّار إلى قصّار غيره ليقصّره، فضاع الثوب هل يجب على القصّار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره، و إن كان القصّار مأمونا؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له إلاّ أن يكون ثقة مامونا إن شاء اللّه.(١)

بالتقريب الماضى.

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل بعث بزكاة ماله لتقسم فضاعت، هل عليه ضمانها حتّى تقسم؟ فقال: إذا وجدلها موضعا فلم يدفعها فهو لها ضامن - إلى أن قال: - و كذلک الوصّى الذى يوصى إليه يكون ضامنا لما دفع إليه إذا وجد ربّه الذى أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان.(٢)

و منها: صحيحة الصفّار قال: كتبت إلى أبى محمّد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها فى منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقّع عليه السلام : هو ضامن لها إن شاء اللّه.(٣)

و منها: معتبرة بل صحيحة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى وديعة، و قال الآخر: إنّما كانت لى عليک قرضا؟ فقال: المال لازم له إلاّ أن يقيم البينة أنّها كانت وديعة.(٤)

و منها: معتبرة مَسْعَدَةَ بن زياد عن جعفر بن محمّد عليه السلام قال: سمعته يقول: لاغرم على

١- (١) وسائل الشيعة ١٤٦/١٩، ح١٨، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.
٢- (٢) وسائل الشيعة ٣٤٦/١٩، ح١، الباب ٣٦ من أبواب كتاب الوصايا.
٣- (٣) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعة.
٤- (٤) وسائل الشيعة ٨٥/١٩، ح١، الباب ٧ من أبواب كتاب الوديعة.

مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا.(١)

و منها: حسنة بل صحيحة عبداللّه بن يحيى الكاهلى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته القصّار يسلّم إليه الثوب و اشترط عليه يعطينى فى وقت؟ قال: إذا خالف و ضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن.(٢)

و منها: غيرها من الروايات الدالة على الضمان بالسرقة أو الإباق أو الضياع أو الغرق و نحوها، و هى كثيرة قد ذكرت لک عشرا منها فقط و «تلک عشرة كاملة».

يرى الشيخ الأعظم دلالة هذه الروايات تامة و لذا قال: «لما دلّ على الضمان بهذه الأُمور فى باب الأمانات المضمونة»(٣).

و كما يراه من قبله صاحب الجواهر حيث يقول: «كما يؤمىء إليه مادلّ على الضمان بالضياع و السرقة و نحوهما فى الأمين المفرط...»(٤).

و اعترض عليه المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله و يراها فى صورة التلف و قال: «محلّ بحثنا غير هذه الصورة»(٥).

ولكن أنت ترى بأنّها لاتختص بالتلف الواقعى و تشمل التلف الحكمى، بل ورد فى بعضها الأُمور الماضية فقط. وافقنا على التعميم المحقّق المروج(٦) رحمه الله .

ولكن يمكن أن يقال: هذه الأُمور يعدّ فى العرف تلفا و لا فرق بين التلف الحكمى و

١- (٥) وسائل الشيعة ٩٤/١٩، ح١٠، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٤٣/١٩، ح٧، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

٣- (١) المكاسب ٢٥٧/٣.

٤- (٢) الجواهر ١٣١/٣٧.

٥- (٣) مصباح الفقاهة ٢٠٩/٣.

٦- (٤) هدى الطالب ٦٠٨/٣.

الواقعى من جهة الضمان. فالحكم فى الروايات بالضمان يتم لأجل التلف لا الحيلولة، فهذه الروايات لا تعمّ الحيلولة.

الثانى: قاعدة لا ضرر

بتقريب: «أنّ صبر المالک إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه»(١).

«أو يقال: إنّ عدم الحكم بضمان البدل ضرر على المالک.

أو يقال: إنّ امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر على المالک»(٢).

و فيه: أوّلاً: ما مرّ من أنّ قاعدة لا ضرر يرفع الحكم الضررى، و أمّا اثبات الحكم بها فى الموارد الأحكام غير الثابتة فى الشريعة التى توجب الضرر فلا يمكن إثباته بها.

و ثانيا: قاعدة لا ضرر تنفى الأحكام الضررية لا الموضوعات الضررية كما بيّن فى محلّها.

و ثالثا: النسبة بين بدل الحيلولة و موارد تضرر المالک هى العموم من وجه، إذ قد لايتضرر المالک بصبره إلى زمان تمكن الوصول إلى ماله لاستغنائه عنه، و مع ذلک يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة، و إذ لايكون مورد بدل الحيلولة، لأنّهم أخذوا فيها تعذر وصول

المال إلى مالكه مدّة طويلة، و المدّة تكون قصيرة و فيها ضرر عليه ولكنّهم لم يحكموا ببدل الحيلولة حينئذ. فالنسبة بين قاعدة لا ضرر و بدل الحيلولة هى العموم من وجه.

و رابعا: الضرران يتعارضان، لأنّ ضرر المالک بالصبر إلی زمان الوصول إلی ماله معارض بضرر الضامن المأمور بردّ البدل، و إذا تعارض الضرران فيتساقطان و لا تجری قاعدة لا ضرر.

ص:٥٧٥

١- (٥) کما فی حاشية المکاسب ٥١٤/١ للفقيه اليزدی رحمه الله .

٢- (٦) کما فی مصباح الفقاهة ٢٠٤/٣.

و قد ورد جلّها أو کلّها فی مصباح الفقاهة.(١)

الثالث: قوله صلی الله عليه و آله : الناس مسلطون علی أموالهم.

بتقريب: أنّ مقتضاها جواز مطالبة العين وسيلة إلی أخذ البدل.

أو: أنّ السلطنة علی العين و إن کانت ممنوعة بالتعذر، إلاّ أنّ من شؤونها السلطنة علی ماليتها بردّ بدلها کما فی الموارد التی کان عليه کلّیٌ و قد تعذّر دفعه فعلاً، فحينئذ يجوز للمالک أخذ البدل کما فی المثلی المتعذِّر.

أو: أنّ السلطنة علی ماله تقتضی الانتفاع به، و هذه تقتضی جواز مطالبة البدل حتّی ينتفع ببدل ماله عوضا عنه.

کما ورد هذا المضمون من الشيخ الأعظم(٢) و السيّد اليزدی(٣) رحمهماالله .

و فيه: حديث السلطنة يقتيضی السلطنة علی العين بالتصرفات السائغة فيها من البيع و الصلح و الوقف و... و ليس لأحد أن يزاحمه فيها. و منها مطالبة عين ماله من الغاصب و أمّا مطالبة بدل الحيلولة لايستفاد منها. و لذا قال المحقّق النائينی فی ردّ هذا الاستدلال مختصرا: «أنّه لا سلطنة له إلاّ علی العين، و عموم السلطنة لا يثبت الصغری»(٤).

مضافا: على فرض تمامية الدلالة، لا يتعين أنّ جواز الأخذ يكون من باب الغرامة و لأحد أن يقال بل غاية ما يقال: أنّ المستفاد منها جواز مطالبة مالية المال بالمصالحة أو البيع أو الهبة المعوِّضة أو غيرها و يجبر الغاصب على إحداها، لا على الوجه الغرامة حتّى يأتى

١- (١) مصباح الفقاهة ٣/٢٠٥ و ٢٠٤.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٥٨.

٣- (٣) حاشية المكاسب ١/٥١٤.

٤- (٤) منية الطالب ١/٣٢٦.

إشكال الجمع بين العوض و المعوض كما يظهر من الفقيه اليزدى(١) رحمه الله .

بل يمكن أن يقال: بعدم دلالة حديث السلطنة حتّى على إلزامه على عقد البيع و نحوه.(٢) و لأنّ «قاعدة السلطنة تقتضى السلطنة على التصرفات فى المال ولو بمطالبته من الغير، لا السلطنة على الغير بإجباره على إيقاع المعاملة على ماله»(٣).

ثالثة: إنّ النسبة بين السلطنة و بدل الحيلولة هى العموم من وجه، فلا يتم الاستدلال لها بها. لأنّه يوجد موارد لا يثبت سطنة على المال للحجر مثلاً ولكن يجرى بدل الحيلولة فى فروضها و موارد ثبوت السلطنة و عدم بدل الحيلولة واضح.

رابعة: لو كان دليلُ بدلِ الحيلولةِ حديثَ السلطنةِ، لابدّ أن يجرى فى موارد يُمنع المالكُ من السلطنة على أمواله نحو الحبس و لم يقل به أحدٌ.

خامسة: موضوع حديث السلطنة هو المال الخارجى(٤) و مع فرض وجوده، لا تصل النوبة إلى شيءٍ غيره، و فى الفروض يقتضى المطالبة بعين المال فقط لا غيرها من المالية أو البدل أو غيرهما.

و لذا قال المحقّق الاصفهانى: «... و المالية القائمة ببدله حصة اُخرى من المالية، فالسلطنة على مطالبتها سلطنة على مطالبة مال الغير لا على مال نفسه»(٥).

و كذا قال: «و السلطنة على الانتفاع بالبدل المدفوع سلطنة اُخرى، ليس للمالک

١- (٥) حاشية المكاسب ١/٥١٤.

٢- (١) كما فى كتاب البيع ١/٤٣٥ للمحقّق الخمينى رحمه الله .

٣- (٢) حاشية المكاسب ١/٤٢٨ للمحقّق الأصفهانى رحمه الله .

٤- (٣) كما فى كتاب البيع ١/٤٣٥ للمحقّق الخمينى رحمه الله .

٥- (٤) حاشية المكاسب ١/٤٢٧.

مطالبتها إلاّ بعد استحقاق البدل و هو أوّل الكلام»(١).

و بما ذكرنا لا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذى فرض كونه فى عهدته يقتضى جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدَّم فى تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذِّر فى المثلى»(٢).

الرابع: قاعدة اليد

المستفاد من قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تُؤَدِّيَهُ.

بتقريب: «إنّ الضمان المستفاد منه أعم من صورة التلف و صورة تعذّر التسليم فعلاً»(٣).

أو «فإنّ أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صورة التلف، كذلک يكون بأداء البدل فى فرض الحيلولة»(٤).

و يرى صاحب الجواهر دلالة قاعدة اليد عليها تامة.(٥)

و فيه: أوّلاً: «المنساق منه صورة التلف» كما قاله الفقيه اليزدى(٦) رحمه الله .

و ثانيا: على فرض دلالة هذا الحديث و تماميّتها فلا فرق بين ما كانت مدّة تعذِّر وصول العين قليلة أو طويلة، مع أنّهم لم يلتزموا ببدل الحيلولة فى المدّة القليلة.

و ثالثا: الحديث يدل على ردّ العين فى فرض وجودها، وردّ المثل أو القيمة فى فرض

١- (٥) حاشية المكاسب ٤٢٧/١.

٢- (٦) المكاسب ٢٥٨/٣.

٣- (٧) كما فى حاشية المكاسب ٥١٤/١ للفقيه اليزدى رحمه الله .

٤- (١) كما فى مصباح الفقاهة ٢٠٧/٣.

٥- (٢) راجع الجواهر ١٣١/٣٧.

٦- (٣) كما فى حاشية المكاسب ٥١٤/١ للفقيه اليزدى رحمه الله .

تلفه، و إذا كان السرقة أو الغرق أو الإباق أو الضياع أو أشباهها فى نظر العرف تلفا فينتقل الضمان إلى المثل أو القيمة و إذا أدّى الضامن أحدهما فيحصل الانتقال القهرى ولو وجدت العين أحيّانا فهو - الضامن - يملكها و إلاّ يلزم إشكال الجمع بين العوض و المعوَّض. هذا هو المستفاد من دلالة الحديث و أنت ترى فوارقها مع بحث بدل الحيلولة.

اللهم إلاّ أن يقال: مناسبة الحكم و الموضوع لدى العرف يقتضى أن يستفاد «من الحديث الشريف أنّ الآخذ إمّا يجب عليه ردّ المأخوذ بشخصه و إمّا يصدق عليه أنّه أداء له ما لم يتمكّن من ردّ شخصه،

و لا يرى العرف فرقا بين التلف و التعذّر من حيث الدلالة للحديث، فإنّ استقرار العين فى عهدة الضامن يقتضى أن يخرج من تبعات ماليته.

نعم، إذا كان زمان التعذّر قصيرا جدّا فليست هذه المناسبة متحقّقة، كما أنّه لايصدق الضرر أيضا»(۱).

أقول: نعم، لا يرى العرف فرقا بين التلف و التعذّر و يحكم بالبدل و مع أخذ البدل توسط المالک و دخوله فى ملكه يجرى الانتقال القهرى و صار العين ملكا للضامن.

الخامس: قاعدة الإتلاف

بتقريب: «إنّ الغاصب قد فوّت سلطنة المالک على ماله فى موارد بدل الحيلولة فحيث إنّه غير قادر على إعادة تلک السلطنة بعينها، فلابدّ له من إعادة مثلها، و من الواضح

أنّ هذا لا يمكن إلاّ بأداء بدل الحيلولة»(۲).

و يرد عليه أوّلاً: مفاد هذه القاعدة ضمان العين التالفة على متلِفها و أمّا ضمان السلطنة الفائتة فلايستفاد منها.

۱- (٤) منية الطالب ۳۲۸/۱.

۲- (۱) مصباح الفقاهة ۲۰۷/۳.

و لذا قال المحقّق النائينى: «ليس للمالک إلاّ الملک، و أمّا السلطنة عليه فهى من أحكام الملک فلا معنى لتعلّق الضمان بها»(۱).

نعم، فوت منافع العين أيضا تدخل فيها و يمكن القول بضمانها بها كما مرّ فى بحث المنافع من صدق المال عليها.

ولكن بين ضمان العين و المنافع، و بين الالتزام ببدل الحيلولة بون بعيد!

و ثانيا: على فرض الشک فى شمول القاعدة لبدل الحيلولة و عدمه، لابدّ من الأخذ بقدر المتيقن من الشمول، لأنّ هذه القاعدة ليست بمدلول آية و لا رواية، بل هى مستفادةٌ من أدلة الضمان الواردة فى موارد متعددة فليس لها إطلاق حتّى نتمسک بها.

و ثالثا: و على فرض شمول القاعدة لبدل الحيلولة فلا فرق بينها و بين حبس المالک و منعه من التصرف فى ماله لأنّ فيهما أيضا يتعذّر وصول المال لمالكه و يفوت سلطنته، مع أنّ القائلين ببدل الحيلولة لم يلتزموا بالضمان فى الموردين.(٢)

السادس: الجمع بين الحقّين

قال الشيخ الأعظم: «و يؤيده: أنّ فيه جمعا بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملک الضامن عند التمكّن من العين»(٣).

و قال النائينى فى نقده: «و فيه: أنّه لو ثبت حقّ للمالک على الضمان مع بقاء عين ماله، لكان دفع القيمة إليه مادام العين خارجةً عن تحت استيلائه جمعا بين الحقّين، و هذا يتوقّف على كون مجرد وضع اليد على العين مع بقائها موجبا لتعلّق حقٍّ فعلىٍّ بالبدل للمالک على الغاصب، و هذا ممّا لايلتزم به أحد، حتّى بناءً على القول بأنّ المدار فى القيمى على يوم

١- (٢) منية الطالب ٣٢٧/١.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ٣/٢٠٧.
٣- (٤) المكاسب ٣/٢٥٨.

المخالفة [الغصب]، لأنّه ليس معناه فعليّة الضمان بالقيمة و العين، بل فعليته بالنسبة إلى القيمة مشروطة بالتلف، غاية الأمر أنّه يلاحظ قيمة يوم المخالفة، و أمّا بدون تلف العين فلا حقّ له إلاّ على العين»(١).

السابع: تسالم الأصحاب قدس سرهم على أنّ الحيلولة من موجبات الضمان

أنت إذا فحصت كلمات الفقهاء - أعلى اللّه مقامهم - فى الفروع المختلفة تجد أنّهم يعدون الحيلولة بنفسها من موجبات الضمان و يمكنک الرجوع إلى مظانِّ هذه الفروع فى الكتب الفقهية:

منها: باب الغصب، و تعذر تسليم المغصوب أو إباق العبد.

و منها: باب الإقرار، فى إقرار ذى اليد بالعين لأحدٍ ثمّ إقراره ثانيا لغيره.

و منها: باب الشهادة، لو شهدت البينة بالطلاق ثمّ رجعت بعد حكم الحاكم بالتفريق.

و منها: باب الجهاد، فى ضمان الإمام المهر للزوج الكافر المهادِن إذا هاجرت زوجته المسلمة إلى بلد الإسلام.

و منها: باب القصاص، فى مَنْ أطلق مستحق القصاص من يد وليّ المقتول أُلزم بدفع الدية للحيلولة.

و منها: باب الأطعمه و الأشربة، فى مسألة واطئ البهيمة و ضمانه لمالكها لمكان الحيلولة.

و منها: باب الإقرار ثانية، فى من باع أو وهب أو صالح شيئا على أنّه له، ثمّ أقرّبه لغيره، حكموا بضمانه للغير للحيلولة بين المقرِّ له و ماله.

١- (١) منية الطالب ٣٢٦/١.

و منها: غيرها، ممّا يقف عليها المتتبّع.(١)

و فيه: على فرض تمامية تسالمهم على الحيلولة و أنّها من موجبات الضمان حيث لم يدل الدليل عليها فنحن نفارقهم لأنّا أبناء الدليل يدور معه حيث مادار. فالعمدة دلالة الدليل و لا يتم.

الثامن: الإجماع

دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة و قد مرّ اعتراف الفقيه المتتبّع السيّد العاملى(٢) بأنّ ظاهر عدّة من الكتب أنّ ضمان القيمة للحيلولة مجمع عليه و أنّهم لَيَأْخُذُوْنَهُ

مُسَلَّما.

و مرّ من صاحب الجواهر قوله: «بل فى المسالك(٣) نسبته إليهم مُشْعِرا بالاتّفاق عليه...»(٤).

و فيه: على فرض وجود هذا الإجماع لا يفيدنا مع وجود هذه الأدلة التى يمكن أن تكون مستند المجمعين.

فذلكة القول فى بدل الحيلولة

حيث لا تتمّ الأدلة لإثباتها فلا يمكننا موافقة المشهور من فقهائنا - قدس اللّه أسرارهم - من حكمهم بها، و فى موارد الضياع و السرقة و الغرق و الإباق إن يصدق التلف عرفا يحكم بأدلة الضمان بضمان المال للمالك بالمثل أو القيمة من جانب الضامن.

و إذا لم يصدق التلف عرفا فليس للمالك المطالبة ببدل ماله، نعم له أُجرة ماله بدلاً

١- (٢) لتفصيل الفروع راجع هدى الطالب ٦١٤/٣.

٢- (٣) راجع مفتاح الكرامة ١٨٥/١٨.

٣- (١) المسالک ٢٠١/١٢ قال بعد البحث عن بدل الحيلولة: «هكذا أطلقوه».

٤- (٢) الجواهر ١٣٠/٣٧.

من منافعه الفائتة له.

و فی فرض التلف و أداء الضمان وقع المبادلة القهرية، فينتقل المال إلى المالک و العين التالفة إلى الضامن، بحيث لو وجدت إحيانا كانت له.

وافقنا على هذا البيان المحقّق السيّد الخوئی(١) و شيخنا الاستاذ(٢) قدس سره .

و على هذا نتعرض لبقية أبحاث بدل الحيلولة تبعا للقوم و لأجل عدم خلوّ كتابنا مِنْ هذه الأبحاث.

المقام الثالث: تحديد موضوعها

قال الشيخ الأعظم: «و هل يقيّد ذلک [١] بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، [٢] أو بعدم رجاء وجدانه، [٣] أو يشمل ما لو علم وجدانه فی مدّة طويلة يتضرّر المالک من انتظارها، [٤] أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه»(٣).

ثم قال: «ظاهر أدلة ما ذكر... الاختصاص بأحد الأوّلين، ولكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير [٤]، كما يظهر من اطلاقهم أنّ اللوح المغصوب فی السفينة إذا خيف من

نزعه غَرْقُ مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل»(٤).

أقول: يقع الكلام معه قدس سره فى جهتين:

الأولى: ما استفاد من الأدلة و الفتاوى.

الثانية: ما استفاد من الفرع المعروف.

أمّا الأولى: يمكن أن يقال: بأنّ الصورتين الأوليين تلحقان بالتلف الحقيقى - و إن

١- (٣) لأنّه ناقش جميع الأدلة فى مصباح الفقاهة ٣/(٢٠٩-٢٠٣).

٢- (٤) إرشاد الطالب ١٩٩/٢.

٣- (٥) المكاسب ٢٥٧/٣.

٤- (١) المكاسب ٢٥٧/٣.

كانتا فى الواقع تلفا حكميا - ولكن بشرط أن يكون اليأس من الوصول إلى العين أو عدم رجاء وجدانها عقلائيا فيحكم فيهما بالضمان بقاعدة من أتلف.

ثم إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع أو تسالمهم بما أنّهما دليل لبّى فالمتيقن منه هو الصورة الاولى أو الصورتين الأُوليين.

و إن كان دليلها الروايات أو قاعدة التلف، فالأمر كذلک و الدليل يشمل الصورتين الأُوليين.

و إن كان الدليل قواعد لا ضرر و السلطنة و ضمان اليد فمفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذّر - بلا فرق بين الزمان الطويل أو القصير - فحينئذ جميع الصور الأربع تدخل فى البحث مع أنّ الفقهاء يخرجون التعذر فى المدّة القصيرة.

و كذلک يلحق بهذه القواعد دليل الجمع بين الحقّين.

هذا هو المستفاد من الأدلة و أنت ترى عدم تمامية ما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ ظاهر الأدلة هو الاختصاص بإحدى الأُوْلَيَيْنِ.

أمّا الثانية: المستفاد من الفرع المشهور

فلابدّ أوّلاً من التعرض إليه ثمّ البحث حوله و أوّل من تعرّض إليه هو شيخ الطائفة فى مبسوطه قال: «إذا غصب ساجة(١) فبنى عليها، أو لوحا فأدخله فى سفينته، كان عليه ردّه سواء كان فيه قلع ما بناه فى ملكه أو لم يكن فيه قلع ما بناه فى ملكه... فإن كانت الساجة قد نقصت فعليه أرش النقص، لأنّه أدخل النقص بفعله، فإن عفنت(٢) فى البناء و متى أخرجها لم ينتفع بها، فعليه قيمتها و ليس عليه ردّها، لأنّها مستهلكة تالفة.

١- (٢) الساجة: شجر عظيم صَلْب، الخشب، جمعه سِيْجان.

٢- (٣) عفنت الخشبة: إذا فسدت من ندوة أصابتها فهى تتفتت عند مسّها.

و إن كان لوحا و أدخله فى سفينته نظرت، فإن كانت فى البرِّ أو فى البحر بقرب البرّ

فالحكم فيه كالساجة فى البناء حرفا بحرفٍ، و إن كانت السفينة فى لجّة البحر نظرت، فإن كان اللوح فى أعلاها أو فى موضع لا يخشى عليها الغرق بقلعه، قلع وردّ، و إن كانت فى موضع متى قلع اللوح غرفت السفينة نظرت، فإن كان فيها حيوان له حرمة أو كان هو فيها لم يقلع، لأنّه إن كانت حرمته سقطت فى حقّه فما سقطت حرمة الحيوان فى نفسه، و إن رضى بإتلاف نفسه لم يقلع لأنّه لا يملک إدخال الضرر على نفسه.

و إن لم يكن فيها حيوان نظرت فإن كان فيها مال لغيره لايقلع، لأنّه لا يملك إدخال الضرر على غير الغاصب، و إن كان المال للغاصب أو لم يكن له فيها متاع ولكنّه يخاف متى قلع اللوح غرقت السفينة فى نفسها فهل يقلع أم لا؟

قيل: فيه وجهان: أحدهما يقلع، لأنّه ليس فى قلعه أكثر من إدخال الضرر على ماله فهو كالساجة، و الآخر و هو الصحيح أنّه لايقلع، لأنّه يمكن إزالة الضرر عن كلّ واحد منهما، عن الغاصب بالتأخير حتّى يقرب من البرّ، و عن المالک بأن يصبر حتّى يصل إليه عين ماله، و لا معنى لاسقاط أحدهما مع القدرة على حفظهما.

و يفارق البناء لأنّه لا يمكن الردّ إلاّ بإدخال الضرر على الغاصب.

فكلّ موضع قلنا له القلع كان عليه الأُجرة و النقص و غيره مثل الساجة حرفا بحرفٍ، و كلّ موضع قلنا لا يردُّ، قيل للمالک: إن اخترت أن تطالبه بالقيمة و إلاّ فاصبر حتّى إذا تمكّن من الردّ ردّها كما قلنا»(۱).

أقول: أنت ترى أنّ ظهور كلام الشيخ فى المطالبة بالقيمة هو المبادلة و المعاوضة بقرينة ما بعدها «و إلاّ فاصبر حتّى إذا تمكن من الردّ ردّها»، لا بدل الحيلولة المذكورة فى

۱- (۱) المبسوط ۸۷/۳ و ۸۶.

كلام الشيخ الأعظم و غيره. و لى فى هذا الفرع كلام يأتى.

و قال فى الخلاف: «إذا غصب ساجة فبنى عليها أو فى مجنبها، أو لوحا فأدخله فى سفينة، كان عليه ردّه، سواء كان فيه قلع ما بناه فى ملكه، أو لم يكن فيه قلع ما بناه فى ملكه، و به قال الشافعى.

و حكى محمّد(۱) فى الأُصول: أنّه متى كان عليه ضرر فى ردّها لم يلزمه ردّها، و ظاهر هذا أنّه لا يلزمه ردّها متى كان عليه فى ردّها ضرر، سواء بنى عليها أو فى مجنبها.

و قال الكرخى: إنّ مذهب أبى حنيفة: أنّه إن لم يكن فى ردّها قلع ما بناه فى حقّه

- مثل أن بناها على بدن الساجة - فقد لزمه. و إن كان فى ردّها قلع ما بناه فى حقّه - مثل أن كان البناء مع طرفيها و لا يمكنه ردّها إلاّ بقلع هذا - لم يلزمه ردّها. و المناظرة على ما حكاه محمّد.

و تحقيق الكلام معهم: هل ملكها بذلک أم لا؟ فعنده قد ملكها، كما قال: إذا غصب شاة فذبحها و شواها، أو حنطة فطحنها. و عندنا و عند الشافعى ما ملكها.

دليلنا: ما قلناه فى المسألة الأُولى سواء، من أنّ الساجة فى ملكه قبل البناء عليها، فمن ادعى زواله بالبناء فعليه الدلالة و روى...»(۲).

و قال فى السرائر: «و من غصب ساجة فأدخلها فى بنائه، لزمه ردّها، و إن كان فى ذلک قلع ما بناه فى ملكه، لمثل ما قدّ مناه من الأدلة من قوله صلى الله عليه و آله : لايحل مال امرء مسلم إلاّ عن طيب نفس منه، قولهُ صلى الله عليه و آله أيضا: على اليد ما أخذت حتّى تؤدى، و كذا لو غصب لوحا فأدخله فى سفينة، و لم يكن فى ردّه هلاک ماله حرمة، و على الغاصب أُجرة مثل ذلک من

۱- (۲) محمّد بن الحسن الشيبانى أحد صاحبَىْ أبيحنيفة.

۲- (۱) الخلاف ۴۰۸/۳ و ۴۰۹، مسألة ۲۲.

حين الغصب إلى حين الردّ، لأنّ الخشب يستأجر للانتفاع به»(۱).

و قال المحقّق: «يجب ردّ المغصوب مادام باقيا ولو تعسَّرَ كالخشبة تُسْتَدخَلُ فى البناء أو اللوح فى السفينة، و لا يُلزم المالكُ أخذ القيمة...»(٢)

و قال العلاّمة فى القواعد: «ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت على الساحل، أو كان اللوح فى أعلاها بحيث لاتغرق بقلعه، ولو كانت فى اللجّة و خيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن يخرج إلى الساحل، إن كان فى السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب، ولو كان له فالأقرب العين»(٣).

أقول: فى زمن العلاّمة بدّل القيمة و المبادلة ببدل الحيلولة.

و قال فى التحرير: «... ولو تعسرَ الردّ وجب مع إمكانه، كاللوح ترقع به السفينة، و هى على الساحل، أو فى اللّجّة و اللوح فى أعلاها، ولو خيف الغرق لم يجب، و للمالك أخذ القيمة، فإذا أمكن ردّ اللوح استرجعه، و ردّ القيمة، ولو خيف غرق مال الغاصب خاصّة قلعت.

ولو استدخل الخشبة فى بنائه وجب ردّها بعينها، و إن أدّى إلى خراب البناء، و كذا لو غصب حجرا فبنى عليه، أو خيطا فخاط به ثوبا ولو بلى الخيط أو انكسر الحجر أو تلفت الخشبة ردّ القيمة، ولو أمكن نزع الخيط من الثوب وجب، و ضمن النقص، ولو خشى تلفه بانتزاعه ضمن القيمة. ولو خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتدّ و الكلب العقور و الخنزير وجب ردُّهُ، ولو كان له حرمة وخشى من نزعه تلف الحيوان أو الشَّيْن أو بطؤ البرء وجبت القيمة، ولو كان الحيوان مأكول اللحم فالأقرب أنّه كذلك.

١- (٢) السرائر ٤٨٤/٢.

٢- (٣) الشرائع ١٨٨/٣.

٣- (٤) القواعد ٢٣٥/٢.

و كلّ موضع يجب فيه ردّ العين لو دفع الغاصب القيمة لم يجب القبول، و كذا لو طلبها المالک»(١).

قال فی المفتاح فی شرح قول العلاّمة فی القواعد إلی قوله: «لا تغرق بقلعه»: «الوجه فی ذلک کلّه واضح، لأنّه لا یخاف من النزع إهلاک نفس محترمة و لا مال فکان حینئذ کالبناء، و لذلک ترک القیدین فی الشرائع و إن کان نص علی الجمیع فی المبسوط و التذکرة(٢) و التحریر و الدروس(٣) و المسالک(٤) و خلاف أبی حنیفة آتٍ هنا»(٥).

و قال فی شرح بقیة کلامه إلی قوله: «أو مال لغیر الغاصب»: «کما هو صریح التذکرة(٦) و جامع المقاصد(٧) و المسالک(٨) و الروضة(٩) و ظاهر غیرها(١٠). و فی مجمع البرهان أنّه لا خلاف فی أنّ حفظ النفس مقدّم علی ردّ المال(١١). و المراد بالحیوان المحترم ما لا یجوز إتلافه مطلقا أو بغیر الذبح. و حینئذٍ فلا فرق بین الآدمی و غیره و لا فی غیره بین أن

١- (١) تحریر الأحکام الشرعیة ٥٢٨/٤ و ٥٢٧.

٢- (٢) تذکرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجری.

٣- (٣) الدروس الشرعیة ١١٠/٣.

٤- (٤) المسالک ١٧٦/١٢.

٥- (٥) مراده من خلاف أبی حنیفة حکمه بملک الغاصب و غرمه قیمة المال کما فی المسالک ١٧٥/١٢ و ١٧٦، و الحاوی الکبیر ٢٠٢/٧، و المغنی ٤٢٥/٥.

٦- (٦) تذکرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجری.

٧- (٧) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

٨- (٨) المسالک ١٧٦/١٢.

٩- (٩) الروضة البهية ٣٦/٧.

١٠- (١٠) كرياض المسائل ٢٢/١٤ و ٢١.

١١- (١١) مجمع الفائدة ٥٢١/١٠.

يكون للغاصب أم لغيره لاحترام روح الحيوان كما سيأتى من الخبر النبوى(١) كما هو ظاهر

الكتاب [القواعد] و صريح التذكرة(٢) و جامع المقاصد(٣) و المسالک(٤) و لا فرق فى مال غير الغاصب و مَنْ لا يعلم أنّ فيها لوحا مغصوبا غير الحيوان بين نفس السفينة أو غيرها لاحترام مال الغير إذا لم يكن عالما، فيجمع بين الحقين بدفع القيمة، فإذا استرجع اللوح ردّ القيمة. و أمّا الواضع ماله فيها بعد علمه بالغصب فكالغاصب كما فى كتب الثلاثة(٥).

و احتمل فى الإيضاح فى أصل المسألة أخذ العين لأنّها وضعت بغير حقّ فيثبت جواز انتزاعها، و إلاّ لجاز دوام الغصب شرعا و هو محال(٦). و هو ضعيف كما فى جامع المقاصد(٧).

قوله: «ولو كان له فالأقرب العين»، «كما هو خيرة التحرير(٨) و الإيضاح(٩) و الدروس(١٠) و جامع المقاصد(١١)، و هو قضية إطلاق الخلاف(١٢) و الشرائع(١٣) و فى المسالک

١- (١٢) مراده ما روى عنه صلى الله عليه و آله أنّه نهى عن ذبح الحيوان إلاّ لأكله. تلخيص الحبير ٥٥/٣، ح١٢٧٢،

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجرى.

٣- (٢) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

٤- (٣) المسالک ١٧٦/١٢.

٥- (٤) أى تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢، جامع المقاصد ٣٠٤/٦ و المسالک ١٧٦/١٢.

٦- (٥) إيضاح الفوائد ١٨٧/٢.

٧- (٦) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

٨- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٧/٤.

٩- (٨) إيضاح الفوائد ١٨٨/٢.

١٠- (٩) الدروس ١٠٩/٣.

١١- (١٠) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

١٢- (١١) الخلاف ٤٠٨/٣، مسألة ٢٢.

١٣- (١٢) الشرائع ١٨٨/٣.

نسبته إلى صريح الأكثر(١)، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور و لا يتمّ إلاّ به، و قد أدخل الضرر على نفسه بعدوانه على أنّه لا يناسبه التخفيف.

و اختير فى المبسوط(٢) و التذكرة(٣) و ظاهر كلام السرائر(٤) أنّه لا ينزع، لأنّ السفينة لا تدوم فى البحر فيسهل الصبر إلى انتهائه إلى الشط، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن تيسّر الفصل و ردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص و تستردّ القيمة جمعا بين الحقّين، و لا

كذلك الساجة فى البناء فإنّه لا أمد لها فينتظر فافترقا. و قد وسمه فى جامع المقاصد(٥) بالضعف، و التضعيف ضعيف إذا استلزم القبح و الضرر الفاحش مع إمكان الجمع بين الحقّين كما حرّر فى ذلك فى باب وجوب المقدمة فليتأمل جيّدا و لاترجيح فى المسالك(٦)...»(٧).

أقول: وجدت فى نقل عبائر القوم عدم التعرض لبدل الحيلولة فى كلمات الشيخ و ابن ادريس و المحقّق و لعلّ أوّل من تعرض لها هو العلاّمة فى كتبه و بعد تبعه القوم.

ثم فهل يمكن استفادة دليلية حكم من الفرع الذى أبدى العلاّمة نظره فيه فى القرن الثامن؟ و تبعه القوم و هل فتاواهم حجة لغيرهم من المجتهدين و هل يمكن تسرية الحكم فى موضوع إلى غيره؟

و هل اسم هذه العملية [إسراء الحكم من موضوع إلى غيره من غير حجة شرعية] إلاّ القياس الباطل فى الشريعة المقدسة عندنا؟ و بهذه الأسئلة ظهر عدم

١- (١٣) المسالک ١٧٧/١٢.

٢- (١٤) المبسوط ٨٦/٣.

٣- (١٥) تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجرى.

٤- (١٦) السرائر ٤٨٤/٢.

٥- (١) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

٦- (٢) المسالک ١٧٧/١٢.

٧- (٣) مفتاح الكرامة ١٨/(٢٨٦-٢٨٤).

تمامية مقالة الشيخ الأعظم من أنّ «ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير» أى ولو كانت المدّة قصيرة، و عدم وجاهة استظهاره.

و العجب من المحشين على المكاسب عدم تعرضهم لهذا الإشكال!

ثم القول فى هذا الفرع المذكور لابدّ فيه من لحاظ أُمورٍ:

الأوّل: وجوب رد عين المال إلى مالكه مهما أمكن خلافا لأبى حنيفة.

الثانى: لا يلزم ردّ عين المال تلف نفس محترمة أو حيوان محترم أو مال كذلک.

الثالث: لا عبرة بما اشتهر فى الألسنة بأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، فلو كان المال للغاصب أيضا يكون محترما.

الرابع: لزوم ردّ العين باق مادام لم يصدق عليها التلف عرفا، ففى مثل الخيط الذى خاط به الثوب و لا يمكن إخراجه صحيحا يصدق التلف عرفا فينتقل الضمان إلى القيمة.(١)

الخامس: إذا صار مال الغاصب محترما فلا فرق بين أنّه فى السفينة على الماء أو فى البناء على الأرض.

السادس: إذا يصدق التلف عرفا على الساجة أو الإستوانة الحديدية المستعملة فى

البناء أو اللوح الخشبى أو الحديدى المستعمل فى السفينة، ينتقل الضمان إلى القيمة فلا يجب ردّ العين. - و صارا كالخيط الذى مرّ -

السابع: فى كلّ مورد يصدق التلف عرفا و ينتقل الضمان إلى القيمة، يعطى الضامن قيمة يوم الأداء. - كما مرّ فى بحث القيمى -

الثامن: إذا لم يصدق التلف عرفا فيلزم على الغاصب إعطاء العين و يجب عليه الخروج من ضمان منافعها - المستوفاة عند الكلّ و حتّى غير المستوفاة عندنا - بأداء أجرة

١- (٤) كما عليه المحقّق الأردبيلى فى هذا الفرع [الخيط] فى مجمع الفائدة ٥٢١/١٠.

مثلها.

التاسع: فى فرض انتقال الضمان إلى القيمة و أداءها تنتقل العين إلى الضامن المؤدِى و بعد أداء القيمة صار العين و منافعها فى ملكه فيجوز الصلاة فى اللباس الذى خاط بخيط الغير بعد أداء قيمته لاقبلها.

العاشر: فی موارد الشک فی تلف العین عرفا أو عدمه، الأحوط المصالحة بین المالک و الغاصب، لا سیما إذا تضرر الغاصب من أداء العین تضررا فاحشا نحو: أرض الغیر التی بنی علیها برجا فی مأة طابق مثلاً و المالک یرید أرضه و الغاصب یتضرر کلِّ ماله أو جلِّه، فحینئذ الأحوط المصالحة بینهما باعطائه للمالک قیمة أرضه ولو بأضعاف مضاعفة حتّی یرضی ببیعها. أو استیجار الأرض منه فی مدّة یبقی البناء عادةً، أو إعطاء منافع الأرض له فی مدّة یبقی البناء عادةً أو نحوها من موارد المصالحة.

«تلک عشرة کاملة»(۱) من الأمور ملحوظة و یظهر لک بعد التأمل فیما سردناه علیک البقیة منها و الحمدللّه أوّلاً و آخرا.

مسائل لابدّ من التنبیه علیها

اشارة

ثم إنّ هاهنا مسائل لابدّ من التنبیه علیها علی القول ببدل الحیلولة:

الاولی: ما المراد بالتعذر؟

هل المراد به التعذر العقلی أو یکفی التعذر العرفی؟ قال الشیخ الأعظم: «ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتکلیف، بل لو کان ممکنا بحیث یجب علیه السعی فی مقدماته لم یسقط القیمة زمان السعی...»(۲).

حاصل مراده قدس سره : إنّ الظاهر من الأدلة عدم اعتبار التعذر العقلی فی ثبوت الضمان

۱- (۱) سورة البقرة /۱۹۶.

۲- (۲) المکاسب ۲۵۸/۳.

ببدل الحيلولة بحيث لايتمكن الضامن عقلاً من الوصول إلى العين، بل يكفى مجرد التعذر

العرفى و إن تمكن الغاصب من الوصول إلى العين بالسعى فى مقدمات الوصول فيحكم بها فى زمان السعى فيها.

و يمكن استيناس اعتبار التعذر العرفى من فتواهم فى اللوح المغصوب المستعمل فى السفينة ببدل الحيلولة مع إمكان الوصول إلى عين اللوح ولو بالسعى فى مقدماته من إيصال السفينة إلى البرّ.

نعم، قد ورد فى ظاهر بعض كلمات الفقهاء(١) مطلق كلمة «التعذر» فى هذا البحث و هى ظاهرة فى التعذر العقلى و هو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالک على أزيد من إلزام الغاصب بردّ العين.

ثم أمر الشيخ الأعظم بالتأمل و لعلّه إشارة إلى أنّ الأصل المذكور محكوم ببعض أدلة بدل الحيلولة بعدم الفرق بين التعذر فى المدّة الطويلة أو القصيرة(٢). أو إشارة إلى أنّ الأصل المذكور قد يلزم تضرر المالک(٣). أو إشارة إلى أنّ تسليط المالک بالزام ردّ عين ماله كاف فى إثبات بدل الحيلولة لأنّها من شؤون ردّ العين.(٤)

ثم اختار فى ختام مقاله التعذر الفعلى - أىّ التعذر فى الحال - و قال: «و لعلّ المراد به التعذر فى الحال، و إن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخّر لأجلها ذو المقدمة»(٥).

١- (١) نحو المحقّق فى الشرائع ١٩٠/٣ و العلاّمة فى القواعد ٢٣٠/٢ و تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤ و الشهيد فى الدروس ١١٢/٣ و السبزوارى فى الكفاية ٦٤٧/٢ و غيرهم فى غيرها.

٢- (٢) كما فى بُغيةُ الطالب ٢٧٣/١ و مصباح الفقاهة ٢١٢/٣.

٣- (٣) هداية الطالب ٣٨٠/٢.

٤- (٤) هداية الطالب ٣٨٠/٢.

٥- (٥) المكاسب ٣/٢٥٨.

و لعلّ هذا هو قسما ثالثا من التعذر فی مقابل التعذرین السابقین - العقلی و العرفی - و مرادهم هذا.

و فیه: إنهم لم یفتوا ببدل الحیلولة فی المدّة القصیرة مع صدق التعذر الفعلی فیها فلا یمکن أن یکون التعذر الفعلی - فی الحال - مرادهم من التعذر.

ثم اعترض الفقیه الیزدی علی الشیخ الأعظم بقوله: «لا یخفی أنّ هذا لیس مطلبا آخر، بل هو نفس الوجه الأخیر الذی أیده بأنّ فیه جمعا بین الحقین، کما أنّ تعبیر البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأوّل و هو الیأس من الوصول، فلا وجه للتکرار فتدبر»(١).

و أجاب عن اعتراضه المحقّق الاصفهانی بقوله: «لکنّه بلا وجه، إذ کون الشیء بحیث لا قدرة علی تحصیله لا ینافی القطع بحصوله فیما بعد، فضلاً عن رجاء حصوله، فالتعذر المسقط للتکلیف لیس عین الیأس، کما أنّ رجاء الوصول یجتمع مع القدرة علی تحصیله و مع عدمها، فلیس رجاء الوصول مستلزما للقدرة علی التحصیل»(٢).

و تبعه فی الاعتراض المحقّق السیّد الخوئی و قال: «أنّ الیأس إلی العین أعم من التعذر العقلی فإذا اعتبر الثانی فی سقوط التکلیف بردّ نفس العین فمجرد الیأس لا یوجب سقوطه، کما أنّ الاعتبار التعذر العرفی فی سقوط التکلیف بردِّ العین أعمّ من الحکم بثبوت بدل الحیلولة بمجرد التعذر الفعلی و إذن فلا تکرار فی عبارة المصنف»(٣).

الثانیة: یجوز للمالک الامتناع من أخذ بدل الحیلولة

لیس للغاصب إجباره بها، کما مرّ ذلک فی بحث المثلی المتعذَّر، أنّ للمالک الصبرَ إلی وجدان المثل و لیس للغاصب أو المتلِف إجباره بقبول القیمة.

١- (٦) حاشية المكاسب ٥١٦/١.

٢- (١) حاشيته على المكاسب ٤٢٩/١.

٣- (٢) مصباح الفقاهة ٢١٢/٣.

و الأمر هنا كذلک، أخذ القيمة حقٌّ للمالک بدلاً عن حيلولة الغاصب بينه و بين ماله ولكنّه حقٌّ و له عدم استعماله و الاستفادة منه و الصبر حتّى توجد عين ماله. و ليس للغاصب إجباره بأخذ القيمة.

كما ظهر من الشيخ أنّ أخذ القيمة فى الحيلولة حقٌّ للمالک حيث يقول: «إذا غصب مِلْكا لغيره فخرج عن يده مثل أن غصب عبدا فأبق أو فرسا فشرد أو بعيرا فندَّ أو ثوبا فسرق، كان للمالک مطالبته بقيمته، لأنّه حال بينهما بالغصب...»(١).

فقوله: «كان للمالک مطالبته بقيمته» ظاهر فى أنّ أخذ القيمة حقّ للمالک.

و كذلک ليس فى أدلة بدل الحيلولة - على فرض تماميتها - ما يدل على جواز إجبار الغاصب المالک على قبول القيمة و البدل، و ليس هنا دليل آخر يدلّ عليه، فيتخيّر المالک بين قبول القيمة التى هى البدل و بين الصبر إلى زوال العذر. و هذا هو المراد بقاعدة السلطنة، لأنّ المالک يستحقّ عين ماله و اجباره على أخذ القيمة و البدل يكون على خلاف هذه السلطنة.

و لتوضيح ما ذكرنا راجِعْ مقالة المحقّق النائينى(٢) فى المقام.

الثالثة: خروج العين عن المالية

يعدّ من موارد بدل الحيلولة حيث قال الشيخ الأعظم: «و كما أنّ تعذّر ردّ العين فى حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم»(٣).

نحو الماء على الشط و الجمد فى الشتاء، و قد حكم سابقا(٤) بانتقالها إلى القيمة مطلقا

١- (٣) المبسوط ٩٥/٣.

٢- (١) المكاسب و البيع ٣٨٩/١ الأمر التاسع.

٣- (٢) المكاسب ٢٥٩/٣.

٤- (٣) المكاسب ٢٣٨/٣.

و هنا يذهب إلى أنّ خروج العين عن المالية يكون من موارد بدل الحيلولة و بينهما فرقٌ و تنافٌ.

قد دفع هذا التنافى المحقّق المروج رحمه الله بقوله: «أنّ خروج المال عن التقويم على نحوين: فتارة لا يُرجى عودُ المالية إليه كاللحم المتعفن و الفاكهة الفاسدة، فالواجب فيهما المثل أو القيمة من باب التلف الحقيقى...، و اُخرى يرجى عود المالية كما إذا ضمن ماءً فى المفازة و لم يتلف حتّى وصل الشاطىء و أراد إجتيازه إلى مفازةٍ اُخرى فيقال: بأنّ للمالك مطالبة بدل الحيلولة عند الشاطىء ولو بقى الماء بحاله إلى الوصول إلى المفازة الاُخرى وجب على الضامن دفعه إلى المالك، و لعلّ هذا الفرض الثانى محطّ نظر الماتن هنا...»(١).

أقول: إن تمّ ما ذكره هذا المحقّق الجليل فيدفع التنافى فى كلام الشيخ الأعظم رحمه الله و إلاّ يرجع.

الرابعة: هل مالك العين يملك بدل ماله؟

إذا بذل له الغاصب الضامن؟ أم أنّه لا يملك و يبيح له التصرف فيه بأنواع التصرفات حتّى ما يكون مشروطا بالملكية و هذا هو الإباحة المطلقة كما مرّ نظيرها فى بحث المعاطاة. و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين.

المشهور على الأوّل، بل «فى الخلاف(٢) و الغنية(٣): أنّ مالک العين إذا أخذها - أىّ القيمة - ملكها بلا خلاف. و ظاهرهما نفيه بين المسلمين»(٤).

١- (٤) هدى الطالب ٥٦٦/٣.

٢- (٥) الخلاف ٤١٢/٣، مسألة ٢٦.

٣- (٦) غنية النزوع /٢٨٢.

٤- (٧) كما فى مفتاح الكرامة ١٨٥/١٨ و مرّ سابقا تمام كلامه.

و ربما يستظهر(١) من المحقّق القمى رحمه الله فى جامع شتاته القول الثانى أىّ الإباحة المطلقة حيث يقول: «.. فلا مانع من أن يكون ذلک نوعا من التملّک، و حاصله: أنّ للمالک التصرف للبدل حتّى بالإتلاف و البيع و غير ذلک. و ذلک مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبة، فإن ظهر العين و البدل باقٍ فللغاصب استرداد ماله إذا كان باقيا بخلاف مالو أتلفه...»(٢).

و صرح العلاّمة فى التذكرة بأنّ القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكا مراعى للحيلولة فيزول بزوالها.(٣)

ثم الذى قوّى القول الثانى - أى عدم الملكية، و أعنى الإباحة المطلقة - هو الإشكال الذى طرحه أوّل مرّة العلاّمة فى قواعده مرّتين حيث يقول: «ولو أبق العبد ضمن فى الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادّا، و للغاصب حبس العبد إلى أن يردَّ القيمة عليه على إشكال...»(٤).

و قال فى المرّة الثانية: «يجب ردّ العين مادامت باقيةً، فإن تعذّر دفع الغاصب البدلَ و يملكه المغصوب منه و لا يملک الغاصب العين المغصوبة، فإن عادت فلكلٍّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالک على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»(٥).

قال ولده فخر المحقّقين فی شرح کلامه الأوّل: «ینشأ من عدم الجمع بین العوض و المعوّض فیترادّان معا، و وجوب ردّ العین علی الغاصب مع التمکن علی الفور و هو

۱- (۱) المستظهِرُ هو الشیخ الأعظم فی مکاسبه ۲۵۹/۳ حیث یقول: «حکی الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمی رحمه الله فی أجوبة مسائله».

۲- (۲) جامع الشتات ۱۵۲/۱ من الطبع الحجری - (۲۶۱/۲ من الطبع الحروفی).

۳- (۳) تذکرة الفقهاء ۳۸۵/۲ من الطبع الحجری.

٤- (٤) قواعد الأحکام ۲۲۸/۲.

۵- (۵) قواعد الأحکام ۲۳۰/۲.

الأُولی»(۱).

و قال فی شرح کلامه الثانی: «ینشأ من أنّه قد استقر ملکه علیه و لأنّه ینافی البدلیة إذ ما لایستقر علیه الملک لا یصلح أن یکون بدلاً قهریا شرعا لما یستقر علیه الملک، و لأنّه قد لا یرغب المعاملون فیه، و من أنّه للحیلولة و قد زالت، و الأوّل أُولی لأنّ الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»(۲).

و قال المحقّق الکرکی فی شرح کلامه الأوّل: «و أعلم إنّ هنا إشکالاً، فإنّه کیف تجب القیمة و یملکها بالأخذ و یبقی العبد علی ملکه و جعلها فی مقابلة الحیلولة لا یکاد یتضح معناه، - ثم قال فی شرح إشکال العلاّمة: - ینشأ: من أنّه دفعها عوضا فله حبس المعوض إلی أن یقبض العوض کسائر المعاوضات، و من أنّها لیست معاوضة حقیقة، و إنّما قبضه المالک ارتفاقا و محافظة علی مصلحته، و قد کان تسلیم العبد واجبا علی الفور و الأصل بقاؤه، و لا یجوز حبس مال فی مقابل مال آخر قد حبسه مالک المال الأوّل ظلما، لأنّ مَنْ ظَلَمَ لا یُظلم، و الأصح أنّه لیس له ذلک»(۳).

و قال فی شرح الإشکال الوارد فی کلامه الثانی: «ینشأ، من ثبوت الملک و الأصل بقاؤه، و من أنّه إنّما للحیلولة و قد زالت. قیل: لو کان بحیث یجبر علی ردّه لکان نقصا فی البدلیة، إذ قد لایرغب المعاملون فیه: و لیس بشیءٍ لأنّه متی تعلَّق به حقّ ثالث وجب عوضه، و الأصح وجوب الردّ فیجبر علیه...»(٤).

و قال ثانی الشهیدین فی تبیین الإشکال: «... و لا یخلو من إشکال من حیث اجتماع

١- (٦) ایضاح الفوائد ١٧٨/٢.

٢- (٧) ایضاح الفوائد ١٨١/٢.

٣- (١) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

٤- (٢) جامع المقاصد ٢٧٢/٦.

العوض و المعوّض علی ملک المالک من غیر دلیل واضح. ولو قیل بحصول الملک لکلّ منهما متزلزلاً، أو توقّف ملک المالک للبدل علی الیأس من العین و إن جاز له التصرف فیه، کان وجها فی المسألة»(١).

و استحسن السبزواری(٢) مقالة الشهید الثانی.

و أجاب السیّد العاملی صاحب مفتاح الکرامة عن الإشکال بقوله: «قلتُ: قد عرفت أنّ وجوب القیمة و تملّکها بالأخذ لاخلاف فیه بین المسلمین. کما أنّ الظاهر أنّ الضمان للحیلولة کذلک، کما أنّ بقاء العین علی ملک المالک و عدم دخولها بعد بذل العوض فی ملک الغاصب لاخلاف فیه إلاّ من أبی حنیفة(٣). و هذه الثلاثة تقضی بأنّ الجمع بین العوض و المعوّض إنّما یمتنع إذا کانا فی یده و

تحت تصرفه و كان أحدهما فى مقابلة الآخر، و أمّا إذا كان أحدهما خارجا عن يده و تصرّفه ظلما و عدوانا و قد أخذ ذلک العوض عوضا عن

مظلمته التى يجب عليه ردّها عليه فورا و جبرا عمّا فاته من منفعته و لم يكن فى مقابلة نفس العين المغصوبة فلا مانع منه عقلاً و شرعا بل هما حاكمان بذلک، فهذا معنى جعلها فى مقابلة الحيلولة، فقد اتضح معناه و علم مبناه و أنّه الإجماع كما عرفت»(٤).

و ذهب صاحب الجواهر إلى «أنّ للمغصوب أحوالاً ثلاثة:

أحدها: حال وجود العين على وجه يتمكن من ردّها إلى مالكها، فليس عليه إلاّ وجوب الردّ... .

و الثانى: ذلک أيضا إلاّ أنّه يتعذر أو يتعسّر ردّها، فعليه ضمان قيمتها تحقيقا لا

١- (٣) المسالک ٢٠١/١٢.

٢- (٤) الكفاية ٦٤٨/٢.

٣- (٥) بدائع الصنائع ١٥٢/٧.

٤- (١) مفتاح الكرامة ١٨٧/١٨.

تقديرا، و هو المسمى بضمان الحيلولة و معه يملک المغصوب منه القيمة المضمونة عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هوله و إن بقيت العين مملوكة له أيضا للأصل و غيره ممّا عرفت.

الثالث: حال تلف العين و خروجها عن قابلية الملک بموت و نحوه فيتعلَّق مثلها أو قيمتها فى ذمّة الغاصب تعلّق الديون»(١).

و قال فی وجه ملکیة المالک للقیمة بعد ذکر الاتفاق علیه(۲): «... بل أدلة الضمان التی منها «علی الید» شاملة لذلک قطعا فهی حینئذ مقتضیة لملک المالک القیمة... فالقیمة المدفوعة حینئذ مملوکة و العین باقیة علی الملک للأصل و لأنّها مغصوبة و کلّ مغصوب مردود و أخذ القیمة غرامة للدلیل الشرعی لا ینافی ذلک...»(۳).

و قال الشیخ الأعظم: «ولو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة فی الملکیة لاحتملنا أن یکون مباحا له إباحة مطلقة و إن لم یدخل فی ملکه... و یکون دخوله فی ملکه مشروطا بتلف العین...»(٤).

و قال أیضا: «... لا ینتقل العین إلی الضامن، فهی غرامة لا تلازم فیها بین خروج المبذول عن ملکه و دخول العین فی ملکه و لیست معاوضة لیلزم الجمع بین العوض و المعوّض، فالمبذول هنا کالمبذول مع تلف العین فی عدم البدل له»(٥).

۱- (۲) الجواهر ۱۳۲/۳۷.

۲- (۳) الجواهر ۱۳۰/۳۷.

۳- (٤) الجواهر ۱۳۱/۳۷.

٤- (٥) المکاسب ۲۵۹/۳.

٥- (٦) المکاسب ۲۵۹/۳.

أقول: لو تمّت أدلة بدل الحیلولة(۱) و الغرامة أو الإجماع فهو و إلاّ - کما هو کذلک - فالإشکال باقٍ علی حاله و لا تفید أجوبة القوم، و کذا الاحتمال المذکور فی کلام الشیخ الأعظم المنسوب إلی المحقّق القمی أیضا لا یتم فی أصله - و هو المعاطاة - فیکف بفرعه - و هو فی المقام - .

و الحاصل: ملكية مالک العين لبدل ماله فی فرض بدل الحيلولة و قبل تلف العين و إن ادعی عليها الإجماع ولكنّه فی غاية الإشكال. و لا عبرة بدعوی الإجماع لما مرّ سابقا بأنّه مدركی.

و هذا الإشكال هو أحد الإشكالات التی ترد علی القول ببدل الحيلولة و نحن فی فُسْحَةٍ منها.

الخامسة: لا تنتقل العين إلی دافع بدل الحيلولة

قد مرّتْ مقالة صاحب المفتاح: «... كما أنّ بقاء العين علی ملک المالک و عدم دخولها بعد بذل العوض فی ملک الغاصب لا خلاف فيه إلاّ من أبی حينفة»(۲).

و قال الشيخ الأعظم: «... فلا ينتقل العين إلی الضامن، فهی غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين فی ملكه و ليست معاوضة...»(۳).

القائلون ببقاء العين علی ملک مالكها و عدم انتقالها إلی الضامن الدافع لم يأتوا بدليل إلاّ: الإجماع و الأصل.

۱- (۱) و دلالة الأدلة تختلف فی أنّ القيمة تكون ملكا للمالک أو أنّها مبيحةٌ له التصرف فيه و لأجل تفصيل ذلک راجع حاشية المحقّق الأصفهانی علی المكاسب ۴۳۰/۱ و ما بعده، و مصباح الفقاهة ۲۱۴/۳ و ما بعده.

۲- (۲) مفتاح الكرامة ۱۸۷/۱۸.

۳- (۳) المكاسب ۲۵۹/۳.

و قد عرفت: أنّ الأوّل منهما محتمل المدركية و لم يكن تعبديّا حتّی يفيد شيئا.

و الثانی منهما: يفيدنا مع عدم دليل آخر و أمّا مع وجوده فلا.

و قد مرّ منّا بأنّ المالک یملک القیمة المسمّاة عند القوم ببدل الحیلولة و الضامن الدافع المعطی لها یملک العین بالمعاوضة القهریة «لاستحالة بدلیة شیءٍ عن شیءٍ إلاّ بقیام البدل مکان المبدل فی جهة من الجهات، و تلک الجهة فی المقام هی الإضافة الملکیة»(۱).

لا یقال: المالک یملک القیمة (بدل الحیلولة) و أمّا الضامن فلا یملک العین لأنّ البدلیة فی هذه المعاوضة لیست بدلیة حقیقیة، بل إنّما هو غرامة محضة نحو: دیة المقتول أو المجروح أو المبذول عند تلف العین، و من المعلوم أنّ عنوان الغرامة لایستلزم دخول العین فی ملک الضامن، و هی لیست معاوضة قهریة شرعیة.

لأنا نقول: إذا قلنا بملکیة القیمة (بدل الحیلولة) لمالک العین - کما تدلّ علیها قاعدتا من أتلف و ضمان الید - صار العین ملکا للضامن المعطی للقیمة بالمعاوضة القهریة الشرعیة، و إلاّ یستلزم اجتماع العوض و المعوّض فی ملک مالک العین - کما مرّ - و هو باطل.

و یؤید ما ذکرنا حسنة سدیر عن أبی جعفر علیه السلام فی الرجل یأتی البهیمة، قال: یجلد دون الحدّ و یغرم قیمة البهیمة لصاحبها، لأنّه أفسدها علیه و تذبح و تحرق إن کانت ممّا یؤکل لحمه، و إن کانت ممّا یرکب ظهره غرم قیمتها و جُلِّد دون الحدّ و أخرجها من المدینة التی فعل بها فیها إلی بلاد اُخری حیث لا تعرف، فیبیعها فیها کیلا یعیربها صاحبها.(۲)

و یترتب علی خروج العین عن ملک المالک و عدمه فروع مهمة:

منها: إذا خاط ثوبه بخیوط مغصوبة، علی القول بدخول الخیوط فی ملک الغاصب

۱- (٤) مصباح الفقاهة ۲۱۶/۳.

۲- (۱) وسائل الشیعة ۳۵۸/۲۸، ح٤، الباب ۱ من أبواب نکاح البهائم.

بعد أداء البدل جازت له التصرف و الصلاة فی ذلک الثوب و إلاّ فلا.

و یمکن إلحاق الخیوط بالتلف الحکمی لعدم إمکان ردّها غالبا إلاّ بعد سقوطها عن المالیة بالنزع کما عن الأردبیلی(۱). و استجوده فی الجواهر(۲). و قال السیّد الیزدی رحمه الله : «الحقّ مع الأردبیلی»(۳). و الأمر کذلک لا سیما إذا کان المخیط بالخیوط المغصوبة لجرح النفس المحترمة أو ثوب غیره، لأنّ النزع یوجب التلف أو الضرر فلا یجوز.

و منها: إذا غصب خمرا محترمة أو دابة أو شجرة مثمرة، و انقلب الخمر خلاً أو ماتت الدابة أو یبست الشجرة و صار خشبة، علی القول بالمعاوضة القهریة و بعد أداء البدل و القیمة من طرف الغاصب، دخل الخل و المیتة و الخشبة فی ملکه و إلاّ فلا.

و صرح الفقیه الیزدی(٤) رحمه الله بدخول الخل فی ملک الضامن.

و منها: إذا غصب دهنا أو لحما أو نحوهما و خلطها بطعامه، فإنّه بناءً علی دخول العین فی ملک الغاصب بعد أداء القیمة یجوز له أکل الطعام و إلاّ لا یجوز له التصرف فیه إلاّ برضا المالک.

و منها: إذا توضأ غفلة بماء مغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد و التفت بعد الغسلات و قبل المسحات بغصبیة الماء، فعلی القول بدخول الرطوبة فی ملک الضامن یجوز المسح بها و کذا علی القول بأنّ الرطوبة بمنزلة الشیء التالف فلا یملکها مالکها و حینئذ یجوز المسح بها، أمّا علی القول ببقائها علی ملک المالک فلا یجوز المسح بل علیه استیناف وضوئه.

۱- (۲) مجمع الفائدة و البرهان ۵۲۱/۱۰.

۲- (۳) الجواهر ۸۰/۳۷.

۳- (٤) حاشیة المکاسب ۵۲۲/۱.

٤- (٥) حاشية المكاسب ١/٥٢٣.

ذهب إلى جواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب، ابن فهد الحلّى(١) و السيّد محمّد العاملىّ صاحب المدارك(٢) و الأردبيلى(٣).

تذكرة: و بما ذكرنا يظهر الإشكال المعروف فى مسألة تعاقب الأيدى و هو: أنّ المغصوب منه يتخيّر فى أخذ بدل ماله من أىّ شخص من جماعة الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم على ماله، ولكن إذا رجع إلى الأوّل منهم، يرجع الأوّل إلى الثانى، و الثانى إلى الثالث حتّى تنتهى سلسلتهم و تثبت الغرامة على الأخير منهم الذى تلفت العين فى يده.

و أمّا إذا رجع المالک فى أخذ بدل ماله إلى المتوسطين منهم لم يرجع هذا المتوسط إلى السابقين، بل يرجع إلى اللاحقين منهم فقط، و الإشكال هو الفارق بين الصورتين، بل بعبارة أوضحة لماذا ليس له الرجوع إلى السابقين؟!

و أمّا الجواب: أنّ الغاصب إذا أعطى البدل عن العين المغصوبة التالفة ملكها هو عن مالک العين و إذا ملكها عنه يجوز له الرجوع إلى من غصب منه، فالغاصب الأوّل يجوز له الرجوع إلى الثانى و غيره و أمّا الغاصب المتوسط فله الرجوع إلى اللاحقين فقط لأنّه يملک عليهم شيئا و لا يملک على السابقين منهم.

لا يقال: إنّ العين التالفة معدوم و المعدوم لا يقبل الملكية، فلا يمكن انتقال ملكية العين من المالک إلى الغاصب المعطى للبدل.

لأنّا نقول: الملكية من الأُمور الاعتبارية و مع ترتب الأثر عليها فلا محذور فى تعلّقها بالأُمور العدمية.

و لعلّ هذا هو الجواب التام الوحيد عن هذا الإشكال الوارد على مسألة تعاقب

١- (١) جوابات المسائل الشامية الأُولى /٣٤٤ المطبوعة فى ضمن الرسائل العشر.

٢- (٢) مدارک الأحكام ٢١٣/٤.

٣- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢١/١٠.

الأيدى و هو من محتملات كلام صاحب الجواهر قدس سره فراجعْ تمامه فى كتابه(١). بل من صريح كلامه(٢) و التفصيل يطلب من محلِّه، و الحمدللّه.

تكميل فيه توضيح:

قال الشيخ الأعظم: «و لعلّ ما عن المسالک: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج فتعيّن القيمة فقط. محمول على صورة تضرر المالک بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة...»(٣).

أقول: العبارة المنقولة عن المسالک غير موجودة فيه، نعم هى تلفيق بين كلامه فى مسألتى الخشبة و الخيط و استفادة منهما كما نبّه عليه المحقّق المامقانى(٤) رحمه الله .

قال الشهيد الثانى فى مسألة الخشبة المغصوبة: «إذا غصب خشبة و أدرجها فى بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب بل عليه إخراجه من البناء و ردّه إلى المالک، خلافا لأبى حنيفة حيث حكم بملكه و يغرم قيمته... ثم إذا أخرجها و ردّها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص. ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها و هل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر، من فوات المالية و بقاء حقّ المالک فى العين. و ظاهرهم عدم الوجوب و أنّها تنزل منزلة المعدومة، ولو قيل بوجوب إعطائها المالک لو طلبها كان حسنا، و إن جمع بين القيمة و العين»(٥).

أنت ترى بأنّ هذا الكلام المنقول من الشهيد الثانى ورد بالنسبة إلى غصب الخشبة لا

١- (١) الجواهر ١٣٧/٣٧، بقى شيءٌ.

٢- (٢) الجواهر ٨٠/٣٧، بل ستسمع ملک الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة... .

٣- (٣) المكاسب ٢٦٥/٣.

٤- (٤) غاية الآمال /٣١٨.

٥- (٥) المسالک ١٧٦/١٢ و ١٧٥.

الخيط المغصوب الوارد فى كلام الشيخ الأعظم ولكن قال فى الخيط المغصوب: «إن خيط به ثوب و نحوه فالحكم كما فى البناء على الخشبة... و إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة...»(١).

يستأنس من صاحب الجواهر موافقته لنا من انتقال العين إلى الضامن المعطى حيث يعترض على ثانى الشهيدين فى القيل الوارد فى آخر كلامه فى بحث الخشبة المغصوبة حيث يجمع بين القيمة و العين للمالک قال فى نقده صاحب الجواهر: «قلت: لكنّه مناف لقاعدة

لاضرر و لا ضرار و مناف أيضا لملک القيمة التى هى عوض شرعى يقتضى ملک معوّضه للدافع، اللهم إلاّ أن يقال: إنّها عوض مالية و إن بقى هو مملوكا، لكنّه كماترى و ستسمع إن شاء اللّه تحقيق الحال فى المسألة الآتية»(٢).

و قال فى بحث الخيط المغصوب: «... بل ستسمع ملک الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة و إن كان متزلزلاً، بل كان ذلک مفروغ منه عند التأمل فى كلماتهم فى مقامات متعددة ظاهرة أو صريحة فى أنّ المؤدى عن المضمون عوض شرعى عنه على وجه يقتضى الملک للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين ممّا لا قيمة له و بينها إذا كانت كذلک لو انتزعت، كما فى الفرض الذى يتعذر فيه الردّ لنفس العين المغصوبة»(٣).

السادسة: إذا زال التعذّر هل يجب ردّ العين؟

قال الشيخ الأعظم: «للإشكال فى أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين و صار ممكنا وجب ردّها إلى مالكها - كما صرّح به فى جامع المقاصد(٤) - فورا و إن كان فى احضارها مؤونة، كما

١- (٦) المسالک ١٧٨/١٢.

٢- (١) الجواهر ٧٦/٣٧.

٣- (٢) الجواهر ٨٠/٣٧.

٤- (٣) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

كان قبل التعذر...»(١).

أقول: قد مرّ(٢) نقل كلمات القوم فى أوّل البحث فى المقام فى ضمن كلام صاحب المفتاح(٣) فلا أعيدها.

إن قلنا بصيرورة العين المغصوبة ملكا للغاصب المعطى للبدل - كما هو المختار - فإذا زال التعذّر لم يجب ردّها إلى مالكها الأوّل.

و إن ذهبنا إلى بقاء العين المغصوبة على ملک مالكها الأوّل و عدم انتقالها إلى الدافع للبدل فيجب عليه ردّها إلى المالک.

و يمكن أن يقال(٤): بأنّ المسألة مبتنيةٌ على أن ملكية البدل لمالک العين يكون ملكية لازمة أو جائزة فعلى الأوّل لا يجوز للمالک الرجوع فى العين و على الثانى يجوز.

و الابتناء الأوّل أُولى و أظهر و أسلم من المناقشة.

ولكن الفقيه اليزدى ذهب إلى أن بدلية البدل للعين المغصوبة مقيدة بمادامية التعذّر عن اداء العين و الخروج عن عهدتها و لذا قال: «الظاهر أنّه لا خلاف بينهم فى الترادّ إذا ارتفع التعذّر من غير فرق بين مثل الغرق و السرق و الضياع و نحوها ممّا يعد تلفا عرفا و يكون المدرک للضمان أدلة الغرامات، و بين ما إذا كانت العين غير تالفة إلاّ أنّها متعذّرة الوصول إلى مدّة، و يكون المدرک للضمان قوله صلى الله عليه و آله : «الناس» على البيان السابق. قلت: و لعلّ الوجه فى ذلک أنّ البدلية المفهومة من الأدلة و قوله صلى الله عليه و آله : «الناس» بدلية مادامية، إذ الحكم بها إنّما جاء من جهة التعذّر، فمع ارتفاعه ينقطع ذلک و يعود كما كان، و لا فرق فى ذلک

١- (٤) المكاسب ٢٦٧/٣.

٢- (٥) راجع صفحة ٥٦٩ من هذا المجلد.

٣- (٦) مفتاح الكرامة ١٨٤/١٨.

٤- (٧) كما عليه المحقّق الخوئى فى مصباح الفقاهة ٢٢١/٣.

بين ما لو قلنا ببقاء العين على ملک المالک، و ما لو قلنا بالمعاوضة القهرية التعبدية، إذ على تقدير الثانى أيضا المعاوضة إنّما هى مادام التعذّر. و لعلّ نظرا لفقهاء أيضا إلى ما ذكرنا من كون البدلية مادامية، و إلاّ فمع الإغماض عن ذلک يشكل الحكم...»(١).

و تبعه المحقّق النائينى و قال: «إذا ارتفع العذر و تمكّن من ردّ العين إلى مالكه وجب الردّ فورا حتى على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية، لأنّ الحكم بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذّر و يدور مداره...»(٢).

أقول: بعد الذهاب إلى المبادلة القهرية الشرعية ولو كانت مبدأه تعذّر ردّ العين - لأنّه مع إمكان ردّها يجب الردّ - وقعت المبادلة و بعد وقوعها حكم بماداميتها للتعذر و إدارتها مداره محل تأمل بل منع،

لعدم ثبوت هذا التقييد فى المبادلة بعدم وجود الدليل عليه. فتبعية المشهور من وجوب ردّ العين بعد التعذّر إلى مالكه على مبناهم تام ولكن على مبنانا من وقوع المبادلة القهرية غير تام، لأنّ العين دخلت فى ملك الغاصب المعطى للبدل فلا تردُّ على المالک الأوّل، و اللّه العالم.

السابعة: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل

الغاصب الضامن المعطى للبدل يخرج عن عهدة ضمان العين بدفع بدلها و لازمه عدم ضمانه لزيادة قيمة العين مطلقا - أىّ بلا فرق بين ارتفاع القيمة السوقية أو للزيادة المتصلة - كالسمن فى الحيوان و تعلّمه - أو للزيادة المنفصلة - كالثمرة و نحوها - أو غيرها - و كذا لا يضمن منافعه لخروج العين عن عهدته بدفع البدل.

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن

١- (١) حاشية المكاسب ٥٣١/١.

٢- (٢) منية الطالب ٣٣٦/١.

عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة - كالثمرة - و لا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلک.

و عن التذكرة(١) و بعض آخر(٢) ضمان المنافع، و قوّاه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه(٣).

و فى موضع من جامع المقاصد أنّه موضع توقّف و فى موضع آخر رجّح الوجوب(٤)»(٥).

و قبله قال السيّد العاملى: «... و إنّما الاشكال فى الأُجرة للمدّة التى بعد بذل القيمة فهل تلزمه الأُجرة لها أم لا؟ و قد قرّب فى التذكرة(٦) اللزوم و الوجوب و قال: إنّه أصح وجهى الشافعية، لأنّ حكم الغصب باقٍ و إنّما وجبت القيمة للحيلولة فيضمن الأُجرة لفوات المنفعة و لأنّ العين باقية على ملكه و المنفعة له. و هو قضية كلام المبسوط(٧) و مال إليه فى المسالک(٨) و كأنّه قال به فى مجمع البرهان(٩) و هو الأصح. و قرّب فى التحرير(١٠) و

١- (١) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٢) نحو الشهيد الثانى فى المسالک ٢٠١/١٢ و الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٥٣٨/١٠ و السيّد العاملى فى المفتاح ١٦٨/١٨ و صاحب الجواهر فى كتابه ١٣٩/٣٧.

٣- (٣) المبسوط ٩٦/٣.

٤- (٤) جامع المقاصد ٢٥١/٦ و ٢٧٣.

٥- (٥) المكاسب ٢٦٦/٣.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجرى.

٧- (٧) المبسوط ٩٥/٣.

٨- (٨) المسالک ٢٠١/١٢.

٩- (٩) مجمع الفائدة و البرهان ٥٤١/١٠.

١٠- (١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤.

الإرشاد(١) و الإيضاح(٢) العدم. و فى الشرائع(٣) أنّه أشبه لأنّ القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأنّ المغصوب عاد إليه و هى الواجبة عليه، فإذا دفعها برئ، و لأنّه استحق الانتفاع ببدله و عوضه الذى يقوم مقامه، فإذا قبضه المالک لم يستحق الانتفاع به إذا لم يبق له من ذلک المال على

الغاصب حقّ، و إلاّ لم يكن عوضا، لكن هذا لا يتم مع الحكم ببقائها على ملك المالک و إنّما نماءها له و عدم وجود مسقط للضمان عن الغاصب لها، فإنّه لا يكون

إلاّ بردّها أو بالمعاوضة عليها على وجه تنتقل به عن ملک مالكها و لم يحصل. و فى جامع المقاصد(٤) المسألة محل توقف و نحوه فى الدروس(٥) و الكفاية(٦)، و يأتى لصاحب جامع المقاصد(٧) أنّ الذى يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان...»(٨).

و قال فى الجواهر عند اختيار صاحب الشرائع أنّ العدم هو الأشبه: «عند المصنف بأُصول المذهب و قواعده التى منها أصل البراءة، و أنّ القيمة المأخوذة مُنَزِّلةٌ مَنْزِلَة المغصوب، فكأنّه عاد إليه بل هى الواجبة عليه و قد دفعها فبرأ، و أنّه استحق المالک الانتفاع بالقيمة التى هى عوض و بدل فى المعنى، فلم يبق له على الغاصب حقّ فى ذلک المال، و إلاّ لم تكن فائدة للغاصب فى الدفع»(٩) ولكن مع ذلک اختار صاحب الجواهر القول

١- (١١) إرشاد الأذهان ٤٤٦/١.

٢- (١٢) إيضاح الفوائد ١٧٤/٢.

٣- (١٣) الشرائع ١٩١/٣.

٤- (١) جامع المقاصد ٢٥١/٦.

٥- (٢) الدروس ١١٣/٣.

٦- (٣) الكفاية ٦٤٨/٢.

٧- (٤) جامع المقاصد ٢٧٣/٦.

٨- (٥) مفتاح الكرامة ١٦٨/١٨.

٩- (٦) الجواهر ١٣٩/٣٧.

بوجوب أداء الأُجرة و قال: «فالتحقيق الوجوب...»(١).

أقول: الإشكال على المشهور أنّهم اختاروا القول بعدم انتقال العين من المالک إلى الغاصب بدفع البدل فيحنئذ يكون ارتفاع القيمة مطلقا - للسوق أو للزيادة المتصلة أو للزيادة المنفصلة - فى ملک المالک، فلم لايرجع إليه؟ و له حقّ مطالبته من الغاصب.

ولكن على القول بالانتقال يتم هذا البيان و لا يرد علينا شىء أعنى يكون ارتفاع القيمة فى ملک الضامن المعطى، فكان له.

و كذلک يرد الاشكال على من ذهب إلى عدم ضمان المنافع و هو يرى عدم الانتقال.

و الوجه فى الإشكال واضحٌ لأنّ المنافع و الزيادة و الارتفاع كلّها من فروع الملک و من كان له الأصل فله الفرع.

و لعلّه يظهر من هذه البيانات أنّ المرتكز فى أذهانهم هو القول بالانتقال و إن كان القول بعدمه على ألسنتهم مشهورا.

الثامنة: أسباب الضمان عند الشيخ الأعظم قدس سره

قال: «و أدلة الضمان قد عرفت أنّ محصّلها يرجع إلى وجوب تدارک ما ذهب من

المالک ١- سواءً كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى ٢- أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال، ٣- أو كان الذاهب الأجزاء أو الاوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته... ٤- لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حقّ الأُولوية فيه...»(٢).

و أنت ترى أنّ أسباب الضمان عنده قدس سره أربعة:

١- (٧) الجواهر ١٣٩/٣٧.

٢- (١) المكاسب ٢٦٥/٣ و ٢٦٤.

الأوّل: أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقة فيجب عليه أن يخرج من عهدتها لأدلة الضمان.

الثانى: أن يكون سببا لانقطاع سلطنة المالک عن ماله کالغرق و الضياع و يعدّ هذا من موارد تلف الحکمى و يحکم ببدل الحيلولة فيها.

الثالث: أن يکون سببا لزوال الأوصاف التى هى دخيلة فى مالية العين و سقوط ماليتها مع تسلّط المالک عليها فالضمان فى هذا الفرض بالمالية الساقطة الفائتة دون نفس العين لأنّها موجودة فى يد مالکها نحو الثلج فى الشتاء و الماء على الشاطىء.

الرابع: أن يکون سببا لسقوط العين عن المالية و الملکيّة معا إمّا شرعا أو عرفا و الأوّل نحو الخل المنقلب خمرا و الثانى نحو الکوز المکسور أو غيرهما من الظروف فحينئذ على الضامن قيمة العين أو بدلها و للمالک حقّ الاختصاص بها.

و بالجملة فى جميع الصّور الثلاث الأخير يحکم الشيخ الأعظم بلزوم أداء البدل و القيمة من طرف الضامن إلى المالک مع بقاء العين على ملک المالک أو حقّ اختصاصه بها.

أقول: أمّا ما ذکره من القسم الأوّل: فصحيحٌ لا نقاش فيه.

و أمّا ما ذکره فى القسم الثانى: فقد مرّ وجوب البدل فيه و انتقال العين إلى الضامن المعطى.

و أمّا ما ذکره من القسم الثالث: فناقشهُ السيّد اليزدى بقوله: «أنّه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفة الملکيّة فإنّ الرطوبة الباقية نظير القصعة المکسورة، فإنّه لا يقال إنّ أجزاءها باقية على ملکيّة مالکها مع عدم فائدة فيها إلاّ نادرا...»(١).

مراده: ذهاب الوصف إن أوجَب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها فتسقط عن

ص:٦١٢

١- (٢) حاشية المكاسب ١/٥٢٢.

المالية و الملكية معا و إلاّ فهى مال و ملک معا.

ولكن يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم بأن سقوط المالية لا يوجب سقوط الملكيّة لإمكان ملكيّة ما ليس بمال نحو المعدود من حبات الحنطة و الشعير أو الخيط الباقى فى الثوب أو الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء و نحوها.

نعم: يرد على الشيخ بأنّ الضامن المعطى إذا دفع البدل، دخل العين فى ملكه بالمعاوضة القهرية الشرعية كما مرّ.

و أمّا ما ذكره من القسم الرابع: من أنّ سقوط المالية و الملكيّة معا يوجب تعلق الضمان بالبدل على الضامن فنحن نفترق معه بأنّ بعد الأداء حقّ اختصاص(١) العين يرجع إلى المعطى الدافع للبدل لا المالک كما مرّ.

التاسعة: حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها

إذا خرج المغصوب عن صورتها النوعية ثم رجع إليها، فهل يضمن الغاصب بدله أم عينه؟

فيه احتمالان:

الأوّل: ضمان البدل لانعدام العين بزوال صورتها النوعية، و الموجود ثانيا غيره لتخلّل العدم بينهما و المعدوم لا يعاد.

الثانی: ضمان العین نفسها، لأنّ الموجود ثانیا عین الأوّل فی نظر العرف.

ثم إنّ هنا مسألتین:

الأُولی: العین الموجودة إذا انعدمت ثمّ عادت إلی الوجود قبل أداء بدلها، فلابدّ من

١- (١) للبحث حول حقّ الاختصاص و حقیقته و منشأ ثبوته راجع هذا الکتاب: الآراء الفقهیة ١/(١٥٧-١٤٧).

أداء العین نفسها، لکونها جامعة لجیمع الخصوصیات التی کانت موجودة فی العین المغصوبة، و ادعاء عدم الخلاف فی کلام الشیخ الأعظم بقوله: «و یؤیده أنّه لو عاد خلاّ ردّت إلی المالک بلا خلاف ظاهر»(١) تحمل علی هذه المسألة.

الثانیة: إذا انعدمت العین و اعطی الغاصب الضامن بدله ثمّ عادت إلی الوجود، تکون للمعطی بالسیرة العقلائیة و المعاوضة القهریة الشرعیة.

ثمّ: بعد انعدام العین و اعطاء الغاصب البدل، هل حقّ الاختصاص للخمر مثلاً یکون للغاصب المعطی للبدل أم للمالک الأوّل؟

قد مرّ أنّه یکون للغاصب المعطی و لذا لو صار خلاً مجددا یکون للمعطی، ولکن یظهر من الشیخ الأعظم رحمه الله بقاء حقّ اختصاص المالک، قال: «ولو خرج المضمون عن الملکیّة مع بقاء حقّ الاولویة فیه کما لو صار الخلّ المغصوب خمرا...»(٢).

و المحقّق الاصفهانی ذهب إلی وجوب الرد إلی المالک لا لبقاء حقّ الاختصاص الوارد فی کلام الشیخ الأعظم بل لأنّه من قبیل عود الملک إلی مالکه، قال: «إنّ وجوب الردّ للعود إلی الملک،

فيكون من باب وجوب ردّ الملک لا من باب ردّ ما يكون المالک أُولى به، و العود إلى الملک بعد زوال الملكيّة لا يقتضى بقاء حقّ الأُولوية بتوهم التخصيص بلا مخصص و الترجيح بلا مرجح. و ذلک لأنّ زوال الملكيّة تارة لموجب الانتقال إلى الغير، و أُخرى لبقاء مقتضى حدوث الملكيّة من العقد و غيره على حاله، و إنّما سقط عن التأثير بقاءً لوجود المانع و هو انقلاب الخل خمرا فإذا زال المانع أثّر المقتضى أثره، من دون وجود حقّ الأُولوية فى حال سقوطه عن التأثير، و عدم لزوم الترجيح بلا مرجح بعد وجود المقتضى لملكيّة

١- (٢) المكاسب ٣/٢٦٥.

٢- (١) المكاسب ٣/٢٦٥.

المالک للعين دون غيره واضح جدّا، فلا كاشف عن حقّ الأُولوية و لا عن تعلّق وجوب الردّ بذات الملک...»(١).

و لعلّ مراده قدس سره : أنّ زوال الملكيّة تارة يحصل بأحد الموجبات الانتقال من البيع و غيره، و أُخرى لوجود مانع من تأثير مقتضى الملكيّة بقاءً كانقلاب الخلّ خمرا فحينئذ سقوط المقتضى للملكية يكون لوجود المانع، فإذا زال المانع أثّر المقتضى و يثبت الملكيّة، من دون ثبوت حقّ الأُولوية تاثيرا خاصا.

و ناقشة تلميذة المحقّق السيّد الخوئى بقوله: «إنّ الملكية من الأحكام الشرعية و هى غير مسببة عن الموجودات الخارجية، و إنّما هى فعل اختيارى للمولى و تابع لكيفية جعله من حيث السعة و الضيق، و عليه فإسراء أحكام المقتضيات الخارجية و الموانع التكوينية إلى الأحكام الشرعية بلا موجب، بل المتّبع فى هذه الموارد دلالة الدليل، و من الواضح أنّ الدليل قد دلّ على أن الخل يملک

بالهبة و الأرث و نحوهما، ولكنّه إذا انقلب خمرا خرج عن الملكيّة و حينئذ فلو عاد إلى حالته الأُولى كان الحكم بملكيّته للمالک الأوّل محتاجا إلى دليل و هو منفى فى المقام»(٢).

أقول: ما ذكره قدس سره من الفرق بين الأحكام الشرعية و الأُمور التكوينية واضح و أتعرّض إلى تحقيق إثباته فى أبحاثى الأُصولية مرارا. و رجوع الملكيّة و عدمها يعود إلى المسألتين الماضيتين، و كلّ من له الملک فله حقّ الاختصاص بعد زواله.

و كلّ من له حقّ الاختصاص، إذا زال المانع عن الملكيّة عادت ملكيّته و بما ذكرنا تظهر المناقشة فى كلام السيّد الخوئى قدس سره و تمامية كلام الشيخ الأعظم من بقاء حقّ

١- (٢) حاشية المكاسب ٤٤٥/١.

٢- (٣) مصباح الفقاهة ٢٣١/٣.

الاختصاص مع خروج المال عن الملكية كما مرّ عنه قدس سره و اللّه العالم.

العاشرة: هل يعود ملک البدل إلى الغارم بعد تمكّنه من العين؟

قال الشيخ الأعظم: «و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طروّ التمكن فيضمن العين من يوم التمكّن ضمانا جديدا بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملک مالک العين و كون العين مضمونة بها لا بشيء آخر فى ذمّة الغاصب فلو تلفت استقرّ ملک المالک على الغرامة، فلم يحدث فى العين إلاّ حكم تكليفى بوجوب ردّه و أمّا الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان: أظهرهما: الثانى لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طروّ ما يزيل ملكيّته عن الغرامة أو يُحدث ضمانا جديدا،... و حينئذ فإن دفع العين فلا إشكال فى زوال ملكيّة المالک للغرامة...»(١).

أقول: ذهب العلاّمة(٢) إلى الترادّ فى مسألة إباق العبد ولكن استشكل عليه فى قوله: «... فإن عادت فلكلٍّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالک على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»(٣).

قال ولده فى منشأ الإشكال: «ينشأ من أنّه قد استقر ملكه عليه و لأنّه ينافى البدلية إذ ما لا يستقر عليه الملک لايصلح أن يكون بدلاً قهريا شرعا لما يستقر عليه الملک، و لأنّه قد لايرغب المعاملون فيه، و من أنّه للحيلولة و قد زالت، و الأوّل اُولى لأنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»(٤).

و يمكن تأييد الإشكال بأنّ ملک المالک ثبت على الغرامة و الأصل بقاؤه.

١- (١) المكاسب ٢٦٩/٣ و ٢٦٨.

٢- (٢) القواعد ٢٢٨/٢.

٣- (٣) القواعد ٢٣٠/٢.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ١٨١/٢.

و اعترض المحقّق الثانى عليهما و قال: «لا وجه لعدم الردّ أصلاً»(١) كما اختاره العلاّمة

نفسه فى التذكرة و قال: «القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكا مراعى للحيلولة فيزول بزوالها»(٢).

و فى الجواهر(٣) بيان يأتى فى المسألة الآتية فانتظر.

و أمّا بالنسبة إلى مقالة الشيخ الأعظم من جهة التّأييد فلابدّ من التنبيه على أنّ ما يوجب ردّ البدل إلى الغارم هو الردّ الخارجى للعين إلى مالكها لا التمكن من ردّها فقط، بناءً على القول ببدل الحيلولة،

لأنّ تعذر ردّ العين تكون علّة لحدوث ضمان البدل فقط و ملكيّة مالک العين له و بعدها تستصحب لو شک فی بقائها.

فحينئذ لو تمكّن من الردّ ولكنّه لم يردّ خارجا، لم يرجع البدل إلى الغارم فلو تلفت العين فی يده لم يثبت عليه ضمانٌ جديدٌ. و الضمان الأوّل باق. و لكن يجب عليه ردّ العين تكليفا كما مرّ من الشيخ الأعظم.

و مع ردّ العين خارجا يجب على مالک العين ردّ البدل إلى الغارم و مع اتلافه يجب ردّ بدله، و بعد التراادّ كلّ مال يعود إلى صاحبه كما يظهر من المحقّق النائينی(٤) قدس سره .

ولكن قال المحقّق السيّد الخوئی رحمه الله فی نقده: «إنّ الالتزام بصيرورة الغرامة بدلاً عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبة المالک العينَ من الغاصب بعد التمكن منها، فإنّ ذلک التزام بالمتناقضين... نعم، إذا كان... وقوع البدل بإزاء السلطنة دون العين وجب على الغاصب ردّ العين على مالكها بمجرد تمكّنه منها و جاز للمالک أن يطالبه بنفس العين لعدم

١- (٥) جامع المقاصد ٢٧٢/٦.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجرى.

٣- (٢) الجواهر ١٣٣/٣٧.

٤- (٣) منية الطالب ٣٣٧/١.

تحقّق المعاوضة بينهما... و لا يجوز للمالک أن يتصرف فی البدل فی فرض جواز مطالبته بنفس العين... [لأنّ] البدل بدلاً عن السلطنة الفائتة إلاّ أنّه بدل عنها حال التعذّر من مطالبة العين لا مطلقا، فإذا ارتفع التعذّر زالت البدلية. و من ثَمَّ إذا حصل التعذّر ثمّ ارتفع قبل أداء البدل لم يكن للمالک

مطالبة البدل بلا إشكال. و على ذلک فلابدّ من التزام برجوع البدل إلى ملک الغاصب و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمة»(١).

الحادية عشرة: هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل؟

قال فى القواعد: «و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال»(٢).

و فى التحرير: «له حبسها إلى أن يأخذ القيمة»(٣).

ولكن فى التذكرة: «الأقرب أنّه ليس له ذلک»(٤)، و فى الإيضاح «و هو الأُولى»(٥)، و فى جامع المقاصد: «الأصح»(٦).

قال فى المفتاح تعليلاً لعدم جواز الحبس: «لأنّ دفع القيمة لم يكن على سبيل المعاوضة حقيقة، و قد كان تسليم العبد واجبا فورا فيستصحب، و لا يجوز حبس مال فى مقابلة مال آخر قد حبسه مالک المال ظلما، لأنّ من ظُلم لا يظلم»(٧).

و قال فى تعليل الجواز: «لأنّه قد دفعها عوضا، فله حبس المعوّض إلى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات، و من ذلک يعرف الوجه فى استشكال المصنف، و محل الفرض ما

١- (٤) مصباح الفقاهة ٢٣٢/٣.

٢- (١) القواعد ٢٢٨/٢.

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤.

٤- (٣) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجرى.

٥- (٤) إيضاح الفوائد ١٧٨/٢.

٦- (٥) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

٧- (٦) مفتاح الكرامة ١٨٨/١٨.

إذا لم يعلم أنّه لا يردّها عليه و إلاّ فله المقاصة»(١).

قال فى الجواهر: «... و إنّما اشكاله [أىّ اشكال العلاّمة فى القواعد] فى حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة باعتبار كونه كالمعاوضة التى لكلٍّ من المتعاوضين حبس العوض على الآخر حتّى يحصل التقابض. و الأقوى خلافه، ضرورة عدم المعاوضة التى مقتضاها ذلك فى المقام و إن كانت هى معاوضة معنوية، فليست هى إلاّ نحو مَنْ كانت عنده عين لمن كان عنده كذلك، فإنّه ليس له الحبس كما هو واضح، خصوصا بعد قوله عليه السلام: «المغصوب مردود»(٢) و الفرض بقاؤه. و إشكاله أيضا فى جبر إعادة المالك البدل لو طلبه الغاصب منه باعتبار ملكه له، و الأصل اللزوم، و لتوقف تمام البدلية على تمامية الملك التى منها عدم تسلط الغاصب عليه بنحو ذلك»(٣).

و قال بعد ورقة: «و الأقوى بناءً على ما ذكرناه أن له جبره [أىّ للغاصب جبر المالك فى أداء البدل] بل فى احتمالٍ أن له الحبس حتّى يدفع إليه، لأنّه و إن لم يكن معاوضة حقيقة

فهو كالمعاوضة، و إن كان الأصح خلافه كما ذكرناه...»(٤).

و قال الشيخ الأعظم: «إنّ العين بنفسها ليست عوضا و لا معوَّضا و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلَّطٌ عليها، و المعوّض للغرامة السلطنة الفائتة التى هى فى معرض العود بالترادّ.

اللهم إلاّ أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة و هى

١- (٧) مفتاح الكرامة ١٨٨/١٨.

٢- (٨) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤، الباب ١ من أبواب الأنفال و فيه: «الغصب كلّه مردود».

٣- (٩) الجواهر ١٣٢/٣٧ و ١٣٣.

٤- (١) الجواهر ١٣٥/٣٧.

السلطنة الفائتة. و الأقوى الأوّل»(١).

و قال المحقّق الخراسانى: «... إنّ العرف الحاكم فى باب كيفية الغرامات إنّما يكون بنائهم على العود بالردّ لا بالتمكن، و عليه فليس للغارم مطالبة ما دفعه إلاّ بعد الردّ، كما أنّه ليس له حبسها مطلقا، و إن قلنا بالعود بالتمكن، كما أنّه ليس للمالك حبس الغرامة، بل يجب على كلٍّ ردّ ما عنده و ليس من باب المعاوضة، حتّى جاز لكلّ منهما الامتناع عن التسليم قبل تسليم الآخر، اللهم إلاّ أن يدّعى أنّه مقتضى باب الغرامة أيضا، لكنّه لم يثبت فتدبر»(٢).

أقول: ليس لهما الامتناع من ردّ المال الآخر حتّى يأخذ ماله، و إن ثبت ذلک فى باب المعاوضات نحو البيع لأنّ اشتراط التسليم و التسلّم يكون شرطا ضمنيّا فيها، بخلاف المقام لأنّهم يقولون بغرامة بدل الحيلولة من السلطنة الفائتة و ليس عندهم معاوضة فلا يجرى ذاک الشرط الضمنى.

بل على القول بكونها معاوضة هى معاوضة شرعيّة قهرية من الشارع بين المالين لا معاوضة مالكيّة بين المالكين حتّى يقال بكون فعلهما متضمّنا لذاک الشرط.

كما يظهر عدم جواز الحبس من الرشتى(٣) و تلميذه الإشكورى(٤) و النائينى(٥) و الاصفهانى(٦) و الإيروانى(٧) قدس اللّه أسرارهم.

١- (٢) المكاسب ٢٧٠/٣.

٢- (٣) حاشية المكاسب /٤٥.

٣- (٤) كما نقل عنه تلميذه فى بغية الطالب ٢٨٧/١.

٤- (٥) بغية الطالب ٢٨٧/١.

٥- (٦) المكاسب و البيع ٣٨٨/١.

٦- (٧) حاشية المكاسب ٤٥١/١.

٧- (٨) حاشيته على المكاسب ١٦٤/٢.

الثانية عشرة: لو حبس العين فتلفت هل يضمن بضمان جديد؟

قال العلاّمة فى القواعد: «فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الاولى»(١).

قال ولده: «هذا إن قلنا أنّ له الحبس، و وجه القرب: إنّ حكم الغصب زال بردّ القيمة و هذه اليد غير الأُولى لاستحقاقها و وجوب ردّ المالک القيمة الاولى و أخذ العين و هى القدر الثانية. و يحتمل عدمه لأنّه إنّما يستحقّ ردّ الاولى بدفع العين و لم يحصل و لأنّ الحصول فى يد الغاصب لا يؤثر فى زوال ملكيّة المالک للقيمة التى فى يده، لأنّ يد الغاصب موجبة للضمان فيستقر ملک المالک على القيمة الاولى إن كانت أكثر و هو الأقوى عندى»(٢).

و قال ابن اخته السيّد عميدالدّين الأعرجىّ الحلّىّ فى وجه الضمان بقيمته الآن: «هذا إنّما يتمشّى على وجوب قيمة يوم التلف، أمّا لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الاولى و الثانية»(٣).

ثمّ وجهه المحقّق الثانى بقوله: «و وجهه: إنّه إن كان الأقل هو القيمة الاولى فإنّه قد دفعها عوضا عن العين باستحقاق فلا يجب ما سواها، و إن كان الأقل هو الثانية فهى المستحقة بالتلف لأنّ الاولى للحيلولة و قد زالت بجواز الحبس».

ثم ردّه بقوله: «و فيه نظر، لأنّ المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين قطعا و لهذا لايخرج بذلک عن ملک المالک، و لا يستقر ملکه على المدفوع. و حيث كانت العين باقية على ملک المالک مضمونة على الغاصب، و خرج بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة عن كونه

ص:٦٢١

١- (١) القواعد ٢٢٨/٢.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١٧٨/٢.

٣- (٣) نقل عنه المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٢٦٢/٦.

غاصبا وجبت قيمة يوم التلف، على ما اخترناه من وجوب قيمة يوم التلف، فالواجب قيمة يوم التلف هنا، و الأصح أنّه لا يجوز له الحبس بذلک كما سبق فلا يتغيّر الحال»(١).

و قال فى شرح كلام العلاّمة: «هذا مبنى على جواز الحبس، لأنّ المصنف يرى القول بأعلى القيم، و وجه القرب: إنّ حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس إلى أن يقبض ما دفعه للحيولة، و هذه اليد غير الأُولى لكونها مستحقة، و وجوب ردّ المالک القيمة الاولى، فإذا تلف ضمنه بقيمته وقت التلف، فيسترجع القيمة الاولى، و كان حقّه أن يقول:

يسترجع الزائد»(٢).

و قال فى الجواهر: «... فلو حبسه و تلف كان ضامنا لقيمته الآن و يرجع بما دفعه أوّلاً. بل يقوى ذلک و إن قلنا بجواز حبسه كما هو ظاهر عبارة القواعد السابقة، و ذلک لأنّ حكم الغصب قد زال على تقدير جواز الحبس، فهى يد غير الاولى لكونها مستحقة إلاّ أنّها يد ضمان أيضا كالقبض بالسوم، لأنّه الأصل فى كلّ يد قد استولت على مال الغير إلاّ ما خرج من الوديعة و اللقطة و نحوها، كما حررناه غير مرّة.

و مِنْ هنا جعل الضمان فی المقام بقیمته یوم التلف مع أنّ مذهبه ضمان المغصوب بأعلی القیم، إذ لیس هو إلاّ لخروج الید عن حکم الغصب باستحقاق الحبس و وجوب ردّ المالک القیمة الاولی».

- ثم ذکر توجیه الکرکی لکلام السیّد عمیدالدّین و قال: - «ولکن لا یخفی علیک ما فیه بعد الاحاطة بما ذکرناه و بعد الإغضاء عن لفظ «الأقل» فی کلامه الذی قیل(۳) إنّه من سهو القلم و إلاّ فالمراد «الأکثر»» - ثم شرع فی ردّ مناقشة الکرکی علی السیّد

۱- (٤) جامع المقاصد ۲۶۲/۶.

۲- (۱) جامع المقاصد ۲۶۲/۶.

۳- (۲) القائل هو السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۱۹۰/۱۸، قال: «و لعلّ الأقل فی کلامه من طغیان القلم، أراد أن یثبت الأکثر فأثبت الأقل کما هو الموجود فی ثلاث نسخ... و بناه علی أنّ الواجب فی کلّ مغصوب إذا تلف أعلی القیم من دون التفات إلی دفعها عوضا أو استحقاقها بالتلف».

عمیدالدّین فراجع تمام کلامه فی کتابه.(۱)

قال الشیخ الأعظم: «ثمّ لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه فتلفت العین محبوسا، فالظاهر أنّه لایجری علیه حکم المغصوب لأنّه حبسه بحقّ، نعم یضمنه لأنّه قبضه لمصلحة نفسه و الظاهر أنّه بقیمة یوم التلف...»(۲).

أقول: قیمة یوم التلف هو مختاره فی القیمیات کما مرّ و مختارنا قیمة یوم الأداء و الضمان فی الحبس واضح و اللّه العالم.

تمّ الجزء الأوّل من قسم البيع من كتابنا الآراء الفقهية بعد منتصف الليل المسفر صباحُه من يوم الثلاثاء الثانى و العشرين من ثانى الجمادين عام ١٤٣٠ ببلدة أصبهان صانها اللّه تعالى عن الحدثان.

و الحمدللّه ربّ العالمين و صلى اللّه على سيّدنا محمّد و آله الطيّبين الطاهرين المعصومين.

ص: ٦٢٣

١- (٣) الجواهر ١٣٦/٣٧.

٢- (٤) المكاسب ٢٧٠/٣.

ص: ٦٢٤

ص: ٦٢٥

ص: ٦٢٦

ص: ٦٢٧

ص: ٦٢٨

ص: ٦٢٩

ص: ٦٣٠

ص: ٦٣١

ص: ٦٣٢

ص: ٦٣٣

ص: ٦٣٤

ص: ٦٣٥

ص: ٦٣٦

ص:٦٣٧

ص:٦٣٨

ص:٦٣٩

بعض منشورات مكتبة آية اللّه النجفى

١. تبصرة الفقهاء (ثلاث مجلّدات)، لآية اللّه العظمى الشيخ محمّدتقى الرازى النجفى الأصفهانى قدس سره صاحب هداية المسترشدين، تحقيق: السيّد صادق الحسينى الإشكورى.

٢. رساله صلاتيه، له أيضا، بالفارسية، تحقيق: الشيخ مهدى الباقرى السيانى.

٣. شرح هداية المسترشدين، لآية اللّه العظمى الشيخ محمّدباقر النجفى الأصفهانى نجل صاحب الهداية (المتوفى عام ١٣٠١ق)، تحقيق: الشيخ مهدى الباقرى السيانى.

٤. اشارات ايمانيه، لآية اللّه العظمى الشيخ محمّدتقى آقا النجفى الأصفهانى (المتوفى عام١٣٣٢ق)، تحقيق: مهدى الرضوى مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگى ايران.

٥. نقد فلسفة دارون، لآية اللّه العظمى الشيخ ابوالمجد محمّدالرضا النجفى الأصفهانى (المتوفى عام ١٣٦٢ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجى الأصفهانى مع مساعدة مكتبة المجلس الشورى الإسلامى.

٦. الآراءُ الفقهية - قسم المكاسب المحرمة- (٣ مجلّدات)، لآية اللّه الشيخ هادى النجفى.

٧. ترجمة ارشاد الأذهان، للعلاّمة الحلّى، المترجم إلى الفارسية: آية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى (المتوفى عام ١٣٩٣ق) مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگى ايران.

٨. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام اللّه عليها)، لآية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى (المتوفى ١٣٩٣ق) بالفارسية، تحقيق: جويا جهانبخش.

٩. الأرائک فى علم أصول الفقه، لآية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى (المتوفى عام ١٣٩٣ق)، مع مساعدة The open school شيكاگو آمريكا.

١٠. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادى عشر و ما بعده)، للسيّد محمّدمهدى الموسوى الشفتى (المتوفى عام ١٣٢٦ق)، تحقيق: مهدى الباقرى السيانى و محمود النعمتى.

١١. ترجمة توحيد المفضل إلى إنجليسة، ترجم بأمر آية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى، مع مساعدة The open school شيكاگو آمريكا، و انتشارات انصاريان قم.

١٢. الكنز الجلى لولدى على (گنج نامه)، للشيخ هادى النجفى، ترجمة على اصغر حبيبى.

المجلد ٥

اشارة

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳٤۲ -

عنوان و نام پدیدآور : االآراء الفقهیه: قسم البیع/ تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ٤٤۸ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-٦۰۰-۹۲۹۰۲-۸-٤

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ۳٦ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۳٥٥٥۳۷۸

ص: ۱

اشارة

ص: ۲

تقريظ سماحة المرجع الدينى الكبير آيه الله العظمى الشيخ بشير حسين نجفى - دام ظله العالى - من النجف الأشرف.

ص: ٣

تقريظ مع تاريخ وضع اللمسات الأخيرة على الجزء الخامس من كتاب

(الآراء الفقهية) تأليف سماحة آية اللّه الفقيه المحقّق و المجتهد المدقّق

الأستاذ الشيخ هادى النجفى آل صاحب الحاشية - دام ظله -

الحمد للّه الذى جعل اختلاف الفقهاء مثراةً وتمحيصا للآراء فى أحكام الشريعة الغرّاء و الصلاة و السلام على سيّد المرسلين و صفوة الأنبياء سيّدنا و نبيّنا أبيالقاسم محمّد و على آله الميامين النجباء أمناء دار الفناء و شفعاء دار البقاء إلى يوم اللقاء.

ثمَّ أمّا بعد، فقد اطلعنى متفضّلاً سماحة آية اللّه الفقيه النحرير و المجتهد المحقّق القدير الأستاذ الشيخ هادى النجفى - دام ظله - على المجلد الخامس من كتابه القيم النفيس الآراء الفقهية - قسم البيع(٢) و كنت قد اطلعتُ على المجلدين الثالث و الرابع من هذا الكتاب فإذا بهذا المجلّد ينتظم معهما من حيث التحقيق و دقّة النظر و سبر الآراء و مناقشاتِها فى سلك واحد كأنتظام الدرر الغوالى فى سموط النُضار و قد كفانا سماحة شيخنا المصنف - دام ظله - مؤونة إفاضة القول فى وصفه و بيان مزاياه فهو دالٌّ على تبحر مؤلِّفه و إحاطته بمختلف آراء الفقهاء و مناقشتها مناقشة علميّة موضوعية على قدر ما يقتضيه المقام و تستدعيه الحال من غير حشو مملّ، و لا إيجازٍ مُخِلّ، فهو كما قال الشاعر

ص: ٤

القديم و أظنّه أباالطيب المتنبّى:

سبوحٌ لها منها عليها شواهدُ

و حسب هذا الكتاب تقويما(۱) و مَثالةً أنْ بادرَ كبار الفقهاء و المجتهدين إلى تقريظه و التنويه به، و أمّا أنا فلا أنتظم فى سلک أولئک الأعاظم و إنّما جاء كلامى للإشارة إلى شهادات أولئک الأعلام إذ قد تكون شهادتى هنا من باب المصادرة على المطلوب و قد حضرتنى أبيات على جهة الارتجال فى تقريظ هذا الكتاب بعد أن استوفيتُ قراءته قراءةً مستأنية و أفدتُ منه فوائد جليلة لايستكثر على مثل سماحة الشيخ المؤلِّف أن يُطرِف بها أهل الفضل و العلم و يُتحِفَ طلبة المعارف الإلهية.

لِلْعَلَمِ (الهادِى) حَليفِ التُّقى مآثِرٌ قد عَزَّ شرْوَاهَا(۲)

فَكَمْ لَهُ بِيْضُ أيَادٍ أتَتْ تَتْرى لأهلِ الفَضْلِ أَسْدَاهَا

وَ كَمْ بُحُوثٍ خَاضَ فى لُجِّها مُوَضِّحا بالسَّبْرِ فَحْوَاهَا

وَ مُبْهَمَاتُ الفِقْهِ فى دِينِنا قَدْ كَشَفَ «الشَيْخُ» خَفَايَاهَا

فَهْوَ هُوَ البَحْرُ بِلا سَاحِلٍ إنْ حَرَّرَ القَوْلَ وَ إنْ فَاهَا

أَعْظِمْ بِهِ مِنْ (مَاتِنٍ) جِهْبَذٍ (هادٍ) بِهِ الإسلامُ قَدْ بَاهَى

وَ مِنْ (مُحَشٍّ) مِثلَمَا جَدُّهُ (مَعَالِمُ) الأُصُولِ حَشَّاهَا

۱- ۱ . تقويما: قَوّمَ الشى ء ذكر قيمته و العصريون يستعملونه بالياء (قيْمَ) و هذا خطأ فاحش و كأنّهم اغتروا بظاهر كلمة (القيمة) وفاتهم أنَ أصل القيمة: (قِوْمَة) و إنّما قلبت الواو ياءً لسكونها و كَسْر ما قبلها تخفيفا فإذا استعمل الفعل فيكون بالواو (قوّمَ).

٢- ٢ . شرواها: مثلها.

وَ سِفْرُهُ (الآرَاءُ) مَوسُوعَةٌ(١) فى الفِقْهِ قَدْ جَلَّتْ مَزَايَاهَا

وَ مُذْ أتَى خَامِسُ أجْزَاءِهِ يَزُفُّ لِلْحَوْزَاتِ بُشْرَاهَا

بِمُنْتَهَى الضَبْطِ(٢) لَقَدْ أرَّخُوا: مُخْتَلِفُ الآرَاءِ جَلاَّهَا(٣)

٩ ١١٥٠ ٢٣٤ ٤٠

سنة ١٤٣٣ هـ-

و أشكر الأستاذ الخطاط الكبير الشيخ على بن حيدر الحسّانى النجفى الذى تطوع بأن يكتب ما أملى عليه بسبب ما عَرانى من ضعف الحال فى هذه الأيام، و الحمد للّه فى الأولى و الآخرة.

و أملاه فى المدرسة المهديّة العلميّة الدينيّة فى النجف الأشرف.

الأقل

عبدالستار عفا عنه المليک الغفار

١- ١ . موسوعة: استعملتُ هذه الكلمة بناءً على ما شاع فى لغة المتأخرين و إن لم يكن لها مدرک أصيل فى لغة الفصحاء.

٢- ٢ . بمنتهى الضبط: فى عبارة (بمنتهى الضبط) تورية و ذلک بإضافة حرف الطاء الذى هو فى آخر كلمة الضبط و قيمته (٩) إلى مادة التاريخ.

٣- ٣ . جَلاّهَا: جاء الضمير فى كلمة جلاّها مؤنثا على حد قول العرب: قطعت بعض أصابعه. و قول الشّاعِر: و ما حُبُّ الديار شغفن قلبى... الخ. فالتأنيث هنا لِمُراعاة المضاف إليه.

فَصْلٌ: شرائط المتعاقدين

اشارة

ص: ٧

ص: ٨

شرائطُ المتعاقدين متعددة:

١- البلوغ

٢- العقل

٣- القصد

٤- الاختيار

٥- إذن السيّد لو كان العاقد عبدا

٦- ملك أمر البيع إمّا بملك العوضين - من دون حَجْر- و إمّا بولاية التصرف و... .

ص: ٩

١- البلوغ:

اشارة

و هو تحوّل من مرحلة الصبا إلى الشباب بتغييرات خاصة معلومة فى الجسد و هو الورود فى عالَم الكبار.

علامة البلوغ هى خروج المنى فى النوم أو اليقظة، أو إنبات شعر الخشن على العانة أو إكمال خمس عشرة سنةً قمرية(١) للذكر و تسع سنين قمرية(٢) للأنثى، و فى فرض عدم معلومية مقدار عمرها تعد رؤية الدم بصفات الحيض أو الحمل يحكم بتحقق البلوغ قبلهما.

قال فى المفتاح: «و اشتراط البلوغ هو قضية ما فى المبسوط(٣) و الخلاف(٤) أو صريحهما حيث قال فيهما: «لا يصحّ بيع الصبى و لا شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن» و كذا قال فى المختلف(٥)، و قضية ما فى الوسيلة حيث قال: «يشترط كونهما - يعنى المتعاقدين - نافذى التصرف فى مالهما»(٦)، و ما فى الغنية حيث قال: «لا ينعقد بيع من ليس بكامل العقل و لا شراؤه و إن أجازه الولى بدليل الإجماع و يحتجّ على المخالف بما رووه من

١- ١ . و هى أقل من الشمسية بمقدار ١٦٤ يوما تقريبا.

٢- ٢ . و هى أقل من الشمسية بمقدار ٩٨ يوما تقريبا.

٣- ٣ . المبسوط ١٦٣/٢.

٤- ٤ . الخلاف ١٧٨/٣، مسألة ٢٩٤.

٥- ٥ . مختلف الشيعة ٥٨/٥.

٦- ٦ . الوسيلة /٢٣٦.

رفع القلم عن الثلاثة»، الحديث(١) (٢)، و قضية ما فى المراسم حيث ذكر فى الشرط العام «أن يكون المبيع ملك البائع أو ملك موكّله أو يكون أبا المالك و يكون هو صغيرا فإنّه يبيع عليه بلا ردّ»(٣) انتهى، و صريح الشرائع(٤) و النافع(٥) و التذكرة(٦) و نهاية الإحكام(٧) و التحرير(٨) [و

القواعد(٩)] و الإرشاد(١٠) و شرحه لولد المصنف(١١)، و الدورس(١٢) و اللمعة(١٣) و الميسية(١٤) و المسالک(١٥) و الروضة(١٦) و غيرها(١٧)»(١٨).

و استدلوا عليه بوجوه:

الأوّل: الاجماع

عن حجر التذكرة: «الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع - سواءٌ كان مميزا أولا

١- ١ . سنن البيهقى ٥٧/٦، مسند أحمد ١٠٠/٦.

٢- ٢ . غنية النزوع /٢١٠.

٣- ٣ . المراسم /١٧١.

٤- ٤ . الشرائع ٨/٢.

٥- ٥ . المختصر النافع /١١٨.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء ١١/١٠.

٧- ٧ . نهاية الإحكام ٤٥٣/٢.

٨- ٨ . تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

٩- ٩ . قواعد الأحكام ١٧/٢.

١٠- ١٠ . ارشاد الأذهان ٣٦٠/١.

١١- ١١ . نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٤٥/١٢.

١٢- ١٢ . الدروس ١٩٢/٣.

١٣- ١٣ . اللمعة /١١٠.

١٤- ١٤ . نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٤٥/١٢.

١٥- ١٥ . المسالک ١٥٤/٣.

١٦- ١٦ . الروضة البهية ٢٢٦/٣.

١٧- ١٧ . کالکفاية ٤٤٩/١ و الحدائق ٣٦٧/١٨.

١٨- ١٨ . مفتاح الکرامة ٥٤٥/١٢.

- فی جميع التصرفات إلاّ ما يستثنی کعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيّته و إيصال الهديّة و إذنه فی دخول الدار علی خلافٍ فی ذلک».(١)

و قال ولده فی شرح تنظّر والده فی صحة بيع المميّز و شرائه: «ينشاء من أنّ البلوغ شرط إجماعا، قيل فی اعتبار الصيغة و صلاحيتها لترتب الحکم عليها لمساواته النائم و المجنون فی رفع القلم للحديث...».(٢)

و عن الدروس فی تعريف البيع: «و هو الإيجاب و القبول من الکاملين...(٣) و يعنی بکمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما، فعقد الصبی باطل و إن أذن له الولی أو أجازه أو بلغ عشرا فی الأشهر، و کذا عقد المجنون»(٤).

و أنت ترى بأن التعبير بالأشهر تضعيف للإجماع لا تأئيده و ليس فی کلامه المشهور کما حکاه عنه السيّد المجاهد(٥) و الشيخ الأعظم(٦).

و قال الفاضل المقداد فی آيات أحکامه: «اختلف فی معنی ابتلائهم، فقال أبوحنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرَّف فيه، و قال أصحابنا و الشافعیُّ و مالک: هو تتّبع أحواله فی ضبط أمواله و حُسن تصرّفه بأن يکل إليه مقدمات البيع، لکن العقد لو وقع منه کان باطلاً، يلزم علی قول أبيحنيفة أن يکون العقد صحيحا»(٧).

و أنت ترى بأنّه نسب إلی أصحابنا عدم صحة عقد الصبی.

و قد ناقش الأردبيلی فی اجماع التذکرة و قال: «الإجماع مطلقا غير ظاهر»(٨).

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

٢- ٢ . ايضاح الفوائد ٥٥/٢.

٣- ٣ . الدروس ١٩١/٣.

٤- ٤ . الدروس ١٩٢/٣.

٥- ٥ . المناهل /٢٨٦.

٦- ٦ . المكاسب ٢٧٥/٣.

٧- ٧ . كنز العرفان ١٠٢/٢.

٨- ٨ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٢/٨.

و قال السبزوارى: «فيشترط أن يكون المتعاقدين(١) عاقلين بالغين - على المشهور- مختارين...»(٢).

نسب اعتبار البلوغ إلى المشهور.

قال فى الحدائق: «ظاهره [العلاّمة] دعوى الإجماع... مع أنّک قد عرفت وجود المخالف فى ذلک»(٣). لأنّه نقل من جماعة من الأصحاب وجود القول بجواز بيع الصبى و شرائه إذا بلغ عشرا و كان عاقلاً و رُدوه بالضعف.(٤)

و فى شرح القواعد: «و للإجماع محصلاً و منقولاً...»(٥).

و فى المفتاح: «أنّ الإجماع منقول و معلوم فلا يلتفت إلى الخلاف النادر...»(٦).

و فى الجواهر: «بلا خلاف معتد به أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه...»(٧).

و فی العناوین: «الإجماع المحصل من الأصحاب الظاهر بالتتبع فی کلامهم حیث إنّهم یشترطون ذلک فی جیمع العقود و الإیقاعات و هو الحجة و مخالفة من یذکر بعد ذلک من الأصحاب غیر قادحة فی الاجماع...»(۸).

أقول: قد مرّ من الغنیة(۹) إدعاء الإجماع علیه ولکن قال فی المکاسب: «المشهور... بطلان عقد الصبی»(۱۰). و التعبیر بالمشهور فی کلامه و کلام السبزواری و

۱- ۱ . کذا فی الأصل، و الصواب المُتَعاقِدانِ.

۲- ۲ . الکفایة ۴۴۹/۱.

۳- ۳ . الحدائق ۳۶۸/۱۸.

۴- ۴ . راجع الحدائق ۳۶۷/۱۸.

۵- ۵ . شرح القواعد ۳۹/۲ للشیخ الأکبر الشیخ جعفر کاشف الغطاء.

۶- ۶ . مفتاح الکرامة ۵۴۷/۱۲.

۷- ۷ . الجواهر ۲۶۰/۲۲.

۸- ۸ . العناوین ۶۷۴/۲.

۹- ۹ . الغنیة /۲۱۰.

۱۰- ۱۰ . المکاسب ۲۷۵/۳.

بالأشهر فی کلام الشهید لوجود الأقوال الأُخَر فیها و قد أنهاها الفقیه المامقانی(۱) إلی سبعة أقوال.

و الحاصل: لو تم الإجماع - و لم یتم لوجود سبعة أقوال فی المقام - لا یفیدنا لاحتمال أن یکون مدرکیا و لیس بتعبدی و أشار إلی أنّ الإجماع یکون مدرکیا الشیخ الأعظم بقوله: «نعم لقائل أن یقول

إنّ ما عرفت من المحقّق و العلاّمة و ولده و القاضى و غيرهم خصوصا المحقّق الثانى - الذى بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى - يدل على عدم تحقق الإجماع»(٢).

مراده: تردّد المحقّق(٣) فى اجارة المميِّز بإذن الولى - بعد ما جزم بالصحة فى العارية -(٤) و استشكال العلاّمة(٥) فيها [أى فى الاجارة] - بعد ما جزم بالبطلان - فى التذكرة.(٦)

و كذا قال فى القواعد: «و هل يصح بيع المميّز و شِراؤُهُ مع إذن الولى نظر»(٧).

و قال ولده فى شرحه: «ينشأ من أنّ البلوغ شرط إجماعا... و من وقوعها بإذن الولى فصار كما لو صدر منه، و الأقوى عدم الصحة»(٨).

و كذا قال القاضى ابن البراج: «و إذا اشترى الصبى التاجر أرضا، و حجره أبوه عليه فدفعها مزارعة بالنصف إلى غيره، يزرعها ببذره و عمله فعمل على ذلک كان الخارج للعامل و عليه نقصان الأرض، فإن لم يكن فى الأرض نقصان كان الخارج بينهما على

١- ١ . غاية الآمال /٣٢٢ و ٣٢١.

٢- ٢ . المكاسب ٢٨٠/٣.

٣- ٣ . الشرائع ١٤١/٢.

٤- ٤ . الشرائع ١٣٥/٢.

٥- ٥ . قواعد الاحكام ٢٨١/٢، تحرير الأحكام الشرعية ٨٠/٣.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء ٢٩٠/٢ من الطبع الحجرى (١١/١٨).

٧- ٧ . قواعد الأحكام ١٣٧/١.

٨- ٨ . إيضاح الفوائد ٥٥/٢.

شرطهما، فإن كان البذر من جهة الدافع كان الخارج بينهما و له عليه عوض البذر فی جميع الوجهين و يغرم نقصان الأرض و هكذا لو لم يخرج الأرض شيئا».(۱)

حيث يرى صحة شراء الصبی التاجر و هو بالطبع يكون مميّزا رشيدا.

و كذا ابتناء المسألة عند المحقّق الثانی(۲) علی شرعية عبادات الصبی و تمرينيتها، دليل علی عدم وجود إجماع مدركی فی المقام.

و قال الشيخ الأعظم بعد نقل ما مرّ من حجر التذكرة: «و استثناء إيصال الهديّة و إذنه فی دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنی منه لمطلق أَفعاله...»(۳).

مراده: غرض العلاّمة أنّ قول الصبی و فعله كالعدم و لا يترتب عليه شیءٌ. لأصالة الاتصال فی الاستثناء فيندرج فيه جميع أقواله و أفعاله إلاّ ما استثنی، فلو أجری الصبی العقد بوكالة عن غيره لا يصح لعدم العبرة به.

و فيه: لا يتم ما ذكره من أنّ معقد النص و الإجماع بقرينة اتصال الاستثناء يشمل موارد التی يكون الصبی فيها كمجرد آلة نحو إنشاء عقد وكالةً عن الغير أو بأمر من وليّه، لعدم استقلاله فی ذلک بل الصبی فيه عاقد محض بل آلة محض بل كاللسان من الإنسان، كما يظهر الإشكال من المحقّقين: الخراسانی(٤) و الفقيه اليزدی(٥) و الإيروانی(٦) و الاصفهانی(٧) قدس سرهم .

الثانی: آية الابتلاء

و هی قوله تعالی: «و ابتلوا اليتمی حتّی إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا

۱- ۱ . المهذب ۲۰/۲، مختلف الشيعة ۱۸۸/٦.

٢- ٢ . جامع المقاصد ١٩٤/٥.

٣- ٣ . المكاسب ٢٧٥/٣.

٤- ٤ . حاشية المكاسب /٤٦.

٥- ٥ . حاشيته على المكاسب ١٦/٢.

٦- ٦ . حاشيته على المكاسب ١٦٦/٢.

٧- ٧ . حاشية المكاسب ٩/٢.

فادفعوا إليهم أموالهم...»(١).

و قال تعالى قبله فى صدر سورة النساء: «و ءَاتوا اليتمى أموالهم و لا تتبدَّلوا الخبيث بالطيب و لا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنّه كان حوبا كبيرا»(٢).

و كذا قال تعالى بعد الثانية و قبل الأُولى: «و لا تُؤتُوا السفهاء أموالكم التى جعل اللّه لكم قيما و ارزقوهم فيها و اكسوهم و قولوا لهم قولاً معروفا»(٣).

بتقريب: لابدّ من إعطاء أموال اليتامى إليهم ولكن بشرط عدم السفاهة فيهم، لأنّ السفيه محجور عليه، فأمر سبحانه بامتحان اليتامى لخروجهم عن السفه بالبلوغ و الرشد - و هو العقل الذى يتشخّص المصلحة عن المفسدة و يمكن به من إصلاح ماله - و بعد حصول الأمرين المذكورين فى الآية الشريفة و هما البلوغ و الرشد أمر بإعطاء أموالهم.

فيظهر توقف إعطاء أموالهم إليهم على أمرين: ١- البلوغ ٢- الرشد.

و بعد الغاء الخصوصية من الأيتام يمكن التعدى إلى كلِّ صبى غير بالغ ولو لم يكن يَتِيْما له.

قال الشيخ فى تفسيره: «هذا خطاب لأولياء اليتامى، أمر اللّه تعالى بأن يختبروا عقول اليتامى فى أفهامهم و صلاحهم فى أديانهم و إصلاح أموالهم. و هو قول قتادة و الحسن و السُّدّى و مجاهد و ابن عباس و ابن زيد. و قد بيّنا أنّ الاِبتِلاء معناه الإختبار فيما مضى.

و قوله: «حتى إذا بلغوا النكاح» معناه: حتّى يبلغوا الحدَّ الذى يقدرون على مجامعة النساء و ينزل، و ليس المراد الإحتلام، لأنّ فى الناس مَن لايحتلم أو يتأخر إحتلامه و هو قول أكثر المفسرين، مجاهد و السُّدّى و ابن عباس و ابن زيد. و منهم من قال: إذا كمل عقله و أونس منه الرشد سلم إليه ماله و هو الأقوى. و منهم من قال: لا يسلم إليه حتّى يكمل له خمس عشرة سنة، و إن كان عاقلاً لأنّ هذا حكم شرعى و بكمال العقل

١- ١ . سورة النساء /٦.

٢- ٢ . سورة النساء /٢.

٣- ٣ . سورة النساء /٥.

تلزمه المعارف لا غير، و قال أصحابنا: حدّ البلوغ إمّا بلوغ النكاح أو الإنبات فى العانة أو كمال خمس عشرة سنة.

و قوله: «فإن آنستم منهم رشدا» معناه: فإن وجدتم منهم رشدا و عرفتموه و هو قول ابن عباس... .

و اختلفوا فى معنى الرشد، فقال السُّدّى و قتادة: معناه عقلاً و دينا و صلاحا. و قال الحسن و ابن عباس: معناه صلاحا فى الدين و إصلاحا للمال. و قال مجاهد و الشعبى معناه: العقل، قال: لا يدفع إلى اليتيم ماله و إن أخذ بلحيته و إن كان شيخا حتّى يؤنس منه رشده: العقل. و قال ابن جُرَيْجٍ: صلاحا و علما بما يصلحه.

و الأقوى أن يحمل على أنّ المراد به العقل و إصلاح المال على ما قال ابن عباس و الحسن، و هو المروى عن أبيجعفر عليه السلام ، للاجماع على أن من يكون كذلک لا يجوز عليه الحجر فى ماله و إن كان فاجرا فى دينه، فإذا كان ذلک إجماعا فكذلک إذا بلغ، و له مال فى يد وصى أبيه أو فى يد

حاكم قد ولى ماله، وجب عليه أن يسلم إليه ماله إذا كان عاقلاً مصلحا لماله و إن كان فاسقا فى دينه. و فى الآية دلالة على جواز الحجر على العاقل إذا كان مفسدا فى ماله من حيث أنّه إذا كان عند البلوغ يجوز منعه المال إذا كان مفسدا له، فكذلک فى حال كمال العقل إذا صار بحيث يفسد المال جاز الحجر عليه و هو المشهور فى أخبارنا. و من الناس من قال: لا يجوز الحجر على العاقل، ذكرناه فى الخلاف.

و قوله: «فادفعوا إليهم أموالهم و لا تأكلوها إسرافا و بدارا»: فهو خطاب لأُولياء اليتيم، أمرهم اللّه تعالى إذا بلغ اليتيم و أونس منه الرشد على ما فسّرناه، أن يسلم إليه ماله و لا يحبسه عنه...»(١).

أقول: الذى يَظْهَرُ من كلام الشيخُ لزومُ توفُّرِ الشرطين لدفعِ اموالهم وَهْما: البلوغُ و الرُّشَد كما صرح فى كلامه الأخير و هو ظاهر على بن ابراهيم القمى فى تفسيره(٢) و

١- ١ . التبيان ٣/(١١٨-١١٦).

٢- ٢ . تفسير القمى /٧١ من الطبع الحجرى، ١٣١/١ من الطبع الحروفى.

تبعهما جماعة، منهم: القطب الراوندى فى فقه القرآن(١) و الطبرسى فى مجمع البيان(٢) و أبوالفتوح الرازى فى روض الجنان(٣) و كما يظهر ذلک من الفاضل المقداد فى كنز العرفان(٤) و الفيض فى تفسيريه الصافى(٥) و الأصفى.(٦)

و ذهب جماعة من العامة إلى هذا القول منهم: الثعلبى فى تفسيره.(٧)

ولكنَّ هناکَ قولاً آخَرَ: و هو أنّ البلوغ فى الآية غاية لِلابتلاء، كما صرح به القطب الراوندى وقال: «وقت الاختبار يجب أن يكون قبل البلوغ»(٨) و أمّا، تمام الموضوع لدفع أموالهم فهو الرشد فقط من دون بلوغ كما يظهر هذا القول من جماعة من المفسرين منهم: الزمخشرى فى الكشاف(٩) و

الطبرسی فی جوامع الجامع(۱۰) و البیضاوی فی أنوار التنزیل(۱۱) و المشهدی فی کنز الدقائق(۱۲).

و لذا قال المحقّق الإیروانی: «لا یبعد استفادة أنّ المدار فی صحة معاملات الصبی علی الرشد من الآیة «و ابتلوا الیتامی...» علی أن تکون الجملة الأخیرة استدراکا عن صدر الآیة و أنّه مع استیناس الرشد لا یتوقف فی دفع المال و لا ینتظر البلوغ و أنّ اعتبار البلوغ طریقیٌّ اعتبر أمارة إلی الرشد بلا موضوعیة له بل یستفاد هذا المعنی مِنْ عدّة من

۱- ۱ . فقه القرآن ۷۳/۲.

۲- ۲ . مجمع البیان ۹/۳.

۳- ۳ . روض الجنان ۲۵٤/٥.

٤- ٤ . کنز العرفان ۱۰۳/۲ و ۱۰٤.

٥- ٥ . الصافی /۱۰۸ من طبع الحجری.

٦- ٦ . الأصفی /۱۳۸ و ۱۳۹.

۷- ۷ . الکشف و البیان ۲٥٤/۳.

۸- ۸ . فقه القرآن ۷۳/۲.

۹- ۹ . الکشاف ٤۷۳/۱ و ٤۷٤.

۱۰- ۱۰ . جوامع الجامع ۲۳۷/۱.

۱۱- ۱۱ . أنوار التنزیل /۹۰ من الطبع الحجری.

۱۲- ۱۲ . کنز الدقائق ۳٥۰/۲.

الأخبار...»(۱).

أقول: ظهر ممّا سردناه عليک أنّ فی الآية الشريفة احتمالَيْن:

أحدهما: اعتبارا لبلوغ و الرشد معا.

و ثانيهما: اعتبار الرشد فقط و أنّ البلوغ غاية لِلاِبتلاء.

و إذا حَصَلَ الاحتمال بطل الاستدلال فلا يمكن التمسک بالآية الشريفة لإثبات اعتبار البلوغ و لا نفيه(٢)، و لعلّ هذا هو سرّ عدم استدلال الشيخ الأعظم رحمه الله بها و اللّه العالم.

الثالث: حديث رفع القلم عن الصبی

قد ورد هذا المضمون فی عدّة من الروايات:

منها: خبر يونس بن ظبيان قال: أُتِیَ عُمَرُ بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها، فقال علی عليه السلام : أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبی حتّی يحتلم، و عن المجنون حتّی يفيق و عن النائم حتّی يستيقظ.(٣)

فی سند هذه الرواية إيرادات:

١- الحسن بن محمّد بن الحسن السكونی: «روی عنه التلعكبری و سمع منه فی داره بالكوفة سنة ٣٤٤ و ليس له منه الإجازة» كما فی باب من لم يرو عنهم عليهم السلام فی رجال الشيخ(٤) و هو من مشايخ الصدوق فی هذه الرواية.

٢- و أمّا الحضرمی: «فهو زرعة بن محمّد قال النجاشی: «أبومحمّد الحضرمی ثقة روی عن أبی عبداللّه و أبی الحسن عليهماالسلام و كان صحب سماعة و أكثر عنه و وقف»(٥).

ولكن بين هذا الحضرمی و هو زرعة بن محمّد و بين الصدوق ثلاث وسائط كما يظهر من

١- ١ . حاشية المكاسب ١٧٠/٢.

٢- ٢ . كما يظهر هذ الاستدلال من العقد النضيد ٤١٧/٢.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٤٥/١، ح١١، الباب ٤ من أبواب مقدمات العبادات.

٤- ٤ . رجال الشيخ /٤٦٨، الرقم ٣٤.

٥- ٥ . رجال النجاشى /١٧٦، الرقم ٤٦٦.

سند النجاشى(١) إليه أن ابن الوليد استاد الصدوق يروى عنه بواسطتين. و رواية الصدوق عن زرعة بواسطة واحدة بعيد جدّا، و إن كان المراد بالحضرمى غيره فلا ندرى من هو؟

٣- و ابراهيم بن أبى معاوية: مهمل ابن مهمل و كلاهما فى السند.

و أمّا: سليمان بن مهران فهو: أبومحمّد الأسدى مولاهم الأعمش الكوفى من رجال الصادق عليه السلام (٢) و هو معتمَدٌ معتبرٌ جليلٌ عظيمٌ معروف بالفضل و الثقة و الجلالة و التشيع و الاستقامة.

و العامة أيضا مُثْنُون عليه، مطبقون على فضله و ثقته، مقرّون بجلالته مع اعترافهم بتشيعه... له ألف و ثلاثمائة حديث. مات سنة ثمان و أربعين و مائة عن ثمان و ثمانين سنة» كما فى الرواشح السماوية(٣) للمحقّق الداماد قدس سره .

٤- يونس بن ظبيان: «مولى، ضعيف جدّا لايلتفت إلى ما رواه، كلّ كتبه تخليط» كما فى النجاشى(٤). و هذا الذى يروى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى القرن الثانى من الهجرة لا يتمكن من نقل واقعة من اوائل القرن الأوّل من دون واسطة.

فهذا حال سند رواية الخصال باختصارٍ.

ولكن ورد هذا المضمون مختصرا و هذه الرواية مُفَصَّلَةً فى إرشاد المفيد قال: «فصلٌ: فى ذكر ماجاء من قضاياه [أى أميرالمؤمنين] عليه السلام فى إمارة عمر بن خطاب: فمن ذلک ماجاءت به العامة و

الخاصة...(٥) و رووا: أنّ مجنونة على عهد عمر فجربها رجلٌ، فقامت البينة عليها بذلک، فأمر عمر بجلدها الحد، فمُرّ بها على أميرالمؤمنين عليه السلام لِتُجْلَد، فقال: مابالُ مجنونة آل فلان تعتل(٦)، فقيل له: أنّ رجلاً فجربها و هرب، و قامت البينة

١- ١ . رجال النجاشى /١٧٦، الرقم ٤٦٦.

٢- ٢ . رجال الشيخ /٢٠٦، الرقم ٧٢.

٣- ٣ . كما فى الرواشح السماوية /١٣٢، الراشحة الثانية و العشرون.

٤- ٤ . رجال النجاشى /٤٤٨، الرقم ١٢١٠.

٥- ٥ . الإرشاد ٢٠٢/١.

٦- ٦ . تعتل: تجذب جذبا عنيفا.

عليها، فأمر عمر بجلدها، فقال لهم: رُدّوها إليه و قولوا له: أما علمتَ أنّ هذه مجنونة آل فلان، و أنّ النبيَّ صلى الله عليه و آله قال: رُفع القلمُ عن ثلاثة: عن المجنون حتّى يفيق، إنّها مغلوبة على عقلها و نفسها، فُردّت إلى عمر، و قيل له ما قال أميرالمؤمنين عليه السلام ، فقال: فرّج اللّه عنه، لقد كدتُ أن أهْلكَ فى جلدها. و درأ عنها الحدّ»(١).

مثل هذه القضية المروية فى كتب الخاصة(٢) و العامة(٣) لا يحتاج إلى السند لشهرتها.

و من الواضح أنّ المفيد لم يذكر الاثنين الآخرين فى روايتها لأجل التلخيص و عدم وجود المصداق لهما فى القضية.

و منها: خبر سليمان المروزى عن الرضا عليه السلام أنّه قال فى حديث: و إنّ الصبى لا يجرى عليه القلم حتّى يبلغ.(٤)

و منها: خبر أبی البختری عن جعفر علیه السلام عن أبیه علیه السلام عن علی علیه السلام أنّه کان یقول فی المجنون و المعتوه الذی لا یفیق، و الصبی الذی لم یبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم.(۵)

و منها: موثقة عمار الساباطی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سألته عن الغلام متی تجب علیه الصلاة؟ فقال: إذا أتی علیه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلک فقد وجبت علیه

۱- ۱ . الإرشاد ۲۰٤/۱ و ۲۰۳ و نقل عنه فی وسائل الشیعة ۲۳/۲۸، ح۲، الباب ۸ من أبواب مقدمات الحدود.

۲- ۲ . المناقب ۳٦٦/۲، بحارالأنوار ۸۸/۷۹، ح٦ و ٦۸۰/۳۰ نقل عن مصادر العامة.

۳- ۳ . أنت تجد نحوها فی مسند أحمد ۱٥٤/۱، سنن أبی داود ۱٤۰/٤، مسند أبی یعلی ٤٤۰/۱، سنن الدار قطنی ۱۳۸/۳، ح۱۷۳، سنن البیهقی ۲٦٤/۸، سنن سعید بن منصور ٦۷/۲، المستدرک علی الصحیحین ٥۹/۲.

٤- ٤ . فضائل الأشهر الثلاثة /۱۱٦، ح۱۱۱ و نقل عنه فی مستدرک الوسائل ۸۷/۱، ح۹، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات.

٥- ٥ . وسائل ۹۰/۲۹، ح۲، الباب ۳٦ من أبواب القصاص فی النفس.

الصلاة و جری علیه القلم، و الجاریة مثل ذلک إن أتی لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلک، فقد وجبت علیها الصلاة و جری علیها القلم.(۱)

فی هذه الموثقة ثلاثة أحکام مخالفة للإجماع:

١- بلوغ الغلام بالسن هو الخامسة عشرة سنةً، أو خُروج المَنِيّ فى النوم أو اليقظة، أو نَبات الشعر الخشن فوق العانة، و قد أُدعِيَ الإجماع(٢) على السنّ.

٢- بلوغ الجارية بثلاث عشرة سنة الواردة فى الرواية مخالف للإجماع.(٣)

بل و قد اعتبر صاحب الجواهر(٤) تسع سنين فى بلوغها ممّا استقر عليه المذهب.

٣- التساوى بين بلوغهما فى السن فهذا أيضا مخالف للإجماع.

فالأصحاب كلّهم أعرضوا عن هذه الموثقة و إعراضهم يوجب وهنها، ولكن يمكن الأخذ برفع القلم الوارد فيها لجواز التفكيک بينه و بين سنّ البلوغ الوارد فيها فى الحجية.

و كونها «على نسق واحد بنحو العطف و المعطوف عليه»(٥) و «اندارجها فى عنوان الشاذ و النادر»(٦) لا يضرّ بذلک بعد الذهاب إلى جواز التفكيک فى الحجية.

١- ١ . وسائل الشيعة ٤٥/١، ح١٢، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات.

٢- ٢ . قال فى مفتاح الكرامة ٣٢/١٦: «و يدل على المشهور فى الذكور [خمس عشرة سنة]» الاصول الكثيرة و الإجماعات التى كادت تبلغ اثْنَتَيْ عشرة إجماعا من صريح و ظاهر و مشعر به، بل هو معلوم، و مع ذلک قد أُيّدت بالشهرات المستفيض نقلها مع العلم بها و أخبار الباب و هى بين عامية و خاصية». و فى الجواهر ١٦/٢٦: «على المشهور بين الأصحاب فى المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا كما اعترف بذلک فى المسالک [١٤٤/٤] بل نقلها مستفيض أو متواتر كالإجماع صريحا و ظاهرا...».

٣- ٣ . قال فى مفتاح الكرامة ٣٤/١٦: «و يدل على بلوغ الأنثى بالتسع الإجماعات من صريح و ظاهر و هى ثمانية معتضدة بما سمعته من الشهرات و الأخبار المستفيضة».

٤- ٤ . قال فی الجواهر ٣٨/٢٦: «علی المشهور بین الأصحاب، بل هو الذی استقر علیه المذهب».

٥- ٥ . کما فی العقد النضید ٤٢١/٢.

٦- ٦ . کما فی العقد النضید ٤٢١/٢.

و الحاصل: حدیث رفع القلم عن الثلاثة تُلُقِّیَ بالقبول عند الخاصة و العامة و استدل فقهاء المدرستین بها مثلاً الشیخ استدل بها مکررا فی کتابیه المبسوط(١) و الخلاف(٢)، و کذا الشریف المرتضی(٣) و ابن ادریس اللذان لا یعملان بالخبر الواحد إلاّ إذا کان مجمعا علیه أو علیه قرینة القطع عملا بها فی بابی الوصیة(٤) و الحدود(٥) و غیرهما(٦).

و هذه الشهرة(٧) التی عمل بها نحو ابن ادریس و غیره قدس سرهم تحصل لنا القطع بصدوره عن النبی صلی الله علیه و آله و آله علیهم السلام حتی لو لم یکن السَّنَدُ تاما فی روایاته.

هذا کلّه بالنسبة إلی أسناد حدیث رفع القلم و أما دلالتها:

دلالة حدیث رفع القلم:

القلم المرفوع عن الثلاثة یحتمل أَحَدَ الأَمْرَیْنِ أو کِلَیْهِما:

الأوّل: المرفوع هو قلم التکلیف و الوضع کلاهما کما علیه صاحب الجواهر.(٨)

الثانی: المرفوع هو قلم المؤاخذة و العقوبة الشرعیة دنیویة کانت أو اُخرویة، و الدنیویة بلا فرق بین کونها بدنیة نحو: القصاص و الحدود و التعزیرات، أو مالیة نحو: الدیات، و قلم المؤاخذة هو فعل الشارع و هو قابل للوضع و الرفع.

١- ١ . المبسوط ٢٨٢/٢، ٣/٣، ٥١/٤، ٥٢/٥ و ١٩٤، ٦٨/٧، ٢١/٨.

٢- ٢ . الخلاف ٤١/٢ و ٢١٨ و ٤٤٩، ١٧٩/٣ و ٣٥٣، ١٧٦/٥ و ٣٢٤، ٣٨٩/٦.

٣- ٣ . الناصريات /٢٨٢.

٤- ٤ . السرائر ٢٠٧/٣.

٥- ٥ . السرائر ٣٢٤/٣ و ٣٢٥.

٦- ٦ . السرائر ٤٥١/٣.

٧- ٧ . راجع لأجل تحصيلها: جواهر الفقه لابن البراج /١٨٨، غنية النزوع /٤٣، المعتبر ٢٩٠/٢ و ٧٦٧، تذكرة الفقهاء ٣٣٦/٤، ١٢/٥ و ٣٦٧، ٩٩/٦ و ١٠٠ و ١٤٧، ٢٣/٧ و ٤٠، ٢٩٤/٩، نهاية الإحكام ١٥٩/٢ و ٤٥٥، مختلف الشيعة ٤٤٥/١، ٣٣٣/٤ و ٣٣٧، ٢٨٢/٩، إيضاح الفوائد ٥٠/٢، ١٠١/٤ و ٥٢٠ و ٦٠٠، المهذب البارع ١٩٢/٥.

٨- ٨ . الجواهر ٥/٣٢ و فيه: «... نصوص رفع القلم الشامل للوضعى و التكليفى...».

و لأحد أن يَقُوْلَ: بأنّ المرفوع عن الثلاثة هو الأقلام الثالثة: التكليف و الوضع و المؤاخذة.

ولكن ناقش الشيخ الأعظم فى دلالة الحديث بوجوه ثلاثة:

قال: «ففيه: أوّلاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا - كالمشهور- على شرعية عبادات الصبى.

الثانى: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصّة بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولى إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما تكونُ جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكنه من مسّ المصحف.

و ثالثا: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعولة فى حقِّ البالغين، فيكون الفاعل - كسائر غير البالغين - خارجا عن ذلک إلى وقت البلوغ»(١).

نقد الاشكال الأوّل للشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم فى أوّل إشكالاته الثلاثَة إلى أن المرفوع هو قلم المؤاخذة فقط دون الأحكام التكليفية و الوضعية، لأنّ المرفوع لابدّ أن يكون ثقيلاً و ليس الثقيل إلاّ المؤاخذة و إلاّ الحكم بما هو حكم من دون مؤاخذة ليس فيه ثقل حتّى يرفع.

مضافا إلى أنّ مورده مقام الامتنان و هو يصدق فى رفع المؤاخذة لا الأحكام. و إلاّ فأىّ امتنانٍ فى رفع حكم مشروعية عبادات الصبى و الذهاب إلى تمرينيتها مع أنّ المختار هو القول بمشروعيتها.

ولكن يرد عليه أوّلاً: الأحكام التكليفية أيضا ففيها ثقل و إلاّ لم يصدق عليها مادة الكُلْفة و التكليف، مضافا إلى وجود الثقل فى كثير من الأحكام الوضعية أيضا من الضمانات و الدِّيات و القصاص فيصدق على رفعهما الامتنان.

١- ١ . المكاسب ٢٧٨/٣.

و ثانيا: بالنسبة إلى مشروعية عبادات الصبى أنّها تجتمع مع رفع الأحكام التكليفية الإلزامية، بحيث يرفع الإلزام من الصبى و يبقى الاستحباب و المشروعية الذاتية و الأمر غير الإلزامى، و الامتنان أيضا يقتضى بقاء المشروعية.

فَإنْ قلتَ: إنّ الأحكام الشرعية المجعولة بسيطة و إذا انتفى الحكم اللزومى لم يبق منه الاستحباب و المشروعية لبساطته.

قلتُ: نعم، بساطة الأحكام صحيحة، ولكن يمكن استفادة مشروعية عبادات الصبى من الأخبار الواردة(١) فى حق أوليائه فى أمرهم إيّاهُ بالصلاة و هو ابنُ سِتِّ سنين أو سبع، و من المعلوم أنّ الأمر

بالأمر يدل على مطلوبية المامور به و مشروعيته، فبهذه الأخبار يُدْفَعُ الإشكال عن مشروعية عبادات الصبى، و الأمر موكول إلى محلّه.

و ثالثا: لا يمكن الالتزام بأنّ المرفوع هو قلم المؤاخذة و رفع العقوبة، لأنّ رفعها يعنى رفع فعليتها مع وجود استحقاق العقوبة، و من الواضح عدم امكان استحقاق العقوبة فى الثلاثة إلاّ فى الصبى المميّز القابل للخطاب ولكن الإجماع و الضرورة ينفيان عنه الاستحقاق.

و رابعا: لا مضى لرفع المؤاخذة فى المقام إلاّ برفع منشأ استحقاقها و هو رفع الأحكام التكليفية.

نقل مقالة المحقّق الايروانى و نقده:

قال قدس سره : «... لا يجدى ذلک فى صحة الاستدلال بالحديث لرفع التأثير عن إنشاء الصغير، و ذلک أنّ تأثير الانشاء فى حصول عنوان المنشأ - كعنوان النكاح و البيع و الهبة - تأثير تكوينى فى أمر اعتبارى، فيكون كتأثير سيفه فى القطع و قلمه فى الكتابة و هذا لا يرفعه حديث الرفع. و أمّا رفع الآثار المترتبة شرعا على العناوين المتولدة من إنشائه على أن لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوما بأحكام البيع، فذلک فى البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات على من مات بسيفه أو أحكام المصحف على ما كتبه بقلمه و

١- ١ . راجع وسائل الشيعة ١٨/٤، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض من كتاب الصلاة.

هكذا. و معلوم بالقطع أن حديث الرفع لا يرفع إلاّ أحكاما مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاما مترتبة حتّى مع الواسطة»(١).

و فيه: أوّلاً: لا يظهر لنا مراده قدس سره من «أنّ تأثير الانشاء فى المنشأ تأثير تكوينى فى أمر اعتبارى»، بعد مغايرة عالَمى التكوين و الاعتبار فى الوجود.

و العجب من قَوْلِهِ: «أنّ الإنشانيات تتحقق من خلال الإنشاء تكوينيّا»(٢).

و ثانيا: تنظير انشاء الصبى بقتله بالسيف أو كتابته المصحف أو غَيْرِهِما من الامور التكوينية لاوَجْهَ له؛ لأنّ حدوث المعاملات بالمعنى الأعم بالإنشاء يحتاج إلى إمضاء شرعى من الشارع و هو ينفى ذلک بالنسبة إلى الثلاثة.

و ثالثا: إذا تمكن الشارع من الرفع بالنسبة إلى الثلاثة و أحكامهم فما الفرق بين أحكام بلا واسطة و مع الواسطة؟! و حيث أنّ الاعتبار سهل و بيد المعتبِر و يكفى فى صحتها عدم اللغوية فما الفرق بينهما؟!

اشكال المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله على الشيخ الأعظم قدس سره و نقده:

قال قدس سره : «و يرد عليه: أنّ العقوبة و المؤاخذة - كالمثوبة و الأُجرة من الأُمور التى لاصلة لها بعالَم الجعل بوجه، بل هى مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل»(٣).

و فيه: العقاب - و كذا الثواب - يمكن أن يكون أمرا مجعولاً كما هو كذلک فى الأُمور الاعتبارية التى منها الشرعيات، فإذا كان أمرا مجعولاً يصح العفو عن العقوبة و التفضل و الإضعاف فى المثوبة، فلا يرد هذا الاشكال على الشيخ الأعظم كما فى العقد النضيد(٤).

١- ١ . حاشية المكاسب ١٦٨/٢.

٢- ٢ . العقد النضيد ٢/٤٣٠.

٣- ٣ . مصباح الفقاهة ٣/٢٥٠.

٤- ٤ . راجع العقد النضيد ٢/٤٢٤.

نقد اشكاله الثانى:

ذهب الشيخ الأعظم إلى التسالم مع القوم و قبول أنّ القلم الوارد فى حديث يشمل الأحكام ولكنّه مختص بالأحكام التكليفية لا الوضعية منها لأنّ المشهور يذهبون إلى ثبوت الأحكام الوضعية فى حقّ غير البالغين نحو الضمانات و الأحداث مثل الجنابة و مسّ الميت و الأخباث كنجاسته.

و إذا لم يرفع الأحكام الوضيعة عن الصبى فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء به عليه بعد بلوغه، أو لوجوب الوفاء به على وليّه إذا وقع العقد بإذنه أو إجازته.

و يرد عليه: عدم ثبوت نسبة الشهرة فى ثبوت الأحكام الوضعية إلى غَيْرِ البالغين كما اعترف به الشيخ الأعظم نَفْسُهُ فى أوّل كلامه: «المشهور... بطلان عقد الصبى»(١) و قد ادُّعِيَ عليه الإجماع فى الغنية(٢) و التذكرة(٣) و فى كنز العرفان(٤) نسبه إلى الأصحاب، و كذا يرد الإجماع فى كلام المتأخرين نحو: الشيخ جعفر(٥) و السيّد العاملى(٦) و صاحب الجواهر(٧) و الفاضل المراغى(٨) رحمهم الله كما مرّ.

و انتساب الشهرة إلى طرفى المسألة لا يَتَناسَبُ مع مقامه العلمى.

و تخصيص نفوذ بعض الموارد نحو: الوصية و التدبير فى حقّ الصبى لا يثبت جريان جميع الأحكام الوضعية فى حقّه، و المشهور هو الْبِناءُ على فساد عقوده و

١- ١ . المكاسب ٢٧٥/٣.

٢- ٢ . الغنية /٢١٠.

٣- ٣ . تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

٤- ٤ . كنز العرفان ١٠٢/٢.

٥- ٥ . شرح القواعد ٣٩/٢.

٦- ٦ . مفتاح الكرامة ٥٤٧/١٢.

٧- ٧ . الجواهر ٢٦٠/٢٢.

٨- ٨ . العناوين ٦٧٤/٢.

إيقاعاته إلاّ ما خرج بالدليل كما يظهر من المحقّق الاصفهانى(١) قدس سره .

ولكن اعترض المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله على الشيخ الأعظم بقوله: «ولكنّه يناقض ما قد بنى عليه فى اصوله من أنّ الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية، و إذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفى عن الصبى فلا منشأ - هنا - لانتزاع الحكم الوضعى»(٢)

و قد سَبَقَهُ فى هذا الاشكال اُستاذه الأصفهانى حيث يقول: «إنّ الغرض من انتزاع الوضع من التكليف، إن كان حقيقة انتزاع مفهوم يقابل التكليف - كما هو واضح - فمن البيّن أنّ فعلية الأمر الانتزاعى بفعلية منشأ انتزاعه، فلا يعقل ضمان فعلى مع منشأ تقديرى، و إن كان الغرض أنّه لا معنى للوضع إلاّ نفس الحكم التكليفى التعليقى فهذه دعوى العينية، لا دعوى الانتزاع و الاِثنينية فى المفهوم...»(٣).

و هذا لا يَرِدُ على الشيخ الأعظم قدس سره لأنّه يرى انتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية ولو لم تكن فعلية و منجزة، و حيث يمكن عنده تصوّر تكليف غير منجز فى حقِّ الصبى مثلاً و بأنّه معلَّقا على بلوغه، فينتزع الحكم الوضعى منه و قد صرح بهذا البيان فى فرائده و قال: «و لم يدَّع أحد إرجاع الحكم الوضعى إلى التكليف الفعلى المنجَّز حال استناد الحكم الوضعى إلى الشخص حتّى

يدفع ذلک بما ذکره بعض من غفل عن مراد النافين(٤): من أنّه قد يتحقّق الحکم الوضعی فی مورد غيرقابل للحکم التکليفی کالصبی و النائم و شبههما»(٥).

و المحقّق الاصفهانی رحمه الله بصير بهذه المقالة و لذا قال فی أوّل کلامه الماضی: «قد اکتفی قدس سره کما فی اصوله بانتزاع الوضع من الحکم المعلّق علی البلوغ و قال بعدم

١- ١ . حاشية المکاسب ١٤/٢.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٢٥١/٣.

٣- ٣ . حاشية المکاسب ١٤/٢.

٤- ٤ . إشارات الاصول /٧، للحاجی محمّدابراهيم الکلباسی؛.

٥- ٥ . فرائد الاصول ١٢٦/٣.

اختصاصه بالحکم الفعلی المنجز»(١).

فلم يرد هذا النقد عليه ولکن يرد علی المحقّق السيّد الخوئی رحمه الله .

ولکن يمکن ردّ نقد الاصفهانی علی الشيخ الأعظم بأنّه قد خلط بين منشأ الانتزاع الفلسفی و الاصولی و مقاله بالنسبة إلی منشأ الانتزاع الفلسفی تام، ولکن منشأ الانتزاع الاصولی ليس فی الواقع منشأ انتزاع بل يکون مصححا للانتزاع و لذا يمکن أن يأخذ المصحح له من الحکم التکليفی الذی ليس له الفعلية و التنجيز نحو تصحيح حکم الضمان الوضعی لحکم الشارع بوجوب دفع الغرامة من الصبی بعد بلوغه، و هذا المقدار يصحح الانتزاع الاصولی و منشائه و يظهر هذا الرد من العقد النضيد.(٢)

نقد اشکاله الثالث:

ذهب الشيخ الأعظم؛ فى هذا الاشكال إلى التسالم الكامل مع القوم بأنّ حديث الرفع يشمل الأحكام التكليفية و الوضعية معا ولكن ما المانع من تأثير عقد الصبى بالنسبة إلى غيره الكبير الذى عقد مع الصبى من وجوب وفائه بالعقد و حرمة نقضه من جانبه و أمّا بالنسبة إلى الصبى بعد بلوغه أثّر العقد أثره و لزم عليه الوفاء.

و بالجملة: نظره فى هذا الاشكال إلى جواز التفكيک بين طرفى العقد فى لزوم الوفاء به بالنسبة إلى الصبى يأتى اللزوم بعد بلوغه و أمّا بالنسبة إلى الكبير الذى عقد معه فيأتى اللزوم بعد عقده، نظير ذلک مثل العقد بين الفضول و الأصيل، بحيث أن العقد و كما أنّ عقد الفضولى لا يترتب عليه الملكية و كذلک عقد الصبى و الملكية فيه منوط ببلوغه و كذلک وجوب الوفاء به، هذا توضيح الاشكال الثالث له قدس سره .

و يرد عليه: أوّلاً: بعد تَسْلِيْمِهِ بأنّ الأحكام الوضعية لا تجرى فى حقِّ الصبى، فما الفرق بين تأثير إنشائه على نحو الجزئية – نحو لزوم الوفاء من جانب الكبير– و عدم تأثيره على نحو الكلّيّة التامة – نحو لزوم الوفاء من الجانبين –، كما أشار إليه المحقّق

١– ١ . حاشية المكاسب ١٤/٢.

٢– ٢ . العقد النضيد ٤٢٧/٢.

الإيروانى قدس سره فى حاشيته على المكاسب بقوله: «بعد الاعتراف باختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين لا يسعه الالتزام بأنّ إنشاء الصبى جزء المؤثّر فإنه يناقض ذلک، إذ لا فرق بين الالتزام بجزء المؤثر أو تمام المؤثر فى أنّه التزام بعموم الحكم الوضعى لأفعال الصبى»(١).

و ثانيا: كيف يمكن التَّفْكِيْكُ بين حكمى التكليفى و الوضعى و بين طرفى العقد فى الحكم التكليفى، و بين لزوم الوفاء بالعقد من طرف البالغ الكبير و عدم حصول الملكية له؟! و لعل إلى ما ذكرنا أشار المحقّق النائينى قدس سره بقوله: «عدم إمكان تفكيک الآثار بين البالغ و غيره فى ما كان ذات الفعل موضوعا للأثر، بل فى ما كان الأثر مترتبا على الفعل القصدى أيضا، فإنّه لو أفاد عقد الصبى الملكية فلا يمكن أن لا يكون مؤثرا فعلاً و يصير ذا أثر بعد البلوغ، أنّ كون فعله موضوعا للأحكام المجعولة فى حقّ البالغين فرع أن يكون فعله مؤثرا و هذا أوّل الكلام، لأنّه يحتمل أن يكون وجوده كعدمه كما فى عقد المجنون و مثله، فكيف يمكن أن يكون هذا الذى صدر من مثل المجنون موضوعا لحكم البالغ العاقل؟!»(٢).

أقول: قوله: «إنّ كون فعله موضوعا» إلخ يمكن أن يشير إلى الإشكال الأوّل.

فذلكة القول فى حديث الرفع

المراد بالقلم فيه هو مطلق قلم التشريع بما فيه من الأحكام التكليفية و الوضعية و إذا ارتفع التكليف، يرتفع المؤاخذة و العقاب طبعا. كما يظهر ذلک من تسوية الصبى و ترديفه بالمجنون و النائم. و عدم وجود مانع من هذا الاطلاق حيث ناقشنا الإشكالات الواردة من الشيخ الأعظم قدس سره .

نعم، لا بأس بتخصيص هذا الإطلاق كما فى غيره من نفوذ حكمه بالنسبة الوصية و التدبير و العتق و إحرامه و اسلامه و عباداته كما مرّ عن التذكرة(٣) و جنابته و نجاسته و

١- ١ . حاشية المكاسب ١٦٨/٢.

٢- ٢ . منية الطالب ٣٦٠/١.

٣- ٣ . تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

ترتب بعض التعزيرات بالنسبة إليه و بعض المجانين، ففى كلِّ مورد ثبت التخصيص فهو و إلاّ نتمسک باطلاق حديث الرفع لنفى التكليف و الوضع و المؤاخذة عنه و عن مثليه.

الرابع: عدم جواز أمر الصبى

و المراد به عدم نفوذ تصرفاته بالبيع و الشراء و غيرهما من التصرفات، و إلغاء هذه التصرفات من الأثر و النفوذ و الصحة. كما قال السيّد العاملى: «و المراد بجواز أمره تصرّفه بالبيع و الشراء و نحوهما... عدم جواز أمره يعنى تصرّفه بجميع أنواع التصرفات...»(١)

و قال الفاضل المراغى: «إنّ جواز الأمر عبارة عن النفوذ و الصحة...»(٢).

و قد استدل بهذا الدليل كلٌّ من أصحاب الحدائق(٣) و الرياض(٤) و المستند(٥) و المفتاح(٦) و العناوين(٧) و الجواهر(٨) و المكاسب(٩).

و مستندهم عدّة من الروايات نَذْكُرُ ذَرْوا منها فيما يَلى مع بيانِ مَدى دلالتها المُدَّعاةِ:

فمنها: صحيحة عبداللّه بن سنان عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: سأله أبى - و أنا حاضر- عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتّى يبلغ أشدّه. قال: و ما أشدّه؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثَمانِىْ عشرة سنة أو أقل أو أكثر و لم يحتلم، قال: إذا بلغ و كتب عليه الشئ جاز أمره، إلاّ أن يكون سفيها أو ضعيفا.(١٠)

١- ١ . مفتاح الكرامة ٥٤٨/١٢.

٢- ٢ . العناوين ٦٧٦/٢.

٣- ٣ . حدائق ٣٦٩/١٨.

٤- ٤ . رياض المسائل ٢١٧/٨.

٥- ٥ . مستند الشيعة ٢٦٣/١٤.

٦- ٦ . مفتاح الكرامة ٥٤٨/١٢.

٧- ٧ . العناوين ٦٧٥/٢.

٨- ٨ . الجواهر ٢٦١/٢٢.

٩- ٩ . المكاسب ٢٧٦/٣.

١٠- ١٠ . وسائل الشيعة ٤١٢/١٨، ح٥، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر.

و أنت ترى بأنّه عليه السلام علّق جواز أمر اليتيم و نفوذ تصرفاته ببلوغه. و قد ورد تفسير «أشدّه»(١) فى موثقة عبداللّه بن سنان(٢) بِالاِحْتِلامِ و كذا فى معتبرة هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: انقطاع يتم اليتيم الاحتلام و هو أشدّه، الحديث.(٣)

و منها: خبر حمران عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها فى الشراء و البيع و أُقيمت عليها الحدود التامة و أخذت لها و بها، قال: و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع و لا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلک.(٤)

الرواية ضعيفة الإسناد بعبدالعزيز بن عبداللّه العبدى لتصريح النجاشى(٥) بِضَعْفِهِ و أمّا غيره من رواتها فهم معتبرون عندنا. و دلالتها واضحة على أن نفوذ أمره منوط بالبلوغ.

و منها: مرسلة الصدوق قال: قال أبوعبداللّه عليه السلام ءإذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها و جاز أمرها فى مالها و أُقيمت الحدود التامة لها و عليها.(٦)

ولكن الشيخ الأعظم استشكل فى دلالة هذه الروايات بأن جواز أمره يعنى جواز أمره بالاستقلال، لا أنّه مسلوب العبارة بالكلّيّة و الشاهد عليه استثناء السفيه و من المعلوم أنّ السفيه ليس مسلوب العبارة بل هو محجور عن الاستقلال فى تصرفاته المالية و ظهور الاستثناء فى المتصل لا المنقطع، و الصبى

الذى لم يبلغ كذلک ليس مسلوب العبارة بالكلية بل لايجوز و لاينفذ تصرفاته المستقلة و هذا نص عبارته بعد توضيحه:

ص: ٣٢

١- ١ . سورة الأحقاف /١٥.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٤٠٩/١٨، الباب ١ من أبواب كتاب الحجر، و ٣٦٣/١٩، ح٨، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٣٦٣/١٩، ح٩.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٤١٠/١٨، ح١، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر.

٥- ٥ . رجال النجاشى /٢٤٤، الرقم ٦٤١.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٤١١/١٨، ح٣.

قال: «لكن الانصاف أن جواز الأمر فى هذه الروايات ظاهر فى استقلاله فى التصرف، لأنّ الجواز مرادف للمضىّ، فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولى غير ماض، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء فى بعض تلک الأخبار بقوله: «إلاّ أن يكون سفيها»، فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، و أنّه إذا ساوم(١) وليّه متاعا، و عين له قيمته و أمر الصبى بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه»(٢).

الخامس: النصوص الدالة على أنّ عمد الصبى و خَطَؤُهُ

(٣) سِيّانِ

منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: عمد الصبى و خطأه واحد.(٤)

و أنت ترى بأنّها عامة تشمل الجنايات و غيرها و لم تكن مقيدة بخصوص الجنايات و لذا استدل بها الشيخ(٥) على ارتفاع الكفارة عن المحرّمات الصادرة من الصبى المُحْرِم و تبعه ابن ادريس.(٦)

و إذا كان عمد الصبى و خَطَؤُهُ واحدا، يعنى أنَّ عمدَ خطأٌ، و إذا كان كذلک فيكون قصده لغوا شرعا و من المعلوم عدم تحقق الإنشاء من دون القصد، بل قوامها به.

فهذه الصحيحة تلغى جميع عقود الصبى و إنشاءاته لعدم تحقق صدور القصد منه لأنّ عمده و خطأ واحد و من الواضح أنّ فى الخطأ لم يكن قصدا. فعقد الصبى باطل حتّى

١- ١ . المساومة: هى المجاذبة و المقاولة بين البائع و المشترى على السلعة و فصل ثمنها.

٢- ٢ . المكاسب ٢٧٧/٣.

٣- ٣ . هذا هو الصحيح و أمّا «خطأه» كما فى الرسم القديم خَطَأٌ.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح٢، الباب ١١ من أبواب العاقلة.

٥- ٥ . المبسوط ٣٢٩/١.

٦- ٦ . السرائر ٦٣٦/١ و ٦٣٧.

إذا كان بإذن وليّه أو إنشائه بإذن لِولى.(١)

ثم فى دلالة هذه الصحيحة تتمة و مناقشة تأتى بَعْدُ.

و منها: معتبرة اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام ، أنّ عليا عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمله (يُحمل على) العاقلة.(٢)

هذه المعتبرة مقيدة بالجناية لتحمل العاقلة، ولكن لا تقيّد صحيحة محمّد بن مسلم الماضية لأنّ كِلَيْهِما مُثْبَتَتانِ.

و منها: رواية الجعفريات بإسناده عن على عليه السلام أنّه قال: ليس بين الصبيان قصاص، عمدهم خطأ، يكون فيه العقل.(٣)

و سندها ضعيف بموسى بن اسماعيل لِمَجْهُوْلِيَّتِهِ.

و منها: مرسلة القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام أنّه قال: ما قَتَلَ المجنون المغلوب على عقله و الصبى، فعمدهما خطأ على عاقلتهما.(٤)

و منها: مرسلة أُخرى له عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: و ما جنى الصبىُ و المجنون فعلى عاقلتهما.(٥)

و منها: خبر أبى البخترى(٦) الماضى فى ذكر أحاديث رفع القلم.

و رفع القلم الوارد فى ذيل هذه الرواية ليست جملة مستأنفه بل هى مرتبطة بكون

١- ١ . كما يظهر ذلک من شيخنا الاستاذ قدس سره فى ارشاده ٢١٤/٢ تبعا للشيخ الأعظم فى مكاسبه ٢٨٢/٣ حيث يقول: «و حينئذ فكلّ حكم شرعىٍّ تعلّق بالأفعال التى يعتبر فى ترتّب الحكم الشرعى عليها القصد - بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد - فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد...».

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح٣.

٣- ٣ . الجعفريات /١٢٤ و نحوها فى دعائم الاسلام ٤١٧/٢، ح١٤٥٣، و نقل عنهما فى مستدرک الوسائل ٢٤٢/١٨، ح٢، الباب ٣٣ من أبواب القصاص.
٤- ٤ . دعائم الاسلام ٤١٧/٢، ح١٤٥٤، و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢٤٣/١٨، ذيل ح٣.
٥- ٥ . دعائم الاسلام ٤١٧/٢، ح١٤٥٤، و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢٤٣/١٨، ح٤.
٦- ٦ . وسائل الشيعة ٩٠/٢٩، ح٢، الباب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس.

الدية على العاقلة:

إمّا على وجه العلّية: بأنّ رفع القلم علّةٌ لوجوب الدية على العاقلة، لأنّ برفع القلم عن المجنون و الصبى يرفع المؤاخذة الأُخروية و الدنيوية - و هى إمّا القصاص و إمّا الدية - عنهما، و حيث لا يهدر دم امرى مسلم تحمله العاقلة.

و إمّا على وجه المعلولية: بأنّ رفع القلم يكون معلولاً لتنزيل الشارع عمد المجنون و الصبى منزلة خطأهما و يكون قصدهما كلا قصد فحينئذ ارتفعت عنهما المؤاخذة الأُخروية و الدنيوية.

و هذان الوجهان يشتركان فى ما نحن بصدده من عدم تحقق القصد من الصبى و حيث أنّ الإنشاء لايتحقق من دون قصد فلايتحقق منه إنشاء و لا عقد و لا إيقاع.

و يفترقان بالنسبة إلى الضمان بالإتلاف فعلى العلّية ليس عليهما الضمان، لأنّ رفع القلم علّة لرفع المؤاخذات الأُخروية و الدنيوية و منها الضمانات.

و أمّا على المعلولية، فتجرى الضمانات لأنّ الشارع نزّل عمد الصبى منزلة خَطَئِهِ و حيث أن الضمانات تجرى فى فرض الخطأ أيضا كما فى فرض العمد فلا يرفعه حديث الرفع، لأنّ المعلول تابعٌ لعلّته سعة و ضيقا و حيث أن الضمان بالإتلاف يكون خارجا عن العلّة فهو خارج عن المعلول أيضا.

و هذا الافتراق لا يضرّ فى ما نحن بصدده كما بيّنه الشيخ الأعظم الأنصارى رحمه الله بقوله: «فإنّ ذكر رفع القلم» فى الذيل ليس له وجه ارتباط إلاّ بأن تكون معلولة لقوله: «عمدهما خطأ» يعنى أنّه لما كان قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع و فى الواقع رفع القلم عنهما. و لا يخفى أنّ ارتباطهما بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور فى الرواية...»(۱).

اعترض عليه المحقّق الاصفهانى قدس سره و ذهب إلى بطلان العلّيّة و المعلولية فى هذا الذيل بجميع وجوه العقلية المتصورة بتفصيل مذكور فى كلامه ثم اختار فى آخر كلامه

۱- ۱ . المكاسب ۲۸۳/۳.

فى وجه ارتباط هذا الذيل بما قبله بأنّ: «تنزيل العمد منزلة الخطأ يقتضى بالمطابقة اثبات حكم الخطأ و هى الدية على العاقلة و يقتضى بالالتزام نفى حكم العمد و شبهه و هو جعل القصاص و الدية فى مالهما، فحيث قال عليه السلام : «عمدهما خطأ»، فلذا أراد بيان ما يقتضيه بالمطابقة فقال عليه السلام : «تحمله العاقلة»، و أراد بيان ما يقتضيه بالالتزام فقال عليه السلام : «و قد رفع عنهما القلم» على الترتيب بين الدلاتين»(۱).

و تبعه فى نفى عليّة الذيل لما قبله و كذا المعلولية المحققان الايروانى(۲) و السيّد الخوئى رحمهماالله ، و استشكل الأخير على الشيخ الأعظم بقوله: «لا وجه لجعل رفع القلم علّة لكون الدية على العاقلة، لعدم العليّة بينهما لا شرعا و لا عرفا و لا عقلاً، بل نسبة أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر فى جنب الإنسان، و العجب من المصنف [الشيخ الاعظم] فإنّه قد التزم بثبوت العلّيّة و المعلولية بين رفع القلم عن الصبى و بين ثبوت الدية على العاقلة، ولكن لم يستوضح المناسبة و السنخية بينهما، غاية الأمر أنّه ثبت فى الشريعة المقدسة أنّ دم المسلم لا يذهب هدرا، و من الظاهر

أنّ هذا الحكم مع مادلّ على أنّ عمد الصبى خطأ يلازم ثبوت دية الجناية الصادرة من الصبى على عاقلته.

و الصحيح أنّه لا ملازمة بينهما أيضا، لأنّ الحكمين المذكورين لا يدلاّن على ثبوت الدية على خصوص العاقلة إذ يمكن أن تكون الدية على جميع المسلمين أو من بيت المال أو غير ذلک، كما أنّه لا وجه لجعل رفع القلم معلولاً لقوله عليه السلام : «عمدهما خطأ»، فإنّ رفع القلم مقوم لتنزيلِ العمد بمنزلة الخطأ لا أنّه معلول له»(۳).

أقول: العلّيّة فى الاصول أعم من العلّيّة العقلية و الشرعية و العرفية مثلاً يقال: «لا تشرب الخمر لأنّه مسكر و كلّ مسكرٍ حرام» فصارت المسكرية علّة لحرمة شرب الخمر.

ثم العلية العقلية فى الذيل لما قبله لا تَتُمُّ، لعدمها بين رفع القلم و سقوط القصاص و الدية.

۱- ۱ . حاشية المكاسب ۲۲/۲.

۲- ۲ . حاشية المكاسب ۱۷۱/۲.

۳- ۳ . مصباح الفقاهة ۲۵۷/۳.

و كذا العلّيّة الشرعية، لعدم جعل الشارع العلّيّة لرفع القلم بالنسبة إلى عدم القصاص والدية.

ولكن العلّيّة العرفية و الاصولية يمكن تصويرُهُما بأنّ الصبى إذا قتل شخصا لا يقتص منه و لا تتعلق الدية بأمواله، لانّهما من مصاديق المؤاخذة و قلم المؤاخذة مرفوع عنه.

فحينئذ يمكن تصوير العلية بالنسبة إلى الذيل خلافا للأعلام قدس سرهم و تبعا للعقد النضيد.(۱)

ثم المرفوع بقوله عليه السلام «رفع عنهما القلم» هو مطلق المؤاخذة و لايعقل تصوير الدلالة الالتزامية فيه - لأنّ المدلول الالتزامى هو المؤاخذة الخاصة - أعنى ثبوت القصاص والدية - لا المؤاخذة المطلقة، و المرفوع فى الذيل هو المؤاخذة المطلقة فلا يمكن حملها على المقيدة إلاّ على نحو العلّيّة العرفية الاصولية المدعاة فى كلام الشيخ الأعظم و بهذا الأخير يظهر المناقشة فى كلام المحقّق الاصفهانى رحمه الله .(٢)

أخذ الصبى باتلافه مال الغير

قال الشيخ الأعظم قدس سره : «ثم إنّ مقتضى عموم هذه الفقرة [و قد رفع عنهما القلم] - بناءً على كونّها علّة للحكم عدم مؤاخذتها بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض إلاّ أن يلتزم بخروج ذلک من عموم رفع القلم و لا يخلو عن بعد»(٣).

و اعترض عليه المحقّق الإيروانى بقوله: «لا يخفى ما فيه، فإنّه مع القرينة المتصلة بالكلام على قصر المرفوع بقلم العمد و أنّ المرفوع أحكام أُخذ فى موضوعها العمد كيف يبقى لهذه الفقرة عموم بل يتعيّن أن يكون المرفوعُ بهذه الفقرة أحكاما أُخذ فى موضوعها العمد دون أحكام أُخذ فى موضوعها الخطأ، أو أحكام هى أعمّ من العمد و الخطأ - كالضمانات - فإنّ اطلاق أدلة تلک الأحكام يكون محفوظا على حاله بلا دليل حاكم

١- ١ . العقد النضيد ٢/٢٥٤.

٢- ٢ . راجع العقد النضيد ٢/٢٥٥.

٣- ٣ . المكاسب ٣/٢٨٣.

عليه.

بل أقول: هذا القصر الوارد على هذه الفقرة بالقرينة المتصلة فى هذه الرواية يوجب سقوط سائر الروايات المشتملة على رفع الحكم عن الصبى و المجنون عن العموم و الشمول لأحكام مختصّة بعنوان الخطأ أو عامّة لكلٍّ من العمد و الخطأ»(١).

و أجاب عن الاعتراض الأُستاذ المحقّق - مدظله - أنّ الظاهر منه قدس سره اختصاص رفع القلم بالأُمور القصدية المأخوذة فيها العمد، بالفرق بين أن يكون علّة أو معلولاً، و على هذا بناءً على العلّيّة، صارت ذكرها لغوا و لم تفد زائدا على المعلول شيئا و يسقط القاعدة الدارجة أنّ العلّة، تعمّم و تخصّص هذا أوّلاً.

و ثانيا: على فرض احتفاف خبر أبى البخترى بالقرينة المانعة من إطلاق ذيله - أى رفع القلم - ولكن لايوجب نفى إطلاق غيرها من الروايات نحو صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: عمد الصبى و خَطَؤُهُ واحد(٢)، و يأتى الكلام حولها. و كذا لا يوجب نفى إطلاق غيرها من روايات رفع القلم الماضية لأنّهما مُثبتتان و ليستا بمتنافِيَتَيْنِ و مُتَخالِفَتَيْنِ و كذلک لا يثبت أنّ الحكم فيهما على نحو صرف الوجود و أن يكون واحدا.

و بالجملة: على فرض تقييد خبر أبى البخترى بالقرينة، فغيرها من روايات عمد الصبى و رفع القلم مطلقة فيؤخذ باطلاقها.(٣)

هذا، و قال المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله فى كيفية توجّه الضمانات إلى الصبى مع رفع القلم عنه: «إنّ المراد من دليل رفع القلم عن الصبى، إنّما هو رفع الأحكام الإلزامية عنه منذ نعومة أظفاره إلى حدّ بلوغه، و هذا لا ينافى توجّه تلک الأحكام عليه بعد زمان البلوغ، و قد تقدّم أنّ فعل الصبى قد يكون موضوعا لتوجّه الأحكام الإلزامية عليه بعد بلوغه»(٤).

١- ١ . حاشيته على المكاسب ١٧٢/٢.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح٢.

٣- ٣ . العقد النضيد ٤٦٠/٢ و ٤٥٩.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٢٦٢/٣.

ولكن يرد عليه: أوّلاً: رفع القلم لا يمكن أن يشمل إتلاف الصبى، لأنّه امتنانى، و رفع الضمان عن الصبى خلاف الامتنان على المالک فلا يشمله رفع القلم و هذا الإشكال حلىٌّ.

و ثانيا: هذا السيّد المحقّق الجليل ذهب إلى عدم ثبوت الخمس فى مال الصبى مستدلاّ برفع القلم بدليل أنّ الرفع يشمل الأحكام الوضعية و التكليفية، و الخمس من الوضعيات فيرتفع برفع القلم، ثم يَرِدُ عليه بأنّ الضمان أيضا من الوضعيات فيرتفع برفع القلم على قوله و مبناه، فكيف يذهب إلى ثبوت الضمان و يختص رفع القلم بالأحكام الإلزامية دون الوضعيات هنا. و هذا نَقْضٌ عليه قدس سره .

و الإيرادان للاستاذ المحقّق(١) - مدظله - .

و الحاصل: الضمان ثابت على الصبى بإتلافه مال الغير و لا يرفعه رفع القلم، لأنّ فى الرفع خلاف الامتنان، ولكن توجّه خطاب التكليف بالأداء يكون بعد بلوغه.

ثم هل يمكن الأخذ بإطلاق عبارة «عمد الصبى و خَطَؤُهُ واحد»؟

الواردة فى صحيحة محمّد بن مسلم(٢) الماضية أم لا؟ ذهب القوم إلى عدم إمكان الأخذ بهذا الاطلاق و كلّ واحد منهم يستند إلى دليل خاص:

مستند المحقّق الحائرى قدس سره على عدم الاطلاق و اختصاص الصحيحة بالجنايات

قال: «أوّلاً: إنّ الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطأ و تشبيهه به فی الحكم، لا مجرد سلب حكم العمد و إلاّ لم يكن وجه لذكر الخطاء، بل كان ينبغی أن يقال: عمده كالعدم، فلابدّ أن يكون مصبّ هذه القضية عملاً كان لعمده حكم و لخطائه حكم، فيحكم بأنّ عمده من الصبی بحكم الخطاء من غيره، و هو كما فی باب الجنايات فلا مساس له بالمعاملات و لا دخل له بمسألة سلب قصده و جعله كلا قصد مطلقا.

و ثانيا: الظاهر منه ما إذا كان عنوان العمل محفوظا مع كلٍّ من العمد و الخطأ فلا

١- ١ . راجع العقد النضيد ٤٥٨/٢.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح٢.

يصح إجراؤه فی عمل كان عنوانه متقوّما بالقصد و مع الحظأ يرتفع موضوعه فلا يتصور فی موضوعه الخطاء، و الأوّل كعنوان القتل، و الثانی كعنوان العقد و الإيقاع.

و بالجملة: فيختصّ الخبر بباب الجنايات...»(١).

و اعترض عليه تلميذه المحقّق السيّدُ الخمينی رحمه الله و قال فی ردّ اشكاله الأوّل: «إنّ الأظهر فی مثل هذا التعبير إرادة سلب الإثر عن العمد كما يقال: «فلان قوله و عدم قوله سواء» يراد أنّه لا يترتب على قوله أثر، ولو منع هذا الظهور فلا أقل من اطلاقه لكلا الموردين - أی العمد و الخطأ - فلا وجه لاختصاصه بما ادعی»(٢) - أی عمد الصبی فی باب الجنايات فقط - .

و قال فی ردّ اشكاله الثانی: «ففيه: ما لا يخفی، لأنّ الظاهر من قوله عليه السلام «عمده خطأ» أم «عمد و خطأه واحد»، أنّ كلّ ما صدر منه عمدا خطأٌ تنزيلاً، فالعقد الصادر منه على قسمين: قسم صدر عمدا و قسم خطأً، كمن أراد تزويج فاطمة بزيد فأخطأ و قال: زوّجت سكينة عَمْرا، أو أراد إجارة

ملک فأنشأ بیعه خطأً، فکما أنّ الإنشاءَ الْخَطَئِیَّ لا یترتب علیه أثر فکذلک العمدی منه، فکلّ ما صدر منه و أمکن تقسیمه إلی العمد و الخطأ کان عمده بمنزلته، و الاختصاص بالأفعال الذی ذکرها بلا مخصص...»(۳).

ثم اختار هو وجه عدم الاطلاق فی المقام بقوله: «ورود جمیع الروایات المتقدمة و غیرها الواردة فی المجنون و الأعمی فی مورد الجنایة و کون الحکم فیها معهودا یوهن الاطلاق، لقوة احتمال إتکال المتکلّم علی تلک المعهودیة فلم یذکر القید»(٤).

دلیل المحقّق النائینی علی عدم الاطلاق

قال: «و الانصاف عدم دلالته علی حجره من مطلق الأفعال القصدیة و ذلک:

[۱]: لتذلیل هذه الجملة فی بعض الأخبار بکون دیته علی عاقلته الموجب

۱- ۱ . کتاب البیع ۲۰۹/۱ و ۲۰۸، لشیخنا آیة اللّه الشیخ محمّدعلی الأراکی.
۲- ۲ . کتاب البیع ۲۷/۲.
۳- ۳ . کتاب البیع ۲٦/۲.
٤- ٤ . کتاب البیع ۲٦/۲.

لاختصاصه بباب الجنایات، و تصیر قرینة علی إرادة ذلک منه حتّی فی الأخبار الغیر المذیلة بذلک الذیل.

[۲]: و مع قطع النظر عن هذه القرينة يكون المتعارف فى التعبير عن هاتين الكلمتين أعنى العمد و الخطأ هو باب الجنايات و باب كفارة الإحرام، و هذا التعارف أيضا يوجب صرفهما عن الظهور فى العموم...»(۱).

ولكن يرد على الأوّل: بأنّ صحيحة محمّد بن مسلم و غيرها من الروايات مثبتات و لا يمكن تقييدها بهنَّ، و لعدم إحراز أنّ المطلوب فيهنَّ شئ واحد.

و يرد على الثانى: أنّ «الثابت عند الأصحاب أنّ ما يوجب سقوط الاطلاق هو التشكيک فى الصدق بنحو الظهور و الخفاء - كالتشكيک فى صدق ما لا يؤكل لحمه على الأنسان - دون التعارف، حيث لا يوجب انصراف الاطلاق عن غير المتعارف إلى خصوص المتعارف». كما قاله الأُستاذ المحقّق(۲) - مد ظله - .

استدلال المحقّق الاصفهانى على عدم الاطلاق

قال: «تارة للفعل العمدى حكم و للخاطىء(۳) حكم آخر كما فى باب الجنايات من ثبوت القصاص فى العمد و الدية فى مال الجانى فى شبه العمد و ثبوت الدية على العاقلة فى الخطأ، و أُخرى للفعل العمدى حكم و لا حكم للخطأ كما فى محظورات الإحرام ما عدا الصيد المترتب عليه الكفارة مطلقا، فغير الصيد مرتب على عمده الكفارة دون خطائه، و مقتضى تنزيل العمد منزلة الخطأ فى الشق الأوّل ترتيب حكم الخطأ على العمد المضاف إلى الصبى أو المجنون، و مقتضى تنزيل العمد منزلة الخطأ فى الشق الثانى عدم ترتيب حكم العمد على هذا العمد الخاص... .

و عليه فالاستدل بعمد الصبى خطأ فى المعاملات باللحاظ الثانى حيث أنّ

۱- ۱ . المكاسب و البيع ۱/۴۰۱.

٢- ٢ . العقد النضيد ٤٤٣/٢.
٣- ٣ . لو قالَ: لِلْمُخْطِئِي... إلخ لأصابَ شاكِلةَ الصوابِ، لِاءن الخاطِى ء هو مُتعّمُد الخطيئة «لا يأكُلُهُ إلاّ الخاطِئُون».

المعاملات أمور عمدية قصدية، فإذا صدرت من الصبى الذى عمده خطأ لم يترتب عليها أحكامها و آثارها.

و فيه: إنّ الظاهر مقابلة العمد مع الخطأ لا القصد مع عدمه، و إنّما يتصور العمد و الخطأ فيما أمكن انقسامه إليهما، بأن يكون وقوع مسببه عليه قهرا معقولاً، فتارة يصيب القصد بالاضافة إلى ما يترتب عليه، و اُخرى يخطى عنه كالرمى الذى يترتب عليه القتل المقصود به تارة و غير المقصود به اُخرى، و لا يترتب على الأسباب المعاملية شئ قهرا حتّى يكون تارة مقصودا من السبب و اُخرى غير مقصود منه، ليوصف المترتب عليه بأنّه عمدىٌّ تارة و خطئىٌّ اُخرى.

فإن قلت: من يقول بعدم تبعية العقود للقصود و يدّعى أنّ ما قصد يمكن أن لا يقع، و أن يقع ما لم يقصد، كالمصنف [الشيخ الأنصارى] قدس سره فى مبحث المعاطاة(١) فلا محالة يتصور للعقد فردين عمديا و خَطَئِيّا، باعتبار ما وقع للقصد و عدم موافقته للقصد.

قلت: أوّلاً: إنّا قد بيّنا فى محلّه أنّ الحقائق المعاملية اُمور تسبيبية مُتَقَوِّمة بالقصد، لا أنّها فقط تحتاج إلى سبب، و أنّ الاُمور المدّعى ترتبها على ما لم يتسبب به إليها، إمّا من قبيل ترتب الأحكام على موضوعاتها، أو من قبيل ترتب المسببات على أسبابها، لا من قبيل ترتب الاُمور التسبيبية على أسبابها.

و ثانيا: الفرق بين الأسباب الواقعية بالإضافة إلى مسبباتها الخارجية كالرمى بالنسبة إلى القتل و الأسباب الجعلية بالإضافة إلى المسببات الاعتبارية كالعقد بالإضافة إلى الملكية و الزوجية و نحوهما - أنّ ترتب مسببات الأسباب الخارجية على أسبابها أمر، و ترتب حكم شرعى عليها أمر آخر، كالقتل العمدى المحكوم شرعا بحكم، و الخطئى منه بحكم آخر. بخلاف ترتب المسببات

الاعتبارية على أسبابها الجعلية، فإنّه عين كونها محكومة بشئ فى اعتبار الشارع، فمعنى ترتب الملكية المطلقة على العقد الذى قصد به الملكية المقيدة كونه محكوما فى نظر الشارع بالتأثير فى الملكية، و كون

١- ١ . المكاسب ٤٦/٣ و ما بعدها.

عمد الصبى خطأ بهذا المعنى خلف فى المقام، لأنّ الفرض إسقاط عقده عن درجة الاعتبار، لا تأثيره شرعا فى شيء أصلاً فلا واقع حتّى يوصف بأنّه خطئى، فإمّا لا خطأ له و إمّا يكون تنزيل العمد منزلته هنا خلفا، فتدبره فإنّه حقيق به، هذا كلّه بناءً على التحفظ على التقابل بين العمد و الخطأ.

و أمّا بناءً على أنّ المراد تنزيل قصد الصبى منزلة عدمه فربّما يشكل بأنّ العقد على أى حال قصدى سواء لوحظ العقد الإنشائى و هو المتقوم بقصد ثبوت المعنى باللفظ، أو لوحظ العقد بالحمل الشائع أى التسبيب إلى الملكية قصدا بلفظ أو فعل، فليس للعقد بمعنييه فردان قصدى و غيرقصدى حتّى ينزل الأوّل منزلة الثانى.

و يمكن دفعه: بإرادة العقد الإنشائى المقصود به التسبيب إلى الملكية تارة، و ما لا يقصد به التسبب - بل هزئً مثلاً- أُخرى فنزّل المقصود به التسبب من غير البالغ منزلة ما لا يقصد به التسبب.

نعم، يشكل بأنّ قصد التسبب دخيل فى صورة العقد بيعا بالحمل الشائع مثلاً عقلاً لا شرعا، فليس للقصد دخل شرعا، بل عقلاً، و حيث لا أثر لنفس القصد شرعا، فلا معنى لتنزيله منزلة عدمه، فيكون مورد هذه الأخبار كالجنايات التى لوقوعها قصديّا أثر شرعا»(١).

و يرد عليه: أوّلاً: صدق اطلاق العمد و الخطأ فى غير الجنايات ليست مسألة عقلية حيث بحث حولها هذا المحقّق النحرير بل مسألة عرفية و لغوية، و الاستفادة من الأبحاث العقلية حول المسائِل العرفية و اللغوية يوجب التعجب التام!

و ثانيا: يطلق الخطأ فى الروايات على الفعل الصادر خطأ من دون أىّ عناية أو مجاز فى العبادات التى تعتبر فيها النية المتقومة بالقصد، نحو خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يخطئ فى أذانه و إقامته فذكر قبل أن يقوم فى الصلاة، ما حاله؟ قال: إن كان أخطأ فى أذانه مضى على صلاته، و إن كان فى إقامته

١- ١ . حاشية المكاسب ٢/(١٩-١٧).

انصرف فأعادها وحدها، و إن ذكر بعد الفراغ من ركعة أو ركعتين مضى على صلاته و أجزأه ذلك.(١)

و ثالثا: و يطلق الخطأ فى الروايات فى أسباب المعاملات من دون تحقق الخطأ فى مسبَّبه كما ورد فى مكاتبة محمّد بنُ شُعَيْبٍ قال: كتبت إليه: إنّ رجلاً خطب إلى عمّ له ابنته فأمر بعض إخوانه أن يزوّجه ابنته التى خطبها و أنّ الرجل أخطا باسم الجارية فسمّاها بغير اسمها و كان اسمها فاطمة فسمّاها بغير اسمها، و ليس للرجل ابنة باسم التى ذكر المزوِّج، فوقّع: لا بأس به.(٢)

و الروايتان و إن كانتا ضعيفتين من حيث السند بعبداللّه بن الحسن حفيد على بن جعفر لعدم ورود توثيقه فى الأُولى، و بمحمّد بن شُعَيْبٍ الراوى عن الرضا عليه السلام ولكنّه إمامى مجهول فى الثانية و لكن إثبات المسألة اللغوى لا يحتاج إلى صحة السند بل يحتاج إلى ورود اللغة و إفادتها المعنى من دون عناية و مجاز و قرينة كما يظهر ذلك من الروايتين فلا يتم ما ذكره المحقّق الاصفهانى قدس سره ، و هذه المناقشة تظهر من الأُستاذ المحقّق(٣) - مد ظله - .

المانع من انعقاد الاطلاق عند المحقّق الخوئی

قال قدس سره : «فاعلم أنّه لايمكن أن يراد الإطلاق من تلک الروايات لوجود المانع و عدم المقتضى:

أمّا وجود المانع: فلأنّ الأخذ بإطلاقها مخالف لضرورة المذهب و موجب لتأسيس فقه جديد، ضَرُورَةَ أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لايبطل صوم الصبى مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فإنّ ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أنّ عمد الصبى خطأ.

و أيضا يَلْزَمُ من ذلک القول بصحة صلاة الصبى إذا ترک عمدا أجزاءها التى لا يضرّ

١- ١ . وسائل الشيعة ٤٤٢/٥، ح٥، الباب ٣٣ من أبواب الأذان و الإقامة.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٩٧/٢٠، ح١، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.
٣- ٣ . العقد النضيد ٤٤٨/٢.

تركها خطأ بصلاة البالغين، هكذا الكلام فى ناحية الزيادة العمدية فيها.

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنية و التكبير للإحرام و الركوع و السجدة الواحدة و السلام، فإن ترک ماسوى ذلک خطأ لا يضرّ بصلاة البالغين، و المفروض أنّ عمد الصبى خطأ.

بل يلزم من العمل باطلاق تلک الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلاً، فإنّ صحتها متوقفة على صدورها من الفاعل بالإرادة و الاختيار... و دعوى انصراف تلک الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافية.

أمّا عدم المقتضى للاطلاق فلأنّ تنزيل عمد الصبى منزلة خَطَئِهِ على وجه الاطلاق يقتضى أن يكون هنا أثر خاص لكلٍّ منهما عند صدورهما من البالغين، لكى يكون تنزيل عمد الصبى منزلة خَطَئِهِ بلحاظ ذلک الأثر... و من الواضح أنّه لا مصداق لهذه الكبرى إلاّ الجنايات فإنّها إن صدرت من الجانى عمدا فيقتص منه، و إن صدرت منه خطأ فَدِيَتُها على عاقلته و على هذا فيصح تنزيل جناية الصبى عمدا منزلة جنايته خطأ، فتكون ديتها مطلقا على عاقلته، أمّا فى غير الجنايات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً.

نعم، قد ثبت أثر خاص لكلٍّ من العمد و الخطأ فى الصلاة و فى تروک الإحرام... ولكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة فى تنزيل عمد الصبى منزلة خَطَئِهِ، ضرورة أنّ الآثار المذكورة إنّما تترتب على الخطأ - فى تلک الموارد- إذا صدر من غير الصبى. أمّا إذا صدر من الصبى ارتفع أثره بحديث الرفع...»(۱).

أُورد عليه بإشكالين: الأوّل: قوله عليه السلام «عمد الصبى و خَطَؤُهُ واحد» ظاهر فى جملة «عمد الصبى كلا عمد»، فلا حاجة لوجود أثر مستقل فى كلٍّ واحد منهما حتّى تختص بباب الجنايات.

و الثانى: لو تنزّلنا و قلنا بعدم هذا الظهور، فلا أقل من شمول إطلاق الرواية لجملة عمده كلا عمد و يشملها الاطلاق.

۱- ۱ . مصباح الفقاهة ۳/(۲۵٦-۲۵٤).

ولكن يمكن أن يدافع عنه قدس سره و يجاب عن الأوّل: بعدم تحقق هذا الظهور و الفرق بين الجملتين واضح و لو أراد عليه السلام «عمد الصبى كلاعمد» لذكرها.

و عن الثانی: و حیث أنّ عدم العمد یکون معنی عاما بحیث یشمل السهو و النسیان و النوم و الغفلة و الخطأ فلا یمکن اطلاق کلمة «الخطاء» بحیث یشمل «لا عمد»، نعم إن کان اللفظ «لا عمد» فباطلاقها تشمل «الخطاء» و لا عکس، لأنّ عدم العمد أعم من الخطأ و الخطاء أخص منه دائما، فاطلاق الخطأ لا یشمل «لا عمد».(۱)

و استشکل الأُستاذ المحقّق - مدظله - علی السیّد الخوئی رحمه الله بأنّا «إذا دقّقنا النظر فی هذه الأخبار نجد أنّ التنزیل فیها ناظر إلی وحدة آثار العمد مع الخطأ و أنّه کما للعمد أثر کذلک للخطأ أثر و هو عدم الحکم بمقتضی رفع القلم، فالشارع بهذه الأخبار وحدّ العمد و الخطأ فی عدم الأثر»(۲).

أقول: و بالجملة: لا یمکن الأخذ باطلاق صحیحة محمّد بن مسلم، لأنّ إطلاقَها یستلزم تدوین فقه جدید کما مرّ من المحقّق السیّد الخوئی رحمه الله فی وجود مانع من تحقق هذا الإطلاق و الحمدللّه.

و الحاصل: اعتبار البلوغ یکون من شرائط المتعاقدین - علی نحو الاستقلال - بدلالة حدیث رفع القلم عن الصبی و عدم جواز أمره و أمّا إذا کان مأذونا من ولیّه أو وکیلاً من غیره فتکون إنشاءاته و عقوده و إیقاعاته نافذة و مَنْشَأً للأثر.

قال المحقّق النائینی رحمه الله فی فتاویه: «لو کان الصبیّ واسطةً فی ایصال الثمن أو المثمن إلی البالغ و کان هو البائع أو المشتری فلا بأس بهذه المعاملة، ولو کان الصبی مستقلاً فی البیع أو الشراء و کان یبیع و یشتری لنفسه فالظاهر فساد المعاملة، و کذا لو کان بالغا غیر رشید، لکن لو أذن له الوصی [الولی] فی معاملة خاصة بعد تعیین العوضین فالظاهر الصحة، و کذا لو أمضی معاملته بعد صدورها منه، و اللّه العالم»(۳).

١- ١ . يظهر الجوابان من العقد النضيد ٢/(٤٤٨-٤٤٦).

٢- ٢ . العقد النضيد ٢/٤٥٠.

٣- ٣ . الفتاوى، الصادرة منه قدس سره ٢/٤٣، جواب رقم ٤٦٧، طبع دار الهدى، ١٤٢٦، قم المقدسة، شرحها حفيده العلاّمة الشيخ جعفر النائينى - دامت بركاته - .

ثم إنّ هاهنا فروعا لابدّ من التنبيه عليها:

الأوّل: ثبوت الضمان على الصبى

قد مرّ ثبوت الضمان عليه بإتلافه مال الغير، و يتعلَّق بماله و يجب عليه الأداء تكليفا بعد بلوغه، و من البديهى لو أدى وليّه من مال نفسه أو ماله أو أدى هو نفسه من ماله فى صغره برئت ذمّته.

و لا يمكن مطالبة المالک من وليّه إلاّ إذا كان للصبى مال عند وليّه و لو أداه برئت ذمّته كما مرّ.

الثانى: هل يرتفع التعزير عن الصبى؟

قال الشيخ الأعظم قدس سره : «ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير»(١).

مراده قدس سره : ثبوت بعض التعزيرات للصبى نحو تعزيره لأجل تعليم الصلاة و إقامتها أو لردعه عن بعض المعاصى كالزنا و اللواط و السرقة.

أقول(٢): التعزيرات الواردة فى الشريعة المقدسة إن أُخذ فى موضوعها البلوغ فهى ترتفع عن الصبيان من دون جريان حديث رفع القلم، لعدم تحقق الموضوع بالنسبة إليهم.

و إن أُخذ فى موضوعها الصِّبا فهى باقية و جارية فى حقِّهم لتحقق موضوعها و هى الصباوة بالنسبة إليهم و لا ينفيها حديث رفع القلم كما هو واضح.

و إن كان موضوعها على نحو لا بشرط بالنسبة إلى البلوغ و الصباوة و لم تقيّد بأحدهما فهى مرفوعة عنهم بإطلاق حديث رفع القلم فلا تجرى فى حقِّهم. لأنّ هذه لو خليت و طبعها تجرى فى حقّهم ولكن بعد ثبوت حديث رفع القلم لا يتم جريانها لحكومته عليها.

ص: ٤٧

١- ١ . المكاسب ٢٨٤/٣.

٢- ٢ . كما عليه المحقّق الخوئى فى مصباح الفقاهة ٢٦٣/٣، و الاستاذ المحقّق - مدظله - فى العقد النضيد ٤٦١/٢.

الثالث: هل يعتبر قصد الصبى أم لا؟

قال الشيخ الأعظم: «و الحاصل، أنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدمة - بعد انضمام بعضها إلى بعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلُّ التزامٍ على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذر أو إيجار»(١).

أقول: قد ناقشنا وجود الإجماع فى المقام و على فرض وجوده لا يُسْتَفادَ منه حُكْمٌ لكونه مدركيا، و مرّ أنّ المستفاد من الأدلة عدم نفوذ عقود الصبى و إيقاعاته على نحو الاستقلال و إمّا إذا كان مأذونا من وليّه أو وكيلاً من غيره فتكون نافذة، فلايمكن القول بعدم اعتبار قصد الصبى مطلقا، بل يمكن أنْ يقال: بأنّ أىّ فعل من أفعاله لا يعدّ فى الصرف تصرفا فى أمواله الموجودة على نحو الاستقلال فلا مانع من نفوذه فيحكم بصحة صيده و حيازته و تحجيره و إحيائه الموات و نحوها.(٢)

الرابع: هل يصحُّ قبض الصبى

قال العلاّمة: «كما لا تصح تصرفاته [الصبى] اللفظية كذا لا يصحّ قبضه و لا يفيد حصول الملك فى الهبة و إن اتّهب الولى له و لا لغيره و إن أمره الموهوب منه بالقبض.

و لو قال مستحقّ الدَّين للمديون: سلِّم حقى إلى هذا الصبى، فسلّم قدر حقّه، لم يبرأ عن الدَّين و بقى المقبوض على ملكه لا يضمنه الصبى لأنّ البراءة تستند إلى قبضٍ صحيح و لم يثبت»(٣).

و نحوها فى نهايته و زاد: «... كما لو قال: ارْمِ حقّى فى البحر، فألقى قدر حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالى إلى الصبى أو ألقه فى البحر فسلّم أو ألقى، لأنّه امتثل المأمور فى حقّه المعين فخرج عن العهدة.

و لو كانت الوديعة للصبى فسلّمها إليه، ضمن و إن كان بإذن الولى، إذ ليس له

١- ١ . المكاسب ٢٨٤/٣.

٢- ٢ . كما على المحقّق الخوئى فى مصباحه ٢٦٤/٣.

٣- ٣ . تذكرة الفقهاء ١٢/١٠.

تضييعها بأمر الولى»(١).

ذكر الشيخ الأعظم(٢) هذين القَوْلَيْنِ نَقْلاً مِن العلاّمة من دون تفكيک بين الكتابين بل نسبهما إلى التذكرة فقط، و عبارته منقولة من السيّد العاملى ولكن الأخير نسبها إلى الكتابين و قال: «فروع ذكرها فى التذكرة و نهاية الإحكام»(٣).

و حيث لم يعلِّق عليه فهو مقبول عنده.

ولكنّ المحقّقَ السيّدَ الخوئی قدس سره اعترض علیه و علی العلاّمة بأنّ «قبض الصبی یفید الملکیة فی الهبة و غیرها لقیام السیرة علی ذلک، بل مقتضی جملة من الروایات الواردة فی جواز إعطاء الصدقة و الکفارة للصبیان هو صیرورتهما ملکا بمجرد القبض»(٤).

و الاستاذ المحقّق(٥) - مدظله - ناقش السیرة بنوعیها - العقلائیة و المتشرعة - بالإجماع المذکور فی کلام العلاّمة فی حجر التذکرة(٦) الماضی، و الروایات بأنّها ضعیفة الإسناد و ما صح إسنادها فهی التی تنصّ علی إعطاء الزکاة للصبی بمعنی صرفه فی شؤونه لا تملیکه لأنّه یتوقف علی قبول ولیّه و الفرق بین التملیک و الصرف واضح. ثم علی فرض التنزل فهی مختصة بالزکاة و لایمکن التعدی من المورد إلی کلِّ ما یعتبر فیه القبض.

أقول: قد مرّ فی أوّل أدلة البلوغ دعوی الإجماع و المناقشة فیه، و العجب من الاستاذ(٧) - مدظله - أنّه ناقش الإجماع ثم یراه رادِعا عن السیرة العقلائیة و هذه مسافة

١- ١ . نهایة الإحکام ٢/٤٥٥.

٢- ٢ . المکاسب ٣/٢٨٥.

٣- ٣ . مفتاح الکرامة ١٢/٥٥٠.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٣/٢٦٠.

٥- ٥ . العقد النضید ٢/(٤٦٣-٤٦٥).

٦- ٦ . تذکرة الفقهاء ١٤/١٨٥.

٧- ٧ . راجع العقد النضید ٢/٤١٦.

الخلف بین القول و العمل، و سیرة المتشرعة لم تَتَحَقَّقْ عنده.

و أمّا الروايات فلابدَّ من ملاحظتها و أذكر للباحث بَعْضَها المذكورة فى كلام المحقّق السيّد الخوئى قدس سره :

فمنها: معتبرة عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام : رجل مسلم مملوک و مولاه رجل مسلم و له مال يزكّيه و للمملوک ولد صغير حرّ، أيجزى مولاه أن يعطى ابن عبده من الزكاة؟ فقال: لا بأس به.(١)

و منها: صحيحة أبى بصير قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الرجل يموت و يترک العيال، أَيُعْطَوْنَ من الزكاة؟ قال: نعم، حتّى ينشأوا و يبلغوا و يسألوا من أين كانوا يعيشون إذا قطع ذلک عنهم، فقلت: إنّهم لا يعرفون؟ قال: يحفظ فيهم ميتهم و يحبّب إليهم دِيْن أبيهم فلا يلبثوا أن يهتمّوا بدين أبيهم، فإذا بلغوا و عدلوا إلى غيركم فلاتعطوهم.(٢)

و منها: موثقة يونس بن يعقوب قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : عيال المسلمين أُعطيهم من الزكاة فأشترى لهم منها ثيابا و طعاما و أرى أنّ ذلک خير لهم؟ قال: فقال: لا بأس.(٣)

ذكر الاستاذ المحقّق(٤) - مدظله - هذه الرواية فقط - و لعلّ اقْتِصارَهُ عليها لأجل تمامية إسنادها عنده - و حملها على صرف الزكاة عليهم كما هو ظاهرها.

ولكن يمكن أن يقال بإطلاق كلمة أُعطيهم و المذكور فى كلام السائل أحد أقسام الإعطاء و هو الصرف و أراه خيرا فيستفاد من الموثقة جواز الصرف فى شؤونهم لاعدم جواز إعطائهم بل يتعلَّق «لا بأس» بالإعطاء فيشمل الموردين و اللّه العالم.

و منها: خبر أبى خديجة عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ذريّة الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة و الفطرة كما كان يعطى أبوهم حتّى يبلغوا، فإذا بلغوا و عرفوا ما كان

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٩٤/٩، ح١، الباب ٤٥ من أبواب المستحقين للزكاة.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٢٦/٩، ح١، الباب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٢٧/٩، ح٣.
٤- ٤ . راجع العقد النضيد ٤٦٣/٢.

أبوهم يعرف أُعطوا، و إن نصبوا لم يعطوا.(١)

و منها: معتبرة يونس بن عبدالرحمن عن أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفّارة إطعام عشرة مساكين أَيُعْطِى [يطعم] الصغار و الكبار سواء و النساء و الرجال أو يفضّل الكبار على الصغار و الرجال على النساء؟ فقال: كلّهم سواء، الحديث.(٢)

و أنت ترى بأنّ الروايات حتّى الصحاح و المعتبرة منها لا تَخْتَصُّ بما ذكرهُ الاستاذ المحقّق - مدظله - و لا يمكن حمل الإعطاء فيها بالصرف فقط بل يكون ظهورها باعطاء و أمّا ما نقله الاستاذ - مدظله - من فتوى المحقّق السيّد الخوئى فى المنهاج حيث يقول: «و تُعطى أطفال المؤمنين و مجانينهم، فإن كان بنحو التمليك وجب قبول وليّهم، و إن كان بنحو الصرف مباشرة أو أمين فلايحتاج إلى قبول الولى»(٣)

فهو محمولٌ على الاحتياط فى الفتوى و هو ديدن الفقهاء و غير خفى على الاستاذ الفقيه المحقّق - دام ظله - .

الخامس: هل تنفذ وصية الصبى أم لا؟

قال العلاّمة فى القواعد: «يشترط فيه: [فى الموصى] البلوغ و العقل و الحرية، فلا تنفذ وصية الصبى و إن كان مميِّزا فى المعروف و غيره على رأى، و لا وصيّة المجنون مطلقا و لا السكران»(٤).

و قال السيّد المتتبع العاملى فى شرحه: «و هو خيرة السرائر و التحرير و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و كذا التلخيص و التبصرة و كأنّه قال به فى المسالک و الروضة، و فى المختلف و المهذب البارع و المقتصر و جامع المقاصد أنّه أحوط... و ظاهر التذكرة و اللمعة و كذا النافع و الدروس التوقف و التردد بل قد يقال أنّه فى الشرائع

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٢٧/٩، ح٢.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٨٧/٢٢، ح٣، الباب ١٧ من أبواب الكفارات.

٣- ٣ . منهاج الصالحين ٣١٤/١، فى اوصاف المستحقين للزكاة - الأوّل الايمان - الطبعة الثامنة و العشرون عام ١٤١٠ق.

٤- ٤ . قواعد الأحكام ٤٤٧/٢.

متوقف.

و اختير فى المقنعة و المراسم و النهاية و المهذب و الغنية و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفاية و المفاتيح و التحرير فى باب الوكالة جواز وصية من بلغ عشرا مميزا. فى البرِّ و المعروف و هو خيرة أبى صلاح و أبى على... و هو ظاهر الفقيه لأنّه رواه فيه، بل و الوسيلة... و هو الظاهر من غاية المراد و يمكن أن يدعى أنّه ظاهر الشرائع و النافع و الدورس... و قد نفى عنه البأس فى التنقيح و قال أيضا: أنّه أحوط،... و قال فى كشف الرموز: ذهب الشيخ و المفيد و سلاّر و ابوالصلاح و أتباعهم إلى أنّ وصية مَن بلغ عشرا جائزة فى المعروف من وجوه البرِّ، انتهى. و هو يفيد الشهرة بين المتقدمين إن لم يفد اجماعهم و لا ريب انّ المراد إذا كان مميزا...»(١).

أقول: الظاهر نفوذ وصية الصبى إذا بلغ عشرا لما ورد فى عدّة من الروايات الصحاح:

منها: صحيحة أبى بصير المرادى عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين و اوصى بثلث ماله فى حقٍّ جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير فى حقٍّ جازت وصيته.(٢)

و منها: موثقة عبدالرحمن بن أبى عبداللّه عليه السلام - فى حديث - قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته.(٣)

و نحوها معتبرة أُخرى له.(٤)

و منها: معتبرة بل صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدٍّ معروف و حقٍّ فهو

١- ١ . مفتاح الكرامة ٣٨٨/٩ من الطبعة الأُولى.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٦١/١٩، ح٢، الباب ٤٤ من أبواب كتاب للوصايا.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٣٦٢/١٩، ح٣.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٣٦٢/١٩، ح٥.

جائز.(١)

و منها: موثقة منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن وصيّة الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته.(٢)

و منها: موثقة أبى بصير و أبى أيوب عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الغلام ابن عشر سنين يوصى؟ قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت.(٣)

و منها: موثقة ابن بكير عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقل و وصیَّتُهُ و صدَقتُهُ و إن لم یحتلم.(٤)

الاستدلال یتم بناءً علی أنّ الوارد فی الموثقة کلمة «یجوز» کما هو الظاهر و الأُولی و فی أکثر نسخ الکافی و کذا ورد فی التهذیب ٧٦/٨، ح٢٥٧ و الاستبصار ٣٠٣/٣، ح١٠٧٥، ولکن فی بعض نسخه «لا یجوز» و بناءً علیه فلا یتم الاستدلال.

و منها: صحیحة محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصی و لم یدرک جازت وصیته لذوی الأرحام و لم تجز للغرباء.(٥)

و هذه الصحیحة تفصل بین نفوذ وصیته لذوی أرحامه و عدم نفوذها للغرباء و لابدّ من الأخذ بها و الحکم بعدم نفوذها لغرباء الصبی. و اللّه العالم.

السادس: قول الصبی معتبر فی الإذن بدخول الدار

قال العلاّمة: «و لو فتح الصبیُّ الباب و أذن فی الدخول عن إذن أهل الدار أو أوصل هدیّةً إلی إنسان عن إذن المُهْدی، فالأقرب: الاعتماد لتسامح السلف فیه»(٦).

١- ١ . وسائل الشیعة ٣٦٢/١٩، ح٤.

٢- ٢ . وسائل الشیعة ٣٦٣/١٩، ح٧.

٣- ٣ . وسائل الشیعة ٣٦٣/١٩، ح٦.

٤- ٤ . الکافی ٦٤٥/١١، ح٤ من طبعة دارالحدیث عام ١٤٣٠، و نقل عنه فی وسائل الشیعة ٧٨/٢٢، ح٥، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- ٥ . وسائل الشیعة ٣٦٠/١٩، ح١.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء ١٢/١٠.

أقول: الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبى و حديث رفع القلم لا تشمل هذين الفرعين لأنّهما خارجان عنها خروجا موضوعيا أى يخرجان تخصّصا لا تخصيصا.

أمّا الأوّل: و هو جواز الدخول فى الدار مع إذن الصبى الكاشف عن إذن أهله غالبا أو حصول الاطمئنان بإذن أهله نوعا، فهذا الكشف أو الاطمينان يتبعان جواز الدخول لا قول الصبى، فحينئذ لو لم يكشف أو لم يطمئن مَنْ يريد الدخول، فلا يجوز أن يدخل حتّى لو أذن له الصبى لأنّ المِلاک فيه الكشف أو الاطمينان الماضيان، و لذا لو كشف أو اطمئن من غير إذن الصبى نحو فتح الباب مع الفاتح التصويرى أو أنّه يرى أنّ الباب عن عمدٍ مفتوحٌ نحو أبواب بيوت مراجع الدين فلا بأس بالدخول.

و أمّا الثانى: و هو إيصال الهدية إلى المهدى إليه بوساطة الصبى أيضا فلا يدخل فى الأدلة المانعة، لأنّ الصبى ليس إلاّ آلة فى إيصالها، كإرسال الهدية بالبريد أو حيوان معلَّم و نَحْوِهما.

السابع: طلاق الصبى المميّز

اشارة

قال العلاّمة فى المختلف: «طلاق الصبى المميِّز - و هو الذى بلغ عشر سنين فصاعدا- جوّزه الشيخ(١) هنا و تبعه ابن البراج(٢) و ابن حمزة(٣) و رواه الصدوق فى كتابه(٤) عن زرعة عن سماعة... .

و سوّغ ابن الجنيد أيضا طلاق الصبى إذا كان يعقل الطلاق و يضع الأُمور فى مواضعها، و من كان بغير هذه المنزلة منهم لا طلاق له.

و قال الشيخ على بن بابويه فى رسالته: و الغلام إذا طلّق للسنة فطلاقه جائز.

و قال أبو الصلاح: و اشترطنا صحة التصرف احترازا من الصبى و المجنون و

١- ١ . النهاية /٥١٨.

٢- ٢ . المهذب ٢٨٨/٢.

٣- ٣ . الوسيلة /٣٢٣.

٤- ٤ . الفقيه ٥٠٤/٣، ح٤٧٦٩.

السكران و فاقد التحصيل بإحدى الآفات(١)، و أطلق.

و قال: سلار: من شرط المطلِّق أن يكون مالكا أمره.(٢)

و هذه الأقاويل كلّها تُفِيْدُ المنع من طلاق الصبى.

و قال ابن ادريس لما نقل كلام الشيخ فى النهاية: الأُولى ترک العمل بهذه الرواية لأنّها مخالفة لأُصول المذهب و الأدلة المتظاهرة...(٣).

و المعتمد أنّه لا يصح طلاق الغلام حتى يبلغ، لأنّه محجور عليه فى تصرفاته...»(٤).

و قال سيّد الرياض: «(فلا اعتبار بطلاق الصبى) الغير المميز إجماعا و فيه أيضا على الأشهر بل عليه كافة من تأخّر و هو الأظهر للأصل و أدلة الحجر عموما فى الأكثر أو فحوى فى الجميع... (و)لكن ورد (فيمن بلغ) بحسب السن (عشرا رواية) المراد بها الجنس لتعددها (بالجواز) عمل بها النهاية و تبعه عليه جماعة كالقاضى و ابن حمزة... و هى و إن لم يكن (فيها ضعف) بالمعنى المصطلح إلاّ أنّها قاصرة عن المقاومة لما مرّ من حيث الاستفاضة و الاعتضاد بالأصل و العمومات و الشهرة العظيمة و الاولوية المتقدمة فحمل تلک على هذه بالتقييد، المناقشة فيه واضحة... فالقول بهذه

الرواية ضعيف البتة كالجواز المطلق فى ذى التميز كما عن الإسكافى و جماعة و إن وردت به روايات بحسب الأسانيد المعتبرة... لتطرّق النظر إليها بما مضى مع لزوم تقييدها بالخبرين المقيدين إن عملنا بهما كتقييدهما بها»(٥).

و قال صاحب الجواهر فى شرائط المطلِّق: «(البلوغ) بلاخلاف أجده فيه فى الجملة بل الإجماع بقسميه عليه و النصوص به مستفيضة أو متواترة... (فلا اعتبار بعبارة

١- ١ . الكافى فى الفقه /٣٠٥.

٢- ٢ . المراسم /١٦١.

٣- ٣ . السرائر ٦٩٣/٢.

٤- ٤ . مختلف الشيعة ٣٦٦/٧ و ٣٦٥.

٥- ٥ . رياض المسائل ١٢/(١٩٧-١٩٥).

الصبى) قبل تمييزه قطعا، بل و بعده (قبل بلوغه عشرا) و إن حكى عن ابْنِ الجنيد(١) أنّه أطلق صحة طلاقه مع تمييزه لمضمر سماعة(٢)... و موثق ابن بكير(٣)... ولكن فى مرسل ابن أبى عمير(٤) الذى هو بحكم الصحيح عند الأصحاب... بل عن الشيخ(٥) روايته عن ابن بكير و تبعه فى المسالك(٦)، و إن قيل: إنّه وهم(٧)، و على كلِّ حالٍ فيقيد به اطلاق النصوص السابقة و لعلّه إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (و فيمن بلغ عشرا عاقلاً و طلّق للسنة رواية بالجواز فيها ضعف) و إلاّ ليس فيما حضرنا من النصوص خبر جامع للوصفين، و حكى عن الشيخين و جماعة من القدماء العمل بذلك، إلاّ أنّ المشهور بين المتأخرين بل لعلّ عليه عامتهم اعتبار البلوغ بالعدد أو بالاحتلام أو بغير ذلك من أماراته...»(٨).

أقول: فظهر ممّا ذكرنا فساد طلاق الصبى غير المميِّز إجماعا و أمّا الصبى المميِّز ففيه ثَلاثَةُ أقوال:

الأوّل: الصحة مطلقا و هو المحكى عن الصدوق فى الفقيه و والده و ابن الجنيد.

الثانى: عدم الصحة مطلقا و هو المحكى عن أبى الصلاح و سلار و ابن ادريس و العلاّمة و سيّد الرياض و صاحب الجواهر و نسبه الأخير إلى المشهور بين المتأخرين بل عامتهم.

الثالث: الصحة إذا بلغ عشرا و هو المحكى عن الشيخ و ابنى البراج و حمزة - كما

١- ١ . كما مرّ من المختلف ٣٦٦/٧.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٧٩/٢٢، ح٧.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح٥.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح٢.

٥- ٥ . التهذيب ٧٥/٨، ح١٧٣، وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح٦.

٦- ٦ . المسالک ٩/٩.

٧- ٧ . قائله صاحب الحدائق فيها ١٥١/٢٥.

٨- ٨ . الجواهر ٥/٣٢ و ٤.

مرّ مصادر هذه المقالات فيما سبق - .

فلابدّ من ملاحظة روايات الباب و هنّ على طوائف:

الطائفة الاولى: ما يدل على عدم نفوذه

منها: صحيحة أبى الصباح الكنانى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ليس طلاق الصبى بشى ءٍ.(١)

و منها: معتبرة السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: كلُّ طلاق جائز إلاّ طلاق المعتوه أو الصبى أو مُبَرْسَم أو مجنون أو مُكْرَه!(٢)

و منها: معتبرة بل موثقة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الغلام حتّى يحتلم.(٣)

و منها: حسنة زكريا بن آدم قال: سألت الرضا عليه السلام عن طلاق السكران و الصبى و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوّج بعد، فقال: لا يجوز.(٤)

و منها: خبر أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الصبى و لا السكران.(٥)

الطائفة الثانية: ما يدل على نفوذه

منها: موثقة سماعة قال: سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال: إذا طلّق للسنة و وضع الصدقة فى موضعها و حقّها، فلا بأس و هو جائز.(٦)

لا بأس باضمارها لأنّ مضمِرها سماعة.

و منها: موثقة جميل بن دراج عن أحدهما عليهماالسلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد

١- ١ . وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح١، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح٣.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٧٩/٢٢، ح٨.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٨٣/٢٢، ح٧، الباب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح٤.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٧٩/٢٢، ح٧.

عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم.(١)

و منها: موثقة ابن بكير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم.(٢)

بناء على نقل «يجوز» كما هو الظاهر و أمّا بناءً على ورود «لا يجوز» فَتُعَدُّ الرواية من الطائفة الأُولى.

الطائفة الثالثة: ما يدل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشر سنين

منها: صحيح ابن أبى عمير عن بعض رجاله عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين.(٣)

و منها: موثقة ابن بكير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين.(٤)

أقول: هذه الموثقة نقلها الشيخ عن الكلينى ولكنّها غير موجودة فى الكافى بهذا السند(٥)، و السند منقول قبلها بالنسبة إلى ما سبقها(٦) و لذا ذهب بعض إلى خطأ الشيخ فى هذا النقل كما عليه السيّد صاحب المدارک فى نهاية المرام(٧) بل يَرى صاحب الحدائق «انّه وهم»(٨)، ولكن الأصل يدل على عدم خطأ الشيخ و السقط من نسّاخ الكافى و إن كان الأظهر الأولى بقرينة تداوُل الكُتُبِ الأربعة و دراستها لا سيّما الكافى الشريف كوْن السهو منه، و هو غير ممتنعٍ فى جِبِلّةِ البشرِ إلاّ مَن عَصَمَهُ اللّه تعالى.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢١٢/١٩، ح٢، الباب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات.

٢- ٢ . الكافى ٦٤٥/١١، ح٤ (١٢٤/٦) و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح٥.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح٢.

٤- ٤ . التهذيب ٧٥/٨، ح١٧٣ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح٦.

٥- ٥ . بل الموجود فيه يكون بالسند الرواية السابقة الماضية فى أوّل هذه الطائفة الأخيرة.

٦- ٦ . راجع الكافى ٦٤٥/١١ ذيل ح٤ (١٢٤/٦).

٧- ٧ . نهاية المرام ٨/٢.

٨- ٨ . الحدائق ١٥١/٢٥.

و حيث لم تتم موثقة ابن بكير مع وجود إرسال فى رواية ابن أبى عمير فالطائفة الثالثة منحلة عندنا، فتبقى الطائفتان الأُوْلَيانِ، الاولى منهما بإطلاقها تشمل الصبى المميز و الثانية منهما ظاهر فيها فتقيّدها، و نتيجتها نفوذ طلاق الصبى المميز مطلقا كما عليه الصدوق و والده و ابن الجنيد الإسكافى و اللّه العالم.

تتمة:

و أمّا ما ورد فى صحيحة الحلبى قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه فى صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا تزويجه فهو صحيح و أمّا طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرک، فيعلم أنّه كان قد طلّق، فإن أقرّ بذلک و أمضاه فهى واحدة بائنة و هو خاطب من الخطاب، و إن انكر ذلک و أبى أن يمضيه فهى امرأته، الحديث.(١)

و كذا ما ورد فى حسنة بريد الكناسى عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث، قلت له: جعلت فداک، فإن طلّقها فى تلک الحال و لم يكن قد أدرک أيجوز طلاقه؟

فقال: إن كان قد مسّها فى الفرج فإنّ طلاقها جائز عليها و عليه، و إن لم يمسّها فى الفرج و لم يلّذ منها و لم تلّذ منه، فإنّها تعزل عنه و تصير إلى أهلها فلا يراها و لا تقرّبه حتّى يدرک فيسأل و يقال له: إنّک كنت قد طلقت امرأتک فلانة فإن هو أقرّ بذلک و أجاز الطلاق كانت تطليقة بائنة و كان خاطبا من الخطّاب.(٢)

فلا يمكن الأخذ بهما لمخالفتهما مع الإجماع المُرَكَّبِ و عدم وجود القائل بالتفصيل بين الدخول و عدمه، و كذا لزوم صبر المرأة حتّى يُدْرِكَ الغلام و يُمْضِيَ ما فعله، و أمّا لو أنكر طلاقه فهى امرأته، فَلَمْ يقل به أحد، و الحاصل التفاصيل الواردة بالنسبة إلى طلاق الصبى فى هاتين الروايتين محلّ إعراض الأصحاب قدس سرهم و اللّه العالم.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٢٠/٢٦، ح٤، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٧٨/٢٠، ح٩، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

الثامن: إسلام الصبى

قال الشيخ فى المبسوط: «و أمّا إن كان إسلامه معتبرا باسلام نفسه نُظرت، فإن كان طفلاً بحيث لا يعبر عن نفسه دون سبع سنين فإن أسلم فلا حكم له بلاخلاف، و إن كان مراهقا مميّزا فأسلم فإنّ عند قوم لا يحكم باسلامه و لا بارتداده و يكون تبعا للوالدين غير أنّه يفرق بينه و بينهما لكى لايفتناه.

و فيهم من قال: يحكم باسلامه ظاهرا، فإذا بلغ و وصف الاسلام كان مسلما من هذا الوقت، و قال قوم: يحكم بإسلامه و ارتداده غير أنّه لا يقتل لأنّ هذا الوقت ليس بوقت للتعذيب حتّى يبلغ و لا يكون تبعا للوالدين و الأوّل أقوى»(١).

و قال فى الخلاف: «المراهق إذا أسلم حكم باسلامه فإن ارتدّ بعد ذلک، حكم بارتداده و إن لم يتب قُتل، و لا يعتبر اسلامه باسلام أبويه و به قال أبوحنيفة و أبويوسف و محمّد [بن الحسن الشيبانى] غير أنّه قال: لا يقتل إن ارتد، لأنّ هذا الوقت ليس بوقت التعذيب حتّى يبلغ.

و قال الشافعى: لا يحكم بإسلامه و لا بارتداده و يكون تبعا لأبويه غير أنّه يفرّق بينهما لكيلايفتناه، و به قال زُفَر.(٢)

و فی أصحابه من قال: یحکم باسلامه ظاهرا، فإذا بلغ و وصف الاسلام یکون مسلما من هذا الوقت.

دلینا: ما رواه أصحابنا «إنّ الصبی إذا بلغ عشر سنین أُقیمت علیه الحدود التامة و اقتص منه، و نفذت وصیته و عتقه» و ذلک عام فی جمیع الحدود.

و أیضا قوله علیه السلام : «کلُّ مولودٍ یولود علی الفطرة فأبواه یهوّدانه و ینصّرانه و یمجّسانه، حتّی یعرب عنه لسانه فإمّا شاکرا أو کفورا» و هذا عام إلاّ من أخرجه الدلیل.

و أجاب أصحاب الشافعی عن ذلک بأن قالوا: حَکَمْنا بِإسلامه لأنّه یجوز أن یکون

١- ١ . المبسوط ٣/٣٤٥.

٢- ٢ . و هو مِنَ الأَحْنافِ.

بالغا، لأنّ أقل البلوغ عند الشافعی تسع سنین و عند أبی حنیفة إحدی عشرة سنة...»(١).

و قال الشهید بعد نقل هذه العبارة من الخلاف: «و هو قریب»(٢).

و قال العلاّمة فی مختلف الشیعة بعد نقل قول الشیخ فی الکتابین: «و الذی قواه الشیخ فی المبسوط هو الأقوی، لأنّ التکالیف منوطة بالبلوغ و قبله لا تکلیف»(٣).

و قال فی التحریر: «و إذا بلغ اللقیط و أسلم فهو مسلم... و لو کان صبیّا ممیّزا و وصف الاسلام حیل بینه و بین الکافر و الصبی غیر الممیز [و] المجنون لا یتصوّر اسلامهما إلاّ تبعا...»(٤).

و قال فی لقطة التذکرة: «و أمّا الصبی فلا یصح إسلامه لأنّه غیر مکلّفٍ و لا اعتبار بعبارته فی العقود و غیرها سواء کان ممیّزا أولا»(٥).

و قد مرّ من حجر تذكرته(٦) أنّ اسلام الصبى يدخل فى مستثنيات محجوريته فيكون مقبولاً.

و قال فى القواعد: «الاسلام: و إنّما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبىّ و إن كان مميّزا، لكن يفرّق بينه و بين أبويه خوف الاستزلال [الاستنزال(٧)] و غير المميّز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلاّ بالتبعية...»(٨).

و علّق عليه المحقّق الثانى بقوله: «لأنّه غير مكلّف فلا يكون إقراره بالشهادتين

١- ١ . الخلاف ٣/(٥٩٣-٥٩١) مسألة ٢٠.

٢- ٢ . الدروس ٣/٧٩.

٣- ٣ . مختلف الشيعة ٦/١٠٩.

٤- ٤ . تحرير الأحكام الشرعية ٤/٤٥١.

٥- ٥ . تذكرة الفقهاء ١٧/٣٣٦.

٦- ٦ . راجع تذكرة الفقهاء ١٤/١٨٥.

٧- ٧ . نسخةُ بدلٍ.

٨- ٨ . قواعد الأحكام ٢/٢٠٣.

معتدا به...»(١).

و قال ثانى الشهيدين: «و أمّا الصبى فلا يصح إسلامه مطلقا لأنّه غير مكلّف و عبارته مسلوبة بالأصل و للشيخ رحمه الله قول بصحة إسلام المراهق و هو ضعيف...»(٢).

و قال المحقّق الأردبيلى: «نعم، الحكم باسلام المراهق غير بعيد لعموم من قال: لا إله إلا اللّه محمّد رسول اللّه صلى الله عليه و آله فهو مسلم، و قاتلوهم حتّى يقولوا لا إله إلاّ اللّه و أمثاله كثيرة. و لأنّهم

- إذا قدروا على الاستدلال و فهموا أدلة وجود الواجب و التوحيد و ما يتوقّف عليه، و وجوب المعرفة و النظر فى المعرفة يمكن أن يجيب عليهم ذلک لأنّ دليل وجوب المعرفة عقلى فكلّ مَنْ يعرف ذلک يدخل تحته و لا خصوصية له بالبالغ و لا استثناء فى الأدلة العقلية فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلک، فإذا اوجب عليهم يجب أن يصحّ منهم، بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه أيضا و يترتب عليه الأحكام.

و أمّا لو ارتد أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله فإنّه لا استقلال بعقلهم، إذ قد يعرض لهم لصبوبتهم و قلّة تعقلهم شک، و لهذا يفعلون أفعالاً غير مستقيمة مثل اللعب الذى يفعله الصبيان و إذا بلغوا لم يفعلوه يقينا، و للشبهة فيُدْرَأ الحدود بها، فإذا درأ عنهم الحدود لم يكونوا مرتدّين، و لا يدلّ على عدم الإسلام و عدم اعتباره (و عدم) إجراء هذه الأحكام عليهم لأنّ هذه من الفروعات الفقهية و قد أجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم و عدم تكليفهم بها، و لهذا صرح بعض العلماء بأنّ الواجبات الأُصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية.

و الظاهر أنّ ضابطه القدرة على الفهم و الأخذ و الاستدلال على وجه مقنع، ففى كلّ مَنْ و جد فيه ذلک يصحّ و يمكن أن يجب عليه ذلک المقدار و من لم يوجد فيه ذلک لم يجب»(٣).

و استشكل عليه فى مفتاح الكرامة بقوله: «قلت: لا ريب أنّ الصبى قبل البلوغ

١- ١ . جامع المقاصد ١١٩/٦.

٢- ٢ . المسالک ٤٧٥/١٢.

٣- ٣ . مجمع الفائدة و البرهان ٤١١/١٠.

ضعيف العقل ناقص البصيرة قد غلبت على عقله الصبوة و غمرته الشهوة و و ما يتراءى من قدرة بعض الصبيان فهو سريع الزوال و لهذا يفعل الأفعال الغير المستقيمة المخالفة لأفعال الرجال كاللعب الذى يستقبحه إذا بلغ، و لذا لم يحكموا بردّته، لأنّه قد يعرض له لصبوته شک و لم يكلّفوه بالفروع مع أنّها أهون من الأُصول فكان فى الواقع غير قادر على الاستدلال و الأخبار كشفت عن ذلک و لا استثناء فى الدليل العقلى. و إذا كان الأمر كما قلت فهلاّ جزمت به أنت و جزم به الشهيد...

.

نعم هناک إشكال مشترک الإلزام فى الأُصول و الفروع و هو أنّ الأُنثى أنقص عقلاً و أُوهن نفسا و أضعف رأيا فكيف فرّق الشارع بينهما فأوجب عليها المبادرة إلى تحصيل المعرفة بالأُصول و الفروع فى أوّل تمام تسع السنين؟ و قد قيل فى الجواب...»(١).

و قال فى الجواهر: «و ما عن خلاف الشيخ... مُنافٍ لمعلومية اعتبار البلوغ فى التكليف نصا و فتوى و سلب عبارته و فعله قبله إلاّ ما خرج بالدليل كوصيته، و ما أرسله فى الخلاف... لا جابر له أعرض عنه الأصحاب كالمرسل عنه: كلّ مولود... مضافا إلى إجمال دلالته.

و أمّا قبول إسلام على عليه السلام قبل البلوغ فهو من خواصه و خواص اولاده المعصومين عليهم السلام و أمثالهم كيحيى و عيسى عليهماالسلام و الحجة صاحب الأمر روحى له الفداء».

ثم اسْتَغْرَبَ كلام الأردبيلى و قال فى ردّه «إذ لا يخفى عليک ما فيه من كونه كالاجتهاد فى مقابلة المقطوع به نصا و فتوىً مِنْ رفع القلم عن الصبى حتّى يبلغ و لعلّنا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع، إلاّ أنّ ذلک لاينافى عدم جريان الأحكام عليه و ليس فيه تخصيص للدليل العقلى كما هو واضح»(٢).

أقول: قد مرّ عن الحنفيّة(٣) القول بقبول إسلام الصبى و عن الشافعية(٤) عدمه، و

١- ١ . مفتاح الكرامة ٥٧٤/١٧ و ٥٧٣.

٢- ٢ . الجواهر ٣٨/(١٨٣-١٨١).

٣- ٣ . الفقه على المذاهب الأربعة ٣٦٣/٢.

٤- ٤ . الفقه على المذاهب الأربعة ٣٦٥/٢.

مشهور الأصحاب عدمُ قبولهِ ولكن للشيخ فى الخلاف و العلاّمة فى حجر التذكرة و الشهيد فى الدروس و الأردبيلى فى مجمع الفائدة و السيّد الخوئى فى المصباح(١) قول بقبول إسلامه.

و المختار هو قبول اسلام الصبى إذا كان مميّزا و الوجه فى ذلک عدم تمامية أدلة القول بأنّ الصبى مسلوب العبارة فعبارته و ألفاظه و أقواله معتبرةٌ إذا كان مميّزا إلاّ خرج بالدليل كاستقلاله فى العقود و الايقاعات لحجره. فحينئذ اسلامه مقبول.

و لأنّ الاسلام أمر واقعى يدور مدار الإقرار بالشهادتين - التوحيد و نبوة الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله - و كلّ مَنْ أقرّ بالشهادتين فهو مسلم ولو كان صبيّا مميّزا. و يترتب عليه حقن دمه و حرمة ماله و الحكم بطهارته و جواز نكاحه و حلّيّة ذبيحته و جريان التوارث فى حقِّه و وجوب تجهيزه إن مات.

و تدلّ عليه موثقة سماعة عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: - فى الحديث - الإسلام شهادة أن لا إله إلاّ اللّه و التصديق برسول اللّه صلى الله عليه و آله به حُقِنَت الدماءُ و عليه جرتْ المناكحُ و المواريث و على ظاهره جماعةُ الناس، الحديث.(٢)

و خبر سفيان بن السِّمْطِ عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: - فى حديث - الاسلام هو الظاهر الذى عليه الناس شهادة أن لا إله إلاّ اللّه و أنّ محمّدا رسولُ اللّه ـ و إقامُ الصلاة و إيتاءُ الزكاةِ و حِجُّ البيتِ و صيامُ شهرِ رمضانَ فهذا الإسلام، الحديث.(٣)

و اطلاق هاتين الروايتين يشمل للصبى المميِّز ولكن لا تترتب عليه الأحكام الإلزامية لجريان حديث رفع القلم.

و نحوهما مرسلة القاضى نعمان المصرى عن أبى عبداللّه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام : أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله كان إذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبها بتقوى اللّه فى خاصة نفسه و مَن معه مِن المسلمين خيرا، و قال: اغزوا بسم اللّه و فى سبيل اللّه و على

١- ١ . مصباح الفقاهة ٢٣٥/٣ و ما بعده.

٢- ٢ . الكافى ٧٢/٣، ح١ من الطبعة الحديثة (٢٥/٢ من الطبعة السابقة).

٣- ٣ . الكافى ٧٠/٣، ح٤ (٢٤/٢).

ملّة رسول اللّه، و لاتقاتلوا القوم حتّى تحتجّوا عليهم بأن تدعوهم إلى شهادة أن لا اله إلاّ اللّه و أنّ محمّدا رسول اللّه و الإقرار بما جئتُ به من عنداللّه فإن أجابوكم فإخوانكم فى الدين، الحديث.(١)

و قبول اسلام المميّز ليس لأجل التبعية من والده أو أشرف أبويه، بل لأجل ما ذكرنا، و إن كانت رواية تبعية الاولاد لآبائهم تامة فى محلّها و هى من المسلّمات عند الفقهاء العظام و قيام السيرة المتشرعة عليها، ولكن القدر المتيقن منها هو الطفل الصغير الذى لم يبلغ إلى حدّ التمييز.

و يلحقون أطفال المؤمنين الذين ماتوا قبل البلوغ إلى آبائهم فى الجنة إقرارا(٢) لأعين المومنين كما ورد فى خبر أبى بكر الحضرمى عن أبيعبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «و الذين آمنوا و اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بإيمان ألحقنابهم ذُرِّيَّتَهُمْ»(٣) قال: فقال: قَصَرَت الأبناءُ عن عمل الآباء فألحقوا الأبناء بالآباء لِتَقَرَّ بذلک أعينهم.(٤)

و أنت ترى بأنّ الرواية مطلقة لا تختص بالابن الذى لا يبلغ، و يمكن القول بشمولها للأبناء البالغين، ولكنّها مختصة بالآخرة فقط و سند الصدوق(٥) إليها معتبر.

نعم ورد «فى حديث آخر: أمّا أطفالُ المؤمنين فيلحقون بآبائهم، و اولادُ المشركين يلحقون بآبائِهم و هو قول اللّه عزّوجلّ: «بايمان ألحقنابهم ذرّيّتهم».(٦)

لا خلاف و لا إشكال فى دخول أطفال المؤمنين الجنة ولكن دخول أطفال المشركين فى النار منوط بامتحان آخر يجرى عليهم فى القيامة و هو كما ورد فى صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: فيَبْعَثُ اللّه ُإليهم مَلَكا من الملائكةِ فَيُؤَجِّجُ

١- ١ . دعائم الاسلام ٣٦٩/١ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣١/١١، ح١.

٢- ٢ . أَقرّ عنيه إقْرارا. و ليس منْ: قَرّرَ تقريرا.

٣- ٣ . سورة الطور /٢١.

٤- ٤ . الكافى ٦١٢/٥، ح٦ (٢٤٩/٣).

٥- ٥ . راجع التوحيد /٣٩٤، ح٧.

٦- ٦ . الكافى ٦١١/٥، ح٣ (٢٤٨/٣).

لهم نارا ثمَّ يبعثُ اللّه ُإليهم ملكا فيقول لهم: إنّ ربَّكم يأمُرُكم أن تَثِبُوا فيها فمَنْ دخلها كانت عليه بردا و سلاما و اُدْخِلَ الجنةَ و من تَخَلَّفَ عنها دخل النار.(١)

و مثلها خبر عبداللّه بن سلام مولى رسول اللّه صلى الله عليه و آله .(٢)

نعم، لو ارتدّ الصبى المميّز عن الاسلام يلحق بالكفار ولكن لا تجرى عليه أحكام الارتداد من وجوب قتله و تقسيم أمواله و بينونة زوجته لرفع القلم عن الصبى بالنسبة إلى الأحكام الإلزامية.

التاسع: عبادات الصبی

العبادات إمّا واجبة و إمّا مستحبة:

لا إشكال فی صحة المستحبات بالنسبة إلی الصّبیان لشمول أدلتها لهم و لعدم التنافی بین حدیث رفع القلم عنه و إطلاقها - حتی علی القول بأنّ المراد من رفع القلم هو قلم التشریع - لأنّ المرفوع فیه الامتنان و لا منّة فی رفع المستحبات، بل المرفوع فیه الکلّفة و لا کلّفة فی المستحبات لجواز ترکها.

أمّا الواجبات من العبادات

فقد اتفقوا علی شرطیة البلوغ فی ترتب الوجوب و التحریم بمعنی عدم العقاب علی الصبی فی ترکه و فعله، و اختلفوا فی شرطیة البلوغ لشرعیة العبادات و صحتها علی أقوال:

الأوّل: التمرینیة المحضة: و المراد بها أنّ عباداته بالنسبة إلیه تمرینیة صِرْفَةٌ بجهة تمکّنه من الإتیان بها صحیحةً بعد بلوغه فحینئذ لا یترتب علیها ثواب له و ان کان لولیّه ثواب التمرین لذلک و هو مختار جماعة من الأصحاب منهم العلاّمة فی المختلف.(۳)

الثانی: الشرعیة المحضة: بمعنی أنّ عباداته تکون کعبادات البالغین و مطلوبة من الشارع و یترتب علیها الثواب من اللّه تعالی له و هو المحکی عن مشهور الأصحاب

۱- ۱ . الکافی ٦٠٩/٥، ح۱ (٢٤٨/٣).

۲- ۲ . التوحید /٣٩٠، ح۱، باب الأطفال و عدل اللّه عزّوجلّ فیهم.

۳- ۳ . مختلف الشیعة ٣٨٦/٣.

-رضوان اللّه تعالى عليهم - كما حكاه عنهم صاحب الحدائق(١).

الثالث: الشرعية التمرينية: بمعنى أنّ الاتيان بهذه العبادات مطلوبٌ مِنْ قِبَلِ الشّارع ولكن لا لأنفسها بل لحصول التعوّد و التمرّن على العمل بعد البلوغ، حكاه صاحب العناوين(٢) عن جماعة من المتأخرين و جملة من معاصريه و اختاره، و كما يظهر هذا القول من الاستاذ المحقّق - مدظله - (٣).

و الفرق بين الأقوال: فى القول الأوّل لا يترتب على عبادات الصبى ثواب له أصلاً، و على القولين الأخيرين يترتب عليها الثواب له ولكن على الثانى يترتب على نفس عباداته من الصلاة و الصيام و على الثالث يترتب على التمرين بالعبادة لانفسها.

و كذلک تظهر الثمرة فى جواز نيابة الصبى عن ميت، أوحىّ بالأُجرة أو بدونها، فعلى القول الثانى يجوز نيابته و على القولين - الأوّل و الثالث - لا يجوز.

أمّا القول المختار و دليله:

فقد يقال: اطلاق الخطابات الشرعية نحو قوله تعالى: «اقيموا الصلاة»(٤) «كُتب عليكم الصيام»(٥) «للّه على الناس حجّ البيت»(٦) «و اعلموا انّما غنمتم من شى ءٍ فأنّ للّه خُمُسَهُ...»(٧) تشمل الصبى الذى يتمشّى منه القصد فتصح منه العبادة و لايعارضه حديث رفع القلم عن الصبى لأنّ المرفوع إن كان هو خصوص المؤاخذة فواضح و إن كان المرفوع هو قلم التشريع و التكليف و المؤاخذة - كما نقول به - فكذلک لأنّ لا امتنان فى رفع مشروعية العمل و محبوبيّته، نعم الإلزام به و كُلفته و المؤاخذه فى تركه مرفوعة و أمّا

١- ١ . الحدائق ٥٣/١٣.

٢- ٢ . العناوين ٦٦٦/٢ و ٦٧٢.

٣- ٣ . راجع تحقيق الاصول ٣٧٨/٣.

٤- ٤ . سورة البقرة /٤٣.

٥- ٥ . سورة البقرة /١٨٣.

٦- ٦ . سورة آل عمران /٩٧.

٧- ٧ . سورة الأنفال /٤١.

أصل مشروعيته و مطلوبيته باق كما هو مختار المحقّق العراقى(١) و السيّد الحكيم.(٢)

و فيه: الوجوب بسيط و ليس مُرَكَّبا من طلب الفعل مع المنع من الترک حتّى حديث رفع القلم يرفع المنع و يبقى طلب الفعل، بل حديث الرفع يرفع أصل الوجوب البسيط بتمامه فلا يبقى دليل على مشروعيته، إلاّ على القول بأنّ المرفوع هو المؤاخذة فقط ولكنه لا يتم عندنا، كما يظهر هذا الاشكال من السيّد الخوئى فى كتابيه.(٣)

ولكن الدليل التام على مشروعية عبادات الصبى هو الروايات الواردة على الأمر بأمر الصبيان بالصلاة و الصوم، و بعضها فى تكليفهم بالعبادات الدالة على مشروعيتها(٤):

منها: صحيحة محمّد بن مسلم* عن أحدهما عليهماالسلام فى الصبى متى يصلّى؟ فقال: إذا عقل الصلاة، قلت: متى يعقل الصلاة و تجب عليه؟ قال: لِستٍّ سنين.(٥)

و هذه الصحيحة محمولة على الاستحباب لأنا نعلم بأنّ الوجوب مشروط بالبلوغ.

و منها: صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: إنّا نأمر صبياننا بالصلاة، إذا كانوا بنى خمس سنين، فمرّوا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بنى سبع سنين، الحديث.(٦)

و منها: خبر اسحاق بن عمار* عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا أتى على الصبى ست سنين وجب عليه الصلاة، و إذا أطاق الصوم وجب عليه الصيام.(٧)

و هو محمولٌ على الاستحباب، ولكنَّ فى السند ضَعفا بمحمّد بن الحصين لأنّه مهمل أو مجهول.

١- ١ . نهاية الأفكار ٣٩٩/١.

٢- ٢ . حقائق الاصول ٣٤٢/١.

٣- ٣ . مصباح الفقاهة ٢٤٢/٣، المحاضرات فى اصول الفقه ٣/(٢٦٦-٢٦٤).

٤- ٤ . قد جعلت علامة * لما تدل على مشروعيتها حتّى تتميز من روايات الامر بالامر.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ١٨/٤، ح٢، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ١٩/٤، ح٥.

٧- ٧ . وسائل الشيعة ١٩/٤، ح٤.

و منها: خبر عبداللّه بن فضالة عن أبى عبداللّه أو أبى جعفر عليهماالسلام - فى حديثٍ - قال: سمعته يقول: يترك الغلام حتّى يتم له سبع سنين، فإذا تمّ له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك و كفيك فإذا غسلهما قيل له: صلّ، ثمّ يترك حتّى يتم له تسع سنين، فإذا تمّت له عُلّم الوضوء و ضُرب عليه و اُمر بالصلاة و ضُرب عليها، فإذا تعلّم الوضوء و الصلاة غفر اللّه لوالديه إن شاء اللّه.(١)

و منها: خبر الأربعمأة عن على عليه السلام : عَلِّموا صبيانكم الصلاة و خذوهم بها إذا بلغوا ثمانى سنين.(٢)

و منها: ما رواه السيّد فضل اللّه الراوندى بإسناده عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال: قال على عليه السلام : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : مُروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء ست سنين و اضربوهم إذا كانوا أبناء سبع سنين و فرّقوا بينهم فى المضاجع إذا كانوا أبناء عشر سنين.(٣)

و منها: خبر الجعفريات بإسناده عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، مُروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء عشر سنين.(٤)

و منها: معتبرة الفُضَيْلِ بْنِ يَسار قال: كان على بن الحسين عليه السلام يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب و العشاء، و يقول: هو خير من أن يناموا عنها.(٥)

و منها: صحيحة الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إنّا نأمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطلقوا من صيام اليوم فإن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلک أو أقل، فإذا غلبهم العطش و الغرث أفطروا حتّى يتعوّدوا الصوم و يطيقوه، فمرّوا صبيانكم إذا

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٠/٤، ح٧.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٠/٤، ح٨.

٣- ٣ . مستدرک الوسائل ١٨/٣، ح٢، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

٤- ٤ . مستدرک الوسائل ١٩/٣، ح٣.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٢١/٤، ح١، الباب ٤ من أبواب أعداد الفرائض.

كانوا بنى تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام، فإذا غلبهم العطش أفطروا.(١)

الغرث: الجوع

و منها: صحيحة زرارة* عن أحدهما عليهماالسلام قال: إذا حَجَّ الرجل بِابْنِه و هو صغير فإنّه يأمره يلبّى و يفرض الحج، فإن لم يُحسن أن يلبّى لبّوا عنه و يطاف به و يصلّى عنه، قلت: ليس لهم ما يذبحون، قال: يذبح عن الصغار و يصوم الكبار، و يتّقى عليهم ما يتّقى على المحرم من الثياب و الطيب، و إن قتل صيدا فعلى أبيه.(٢)

منها: خبر أبان بن الحكم* قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: الصبى إذا حجّ به فقد قضى حجة الإسلام حتّى يكبر، الحديث.(٣)

ولكن استشكل المحقّق الخراسانى(٤) فى دلالة هذه الروايات بتوضيح منّا: بأنّ المحتمل فى مقام الثبوت بالنسبة إليها ثلاثة وجوه:

الأوّل: أن يكون الغرض قائما بنفس الأمر، كأن يأمر بالأمر لمصلحة إثبات آمرية الثانى.

الثانى: أن يكون الغرض قائما بالفعل المأمور به - الثانى - كما فى قوله تعالى: «بلغ ما أُنزل اليک»(٥).

الثالث: أن يكون الغرض قائما بالفعل الحاصل من المأمور - الثالث - بشخصه المنبعث من أمر هذا الآمر الثانى.

و مع هذه المحتملات الثلاثة لا يدلّ الأمر بالأمر فى مقام الإثبات على كونه أمرا به إلاّ بقرينة تعيّن أنّه المحتمل الثالث، و هى مفقودة.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٣٤/١٠، ح٣، الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٨٨/١١، ح٥، الباب ١٧ من أبواب أقسام الحج.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٤٥/١١، ح١، الباب ١٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

٤- ٤ . راجع كفاية الاصول ٢٦٩/١، مع تعليقة الشيخ عباس على الزارعى السبزوارى، طبعة جماعة المدرسين، عام ١٤٢٦.

٥- ٥ . سورة المائدة /٦٧.

و تبعه فی هذه المحتملات و الإجمال المحقّق الروحانی(۱) قدس سره .

جوابه: ما ذکره المحقّق الخراسانی قدس سره جار فی «العلم» لأنّه قد یؤخذ جزءً للموضوع و قد یؤخذ تمام الموضوع و قد یؤخذ طریقا ولکن الإرتکاز العرفی من الأمر هو الطریقیة إلی مطلوبیة الشی ء فقط(۲) و الشاهد علیه «إذا أمر المولی أحد عبیده أن یأمر عبده الآخر بکذا، و اطّلع علیه العبد الآخر من غیر توسیط أمر المأمور و ترک الفعل، فإنّه مع اعترافه بالاطلاع یؤاخذه المولی بترکه»(۳).

و احتمالان الآخران لا یقاومان هذ الإرتکاز العرفی و الظهور العقلائی، فما ذکره المحقّق الخراسانی رحمه الله لا یتم.

فحینئذ ما ورد من الروایات من أمر الأُولیاء أُولادهم بالعبادات تدلّ علی مطلوبیتها الشرعیة و محبوبیتها و مشروعیتها.

ولکن مع ذلک کلّه یظهر من الأُستاذ المحقّق - مدظله - علی فرض تسلیم ظهور الأمر عرفا فی الطریقیة لم تثمر شرعیة عبادات الصبی، «لأنّ غایة ما یفید ذلک هو تعلّق غرض للآمر الأوّل بذلک الفعل کالصلاة، ولکن هل الغرض هو نفس الغرض فی عبادات البالغین أو أنّ هناک فی أمر الصبی بالصلاة غرضا آخر؟... بل إنّها صریحة فی أنّه «التعوید» ففی صحیحة الحلبی المتقدمة(٤)... و علی هذا فإنّ الغرض بالفعل متحقق، لکنّه غرض آخر غیر الغرض القائم بصلاة البالغین...».(٥)

و العجب من سماحته - مدظله - کیف غفل بأنّ «التعود» الوارد فی صحیحة الحلبی لم یرد إلاّ فیها، و یردّ فی الصیام الباطل فقط و لا یمکن التعدی منه إلی غیرها من العبادات الصحیحة، و غایته أنّه یُعَدَّ من حِکمِ التشریع و ذلک لا یوجب قصر حکم

١- ١ . راجع منتقى الأُصول ٥١٥/٢.

٢- ٢ . راجع المحاضرات ٣/(٢٦٦-٢٦٤).

٣- ٣ . الشاهد مأخوذ من شيخنا الاستاذ رحمه الله فى كتابه «دروسٌ فى مسائل علم الأُصول» ٢٩٣/٢.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢٣٤/١٠، ح٣.

٥- ٥ . تحقيق الاصول ٣٧٨/٣.

المشروع على خصوصه كما هو واضح عنده و عند الكلّ، و كما اعترف بأنّه حكمة الفقيه السبزوارى رحمه الله .(١)

و عليه دلالة الأمر الوارد بأمر الأولياء أولادهم بالصلاة و الصيام على مشروعية عبادات الصبى تامَّةٌ كما عليه المحقّق السيّدُ الخوئى(٢) و شيخنا الاستاذ(٣) رحمهماالله .

مضافا إلى وجود عدّة من الروايات الواردة فى تكليفهم بالعبادات الدالة على مشروعيتها نحو: صحيحة محمّد بن مسلم و خبر اسحاق بن عمار و صحيحة زرارة و خبر أبان بن الحكم، الماضيات كلّها آنفا(٤) و الحمدللّه أوّلاً و آخرا.

العاشر: التفصيل فى معاملات الصبى بين الخطير و الحقير

و المنع فى الأوّل و الجواز فى الثانى و يظهر هذا من الفيض الكاشانى قال فى مفاتيحه: «الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به منه فى الشىء الدون دفعا للحرج فى بعض الأحيان»(٥).

و قال الشيخ اسداللّه التسترى بعد نقل كلام صاحب المفاتيح: «و يمكن أن يستأنس لذلك، مضافا إلى السيرة المستمرة و قضاء الحاجة و الضرورة فى كلٍّ من المعاملة و دفع العوض و أخذه منه، بما رواه الشيخ فى الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن شهادة الصبى و المملوك؟ فقال: على قدرها يوم أُشهد تجوز فى الأمر الدون و لا تجوز فى الأمر الكثير.(٦)

و هذا القول لا يخلو مِنْ قوة إلاّ أنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر، و أمّا السيرة و

١- ١ . مهذب الأحكام ٢٧٧/١٦.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٢٤٣/٣.

٣- ٣ . دروس فى مسائل علم الاصول ٢٩٣/٢.

٤- ٤ . مع علامة *.

٥- ٥ . مفاتيح الشرائع ٤٦/٣.

٦- ٦ . التهذيب ٢٥٢/٦، ح٦٥٠ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٣٤٤/٢٧، ح٥، الباب ٢٢ من أبواب كتاب الشهادات.

الضرورة فالتمسک بهما فى مقابل إطلاق الآية و الرواية و فتوى الإمامية و غيرهم خروج عن جادة الصواب و عدول عن طريق الاحتياط»(١).

وجوه الاستدلال على هذا التفصيل:

الأوّل: الحرج

بتقريب: أنّ الحكم ببطلان المعاملة فى المحقرات يستلزم الحرج المنفى فى الشريعة المقدسة، فنفيه يقتضى صحتها، و هذا الدليل مذكور فى كلام الفيض الذى هو المؤسِّس لهذا التفصيل.

و يرد عليه: أوّلاً: بمنع الصغرى الوارد فى كلام الشيخ الأعظم حيث يقول: «فإن الحرج ممنوع سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة فى المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنّه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء النسا على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الأشياء الحقيرة»(٢).

ثم ذكر أنّه لو أراد استقلال الصبى فى البيع و الشراء بماله دون إذن الولى فى المحقرات يكون مخالفا للاجماع.(۳)

و ثانيا: على فرض تحقق الحرج فهو ينفى الحكم الشرعى و لايثبته كما مرّ مرارا. لأنّه من الأدلة النافية للأحكام الشرعية و ليس بمثبتها.

و ثالثا: يمكن القول بآلية الصبى بالنسبة إلى المحقرات نحو أخذها و وضع أثمانها فى صندوق، أو دخول الحمام و وضع الأُجرة فى كوز الحمامى، أو شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعدّ لها، فحينئذ يرتفع الحرج من الأساس و لايتم التفصيل.

رابعا: هذا كلّه على مسلک المشهور من بطلان معاملات الصبى مطلقا و أمّا على مسلک المختار من صحة بيع الصبى إذا كان مأذونا من وليّه و كذا صِحّة شرائه و غيرهما

۱- ۱ . مقابس الأنوار /۱۱۳.

۲- ۲ . المكاسب ۲۸۷/۳.

۳- ۳ . المكاسب ۲۸۷/۳.

من معاملاته فلا يكون حرجا أصلاً لأنّ الولى أجازه فيكون بيعه صحيحا و كذلک معاملاته.

الثانى: السيرة

و هى مذكورة فى كلام المحقّق التسترى رحمه الله و مراده: قيام السيرة المستمرة الثابتة عند المتشرعة من الحكم بالصحة فى معاملات الصبى فى الأشياء الحقيرة.

و يرد عليها: أوّلاً: نعم، وجود هذه السيرة عند المتشرعة ممّا لاينكر، ولكنّها لا تثبت صحة معاملات الصبى فى المحقرات، لإمكان القول بأنّه كالآلة فى غيرها من المعاملات الحقيرة و جعل الثمن فى المكان المعدّله كما مرّ.

و ثانيا: هذه السيرة لا تكشف عن نفوذ معاملاتهم استقلالاً، بل يمكن القول بجريانها لأجل تمامية معاملاتهم بإذن أُوليائهم على ما هو المختار من صحة بيع الصبى مع إذن وليه.

و ثالثا: قد عرفت من المحقّق التسترى المستدِل بها كلامه فى نقدها بأنّ «التمسک بها فى مقابل إطلاق الآية و الرواية و فتوى الإمامية و غيرهم خروج عن جادة الصواب و عدول عن طريق الاحتياط»(١).

الثالث: موثقة عبيد بن زرارة(٢)

الماضية المذكورة فى كلام المحقّق التسترى مضافا إلى ما ورد من نقدها فى كلامه بأنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر، يرد عليها:

أنّ الرواية مختصَّة بباب الشهادة و سريانها منها إلى المعاملات يكون أشبه شى ءٍ بالقياس المردود فى الشريعة المقدسة و لعلّ مِنْ جِهَةِ أهمية الشهادة و عدم تعطيل الحقوق وردت هذه الرواية.

١- ١ . مقابس الأنوار /١١٣.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٤٤/٢٧، ح٥.

الرابع: فعل أبى الدرداء (عُوَيْمِن بنْ زَيْدٍ)

قال العلاّمة فی التذکرة: «و لا فرق بین الشی ء الیسیر و الکثیر فی المنع من تصرّف غیر المیّز. و قال أحمد: یصحّ تصرّف غیر المیّز فی الشی ء الیسیر، لأنّ أبا الدرداء اشتری عصفورا من صبی و أرسله.

و فعله لیس حجةً، و جاز أن یکون قد عرف أنّه لیس ملکا للصبی فاستنقذة منه»(۱).

أقول: قد یظهر من العلاّمة؛ تقریب الدلالة و نقدها فلا نعید.

الخامس: معتبرة السکونی

عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: نهی رسول اللّه صلی الله علیه و آله عن کسب الإماء فإنّها إن لم تجد زنت إلاّ أمة قد عُرفت بصنعة یدٍ، و نهی عن کسب الغلام الصغیر الذی لایحسن صناعة بیده فإنّه إن لم یجد سرق.(۲)

للاستدلال بهذه الروایة أربعة تَقْرِیْباتٍ:

التقریب الأوّل: علّل النهی عن کسب الصبی بأنّه «إن لم یجد سرق» و مع إمکان التعلیل بعدم المقتضی لم تصل النوبة إلی التعلیل بوجود المانع، و إذا کانت معاملاته باطلة، فلا یحتاج إلی نسبة البطلان و التعلیل علیه بوجود المانع و هو احتمال مسروقیة المبیع. فالتعلیل بوجود المانع یستفاد منه صحة معاملات الصبی أوّلاً و بالذات، أو لا أقل من وجود مقتضی الصحة فیها، لأنّ مع وجود التعلیل الذاتی لم تصل النوبة إلی التعلیل العرضی.

التقریب الثانی: النهی الوارد فیها یکون نهیّا تنزیهیّا، لا تحریمیا فیکون ظاهرا فی الکراهة لا الحرمة، و لذا استفاد منها صاحب الوسائل الکراهة و قال فی عنوان الباب: «کراهة کسب الصبیان الذین لا یحسنون صناعة...»(۳).

١- ١ . تذكرة الفقهاء ٢٤٣/١٤.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٦٣/١٧ ح١، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٦٣/١٧.

و الكراهة فى المعاملة تَجْتَمِعُ مع الصحة حتّى فى مورد الكراهة و أمّا فى غيرها فواضح.

التقريب الثالث: سياق الرواية يقتضى صحة معاملات الصبى لأنّ المعاملة على مكتسبات الإماء صحيحة أوّلاً و بالذات ولكن نُهى عنها ثانيا و بالعرض باحتمال أنّها «إذا لم تجد زنت» فكذلك الأمر فى الصبى.

التقريب الرابع: تقييد الموضوع ب-«الذى لا يحسن صناعة بيده» ظاهرٌ فى عدم فساد معاملة الصبى، فلو كانت معاملته باطلة يلغى هذا التقييد، لأنّ معاملته باطلة سواء أحسن صناعةً أم لم يحسنها.

مع إضافة نكتة حتّى تَتمَّ دلالتها على التفصيل المذكور و هى عدم معهودية إيكال المعاملات الخطيرة و المهمّة إلى الصبيان و الإماء و العبيد فى تلك العصور و فى زماننا هذا، فالنهى الوارد فيها يختص بالمحقّرات و تدلّ على التفصيل، و ليس فيها إطلاق حتّى تشمل المعاملات المهمة الخطيرة و فحينئذ تدل على المطلوب. كما تظهر هذه النكتة الأخيرة من المحقّق السيّد الخمينى(١) قدس سره و الأُستاذ المحقّق(٢) - مدظله - .

و أمّا نقد تقاريب دلالتها:

قال المحقّق الاصفهانى فى نقد التقريب الأوّل: «أوّلاً: فبأنّ المراد بالكسب، و إن كان مكسوبه، لا المعنى المصدرى و إلاّ فمع فرض الموضوع لا يعقل احتمال السرقة فيه، بل المكسوب العرفى أى ما استفاده بمعاملة أو بالتقاط أو بحيازة أو باستعاطاء من الغير أو بسرقة، فليس الاكتساب المعاملى

مفروضا حتّى إذا لم يحرم مع العلم بعدم السرقة يكون دليلاً على نفوذ معاملته ليكون من قبيل الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى فى الحكم بعدم مقتضاه.

و أمّا ثانيا: فإنّه لو فرض تحقق الاكتساب المعاملى، كما إذا نهى عن التصرف فى

١- ١ . كتاب البيع ٣٥/٢.

٢- ٢ . العقد النضيد ٤٧٢/٢.

ما اكتسبه بالمعاملة من لايبالى بالربا، فإنّ النهى بلحاظ هذه الحيثية، لا بلحاظ إنفاذ معاملته مع عدم هذا الاحتمال، بل كسبه نافذ جائز بقواعده، فربّما يجوز و ربّما لا يجوز»(١).

و اعترض عليه المحقّق الأردكانى بقوله: «إمّا ما ذكره أوّلاً... ففيه: أوّلاً: أنّه لا يبعد دعوى ظهور الكسب فى المكسوب المعاملى.

و ثانيا: سلمنا أنّ المراد منه المكسوب العرفى الشامل لما استفاده بمعاملة أو بالتقاط أو بحيازة أو باستعطاء من الغير أو بسرقة إلاّ أنّه يدل على أنّه لولا احتمال كونه سرقة لما كان منهيّا و إلاّ لزم المحذور المذكور من الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى فى الحكم بعدم اقتضاه.

و أمّا ما ذكره ثانيا... ففيه: أنّه إذا كان النهى بلحاظ ذلک الاحتمال فيستفاد منه جواز التصرف فيما اكتسبه مع قطع النظر عنه فيكشف عن دخوله فى ملكه اللازم منه نفوذ معاملته و إلاّ لو لم يجز التصرف فيه مع قطع النظر عنه اللازم منه فساد معاملته من أصلها، لا وجه لكون النهى بلحاظ ذلک الاحتمال لاستلزامه المحذور المتقدّم»(٢).

أقول: مضافا إلى ما ذكره المحقّق الأردكانى يمكن أن يرد عليه: بأنّ المعنى المصدرى يمكن أن يجمع مع السرقة أو احتمالها لأنّه يبيع و يشترى و يكتسب مع الأموال المسروقة فيصدق عليه المعنى المصدرى مع احتمال السرقة. هذا أوّلاً.

و ثانيا: يطرق فى النهى الحَيْثىّ أيضا نفوذ معاملته و إلاّ لايصح النهى عنها حتّى بهذه الحيثية، لما مرّ فى تقريب الاستدلال.

و قال المحقّق الاصفهانى فى نقد التَّقْرِيبَيْنِ: الثانى و الثالث: «أنّ النهى حَيْثِيٌّ جهتىٌ لرعاية هذا الاحتمال الراجح مع حفظ سائر الجهات، بحيث إذا أذن الولى فى التصرف فيما بيد الغلام لا ترفع الكراهة مع هذا الاحتمال، و إلاّ مع عدم إذن الولى لا يجوز

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٦/٢.

٢- ٢ . غنية الطالب ٢٥٥/٢.

التصرف فيما بيد الصبى و إن علم أنّه ملكه بالإرث لا بالمعاملة، فلابدّ من حمل النهى على كونه من حيثية خاصة لا مطلقا و بلحاظ تمام الجهات فتدبّره فإنّه حقيق به»(١)

و ردّه المحقّق الأردكانى بقوله: «ففيه: إنّ النهى إذا كان من حيثية خاصة فالظاهر منه انتفائه من سائر الحيثيات و الجهات»(٢).

أقول: يمكن اجتماع النهى الحيثىّ مع كونها نهيّا تنزيهيا و يستفاد من الأخير الحكم بالصحة فى معاملاته و المعاملة معه، نعم، اعتبار السياق عندنا محل تأمل بل منع فلا يتم التقريب الثالث فقط.

و أمّا ما ذكره المحقّق الأردكانى ففيه: إمكان اجتماع النهى الحيثىّ و الجهتى مع سائر الجهات و الحيثيات كما لا يخفى.

و قال المحقّق الاصفهانى فى نقد تقريب الرابع: «أنّ التقييد لتحقيق موضوع الكراهة فإنّ احتمال السرقة احتمالاً راجحا إنّما يكون فى حقّ من لايحسن صناعة بيده دون من يحسنها»(٣).

و ردّه المحقّق الأردكانى بقوله: «ففيه: إنّ الظاهر من التقييد انتفاء النهى عن كسب الغلام الذى يحسن الصناعة بيده، لأنّ من لايحسنها يكون احتمال السرقة فى حقّها راجحا بخلاف من يحسنها فإنّه يكون احتمال كونه ممّا اكتسبه بصناعة يده فى حقِّه احتمالاً راجحا فيدل على نفوذ معاملته فى الجملة فتأمل»(٤).

نقد الشيخ الأعظم على دلالة المعتبرة:

يقول بتوضيح منّا: تَتُمُّ دلالتها على التفصيل بتقريباتها المتعددة بناءً على أن الكسب الوارد فيها أُريد به معناه المصدرى من بيع أو شراءٍ أو تجارةٍ أو إجارةٍ و نحوها ولكن إن أُريد به معناه الاسم المصدرى أى مكسوب الغلام و ما وقع فى يده لم تتم

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٦/٢.

٢- ٢ . غنية الطالب ٢٥٥/٢.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢٦/٢.

٤- ٤ . غنية الطالب ٢٥٥/٢.

الدلالة.

و بناءً على ارادة المكسوب من الكسب - أى معناه الاسم المصدرى - لم يفرض فى الرواية كراهة معاملة الصبى حتى يستفاد منها صحتها، بل المراد منها حزازة التصرف فى ما بيد الصبى بلا فرق بين كيفية حصوله فيه من التقاط يجوز تملّكها، أو أُجرة إيجار، أو حيازة مباح، أو عمل من دون إيجار فأعطاه الآمر أُجرة مثله، أو غيرها من أنواع استحصال المال و اكتسابه.

فالمعتبرة تدل على كراهة التصرف بما فى يد الصبى بالبيع و غيره من أنواع التصرف لاحتمال كونه من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا يبالى بالمحرّمات، و لا تدل على كراهة المعاملة مع الصبى فلا تتم التقاريب المتعددة.(١)

و فيه: أوّلاً: هذا النقد مُنافٍ لما تقدم من الشيخ الأعظم(٢) من عدم اعتبار قصد الصبى و قبضه و إقباضه(٣) و إنشائه العقود أصالة و وكالة، فقصده بالنسبة إلى الحيازة و التملك باطل و كذلك إيجاره بل عمله لأنّه يتحققه من دون قصد امتثال أمر الآمر فلا يستحق حتّى أُجرة المثل، فلا يستحصل للصبى ما فى يد صحيح من هذه الأُمور، فلا يمكن لغيره - بلا فرق بين الولى و غيره - بل نفسه التصرف فيه بل لايجوز و يحرم، و لا يكون مكروها أو حزازة فى التصرف.

و ثانيا: حمل الكسب على معناه الاسم المصدرى بمعنى المكسوب يكون خلافا للظاهر و يحتاج إلى قرينة و هى مفقودةٌ فى المقام.

نقد المحقّق السيّدِ الخوئى فى دلالتها

قال قدس سره : «إنّ المراد من كلمة «الكسب» المضافة إلى كلمة «الغلام» فى الرواية إمّا المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر.

١- ١ . راجع المكاسب ٢٨٧/٣.

۲- ۲ . راجع المكاسب ۲۸٤/۳.

۳- ۳ . كما أشار إليه الفقيه اليزدى فى حاشيته ۲۳/۲.

و على الأوّل فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف أعنى به مباشرة الصبى التجارة عند احتياج وليه إلى ذلک، الا أنّ هذه المباشرة ليست مباشرة استقلالية بل مباشرة تبعية، و أنّ الصبى - وقتئذ - بمنزلة الآلة لوليه فى إيجاد المعاملة بينه و بين المشترى. و قد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيرا، إلاّ أنّ الامام عليه السلام [النبى صلى الله عليه و آله] قد نهى عنه تنزيها معللاً بأنّه إذا لم يحصل من تجارته شى ء سرق خوفا من وليه. و القرينة على هذه الدعوى قوله عليه السلام فى صدر الرواية: نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن كسب الإماء فإنّها إن لم تجد زنت، مع أنّه لا شبهة فى نفوذ كسب الأمة بإذن مولاها. يويد ما ذكرناه: أنّ النبى صلى الله عليه و آله قد قيّد النهى عن كسب الأمة و الغلام بعدم معرفتهما صناعة اليد، فإنّه مع العلم بذلک لايقع الصبى على السرقة و لا أنّ الأمة تقع على الزنا، لأنّه - وقتئذ - ينتفى ما يوجب السرقة و الزنا أعنى به الفقر، ضرورة أنّهما متمكّنان من تحصيل المال.

و على الثانى: فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط أو الاستعطاء أو الحيازة من المباحات الأصلية كما أنّ المراد من كسب الأمة على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكورة.

و عليه فحكمة النهى عن كسب الغلام صيانته عن الاسترق من الناس كما أنّ حكمة النهى عن كسب الأمة محافظتها عن الفجور»(۱).

و يرد على قسمه الأوّل - أى المعنى المصدرى للكسب - إذا كانت مباشرته للكسب تبعية و أنه بمنزلة الآلة لوليه فلا يصدق عليه أنّه كسب الصبى و لا يَتَطَرَّقَ إليه احتمال السرقة.

و كذلک إن كانت تبعية كسبه عنده أنّه بمنزلة الصندوق و الكوز المعدّ لوضع المال فيه. هذا أوّلاً.

و ثانيا: إن كان مراده كسب الصبى بإذن وليه و إن كان صحيحا عندنا ولكن القوم يذهبون إلى بطلان معاملاته مطلقا سواء كانت بإذن وليّه أم لا.

ص: ٨٠

١- ١. مصباح الفقاهة ٢٧١/٣ و ٢٧٠.

و يرد على قسمه الثانى - أى المعنى اسم المصدرى للكسب - ما أَوْرَدْناهُ على الشيخ الأعظم قدس سره بعنوان ثانيا، فلا نعيد.

و الحاصل: حيث مرّت المناقشة فى نقود التقريبات و كذا المناقشة فى نَقْدَى الشيخ الأعظم و المحقّق السيّدِ الخوئى فلابدّ من الأخذ بدلالة معتبرة السكونى على صحة معاملات الصبى الذى يحسن صنعة بل على صحة معاملاته مطلقا بعد حمل النهى على التنزيه و الكراهة بقرائن الصدر و التعليل و التقييد، و السياق عند من يعتبره، ولكن فى المحقرات فقط بقرينة عدم معهودية إيكال المعاملات المهمّة إليه فى تلك العصور، فتدلّ على تفصيل الفيض الكاشانى.

بلا فرق بين مسلكى المشهور من بطلان معاملات الصبى و المسلك المختار من صحتها مع إذن الولى، فبدلالة هذه المعتبرة يحكم على صحة معاملات الصبى فى المحقرات على مسلك المشهور، و عدم احتياجها إلى إذن الولى على المسلك المختار.

فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم بالنسبة إلى تفصيل الفيض من قوله: «و كيف ما كان فالقول المذكور فى غاية الضعيف»(١).

و نحنُ نُوافِقُ فى دلالة المُعْتَبَرَةِ فى الجملة الفقيه السيّد اليَزْدىَّ(٢)، و بالجملة السيّد الخمينىَّ(٣) و الشيخ الأرْدَكانىَّ(٤) رحمهم الله ، و الحمدللّه.

الحادی عشر: التفصیل فی معاملات الصبی بین استقلاله و آلیّته

قال سیّد الریاض فیه: «نعم، الأظهر جوازه فیما کان فیه بمنزلة الآلة لمن له الأهلیة لتداوله فی الأعصار و الأمصار السابقة و اللاحقة من غیر نکیر بحیث یعدّ مثله إجماعا من المسلمین کافّةً. لکن ینبغی تخصیصه بما هو المعتاد فی أمثال هذه الأزمنة، فإنّه الذی

۱- ۱ . المکاسب ۲۸۷/۳.

۲- ۲ . راجع حاشیة المکاسب ۲۳/۲.

۳- ۳ . کتاب البیع ۳۵/۲.

٤- ٤ . غنیة الطالب ۲۵۵/۲.

یمکن فیه دعوی إتفاق الأُمة»(۱).

و زاد تلمیذه السیّد العاملی علیه: «.. و هل معاطاة کما هو الظاهر أو إباحة أُخری غیر المعاطاة؟ احتمالان. و قد تقدّم لنا ما یرجح الأوّل»(۲).

أقول: الحق أنّه بیع کما مرّ فی إمکان تحققته بالفعل، و الوجه فی کونه معاطاة هو الاکتفاء فی المعاملة بوصول کلٍّ من المالین إلی المالک الآخر مع رضا الطرفین، و بناءً علی عدم اعتبار التعاطی فیها، ولکن ناقش فی هذا التفصیل الشیخ الأعظم بوجهین:

الأوّل: عدم اعتبار سیرة المسلمین هنا لأنّها تمکن أن تکون حادثةً أو صادرةً ممّن یتساهلون بأحکام الشرع کما فعلهم بعضهم بالنسبة إلی بعض المعاصی نحو: الکذب و الغیبة و الرُشی و حلق اللُّحی [بضمّ اللاّم و کَسْرِها]، قال الشیخ الأعظم: «و فیه إشکال، من جهة قوة احتمال کون السیرة ناشئة من عدم المبالاة فی الدین کما فی کثیر من سیرهم الفاسدة»(۳)!

و فيه: بل يمكن أن يقال بأنّ السيرة تكون للعقلاء لا للمتشرعة حتّى يرد عليه ما ذكره الشيخ الأعظم و إن كان المذكور فى كلام سيّد الرياض هو سِيْرَة المتشرعة.

الثانى: الإحالة على المجهول فى قوله: «بما هو المعتاد فى أمثال هذه الأزمنة» لعدم كونها منضبطة بل تختلف بحسب أعمار الطفل، قال الشيخ الأعظم، «فيَكِلون إلى من بلغ ست سنين شراءَ باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفَلْس، و إلى من بلغ ثَمانِيَ سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكلون إليه اُمور التجارة فى الأسواق و البلدان، و لا يفرّقون بينه و بين من أكمل خمس عشرة سنة... و لا أظن أنّ القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل»(٤).

و فيه: لا بأس بالأخذ بالسيرة فى هذا التفصيل المذكور فى كلامه كما يأتى من

١- ١ . رياض المسائل ٢١٧/٨.

٢- ٢ . مفتاح الكرامة ٥٤٩/١٢.

٣- ٣ . المكاسب ٢٨٨/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٢٨٩/٣.

الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله .

ثم استشهد فى الردّ على هذا التفصيل بين الآلية و غيرها بكلام العلاّمة فى نهايته: «... و كذا لو عرض الصبى دينارا على ناقد لينقده، أو متاعا على مقوِّم لِيُقوِمه فأخذه لم يجز ردّه على الصبى، بل على وليّه إن كان للصبى و على مالكه إن كان لكامل»(١).

أقول: ولكن المختار هو ما عليه سيّد الرياض من نفوذ معاملاته إذا كان آلة لوليه أمّا بناءً على مسلكنا فواضح و أمّا بناءً على مسلك المشهور فالسيرة تقيّد بطلان معاملته و لا بأس بالتزام بالسيرة المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم كما عن الفقيه السيّد اليزدى حيث يقول: «الالتزام به قريب جدّا»(٢). و من الممكن حمل كلام العلاّمة على استقلاليته حيث يقول بعد هذا الفرع من دون فصل: «فلو أمره ولى الصبى بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولى...»(٣). و هذا الأخير محمول على الآلية و قد حكم فيها بالبَراءَةِ من الضمان.

و العجب من الشيخ الأعظم حَيْثُ استشكل فى الآلية ثم ذكر تَعْمِيْمَها إلى المجنون و السكران بل البهائم و فى الأُمور الخطيرة. ثم خصّصها بالصبى و المحقرات لأنّهما المتيقن من السيرة.(٤)

الثانى عشر: هل معاملة الصبى تفيد إباحة التصرف؟

قال جَدُّنا كاشف الغطاء: «فلا يصح منه العقد بالأصالة أو الوكالة إلاّ بعد الثبوت، نعم تثبت الإباحة فى معاملة المميّزين إذا جلسوا فى مقام اوليائهم أو تظاهروا على رؤس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلک عن إذن من الأُولياء خصوصا فى المحقرات. و لو قيل بتملّک الأخذ منهم لدلالة مأذونيته فى جميع التصرفات فيكون موجبا قابلاً لم يكن بعيدا»(٥).

١- ١ . نهاية الإحكام ٢/٤٥٤.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢/٢٤.

٣- ٣ . نهاية الإحكام ٢/٤٥٤.

٤- ٤ . راجع المكاسب ٣/٢٩٤.

٥- ٥ . كشف الغطاء ١/٢٥٦.

و قال تلميذه الشيخ أسداللّه التسترى فى توضيح كلام استاذه: «انّه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة - كما هو المشهور- و جرت عادة الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا فى المعاوضات... - إلى قوله - فالتحقيق: أنّ هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافيا له و لا يعتمد على ذلك أيضا فى مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقّه و أظهر عدم الرضا»(١).

ثم اعترض الشيخ الأعظم على التلميذ المُوَضِّح بإشكالين:

الأوّل: الاكتفاء فى المعاطاة بمجرد الرضا من دون إنشاء إباحة أو تمليک ممنوع(٢) كما مرّ فى ثامن تنبيهات المعاطاة.(٣)

الثانى: المناط فى تصحيح معاملة الصبى و كونها تفيد الإباحة هو التراضى من المالكين و العلم به فى كلامه، و هذا أخص من المدّعى و هو ترتب الإباحة على معاملة الصبى مطلقا.(٤)

ثم اعترض الشيخ الأعظم على كاشف الغطاء فى كلامه الأخير من نفى البُعد عن ترتب الملک على معاملة الصبى المميّز إذا كان مأذونا من وليّه، بإشكالين:

الأوّل: «إنّ تولّى وظيفة الغائب - و هو مَنْ أذِنَ للصغير- إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه، و إن كان بمجرد العلم برضاه فالاكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع»(٥).

الثانى: «إنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد مَنْ يعامل مع الأطفال النيابة عمّن أذن

١- ١ . مقابس الأنوار /١١٣ و نقل عنه الشيخ الأعظم فى المكاسب ٢٩١/٣ و ٢٩٠.

٢- ٢ . راجع المكاسب ٢٩٢/٣.

٣- ٣ . راجع المكاسب ١١٢/٣.

٤- ٤ . راجع المكاسب ٢٩٣/٣.

٥- ٥ . المكاسب ٢٩٣/٣.

للصبى»(١).

أقول: ولكن إشكاله الأوّل على آخِرِ كلامِ الْجَدِّ قدس سره مُنافٍ لِقَوْلِهِ فى بيع الفضولى من ترجيح خروج المعاملة المقرونة برضا المالک عن بيع الفضولى موضوعا أو حكما حيث يقول الشيخ الأعظم هناک: «و إن كان الذى يقوى فى النفس - لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة بل يكفى فيه رضا المالک المقرون بالعقد سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً فيجب على المالک فيما بينه و بين اللّه تعالى إمضاء ما رضى به و ترتيب الآثار عليه...»(٢).

نبّه على هذا التنافى المحقّق المروج(٣) رحمه الله .

ثمّ إنَّ المذكور فى كلام الجد رحمه الله أنّ جلوس الصبيان مقام أوليائهم فى المعاملات أو تظاهراتهم على رؤوس الأشهاد فيها يوجب حصول الظن النوعى بإذن أوليائهم لا سيما فى المحقرات و هذا الظن النوعى يعدّ أمارة عرفية على الإذن، و إذا نُسِبَت المعاملة إلى الولى صارت نافذة.

و هذا التقريرُ على مسلكنا من صحة معاملاته بإذن وليّه واضحٌ و على مسلک المشهور من بطلان معاملاته يخصص بهذه الأمارة النوعية و بعد نسبتها إلى الولى تكون صحيحة، و الحمدللّه.

ص: ٨٥

١- ١ . المكاسب ٢٩٤/٣.

۲- ۲ . المکاسب ۳۴۷/۳.

۳- ۳ . هدی الطالب ۸۷/٤.

۲- العقل

اشارة

لم یذکره الشیخ الأعظمُ لوضوحهِ(۱)، و لذا أذکره باختصار:

و قد صرّح باشتراطه کلٌّ من المحقّق فی الشرائع(۲)، و العلاّمة فی القواعد(۳) و التذکرة(٤) و النهایة(٥)، و الشهید الأوّل فی الدروس(٦)، و الشهید الثانی فی المسالک(۷)، و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(۸)، و الأردبیلی فی مجمع الفائدة(۹)، و البحرانی فی الحدائق(۱۰)، و أصحاب الریاض(۱۱) و شرح القواعد(۱۲) و المستند(۱۳) و المفتاح(۱٤) و

۱- ۱ . قل فی المفتاح ۵۵۱/۱۲ «و من ترکه فلبداهته...».

۲- ۲ . الشرائع ۸/۲.

۳- ۳ . قواعد الأحکام ۱۷/۲.

٤- ٤ . تذکرة الفقهاء ۱۱/۱۰.

٥- ٥ . نهایة الإحکام ٤٥٥/۲.

٦- ٦ . الدروس الشرعیة ۱۹۲/۳.

۷- ۷ . مسالک الأفهام ۱٥٤/۳.

۸- ۸ . جامع المقاصد ٦۱/٤.

۹- ۹ . مجمع الفائدة و البرهان ۱٥٥/۸.

١٠- ١٠ . الحدائق ٣٦٧/١٨.

١١- ١١ . رياض المسائل ٢١٦/٨.

١٢- ١٢ . شرح القواعد ٣٨/٢.

١٣- ١٣ . مستند الشيعة ٢٦٦/١٤.

١٤- ١٤ . مفتاح الكرامة ٥٥١/١٢.

الجواهر(١). قدس اللّه أسرارهم.

و استدل عليه بالأدلة التالية:

أ: الكتاب

قال اللّه تعالى: «و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل اللّه لكم قياما»(٢) و المجنون من أظهر مصاديق السفيه و لذا قالَ صاحب مجمع البيان فى مقام عَدِّ أقْسام السُّفَهاء: «... و ثالثها: أنّه عام فى كلّ سفيه من صبى أو مجنون أو محجور عليه للتبذير و قريب منه ما روى عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال: إنّ السفيه شارب الخمر و من جرى مجراه و هذا القول أُولى لعمومه»(٣).

و قال الشيخ: «و الاولى حمل الآية على عمومها فى المنع من إعطاء المال السفيه، سواء كان رجلاً أو امرأة بالغا أو غير بالغ. و السفيه هو الذى يستحق الحجر عليه لتضييعه ماله، و وضعه فى غير موضعه...»(٤).

ب: العقل

حاكم بعدم نفوذ معاملات المجنون فى الجملة و كلّ ما حكم به العقلُ حكم به الشَّرعُ. كما اطَبَقَتْ عليه الامامِيّةُ و سائِرُ الْعَدْلِيَّةِ.

و لعلّ أوّل من استدل بالعقل لاعتباره هو المحقّق الأردبيلى(٥) و تبعه صاحب المفتاح(٦).

و يمكن أن يقرر هذا الدليل على أنّ سيرة العقلاء جارية على عدم نفوذ معاملات

١- ١ . الجواهر ٢٦٥/٢٢.

٢- ٢ . سورة النساء /٥.

٣- ٣ . مجمع البيان ٨/٣.

٤- ٤ . التبيان ١١٣/٣.

٥- ٥ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٥/٨.

٦- ٦ . مفتاح الكرامة ٥٥١/١٢.

المجنون عندهم و لم يردع عنه الشارع بل يقرّرها و يمضيها بالدليل السابق و الأدلة التالية.

و بهذا التقرير يندفع توهم الدور فى الاستدلال على اعتبار العقل فى المتعاملين بالعقل.

ج: الإجماع

الوارد فى كلام السيّد ابن زهرة فى الغنية(١) و قال العلاّمة: «و لاخلاف بين العلماء كافّة فى الحجر على المجنون مادام مجنونا و أنّه لا ينفذ شى ء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلک»(٢).

و صرح بادعاء الإجماع الأردبيلى(٣) و كاشف الغطاء(٤).

و سيّد الرياض(٥) و الفاضل النراقى(٦) نَفَيا الخلاف عنه و تبعهما صاحب الجواهر و زاد: «بل الإجماع بقسميه عليه بل الضرورة من المذهب بل الدين...»(٧).

د: السنة

تدل علیه منها حدیث رفع القلم لأنّ فیه: «... و عن المجنون حتّی یفیق»، الحدیث.(۸)

و قد مرّ فی الدلیل الثالث من أدلة اعتبار البلوغ تصحیح سنده و دلالته علی رفع قلم التشریع فلا نعید.

ص: ۸۸

۱- ۱ . الغنیة /۲۱۰.

۲- ۲ . تذکرة الفقهاء ۲۰۱/۱٤.

۳- ۳ . مجمع الفائدة و البرهان ۱٥٥/۸.

٤- ٤ . شرح القواعد ٤۲/۲.

٥- ٥ . ریاض المسائل ۲۱٦/۸.

٦- ٦ . مستند الشیعة ۲٦٦/۱٤.

۷- ۷ . الجواهر ۲٦٥/۲۲.

۸- ۸ . الارشاد ۲۰۲/۱، وسائل الشیعة ٤٥/۱، ح۱۱.

٥- : عدم اعتبار قصده

اشارة

قال صاحب الجواهر فی تقریر هذا الدلیل: «لا لعدم القصد فإنّه قد یفرض فی بعض أفراد الجنون، بل لعدم اعتبار قصده و کون لفظه کلفظ النائم بل أصوات البهائم و هو المراد من رفع القلم عنه و عن الصبی فی الخبر...»(۱).

أقول: عدم اعتبار قصد المجنون تام ولکن قد مرّ منّا فی الفرع الثالث و ما بعده من فروع البلوغ اعتبار قصد الصبی.

فرعان:

الأوّل:

قال فی التذکرة: «المجنون إن کان له حال إفاقة فباع أو اشتری فیها صحّ و إلاّ فلا. ولو ادّعی الجنون حال العقد، قُدّم قوله. ولو لم یعرف له حالة جنون قُدّم مدّعی الصحة»(۲).

و قال فی حجرها: «نعم، ینفذ تصرّفه حال إفاقته إذا عُرف رشده و لا ینفذ حالة جنونه بلا خلاف»(۳).

أقول: صحة معاملات المجنون الأدواری فی حال إفاقته مع تحقق سائر الشرائط تامة، و ما ذکره فی الادعاء الأوّل مطابق للأصل الأولی فی المعاملات و هو عدم نفوذها، الإدعاء الثانی مطابق للأصل العدمی و غیرهما محتاج إلی البینة.

الثانی:

و قال فیه أیضا: «لا ینعقد بیع المجنون و إن أذن ولیُّه، و لا المغمی علیه و لا السکران و لا الغافل و لا الناسی و لا النائم و الهازل و لا المکرَه»(٤).

و قال فی النهایة: «لا عبرة بعبارة المجنون فی العقد إیجابا و قبولاً لنفسه و لغیره سواء أذن له الولی أو لا، و کذا المغمی علیه و السکران و الغافل و النائم، سواء رضی کلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا، لارتفاع العقل الذی هو مناط صحة التصرفات فأشبه

۱- ۱ . الجواهر ۲۲/۲٦٥.

۲- ۲ . تذکرة الفقهاء ۱۰/۱۳.

۳- ۳ . تذکرة الفقهاء ۱٤/۲۰۱.

٤- ٤ . تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

غير المميز، و لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة...»(١).

قال فى المفتاح: «و نحوه ما فى الشرائع(٢) و التحرير(٣) و الإرشاد(٤) و الدروس(٥) تعليق الإرشاد(٦) و الروضة(٧) و المسالک(٨) و الميسية و مجمع البرهان(٩) و الكفاية(١٠) و المفاتيح(١١) و حواشى الكتاب [قواعد الأحكام] و اللمعة(١٢) و جامع المقاصد(١٣) و ذلک كلّه ممّا لا ريب فيه عندهم قال فى الكفاية: «قالوا: ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عذره لم يصح عدا المكره [استنادا إلى تعليلات اعتبارية من غير نص، فالمسألة محل إشكال.]»(١٤)... و فى الحدائق: «أنّ ظاهرهم الاتفاق على عدم صحة عقد ما عدا المكرَه إذا رضوا به بعد زوال العذر»(١٥)»(١٦).

١- ١ . نهاية الإحكام ٤٥٥/٢.

٢- ٢ . الشرائع ٨/٢.

٣- ٣ . تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٦/٢.

٤- ٤ . إرشاد الاذهان ٣٦٠/١.

٥- ٥ . الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

٦- ٦ . حاشية الإرشاد /٣٣٦ للمحق الثانى المطبوعة فى المجلد التاسع من حياته و آثاره.

٧- ٧ . الروضة البهية ٢٢٦/٣.

٨- ٨ . المسالک ١٥٥/٣.

٩- ٩ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥١/٨.

١٠- ١٠ . الكفاية ٤٤٩/١.

١١- ١١ . مفاتيح الشرائع ٤٦/٣.

١٢- ١٢ . اللمعة الدمشقية /١١٠.

١٣- ١٣ . جامع المقاصد ٦١/٤.

١٤- ١٤ . الكفاية ٤٤٩/١.

١٥- ١٥ . الحدائق ٣٧٣/١٨.

١٦- ١٦ . مفتاح الكرامة ٥٥٢/١٢ و ٥٥٣.

٣- القصد

اشارة

قال العلاّمة فى التذكرة: «و كذا القصد شرط فى البيع إجماعا»(١).

و فيها: «لو باع الهازل لم ينعقد عندنا لأنّه غير قاصد فلا يترتّب عليه حكم. و للشافعى وجهان»(٢).

و فى نهايته: «و يشترط الاختيار و القصد، فلاينعقد بيع المكره و لا شراؤه، و لا فاقد القصد لغفلة أو نوم أو هزل لعموم قوله تعالى: «إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم»(٣) فالمناط و هو التراضى إنّما يتحقق بالاختيار و القصد»(٤).

و قال الشهيد فى الدروس: «و قصدهما فلاينعقد من الغافل و النائم و الساهى و الهازل و الغالط»(٥).

و قال سيّد الرياض: «يشترط فى المتعاقدين... و القصد»(٦).

و فى المفتاح: «و قد نص عليه الأكثر و ظاهرهم عدم الخلاف فيه»(٧).

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٣- ٣ . سورة النساء /٢٩.

٤- ٤ . نهاية الإحكام ٤٥٥/٢.

٥- ٥ . الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

٦- ٦ . رياض المسائل ٢١٦/٨.

٧- ٧ . مفتاح الكرامة ٥٥٤/١٢.

و فى المكاسب: «و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفّظان به... لا خلاف فيه و لا إشكال...»(١).

و فى المصباح: «قد اتفقت كلمات الأصحاب - رضوان اللّه عليهم - على هذا الشرط حتّى أرسلوه فى كتبهم الفقهية إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف - هنا - من أحد، بل فى التذكرة ادعى الاجماع على ذلك»(٢).

و فى كتاب البيع: «لا شبهة فى اعتبار ذلک فى المعاملات الجارية باللفظ و لا فى اعتبار القصد لمدلول العقد فى المعاطاة...»(٣).

أقسام القصد

اشارة

الأوّل: قصد اللفظ لمتكلّمه و فى قباله المتلَّفِظ الغالط أو اللاعب أو الهازل أو الساهى فلو أراد أن يتكلَّم بكلمة «بعتُ» ولكن غلط أو لعب أو هزل أو سَها و قال «آجرتُ» فلا يصح.

الثانی: قصد الارادة الاستعمالیة لا لفظ فی معناه الحقیقی و فی قباله استعماله فی معناه المجازی نحو استعمال الإجارة فی معنی النکاح الموقّت فلا یتم.

الثالث: قصد المعنی بالارادة الجدیّة و فی قباله استعمال اللفظ فی الصیغ الانشائیة بغیر داعی الاتیان بها کالسخریة و المزاح و الترغیب و الترهیب و نحوها.

الرابع: قصد الداعی بمعنی أنّ المنشی لعقدٍ یُنْشِئُهُ بداعٍ من الدواعی فالبائع یُنْشِئُ البیع بداعی المنفعة و الناکح بداعی اللّذة أو التناسل و نحوها، و أمّا الإنشاء من دون الداعی فلا یفعله العاقل لأنّهم یرتبون أفعالهم علی مصالحهم، ولکنّه لو فرض تحقق انشاء من دون أی داع ینطبق علیه عنوان العقد فیتمّ.(٤)

الخامس: القصد تارة یستعمل بمعنی الرضا کما ورد فی بعض التعبیرات بأنّ

١- ١ . المکاسب ٢٩٥/٣.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٢٧٥/٣.

٣- ٣ . کتاب البیع ٣٧/٢ للسیّد الخمینی رحمه الله .

٤- ٤ . کما علیه صاحب العقد النضید ٤٧٤/٢.

المکرَه لا قصد له أو الفضولی، و المراد بالقصد هنا هو الرضا.

ثم إنّ محل البحث عن اعتبار القصد هو القسم الثالث، و القسمان الأوّلان یدخلان فیه أیضا، بمعنی عدم تحقق الارادة الجدیة إلاّ مع ارادة قصد اللفظ و استعماله فی معناه الحقیقی لا المجازی، فالأقسام الثلاثة الأُوَل یدخلن فی محلّ الکلام.

و العجب من المحقّق النائینی رحمه الله حیث ذهب إلی «أنّ القصد لا یطلق علی قصد اللفظ و قصد المعنی بجامع واحد، ضرورة أنّ اللفظ فی الاستعمال أمرٌ مغفولٌ عنه و لا یشعر به و لایلتفت إلیه، و إنّما الالتفات إلی المعنی و جعل اللفاظ فانیا فیه و هذا بخلاف المعنی حیث أنّه أمر ملتفت إلیه فیکون قصد اللفظ فی مقابل صدورها عن المتکلم فی حال النوم و السهو، و قصد المعنی بمعنی التفاته إلیه و کونه فی مقام إیقاعه علی المخاطب فی الأخبار أو إیجاده بآلة استعمال اللفظ فی المعنی فی الإنشاء فی مقابل الهزل...»(۱).

وجه التعجب: أنّ الاختلاف فی المقصودین لایستلزم الاختلاف فی القصدین و تمایزهما، لأنّ المعتبر هو صدور اللفظ و المعنی عن قصد و ارادة، ولکن القصد الذی یتعلق باللفظ أمر آلی و القصد الذی یتعلق بالمعنی أَمْرٌ استقلالی و یمکن الجمع بین القصدین فلا وجه للقول بعدم وجود الجامع بینهما کما یظهر هذا من صاحب العقد النضید.(۲)

و بما ذکرنا یظهر(۳) بعض مواقع النظر فی کلام الشیخ الأعظم؛ و غیره، من أنّ القصد یعدّ من مقومات العقد حقیقة - لا من شروط المتعاقدین - بحیث لولاه لم یتحقق عنوان العقد و لعلّ اشار قدس سره إلیه بقوله: «و اشتراط القصد بهذا المعنی فی صحة العقد بل فی تحقق مفهومه...»(٤).

و مِنْ جعله رحمه الله الهازل و الکاذب فی رتبة واحدة مع أنّهما یختلفان حقیقة و حکما

۱- ۱ . المکاسب و البیع ۱/٤۰٤.

۲- ۲ . العقد النضید ۲/٤۷٤.

۳- ۳ . کما علیه صاحب العقد النضید ۲/٤۷۳.

٤- ٤ . المکاسب ۳/۲۹۵.

فی قوله: «... کما فی الأمر الصوری فهو شبیه الکذب فی الإخبار کما فی الهازل...»(۱).

کلام صاحب المسالک

قال فی المسالک: «الفرق بینهم [أی الصبی المیز و المجنون و المغمی علیه و السکران، و المُکْرَه] و بین المکرَه واضح، إذ لا قصد لهم إلی العقد و لا أهلیة لهم، لفقد شرطه و هو العقل بخلاف المکرَه فإنّه بالغ عاقل و لیس ثَمَّ مانع إلاّ عدم القصد إلی العقد حین إیقاعه، و هو مجبور بلحوقه له بالاجازة، فیکون کعقد الفضولی حیث انتفی القصد إلیه من مالکه الذی یعتبر قصده حین العقد، فلما لحقه القصد بالاجازة صحّ»(۲).

و قال بعد سطور: «و یمکن أن یقال: إنّ القصد من المکرَه حاصل دون من سبق لأنّ غیر العاقل لایقصد إلی اللفظ و لا إلی مدلوله بخلاف المکرَه فإنّه باعتبار کونه عاقلاً قاصد إلی ما یتلفظ به و یفعله بشعوره، لکنّه بالاکراه غیرقاصد إلی مدلوله و ذلک کافٍ فی صلاحیته و قبوله للصحة إذا لحقه القصد إلی مدلوله باجازته.

و مثله القول فی عقد الفضولی فإنّه قاصد إلی اللفظ الصادر منه، لأنّ المفروض أهلیته و جمعه للشرائط المعتبرة فی صحة العقد إلاّ الملک و لایتحقق منه قصد مدلوله -أعنی نقل الملک و التسلیط علی التصرف و غیرهما من أحکام العقد- لأنّ ذلک من وظائف المالک، فإذا أجازه المالک و قصد إلی ذلک صحّ»(۳).

و استفاد الشیخ الأعظم من هذا المقالة الأخیرة عدم تحقق القصد فی عقد المکرَه و الفضولی و قال: «کما صرح به فی المسالک حیث قال: إنّهما قاصدان إلی اللفظ دون مدلوله»(٤).

و المذکور فی کلامه رحمه الله معنی کلام ثانی الشهیدین قدس سره و قد ذکرت لک نصه.

و ردّه علیه بقوله: «لا دلیل علی اشتراط أزید من القصد المتحقّق فی صدق مفهوم

١- ١ . الكاسب ٢٩٥/٣.

٢- ٢ . المسالک ١٥٥/٣.

٣- ٣ . المسالک ١٥٦/٣.

٤- ٤ . المکاسب ٢٩٥/٣.

العقد»(١).

أقول: و تابع صاحب الجواهر(٢) رحمه الله الشَّهِيْدَ الثانی فی المکرَه فقط فذهب إلی انتفاء قصده لو لا الإجماع علی صحة عقده المتعقب بالرضا، ولکن الظاهر تمامیة ما ذکره الشیخ الأعظم رحمه الله لأنّ القصد المعتبر فی صدق مفهوم العقد موجود فی عقد الفضولی و المکرَه و هما یقصدان العقد ولکن عقد الفضولی یفقد أمرین و هما انتساب العقد إلی المالک و رِضاهُ و بالاجازة یحصلان، و عقد المکرَه یفقد أمرا واحدا و هو الرضا بالعقد و بعد حصوله تمّ العقد. و یأتی توضیح أکثر فی هذا المجال فی أوّل بحث بیع المکرَه و بیع الفضولی فانتظر.

هل یعتبر تعیین المالکین فی صحة البیع؟

اشارة

هل یعتبر مضافا إلی قصد مدلول العقد تعیین مالکی العوضین أی البائع و المشتری، ثم علی فرض اعتباره هل یلزم تعریف البائع للمشتری و عکسه أم لا؟

توضیح مقالة صاحب المقابس

ذكر الشيخ اسداللّه التسترى(۳) قدس سره أنّ فى المسألة اُوجها و أقوالاً و أنّها فى غاية الاشكال و أنّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب - قدس اللّه أرواحهم - فى تضاعيف أبواب الفقه، ثم قسّم المسألة إلى صور و ذكر حكمها:

الصورة الاولى: إذا كان البائع و المشترى متعيّنين فى متن العقد فلاتحتاج المعاملة إلى تعيينهما لتعينّهما واقعا فى متن العقد كما لو كان زيد هو البائع و عمرو هو المشترى فيجريان العقد بنفسهما أو وليّهما أو وكيلهما.

الصورة الثانية: إذا كان البائع و المشترى غير متعيّنين فى متن العقد فلابدّ من تعيينهما فى الخارج لإمكان أن يكون البائع أىّ منهما و كذا المشترى، كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما فى البيع و الشراء أو وليّا عليهما، و الأوّل نحو: توكيل زيد و عمرو للمعاقد

۱- ۱ . المكاسب ۲۹٦/۳.

۲- ۲ . الجواهر ۲٦۷/۲۲.

۳- ۳ . راجع مقابس الأنوار /۱۱۵، سطر ۱۵.

فى تبديل بيتهما إلى معملٍ، و توكيل بكر و خالد له فى تبديل معملهما إلى بيتٍ، فحينئذ لابدّ للعاقد تعيين مالك البيت و مالك المعمل فى كلِّ عقد و كذلك أىّ منهما يكون بائعا أو مشتريا لترتب الأحكام المختصة بكلِّ واحد منهما. و الثانى: نحو: أن يكون العاقد حاكما شرعيا و وليّا على الطرفين فى طرف يوجد مفلَّسان و فى طرف آخر يوجد يتيمان و الحاكم يريد شراء مال المفلَّسين لليتيمين فلابدّ من تعيينهما فى كلّ عقدٍ.

و يمكن التمثيل للأوّل بأن يكون العاقد وكيلاً عن جماعة فى بيع صاع من صبرة بمبلغ معيّن، و هكذا يكون وكيلاً عن جماعة فى شراء صاع من صبرة بهذا المبلغ فحينئذ لابدّ من تعيين البائع و المشترى فى كلّ عقد لئلا يشتبه بين الجماعتين.

و الحاصل: فى هذه الصورة يجب على العاقد أو الوكيل أو الولى تعيينهما حين صدور العقد بأىّ وجه من وجوه التعيين.

ثم فى فرض وجوب التعيين إن يعيّن فهو، و إن لم يعيّن بل يُطْلِقُ العقد فإن كانت هُناكَ قرينة ينصرف الاطلاق إليها، فيؤخذ بالقرينة فينصرف الاطلاق و يَصِيْرُ كالتعيين نحو صدور المعاملة عن نفسه أو عن غيره وكالة، تحمل على المباشرة لأنّ الوكالة تحتاج إلى مؤنة زائدة و هى مفقودة بالأصل.

و أمّا لو قصد العاقد الإبهام أو قصد التعيين بعد العقد، فلا ينسب المعاملة إلى رافع الإبهام و لا إلى المعيّن بعد العقد، فيكون العقد لغوا.(١)

الادلة الواردة فى مقالة التسترى على وجوب التعيين

الدليل الأوّل: لزوم بقاء الملک بلا مالکٍ معيّنٍ

لو لم يعيّن العاقد البائع و المشترى لزم بقاء الملک بلا مالک معيّن فى الواقع و نفس الأمر و اللازم باطل و التالى مثله، لأنّ البيع تمليک و تملّک و هما مَنُوْطانِ بأمرين: مالکٌ و مملوکٌ، و إذا لم يکن المالک فى البيع معيّنا، لزم حصول الملکيّة من دون مالکٍ و هو مستحيلٌ.

١- ١ . تأتى الصورة الثالثة بعد ذكر أدلة التسترى رحمه الله .

الدليل الثانى: لزوم تحديد الْمُنْشَئ

هو المستفاد من الأدلة الشرعية، و التحديد يَكُوْنُ من جهات متعددة:

منها: تحديد قسم العقد من أنّه بيع أو إجارة أو صلح أو نحوها.

منها: تحديده من جهات المميّزة نحو تعيين العوضين و المالكين.

و الترديد فی أحدها يوجب بطلان العقد إجماعا، فتعيين المالک المعيّن يكون من الاُمور المعتبرة فی صحة العقد.

و قد عبّر الشيخ الأعظم عن هذا الدليل بقوله: «و أن لا يحصل الجزم بشی ءٍ من العقود التی لم يتعيّن فيها العوضان و لا بشی ءٍ من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلک و فساد ذلک ظاهرٌ»(۱).

الدليل الثالث: جريان أصالة الفساد

أدلة نفوذ المعاملة منصرفة إلى المعاملة الشائعة المتداولة عند الناس و هم يُعَيِّنُوْنَ العوضين و المالكين و قسم العقد من كونه بيعا أو إجارة أو صلحا أو غيرها، و أمّا إذا لم يعيّن أحَدُ هذه الاُمور فلا تشمله أدلة نفوذ المعاملة و تصل النوبة إلى الأصل العملی فی المقام، و الأصل الأولی فی جيمع المعاملات هو الفساد و عدم جريان المعاملة و بقاء كلّ مال على ملک مالكه الأوّل.(۲)

مسألةٌ: ذكرها المحقّق التسترى على القول بالتعيين

مسألةٌ: ذكرها المحقّق التسترى على القول بالتعيين، لو اشترى الفضولی لغيره فی الذمّة، فإن عيّن ذلک الغير تعيّن و وقف على اجازته سواء ذكر اسمه أو عيّنه بالإشارة أو المشخصات الفردية، و إن أبهم و لم يعيّن مع قصد الغير بطل و لايتوقف إلى أن يوجد له مجيزٌ.

الصورة الثالثة: إن لم يتوقّف تعيّن المالک على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معيّنين بحيث يُعلم من الخارج أنّ الثمن لزيدٍ و المثمنِ لِعَمْرٍوْ و هما يُعيّنانِ عاقدا

۱- ۱ . المکاسب ۲۹۷/۳.

۲- ۲ . فی هذا المجال راجع الآراء الفقهیة ۲۰۳/٤.

أو وکیلاً لِقِراءَةِ صیغة المعاملة أو إجرائها، فَإنْ قَرَأَ الصیغة أو أجری المعاملة من دون تعیین المالکین، فهل هذه المعاملة تکون صحیحة أو تتوقف علی تعیین البائع و المشتری فیها وجوه، ثلاثة:

الأوّل: لزوم التعیین أو الاطلاق المنصرف إلیه.

الثانی: عدم لزوم التعیین مطلقا سواءٌ صرّح بالخلاف أم لم یصرّح؟ لتعیّنه فی الواقع، فتّصح المعاملة و إن صرّح بالخلاف فضلاً عن قصده.

الثالث: التفصیل بین التصریح بالخلاف و عدمه، فإن صرّح بالخلاف بطلت المعاملة، و ان لم یصرّح صحت، و لاتتوقف الصحة علی التعیین لأنّه یکون معیّنا فی الخارج، نعم التصریح یکون مضرّا للصحة.

أقوی الوجوه عند صاحب المقابس هو القول الأخیر - أی التفصیل - و أوسطها هو الوسط - أی عدم لزوم التعیین مطلقا - و أشبهها للأصول هو القول الأوّل.

هذا ما أفاده المحقّق التستری(۱) قدس سره .

أقول: مراده قدس سره من الأُصول هی أصالة الفساد الجاریة فی المعاملات و استصحاب بقاء کلٍّ من العوضین علی ملک مالکه الأوّل و أصالة عدم نقل کلٍّ من العوضین إلی الآخر و أصالة عدم ترتب الأثر.

و أمّا جعله القول الثانی هو الوسط فلا وجه له، لأنّ التعبیر بالوسط یکون صحیحا إذا کان بین القوی و الضَّعِیْفِ فیقع القول الوسط بینهما و أمّا إذا کان الأقوی عنده هو القول الثالث و الأشبه بالاُصول هو القول الأوّل فلا معنی للوسط.(۲)

نقد الشیخ الأعظم علی المحقّق التستری صاحب المقابس

المستفاد من کلامه(۳): البیع هی المبادلة و المعاوضة بین المالین و هی تقتضی

۱- ۱ . راجع مقابس الأنوار /(۱۱۶-۱۱۵) و نقل عنه فی المکاسب ۳/(۲۹۹-۲۹۶).

۲- ۲ . کما علیه صاحبا «تحقیقٌ و تقریراتٌ فی باب البیع و الخیارات» ۳۷۳/۱، و العقد النضید ٤۷۸/۲.

۳- ۳ . راجع نصه فی المکاسب ۲۹۹/۳.

دخول العوضین فی ملک الآخر، أعنی خروج العین من ملک البائع إلی ملک المشتری و دخول الثمن فی ملکه و خروج الثمن من ملک المشتری و دخول العین فی ملکه، و حیث کانت هذه المبادلة هی حقیقة البیع فلا نحتاج مضافا إلی ما ذکرناه إلی تعیین المالکین، بل مجرد قصد المعاوضة کافٍ فی صدق البیع و لا یلزم إسناده إلی المالکین، و هذا الأمر بالنسبة إلی الأعیان الشخصیة واضح.

و أمّا فی الأعیان الکلّیّة فلابدّ من تعیین المالکین لا لأجل أن یکون تعیینهما شرطا مستقلاً فی العقد، - کما علیه صاحب المقابس - بل لأنّ تعیین المال فی الأعیان الکلّیّة مشروط بإضافتها إلی ذمّة خاصة معیّنة و إلاّ لایصدق علیها أنّها مال بل و لا ملک، و حیث أنّ البیع مبادلة مال بمال فلابدّ من

إحراز مالية الكلّى و هى لا تُحْرَزُ إلاّ بالإضافة إلى ذمّة معيّنة يتمكّن صاحبها من تسلميها إلى المشترى فى التوقيت الخاص من النقد و النسيئة و السَّلم.

فحينئذ تعيين المالكين ليس شرطا مستقلاً فى البيع بل ليس شرطا أصلاً و نحن نستغنى عن هذه الشرطية بواسطة حقيقة البيع التى هى المبادلة و المعاوضة بما مرّ تَفصيلُهُ و لعلّ احتياج الأعيان الكلية إلى ذمّه المالک يكونُ موجبا لمقالة المحقّق التسترى من احتياج البيع إلى تعيين المالكين.

ثم اعترض الشيخ الأعظم(۱) على وجوهه الثلاثَةِ فى الصورة الثالثة و هى إذا كان العوضان معيّنين فى الخارج إن قُصدت المعاوضة الحقيقيّة التى تستلزم عقلاً دخول كلٍّ من العوضين فى ملک الآخر فلا حاجة إلى تعيين مالكى العوضين لتعيّنهما بتعيّن العوضين بالملازمة، و إن قُصدت المعاوضة الصورية فالبيع غير منعقد فلا عبرة بتثليث الوجوه.

ثم تعرّض لفرع ذكره التسترى على اعتبار القول الوسط - و هو عدم لزوم التعيين مطلقا سواءٌ صرّح بالخلاف أم لم يصرّح - و هو «لو باع مال نفسه عن الغير، وقع

۱- ۱ . المكاسب ۳/۳۰۰.

عنه و لغى قصد كونه عن الغير.» و قال فى ذيله: «فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنّه أمر غير معقول لايتحقّق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويّته.»(۱).

أقول: يشترک الشيخ الأعظم مع التسترى صاحب المقابس فى الْقَوْلِهِ بوقوعِ المعاملة فى هذا الفرع عن المالک العاقد نفسه و عدم وقوعه عن الغير، ولكنَّهُما يختلفان فى دليل الحكم، و هو عند التسترى مقام الإثبات و هو الأخذ بأصالة الظهور فى «بعتُ» فى إرادة البيع لنفسه، و عند الشيخ

الأعظم مقام الثبوت و هو أنّ قصد المعاوضة الحقيقية يوجب تحققها عن المالک لا الغير كما مرّ. و من المعلوم بعد فرض عدم إمكان المعاوضة الحقيقية عن الغير فی مقام الثبوت فلا نحتاج لنفيه إلى مقام الإثبات.

و فرّع الشيخ الأعظم على بيانه فرعا آخَرَ و قال: «و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته - كما سيجیء(۲)- و لا يقع عن نفسه أبدا»(۳). و الوجه فی تفريعه عدم تحقق المعاوضة الحقيقية.

ثم استدرک من قوله: «لا يقع عن نفسه أبدا» بقوله: «نعم، لو ملكه فأجاز، قيل(٤) بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أوّلاً لنفسه، فإنّ القائل به لا يفرّق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما و وجوده كعدمه»(٥).

و مستند الحكم بالصحة، و توضيح كلام الشيخ الأعظم فی هذا الفرض دخوله فی مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» و القائل بالصحة لايفرّق بين بيع مال الغير عن نفسه ادعاءً و بين بيعه عن مالكه فضولاً، و عدم التفريق كاشف عن لغوية قصد وقوع البيع عن نفسه.

۱- ۱ . المكاسب ۳۰۱/۳.

۲- ۲ . فی المسألة الثالثة من بيع الفضولی فی المكاسب ۳۷٦/۳.

۳- ۳ . المكاسب ۳۰۱/۳.

٤- ٤ . القائل به المحقّق القمی فی الغنائم /٥٥٤ ناسبا إيّاهُ إلى الأكثر، و جَدُّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء فی شرحه على القواعد ۹۲/۲.

٥- ٥ . المكاسب ۳۰۱/۳.

ثم اعترض الشيخ الأعظم(١) على نفسه بتوضيح منّا: لماذا نحكم بعدم اعتبار قصد العاقد و وقوع البيع الفضولى بالنسبة إلى المالک لدلالة المعاوضة الحقيقية؟! بل يمكن أن نذهب من الطرف الآخر و نَقُوْلَ بأنّ ايقاع العقد عن نفس العاقد كما هو الظاهر من كلامه قرينة على عدم تحقق المعاوضة الحقيقية و بطلان البيع من رأسه، و الشاهد عليه حكم العلاّمة و الشهيد فى عكس المثال المذكور بالبطلان.

حيث قال العلاّمة فى القواعد: «ولو قال [المالک للمرتهن] بِعهُ لنفسک، بطل الإذن، لأنّه لا يُتصوّر أن يبيع ملک غيره لنفسه»(٢).

و قال: «و كذا لو دفع إليه مالاً و أمره بشراء طعامٍ له لم يصحّ الشراء و لا يتعيّن له بالقبض»(٣).

و قال الشهيد فى الدروس: «ولو قال الراهن للمرتهن بعه لنفسک لم يصحّ البيع، لأنّ غير المالک لا يبيع لنفسه، بل يقول: بِعه لى أو بِعه مطلقا على الأقوى، حملاً على الصحيح»(٤).

و قال: «ولو دفع إليه مالاً ليشترى به طعاما لنفسه بطل...»(٥).

و أجاب(٦) عن هذا الاعتراض بأنّ المعاملة المذكورة صحيحة لدلالة المعاوضة الحقيقية كما مرّ و القصد المذكور لغوٌ، لأنّ مآل ذلک القصد إلى إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا أنّ الغير يكون أحد ركنى المعاوضة، فلا يعارض ظهور القصد للغير دلالة المعاوضة الحقيقية و لا يتم الاعتراض.

و مراد العَلَمَيْنِ و غيرِهما من الحكم بالبطلان فى مثال الرهن و شِراءِ الطعام، عدم

١- ١ . المكاسب ٣٠١/٣ قوله: «إلاّ يقال:...».

٢- ٢ . قواعد الأحكام ١٢٧/٢.

٣- ٣ . قواعد الأحكام ٨٧/٢.

٤- ٤ . الدروس الشرعية ٤٠٩/٣.

٥- ٥ . الدروس الشرعية ٢١١/٣.

٦- ٦ . المكاسب ٣٠٢/٣ قوله: «ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة...».

وقوعه للمخاطب و المأمور، لأنّه ليس أحد ركنى المعاوضة ولكنّه إذا باع لنفسه يقع لمالكه فضوليا و بعد اجازته يَصحُّ.

ثم جمع الشيخ الأعظم كلامه و قال: «و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولى و شرائه لنفسه و وقوعه للمالک، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالک»(١).

أقول: قد عرفت فى ما نقلتُهُ لک من توضيح مقالة العَلَمين أنّ النزاع بينهما علميٌّ بحت و لا تَترَتَّبُ عليه ثمرة عمليّة و أنّهما فى مقام الإفتاء فى الفروع المذكورة مُتَّحِدان فلاينبغى صرف الوقت أكثر من هذا فى البحث العلميّ المحض الذى لاتترتب عليه ثمرة عمليّة ولكن مع ذلک كلّه أذكر لک حصيلة البحث من دون تعرض إلى مقالتهما لأجل إيضاح الكلام.

حصيلة الكلام

البيع باعتبار مبيعه ينقسم إلى قسمين رئيسين:

الأوّل: البيع بالمبيع الشخصى و الأعيان الشخصية بحيث يَتَعَيَّنُ المالک فى الواقع و نفس الأمر و المقام الثبوت فلانحتاج إلى تعيينه فى الخارج و فى ضمن العقد و المقام الإثبات بالقصد أو اللفظ.

فتعيينه ليس مقوما و لا شرطا للبيع فى هذا القسم و إذا وقع البيع على المالين يدخل كلّ من العوضين فى ملک الآخر بلا فرق بين صدور العقد من المالكين أو وكيلهما أو وليّهما، و كذا بلا فرق بين صدوره من المالک أو الفضولى، ولكن فى الأخير مع الحاق اجازة المالک بالبيع.

و حيث كانت حقيقة البيع المبادلة و المعاوضة بين المالين و يدخل الثمن فى كيس من يخرج المثمن من ملكه و يدخل المثمن فى كيس من يخرج الثمن من ملكه فلابدّ فى عقد البيع أن لا يقصد خلاف مقتضى العقد، و الخلاف يتصور بوجوه مختلفة:

منها: أن يذكر أو يقصد دخول الثمن أو المثمن فى ملک غير المتبايعين نحو شراء

۱- ۱ . المكاسب ۳۰۲/۳.

بيت لولده أو طعام للفقير، و فى هذه الفروض ينتقل المبيع إلى المشترى أوّلاً و بالذات و ثانيا و بالعرض و بناقل شرعى ينتقل إلى الولد أو الفقير أو غيرهما. فيكون البيع بما رسمت لک صَحِيْحا.

و منها: أن يذكر الخلاف من باب الخطأ فى التطبيق كوكيل من عدّة أشخاص فى بيع أموالهم فأخطَأَ فى ذكر موكّله فى عقد البيع فحينئذ العقد يكون صحيحا و البيع نافذا بدلالة المبادلة و المعاوضة اللَّتَيْنِ هما حقيقة البيع و يقع البيع عن مالک العين بلا احتياج إلى اجازته المجدّدة لأنّ المجرى للبيع كان وكيله.

و منها: أن يذكر الخلاف عالما عامدا من باب الاِدِّعاءِ على أنّ غير المالک مالک نحو: بيع الغاصبين و اللصوص فى الأموال المغصوبة و المسروقة فيقع البيع للمالک إذا أجاز.

الثانى: أن يكون المبيع كلّيّا - بلا فرق بين أن يكون الكلّى فى المعيّن نحو صاعٍ من الصبرة أو الكلّى فى الذمة و كلاهما يَتَعَيَّنُ بمالک الكلّى فى الأوّل و بمَنْ يقع الكلّى على ذمّته فى الثانى، و بهما يَتَعَيَّنُ فى الواقع و نفس الأمر و مقام الثبوت، فلا نفرّق فى عدم اشتراط التعيين بين المبيع الشخصى و الكلّى.

ولكن هذا كلّه بالنسبة إلى العقود التى لايكونُ طَرَفا العقد ركنا من أركانِها نحو النكاح و الوقف و الهبة و الوصية و الوكالة لأنّ الزوجَ و الزوجة الْمُعَيَّنَيْنِ يعدّان من أركان عقد النكاح و كذا الموقوف عليهم، و الموهوب له، و الموصى و كذا الوصى، و الوكيل، و فى هذا الفرض لابدّ من تعيين طرفى العقد.

و ما ذكرنا يكون فى مقام الثبوت و مع وضوح هذا المقام فلاتصل النوبة إلى مقام الإثبات كما هو الواضح.

نعم، فى مقام الإثبات ينصرف العقد إلى مَنْ يتولّى له ما لم يصرّح بالخلاف، لأنّ فعل كلّ فاعل يُنسب إليه و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينة حالية أو مقالية على خلافه، فإذا قال «بعتُ» و لم يقم قرينة عليه فيقع عن نفسه.

ثم الإنشاء لابدّ أن يتعلَّق بالمعلوم و لو كان بالإجمال فيصح بيع أحد الأَعْبُدِ لأنّ

ص: ١٠٣

المبيع حينئذ هو الصاع المتعين المعلوم عنداللّه تعالى.

و كذا تَصحُّ الوصية بأحد الشيئين أو الأشياء أو لأحد الأشخاص المعينيين، لأنّها إن كانت عهدية(١) فمرجعها إلى إيكال الأمر إلى الوصى و يكون من قبيل الواجب التخييرى. و إن كانت تمليكية(٢) إذا أراد المعلوم عنداللّه صحت.

و كذا عَتْقُ مملوكٍ من العبيد أو طلاق إحدى الزوجات يصحان إذا تعلّق الإنشاء بالمتعيّن الواقعى عنداللّه أو مَنْ يخرج بالقرعة أو يختاره و يتعيّنه فى ما بعد.

نعم، الإنشاء لايتعلّق بالمبهم المطلق إذْ لا معنى لإيجاده.

هل يعتبر تعيين مَنْ له العقد؟

بمعنى تعيين كلٍّ من البائع و المشترى للآخر فى مقام الإثبات، بأن يكون البائع عالما بمَنْ يقع الشراء له و المشترى عالما بمن يقع البيع له، و علم الموجب بأنّ القابل يقبل لنفسه أو لغيره، و علم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه أو لغيره مع معلومية الغير عندهما.

و بعبارة اُخرى: هل يعتبر فى صحة البيع أن يعرف المشترى مالک المبيع، بأن يعرف المشترى أنّ العاقد الموجب هل هو مالک المبيع أم وكيله؟ و يعرف البائع مالک الثمن بأن يعرف أنّ العاقد القابل هل هو مالک الثمن أو وكيله؟

و بعبارة ثالثة: أنّ تعيين المالكين ثبوتا يكفى فى صحة العقد أم لابدّ من معرفة كلٍّ منهما للآخر إثباتا؟

الأقوى عند الشيخ الأعظم(٣) قدس سره هو اعتبار التعيين فى مقام الإثبات لوجهين:

الأوّل: حجية ظاهر كلام المتعاقدين: تدل على أنّهما يبيعان و يشتريان لأنفسهما و أمّا لو كان العقد لغيرهما فلابدّ من التنبيه و إقامة القرينة عليه.

١- ١ . الوصية العهدية: كان يوصى فيها بما يتعلّق بتجهيزه أو باستيجار الحج أو الصوم أو الصلاة أو الزيارات له. [كذا فى الوسيلة /١٨٧ للسيّد أبوالحسن الأصفهانى رحمه الله].

٢- ٢ . الوصية التمليكية: كان يوصى بشى ء من تركته لشخصٍ.

٣- ٣ . المكاسب ٣٠٣/٣.

الثانى: تبعية العقود للقصود: حيث أنّ المتعاقدين لم يذكرا غيرهما فقصدهما إجراء العقد لأنفسهما فيقع العقد على ذلک القصد لتبعية العقد للقصد.

ثم ذكر حتّى على القول بعدم الاعتبار: «لو صرّح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره»(١).

أقول: الوجه فى هذا الأخير واضح لأنّ مع ارادة المخاطب لو قبل القابل عن غيره لم يطابق القبول الإيجاب فلايتمّ العقد. ثم استشهد بقول العلاّمة على كلامه الأخير فى التذكرة حيث يقول: «لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر قصد تمليک العاقد أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم»(٢).

مراد العلاّمة ممّا تقدّم هو وقوفه على إجازة المالک ولكن ضعّف إشكاله الشيخ الأعظم(٣) بأنّه مخالف للإجماع و السيرة إلاّ أنّه مبنّى على كلامه من مراعاة ظاهر الكلام.

ثم يمكن أن يناقش فى وجهى الشيخ الأعظم لإثبات الاعتبار:

فى الأوّل: بعد حجية الظواهر ولو كانت فى العقود، يمكن أن تكون مالكية المبيع أو الثمن للغير تكون قرينة عرفية على أرادته فى العقد.

و فى الثانى: بعد ثبوت القرينة فيكون ذاک الغير مقصودا للعقد و بقاعدة تبعية العقود للقصود يقع العقد له.

ثم اطلاق «أحل اللّه البيع»(٤) و «تجارةً عن تَراضٍ»(٥) و «افوا بالعقود»(٦) يشمل مورد عدم معرفة متبايعين للآخر إثباتا، لأنّه بيع و تجارة و عقد عرفىٌّ فَتَشْملُهُ الإطلاقات، فيكفى تعيّنهما ثبوتا و فى نفس الأمر.

١- ١ . المكاسب ٣٠٣/٣.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٣- ٣ . المكاسب ٣٠٤/٣.

٤- ٤ . سورة البقرة ء /٢٧٥.

٥- ٥ . سورة النساء /٢٩.

٦- ٦ . سورة المائدة /١.

حتّى فى العقود التى يكون طَرَفا العقد ركنا من أركانِها نحو النكاح و الوقف و الهبة و الوصية لا يعتبر ذكرهما فى مقام الإثبات و يكفى تعيينهما ثبوتا كما مرّ.

فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ اسداللّه التسترى(١) قدس سره من الفرق فى المقام بين العقود التى لا يكونُ طَرَفا العقد ركنا من أركانِها و بين ما يَكُوْنُ ركنا حيث ذهب فى الأوّل إلى عدم اعتبار التعيين فى مقام الإثبات، و فى الثانى إلى اعتباره، و استدل على الاعتبار بأنّ الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما و إذا لم يتعيّن فى مقام الإثبات لم يتوارد القبول على الإيجاب. و لفظ البيع و نحوه من العقود يطلق على البيع لنفسه أو موكوله أو لمالكه، و أمّا الزواج و نحوهُ فلا.

ولكن أنت ترى بأنّ الوجهين المذكورين فى كلامه قدس سره إنَّما يَأْتِيانِ للاعتبار فى مقام الثبوت لا الإثبات. فلا فرق فى عدم الاعتبار بين العقود و الحمدللّه.

١- ١ . مقابس الأنوار /١١٥.

٤- الاختيار

اشارة

و المراد به أنّ القصد الذى قد مرّ اعتباره فى العقود هل يعتبر أن يكون من طيب النفس و الرضا، لا عدمهما - الذى يُسَمّى إكراها - و ليس المراد بالاختيار هنا الاختيار فى قبال الجبر و الإلجاء.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «المراد به القصد إلى مضمون العقد عن طيب نفس فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار فى مقابل الجبر»(١).

و استدل عليه بوجوه:

الأوّل: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «و يدل عليه قبل الإجماع»(٢).

لعلّ هذا تَلْوِيْحٌ منه إلى احتمال مدركية الإجماع و أنّ الأدلة غيره، كافية فى إثباته.

قال الفقيه المتتبّع السيّد العاملى: «و اشتراط الاختيار و عدم صحة بيع المكرَه قد نفى عنه الخلاف فى الغنية(٣) و الرياض(٤)، و استظهر ذلک - أعنى عدم الخلاف - فى مجمع البرهان(٥)، و ادّعى عليه الإجماع فى التذكرة(٦) و الحدائق(٧) و ذلک فى غير المكرَه بحقٍّ،

١- ١ . المكاسب ٣٠٧/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣٠٧/٣.

٣- ٣ . غنية النزوع /٢١٤.

٤- ٤ . رياض المسائل ٢١٦/٨.

٥- ٥ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٥/٨.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

٧- ٧ . الحدائق ٣٧٤/١٨.

و أمّا فيه ففى الغنية(١) أنّ صحة بيعه معه ممّا لاخلاف فيه، و على ذلک نص جماعة(٢) كثيرون»(٣).

أقول: نفى الخلاف ثابت فى كلمات القوم و أمّا الإجماع فَلَمْ يرد فى التذكرة(٤) إلاّ على بطلان بيع التلجئة - و يأتى الكلام فيها - و فى الحدائق(٥) أيضا نفى الخلاف فى اشتراط الاختيار، نعم قال بعد صفحة: «و هم قد سلّموا بأنّ عقد المكرَه حال الإكراه باطل إتفاقا»(٦).

ولكن قال فى الجواهر: «و المكرَه بغير حقّ الذى هو ممّا رفع الشارع الحكم عمّا أكره عليه من قول أو فعل بلاخلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب...»(٧).

الثانى: الكتاب

يدل عليه قوله تعالى: «إلاّ أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم»(٨)

قد مرّ منّا فى أوّل المجلد الأوّل من هذا الكتاب(٩) البحث حول هذه الآية الشريفة و قلنا هناک بأنّ الاستثناء الوارد فيها منقطع و هى تدل على صحة كلّ تجارة تَقَعُ عن تراضى الطرفين، و حيث أنّ الرضا و طيب النفس مفقود فى بيع المكرَه فلا يدخل فى

١- ١ . غنية النزوع /٢١٤.

٢- ٢ . منهم: ثانى الشهيدين فى المسالک ١٥٧/٣ و الشيخ يوسف فى الحدائق ٣٧٦/١٨.

٣- ٣ . مفتح الكرامة ٥٥٣/١٢.

٤- ٤ . تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

٥- ٥ . الحدائق ٣٧٣/١٨.

٦- ٦ . الحدائق ٣٧٤/١٨.

٧- ٧ . الجواهر ٢٦٥/٢٢.

٨- ٨ . سورة النساء /٢٩.

٩- ٩ . الأراء الفقهية ١٣/١.

المستثنى و لا يحكم بصحته، بل يدخل فى المستثنى منه و هو قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»(١) و يحكم ببطلانه.

الثالث: قوله صلى الله عليه و آله : لا يحلّ مال امرى ءٍ مسلم إلاّ عن طيب نفسه.

(٢)

قد مرّ فى الدليل الثالث من أدلة قاعدة ما يضمن من هذا الكتاب(٣) ورود روايات صحاح بهذا المضمون و كذا تمامية دلالتها على حرمة التصرف فى مال الغير من دون طيب نفسه بلا فرق بين الْحُرْمَتَيْنِ: التكليفية و الوضعية، و الأخيرة تدل على بطلان بيع المكرَه، فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

الرابع: حديث الرفع

اشارة

و هو صحيحة حريز بن عبداللّه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : رفع عن اُمّتى تسعة أشياء: الخطأ و النسيان و ما اُكرهوا عليه و ما لايعلمون و ما لايطيقون و ما اضطروا إليه و الحسد و الطيرة و التفكر فى الوسوسة فى الخلوة [الخلق ن ل] ما لم ينطقوا بشفة.(٤)

و ذكر الصدوق مثلها مرسلاً عن النبى صلى الله عليه و آله بلفظ «وُضع» بدل «رُفع» فى الفقيه و قال: قال النبى صلى الله عليه و آله : وضع عن اُمتى تسعة أشياء: السهو و الخطأ و النسيان و ما اكرهوا عليه و ما لايعلمون و ما لايطيقون و الطيرة و الحسد و التفكر فى الوسوسة فى الخلق ما لم ينطق الانسان بشفة.(٥)

و فى نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى عن اسماعيل الجعفى عن أبى عبداللّه عليه السلام

١- ١ . سورة النساء /٢٩.

٢- ٢ . عوالى اللآلى ١١٣/٢، ح٣٠٩.

٣- ٣ . الآراء الفقهية ٣٤٢/٤.

٤- ٤ . التوحيد /٣٥٣، ح٢٤، الخصال ٤١٧/٢، ح٩ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٣٦٩/١٥، ح١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

٥- ٥ . الفقيه ٥٩/١، ح١٣٢ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٩٣/٧، ح٢، الباب ٣٧ من أبواب قواطع الصلاة، و ٢٤٩/٨، ح٢، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع فى الصلاة.

قال: قال سمعته يقول: وضع عن هذه الاُمة ست خصال: الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه و ما لايعلمون و ما لايطيقون و ما اضطّروا إليه.(١)

و فيه عن ربعى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : عفى عن اُمتى ثلاث: الخطأ و النسيان و الاستكراه، قال أبو عبداللّه عليه السلام : و هنا رابعة: و هى ما لايطيقون.(٢)

و فيه عن الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : وضع عن اُمّتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه.(٣)

و هذه الروايات الثلاثة الأخيرة معتبرة الإسناد.

وصف الشيخ الأعظم حديث الرفع ب-«الخبر المتفق عليه بين المسلمين»(٤) و أنت تجده فى كتب العامة أيضا فراجعها.(٥)

ثم ظاهر حديث الرفع هو رفع العقاب و المؤاخذة ولكن الأئمة عليهم السلام استشهدوا به فى رفع بعض الأحكام الوضعية - نحو بطلان الحلف بالطلاق والعتاق و الصدقة قال الشيخ الأعظم: «و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا، إلاّ أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أُكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوى ليس رفع خصوص المؤاخذة و العقاب الأُخروى.»(٦) و ورد «لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الإلزامن عليه بشى ءٍ»(٧).

١- ١ . نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى /٧٤، ح١٥٧ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٣٧/٢٣، ح٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

٢- ٢ . نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى /٧٤، ح١٥٨ و نقل عنه وسائل الشيعة ٢٣٧/٢٣، ح٤.

٣- ٣ . نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى /٧٤: ح١٥٩ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٣٧/٢٣، ح٥.

٤- ٤ . المكاسب ٣٠٧/٣.

٥- ٥ . نحو: سنن ابن ماجة ٦٥٩/١، ح٢٠٤٣ و ٢٠٤٥، السنن الكبرى للبيهقى ٨٤/٦، فتح البارى ٤٧٨/١١، المعجم الأُوسط للطبرانى ١٦١/٨، صحيح ابن حبان ٢٠٢/١٦، كنزالعمال ٢٣٢/٤، ح١٠٣٠٦ و ١٠٣٠٧، الجامع الصغير للسيوطى ٢٧٧/١، ح١٨٠٩.

٦- ٦ . المكاسب ٣٠٨/٣.

٧- ٧ . المكاسب ٣٠٨/٣.

و من الروايات المُسْتَشْهَد بِها فی المقام صحيحة صفوان بن يحيى و أحمد بن محمّد بن أبی نصر عن أبی الحسن عليه السلام فی الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملک أيلزمه ذلک؟ فقال: لا، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : وضع عن امتی ما اُكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا.(۱)

و يمكن أن يستشهد بالروايات الواردة فی طلاق المكرَه و عتقه بضميمة عدم الفرق و الفصل:

منها: صحيحة زرارة عن أبی جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكرَه و عتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق، الحديث.(۲)

و منها: مرسل عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أنّ رجلاً مسلما مرّ بقوم ليسوا بسلطان، فقهروه حتّى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلق، ففعل لم يكن عليه شی ء.(۳)

و منها: حسنة يحيى بن عبداللّه بن الحسن المثنى عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يجوز طلاق فی استكراه... و إنّما الطلاق ما اُريد به الطلاق من غير استكراه و لا إضرار، الحديث.(٤)

و منها: صحيحة زرارة عن أبی جعفر عليه السلام قال: سألته عن عتق المكرَه؟ فقال: ليس عتقه بعتق.(٥)

و منها: معتبرة بريد و محمّد بن مسلم عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: من اشترى طعام

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۲۲۶/۲۳، ح۱۲، الباب ۱۲ من أبواب كتاب الأيمان.

۲- ۲ . وسائل الشيعة ٤۱/۲۳، ح۲، الباب ۱۹ من أبواب كتاب العتق - وسائل الشيعة ۸٦/۲۲، ح۱، الباب ۳۷ من أبواب مقدمات الطلاق.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٨٦/٢٢، ح٢.
٤- ٤ . وسائل الشيعة ٨٧/٢٢، ح٤.
٥- ٥ . وسائل الشيعة ٤١/٢٣، ح١.

قوم و هم له كارهون قُصّ لهم من لحمه يوم القيامة.(١)

يمكن أن يقال: إنّ ظاهر حديث الرفع مطلق الآثار و هى أعم من المؤاخذة الدنيوية و الأُخروية و غيرهما و ذلک لأنّ المرفوع التسعة تنزيلاً و جعلاً و لازمه التعميم حتّى بالنسبة إلى الأحكام الوضعية.(٢)

أقول: إذا كان الفعل موضوعا لحكم آخر و يكون فى ثبوت ذلک الحكم ثقلاً يرفعه الحديث بفقرتى «ما اضطروا إليه و ما استكرهوا عليه فلا يترتب ذلک الحكم الوضعى نحو الإكراه فى البيع أو الطلاق أو العتق(٣) بخلاف فقرة «لايعلمون» لأنّها تَرْفع التكليف فقط لا الوضع فنحن نذهب إلى التفصيل بين فقرات حديث الرفع فى شموله للأحكام الوضعية، و فقرة الاضطرار و الاستكراه تشملها و أمّا ما لايعلمون فلا، و توضيحه يطلب من بحث الأُصول.

فحينئذ فلا نحتاج إلى الروايات المستشهد بها استقلالاً مستقلاً و لا بضميمة عدم الفرق و الفصل، و اللّه العالم.

ثم لابدّ من التَذْكِير بأُمُوْرٍ:

الأوّل: المراد من جملة: «المكرَة قاصد إلى اللفظ دون المعنى»

قال العلاّمة فى التحرير: «لو أُكره على الطلاق فطلَّق ناويا له، فالأقرب أنّه غير مكرَه، إذ لا إكراه على القصد»(٤).

و قال الشهيد: «و يعنى بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما... و اختيارهما فعقد المكرَه باطل إلاّ أن يرضى بعد الاكراه، و الأقرب أنّ الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله فلو أُكره حتّى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران»(٥).

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٣٨/١٧، ح١١، الباب ١ من أبواب عقد البيع.

٢- ٢ . كما عليه الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٤٩/٢.

٣- ٣ . راجع دروسٌ فى مسائل علم الأصول ٢٥٨/٤ لشيخنا الأُستاذ قدس سره .

٤- ٤ . تحرير الأحكام الشرعية ٥١/٤.

٥- ٥ . الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

و قال ثانيه بعد نقل كلامه: «و هو تنبيه حسنٌ، إلاّ أنّ تحقق ذلک فى المكرَه بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد إلى لفظه كالسكران نظر، فإنّ الإكراه على اللفظ بحيث يكونُ حركة اللسان من المكرِه غير متحقق و لا مقدور للمكرِه. و إنّما يتحقق الإكراه بحمل المكرِه للمكرَه على الفعل باختياره، خوفا من المكرِه على نفسه أو ماله أو ما فى حكمهما مع حضور عقله و تمييزه، بخلاف المجنون و السكران و نحوهما. غير أنّ ما ادعاه (رحمه الله) إذا بلغ الإلجاء إليه و تحقق وقوعه، فالأمر فيه كما قاله»(١).

و نحوه فى الروضة(٢).

و قال فى طلاق المسالک: «لو قصد المكرَه إيقاع الطلاق ففى وقوعه وجهان، من أنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النية لا تعمل، و من حصول اللفظ و القصد. و هذا هو الأصح»(٣).

و قال فى الروضة: «... كما لا اكراه لو ألزمه بالطلاق ففعله قاصدا إليه»(٤).

و قال سبطه السيّد محمّد العاملى: «و لو طلّق المكرَه ناويا الطلاق، قيل: يقع، و هو اختيار العلاّمة فى التحرير و جدّى فى الروضة و المسالک لحصول اللفظ و القصد، و لأنّ القصد لا إكراه عليه فلو لا حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه. و قيل: يبطل، إذا المفروض أنّه لو لا الاكراه لما فعله، و عقد المكرَه باطل بالنص و الإجماع، و المسالة محلّ إشكال»(۵).

و قال الفاضل الأصبهانى بعد نقل كلام العلاّمة فى التحرير: «يعنى و إن ظن أنّه يلزمه لا مجرد لفظه بالإجبار و إن كان لايريده، أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلاّ اللفظ و له

۱- ۱ . المسالک ۱۵۶/۳.

۲- ۲ . الروضة البهية ۲۲۶/۳.

۳- ۳ . المسالک ۲۲/۹.

٤- ٤ . الروضة البهية ۲۱/٦.

۵- ۵ . نهاية المرام ۱۲/۲.

تجريده عن القصد فلا شبهة فى عدم الإكراه»(۱).

الظاهر من سيّد الرياض قبول كلام الشهيدين حيث علّل صحة عقد المكرَه بعد ارْتِضائِهِ بقوله: «بأنّه (المكرَه) بالغ رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله و إنّما منع عدم الرضا فإذا أثّر العقد، كعقد الفضولى حيث انتفى القصد إليه من مالكه مع تحقق القصد إلى اللفظ فى الجملة، فلمّا لحقته إجازة المالک أثّرت و لا يعتبر مقارنته للعقد للأصل»(۲).

أقول: ولكن هذا الظاهر لايجتمع مع ما هو بصدده من تصحيح عقد المكرَه بعد الرضا به، فلابدّ من حمل لفظ «دون» على مَعْنى «إذا عَرَضَ» أو «أمكن» أو «قد أمكن»(٣) لا على معنى «غير»، فلا يُسْتَفادُ من عبارته قدس سره ما ذَهَبَ إليه الشهيدانِ فى هذا الأمر.

و قال الفاضل النراقى: «دلّ العرف و انعقد الإجماع القطعى على لزوم قصد النقل فى تحقق البيع أو التلفظ باللفظ الظاهر فيه أو الاتيان بعمل ظاهر فيه مع عدم العلم بعدم القصد من قرينة خارجيّة و عدم ضمّ ما يوجب ظهور عدم القصد... و لا شک أنّ الاكراه من الأُمور المنافية لظهور القصد، بل يوجب ظهور خلافه فمعه لا يحكم بتحقّق البيع»(٤).

أقول: ظاهر الفاضل النراقى رحمه الله تحقق قصد اللفظ و مدلوله فى عقد المكرَه ولكنّه نفى قصد تحقّق العقد و إنشائه و ترتب الأثر عليه.

و ناقش صاحب الجواهر الشهيد الثانى و قال بعد نقل كلامه فى المسالک: «قلت: مرجع ذلک إلى أنّ الاكراه فى الظاهر دون الواقع، و قد تكرر من العامة و الخاصة خصوصا الشهيد الثانى فى المسالک و الروضة فى المقام و فى البيع أنّ المكرَه حال إكراهه لا قصد له للمدلول، و إنّما هو قاصدٌ للفظ خاصة، و فيه منع واضح، ضرورة تحقق الإنشاء و القصد فيه و لذا ترتب عليه الأثر مع الاكراه بحقٍّ و مع تعقّب الاجازة بالعقد بل ظاهر قوله عليه السلام :

١- ١ . كشف اللثام ٩/٨.

٢- ٢ . رياض المسائل ٢١٨/٨.

٣- ٣ . فى جمهرة اللغة لابن دُريد: «دونک هذا الشى ء: إذا عَرَضَک و أمكنک [أى قد أمكنک] راجع ترتيب جمهرة اللغة ٦٦٤/١.

٤- ٤ . مستند الشيعة ٢٦٧/١٤.

«إنّما الطلاق»(۱) إلى آخره تحقق الارادة من المكرَه، بل لعلّ عدم القصد للمدلول فى المكرَه من التورية التى لم نوجبها عليه و حينئذ فالمكرَه قاصد على نحو غيره إلاّ أنّه قصد اكراهٍ لا قصد اختيارٍ، و إن شئت عبّرت عن ذلک بالرضا و عدمه...»(۲).

أقول: و أنت ترى بأنّ صاحب الجواهر يرى قصد اللفظ و مدلوله و تحقّق العقد و الإنشاء و ترتب الأثر عليه فى عقد المكرَه، ولكن لم يترتب عليه الأثر لفقد الاختيار و الرضا.

و أخرج الشيخ الأعظم مَعْنىً آخَرَ من كلامهم وردّ على صاحب الجواهر و قال: «و ليس مرادهم [أى مراد العلاّمة و الشهيدين] أنّه لا قصد له إلاّ إلى مجرد التكلّم... فالمراد بعدم قصد المكرَه عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج و أنّ الداعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج، لا أنّ كلامه الإنشائى مجرد عن المدلول، كيف و هو معلولٌ للكلام الإنشائى إذا كان مستعمَلاً غير مهمل»(۳).

و قال: «... لا ينبغى أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذى لا يسمّى خبرا و لا إنشاءً و غير ذلک ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود فى المكرَه هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه فى الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام»(٤).

و قال المحقّق النائينى فى معنى كلام الشهيدين: «أنّ المكرَه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، هو أنّ المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كلّ منشِىء من رِضاهُ بوقوع المدلول فى الخارج، كما أنّ الفضولى لم يقصد ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه»(٥).

ولكن اعترض المحقّق الإيروانى على الشيخ الأعظم و قال: «إنّ الإكراه لايرتفع

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۸۷/۲۲، ح٤ حسنة يحيى بن عبداللّه بن الحسن المثنى الماضية.

٢- ٢ . الجواهر ١٥/٣٢.

٣- ٣ . المكاسب ٣٠٩/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٣١٠/٣.

٥- ٥ . منية الطالب ٣٨١/١.

قصد اللفظ و لا قصد المعنى استعمالاً و لا القصد إلى تحقق المعنى خارجا، و إنّما المرتفع بالاكراه هو كون الداعى إلى اللفظ و الانشاء هو قصد تحقّق المعنى و لأجل غاية تحقّق المعنى المنشأ فى الخارج، فإنّ إنشائه حينئذ و بعد الإكراه ليس بذلک الداعى و إن كان قاصدا للمعنى مقارنا للإنشاء و إنّما إنشائه بداعى إكراه المكرِه بحيث لو كان الداعى إليه قصد حصول المعنى بسببه خرج فعله عن الإكراه و إن قارن ذلک توعيد المكرِه فإن مجرد المقارنة لا يجعله داخلاً تحت الإكراه و لعلّ مراد من قال: «إنَّ المكرَه إذا طلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق» هو هذه الصورة و إلاّ النية لا ترتفع بالإكراه...»(١).

أقول: الظاهر عدم تمامية مقالة الشهيدين من أنّ المكرَه قاصد للللفظ دون المعنى، لأنّ المكرَه يقصد اللفظ و المعنى لأنّه يستعمل اللفظ فى معناه، حتّى أنّه إنْ الإنشاء و الأثر المترتب من العقد إلاّ أنّ قصده يكون عن كُرْهٍ لا اختيار فلا يحصل طيب النفس المعتبر فى العقود فلا يقع، فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم من انعدام قصد وقوع مضمون العقد فى الخارج من المكرَه - و كما عليه ظاهر الفاضل النراقى - و تمامية مقالات المحقّقين صاحب الجواهر و النائينى و الإيروانى قدس سرهم ، و كما عليه الفاضل المراغى حيث يقول: «و أمّا المكرَه فهو قاصد للفظ و قاصد لمعنى التمليک و الأثر ولكنّه فات عنه الرضا و لا يخفى ذلک على من تأمّل فى الجملة»(٢). و قال: «المكرَه قاصد للللفظ و المعنى معا لكنّه فاقد للرضا و هو غير قصد المعنى»(٣).

الثانى: حقيقة الإكراه

لابدّ من تحديد موضوع الإكراه و بحيث يتميّز من نظائره من الاضطرار و الجبر. و لمّا لم يكن فى المقام تحديد شرعىٌّ فيمكن أخذ موضوعه من اللغة و العرف:

قال الفيومى: «أكْرَهْتُهُ على الأمر إكراها: حَمَلْتُهُ عليه قهرا، يقال: فعلتُهُ كَرْها

١- ١ . حاشية المكاسب ١٨٥/٢.

٢- ٢ . العناوين ٧١٢/٢.

٣- ٣ . العناوين ٥٣/٢.

بالفتح أى إكراها و عليه قوله تعالى «طوعا أو كَرْها»(١) فقابل بين الضدين، قال الزجاج كلّ ما فى القرآن من «الكُرْه» بالضم فالفتح فيه جائز إلاّ قوله فى سورة البقرة «كتب عليكم القتال و هو كُرْهٌ لكم»(٢)»(٣).

و قال الجوهرى: «أكرهته على كذا: حملتُهُ عليه كُرها»(٤).

قال الشيخ: «و أمّا الإكراه فجملته: أنّ الاكراه يفتقر إلى ثلاثة شرائط:

أحدها: أن يكون المكرِه قاهرا غالبا مقتدرا على المكرَه مثل سلطان أو لصٍّ أو متغلِّبٍ.

و الثانى: أن يغلب على ظنِّ المكرَه أنّه إن امتنع من المراد منه وقع به فيما هو متوعّد به.

و الثالث: أن يكون الوعيد بما يستضرّ به فى خاصّة نفسه»(٥).

و قال المحقّق: «و لا يتحقق الإكراه ما لم يكمل اُمور ثلاثة: كون المكرِه قادرا على فعل ما توعَّدَ به و غلبة الظن أنّه يفعل ذلک مع امتناع المكرَه و أن يكون ما توعّد به مضرّا بالمكرَه فى خاصة نفسه أو

مَنْ يجرى مجرى نفسه كالأب و الولد، سواءٌ كان ذلک الضرر قتلاً أو جرحا أو شتما أو ضربا و يختلف بحسب منازل المكرَهين فى احتمال الإهانة و لا يتحقّق الإكراه مع الضرر اليسير»(٦).

و قال ثانى الشهيدين: «و يتحقّق [الاكراه] بالخوف من المخالفة على نفسه أو ماله أو عرضه و يختلف ذلک بحسب اختلاف أحوال الناس فى احتمال الإهانة و عدمها»(٧).

١- ١ . سور آل عمران /٨٣، و التوبة /٥٣، و الرعد /١٥، و فصلت /١١.

٢- ٢ . سورة البقرة /٢١٦.

٣- ٣ . المصباح المنير /٥٣٢.

٤- ٤ . صحاح اللغة ٢٢٤٧/٦.

٥- ٥ . المبسوط ٥١/٥.

٦- ٦ . الشرائع ٤/٣.

٧- ٧ . المسالک ١١١/٣.

و قال فيه أيضا: «الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمله عادةً بحسب حال المكرَه فى الرفعة و الضعة بالنسبة إلى الإهانة»(١).

و قال الشيخ الأعظم فى حقيقة الإكراه: «حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر فى وقوع الفعل عن ذلک الحمل: اقترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترک ذلک الفعل مضّرٍ بحال الفاعل أو متعلّقه نفسا أو عرضا أو مالاً»(٢).

و يمكن أن يلاحظ عليه:

أوّلاً: الإكراه عند الشيخ الأعظم هو حَمْلُ الغير و إجباره على القيام بفعل، فحينئذ لو تخيّل الإكراه فى مورد و قام بالفعل الذى يرفعه، فالفعل يكون صحيحا على حدّ تعريفه و يترتب عليه جميع آثاره أمّا بناءً على تعميم الإكراه لمطلق فاقد الرضا و طيب النفس يكون باطلاً لفقد الرضا و طيب النفس لا لتخيّل التحميل و الاكراه.

و ثانيا: الإكراه بناءً على تعريفه قدس سره يحتاج إلى فعلية تهديد الظالم و وعيده المظنون ترتبه على ترک ذلک الفعل، ولكن الإكراه لا يحتاج إلى فعلية الوعيد و التهديد، بل لو احتمل المكرَهُ الضررَ احتمالاً عقلائيا من دون أن ينطق الظالم ببنت شفة لو لم يعمل على طبق مطلوبه فحينئذ يصدق الإكراه أيضا.(٣)

و ثالثا: «الفاعل أو متعلِّقه» فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره يشمل نفس المكرَه أو والده أو ولده أو غيرهما ممّن يعدّ الضرر عليهم ضررا على نفسه، ولكن الأصحاب(٤) قدس سرهم الحقوا دفع الضرر عن المؤمنين الأجانب بالضرر على نفس المكرَه أو ما يتعلّق به، فلابدّ فى كلامه من إضافة «أو غيره من المؤمنين».

و قد مرّ فى بحث الولاية من قبل الجائر من هذا الكتاب بماذا يتحقق الإكراه؟

١- ١ . المسالک ١٣٩/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣١١/٣.

٣- ٣ . هاتان الملاحظتان فى العقد النضيد ٥١٥/٢ مع ألفاظنا.

٤- ٤ . راجع الآراءُ الفقهيّةُ ١٩٤/٣.

فراجع ما حررناه هناک و لا نعيد، و الحمدللّه.

الثالث: هل يعتبر فی صدق الإکراه عدم إمکان التفصّی عن الضرر؟

اشارة

إمکان التفصّی تارة یمکن بالتوریة و اُخری بغیرها فیقع الکلام فی مقامین:

المقام الأوّل: التفصّی من الإکراه بالتوریة

قد مرّ تعریف التوریة فی بحث الکذب من المکاسب المحرّمه فی کتابنا هذا(۱) و ذهبنا إلی أنّ التوریة داخلة فی موضوع الکذب ل-«أنّ المعتبر فی اتصاف الخبر بالصدق و الکذب هو ما یفهم من ظاهر الکلام لا ما هو المراد منه»(۲) و نحنُ نُوافِقُ جَدّنا الشیخ جعفرا(۳) و تِلْمِیْذَیْهِ صاحِبَی المفتاح(٤) و الجواهر(٥) أنْ التوریَة تدخُلُ فی مَوْضُوْعِ الکَذِبِ أوْ حُکْمِهِ.

فحینئذ التفصی إلی التوریة لم یکن مندوحة للإکراه و هو صادق حتّی مع إمکان التوریة و یترتب علیه حکمه هذا هو المختار فی المقام.

و کما إنّ الشیخ الأعظم ذهب إلی عدم اعتبار إمکان التوریة فی صدق الإکراه - کما هو مُخْتارُنا - بأربعة وجوهٍ:

أ: عموم رفع الإکراه.

ب: خصوص النصوص الواردة فی طلاق المکرَه و عتقه.

ج: معاقد الإجماعات

د: الشهرات المدعات

و عقبه بقوله: «أنّ القدرة علی التوریة لا یخرج الکلام عن حیّز الإکراه عرفا»(٦).

۱- ۱ . الآراءُ الفقهيةُ ٦٤/٣.

۲- ۲ . القوانين ٤١٩/١.

۳- ۳ . شرح القواعد ٢٣٢/١.

٤- ٤ . مفتاح الكرامة ٢٢٠/١٢.

٥- ٥ . الجواهر ٧٢/٢٢.

٦- ٦ . المكاسب ٣١٣/٣.

ثم ذهب إلى اعتبار إمكان التفصى بغير التورية فى الإكراه و قال فى آخره: «و ما ذكرناه و إن كان جاريا فى التورية إلاّ أنّ الشارع رخّص فى ترک التورية... لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بُعد حملها على صورة العجز عن التورية مع أنّ العجز عنها لو كان معتبرا لأُشير إليها فى تلک الأخبار الكثيرة(۱) المجوّزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا فى قضية عمار و أبويه(۲) حيث أُكرهوا على الكفر... فقال له رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «إن عادوا عليک فُعد»(۳) و لم ينبّهه على التورية...»(٤).

ثم ذهب إلى تحقّق موضوع الإكراه و لو مع إمكان التفصى بالتورية لأنّ الأصحاب(٥) ذكروا من شروط تحقّق الإكراه أن يعلم أو يظنّ المكرَه أنه لو امتنع ممّا أُكره عليه وقع فيما توعّد عليه، فحينئذ لو علم المكرِه أنّ المكرَه ورّى و أوجد صورة ما أمره المكرِه لا واقعه فيَعْلَمُ بامتناعه ممّا أمر به و يفعل بما يتوعّد به، فمع إمكان التورية يصدق الإكراه موضوعا.

أقول: ما ذكره قدس سره فى ذيل التورية فى هذا المقام تام ولكنّه اختار فى بحث الكذب

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٢٤/٢٣، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، و قد ذكرتها فى بحث مسوغات الكذب راجع الآراء الفقهية ٦٩/٣ و ما بعده.

٢- ٢ . للروايات الواردة حولها راجع البرهان فى تفسير القرآن ٤٥٦/٣ طبع مؤسسة البعثة، و تفسير نورالثقلين ١٠٤/٤ طبع بيروت عام ١٤٢٢ق.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٢٥/١٦، ح٢، الباب ٢٩ من أبواب الأمر و النهى، معتبرة مسعدة بن صدقة، و وردت الرواية فى الكتب العامية أيضا نحو: تفسير الطبرى ٦٥١/٧، تفسير الفخر الرازى ١٢٤/١٠، تفسير القرطبى ١١٨/١٠، و أخرجها عبدالرزاق و ابن سعد و ابن جرير و ابن أبى حاتم و ابن مردويه و الحاكم و صححها و البيهقى فى الدلائل من طريق أبى عبيدة محمّد بن عمار كما فى الدر المنثور ١٧٠/٥.

٤- ٤ . المكاسب ٣١٥/٣.

٥- ٥ . راجع المبسوط ٥١/٥، و الشرائع ٤/٣، و تحرير الأحكام الشرعية ٥٠/٤، و الروضة البهية ٢٠/٦، و نهاية المرام ١١/٢، و الكفاية ٣١٨/٢.

أنّ لزوم مراعاة التورية مطابق للقواعد(١) مع عدم تمامية ما ذكره من الفرق بين المقامين(٢). و لذا عدل عن مقالته و قال قبل بيان الفرق و بعده ما نصه: «هذا الحكم جيّد [أى مراعاة التورية فى جواز الكذب] إلاّ أنّ مقتضى إطلاقات أدلة الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلک...»(٣). و قال أيضا: «... أمّا على ما استظهرناه من الأخبار - كما اعترف به جماعة - من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهة العجز عن التورية فلا فرق بينه و بين الإكراه... ولكن الأحوط التورية فى البابين»(٤).

و الحاصل: بالمآل يلحق الشيخ الأعظم قدس سره بقول عدم التفرقة بين بابى الكذب و الإكراه فى عدم مراعاة التورية.

المقام الثانى: التفصّى من الإكراه بغير التورية

الظاهر أنّ إمكان التفصی من الإکراه بغیر التوریة خروج موضوعی عن الإکراه، بحیث لو أمکن التفصی لم یصدق أنّه مکرَه، لأنّ من شرائط تحقّق الإکراه «کون المکرِه قادرا علی فعل ما توَّعَد به» کما مرّ من المحقّق فی الشرائع(۵)، و مع امکان التفصی لم یکن المکرِه قادرا علی فعل ما توعّدَ به و یخرج الإکراه عن موضوعه لعدم تحقّق أحد شرائطه.

کما یظهر ذلک من ثانی الشهیدین(٦) و الشیخ یوسف(۷) و الفاضل النراقی(۸)

۱- ۱ . المکاسب ۲٦/۲.

۲- ۲ . راجع المکاسب ۲۸/۲.

۳- ۳ . المکاسب ۲٤/۲.

٤- ٤ . المکاسب ۲۹/۲.

۵- ۵ . الشرائع ٤/۳.

٦- ٦ . المسالک ۱۸/۹ و ۱۹.

۷- ۷ . الحدائق ۱۵۹/۲۵.

۸- ۸ . مستند الشیعة ۲٦۷/۱٤.

-قدس اللّه أسرارهم- .

و لذا قال الشیخ الأعظم: «لکن الإنصاف أنّ وقوع الفعل عن الإکراه لا یتحقّق إلاّ مع العجز عن التفصی بغیر التوریة لأنّه یعتبر فیه أن یکون الداعی علیه هو خوف ترتب الضرر المتوعّد به علی الترک، و مع القدرة علی التفصّی لا یکون الضرر مترتبا علی ترک المکرَه علیه، بل علی ترکه و ترک التفصّی معا، فدفع الضرر یحصل بأحد الأمرین: من فعل المکرَه علیه و التفصّی، فهو [المکرَه] مختار فی کلٍّ منهما و لا یصدر کلٌّ منهما إلاّ باختیاره فلا إکراه»(۱).

و هكذا اعترف بالخروج الموضوعى للإكراه مع إمكان التفصّى بغير التورية فى قوله: «ولكن الأُولى أن يفرّق بين إمكان التفصّى بالتورية و إمكانه بغيرها بتحقق الموضوع [أى موضوع الإكراه] فى الأوّل دون الثانى»(٢) و استدل بما مرّ فى المقام الأوّل.

و أمّا ما ورد فى كلامه من استظهار عدم اعتبار العجز عن التفصّى بوجه آخر غير التورية فى صدق الإكراه بخبر عبداللّه بن سنان فغير تام من وجوه، نذكر لک أوّلاً الرواية، و ثانيا استدلال الشيخ الأعظم ثمّ وجوه المناقشة فيه ثالثا:

أمّا الرواية: فهى خبر عبداللّه بن سنان قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : لا يمين فى غضب و لا فى قطيعة رحم و لا فى جبر و لا فى إكراه، قال: قلت: أصلحک اللّه فما فرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجة و الأُمّ و الأب و ليس ذلک بشى ءٍ.(٣)

تقريب الاستدلال: فرّقت الرواية بين الجبر من السلطان الذى لا يمكن الفرار منه و بين الاكراه من الزوجة و الأُمّ و الأب الذين يمكن عادة التفصّى من إكْراهِهِمْ بالنسبة إلى الزوج و الولد، فيصدق الإكراه مع إمكان التفصّى منه بغير التورية ثمّ زاد عليه حتى مع إمكان التفصّى منه بالتورية أيضا يصدق الإكراه لاتحاد المناط و لعدم الفرق بين التخلص

١- ١ . المكاسب ٣١٤/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣١٦/٣.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٣٥/٢٣، ح١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

من الاكراه بالكلام أو الفعل الآخر.(١)

و أمّا وجوه المناقشة فی استظهاره فَهِیَ: أوّلاً: ضعف سند روایة ابن سنان بموسی بن سعدان الحناط کما قال النجاشی فی شأنه: «ضعیف فی الحدیث کوفی له کتب کثیرة»(۲) و بعبداللّه بن قاسم المشترک بین جماعة کلّهم ضعفاء أو مهملین و لم یرد فیهم توثیق.(۳)

و ثانیا: الصدق العرفی غیر قابل للتعبد، فلا یمکن استظهاره من الروایة تعبدا، و لا یستفاد منها إلحاق حکم الإکراه بهم تعبدا - لا التعبد فی الصدق العرفی فی الموضوع -، لأنّ الحکم یدور مدار الإکراه فلایصلح الحاق غیره به.

و ثالثا: الاکراه من الزوجة و الأُمّ و الأب أمر ممکن بل واقع و لا یلزم فی صدق الإکراه کون المکرِه أقوی من المکرَه، لإمکانهم بهتک عِرْض الزوج و الولد.

و إذا جاء الإکراه من قبلهم موضوعا فلا یمکن الإلحاق بالإکراه حکما.

و رابعا: التقابل بین الجبر و الإکراه فی الروایة لجهة بیان التسویة بین الموارد، و عدم الفرق بین کون المکرِه: الجابِر الذی هو السلطان الجائر أو غیره مع صدق الإکراه فی کلیهما و لایعقل جعل السببیة للأخص بعد جعلها للأعم للزوم اللغویة.(٤)

الرابع: هل الفرق بین الاکراه فی الْحُکْمَیْنِ التکلیفی والوضعی موجود أم لا؟

ذهب إلی الفرق الشیخ أسداللّه فی المقابس(٥) و تبعه الشیخ الأعظم(٦) و تلمیذه الفاضل المامقانی(۷) قدس سرهم بحجة أنّ المجوّز فی الحکم التکلیفی قیام الإکراه علی خلافه و

۱- ۱ . راجع المکاسب ۳/۳۱٤.

۲- ۲ . رجال النجاشی /٤۰٤، رقم ۱۰۷۲.

٣- ٣ . المعين على معجم رجال الحديث /٣٤٧.
٤- ٤ . يظهر كلّها من السيّد الخمينى رحمه الله فى كتابه البيع ٦٦/٢.
٥- ٥ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /١٧.
٦- ٦ . المكاسب ٣١٧/٣.
٧- ٧ . غاية الآمال /٣٣٤.

هو لايصدق موضوعا مع إمكان التفصّى، بخلاف الحكم الوضعى لأنّ المناط فى صحة العقود هو طيب النفس و الرضا بها و مع فقدانه ولو مع إمكان التفصّى يصدق الإكراه و تبطل العقود.

فحينئذ نسبة الإكراه بين الحكمين هى العموم و الخصوص المطلق، الإكراه فى الحكم الوضعى يكون العام و فى الحكم التكليفى يكون الخاص لأنّ المعتبر فيه عدم إمكان التفصّى و لا يكون عدم إمكان التفصّى معتبرا فى الإكراه فى الحكم الوضعى، ولكن النسبة بين مناط الإكراهين فى رفع كلٍّ منهما هى العموم و الخصوص من وجه لأنّ المناط فى تحقق الاكراه فى الأحكام الوضعية فقدان طيب النفس و المناط فى الأحكام التكليفية توقف دفع الضرر على إتيان الفعل المكرَه عليه و بين المناطين مادة اجتماع و هى لو فعل ما أُكره عليه مِمّا لا يمكن التفصّى عنه مع عدم طيب النفس، و مادتى الافتراق، لو فعله مع طيب النفس و الأُخرى لو فعله مع إمكان التفصّى و مع عدم طيب نفسه.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «إنّ الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفى أخص من الرافع لأثر الحكم الوضعى. ولو لوحظ ما هو المناط فى رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المناط فى رفع الحكم التكليفى هو دفع الضرر و فى الحكم الوضعى هو عدم الارادة و طيب النفس...»(١).

ثم جاء بمثل فى المقام و قال: «من كان قاعدا فى مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرغا لعبادة أو مطالعة فجاءه مَنْ أكرهه على بيع شى ءٍ ممّا عنده و هو فى هذه الحال غير قادر على دفع ضرر و هو كاره للخروج عن ذلک المكان، لكن لو خرج كان له فى الخارج خدمٌ يكفونه شرّ المكرِه فالظاهر صدق

الإكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلک الشی ء بخلاف مَنْ كان خدمه حاضرين عنده... ولو فرض فی ذلک المثال إكراهه على محرّمٍ لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلک المنزل...»(۲).

ص: ۱۲٤

۱- ۱ . المكاسب ۳۱۹/۳.

۲- ۲ . المكاسب ۳۱۷/۳.

ثم تمسک بخبر عبداللّه بن سنان(۱) الماضی و قال: «فالإكراه المعتبر فی تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور فی الرواية و الرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذی ذكر فيها أنّه قد يكون من الأب و الولد و المرأة و المعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا الضرورة و الإلجاء...»(۲).

أقول: لا يمكننی موافقة الشيخ الأعظم فی الفرق بين الحكمين فی الإكراه لأنّ الإكراه فی كليهما واحد و هو الإجبار و الإلزام و الحمل على شی ءٍ بكره و إجبار كما مر عن الشيخ(۳) و المحقّق(٤)، فما ذكره قدس سره من مثاله لا يعدّ إكراها لا فی التكليفيات و لا فی الوضعيات لإمكان التفصّی منه فی المثال بترک ذلک المكان و الخروج منه.

و أمّا تمسكه بخبر عبداللّه بن سنان فقد ظهر عدم تماميته فی المناقشات الواردة حوله التی مرّ آنفا و مختصرها التسوية بين الجبر و الإكراه الواردتان فيها و يكون كلاهما شيئا واحدا و الإتيان بهما متعددا بجهة التنبيه على أنّهما شی ءٌ واحدٌ، لأنّ الإكراه من الزوجة و الأُمّ و الأب قد يخفى على الناظر كَوْنُهُ إكْراها.

و بالجملة: نحن نذهب إلى عدم الفرق فى الإكراه بين الْحُكْمَيْنِ: التكليفى و الوضعى و قولُنا مُوافِقٌ للمشهور بين الأصحاب حيث لم يذكروا هذا الفرق فى المقام و جاء الفرق من قبل الأعلام الثلاثة و تبعهم المحقّق النائينى(٥) - قدس اللّه أسرارهم - .

و من المصرحين بعدم الفرق السيّد الخمينى(٦) رحمه الله و الأُستاذ المحقّق(٧) - مدظله - و الحمدللّه.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٣٥/٢٣، ح١.

٢- ٢ . المكاسب ٣١٧/٣ و ٣١٨.

٣- ٣ . المبسوط ٥١/٥.

٤- ٤ . الشرائع ٤/٣.

٥- ٥ . راجع المكاسب و البيع ٤٣٧/١ و مابعده.

٦- ٦ . كتاب البيع ٦٧/٢.

٧- ٧ . العقد النضيد ٥٣٥/٢.

الخامس: الإكراه على أحد الأمرين

اشارة

و هما إمّا تَكْلِيفِيّان أوْ وَضْعِيّانِ أو أحدهما تكليفىٌّ و الآخر وضعىٌّ، فيقع الكلام فى ثلاثة مقامات:

المقام الأوّل: الاكراه على الأمرين التكليفيين

١- و هما إن كانا مُحَرَّمَيْنِ تكليفيين:

أ: و كانا متساويين فى ملاک التحريم و لم يكن أحدهما أشدّ مبغوضية من الآخر فى نظر الشارع كان المكرَه مخيرا فى اختيار أىّ منهما لأنّ كُلاً منهما يعدّ من المكرَه عليه، نحو الإكراه على شرب الخَمْرَيْن: الأحمر أو الأسود.

ب: و إن كانا غير متساوِيى، الأقدام فى ملاک التحريم و كان أحدهما أشدّ مبغضوية من الآخر فى نظر الشارع فلابدّ من اختيار ما كان أقل مبغوضية، نحو الإكراه على شرب النجس أو الخمر. و الوجه فى ذلک لعدم كون الخمر بالخصوص موردا للإكراه هذا إذا كانا عَرْضيين.

ج: و أمّا إذا كانا طوليين بأن أكره على شرب الخمر إمّا فى يوم الجمعة أو يوم السبت فلا يجوز له الشرب فى يوم الجمعة لأنّه غير مكرَه عليه و قادر على تركه فلا تجوز المبادرة إليه فى يوم الجمعة فحينئذ يكون متعلَّق الإكراه هو الفرد المتأخر فقط.

د: نعم، إذا كان طوليين ولكن الثانى منهما أشدّ حرمة و الأوّل أقل و يعلم المكرَه من الخارج ببقاء الإكراه إلى زمن الثانى فلابد أن يأتى بالأوّل لئلا يقع فى الثانى نحو: أن يكون الأوّل شرب الخمر و الثانى قتل النَّفْس، و الدليل عليه عدم وقوعه فى ما يكون أشدّ حرمة من الأوّل.

٢- و إن كان الإكراه على ترک أحد الواجبين:

أ: فإن كانا متساويين فى الملاک فللمكرَه التخيير نحو: ترک أداء الزكاة أو الخمس.

ب: و إن كانا مُخْتَلِفَيْنِ فيه فلابدّ للمكرَه من اختيار الأقل و ترک الأشدّ، نحو ترک أداء الحج أو الصلاة، فى شهر ذى الحجة، و الثانى يكون الأشدّ و الأهم.

هذا إذا كانا عَرْضيين، و أمّا إذا كانا طوليين فيكون:

ج: إذا كان أُكره على ترک واجبين طوليين نحو ترک الظهرين أو المغربين، أو ترک صيام اليوم الأوّل من شهر رمضان أو الثانی منه فحينئذ لابدّ من الإتيان بالواجب الأوّل منهما لأنّه غير مكرَه علی ترکه و قادر علی فعله فيتعيّن عليه ترک الثانی.

د: نعم، إذا كان الثانی أشدّ ملاكا و المكرَه يعلم ببقاء الإكراه إلی زمن الثانی فلابدّ من الاختيار الأوّل الذی يكون أقلّ ملاكا نحو: الإكراه علی ترک الإنفاق علی من يجب عليه إنفاقه أو ترک الصلاة، و الدليل عليه عدم وقوعه فی ما يكون أشدّ حرمة.

هذا كلّه فی الواجبات الاستقلالية و أمّا الواجبات الضمنية فتسقط الواجب بالإكراه بترک جزئه إلاّ الصلاة كما هو المعلوم. فلذا يكونُ الإكراهُ علی ترک جزءٍ أو شرطٍ أو الاتيان بمانع مُوْجِبا لِسُقُوْطِ الواجب إلاّ فی باب الصلاة(۱) و فيها لابدّ من ملاحظة دليل الجزئية أو الشرطية أو المانعية و الاتيان بالباقی لو كان الإكراه يتعلق بإحداهنَّ متعيّنا ولو يتعلق بإحداهنَّ متردّدا لابدّ من ملاحظة قُوَّةِ الأدلة و الإتيان بالأقوی، مثلاً لو كان مكرَها علی ترک القيام أو الطمأنينة فَلابدّ من الإتيان بالقيام لأنّ دليله لفظی(۲) و دليلها إجماع، أو دار الإكراه بين الوقت أو الطهور و بين غيرهما من الأجزاء و الشرائط فلابدّ من تقديمهما علی غيرهما، و التفصيل يطلب من باب التزاحم فی بحث الأُصول.

و بما ذكرنا قد عرفت عدم الفرق بين أن يكون مكرَها علی الاتيان بالمحرمين أو ترک الواجبين.

۳- و إن كان الاكراه علی ترک واجب أو الاتيان بمحرَّم:

نحو ترک الصلاة أو الزنا، فحينئذ لابدّ من ملاحظة قواعد باب التزاحم و فی المثال يقدّم ترک الصلاة.

١- ١ . لأنّ ورد فی صحیحة زرارة بالنسبة إلی المستحاضة:... ثم تصلّی و لا تدع الصلاة علی حال، فإن النبی صلی الله علیه و آله قال: الصلاة عماد دینکم. [وسائل الشیعة ٣٧٣/٢، ح٥، الباب ١ من أبواب الاستحاضة].

٢- ٢ . ورد فی صحیحة جمیل عن أبی عبداللّه علیه السلام : ...لکنّه أعلم بنفسه إذا قوی فلیقم. [وسائل الشیعة ٤٩٥/٥، ح٣، الباب ٦ من أبواب القیام].

و بما ذکرنا من التفصیل تَظْهَرُ لَکَ مواقع النظر فی کلام الشیخ الأعظم حیث یقول: «و من هنا لم یتأمل أحد فی أنّه إذا أُکره الشخص علی أحد الأمرین المحرّمین لا بعینه فکلّ منهما وقع فی الخارج لا یتصف بالتحریم...»(١).

المقام الثانی: الإکراه علی الأمرین الوضعیین

سواء کانا عقدین نحو بیع داره أو أرضه، أو إیقاعین نحو طلاق إحدی زوجاته، أو عقد و إیقاع نحو بیع الدار أو طلاق زوجته.

قبل الْخَوْضِ فی البحث لابدّ من تقدیم مقدمة و هی تصویر الوجوب التخییری بحیث لا یتنافی مع حقیقة الوجوب و هو عدم جواز ترک متعلِّقه، و الوجه فی تقدیم هذه المقدمة لإنّ الاکراه علی الأمرین أیضا یشابه الوجوب التخییری فلابدّ من تبیین تصویرهما حیث لا یتنافی هذا مع الوجوب و ذلک مع الإکراه.

و لذا أقول: المبانی فی تصویر الوجوب التخییری متعددة:

منها: الجامع بین الفعلین أو الأفعال یکون متعلِّقا للأمر فیکون التخییر عقلیّا لا شرعیّا و هذا هو مختار المحقّق الخراسانی(٢) قدس سره .

و منها: الوجوب التخییری فی الحقیقة وجوب تعیینی متعلَّق بکلٍّ من الفعلین لکنّه مشروط بترک الآخر.(٣)

و منها: تعلّق الوجوب بكلّ منهما تعيينا مطلقا لكنّه يسقط بفعل الآخر. و قال المحقّق النائينى: «أنّه ممّا لايصح أن يتفوّه به أحد»(٤).

و منها: وجوب المعين عنداللّه تعالى شأنه و هو ما يختاره المكلَّف فى علمه عزّوجلّ.

ص: ١٢٨

١- ١ . المكاسب ٣١٩/٣.

٢- ٢ . كفاية الأُصول /١٤٠، طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام .

٣- ٣ . نقلها المحقّق النائينى و اعترض عليه بأربعة إيرادات راجع أجود التقريرات ١٨٥/١، الطبعة الأُولى.

٤- ٤ . أجود التقريرات ١٨٢/١.

و منها: أن يكون الواجب أحدهما و هو على مسلكين:

أ: أن يراد منه مفهوم أحدهما و عنوانه المنطبق على كلٍّ من الأمرين فى نفسه.

ب: أن يراد منه واقع أحدهما غير المعين المعبر عنه بالفرد على سبيل البدل.

و المختار هو هذا الأخير: و التكليف يتعلق بالفرد على البدل و بأحدهما لا بعينه، بمعنى كون كلّ منهما متعلّقا للتكليف الواحد ولكن على البدل لا أحدهما المردد و لا كلاهما معا، فيكون الواجب أحدهما لا بعينه كما أنّ المحقّق النائينى رحمه الله موافقٌ لنا فى النتيجة، و السيّد الروحانى قدس سره فى الاستدلال و النتيجة و التفصيل يطلب من كتابه.(١)

و إذا كان هذا حال الوجوب التخييرى و هو يتعلّق بالفرد على البدل فكذلک الإكراه على الأمرين أيضا يتعلّق بكلّ فرد منهما على البدل و بأحدهما لا بعينه فيصدق عليه الاكراه و على الفعل المأتى به بأنّه المكرَه عليه و على الفاعل بأنّه مكرَه، بلا ريب و لا إشكال.

و لعلّ إلى هذا الاشكال - و هو أنّ الإكراه يُنافى الاختيار بالنسبة إلى أخذ أحدهما أو أحدهم من المصاديق و الأفراد- أفتى العلاّمة فى ظاهر قواعده بصحة طلاق من أكره على طلاق إحدى زوجتين فطلَّق إحداهما بعينها، و قال: «ولو ظهرت دلالة اختياره صحّ طلاقه بأن يخالف المكرِه مثل أن يأمره بطلقةٍ فيطلّق اثنتين، أو بطلاق زوجةٍ فيطلّق غيرها، أو هى مع غيرها، أو بطلاق إحدى زوجتين لا بعينها فيطلّق معيّنةً، أو يأمره بالكناية فيأتى بالصريح»(٢).

و استشكل فى صدق الإكراه فى تحريره و قال: «... ولو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه، فطلّق معينةً، فإشكال»(٣).

و تبعه المحقّق الثانى و قال فى كتاب الإقرار: «فرع: لو أُكره على بيع أحد المالين من غير تعيين فباع واحدا معيّنا ففى كون البيع مكرَها عليه تردد، و سيأتى إن شاء اللّه

١- ١ . راجع منتقى الاصول ٢/(٤٩٥-٤٨٣).

٢- ٢ . قواعد الأحكام ١٢٢/٣.

٣- ٣ . تحرير الأحكام الشرعية ٥١/٤.

تعالى فى الطلاق إنّه لو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه لا بعينها معيّنة وقع»(١).

أقول: لم يف المحقّق الكركى قدس سره بوعده و لم يكتب كتاب الطلاق فى ضمن كتابه جامع المقاصد.

و جعل الشهيد الثانى القول بصحة الطلاق هو المحتمل الضعيف فى مسالكه و قال: «و منها: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطلّق واحدة بعينها، قيل يقع الطلاق، لأنّه الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، و طلاق هذه طلاق إحداهما مع زيادة، و قد تقرّر فى الأُصول أنّ الأمر بالكلّى ليس أمرا بجزئىٍّ معيّن.

و يحتمل قويّا عدم الوقوع، لأنّ متعلَّق الإكراه و إن كان كلّيّا لكنّه يتأَدّى فى ضمن طلاق كلّ واحدة بعينها و بطلاق واحدة غير معينة فكل واحد من الأفراد داخل فى المكرَه عليه و مدلول عليه بالتضمن. نعم، لو صرّح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمة - بأن يقول: إحداكما طالق مثلاً- فعدل عنه إلى طلاق معينة فلا شبهة هنا فى وقوع الطلاق على المعيّنة لأنّه غير مكرَه عليه جزما»(٢).

و جعل فى الروضة القول بعدم الصحة هو الأقوى و قال: «ولو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلّق معينة فالأقوى أنّه إكراه، إذ لايتحقق فعل مقتضى أمره بدون إحديهما، و كذا القول فى غيره من العقود و الايقاع»(٣).

و السيّد السند(٤) اختار كلام جده من طريق الأُمّ و قال: «إمّا لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلّق معينة فالأصح أنّه إكراه، إذ لا يمكن التخلص من الضرر المتوعَّد به بدون ذلک»(٥).

و تبعه المحقّق السبزوارى و قال: «ولو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه لا على

١- ١ . جامع المقاصد ٢٠٦/٩.

٢- ٢ . المسالک ٢١/٩.

٣- ٣ . الروضة البهية ٢١/٦.

٤- ٤ . السيّد محمّد العاملى صاحب المدارک.

٥- ٥ . نهاية المرام ١٢/٢.

التعيين فطلّق واحدة معينة، قيل: يقع، و الأقوى عدم الوقوع»(١).

و صاحب الحدائق بعد نقل كلام السيّد السند و جدّه فى الروضة ردّ المحتمل الضعيف فى كلام الجدّ بقوله: «و ردّ بأن متعلّق الاكراه و ان كان كلّيّا لكنّه يتأدى فى ضمن طلاق كلّ واحدة بعينها و طلاق واحدة غير معينة، فكل واحد من الأفراد داخل فى المكرَه عليه و مدلول عليه بالتضمن.

نعم، لو صرّح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمة بأن يقول: إحداكما طالق مثلاً فعدل عنه إلى طلاق معيّنة فلا شبهة هنا فى وقوع الطلاق على المعينة لأنّه غير المكرَه عليه جزما، و أنت خبير بأنّه بالنظر إلى هذه التعليلات فإن القول الأوّل [أى قول السيّد السند و جده فى الروضة فى صدق الإكراه] هو الأقرب، إذ هو الأربط بالقواعد و الأنسب، إلاّ أنّک قد عرفت فى غير موضع ممّا تقدم ما فى البناء على أمثال هذه التعليلات»(٢).

و ذكر صاحب الجواهر رحمه الله فى الصور التى أتى المكرَه بغير ما أُكره عليه و أن مخالفته له تشعر بالاختيار أو ترفع ظهور الكراهة، قال: «و منها: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه فطلّق واحدة معيّنة، و فيه: أنّ ذلک أحد أفراد الكلّى المكرَه عليه، نعم، لو كان الإكراه على الإبهام و عدل إلى التعيين وقوع عليها...»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «... الأقوى - وفاقا لكل من تعرّض للمسألة - تحقق الاكراه لغة و عرفا، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرَها عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، إذ الموجود فى الخارج دائما إحدى خصوصيات المكرَه عليه، إذ لايكاد يتفّق الإكراه، بجزئيٍّ حقيقيٍّ من جميع الجهات...»(٤).

أقول: بعد ما مرّ فى مقدمة هذا البحث من تقرير الإكراه على الأمرين و أنّه كتصوير الوجوب التخييرى بلا فرق، فالاختيار فى بعض المصاديق لا ينافى الإكراه، كما أنّ جواز

١- ١ . الكفاية ٣١٩/٢.

٢- ٢ . الحدائق ١٦٣/٢٥.

٣- ٣ . الجواهر ١٤/٣٢.

٤- ٤ . المكاسب ٣٢٠/٣.

ترک بعض أفراد الواجب التخييرى لا ينافى الوجوب.

فلو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه أو زوجاته فطلّق إحداهما أو إحداهنَّ، لا يقع لصدق الإكراه و ما ورد فى كلام العلاّمة من الحكم بالصحة أو الإشكال فى صدق الإكراه و تبعيّة المحقّق الثانى له تُحمل بما إذا قنع المكرِه بطلاق إحداهما مبهمة كما حمله بعض الأجلة على ما نَسب إليه المحقّق التسترى(١). و ذكره الشيخ الأعظم.(٢)

فحينئذ لو أُكره على الأمرين الوضعيين سواء كانا عقدين أو إيقاعين أو عقد و إيقاع و اختار المكرَه أيًّا من طَرَفَى الإكراه - بلا فرق بين كونه عقدا أو ايقاعا- لم يقع و يحكم بفساده لأجل طريان الإكراه. هذا كلّه إذا كان الفردان عَرْضِيَّيْنِ.

و أمّا إذا كانا طوليين بأنّ أحدهما فى عمود الزمان يتأخر عن الآخر فهل للمكرَه أن يختار أيّهما شاء؟ أم لابدّ له من التأخير، ولو أتى بالفرد المقدَّم كان صحيحا لأنّه لم يكره عليه بالخصوص و يتمكن من التأخير إلى الفرد الأخير؟

مثلاً لو كان مكرَها على بيع داره فى يوم الجمعة أو السبت، فهل له أن يبادر ببيعه فى يوم الجمعة و هو كان عالما ببقاء الإكراه إلى يوم السبت؟ أم ليس له هذا البدار و لابدّ أن يأتى بالفرد الأخير؟

ذهب المحقّق النائينى قدس سره إلى وجود الفارق بين المحرّمات و المعاملات فى الأفراد الطوليه بأنّ فى الأوّل لا يجوز البدار و لابدّ من التأخير و الإتيان بالفرد الأخير ولكن فى المعاملات يجوز

البدار و يصدق الإكراه و قال بالنسبة إلى المعاملات: «... أمّا لو كان مكرَها فى بيع داره موسَّعا فلو كان مأيوسا من التخلّص عنه فإقدامه على البيع فى أوّل الوقت لا يخرجه عن الإكراه، و أمّا لو احتمل التخلّص فلو باع أوّل الوقت فهو مختارٌ...»(۳).

و اعترض عليه المحقّق السيّدُ الخوئى رحمه الله من عدم وجود الفارق بين المحرّمات و

۱- ۱ . مقابس الأنوار /۱۱۸.

۲- ۲ . المكاسب ۳۲۰/۳.

۳- ۳ . منية الطالب ۳۹۵/۱.

المعاملات لأنّ «الإتيان بالفرد المتقدّم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكرَه عليه و لا المضطر إليه لكى يرتفع حكمه، سواء أكان ذلک من قبيل المعاملات أم كان من قبيل الاُمور المحرّمة، فإنّ الذى يترتب عليه الضرر إنّما هو ترک المجموع، لا ترک خصوص الفرد الأوّل، و عليه فلا ملزم له فى فعله، نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه، و على هذا فلو أكره أحدٌ على بيع داره إمّا يوم الجمعة أو يوم السبت فبادر إلى بيعها يوم الجمعة فإنّه يحكم بصحة هذا البيع لصدوره عن الرضا و طيب النفس»(۱).

أقول: الظاهر عدم الفرق بين المحرّمات و المعاملات فى الأفراد الطولية من عدم صدق الإكراه إلاّ فى الفرد المتأخر، فلو أتى بغيره لم يكن مكرَها بالنسبة إليه فيقع صحيحا فى المعاملات و حراما فى المحرّمات.

و ظهر ممّا ذكرنا أَنَّهُ لو كان مكرَها على الأمرين الوضعيين كانَ أحدهما باطلاً و الآخر صحيحا، لو لم يكن الاكراه على الصحيح كثلاث تطليقات فى دفعة واحدة أو الطلاق الواحد، و كبيع مال الغير

أو بيع ماله، و كطلاق زوجة الغير أو طلاق زوجته، و كبيع مال الوقف أو بيع ماله الشخصى، و كقرأة عقد الزواج على بنت الغير للمكرِه أو على بنت المكرَه، ففى كلِّ هذه الأمثلة لابدّ للمكرَه أن يختار الأمر الوضعى الذى يكون باطلاً من قبل نفسه - و هو الأمر الأوّل فى أمثلتنا- لا الأمر الوضعى الثانى فى الأمثلة الذى يكون صحيحا لو لم يكن الإكراه، و الوجه فى ذلک بطلان هذه الموارد حتّى من دون الإكراه و معه بطريق أُولى، فلذا لو اختار الأمر الصحيح فى نفسه و هو غير مكرَه بخصوصه وقع صحيحا، فلابدّ للمكرَه من تركه و اختيار الشق الآخر الذى كان باطلاً، و إن كان فى النفس بالنسبة إلى هذا الاخير شى ءٌ.

المقام الثالث: الاكراه على الأمرين أحدهما تكليفىٌّ و الآخر وضعىٌّ

إذا أُكره على أحد الأمرين أحدهما تكليفىٌّ كشرب الخمر أو ترک الصلاة و الآخر

۱- ۱ . مصباح الفقاهة ۳۱۵/۳.

وضعىٌّ كبيع داره أو طلاق زوجته، فحينئذ لابدّ للمكرَه أن يختار الأمر الوضعى و ترک الحرام التكليفى أو الاتيان بالواجب، و الأمر الوضعى الذى أتى به لم يقع لأنّه المكرَه عليه. و هذا واضح لا ريب فيه.

و من هنا لو كان مكرَها على الأمرين المرددين بين الحرام أو ترک الواجب و المباح فلابدّ له أن يختار المباح و لا يصدق الإكراه بالنسبة إلى الحرام أو ترک الواجب فلا يجوز الإيتان به أو الترک بذا.

مثلاً لو كان مكرها على شرب أو أكل شى ءٍ مباحٍ يتنفر طبعه منه أو شرب الخمر أو ترک الصيام، فلابدّ له من الإتيان بالمباح.

و كذلک لو كان الإكراه مرددا بين أمر مباح و أمر وضعىّ نحو: الجماع مع زوجة المكرَه العجوز التى لا يريدها أو طلاق إحدى زوجاته و هى الشابة الجديدة، فلابدّ له أن يختار المباح و ترک الأمر الوضعى و هو فى المثال الطلاق، فلو أتى بالطلاق لكان صحيحا، و إن كان فى النفس بالنسبة إلى هذا الأخير شى ءٌ، و هو لو اختار الأمر الوضعى و أتى به من دون قصد و لأنّه كان مكرَها بالنسبة إليه لعدم ارتضاء نفسه بالإتيان بهذا الشرب أو الأكل أو الجماع، لتنفر طبعه منها فيصدق الإكراه عرفا فلا أثر للأمر الوضعى المكرَه عليه أيّما كان من عقدٍ أو إيقاعٍ.

السادس: اكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحدٍ

و هذا الفعل الواحد إمّا تكليفىٌّ أو وضعىٌّ.

أ: إمّا التكليفى: فنحو إكراه أحد الشخصين على شرب الخمر أو ترک الصلاة، يجوز لأحدهما ارتكابه دفعا للضرر المتوعد به من المكرِه، ولكن إن علم أو اطمأن بأنّ الآخر يفعله لكثرة خوفه أو لضعف إيمانه فلا يجوز للآخر الإتيان به. و إن علم أو اطمأن بأنّ الآخر لا يفعله أو حتّى احتمل احتمالاً عقلائيا بأنّه لايفعله يجوز له ارتكابه. و يكون هذا الإكراه مشابهً للوجوب الكفائى فى تصويره و تقريره.

ب: و إمّا الوضعىٌّ: فنحو إكراه أحد الشخصين على بيع الدار و هما صاحب الدار و وكيله، أو العقد على البنت و هما أبوها و جدّها، و الكلام فيه كالكلام فى التكليفى بلا

فرق.

أمّا مقالة الشيخ الأعظم من: «انّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه - كإكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، فى كون كلٍّ منهما مُكرَها»(١).

لابدّ من تقييد جملة «كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين» بالعرضين، لأنّ قد مرّ عدم اتصاف الطوليين بالإكراه إلاّ الفرد الأخير فقط. فلابدّ من تقييد الفعلين بالعرضيين عندنا، ولكن حيث أنّ الشيخ الأعظم لم يتعرّض فى ظاهر كلامه للفعلين الطوليين فهذا التقييد غير لازم له.

السابع: متعلَّق الاكراه

الإكراه قد يتعلَّق بالمالک العاقد - كما هو الغالب - و قد يتعلَّق بالمالک دون العاقد و قد يتعلَّق بالعاقد دون المالک فللمسألة صُوَرٌ ثَلاثٌ:

الأُولى: تقدم الكلام فيها و أن حكمها بطلان العقد المكرَه عليه.

الثانية: كالإكراه على التوكيل لبيع داره أو طلاق زوجته، أعنى المكرِه الظالم - و هو العاقد مثلاً- أكره المالک أو الزوج على إعطاء الوكالة له لبيع داره أو طلاق زوجته، أو أن يوكِّل غير المكرِه فى البيع أو الطلاق. و حيث أنّ عقد الوكالة وقع عن كرهٍ فيكون باطلاً فلم يستند العقد كالبيع و الإيقاع كالطلاق إلى المالک و الزوج فلا إشكال فى عدم وقوعهما.

بعبارة أُخرى: التوكيل حيث يكون إكراهيا فيكون كالعدم فلايقع العقد الذى أجراه هذا الوكيل الإكراهى.

نعم، لو لحقه الإجازة من المالک أو الزوج يكون فضوليا تتبعه الاجازة فبالنسبة إلى البيع يكون صحيحا و بالنسبة إلى الطلاق بناءً على صحة الإيقاعات الفضولية يكون صحيحا.

الثالثة: إكراه المالک غيرَه على أن يكون وكيلاً عنه فى عقد أو إيقاع نحو: قول

١- ١ . المكاسب ٣٢١/٣.

المالک لغیره: بع مالی أو طلّق زوجتی و إلاّ... .

ذهب الشیخ الأعظم إلی أنّ «الأقوی هنا الصحة»(۱).

و احتمل الشهید الثانی بعد أن جعل وقوع الطلاق - مثلاً- أصح الوجهین، عدم الوقوع و الصحة فی قوله: «لو قال: طلّق زوجتی و إلاّ قتلتک أو غیر ذلک ممّا یتحقّق به الإکراه، فطلّق ففی وقوع الطلاق وجهان، أصحّهما الوقوع، لأنّه أبلغ فی الإذن، و وجه المنع: أنّ الإکراه یسقط حکم اللفظ، فصارکما لو قال لمجنون: طلّقها فطلّق. و الفرق بینهما: أنّ عبارة المجنون مسلوبة أصلاً، بخلاف عبارة المکرَه، فإنّها مسلوبة لعارض تخلّف القصد، فإذا کان الآمر قاصدا لم یقدح إکراه المأمور»(۲).

و قال أیضا: «لو أُکره الوکیل علی الطلاق دون الموکِّل ففی صحته وجهان أیضا، من تحقّق اختیار الموکلِّ المالک للتصرف، و من سلب عبارة المباشر»(۳).

ولکن التحقیق أنّ لهذه الصورة أقساما:

الأوّل: أن یکون الاکراه من المالک و کان العاقد الوکیل مکرَها فی إجراء عقده أو إیقاعه، فحینئذ لا إشکال فی صحة العقد أو الإیقاع لصحة انتسابهما إلی المالک فیتمّان، و اکراه العاقدِ أو عدم رضایته بالعقد لا یضرّ بصحته لأنّه أجنبیٌّ فی المقام و لا أثر لعدم رضایته بعد رضا المالک.

لا یقال: حدیث الرفع ینفی الصحة من هذا العقد لوجود الإکراه بالنسبة إلی العاقد.

لأنّا نقول: العاقد المکرَه لیس هنا لفعله أثر بالنسبة إلی شخصه حتّی یرفعه الحدیث، و أمّا جریان حدیث الرفع بالنسبة إلی المالک أیضا فَلایتم لأنّه أوّلاً: لم یکن مکرَها، بل هو المکرِه هنا، و ثانیا: یکون خلافا للامتنان.

إشکالٌ: عقد العاقد صحته مشروط بإحراز قصده و مع الإکراه لا یمکن إحرازه ببناء العقلاء فحینئذ لا یحکم بصحة عقد العاقد المکرَه لعدم إحراز قصده کما علیه

١- ١ . المكاسب ٣٢٢/٣.

٢- ٢ . المسالک ٢٢/٩.

٣- ٣ . المسالک ٢٣/٩.

المحقّق التسترى قال فى مقابسه: «إنّ إرادة مدلول اللفظ لابدّ منها فى صحة العقد و إن تجرّدَ من الرضا به و لذلک بطل عقد الهازل و قاصد التورية و نحوهما و إذا صدر العقد من مختار بالغ عاقل حكمنا بما هو الظاهر من حصول ذلک بخلاف ما إذا صدر من مكرَهٍ إذ لا ظهور لعبارته فى قصد المعنى المطلوب و لا عبرة بالدلالة المجردة عن الارادة، فكيف يحكم بالصحة بمجرد صدور العقد و الرضا...»(١).

أجاب عن هذا الاشكال صاحب الجواهر بقوله: «قلت: هذا مبنىٌّ أيضا على ما سمعت من خلو المكرَه عن القصد و قد عرفت الحال»(٢)، و قال قبله: «... فالمكرَه قاصد على نحو غيره إلاّ أنّه قصد إكراه لا قصد اختيار، و إن شئت عبّرت عن ذلک بالرضا و عدمه»(٣).

و أجاب الشيخ الأعظم عنه بوجهين(٤) بتوضيح منّا:

١- نعلم بأنّ العاقد المكرَه لايتكلّم لاغيّا و لا موريّا، فيكون قاصدا للعقد، لعدم وجود الشق الرابع.

٢- المالک فى ظهور العقد هو كون الفعل اختياريا فى مقابل الاضطرار كحركة يد المرتعشة، و من المعلوم أنّ الإكراه لا يصل إلى حدّ الاضطرار فيمكن إجراء اصالة القصد فى عقد المكرَه.

الثانى: أن يكون الإكراه من غير المالک لغير وكيله، كما إذا أكره زيدٌ عَمْرا على بيع مال بكر أو طلاق زوجته، فيكون العقد أو الإيقاع فى هذا القسم فضوليّا يتوقف صحته على الإجازة.

الثالث: أن يكون الإكراه من غير المالک لوکیله - أی لوکیل المالک - و یکون العقد باطلاً لعدم انتساب العقد إلی المالک -و هو واضح - و لا إلی وکیله لأنّه مُکْرَهٌ و عقد المکرَه

ص: ۱۳۷

۱- ۱ . مقابس الأنوار، کتاب البیع /۱۸.

۲- ۲ . الجواهر ۱٦/۳۲.

۳- ۳ . الجواهر ۱۵/۳۲.

٤- ٤ . المکاسب ۳۲۳/۳.

باطلٌ.

نعم، إذا عُلم رضا المالک بالعقد و إذنه فیه حُکم بصحة العقد، لأنّ رضا الوکیل إنّما یعتبر بما أنّه طریق و کاشف عن رضا موکله، فلو عُلم رضا الموکل و إذنه بالعقد مع صدور العقد من الوکیل حُکم بصحته.

و ظهر ممّا کرنا آنفا عدم صحة قیاس المکرَه بالمجنون، لأنّه مسلوب العبارة فلا تأثیر لعقده بخلاف المکرَه.

الثامن: الاکراه علی بیع عبدٍ من عبدین

قال العلاّمة فی التذکرة: «لو أکرهه علی بیع عبد فباع اثنین أو نصفه فإشکال»(۱).

ما یصدر من المکرَه من العقود و الإیقاعات مع متعلَّق الإکراه إمّا مساوٍ أو متباین أو یزید علیه أو ینقص منه، فهذه أَرْبَعُ صور:

الصورة الاولی: التساوی

بين العقد أو الإيقاع و ما تعلَّق به الإكراه نحو: الإكراه على بيع داره الْخاصَّةِ أو إجراء الطلاق على زوجته الخاصة، فأجرى العقد أو الإيقاع على طبق ما أكرهه عليه، و قد مرّ حكمه و هو البطلان.

الصورة الثانية: التباين

إذا أكرهه على بيع داره فأجرى العقد و باع دكانه له، أو أكرهه على طلاق زوجته فُلانَة فطلّق غيرها، فَلا إشكال فى صحة العقد و الإيقاع لأنّه غير مكرَهٍ بالنسبة إليه و أتى به بالاختيار فيقع.

«نعم، إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكرِه (بالكسر) به فيرفع اليد عن الإكراهه كان باطلاً لا محالة، و ذلک لفقدانه طيب النفس و أنّه من جهة الاضطرار»(۲).

۱- ۱ . تذكرة الفقهاء ۱٤/۱۰.

۲- ۲ . مصباح الفقاهة ۳۲۳/۳.

الصورة الثالثة: الزيادة

لو أتى بالمكرَه عليه مع زيادة و هى على قِسْمَيْنِ:

القسم الأوّل: التدريجية

كما لو أكرهه على بيع داره فَباعَها له ثمّ باع داره الأُخْرى أيضا له من دون إكراه عليها، أو أكره على بيع أحد عبديه فباع أحدهما ثمّ باع الآخر له، فحينئذ فَلا شبهة فى بطلان بيع الأوّل لأنّه مُكْرَهٌ عليه، و صحة بيع الثانى لأنّ البائع غير مكرَه بالنسبة إليه و فعله باختياره.

و احتمل الشيخ الأعظم الرجوع إلى البائع فى تعيين البيع المكرَه عليه لو كان مثليين نحو عبد من العبدين أو دار من الدارين لأنّه أعرف بقصده و قال: «مع احتمال الرجوع إليه فى التعيين سواءً ادّعى العكس أم لا»(۱). يعنى سواءً المكرَه ادعى أنّ الثانى هو المكرَه عليه أم الأوّل يؤخذ بقوله لأنّه لايعرف التعيين إلاّ من قِبَلِهِ فيتبع قوله.

و يرد على هذا الاحتمال: بأنّه بعد تحقّق العقد الأوّل لم يبق موضوع للإكراه لكى يحتمل وقوع العقد الثانى عن كره حتّى يرجع إلى البائع فى التعيين.

و لا يقال: «بل لا يبعد صحة البيع الثانى حتّى فيما إذا كان متفرعا على الإكراه و من تبعات بيع الأوّل كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه، ثم باع المصراع الثانى فإنّ بيع المصراع الثانى و إن كان لأجل عدم الانتفاع به وحده و من تبعات البيع الأوّل لكنّه حيث وقع عن الرضا و بغير كره فيحكم بصحته»(۲).

لأنّا نقول: «فى الموارد التى لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما فى ملكه و باع الآخر لكونه ضررا أو حرجا عليه كما فى الحيوان و ولده أو كأحد مصراعى الباب فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار أنّ الحكم ببطلان أحدهما مقتضى رفع الإكراه و الحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الاضطرار إليه، لأنّه لو لم يقدّم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج

۱- ۱ . المكاسب ۳۲٤/۳.

۲- ۲ . مصباح الفقاهة ۳۲٤/۳.

عليه...»(۱).

القسم الثانى: الدفعيّة

لو أكره على بيع إِحْدى داريه، فباع المكرَه داريه معا دفعة واحدة له أو أكره على بيع أحد العبدين فباعهما معا له، قال الشيخ الأعظم فى حكمها: «ولو باعهما دفعة احتمل صحة الجميع، لأنّه خلاف المكرَه عليه و الظاهر أنّه لم يقع شى ءٌ منهما عن إكراه، و بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرَها عليه و لا ترجيح و الأوّل أقوى»(٢).

و هنا احتمال ثالث ذهب إليه المحقّق السَّيِّدُ الخوئى(٣) و هو تعيين البيع المكرَه عليه بالقرعة و الحكم بالصحة بالنسبة إلى الآخر.

ثم اعترض على نفسه بأنّ «القرعة إنّما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعيّنا واقعا و مجهولاً ظاهرا، و من الواضح أنّ المكرَه عليه مردّدٌ بين الأمرين ظاهرا و واقعا من غير أن يكون له تعيين فى مرحلة من المرحلتين».

و أجاب عنه بأنّ أدلة القرعة مطلقة و أنّها تجرى فى كلِّ أمر مشتبه أو مشكل، و من هنا ذهب الفقهاء إلى الرجوع إلى القرعة فيما إذا طلّق شخص إحدى زوجاته مِنْ غير تعيين مع أنّ المطلقة حينئذ لا تعيين لها لا واقعا و لا ظاهرا.(٤)

أقول: فى هذا الفرع لابدّ من القول بالصحة فى الجميع لأنّه غير مكرَه على الجميع و أتى به فالمكرَه عليه شى ءٌ و ما أتى به المكرَه شيئٌ آخَرُ، فيحكم بالصحة للجميع لعدم صدق الإكراه فيه.

و بما ذكرنا لا يتم احتمال بطلان الجميع بأنّ المكرَه عليه أحدهما و لا تعيين له فى الواقع، و الحكم بفساد أحدهما معيّنا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و وجه عدم التمامية: أنّ المكرَه عليه أحدهما بشرط أن لا يكون معه الآخر، و هو

١- ١ . إرشاد الطالب ٢٥٤/٢ مع تصرف مختصر.

٢- ٢ . المكاسب ٣٢٤/٣.

٣- ٣ . مصباح الفقاهة ٣٢٤/٣.

٤- ٤ . راجع مصباح الفقاهة ٣٢٥/٣.

أتى بكليهما و هو أحدهما بشرط الآخر و من المعلوم أنّ الماهية بشرط لا غير الماهية بشرط شى ء فلا ينطبق المكرَه عليه على ما أتى به المكرَه، فيحكم بالصحة و لا نحتاج إلى التعيين فى المكرَه عليه حتّى نذهب إلى الفساد لعدم امكان الأخذ بأحدهما معيّنا دون الآخر حيث يكون ترجيحا بلا مرجح.

و كذا لا يتم ما ذكره المحقّق السَّيِّدُ الخوئى قدس سره من الاحتمال لأنّا لا نحتاج إليه مضافا إلى عدم جواز تعيين الفاسد من الصحيح بالقرعة، لأنّ الأصحاب لم يعملوا بإطلاق أدلة القرعة - لو كانت مطلقة - بل عملوا بها فى موارد خاصة و هى موارد وجود القول بها فيها -«كما هو المشهور بين المعاصرين و غيرهم»(١)- و لعلّ مثال الطلاق المذكور فى كلامه منها و أمّا فرعنا هذا فَلَمْ يقل أحد بالقرعة فيه إلاّ هُوَ فلا يمكن العمل بالقرعة فيه، و التفصيل يطلب من البحث حول قاعدة القرعة.

الصورة الرابعة: النقيصة

و هى بيع ما يكون أنقص من المكرَه عليه نحو: الإكراه على بيع الدارين، فباع إِحْدَيْهِما أو طلاق الزوجتين فطلَّق إحديهما.

لو أتى بهذه النقيصة رجاءً له بأنّ المكرِه اكتفى بذلک و لا يكرهه على الآخر، فلا إشكال فى صدق الإكراه و بطلان العقد أو الإيقاع.

و كذلک لو أكرهه على بيع داره فباع له نِصْفَها لرجاء أن يكتفى المكرِه به يصدق الإكراه و يحكم بالبطلان.

و الدليل عليه: أنّ الإكراه على المجموع إكراه على البعض خارجا و واقعا.

التاسع: لو أُكره على معيّن فضمّ غيره إليه

باختياره نحو: الإكراه على طلاق زوجة معينة فطلَّق معها غيرها أيضا، أو الإكراه على بيع الدار فضمّ إِلَيْها دكانه.

لا إشكال فى صحة طلاق غير المكرَه عليها أو بيع الدكان، لانّهما وقعا باختيار و

١- ١ . راجع القواعد الفقهية ٤٣٢/١، للاُستاذ آية اللّه الشيخ محمّدالفاضل اللنكرانى قدس سره .

من دون إكراهٍ و بطلان المكرَه عليها.

ولكن قال الشهيد الثانى: «لو أكرهه على طلاق زوجته فطلَّق زوجتين، فإن وقع ذلک بلفظ واحد كما قال له: طلِّق زوجتک زينب، فقال لها و لفاطمة: انتما طالقتان، وقع عليهما، لأنّ ذلک خلاف المكرَه عليه و قد عدل عنه إلى غيره فلا مانع من صحته، و إن قال: زينب طالق و فاطمة طالق، طُلّقت فاطمة و لم تُطَلّق زينب، لأنّها مكرَه عليها بخلاف الاُخرى. و منهم من لم يفصّل بين العبارتين و أطلق الحكم بوقوع الطلاق عليهما، و الفرق متجه»(١).

جعل ثانى الشهيدين الصيغة الاُولى «أنتما طالقتان» من مصاديق الزيادة الدفعية و حكم بالصحة فى الجميع كما هو مختارنا فيما مرّ آنفا، و جعل الصيغة الثانية «زينب طالق و فاطمة طالق» من مصاديق هذا الفرع الأخير و حكم بالبطلان بالنسبة إلى المكرَه عليها و صحة طلاق غير المكرَه عليها، فنحن موافق له فى الفرعين و بينهما بون بعيد.

و تبعه صاحب الجواهر و قال: «لو أُكره على طلاق زوجة معيّنة فطلّقها مع غيرها بلفظ واحد فإنّه يشعر باختياره أيضا، نعم لو طلّقهما بصيغتين وقع الطلاق على غير المكرَه عليها و بطل فى الأُخرى، و قد يحتمل عدم الفرق بينهما»(٢).

ولكن الشيخ أسداللّه التسترى(٣) لم يفرق بين إنشاء العقد أو الإيقاع بالصيغة الواحدة أو المتعددة بخلاف العَلَمين، و الظاهر تبعية الشيخ الأعظم له حيث يقول: «ولو أُكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما دفعة فالأقوى الصحة فى غير ما أُكره عليه»(٤).

أقول: تفصيل الشهيد الثانى قدس سره تام عندنا لما مرّ فى الزيادة الدفعية و هنا و الحمدللّه.

ص: ١٤٢

١- ١ . المسالک ٢١/٩.

٢- ٢ . الجواهر ١٤/٣٢.

٣- ٣ . راجع مقابس الأنوار، کتاب البيع /١٥.

٤- ٤ . المکاسب ٣٢٤/٣.

العاشر: دعوى الاكراه

قال فى المسالک: «لو تلفّظ بالطلاق ثم قال: كنتُ مكرَها و أنكرت المرأة، فإن كان هناک قرينة تدلّ على صدقه - بأن كان محبوسا أو فى يد متغلِّب و دلّت القرينة على صدقه - قبل قوله بيمينه و إلاّ فلا. ولو طلَّق فى المرض ثم قال: كنت مغشيّا علىَّ أو مسلوب القصد لم يقبل قوله إلاّ ببيّنة تقوم على أنّه كان زائل العقل فى ذلک الوقت، لأنّ الأصل فى تصرّفات المكلَّف الصحة إلى أن يثبت خلافها. و إنّما عدلنا فى دعوى الإكراه عن ذلک بالقرائن لظهورها و كثرة وقوعها و وضوح قرائنها بخلاف المرض»(١).

و فی الحدائق یری مسألة الإکراه فی کلام الشهید الثانی هی أَمْرٌ: «مقطوع به فی کلام الأصحاب»(۲) ولکن اعترض علیه فی مسألة المرض بقوله: «و إن ظهر من حال المریض اضطراب و اختلاط کعدم انتظام کلامه و تغیّر أحواله ثمّ ادعی زوال العقل و الحال کما فرضنا فإنّ الظاهر قبول قوله لعین ما ذکر فی المسألة الاولی اعتمادا علی القرائن فی الموضعین»(۳).

و قال الشیخ الأعظم: «لکن فی سماع دعوی البائع ذلک [أی الاکراه] مع عدم الأمارات نظر»(٤).

أقول: إن ادعی الإکراه و عنده القرائن یقبل قوله و إلاّ یحتاج إثباته إلی البیّنة الشرعیّة و کذا الأمر بالنسبة إلی المرض بلا فرق کما علی الأوّل ثانی الشهیدین و صاحب الحدائق و علی الثانی الأخیر فقط.

۱- ۱ . المسالک ۲۳/۹.

۲- ۲ . الحدائق ۱٦٥/۲٥.

۳- ۳ . الحدائق ۱٦٥/۲٥.

٤- ٤ . المکاسب ۳۲٥/۳.

الحادی عشر: طلاق المکرَه

قد مرّ فی الأمر الأوّل(۱) کلام العلاّمة فی التحریر بأن: «لو أُکره علی الطلاق فطلَّق ناویا له فالأقرب أنّه غیر مکرَه، إذ لا اکراه علی القصد»(۲).

فحکم قدس سره بِوُقُوْعِ الطلاق مستدِّلاً بأنّه غیر مکرَه فی نیّته و قصده و تبعه ثانی الشهیدین المسالک(۳) و الروضة(٤) کما مرّ.

ولکن الشیخ الأعظم(٥) قسّم الفرع المذکور إلی سِتِّ صور:

١- أن يكون الطلاق الصادر من المكرَه مقترنا بالرضا و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه لا بنحو الداعى المستقل و لا منضما إلى غيره من الدواعى، بل يقترن الطلاق بما بعد الإكراه زمانا، نحو أن يكون الزوج قاصدا الطلاق ولكن قبل إجرائه الصيغة أكره الظالم مع جهله بحاله و قصده فجرى الصيغة فوقع الطلاق، لأنه لم يستند إلى الإكراه أصلاً.

٢- أن يكون الإكراه جزءً لسبب الطلاق و وَجُزْؤُهُ الآخر سوء خُلقها أو انزجاره منها أو غيرهما من دواعى الطلاق، و الجزان يؤثران فى وقوع الطلاق فهل يحكم بصحته استنادا إلى الجزء المختار؟ أو يحكم ببطلانه استنادا إلى الجزء المكرَه عليه؟ كلٌّ محتملٌ.

ذهب السيّد الخوئى رحمه الله إلى البطلان «لأنّ المناط فى بطلان عقود المكرَه و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحة لأنّ الأدلة على اعتبار الرضا فى العقود و الإيقاعات ظاهرة فى كون الرضا سببا مستقلاً لصدورها، لا جزءً لذلک، و عليه فإذا اقترن الرضا بالإكراه و اجتمع معه استند الفعل إليهما لا إلى الرضا فقط و حينئذ فالإكراه و إن لم يقتض الفساد، إلاّ أنّ ما يقتض الصحة - أيضا - غير متحقّق، لعدم صدور الطلاق عن الارادة و

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١١٢.

٢- ٢ . تحرير الأحكام الشرعية ٥١/٤.

٣- ٣ . المسالک ٢٢/٩.

٤- ٤ . الروضة البهية ٢١/٦.

٥- ٥ . المكاسب ٣٢٧/٣.

الرضا»(١).

و تابعه شيخنا الأُستاذ قدس سره و قال: «لا يبعد شمول حديث رفع الاكراه على الطلاق فى الفرض باعتبار أن رفعه يناسب الامتنان، حيث أنّ المفروض عدم وقوعه لو لا الإكراه»(٢).

أقول: حيث يأتى الإكراه ولو على سبيل جزء العلّة - لا تامّتها - يحكم بالبطلان، لأنّ النتيجة تتبع أخس المقدمتين أو المقدمات، و يصدق على المطلِّق هنا بأنّه مكرَه ولو لا الإكراه لم يطلِّق لعدم تحقق العلّة التامة، فالحكم بالبطلان تام كما عليه العلمان رحمهماالله .

٣- أن يكون الداعى إليه هو دفع الضرر الوارد على المكرِه (بالكسر) كما إذا هدَّد شخصٌ والده بأن يقول له: «طلِّق ضرّة والدتى و إلاّ قتلتُ نفسى»، فطلَّق الوالد ضرّتها قاصدا الطلاق، و الطلاق باطل عندنا و يأتى كلام العلاّمة من الحكم بالصحة فى هذه الصورة.

٤- أن يكون الداعى إلى الطلاق شفقة دينية على المكرِه لئلا يقع فى معصية كما إذا قال: «طلِّق زوجتک لأتزوّجها و إلاّ زنيتُ بها» فطلَّقها قاصدا.

قال الشيخ الأعظم: «و الحكم فى الصورتين لا يخلو من إشكال»(٣) أى الصورتين الثالثة و الرابعة.

أقول: يأتى كلام العلاّمة من الحكم بالصحة.

٥- أن يكون الطلاق لأجل التخلص مِن الضرر المتوعد به على المكرَه لأجل اعتقاده بعد امكان التخلص إلاّ بايقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن عدم توقف التخلص على ذلک.

٦- أن يوقع الطلاق حقيقة لأجل التخلص من ظلم المكرِه، لجهل المكرَه برفع حكم الطلاق الإكراهى و هو (المكرَه) زعم أنّ الطلاق الإكراهى صحيح فطلَّق حقيقة.

١- ١ . مصباح الفقاهة ٣٢٨/٣.

٢- ٢ . إرشاد الطالب ٢٥٧/٢.

٣- ٣ . المكاسب ٣٢٧/٣.

قال الشيخ الأعظم: «و الحكم فى هاتين الصورتين [الأخيرتين] لا يخلو عن إشكال إلاّ أنّ تحقّق الإكراه أقرب»(١).

أقول: يأتى كلام العلاّمة فى هاتين الصورتين الأخيرتين أيضا، و بالجملة يأتى كلامه فى أربع صور من الصور السِّتِّ. ولكن الطلاق فى جميع الصور الأَرْبَعِ الأخيرة باطل عندنا لصدق الإكراه. نعم، فى الصورة الرابعة - الشفقة الدينية - لو لم تبلغ إلى حد الإكراه، و رضى بالطلاق قاصدا إليه يكون صحيحا، كما عدّه شيخنا الأُستاذ(٢) قدس سره الإظهر.

نعم، هنا صورتان لم يتعرض الشيخ الأعظم لهما.

٧- أن يطلقها على إكراه ولكن يرضى به بعد التأمل لسوء خلقها أو لعدم تمكّنه من نفقتها أو غيرهما. و قد يقال بصحة هذا الطلاق للحوق الرضا به، و هذا هو الفرع الذى يأتى فى ما بعد فانتظر قليلاً.

٨- أن يكون كل واحد من الرضا و الإكراه علّة تامة و سببا مستقلاً فى نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن إكراه لوقع الطلاق و هكذا العكس.

قوى المحقّق النائينى فساد الطلاق فى هذا الفرض و قال: «حيث لا يمكن توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد فتصير كلّ واحدة إذا اجتمعا جزء السبب و الفعل يسند اليهما معا. و هذه الصورة يحتمل فيها وجهان، ولكن الأقوى فيها االفساد لأنّها و إن لم تكن إكراهيا إلاّ أنّها لا تكون «تجارة عن تراض» أو أنّها و إن كانت عن رضا إلاّ أنّها عن إكراهٍ أيضا.

و كلّ علّتين مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كلّ منهما كاجتماع الريا و قصد الأمر فى العبادات بل كاجتماع التبريد و قصد الأمر، نعم، لو كان التبريد ضميمة لا داعيا مستقلاً صحت العبادة»(٣).

و اعترض عليه تلميذة السيّد الخوئى بقوله: «إنّ الإكراه لا يقتضى الفساد لكى

١- ١ . المكاسب ٣٢٨/٣.

٢- ٢ . إرشاد الطالب ٢٥٨/٢.

٣- ٣ . منية الطالب ٤٠٦/١.

يكون المقام من قبيل توارد العلّتين المستقلّتين على معلول واحد. بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضى الصحة، و إذا تحقق الرضا وُجد ما يقتضى الصحة، و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشى ء مع ما لايقتضيه، لا من قبيل تعارض المقتضين»(١) و حكم بالصحة.

أقول: يمكن أن يُناقش المحقّق السَّيِّد الخوئى قدس سره بأنّ فرض المقتضى لايجتمع مع العلّة التامة و السبب المستقل، فما ذكره قدس سره خارج عن محلِّ البحث، و أمّا ما ذكره من قَوْلِ المحقّق النائينى رحمه الله من «عدم إمكان توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحدً تام، ولكن هذا لا يوجب صيرورتهما العلّة الناقصة و جزء السبب كما قاله، بل الصحيح أنّ الفعل يستند إلى الأُولى منهما، فلو كان الرضا مقدَّم يستند الفعل إليه، ولو كان الإكراه مقدَّما يستند الفعل إليه ولكن حيث يتبعه الرضا و لحقه فيحكم بالصحة فى الفرضين، فنحن نوافق السيّد الخوئى من حكمه بالصحة ولكن طريق الاستدلال يختلف.

ثم إنّ هنا صورة تاسعة لابدّ أن نتعرض إليها:

٩- لو قال الأجنبى: «طلِّق زوجتک و إلاّ قتلتُ نفسى» أو «زنيت بغيرها»، لا يجب الطلاق و لا يصدق الإكراه أيضا لأنّ الضرر المتوعد به لم يرد على المكرَه بل يرد على المكرِه نفسه، فلو طلَّقها قاصدا وقع، كما عليه شيخنا الأُستاذ(٢) رحمه الله و المحقّق المروج(٣) قدس سره .

الثانی عشر: صحة عقد المکرَه المتعقب بالرضا

اشارة

قال فی المفتاح: «المشهور أنّ المکرَه لو باع ثمّ رضی بعد زوال عذره انعقد بیعه. و فی الریاض(٤) و الحدائق(٥): أنّ ظاهرهم الاتفاق علی ذلک. و هو ظاهر الکفایة(٦) حیث

١- ١ . مصباح الفقاهة ٣٢٩/٣.

٢- ٢ . إرشاد الطالب ٢٥٨/٢.

٣- ٣ . هدی الطالب ٢٦٧/٣.

٤- ٤ . ریاض المسائل ٢١٨/٨.

٥- ٥ . الحدائق ٣٧٣/١٨.

٦- ٦ . الکفایة ٤٤٩/١.

قال: قالوا، فتأمل.

و قد یلوح ذلک من جامع المقاصد حیث قال: «إن کانت المسألة إجماعیة فلا بحث و إلاّ فللنظر فیه مجال»(١). و قد نص علی ذلک فی الشرائع(٢) و التذکرة(٣) و التحریر(٤) و الإرشاد(٥) و شرحه لفخر الإسلام(٦) و نهایة الإحکام(٧) و حواشی الشهید(٨) و الدروس(٩) و اللمعة(١٠) و الروضة(١١) و المسالک(١٢) و المفاتیح(١٣). و ظاهر المحقّق الثانی فی تعلیق الإرشاد(١٤) و جامع المقاصد - و قد سمعت کلامه فی الأخیر- التوقف أو المیل إلی عدم الصحة کما هو خیرة مجمع البرهان(١٥) و فی الکفایة: أنّ فیه إشکالاً(١٦)، و فی طلاق الخلاف التصریح بعدم صحة عقده و الإجماع علیه قال: طلاق

١- ١ . جامع المقاصد ٦٢/٤.

٢- ٢ . الشرائع ٨/٢.

٣- ٣ . تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

٤- ٤ . تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٦/٢.

٥- ٥ . إرشاد الأذهان ٣٦٠/١.

٦- ٦ . شرح الإرشاد / مخطوط.

٧- ٧ . نهاية الإحكام ٤٥٦/٢.

٨- ٨ . حواشى النجارية للشهيد /٢١٨.

٩- ٩ . الدروس ١٩٢/٣.

١٠- ١٠ . اللمعة /١١٠.

١١- ١١ . الروضة البهية ٢٢٦/٣.

١٢- ١٢ . المسالک ١٥٥/٣.

١٣- ١٣ . مفاتيح الشرائع ٤٧/٣.

١٤- ١٤ . حاشية الإرشاد /٣٣٦ المطبوعة فى المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى و آثاره.

١٥- ١٥ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٦/٨.

١٦- ١٦ . الكفاية ٤٤٩/١.

المكرَه و عتقه و سائر العقود التى يكره عليها لا تقع إجماعا منّا، و به قال الشافعى، و قال أبوحنيفة و أصحابه: طلاق المكرَه و عتاقه واقعٌ، و كذلک كلّ عقد يلحقه فسخ، فأمّا ما لايلحقه فسخ مثل البيع و الصلح و الإجارة فإنّه إذا أُكره ينعقد عقدا موقوفا فإن أجازها و إلاّ بطلت.(١) انتهى. فليتأمل فى

كلامه، بل قد يقال: إنّ الإجماع مقدوح بمصير الأكثر إلى خلافه فى البيع كما عرفت، و فى النكاح بل فى الطلاق كما هو رأى بعض»(٢).

و فى الجواهر: «على المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً بل فى الرياض و الحدائق أنّ ظاهرهم الاتفاق عليه»(٣).

و فى المكاسب: «ثم المشهور بين المتأخرين أنّه لو رضى المكرَه بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعا للحدائق أنّ عليه إتفاقهم لأنّه عقد حقيقى فيؤثّر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع، و هو طيب النفس»(٤).

أقول: المشهور - كما عرفت - هو الصحة، و القائل بالبطلان منحصر فى الشيخ فى الخلاف و المحقّق الثانى و الأردبيلى و السبزوارى قال: «فالمسألة محل إشكال»، و صاحب الجواهر ذهب إلى التفصيل بين المكرَه القاصد للعقد فحكم بصحة عقده بعد تعقّبه بالرضا، و بين المكرَه الذى ليس له قصد العقد، فحكم ببطلان عقده لفوات القصد.(٥)

ولكن استدلوا للبطلان بوجوه:

الأوّل: الاجماع

المنقول فى خلاف(٦) الشيخ الذى مرّ آنفا.

و يرد عليه: أنَّ أوّل من خالفه هو الشيخ نفسه فى نهايته حيث يقول: «و لا يصحُّ

١- ١ . الخلاف ٤/٤٧٨، مسألة ٤٤.

٢- ٢ . مفتاح الكرامة ١٢/٥٥٤.

٣- ٣ . الجواهر ٢٦٧/٢٢.

٤- ٤ . المكاسب ٣٢٨/٣.

٥- ٥ . الجواهر ٢٦٩/٢٢.

٦- ٦ . الخلاف ٤٧٨/٤، مسألة ٤٤.

بيعٌ بإكراه، و لا يَثْبُتُ إلاّ بايثار صاحبه»(١). مضافا إلى ما مرّ من ذهاب المشهور إلى القول بالصحة، فهذا الإجماع لا يتم بل هُوَ مقدوح فيه كما مرّ عن صاحب المفتاح.

الثانى: مقارنة طيب النفس للعقد

ليس شرط صحة العقد مطلق وجود الرضا المقارن له أو اللاحق به، بل هو خصوص الرضا المقارن لإنشاء العقد.

وَقَدْ أشار إلى هذا الاستدلال أو مايليه المحقّق الثانى فى قوله: «و أعلم أنّ هذه المسألة إن كانت إجماعية فلا بحث، و إلاّ فللنظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلا و رأسا مع عدم الرّضى، و لايتحقق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقق الرضى، لأنّ الظاهر من كون العقود بالقصود، اعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر».(٢)

و فى الجواهر: «بعد ما عرفت من اعتبار مقارنة النية بمعنى القصد للعمل»(٣).

و يرد عليه: لم يدل دليل على هذه المقارنة، ولو شک فى اعتبارها إطلاق أدلة الوفاء بالعقد و حلّيّة البيع و تجارة عن تراض ينفيها.

الثالث: المكرَه ليس له قصد

المقارنة بين طيب النفس و العقد معتبرة فى مفهوم العقد، بحيث لو لم تكن لم يصدق أنّه عقد، لأنّ فقدان طيب النفس يوجب انتفاء القصد الجدّى لمدلول العقد فينتفى مفهوم العقد بانتفاء القصد.

كما أشار إلى هذا الاستدلال المحقّق الأردبيلى و قال: «... الظاهر البطلان حينئذٍ لعدم حصول القصد، بل و عدم صدور العقد عن تراض، و الظاهر اشتراطه على ما هو ظاهر الآية، و لأنّه لا اعتبار بذلک الإيجاب فى نظر الشارع، فهو بمنزلة العدم و هو الظاهر، لعدم الفرق بينه و بين غيره من الطفل و غيره، و الفرق(٤) بين كلامهم (الطفل و المجنون و

١- ١ . النهاية /٤٠٦.

٢- ٢ . جامع المقاصد ٦٢/٤.

٣- ٣ . الجواهر ٢٦٧/٢٢.

٤- ٤ . الفارق هو الشهيد الثانى فى المسالک ١٥٥/٣.

المغمى عليه و السكران) - بأنّه لا اعتبار به بخلاف كلام المكرَه فإنّه معتبر إلاّ أنّه لارضاء معه، فإذا وجد الرضا صح لوجود شرطه - بعيدٌ جدا لما عرفت.

و بالجملة: لا إجماع فيه و لا نص، و الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض، و ما مرّ تدل على عدم الانعقاد و هو ظاهر، إلاّ أنّ المشهور الصحة، و ما نعرف لهم دليلاً، و هم أعرف رحمهم الله لعلّ لهم نصا ما نُقل إلينا»(١).

و فى الجواهر: «ضرورة عدم اندارجه فى العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية»(٢).

و يرد عليه: قد مرّ فى الأمر الأوّل أنّ هنا قَصْدَيْنِ، القَصْد الاختيارى وَ الْقَصْد الإكراهى، فالمكرَه أيضا له القصد إلى مدلول العقد، مضافا إلى عدم ترتب انتفاء القصد الجدى على فقدان طيب النفس، و الشاهد عليه بيع المضطر، و كذلک لايتم اعتبار هذه المقارنة فى مفهوم العقد و الشاهد عليه عقد الفضولى.

و لذا قال ثانى الشهيدين: «... فلا مانع من الصحة إلاّ تخيّل اشتراط مقارنة القصد للعقد و لا دليل عليه، و ينبّه على عدم اعتباره عقد الفضولى، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد يشمله»(۳).

الرابع: ليس لعقد المكرَه الصحة التأهلية

لابدّ من المقارنة بين رضا العاقد و الإنشاء فى العقد، و حيث أنّ العقد الإكراهى فاقد لها، فلم يتحقق عقد حتّى نبحث عن صحته التأهلية.

و يرد عليه نقضا: حكمهم بصحة عقد المكرَه بحقٍّ كما يأتى فيتحقّق العقد، و الحكم بصحة عقده (أى عقد المكرَه بحقّ) تعبديّا فى غاية البعد، و كذلک عقد الفضولى.

و حَلاًّ: بعدم اعتبار هذه المقارنة فى العقود و لم يدل دليل على اعتبارها فى مقام الإثبات و تحقق القصد من المكرَه إلى إنشاء العقد فيتحقق العقد بالصحة التأهلية و هو

۱- ۱ . مجمع الفائدة و البرهان ۱۵٦/۸.

۲- ۲ . الجواهر ۲٦۷/۲۲.

۳- ۳ . المسالک ۱۵۵/۳.

منوط بالرضا، فإذا تحقق الرضا يتم العقد.

تأييد عدم اعتبار المقارنة بالبيع الفضولى

وَ أَيَّدَهُ الشيخ الأعظم(۱) قدس سره بفحوى صحة عقد الفضولى، بتقريب و توضيح و نقد منّا:

رضاية المالک و طيب نفسه بالعقد فی الفضولی يستكشف من صحة عقده - العقد الذی لم يَأْتِ به المالک أو حتّی لايعلم به إلاّ بعد مدّة من الزمن - فرضايته و طيب نفسه بما أنشأه بنفسه و بأشر فيه لكن بالإكراه كان أُولی بالصحة. حيث أَثَّرَ رضاه و طيب نفسه فی إنشاء الأجنبی الفضولی فكان تأثيره فی إنشاء نفسه - ولو كان بالإكراه - بطريق أُولی.

و بعبارة أُخری: عقد الفضولی فاقد لأمرين: و هما انشاء البيع من المالک بالمباشرة أو بالتسبيب أو بالوكالة، و الرضا و طيب النفس و الإذن من المالک، و عقد المكرَه فاقد لأمر واحد و هو الرضا و طيب النفس، و إذا صح عقد الفضولی بالرضاية و الإذن، فتكون صحة عقد المكرَه بعد الرضاية و طيب النفس بطريق أُولی.

ولكن يمكن أن يناقش هذا التأييد أوّلاً: علی القول بأنّ صحة عقد الفضولی تكون علی خلاف القاعدة و بجهة الأخبار الخاصة و النصوص الواردة نحكم بصحته، فحينئذ فقدنا الأُولوية لأنّ الأخبار و النصوص فی المكرَه مفقودة.(۲)

و ثانيا: «العقد الفضولی لا ينتسب إلی المالک إلاّ حين إجازته، فهو حين ما ينسب إلی المالک ينشأ من طيب نفسه و رضاه، هذا بخلاف عقد المكرَه، فإنّه حين صدوره من المالک و انتسابه إليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانيا و إنّما رضی بالعقد السابق و هو لا ينقلب عمّا هو عليه»(۳).

و يمكن الجواب عن المناقشتين:

أمّا الأُولی: فَهذِهِ المناقشة مبنائية لأنّها لم ترد علی القول بأنّ صحة الفضولی علی

۱- ۱ . المكاسب ۳۲۹/۳.

٢- ٢ . كما ذكره الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٧٠/٢.
٣- ٣ . مصباح الفقاهة ٣٣٢/٣، و قد اختصر مقالة استاذه النائينى فى المكاسب و البيع ٤٥٨/١.

طبق القاعدة، و النصوص و الأخبار تؤيدها.

و أمّا الثانية: فَقَدْ ناقَشَها المحقّق السيِّدُ الخوئى رحمه الله بأنّ التجارة بالمعنى المصدرى ليس لها بقاء ولكن التجارة بالمعنى الاْسِمِ المصدرى لَها بقاء و بهذا المعنى الثانى اُمرنا بإنهاء العقد و إتمامه، فالتجارة الصادرة من المكرَه - بالمعنى اسم المصدرى - إذا تعقبها الرضا و الإجازة يصدق عليها أنّها تجارة عن تراض فيدخل فى الآية الشريفة فى المستثنى لا المستثنى منه و هى قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارةً عن تراض منكم»(١).(٢)

التمسك بآية التجارة على بطلان عقد المكرَه المتعقَّب بالرضا

ثم الشيخ الأعظم(٣) يناقش فى دلالة هذه الآية الشريفة على اعتبار المقارنة بين الرضا و العقد بمفهومى الحصر و الوصف.

و أمّا نفى مفهوم الحصر: فَإِنَّ استفادة الحصر من الاستثناء إِنَّما تَتُمُّ فى الاستثناء المتصل فقط و قال الشيخ الأعظم: و «أنّ دلالته على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء - كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين(٤)- ضرورة عدم كون التجارة عن تراضٍ فردا من الباطل خارجا عن حكمه»(٥).

أقول: مرّ فى أوّل الكتاب(٦) من أنّ الاستثناء فيها منقطع.

و أمّا نفى مفهوم الوصف: فَعَلى القول به إنّما يتم إذا لم يرد الوصف مورد الغالب و إلاّ فلا مفهوم له كما فى الآية الربائب(٧)، و من المعلوم أنّ وصف التراضى فى الآية

١- ١ . سورة النساء /٢٩.

٢- ٢ . راجع الآراءُ الفقهية ١٣/١.

٣- ٣ . المكاسب ٣٣١/٣.

٤- ٤ . التبيان ١٧٨/٣، مجمع البيان ٣٦/٢، الكشاف ٥٠٢/١.

٥- ٥ . المكاسب ٣٦٤/٣.

٦- ٦ . راجع الآراءُ الفقهية ١٣/١.

٧- ٧ . سورة النساء /٢٣.

الشريفة ورد مورد الغالب ليس للاحتراز.

ثم قال: «و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة»(١) و حاول الإجابة عن الدعوى فى بحث بيع الفضولى.(٢)

و قال هناک: «و أمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أُخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فى ما نحن فيه و فى قوله تعالى: «و ربائبكم اللاآتى فى حجوركم» مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدا لها - و إن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد - فيكون المعنى: إلاّ أن يكون سبب الأكل تجارة و تكون عن تراض»(٣).

أقول: الشيخ الأعظم قدس سره يستشكل فى مفهوم الحصر بأنّه يختص فى بحث الاستثناء بالمتصل منها، و فى مفهوم التحديد بالوصف بأنّه:

أوّلاً: مبنائيٌّ و جمع يقولون بأنّ تحديد الوصف ليس له مفهوم.

و ثانيا: على فرض وجود المفهوم لتحديد الوصف يختص فى مفهوم لم يرد فى مورد الغالب.

و ثالثا: يحتمل أن يكون عن تراض خبرا للتجارة و ليس قيدا لها.

و رابعا: حتّى لو أنكر الاشكالات الثلاثة، عقد المكرَه بعد تعقّب الرضا يدخل فى تجارة عن تراض، لرضاية المكرَه بالعقد.(٤) فالآية الشريفة لا تدل على بطلان عقد المكرَه بعد تعقب الرضا.

لا يقال(٥): إنّ الآية الشريفة تدل على الحصر و إن كان الاستثناء منقطعا، لأنّه

١- ١ . المكاسب ٣٣١/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣٣١/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٣٦٤/٣.

٤- ٤ . كما ذكرها المحقّق المروج رحمه الله فى هدى الطالب ٤٧٨/٣.

٥- ٥ . كما عليه المحقّقان السيّدان الخوئى فى مصباح الفقاهة ٨١/٤ و المروج فى هدى الطالب ٢٩٢/٣.

تعالى كان فى مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و فصّل بين صحيحها و فاسدها، و كان الإهمال مخلاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية.

لأنّا نقول: القرينة المقامية غير تامة عندنا، لأنّه تعالى ليس فى مقام بيان تمام الأسباب المشروعة لأكل المال فى المعاملات و الشاهد عليه أنّه تعالى ليس فى مقام بيان تمام الأسباب الغير المشروعة لأكل المال فيها، فعدم تمامية الأسباب يجرى فى العقدين من الاستثناء أى المُستثنى و المستثنى منه، لأنّه تعالى لم يذكر مصاديق أكل المال بالباطل فى الآية الشريفة كما لم يذكر انحاء أكل المال بالحقّ و فقط ذكر العامل الرئيسى و هو التجارة عن تراض، و نحن نعلم بأنّ مصاديق أكل المال بالباطل فى الخارج كثيرون نحو: القمار و الربا و البيوع الفاسدة مثل بيع الخمر و الخنزير و الميتة...

و كذلک مصاديق أكل المال بالحقّ أيضا كثيرون نحو: الإرث و المهر و الصلح و الوقف و الإجارة و الهبة و... .

و إذا لم يكن تعالى فى مقام بيان جميع الأسباب الباطلة و المشروعة فلا يكون إهمال بعضها بل كثيرها مخلاً بالمقصود و لا يستفاد مفهوم الحصر من الآية الشريفة.

و أمّا التمسک بحديث الرفع لبطلان عقد المكرَه المتعقّب بالرضا

فَباطِلٌ عند الشيخ العظم(١) قدس سره لوجهين:

الأوّل: حديث الرفع بفقرة «ما أُكرهوا عليه»(٢) يرفع المؤاخذة و الأحكام الالزامية نحو رفع حرمة شرب الخمر و حدّه، و أمّا «الحكم بوقوف عقد المكرَه على رضاه راجعٌ إلى أنّ له أن يرضى بذلک، و هذا حقٌّ له لا عليه»(٣) فلا يرتفع بحديث الرفع الوارد فى مقام الامتنان.

١- ١ . المكاسب ٣٣٢/٣ و ٣٣١.

٢- ٢ . الخصال /٤١٧، ح٩، التوحيد ٣٥٣، ح٢٤ و نقل عنهما فى وسائل الشيعة ٣٦٩/١٥، ح١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

٣- ٣ . المكاسب ٣٣١/٣.

لا يقال(١): الأمر كما ذكرتَ بالنسبة إلى المكرَه و أمّا بالنسبة إلى مَنْ اشترى منه، فليس له أن يتصرف فى المثمن و يجب عليه الصبر حتّى يختار المكرَه الردّ أو أجاز البيع، و وجوب هذا الصبر على المشترى ينفيه حديث الرفع.

لأنّا نقول: حديث الرفع يجرى فى طرف المكرَه فقط، و أمّا بالنسبة إلى المكرِه فلا يجرى، و كان عليه الصبر حتّى يختار المكرَه أحد طرفى العقد، و لا مانع من التفكيک بين طرفى العقد فى حكم عقدٍ شخصيٍ خاصٍ.

و هذا الأمر – عدم جريان حديث الرفع بالنسبة إلى حقّ المكرَه – واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، إذ عليه لا ملكية قبل الرضا فلا إلزام على المكرَه أصلاً، و كذلک على القول بالكشف – ولكنه بعد التأمل – لأنّ ما لم يتحقق من المكرَه الرضا بالعقد فلا كاشف عن تحقق الملكية من حين العقد و مع عدم الكاشف فلا مؤاخذة و لا إلزام فلا يجرى حديث الرفع، لأنّه مرّ أنّه يجرى فى رفع موارد المؤاخذة و الأحكام الالزامية.

الثانى: يحتاج إلى مقدمة و هى:

الآثار المترتبة على الأفعال على ثلاثة أقسام:

١- الأثر الَّذِي يترتب على الفعل المقيَّد بالعمد كالقصاص فى قتل العمد

٢- الأثر الَّذِي يترتب على الفعل الموصوف بكونه خطاءً أو نسيانا كما فى وجوب سجدتى السهو لنسيان التشهد أو الدية الثابتة على العاقلة فى الجناية الخطائية المحضة.

٣- الأثر الَّذِي يترتب على ذات الفعل مع الغض عن طروء العناوين.

ثم حديث الرفع لا يجرى فى القسم الأوّل لأنّ القصاص ينفى بنفى موضوعه و هو العمد فلا يجرى القصاص فى القتل الخطأ، و كذلک لا يجرى فى القسم الثانى لاستحالة كون مقتضى الشى ءِ رافعا له، ولكنّه يجرى فى القسم الثالث و هو الأثر الذى يترتب على ذات الفعل.

بعد وضوح هذه المقدمة فَإِنَّ الأثر المترتب على ذات العقد مجرد تحققه فى

١- ١ . مذكور فى كلامه بقوله: «نعم قد يلزم...» راجع المكاسب ٣٣١/٣.

الخارج بأدلة صحة المعاملات هو الصحة و ما يَجْرى عليها من الآثار، و هذا الأثر فى عقد المكرَه منفى بحديث الرفع فلا يحكم بصحة عقد المكرَه و جريان آثارها عليه. فحديث الرفع يَقْتَضِىْ رفع السببية المستقلة عن العقد المجرد عن الرضا. ولكن لا ينافى ذلک كون العقد جزءً للسبب و وقوف تأثيره فى الرضا المتأخر.

ثم ناقش الشيخ الأعظم(١) هذا الوجه الثانى المذكور فى كلامه بما حاصله: حكومة حديث الرفع على الاطلاقات الدالة على صحة العقود تقتضى تقييد الاطلاقات بمسبوقية الرضا و طيب النفس و عدم الإكراه، و بعد هذا التقييد لم يبق دليلٌ يدل على صحة عقد المكرَه بعد تعقُّب الرضا، فيصل النوبة إلى الأصل العملى و هو يقتضى الفساد.

و أجاب بنفسه عن هذه المناقشة بما حاصله: المطلقات الواردة على صحة العقود قُيّدت بالأدلة الأربعة الدالة على حرمة أكل المال الباطل و مع عدم الرضاية، و بعد هذا التقييد تشمل العقود التى تقع بين طرفى العقد بالرضاية و طيب النفس بلا فرق بين المقارن منها أو المتأخر، فعليه ليس لحديث الرفع حكومة على تلک المطلقات بعد تقييدها، لأنّها تشمل العقد المقرون بالرضا و كذلک العقد الملحوق بالرضا، و بعد حكم المطلقات بالصحة فلا يجرى حديث الرفع لأنّ جريانه مختص بما إذا كان الأثر مترتبا على ذات الشى ء من غير دخل الاختيار و الإكراه فيه، و ذات العقد هنا لا أثر له إلاّ أنّه جزء السبب الموثر و لا يمكن رفع هذا بحديث الرفع.

أقول: يمكن ردّ وجهى الشيخ الأعظم و النقاش فيهما:

أمّا النقاش فى الأوّل: فَإِنَّ المرفوع بحديث الرفع ليس منحصرا بالمؤاخذة و الأحكام الالزامية بل المرفوع هو نفس المجعول الشرعى المتعلَّق بالمكرَه عليه و المترتب عليه من الأحكام التكليفية أو الوضعية. فما ذكره قدس سره بالانحصار غير تام. هذا أوّلاً.

و ثانيا: توقف عقد المكرَه على الرضا المتأخر لم يكن حكما مجعولاً حتّى يقال

١- ١ . المكاسب ٣٣٣/٣.

أنّه حكم له لا عليه، فلا يشمله حديث الرفع كما ذكره قدس سره - هذا الاشكال يأتى بناءً على اتحاد الحقّ و الحكم كما عليه جمع، منهم السيّد الخوئى قدس سره - .

و ثالثا: المرفوع بحديث الرفع هو الصحة فى العقد الإكراهى لكنّه ليس مطلقا، بل مادام الإكراه باقيّا لأنّ الأوّل (مطلقا) خلاف الامتنان، فإذا تعقَّب بالرضا يشمله الاطلاقات الدالة على صحة العقود.

و أمّا النقاش فى الثانى فنقُوْلُ:

أوّلاً: مقتضى الاطلاقات هو سببية العقد مطلقا لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه فى ما إذا لم يكن العاقد راضيا به لا مقارنا للعقد و لا لاحقا به، فيبقى ما لحقه الرضا تحت المطلقات، فلا يرجع فيه إلى الأصل العملى المقتضى للفساد.

و ثانيا: و أمّا ما ذكره من تقييد المطلقات بمادلّ على حرمة أكل المال بالباطل ثمّ ملاحظة النسبة بينها و بين حديث الرفع: فَغَيْرُ تام، لأنّ حديث الرفع يكون فى عرض سائر المقيدات و نتيجتها أنّ العقد الذى لم يكن مرضيا لا مقارنا للعقد و لا لاحقا به لم يؤثر أثره و يكون باطلاً. فيدخل عقد المكرَه المتعقَّب بالرضا تحت مطلقات صحة العقود.(١)

الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

بعد البناء على صحة عقد المكرَه إذا تعقبه الرضا كما عليه المشهور و الصحيح يجرى هذا النزاع بأنّ الرضا المتأخر ناقلٌ أو كاشفٌ؟ و كذلک هذا النزاع مبنىٌّ على كون الرضا بوجوده الخارجى دخيلاً

فی صحة العقد، لِاءَنَّهُ لو کانت صِحَّتُهُ مَشْرُوْطَةً بالرضا المتأخر یتعیّن القول بالکشف، و لا یأتی احتمال النقل.

قال الشیخ الأعظم قدس سره : «مقتضی الأصل و عدم حدوث حِلّ مال الغیر إلاّ عن طیب نفسه هو الأوّل، إلاّ أنّ الأقوی بحسب الأدلة النقلیة هو الثانی»(۲).

ص: ۱۵۸

۱- ۱ . کما فی مصباح الفقاهة ۳۳۷/۳ و ۳۳۵.

۲- ۲ . المکاسب ۳۳۵/۳.

مراده بالأصل: أصالة الفساد الجاریة فی المعاملات و هو استصحاب عدم ترتب الأثر و هو فی البیع النقل و الانتقال و جواز التصرف فی مال الغیر - تدل علی النقل - و لذا فسّره بواو العطف بعدم حدوث حلیّة مال الغیر إلاّ عن طیب نفسه. حتّی لا یلزم الجمع بین الأصل العملی و الدلیل الاجتهادی فی دلیل واحد، و هو کماتری لتأخر الأصل الْعَمَلِیّ عن الدلیل الاجتهادی رتبةً، و لئلا یلزم التمسک بالدلیل فی الشبهة المصداقیة، لأنّه لا یُعلم کون الرضا اللاحق مصداقا للرضا المنوط به الحِلّ.

و مراده بالأدلة النقلیة الدالة علی الکشف هی عدّة من الروایات التالیة:

منها: صحیحة محمّد بن قیس - التی رواها المشایخ الثَّلاثَةُ - عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی ولیدةٍ باعها ابنُ سیدِها و أبوها غائب فاستولدها الذی اشتراها فَوَلَدَتْ منه غلاما ثم جاءَ سیدُها الأوّل، فخاصم سیّدها الآخر، فقال: ولیدتی باعها ابنی بغیر إذنی.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدتَهُ و ابنَها، فناشده الذى اشتراهَا، فقال له: خُذابنَهُ الذى باعک الوليدةَ حتّى يُنْفِذَلک البيع، فلمّا أخذه قال له أبوه: أرسل ابنى، قال: لا و اللّه، لا اُرْسِلُ إليک ابنک حتّى تُرْسِلَ ابنى، فلمّا رأى ذلک سيدُ الوليدة أجاز بيع ابنه.(۱)

قال الشهيد بعد ذكر الرواية: «و هى قضية علىٍّ عليه السلام فى واقعة، و لعلّ ذلک استصلاح منه عليه السلام و فيها دلالة على أنّ عقد الفضولى موقوف و على أنّ الإجازة كاشفةٌ»(۲).

و منها: صحيحة أبى عبيدة قال: سألتُ أباجعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوَّجَهُما وليّان لهما، و هما غير مدركين، قال: فقال: النكاح جائز، أيّهما أدرک كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلاّ أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرک أحدهما قبل الآخر، قال: يجوز ذلک عليه إن هو رضى.

۱- ۱ . الكافى ۲۰۹/۱۰، ح۱۲ (۲۱۱/۵)، الفقيه ۲۲۲/۳، ح۳۸۲، التهذيب ٤٨٨/٧: و الاستبصار ۲۰۵/۳، و نقل عنهم فى وسائل الشيعة ۲۰۳/۲۱، ح۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
۲- ۲ . الدروس ۲۳۳/۳.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرک قبل الجارية، و رضى النكاح، ثمَّ مات قبل أن تدرک الجارية، أترثه؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتّى تدرک، و تحلف باللّه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن اُدركت، أيرثها الزوج المدْرِک؟ قال: لا، لأنّ لها الخيار إذا أدركت.

قلتُ: فإن كان أبوها هو الذى زوَّجها قبل أن تدرک، قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية.(١)

و أنت ترى بأنّ الإمام عليه السلام حكم بالتوارث بينهما إذا مات أحدهما، ولكن بعد إحلاف الحىّ على أنّ إمضاءه لعقد النكاح ليس من ناحية الطمع فى المال، بل من جهة رغبته فى النكاح و نحوها فى التقريب الرواية الآتية:

و منها: صحيحة الحلبى قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه فى صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا تزويجه فهو صحيح و أمّا طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرک، فيعلم أنّه كان قد طلَّق، فإن أقر بذلک و أمضاه فهى واحدة بائنة و هو خاطب من الخطّاب، و إن أنكر ذلک و أبى أن يمضيه فهى امرأته.

قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتّى يدرک أيّهما بقى، ثم يحلف باللّه ما دعاه إلى أخذ الميراث إلاّ الرضا بالنكاح، و يدفع إليه الميراث.(٢)

و قال الشيخ الأعظم فى بحث بيع الفضولى بالنسبة إلى صحيحة أبى عبيدة الماضية أنّها: «ظاهرة فى قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملک سائر الورثة، كان العزل مخالفا لقاعدة «تسلّط الناس على أموالهم»، فاطلاق الحكم بالعزل منضمّا إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم»، يفيد أنّ العزل لاحتمال كون

١- ١ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٢٠/٢٦، ح٤.

الزوجة الغير المدرِكة وارثةً فى الواقع، فكأنّه احتياط فى الأموال قد غلّبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل»(١).

أقول: و أمّا بالنسبة إلى صحيحة محمّد بن قيس فَسَتَأْتى مُوهِناتٌ فى بحث الفضولى تُعَكِّرُ على الاستدلال بها:

١- منها: الحكم بأخذ الوليدة قبل أن يسمع من المشترى دعواه.

٢- و منها: الحكم بأخذ الوليدة و ابنها مع عدم السؤال أنّه يريد الإجازة أو لا؟

٣- و منها: الحكم بأخذ ابنها مع أنّه ولد الحر.

٤- و منها: الحكم بأخذ ابن السيّد مع أنّ ذلک لا يجوز.

٥- و منها: تعليم الحيلة توسط الإمام عليه السلام مع أنّ ذلک ليس من وظيفة الحاكم.

٦- و منها: كون الإجازة بعد الرد.

ولكن قال الشيخ بالنسبة إليها: «و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونةٌ»(٢).

و يمكن أن يجاب عن الأوّل: الإمام عليه السلام عالِمٌ بالموضوع خارجا من عدم وقوع العقد بإذن السيّد أو رضاه و لذا أمر بأخذ الوليدة، مضافا إلى أنّ الوليدة ماله فأراد التسليط عليه، و ليس فى البين محاكمة بل يسأل عن المسألة الشرعية و أجابه الامام عليه السلام .

و عن الثانى: إِنَّ السيّد لَمْ يُرِدِ الإجازة و لذا أمر الإمام بأخذ الوليدة و ابنها، أمّا لو أراد الإجازة فَإِنَّهُ لا يُراجِعُ الامام عليه السلام .

و عن الثالث: أخذ الولد لأجل أخذ قيمته.

و عن الرابع: أمر بأخذ ابنه لأجل المطالبة بالثمن الذى دفعه إليه.

و عن الخامس: لعلّ كانت هناک مصلحة تقتضيه، لأجل المصالحة بين الناس، أو تعليمه أنّ للمشترى مطالبة البائع بثمنه.

و عن السادس: لم يرده السيّد بل لم يجزه أوّلاً، و عدم الإجازة غير الردّ(۳) و

۱- ۱ . المكاسب ۳/٤۱۰.

۲- ۲ . المكاسب ۳/۳٥٤.

۳- ۳ . راجع لتفصيل الموهنات و جوابها فى حاشية الفقيه السيّد اليزدى على المكاسب ۲/۱۱۰.

يأتى تفصيل الجواب عن هذا الاشكال فى بيع الفضولى.

و كذلک يأتى الْجَوابانِ العامّان عن هذه الموهنات فى بيع الفضولى فانتظر. فيمكن الأخذ بصحيحة محمّد بن قيس.

و أمّا بالنسبة إلى روايتى توارث الزوجين الصغيرين فَيُمْكِنُ أن يناقش فى دلالتها: أنّ الرِّوايَتَيْنِ وردتا فى نكاح الفضولى و التعدى منه إلى بيع المكرَه المتعقب بالرضا لا يتم لعدم الدليل المثبت عليه، لوجود الفارق بينهما لأنّ معاملة الفضولى يستند إلى المالک من حين إجازته فيمكن الحكم بصحته من أوّل الأمر، ولكن بيع المكرَه لا يستند إلى المالک من أوّل الأمر لأنّه لايحكم بصحته إلاّ بعد تحقق الرضا و هذا الاشكال يأتى بالنسبة إلى صحيحة محمّد بن قيس أيضا.

ولكن يرد عليها: ظاهر الروايات أنَّ الاجازة و الرضا و إن كانت متأخرة عن العقد ولكنهما متعلِّقتان به و امضاء له و لازم ذلک هو الحكم بتأثير العقد من أوّل العقد، فيتم القول بالكشف و يأتى توضيح ذلک فى بحث بيع الفضولى.

و الحاصل: مقتضى الأصل فى المقامين - بيع المكرَه المتعقب بالرضا و بيع الفضولى - هو النقل، لأنّ الشرط فى نفوذ العقد وجود الإجازة خارجا، و المشروط لا يتحقق إلاّ بعد تحقق شرطه و هو الإجازة، و هذا يعنى القول بالنقل.

ولكن مقتضى الدليل الاجتهادى هو القول بالكشف، لأنّ الوارد فيها صحة العقد من أوّل الأمر فصارت الإجازة كاشفة.

و الحقّ فى المقتضين مع الشيخ الأعظم قدس سره .

إشكال: أنّ الأصل هنا و فى الفضولى هو الكشف، لأنّ متعلَّق الرضا هو النقل الواقع فى زمان العقد و الرضا تنفيذ لذلک و هذا يعنى كاشفية الرضا لا ناقليته. كما يظهر ذلک من صاحب الجواهر حيث صرّح فى الفضولى ب- : «أنّ الأقوى كون الإجازة المتعقبة للعقد و غيره ممّا يعتبر فى الصحة كاشفة، وفاقا لصريح الشهيدين(١) و غيرهما(٢)، بل فى

١- ١ . الدروس ١٩٢/٣ و ٢٣٣، و اللمعة /١١٠، المسالک ١٥٨/٣، الروضة البهية ٢٢٩/٣.

٢- ٢ . منهم: الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢٦/٢، و المحقّق الكركى فى جامع المقاصد. ٧٤/٤

الرياض(١) أنّه الأشهر كما عن مجمع البرهان(٢) أنّه مذهب الأكثر لأنّها رضى بمقتضى العقد الذى هو النقل حينه...»(٣).

و قال فی بیع المکرَه: «... و لا ریب فی کونه حینئذ کالفضولی فتأمل جیدا... و علی کلِّ حالٍ فحیث یکون کالفضولی یجب انتظار غیر مجبور...»(٤).

و ذکر الشیخ الأعظم عن هذا الکلام ب-«ربما یُدّعی» فی المکاسب(٥).

و ردّه(٦) بما حاصله: عدم تسلیم کون مقتضی العقد النقل من حینه، بل مقتضاه نفس النقل، لأنّ الشارع اعتبر رضایة المکرَه، و هذا الاعتبار دلیل علی تأثیره فی العقد و ترتب الأثر علیه، فیتم العقد و یؤثر أثره بعد الرضا و هذا یعنی النقل لا الکشف، کما حکم الشارع بتحقق الملک بعد القبول فی جمیع العقود، أو بعد القبض فی ما یعتبر فیه القبض کالصرف و السلَم و الهبة، أو بعد انقضاء زمن الخیار بناءً علی مسلک الشیخ(٧) من توقف الملکیة علی انتها زمان الخیار.

إن قلت: توقف حکم الشارع علی الرضا لا یقتضی النقل، لأنّه حکم بعد الرضا ولکن متعلَّق الرضا هو النقل الواقع حین العقد و یحکم الشارع علی طبق المتعلَّق، و هذا یعنی الکشف.

قلت: لا یتخلَّف الجعل عن المجعول من حیث الزمان، و من المعلوم اعتبار الملکیة فی زمن الرضا فلابدّ من حصولها فی ذلک الزمان، و الشاهد علیه تحقق الفسخ و

١- ١ . ریاض المسائل ٢٢٧/٨.

٢- ٢ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٩/٨.

٣- ٣ . الجواهر ٢٨٥/٢٢.

٤- ٤ . الجواهر ٢٦٩/٢٢.

٥- ٥ . المکاسب ٣٣٥/٣.

٦- ٦ . المکاسب ٣٣٥/٣.

٧- ٧ . الخلاف ٢٢/٣.

هو و إن كان حَلاًّ للعقد السابق ولكنّه من حينه لا من حين العقد. و العبرة بزمان حدوث الفسخ لا بزمان متعلَّقه و هو العقد.

هذه المناقشة و الجواب أيضا كانا من الشيخ الأعظم(١) بتوضيح و تقريب و تهذيب منّا.

ولكن المحقّق السيّد الخوئى(٢) تبعا لأُستاذه النائينى(٣) يرى أنّ الشارع يحكم بصحة العقد من حينه بعد الرضا، لأنّ الرضا يتعلّق بالعقد هنا و فى الفضولى معا و ردّ استشهاد الشيخ الأعظم بالفسخ لوجود الفارق بينه و بين ما نحن فيه لأنّ الفسخ عبارة عن حلّ العقد فيصير من حين الفسخ و فى قباله إمضاؤه و إقراره و تثبيته، و أمّا الإجازة يقابلها الردّ، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه، و أثر الإجازة ترتيب أثر العقد من حينه، فالصحيح قياس الإجازة مع الردّ دون الفسخ الذى يقاس بالجزم و الإبرام و الإقرار و التثبت.

و التفصيل يطلب من بيع الفضولى، و يأتى بحثه مفصلاً إن شاء اللّه تعالى.

الرابع عشر: الإكراه بحقٍّ

بطلان بيع المكرَه مختص بما إذا كان الإكراه بغير حقٍّ، و أمّا إذا كان بحقٍ فَهُوَ صَحِيْحٌ و لا يضرّه الإكراه، و فى الغنية(٤) أن صحة بيعه معه ممّا لا خلاف فيه.

منها: كان عليه دين فيتوجَّه عليه بيع ماله لأداء دينه.

و منها: شراء مال أُسلم إليه قيمته فأكرهه الحاكم عليه.

و منها: تقويم العبد على مُعْتِقٍ نصيبه منه.

و منها: تقويم العبد فى فكّه من الرق ليرث.

و منها: إكراهه على البيع لنفقته و نفقة زوجته و نفقة واجبى النفقة عليه مع

١- ١ . المكاسب ٣٣٦/٣.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٣٤٠/٣.

٣- ٣ . المكاسب و البيع ٤٧٤/١ و ٤٧٥.

٤- ٤ . غنية النزوع /٢١٤.

امتناعه.

و منها: بيع الحيوان إذا امتنع من الإنفاق عليه.

و منها: العبد إذا أسلم عند الكافر

و منها: العبد المسلم و المصحف إذا اشتراهما الكافر و سوَّغناه، فإنّهما يباعان عليه قهرا.

و منها: الطعام عند المجاعة يشتريه خائف التلف.

و منها: المحتكِر مع عدم وجود غيره و احتياج الناس إليه.

ذكر هذهِ الْوُجُوْهَ كلّها ثانى الشهيدين فى المسالک(١) و تبعه الشيخ يوسف فى الحدائق(٢).

الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بلافصل و...

قال جدنا الشيخ جعفر قدس سره : «ولو حصل الرضا بعد تمام العقد بلافصل، فلا بحث على القول بالصحة. ولو فسخ فَسَدَ العقد. ولو استمر الجَبْرُ بلا فسخ، ثم تعقّب الرضا قَوِىَ وجه الصحة. و فى كونه كاشفا أو ناقلاً وجهان، أقواهما الأوّل. ولو بعّض الرضا أو غيّر الأجل أو بعض الشروط فالظاهر

البطلان. ولو جبره على البيع نقدا فآجر أو صالح أو أسلم فلا جبر. و ما اشتهر من أنّ الحياء من آلات الجبر لا نعرف له وجها»(۳).

و علّق تلميذه صاحب الجواهر رحمه الله على قوله «قوى وجه الصحة» بقوله: «قلت: لعلّ وجه العدم أنّه قد يقال بكفاية استمرار عدم الرضا فى فساد العقد بحيث لا تنفع معه الإجازة إذ دعوى احتياج فسخه إلى اللفظ يدلّ عليه مريدا للإنشاء به لا دليل عليه»(٤).

و علّق على قوله: «فالظاهر البطلان»: «أى لصدق الإكراه».(٥)

١- ١ . المسالک ١٥٧/٣.

٢- ٢ . الحدائق ٣٧٦/١٨.

٣- ٣ . شرح القواعد ٤٥/٢.

٤- ٤ . الجواهر ٢٦٩/٢٢.

٥- ٥ . الجواهر ٢٦٦/٢٢.

و علّق على قوله: «فلا جبر»: «قلتُ: المدار على صدق الإكراه و مع الشک الأصل عدمه».(١)

السادس عشر: بيع التلجئة

قال فى التذكرة: «و فى معنى الإكراه بيع التلجئة و هو: أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطىء رجلاً على إظهار شرائه منه و لا يريد بيعا حقيقيا، ذهب إليه علماؤنا أجمع - و به قال أحمد و أبو يوسف و محمّد - لأنّهما لم يقصدا البيع فكانا كالهازلَيْن.

و قال أبو حنيفة و الشافعى: يصحّ بيع التلجئة لأنّه تمّ بأركانه و شروطه خاليا عن مقارنة مُفْسِدٍ فصحّ كما لو اتّفقا على شرطٍ فاسدٍ ثمّ عقدا بغير شرط و نمنع المقدمات»(۲).

و كذا قال فى نهايته: «و بيع التلجئة باطل، و هو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطى رجلاً على أن يظهر أنّه اشتراه منه ليحفظه من الظالم، لا يريد بيعا حقيقيّا لأنّهما لم يقصدا البيع فكانا كالهازِلَيْن»(۳).

هذا تمام الكلام فى الشرط الرابع من شروط المتعاقدين، و هو الاختيار، و الحمدللّه.

١- ١ . الجواهر ٢٢/٢٦٦.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.

٣- ٣ . نهاية الإحكام ٢/٤٥٦.

۵- إذن السيّد لو كان العاقد عبدا

اشارة

نتعرض للبحث تبعا للشيخ الأعظم قدس سره ولكن باختصار، و عدم وجدان موضوعه لا يوجب ترك استنباط أحكامه و مسائله و فروعه، نعم المناسِبُ فيه عدم التطويل.

قال المحقّق: «ولو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيّده لم يصحّ، فإن أذن له جاز»(۱).

الأقوال فى تصرفات العبد و هى ثلاثة:

الأوّل: العبد مهجور عن كلِّ فعل أو قولٍ من عقد و إيقاع أو عمل قليل أو كثير، صغير أو كبير، إلاّ ما ثبت جوازه بالدليل».

الثانى: تصرفات العبد نافذة فى ما يتعلَّق به من نكاحه و طلاقه و فى ما يتبع به بعد عتقه كضمانه و نحوه و فى ما يكون راجعا إلى غيره نحو توكيله عن الغير فى البيع أو الشراء أو عقد أو إيقاع، و بالجملة: فى كلِّ ما لايكون التصرف فيه تصرفا فى سلطنة مولاه يكون تصرفاته نافذة، و كلّ ما يعدّ التصرف فيه تصرفا فى سلطنة مولاه باطلة لأجل تعارضه لحقّ مولاه و سلطنته الحاكمة.

الثالث: نفوذ تصرفاته فى كلِّ ما لا يعدّ شيئا معتدّا به و مثلّه بأكله و شربه و نومه و تكلّمه. و عدم نفوذها فى ما يعدّ شيئا معتدا به بحسب العرف و العادة بلا فرق بين ما يتعلَّق بأمواله - بناءً على جواز ملكيته - أو أموال سيّده من عقد أو إيقاع، و كذلک ما

١- ١ . الشرائع ٨/٢.

يتعلّق بسائر الناس من التصرف فى أموالهم و أنفسهم بعقد و إيقاع، فصحة هذا القسم يتوقف على إذن مولاه و إجازته. فيحكم بلغوية تصرفاته من دون إذن مولاه فلا تصح وكالة العبد عن غيره. حتّى فى إجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضا، و اختار الشيخ الأعظم(١) و المحقّق النائينى(٢) هذا القسم الأخير.

و استدل الشيخ الأعظم له بقوله تعالى: «ضَرَبَ اللّه ُمَثَلاً عَبْدا مَمْلُوكا لا يَقْدِرُ على شَىْء»(٣).

و بصحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام و أبى عبداللّه عليه السلام قالا: المملوک لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلاّ بإذن سيّده، قلت: فإن السيّد كان زوَّجه، بيد مَنْ الطلاق؟ قال: بيد السيّد «ضرب اللّه مثلاً عبدا مملوكا لا يقدر على شى ء»، أفشى ءٌ الطلاق(٤)!؟

بتقريب: كلّ ما يصدق عليه أنّه شى ء معتد به فلايقدر العبد على التصرف فيه شرعا من دون إذن مولاه. بلا فرق بين أنّه يرجع إلى نفسه - فى حال عبوديته أو بعد فرض حريّته - أو مولاه أو غيرهما، و بين إجراء العقد أو الإيقاع، و بين الالتزام بشى ءٍ و التعهد بضمان أو دين حاليّا كان أو استقباليّا.

فالآية الشريفة تدلّ على عدم استقلال العبد فى جميع تصرفاته مطلقا لعدم قدرته عليه أى عدم نفوذ تصرفاته، فيصير شأن العبد شأن الصبى من عدم نفوذ تصرفاته إلاّ بإذن وليّه. و الشاهد لما ذكرنا استشهاد الإمام عليه السلام بالآية بعدم استقلاله فى الطلاق و كذلک النكاح.(٥)

و لذا قال الشيخ الأعظم قدس سره : «و الظاهر من القدرة - خصوصا بقرينة الرواية - هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره فى فعل غير قادر عليه، فيُعلم عدم استقلاله فيما يصدق

١- ١ . المكاسب ٣٣٨/٣.

٢- ٢ . المكاسب و البيع ٤٧٦/١.

٣- ٣ . سورة النحل /٧٥.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ١٠١/٢٢، ح١، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- ٥ . راجع وسائل الشيعة ١١٣/٢١ و ١١٤، الباب ٢٣ و ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

عليه أنّه شى ءٌ، فكلّ ما صدر عنه من دون مدخليّة المولى فهو شرعا بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه...»(١).

و الحاصل: المملوكية و الرقية مساوقة للعجز و عدم القدرة. فلا نحتاج أن نأخذ «لا يقدر على شى ء» قيدا توضيحيّا لا احترازيا كما عليه المحقّق النائينى(٢) قدس سره . لأنّ المراد بها عدم نفوذ التصرف و هو حكم وضعى فلامعنى لأخذه قيدا للموضوع أو توضيحا له.(٣)

فلا يجوز له التصرف فى أمواله وَ شُؤوْنِه و أمّا أموال و شُؤُوْن السيّد أيضا فكذلک لأنّه لا يقدر على شيءٍ و نحوه أموال و شؤُوْن الآخَرِين و بالجملة مَنْ ليس له التصرف فى اُموره وَ شُؤُوْنه فاُمور الآخرين و شؤُوْنهم بطريق اُولى ليس له التصرف فيها بلا فرق بين مولاه و غيره.

فلا يتم ما ذكره المحقّق السَّيِّدُ الخوئى(٤) قدس سره تبعا لصاحب الجواهر(٥) رحمه الله من عدم نفوذ تصرفات العبد فى اُمور سيّده و آخرين ليس من جهة كونه عبدا مملوكا و التصرف فى اُمورهم لاتنفيه الآية الشريفة بل يكون بجهة حرمة التصرف فى أموال الناس من دون إذنهم.

و الوجه فى عدم تماميته: لأنّ هذا شى ءٌ لا يقدر العبد عليه، لا لكونه تصرفا فى لسانه الذى هو ملک السيّد فإنّه لا دليل على حرمته أوّلاً، و حرمته لاتُوْجِبُ الفساد ثانيا، فلا تكونُ حرمته منشأ التزام المشهور بفساد عقد العبد للغير كما عليه المحقّق النائينى(٦) رحمه الله .

١- ١ . المكاسب ٣٣٨/٣.

٢- ٢ . راجع المكاسب و البيع ٤٧٧/١.

٣- ٣ . كما عليه المحقّق الخوئى راجع مصباح الفقاهة ٣٤٣/٣.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٣٤٤/٣.

٥- ٥ . الجواهر ٢٧١/٢٢ و ٧٠/٢٥.

٦- ٦ . منية الطالب ٤٣٢/١.

و يظهر الفرق بيننا و بينه: أنّا نحكم ببطلان عقود العبد و إيقاعاته للغير مطلقا لأنّه لا يقدر على شى ءٍ، ولكنّه قدس سره يحكم بصحتها إذا كان للغير لأنّ رقيّته لايلازم سقوط ألفاظه و عباراته و عقوده و إيقاعاته.

نعم، لا يجوز له توكيل الغير فى التصرف فى أمواله إلاّ مع إذن سيّده عندنا و عنده.

و أمّا هل يجوز له أن يتوكّل عن غيره فى معاملة أو إيقاع؟ بناءً على ما ذكرنا لا يجوز و وجهه واضح و أمّا بناءً على ما ذكره يجوز.

و على قولنا بعدم الجواز لو تصدى و تصرف فى مال الغير وكالة عنه أو مال نفسه - بناءً على مالكيته - من دون إذن سيّده - و كان باطلاً - ولكن أجازه المولى فى ما بعد، فهل يحكم بصحته أم لا؟

احتمل الشيخ الأعظم(١) أوّلاً عدم الصحة لأنّ المانع من الصحة لايرجع إلى العوضين بحيث لم يكونا ملكا للسيّد حتّى لم تصحها إجازة السيّد، بل المانع هو نفس الإنشاء الصادر من العبد استقلالاً بدون إذن سيّده و يحكم ببطلانه، و الإجازة اللاحقة من السيّد لا يخرجه من الاستقلال و البطلان لأنّ الشى ء لا ينقلب عما هو عليه.

ولكنّه قدس سره عدل عن عدم الصحة و ذهب إلى أنّ الأقوى(٢) الصحة فى تصرفات العبد إذا لحقها الإجازة من سيّده، و استدل لها بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود تشمله، لأنّها تشمل العقد الصادر من الأحرار و العبيد، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد استقلالاً و من دون استناد إلى إذن المولى أصلاً لا سابقا و لا لاحقا، و يبقى الباقى تحتها.

و المخصص لها عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيّده سابقا أو لاحقا، و يبقى الباقى تحتها.

ثمَّ لو شككنا فى المخصص بأن كان مرددا بين الأقل و الأكثر - الأقل: العقد

۱- ۱ . المكاسب ۳۳۸/۳.

۲- ۲ . المكاسب ۳۳۸/۳.

الصادر من العبد دون إذن سيّده سابقا أو لاحقا، الأكثر: العقد الصادر منه من دون إذن سيّده سابقا فقط - لابدَّ من الأخذ بالأقل، لأنّ المخصص المنفصل إذا كان مرددا بين الأقل و الأكثر لابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو الأقل.

و ما ذكره المحقّق النائينى من عدم «إجمال المخصص و هو مبيّنٌ، فإن دليل اعتبار الإذن ظاهر فى الإذن السابق و الاجازة غير الإذن»(۱).

غير تام، لأنّ الدليل دالٌّ على عدم استقلال العبد فى تصرفاته، و هذا غير ظاهر فى الإذن السابق - المدعى بنظره قدس سره كما أنّه ظاهرٌ فى الآية الشريفة(۲) و قَدْ مرّ، و أمّا صحيحة زرارة(۳) فالَّذِيْ يُسْتَفادُ منها بطلان نكاح و طلاق العبد من دون إذن سيّده و بالاستقلال وَ هُوَ غير ظاهر فى أنّ المراد بالإذن هو الإذن السابق فقط، فهذا الوجه تام.

الوجه الثانى: صحيحة زرارة الماضيه تدل على صحة النكاح و الطلاق بالإذن، و حيث وردت عدّة من الروايات(٤) فى صحة النكاح لو لحقه الإجازة، فيصحّ جميع العقود بالإجازة اللاحقة لعدم الفرق بينها.

ثم توّجه و تفطّن الشيخ الأعظم قدس سره : بأنّ لازم هذا القول صحة الطلاق بالإجازة اللاحقة أيضا و لا يلتزمون بها، و هو إشكال على هذا الوجه.

و ردّه: بأنّ الطلاق خرج بالدليل الخارجى(٥) و إلاّ نقول بصحته بالإجازة اللاحقة و بجهة التعميم، و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة لأنّ الكلام مسوّق لنفى استقلال العبد فى الطلاق، لا لصحته مطلقا حتّى بالإجازة.

١- ١ . منية الطالب ٤٣٠/١.

٢- ٢ . سورة النحل /٧٥.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٠١/٢٢، ح١.

٤- ٤ . راجع وسائل الشيعة ١١٤/٢١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء. منها: صحيحة زرارة، ح١، فى الباب المذكور، و موثقته، ح٢.

٥- ٥ . راجع وسائل الشيعة ٩٨/٢٢، الباب ٤٣ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه. ح٤، صحيحة على بن يقطين، و ح٢، معتبرة ليث المرادى بناءً على اعتبار أبى جميلة.

ولكن يمكن أن يُناقَش بوجهين(١):

أوّلاً: يمكن أن يقال: بأن أدلة صحة النكاح بالإجازة اللاحقة حاكِمَةٌ على الدليل الدال على اعتبار الإذن و يوسّع دائرة الموضوع تعبدا، فلايستفاد منها أعميّة الإذن مفهوما من الإذن السابق و الإجازة اللاحقة.

و ثانيا: يمكن استظهار عكس ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره من الصحيحة بأن يقال: لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق الذى لا يصحّ بلحوق الإجازة نستشكف أنّ المراد من الإذن هو الإذن السابق، و صحة النكاح بالاجازة اللاحقة فإنّما يستفاد من الدليل الخارجى فحينئذ لايلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أصلاً حتّى أجاب عنه الشيخ الأعظم بهذا الجواب البارد.

و يظهر وجه عدم تمامية جوابه بالنسبة إلى تأخير البيان عن وقت حاجته فى الطلاق، بأنّه لو كانت الصحيحة مسوقة لبيان نفى استقلال العبد فى الطلاق لكانت كذلك فى النكاح أيضا، و لا تدلّ على صحة النكاح بالأعم من الإذن و الإجازة، فمن أين تُستفاد الصحة بالإجازة من الصحيحة؟!

الوجه الثالث: الروايات الواردة فی صحة نكاح العبد إذا أجازه المولی - بلا فرق بين أنّ المباشر لإجراء الصيغة هو العبد أو غيره - و إذا صحّ نكاحه فيصحّ جميع تصرفاته بلا فرق ولو كانت وكالة عن الغير.

منها: صحيحة زرارة عن أبی جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوک تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاک إلی سيّده، إن شاء أجازه و إن شاء فرّق بينهما. قلتُ: أصلحک اللّه، إنّ الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعی و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لم يعص اللّه و إنّما عصی سيّده، فإذا أجازه فهو له جائز.(۲)

ص: ۱۷۲

۱- ۱ . كما فی منية الطالب ۱/ ٤۳۰.

۲- ۲ . وسائل الشيعة ۲۱/ ۱۱٤، ح۱، الباب ۲٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و منها: معتبرته بل موثقته عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فيدخل بها ثمّ اطلع علی ذلک مولاه؟ قال: ذاک لمولاه إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلاّ أن يكون اعتدی فأصدقها صداقا كثيرا. و إن أجاز نكاحه فهما علی نكاحهما الأوّل. فقلت لأبی جعفر عليه السلام : فإن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّما أتی شيئا حلالاً و ليس بعاصٍ للّه إنّما عصی سيّده و لم يعص اللّه، إنّ ذلک ليس كإتيان ما حرّم اللّه عليه من نكاح فی عدّة و أشباهه.(۱)

و منها: صحيحة عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلاّ بإذن مولاه.(۲)

و منها: صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى مملوک تزوّج بغير إذن مولاه، أ عاص للّه؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنّه حرام و نوله(۳) أن لا يفعل إلاّ بإذن مولاه.(٤)

و منها: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبى عبداللّه عليه السلام فقال: إنّى كنتُ مملوكا لقوم و إنّى تزوّجتُ إمرأة حرّة بغير إذن مواليَّ ثمّ اعتقونى بعد ذلک، فأُجدّد نكاحى إيّاها حين أعتقتُ؟ فقال له: أكانوا علموا أنّک تزوّجت امرأة و أنت مملوک لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عنّى و لم يغيّروا علىَّ، قال: فقال: سكوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحک الأوّل.(٥)

يمكن الاستدلال بهذه الروايات فى المقام بتقريبين:

التقريب الأوّل(٦): ترک الاستفصال الوارد فى هذه الصحاح بين أن يكون العاقد

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۱۱۵/۲۱، ح۲.

۲- ۲ . وسائل الشيعة ۱۱۳/۲۱، ح۱، الباب ۲۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۳- ۳ . نولک أن تفعل: أى حقّک و ينبغى لک. [صحاح اللغة ۱۸۳٦/٥].

٤- ٤ . وسائل الشيعة ۱۱۳/۲۱، ح۲.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ۱۱۷/۲۱، ح۱، الباب ۲٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٦- ٦ . المكاسب ۳۳۹/۳: يؤيد المختار.

لصيغة النكاح هو العبد أو غيره، و إذا كانت إجازة المولى تصحح تصرف العبد فى سلطان المولى - و هو تصرف العبد فى نفسه بالنكاح -، و لا يمكن أن يصحّ اسم المصدر -النكاح - و لا يصح

المصدر أى الإنشاء - أعنى صيغة النكاح - فصارت صيغة النكاح و النكاح صحيحة بالإجازة من المولى بلا فرق بين أنّه باشر فى إجراءها أو وَكّل غيره.

و إذا صح النكاح و هو تصرف العبد فى نفسه، - أى سلطان المولى - فبطريق الأولى تصحح الإجازة غيره من التصرفات فى ماله و نفسه و فى مال و نفس غيره بالوكالة عنه.

التقريب الثانى(١): التعليل الوارد فى صحيحة زرارة ب-«أنّه لم يعص اللّه و إنّما عصى سيده»(٢)، يستفاد منه كلّ ما لم يكن العبد عاصيا للّه تعالى بل عصى سيده فقط، يمكن تصحيحه بالإجازة من السيّد، فمعيار صحة معاملات العبد بعد عدم كونها مخالفة للّه تعالى هو إذن السيّد أو إجازته.

فكما يمكن تصحيح تصرفات العبد بالإجازة فى نفسه و ماله فكذلک يمكن تصحيح تصرفاته فى مال الغير أو نفسه بالوكالة، لأنّ العبد فيها أيضا لم يعص اللّه، و بعد الإجازة يحكم بصحتها.

مناقشة المحقّق النائينى فى التقريب الأوّل

قال: «إنّ ترک الاستفصال و إن كان مفيدا للتعميم فى باب النكاح و نحوه إلاّ أنّه للتعدى إلى غير مورده لا يفيد، لأنّه لو فرض بأنّه عليه السلام صرّح بأنّ نكاح العبد يصحّ بالإجازة ولو باشره بنفسه لما أمكن التعدى إلى مورد وكالة العبد لغيره أو إجرائه الصيغة و إيجاده العلقة فضولاً، لأنّ صحة نكاحه لنفسه و إن استلزم تصحيح جهة إصداره أيضا حيث إنّه الإجازة ترجع إلى ما يتعلّق مضمونه بالمولى فصحة جهة إصداره إنّما لوحظ معنىً حرفيّا، و إذا دلّ الدليل على صحة النتيجة بالإجازة فيدلّ على صحة جهة الإصدار، لأنّها من

١- ١ . المكاسب ٣٣٩/٣: مع أنّ تعليل الصحة بأنّه... .

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح١.

مقدمات حصول النتيجة إلاّ أنّ هذا الدليل لايمكن أن يدلّ على صحة جهة الإصدار إذا لوحظت معنىً اسميّا، و عقد العبد لغيره فضولاً أو وكالةً جهة توقّفه على إجازة المولى هو جهة إصداره و إلاّ فمضمونه غير راجعٍ إلى المولى، و لم يدلّ دليل عَلى أنّ الإجازة أيضا كالإذن فى جهة الإصدار كما لا يخفى.

إلاّ أن يقال: إنّ الأخبار الدالة على صحة نكاح العبد إذا أجازه المولى الواردة فى ردّ حكم ابن عيينة و ابراهيم النخعى ظاهرة فى إعطاء قاعدةٍ كليّةٍ و هى أنّ كلّما رجع جهة الصحة إلى إذن السيّد فإجازته كإذنه»(١).

و أجابه السيّد الخوئى بقوله: «ولكن لا وجه لهذه المناقشة بديهة أن كون متعلَّق الإجازة ملحوظا للمجيز استقلالاً تارة و تبعا اُخرى لايرتبط بجهة الاستدلال»(٢).

أقول: و بعبارة اُخرى: السيّد أجاز عقد العبد بما هو عليه من تماميته كما إذا أجرى صيغة النكاح لنفسه أو باع و اشترى من ماله و فيه، أو عدم تماميته العقد لأنّه موقوف على إجازة الغير كما عقد لغيره أو باع و اشترى له فضولة و من دون إذنه و وكالته، و أمّا لو أذن له الغير أو وكّله فيلحق بالقسم الأوّل من تماميته العقد.

و بعبارة ثالثة: لا يترتب على عقده سواء كان لنفسه أو لغيره – مع إذنه أو بدونه – أو لمولاه شيئا من الآثار إلاّ بعد إجازة المولى له و بالنسبة إلى الغير مضافا إليها مع وكالته أو إذنه أو إجازته.

فحينئذ شأن إجازة المولى له كشأن إجازة الزوجة لزوجها بالنسبة إلى نكاح بنت أخيها أو بنت أختها، و المتوقف عليها ليس صحة الإنشاء بل صحة ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع.

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «لو أمر العبد آمرٌ أن يشترى نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و

۱- ۱ . منية الطالب ۴۳۱/۱.

۲- ۲ . مصباح الفقاهة ۳۵۰/۳.

لزم، بناءً على كفاية رضا المولى - الحاصل من تعريضه للبيع - من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمنى»(۱).

أقول: قال شيخ الطائفة قدس سره : «إذا و كلّ رجلٌ عبدا فى شراء نفسه من سيّده فهل يصحّ ذلک أم لا؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: يصحّ كما لو وكّله فى شراء عبد آخر بإذن سيّده.

و الثانى: لا يصحّ ذلک لأنّ يد العبد كيد سيّده و إيجابه و قبوله بإذنه بمنزلة إيجاب سيّده و قبوله، فإذا كان كذلک و اُوجب له سيّده فقبله هو صار كأن السيّد هو الموجب القابل للبيع و ذلک لا يصحّ فكذلک هاهنا. و الأوّل أقوى...»(۲).

و نقل العلاّمة فى المختلف عن القاضى ابن البراج قوله: «الأقوى عندى أنّه لا يصحّ إلاّ أن يأذن له سيّده فى ذلک، فإن لم يأذن له فيه لم يصحّ»(۳).

و أنت ترى بأنّ استدلال القاضى ابن البراج على البطلان لا يرجع إلى اتحاد الموجب و القابل الذى نسبه إليه الشيخ الأعظم، بل القاضى يرى البطلان إذا كانت الوكالة من دون إذن المولى و أمّا إذا كانت مع إذنه فيذهب إلى الصحة و لذا قال العلاّمة بعد نقل فتوى القاضى: «و الحقّ ما قَوّاه الشيخ لأنّ بيع مولاه رضا منه بالتوكيل»(٤).

و نُسب(٥) القول بالبطلان إلى القاضى فى بعض الكتب الفقهية مطلقا أو مع الاستدلال له باتحاد الموجب و القابل و كلاّهما غير تامين.

قد يناقش فى صحة هذا الشراء بوجهين:

الأوّل: اتحاد عبارة العبد مع عبارة السيّد فيلزم منه اتحاد القابل و الموجب فيبطل

١- ١ . المكاسب ٣٤٢/٣.

٢- ٢ . المبسوط ٣٩٣/٣.

٣- ٣ . مختلف الشيعة ٣٥/٦.

٤- ٤ . مختلف الشيعة ٣٥/٦.

٥- ٥ . و الناسب هو الصميرى فى غاية المرام ١٢/٢، و صاحب الحدائق ٥٠/٢٢ و صاحب الجواهر ٢٧١/٢٢ و الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣٤٣/٣.

العقد به - و قد مرّ فى أحد وجهى الشيخ - .

و يرد عليه: أوّلاً: لا دليل على اعتبار التغاير بين الموجب و القابل و يكفى تغائرهما اعتبارا.

و ثانيا: المملوكية لا توجب إتحاد العبد مع مولاه.

و ثالثا: هذا الدليل لو تمّ يقتضى بطلان معاملات العبد الموكَّل عن غيره ولو أذن له سيّده بالوكالة، مع السيّد.

الثانی(۱): لزم بالنسبة إلی المتعاقدین قابلیتهما للإنشاء عند تحقق الإیجاب و القبول، فلو فَقَدَ أیٌّ منهما القابلیة قبل تحقق العقد لاینعقد المعاهدة و المعاقدة، و حیث أنّ العبد فی الفرع المذکور غیر قابل لطرفی العقد لأنّه غیر مأذون منه فیحکم بفساد العقد.

و یرد علیه: القابلیة المذکورة لم یدل علیها دلیل نعم، المناط فی تحقق العقد هو ارتباط التزام الموجب بالتزام المشتری ولو لم یکن حین الایجاب قابلیة القابل و کذا عکسه. فلذا لو التفت أحدهما بإنشاء صاحبه و قبل فسخه و إبطاله، و أتی بما هو علیه لَکان العقد صحیحا. و المفروض الحاق الاجازة بالوکالة صریحا أو ضمنا فیصح قابلیة العبد فیتم المعاقدة.

هذا کلّه فی ما إذا وَکَّلَ المشتریُ العبدَ فی الاشتراء من سیّده.

و أمّا لو وکّله فی الاشتراء من وکیل المولی، فإن کان الوکیل وکیلاً مفوّضا فی اُمور المولی فلا شبهة فی أنّ شأنه شأن المولی و لا تردّ شبهة. و أمّا إن کان الوکیل وکیلاً فی خصوص إجراء الصیغة فلا شبهة فی احتیاج الاشتراء إلی الاجازة من المولی، و لعلّ نظر المحقّق و الشهید الثانیین(۲) (۳) من إطلاق القول بعدم الصحة فی الشراء من وکیل المولی إلی الصورة الأخیرة.

۱- ۱ . انظر المناقشة و جوابها فی المکاسب ۳۴۳/۳ قوله قدس سره : و لا یقدح عدم قابلیة المشتری للقبول... .

۲- ۲ . جامع المقاصد ٦٨/٤.

۳- ۳ . المسالک ۱۵۸/۳.

فرعٌ:

لم یذکره الشیخ الأعظم قدس سره و هو هل إجازة المولی لعقد العبد کاشفة أو ناقلة؟

مقتضى القاعدة هو النقل ولكن مقتضى الروايات هو الكشف كما يَدُلُّ عليه قوله عليه السلام فى صحيحة معاوية بن وهب: «أثبت على نكاحكَ الأوّل»(۱)، و التفصيل يطلب من بيع الفضولى. و الحمدللّه.

ص: ۱۷۸

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۱۱۷/۲۱، ح۱.

٦- أن يكونا مالكَيْن أو مأذونَيْن من المالک أو الشارع

من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو وليّين لهما كالأب أو الجدّ للأب، أو مأذونين منهما كالوكيل أو الوصى، أو مأذونين من الشارع كالحاكم أو أمينه و وكيله.

و بعبارة اُخرى: لابدّ أن يكونَ المُتَعاقِدانِ مالِكَى التصرف و الأمر و العقد إمّا بالملكية للعوضين أو الإذن من المالک أو الشارع.

و العنوان المذكور فى أَعْلاهُ من الشيخ الاعظم(۱)، و هو عند تلميذه الفقيه المامقانى(۲) من جوامع الكلم لشموله لجميع أقسام من يصحّ منه البيع كالمالكين للعوضين و المأذونين منهم كوكلائهم، و المأذونين من الشارع، و هم الأُولياء المنصوبون منه كالأب و الجدّ و الحاكم الشرعى و منصوبه و المأذون من قبله، و كذا المنصوب من الأب أو الجدّ قيّما على الصغير و نحوها من الموارد التى تنتفى الفضولية منها.

فالأُولى أن يقال: لابدّ فى المتعاقدين أنّهما يملكان أمر العقد الذى يقومان به، و المراد بالملک هنا ليست المالكية بل الاستيلاء على العقد و الأمر. حتّى نفذ عقدهما، و إلاّ يرد عليه عقد الرهن على العين المرهونة و تصرفات المريض فى مرض موته بالبيع المحاباتى فيما زاد على الثلث و بيع السفيه و المفلَّس، لأنّ تصرفاتهم موصوفة بالفضولية

۱- ۱ . المکاسب ۳/۳٤٥.

۲- ۲ . غایة الآمال /۳٥۰.

مع أنّهم ملاّک، و أقرّ الشیخ الأعظم(۱) بهذه النقوض و حکم بدخولها بعد سطور.

و توجیه العنوان بأنّ المراد منه شرطیة المالکیة فی نفوذ تصرفات المتعاقدین، مردود لأنّه ینتهی إلی الدور، لأنّ «لا شک أنّ شرط المطلوب هو شرط النفوذ، و ینتهی الأمر إلی صیرورة النفوذ شرطا فی نفوذ التصرف و هو دورٌ باطلٌ»(۲).

ثم فرّع الشیخ الأعظم علی عنوانه: «فعقد الفضولی لا یصحّ»(۳). تبعا للمحقق فی الشرائع حیث یقول: «و أن یکون البائع: مالکا أو ممّن له أن یبیع عن المالک کالأب و الجدّ للأب و الوکیل و الوصی و الحاکم و أمینه فلو باع ملک غیره وقف علی اجازة المالک أو ولیّه علی الأظهر»(٤). و نحوه فی النافع(٥).

و قال العلاّمة فی قواعده تبعا لأُستاده: «و یشترط کون البائع: مالکا أو ولیّا عنه، کالأب و الجدّ له و الحاکم و أمینه و الوصی، أو وکیلاً، فبیع الفضولی موقوف علی الإجازة علی رأی»(٦). و نحوه فی التذکرة(۷).

و قال الشهید فی الدروس: «و تملّکها أو حکمه کالأب و الجدّ و الوصی و الوکیل و الحاکم و أمینه و المقاصّ فبیع الفضولی غیر لازم...»(۸).

و اعترض المحقّق الکرکی علی عبارة قواعد العلاّمة و قال: «هذا التفریع أیضا غیر جید لأنّ المتبادر من اشتراط ما ذکره بطلان البیع هنا، لانتفاء الشرط إن کان ذلک شرطا فی الصحة، أو عدم لزومه إن کان شرطا فی اللزوم، فکونه موقوفا علی الاجازة لا یظهر

۱- ۱ . المکاسب ۳٤٦/۳ قوله: «و کیف کان فیشمل العقد الصادر...».

۲- ۲ . العقد النضید ٦/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۳٤٥/۳.

٤- ٤ . الشرائع ۸/۲.

٥- ٥ . المختصر النافع /۱۱۸.

٦- ٦ . قواعد الأحکام ۱۹/۲.

۷- ۷ . تذکرة الفقهاء ۱٤/۱۰.

۸- ۸ . الدروس الشرعیة ۱۹۲/۳.

وجه تفریعه، إلاّ إذا حملنا العبارة علی أن الاشتراط فی اللزوم، و أنّ المراد بکونه موقوفا عدم لزومه، لأنّه فی قوّته، لکن قوله: (علی رأی) لا موقع له حینئذ، و کیف کان فالعبارة لا تخلو من تکلّف...»(۱).

قد تصدی لدفع الإشکال الشهید الثانی و قال: «مقتضی التفریع أن یقال: فبیع الفضولی غیر صحیح لفقد الشرط، و هو کون البائع مالکا أو فی معناه، لکن لمّا کان المراد بالصحة هنا اللزوم کان قوله: «أنّه موقوف»، فی قوة قوله: «غیر لازم» المناسب للتفریع.

و فیه: مع إفادته الفائدة التصریح بالحکم المطلوب من بیع الفضولی، و علیه یترتّب الرأی المذکور بعده، لأنّه أیضا غیر لازم من التفریع، لکن اقتضاه الحکم بالوقوف بالقصد الثانی مراعاةً للإیجاز»(۲).

و الشيخ الأعظم بعد تفسير عدم الصحة فى بيع الفضولى بعدم اللزوم قال: «... فاعتراض جامع المقاصد عليه [أى على العلاّمة فى عبارة القواعد] بأنّ التفريع فى غير محلّه، لعلّه فى غير محلّه»(٣).

أقول: الظاهر عدم تمامية هذا التفسير، بل لعلّ المراد بها - عدم الصحة - هى عدم الصحة الفعلية و موقوفيّة العقد على اجازة المالک و عدم نفوذه، و عدم الصحة الفعلية لا ينافى الصحة التأهلية و توقفه على الاجازة، مضاف إلى أنّ عدم اللزوم مذكور فى كلام المحقّق الكركى على نحو قضية مانعة الجمع و لم يكن إبداعا من الشيخ الأعظم.

و الحاصل: اعتراض المحقّق الكركى رحمه الله على العلاّمة واردٌ و كذلک يَرِدُ على المحقّق فى الشرائع و النافع، و الشهيد فى الدروس و كل مَنْ فرّع بيع الفضولى على العنوان، و جواب الشيخ الأعظم مأخوذ من أحد احتمالات الكركى و لعلّه فى غير محلّه لعدم مناسبته لقوله بعد ذلک: «على رأى»، و لذا الفقيه المتتبع العاملى تابع الكركى و قال: «كان التفريع غير جيّد و قد أشار إلى ذلک فى جامع المقاصد و قد وقع عين ذلک للمحقّق

١- ١ . جامع المقاصد ٤/٦٨.

٢- ٢ . فوائد القواعد /٥٣١.

٣- ٣ . المكاسب ٣/٣٤٥.

فى الشرائع و النافع، و غيره و الأمر فيه سهل»(١).

فلا يتمّ عندى ما ذكره المحقّقون الشهيدى(٢) و المروج(٣) رحمه الله و شيخنا الأُستاذ(٤) قدس سره فى توجيه كلام الشيخ الأعظم قدس سره فراجع.

نعم، لو كان المشروط مرددا على نحو ما شرحه جدنا شارح القواعد يدفع الإشكال حيث يقول: «و يشترط فى لزوم البيع و نحوه أو صحته مع عدم تعقّبه بالإجازة...»(٥).

ولكن حتّى الترديد فى المشروط لا يفيد لقوله «على رأى».

ص: ١٨٢

١- ١ . مفتاح الكرامة ٥٩٠/١٢.

٢- ٢ . هداية الطالب ١٠/٣.

٣- ٣ . هدى الطالب ٣٤٨/٤.

٤- ٤ . إرشاد الطالب ٢٦٨/٢.

٥- ٥ . شرح القواعد ٦٩/٢.

عقد الفضولى

تعريفه و الأقوال فيه

الفضول فى اللغة(١) جمع الفضل بمعنى الزيادة و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فى ما لا خير فيه، و لهذا نُسب إليه على لفظه فقيل: فضولىٌّ لِمَنْ يشتغل بما لا يعنيه، لأنّه جعل عَلَما على نوع من الكلام فنزّل منزلة المفرد و سمّى بالواحد.

و فى الاصطلاح هو: «الكامل غير المالک للتصرف فيه سواء كان غاصبا أو لا» كما عن الشهيد(٢). و هو واضح عند القوم.

و الفضولی فی العنوان صفة للعاقد و قدیوصف به نفس العقد و یقال: «العقد الفضول» و جعل الفضولی صفة للعقد مجاز من قبیل الوصف بحال متعلَّقه، و لذا قال الشیخ الأعظم «و لعلّه تسامح»(۳) بالنسبة إلی الأخیر.

و بالجملة: هو کلُّ عقدٍ تام صدر ممّن لیس له ملکیّة العقد و أمره و نفوذه.

قال الجدّ العلاّمة التقی قدس سره : «المعروف بین الأصحاب أنّه لو باع مال غیره من غیر ولایة و لا وکالة وقف علی الإجازة، فإن أجازه المالک أو مَنْ یقوم مقامه صحّ و إلاّ بطل و لا یقع باطلاً من أصله.

و قد حکی القول به عن القدیمین(٤) و المفید(٥) و السیّد(٦) و الشیخ فی النهایة(٧) و

۱- ۱ . راجع کتب اللغة منها: المصباح المنیر /٤٧٥.

۲- ۲ . غایة المراد ۳۷/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۳٤٦/۳.

٤- ٤ . نقل العلاّمة عن ابن الجنید فی المختلف ٥۳/٥ و عن ابن أبی عقیل فیه ۱۱۹/۷.

٥- ٥ . المقنعة /٦۰٦.

٦- ٦ . الناصریات /۳۳۰، مسألة ۱٥٤.

۷- ۷ . النهایة /۳۸٥.

الدیلمی(۱) و القاضی(۲) و الطوسی(۳) [و الحلّی(٤)] و الحلبی(٥) و المحقّق الکرکی(٦) و السیوری(۷) و جماعة من المتأخرین(۸).

و قد حكى الشهرة عليه جماعة منهم: السيورى فى كنزالعرفان(۹) و الشهيد الثانى فى المسالک(۱۰) و الروضة(۱۱) و المحقّق الأردبيلى(۱۲) و صاحب الكفاية(۱۳) و المفاتيح(۱٤).

و ذكره بلفظ «عندنا» فى مواضع من التذكرة(۱۵)، و هو يشير إلى الاجماع. و أسنده اُخرى(۱٦) إلى «علمائنا»، و هو أيضا ظاهر فى دعوى الاتفاق عليه.

و ذهب الشيخ فى الخلاف(۱۷) و السيّد ابْنُ زُهْرَةَ فى الغنية(۱۸) إلى بطلانه من أصله

۱- ۱ . المراسم /۱٤۸.

۲- ۲ . المهذب ۳۵۰/۱.

۳- ۳ . الوسيلة /۲٤۹.

٤- ٤ . الشرائع ۸/۲، المختصر النافع /۱۱۸.

۵- ۵ . الكافى فى الفقه /۳۵۳ و ۳۵۲ و ۲۹۲.

٦- ٦ . جامع المقاصد ٦۹/٤ و ۲٤۳/۸.

۷- ۷ . التنقيح الرائع ۲۵/۲.

۸- ۸ . نحو صاحبى الرياض ۲۲۲/۸ و شرح القواعد ۷۲/۲.

۹- ۹ . كنزالعرفان ۳٤/۲.

۱۰- ۱۰ . المسالک ۱۵۸/۳، و فى ۱۵۹/۷: «بذهاب الأكثر إلى الصحة».

۱۱- ۱۱ . الروضة البهية ۲۲۹/۳.

۱۲- ۱۲ . مجمع الفائدة ۱۵۷/۸.

۱۳- ۱۳ . كفاية الأحكام ٤٤۹/۱.

۱٤- ۱٤ . مفاتيح الشرائع ٤۷/۳.

١٥- ١٥ . تذكرة الفقهاء ١٩/١٠ و ٢١٥ و ٢١٨.

١٦- ١٦ . تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

١٧- ١٧ . الخلاف ١٦٨/٣، ٢٥٧/٤.

١٨- ١٨ . غنية النزوع /٢٠٧.

مدّعيين عليه الإجماع. و به قال الحلّى فى السرائر(١)، و حكى القول به عن المبسوط(٢) و الديلمى فى ظاهر المراسم(٣) و فخرالإسلام فى الإيضاح(٤) و الشهيد فى نكت الإرشاد(٥) و السيّد الداماد(٦). و حكاه المقداد عن شيخه(٧). و هو الظاهر من المحقّق الأردبيلى(٨) و المحدّث الحر العاملى(٩). فى التذكرة(١٠) أنّه قول لنا فيه إشارة إلى قائله.

و الأظهر الأوّل»(١١).

و كذلک لأجل تفصيل الأقوال راجع مفتاح الكرامة(١٢).

١- ١ . السرائر ٢٧٥/٢ و ٤١٥.

٢- ٢ . المبسوط ١٥٨/٢ و ١٦٣/٤.

٣- ٣ . المراسم /١٧٢.

٤- ٤ . إيضاح الفوائد ٤١٦/١، ٢٧/٣.

٥- ٥ . لم أجده فى غاية المراد و لعلّه استفاد ذلک من نقد الشهيد على الاستدلال للصحة بأنّه عقد صدر من أهله فى محلّه و قال: «و فيه نظر لأنّه من باب المصادرات». غاية المراد ٤٠/٣.

٦- ٦ . نقل صاحب الحدائق ٣٧٧/١٨ عنه فى رسالته الرضاعية. المسماة بضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين) /٥٦.

٧- ٧ . التنقيح الرائع ٢٥/٢ عن شيخه السعيد.

٨- ٨ . مجمع الفائدة ١٥٨/٨، زبدة البيان /٤٢٨.

٩- ٩ . وسائل الشيعة ٣٣٣/١٧، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

١٠- ١٠ . تذكرة الفقهاء ١٤/١٠.

١١- ١١ . تبصرة الفقهاء ٣٣٢/٣ و ٣٣١.

١٢- ١٢ . مفتاح الكرامة ٥٩٠/١٢.

الاستدلال على صحة عقد الفضولى

اشارة

قد استدل على صحته بعدّة من الوجوه:

الوجه الأوّل: العمومات و الاطلاقات

الواردة فى العقود نحو قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(١) و العقد الفضولى عقد ينسب إلى مالكه بعد صدور الإجازة منه فيدخل فى عموم الآية الشريفة.

و قوله تعالى: «تجارةً عن تراض»(٢) و المعاملات الفضولية تدخل فى إطلاق الآية الشريفة بعد مجىء الإجازة من أربابها.

و قوله تعالى: «أحلّ اللّه البيع»(٣) و البيع الفضولى يدخل فى إطلاق الآية الشريفة، لأنّه بيع بعد قبول المالک له.

نعم، فى العقود و التجارات و البيوع لابدّ من انتسابها إلى أَوْليائها، و الانتساب كما يتم بالمباشرة و الوكالة و الأذن السابق فكذلک يتم بالاجازة اللاحقة بلا ريب.

و لذا قال العلاّمة فى الاستدلال على صحة بيع الفضولى: «لنا أنّه بيع صدر من أهله فى محلّه فكان صحيحا، و أمّا صدوره من أهله فلصدوره من بالغ عاقل مختار و من جمع هذه الصفات كان أهلاً

للإيقاعات، و أمّا صدوره فی محلّه فلأنّه وقع علی عین یصحّ تملّکها و ینتفع بها و تقبل النقل من مالک إلی غیره، و أمّا الصحة فلثبوت المقتضی السالم عن معارضة کون الشی ء غیر مملوک للعاقد غیر مانع من صحة العقد، فإنّ المالک لو أذن

١- ١ . سورة المائدة /١.

٢- ٢ . سورة النساء /٢٩.

٣- ٣ . سورة البقرة /٢٧٥.

قبل البیع لصحّ فکذا بعده، إذ لا فارق بینهما»(١).

و اعترض علیه الشهید و قال: «فیه نظرٌ لأنّه من باب المصادرات»(٢).

و لعلّ مراده قدس سره : أن جملة: «بیع أو عقد صدر من أهله و وقع فی محلّه» عین الدعوی و لذا الاستدل به یکون من المصادرة فی المطلوب.

ولکن ظهر ضعف اعتراض الشهید رحمه الله حیث یدخل عقد الفضولی تحت العمومات و الإطلاقات کما مرّ.

و اعترض المحقّق الإیروانی رحمه الله علی التمسک بالعمومات و الإطلاقات ب- : «القطع بخروج زمان ما قبل الاجازة من عقد الفضولی، فإنّه لم یقل أحد بوجوب الوفاء علی المالک بأن یجیز العقد الصادر من الفضولی حتّی القائلین فی الاجازة بالکشف، و التمسک بالعموم بعد الاجازة مبنیّ علی ثبوت عموم أزمانی فی العمومات، و لیس له وجود و قد اعترف به المصنف(٣) رحمه الله فی خیار الغبن»(٤).

لا يدعى الشيخ الأعظم رحمه الله و المستدِل بالعمومات شمولها للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها إلى زمان الاجازة بالمخصصص ثم دخوله فيها بعد الاجازة حتّى يكون محتاجا إلى ثبوت العموم الأزمانى، بل يدعى: «زمان الاجازة إنّما هو أوّل زمان صار العقد الفضولى مصداقا للعمومات الدالة على صحة العقود»(٥).

١- ١ . مختلف الشيعة ٥/٥٤.

٢- ٢ . غاية المراد ٣/٤٠.

٣- ٣ . المكاسب ٥/٢٠٧.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ٢/٢١٥.

٥- ٥ . كما فى مصباح الفقاهة ٤/٢١.

الوجه الثانى: حديث عروة البارقى

ورد فى مسند أحمد عن عروة بن أبى جَعْدٍ البارقى قال: عرض للنبى صلى الله عليه و آله جَلَب(١) فأعطانى دينارا و قال: أى عروة ائت الجَلَب فاشتر لناشاة، فاتيتُ الجلب فساومتُ صاحبه فاشتريتُ منه شاتين بدينار، فجئت أسوقهما - أو قال: أقودهما - فلقينى رجل فساومنى فأبيعه شاة بدنيار فجئتُ بالدينار و جئت بالشاة، فقلت: يا رسول اللّه هذا دينارکم و هذه شاتكم. قال: و صنعتَ كيف؟ قال: فحدثته الحديث، فقال: اللهم بارک له فى صفقة يمينه، فلقد رأيتنى أقف بكناسة الكوفة فأربح أربعين ألفا قبل أن أصل إلى أهلى - و كان يشترى الجوارى و يبيع -(٢).

الصَّفقَةُ: ضرب اليد على اليد فى البيع و البيعة، كذا قاله الخليل(٣).

و فيه: عن عروة البارقى أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله بعث معه بدينار يشترى له أضحية و قال: مرة أو شاة، فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار و أتاه بالأُخرى، فدعا له بالبركة فى بيعه، فكان لو اشترى التراب لَرَبِحَ فيه.(٤)

رواهما ابن الأثير فى جامع الأُصول(٥)، و صاحب التاج الجامع للأُصول(٦).

الراوى و هو عروة مذكور فى كتاب «الإصابة فى تمييز الصحابة» و قال فى شأنه: «و حديثه مشهور و هو الذى دفع إليه النبى صلى الله عليه و آله دينارا ليشترى به شاة»(٧).

أقول: رواية عروة وردت فى المستدرک عن أبى جعفر محمّد بن على الطوسى صاحب الوسيلة فى كتابه الثاقب فى المناقب: عن عروة بن أبى جعد البارقى قال: قدم

١- ١ . الجَلَب: ما جُلب من خيل و ابل و متاع إلى الأسواق للبيع. [لسان العرب ٢٦٨/١].

٢- ٢ . مسند أحمد ٣٧٦/٤، و روى البيهقى نحوها فى السنن الكبرى ١١٢/٦.

٣- ٣ . كتاب العين /٥٢٣.

٤- ٤ . مسند أحمد ٣٧٥/٤، و روى البيهقى نحوها فى السنن الكبرى ١١٢/٦.

٥- ٥ . جامع الأُصول ٢٨٩/١٢، ح ٩٢٣١ و ٩٢٣٢.

٦- ٦ . التاج الجامع للأُصول ٢٢١/٢.

٧- ٧ . الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حَجَرٍ العسقلانىّ ٤٧٦/٢.

جَلَبٌ، فأعطانى النبى صلى الله عليه و آله دينارا، و قال: اشتر بها شاةً، فاشتريتُ شاتين بدينار فلحقنى رجلٌ فبعتُ أحدهما منه بدينار، ثمّ أتيتُ النبى صلى الله عليه و آله بشاة و دينار، فردّه علىَّ و قال:

بارک اللّه لک فی صفقة یمینک، و لقد کنتُ أقوم بالکناسة - أو قال: بالکوفة - فأربحُ فی الیوم أربعین ألفا.(۱)

رواها فی سنن الدار قطنی(۲)، و سنن الترمذی(۳).

و هناک روایة اُخری رواها شیخ الطائفة فی أمالیه بسنده المتصل عن حکیم بن حزام: أنّ النبی صلی الله علیه و آله بعث معه بدینار یشتری له اُضْحِیَّة، فاشتراها بدینار، و باعها بدینارین، فرجع فاشتری اُضحیة بدینار و جاء بدینار إلی النبی صلی الله علیه و آله فتصدّق به النبی صلی الله علیه و آله و دعا له أن یبارک له فی تجارته.(٤)

و رواها البیهقی فی سننه(٥).

و قال الشیخ فی شأن حکیم بن حزام: «بن خویلد بن أسد، و هو ابن عمّ الزبیر، و هو من المؤلّفة قلوبهم، و مات سنة خمس و خمسین، یکنی أبا خالد. قال الواقدی، سنة أربع و خمسین و هو ابن عشرین و مائة سنة»(٦).

و أنت تری بأنّ الروایات کلّها مِنْ طَرِیْقِ العامَّةِ، ضعیفة الإسناد لاتُرْوی من طرقنا. و لذا قال الأردبیلی: «و معلوم عدم صحة الروایة»(۷) و صاحب الحدائق(۸) لا یراها حجة

۱- ۱ . الثاقب فی المناقب /۱۱۲، ح۱۰۸ و نقل عنه فی مستدرک الوسائل ۲٤٥/۱۳، ح۱، الباب ۱۸ من أبواب عقد البیع و شروطه.

۲- ۲ . سنن الدار قطنی ۱۰/۳، ح۲۹.

۳- ۳ . سنن الترمذی ٥٥۹/۳، ح۱۲٥۸.

٤- ٤ . أمالى الطوسى، المجلس الرابع عشر، ح ٣٩٩/٣٨، رقم ٨٩٠ و نقل عنه فى بحارالأنوار ١٣٦/١٠٠، ح٤ (٩٠/٤٢).

٥- ٥ . سنن البيهقى ١١٣/٦.

٦- ٦ . أمالى الطوسى /٤٠٠.

٧- ٧ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٨/٨.

٨- ٨ . الحدائق ٣٨١/١٨.

«و إن اشتهر نقلها فى كتب الاستدلال حيث أنّها عامية». هذا من جهة السند.

ولكن مع ذلک قال جدنا العلاّمة التقى رحمه الله : «رواية عروة البارقى المشهورة فى كتب الأصحاب و قد رواها الفريقان و اعتضدت بالشهرة العظيمة بين الفِرقة... و لا مانع من ضعف إسنادها بعد انجبارها بما عرفت»(١).

و وصف قبله جدّ أَوْلاده الشيخ جعفر حديث عروة ب- : «الذى أغنتْ مشهوريته و استفاضته عند الفريقين عن النظر فى سنده»(٢).

و قال سيّد الرياض: «خبر البارقى العامى المشهور المجبور ضعفه... بالشهرة العظيمة...»(٣).

و قال فى الجواهر: «خبر عروة البارقى الذى أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر فى سنده... و المناقشة فى سنده مدفوعة بما عرفت من الانجبار»(٤).

دلالة رواية عروة على بيع الفضولى تكون من جهتين:

الأُولى: شِراؤُهُ شاتين للنبى صلى الله عليه و آله مع أنّه صلى الله عليه و آله أمره بشراء شاة واحدة فقد خرج عن مورد الوكالة فصار شِراؤُهُ فضوليا.

الثانية: بيعه للواحدة منهما بعد الشراء، فإنّه فضوليٌّ، لِاءنَّهُ ليس له توكيل فى البيع.

يرد على الأُولى: إذا وكّله صلى الله عليه و آله فى شراء شاة واحدة بدينار واحد، فبدلالة الفحوى أو الأَوْلوية وكّله فى شراء شاتين بدينار واحد. أو أنّ الإذنَ فى شراء شاة واحدة بدينار إذنٌ عرفا مطلقا فى شراء شاتين به أو لاأقل فى ما إذا كان الدينار مساويا لقيمة شاتين.

و يجاب عنه: الزيادة فى المثمن لايدُلُّ عليه الفحوى بل ما يَقْتَضِيْهِ الفحوى هو شراء شاة بنصف دينار، فما تقتضيه الأَوْلوية و الفحوى هو شراء بالثمن الأقل لا بالمثمن الأكثر. فيكون الشراءُ فضوليا.

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٣٤/٣.

٢- ٢ . رياض المسائل ٢٢٣/٨.

٣- ٣ . شرح القواعد ٧٧/٢.

٤- ٤ . الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٨/٢٣).

قال فى الجواهر: «و الفحوى لا تجزى فى الوكالة قطعا - لعدم الإنشاء و عدم الرضا فعلاً - بل و لا فى إخراج العقد الفضولية، بل أقصاها جواز الدفع و القبض و بها أقدم عروة عليهما، فلا إشكال حينئذ فى دلالة الخبر على المطلوب»(١).

و يرد على الثانية: بأنّ عروة وكيل له صلى الله عليه و آله فى معاملاته أو مأذونا مِنْ قِبَلِهِ صلى الله عليه و آله أو يكون فى المقام ما يدّل على إذنه صلى الله عليه و آله ، و ليس فى الرواية إلاّ حكاية الحال فلا عموم فيها.

قال الإيروانى: «قضية عروة لاشتباهها و احتمال مأذونيّة عروة من النبى صلى الله عليه و آله فى أمر المعاملات و ما يرجع إلى السوق لاتصلح للاستدلال بها فلا وجه لإتعاب النفس فيها»(٢).

و تبعه المحقّق السَّيِّدُ الخوئی و قال: «إنّ کون الصادر من عروة فضولیّا... متوقف علی عدم کونه وکیلاً مطلقا و مفوّضا من النبی صلی الله علیه و آله فی أمر شراء الشاة أو مطلقا الذی سمّی فی لغة فارس بکلمة «وکیل خرج» و من المحتمل أن یکون هو کذلک و علیه، فلا یمکن الاستدلال بالروایة علی صحة بیع الفضولی إذ لا قرینة فی الروایة و لا من الخارج علی کون البیع الصادر من عروة فضولیا»(۳).

و تبعهما فی العقد النضید و قال: «إنّ قضیة عروة مجملة لاحتمال کون عروة وکیلاً مفوّضا بأن کان قد وکّله رسول اللّه صلی الله علیه و آله و أعطاه الاختیار التام فی إنشاء البیع و المعاملة، و حینئذ یصحّ ما قام به من البیع و القبض و الإقباض و ذلک من جهة وکالته عنه لا من جهة الرضا المتأخر»(٤).

و یجاب عنه: وکالته عنه صلی الله علیه و آله فی مطلق المعاملات أو کونه مأذونا فیه کذلک مخالف لظاهر الروایة و فهم الأصحاب قدس سرهم ، قال الجد التقی: «و الاحتجاج إنّما هو الظاهر الْمُنْجَبِرُ بفهمهم»(٥).

۱- ۱ . الجواهر ۲۷۷/۲۲ (٤٤۹/۲۳ من طبع جماعة المدرسین).

۲- ۲ . حاشیة المکاسب ۲۱٦/۲.

۳- ۳ . مصباح الفقاهة ۲٥/٤.

٤- ٤ . العقد النضید ۱۸/۳.

٥- ٥ . تبصرة الفقهاء ۳۳٥/۳.

و قال صاحب الجواهر: «ظاهر الخبر کون المحکی تمام ما وقع من النبی صلی الله علیه و آله و عروة، علی أنّ الأصل عدم غیره»(۱).

و بما ذكرنا ظهر الجواب عن مناقشة أُخرى و هى: كَوْنُ عروة عالما برضاه صلى الله عليه و آله من الفحوى و لذا تصدّى لدفع العوض لأنّه حرام بدون العلم، و إذا جاء العلم يمكن الاكتفاء به فى صحة التصرف و أنّه يقوم مقام التوكيل فيخرج به عن البيع الفضولى.

يظهر الجواب من مقالة صاحب الجواهر رحمه الله الماضية آنفا و ما مرّ من أنّ العلم بالرضا و مجرد الفحوى يفيدان إباحة التصرف غير الناقلة فى مال الغير، و أمّا النقل و الانتقال و المعاملات فَتَحْتاجُ إلى الإجازة و الإذن الْخارِجِيَّيْنِ و هما مفقودان فى المقام، و قيام العلم بالرضا مقام التوكيل فى التصرفات الناقلة بحيث لا يحتاج معه إلى الإذن و الإجازة، لا يدل عليه دليل، بل الدليل على خلافه.

نعم، غاية الأمر هذا العلم بالرضا و فحوى الإذن الأوّل يصححان دفع العوض و القبض و الإقباض فى مال الغير، يخرجانه من عدم الجواز، ولكنّهما لايقومان مقام الإذن و الاجازة التى تصحح البيع الفضولى و كذلک لايقومان مقام التوكيل كما مرّ.

لا يقال: العلم بالرضا يكفى فى مجرد الإباحة دون البيع الناقل للعين، فعمل عروة هو مجرد إباحته التصرف فى شاة للغير لا البيع الناقل.

لأنا نقول: الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله : «بارک اللّه فى صفقة يمينک» هو البيع الناقل لا الإباحة فى التصرف فقط، كما فهمه معظم الفقهاء - رضوان اللّه تعالى عليهم - كذلک.

و المدار فى الأدلة ظاهرها لاسيما إذا كان منجبرا بفهم الأصحاب قدس سرهم .

و بما ذكرنا يظهر عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم حيث يقول: «إنّ الظاهر علم عروة برضا النبى صلى الله عليه و آله بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن، و لا ريب أنّ الإقباض و القبض فى بيع الفضولى حرام، لكونه تصرّفا فى مال الغير، فلابدّ إمّا من التزام أنّ عروة فعل الحرام فى القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبى صلى الله عليه و آله . و إمّا من القول بأنّ البيع الذى يعلم بتعقّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناءً على كون الإجازة

١- ١ . الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٩/٢٣ من طبع جماعة المدرسين).

كاشفة - و سيجىء ضعفه - .

فيدور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع - و هو المقرون برضا المالک - خارجا على الفضولى... و رابع و هو علم عروة برضا النبى صلى الله عليه و آله بإقباض ماله للمشترى حتّى يستأذن و علم المشترى بكون البيع فضوليا حتّى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة... ولكن الظاهر هو أوّل الوجهين [أى الثالث] كما لايخفى»(١).

ثم احتمل(٢) فى المقام احتمالاً خامسا و هو المعاطاة المفيدة للإباحة لا الملک لأنّ المناط فيها هو مجرد الرضا و وصول كلٍّ من العوضين إلى الآخر بأىّ نحو ولو كان -الواصل- صبيّا أو حيوانا، و ليس هذا معاملة الفضولى بل الفضولى هنا فقط صار آلة فى الإيصال و العبرة برضا المالک المقرون به.(٣)

وجه الظهور: علم عروة البارقى برضا النبى صلى الله عليه و آله يصحح إقباض المثمن و قبض الثمن فلا يرتكب حراما، و البيع و كذا الشراء قبله يكونان فُضُوْلِيَّيْنِ يحتاجان إلى إجازة النبى صلى الله عليه و آله ، و أجازه صلى الله عليه و آله بالدعاء له، فالرواية تدلّ على صحة بيع الفضولى من دون احتياج إلى محتملات الشيخ الأعظم رحمه الله مضافا إلى ضعف جميعها: أمّا الأوّلان: فقد ورد ضعفهما فى كلام الشيخ الأعظم فلا أُعيد.

و أمّا الثالث: فَإِنَّ البيع الفضولى لا يخرجه علم الفضول برضا المالک عن الفضولية، لما مرّ من أنّ التصرفات الناقلة تحتاج إلى الاستناد إلى المالک و هو لايتم إلاّ بالوكالة أو الإذن أو الإجازة، و لا يكفى فيها الرضا. نعم، الرضا يصحح التصرفات غير الناقلة، فلا يتم هذا الاحتمال.

و كذلک يراها المحقّق الخراسانی(٤) من الفضولی فی ما عقد علی ملک الغير ولو كان عالما برضايته.

و أمّا الرابع: فَيَتمُّ فی مقام الثبوت و أمّا فی مقام الإثبات علم عروة برضا

١- ١ . المكاسب ٣٥١/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣٥٢/٣.

٣- ٣ . راجع مصباح الفقاهة ٤/(٢٧-٢٥).

٤- ٤ . حاشية المكاسب /٥٣.

النبی صلی الله عليه و آله يصحح قبضه المثمن فی الشراء و إقباضه المثمن فی البيع أيضا، و أمّا بالنسبة إلی البائع فی شرائه و المشتری فی بيعه حيث لم يرد فی روايته علمهما بأنّ الشراء و البيع فضوليان فإنّهما يعاملان مع عروة، وَ تَكُوْنُ المعاملة من جانبهما أصِيلَيْنِ تامَّيْنِ(١)، و لذا قَبَضَ البائعُ الدينار من عروة و المشتریُ الشاة منه. و بالجملة علمهما بالفضولية و جعلهما عروة أمينا علی المثمن فی الشراء، و الثمن فی البيع فدون إثباتهما خرط القتاد.

مضافا إلی ما مرّ من صاحب الجواهر قدس سره من: «ظاهر الخبر كون المحكی تمام ما وقع من النبی صلی الله عليه و آله و عروة، علی أنّ الأصل عدم غيره»(٢).

و بما ذكرنا ظهر عدم تماميّة تطبيق شيخنا الاستاذ(٣) قدس سره الرواية علی الاحتمال الرابع فی كلام الشيخ الأعظم رحمه الله . و إن كان هذا المحتمل يُوافق صحة بيع الفضولی.

و قال المحقّق الهَمَدانی رحمه الله : «یمکن أن یقال: إنّه لا یحتاج إلی علم المشتری بکونه فضولیّا و استیمانه بل یکفی علم عروة - لو کان عالما- بأنّ المشتری کان راضیا بالبیع علی أیّ حال ولو کان فضولیا، أنّه یکون راضیا بتصرف عروة فی ماله قبل انتقاله إلی النبی صلی الله علیه و آله »(٤).

و أمّا الخامس: فَبَعْدَ قبول جریان الفضولیة فی المعاطاة لأنّها عندنا بیع کما مرّ مفصلاً فی بحثها لایضر هذا الاحتمال بالاستدلال و صحة الفضولی، ولکن لم یرد فی الروایة ما یدلّ علی أن فعل عروة کان معاطاةً. بل ورد فیها کَلِمَتا: «اشتریتُ» و «فأبیعه» و أنّهما غیر ظاهِرَتَیْنِ فی المعاطاة لو لم نقل بأنّهما ظاهرتان فی غیرها، لا سیما إذا کان ذلک الغیر علی نحو آلة إیصال مضافا إلی مخالفته لِفَقرَةِ: «بارک اللّه فی صفقة یمینک» لأنّ عروة

١- ١ . وجدتُ بعد کِتابَةِ هذا البیان فی حاشیة الأصفهانی ٨٤/٢ حیث یقول: «و أمّا قبض الثمن من المشتری فیکفی فی جوازه رضا المشتری فعلاً لإعتقاده أصالة عروة و تمامیة المعاملة و إن تخلف عن الواقع، لأنّ تخلّف الدواعی لا یضرّ بالرضا الفعلی».

٢- ٢ . الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٩/٢٣).

٣- ٣ . إرشاد الطالب ٢٩٣/٣، طبعة عام ١٤٣١ق.

٤- ٤ . حاشیة المکاسب /١٩٧.

إذا کان آلة إیصال فلا یتم هذا التبریک.

و دعوی أنّ الغالب فی المعاملات هو المعاطاة فی ذاک الزمان مضافا إلی جزافیتها، أنّ هذه الغلبة - لو سلمناها - لا تفید إلاّ الظن و هو لا یغنی من الحقِّ شیئا کما یظهر هذا الأخیر من المحقّق السَّیِّدِ الخوئی(١).

و لذا قال السيّد اليزدى بالنسبة إلى هذا الاحتمال: لم أفهم وجه هذا الدعوى، و لم أدر من أين هذا الظهور»(٢).

و العجب من المحقّق السَّيِّدِ الخوئى حيث يقول فى ضمن مناقشاته الشيخَ الأعظمَ ب- : «أنّ ما صدر من عروة قضية شخصية واقعة فى مورد خاص و لم يعلم جهتها، فلا يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى و إن أصرّ عليه جمع من الفقهاء، و لا حملها على الكبرى المتقدمة»(٣).

مراده من الكبرى المتقدمة خروج العقد الصادر من الأجنبى مع العلم بالرضا الباطنى للمالک عن الفضولية.

و أمّا الإجابة عنه: بأنّ «كونها قضية فى واقعة غير مانع عن الاستدلال به بعد ظهوره فيما هو المراد كما فى نظائره».(٤)

فَعَجِيْبٌ لأنّ المناقش لا يرى ظهور الرواية فى الفضولى.

و الحاصل: رواية عروة البارقى تدلّ على صحة بيع الفضولى بعد ما مرّ من الإجابة عن الإشكالات الواردة عليها عندنا، خلافا لجماعة من المُحَشِّيْنَ على المكاسب(٥) و الفاضل النراقى(٦) حيث يراها ضعيفة سندا و دلالةً.

١- ١ . مصباح الفقاهة ٢٦/٤.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ١١٠/٢.

٣- ٣ . مصباح الفقاهة ٢٦/٤.

٤- ٤ . أنوار الفقاهة ٢٨٠/١.

٥- ٥ . نحو: الإشكورى فى بغية الطالب ٣٤٥/١، و السيّد اليزدى ١١٠/٢، و الشهيدى ٢١/٣ و ٢٢، و الإيروانى ٢١٦/٢، و السيّد الحكيم /٣٥١، و السيّد القمى ٢٨٥/٢.

٦- ٦ . مستند الشيعة ٢٧٥/١٤.

الوجه الثالث: صحيحة محمّد بن قيس

التى رواها المشايخ الثَلاثَةُ(١) بأسناد صحاح(٢) عن محمّد بن قيس عن أبى جعفر(٣) عليه السلام قضى أميرالمؤمنين - صلوات اللّه عليه - فى وليدة باعها ابن سيّدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاءَ سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنى.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذابنه الذى باعك الوليدة حتى يُنْفِذَ لك البيعَ، فلمّا أخذه قال له أبوه: أرسِلْ ابنى، قال: لا و اللّه، لا أُرْسِلُ إليك ابنك حتى تُرسِلَ ابنى، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة، أجاز بيع ابنه.(٤)

قد مرّ البحث حول هذه الصحيحة فى بحث المقبوض بالعقد الفاسد(٥)، و حول الموهنات الواردة حولها فى بحث بيع المكرَه(٦)، فلا نعيد.

و أمّا الاستدلال بها على صحة بيع الفضولى فَيَقَعُ فى فقرَتَيْنِ منها:

الأُولى: ما ورد فى كلام أميرالمؤمنين عليه السلام أنّه قال: «خُذْابَنُه الذى باعك الوليدة حتّى يُنْفِذَ(٧) لك البيع».

الثانية: قول أبى جعفر عليه السلام : «فلما رأى ذلك سيّدُ الوليدة أجاز بيع ابنه».

ولكِنْ هنا إشْكالان مَشْهُوْرانِ فى الاستدلال بها على صحة بيع الفضولى لابدّ من التعرّض بهما و الجواب عنهما:

١- ١ . الكافى ٢٠٩/١٠، ح١٢ (٢١١/٥)، الفقيه ٢٢٢/٣، ح٣٨٢٦، التهذيب ٤٨٨/٧، ح١٩٦٠ و ٧٤/٧، ح٣١٩، و الاستبصار ٢٠٥/٣، ح٧٣٩ و ٨٥/٣، ح٢٨٨.

٢- ٢ . نعم، أحد سندى الشيخ فى التهذيب ٤٨٨/٧، ح١٩٦٠ موثق بعلى بن الحسن بن فضال.

٣- ٣ . نقلتُ نص الحديث من نقل الكلينى فى الكافى الشريف.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

٥- ٥ . الآراء الفقهية ٤١٣/٤.

٦- ٦ . راجع صفحة ١٥٧ من هذا المجلد.

٧- ٧ . فى الاستبصار، ح٧٣٩ «حتّى ينقد»، و كذا احدى طبعات الكافى.

الإشكال الأوّل: صدور الاجازة بعد الردّ

تقريب الاشكال: فى الصحيحة عدّة أُمور ظاهرها ردّ سيّد الوليدة بيع ابنه:

منها: قوله عليه السلام : «الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها». لأنّ هذا الحكم لا يصح إلاّ بعد الردّ.

و منها: قوله عليه السلام : «ثم جاء سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر». لأنّ المخاصمة لو لم أقل بأنّها بعد الردّ لاأقل من أنّها ظاهرة فى الردّ.

و منها: مناشدة المشترى للإمام عليه السلام و جوابه عليه السلام له: «خذ ابنه الذى باعک الوليدة». لأنّ المناشدة و علاج الإمام عليه السلام لا يكون إلاّ بعد الرد.

و إذا ردّ سيّد الوليدة بيع ابنه الفضول فليس له الاجازة بعد الردِّ إجماعا(١)، فلابدّ إمّا من حمل الصحيحة و الإجازة الواردة فى آخرها على البيع الجديد - و هو خلاف الظاهر- أو من حملها على قضاء أميرالمؤمنين عليه السلام و حيله فيها التى كان يتوسل بها إلى ظهور ما هو الواقع - كما عن

العلاّمة المجلسی(۲) رحمه الله - أو من حمله علی قضیة شخصیة فی واقعة بحیث لا یمکن استفادة الحکم العام منها - کما عن المحقّق الخوئی(۳) قدس سره - .

جوابه: لم یکن فی الصحیحة ما یدلّ علی ردّ المالک للبیع، نعم لم یکن راضیا بالبیع کما یظهر ممّا مرّ فی الاشکال و عدم الرضایة غیر الردّ، لأنّ الردّ هو فسخ العقد و حلّه و رفضه کما علیه المحقّق الاصفهانی(٤) رحمه الله ، أو «یکون متردّدا فی البیع من جهة ما یترتب علیه من مطالبةٍ من ابنه و تعاسره إیّاه، فإن رأی سهولة الخطب ردّه، و إلاّ أجازه لیخلِّص ابنه حسبما صدر منه اخیرا بعد تعاسر المشتری إیّاه»، کما علیه المحقّق التقی(٥) قدس سره .

۱- ۱ . کما عن المحقّق التقی فی تبصرة الفقهاء ۳۳٦/۳.

۲- ۲ . راجع مرآة العقول ۲۳۸/۱۹.

۳- ۳ . مصباح الفقاهة ۳٤/٤.

٤- ٤ . راجع حاشیته للمکاسب ۸٦/۲.

٥- ٥ . تبصرة الفقهاء ۳۳۷/۳.

و الإشکال(۱) علی الأصفهانی بأنّ مفهوم الردّ یکون غیر الحلِّ، و الردّ یباین الإجازة و الحلّ یباین العقد، الإجازة کما یمکن أن تکون باللفظ یمکن أن تکون بالفعل و کذلک الردّ، لا یثمر لأنّ الردّ و إن یقابل الإجازة، و الحلّ مع العقد، فالمفهومان (الرد و الحلّ) مختلفان، ولکن فی بیع الفضولی و عند عامة الناس یستعملان بمعنی واحد، فإن أجاز انعقد البیع و إنْ ردّ انحل. نعم، الإجازة تتحقّق بالقول و الفعل معا.

و الحاصل: المالک یکون غیر راض بالبیع أو مترددا فیه ولکن بعد ما وقع رضی به أو رفع تردّده و أجاز البیع، و الشاهد عَلی بقاء البیع علی ما کان علیه من فضولیته بعد أخذ الولیدة و المخاصمة و

المناشدة قوله عليه السلام : «حتى يُنْفِذَ» و «أجاز بيع ابنه». الظاهران فى نفوذ بيع ابنه الفضول و إجازة المالک له.

الإشكال الثانى: اشتمال الصحيحة على أُمور لا يقولون بها

قد مرّ فى الموهنات(٢) ستة منها و جوابها فلا نعيد، ولكن نضيف هنا:

أوّلاً: شمولها على ما لا يقولون بها، لايمنع من العمل بالصحيحة فى غيرها لما ثبت فى محلّة من إمكان التبعيض فى الحجيّة.

و ثانيا: الحكم بأَخْذِ ولد المشترى لا يكون من جهة رقيّته للشبهة بل من جهة تقويمه و قبض ثمنه، و أخذ المشترى ولدَ المالک لأجل المطالبة بالثمن الذى دفعه إليه للوليدة، و كذلک مرّ جواب الباقى من الموهنات.

و ثالثا: إنَّ مولانا الإمامَ أميرَالْمُؤمنين عليه السلام اخْتارَ فى قضاياه بعض الطرق غير المتعارفة لكشف الواقع المتلبس على عامة الناس - كما مرّ عن العلاّمة المجلسى(٣) رحمه الله و ما ورد فى هذه الصحيحة يكون من هذه الطرق و الأساليب غير المتعارفة فلا يمكن أن يُعد هذا من الموهنات بل الكلّ يتعلّمون منه القضاء و أحكامه و قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى

١- ١ . كما فى العقد النضيد ٥٦/٣.

٢- ٢ . راجع صفحة ١٥٧ من هذا المجلد.

٣- ٣ . مرآة العقول ٢٣٨/١٩.

شأنه: «أقضاكم علىّ»(١).

و بالجملة: بعد دفع الإشكالين يمكن استفادة صحة بيع الفضولى من هذه الصحيحة كما عليه جلّ الأصحاب(٢) - قدس اللّه أسرارهم - .

ص: ١٩٩

١- ١ . الغدير ٩٦/٣، الاستيعاب ٤٦١/٢، فتح البارى ٤٨٧/١٠، شرح نهج البلاغة ٢١٩/٧ لابن أبى الحديد، الجامع الصغير ٥٨/١، فيض القدير ٢٨٥/١، مطالب السؤل /٢٣، مواقف القاضى الإيجى ٢٧٦/٣.

٢- ٢ . منهم: الشيخ جعفر فى شرح القواعد ٨٠/٢، و سيّد الرياض فيه ٢٢٤/٨، و العلاّمة التقى فى تبصرة الفقهاء ٣٣٦/٣، و صاحب المقابس فيه كتاب البيع /٢٣ و صاحب الجواهر فيه ٢٧٧/٢٢ (٤٤٩/٢٣) و الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣٥٤/٣ و ٣٥٥.

الوجه الرابع: فحوى مادلّ على صحة نكاح الفضولى

تَمَسَّكَ جَماعَةٌ من الفقهاء بفحوى الروايات الدالة على صحة نكاح الفضولى، على صحة بيع الفضولى نحو أصحاب غاية المراد(١) و غاية المرام(٢) و شرح القواعد(٣) و الرياض(٤) و المناهل(٥) و المقابس(٦) و تبصرة الفقهاء(٧) و المفتاح(٨) و الجواهر(٩) و المكاسب(١٠).

و بالإجماعات المنقولة فى صحة نكاح الفضولى كما عن الشريف المرتضى(١١) مطلقا - أى فى الحرّ و العبد - و ابن ادريس(١٢) فى الحر خاصة و تبعه الشهيد(١٣)، و الشيخ(١٤) فى العبد خاصة. و كذلك حكاها أصحاب الكتب الماضية مطلقا منضمّا إلى الفاضل الأصبهانى(١٥).

مع العلم بأنّ الاحتياط فى الفروج آكد و الأمر فيها أشدّ كما ورد فى حسنة العلاء

ص: ٢٠٠

١- ١ . غاية المراد ٤١/٣.

٢- ٢ . غاية المرام ١١/٢.

٣- ٣ . شرح القواعد ٧٤/٢.

٤- ٤ . رياض المسائل ٢٢٣/٨.

٥- ٥ . المناهل /٢٨٧.

٦- ٦ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٢٦.

٧- ٧ . تبصرة الفقهاء ٣٣٣/٣.

٨- ٨ . مفتاح الكرامة ٦٠٢/١٢.

٩- ٩ . الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٧/٢٣).

١٠- ١٠ . المكاسب ٣٥٦/٣.

١١- ١١ . الناصريات /٣٣٠، مسألة ١٥٤.

١٢- ١٢ . السرائر ٥٦٥/٢.

١٣- ١٣ . غاية المراد ٤١/٣.

١٤- ١٤ . الخلاف ٢٦٦/٤، مسألة ١٨.

١٥- ١٥ . كشف اللثام ١٠٢/٧.

ابن سيابة عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال فى حديث: إنّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد، الحديث.(١)

و فى صحيحة شعيب الحداد قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل من مواليک يقرؤک السلام و أراد أن يتزوّج امرأة و قد وافقته و أعجبه بعض شأنها، و قد كان لها زوج فطلّقها على غير السنة، و قد كره أن يقدم على تزويجها حتّى يستأمرک فتكون أنت تأمره، فقال أبوعبداللّه عليه السلام : هو الفرج و أمر الفرج شديد و منه يكون الولد و نحن نحتاط فلا يتزوّجها.(٢)

و إذا تمّ نكاح الفضولى بما ورد فى الروايات الآتية و الإجماعات المحكية و كان الأمر فيها أشدّ بالنسبة إلى البيع و غيره فيدل الفحوى بالصحة فيه.

و هذا الفحوى - و هو قياس الأُولوية - و ان لم يكن من دلالة اللفظ ولكنّه حجة عند الأكثر كما يستفاد ذلک من فروعهم من مقامات لا تحصى.(٣)

و لذا قال الشهيد رحمه الله : و «تكلُّفُ الفرقِ النظرى بينهما - أى بين النكاح و البيع - فيه ما فيه، بل الاحتياط فى الفروج أُولى»(٤).

و قال سيّد الرياض فى كتاب النكاح: «و من هذه الأخبار - و إن اختصّ مواردها بالنكاح - يستفاد جواز الفضولى فى سائر العقود بفحوى الخطاب؛ للاتّفاق فتوىً وروايةً على شدّة أمر النكاح، و عدم جواز المسامحة فيه بما ربما يتسامح فى غيره، فإذا جاز الفضولى فى مثله جاز فى غيره بطريق أولى، كما لا يخفى على أَولى البصيرة و النُهى»(٥).

١- ١ . وسائل الشيعة ١٦٣/١٩، ح٢، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكالة، و وسائل الشيعة ٢٥٩/٢٠، ح٣، الباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٥٨/٢٠، ح١، الباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

٣- ٣ . كما عن صاحب مفتاح الكرامة ٦٠٢/١٢.

٤- ٤ . غاية المراد ٤١/٣.

٥- ٥ . رياض المسائل ١٠٤/١١.

و أمّا الروايات الدالة على صحة نكاح الفضولى فى الحرّ و العبد فَإِنَّها كثيرةٌ نذكر لک بعضها:

فمنها: مضمرة و صحيحة محمّد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأله رجلٌ عن رجلٍ مات و ترک أخوين و ابنةً، و البنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصى فزوّج الابنةَ من ابنه، ثمّ مات أبو الإبن المزوَّج فلمّا أن مات قال الآخر: أخى لم يزوِّج ابنه فزوّج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أىّ الزوجين أحبّ إليک: الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر.

ثم إنّ الأخ الثانى مات، و للأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوَّج فقال للجارية: اختارى أيّهما أحبّ إليک: الزوج الأوّل أو الزوج الآخر؟

فقال: الرواية فيها أنّها للزوج الأخير و ذلک أنّها تكون قد كانت أدركت حين زوّجها و ليس لها أن تنقض ما عَقَدَتْهُ بعد إدراكها!(١)

الصحيحة مضمرة و ابن بزيع و إن أدرک الأئمة الكاظم و الرضاه و الجواد عليهم السلام ولكن الظاهر أنّ الرواية من الإمام الكاظم عليه السلام لأنّ ابن بزيع كان من موإلى أبى جعفر المنصور و هو كان معاصرا للإمام الكاظم عليه السلام و الإضمار يكون للتقية التى ابْتُلِىَ بها ابن بزيع فلايضرّبها مضافا إلى جلالته و أنّه لم يرو من غير المعصوم.

و لعلّ كلمة «ابنه» فى فقرة: «قال الآخر: أخى لم يزوج ابنه» تكون تصحيفا ل-«ابنته»، فيكون كلّ من الأخوين المتوفّيين زوّج الإبنة لابنه، فيكون التزويجان فضوليين.

و اختارت الإبنة الزوج الأخير و قرّره الإمام عليه السلام ، ولكن علّله ضمنا بأنّه إن كان الثانى فضوليا أجازها و تصريحا بأن كان فى زمن بلوغها فكان بإذنها من حين العقد.

و منها: معتبرة محمّد بن الحسن الأشعرى قال: كتب بعض بنى عمّى إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام : ما تقول فى صبّية زوّجها عمّها، فلمّا كبرت أبت التزويج، فكتب لى: لا تكره

١- ١ . الكافى ٧٦٣/١٠، ح٣ (٣٩٧/٥)، التهذيب ٣٨٧/٧، ح٣٠، عنهما فى وسائل الشيعة ٢٨٢/٢٠، ح١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح.

على ذلک و الأمر أمرها.(١)

و منها: صحيحة أبى عبيدة قال: سألتُ أبا جعفر عليه السلام عن غلامٍ و جاريةٍ زوَّجُهما وليّان لهما و هما غير مدركين.

قال: فقال: النكاح جائز، أيّهما أدرک كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلاّ أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرک أحدهما قبل الآخر؟

قال: يجوز ذلک عليه إن هو رضى.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرک قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرک الجارية، أترثه؟

قال: نعم، يعزل ميراثها منه، حتّى تدرک و تحلف باللّه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضاها بالتزويج، ثمّ يدفع إليها الميراث و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرِک؟

قال: لا، لأنّ لها الخيار إذا أَدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرک.

قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية.(٢)

عزل ميراث الجارية المتزوّجة - من زوجها الصغير الذى بلغ و أجاز نكاح وليّه ثمّ مات - حتّى تدرک و أجازت نكاح وليّها و تحلف باللّه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضا بالتزويج، ثمّ اعطائها الميراث و نصف المهر، يدلّ على صحة نكاحها الفضولى من حين العقد بعد إجازتها.

و منها: موثقة الفضل بن عبدالملک عن أبى عبداللّه عليه السلام - فى حديث - قال: إذا زوّج الرجل ابنه فذاک إلى ابنه، و إذا زوّج الإبنة جاز.(٣)

ص: ٢٠٣

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٧٦/٢٠، ح٢، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٧٧/٢٠، ح٤، و ٢٨٧/٢١، ح١، الباب ٢٨ من أبواب المهور.

فى المطبوعة من الكافى «إلى أبيه» بدل «إلى ابنه» ولكن فى بعض نسخه(١) و التهذيب(٢) و الوافى(٣) «إلى ابنه» و الاستدلال مبنىٌّ على قرأة «ابنه».

و منها: خبر محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنّه سأله عن رجل زوّجته اُمُّه و هو غائب؟ قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوِّج قَبِلَ، و إن شاء ترک المتزوِّج تزويجه فالمهر لازم لاُمّه.(٤)

الرواية ضعيفة الإسناد باسماعيل بن سهل لأنّ النجاشى قال فى شأنه: «ضعّفه أصحابنا»(٥).

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوكة بين رجلين زوّجها أحدهما و الآخر غائب، هل يجوز النكاح؟ قال: إذا كره الغائب لم يجز النكاح.(٦)

سند الشيخ فى التهذيب ٢٢٠/٨، ح٧٠٤ مرسل لأنّه لم يذكر سنده إلى محمّد بن أحمد بن اسماعيل الهاشمى العلوى فى مشيخته و سند الحميرى أيضا ضعيف بعبداللّه بن الحسن بن على بن جعفر

على المشهور، ولكن رواها على بن جعفر فى كتابه و لصاحب الوسائل طريق صحيح إلى كتابه و لذا عبرنا عن الرواية بالصحيحة.

و منها: خبر عبيد بن زرارة عن أبى عبداللّه عليه السلام فى عبد بين رجلين زوّجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثمّ انّه علم بعد ذلک، أله أن يفرّق بينهما؟ قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرّق بينهما و إن شاء تركه على نكاحه.(٧)

١- ١ . كما ذكرها فى هامش الكافى ٧٧١/١٠ طبع دارالحديث.

٢- ٢ . التهذيب ٣٨٩/٧.

٣- ٣ . الوافى ٤١٥/٢١.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢٨٠/٢٠، ح٣، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح.

٥- ٥ . رجال النجاشى /٢٨، رقم ٥٦.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ١٩٠/٢١، ح١، الباب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

٧- ٧ . وسائل الشيعة ١١٦/٢١، ح١، الباب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

الرواية ضعيفة بعبد العزيز بن عبداللّه العبدى لأنّ النجاشى(١) ضعّفه.

ولكن الشيخ الأعظم(٢) رحمه الله ناقش فى هذه الفحوى بالنص الوارد فى الردّ على العامة الذين فرّقوا بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث أنّهم ذهبوا إلى الصحة فى البيع مستدلاًّ بأنّ المال له عوض، و إلى البطلان فى النكاح لأنّ البُضْع ليس له عوض. ولكن فى النص ردّ الإمام عليه السلام عليهم بأنّ مقتضى الاحتياط فى النكاح لتكوُّن الولد منه هو الصحة و هو أُولى بالاحتياط فيحكم بصحته، فحينئذ صار الاستدلال على عكس الفحوى المذكورة بأنّ فى كلِّ مورد صحت المعاملة المالية صح النكاح و لا عكس، و الفحوى مبتنيّةٌ على عكسه فلا يتم.

و بعبارة أُخرى: النص يدل فى كلّ مورد صحّت المعاملات المالية صحّ النكاح، فالبيع أصل و النكاح فرع و لا يمكن إثبات حكم الأصل بإثباته فى الفرع. و الفحوى المذكورة على عكسه تقول بأنّ لو صح النكاح لصحت المعاملات المالية فالنكاح أصل و البيع فرع، و أنت ترى بأنّ النص يعارض الفحوى المدعاة.

و أمّا النص: فَهُوَ ماجاءَ فى حَسَنَةِ العَلاءِ بنِ سيابة قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل فقبل الوكالة فأشهدت له بذلک، فذهب الوكيل فزوّجها، ثمّ إنّها أنكرت ذلک الوكيل و زعمت أنّها عزلته عن الوكالة فأقامت شاهدين أنّها عزلته، فقال: ما يقول من قبلكم فى ذلک؟

قال: قلت: يقولون: ينظر فى ذلک فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج فالوكالة باطلة و التزويج باطل، و إن عزلته و قد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، و على ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئا ممّا أمرت به و اشترطت عليه فى الوكالة.

قال ثمّ قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم، يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً و أشهدت فى الملأ و قالت فى الملأ(٣):

١- ١ . رجال النجاشى /٢٤٤، رقم ٦٤١.

٢- ٢ . المكاسب ٢٥٦/٣ و ما بعده.

٣- ٣ . فى المطبوعة من وسائل الشيعة، طبعة آل البيت ١٦٣/١٩: «النملأ».

أشهدوا أنّى قد عزلته، أبطلت وكالته بلا أن يعلم بالعزل و ينقضون جميع ما فعل الوكيل فى النكاح خاصة، و فى غيره لايبطلون الوكالة إلاّ أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام : سبحان اللّه ما أجور هذا الحكم و أفسده إنّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد، إنّ عليّا عليه السلام أتته امرأة استعدته(١)(٢) على أخيها: فقالت: وكّلتُ أخى هذا بأن يزوجّنى رجلاً و أشهدتُ له ثمّ عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوّجنى ولى بيّنةٌ أنّى عزلته قبل أن يزوِّجنى فأقامت البينة، فقال الأخ: يا أميرالمؤمنين إنّها وكّلتنى و لم تُعلمنى أنّها عزلتنى عن الوكالة حتّى زوّجتها كما أمرتنى.

فقال عليه السلام لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أميرالمؤمنين، فقال لها: ألک بينة بذلک؟ فقالت: هؤلاء شهودى يشهدون، قال لهم: ما تقولون؟ قالوا: نشهد إنّها قالت: اشهدوا إنّى قد عزلت أخى فلانا عن الوكالة بتزويجى فلانا و إنّى مالكة لأمرى قبل أن يزوِّجنى فلانا، فقال: أشهدتكم على ذلک بعلم منه و محضر؟ قالوا: لا، قال: فتشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا.

قال: أرى الوكالة ثابتة و النكاح واقعا، أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها بارک اللّه لک فيها.

قالت: يا أميرالمؤمنين أحلفه أنّى لم أعلمه العزل و أنّه لم يعلم بعزلى إيّاه قبل النكاح.

فقال: و تحلف؟ قال: نعم يا أميرالمؤمنين فحلف و أثبت وكالته و أجاز النكاح.(٣)

أقول: عَبَّرْتُ عن الرواية بالحسنة لأنّ سند الصدوق إلى العلاء بن سيابة صحيح، وَ قَدْ رَوى عنه أصحاب الإجماع نحو أبان بن عثمان و محمّد بن أبى عمير و غيرهما و له

١- ١ . فى المطبوعة من وسائل الشيعة، طبعة آل البيت: «تستعديه».

٢- ٢ . استعداه: استغاثه و استنصره. [قاموس اللغة].

٣- ٣ . الفقيه ٨٤/٣، ح٣٣٨٣، التهذيب ٢١٤/٦، ح٥، و نقل عنهما فى وسائل الشيعة ١٦٣/١٩، ح٢، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكالة.

١٩ رواية فى الكتب الأربعة فلا يبعد القول بأنّه من المعاريف و لم يرد فيه قدح فهو معتبر أو لاأقل من حسنه. و سند الشيخ إلى العلاء أيضا صحيح.

و الوكالة عندنا عقد جائز من الطرفين فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكّل و غيبته و كذا للموكِّل أن يعزل الوكيل، ولكن انعزاله مشروط ببلوغه إيّاه، فلو أنشأ عزله ولكن لم يطلّع الوكيل عليه لم ينعزل فلو أمضى أمرا قبل أن يبلغه العزل كان نافذا.

و الرواية ردّ على العامة من حيث أنّهم يفرّقون بين النكاح و غيره و يبطلون الوكالة فى النكاح بالعزل ولو لم يطلّع عليه الوكيل، و فى غيره لا يبطلون الوكالة إلاّ باطلاع الوكيل على عزله بدعوى أنّ «المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض»، و تعّجب الإمام عليه السلام من هذا التفصيل الباطل و قال عليه السلام : «سبحان اللّه، ما أجور هذا الحكم و أفسده إنّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد».

و أنت ترى بأنّ مَصَبَّ الرواية ردّ تفصيل العامة بين النكاح و غيره فى الوكالة فأين هذا من وهن المدعى فى كلام الشيخ الأعظم بأنّها تدل على عكس الفحوى؟!

و كذا لا يتم تعبيره عنها بالصحيحة(١) مع ما عرفت فى سندها. و لا يتم توجيهه(٢) فى الاحتياط الوارد فى كلام الإمام عليه السلام بالنسبة إلى النكاح من حمله على الاحتياط الإضافى لا الاحتياط التام المدرِك به الواقع بل الإمام يكون فى مقام نفى تفصيلهم المبتنى على الاستحسان فأرشدهم إلى جانب الاحتياط تقيةً و جدلاً عليهم ثمّ ذكر لهم قضاء على عليه السلام و حكمه بصحة النكاح ردّا على تفصيلهم. فالمراد بالاحتياط فى الرواية ليس احتياطا إضافيا بل هو احتياط جَدَلِّىٌّ و تقيَّتِىٌّ

حيث لم يتمكن من الردّ عليهم صريحا و الشاهد عليه تمسّكه عليه السلام بقضاء على عليه السلام المقبول عندهم.(۳)

و إلاّ الاحتياط التام فى النكاح إمّا يكون بالطلاق أو بتجديد العقد عليها أو بإجازتها قبل ردّها كما هو الواضح.

ص: ۲۰۷

۱- ۱ . المكاسب ۳۵۸/۳.

۲- ۲ . المكاسب ۳۵۷/۳.

۳- ۳ . كما يظهر من المحقّق الاصفهانى ۹۱/۲.

و بالجملة: الرواية لم توهن الفحوى و لم تكن صحيحة الإسناد و الاحتياط فيها لم يكن الاحتياط الاضافى بل يكون ردّا لاستحسانهم و هو احتياط جدلّىّ و تقيّتىٌّ. فالفحوى تامة فى المقام تصحح بيع الفضولى كما عليه جمع من الأعلام و لا تتم القاعدة المدعاة من الشيخ الأعظم رحمه الله على عكس الفحوى المذكورة بأنّ «إمضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس»(۱).

ص: ۲۰۸

۱- ۱ . المكاسب ۳۵۸/۳.

الوجه الخامس: ما ورد فى عامل المضاربة

لو خالف ما شرط عليه من تعيين السلعة الخاصة فاشترى غيرها أو المنع من السفر إلى مدينة خاصة فسافر أو المنع من المعاملة مع أشخاص معدودين فَاتَّجَرَ معهم و نحوها يكون العامل ضامنا و عليه الخسارة ولكن الربح بينهما على ما شرطاه، و تقسيم الربح بينهم متوقف على أحد الأمرين:

أ: بعد ظهور الربح يرضى المالک، و الرضا كاف عند الشيخ الأعظم ولو لم يكن فى البين استناد و إجازة، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولى لاشتراكه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الإذن السابق فى نقل المال.

ب: الإجازة اللاحقة من المالک تصحح معاملة العامل السابقة، و هذا يعنى صحة بيع الفضولى بعد تعقّبه بالإجازة.

قال الشيخ الأعظم ما نصه: «فإنّها أُبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملک الربح على الإجازة - كما نسب إلى ظاهر الأصحاب(١) و عدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالک(٢) و غيره(٣)- كان فيها استئناس لحكم المسألة، من حيث عدم اعتبار إذن المالک سابقا فى نقل مال المالک إلى غيره.

و إن حملناها على صورة رضا المالک بالمعاملة بعد ظهور الربح - كما هو الغالب و مقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين مادلّ على اعتبار رضا المالک فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة فى الفضولى.

و صحّتها فى خصوص المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص، إلاّ أنّها لا تخلو

١- ١ . راجع: جامع المقاصد ١١٠/٨، و المسالک ٣٥٣/٤، و الروضة ٢١٣/٤، و ملاذ الأخيار ٣٣٧/١١ للعلاّمة محمّدباقر المجلسی، و رياض المسائل ٣٤٦/٩، و المناهل /٢٠٧، و المقابس، كتاب البيع /٢٦، و الجواهر ٣٥٤/٢٦.

٢- ٢ . المسالک ٣٥٢/٤.

٣- ٣ . الحدائق ٢٠٧/٢١، المناهل /٢٠٧.

عن تأييدٍ للمطلب»(١).

هذا هو استدلال الشيخ الأعظم فی المقام.

و أمّا الروايات الواردة فكثيرة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: سألته عن الرجل يعطی المال مضاربة و ينهی أن يخرج به فخرج؟ قال: يضمن المال و الربح بينهما.(٢)

و منها: صحيحة الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام أنّه قال فی الرجل يعطی المال فيقول له: أئت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال: فإن جاوزها و هلک المال فهو ضامن، و إن اشتری متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما.(٣)

و منها: صحيحة الكنانی قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المضابة يعطی الرجل المال يخرج به إلی الأرض، و ينهی أن يخرج به إلی غيرها، فعصی فخرج به إلی أرض اُخری فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما.(٤)

و منها: موثقة جميل عن أبی عبداللّه عليه السلام فی رجل دفع إلی رجل مالاً يشتری به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشتری به غير الذی أمره، قال: هو ضامن و الربح بينهما علی ما شرط.(٥)

و منها: موثقة أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یعطی الرجل مالاً مضاربة و ینهاه أن یخرج إلی أرض اُخری فعصاه، فقال: هو له ضامن و الربح بینهما إذا خالف شرطه و عصاه.(٦)

و منها: خبر زید الشحام عن أبی عبداللّه علیه السلام فی المضاربة إذا أعطی الرجل المال و

١- ١ . المکاسب ٣٥٩/٣.

٢- ٢ . وسائل الشیعة ١٥/١٩، ح١، الباب ١ من أبواب کتاب المضاربة.

٣- ٣ . وسائل الشیعة ١٥/١٩، ح٢.

٤- ٤ . وسائل الشیعة ١٧/١٩، ح٦.

٥- ٥ . وسائل الشیعة ١٨/١٩، ح٩.

٦- ٦ . وسائل الشیعة ١٨/١٩، ح١٠.

نهی أن یخرج بالمال إلی أرض اُخری فعصاه فخرج به، فقال: هو ضامن و الربح بینهما.(١)

الروایة ضعیفة الإسناد بأبی جمیلة المفضل بن صالح.

و منها: صحیحة اُخری للحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّه قال فی المال الذی یعمل به مضاربة: له مِنْ الربح و لیس علیه من الوضیعة شی ء، إلاّ أن یخالف أمر صاحب المال، فإنّ العباس کان کثیر المال و کان یعطی الرجال یعملون به مضاربة و یشترط علیهم أن لا ینزلوا بطن وادٍ، و لا یشتروا ذا کبد رطبة فإن خالفت شیئا ممّا أمرتک به فأنت ضامن للمال.(٢)

قال الشیخ أسداللّه التستری قدس سره بعد نقل موثقة جمیل الماضیة: «و یعضدها أخبار اُخَرُ قد عمل بها الأصحاب بلا خلاف یعرف بینهم، و وجه الاستدلال بها: أنّ العامل لم یکن وکیلاً فی تلک المعاملة، فلو بطل عقد الفضولی لبطل عقد العامل هنا أیضا، فوجب ردّ کلٍّ إلی صاحبه و لم یجز

تقسيم الربح بينهما كما دلّت عليه - أى على تقسيم الربح بينهما - الرواية، فهى محمولة على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب دون الخسران، و إنّما قُسِّم الربح بينهما بناءً على اطلاق عقد المضاربة و تعلّقه بكلِّ عقدٍ صحيحٍ وقع بذلک المال برضا المالک سابقا أو لاحقا. و فى هذا كلامٌ يُبَيِّنُ فى محلِّه»(٣).

و قال صاحب الجواهر رحمه الله فى كتاب المضاربة من كتابه فى ما إذا خالف العاملُ ما شرطه ربُّ المال عليه: «لم يمض إلاّ مع إجازة المالک، لكونه تصرفا قد وقع بدون إذن المالک، و هو غير باطل عندنا و إنّما فضوليٌّ، فإن أجاز نفذ»(٤).

أقول: لابدّ أوّلاً من توضيح محتملى كلام الشيخ الأعظم قدس سره ثمّ نقدهما:

أمّا الاحتمال الأوّل:

فحكم الإمام عليه السلام بتقسيم الربح فى عقد المضاربة التى خالف العامل فيها ما شرط

١- ١ . وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح١١.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٧/١٩، ح٧.
٣- ٣ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٢٦.
٤- ٤ . جواهر الكلام ٣٥١/٢٦.

عليه صاحب المال، مع عدم التنبيه على أنّ العامل لابدّ له من أخذ الإجازة من المالک فى هذه المعاملات المنهى عنها، فَهُوَ ظاهِرٌ فى اختصاص المضاربة بحكم تعبدىّ و هو صحة هذه المعاملات بلا توقف على إجازة المالک، و إذا صحت معاملة من دون استيذان من المالک، يمكن

أن يصحح بيع الفضولى من دون الإجازة السابقة و من دون النهى السابق من المالک مع الإجازة المتأخرة و لعلّ هذا هو المراد من الاستيناس فى كلامه رحمه الله .

و فيه: استفادة الاستيناس من هذه الروايات لايتم، لأنّ مع عدم لحوق إجازة ربّ المال يستفاد منها أنّ المورد من الموارد التى يكون التصرف فى مال الغير نافذا بلا إذن مالكه أو إجازته اللاحقة كنفوذ التصدّق بالمال المجهول مالكه و كبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، هذا أوّلاً.(١)

و ثانيا: على فرض وجود الاستيناس، فَهُوَ لا يفيد إلاّ الظن، و الظن لا يغنى من الحقّ شيئا.(٢)

و ثالثا: اشتراک مورد النصوص مع العقد الفضول فى عدم اقتران العقد بإذن المالک لا يتقضى الاتحاد من جميع الجهات، و الا لايحتاج عقد الفضولى حتّى إلى الإجازة اللاحقة، لفقدانها فى مورد النصوص.(٣)

و أمّا الاحتمال الثانى:

فَتوضيحه: أنّ الغرض الواقعى من المضاربة هو تنمية المال و إزدياده، ولو شرط المالک على العامل شروطا يراها أفضل لحصول هذا الغرض، ولو تخلف العامل و حصل على الربح ظهر خطاء المالک و رضى بتصرفاته كما يظهر من المحقّق و الشهيد الثانيين.(٤)

و كذلک اقتضاء الجمع العرفى بين الضرورة الفقهية و إطلاق نصوص المضاربة

١- ١ . يظهر من شيخنا الأُستاذ قدس سره فى إرشاد الطالب ٣٠٥/٣.

٢- ٢ . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى فى مصباحه ٥٢/٤.

٣- ٣ . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى فى مصباحه ٥٢/٤.

٤- ٤ . جامع المقاصد ٨٥/٨، و المسالک ٣٥٣/٤، و حاشية المكاسب ٢٢١/٢ للمحقّق الإيروانى، و حاشية العروة الوثقى ١٦٥/٥ للسيّد البروجردى.

يدلّنا على حمل هذه النصوص على صورة إجازة المالک بعد ظهور الربح، خصوصا بعد مطالبته بالربح فتكون إجازة عملية فى نفوذ تصرفات العامل.

فلا يكون تملّک الربح فى نصوصها تعبّدا محضا.(١)

و فيه: بعد قبول الفضولية فى هذه المعاملة لابدّ أن يكون تمام الربح للمالک، لا بعضها المقرَّر لأنّ عقد المضاربة بتعدى النهى تكون باطلة، فيصير تصرفات العامل فضولية و أجازها المالک فصارت صحيحة و تمام الربح يكون له، و لايستحق العامل حتّى اُجرة المثل، لأنّ عمله لم يصدر بأمر من المالک و لا إذنه.(٢)

بعبارة اُخرى: إنّ ما وقع عليه عقد المضاربة بين المالک و العامل، لم يوجده العامل لتخلفه عن الشروط، و ما اُوجده العامل غير مربوط بالمضاربة بل هو عقد فضولى آخر فإن أجازه المالک ينتسب إليه و الربح كلّه له، و إن لم يجزه بطل من أصله.

مضافا إلى أن لو صحت الإجازة اللاحقة المضاربة السابقة، لابدّ أن يكون التلف و الخسران على المالک - كما هو كذلک فى المضاربة - لا على العامل، مع أنّ النص يجعله على العامل فقط.(٣)

فحينئذ لابدّ من القول فى هذه الروايات بأنّها محمولة على التعبد المحض و تختص بباب المضاربة فقط(٤) و لا يمكن التعدى منها إلى غيرها من الأبواب نحو: الوكالة و البيع.

١- ١ . كما يظهر من المحقّق المروج فى هدى الطالب ٤٣٣/٤.

٢- ٢ . كما يظهر من شيخنا الأُستاذ قدس سره فى إرشاد الطالب ٣٠٥/٣ و قبله السيّد الخوئى فى مصباحه ٥٢/٤.

٣- ٣ . كما عليه المحقّق الخوئى فى مصباحه ٥٣/٤.

٤- ٤ . كما يظهر من الشيخ محمّد الحسين كاشف الغطاء و المحقّق العراقى فى تعليقهما على العروة الوثقى ١٦٥/٥ و شيخنا الأُستاذ قدس سره فى إرشاده ٣١١/٣.

وجهان لتطبيق الروايات على القواعد

الأوّل: ما ذكره صاحب العروة

قال الفقيه السيّدُ اليزدى رحمه الله : «فالأُولى أن يقال: إنّ مجرد منع المالک عن تصرف خاص أو السفر إلى جهة خاصة لايستلزم عدم الرخصة فى المعاملة، و بعبارة أُخرى يمكن أن يكون منعه منعا تكليفيا منه، لا وضعيّا حتّى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه بالإذن الوضعى، و إن شئت فقل إنّها محمولة على صورة تعدد المطلوب، فالضمان إنّما هو من جهة المخالفة فى المطلوب الثانى، و كون المعاملة صحيحة و الربح بينهما من جهة الموافقة فى المطلوب الأوّل و هو أصل التجارة المربحة و يشير إلى ذلک ذيل صحيحة الحلبى(١) المشتملة على قضية العباس فإنّ ظاهره أنّه كان يشترط الضمان مع بقاء الإذن فى التجارة فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان لا تخصيص مورد الإذن فى التجارة و التقييد فيه، و على هذا فلا دخل لها بمسألة الفضولى أصلاً»(٢).

و تبعه المحقّق الاصفهانى فى حاشيته على المكاسب.(٣)

و يرد عليه: أوّلاً: بالنسبة إلى حمله المنع على التكليف لا الوضع، يمكن القول به فى العقود اللازمة بأن اشتراط العمل الخاص على أحد المتعاقدين خارجا عن المعاملة فى ما إذا كان مدلول المعاملة أمرا مغايرا لإلزام الطرف كما إذا باع شيئا و اشترط عليه عدم تمليكه إلى شخص خاص، يمكن القول بصحه البيع و هذا الاشتراط يكون تكليفا على المشترى.

و أمّا فی العقود الإذنیة – التی عقد المضاربة منها – فَلا یمکن هذا الحمل التکلیفی، لأنّ الإذن ینافی مع التکلیف، فلا یتم الحمل علی التکلیف فی المضاربة و لابدّ من حمله علی التقیید و عدم صحة المضاربة إذا خالف الشرط، فیحنئذ تکون الروایات الواردة علی تقسیم الربح علی خلاف القواعد.

ص: ٢١٤

١- ١ . وسائل الشیعة ١٧/١٩، ح٧.

٢- ٢ . حاشیة المکاسب ١١٧/٢

٣- ٣ . حاشیته علی المکاسب ٩٣/٢.

و ثانیا: بالنسبة إلی تعدد المطلوب، ظهر عدم إمکان الأخذ به، لأنّه لابدّ من حمل النهی علی التقیید و بعد التقیید یحکم بعدم صحة المضاربة إذا خالف الشرط، و هذا یعنی عدم تعدد المطلوب بل تکون هنا مضاربة مقیّدة بشروط، فاذا خالف الشرط لا تکون مضاربة أصلاً، فلا یتم تعدد المطلوب.

الثانی: مقالة المحقّق الإیروانی رحمه الله :

قال: «... بل من المحتمل قویّا وجود الرضا المقارن من ربّ المال بالمعاملة و إنّما قصّر إذنه بغیرها زعما منه أنّ المعاملة لیست معاملة رابحة فبعد ما انکشف أنّها رابحة ظهر أنّها کانت مشمولة لرضاه من ابتداء الأمر، و إن کانت خارجة عن مورد إذنه الصریح، هذا فی صورة الربح.

و أمّا فی صورة الخسران فقد حکم الإمام علیه السلام بأنّ العامل ضامن و معنی ضمانه هو تتمیمه لرأس المال فإمّا من کیسه مع إبقاء المعاملة أو بردّ المعاملة، و المالک راض فی صورة التتمیم من ماله بإبقاء المعاملة علی حالها»(١).

أقول: یرجع بیانه رحمه الله إلی الخطأ فی التطبیق و تخیّله عدم وجود النفع فی المنهی عنه، مع وجوده فیه واقعا.

و فيه: أوّلاً: لا يمكن القول بالخطأ فى التطبيق فى جميع الموارد المنهى عنها، نعم فى موارد العلم بمطلق الاسترباح تجرى و أمّا فى غيرها فلا، و يمكن أن ينهى المالک من تجارة فيها حضاضة عرفية نحو الإتجار مع الكفار أو بيع السلاح أو المخدرات و نحوها، و فى هذه الفروض لايتم القول بالخطأ فى التطبيق.

و ثانيا: فى موارد العلم بمطلق الاسترباح لعلّ المعاملة التى عمل بها العامل يكون أقلّ ربحا من غيرها فلا يحصل غرض استرباح المالک، فلا يتم كبرى الخطأ فى التطبيق حتّى فيها.

و ثالثا: لا دليل على اتباع غرض المالک فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٢١/٢.

خارجى و إلاّ يصح ذلک فى جميع الموارد و يلزم منه تأسيس فقه جديد كما هو الواضح.(١)

و رابعا: كون الخسران على العامل فى مورد الروايات ليس من ناحية الاشتراط و إلاّ كان تخلفه موجبا للخيار، لا كون الوضيعة على العامل، بل هو من قبيل اشترطا كون الوضيعة على العامل فى صورة المخالفة إن اتفقت(٢)، و إحراز رضاية المالک بعد جبران الخسارة من مال العامل بإبقاء المعاملة على حاله دون إثباته خرط القتاد.

و الحاصل: لا يمكن من هذه الروايات استفادة صحة بيع الفضولى، بل هى نصوص تعبدية يأخذ بها فى مورد خاصٍّ لصحة أسنادها و تمامية دلالتها و عمل الأصحاب بها كما مرّ و لايمكن تطبيقها على القواعد العامة فى الفقه، فيعمل بها على الْقَدرِ المتيقن منها و اللّه العالم.

١- ١ . كما عن المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله فى مصباحه ٥٥/٤.

٢- ٢ . كما عن المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله فى مصباحه ٥٦/٤.

الوجه السادس: الروايات الواردة فى الإِتِّجار بمال اليتيم

قال المحقّق فى مَنْ تجب عليه الزكاة: «فالبلوغ يعتبر فى الذهب و الفضة إجماعا. نعم، إذا اتَّجرَ له مَنْ إليه النظر استُحِبَّ له إخراج الزكاة من مال الطفل. و إن ضمنه و اتجَّرَ لنفسه و كان مليّا و كان الربح له و يُسْتَحَبُّ له الزكاة، أمّا لو لم يكن مليّا أو لم يكن وليّا كان ضامنا و لليتيم الربح و لا زكاة هنا»(١).

فى الفرض الثانى من الأخير فى كلام المحقّق قدس سره بأنّ المُتاجِر بمال اليتيم لو لم يكن الوليّ غنيّا أو لم يكن المتاجِر وليّا كان ضامنا لماله و الربح لليتيم و لا زكاة هنا، ذهب جماعة من الفقهاء تبعا للشهيد فى الدروس(٢) من أنّ التجارة كانت بإذن الولى بعدها فتصير من أفراد الفضولى.

منهم: المحقّق الثانى(٣) و الشهيد الثانى(٤) و السيّد محمّد العاملى(٥) و صاحب الحدائق(٦) و صاحب الجواهر(٧).

ولو حملت الروايات على إطلاقها - كما عن جماعة ممّن تقدّم - لم تكن من أفراد الفضولى ولكن يستأنس بها له بما مرّ من عدم اعتبار الإذن السابق من المالك فى نقل ماله إلى الغير، و لأنّ صحة الاتّجار بمال الغير بدون إذن سابق و لا إجازة لاحقة يقتضى صحتها بعد الإجازة بطريق أُولى.

و من هذه الجماعة المتقدّمة: الشيخ(٨) و ابن ادريس(٩) و المحقّق(١٠) و العلاّمة(١١)

١- ١ . الشرائع ١٢٨/١.

٢- ٢ . الدروس ٢٢٩/١.

٣- ٣ . جامع المقاصد ٥/٣.

٤- ٤ . المسالک ٣٧٥/١.

٥- ٥ . المدارک ٣٠/٥.

٦- ٦ . الحدائق ٢٦/١٢.

٧- ٧ . الجواهر ٢٣/١٥ طبعة اسلامية.

٨- ٨ . النهاية /١٧٥، المبسوط ٢٣٤/١.

٩- ٩ . السرائر ٤٤١/١.

١٠- ١٠ . الشرائع ١٢٨/١.

١١- ١١ . تذكرة الفقهاء ١٤/٥، القواعد ٣٢٩/١.

و ابنه(١). و تبعهم سيّد الرياض(٢).

ولو حملت الروايات على إِطلاقها ربما احتمل(٣) دخولها فى مسألة الفضولى بأنّ الحكم بالصحة إجازة إلهيّة لاحقة للمعاملة، فتأمل.

هذه مقالة الشيخ الأعظم(٤) حول هذا الوجه. و أمره بالتأمل لَعَلَّهُ إشارة إلى أنّ حكم الشارع أجنبيٌّ عن الإجازة اللاحقة للعقد لأنّه ثابت حين العقد و قبله و ليس حادثا بعد العقد حتى عُدّ من الإجازة اللاحقة، أو أنّ مورد عقد الفضولى هو إجازة مالک أمر العقد التى تكون جزء السبب المملِّک دون الشارع الذى تكون إجازته حكم العقد التام.(٥) أو أنّ قياس إذن مالک الحقيقى بإجازة مالک الاعتبارى مع الفارق.

و قال قبله الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره : «و كذا [فيما دلّ على حكم صحة الفضولى] الأخبار الواردة فى اقتراض مال الصبى - مع عدم الإذن الشرعى - ليتّجر به الدالة على أنّ الربح

للصبی و تطبیقها علی القواعد باشتراط الإجازة ممّن له أهلیتها أو بإغناء الموافقة للمصلحة الشرعیة عنها، اُولی من طرحها أو الجمود علیها فی مخالفة القاعدة»(٦).

نقل صاحب الجواهر(٧) عین عبارة اُستاذه الشیخ جعفر رحمهماالله .

ص: ٢١٨

١- ١ . إیضاح الفوائد ١٦٧/١.

٢- ٢ . ریاض المسائل ٣٨/٥.

٣- ٣ . الُمحْتَمِلُ هو الشیخ جعفر کاشف الغطاء فی شرحه علی القواعد ٧٥/٢ و تبعه تلمیذه صاحب الجواهر ٤٥٠/٢٣ (٢٧٧/٢٢).

٤- ٤ . راجع المکاسب ٣٦٠/٣.

٥- ٥ . کما ذکره المحقّق المروج فی هدی الطالب ٤٤٢/٤.

٦- ٦ . شرح القواعد ٧٥/٢.

٧- ٧ . الجواهر ٤٥٠/٢٣ (٢٧٧/٢٢).

و قال تلمیذه الآخر جدنا الشیخ محمّد تقی قدس سره : «... ولو لا صحة العقد حینئذ مع الإجازة لما أمکن تصحیح ذلک، فإنّ مقتضی الفساد تغریم المتصرف لمال الصبی لضمانه بالتصرف المذکور، و العوض إلی مالکه، فتملّک الصبی الربح مبنیٌّ فی(١) صحة العقد من جهة الإجازة و إن لم یصرّح به فی الروایة أو بعد حصول الربح یکون مصلحة للیتیم فیجیزه الولیّ»(٢).

و قال السیّد محمّد بحرالعلوم رحمه الله : «و منها: ما ورد مستفیضا - و فیه الصحیح و المعتبر - فیمن اتّجر بمال الطفل لنفسه بغیر إذن ولیّه أنّه یضمن المال و الربح للطفل أو الیتیم، و التقریب فیه ما تقدّم حرفا بحرف»(٣).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

المقام الأوّل: حكم التجارة بمال اليتيم بمقتضى القواعد الشرعية الأوّلية

التجارة بماله تارة تكون من الولىّ و اُخرى من الأجنبىّ:

أمّا تصرّف الولى فهو على قسمين:

أ: تارة يستقرض مال اليتيم و يتّجر به لنفسه، فيكون ضامنا لمال اليتيم بضمان القرض و تنتسب التجارة للولى و الربح يكون له. و النصوص أيضا تدلّ على صحة هذا التصرف كما يأتى.

ب: اُخرى يتصرف الولىّ فى مال اليتيم و يتّجر به لليتيم مضاربة بأنّ يجعل سهما من الربح له أو حتّى كلّه له، و لا شبهة فى صحة هذا التصرف لأنّه كان بمقضى ولايته، و لا ضمان على الولىّ حينئذ لعدم الضمان على الأمين و المحسن.

أمّا تصرّف الأجنبى فأيضا يكون على قسمين:

أ: تارة يتعامل بثمن ما فى ذمّته ثم يسدّده من مال اليتيم، فمقتضى القواعد ضمانه بالنسبة إلى مال اليتيم لأنّه يتصرف فيه من دون إذن، و صحة معاملة المتعامل لنفسه و

١- ١ . كذا فى المطبوعة، و الأُولى تبديله ب-«على».

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣٣٤/٣.

٣- ٣ . بلغة الفقيه ٢١٤/٢ و نقل عنه السيّد الخوئى فى مصباحه ٥٨/٤ و ردّ عليه.

تملّكه للربح.

ب: و أُخرى يتعامل بعين مال اليتيم فمعاملته هذه تكون فضولية و يتوقّف صحتها على إجازة الولىّ فإن أجازها صحت و إلاّ تكون فاسدة.

هذا كلّه فى المقام الأوّل.(١)

المقام الثانى: ما يستفاد من النصوص فى حكم الإتجار بمال اليتيم

لابدّ أوّلاً من سرد الروايات ثمّ بيان ما يستفاد منها وَ هِىَ كثيرة:

منها: معتبرة أو صحيحة سعيد السّمان قال: سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: ليس فى مال اليتيم زكاة إلاّ أن يتّجر به، فإن اتّجر به فالربح لليتيم، و إن وضع فعلى الذى يتّجر به.(٢)

و منها: صحيحة زرارة و بكير عن أبى جعفر عليه السلام قال: ليس على مال اليتيم زكاة إلاّ أن يتّجر به، فإن اتّجر به ففيه الزكاة و الربح لليتيم، و على التاجر ضمان المال.(٣)

و منها: معتبرة أبى الربيع قالت: سُئل أبو عبداللّه عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه لأخ له يتيم و هو وصيّه أيصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه الضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظرا له.(٤)

و منها: موثقة منصور الصيقل قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: إذا كان عندك مالٌ و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، و إن كان لا مال لک و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال.(٥)

و منها: معتبرة أسباط بن سالم قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : كان لى أخ هلک، فأوصى إلى أخ أكبر منّى و أدخلنى معه فى الوصية و ترک ابنا له صغيرا و له مال، أفيضرب

١- ١ . العقد النضيد ٧٩/٣.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٨٧/٩، ح٢، الباب ٢ مَنْ أبواب من تجب عليه الزكاة.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح٨.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح٦.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح٧.

به أخى؟ فما كان من فضل سلّمه لليتيم و ضمّن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيک مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم.(١)

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى مال اليتيم، قال: العامل به ضامن و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال، و قال: إن عطب أدّاه.(٢)

و منها: صحيحة ربعى بن عبداللّه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجا و ليس له مال فلا يمسّ ماله، و إن هو اتجر به فالربح لليتيم و هو ضامن.(٣)

و منها: خبر أسباط بن سالم قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام فقلت: أخى أمرنى أن أسألک عن مال اليتيم فى حجره يتّجر به؟ فقال: إن كان لأخيک مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شى ء غرمه له و إلاّ فلا يتعرض لمال اليتيم.(٤)

سند الرواية على القول باعتبار سهل بن زياد معتبر.

و منها: صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل ولىّ مال يتيم أيستقرض منه؟ فقال: إنّ على بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره، فلا بأس بذلک.(٥)

و منها: خبر البزنطی قال: سألت أبالحسن علیه السلام عن الرجل یکون فی یده مال لأیتام فیحتاج إلیه فیمدّ یده فیأخذه و ینوی أن یردّ، فقال: لاینبغی له أن یأکل إلاّ القصد و لا یسرف، فإن کان من نیّته أن لا یردّه علیهم فهو بالمنزل الذی قال اللّه عزّوجلّ: «إنّ الذین یأکلون أموال الیتامی ظلما»(٦).(٧)

١- ١ . وسائل الشیعة ٢٥٧/١٧، ح١، الباب ٧٥ من أبواب ما یکتسب به.

٢- ٢ . وسائل الشیعة ٢٥٧/١٧، ح٢.

٣- ٣ . وسائل الشیعة ٢٥٧/١٧، ح٣.

٤- ٤ . وسائل الشیعة ٢٥٨/١٧، ح٤.

٥- ٥ . وسائل الشیعة ٢٥٨/١٧، ح١، الباب ٧٦ من أبواب ما یکتسب به.

٦- ٦ . سورة النساء /١٠.

٧- ٧ . وسائل الشیعة ٢٥٩/١٧، ح٢.

سند الروایة علی القول باعتبار سهل بن زیاد معتبرٌ.

و منها: مرفوعة زرارة و محمّد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: مال الیتیم إن عمل به الذی وضع علی یدیه ضمن و للیتیم ربحه. قالا: قلنا له: قوله: «و من کان فقیرا فلیأکل بالمعروف»(١) قال: إنّما ذلک إذا حبس نفسه علیهم فی أموالهم فلم یجد نفسه فلیأکل بالمعروف من مالهم.(٢)

یظهر من الروایات جواز استقراض الولیّ من مال الیتیم، و کذلک اتّجاره به لنفسه أولهما مضاربة أو للیتیم خاصة لکنّ الإتجار منوط بأنّ للولی مال یحیط بمال الیتیم، فإن کان له مال یحیط بماله یجوز له الإتجار به، و الربح علی ما قصد من أنّه مشترک أو للیتیم و لیس علی الولی ضمان، و ان لم یکن

للولى مال يحيط بماله و اتّجر بمال اليتيم يكون الولى ضامنا للخسارة و الربح كلّه يكون لليتيم حينئذ. هذا ما يستفاد من الروايات بالنسبة إلى تصرفات الولى.

و أمّا الأجنبىُّ فَإِنْ كان مأذونا من الولى فى تصرفاته يجرى عليه ما جرى على الوليّ طابقا النعل بالنعل و إن لم يكن له الإذن من الولى فلا يجوز له التصرف فى مال اليتيم فيكون ضامنا فى جميع الأحوال و أمّا الربح الحاصل من تجارته لِمَنْ؟ له أو لهما أو لليتيم خاصة؟ إطلاق الروايات يدلّ على أنّه لليتيم خاصة نحو: معتبرة أو صحيحة سعيد السّمان(٣) و صحيحة زرارة و بكير.(٤)

و أنت ترى أَنَّ المستفاد من النصوص لا ينطبق على القواعد الأوّلية إلاّ فى استقراض الولى من مال اليتيم فقط، فهذه الروايات تؤخذ بها فى موردها الخاص تعبدا.

نعم، فى الفرض الأخير و هو تصرف الأجنبى من دون الاستيذان من الولى، من

١- ١ . سورة النساء /٦.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٥٨/١٧، ح٥.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٨٧/٩، ح٢.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح٨.

الحكم بالضمان فى فرض الخسارة و الربح لليتيم كلّه يأتى فيه محتملات الشيخ الأعظم رحمه الله الثلاث، و لذا يمكن أن يكون دليلاً على صحة الفضولى على الاحتمال الأوّل و هو ظهور إذن الولى بعد الربح، أو يستأنس منه الحكم الفضولى على الاحتمال الثانى كما مرّ، و أمّا الاحتمال الثالث - و هو الإجازة الالهيّة - لم يتم بما مرّ.

و الحاصل: نحن مع الشيخ الأعظم رحمه الله و غيره من الأعلام الذى مرّ ذكرهم فى صحة الاستدلال بهذه الروايات و الحمدللّه.

ص: ٢٢٣

الوجه السابع: رواية موسى بن أشْيَم

(١)

ذكرها الشيخ الأعظم(٢) بعنوان المؤيِّد ولكن ظاهر المحقّق التسترى(٣) الاستدلال بها و جماعة(٤) يردّون التأيِيْدَ و الدلالة.

و هى رِوايَةُ موسى بن أشْيَم عن أبى جعفر عليه السلام عن عبدٍ لقوم مأذون له فى التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عنّى و حجّ عنّى بالباقى ثمّ مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت و دفع إليه الباقى يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلک موالى أبيه و موإليه و ورثة الميت جميعا فاختصموا جميعا فى الألف، فقال موالى العبد المعتَق: إنّما اشتريتَ أباک بمالنا، و قال الورثة: إنّما اشتريت أباک بمالنا، و قال موالى العبد: إنّما اشتريت أباک بمالنا، فقال أبوجعفر عليه السلام : أمّا الحجة فقد مضت بما فيها لا تردّ، و أمّا المعتَق فهو رُدّ فى الرقّ لموالى أبيه، و أىُّ الفريقين بعد أقاموا البينة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا.(٥)

و السند ضعيف بموسى بن أشيم لأنّه كان من الخطّابيّة - و هم طائفة من الغلاة

ص: ٢٢٤

١- ١ . ضبطه السيّد الجزائرى فى شرح التهذيب «أُشَيْم» بضم الهمزة و فتح الشين كما فى هداية الطالب ٣٦/٣. ولكن قال المامقانى: «أشْيَم: بفتح الهمزة و سكون الشين المعجمة و فتح الياء المثناة

من فوق بعدها ميم وزان أحْمَر». تنقيح المقال ٣٢٩/٥. و قال ابن منظور فى لسان العرب ٣٣٢/١٢: «الأشْيَمُ و شَيْمانُ: اسمان». و ضبطه فى هامش توضيح المشتبه ٢٣٣/١.

٢- ٢ . المكاسب ٣٦١/٣.

٣- ٣ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٢٦.

٤- ٤ . كالسيّد اليزدى فى حاشيته ١٢١/٢، و الأصفهانى فى حاشيته ٩٤/٢، و الإيروانى فى حاشيته ٢٢٢/٢، و المحقّق النائينى فى منية الطالب ٢٥/٢، و السيّد الخوئى فى مصباحه ٦٩/٤، و محاضراته فى الفقه الجعفرى ٣٣١/٢.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٢٨٠/١٨، ح١، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

منسوبة إلى أبى الخطاب و تزعمون أنّ الأئمة عليهم السلام أنبياء ثم آلهة - و قُتل مع أبى الخطاب(١) و ذمّه الصادق عليه السلام و له رواية واحدة.

تقريب الاستدلال أو التأيِيْد: بالنسبة إلى العبد المعتَق ثلاث دعاوى موجودة:

أ: موالى الأب يدعون أنّ العبد المأذون إنّما اشْتُرِىَ بمالهم فيبطل الشراء لأنّه حينئذ يكون الثمن و المثمن من مال واحد فَالْمُعْتَق باق فى ملكهم.

ب: موالى العبد المأذون يدعون أنّ المعتق يشترى من مالهم فهو لهم، و حيث يكون العبد مأذونا فى الشراء لهم فلا يكون حينئذ فضوليا، بناءً على أن يكون إذنه أو وكالته عامة بحيث يشمل شراء العبيد، و إلاّ يكون الشراء بالنسبة إليهم أيضا فضوليّا.

ج: ورثة الميت يدعون أنّ المعتَق يشترى من أموالهم فهو لهم، و حيث أنّهم لم يجيزوا هذا الشراء من قبل و هم يريدون العبد المعتق فتكون المعاملة بالنسبة إليهم فضوليّةً، لبطلان الوكالة بموت الموكِّل و انتقال ماله إلى ورثته.

و فی إجابة الإمام علیه السلام حکم أوّلاً بصحة الحج ثمّ رجوع العبد المعتَق (الأب) إلی موإلیه السابق و المدعیان الآخران لابدّ أن یأتیا بالبیّنة، فأیّهما أتی بالبیّنة بأنّ العبد المعتَق (الأب) یشتری من ماله فهو له.

و یظهر الاستدلال بأنّ الإمام علیه السلام حکم بإعطاء الأب المعتَق إلی ورثة المیت بعد إقامة البینة مع أنّ المعاملة بالنسبة إلیهم فُضولیّةٌ و مطالبتهم الأب تکون فی حکم إجازتهم للبیع و بعد إقامة البینة من الشراء من مالهم فهو لهم. فیتم الاستدلال بها فی صحة العقد الفضولی أو التأئید له.

و لذا قال المحقّق التستری: بأنّه علیه السلام اکتفی فی الحکم بتملّک العبد بثبوت کون الشراء وقع بماله، فلو لم تکن إجازة المالک الفضولی کافیة فی صحة العقد لم یکن کذلک، لعدم استلزام العام للخاص فتدّبر»(۲).

۱- ۱ . راجع معجم رجال الحدیث ۱۷/۱۹.

۲- ۲ . مقابس الأنوار، کتاب البیع /۲٦.

و قال الشیخ الأعظم: «بناءً علی أنّه لو لا کفایة الاشتراء بعین المال فی تملّک المبیع بعد مطالبته المتضّمنة لإجازة البیع، لم یکن مجرد دعوی الشراء بالمال و لا إقامة البینة علیها کافیة فی تملّک المبیع»(۱).

ولکن یرد علی الاستدلال أو التأیِیْدِ: إذا کان العبد مأذونا فی التجارة من قِبَلِ موإلیه لهم و لغیرهم و أجری عقدا فتعیین مَنْ له العقد یکون بید العبد العاقد إذا اشتری بالذمة کما هو الغالب و المتعارف فی المعاملات، نعم إذا اشتری بالثمن الخارجی الخاص تکون المعاملة شخصیّة و لِمَنْ له الثمن، و

الاستدلال أو التأيِيْدِ للفضولى يبتنى على شخصية المعاملة و تنفيه المتعارف و الغالبية فى المعاملات هذا أوّلاً.

و فيه: مورد الرواية الشراء بمالهم - و لذا ادعى كلّ من الورثة و المَوالى أنّ الشراء كان بمالهم - و ظاهرها الشراء بالثمن الخارجى الخاص و عين أموالهم فتكون المعاملة شخصيّة و مضافا إلى أنّ الغالب فى المعاملات معاطاةٌ و هى لاتتم إلاّ بالمعاوضة بين الأعيان الخارجية نوعا، و مضافا إلى أنّ حجية قول من لايعلم الأمر إلاّ من قبله فى مقام التخاصم غير ظاهرة بنحو الإطلاق كما عن المحقّق السيّد الخمينى(٢) رحمه الله .

و ثانيا: الفضولية لا تثبت إلاّ بعد سقوط الإذن و الوكالة و لا سبيل إلى إحراز السقوط إلاّ فى بعض محتملات الرواية كما مَرَّ.

و فيه: مورد الرواية الشراء بعد الموت و به تسقط الوكالة و تَتُمُّ الفضولية.

و ثالثا: متن الرواية مخالف لعدّة من القواعد العامة الجارية فى الفقه:

منها: عدم صحة حج العبد من دون إجازة مولاه، بعد ارجاع العبد إلى موإليه الأوّلِيْنَ يظهر عدم تمامية تحريره فحين الحج يكون عبدا و لم يأذن مولاه فيه و تصرف العبد بأعمال الحج فى نفسه تصرف فى ملک مولاه من دون إذنه و هو حرام و النهى فى العبادة مبطل لها.

١- ١ . المكاسب ٣٦١/٣.

٢- ٢ . كتاب البيع ١٣٠/٢.

و ما ذكره المحقّق السيّدُ الخمينى تحت عنوان: «يمكن أن يقال: أن قوله عليه السلام : «الحجة قد مضت بما فيها لا ترد»، لا يكون بصدد بيان حكم الحج صحة و فسادا، بل بصدد التقابل بينه و بين العبد، بأنّ العبد باق قابل للردّ دون الحج الذى مضى و تصرم...»(١).

غير تام لأنّ «ظاهر مضى الحج صحته، و ظاهر عدم ردّه عدم جواز استرداد ما دفع إليه بعنوان الأُجرة على الحج»، كما عن شيخنا الاستاذ(٢) رحمه الله .

و مضافا لأنّ «المراد بردّ العبد إلى موإليه ليس هو الردّ الخارجى التكوينى بل المراد به الردّ التشريعى و هو الحكم برقّيّته، فالمقصود بعدم ردّ الحج بقرينة المقابلة هو عدم الردّ شرعا، أى الصحة»(٣).

نعم، بطلان الحج ليس مستندا على أنّ صحة حجّ العبيد مشروطة بإذن الموالى - كما عليه شيخنا الأُستاذ(٤)- أو أنّ الإذن المقارن شرط لصحة المناسک - كما عليه المحقّق السيّد المروج(٥)- بل حجة الإسلام مشروطةٌ بالحريّة فقط و مع عدم إذن المولى تكونُ تصرفات العبد بأعمال الحج تصرفا فى ملک الغير فيكون مَنْهِيّا عنه و باطلاً لاستلزام أنّ النهى فى العبادة يَدُلُّ على البطلان، حتّى على القول بجواز اجتماع الأمر و النهى على المختار بأنّ المُبَعِّد لا يكون مُقَرِّبا.

و أمّا مع فرض غفلة العبد عن بطلان عتقه لا يترتب النهى - لأنّ نهى الغافل قبيح - و إذا لم يكن نَهْيا لا تبطل العبادة و يشملها مادل على مشروعية الحج عن نفسه أو غيره. فتكون الحجّة صحيحة، هذا غاية ما يمكن أن يقال فى تصحيح الحج فإن قبلتَ فهو و إلاّ فتحمل على التعبد الخاص.

١- ١ . كتاب البيع ١٢٩/٢.

٢- ٢ . إرشاد الطالب ٣١٨/٣.

٣- ٣ . كما عن المحقّق المروج فى هدى الطالب ٤٤٩/٤.

٤- ٤ . إرشاد الطالب ٣١٨/٣.

٥- ٥ . هدى الطالب ٤٥٠/٤.

و منها: مقتضى قواعد باب القضاء تقديم قول الورثة لأنّهم منكرون لموافقة قولهم الحجّة لأنّ قول الوكيل حجّة فى المقام فيكون الورثة منكرا و غيرهم مدعيّا، فتقديم قول موالى العبد المدعيين و إرجاعه رقّا لهم خلاف قواعد باب القضاء.

و فيه: أنّ العبد المأذون كان وكيلاً للميت و بَطَلَتْ وكالته بموته و ظاهر الرواية وقوع الشراء و العتق و الحج بعد موت الموكِّل و بعد بطلان الوكالة لا يكون قول الوكيل حجّة حتّى يكون قول الورثة من حيث مطابقته مع قول الوكيل حجّة فيرتفع الاشكال من رأسه.

و منها: ما ورد فى الرواية من رجوع العبد إلى موإليه السابقين كان مورد الاستصحاب لكنّه مخالف لأصالة الصحة الحاكمة عليه المقتضية لخروج العبد عن ملكهم.

و فيه: مورد أصالة الصحة الشک فى صحة العقد بعد تحققه و وجوده و مع قابليته للصحة أو الفساد، و أمّا إذا دار الأمر بين أمرين أحدهما الصحيح و الآخر ليس عقدا و معاملة أصلاً، لأنّ اشتراء العبد بمال مالكه لا يكون معاملة فيحنئذ لا يحرز العقدية و الصحة بأصالة الصحة.

و بعبارة أُخرى: أصالة الصحة لا تجرى إلاّ مع إحراز عنوان العمل المشكوک صحته ككونه بيعا أو إجارة أو غيرهما إذ مع عدم إحراز عنوانه لا يترتب على جريانها أثرا، بل يجرى فيه أصالة العدم و ينفى ترتب العنوان الخاص ففى المقام يجرى أصالة عدم وقوع البيع و تنفى البيعيّة و لا تصل النوبة إلى أصالة الصحة.

و منها: الرجوع إلى الموالى السابِقِيْنَ مطابق للاستصحاب ولكنه مخالف لقاعدة «من ملک شيئا ملک الاقرار به» لأنّ العبد المأذون المالک لأمر العقد يعترف بالشراء بمال الميت فيقدّم قوله على الأصل العملى و هو الاستصحاب.

و قال الشيخ الأعظم بالنسبة إلى هذه القاعدة: «ولكن الانصاف أنّ القضية المذكورة [قاعدة من ملک...] فى الجملة إجماعية بمعنى أنّه ما من أحد من الأصحاب ممّن وصل إلينا كلامهم إلاّ و قد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد بحيث نعلم أن لا مستند له سواها، فإنّ من ذكرنا خلافهم إنّما خالفوا فى بعض موارد القاعدة ولكنّهم عملوا

ص: ٢٢٨

بها فى مورد آخر»(١).

و فيه: نعم، على قاعدة من ملک يعتبر قول العبد المأذون فى الشراء قبل موت صاحب الألف لأنّه كان مالكا حين الإقرار و كان إقراره حال تسلّطه على الشراء بقرينة «ملک» الأُولى الواردة فى القاعدة، و أمّا بعد موته فلا عبرة بإقراره لارتفاع سلطنته و مالكيته لأمر العقد، لانعزال الوكيل بموت الموكِّل فلا يكون إقراره بعد الموت نافذا.

و منها: «الظاهر من الرواية أنّ الدافع دفع الألف بعنوان الوصية فورثته يدّعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلک قوله عليه السلام : «أمّا الحجة فقد مضت بما فيه لا تردّ» فالورثة لا ينكرون الوصية حتّى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا» كما عن المحقّق النائينى(٢)، فلا يتم الحكم بارجاع العبد المعتَق إلى مواليه، و لا الحكم عليه لِمَنْ أقام البينة، لتمامية عتقه فلا يرجع إلى الرق.

و فيه: لم يكن فى الرواية ما يدل على صدور الوصية من صاحب المال، و يمكن تصحيح الحج بما مرّ فلا نحتاج لتصحيحه إلى الوصية، و الورثة لا يدعون ولاء العتق بل يدعون أنّه رقهم و لايعترفون بحرّيّته، مضافا إلى أن ولاء العتق مشروط بكون التبرع فى العتق، فلو كان العتق واجبا كالكفارة و النذر لم يثبت فحينئذ ثبوت ولاء العتق مشكوک فيه و مقتضى الأصل عدمه.

و بالجملة: حيث أجبنا عن المناقشات يمكن تأييد بيع الفضولى برواية ابن اشيم كما عليه الشيخ الأعظم و تبعه المحقّقون الهَمَدانى(٣) و الشهيدى(٤) و الخمينى(٥) و ظاهر شيخنا الأُستاذ(٦) رحمه الله حيث استشكل عليه بضعف السند فقط.

ص: ٢٢٩

١- ١ . الطهارة ٢/٤٥٠، رسائل فقهية /١٩٤.

٢- ٢ . منية الطالب ٢/٢٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب /٢٠٠.

٤- ٤ . هداية الطالب ٣/٣٨.

٥- ٥ . كتاب البيع ٢/١٢٩.

٦- ٦ . إرشاد الطالب ٣/٣١٨.

الوجه الثامن: صحيحة الحلبى

التى رواها المشايخ الثلاثة بسند صحيح عنه قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا (و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه) ثمّ ردّ على صاحبه، فأبى أن يقيله إلاّ بوضعية قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد.(١)

الإقالة بالوضعية باطلة عند الأصحاب - كما عليها الصحيحة - إلاّ ابن الجنيد.

قال فى القواعد: «الأقالة فسخ لا بيع فى حقّ المتعاقدين و غيرهما، و شرطها عدم الزيادة و النقصان فى الثمن فتبطل بدونه...»(٢).

و قال فى شرحه فى المفتاح: «... و هى فسخ لا بيع إجماعا كما فى مجمع البرهان(٣) و عندنا كما التذكرة(٤) و الروضة(٥)، و إليه ذهبت الإمامية كما فى كشف الحقّ(٦) فى حقِّ المتعاقدين و

غيرهما، سواء كان قبل القبض أو بعده كما فى الوسيلة(٧) و الخلاف(٨) و التحرير(٩)، و سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة كما فى التذكرة(١٠) و الروضة(١١)، و لا تثبت بها الشفعة عندنا كما فى التذكرة(١٢)»(١٣).

ص: ٢٣٠

١- ١ . وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

٢- ٢ . قواعد الأحكام ٩٧/٢.

٣- ٣ . مجمع الفائدة و البرهان ٤٦/٩.

٤- ٤ . تذكرة الفقهاء ١١٧/١٢.

٥- ٥ . الروضة البهية ٥٤٦/٣.

٦- ٦ . نهج الحق و كشف الصدق /٤٨٨.

٧- ٧ . الوسيلة /٢٥٧.

٨- ٨ . الخلاف ٢٠٥/٣.

٩- ٩ . تحرير الأحكام الشرعية ٤٤٠/٢.

١٠- ١٠ . تذكرة الفقهاء ١١٧/١٢.

١١- ١١ . الروضة البهية ٥٤٦/٣.

١٢- ١٢ . تذكرة الفقهاء ١١٨/١٢.

١٣- ١٣ . مفتاح الكرامة ٨٣٤/١٤.

و قال فى شرح قوله: «و شرطها...»: «إجماعا كما سمعت حكايته عن الخلاف(١) و كشف الحقّ(٢) و به - أى الشرط المذكور- طفَحت عبارتهم... و لا فرق فى الزيادة بين أن تكون عينية أو حكمية...»(٣).

و قال فی شرح قوله: «فتبطل بدونه»: أی الإقالة بدون الشرط کما فی الوسیلة(٤) و الشرائع(٥) و غیرهما(٦) و استدل علیه فی الخلاف(٧) بالإجماع المرکّب و ستسمع عن الشهید(٨) نسبته إلی الأصحاب»(٩).

و فی الجواهر: «... و اصطلح المتبایعان بزیادة أو نقیصة صح عند ابن الجنید و الأصحاب علی خلافه لأنّها فسخ لا بیع»(١٠).

و إذا کانت هذه الإقالة باطلة فالعین للمشتری، و البائع جاهل بأنّها له و باعه بأکثر من ثمنه الأوّل، لابدّ له من ردّ الزیادة إلی المشتری الأوّل لأنّ العین کانت له فیقع بیع البائع للعین فضولیّا و للعلم بإجازة المشتری الأوّل للبیع إذا أخبره بالمال عادة. فردّ الزیادة علی المشتری لا تتم إلاّ بصحة بیع الفضولی.

فالصحیحة تدلّ علی صحة بیع الفضولی و لذا استدلّ جماعة من الفقهاء بها:

منهم: الجدّ الشیخ جعفر قال: «و للصحیحة عن الصادق علیه السلام : أنّه لا یجوز لمن باع

١- ١ . الخلاف ٣/٢٠٥.

٢- ٢ . نهج الحق و کشف الصدق /٤٨٨.

٣- ٣ . مفتاح الکرامة ١٤/٨٣٥.

٤- ٤ . الوسیلة /٢٥٧.

٥- ٥ . الشرائع ٢/٦٠.

٦- ٦ . کالکفایة ١/٥٢٥.

٧- ٧ . الخلاف ٣/٢٠٦.

٨- ٨ . الحاشية النجارية /٢٦٠.

٩- ٩ . مفتاح الكرامة ٨٣٥/١٤.

١٠- ١٠ . الجواهر ٣٥٣/٢٤.

ثوبا أن يأخذه من المشترى بوضيعة فإن أخذه جهلاً فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأوّل مازاد»(١).

و قال الجدّ العلاّمة التقى رحمه الله : «و وجوب دفع الزايد على صاحبه مبنيٌّ على صحة العقد، للعلم بإجازته له إذا أخبره بالمال كما هو قضية المقام و حينئذ فدلالتها على المدّعى ظاهرة، و مع الغض عنه فلابدّ من تقييد إطلاقها بذلک للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالک»(٢).

و أنت ترى بأنّ الجدّين استدلاّ بالصحيحة له ولكن صاحبا الجواهر و المكاسب يؤيّدان صحة بيع الفضولى بالصحيحة.

قال صاحب الجواهر فى عداد المؤيدات: «و فيمن باع ثمّ أقال بوضيعة ثمَّ باع بأكثر من الثمن: أنّ الربح للمالک الذى اشترى أوّلاً»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «فإنّ الحكم بردّ مازاد لاينطبق بظاهره إلاّ على صحة بيع الفضولى لنفسه»(٤).

و قال تلميذه المامقانى: «و إذا صح بيع الفضولى لنفسه و لزم بإجازة المالک فصحة بيع الفضولى للمالک و لزومه بإجازته أُولى»(٥).

و يرى السيّد الحكيم عدم البأس بالاستدلال بها لصحة بيع الفضولى ولكن تأمّل فى آخر كلامه حيث يقول بعد رواية مسمع [التى تأتى]: «و قريب منه صحيح الحلبى الوارد فى الإقالة بوضيعة فتأمّل»(٦).

۱- ۱ . شرح القواعد ۷۹/۲.

۲- ۲ . تبصرة الفقهاء ۳۳۸/۳.

۳- ۳ . الجواهر ٤٥١/۲۳ (۲۷۹/۲۲).

٤- ٤ . المكاسب ۳٦۲/۳.

٥- ٥ . غاية الآمال /۳٥۷.

٦- ٦ . نهج الفقاهة /۳٥۹.

ولكن استشكل على الاستدلال أو التأييد بوجوه:

الأوّل: الاحتمال البعيد فى كلام الفقيه اليزدى

قال: «و يمكن على بُعد أن يحمل على شرائه ثانيا من المشترى بوضيعة و حينئذ فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة [و] من ردّ الزيادة ردّها على وجه الاستحباب فلا دخل لها بالفضولى أصلاً، إذ يكون الثوب حينئذ للبائع لأنّه رجع إليه بالشراء من المشترى بوضيعة و لا دخل له بصاحبه الأوّل و هو المشترى»(۱).

و تبعه الشيخ أبوالحسن الشعرانى فى تعاليقه على الوافى.(۲)

أقول: و هذا الاحتمال كما إعترف ببعده الفقيه السيّدُ اليزدى رحمه الله لا يتم مع جملة «ثمّ ردّ على صاحبه فأبى أن يقيله إلاّ بوضيعة» الواردة فى كلام السائل حيث صرّح بالإقالة و هو غير البيع بل فسخه، و كذا لا يتم مع جواب الإمام عليه السلام : «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة» و هذ الأخذ يرجع إلى ذاك الردّ و هو إذا كانت الإقالة - كما هو المستفاد من سُؤالِ الحلبى - «لا يصلح» يحمل

على الحرمة الوضعية لا الكراهة كما عليه الأصحاب من بطلان الإقالة بزيادة أو نقيصة كما مرّ من صاحبى المفتاح و الجواهر.(٣)

و كذلک ظهور ردّ مازاد على الوجوب لا ينكر، فحمله على الاستحباب مشكل.

نعم، هناک خلاف فى ضبط كلمة «يقيله» بالياء الثانية و هى المروية فى الفقيه(٤) و الوافى(٥) و الوسائل(٦) و بعض نسخ الكافى(٧) و مرآة العقول(٨)، بتبديله بالباء الموحدة

١- ١ . حاشية المكاسب ١٢١/٢.

٢- ٢ . الوافى ٤٤١/١٧.

٣- ٣ . الجواهر ٣٥٣/٢٤.

٤- ٤ . الفقيه ٢١٧/٣، ح٣٨٠٦.

٥- ٥ . الوافى ٤٤١/١٧.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح١.

٧- ٧ . كما فى الكافى ١٥١/١٠.

٨- ٨ . مرآة العقول ٢١٢/١٩، حيث يقول فيه: «و يدلّ على ما هو المشهور بين الأصحاب من أنّه لا يجوز الاقالة بزيادة على الثمن و لا نقصان منه».

«يقبله» كما فى متن الكافى(١) و التهذيب(٢). و على القرأة الثانية «يقبله» بالباء الموحدة يرفع البعد عن احتمال الفقيه اليزدى رحمه الله و يأتى فى المقام و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

اللهم إلاّ أن يقال: ولو كانت ما ورد فى الرواية كلمة «يقبله» بالباء الموحدة مع ذلک تدلّ على الإقالة لا المعاملة الحديثة بقرينة كلمة «ردّ» الواردة قبلها حيث لا يصدق الردّ إلاّ فى الإقالة، ولو كانت المعاملة الجديدة لابدّ أن يقال «باع» أو «صالح» و نحوهما.

و هنا جواب آخر للسيّد اليزدى يأتى فى ضمن إِشْكالِ المحقّق الإيروانى فانتظر.

الثانى: مقالة المحقّق الإيروانى

قال: «ظاهر التعبير بلفظ لا يصلح فى الصحيحة و ظاهر تعليق ردّ مازاد على بيع أخذه بأكثر ممّا أخذ دليل الكراهة و أنّ ردّ مازاد على وجه الاستحباب فتدلّ على صحة الإقالة بوضيعة و «إلاّ»(٣) باع أو لم يبع.

و على تقدير البيع بأىّ ثمن باع لم يكن له مخلص من المشترى الأوّل بل وجب عليه ردّ عين ماله فالصحيحة دليل لابن الجنيد القائل بصحة الإقالة بوضيعة و قد استدلوا بها عليه.

و أيضا لو كانت الإقالة باطلة و البيع الثانى فضوليّا لزم الاستجازة من المشترى الأوّل لا الحكم بردّ مازاد بضرس قاطع، إلاّ أن يقال: إنّ القطع حاصل برضاه إمّا مطلقا إذ رضى بالاقالة و مضى بسبيله أو فى صورة بناء البائع على ردّ مازاد و هذا المقدار من الرضا كاف فى الإجازة و حينئذ يقال: إذا كان الرضا المذكور كافيا فى الإجازة كان كافيا فى خروج البيع عن الفضولية إذا كان هذا الرضا سابقا على العقد و من المعلوم سبق الرضا

١- ١ . كما فى الكافى ١٥١/١٠.

٢- ٢ . التهذيب ٥٦/٧، ح٤٢.

٣- ٣ . كذا فى المصدر و الظاهر زيادتها.

فی المقام علی العقد فلا تصلح الصحیحة للتأئید علی صحة الفضولی»(۱).

أقول: و فیه: أوّلاً: لم تَکُنْ لفظة «لایصلح» ظاهِرَةً فی الکراهة و الشاهد علیها عدّة من الروایات التی تستعمل «لایصلح» فی الفساد و البطلان.(۲) و لا أدری کیف یکون ظهور التعلیق فی الاستحباب حتّی فی المقام؟!

و ثانیا: علی تقدیر صحة الإقالة بالوضیعة - کما علیه ابن الجنید - کیف لم یکن مخلص من المشتری الأوّل و وجب علیه ردّ عین ماله، إذا کانت الإقالة بالوضیعة صحیحة تمّت مالکیة البائع علی العین فکیف وجب ردّ عین مال البائع إلی المشتری الأوّل؟! سبحان من لا یسهو.

و ثالثا: الإقالة باطلة و البیع الثانی یکون فضولیّا و لزم الاستجازة من المشتری الأوّل و یکفی فیها أخذه الزیادة و هذا الأخذ إجازة عملیّة فی بیع الفضولی.(۳)

و الرضا لا یکفی فی الانتقالات کما مرّ مرارا، و لا یخرج البیع من الفضولیة. و بما ذکرنا یَظْهَرُ ضعف مقالة المحقّق الشهیدی حیث یقول: «لا وجه لذلک [تأئید بیع الفضولی بالصحیحة] أصلاً، إذ غایة ما یدلّ علیه قوله «لا یصلح» إنّما هو کراهة الإقالة بالوضیعة بل نفی رجحانها و أنّ طریق تدارک ذلک - علی تقدیر الإقدام علیها - ردّ مازاد علی صاحبه الأوّل فلا یرتبط بالفضولی، إذ الإقالة صحیحة إلاّ أنّها مکروهة و مع الصحة یکون البائع مالکا فیقع المبیع فی ملکه...»(٤).

الثالث: احتمال المحقّق النائینی

قال: «و یحتمل أن یکون البائع اشتراه من المشتری ثانیا فیکون ردّ الزائد استحبابیّا. و یشهد لهذا قوله علیه السلام : «صاحبه الأوّل» فإنّ التعبیر بصاحبه الأوّل لا یناسب مع

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٢٣/٢.
٢- ٢ . راجع وسائل الشيعة ٣٤١/١٧، ح١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ٣٥٣/١٧، ح١ و ٢ من الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.
٣- ٣ . كما عليه شيخنا الأُستاذ رحمه الله فى إرشاد الطالب ٣٢٠/٣.
٤- ٤ . هداية الطالب ٣٩/٣.

كون الثوب ملكا للمشترى فعلاً»(١).

أقول: و فيه: مرّ هذا الاحتمال البعيد من الفقيه السيّدِ اليزدى و المحقّقين الإيروانى و الشهيدى و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

و قال السيّد الخوئى فى توضيح كلام استاده: «و الظاهر أنّ منشأ هذا الاحتمال إنّما هو ارجاع الضمير فى كلمة «صاحبه» إلى لفظ «الثوب» فيكون معنى الرواية حينئذ أنّ البائع يردّ الزائد إلى صاحب الثوب و عليه فتدلّ الرواية على أنّ من اشترى شيئا بثمن ثمّ باعه بأزيد منه فيستحب له أن يردّ الزائد على المالک الأوّل»(٢).

و اعترض عليه بقوله: «إنّ ارجاع الضمير إلى المال خلاف ظاهر الحديث بملاحظه قوله عليه السلام : «ردّ» فإنّ وحدة السياق تقتضى ارجاع الضمير فى لفظة «صاحبه» إلى ما يرجع إليه ضمير «ردّ» يعنى أنّ البائع يردّ إلى صاحبه أى طرف معاملته الأوّل الذى هو المشترى الأوّل و عليه فلا يمكن استظهار أنّ البائع أيضا مالک و يحكم بذلک على استحباب ردّ مازاد فى الإقالة، هذا.

مضافا إلى أنّا لو اغمضنا النظر عمّا ذكرناه أيضا لا يمكن إرجاع الضمير إلى المال إذ البائع حينئذ لو ردّ لا يردّ إلاّ إلى المشترى و ليس هناک غير المشترى مالک آخر يرد عليه مازاد، فلاوجه لوصف المشترى بالمالک الأوّل دفعا عن ردّه إلى غيره، و بالجملة ليس هناک مالک إلاّ المشترى و البائع، و البائع لا يردّ إلى نفسه فوصف المشترى بالمالک الأوّل لا يخلو عن البشاعة»(٣).

أقول: و فيه: لا أدرى كيف صار هذا الارجاع منشأ احتمال المحقّق النائينى، مضافا إلى أنّ الضمير فى «صاحبه» و «يأخذه» و «فأخذه» و «فباعه» و «صاحبه الأوّل» فى كلّها يرجع إلى الثوب، و أمّا المراد من مجموع كلمتى «صاحبه الأوّل» فَهُوَ المشترى الأوّل، لأنّ هناک مُشْتَرِيَيْنِ الأوّل المستقيل الرادّ، و الثانى الذى اشترى بمازاد، فما

١- ١ . منية الطالب ٢/٢٥.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٤/٧٣.

٣- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٠١.

ذكره قدس سره من قوله: «و بالجملة ليس هناک مالک إلاّ المشترى و البائع» لم يتم لأنّ البائع باع ماله إمّا بالمشترى الأوّل أو الثانى و لذا عبرّ عن المشترى الأوّل بصاحبه الأوّل فى مقابل المشترى الثانى الذى هو صاحبه الثانى، و لا بشاعة فى البين.

الرابع: مقالة المحقّق السيّد الخوئى

و قد جمع و بيّن مقالتى استاذيه النائينى(١) و الأصفهانى(٢) و قال: «إنّ الرواية غريبة عن بيع الفضولى إذ البيع الواقع بالزيادة ليس بفضولى لأنّه لو كان فضوليّا لكان فضوليّا من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له بردّه و بين الزائد عليه لأنّ معنى الإقالة إنّما هو انفساخ العقد من أصله و رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه الأوّل... فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبائع فى فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشترى فى فرض الزيادة.

... و يضاف إلى ذلک [تبيين مقالة الأصفهانى] أنّه يمكن أن يكون للمشترى غرض خاص من الاستقالة فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقالة فاته ذلک الغرض و إذن فلا تؤثر إقالته بعد مدّة طويلة خصوصا مع ترق القيمة السوقية...»(۳).

و قال: «... لو كان البيع الواقع على الثوب فضوليا لتوقف نفوذه على إجازة المشترى و لم يتعرض الإمام عليه السلام لها أصلاً مع أنّه ليس البيع بالزائد موردا لإجازة المشترى أصلاً إذ لعلّ المبيع صار موردا للترقى بحسب القيمة السوقية فيما بين زمان الإقالة و زمان البيع...»(٤).

و قال: «... و فى المقام يكون نفس إقدام المشترى على الإقالة دالاً على الرضا بالمبادلة بالأكثر بالدلالة الالتزامية حيث إنّه دالّ بالدلالة المطابقية على رضاه بأخذ البائع الثوب بالوضيعة و يدلّ على جواز أخذه بالأكثر لغير البائع بالدلالة الالتزامية و إن لم

۱- ۱ . منية الطالب ۲۵/۲.

۲- ۲ . حاشية المكاسب ۹۵/۲.

۳- ۳ . مصباح الفقاهة ۷۰/٤ و ۷۱.

٤- ٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳۳۳/۲.

يعرفه و هى كافية فى صحة المعاملة لما ذكرنا فى محلّه من أنّ نظر البائع فى المعاملة إلى استبدال ماله من دون نظر إلى مشتر خاص فهى قائمة بالمالين لا بالمتعاقدين... فهو بيع صحيح و لا ربط بالفضولى»(۱).

أقول: يمكن أن يُناقَشَ فى وُجوهٍ: أوّلاً: عدم التعرض فى الصحيحة لصورتى تساوى الثمن مع ما ردّه البائع أوّلاً إلى المشترى أو نقصانه، لعدم ترتب الثمرة العملية فى فرض التساوى و ندرة فرض النقصان، فما يقع غالبا هو صورة الزيادة و لذا تعرض لحكمها.

و ثانيا: فرض ترقى القيمة السوقية لاسيما فى تلك الأيام و إن كان متصورا ولكنّه بعيد فى الغاية بالنسبة إلى الإيام المعدودات.

و ثالثا: إقدام المشترى على الإقالة لم يدلّ على الرضا بالبيع، لأنّهما شيئان مختلفان أحدهما فسخ البيع و الآخر بيع و هما نقيضان. و إذا كانت الإقالة باطلة فالبيع فضوليّا يحتاج إلى إجازة المالک - و هو هنا المشترى الأوّل - و أجاز البيع عملاً بأخذه الزيادة.

و رابعا: كفاية الرضا فى المبادلات المالية و المعاملات محلّ مناقشة بل منع كما مرّ مرارا.

الخامس: مقالة الفقيه المعاصر

قال السيّد محمّد سعيد الحكيم - مدظله -: «نعم، حمل النصوص على صورة إجازة المشترى الأوّل للبيع لا يناسب اطلاقها الظاهر فى صحة البيع و استحقاق المشترى الزيادة بمجرد وقوعه من دون حاجة للإجازة. و لاسيما و أنّ عدم الإجازة قد يكون أنفع للمشترى لو بقى الأمر على مقتضى القاعدة كما إذا ارتفعت قيمة الثوب إلى أكثر من ثمن البيع الثانى حيث يكون مقتضى القاعدة ضمان البائع له لو فرض عدم الإجازة و تعذر الاسترجاع الثوب بسبب أخذ المشترى الثانى له. فعدم التنبيه لذلک فى الصحيح و

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٠١/١.

الاقتصار فيه على استحقاق الزيادة من دون تنبيه لاشتراط الإجازة يناسب صحة البيع الثانى من دون حاجة للإجازة تعبدا ولو لأنّه الأنسب بفرض المالک غالبا و تجنّبا للمشاكل المترتبة على بطلان البيع نظير ما(۱) سبق فى نصوص المضاربة و مِن ثَمَّ يشكل الاستدلال و الاستئناس بالصحيح فى المقام»(۲).

أقول: و فيه: أوّلاً: لابدّ من حمل إطلاق النص - لا النصوص - على صورة إجازة المشترى الأوّل للبيع، كَما مرّ من الجدّ العلاّمة التقى قدس سره : «للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالک»(۳).

و ثانيا: إذا كان البيع الثانى صحيحا من دون الإجازة تعبدا فلا يكون أنفع للمشترى كما إذا ارتفعت القيمة السوقية، لِاَنَّهُ بعد الحكم بصحة البيع تعبدا لايستحقّ المشترى شيئا.

و ثالثا: مع إمكان الحمل على القاعدة، حمل الصحيحة على التعبد لا يتم.

و الحاصل: بعد الجواب عن الإشكالات تمَّ الاستدلال أو لاأقل من التأييد لصحة بيع الفضولى بالصحيحة والحمدللّه.

ص: ۲۳۹

۱- ۱ . فى المصدر «ممّا».

۲- ۲ . مصباح المنهاج - كتاب التجارة ۲۱٦/۲.

۳- ۳ . تبصرة الفقهاء ۳۳۸/۳.

الوجه التاسع: موثقة عبدالرحمن بن أبيعبداللّه

قال: سألتُ أباعبداللّه عليه السلام عن السِمْسار أ(١) يَشْتَرى بالأجر فيُدْفَعُ إليه الوَرِق و يشترط عليه أنَّكَ إن تأتى بما نشترى(٢) فما شئتُ أخذتُهُ و ما شئتُ تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول: خُذ ما رضيتَ و دَعْ ما كرهتَ؟ قال: لا بأس.(٣)

بتقريب من الشيخ الأعظم(٤): أنّ محتملات الرواية ثلاثة:

الأوّل: أن يكون شراء السمسار - و هو الدلال - لنفسه، و يكون الوَرِق - و هو الدرهم المضروب من الفضة جمعه أُوراق و وراق - من المشترى عليه قرضا و يبيع ما اشتراه بالورق على صاحب الورق المشترى و يؤدّى بذلک دينه. و يكون قوله عليه السلام : «يشترى بالأجر» قيدا توضيحيا لمعنى السمسار الذى هو الدلال. و هذا الاحتمال أجنبىٌّ عن الفضولى.

الثانى: أن يكون شرائه لمالک الورق - المشترى - بإذنه مع جعل الخيار له على البائع بتمامية البيع فى ما شاء المشترى و فسخه فى ما كره. و هذا الاحتمال أيضا بيع مع الإذن فيخرج عن الفضولى.

الثالث: أن يكون الشراء من السمسار لمالک الورق - المشترى - فضوليا بحيث يختار مايشاء و يأذن فيه و يردّ ما لا يريد و لم يأذن فى بيعه. و هذا الاحتمال الأخير ينطبق على الفضولى.

ثم: إذا كانت محتملات مورد السؤال متعددة و تشمل الثلاثة و لم يسأل الإمام عليه السلام عنها، و ترک الاستفصال يقتضى عموم الحكم لجميع المحتملات التى منها شراء الفضولى، فيتمّ على أن قوله عليه السلام : «لا بأس» يجرى بالنسبة إلى الفضولى أيضا فيحكم بصحته.

أقول: محتملات الرواية لا تنحصر فى الثلاثة و يمكن أن يضاف إليها:

١- ١ . فى الكافى ١٥٩/١٠، ح٥: ليست همزة الاستفهام.

٢- ٢ . فى المصدر: تشترى.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ٧٤/١٨، ح٢، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود.
٤- ٤ . المكاسب ٣٦٣/٣ و ٣٦٢.

الرابع: أن يكون الغرض من دفع الورق مجرد دفعها إلى صاحب الأمتعة ليكون وثيقة عنده لدفع الأمتعة إلى السمسار ليشترى بعد ماشاء.(١)

الخامس: أن يكون شراء السمسار لنفسه من دون استقراض و من دون استيذان من صاحب الورق نظير شراء الغاصب لنفسه.(٢)

السادس: السمسار يشترى لنفسه بالورق الذى دفعه إليه صاحبه، فالمبيع له ثمّ إن شاء المشترى صاحب الورق - يشترى من السمسار و إن شاء ترک.(٣)

السابع: «وقوع الاشتراء بالمساومة و إطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشارفة و يكون دفع الورق لطمأنينة السمسار و هو كثير الوقوع سيّما مع الدلال و السمسار». ذكر هذا الاحتمال صاحب البلغة و جعله أظهر الاحتمالات.(٤)

و قال السيّد الخوئى فى ذيله: «و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به»(٥).

الثامن: الاحتمال الثانى مع عدم إعطاء صاحب الورق الأجرة على شراء السمسار فى فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

هذا الاحتمال هو مختار شيخنا الاستاذ(٦) قدس سره .

التاسع: البيع إذا وقع وقع للمالک، و الشراء إن وقع وقع للمشترى الذى صاحب الورق، و السمسار يعرض المتاع على المشترى فقط و اختار هو ما اختار و حين اختياره يعطى أُجرة السمسار و إلاّ فلا، و إعطائه الورق للسمسار لأجل أنّه صادق فى إرادة بيعه.

هذا الاحتمال هو مختارنا و هو أحد محتملى الفقيه المعاصر(۷) و لعلّ المراد

۱- ۱ . كما فى بغية الطالب ۳۵۳/۱.

۲- ۲ . كما فى بغية الطالب ۳۵۳/۱.

۳- ۳ . كما فى حاشية المكاسب للإيروانى ۲۲۳/۲.

٤- ٤ . بلغة الفقيه ۲۱۹/۲ و نقل عنه فى مصباح الفقاهة ۷٦/٤.

۵- ۵ . مصباح الفقاهة ۷٦/٤.

٦- ٦ . إرشاد الطالب ۳۲۱/۳.

۷- ۷ . مصباح المنهاج، كتاب التجارة ۲۱۸/۲.

بالاحتمال السابع الذى هو مختار صاحب البلغة أيضا هذا. فلا يتم العموم و لا الفضولى.

و غيرها من المحتملات و لا تضرّ بالاستدلال لو تمّ تعدّد مورد السؤال و ترك استفصال الإمام عليه السلام بحيث يقتضى عموم الحكم لجميعها.

ولكن ناقش المحقّق الإيروانى فى تعدّد محتملات مورد السؤال عند السائل الذى يسأل مسألة صاحب الورق بأنّ موضوع السؤال عنده واضح و كان ما وقع بين صاحب الورق و السمسار عند السائل معيّنا و إنّما يسأل من حكمه فقط و أجابه الإمام عليه السلام بقوله: «لا باس».

«نعم، نحن لا نعلم ذلک الذى جرى ماذا؟ و نحتمل أن يكون شى ء من الأُمور المذكورة، و هذا لايوجب الحكم بالعموم، فإنّ عدم الاستفصال الذى هو دليل العموم هو عدم الاستفصال فى موضوع عدم تبيّن موضوع السؤال [عند السائل] لا موضوع تبيّنه [السائل] و كان الاشتباه فى حقّ غير المخاطبين كما فى المقام.(۱)

و تبعه السيّد الخوئى رحمه الله و قال: «إنّما يتمسّک بترک الاستفصال فيما إذا كان المسئول عنه مرددا منقسما إلى أقسام عديدة بأن كان حكما كلّيّا، و لا يجرى ذلک فيما إذا كان المسؤول عنه قضية شخصيّة»(۲).

و يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة: بعدم الفرق بين القضيّتين الشخصية و الحقيقية بالنسبة إلى ترک الاستفصال و إفادته العموم لأنّ الوجه فيه هو لزوم الإغراء بالجهل و فوات الغرض بلا فرق بين الحكم الكلّى - القضية الحقيقية - و الجزئى - القضية الشخصية - لأنّ فى كلِّ مورد ترک الاستفصال يوجب الإغراء بالجهل وفوات الغرض - و لا يمكن انتساب الأمرين إلى الشارع - فيحكم بإفادة ترک الاستفصال للعموم بلا فرق بين القضيتين.(۳)

و أمّا ما أفاده المحقّق الإيروانى من تبيّن الموضوع عند السائل و عدمه عند غير

۱- ۱ . حاشية المكاسب ۲۲٤/۲.

۲- ۲ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳۳٥/۲.

۳- ۳ . كما يظهر من المحقّق المروج راجع هدى الطالب ٤٦٥/٤.

المخاطبين فدون إثباته خرط القتاد.

و كذا ما ذكره السيّد الخوئى من قوله: «... إذا علم المسؤول مراد السائل بقرائن حالية أو مقالية فأجابه بشى ءٍ و نحن لم نعلم المراد و تردّدنا بين الاحتمالات فهذا كيف يمكن أن يكون دليلاً على العموم»(۱).

ثم: لو تمّ ما أفاده المحقّقان الإيروانى و السيّد الخوئى رحمهماالله من عدم تمامية العموم فتكونُ الرواية مجملة، كما اعترف به الفقيه المعاصر(۲)- مد ظله - .

نعم، لو كانت الرواية ظاهرة فی إحدی المحتملات غير الفضولی فلا يتم العموم لعدم جريان قاعدة ترک الاستفصال.

و ذهب جماعة إلی تعيّن الإحتمالين الأوّلين كما هو مختار المحقّقين اليزدی(۳) و الأصفهانی(٤) و الشريعتمداری(٥) و الأردكانی(٦) و المروج(۷) و الأُستاذ المحقّق(۸) - مدظله - .

و إلی تعيّن الاحتمال الأوّل الشهيدی(۹).

و إلی تعيّن الاحتمال الثانی السيّد الإشكوری(۱۰) و المحقّق النائينی(۱۱) و السيّد

۱- ۱ . التنقيح فی شرح المكاسب ٤۰۳/۱.

۲- ۲ . مصباح المنهاج، كتاب التجارة ۲۱۷/۲.

۳- ۳ . حاشية المكاسب ۱۲۲/۲.

٤- ٤ . حاشيته علی المكاسب ۹٥/۲.

٥- ٥ . تحقيق و تقريرات فی باب البيع و الخيارات ۷۲/۲.

٦- ٦ . غنية الطالب ۳۲۸/۲.

۷- ۷ . هدی الطالب ٤٦۳/٤.

۸- ۸ . العقد النضيد ۹٤/۳.

۹- ۹ . هداية الطالب ٤۰/۳.

۱۰- ۱۰ . بغية الطالب ۳٥٤/۱.

۱۱- ۱۱ . منية الطالب ۲٥/۲.

الخوئی(۱) و شيخنا الأُستاذ(۲) قدس سره لكن مع تقييد كما مرّ و يأتی.

ولكن نفى المؤسس الحائرى(٣) البُعْدَ فى كونها ظاهرة فى الاحتمال الثالث أى الفضولى.

و قد مرّ أنّ الاحتمال السادس مُتَعَيِّنٌ عند المحقّق الإيروانى.

و الاحتمال السابع متعيّن عند صاحب البلغة.

و الاحتمال الثامن عند شيخنا الأُستاذ رحمه الله .

و قد مرّ أنّ الاحتمال المختار عندنا هو الاحتمال التاسع فلا يتم الاستدلال بها لصحة بيع الفضولى.

و أمّا ما ورد فى أحَدِ تقريرات السيّد الخوئى رحمه الله من: «أنّ الرواية غير نقية السند»(٤).

و حمله الأُستاذ المحقّق(٥) - مدظله - من أنّه يقصد اولئک الرواة الذين روى عنهم الحسن بن محمّد بن سماعة لجهالة «غير واحد».

لا يتم لأنّ المراد بغير واحد جماعة من الرواة و لاأقل من دخول ثقة فيهم، مضافا إلى أنّ الصدوق رواها فى الفقيه(٦) بسند صحيح و الشيخ بسند مُوَثَّقٍ فى التهذيب(٧).

١- ١ . مصباح الفقاهة ٧٦/٤، محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٣٥/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٤٠٣/١.

٢- ٢ . ارشاد الطالب ٣٢١/٣ و ٣٢٠.

٣- ٣ . كتاب البيع ٣٠٨/١ لشيخنا آية اللّه محمّد على الأراكى.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٧٦/٤.

٥- ٥ . العقد النضيد ٩٤/٣.

٦- ٦ . الفقيه ٢١٨/٣، ح٣٨٠٩.

٧- ٧ . التهذيب ٥٦/٧، ح٤٣.

الوجه العاشر: معتبرة مسمع أبيسيّار

قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنّى كنتُ استودعتُ رجلاً مالاً فجحدنيه و حلف لى عليه ثمَّ جاء بعد ذلک بسنين بالمال الذى كنتُ استودعته إيّاه، فقال: هذا مالک فخُذه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالک فهى لک مع مالک و اجعلنى فى حلٍّ، فأخذت المال منه و أبيتُ أن آخذ الربح و أُوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتّى أستطلع رأيک فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحلّه، إنّ هذا رجل تائب و اللّه يحبُّ التوابين.(١)

سند الشيخ ضعيف بالحسن بن عُمارة، ذكره الشيخ فى أصحاب على بن الحسين عليه السلام مع توصيفه بالكوفى(٢) و فى أصحاب الباقر عليه السلام وصفه بأنّه عامىّ(٣) و فى أصحاب الصادق عليه السلام قال: «الحسن بن عمارة بن المضرب أبو محمّد البجلى الكوفى أُسند عنه»(٤).

و قال ابن حجر فى شأنه: «الحسن بن عمارة بن المضرب البجلى مولاهم الكوفى أبو محمّد كان على قضاء بغداد فى خلافة المنصور...»(٥).

و قال فى تقريب التهذيب الحسن بن عمارة البجلى مولاهم أبو محمّد الكوفى قاضى بغداد متروک من السابعة مات سنة ثلاث و خمسين [أى بعد المائة]»(٦).

و قال الذهبى فى ميزان الاعتدال: «الحسن بن عُمارة الكوفى الفقيه مولى بَجِيلة... - ثم ذكر تضعيفه عن جماعة إلى أن قال: - مات سنة ثلاث و خمسين و مائة و كان من كبار الفقهاء فى زمانه ولى قضاء بغداد»(٧).

١- ١ . وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.
٢- ٢ . رجال الشيخ /٨٨، الرقم ١٩.
٣- ٣ . رجال الشيخ /١١٥، الرقم ١٧.
٤- ٤ . رجال الشيخ ١٦٦، الرقم ١٥.
٥- ٥ . تهذيب التهذيب ٣٠٤/٢، الرقم ٥٣٢.
٦- ٦ . تقريب التهذيب ١٦٩/١، الرقم ٢٩٨.
٧- ٧ . ميزان الاعتدال ٥١٣/١، الرقم ١٩١٨.

قال الشيخ محيى الدّين المامقانى رحمه الله : «الذى يظهر من إصرار العامة على تضعيفه -مع أنّه من قضاتهم- و رواية ثقات رواتنا مثل أبان بن عثمان الثقة الجليل و الحسن بن محبوب الثقة الجليل عنه، أنّ المترجَم إمّا كان متقيّا فى مذهبه و كان فى الباطن إماميّا، أو أنّه كان عاميّا إلاّ أنّه غير معاند للحقّ وثقة فى مذهبه عند رواتنا و حيث أنا لم نجزم بأحد الاحتمالين ينبغى أن نعده ممّن لم يتضح لنا حاله و إن كان المظنون كونه موثقا»(١).

أقول: الاحتمالان يجريان بالنسبة إليه، و أمّا توثيقه فَلا يحصل العلم به إلاّ على القول بأنّ أصحاب الإجماع لا يروون إلاّ عن الثقة و هو لا يتم عندى.

و كذلك الرواية ضعيفة بأبيه عُمارة بن المضرب و هو مهمل و ليس له إلاّ هذه الرواية. هذا كلّه بالنسبة إلى سند الشيخ.

ولكنّها مروية فى الفقيه(٢) بإسناده عن مسمع أبى سيار، و ذكر الصدوق سنده فى المشيخة هكذا: «و ما كان عن مسمع بن مالك البصرى فقد رويته عن أبى - رضى اللّه عنه - عن سعد بن عبداللّه عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن محمّد عن أبان عن مسمع بن مالك البصرى و يقال له: مسمع بن عبدالمالك البصرى لقبه كردين و هو عربى من بنى قيس بن

ثعلبة و يكنى أبا سيار و يقال: إنّ الصادق عليه السلام قال له أوّل ما رآه: ما اسمک؟ فقال مسمع، فقال: ابن مَنْ؟ قال: ابن مالک، فقال: بل أنت مسمع بن عبدالملک»(۳).

رجال السند کلّهم ثقات إلاّ القاسم بن محمّد الجوهری و هو معتبر عندنا فالسند معتبر، فصارت الرواية معتبرة الأسناد بسند الصدوق.

تقريب الاستدلال: أمر الإمام عليه السلام بأخذ الربح من جانب المالک لا يتم إلاّ بامضاء معاملات الودعی الجاحد حتّی يجوز له تملک ربحها و أمّا أمره عليه السلام باعطاء الودعی الجاحد التائب النصف فَهُوَ أمر استحبابی لأنّه تائب و يکون الإعطاء تشويقا له.

ص: ۲٤٦

۱- ۱ . تعليقه تحت عنوان حصيلة البحث علی کتاب والده تنقيح المقال ۲۸۹/۲۰.

۲- ۲ . الفقيه ۳۰۵/۳، ح٤۰۹۱.

۳- ۳ . الفقيه ٤۵۱/٤.

لم يذکر الشيخ الأعظم هذه المعتبرة ولکنَّ تمسّک بها جماعة من الأصحاب رحمهم الله :

منهم: الشيخ جعفر رحمه الله قال: «لرواية مسمع أبی سيّار عن الصادق عليه السلام - فی رجل استودع رجلاً مالاً فجحده الودعی و استربح به أربعة آلاف درهم - الدالة علی أنّ الربح لصاحب المال»(۱).

و منهم: الجدّ العلاّمة التقی قال بعد نقل الرواية: «و الظاهر أنّ تملّکه للربح مبنیٌّ علی إجازته للعقد الصادر منه المشتمل علی الربح، و أمره عليه السلام بردّ نصف الربح عليه علی وجه الندب کما يشير إليه التعليل المذکور و دلالتها علی المدّعی ظاهرة أيضا»(۲).

و منهم: صاحب الجواهر قال فی ضمن المؤیدات: و کذ ما ورد فی ودعیّ جحد الودیعة و اتّجر بها: من أنّ الربح للمالک»(۳).

و منهم: الفقیه الیزدی قال: فإنّ ظاهر ذیله أنّ تمام الربح له و أنّه أمره بإعطائه النصف منه من جهة أنّه تائب و هو لا ینطبق إلاّ علی صحة الفضولی»(٤).

ولکن استشکل علیها المحقّق السیّدُ الخوئی بإشکالین و قال: «و فیه: أوّلاً: أنّ الروایة ضعیفة السند کما مرّ فلا یمکن الاستناد إلیها فی الحکم الشرعی.

و ثانیا: أنّ الاستدلال بها علی ما نحن فیه یتوقف علی وقوع المعاملة علی عین الودیعة إمّا بنحو المعاطاة أو بالعقد اللفظی ولکن لا قرینة فی الروایة علی ذلک»(٥).

و یمکن الإجابة عنهما أمّا الأوّل: فَقَدْ عرفت ضعف سند الشیخ و اعتبار سند الصدوق بالروایة، لاسیما أنّ القاسم بن محمّد الجوهری المختلف فیه عند الأصحاب، فَهُوَ عند المحقّق السیّد الخوئی(٦) رحمه الله معتبر فسند الصدوق عنده و عندنا معتبر(۷)، فَرَمْیُهُ

۱- ۱ . شرح القواعد ۷۹/۲.

۲- ۲ . تبصرة الفقهاء ۳۳۸/۳.

۳- ۳ . الجواهر ٤٥۰/۲۳ (۲۷۹/۲۲).

٤- ٤ . حاشیة المکاسب ۱۲۲/۲.

٥- ٥ . مصباح الفقاهة ۷۷/٤.

٦- ٦ . راجع معجم رجال الحدیث ٤۷/۱٤، الرقم ۹٥٤۲.

۷- ۷ . راجع الآراء الفقهیة ۳٥۲/۳.

الروايةَ بضعف السند لا وجه لَهُ.

و أمّا الثانى: فَلَوْ لو كانت معاملات الودعى الجاحد بالكلّى فى الذمة لا بالعين المودعة عنده، يكون تمام الربح للودعى و لا يستحق أَبُوْسيّار شيئا منه، مع أنّ الإمام عليه السلام أمره بأخذ الربح، و هذا الأمر أقوى قرينة على أنّ المعاملات وقعت على عين الوديعة. و من المعلوم أنّ ارجاع نصف الربح من المالک على الودعى يكون تفضلاً من المالک لأجل تشويق الودعى على توبته.

و الشاهد لما ذكرنا مقالة المؤسس الحائرى حيث يقول: «... أنّ البيع أو الشراء لما فى الذمّة إذا كان القصد حين المعاملة الدفع من عين مال الغير يكون كالمعاملة الواردة على عين المال ابتداءً فيندرج فى الفضولى و يرجع ربحها إلى صاحب العين و يناسب ذلک مع ارتكاز العرف، ألا ترى أنّ العصاة و الظلمة مع شرائهم و تحصيلهم لما يملكونه غالبا بالثمن فى ذمّتهم يقال: إنّ ما بيدهم مالٌ لغيرهم، فإن لم يكن على خلاف هذا المطلب إجماع نقول به...»(١).

لا يقال: «أنّ استحقاق مسمع للربح بتمامه قد يكون بسبب بذل الودعى له فى مقابل تحليل مسمع له من دون أن يكون مسمع مستحقّا له بالأصل» كما عن الفقيه المعاصر – مدظله – .(٢)

لأنّا نقول: البذل مقابل التحليل و ان كان محتملاً و متعارفا فى العادة ولكنّه خلاف لظاهر المعتبرة حيث يقول الودعى فيها: «هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالک فهى لک مع مالک» فحكم الودعى بأنّ أربعة آلاف درهم للمالک و ربح ماله. و هذا مخالف للبذل مقابل التحليل.

و قوله: «و اجعلنى فى حلٍّ» لا يدل على أنّ البذل مقابل التحليل.

فدلالة المعتبرة على صحة بيع الفضولى تامة.

١- ١ . كتاب البيع ٣١٠/١ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمّد على الأراكى.
٢- ٢ . منهاج المصباح، كتاب التجارة ٢٢١/٢.

الوجه الحادى عشر: خبر أبيحمزة الثمالى

عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن الزكاة تجب علىَّ فى موضع لا يُمْكِنُنى أن أُؤَدِّيَهَا؟ قال: اعزلها فإن اتجرت بها فأنت ضامن لها و لها الربح، و إن تَوِيَتْ(١) فى حال ما عَزَلْتَها من غير أن تشغلها فى تجارة فليس عليك و إن لم تعزلها و اتّجرت بها فى جملة مالك فلها بقسطها من الربح و لا وضيعة(٢) عليها.(٣)

بتقريب: إذا وجبت الزكاة مع بِشَرائِطِها المعلومة فى مال يجب إخراجها و إن لم يتمكن المالك من أدائها يجب عزلها، فإن عزلها و تلفت من دون تفريط ليس عليه شى ء ولكن إن لم يعزلها و اتّجربها، يتعلّق بها الربح بقدرها من دون أن يتعلّق بها الضرر.

و تعلّق ربح التجارة بمال الزكاة من دون الضرر يكون من مصاديق بيع الفضولى الذى أجازه الشارع ولاية على مستحقى الزكاة و حفظا لمنافعهم، و الضرر يكون فى مال المالك لأنّه يتصرف فى الزكاة من دون إجازة أربابها فيكون ضامنا لها و لا يتعلَّق بها الخسارة.

و استدلّ الفقيه السيّدُ اليزدى(٤) على صحة بيع الفضولى بهذه الرواية.

و يمكن أن يناقش عليه: بحمل الرواية على التعبد كما هو الظاهر مضافا على ضعف سندها بجهالة عمّن حدّث عنه على بن محمّد و إهمال مَعَلَّى أو يَعْلى بن عبيد فى كتب الرجل و ليس لهما - على فرض تعدّدهما - إلاّ هذه الرواية، فالاستدلال بها لا يتم.

١- ١ . تويت: هلكت.

٢- ٢ . الوضيعة: الخسارة.

٣- ٣ . الكافى ٣٦١/٧، ح٢ (٦٠/٤) و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٣٠٧/٩، ح٣، الباب ٥٢ من أبواب المستحقين للزكاة.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ١٢٣/٢.

الوجه الثانى عشر: بيع عقيل دور النبى صلى الله عليه و آله و بنى هاشم

روت العامة فى صحاحهم(١) و سيرهم(٢) أنّ عقيلاً عمد إلى دور بنيهاشم فى مكة - و كانت قريش تعطى من لم يُسْلِم مالَ مَن أسْلَمَ بعد هجرة المسلمين إلى المدينة - فباعها حتّى دار رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فلما دخل رسول اللّه صلى الله عليه و آله مكة يوم الفتح قال له اُسامة بن زيد: أ تنزل غدا فى دارک يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله ؟ فقال صلى الله عليه و آله : و هل ترک لنا عقيل من رِباع(٣)؟!

وردت الرواية فى كتبنا التفسيرية(٤) و الفقهية(٥) و التراجمية(٦).

و استدل بها الشيخ جعفر لصحة بيع الفضولى و قال: «و لحديث بيع عقيل دار النبى صلى الله عليه و آله بمكة من دون إذنه فلمّا أخبره أجازه»(٧).

و تبعه صهره العلاّمة التقى الجدّ و قال: «و منها: من أنّ عقيلاً باع دورا للنبى صلى الله عليه و آله بمكة من دون إذن، فلمّا أخبره بذلک أجازه»(٨).

و قال قبلهما السيّد مهدى بحرالعلوم فى رسالة سمّاها «مبلغ النظر فى حكم قاصد الأربعة من مسائل السفر» بعد نقل الرواية: «و ظاهره أنّه أجاز ما صنعه عقيل تكرّما و

١- ١ . صحيح البخارى ١٨١/٢، صحيح مسلم ٩٨٤/٢، ح١٣٥١، سنن ابن ماجه ٩١٢/٢، ح ٢٧٣٠، مسند أحمد ٢٠٢/٥، فتح البارى ١٢/٨، شرح مسلم للنووى ١٢٠/٩، المستدرک للحاكم ٦٠٢/٢، المعجم الكبير للطبرانى ١٦٨/١.

٢- ٢ . السيرة الحلبية ٨٥/٣، المغازى للواقدى ٨٢٩/٢، أخبار مكة ١٦١/٢، سير أعلام النبلاء ٦٨/١٠.

٣- ٣ . رِباع جمع الرَّبْعُ: الدار بعينها حيث كانت. الصحاح ١٢١١/٣.

٤- ٤ . نحو: مجمع البيان ١٤٧/٩ فى تفسير الآية ٣٠ من سورة ق من الجزء السادس و العشرين.

٥- ٥ . نحو: تذكرة الفقهاء ٤٠/١٠ و غيرها التى تذكر.

٦- ٦ . نحو: الدرجات الرفيعة /١٥٤ فى ترجمة عقيل، للسيّد على خان المدنى صاحب شرح الصيحفة.

٧- ٧ . شرح القواعد ٧٧/٢.

٨- ٨ . تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

يستفاد منه صحة بيع الفضولى إذا تعقبه الإجازة ولو كان غصبا»(١).

أقول: على فرض وقوع هذه القضية - كما أنّ الظاهر وقوعها حيث لم يرد من الأئمة المعصومين عليهم السلام نفيها - و إجازة النبى صلى الله عليه و آله و بنيهاشم له، استفادة صحة بيع الفضولى منها لا ينكر.

فلا يصغى إلى مقالة الفاضل النراقى حيث يقول: «و احتجوا بما ورد من تقرير النبى صلى الله عليه و آله بيع عقيل داره بمكّة وضعفه ظاهر»(٢).

١- ١ . نقلها بتمامها السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ١٠/(٤٣٥-٣٣٣)، و العبارة المنقولة فيه ٣٧٠/١٠.

٢- ٢ . مستند الشيعة ٢٧٦/١٤.

الوجه الثالث عشر: اجازة الوارث بالنسبة إلى الوصية الزايدة على الثلث

الوصية جائزة و نافذة فى أموال الموصى إذا بلغت إلى حدّ ثلث أمواله، و أمّا مازاد على الثلث فلا يجوز إلاّ بعد إمضاء الورثة و إجازتهم(١)، نعم لو أجاز بعضهم فى حياة الموصى فليس له الرجوع عنها بعد مماته.(٢)

و كأنّ الوصية من الموصى فى مازاد على ثلث الأموال تصرف فى مال الورثة فلذا يحتاج إلى إذنهم و بعد الإذن تكون نافذة، نظير بيع الفضولى لكونه تصرفا فى مال المالک و بعد إذنه يكون نافِذا.

قال الشيخ جعفر: «و فى اجازة السيّد عقد العبد و الوارث للوصية بمازاد على الثلث إشعار بذلک»(٣).

و تبعه العلاّمة التقى الجدّ و قال: «و ممّا يستأنس به للقول المذكور [صحة بيع الفضولى] دلّ على صحة الوصية الزايدة على الثلث إذ أجازته الورثة»(٤).

و ذكرها صاحب الجواهر(٥) من المؤيدات.

أقول: الإشعار و الاستيناس و التأيِيْد لا بأس به، و أمّا دلالة فرع على فرع آخر فَهِىَ من القياس المحرّم عندنا مضافا إلى ما أُورده الفقيه السيّدَ اليزدى بقوله: «... فإنّ إجازته [الوارث] شرط فى نفوذ تصرف الميت لنفسه فلا دخل له بالمقام من إجازة المالک للعقد الواقع على ماله على أن يكون له، إذ من المعلوم أنّ الإجازة لا تصيّر الوصية للوارث، بل توجب عدم انتقال المال إليهم»(٦).

و تبعه السيّد الخوئى(٧).

۱- ۱ . راجع وسائل الشيعة ۲۷۵/۱۹، الباب ۱۱ من أبواب كتاب الوصايا.

۲- ۲ . راجع وسائل الشيعة ۲۸۳/۱۹، الباب ۱۳ من أبواب كتاب الوصايا.

۳- ۳ . شرح القواعد ۷٦/۲.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ۳۳۸/۳.

٥- ٥ . الجواهر ٤٥۱/۲۳ (۲۷۹/۲۲).

٦- ٦ . حاشية المكاسب ۱۲۳/۲.

۷- ۷ . مصباح الفقاهة ۷۷/٤.

الوجه الرابع عشر: التصدق بمجهول المالک و اللقطة

وردت فی بعض الروايات(۱) التصدّق بمجهول المالک و اللقطة - بعد اليأس عن الظفر بصاحبهما - فإن جاء صاحبه و أمضی الصدقة مضت و إلاّ غرمها المتصدِّق و الثواب له.

و هذا التصدّق تصرف فی مال صاحبه و بعد إجازته لا يجوز له طلب المال من المتصدِّق و أمّا إذا لم يجز فيجوز له طلبب ماله من المتصدِّق.(۲)

و أنت ترى وُجُوْدَ التشابه بين هذ التصدّق بعد اجازة المالک ببيع الفضولی بل هو تصدّق الفضولی.

و عدّها الشيخ جعفر من الأُمورِ المُشْعِرَةِ بصحة بيع الفضولی و قال: «... و كذا الأخبار الدالة على التصدّق بمجهول المالک عنه فإن جاء و أمضی الصدقة مضت و إلاّ عزم المتصدِّق و الثواب له لا يخلو من ظهور فی ذلک»(۳).

و تبعه العلاّمة التقی الجد و قال: «و ممّا يستأنس به... و ما ورد فی التصدّق بمجهول المالک إن جاء صاحبها و أمضی الصدقة مضت، و إلاّ غرّمه المتصدِّق و إلاّ أجزأه»(٤).

و جعلها صاحب الجواهر(٥) من المؤيدات.

أقول: تصدّق الفضولى هنا واضح و صحيح و البيع مثله، و أمّا فرض الغرامة لأنّ صاحب المال يطلب ماله فيجب على المتصدِّق أداء ماله إليه لأنّه أتلفه عليه بالصدقة. فينطبق الحكم على شطريه على القواعد فلا نحتاج إلى تعبد شرعى فى المقام.

و ممّا ذكرنا يَظْهَرُ عدم تمامية مقالة الفقيه السيّد اليزدى حيث يقول: «أنّ الإذن

١- ١ . راجع وسائل الشيعة ٤٥٠/٢٥، الباب ٧ من أبواب كتاب اللقطة.
٢- ٢ . راجع ما حررته فى هذا المجال فى الآراء الفقهية ٣٤٩/٣.
٣- ٣ . شرح القواعد ٧٦/٢.
٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.
٥- ٥ . الجواهر ٤٥١/٢٣ (٢٧٩/٢٢).

الشرعى حاصل فى التصدّق و هو صحيح على كلّ حال أجاز المالک أو لا، و ضمانه على فرض عدم الرضا حكم تعبدى، و عدم ضمانه فى غير هذا الفرض حكم تعبدى»(١).

و تبعه السيّد الخوئى و قال: «أنّه لا شبهة فى صحة التصدّق هناک للإذن الشرعى و إن لم يرض به المالک، و إنّما الرضا يؤثر فى عدم الضمان تعبّدا كما أنّ عدمه يؤثر فى عدمه كذلک»(٢).

أقول: الرضا بل الإذن يصحح تصدّق الفضولى و عدمه يصحح الضمان لأنّ المالک يطالب بماله فمِنْ أين نحتاج إلى التعبّد. نعم، فى فرض عدم وجدان المالک الإذن الشرعى من المالک الحقيقى يصحح التصدّق، و اللّه العالم.

١- ١ . حاشية المكاسب ١٢٣/٢.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٧٧/٤.

الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكح و المساكن

وردت عدّة من الروايات فى تحليل خمس المناكح(١) و المساكن(٢) و ورد فى بعضها(٣) طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فى مال الخمس فأجازهم.

بتقريب: إنّ الناس يشترون المساكن و المناكح و فيها حقّ الإمام عليه السلام ، أو غيرهما بالمال المخمّس ثمّ أجازهم الإمام عليه السلام و بعد إجازته تخرج المعاملة من الفضولية أو الغصبية بالنسبة إلى طرف الذى أحلّ له، فيمكن استفادة صحة الفضولى منها.

و لا ينافى تقدم صدور التحليل أو الإجازة منهم لما ذكره فى الجواهر: «و قد عرفت أنّه لا ينافى الفضولية تقدّم الإذن لخصوص المشترى و إن كان البائع باقيا على غصبيّته نحو ما سمعته فى الخراج»(٤).

و إمكان التفكيک فى صحة المعاملة بين الطرفين خلافا للفقيه المعاصر(٥) - مدظله - حيث يرى امتناعه.

قال الشيخ جعفر: «و فى أخبار الخمس من تحليل المناكح و المساكن و خصوص ما صُرّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى و إجازة الإمام لأهل الحقّ فى ذلک ما يُرشد إليه و إن احتملت وجها آخر»(٦).

١- ١ . منها: صحيحة أبى خديجة سالم بن مكرم المروية فى وسائل الشيعة ٥٤٤/٩، ح٤، الباب ٤ من أبواب الأنفال. و منها: صحيحة الفضلاء المروية فى وسائل الشيعة ٥٤٣/٩، ح١. و منها: صحيحة ضريس الكناسى المروية فى وسائل الشيعة ٥٤٤/٩، ح٣. و منها: صحيحة الفضيل المروية فى وسائل الشيعة ٥٤٧/٩، ح١٠.

٢- ٢ . منها: صحيحة أبى سيار مسمع بن عبدالملك المروية فى وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح١٢. و منها: صحيحة على بن مهزيار المروية فى وسائل الشيعة ٥٠١/٩، ح٥.

٣- ٣ . منها: معتبرة يونس بن يعقوب المروية فى وسائل الشيعة ٥٤٥/٩، ح٦.

٤- ٤ . الجواهر ٤٥١/٢٣ (٢٧٩/٢٢).

٥- ٥ . مصباح المنهاج، كتاب التجارة ٢٢٣/٢.

٦- ٦ . شرح القواعد ٧٦/٢.

و لعلّ مراده من الوجه الآخر صدور الإجازة و الإذن قبل الشراء فتخرج المعاملة عن الفضولية فلا يستفاد منها صحة بيع الفضولى.

و تبعه المحقّق التقى و قال: «و ممّا يستأنس... و كذا فيمن يشترى من مال الخمس من الجوارى من إجازة الإمام عليه السلام ذلک لأهل الولاية، و ما ورد من تحليل المناكح و المساكن لأهل الحقّ»(١).

و قال صاحب الجواهر فى ضمن المؤيدات: «و بالنصوص الواردة فى باب الخمس المشتمل. بعضها على التصرف فيه من بعضهم و طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فأجاز... بل فى نصوص المناكح و المساكن سيّما ما صُرّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى المشتملة على إجازة الإمام عليه السلام ذلک لأهل الحقّ ما يؤيّد ذلک أيضا»(٢).

أقول: وجه التأييْدِ أو الاستيناس أو الإرشاد و عدم الاستدلال فى كلامهم هو وجود الاحتمال الآخر فى كلام الشيخ جعفر كما مرّ و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

نعم، هذا الاحتمال لا يجرى بالنسبة إلى التصرف الفعلى فى مال المخمّس ثمّ الاستيذان من الإمام عليه السلام و صدور الإجازة منه عليه السلام ، و ليس هذه المعاملة إلاّ فضوليا بالنسبة إلى حقّه عليه السلام و حصّته عليه السلام و بعد صدور الإجازة منه عليه السلام تمت. فيتم الاستدلال بهذا الأخير.

و لا يردّ على هذا الأخير ما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره من قوله: «و الصحيح أنّ التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولى و لا بالتوكيل...»(٣).

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

٢- ٢ . الجواهر ٤٥١/٢٣ (٢٧٩/٢٢).

٣- ٣ . إرشاد الطالب ٣٢٥/٣.

الوجه السادس عشر: اجازة السيّد عقد العبد

قد مرّ فى الشرط الخامس من شرائط المتعاقدين بأنّ إذن السيّد لو كان العاقد عبدا يصحح العقد. بلا فرق بين أن يكون العقد نكاحا(١) أو معاملة ماليّة. و أن يكون الإذن سابقا أو لاحقا. و الإذن اللاحق يسمّى إجازة غالبا. و مع لحوق الإجازة يكونُ عقد العبد صحيحا بلا فرق بين أن يعقد لنفسه أو لمولاه أو لغيرهما، نعم لو كان للغير يحتاج إلى اذنه و إلاّ صار فضوليّا بالنسبة إليه.

ثم إجازة السيّد تصحح عقد العبد فكذلک إجازة المالک تصحح بيع الفضولى.

و لذا قال الشيخ جعفر: «و فى إجازة السيّد عقد العبد... إشعار بذلک»(٢).

و تبعه صهره العلامة التقی و قال: «... و من ذلک الأخبار الدالة علی صحة عقد العبید مع إجازة الولی فإنّه عقد فضولی قطعا، و من البیّن أنّ الأمر فی الفروج و شدّة الاحتیاط فیها آکد کما ورد فی الروایة(۳) و نصّ علیه جماعة من الأجلة فیدلّ بالفحوی علی الصحة فی غیرها»(٤).

أقول: قد مرّ البحث حول هذه الفحوی فی الوجه الرابع(٥) من أدلة صحة بیع الفضولی فراجعه.

و تبعهما صاحب الجواهر و قال: «بل یؤیّده أیضا: ما ورد فی إجازة السیّد عقد العبد...»(٦).

۱- ۱ . عدّة من الروایات تدلّ علی صحة نکاح العبد بعد إجازة مولاه من حین عقد النکاح راجع فی هذا المجال وسائل الشیعة ۱۱٤/۲۱، ح۱ صحیحة زرارة، و وسائل الشیعة ۱۱٥/۲۱، ح۲ موثقته، و وسائل الشیعة ۱۱٦/۲۱، ح۱ خبر عبید بن زرارة، و وسائل الشیعة ۱۱۷/۲۱، ح۱ صحیحة معاویة بن وهب، و وسائل الشیعة ۱۱۸/۲۱، ح۱ حسنة علی بن جعفر، و غیرها.

۲- ۲ . شرح القواعد ۷٦/۲.

۳- ۳ . وسائل الشیعة ۱٦۳/۱۹، ح۲ = ۲٥۹/۲۰، ح۳ حسنة العلاء بن سیابة.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ۳۳۳/۳.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد صفحة ۲۰۰.

٦- ٦ . الجواهر ٤٥۱/۲۳ (۲۷۹/۲۲).

الاستدلال علی بطلان عقد الفضولی

اشارة

احتجوا للبطلان بالأدلة الأربعة:

١- الكتاب

قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض»

اشارة

(١)

تمسّكوا بدلالة الآية الشريفة على البطلان بتقريبين:

التقريب الأوّل: الاستثناء يدل على الحصر فى جواز أكل أموال الناس بالتجارة عن تراض فقط، و بيع الفضولى ليس تجارة عن تراض فأُكُل المال بسببه أَكْلٌ للمال بالباطل.

إن قلت: لحوق الإجازة يدرجه فى التجارة عن تراض فيجوز أكل المال به.

قلت: إذا لم يكن حين العقد ثَمَّةَ مِصْداقٌ للتجارة عن تراض، فَلُحُوقُ الإجازة بها لا يجعله مصداقا لها.

ناقش الشيخ الأعظم(٢) فى هذا التقريب بأنّ الاستثناء يدل على الحصر إذا كان متصلاً ولكنّه هنا منفصلاً لخروج تجارة عن تراض عن أكل المال بالباطل و تصريح جماعة من المفسرين كما مرّ(٣) فى بحث بيع المكرَه فى التمسک بالآية الشريفة على بطلانه حتّى إذا تعقّبه الرضا.

١- ١ . سورة النساء /٢٩.

٢- ٢ . المكاسب ٣٦٤/٣.

٣- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ١٥٣.

و اعترض عليه السيّد الخوئى؛ بوجوه: الأوّل: أنّ الاستثناء المنقطع من أوضح الأغلاط إذ لايصح أن يقال: ما رأيتُ عالما إلاّ الجاهل، و هو لايصدر من المبتدئين فى البلاغة فكيف بصدوره من اللّه العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الإعجاز و التحدى تعالى كلامه عزّوجلّ عن ذلک علوا كبيرا. فالاستثناء فى الآية الشريفة استثناء متصل ولو كان ذلک بالعناية.(١)

و الثانى: الاستثناء فى الآية من قبيل المتصل دون المنقطع، إذ قد يحذف من الجملة شى ءٌ و يُقام مقامه علّته نظير قوله تعالى: «و من كفر فإن اللّه غنىٌّ عن العالمين»(٢) لأنّ التعليل ليس مترتّبا على الشرط المذكور فيه لأنّه تعالى غنّى على أىّ حال حجّوا أم لم يحجّوا، كفروا أم آمنوا، إنّما هو تعليل لما حذف عن الآية... و فى المقام أيضا كذلک فكأنّ الآية كذا: و لا تأكلوا أموالكم بينكم بشى ءٍ من الأسباب كالنهب و القمار و البيع - فإنّها باطلة إلاّ إذا كان ذلک السبب تجارة عن تراض و عليه فالاستثناء متّصل مفرغ.(٣)

و الثالث: ولو كان الاستثناء منقطعا يفيد الحصر لأنّ اللّه تعالى كان بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الاهمال مخّلا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية و تحصل أنّها مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلاً أم كان منقطعا، فدلالة الآية على مفهوم الحصر ممّا لا ريب فيه و هو بطلان التجارة عن غير تراض و منها بيع الفضولى.(٤)

أقول: يرد عليه أوّلاً: لم يكن الاستثناء المنقطع من الأغلاط و لا من أوضحها بل هو نوع من الكلام و يحسن استعماله فى محلّه فلا إشكال فى وروده فى المعجزة الخالده

١- ١ . مصباح الفقاهة ٧٩/٤، نقلته مختصرا.

٢- ٢ . سورة آل عمران /٩٧.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٣٨/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٤٠٦/١.
٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٨١/٤.

أعنى الكتاب الكريم، ولو لم يرد فيه فكيف يفسّر السيّد الخوئى رحمه الله قوله تعالى: «و إذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلاّ إبليس أبى و استكبر و كان من الكافرين»(١)، و قوله تعالى: «يوم لا ينفع مالٌ و لا بنون إلاّ من أتى اللّه بقلب سليم»(٢)، و قوله تعالى: «مالهم به من علمٍ إلاّ اتباعَ الظنِ»(٣)، و هل تَتَمُّ الفصاحة وَ تَطَّرِدُ صِحّةُ الْمَعْنى فيها و نظائرها إلاّ بانقطاع الاستثناء.

و ثانيا: يمكن فى بَعْضِ الموارِدِ حذف الجزاء و قيام تعليله مقامه نحو قوله تعالى: «و إن يسرق فقد سرق أخٌ له من قبل»(٤)، ولكن الآية الشريفة لم تكن كذلك، و لم تكن قرينة على قيام تعليل الجزاء مقامه بل القرينة على خلافه و هى باء السببية الواردة على الباطل أى لم يأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب الباطلة نحو القمار و السرقة و الزنا و الربا و شرب الخمر، و حيث لم يكن من أوّل الأمر تجارة عن تراض من الأسباب الباطلة فيكون الاستثناء منقطعا. و العجب منه قدس سره كيف يدخل البيع فى عنوان الباطل.

و ثالثا: الاستثناءُ منقطعٌ و لايستفاد منها حصر و ليست فى البين قرينة مقامية تدل على الحصر كما مرّ فى بحث بيع المكرَه(٥) فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

و نضيف هنا بأنّ على بن إبراهيم القمى فى تفسيره(٦) و الطبرسى فى مجمعه(٧) يذهبان إلى التوسّع فى مدلول الآية بحيث تشمل أخذ المال من الظالم و فى موثقة سماعة(٨) استشهد الإمام عليه السلام على حرمة تصرّف الرجل فى أمواله مع تعلّق الدين بذمّته

١- ١ . سورة البقرة /٣٥.

٢- ٢ . سورة الشعراء /٨٩.

٣- ٣ . سورة النساء /١٥٧.

٤- ٤ . سورة يوسف /٧٧.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد صفحة ١٥٥.

٦- ٦ . تفسير القمى ١٣٦/١.

٧- ٧ . مجمع البيان ٣٦/٢.

٨- ٨ . الكافى ٥٨٧/٩، ح٢ (٩٥/٥).

بالآية الشرفة و هذه تدل على عدم الحصر.

التقريب الثانى: سياق التحديد لأنّ كلّ وصف ورد فى مقام التحديد يدلّ على اختصاص الحكم بمورد الوصف و إن لم نقل بمفهوم الوصف، و من المعلوم أنّ قيد التراضى وصف ورد مورد التحديد فيدلّ على انحصار جواز الأكل بمورد التراضى فقط، و التراضى فى بيع الفضولى مفقودٌ.

و أُورد عليه الشيخ الأعظم بالوجوة الأربعة الماضية فى بحث بيع المكرَه(١) فلا نعيد.

و ناقشه السيّد الخوئى رحمه الله فى عدم المفهوم فى تحديد الوصف بأنّ: نعم عدم المفهوم للوصف تام ولكن إذا كان الوصف فى مقام التحديد - كما فى المقام - يدلّ على انتفاء الحكم عند انتفاء الحدّ نظير قوله عليه السلام فى جواب السائل عمّا لا ينفعل بالملاقاة؟ كرّ من الماء(٢).(٣)

و ذكر التراضى فى الآية من هذا القسم لأنّها متوجّة إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها و حصر أسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراض.(٤)

و كذلک ناقشه فى «احتمال أن يكون «عن تراض» خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدا لها و إن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد...».

بقوله رحمه الله : «فلأنّه فی حدّ نفسه خلاف ظاهر الآیة، لأنّ ظاهر الآیة الشریفة أنّ الجمیع کلام واحد متصل لا أنّه خبر بعد خبر و قد اعترف قدس سره بأنّ غلبة وصف النکرة تؤید التقیید، هذا أوّلاً.

و ثانیا: فلو سلّمنا أنّه خبر بعد خبر فهل ذلک یرفع الإشکال، لأنّ معنی الآیة حینئذ

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٥٤.

٢- ٢ . نحوها معتبرة بل صحیحة اسماعیل بن جابر راجع وسائل الشیعة ١٥٩/١، ح٧، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق.

٣- ٣ . التنقیح فی شرح المکاسب ٤٠٦/١.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٨٢/٤.

کما مرّ أنّ السبب لابدّ أن یکون تجارة و لابدّ أن یکون عن تراض فبانتفاء کلّ واحد من الأمرین یرتفع الحلّیة و المفروض أنّ الفضولی لیس عن تراض»(١).

ثم قال: «و من هنا ظهر الجواب عمّا ذکره المحقّق صاحب المقابیس من أنّه یمکن أن یکون التقدیر علی کلتا القرائتین إلاّ «أن تکون تجارة کاملة عن تراض أو ممضاة عن تراض فیندرج عقد الفضولی فی الآیة لأنّ کماله و امضائه بالإجازة و هذا نظیر ما حکی فی المجمع(٢) عن مذهب الإمامیة و الشافعیة و عن غیرهم من أنّ معنی التراضی بالتجارة امضاء البیع بالتفرّق أو التَّخایُر بعد العقد»(٣)، فإنّ هذا أیضا بعید عن ظاهر الآیة و التزام بالتقدیر بلا ملزم»(٤).

و لتوضیح هذا الأخیر راجع حاشیة المکاسب(٥) للمحقّق الاصفهانی رحمه الله .

و اُضيف إلى مناقشاته على الشيخ الأعظم فى قيده الوارد مورد الغالب بأنّ: «ظهور قيد «عن تراض» [يكون] فى الاحتراز و التحديد و يؤكّده كونه نصّا قرآنيّا و قانونا تشريعيّا دستوريّا لايناسبه القيد الغالبى بقدر ما يناسبه كونه قيدا احترازيا مع عدم الشاهد الواضح على الاحتمال المقابل و مجرد الاحتمال لاينفع و لايقتضى إجمال الخطاب و لا يمسّ الظهور فى احترازية القيد»(٦).

أقول: يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم قدس سره و ردّا على السيّد الخوئى فى مناقشته الاولى عليه: بأنّ الشيخ الأعظم لا يقول بعدم ثبوت المفهوم للتحديد بالوصف، بل يقول بأنّه مبنائى و الاستدلال لابدّ بأنّ يتم على جميع المبانى فلا يرد النقاش عليه.

و يمكن أن يجاب عن مناقشته الثانية: «تكون» الواردة فى الآية كما يمكن أن

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٠٦/١.

٢- ٢ . مجمع البيان ٣٧/٢.

٣- ٣ . مقابيس الأنوار /١٢٨.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ٨٣/٤.

٥- ٥ . حاشيته على المكاسب ١٠٠/٢.

٦- ٦ . بُشرى الفقاهة ٢٣/٤ لآية اللّه الشيخ محمّد أمين المامقانى - مدظله - .

تكون ناقصة، يمكن أن تكون تامة و ظهور الآية الشريفة لا ينافى تمامية كان، كما أنّ القراءة بِهِما موجودة، و القرينة على تماميته هى عدم الحصر و إذا كانت تامة فالأسباب الصحيحة لأكل المال شيئان هما: التجارة و الاكل عن تراض بحيث لو ينعدم كلاهما معا - لاكل واحد منهما - يرتفع الحليّة.

و يمكن أن يجاب عن مناقشة تلميذ الشيخ الأعظم لِشَيْخِهِ: بأنّ كون قيد «عن تراض» نصا قرآنيا و قانونا تشريعيا دستوريّا لا يردّ القيد الغالبى كما فى قيد «فى حجوركم»(۱) و الشاهد على غالبية «عن تراض» موجود و هو تحقق نوع التجارة مع تراضى الطرفين. نعم، يمكن أن يوجد تجارة ليست فيها رضاية أحد الأطراف نحو بيع المضطر.

فما ذكره الشيخ الأعظم تامٌ، و الذى يُهَوِّنُ الخطب أنّ المحقّق التسترى و الشيخ الأعظم و السيّد الخوئى و تلميذه و هذا القاصر كلنّا نرى أنّ بيع الفضولى مع صدور الإجازة و الإذن من المالک يكون من مصاديق المستثنى أعنى «تجارة عن تراض» لا فرق بين القول بانقطاعه أو اتصاله، و دلالته على الحصر أو عدمه، و تمامية «تكون» أو ناقصيته، و غالبيّة قيد «عن تراض» أو احترازيته، و خبريّة «عن تراض» بعد الخبر أو قيديّته، فهذه المناقشات لا تثمر عمليّا و لا يتم الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بهذه الآية الكريمة و الحمدللّه.

و لذا قال الجدّ الشيخ جعفر رحمه الله : «و أضعف منه [أى من الاستناد إلى الأخبار المنقولة عند العامة و الخاصة الآتيتان] الاستناد إلى آية: «تجارة عن تراض» لأنّ التجارة لا تتمّ إلاّ بالنقل و الانتقال و هما ناشئان عن التراضى و إن تأخّر عنهما، و مثل ذلک كثير فى أبواب النكاح، و لا بحث فى جريان الفضولى فيه»(۲).

۱- ۱ . سورة النساء /۲۳.

۲- ۲ . شرح القواعد ۸۳/۲.

۲- السنة

تمسّكوا لبطلان بيع الفضولى بعدّة من الروايات:

بعضها عاميات: نحو قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك.(١)

و رواها الصدوق(٢) فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله من طريقنا هكذا: و نهى عن بيع ما ليس عندك.

ولكن سند الصدوق إلى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله ضعيف لوجود عدّة من المجاهيل فى السند و منهم شعيب بن واقد.

و العجب من المحقّق السيّد المروج(٣) كيف حكم بصحة سند حديث المناهى إلى شعيب بن واقد؟!

نعم، رواها الشيخ(٤) بسنده الصحيح عن سليمان بن صالح - الجصاص الثقة - عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن.

و يراها الشيخ(٥) نصا فى بطلان بيع الفضولى.

بتقريب: أنّ الفضول «باع ما لايقدر على تسليمه فأشبه الآبق و الطير فى الهواء»(٦)، و لأنّ جواز التصرف فى العقود معلول للملك و هو [الملك] سببٌ و علةٌ له

١- ١ . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢، ح٢١٨٧، سنن أبى داود ٢٨٣/٣، ح٣٥٠٣، سنن الترمذى ٥٣٤/٣، ح١٢٣٢، سنن النسانى ٢٨٩/٧، سنن البيهقى ٢٦٧/٥، ٣١٧، ٣٣٩، مسند أحمد ٤٠٣/٤ و ٤٥٥، المعجم الكبير ٢١٧/٣ و ٢١٨ للطبرانى.

٢- ٢ . الفقيه ٨/٤، ح٤٩٦٨ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٣٥٧/١٧، ح١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ٤٨/١٨، ح٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

٣- ٣ . هدى الطالب ٤٨٦/٤.

٤- ٤ . التهذيب ٢٣٠/٧، ح١٠٠٥ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح٢.

٥- ٥ . الخلاف ١٦٩/٣، مسألة ٢٧٥.

٦- ٦ . كما فى تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

[لجواز التصرف(١)]، و لأنّ «عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملّكه»(٢)، و الحاصل: البيع لا يتم إلاّ فى الملك و حيث أنّ الفضول لا يكون مالكا فبيعه باطلٌ.

و يرد عليه: «النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد و نصرفه إلى باع عن نفسه و يمضى فيشتريه من مالكه لأنّه ذكره صلى الله عليه و آله جوابا لحكيم بن حزام حين سأله انه أنّه يبيع الشى ء ثم يمضى و يشتريه و يسلّمه و القدرة على التسليم من المالك موجودة إن أجازه»(٣).

و «الأخبار العامية على ضعفها غير واضحة الدلالة... لاحتماله المنع عن بيع غير المقدور على تسليمه... و ربّما قيل(٤): بانتقاضه ببيع الوكيل... و أنّ فى أخبارنا ما يعارض هذا الخبر معربا عن كون المنع مذهبا للعامة ففى الصحيح - كما قيل(٥)- عمّن باع ما ليس عنده، قال: لا بأس، قلت: إنّ مَن عندنا يفسده، قال: و لِمَ؟ قلت: باع ما ليس عنده، قال ما يقول فى السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده(٦). فتأمل»(٧).

و الفضول لا يبيع لنفسه حتّى يشمله النبوى الشريف بل يبيع لمالكه فيكون البيع فى ملكه و بعد إجازته ينسب إليه و يقدر الفضول على تسليمه، و يتم البيع و بما ذكرنا صح تعجّب التسترى(٨) من الشيخ حيث يرى هذا النبوى نصا فى بطلان بيع الفضولى.

و حاصل الرد: المراد من الموصول فى الحديث الأعيان الشخصية الخارجية و إلاّ

١- ١ . كما فى مفتاح الكرامة ٥٩٥/١٢.

٢- ٢ . كما فى المكاسب ٣٦٥/٣.

٣- ٣ . كما فى تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

٤- ٤ . كما فى الحدائق ٣٧٩/١٨ و الرياض ٢٢٢/٨ و شرح القواعد ٨٣/٢.

٥- ٥ . القائل صاحب الرياض ٢٢٦/٨.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح٣، صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج.

٧- ٧ . مفتاح الكرامة ٥٩٦/١٢ و ٥٩٧.

٨- ٨ . مقابيس الأنوار، كتاب البيع /٣٠.

جواز بيع الكلّى مطلقا - حالاً و سلفا - عند الإمامية من الواضحات، و كذا عند العامة(١) ولكن فى خصوص بيعه سلفا لأنّهم لا يجوّزون بيع الكلّى حالاً، فلا يمكن الاستدلال به على بطلان بيع الفضولى لأنّ الظاهر منه إرادة بيع شى ء لنفسه مع أنّه غير مالک له حين المعاملة على أن يمضى فيشتريه من مالكه و يدفعه إلى من باعه منه، و هذا غير بيع الفضولى. هذا أوّلاً.

و منه يظهر أنّ ما ورد فى تقريرات المحقّق النائينى من «أنّ بيع الكلّى سلفا أو حالاً جائز باتفاق الفريقين»(٢) غير تام.

و ثانيا: لو تنزّلنا عن هذا الظاهر يكون الحديث مجملاً إذ لا نعلم أنّ المراد منه إرادة مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه - حتّى يشمل بيع الفضولى - أو خصوص البيع الشخصى لنفسه على أن يمضى و يشتريه و يدفعه إلى المشترى، فلا يمكن التمسک به فى بطلان بيع الفضولى لإجماله.

و ثالثا: على تقدير أنّ المراد من الحديث إرادة مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه، لا يدلّ على بطلان بيع الفضولى لجهتين:

١- بيع الفضولى بعد إجازة المالک و استناد البيع إليه يدخل فى عنوان بيع ما عنده و ما هو مالكه فيخرج من عموم الحديث كما مرّ.

٢- و على فرض عموميته، هذا الحديث بعمومه يدلّ على بطلان بيع الفضولى و ما مرّ من الروايات الدالة على صحته تدل بالخصوص على صحته فيخصصن عمومه.

هذا توضيح ما أفاده الشيخ الأعظم(٣) فى ردّه.

مقالة المحقّق النائينى

ولكن اعترض النائينى على الشيخ الأعظم فى تخصيص عموم الحديث بالروايات الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولى، لأنّه يرى النسبة بينهما التباين لا العموم

١- ١ . الفقه على المذاهب الأربعة ١٦٤/٢ و ٢٤٠ و ٣٠٤.

٢- ٢ . منية الطالب ٢٨/٢.

٣- ٣ . المكاسب ٣٦٧/٣ و ٣٦٨.

و الخصوص و قال: «لو سلّم دلالتها [على المنع بالعموم] فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الدالة على صحة الفضولى لأنّ تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق [بل بالتباين[بتقريب: أنّ مفاد الأدلة المانعة هو أنّ بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالک و سواء أجاز أم لم يجز.

و مفاد الأدلة المجوّزة صحة البيع المالک إذا أجاز لأنّه لم يكن البيع لنفسه أو للمالک بلا إجازته محلاً لتوهم الصحة حتّى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين...»(١).

و ناقشه فی هذا الاعتراض السیّد الخوئی بقوله: «أنّ ما أفاده ذهول عن طریقة الجاهین و من جهة عدم التوجّه إلی أفعال الظالمین و المسلمین غیر المبالین بالدین، أفلا ینهبون أموال الناس و یبیعونها و الناس [الآخرون] یشترون منهم، و هذا فی زماننا کثیر فکیف بزمان الجاهلیة فإنّ النهب و السرقة کان شعارهم و کانوا یفتخرون بذلک بینهم أفلا یصحّ مع ذلک أن ینهاهم النبی صلی الله علیه و آله بقوله: «لا تبع ما لیس عندک» و من الظاهر أن [عموم[نهیه صلی الله علیه و آله بمکان من الصحة و المتانة لیرتدعوا بذلک عن بیع أموال الناس و علیه فالنسبة بینهما عموم و خصوص فیتقدّم الروایات [الخاصة الدالة علی صحة الفضولی] علیه لا محالة هذا»(۲).

مقالة المحقّق الإیروانی

یری الإیروانی النسبة بینهما هو العموم من وجه و قال: «... المنفی فی هذه الأخبار [لا تبع ما لیس عندک] لو کان هو البیع لنفسه کانت هذه الأخبار أخص من هذه الجهة و إن کانت أعمّ من حیث إجازة المالک فتکون النسبة عموما من وجه و تقدیم تلک علی هذه لیس اولی من العکس بتقدیم هذه و الحکم ببطلان البیع لنفسه و إن أجاز المالک کما قالوه فی بیع الغاصب...»(۳).

۱- ۱ . منیة الطالب ۲۹/۲.

۲- ۲ . التنقیح فی شرح المکاسب ٤۰۹/۱.

۳- ۳ . حاشیته علی المکاسب ۲۳۰/۲.

مراده قدس سره : الحدیث عن بیع ما لیس عندک عام سواء تعقّبه الإجازة أم لا و یختص ببیع البائع لنفسه، و الروایات الدالة علی صحة الفضولی أیضا عام سواء باعه الفضولی لنفسه أو لمالکه ولکن إذا تعقّبه الإجازة.

فيتعارضان فى بيع الفضول لنفسه إذا تعقّبه الإجازة و لماذا فى محل الاجتماع تقدّمون الروايات الدالة على صحة الفضولى؟ و لا يقدّمون الحديث؟!

أجاب الإيروانى بنفسه عن الاشكال بقوله: «... إنّ نتيجة التعارض بين الطائفتين بالعموم من وجه هو التساقط و الرجوع إلى العمومات و مقتضى العمومات كما تقدّم هو الصحة»(١). هذا أوّلاً إذا تمّ العموم من وجه.

و ثانيا: على فرض وجود هذه النسبة بين الحديث و الروايات المجوّزة يكون مورد المعارضة بينهما و محل اجتماعهما هو بيع مال الغير لنفسه مع لحوق الاجازة و هو خارج عن محل بحثنا فعلاً لأنّ محل البحث بيع الفضول مال الغير مع عدم سبق النهى منه و صدور الاجازة منه بعد العقد.

و ثالثا: لا يتم العموم من وجه لأنّ الروايات الدالة على صحة الفضولى ليس فيها ما يدّل على صحة بيع الفضول لنفسه أو من دون إجازة المالک، غاية الأمر تدل على صحة بيع الفضولى إذا باعه لمالكه مع صدور إجازته، فلم يكن بينهما نسبة و ترتفع المعارضة من رأسه، لأنّ الحديث يختص ببيع البائع لنفسه سواء تعقّبه الإجازة أم لا، و الروايات المجوّزة تدل على صحة بيع الفضول لمالكه مع صدور إجازته و لم يكن بينهما محل اجتماع.(٢)

و من العاميات:

النبوى الآخر عنه صلى الله عليه و آله : لاطلاق إلاّ فى ما يملک و لا عتق إلاّ فى ما يملک و لا بيع إلاّ فى ما يملک.(٣)

١- ١ . حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠.

٢- ٢ . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٤١.

٣- ٣ . سنن الترمذى ٤٨٦/٣، ح١١٨١، مسند أحمد ٢٠٧/٢، السنن الكبرى ٣١٨/٧، سنن الدار قطنى ١٤/٤، ح٤٢، المصنَّف ٤١٧/٦، ح١١٤٥٦ لعبد الرزاق، كنزالعمال ٦٤١/٩، ح٢٧٧٧٩، مستدرک الحاکم ١٧/٢.

رواها النورى فى مستدركه(١) عن ابن أبى جمهور الأحسائى فى كتابه عوالى اللآلى(٢) ثلاث مرات كلّها مرفوعات و بلفظ «لا تملک» بالتاء لا الياء.

نعم، ورد فى صحيحة الصفار أنّه كتب إلى أبى محمّد الحسن بن على العسكرى عليه السلام : فى رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّى قد بعتُ فلانا - يعنى المشترى - جميع القرية التى حدّ منها كذا، و الثانى و الثالث و الرابع و إنّما له فى هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشترى ذلک و إنّما له بعض هذه القرية و قد أقرّ له بكلّها؟ فوقع عليه السلام : لا يجوز بيع ما ليس يملک و قد وجب الشراء من البائع على ما يملک.(٣)

قال صاحب الحدائق: «و الأصحاب قد افتوا فى هذه المسألة التى هى مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملكه و وقوفه فيما لا يملک على الإجازة من المالک بمعنى أنّه صحيح لكونه فضوليّا موقوفا فى لزومه على إجازة المالک، و الرواية - كماترى - تنادى بأنّه «لا يجوز» الدال على التحريم، و ليس ثمة مانع يوجب التحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون إذن مالكه»(٤).

و فيه: على فرض قبول ما ذكره قدس سره من المانع، لا يدخل فى بيع الفضولى لمالكه بعد صدور الإجازة منه التى هى إعلام و إظهار للرضا و إذن منه فلا يشمل الفضولى.

مضافا: إلى أنَّ ظاهرها بيع الفضول مال غيره لنفسه لا لمالكه من دون إذنه، أو عدم صحة البيع الواقع من غير المالک على الاستقلال من دون لحوق إجازة المالک و كلاهما

١- ١ . مستدرک الوسائل ٢٣٠/١٣، ح٣ و ٤، و ٢٩٣/١٥، ح٥.
٢- ٢ . عوالی اللآلی ٢٤٧/٢، ح١٦، ٢٠٥/٣، ح٣٨، ٢٣٣/١، ح١٣٦.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.
٤- ٤ . الحدائق ٣٨٦/١٨.

غير مسألتنا هذه.

هذا كلّه بالنسبة إلى الصحيحة.

و أمّا النبوی الآخر بالتقريب و الردّ اللذين مَضَيا آنفا فی النبوی الأوّل فلا نعيد بناءً على القراءَةِ بصيغة المعلوم.

و أمّا بناءً على القِراءَةِ بصيغة المجهول: فتكون دليلاً على بطلان بيع ما هو غير مملوک كالسمک فی البحر و الطير فی الهواء و الدابة الوحشية على الجبال، و كذا عتق العبد قبل استرقاقه بأن يقول: لو تملكّتُکَ فأنتَ حرّ، و كذا طلاق المرأة قبل تزوّجها بأن يقول: لو تزوّجتُكِ فأنتِ طالق، أو أن يطلّقها أوّلاً ثمّ يتزوّجها ليؤثر الطلاق بعد النكاح، و أنت تعلم بأنّها كلّها خارجة عمّا نحن بصدده فی المقام من أدلة بطلان بيع الفضولی.

و أمّا غير عاميات

فعدّة من الروايات:

منها: صحيحة محمّد بن القاسم بن الفضيل قال: سألت أباالحسن الأوّل عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليها كتابا بأنّها قد قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها أشدّ المنع فإنّها باعته مالم تملكه.(١)

قال الفيض: «فلانٌ كناية عن العباس، و فى الكافى(٢) من امرأة من العباسيين. و القطائع: محالّ ببغداد أقطعها المنصور لأُناس من أعيان دولته ليعمّروها و يسكنوها، و إنّما لم تملكها لأنّها كانت للإمام عليه السلام »(٣).

أقول: القطائع: جمع القطيعة و هى طائفة من أرض الخراج و اسم للشى ء الذى يُقْطَع، و اسم لما ينقل من المال كالقرى و الأراضى و الأبراج و الحصون.(٤) و الظاهر أنّ

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٣٣/١٧، ح٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- ٢ . الكافى ٧١٢/٩، ح٨ (١٣٣/٥).

٣- ٣ . الوافى ٢٩٤/١٧، ح١٧٣١٠.

٤- ٤ . راجع القاموس المحيط ١٠٠٨/٢، و مجمع البحرين ٣٨١/٤.

العراق كلّه مفتوح عنوة فكانت أراضيه ملْكا للمسلمين - لا الإمام عليه السلام - وَ لِذا نَهاهُ الإمام عليه السلام عن قَبْضِ الثمن.

قال الياقوت الحموى فى معجم البلدان: «و أمّا القطيعة فلها معنيان:

أحدهما: ة ن يعمد الإمام الجائز الأمر و الطاعة إلى قطعة من الأرض يفرزها عمّا مجاورها و يهبها ممّن يرى ليعمّرها و ينتفع بها، إمّا أن يجعلها منازل يسكنها من يشاء، و أمّا أن يجعلها مزدرعا ينتفع بما يحصل من غلّتها و لا خراج عليه فيها، و ربّما جعل على مذدرعها خراج، و هذه حال قطائع المنصور و ولده بعده ببغداد فى محالّها فمن ذلک قطيعة الربيع و قطيعة أمّ جعفر و قطيعة فلان... .

القطيعة الاخرى: فهى أن يقطع السلطان من يشاء من قواده و غيرهم القرى و النواحى و يقطع عليهم عنها شيئا معلوما يؤدونه فى كلِّ عام قلَّ أو كثر، توفّر محصولها أو نزر لا مدخل للسلطان معه فى أكثر من ذلک»(۱).

قال فى الحدائق فى تذييل الصحيحة: «فلو كان البيع الفضولى صحيحا - كما يدّعونه - و دفع الثمن للبائع الفضولى جائزا - كما يقولونه - لما أمر عليه السلام بمنعها أشدّ المنع معلّلاً ذلک بأنّها باعت ما لا تملكه»(۲).

ثمّ العجب من شيخنا الاستاذ قدس سره حيث يقول: «و لا يخفى ضعف الرواية سندا لعدم ثبوت توثيق لأبى عبداللّه البرقى [محمّد بن خالد]»(۳).

لأنّ الشيخ(٤) وثقه فى رجال الرضا عليه السلام و عدّه من أصحاب أبى الحسن موسى عليه السلام ، كما ذكره فى أصحاب الجواد عليه السلام قائلاً: «من أصحاب موسى بن جعفر و الرضا عليهماالسلام »(٥). و

۱- ۱ . معجم البلدان ٤٢/١.

۲- ۲ . الحدائق ٣٨٦/١٨.

۳- ۳ . إرشاد الطالب ٣٣٢/٣.

٤- ٤ . رجال الشيخ /٣٨٦، رقم ٤.

٥- ٥ . رجال الشيخ /٤٠٤، رقم ١.

أمّا مقالة النجاشى فى شأنه: «كان محمّد ضعيفا فى الحديث»(١) يرجع إلى تضعيف حديثه لا نفسه لأنّه يقال: «يروى عن الضعفاء و يعتمد المراسيل»(٢) فيبقى توثيق الشيخ بلا معارض كما عليه

السيّد الخوئی(۳) و لذا وثّقه العلاّمة و قال: «و الاعتماد عندی علی قول الشیخ أبی جعفر الطوسی رحمه الله من تعدلیه»(٤).

و الصحیحة منعت عن إقباض الثمن فی بیع الفضولی، و لا بأس بالالتزام بها و لا دلالة لها علی فساد بیع الفضولی بل تؤید صحته إذ لم یعلّل الإمام علیه السلام المنع عن إقباض الثمن ببطلان البیع بل علّله بأنّها باعت مالم تملکه مع أنّه لو کان باطلاً لکان التعلیل به أُولی و أنسب.(٥)

و بعبارة أُخری: تدلّ علی «عدم جواز القبض و الإقباض للبائع غیر المالک و هذا أمر متسالم علیه بین القائلین بتمام بیع الفضولی بلحقوق الإجازة به و بین المنکرین له»(٦).

مضافا إلی أنّها لم تبعه لمالکه - و هو المسلمین - بل باعته لنفسها مع ادعاء المالکیة فالروایة خارجة عن محلّ بحثنا فعلاً و هو بیع الفضولی لمالکه إذا تعقّبه الإجازة منه.

و منها: صحیحة محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: سأله رجل من أهل النیل عن أرض اشتراها بفم النیل، و أهل الأرض یقولون: هی أرضهم، و أهل الأُستان یقولون: هی من أرضنا، فقال: لاتشترها إلاّ برضا أهلها.(۷)

۱- ۱ . رجال النجاشی /۳۳۵، رقم ۸۹۸.

۲- ۲ . رجال الغضائری /۹۳، رقم ۱۳۲.

۳- ۳ . راجع معجم رجال الحدیث ٦۷/۱٦، رقم ۱۰٦۸۸.

٤- ٤ . ترتیب خلاصة الأقوال ۳۷٦، رقم ۹۸.

٥- ٥ . راجع التنقیح فی شرح المکاسب ٤۱۱/۱.

٦- ٦ . إرشاد الطالب ۳۳۲/۳.

٧- ٧ . وسائل الشيعة ٣٣٤/١٧، ح٣.

النيل: موضع قريب ببغداد بينه و بين واسط(١) قال الياقوت الحموى: «النيل: بكسر أوّله بلفظ النيل الذى تصبغ به الثياب فى مواضع: أحدها: بليدة فى سواد الكوفة قرب حلّة بنيمزيد يخترقها خليخ كبير يتخلّج من الفرات الكبير حفره الحجاج بن يوسف و سما بنيل مصر، و قيل: إنّ النيل هذأيستمدّ من صراة جاماسب ينسب إليه خالد بن دينار النيلى...»(٢).

و الأُستان: أربع كُوَر(٣) ببغداد: عال و أعلى و أوسط و أسفل.(٤)

قال صاحب الحدائق فى ذيلها: «لا يقال: إنّ السؤال فى الرواية إنّما وقع عن أرض متنازع فيها، معلوم عدم إجازة المالک فيها على تقدير الفضولية.

لأنّا نقول: موضع الاستدلال فى الخبر إنّما هو قوله: «لا تشترها إلاّ برضا أهلها» الدال على تحريم الشراء قبل تقدّم الرضا.

و دعوى قيام الإجازة المتأخرة مقام الرضا السابق، مع كونه لا دليل عليه، مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم إلاّ مع تقدّم الرضا.

و حاصل معنى الجواب تطبيقا على السؤال: أنّ الأرض المذكورة لما كانت محلّ النزاع فلا تشترها حتى تعلم مالكها من أىّ الفريقين و يكون راضيا بالبيع»(٥).

أقول: اعتبر الإمام عليه السلام رضا أهلها - أى أهل النيل - دون أهل الأُستان لأنّهم ذَوُوْ اليد عليها و اليد أمارة للملكية حتّى يثبت خلافها، و رضا المالک يدخل فى صحة البيع بلا كلام، و القائل بصحة بيع الفضولى مع لحوق الإجازة به يرى الإجازة إظهارا لرضا المالک بالبيع و إلاّ لم يجزه.

١- ١ . فى القاموس المحيط ٤٠٧/٢: النيل - بالكسر - : نهر بمصر، و قرية بالكوفة، و اُخرى بيزد، و بلدة بين بغداد و واسط.

٢- ٢ . معجم البلدان ٣٣٤/٥.

٣- ٣ . كُوَر: جمع الكورة: المدينة و الناحية.

٤- ٤ . القاموس المحيط ١٥٨٣/٢، الوافى ٩٩٢/١٨، ح١٨٦٨٩.

٥- ٥ . الحدائق ٣٨٧/١٨.

فالصحيحة لا تدلّ على بطلان بيع الفضولى، فلا يتم ما ذكره صاحب الحدائق قدس سره .

و منها: ما ورد فى التوقيع الذى رواه الحميرى أنّه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام : أنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصة، و أكَرَتُهُ(١) ربّما زرعوا تنازعوا فى حدودها، و تؤذيهم عمّال السلطان، و تتعرض فى الكلِّ من غلات ضيعته، و ليس لها قيمة لخرابها و إنّما هى بائرة منذ عشرين سنة، و هو يتحرج من شرائها لأنّه يقال: إنّ هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان، فإن جاز شراؤها من السلطان كان ذلک صونا و صلاحا له و عمارة لضيعته، و أنّه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة و ينحسم عن طمع اولياء السلطان، و إن لم يجز ذلک عمل بما تأمره به إن شاء اللّه.

فأجابه عليه السلام : الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ من مالكها أو بأمره أو رضا منه.(٢)

قال فى الحدائق: «و التقريب فيها ما تقدّم من تحريم الشراء إلاّ بعد تقدّم رضا المالک»(٣).

أقول: الرواية مرسلة سندا. و لا تدلّ على بطلان بيع الفضولى، لأنّه بعد صدور الإجازة من المالک يكون بيعا من المالک و بأمره و إجازته و رضايته، فإيرادها هنا بلا وجه و مرّ ما فى كلام صاحب الحدائق قدس سره .

و منها: معتبرة خالد بن الحجاج قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : الرجل یجی ء فیقول: اشتر هذا الثوب و أربحک کذا و کذا، قال: أليس إن شاء ترک و إن شاء أخذ؟ قلت: بلی: قال: لا بأس به إنّما یحلّ الکلام و یحرم الکلام.(٤)

و منها: صحیحة أخیه یحیی بن الحجاج قال: سألت أباعبداللّه علیه السلام عن رجل قال لی: اشتر هذا الثوب و هذه الدابة و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا، قال، لا بأس بذلک،

١- ١ . الأكَرَة: جمع أكّار: الفلاح، راجع الصحاح ٥٨٠/٢.

٢- ٢ . وسائل الشیعة ٣٣٧/١٧، ح٨.

٣- ٣ . الحدائق ٣٨٧/١٨.

٤- ٤ . وسائل الشیعة ٥٠/١٨، ح٤، الباب ٨ من أبواب أحکام العقود.

اشترها و لا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها.(١)

بتقریب: أَنَّ الرِّوایَتَیْنِ تَدُلاّنِ عدم جواز بیع مال الغیر مطلقا إلاّ بعد دخوله فی ملک البائع و حیث أنّ الفضول یبیع مال غیره تنفیه الروایتان.

و یردّه: تنفی الروایتان بیع مال الغیر عن نفسه ثمَّ شرائه من مالک و تحویله للغیر، و هذا البیع الشخصی باطل عندنا، ولکن إذا کان علی وجه البیع الکلّی فلا إشکال فیه کما مرّ.

و لذا قال الشیخ الأعظم: «... و هذا المعنی یرجع إلی المراد من روایتی خالد و یحیی الآتیتین فی بیع الفضولی لنفسه و یکون بطلان البیع بمعنی عدم وقوع البیع للبائع بمجرد انتقاله إلیه بالشراء فلا ینافی أهلیّته لتعقّب الإجازة من المالک...»(٢).

و مراده من هذا المعنى ما مرّ من البيع الشخصى لنفسه لا مالكه، و لا البيع الكلّى.

ثم قال بعد سطور: «و أمّا الروايتان فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقَيْن اُوضح»(۳).

مراده قدس سره من السابقَيْن: النبويان السابقان كما عن الفقيه المامقانى(٤) و أمّا المراد من الروايتين فَهُما روايتا خالد و يحيى ابنى الحجاج الماضيتان كما قاله الفقيه اليزدى(٥) و المحقّقون الشهيدى(٦) و الخوئى(٧) و المروج(٨) و شيخنا الاستاذ(٩) رحمهم الله ، لا التوقيعان

١- ١ . وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح١٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣٦٧/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٣٦٨/٣.

٤- ٤ . غاية الآمال /٣٦٤.

٥- ٥ . حاشية المكاسب ١٣٢/٢.

٦- ٦ . هداية الطالب ٥١/٣.

٧- ٧ . مصباح الفقاهة ٩٩/٤.

٨- ٨ . هدى الطالب ٥٠٠/٤.

٩- ٩ . إرشاد الطالب ٣٣٧/٣.

للصفار و الحميرى كما عن الفقيه المامقانى(١) رحمه الله .

أعنى: لابدّ من أن تحملا على النبويين اللذَيْن مرّا.

و منها: التوقيع المروى بسند معتبر و فيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقرّبا

إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلک فى مالنا؟! مَنْ فعل شيئا مِنْ ذلک لغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه، و مَنْ أكل مِنْ مالنا شيئا فإنّما يأكل فى بطنه نارا و سيصلى سعيرا.(٢)

صاحب الحدائق أصرّ على أنّ عقد الفضول تصرف فى مال الغير فيكون حراما و باطلاً و يقول: «... من حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه إلاّ ما استثنى، و ليس منه هذا، و لا شک أنّ هذا العقد الواقع بغير اذن المالک و ما يترتب عليه من دفع المبيع و قبض الثمن من ذلک القبيل، و إذنه أخيرا.

لا يخرج تلک التصرفات السابقة على أن تكون غصبا.

نعم، يعفى عمّا جناه من ذلک كما لوجنى شخص على شخص ثمّ أبرأه من ذلک. ولو لم يأذن المالک فإنّ حكم الغصب باق فيكون هو مؤاخذا لجميع تصرفاته دينا و دنيا، أمّا الأوّل فبالمعاقبة و أمّا الثانى فبوجوب إرجاع كلّ إلى حقٍّ مستحقه»(٣).

و قرّب المحقّق التقى الاستدلال بقوله: «أنّه تصرف فى ملک الغير بغير إذنه فيكون قبيحا عقلاً و شرعا فيكون فاسدا»(٤).

و قرّبه الشيخ الأعظم بقوله: «و لا ريب أن بيع مال الغير تصرّف فيه عرفا»(٥).

ثم ردّ المحقّق التقى هذا الاستدلال و قال: «... و دعوى كونه تصرفا فى ملک الغير

١- ١ . غاية الآمال /٣٦٤.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

٣- ٣ . الحدائق ٣٨٢/١٨.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٣٩/٣.

٥- ٥ . المكاسب ٣٧١/٣.

محرّما أوهن شى ءٍ، للمنع مِن عَدّ مجرد إيقاع الصيغة تصرفا عرفا و منع حرمة مثله لو عَدّ تصرفا، ولو سلّم كونه محرّما فبعثه على الفساد ممنوع أيضا لكون النهى عنه لأمر خارج»(١).

و قال السيّد العاملى: «أمّا دعوى التصرف فممنوعة، لأنّ البيع بمجرّده مع كون المال عند صاحبه و أنّ أمره موكل إليه إن شاء أجاز و إن شاء لم يجز لا يسّمى تصرفا»(٢).

و كذلک قال صاحب الجواهر: «منع كون إيقاع لفظ العقد - الذى لم نتحقّق تأثيره إلاّ برضا المالک - تصرّفا فى مال الغير، حتّى من الغاصب ضرورة أصالة براءة ذمّته من حرمة القول المزبور، نعم يحرم عليه تصرفاته فيه بالقبض و الإقباض و نحوهما. على أنّ حرمة ذلک عليه لا تقتضى الفساد عقلاً بل و لا شرعا لعدم تعلّق النهى به على وجهٍ يفهم منه عرفا ذلک»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه»(٤).

أقول: ردّ القوم تام و أنت تجد هذا الرد فى كلام صاحبى المقابس(٥) و شرح القواعد(٦).

هذا كُلُّهُ ما ذَكَرَهُ الشيخ الأعظم من الروايات، و بَقِىَ بعضها الْآخَرُ وَ هُوَ مَذْكُوْرٌ فى كلام صاحب الحدائق(٧) و تركها الشيخ الأعظم لعلّ لوضوح جوابها عنده:

و استشهد صاحب الحدائق بالروايات الواردة فى النهى عن شراء الخيانة و

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣.

٢- ٢ . مفتاح الكرامة ٥٩٥/١٢.

٣- ٣ . الجواهر ٤٥٧/٢٣ (٢٨٢/٢٢).

٤- ٤ . المكاسب ٣٧١/٣.

٥- ٥ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٢٨.

٦- ٦ . شرح القواعد ٨٤/٢.

٧- ٧ . الحدائق ٣٨٧/١٨ و ما بعدها.

السرقة:

منها: موثقة سماعة قال: سألته عن شراء الخيانة و السرقة فقال: إذا عرفت أنّه كذلک فلا إلاّ أن يكون شيئا اشترتيه من العامل.(١)

قال صاحب الحدائق فى تقريب الاستدلال بها: «فقد نهى عليه السلام عن الشراء مع العلم و النهى دليل التحريم، و ليس ذلک إلاّ من حيث أنْ المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا و التصرف فى المغصوب قبيح عقلاً و نقلاً. و الأصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو إلاّ ردّ لهذا الخبر و نحوه...»(٢).

و منها: فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله : و من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذى خانها.(٣)

و منها: صحيحة أبى بصير قال: سألت أحدهما عليهماالسلام عن شراء الخيانة و السرقة؟

قال: لا إلاّ أن يكون قد اختلط معه غيره، فأمّا السرقة بعينها فلا، إلاّ أن يكون من متاع السلطان فلا بأس بذلک.(٤)

قال العلاّمة المجلسى رحمه الله : «قوله عليه السلام : إلاّ أن يكون من متاع السلطان، الظاهر أنّ الاستثناء منقطع و إنّما استثنى عليه السلام ذلک لأنّه كالسرقة و الخيانة من حيث أنّه ليس له أخذه.

و على هذا لا يبعد أن يكون الاستثناء متصلاً. و قيل(٥): المعنى أنّه إذا كانت السرقة من مال السلطان يجوز للشيعة ابتياعها بإذن الإمام. و قيل: أُريد به ما إذا سرق الانسان مال ظالمٍ على وجه التقاص. و الأوّل أُوجه»(٦).

و منها: معتبرة جراح المدائنى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: لا يصلح شراء السرقة و

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٣٦/١٧، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- ٢ . الحدائق ٣٨٧/١٨.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٣٣٣/١٧، ح١.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٣٣٥/١٧، ح٤.

٥- ٥ . الظاهر أنه من الفيض فى الوافى ٢٨٩/١٧ ذيل ح١٧٣٠٢.

٦- ٦ . مرآة العقول ٢٦٨/١٩.

الخيانة إذا عُرفت.(١)

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل سرق جارية ثمّ باعها يحلّ فرجها لمن اشتراها؟ قال: إذا أنباهم أنّها سرقة فلا يحلّ، و إن لم يعلم فلا بأس.(٢)

قال صاحب الحدائق فى ذيل هذه الروايات: «فهذه جملة من الأخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع الفضولى و عدم صحته ولو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و إنّما يتوقف على الإجازة، لصرح به بعض هذه الأخبار أو أُشير إليه و

لأجابوا عليهم السلام بالصحة، و إن كان اللزوم موقوفا على الإجازة فى بعض هذه الأخبار إن لم يكن فى كلّها مع أنه لا أثر فيها لذلک ولو بالإشارة، فضلاً عن صريح العبارة»(۳).

قال الجدّ فى نقد هذا الاستشهاد ما نصه: «... و أضعف من ذلک(٤) الاحتجاج على ذلک(٥) بما ورد فى الأخبار من المنع عن شراء السرقة و الخيانة و المنع عن وطى الجارية المسروقة إذا اشتراها عن السارق و نحو ذلک، فإن تلک الروايات ظاهرة جدّا بل صريحة فى غير صورة رضا المالک و تنفيذه للبيع الواقع فلا وجه للاحتجاج بها فى المقام. و هو ظاهر على أنّه لو سلّم اطلاقها فلا ريب فى تنزيلها على غير صورة الإجازة إذا قلنا بصحة فضولى الغاصب مع تعقّب الإجازة بناءً على شمول الأدلة له فهى المقيّدة لإطلاقها و إن لم نقل بصحّته فلا كلام»(٦).

و قال صاحب الجواهر فى نقده: «فمن الغريب الاستدلال بهذه النصوص على

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۳۳٦/۱۷، ح۷.

۲- ۲ . وسائل الشيعة ۳۳۸/۱۷، ح۱۲.

۳- ۳ . الحدائق ۳۸۸/۱۸.

٤- ٤ . أى: من الاستدلال بالروايات السابقة.

٥- ٥ . أى: على بطلان بيع الفضولى.

٦- ٦ . تبصرة الفقهاء ۳٤۱/۳.

ذلک، فضلاً عن التبجّح(۱) و التعجّب من الاهتداء إليها دون الأصحاب، إذ لا يخفى أنّ العجب من ذلک أعظم»(۲). و قال فى موضع آخر: «... أنّه لم يفهم محلّ النزاع و تخيّل أنّ القائل بالصحة يريد حصول أثرها من الملک و التمليک و جواز التصرف و غير ذلک عدا اللزوم فأبرق و أرعد ثم

ترنّم و غرّد(۳) و ساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلک متبجّحا بالعثور عليها و الاهتداء إلى الاستدلال بها...»(٤).

و قال السيّد الخوئى: «و يتوجّه على الاستدلال بها على ما نحن فيه أنّها ظاهرة فى إرادة التملّک من الابتياع المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتّبها على الابتياع من المالک، فلا إشعار فى شى ء منها ببطلان بيع الفضولى فضلاً عن الدلالة عليه و من نظر إليها بعين الإنصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحدائق مع تبحره فى الأخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع أنّه من الوضوح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلک أنّه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدّم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج...»(٥).

أقول: مضافا إلى ما ذكره الأعلام قدس سرهم فى نقده إنّ النسبة بين الشراء و الخيانة و بين بيع الفضولى عن مالكه مع صدور الإجازة منه الذى هو محلّ بحثنا فعلاً، هى التباين، و الخلط بينهما يكون محلاً للتعجب، نعم، بينها و بَيْنَ بيع الغاصب الفضول مع تعقّب الإجازة نسبة كما مرّ عن الجدّ قدس سره .

و منها: معتبرة رُزَيْق بن الزبير أبى العباس الخُلْقانى قال: كنت عند أبى عبداللّه عليه السلام إذ دخل عليه رجلان - إلى أن قال - فقال أحدهما: إنّه كان علىَّ مال لرجل من بنى عمار و له بذلک حقٌّ و شهودٌ فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحقّ و لا كتبت عليه كتابا و لا

۱- ۱ . بجح بالشى ء: إذا فخر به و تَبَجَّحَ به، كذلک. [موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤٧/٤].

۲- ۲ . الجواهر ٤٦١/٢٣ (٢٨٥/٢٢).

٣- ٣ . غرّد: كلّ صائتٍ طَرِبَ الصوت فهو غَرِدٌ و قد غَرَّدَ تغريدا.[ترتيب كتاب العين /٧١٠].
٤- ٤ . الجواهر ٤٥٣/٢٣ (٢٨١/٢٢).
٥- ٥ . مصباح الفقاهة ٩٨/٤.

أخذت منه براءة، و ذلک لأنّی و ثقت به و قلت له: مزّق الذکر بالحقّ الذی عندک، فمات و تهاون بذلک و لم یمزّقها، و عَقَب هذا أن طالبنی بالمال ورّاثه و حاکمونی و أخرجوا بذلک الذکر بالحقِّ و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاکم فأُخذتُ بالمال و کان المال کثیرا فتوارثت من الحاکم فباع علیَّ قاضی الکوفة معیشة لی و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا إبتلی بشراء معیشتی من القاضی، ثمّ أنّ ورثة المیت أقروا أنّ المال کان أبوهم قد قبضه و قد سألوه أن یردّ علیّ معیشتی و یعطونه فی أنجم معلومة، فقال: إنّی اُحبّ أن تسأل أبا عبداللّه علیه السلام عن هذا، فقال الرجل - یعنی المشتری - جعلنی اللّه فداک کیف أصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالک علی الورثة و تردّ المعیشة إلی صاحبها، و تخرج یدک عنها، قال: فإذا أنا فعلت ذلک له أن یطالبنی بغیر هذا؟ قال: نعم، له أن یأخذ منک ما أخذت من الغلّة ثمن الثمار، و کلّ ما کان مرسوما فی المعیشة یوم اشتریتها یجب أن تردّ ذلک إلاّ ما کان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قیمة الزرع و إمّا أن یصبر علیک إلی وقت حصاد الزرع، فإن لم یفعل کان ذلک له و ردّ علیک القیمة و کان الزرع له، قلت: جعلت فداک فإن کان هذا قد أحدث فیها بناءً و غرس، قال: له قیمة ذلک أو یکون ذلک المحدِث بعینه یقلعه و یأخذه، قلت: أ رأیت إن کان فیها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء، فقال: یرد ذلک إلی ما کان أو یعزم القیمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جمیع ما أخذ من غلاّتها إلی صاحبها و ردّ البناء و الغرس و کلّ محدَث إلی ما کان أو ردّ القیمة کذلک یجب علی صاحب الأرض أن یردّ علیه کلّ ما خرج عنه فی إصلاح المعیشة من قیمة غرس أو بناءٍ أو نفقة فی مصلحة المعیشة و دفع النوائب عنها کلّ ذلک فهو مردود إلیه.(١)

قال صاحب الحدائق فی تقریب الاستدلال بهذه المعتبرة: «هذا الخبر و إن تضمن أنّ البائع هو الحاکم و هو صحیح بحسب الظاهر، بناءً علی ما ورد عنهم علیهم السلام من الأخذ بأحکامهم فی

زمان الهدنة و التقية، إلاّ أنّه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثة بقبض الدين يكون من باب البيع الفضولى و هو كما سيأتى - إن شاء اللّه تعالى - على

ص: ٢٨١

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

قسمين:

أحدهما: ما يكون المشترى عالما بالغصب و انّه ليس ملكا للبائع،

و ثانيهما: أن يكون جاهلاً أو أدعى البائع الإذن من المالک.

و ما اشتمل عليه الخبر من القسم الثانى إلاّ إنّ ما اشتمل عليه الخبر المذكور من رجوع المشترى بما أغترمه على المالک خلاف ما سيأتى فى كلامهم من أنّه إنّما يرجع إلى البائع، و ما ذكره عليه السلام هو الأُوفق بالقواعد كما سيظهر لک...»(١).

و أجابه السيّد الخوئى بقوله: «أنّ الرواية أجنبية عن بطلان بيع الفضولى، فإنّها ليست مسوّقة لبيان بطلان البيع حتّى مع الإجازة اللاحقة، بل هى ناظرة إلى بيان حكم الواقعة و أنّه بعد كشف الخلاف فلابدّ و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حقٍّ إلى صاحبه»(٢).

ص: ٢٨٢

١- ١ . الحدائق ٣٨٩/١٨.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ١٠٠/٤.

٣- الإجماع المُدّعى على البطلان

قال الشيخ فى الخلاف: «إذا باع انسانٌ ملک غيره بغير إذنه، كان البيع باطلاً و به قال الشافعى. و قال أبوحنيفة: ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا.

دليلنا: إجماع الفرقة و مَنْ خالف منهم لا يعتدّ بقوله، و لأنّه لا خلاف أنّه ممنوع من التصرف فى ملک غيره، و البيع تصرّف»(١).

أقول: أنت ترى بأنّ الشيخ اعترف بخلاف قوم من أصحابنا لِلإجْماعِ و من المخالفين: الشيخ نفسه فى نهايته(٢) و جماعة من المتقدمين عليه و أساتيده و معاصريه كالقديمين(٣) و أبى الصلاح(٤) و المفيد(٥) و الشريف المرتضى(٦) و سلاّر(٧) و ابنَىْ البراج(٨) و حمزة(٩) و غيرهم كما مرّ(١٠). و مع وجود هذه الشهرة فى طرف الخلاف فَادِّعاءُ الإجماع لا يتم.

و ادّعى ابن زهرة(١١) الإجماع أيضا و الحلّى(١٢) فى باب المضاربة عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

١- ١ . الخلاف ١٦٨/٣، مسألة ٢٧٥.

٢- ٢ . النهاية /٣٨٥.

٣- ٣ . نقل العلاّمة عن ابن الجنيد فى المختلف ٥٣/٥ و عن ابن أبى عقيل فيه ١١٩/٧.

٤- ٤ . الكافى فى الفقه /٣٥٣ و ٣٥٢ و ٢٩٢.

٥- ٥ . المقنعة /٦٠٦.

٦- ٦ . الناصريات /٣٣٠، مسألة ١٥٤.

٧- ٧ . المراسم /١٤٨.

٨- ٨ . المهذب ٣٥٠/١.

٩- ٩ . الوسيلة /٢٤٩.

١٠- ١٠ . راجع صفحة ١٧٩ من هذا المجلد.

١١- ١١ . غنية النزوع /٢٠٧.

١٢- ١٢ . السرائر ٤١٥/٢.

و قد مرّ(١) فى أوّل البحث ذِكْرُ القائلين بالبطلان فلا نعيد.

فظهر لک عدم تمامية هذا الإجماع أوّلاً.

و ثانيا: لو تمّ هذا الإجماع المُدَّعى - و لم يتم - فَمِنَ المحتمل جدّا أنّه مدركىّ و ليس بتعبدى و يكون مستندهم ما مرّ من أدلة البطلان فلا يفيد فى المقام شيئا.

و لذا قال الشيخ جعفر رحمه الله : و أمّا القول بالفساد مع الإجازة فهو قول نادر، و من(٢) زعم كثرة القائل به مستندا إلى اشتراطهم الملک فى صحة العقود فهو اشتباه منه، لأنّ مثل ذلک يجرى على لسان كلّ من الفريقين و مرادهم أنّ حصول الأثر موقوف عليه. و لم أعرف فيه قائلاً محقَّقا من القدماء سوى مَن ادعيا الإجماع فيه و تبعهما ابن ادريس و أنّى لهما بإثباته؟! و كيف يمكن العمل بروايتهما له بعد اتفاق الفقهاء متقدّميهم و متأخّريهم - سوى مَنْ شذّ منهم - على خلافه! فالاستناد إلى الإجماع لا وجه له»(٣).

و قال الجدّ العلاّمة التقى: «و أمّا الإجماع فموهون باشتهار خلافه و ذهاب جماعة من أساطين المتقدمين إلى صحة بل ذهاب ناقله إلى خلافه حسبما عرفت»(٤).

و قال السيّد العاملى: «و أمّا الإجماع فيوهنه عدم وجود القائل به غير مدّعيه و مَنْ شذَّ ممّن تأخّر عن الشيخ، مع مخالفة الشيخ له فى النهاية و نسبة الخلاف فى «الخلاف» إلى قوم من أصحابنا و قد عرفت من ذهب إلى الصحة ممّن تقدّم على الشيخ فينبغى تأويله إن أمكن أو طرحه»(٥).

قال فی الجواهر: «و من الغریب دعوی الشیخ و ابن زهرة الإجماع علی ذلک، و لم نعرف القائل به مِنْ غیر مَن عرفت، بل المحکی عن أعاظم الأصحاب کالمفید و ابن الجنید و غیرهم الصحة أیضا. علی أنَّ المحکی عن نهایة الشیخ ذلک أیضا بل عبارته فی

۱- ۱ . راجع صفحة ۱۸۰ من هذا المجلد.

۲- ۲ . هو صاحب الحدائق فیه ۳۸٦/۱۸.

۳- ۳ . شرح القواعد ۸۲/۲.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ۳٤۰/۳.

٥- ٥ . مفتاح الکرامة ٥۹٥/۱۲.

محکّی المبسوط(۱) غیر صریحة فی البطلان أیضا. فمثل هذا الإجماع الذی یقوی الظن بخلافه لم تثبت حجّیّته مضافا إلی قصوره عن معارضته بعض ما عرفت فضلاً عن جمیعه...»(۲).

و قال الشیخ الأعظم: «عدم الظن بالإجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء... علی الصحة و إطباق المتأخّرین علیه عدا فخرالدّین(۳) و بعض متأخّری المتأخرین(٤)»(٥).

و قال الفقیه السیّدُ الیزدی: «الإنصاف أنّ التمسک بالإجماع فی مثل المسألة علی أحد الطرفین أوهن شیءٍ»(٦).

۱- ۱ . راجع المبسوط ۱۰۰/۲ و عبارته هکذا: «من باع ما لا یملک کان البیع باطلاً».

۲- ۲ . الجواهر ٤٥٤/۲۳ (۲۸۱/۲۲).

٣- ٣ . إيضاح الفوائد ٤١٦/١ و ٤١٧.

٤- ٤ . نحو الأردبيلى فى مجمع الفائدة ١٥٨/٨، البحرانى فى الحدائق ٣٧٨/١٨ و ٣٩١.

٥- ٥ . المكاسب ٣٧٠/٣.

٦- ٦ . حاشية المكاسب ١٣٣/٢.

٤- العقل

اشارة

مستقل ببطلان عقد الفضولى بالتقريب التالى:

التصرف فى مال الغير بدون إذنه ظلم فى حقّ مالكه و الظلم قبيح عقلاً لاستقلال العقل بقبحه، و الرضا اللاحقّ لايرتفع هذا القبح لأنّ الشى ء لايتغيّر عما وقع عليه، و هذا القبح العقلى يستتبع النهى الشرعى بقاعدة كلّما حكم به العقل حكم به الشرع، هذِه كبرى الاستدلال.

و أمّا صغراه: فَيَصْدُقُ على بيع الفضول أو عقده التصرف كما صرّح به الشيخ فى الخلاف و قال: «... لا خلاف أنّه [الفضول] ممنوع من التصرف فى ملك غيره و البيع تصرف»(١).

و لأنّه لم يقصد بعقده الهزل و المزاح و إلاّ كان إنْشاؤُهُ لغوا و ساقطا عن درجة الاعتبار بل قصد النقل و الانتقال حقيقة و لا ريب فى كون ذلک تصرفا.

و النتيجة: يحكم العقل بقبح بيع الفضول و عقده الذى يتبع الحكم الشرعى بالبطلان.

و أجاب الشيخ الأعظم(٢) عن هذا الاستدلال بوجوه خمسة:

الأوّل: منع الصغرى: إنّ العقد على مال الغير مُتَوَقِّفُ عَلى إِجازَتِه غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرّفا فيه. و هذا الجواب تام كما مرّ فى ذيل التوقيع المروى بسند معتبر.

الثانی: منع الکبری: لأنّه لیس کلّ تصرّف فی مال الغیر منهیا عنه لجواز مثل الاستضاءة بنور الغیر و الاصطلاء بناره و الاتکاء عَلی جِدارِهِ و الاستظلال بشجرته التی تخرج إلی الشارع، فلو فرض أنّ العقد علی مال الغیر تصرف فهو من هذا القبیل ممّا استقلّ العقل بجوازه.

ص: ٢٨٦

١- ١ . الخلاف ١٦٨/٣.

٢- ٢ . راجع المکاسب ٣٧١/٣.

الثالث: قد یفرض الکلام فیما إذا علم الإذن فی البیع من شاهد الحال أو المقال، و بناءً علی أنّ العلم بالإذن لا یخرجه عن الفضولی فیکون الدلیل أخص من المُدّعی.

الرابع: منع دلالة النهی و التحریم علی الفساد کالنهی عن البیع فی وقت النداء.

الخامس: أنّه لو دلّ هذا التحریم علی الفساد لدلّ علی بطلان البیع بمعنی عدم ترتّب الأثر علیه و عدم استقلاله فی ذلک، و لا ینکره القائل بالصحة لأنّ البیع بعد إجازة المالک یستند إلیه و یکون بیعه فیکون صحیحا بهذا الاستناد لا من جهة استناده إلی الفضول العاقد.

مناقشة أجوبة الشیخ الأعظم

الجواب الأوّل: تام لا نقاش فیه کما مرّ.

ولکن قال الفقیه السیّدُ الیزدی رحمه الله : «أنّ الفضولی إنّما یقصد النقل و الانتقال جدّا مطلقا، لا هزلاً و لا معلّقا علی الإجازة، و إلاّ لم یکن صحیحا مع الإجازة أیضا و حینئذٍ فلا یبعد صدق التصرف علیه عرفا کما یصدق علی بیع الغاصب...»(١).

و يرد عليه أوّلاً: صرف قصد النقل و الانتقال لا يكون تصرفا عرفا و لا يقاس ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه.

و ثانيا: قد مرّ منّا فى بحث التعليق فى العقود بأنّه لا يبطل العقد لا سيما إذا كان التعليق على ما تَتَوَقَّفُ صحة العقد عليه، و هذا الأخير لا يوجب البطلان عند الكلّ نحو قول البائع: بعتك إن اشتريتَ أو رضيتَ، أو قول الزوج: فلانة هى طالق إن كانت زوجتى.(٢)

الجواب الثانى: منع كون الاستضاءة و الاصطلاء و الإتكاء و الاستظلال من التصرف فى مال الغير بل إنّها من قبيل الانتفاع بمال الغير و هذا الانتفاع محكوم فى الشرع بالجواز، و بين العنوانين عموم و خصوص من وجه إذ قد يكون انتفاعا و لا يكون

١- ١ . حاشية المكاسب ١٣٣/٢.

٢- ٢ . راجع مصباح الفقاهة ١٠٤/٤، التنقيح فى شرح المكاسب ٤١٥/١.

تصرفا نحو أَمْثِلَتِنا الْمَذْكُورَةِ آنِفا، و قد يكون تصرفا و لا يكون انتفاعا نحو إتلاف مال الغير عمدا من دون الانتفاع به، و قد يجمع بينهما نحو غصب أرض الغير و زرعه أو السكونة فيه، و إجراء العقد على مال الغير فضولاً لايكون تصرفا و لا انتفاعا فيخرج من هذه الأمثلة.(١)

الجواب الثالث: هذا الجواب لا ينافى استدلال المستدل على الفساد على نحو الموجبة الجزئية.

نعم، لو كان القائل بالفساد يريد السلب الكلّى فحينئذ يكفى فى نقضه الإيجاب الجزئى. فيكون الجواب تاما.(٢)

الجواب الرابع: أُورد عليه المحقّق النائينى بكلام يطول ذكره فى الأُصول(٣) و إجماله: أنّ النهى فى المعاملة تارةً يتعلّق بنفس السبب بما هو كالنهى عن البيع فى وقت النداء أو فى أثناء الصلاة مثلاً، فلا يدل على الفساد لعدم الملازمة بين حرمة السبب و ترتب المسبب عليه و صحته.

و أُخرى: يتعلّق بالمسبب كالنهى عن بيع الخمر أو عن بيع السلاح لِاءَعْداءِ الدين أو بيع المصحف من الكافر فيدلّ على الفساد بالالتزام، لأنّ من شرائط صحة العقد الاختيار و القدرة عليه شرعا، و النهى عن الشى ء يدلّ على سلب قدرة المكلف عنه شرعا و حيث يكون مسلوب القدرة عن إيقاعه و يوقعه يقع فاسدا.(٤)

و اعترض المحقّق السيّد الخوئى على أُستاذه نقضا و حلاً:

فأمّا النقض: فَهُوَ فيما لو كانت المعاملة واجبة كما لو اشترط بيع داره فى ضمن عقد لازم أو اضطرّ إلى بيعه لنفقة عياله، لأنّ الواجبات أيضا غير مقدورة شرعا لأنّ الأمر يسلب القدرة على الترك كما إِنّ النهى يسلب القدرة عن الفعل، و لا يمكن الالتزام بفساد

١- ١ . راجع منية الطالب ٣٠/٢، و إرشاد الطالب ٣٣٩/٣.

٢- ٢ . راجع مصباح الفقاهة ١٠٣/٤.

٣- ٣ . راجع فوائد الاصول ٤٧١/٢، فى النهى عن المعاملة.

٤- ٤ . منية الطالب ٣١/٢.

المعاملات الواجبة و إن عطف قدس سره الحرمة عَلى الْوُجُوْبِ فى تقرير بحثه و قال: «إنّ ما كان واجبا أو حراما يخرج عن تحت قدرة المكلّف»(١) الظاهر فى اشتراك المعاملات الواجبة مع المعاملات المحرّمة. ولكنّه لا يلتزم ببطلان المعاملات الواجبة.

و أمّا الحلّ: فما تكون المعاملات مشروطة بها هى القدرة الوضعية أى العقلية، لا التكليفية أى الشرعية، و ما يسلبها الأمر و النهى هى الثانية لا الأُولى و التفصيل يطلب من محلّه.(٢)

ثم قرّب السيّد الخوئى جواب الشيخ الأعظم فى عدم دلالة النهى فى المقام على الفساد بقوله: «أنّ النهى فى المعاملات تارة يتعلّق بنفس المعاملة - كما فى النهى عن بيع الغرر مثلاً -، و أُخرى يتعلّق بعنوان آخر متحد معها وجودا - كما فى المقام - فإن كان من قبيل الأوّل يدلّ على الفساد - لا لما ذكره الأُستاذ النائينى قدس سره من ملازمة النهى مع الفساد - بل من جهة ظهور النهى حينئذ فى الفساد فيكون إرشاديا نظير النهى المتعلَّق بالموانع أو الأمر المتعلَّق بالأجزاء فى المركبات نحو: «لا تكفّر فى الصلاة» أو «اقرأ الحمد فيها».

و إن كان من قبيل الثانى لا يدلّ على الفساد و إنّما يدل على الحرمة التكليفية فقط، و المقام من هذا القبيل. فهذا الجواب من الشيخ الأعظم متين جدّا.(٣)

أقول: و لذا قال المحقّق التقى: «ولو سلّم كونه [العقد تصرفا] محرّما فبعثه على الفساد ممنوع أيضا، لكون النهى عنه لأمر خارج».(٤)

الجواب الخامس: و مراده قدس سره أنّ البيع بعد الاجازة يكون بيع المالک و من هذه الجهة يكون صحيحا لا من جهة استناده إلى البائع الفضولى.

وَ ارْتَضى المحقّق النائينى هذا الجواب و قال: «... فالأوجه الإيراد [الجواب] الخامس و هو أنّ الفساد من قبل الفضولى لا ينافى الصحة من قبل المالک بإجازته فإنّ

١- ١ . منية الطالب ٣١/٢.

٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٤٥/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٤١٤/١.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٤٥/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٤١٤/١.
٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣.

الفضولى أوجد المادّة القابلة لأنّ تُصوَّر بصورة المالكية بإجازة المالک لأنّ جميع شروط البيع المالكى موجودة فيه سوى الرضا و الاستناد إليه، فإذا تحقّقت الإجازة تحقّقت الشرائط طرّا، لأنّ المفروض أنّ العقد من حيث الإنشاء تام...»(١).

و استشكل عليه السيّد الخوئى(٢) بناءً على ما يراه النائينى من أنّ نفس إنشاء البيع يكون منهيّا عنه و أنّ النهى يدلّ على فساده، فحينئذ يكون ذات الإنشاء فاسدا و ملغاة شرعا و غير قابل لترتب الأثر عليه ولو بعد الإجازة و لحوق الإجازة بالانشاء الفاسد غير مُجْدٍ.

و أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم و السيّد الخوئى و مختارنا فيكون الجواب الخامس تامّا.

ثم ختم الشيخ الأعظم مقاله و قال: «و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولى قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشترى، بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد»(٣).

مراده من الجواب: هو جوابه الخامس من عدم ترتب الأثر على العقد من الفضولى بالاستقلال، لا عدم ترتبه عليه مطلقا ولو مع إجازة المالک. فمراد بالفساد مع هذا القصد ما مرّ، و بناءً على أنّ القصد لا يكون محرّما بل العقد المقرون بهذا القصد يكون قبيحا و محرَّما و فاسدا، و الأُولى بل الصواب تبديل «المشترى» فى كلامه ب-«المالک» كما عليه المحقّق الشهيدى إِذْ قالَ: «حق العبارة أن يقول: من دون مراجعة المالک»(٤).

١- ١ . منية الطالب ٣١/٢.

٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى٣٤٥/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٤١٥/١.

٣- ٣ . المكاسب ٣٧١/٣.

٤- ٤ . هداية الطالب ٥٤/٣.

الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بوجوه أُخرى

الأوّل: الفضولى غير قادر على تسليم المبيع

قال العلاّمة فى عدّ أدلة البطلان: «... و لأنّه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه الآبق و الطير فى الهواء»(١).

و صاحب الحدائق(٢) استدلّ به على بطلان بيع الفضولى.

و أنت ترى هذا الاستدلال فى كلام ولده(٣) و السيّد المجاهد(٤) و الشيخ أسداللّه(٥) و الشيخ الأعظم(٦).

و ردّه العلاّمة نفسه بقوله: «و القدرة على التسليم من المالك موجودة إن أجازه»(٧).

و قال الشيخ جعفر: «و أضعف منها [أى من الأدلة السابقة على بطلان عقد الفضولى] الاستناد إلى أنّه لا قدرة على التسليم فيه و هى شرط، لمنع الشرطية فى العاقد

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

٢- ٢ . الحدائق ٣٨٢/١٨.

٣- ٣ . إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

٤- ٤ . المناهل /٢٨٨.

٥- ٥ . مقابس الأنوار /١٢٨.

٦- ٦ . المكاسب ٣٧٢/٣.

٧- ٧ . تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

و إلاّ بطل عقد أكثر الوكلاء و أمّا فى المالک فمسلَّمة و هى حاصلة»(١).

و قال جدى التقى: «و كذا الحال [أى هذا الاستدلال أو هن شى ءٍ] فى دعوى عدم القدرة على التسليم، إذ مع تعقّب الإجازة لا مانع من التسليم. ولو فُرض مانعٌ خارجىٌّ عنه فهو خارج عن محلّ الكلام»(٢).

و قال السيّد العاملى: «و القدرة على التسليم حاصلة(٣) إذا أجاز المالک، لأنّه هو المخاطَب بالإيفاء و التسليم و هوقادر على ذلک، و ليس الفضولى إلاّ كالوكيل على إيقاع الصيغة لا يترقّب منه إيفاءٌ و لا تسليمٌ»(٤).

و قال صاحب الجواهر: «و ما دلّ على اعتبار القدرة على تسليمه، إنّما هو فى البائع ذى السلطنة الذى يراد منه الإقباض حتّى يقبض الثمن، لا البائع بمعنى العاقد، ضرورة تخلّفه فى الوكيل على الصيغة و نحوه كما هو واضح»(٥).

و قال الشيخ الأعظم بعد أن وصف الاستدلال بأقوى الوجوه فى ردّه: «مضافا إلى أنّ الفضولى قد يكون قادرا على إرضاء المالک بأنّ هذا الشرط غير معتبر فى العاقد قطعا، بل يكفى تحقّقه فى المالک فحينئذ يشترط فى صحّة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه أو قدرة المشترى على تسلّمه على ما سيجى ء(٦)»(٧).

و قال المحقّق النائينى: «مَنْ اعتبر قدرته عليه [أى على التسليم] و هو المالک قادر و من هو عاجز [الفضول] فلا يعتبر قدرته»(٨).

١- ١ . شرح القواعد ٨٤/٢.

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣.

٣- ٣ . ممكنة، نسخة بدل.

٤- ٤ . مفتاح الكرامة ٥٩٦/١٢.

٥- ٥ . الجواهر ٤٥٧/٢٣ (٢٨٣/٢٢).

٦- ٦ . المكاسب ١٧٥/٤، الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم.

٧- ٧ . المكاسب ٣٧٢/٣.

٨- ٨ . منية الطالب ٣١/٢.

و قال المحقّق السيّدُ الخوئى: «جواب واضح كما ذكره [الشيخ الأعظم] قدس سره ، و لذا ترى صحة عقد الوكيل فى إنشاء العقد فقط و إن لم يكن قادرا على التسليم فالمعتبَر قدرة المالک على التسليم، بل قدرة المشترى على التَسَلُّم و إن لم يكن المالک قادرا على التسليم كالمال الواقع فى البحر إذا كان المشترى قادرا على إخراجه و لم يكن البائع قادرا عليه، و تعبير الفقهاء بالقدرة على التسليم من باب الغلبة. و بالجملة هذا الاستدلال لم نفهم له وجها»(١).

الثانى: الفضولى غير قاصد للنقل و الانتقال فى عقده

قال الشيخ أسداللّه فى تقريب الاستدلال: «يشترط فى صحة العقد مقارنته لقصد المدلول فإنّ العقود تتبع القصود و هو منتف فى الفضولى لأنّه لا يتعلَّق إلاّ بالمقدور و النقل غير مقدور له فيمتنع قصده»(٢).

وَ قَد استفاد هذا الوجه من كلام ثانى الشهيدين(٣) و ينسب إلى السيّد بحرالعلوم.(٤)

و قال الشيخ الأعظم فى جوابه: «المعتبر فى العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فى الفضولى و المكرَه لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحّة نكاح الفضولى و بيع المكرَه. بحقٍّ، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد فى ذلک للإجماع كما ترى»(٥).

و قال المحقّق النائينى: «إنّ ما هو مناط العقديّة - و هو كون العاقد قاصدا للفظ و المعنى - موجود فى عقد الفضولى و ما هو مفقود فى عقد الفضولى و مكرَه - و هو قصد النتيجة - ليس مناطا فى العقديّة حتّى فى عقد المالک أيضا، فإنّ تحقّق المنشَأ فى عالم الاعتبار الذى هو من الأحكام الشرعية الإمضائية لا يعتبر قصده من المالک أيضا، بل لا يمكن أن تتعلَّق إرادته به، و إنّما هو من دواعى الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٤٦/٢.

٢- ٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٢٧: العاشر.

٣- ٣ . راجع المسالک ١٥٦/٣.

٤- ٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٤٦/٢، إرشاد الطالب ٣٤٣/٣.

٥- ٥ . المكاسب ٣٧٢/٣.

المالک فضلاً عن الفضولى الذى ليس زمام أمره بيده، لأنّ ما يمكن إنشاؤه و إيجاده هو العلقة بين المال و الطرف، و أمّا تحقّقه بحيث يكون ممّا تعلَّق به الإمضاء الشرعى فهو من أحكام هذا الإنشاء لا من منشآت المنشى ء...»(١).

و قال السيّد الخوئى بعد مقالة استاذه: «... ولكن الذى يقتضيه النظر أنّ مراد السيّد [بحرالعلوم] قدس سره ليس ما استفادوا من كلامه لأنّ ما فهموه واضح الفسادكما أجابوا عنه، بل مراده أنّ بين قصد إنشاء المعنى باللفظ و قصد ترتب الأثر عليه واسطة و هى اعتبار التبادر فى نظره، و اعتباره

بحيث يرى فى عالم اعتباره خروج المبيع عن ملک البائع و دخول الثمن فى ملكه، و فى جانب المشترى بالعكس، و هذا الاعتبار و القصد يكون معتبرا فى صدق العقد و إلاّ لزم صحة عقد الهازل إذا تعقّبه الرضا، لأنّ قصد إنشاء المعنى باللفظ موجود فيه، و هو موجود حتّى فى الوكيل فى إجراء الصيغة فقط، و هذا المعنى غير مقصود للفضولى.

و أصل هذا الدعوى - و إن كان صحيحا جدّا - ولكن كون الفضولى غير قاصد لهذا المعنى ممنوع، بل هو أيضا يعتبر التبادل فى نظره لكن معلّقا على إجازة المالک، و التعليق على إجازة المالک لا يوجب الفساد فى العقد لكونها ممّا يتوقّف صحته عليها، و تقدّم أنّ التعليق على ما يكون العقد معلّقا عليه واقعا لا يضرّ»(۲).

أقول: و نحو ما تقدّمَ مذكورٌ فى الإرشاد(۳).

و قد نقل الشيخ الأعظم هذين الاستدلالين فقط، ولكن أذكر لک الآن بعضها الآخر فخذ و اغتنم.

الثالث: قصد النقل شرط فى صحة العقد و هو مفقود فى الفضولى

شرط صحة العقد هو قصد نقل المبيع إلى المشترى و انتقال الثمن إلى البائع و هذا القصد مفقود فى بيع الفضولى و إذا انتفى الشرط ينتفى المشروط. أى العقد.

۱- ۱ . منية الطالب ۳۱/۲.

۲- ۲ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳٤٦/۲.

۳- ۳ . إرشاد الطالب ۳٤۳/۳.

قال المحقّق التقى فى جوابه: «دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلّمة إن اُريد توقف التأثير عليها بأن يكون ترتّب الأثر على المشروط مقارنا لحصول الشرط و لا يلزم منه تقارنهما فى الوجود. ألا ترى أنّ القبض فى المجلس شرط فى [صحة ن خ] بيع الصرف و السلّم مع أنّ القبض قد يتأخّر عن العقد و كذا الحال فى قبض الوقف و قبض الهبة.

على أنّه قد يكون الشرط وجوده فى الجملة ولو متأخرا عن المشروط فلا يتوقف تأثير المشروط على وجوده حين تأثيره، فيكشف وجوده المتأخر عن اقتران الشرط بالمشروط حين التأثير كما هو الحال فى المقام بناءً على القول يكون الإجازة كاشفة»(١).

و قال قبله جد اُولاده الشيخ جعفر: «و أضعف منهنّ إيراد لزوم الخلوّ عن القصد المشروط فى العقد.

و فيه: أنّه إذا جُعل الشرط قصد النقل الشرعى فمسلَّم لكنّه فى محل المنع. و إن اُريد العرفى فهو حاصل. ثمّ مع الاكتفاء بالقصد ولو مع التردّد يندفع الإشكال. على أنّ الاكتفاء بالقصد اللاّحق غير بعيد»(٢).

أقول: هذا الوجه تَعْبِيْرٌ آخَرُ عن الوجه الثانى و يرد عليه ما يرد على الوجه الثانى، مضافا إلى أنّ الشرط و المشروط فى عالم التكوين غير الشرط و مشروطه فى عالم التشريع الذى يكون من الاعتبارات و أمره بيد الشارع نحو شرطية الغسل الليلى للمستحاضة لصحة صيامها فى اليوم السابق و غيرها من الشروط المتأخرة فى الشريعة المقدسة، فقياسُ أَحَدِ العالَمَيْن عَلى الآخر يكون مع الفارق.

الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حلّيّة التصرف

و ترتب سائر الآثار و انتفاء اللازم فى المقام بالإجماع يكشف عن عدم الملزوم، و بتقرير آخر إن كان الفضولى داخلاً تحت عموم «اوفوا» و «أحل اللّه البيع» و نحوهما

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠.

٢- ٢ . شرح القواعد ٢/٨٤.

وجب الحكم بوجوب الوفاء و حصول الملكية و إلاّ فلا يكون صحيحا.

قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله فى جوابه بعد أنّ قرّره: «و فيه: أنّ الرضا شرط بالإجماع و الأخبار فلابدّ من حصوله أيضا و بعده يترتب جميع الأحكام فالمقام نظير صحة البيع قبل القبض فى الصرفِ و السَّلَمِ»(١).

أقول: مراده من الرضا عنده هو الإذن عندنا.

الخامس: الرضا شرط فى صحة العقد و المفروض انتفاؤه حال العقد

قال المحقّق التقى فى تقرير هذا الوجه: «أنّ الرضا شرط فى صحة العقد إجماعا و المفروض انتفاؤه حال العقد و قضية انتفاء الشرط انتفاء المشروط به و حصوله عقيب العقد غير نافع، إذ قضية الشرطية اعتبار مقارنة الشرط، إذ لا فائدة فى حصول الشرط بعد انتفاء السبب المشروط به أعنى العقد كالصلاة المتعقّبة للطهارة»(٢).

و قال السيّد اليزدى فى تقريره: «أنّ مقتضى شرطية الرضا فى العقود و الإيقاعات وجوده حالها، و إلاّ فلا يثمر وجوده بعد انعدامها، كما أنّ هذا هو الحال فى سائر الشرائط من القصد للمدلول و الالتفات و المعلومية و القدرة على التسليم و نحو ذلک»(٣).

ثمّ أجابه المحقّق التقى بما مرّ فى جواب الوجه الثالث، و قال الفقيه السيّدُ اليزدى قدس سره فى جوابه: «إنّا نمنع شرطيته إلاّ فى النقل و الانتقال و ليس شرطا فى العقد إذ هو أوّل الكلام، و هذا بخلاف الالتفات و القصد إلى المدلول و نحو ذلک، و أمّا المعلومية و القدرة على التسليم و نحوهما

فقد ثبت من الأدلة وجوب اقتران العقد بها، و إلاّ أمكن أن يقال إذا عقد ثمَّ حصل العلم صح، و السرّ أنَّ البيع مع الجهل وقع غرريّا و كذا مع انتفاء القدرة على التسليم.

نعم، لقائل أن يقول: لِمَ لا يصح بعد حصول العلم و القدرة ولو أجاز العقد الواقع.

١- ١ . حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣٣٩/٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

و الجواب: عدم الدليل على تأثير مثل هذه الإجازة فتدبّر»(١).

أقول: الرضا عنده هو الإذن عندنا و القدرة على التسليم ترجع بالقدرة على تسلّم المشترى كما مرّ فى الوجه الأوّل.

السادس: البيع بالنسبة إلى الأصيل غررىٌّ

للجهل بحصول أثره و قد نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغَرَر.

أجاب الفقيه اليزدى رحمه الله عنه: «أنّ هذا إن قلنا باللزوم بالنسبة إليه و إلاّ فلا غرر، مع أنّه قد يكون واثقا بإجازة المالک»(٢).

و أضاف المحقّق السيّد الخوئى قدس سره على جوابه: «أنّ عمدة الدليل على بطلان بيع الغررى إنّما هو الإجماع لأنّ النبوى ضعيف السند و غير منجبر بشى ءٍ و المتيقن منه غير ما نحن فيه»(٣).

السابع: أصل الفساد

بتقرير: أنّ الأصل الأوّلى فى المعاملات هو الفساد أعنى به عدم انتقال المالين إلى غير صاحبه فلو شككنا فى صحة عقد الفضولى يجرى فيه هذا الأصل و يحكم بفساده. و يمكن أن يعبّر عنه باستصحاب بقاء الملک. كما جرى المقدس الأردبيلى(٤) هذا الأصل.

قال الشيخ جعفر فى جوابه: «و أضعف من الجميع الرجوع إلى الأصل بعد الشک فى دلالة أدلة الصحة لأنّا بيّنا قوة الأدلة على وجه لا يمكن ردّها»(٥).

و قال صهره التقى فى جواب هذا الوجه: «أمّا الأصل فبما عرفت من قيام الدليل

١- ١ . حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

٣- ٣ . مصباح الفقاهة ١٠٤/٤.

٤- ٤ . مجمع الفائدة و البرهان ١٥٨/٨.

٥- ٥ . شرح القواعد ٨٥/٢.

على الصحة، بل ما عرفت من الأصل الثانوى القاضى بصحة العقود كافٍ فى دفعه»(١).

و قال السيّد العاملى: «و احتج المانعون بالأصل... أمّا الأصل فمقطوعٌ بما ستسمعه»(٢).

و قال فى الجواهر: «بالأصل المقطوع بذلک أيضا»(٣).

أقول: مرادهما بالمقطوع هو أدلة الصحة التى هى تامَّةٌ عندهما و عند غيرهما.

ثمَّ هاهنا وجوه أُخَرُ أنهاها الشيخ أسداللّه فى مقابسه(٤) إلى العشرة أغمضنا عنها روما للاختصار و اكْتِفاءً بما ذكرناهُ من الوجوهِ الحاكمة على غيرها بِعَدَمِ الاعتبار.

۱- ۱ . تبصرة الفقهاء ۳/۳٤۰.

۲- ۲ . مفتاح الكرامة ۱۲/٥۹٥.

۳- ۳ . الجواهر ۲۳/٤٥٥ (۲۲/۲۸۱).

٤- ٤ . مقابس الأنوار /۱۲۸.

ثم لابدّ هاهنا من التنبيه على اُمور:

الأوّل: هل الرضا بالعقد يخرجه عن الفضولى؟

ذهب الشيخ الأعظم(۱) قدس سره إلى صحة العقد الفضولى إذا كان مقترنا مع رضا المالک و طيب نفسه و عدم احتياجه إلى لحوق الإجازة و استدل عليه بوجوه خمسة:

الوجه الأوّل: عموم قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(۲)

عقد الفضول مع رضا المالک و طيب نفسه تشمله الآية الشريفة فيجب الوفاء به.

و فيه: الآية الشريفة خطاب للعاقدين بأنّ كل مكلّف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه و الفضولى لا يتمكن من الوفاء به استقلالاً و من دون الإجازة اللاحقة للمالک، و مجرد رضا المالک و طيب نفسه لا يستند العقد إليه و لا يصير عقد الأجنبى عقد المالک بمجرد رضاه.

الوجه الثانى: قوله تعالى: «إلاّ أن تكون تجارة عن تراض»(۳)

عقد الفضولى مع رضا المالک و طيب نفسه يكون مصداقا لِ-«تجارة عن تراض» فيحلّ أكل المال به و يكون صحيحا.

و فيه: لا تتحق «تجارة عن تراض» بمجرد الرضا الباطنى بالعقد، و أنّ التجارة لا يصدق إلاّ بعد إذن المالک، و لا يصدق بمجرد رضا المالک بعقد غيره أنّه اتّجر أو تكسّب.

ص: ۲۹۹

۱- ۱ . المكاسب ۳/(۳٤۸-۳٤٦).

۲- ۲ . سورة المائدة /۱.

۳- ۳ . سورة النساء /۲۹.

الوجه الثالث: قوله عليه السلام : «لايحلّ مال امْرِى ءٍ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»

ورد شبيه هذه الفقرة فى صحيحة أبى أُسامة زيد الشحام عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله أَنّه قال فى خُطْبَتِهِ بمِنى فى حجة الوداع حين قضى مناسكها: فإنّه لا يَحِلُّ دمُ امرى ءٍ مسلمٍ و لا ماله إلا بطيبة نفسه و لا تظلموا أنفسكم و لا ترجعوا بعدى كفّارا.(۱)

و رواها الكلينى بسند موثق عن سماعة أيضا(۲) و الصدوق بهذا السند الأخير فى الفقيه(۳). و الشيخ الحر عن الصدوق و سند أوّل الكلينى فى الوسائل(٤)، و عنه و عن سندى الكلينى فيه(٥) أيضا.

قال المجلسى رحمه الله : «قوله صلى الله عليه و آله : إلاّ بطيبة نفسه، الاستثناء من المال فقط. قوله صلى الله عليه و آله : و لا تظلموا أنفسكم، أى بمخالفة اللّه تعالى فيما أمرتكم به و نهيتكم عنه فى هذه الخطبة أو مطلقا، أو لا يظلم بعضكم بعضا فإنّ المسلم بمنزلة نفس المسلم»(٦).

و أمّا نصها فَقَدْ رَواهُ الأحسائى(۷) و عنه النورى(۸).

بتقريب: أنّ الرضا و طيب النفس موجود على الفرض فيحلّ المال به و لا يحتاج إلى الإجازة.

و فيه: قال السيّد الخوئى رحمه الله : «أنّ الحلّ لو أُريد به الحلّ التكليفى فهو خارج عن محل الكلام، لأنّه ليس بحثنا فى جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفا برضاه أو بدونه فإنّه أمر واضح.

ص: ٣٠٠

١- ١ . الكافى ٢٨٣/١٤، ح١٢ (٢٧٣/٧).

٢- ٢ . الكافى ٢٨٧/١٤، ح٥ (٢٧٥/٧).

٣- ٣ . الفقيه ٩٤/٤، ح٥١٥٨.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ١٠/٢٩، ح٣، الباب ١ من أبواب القصاص فى النفس.

٦- ٦ . مرآة العقول ٩/٢٤.

٧- ٧ . عوالى اللآلى ٢٠٥/٣، ح٣٦.

٨- ٨ . مستدرک الوسائل ٢٤٥/١٣.

و إن أُريد به الأعم - كما هو الظاهر لأنّ الحلّ بمعنى الارسال و فتح الطريق فى مقابل السدّ - فيرد عليه ما ذكرناه فى بعض مباحث الأُصول(١)... ردا على أبى حنيفة حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عليه السلام : لا صلاة إلاّ بطهور، و لا صلاة إلاّ بفاتحة الكتاب، و قلنا إنّه فى موارد نفى الحقيقة ليس الاستثناء حقيقيا كقوله: جاء القوم إلاّ زيدا ليدل على الحصر و إنّما هى صورة استثناء. و فى الحقيقة اشارة إلى الشرطية أو الجزئية.

و بعبارة أُخرى: لسان هذه التراكيب لبيان النفى -أى نفى الصحة - عند فقدان القيد لا الإثبات، أعنى كفايته فى الصحة و كونه علّة تامة لها... و غاية مفاده [النبوى] اعتبار طيب النفس فى الحلّ، و أمّا كون الحلّ به فقط فلايُستفادُ منه، فلا ينافيه اعتبار الاستيذان بدليل»(٢).

الوجه الرابع: رواية عروة البارقى(٣) الماضية(٤)

بتقريب: تقرير النبى صلى الله عليه و آله لفعل عروة يدلّ على كفاية الرضا المقارن للعقد، لأنّ القبض و الإقباض الواردين فيها لا يحلّ بدون الرضا المقارن عند الكلّ.

و فيه: يمكن القول فى كفاية الرضا فى التصرفات الخارجية و منها القبض و الإقباض، و إنّما الكلام فى كفايته فى التصرفات الاعتبارية و لا دلالة فيها على ذلک.

الوجه الخامس: ما ورد فى نكاح العبد، و سكوت البكر

وردت عدة من الروايات(٥) فى صحة نكاح العبد مع سكوت مولاه و عدم ردّه،

١- ١ . محاضرات فى اصول الفقه ٢٩٤/٤ بحث المفاهيم، طبع موسوعة السيّد الخوئى رحمه الله .
٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٠٧/٢، و نحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب ٣٧٣/١.
٣- ٣ . مسند أحمد ٣٧٦/٤، السنن الكبرى ١١٢/٦ للبيهقى، سنن الدار قطنى ١٠/٣، ح٢٩، سنن الترمذى ٥٥٩/٣، ح١٢٥٨، و الثاقب فى المناقب /١١٢، ح١٠٨ لابن حمزة الطوسى منّا.
٤- ٤ . فى أوّل بحث بيع الفضولى، الوجه الثانى.
٥- ٥ . منها: صحيحة معاوية بن وهب المروية فى وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء. و منها: صحيحة أُخرى له المروية فى وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح٢. و منها: موثقة الحسن بن زياد الطائى المروية فى وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح٣.

وعدّة منها(١) فى أنّ سكوت البكر رضاها، فيظهر منهما كفاية الرضا فى العقود و منها عقد الفضولى.

و فيه: لا يبعد أن يكون سكوت المولى كاشفا عرفيا عن الرضا فيكون إذنا منه، مضافا إلى أنّ استناد العقد إلى العبد معلوم مع قطع النظر عن الرضا، و رضا المولى يصحّحه ولو لم يكن مبرزا لطيب نفسه نحو تزويج بنت أخ الزوجة أو بنت أُختها لأنّ استناد النكاح إلى الزوج معلوم و إنّما اعتبر فيه

رضا العمّة أو الخالة فيكفى طيب نفسها وَ رِضاها ولو لم يكن مبرزا هناک، و هكذا بيع العين المرهونة.

و ثالثة: لابدّ من الاقتصار على مورد الرواية حيث تكون على خلاف القاعدة.

و أمّا سكوت الباكر فلا يبعد أن يكون كاشفا عرفيا عن الرضا لانّها لعفّتها تخجل عن التصريح فتسكت لا سيما فى تلک الأزمنة فيستكشف من سكوتها إذنها و لا يستدلّ بها فى المقام.

ثم قال الشيخ الأعظم: «ثم أنّه لو اُشكل فى عقود غير المالک فلا ينبغى الاشكال فى عقد العبد - نكاحا أو بيعا - مع العلم برضا السيّد ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصية التى هى مناط المنع فى الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد فى التصرّف»(٢).

أقول: قد مرّ بعض روايات نكاح العبد فى الْوَجْهَيْنِ: الرابع(٣) و السادس عشر(٤)

١- ١ . منها: صحيحة البزنطى المروية فى وسائل الشيعة ٢٧٤/٢٠، ح١، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد. و منها: صحيحة داود بن سرحان المروية فى وسائل الشيعة ٢٧٤/٢٠، ح٢.

٢- ٢ . المكاسب ٣٤٨/٣.

٣- ٣ . راجع صفحة ٢٠١ من هذا المجلد.

٤- ٤ . راجع صفحة ٢٥٤ من هذا المجلد.

من الاستدلال على صحة بيع الفضولى، و ظهر ممّا ذكرنا هناک أنّ المولى إذا علم بنكاح العبد و لم يفرّق بينه و بين زوجته، تمّ نكاحه و صح، و لا يحتاج إلى الإذن بل لا يحتاج إلى الرضا و طيب نفسه.

ولكن هذا يختص بنكاحه و لا يجرى فى غيره من عقوده و فيها يحتاج إلى الإذن و لا يكفى الرضا و طيب النفس، لأنّ العقود يحتاج إلى الاستناد، و الاستناد لا يتحقّق بالرضا و طيب النفس لما ذكره المحقّق النائينى من أنّ: «الاستناد و التنفيذ من الأُمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لابدّ من إيجادهما إمّا باللفظ أو بالفعل، فلا الكراهة الباطنية ردّ و لا الرضا الباطنى إجازة بل كلّ منهما يحتاج إلى كاشف»(۱).

و هذا الكلام منه قدس سره هو القول الفصل فى المقام بلا فرق بين العبد و غيره، و لذا ما ذكره السيّد الخوئى رحمه الله من القول بالتفصيل بين الشيخ الأعظم و المحقّق النائينى رحمهماالله لم يرد على الأخير حيث يقول: «الصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان العقد مستندا إلى مَنْ يعتبر استناده إليه مع قطع النظر عن الرضا و الإجازة، و ما إذا كان استناده إليه غير ثابت و اريد إثباته بالرضا المقارن فيكفى الرضا و طيب النفس فى الأوّل دون الثانى، أمّا عدم الكفاية فى الثانى فلفساد استدلال المصنف بالوجوه المتقدمة»(۲).

و الوجه فى عدم وروده لأنّ الكلام هنا فى القسم الثانى، و أمّا القسم الأوّل فَهُوَ الندم على البيع بعد الرضا به إذا فرض الرضا المقارن أو بيع المكرَه إذا فرض الرضا المتأخر.

و أمّا ما ذكره الشيخ الأعظم من: «أنّ كلمات الأصحاب فى بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولى و عدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم فى الاستدلال على الصحة: إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلاّ رضا المالک، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفى فيها السكوت، لأنّه أعم من الرضا و نحو ذلک»(۳).

۱- ۱ . منية الطالب ۳/۲.

۲- ۲ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳۰٦/۲.

٣- ٣ . المكاسب ٣٤٨/٣.

فَقَد اعترض عليه المحقّق النائينى قدس سره و قال: «حمل الرضا فى أمثال هذه الكلمات إلى «الاختيار» لا «طيب النفس» و استعمال الرضا فى معنى الاختيار شايع و كثير فى استعمالات أهل العرف و اللغة نحو قول بحرالعلوم فى الدرّة: كما ارتضاه المرتضى(١)، و قوله عليه السلام : فذلک رضا منه(٢) الوارد فى أنّ إحداث ذى الخيار يوجب سقوط خيار، و قوله عليه السلام : و رضيكم خلفاء(٣)، و قول العامة: إنّما سمّى الرضا عليه السلام بالرضا لأنّ المأمون اختاره ولىّ العهد»(٤).

و أمّا اعتراض المحقّق السيّد الخوئى على الشيخ الأعظم من أنّ: «ليس كلماتهم آية و لا رواية لتكون حجة يتمسک بها»(٥)، فَغَيْرُ تامٍّ لأنّ الأصحاب إذا اكتفوا بالرضا بمعنى طيب النفس فى هذه الكلمات، يظهر منها تمامية القول بكفاية الرضا عندهم، و هذا القول هو مدعى الشيخ الأعظم، نعم، قولهم ليس بحجّة عندنا و لعلّ هذا الأخير يكون مراد السيّد الخوئى فيكون تامّا.

قال الشيخ الأعظم: «ثم لو سلّم كونه فضوليّا، لكن ليس كلّ فضوليٍّ يتوقّف لزومه على الإجازة، لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقا على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات فى من باع ملک غيره ثمّ ملكه»(٦).

و يرد عليه: «إن دلّ دليل على كفاية الرضا المقارن فى صحة العقد، فالعقد المقرون به لا يكون فضوليا و إلاّ فلابدّ من الإجازة اللاحقة.

و بعبارة أُخرى: إن قلنا بتحقّق الاستناد بمجرد الرضا و شمول عموم «اوفوا بالعقود» للعقد الفضولى المقرون برضا المالک فلا وجه لكونه فضوليّا و إلاّ فلابدّ من

١- ١ . الدرّة النجفية /٨٨.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٣/١٨، الباب ٤ من أبواب الخيار.

٣- ٣ . التهذيب ٩٧/٦ قطعة من الزيارة الجامعة.

٤- ٤ . منية الطالب ٥/٢.

٥- ٥ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٠٩/٢.

٦- ٦ . المكاسب ٣٤٨/٣.

الإجازة، و لا يكفى الرضا المقارن و لا واسطة بين الحدّين»(١).

ثم قال الشيخ الأعظم: «مع أنّه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفكّ عن ذلک مع الالتفات»(٢).

و يرد عليه: «الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آنا ما فى الإجازة لا معنى له، لأنّه لو كان مبرزا يكتفى بتحقّقه مقارنا للعقد، و إلاّ فلا يكتفى بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكتفى بالمقارن منه»(٣).

يمكن الاستدلال لقول الشيخ الأعظم بقوله عليه السلام : «لاتشترها إلاّ برضا أهلها»(٤)، و قوله عليه السلام : «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ من مالكها أو بأمره أو رضا منه»(٥)، و قد مرّت الروايتان.

بتقريب: اكتفى فى الأُولى منهما بالرضا، و فى الثانية قرن الرضا من المالک بالابتياع منه أو أمره، فيستفاد منهما كفاية الرضا بدلاً من أمر المالک.

و فيه: أوّلاً: لا يبعد أن يراد به الرضا المبرز لا مطلقا.

و ثانيا: لو تنزّلنا يكون نظير قوله عليه السلام : لا يحل مال امرى ء مسلم إلاّ بطيب نفسه، من اعتبار الرضا و طيب النفس لا بدليته للإذن و الإجازة لما مرّ من أنّ الاستناد المعتبر فى العقود لا يتم بالرضا و طيب النفس.

و ثالثا: لسانهما النفى لا الاثبات فلا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالک و عدم تحقّق بقية الشرائط بل استفاد منه اعتبار الرضا فى الصحة، فلا ينافيه اعتبار الإذن و الإجازة بدليل مستقل.

ص: ٣٠٥

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٠٩/٢.

٢- ٢ . المكاسب ٣٤٨/٣.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعرى ٣٠٩/٢.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٣٣٤/١٧، ح٣، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه. صحيحة محمّد بن مسلم.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٣٣٧/١٧، ح٨، مرسلة توقيع الحميرى.

الثانى: هل يجرى الفضولى فى الإيقاعات؟

أو أنّه مختص بالعقود فلا يجرى فى الإيقاعات؟ ادعى الشهيد(١) وجود الإتفاق على بطلان الفضولى فى الإيقاعات.

قال الأردبيلى: «و الظاهر عدم القول به - أى بالفضولى - فى العتق لقولهم عليه السلام : لا عتق إلاّ فى ملک، و يمكن الجواز و التأويل كما لا بيع إلاّ فيما يملک»(٢).

و استُدِلّ لعدم جريانه فى الإيقاعات بثلاثَةِ وجوه:

الأوّل: الإجماع لو لم يكن حاصلاً فى جميعها، فهو موجود فى العتق و الطلاق و بعدم القول بالفصل نتعدى منهما إلى غيرهما من الإيقاعات.

و فيه: نعم قد ادُّعِيَ الإجماع فيهما ولكن من المحتمل استنادهم فى الطلاق إلى ما ورد من قوله عليه السلام : الطلاق بيد من أخذ بالساق(٣)، و فى العتق إلى قوله عليه السلام : لا عتق إلاّ بعد ملک(٤)،

و من الواضح عدم دلالتهما على اعتبار الإذن السابق نظير ما مرّ فى البيع من قوله عليه السلام : لا بيع إلاّ فى ملک، فالجواب کالجواب.(۵) و الإجماع إذا احتمل کونه مدرکیّا فلا یفید شیئا.

مضافا إلى عدم اعتبار الإجماع المنقول.

و ثالثة: إنّهم فى فروع الطلاق و العتق ذهبوا إلى جریان الفضولى فیهما حیث ذکروا فى الطلاق الخلع إذا کان مال الخلع زائدا على المهر أنّه موقف على إجازة الزوجة، و فى عتق الراهن العبد المرهون بلا إذن المرتهن أنّه صحیح یتوقّف على إجازة المرتهن أو فکّ الرهن(٦)، کأنّهم نسوا فى البحث ما ادعوه أوّلاً من الإجماع فى بطلان الفضولى فى

١- ١ . غایة المراد ٣٧/٣.

٢- ٢ . مجمع الفائدة ١٦٣/٩.

٣- ٣ . مستدرک الوسائل ٣٠٧/١٥.

٤- ٤ . وسائل الشیعة ١٥/٢٣، ح٢ و ٦، الباب ٥ من أبواب کتاب العتق.

٥- ٥ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٠٥/٢.

٦- ٦ . هدایة الطالب ١١/٣.

الإیقاع.

و رابعة: نمنع من عدم القول بالفصل و التعدى. على فرض ثبوته(١) فیهما.(٢)

الثانى: عدم جواز التعلیق فى الإیقاع، فلا یدخل الفضولى فیه.

و فيه: المشهور يذهب إلى عدم جواز التعليق فى العقود أيضا كما مرّ سابقا و مفصلاً، فلو كان دليلهم ذلک فلابدّ أن لايدخل الفضولى فى العقود أيضا و التالى باطل و المقدّم مثله.(٣)

الثالث: العقود بما أنّها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء، و لذا يتعلَّق بها الفسخ مع أنّه حلّ للعقد فى جهة بقائه، و فى الفضولى بإجازة المالک يتم تمام الموضوع و أمّا الإيقاع بما أنّه فعل واحد فيعتبر أمرا آنيّا فإن حصل ممّن له سلطنة على ذلک الأمر فهو و إلاّ فلا يحصل ذلک الأمر أصلاً.

و فيه: أنّ ما ذُكر مجردُ ادعاءٍ لأنّه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتبارا دون الإيقاع، مع أنّه لو لم يكن له بقاء فكيف يجوز للزوج فى الطلاق الرجعى إلغاء طلاقه بالرجوع، لأنّ الرجوع فى الطلاق كالرجوع فى الهبة.(٤)

و مع عدم تمامية الوجوه الثلاثة نقول: إن قلنا بصحة بيع الفضولى لشمول الاطلاقات و العمومات - كما مرّ فى الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على صحته - فإلحاق سائر العقود به فى محلّه بل مقتضاها القول بالصحة فى الإيقاعات أيضا إلاّ ما خرج بالدليل.(٥)

و إن قلنا بصحته بالروايات الخاصة - حيث لم ترد إلاّ فى النكاح و البيع - فإلحاق

١- ١ . الإجماع.

٢- ٢ . أى الطلاق و العتق.

٣- ٣ . راجع هداية الطالب ١٢/٣.

٤- ٤ . إرشاد الطالب ٢٨٤/٣.

٥- ٥ . كما فى حاشية المكاسب ٩٩/٢ للفقيه اليزدى رحمه الله .

سائر العقود بهما لا وجه له فكيف بالإيقاعات(١)؟

مع أنّک ترى أنّهم يجرون الفضولى فى جميع العقود، فهم يرونه على الوجه الأوّل فالحكم بجريانه فى الإيقاعات تام إلاّ ما خرج بالدليل. و الحمدللّه.

الثالث: هل يجرى الفضولى فيما جرت فيه الوكالة من العبادات و نحوها؟

قال الجدّ الشيخ جعفر: «و فى جرى الفضولى فيما جرت فيه الوكالة من العبادات -كالأخماس و الزكوات و أداء النذور و الوقوف و الصدقات و نحوها من مال مَنْ وجبت عليه أو من ماله- و فيما قام الأفعال مقام العقود و نحوه، و كذا الإيقاعات ممّا لم يقم الإجماع على المنع فيها وجهان، أقواهما الجواز.

و يقوى جريانه فى الإجازة و إجازة الإجازة و هكذا. و يتفرّع عليها أحكام لا تخفى على ذوى الأفهام»(٢).

و اعترض عليه تلميذه صاحب الجواهر و قال: «و إن كان قد يناقش فى فحوى أداء الخمس و الزكاة من مال مَنْ وجبت عليه إذا كان بوجه لا يصحّ له نيّة التقرّب فيه ولو لعدم العلم بالإذن فيه، بل فى جريانه فى إجازة الإجازة لأنّها من الإيقاع الذى علم عدم قيام الغير مقامه فيه ولو أجاز بعد ذلک، ولكن الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد فى مدرک المسألة فلا حظ ما قدّمناه و تأمّل ذلک، فإنّ فيه ما اشتمل على غير العقد من القبض و الإقباض و نحوهما»(٣).

أقول: نعم، «الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد فى مدرک المسألة» كما قاله صاحب الجواهر رحمه الله فيمكن القول بجريان الفضولى فى جميع ما ذكره الجدّ قدس سره من العبادات التى تقبل الوكالة و حتّى الإجازة و إجازة الإجازة.

و ممّا ذكرناه يَظْهَرُ وضوح جريان الفضولى فى الشراء أيضا و فى غيره من العقود و لأجل التبرک نذكر لک كلام عَلَمَيْن من أعلام الفقه هما:

۱- ۱ . راجع محاضرات فی الفقه الجعفری ۳۰۵/۲.

۲- ۲ . شرح القواعد ۸۵/۲.

۳- ۳ . الجواهر ۴۵۲/۲۳ (۲۸۰/۲۲).

جدنا العلاّمة التقی قدس سره قال: «أنّه کما یجری الفضولی بالنسبة إلی البیع کذا یجری فی الشراء فیحکم بصحته مع الإجازة من غیر فرق لاتّحاد المناط و شمول الإطلاق للأمرین، و فی عدّة من الروایات المتقدمة(۱) دلالة علیه أیضا»(۲).

و السیّد العاملی قال: «و لیعلم أنّه لا فرق فی ذلک بین البیع و الشراء کما صرّح به جماعة منهم المصنف [العلاّمة الحلّی] فی نهایة الإحکام(۳) و أشار إلیه فی التذکرة(٤)، و الشهید فی مسائله المدوّنة، و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(٥) و إن کانت المسألة مفروضة فی البیع کالروایة.(٦)

و أعلم أنّه یجری فی سائر العقود لأنّه إذا ثبت فی النکاح و البیع ثبت فی جمیع العقود، إذ لا قائل باختصاص الحکم بهما کما فی الروضة(۷) ذکر ذلک فی کتاب النکاح.

نعم، قیل(۸) باختصاصه بالنکاح، و قیل(۹) ببطلانه فی النکاح و غیره»(۱۰).

الرابع: صور بیع الفضولی

قال الشیخ الأعظم رحمه الله : إنّ الفضولی قد یبیع للمالک و قد یبیع لنفسه و علی الأوّل

۱- ۱ . نحو حدیث عروة البارقی الذی مرّ فی الوجه الثانی من وجوه صحة بیع الفضولی.

۲- ۲ . تبصرة الفقهاء ۳٤۱/۳.

٣- ٣ . نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

٤- ٤ . تذكرة الفقهاء ٢١٧/١٠.

٥- ٥ . جامع المقاصد ٦٩/٤.

٦- ٦ . مراده من الرواية صحيحة محمّد بن قيس التى مرت فى الوجه الثالث من وجوه التى أقاموها لصحة بيع الفضولى.

٧- ٧ . الروضة البهية ١٤١/٥.

٨- ٨ . نقله فى الروضة ١٤١/٥، و قال به صاحب الحدائق ٢٥٧/٢٣.

٩- ٩ . كما مرّ عن القائلين بالبطلان نحو: الشيخ فى المبسوط ١٦٣/٤، و الفخر فى الإيضاح ٢٧/٣ و نقله صاحب الحدائق ٣٧٧/١٨ عن ميرالداماد.

١٠- ١٠ . مفتاح الكرامة ٦٠٤/١٢.

فقد لا يسبقه منع من المالک و قد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث»(١).

الظاهر أنّ المسألة الأُولى - و هى أن يبيع من لا يملک البيع للمالک من دون أن يسبقه منع منه - تكون أساسا للمسالتين الأُخريتين - .

الثانية: أن يبيع للمالک مع سبق المنع منه.

و الثالثة: أن يبيع لغير المالک إمّا لنفسه أو لشخص ثالث.

لأنّه لو قلنا بالفساد فى الأُولى فلابدّ من القول بالفساد فى الثانية و الثالثة، و أمّا لو قلنا بالصحة فى الأُولى فيمكن مجال للبحث عنهما فيبحث فى الثانية عن أنّ سبق المنع من المالک هل يوجب الفساد أم لا؟ و فى الثالثة عن أنّ وقوع البيع عن غير المالک الذى هو مناف لمقتضى العقد هل يوجب الفساد أم لا؟(٢)

و ما مرّ منّا إلى هنا من صحة بيع الفضولى كلّه كان فى المسألة الأُولى.

۱- ۱ . المکاسب ۳٤۸/۳.

۲- ۲ . راجع محاضرات فی الفقه الجعفری ۳۱۱/۲.

و أمّا المسألة الثانية:

اشارة

فهی أن يبيع الفضولی مال غيره مع سبق منع مالكه، المشهور(۱) علی صحته ولكن حُكی(۲) عن فخر المحقّقين(۳): أنّ بعض المجوّزين لبيع الفضولی اعتبر عدم سبق نهی المالک.

و يظهر ذلک من نكاح تذكرة والده حيث حمل النبوی: «أيّما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر»(٤) - بعد تضعيف سنده - علی أنّه نكح بعد منع مولاه و كراهته فيقع باطلاً.(٥)

و استظهر الشيخ أسداللّه(٦) عدم الفرق بين النكاح و غيره.

و الفساد هو مُحْتَمَلُ كلام المحقّق الثانی فی بيع الغاصب: «نظرا إلی القرينة الدالة علی عدم الرضا و هی الغصب»(۷). و إن اختار هو الصحة فيه.

قد يناقش(۸) فی استظهار عدم الفرق بين النكاح و غيره بأنّ العلاّمة صرّح فی باب الوكالة(۹) بعدم جواز بيع الوكيل الذی نهاه الموكِّل عن معاملة خاصة، ولكنّه لا يستلزم البطلان لتصريحه بصيرورة الوكيل المخالف لما عيّنه عليه الموكِّل فضوليا و أنّ عقده

١- ١ . كما فى المكاسب ٣٧٣/٣.

٢- ٢ . مقابس الأنوار /١٢١.

٣- ٣ . ايضاح الفوائد ٤١٧/١ - ٣١٤/٢.

٤- ٤ . سنن الترمذى ٤١٩/٣ و ٤٢٠، ح١١١١ و ١١١٢ - سنن البيهقى ١٢٧/٧.

٥- ٥ . تذكرة الفقهاء ٥٨٨/٢ من طبع الحجرى.

٦- ٦ . مقابس الأنوار /١٢١.

٧- ٧ . جامع المقاصد ٦٩/٤.

٨- ٨ . المناقش هو المحقّق المروج فى هدى الطالب ٥٢٦/٤.

٩- ٩ . تذكرة الفقهاء ٩٧/١٥، مسألة ٧١٥.

موقوف على الإجازة و لا يبطل رأسا.(١)

و لازمه اختصاص الحمل المزبور بنكاح العبد و لا سبيل لاستظهار عدم الفرق بين النكاح و غيره.

مستند القول بالفساد

١- قال الشيخ الأعظم: «فهذا القول [الفساد] لا وجه له ظاهرا عدا تخيّل أنّ المستند فى عقد الفضولى هى رواية عروة المختصة بغير المقام»(٢).

فى بعض الكتب الفقهية(٣) ذُكرت رواية عروة فقط بعنوان دليل صحة بيع الفضولى، و هى مختصة برضا النبى صلى الله عليه و آله بما صنعه عروة و عدم ورود نهى النبى صلى الله عليه و آله فلا يشمل صورة منع المالک و يجرى فيها أصالة الفساد الجارية فى العقود. هذا توضيح مقالة الشيخ الأعظم.

ولكن تخيّل وحدة الدليل فى رواية عروة، لا أدرى أَصَدَرَ من أحد أم لا؟! لأنّ المذكور فى كلام الفاضل النراقى القائل ببطلان بيع الفضولى - كما مرّ- : «فيعلم أنّ من يقتصر فى دليل الخروج بخبر البارقى و نحوه يجب أن لا يصحّ عنده بيع الغاصب و لا تفيد إجازة المالک فى الصحة...»(٤).

و أنت ترى بأنّه عطف عَلى خَبَرِ البارقى «و نحوه» و ذكر قبل ورقة بعض الأدلة الواردة فى صحة بيع الفضولى من الروايات فهو لا يرى أنّ مستند عقد الفضولى هى رواية عروة فقط.

فالتخيل المذكور لم يصدر من الفاضل النراقى بل لم يصدر من متفقّهٍ فكيف بفقيهٍ.

٢- قال الشيخ الأعظم: «و أنّ العقد وقع منهيّا عنه فالمنع الموجود بعد العقد - ولو

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١٠٥/١٥، مسألة ٧٢٠، و قواعد الأحكام ٣٦٠/٢ و فيه: «ولو خالفه فى البيع وقف على الإجازة».

٢- ٢ . المكاسب ٣٧٣/٣.

٣- ٣ . نحو تذكرة الفقهاء ١٤/١٠ و مختلف الشيعة ٥٤/٥ و التنقيح الرائع ٢٥/٢.

٤- ٤ . مستند الشيعة ٢٧٩/١٤.

آنّا ما- كافٍ فى الردّ فلا ينفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنّه لا يعتبر فى الردّ سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنّه إذا حلف الموكِّل على نفى الإذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأنّ الحلف عليه أمارة عدم الرضا»(١).

مراده من حكمهم هو هذا الفرع المذكور فى كلام المحقّق: «إذا اشترى انسانٌ سِلْعَةً و ادّعى أنّه وكيلٌ لإنسانٍ فانكر كان القول قوله مع يمينه و يقضى على المشترى بالثمن، سواءٌ اشترى بعين أو فى الذمة، إلاّ أن يكون ذكر أنّه يبتاع له فى حالة العقد»(٢).

و تبعه فى هذا الفرع العلاّمة(٣) و المحقّق(٤) و الشهيد(٥) الثانين و السيّد العاملى(٦) و صاحب الجواهر(٧).

و غرضه من الاتيان بهذا الفرع و الاستشهاد به: أنّ المنع الموجود حال العقد من المالک يكون كافيّا فی بطلان بيع الفضولی و لا يحتاج إلی إنشاء ردّ جديد بعد عقد الفضولی، كما أنّ إنكار الوكالة كافٍ فی بطلان العقد الذی أنشاه الوكيل - المدعی للوكالة - و لا يحتاج إلی إنشاء ردّ جديد.

و كما لا تنفع إجازته بعد الإنكار لو أجاز الموكِّل عقد الوكيل فكذلک لا تنفع الإجازة بعد المنع الصادر من المالک لو أجاز عقد الفضولی.

و ردّ الشيخ الأعظم نفسه هذا الاستدلال بقوله: «و أمّا ما ذكر من المنع الباقی بعد العقد ولو آنا ما، فلم يدلّ دليل علی كونه فسخا لا ينفع بعده الإجازة»(۸).

۱- ۱ . المكاسب ۳/۳۷٤.

۲- ۲ . الشرائع ۲/۱٦۳، كتاب الوكالة - التنازع - المسألة الرابعة.

۳- ۳ . القواعد ۲/۳٦۷ - البحث الثانی فی صور النزاع (أ).

٤- ٤ . جامع المقاصد ۸/۲۹۳.

٥- ٥ . المسالک ٥/۳۰۰.

٦- ٦ . مفتاح الكرامة ۲۱/۳٤٦.

۷- ۷ . جواهر الكلام ۲۷/٤۳٥.

۸- ۸ . المكاسب ۳/۳۷٥.

أقول: المنع السابق من المالک لا يستكشف منه إلاّ عدم الرضا الباطنی بالعقد و هو لايكفی فی الردّ. لأنّ الرد يحتاج إلی إبراز و إظهار و استناد إلی المالک، و عدم الرضا الباطنی أمر نفسانیٌّ و قلبیٌّ و جوانحیٌّ يحتاج إلی مبرز و مظهِرٍ و مستنِدٍ حتّی يفيد فی الردّ كما مرّ آنفا بعدم كفاية الرضا الباطنی فی الإجازة أيضا.

و العجب من الشيخ الأعظم قدس سره يرى كفاية الرضا الباطنى فى الإجازة و عدم كفاية عدمه فى الردّ، مع أنّ الأمرين من سنخ واحد و الفرق بينهما فى غير محلّه. و لم يدّل دليل على الفرق.

و أمّا الاِستشهادُ بفرع مدعى الوكالة فَقَدْ قال الشيخ الأعظم فى نقده: «و ما ذكره من حلف الموكِّل غير مسلَّمٍ، ولو سُلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره فى ردّ البيع و عدم تسليمه له»(۱).

أقول: الحلف على إنكار الوكالة يبطل الشراء للموكِّل - المدعى عليه - و يصير الشراء للوكيل لأنّ الحلف على إنكار الوكالة إظهار و ابراز للكراهة الباطنية بالبيع و هذا الإظهار و الإبراز يكفى فى الردّ. فلا يستند الشراء إلى الموكِّل، فلا وجه للاستشهاد بهذا الفرع.

ثم لا أدرى ما المراد من قوله قدس سره : «ما ذكره من حلف الموكِّل غير مسلَّم». لاِءَنّ الْحِلْفَ لا يُحْكَمُ بِهِ على ثبوت الوكالة قطعا و إذا انتفت الوكالة لا يستند الشراء إلى الموكِّل، و لعلّ مراده نفى الشراء له ظاهرا بالحلف، و أمّا لو كان وكيلاً عنه واقعا فيستند الشراء به و تمّ، و الإنكار و الحلف به يدل على عدم الصحة ظاهرا لا واقعا.(۲)

مستند القول بالصحة:

۱- العمومات و الاطلاقات

قال الشيخ الأعظم: «و كفاية العمومات»(۳).

۱- ۱ . المكاسب ۳۷٥/۳.

۲- ۲ . كما عن الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ۱۳۸/۲.

۳- ۳ . المکاسب ۳۷٤/۳.

قد مرّ فی الوجه الأوّل من الاستدلال علی صحة عقد الفضولی دلالة العمومات و الإطلاقات علیها فلا نعید، و هما یدلان علی الصحة مع سبق منع المالک أیضا لأنّه مع لحوق الإجازة یکون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات فی صورتی عدم منع المالک و منعه.

۲- و أمّا حدیث عروة البارقی

فلا یشمل صورة سبق منع المالک لأنّ النبی صلی الله علیه و آله أمره باشتراء شاة و لم ینه عن بیعها، فالحدیث لا یجری فی هذه الصورة.

۳- صحیحة محمّد بن قیس

قال الشیخ الأعظم: «مضافا إلی ترک الاستفصال فی صحیحة محمّد بن قیس»(۱).

مراده قدس سره : أنّ الإمام علیه السلام لم یستفصل من سیّد الولیدة أنّه نهی عن بیع الولیدة قبل مسافرته أم لا، و ترک الاستفصال یفید العموم فیشمل صورة سبق نهی المالک.

و اعترض علیه السیّد الخوئی بأنّ قول «السائل: «ولیدتی باعها ابنی بغیر إذنی»(۲) و عدم الإذن و إن کان لا ینافی المنع ولکن ظاهره فیه لا ینکر»(۳).

أقول: حیث أنّ السائل فی مقام بیان طرح دعواه أو سوأله الشرعی عند أمیرالمؤمنین علیه السلام ولو کان نهی عن بیع الولیدة ذکره له و حیث لم یذکره فلم ینه عنه و هذا الاستدلال - اطلاق الدعوی و عدم تقییده بنهیه - یوجّه ترک استفصال الإمام علیه السلام فلا یدل علی عموم یشمل الصورتین فیتم اعتراض السیّد الخوئی بهذا البیان - و أمّا ادّعاء ظهور عدم الإذن فی عدم المنع فَهُوَ قابل للمناقشة - و لا تَتُمُّ مقالة الشیخ الأعظم رحمه الله فی المقام.

٤- فحوی أدلّة نکاح العبد بدون إذن مولاه

قال الشيخ الأعظم: «و جريانه... مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى

١- ١ . المكاسب ٣٧٤/٣.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٤٧/٢.

و العبيد، مع أنّ رواية إجازته صريحة فى عدم قدح معصية السيّد»(١).

مراده: أنّ التعليل الوارد فى الروايتين: صحيحة زرارة و موثقته.(٢) من «أنّه لم يعص اللّه و إنّما عصى سيّده» و «إنّما عصى سيّده و لم يعص اللّه» يدلّنا على كبرى كلّيّة و هى أنّ عصيان المخلوق يجبر برضاه دون عصيان الخالق فإنّه لا يجبر بشى ءٍ ففى كلّ مورد من العقود و الإيقاعات التى تجرى فيها معصية المخلوق كالبيع و النكاح و الطلاق و نحوها ترتفع برضاه الحاصل بعد العقد و لا يضرّ بصحته بعد الرضا، بخلاف موارد تجرى فيها معصية الخالق لعدم تصحيحها بشى ءٍ.

أقول: هذا البيان تام بناءً على ما ذكرنا(٣) من تمامية فحوى ما دلّ على صحة نكاح الفضولى على صحته فى البيع بل فى جميع العقود لأنّ الاحتياط فى الفروج آكد و الأمر فيها أشدّ، ولكنّ بناءً على مناقشة الشيخ الأعظم فى هذه الفحوى(٤) و ذهابه على عكسه بأنّ امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس(٥) فلا يتم ما ذكره قدس سره هنا لعدم تمامية هذه الفحوى عنده، و سبحان من لا يسهو.

اللهم إلاّ أن يقال: «إنّ تعليل النكاح بعصيان السيّد من سنخ العلّة المنصوصة و الحكم ثابت فى جميع العقود من باب انطباق الكلّى - الذى هو موضوع الحكم - عليها عرضا لا طولاً حتّى تصل

النوبة إلى الأُولوية»(٦). فيكون محور الاستدلال بالعلّة المنصوصة - أو كبرى كلّية - لا الفحوى المذكور سابقا فلا يتمّ الاشكال على الشيخ الأعظم.

ولكن هذا البيان يُنافى قوله «فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه...».

١- ١ . المكاسب ٣٧٤/٣.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح١ و ٢، الباب ٢٤ من أبواب النكاح العبيد و الإماء.

٣- ٣ . مرّ فى الوجه الرابع من أدلة صحة بيع الفضولى راجع صفحة ١٩٧ من هذا المجلد.

٤- ٤ . المكاسب ٣٥٦/٣ و ما بعده.

٥- ٥ . المكاسب ٣٥٨/٣.

٦- ٦ . كما فى هدى الطالب ٥٣٥/٤.

٥- الاِتِّجار بمال اليتيم

قال الشيخ الأعظم: «مع جريان المؤيّدات المتقدمة له: من بيع مال اليتيم و المغصوب»(١).

أقول: قد مرّ فى الوجه السادس(٢) الروايات الواردة فى الاِتِّجار بمال اليتيم و الاحتمالات الثلاثة حولها و تمامية الاستدلال على صحة بيع الفضولى هناك على بعضها، و الكلام هنا الكلام.

و أمّا عطف المغصوب على اليتيم إن كان عطف تفسير فلا بأس به و إلاّ لم يتقدّم من الشيخ الأعظم شى ءٌ فى المغصوب حتّى يصح عطفه على مال اليتيم.

اللهم إلاّ أن يقال: إنّ مراده من المغصوب ما ورد فى معتبرة مسمع أبى سيار فى الوجه العاشر(٣) من وجوه الاستدلال على صحة بيع الفضولى و لا ريب فى أنّ الوديعة بيد الودعى المنكر لها تَكونُ غصبا.

٦- ما ورد فی عامل المضاربة

قال الشیخ الأعظم: «و مخالفة العامل لما اشترط علیه ربّ المال الصریح فی منعه عمّا عداه»(٤).

أقول: قد مرّ فی الوجه الخامس(٥) من وجوه الاستدلال علی صحة بیع الفضولی تفصیل القول فی هذه الروایات و عدم إمکان استفادة صحة بیع الفضولی منها و أنّها نصوص تعبدیة یؤخذ بها فی مورده الخاص.

و الحاصل: تمامیة جریان بعض الأدلة الماضیة بالنسبة إلی الصورة الثانیة - و هی

١- ١ . المکاسب ٣٧٤/٣.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٧.

٣- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٤٥.

٤- ٤ . المکاسب ٣٧٤/٣.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٩.

بیع الفضولی مع سبق نهی المالک - فیحکم بصحته.

دفع وهم: هل یکون نهی المالک مانعا من صحته؟

یمکن أن یقرّب المانعیة بوجوه متعددة:

منها: إذا کان الردّ بعد العقد مانعا عن صحته بالإجازة کان النهی عنه أُولی بالمانعیة لأنّ الدفع أهون من الرفع.

و فيه: أوّلاً: منع الاولوية، لأنّ مانعية الردّ ثبتت بالإجماع و المتيقن منه هو إنشاء الكراهة بقولٍ أو فعلٍ بعد العقد، و أمّا الكراهة الباطنية المدلول عليها بالنهى السابق على العقد و الباقية إلى ما بعد العقد فخارج عن المتيقن منه.

و ثانيا: الردّ عرفا كالفسخ حلاّ للعقد ولكن الأوّل حلّ لصحته التأهلية و الثانى حلّ لصحته الفعلية، و لا يمكن حلّ العقد قبل وجوده و وقوعه فلايطلق على النهى السابق الردّ.

و منها: العقد مع النهى السابق لا يضاف إلى المجيز بالإجازة.

و فيه: النهى السابق لا ينفصل ارتباط العقد و المجيز و للمالک أن يجيز العقد و ينفذه، و الشاهد عليه نهى التجار للدلالين عن معاملة خاصة و إجازتهم لها بعد وقوعها لمصالح.

و منها: النهى السابق يدل على الكراهة الباطنية و هى مانعة عن تحقق العقد و انتسابه إلى المالک.

و فيه: الكراهة الباطنية لا تَمْنَعُ من تحقق العقد لا عرفا و لا شرعا. و الشاهد عليها صحة عقد النكاح على المرأة التى تكره الزواج أو بيع المضطر.

نعم، عقد المكرَه يكون باطلاً و هو غير من له الكراهة الباطنية.

و الحاصل: عقد الفضولى مع سبق نهى المالک صحيح إذا أجازه المالک و نهيه السابق و كراهته الباطنية لا يمنعان الصحة، و الحمدللّه.

و لذا قال السيّد العاملى فى كتاب الحجر: «و اشتراط بعضهم عدم مسبوقيّته بنهى المالک غير جيّد على إطلاقه، و إلاّ فالغاصب و العبد منهيّان شرعا عن التصرّف، فالأوّل

فی مال الغیر، و الثانی فی نفسه، بل قد نقول: إنّ هذا النهی مطلقا غیر مضرّ، لکنّ قضیة کلامهم فی هذا المقام أنّ الغرماء لو صرّحوا بالردّ لا ینفسخ العقد، فإنّما یعتبر کلامهم فی الإجازة لا فی الردّ، و أنّ الواقع موقع المجیز هو بقاء شیء من ماله یسع ذلک، فإن حصل ذلک کان إجازة و إلاّ کان ردّا، و قد نبّهنا علی ذلک فی باب البیع عند قوله «و الأقرب اشتراط أن یکون مجیزا فی الحال»(۱) و بیّنّا الحال فی ذلک»(۲).

۱- ۱ . قواعد الأحکام ۱۹/۲.

۲- ۲ . مفتاح الکرامة ۲۵۱/۱۶.

المسألة الثالثة: بیع الفضولی لنفسه

اشارة

قال الشیخ الأعظم: «و هذا غالبا یکون فی بیع الغاصب»(۱).

الأقوال فی بیع الغاصب:

اشارة

أکثر الفقهاء عدّوا بیع الغاصب من أقسام بیع الفضولی و من أفراده کما صرّح به فخر المحقّقین فی الإیضاح(۲)، و علی أنّه من أفراده والده العلاّمة فی التذکرة(۳) و المختلف(٤) و نهایة الإحکام(٥) و الشهید فی الدروس(٦) و حواشیه(۷) و الفاضل المقداد فی التنقیح(۸) و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد(۹) و الصیمری فی غایة المرام(۱۰).

القول الأوّل

قال الشيخ أسداللّه التسترى: «... و هو قضية إطلاق الباقين و اللازم من فتاواهم فى

١- ١ . المكاسب ٣٧٦/٣.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

٣- ٣ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠ و ٢١٩.

٤- ٤ . مختلف الشيعة ٥٥/٥.

٥- ٥ . نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

٦- ٦ . الدروس ١٩٣/٣.

٧- ٧ . نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٩٩/١٢.

٨- ٨ . التنقيح الرائع ٢٧/٢.

٩- ٩ . جامع المقاصد ٧٦/٤ و ٧٧.

١٠- ١٠ . غاية المرام ١٥/٢.

مسألة ترتيب مسلسلة العقود على أحد العوضين»(١).

و قال فى الجواهر: «... و من هنا كان بيع الغاصب من الفضولى عند المعظم أو الجميع»(٢).

فعلى القول بصحة بيع الفضولى يكون بيع الغاصب صحيحا بإذن المالک. و هذا هو القول الأوّل.

و القول الثانى: هو البطلان مطلقا.

و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس فإنّ المحكى

و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس (٣) فإنّ المحكى عنه نفى الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا كان بعين المغصوب.

و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلاّمة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين

و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلاّمة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين علم المشترى بالغصبية و جهله بها.(٤)

أقول: بعد ظهور الأقوال الأربعة لابدّ من التَّذْكير بأنّ هذا البيع لا يكون نادرا من غير الغاصب خلافا لما يظهر من الشيخ الأعظم حيث يقول بأنّه «و قد يتّفق من غيره بزعم ملكيّة المبيع»(٥)، بل كثيرا ما يقع كالبيوع الفاسدة المبنيّة على الأمارات المعتبرة كاليد و السوق و على الاصول المعتبرة نحو الاستصحاب و أصالة الصحة و غيرها، وَ الْبائِعُوْنَ فى هذه الموارد يبيعون لأنفسهم باعتقاد الملكية لهم و إذا ظهر بطلان اعتقادهم يكون مصداقا لهذه المسألة و ضرب الشيخ الأعظم مثلاً لهذه الموارد بصحيحة الحلبى(٦) التى رواها المشايخ الثلاثة فى الإقالة بالوضيعة التى مرّ الاستدلال بها فى الوجه الثامن من وجوه

١- ١ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٣١.

٢- ٢ . الجواهر ٤٥٧/٢٣ (٢٨٢/٢٢).

٣- ٣ . نقل عنه الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ١٣٨/٢.

٤- ٤ . كما فى مفتاح الكرامة ٦٠٠/١٢، و المكاسب ٣٨٧/٣ و حاشية المكاسب ١٣٨/٢ للسيّد اليزدى، و هدى الطالب ٥٤٠/٤.

٥- ٥ . المكاسب ٣٧٦/٣.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

الاستدلال على صحة الفضولى فراجعه(١) و التمثيل تام.

أدلة صحة بيع الفضولى لنفسه

١- العمومات و الاطلاقات

بالتَّقْرِيب الذى مرّ فى المسألتين السابقتين، قال الشيخ الأعظم: «للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدّم»(٢).

٢- فحوى الصحة فى النكاح

التى مرّت فى الوجه الرابع من وجوه الاستدلال على المسألتين، و الفحوى تام عندنا و لم يتم عند الشيخ الأعظم كما مرّت، و الكبرى الكلّيّة المستفادة من رواياتها و التعليل الوارد فيها تام و تشمل هذه المسألة أيضا.

٣- صحيحة محمّد بن قيس

التى رواها المشايخ الثَّلاثُةُ فى قضاء أميرالمؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيّدها و أبوه غائب الخ(٣). ظاهرة فى بيع الوليدة لِلابن لا الأب فضولة و هو عين مسألتنا هذه.

لأنّ الحكم مستفاد من ترك الاستفصال و هو أمارة العموم كما عليه السيّد الخوئى(٤) ثمّ فرّق بين جريانه فى المسألتين الثانية و الثالثة بعدم جريانه فى الثانية و جريانه فى الثالثة، و التفصيل بين المسألتين بلا وجه كما يظهر من مقالتنا فى المسألة الثانية حولها.(٥) و إن كان السيّد الخوئى يمنع جريان ترك الاستفصال فى المسألة الثانية بادعاء أنّ ظهور عدم الإذن فى عدم المنع لا ينكر ولكن هذا الظهور مفقود فى المسألة الثالثة فيجرى ترك الاستفصال فتأمل.

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٠.

۲- ۲ . المكاسب ۳۷٦/۳.

۳- ۳ . وسائل الشيعة ۲۰۳/۲۱، ح۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٤- ٤ . مصباح الفقاهة ۱۱۲/٤.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد صفحة ۳۱٥.

٤- الروايات الواردة فى الاِتِّجار بمال اليتيم

لأنّ غير الولى إذا اتَّجَرَ بمال اليتيم من دون إذن الولى يكون غاصبا و ضامنا لأصل ماله و الربح يكون لليتيم و لا زكاة هنا، و بعد أن يأخذ اليتيم ربحه يحكم بصحة معاملات المتاجر الغاصب و يمكن استفادة صحة بيع الفضولى فى هذه الصورة من هذه الروايات.(۱)

٥- معتبرة مسمع أبى سيار

(۲)

الماضية(۳) فى الوجه العاشر من وجوه الاستدلال على صحة الفضولى، و الودعى الجاحد يكون غاصبا و أمر الإمام عليه السلام بأخذ نصف الربح منه و هذا الأخذ يكون إذنا و إجازة فى معاملاته السابقة الغاصبة فيكون بيع الفضولى لنفسه صحيح، و المعتبرة يكون كالنص فى صحته.

و هذا المقدار من الأدلة يكفى فى الحكم بالصحة و أمّا ادِّعاءُ جريان «أكثر ما تقدّم من المؤيدات»(٤) كما عن الشيخ الأعظم فَهُوَ غير تام، لعدم جريان غير ما ذكرها إلاّ هذه المعتبرة و هى غير مذكورة فى ما تقدّم من كلام الشيخ الأعظم - و لعلّه لا تتم دلالتها على صحة بيع الفضولى - فالإدعاء فى غير محلّه، و لذا استشكل عليه الفقيه اليزدى بقوله: «و المؤيدات المتقدمة أيضا غير جارية»(٥).

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٧.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.

٣- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٤٥.

٤- ٤ . المكاسب ٣٧٦/٣.

٥- ٥ . حاشية المكاسب ١٣٨/٢.

أدلة بطلان بيع الفضولى لنفسه و مناقشتها

اشارة

ذكر الشيخ الأعظم(١) خمسة وجوه للبطلان و ناقش الجميع:

الوجه الأوّل: النبويان

الماضيان فى أوّل الاستدلال بالسنة الشريفة(٢) على بطلان بيع الفضولى و الجواب عنهما كالجواب فلا نعيد.

قال الشيخ الأعظم: «بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه»(٣).

و قال الفقيه السيّد اليزدى فى تبيين مراده: «يعنى بعد ما عرفت من اختصاص موردها بالبيع لنفسه و إلاّ فالاستدلال بها ليس مبنيّا على الاختصاص، إذ مع الإطلاق أيضا يمكن الاستدلال بها للمقام بدعوى أنّ صورة البيع للمالک خارجة عنها بالدليل، هذا إن قلنا فيه بالصحة، و إلاّ فالأمر أوضح»(٤).

أقول: تبيينه تامٌّ، و بيع الفضولى بعد إجازة المالک يستند إليه و يدخل فى عنوان بيع ما عنده و بيع ما يَمْلک بلا فرق بين بيعه للمالک أو مع سبق نهيه أو لنفس الفضولى و لذا قال الأُستاذ المحقّق - مدظله - «مع لحوق الإجازة يتبدّل الموضوع و يصحّ البيع»(٥). هذا أوّلاً.

و ثانيا: على فرض تعميم الحديثين على صور بيع الفضولى أو اختصاص موردهما ببيعه لنفسه لا لمالكه يدلان على بطلان صور بيع الفضولى أو الصورة الثالثة التى يبيع الفضولى لنفسه، و الأدلة الدالة على صحة الفضولى عموما أو خصوص الصورة الثالثة يخصصن عموم الحديثين بجريان قاعدة العام و الخاص.

١- ١ . راجع المكاسب ٣٧٨٦/٣ و ما بعده.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٦٤ و ٢٦٨.

٣- ٣ . المكاسب ٣٧٦/٣.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ١٣٨/٢.

٥- ٥ . العقد النضيد ١٤٠/٣.

الوجه الثانى: اعتبار عدم سبق منع المالک

و هذا الاعتبار مفقود فى المغصوب و قد مرّ عن المحقّق الكركى(١) بأنّ الغصب قرينة عدم الرضا و معلوم بأنّ عدم الرضا يعنى الكراهة و هى عبارة أُخرى عن الردِّ، و بقاء هذه الكراهة - أى الردّ - بعد العقد ولو آنا ما كافٍ فى الردّ و البطلان و أجمع الأصحاب على بطلان العقد بعد الرد و أنّ الإجازة بعد الرد لا تصححه

و ذكر هذا الوجه الشيخ أسداللّه التسترى(٢) و أحال جوابه على ما ذكره فى المسألة الأُولى.

و ناقش فيه الشيخ الأعظم(٣) بأمور:

الأوّل: الدليل أخصّ من المدّعى، لأنّه مختص بالغاصب و البحث فى هذه الصورة أعمّ من الغاصب و غيره من الذين يرون مال الغير ملكهم خطاءً.

الثانی: أنّ الغصب لیس قرینة علی عدم الرضا بالبیع مطلقا حتّی للمالک و رجوع الثمن إلیه، بل قرینة علی عدم الرضا بکون البیع للغاصب و رجوع الثمن إلیه، فلا یعدّ ردّا للبیع لمالکه و تملّکه للثمن.

الثالث: «قد عرفت أنّ سبق منع المالک غیر مؤثّر»، و أنّه لیس ردّا، و الکراهة السابقة بعد ورود الإجازة لا عبرة بها، مع أنّ أصل الکراهة غیر مضرّة بالصحة کما مرّ نظیره فی بیع المضطرّ.

الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقیقیة

اشارة

قال العلاّمة: «لا یتصوّر أن یبیع الإنسان مال غیره لنفسه»(٤).

و مراده: اعتبار المعاوضة الحقیقیة فی البیع و هی دخول الثمن فی ملک مَنْ یخرج المبیع مِنْ ملکه و دخول المبیع فی ملک مَنْ یخرج الثمن مِنْ ملکه، و قصد هذه المعاوضة

١- ١ . جامع المقاصد ٦٩/٤.

٢- ٢ . مقابس الأنوار، کتاب البیع /٣٢.

٣- ٣ . راجع المکاسب ٣٧٧/٣.

٤- ٤ . تذکرة الفقهاء ٢٤٦/١٣، و نحوها فی القواعد ١٢٧/٢.

مفقودة فی بیع الفضولی لنفسه، لأنّه یرید خروج المبیع من ملک مالکه ولکن دخول الثمن فی ملک نفسه، و إذا لم یقصد المعاوضة الحقیقیّة لم یتحقق المعاقدة و ما هو مقوِّم للعقد فلم یتحقّق البیع.(١)

و أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابين

اشارة

(٢):

الأوّل: الدليل أخص من المدّعى لأنّه يختص بالغاصب

الأوّل: الدليل أخص من المدّعى لأنّه يختص بالغاصب، و أمّا من كان معتقدا بملكية المبيع له يتمشّى منه قصد المعاوضة الحقيقية.

الثانى: الغاصب بعد أن يدعى أنّه مالک يقصد المعاوضة الحقيقية

الثانى: الغاصب بعد أن يدعى أنّه مالک يقصد المعاوضة الحقيقية، فقصد المعاوضة الحقيقية موجودة و مبنيّة على أمر غير واقعى، و ادعاءه يكون نظير المجاز الادّعائى فى الأُصول.

ثم اعترضوا على جوابى الشيخ الأعظم بأُمور لا يتم بعضها:

الاعتراض الأوّل:

الاعتراض الأوّل: توجيه الشيخ الأعظم «يختصّ بالغاصب و الموضوع فى المسألة الثالثة أعمّ من الغاصب و يشمل البايع الذى يرى نفسه مالكا جهلاً أو خطأً أو اجتهادا حيث لا يدّعى المالكية بل يرى نفسه مالكا حقيقةً منذ البداية فجوابه رحمه الله أخص من المدّعى»(٣).

و يرد عليه: أَنَّهُ لابدّ أن ينظر إلى جوابى الشيخ الأعظم معا و من الواضح أنّ من يرى نفسه مالكا يتمشّى منه قصد المعاوضة الحقيقية فيتمّ جوابه فى الفرضين.

اللهم إلاّ أن يقال: بعدم كفاية قصد المعاوضة الحقيقية بل لابدّ من نفس المعاوضة الحقيقية و هى مفقودة فى الفرضين فيعود الإشكال.

ولكن يمكن أن يقال: بتحقق المعاوضة الحقيقيّة بعد إجازة المالک و استناد البيع إليه و أخذه للثمن أو ماشاء به، فيرتفع الإشكال من رأسه.

ص: ٣٢٦

١- ١ . قد مرّ هذا الوجه الثانی و الثالث من وجوه الاستدلال علی بطلان بيع الفضولی بوجوه اُخری فراجع هذا المجلد صفحة ٢٩٣ و ٢٩٤.

٢- ٢ . راجع المكاسب ٣٧٧/٣ و ٣٧٨.

٣- ٣ . العقد النضيد ١٤٢/٣.

الاعتراض الثانی: قال المحقّق الإيروانی

الاعتراض الثانی: قال المحقّق الإيروانی رحمه الله : «انّ دعوی الغاصب الملكية تارة تكون من قبيل الواسطة فی الثبوت و اُخری من قبيل الواسطة فی العروض، أعنی: [١]تارة يقصد وقوع المعاوضة لنفسه و كان مصحّحه دعواه الملكية كما تثبت الأظفار للمنيّة بدعوی أنّها سبع، [٢] و اُخری يقصد وقوع المعاوضة للمالک الواقعی ثم يدّعی أنّه هو هو لأجل تملّک العوض... و فی هذا(١) يكون للغصب قصدان، قصد كبرویّ و هو قصد وقوع المعاملة للمالک الواقعی و آخر صغروی و هو قصد أنّه هو ذلک المالک الواقعی لأجل تلقی الثمن و و تملّكه، فإن كان الأوّل: اتّجه عليه أنّ ادّعاء كونه مالكا لا يصحّح القصد إلی المعاوضة الحقيقية فإنّ المعاوضة المبنيّة علی الإدّعاء لا تكون حقيقّة، و كيف يكون حقيقيّا ما أساسه الإدّعاء و لا أدری كيف ذكر المصنف [الشيخ الأعظم] ذلک مع وضوح فساده، و هل يكون إثبات الأظفار علی وجه الحقيقة للسبع الإدعائی، فاذا كانت المعاملة الإدعائية لم تجدها الإجازة فی صيرورتها حقيقيّة و فی ترتب الأثر عليها.

و إن كان الثانی: فالمعاملة و إن كانت حينئذ حقيقية لكن الوجدان يكذّب أن يكون للغاصب قصدان و إنّما قصد واحد للمعاملة فی حقّ نفسه كالمالک الحقيقی فالادعاء إن كان فهی من قبيل الوسطة

فى الثبوت دون العروض... - إلى أن قال: - كيف تكون المعاوضة المبنيّة على أمر غير حقيقى حقيقية و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أنّ هذه الدعوى من المصنف رحمه الله فى غير محلّها»(٢).

و يرد عليه: أوّلاً: أَنَّ اعتراضه قدس سره ناشِئٌ من عدم الوصول إلى لبّ المراد فى مسلك الحقيقية الاِدّعائية فى باب المجاز و أنّه «ليس من وضع اللفظ محلّ اللفظ بل هو وضع المعنى محلّ المعنى»(٣) فإذا جعل الغاصب نفسه مقام المالک ادعاءً ينشى ء منه قصد المعاوضة حقيقةً لا ادعاءً فيتمّ المطلوب.

و ثانيا: كثيرا ما يترتب على أمر غير حقيقى أُمُوْرٌ واقِعيَّةٌ و حقيقيّةٌ نحو عقد

١- ١ . أى الثانى.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢٣٨/٢ و ٢٣٩.

٣- ٣ . كما عليه مؤسسها العلاّمة الجدّ فى وقاية الأذهان /١٠٦.

النكاح الذى ليس إلاّ أن يكون اعتباريا و يترتب عليه أُمُوْرٌ واقِعيَّةٌ و حقيقيّةٌ كالوطى و الولد و وجوب الإنفاق و الإرث و نحوها.

و ثالثا: لا نقول بصحة بيع الغاصب أو الذى يبيع لنفسه إلاّ بعد صدور الإجازة من المالک و بعدها يكون نظير مَنْ باع شيئا وَ تَخيَّلَ أنّه لغيره فبان أنّه لنفسه، أو أنّه سرقة أو خيانة فبان أنّه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلک، أو تزوّج بامرأة، بتخيل أنّها خامسة أو ذات بعل أو اُخت زوجته فبانت أنّها ليست كذلک بل هى امرأة خليّة يجوز تزويجها حكم بصحة النكاح اتفاقا.(١)

الاعتراض الثالث:

جواب الشيخ الأعظم رحمه الله بالنسبة إلى الغاصب يجرى فى الغاصب الملتفت لغصبه النازل نفسه منزلة المالک ادعاءً و مجازا ثمّ بعد هذا الالتفات و التنزيل و الإدّعاء أنشأ البيع فيتم بيعه عند الشيخ الأعظم، ولكن هذه القيود يغفل عَنْها الغاصب غالبا - لو لم نقل دائما - و مع غفلته لا يتم ما ذكره قدس سره .

و لذا قال الفقيه السيّدُ اليزدى رحمه الله : «... فإنّا لو سلّمنا هذا الجعل من الغاصب غالبا فلا نسلّمه دائما، ولو كان الملاک ذلک لزم فى الحكم بصحته بالإجازة إحراز هذا الجعل منه بالعلم، إذ مع عدمه لا وجه للحمل عليه إلاّ من باب حمل فعله على الصحة، و المفروض فساد فعله جهة حرمة بيعه...»(٢).

الاعتراض الرابع:

لازم جواب الشيخ الأعظم هو التفصيل بين الغاصب الذى يدعى الملكية لنفسه و الذى لايدّعيها، و هذا ممّا لا يلتزم به فقيهٌ، لأنّ المشهور عندهم تصحيح بيع الغاصب بالإجازة اللاحقة من المالک.

قال الفقيه السيّدُ اليزدى رحمه الله : «... و لازم هذا الوجه عدم الحكم بالصحة إذا علم منه

١- ١ . كما يظهر هذا الأخير من السيّد الخوئى فى مصباح الفقاهة ١١٢/٤.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ١٣٩/٢.

عدم التنزيل المذكور و لم يقل أحد بهذا التفصيل»(١).

الاعتراض الخامس:

وَ بِناءً على جوابه قدس سره فلا يصحّ بيع الغاصب إلاّ بعد ادّعاء المالكية، و إذا شككنا فى غاصب بأنّه هل يدعى المالكية أم لا؟ تحقّق الشبهة المفهومية و معها لا مجال للتمسّک بأصالة الصحة فى العمل الصادر منه حتّى نحكم بصحته بعد إجازة المالک الواقعى، لأنّ جريان أصالة الصحة متوقف على إحراز أصل العمل - و هو البيع هنا - ثمَّ الشک فى اجتماع الشرائط و فقد الموانع، و مع عدم إحراز أصل العمل لا مجال لجريانها.(٢) كما مرّ كلام الفقيه اليزدى فى عدم جواز التمسک بأصالة الصحة، فى ذيل الاعتراض الثالث.

لأجل هذه الاعتراضات تَصَدّى جماعة من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث و اليک أقْوالُهم:

جواب الفقيه السيّدِ اليزدى:

قال: «فالصواب فى الجواب أن يقال: حقيقة البيع ليس إلاّ مبادلة مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، و هذا المعنى موجود فى بيع الغاصب، و قصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته و لاينافيه أيضا، و لا فرق فيه بين الوجهين من التنزيل و عدمه»(٣).

أقول: يأتى نقده فى ردّ جواب المحققق النائينى الآتى.

جواب المحقّق النائينى:

قال: «الحقّ امكان تحقّق قصد المعاوضة الحقيقية من الغاصب فضلاً عن الجاهل المعتقِد بأنّه ملكه.

أمّا اجمالاً: فلما نرى خارجا من قصد المعاوضة حقيقة من الظَلَمة و السرّاق بل لا يفرّقان بين ملكهما الموروثى و الملک الذى بيدهما من غيرهما.

١- ١ . حاشية المكاسب ١٣٩/٢.
٢- ٢ . هذه الاعتراضات الثلاثة الأخيرة تظهر من العقد النضيد ١٤٣/٣.
٣- ٣ . حاشية المكاسب ١٣٩/٢.

و أمّا تفصيلاً: فلأنّ صدور المعاملة من الغاصب مبنيّ على تجعّلٍ منه فى المالكية بمعنى أنّه يغصب الإضافة الحاصلة بين المالک و ملكه و يسرقها و كأنّه يقطع حبل الملكيّة المتصلة بين المالک و ملكه و يوصله بنفسه، فبعد سرقة الإضافة يرى السارق نفسه ذا إضافةٍ و ذا جدةٍ اعتبارية، فيبيع ما هو ملک له كسائر أمواله التى تحت سلطنته. و بهذا الاعتبار يصدر المعاوضة منه حقيقةً و يوقع التبديل بين ملكى المالكين.

ثمّ لا يخفى أنّ هذه المقدمة المطويّة - أى رؤية نفسه مالكا - لا تضرّ بالمعاملة و ليس من موانع العقد كمانعية الفصل بين الإيجاب و القبول و نحو ذلک، فإنّ هذا البناء و التشريع كالبناء فى العبادات الغير المضرّ بعباديتها... .

ففى مقامنا لو قصد المعاوضة بين ملک نفسه و ملک غيره بأن باع مال الغير لنفسه من دون بنائه على ملكية المبيع أو اعتقاده فهذه المعاوضة فاسدة لأنّه قصد تملّک الثمن بلا تمليک المثمن من ماله.

و أُخرى: يقصد المعاوضة بين ملكى المالكين مع اعتقاده أو بنائه على أنّه مالک فهذا البناء و الاعتقاد يلغى و يصحّ العقد بالاجازة و المَنْشَأ هو المجاز، لأنّ الإجازة تعلّقت بالتبديل بين ملكى المالكين، لا بالقصد المقارن أو الخطأ فى التطبيق»(١).

و يرد عليه: أوّلاً: الغصب يتعلّق بمال الغير أو حقّه و أمّا تعلّقه بالإضافة الملكيّة و سرقتها فهو ممّا لايمكن أن يُعْقَلَ، و لذا قال السيّد الخمينى: «إنّ سرقة الحقيقيّة غير ممكنة و لا واقعة، و السرقة الإدعائية لا تدفع الإشكال»(٢).

و لعلّ لأجل عدم إمكان تعقّله عدل عنه فى دورته الأخيرة و لم يأت بهذا البيان بل قال: «تقوّم البيع و نحوه من عقود المعاوضات على العوضين و أنّ المتعاملين ليسا ركنين فيها بخلاف النكاح...»(۳).

و ثانيا: يتم ما ذكره من أن البيع هو المبادلة بين الملكين دون المالكين ولكن لا

۱- ۱ . منية الطالب ۳٦/۲ و ۳۵.

۲- ۲ . كتاب البيع ۱٤۲/۲.

۳- ۳ . المكاسب و البيع ٤۷/۲.

ينافى حصول المبادلة القهرية بين المالكين عند البيع فحينئذ يعود الإشكال من رأسه، لأنّ بيع الغاصب يوجب خروج المبيع من ملكيّة المالک الواقعى و دخول الثمن فى ملكيّة المالک الإدعائى.

و هذا الإشكال الأخير أيضا يرد على الفقيه السيّدِ اليزدى رحمه الله .

جواب المحقّق الإيروانى

قال: «منع توقّف المبادلة على قصد دخول أحد العوضين فى ملک مالک الآخر و توضيح ذلک يتوقّف على شرح حقيقة الملكية:

فاعلم أنّ الملكية علاقة اعتبارية بين المالک و المملوک تشبه العلاقة الحسيّة الحاصلة بين السلطان و المسلَّط و بين المستولى و المستولى عليه استيلاءً خارجيّا فكانّما هناک حبل واصل بينهما أحد طرفى هذا الحبل متصل بالمالک و الآخر متصل بالمملوک... و هذه الملكيّة و الاعتبار الوهمى قد تتغيّر بتغيّر المالک مع حفظ إضافتها إلى جانب المملوک كما تعطى فى مثل الدابة المقود عن يدک

إلى غيرک، و يعبّر عن هذا فى المقام بالهبة فيقوم المالک و يجلس مالک آخر مكانه مع انحفاظ اضافة الملكية فى جانب المملوک.

و قد تتغيّر بتغيّر المملوک مع حفظ إضافتها إلى المالک كما فى مثال الدابة محلّ رسن الدابة من رأس دابتک و تربطه بدابّة صاحبک بازاء أن يحلّ صاحب رسن دابته و تربطه بدابتک مع بقاء المُمْسَكَيْنِ فى أيديكما و يعبّر عن هذا فى المقام بالبيع، فالبيع أن يأخذ كلّ من العوضين ملكيّة صاحبه و يعطيه ملكية نفسه، و هذا تارة يكون مع انحفاظ الإضافة إلى المالكين كما فى [ما] ذكرناه من المثال و كما فى أغلب البيوع.

و اُخرى: يكون مع نقل هذه الإضافة أيضا إمّا من المالكين جميعا أو من أحدهما فيكون التبادل فى العينين فى ملكيتهما مع انتقال الملک من مالكه الأصلى إلى غيره فيكون هذا ثالث الأقسام و متضمّنا لمعنى البيع و الهبة جميعا فكان لنا هبة ساذجة و بيع ساذج و مركب من الأمرين... .

و من هنا ظهر أنّ حقيقة البيع و المعاوضة و المبادلة غير متقوّمة بقصد دخول

ص: ٣٣١

العوض فى ملک مالک المعوّض، نعم إذا أطلق كان قضيته ذلک... .

و إن تعاسرت من هذا قلنا: فلاأقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب أو كلّ بايع مال غيره لنفسه أو مشترى بماله لغيره هبّة معوّضة فيهب مال الغير بازاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه أو يهب ماله للغير بازاء أن يهب الجانب الآخر ماله لغيره، و يكون القبول الطرف الآخر إنشاءً للهبة الاُخرى فإن كان هذا من المالک صحّ بعموم أدلّة صحة المعاملات و خصوص أدلة صحة الهبّة، و إذا كان من الفضولى صحّ بإجازة المالک بدليل صحة معاملة الفضولى ولكن لازم هذا أن يملک الغاصب الثمن بل لازم الأوّل أيضا ذلک...»(١). و لإجل تفصيل كلامه راجع إلى كتابه.

أقول: يرد عليه: أوّلاً: المبادلة تستلزم تبادل العوضين و دخول المعوّض فى ملک مَن خرج من ملكه العوض. و هى من العناوين ذات التعلّق و كلّ عنوان مبادلى يحتاج إلى طرف آخر ليتم من خلاله التبادل. فحقيقة المبادلة يتوقف على المبدل و البدل فلا تَتَحَقَّقُ هذه المبادلة فى بيع الغاصب لخروج المال من ملک مالكه الواقعى و دخول الثمن فى ملک الغاصب.

و ثانيا: الملكية تدخل فى الْعَناوِيْنِ ذات الإضافة الاعتبارية و تحتاج إلى المضاف و المضاف إليه، ففى الهبة ذات المملوک تكون باقية ولكن إضافتها الملكية تتبدّل فى جهتى المالكية و المملوكية باعتبار تبديل اضافة الملكية و كذلک الحال فى البيع.

و تشبيهها [أى تشبيه اضافة الملكية] بالرسن غير تام لأنّ الملكية من مقولة الإضافة و الرسن وجود رابطىٌّ و بينهما برزخ لا يبغيان.

و ثالثا: و أمّا تصوير بيع الغاصب من كونه مركبا من البيع و الهبة فَغَيْرُ معقول لأنّ البيع عقد متقوّم بعدم المجانية و الهبة عقد متقوّم بالمجانية و الجمع بين المجانية و عدمها فى عقد واحد من المحالات.

و رابعا: و تصوير بيع الغاصب بالهبة المعوّضة أيضا غير تام لأنّ العقد أمرٌ انشائىٌ

١- ١ . حاشية المكاسب ٢/(٢٣٨-٢٣٦).

قصدىٌ و ما يقوم به الغاصب هو البيع فكيف يمكن حمله على الهبة المعوّضة مع عدم قصدها عند الغاصب.(١)

فلا يتم ما ذكره المحقّق الإيروانى قدس سره .

جواب المحقّق الاصفهانى:

قال بعد نقض بعض الأَعْجُوبَةِ: «و التحقيق: إِنَّ البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المزبور [أى المبادلة الحقيقية الواردة فى كلام الشيخ الأعظم] حتّى يرد المحذور المذكور [أى الإشكال الذى طرحه الشيخ الأعظم] بل هو التمليك لا مجانا - أى تمليك شى ءٍ فى قبال شى ءٍ بحيث لا يكون مجانا - فالتمليك بإزاء سقوط الحقّ عن ذمّته تمليك شى ءٍ بازائه شى ء، لا بحيث يقوم مقامه فى ماله من الإضافة، بل قد مرّ فى محلّه(٢) من أنّ البيع لا يجب أن يكون تمليكا كما فى بيع العبد بالزكاة فإنّ حقيقته قطع إضافة الملكية بإزاء شى ء لا تمليك من يؤدى الزكاة فراجع ما قدمناه»(٣).

و يرد عليه: أوّلاً: تعريف البيع بالتمليك لا مجانا لا يُطابق ما هو المرتكز عند العقلاء، لأنّه ليس عندهم مركبا من أمر وجودى و أمر عدمى، مضافا إلى أنّ الأمر العدمى كيف يكون فصلاً للأمر الوجودى.

و ثانيا: لو تنزّلنا و قبلنا منه هذا التعريف الأخير - أى التمليك لا مجانا - فكيف يمكن الجمع بينه و بين تعريفه فى أوّل البيع بأنّه «البيع: هو المعنى الذى يحصل بالتسبيب إليه بإنشاء»(٤).

و مراده بالأخير أنّ البيع متقوّم بقصد التسبيب بإنشاء الملكيّة الشرعية و العرفية،

١- ١ . يظهر هذه الرودود من الاستاذ المحقّق - مدظله - بناءً على ما ورد فى العقد النضيد ٣/(١٥٠- ١٤٨).

٢- ٢ . راجع حاشية المكاسب ٦٤/١.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ١١٨/٢.

٤- ٤ . راجع حاشية المكاسب ٦٤/١.

مضافا إلى انّه لا يمكن أنْ يتمشى من الغاصب التسبيب بذلک.(١)

جواب المحقّق السيّدِ الخوئی:

ظهر منه قدس سره جوابان لهذا الإشكال فی الدورتين المختلفين من درسه الشريف:

١- فی الدورة الأُولی تبع المحقّق السيّدِ الخوئی استاذَه الأصفهانی و قال: «حقيقة البيع... ليس إلاّ إعطاء لا مجان و لا يعتبر فيه دخول العوض فی كيس من خرج عن كيسه المعوّض و بالعكس، لما يرد علی العلاّمة و من تبعه [القائلين بهذا الاشتراط - أی دخول العوض فی كيس مَنْ خرج عن كيسه المعوّض و بالعكس] من النقض ببيع الكلّی و بيع الاوقاف و الزكوات و أمثال ذلک فلا إشكال فی صحته، و أنّه يقع للمالک إذا أجاز، و مجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة»(٢).

يرد عليه غير ما أُوردناه علی المحقّق الاصفهانی رحمه الله فی الإشكال الأوّل، أوّلاً: تعريف البيع بالإعطاء لا مجّانا مخالف لما اختاره فی تعريف البيع فی أوّل تقرير دروسه من أنّه «تبديل عين بمال فی جهة الإضافة»(٣). و بين التعريفين بون بعيد وَ فَرْقٌ مَدِيْد.

و ثانيا: و ما اورده قدس سره من النقوض علی اشتراط العلاّمة لا يَرِدُ لأنّ بيع الكلّی يدلّ علی عدم اعتبار ملكية المبيع لبائعه حين البيع، لا نفی الاشتراط المذكور.

و أمّا بيع الاوقاف و الزكوات فلا يدل علی نفی الاشتراط المذكور لأنّ فی هذه البيوع يدخل العوض فی كيس من يخرج عن كيسه المعوّض، لأنّ المخرِج عن كيسه هو الجامع المنطبق علی كلٍّ من الأصناف الثمانية - فی بيع الزكوات - أو العنوان العام - فی الوقف العام - أو الأشخاص - فی الوقف الخاص - المعبّر عنهم بالموقوف عليهم فی الوقفين كما ذكره شيخنا الاستاذ(٤) قدس سره .

٢- ولكن فی دورته الثانية قال: «... حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفسانی

١- ١ . الاشكالان للاستاذ المحقّق - مدظله - كما فى العقد النضيد ١٥٢/٣.

٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٥٠/٢.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٦/٢.

٤- ٤ . إرشاد الطالب ٣٥٣/٣.

المظهر بمبرز خارجى، و من الظاهر أنّه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبائعين، و إن لم يكن فى العالَم شى ءٌ من الشرع و العرف، و أمّا كونه ممضى للعقلاء و الشرع فهو أمر خارج عن حقيقة البيع و إنّما هو من الأحكام اللاحقة له، و على هذا فالبائع الغاصب مثلاً و إن قصد دخول الثمن فى ملكه مع أنّ المبيع قد خرج عن ملك غيره، ولكن الإخلال بذلک لا يوجب الاخلال بحقيقة البيع لأنّ قصد حقيقته لما كان مستلزما لقصد دخول أحد العوضين فى ملک من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضة حقيقة و إنْ انضم إلى ذلک قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزلة المالک، لأنّ تعيين المالک الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقة البيع بل القصد إلى العوض و تعيينه يغنى عن القصد إلى المالک و تعيينه»(١).

و يرد عليه: أوّلاً: ما ذكره بعنوان حقيقة البيع - الاعتبار النفسانى المُظْهِر بمبرز خارجى - ليس حقيقة البيع بل هو تعريف الإنشاء على مبناه الخاص المتفرّد به(٢) فى قبال المشهور - حيث ذهب إلى أنّ الإنشاء أمر نفسانى أو اعتبار كذلک يظهر بمبرز خارجى نحو الجمل الإنشائية - و هو غير تام عندنا و تفصيل البحث حول النقود الواردة عليه يطلب من أبحاثنا فى علم الأُصول.

و ثانيا: الغاصب الذى يقصد المعاوضة الحقيقيّة أمّا أن يدعى أنّه عنوان المالک الحقيقى أو شخصه و مصداقه، و الأوّل - العنوان - لا يصدر منه البيع لأنّ حقيقة المعاوضة فى شخص المالک و مصداقه، و العنوان بما هو عنوان لا ينشأ و لا يصدر منه شى ءٌ.

و الثانی - شخص المالک و مصداقه - و إن یمکن إصدار البیع منه ولکن البیع یقتضی التبادل فی إطار المالین المملوکین للمالکین و الغاصب أجنبیٌّ عنهما و یستلزم إصدار البیع منه دخول العوض فی ملک من لم یخرج من کیسه المعوّض فیعود الإشکال من رأسه(۳)، و لعلّ السیّد الخوئی فَطنَ لعوده و لذا قال بعد ما ذکرناه عنه: «نعم، یعتبر فی

۱- ۱ . مصباح الفقاهة ٤/١١٤.

۲- ۲ . راجع لتفصیل البحث محاضرات فی اصول الفقه ۹۹/۱ و ۹۸، طبع موسوعته.

۳- ۳ . راجع العقد النضید ۱۵۳/۳ بتقریر منّا.

مفهوم البیع قصد المتبائعین دخول العوض فی ملک من خرج المعوّض عن ملکه و بالعکس و إلاّ فلا یصدق علیه البیع، و علیه فلو اشترط علی البائع دخول الثمن فی ملک الأجنبی، أو اشترط علی المشتری دخول المبیع فی ملک غیره کان ذلک سببا لبطلان البیع جزما ضرورة أنّ الاشتراط المزبور علی خلاف مقتضی العقد»(۱).

جواب المحقّق السیّد الخمینی رحمه الله :

قسّم الإشکال إلی قسمین العقلی و العقلائی، مراده بالأوّل هو قصد التسبّب بالإنشاء إلی الملکیة الشرعیة أو العرفیة کیف یتحقق من الغاصب الملتفت إلی غصبه و إلی أنّه غیر المالک، فهذا الاشکال یختص بالغاصب الملتفت.

و الثانی: أنّ البیع عبارة عن تملیک العین بالعوض و هو متقوّم بدخول الثمن فی ملک مَنْ یخرج من ملکه المثمن و هذا المعنی لا یتحقق فی بیع الغاصب لنفسه ولو تَمشّی منه القصد إلی التسبیب إلی الملکیّة الشرعیة أو العرفیة.

ثم قال فی دفع الإشکال العقلی: «إنّ الإیجاب و القبول فی البیع و سائر الأسباب فی المعاملات لا تکون أسبابا واقعیّة و علّلاً لإیجاد الملکیّة أو الزوجیّة و نحوهما، ضرورة أنّ المذکورات اُمور اعتباریة لا واقعیة لها فی غیر صقع الاعتبار، ولو کان الاعتبار اعتبار أمر خارج فلا تکون الملکیّة من الأُوصاف التکوینیة الموجودة فی الخارج، بل لو کان لها خارجیة تکون خارجیتها خارجیة اعتباریة لا واقعیّة، فلا یعقل أن تکون الأسباب علّلاً لها، لعدم إمکان علّیّتها لاعتبار العقلاء، بل له مبادٍ خاصة به فإنشاء أینما تحقق لا یوجد الملکیّة، بل قد یکون موضوعا لاعتبار العقلاء کالإیجاب و القبول من الأصلیین... ففی جمیع الموارد لا یکون إیجاد السبب موجبا لوجود المسبب أی الملکیة، و لیس التملیک و التملّک الواقعیان من قبیل الإیجاد و الوجود أو الکسر و الانکسار، بل الإیجاب و القبول موضوع لاعتبار العقلاء...»(۲).

۱- ۱ . مصباح الفقاهة ٤/۱۱٤.

۲- ۲ . کتاب البیع ۲/۱٤٤.

و قال فی دفع الإشکال العقلائی: «إنّ ماهیة البیع عبارة عن مبادلة المال بالمال، و هذا المعنی لا یتقوّم بإخراج المال عن ملک البائع و إخراج العوض عن ملک الطرف کما فی بیع الوقف أو بیع وقف بمال وقف بناءً علی عدم کون الموقوفة ملکا لأحد و کمبادلة الزکاة بمثلها من ولیّین شرعیین.

نعم، بعد تأثیر الإیجاب و القبول بالمعنی الذی تقدَّم و صیرورة العین ملکا للمشتری غالبا، و فی المعاملات المتعارفة یسقط ملکیّة البائع عن المبیع و ملکیة المشتری عن الثمن و هذا غیر کونهما داخلاً فی ماهیة المعاملة، فالمعاملات المتعارفة من الفضولی لنفسه بل کلّ متعاملٍ هی المتبادلة بین المالین من غیر کون خروج العین من الملک و دخول الثمن فی الملک فی حریم الإنشاء فبیع الفضولی لنفسه کبیع الفضولی للمالک بل کبیع الأصلیین فی مقام الإنشاء... إلاّ أنّ بیع الأصیل

بتعقّب القبول يصح و يصير موضوعا للأثر و بيع الفضولى يحتاج إلى الإجازة، و بالإجازة يدخل الثمن فى ملك البائع و المثمن فى ملك المشترى، و نيّة الفضولى - كون الثمن داخلاً فى ملكه - لو فرض إمكانه أو دعواه كونه منه أو اعتقاد الجاهل به غير مربوط بماهية المعاملة و البيع. و على ذلک يدفع إشكال(١) عدم لحوق الإجازة بالبيع المذكور، و أنّ ما وقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و قد اتضح أنّ هذا الجواب يدفع الإشكالين...»(٢).

المختار فى الجواب و نقد القسم الأخير من جواب المحقّق السيّدِ الخمينى:

أقول: ما ذكره قدس سره فى دفع الإشكال العقلى تام، و هو ما أصرّ عليه من أنّها اُمور اعتبارية محضة و لا واقعية لها أصلاً إلاّ فى عالَم الاعتبار، و ليس المراد بالانشاء هو استعمال اللفظ بقصد إيجاد المعنى فى وعائه و ترتب الإيجاد على الإنشاء مباشرة و فعلاً، بحيث يكون الإنشاء علّة تامة لإيجاد المُنْشَأ، بل المراد به استعمال اللفظ فى مقام إيجاد المعنى فى وعائه المقرّر له على نحو العليّة الناقصة بحيث لو انضمّ إليه ماله دخل و

١- ١ . هذا هو الإشكال الإتى فى الوجه الرابع فانتظر.

٢- ٢ . كتاب البيع ٢/١٤٦ و ١٤٥.

تأثير فى تحقّق المُنْشَأ فيترتب عليه و إلاّ رُوْعِىَ حتّى يَنْضَمَّ إليه، فيكون الإنشاءُ جزءً للعلّة لا كلّها.(١) فيرتفع الإشكال من رأسه و أساسه ففى بيع الغاصب سواءً يكون ملتفتا أم غير ملتفت و فى بيع الفضولى لنفسه روعى إنشاءُه حتّى يلحقه إجازة المالک فإن لحقه تمّ البيع و إلاّ فلا، و بهذا البيان يرتفع الإشكالين لأنّ بالإجازة تمّ الإنشاء و يدخل الثمن فى ملک المالک المجيز.

و أمّا ما ذكره فى دفع الاشكال العقلائى فَلَيْسَ تامّا عندنا لما مرّ من استلزام البيع تعويض طرفى الإضافة و إلاّ لايتحقق المبادلة الواقعية كما مرّ من مناقشتنا الثانية لِلْمُحَقِّقِ النائينى، و الأُولى لِلْمُحَقِّقِ الإيروانى و لا نعيدها.

مضافا: إلى عدم تمامية مؤيداته فى بيع الوقف و نحوه كما مرّ فى مناقشتنا الثانية لِلْجَوابِ الأوّل للمحقّق السيّدِ الخوئى فلا نعيدها.

و ثالثة: ما يرتفع به الإشكال هو الجواب عن الإشكال العقلى - كما عرفت - لا ما ذكره فى جواب الإشكال العقلائى لعدم تماميته بالمناقشتين الماضيتين.

نعم، ما ذكره أخيرا من أنّ «بالإجازة يدخل الثمن فى ملك البائع و المثمن فى ملك المشترى» تام فيرتفع الإشكال العقلائى من أساسه.

و بما ذكرنا يظهر لک الجواب الصحيح عن الإشكال و الحمدللّه على كلّ حالٍ.

تنبيهٌ:

قال العلاّمة: «لو اشترى الفضولى لغيره شيئا بمال نفسه فإن لم يُسمّه وقع العقد على المباشر سواء أذن ذلک الغير أو لا. و إن سمّاه فإن لم يأذن له لَغَت التسمية، و به قال الشافعى... و الأقرب: البطلان فيما لو أذن، إذ ليس للإنسان أن يملک شيئا و الثمن على غيره...»(٢).

و أورد الشيخ أسداللّه التسترى عليه بقوله: «و يلزم من كلامه أنّه لو باع مال

١- ١ . لتوضيحه راجع منتقى الاصول ١٣٤/١ و ما بعده.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ٢١٨/١٠.

غيره لنفسه ثم أذن المالک - أی أجاز - علی ما وقع علیه العقد کان أیضا باطلاً للعلّة المذکورة»(۱).

و ظاهره النقض علی العلاّمة بإلزامه بالبطلان - بمقتضی تعلیله - فی مسألتنا و هی بیع الفضولی مال غیره لنفسه مع ذهاب المشهور إلی صحته.

لأنّ التستری رحمه الله یری مسألتنا - و هی بیع الفضولی مال غیره لنفسه - و مسألة التی ذکرها العلاّمة - و هی الشراءُ للغیر بمال نفسه و هی عکس تلک - تکونا من باب واحد، لأنّ تنزیل الغیر منزلة نفسه ثابت فیهما.

و اعترض الشیخ الأعظم علی التستری و قال: «و قد تخیّل بعض المحقّقین أنّ البطلان هنا [أی فی مسألة العلاّمة و هی الشراء للغیر بمال نفسه] یستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غیره لنفسه، لأنّه عکسه، و قد عرفت أنّ عکسه هو ما إذا قصد تملّک الثمن من دون بناءٍ و لا اعتقادٍ لتملّک المثمن، لأنّ مفروض الکلام فی وقوع المعاملة للمالک إذا أجاز»(۲).

مراده من «قد عرفت» قوله قدس سره : «نعم، لو باع لنفسه من دون بناء علی ملکیّة المثمن و لا اعتقاد له، کانت المعاملة باطلة غیر واقعة له و لا للمالک لعدم تحقّق معنی المعاوضة»(۳).

توضیح کلامه: مسألة العلاّمة - الشراء للغیر بمال نفسه - هِیَ علی عکس مسألتنا - بیع الفضولی لنفسه مال غیره - بناءً علی عدم إدعاء المالکیة من البائع الفضولی لنفسه للمثمن - العین - و قصد تملّکه الثمن، و یرد إشکال التستری علیه. و إمّا بناءً علی مقالة الشیخ الأعظم من ثبوت ادّعاء الملکیّة للبائع الفضولی لنفسه، فَلَیْسَتْ تلک عکس هذه، لأنّ فی مسألة العلاّمة هذا الادّعاء مفقود. فلا یرد إشکال التستری علی العلاّمة.

أقول: قد مرّ أنّ جواب الشیخ الأعظم قدس سره لم تصحح المعاوضة الحقیقیة فثبوت هذا

١- ١ . مقابس الأنوار - كتاب البيع /٣٢.

٢- ٢ . المكاسب ٣٧٨/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٣٧٨/٣.

الإدعاء - على فرض الشيخ الأعظم - و عدمه فى عكسه لا يفرّق بين المسألتين فلا يتم ردّ الشيخ الأعظم على التسترى، و إيراده واردٌ على كلام العلاّمة.

و قد ظهر من جوابنا دفع إشكال المعاوضة الحقيقية على مسألتنا - بيع الفضولى لنفسه - و أمّا بالنسبة إلى فرع العلاّمة - الشراء للغير بمال نفسه - فَيُمْكِنُ الحكم بصحته أيضا لأنّ ما هو المتعارف فى هذه الموارد توكيل للبائع فى تمليک العين إلى ذلک الغير بعد دخوله فى ملک المشترى، فينحل إلى عقود، البيع و الوكالة و الهبة. كما يظهر الانحلال إلى هبة و بيع معا من جدى كاشف الغطاء(١) قدس سره و يأتى كلامه فى ما بعد فى الإشكال الآتى [الرابع] فانتظر.

و كذلک إذا قال للغير: اشتر بمالى هذا لنفسک شيئا، فهذا الكلام أيضا توكيل للعاقد فى تمليک الشى ء لنفسه بعد الشراء و دخوله فى ملک صاحب المال، أو تمليک ذلک المال من المالک على أن يصرفه العاقد فى شراء هذا الشى ء.(٢)

الوجه الرابع: المُنْشَأُ غيرُ مُجازٍ و المُجازُ غيرُ مُنْشَأ

اشارة

بتقريب: إن أراد المالک أن يجيز البيع على نحو اوقعه الفضولى بأن يكون راجعا إلى الفضولى فهذا لايقبل إجازة المالک لعدم صحة هذا البيع بواسطة عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة لأنّ الثمن يدخل فى ملک غير من خرج المثمن من ملكه.

و إن أراد المالک أن يجيز البيع لنفسه لا للفضولى فهذا أمر لم ينشأه الفضولى حتّى أجازه المالک، لأنّ الفضولى أنشأ البيع لنفسه لا لمالكه.

و هذا يعنى الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و هو الإشكال الرابع الذى طرحه الشيخ الأعظم.(۳)

و جوابه: يظهر ممّا ذكرنا فى جواب الإشكال الماضى من أنّ انشاء الفضولى بالنسبة إلى أصل البيع - لا كونه لنفسه - رُوعى حتّى يلحقه إجازة المالک و بعدها يصير

۱- ۱ . شرح القواعد ۸۵/۲.

۲- ۲ . راجع إرشاد الطالب ۳۵۳/۳.

۳- ۳ . راجع المكاسب ۳۷۸/۳.

البيع، بيع المالک و يدخل الثمن فى كيسه فالمُنْشَأ و المُجاز كلاهما واحد، لأنّ الفضولى أنشأ أصل البيع و أجازه المالک فتمّ الجواب.

ولكن يظهر جوابٌ آخَرُ من المحقّق القمى فى أجوبة مسائله و كتابه قال فى مسألة مَن باع شيئا ثمّ ملكه و دفع إشكال عدم كون إجازة المالک الفعلى إيثاقا للعقد الذى أُوقعه الفضولى: «و يمكن دفعه و جعله من باب إيثاق العهد لو جعلنا الإجازة عقدا جديدا كما هو أحد المحتملات فى الفضولى المعهود - كما نُقل عن صاحب كتاب كشف الرموز(۱) وفاقا لشيخه المحقّق - على أنّا نقول: إنّه لا مناص لهم أيضا عن ذلک أى إلتزام العقد الجديد فى بعض الصور. و توجيه صدقها عليه بملاحظة ما يشبه نوعا من الاستخدام(۲)، فمعنى أجزت البيع، رضيتُ بالانتقال إليه من باب البيع.

فاللام فى «البيع» أو الضمير فى «أجزتها» راجع إلى الأثر المترتب على مطلق البيع، لا البيع الخاص الواقع فى الخارج حتّى يقال: إنّه ليس رضا به و يكفى هذا فى صدق معنى الإجازة.

توضيحه: أنّ الإجازة فى صورة كون البائع غاصبا و قاصدا لبيع الملک لنفسه مصححة للبيع على الأصح، كما ذهب إليه الأكثر، و هو ليس فى معنى لحوق الإجازة بالعقد كما هو كذلک فى الفضولى المعهود، بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه و قصده لوقوع البيع لنفسه برضا المالک، و وقوع البيع عنه. و الفرق واضح بين لحوق رضا المالک بمقتضى العقد و وقوعه من قبله بالعقد، و بين تبديل الرضا و الإيقاع بتحقق لحوق الرضا من المالک عن المالک... و الحاصل: أنّ الإجازة فى بيع الغاصب إنّما هو فى معنى التزام ورود معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا إمضاء للعقد السابق...»(۳).

ص: ۳٤۱

۱- ۱ . كشف الرموز ۱/٤٤٥.

۲- ۲ . الاستخدام: هو أن يذكر لفظ له معنيان، فيراد به أحدُهما ثم يراد بالضمير الراجع إلى ذلک اللفظ معناه للآخر، أو يراد بأحد ضميريه أحد معنييه ثم بالآخر معناه الآخر. [التعريفات /۱۵ للجرجانى]. و قد ألّفَ فيه جماعةُ و من الأدباء رسائِلَ مُسْتَقِلَّةً.

۳- ۳ . جامع الشتات ۲/۳۲۰ من الطبع الحروفى، (۱/۱٦٤ من الطبعة الحجرية).

و قال قبل أقل من خمسين صفحة: «... و التحقيق: و إن كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل - أى انتفاء جنس التمليک بانتفاء فصله و هو وقوعه للغاصب - و أنّه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل و أنّ عقد الغاصب حرام و فاسد بالنسبة نفسه، لكنّه عَقَدَ البيع عرفا. و فائدة ملاحظة الجنسى هنا الإشارة إلى الصيغة، يعنى: أنّ العقد الذى وقع بضمّ الصيغة إلى قصد كونها واقعةً على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب و المشترى العالِم، قد بدّلتُهُ بجريانها على ذلک المال بعينه لنفسى، فيكون عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال فى الإجازة... فالمعيار هو وقوع الإيجاب و القبول على ملكٍ معيّن... و لا يذهب عليک أنّ ما اخترناه من كون ذلک عقدا جديدا لا ينافى القول بالكشف، إذ معناه: إنّى جعلتُ هذا

العقد فی موضع ما اُوقعه الفضولی، لا أنّی جعلته ناقلاً من الحین کما هو الظاهر من لفظ العقد الجدید...»(۱).

و ذهب إلی نظیر هذا الکلام فی کتابه غنائم الأیام(۲) فراجعها.

و اعترض علیه الشیخ الأعظم(۳) بما حاصله: إذا کانت الإجازة عقدا جدیدا یلزم انّها قامت مقام شیئین أحدهما الإیجاب و الآخر القبول.

بیان الملازمة: إیجاب العاقد الفضولی قد تبدّل بإیجاب المالک بسبب إجازته، و بعد تبدیل صیغة الإیجاب لا محالة صیغة القبول تتحوّل، مع أنّ المشتری لا یُنْشِئُ صیغة قبول جدید حتی یتملّک المبیع من جدید، فلابدّ حینئذ من الالتزام بقیام الإجازة مقام القبول أیضا، فبالنتیجة أَنَّ الإجازَةَ تقومُ مقام الإیجاب و القبول الْجَدِیْدَیْنِ.

و هذا القیام خلاف للإجماع و العقل: لأنّه لم یقل أحدٌ من الفقهاء بقیام الإجازة مقام الإیجاب و القبول. و لا یعقل أن یتغیّر الشی ء عمّا وقع علیه و یتبدّل بیع الفضولی ببیع المالک فلا یتم جواب المحقّق القمی قدس سره .

و قال الفاضِلُ الآبی رحمه الله : «و الذی نراه أنّ البحث مبنیٌّ علی أنّ النهی هل یدلّ فی

۱- ۱ . جامع الشتات ۲۷٦/۲ من الطبع الحروفی، (۱۵۵/۱ من الطبعة الحجریة).

۲- ۲ . غنائم الأیام /۵٤۱، ۵۵٤، ۵۵۵ من الطبعة الحجریة.

۳- ۳ . المکاسب ۳۸۰/۳.

المعاملات على فساد المنهى عنه أم لا؟ فمَنْ قال بالأوّل يلزمه القول بالبطلان، لأنّ الفاسد باطل، اللّهم إلاّ أن يقول: انّ عقد البيع لايستلزم لفظا مخصوصا أعنى «بعت» بل كلّ ما يدلّ على الانتقال فهو عقد فلو (فمن ظ) يلتزم هذا القول يكون إجازة المالک عنده بمثابة (بمنزلة خ ل) عقد ثان، و من قال بالثانى فله أن يقول: العقد الأوّل لا يوصف بالصحة و لا الفساد، بل يقف على إذن المالک فإن أذن فهو صحيح و إلاّ ففاسد.

و إذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا(١) - دام ظله - لأنّ النهى عنده فى المعاملات لا يقتضى الفساد، و لا للبيع لفظ مخصوص، بل يشكل على الشيخين لأنّهما يخالفانه فى المسألتين، و المختار عندنا اختيار شيخنا - دام ظله -»(٢).

يرى السيّد العاملى هذا الكلام قولاً ثالثا فى الإجازة فى قبال الكشف و النقل، و قال: «و قضية كلامه فى الكتاب المذكور أنّ الإجازة بيع فكأنّه قول ثالث كما ستسمع»(٣).

و قال أيضا: «و قد سمعت ما فى كشف الرموز عن شيخه فكأنّه قول ثالث»(٤).

و قال الشيخ الأعظم حول كلام الفاضل الأبى: «و أمّا القول بكون الإجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم و إنّما حكى كاشف الرموز عن شيخه أنّ الإجازة من مالک المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضمّ إليه القبول المتقدّم من المشترى»(٥).

أقول: لابدّ من التنبيه على أنّ كلام الفاضل الآبى يجرى بالنسبة إلى الفضولى المعهود و جريانه بالنسبة إلى القسم الثالث من الفضولى على القاعدة لا لتنصيص منه عليه.

و العجب من الشيخ الأعظم رحمه الله حيث حمل كلام الفاضل الآبى على أنّ الإجازة

١- ١ . و هو المحقّق الحلّى صاحب الشرائع.

٢- ٢ . كشف الرموز ٤٤٥/١ و ٤٤٦.

٣- ٣ . مفتاح الكرامة ٦٠١/١٢.

٤- ٤ . مفتاح الكرامة ٦٠٦/١٢.

٥- ٥ . المكاسب ٣٨٠/٣.

بيع جديد «بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدّم من المشترى»(١) ولكن حمل كلام المحقّق القمى على إذا كانت الإجازة عقدا جديدا يلزم أنّها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب و الآخر القبول و هذا القيام عنده مخالف للإجماع و العقل، مع تصريح المحقّق القمى رحمه الله بأنّ معنى كلامه: «إنّى جعلتُ هذا العقد فى موضع ما أُوقعه الفضولى»(٢) أى الإيجاب فقط دون القبول، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقّق القمى.

جواب الشيخ الأعظم:

و حيث لم تَتُمّ مقالة المحقّق القمى عند الشيخ الأعظم قال: «فالأُولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أُجيز و توضيحه...»(٣).

بَيانُنا: إنَّ الفضولى لنفسه بإيجابه يقصد تمليک العين للمشترى بازاء الثمن، و لا يدلّ إيجابه على كون العين ملكا له أو لغيره، ولكنّه حيث يبنى على مالكيته للعين فلازم هذا الإدعاء تملک الثمن. و هذا الادعاء المترتب عليه تملک الثمن فهو خارج عن مدلول الإيجاب. فحينئذ يتحقق فى إيجابه قصد المعاوضة و المبادلة الحقيقيّة بين العين و الثمن، و المالک أجاز هذه المعاوضة و المبادلة الحقيقيّة و يتملّک الثمن، فما وقع عين المجاز و المجاز عين ما وقع.

ولكن يشكل جريان هذا الجواب بالنسبة إلى المشترى لنفسه بمال الغير لأنّه أنشا مثلاً تملّک الثوب لنفسه و إذا أجازه مالک المال ينتقل الثوب إليه و لا يدخل فى ملک المالک فلا يتمّ المبادلة الحقيقية.

و لذا لابدّ من الالتزام بكون الإجازة نقلاً مستأنفا بحيث ينتقل بها الثوب المشترى إلى مالک المال. فينصرف الإجازة عن معناها و هو التنفيذ.

و بهذا الأشكال تَعَلَّقَ نظر العلاّمة حيث يقول: «لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليک العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم

١- ١ . المكاسب ٣/٣٨٠.

٢- ٢ . جامع الشتات ٢/٢٧٦.

٣- ٣ . المكاسب ٣/٣٨٠.

-أى الوقوف على الإجازة - و فى الغاصب مع علم المشترى أشكل إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»(١).

مراده من الاشكال: هو أنّ الآخر مع جهله بفضولية العاقد يملّكه و مع التمليک يشكل الإجازة. و فى الغاصب - مع علم المشترى - يكون أشكل كما ذكره قدس سره .

عدّ المحقّق التسترى كلام العلاّمة ثالثَ وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه

عدّ المحقّق التسترى كلام العلاّمة ثالثَ وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه ثمّ ردّه بقوله: «و يلزم عليه أنّه لو باع الوكيل أو إشترى مع الآخر جرى الإشكال. و أنّه لو علم الآخر بكونه فضوليّا و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضا موضع إشكال بعدم مطابقة القصدين»(٢).

مراد التسترى من نقضه على العلاّمة أنّ: الآخر الجاهل بالفضولية إذا أنشا المالكية للفضول فلا يتمكن المالک من إجازة هذا الإنشاء، كذلک يقتضى هذا الإشكال بطلان عقد الوكيل أو الولِىّ مع

جهل الآخر بالوكالة أو الولاية مع أنّ الفقهاء يصححونه، و من هنا ظهر عدم العبرة بقصد الأصيل الجاهل و لا بخطابه للفضولى و لابدّ من الحكم بالصحة هنا أيضا.

و دَفَعَ الشيخُ الأعظمُ نقض التسترى بأنّ: العاقد الجاهل بالوكالة

و دَفَعَ الشيخُ الأعظمُ نقض التسترى بأنّ: العاقد الجاهل بالوكالة أو الولاية إنّما يقصد بخطابه العموم بحيث يشمل الوكيل أو الولى فلا يقصد شخص الطرف المقابل - المخاطَب - بحيث لا يعمّ غيره. بخلاف مَنْ يخاطب الفضولى فإنّه يقصد تمليک الثمن له بشخصه لا بما يعمّ الغير و هو المالک، فالفرق بين الفضولى و الوكالة و الولاية موجود.

أقول: و أنت ترى بأنّ هذا الفرق لا يتم.

ثم قال الشيخ الأعظم: «قد تفطن بعض المعاصرين(٣) لهذا الإشكال [الذى مرّ بالنسبة إلى المشترى لنفسه بمال الغير] فى بعض كلماته فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنّه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة فى المسألة كما اعترف

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٢- ٢ . مقابس الأنوار - كتاب البيع - /٣٣.

٣- ٣ . راجع مقابس الأنوار /١٣١ و ١٣٢.

به أخيرا(١)، و أُخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملک المشترى الغاصب للمثمن مأخوذة فيها»(٢).

و ردّ الشيخ الأعظم جواب الأخير للمتفطن المعاصر له – الذى ذكره بقوله و أُخرى – بقوله: «حقيقة العقد... تملّكتُ أو ملّكتُ هذا منک بهذه الدراهم ليس إلاّ إنشا تملّكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملّک المالک الأصلى له، بل يتوقّف على نقل مستأنف»(۳).

مراده قدس سره : إنّ إجازة مضمون هذا العقد – المشترى لنفسه بمال الغير – لو تمت تفيد فى مالكية المشترى الفضولى للمبيع و هو خلاف حقيقة المعاوضة، إذ يلزم خروج الثمن عن ملک مالكه من دون عوض، فلابد من إنشاء مستأنف يتوقف عليه انتقال المبيع – المثمن – إلى مالک الثمن و هذا هو عود الإشكال من جديدٍ.

أقول: الظاهر أنّ الشيخ الأعظم حمل كلام المحقّق التسترى عَلى ما لا يرضى به، لأنّه حمل القسم الأوّل من كلامه من بطلان شراء الغاصب لنفسه على ما بعد إجازة الغاصب ثم اعترض عليه بأنّه مخالف «للفتاوى و أكثر النصوص» مع أنّ التسترى بقرينة عِدْل الثانى لكلامه و هو الإجازة اراد البطلان قبل الإجازة و هو واضح.

و حمل القسم الأخير من كلامه على أنّ المالک أجاز أصل مبادلة العوضين ولكن خصوصية انتقال المثمن إلى المشترى الغاصب أيضا مأخوذة فيها و استشكل عليه بعود إشكال عدم المعاوضة الحقيقية، مع أنّ «إن» الواردة فى كلامه نافية أعنى هذه الخصوصية غير مأخوذة فلا يعود الإشكال، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقّق التسترى رحمهماالله و لعلّه بهذين الحملان فى كلامه خرج من الإنصاف فى حقّه و اللّه هو الغفور.

و حيث لَمْ يتم جواب المحقّق التسترى عند الشيخ الأعظم قدس سره تصدى بنفسه

۱– ۱ . مقابس الأنوار – كتاب البيع /۳۳.

۲- ۲ . المكاسب ۳۸۲/۳.

۳- ۳ . المكاسب ۳۸۲/۳.

إلى جواب الإشكال بقوله: «فالأنسب فى التفصّى أن يقال...»(۱).

و توضيحه: أنّ قصد المعاملة الحقيقية يتمشّى من المالكين سواء كانا حقيقيين أو ادّعائيّين. و الحكم تابع للحيثية التقييديّة(۲) الواقعية لأنّها موضوع للحكم فإجازة المالک الحقيقى للثمن إجازة للعقد الواقع بين المالين لمالكيهما الواقعيين فينتقل المبيع - المثمن - إلى من هو مالک واقعى للثمن.

و المشترى لنفسه بمال الغير و إن ادَّعى مالكية الثمن و إلاّ بدون الادعاء لا تَتَحَقَّقُ منه المعاوضة الحقيقيّة ولكن لَمّا كانت حيثية المالكية حيثية تقييديه واقعية فَتَقَعُ المعاملة للمالک الحقيقى بعد إجازته.

ولكن يرد عليه: أوّلاً: هذا الجواب يَبْتَنى على جوابه عن الإشكال الثالث من أنّ الغاصب يدعى المالكية بالنسبة إلى مايبيعه و قد عرفت عدم تماميته فى محلّه فالبناء كذلک.

و ثانيا: الجهة المالكية فى البيع و نحوه تكون من الجهات التعليليّة لا التقييديّة ضرورة أنّ الغاصب أراد بصيغة بيعه نحو تملّكتُ خصوص نفسه لا المالک الواقعى و أنّه -أى نفسه الذى يدعى المالكية - ليس إلاّ الغاصب.

و ثالثا: على فرض أنّها تقييديّة و كون الحكم واردا عليها، نمنع اقتضاءها ما ذكره، إذ لابدّ فى ورود الحكم على الجهة مطلقا من قابلية المحلّ للإطلاق و إلاّ فلا يستلزم الإطلاق ألا ترى أنّک إذا قلت لزيد: «اُدخل دارى من حيث إنّک صديقى»، لا

١- ١ . المكاسب ٣٨٣/٣.

٢- ٢ . الحيثيّة التقييديّة: إذا كانت الحيثية على نحو جزء الموضوع كناطق للإنسان، و الاختلاف فيها يوجب التكثر فى الموضوع يعنى ذاتها. و فى مقابلها الحيثيّة التعليلية: إذا كانت الحيثية خارجا عن ذات الموضوع نحو كون الشى ء علةً أو معلولاً، لأنّهما خارجان عن الذات و ان كان نفس التقيّد و التحيّث داخلان، مشروطا على أنّهما مأخوذان على نحو التحيّث و التقيّد لا على نحو القيديّة. و الاختلاف فيها لا يوجب التكثر فى الموضوع بل يوجب تكثّر ما خرج عنه الموضوع.

يكون هذه الجملة الإذن لدخول مطلق صديقک. ففى المقام و إن كان الغاصب يدعى الملكيّة و كان تملّكه للمثمن من هذه الجهة ولكنّه لا يقصد إلاّ تملّک نفسه لا المالک الواقعى.

هذه الردود الثلاثة للفقيه اليزدى(١) رحمه الله .

و رابعا: أنّ بناء الفضولى على المالكية أخصّ من المدّعى، إذ ليس بناء جميع الفضوليين كالغاصبين على مالكيتهم حتّى يقال: أنّهم طبّقوا طبيعى المالک الذى هو جهة تقييدية على أنفسهم.

و خامسا: فى فرض اعتبار المعاوضة الحقيقية و أنّها من مقوّمات البيع لا يفيد ادعاء المالكية من الفضولى، لأنّ هذا الإدعاء و البناء لا يوجب الدخول فى ملک من يجب أن يدخل فى ملكه و لا يتغيّر الواقع عمّا وقع عليه، و ليس مملِّكا لا شرعا و لا عرفا.

و هذان الأخيران للمحقّق المروج(٢) رحمه الله .

و حيث لَمْ يتم جواب الشيخ الأعظم ذهب تلميذه الفقيه المامقانى إلى أنّ «الحقّ أنّ الحكم فى هذا المقام غير مطابق للقواعد، فإن تم الإجماع أو دلالة النصوص فذاک، و إلاّ كان اللازم هو الحكم بالبطلان»(٣).

ولكن قد مرّ منّا الجواب عن الإشكال و عن الشراء بمال الغير فلا نعيدهما.

ثم تعرّض الشيخ الأعظم لِ-

جواب كاشف الغطاء قدس سره

قال جدى الفقيه الشيخ جعفر رحمه الله : «ولو أجازه [أى لو أجاز المالک بيع الغاصب] مع القصد لنفسه [أى لنفس الغاصب] على نحو ما قصد [الغاصب] احتمل رجوعه إلى هبة و

ص: ٣٤٨

١- ١ . راجع حاشيته على المكاسب ١٤٦/٢.

٢- ٢ . راجع هدى الطالب ٥٨٤/٤ و ٥٨٥.

٣- ٣ . غاية الآمال /٣٦٩.

بيع معا كقوله: اشتر بمالى لنفسک كذا»(١).

و قال الشيخ الأعظم: «مع أنّه ربّما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولى، ذكره شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاّء تلامذته(٢)»(٣).

ثم ذكر(٤) عن بعض تلامذته [أى بعض تلامذة الشيخ جعفر] - و لعلّ المراد بالبعض أصحاب تبصرة الفقهاء(٥) و المقابس(٦) و الجواهر(٧)- فى الاستدلال له وجهين.

أحدهما: التمليک الضمنى:

بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، بعد أن يجيزهما المالک، يدخل الثمن فى الأوّل و المثمن فى الثانى فى ملک الفضولى - ولو آنا ما قبل بيعه أو شرائه - حتّى يكون الانتقال من الفضولى صحيحا، ثمَّ هذه الإجازة يتضمن تمليک ضمنّى من المالک للغير الفضولى، نظير ما إذا قال: «اعتق

عبدک عنّی» أو قال: «بع مالی عنک» أو «اشترلک بمالی کذا» فهو تملیک ضمنی حاصل ببیعه أو الشراء.

أقول: أصل هذا البیان - علی ما وجدته مع قصر تتبعی - للعلاّمة فی التذکرة حیث یقول: «إنّما یفتقر إلی الإیجاب و القبول فیما لیس بضمنّیٍ من البیوع، أمّا الضمنی ک-«اعتق عبدک عنّی بکذا» فیکتفی فیه الالتماس و الجواب و لا تعتبر الصیغ المتقدّمة إجماعا»(۸).

۱- ۱ . شرح القواعد ۸۵/۲.

۲- ۲ . منهم المحقّق التسترى فی مقابس الأنوار /۱۳۲.

۳- ۳ . المکاسب ۳۸٤/۳.

٤- ٤ . المکاسب ۳۸٤/۳ و ۳۸۵.

۵- ۵ . تبصرة الفقهاء ۳٤۹/۳ و ۳۵۰.

٦- ٦ . مقابس الأنوار - کتاب البیع /۳۳، السطر ۱٦.

۷- ۷ . الجواهر ۳٦٤/۲۳ طبع جماعة المدرسین (۲۲۵/۲۲ طبع الإسلامیة)، و ۳۷٦/۲۳ (۲۳۲/۲۲).

۸- ۸ . تذکرة الفقهاء ۱۰/۱۰.

ولکن یرد الشیخ الأعظم(۱) علیه: أوّلاً: أنّ الصحة فی نفس هذه الأمثلة المذکورة ممنوعة بما مرّ فی تنبیه الرابع من بحث المعاطاة.(۲) فکیف ببحثنا البیع أو الشراء لنفسه من مال الغیر أو به.

و ثانیا: قیاس الإجازة علی الإذن یکون مع الفارق، لأنّ دلالة الإذن یمکن أن تَکُوْنَ تامة لتقدیر الملک آنا ما قبل البیع للمخاطب و وقوع البیع فی ملکه حینئذ، بخلاف الإجازة لأنّها لا تتعلَّق إلاّ بما وقع

فی السابق و هی رضا بما وقع و تنفیذ له و المفروض أنّ ما وقع هو تبدیل مال المالک، لا مال الفضولی العاقد.

و بعبارة أُخری: الإذن إعلامٌ للرضا بما یقع و الإجازة إعلامٌ للرضا بما وقع و بنیهما بون بعید.

أقول: و یمکن المناقشة فی الإیرادین: أمّا الأوّل: قد مرّ الصحة فی الأمثلة المذکورة بما مرّ فی التنبیه الواردة فی ذیل الوجه الثالث الماضی(۳) فلا نعیده، و یمکن تطبیق بحثنا علیها.

و أمّا الثانی: فَنَعَمْ، قیاس الإجازة علی الإذن مع الفارق و هی (الإجازة) إعلام للرضا بما وقع و تنفیذ له و هو (الإذن) إعلام للرضا بما یقع، ولکن فی بحثنا ما وقع عبارة عن بیع مال الغیر لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغیر، وجهة الاشتراک فی کلیهما قید لنفسه -لا لمالکه - و القول بالتملیک الضمنی یصحح البیع أو الشراء مع هذا القید - لنفسه - و لا مانع من الالتزام به.

و ثانیهما(٤):

لا یشترط کون أحد العوضین ملکا للعاقد الفضولی أو غیره فی انتقال بدله إلیه، بل یکفی أن یکون مأذونا فی بیعه لنفسه، فیملک الثمن بانتقال المبیع عن مالکه إلی

۱- ۱ . المکاسب ۳۸۵/۳.

۲- ۲ . المکاسب ۸۳/۳ و ۸۵.

۳- ۳ . راجع صفحة ۳۳۵ من هذا المجلد.

٤- ٤ . المکاسب ۳۸۵/۳.

المشتری، فی ما قال له المالک: «بع هذا لنفسک».

و أمّا إذا قال له: «اشترلک بهذا» يكفى هذا البيان بعنوان الإذن فى الشراء لنفسه بهذا المال، فينتقل ملک الثمن من مالكه مع إذنه إلى البائع و يملک العاقد المبيع.

و يتفرّع على هذا البيان: لو اتّفق بعد البيع أو الشراء فسخ المبادلة رجع الملک إلى مالكه دون العاقد سواء كان فضوليّا أو غيره.

و يرد عليه الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «فلما عرفت(١) من منافاته لحقيقة البيع التى هى المبادلة، و لذا صرّح العلاّمة رحمه الله - فى غير موضع من كتبه - تارة بأنّه «لا يتصوّر»(٢) و أُخرى بأنّه: «لا يعقل»(٣) أن يشترى الإنسان بمال غيره شيئا، بل ادّعى بعضهم(٤) فى مسألة قبض المبيع: عدم الخلاف فى بطلان قول مالک الثمن «اشتر لنفسک به طعاما» و قد صرح به الشيخ(٥) و المحقّق(٦) و غيرهما(٧)»(٨).

ثم استدرک على نفسه بقوله: «نعم، سيأتى فى مسألة جواز تتبّع العقود للمالک مع

١- ١ . فى أوّل البيع و تعريفه قال: «هو فى الأصل - كما عن المصباح - مبادلة مالٍ بمالٍ». [المكاسب ٧/٣].

٢- ٢ . قال فى القواعد ١٢٧/٢: «لا يُتصوّر أن يبيع ملک غيره لنفسه». و قال فى تذكرة الفقهاء ٢٤٦/١٣: «لا يتصوّر أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه».

٣- ٣ . حكمه بالبطلان موجود فى القواعد ٨٧/١ و تذكرة الفقهاء ١٠٦/١٠ و تحرير الأحكام الشرعية ٣٣٨/٢.

٤- ٤ . و هو صاحب الجواهر قال: «بلا خلاف أُجده فيه لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام على ملک الغير ولو بإذنه». [الجواهر ١٧٤/٢٣ من طبع الإسلامية].

٥- ٥ . المبسوط ١٢١/٢.

٦- ٦ . الشرائع ٢٦/٢.
٧- ٧ . كالقاضى فى المهذب ٣٨٧/١ و الشهيد فى الدروس ٢١١/٣ و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤٠٠/٤ و الصيمرى فى غاية المرام ٥٨/٢ و ثانى الشهيدين فى المسالک ٢٥٢/٣، راجع مفتاح الكرامة ٦٧٨/١٤.
٨- ٨ . المكاسب ٣٨٦/٣.

علم المشترى بالغصب(١) أنّ ظاهر جماعة - كقطب الدين و الشهيد و غيرهما -: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئا ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملک الثمن و يملک المثمن المشترى.

إلاّ أن يحمل ذلک منهم على التزام تملّک البائع الغاصب للثمن مطلقا كما نسبه الفخر(٢) رحمه الله إلى الأصحاب، أو آنا ما قبل أن يشترى به شيئا تصحيحا للشراء»(٣).

أقول: يمكن أن يناقش: بأنّ عدم تصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه تام ولكنّه مقيدٌ بعدم إذن مالكه، ولكن مع إذنه يمكن أن يتصوّر بانحلال إذنه أو إجازته أو بيع العاقد أو نحوه إلى عقدين أو عقود مثل بيع وهبة، أو وكالة وهبة، أو بيع و صلح، أو بيع وهبة و وكالة أو نحوها.

و يمكن حمل كلام قطب الدين و الشهيد و غيرهما بأنّ شراء الغاصب كان على ذمّته و على نحو ثمن الكلّى لا الشخصى فلا يحمل على مقالة الفخر.

و الحاصل: يمكن تصحيح مقالة جدى الفقيه كاشف الغطاء رحمه الله و وَجْهَى استدلال بعض تلامذته عليه و هما صاحبا المقابس و الجواهر كما مرّ.

الوجه الخامس: التسليطُ المجّانىُّ لا يكون بيعا

اشارة

إذا كان الأصيل عالما بغصبية المبيع و مع ذلک يشترى من الغاصب و يدفع إليه الثمن. فقد حكم الأصحاب [نحو العلاّمة فى التذكرة قال: «لو كان عالما لا يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب مطلقا عند علمائنا»(٤) - و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه - و مثله ما فى نهاية الإحكام و قال: «و اطلق علماؤنا ذلک»(٥). و قال فى

١- ١ . المكاسب ٤٧١/٣.

٢- ٢ . ايضاح الفوائد ٤١٧/١.

٣- ٣ . المكاسب ٣٨٧/٣.

٤- ٤ . تذكرة الفقهاء ١٨/١٠.

٥- ٥ . نهاية الإحكام ٤٧٨/٢.

المختلف(١) و ولده فى الإيضاح(٢): «قال علماؤنا: ليس للمشترى الرجوع على الغاصب» و أطلقوا القول فى ذلک. و نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فى الإيضاح(٣) أيضا فى مقامٍ آخر تارةً إلى قول الأصحاب و أُخرى إلى نصّهم و فى موضع آخر(٤) إلى كثير منهم. و فى جامع المقاصد(٥) يمتنع استرداده العين عند الأصحاب و إن بقيت العين، و فى موضع آخر من الكتاب(٦) المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب، و فى الروضة(٧) نسبته إلى ظاهر كلامه و فى موضع آخر منه(٨) إلى الأكثر، و فى المسالک(٩) و الكفاية(١٠) و الرياض(١١) نسبته إلى المشهور، كما يظهر كلّه من المفتاح(١٢) و فى الجواهر(١٣): ظهور إطباق الأصحاب، عليه[بأنّ المالک لو ردّ البيع فليس للمشترى الرجوع على البائع بالثمن - مطلقا أى سواء بقيت العين أم تلفت، أو مع بقائها خاصة - و هذا الحكم يكشف عن أنّ الغاصب ملک الثمن بمجرد تسليط الأصيل إيّاه، فلا يبقى موردٌ للحوق الإجازة، فلو أجاز و صحّ يكون بيعا بلا ثمن و هو مناف للمعاوضة الحقيقية المعتبرة فى البيع فيكون باطلاً.

و هذا الإشكال مختص بصورة علم المشترى بالغصب فلا يجرى فى صورة جهله

ص: ٣٥٣

١- ١ . مختلف الشيعة ٥/٥٥.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد ١/٤١٧.

٣- ٣ . إيضاح الفوائد ١/٤١٧.

٤- ٤ . إيضاح الفوائد ٢/١٩٤.

٥- ٥ . جامع المقاصد ٤/٧١.

٦- ٦ . جامع المقاصد ٤/٧٧.

٧- ٧ . الروضة البهية ٣/٢٣٥.

٨- ٨ . الروضة البهية ٣/٢٣٥.

٩- ٩ . المسالک ٣/١٦٠.

١٠- ١٠ . الكفاية ١/٤٥٠.

١١- ١١ . رياض المسائل ٨/٢٢٨.

١٢- ١٢ . مفتاح الكرامة ١٢/٦١٥.

١٣- ١٣ . الجواهر ٢٣/٤٩٢ (٢٢/٣٠٦).

أو عدم غاصبية العاقد.

و أصل هذا الاشكال من العلاّمة الحلّى حيث قال فى ما وُجد بخطه الشريف على نسخة بعض تلامذته لكتابه القواعد و نقله الشهيد فى الحواشى النجارية و عنه صاحب مفتاح الكرامة قال: «و الفرق بين علم المشترى و جهله أنّ البيع إنّما يتحقّق مع الجهل بالغصبية ليقع العقد شبيها بالصحيح

و يقع فى ملک البائع فينتقل منه إلى المالک، أمّا مع علمه فلا يقع العقد صحيحا بوجهٍ فلا يستحق البائع الثمن حتّى يستحقّه المالک»(۱).

و قال فى التذكرة فى العبارة الماضية(۲): «... و فى الغاصب مع علم المشترى أشكل، إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»(۳).

و قد أجاب عنه الشيخ الأعظم(٤) بثلاثة وجوه:

الأوّل: لا نسلّم ما حكم به الأصحاب من انّه ليس للمشترى استرداد الثمن مع ردّ المالک.

و لذا حكم جماعة من الأصحاب بجواز رجوع المشترى إلى الثمن مع وجود عينه كالعلاّمة فى القواعد(٥) و التذكرة(٦) و المختلف(۷) و نهاية الإحكام(۸)، و ولده فى الإيضاح(۹) و شرح الإرشاد(۱۰)، و الشهيد فى الدروس(۱۱) و اللمعة(۱۲)، و المحقّق الثانى فى

۱- ۱ . مفتاح الكرامة ٥۹۹/۱۲.

۲- ۲ . فى صفحة ۳٤۱ من المخطوطة.

۳- ۳ . تذكرة الفقهاء ۱۷/۱۰.

٤- ٤ . المكاسب ۳۸۸/۳.

٥- ٥ . القواعد ۱۹/۲.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء ۱۸/۱۰.

۷- ۷ . مختلف الشيعة ٥٦/٥.

۸- ۸ . نهاية الإحكام ٤۷۸/۲.

۹- ۹ . إيضاح الفوائد ٤۱۸/۱.

١٠- ١٠ . شرح الإرشاد، مخطوط، نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦١٦/١٢.

١١- ١١ . الدروس ١٩٣/٣.

١٢- ١٢ . اللمعة الدمشقية /١١٠.

جامع المقاصد(١)، و الشهيد الثانى فى المسالک(٢) و الروضة(٣)، و السبزوارى فى الكفاية(٤).

و كأنّ المحقّق فى الشرائع(٥) و العلاّمة فى غصب القواعد(٦) متردّدان كصاحب مجمع البرهان(٧) كما ذكره صاحب المفتاح(٨).

و تبعهم جدى الشيخ جعفر.(٩)

ولكن ذهب المحقّق(١٠) إلى القول بالرجوع بالثمن مطلقا - أى مع وجود عينه و تلفه - .

الثانى: إنّ المشترى لم يسلّط البائع على ماله بوجه الاطلاق، سواء أجازه المالک أم ردّه، و إنّما سلّطه عليه على تقدير ردّ المالک، و أمّا فى صورة الإجازة فإنّما أعطاه للمالک فى مقابل المبيع، و عليه إذا أجازه المالک يتملّک الثمن لا محالة.

و بالجملة: بناءً على تمامية ما حكم به الأصحاب، إنّما يصح إذا كان التسليط مطلقا لا مراعى على إجازة المالک.

الثالث: الإشكال إنّما يتمّ بناءً على القول بالنقل، و أمّا على القول بالكشف فلا،

١- ١ . جامع المقاصد ٧١/٤.

٢- ٢ . المسالک ١٦١/٣.

٣- ٣ . الروضة البهية ٢٣٥/٣.

٤- ٤ . الكفاية ٤٥٠/١.

٥- ٥ . الشرائع ٨/٢.

٦- ٦ . القواعد ٢٣٨/٢.

٧- ٧ . مجمع الفائدة ١٦٤/٨ و ١٦٥.

٨- ٨ . مفتاح الكرامة ٦١٦/١٢.

٩- ٩ . شرح القواعد ١٠٥/٢.

١٠- ١٠ . المسائل الطبرية، المطبوعة ضمن الرسائل التسع /٣٠٦ و ٣٠٧، و نقل عنه فى جامع المقاصد ٧٧/٤ و الجواهر ٤٩١/٢٣ (٣٠٥/٢٢).

لأنّها تكشف حينئذ عن أنّ الثمن ملک للمالک من أوّل الأمر فيكون تسليط المشترى للبائع على ملک المالک لغوا.

و بعبارة اُخرى: إنّ الإشكال إنّما يتوجّه على النقل، لأنّه حينئذ يكون المال منتقلاً إلى الغاصب قبل انتقاله إلى المالک المجيز، و أمّا على الكشف فالإجازة تكشف من أنّ التسليط كان لغوا و تسليطا لمال الغير.

الجوابان الأوّلان تامان، و أمّا الثالث: فهو مبنيٌّ على القول بالكشف الحقيقى الدال على تحقّق الملكيّة من حين العقد للمالک و أنّ الإجازة كاشفة عنها لاحقا، و لها المدخليّة فى الكشف و الإثبات دون الثبوت و الواقع، فالإجازة على الكشف الحقيقى لم يتأثر فى شى ءٍ. و لا يمكن الالتزام بهذا القول.

و أمّا على القول بالكشف الحكمى - أو اشتراط الإجازة بنحو الشرط المتأخر، أو اشتراط وصف التعقب، أو الكشف الاِنقلابى - فلا يتم جوابه، لأنّ بناءً عليه يكون المال باقيا على ملكيّة أصحابه فى حدّ الفاصل بين العقد و صدور الإجازة، و إنّما تحصل الملكيّة و اعتبارها من حين صدور الإجازة ولكن المعتبَر من زمن العقد بمعنى أن الإجازة و إن صدرت متأخرة إلاّ أنّها تشمل الفترة السابقة على

صدورها إلى حين إنشاء العقد - و على هذا القول (أى الكشف الحكمى) - يكون الثمن فى الفترة الواقعة بين العقد إلى الإجازة للمشترى نفسه حقيقةً ولكن ينقلب إلى ملك المالك المجيز من حين صدور الإجازة بحيث تشمل ملكيته من حين العقد، فيكون تسليط المشترى الأصيل الثمن للغاصب تسليطا على ماله نفسه لا مال الغير.

ثمّ هذا الاشكال إنّما يتم بناءً على جواز البيع من طرف الأصيل، إذا بناءً على لزومه ليس للأصيل تمليک الثمن الغير - الغاصب هنا - بالتسليط أو بغير تسليط.(١)

١- ١ . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٥٢/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٤٢٤/١، العقد النضيد ١٦٧/٣.

تنبيه:

إنّ هاهنا مَسْأَلَتَيْنِ: الأُولى: «صحة بيع الفضولى لنفسه - غاصبا كان أو غيره - إنّما هو فى وقوعه للمالک إذا أجاز، و هو الذى لم يفرّق المشهور بينه و بين الفضولى البائع للمالک، لا لنفسه»(١).

الثانية: البائع الفضولى لنفسه أو للمالک لو تملّک المبيع بعد العقد و أجازه فهل يصح لنفسه أم لا؟ لأنّ الكلام فى الأُولى «فى وقوع البيع للمالک»(٢)، و فى الثانية «فى وقوعه [للفضولى] العاقد إذا ملک»(٣).

ولكن ظاهر عبارة الرياض خلط المسألتين قال: «فلو باع الفضولى ملک الغير من دون إذنه مطلقا لم يلزم إجماعا، بل لم يصحّ إذا كان البيع لنفسه لا للمالک، فيمشى إلى المالک فيشتريه منه كما صرّح به جماعة كالفاضلين: العلاّمة فى جملة من كتبه كالمختلف(٤) و التذكرة(٥) مدّعيّا فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة، و المقداد فى شرح الكتاب(٦) [المختصر] و غيرهما(٧)...»(٨).

قال جدی العلاّمة الشیخ محمّد تقی صاحب الهدایة: «و قد حکم فی الریاض بفساد المعاملة فی هذه الصورة [إذا کان البیع لنفسه لا للمالک فیمشی إلی المالک فیشتریه منه (المسألة الثانیة)] و عدم صحتها بتعقّب الإجازة حاکیا عن الجماعة... و أنت خبیر بأنّ الصورة المفروضة فی التذکرة ممّا لا ربط له بهذه المسألة، إذ لیس المقصود هناک

ص: ۳۵۷

۱- ۱ . المکاسب ۳۸۹/۳.

۲- ۲ . المکاسب ۳۸۹/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۳۸۹/۳.

٤- ٤ . المختلف ٥٥/٥.

٥- ٥ . تذکرة الفقهاء ۱۷/۱۰ و ۲۱۹.

٦- ٦ . التنقیح الرائع ۲٦/۲.

۷- ۷ . کالشیخ فی الخلاف ۱٦۸/۳.

۸- ۸ . ریاض المسائل ۲۲۱/۸.

[المسألة الثانیة التی عنونها صاحب الریاض] تصحیح تلک المعاملة من جهة لحوق إجازة المالک، بل المقصود تصحیحها من جهة الشراء من المالک بعد ذلک، و لا ریب فی عدم صحتها حینئذ بذلک، و الظاهر عدم الخلاف بین الأُمّة فضلاً عن الفرقة، و الظاهر أنّ ذلک هو مقصود الجماعة،...»(۱).

وَ قالَ الشیخ الأعظم: «و من هنا یعلم أن ما ذکره فی الریاض من أن بیع الفضولی لنفسه باطل... فی غیر محلّه، إلاّ أن یرید ما ذکرناه [أی المسألة الثانیة] و هو خلاف کلامه»(۲).

هذا تمام الکلام فی المسألة الثالثة من بیع الفضولی - و هی بیع الفضولی لنفسه - و الحمدللّه.

۱- ۱ . تبصرة الفقهاء ۳۴۳/۳ و ۳۴۲.

۲- ۲ . المكاسب ۳۸۹/۳.

بقی هنا أمران:

الأوّل: بيع الفضولی فی الذمة

اشارة

تعرّض له صاحب المقابس(۱) و هو أن لا فرق فی بيع الفضولی بين كون مال الغير عينا أو كلّيّا فی ذمّة الغير - بلا فرق بين كون مال الغير ثمنا أو مثمنا -، و البائع الفضولی [۱] تارةً يضيف الثمن أو المثمن إلی ذمّة خاصة من دون أن يعقّبه بما ينافيه - كإضافته إلی نفسه - [۲] و اُخری أن يجمع بين المتنافيين.

فيقع الكلام فی مَسْأَلَتَيْنِ:

المسألة الأُولی و صورها:

اشارة

و هی أن يضيف البائع الثمن أو المثمن إلی ذمّة خاصة، و تتصوّر علی ثَلاثِ صور:

أ: أن يكون الكلّی فی ذمّة غير الفضولی قبل البيع

نحو: أن يبيع الفضولی طنّا من الحنطة مملوكا لعمروٍ فی ذمّة بكر، - و الوجه فی اشتغال ذمّة بكر لايهمّنا لأنّه من الممكن أن يكون بسلف أو تلف أو غيرهما - فباع الفضولی هذا الطن من الحنطة

الذى كان ملكا لعمرو فى ذمّة بكر بكذا، فإن إجازه المالک - و هو عمرو - صحّ لعموم أدلة صحة بيع الفضولى و إن ردّه بطل.

ب: أن يكون الكلّى فى ذمّة نفس الفضولى

نحو: أن يكون البائع الفضولى - و هو زيد مثلاً - مديونا لِعَمْرٍوْ طَنّا من الحنطة، فباع هذه الحنطة الذميّة لعمروٍ من بكرٍ بكذا، فالبكر يكون مشتريا لمال عمرو الذى فى ذمّة زيد البائع، فإن أجاز عمرو البيع صحّ و يدخل الثمن فى ملكه و يشتغل ذمّة زيد لبكرٍ.

ج: أن يجعل الكلّى متعلّقا بذمّة المالک بنفس بيع الفضولى

نحو: باع الفضولى طنا من حنطة فى ذمّة عمروٍ لبكرٍ بكذا - مع عدم اشتعال ذمّة عمرو شيئا من الحنطة لأحدٍ قبل هذا البيع - و أجازه عمرو فيستقرّ فى ذمّته بنفس هذا

١- ١ . مقابس الأنوار - كتاب البيع /٤٠.

البيع.

ثمّ حيث أن بيع الأعيان الشخصية فضولة لا يتوقف إلاّ على إجازة المالک فلا نحتاج إلى تعيينه [أى المالک] و لذا قال الشيخ الأعظم: «إنّ تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد»(١).

و أمّا بالنسبة إلى الكلّىّ الذمّى فلمّا لم يكن موجودا فى الخارج توقّف تعيّنه على إضافته إلى ذمّةٍ معيّنةٍ ليكون أمر الإجازة بيده، فلابدّ من تعيينه بتصريح من الفضولى بأن يقول: «بعتک طنا من الحنطة فى ذمّة زيد بكذا». أو أن نيوى الفضولى وقوع البيع لزيد - ولو لم يصرح فى العقد باسمه

بأن يقول: «بعتک طنا من الحنطة الذمّيّة بكذا» و يقصد اشتغال ذمّة زيد به. و فى هذه الصورة الأخيرة المنويّة - دون المصرحة - إن أجاز زيد صح بيع الفضول و اشتغلت ذمّة زيد، و إن ردّ زيدٌ بطل البيع إلاّ فى صورة واحدة و هى ما إذا باع الفضول بقصد وقوعه فى ذمّة زيد و أنكر المشترى عليه - و حلف على عدم علمه بالفضولية - فيقع حينئذ لنفس الفضول أو يبطل من رأسه؟

قولان: ذهب أصحاب المبسوط(٢) و الشرائع(٣) و القواعد(٤) و الإيضاح(٥) و جامع المقاصد(٦) و المسالک(٧) إلى وقوع العقد لنفسٍ الفضول حينئذ ظاهرا، و عن الشيخ و المحقّق و العلاّمة و المقداد(٨) فى الكتب الماضية واقعا. كما نسب(٩) الأخير إلى جماعة

١- ١ . المكاسب ٣٩٠/٣.

٢- ٢ . المبسوط ٣٨٦/٢.

٣- ٣ . الشرائع ١٥٨/٢، و لأجل توضيح كلامه راجع الجواهر ٤٠٣/٢٧ طبع الإسلامية.

٤- ٤ . قواعد الأحكام ٣٦٠/٢.

٥- ٥ . إيضاح الفوائد ٣٤٧/٢.

٦- ٦ . جامع المقاصد ٢٥١/٨.

٧- ٧ . المسالک ٣٧٩/٤ و ٣٠٠/٥.

٨- ٨ . التنقيح الرائع ٢٢٠/٢.

٩- ٩ . الناسب هو السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٥٥٧/٢٠.

فى بعض فروع المضاربة.(١)

و ذهب الشيخ الأعظم(۲) إلى البطلان واقعا و عدم وقوعه للفضولى أيضا، ولكن لو لم يصدّقه الطرف الآخر على قصد الفضولية و حلف على عدم علمه بالفضولية حكم بوقوع العقد للفضولى بحسب الظاهر كما عن المحقّق و فخرالإسلام و الكركى و ثانى الشهيدين فى الكتب الماضية.

أقول: أمّا بحسب الحكم الواقعى فالحقّ هو البطلان كما اختاره الشيخ الأعظم قدس سره لأنّ ماليّة الكلّى إنّما هى بحسب إضافته إلى الذمم، فالكلّى المضاف إلى ذمّةٍ غير الكلّى المضاف إلى ذمّة شخص آخر، و عليه فإذا وقع أحدهما متعلِّقا للعقد فلا معنى لصحة العقد بالنسبة إلى الآخر، و حيث لم يظهر أحدهما فيكون العقد باطلاً واقعا.

و أمّا بحسب الحكم الظاهرى فى فرض الترافع فالمدّعى للفضولية هو المدعى، لمخالفة قوله لظاهر العقد و لأصالة الصحة، و الطرف الآخر منكر لموافقة قوله لأصالة الصحة، و حيث إنّ القصد أمر قلبى لايمكن للمدّعى إقامة البينة عليه، تصل النوبة إلى حلف المنكر، و لابدّ للمنكر أن يحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لا على عدم العلم به، لأنّ عدم علمه لاينافى قصد طرفه الفضولية و حيث إنّه لا يمكن للمنكر الحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لكونه أمرا قلبيّا فلا محالة يردّ الحلف إلى المدّعى فيحلف و يحكم ببطلان العقد ظاهرا.

فاتضح أنّ الحقّ هو البطلان واقعا و ظاهرا.(۳)

المسألة الثانية: جمع العاقد بين المتنافيين

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «بأن قال: «اشتريتُ هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى» أو «اشتريتُ هذا لنفسى بدرهم فى ذمّة فلان».

ففى [المثال] الأوّل: يحتمل البطلان، لأنّه فى حكم شراء شى ءٍ للغير بعين ماله، و

١- ١ . راجع الجواهر ٣٨٤/٢٦ طبع الإسلامية.
٢- ٢ . المكاسب ٣٩٠/٣ و ٣٩١.
٣- ٣ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٢٦/١.

يحتمل إلغاء أحد القيدين و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

و فى [المثال] الثانى: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة [للغير] بالبناء على التملّک فى ذمّة الغير اعتقادا [لعدم إمكان غصب الكلّى فى الذمّة]. و يحتمل الصحة [لنفسه] بإلغاء قيد «ذمّة الغير»، لأنّ تقييد الشراء أوّلاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير.

و المسألة تحتاج إلى تأمل»(١).

أقول: فى المثالين: بناءً على ما اختاره الشيخ الأعظم فى معنى قصد المعاوضة الحقيقية لابدّ من القول بالبطلان إذ يمتنع الجمع بين القيدين. أمّا ما ذكره من إلغاء أحد القيدين فتتم المعاملة لنفسه أو لغيره فَلا يتم لأنّ الكلام واحدٌ و مع وقوع قيدين متنافيين فى الكلام تبطل المعاملة للإجمال الحاصل.

و أمّا بناءً على ما اخْتَرْنا فى معنى قصد المعاوضة الحقيقية و تصحيح الشراء للغير بمال نفسه من انحلال العقد إلى بيع و هبة مثلاً، فَيُحْكَمُ بالصحة فى المثالين، ولكن فى المثال الأوّل؛ الهبة أو الصلح عقد تحتاج إلى قبول الموهوب له أو المتصالح اللذين هما فلانٌ [الغير]، و فى المثال الثانى إذا أجاز صاحب الذمة و هو الغير.

و لذا قال الفقيه السيّدُ اليزدى: «إن قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا إشكال فى الصحة فى الصورة الأُولى بلا حاجة إلى الإجازة، و كذا فى الثانية مع اجازة ذلک الغير. و إن قلنا بمقالة المصنف [الشيخ الأعظم] من عدم الصحة فمقتضى القاعدة البطلان فيهما جزما، و ذلک لأنّ المفروض أنّه قاصد للقيدين عن جدٍ و هما متنافيان فلا وجه لإلغاء أحدهما و الأخذ بالآخر»(۲).

ثمّ نَقَلَ الشيخ الأعظم كلاما من العلاّمة الحلّى بطوله

ثمّ نَقَلَ الشيخ الأعظم(۳) كلاما من العلاّمة الحلّى بطوله نقتفى إثره:

قال فى تذكرة الفقهاء: «لو اشترى فضوليا فإن كان بعين مال الغير فالخلاف فى

۱- ۱ . المكاسب ۳۹۲/۳.

۲- ۲ . حاشية المكاسب ۱۵۷/۲.

۳- ۳ . المكاسب ۳۹۲/۳ و ۳۹۳.

البطلان و الوقف على الإجازة، إلاّ أنّ أبا حنيفة قال: يقع للمشترى بكلِّ حالٍ.

و إن كان فى الذمّة لغيره و أطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجازه صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر - و به قال الشافعى فى القديم و أحمد - و إنّما يصحّ الشراء، لأنّه تصرّف فى ذمّته لا فى مال غيره، و إنّما وقف على الإجازة لأنّه عقد الشراء له، فإن أجازه لزمه، و إن ردّه لزم مَنْ اشتراه، و لا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا.

و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر. و هو جديد للشافعى(۱)».(۲)

حمل الشيخ الأعظم(٣) هذا الكلام من العلاّمة على هذه المسألة الثانية - أى الجمع بين المتنافيين - بقرينة تعليله بقوله: «لأنّه تصرّف فى ذمّته [أى ذمّة نفسه أى المباشر] لا فى مال الغير»، لأنّ هذا التعليل لا يأتى بالنسبة إلى المسألة الأُولى - قصد وقوع الكلّى فى ذمّة الغير و تعيينه بالنية، [الصورة ج] - التى يمكن حمل صدر كلام العلاّمة عليه.

و الحقّ مع الشيخ الأعظم فى هذا الحمل كما أنّ المشهور ذهب - فى فرض التنافى- إلى أنّ الغير إذا ردّ المعاملة تقع عن الفضولى، و يدل عليه قول العلاّمة: «قال علماؤنا».

و قال الشيخ الأعظم: «لكن أشرنا سابقا(٤) إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على

١- ١ . أى فى مَذْهَبِهِ الجديد عَنْدَ مَا سَكَنَ فى مِصْر إِذْ إِنَّهُ لَمّا كانَ فى الْعِراقِ كانَتْ له طريقةٌ فى استنباط الأَحْكامِ تقربُ مِنْ مَذْهَبِ أهْلِ الرأى، و عند ما نَزَلَ فى مِصْرَ عَدَلَ عن هذه الطريق وَ سَلَكَ مَسْلَكَ أهل الحديث و لذلك كانوا يقولون: قال الشافعى فى القديم، و قال الشافعى فى الجديد و لِكُلٍّ مِنْ مَذْهَبِيْهِ (القديم و الجديد) رُواةٌ فمِنْ رواة القديم الحسنِ الزغفرانى البغدادى و من رواة الجديد المُزَنى و البُوَيْطى.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٥/١٠، فروع، فرع «ب».

٣- ٣ . المكاسب ٣٩٣/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٣٨١/٣.

القواعد مشكل»(١).

و علّله(٢) بأنّ: المشترى العاقد، المباشر للعقد إن جعل المال فى ذمّة نفسه بالأصالة ولو رجّحنا نيّته من وقوع العقد لذلك الغير و خروج العوض من ملك هذا العاقد يكون باطلاً واقعا لعدم تحقق

المعاوضة الحقيقية فى المقام. ولو رجحنا وقوع العقد لنفس العاقد المباشر صحّ العقد لتحقق المعاوضة الحقيقية فلا وجه لوقوعه عن الغير.

و المشترى المباشر للعقد إن جعل المال فى ذمّة نفسه نيابةً و وكالةً عن الغير يترتب إشكالان:

أحدهما: صحة هذا العقد يبتنى على جريان الفضولى فى الوكالة و هو مشكل، لأنّ الوكالة عبارة عن الاستنابة فى التصرف و الفضولى عبارة عن المباشرة فى التصرف من عند نفسه.

نعم، إن رجع مآل هذا العقد إلى أنّ الفضولى جعل نفسه نائبا عن الغير و اشترا فى ذمّة الغير - بدون تحقق النيابة عنه و صدوره عن الغير - لا يترتب إشكال الوكالة الفضولية ولكنّه يترتب إشكال عدم تحقق المعاوضة الحقيقيّة.

ثانيهما: لابدّ من الالتزام ببطلان المعاملة إن ردّها الغير - أى المنوب عنه - لأنّ المفروض إنشاء الشراء له، لا أنّ المعاملة تقع عن المباشر العاقد.

نعم، فى هذا الفرض - إذ جعل المشترى العاقد المال فى ذمّة نفسه نيابة عن الغير - و عجز عن إثبات النيابة على البائع، و ردّها المنوب عنه - الغير - تَقَعُ المعاملة على العاقد فى الظاهر، كما نص عليه جماعة من الأصحاب(٣) فى باب التوكيل.

و كيف ما كان المعاملة إمّا باطلة رأسا أو صحيحة للفضولى العاقد، و لا تكون

١- ١ . المكاسب ٣٩٣/٣.

٢- ٢ . راجع المكاسب ٣٩٣/٣ و ٣٩٤.

٣- ٣ . نحو: الشيخ فى المبسوط ٣٨٦/٢، و المحقّق فى الشرائع ١٥٨/٢، و العلاّمة فى القواعد ٣٦٠/٢، و ولده فى الإيضاح ٣٤٧/٢، و الكركى فى جامع المقاصد ٢٥١/٨، و ثانى الشهيدين فى المسالک ٣٠٠/٥، و لتوضيحه راجع الجواهر ٤٠٣/٢٧ من طبع الاسلامية.

مردّدة فى الواقع بين الفضولى العاقد و مَنْ عقد له الشراء فلا وجه للقول بوقوع العقد مردّدا بين المباشر و المنوى.

ولكن يمكن تنزيل عبارة العلاّمة فى التذكرة على وقوع المعاملة للمباشر ظاهرا -كما عليه جماعة من الأصحاب ولكنه بعيد لأنّه علل كلامه و قال: «لأنّه تصرّف فى ذمّته» و هذا يقتضى وقوع العقد للمباشر واقعا لا ظاهرا.

هذا تمام كلام الشيخ الأعظم بتوضيح منّا.

بيان الفقيه السيّدِ اليزدى رحمه الله :

ولكن قال الفقيه اليزدى: «الظاهر أن مراده [العلاّمة] جعل الثمن كلّيا فى الذمة من غير التفات إلى كونه فى ذمّة نفسه أو غيره، إلاّ أنّه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره فى اللفظ، و على هذا فيكون قوله «للغير» خبرا بعد خبر، و أمّا احتمال كون مراده جعله فى ذمّة نفسه فهو مناف لما حكم به من الصحة للغير إن أجاز، و كون الأداء واجبا على ذلک الغير، لأنّ لازم ذلک إمّا البطلان أو الصحة مع كون الثمن على المباشر إن قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أنّ احتمال كون المراد جعله فى ذمّة ذلک الغير، بأن يكون قوله «للغير» قيدا لذمّته، لا خبرا بعد خبر منافٍ لما ذكره بقوله: «لأنّه تصرف فى ذمّته لا فى مال غيره» إذ مراده أنّه تصرّف فى ذمّة نفسه لا فى ذمّة غيره كما هو واضح.

و الحاصل: أنّ الظاهر من مجموع العبارة ما ذكرنا، من أنّ المراد الشراء فى الذمّة، بمعنى عدم كون الثمن عينا خارجيا من غير تعيين لذمّة النفس أو الغير، و من غير التفات إلى ذلک، لكن مع قصد

كون الشراء للغير و حينئذ فيكمن تطبيقه على القاعدة أيضا بدعوى أنَّ مقتضى شراء شى ءٍ فى الذمّة كون المباشر ملزما به و الحكم بكونه فى ذمّته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفى بذلک و إن أغمض عن الانصراف أيضا، إلاّ إذا عيّن كونه فى ذمّة الغير، فحينئذ ينصرف إلى ذلک الغير، أو قصد كون الشراء لذلک الغير فحينئذ يجوز له أن يمضيه و يكون الثمن فى ذمّته، و مع عدم امضائه فالحكم العرفى الزام

ص: ٣٦٥

المباشر...»(١).

بيان المحقّق النائينى لتطبيق الفرع على القاعدة

وَ أَخَذَ المحقّق النائينى(٢) أيضا بتطبيق هذا الفرع - فى فرض التنافى إذا ردّ الغير المعاملة تقع عن الفضولى - على القواعد بوجهين:

الأوّل: أن يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال فى ذمّته و يكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، و تكون إجازة الغير من قبيل القبول، و حينئذ فإن أجاز الغير التولية يكون البيع له و إلاّ يكون للعاقد، غاية الأمر أنّه يتوقف على إحراز أنّ قصده للغير من قبيل جعل التولية له و إجازة الغير من قبيل القبول.

الثانى: أن يكون مراد العاقد وقوع البيع للغير و قَصَدَ إضافة الكلّى إلى ذمّة الغير، لكنّه ضمن ذمّة الغير بناءً على أن لايكون الضمان موجبا لانتقال المال إلى ذمّة الضامن كما عليه العامة(٣) فيكون كلّ منهما ضامنا بنحو الطولية.

و اعترض السيّد الخوئى(٤) على الوجهين بما حاصِلُهُ:

يرد على الأوّل: أوّلاً: احتساب قصد العاقد للغير من باب جعل تولية العقد له خلاف الفرض، لأنّ المفروض أنّه لو أجاز ينتقل المال من مالكه إليه لا من ملک العاقد، و على التولية ينتقل المال من ملک المالک إلى العاقد و من ملک العاقد إلى ملک المجيز.

و ثانيا: أنّ ذلک لو تمّ فإنّما يتمّ فى شراء الفضولى متاعا بثمن فى ذمّته فيبيع ذلک المتاع تولية للغير، و أمّا إذا باع الفضولى شيئا فى ذمّته بثمن للغير فلا معنى لبيع ذلک الشى ء تولية للغير لأنّه باع مال نفسه للمشترى و جعل ثمنه للغير، و لم يبع شيئا للغير حتى يصحّ بإجازته، مع أنّ كلامهم فى مطلق المعاملة الفضولية سواء كان فى البيع أو الاشتراء.

١- ١ . حاشية المكاسب ١٥٨/٢.

٢- ٢ . راجع منية الطالب ٤٧/٢ و ٤٨.

٣- ٣ . المغنى لابن قدامة ٧٠/٥ و ٨٣، المجموع ٢٤/١٤، المهذب ٣٠٧/٢.

٤- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٢٨/١، محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٥٦/٢ و ٣٥٧.

و ثالثا: أنّ الفضولى ربّما يموت قبل إجازة الغير، فلو كانت الإجازة قبولاً لبيع التولية فلا محالة يبطل البيع لخروج الموجب عن أهلية العقد قبل تحقّق القبول مع أنّهم يلتزمون بالصحة فى هذا الفرض.

و يرد على الثانى: أوّلاً: أنّه لو لم يجز الغير العقد فلا معنى لوقوع العقد للضامن و كونه ملزما بالأداء.

و ثانيا: أنّه لو أجاز الغير العقد و لم يؤد المال يلزم أن يكون الضامن ملزما بأدائه.

بيان السيّد الخوئى لتطبيقه على القواعد

قال قدس سره : «يمكن حمله بحيث ينطبق على القواعد على ما إذا اشترى بالكلّى و التزم هو بأدائه إمّا من مال غيره فيكون الشراء للغير، و إمّا من ماله فيكون الشراء لنفسه ولكن الملتزم بالأداء هو المباشر لا الغير، و ينحلّ هذا الشراء إلى شرائين طوليين فيشترى للغير فإن أجاز وقع له و إلاّ فيشترى لنفسه، و هذا التعليق لا يوجب البطلان، لأنّه تعليق على ما توقّف صحة العقد عليه واقعا، لأنّ الدليل على مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقّن منه غير هذا المورد - أى إنشاء بيعين طوليين - فتشمله أدلة صحة البيع و العقود، و عليه فإذا أجاز الغير وقع العقد له و إلاّ وقع للمباشر»(۱).

ص: ۳٦۷

۱- ۱ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٢٧/١.

الثانى: جريان الفضولى فى المعاطاة

اشارة

هل يجرى الفضولى فى العقد المعاطاتى كما يجرى فى العقد اللفظى أم يختص بالثانى؟ فيه أقوال:

الأوّل: ذهب السيّد المجاهد رحمه الله إلى جريان الفضولى فى المعاطاة و قال: «لا فرق فى بيع الفضولى بين أن يكون معاطاة أو لا، فلا يشترط فى صحة بيع الفضولى عدم المعاطاة»(۱).

الثانى: و ذهب الشيخ أسداللّه التسترى إلى اختصاص الفضولى بالعقد اللفظى و قال: «تذنيب: فليُعلم أنّ ما سبق كلّه فيما إذا باع أو إشترى الفضولى بالصيغة، فأمّا لو باع أو إشترى بطريق المعاطاة فإنّه يلغو و يفسد من أصله، و لا يقف على الإجازة على الأقرب للأصل و...»(۲).

و تبعه المحقّق النائينى و قال: «الأقوى عدم جريان الفضولى فيها...»(۳). و نقل عنه تقريراته الآخر: «فالحكم بإجرائه [أى إجراء الفضولى] فى المعاطاة فى غاية الإشكال».(٤)

الثالث: ذهب الشيخ الأعظم(٥) إلى التفصيل بين إفادة المعاطاة للإباحة فلا يجرى الفضولى فيها، و بين إفادتها الملک فيجرى الفضولى فيها.

أقول: بناءً على مختارنا فى بحث المعاطاة من أنّها عقدٌ فعليٌّ كالعقد اللفظى بلا فرق بينهما، الأمر يكون واضحا فى جريان الفضولى فيها، لأنّ الفضولى عندنا لا يكون على خلاف القاعدة فلا يكون منحصرا بالنكاح و البيع اللفظى اللذين يختص بهما رواياته.

١- ١ . المناهل /٢٨٩.

٢- ٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٤١ و ٤٢.

٣- ٣ . منية الطالب ١/٥٠.

٤- ٤ . المكاسب و البيع ٢/٧٤.

٥- ٥ . راجع المكاسب ٣/٣٩٤ إلى ٣٩٧.

و أمّا بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملک:

فيجرى الفضولى فيها أيضا لما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «لا فارق بينها [بين المعاطاة [و بين العقد [اللفظى] فإنّ التقابض بين الفضوليّين أو فضوليّ و أصيل إذا وقع بنيّة التمليک و التملّک فأجازه المالک فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة...»(١).

و استدلّ له بقوله تعالى: «أحلّ اللّه البيع»(٢) بتقريب: أنّ عمومها يشملها لأنّ المعاطاة الفضولية بيعٌ مُجازٌ. و يمكن أن يستدل بإطلاق قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(٣) بالتقريب. و بقوله تعالى: «تجارةً عن تراض»(٤) لشمولها لها.

و أيّده برواية عروة البارقى(٥) الماضية بتقريب: «إنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة»(٦).

لا يقال: يمكن أن يستدل بترک الاستفصال فی صحيحة محمّد بن قيس(۷) التی رواها المشايخ الثَّلاثَةُ، بعد فرض صدق البيع علی البيع المعاطاتی، كما ذكره السيّد اليزدی(۸).

لأنّا نقول: فی الجواب لابدّ من الإجابة بالنسبة إلی جهة السؤال و أمّا غيرها فتفرض صحيحةً بمقتضی الحمل علی الصحة، و إلاّ يمكن أن تسری الصحيحة بالنسبة

۱- ۱ . المكاسب ۳۹٤/۳.

۲- ۲ . سورة البقرة /۲۷۵.

۳- ۳ . سورة المائدة /۱.

٤- ٤ . سورة النساء /۲۹.

۵- ۵ . مسند أحمد ۳۷٦/٤، السنن الكبری ۱۱۲/٦، سنن الدارقطنی ۱۰/۳، ح۲۹، سنن الترمذی ۵۵۹/۳، ح۱۲۵۸، الثاقب فی المناقب /۱۱۲، ح۱۰۸ و عن الأخير فی مستدرک الوسائل ۲٤۵/۱۳، ح۱، الباب ۱۸ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٦- ٦ . المكاسب ۳۹۵/۳.

۷- ۷ . وسائل الشيعة ۲۰۳/۲۱، ح۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۸- ۸ . حاشية المكاسب ۱٦۱/۲.

إلی البيع الغرری أو غيره و أنّ الانشاء وقع بلفظ الماضی أو غيره و نحوهما، و هذه السراية مردودٌ. كما ذكره السيد الخوئی(۱).

الاستدلال لاختصاص الفضولی بالعقد اللفظی

اشارة

استدلّ لمنع جريان الفضولى فى المعاطاة بأُمور:

الأمر الأوّل:

«إنّ الإقباض الذى يحصل به التمليک محرّم لكونه تصرّفا فى مال الغير فلا يترتّب عليه الأثر»(٢).

و ردّه الشيخ الأعظم بوجوه أربعة:

أولها: «قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمّة»(٣)، فيكون الاستدلال أخصّا من المُدعى.

و ثانيها: «قد يقع الإقباض مقرونا برضا المالک، بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى»(٤) فيكون الاستدلال أَخَصَّ من المُدعى أيضا لعدم حرمة هذا الإقباض.

و يظهر هذان الوجهان من الشيخ التسترى(٥) قدس سره .

و أمّا ما أضافه السيّد اليزدى إلى هذا الوجه بقوله: «و أيضا قد يقبض بتخيّل أنّه مأذون فى التصرف أو بتخيّل أنّه ماله أو نحو ذلک»(٦) فَلا يتم، لأنّهما ليسا من موارد عدم حرمة الإقباض حتّى لا يكون فاسدا، بل من موارد عدم تنجز الحرمة و هو لا يرفع الفساد

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٦٠/٢.

٢- ٢ . المكاسب ٣٩٥/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٣٩٥/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٣٩٥/٣.

٥- ٥ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٤١ تحت عنوان «إن قلت».
٦- ٦ . حاشيته على المكاسب ١٦١/٢.

المترتب على الحرمة الواقعية كما ذكره المحقّق المروج(١).

أقول: إذا اعتقد أنّ المال ملكه أو أنّه مأذونٌ فى التصرف و اشترى به شيئا أو تصرّف فيه بأنحاء التصرف ينتفى الحرمة واقعا كما فى موارد الغفلة و النسيان و الجهل المركب كما عليه السيّد الخوئى.(٢)

و ثالثها: «مع أنّ النهى لا يدلّ على الفساد»(٣) فى المعاملات لأنّه تكليفىٌ كما هو المحقَّق فى محلّه، «و لعدم تعلّقه بالإقباض من حيث إنّه بيع، بل به من حيث أنّه تصرف فى ملك الغير»(٤) كما ذكره الفقيه اليزدى.

و رابعها: بعد تسليم تعلّق النهى بالإقباض من حيث كونه بيعا حتّى يدلّ على الفساد - لا من حيث أنّه تصرف فى مال الغير - نقول: «أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض فى السببيّة، فلا ينافى كونه جزءَ سبب»(٥) لتحقق الأثر فى الخارج و الجزء الآخر هو الإجازة.

و بعبارة أُخرى: لو سلّمنا أنّ النهى يدل على الفساد، لا يقتضى إلاّ فساد المعاملة بالنسبة إلى مَنْ توجّه عليه - و هو الفضولى - لا بالنسبة إلى المالك بعد إجازته.(٦)

الأمر الثانى:

ما ذكره الشيخ التسترى و قال: «... إنّ المعاطاة منوطة بالتراضى و قصد الإباحة أو التمليك للمعيّن أو المقدّر فى الذمة - بناءً على جوازه - و هما من وظائف المالك و لا يتصوّر صدورهما من غيره»(٧).

١- ١ . هدى الطالب ٦٥٢/٤.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٣١/١.

٣- ٣ . المكاسب ٣٩٥/٣.

٤- ٤ . حاشيته على المكاسب ١٦١/٢.

٥- ٥ . المكاسب ٣٩٥/٣.

٦- ٦ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٣١/١.

٧- ٧ . مقابس الأنوار /١٣٨.

و ردّه الشيخ الأعظم(١) بما حاصله: منع كون حقيقة المعاطاة مجرد تراضى المالكين و قصد التمليک أو الإباحة، لأنّ القبض و الإقباض آلة للإنشاء كالصيغة، و ليسا كاشفين عن التراضى، بل هما سبب فعلىّ للتمليک أو الإباحة. و أمّا التراضى معتبر فى المعاطاة كما أنّه معتبر فى البيع القولى.

و لذا صرّح الشهيد فى قواعده(٢) بأنّ المعاطاة عند الفقهاء تكون من الأسباب الفعليّة. بل «المعاطاة عندهم عقدٌ فعلىٌّ، و لذا ذكر بعض الحنفية(٣) القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى»(٤).

أقول: لو تمّ كلام الشيخ التسترى عمّ البيع القولى و لايختص بالمعاطاة فلا يصح القول بالفضولى مطلقا - بلا فرق بين المعاطاة و البيع القولى - مع أنّ جريان الفضولى فى البيع اللفظى مفروغ عنه. هذا نقض اعتراضه و هو أوّلاً.

و أمّا ثانيا: حلّه: إنشاء التمليک أمرٌ لا مؤونة فيه و يتحقّق من كلّ أحد فى كلّ مال لكلِّ شخص لأنّ الإنشاء قليل المؤونة، و أمّا رضاية المالک فالمفروض أنّها حاصلة بعد المعاطاة.(٥)

الأمر الثالث:

ما ذكره الشيخ التسترى بقوله: «... [المعاطاة] مشروطة أيضا بتحقّق الإقباض من الطرفين [المالكين أو المأذونين] أو من أحدهما مقارنا للأمرين [أى مع قصد الإباحة أو التمليک]»(٦).

فحينئذ لا أثر للقبض و الإقباض الصادرين من الفضولى الذى ليس بمالک و لا

١- ١ . المكاسب ٣٩٥/٣.

٢- ٢ . القواعد و الفوائد ٥٠/١، القاعدة ١٧، ١٧٨/١ القاعدة ٤٧.

٣- ٣ . راجع الفتاوى الهندية ٢/٣، لجماعة من علماء الهند، طبع دار إحياء التراث العربى، بيروت.

٤- ٤ . المكاسب ٣٩٦/٣.

٥- ٥ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٣١/١.

٦- ٦ . مقابس الأنوار /١٣٨.

مأذون منه.

و ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و اعتبار مقارنة الرضا من المالک للإنشاء الفعلى دون القولى مع إتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس فى حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم»(١).

أقول: مراده: التقارن بين رضا المالک و المعاملة - مع وحدة الأدلة - لو كان معتبرا يكون على حدّ السواء بين البيع اللفظى و المعاطاة. أمّا اعتباره فى الثانى [المعاطاة] دون الأوّل [البيع اللفظى] فَهُوَ تحكّم.

ولكن هذا التقارن لايكون معتبرا أصلاً لما مرّ من صحة بيع الفضولى و المكرَه و المضطّر و الغصب بعد إجازة المالک و إعلام رضايته.

و لايخفى أنّ الأمرين الأخيرين الواردين فى كلام الشيخ التسترى يُشَكِّلانِ دليلاً واحدا فى كلامه و عنده و قوله «مشروطة» مبيِّنا للمعاطاة و إنّما أفردناهما تبعا لظاهر الشيخ الأعظم رحمهماالله .

الأمر الرابع:

العقد الفضولى هُوَ على خلاف الأصل و القاعدة و إنّما تمّ فى الموارد التى ورد فيها النص من البيع و النكاح فقط، فلا يجرى فى المعاطاة و لعلّ هذا مراد الشيخ أسداللّه التسترى(٢) من استدلاله للبطلان فى المعاطاة بالأصل.

و ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «لكنّک قد عرفت أنّ عقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة»(٣).

و يمكن أن يقال فى نقد الاستدلال: الفضولى يجرى فى المعاطاة ولو كان على خلاف القاعدة، لأنّ الروايات الواردة فى الفضولى عامة و لا تختص شى ءٌ منها بالبيع القولى و لم يفصّل فيها بين المعاطاة و العقد اللفظى.

١- ١ . المكاسب ٣٩٦/٣.

٢- ٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٤٢.

٣- ٣ . المكاسب ٣٩٦/٣.

الأمر الخامس:

ما ذكره المحقّق النائينى بقوله - مختصرا -: «أمّا على الإباحة: أنّ الإباحة المؤثرة هى التسليط المالكى، لا تسليط غيره، و إجازة المالک تسليط الغير هى بنفسها مؤثرة لا لكونها إجازة لإباحة

الغير، لأنّ العقود الإذنية و الأُمور المتقومة برضا المالک لا تتوقّف على سبب خاص، فإجازة الإباحة هى بنفسها إباحة... .

و أمّا بناءً على الملک: فلأنّ الفعل الواقع من الفضولى لا يعنون إلاّ بعنوان الإعطاء و التبديل المكانى، و أمّا فعل المالک فإنّه فى مقام البيع يعنون بالعنوان الثانوى بتبديل طرف الإضافة و الفرق بين المعاطاة و بين البيع القولى: يمكن إنفكاک حاصل المصدر من المصدر فى الإنشاء القولى، فإذا أجاز المالک و أسنده إلى نفسه وقع له.

و أمّا الفعل الواقع من الفضولى فاسم المصدر منه لا ينفک عن مصدره بمعنى أنّه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا ينفک عنه و بإجازة المالک لا ينقلب الفعل عمّا وقع عليه...»(۱).

و قال فى توضيح ذلک: «فى الحكم بإجراء الفضولى فى المعاطاه إشكال بل منع، و توضيحه يتوقف على بيان أُمور:

(الأوّل): إنّه قد تقدم مرارا من أنَّ البيع إمّا يراد به المعنى المصدرى أعنى المعاملة الخاصة من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورها ملحوظا، و إمّا يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلک المعاملة بلا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هى هى.

(الثانى): إنّ البيع القولى يتصور فى المعنيان معا دون الفعلى أمّا فى القولى فلأن آلة الإنشاء أعنى كلمة بعت المركبة من الهيئة و المادة الواردة هيئتها على مادتها يصح أن يراد من البيع الوارد عليه الهيئة بالمعنى المصدرى، كما يصح أن يراد منه المعنى الاسم المصدرى، و ذلک لوجود لفظ صالح لكلا المعنيين، و أمّا فى الفعلى، فلأنه ليس فى البين

۱- ۱ . منية الطالب ۵۲/۲.

دال يمكن أن يراد منه المعنى المصدرى تارة و الاسم المصدرى أُخرى، بل ليس فى البين إلاّ فعل خارجى تكوينى و هو ذلک الفعل المعاطاتى الذى هو مصداق للبيع و التمليک الصادر عن الفاعل و القائم به بالقيام الصدورى.

(الثالث): الإجازة فى بيع الفضولى القولى يمكن أن يتعلق فى عالم التصور بالبيع بالمعنى المصدرى و يمكن أن يتعلَّق بمعنى الاسم المصدرى و معنى تعلّقه بالأوّل هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولى من حيث صدوره عنه بيعا للمجيز، و لازم تعلقه بالثانى هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الإجازة بمعنى الاسم المصدرى و ذلک لأنّ المعنى المصدرى فعل تكوينى و له إضافة إلى الفاعل المباشر تكوينا و هذا غير قابل لان يرتبط إلى المجيز بسبب الإجازة كالضرب الحاصل من الضارب حيث أنّه بالإجازة لايصير فعل المجيز، و هذا بخلاف المعنى الاسم المصدرى الذى هو لحاظ ذلک الحدث مقطوع النسبة عن فاعله إذ هو قابل لأن يسند إلى المجيز فعلى هذا فطبع الإجازة المؤثرة يقتضى تعلقها بمعنى الاسم المصدرى، اللهم إلاّ أن يقوم دليل على تعيين تعلّقها بالمعنى المصدرى فيصير أمرا تعبديا مخالفا مع القاعدة من هذه الجهة قد ثبت بالدليل.

إذا تَحَقَّقَتْ هذه الأُمور، فنقول: إذا وقعت المعاطاة فضوليا فلا يخلو إمّا أن نقول بعدم قيام دليل على تعيين تعلّق الإجازة بالمعنى المصدرى أو نقول بقيامه، و على كلا التقديرين لايتم القول بصحة الفضولى، أمّا على الأوّل فلعدم المعنى الاسم المصدرى فى المعاطاة حتّى تتعلق به الإجازة، و أمّا على الثانى فلأنَّ الفضولى حينئذٍ يصير مخالفا للقاعدة فيجب فيه الاقتصار على ما ثبت فيه بالدليل و هو منحصر بالقولى ولو سلم تعميمه للفعلى بدعوى إطلاق خبر عروة مع ترک الاستفصال فيه عن اشترائه الشاة من كونه قوليا أو فعليا على أقرب الاحتمالين أو انصرافه إلى الفعلى على أبعد الاحتمالين للزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشى ذلک فى سائر أدلته التى العمدة منها واردة فى موارد النكاح لعدم تصوير المعاطاة فيه فاللازم حينئذٍ هو التفصيل فى جريان الفضولى فى المعاطاة بين البيع و بين غيره (و بالجملة) فالحكم بإجرائه فى المعاطاة فى غاية

الإشكال»(١).

و قال تلميذه السيّد الخوئى فى توضيح كلامه: «إنّا إذا بنينا على إفادة المعاطاة للإباحة فالمؤثر فيها هى التسليط المالكى لا تسليط غيره و إجازة المالک تسليط الغير، بنفسها مصداق للتسليط المالكى لا أنّها توجب تأثير التسليط السابق الصادر من غير المالک فإنّه لغو لا يترتّب عليه الأثر و إنّما يترتّب الأثر على تسليط المالک.

و أمّا إذا بنينا على أنّها تفيد الملک فأجازه المالک إنّما تتعلَّق بما يكون قابلاً للبقاء و هذا لايتحقّق إلاّ بالعقد اللفظى فإنّه بالعقد الذى هو بيع بالمعنى المصدرى يتحقَّق أمّر قابل للبقاء و هو تبديل طرفى الإضافة و يعبر عنه باسم المصدر و الإجازة اللاحقة إنّما تتعلَّق بهذا الأمر الباقى. و أمّا الفعل الصادر من الفضولى فهو لايعنون إلاّ بعنوان الإعطاء و التبديل و المكانى و ليس له اسم مصدر غير العطاء. و هذا لا ينفكّ عنه و ليس قابلاً للبقاء حتّى تتعلَّق به إجازة المالک»(٢).

أقول: ما ذكره من أنّ البيع تارة: يراد منه المعنى المصدرى أى المعاملة الخاصة من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورها ملحوظا، و أُخرى: يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلک المعاملة لا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هى هى، تام لا نقاش فيه.

و أمّا انحصار هذين المعنيين فى البيع القولى فقط دون البيع الفعلى الذى منه المعاطاة فَمَحَلُّ منع، بل هما يجريان فى المعاطاة أيضا، و كذلک ما ذكره فى معنى المعاطاة بأنّها هى الإعطاء، مع وضوح الفرق بينهما، و المعاطاة يعدّ بيعا و أمّا الإعطاء فلا!

و بالجملة: التفكيک بين المعنى المصدرى و اسمه فى المعاطاة دون البيع القولى غيرتام. مضافا مع أنّ الإنشاء أمره سهلٌ و خفيف المؤونة و لا فرق بين أنّ سببه يكون اللفظ أو الفعل.

١- ١ . المكاسب و البيع ٧٤/٢ و ٧٣.
٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٣٢/١.

هذا كلّه بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملک، و قد عرفت جريان الفضولى فيها.

و أمّا بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الإباحة:

فذهب الشيخ الأعظم إلى بطلان الفضولى فيها لوجود محذورى الإثباتى و الثبوتى:

و أمّا المحذور الإثباتى فهو قصور المقتضى بتقريب: «إنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملک الإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين»(١)، مراده قدس سره من القاعدة هى قاعدة تبعيّة العقود للقصود، و هى تقتضى حصول الملكيّة دون الإباحة، فحصول الإباحة من قصد الملكيّة يكون خلافا للقاعدة و لأنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيقتصر على المتيقن من مورد الدليل - و هو الإجماع و تسالم الأصحاب - و هو معاطاة الأصيلين دون الفضولى.

و أمّا المحذور الثبوتى فهو: «إنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن و الآثار الأُخر - مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف - إذا وقعت فى غير زمان الإباحة الفعليّة لم تؤثر أثرا، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة»(٢).

مراده قدس سره : لغويّة تعاطى الفضولى - ولو كان إنشاءً - لأنّه على القول بالكشف لا تحصل الإباحة الفعليّة قبل الإجازة حتّى تكون الإجازة كاشفة عنها، و على القول بالنقل إجازة المالک الْكاشِفَةِ عن رضاه و إذنه تكون العلّة لحدوث الإباحة فلا دخل لتعاطى الفضولى فيه و يكون لغوا.

و الآثار الأُخر: نحو البيع بتوسّط من أخذ العين بالمعاطاة الفضولية - بناءً على الإباحة و على جواز هذا التصرف - لو يُوجب دخولَ المال المباح فى ملكه، خلافا للمتعاطى الأصيل فى هذا الحكم كما تقدّم فى ملزمات المعاطاة.(٣) لأنّه هنا وَقَعَ فى غير

۱- ۱ . المکاسب ۳۹۷/۳.

۲- ۲ . المکاسب ۳۹۷/۳.

۳- ۳ . راجع الآراءُ الفقهیة ۱٦٥/٤ و ۱٦۹.

زمان الإباحة الفعلیّة فلا یفید شیئا.

ثم استدرک علی قوله: «و الآثار الأُخر» و قال: «اللهم إلاّ أن یقال: بکفایة وقوعها مع الإباحة الواقعیة [الشرعیة المستکشفة بالإجازة اللاحقة إلی ما قبلها إلی حین تعاطی الفضولی] إذا کشف عنها الإجازة فافهم»(۱).

و لعلّ أمره بالتفهم إشارة إلی عدم تمامیة التفصیل بین الإباحة المالکیّة و الشرعیّة(۲) أو إلی أنّ علی القول بالإباحة الشرعیة لا تعقل فی الإجازة إلاّ النقل و لا یتم الکشف، إذ لایعقل الکشف فی الإباحة الشرعیة التکلیفیّة لأنّ الحکم التکلیفی یتعلَّق بالمستقبل لا الماضی لمضی أمره.(۳)

نقد مقالة الشیخ الأعظم علی القول بأنّ المعاطاة تفید الإباحة

أقول: إن کان مراده قدس سره من الإباحة هی الشرعیة الحاصلة من قصد التملیک کما هو ظاهر محذوره الإثباتی یمکن أن یناقش:

علی محذوره الإثباتی: بأَنَّهُ علی القول بجریان الفضولی فی العقود علی وفاق القاعدة - لا خلافها - کما یظهر من الشیخ الأعظم(٤) و نحن نقتفی أثره، بأَنَّ الْفُضُولیَّ یَجْرِی فی المعاطاة التی تفید الإباحة الشرعیة من قصد التملیک، لأنّ المالک یجیز ما أنشأه الفضولی من الملکیّة التی هی موضوع للحکم الشارع بالإباحة. و الوجه فی جریانه عموم دلیله و أنّه علی وفق القاعدة لا خلافها.

و إن كان مراده من الإباحة هى الإباحة المالكية المجعولة من المالكين بالمعاطاة فلا يجرى محذوره الإثباتى من أساسه لأنّه مبنىّ على قاعدة تبعيّة العقود للقصود و هى فى هذا الفرض منتفية لأنّ المالكين قصدا هذه الإباحة.

ص: ٣٧٨

١- ١ . المكاسب ٣٩٧/٣.

٢- ٢ . كما فى هدى الطالب ٦٦٩/٤.

٣- ٣ . كما فى إرشاد الطالب ٣٨٥/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٣٩٦/٣.

و أمّا بالنسبة إلى محذوره الثبوتى: و بناءً على أنّ المراد من الإباحة هى الشرعية الحاصلة من قصد التمليک، فالإجازة على القول بالكشف الحقيقى يمكن الالتزام بجعل الإباحة الشرعية من حين تعاطى الفضولى إلى حين الإجازة من الشارع الأقدس، و لأنّ الإباحة حكمه و يمكن جعله هذا الحكم من أوّل التعاطى و الإجازة كاشفة عنها. ولكن العمدة عدم وجود الدليل فى المقام الإثبات على هذا الكشف الحقيقى و إن كان فى المقام الثبوت ممكنا.

و أمّا على القول بأنّ الإجازة كاشفة على نحو الكشف الانقلابى - أو الحكمى - فَلا تَحْصَلُ الإباحة الشرعية بين التعاطى الفضولى و إجازة المالک، لأنّ الإجازة من حينها تحدث الإباحةَ الشرعيةَ - و إن كانت تحدث الحكم الوضعى من حينها ولكن معتبَره من فعل الفضولى كما مرّ(١) و الانقلاب فى الحكم الوضعى ممكن أمّا الانقلاب فى الحكم التكليفى فمستحيلٌ، فالإباحة الشرعية تحصل من حين الإجازة و يأتى هذا المحذور و هو عدم حصول الإباحة الشرعية قبل الإجازة.

و جريان المحذور على القول بالنقل فى الإجازة واضح.

و أمّا بناءً على أنّ المراد من الإباحة هى المالكية فلا شبهة فى عدم جريان الفضولى فى المعاطاة لأنّ الإباحة لاتحصل قبل إجازة المالک على جميع المبانى فى الإجازة سواء قلنا بأنّها كاشفة حقيقية أو الانقلابية - الحكمية - أو كانت ناقلة.

و الذى يسهّل الخطب عدم تمامية هذه الأقوال فى المعاطاة عندنا و هى عقد أو إيقاع فعلىٌّ فى قبال العقود و الإيقاعات القولية اللفظية التى أُنْشِئَتْ بالصيغة، فتجرى فى جميعها إلاّ ما خرج بالدليل و الحمدللّه الهادى إلى مَهْيَعِ السَّبيل.

ص: ۳۷۹

۱- ۱ . راجع صفحة ۳۵۲ من هذا المجلد.

ص: ۳۸۰

وصلٌ: القول فى الإجازة

اشارة

ص: ۳۸۱

ص: ۳۸۲

صحة الفضولى يتوقّف على الإجازة بالاِتفاق ولكن:

هل الإجازة كاشفةٌ أو ناقلة أو غيرهما؟

اشارة

يظهر أنّها كاشفة عن صحة العقد عن ظاهر جماعة منهم المحقّق فى النافع(۱) و تلميذه الفاضل الآبى فى كشف الرموز(۲) و ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع(۳) و صريح جماعة أُخرى نحو الشهيد فى الدروس(٤) و الحواشى النجارية(٥) و اللمعة(٦) و الفاضل المقداد فى التنقيح(۷) و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد(۸) و الشيخ ابراهيم القطيفى فى إيضاح النافع(۹) و الشيخ لطف اللّه الميسى العاملى فى الميسية(۱۰) و الشهيد الثانى فى

۱- ۱ . المختصر النافع /۱۱۸.

۲- ۲ . كشف الرموز ٤٤٤/۱ و ٤٤٥.

۳- ۳ . المهذب البارع ۳٥٦/۲.

٤- ٤ . الدروس ۱۹۲/۳ و ۲۳۳.

٥- ٥ . الحاشية النجارية /۲۲۱ و نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦۰٥/۱۲.

٦- ٦ . اللمعة /۱۱۰.

۷- ۷ . التنقيح الرائع ۲٦/۲.

۸- ۸ . جامع المقاصد ۷٤/٤ و ۷٥.

۹- ۹ . إيضاح النافع /مخطوطة و نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦۰٥/۱۲.

۱۰- ۱۰ . الميسية /مخطوطة و نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦۰٥/۱۲.

المسالک(۱) و الروضة(۲)، و قال سيّد الرياض: «قولان، الأظهر الأوّل [كاشفة] وفاقا للأشهر»(۳) و فى جامع الشتات أنّ الكشف أنّه «مذهب الأكثر»(٤) و فى موضع آخر منه «أنّه الأشهر الأقوى»(٥).

و اختار المقدس الأردبيلى(٦) أنّها ناقلة مع إقراره بأنّ الكشف مذهب الأكثر، و تبعه الفاضل النراقى(٧)، و هى الظاهر من فخرالمحقّقين فى الإيضاح(٨) و قد نقل عنه الشهيد فى الحواشى النجارية(٩) وصرح به الفخر فى موضع آخر(١٠)، و إليه مال الفاضل الأصبهانى فى كشف اللثام(١١).

و لم يرجّح المحقّق الثانى فى تعليقه على الإرشاد(١٢)، و استشكل فيه العلاّمة فى القواعد(١٣) و تبعه السبزوارى فى الكفاية(١٤).

و يظهر من الفاضل الآبى فى كشف الرموز(١٥) قولاً ثالثا فى الإجازة و هو أنّها «بيع

١- ١ . المسالک ١٥٨/٣.

٢- ٢ . الروضة البهية ٢٢٩/٣.

٣- ٣ . رياض المسائل ٢٢٧/٨.

٤- ٤ . جامع الشتات ١٦٤/١ من الطبعة الحجرية (٣١٩/٢ من طبع الحروفى).

٥- ٥ . جامع الشتات ١٥٥/١ من الطبعة الحجرية (٢٧٩/٢).

٦- ٦ . مجمع الفائدة ١٥٩/٨.

٧- ٧ . مستند الشيعة ٢٨٤/١٤.

٨- ٨ . إيضاح الفوائد ٢٨/٣.

٩- ٩ . لم أعثر على هذا النقل فى الحاشية النجارية ولكن نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦٠٥/١٢.

١٠- ١٠ . إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

١١- ١١ . كشف اللثام ١٠٣/٧.

١٢- ١٢ . حاشية إرشاد الأذهان /٣٣٧ المطبوعة فى المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى و آثاره.

١٣- ١٣ . قواعد الإحكام ١٩/٢.

١٤- ١٤ . الكفاية ٤٤٩/١.

١٥- ١٥ . كشف الرموز ٤٤٦/١.

و بمثابة عقد ثانٍ». و أكثر ما ذكرناه من الأقوال يظهر من السيّد العاملى(١) رحمه الله .

ثمّ يقع الكلام فى مَقامَيْنِ:

المقام الأوّل: قد يقال بامتناع قولى الكشف و النقل فى مقام الثبوت

أمّا الكشف: فلاستلزامه كون الإجازة شرطا متأخرا و هو محال، ضرورة كون الشرط من أجزاء العلّة التامة و تقدّمها على المعلول من الواضحات و إلاّ يلزم تأخر بعض أجزاء العلّة عن المعلول و هو مستحيل.(٢)

و أمّا النقل: فلاستلزامه تأثير المعدوم - و هو العقد - فى الموجود أى الملكيّة أو النقل، و أمّا انعدام العقد حال الإجازة فلكونه متصرم الوجود و أمّا تأثيره فى الوجود فلأنّ المفروض حصول الأثر و هو النقل و الانتقال حال الإجازة الواقعة بعد انعدام العقد. و لا يعقل تأثير العدم فى الوجود.(٣)

ولكن نقول: بعدم تمامية هذين الدليلين بالنسبة إلى قولى الكشف و النقل

و أمّا ردّ دليل امتناع الكشف: فبما مرّ مرارا و تكرارا فى أبحاثنا الأُصولية من أنّ امتناع تخلف المعلول عن العلّة إنّما فى عالَمِ التكوين و الوجود، ولكن فى العالَم الاعتبار و الجَعْل الذى تجرى الأحكام الشرعية فيه ليس كذلك أى لا تكون العلّة و المعلول و العليّة بل الأمر يدور مدار الجعل و الاعتبار و بأىّ نحو جُعلت و اعتبرت تكون كذلك ولو على نحو الشرط المتأخر كأجزاء من صوم النهار الذى يقع قبل غسل المستحاضة، و الغسل شرط لصحة تلك الأجزاء الماضية بل كغسلها الليلى لصوم

النهار الماضى كما عن بعض، و لذا قال جدى الشيخ جعفر قدس سره : «و ليس فى تأخّر بعض الشروط غرابة لا فى عبادة و لا فى معاملة»(٤). و تبعه تلميذه صاحب الجواهر إذ ذَهَبَ إلى: «إنّ

١- ١ . مفتاح الكرامة ٦٠٥/١٢ و ٦٠٦.

٢- ٢ . كما ذكره الفخر باختصار فى الإيضاح ٤٢٠/١.

٣- ٣ . كما ذكر الفخر نحوه فى إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

٤- ٤ . شرح القواعد ٩٥/٢.

الشروط الشرعية ليست كالعقلية»(١). و التفصيل يطلب من بحث الشرط المتأخر فى علم الأُصول.

و أمّا ردّ دليل امتناع النقل: فالعقد الذى يقع فى زمن الماضى ألفاظه تكون معدومة لأنّها من متصرمات الوجود و أمّا اعتباره و جعله الشرعى فى العالَم الاعتبار يكون باقيّا و يتم و يصح بالإجازة من المالک، و بردّه ينعدم و يبطل فى العالَم الاعتبار الشرعى.

و الدليل على البقاء الاعتبارى عند العقلاء و المتشرعة هو صحة فسخ العقود الخيارية و صحة الإقالة و صحة لحوق القبول بالإيجاب عرفا، فلا يلزم تأثير المعدوم فى الموجود أصلاً.

المقام الثانى: دليل القولين فى مقام الإثبات

ما استُدل به على الكشف

الوجه الأوّل: حُكى عن المحقق و الشهيد الثانيين بأن العقد بنفسه

الوجه الأوّل: حُكى(٢) عن المحقّق و الشهيد الثانيين(٣) بأنّ العقد بنفسه و بدون ضمّ شى ء آخر يكون سببا لوجوب الوفاء فى قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(٤) و يكون سببا لحصول الملكية، و

تَنْكَشِفُ تمامية العقد بإجازة المالک و إعلام رِضاهُ، ولو لم يترتب الأثر لزم أن لايكون وجوب الوفاء بنفس العقد فقط و هو خلاف الفرض.

و ردّ الشيخ الأعظم(٥) على هذا الاستدلال بأنّ علّيّة العقد للملكيّة إذا صدر عن رضا المالک فهو مسلَّمٌ، ولكن فى الفضولى قبل الإجازة لا يُعلم رضا المالک أصلاً، فكيف يُحكم بالملكيّة قبل حصول الإجازة و أمّا بعدها فلا مانع من ترتب الملكيّة فتكون

١- ١ . الجواهر ٤٦٢/٢٣ و مابعده (٢٨٦/٢٢).

٢- ٢ . حكاه السيّد المجاهد فى المناهل /٢٩٠، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٦٠٦/١٢ عن القائلين بالكشف.

٣- ٣ . جامع المقاصد ٧٤/٤ و ٧٥، الروضة البهية ٢٢٩/٣.

٤- ٤ . سورة المائدة /١.

٥- ٥ . المكاسب ٤٠٠/٣.

الإجازة ناقلة لا كاشِفَةً.

و أمّا إذا لم يصدر العقد عن رضا المالک فعلّيته بالنسبة إلى الملكيّة محلّ منع واضح، لاعتبار رضا المالک فى العقود المالية و غيرها.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم(١) تقريرا آخرا لهذا الدليل، و هذا التقرير للشيخ الفقيه الشيخ محسن الأعسم فى كتابه «كشف الظُّلام فى شرح شرائع الاسلام»(٢) المخطوط قال فيه: «احتج الكاشفون بأُمور: الأوّل: أنّ السبب الناقل للملک هو العقد المشروط بشرائط و كلّها حاصلة إلاّ رضا المالک، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام. و اشتراط المقارنة فى تأثير العقد محتاج إلى الدليل بعد عموم الأمر

بالوفاء بالعقود. فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لايكون الوفاء بالعقد خاصة، بل هو مع الأمر الآخر»(۳).

و الفرق بين التقريرين: الإجازة اللاحقة ببيع الفضولى كاشفة عن وجود الرضا حال العقد فبها تحرز تمامية عقد الفضولى للملكيّة.

ولكن الإجازة اللاحقة فى التقرير الثانى تكون بنفسها رضا بسببيّة العقد للملكية.

و ردّ الشيخ الأعظم على هذا التقرير بقوله: «انّه إذا اعترف أنّ رضا المالک من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله؟»(٤).

و بالجملة: ايراد الشيخ الأعظم يرجع إلى ما مرّ من امتناع القول بالكشف فى مقام الثبوت.

و حاصله: سببية الإجازة اللاحقة - و هى الرضا- لحصول الملكيّة بالعقد، توجب حصول الملكية بعد الإجازة و هذا هو القول بالنقل، ولو حصل الملكية قبل حصول الإجازة، يلزم تقدّم المسبَّب على السبب أو المشروط على الشرط أو المعلول على العلّة التامة و هو محال.

۱- ۱ . المكاسب ۳/ ٤۰۰.

۲- ۲ . كما نبّه عليه المحقّق الشهيدى فى هداية الطالب ۳/ ۹٤.

۳- ۳ . كشف الظلام، المتاجر، مخطوط، نقل عنه المحقّق المروج فى هدى الطالب ٥/ ۲۰.

٤- ٤ . المكاسب ۳/ ٤۰۱.

قال: «و دعوى(۱) أنّ الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هى بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبَّب على السبب كغُسل الجمعة يوم الخميس [لمن خاف عدم

وجدان الماء(٢)] و إعطاء الفطرة قبل وقتها [من أوّل شهر رمضان(٣)] فضلاً عن تقدُّم المشروط على الشرط كغُسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة [لتبعية حصوله للصوم لحصوله للصلاة(٤)] و كغُسل العشائين لصوم اليوم ماضى على القول به(٥)»(٦).

و هذه الدعوى مِنَ الشيخ الأعظم(٧) مدفوعة بأنّ استحالة تقدّم المشروط على الشرط أو المسبَّب على السبب تكون من الأحكام العقلية فلايمكن تخصيصها كاجتماع المتناقضين، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى.

و الأمثلة التى تُوْهِمُ ذلک «لابدّ فيه من التزام أنّ المتأخّر ليس سببا أو شرطا، بل السبب و الشرط الأمر المنتزَع من ذلک»(٨) و هو التعقّب و اللحوق ففى الغسل تعقّبه بيوم الجمعة و فى الفطرة تعقّبه بالإهلال و فى المستحاضة تعقّبه بالغُسل و فى الإجازة تعقّبها و لحوقها بالعقد، و اللحوق التعقّب أمر مقارن لا متأخر.

ثمّ يرى الشيخ الأعظم(٩) هذا الأمر الانتزاعى - و هو التعقب و اللحوق - خلاف

١- ١ . المدعى كما مرّ هو صاحب الجواهر ٤٦٤/٢٣ (٢٨٧/٢٢) لأنّه قال: «قد عرفت الفرق بينها [العلّة التامة أى العقلية] و بين ما نحن فيه من العلل الشرعية التى لا غرابة فى تأخّر الشرائط فيها - فى عبادة و لا معاملة - ولكن على الوجه المزبور...».

٢- ٢ . راجع الشرائع ٣٦/١.

٣- ٣ . راجع المسالک ٤٥٢/١.

٤- ٤ . راجع الجواهر ٦٤٤/٣ من طبعة جماعة المدرسين (٣٦٦/٣ من طبعة الاسلامية).

٥- ٥ . راجع مستند الشيعة ٣٨/٣ و ٣٩.

٦- ٦ . المكاسب ٤٠١/٣.

٧- ٧ . المكاسب ٤٠١/٣.

٨- ٨ . المكاسب ٤٠١/٣.

٩- ٩ . المكاسب ٤٠١/٣.

ظاهر أدلة اعتبار التراضى و طيب النفس الظاهريْن فى موضوعيتهما دون الأمر الانتزاعى.(١)

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «اللهم إلاّ أن يكون مراده [أى مراد هذا المدعى] بالشرط ما يتوقّف تأثير السبب المتقدّم فى زمانه على لحوقه»(٢).

مراده: أن يجعل اتصاف الرضا و الإجازة بالشرطية من الوصف بحال المتعلَّق، لِاءنَّهُ بناءً على الكشف يتأثّر العقد من زمن وقوعه من الإجازة و يحكم بصحته من حينه، لأنّه ملحوق بالإجازة و الملحوقية شرط مقارن للعقد، فتوصيف الرضا و الإجازة بالشرطية يكون بحال متعلَّقه. و من قبيل المجاز فى الكلمة، لأنّ معنى الشرط اصطلاحا هو ما يتوقّف تأثير المقتضى على نفسه لا على لحوقه كما فى هذا البيان.

ثمّ اعترض عليه الشيخ الأعظم بقوله: «و هذا [١] مع أنّه لا يستحقّ اطلاق الشرط عليه، [٢] غير صادق على الرضا، لأنّ المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالک فى انتقال ماله، و أنّه لايحلّ لغيره بدون طيب النفس، و أنّه لاينفع لحوقه فى حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالک»(٣).

و عطف على هذا المقال قوله: «و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الأعلام - بل التزم به غير واحد من المعاصرين - من أنّ معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة، شرطية الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقة للعقد فى المستقبل، فالعلّة التامة: العقد الملحوق بالإجازة، و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخّرة عنه»(٤).

مراده: من بعض الأعلام هو جدّى العلاّمة الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية كما نقل عن الشيخ الأعظم تلميذه الشيخ محمّدحسن المامقانى رحمه الله و قال: «و سمعت منه

۱- ۱ . کما فی هدی الطالب ۲۷/۵.

۲- ۲ . المکاسب ۴۰۱/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۴۰۲/۳.

۴- ۴ . المکاسب ۴۰۲/۳.

شفاها فی بعض أبحاثه حکایته عن شرح التبصرة للشیخ الجلیل محمّدتقی الأصبهانی»(۱).

و مراده من غیر واحد من المعاصرین هم أصحاب الفصول و المستند و أنوار الفقاهة و الجواهر.

فحینئذ لابدّ من نقل کلمات هؤلاء القوم حتّی تعرف حقیقة مرامهم فنقول:

قال العلاّمة الجدّ الشیخ محمّدتقی صاحب الهدایة رحمه الله : «و دعوی لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلّمة إن اُرید توقف التأثیر علیها بأن یکون ترتب الأثر علی المشروط مقارنا لحصول الشرط، و لا یلزم منه تقارنهما فی الوجود، ألا تری أنّ القبض فی المجلس شرط فی (صحة، ن ل) بیع الصرف و السَّلم مع أنّ القبض قد یتأخر عن العقد، و کذا الحال فی قبض الوقف و قبض الهبة.

علی أنّه قد یکون الشرط وجوده فی الجملة ولو متأخرا عن المشروط، فلا یتوقف تأثیر المشروط علی وجوده حین تأثیره، فیکشف وجوده المتأخر عن اقتران الشرط بالمشروط حین التأثیر کما هو الحال فی المقام بناءً علی القول بکون الإجازة کاشفة»(۲).

و قال أخیه صاحب الفصول: «... و من هذا القبیل کلّ شی ءٍ یکون وقوعه مراعی بحصول شی ءٍ آخر کالصحة المراعاة بالإجازة فی الفضولی فإنّ شرط الصحة فیه کون العقد بحیث یتعقّبه الإجازة، و لیست مشروطة بنفس الإجازة، و إلاّ لامتنعت قبلها»(۳).

و قال الفاضل النراقی: «و الحاصل: أنّه یتوقف تأثیر العقد علی وجود الإجازة لا بمعنی توقّفه علی وجودها الفعلی، بل علی وجودها ولو فی وقت آخر، فلو کان العقد فی الواقع بحیث تتعقّبه الإجازة بعد مدّة یکون حین الصدور سببا تاما، و إذا کان فی الواقع بحیث لم تتعقّبه الإجازة یکون فاسدا»(٤).

ص: ٣٩٠

١- ١ . غایة الآمال /٣٧٥.

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠؛ و کذا استظهر من عبارة هدایة المسترشدین ٢/١٧٥.

٣- ٣ . الفصول الغرویة /٨٠.

٤- ٤ . مستند الشیعة ١٤/٢٨٣.

و قال خالی الشیخ حسن ابن الشیخ جعفر کاشف الغطاء رحمهماالله : «إنّ الإجازة ناقلة من حینها... أو کاشفة عن الصحة المتقدمة بمعنی: أنّ الصحة ثابتة من قبل إنکشف بها، لأنّها موقوفة علی حصول الشرط، و هو الرضا فی أحد الأزمنة ولو متأخرا، فبالإجازة بان حصوله. أو بمعنی أنّ الإجازة أثّرت فی صحة العقد الماضی حین صدوره، فبها انکشف أنّ العقد الأوّل کان صحیحا من حینه؟ وجوه أقواها الوسط و ربّما کان هو المشهور»(١).

أقول: هذه العبارة کما تری لَیْسَتْ صریحة فی شرطیة الوصف المنتزع.

و قال صاحب الجواهر فی عدّ معانی الکشف: «الثالث: - و هو التحقیق - أن یکون الشرط حصول الرضا ولو فی المستقبل، الذی یعلم بوقوعه من المالک مثلاً أو بإخبار المعصوم أو نحو ذلک، و المراد شرطیة الرضا علی هذا الوجه. و کأنّ هذا هو المتعیّن»(٢).

و اعْتَرَضَ علیهم الشیخُ الأعظمُ بوجوه ثلاثة:

الأوّل: هذا البيان و التعريف - و هو شرطية اللحوق و التعقّب أو شرطيته فى الجملة ولو كان متأخرا عن المشروط كما يظهر من المحقّق التقى - بالنسبة إلى الشرط غير تام، لأنّ الشرط هو ما يتوقّف تأثير المشروط عليه و لا يحصل المشروط من دون تحقّق شرطه.

الثانى: انتزاع التعقّب و اللحوق و الشرطية فى الجملة من شرطية الإجازة لبيع الفضولى خلاف ظاهر أدلة اعتبار التراضى و طيب النفس الظاهريْن فى موضوعيتهما و فعليتهما.

الثالث: المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالک فى انتقال ماله و لا ينفع اللحوق و التعقّب بالنسبة إلى الرضا فى انقطاع سلطنة المالک و تصرفات الغير فى ماله فعلاً.

و أنت ترى بأنّ الاعتراض الثالث هُوَ عبارة أُخرى عن الإِعْتِراضِ الثانى.

ص: ٣٩١

١- ١ . أنوار الفقاهة / مخطوط، نقل عنه المحقّق المروج فى هدى الطالب ٣٠/٥.
٢- ٢ . الجواهر ٤٦٦/٢٣ (٢٨٩/٢٢).

و بعد هذه المناقشات على لِإِعْلامِ الطائفة قال: «و قد التزم بعضهم بما يتفرّع على هذا من أنّه إذا علم المشترى أنّ المالک للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرّف فيه بمجرد العقد، و فيه: ما لا يخفى من المخالفةُ للأدلّة»(١).

مراده من هذا البعض هو صاحب الجواهر رحمه الله حيث يقول: «نعم، لو أخبر المعصوم بأنّه يحصل الرضا فعلاً من المالک الذى يؤثّر رضاه، كفى ذلک فى ترتّب الآثار الآن عليه لتحقّق الشرط حينئذ كتحقّقه بنفس وقوعه، إذ الشرط الحصول فعلاً ولو فى المستقبل، و لا ريب فى تحقّق الحصول فى المستقبل بالإخبار، أو لأنّ مثل هذا الشرط لا بأس بحصول مشروطه قبله بعد أن كان من الأوضاع الشرعية التى منها ما يشبه تقدّم المعلول على العلّة»(٢).

و اعترض عليه: بأنّ التصرف فى مال الغير قبل حصول الرضا و طيب النفس الفعليان خلاف لأدلة اعتبارهما.

ولكن يمكن أن يدافع عن العلاّمة الجدّ و أتباعه فى قبال اعتراضات الشيخ الأعظم بمايلى:

الأوّل: تعريف الشرط بما يتوقف عليه المشروط صحيح بالنسبة إلى الشروط التكوينية الخارجية أمّا بالنسبة إلى الشروط الشرعية فلا، كما يظهر ذلک من الأمثلة الأربعة المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم(٣) و الثلاثة المذكورة فى كلام العلاّمة الجدّ.

الثانى: لا يُنكر الظُّهُوْرُ الأوّلى لأدلة اعتبار التراضى و طيب النفس فى فعليتهما و موضوعيتهما كما عليه الشيخ الأعظم ولكن لا نسلّم اعتبار رضا المالک و طيب نفسه الفعليّين فى صحة الانتقال و حلّيّة التصرف، بل يكفى حصولهما و لحوقهما و تعقّبهما ولو فى ما بعد فيتمّ ما ذكره صاحب الجواهر من التفريع و حيث أنّ الإعتراض الثانى و الثالث واحد نكتفى بجواب واحد، و هذا كلّه فى توضيح كلام الشيخ الأعظم و نقده بالنسبة إلى

١- ١ . المكاسب ٤٠٢/٣.

٢- ٢ . الجواهر ٤٦٦/٢٣ (٢٨٨/٢٢).

٣- ٣ . المكاسب ٤٠١/٣.

الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على الكشف، و الحمدللّه على الستر.

الوجه الثانى: للاستدلال على الكشف

اشارة

قال الشيخ الأعظم عن هذا الوجه: «انّ الإجازة متعلّقة بالعقد، فهى رضا بمضمونه و ليس إلاّ نقل العوضين من حينه»(١).

و هذا الاستدلال لسيّد الرياض قال: «... إذ ليس معناها [الإجازة] إلاّ الرضا بمضمون العقد و ليس إلاّ إنشاء نقل العوضين من حينه»(٢).

و للمحقّق القمى فى جامع شتاته(٣) و غنائم أيامه(٤).

و الاستدلال قِوامُهُ أُمورٌ ثلاثة:

الأوّل: متعلَّق الإجازة هو العقد كما أنّ متعلَّق الرد و الفسخ كذلک.

الثانى: عقد الفضولى يدل على النقل من حين وقوعه.

الثالث: الإجازة هى رضا بمدلول العقد و مضمونه.

فالإجازة تصحّح استناد العقد إلى مالكه المجيز و تكون كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه.

ثمّ اورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثة:

الأوّل: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه

الأوّل(٥): مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه، و إن كان الزمان ظرف وجوده لأنّه من الزمانيات ولكن وقوعه فى زمان لا يدلّ على أنّه مقيّد بذلک الزمان و «كما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلک إذا أمضى

١- ١ . المكاسب ٣/٤٠٠.

٢- ٢ . رياض المسائل ٨/٢٢٧.

٣- ٣ . جامع الشتات ١/١٥٥ من الطبعة الحجرية (٢/٢٧٩).

٤- ٤ . غنائم الأيام /٥٤٢ من الطبعة الحجرية.

٥- ٥ . المكاسب ٣/٤٠٣.

إجازة المالک وقع النقل من زمان الإجازة»(١).

أقول: كما أنّ العقد و مضمونه و هو النقل غير مقيّد بالزمان، يمكن أن يقال بأنّ الإجازة أيضا كذلک غير مقيّدة بالزمان فيمكن أن يتعلَّق بالعقد من حين وقوعه أو من حين وقوع الإجازة، فهذا البيان يكون أخص من مدعاه و هو الردّ على القول بالكشف كما يظهر ذلک من المحقّق الإيروانى.(٢)

ثمّ استشهد لمقالته بأنّ مقتضى القبول ليس وقوع الملک من زمان الإيجاب مع أنّ مقتضى القبول ليس إلاّ الرضا بمضمون الإيجاب، بل يتمّ العقد من حين القبول.

ولكن الأْوُلى تنظير الإجازة بمقابلها و هو الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ العقد من حينه لا من حين وقوع العقد، فكذلک الإجازة فإنّها تنفيذ العقد من حين وقوعها لا من حين وقوع العقد حتّى تدلّ على الكشف(٣) كما يأتى منه قدس سره .

ثمّ اعترض(٤) على استشهاده بوجود الفارق بين القبول و الإجازة، و هو العقد لا يتم إلاّ بالقبول و العقد سبب للملک فلا يتقدّم الملک على سببه، ولكن فى الإجازة، العقد وقع تماما و هو السبب للنقل و الإجازة هى الرضا بمضمون العقد فيكشف صحته من حين تحقّقه.

و أجاب(٥) عن الاِعتراض بأنّ: كما أنّ الإيجاب بنفسه ليس سببا للملک، كذلک عقد الفضولى لا يترتب عليه الأثر إلاّ بعد الإجازة فكلّ من القبول و الرضا جزءُ علّة الملک، فالفارق بينهما غير موجود.

ثمّ استشهد(٦) بتنظير الإجازة و الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ للعقد من حين وقوع

١- ١ . المكاسب ٤٠٣/٣.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ١٢٧/١.

٣- ٣ . كما فى هدى الطالب ٣٩/٥.

٤- ٤ . المكاسب ٤٠٣/٣ قوله: «و دعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه...».

٥- ٥ . المكاسب ٤٠٣/٣ قوله: «مدفوعة بأنّ سببيته...».

٦- ٦ . المكاسب ٤٠٤/٣ قوله: «و لأجل ما ذكرنا أيضا...».

الفسخ فكذلک الإجازة تثبت العقد من حينها، و السرّ فى ذلک كلّه عدم كون الزمان قيّدا للنقل فى البيع بل ظرفا له «فجميع ما يتعلَّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلَّق بنفس المضمون دون المقيّد بذلک الزمان»(١).

ثمّ استشهد(٢) بأمر آخر و هو: جواز إنشاء الإجازة بكل ما يدلّ على الرضا بنفس عقد الفضولى أو بنتيجته فيمكن صدور الإجازة بمثل قول المالک: «رضيتُ بالعقد أو أجزته» أو قوله: «رضيتُ أو أجزتُ بانتقال مالى إلى المشترى» أو بالفعل الدال عليه نحو: تسليم المبيع إلى المشترى أو أخذ الثمن منه أو تمكين المرأة نفسها من الزوج فى نكاح الفضولى.

فنفس إمكان صدور الإجازة بنتيجة العقد أو بالفعل يدلّ على أنّ النقل وقع من حينها، لِاءَنَّهُ لم يُلاحَظْ فيهما زمان وقوع العقد.

ثمّ أتى(٣) بتقرير آخر و هو: الإجازة تقوم مقامَ الرّضا و الإذنِ المَقْرُوْنَيْنِ بالعقد الفضولى و بهما يصير المالک بمنزلة العاقد، فالإجازة إمّا شرط للعقد لكونها قائمة مقام الإذن الذى هو شرط للعقد.

و إمّا جز سبب الملک لکونها قائمةً مقام إنشاء المالک، و علی الحالین لا یتم العقد و مضمونه - و هو النقل - إلاّ بعد صدور الإجازة التی هی شرط للعقد أو جزء سببٍ للملک الذی هو مضمون العقد.

و یری الفقیه السیِّدُ الیزدی(٤) رحمه الله هذا التقریر دلیلاً مستقلاً لا دخل له بماضیه بل هو قریب بإشکاله الثانی الآتی.

ثمّ ردف الشیخ الأعظم هذا التقریر «بعبارة اُخری» و قال: «المؤثِّر هو العقد المرضیّ به، و المقیَّد من حیث أنّه مقیَّدٌ لا یوجد إلاّ بعد القید، و لا یکفی فی التأثیر وجود

١- ١ . المکاسب ٤٠٤/٣.

٢- ٢ . المکاسب ٤٠٤/٣ قوله: «و الحاصل: أنّه لا إشکال...».

٣- ٣ . المکاسب ٤٠٤/٣ قوله: «و بتقریر آخر أنّ الإجازة...».

٤- ٤ . حاشیة المکاسب ١٨٠/٢.

ذات المقیَّد المجردة عن القید»(١).

أقول: الملکیة المجعولة المنشأ توسط العاقد، التی أجازها المالک تستحیل أن تکون مهملة - أی غیر مقیّدة بشی ءٍ - لأنّ العاقد المنشی الجاعل إمّا أن تجعل الملکیّة مطلقة - أی من هذا الزمان إلی یوم القیامة أو حدوث ما یزیله - أو مقیّدة بزمان - کالملکیة بعد ساعة أو یوم أو اُسبوع أو شهر أو... - و بما أنّها لا تکون مقیّدة فتکون مطلقة یعنی من زمان العقد إلی یوم القیامة، و الإجازة إنّما تعلّقت بتلک الملکیّة المطلقة یعنی من زمان العقد فلا محالة تکون الإجازة کاشفة.

و النقض بالقبول غير وارد، لأنّ الملكية المنشأة بالإيجاب مقيّدة بالقبول و ليست مطلقة فكأنّه قال: بعتك إن قبلتَ، و قد ذكرنا أنّ مثل هذا التعليق فى العقود ممّا لا بأس به لأنّه تعليق يقتضيه نفس العقد. فالملكية أنشات معلّقة على القبول فلا معنى لتقدّمها عليه بخلاف(٢) الإجازة.

الثانى: قال ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد

الثانى: قال(٣) ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد بالزمان و سلّمنا تعلّق الإجازة بهذا المضمون إلاّ أنّه لايترتّب عليه الملكية الشرعية، لتوقفها على إمضاء الشارع، و إمضائه يتوقف على إجازة المالک حتّى يشمله قوله تعالى «اوفوا بالعقود»(٤)، فالملكيّة الشرعية تحدث فى زمان إمضاء المالک لا إنشاء العاقد، و هذا يعنى أنّ الإجازة ناقلة و ليست بكاشفة.

فظهر مِنْ ذلِکَ عدم تمامية الاستدلال على الكشف بقوله تعالى «اوفوا بالعقود»، لأنّ وجوب الوفا يترتّب على عقد المالک، و عقد الفضولى لا يصير للمالک و لا يستند إليه إلاّ بعد إجازته، و بعدها يترتب وجوب الوفاء بالعقد و هذا هو القول بالنقل.

١- ١ . المكاسب ٤٠٤/٣.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤١/١.

٣- ٣ . المكاسب ٤٠٥/٣.

٤- ٤ . سورة المائدة /١.

و ظهر عدم تمامية الاستدلال على الكشف بقوله تعالى «أحل اللّه البيع»(١)، لأنّ الملک ينشأ من حليّة التصرف و هى تتوقف على الإجازة و الرضا من المالک، فقبلها لا يحلّ التصرف، «خصوصا

إذا علم عدم رضاية المالک باطنا أو تردّده فی الفسخ و الإمضاء»(۲)، فإذا لم یحلّ التصرف فلا یتحقّق الملکیة.

أقول: نعم، الشارع یحکم بالملکیّة بعد إجازة المالک إلاّ أنّه لا ینافی أن یحکم بعد الإجازة بالملکیة من أوّل الأمر، و لا مانع من تغایر زمانی الحکم و المحکوم به کما وقع عکس ذلک فی الوصیة حیث حکم الموصی بالملکیة للموصی له بعد موته - فإذ جاز ذلک فلیکن عکسه أیضا جائزا، ففی المقام حکم الشارع بعد الإجازة بالملکیة المتقدّمة بعد العقد.(۳)

و الشاهد علیه: ملاحظة باب الإجازة کما إذا اَجَّرَ الفضولی دار شخص من أوّل السنة فأجازها المالک بعد شهر مضت من أوّل السنة، حکم الشارع بعد الإجازة بصحة الإجارة ولکن المحکوم به هو ملکیة منافع الدار من أوّل السنة للمستأجر.(٤)

و یمکن أن یورد علی هذا المقال بوجهین:

أ: إنّ الحکم بملکیة شی ءٍ لشخصین مستحیل و العبرة بتعدّد المتعلَّق لا بتعدّد زمان الاعتبار، فلو کان المتعلّق واحدا فالحکم علیه بحکمین متنافیین محال، ولو کان الحکمان و الاعتباران یتعلّقان بشی ء واحد فهذا مستحیل و إن کان زمانهما غیر واحد.

و أمّا إذا کان المتعلّق متعدّدا فیَصَحُّ أن یحکم علیهما بحکمین مختلفین ولو کانا فی زمان واحد. أو فی زمانین.

و فی المقام متعلّق الحکم و الاعتبار واحد و هو الملکیة قبل الإجازة، فقد یقال نعتبرها قبل الإجازة للمالک و بعدها للمشتری، فهی شی ءٌ واحد قد حکم به لشخصین و

١- ١ . سورة البقرة /٢٧٥.

٢- ٢ . المكاسب ٤٠٦/٣.

٣- ٣ . كما يظهر من المحقّق الخراسانى فى حاشيته على المكاسب /٦١.

٤- ٤ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٢/١.

هو مستحيل.

يظهر هذا البيان من المحقّق النائينى(١) فى بحث حكم الخروج من الأرض المغصوبة.

و أجاب عنه تلميذه السيّد الخوئى رحمه الله : «أنّ ما أفاده إنّما يتم فى الأحكام البعثية و الزجرية و هى التكليفيّة فقط حيث أنّها تحتاج إلى المتعلَّق لا محالة، و الشى ء الواحد لا يمكن أن يبعث إليه و يزجر عنه و لا يمكن إيجابه و تحريمه... و أمّا الأحكام الوضعية فلا، لأنّها ناشئة من مصالح فى جعلها و لا مانع من أن يعتبر فى زمان شخصا مالكا لشى ءٍ لأجل مصلحة فى هذا الاعتبار، و أن يعتبر فى زمان آخر غيره مالكا له لأجل مصلحة اُخرى و هذا أمر ممكن فى الاعتبار...»(٢).

ب: ما ذكرتم من وجود الاعتبارين بالنسبة إلى متعلَّق واحد فى زمانين مختلفين إنّما يتم فى القضايا الخارجية و الموالى العرفية التى نظرها إلى البيوع الخارجية، و أمّا فى القضايا الحقيقية و الأحكام الشرعية التى لا نظر فيها إلى الخارج فلا يتم بوجه، بل إنّما هى مترتّبه على موضوعاتها المقدّرة الوجود و صادرة قبل خلق الخلق و العالَم أو حين نزول الشريعة فلا يتمّ أبدا، لأنّ الشارع إنّما اعتبر الملكية قبل وجود المتبائعين لا محالة كما هو كذلک فى الأحكام التكليفية كوجوب الحج... .

و عليه فنقول: إنّ الشارع الذى اعتبر الملكية هل اعتبرها من حين العقد أو من حين الإجازة فعلى الأوّل تكون الإجازة كاشفة حقيقة كما أنّها على الثانى تكون ناقلة فلا يبقى لاستكشاف ما ذكرتموه مجال...»(٣).

ثمّ أجاب السيّد الخوئى(٤) عن هذا الإيراد بجوابين:

أحدهما: إنّ الشارع بالنسبة إلى الإعتباريات ليس جاعل بل هو لم يردع عنها و

١- ١ . راجع أجود التقريرات ١٨٨/٢.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٤/١.

٣- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٥/١.

٤- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٦/١.

أمضاها بما لها عند العقلاء و فى المقام ما أتى به المالک هو الاعتبار بعد الإجازة المتعلّقة بالملكيّة السابقة و المفروض أنّ الشارع قد أمضى هذ الاعتبار فى الفضولى فيقع الملكية بعد الإجازة من أوّل العقد.

ثانيهما: و على فرض أنّه جاعلٌ و معتبِرٌ و اعتباره أزليٌّ، موضوع اعتباره هى الإجازة، لأنّه اعتبر ملكيّة المشترى من أوّل العقد إذا تحقّقت الإجازة و بعد ما تحقّقت فيتحقّق الحكم بالملكية من أوّل الأمر كما فى وجوب الحج بالنسبة إلى الاستطاعة، فكون القضية حقيقيّة و يترتّب الحكم فيها على موضوعاتها المقدّرة غير مضرّ بالاستدلال.

الثالث: قال ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين

الثالث: قال(١) ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين وقوعه، و إن كانت موجبةً لنفوذه من حين وقوعها، كما أنّ مضمون صيغة القبول - و هو رضا بمضمون الإيجاب - لا يوجب ترتّب الأثر من زمن الإيجاب. هذا أوّلاً.

و ثانيا: ولو كانت الإجازة موجبةً لنفوذ العقد من حين وقوعه، فلابدّ من رفع اليد عن هذا الظهور لأنّه غير معقول لاستلزامه استحالة انقلاب الشى ء عمّا وقع عليه، لأنّ عقد الفضولى لم يقع حين حدوثه مؤثّرا، فكيف يصير مؤثرا بعد صدور الإجازة من زمان وقوعه؟(٢)

و لذا لو ورد دليلٌ على وقوع عقد الفضولى من حينه بعد صدور الإجازة لابدّ من صرفه عن ظاهره و حمله على «إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثّرا من حيث ترتّب الآثار الممكنة»(٣) نحو انتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشترى، و إن كان أصل الملك قبل الإجازة يكون للمالك و النماء يقع فى ملكه.

و هذا القول فى الكشف هو الكشف الحكمى و هو غير الكشف الحقيقى و قال الشيخ الأعظم فى شأنه: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلاّ الأُستاذ

١- ١ . المكاسب ٤٠٦/٣.

٢- ٢ . هدى الطالب ٥٣/٥.

٣- ٣ . المكاسب ٤٠٧/٣.

شريف العلماء(١) فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته»(٢).

ترجمة شريف العلماء المازندرانى

و يرى الشيخ الأعظم(٣) هذا القول فى الكشف خلاف ظاهر كلام القائلين به و استشهد بكلام العلاّمة فى القواعد حيث قال: «فى زمان الإنتقال إشكال»(٤)، حيث جعل النزاع فى زمان الإنتقال.

و يرد على أوّله: وجود الفارق بين صيغة القبول فى العقد، و الإجازة فى بيع

١- ١ . هو محمّد أو محمّدشريف بن حسنعلى الآملى المازندرانى، وُلد فى كربلا المقدسة و حضر على السيّد محمّد المجاهد و والده صاحب الرياض و على الأخير تسع سنين، و قد يقال: حضر سنة على الميرزا أبوالقاسم القمى صاحب القوانين و اشتغل بالسياحة فى أطراف بلاد العجم و زار الإمام الرضا عليه السلام و رجع إلى كربلا و جلس على كرسى التدريس فى مدرسة حسن خان، و له اهتمام تام فى أمر التدريس و لذا لم يوفّق للتأليف إلاّ أنّه كتب رسالة فى «أمر الآمر مع علمه بانتفاء شرط الأمر» بالتفصيل. و كانَ له مجلسان للدرس، مجلس للمبتدئين و مجلس للمنتهين. و حضر عليه قريبا من ألف طالب و عالم أمثال الشيخ الأعظم و السيّد ابراهيم الموسوى القزوينىّ صاحب ضوابط الأُصول و الملاّ آغا الدربندى و السيّد محمّدشفيع الجابلقى و المولى اسماعيل اليزدى و سعيدالعلماء المازندرانى و الشيخ محمّدحسن آل ياسين. توفّى بمرض الطاعون فى سنة ١٢٤٥ و دفن فى سرداب بيته قريبا من الجهة الجنوبية للصحن الحسينى الشريف، و خلف ولدا ذكورا توفّى فى هذه السنة و لم يبق له من الأُولاد. راجع: الروضة البهية /(١١-٩) لتلميذه السيّد محمّدشفيع الجابلقى؛ معارف الرجال ٢٩٨/٢، رقم ٣٥٨؛ أعيان الشيعة ٣٦٤/٩؛ و زندگانى و شخصيت شيخ انصارى /١٤٨؛الكنى و الألقاب ٣٥٤/٢، رقم ٣٨٨ (طبعة جماعة المدرسين)؛ هدية الأحباب /١٨٢؛ تكملة أمل الآمل ١٥٧/٣، رقم ٨٥١؛ نجوم السماء ٣٩٩/٢، رقم ٤٢؛ الكرام البررة ٦١٩/٢، رقم ١١٤؛ غرقاب /١٩٦، رقم ٨١.

٢- ٢ . المكاسب ٤٠٧/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤٠٧/٣.

٤- ٤ . القواعد ١٩/٢.

الفضولى لأنّ العقد مقيّد بالقبول و معلَّق عليه كما مرّ(١)، ولكن الإجازة على القول بالكشف كاشِفَةٌ عن صحة العقد من حين وقوعه و بينهما برزخ لا يبغيان.

و يرد على ثانيه: ما ذكره مِنْ أنَّ عقد الفضولى لم يقع من حين حدوثه، أوّل الكلام و محل نزاع بين قولى الكشف و النقل فى الإجازة، فجعل محل النزاع من أركان استدلاله و هذا ليس إلاّ مصادرة بالمطلوب. كما نبّه الفقيه السيّد اليزدى(٢) على أنّه أوّل الكلام.

١- ١ . فى نقد إشكاله الأوّل، صفحة ٣٩١ من هذا المجلد.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ١٨١/٢.

وجوه الكشف فى مقام الثبوت

اشارة

فسرّ الكشفيون الإجازة بوجوه متعددة و لهم مسالک مختلفة نعدّ لک أهمّها:

الأوّل: الكشف الحقيقى الشرطى

و هو الالتزام بأنّ الإجازة تكون شرطا متأخرا و المشهور يذهبون إليه، و اعترض عليهم جمال المحقّقين فى حاشيته على الروضة(١) بأنّ الشرط لا يتأخر.

الثانى: الكشف الحقيقى التعقّبى

و هو الالتزام بأن الشرط هو تعقّب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة، فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و يلتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها فى مابعد، نُسب(٢) هذا القول إلى جدّنا العلاّمة التقى صاحب الهداية(٣) و أخيه صاحب الفصول(٤) و الفاضل النراقى(٥) و خالى الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء(٦) قدس سرهم .

١- ١ . حاشية الروضة /٣٥٨، لآقا جمال الخوانسارى.

٢- ٢ . الناسب إلى الجدّ هو الفاضل المامقانى فى غاية الآمال /٣٧٥.

٣- ٣ . تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣؛ هداية المسترشدين /٢١٩ من طبعة مؤسسة آل البيت الحجرية (١٧٥/٢ من طبعة جماعة المدرسين).

٤- ٤ . الفصول الغروية /٨٠.

٥- ٥ . مستند الشيعة ٢٨٣/١٤.

٦- ٦ . أنوار الفقاهة / مخطوط قد مرّ عبارته فى صفحة ٣٨٦ من هذا المجلد.

الثالث: الكشف الحقيقى التقديرى

و هو الالتزام بكفاية الرضا التقديرى المنكشف بالإجازة بمعنى أنّ المالک لو التفت لكان راضيا و الإجازة كاشفة عنه ككشف شاهد الحال عنه، هذا قول المحقّق الرشتى.(١)

الرابع: الكشف الحقيقى التامى

و هو الالتزام بأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد هو سبب تام للملكية و هو مذهب ثانى المحقّقين(٢) و الشهيدين(٣) كما مرّ.

و هو المستفاد من كلام صاحب مفتاح الكرامة حيث يقول: «إنّ العقد سبب تامّ مع الإجازة و إن تأخرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه لتقدّمه و تعلّق مقتضاها به، إذ المالک إنّما رضى بإنتقال ملكه عنه من وقت العقد فحينئذ هى شرط للعلم بالوقوع و التأثير لا شرط للنقل، فلذا قلنا: إنّها كاشفة، و العقد مع عدم ظهورها موقوف لا نعلم سببيّته و لا تأثيرها ظاهرا إذا تجرّد عنها فليتأمل جيّدا»(٤).

و تبعه معاصره – الشيخ جواد ملاّ كتاب قدس سره – فى شرحه على اللمعة(٥): من أنّ الإجازة تكون نظير التبادر علاّمةً كاشفةً عن وضع اللفظ المتبادر منه، و كعلامات البلوغ. ولكن عدّ الفقيه اليزدى(٦) رحمه الله هذا الوجه وجها مستقلاً.

الخامس: الكشف الحقيقى الحصولى

و هو الالتزام بأنّ «الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل الذى يُعلم بوقوعه من

١- ١ . راجع كتاب الإجازة /١٨٤ للمحقّق الرشتى، الطبعة الحجرية.

٢- ٢ . جامع المقاصد ٧٤/٤.

٣- ٣ . الروضة البهية ٢٢٩/٣.

٤- ٤ . مفتاح الكرامة ٦٠٧/١٢.

٥- ٥ . شرح اللمعة / مخطوط، نقل عنه فى هدى الطالب ٦١/٥.

٦- ٦ . حاشية المكاسب ١٨١/٢.

المالک مثلاً أو بإخبار المعصوم عليه السلام أو نحو ذلک» كما عليه صاحب الجواهر(١) رحمه الله .

السادس: الكشف الحقيقى الدهرى

الشرط المتأخر بوجوده الدهرى يكون شرطا بمعنى أنّ جميع الأجزاء و الشروط المتعددة و المتكثرة، تكون مجتمعة فى وعاء الدهر فلا تقدّم و لا تأخّر.

نسبه المحقّقان الخراسانی(۲) و النائینی(۳) إلی المیرزا الشیرازی الکبیر قدس سره مع أنّ الأخیر ذکر إعلام عدم رِضاه بهذه النسبة.

السابع: الکشف الحقیقی الحدوثی

و هو الالتزام بکون «ظرف حدوث الأثر و ترتّبه علی العقد زمان الإجازة، و ظرف الحادث المترتّب علیه زمان العقد»(٤)، و بعبارة اُخری: الإجازة تکشف «عن حکم الشارع بعدها بحصول الملک من حین العقد کأنّها وقعت حینه، و حاصله: أنّ زمان حکم الشارع بالملکیة مابعد الإجازة و أمّا نفس الملکیة المحکوم بها فزمانها من حین وقوع العقد»(٥) و هذا الوجه هو مختار المحقّق الشهیدی(٦).

الثامن: الکشف الحکمی

«و هو إجراء أحکام الکشف بقدر الإمکان مع عدم تحقّق الملک فی الواقع إلاّ بعد الإجازة»(٧).

و بعبارة أُخری: «أنّه یعامل بعد الإجازة معاملةَ العقد الواقع مؤثرا من حینه بالنسبة

١- ١ . الجواهر ٤٦٦/٢٣ (٢٨٩/٢٢).

٢- ٢ . فوائد الأُصول /٥٨ للآخوند الخراسانی.

٣- ٣ . المکاسب و البیع ٨٩/٢.

٤- ٤ . هدایة الطالب ١٠٦/٣.

٥- ٥ . هدایة الطالب ٩١/٣.

٦- ٦ . هدایة الطالب ٩٢/٣.

٧- ٧ . المکاسب ٤٠٨/٣.

إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقيٌّ فى حكم الكشف من بعض الجهات»(١).

قال الشيخ الأعظم: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلاّ الاستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته»(٢).

و قال: «أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثمّ بعده الكشف الحكمى...»(٣).

التاسع: الكشف الحكمى الإنقلابى

عقد الفضولى لا يفيد شيئا بالنسبة إلى ملكية المشترى للمبيع و ملک المالک باق عليه قبل الإجازة و أمّا بعدها ينقلب الأمر و يصير المبيع ملكا للمشترى من حيث العقد، و الإجازة تكشف على نحو الإنقلاب عن هذه الإنتقال.

يراه الاستاذ المحقّق - مد ظله -: «أتقن الوجوه فى مقام الثبوت»(٤). و اختاره صاحب بشرى الفقاهة(٥) - مد ظله - .

العاشر: الكشف الحكمى الصورتى

«و حاصله: أنّ كل أمر متقدّم يكون كالمادة الهيولائية بالنسبة إلى أمر متأخر عنه و كان المتأخر كالصورة فى إفادة فعلية ذاک الأمر يكون بوجوده منشاءً لتحقّق الفعلية فى ذاک المتقدم»(٦) «فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه»(٧).

نقل المحقّق النائينى هذا الوجه عن استاذه المحقّق جدّى الشيخ محمّدباقر النجفى الأصفهانى(٨) نجل صاحب الحاشية أعلى اللّه مقامهما.

١- ١ . المكاسب ٤٠٧/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٠٧/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤٠٨/٣.

٤- ٤ . العقد النضيد ٢٣٠/٣.

٥- ٥ . بشرى الفقاهة ٦٥/٤.

٦- ٦ . المكاسب و البيع ٨٤/٢.

٧- ٧ . منية الطالب ٦١/٢.

٨- ٨ . كتب المحقّق النائينى فى شأن ولده الشيخ محمّدحسين صاحب التفسير و والده الشيخ محمّدباقر بقلمه الشريف ما نصه: «ولكن معظم تلمّذى و استفادتى كان من الحبر المحقّق الفريد و البحر الزاخر الوحيد، مَنْ قلّ ان يسمح الزمان بمثيله أو ير عينه بعديله شيخى العلاّمة الشيخ محمّدحسين سبط المحقّق التقى صاحب التعليقة الكبرى على المعالم و كان فيمن ادركته و رأيته حائزا فى علمه و عمله و زهده و ورعه و طول باعه فى العلوم العقلية و النقلية ما يبهر العقول و قد أكمل جميع ذلک و لم يبلغ الأربعين من عمره و مع أنّه كان من ذوى الفنون الذين قلّ أنْ يعهد الدهر بأمثالهم ففى كلّ واحد منها كان أبا عذرته و الوحيد فيه، و كان له فى علم الهيئة مسلک بين المسلكين به يتضح رموز الأخبار و ينحل مشكلاتها و لم يبرز من تصانيفه التى أخبرنى بها إلاّ اليسير من تفسيره الذى لم يعمل مثله و قد أودع فيه ما ينبئ عن كمال تبحره و طول باعه، و كان قدس سره من أظهر مصاديق مَنْ وصفه أميرالمؤمنين - عليه و آله أفضل الصلوة و السلام - فى خطبتى همام المروية أحدهما فى الكافى [الكافى ٥٧٣/٣، ح١، باب المؤمن و علاماته و صفاته. (٢٢٦/٢)] و الأُخرى فى النهج [نهج البلاغة، خطبة ١٩٣] : «يذكّر اللّه تعالى برؤيته و يدعو إليه برويّته» [لم ترد هذه العبارة فى خطبة الهمام ولكن ورد فى الكافى ٩٥/١، ح٣، باب مجالسة العلماء (٣٩/١) هكذا: «مَن تُذَكِّركم اللّه رُؤْيَتُهُ و يَزيدُ فى عِلْمِكُمْ مَنْطِقُهُ و يُرَغِّبُكُمْ فى الآخرة عَمَلُهُ»] و قد أثرتْ مواعظه الشافية فى سنى إقامته بأصبهان من التقوى فى نفوس الخواص و العوام ما لايوصف، و قد انقطعتُ به و اعتكفتُ عليه و كنتُ أحضر جميع أبحاثه الفقهية و الأصولية و الكلامية، و اكتبها فى مجلس البحث

بكمال السرعة مترجما لها بالعربيّة و أعرض عليه كراريسى و يتعجّبُ هو و جميع مَنْ يحضره عن عدم فوت شى ء ممّا كان يفيده و يستنسخها الحاضرون، و قد طلبها منى أخوه الفقيه البارع الزكى حضرة الشيخ محمّدتقى المعروف بآقانجفى قدس سره ليطبعها و لم يرض هو - طاب رمسه - بذلک و منعنى عن دفعها اليه، و كان - نوّر ضريحه - أشفق بى من الوالد لولده و كثيرا ما يرغبّنى و يحثّنى إلى الحضور معه بحث والده الفقيه العلاّمة حجّة العصابة و وجهها الزاهر حضرة الآقا الشيخ محمّدباقر - قدس سره الزكى - ولكنّى كنتُ أرغب عن ذلک لعدم بلوغى من العمر مبلغا يليق لى الحضور فى ذلک المجلس العظيم الذى كان يحضره أعاظم العلماء البارزين و كنت أنا ابن تسعة عشر أو العشرين إلى أن أخذنى ذات يوم بعد فراق عن بحثه معه و أحضرنى ذلک المحضر و أجلسنى بجنبه و أظهر من جميل الصنع ما أسكن روعتى و أذهب خجلتى فكنت أحضر بعد ذلک بحثه و بعد الفراغ نحضر جميعا بحث والده و استمر ذلک قريبا من خمسة العوام و كان عنوان بحثه حينئذٍ كتاب البيع و قد أدركتُ بحثه من مبحث المعاطاة إلى الخيارات و شاهدتُ من تبحره و فقاهته و طول باعه فى تنقيح قواعد المعاملات و تفريع الفروع عليها مع ابتلائه بتلک الرياسة العظمى و استغراق أوقاته بشئونها ما لا يكاد ينقضى عجبى عنه مهما أتذكره و كان تهجّده و مناجاته بالأسحار و كثرة بكائه فيها يقلب القلوب القواسى و يزيل الجبال الرواسى و إذ شرع فى مبحث الخيارات أختار اللّه تعالى له دار كرامته و نعى نفسه المقدسة و فى الجمعة الأُولى أو الثانية من ذى القعدة سنة ١٢٩٩ أسرّ إلى ولده المعظم السابق ذكره شيخى العلاّمة الشيخ محمّدحسين قدس سره و كان هو موضع سرّه انّه ظهر له فى ذلک اليوم علامة دنو أجله و لم يذكر له أزيد من ذلک و هو - نوّر مضجعه - حدثنى به بعد ذلک فأخذ فى تصفية اُموره و تجهيز سفره إلى النجف الأشرف من ذلک اليوم مسرعا عجلاً، و فى اليوم الثانى من ذى الحجة تلک السنة خرج مِن أصبهان خروج من لايرجو العود أبدا و اختار شيخى المعظم المذكور من بين أولاده لصحبته و أخذنى معه و كنت عازما على المسير معهما فحالت العوائق بينى و بين نيّتى و كانت كبقية سفره إلاّ ما حدثنى به ولده المحقّق المذكور أنّه جدّ فى السير و لم يمكث فى البلاد الواقعة فى الطريق أزيد من متعارف الزوّار و لا فى الكاظمية المشرفة أزيد من ليلة و ورد كربلا المقدّسة ليلة عاشورا و لم يقم فيها مع بُعد عهده بها و اشتياقه إليها أزيد

من ثلاث و فی الیوم الرابع خرج إلی النجف الأشرف و فی الیوم الثانی من وروده زار بعد خروجه عن الحضرة المقدّسة مقبرة جدّه الشیخ الأکبر فقیه العصابة و محیی ما درس من رسومها الشیخ جعفر - أنار اللّه تعالی - و عیّن موضع قبره فیها و خطه بعصاه و أمر أن یحفر مَن یحفره بحضرته فألح علیه مَن حضره مِن عشیرته بالقیام و تعهدوا له أنّهم یکفونه حفره، و دفع کفنه إلی مَن یعمل الأکفان لیکتب علیه آیا مِن القرآن بالتربة المقدّسة و أمره أن یعجّل فی إتمامه و لمّا رجع إلی أهله حمی تلک العشیة و لم یخرج بعده إلی أن خرج سریره و انتقل إلی الدرجات التی أعدّها لنزوله».

ص: ٤٠٦

البحث حول الوجوه فی مقام الثبوت

الوجه الأوّل: الکشف الحقیقی الشرطی

استشکل الشیخ الأعظم علیه بأنّ الشرط المتأخر محالٌ عقلاً.

ص: ٤٠٧

و قد مرّ(١) الجواب عنه فإمکان هذا الوجه عندنا باق و أجاب عنه المحقّق الخراسانی بخسمةِ أَجْوِبَةٍ استشکل فی أربعة منها کانت للقوم و اختار الخامس الذی لنفسه فراجع فوائده.(٢)

الوجه الثانی: الکشف الحقیقی التعقبی

مرّ اعتراض الشیخ الأعظم علی أعلام القائلین بهذا القول و جوابه منّا فراجع(٣).

الوجه الثالث: الکشف الحقیقی التقدیری

و هذا الوجه هو ما أفاده المحقّق المیرزا حبیب اللّه الرشتی رحمه الله من کفایة الرضا التقدیری فی صحة العقد، نظیر الإذن المستفاد من شاهد الحال، قال: «إنّ الإجازة کاشفة عن ذلک جدّا ولو بعد

الردّ فإنّ الكراهة الباعثة على الردّ من حيث خفاء الجهة الراجحة، فلا منافاة بين الردّ فعلاً و الرضا التقديرى...»(٤).

و فيه: دعواه مركبة من صغرى و كبرى، أمّا الأُولى: فهى أنّ الإجازة كاشفة عن الرضا التقديرى، و أمّا الثانية: فهى أنّ الرضا التقديرى كاف فى صحة العقد.

و يمكن المناقشة فيهما:

أمّا الصغرى: فيمكن أنّ يناقش فيها: بأنّ المراد من الكاشفية إمّا:

أ: اللفظية: ككاشفية الجملة الخبرية عن المخبرية، فهى باطلة بالضرورة.

ب: العقلية الإنّية: ككاشفية المعلول عن علته، بدعوى أنّ معلولية الإجازة تدل على علّيّة الرضا التقديرى، فهى أيضا باطلة لأنّ التقدير و هو المحذوف و المعدوم لا يتصور أن يكون علّة، نعم، الرضا الفعلى يمكن أن تكون علّة لمعلول الإجازة ولكن بينهما - الرضا التقديرى و الرضا الفعلى - تنافى ظاهر.

١- ١ . راجع صفحة ٣٨٠ من هذا المجلد.

٢- ٢ . فوائد الاصول /(٦٠-٥٥)، فائدة فى تقدّم الشرط على المشروط.

٣- ٣ . راجع صفحة ٣٨٦ من هذا المجلد.

٤- ٤ . كتاب الإجارة /١٨٤، الطبعة الحجرية.

ج: العرفية: بدعوى أنّ الإجازة كاشفة عرفا عن الرضا التقديرى فهى أيضا باطله، لأنّ الرضا التقديرى معدوم و الإجازة موجودة و العرف لايرى الملازمة بين الموجود و المعدوم.

و بالجملة: بطلان الصغرى واضح لعدم دلالة الإجازة على الرضا التقديرى بوجه من الوجوه.

و أمّا الكبرى: فبما مرّ بأنّ الرضا الفعلى - فضلاً عن التقديرى - لا يكفى فى صحة العقد و العقود يحتاج إلى الانتساب و الاستناد إلى مالكه و هذا لا يتم إلاّ بإصدار الإذن سابقا أو لاحقا أو مقارنا.(١)

هذا مضافا إلى ورود الإشكالات الأربعة التى ذكرها هذا القائل العظيم على مدعاه و أجاب عن ثلاث منها بجوابات لا يتم عندنا و ترك الجواب عن الرابع و لعلّ وجه تركه معلوميته عن الأجوبة السابقة، فراجع كتابه.

الوجه الرابع: الكشف الحقيقى التامى

مرّ(٢) استدلال القائلين بهذا القول فى الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على الكشف بالتقريرين و مناقشات الشيخ الأعظم عليهما، فلا يمكن الأخذ بهذا الوجه و لا نعيد الكلام فيه.

الوجه الخامس: الكشف الحقيقى الحصولى

قال صاحب الجواهر مضافا إلى ما نقلتُه عنه سابقا: «... ولكن لابدّ فيه من حصول الرضا ولو فى المستقبل و لا يكفى فيه الرضا التعليقى بمعنى أنّه لو علم لرضى...»(٣).

و لا بأس بهذا الوجه فى مقام الثبوت و أمّا اقامة الدليل عليه فى مقام الإثبات فمشكل جدّا.

١- ١ . راجع كتاب البيع ٢/(٢٢١-٢١٧) للمحقّق الخمينى رحمه الله .

٢- ٢ . راجع صفحة ٣٨٢ من هذا المجلد.

٣- ٣ . الجواهر ٢٣/٤٦٧ (٢٢/٢٨٩).

الوجه السادس: الكشف الحقيقى الدهرى

المنقول عن الميرزا الشيرازى الكبير.

قال تلميذه المحقّق الخراسانى فى فائدة فى تقدّم الشرط على المشروط من فوائده ما نصه: «ثالثها: ما أفاده سيّدنا الأُستاد – أطال اللّه بَقاءَهُ – من أنّ الشرط فى هذه الموارد ليس المتقدّم أو المتأخر بوجودهما الكونى الزمانى لكى يلزم المحذور، بل بوجودهما الدهرى المثالى، و هما بهذا الوجود لايكونان إلاّ مقارنتين للمشروط، فإنّ المتفرقات فى سلسلة الزمان مجتمعات فى وعاء الدهر(١)»(٢).

«و توضيحه [فى كلام تلميذه الآخر المحقّق النائينى] أنّ أهل المعقول قالوا بأنّ المتغيّرات فى وعاء الزمان ثابتات فى عالم الدهر، و مرادهم من هذه العبارة أنّ لكلِّ ماهية نحوين من الوجود: وجود تفصيلى يختص بها الذى به موجودية الماهية فى عالم الزمان بنحو البسط و النشر و هو يتكثر بتكثر الماهيات، و وجود واحد جمعى فى عين وحدته وجود كلّ الماهيات فتكون الكلّ موجودة به على نحو الجمع و اللف و هو المعبر عنه بعالم الدهر، فالأمر المتأخر و إن كان متأخرا بالوجود التفصيلى الزمانى لكنّه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعى الدهرى فهو شرط بهذا الوجود فلا تأخر للشرط...»(٣).

و يرد عليه: هذا الوجه لايدفع إشكال الشرط المتأخر لأنّ «إجتماع الزمانيات فى عالم الدهر على نحو الترتب نظير إجتماع الخط المختلف الألوان بجميع ألوانه المختلفة تحت نظر واحد حيث أنّ الألوان المختلفة مجتمعات فى النظر و اللحاظ على ما هى عليه من الترتب كما لا يخفى»(٤) كما قاله المحقّق النائينى.

قال المحقّق الخراسانى فى نقده: «قلتُ: لا يخفى أنّ ذلک و إن كان لطيفا فى نفسه إلاّ أنّه لا يكاد أن يكون شرطا للزمانى إلاّ الزمانى، مضافا إلى وضوح أنّ الشرط فى

١- ١ . واحد، نسخة بدل.

٢- ٢ . فوائد الأُصول /٥٨.

٣- ٣ . المكاسب و البيع ٨٩/٢.

٤- ٤ . المكاسب و البيع ٨٩/٢.

الموارد حسب دليله إنّما هو الشى ء بوجوده الكونى، ضرورة أنّ إجازة المالک فى الفضولى... بما هى إجازة... يكون شرطا، و هى كذلک ليست إلاّ زمانية لأنّها بوجوده الدهرى لا يكون محدودة بهذه الحدود، بل بحدود آخر يجتمع الشرط و المشروط فيها... و بهذا المعنى يكون الدهر مجمع المفترقات الزمانية»(١).

بعبارة أُخرى: الإجازة المعتبرة فى صحة بيع الفضولى هى الإجازة الواردة فى عمود الزمان بعد عقد الفضولى و أمّا الإجازة التى فى وعاء الدهر فلا عبرة بها فى الشروط الشرعية و لوازمها و صحة بيع الفضولى.(٢)

فلا يتم هذا الوجه.

الوجه السابع: الكشف الحقيقى الحدوثى

قال المحقّق الميرزا فتاح الشهيدى فى الاستدلال على هذا الوجه - و هو كما مرّ مختاره - : «... فمقتضى أدلة الإمضاء فى مسألة الفضولى بحسب زمان حدوث الملكيّة و تحديده بحدّ التقدّم على الإجازة و التأخر عنها و التقارن لها هو الثالث بمعنى حدوثها بعدها بلا فصل، و أمّا إنّ الحادث هو الملكية المقارنة لها المعبّر عنها بالنقل أو الملكية السابقة عليها المعبّر عنها بالكشف فهو و إن كان لايستفاد من الأدلة العامة المذكورة بمجردها قاعدة مطردة فى هذا الباب تكون مرجعا فى موارد

الشک، لکن لمّا کان الغالب عند المتعاقدین من أهل العرف هو تسبّب الملک عن العقد المرکب من الإیجاب و القبول، أمکن أن یقال: إنّ مقتضی القاعدة المستفادة من أدلة الإمضاء بضمیمة ملاحظة الغلبة المذکورة هو الکشف، أی کون الحادث بعد الإجازة هو الملک من حین العقد»(۳).

أقول: قد مرّ(٤) إمکان هذا الوجه فی الجواب عن الإشکال الثانی للشیخ الأعظم

۱- ۱ . فوائد الأُصول /۵۸.

۲- ۲ . راجع العقد النضید ۲۲٦/۳.

۳- ۳ . هدایة الطالب ۹۱/۳.

٤- ٤ . راجع صفحة ۳۹۱ من هذا المجلد.

عن الدلیل الثانی للکشفیین بما یظهر من المحقّق الخراسانی.(۱)

و أمّا الاستدلال علیه بما ذکره المحقّق الشهیدی قدس سره من ضمیمة أنّ الغالب عند المتعاقدین من أهل العرف هو تسبّب الملک من العقد و أدلة إمضاء عقد الفضولی فَهُوَ غیر تام، لأنّه أقرّ بعدم استفادة الکشف من أدلة الإمضاء، و یمکن المناقشة فی الغلبة المدعاة بأنّها فی عقد الأصیل - لا الفضولی - أو علی فرض جریانها فی الفضولی، شمول دلیل الإمضاء لها أوّل الکلام، فإذا لم تتم الضَّمِیْمَتانِ لا ینتج الدلیل.

الوجه الثامن: الکشف الحکمی

و هو مختار شریف العلماء و یراه تلمیذه الشیخ الأعظم الأنسب بالقواعد و العمومات بعد النقل.

ولكن اعترض المحقّق السيّدُ الخوئى قدس سره عليه: «بأنّ الكشف الحكمى بمعنى تنزيل غير المالک بمنزلة المالک فى جيمع الآثار لا يكون ممكنا ثبوتا، و ذلک لأنّ المنزّل عليه فى باب التنزيل قد يكون أمرا خارجيا كقوله الفقاع خمر و الصلاة طواف(٢)، و قد يكون أمرا اعتباريا شرعيّا يكون وضعه و رفعه بيد الشارع، ففى القسم الأوّل يصح التنزيل - سواء كان فى بعض الآثار أو فى جميعها - و أمّا فى القسم الثانى فلا يصح التنزيل فيه إلاّ إذا كان فى بعض الآثار و أمّا فى تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلاً بل يثبت حينئذ نفس المنزّل عليه، فإذا نزلت المطلقة الرجعية مثلاً منزلة الزوجة فى جميع الآثار فهى زوجة حقيقة، و هكذا إذا نزل غير الواجب بمنزلة الواجب كذلک فهو واجب و لا معنى للتنزيل. و المقام من قبيل الثانى فإنّ الملكية الشرعية التى هى محلّ كلامنا اعتبار شرعى، فإذا نزل غير المالک منزلة المالک فى جميع الآثار فلا محالة اعتبر مالكا و عليه فالكشف الحكمى بهذا المعنى فاسد ثبوتا»(٣).

١- ١ . حاشية المكاسب /٦١.

٢- ٢ . كذا، ولكن الصحيح الطواف صلاة، كما يظهر من التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٨/١.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٦٩/٢؛ و نحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٨/١؛ و مصباح الفقاهة ١٥٢/٤ و ١٥٣.

أقول: أوّلاً: شريف العلماء لا يقول بترتّب جميع آثار الملک من حين العقد حتّى يرد إشكال السيّد الخوئى قدس سره عليه، بل يقول بترتّب ما أمكن من الآثار، و هذا غير جميع الآثار فلا يرد الإِعتراض.

و ثانيا: ما ورد فى كلامه من تنزيل المطلقة الرجعية «منزلة الزوجة فى جميع الآثار فهى زوجة حقيقة عجيبٌ، لأنّها إذا كانت زوجة حقيقة فكيف يمكن وصفها بالمطلقة، و ما ذكره ليس اعتبار الموضوع

تنزيلاً بل هى حقيقة و هو غير معقول، و مراد الشارع تحقّق جميع آثار الزوجية فى حقّها مع عدم تحقّق موضوع الزوجية»(۱).

الوجه التاسع: الكشف الحكمى الإنقلابى

مرّ(۲) تعريفه و أنّ الأُستاذ المحقّق - مد ظله - يراه: «أتقن الوجوه فى مقام الثبوت حيث لا تعارضه الأدلة العقلية و الارتكازات العرفية، و بناءً عليه لابدّ من الحكم بثبوت الملكية للأصيل قبل الإجازة، و بعدها ينقلب الاعتبار و تثبت الملكية للمشترى من بداية العقد»(۳).

أقول: يمكن أن أُورد عليه أوّلاً: الشرط لا يتأخر كما مرّ عن جمال المحقّقين(٤).

و فيه: مرّ جوابه من وجود الفارق بين عالَمى التكوين و التشريع فلا نعيد.

و ثانيا: عدم معقولية ثبوت حكمين متغايرين على موضوع واحد و زمان واحد، و إن كان زمان الحكم و الاعتبار يكون متعددا كما مرّ عن المحقّق النائينى(٥).

و فيه: عدم المعقولية ثابت فى الأحكام التكليفية، و أمّا الوضعية فلا و الحكم فيها

١- ١ . العقد النضيد ٣/٢٣٠.

٢- ٢ . راجع صفحة ٤٠٠ من هذا المجلد.

٣- ٣ . العقد النضيد ٣/٢٣٠.

٤- ٤ . حاشية الروضة /٣٥٨.

٥- ٥ . أجود التقريرات ٢/١٨٨.

ناشئة من مصالح فى جعلها و اعتبارها كما مرّ عن السيّد الخوئى(١)»(٢).

و ثالثا: الاعتباران بالنسبة إلى متعلَّق واحد فى زمانين مختلفين إنّما يتمّ فى القضايا الخارجية و أمّا فى القضايا الحقيقية التى لا نظر فيها إلى الخارج فلا يمكن كما مرّ(٣).

و فيه: الشارع بالنسبة إلى الأحكام الوضعية ليس بجاعل بل هو ممضٍ لما يعتبره العقلاء فيها، مضافا إلى إمكان جعلها بأنّ موضوع الاعتبار الشرعى هى الإجازة، بحيث إذا تحقّقت الإجازة اعتبر الشارع ملكية المشترى من أوّل العقد.(٤) كما عن السيّد الخوئى(٥).

و رابعا: ما مرّ(٦) آنفا - فى الوجه الثامن: الكشف الحكمى - من السيّد الخوئى(٧) من استحالة تنزيل تمام الآثار فى الأمر الاعتبارى الشرعى.

و فيه: أوّلاً: هنا اعتباران لا اعتبار واحد.

و ثانيا: اختلاف زمان الاعتبارين يكفى فى الفرق بينهما.

و خامسا: عدم تمامية هذا الوجه فى مقام الإثبات، و الأدلة لا تشمله كما عليه الاستاذ المحقّق(٨) - مد ظله - . و هذا هو الإشكال الوحيد فى هذا القسم.

ولكن مع ذلک كلّه قال صاحب بشرى الفقاهة - دام ظِلُّهُ - : «إذن لا محذور فى

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٤/١.

٢- ٢ . راجع صفحة ٣٩٣ من هذا المجلد.

٣- ٣ . راجع صفحة ٣٩٣ من هذا المجلد.

٤- ٤ . راجع صفحة ٣٩٣ من هذا المجلد.

٥- ٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٦/١.

٦- ٦ . راجع صفحة ٤٠٧ من هذا المجلد.
٧- ٧ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٦٩/٢؛ و نحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب ٤٤٨/١؛ و مصباح الفقاهة ١٥٢/٤ و ١٥٣.
٨- ٨ . العقد النضيد ٢٣٠/٣.

الكشف [الإنقلابى] المختار ثبوتا فإنّه معقول فى نفسه و ظاهر من الأدلة المطلقة إثباتا فيتعيّن التزامه من دون حاجة إلى دلالة خاصة إثباتية، و مع ذلک دلّت بعض الروايات الخاصة عليه و يأتى التعرض لها و تقريب دلالتها...»(١).

الوجه العاشر: الكشف الحكمى الصورتى

هذا الوجه هو ما نقله المحقّق النائينى عن أُستاذه - جدّى - آية اللّه العظمى الحاج الشيخ محمّدباقر النجفى الأصفهانى (١٣٠١-١٢٣٥) نجل العلاّمة التقى صاحب هداية المسترشدين (١٢٤٨-١١٨٥ح) و اختاره و قال: «حاصله: أنّ كلّ ما يكون موضوعا لحكم من الأحكام بتوسّط الأمر المتأخر و العنوان اللاحق بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادّة الهيولائية و العنوان المتأخر بمنزلة الصورة النوعية فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه.

مثلاً: أخذ عنوان فاضل المؤنة موضوع الخمس و ذاته يتحقّق أوّل زمان ظهور الربح، ولكن اتصافه بعنوان فاضل المؤنة إنّما هو بعد انقضاء السنة. و هكذا موضوع الزكاة فى الغلات هو بلوغ المال بعد انعقاد الحبّ حدّ النصاب ولكنّه معنون ببلوغه هذا الحدّ بعد التصفية، فبعد التصفية لو كان بهذا الحدّ يكشف عن تعلّق الزكاة به حين انعقاد الحبّ.

و ثمرة هذا الكشف فى باب الخمس و الزكاة هى صحة أدائهما قبل تحقّق هذا العنوان. ولو أتلفهما مَنْ تعلَّقا بماله يحسبان عليه.

و هكذا صحة بيع الزكوى متوقفة على إخراج حقّ الفقراء، فلو أخرجه الساعى أو الوالى أينما وجده يكشف عن صحة البيع من أوّل الأمر.

و هكذا فى مسألة الركوع فإنّه بناءً على أن يكون من أوّل التقوّس إلى آخر حدّ الإنحناء ركوعا يتوقف اتصاف الجزء الأوّل بكونه ركوعا على لحوق الجزء الأخير، ولكنّه بعد اللحوق يكشف عن كونه ركوعا من أوّل الأمر.

و بالجملة: كلّ أمرٍ متأخرٍ كان بمنزلة الصورة للأمر المتقدّم، فالمتقدّم يتحقّق من

١- ١ . بشرى الفقاهة ٦٥/٤.

أوّل الأمر، و ينكشف بهذا المتأخر وجود المتقدّم فى ظرف وجوده»(١).

و قال فى تقريره الآخر: «بأنّه كان يجمع بين الأمرين: أعنى بين مفاد قول المحقّق الثانى قدس سره بكون الإجازة مصححة للاستناد و يجعل العقد مستندا إلى المالک المجيز، و بين كون الإجازة إنفاذا للعقد السابق و موجبة لتأثيره من حين وقوعه، ثمّ كان يتعدّى عن مورد الفضولى إلى أبواب اُخر و يدعى كون الكشف الحكمى على القاعدة»(٢).

«... و قد فرّع على ما أفاده من انطباق الكشف الحكمى على القاعدة فروعا كثيرة من أوّل الطهارة إلى كتاب الحج فى مدّة تقرب من أربعة أشهر، و لايخفى أنّه أحسن ما افيد فى المقام»(٣).

ثمّ قال: «و الأجود بحسب النظر هو تتميم الكشف الحكمى على القواعد بالتقريب... المنقول عن الشيخ محمّدباقر قدس سره و توضيحه يتوقف على بيان اُمور:

الأوّل: إنّ ما يوجد من موارد الشرط المتأخر بحسب ما استقصيناه هو انطباقه على ما أسسه من ضابط الكشف الحكمى أعنى كون الأمر المتأخر كالصورة بالنسبة إلى الأمر المتقدّم و الأمر المتقدّم كالمادة الهيولائية، كما يظهر ذلک من المراجعة إلى موارد الشرط المتأخر، مثل الإجازة بالنسبة إلى العقد، و فک الرهانة بالنسبة إلى البيع الواقع على العين المرهونة، و أداء الزكوة و الخمس بالنسبة إلى العقد الواقع على العين الزكوى و الخمس، و إجازة العمّة و الخالة للعقد الواقع على بنت الأخ أو أُخت، و سائر النظائر من غير فرق، بين ما إذا كان العقد السابق واردا على ملک الغير كما فى باب الفضولى، أو على ملک العاقد الذى يكون متعلَّق حقّ الغير كما فى باب عين المرهونة قبل إذن المرتهن.

الثانى: إنّ كلّ أمر متأخر يكون كالصورة بالنسبة الأمر المتقدّم لا يخرج عن أحد نحوين، فإمّا أن يكون بمؤداه و مدلوله ناظرا إلى تنفيذ الأمر السابق و يكون مدلوله المطابقى إنفاذه و ذلک كالإجازة و مايؤدى معناها من الإمضاء أى إنشاء الإجازة بلفظ

١- ١ . منية الطالب ٦٢/٢.

٢- ٢ . المكاسب و البيع ٧٨/٢.

٣- ٣ . المكاسب و البيع ٨٤/٢.

أمضيت و نحوه و إمّا يكون متمّما للأمر السابق و موجبا لفعليته من غير أن يكون مدلوله المطابقى إنفاذا له، و ذلک كما فى فک الرهانة حيث أنّه ليس ناظرا إلى إنفاذ البيع السابق كالإجازة لكنّه يوجب تمامية البيع السابق بعد تحقّق تمام أركانه، فكم فرق بين القبض فى باب السلم مثلاً، و بين فک الرهانة فى بيع عين المرهونة، حيث أنّ القبض لا يكون موجبا لتأثير العقد السابق بخلاف فک الرهانة فإنّ الرهن كان مانعا عن نفوذ البيع و بالفک يرتفع المانع فيؤثر البيع برفع المانع عن تأثيره.

و إن شئت فقل: ضابط ما كان الأمر المتأخر كالصورة بالقياس إلى الأمر المتقدّم، هو كون الأمر المتأخر موجبا لرفع المنع عن تأثير الأمر المتقدّم من غير فرق بين أن يكون المنع لأجل ورود العقد على ملك الغير أو وروده على متعلَّق حقّ الغير، و سواء كان لسان الأمر المتأخر لسان إنفاذ الأمر السابق أو صرف رفع المانع المترتب عليه إنفاذ الأمر السابق.

الثالث: إنّ معنى الكشف الحكمى هو ترتيب الآثار السابقة على الأمر المتأخر المترتبة على الأمر المتقدّم من حين تحقّق الأمر المتأخر لكن لا مطلقا بل كلّما يمكن ترتيبها زمان الأمر المتأخر فبالإجازة يترتب كلّ أثر ترتب على الملكية من حين العقد إلى زمان الإجازة من الآثار التى مافات وقت ترتّبها وقت الإجازة، و أمّا ما لا يمكن ترتيبها حين الإجازة فلا يترتّب بالإجازة، و على هذا فلو وقع النكاح على إمرئة ثمَّ زُنى بها فأجازت بعد الزنا لم يكن الزنا بذات البعل إذ الزنا بها إنّما هو بالوطى ء على إمرئة تكون فى حال الزنا بهاذات البعل و هذه المرئة بالإجازة تصير ذات البعل، فلا يمكن ترتيب آثار الزنا بذات البعل على الزنا بها قبل الإجازة.

الرابع: إنّ المُنْشَأ بالعقد و إنْ لم يكن مقيدا بزمان الإنشاء عقلاً كما قدمناه، بمعنى أنّه ليس الملكية المقيدة بكونها فى حال البيع مُنْشَأةً بالإنشاء. بل الملكية بما هى بلا تقييد بزمان هى المُنْشَأ لكن العرف يرون المُنْشَأ حاصلاً حين الإنشاء أعنى بحسب الفهم العرفى يكون المُنْشَاء هو الملكية المقيدة بحال الإنشاء، فإذا تعلَّق بها إجازة أو ما يؤدى مؤاده يرونها بسبب الإنفاذ اللاحق حاصلة من حين الإنشاء، فالإجازة اللاحقة تؤثر

عندهم فى تأثير العقد السابق من حينه لا من حين الإجازة.

الخامس: إنّ ما ورد فى الشرع ممّا يدل على الكشف يكون إمضاء لذاك الأمر الإرتكازى العرفى، و يكون جريا على ما يفهم العرف من الكشف الحكمى، و ذلك كخبر محمّد بن قيس(١) المتقدّم الوارد فى قضاء أميرالمؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيّدها و أبوه غائب، و فيه قال عليه

السلام : فلما رأى ذلک سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه (الخ) حيث يترتّب على إجازة سيّد الوليدة بيع ابنه، صيرورة الوليدة أم ولد للمشترى، بمعنى أنّ الإجازة و تنفيذ البيع تصير مَنْشَأ لترتيب هذا الأثر أعنى صيرورة الوليدة أُم الولد فى زمان ولادتها الذى هو قبل الاجازة، و كالخبر(٢) الوارد فى تزويج الصغيرين فضولاً الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرِک الذى أجاز فمات بعد الإجازة للزوجة الغير المدركة إلى أن تدرک و تحلف على أنّها أجازت للزواج لا لأجل أخذ الإرث، فإنّه يترتب على إجازتها ملكيّة سهمها من الإرث من حين وفاة الزوج.

فإن قلت: الخبر الأوّل و إن كان يلائم الكشف الحكمى لكن الثانى لا يستقيم إلاّ على الكشف الحقيقى بمعنى تحقّق الزوجية من حين العقد واقعا لا تحقّقها من حين الإجازة مع ترتيب آثار الزوجية من حين العقد و ذلک لعدم استقامة الحكم بعزل سهم الزوجة لو لا الكشف الحقيقى لأنّه يكون ملكا لساير الورثة حينئذ، و إنّما يصير ملكا للزوجة بالإجازة، فلا وجه للحكم بعزل ما دخل فى ملک الغير واقعا كما لا يخفى.

قلت: الحكم بالعزل حكم احتياطى شُرِعَ لرعاية حقّ الزوجة لئلا يضيع حقّها بعد الإجازة و لا محمل له إلاّ ما ذكرناه و إلاّ فلا يستقيم حتّى على الكشف الحقيقى أيضا، و ذلک لانتقال الملک إلى ساير الورثة بواسطة استصحاب عدم صدور الإجازة عن الزوجة أى الأصل الجارى فى إثبات عدم تحقّق الأمر المتأخر فيما إذا كان له أثر فى المتقدِّم المعبر عنه بالاستصحاب فى الأُمور المستقبلة.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، صحيحة.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، صحيحة أبيعبيدة.

و الحاصل: إنّ المستفاد من أدلة الفضولى ليس أزيد من الكشف الحكمى على الضابط الذى مهّدناه فى تطبيقه على القاعدة فيكون إمضاء للأمر الإرتكازى و على هذا فيكون الكشف الحكمى مطابقا مع القاعدة فيقال به ولو فى غير مورد الدليل، و لا يجب فيه الاقتصار على مورد و هو المطلوب»(١).

ولكن المحقّق النائينى مع اختياره هذا القول و إثباته فى درسه اعترض عليه بقوله: «و فيه: أنّه إذا كان العنوان اللاحق بمنزلة الصورة و السابق بمنزلة المادّة فلابدّ من الالتزام بالنقل، لأنّ فعلية الشى ء إنّما هى بالصورة، و بالجملة: مع دخل المتأخر فى تحقّق اتصاف السابق بوصف الموضوعية يستحيل اتصافه بهذا الوصف قبل تحقّق المتأخر و مجردا عنه»(٢).

و قال فى تقريره الآخر: «ولكنّه لا يخلو أيضا عن المنع حيث أنّ السؤال عن دخل الإجازة المتأخرة بعد باق على حاله فيقال: ذلک الأمر المتأخر إمّا يكون دخيلاً فى نفح الصورة فى الأمر المتقدّم أو لا؟ و إن لم يكن دخيلاً يكون خلفا، و إن كان دخيلاً فلا تتحقّق له الصورة إلاّ عند تحقّق الأمر المتأخر فيجب ترتب الأثر المترتب عليه حين الأمر المتأخر لا أن يترتب عليه قبله»(٣).

المناقشات

و جعل الأُستاذ المحقّق - مد ظله - هذا الإعتراض هُوَ مناقشته الأُولى(٤) على النائينى! مع أنّه مذكور فى كلامه.

و أمّا مناقشته الثانية و الثالثة فَهُما واردتان على الأمر الرابع من أُمور النائينى:

فذهب من الثانية(٥) إلى عدم إمكان الجمع بين هذا الأمر و قاعدة العقود تابعة للقصود، لأنّ إذا باع البائع قاصدا به الملكية الغير المقيّدة كيف يحقّ للعرف أن يحمل بيعه

١- ١ . المكاسب و البيع ٢/(٨٩-٨٥).

٢- ٢ . منية الطالب ٦٢/٢.

٣- ٣ . المكاسب و البيع ٨٤/٢.

٤- ٤ . العقد النضيد ٢١٦/٣.

٥- ٥ . العقد النضيد ٢١٦/٣.

على أنّه قاصد الملكيّة من حين العقد؟! و ما الدليل على حجية هذا الحمل العرفى؟!

و ذهب فى الثالثة(١) إلى: أنّ الإرتكاز العرفى المُدعى لا يجمع مع التصريح بالكشف الحكمى بمعنى ترتب آثار الملكية من حين العقد برغم عدم ثبوت الملكية فى تلك الفترة!

و حاصل إشكاله الأخير عدم إمكان الجمع بين الإرتكاز و التصريح.

الجواب عن المناقشات الثالثة

أقول: المحقّق النائينى يرفع اليد عن المناقشة الأُولى و اختار قول اُستاذه و لعلّ الوجه فى ذلک: بأنّ فعلية الهيولاء و المادة و نوعيتها تكون بالصورة و مادام لم يتحقّق الصورة لم يتحقّق المادة فعلاً بهذه الصورة الموجودة ولكن المادة قبلها موجودة فى نفس الأمر، و فى الفضولى ما لم يتحقّق الإجازة، لا يتحقّق العقد ولكن إذا تتحقّقت الإجازة وقع العقد من حينه و يترتب عليه آثاره من حين وقوعه، لا من حين الإجازة.

و أمّا المناقشة الثانية: فَإنَّ الملكية المطلقة عند العرف تُحمل على وقوعها من حين العقد و هذا لا ينافى قاعدة العقود تتبع القصود كما أنّ البيع المطلق تحمل عند العرف على النقد و الحال.

و أمّا المناقشة الثالثة: فَإنَّ الإرتكاز العرفى جارٍ بالنسبة إلى حمل الملكية المطلقة على وقوعها من حين العقد ولكن يقيّده بما بعد صدور الإجازة لزوم انتساب العقد إلى صاحب أمره و مالكه المعتبر عند العقلاء و الممضى بالأدلة الشرعية.

فلا تتم الإشكالات الثلاثة و تمّ مختار الشيخ الجدّ قدس سره .

هذا كلّه بالنسبة إلى مقام الثبوت.

فذلكة الكلام حول الوجوه فى مقام الثبوت

قد عرفت استحالة الْوِجْهِ الثالث (الكشف الحقيقى التقديرى)، و الرابع (الكشف الحقيقى التامى)، و السادس (الكشف الحقيقى الدهرى)، و الباقى منها فى مقام الثبوت ممكن فلابدّ من مراجعة مقام الإثبات لتعيين الوجه المختار، و الحمدللّه.

ص: ٤٢٠

١- ١ . العقد النضيد ٢١٧/٣.

الوجوه فى مقام الإثبات

اشارة

أبحث فى هذا المقام عن الأدلة الواردة فى صحة بيع الفضولى و مدى دلالتها بالنسبة إلى أن الإجازة ناقلة أو كاشفه و فى الكشف تدلّ على أىّ الوجوه من الوجوه الممكنة فى مقام الثبوت.

الأوّل: الإطلاقات و العمومات

نحو الآيات الثلاثِ(١)، و من الواضح أوّل زمان يصير العقد الفضولى مصداقا لها هو زمن الإجازة فتدلّ على النقل، لا الكشف، فلا أدرى ما المراد من قول صاحب بشرى الفقاهة(٢) من ظهور الأدلة المطلقة فى الكشف الإنقلابى إثباتا؟!

الثانى: حديث عروة البارقى

(٣)

يدلّ على الكشف الحقيقى الشرطى أو التعقبى لما ورد فيه من تصرف عروة فى الشاتين بالبيع و إقباض شاة إلى المشترى و قبض دينار منه، و لم ينه النبى صلى الله عليه و آله عَنْ هذه الأفعال.

ص: ٤٢١

١- ١ . سور المائدة /١؛ النساء /٢٩؛ البقرة /٢٧٥.

٢- ٢ . راجع بشرى الفقاهة ٦٥/٤.

٣- ٣ . مسند احمد ٣٧٦/٤؛ السنن الكبرى ١١٢/٦.

الثالث: صحيحة محمّد بن قيس

(١)

ظاهرة فى الكشف كما صرح به فى الدروس(٢)، لأنّ المشترى وطئ الجارية و رُزق منها الولد، و انتسب الولد إليه و صار ابنه و صارت الجارية أُمّ ولده، و لم ينه أميرالمؤمنين عليه السلام من هذه الأُمور، ولكنّها ظاهرة فى أقسام الكشف الحقيقى الممكنة فى مقام الثبوت، كما يمكن حملها على الكشف الحكمى الصورتى كما مرّ من المحقّق النائينى.(٣)

الرابع: فحوى مادلّ على صحة نكاح الفضولى

(٤)

يدلّ على النقل لا الكشف، لعدم جواز ترتّب آثار الزوجية قبل الإجازة و الإذن.

الخامس: الروايات الواردة فى الإتجار بمال اليتيم

(٥)

تدلّ على الكشف فى بعض محتملاته - و هو ظهور إذن الولى بعد الربح للأجنبى فى الإتجار بمال اليتيم - ولكن الكشف الحقيقى بأقسامه الأربعة الممكنة.

السادس: معتبرة مسمع أبيسيّار

(٦)

تدلّ على الكشف الحقيقى بأقسامه الممكنة.

السابع: بيع عقيل دور النبى صلى الله عليه و آله و بنيهاشم

(٧)

هذه الواقعة لا تدلّ على أكثر من النقل.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢ . الدروس ٢٣٣/٣.

٣- ٣ . المكاسب و البيع ٨٨/٢.

٤- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٠.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد، صفحة ٢١٧.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.

٧- ٧ . راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٠، الوجه الثانيعشر.

الثامن: التصدق بمجهول المالک و اللقطة

(١)

يدلّ على الكشف الحكمى بأقسامه الثلاث.

التاسع: أخبار تحليل خمس فى الموارد الخاصة

(٢)

تدلّ على الكشف الحقيقى لوجود التصرفات فيها قبل إجازة الإمام عليه السلام ، بوجوه الممكنة.

العاشر: إجازة السيّد عقد العبد

(٣)

ظاهرة فى الكشف الحقيقى بأقسامها الممكنة.

الحادى عشر: صحيحة أبيعبيدة

(٤)

«ظاهرة فى قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملک سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم...»(٥).

كما يمكن حملها على الكشف الحكمى الصورتى كما مرّ من المحقّق النائينى.(٦)

فذلكة القول فى مقام الإثبات

قد عرفت نهوض الدليل على الكشف الحقيقى بأقسامه الممكنة - و لاأقل من القسمين الأوّلين - و على الكشف الحكمى الصورتى، فلابدّ من القول بالكشف بهذه الأقسام الثلاثة أعنى الكشف الحقيقى الشرطى أو الكشف الحقيقى التعقبى أو الكشف الحكمى الصورتى، فاختر أىّ منها شئت، و الحمدللّه الكاشف بالتوفيق عن المبهمات، الواهِب لما يَشاءُ تحقيق الحقّ بالأدِلّة البيّنات.

١- ١ . راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٣، الوجه الرابع عشر.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٥، الوجه الخامس عشر.

٣- ٣ . راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٧، الوجه السادس عشر.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٥- ٥ . المكاسب ٤٠٩/٣.

٦- ٦ . المكاسب و البيع ٨٨/٢.

ثمرة النزاع بين الكشف و أقسامه و النقل

اشارة

هاهنا جهات ثلاث لابدّ من البحث حولها:

الجهة الاولى: الثمرة بين قسمى الكشف الحقيقى

و هما الأولان من أقسام الكشف الحقيقى أى الشرطى و التعقبى، ذهب الشيخ الأعظم بأنّ الثمرة بينهما «يظهر فى جواز التصرف كلّ منهما [أى من المتعاقدين] فيما إنتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالک فيما بعد»(١) بناءً على التعقبى دون الشرطى.

و ظاهر كلامه: إنّ التصرف فيما إنتقل إليه قبل الإجازة بناءً على شرطية الإجازة [القول الأوّل] حرام واقعا لأنّه تصرفٌ فى مال الغير، و أمّا بناءً على أنّ الشرط هو تعقب العقد بالإجازة [القول الثانى] فلا، لأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد كان ملحوقا و متعقّبا بالإجازة واقعا، فيجوز التصرف واقعا.

و فيه: كلامه بالنسبة إلى التعقبى كلام متين و أمّا بالنسبة إلى الشرطى فلا، و لابدّ بأن يلتزم بإباحة التصرفات فيه واقعا، لأنّ فى الكشف الحقيقى الإجازة بوجودها المتأخر تؤثر فى الملكية المتقدمة و تكشف عن الملكية حال العقد فَتَجُوْزُ التصرفات واقعا. هذا أوّلاً.

١- ١ . المكاسب ٣/٤١٠.

و ثانيا: إنّ قوله هنا مُنافٍ لِما يأتى لاحِقا منه: «فإن الوط ء على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه»(١).

وجه التنافى: حكم أوّلاً بعدم حلية التصرفات بناءً على الكشف الحقيقى فيما إذا كان الإجازة شرطا، و ثانيا حكم بحلية مثل الوط ء واقعا بناءً على الكشف الحقيقى الشرطى. و القولان متنافيان(٢).

و بالجملة: لم تظهر الثمرة بين قولى الكشف الحقيقى، لأنّها بناءً على الشرطى تكون تصرفات المشترى إذا علم بلحوق الإجازة حلال ظاهرا و واقعا لتحقّق الملكيّة من حين العقد بعد الإجازة، و إن لم يعلم بلحوقها فإنّ تصرفاته محرّمة ظاهرا و محلّلة واقعا.

و أمّا بناءً على التعقبى: فَالتصرفات - إذا علم بلحوق الإجازة - كانت محلّلة واقعا و ظاهرا لتحقّق الملكية من حين العقد إذا لحقه الإجازة، و أمّا إذا لم يعلم بلحوق الإجازة فتكون تصرفاته محلّلة واقعا - إذا لَحِقَتْها الإجازة - و حَراما ظاهرا بمقتضى استصحاب عدم تحقّقها.

و الحاصل: لم تتحقّق الثمرة بين الكشف الحقيقى الشرطى و التعقبى خلافا للشيخ الأعظم قدس سره .

الجهة الثانية: الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «و أمّا الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطا يظهر فى مثل ما إذا وطئ المشترى الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز، فإنّ الوط ء على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا، لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه»(۳).

١- ١ . المكاسب ٤١٠/٣.

٢- ٢ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٥١/١؛ و محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٧١/٢؛ كتاب البيع ٢٥٢/٢ للسيّد الخمينى رحمه الله .

٣- ٣ . المكاسب ٤١٠/٣.

أقول: قد مرّ آنفا تنافى هذا القول - أى الحلية الواقعية - بناءً على الكشف الحقيقى مع ما مرّ منه من الحرمة الواقعية.

نعم، ما أفاده بناءً على الكشف الحكمى من حرمة الوط ء واقعا تام، لأنّ قبل الإجازة الأمة باقية على ملك مالكها فيكون الوط ء فى غير الملك و هو حرام ولو فرضناه عالما بأنّه سيعتبر مالكا لها، فالحرمة الواقعية و الظاهرية - لأصالة عدم تحقّق الإجازة - جاريتان فى المقام.

و بالجملة: بناءً على قولى الكشف الحقيقى الوط ء حرام ظاهرا و حلال واقعا، و على الكشف الحكمى يكون حراما ظاهرا و واقعا. لعدم إمكان جريان الحلّيّة فى التصرف الواقع فى ملك الغير.

ثمّ إنّ هاهنا فَرْعَيْنِ: تظهر الثمرة فيهما:

الفرع الأوّل:

ما قالَهُ الشيخ الأعظم: «ولو أولدها صارت أُمّ ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتّب حكم وقوع الوط ء فى الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاد على الحكمى، لعدم تحقّق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكيّته للمشترى بعد ذلك»(١).

أقول: بناءً على قولى الكشف الحقيقى لا إشكال فى صيرورة أمة أُمّ ولدا بالاستيلاد لأنّ الإجازة كاشفةٌ عن وقوع الوط ء فى ملك الواطى ء فتصير الأمة أُم ولدٍ له.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمى فيحتمل الشيخ الأعظم احتمالين:

الأوّل: الأمة تصير أُمّ ولد بالاستيلاد للزوم ترتيب أحكام الملكية السابقة التى منها صيرورة الأمة أُمّ ولدٍ للمشترى.

الثانى: عدم صيرورتها أُمّ ولد لوقوع الوطى فى ملك الغير، لأنّ من شرائط الاستيلاد وقوع الوطى فى ملك الواطى و حلّيته.

١- ١ . المكاسب ٣/٤١٠.

وَ أصرّ المحقّق الإيروانى(١) رحمه الله على الاحتمال الأوّل و أنّ الاستيلاد صحيح بدعوى أنّ الكشف الحكمى مشترک مع الكشف الحقيقى فى جميع الآثار غاية الأمر أنّه محتاج إلى التنزيل دون الكشف الحقيقى.

و تبعه السيّد الخمينى(٢) قدس سره .

ولكن المختار هو الاِحتمال الثانى لأنّ ظهور أدلة استيلاد الأمة يكون على الوط ء الحلال، حين الوط ء، و حيث بناءً على الكشف الحكمى يكون الأمة ملكا للغير قبل الإجازة، فيقع الوط ء فى ملک الغير فيكون حراما، فلا يتحقّق شرط الاستيلاد.

كما مرّ(٣) من المحقّق النائينى قوله فى ترتيب الآثار الممكنة على الكشف الحكمى: «فلو وقع النكاح على إمرأة [فضولاً] ثمّ زُنى بها فأجازت بعد الزنا، لم يكن الزنا بذات البعل، إذ الزنا بها إنّما هو بالوطى ء على إمرأة تكون فى حال الزنا بها ذات البعل و هذه المرأة بالإجازة تصير ذات البعل، فلا يمكن ترتيب آثار الزنا بذات البعل على الزنا بها قبل الإجازة»(٤).

و قال: «... فالحقّ عدم صيرورة الموطوءة اُمّ ولدٍ بناءً على الكشف الحكمى لأنّه إذا حرم عليه الوط ء واقعا لعدم كونها ملكا له فبالإجازة لا يمكن ترتيب هذا الأثر من حين العقد، لأنّ كون الموطوءة اُمّ ولدٍ مترتّب على الملک، لا على ما هو فى حكم الملک، ولو قلنا بأنّ الكشف الحكمى مطابق للقاعدة لأنّه ليس للمالک قلب الحرمة إلى الحلّيّة، و لا قلب غير الملک إلى الملک، بل له إنفاذ ما وقع بالنسبة إلى الآثار التى يكون العقد بالنسبة إليها تمام الموضوع... و هذا لا ينافى كون ولدها حرّا لأنّ الولد من النماء»(٥).

أقول: الوط ء لابدّ أن يكون فى الملک حتّى يتحقّق الاستيلاد شرعا، و الزنا لابدّ أن

١- ١ . حاشيته على المكاسب ٢١٦/٢.

٢- ٢ . كتاب البيع ٢٥٣/٢.

٣- ٣ . راجع صفحة ٤١٢ من هذا المجلد.

٤- ٤ . المكاسب و البيع ٨٧/٢.

٥- ٥ . منية الطالب ٦٨/٢.

يقع على ذات البعل حتّى تتحقّق الحرمة الأبدية و حدّ القتل، و حيث فى الموردين لم يتحقّق الملك و لا ذات البعل فلا يتحقّق الاستيلاد و لا الحرمة الأبدية و القتل.

الفرع الثانى:

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «ولو نقل المالک [أُمّ] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقى، لانكشاف وقوعه فى ملک الغير - مع إحتمال كون النقل بمنزلة الردّ - و بقى صحيحا على الكشف الحكمى، و على المجيز قيمته [قيمتها]، لأنّه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال متعلَّقه بنقلٍ لازم»(١).

اختلفت أنظار الأعلام حول ما هو الأرجح فى ضبط عبارة الشيخ الأعظم هل هى: «أُمّ الولد... و على المجيز قيمتها»، أو «الولد... و على المجيز قيمته»، و الفقهاء المامقانى(٢)، و اليزدى(٣)، و النائينى(٤) و الإيروانى(٥) على الأوّل.

و الإشكورى(٦) و الأصفهانى(٧) و الخوئى(٨) على الثانى.

و نحن نبحث الفرع و ظهور الثمرة فيه على النسختين:

النسخة الأُولى: «لو نقل المالک أُمّ الولد... و على المجيز قيمتها».

توضيحها: لو نقل المالک أُمّ الولد - التى باعها الفضولى و وطأها المشترى و

١- ١ . المكاسب ٤١١/٣.

٢- ٢ . غاية الآمال /٣٨٠.

٣- ٣ . حاشيته على المكاسب ١٨٨/٢.

٤- ٤ . منية الطالب ٦٩/٢ و ٧٠.

٥- ٥ . حاشيته على المكاسب ٢٦٠/٢.

٦- ٦ . بغية الطالب ١/٣٨٥.

٧- ٧ . حاشيته على المكاسب ٢/١٥٥.

٨- ٨ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٥٩/١؛ محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٧٨/٢؛ مصباح الفقاهة ١٦٦/٤.

صارت ذات ولدٍ منه - عن ملكه ببيعٍ أو هبةٍ قبل أن يُجيز عقد الفضولى ثمّ أجازه:

بناءً على الكشف الحقيقى - و على جهل المالک بالبيع الفضولى - يحتمل الأمران:

الأوّل: بطلان النقل

لأنّ الإجازة المتأخرة كشفت عن دخول أُمّ الولد فى ملک مَن اشتراها من الفضولى من حين بيعها منه، فنقلُ المالک لأُم الولد نقلٌ لمالِ الغير و هو غير نافذ، فيحكم ببطلانه، و صحة بيع الفضولى بعد الإجازة.

الثانى: صحة النقل

لأنّ نقل المالک أَمَتَهُ قبل إجازة بيع الفضولى، يكون ردّا له، فيصح النقل و تبطل الإجازة لعدم وجود موضوع لها. لأنّ الأمة تنتقل إلى من اشتراها من مالِكِها لا من الفضولى.

و أمّا لو كان المالک عالما ببيع الفضولى و نقل الأمة إلى الغير بهبةٍ أو بيعٍ، يكون هذا النقل ردّا لبيع الفضولى قطعا.

و بنا على الكشف الحكمى: فيصحّ نقل المالک لأُمّ الولد، لأنّها باقية على ملكه، و إذا أجاز بيع الفضولى يكون صحيحا فيتحقّق من المالک عقدان صحيحان على المبيع الواحد الشخصى - أى الأمة - فيتعيّن تسليم الأمة إلى المشترى من الفضولى، و دفع قيمتها إلى من نقلها المالک إليه.

نظير تصرّف من عليه الخيار فى المبيع الخيارى بناقل لازمٍ إذا فسخ ذو الخيار بعد ذلک، حيث حكموا بصحة التصرف الناقل و بصحة الفسخ و اشتغال ذمّة مَنْ عليه الخيار بالبدل من المثل أو القيمة.(١) هذا كلّه بناءً على النسخة الأُولى.

و أمّا النسخة الثانية: «لو نقل المالک الولد... و على المجيز قيمته».

فتوضيحها: لو نقل المالک الولد ثمّ أجاز بيع الفضولى فعلى الكشف الحقيقى

١- ١ . راجع هدى الطالب ٨٥/٥.

يبطل نقل الولد، لأنّ الإجازة كشفت عن كون الأمة و ولدها ملكا للمشترى من حين العقد، و نقل المالک للولد تصرّف فى ملک الغير فيبطل.

و احتمل أن تكون الإجازة لغوا و بيع النماء [الولد] يكون ردّا للعقد الفضولى فيقع بيع الولد صحيحا لا محالة.

و بناءً على الكشف الحكمى: يصحّ نقل الولد، لأنّه يكون نماءً لملكه و لم يتعلّق به حقّ غيره. و حيث أجاز بيع الفضولى للأمة فقد أتلف على المشترى نماءها فيضمن المالک له بدله فيجب دفع قيمة الولد إلى المشترى.

هذا توضيح ما ذكره الشيخ الأعظم فى المقام.

أقول: التصرفات الصادرة من المجيز قبل الإجازة على قِسْمَيْنِ:

الأوّل: التصرفات المنافية للعقد الفضولى

و هى التصرفات التى لا يبقى معها محلٌّ للإجازة، كما إذا زُوّجت المرأةُ فضولاً ثمّ أنّها مع الجهل بالعقد الفضولى زَوّجتْ نفسَها من آخر، التزويج الثانى ينافى العقد الفضولى و لا يبقى معه محلٌّ للإجازة و يكون ردّا عمليّا للعقد الفضولى، إذا لايمكن تزويج المرأة من زوجين فى زمان واحد.

و أمّا مع العلم بالعقد الفضولى فإقدامها على التزويج الثانى يعدّ ردّا لما أصدره من الفضولى قطعا.

إن قلت: يمكن أن يقال عكس ما ذكرنا بأنّ الإجازة المتأخرة تكشف عن العقد الثانى بأنّه وقع على زوجة الغير فيكون باطلاً و العقد الفضولى يكون تامّا.

قلت: المرأة تكون ذات اختيار و زوّجت نفسها من الثانى فشملتها العمومات فيصح عقدها. و بعد الحكم بصحة العقد الثانى لا يبقى محلٌّ للإجازة المتأخرة للعقد الفضولى لبطلان العقد على المرأة المتزوّجة من الغير. و لما مرّ فى باب الأمارات من الأُصول من أنّ الموضوع لأحد الدليلين إذا كان تنجيزيّا و متحقّقا بالفعل فلا محالة يترتّب عليه حكمه و لايبقى محلّ لموضوع الدليل الثانى المتوقف على عدم موضوع الدليل الأوّل.

و الحاصل: الأدلة العامة فی عقد الفضولی إنّما توجب صحة الفضولی من جهة استناده إلی من یملک أمر العقد، و هذا الاستناد لایتحقّق مع العقد الثانی فلا تشمله العمومات. و الأدلة الخاصة فی صحة الفضولی لا إطلاق لها حتّی تشمل ما نحن فیه.

و لا فرق فی ما ذکرناه بین کشفی الحقیقی و الحکمی.

الثانی: التصرفات غیر المنافیة للعقد الفضولی

و هی التصرفات التی یبقی معها محلٌّ للإجازة کما إذا باعَ المالکُ أمَتَهُ أو وهبها أو صالحها أو أعتقها ثمَّ علم أنّ الفضولی قد باعها من آخر فأجاز بیع الفضولی.

هذا التصرف لیس منافیا للعقد الفضولی لأنّ بقاء العوضین لیس شرطا فی الإجازة فلایعتبر وجودهما حین استناد العقد إلی المالک، لأنّ مع عدم بقائه ینتقل إلی البدل.

و الوجه فی ذلک: أنّ الإجازة کالفسخ و الردّ تتعلّق بالعقد و إن کان الردّ دفعا و الفسخ رفعا من حینهما و هما مشترکان فی تعلّقهما بالعقد. و تتبعهما الإجازة فالمعتبر أن یکون المجیز مالکا حین العقد لا حین الإجازة و إلاّ فلا تعقل الإجازة بناءً علی الکشف الحقیقی لأنّ المفروض أنّ المشتری صار مالکا للمال من حین العقد فالمال یکون ملکا له حین الإجازة و کان خارجا عن ملک المجیز حین الإجازة فلا یقبل الإجازة منه، فالمعتبر أن یکون المجیز مالکا للمال حین العقد لا حین الإجازة.(۱)

و ممّا ذکرناه یَظْهَرُ عدم تمامیة مقالة المحقّق النائینی من الحکم بلغویة الإجازة فی ما نحن فیه لأنّ «المالک یجوز له التصرف فی متعلّق عقد الفضولی ولو کان عالما بصدور العقد منه، فإذا جاز له التصرف نفذ تصرفه و إذا نفذ فلا یبقی محلّ للإجازة لصیرورة المالک إجنبیّا»(۲).

و قال المحقّق السیّد الخوئی فی مقالة استاذه: «و السرّ فیما أفاده أنّ الإجازة عنده

۱- ۱ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ۴۵۶/۱.
۲- ۲ . منية الطالب ۶۹/۲.

تتعلّق بالعين لا بالعقد و من الواضح أنّ البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات الناقلة تخرج العين عن ملک المجيز فلا يبقى مجال للإجازة لانتفاء متعلّقها و موضوعها»(۱).

أقول: وجه الظهور ما مرّ منّا من أنّ الإجازة كالفسخ و الردّ تتعلّق بالعقد لا بالعين.

ثمّ بناءً على الكشف الحقيقى حيث لا يكون هذا التصرف - النقل أو العتق - منافيا للعقد الفضولى و يبقى محلّ الإجازة و أجاز المالک ينتقل المال - الأمة - إلى المشترى من حين العقد فيبطل النقل أو العتق كما احتمله الشيخ الأعظم(۲) أوّلاً.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمى فانتقال المال - الأمة - إلى المشترى يكون بعد الإجازة فيكون المال باقيا على ملک مالكه و انتقله إلى الغير أو أعتقها فالإنتقال و العتق يكونان تامان. و كذلک الإجازة نافذة للعقد الفضولى و حيث أنّ المالک أتلف المال على المشترى بالإنتقال أو العتق، فينتقل حقّ المشترى بالبدل من المثل أو القيمة. و هذا هو مقتضى الجمع بين الأدلة الدالة على صحة تصرفات المالک فى ماله و بين أدله وجوب الوفا بالعقد بعد الإجازة.

هذا كلّه على النسخة الأُولى أى أُم الولد.

و أمّا على النسخة الثانية أى الولد

فأقول: على القول بالكشف الحقيقى: و جهل المالک بالبيع الفضولى لو نقل أو أعتق الولد [النماء] إلى الغير ثمّ أجاز البيع الفضولى يبطل نقله أو عتقه، لأنّ بالاجازة تكشف عن ملكية العين و بتبعها النماء [الولد] للمشترى، فالمالک باع ملک الغير فيكون باطلاً أو لاأقلَّ مِنْ أَنْ يكون فضوليّا.

و أمّا احتمال صحة نقل الولد و لغوية الإجازة و بطلان الفضولى الذى ذكره الشيخ الأعظم لا يجرى عندنا لأنّ مجرد بيع النماء [الولد] و التصرف فى منافع المبيع لايمكن أن يكون ردّا فعليّا للمعاملة الصادرة فضولة، و السرّ فى ذلک أنّ الردّ كالإجازة من الأُمور

ص: ٤٣٢

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٥٦/١.
٢- ٢ . المكاسب ٤١١/٣.

القصدية، فاذا كان المالک جاهلاً بوقوع المعاملة الفضولية أو باع النماء مع بنائه على الإجازة لا يعدّ ذلک إنشاءً للردّ.

نعم، لو كان المالک عالما بالبيع الفضولى و قصد بنقل النماء [الولد] ردّ المعاملة الفضولية يكون ذلک ردّا و يقع نقل النماء [الولد] صحيحا.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمى: و جهل المالک بالبيع الفضولى، فيكونُ تصرف المالک فى الولد [النماء] فى ملكه و يقع صحيحا إلاّ أنّه يدفع قيمة النماء [الولد] إلى المشترى بعد إجازة البيع، لدخول النماء [الولد] فى ملک المشترى بعد الإجازة و مقتضى الجمع بينهما هو الحكم بصحة النقل و تغريم القيمة للمشترى.

ولكن استشكل المحقّق النائينى على ما ذكرناه - و هو توضيح لمقالة الشيخ الأعظم - بقوله: «... أنّ مثل هذا النماء المنفصل المستقل لا وجه لكونه تبعا للعين، فلو أجاز بيع الأُمّ فبناءً على الكشف

الحقيقى يصحّ أن يقال: الولد للمجاز له تبعا، لأنّه حدث فى ملكه. و أمّا بناءً على الكشف الحكمى فالمفروض أنّه لم يحدث فى ملكه و إنّما يحكم تعبدا أو قاعدةً أنّه فى حكم حدوثه فى الملك، و هذا التعبد أو القاعدة إنّما يصح إذا كان للإجازة محلّ، و بعد صحة النقل لايتعلّق للمجاز له حقّ به حتّى يجب على المجيز بدله جمعا بنى الحقّين»(۱).

و أجابه تلميذه السيّد الخوئى بقوله: «هذه المناقشة ظاهرة الاندفاع، لأنّ الحكم بالملكية ليس بلحاظ حال الانعدام، و إنّما هو بلحاظ حال الوجود، فمن الآن يحكم بأنّ الموجود سابقا ملك للمشترى فيترتّب عليه وجوب دفع القيمة»(۲).

و قال فى تقريره الآخر: «لأنّ زمان الإنتقال و إن كان هو زمان الإجازة ولكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكية من ذلک الزمان تنزيلاً على الكشف الحكمى و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى، و إذن فيكون المالک

۱- ۱ . منية الطالب ۲/۷۰.

۲- ۲ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱/٤٥٩.

ضامنا بالنماءات لو أتلفها و مع نقلها إلى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدى كما عرفت فى الكشف الحقيقى و هذا واضح جدّا»(۱).

و قال: «و المراد بالولد هو ولد الحيوان لا ولد الأمة فإنّه حرّ على الكشف الحقيقى، و هكذا لو كانت النسخة أُمّ الولد فإنّ أُم الولد لا يجوز بيعها فى نفسها إلاّ فى الموارد المنصوصة»(۲).

أقول: الظاهر أنّ المراد بالولد هو ولد الأمة لا ولد الحيوان بقرينة الفرع الأوّل - أى الاستيلاد - فيكون «ال» فى الولد للعهد الذهنى بالاستيلاد. و ولدها فى بعض الفروع يكون عبدا كما فى بعضها يكون حرّا.

هل النسخة الصحيحة هى أُمّ الولد أو الولد؟

الظاهر أنّ النسخة الصحيحة هى الولد لِاءَنَّهُ على فرض اشتمال النسخة على كلمة الأُمّ يلزم التهافت بين هذه العبارة و ما ذكره الشيخ الأعظم فى نفس الصفحة بعد أسطر من قوله: «و إن نافى الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعا - كالعتق - فات محلّها»(٣).

لأنّه صريح فى أنّ تصرف المالک فى العين على الكشف الحكمى مفوّت لمحل الإجازة، و أمّا العبارة السابقة - بناءً على اشتمالها على كلمة الأُمّ ليكون التصرف فى العين - فهى صريحةٌ بصحة تصرفه مع بقاء محلّ الإجازة و نفوذها ليكون على المجيز قيمة ما نقله. فلابدّ أن تكون العبارة الأُولى ناظرة إلى تصرفه فى النماء فلا يفوت به محلّ الإجازة على الكشف الحكمى، و العبارة الأخيرة ناظرة إلى تصرف المالک فى العين فيفوت به محلّ الإجازة، و هذا هو الذى يقتضيه حفظ مقام المصنف قدس سره ، كما نبّه عليه المحقّق السيّدُ الخوئى(٤).

ص: ٤٣٤

١- ١ . مصباح الفقاهة ١٦٦/٤.

٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٧٨/٢.

٣- ٣ . المكاسب ٤١١/٣.

٤- ٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٧٨/٢؛ التنقيح فى شرح المكاسب ٤٥٩/١.

أقول: و الشاهد عليه كلام الشيخ الأعظم فى أوّل «مسألة فى أحكام الردّ»(١) فراجعه و انتظر.

فذلكة القول فى حكم التصرفات الصادرة من المشترى

فى ما انتقل إليه فضولة قبل الإجازة:

بناءً على النقل: لا إشكال فى حرمة تصرفات المشترى قبل الإجازة ظاهرا و واقعا لأنّه تصرّف فى مال الغير. و أمّا بحسب الوضعى أيضا تصرفاته باطل، نعم يكون فضوليا فلو أجاز المالک معاملته السابقة يدخل فى مسألة مَنْ باع شيئا ثمّ ملكه و سياتى بحثه.

و أمّا بناءً على الكشف الحقيقى: و بعد صدور الإجازة يكشف أن تصرفات المشترى قبلها كانت جائزة تكليفا واقعيا و نافذة وضعا واقعا، نعم، تكون محرّمة ظاهرا لاستصحاب عدم لحوق الإجازة، فيكون المشترى متجريا فى الظاهر فقط، و لذا لو كانت تصرفاته عباديا كالوضوء و الغسل بالماء المبيع فضولة يقع فاسدا لمنافاة الحرمة الظاهرية مع قصد القربة، إلاّ إذا كان جاهلاً بها.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمى: فتكونُ تصرفاته قبل الإجازة حراما تكليفا واقعيا و ظاهريا لأنّه تصرّف فى مال الغير و استصحاب عدم لحوق الإجازة.

و أمّا الحكم الوضعى فيها و إن كانت تصرفا فى ملک الغير حدوثا ولكن بحسب البقاء - و بعد الإجازة - ملكٌ للمشترى فيجوز تصرفاته فيه و يمضى.

نعم، لا يتحقّق الاستيلاد و لا الزنا بذات البعل لأنّهما يتحقّقان من المملوک و الزوجة الفعليين دون ما سيكون مملوكا أو زوجة. هذا فى الموردين بجهة ا لحكم الوضعى و أمّا وطى ء الأمّة يكون حراما تكليفا لأنّه فى غير ملک و الإجازة الآتية لايحلّله لأنّ الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه كما مرّ.

ص: ٤٣٥

١- ١ . المكاسب ٤٧٧/٣.

الجهة الثالثة: الثمرة بين الكشف و النقل

اشارة

و هى متعددة:

الأُولى: النماء

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «فإنّه على الكشف بقولٍ مطلقٍ - أى بأقسامه المختلفة - لِمَنْ إنتقل إليه العين، و على النقل لِمَنْ انتقلت عنه»(١).

و المراد بالنماء فى كلامه نماء المنفصل للعين المبيعة، و هو بناءً على الكشف يكون لمشترى العين و بناءً على النقل يكون لمالكها و هذا واضح لا ارتياب فيه.

ولكنْ للشهيد الثانى رحمه الله فى المقام كلام يحتاج إلى توجيه لأنّه قال: «... و تظهر الفائدة فى النماء. فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشترى، و نماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالک المجيز»(٢).

قال المحقّق جمال الدين الخوانسارى فى حاشيته على الروضة: «فقوله: «فهما للمالک المجيز»، كماترى إلاّ [١] أنّ يفرض كون العقد فضوليا من الطرفين و يكون المراد بكونهما للمالک المجيز كون كلٍّ منهما للمالک أصله المجيز. و فيه تكلّف.

[٢] أو يقال: إنّ المراد أنّ كلاً منهما للمالک المجيز ولو فى صورتين. فنماء المبيع للبائع عند كونه فضوليا من قِبله، و نماء الثمن للمشترى إذا كان فضوليا من قِبله. و لم يتعرّض لنماء الطرف الآخر لظهوره بالمقايسة و لا يخفى بُعده.

[۳] و یمکن أن یقال: فی صورة کون أحد الطرفین فضولیا: إنّ الطرف الآخر قد رضی و أجاز من حین العقد فَوَقع الانتقالُ من طرفه، و إنّما یبقی التزلزل من الطرف الآخر، فلا ینتقل منه إلاّ بعد الإجازة، و حینئذ فیکون نماءُ کلٍّ منهما قبل الإجازة للمالک المجیز، و فیه إشکال...»(۳).

ص: ٤٣٦

۱- ۱ . المکاسب ٤١١/٣.

۲- ۲ . الروضة البهیة ٢٢٩/٣.

۳- ۳ . حاشیة الروضة /٣٥٨، الطبعة الحجریة، لآقا جمال الخوانساری.

ولکن قال الفقیه السیّدُ العاملی بعد نقل عبارة الروضة:«و فیه خفاءٌ. أمّا نماء المبیع فظاهرٌ. و أمّا الثمن فلأنّه انتقل عن المشتری من حین العقد بقبوله. و تصرف المشتری فی ملکه لایتوقف علی إجازة غیره»(۱).

أقول: هذا الکلام قریب من التوجیه الثالث للمحقّق الخوانساری و هو: «أن یکون نماء کلّ من العوضین لشخص واحد علی القاعدة کما إذا کان البیع من طرف المبیع فضولیّا دون غیره، فیکون نماء المبیع للمالک المجیز لحدوثه فی ملکه و یکون نماء الثمن له أیضا لإقدام المشتری علی تملیکه له بإقدامه علی الشراء من الفضولی»(۲).

و یری الشیخ الأعظم توجیه الأوّل من المحقّق جمال الدین الخوانساری - الذی هو توجیه المراد بحمله علی خلاف الظاهر - أُولی من توجیه الثالث فی کلامه و هو قریب من توجیه الفقیه السیّدِ العاملی - الذی هو توجیه الحکم مع التحفظ علی ظاهر الکلام - .

و لعلّ وجه الأُولویة فی کلامه: أنّه یرد علی التوجیه الأوّل أن یکون خلافا للظاهر فقط، لأنّ قوله: «فهما للمالک المجیز» ظاهر فی کون کلا النمائین لشخص واحد.

ولكن يردّ على التوجيه الثالث: «أوّلاً: يمكن أن لايكون المشترى عالما بالفضولية، بل تخيّل أنّ البائع مالک أو وليّ أو وكيل.

و ثانيا: يمكن أن يكون الشراء أيضا فضوليا كالبيع.

و ثالثا: الاقدام على التمليک ليس أحد المملكات.

و رابعا: المشترى لم يقدم على تمليک النماء للبائع مجانا و إنّما أقدم على تمليكه بعوض»(۳).

و الحاصل: هذا التوجيه الثالث لا يتم صغرىً و كبرىً:

أمّا الصغرى: «فلأنّ الشراء قد يكون فضوليّا كالبيع فلم يُقدم مالک الثمن على التمليک، و قد يكون المشترى أصيلاً لكنّه جاهل بكون المعاملة فضولية، و قد يكون

۱- ۱ . مفتاح الكرامة ٦٠٨/١٢.

۲- ۲ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳۸۰/۲.

۳- ۳ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳۸۰/۲.

عالما بذلک ولكنّه اشترى بمال الصغير الذى تحت ولايته فهو لم يقدم على تمليک مال نفسه و إنّما أقدم على تمليک مال الصغير خلافا للمصلحة»(۱).

و أمّا الكبرى: «فلأنّ الإقدام ليس من أحد المملِّكات فى الشريعة المقدسة.

نعم، فى التسليط الخارجى كلام بين الأعلام ولكنّه غير المقام أعنى المعاملة الفضولية كما لا يخفى»(۲).

فرعٌ: تصرف المالک فی النماء

لو أقدم الفضولی علی بیع العین و تصرّف المالک فی نمائها کالثمرة أو البیض أو نحوهما. هل یصح هذا التصرف أم لا؟ و هل یعدّ ردّا لبیع الفضولی أم لا؟ و هل الفرق موجود بین صورتی علم المالک بالبیع و جهله أم لا؟

أقول: أمّا بناءً علی النقل: فَتَصحُّ تصرفاته فی النماء لِاَنَّهُ تصرّف فی ملکه لعدم صدور الإجازة منه و بعد صدورها تمت و کانت نافذة بالنسبة إلی العین دون نمائها لفقد الموضوع بالنسبة إلی النماء بلا فرق بین صورتی علم المالک و جهله بالبیع.

و أمّا بناءً علی الکشف: إذا تصرّف المالک فی نمائها فَیُحکَمُ بصحة هذا التصرف و قد ثبت بالدلالة الالتزامیة أنّ العین کانت له و هذا یعدّ ردّا للبیع، لأنّ النماء فرع و تابع للعین و هی أصل، فی ما إذا کان عالما ببیع الفضولی، و أمّا إذا کان جاهلاً به فلا یعدّ ردا له.

نعم، إذا لم تتم الدلالة الالتزامیة فی مورد کما فی جهل المالک ببیع الفضولی أو أنّ المالک یری الفرق بین العین و نمائها و لایعدّ التصرف فی النماء التصرف فی العین، لأنّ النماء یکون منفصلاً فلایعدّ التصرف فی النماء ردّا لبیع الفضولی حتّی بناءً علی الکشف و له إجازته.

الثانیة: جواز فسخ الأصیل بناءً علی النقل

لا یخفی أنّ للمالک إمضاء العقد بالإجازة و حلّه بالردّ علی النقل و الکشف، و أمّا

١- ١ . التنقیح فی شرح المکاسب ٤٦٢/١.

٢- ٢ . التنقیح فی شرح المکاسب ٤٦٢/١.

الأصيل هل يجوز له أن يفسخ العقد و يرفع اليد عن إلزامه ما لم يجيزه المالک أم لا؟

أقوال: ثالثها القول بالتفصيل بين الكشف و النقل، على الأوّل لا يجوز لتمامية العقد بالنسبة إلى الأصيل و على الثانى يجوز لأنّ العقد بالنسبة إليه غير تام و له أن يفسخه و هو مختار الشيخ الأعظم حيث يقول: «أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف بمعنى أنّه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيّا لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإنّ العقد تام من طرف الأصيل غاية الأمر تسلّط الآخر على فسخه، و هذا مبنىٌ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل انشاء صاحبه، بل قبل تحقّق شرط صحة العقد كالقبض فى الهبة و الوقف و الصدقة»(١).

استدلّ الشيخ الأعظم فى كلامه بوجوه:

الأوّل: الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ بين الإيجاب و القبول أو ما يقوم مقامهما من طرفى العقد. بل و بعد تحقّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط الصحة كالقبض فى الهبة و الوقف و الصدقة و بيع الصرف و السلم.

الثانى: إذا رجع الموجِب مثلاً عن إيجابه قبل تحقّق القبول، لم يصدق العقد عرفا حتّى تشمله أدلة الصحة و اللزوم. فخروج هذا الإيجاب المعدَّل عنه موجِبُهُ عن أدلة صحة العقود و لزومه موضوعىٌ لا حكمىٌ تخصيصىٌ.

الثالث: قال تلميذه الفقيه المامقانى رحمه الله : «إنّ المصنف قدس سره كان يعلِّل جواز إبطال الإنشاء فى مجلس البحث بأنّ العقد عبارة عن المعاهدة المعبّر عنها بالفارسية بقولهم: (پيمان)، و من المعلوم أنّ الموجب إذا رجع عن مضمون الإيجاب قبل القبول أو قبل وجود ما هو من شرائط صحة العقد كالقبض و نحوه انتفى معنى المعاهدة التى ليس قوام العقد إلاّ بها فينتفى العقد و هو معنى بطلانه»(٢).

١- ١ . المكاسب ٤١٢/٣.

٢- ٢ . غاية الآمال /٣٨٠.

و أمّا الوجوه المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم:

فالأوّل: تحقّق الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ و الردّ بين الإيجاب و القبول تامٌ كما يرد الإجماع فى كلام صاحبى الجواهر(١) و العناوين(٢).

و قد مرّ فى تنبيهات الموالاة بين الإيجاب و القبول قولنا: «الإجماع المحصّل من الأصحاب فى أبواب مختلفة من العقود المشروطة صحتها بعدم تخلّل الرد، و كذا الإجماع المحكى المستفيض عليه»(٣).

و أمّا تخلّل الفسخ أو الرد بعد تحقّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط الصحة فَهُوَ أيضا تام لما مرّ مِنْ قولنا: «و كذا الردّ يبطل بتخلله فى اثناء الإيجاب و القبول و كذلک يبطل بتخلّله بين العقد و القبض فى كلّ عقد يشترط فيه القبض كالوقف و الحبس و السكنى و الهبة و القرض و الصدقة و الصرف و السَّلم لعدم حصول التمليک ما لم يتحقّق القبض»(٤). فهذا الدليل تام.

فالثانى: أيضا تام لأنّ الردّ و الفسخ إذا تخلل بين الإيجاب و القبول لا يبقى إيجاب حتّى يلحقّه القبول هذا إذا كان من الموجب و إمّا إذا كان من القابل أيضا مبطل للإيجاب فلا ينفع القبول بعده، لأنّ مع تخلل الردّ لا يكون عقدا لا شرعا و لا عرفا حتّى يشمله إطلاقات صحة العقود و الأصل أيضا يقتضى فساده لأنّه هو الأصل فى العقود كما مرّ(٥).

فالثالث: أيضا تام و هو عبارة اُخرى عن الدليل الثانى.

و بتمامية هذه الوجوه إلى هنا تتم مقالة الشيخ الأعظم عندنا فى الأصيل بناءً على النقل و أمّا بناءً على الكشف فالكشف الحقيقى بوجوه المختلفة الماضية يترتب الثمرة

ص: ٤٤٠

١- ١ . الجواهر ٤٧/٢٩ و فيه: «بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم».

٢- ٢ . العناوين ١٧٧/٢.

٣- ٣ . الآراء الفقهية ٢٤٢/٤.

٤- ٤ . الآراء الفقهية ٢٤٢/٤.

٥- ٥ . راجع الآراء الفقهية ٢٤٢/٤.

لحصول النقل و الانتقال بالعقد و المفروض أنّ الإجازة تأتى فيتحقّق المعلَّق عليها و أمّا بناءً على الكشف الحكمى بالْوُجُوْهِ الثلاثة من المطلق و الإنقلابى و الصورتى فلا تَتَرَتَّبُ هذه الثمرة لأنّ قبل لحوق الإجازة لا تعتبر الملكية شرعا و عرفا فيتمكن الأصيل من الفسخ.

مقالة المحقّق النائينى و نقده

ولكن المحقّق النائينى ذهب إلى عدم نفوذ فسخ الأصيل و ردّه حتّى على القول بالنقل و قال: «و الأقوى أنّه لا يجوز تصرّفه مطلقا، بناءً على استفادة الحكم التكليفى من قوله عزّ من قائل: «اوفوا بالعقود»(١) لدلالته على أنّ كلّ منشئٍ و معاهدٍ ملزم بانشائه و عهد، فإن وجوب الوفاء تكليفا لا معنى له إلاّ تعلّقه بفعل المتعاقدين أى: يتعلّق بالمعنى المصدرى، فيجب على كلٍّ منهما الالتزام بما أُلزم على نفسه و هو: إيجاده المادّة بالهيئة سواء تحقّق الالتزام من الآخر أم لا...»(٢).

مراده: مفاد العمومات و منها قوله تعالى «اوفوا بالعقود» هو الحكم التكليفى لا الوضعى و عليه معناها لزوم إنها الالتزام تكليفا لكلٍّ من طرفى العقد ولو لم يترتب على العقد الحكم الوضعى و لأنّ

الحكم التكليفى المتعلَّق بالبائع غير المتعلَّق بالمشترى فلا ينافى عدم ترتب الأثر الوضعى عليه فعلاً و قبل الإجازة فى بيع الفضولى.

و بعبارة أُخرى: «إن كان المراد بالعقد فى الآية معناه الاسم المصدرى - أعنى نتيجة العقد و هو حصول المبادلة و الملكية فلا يمكن أن تعم عقد الأصيل قبل الإجازة لعدم حصول نتيجته حينئذ، و أمّا إن كان المراد معناه المصدرى و هو الالتزام فلا مانع من شموله لالتزام المالک [الأصيل] فيجب عليه الوفاء و لا يجوز له الفسخ و هذا جار فى جميع العقود إلاّ المنصوصة كالوقف قبل القبض، و لاينتقض ذلک بالإيجاب و القبول فإنّ العقد غير متحقّق بمجرد الإيجاب قبل لحوق القبول»(۳).

۱- ۱ . سورة المائدة /۱.

۲- ۲ . منية الطالب ۷۸/۲.

۳- ۳ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۳۸۲/۲.

و يرد عليه: أوّلاً: لازم الحكم التكليفى بوجوب الوفاء بالعقد هو جواز العقد لأنّ الأمر بإنهاء الالتزام إنّما يصح فيما إذا كان المخاطب متمكنا من عدمه، أى من رفع اليد عن التزامه بحيث إذا خالف الحكم التكليفى و فسخ العقد كان ذلک ممضى منه شرعا و هذا المعنى هو جواز العقد، فلابدّ من القول بأنّ وجوب الوفاء بالعقد يكون إرشادا إلى ترتيب آثار الملكية، فلا يعم إلاّ العقد التام من حيث الأجزاء و الشرائط و يترتب عليه أثره و هو الملكية.

و ثانيا: الخطاب التكليفى إنّما يتوجه إلى المالكين و موضوعه العقد - أى الارتباط بين التزامى المالكين - و ليس التزام الأصيل مصداقا للعقد على القول بالنقل ما لم تتحقّق الإجازة و بهذا يفرق المقام عن النذر، فللأصيل أن يرفع يده عن العقد فينتفى به موضوع الإجازة.(۱)

أقول: قد مرّ منّا من فی بدایة الکتاب(۲) استفادة صحة العقود و وجوب الوفاء بها من الآیة الشریفة أعنی: «اوفوا بالعقود»، فیُستفاد منها الْحُکْمانِ: التکلیفیُ - أی وجوب الوفاء بها و الإیفاء بها - و الوضعی - أی صحة العقود و تمامیتها - فنحن نستفید منها الحکمین خلافا للعَلَمین - النائینی و السیّد الخوئی رحمهماالله - ولکن الأخیر هنا و فی بعض أبحاثه الفقهیة و إلاّ فهو - أی السیّد الخوئی - فی بعض أبحاثه الفقهیة الأُخر و الأُصولیة - علی ما ببالی - ذهب إلی امکان استفادة الحکمین من الآیة الشریفة و الجمع بینهما. کما هو مختارنا.

و علی القول المختار - من إمکان الجمع بین الحکمین - فنحن فی فسحة من إشکال المحقّق النائینی وَ جَوابِ السیّد الخوئی رحمهماالله لأنّا نستفید من الآیة الشریفة الحکمین - أی التکلیفی و الوضعی معا - فالآیة کما تدلّ علی لزوم الوفاء بالعقد کذلک تدلّ علی صِحَّتِهِ ولکن إذا رجع الموجِب عن إیجابه لم یبق العقد علی حاله و لم یکن فی

۱- ۱ . الإیرادان للمحقّق الخوئی فی محاضرات فی الفقه الجعفری ۳۸۳/۲.

۲- ۲ . الآراء الفقهیة ۱٤/۱.

البین إیجابا حتّی یلحقّه القبول أو الإجازة. فیتم إلی هنا مقالة الشیخ الأعظم رحمه الله .

اعتراض للمحقّق القمی(۱) رحمه الله و نقده

تقریب هذا الاعتراض: ترتب الأثر علی جزء السبب - و هو العقد أو انشاء الأصیل - بعد انضمام الجزء الآخر و هو الإجازة من الأحکام الوضعیة و لا یعتبر فیه اختیار الأصیل لترتّبه و إرادته و عدم رجوعه عن انشائه.

و بعبارة اُخرى: الإيجاب و القبول هما جزءان للسبب المؤثر فى عقد الفضولى و المفروض تحقّقهما، فإذا انضمّ إجازة المالک إلى العقد ترتّب عليه النقل قهرا، سواء رجع الأصيل عن انشائه قبل إجازة المالک أم لم يرجع، لأنّ اتصاف الإيجاب و القبول بعنوان «جزء السبب» قهرى.

فلا فرق بين عدم تأثير فسخ الأصيل بين قولى النقل و الكشف فى الإجازة، فلا يترتب هذه الثمرة.(٢)

ولكن ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و فيه: أنّ الكلام فى أنّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئى السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقّق الشرط غير مجدٍ فى وجود المسبّب»(٣).

مراده: شرط تأثير العقد بالإجازة و الحكم بصحته هو عدم تخلّل الفسخ بين الإيجاب و القبول فى العقود، و فى الفضولى بين الإيجاب و الإجازة، و إذا لم يتحقّق هذا الشرط المعتبَر، فَإِنَّ انضمام الجزء الآخر و هو الإجازة فى المقام لا يفيد شيئا.

ثمّ قال الشيخ الأعظم رحمه الله : «فالأُولى فى سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ بإطلاقات صحة العقود و لزومها»(٤).

١- ١ . راجع عنائم الأيام /٥٤٣ من الطبعة الحجرية، جامع الشتات ٢٨١/٢ (١٥٦/١ من الطبعة الحجرية).

٢- ٢ . راجع هدى الطالب ١٠٤/٥ و ١٠٥.

٣- ٣ . المكاسب ٤١٢/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٤١٣/٣.

مراده: ردّ الشرطية المدعاة بالإطلاقات الواردة فى صحة العقود و لزومها. و أجاب عنه بقوله: «و لا يخلو من إشكال»(١).

مراده من الإشكال ما مرّ فی دلیله الثانی من عدم صدق العقد العرفی بعد رجوع الموجِب عن إیجابه، فخروج المورد عن إطلاقات صحة العقود و لزومها موضوعیٌّ و تخصصیٌّ لا حکمیٌّ و تخصیصیٌّ حتّی تنفیه الإطلاقات و عدم ورود المخصّص.

نعم، یمکن أَنْ یُناقَشَ الشیخُ الأعظمُ بما ذکره السیّد الخمینی من: «... أنّ الفسخ هل هو هادم للعقد أم لا؟ فإن قلنا: أنّه هادم فلا فرق بین النقل و الکشف حتّی الحقیقی منه، لأنّ تعقب العقد بالإجازة إنّما هو مؤثر إذا لم ینهدم العقد، فإذا تخلّل بین العقد و الإجازة فسخ هادم، لم یبق عقد حتّی تتعقّبه الإجازة.

و بعبارة أُخری: إنّ العقد إذا تعقّبه الهدم قبل الإجازة، لم یکن فی علم اللّه من الأوّل عقدا متعقّبا بالإجازة حتّی یکون مؤثرا. و إن لم یکن هادما فلا فرق بینهما أیضا.

نعم، لو قلنا: بأنّه علی النقل هادم دون الکشف، یتم القول بالثمرة، لکن لا دلیل علی التفریق.

و ما قیل(۲): من أنّ العقد تام من قبل الأصیل علی الکشف، لا یرجع إلی محصّل، فإنّ المراد من التمام إن رجع إلی أنّ الأصیل حصل منه ما هو مِنْ قِبَلِهِ من إنشاء العقد، فلا شبهة فی أنّه علی النقل أیضا کذلک، بل الموجِب أیضا حصل منه ما هو مِنْ قِبَلِهِ.

و إن رجع إلی أنّ النقل حاصل مِنْ قِبَلِهِ علی الکشف، فهو موقوف علی القول بأنّ الإجازة لا دخالة لها، أو أنّ الفسخ غیر هادم، فتمامیّة العقد موقوفة علی عدم الهادمیّة و هو أوّل الکلام»(۳).

و بالجملة: ظهور هذه الثمرة بعد قبول هذه المقالة مشکل جدّا فنرفع الید عنها و لا نحتاج إلی البحث حولها فی الکشف و الحمدللّه.

١- ١ . المكاسب ٤١٣/٣.

٢- ٢ . القائل هو الشيخ الأعظم كما مرّ، فى المكاسب ٤١٢/٣.

٣- ٣ . كتاب البيع ٢٥٦/٢.

أقول: فسخ العقد هو حلّه من حينه - أى من حين الفسخ - لا هدمه من أصله، و الشاهد عليه، عدم جواز مطالبة المنافع من طرف الآخر، فالتعبير بأنّ الفسخ هادم للعقد مسامحيٌّ.

الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

اشارة

ذهب الشيخ الأعظم(١) إلى الجواز بناءً على النقل حتّى على القول بأنّ فسخه لفظا غير مبطل لإنشائه و العدول من إيجابه لا يبطل العقد - كما عليه المحقّقان القمى و النائينى رحمهماالله - ، لأنّ الأصيل مادامَتِ الإجازَةُ لَمْ تَأْتِ مِنَ الْمالِكِ، فله أن يتصرف فى ماله لأنّ المال لم يخرج من ملكيته بناءً على النقل. فهذا التصرف منه تكليفا و وضعا جائز.

و قال: «و الحاصل: إنّ الفسخ القولى و إن قلنا أنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلاّ أنّ له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجهٍ يفوّت محلّ الإجازة، فينفسخ العقد بنفسه بذلک»(٢).

و استشهد بفرعين:

الأوّل: لو باع المالکُ جاريتَه بالشراء الفضولى

الأوّل: لو باع المالکُ جاريتَه بالشراء الفضولى، فمادام لم تصدر الإجازة من المشترى يجوز للمالک وطؤها لأنّها كما كانت ملكه باق عليها و لم ينتقل منه فلو استولدها و صارت أُمّ ولدٍ يفوت محلّ الإجازة لعدم صحة بيع أُمّ الولد.

الثانى: لو زوّجت الحرّة نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير

اشارة

الثانی: لو زوّجت الحرّة نفسها من فضولی جاز لها التزویج من الغیر ما لم تصدر الإجازة من الغیر، و التزویج الثانی یفوت محلّ الإجازة.

و فی الفرعین لو صدرت الإجازة من طرف الفضول لغت لعدم بقاء المحلّ قابلاً لقبولها.

ثمّ نقل الشیخ الأعظم(۳) احتمال عدم جواز تصرف الأصیل فیما انتقل عنه حتّی علی القول بالنقل کما هو کذلک علی الکشف مستدلاًّ له - علی وجه لعلّ - «لِجریان عموم

ص: ٤٤٥

۱- ۱ . المکاسب ۳/۴۱۳.

۲- ۲ . المکاسب ۳/۴۱۳.

۳- ۳ . المکاسب ۳/۴۱۳.

وجوب الوفاء بالعقد فی حقِّ الأصیل و إن لم یجب فی الطرف الآخر»(۱).

مراده: کون عقد الفضولی جامعا لجمیع شرائط العقد سوی الإجازة فیشمله عموم قوله تعالی: «اوفوا بالعقود»(۲) فیجب علی الأصیل الوفاء به و مقتضاه عدم جواز تصرفه فیما انتقل عنه.(۳)

و استظهر(٤) هذا الاحتمال من کلام المحقّق الثانی فی مسألة شراء الغاصب بعین المال المغصوب حیث یقول: «و لیس لکلٍّ من البائع و الغاصب التصرف فی العین لإمکان إجازة المالک، خصوصا علی القول بأنّ الإجازة کاشفة»(۵).

ثمّ ردّ هذا الاحتمال(٦): بأنّ الإجازة بناءً على النقل لها دخل فى العقد جزءً أو شرطا، فما لم تتحقّق الإجازة لم يتم العقد فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين، لأنّ موضوع وجوب الوفاء هو العقد المقيَّد بالإجازة و من الواضح أنّ المقيَّد لا يتحقّق إلاّ بعد وجود قيده.(٧)

و الحاصل: يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه - تكليفا و وضعا - بناءً على النقل.

أقول: يمكن أَنْ يُناقَشَ الشيخُ الأعظمُ بأنّ التفصيل بين الفسخ القولى و الفعلى ممنوعٌ، لأنّ آية «اوفوا بالعقود» إن شملت الأَعْصِيْلَ فلا يجوز له الفسخ لا قولاً و لا فعلاً، و إن لم تَشْمَلْهُ فيجوز له الفسخ القولى كما يجوز له الفسخ الفعلى، فما ذكره تحت عنوان

١- ١ . المكاسب ٤١٣/٣.

٢- ٢ . سورة المائدة /١.

٣- ٣ . راجع هدى الطالب ١١٠/٥.

٤- ٤ . المكاسب ٤١٣/٣.

٥- ٥ . جامع المقاصد ٣٣١/٦.

٦- ٦ . المكاسب ٤١٣/٣.

٧- ٧ . راجع هدى الطالب ١١١/٥.

«و الحاصل: أنّ الفسخ القولى و إن قلنا...»(١) الخ غير تام.(٢)

و ما ذكره الشيخ الأعظم من جواز تصرفات الأصيل فيما انتقل عنه تام بناءً على النقل لأنّها من آثار الملكية الشرعية و مادامت الإجازة لم تصدر، فمِلْك الأصيل باق على ماله فيجوز له التصرف فيه ولو التصرفات الناقلة كاستيلاد أُمّ الولد أو عتقها أو بيعها و غيرها.

و أمّا بناءً على الكشف: فَقَدْ قال الشيخ الأعظم:

و أمّا بناءً على الكشف: فَقَدْ قال الشيخ الأعظم: «فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلاّمة(٣) و السيّد العميدى(٤) و المحقّق الثانى(٥) و ظاهر غيرهم(٦)»(٧).

و الوجه فى كلامه: تحقّق الملكية من حين العقد لمن انتقل إليه فيعدّ تصرف مَنْ انتقل عنه تصرفا فى ملک الغير، و المسألة معنونة فى كلماتهم فى كتاب النكاح لا البيع كما تعرّض لأقوالهم الشيخ الأعظم فإنّا نقتفى أثره.

ثمّ نقل الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه جواز تصرف

ثمّ نقل الشيخ الأعظم(٨) عن بعض معاصريه جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه للشک فى تحقّق الشرط - و هو الإجازة اللاحقة - و يسرى هذا الشک فى تحقّق المشروط - و هو الملكية لمن انتقل إليه - فملكيته مشكوكة و الأصل عدم تحقّقها فلا ينتقل المال من الأصيل إلى غيره، فيجوز للأصيل التصرف فى ملكه.

ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن

ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف

١- ١ . المكاسب ٤١٣/٣.

٢- ٢ . كما يظهر من العقد النضيد ٢٥٥/٣.

٣- ٣ . قواعد الأحكام ١٦/٣.

٤- ٤ . كنز الفوائد ٣٢٢/٢ و ٣٥٧.

٥- ٥ . جامع المقاصد ١٦٠/١٢ و ٢٩٧ و ٢٩٨.

٦- ٦ . كالفاضل الأصفهانى فى كشف اللثام ١٠٧/٧ و الشيخ يوسف فى الحدائق ٢٨٨/٢٣ و ٢٨٩.

٧- ٧ . المكاسب ٤١٤/٣.

٨- ٨ . المكاسب ٤١٤/٣.

منافٍ لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه. قال: «نعم، لو علم بإجازة المالک لم يجز له التصرف» انتهى»(١).

أقول: فيرى الشيخ الأعظم كلام معاصره تاما ولكن بناءً على مذهبه فى الكشف الحقيقى التعقبى - و هو الالتزام بأنّ الشرط هو تعقّب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة و قد نُسب هذا القول إلى جدى - صاحب الهداية - و عمّى - صاحب الفصول - و خالى - الشيخ حسن ابن الشيخ الأكبر - و الفاضل النراقى قدس سرهم .(٢)

هو - معاصره - هنا جدى الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية

و هو - معاصره - هنا جدى الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية قال فى كتاب فقهه تبصرة الفقهاء ما نصه: «رابعها: أنّه لو عقد فضولاً فهل للآخر التصرف فى متعلَّق العقد قبل إجازة المالک أو ردّه، أو لابدّ من توقّفه عن التصرف إلاّ بعد ظهور الردّ؟ يحتمل الثانى، نظرا إلى لزوم العقد من طرف المالک على تقدير إجازة الآخر، فيدور العقد حينئذ بين الصحيح و الفاسد، فلا يجوز له التصرف فيه إلاّ بعد انكشاف الحال ليجرى على مقتضاه.

و الأظهر جواز تصرفاته فيه أخذا بمقتضى الأصل لعدم العلم بصحة العقد المانع من التصرف فيه، لدورانه بين الصحيح و الفاسد.

و مجرد الاحتمال لا يقضى بارتفاع الحكم الثابت، بل لا مانع لساير العقود الناقلة لعينه أو منافعه اللزوم أو غيره، غير أنّه بعد حصول الإجازة يؤخذ بمقتضاه من الرجوع إلى العين مع بقائها و إلى عوضه مع تلفها.

نعم، لو علم بالفحوى إجازته له بعد ذلک لم يجز له التصرف فيه كما سنشير إليه إن شاء اللّه»(۳).

ثمّ يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح

ثمّ يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعقّبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشک فلا يجب

۱- ۱ . المكاسب ٤١٤/٣.

۲- ۲ . راجع هذا المجلد صفحة ٤٠٢.

۳- ۳ . تبصرة الفقهاء ٣٥٢/٣.

الوفاء به على أحد من المتعاقدين»(۱).

اعترض عليه الشيخ الأعظم: بأنّ مذهب المشهور فى الكشف

ولكن اعترض عليه الشيخ الأعظم(۲): بأنّ مذهب المشهور فى الكشف هو الحقيقى الشرطى فيكون المؤثر التام فى الانتقال هو العقد، و قد تحقّق العقد - و الإجازة لا تكون إلاّ شرطا متأخرا يكشف عن تحقّق العقد من حينه - و إذا تحقّق العقد يجب على الأصيل بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقضه من جانبه، و الالتزام به و عدم نقضه، و لأنّ وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة

المالک بل مقتضی عمومه وجوب الوفاء علیه حتّی مع العلم بعدم إجازة المالک - و من هنا ظهر أنّه لا فائدة فی أصالة عدم الإجازة - .

نعم، «ردُّ المالکِ فسخٌ للعقد من طرف الأصیل، کما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولی»(۳).

ثمّ ذکر توهما و هو: «أنّ العمل بمقتضی العقد کما یوجب حرمة

ثمّ ذکر توهما و هو: «أنّ العمل بمقتضی العقد کما یوجب حرمة تصرف الأصیل فیما انتقل عنه، کذلک یوجب جواز تصرفه فیما انتقل إلیه، لأنّ مقتضی العقد مبادلة المالین، فحرمة التصرف فی ماله مع حرمة التصرف فی عوضه ینافی مقتضی العقد، أعنی المبادلة»(٤).

أقول: قد مرّ منّا(٥) بأنّ بعضهم یلتزمون بجواز تصرف الأصیل فیما ینتقل إلیه قبل الإجازة لو علم بتحقّق الإجازة فی ما بعد. فهذا البعض یقرّون بهذه المبادلة بین المالین و عوضیّة کل واحد منهما بدلاً من الآخر فلا توهّم فی البین بل قول فی المقام.

ولکن الشیخ الأعظم ردّ هذا الذی سمّاه بالتوهم بأنّه مبنیٌّ

ولکن الشیخ الأعظم(٦) ردّ هذا الذی سمّاه بالتوهم بأنّه مبنیٌّ علی استفادة

۱- ۱ . المکاسب ۳/٤۱٥.

۲- ۲ . راجع المکاسب ۳/٤۱٤ و ٤۱٥.

۳- ۳ . المکاسب ۳/٤۱٥.

٤- ٤ . المکاسب ۳/٤۱٥.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد صفحة ٤۰۲.

٦- ٦ . المكاسب ٤١٦/٣.

حكمين من وجوب وفاء العاقد الأصيل بما التزم به و هما حرمة التصرف فيما انتقل عنه و جواز تصرفه فيما انتقل إليه، ولكن الصحيح أنّ أدلة وجوب الوفاء بالعقد لا يدلّ إلاّ على الأوّل - أى حرمة التصرف فيما انتقل عنه - لأنّها هى مقتضى التزامه بخروج المال عن ملكه.

و أمّا دخول بدله فى ملكه فَهُوَ خارج عن التزامه و ليس من التزام على نفسه بل هو ممّا جعله لنفسه فهو خارج عن مدلول التزامه على نفسه، و إن كان داخلاً فى مفهوم المبادلة.

و حيث أَنَّ أدلة وجوب الوفاء بالعقد لا تشمل جواز تصرف الأصيل فيما انتقل إليه، فالمرجع فى هذا التصرف هو الأصل العملى فى المقام و هى أصالة عدم الانتقال.

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لما سمّاه دعوى: و هى إثبات جواز تصرف

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم(١) لما سمّاه دعوى: و هى إثبات جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و عدم حرمته بناءً على الكشف بتقريب: التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه لم يكن مطلقا حتّى يحرم تصرّفه فيه بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، بل كان معلّقا على تقدير الإجازة و دخول مال الغير فى ملكه و المبادلة بين المالين، و حيث لم يعلم الأصيل بتحقّق الإجازة، فتصرّفه فى ماله لايعدّ نقضا لما التزم به، لأنّ التزامه كان معلّقا و هو لايعلم بتحقّق المعلّق عليه و هى الإجازة.

ثمّ أتى الشيخ الأعظم(٢) بتنظير لهذه المسألة فى مسألة النذر المعلّق على شرط قبل تحقّق شرطه من جواز تصرف الناذر فى المنذور قبل تحقّق شرطه من دون لزوم حِنْث للنذر.

و دفعها بأمرين:

اشارة

و دفعها(٣) بأمرين:

الأوّل: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالک

الأوّل: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالک غير معلَّقٍ على إجازة المالک بل هو مراعى عليها بحيث أنّها تكشف عن تحقّق المبادلة من زمن العقد، فالأصيل التزم بالمبادلة متوقّعا للإجازة لا مشروطًا عليها أو معلَّقا عليها، فيجب عليه

١- ١ . المكاسب ٤١٦/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤١٦/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤١٦/٣.

الوفاء بالتزامه و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقّعه من الإجازة فتم النقل و الانتقال من حين العقد، أو يصدر الردّ من المالک فينتقض التزام الأصيل به.

و بالجملة: تنظير المقام بمسألة النذر قياس مع الفارق، و الفرق تعليق النذر على الشرط ولكن التزام الأصيل غير معلَّق على الإجازة.

الثانى: جواز تصرف الناذر فى المال المنذور المشروط قبل تحقّق

اشارة

الثانى: جواز تصرف الناذر فى المال المنذور المشروط قبل تحقّق شرطه لا يخلو من إشكال و لم يتسالم الأصحاب عليه. فالمسألة فى المُنْظَرِ عليه أيضا غير تام فما بالک بالمُنْظَر.

أقول:

يقع الكلام فى جِهَتَيْنِ:

الجهة الأُولى: نقد مقالة الشيخ الأعظم

الجهة الثانية: البحث حول مسألة النذر المشروط و التصرف فى المنذور قبل تحقّق شرطه.

أمّا الجهة الأُولى:

فيرد على الشيخ الأعظم أوّلاً: «إنّ موضوع وجوب الوفاء بالعقد إنّما هو الالتزام بالملكيّة، لا حصول نفس الملكيّة، و موضوع عدم جواز التصرف فى المال تكليفا نفس الملكيّة و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف فى مال الغير»(١). فما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ «مقتضى العموم حرمة نقضه على الأصيل مطلقا فكلّ تصرف يعدّ نقضا لعقد المبادلة... فهو غير جائز»(٢) غير تام.

و ثانيا: ما ذكره من قوله قدس سره : «بل مقتضى العموم وجوبه [أى وجوب الوفاء بالعقد و حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه] حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك...»(٣). غير تام لأنّ فى صورة العلم بعدم الإجازة يجوز تصرف الأصيل فى ماله، للعلم بعدم صدور الإجازة و عدم تمامية العقد، فماله باق على ملكه فيجوز له التصرف فى ماله و ملكه وجدانا.

١- ١ . مصباح الفقاهة ٤/١٧٥.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٤١٥.

٣- ٣ . المكاسب ٣/٤١٤.

و ثالثا: حكمه قدس سره بعموم شمول آية «اوفوا بالعقود» بما التزم به لِلأَصِيْلِ، فى عقده مع الفضولى ما لم تَتَحَقَّقَ الإجازة من المالك، مشكل جدّا، و لأحدٍ أن يَقُوْلَ: أنّه تمسك بالعام فى

الشبهة المصداقية لذلک العام. لأنّ تمامية العقد مَنُوْطَةٌ بصدور الإجازة من المالک، فما لم تصدر الإجازة منه نشک فی کون ما وقع من الأصيل و الفضولی أنّه عقدٌ أم ليس بشی ءٍ أصلاً، فنشک فی مصداقية ما وقع عنهما بکونه عقدا أم لا؟ فلا يجوز التمسک بهذا العموم.

و بعبارة أُخری قوله تعالی: «اوفوا بالعقود» يدلّ علی وجوب الوفاء بالعقد الذی يراه العرف عقدا کما هو کذلک فی قوله تعالی: «أحل اللّه البيع»، و العرف لا يری عقد الفضولی و لا بيعه قبل صدور الإجازة من المالک عقدا تاما أو بيعا کذلک، فلا يمکن إثبات وجوب الوفاء به بالآية الشريفة.

و رابعا: قوام البيع بمبادلة المالين و خروج أحد العوضين عن ملک أحد من المتبايعين و دخوله فی ملک الآخر و عکسه، و فی بيع الفضولی أيضا الأصيل يبدِّل ماله بمال المالک و انتقل ماله إلی المالک فی قبال انتقال مال المالک إليه، فلا أدری ما المراد من قوله: «و أمّا قيد» کونه بإزاء مال «فهو خارج عن الالتزام علی نفسه و إن کان داخلاً فی مفهوم المبادلة»(۱)؟ الأصيل يلتزم علی نفسه بالبيع و هو المبادلة، و عليه قيد «کونه بإزاء المال» داخل فی الالتزام، فإذا حرم علی الأصيل التصرف فيما انتقل عنه، فيجوز له التصرف فيما انتقل إليه بهذه المبادلة التی هی قوام البيع، فالتفصيل بينهما غير وجيه.

و خامسا: لا وجه لحرمة تصرف الأصيل فی ماله قبل صدور الإجازة من المالک، لأنّ ملکه باق علی ماله فيجوز له التصرف فی ملکه لا سيما إذا علم بعدم صدور الإجازة من المالک. نعم، لو تصرّف و صدر الإجازة من المالک تصير تصرفاته حراما واقعا بناءً علی بعض أقسام صور الکشف الحقيقی نحو الشرطی منه، لکنّها کانت حلالاً ظاهرا. نعم، إذا علم بصدور الإجازة من المالک تکون تصرفاته حراما ظاهرا و واقعا.

١- ١ . المکاسب ٤١٦/٣.

و إذا علم بعدم صدورها منه تكون تصرفاته حلالاً ظاهرا و واقعا.

و إذا لم يعلم بصدورها منه تكون تصرفاته حلالاً ظاهرا، فإذا صدرت منه تكون حراما واقعا، و إذا لم تصدر منه تكون حلالاً ظاهرا و واقعا.

فحكم الشيخ الأعظم بحرمة تصرفات الأصيل مطلقا ظاهرا و واقعا فی غير محلّه.

و أمّا الجهة الثانية: مسألة النذر المشروط

فأقول: قال المحقّق: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ، فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين. ولو أعادها بملك مستأنف لم تُعد اليمين»(١).

و اسْتُدلَّ(٢) عليه بصحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم يأتيها فهی حرّة، ثمّ يبيعها من رجلٍ ثمّ يشتريها بعد ذلک، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت من ملكه.(٣)

و الصحيحة كما ترى مطلقة ولكن الأصحاب حملوها على صورة النذر و أفتى بها جمعٌ منهم: الصدوق(٤)و القاضی ابن البراج(٥) و يحيى بن سعيد(٦) و العلاّمة فی الإرشاد(٧) و التحرير(٨) و الشهيد(٩) و ثانية(١٠).

١- ١ . الشرائع ٨١/٣.

٢- ٢ . كما فی المسالک ٣٠٦/١٠ و الجواهر ١٣١/٣٤ و ٤١٢/٣٥.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٩٤/٢٣، ح١، الباب ٥٩ من أبواب كتاب العتق.

٤- ٤ . المقنع /١٥٧.

٥- ٥ . المهذب ٣٦٠/٢.

٦- ٦ . الجامع للشرائع /٤٠٣.

٧- ٧ . إرشاد الأذهان ٦٧/٢.

٨- ٨ . تحرير الأحكام الشرعية ٢٠٣/٤.

٩- ٩ . الدروس ٢٠٥/٢.

١٠- ١٠ . المسالک ٣٠٦/١٠، و الروضة البهية ٢٩٦/٦.

ولكن ابن ادريس(١) و العلاّمة فى بعض كتبه(٢) و ولده(٣) توقفوا عن الفتوى بمضمونها(٤)، أو افتوا بعدم جواز التصرف فى المنذور المعلَّق على الشرط قبل حصوله(٥) أو إعادة النذر بملک مستأنف.(٦)

ثمّ تعدّى بعض من الأصحاب من مسألة الأمة إلى غيرها و إلى التعليق بغير الوط ء كالشهيد الثانى قال: «... و المتجه التعدّى نظرا إلى العلّة، و يتفرّع على ذلک أيضا جواز التصرف فى المنذور المعلَّق على شرطٍ لم يوجد، و هى مسألة إشكالية. و العلاّمة اختار فى التحرير(٧) عتقَ العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرٌّ، فباعه قبل الفعل ثمّ اشتراه ثمّ فعل. و ولدُه(٨) استقرب عدمَ جواز التصرف فى المنذور المعلَّق على الشرط قبل حصوله. و هذا الخبر حجة عليهما»(٩).

و قال سبطه السيّد محمّد العاملى: «هذا الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب و المستند فى ذلک ما رواه الشيخ فى الصحيح... و ليس فى الرواية تصريح بنذر العتق إذا

١- ١ . قال ابن ادريس: «و قد رُوى أنّه إذا كان للرجل جارية فنذر أنّه متى وَطِئَها كانت معتقة فإن وَطِئَها قبل أن يخرجها من ملكه انعتقت، و إن أخرجها ثمّ اشتراها بعد ذلک [و] وَطِئَها لم يقع بذلک عتق. و فقه هذه الرواية إن صحت: إنّه إذا أخرجها من ملكه انحل نذره، لأنّه نذر فى ملكه، فإذا زال

ملكه عنها انحلّ نذره، و لا يصح فى ملک الغير، فيحتاج إذا عادت إلى ملكه إلى دليل على عتقها»، السرائر ۱۲/۳ و ۱۳.

۲- ۲ . القواعد ۲۰۳/۳، تحرير الأحكام الشرعية ۲۱۰/٤، مختلف الشيعة ۳۱/۸.

۳- ۳ . إيضاح الفوائد ٤۸٥/۳.

٤- ٤ . كابن ادريس فى السرائر ۱۲/۳ و ۱۳.

٥- ٥ . كالفخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ٤۸٥/۳.

٦- ٦ . كالعلامة فى التحرير ۲۱۰/٤.

۷- ۷ . تحرير الأحكام الشرعية ۲۱۰/٤.

۸- ۸ . إيضاح الفوائد ٤۸٥/۳.

۹- ۹ . الروضة البهية ۲۹٦/٦.

حصل الوطؤ بل الظاهر منها أنّ العتق وقع معلّقا على شرط، لكن الأصحاب حملوها على النذر. و حملها ابن ادريس على ما إذا تعلّق النذر بوطئها و هى فى ملكه.

و لا ريب فى انحلال النذر بخروجها عن ملكه على هذا التقدير، كما أنّه لا إشكال فى عدم انحلاله إذا تعلّق النذر بمطلق الوطؤ المتناول لما بعد خروجها عن الملک، و إنّما يقع الإشكال مع إطلاق النذر، و لايبعد مساواته لصورة التميم»(۱).

و قال الشيخ اسداللّه التسترى: «و عندى أنّه إن كان النذر مشروطا صريحا أو ضمنا - بما إذا وجد الشرط و المنذور باقٍ فى ملكه - فإخراجه من الملک قبله جائز قطعا، لأنّ الالتزام بالنذر حينئذ بالنسبة إلى بقاء المنذور فى الملک كالواجب المشروط و لا يجب تحصيل مقدمته إجماعا - ثمّ ذكر صحيحة محمّد بن مسلم، و حمل الأصحاب لها على صورة النذر و قال: - و فيه دلالة على جواز البيع و على سقوط النذر به و إن عادت إلى ملكه...»(۲).

و قال صاحب الجواهر: «(لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ) لما عرفت من عموم أدلّة النذر و قابلية للتّعليق، و أنه ليس من العتق المعلّق و حينئذ (ف)تعتق أو تنعتق بتحقّق مسمى الوط ء نعم (إن أخرجها عن ملكه انحلّت اليمين فلو أعادها بملك مستأنف لم يعد اليمين) الذى كان ظاهره التعليق على الوط ء بالملك الأوّل، نحو ما سمعته فى الإيلاء، نعم لو قصد الأعم من العائد و الموجود فلا إشكال فى عدم الانحلال، كما لا إشكال فيه مع قصده الوط ء بالملك الموجود.

إنّما الكلام مع الإطلاق، و قد عرفت أنّ الظاهر منه ما ذكرناه، و يدلّ عليه مضافا إلى ذلک صحيح محمّد بن مسلم(٣) عن أحدهما عليهماالسلام «سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال: يوم يأتيها فهى حرّة، ثمّ يبيعها من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلک، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه» المحمول على النذر و شبهه، لما عرفت من عدم جواز

١- ١ . نهاية المرام ٢٦٧/٢.

٢- ٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /١١١ و ١١٢.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٩٤/٢٣، ح١.

التعليق فى العتق، و فى الروضة(١) «و يشهد له تعليله بأنها قد خرجت عن ملكه، ولو لم يكن منذورا لم يتوقف ذلک على الخروج، كما لا يخفى» و إن كان فيه ما فيه. و على كلٍّ حال فقد فهم الأصحاب منها ذلک و عملوا به، بل فى المسالک(٢) ما وقف على رادّ لها إلاّ ما يظهر من ابن إدريس.

نعم فى الروضة(٣) و كذا المسالک(٤): «فى تعدية الحكم إلى غير الوط ء من الافعال و إلى غير الأمة وجهان: من كونه قياسا و الفرض مخالفة الحكم للأصل من حيث أَنّ خروجها عن ملكه لا مدخل له فى انحلال النذر، لأن غايته أن تصير أجنبيّة منه و النذر يصحّ تعليقه بالأجنبيّة كنذر عتقها إن ملكها، و هى فى ملک غيره ابتداءً كما تقدّم فى نظائره - و فيه ما عرفت من ظهور النذر فى الوط

ء بذلک الملک - و من إيماء النّص إلى العلّة بقوله عليه السلام «قد خرجت عن ملكه» و ذلک يوجب التعدى إلى ما توجد فيه العلّة المنصوصة». و فى الروضة(٥) «و هو المتّجه».

و فيه: أنّ المبنى إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغى أن يكون المدار عليه، لا نفس الخروج عن الملک مطلقا، ضرورة إمكان الفرق بين الوط ء و غيره من الأفعال فى الظهور المزبور، بل ينبغى القطع بإيماء التعليل إلى ذلک، لا أنّ الحكم تعبدى.

ثمّ قال فيهما(٦) أيضا: «إنّ ظاهر الصّحيح المزبور جواز التصرف فى المنذور المعلّق على شرط لم يوجد، و هى مسألة إشكالية» ثمّ حكى فى الروضة عن الفاضل فى التحرير «اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ فباعه قبل الفعل ثمّ اشتراه ثمّ فعل، و

١- ١ . الروضة البهية ٢٩٥/٦.

٢- ٢ . المسالک ٣٠٦/١٠.

٣- ٣ . الروضة البهية ٢٩٥/٦.

٤- ٤ . المسالک ٣٠٦/١٠.

٥- ٥ . الروضة البهية ٢٩٦/٦.

٦- ٦ . الروضة البهية ٢٩٦/٦، المسالک ٣٠٦/١٠.

عن ولده أنّه استقرب [عدم(١)] جواز التصرف فى المنذور المعلَّق على شرط قبل حصوله، و هذا الخبر حجّة عليهما»(٢).

قلت: قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأوّل منهما، و أمّا مسألة التصرف فى المنذور المعلّق على شرط فقد يقال: إن محلَّها ما لو كان المعلّق عليه متوقعا كَشِفاءِ المريض و نحوه، و أما مع فرض

القطع بعدمه فلا إشكال فى الجواز، و الفرض فى المسألة أنّه بالخروج عن الملک يمتنع المعلَّق عليه بناءً على أنّ المراد الوط ء بذلک الملک فتأمّل جيدا، و اللّه العالم»(۳).

قال المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله : «الكلام فيها يقع من جهتين:

۱- من جهة الحكم التكليفى ۲- من جهة الحكم الوضعى

أمّا الجهة الأُولى، فملخّص الكلام فيها: أنّ النذر إذا كان على نحو الاطلاق المعبّر عنه بالمنجز و لم يكن مقيّدا بشى ء فلا ينبغى الإشكال فى أنّ التصرف فى المال المنذور للفقراء حرام، سواء كان النذر نذر نتيجة بأن ينذر انتقال الشاة إلى ملكهم أو كان نذر فعل كنذره أن يملّكها للفقراء، لأنّه تصرّف فيما يجب تمليكه للغير فلا يجوز أكله و لا بيعه و لا غيرهما من التصرّفات المنافية للوفاء بالنذر، و هذا ظاهر جدّا.

كما أنّه إذا كان على نحو الواجب المعلّق بأن يكون النذر معلّقا على شى ء إلاّ أنه من الآن يلتزم بالعمل و إن كان ظرف العمل متأخرا و هو زمان مجى ء ولده أو شفاء مريضه كما هو الظاهر فيما إذا كان المعلّق عليه أمرا متيقّن الحصول كما إذا قال: للّه علىّ كذا إذا جاء الغد، فلا إشكال أيضا فى عدم جواز التصرّف فى المال، لأنّ الوجوب فعلىّ و معه كيف يجوز له البيع أو الذبح و نحوهما.

و كذا الحال فيما إذا كان على نحو الواجب المشروط إلاّ أنّ الشرط كان معلوم الحصول، و ذلک لما ذكرناه فى المقدّمات المفوّتة من أنّ تفويت الملاک الملزم قبيح فى

۱- ۱ . ليس فى المطبوعة ولكنّ الصحيح إثباتها.

۲- ۲ . الروضة البهية ۲۹٦/٦.

۳- ۳ . الجواهر ۱۳۱/۳٤ و ۱۳۲.

نظر العقل و هو كعصيان التكليف المنجز عنده، و لا إشكال أنّه بذبح الشاة أو بيعها يعجز عن إستيفاء الملاک الذی يعلم أنّه يتوجّه عليه، فلا يجوز تفويت الملاک لأنّه روح الأمر و حقيقته.

و أمّا إذا كان مشروطا بشرط مجهول الحصول، فإن كان بنذره ذلک قاصدا لإبقاء الشاة أيضا إلى وقت حصول الشرط المجهول كما هو الغالب فی الناذرين فلا إشكال فی عدم جواز إتلافها و بيعها أو ذبحها، لأنّه بنذره ذلک أوجب أمرين: أحدهما تمليک الشاة للفقراء. و ثانيهما: إبقاؤها إلى زمان الشرط، و هذا نظير ما ذكره الفقهاء فی الشروط من أنّه إذا باع داره بشرط أن يبيعها المشترى للبائع فيما إذا جاء بمثل الثمن، فهو بمنزلة اشتراط أن لا يبيعها المشترى للغير.

و فی المقام أيضا يمكن أن يقال إنّه بنذره ذلک نذر أن يبقى المال إلى ذلک الوقت، و هذا من دون فرق بين أن يكون الشرط اختياريا للناذر كما إذا نذر أن يفعل كذا إذا شرب التتن، و بين كونه غير اختيارى له كما إذا نذر كذا إذا نزل المطرفی وقت معلوم، نعم لو فرضناه على نحو الواجب المشروط من دون أن ينذر الإبقاء و غيره و كان الشرط مجهول الحصول، فلا مانع من التصرف فی المال ببيعه و ذبحه هذا كلّه بحسب الحكم التكليفی.

و أمّا الجهة الثانية: و هو الحكم الوضعی، فلا ينبغی الإشكال فی أنّ النذر إذا كان نذر نتيجة و كان مطلقا، أو كان مشروطا ولكن حصل شرطه لايصحّ التصرّف فی المال المنذور صرفه فی جهات خاصّة، لأنّه ملک الغير حينئذ فلا تكون التصرّفات نافذة أبدا.

و أمّا فيما إذا كان نذر فعل و كان معلّقا أو مشروطا مع كون الشرط معلوم الحصول، أو غير ذلک من الموارد التی حكمنا بعدم جواز التصرف فيها فی المال من دون تعلّق حقّ به و إنّما كان مجرد حكم تكليفی بعدم الجواز، فهل تصحّ التصرفات فی المال حينئذ و تكون نافذة أو أنّها تقع باطلة؟ فقد وقع فيه الخلاف، فذهب بعضهم إلى الصحّة و النفوذ، و منعه بعض آخر بعد الاتّفاق على صحّة التصرفات و نفوذها فی الموارد التی حكمنا بالجواز فيها تكليفا.

و لا إشكال فی أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحّة التصرفات و المعاملات

الواقعة على المال فى الموارد المبحوث عنها، و هذا ممّا لا كلام فيه، و إنّما المهمّ بيان ما استند إليه المانعون فى المقام.

فقد استدلّوا على بطلان البيع و سائر التصرّفات بوجهين:

أحدهما: أنّ الملک فى المعاملة يعتبر أن يكون طلقا و لا يصحّ بيع ما ليس بطلق كبيع الوقف و الرهن، و المال فى المقام كالرهن و الوقف ليس طلقا لتعلّق حقّ الفقراء أو السادات به أو حقّ غيرهما ممّا نذر صرفه فيه، و عليه يكون البيع الواقع عليه باطلاً، هذا.

و فيه: منع الصغرى و الكبرى، أمّا الصغرى فلا، لانّ المفروض أنّ الموجود فى البين ليس إلاّ حكما تكليفيا و لم يتعلّق بالمال حقّ بالنسبة إلى الغير لعدم تحقّق شرطه، و الذى يوضّح ذلک و يدلّ على أنّ الأمر بصرفه فى الجهات الخاصّة مجرد حكم تكليفى و ليس هناک حقّ للغير هو أنّه لايقبل السقوط بالاسقاط و لايسقط بشى ء، فلو فرضنا أنّ فقراء البلد اجتمعوا و أسقطوا حقّهم عن المال لايسقط وجوب الصرف بذلک بل يجب عليه الوفاء بالنذر على تقدير حصول شرطه، و من المعلوم أنّه لو كان حقّا لكان قابلاً للإسقاط لما ذكرناه فى أوائل البيع(١) من أنّ الفارق بين الحقّ و الحكم ليس إلاّ ذلک، و أنّ الأوّل يسقط بالاسقاط دون الثانى و إلاّ فكلّ حقّ حكم، فالملک طلق فى المقام.

و أمّا منع الكبرى فلما سيأتى(٢) من أنّ هذا العنوان أى اعتبار كون المبيع ملكا طلقا لم يرد فى شى ء من الآيات و الروايات و إنّما انتزعه الفقهاء من الموارد الخاصّة كالمنع عن بيع الوقف و الرهن و أمّ الولد و نحوها، فالعبرة إنّما هى بتلک الموارد لا بالعنوان فلا يمكن التعدّى عنها، و المقام ليس من قبيل الموارد المذكورة كما هو واضح، فعلى تقدير تسليم أنّ المال تعلّق به حقّ الغير لا يمكن الالتزام ببطلان بيعه.

الثانی ممّا استدلّ به علی المنع: ما ذکره شیخنا الأُستاذ(۳) قدس سره من أنّ الممنوع شرعا کالممتنع عقلاً، و بما أنّ الشارع أمر بصرف المال فی الجهات الخاصّة فبالملازمة

۱- ۱ . راجع التنقیح فی شرح المکاسب ۳۰/۱.
۲- ۲ . راجع التنقیح فی شرح المکاسب ۲۵۲/۲.
۳- ۳ . لا حظ منیة الطالب ۸۳/۲.

نستکشف أنّ ضدّها و هو التصرف فی المال و صرفه إلی غیر الجهات الخاصّة حرام و منهی عنه شرعا، فیکون تسلیمه إلی المشتری ضدّا لصرفه فی الجهات و محرّما شرعا، و الممنوع شرعا کالممتنع عقلاً فیکون النهی موجبا لسلب القدرة علی التسلیم، و من شرائط صحّة المعاملات هو القدرة علی تسلیم المبیع و بهذا بنی علی أنّ النهی المولوی فی المعاملات یوجب الفساد، هذا.

و فیه: أنّ المتّبع هو الدلیل الذی دلّ علی اشتراط القدرة علی التسلیم و هل أنّه دلّ علی اعتبار القدرة خارجا و تکوینا أو علی اعتبار القدرة شرعا أیضا، و لا إشکال أنّه إنّما یقتضی اعتبار القدرة علی التسلیم تکوینا، و لا إشکال أنّ الناذر قادر علیه خارجا فلا محالة یصحّ بیعه و إن ارتکب محرّما شرعیا حینئذ، و بالجملة أنّه لا تنافی و لا تضادّ بین حرمة التصرفات و نفوذها أبدا، فلذا یصحّ البیع فیما إذا حلف علی ترکه غایة الأمر أنّه عاصٍ للحکم التحریمی حینئذ، و القائل أنّ الممنوع شرعا کالممتنع عقلاً إن أراد بذلک أنّه غیر مقدور تکلیفا فهو مسلّم، و إن أراد أنّه غیر مقدور وضعا بمعنی أنّه غیر نافذ فهو أوّل الکلام کما لا یخفی.

فالمتحصل: أنّه لا مانع من الالتزام بصحة بیع المال الذی تعلَّق به النذر و وجب صرفه فی جهات معیّنة و إن کان ذلک معدما له حینئذ. ثمّ إنّه لا إشکال فی صحة البیع فیما إذا علم برجوعه إلی ملکه

عند فعلية النذر بحصول شرطه كما إذا علم أنّه يهبه له أو يبيحه أو يبيعه منه و هكذا، و لعلّ المانع يمنعه فى غير تلك الصورة أيضا بل لا يكون التصرف حراما أيضا لعدم منافاته الوفاء بالنذر»(۱).

تنبيه:

ثمّ استشهد الشيخ الأعظم على قوله بِحُرْمَةِ تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و وجوب الوفاء و الالتزام بما عقد على نفسه بما ذكره القوم فى باب النكاح:

قال العلاّمة: «ولو تولّى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حقّ المباشر تحريم

۱- ۱ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱/(٤٧٤-٤٧٠).

المصاهرة فإن كان زوجا حرم عليه الخامسة و الأُخت و الأُمّ و البنت، إلاّ إذا فسخت - على إشكال - فى الأُمّ، و فى الطلاق نظر، لترتّبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة، و إن كان المباشر زوجةً لم يحلّ لها نكاح غيره إلاّ إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر»(۱).

و قال المحقّق الثانى: «لو تولّى العقد عن الرجل أو المرأة فضولى و باشر الآخر منهما العقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أنّ العقد لازم بالنسبة إلى المباشر، و حينئذ فيثبت تحريم المصاهرة بالنسبة إليه، لأنّ ذلک دائر مع النكاح الصحيح، و قد علمت أنّ النكاح صحيح بالنسبة إليه حيث أنّه لازم من طرفه.

فالمباشر إمّا زوج أو زوجة، فإن كان زوجا حرم عليه نكاح الخامسة لو كانت المعقود عليها فضولاً رابعة و حرم عليه أُخت المعقود عليها و أُمّها و بنتها، لأن ذلک أثر النكاح الصحيح، إلاّ إذا فسخت المعقود عليها، فان التحريم ينتفى حينئذ لانتفاء مقتضيه.

و ذلک واضح فی الأُخت، فإنّها لا تحرم إلاّ جمعا لا عینا و قد انفسخ النکاح، و کذا البنت، فإنّها لا تحرم عینا إلاّ مع الدخول بأُمّها.

أمّا الأُمّ، فإنّ فی بقاء تحریمها بعد الفسخ و زواله إشکال، ینشأ: من أن تحریم الأُمّ یثبت بالعقد الصحیح اللازم، و قد تبین أنّ العقد صحیح لازم من طرف المباشر، فیتعلّق به تحریم الأُمّ. و من أنّ الفسخ رفع النکاح من أصله، فارتفعت أحکامه.

و أیضا فإنّ النکاح لا یعقل ثبوته بمجرد القبول المعتبر من دون الإیجاب الشرعی، و إیجاب الفضولی لا أثر له من دون الرضی، و إذا لم یثبت النکاح لم یثبت التحریم.

و التحقیق: أن المباشرة من أحد الطرفین لاتقتضی ثبوت النکاح من ذلک الطرف الآخر لأنّ النکاح أمرٌ واحدٌ نسبیٌّ لا یعقل ثبوته إلاّ من الجانبین.

و إنّما قلنا إنّه یلزم فی حقِّ المباشر، بناءً علی أن الإجازة کاشفة عن ثبوت العقد و لزومه من حین وقوعه، کما أن عدمها کاشف عن عدم ذلک.

فلو فسخ المباشر ثمّ أجاز الآخر تَبَیَّنّا أنّ فسخه وقع بعد ثبوت العقد و لزومه فلم

١- ١ . قواعد الأحکام ١٦/٣.

یؤثر شیئا، و الحکم بثبوت حرمة المصاهرة إنّما کان لأنّ العقد الواقع نقل عن حکم الحلّ الذی کان قبله، و إن کانت سببیته و عدم سببیته الآن غیر معلومة، فلم یبق حکم الأصل کما کان.

و مثله ما لو اشتبهت الزوجة المعقود علیها عقدا صحیحا لازما بغیرها، فإنّ تحریم المصاهرة ثابت بالنسبة إلیهما معا، و کذا القول فیما لو اشتبه الطاهر بالنجس و الحلال بالحرام.

و بهذا البيان يظهر أنّه مع الفسخ يتبيّن أنّه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، و هذا هو الأصح»(۱).

قال الفاضل الأصفهانى: «(فإن كان زوجا حرم عليه الخامسة و الأُخت) بلا إشكال لصدق الجمع بين الأُختين و نكاح أربع بالنسبة إليه، و لا يجدى التزلزل.

(و) لكلٍّ من (الأُمّ و البنت) للمعقود عليها فضوليا (إلاّ) أنّه قبل تبيّن حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال فى الحرمة، لحرمة الجمع قطعا، و كذا إذا أجازت. و أمّا (إذا فسخت) فلا حرمة بلا إشكال فى البنت، و (على إشكال فى الأُمّ) من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له [أى للعقد] من حينه [أى من حين الفسخ] و الأوّل أصح، فإنّ الأصح أنّ الإجازة إمّا جزءٌ أو شرطٌ.

(و فى) إباحة المصاهرة مع (الطلاق) قبل تبيّن حال الآخر من الإجازة أو الفسخ (نظر لترتبه على عقد لازم) و إلاّ وقف على الإجازة، و لأنّه لايتعلّق إلاّ بالزوجية، و لا زوجية ما لم يلزم، و الفضولى غير لازم ما لم يجز، فلا يصح هذا الطلاق (فلا يبيح المصاهرة).

و يحتمل الإباحة لأنّا إنّما نسلّم توقّفه على اللزوم من قبله و هو حاصل أو نقول: إنّه إنّما يتوقّف على نكاح صحيح، و الإجازة كاشفة عن الصحة لا متمّمة و الفسخ كاشف عن الفساد فالطلاق مراعى، فإن أجازت تبيّن صحته لصحة العقد و إلاّ تبيّن فساده

۱- ۱ . جامع المقاصد ۱۲/(۱٦۱-۱٥۹).

لفساده، و على التقديرين يستباح المصاهرة إلاّ فى الأُمّ.

و قد يقال: لا عبرة بالطلاق مع الجهل بشرطه فلا يفيد شيئا.

و يحتمل أن يكون أراده [أى أراد الطلاق] المصنف بأنْ أراد ترتبه على عقد معلوم الصحة.

و يمكن أن يكون مراده النظر إباحته [أى الطلاق] الأُمّ من ترتبه [أى الطلاق[على عقد لازم أى تام، فلا يخلو إمّا أن يحكم بصحته [أى الطلاق] أو لا؟:

و على كل لم يكن مفيدا للإباحة [أى لإباحة الأُمّ]، إذ على الأوّل يلزم العقد الصحيح على البنت، فلا تحلّ الأُمّ، و على الثانى إن أجازت صح العقد فحرمت الأُمّ، و إن فسخت فالحكم ما تقدّم.

و على احتمال الإباحة فيه [أى فى الطلاق] فإنّما أُبيحت [الأُمّ] لفساد العقد من أصله، لا للطلاق و من أنّه [أى الطلاق] بالنسبة إليه [أى إلى الزوج المباشر] بمنزلة الفسخ قبل اللزوم بل قبل التمامية، و منع توقّفه [أى الطلاق] على اللزوم أو التمامية، فلم يتم العقد على البنت فتحلّ الأُمّ، سواء فسخت [الزوجة التى يكون العقد بالنسبة إليها فضوليا[بعده أم أجازت.

(و إن كان المباشر زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلاّ إذا فسخ) و هل يحلّ لها حينئذ نكاح أبيه أو إبنه؟ فيه الوجهان فى إباحة الأُمّ بالفسخ، (و الإطلاق هنا معتبر) فإنّه إذا طلّق فقد أجاز قبله فلزم العقد»(۱).

و قال الشيخ يوسف البحرانى بعد نقل كلام المحقّق و الشهيد الثانيين من غير ترتيب و بعد كلام الأوّل منهما: «و مرجعه إلى أنّ تحريم المصاهرة فى الصورة المذكورة إنّما هو من حيث وقوع الشبهة بهذا العقد فى أنّ المعقود عليها قبل الإجازة أو الفسخ زوجة أم لا؟ لا أنّ العقد كان لازما من جهة المباشرة كما ذكروه فيترتّب عليه أحكام المصاهرة.

۱- ۱ . كشف اللثام ۱۰۷/۷ و ۱۰۸.

و الحقّ أنّ العقد فی الصورة المذکورة یکون موقوفا لا یحکم علیه بلزوم و لا بطلان إلی أن تلحقه الإجازة أو الفسخ فیظهر حاله بذلک، و الحکم باللزوم بمجرد کونه من أحد الطرفین لا یخلو من مناقشة و إشکال»(۱).

قال صاحب الجواهر: «(ولو بلغ أحدهما فرضی) به (لزم العقد من جهته) بناءً علی أنّ الإجازة کاشفة، فالمراد باللزوم حینئذ من جهته عدم جواز فسخه له، بل فی القواعد(۲) فی نحو المقام أنه نحرم المصاهرة علیه، بل فی کشف اللثام(۳) نفی الإشکال فیه، فلا یجوز له إن کان الزوج نکاح الأُخت و الخامسة و کلّ من الأمّ و البنت إلاّ إذا فسخت الزوجة، فلا حرمة علی إشکال فی الأمّ، و فی الکشف(٤) من أن الفسخ کاشف عن الفساد أو رافع له من حینه ثمّ قال فیها: و مع الطلاق نظر لترتبه علی عقد لازم، فلا یبیح المصاهرة إلی أن قال فیها: و إن کان الزوجة لم یحل لها نکاح غیره مطلقا إلاّ إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر، و فی الکشف(٥) و هل لها نکاح أبیه أو ابنه؟ فیه الوجهان فی إباحة الأمّ بالفسخ، لکنّه قد یناقش باعتبار تحقّق النّکاح فی تحریم ذلک و لیس، إذ الفرض عدم حصول الإجازة من الآخر، و احتمال حصولها غیر کافٍ فی تحقّقها، بل الأصل یقتضی عدمها.

بل مقتضاه جواز ذلک کلّه له حتّی تحصل و إن انکشف بعد حصولها بطلان التصرف الحاصل بین العقد و بینها، فمن باع ماله من فضولی لم یمتنع علیه الانتفاع به ولو المتلَف.

اللّهم إلاّ أن یفرّق بینه و بین النّکاح المطلوب فیه الاحتیاط بالأنساب و غیرها.

أو یلتزم فیهما معا بالحرمة من باب المقدمة، ضرورة أنه علی الکشف بالمعنی المعروف عندهم یکون الأمر دائرا بین کونها أمّ امرأته مثلاً أو غیرها، فیحرم وطؤها مقدمة

۱- ۱ . الحدائق ۲۸۹/۲۳ و ۲۹۰.

٢- ٢ . القواعد ١٦/٣.

٣- ٣ . كشف اللثام ١٠٧/٧.

٤- ٤ . كشف اللثام ١٠٧/٧.

٥- ٥ . كشف اللثام ١٠٨/٧.

لامتثال تحريم نكاح أمّ الزوجة، و يحرم عليه التصرف فى المال، لدورانه بين كونه ماله و مال غيره، فيجب اجتنابه مقدمة لامتثال حرمة التصرف فى مال الغير، و بذلک ينقطع استصحاب الجواز السابق، فإنّه لايعارض باب المقدمة، بل لعلّ موضوع المستصحب غيرُ محقّقٍ بعد صدور ما يحتمل السّببية منه المخرجة له عنه، كما أنّه لم يعلم تناول أد لة الحلِّ للفرض، إذهى نكاح غير أ مّ المرأة، و لم يعلم كونها كذلک، هذا أقصى ما يمكن أن يقال.

لكن الإنصاف عدم خلوه مع ذلک عن الإشكال، خصوصا بعد ملاحظة أصل عدم حصول الإجازة.

و استصحاب أحكام الموضوع السابق(١)، مثل جريان هذا العقد و العزل فى خبر الحذاء(٢) إنّما هو للاحتياط فى حفظ المال، كالعزل للحمل، فهو مخصوص فى محلِّه، و لذا صرّحوا بإعطائه للوارث مع فرض طول الانتظار و نحوه بجنون و نحوه، فتأمّل.

فإنّه قد يقال بمعارضة أصالة عدم الإجازة بأصالة عدم حصول المبطل للعقد المتأهل للصحة، و الاستصحاب قد انقطع قطعا، ضرورة اندراجها فى المعقودة التى هى غير نافذة العقد، نعم هى محتملة لكونها من ذى العقد المقبول أو المردود، و لا أصل ينقح ذلک، فيجب الاجتناب مقدمة كالمعقودة المشتبهة بغيرها، مؤيدا ذلک بتناول أمر الوفاء بالعقد الشامل لمثل هذا العقد للأصيل مثلاً، و ليس الوفاء به إلاّ المراعاة لحاله، و إجراء حكم المصاهرة و نحوها عليه، لأن الوفاء بكلِّ شى ء بحسب حاله، بل لعلّ الأمر بعزل المال فى الصحيح الآتى(٣) لذلک.

نعم، من الغريب ما سمعته مع احتمال تحريم الأُمّ و الاب و الإبن بمجرد صدور العقد فضولاً الذى تعقَّبه عدم الإجازة ولو من طرف واحد، لإحتمال كون الفسخ من حينه، فإنّه لا يقتضيه أصل و لا

قاعدة و لا فتوى، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة بخلافه، و الطلاق غير مجدٍ، ضرورة اعتبار تعقّبه للنّكاح، و الفرض عدم تماميته لعدم

ص: ٤٦٥

١- ١ . أى العقد الفضولى.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١.

حصول الإجازة، و إن قلنا بكونها كاشفة بناءً على مدخليتها فى تأثير الصّحة ولو على جهة الكشف الشرعى فلا يؤثر الطلاق حينئذ فسخا، نعم على ما حقّقناه سابقا(١) من عدم المدخلية لها فى الصّحة، و أنّه يكفى فيها أن يرضى الذى هو فى علم اللّه كالمحقَّق يتّجه تأثير الطلاق لو صادف الصّحة على الأصح، لعدم اعتبار العلم بها فيه فتأمّل جيّدا، فإنّه دقيق»(٢).

أقول: قد مرّ منّا بأنّ صاحب الجواهر قائل بالكشف الحقيقى الحصولى - الوجه الخامس من وجوه الكشف الذى مرّ - و هو يقول: «بأنّ الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل الذى يُعلم بوقوعه من المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم عليه السلام أو نحو ذلك... ولكن لابدّ فيه من حصول الرضا ولو فى المستقبل و لا يكفى فيه الرضا التعليقى بمعنى أنّه لو علم لرضِى...».

ثمّ ما ذكره قدس سره من قوله: «من الغريب... أو الضرورة بخِلافه متين جدّا.

و أمّا الطلاق قبل الإجازة فَلا يتم شرعا لعدم تمامية النكاح حتّى يترتب عليه الطلاق، ولكن يمكن أن يقال بأنّ هذا الطلاق قبل الإجازة يعدّ فسخا عرفيا للنكاح الذى قبله فيمكن اعتباره فسخا عرفيّا لا طلاقا شرعيّا.

قال الشيخ الأعظم بعد نقل كلام العلاّمة فى القواعد: «و عن كشف اللثام نفى الإشكال و قد صرّح أيضا جماعة بلزوم النكاح المزبور من طرف الأصيل و فرّعوا عليه تحريم المصاهرة»(۳).

أقول: قد مرّ كلام الفاضل الأصبهانى من نفيه الإشكال - فى زمان الفاصل بين عقد الفضولى و الإجازة أو الردّ - بالنسبة إلى حرمة الخامسة و الأُخت و الامّ و البنت، و أنت ترى خلو عبارته من نفى الإشكال فى الأُمّ بالنسبة إلى حرمتها أو حلّيّتها.

و الظاهر أنّ الشيخ الأعظم استشهد بهذا الفرع فى كتاب النكاح على قوله من

١- ١ . الجواهر ٤٦٦/٢٣ و ٤٦٧ (٢٨٩/٢٢).

٢- ٢ . الجواهر ٢١٧/٢٩ و ٢١٨.

٣- ٣ . المكاسب ٤١٧/٣.

حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كما مرّ فى أوّل التنبيه، فاستشهاده بكلام الفاضل الأصبهانى يرجع إلى مقصوده من حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، فأتى بنفى الإشكال فى كلامه بالنسبة إلى حرمة الخامسة و الأُخت و الأُمّ و البنت. فلا يرجع نقل نفى الإشكال فى كلام الأصبهانى من الشيخ الأعظم إلى الأُمّ - كما تراه المحقّق المروج(۱) أنّه من المتعين - ثمّ اعترض عليه بأنّه لم يجدِه، فاعتذر له بأنّه: «اعتمد فى نقل كلام الفاضل الأصفهانى على مطلع كلام صاحب الجواهر(۲)»(۳).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «و أمّا مثل النظر إلى المزوّجة فضولاً و إلى اُمّها - مثلاً - و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه، فهو باق تحت الاصول لأنّ ذلک من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفيّة بالأصل.

فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجة العقد - أعنى علاقة الملک أو الزوجية - بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين»(٤).

أقول: هذا البيان من الشيخ الأعظم تام بل ثبوت نتيجة العقد تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين كما ذكره قدس سره . فبالنسبة إلى مسألة النكاح الفضولى لا حرمة فى البين أبدا مادام لم يجز الذى أقام الفضولى العقد من طرفه، نعم، بعد إجازته تمَّ عقد و تترتب الحرمة. و أمّا قبلها فلا حرمة فى البين أصلاً بلا فرق بين أن يكون الفضولى من طرف الزوجة أو الزوج، فلو تزوّج الزوج المباشر الخامسة أو الأُخت أو الأُمّ أو البنت قبل الإجازة صح تزويجه و نفس هذا العقد يدلّ على الفسخ العملى للعقد الفضولى السابق.

و كذا لو تزوّجت الزوجة المباشرة نفسها للغير أو الأب أو الإبن قبل الإجازة يدلّ نفس هذا العقد الثانى على الفسخ العملى للعقد الفضولى السابق.

فلا حرمة فى البين أصلاً. نعم، مادام هو أو هى على عقدهما الفضوليان يجب

١- ١ . هدى الطالب ١٣١/٥.

٢- ٢ . الجواهر ٢١٧/٢٩.

٣- ٣ . هدى الطالب ١٣١/٥.

٤- ٤ . المكاسب ٤١٧/٣ و ٤١٨.

عليهما مراعاة الحرمة كما عليه صاحب الحدائق(١).

و بالجملة: هذه الثمرة - حرمة تصرف الأصيل فى ما انتقل عنه - لا تَتُمُّ عندنا و الحمدللّه.

الرابعة: سقوط أهلية التملّک عن الأصيل

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لأربع ثمرات ذكرها الشيخ الأكبر كاشف الغطاء بين النقل و الكشف فنحن نقتفى أثره:

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمرة أيضا فيما لو انسلخت قابلية الملک عن أحدهما بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر - بارتداد فطرى أو غيره - مع كون المبيع مسلما أو مصحفا إن لم نشترط فيها ما نشترطه من الاسلام حين العقد»(٢).

مراده: يمكن الخروج عن قابلية التملک بأحد اُمور ثلاثة:

١. الخروج العرفى عن قابلية التملک كالموت.

٢. الخروج التعبدى عن قابلية تملک أمواله السابقة كالارتداد الفطرى

٣. الخروج التعبدى عن قابلية تملک بعض أمواله نحو المصحف الشريف و العبد المسلم كالإرتداد الملّى.

و تظهر الثمرة بين الكشف و النقل بأنّ العاقد الأصيل إذا أنشا البيع أو الشراء و انسلخت عنه قابلية التمليک بالموت أو الارتداد، صحت المعاملة بناءً على الكشف لأنّه حين العقد كان قابلاً و انسلخت القابلية عنه بعد العقد و بناءً على النقل كانت المعاملة باطلة لأنّ حين الإجازة و الانتقال لم يكن الأصيل قابلاً للتملک.

و اعترض صاحب الجواهر على أُستاذه و قال: «إنّ الأوّل و إن كان قد يشهد له خبر(٣) الصغيرين اللذين مات أحدهما، لكن يمكن الجمود عليه و دعوى عدم الجواز فى

١- ١ . الحدائق ٢٣/٢٩٠.

٢- ٢ . شرح القواعد ٩٦/٢.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، صحيحة الحذّاء.

غيره بناءً على الكشف أيضا، ضرورة أنّه يمكن دعوى ظهور الأدلة فى اعتبار القابلية حاله كالنقل أيضا، و أنّه لو لا الرضا لكان مالكا، بل لابدّ من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة حتّى لا ينافى زمان التملّک الذى هو مستمرّ أيضا من حين العقد إلى حين الإجازة»(١).

مراده: اعتبار اتصال قابلية التملّک بين زمانى العقد و الإجازة حتّى يستند خروج المال عن ملک كلّ واحد من المتبايعين إلى إجازة المجيز بحيث لولاها استمرت الملكية و لم تنقطع إلاّ بالإجازة الموجبة للانتقال.

و دليل اعتبار هذا الاتصال بعض النصوص الواردة فى صحة بيع الفضولى كصحيحة محمّد بن قيس(٢) و موثقة جميل(٣)، إذ ظاهرهما بقاء الأصيل على أهلية التملک إلى ظرف الإجازة.

و ردّ الشيخ الاعظم(٤) على صاحب الجواهر بجوابين:

أحدهما: نقضى: قائلين بصحة بيع الفضولى بالإجازة تسالموا(٥) فى مسألة ما لو تعاقب العقود المتعددة على مال المجيز، مع أنّه على القول بالكشف ليس مالكا حين الإجازة، لزوال ملكيته بها و صحة العقود المتعددة بعدها. و قد التزم صاحب الجواهر نفسه فيها بالصحة حيث يقول: «و أمّا ما بعده من العقود فلا ريب فى صحتها بناءً على الكشف لوقوع التصرف حينئذ فى الملک. و أمّا على النقل، فيحتمل البطلان لتعذّر الإجازة حينئذٍ من المالک... و الصحة مع الإجازة منه لكون الرضا الأوّل إنّما كان و المال لغيره و لعلّ الأوّل أقوى»(٦).

١- ١ . الجواهر ٤٦٩/٢٣ (٢٩١/٢٢).

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح٩.

٤- ٤ . المكاسب ٤١٩/٣.

٥- ٥ . راجع جامع المقاصد ٧٠/٤؛ المسالک ١٥٨/٣.

٦- ٦ . الجواهر ٤٧١/٢٣ (٢٩٢/٢٢).

و الآخر: حلّى: ظهور بعض الأخبار بل صريح بعضها فى عدم اعتبار قابلية تمليک أحد المتعاقدين حال إجازة الآخر، مضافا إلى فحوى بعضها الآخر.

الأوّل نحو: موثقة جميل(١)، و الثانى نحو: رواية ابن أشيم(٢)، و الثالث نحو: صحيحة الحذّاء(٣).

ولكن المحقّق السيّد الخوئى اعترض على الشيخ الأعظم و صاحب الجواهر كليهما و قال: «و لا يخفى أنّ تلک الأخبار بأجمعها خارجة عن البيع الفضولى على ما ذكرناه سابقا حتّى أنّ شيخنا الأنصارى لم يستدلّ على صحة الفضولى بتلک الأخبار و أنّما ذكرها تأييدا، و عليه فلم ترد رواية منها فى الفضولى حتّى يستفاد منها عدم اعتبار استمرار القابلية بالصراحة أو الظهور كما هو الظاهر.

و أمّا النقض الذى اورده على صاحب الجواهر قدس سره فأعجب، لأنّ الكلام فى اعتبار قابلية المتعاقدين فى نفسهما و أمّا الخروج عن المالكية بالإجازة فهو ممّا لا مانع عنه أبدا، و من الظاهر أنّ المالک فى البيوع المتعاقبه لم يخرج عن أهلية الملک و القابلية لو لا الإجازة، فهذا النقض من مثله بالنسبة إلى صاحب الجواهر غريب، هذا كلّه بالنسبة إلى ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره ».

أقول: ما ذكره المحقّق السيّد الخوئى بالنسبة إلى نقض الشيخ الأعظم تام، و أمّا ما ذكره بالنسبة إلى جوابه الحلّى فَغَيْرُ تام، لأنّه لو فُرض عدم تمامية الاستدلال بهذه الروايات على بيع الفضولى، - و قد عرفت فى البحث عن أدلة صحة بيع الفضولى تمامية فحوى ما دل على صحة نكاح الفضولى أى

صحيحة أبى عبيدة الحذاء - كيف لا يمكن استفادة عدم اعتبار استمرار قابلية تملّک عنها، مع أنّ هذا البحث الأخير لا يكون من فروع بحث بيع الفضولى، و البحث فيه عام يشمل الفضولى و غيره، فهذا البيان من مثل السيّد الخوئى قدس سره - و هو مرجع الطائفة - غريب.

ص: ٤٧٠

١- ١ . وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح٩.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٨٠/١٨، ح١.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١.

ثمّ قال المحقّق السيّد الخوئى: «و أمّا ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره فإن كان الخروج عن القابلية بالموت فالظاهر أنّ المعاملة صحيحة على كلا القولين من الكشف و النقل.

أمّا على الكشف، فلوضوح أنّ الإجازة تكشف عن صحّة البيع حين العقد و هما كانا حيّين عند العقد، و خروج أحدهما عن الأهلية بعده لا يوجب فساد المعاملة للعمومات و الاطلاقات الواردة فى صحّة بيع الفضولى الشاملة لما إذا خرج أحد المتعاقدين عن القابلية حين الإجازة، نعم لو كان المدرک فى صحّة البيع الفضولى هو الأخبار الخاصّة المتقدّمة كرواية عروة البارقى أو صحيحة محمّد بن قيس و نحوهما، كان اللازم أن نقتصر على موردها، و هما ظاهرتان فى حياة المالكين و المتعاقدين، و لم يمكن التعدّى منهما إلى ما إذا خرجا عن الأهلية بالموت إلاّ أنّک عرفت أنّ المدرک هو العمومات و هى شاملة للمقام من دون قصور.

و أمّا على النقل، فلأنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين و لا نظر فيها إلى المالكين، فإذا صدرت الإجازة من المالک المجيز فتتوقّف صحّة المعاملة على إجازة وارث الأصيل الذى فرضناه خارجا عن الأهلية بالموت، لأنّ الموت لا يوجب بطلان المعاملة حينئذ، غاية الأمر أن يكون بيعه بالنسبة إلى الوارث فضوليا لأنّه باع ما ملكه الوارث بعد ذلک فيتوقّف على إجازة الوارث، و سيأتى

فى المسألة الآتية أنّه لا يعتبر فى المجيز أن يكون مالكا حين العقد على ما ذهب إليه الشيخ أسداللّه التسترى، و لا مانع من أن يكون المجيز غير المالک حين العقد، هذا كلّه بالنسبة إلى الموت.

و أمّا إذا كان الخروج عن الأهلية بالارتداد و الكفر: فالظاهر كما نقل عن كاشف الغطاء و غيره أنّهم لم يفرّقوا فى المرتدّ الفطرى بين كون المبيع مصحفا أو عبدا مسلما و بين كونه من الأشياء الأُخر، و قد حكموا بالصحّة على الكشف و البطلان على النقل، ولكنّه مبنى على أنّ الارتداد عن فطرة يوجب عدم قابلية المرتدّ للملک مطلقا، إلاّ أنّ هذا ممّا لم يدلّ دليل على صحّته و إنّما و رد أنّ المرتدّ عن فطرة تقسّم أمواله بين ورثته و تنتقل إليهم، و أمّا أنّه إذا اكتسب مالاً بعد الارتداد لايكون مالكا له فلايستفاد من شى ء،

ص: ٤٧١

و عليه لابدّ فى الفطرى أيضا من التفصيل بين كون المبيع من قبيل المصحف و العبد المسلم و نحوهما ممّا لا يملكه الكافر و بين غيره فالثمرة تظهر فى بيع المصحف و العبد المسلم فإنّه على الكشف يصحّ لأنّه كان مسلما حين العقد و على النقل يكون باطلاً لأنّه حين الإجازة كافر و هو لايتملّک شيئا منهما كما لايخفى، و أمّا فى غيرهما كالفرش و الدار و نحوهما فلا يبطل على النقل أيضا حتّى فى الارتداد عن فطرة، إذ لا دليل على أنّ المرتدّ الفطرى لا يتملّک بعد الارتداد.

ثمّ لايخفى أنّ ما ذكرناه من بطلان بيع المصحف و نحوه عند ارتداد المشترى قبل الإجازة بناءً على القول بالنقل إنّما هو فيما إذا كان الثمن كلّيا، و أمّا إذا كان شخصيا و كان الارتداد عن فطرة فهو ينتقل إلى ورثة المرتدّ فتكون المعاملة بقاءً على مال الورثة فتتوقّف على إجازتهم كما مرّ فى الموت، لأنّه بالنسبة إلى الوارث فضولى و لا يكون البيع باطلاً، فلا تكون حينئذ ثمرة بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما تظهر الثمرة عند كون الثمن كلّيا إذ لا مالية له إلاّ بالاضافة و هو قد اُضيف إلى ذمّة المرتدّ، و لاينتقل إلى الورثة لمغايرة ما اُضيف إلى ذمّته بالنسبة إلى ما فى ذمّة الورثة.

و الحاصل: أنّ الارتداد موت شرعى، و عليه فلا فرق بينهما فى البيع الشخصى من حيث الصحّة فيهما على كلا القولين من النقل و الكشف، غاية الأمر أنّها على النقل تتوقّف على إجازة الوارث فى كلّ واحد من الارتداد و الموت، لأنّه بالنسبة إلى الوارث فضولى فيهما، كما لا فرق بينهما فى البيع الكلّى من حيث البطلان فى كليهما على القول بالنقل دون الكشف، لأنّ ما فى ذمّة الميّت و المرتدّ غير ما فى ذمّة وارثهما، فلا فرق بينهما من هذه الجهات. نعم يظهر الفرق بين الارتداد و الموت على القول بالكشف فيما إذا كان الثمن عبارة عمّا فى ذمّة أحدهما من المنافع كما إذا اشتريا المصحف أو العبد المسلم فى مقابل أن يكنسا دار البائع أو فى مقابل عمل آخر، فإنّ البيع فى صورة الموت باطل، لعدم تمكّنه من الثمن و استحالة الكنس أو العمل فى حقّ الميّت فيبطل، اللهمّ إلاّ إذ حكمنا بالانتقال إلى القيمة، و هذا بخلاف المرتدّ فإنّ البيع لايبطل بالنسبة إليه بل ينتقل المصحف أو العبد إلى الوارث و يلزم المرتدّ على العمل من الكنس أو غيره لقدرته عليه إلاّ فيما إذا

ص: ٤٧٢

كان العمل ممّا يشترط فيه الطهارة و الإسلام كالصوم و الصلاة، فالبيع بالنسبة إلى الميّت باطل لعدم قدرته على تسليم الثمن، و صحيح فى حقّ المرتدّ فلا تغفل، هذا كلّه بالنسبة إلى ارتفاع الأهلية و القابلية عن المالكين قبل الإجازة و بعد العقد»(١).

الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية

قال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمرة أيضا فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلفه أو انقلابه إلى النجس أو عروض النجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلک»(٢).

مراده: ظهور الثمرة بين قولى الكشف و النقل لو انسلخت قابلية المال المنقول - ثمنا كان أو مثمنا - للملكية من طرف الأصيل إمّا بسبب تلف ذلک المال، أو انقلابه إلى النجس نحو: غليان عصير العنبى، أو عروض النجاسة عليه بحيث لايقبل التطهير نحو: اصابة عين النجاسة إلى اللبن أو الدهن المايع أو أمثالهما بحيث لا يقبل التطهير، فعلى القول بالكشف يصح الشراء و يكون المشترى مالكا

للعصير العنبى مثلاً و يكون ضرره عليه، و على القول بالنقل وقع السقوط فى ملک البائع الأصيل و بطل الانتقال و يكون ضرره على البائع.

و اعترض صاحب الجواهر على أُستاذه بقوله بعد الاعتراض على الثمرة السابقة: «و منه تنقدح المناقشة فى الثانى، بل هى اوضح من الأوّل ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل رضا المالک، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها»(۳).

توضيحه: المعتبر فى باب الفضولى إجازة المالک و رضاه بالعقد، فلو انتفت قابلية العين للتملّک كما إذا إنقلب الخلُّ خمرا بعد انشاء الفضولى لم يصدق على المالک أنّه مالک هنا حتّى تؤثر إجازته فى صحة بيع الفضولى بلا فرق بين الكشف و النقل.

و بعبارة أُخرى: سقوط المال عن الملكية يوجب انتفاء عنوان المالک، لأنّ

۱- ۱ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱/(٤٧٨-٤٧٥).

۲- ۲ . شرح القواعد ۹٦/۲.

۳- ۳ . الجواهر ٤٦٩/۲۳ (۲۹۱/۲۲).

الملكية هى اضافة المال أو الملک إلى مالكه، و إذا انتفى الملک انتفت الملكية و عنوان المالک، و إذا انتفت المالک و الملكية و الملک انتفى البيع فضوليّا كان أو غيره، نرى الإجازة كاشفة أو ناقلة، و هذا هو وجه أُولوية انتفاء هذه الثمرة عند صاحب الجواهر.

و أجابه الشيخ الأعظم(۱) بجوابين:

أحدهما: فحوى صحيحة الحذّاء(۲)، لأنّ المفروض فيها موت الزوج الذى هو أحد الركنين فى عقد النكاح و قد حكم بصحة العقد لو رضيت الزوجة بعد إدراكها و حلفها، فكذلک فى بيع الفضولى إذا سقط المبيع عن المالية أو الملكيّة بعد العقد - لأنّ المبيع لا يكون فى البيع أهم من الزوج فى النكاح - فيحكم بصحة بيع الفضولى بعد إجازة المالک و يكون التلف على المشترى بناءً على النقل لأنّ التلف وقع فى ملكه.

ثانيهما: الإطلاق الوارد فى قضية عروة البارقى الناشى ء من ترک الاستفصال الدالّ على عدم اعتبار استمرار قابلية الملک إلى زمان صدور الإجازة، لأنّ عروة إذا أخبر الرسول الخاتم صلى الله عليه و آله بما فعل قال صلى الله عليه و آله : «بارک اللّه لک فى صفقة يمينک»(۳) و لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها أو تلفها، و ترک الاستفصال دليل على عدم اعتبار استمرار القابلية إلى زمان صدور الإجازة.

و قال المحقّق السيّد الخوئى: «و أمّا إذا ارتفعت القابلية عن المالين و خرجا عن قابلية التموّل بالتلف و شبهه كما إذا صار الخلّ خمرا لأنّه تلف شرعى قبل الإجازة، فيقع الكلام فيه من جهتين:

إحداهما: أنّ الخروج عن قابلية التموّل هل يوجب بطلان العقد على النقل دون الكشف، و يظهر الثمرة بينهما فى مثله أو لا؟

و ثانيهما: أنّ استمرار قابلية التموّل فى المالين شرط فى صحّة العقد و الإجازة كما ادّعاه صاحب الجواهر أو أنّ الاستمرار غير لازم؟

۱- ۱ . المكاسب ۳/۴۱۹.

۲- ۲ . وسائل الشيعة ۲۶/۲۱۹، ح۱.

٣- ٣ . مسند احمد ٣٧٦/٤؛ السنن الكبرى ١١٢/٦ للبيهقى.

فأمّا الكلام فى الجهة الأُولى فملخّصه: أنّ الخروج عن القابلية بالتلف و نحوه إن كان قبل القبض فلا إشكال فى أنّه يوجب البطلان على كلا القولين.

أمّا على النقل، فلوضوح أنّ المال قد تلف قبل البيع و المعاملة على المعدوم باطلة.

و أمّا على الكشف، فلأنّ الإجازة و إن تكشف عن الملكية من حين العقد إلاّ أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكه فيوجب التلف انفساخ المعاملة، إذ المفروض أنّ المال لم يقبض، و معنى كلّ مبيع تلف قبل قبضه أنّ المال يدخل فى ملك البائع قبل التلف بآن و يتلف فى ملك البائع كنايةً عن انفساخ المعاملة و رجوع الثمن و المثمن إلى ملك مالكهما الأوّل فلا تظهر ثمرة بين القولين حينئذ.

و أمّا إذا خرجا عن القابلية بالتلف و نحوه بعد القبض فلا مانع من الالتزام بالصحّة على الكشف و البطلان على النقل و تظهر الثمرة بينهما حينئذ.

و التلف بعد القبض يُتَصَوَّرُ على وجهين:

أحدهما: ما إذا كان المبيع بيد المشترى قبل المعاملة بإذن مالكه كما إذا استأجر الدار من مالكها و سكن فيها بإذنه ثمّ اشتراها بالبيع الفضولى و تلفت قبل الإجازة، فإنّ المعاملة صحيحة على الكشف لأنّ الملكية حصلت حين العقد و قد قبض المشترى المال، و التلف بعد القبض لا أثر له، و ذلك لأنّ المفروض أنّ المشترى قد قبض الدار من مالكها بإذنه و إن لم يقبضها المالك بعنوان المعاملة إلاّ أنّ قبضه صحيح و مستند إلى إجازة المالك و مثله يكفى فى القبض، ولكنّها باطلة على النقل لأنّها تلفت قبل المعاملة، و القبض قبلها لا يوجب صحّة البيع أبدا لأنّها قد انعدمت و المعاملة على المعدوم لا تصحّ.

و ثانيهما: ما إذا كان الفضولى وكيلاً من قبل المالک فى خصوص قبض كلّ ما للمالک من الأموال، و اشترى مالاً للمالک فضولاً و قد قبضه من البائع فتلف بعد القبض، فإنّه يصحّ على الكشف لتقدّم الملكية و القبض على التلف، و المفروض أنّ القابض وكيل فى قبض أموال المالک و قبضه قبض المالک لا محالة، و يبطل على النقل لانعدام المال قبل المعاملة.

ص: ٤٧٥

و الغرض من هذا التطويل دفع ما أورده بعضهم و منهم شيخنا الأُستاذ(١) قدس سره على كاشف الغطاء قدس سره فى المقام من أنّ المعاملة عند التلف باطلة على كلا القولين، أمّا على النقل فظاهر، و أمّا على الكشف فلأجل أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، إلاّ أنّک عرفت أنّ التلف يمكن أن يتصوّر بعد القبض و عليه تظهر الثمرة بين القولين لا محالة، هذا.

ثمّ إنّ شيخنا الأنصارى(٢) قدس سره مثّل للخروج عن المالية بمثالين: التلف و عروض النجاسة على المبيع مع ميعانه، و لم نفهم الوجه فى المثال الثانى و أنّ عروض النجاسة على المائعات كيف يخرج المائع عن المالية و الملكية مع أنّه قدس سره صرّح بجواز بيع المتنجّس كالدهن و نحوه للاستصباح أو لجعله صابونا بل لطلى السفن و نحوه، فلا يمكن المصير إلى أنّ الدهن بتنجّسه يخرج عن المالية، غاية الأمر أنّ بيعه غير جائز فيما يتوقّف استعماله على الطهارة إلاّ أنّه لايوجب الخروج عن المالية و الملكية بوجه حتّى أنّه لو أتلفه أحد نحكم بضمانه للمالک كما هو ظاهر.

نعم تظهر الثمرة بين القولين فى المثال إلاّ أنّه لا لأجل خروج المالين عن المالية بل من جهة انتفاء شرط من شروط صحّة البيع، و عليه ينبغى أن يدرج ذلک فى المقام و يلحقّ بالقسمين المتقدّمين أعنى صورة خروج المالكين عن الأهلية و صورة خروج المالين عن المالية و يقال بظهور الثمرة فيما إذا خرج المالكان عن القابلية أو خرج المالان عن التموّل أو انتفى شرط من شرائط صحّة البيع كما عرفت، هذا كلّه فى الجهة الأُولى.

أمّا الكلام فی الجهة الثانية: فقد عرفت أنّ صاحب الجواهر قدس سره قد ادّعی ظهور الأدلّة فی اشتراط استمرار القابلية و المالية و الشرائط فی صحّة المعاملة و الإجازة، و قد تبعه بعض المتأخّرين و ذكروا أنّه لا إطلاق فی أدلّة صحّة الفضولی ليمكن التعدّی، بل لابدّ

١- ١ . منية الطالب ٨٥/٢.

٢- ٢ . المكاسب ٤١٨/٣.

من الاقتصار علی المقدار المتيقّن و هو صورة استمرار القابلية و المالية و الشرائط.

إلاّ أنّک عرفت أنّ ذلک إنّما يتمّ فيما إذا استدللنا علی صحّة الفضولی بالأخبار الخاصّة الواردة فی بعض الموارد المخصوصة، و أمّا إذا كان المدرک علی صحّة الفضولی هو الاطلاقات و العمومات فلا ينبغی الإشكال فی إطلاقها و شمولها للمقام و بها ندفع اشتراط الاستمرار بحسب القابلية و المالية و الشرائط، فلا يمكن المصير إلی ما ذهب إليه صاحب الجواهر قدس سره من بطلان المعاملة علی كلا القولين، بل قد عرفت أنّ الثمرة بينهما تظهر فی الموارد المتقدّمة، فما ذكره كاشف الغطاء هو الصحيح، هذا ما يرجع إلی كلمات صاحب الجواهر قدس سره .

و أمّا ما أفاده شيخنا الأنصاری فی مقام الجواب عن صاحب الجواهر قدس سره من أنّه لا دليل علی استمرار القابلية و المالية فی المعاملة، بل الدليل علی عدم الاشتراط موجود و هو الروايات الواردة فی صحّة الفضولی حيث إنّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار الحياة فی المتعاقدين حال الإجازة، مضافا إلی إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبی صلی الله عليه و آله عن موت الشاة أو ذبحها و إتلافها، و إلی فحوی خبر تزويج الصغيرين.

فندفع بما ذكرناه سابقا من أنّه قدس سره أراد بالظاهر ما ورد فى المضاربة و فى الاتّجار بمال اليتيم من أنّ الربح للمالک و الصغير، و الخسران على العامل و المتصرّف، حيث إنّهما ظاهرتان فى الاطلاق و عدم التفصيل بين موت المالک و عدمه، إلاّ أنّک عرفت أنّهما أجنبيتان عن الفضولى و لا دلالة فيهما على صحّته کى يتمسّک بهما فى المقام، و أمّا الصريح فلم نفهم أنّه ما أراد بالصريح فى الأخبار، إذ لا رواية صريحة فى ذلک بين الأخبار، و أمّا رواية ابن أشيم الواردة فى العبد المأذون فهى صريحة فى موت الموکّل و تدلّ على صحّة بيع الوکيل فيما إذا مات الموکّل بعد البيع، و لا إشکال فى صحّة بيع الوکيل و معاملاته فيما إذا مات الموکّل بعد المعاملة، و هذه لا ربط لها بالمقام کما لا يخفى.

و أمّا ما استشهد به ثانيا ففيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بعدم موت الشاة أو تلفها، إذ من البعيد أن تموت الشاة فى ذلک الزمان القصير المتخلّل بين بيعها و إجازة النبى صلى الله عليه و آله ، و على تقدير الشکّ فالاستصحاب جارٍ و أمّا ذبح الشاة و أنّه لم

ص: ٤٧٧

يستفصل بين ذبحها و عدمه، ففيه: أنّ ذبحها لا يخرجها عن المالية و الملکية کما لا يخفى و الکلام فى خروج المالين عن المالية فلا تغفل.

و أمّا استدلاله برواية تزويج الصغيرين فهو عجيب، إذ على تقدير صحّتها فى موردها کيف يمکن التعدّى منها إلى المعاملات الفضولية فإنّ التعدّى منها قياس لا نقول به. و دعوى الفحوى و الأولوية کما صدرت منه قدس سره ممنوعة من جهة أنّا إنّما قلنا بدلالة الرواية الواردة فى صحّة النکاح الفضولى على صحّة البيع الفضولى بالأولوية من أجل أنّ النکاح - بما أنّ فيه الفروج و الأولاد - أهم عند الشارع قطعا، فإذا صحّ الفضولى فى النکاح فتدلّ على صحّته فى البيع بطريق أولى.

و أمّا فى المقام فيما أنّه لا يترتّب على صحّة النکاح بعد فرض موت الزوج ولد و لا وط ء فلا يمکن التعدّى منه إلى البيع، إذ لا أهمية له عليه و لا أولوية فى البين فکيف يمکن التعدّى عن صحّة النکاح

بالإجازة الذى لا يترتّب عليه إلاّ إرث الزوجة إلى صحّة جميع العقود الفضولية لينتقل الثمن و المثمن إلى المالكين. فالمتحصّل أنّه لا يمكننا المساعدة على شى ء ممّا أفاده فى المقام، هذا كلّه فيما إذا كان المالكان و المالان و البيع واجدين للقابلية و المالية و الشروط حين العقد ولكنّها ارتفعت بعد العقد إلى زمان الإجازة»(۱).

السادسة: تجدّد القابلية

قال الشيخ جعفر: «و فى مقابله [أى مقابل انسلاخ قابلية الملكية - أى الثمرة الخامسة -] ما لو تجدّدت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حين العقد، كما لو تجدّدت الثمرة أو بدا صلاحُها بعد العقد قبل الإجازة»(۲).

مراده: تجدد قابلية الملك من تجديد الثمرة أو بداية إصلاحها بعد العقد ولكن

۱- ۱ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱/(٤٨٣-٤٧٨).

۲- ۲ . شرح القواعد ۲/٩٦.

أمثلة الجدّ تَنْحَصِرُ بمقابلة الثمرة الخامسة أى تجديد المالية لا تجديد المالكية فتأمل.

ولكن يمكن تصويره فى ما إذا تجدّدت قابلية الملك للمالك الذى بيعت مالُه فضوليّا، و كانت قابليته حين العقد منسلخة لموته مثلاً ولكن الفضول لا يدرى انّه مات، ولكن بعد عقد الفضولى و قبل الإجازة أحياه اللّه تعالى و تجدّدت قابليته للملك، فعلى القول بالكشف البيع باطل لأنّ البيع وقع فى زمن انسلاخ قابلية المالك لملكه، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة التى كانت كاشفة من وقوع النقل و الانتقال من حين العقد الفاقد لشرائط الصحة، و أمّا على القول بأنّها ناقلة، حيث وقع النقل و الانتقال من حين الإجازة الناقلة و حين الإجازة تجدّد القابلية تكون المعاملة صحيحة.

و هذه الثمرة هِيَ على عكس الثمرة الرابعة و الخامسة و لذا قال الجدّ: «فى مقابله»(۱) أى فى مقابله فى تجديد القابلية و ظهور الثمرة.

و اعترض عليه فى الجواهر و قال: «و اوضح من ذلک فسادا، فاقد القابلية للملک حين العقد ثمّ وجدت قبل الإجازة، فإنّه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، و على النقل أيضا لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان فى غير محلِّه»(۲).

و وافق الشيخُ الأعظم صاحبَ الجواهر فى الاعتراض و قال: «نعم، ما ذكره أخيرا من تجدّد القابلية بعد العقد حال الإجازة لايصلح ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهرا على القولين...»(۳).

توضيح اعتراضهما: العقد لابدّ أن يكون تاما من جميع الجهات حين العقد فى الفضولى إلاّ إجازة المالک، و حيث فى هذا الفرض انسلخت قابلية الملک عن مالكه حين العقد يكون باطلاً بلافرق بين الكشف و النقل.

۱- ۱ . شرح القواعد ۹٦/۲.

۲- ۲ . الجواهر ٤٦٩/۲۳ (۲۹۱/۲۲).

۳- ۳ . المكاسب ٤۲۰/۳.

السابعة: فقد شرط العقد

قال جَدُّنا الشيخ جعفر: «و فيما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثمّ حصلت و بالعكس»(۱).

توضيحه: لو كان الشرط مفقودا حين العقد ولكن تجدّد قبل الإجازة يكون العقد باطلاً على الكشف لوقوع العقد فاقدا للشرط ولكن يكون صحيحا على النقل لوقوع العقد واجدا للشرط حين النقل.

و أمّا عكسه: لو كان الشرط موجودا حين العقد ولكن فُقد قبل الإجازة، فيكونُ العقد صحيحا على الكشف لوقوع العقد جامعا للشرائط، باطلاً على النقل لوقوع النقل حين فقدان شرائط الصحة.

لم يتعرض صاحب الجواهر لهذه الثمرة ولكن الشيخ الأعظم اعترض عليه بما اعترض على الثمرة السادسة لأنّه قال بعد ما نقلت عنه فيها: «... و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط»(٢).

ولكن قال المحقّق السيّد الخوئى: «و أمّا إذا انعكس الأمر كما إذا كان المالكان غير واجدين للقابلية أو كان العوضان فاقدين للمالية أو كان البيع فاقدا للشروط حين العقد فصارا واجدين لها فى زمان الإجازة فقد ذكر شيخنا الأنصارى(٣) قدس سره فى المقام أنّ المعاملة باطلة حينئذ على كلا القولين لعدم تمامية الشروط فى العقد، ثمّ ذكر أنّ باب المناقشة فى ذلک و إن كان واسعا إلاّ أنّ الأرجح فى النظر ما ذكرناه، هذا.

ولكن التحقيق أن يفصّل بين الشروط فإن كان الشرط راجعا إلى المتعاقدين: كالبلوغ و العقل و نحوهما و فرضنا أنّ أحدهما كان صبيّا حين العقد ثمّ بلغ حين الإجازة، فلا ينبغى الإشكال فى بطلان العقد على كلا المسلكين، لأنّ عمد الصبى و خطأه سيّان، فلا اعتبار بما صدر منه حال كونه صبيّا، فلا عقد حتّى يصحّ على الكشف أو

١- ١ . شرح القواعد ٩٦/٢.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٠/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٣/(٤١٨-٤٢٠).

النقل.

و أمّا إذا كان الشرط من شروط نفس البيع: كعدم كونه غرريا و كان ذلک الشرط مفقودا حال العقد الفضولى ثمّ ارتفع الغرر قبل الإجازة كماإذا باعه صندوقا مقفّلاً من دون أن يعلم المشترى بما فى الصندوق من الأموال ثمّ علمه بعد البيع قبل الإجازة، فالمعاملة باطلة أيضا على كلا المسلكين، لاشتراط عدم الغرر فى البيع حال الحدوث فوجوده مانع عن صحّة البيع لا محالة، و ارتفاعه بعد ذلک لاينفع فى صيرورة البيع صحيحا، فما أفاده متين فى هذه الصورة أيضا.

و أمّا إذا كان الشرط من شرائط المالين فهو ينقسم إلى قسمين:

فتارةً: يكون أحد المنقولين أو كلاهما ممّا لا مالية له تكوينا أو ممّا حكم الشارع بعدم ماليته شرعا حين العقد ثمّ انقلب إلى المال حال الإجازة، و هذا أيضا لا مجال لصحّته على كلا القولين، فإذا باع الثمرة قبل بدوّ صلاحها أى زمان كونها زهرا على نحو الفضولى ثمّ بدا صلاحها حين الإجازة من المالک، أو كان المبيع خمرا حال العقد ثمّ صار خلاً حين الإجازة فإنّ العقد فى المثالين إنّما وقع على المعدوم حقيقة أو شرعا، لأنّ الثمرة غير موجودة قبل بدوّ الصلاح واقعا كما أنّ الخمر محكومة بعدم المالية شرعا فلا محالة يكون باطلاً، إذ لا معنى لصحّة العقد على المعدوم على كلّ من المسلكين و أمّا ما وجد بعد ذلک فهو لم يقع عليه عقد حتّى يصحّ بالإجازة.

و أُخرى: يكون كلّ واحد من المنقولين مالاً حقيقة ولكن تختلف أوصافهما فيتّصفان بشى ء حال العقد و بشى ء آخر حال الإجازة، و فى مثل هذا لا وجه للبطلان على كلا المسلكين كما إذا كان المبيع وقفا أو ماءً متنجّسا أو أُمّ ولد حال العقد ثمّ صار الوقف موردا للخلاف بين أهله حتّى انتهى الأمر إلى القتل و الجدال فصار بيعه صحيحا حال الإجازة، أو طهّرنا الماء قبل صدور الإجازة من المالک فجاز بيعه بعد ما كان بيعه باطلاً لاشتراط الطهارة فى المبيع، أو مات ولد الأُمّ فصحّ بيعها حال الإجازة، و مثل ذلک صحيح على كلا القولين، أمّا على النقل فواضح لأنّه حين الإجازة مال يجوز بيعه و قد وقع العقد على هذا المال فبالإجازة يستند إلى المالک و حين الاستناد هو واجد لشرط

الصحّة فتعمّه العمومات، و أمّا على الكشف فلأنّ الإجازة لا تكشف عن الملكية من حين العقد حتّى يقال إنّ المبيع حال العقد كان وقفا أو ماءً متنجّسا أو أُمّ ولد و كيف يحكم بدخولها فى ملك المشترى مع أنّ بيعها غير صحيح حينئذ، و إنّما تكشف عن الملكية من زمان صيرورة الوقف أو الماء أو الأُمّ ممّا يجوز بيعه لأجل ما طرأ عليها من المجوّزات، فما أفاده قدس سره من البطلان على كلا القولين غير تامّ فى هذه الصورة.

كما أنّ الشرط إذا كان راجعا إلى المالكين: لا إلى المتعاقدين و لا إلى المالين و لا إلى البيع كاشتراط الإسلام فى مالك الثمن فى بيع المصحف أو العبد المسلم، فلا مانع من الالتزام بصحّة البيع على كلا القولين، أمّا على القول بالنقل فلوضوح أنّ المشترى قد صار مسلما حال الإجازة، و أمّا على الكشف فلأنّ الإجازة إنّما تكشف عن الملكية من زمان إسلام المشترى للمصحف و العبد لا من زمان العقد حتّى يقال إنّه حين العقد محكوم بعدم التملّك لهما، فإذا باع الفضولى شيئا منهما من الكافر للنسيان أو الغفلة و الاشتباه ثمّ أسلم الكافر قبل الإجازة فهو صحيح على كلا المسلكين، فلا وجه لما أفاده قدس سره من البطلان على كلا القولين فى هذه الموارد كما هو ظاهر»(١).

الثامنة: ثمرات متعددة

وردت فى كلام جَدِنّا الشيخ جعفر رحمه الله قال: «و فى تعلّق الخيارات و الشفعة و عدم صحة التصرف من حين العقد، و احتساب مبدأ اوقات الخيار، و معرفة مجلس الصرف و السَلَم و اشتراط بقاء القابلية بعقل و رشد إلى حين الإجازة حيث نلحقها بالعقد الجديد إلى غير ذلک. و ترتّب ما يتعلّق بالعهود و النذور و الأيمان غير محتاج إلى الإيضاح و البيان»(٢).

أقول: الظاهر أنّه فى زماننا يحتاج إلى الإيضاح و البيان و لذا قال المحقّق السيّدُ

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/(٤٨٥-٤٨٣).
٢- ٢ . شرح القواعد ٩٦/٢ و ٩٧.

المروج فى توضيح هذه الثمرات ما نصه: «أنّه إذا إختلف حال المبيع صحةً و عيبا بأن كان صحيحا حين العقد المفروض وقوعه يوم الجمعة، و صار معيبا حال الإجازة الصادرة يوم السبت مثلاً. فعلى القول بالكشف يكون البيع لازما، لحدوث العيب فى ملک المشترى، فلا خيار له. و على القول بالنقل يكون البيع جائزا، لوقوع العيب فى ملک البائع، فيثبت الخيار للمشترى.

ولو إنعكس الأمر، بأن كان المبيعُ حينَ وقوع العقد معيبا، و صار صحيحا عند صدور الإجازة، فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشترى، لوقوع البيع على المعيب، و العيبُ يوجب الخيار. و على القول بالنقل يكون العقد لازما، لكون المبيع صحيحا عند صدور الإجازة المتممةِ للبيع، هذا.

و كذا تظهر الثمرة فى خيار الغبن، كما إذا بيع المال فضولاً بأكثر من قيمته السوقية، فصار المشترى مغبونا، و ترقّت قيمته حال الإجازة، فبناءً على الكشف يثبت خيار الغبن للمشترى، دون النقل.

ولو إنعكس الأمر، بأن بيع المالُ بأقلّ من قيمته الواقعية، ثمّ إنخفضت حال الإجازة. فعلى الكشف يثبت الخيار للبائع، دون النقل.

و أمّا خيار المجلس، فالظاهر عدم تعلُّقه بعقد الفضولى، لعدم إنطباق ما فى دليله من أنّه «إذا إفترقا وجب البيع» عليه، إذ لا عبرة بافتراق غير المتبايعيين عن مجلس العقد، و إن كان مجلس عقد الفضولى مجلس العقد. و عليه فيختص خيار المجلس بما يكون إفتراق المتعاقدين عنه سببا للزوم البيع.

و دعوى «ظهور الثمرة فيما لو استمرّ مجلسُ البيع لافضولى إلى زمان حضور المجيز، و أجاز، فيثبت خيارُ المجلس، لكونه مجلس البيع» غير ظاهرة، إذ الكلام فى حسبان مبدأ خيار المجلس، و أنّه

العقد أو الامضاء، و المفروض فی المثال وحدة المجلسین، و لا ریب فی کون مبدأ الخیار تفرقهما عنه بعد الإجازة سواء علی الکشف و النقل.

و سیأتی تفصیل الکلام - فی اختصاص خیار المجلس بالأصیل، دون الفضولی و

ص: ٤٨٣

کذا الوکیل فی الانشاء - فی أوائل الخیارات إن شاء اللّه تعالی».

و قال فی ذیل حقّ الشفعة: «یعنی: فی مورد تبدل الشریک، کما إذا کانت الدارُ ملکا مشاعا لزید و عمرو، فباع الفضولی یوم السبت حصّةَ زیدٍ، و باع عمرو حصَّته یومَ الأحد، و أجاز زیدُ یومَ الإثنین. فبناءً علی الکشف یثبت حقُّ الشفعة لعمروٍ، لأنَّ حصّة زیدٍ إنتقلت إلی مَن إشتری من الفضول من یوم السبت، فلعمروٍ الأخذُ بالشفعة و فسخُ البیع الواقع یوم السبت، و ضمُّ حصّة زیدٍ - المبیعة فضولاً - إلی حصته.

فإن أخَذَ بالشفعة فهو، و إلاّ یثبت حقُّ الشفعة للمشتری من الفضولی، و له الأخذ به و فسخُ البیع الواقع یومَ الأحد بین عمروٍ و المشتری منه، لوقوع هذا البیع الثانی بعد تمامیّة البیع الأوّل المجاز من یوم السبت و إن صدرت الاجازةُ یوم الاثنین، و صیرورة المشتری من الفضولی شریکا للأصیل حینما باع حصته یوم الأحد.

و بناءً علی النقل ینعکس الأمر، فیثبت حقّ الشفعة من یوم الأحد لزیدٍ، لصیرورته شریکا مع المشتری من الأصیل و هو عمرو، فله إعمال حقِّه، و تملک حصة عمرو، ثمّ إجازة البیع الواقع علی حصته. و حیث إنّ المفروض عدمُ - أخذ زیدٍ بحقِّ الشفعة - و إنّما أجاز یوم الاثنین عقدَ الفضول - فقد سقط حقّه، و یثبت للمشتری من عمروٍ حقُّ الشفعة علی المشتری من الفضولی».

و قال فی ذیل مبدأ الخیارات: «کما إذا بیعَ حیوانُ فضولاً، فإن مبدأ الثلاثة من حین العقد بناءً علی الکشف، و من حین الإجازة بناءً علی النقل، لتوقف تمامیة البیع علیها.

و كذا الحال لو بيع دار فضولاً، و إشترط المشترى لنفسه الخيار شهرا مثلاً، و أجاز المالک بعد أيامٍ، فبناءً على الكشف يكون مبدأ الخيار حين العقد، و بناءً على النقل حين الإجازة».

و قال فى ذيل معرفة مجلس الصرف و السّلَم: «فعلى القول بالكشف يكون المرادُ بالقبض فى المجلس المعتبر فى الصرف و السلم القبضَ فى مجلس العقد، و على القول بالنقل يكون المرادُ القبض فى مجلس الإجازة».

و قال فى ذيل الأيمان: «كما إذا حلف زيدُ على أن يتصدَّقَ بجميع أمواله فى يوم

ص: ٤٨٤

الغدير مثلاً، و كان من جملة أمواله كتابُ المكاسب الذى إشتراه من فضوليٍّ، و لم يُجز مالكه إلاّ يوما بعد يوم الغدير. فعلى القول بالكشف يجب عليه التصدق بكتاب المكاسب، لأنّه صار من أمواله حين الحلف. و على القول بالنقل لا يجب عليه التصدُّق بالمكاسب، لعدم صيرورته ملكا له يومَ الغدير.

ولو إنعكس الأمر، بأن بيعَ شى ءٌ من أمواله قبل الغدير فضولاً، و أجازه بعده. فعلى الكشف لا يجب عليه التصدق، لخروجه عن ملكه قبل الغدير. و بناءً على النقل يجب عليه التصدق».

و قال فى ذيل النذور: «كما إذا نذر أن يعطى كتاب المكاسب مثلاً لزيدٍ المشتغل بتحصيل العلم، [فى يوم الجمعة] قد إشترى ذلک من فضوليٍّ يوم الخميس، لكن لم يجزه مالكه إلاّ يوم السبت. فعلى القول بالكشف يجب الوفاءُ بالنذر، لكونه مالكا لكتاب يوم الجمعة. و على القول بالنقل لا يجب، لعدم كونه مالكا للكتاب حال النذر»(١).

و اعترض صاحب الجواهر على استاذه الشيخ جعفر بقوله: «و فيه أيضا: أنّ من المقطوع به عدم [كون [الإجازة من العقود، إذ ليست هى إلاّ الرضا بالعقد السابق.

كما لا يخفى عليک الحال بناءً على كون المراد من الكشف ما سمعته سابقا - فى أحد الاحتمالين - من كون الرضا المتأخّر مؤثّرا فى اقتضاء العقد النقل سابقا، فيكون شبه تقديم المسبّب على السبب و يبقى العقد حينئذ مراعى...»(۲).

و قال السيّد الخوئى رحمه الله : «ثمّ إنّ شيخنا الأنصارى ذكر أنّ الثمرة بين الكشف و النقل تظهر فى موارد اُخر كالنذر و الزكوات(۳) و الخيارات و حقّ الشفعة.

أمّا النذر: فلأنّه إذا نذر كذا عند كونه مالكا للمال الفلانى فى الوقت الفلانى فيجب عليه الوفاء بالنذر بعد العقد على المال المذكور ولو على نحو الفضولى بناءً على الكشف، لأنّ الإجازة إنّما تكشف عن الملكية حال العقد، و هذا بخلاف القول بالنقل لأنّه قبل

۱- ۱ . هدى الطالب ٥/(١٤٩-١٤٦).

۲- ۲ . الجواهر ٢٣/٤٧٠ (٢٢/٢٩١).

۳- ۳ . لم يذكر الشيخ الأعظم الزكاة فى الثمرات [المؤلِّف].

الإجازة لم يملک المال حتّى يجب عليه الوفاء بالنذر.

و أمّا الزكاة: فالظاهر أنّه لا ثمرة فيها بين المسلكين، و ذلک لأنّ وجوب الزكاة لا يتوقّف على الملكية فقط ليجب إخراجها على المشترى بعد العقد على الكشف دون النقل، بل يتوقّف على الملكية مع التمكّن من التصرف فى المال، و فى المقام و إن تملّک المال قبل الإجازة على الكشف إلاّ أنّه غير متمكّن من التصرف فيه شرعا، فلا يفترق الحال فى الزكاة بالنسبة إلى المشترى بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما يجب عليه إخراج الزكاة بعد الإجازة على كلا القولين.

نعم، تظهر الثمرة فيها بالنسبة إلى المالک، لأنّه على القول بالكشف لا يجب عليه الزكاة، إذ المفروض أنّه خارج عن ملكه واقعا حتّى قبل الإجازة، و الزكاة إنّما تجب على المالک كما لايخفى، و أمّا على القول بالنقل فتجب عليه الزكاة لأنّه المالک حسب الفرض، و المفروض أنّه متمكّن من التصرف فيه أيضا.

و أمّا الخيارات: ففى مثل خيار الحيوان لا بأس بالثمرة بين المسلكين لأنّه إنّما ثبت لصاحب الحيوان كما فى الأخبار، فمع القول بالكشف فالمشترى صاحب للحيوان من حين العقد، و على النقل إنّما يصير مالكا بعد الإجازة لا من حين العقد فالثلاثة فى الخيار تحتسب من حين العقد على الكشف و من حين الإجازة على النقل.

و كذا تظهر الثمرة فى خيارى العيب و الغبن، فله الفسخ و الامضاء من حين العقد على الكشف دون النقل، لأنّه عليه لم يملک المال حتّى يحكم بالخيار له من حين المعاملة، نعم لا يصحّ له مطالبة الارش من المالک فى خيار العيب قبل الإجازة ولو بناءً على القول بالكشف، إذ للمالک أن يقول إنّى لم أرض بالمعاملة بعد فكيف تطالبنى بالأرش ولكنّه يتمكّن من الفسخ و الإمضاء، و هذا لا ينافى ما ذكرناه سابقا من أنّ الأصيل لا يتمكّن من الفسخ لأنّه إنّما يفسخ فى المقام من جهة الخيار.

و تظهر الثمرة(١) بين الفسخ و الردّ فى النماء المتخلّل بين العقد و الفسخ على

١- ١ . أقول: إنّ هذه الثمرة تكون بين الفسخ و الردّ لا بين الكشف و النقل فذكرها هنا فى غير محلّها إلاّ استطردا. [المؤلِّف].

القول بالكشف، ففى فرض الفسخ يكون نماء المبيع للمشترى و نماء الثمن للبائع و أمّا فى فرض الردّ فالأمر بالعكس.

و أمّا خيار المجلس: فيمكن أن يقال إنّه مترتّب على الإجازة على كلا القولين أمّا على القول بالنقل فواضح لأنّ «البيّع» إنّما يصدق عليهما حين الإجازة دون قبلها، و أمّا على القول بالكشف فلأنّ الإجازة و إن تكشف على الملكية حال العقد إلاّ أنّ الخيار لم يترتّب على الملكية فى الأخبار، بل على عنوان «البَيِّع» كما فى الروايات، و لا إشكال أنّ البيع إنّما يسند إلى المالک بالإجازة و أمّا قبلها فلا بيع للمالک أبدا، فالبيّع إنّما يصدق عليه بالإجازة و إن كانت الملكية متقدّمة عليه، و لا مانع من تغاير الملكية و صدق عنوان البيّع و انفكاک أحدهما عن الآخر أبدا، و هذا كما إذا قلنا بصحّة البيع فيما إذا باع أحد ماله فعلاً قبل ستّة أشهر مثلاً بأن يكون البيع فعلاً و الملكية قبل الأشهر الستّة حتّى تكون المنافع للمشترى من زمان الملكية، فإنّ خيار المجلس إنّما يتحقّق حين البيع لا من حين الملكية المتقدّمة و ذلک ظاهر، فالمناط بالمجلس حال الإجازة و لعلّه ظاهر. و أمّا ما عن شيخنا الأُستاذ(١) قدس سره من أنّه لا خيار فى أمثال المقام فلم نجد له وجها، لشمول إطلاق قوله عليه السلام «البيّعان بالخيار»(٢) لهما بعد الإجازة كما ذكرناه فلا تغفل.

و أمّا حقّ الشفعة: فهو أيضا تظهر فيه الثمرة بين المسلكين، فإذا كان زيد شريكا لعمرو فى دار فباع الفضولى حصّة زيد من ثالث و قبل إجازة باعَ زَيْدٌ عَمْرا حصّة نفسه من شخص رابع ثمّ أجاز زيد ما باعه الفضولى من حصّته، فعلى القول بالكشف فالشفعة للمشترى من الفضولى لأنّه صار شريكا مع عمرو فباع عمرو حصّته من آخر فله الشفعة، و على القول بالنقل تكون الشفعة للمشترى من عمرو لأنّه صار شريكا مع زيد فباع زيد حصّته من آخر، فالشفعة للمشترى من عمرو لأنّه المالک الشريک عند بيع زيد حصّته من

١- ١ . منية الطالب ٨٧/٢.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٥/١٨، أبواب الخيار الباب ١، ح١ و غيره.

الآخر و هو واضح»(١).

التاسعة: العقود المترتبة

اشارة

قال صاحب الجواهر: «و ربّما تظهر الثمرة أيضا: فيما لو ترتّب العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً و لاريب فى أنّ للمالک تتبّع العقود و رعاية المصلحة له فيجيز ما شاء...»(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «و تظهر الثمرة أيضا فى العقود المترتبة على الثمن أو المثمن و سيأتى إن شاء اللّه تعالى»(٣).

و قال المحقّ السيّد المروج فى شرحه: «و حاصل هذه الثمرة: أنّه إذا باع مَن إشترى فضولاً متاعا، و كان بيعه له قبل إجازة مالک المتاع، ثمّ أجازه مالِكُه. فعلى القول بالكشف يصحّ البيعُ الثانى للمشترى، لوقوعه فى ملكه، بداهة أنَّ الإجازة أوجبتْ صحة شرائه، و صيرورة المتاع ملكا له، و وقوع البيع الثانى للمشترى فى ملكه. و على النقل يدخل البيع الثانى - الصادِرُ من المشترى - فى مسألة: مَن باع شيئا ثمّ ملكه»(٤).

أقول: يأتى هذا البحث من الشيخ الأعظم فى الأمر الثالث من الامور المتعلقة بالمجاز(٥) و نحن نتعرض له تبعا للشيخ الأعظم هناک فانتظر.

و قال هناک: «و ملخّص ما ذكرنا: أنّه لو ترتّبت عقود متعددة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسطٍ منها فسخا لما قبله، و إجازةً لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحدٍ انعكس الأمر»(٦).

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/(٤٨٧-٤٨٥).

٢- ٢ . الجواهر ٢٣/٤٧٠ (٢٢/٢٩٢).

٣- ٣ . المكاسب ٣/٤٢٠.

٤- ٤ . هدى الطالب ٥/١٤٩.

٥- ٥ . المكاسب ٣/٤٦٩.

٦- ٦ . المكاسب ٣/٤٧٠.

ثمّ لابدّ من التنبيه على أُمورٍ:

تنبيهات الإجازة:

الأوّل: ليس الخلاف فى الكشف و النقل مفهوميّا

قال جَدُّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله : «و هل بناءً القولين [أى الكشف و النقل] على مقتضى الظاهر، فيجوز الانصراف عن مقتضى كلّ منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو من خارج، أو على اللزوم فإذا تعذّر أحدهما أو صُرّح بخلافه بطلت؟ وجهان، أقواهما الثانى»(١).

و تبعه فى الجواهر و قال: «و على كلّ حالٍ، فالظاهر أنّ بناءً القولين على اعتبار ذلک شرعا لا أنّه فى حمل الإطلاق عليه و إلاّ فيجوز إرادة الكشف أو النقل بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو الخارج بتعذّر أحدهما فيتّجه حينئذ البطلان مع ذلک، و به صرّح شيخنا فى شرحه»(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «أنّ الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى و معنى الإجازة وضعا أو انصرافا، بل فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالک و أدلة وجوب

الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففى صحتها وجهان»(۳).

ص: ٤٨٩

۱- ۱ . شرح القواعد ۹۵/۲.

۲- ۲ . الجواهر ٤٦٧/۲۳ (۲۸۹/۲۲).

۳- ۳ . المكاسب ٤۲۱/۳.

أقول: منشأ الخلاف فى الكشف أو النقل يحتمل أن يكون أحد أُمور ثلاثة:

الأوّل: فى سعة مفهوم اللغوى للإجازة وضيقه وضعا بحيث يشمل العقد من حينه أو من حين الإجازة و على الأوّل يكون كاشفا و على الثانى يكون ناقلاً.

و بعبارة أُخرى: أنّها تنفيذ مضمون العقد لا غير فيكون كاشفا، أو أنّها الرضا بمضمون العقد من حينها - لا من حين العقد - فيكون ناقلاً.

الثانى: فى مُنْصَرَف الاطلاق بحيث أنّها(۱) هى طبيعيّة فى الكشف عن الرضا بالعقد و بنفسه(۲) لا يقتضى الكشف أو النقل، فيدعى الكشفى انصراف هذا الاطلاق إلى ترتب أحكام المعاملة من حين العقد، و يدعى النقلى انصرافه إلى ترتب أحكامها من حين الإجازة.

و على هذا الاحتمال يصحّ صرف الإطلاق بقرينة مقامية أو حالية أو مقالية إلى أحد القولين.

الثالث: فى المستفاد من الأدلة الشرعية، فالكشفى يدّعى أنّ الشارع حكم بأنّ الإجازة كاشفة و النقلى يدّعى أنّ المستفاد من الأدلة الشرعية هو النقل.

و الظاهر أنّ منشأ الخلاف هو الثالث – أى المستفاد من الأدلة الشرعية – لا الأوّل – المفهوم اللغوى الوضعى – و لا الثانى – المنصرَف من الإطلاق – .

ثمّ لو خالف كلٌّ منهما ما يعتقده – اجتهادا أو تقليدا – يعنى أراد القائل بالكشف النقلَ، أو أراد القائل بالنقل الكشفَ، فهل يلغو قصد الخلاف و لا أثر له، أو يؤثر القصد و يوجب تبديل الكشف بالنقل و عكسه، أو أنّ قصد الخلاف يوجب بطلان الإجازة من رأسها و يبقى العقد الفضولى متوقفا على إجازة اُخرى؟

وجوه و احتمالات، اختار كاشف الغطاء و صاحب الجواهر بطلان هذه الإجازة كما مرّ كلامهما، و أمّا الشيخ الأعظم ذكر احتمالى الصحة و البطلان من دون ترجيح بينهما

ص: ٤٩٠

١- ١ . أى الإجازة.

٢- ٢ . أى طبيعى الرضا بالعقد.

كما مرّ.

بناءً على أنّ منشأَ النزاع بين قولى الكشف و النقل سعة مفهوم اللغوى و ضيقه وضعا يحكم ببطلان ما لو خالف كلّ منهما ما يعتقده لأنّه استعمل اللفظ فى غير معناه اللغوى الوضعى فيحكم ببطلان استعماله إلاّ أن أقام القرينة بأنّه استعمل اللفظ مجازا فى غير ما وضع له.

و أمّا بناءً على أنّ مَنْشَأَ النزاع كان فى منصرَف الإطلاق فَيُحْكَمُ بصحة مخالفة ما اعتقده، لإمكان تقييد كلّ إطلاقٍ بالقيد، و هذا أحد مصاديقه ولكنّه لابدّ من إظهار القيد و التقييد حالية كانت أو مقامية أو لفظية.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان فى المستفاد من الأدلة الشرعية ففيه وجوهٌ ثلاثة:

أ: وجه اللغوية: حيث أن قصد الخلافُ ينافى الوضع اللغوى أو المنصرَف من الإطلاق أو المستفاد من الأدلة الشرعية فيكون ملغى و لا تأثير له فيجرى الكشف أو النقل.

ب: و وجه الصحة: متعلَّق الإجازة هو مضمون العقد بما يقصده المجيز، فالسبب التام هو العقد و الإجازة المقصودة من المجيز و بهما يحصل المسبَّب قهرا و هو ما أراده المجيز.

ج: و وجه البطلان: إنّ ما أجازه المجيز غير الواقع و ما هو الواقع غير ما أجازه المجيز، لأنّ الواقع هو النقل - مثلاً - ولكن المجيز أجاز بالكشف، أو أنّ الواقع هو الكشف - مثلاً - ولكن المجيز أجاز بالنقل، حينئذ المجاز غير الواقع، و الواقع غير المجاز.

و هذا الاحتمال الأخير قوّاه خالى الفقيه الشيخ حسن بن جعفر كاشف الغطاء فى أنوار الفقاهة(١). و كما مرّ أنّه مختار والده و صاحب الجواهر رحمهماالله أيضا.

و حيث أنّ المستفاد من الأدلة الشرعية هو محلّ الخلاف فلا يمكن تغييره بالقصد،

١- ١ . أنوار الفقاهة، كتاب البيع، مخطوطة.

لأنّه ليس من الأُمور القصدية فهذه الإجازة المخالفة لما هو المستفاد من الأدلة الشرعية تكون باطلة و لا يَثْبُتُ بها شَى ءٌ. ففى تصحيح بيع الفضولى نحتاج إلى الإجازة المستأنفة كما عليه الأعلام الثلاثة - قدس اللّه أسرارهم - .

و ممّا ذكرنا يظهر عدم تمامية التفصيل بين الكشف و النقل، و الحكم بالفساد فى الأوّل و بالصحة فى الثانى كما يظهر من المحقّق السيِّدِ الخوئى(١) رحمه الله .

الثانی: هل الإجازة لابدّ أن تکون باللفظ أم لا؟

یمکن انعقاد البحث فی مَقامَیْنِ:

الأوّل: مقام الثبوت

هل یشترط الإنشاء فی الإجازة أم لا؟ و علی اعتبار الإنشاء هل یشترط أن یکون بالقول أم یکفی الفعل بدلاً من القول؟ و علی تقدیر اعتبار القول هل یشترط فیه الصراحة أو یکفی الکنایة؟

و علی تقدیر عدم اعتبار الإنشاء هل یکفی الرضا الباطنی المقارن للعقد بدلاً من الإجازة أم لا؟

و علی تقدیر عدم کفایة الرضا الباطنی هل یکفی الجمل الأخباریة بدلاً من الإجازة نحو: بارک اللّه و ماشاء اللّه و أحسنت و مثلها.

هذه وجوه و محتملات فی مقام الثبوت.

الثانی: مقام الإثبات

أ: هل یشترط فی الإجازة أن تکون انشاءً باللفظ؟

کما یظهر من الفاضل المقداد(۲) و الشهید الثانی(۳) و المحقّق القمی(٤) و نسبه الفقیه

۱- ۱ . راجع التنقیح فی شرح المکاسب ٤٨٨/١.

۲- ۲ . التنقیح الرائع ۲۷/۲.

۳- ۳ . الروضة البهیة ۲۳٤/۳.

٤- ٤ . جامع الشتات ١٥٤/١ من الطبعة الحجریة (۲۷۳/۲).

العاملی(۱) إلی صریح جماعة و ظاهر آخرین.

ولکن قال الشیخ الأعظم ردّا علی العاملی: «فی النسبة نظر»(۲).

۱- استدل علیه الفاضل المقداد(۳) بأنّ الإجازة کالبیع فی استقرار الملک فکما أنّ البیع لا یتحقّق إلاّ باللفظ فکذلک الإجازة.

ولکن قال الشیخ الأعظم بعد نقله: «و هو یُشْبِهُ المصادرة»(٤).

تقریب المصادرة: أنّ کون الإجازة مثل البیع فی اعتبار اللفظ فی أوّل الکلام لما مرّ سابقا من وقوع البیع بالمعاطاة.

فهذا التشبیه أوّلاً یرد علیه: بأنّه قیاس.

و ثانیا یرد علیه: بأنّ الحکم فی المقیس علیه غیر ثابت بل خلافه ثابت کما مرّ مفصلاً فی بحث المعاطاة فلا نعید.

۲- استدلّ علی اعتبار اللفظ فی الإجازة: بأنّ اللفظ بحکم الاستقراء فی العقود اللازمة معتبر، فلذا ذهبوا فی المعاطاة إلی القول بعدم لزومها.

قال الشیخ الأعظم عن هذا الاستدلال: «و یمکن أن یوجّه: بأنّ الاستقراء فی النواقل الاختیاریة اللازمة - کالبیع و شبهه - یقتضی اعتبار اللفظ، و من المعلوم أنّ النقل الحقیقی العرفی من المالک یحصل بتأثیر الإجازة»(٥).

و فیه: أوّلاً: لو سلّمنا عدم اللزوم فی المعاطاة و بنینا علی اعتبار اللفظ فی العقود اللازمة، لانلتزم به فی المقام لأنّ الإجازة لیست عقدا و لا معاملة و لا بیعا. و إنّما هی من شرائط صحة البیع الحاصل باللفظ الذی أصدره الفضولی. و نحن إذا اعتبرنا اللفظ فی

۱- ۱ . مفتاح الكرامة ۶۰۵/۱۲، قال: «الإجازة كاشفة عن صحة العقد كما هو ظاهر جماعة و صريح» ثمّ ذكر عدّة من الكتب، و أنت ترى بأنّ هذا البيان غير ما فى المتن.

۲- ۲ . المكاسب ۴۲۲/۳.

۳- ۳ . التنقيح الرائع ۲۷/۲.

۴- ۴ . المكاسب ۴۲۲/۳.

۵- ۵ . المكاسب ۴۲۲/۳.

العقود فلا يمكن أن نعتبره فى شرائطها أيضا و لعلّه الظاهر.(۱)

و ثانيا: قد مرّ منّا فى بحث المعاطاة عدم اعتبار اللفظ فى العقود لازمةً كانت أو جائزةً إلاّ ما خرج بالدليل. فلا نسلّم اعتبار اللفظ فى العقود اللازمة و غيرها، فكذلک لا نسلّم القول بعدم لزوم المعاطاة.

فممّا ذكرنا يَظْهَرُ عدم اعتبار اللفظ فى انشاء الإجازة و هى كما يمكن إِنْشاؤُها باللفظ فكذلک يمكن انشاؤُها بالفعل و إن كان الاقتصار على اللفظ هو الأحوط.(۲)

ب: هل اللفظ أو الفعل الدالان على الإجازة لابدّ أن يكونا صريحين فيها؟

أو أنّها تتحقّق بكلّ لفظ أو فعل يدلّ عليها؟

الظاهر هو الثانى و أنّ الإجازة تتحقّق بكلِّ لفظٍ أو فعلٍ يدلّ عليها و لا تحتاج إلى لفظ صريح كأجزتُ و أمضيتُ و أنفذتُ لعدم وجود الدليل عى صراحة اللفظ أو الفعل.

بل الدليل على خلافه: كرواية عروة البارقى الوارد فيها قوله صلى الله عليه و آله : «بارک اللّه‌ء فى صفقة يمينک»(٣). فمن المعلوم أنّه بالالتزام و الكناية يكشف عن الإجازة.

و كذا الروايات الواردة فى الإتجار بمال اليتيم.(٤) و صحيحة الحلبى(٥) و معتبرة مسمع أبى سيار(٦) و قصة بيع عقيل دور النبى صلى الله عليه و آله و بنيهاشم(٧). و التصدّق بمجهول المالک و اللقطة.(٨)

١- ١ . كما عليه المحقّق الخوئى فى التنقيح فى شرح المكاسب ٤٩٠/١.

٢- ٢ . كما عليه الشيخ حسن كاشف الغطاء فى أنوار الفقاهة، مخطوط.

٣- ٣ . مسند احمد ٣٧٦/٤.

٤- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٧، الوجه السادس.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح١. راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٠، الوجه الثامن.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح١، راجع هذا المجلد صفحة ٢٤٥، الوجه العاشر.

٧- ٧ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٥٠، الوجه الثانى عشر.

٨- ٨ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٥٣، الوجه الرابع عشر.

ج: عدم كفاية الرضا الباطنى من الإجازة

ذهب الشيخ الأعظم(١) إلى أنّ العلم بالرضا يكفى فى صحة الإجازة و البيع كما أنّ الرضا الباطنى المقارن للعقد يخرجه عن الفضولى، فالرضا الباطنى بوجوده المقارن للعقد يخرج العقد من الفضولى و بوجوده المتأخر يكفى فى الإجازة، و لا يعتبر فيها الإبراز و الاستناد بمبرز و مستند فعلى أو قولى.

و استشهد على قوله بكلمات جماعة من الأصحاب و عدّة من الروايات:

أمّا الكلمات فهى:

١- تعليل جماعة من الأصحاب فى «عدم كفاية السكوت فى الإجازة بكونه أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح»(٢) فى اعتبار الرضا الباطنى و كفايته فى الإجازة.

كما قال العلاّمة فى هذا التعليل: «لأنّ السكوت كما يحتمل الرضا يحتمل غيره»(٣).

و قال ثانى الشهيدين: «لأنّ السكوت أعم من الرضا فلا يدلّ عليه»(٤).

و كذا يظهر من صاحب الجواهر(٥).

و يرد عليه: أنّ السكوت غير الرضا لا أنّه أعمّ منه، و أمّا ما ذكره القوم بأنّ السكوت أعم من الرضا لعلّ مرادهم من حيث الكشف و الإبراز، لأنّ السكوت لا يكشف دائما عن الرضا، بل ربّما يوجد السكوت و الرضا مفقود. و من الواضح أنّ الأعم لا يدلّ على الأخص، و معناه أنّه لابدّ فى الرضا من شى ءٍ مبرز عنه لا محالة.

بل قد مرّ منّا عدم كفاية الرضا الباطنى فى المعاملات و الانتقالات و لابدّ فيها من

١- ١ . المكاسب ٤٢٢/٣ و ما بعده.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٣/٣.

٣- ٣ . نهاية الإحكام ٤٧٥/٢.

٤- ٤ . الروضة البهية ٢٤٣/٣.

٥- ٥ . الجواهر ٤٧٣/٢٣ (٢٩٣/٢٢).

الاستناد.

٢- انكار الموكّل الإذن فيما اوقعه الوكيل

«قالوا فى باب الوكالة: لو قال الوكيل: وكّلتنى على شراء الجارية بألفين، فقال الموكّل: بل بألفٍ، و كان الشراء بعين ماله، أنّه [الموكّل] يحلف على نفى ما ادّعاه الوكيل و ينفسخ العقد، و لا يكون فضوليّا، لأنّ حلفه يدل على عدم رضاه»(١).

و من القائلين بهذا القول فى الوكالة: المحقّق الثانى فى جامع المقاصد(٢) و فخرالمحقّقين فى إيضاح الفوائد(٣) و المحدث البحرانى فى الحدائق(٤).

قال الشيخ الأعظم: «و حكى عن آخرين أنّه إذا أنكر الموكّل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها»(٥).

و يرد عليه: الشيخ الأعظم يكون فى مقام إثبات الرضا الباطنى بدلاً من الإجازة و فى هذا الفرع يثبت كفاية الردّ الفعلى، لأنّ الموكّل حيث أنكر الوكالة و حلف عليها تبطل الوكالة فى هذا الشراء و يصير فضوليّا و نفس هذا التبرى و الحلف على نفى الإذن يُعدّ ردّا فعليّا للبيع الفضولى. فما يثبت بهذا الفرع كفاية الردّ الفعلى فى المعاملات الفضولية.

٣- كفاية السكوت بدلاً من الإجازة للعقد الواقع على البكر فضولاً.

ذهب جماعة من الأصحاب بكفاية سكوت البكر المعقود عليها فضولاً بدلاً من إذنها و إجازتها.

قال المحقّق فى ما لو عقد على صبية - صغيرة أو كبيرة - غير أبيها و جدّها: «لم يمض إلاّ مع إذنها أو إجازتها بعد العقد ولو كان أخا أو عمّا، و يُقْتَنَعُ من البكر بسكوتها

١- ١ . مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢، ٣٦٥/٢١؛ الجواهر ٤٧٤/٢٣ (٢٩٥/٢٢)، و ٤٠٣/٢٧ من طبعة الإسلامية.

٢- ٢ . جامع المقاصد ٣٠٣/٨.

٣- ٣ . إيضاح الفوائد ٣٦٠/٢.

٤- ٤ . الحدائق ١١٢/٢٢.

٥- ٥ . المكاسب ٤٢٣/٣.

عند عرضِهِ عليها و تُكَلَّفُ الثيبُ النطقَ»(١).

و قال صاحب الجواهر فی ذيله: «عند المشهور بين الأصحاب»(٢).

و صرح بهذه الشهرة الشهيد الثانی(٣) و صاحبا الحدائق(٤) و الرياض(٥).

و قال الشيخ الأعظم: «المراد كفاية السكوت الظاهر فی الرضا و إن لم يفد القطع، دفعا للحرج عليها و علينا»(٦).

أقول: قد مرّ(٧) الكلامُ بِكِفايةِ سُكُوْتِ البكر لأجل النصوص الواردة(٨) فيها و لا يمكن التعدی منها إلی غيرها.

٤- قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ الظاهر أنّ كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن و تمكين الزوجة - اكتفی به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببيّة الفعل تعبّدا»(٩).

أقول: قد مرّ أنّ الإجازة كما تحقّقت بالقول تحقّقت بالفعل أيضا، لأنّ القول و الفعل عند العقلاء سيّان. لا أنّ الفعل يدلّ على الرضا و هو المعتبَر، لأنّ المصحح فى المعاملات هو الاستناد و هو يتحقّق بالقول و الفعل، و لا يعتبر فيها كشف الرضا الباطنى و الفعل و كذا القول لم يكونا كاشفين عنه.

ص: ٤٩٧

١- ١ . الشرائع ٢٢٢/٢.

٢- ٢ . الجواهر ٢٠٣/٢٩.

٣- ٣ . المسالک ١٦٤/٧.

٤- ٤ . الحدائق ٢٦٣/٢٣.

٥- ٥ . رياض المسائل ١٠٦/١١.

٦- ٦ . المكاسب ٤٢٣/٣.

٧- ٧ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٠٢.

٨- ٨ . وسائل الشيعة ٢٧٤/٢٠، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، ح١، صحيحة احمد بن محمّد بن أبينصر البزنطى، و ح٢ صحيحة داود بن سرحان.

٩- ٩ . المكاسب ٤٢٤/٣.

٥- صرح غير واحد من الأصحاب(١) بأنّ المكرَه على البيع لو رضى بما أُكره عليه صح ذلک، و لم يعبّروا عن رضايته بالإجازة، فيظهر أنّ الرضا هو المعتبَر.(٢)

أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم يشبه بالمصادرة إلى المطلوب، لأنّ بيع المكرَه تام إلاّ من جهة رضا المالک، فالاستناد فيه حاصلٌ و الرضا مفقودٌ و إذا حصل الرضا تمَّ بيعه. و لذا قال المحقّق: «لا

يصح بيع الصبى و... المكرَه، ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عُذره، عدا المكرَه للوثوق بعبارته»(٣).

بخلاف بيع الفضولى لأنّ المفقود فيه الاستناد ولو كان الرضا موجود، و الرضا الباطنى لا يكفى فى الاستناد، لأنّ الاستناد يحتاج إلى مبرز خارجى من قول أو فعل كما مرّ.

٦- قد مرّ(٤) فى أوّل بحث الإجازة كلام ثانى المحقّقَيْن(٥) و الشهيدين(٦) بأنّ العقد سبب تام للملک لقوله تعالى: «اوفوا بالعقود» و ينكشف تمامية العقد بإجازة المالک و إعلام رضايته.

استدلّ الشيخ الأعظم بكلامهما بأنّ العقد تام و انكشاف تماميته يظهر بالرضا من دون حاجة إلى اللفظ.

أقول: لابدّ من مبرز و إعلام للرضا سواء فى ذلک القول أو الفعل و به تمّ الاستناد كما مرّ.

قد عرفت عدم تمامية تمسّكه بكلمات الأصحاب - قدس اللّه أسرارهم - .

١- ١ . منهم المحقّق فى الشرائع ٨/٢؛ و العلاّمة فى القواعد ١٧/٢؛ و الشهيد فى الدروس ١٩٢/٣ و اللمعة /١١٠.

٢- ٢ . راجع المكاسب ٤٢٤/٣.

٣- ٣ . الشرائع ٨/٢.

٤- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٨٦.

٥- ٥ . جامع المقاصد ٧٤/٤ و ٧٥.

٦- ٦ . الروضة البهية ٢٢٩/٣.

و أمّا الروايات فمنها:

١- صحيحة ابن بزيع قال: سألت أباالحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً فى سكرها، ثمّ أفاقت فأنكرت ذلک، ثمّ ظنّت أنّه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلک التزويج، أحلال هولها أم التزويج فاسدٌ لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها؟

فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها.

قلت: و يجوز ذلک التزويج عليها؟ فقال: نعم.(١)

استدلّ(٢) الشيخ الأعظم بجواب الإمام عليه السلام : «فذلک رضا منها»، بكفاية الرضا.

و يرد عليه: أوّلاً: ليس فى الرواية الرضا الباطنى فقط بل «أقامت معه بعد ما أفاقت» و هذه الإقامة بعد الإفاقة هى إبراز فعلى للرضا و إعلام له، و هذا غير ما يريد الشيخ الأعظم إثباته من كفاية الرضا الباطنى فقط.

و ثانيا: لو سلّمنا كفاية مجرد الرضا الباطنى فى نكاح السكرى للصحيحة، فَلا يمكن التعدى منه إلى الفضولى، لأنّ السكرى زوّجت نفسها باللفظ مع سائر الشرائط إلاّ الاختيار و الرضا و القصد و إذا حصلت بعد الإفاقة تمّ نكاحها، و ليس نكاحها فضوليّا. كما يظهر من السيّد الخوئى(٣).

و ثالثا: صحيحة ابن بزيع معركة للآراء حتّى من فقيه واحد، و ما يكون كذلک كيف يمكن الاستدلال بها.

عمل بها الصدوق(٤) و الشيخ(٥) و القاضى(٦) و من المقاربين لزماننا يرى صاحب

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٩٤، ح١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٤٢٤.

٣- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩١.

٤- ٤ . المقنع /١٠٢ و ١٠٣.

٥- ٥ . النهاية /٤٦٨.

٦- ٦ . المهذب ٢/١٩٦.

العروة(١) عدم البأس بالعمل بها و إن كان الأحوط خلافه - و يأتى ردّه لها فى حاشية مكاسبه - و وافقه السيّد الحكيم فى المستمسک(٢) - مع ردّه لها فى حاشية مكاسبه أيضا-.

ولكن ابن ادريس(٣) و المحقّق(٤) ردّاها قال الأخير: «و فى السكران الذى لا يعقِلُ تردّدٌ، أظهرُهُ أنَّه لا يصِحُّ ولو أفاقَ فأجاز. و فى رواية: إذا زوّجَتْ السَكْرى نفسَها ثمّ أفاقت فرضيت، أو دخل بها فأفاقت و أقرَّته كان ماضيا»(٥).

ولكن العلاّمة حملها إلى عدم بلوغ السكر إلى حدّ عدم تحصيل القصد و قال: «و إن لم يبلغ السُّكْر إلى ذلک الحدّ صحّ العقد مع تقريرها إيّاه. و عليه تحمل الرواية»(٦).

ولكن ردّ عليه الشهيد الثانى(٧) بما حاصله: هذا الحمل خلاف ظاهر الرواية و مخالف للقواعد العامة الدالة على صحة العقد مع وجود قصد العاقد من دون حاجة إلى الإجازة بعده، فيردّ عليه ارتكاب هذين المحذورين، فطرح الرواية أُولى.

و حملها الفاضل الأصبهانى إلى مقام التنازع و الدعوى و الحكم الظاهرى لا الواقعى، فلو تنازعا فى وقوع العقد مع القصد فادعى الزوج ذلک و انكرت المرأة تأتى هذه الصحيحة، قال: «قلتُ: و يمكن العمل بالخبر مع القول بقضية الأصل التى هى فساد العقد بأنّ يكون الزوج جاهلاً بسكرها فإنّه حينئذ و إن لم يقع نكاح فى الواقع، لكنّه لا يُسمع فى حقّه قول المرأة، خصوصا بعد التمكين من

الدخول و الإقامة معه، فليس عليه مفارقتها و له إلزامها بحقوق الزوجية، و أنّها مادامت تظنّ بصحة نكاحها ليس عليها شی ء، و الوط ء

١- ١ . العروة الوثقى ٦٨٩/٢، مسألة ١٣ أحكام العقد من كتاب النكاح. (٦٠٣/٥ من طبعة جماعة المدرسين).

٢- ٢ . مستمسک العروة الوثقى ٣٨٨/١٤.

٣- ٣ . السرائر ٥٧١/٢.

٤- ٤ . الشرائع ٢١٨/٢.

٥- ٥ . الشرائع ٢١٨/٢.

٦- ٦ . مختلف الشيعة ١١٥/٧.

٧- ٧ . المسالک ١١٥/٧.

الواقع فی تلک المدّة بالنسبة إليه وط ء صحيح شرعی و بالنسبة إليها وط ء شبهة و بعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزة عليها أی ماضية قهرا، ولكن ليس لها فيما بينها و بين اللّه حقوق الزوجية و إن كان عليها الامتناع من التمكين منها ما أمكنها، مع أنّ فيه تأملاً»(١).

و حملها السيّد اليزدی فی حاشية مكاسبه(٢) على أنّها وكلّت غيرها فی التزويج و هی سكری و حيث أنّ التوكيل باطل لفقد القصد، فلذا كان تزويجها فضوليّا موقوفا على الإجازة و الإقامة مع الزوج إجازة فعليّة، إلاّ أنّها مسبوقة بالردّ لقول الراوی: «فانكرت ذلک»، و المراد بالإنكار و إن كان هو الكراهة و الوحشة ممّا صدر منها، لكنّه كافٍ فی الردّ فلا عبرة بالإجازة بعده.

و ذهب السيّد الحكيم فی تعليقه على المكاسب(٣) إلى عدم إمكان العمل بظاهرها.

و التفصيل يطلب من كتاب النكاح.

٢- الروايات الدالة على أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرارٌ منه على تزويجه و يكون صحيحا.

منها: صحيحة معاوية بن وهب.(٤)

و منها: صحيحته الأُخرى.(٥)

و منها: موثقة الحسن بن زياد الطائى.(٦)

بتقريب ذكره الشيخ الأعظم: «ما ورد فى عدّة من الأخبار من أنّ سكوت المولى

١- ١ . كشف اللثام ٥٣/٧ و ٥٤.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢٠٧/٢.

٣- ٣ . نهج الفقاهة /٢٤٥.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح٢.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح٣.

بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه»(١).

بعبارة أُخرى: سكوته بعد علمه يدلّ على رِضاهُ و الرضا الباطنى يكفى فى الإذن.

و يرد عليه: أوّلاً: سكوت المولى بالنسبة إلى نكاح عبده بعد علمه به يكون مبرزا عرفيا لإذنه، و الإبراز يكفى فى الاستناد كما مرّ.

و ثانيا: نكاح العبد ليس من قبيل المعاملات الفضولية بل هو من أفعال نفسه ولكنّه متوقف على إجازة مولاه، نظير تزويج الزوج مع بنت أخى زوجته أو بنت أُختها، لأنّه متوقف على إجازة زوجته، فإذا رضيت الزوجة أو رضى المولى فيتم النكاح. لأنّ هذا النكاح فاقد لبعض الشروط و مع حصولها تمّ النكاح و صحَّ.

بخلاف المعاملات الفضولية التى لابدّ فيها من الاستناد بقولٍ أو فعلٍ و لا يكفى فيه الرضا الباطنى.

٣- «مادلّ على أنّ قول المولى - لعبده المتزوّج بغير إذنه - طلِّق، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة»(٢).

نحو: حسنة على بن جعفر.(٣)

يرد عليه: أوّلاً: قول المولى: «طلِّق» إبراز و إظهار و استناد، و المولى فى هذه الحسنة لم يكن راضيا بنكاح عبده ولكن حيث استند النكاح إليه فتمّ و هذا مناقضٌ مع مقالة الشيخ الأعظم التى أراد إثباتها من كفاية الرضا الباطنى.

و ثانيا: قد مرّ أنّ نكاح العبد ليس فضوليّا.

٤- و مادلّ «على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التى ترتفع بالرضا»(٤).

١- ١ . المكاسب ٤٢٤/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٥/٣.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح١، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٤- ٤ . المكاسب ٤٢٥/٣.

منها: صحيحة زرارة.(١)

و منها: موثقة زرارة.(٢)

يرد عليه: ما ذكرته آنفا فى ذيل الروايات الدالة على أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه.

٥- «مادلّ على أنّ التصرف من ذى الخيار رضا منه»(٣).

منها: صحيحة على بن رئاب.(٤)

و منها: صحيحة محمّد بن الحسن الصفار.(٥)

و منها: صحيحة أُخرى لعلى بن رئاب.(٦)

و يرد عليه: أوّلاً: معاملة المتصرِّف لم يكن فضوليا.

و ثانيا: التصرفُ فعلٌ و لم يكن الرضا الباطنى الذى ادعاه الشيخ الأعظم.

٦- قال الشيخ الأعظم: «غير ذلک»(٧).

أقول: لعلّه إشارة إلى ما ذكره صاحب الجواهر بقوله: «لفحوى بعض نصوص النكاح الفضولى: أنّه يحلف على عدم الرضا فى نفسه فيما بينه و بين اللّه»(٨).

و لعلّ مراد صاحب الجواهر من بعض النصوص هى: صحيحة أبيعبيدة(۹) و فيها: «و تحلف باللّه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضا بالتزويج».

ص: ۵۰۳

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۱۱٤/۲۱، ح۱، الباب ۲٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۲- ۲ . وسائل الشيعة ۱۱۵/۲۱، ح۲.

۳- ۳ . المكاسب ٤۲۵/۳.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ۱۳/۱۸، ح۱، الباب ٤ من أبواب الخيار.

۵- ۵ . وسائل الشيعة ۱۳/۱۸، ح۲.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ۱۳/۱۸، ح۳.

۷- ۷ . المكاسب ٤۲۵/۳.

۸- ۸ . الجواهر ٤۷٤/۲۳ (۲۹٤/۲۲).

۹- ۹ . وسائل الشيعة ۲۱۹/۲٦، ح۱، الباب ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج.

و خبر عبيد بن زرارة.(۱)

و يرد عليه: ما اوردتُهُ آنفا فى روايات التصرف من ذى الخيار.

فظهر لک إلى هنا عدم تمامية الرضا الباطنى بدلاً من الإجازة و الاستناد و الحمدللّه.

بقى فى المقام: اعتراضٌ من الشيخ الأعظم على نفسه(۲)

تحت عنوان الباقى ذهب إلى اعتبار إنشاء الإجازة و عدم كفاية مطلق الرضا فى تحقّق الرضا و استدلّ عليه بدليل و أيّده بمؤيِّدٍ:

أمّا الدليل: فإنَّ كفاية مطلق الرضا فى صحة بيع الفضولى بدلاً من الإجازة يستلزم الخروج عن عنوان الفضولية إذا علم الفضول قبل بيعه رضا المالک أو أحرز الرضاية مقارنا للبيع و عدم احتياجه إلى الإجازة المتأخرة حينئذ لأنّ المفروض شرطية مطلق الرضا الباطنى، مع أنّ هذا البيان - الخروج عن الفضولية - مخالف لمذهب الأصحاب - قدس اللّه أسرارهم - من اعتبار الإذن السابق فى الخروج عن الفضولية سواء كان المالک راضيا حال العقد أو قبله أم لا. و إنّهم ذهبوا إلى أنّ مورد إحراز رضا المالک - بلا إذن منه - مشمول لعنوان الفضولى و يتوقف نفوذه على الإجازة اللاحقّة، و هذا دليل على عدم اعتبار الرضا الباطنى عندهم فى المعاملات.

و أمّا المؤيِّد: لو كان مجرد الرضا الباطنى يعدّ إجازة لبيع الفضولى لكان عكسه مجرد الكراهة فيكفى فى الرد و بطلان الفضولى مع عدم القائل به، بل الأصحاب قدس سرهم يذهبون إلى خلافه فى الفرعين المتقدمين:

الأوّل: بيع المكرَه، و هو يقولون بصحته إذا لحقّته رضاية المالک فى ما بعد.

الثانى: صحة البيع الفضولى المسبوق بنهى المالک، إذا عدل المالک عن نهيه و أجاز البيع فى ما بعد.

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٣٠/٢١، ح١٤، الباب ٥٨ من أبواب المهور.
٢- ٢ . المكاسب ٤٢٥/٣.

و هذان الفرعان شاهدان على عدم اعتبار الكراهة الباطنية فى الردّ.

أقول: يمكن أن يردّ على دليله: بأنّ بعض من الأصحاب ذهبوا إلى خروج البيع مع رضاية مالكه عن الفضولية و جواز التصرف فيه و عدم احتياجه بالإجازة اللاحقّة، كما مرّ هذا القول فى الأقوال الواردة

فی وجوه الکشف: الثالث: الکشف الحقیقی التقدیری کما علیه المحقّق الرشتی، و الخامس: الکشف الحقیقی الحصولی کما علیه صاحب الجواهر فراجعهما.

و علی مؤیّده: بعدم وجود الملازمة بین الرضا و الإجازة و بین الکراهة و الردّ، و وجود الفرق بینهما بأنّ مجرد الرضا تعدّ إجازة ولکن مجرد الکراهة لا تعدّ ردّا.

ولکن العمدة عدم تمامیة الدلیل علی کفایة مطلق الرضا الباطنی فی المعاملات و احتیاجها إلی الاستناد.

هذا تمام الکلام فی هذا التنبیه و الحمدللّه.

الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ

قال الشیخ الأعظم: «من شروط الإجازة أن لا یسبقها الردّ، إذ مع الردّ ینفسخ العقد فلا یبقی ما یلحقه الإجازة»(۱).

و قال السیّد العاملی: «و الردّ أن یقول: فسخت، ولو قال: لم أجز کان له الإجازة بعد ذلک کما صرّح به الشهید فی حواشیه فی باب النکاح، و یشهد له جملة من الأخبار و کلام الأصحاب(۲)، و قد سمعت آنفا خبر الولیدة»(۳).

و قال فی کتاب الحجر: «و قد قلنا فی باب البیع: إنّ الردّ الّذی یفسخ به الفضولی أن یقول: فسخت، فلو قال: لم أجز کان له الإجازة بعد ذلک کما تشهد به الأخبار، و به صرّح

۱- ۱ . المکاسب ۴۲۶/۳.

۲- ۲ . کما فی الروضة البهیة ۲۳۴/۳؛ و التنقیح الرائع ۲۷/۲.

٣- ٣ . مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢.

الشهيد فى باب النكاح، بل هو ظاهر الأصحاب»(١).

و استدلّ عليه بوجوه ثلاثة:

الأوّل: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «بعد ظهور الإجماع بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا»(٢).

ورد التصريح بالإجماع فى الرياض(٣) و المناهل(٤) و شرح القواعد(٥) و الجواهر(٦) و العروة الوثقى(٧)، و المراد ببعض مشايخنا يمكن أن يكون صاحب الجواهر كما عبّر عنه ب- «بعض مشايخنا المعاصرين»(٨)، و أمّا المراد(٩) به هو السيّد المجاهد صاحب المناهل فبعيد، لأنّ الشيخ الأعظم عبّر عنه ب- «سيّد مشايخنا فى مناهله(١٠)» أو «بعض سادة مشايخنا»(١١).

و أخذ المحقّق النائينى بهذا الإجماع و قال: «إنّ دعوى الإجماع من مثل المصنف رحمه الله [الشيخ الأعظم] كاشفٌ قطعىٌّ عن تسالم الحكم بين الأصحاب»(١٢).

ولكن يرد على الإجماع: أوّلاً: ب- «أنّ الإجماع لا أساس له فى المقام لما نُقل من

١- ١ . مفتاح الكرامة ٢٥١/١٦.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٦/٣.

٣- ٣ . رياض المسائل ٢٢٤/٨.

٤- ٤ . المناهل /٢٨٩.

٥- ٥ . شرح القواعد ٨٠/٢.

٦- ٦ . الجواهر ٢٣/٤٥٠ (٢٢/٢٧٨).

٧- ٧ . العروة الوثقى ٥/٦٥٨، كتاب الوصية، مسألة ٤، طبعة جماعة المدرسين.

٨- ٨ . المكاسب ١/٣٧٧.

٩- ٩ . كما احتمله المحقّق المروج فى هدى الطالب ٥/١٨٢.

١٠- ١٠ . المكاسب ٥/١٤٢.

١١- ١١ . المكاسب ٤/١٠٩.

١٢- ١٢ . المكاسب و البيع ٢/١٢٩.

أنّ المسألة كانت مسكوتا عنها إلى زمان الشهيد قدس سره و معه كيف يطمئن الإنسان بأنّ الحكم قد وصل يدا بيدٍ من زمن المعصومين عليهم السلام هذا»(١).

و ثانيا: الإجماع المنقول ليس بحجة

و ثالثا: الإجماع يمكن أن يكون مدركيّا و مدركه الوجوه التالية و مع هذا الاحتمال لا يمكن الأخذ به.

الثانى: العقد ربط بين التزامين(٢)

حقيقة العقد هى ربط إلتزام بالتزام آخر، و هذا الربط بينهما إنّما يحصل فيما إذا لم يكن هناك قاطع فى البين، و الردّ يقطع الارتباط بينهما، و هذا نظير رجوع الموجِب عن الإيجاب فإنّه يمنع عن اتصال القبول بالإيجاب.

و فيه: أوّلاً: أنّ الردّ لو كان من طرف الأصيل لكان لما أفاده وجه و صار نظير رجوع الموجِب عن الإيجاب، و أمّا الردّ من طرف المالک - الذى تصدى الفضولى العقد عنه - فتصريحه بعدم القبول و عدم انتساب العقد إليه لا يقطع الارتباط، لأنّ لفظ «لا أقبل» ليس أزيد من عدم الرضا واقعا، فكما

أنّه إذا لم يكن راضيا بما أصدره الفضولى أوّلاً ثمّ رضى به لا يمنع عدم رضاه الواقعى عن الاتصال بين الالتزامين، فكذلک الحال فيما إذا صرّح بعدم القبول ثمّ أجازه بالالتماس و نحوه.(۳)

و ثانيا: التنظير فى غير محلّه لأنّ رجوع الموجِب عن إيجابه إنّما يكون قبل تمامية العقد و أمّا الردّ إنّما يقع بعد العقد و بينهما بون بعيد.

و بالجملة: إذا ردّ المالک أوّلاً ثمّ رجع و أجاز العقد تمّ انتساب العقد إليه و يصح العقد و تربط التزامه بالتزام الآخر و ردّ الأوّل لا يقطع هذا الربط.

ص: ۵۰۷

۱- ۱ . التنقيح فى شرح المكاسب ۴۹۳/۱، و نحوها فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ۴۰۴/۲ و مصباح الفقاهة ۲۱۱/۴.

۲- ۲ . راجع المكاسب ۴۲۶/۳.

۳- ۳ . التنقيح فى شرح المكاسب ۴۹۴/۱.

اللهم إلاّ أن نقول بمقالة المحقّق الخراسانى(۱) رحمه الله و حاصله: الظاهر اعتبار اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد إنّما هو لأجل أنّ الإجازة مع سبقه بالردّ لا توجب صحة إسناد العقد عرفا إلى المجيز، و الموجب لإسناده إلى المجيز هو الإجازة غير المسبوقة بالردّ، و لاأقل من الشک فى إسناده إليه مع سبق الإجازة به، فلا دليل حينئذ على نفوذ هذا العقد على المجيز، لأنّ التمسک بالعمومات مع هذا الشک تمسک بالدليل فى الشبهة المصداقية، هذا.

الثالث: الردّ يؤثر لقاعدة السلطنة

المالک بمقتضی قاعدة السلطنة – المقبولة عند العقلاء من ذهابهم إلی أنّ حقّ السلطنة علی المال للمالک – یتمکّن من الردّ و الإجازة فی بیع الفضولی، و حیث یردّه المالک فلا یبقی بیعٌ حتّی یلحقه الإجازة.(۲)

و فصّل المحقّق النائینی فی المقام بقوله: «لا إشکال فی سلطنة المالک علی إجازة العقد الصادر عن الفضولی و أنّ السلطنة علی الشی ء یقتضی أن یکون مسلِّطا علی عدیله، بحیث یکون له القدرة علی طرفی الشی ء و إنّما الکلام فی أنّ سلطنته هل هی علی الإجازة و عدم الإجازة.

و بعبارة أُخری: یکون سلطانا علی النقیضین بحیث یختار أحدهما، أو أنّه مسلِّط علی إمضاء العقد و إبطاله و ردّه، و یکون قدرته متعلِّقة بأمرین وجودیین و یکون التقابل بین متعلّقی قدرته بالتضاد لا بالسلب و الإیجاب؟

و لازم الأوّل [التناقض] عدم سقوط العقد عن قابلیة لحوق الإجازة بسبب الردّ لأنّ المالک حینئذٍ مخیّرٌ بین الإجازة و عدم الإجازة، و عدم الإجازة أمرٌ عدمیٌّ حاصل من أوّل العقد إلی زمان تحقّق الإجازة و الردّ لایوجب سقوط حقّ الإجازة، لأنّ حال المالک بالنسبة إلی ما بعد الردّ و قبله متساوٍ بالنسبة إلی تحقّق عدم الإجازة فکما أنّ عدم

۱- ۱ . راجع حاشیته علی المکاسب /٦٦.

۲- ۲ . راجع المکاسب ۴۲٦/۳.

الإجازة قبل الردّ لا یمنع عن الإجازة فکذلک بعد الردّ.

و بالجملة فالردّ یصبح حینئذ أجنبیّا عن متعلَّق سلطنة المالک فیکون وجوده کعدمه.

و لازم الثانى [التضاد] هو سقوط حقّ المالک بسبب الردّ حيث أنّه أعمل حقّه و استوفاه بالردّ، و معه فلا يبقى شى ء حتّى يلحقه الإجازة»(۱).

و يرد على الدليل و التفصيل: أوّلاً: الإجازة اللاحقة بعد الردّ توجب الترديد فى ملكية المجيز بعدها، لأنّ على فرض تمامية الإجازة تخرجُ العين من ملک المجيز و بعد خروجه من ملكه لا تجرى قاعدة السلطنة أو حديثها، لأنّهما فرع الملک و مَبْنيّانِ عليه، و على فرض عدم تمامية الإجازة تَبْقى العين فى ملكه و تجرى القاعدة و حديثها.

و حيث لم نعلم تمامية الاجازة و عدمها فلا تجرى قاعدة السلطنة و عدمها.

و ثانيا: بأنّ قاعدة السلطنة و حديثها لا يُوْجِبان مشروعية التصرفات المشكوكة بحسب الحكم التكليفى أو الوضعى، أنّها جائزة بحسب التكليف و الوضع.

بالجملة: القاعدة و حديثها ساكتتان عنها، و عليه إذا اشترى لباسا و شكّ فى جواز لبسه من جهة أنّه من مختصات النساء فلا يمكن إثبات اللبس بعموم القاعدة أو حديث السلطنة، فحينئذ إنّا نشكّ فى أنّ المالک هل يجوز أن يتصرّف فى ماله بقطع العلاقة الحاصلة بالبيع على نحو لا يصحّ بالإجازة المتأخرة فلا يمكن التمسک بعموم السلطنة فى إثبات صحته و جوازه. هذا بالنسبة إلى الكبرى.

و ثالثا: و أمّا الصغرى: فَلاِءَنَّ المعاملة الفضولية لم تحدث شيئا فى مال المالک حتّى نرفعه بقاعدة السلطنة أو حديثها بناءً على أنّه يثبت الجواز فى التصرفات المشكوک جوازها و صحّتها.(۲)

و الحاصل: حيث لم تَتمّ الوجوه الثلاثة إلى هنا فيمكن أن نقول بأنّ الردّ من المالک

۱- ۱ . المكاسب و البيع ۱۳۱/۲.

٢- ٢ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٩٥/١.

لا يضرّ بالإجازة اللاحقة كما عليه الفقيه السيّدُ اليزدى حيث يقول: «الحقّ أنّ الردّ من المالک غير مانع من الإجازة بعد ذلک، و لايوجب الفسخ و ذلک لعدم تمامية الوجوه المذكورة»(١).

و تبعه المحقّقون السادة البروجردى(٢) و الخوئى(٣) و الخمينى(٤).

و ظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة المحقّق النائينى من قياس الردّ بالإجازة حيثث يقول: «... فردّه عقد الفضولى كجواز البيع له، فكما لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلک لا ينفذ منه إبطال ردّه بعد تحقّقه منه. و على هذا، فمعنى سلطنته أن يكون كلا طرفى الإجازة و الردّ راجعا إليه فإذا أعمل أحدهما فلا يبقى محلّ للآخر»(٥).

و الوجه فى عدم تماميته: أنّ القياس بين الردّ و الإجازة مع الفارق لأنّ الإجازة توجب انقطاع سلطنة المالک على المال كالبيع و الهبة و بعده لا معنى للردّ لأنّه صار ملكا للغير، و هذا بخلاف الردّ قبل الإجازة، فإنّ غاية ما يترتّب عليه عدم بيع المالک فقط، و هذا لا ينافى بيعه بعد ذلک.(٦)

لا يقال: جريان حديث أو قاعدة السلطنة - على تقدير جريانها - للردّ يكون معارضا بجريانها فى الإجازة لأنّ نفوذ الردّ قبل الإجازة بمقتضى السلطنة يكون معارضا بنفوذ الإجازة بعد الردّ لأنّها أيضا من أنواع السلطنة.

فلا يمكن جريانها فى الردّ و الإجازة معا للمعارضة و لأحدهما دون الآخر يكون ترجّحا بلا مرجّح.

لأنّا نقول: المعارضة باطلة، لأنّ على جريانها للردّ لا يبقى مَحَلٌّ للإجازة و على

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٠٩/٢.

٢- ٢ . فى تعليقته على العروة الوثقى ٦٥٨/٥، كتاب الوصية، مسألة ٤.

٣- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٩٧/١.

٤- ٤ . كتاب البيع ٢٩٣/٢.

٥- ٥ . منية الطالب ٩٤/٢.

٦- ٦ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٩٧/١.

فرض جريانها فى الإجازة فلا يبقى مَحَلٌّ للردّ و حيث أنّ المفروض تقدّم الردّ على الإجازة فحيث يجرى فى الردّ فلا يبقى مَحَلٌّ فى الإجازة. فالمعارضة مفقودةٌ نعم، أنّها تجرى فى الردّ لما مرّ.

ثمّ يمكن الاستدلال على عدم اعتبار الردّ فى بطلان بيع الفضولى إذا صدر بعده الإجازة بصحيحة محمّد بن قيس(١) الماضية حيث أخذ الوليدة و ابنها ردّ عمليٌّ لبيع ولده الفضول، و بعد هذا الردّ العملى و ما وقع أجاز بيع ابنه.

اعترف الشيخ الأعظم(٢) بظهور هذه الصحيحة فى صحة الإجازة بعد الردّ و لكن أُورد(٣) عليها بأنّ الردّ الفعلى الموجود فى الصحيحة كأخذ المبيع غير كافٍّ فى تحقّق الردّ بل لابدّ من إنشاء الفسخ و الردّ.

ثمّ اعترض(٤) على نفسه: بأنّ الرد فى المقام ليس بأولى من الفسخ فى المعاملات اللازمة الخيارية بالعَرَض و قد صرّحوا بحصول الفسخ فيها بالفعل.

و أجاب عنه: ب- «أنّ الفعل الذى يحصل به الفسخ - فى المعاملات - هو فعل لوازم ملك المبيع كالوط ء و العتق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع»(٥).

ولكن يمكن إبرام جوابه بأنّ: تحقّق الفسخ الفعلى فى المعاملات اللازمة يكون من جهة أنّ المال خرج من ملك من له الخيار فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرّما شرعيّا فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة و أنّه لا يفعل الحرام، يوجب حمل فعله و تصرفه و أخذه على الفسخ. بخلاف

تصرف المالک فی البیع الفضولی فإنّه تصرّف فی ماله ولو لم یکن بعنوان الردّ فیکون جائزا، فمن هذه الجهة یکون تصرّف من له الخیار فسخا و

۱- ۱ . وسائل الشیعة ۲۰۳/۲۱، ح۱، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء.

۲- ۲ . المکاسب ۴۲۶/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۴۲۷/۳.

۴- ۴ . المکاسب ۴۲۷/۳.

۵- ۵ . المکاسب ۴۲۷/۳.

لا یکون تصرف المالک المجیز ردّا.(۱) فلا یتحقّق الردّ بتصرف المالک فی بیع الفضولی.

أقول: بناءً علی مختارنا من عدم الفرق بین القول و الفعل، الردّ الفعلی تام و یثبت به الردّ إلاّ أنّه قد مرّ آنفا عَدَمُ اشتراط الإجازة بمسبوقیتها بعدم الردّ کما علی عدم الاشتراط جمع من الأعلام.

نعم، صحیحة محمّد بن قیس لم یثبت فیه عدم الرد الفعلی فیه کما مرّ(۲) فی الاستدلال بها علی صحة بیع الفضولی.

و العجب من بعض المعاصرین - مد ظله - حیث اعترض علی استاذه المحقّق السیّدِ الخوئی بأنّه لماذا لا یری ظهور صحیحة محمّد بن قیس فی تحقّق الإجازة عقیب الرد ثمّ قال: «و یخیل لی أنّ الأُستاذ الجلیل قدس سره قد ذکر هذا الأمر فی أوائل فقاهته، و بعد نضوجها و اشتدادها رجع عنه و أقرَّ بما یوافق الفهم العرفی المحاوری للروایة علی ما أفاده و ألقاه علینا فی مجلس بحث نکاح العروة و افتی قدس سره به فی بیع «منهاج الصالحین»...»(۳).

وجه التعجب: المحقّق السيّد الخوئی لا یری الصحیحة نصا و لا ظاهرا فی تحقّق الإجازة عقیب الردّ ولکن حیث یستشکل فی الأدلة الواردة فی کلام الشیخ الأعظم فی عدم نفوذ الإجازة بعد الردّ، یقول بتحقّقها بعد الردّ فی البیع(٤) و النکاح(٥) و فی منهاجه(٦).

و تبعه فی کتاب فتواه تلمیذاه - و هما استاذای(٧)، و أمّا السیّد السیستانی(٨) ففی

١- ١ . راجع محاضرات فی الفقه الجعفری ٤٠٨/٢؛ التنقیح فی شرح المکاسب ٤٩٩/١.

٢- ٢ . راجع صفحة ١٩٢ من هذا المجلد.

٣- ٣ . بشری الفقاهة ١٣٢/٤.

٤- ٤ . محاضرات فی الفقه الجعفری ٤٠٧/٢؛ مصباح الفقاهة ٢١٨/٤؛ التنقیح فی شرح المکاسب ٤٩٧/١.

٥- ٥ . المبانی فی شرح العروه الوثقی ٢٦١/٣٣، طبع موسوعة الإمام الخوئی رحمه الله .

٦- ٦ . منهاج الصالحین ١٧/٢.

٧- ٧ . منهاج الصالحین ٢٢/٢ لشیخنا الاستاذ التبریزی قدس سره ؛ منهاج الصالحین ٢٤/٣ لشیخنا الاستاذ الوحید الخراسانی - مد ظله - .

٨- ٨ . منهاج الصالحین ٢٧/٢ للسیّد السیستانی.

إشکاله علی فتوی المشهور فقط.

ولکن مع ذلک یری السیّد الخوئی رحمه الله أنّ الصحیحة لا تخلو عن الإشعار فی الردّ.(١)

و یمکن الاستدلال علی عدم الاشترط بصحیحة محمّد بن اسماعیل بن بزیع(٢) الماضیة.

فإنّ قوله: «فأنكرت ذلک»، و قوله: «ففزعت منه» ظاهران فی إظهار التنفرو المخالفة للنكاح. و لاريب أنّهما كافٍ فی الردّ. و لا يعتبر فی الردّ أن تقول «رددتُ» أو «فسختُ» أو نحوهما.

و معنی الإنكار هنا و الإفزاع هما ما يقابلان الرضا و القبول، لا الإنكار لتحقّق الفعل منها، و هما ردّان فعليان بل قوليان بلا إشكال كما عليه المحقّق السيّدُ الخمينی(۳) رحمه الله .

لا يقال: إنّ مورد الرواية بقرينة «فزوجتْ نفسها» ظاهرة فی المباشرة فی التزويج منها لا التوكيل أو الفضولی لها، فحينئذ موردها غير ما نحن فيه و هو الفضولی.(٤)

لأنّا نقول: بأنّ التوكيل فی باب الزواج حتّی فی العصور المتقدمة كان شائِعا و «يوجب - علی الأقل - انقداح احتماله فحينئذ مع ترک الاستفصال تدلّ علی عدم الفرق بين المباشرة و التوكيل»(٥)، مع أنّ البحث هنا حول أنّ الردّ هل يوجب انهدام العقد أم لا؟ و من هذه الجهة لا فرق بين إنشاء المباشری و إنشاء الفضولی.

١- ١ . محاضرات فی الفقه الجعفری ٤٠٧/٢؛ مصباح الفقاهة ٤٠٧/٤؛ التنقيح فی شرح المكاسب ٤٩٨/١.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٩٤/٢٠، ح١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح و أُولياء العقد.

٣- ٣ . كتاب البيع ٢٩١/٢.

٤- ٤ . راجع البيع /٣٩٦ تقريرات الفقيه آية اللّه السيّد محمّد الحجة الكوهكمری قدس سره بقلم آية اللّه الشيخ أبوطالب التجليل رحمه الله .

٥- ٥ . كتاب البيع ٢٩٢/٢.

«ولو قيل: إنّ رضاها بالتزويج معلَّق على اللزوم و الرضا المشروط و التعليقىّ لا أثر له فلا يجوز الإتكال على الرواية.(١)

يُقال: إنّ ظنّها باللزوم جهة تعليليّة و بعد ذلک رضيت به، و الرضا فى باب المعاملات ليس بمعنى طيب النفس بل أعمّ منه كما فى عقد المضطرّ كما مرّ»(٢).

أقول: قد مرّ منّا(٣) سابقا عدم إمكان التعدى منها إلى الفضولى لأنّ الحكم الوارد فيها يكون خلافا للقاعدة فيجب الاقتصار عليه و لا يمكن التعدى إلى غيره.

ثمّ قال المحقّق السيّدُ الخمينى: «ثمّ لو شككنا فى أنّ الردّ موجب للفسخ فاستصحاب بقاء العقد لا مانع منه فإنّ العقد إذا لحقته الإجازة يكون موضوعا لوجوب الوفاء فالعقد موجود بالأصل و لحوق الإجازة به وجدانىّ.

نعم، لو قلنا بأنّ العقد المتقيّد و المتّصف بكونه مرضيّا به و مُجازا موضوع لكان الأصل مثبتا»(٤).

الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟

إذا كانت الإجازة حقّا ينتقل إلى ورثة المالک بعد موته و إذا كانت حكما فلا، لأنّ الحكم لا ينتقل.

قد مرّ منا(٥) الفرق بين الحقّ و الحكم الترخيصى - لا الإيجابى و التحريمى - و قلنا: إنّ المجعول ابتداءً فى الحقّ هو السلطنة و فى الحكم هو الإباحة.

و بعبارة أُخرى: الداعى إلى تشريع الحقّ هو الرعاية من الشارع لحال المكلّف و

١- ١ . البيع /٣٩٧ تقريرات الفقيه آية اللّه السيّد محمّد الحجة الكوهكمرى قدس سره ، بقلم آية اللّه الشيخ أبوطالب التجليل رحمه الله .
٢- ٢ . كتاب البيع ٢٩٢/٢.
٣- ٣ . راجع صفحة ٤٩٤ من هذا المجلد.
٤- ٤ . كتاب البيع ٢٩٣/٢.
٥- ٥ . راجع الآراء الفقهية ١٧/٤.

لياقته للسلطنة ولكن الحكم الترخيصى الداعى إلى جعله خلوه من المصلحة و المفسدة فى نوعه.

ثمّ قد مرّ الكلامُ فى انتقال عدّة من الحقوق إلى الورثة بالموت نحو: حقّ الشفعة - على وجه - و الخيار و القصاص و الرهانه و التحجير و الشرط.

و قال الفقيه السيّد اليزدى(١): أنّ تشخيص صغريات الحقوق و الأحكام فى غاية الإشكال ثمّ نقل عن خالنا الفقيه الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «أنَّ ذلک ممّا يميزه النبيه بذوقه و ليس له معيار كلّى»(٢)، و نقل عن صاحب الجواهر قوله: «كلّ ما عُبّر عنه بالحقّ فى الأدلة الشرعية فهو من الحقوق، و غيره يبنى على كونه حكما فى صورة الشک لأنّ الأصل عدم ترتب آثار الحقّ فتدبّر»(٣).

ثمّ إن كانت الإجازة حكما فلا تنتقل إلى الورثة بلا إشكال، نعم المال ينتقل إليهم فلكلٍّ من ينتقل إليهم المال الإجازة فى نصيبه منه.

و إمّا إن كانت الإجازة حقّا ينتقل بعد موت المالک إلى ورثته - على قولٍ(٤)-، ثمّ هل يرث كلّ واحد منهم الإجازة و الردّ بالنسبة إلى تمام المبيع على حسب ما ذكروه فى إرث حقّ الخيار، أو يرث كلّ واحد منهم الإجازة بالنسبة إلى ما انتقل إليه من المال و فى مال نفسه - كما إذا كانت الإجازة حكما -، أو يرث كلّهم من حيث المجموع فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً فلابدّ من جميعهم إمّا الفسخ و إمّا الإجازة؟

وجوه أو أقوال.

ثمّ هذا البحث - توريث الإجازة - يجرى لو لم نذهب إلى القول بلزوم أنّ المجيز لابدّ و أن يكون مالكا حين العقد، و إلاّ - أى لو قلنا بلزومه - فلا يجرى توريث الإجازة

ص: ٥١٥

١- ١ . حاشيته على المكاسب ٢١١/٢.

٢- ٢ . حاشيته على المكاسب ٢١٢/٢.

٣- ٣ . حاشيته على المكاسب ٢١٢/٢.

٤- ٤ . كما عليه المحقّقون المامقانى فى غاية الآمال /٣٩١، و الخراسانى فى حاشيته على المكاسب /٦٧ و السيّد اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٢١٢/٢.

لأنّه حينئذ المجيز غير المالک حين العقد، و لذا قال الشيخ الأعظم: «بناءً على ما سيجى ء من جواز مغايرة المجيز و المالک حال العقد فى [بحث] من باع مال أبيه فبان ميّتا»(١).

و الفرق بين توريث الإجازة و توريث المال: فى الأوّل يرثها الزوجة ولو كانت بالنسبة إلى العقار، لأنّها - الزوجة - من الورثة و فى الثانى لا يرثها لأنّها ممنوعة من إرث العقار على المشهور.

و فى الأوّل تجرى الإحتمالات الثلاثة الماضية و فى الثانى يتعيّن الإحتمال الثانى فقط - أى يرث كلّ واحد منهم الإجازة بالنسبة إلى ما انتقل إليه من المال - .

و الذى يُهَوِّنُ الخطب عدم تمامية احتمال أن تكون الإجازة حقّا، بل على الأقوى أنّها حكما شرعيّا فى المقام كما عليه ظاهر الشيخ الأعظم(٢) و تبعه السيّدان الخوئى(٣) و الخمينى(٤) رحمهم الله .

الخامس: هل الإجازة إجازة فى القبض و الإقباض للفضولى؟

أقوال:

الأوّل: مَنْقُوْلٌ(٥) عن شيخ الطائفة أنّ إجازة بيع الفضولى إجازة للقبض و الإقباض لأنّه قال فى نهايته: «و متى أمضى المغصوب منه البيع لم يكن له بعد ذلک درک على المبتاع، و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن فيه»(٦).

الثانى: إنكار تلازم إجازة بيع الفضولى مع إجازة القبض و هو الظاهر من العلاّمة حيث علَّق على كلام الشيخ بقوله: «و فيه نظر، فإنّ إمضاء البيع لايوجب الإجازة فى

١- ١ . المكاسب ٤٢٧/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٧/٣.

٣- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٩٩/١.

٤- ٤ . كتاب البيع ٢٩٥/٢.

٥- ٥ . نقل عنه العلاّمة فى المختلف ٥٧/٥؛ و الشهيد فى الدروس ١٩٤/٣؛ و الفاضل المقداد فى التنقيح ٢٧/٢.

٦- ٦ . النهاية /٤٠٢.

قبض الثمن فحينئذ للمالک مطالبة المشترى بالثمن، سواء كان قد دفعه إلى الغاصب أو لا، نعم، لو أجاز القبض كان ما قاله الشيخ حقّا»(١).

و تبع جَدُّنا الشيخُ جَعْفَرٌ العلاّمةَ و قال: «و إجازة القبض من حيث المعاملة إجازة للعقد دون العكس»(٢).

و تبعهما صاحب الجواهر و قال: «ثمّ لا يخفى عليک أنّ إجازة العقد ليس إجازة للقبض من غير فرق فى الثمن بين كونه عينا أو دينا خلافا للمحكى عن الشيخ فجعل إجازته إجازة للقبض. و لا ريب فى ضعفه، فلا يتشخّص الدين - مثلاً - بقبض الفضولى و لا يجرى عليه حكم القبض الصحيح فى العين إلاّ بإجازة مستقلة لذلک بناءً على ما عرفت من جريان حكم الفضولى فى الأقوال و الأفعال...»(٣).

الثالث: و استحسن الشهيدُ قول العلاّمة مع تقييد و قال فى الدروس بعد نقل اختيار الشيخ: «... و اشترط الفاضل إجازة القبض و هو حسن إن كان الثمن فى الذمة»(٤).

و تابع الفاضلُ المقدادُ الشهيدَ فى تقييده و قال: «لو كان البيع بالعين الحاضرة فإجازة البيع إجازة القبض»(٥).

فملخص هذا القول هو التفصيل بين المبيع أو الثمن الشخصى الجزئى و الكلّى، بأنّ إجازة عقد الفضولى تكون إجازةً بالنسبة إلى قبض أو إقباض المبيع أو الثمن الشخصى الجزئى و لا تكون إجازة بالنسبة إلى قبض أو إقباض الكلّى.

الرابع: ذهب الشيخ الأعظم إلى تفصيل آخر فى المقام و قسّم المسألة على ثلاثة أقسام:

أ: تارة القبض يكون جزءً للسبب المملِّک كما فى بيع الصرف و السلَّم ففى هذا

١- ١ . مختلف الشيعة ٥٧/٥.

٢- ٢ . شرح القواعد ٩٥/٢.

٣- ٣ . الجواهر ٤٨٣/٢٣ (٣٠٠/٢٢).

٤- ٤ . الدروس ١٩٤/٣.

٥- ٥ . التنقيح الرائع ٢٧/٢.

القسم ذهب إلى وجود الملازمة بين إجازة عقد الفضولى و إجازة القبض للغوية إجازة البيع مجردّا عن إجازة القبض الذى هو جزء السبب.

و قال: «... فلو كان إجازة العقد دون القبض لغوا - كما فى الصرف و السلَّم بعد قبض الفضولى و التفرّق - كان إجازة العقد إجازةً للقبض، صونا للإجازة عن اللغوية. ولو قال: أجزت العقد دون القبض ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان»(١).

ب: و أُخرى: القبض يكون وفاءً بالعقد من دون دخله فى ترتب الأثر على العقد و يكون العوض شخصيّا، ففى هذا القسم ذهب(٢) إلى عدم وجود الملازمة بين إجازة البيع و إجازة القبض، و توقف تحقّق الوفاء بالعقد على إجازة القبض بخصوصها ولو بقرينة تدلّ عليها. خلافا للشيخ و الشهيد و الفاضل المقداد حيث يروون الملازمة، و وفاقا للشيخ جعفر و صاحب الجواهر.

ج: و ثالثة: نفس القسم الثانى ولكن مع هذا الفرق: و هو أن يكون العوض كلّيّا فى الذمة، ففى هذا القسم استشكل فى وفاء أدلة صحة البيع الفضولى بإمضاء قبض الفضول و قال: «... و أمّا قبض الكلّى و تشخّصه به فوقوعه من الفضولى على وجهٍ تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معمِّمٍ لحكم عقد الفضولى لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلک لا يخلو عن صعوبة»(٣).

توضيح الصعوبة: أدلة صحة عقد الفضولى تشمل العقد الذى هو من الإنشائيات دون القبض الذى هو فعل خارجى، فإجازة المجيز المالک يستند العقد إليه و لا يتشخّص الكلى فى فردٍ من أفراده، و هذا التشخّص خارج عن مقتضى الإجازة فلا يتحقّق بها.

و تظهر الثمرة على قول الشيخ الأعظم فى ما كان الثمن معيّنا فأجازه المالک فى قبضه فمرجع الإجازة إلى إسقاط الضمان عن المشترى و أنّه إذا تلف بعد ذلک فيخرج من مال المالک لا من مال المشترى، كما أنّ المثمن إذا كان معيّنا فمرجع الإجازة فى إقباضه

۱- ۱ . المکاسب ۴۲۸/۳ و ۴۲۹.

۲- ۲ . المکاسب ۴۲۸/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۴۲۸/۳.

إلی حصول المبیع فی ید المشتری برضا المالک، و لا یعتبر فی الإقباض إلاّ ذلک المعنی، إذ لا یشترط فیه أن یأخذه المالک بیده ثمّ یقبضه عنه المشتری، فلذا إذا کان المبیع بید المشتری سابقا فرضی به المالک صح الإقباض لا محالة و إذا تلف، تلف من مال المشتری.

و أمّا إذا کان الثمن أو المثمن کلّیّا یتشخص بالقبض و الإقباض فلا وجه لصحة الإجازة فیهما لأنّ قبض غیر المالک أو إقباضه لا یوجب تشخّص الکلّی فیما أخذه الفضولی أو أقبضه بوجه.(۱)

أقول: یرد علی قسمه الأوّل [أ]: وجود الملازمة بین عقد الفضولی و إجازة القبض فی بیع الصرف و السلَّم لوجود اللغویة فی فرض عدم الملازمة، إنّما یتم فیما کان المجیز عارفا بالملازمة و لغویة إجازة البیع من دون إجازة القبض فیقصد إجازة القبض أیضا کما علیه السیّد الیزدی و قال: «هذا [صونا للإجازة عن اللغویة] انّما یتم إذا کان المجیز عالما بأنّ البیع بدون القبض باطل، و إلاّ فلا یحمل علی کونه إجازة للقبض أیضا...»(۲).

و أمّا إذا کان جاهلاً بالملازمة و صورة اللغویة فی عدمها فلا وجه لکون إجازة البیع إجازة للقبض مع أنّها أمر قصدی لابدّ أن یقصد.

لهذا قال السیّد الیزدی: «لا وجه للوجه الثانی، إذ بعد کونه فی مقام الجدِّ لا معنی للحکم بصحة العقد و بطلان ردّ القبض، مع أنّه صرّح بعدم الرضا به، فالحکم ببطلان العقد متعیّن»(۳).

و لذا أيضا قال جدى الشيخ محمّدتقى صاحب هداية المسترشدين: «لو توقّف صحة البيع على القبض كبيع الصرف و السَلَم و قد حصل القبض من الفضول فأجاز البيع، فإن كان بعد تفرّق المجلس و علمه به كان إجازة للقبض فى وجه قوىّ، إذ لولاه لكان

١- ١ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٥٠٢/١.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢١٣/٢.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢١٤/٢.

إجازته للبيع لغوا، و لحمل فعل المسلم على الصحة مع الإمكان. ولو كان جاهلاً بالتوقف ففيه إشكال، و إن كان المجلس باقيا بحسب اعتقاده»(١).

ثمّ ما ذكره الشيخ الأعظم بعده من إجازة العقد دون القبض من وجهين بلا وجه، لأنّ إذا أجاز العقد و ردّ القبض و البيع فى الصرف و السلّم مشروط بالقبض يبطل العقد قطعا لعدم تحقّق شرطه، فلا وجه لإحتمال الآخر من بطلان ردّ القبض مع تصريحه بالردّ.

و يرد على قسمه الثانى [ب]: من ظهور الثمرة فى أنّ إجازة المالک فى الإقباض تدخل العين تحت يد المشترى الآخذ فإذا تلف المال تلف من مال المشترى، و فى القبض تدخل العين تحت يد المالک فإذا تلف، تلف من ماله.

لا يتم كما قيل: فى قبض الفضولى، لأنّ «المال بعد إجازة المالک أيضا غير واصل إليه بل بعد تحت يد الفضول فإذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض و أنّه من مال بائعه فيوجب انفساخ البيع»(٢) لأنّ يشمله عموم «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، و هذا حكم شرعى لايقبل الاسقاط من جانب المجيز حتّى يقال أنّه بالإجازة أسقط الضمان و معنى الضمان هنا هو إسقاط البيع.

و يرد على قسمه الثالث [ج]: لو كان القبض و الإقباض يتم بإجازة المالک فيهما - كما عليه الشيخ الأعظم فى القسم الثانى [ب] فلماذا منع عن ذلک فيما إذا كان الثمن و المثمن كلّيّا؟

لأنّ الشيخ الأعظم يجرى الفضولى فى القبض و الإقباض بحيث تصححهما إجازة المالک فيهما، فهو يرى شمول أدلة صحة الفضولى فى الفعل الخارجى و هو القبض و الإقباض، فإذا يجرى الفضولى فيهما - القبض و الإقباض - و هما فعلان خارجيان فلماذا لا يرى شمولها فى تعيين الكلّى فى الثمن أو المثمن بيد الأجنبى و هما فعلان خارجيان أيضا، فالتفصيل بينهما بلا وجهٍ.

ص: ٥٢٠

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٦١/٣.

٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤١٠/٢.

و لذا نقول: كلّما يقبل الوكالة يقبل الإجازة و لا إشكال فى أنّ الوكيل يترتّب على فعله جميع ما يترتّب على فعل موكّله، فكذلک لو لم يكن وكيلاً ولكن أجاز المالک فعله فيما بعد، فيصير بالإجازة فعلُه فعلَ المجيز و ينتسب إليه بلا فرق بين القبض و الإقباض و بلا فرق بين الثمن و المثمن الْكُلِّيَّيْنِ أَوِ الشَّخْصِيَّيْنِ. فبالإجازة يستند القبض و الإقباض إلى المجيز و كذلک التعيين فى الكلّى و بما ذكرنا يظهر الجواب عمّا اوردناه على القسم الثانى [ب] من تقسيم الشيخ الأعظم و أنّ الايراد لا يتم.

ثمّ يظهر ممّا ذكرنا ضعف ما ذهب إليه جمع من الأعْلامِ المحشين على المكاسب من عدم جريان الفضولى فى الأفعال الخارجية:

منهم: السيّد أبوالقاسم الإشكورى(١) حيث استشكل فى جريان الفضولى فى القبض.

و منهم: الفقيه السيّدُ اليزدى حيث يقول: «لا يخفى أنّ الفضولية إنّما تجرى فى التصرفات المعاملية بناءً على عموم دليها، لا فى الأفعال الخارجية التى لها آثار شرعية، و القبض فى المعيّن من الأفعال

الخارجية فهو أُولى بالإشكال من القبض فى الكلّى، لأنّ تشخيص الكلّى المملوک بالفرد و تعيينه فيه نوع من المعاملة...»(۲).

و منهم: المحقّق الخراسانى قال: «... لا يقال: إنّ قبض الفضولى بالإجازة صار قبض الأصيل فيكون التلف بذلک تلفا بعد القبض.

فإنّه يقال: ليس كلّ فعل يصّح انتسابه إلى غير مُباشِرِهِ بإجازته، و القبض لم يعلم أنّه من قبيل العقد و البيع و نحوهما ممّا يصحّ انتسابه إلى غير المباشر بالإجازة، أو من قبيل الأفعال الخارجية التى لا يحدث له بذلک انتساب كالأكل و الشرب و غيرهما كما لا يخفى، بل دعوى أنّه مثلها غير مجازفة و مجرد الفرق بينه و بينها من لزوم المباشرة فيها على صحة انتسابها و عدم كفاية النيابة و الوكالة فيها أصلاً، بخلاف القبض، ضرورة كفاية

۱- ۱ . بُغية الطالب ۴۰۶/۱.

۲- ۲ . حاشية المكاسب ۲۱۲/۲.

الوكالة فى صحة انتسابه غير مجد فى صحة الانتساب بمجرد الرضا و الإجازة، بعد عدم صدوره منه تسبيبا و لا مباشرة، و لا يبعد أن يكون مورد الإجازة هو خصوص العناوين الاعتبارية المنتزعة من أسباب خاصة يتوسّل بها إليها كالبيع و العقد و البيعة و نحوها، ممّا يتوسّل إليها بأسباب خاصة صادرة ممّن يقوم بها حقيقة أو من غيرها وكالة أو فضولة مع لحوق الإجازة بها، فالبيع و العقد حقيقة يقوم بالموكل و المجيز و ينسب إليهما حيث ترى صحة اعتبار العقد و البيع و انتزاعها بالإجازة للمجيز مثل اعتبارهما للأصيل أو لغيره بالتوكيل و هذا بخلاف نفس الأفعال الخارجية كالقبض و الإيجاب و القبول، فإنّها لا يكادينسب إلى غير المباشرة إلاّ تسبيبا، و لا مباشرة و لا تسبيب هاهنا من المجيز أصلاً، كما لا يخفى»(۱).

و حاصل كلامه قدس سره أنّه قسّم الأفعال الخارجية إلى ثلاثة أقسام:

١- الأفعال التى ليس فيها قابلية الصدور إلاّ مباشرة كالأكل و الشرب و النوم و الجماع حيث لا يمكن إسنادها إلاّ للمباشر.

٢- الأفعال التى لها قابلية الصدور بالمباشرة أو بالتسبيب من خلال الوكالة أو الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة كالبيع و العقد و البيعة.

٣- الأفعال التى هى الوسط بينهما فلها قابلية أن تصدر بالمباشرة أو بالتسبيب من خلال الوكالة أو الإذن السابق أو الاستنابة، و أمّا من خلال الإجازة اللاحقة حيث يصدق عليها الفضولية فلا، و القبض و الإقباض من هذا القبيل.

و تبعهم المحقّق السيّد الخمينى(٢) حيث يرى أنّ الأقوى عدم جريان الفضولية فى القبض و الإقباض و قال: «... أنّ الفضولية لا تجرى فيما يعتبر من القبض و الإقباض فى باب المعاملات»(٣).

أقول: سيرة العقلاء جارية على أنّ كُلَّ ما يقبل الوكالة يقبل الإجازة و حيث أنّ

١- ١ . حاشية المكاسب /٦٨.

٢- ٢ . كتاب البيع ٢٩٦/٢.

٣- ٣ . كتاب البيع ٢٩٩/٢.

القبض و الإقباض يقبلان الوكالة و كذلک الإجازة السابقة و هى الإذن و الاستنابة، و الإجازة اللاحقة و هى الفضولية فهما مشمولان بذلک.

و إنّهم لا يروون الفرق من حيث تصحيح الانتساب إلى المالک أو مَنْ ولى أمره بين الوكالة و الاستنابة و الفضولية.

و إنّهم لا يروون الفرق بين الفعل الحدوثى و غيره - لو تمّ هذا التعبير لأنّ جميع الأفعال حدوثىٌّ - فالتفصيل بينهما - لو تمّت الاثنينية - كما عن شيخنا الاستاذ قدس سره فى غير محلّه حيث يقول: «و الحاصل: أنّ إجازة القبض فى الحقيقة توكيل، فيكون البائع الفضولى مأذونا فى استيفاء الثمن و الإمساک به، و هذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتّبا على الفعل الحدوثى فإنّه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقة مثلاً: للحاج ذبح هديه بالاستنابة كما إذا أمر الآخر بذبحه، و أمّا إذا ذبح الآخر هديه بتخيّل أنّه هدى نفسه أو عدوانا أو بقصد النيابة عن مالكه فلا يجرى إجازة المالک فى إسقاط وجوب الهدىِ عن نفسه»(۱).

أقول: إذا تمت السيرة فخروج الفعل الحدوثى يحتاج إلى دليل خاص، لو كان نتعبد به، ولكن الظاهر أنّه مفقودٌ فتشمله السيرة و لا وجه للخروج.

نعم، الاستنابة فيما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره من الهدى أو رمى الجمار أو الطواف و السعى و نحوها هو الأحوط.

و المختار عندنا فى المقام: هو قول العلاّمة وَ جَدِّى كاشف الغطاء و صاحب الجواهر من عدم وجود الملازمة بين إجازة العقد و إجازة القبض و الإقباض مطلقا، نعم إذا أجاز القبض و الإقباض فلا فرق بين ثمن الشخصى أو الكلّى و مثمنه و لا فرق بين العين أو الدين و الحمدللّه.

السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفورية

قال الشهيد: «و لا يشترط الإجازة فى الحال، و لا كون المجيز حاصلاً حين العقد

١- ١ . إرشاد الطالب ٣/٤٤٩.

فتصحّ إجازة الصبى و المجنون بعد الكمال...»(١).

و قال الفاضل المقداد: «لا يشترط الفورية فى الإجازة، لما قلنا فى خبر البارقى فله الإجازة ما لم يرد أوّلاً...»(٢).

و قال الشيخ جعفر: «و لا فورية فى الإجازة على الأقوى»(٣).

و قال جدى الشيخ محمّدتقى: «أنّه لا يعتبر الفور فى الإجازة بعد علم المالک بالحال، بل يصحّ مع التراخى أيضا. و ربّما يحتمل أن تكون فورية لما فى التراخى من إرجاء الأمر و إيصال الضرر إلى آخر فى كثير من الصور.

و فيه: أنّه مع علمه بالحال أقدم عليه، فيكون الضرر آتيا إليه من قبله.

و مع جهله و لحوق الضرر عليه يندفع ذلک بثبوت الخيار له كما مرّت الإشارة إليه»(٤).

و قال السيّد العاملى: «و لا يشترط فورية الإجازة، فله الإجازة ما لم يرد كما فى الدروس و التنقيح و الرياض و الحدائق»(٥).

ولكن قال محقّق كتاب مفتاح الكرامة رحمه الله فى تعليقته: «لم نجد فى الرياض و الحدائق ما نسبه الشارح إليهما لا فى البيع و لا فى النكاح الفضوليّين، فراجع»(٦).

و قال السيّد المجاهد: «لا يشترط فى الإجازة الفورية كما صرّح به فى الدروس، اللهم إلاّ أن يترتب الضرر على من لا إجازة له، بحيث لا يتحمّل عادةً فيحتمل حينئذ إجبار من له الإجازة على اختيار أحد الأمرين الفسخ أو الإمضاء إن أمكن، و إلاّ فيجوز

١- ١ . الدروس ١٩٣/٣.

٢- ٢ . التنقيح الرائع ٢٧/٢.

٣- ٣ . شرح القواعد ١٠٠/٢.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٦١/٣.

٥- ٥ . مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢.

٦- ٦ . مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢.

الفسخ مطلقا»(١).

و قال الشيخُ الأعظمُ: «الإجازة ليست على الفور...»(٢).

الاستدلال على عدم الفورية:

يدلّ عليها مضافا للعمومات نحو قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»(٣) و الإطلاقات نحو قوله تعالى: «أحل اللّه البيع»(٤) و «تجارة عن تراض»(٥) أنّهما لم يقييدا بلحوق الإجازة فورا.

صحيحة محمّد بن قيس(٦) المروية فى قضا أميرالمؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها أبن سيّدها و أبوها غائب، إلخ. حيث علّم عليه السلام المشترى بقوله: «خذابنه حتّى ينفذلک ما باعک»، و هذا التعليم من الإمام عليه السلام يدلّ على بقاء أهلية الإجازة حتّى بعد شهور من البيع لأنّ المشترى وطأها فولدت له غلاما و أخذ الأب المالک الوليدة مع ابنها. فالصحيحة تدلّ على عدم فورية الإجازة و أنّها على التراخى حتّى عدّة شهور.

قال الشيخ الأعظم: «و أكثر المؤيدات المذكورة بعدها»(٧) [أى بعد صحيحة محمّد بن قيس].

مراده من المؤيدات: الأدلة التالية:

منها: فحوى مادلّ على صحة نكاح الفضولى، بما فيها من الروايات الدالة على نكاح الصغير أو الصغيرة حيث أنّهما أجازا بعد بلوغهما.

و منها: الروايات الواردة فى الأتجار بمال اليتيم، حيث أنّه أجاز بعد بلوغه.

ص: ٥٢٥

١- ١ . المناهل /٢٨٩.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٩/٣.

٣- ٣ . سورة المائدة /١.

٤- ٤ . سورة البقرة /٢٧٥.

٥- ٥ . سورة النساء /٢٩.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٧- ٧ . المكاسب ٤٢٩/٣.

و منها: رواية موسى بن أشْيَم(١)، الظاهرة فى أنّ النزاع وقع بعد موت الدافع و مضى الحج.

و منها: صحيحة الحلبى(٢)، لأنّ الأخذ بالوضعية ثمّ البيع بأكثر ثمّ ردّ مازاد بانضمام الوضعية إلى صاحبه لا يتحقّق عادة بالفور.

و منها: معتبرة مسمع أبيسيار(٣)، لأنّ الودعى الجاحد جاء بالمال و ربحه أربعة آلاف درهم بعد سنين، و طلب من المالک الاستحلال.

و منها: بيع عَقِيل دور النبى صلى الله عليه و آله و بنيهاشم حيث لم يرد إجازتهم على الفور، و من الواضح أنّها كانت بالتراخى بشهور أو لعلّ بسنين عادةً.

و منها: التصدّق بمجهول المالک و اللقطة، حيث يأتى الإذن من المالک غالبا بعد مدّة، لا على الفور.

و منها: أخبار تحليلُ خُمُسِ المناكح و المساكن(٤) بعد التصرف فيهما و أخذ الإجازة فى المورد الخاص من الإمام عليه السلام .

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو لم يُجِزِ المالک و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرفه فيم انتقل عنه و إليه – على القول بالكشف – فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالک على أحد الأمرين»(٥).

أقول: عدم إجازة المالک إذا وصل إلى حدّ الضرر بالنسبة إلى الأصيل فهل يدفع الضرر عنه بالخيار أو إجبار المالک على أحد الأمرين – من الإمضاء أو الردّ – أو الفسخ مطلقا – أى بلا فرق بين أن يكون الأصيل جاهلاً بالفضولية أو عالما بها – وجوه بل أقوال.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٨٠/١٨، ح١.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح١.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح١.

٤- ٤ . راجع الوجه الخامس عشر من وجوه صحة بيع الفضولى، صفحة ٢٥٢ من هذا المجلد.

٥- ٥ . المكاسب ٤٢٩/٣.

ذهب جدى الشيخ محمّدتقى(١) صاحب الهداية إلى ثبوت الخيار فى فرض جهل الأصيل و أمّا مع علمه بالحال هو أقدم عليه فيكون الضرر آتيا إليه من قبله فلا خيار، و تبعه الشيخ الأعظم(٢) فى العِدْل الأوّل من اختياره، و اختاره الفقيه اليزدى(٣) ثانيا و بعد الإجبار، و الخيار هو مختار المحقّق الخراسانى(٤).

و ذهب السيّد محمّد المجاهد(٥) إلى إجبار المالک على أحد الأمرين فى فرض إمكان الإجبار و تبعه الشيخ الأعظم(٦) فى العِدْل الثانى من اختياره، و اختار الفقيه اليزدى(٧) أوّلاً الإجبار.

و ذهب السيّد المجاهد(٨) إلى جواز الفسخ مطلقا للأصيل لو لم يتمكن من إجبار المالک.

ولكن بناءً على المختار من عدم لزوم العقد من طرف الأصيل فالأمر واضح لأنّه يجوز له التصرف فى ما يملكه قبل الإجازة بأىّ نحو كان فلا يتضرّر أصلاً.

و أمّا بناءً على لزوم العقد من طرف الأصيل كما عليه جمع من أصحابنا فيجوز له الفسخ، و بجواز فسخه يندفع عنه الضرر، ولكنّه يجرى فى حقّه جواز الفسخ مطلقا أم إذا كان جاهلاً بالفضولية؟ لأنّه إذا كان عالما بها يأتى إليه الضرر من قبل نفسه و هو أقدم عليه. الأظهر هو الثانى.

و أمّا إجبار المالک على أحد الأمرين - الإجازة أو الردّ - فلا وجه له أصلاً لأنّه

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٦١/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٢٩/٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢١٤/٢.

٤- ٤ . حاشية المكاسب /٧٠.

٥- ٥ . المناهل /٢٨٩.

٦- ٦ . المكاسب ٤٢٩/٣.

٧- ٧ . حاشية المكاسب ٢١٤/٢.

٨- ٨ . المناهل /٢٨٩.

مسلطٌ على ماله و لم يحدث منه ما يوجب الإجبار و لم يدل دليل على جواز هذا الإجبار.

و أمّا ثبوت الخيار فلا يجرى - أيضا - لأنّ بعض العقود غير قابلة له لا بالجعل و لا بغيره كالنكاح إلاّ فى موجبات الخيار لعقد النكاح و أمّا فى غيرها فلا يثبت الخيار.

نعم، فى فرض جهل الأصيل و لحوق الضرر عليه لا يبعد الحكم بوجود الخيار له دفعا للضرر. كما عليه جدّنا الشيخ محمّدتقى(١) قدس سره و المحقّق الخراسانى(٢) رحمه الله و الأُستاذ المحقّق(٣) - مد ظله - .

و هو العِدْل الأوّل فى كلام الشيخ الأعظم(٤) رحمه الله .

السابع: تطابق الإجازة و العقد (المجاز)

اشارة

هل تعتبر فى صحة الإجازة مطابقتها للعقد من حيث العموم و الخصوص أم لا؟ وجهان.

الوجه الأوّل: هو الحكم بلزوم التطابق بينهما، و على المالک أن يجيز العقد بتمامه، لأنّ العقد واحد و المعاملة الحادثة واحدة و لا مجال لتبعّضها و إجازة جزءٍ منها دون الآخر.

الوجه الثانى: هو الحكم بعدم لزوم التطابق بينهما، لإمكان انحلال العقد و التبعّض فيه، فيمكن إجازة جزءٍ منها دون الآخر.

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٦١/٣.

٢- ٢ . حاشية المكاسب /٧٠.

٣- ٣ . العقد النضيد ٣٤١/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٤٢٩/٣.

المسألة فى رأى الشيخ الأعظم

يرى الشيخ الأعظم(١) أنّ التفصيل هو الأقوى و قسّم المسألة إلى صور ثَلاثٍ:

الصورة الأُولى: إذا وقع العقد على كلٍّ و أجازه المالک على جزءٍ، يصح العقد فى الجزء الذى أجازه المالک و يجبر الضرر على الأصيل بخيار تبعّض الصفقة.

الصورة الثانية: إذا كان الاِخْتِلافُ بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الاِشتراط بحيث أوقع الفضولى العقد مشروطا ولكن المالک يجيزه من دون الشرط قد حكم الشيخ الأعظم(٢) ببطلانها. لأنّه لا يرى العقد قابلاً للتبعيض من حيث الشرط بخلاف الجزء. و إذا أبطل الشرط يسرى بطلانه إلى العقد.

الصورة الثالثة: إذا كان الاِختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الاِشتراط و على عكس الصورة الثانية بحيث أوقع الفضولى العقد مطلقا ولكن يجيزه المالک مشروطا فهاهنا ثلاثة احتمالات:

الأوّل: صحة العقد بشرط قبول الأصيل ذلک الشرط.

الثانى: صحة العقد مطلقا ولو لم يقبل الأصيل الشرط، لأنّ الإجازة تعلَّقت بِنَفْسِ العقد و صحّحته، و أمّا الشرط فلايجب الوفاء به، لأنّ الشرط الذى يجب الوفاء به هو خصوص الشرط الواقع فى ضمن العقد و أمّا إذا كان الشرط خارجا عن العقد فلا يجب الوفاء به، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

الثالث: بطلان الإجازة و بتبعها يبطل العقد، لأنّ الشرط حيث لم يقع فى ضمن العقد فيكون باطلاً و يسرى بطلان الشرط إلى المشروط و هو العقد لإنتفاء المشروط بإنتفاء شرطه. و لأنّ مجموع العقد و الشرط التزام واحد بسيط لا متعدد و حيث ينتفى الشرط ينتفى المشروط - أى العقد - . و لأنّ ما أجازه المالک على نحو الإِشتراط لم يقع الفضولى العقد عليه و ما وقعه الفضولى العقد عليه لم يجزه المالک.

١- ١ . المكاسب ٤٢٩/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٣٠/٣.

و يرى الشيخ الأعظم(١) هذا الإِحتمال الثالث هو الأقوى. و هكذا يرى الشيخ الأعظم المسألة.

المسألة فى رأى صاحب الهداية

ولكن قال جدّى الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية - أعلى اللّه مقامه الشريف - : «أنّه لو أجاز العقد على ما هو عليه لا كلام، و لو أجاز العقد فى البعض بقسط من الثمن فهل يصحّ ذلک؟ وجهان، أجودها الصحة إلاّ أنّه يتخير المالک بين الفسخ و الإجازة لتبعيض الصفقة.

و لا فرق بين أن يجيز جُزْأً مشاعا أو معيّنا، و لا بين أن يكون المبيع أمورا عديدة قد جمعها فى صفقة أو شيئا واحدا.

و أولى بالصحة ما لو كان لشخصين فأجاز أحدهما دون الآخر.

و يحتمل هنا سقوط الخيار مع علمه بكونه لمالكين؛ لإقدامه عليه لا سيّما مع ظنّه(٢) عدم إجازة أحدهما.

ولو اشترط عليه شرطا فى ضمن العقد فأجازه بدون الشرط لم يبعد الحكم بالصحة إلاّ أنّه لابدّ حينئذ من قبول الآخر.

و هل يصحّ العقد قبل قبوله و له الخيار على الفسخ أو يكون مراعى بقبوله فيصحّ معه و يفسد مع عدمه؟ وجهان.

و هل يجوز أن يشترط عليه فى ضمن الإجازة شيئا لم يشترط العاقد فى ضمن العقد، فينعقد الشرط مع قبول الآخر و يلتزم به حينئذ، وجهان:

[١] من عدم وقوع العقد عليه فلا تطابقه الإجازة.

[٢] و من حصول الإجازة للعقد، و الشرط المذكور أمر خارج عن أصل العقد قد ألزمه به فى ضمن الإجازة المصحّحة للعقد، و قد أنيطت به الاجازة، فيلتزم به مع قبوله

١- ١ . المكاسب ٣/٤٣٠.

٢- ٢ . فى نسخة: «ظن».

بمقتضى قوله «المؤمنون عند شروطهم»، فهو بمنزلة وقوعه فى ضمن العقد لكون الإجازة من متّمماته.

و لايقصر ذلک عن الشرط الواقع فى ضمن القبول دون الإيجاب إذا رضى به الموجب كما إذا باعه شيئا فقبل ذلک على أن يكون له الخيار فى مدّة معلومة فرضى البائع به؛ فإنّه لا يبعد إجراء حكم الشرط الواقع فى ضمن العقد عليه أخذا بمقتضى الإطلاق المذكور»(١).

المختار فى حكم المسألة

لا إشكال فى صحة العقد إذا تطابَقت الإجازة معه و لا إشكال فى البطلان إذا تباين الإجازة مع العقد.

و أمّا إذا لم تنطبق الإجازة مع العقد ولكن لم تتباين معه أيضا فتأتى هذه الصور:

الصورة الأُولى: إذا كانت المخالفة بين الإجازة و العقد بنحو الكلّيّة و الجزئية تكون المعاملة صحيحة لإنحلال المعاملة عند العرف إلى بيوع متعددة، فيحكم بالصحة فيما أجازه المالک و البطلان فى ما لم يجزه، غاية الأمر للمشترى الأصيل خيار تبعض الصفقة دفعا للضرر المحتمل، و لما يأتى فى بيع مايملک و ما لايملک تفصيله من الانحلال.

الصورة الثانية: إذا كانت المخالفة بينهما بنحو الإطلاق و التقييد. بحيث أوقع الفضولى العقد مشروطا بشرط للمالک على الأصيل أو للأصيل على المالک أو للفضولى على أحدهما أو للأجنبى على أحدهما و أجاز المالکُ العقدَ بلا شرط على نحو الإطلاق.

فحينئذ يحكم بالصحة فى جميع الصور إلاّ إذا كان الشرط للأصيل على المالک فله - أى للأصيل - خيار الفسخ بجهة تخلف الشرط.

و الوجه فى ذلک أنّ تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد فى المعاملات، غاية الأمر يوجب خيار الفسخ لمن له الشرط، و لأنّ بطلان الشرط لم يسرى إلى المشروط.

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٤ و ٣٥٣.

فعلى ما ذكرنا يكون العقد صحيحا و لم يَحْتَجْ إلى قبول الأصيل بحيث يكون مراعى بقبوله - كما هو أحد احتمالَىْ جدّى صاحب الهداية رحمه الله .

و وافقنا فی الحکم بالصحة فی هذه الصورة المحقّق النائینی(۱) قدس سره و ظاهر الفقیه الیزدی حیث یری أنّ الأمر فی الشرط أسهل منه فی الجزء(۲)، خلافا للشیخ الأعظم(۳) حیث حکم بالبطلان مطلقا - أی بلا فرق بین أنّ الشرط لِمَنْ و علی من - .

الصورة الثالثة: إذا کانت المخالفة بینهما بالإطلاق و التقیید ولکن أوقع الفضولی العقد مطلقا و أجازه المالک مشروطا بشرط له علی الأصیل أو للمشتری الأصیل علیه أو للفضولی علی أحدهما - البائع المالک المجیز أو المشتری الأصیل - أو للأجنبی کذلک.

فحینئذ یحکم بالصحة، ولکن فی الفروضِ التی کان الشرط فیها علی المشتری الأصیل لابدّ له من قبوله، فإذا قَبِلَ تمّ العقد و إلاّ بطل لإطلاق قَوْلِهِ صلی الله علیه و آله : «المؤمنون عند شروطهم»، و یصیر کالشرط الواقع فی ضمن القبول إذا رضی به الموجب کما مرّ من جدّی الشیخ محمّدتقی(٤) رحمه الله و علیه الفقیه السیّدَ الیزدی(٥)، و قال شیخنا الأُستاذ قدس سره فی هذه الصورة: «الأظهر صحة الإجازة مع رضا الأصیل بالشرط فیتم عقد الفضولی بها و یجب علی الأصیل رعایة الشرط أخذا بعموم وجوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط، لأنّ الشرط فی الإجازة مع رضا الأصیل به لا یکون شرطا ابتدائیا، بل هو شرط فی البیع حیث إنّ تمامه و استناده إلی المالک یکون بالإجازة فیکون إلزام المالک إلزاما فی بیعه، نظیر إلزام المشتری فی قبوله البائع بأمرٍ و رضا البائع به بعد القبول فلاحظ و تدبّر»(٦).

۱- ۱ . راجع منیة الطالب ۱۰۳/۲.

۲- ۲ . حاشیته علی المکاسب ۲۱۵/۲.

۳- ۳ . المکاسب ٤۳۰/۳.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ۳٥٤/۳.

٥- ٥ . حاشيته على المكاسب ٢١٥/٢.

٦- ٦ . إرشاد الطالب ٩/٤.

الثامن: هل يعتبر فى الإجازة تعيين العقد؟

قال جدّى الشيخ محمّدتقى رحمه الله : «هل يعتبر فيها [أى فى الإجازة] تعيين العقد من كونه بيعا أو صلحا أو إجارةً(١) أو نكاحا أو يجوز إمضاء العقد الواقع منه كائنا ما كان، سواء علم كميّة العقد أو جهل التعيين أو علم نوع العقد و شكّ فى الكميّة أو جهلهما معا كما إذا أجاز كلّ عقد يتعلَّق به قد صدر منه فى هذا اليوم مع جهله بنوع العقد و تعدّد تلك العقود فيه إشكال.

و ظاهر ما ذكرناه من كونه بمنزلة الإذن السابق على العقد، هو الوجه الثانى.

و هل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إِمْضاؤُهُ لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أَخْبَرَهُ مجيزٌ بوقوع(٢) البيع فأجازه من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثمّ علم بالوقوع؟ وجهان. و يقوى الاكتفاء به فى المقام»(٣).

أقول: إلى هنا ظهر أنّ عقد الفضولى تامٌ من جميع الجهات إلاّ من حيث انتسابه إلى المالک و بالإجازة الصادرة منه يَتُمُّ هذا الانتساب الذى كان اعتباريّا، فلم يدلّ دليل على اعتبار تعيين العقد و للمالک أن يجيز العقد أيّا ما كان و كذلک الأمر فى الكميّة التى وقع العقد عليها أو كميّة العقود، و الوجه فى ذلک عدم الفرق بين الإذن السابق و الإذن اللاحقّ و أنّ هذه الأُمور كلّها قابلة للوكالة فكذلک للفضولية و الأذن اللاحقّ، و كذلک الأمر بالنسبة إلى احتمال الوقوع ثمّ الإجازة ثمّ العلم بالوقوع فيكون العقد تاما.

التاسع: عدم اشتراط الشروط المعتبرة فى البيع، فى الإجازة

قال صاحب الهداية: «هل يشترط فى الإجازة الشروط المعتبرة فى البيع كمعلومية العوضين للمالک المجيز أو يكتفى بحصول تلک الشروط حال وقوع العقد؟ فلو تحقّق العلم بالعوضين للعاقدين كفى فى صحة العقد و إن جهل المجيز فيصحّ إجازته مع

ص: ٥٣٣

١- ١ . فى المطبوعة «إجازة»، صححتُهُ بالسياق.

٢- ٢ . فى المطبوعة «لوقوع».

٣- ٣ . تبصرة الفقهاء ٣/٣٦٠.

جهالته بها أو بأحدهما، فيرجع فى التعيين إليهما أو إلى ما تقوم به النية مع الإختلاف.

وجهان: [١] من أن البائع [أ]و المشترى على الحقيقة هو المجيز فلابدّ من اعتبار شروط البيع بالنسبة إليه.

[٢] و أنّ البيع إنّما صدر عن العاقدين دون المجيز، فلا دليل على اعتبار تلک الشروط بالنسبة إليه، فالإجازة المتأخرة بمنزلة التوكيل المتقدم، فكما لايعتبر تحقّق شروط البيع بالنسبة إلى الموكِّل فكذلک المجيز، و هذا هو الأظهر.

و يجرى الكلام فى الشروط المنضّمة إليه، و نحوها إذا جهلها و أجاز البيع على ما وقع عليه»(١).

أقول: وَ بِهذا البيان من الجدّ الأمجد قدس سره يَنْحَلُّ كثيرٌ من الإشكالات فى الباب و هو أنّ «الإجازة المتأخرة بمنزلة التوكيل المتقدّم»، و قد أصرّنا عليه مررا و تكرارا و الآن وجدنا التصريح به فى كلامه قدس سره ، و مقالته بالنسبة إلى عدم اعتبار الشروط تامة.

و يأتى تفصيل هذا البحث فى الأمر الثانى من القول فى المجاز فانتظر.

العاشر: بعض شرائط الإجازة

قال الشيخ جعفر رحمه الله : «و يشترط فيها [فى الإجازة] الموافقة فى نفس العقد، و فى جنس الثمن و المثمن و المكان و الزمان و الوضع و غير ذلک على القولين [فى الإجازة يعنى الكشف و النقل]. و فى القدر وجهان.

ولو تعدّدت العقود متجانسة، فأجازها دفعة صحّ. و فى اعتبار المجلس كلام. ولو أجاز أحدها مبهما بطل. و فى المطلق بحث»(۲).

مراده قدس سره : اعتبار تطابق العقد و الإجازة فى نوعه أى إذا كان العقد بيعا و أجاز المالک إجارةً فلا يفيد و كذلک الأمر فى جنس الثمن و المثمن و مكان المبادلة بينهما و

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٥٩/٣.

٢- ٢ . شرح القواعد ١٠٠/٢.

زمانها، و أمّا فى مقدارهما فَوَجْهانِ من اعتبار الموافقة و عدمه.

و إذا وَقَعَتْ من الفضولى عُقُوْدٌ متجانسة متعددة على أموال المالک فأجازها دفعة واحدة كلّها صح، ولو أجاز أحدها مبهما بطل لو لم يقم قرينة على تعيينها، و أمّا فى الإجازة على نحو الإطلاق بحث من شموله للجميع فَيَصحُّ الكلّ و من إمكان تعينه - أى العقد - بالتقييد.

إلى هنا تم بحث الإجازة و تنبيهاتها و به تمّ الجزء الثانى من قسم البيع من كتابنا «الآراء الفقيهة»، فى صباح يوم الأحد ٢١ شهر صفر الخير سنة ١٤٣٣ على يد مؤلِّفه العبد هادى النجفى ببلدة اصفهان صانها اللّه تعالى عن الحدثان.

و الحمدللّه أوّلاً و آخرا و ظاهرا و باطنا و صلى اللّه على سيّدنا محمّد و آله الطيّبين الطاهرين المعصومين.

ص: ٥٣٥

ص: ٥٣٦

ص: ٥٣٧

ص: ٥٣٨

ص: ٥٣٩

ص: ٥٤٠

ص: ٥٤١

ص: ٥٤٢

ص: ٥٤٣

ص: ٥٤٤

ص: ٥٤٥

ص: ٥٤٦

ص: ٥٤٧

ص: ٥٤٨

المطبوع من آثار المؤلِّف

* العربية

- موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام (١٢ مجلد)

- الآراء الفقهية قسم المكاسب المحرمة و البيع(١) و (٢) (٥ مجلد)

- أجود البيان فى تفسير القرآن (الجزء الثالث)

- الأربعون حديثا فى من يملأ الأرض قسطا و عدلاً

- يوم الطّف

- ألف حديثٍ فى المؤمن

- الكنز الجلّى لولدى على

- كتاب ابليس اللعين

* الفارسية

- قبيله عالمان دين

- از چشمه خورشيد

- ولايت و امامت

- سه مقاله در اصل امامت

- معراج مؤمن

- اندوخته خداوند (ترجمة الأربعون حديثا)

- گنج نامه (ترجمة الكنز الجلّى)

- سه سفرنامه

- وادى مقدس

مقدمات على الكتب:

- مقدمة تبصرة الفقهاء، تأليف المحقّق التقى صاحب هداية المسترشدين

- مقدمة شرح هداية المسترشدين، تأليف آية اللّه الشيخ محمّدباقر النجفى الأصفهانى

- مقدمة غرقاب، تأليف السيّد محمّدمهدى الشفتى حفيد حجّة الإسلام الشفتى

- مقدمه رساله صلاتيه، تأليف محقّق تقى صاحب هداية المسترشدين

- مقدمه و تصحيح و تحقيق رساله امجديه (الطبع الرابع)، تأليف آية اللّه علاّمه ابوالمجد شيخ محمّدرضا نجفى اصفهانى

- مقدمه أساور من ذهب در شرح حال حضرت زينب عليهاالسلام ، تأليف آية اللّه حاج شيخ مهدى نجفى

- مقدمه زندگانى چهارده معصوم عليهم السلام ، تأليف مرحوم حجّة الإسلام شيخ غلامحسين رحيمى

- مقدمه اختران فضيلت ج٢، تأليف حجة الاسلام حاج شيخ ناصرالدّين انصارى قمى

تحت الطبع

- تقريرات دروس علم رجال

ص: ٥٤٩

بعض منشورات مكتبة آية اللّه النجفى

١. تبصرة الفقهاء (ثلاث مجلّدات)، لآية اللّه العظمى الشيخ محمّدتقى الرازى النجفى الأصفهانى قدس سره صاحب هداية المسترشدين، تحقيق: السيّد صادق الحسينى الإشكورى.

٢. رساله صلاتيه، له أيضا، بالفارسية، تحقيق: الشيخ مهدى الباقرى السيانى.

٣. شرح هداية المسترشدين، لآية اللّه العظمى الشيخ محمّدباقر النجفى الأصفهانى نجل صاحب الهداية (المتوفى عام ١٣٠١ق)، تحقيق: الشيخ مهدى الباقرى السيانى.

٤. اشارات ايمانيه، لآية اللّه العظمى الشيخ محمّدتقى آقا النجفى الأصفهانى (المتوفى عام١٣٣٢ق)، تحقيق: مهدى الرضوى مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگى ايران.

٥. نقد فلسفة دارون، لآية اللّه العظمى الشيخ ابوالمجد محمّدالرضا النجفى الأصفهانى (المتوفى عام ١٣٦٢ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجى الأصفهانى مع مساعدة مكتبة المجلس الشورى الإسلامى.

٦. الآراءُ الفقهية - المكاسب المحرمة - و البيع (٥ مجلّد)، لآية اللّه الشيخ هادى النجفى.

٧. ترجمة ارشاد الأذهان، للعلاّمة الحلّى، المترجم إلى الفارسية: آية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى (المتوفى عام ١٣٩٣ق) مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگى ايران.

٨. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام اللّه عليها)، لآية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى (المتوفى ١٣٩٣ق) بالفارسية، تحقيق: جويا جهانبخش.

٩. الأرائک فى علم أصول الفقه، لآية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى (المتوفى عام ١٣٩٣ق)، مع مساعدة The open school شيكاگو آمريكا.

١٠. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادى عشر و ما بعده)، للسيّد محمّدمهدى الموسوى الشفتى (المتوفى عام ١٣٢٦ق)، تحقيق: مهدى الباقرى السيانى و محمود النعمتى.

١١. ترجمة توحيد المفضل إلى إنجليسة، ترجم بأمر آية اللّه الشيخ مهدى النجفى الأصفهانى، مع مساعدة The open schoolشيكاگو آمريكا، و انتشارات انصاريان قم.

١٢. الكنز الجلى لولدى على (گنج نامه)، للشيخ هادى النجفى، ترجمة على اصغر حبيبى.

المجلد ٦

اشارة

سرشناسه : نجفى، هادى، ١٣٤٢ -

عنوان و نام پديدآور : االآراء الفقهيه: قسم البيع/ تاليف هادى النجفى.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ١٣٩٣.

مشخصات ظاهرى : ٤٤٨ ص.: نمونه.

شابک : ٩٧٨-٦٠٠-٩٢٩٠٢-٨-٤

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ۳۶ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱

اشارة

ص: ۲

تقریظ آیة اللّه العظمی السیّد محمّدمهدی الموسوی الخلخالی - مدظله العالی

صاحب فقه الشیعة واصول فقه الشیعة نزیل المشهد المقدّس الرضوی

ص: ۳

تقریظ فضیلة العلاّمة المحقّق الحجّة

السیّد عبدالسّتار الحسنی البغدادی - دام ظلّه -

تأريخُ وَضْعِ (اللَّمساتِ الأَخِيْرَةِ) على الجُزْءِ السادسِ مِنْ كِتابِ «الآراء الفِقْهِيَّةِ» لِمُنَضِّدِ عُقُوْدِه وناظِمِ فَرائِدِ دُرَرِهِ فى نَفائِسِ سُمُوْطِهِ، سَماحَةِ آيَةِ اللّه ـ الفَقيهِ المحَقِّق، النَّظّارِ الطُّلَعَةِ مولانا الحاجِّ الشّيْخِ الْهادى مِنْ آلِ أبيالمَجْدِ النَّجَفي، دامَ ظِلُّهُ، وَعَمَّ فَضْلُهُ.

حَضَرتْنِى هذِهِ الأَبياتُ وَوَزْنُها مِنَ (الطَوّيل) ساعَةَ انْتِهائى مِنْ مُطالَعةِ مَخْطُوْطَةِ الكِتابِ المذكورِ، فَأَزْجُوَ مِن سَماحةِ شيخِنا المُعَظّمِ قَبُوْلَها على عِلاّتِها.

بِسِفْرِكَ هذا خُضْتَ فى كُلِّ لُجَّةٍ مِنَ الْفِقْهِ، فِيْها غَيْرُ ذِىْ العِلْمِ يَغْرَقُ

وَناقَشْتَ (آراءَ) الأَعاظِمِ سالِكا سَبِيْلَ هُدىً، ما فِيْهِ لِلرَّأْيِ مَزْلَقُ

وَذا (سادِسُ الأَجْزاءِ) وافى بِحُلَّةٍ عَلَيْها مِنَ الْبَحْثِ الْمُؤَصَّلِ رَوْنَقُ

فَقُلْ: هُوَ بَحْرٌ بـ(الْجَواهِرِ) مَدُّهُ الـ مَدِيْدُ عَلى طُوْلِ الْمَدى يَتَدَفَّقُ

وَكَيْفَ عَنِ (الْهادِىْ) تَنِدُّ شَوارِدٌ وَتُفْلِتُ عَنْ (تَقْيِيْدِ) مَنْ لَيْسَ يُسْبَقُ

سَلِيْلِ أَبِيالْمَجْدِ الَّذِى طابَ أَصْلُهُ كَما طابَ فَرْعٌ - مَنْهُ - بِالْفَخْرِ مُعْرِقُ

وَهَلْ يَرِثُ الأَسادَ غَيْرُ شُبُوْلِها كَما يَقْتَفِىْ آثارَ مَنْ راحَ مَنْ بَقُوْا

أَجَلْ، ذاكَ خِرِّيْتُ الْفَقاهَةِ، جامِعُ الـ فَضائِلِ طَرّا، والْفَقِيْهُ الْمُحَقِّقُ

فَبُوْرِكَ سِفْرٌ حَرَّرَتْهُ يَراعَةٌ نَدىْ نِقْسِها(١) مِنْهُ الْمَعارِفُ تَغْدَقُ

يَراعَةُ (هادِىْ) الْفَضْلِ فارِسِ حَلْبَةِ الـ مَآثِرِ، مَنْ فى عَزْمِهِ لَيْسَ يُلْحَقُ

وَمُذْ تمّ خاطَبْتُ المُصَنِّفَ دَاعِيا لَهُ اللّه ـ أَنْ يَرْعاهُ وَهْوَ مُوَفَّقُ

وفى مُنتهى التَّوْضِيْح(٢) قَلْتُ مُؤَرِّخا: (كِتابُکَ هذا بالدَّلائِلِ يَنْطِقُ)

(٨) (٤٤٣) (٧٠٦) (١٠٨) (١٦٩)

ص: ٤

١- ١ . النِقْسْ: الحِبر، المِداد.

٢- ٢ . فى عبارة: «وفى مُنْتِهَى التوضيحِ» تورِيَةٌ بِدُخولِ (الحاء) وقِيْمَتُها فى حِساب الجُمَّلِ (٨) فى مادَّةِ التاريخ، وَبِها يَتِمُّ الْمَقْصُوْد.

وَصْلٌ: القول فى المجيز

اشارة

ص: ٥

ص: ٦

استقصاؤه يتمّ ببيان اُمورٍ:

الأوّل: شرائط المجيز

قال الشيخ الأعظم: «يشترط فى المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد، ولو أجاز المريض بُنى نفوذها على نفوذ منجّزات المريض، ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل»(١).

أقول: يعتبر فى المجيز - حال إجازته، لا حال العقد - أن يكون بالغا وعاقلاً - أى لا يكون مجنونا - ورشيدا - وهو الذى يعرف مصلحته من مفسدته ويقبض فى مقابل ماله ما يساوى ماله - وجائزَ

التصرف بعدم كونه مفلَّسا أو راهنا، فحينئذ لو أجاز المفلَّس أو الراهن بيع ماله المتعلَّق به حقّ الغرماء أو المرتهن لم تنفذ إجازته لعدم كونه جائز التصرف فى ماله.

وأمّا التصرّفات المالية الزائدة على ثلث أموال المريض الذى مات فى ذاک المرض فإنّها لا تكون نافذة إذا كانت مجّانيّةً وتبرّعيّةً كالعتق والهبة والصدقة والوقف، والصلح والإجازة المحاباتيتين أو بعوض أقل، وأبراء الدين وشراء من ينعتق عليه ونحوها، وتحسب على ثلثه ومازاده يحتاج إلى إذن الورثة، وأمّا إذا كانت على نحو التسبيبيات كإتلاف مال الغير والجنايه عليه بما يوجب الأرش أو الدية أو ما يوجب الكفارة فتكون نافذة من أصل المال لا من ثلثه.

ثمّ العقود المعاوضية هل تلحق بالقسم الإول فى عدم النفوذ والاحتساب من الثلث أو أنّها تلحق بالقسم الثانى فى النفوذ والاحتساب من أصل المال، الظاهر أنّها تلحق

١- ١ . المكاسب ٤٣١/٣.

بالقسم الثانى.

ثمّ إنَّ الشيخَ الأعظمَ لا يرى فرقا فى جميع ما ذكرناه فى توضيح كلامه بين قولى النقل والكشف، لأنّه يرى الإجازة تصرفا مالِيّا وهو مشروط بهذه الشرائط.

قوله قدس سره بناءً على النقل واضح وأمّا بناءً على الكشف فلا يتم انتساب العقد إلى المالک إلاّ بعد الإجازة فهى تعدّ تصرّفا ماليّا حقيقةً، لا العقد الذى إذا لم تلحقه الإجازة فإنّهُ يعدّ هباءً منثورا ويكون كتنظيم سند المعاملة وقبالتها وورقتها من دون إمضاء المالک بحيث ليس له قيمة من دون امضائه.(١)

ومن هنا يظهر عدم تماميه اعتراض الفقيه السيّد اليزدى عليه بقوله: «يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضى إجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع فى حال صحته بدعوى أنّه محجور من التصرفات فى ماله حال المرض بمازاد على الثلث، والإجازة ليست منها، بل هى شرط لنفوذ التصرفات فهى نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة كالوقف والصرف والسَّلَم...»(۲).

وبعبارة اُخرى يمكن أن يقال فى جواب اعتراضه: إنّ المجيز حتّى على القول بالكشف لابدّ له من أهلية الإجازة وصحة العقد تتوقف على تعقّبه بالإجازة لكن ليس مطلق الإجازة بل ممّن له أهلية إصدارها.(۳)

۱- ۱ . راجع تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ۱۸/۳.

۲- ۲ . حاشية المكاسب ۲۱۸/۲.

۳- ۳ . راجع العقد النضيد ۳۶۰/۳.

الثانى: هل يشترط فى صحة العقد وجود مجيزٍ حين العقد؟

اشارة

يقع البحث فى ضمن جهات:

الجهة الأُولى: سير المسألة فى كلمات الفقهاء

قال العلاّمة فى القواعد: «والأقرب اشتراط كون العقد له مجيزا فى الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز...»(۱).

وقال فی ذیله الفقیه العاملی: «هذا شرط شرطه أبوحنیفة(۲) وقال الشهید(۳) وابن المتوّج - علی ما نقل عنه - والفاضل المقداد(٤) والمحقّق الثانی فی الشرح(٥) إنّه لا یشترط.

واستشکل [العلاّمة] فی نهایة الإحکام(٦)، ولم یرجّح [ولده] فی الإیضاح(۷) کتعلیق الإرشاد(۸) [للمحقّق الثانی].

وإن جعلنا الاشکال الآتی فی کلام المصنف راجعا إلی اشتراط أن یکون للعقد مجیز فی الحال کما ستسمعه کان المصنف [العلاّمة] متردّدا ویکون المعنی أنّه أقرب علی إشکال، فلیتأمّل»(۹).

۱- ۱ . القواعد ۱۹/۲.

۲- ۲ . المجموع، ۲٦۱/۹.

۳- ۳ . الدروس ۱۹۳/۳.

٤- ٤ . التنقیح الرائع، ۲٦/۲.

٥- ٥ . جامع المقاصد ۷۳/٤.

٦- ٦ . نهایة الإحکام، ٤۷٦/۲.

۷- ۷ . إیضاح الفوائد ٤۱۹/۱.

۸- ۸ . حاشیة إرشاد الأذهان ۳۳۷/۹ المطبوعة فی ضِمْنِ حیاة المحقّق الکرکی وآثاره.

۹- ۹ . مفتاح الکرامة ٦۲۱/۱۲.

أقول: ومن القائلین بعدم الاشتراط: الشیخ جعفر(۱) وتلمیذاه جدّی الشیخ محمّدتقی(۲) والفقیه العاملی(۳)، وصاحب الجواهر(٤) والشیخ الأعظم(٥).

نسب العلاّمة هذا الاشتراط إلى أبيحنيفة فى تذكرة الفقهاء وقال: «شرط أبوحنيفة للوقف(٦) أن يكون للعقد مُجيزٌ فى الحال، فلو باع مالَ الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مالَ غيره ثم ملكه وأجاز. وهو قولٌ للشافعية تفريعا على القديم(٧)»(٨).

وقال فيها: «شرط الوقف عند أبيحنيفة أن يكون للعقد مجيزٌ فى الحال سواء كان مالكا أو لا، حتّى لو أعتق عن الطفل أو طلّق امرأته لا يتوقّف على إجازته بعد البلوغ. والمعتبر إجازة مَنْ يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز.

والمعتمد: أنّ الطلاق لا يقع موقوفا»(٩).

وقال تلميذه وابن اخته السيّد عميدالدين الأعرجى فى بيان وجه الاشتراط: «وإلاّ أدّى إلى حصول الضرر على المشترى كما إذا باع الفضولى مال الطفل عليه لا متناعه من التصرف فيه وفى الثمن جميعا إلى حين بلوغ الطفل، فإنّه مع تصرفه فى المبيع

١- ١٠ . شرح القواعد ٩٢/٢.

٢- ١١ . تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

٣- ١٢ . راجع مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢ و ٦٢٣.

٤- ١٣ . الجواهر ٤٨١/٢٣ (٢٩٩/٢٢).

٥- ١٤ . المكاسب ٤٣٢/٣.

٦- ١ . مراده من الوقف: توقُّف صحّة تصرف الفضولى على الإجازة.

٧- ٢ . قوله: «تفريعا على القديم»، إشارةٌ إلى إنّ الشافعىَّ كان له فى فقهه مَسْلَكان الأوّل عند ما كان فى العراق، والثانى عند ما حَلّ فى مِصْرَ حيث خالف فيها رأيه الأوّل فى كثير من المسائل ولكلٍّ من

مَذْهبيهِ القديم والجديد رُواةٌ معروفون فمِنْ رُواة مذهبه القديم الحسن بن الصباح الزّعفرانى فى بغداد ومن رواة الجديد المُزَنى فى مِصْرَ.

٨- ٣ . تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

٩- ٤ . تذكرة الفقهاء ٢١٩/١٠.

يمكن أن يفسخ عند بلوغه، فيتبيّن بطلان البيع وعدم انتقاله إلى المشترى، ومع تصرفه فى الثمن يمكن أن يجيزه ويكون الثمن ملكا للطفل فيمنع منهما وهو ضررٌ عظيمٌ منفيٌّ بقوله صلى الله عليه و آله : لا ضرر ولا إضرار»(١).

وقال نجله فخر المحقّقين: «هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولى فى الحال يحتمل ذلک ويبتنى على مقدمات:

(أ): معنى صحة بيع الفضولى قبل الإجازة إمكان ترتب أثره عليه إمكانا قريبا بمعنى أقرب المراتب من مراتب الإمكان الاستعدادى لأنّه عبارة عن اجتماع الشرائط فإذا بقى من شرائط بيع الفضولى شرط واحد وهو إجازة المالک أو وليّه وكان حصولهما ممكنا إمكانا قريبا أيضا حكم بصحة بيع الفضولى أو صلاحيته لأنّ يترتّب عليه الأثر حال وقوعه.

(ب): كلُّ آنٍ يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط فيه.

(ج): البيع إذا بطل فى وقت بطل دائما فحال عدم المجيز يمتنع ترتّب أثره ولا يصح لترتّب الأثر عليه فلا يحصل معنى الصحة بل معنى البطلان، وإذا بطل لم يمكن أن يترتّب صحته.

ويحتمل عدم الاشتراط، لأنّه لا يشترط اقتران الإجازة بالعقد بل يجوز تأخيرها زمانا طويلاً فلايسلِّم اشتراط استعداد القريب.

واعلم إنّ هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعرة، وأمّا على قولنا ففى صورة واحدة وهى بيع مال الطفل على خلاف المصلحة أو الشراء له»(٢).

نقل السيّد العاملى عن الشهيد فى حواشيه: «إنّ بعض الجمهور اعترض على المصنف فى هذه المسألة بسقوطها على مذهبه، لأنّه يعتقد وجود الإمام عليه السلام فى كلِّ زمان وهو وليّ من لا وليّ له، فأجاب بأنّه أراد مجيزا فى الحال يمكن الاطلاع على إجازته،

١- ٥ . كنز الفوائد ٣٨٥/١.

٢- ١ . إيضاح الفوائد ٤١٨/١ و ٤١٩.

وتتعذّر إجازة الإمام عليه السلام لاستتاره عن الناس»(١).

ويذْكُرُ الشيخ الأعظم(٢) أنّ المعترض هو القاضى البيضاوى الشافِعِىُّ صاحب أنوار التنزيل فى التفسير - على ما قيل - .

وقال المحقّق الثانى: «وجه القرب: أنّه مع عدم من له أهلية الإجازة تكون صحة العقد ممتنعة فى الحال، وإذا امتنعت فى زمان ما امتنعت دائما، لأنّ بطلان فى زمان يقتضى بطلانه دائما، ولما فيه من الضرر على المشترى، لامتناع تصرّفه فى العين - لإمكان عدم الإجازة ولعدم تحقّق المقتضى - وفى الثمن لإمكان الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

وإنّما يتصوّر ذلک عندنا: إذا تصرّف للطفل على خلاف المصلحة، وأمّا عند الأشاعرة فتصوّره ظاهر.

ويضعّف بانتقاضه ممّن كان بعيدا، يمتنع إليه الوصول عادة إلاّ فى زمان طويل. والظاهر عدم الاشتراط، لعموم الدليل الدال على صحة الفضولى من غير فرق، فإنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يتناوله»(٣).

وقال فی حاشیة إرشاده: «وهل یُشترط أن یکون للعقد مجیزٌ فی الحال، بحیث لو باع مال الطفل لم یصحّ إذا لم یکن له ولی؟ یحتمل ذلک.

قال الشیخ فخرالدین ولد المصنف رحمهما اللّه: «واعلم أنّ هذا الفرع یتأتی علی مذهب الأشاعرة، أمّا علی قولنا ففی صورة واحدة، وهی بیع مال الطفل علی خلاف المصلحة أو الشراء له». وقد نبّه علی ذلک بأنّ الإمام موجود فی کلِّ زمان عندنا وهو ولیّ مَنْ لاولی له»(٤).

١- ٢ . الحاشیة النجاریة /٢٢٢ ونقل عنه مفتاح الکرامة ٦٢٢/١٢ مع توضیح، وإلاّ عبارة الشهید هکذا: «وبهما ینتقض علیه مذهبه، ذکره بعض الشافعیة».

٢- ٣ . المکاسب ٤٣٢/٣.

٣- ١ . جامع المقاصد ٧٢/٤.

٤- ٢ . حاشیة إرشاد الأذهان /٣٣٧، المطبوعة فی ضِمْنِ الْمجَلّدِ التاسع من حیاة المحقّق الکرکی وآثاره.

وقال الشهید الثانی فی فوائد القواعد: «المناسب التفریع علی الأقرب أن یحکم بعدم النفوذ بغیر إشکال ولکن نقل ولد المصنف رحمه الله عنه أنّه إذا قال فی المسألة: «علی إشکال یکون حکما بما ذکر قبل الإشکال وفائدته التنبیه علی الخلاف، بخلاف ما لو قال: «فیه اشکال» ونحوه وهذا هو الظاهر من العبارتین، فعلی هذا لا تنافی بین الحکم السابق والتفریع، لکنّه یستغنی عن إعادة ماینبّه علی الخلاف، والأمر فیه أسهل»(١).

الجهة الثانیة: وجوه تصوّر عدم المجیز فی العقد

الأوّل: عدم ذات المجیز وفقد ذاتٍ من شأنها الإجازة للعقد.

وهذا الوجه غير متحقّق على مذهبنا، إذ لا يتصور ملک بلا مالک يجيز العقد لأنّ الأمام عليه السلام موجود فی کلِّ عصرٍ وهو الولی علی الإطلاق فهذا الوجه غير مُتَصَوَّرٍ علی مذهبنا.

بل لا يتم علی مذهب العامة أيضا لأنّهم يَرَوْنَ الخلفاء اُولياءً علی جميع الاُمور ومنها الأموال.

الثانی: عدم وجود المجيز بوصف التمکن من الإجازة وإن کانت ذاته متحقّقة إلاّ أنّه حين المعاملة غير حاضر ولا يتمکّن من الوصول إليه کما لَوْ کان المالک أو وليّه غائبا،

أو الإمام عليه السلام کان فی ستر الغيبة کما فی زماننا هذا.

وهذا الوجه وإن کان متصوّرا ولکنّه لا دليل علی اعتباره.

الثالث: تحقّق ذات المجيز وتمکّنه من الإجازة لکنّه مَمْنُوْعٌ شرعا من الإجازة والتصرف فی الأموال، کما إذا باع الفضولی مال اليتيم علی خلاف المصلحة فإنّ الولی لا يمکنه الإجازة حينئذ لأنّها علی خلاف مصلحة اليتيم.

وهذا الوجه أيضا وإن کان متصوّرا ولکنّه لا دليل علی اعتباره.

والحاصل: لا ينبغی البحث حول اعتبار الأَوَّلَيْن، إذا لا دليل علی اشتراط ذات

۱- ۳ . فوائد القواعد /۵۳۲.

المجيز أو المجيز بوصف التمکن من الإجازة فی صحة المعاملات بل ما ورد فی صحة زواج الصغيرين أدّل دليل علی عدم اعتبارهما بل فی أدلة صحة الفضولی خير دليل علی عدم اعتبارهما إذ لم يُفْصَلْ فيها بين وجودهما حال العقد وعدمه.

وكذلک البحث فی الثالث إذ لا یعتبر فی صحة الفضولی أن یکون له مجیز حال العقد شرعا، بل الإعتبار بوجود المجیز حال الإجازة ویظهر لک عدم الاعتبار حین لحاظک بأنّ بیع مال الیتیم کان علی وفق المصلحة حین العقد ولکن حین الإجازة خَرَجَ عن المصلحة وکان علی خلافها، فهل یجوز للولی إجازة هذا البیع الذی کان فعلاً علی خلاف مصلحة الیتیم؟

ومن الواضح عدم جواز إجازته، فتمام العبرة بوجود المجیز حال الإجازة لا حال العقد.

ویأتی البحث من الشیخ الأعظم حول هذا القسم الثالث فی الأمر الثالث(۱) الآتی فانتظر.

الجهة الثالثة: الاستدلال علی وجود المجیز حین العقد بوجوه

الأوّل: ما مرّ من فخرالمحقّقین(۲) رحمه الله من مقدمتیه (أ) و (ج) وقال الشیخ الأعظم فی الاستدلال له: «واسْتُدلّ له بأنّ صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع فی زمان امتنع دائما»(۳).

وقال المحقّق الأصفهانی فی توضیحه وتقریبه: «إنّ العقد الفضولی یتفاوت مع

العقود الفاسدة – مع اشتراکه لها فی عدم التأثیر فعلاً – فی أنّه قابل للتأثیر بالإجازة دون غیره، فلابدّ أن یکون العقد الفضولی واجدا لجمیع مراتب الإمکان الاستعدادی، بحیث لا یستند عدم فعلیة التأثیر إلاّ إلی عدم فعلیة الإجازة، وأمّا مع عدم إمکان الإجازة حال العقد فالعقد حینئذ غیر واجد لجمیع مراتب الإمکان الاستعدادی، إذ منها الإمکان من

۱- ۱ . راجع صفحة ۲٤ من هذا المجلد.

۲- ۲ . إیضاح الفوائد ٤۱۸/۱.

۳- ۳ . المکاسب ٤۳۱/۳.

ناحية امكان الإجازة فعلاً، فإذا امتنعت الإجازة فعلاً امتنعت الصحة التأهلية فعلاً، زيادة على الصحة الفعلية المقرونة بفعلية الإجازة لا بإمكانها.

ولا نعنى بالصحة التأهلية إلاّ امكان نفوذ العقد فعلاً بالإجازة، مع أنّه لا يمكن لامتناع الإجازة، وإذا امتنعت الصحة التأهلية فى زمان امتنعت دائما، لأنّ ما يتفاوت حاله بتفاوت الأزمان هى الصحة الفعلية - التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية وعدمه - لا الصحة التأهلية»(١).

لخّص المحقّق المروج هذا التقريب فى ثلاثة أُمور: «أحدها: اقتران الصحة التأهلية بالعقد وعدم انفكاكها عنه.

ثانيها: توقف هذه الصحة على إمكان الإجازة فعلاً أى من حين وقوع العقد، ومع امتناعها لا يثبت الصحة التأهلية فعلاً للعقد، فهذه الصحة منوطة باجتماع جميع مراتب الإمكان التى منها إمكان فعلية الإجازة، ومع امتناعها لعدم وجود مجيز حين العقد لا يثبت له الصحة التأهلية أيضا. وقد عرفت عدم انفكاك الصحة التأهلية عن العقد فإمكان فعلية الإجازة دخيل فى الصحة التأهلية.

ثالثها: أنّ المائز بين عقد الفضولى والعقود الفاسدة هو وجود الصحة التأهلية فيه دونها، هذا»(٢).

وقال الشيخ الأعظم فى نقد هذا الاستدلال: «ويضعّف الأوّل - مضافا إلى ما قيل(٣): من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه عادة [إلاّ فى زمان طويل[- منع ما ذكره [فخرالمحقّقين] من أنّ امتناع صحة العقد فى زمان يقتضى امتناعه دائما، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف»(٤).

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٠١/٢.

٢- ٢ . هدى الطالب ٢٢٤/٥.

٣- ٣ . القائل هو المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٧٢/٤ کما مرّ ولکنّ تنبّه قبله فخر المحقّقین نفسه فی إیضاح الفوائد ٤١٩/١.
٤- ٤ . المکاسب ٤٣١/٣.

مراده: إنّ الملازمة بین فساد العقد حدوثا وبقاءً وإن کانت مسلَّمة، ولکنّ المقام لیس من صغریاتها لعدم کون وجود المجیز حال العقد من شرائط صحة العقد عندنا ولیس مراده إمکان تفکیک بین بطلان العقد حدوثا وصحته بقاءً لأنّ فقدان شرط الصحة یقتضی بطلانه حدوثا وبقاءً. خلافا لما استفاد بعض الأعلام من عبارته منع الکبری وردّه بأنّه «منظور فیه»(١).

وقال المحقّق الأصفهانی فی نقد تقریبه: «وفیه: لو کانت الصحة التأهلیة - التی یتفاوت فیها العقد الفضولی مع العقود الفاسدة ما یساوق الإمکان الاستعدادی من جمیع الوجوه - لکان لما ذکر وجه، وأمّا إذا کان المراد منها مجرد الصحة بلحوق الإجازة ولو فیما بعد، لا فعلاً فی قبال ما لایجدیه لحوق شیء فی صحته، فلا یکون الصحة التأهلیة مساوقة للإمکان الفعلی، بل العقد الفضولی ممکن التأثیر فیما بعد بلحوق الإجازة له فیما بعد، هذا بناءً علی النقل.

وأمّا بناءً علی الکشف فهو ممکن الصحة فعلاً بإمکان لحوق الإجازة له فیما بعد، إذ لیس أمر الإمکان بأعظم من أمر الوجود، فکما أنّ وجوده الفعلی من ناحیة وجود فیما بعد، کذلک إمکانه الفعلی من ناحیة امکان الإجازة فیما بعد، فإنّ وجود المعلول وإمکانه بوجود العلّة وإمکانها فإذا قلنا بکفایة وجودها المتأخر فی وجوده المتقدّم فکذا نقول بکفایة إمکانها المتأخر فی إمکانه المتقدم»(٢).

الثانی: ما مرّ من السید عمیدالدین(٣) من حصول الضرر علی المشتری لأنّه مُنع من التصرف فی المبیع والثمن لاحتمال صدور الإجازة من المجیز وعدمه.

وذکر الشیخ الأعظم(٤) فی المقام تقریب المحقّق الثانی(٥) لهذا الاستدلال وحیث

١- ١ . كتاب البيع ٣٢٣/٢.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢٠١/٢ و ٢٠٢.

٣- ٣ . كنز الفوائد ٣٨٥/١.

٤- ٤ . المكاسب ٣٤١/٣ قوله رحمه الله : «وبلزوم الضرر على المشترى...».

٥- ٥ . جامع المقاصد ٧٢/٤.

أنّه مرّ آنفا فلا نعيده.

ويرد على هذا الاستدلال أوّلاً: بما مرّ من جواز تصرف الأصيل فى ماله قبل صدور الإجازة من المجيز - وإن كان الشيخ الأعظم لم يوافقنا فى هذا الردّ.

وثانيا: إذا كان جاهلاً بالفضولية تجرى للأصيل قاعدة نفى الضرر كما مرّ من السيّد عميدالدين(١) منع هذا الاستدلال بهذه القاعدة.

وثالثا: يمكن دفع ضرر الأصيل بجعل الخيار له بحيث إن أراد يجوز له فسخ هذه المعاملة الضررية.

ورابعا: هذا الدليل أخص من المُدّعى، لأنّ المدعى بطلان البيع الفضولى إذا لم يكن مجيزا فى حال العقد، والدليل يقتضى بطلانه فى صورة ضرر الأصيل ولكن إذا لم يتضرر الأصيل أو كان راضيا هو بهذا الضرر، لم يدلّ الدليل على البطلان.

الثالث: ما ذكره فى العقد النضيد بقوله: «... مطلق المعاملات الفضولية فاقدة لصفتين وهما الرضا والاستناد ويمكن تصحيح المعاملة من خلال الإجازة اللاحقة فيتمّ بها الصفتان، وهو النهى الوارد عن التقرّب إلى مال اليتيم فى قوله تعالى: «وَلا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلاّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ»(٢)، وبالتالى فلا مجال لتصحيح المعاملة التى يتضرّر منها الصبى لأنّ تصحيحها يستلزم قيام إطلاق يدلّ على إمكان تصحيح مطلق العقود الفضولية وإن كان محذورها من غير ناحية الرضا والاستناد، وهو ما

نعجز عن إثباته لقصور الأدلة الخاصة، وعدم قيام أدلة مطلقة تفيد ذلک وبالتالی فإنّه يصل الدور إلى الشک، والمرجع حينئذ أصالة الفساد»(٣).

يرد عليه: أوّلاً: كلام العلاّمة(٤) عام بالنسبة إلى وجود المجيز حال عقد الفضولی

١- ١ . كنز الفوائد ٣٨٥/١.

٢- ٢ . سورة الأنعام /١٥٢.

٣- ٣ . العقد النضيد ٣٦٤/٣.

٤- ٤ . قواعد الأحكام ١٩/٢.

ولا يختص ببيع مال الطفل على خلاف المصلحة وإن كان نجله(١) يَخُصُّهُ بصورة واحدة وهی هذه المسألة، فالدليل أخص من مُدَّعى العلاّمة.

وثانيا: العقود الفضولية فاقدة لصفة واحدة وهی الاستناد وبالإجازة يَتُمُّ الاستناد كما مرّ مُفَصّلاً فيما سبق.

وثالثا: الأدلة الواردة فی صحة عقد الفضولی عام تشمل هذه المسألة بعد صدور الإجازة من المالک بعد بلوغه ورشده كما يأتی.

الجهة الرابعة: مادلّ على عدم اعتبار وجود المجيز حين العقد

امورٌ:

الأوّل: الأدلّة الواردة فی صحة عقد الفضولی عامةٌ ومطلقةٌ ولا تخصّص ولا تقيّد بوجود مجيز فی حال العقد.

ولذا قال المحقّق الثانی: «والظاهر عدم الاشتراط لعموم الدلیل الدال علی صحة الفضولی من غیر فرق، فإنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یتناوله»(۲).

وقال الشیخ جعفر: «لقضاء عمومات الکتاب والسنة بالعموم»(۳).

وقال صاحب الجواهر بعد نقل کلام العلاّمة: «إلاّ أنّه - کما تری - لا دلیل علیه، بل مقتضی إطلاق ما سمعته من أدلة الفضولی خلافه...»(٤).

الثانی: ما ذکره الفقهاء(٥) - قدس اللّه أسرارهم - فی باب النکاح من أنّه لو زوّج الفضولی الصغیریْن اللذیْن لا ولیّ لهما صحّ وتدلّ علیه الروایات:

۱- ٥ . إیضاح الفوائد ٤۱۹/۱.

۲- ۱ . جامع المقاصد ۷۲/٤.

۳- ۲ . شرح القواعد ۹۲/۲.

٤- ۳ . الجواهر ٤۷۹/۲۳ (۲۹۷/۲۲).

٥- ٤ . منهم المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۱٥۰/۱۲، والشهید الثانی فی المسالک ۱۷۷/۷، وسیّد الریاض فیه ۱۰۳/۱۱.

منها: معتبرة محمّد بن الحسن الأشعری.(۱)

ومنها: صحیحة مقطوعة محمّد بن اسماعیل بن بزیع.(۲)

ومنها: صحیحة أبیعبیدة.(۳)

ومنها: خبر عبّاد بن کثیر.(٤)

ولذا قال الشيخ جعفر: «وشهادة مادلّ على جواز إنكاح الفُضُوْلِيَّين الصبيَيْن ثمّ مات أحدهما وبقى الآخر حتّى بلغ وأنّه تمضى إجازته مع اعتبار بعض الشروط الأُخَر على ذلک بطريق الأُولوية»(٥).

قال الشيخ أسداللّه التسترى: «لو كان شيءٌ ممّا ذكر فى المنع صالحا لذلک لعمَّ

جميع العقود وثبت فى النكاح أيضا، بل بالطريق الأولى. لكن نكاح الفضولى للصغير والصغيرة مع إجازتهما بعد البلوغ جائز إتفاقا نصّا وفتوىً فكذلک سائر العقود»(٦).

وقال فى الجواهر: «مضافا إلى خبر الصغيرين»(٧).

وقال الشيخ الأعظم: «مضافا إلى الأخبار الواردة فى تزويج الصغار فضولاً الشاملة لصورة وجود ولىّ النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الولىّ، بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح وانحصار الولى فى الأب والجدّ والوصىّ على خلاف فيه»(٨).

الثالث: قال السيّد العاملى: «... بل قد لا نشترط المجيز بالكلّيّة فإنّهم قالوا بأنّ

١- ٥ . وسائل الشيعة ٢٧٦/٢٠، ح٢، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.

٢- ٦ . وسائل الشيعة ٢٨٢/٢٠، ح١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.

٣- ٧ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٤- ٨ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح٢.

٥- ٩ . شرح القواعد ٩٢/٢.

٦- ١ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٣٥.

٧- ٢ . الجواهر ٤٧٩/٢٣ (٢٩٧/٢٢).

٨- ٣ . المكاسب ٤٣٢/٣.

المحجور عليه لفلس إذا باع بعض أعيان ماله المحجر عليه فيها، أو وقف أو وهب أو عتق أنّه كالفضولى فلاتباع هذه الأعيان التى باعها فى دَيْن الغرماء بل تأخّر فإن وفّى غيرها بمال الغرماء لزيادة القيمة أو لإبراء بعض الديّان نفذ بيعه وإلاّ فلا، فكان وفاء المال كالإجازة وعدمه كالردّ. وقد حرّرنا المسألة فى باب الحَجْر فلابدّ من مراجعتها»(١).

وفى ذيل كلام العلاّمة فى كتاب الحَجْر: «أمّا لوصادف المال فى الحال: فإن كان مورده عين مال: كالبيع والهبة والرهن والعتق، احتمال البطلان من رأس، والإيقاف، فإن فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ»(٢).

قال: «إذا صادف تصرفه عين المال بالإتلاف بالمعاوضة كالبيع والإجازة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففى المبسوط(٣) والشرائع(٤) والتحرير(٥) والإيضاح(٦) أنّه يبطل. وهو المحكى(٧) عن أبيعلىّ لأنّه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبىّ فلا يصحّ وأن لحقته الإجازة

وهذا هو المناسب للحَجْر فإنّ معنى قول الحاكم: حَجَرْتُ عليک: مَنَعْتُکَ من التصرف ومعناه تعذّر وقوع هذه العقود منه.

وأمّا الإيقاف فقد نفى عنه البأس فى التذكرة(٨) وقال فى جامع المقاصد(٩): فيه قوّة وفى المسالک(١٠): لعلّه الأقوى.

١- ٤ . مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢.

٢- ٥ . قواعد الأحكام ١٤٣/٢.

٣- ٦ . المبسوط ٢٧٢/٢ ونحوه فى الخلاف ٢٦٩/٣، مسألة ١١.

٤- ٧ . الشرائع ٧٨/٢.

٥- ٨ . تحرير الأحكام الشرعية ٥٠٩/٢.

٦- ٩ . إيضاح الفوائد ٦٥/٢.

٧- ١٠ . الحاكى هو العلاّمة فى مختلف الشيعة ٤٥٣/٥.

٨- ١ . تذكرة الفقهاء ٢٥/١٤.

٩- ٢ . جامع المقاصد ٢٢٩/٥.

١٠- ٣ . المسالک ٩٠/٤.

والوجه فيه أنّه لا يقصّر عن التصرف فى مال الغير فيكون كالفضولى. وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافى لحقّ الغرماء، إذ لا دليل على إرادة غيره، ولأنّ عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحّة تصرّفه إذا لحقته إجازة الولىّ، فلو كان الحَجْر يقتضى المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفيه.

فعلى هذا إذا أجازه الغرماء نفذ وإلاّ أُخّر إلى أن يقسّم ماله، ولايباع ولا يسلّم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شىء بطل، وإن فضل ما يسعه صحّ... فإنّما يعتبر كلامهم فى الإجازة لا فى الردّ، وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء الشىء من ماله يسع ذلک، فإن حصل ذلک كان إجازةً وإلاّ كان ردّا وقد نبّهنا على ذلک فى باب البيع...»(١).

ويأتى تفصيل هذا البحث آنفا فى المسألة الأُولى الآتية(٢).

الجهة الخامسة: هل يدخل تحت هذا الاشتراط فرعُ؟

أم لا، وهل لابدّ من دخوله تحته وإلاّ يلزم اللَّغْوِيَّةَ؟ أم لا.

الظاهر عدم لزوم اللَّغْوِيَّةِ ولو لم يكن فرعا تحت هذا الاشتراط، لأنّ «يكفى فى عدم اللغوية كَوْنُهُ ذا أثر ولو عند غيرنا [من المذاهب]، كما يبحث فى باب الجهاد(٣) بعض ما يتعلّق بوجود الإمام عليه

السلام وتكليفه(٤) بل قد يبحث عمّا لا يتّفق الوجود له، كالبحث عن نجاسة دم مخلوق الساعة»(٥).

مضافا إلى وجود فرع تحت هذا الاشتراط وهو ما ذكره فخرالمحقّقين(٦) من بيع

مال الطفل على خلاف مصلحته أو الشراء له كذلک.

وهكذا يأتى هذا الاشتراط فى تزويج الصغير فضولة مع فرض عدم وجود الولى

١- ٤ . مفتاح الكرامة ٢٥٠/١٦ و ٢٥١.

٢- ٥ . راجع صفحة ٢٥ من هذا المجلد.

٣- ٦ . الجواهر ٨٦/٢٢ (٥٠/٢١).

٤- ٧ . الجواهر ٦١٢/٥ (٣٦٢/٥).

٥- ٨ . كتاب البيع ٣٢١/٢.

٦- ٩ . إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

من الأب والجدّ والوصى - على خلاف فيه - وبناءً على عدم ولاية الحاكم الشرعى على الصغير فى النكاح كما مرّ من الشيخ الأعظم(١).

وقد مرّ من العلاّمة(٢) تفريعه على هذا الاشتراط ببيع مال الطفل فضولاً ثمّ بلغ وأجاز ثمّ استشكل فى الاشتراط لا فى الفرع - على ما حكى(٣) من نجله فخرالمحقّقين - .

واعترض(٤) عليه بعض العامة - وهو البيضاوى على ما قيل(٥)- : بأنّ هذا الاشتراط ساقط على مذهب العلاّمة - وهو مذهب أهل البيت عليهم السلام - لأنّهم يعتقدون وجود الإمام عليه السلام فى كلِّ زمان وهو ولى من لا ولى له.

ولكن قد عرفتَ ممّا سردناه عليک فى الجهة الأولى أنّ أوّل من اعترض عليه هو نجله فخرالمحقّقين حيث قال: «واعلم أنّ هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعرة»(٦) وإنَّما يَنْحَصِرُ على مَذْهَبِنا بفرع واحد وهو بيع مال اليتيم على خلاف مصلحته كما مرّ.

وأجاب الشهيد(٧) عن الاعتراض بأنّه أراد مجيزا فى الحال [يمكن الاطلاع على إجازته].

واعترض المحقّق القمى(٨) على جواب الشهيد بأنّ نائب الإمام عليه السلام موجود ويمكن الاطلاع على إجازته.

وعمّمه الشيخ الأعظم أوّلاً: «بأنّ نائب الإمام - وهو المجتهد الجامع للشرائط -

---

١- ١ . المكاسب ٤٣٢/٣.

٢- ٢ . قواعد الأحكام ١٩/٢.

٣- ٣ . الحاكى هو ثانى الشهيدين فى فوائد القواعد /٥٣٢.

٤- ٤ . حكاه الشهيد فى الحاشية النجارية /٢٢٢.

٥- ٥ . هكذا نقله الشيخ الأعظم فى المكاسب ٤٣٢/٣.

٦- ٦ . إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

٧- ٧ . الحاشية النجارية /٢٢٢.

٨- ٨ . غنائم الإيام ٥٥٣/١، جامع الشتات ٣١٨/٢.

موجود، بل لو فُرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفسّاق الولاية على الطفل فى مصالحه مع عدم العدول»(١).

وثانيا: دافع عن الشهيد بأنّه إن أُريد - فى أصل الاشتراط - وجود ذات المجيز - وهو الوجه الأوّل من وجوه تصوّر عدم المجيز فى العقد، الذى مرّ منّا فى الجهة الثانية من البحث - لا تفيد إجابة الشهيد لأنّ ذات الإمام عليه السلام موجود وعدم التمكن من الوصول إلى إجازته لا يردّ الاعتراض.

وإن أُريد - فى أصل الاشتراط - وجود ذات المجيز مع فرض تمكّنه من الإجازة - وهو الوجه الثانى من وجوه تصوّر عدم المجيز فى العقد الذى مرّ فى الجهة الثانية - تمت الإجابة لأنّ المجتهد والعدول وحتّى الفساق وإن فرض وجودهم ولكن من الممكن عدم اطلاعهم على العقد حتّى يُجيزوه.

أقول: قد مرّ منّا فى الجهة الثانية من البحث أنّ الوجه الأوّل - عدم ذات المجيز - لا يتصوّر على مذهبنا، والوجه الثانى - عدم ذات المجيز الذى تمكّن من الإجازة - وإن كان متصوّرا ولكنه لا دليل على اعتباره.

والوجه الثالث - وهو تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة ولكنّه مَمْنُوْعٌ شرعا منها - يمكن تصوّره أيضا ولكن لا دليل على اعتباره.

قال الشيخ الأعظم: «فالاولى: ما فعله فخرالدين والمحقّق الثانى من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات مَنْ مِنْ شأنه الإجازة فإنّه فرض غير واقع فى الأموال»(٢).

أقول: لابدّ من حمل «امكان فعلية الإجازة» فى كلامه قدس سره - على الإمكان الشرعى - لا الإمكان التكوينى - كما مرّ فى الجهة الثانية وآنفا.

١- ٩ . المكاسب ٤٣٣/٣.

٢- ١ . المكاسب ٤٣٣/٣.

الثالث: هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حين العقد؟

اشارة

وهذا هو الاحتمال الثالث فى وجوه تصوّر عدم المجيز فى العقد، الذى مرّ منّا(١) أنّه كان فى المقام الثبوت متصوّرا ولكنّه لا دليل على اعتباره إثباتا.

ولذا نفى الشيخ الأعظم اعتباره بقوله: «لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد»(٢).

ثم قال: «سواء كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع»(٣).

مراده من المقتضى: هو الملكيّة مع شرائط كمال المالک من البلوغ والعقل والرشد. وفى فرض عدم الملكية، الإجازة أو الوكالة فى التصرف من المالک.

ومراده من المانع: هو تعلّق حقّ الغير بالعين نحو: تعلّق حقّ الغرماء فى الفلس، وتعلّق حقّ المرتهن بالعين المرهونة وعدم جواز بيع أُمّ الولد فى عدم بيعها.

ثمّ ذكر أربعة مسائل لابدّ إلاّ أن نقتفى أثره.

المسألة الأولى: إذا كان المالک حين العقد ممنوعا من التصرف لحجرٍ أو رهنٍ

هل يصح العقد من مالک كان ممنوعا من التصرف لِحَجْرٍ أو رَهْنٍ أو استيلاد فى الأَمَةِ ولكن حين إجازته ارتفع المنع من التصرف لرفع الحجر أو فک الرهن أو موت الولد؟

قد مرّ آنفا(٤) القول بالبطلان من الشيخ(٥) والمحقّق(٦) والعلاّمة فى التحرير(٧)

١- ١ . راجع صفحة ١٤ من هذا المجلد.

٢- ٢ . المكاسب ٤٣٤/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤٣٤/٣.

٤- ٤ . راجع صفحة ١٩ من هذا المجلد: قولنا: الثالث... .

٥- ٥ . المبسوط ٢٧٢/٢، الخلاف ٢٦٩/٣ مسأله ١١.

٦- ٦ . الشرائع ٧٨/٢.

٧- ٧ . تحرير الاحكام الشرعية ٥٠٩/٢.

وولده(١) وهو المحكى عن أبيعلى(٢).

ولكن العلاّمة فى بيع التذكره حكم بصحته وقال: «ولو باع ولم يعلم المرتهن ففكّ لزم البيع لانتفاء المعارض...»(٣).

ونفى البأس عن إيقافه فى حَجْر التذكرة وقال: «لو صادف تصرّفه عينَ مال بالإتلاف إمّا بمعاوضةٍ كالبيع والإجارة، أو بغير معاوضةٍ كالهبة والعتق والكتابة، أو بالمنع من الانتفاع كالرهن قال الشيخ رحمه الله : يبطل تصرّفه. و هو أصحّ قولى الشافعى وبه قال مالک والمزنى لأنّه محجور عليه بحكم الحاكم، فوجب أن لا يصحّ تصرفه... .

والقول الثانى للشافعى: إنّ هذه التصرفات لا تقع باطلة فى نفسها بل تكون موقوفة، فإن فضل ما تصرّف به عن الدين إمّا لارتفاع سعر أو لإبراء بعض المستحقّين نفذ، وإلاّ بانَ أنّه كان لغوا، لأنّه محجور عليه بحقّ الغرماء، فلا يقع تصرّفه باطلاً فى أصله، كالمريض. وهذا القول لا بأس به عندى والأوّل أقوى...»(٤).

وقال المحقّق الثانی: «فیه قوة»(٥)، والشهید الثانی: «لعلّه الأقوی»(٦).

وحکم السیّد العاملی الصِّحَّةَ فی بیع مفتاح الکرامة(٧) وحجرها(٨) ولا یشترط الإجازة.

وقال صاحب الجواهر بعد نقل نفی البأس التذکرة وقوة جامع المقاصد وأقوائیة المسالک: «وهو کذلک بناءً علی أنّ الفضولی علی القاعدة، بل وإن لم نقل بذلک للفحوی

١- ٨ . إیضاح الفوائد ٦٥/٢.

٢- ٩ . الحاکی و العلاّمة فی المختلف ٤٥٣/٥.

٣- ١٠ . تذکرة الفقهاء ٤٢/١٠.

٤- ١ . تذکرة الفقهاء ٢٥/١٤ مسألة ٢٧٠.

٥- ٢ . جامع المقاصد ٢٢٩/٥.

٦- ٣ . المسالک ٩٠/٤.

٧- ٤ . مفتاح الکرامة ٦٢٢/١٢.

٨- ٥ . مفتاح الکرامة ٢٥١/١٦.

حینئذ... وعلی کلِّ حالٍ فالأقوی صحة عقده، بل ظاهر جماعة من الأصحاب بل هو کصریح التذکرة عدم بطلانه بردّ الغرماء وأنّه یبقی موقوفا علی أن یقسم المال لایباع ولایسلّم إلی الغرماء فإن فضل لارتفاع قیمة غیره أو لإبراء بعض الدیّان أو غیر ذلک نفذ فیه التصرف وإلاّ بطل لسبق التعلُّق به فیه، ولیس لذوی الدین ابطال التصرف وفسخ العقد قبل ذلک، وهو جید...»(١).

وتبعه الشیخ الأعظم وقال: «والأقوی صحة الإجازة بل عدم الحاجة إلیها إذا کان عدم جواز التصرف لتعلّق حقّ الغیر...»(٢).

والوجه فی عدم الحاجة إلی الإجازة لأنّ المعاملة مستندة إلی المالک وإنّما کان المانع من صحتها حقّ المرتهن أو وجود الحَجْر أو الولد وقد سقطت الموانع بفکّ الرهن ورفع الحجر وموت الولد فتمت المعاملة، کما یری السیّد الیزدی(۳) عدم البطلان هو التحقیق.

ثمّ هل یجری نزاع الکشف والنقل فی الإجازة بالنسبة إلی رفع هذا المانع من صحة العقد من فکّ الرهن أو رفع الحجر أم لا؟ مع وضوح عدم جریانه فی بیع اُمّ الولد قبل موت ولدها.

قولان:

ذهب المحقّق الثانی(٤) مع توغّله فی الکشف بعدم جَرَیانِه فی المقام والتزم بالنقل هنا فقط ویری السیّد الیزدی: «الإنصاف أنّ الحکم بالکشف مشکل».(٥)

ولکن ذهب المحقّق النائینی(٦) إلی جَرَیان نزاع الکشف والنقل فی المقام أیضا

١- ٦ . الجواهر ٢٨٤/٢٥ و ٢٨٥ طبع الإسلامیة.

٢- ٧ . المکاسب ٤٣٤/٣.

٣- ١ . حاشیته علی المکاسب ٢٢٢/٢.

٤- ٢ . جامع المقاصد ٧٥/٥ و ٧٦.

٥- ٣ . حاشیته علی المکاسب ٢٢١/٢.

٦- ٤ . راجع منیة الطالب ١٠٩/٢، المکاسب والبیع ١٥٩/٢.

کما فی الإجازة. وإن کان عنده(١) إشکال بالنسبة إلی فک الرهن.

ويمكن الاستدلال للمحقّق الثانى بأنّ نزاع الكشف والنقل إنّما يجرى فيما إذا كان العقد تامّا من جميع الجهات وكان متوقّفا على الاستناد إلى المالک فقط فعند حصول الاستناد إليه بالإجازة يأتى النزاع، وأمّا إذا كانت صحة العقد متوقّفة على أمر آخر مضافا إلى توقّفها على الإجازة ففى مثله لا يمكن الالتزام بأنّ الإجازة كاشفة عن الملكية من حال العقد مع أنّها تتوقّف على أمر آخر حسب الفرض.(٢)

ويمكن الاستدلال للمحقّق النائينى: بإمكان حفظ الرهن وصحة البيع فيمكن

الحكم بالكشف أيضا كما فى بيع العين المرهونة مع الإعلام بوصف المرهونية وإجازة المرتهن وكبيع العين المستأجرة. مضافا إلى أنّ التنافى بين حفظ الرهن وصحة البيع - على فرض وجوده - إنّما يأتى بناءً على الكشف الحقيقى فقط دون أقسام الكشف الحكمى. وكذلک القول فى الحجر وتعلّق حق الغرماء بالمال.(٣)

والظاهر جريان نزاع الكشف والنقل بالنسبة إلى رَفْعِ هذَيْنِ الْمانِعَيْنِ من فکّ الرهن ورفع الحجر كما عليه المحقّق الخمينى(٤) قدس سره والحمد للّه.

١- ٥ . راجع تعليقته على منية الطالب ١٠٩/٢. قال فيها: «ويمكن أن يقال: إذا كان حقّ المرتهن مانعا عن تأثير عقد الراهن، فحكم الإسقاط ونحوه حكم القبض فى باب الصرف والسَّلَم، فإنّ عدم المانع من أجزاء العلّة. فملكيّة المشترى كما تتوقّف على القبض فى الصرف والسلم فكذلک تتوقّف ملكيّة مشترى العين المرهونة على خروج العين عن كونها للدين، وخروجها عنها يتحقّق فى الإسقاط أو الفكّ لا زمان العقد، فلا يجرى فيه نزاع الكشف والنقل، بل لا محيص عن الالتزام بالنقل».

٢- ٦ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١١/٢ و ١٢.

٣- ١ . راجع هدى الطالب ٢٤٠/٥.

٤- ٢ . كتاب البيع ٣٣٢/٢.

المسألة الثانية: لو باع شيئا ثمّ ملكه

اشارة

وهى ما لو كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى - وهو عدم الملكيّة للعاقد - ولكن حصلت الملكية بعد للعاقد الفضولى أو لغيره غير المالک الأوّل.

وعنوان المسألة فى كلمات القوم يختص بما إذا كان المالک الجديد هو البائع الفضولى حيث عنونه بما جعلتُه عنوانا.

ولكنَّ صُوَرَ المسألة بلغت إلى سِتّ عَشْرَةَ صُوْرَةً(١) لأنّ الفضولى الذى يكون غير المالک أمّا أن يبيع لنفسه أو للمالک، وانتقال الملک إلى المالک الجديد إمّا اختيارا أو قهرا، وإمّا أن يجيز المالک الجديد البيع أم لا، فبلغ إلى هنا إلى ثَمانِيْ صُوَرٍ وهذا كلّه إذا كان المالک الجديد هو البائع الفضولى وأمّا إذا كان غيره فَتَبْلُغُ الصُّوَرُ إلى سِتّ عَشْرَةَ صُوْرَةً.

هذا إذا جعلنا عنوان المسألة عاما كما جعله الشيخ الأعظم(٢) قدس سره ولكن إذا جعلنا عنوانها خاصا كما فى كلمات القوم - وكما جعلتها تبعا لهم - فيخرج الثمانية الثانية لأنّهم قالوا: «لو باع الفضولى شيئا ثمّ ملكه»، وهذا العنوان لا يشمل صور الملكية الجديدة لغير البائع الفضولى.

والمهم فى هذه الصور الثَّمانى الأُولى صورتان:

الأُولى: أن يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يَشتَريه من مالكه وَيُجيز البيع.

١- ١ . كما فى هداية الطالب ١٣٤/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٣٥/٣ حيث يقول: «... فيجيز المالک الجديد سواء كان هو البائع أو غيره».

الثانية: أن يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يَشْتَريه من مالكه ولا يُجِيْزهُ.

وحكم بقية الصور يظهر من حكم هاتين بالتأمل، فيقع الكلام فيهما، بل يظهر حكم الصورة الثانية من الصورة الأُولى كما هو الواضح ولذا بحث الشيخ الأعظم(١) عن

هذه الصورة الاولى مفصلاً وعن الصورة الثانية مختصرا.

الصورة الأولى:

ويقع الكلام فى ضِمْنِ جِهات:

الجهة الأُولى: كلمات الفقهاء حول المسألة

اشارة

قال الشيخ فى ما إذا باع أو رهن مالک النصاب قبل إخراج زكاته: «إذا وجبت الزكاة فى ماله فرهن المال قبل إخراج الزكاة منه لم يصحّ الرهن فى قدر الزكاة ويصح فيما عداه. وكذلک الحكم لو باعه صحّ فيما عدا مال المساكين ولا يصح فيما لهم، ثمّ يُنظر فإن كان للراهن(٢) مال غيره وأخرج حقّ المساكين منه سلم الرهن جميعه وكذلک البيع»(٣).

وقال: «وإن كانت الهبة فاسدة فباع قبل القبض صحّ البيع، وإن باع بعد القبض فإن كان يعلم أنّها فاسدة، وأنّه لا يملک بها صحّ البيع، وإن كان يعتقد أنّها صحيحة وأنّ الموهوب له قد ملكها فهل يصحّ البيع؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يصحّ لأنّه صادف ملكه وهو الصحيح.

الثانى: لا يصحّ لأنّه لا يبيع ويعتقد أنّه متلاعب بذلک.

كما نقول فى الرجل يبيع ماله مورِّثه وعنده أنّه ما مات، ثمّ يتّفق أن يكون قد مات قبل البيع، قيل: فيه قولان...»(٤).

أقول: ظاهر الشيخ فى الزكاة والهبة صحة بيع مَنْ باع شيئا ثمّ ملكه من دون حاجة إن الإجازة المستانفة، فى الزكاة كان الصحة ظاهرةً وفى الهبة شبّه بيع مال المورِّث

ص:٢٩

١- ٣ . المكاسب ٤٥٣/٣.

٢- ١ . فى المطبوعة «الرهن» صححناه بالسياق.

٣- ٢ . المبسوط ٢٠٨/١.

٤- ٣ . المبسوط ٣٠٤/٣.

بظن حياته بالهبة الفاسدة و بيع العين الموهوبة مع اعتقاد صحة الهبة واختار هو قدس سره صحة البيع، فكذلک يكون مختاره فى بيع مال المورِّث الصحة.

وقال المحقّق: «لو باع النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه صح فيما عدا الزكاة فإن اغترم حصة الفقراء، قال الشيخ رحمه الله : صح الرهن فى الجميع وكذا البيع. وفيه إشكال لأنّ العين غير مملوكة له وإذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا وافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة كمن باع مال غيره ثمّ اشتراه، و...»(١).

وقال: «... ولو كانت الهبةُ فاسدةً صحّ البيعُ على الأحوال. وكذا القول فيمن باع مالَ مورِّثه وهو يعتقد بقاءَهُ. وكذا إذا أوصَى برقبة مُعْتَقِهِ وَظَهرَ فسادُ عتقِهِ»(٢).

أقول: كلامه الأوّل ظاهر فى الصحة مع الإجازة والثانى فى الصحة مطلقا.

قال العلاّمة فی متاجر القواعد: «ولو باع مال أبیه بظن الحیاة وأنّه فضولی فبان میّتا - حینئذ - وأنّ المبیع ملکه فالوجه الصحة»(۳).

وقال فی هبتها: «وإذا باع الواهب بعد الأقباض بطل مع لزوم الهبة، وصحّ لا معه علی رأی، ولو کانت [الهبة] فاسدةً صحّ إجماعا. ولو باع مال مورِّثه معتقدا بقاءه أو أوصی بمن أعتقه وظهر بطلان عتقه فکذلک»(٤).

قال السیّد العاملی: «وقد یلوح منه [العلاّمة] هناک [هبة القواعد] أنّها محل إجماع فلیرجع إلیه»(٥).

وقال فی نهایة الإحکام: «ولو باع مال أبیه بظن أنّه حیٌّ وهو فضولیٌّ، فبان أنّه کان میّتا حینئذ وأنّ المبیعَ ملکُ للعاقد فالأقوی الصحة لصدوره من الملک... ویحتمل البطلان لأنّه وإن کان العقد منجزا فی الصورة إلاّ أنّه فی المعنی معلَّقٌ، وتقدیره إن مات مورِّثی فقد

۱- ٤ . المعتبر ٥٦٣/٢.

۲- ۱ . الشرائع ۱۸۱/۲.

۳- ۲ . قواعد الأحکام ۱۹/۲.

٤- ۳ . قواعد الأحکام ٤۰۹/۲.

٥- ٤ . مفتاح الکرامة ٦۲۷/۱۲.

بعتُک ولأنّه کالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبیع لغیره»(۱).

وقال فی بیع التذکرة: «لو باع بظن الحیاة وأنّه فضولیٌّ فبان موته وأنّه مالک صحّ البیع - وهو أصحّ قولی الشافعی - لأنّه بیع صدر من أهله فی محلّه.

وأضعفهما: البطلان لأنّه كالغائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

وله آخر: أنّه موقوف على تيقّن الحياة أو الموت»(٢).

ونحوه فيها(٣) فراجعه.

وقال فخرالمحقّقين فى ذيل عبارة متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة إنّه تصرّف من أهله فى محلّه.

ويحتمل وقوفه على إجازته لأنّه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على الإجازة متجددة من الأب أو من يقوم مقامه ولمّا اعتبر القصد فى أصل البيع ففى أحواله أَوْلى.

ويحتمل البطلان لأنّه إنّما قصد نقل الملک عن الأب لا عنه ولأنّه وإن كان منجزا فى الصورة فهو فى المعنى معلَّقٌ والتقدير إن مات مورّثى فقد بعتک ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»(٤).

وقال الشهيد: «وكذا [أى تصحّ] لو باع ملک غيره ثمّ انتقل إليه فأجاز. ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده وقد نُهى عنه. نعم لو باعه موصوفا فى الذمة يطابق ما عند الغير ثمّ ملكه ودفعه صحّ وأطلق الحلبى(٥) صحة بيع ما ليس عنده ويحمل على ذلک»(٦).

وقال فى القواعد والفوائد: «... ويحتمل البطلان، لأنّه إنّما قصد نقل الملک عن

١- ٥ . نهاية الإحكام ٤٧٦/٢ و ٤٧٧.

٢- ٦ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٣- ٧ . تذكرة الفقهاء ٢٢٠/١٠.

٤- ١ . إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

٥- ٢ . الكافى فى الفقه /٣٥٩.

٦- ٣ . الدروس ١٩٣/٣.

الأب لا عنه، ولأنّه وإن كان منجّزا فى الصورة فهو فى المعنى معلَّقٌ والتقدير: إن مات مورّثى فقد بعتك، ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»(١).

وقال الفاضل المقداد: «... وكذا نقول [بالصحة] فيمن باع ملك غيره ثمّ انتقال إليه فأجاز»(٢).

وقال المحقّق الثانى فى ذيل عبارة متاجر القواعد: «قوله: (وأنّه فضولى) مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف أعنى العقود تابعة للقصود.

[و] أراد: الصحة من غير توقف على شى ء آخر، أعنى: اللزوم وينبغى أن يكون ذلك موقوفا على إجازته وهو الأصح، لأنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، إلاّ أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف. ومثله: ما لو باعه فضوليا ثمّ تبيّن شراء وكيله إيّاه»(٣).

وقال فى تعليقه على الإرشاد: «ولو باع مُوَرّثه لظن حياته فبان ميّتا وأنّه مِلكُه، أو باع مال غيره ثمّ اشتراه فهل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟

وجهان، وعدم الاشتراط فى الثانى أبعد، بل البطلان متّجه إذا قلنا بأنّ الإجازة كاشفة، لأنّ انتقال الملك إلى المشترى الأوّل إذا كان من وقت العقد استلزم بطلان البيع الثانى، فينتفى الملك، وصحة البيع الأوّل فرع له»(٤).

وقال ثانى الشهيدين فى ذيل قول المحقّق: «(وكذا القول فيمن باع مال مورّثه وهو يعتقد بقاءه)، بمعنى أنّه يحكم بصحّة البيع على تقدير ظهور موت المورّث حال البيع، وأنّ البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر فى اللزوم وهو صدور البيع عن مالكٍ لأمره.

ویشکل بما مرّ من عدم قصده إلی البیع اللازم، بل إنّما قصد بیع مال غیره وأقدم علی عقد الفضولیّ، فینبغی أن یعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصا مع ادّعائه عدم

۱- ٤ . القواعد والفوائد ۲۳۸/۲، قاعدة ۲۳۸.

۲- ٥ . التنقیح الرائع ۲٦/۲.

۳- ٦ . جامع المقاصد ۷٦/٤.

٤- ۱ . حاشیة الإرشاد /۳۳۷ المطبوعة فی ضِمْنِ المجلد التاسع من حیاة المحقّق الکرکی وآثاره.

القصد إلی ا لبیع علی تقدیر کونه ملکه. ولعلّ هذا أقوی لدلالة القرائن علیه، فلا أقلّ من جعله احتمالاً مساویا للقصد إلی البَیْعِ مطلقا فلا یبقی وثوق بالقصد المعتبر فی لزوم البیع.

إلاّ أن یقال: إنّ المعتبر هو القصد إلی البیع مطلقاً، ویمنع اعتبار القصد إلی بیعٍ لازم بدلیل صحّة عقد الفضولیّ مع عدم القصد إلی بیعٍ لازم، وتوقّفه علی إجازة المالک أمر آخر، لانّ رضا المالک شرط فی لزوم العقد لا فی صحّته فی نفسه، والأمر هنا وقع من المالک، فاجتمع القصد إلی البیع والشرط وهو بیع المالک فلا یفتقر إلی إجازة أخری. وإلی مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحّة البیع. مثله ما لو باع مال غیره فظهر شراء وکیله له قبل البیع.

واعلم أنّ الشهید فی الدروس لمّا نقل عن الشیخ(۱) تساوی مسألتی فساد الهبة وبیع مال مورّثه فی الحکم بصحّة البیع وإن جهل الحال قال: «وقد یفرّق بینهما بالقصد إلی صیغة صحیحة فی مال المورّث، بخلاف الموهوب»(۲) ولایخفی علیک فساد هذا الفرق، فإنّ القصد إلی الصیغة الصحیحة بالمعنی المقابل للباطل حاصل فی المسألتین وبمعنی اللزوم منتفٍ فیهما، فلا فرق بینهما أصلاً کما لا یخفی»(۳).

وقال الصيمرى: «الثالث: لو باع مال غيره ثمَّ ملكه قبل فسخ المالک وإجازته، افتقر إلى الإجازة من البائع، لأنّه باع وهو غير مالک ولابدّ من إجازة المالک وقد صار مالکا فلابدّ من إجازته...»(٤).

فذلكة القول فى محتملات المسألة وأقوالها

وهنَّ ثلاثة:

الأوّل: الصحة من دون توقّفها على إجازة البائع بعد تجدد الملک له: وهو الظاهر من كلام شيخ الطائفة فى بيع مال الزكوىء قبل إخراج الزكاة منه إذا غرم حصة

١- ٢ . المبسوط ٣٠٤/٣.

٢- ٣ . الدروس ٢٨٩/٢.

٣- ٤ . المسالک ٥١/٦.

٤- ١ . غاية المرام ١٥/٢.

الفقراء بعد البيع، وفى بيع الهبة الفاسدة مع اعتقاد البائع الصحة كما مرّ.

وهو مختار المحقّق فى الشرائع والعلاّمة فى متاجر القواعد وهبتها وبيع التذكرة ويراه الأقوى فى النهاية، وهو مختار الجدّ الشيخ جعفر.(١)

الثانى: صحتها مع توقّفها على الإجازة: وهو الظاهر من معتبر المحقّق والشهيد فى الدروس والفاضل المقداد فى التنقيح ونقله الشهيد عن ابن المتوّج(٢) وهو مختار المحقّق الثانى فى جامع المقاصد، والشهيد الثانى فى المسالک والصيمرى فى غاية المرام وعليه صاحب الجواهر(٣) والشيخ الأعظم(٤).

الثالث: البطلان: وهو أضعف قولى(٥) الشافعى.

وهو مختار الشيخ أسداللّه التسترى(٦) والمحقّق النائينى(٧) كما يأتى منه فى ما بعد فى غير الانتقال القهرى وفيه قال بالصحة(٨).

الجهة الثانية: إشكالات التسترى على القول بالصحة

اشارة

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم(٩) للإشكالات السبعة - التى ذكرها الشيخ أسداللّه التسترى فى مقابس الأنوار(١٠)- على القول صحة، وقد مرّ بعضها من العلاّمة وولده

والمحقّق الكركى فيما نقلتُ عنهم فى الجهة الأُولى.

١- ٢ . شرح القواعد ٩٨/٢.

٢- ٣ . كما حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٦٢٨/١٢.

٣- ٤ . الجواهر ٤٨٢/٢٣ (٣٠٠/٢٢)، ولكنّه فى المسألة التى ذكرها الشيخ الطوسى فى كتاب الزكاة يظهر منه القول بالبطلان، راجع الجواهر ٢٤٥/١٥ (١٤٢/١٥).

٤- ٥ . المكاسب ٤٣٧/٣ و ٤٦٢.

٥- ٦ . أى مذهبه القديم والجديد.

٦- ٧ . مقابس الأنوار /١٣٤.

٧- ٨ . المكاسب والبيع ١٦٧/٢ و ١٧٥.

٨- ٩ . منية الطالب ١١٨/٢.

٩- ١٠ . المكاسب ٤٣٧/٣.

١٠- ١١ . مقابس الأنوار /١٣٤ و ١٣٥.

الاشكال الأوّل

(١):

لو باع مال الغير لنفسه كان باطلاً بوجوه خمسة قد مرّ فى المسألة الثالثة من بيع الفضولى، تحت عنوان «أدلة بطلان بيع الفضولى لنفسه ومناقشتها»(٢).

ولكن بعض هذه الوجوه لا يجرى هنا وَهُما الوجهان اللذان يختصان بالغاصب - أى الوجه الثانى(٣): اعتبار عدم سبق منع المالک، والوجه الثالث(٤): فقدان قصد المعاوضة الحقيقية - لأنّ البائع هنا ليس غاصبا بل يكون مالكا.

وفيه: قد مَرَّتْ هذه الأدلة ومناقشتها مفصلاً فلا نعيدها فراجع ما حررتُه هناک.(٥)

الاشكال الثانى

(٦):

يعتبر فى صحة البيع أُمور ثلاثة: ١- الملک، ٢- رضا المالک، ٣- القدرة على التسليم. وفى بيع الفضولى يتحقق جميع هذه الأُمور من جانب المالک. ولكن فى مسألتنا - من باع شيئا ثمّ ملكه - المالک خرج عن قابلية الإجازة بالموت أو بالبيع للعاقد فلا يتحقق هذه الأُمور الثالثة، والمالک الجديد لا يكون مالكا حين العقد، والمالک حال العقد لا يعتبر رضاه.

وقد أجاب عنه الشيخ الإعظم(٧) بجوابين:

الأوّل: بالنسبة إلى عدم رضاية من يعتبر رضاه، ذهب إلى أنّ المعتبر من الرضا إنّما هو رضا المالک حال الإجازة، لا رضا المالک حال العقد، لأنّ دليل اعتبار الرضا فى

١- ١ . مقابس الأنوار /١٣٤.

٢- ٢ . راجع الآراء الفقهية ٣٢٤/٥.

٣- ٣ . راجع الآراء الفقهية ٣٢٥/٥.

٤- ٤ . راجع الآراء الفقهية ٣٢٥/٥.

٥- ٥ . راجع الآراء الفقهية ٣٢٤/٥.

٦- ٦ . مقابس الأنوار /١٣٤.

٧- ٧ . المكاسب ٤٣٧/٣.

المعاملات هو آية التجارة(١) وقوله عليه السلام : لا يحلّ مال امرى ء مسلم إلاّ بطيب نفسه.(٢) ومدلولهما اعتبار رضا المالک حين الإجازة لا حين العقد.

الثانى: بالنسبة إلى القدرة على التسليم، ذهب إلى أنّ القدرة على التسليم معتبرة فى حق المالک حين العقد ولا يفيد حال الإجازة إلاّ أنّه كلام آخر لا ربط له بالمقام. لأنّ الكلام فى صحة البيع الصادر عن الفضولى فيما إذا ملكه وأجاز، وبطلانه من أجل عدم القدرة على التسليم أمر آخر غير ما نحن بِصَدَدِهِ.

أقول: بل يمكن أن يجاب عن الثانى بأنّ المعتبر هو القدرة على التسليم حال الإجازة بل القدرة على التسليم فى موعد التسليم لا القدرة عليه حال العقد، والقدرة عليه حين الإجازة بل فى موعد التسليم، وهى موجودة فى هذا العقد.

الإشكال الثالث

اشارة

(٣):

الإجازة كاشفة على الأصح عندنا وعند الشيخ التسترى عن الملكية حال العقد، وإذا فرضنا صحة البيع فى مسألتنا فَلازِمُهُ أن يكون المال ملكا للمشترى من حين العقد مع أنّ المفروض عدم دخوله فى ملك المالک المجيز حين العقد حتّى يدخل منه إلى ملک المشترى، والخروج من الملْكِ فرع للدخول فيه، وما لم يدخل فى ملكه كيف يعقل خروجه عنه، وهذا يكشف عن بطلان المعاملة.

جواب الشيخ الأعظم

جواب الشيخ الأعظم(٤): الإجازة على القول بالكشف توجب انتقال المال إلى المشترى من حين العقد إذا لم يكن هُناکَ محذورٌ فى البين، وأمّا إذا وُجد مَحْذُوْرٌ - كما ورد فى الإشكال - فالمتّبع هو دليل الاعتبار فيحكم بكاشفية الاجازة من زمن يمكن الانتقال من المالک المجيز إلى المشترى وهو أوّل زمان انتقال المالكية إلى المالک الثانى الذى أجاز البيع، فيدخل المبيع آنا ما فى ملكه ومنه ينقل إلى المشترى ويرتفع الْمَحْذُوْر.

١- ٨ . سورة النساء /٢٩.

٢- ٩ . وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٣- ١ . مقابس الأنوار /١٣٤.

٤- ٢ . المكاسب ٤٣٨/٣.

مضافا إلى أنّ مقتضى الصحة موجود فى مسألتا - وهو العمومات والإطلاقات الواردة فى صحة البيع - ولا مانع عن الصحة إلاّ إجازة المالک الجديد وإذا حصلت تلک الإجازة فَهِىَ تَكْشِفُ عن ثبوت

الملكية من أوّل أزمنة إمكان قابلية الملك إلى المشترى له من دون ترتّب محال عقليّ أو شرعيّ فى المقام.

ثمّ ذكر(١) أنّ مسألتنا لا تُقاسُ بما إذا خصص المالك المجيز الإجازة بزمن متأخر عن العقد مثلاً بأنّ أجازه مِن حين الإجازة فيحكم بالبطلان لأنّ العقد قابل لِتَرْتِيْبِ الأثر

من حينه فلا وجه لتقييد توسط المالك فيكون باطلاً من رأسه.

وأمّا فى مسألتنا فليس العقد قابلاً لترتّب الملكية عليه من حينه، فيترتّب عليه من أوّل أزمنة إمكانه وهو كما مرّ انتقال الملك إلى المالك الجديد. انتهى جواب الشيخ الأعظم بتقريب منّا.

ولكن المحقّق النائينى(٢) استدلّ للبطلان بمنع اقتضاء البيع للصحة فى المقام لما مرّ من أنّ بيع الأصيل ماله من البائع الفضولى يقتضى بطلان بيع الفضولى لأنّ الردّ كما يتحقّق بالقول يتحقّق بالفعل أيضا.

ولكن يرد عليه أوّلاً: قد مرّ فى تنبيهات الإجازة(٣) أنَّ الردّ لا يقتضى بطلان البيع الفضولى فراجع ما حررتُه هناك.

وثانيا: أنّ الدليل أخص من المدعى لأنّ ما ذكره إنّما يجرى فيما إذا ملك البائع ما باعه بالشراء كما مثّل له ولكن لا يجرى فيما إذا ملكه بالإرث، والوجه فى ذلك أنّ انتقال الملك بالإرث لا يعدّ ردّا من المورِّث للعقد الصادر عن الوارث.

وثالثا: وعلى فرض أنّ الردّ يقتضى بطلان البيع الفضولى إنّما يقتضى ذلك إذا ردّ المالك العقد الواقع على ملكه، وأمّا العقد الواقع على ملك غيره فليس للمالك ردّه، وفى مسألتنا العقد يَقَعَ فى ملك المالك الجديد فعلاً – بعد الشراء أو الإرث – فليس للمالك

١- ٣ . المكاسب ٤٣٩/٣.

٢- ١ . منية الطالب ١١٧/٢.

٣- ٢ . راجع الآراء الفقهية ٥٠٥/٥.

السابق ردّه، وللمالک الجديد إجازته أو ردّه على القول بِلُزُوْمِ الصحة الإجازة المُسْتَأنفة منه.

ثمّ لا يُدرى ما الفرق بين الإرث والبيع فى انتقال المال إلى الْمالِکِ الجديد؟! حيث ذهب المحقّق النائينى(١) إلى أنّ إجازة الوارث تكشف عن الملكية من حين العقد للمشترى فى حياة المورّث بِادِّعاءِ قيام الوارث مقام المورِّث فى الأموال فكأنّ العقد صدر من المورِّث بنفسه، ولكن إذا كان الانتقال بالشراء فَتَأْثِيْرُ الإجازة لحصول الملكيّة للمشترى من حين ملكية المالک الجديد يحتاج إلى دليل مفقود.

ولا ينقضى تعجبى من المحقّق السيّد الخوئى حيث استشكل على الشيخ الأعظم بأنّ المقايسة بين ما إذا خصص المالک الإجازة بزمان متأخر عن العقد ومسألتنا

تامةٌ - خلافا للشيخ الأعظم ومرّ منه بأنّ المقايسة بينهما باطلةٌ - وقال: «الوجه فيه [أى فى البطلان هناک] ليس إلاّ أنّ المُنْشَأَ بالعقد إنّما هى الملكيّة المطلقة من حين العقد، فإذا تعلَّقت الإجازة بالملكيّة المتأخرة عنه لم تتعلَّق الإجازة بما وقع، فما وقع لَمْ يجز وما اجيز لم يقع، وفى المقام [مسألتنا] أيضا يجرى هذا الوجه، لأنّه إذا سُئل المشترى من أىّ زمان اشتريتَ؟ أجاب بأنّى اشتريتُ من حين العقد، والمفروض عدم تعلّق الإجازة بالملكية من حين الشراء ولو كان ذلک لمانع شرعى فلو قلنا بالبطلان هناک لابدّ من القول به فى المقام أيضا»(٢).

وجه التعجب: تخصيص الانتقال بزمن ما بعد العقد فى ما إذا كان الانتقال من حين العقد ممكنا - شرعا وعقلاً - يضرّ بالبيع ويصيره باطلاً، وأمّا إذا كان الانتقال من حين العقد فلا يكون ممكنا - شرعا أو عقلاً - ولا يضرّ بصحة العقد الذى مدلوله الانتقال من حينه لأنّ المال غير قابل للانتقال

شرعا إلاّ أوّل أزمنة تملك المالک المجيز، فتكون عموم الإجازة بالنسبة إلى ما قبل ذلک الزمن ملغاةً، وكان ذلک نظير الإجازة فى ما إذا كان

١- ٣ . راجع منية الطالب ١١٨/٢.

٢- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٣٢/٢.

القبض فيه شرطا للانتقال كما عليه شيخنا الاستاذ(١) قدس سره .

الإشكال الرابع

(٢):

القول بصحة مسألتنا - من باع شيئا ثمّ ملكه - يستلزم اجتماع المالكين على ملک واحد، واستحالة ملكيّة المشترى للعين المشتراة.

وأمّا الأوّل: فعلى القول بالكشف، الإجازة تكشف عن ملكية المشترى للعين من حين العقد، والمفروض أنّ المال فى ذلک الوقت يكون للمالک الأوّل ولذا صحّ انتقاله منه إلى المالک الثانى المجيز بالانتقال الاختيارى أو القهرى، ثمّ بعد حصول الانتقال إلى المالک الثانى المجيز صحّت إجازته للعقد لأنّه صار مالكا للعين.

ولو لم تكن العين للمالک الأوّل لم يصح شراء الثانى المجيز منه - أو انتقالها إليه - فلم تصح اجازته للعقد، ولازم ذلک أن تكون العين من حين العقد إلى حين الإنتقال للمالک المجيز مملوكة للمالكين - المالک الأوّل والمشترى - .

وأمّا الثانى: فإنّ ملک المشترى للعين من حين العقد يستلزم عدم كون المالک

الأوّل مالكا لها من حين العقد لاستحالة كونها ملكا للإثنين بالاستقلال، وإذا لم تكن ملكا له - أى للمالك الأوّل - فلا يصح انتقالها إلى المالك الثانى المجيز وبالتالى لم تصح إجازة المالك المجيز للعقد السابق فلا تَتُمُّ ملكيّة المشترى للعين حال العقد، فيلزم من ملكية المشترى من حين العقد عدم ملكيّته، وما يلزم من وجوده عدمه محالٌ، فملكيّة المشترى للعين مُسْتَحِيْلَةٌ والعقد باطل.

جوابه: لا يَرِدُ الإيرادانِ على القول بالصحة حتّى على القول بالكشف فى الإجازة لما مرّ آنفا فى الجواب عن الإشكال الثالث بأنّ العين تنتقل إلى المشترى من أوّل أزمنة إمكان انتقالها من المالك الثانى المجيز إليه، وهو أوّل زمان دخلت العين فى ملكه - أى المجيز - بالشراء أو الإرث، فحينئذ قبل انتقال العين إلى المجيز كانت فى ملكيّة المالك

١- ٢ . راجع إرشاد الطالب ٢٨/٤.

٢- ٣ . راجع مقابس الأنوار /١٣٤.

الأوّل بلا تزاحم، فلا يلزم اجتماع المالكين على ملك واحد، ولا يلزم من وجوده عدمه.

الإشكال العام للمحقّق التسترى

اشارة

ثمّ ذكر التسترى(١) إشكالاً عامّا على جميع المعاملات الفضولية بناءً على الكشف من حين العقد أو من قابلية المحلّ كما فى مسألتنا - تحت عنوان إن قلت - وهو أنّ الإجازة تكشف عن ملكية المشترى للعين من حين العقد أو من حين قابلية المورد، ولازم ذلک أن لاتكون العين ملكا للمجيز حال الإجازة ومعه كيف تؤثّر فى تملّک المشترى من حين العقد أو مِن حين قابلية المورد، ولازم صحّة إجازته أن تكون العين ملكا للمجيز والمشترى - معا - فى حال إجازة المجيز.

جوابه:

اشارة

وأجاب التسترى نفسه عن الإشكال - تحت عنوان قلنا(٢)- بأنّ ملكية الصورية الظاهرية الحاصلة بالاستصحاب للمجيز كافية فى صحّة الإجازة وإن لم يكن مالكا واقعيّا لأنّ الإجازة رفع لليد وإسقاط للحقّ وفيه يكفى الملك الصورى الظاهرى، بخلاف العقد الثانى - شراء المجيز العين من المالك الأوّل - لأنّه يحتاج إلى الملك الواقعى لأنّه عقدٌ وصحة العقد تتوقّف على الملك واقعا.

ولكن الشيخ الأعظم أورد على جوابه بإيرادات أربعة:

الأوّل: الملك الصورى الاستصحابى لا يكفى فى الإجازة لأنّ الفضولى لو باع مال أحدٍ وقبل إجازة المالك باعه وكيل المالك من شخص آخر ولم يعلم به المالك ثمّ أجاز

المالك البيع الفضولى باستصحاب ملكه، وبعد ذلك ظهر أنّه لم يكن مالكا للمال حال الإجازة لأنّ الوكيل باعه من شخص آخر، فلا يمكن الالتزام بصحة الإجازة حينئذ مع أنّ الملك الصورى متحقّق فى المثال. ومنه يظهر أنّ الإجازة متوقّفة على الملك الواقعى ولا يكفى فيها الملك الاستصحابى.

الثانى: الفرق بين الإجازة والعقد الثانى غير موجود لأنّ الإجازة ليست رفعا لليد

١- ١ . مقابس الأنوار /١٣٤.

٢- ٢ . مقابس الأنوار /١٣٤.

واسقاطا للحقّ، بل هى ممّا يُصَحِّحُ الاستناد وكأنّه باع ماله حين الإجازة ومن الواضح أنّ البيع يتوقّف على الملك الواقعى ولا يكفى فيه الملكية الاستصحابية لأنّه من الشرائط الواقعية لا العلمية حتّى يقال فيه بكفاية الاستصحاب فيه.

الثالث: سلّمنا أنّ الإجازة هى إسقاط للحقّ ورفع لليد فقط مع ذلك لا يكفى فيها الملكيّة الاستصحابية الظاهرية لعدم معقولية إسقاط الحقّ مع انتفاء الحقّ قبل ذلك الاسقاط كما فى مسألتنا بناءً على الكشف لأنّ الإجازة تكشف عن ملكيّة المشترى من حين العقد فالمجيز لم يكن مالكا حين الإجازة.

الرابع: إشكال التسترى على المعاملات الفضولية إنّما يبتنى على الكشف الحقيقى وأمّا بناءً على الكشف الحكمى فلا يجتمع المالكان على ملك واحد. لأنّ المشترى إنّما ينزّل منزلة المالك فى ترتب الآثار فقط، لا أنّه يكشف عن الملك الحقيقى ليترتب الاشكال. ولأنّ المشترى مالك تنزيلىٌّ أو مجازىٌّ أو ادعائىٌّ، أمّا المالك الواقعى والحقيقى فَهُوَ المجيز فيرتفع اشكاله من الإساس. مضافا إلى تعدد زمان الاعتبارين كما مرّ فى بحوث الكشف.

أجوبة الإعلام عَنِ الإشكال العام

٢- إجابة المحقّق النائينى عن إشكال اجتماع المالكين على ملك واحد فى مسألتنا

اشارة

ذهب قدس سره إلى أنّ المستحيل هو اجتماع المالكين العرضيين وأمّا اجتماع المالكين الطوليين فلا استحالة فيه قال: «وأدلّ الدليل على إمكانه وقوعه كما فى ملك العبد الذى يملكه المولى، وإنّما الممتنع اجتماع مالكين عرضيين ففى المقام حيث إنَّ ملك المجاز له مترتّب على ملك المجيز وقوامه به فاجتماعهما لا يضرّ»(١).

واعترض عليه المحقّق السيّد الخوئى(٢) رحمه الله بأنّ لم يجد مالكان طوليان فى المقام وقال: إذ لا طولية لملكيّة المشترى والمالك المجيز - لأنّ المالك لا يملك المشترى ليملك ما ملكه بتبعه ليكون ملك أحدهما فى طول ملك الآخر - وليس فى المقام إلاّ كون مالكية المشترى معلولة لمالكية المجيز وهما مالكان مستقلان عرضيان فما ذكره من الإجابة غير تام.

١- إجابة السيّد اليزدى

قال: «الصواب فى الجواب عنه أن يقال: أنّه يكفى فى صحة الإجازة الملكيّة التقديرية، بمعنى كون المال له لو لا هذه الإجازة، فإنّ المفروض أنّه يخرج عن ملكه بسبب هذه الإجازة، وهذا المقدار يكفى فى صحتها ولا نسلم توقفها على الملكية الفعلية حينها. ومثل هذا الجواب لا يجرى فيما نحن فيه [مسألتنا] فإنّ صحة العقد الثانى لا يكفى فيها الملكية التقديرية بل لابدّ من الفعلية ولو لا تعبيره بالاستصحاب أمكن حمل كلامه على ما ذكرنا، بأنّ يكون مراده من الملكية الظاهرية والصورية ما ذكرنا من التقديرية، ولكن مع هذا التعبير لا مفرّ من ورود ايراد المصنف [الشيخ الأعظم] عليه»(٣).

١- ٤ . منية الطالب ١١٩/٢.

٢- ٥ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٣٤/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ٢٦/٢.

٣- ١ . حاشيته على المكاسب ٢٣٠/٢.

مراده: من الملكية التقديرية هى الملكية اللولائية: أعنى لو لا الإجازة كان المال ملكا له كما صرح بها فى أوّل كلامه، وهذه «نظير الصحة اللولائية فى باب النذر، كما إذا نذر ترك الصلاة فى الحمام، فإنّ الناذر لا يقدر على الصلاة الصحيحة إلاّ بإرادة الصحة لو لا النذر»(١).

وتبعه تلميذه المحقّق الشهيدى(٢).

ولكن يرد عليه: أنّ المستفاد(٣) من ظاهر الأدلة فى باب المعاملات وصحتها الملكية الفعلية لا الملكية التقديرية.

٣- جواب المحقّق الايروانى

قال فى توضيح جواب المحقّق التسترى فى كفاية الملكية الصورية الظاهرية:

ص:٤٢

١- ١ . كما فى هدى الطالب ٢٧٣/٥.

٢- ٢ . هداية الطالب ١٣٩/٣.

٣- ٣ . كما صرّح به الفقيه الشريعتمدارى فى تحقيقٌ وتقريراتٌ فى باب البيع والخيارات ٦٢/٣.

«مراده من الملك ظاهرا كونه محكوما بأنّه ملك للمجيز وإن لزم من صحة الإجازة، عدم كشفها كونه ملكا له فى زمان الإجازة ونظيرها فى ذلك الإقرار على ما فى اليد بأنّه للغير فإنّه يكفى فى نفوذ الإقرار كون ذلك له بمقتضى يده لو لا إقراره وإن لزم من نفوذ إقراره

عدم كونه له.

بل يمكن أن يقال: يكفى فى صحة الإجازة ونفوذها ملك المجيز حال العقد، فإنّ الإجازة تجعل العقد الصادر من الفضولى فى قوّة الصادر من المالك فى ذلك الزمان، والعقد الصادر من المالك فى ذلك الزمان يؤثر فى ذلك الزمان.

وخلاصة بيانه هو: أنّه لايستفاد من أدلة اعتبار طيب نفس المالك فى حِلّ ماله إلاّ عدم ارتفاع ملك أحد إلاّ بطيب نفسه، أمّا كون ذلك الارتفاع بعد طيب النفس ليلزم أن يكون فى رتبة سابقة على طيب النفس مالكا فلا، فيمكن أن يكون المال بطيب نفس متأخر منتقلاً عنه فى زمان سابق وهو زمان تعلّق

رضا المالک بتحقق الانتقال فيه كما هو مبنى القول بالكشف فيكون النقل حاليّا والمنتقل أمرا سابقا كما فى عكسه من النقل الحالى والمنتقل الاستقبالى»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: قياسُهُ بباب الاقرار لا يتم لأنّ الملكين فى باب الإقرار إمّا فظاهريان أو أحدهما ظاهريٌّ والآخر واقعىّ وإمكان اجتماعهما واضح ولكن فى الفضولى يكونان واقِعِيَّيْنِ ولا يمكن اجتماعهما.

وثانيا: الظاهر من قوله عليه السلام : «لا بيع إلاّ فى ملک» هو وقوع البيع فى الملكية الفعلية لا الملكية السابقة، فلابدّ من صدور الإجازة فى الملک الفعلى لمالک العين.

٤- إجابة المحقّق الأصفهانى

قال: «ويندفع الاشكال العام: بأنّ اتصال ملک المجيز بزمان الإجازة بما هى إجازة غير لازم، بل اللازم اتصال الملک بزمان التصرف الناقل ليكون النقل عن ملكه، فللمالک نقل ملكه مباشرةً وتسبيبا واجازةً، وحيث أنّ زمان العقد على الكشف زمان التصرف

١- ١ . الحاشية على المكاسب ٢٨٨/٢.

الناقل لفرض شرطية المتأخر، فزمان تحقّق العلّة الموجبة للنقل هو زمان العقد، وهو مالک بملكية متصلة بزمان العلّة الموجبة، والنقل منه فى هذا الزمان نقل لملكه إلى غيره.

وبالجملة: كما أنّ الملكية الفعلية المتصلة بحال العقد مباشرة تصحح النقل، كذلک هذه الملكية تصحح النقل من حين العقد...»(١).

ويرد عليه: لو قلنا بكفاية الملكية حال العقد وعدم لزوم اتصالها بزمان الاجازة، وعدم اتصال الملكية بزمن الإجازة حتّى على نحو الملكية الظاهرية الصورية - كما عليه

الشيخ التسترى - أو الملكية التقديرية اللولائية - كما عليه السيّد اليزدى - يلزم من هذا القول صحة الإجازة ولو بعد خروج العين عن ملكية المالك الأصلى، فحينئذ فلو باع الفضولى ثمّ باع المالك الأصلى ما باعه الفضولى، ثمّ أجاز المالك بعد بيعه مباشرة، لابدّ من القول بصحة هذه الإجازة وصحة بيع الفضولى وبطلان بيع المالك الأصلى ولم يقل به أحد.(٢)

٥- إجابة المحقّق السيّد الخوئى:

قال: «والصحيح أن يقال: إنّه بناءً على الكشف الحقيقى لا مانع الالتزام بكفاية الإجازة عن من يخرج عن المالكية بنفس الإجازة، أى الإجازة معتبرة عن مَنْ هو المالك لو لا الإجازة، بأن تكون الإجازة فعلاً بيعا للمال السابق. وهذا أمر ممكن فى حدّ نفسه، نعم يحتاج إلى دليل فى مقام الوقوع، فإنّا ذكرنا سابقا أنّه لا مانع من بيع المالك فعلاً شيئا من أملاكه منذ أُسبوع بأن يكون البيع فعليّا [من الآن] والملكية من السابق فيما إذا وافقه دليل شرعى، فيكون بيع المالك الذى يخرج عن كونه مالكا بنفس البيع صحيحا وممكنا فى حدّ نفسه، فيتملّك المشترى المال من قبل أُسبوع ولا بأس بالالتزام بذلك، نعم لابدّ من تتبّع الأدلة ليُرى أنّها توافق هذا الممكن أم لا»(٣).

أقول: وأنت ترى بأنّه قدس سره جمع بين جوابى السيّد اليزدى والمحقّق الايروانى فى

١- ٢ . حاشية المكاسب ٢١٨/٢.

٢- ١ . يظهر هذا الايراد من السيّد الخمينى فى كتاب البيع ٣٥٢/٢.

٣- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢٦/٢.

صدر كلامه وذيله فيرد عليه ما أوردته عليهما فلا أُعيد.

والجواب الصحيح مضافا إلى ما ذكره الشيخ الأعظم(١) من ابتناء الاشكال على الكشف الحقيقى وأمّا على الكشف الحكمى فلا يجرى الاشكال ولا يجتمع المالكان على ملك واحد كما مرّ آنفا فى توضيح إشكاله الرابع على الشيخ التسترى، ما مرّ منّا فى الإجابة عن الاشكال الثانى الذى أورده الشيخ الأعظم على الوجه الثانى من وجوه الاستدلال على الكشف فراجع ما حررنّاه هناك(٢)، والحمد للّه.

الاشكال الخامس

اشارة

(٣):

قد عرفت أنّ الإجازة بناءً على الكشف الحقيقى تنتقل العين بِها من حين العقد إلى المشترى ويصيرُ مالكا لها، فحينئذٍ يكونُ بَيْعُ المالِكِ الأوّل لها من المالك الثّانى المُجيز فُضوليّا؛ لأنَّهُ وقع على ملك المشترى فتتوقف صحته على إجازته وعليه يلزم أن يَتَوَقَّفَ شراء المالك الثانى المجيز على إجازة المشترى، وصحة شراء الفضولى تتوقف على إجازة المالك المجيز فكلّ إجازة تتوقف على إجازة الآخر وكلّ ملك يتوقف على ملك الآخر وهذا من الأعاجيب لأنّه من الدور الذى يكون محالاً عقلاً.

بل لازم ذلك اجتماع الثمن والمثمن فى ملك المشترى لأنّه إذا اشتراه مثلاً بخمسين دولارا من المالك الثانى الفضولى المجيز وأجازه بعد ملكه تكشف إجازته عن ملك المشترى من حين العقد، وبعد ذلك إذا باعه المالك الأوّل من المالك الفضولى المجيز بنفس السعر، فقد وقع البيع على ملك المشترى فيرجع الثمن إليه لأنّه المالك من حين العقد فيملك المشترى بين الثمن والمثمن بعد البيع الثانى وهذا من المحالات الشرعية.

بل إذا باعه المالک الأوّل من المالک الثانی الفضولی المجیز بأکثر من الخمسین صارت تلک الزیادة فی ملک المشتری.

نعم، لو باعه بأقل ممّا اشتراه به المشتری من المالک الفضولی - مثلاً بأربعین - یقع

١- ٣ . المکاسب ٤٢٢/٣.

٢- ٤ . الآراء الفقهیة ٣٩٦/٥.

٣- ٥ . مقابس الأنوار /١٣٥.

العین فی مقابل عشرة فی المثال.

وأجاب الشیخ الأعظم

وأجاب الشیخ الأعظم(١) عن هذا الإشکال بأنّه کسابقه مبنی علی الکشف الحقیقی من حین العقد ولکنّ قد مرّ أنّ الصحیح هو الکشف فی أوّل أزمنة إمکانه وهو یختلف باختلاف الموارد، ثمّ ذکر منشاء هذه الإشکالات شی ء واحد وقد نبّه علیه فی الإیضاح(٢) وجامع المقاصد(٣).

جواب السیّد الیزدی عن الاشکال الخامس

اشارة

قال: «الحاجة إلی إجازة المشتری الأوّل لیست علی کلّ تقدیر، بل علی تقدیر إجازة العقد الأوّل [من جانب المالک المجیز] فیمکن أن یصح العقد الثانی بدون إجازة العقد الأوّل، ومعه فلا حاجة إلی إجازة المشتری الأوّل، لیقال إنّها [إجازة المشتری الأوّل] موقوفة علی إجازة المشتری الثانی، فیتوقف صحد العقد الثانی علی إجازة

المشترى الثانى مع الواسطة...»(٤).

جواب الشيخ الأعظم عند المحقّق النائينى

يرى النائينى بطلان المعاملة: «لأنّ الإجازة انفاذ للعقد السابق وليس الكشف والنقل داخلين فى مفهومها، إنّما الكشف والنقل حكم شرعى مترتب عليها... فعلى فرض الكشف إذا كان المنكشف باطلاً لأجل عدم تحقّق شرطه تلغو الإجازة، وأمّا تقطيع الملكية باعتبار استمرارها من زمان العقد... والحكم بكشف الإجازة عن حصولها فى زمان يمكن حصولها وعدم حصولها فى زمان قبله فهو خارج عن متعلَّق الإجازة لأنّها تعلقت بالعقد الصادر عن المجيز كما لا يخفى...»(٥).

وقال: «إنّ الحق فى الإجازة بناءً على الكشف هو الحكم بالبطلان فيما إذا تعذر

١- ١ . المكاسب ٤٤٤/٣.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

٣- ٣ . جامع المقاصد ٧٣/٤ و ٧٤.

٤- ١ . حاشية المكاسب ٢٣٢/٢.

٥- ٢ . المكاسب والبيع ١٦٧/٢.

النقل من حين العقد لا الحمل على ما يمكن كما مرّ توضيحه»(١).

إجابة الفقيه الشريعتمدارى عن الشيخ الأعظم

يرى السيّد الشريعتمدارى جواب الشيخ الأعظم صحيحا فى مقام الثبوت وأمّا فى مقام الإثبات وإقامة الدليل عليه فلا يخلو من الاشكال.

وذهب إلى: «أنّ المطالب والمسائل هنا [فى المعاملات] عرفيٌّ والإجازة كان لها حكم العقد المستأنف كانت تراضيا مستانفا... فيمكن حينئذ القول بأنّ العرف يلغى الخصوصيات والأصل سلطنة المالک واجازته عقد الفضولى أو عدمها، والمسألة مسألة عرفية بناءً على هذا الممشى، [و] إقامة الدليل على الصحة فى كلِّ مورد حيث يمكن لا تخلو عن إشكال»(٢).

الجواب المختار للإشكال الخامس

العقد الثانى أى الذى وقع بين المالک الأصلى والمالک الثانى المجيز ليس للمشترى مدخلية فيه، لأنّه وقع قبل صدور الإجازة من المجيز وانتقال الملک إليه فعليه المالک الأصلى يبيع ملكه والمالک الثانى المجيز يشترى لنفسه وبماله وليس للمشترى دخالة فى هذا العقد، نعم بعد هذا البيع انتقل المال إلى المالک الثانى المجيز فينتقل منه إلى

المشترى من دون حاجة إلى الإجازة المستأنفة كما هو المختار أو بعد صدور الإجازة منه، ومنهما - أى من أوّل أزمنة نقل الملكية إلى المالک المجيز أو بعد صدور الإجازة منه - صار المشترى مالكا ولكن مبدأ ملكيته يكون من حين شرائه - بناءً على الكشف الحقيقى، ولا إشكال فى التفاوت بين زمانى المالكية والملكية بلا فرق بين أنّ مبدأ الملكيّة يكون متقدما على زمان المالكية - كما فى ما نحن - أو متأخرا عنه كما فى الوصية التملكية.

فَنَحْنُ لا نحتاج إلى ما ذكره الشيخ الأعظم من قضية الانتقال فى ما نحن فيه من

١- ٣ . المكاسب والبيع ١٧٥/٢.

٢- ٤ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٧١/٣.

أوّل أزمنة الإمكان لأنّ الفرق الزمانى بين المالكية ومبدأ الملكية موجود.

مضافا إلى امكان قبول مقالة الشيخ الأعظم من دون إشكال عليه لأنّ العمومات والاطلاقات الواردة فى صحة بيع الفضولى تَقْتَضِىْ صحة بيع مسألتنا ولكنَّ هنا مانِعا يمنع مِنْ جَرَيانِ أدلة الصحة وهو عدم مالكية البائع ففى أىّ آنٍ ارتفع هذا المانع، تجرى أدلة الصحة ويحكم بها، فمقالة الشيخ الأعظم رحمه الله تامَّةٌ عندنا، والحمد للّه.

الاشكال السادس:

اشارة

بيع المالک الأصلى فسخ للمعاملة الفضولية فلا تجدى الإجازة المتأخرة بعد الفسخ، فعقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أُولى منها، فكما أنّ التصرف المنافى مبطل لها كذلک للعقد الفضولى.(١)

وبعبارة أُخرى: «أنّ من المعلوم أنّه يكفى فى إجازة المالک وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولمّا باع المالک ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه وتملّک الثمن وهو لايجامع صحة العقد الأوّل، فإنّها تقتضى تملّک المالک للثمن الأوّل، وحيث وقع الثانى يكون فسخا له وإن لم يعلم بوقوعه فلا يجدى الإجازة المتأخرة»(٢).

وبعبارة ثالثة: الردّ الفعلى كافٍ فى بطلان العقد الفضولى والمالک ببيعه المال قد ردّ العقد فلا يبقى هناک مورد للإجازة من البائع بعد ذلک»(٣).

إجابة الشيخ الأعظم

(٤)

فسخ عقد الفضولى هو إنشاء ردّ العقد، والفسخ هنا غير معلوم لعدم العلم بقصد المالک الأوّل إنشاء الفسخ بالفعل المنافى - لاسيّما مع جهله بوقوع عقد الفضولى على ماله - ومع عدم إحراز الفسخ لا وجه للحكم بردّ عقد الفضولى.

نعم، الفعل المنافى قد يفوّت محلّ الإجازة نحو تزويج المرأة نفسها بغير مَنْ زوّجها

١- ١ . مقابس الأنوار /١٣٥.

٢- ٢ . المكاسب ٤٤٤/٣.

٣- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢٧/٢.

٤- ٤ . المكاسب ٤٤٤/٣ و ٤٤٥.

الفضولى، وفى موردنا يفوّت محل الإجازة بالنسبة إلى المالک الأوّل الأصلى وأمّا محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالک الثانى المجيز فإنَّهُ يكونُ باقيًا وإجازته تُصَحِّحُ بيعه الأوّل مع المشترى.

وبالجملة: إن أراد التسترى مع البيع الثانى - أى بيع المالک الأصلى من المالک الثانى المجيز - إبطال أثر عقد الفضولى بالنسبة إلى المالک الأوّل فهو تام لأنّ بعد بيعه ليس له مال حتّى يجيز عقد الفضولى الواقع عليه.

وإن أراد من البيع الثانى إبطال أثر عقد الفضولى مطلقا حتّى بالنسبة إلى المالک الثانى المجيز فهو غير تام، لأنّ الثانى مالک ويريد إجازة هذا العقد فينفذ فى حقّه.

وتوهّم التعبير عن البيع الثانى بأنّه ردّ لعقد الفضولى وظاهر فى بطلان عقد الفضولى مطلقا، باطلٌ لعدم الدليل على هذا الإطلاق وإمكان بقاء العقد بالنسبة إلى المالک الثانى المجيز.(١)

وقياس البيع الثانى بالنسبة إلى بطلان عقد الفضولى مطلقا ببطلان عقد الجائز بالتصرف المنافى له من بيع أو هبة أو صلح أو غيرها، ليس فى محلّه «لأنّ صحة تصرف المنافى تتوقّف على فسخ العقد وإلاّ وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه فإنّ تصرّف المالک فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الأمر أنّه إذا تصرّف فات محلّ الإجازة»(٢).

«ومن ذلک يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيرا: «وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل اولى»(٣)، فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث [الفضولى] على المتزلزل من حيث البقاء [العقود الجائزة] قياس مع الفارق فضلاً عن دعوى الاولويّة»(٤).

١- ١ . راجع المكاسب ٤٤٥/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٤٦/٣.

٣- ٣ . مقابس الأنوار /١٣٥.

٤- ٤ . المكاسب ٤٤٦/٣.

الاشكال السابع: الروايات الناهية

اشارة

قال التسترى: «ويدل على ما اخترناه [البطلان]: الأخبار المعتبرة المستفيضة، منها: جملة من الأخبار المتقدمة فى الموضوع الأوّل...»(١).

قال الشيخ الأعظم مستدلاً له: «الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندک فإنّ النهى فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالک فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولى، وإمّا لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة - كما

استظهرناه سابقا(٢)- فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملّكه بعد البيع، وإلاّ فعدم وقوعه له قبل تملّكه ممّا لا يحتاج إلى البيان»(٣).

وهنّ على طوائف:

الطائفة الاولى: المطلقات

منها: صحيحة سليمان بن صالح الجصاص عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى حديث: وعن بيع ما ليس عندك، الحديث.(٤)

ومنها: صحيحة الصفار حيث وقّع أبومحمّد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى جواب مكاتبته: لا يجوز بيع ما ليس يملك، المكاتبة.(٥)

ومنها: النبوى العامى: لا تبع ما ليس عندك.(٦)

ومنها: النبوى العامى الآخر: لا بيع إلاّ فى مايملك.(٧)

١- ١ . المقابس الأنوار /١٣٥.

٢- ٢ . راجع المكاسب ٣٦٨/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤٤٦/٣ و ٤٤٧.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٦- ٦ . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢، ح٢١٨٧، ومرّت بقية مصادره فى الآراء الفقهية ٢٦٤/٥.

٧- ٧ . سنن الترمذى ٤٨٦/٣، ح١١٨١، ومرّت بقية مصادره فى الآراء الفقهية ٢٦٨/٥.

وأنت ترى بأنّ هذه الروايات مطلقة وتشمل مسألتنا بإطلاقها وكذا تشمل بيع الكلى والشخصى، لأنّ البائع فى ما نحن فيه يبيع مال الغير لنفسه، ولكن لو ثبت مقيِّدٌ تأخذ به لأنَّ الإطلاق قابل للتقييد.

الطائفة الثانية:

مادلّ على المنع عن بيع الأعيان الخارجية الشخصية فيما إذا لم يملكها البائع:

منها: صحيحة يحيى بن الحجاج قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة، وبعنيها أربحک فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلک، اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها.(١)

والمراد بالجملة الأخيرة «لا تواجبه البيع...»، أى لا تُنْشِى ء ايجاب البيع قبل إيجاب شرائک من مالكه.

ومنها: معتبرة خالد بن الحجاج قال: قلت: الرجل يجىء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحک كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترک وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام ويحرم الكلام.(٢)

وفى بعض نسخ الكافى الشريف(٣) الراوى الأخير هو خالد بن نَجِيْح ولكن لم أجد رواية يحيى بن الحجاج عنه وتأخر طبقته عنه(٤) ولذا اختار المحقّق السيّد الخوئى(٥) انّ الصحيح بالنسبة إلى الراوى الأخير هو خالد بن الحجاج، ولكن بنظرى القاصر وجود ابن نجيح لا يضرّ باعتبار السند لأنّ النجاشى(٦) ذكره ولم يطعن عليه فهو عندى إمامى معتبر مضافا إلى رواية مشايخ الطائفة نحو ابن ابى عمير وصفوان بن يحيى وعثمان بن عيسى

١- ١ . وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح١٣، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح٤.
٣- ٣ . الكافى ١٧٥/١٠، ح٦ (٢٠١/٥).
٤- ٤ . راجع معجم رجال الحديث ١٨/٧، الرقم ٤١٦٨، و ٣٩٢/٧، ٣٥/٧، الرقم ٤٢١٧.
٥- ٥ . معجم رجال الحديث ٣٨/٧.
٦- ٦ . رجال النجاشى /١٥٠، الرقم ٣٩١.

عنه، هذا بالنسبة إلى السند.

وأمّا الدلالة: فَقَدْ قال صاحب المقابس فى تقريب الاستدلال بها: «والمراد بالكلام عقد البيع فإنّه يُحل نفيّا و يحرِّم إثباتا، أو يُحلّ ثانيا ويحرِّم أوّلاً. والمراد أنّ الكلام الذى جرى بينهما قد يحلِّل وقد يُحرِّم بحسب اختلافه، فإن كان بطريق الإلزام حرمت المعاملة بذلک، وإن كان بطريق المرضاة من دون إلزام وإنّما يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف كانت حلالاً»(١).

وقال قبله الفيض رحمه الله : «الكلام هو إيجاب البيع وإنّما يُحَلِّلُ نفيّا ويُحَرِّمُ إثباتا»(٢).مراده: إيجاب البيع الأوّل يحلِّل العقد لو لم يكن، ويحرّمه لو كان، وهو كلامٌ.

وقال المجلسى قدس سره : «قوله عليه السلام : «يحلّل الكلام» يعنى إذا قال الرجل: اشتر لى هذا الثوب، لا يجوز أخذ الربح منه، وليس له الخيار فى الترک والأخذ لأنّه حينئذ اشتراه وكالة عنه، وإن قال: اشتر هذا الثوب لنفسک وأنا اشتريه منک وأربحک كذا وكذا يجوز أخذ الربح منه وله الخيار فى الأخذ والترک»(٣).

وقال الشيخ الأعظم بعد نقل مقال الفيض رحمهماالله : «... أو يحلِّل إذا وقع بعد الاشتراء ويحرّم إذا وقع قبله، أو أنّ الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرّم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلِّل إذا كان على وجه المساومة والمُرْاضاة»(٤).

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابْتَعْ لى متاعا لعلّى اشتريه منک بنقد أو نسيئة، فَابْتاعَهُ الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه.(٥)

«المراد بالمتاع الذى يرجع إليه ضمير «أشتريه» لايصح أن يكون معنىً كليّا، لأنّ

١- ٧ . مقابس الأنوار /١٣٥.

٢- ٨ . الوافى ٧٠٠/١٨، ذيل ح ١٨١٤٤.

٣- ١ . مرآة العقول ٢٢١/١٩.

٤- ٢ . المكاسب ٤٤٨/٣.

٥- ٣ . وسائل الشيعة ٥١/١٨، ح٨.

الكلّى والنكرة غير المعينة غير قابل للاشتراء»(١).

ومنها: صحيحة منصور بن حازم عن أبيعبداللّه عليه السلام فى رجل أمر رجلاً يشترى له متاعا فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلک إنّما البيع بعد ما يشتريه.(٢)

أقول: نأخذ بهذه الطائفة الثانية ونحكم ببطلان بيع الأعيان الخارجية الشخصية لو لم يملكها البائع قبل البيع لكن بشرط ايجاب البيع قبل المالكية وأمّا إذا لم يجب البيع ولم يلزمه بل كان على وجه المُرْاضاة والاختيار، أو البيع الملزم يكون بعد شراء البائع وملكيته بعقد جديد مستأنف فلا إشكال ويحكم بصحته كما ورد فى الروايات.

الطائفة الثالثة:

ماورد فی المنع عن بیع الکلّی.

منها: صحیحة معاویة بن عمار قال: قلت لأبیعبداللّه علیه السلام یجیئنی الرجل یطلب

[منی(۳)] بیع الحریر ولیس عندی منه شی ء فیقاولنی علیه وأُقاوله فی الربح والأجل حتّی نجتمع علی شی ء، ثمّ اذهب فأشتری له الحریر فأدعوه إلیه، فقال: أرأیت إن وجد بیعا هو أحبّ إلیه ممّا عندک أیستطیع أن ینصرف إلیه ویدعک، أو وجدت أنت ذلک أتستطیع أن تنصرف إلیه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس.(٤)

ولکن هذه الطائفة لابدّ من أن تحمل علی التقیة لأنّ أبناء العامة(٥) یذهبون إلی عدم جواز بیع الکلّی حالاً، وقد وردت عدّة من الروایات من أئمتنا علیهم السلام علی جوازه، سأذکر لک بعضها، أو تحمل علی الکراهة جمعا بینها وبین الروایات المجوّزة.

ومن الروایات المجوّزة: صحیحة اسحاق بن عمار وعبدالرحمن بن الحجاج جمیعا قال: سألت أباعبداللّه علیه السلام عن الرجل یشتری الطعام من الرجل لیس عنده فیشتری

۱- ٤ . التنقیح فی شرح المکاسب ۲۸/۲.

۲- ٥ . وسائل الشیعة ۵۰/۱۸، ح٦.

۳- ۱ . زیادة من نسخة.

٤- ۲ . وسائل الشیعة ۵۰/۱۸، ح۷.

٥- ۳ . راجع المغنی ۲۹۷/٤.

منه حالاً، قال: لیس به بأس، قلت: إنّهم یفسدونه عندنا، قال: وأیّ شی ء یقولون فی السلّم؟ قلت: لایرون به بأسا یقولون: هذا إلی أجل فإذا کان إلی غیر أجل ولیس عند صاحبه فلا یصلح، فقال: فإذا

لم يكن إلى أجل كان أجود، ثمّ قال: لا بأس بأن يشترى الطعام وليس هو عند صاحبه [حالاً] وإلى أجل، فقال: لا يسّمى له أجلاً، إلاّ أن يكون بيعا لايوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه فى غير زمانه، فلا ينبغى شراء ذلک حالاً.(١)

والنقض عليهم فى عدم جواز بيع الكلّى حالاً ببيع السلم يظهر أيضا من صحيحة أُخرى من عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبيعبداللّه عليه السلام : الرجل يجيئنى يطلب المتاع فأُقاوله على الربح ثمّ اشتريه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترک؟ قلت: بلى، قال، لا بأس به، قلت: فإنّ مَنْ عندنا يفسده، قال: ولِمَ؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: فما يقول فى السَلَم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فإنّما صلح من أجل أنّهم يسمّونه سَلَما، إنّ أبى كان يقول: لا بأس ببيع كلّ متاعٍ كنتَ تجده فى الوقت الذى بعته فيه.(٢)

والجملة الأخيرة: «إنّ أبى كان...» صريحة فى جواز بيع الكلّى ولو لم يملكه البائع

حين البيع ولكنّه متمكن من تهيؤه فى زمن التحويل حالاً كان أو مؤجلاً. كما يدلّ عليه أيضا خبر أبيالصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام فى رجل اشترى من رجل مائة منٍّ صفرا بكذا وكذا وليس عنده ما اشترى منه، قال: لا بأس به إذا وفاه الذى اشترط عليه.(٣)

والحاصل: بيع الكلّى حالاً عندنا جائز ولو لم يكن البائع حين البيع مالكا له، فلا يمكن الأخذ بالطّائِفَةِ الثالثة.

وبالجملة: الطائفة الأُولى وهى المطلقات تقيّد بالطائفتين الثانية والثالثة ويحكم بصحة بيع الأعيان الشخصية قبل تملّكها بالبيع الجائز لا اللازم، وصحة بيع الكلّى فى الذمّة حالاً ولو لم يكن البائع مالكا له.

١- ٤ . وسائل الشيعة ٤٦/١٨، ح١، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.
٢- ٥ . وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح٣.
٣- ١ . وسائل الشيعة ٤٨/١٨، ح٤.

ويبقى تحت الإطلاق بيع الأعيان الشخصية بالبيع اللازم، بيع مال الغير من دون إذنه وإجازته لمالكه أو لنفسه.

وأمّا المختار فى المسألة

فنقول بالنسبة إلى مسألة «مَنْ باع شيئا ثمّ ملكه» إنّ البيع صحيح من دون توقف على الإجازة المستانفة من البائع إذا كان المبيع كلّيّا مطلقا - أى حالاً أو مؤجلاً - وأمّا إذا كان المبيع عينا شخصيّا جزئيا فمع الإجازة المستأنفة نحكم بصحته مراعاةً للطائفة الثانية من الروايات حيث ورد فيها عدم إيجاب البيع والإحتياج إلى الإجازة الجديدة يكفى فى عدم لزومه وإيجابه.

وظهر ممّا ذكرنا حكم صُوْرَتَيِ المسألة اللَّتَيْنِ كانَتا مُهِمَّتَيْنِ وهما:

الأُولى: أن يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يشتريه من مالكه وأجاز البيع، يحكم بصحتها فى فرضى المبيع - أى إذا كان كلّيّا أو شخصيّا - إذا بقى المشترى على بيعه فى الأخير.

الثانية: أن يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يَشْتريه من مالكه ولم يجز البيع يحكم ببطلانه إذا كان المبيع شخصيّا لأنّه يحتاج إلى الإجازة المستأنفة، وبصحته إذا كان المبيع كلّيّا فى الذمّة لأنّه لا يحتاج إليها.

وما ذكرناه لا يختلف مع مقالة العلاّمة فى التذكرة حيث يقول: «لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ويمضى ليشتريها ويسلّمها وبه قال الشافعى وأحمد ولا نعلم فيه خلافا، لنهى النبىّ صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك ولاشتماله على الغرر فإنّ صاحبها قد لا يبيعها وهو

غير مالک لها ولا قادر على تسليمها.

وأمّا إذا اشترى موصوفا فى الذمّة سواء كان حالاً أو مؤجّلاً فإنّه جائز. وكذا لو اشترى عينا شخصية غائبة مملوكة للبائع موصوفة بما يرفع الجهالة فإنّه جائز إجماعا»(۱).

لأنّا نحمل حكمه قدس سره بعدم الجواز فى فرض العين الشخصية الخارجية على البيع

۱- ۱ . تذكرة الفقهاء ۱۶/۱۰.

اللازم الواجب وأمّا إن كان غير لازم واحتاج إلى الإجازة المستأنفة من المالک الجديد والمشترى فلا بأس به ويخرج من الحكم بالبطلان وادعاء عدم الخلاف فيه. هذا.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت الإجازة من المالک أو من البائع بعد تملّكه لم يَدْخُلْ فى مورد الأخبار ولا فى معقد الإجماع»(۱).

وحكم بقية الصور يظهر ممّا ذكرنا بالدقة والتأمل، والحمد للّه على كلِّ حالٍ.

فروع:

الأوّل:

ما مرّ من الشيخ الأعظم آنفا من قوله قدس سره : «لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة...»(۲) الخ.

مراده قدس سره : لو تبايعا - قبل أن يتملک البائعُ المبيعَ - على أن يكون البيعُ موقوفا على الإجازة وحصلت الإجازة من البائع الفضولى بعد انتقال المبيع إليه، لم يَدْخُلْ هذا الفرع فى الأخبار الناهية

ولا فى معقد الإجماع - على فرض تحققه - . لأنّها تختصّ بانشاء البيع منجّزا غير مترقب لإجازة المالک وكذلک الإجماع. والمفروض فى هذا الفرع ترقب الإجازة وكون البيع موقوفا عليها.

الثانى:

«لو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملّک البائع دون إجازته»(٣) لم يدخل فى الأخبار الناهية لأنّ موردها خصوص بيع المنجّز من جميع الجهات وأمّا الموقوف على تملک البائع الفضولى فهو خارج عن مورد الروايات ومحكوم بالصحة.

واستشهد الشيخ الأعظم بكلام العلاّمة فى المختلف بأنّه حمل الأخبار الناهية

على الكراهة حيث يقول: «... والنهى الوارد عن النبى صلى الله عليه و آله للكراهة، أورد عن الشى ء المشخص الذى فى ملک الغير فإنّه لا يصح بيعه لأدائه إلى التنازع، إذ ربما يمنع مالكه من

١- ٢ . المكاسب ٣/٤٥٥.

٢- ٣ . المكاسب ٣/٤٥٥.

٣- ٤ . المكاسب ٣/٤٥٥.

بيعه والمشترى يطالب البائع به، وأمّا الغرر الذى ادّعاه فليس فى هذا الباب من شى ء»(١).

وبكلامه الماضى فى التذكرة: «لاشتماله على الغرر فإنّ صاحبها قد لايبيعها وهو غير مالک لها ولا قادر على تسليمها»(٢)، «حيث علّل [العلاّمة] المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم»(٣) ولا يأتى التعليلان فى هذا الفرع.

ثمّ اعترض على الشهيد فى مقالته: «... وكذا لو باع ملك غيره ثمّ انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده...»(٤).

بقوله: «ولكن الإنصاف ظهورها فى الصورة الأُولى [وهو البيع المنجّز أى غير موقوف على إجازة المالک الأصلى أو البائع الفضولى بعد تملّكه] وهى ما لو تبايعا قاصدين لتنجّز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شى ءٍ»(٥).

أقول: حُكْمُ هذَيْنِ الْفَرْعَيْنِ بناءً على ما اخترناه فى أصل المسألة واضح وهو الصحة بِلا فرق بين أن يكون المبيع كلّيّا فى الذمة أو شخصيّا. لما مرّ فى وجه الجمع بين الطوائف الثلاث من الروايات لا لما ذكره الشيخ الأعظم من ادِّعاءِ الظهور.

الثالث:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع عن المالک فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه فالظاهر أيضا الصحة، لخروجه عن مورد الأخبار»(٦).

وجه خروجه عدم وقوعه منجّزا من جميع الجهات لأنّه يحتاج إلى إجازة البائع.

إن قلت: البائع أنشا البيع عن المالک وإجازته لا تُصَحِّحُهُ لأنّه لم ينشأه عن نفسه حتّى تصححه إجازته، والحاصل: المجاز غير منشإٍ والمنشأُ غير مجازٍ.

قلت: المالک فى عكس هذه المسألة - وهو ما لو باعه الفضولى لنفسه واجازه

١- ١ . مختلف الشيعة ١٣٢/٥.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٦/١٠.

٣- ٣ . المكاسب ٤٥٦/٣.

٤- ٤ . الدروس ١٩٣/٣.

٥- ٥ . المكاسب ٤٥٥/٣.

٦- ٦ . المكاسب ٤٦٥/٣.

المالک لنفسه - أجاز المعاوضة الحقيقية وهى دخول العوض فى ملک مالک المعوّض، وفى هذه المسألة أيضا كذلک، البائع المُنشأ أجاز البيع بعد انتقال المبيع إليه من قبله ويدخل

الثمن فى ملكه، لتحقّق هذه المعاوضة الحقيقية فى المقام.

ثمّ أمر الشيخ الأعظم(١) بالتأمل فى هذا الجواب ووجهه وجود الفارق بين المسألتين لأنّ فى العكس بنى البائع اعتقادا أو عدوانا على كونه مالكا وقصد المعاوضة وهذه الحيثية البنائية هى المُصَحِّحةُ فى عكس مسألتنا ولكن فيها لم يدّعِ البائع المالكية لنفسه لا اعتقادا ولا عدوانا فلم تَحْصَلْ له الحيثية البنائية - وهى الملكية المدعاة - فلم تتحقّق المعاوضة، ويكون المجاز غير المنشأ.

أقول: لا يعتنى بهذا الاشكال ويحكم بِصِحَّةِ البيع بعد إجازته لصدق مسألتنا «من باع شيئا ثمّ ملكه» فى المقام.

الرابع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع [الفضولى مال الغير] لثالث معتقدا لتملّكه أو بانيا عدوانا، فإن أجاز المالک فلا كلام فى الصحة بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالک [لتحقّق المعاوضة الحقيقية كما مرّ] وإن ملكه الثالث وأجازه، أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنّه داخل فى المسألة السابقة»(٢).

ويحكم بصحته كما مرّ فى مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه.

وأمّا الصورة الثانية:

اشارة

(٣):

فهى أن يتجدّد الملک بعد العقد، ولم يجز البائع بعد تملّكه.

وبعبارة أُخرى: أن يبيع الفضولى مال غيره لنفسه ثمّ يشتريه من مالكه ولم يجزه.

قال الشيخ الأعظم: «... فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل [أى بيع الفضولى] [١[لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا، [٢] مضافا إلى قاعدة تسلّط الناس على أموالهم،

١- ١ . المكاسب ٣/٤٥٦.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٤٥٦.

٣- ٣ . عطف على الصورة الأُولى فى صفحة ٢٩ من هذا المجلد.

[٣] وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس...»(١).

ثمّ أشار إلى وهم ودفعه بتوضيح منّا:

وأمّا الوهم: فإنّ البائع الفضولى قبل تملّكه للمبيع التزم بكون المبيع ملكا للمشترى، وهذا الالتزام أمارة على وجود طيب نفسه بذلک بعد تملّكه له.

وبعبارة أُخرى: بيع الفضولى كاشف عن طيب نفسه عن انتقال المال إلى المشترى

مطلقا سواءً انتقل إليه عنه [عن البائع] أو عن غيره.

وأمّا الدفع: فإنّ الالتزام كان متعلّقا بمال غيره لا بمال نفسه حتّى يجب عليه الوفاء به، وليس للبائع سلطانٌ على جعل مال الغير للمشترى.

ثمّ قال: «اللهم إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كلِّ عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه، وإن كان قبل ذلک أجنبيّا لا حكم لوفائه ونقضه»(٢).

بعبارة أُخرى: «مقتضى عموم دليلى وجوب الوفاء بالعقود ووجوب وفاء المؤمنين بشروطهم وجوبُ الوفاء على كلّ عاقدٍ وشارطٍ، والبائع الفضولى بعد تملّكه للمبيع يندرج تحت عموم هذين الدليلَيْنِ العامَّيْنِ بعد أن كان قبل تملّكه أجنبيّا عن أفراد هذين الدليلين...»(٣).

فتكون النتيجة: صحة عقد الفضولى بمجرّد تملّكه للمبيع وعدم احتياجه إلى الإجازة.

ولذا قال فخرالمحقّقين: «أقول: على تقدير صحة بيع الفضولى فإنّه إذا أجازه المالک صح البيع وملک المشترى...»(٤).

أى: إذا اشترى البائع الفضولى المال من مالكه صح بيعه الفضولى وينتقل منه إلى

١- ٤ . المكاسب ٤٥٧/٣.

٢- ١ . المكاسب ٤٥٧/٣.

٣- ٢ . هدى الطالب ٣٣٩/٥.

٤- ٣ . إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

المشترى من دون توقف على إجازته. كما حمل المحقّق التسترى(١) كلام الفخر كذلک.

ثمّ قال التسترى: «... وهو الذى يلوح من الشهيد الثانى فى هبة المسالک(٢) وقد سبق استظهارهُ من عبارة الشيخ(٣) المحكية فى المعتبر(٤)»(٥).

أقول: قد مرّ(٦) فى محتملات المسألة وأقوالها، أنّ القول بالصحة من دون التوقف على إجازة البائع بعد تجدد الملک له يظهر من الشيخ الطوسى والمحقّق فى الشرائع

والعلاّمة فى مُتاجِر القواعد وهبتها وبيع التذكرة ويراه الأقوى فى النهاية وهو مختار جدنا الشيخ جعفر قدس سرهم .

ولكنّ خلافا للشهيد الثانى فى المسالک حيث كان من القائلين بالصحة مع توقفها على الإجازة فراجع ما حررناه هناک.

ولكن الشيخ الأعظم(٧) يضعِّفُ هذا القول - أى قول الشيخ والمحقّق والعلاّمة - بوجوه:

الأوّل: إنّ البائع الفضول قبل تملّكه للمبيع لم يكن مأمورا بوجوب الوفاء بالعقد، لعدم شمول خطابى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و «المؤمنون عند شروطهم» له فيستصحب عدم وجوب الوفاء بالعقد بعد تملّكه ولذا قال: «والمقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل»(٨).

وبعبارة أُخرى: الزمان تارةً يكون مكثِّرا للعام ومفرِّدا له ولأفراده، وأُخرى يكون

١- ٤ . مقابس الأنوار /١٣٤.

٢- ٥ . المسالک ٤٩/٦.

٣- ٦ . المبسوط ٢٠٨/١ و ٣٠٤/٣.

٤- ٧ . المعتبر ٥٦٣/٢.

٥- ٨ . مقابس الأنوار /١٣٤.
٦- ٩ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٣ وما قبلها.
٧- ١ . المكاسب ٤٥٨/٣.
٨- ٢ . المكاسب ٤٥٨/٣.

ظرفا لاستمرار الحكم.

فى القسم الأوّل إذا خرج من العام فردٌ من الأفراد فى زمانٍ ما وبعد مضى ذلک الزمان نشک فى جريان العام فى حقّه وعدمه، يجرى حكم العام فى شأنه لأنّه شک فى تخصيص زائد والمرجع فيه هو عموم العام. دون استصحاب حكم الخاص فى ذلک الزمان.

وفى القسم الثانى: إذا خرج فرد من العام فى زمان وشُكّ بعد انقضاء ذلک الزمان فى حكمه يستصحب حكم الخاص.

الشيخ الأعظم قدس سره يرى ما نحن فيه من القسم الثانى واستصحاب حكم الخاص ثمّ أمر بالتأمل ولعلَّهُ أشار به إلى عدم جريان الاستصحاب للشک فى بقاء الموضوع بل العلم بعدم بقائه لأنّ عدم وجوب الوفاء كان ثابتا للعاقد غير المالک وبعد صيرورة البائع الفضولى مالكا نشک فى بقاء الموضوع فلا يجرى الاستصحاب، فحينئذ يجرى حكم العام ويحكم بوجوب الوفاء بالعقد والبقاء عند الشرط.

أو أشار به إلى أنّ العام فى حقّ البائع الفضولى لا يجرى إلاّ بعد إجازته للعقد حيث بها يكون العقد عقده وينسب إليه.

ولو شكّ فى صحة هذا العقد قبل إجازة العاقد الفضولى يجرى فيه أصالة الفساد الحاكم فى المعاملات.

الثانى: لزوم العقد على البائع الفضولى بدون إجازته يكون خلافا لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

الثالث: لزوم العقد عليه يكون معارضا لقاعدة عدم حلّ أموال الناس إلاّ بطيب أنفسهم.

الرابع: فحوى مادلّ على عدم صحة عقد نكاح العبد بمجرد عتقه الموجب لصيرورته مالكا لنفسه، وتوقف صحته على إجازة المولى التى تتحقّق بسكوته، حيث نعلم أنّ تملّک النفس أقوى من تملّک المال فى تأثيره فى صحة العقد.

ص:٦١

ننحو: موثقة الحسن بن زياد الطائى.(١)

وصحيحة معاويه بن وَهْبٍ(٢)، وصحيحة أُخرى له.(٣)

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «لو سُلِّم عدم التوقف [أى عدم توقف صحة العقد] على الإجازة، فإنّما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالک أو لثالث ثمّ ملک هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل»(٤).

وجه أشكليته: عدم موافقة الإنشاء مع الإجازة، لأنّ البائع الفضولى لم ينشأ العقد عن نفسه، بل أنشأه عن مالكه أو ثالث فلا تصححه إجازته فيرد الإشكال المشهور: المنشأُ غير مجازٍ والمجاز غير منشأٍ.

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع وكالةً عن المالک فبان انعزاله بموت الموكِّل فلا إشكال فى عدم وقوع البيع له [أى للبائع الفضولى] بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته»(٥).

وهذا الفرع ليس من فروع مسألة «من باع شيئا ثمّ ملكه» بل هو من فروع

الفضولى المتعارف فيقع البيع للوارث بعد إجازته.

إلى هنا تمّ كلام الشيخ الأعظم فى هذه الصورة الثانية.

الصورة الثانية فى رأى المحقّق النائينى ونقده على الشيخ الأعظم:

قال: «قد تقدّم(٦) أنّه لو قلنا بصحّة أصل البيع وعدم ما نعيّة التبديل فى طرف الملک فلا وجه لاعتبار الإجازة أصلاً، لأنّه لم يقم دليل تعبّدىّ على اعتبارها، وإنّما نحتاج إليها

ص:٦٢

١- ١ . وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح٣، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح١.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح٢.

٤- ٤ . المكاسب ٤٥٨/٣.

٥- ٥ . المكاسب ٤٥٨/٣.

٦- ١ . راجع منية الطالب ١١٨/٢.

فى الفضولىّ؛ لتحقّق الاستناد والرضا، وهما فى المقام حاصلان. فالعمدة بيان وجه أصل الصحّة. والأولى البحث أوّلاً عن إمكان إدراج هذا البيع فى العمومات. ثمّ البحث ثانيا عن الأدلّة المانعة، لأنّه لو لم تعمّه العمومات فلا موقع للبحث عن الأدلّة المانعة.

ويظهر منه(١) قدس سره شمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» له، إلاّ أنّه جعل المقام أوّلاً من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم الخاصّ، لا من موارد الرجوع إلى عموم العامّ، لأنّ البائع قبل تملّكه لم يكن مأمورا بالوفاء بالعقد فيستصحب. ثمّ أضاف إليه ثانيا: أنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» معارض بعموم «الناس مسلّطون على أموالهم»، وعدم حلّها لغيرهم إلاّ بطيب النفس فحكم باعتبار الإجازة من باب الناس مسلّطون.

وفی کلامه(۲) ما لا یخفی علی المتأمّل، کما أمر بالتأمّل؛ لأنّ مقام الرجوع إلی الاستصحاب أو العامّ إنّما هو فی الفرد المعلوم فردیّته الخارج عن حکم العامّ فی قطعةٍ من الزمان، والبائع فی المقام قبل أن یشتریه لم یکن مأمورا بالوفاء بعقده، وإنّما الشکّ فی أنّه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفاء أو لا فهو قبل أن یشتریه لم یکن مصداقا للعامّ، وکان کشخصٍ لم یکن عالما فی زمانٍ ثمّ صار عالما؟ فلا یمکن أن یقال: هذا الفرد من العامّ لم یکن واجب الإکرام فیستصحب حکم المخصّص؛ لأنّ البائع خارج عن العامّ تخصّصا، مع أنّه لو قیل بأنّ کل من له ربط بالعقد یجب وفاؤه به، إلاّ أنّ محلّ الرجوع إلی حکم العامّ أو الخاصّ إنّما هو فی مورد الشکّ بالنسبة إلی عمود الزمان، کالشکّ بعد زمان الأوّل فی البیع الغبنی بأنّه محکوم بحکم الخیار أو بحکم العامّ، لا فیما کان المخصّص من الزمانیّات، کما إذا خصّص وجوب الوفاء بالعقود بموردٍ خاصٍّ وشکّ فی أنّ هذا هو المورد الخاصّ أو غیره.

ثمّ لایخفی أنّه لو قلنا بأنّ المقام من موارد الرجوع إلی عموم العامّ فلا یمکن أن یعارض بدلیل السلطنة واعتبار الطیب، لأنّ معنی وجوب الوفاء بالعقد هو لزومه علیه

۱- ۲ . من الشیخ الأعظم فی المکاسب ۴۵۸/۳.

۲- ۳ . أی الشیخ الأعظم.

قهرا، ووجوب الالتزام بآثاره شرعا.

وحاصل الکلام: أنّه لا یمکن تصحیح البیع الشخصیّ لمن لا یملکه، سیّما إذا قصد البیع لنفسه؛ لأنّه لو صحّ له فلا یمکن وقوعه للمالک الأصیل إذا أجاز، مع أنّه لا إشکال فی وقوعه له إذا أجاز قبل بیعه من البائع، لأنّ معنی وقوعه للبائع أنّه قصد خروج المال عن ملکه بعد فرض نفسه مالکا بالأُوّل والمشارفة، فهو فی الحقیقة یوقع المبادلة بین ملکه بما هو ملکه وبین ملک الطرف، فالمالک الأصیل

أجنبىّ عن العقد، ولا يمكن قياسه على الغاصب؛ لأنّه بعد سرقة الإضافة يوقع المبادلة بين ملكى المالكين، ولا يلاحظ شخص نفسه إلاّ على نحو الداعى، بل المقام نظير البيع الكلّى فى إجراء البائع المعاملة على ملك شخصه.

وبالجملة: الأمر يدور بين أن يجعل البائع أجنبيّا أو الأصيل. والمفروض أنّه يقع للأصيل إذا أجاز، فلا مناص عن(۱) جعل البائع أجنبيّا ويكون كمجرى الصيغة.

وعلى أىّ حالٍ فقد ظهر ممّا ذكرنا من صدر المبحث إلى هنا أنّه لا فرق بين تحقّق الملك للبائع بالشراء وتحقّقه بالإرث.

نعم، هناك فرق بينهما من جهةٍ اُخرى، وهى: أنّ الوارث حيث إنّه يقوم مقام مورّثه فله الإجازة، لا من باب أنّه ملك ما باعه، بل من باب أنّه هو المورّث، فيكون حكمه حكم المالك الأصيل فى نفوذ إجازته قبل بيعه من البائع، وحكمه حكم نفس المورّث لو أجاز حال حياته.

نعم لو قلنا: بأنّ فى مسألة من باع ثمّ ملك بالشراء لا تَصحُّ الإجازة من المالك الأصيل، لعدم إمكان الجمع بين قابليّة انتساب العقد إلى كلّ من المالك والبائع، فالوارث فى المقام أيضا ليس له الإجازة من باب قيامه مقام مورّثه، بل هو من أفراد «من باع شيئا ثمّ ملك» فالفرق بينهما لا وجه له. فتأمّل فى أطراف الكلام جيّدا»(۲).

۱- ۱ . كذا؛ و «من» أحسن.

۲- ۲ . منية الطالب ۱۲۷/۲ و ۱۲۶.

الصورة الثانية فى رأى المحقّق السيّد الخوئى ونقده على استاذه المحقّق النائينى

قال قدس سره : «ثمّ إنّه إذا قلنا ببطلان بيع من باع ثمّ ملك فأجاز، ففى صورة عدم الإجازة

بعد الملک یبطل بطریق أولی ولعلّه ظاهر. وأمّا إذا بنینا علی صحّته مع الإجازة وأغمضنا عمّا ذکرناه سابقا فهل یصحّ بدون الإجازة أیضا کما نقله شیخنا الأنصاری(۱) عن بعضهم، أو أنه بدون الاجازة باطل؟ هناک وجهان، والصحیح أنه یقع باطلاً فی صورة عدم الإجازة، وذلک لأنه تارة یبیع للمالک ثمّ یملکه وأُخری یبیعه لنفسه.

فأمّا فی الصورة الأُولی فلا وجه لصحّته بعد الانتقال إلیه فی صورة عدم الإجازة، إذا المفروض أنّه لم یبع لنفسه لتقع المعاملة له بعد الانتقال إلیه وذلک ظاهر.

وأمّا فی الصورة الثانیة فکذلک لا وجه لصحّته بدونها أی بدون الإجازة إلاّ احتمال أنّ العمومات نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه یشمله بعد الانتقال إلیه وإن لم یشمله من الابتداء یعنی قبل تملّکه، فلا یحتاج إلی الاجازة بعد ذلک.

إلاّ أنه مندفع بأنّ العمومات لا تشمله حین المعاملة لأنه لیس بملکه، وبعد ما صار ملکه لم یقع علیه بیع لتشمله العمومات لأنّها خطابات للملاّک، وقبل الانتقال لا ملک لتشمله وبعده لا بیع حتّی نتمسّک فی صحّته بالعمومات، وبهذا ظهر ما فی جواب شیخنا الأنصاری قدس سره من أنّ المقام مقام استصحاب حکم الخاص لا مقام الرجوع إلی حکم العام، فإنّ الدوران بین الأمرین إنّما هو فیما إذا کان هناک فرد وقد خرج عن حکم العام فی زمان وبعده یقع الکلام فی أنّ الفرد محکوم بحکم المخصّص بالاستصحاب أو أنه مشمول للعام وهو بحث مشهور، وهذا غیر متحقّق فی المقام إذ قبل التملّک لا فرد للعقد إذ لا عقد له قبل الانتقال إلیه وقد عرفت أنه خطاب للملاّک دون غیرهم، وبعد الملک لا بیع ولا عقد له لتشمله العمومات، هذا.

ولو سلّمنا وبنینا علی أنّ مقتضی العمومات صحّة البیع بعد الانتقال إلیه فیکفینا فی الحکم بالبطلان الأخبار المتقدّمة الدالّة علی فساد البیع قبل الملک فتکون هذه الروایات

١- ١ . المكاسب ٣/٤٥٧.

مخصّصة للعمومات.

فالمتحصّل أنه لا وجه للحكم بالصحّة من دون توقّف على الإجازة بوجه.

ومن ذلک يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ(١) من أنّ المعاملة إنّما تتوقّف على الإجازة لأجل أمرين: أحدهما الرضا. وثانيهما: الاستناد، وكلاهما حاصلان فى المقام لأنّ المفروض أنه باعه لنفسه فلا نحتاج إلى الإجازة بعد الانتقال، من غرائب الكلام، لأنّ

المعتبر من الرضا والاستناد إنّما هو رضا المالک واستناد العقد إليه، لا رضا غير المالک والاستناد إليه، وهو قبل الانتقال غير مالک فلا يكفى رضاه والاستناد إليه قبل الانتقال، وأمّا بعده فلم يحصل منه شىء من الأمرين بحسب الفرض.

نعم هناک صورة أُخرى ذكرناها فى أوائل البحث وهى ما لو باعه فعلاً ما سيملكه بعد الموت فى الارث أو بعد الشراء فى البيع، وهذا على نحو التعليق بأن يكون الانشاء فعليا والملكية بعد مدّة، والرضا والاستناد فيها صحيحان إلاّ أنّها باطلة لأجل الإجماع على بطلان التعليق فى العقود، والأخبار الناهية عن الشراء قبل أن يشتريه البائع من مالكه، وهذه الصورة خارجة عمّا نحن فيه، إذ الكلام فيما إذا كان البيع بحيث لو أجازه المالک صحّ، وهذا لا يصحّ ولو بإجازة المالک لاختلاله من ناحية أُخرى»(٢).

وأمّا ما ذكره شيخنا الأُستاذ(٣) قدس سره من أنّ الوارث قائم مقام مورّثه فى الماليات فإذا أجاز المعاملة فكأنّ المورّث أجازها فتكشف عن الملكية من زمان حياة المورّث، فهو من غرائب الكلام، إذ لم يرد دليل على ذلک التنزيل ولم يدلّ شىء على أنّ الوارث كالمورّث فى جميع الأحكام،بل إنّما

ورد أنّ ما تركه الميّت فلوارثه، وهذا يكشف عن أنّ الميّت قد تركه وزالت ملكيته عنه والوارث شخص آخر غيره كما هو ظاهر»(٤).

ص:٦٦

١- ٢ . منية الطالب ١٢٦/٢.

٢- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٣٦/٢-٣٤).

٣- ٢ . منية الطالب ١٢٧/٢.

٤- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ٣٤/٢.

الصورة الثانية فى رأى المحقّق السيّد الخمينى

قال قدس سره : «ولو لم يجز البائع بعد تملّكه فالظاهر صحّة بيعه، سواء دخل تحت الأخبار المتقدّمة أم لا؛ لما عرفت من أنّها لا تدلّ على بطلان البيع.

نعم، يقع الكلام هاهنا فى مقامين:

الأوّل: فى أنّه هل يحتاج بيعه بعد تملّكه إلى الإجازة، أم ينتقل المبيع إلى المشترى بمجرّد تملّكه؟

الثانى: فى وجوب الإجازة عليه لو قلنا: باحتياجه إليها.

[المقام الأوّل]:

الأشبه بالقواعد عدم الاحتياج، لأنّ إنشاء البيع صدر من البائع لنفسه، وعدم التأثير إنّما هو من جهة عدم الملك، فإذا حصل دخل فى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وسائر

الأدلّة العامّة، وإنّما الشكّ فى عدم الانتقال؛ لأجل الشكّ فى اعتبار مقارنة الملكيّة لإنشاء البيع.

وهو محصّل ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره من أنّ البائع بعد ما صار مالكا، لم تطب نفسه بكون ماله للمشترى الأوّل، والتزامه قبل تملّكه بكون هذا المال المعيّن للمشترى، ليس التزاما إلاّ بكون مال غيره له.(١)

وهو يرجع إلى اعتبار أمر زائد على ماهيّة العقد بشرائطه، وهو مالكيّة المنشئ للعقد لنفسه حال العقد، ومعلوم أنّ اعتبار ذلک ليس متيقّنا، بل مشكوک فيه، فيندفع بإطلاق الأدلّة كسائر الشكوک.

وهذا بوجه نظير ما إذا باع الراهن العين المرهونة، أو باع السفيه العين التى هى مورد حجره، ثمّ ارتفع المانع، فإنّهما أيضا لايحتاجان إلى الإجازة، بل يصحّان بمجرّد رفع الحجر، واحتمال مقارنة الإنشاء مع عدم المانع، يُدْفَعُ بالإطلاق.

١- ١ . المكاسب ٣/٤٥٧.

حول كلام الشيخ قدس سره فى المقام

وعلى ما ذكر يسقط ما أفاده الشيخ قدس سره فى المقام: من التمسّک بقاعدة السلطنة، وعدم الحلّ إلاّ بطيب النفس(١)، فإنّ المعاملة التى أوجد البائع سببها باختياره وطيب نفسه، لم يكن النقل فيها بعد حصول الشرط - أعنى المالكيّة - مخالفا لقاعدة السلطنة وغيرها، نظير الأصِيْلِ فى الفضولىّ من أحد الطرفين إذا أوجد سبب البيع باختياره وطيب نفسه، ثمّ أجاز المالک، وانتقل الثمن أو المثمن من الأصيل حال إجازة غيره، فإنّه لم يكن هذا الانتقال - بعد إيجاده أحد جزئى السبب - مخالفا لقاعدة السلطنة واحترام مال الغير.

وإن شئت قلت: إنّ القاعِدَتَيْنِ مؤكّدتان للصحّة، لا معارضتان لها؛ فإنّ الانتقال لم يكن قهرا على البائع، بل بتسبيب منه، ومعلوم أنّ أسباب النقل بأجمعها ليست تحت اختيار أحد المتعاملين فى المعاملات.

وممّا ذكرناه يتّضح: أنّ دعوى معارضة القاعدتين لدليل وجوب الوفاء(٢) ليست مُتَّجِهَةً.

ثمّ إنّه لو شككنا فى شمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لمثل ذلك البيع، لا يصحّ التمسّك

بالقاعدتين؛ لاحتمال خروج المال بواسطته عن ملكه، فصارت(٣) الشبهة موضوعيّة، أو كالموضوعيّة، فإنّ حصول الملك للبائع الأوّل عند الاشتراء وإن كان معلوما، ولكن مع احتمال كون الانتقال بتسبيب منه - غير مخالف للقاعدتين كما مرّ(٤)- لا يصحّ التمسّك بهما إلاّ بعد إحراز الموضوع.

نعم، يمكن احرازه باستصحاب ملكهما، فحينئذٍ لا يصحّ البيع إلاّ بإجازته للقاعدتين.

ومع الغضّ عن ذلك، لا يصحّ التمسّك بالاستصحاب لإثبات إجازة المالك مؤثّرة

١- ٢ . المكاسب ٤٥٧/٣.

٢- ٣ . المكاسب ٤٥٧/٣.

٣- ١ . كذا؛ [فَتَصِيْرُ] أحسن.

٤- ٢ . راجع كتاب البيع ٣٨٠/٢ له رحمه الله .

فى النقل، بناءً على أنّ السبب هو العقد المتعقّب أو المتقيّد بالإجازة أو العقد بسببيّتها؛ فإنّ إحراز تلك العناوين بالأصل مثبت، إلاّ أن يكون الموضوع للنقل أو السبب له مركّبا من العقد والإجازة،

وكان الحكم الشرعيّ مترتّبا على العقد وإجازة المالک، فيحرز بالوجدان والأصل، مع الغضّ عن الإشكال فی الموضوع المرکّب.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم قدس سره - بعد فرض أنّ مقتضی عموم وجوب الوفاء بالعقود علی کلّ عاقد، هو اللزوم علی البائع بمجرّد الانتقال إليه، وإن کان قبله أجنبيّا لا حکم لوفائه ونقضه - ضعّفه بأنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملک، فيستصحب، والمقام مقام استصحاب حکم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلی حکم العامّ، ثمّ أمر بالتأمّل.(۱)

وهذا بظاهره واضح الإشكال؛ ضرورة أنّه من قبيل التخصّص لا التخصيص.

لكن يمكن توجيهه: بأنّ مقتضی عموم وجوب الوفاء، هو اللزوم بالنسبة إلی هذا الشخص الذی باع ملک الغير لنفسه، فيجب عليه الابتياع من الغير، والردّ إلی المشتری وإن لم يكن ملكا له، كما مرّ منه نظيره فی بيع الفضوليّ بالنسبة إلی الأصيل: من أنّ مقتضی وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم بالنسبة إليه، فلا يصحّ الفسخ منه، وإن صحّ الردّ من المالک الأصليّ.(۲)

فيكون حاصل مراده: أنّ هذا العقد الصادر من البائع، لمّا كان عقدا لنفسه، يجب عليه الوفاء من أوّل الأمر، فيجب عليه الاشتراء، وينتقل منه بمجرّده.

لكن لا إشكال فی خروج قطعة من الزمان عن لزوم الوفاء، وهو حال عدم كونه مالكا؛ بإجماع أو تسلّم، فكان(۳) المقام من موارد اختلافهم فی التمسّک باستصحاب حکم المخصّص، أو بالعموم، أو إطلاق العامّ.

وهذا التوجيه وإن كان مخالفا لظاهر كلامه بدوا، لكنّه أولی من توهّم عدم تفريقه بين التخصيص والتخصّص، وتقديم أصالة عدم النقل علی القواعد الاجتهاديّة.

١- ٣ . المكاسب ٤٥٨/٣.

٢- ٤ . المكاسب ٤١٥/٣.

٣- ١ . كذا؛ [فيكونُ] أحسن.

ولعلّ أمره بالتأمّل(١) لإنكار شمول العامّ لما قبل الملك، فيكون من قبيل التخصّص لا تخصيص العامّ، وهذا أمر يجب البحث عنه فى مجال أوسع.

ولقائل أن يدّعى إطلاق دليل وجوب الوفاء والشرط لما قبل الملك، فيجب عليه الاشتراء للعمل بمضمون العقد، وكذا لو باع ما لايملكه أحد، كطير معيّن، ومقدار مشخّص من المعدن، فيجب عليه أخذ الطير واستخراج المعدن والتسليم إلى المشترى، ولا يبعد أن يكون ذلك عقلائيّا أيضا، فتأمّل.

ثمّ إنّه يمكن استفادة عدم الاحتياج إلى الإجازة من بعض الروايات المتقدّمة، كصحيحة يحيى بن الحجّاج(٢) بناءً على ما مرّ: من أنّ النهى عن البيع قبل الاشتراء إنّما هو لأجل التخلّص عن الربا، لا للإرشاد إلى بطلان البيع.(٣)

فحينئذٍ لو توقّف بيعه قبل الاشتراء على الإجازة بعده، كان له التخلّص عن الربا بعدم الإجازة، فلا يكون البيع ثمّ الاشتراء موجبا للربا.

والظاهر منها أنّ الموجب نفس البيع والاشتراء، وهو لا يتمّ إلاّ على فرض عدم الاحتياج إلى الإجازة، والأمر سهل بعد ما عرفت من أنّ مقتضى القاعدة الصحّة من غير احتياج إلى الإجازة.(٤)

[المقام الثانى]:

ومن بعض ما ذكرناه يظهر الكلام فى المقام الثانى، وهو وجوب الإجازة عليه لو قلنا: باحتياج العقد إليها؛ بأن يقال: إنّ مقتضى إطلاق وجوب الوفاء عليه العمل على طبق

مضمونه، وهو لا يحصل إلاّ بإجازته.

إلاّ أن يقال: إنّ الإجازة - كالقبول - من متمّمات العقد، لا من مقتضياته وجزء

١- ٢ . المكاسب ٤٥٨/٣.

٢- ٣ . وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٣- ٤ . راجع كتاب البيع ٣٧١/٢ له قدس سره .

٤- ٥ . راجع كتاب البيع ٣٧٩/٢ له رحمه الله .

مضمونه، فتدبّر»(١).

المختار فى الصورة الثانية

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خطاب إلى الملاّک فلا يشمل البائع مال غيره قبل أن يشتريه من مالكه، ولكنّه بعد أن يشتريه يشمله الخطاب، وذلک مثل مَنْ لم يكن مستطيعا للحج ثمّ صار مستطيعا فيشمله أدلة وجوب الحج.

فلا تعارض الآية الشريفة قاعدة السلطنة وحديث طيب النفس لأنّ البائع بنفسه أقدم على البيع وبعده ليس المال له حتّى يجرى فى حقّه قاعدة السلطنة وحديث طيب النفس.

وكذلک لا يجرى استصحاب حكم قبل تملّک البائع لما بعده لتغيير الموضوع عرفا، حيث المالک للمال وغيره بينهما فرق جوهرى فى المعاملات.

وأما فحوى موثقة الحسن بن زياد الطائى وصحيحتى معاوية بن وهب فلا يتم فى الصورة الثانية، لأنهنَّ نصوص نعمل بها فى موردها الخاص وهو نكاح العبد.

وأمّا الإشكال على شمول خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد تملّک البائع، بأنّه بعد تملّكه لا يجرى عقدا فلايتم لأنّ البيع هو تبادل المالين ولا ينظر إلى طرفى العقد بخلاف النكاح، فالبائع أجرى العقد بنفسه ثمّ صار مالكا للمال فيشمله الخطاب.

نعم، بعد تملّكه يحتاج إلى الإجازة المستأنفة لا لاستناد البيع إليه وإعلام رضايته، بل لما ورد من نصوص المسألة (من باع شيئا ثمّ ملكه) من عدم ايجاب البيع وعدم قطعيته وإلاّ يبطل، فهذه الصورة تحتاج إلى الإجازة المستأنفة حتّى تخرج من البطلان.

وإذا أجاز البائع بعد تملّكه صحّ البيع عندنا خروجا عن نصوص البطلان، وإذا لم يجز بطل.

وممّا ذكرنا تَظْهَرُ وجوه موارد خلافنا مع الأعلام والحمد للّه العالم بالأحكام.

ص:٧١

١- ١ . كتاب البيع ٢/(٣٨٣-٣٧٩).

المسألة الثالثة: لو باع بزعم عدم جواز التصرف فبان جوازه

اشارة

لو اعتقد البائع عدم جواز تصرفه فى المبيع ثمّ انكشف خلافه وظهر كونه جائز التصرف فهل يكون بيعه صحيحا أم لا؟

وللمسألة صور أربع: لأنّ الاعتقاد بعدم جواز التصرف تارةً يَنْشَأُ من عدم الولاية وأُخرى من عدم الملک ولكن بان أنّه وليٌّ أو مالکٌ. وعلى كلّ منهما إمّا أن يبيع لنفسه أو أن يبيع لمالكه فتكون الصُوَرُ أربعا.

الصورة الأولى: لو باع عن المالک فانکشف کونه ولیّا

اشارة

قال الشیخ الأعظم: «فلا ینبغی الإشکال فی اللزوم حتّی علی القول ببطلان الفضولی»(۱).

لأنّ البائع العاقد فی الواقع یکون ولیّا ولیس فضولیّا فیصدر العقد من أهله وفی محلّه، لأنّا نعلم ثلاثة أمور تُصَحِّحُ جواز التصرف: ۱- الملک، ۲- الولایة، ۳- الإذن، والأخیر قد یکون سابقا علی التصرف فهو الوکالة وقد یکون لا حقا به فهو الإذن للفضول.

ولکن یُحکی عن القاضی ابن البَرّاج أنّ المعاملة الصادرة ممّن یزعم أنّه فاقد الولایة مع امتلاکه لها باطلة.

والحاکی عنه هو العلاّمة فی المختلف فی کلام طویل له [للقاضی] أنّه قال: «... وإذا أذن السیّد لعبده فی التجارة فباع واشتری وهو لایعلم بإذن سیّده ولا علم به أحد، لم یکن مأذونا له فی التجارة ولا یجوز شی ء ممّا فعله، فإن علم بعد ذلک واشتری وباع جاز

۱- ۱ . المکاسب ۴۵۹/۳.

ما فعله بعد العلم بالإذن ولم یجز ما فعله قبل ذلک، فإن أمر السیّد قوما أن یبایعوا العبد والعبد لایعلم بإذنه له کان بیعه و شراؤه منهم وجری ذلک مجری الإذن الظاهر، فإن اشتری العبد بعد ذلک من غیرهم وباع کان ذلک جائزا...»(۱).

ثمّ ردّه العلاّمة بقوله: «... ولا یفتقر الإذن فی التجارة إلی علم العبد، فلو أذن المولی ولم یعلم العبد فباع العبد صحّ بیعه لأنّه صادف الإذن فی التجارة ولا یؤثر فیه إعلام المولی بعض المعاملین...»(۲).

واستحسن الشيخ الأعظم(٣) هذا الردّ من العلاّمة.

اعتراض الفقيه اليزدى على ردّ العلاّمة

قال: «الظاهر أنّ نظر القاضى إلى أنّ الإذن فى البيع مع فرض عدم اطلاع المأذون وعدم اطلاع غير أيضا عليه لا يعدّ إذنا، وهذا بخلاف ما لو اطلع عليه أحد، سواء كان هو المأذون أو غيره، والظاهر يقتضى ما ذكره فإنّ مجرد إنشاء الإذن من عند نفسه من غير حضور أحد لايكفى فى الخروج عن الفضولية، إذ لا فرق بينه وبين الرضا الباطنى من دون إنشاء ظاهرى، وقد عرفت سابقا عدم كفايته، إذ لابدّ فى الخروج عن الفضولية من إسناد صدور البيع إليه ولو بالواسطة وهو لا يتحقّق إلاّ بمظهر خارجى فالإذن وإن كان من الإيقاعات وليس كالتوكيل ممّا يحتاج إلى القبول إلاّ أنّ صدقه موقوف على الإظهار الخارجى.

نعم، لو قلنا بالخروج عن الفضولية بمجرد طيب بالنفس الواقعى كفى الإذن المفروض بالأولى، لكنّک عرفت عدم كفايته إلاّ بالنسبة إلى الحكم التكليفى من رفع حرمة التصرف فى مال الغير... فما أورده عليه فى المختلف فى غير محلّه بل هو مصادرة مخصة...»(٤).

١- ٢ . مختلف الشيعة ٤٣٥/٥.

٢- ١ . مختلف الشيعة ٤٣٧/٥.

٣- ٢ . المكاسب ٤٥٩/٣.

٤- ٣ . حاشية المكاسب ٢٤٧/٢ و ٢٤٦.

أقول: السيّد اليزدى يرى الإذن إذنا إذا أُبْرِزَ بِمُظْهِرٍ خارجى واطلع عليه غيره، والإذن النفسانى من دون إبراز وإظهار واطلاع الغير لا يصحّح المعاملا ت والعقود.

دفاع المحقّق النائينى عن الشيخ الأعظم

اشارة

قال قدس سره معلّقا على المسألة الثالثة والصورة الأُولى منها: «لا يخفى أنّ ربط هذه المسألة بالمسألتين السابقتين منوط بما ذكرنا فى الجهة الثالثة من الجهات الراجعة إلى شرائط المجيز، وهو: أنّ عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد إمّا واقعىّ وإمّا خيالىّ،

ونقّحنا الواقعىّ فى ضمن مسألتين، فإنّ عدم جواز التصرّف واقعا إمّا لتعلّق حقّ الغير بالمال، وإمّا لعدم كونه مالكا. فبقى حكم الخيالىّ، وهو على صورٍ أربع لأنّ اعتقاد عدم جواز التصرّف المنكشف خلافه إمّا لعدم الولاية فانكشف كونه وليّا، وإمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكا. وعلى كلا التقديرين: فإمّا يبيع لنفسه أو عن المالك.

فالصورة الأُولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليّا. والظاهر من المصنّف قدس سره صحّتها من دون توقّفٍ على إجازة المالك.

ولا يخفى أنّ الولاية على قسمين: إجباريّة واختياريّة، والإجباريّة: إمّا بموهبةٍ من اللّه سبحانه كولاية الأب والجدّ، وإمّا بموهبةٍ من المخلوق كولاية العبد المأذون من قبل المولى فى التجارة. والاختياريّة كولاية القيّم على الصغار والوكيل.

ثمّ لا يخفى أنّ صحّة هذه المعاملة وفسادها مبنيّان على أن يكون العلم بالولاية أو الالتفات بالوكالة طريقيّا أو موضوعيّا، فلو قلنا بالطريقيّة فلا إشكال فى الصحّة؛ والأقوى كونه كذلك؛ لأنّ الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا، وكونها منوطةً بالعلم بها يتوقّف على دليل.

نعم، ولاية العبد ليست فى الظهور كولاية سائر الأولياء، فإنّه بعد ما دلّ الدليل على حجره وعدم قدرته على شى ءٍ يشكّ فى خروجه عن العجز بمجرّد إذن المولى واقعا مع عدم علمه به. وكون إعطاء الإذن من آثار سلطنة المولى لا ينافى فساد بيعه؛ لاعتبار علمه برفع الحجر.

وبالجملة: فكما أنّ العجز فى امتثال الخطابين المتزاحمين لا يتحقّق إلاّ مع العلم

ص:٧٤

بهما، فكذلک القدرة لا تتحقّق للعبد إلاّ بوصول الإذن إليه، لعدم صدق كونه قادرا مع عدم العلم بها. ولكنّ الأقوى عدم الفرق بين القدرة والوكالة والولاية فى أنّ العلم فى كلٍّ منها طريقىّ.

هذا، مع أنّ الّذى يهوّن الخطب أنّ العبد وإن لم يصر قادرا شرعا بالإذن الواقعىّ إلاّ أنّه ليس كالصبىّ والمجنون مسلوب العبارة، فيكون بيعه لمولاه من أفراد الفضولىّ فيتوقّف على إجازة المولى. كما أنّه لو قلنا بموضوعيّة العلم فى جميع أنحاء الولاية فمع عدم العلم بها يدخل البيع فى الفضولىّ، ولكنّ احتمال موضوعيّته فى باب ولاية الأب والجدّ والحاكم الشرعىّ والقيّم ضعيف. فعلى القول ببطلان الفضولىّ يصحّ هذا البيع لخروجه عنه بالإذن الشرعىّ أو المالكىّ، وفى هذه الصورة لا تتوقّف الصحّة على

الاجازة؛ لأنّ الإذن السابق لا يقصر عنها»(١).

الأعلام الذين يَرَوْنَ اعتبار الإعلام فى الإذن فى المراد من عبارة القاضى

ولعلّ الإعلام هو مراد المحقّق الايروانى حيث قال: «وظنّى أنّ مقصود القاضى من عبارته المنقولة فى المتن ليس ما فهم من ظاهر كلامه وانّما غرضه اعتبار الإذن الظاهر من المولى فى صحة معاملات العبد بمعنى الإنشاء للإذن وعدم الاكتفاء بالرضا الباطنى ويشهد به حكمه [القاضى] بصحة معاملات العبد إذا أمر السيّد قوما أن يبايعوا العبد، والعبد لا يعلم، سواء عامل هؤلاء القوم أم غيرهم بشرط أن يكون المستفاد من أمر القوم بالمعاملة مع العبد عموم الإذن بلا خصوصية للقوم...»(٢).

وقال: «ظاهر هذه العبارة [عبارة القاضى] اعتبار إنشاء الإذن والرخصة وعدم الاكتفاء بالرضا الباطنى لا اعتبار علم البائع... فيكون خلاف القاضى فى أصل مسألة الاكتفاء بالرضا فى الخروج عن الفضولية وفى ما هو الشرط لا فى مسألتنا هذه وهى وجود الشرط مع عدم العلم به»(٣).

ص:٧٥

١- ١ . منية الطالب ١٢٩/٢ و ١٢٨.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢٩٩/٢ و ٣٠٠.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٣٠١/٢.

أقول: وصف الايروانى الإذن بالظاهر، والظهور العرفى لا يصدق إلاّ فى مقابل الغير.

ويرى المحقّق الاصفهانى الإذن بأنّه مساوق للإعلام والإظهار حيث يقول: «... الإذن أصله الإعلام ومنه قوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ»(١) أى اعلموا بالحرب، وشاع فى إظهار الرخصة وإظهار الرضا، ومن الواضح أنّ قصد الاظهار جدّا لا يتمشّى من العاقل إلاّ إذا كان بحضرته من يظهره له، وإلاّ فلا يعقل الإظهار والإراءة...»(٢).

ويرى قبلهما التسترى(٣) بأنّ نظر القاضى إلى أنّ إظهار الرضا مع عدم إطلاع الغير لا يعدّ إذنا عرفا.

وقبلهم قال جدى الشيخ جعفر ذيل الصورة الرابعة: «... وفى تعميم الحكم حتّى

بالنسبة إلى الوكلاء والاولياء بعد الإعلام بولايتهم ووكالتهم إشكال»(٤).

وكذلك يرى الفقيه الشريعتمدارى توجّه الإذن بل وصوله إلى المأذون حتّى يَصِحَّ إسناد الفعل إلى الآذن وقال: «وبالجملة، فى باب إسناد الفعل إلى الآذن والمجيز الذى كان هو المنشأُ للأثر وكان هو

المنشأ لخروج العقد عن الفضولية، يعتبر فيه أن يكون المستند فعلاً تسبيبا للإذن ولا يتحقّق هذا إلاّ أن يتوجَّه على المأذون إيجاد الفعل ويكون مستندا إليه.

بناءً عليه: فرضهم أنّه إذا أذن الآذن والمجيز مع أنّ الأجير لم يتوجّه إلى الإذن وعمل الفعل يكون صحيحا لأنّه تحقّق الفعل والإذن، لايصح لأنّ هذا الفعل لم يكن مربوطا للآذن ولم يكن الفعل مستندا إلى الموكّل، هذا واضح فى باب الوكالة والإذن لا يخفى حكمه.

١- ٤ . سورة البقرة /٢٧٩.

٢- ٥ . حاشية المكاسب ٢٤١/٢.

٣- ٦ . مقابس الأنوار /١٣٦.

٤- ١ . شرح القواعد ٩٨/٢.

وأمّا فى مورد الولاية: الإجباريّةِ مِن قبيلِ ولايةِ الأبِ والجدِّ فلمْ تكنِ المسألةُ واضحةً كوضوحِ بابِ الوكالةِ والإذنِ.

لكن يمكنُ أنْ يقالَ: انّ ولايةَ الأبِ أوْ الجدِّ والوصىِّ أو الحاكمِ أو عدولِ المؤمنينَ، هِىَ(١) بمثابةِ ولايةِ الوكيلِ بإذنٍ مِن المالكِ ويعملُ الأبُ والجدُّ والوصىُّ والحاكمُ أو عدولُ المؤمنينَ، العملَ الّذِى يعملُ الوكيلُ باذنٍ منَ المالكِ.

غايةُ الامرِ، انَّهُ باذنٍ منَ الشّارعِ وليسَ فرقٌ بينهُما فى ماهيَّةِ العملِ بلْ فى نحوِ الولايةِ وتلكَ الولايةُ، مبذولةٌ منَ المالكِ وتلكَ، مبذولةٌ منَ الشّارعِ ولكنْ لمْ يكنْ فرقٌ بينهُما فى نحوِ العملِ.

بعبارةٍ أخرى: ولايةُ الولىِّ من قبلِ الشّارعِ فى موردِ الصّغارِ.

معناهُ ولايةُ العملِ تكونُ مستندا إلى ولايتهِ وسمةِ القيموميّةِ وليسَ معنِى الولايةِ، جوازَ بيعِ مالِ الصّغير لنفسِهِ أو بيعِ المالِ بعنوانِ الاستقلالِ.

بالجملة: لا فرقَ فى ماهيّةِ العملِ ونحوِ الولايةِ استِنادا إلى الصّغار بينَ الولايةِ الإجباريَّةِ وبينَ الولايةِ الاختياريّةِ.

وانّما الفرقُ بينهما فى مُعطى الولايةِ حيثُ أنّ فى الولايةِ الإجباريّةِ، يكونُ مُعطِى الولايةِ، الشّارعُ وفى الولايةِ الاختياريّةِ، هوَ المالكُ.

فظهرَ مما ذكرناه أنَّ فرضَ كونِ المسألةِ واضحا لا اشكالَ فيهِ، لا يخلُو عنْ اشكالٍ وشبهةٍ قويَّةٍ ويظهر ذلک من مراجعةِ كلماتِ الفقهاءِ فى بابِ الوكالةِ وفروعَها(٢)»(٣).

وتبعهم السيّد الخمينى وقال: «وأمّا ما عن القاضى فى إذن السيّد لعبده فى التجارة فالظاهر هو عدم خلافه فى هذه المسألة، لأنّ الظاهر منه أنّ الإذن إذا لم يطّلع عليه أحد - لا العبد ولا غيره - ليس إذنا فعدم صحته على ذلک، لأجل عدم كونه مأذونا نافذ التصرف

١- ٢ . وفى المصدر: كان.

٢- ١ . وفى المصدر: وفروعاتها.

٣- ٢ . تحقيق و تقريرات فى باب البيع والخيارات ١٢٢/٣ و ١٢١.

وهو غير مسألتنا»(١).

وتابعهم شيخنا الاستاذ رحمه الله وقال: «قد ذكرنا مرارا أنّ كلاً من الإذن والإجازة من الأُمور الإنشائية ويكون الإبراز مقوّما لهما، ومجرد إظهار المالک من عند نفسه رضاه بالمعاملة التى تصدر عن الغير

أو صدرت عنه لا يكون إذنا أو إجازة، بل لابدّ من كون الإظهار بحيث يصل إلى الغير سواء كان ذلک الغير هو العاقد أو غيره.

وبتعبير آخر: لايكون فى الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لايصل إلى الغير ولا يبعد أن يكون المحكى عن القاضى فى المقام يرجع إلى ما ذكر»(٢).

أقول: جماعة من الفقهاء نحو: الشيخ اسداللّه التسترى والمحقّقين اليزدى والإيروانى والأصفهانى و الشريعتمدارى والخمينى والتبريزى يحملون العبارة المنقولة عن القاضى إلى اعتبار أن يكون الإذن فى مقابل الغير وإلاّ لا يصدق عليه الإذن.

وبعبارة أُخرى: اعتبار الإظهار والإرائة والإعلام فى الإذن، واختاره بعضهم نحو: المحقّقين اليزدى والأصفهانى والشريعتمدارى والتبريزى رحمهم الله .

مخالفة المحقّق السيّد الخوئى مع الأعلام فى الإعلام

ولا يرى وجها لما أفاده [القاضى] من اعتبار الإعلام فى الإذن(٣) وقال فى وجهه: «فإنّا وإن لم نكتف فى الاستناد وخروج العقد عن الفضولية بمجرد الرضا الباطنى إلاّ أنّه يكفى فيه الرضا المبرز وإن لم يصل إلى المأذون ولا إلى غيره فإذا فرضنا أنّ المولى كتب إلى العبد يأذنه فى التجارة وهو باع ماله قبل وصول الكتاب إليه صح بلا إشكال، لأنّ

مجرد الكتابة مبرز للرضا خصوصا فى بيع العبد مال نفسه الذى هو محل الكلام، فإنّه كما ذكرنا لا قصور فيه إلاّ من ناحية رضا المالک المعتبر فيه شرعا فلا حاجة فيه إلى الإبراز أصلاً»(٤).

١- ٣ . كتاب البيع ٣٨٦/٢.

٢- ٤ . إرشاد الطالب ٦٠/٤.

٣- ٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ٣٧/٢.

٤- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٤٣/٢.

تبعية صاحب العقد النضيد للسيّد الخوئى وردّه على المحقّق الاصفهانى

قال: «... إنّ معرفة حقيقة الرضا متوقفة على استقصاء الاستعمالات العرفية، وغاية ما يمكن أن نقوله من خلال الاستقصاء المذكور، هو أنّ حقيقة الإذن وأضرابه كالإجازة كونها معدودة من الأُمور الواقعيّة - سواء اعتبرناه من الأُمور الإنشائيّة أو أنّه مجرّد مبرز لأمر نفسانى - التى قد تصل إلى الغير وقد لا تصل، والشاهد له صحة إطلاق القول: «بأنّنى كنتُ مأذونا لكنّى أجهل ذلک» بلا مسامحة وبالتالى فلو اعتبرنا الوصول مقوّما ومحقِّقا للإذن لعدّ إطلاق القول المذكور مجازا. وعليه فإنّ حقيقة الإذن غير متقومة بالوصول إلى الغير ومعرفته بمأذونيّة المتعامل، بل يكفى الصدور فى صحّة المعاملة الصادرة من المأذون وإن لم يعلن عنه الآذن، أو أعلنه لكن لم يتطرّق ذلک إلى أسماع الآخرين ومنهم البائع، كما لو كتب رسالة إلى عميل له فى مدينة أُخرى يخبره أنّه مأذونٌ من قبله فى القيام بمعاملة معيّنة، فالعميل يعدّ ماذونا وتصحّ معاملاته من حين كتابة الرسالة لا من حين وصولها إليه»(١).

المختار فى حكم الصورة الأُولى

لو باع عن المالک فانكشف كون البائع وليّا، البيع يكون تاما لازما ولا يحتاج إلى الإجازة المستأنفة كما عليه الشيخ الأعظم(٢).

وأمّا العبارة المحكية عن القاضى ابن البراج فلا تدلّ إلاّ على اعتبار الإعلام فى الإذن كما استظهره جمع من الأعلام قدس سرهم منه رحمه الله ، وهو كلام متين لابدّ من اختياره لعدم صدق الإذن إلاّ فى مقابل الغير ولو كان ذلک الغير غير البائع.

وأمّا النقض بكتابة الرسالة(٣) فغير واردٍ، لأنّ الكتابة وإيصالها إلى المأذون أبلغ إعلام، ونحن لا نعتبر وصول الإذن حتّى ينتقض علينا بمثل هذا النقض بل نعتبر حضور

واحد فى حين صدور الإذن من الآذن حتّى بلغه ذلک الغير أو نفس الآذن إلى المأذون.

ص:٧٩

١- ٢ . العقد النضيد ٤٥٣/٣.

٢- ٣ . المكاسب ٤٥٩/٣.

٣- ٤ . كما عليه المحقّق السيّد الخوئى فى محاضراته ٤٤٣/٢ و تنقيحه ٣٧/٢ كما مرّ.

وصحة(١) إطلاق جملة: «إنّنى كنتُ مأذونا لكنّى أجهل ذلک» وعدم مجازيتها تدلّ على عدم اعتبار الوصول لا الإعلام وبنيهما برزخ لا يخفى على مثل الأُستاذ المحقّق - مد ظله - المقرر له. والحمد للّه كما هو أهله.

الصورة الثانية: لو باع لنفسه فانكشف كونه وليّا

اشارة

ذهب الشيخ الأعظم(٢) إلى صحتها وإلى «أنّ قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدح»(٣) كما مرّ منه(٤) قدس سره .

ثمّ هل يتوقّف نفوذ العقد على إجازة العاقد الولى للمولّى عليه؟ قال الشيخ الأعظم: «عليه وجه لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فتأمّل»(٥).

تعليله رحمه الله يدل على توجيه اعتبار الإجازة بإلغاء كون العقد للبائع العاقد الولى حتّى يصير بهذا الإلغاء عقدا للمولّى عليه. ثمّ أمر بالتأمل ولعلّه إشارة إلى ما مرّ منه من لغوية قصد كون العقد للبائع

شرعا وعدم نفعه وقدحه، فالأمر موكول إلى وجه المصلحة فى هذا البيع للمولّى عليه فإن كانت موجودة فلا يحتاج إلى الإجازة وإلاّ لم يفد ألف إجازة.

أو لعلّه اشارة إلى أنّ قصد البيع لنفسه إمّا يقيّد العقد أم لا؟ فعلى الأوّل لا مجال لتصحيح البيع حتّى بالإجازة لأنّه يقيّد بنفسه لا بالمولّى عليه.

وأمّا على الثانى فيتم العقد من دون الإجازة لأنّها تصحح إسناد العقد إلى المالک ومع صدوره من الولّى فلا نحتاج إليها. فلذا الاحتمال المذكور فى كلامه قدس سره الذى عقّبه

١- ١ . كما عليه الاستاذ المحقّق - مد ظله - فى العقد النضيد ٤٥٣/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٦٠/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤٦٠/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٣/(٣٨٣-٣٧٧).

٥- ٥ . المكاسب ٤٦٠/٣.

بالأمر، بالتَّأَمُّلِ ممّا لا وجه له كما عليه المحقّق السيّد الخوئى(١) رحمه الله .

واختار المحقّق الخراسانى تقييد العقد بقصد البيع لنفسه [القسم الأوّل] وحكم بالبطلان خلافا للشيخ الأعظم رحمه الله ثمّ أمر بالتأمل فى آخر كلامه ولعلّه إشارة إلى ما ذكرنا، قال الخراسانى: «بل الظاهر بطلانه ولو أجاز، لمخالفة الإجازة للعقد واستلزام صحته لعدم تبعيته للقصد حيث قصد لنفسه ووقع بإجازته لغيره، فتأمل»(٢).

اشكال المحقّق الخراسانى على الصورتين

اشارة

للمحقّق الخراسانى قدس سره تعليقة على الصورة الأُولى تجرى فى الثانية أيضا وهى: «نعم، يشكل فيما كان جواز تصرّفه من جهة ولايته كالأب والجدّ مثلاً، بأنّ منصرف أدلة نفوذ تصرفات الولى غير ما إذا كان تصرفه كذلک، أى باعتقاد أنّه غير وليّ وغير جائز التصرف. فتأمل»(٣).

أقول: وأنت ترى عَدَمَ تمامية هذا الانصراف لأنّ الولاية أمرٌ اعتباريٌّ مجعولٌ للولى سواءً عَلِمَها أم جهلها، ولا مدخليّة للعلم والجهل فى استقرار الولاية.(٤)

نقد المؤسس الحائرى على استاذه الخراسانى

اشارة

«فنقول: الولاية إمّا نفس جواز التصرّف أو مساوق معه، ولا يمكن أن يؤخذ فى موضوعه العلم بنفسه، فإنّ الشىء لا يمكن أن يتوقّف تحقّقه ووجوده على العلم به، وهذا واضح. وهكذا الحال فى الوكالة، فإنّه عبارة عن القيام مقام المالک فى نفوذ التصرّف ومالكيّة الأمر. وهذ المعنى لا يمكن أن يتوقّف على العلم به.

وعلى هذا فأدلّة إثبات الولاية للأب والجد ونفوذ تصرّفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية ومالكيّة الأمر والمختاريّة فى ذات الولى والوكيل، لا يعقل إنصرافها إلى حال العلم بالولاية والوكالة كما ادّعاه بعض الأساطين فى حاشيته على هذا المقام من

١- ٦ . التنقيح فى شرح المكاسب ٣٨/٢.

٢- ١ . حاشية الخراسانى على المكاسب /٧٣.

٣- ٢ . حاشيته على المكاسب /٧٣.

٤- ٣ . كما فى العقد النضيد ٤٥٦/٣.

مكاسب شيخنا المرتضى.

نعم لو فرضنا وجود الدليل على أنّ تصرّف الولى والوكيل فى حال الشك فى الولاية والوكالة أو العلم بالخلاف غير نافذ، لكُنّا ملجئين إلى حمل أدلّة إثبات الولاية الواقعيّة والوكالة كذلك على مرتبة شأنيّتهما، فيقال: إنّ العلم بتلك المرتبة مولّد للمرتبة الفعليّة، ولكن بعد عدم هذا الدليل وانحصار الأمر فى أدلّة واقع الوكالة والولاية لا يمكن دعوى انصرافها مع ظهورها فى المعنى الذى هو عين جواز التصرّف أو يساوقه إلى حالة العلم. ودعوى ظهورها من الأوّل فى الثانية خلاف الواقع.

وأمّا الفرق بين هذين العنوانين وعنوان المالكيّة حيث نقول: بأنّ نفوذ تصرّف المالك موقوف على علمه بعنوان مالكيّته هو أنّ المالكيّة أمر وراء السلطنة ونفوذ التصرّف، ولهذا المحجور مالك مع عدم نفوذ تصرّفه، فيمكن أخذ العلم بهذا العنوان فى موضوع الأثر المترتّب عليه، فيقال: المالك إذا علم بأنّه مالك فطيب نفسه مؤثّر، ولكن لا يمكن أن يقال: المختار إذا علم بأنّه مختار يكون مختارا كما لايمكن فى عنوان المالك أيضا أن يقال: إنّ المالك إن علم بأنّ طيب نفسه مؤثّر فطيب نفسه مؤثّر.

وعلى هذا فلابدّ أن يقال فى الفرع المذكور - أعنى: بيع الولى والوكيل مع علمهما بأنّ هذا المال مال لشخصهما فى الواقع وليّا أمره، غاية الامر لا يعلمان بالولاية والوكالة - أنّ البيع صحيح نافذ بلا حاجة إلى إجازة منهما بعد العلم»(١).

اعتراض على نقد المؤسس الحائرى

يرد عليه: أوّلاً: الولاية هنا هى السلطنة للوليّ على التصرف فى أموال المولّى عليه. والمحقّق الخراسانى لا يقيدها بعلم الولى بكونه وليّا حتّى يرد عليه ما أورده المؤسس الحائرى من النقود.

بل الخراسانى يرى إنصراف أدلة الولاية عمّن يعتقد بأنّه لا ولاية له كما يظهر ذلک بالتأمل فى كلامه: «... اعتقاد أنّه غير وليّ وغير جائز التصرف».

ص:٨٢

١- ١ . كتاب البيع ٣٨٢/١ و ٣٨١ لشيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى قدس سره .

ولكن المؤسس الحائرى حمل كلامه بانصراف أدلتها إلى مَنْ عَلِمَ بثبوت الولاية فى حقّه، ثمّ اسْتَشْكَلَ عليه بالنقود.

وأنت ترى بأنّ منصرَف الأدلة بينهما مُتَعِدّدةٌ فالنقود لا تجرى فى حقّ الخراسانى.

وثانيا: قال المؤسس الحائرى رحمه الله : «الولاية إمّا نفس جواز التصرف أو مساوق معه»، ولكن الولاية ليست جواز التصرف ولم تكن مساوق معه، بل هى مَنْشَأٌ لجواز التصرف، لأنّها من الحيثيّات الاعتبارية التى يترتّب عليها جواز التصرف تكليفا أو وضعا فى مال المولّى عليه، وبالتالى يعد جواز التصرف من أحكام الولاية لا نفسها أو ما يساوقها.(١)

الصورة الثالثة: لو باع عن المالک فانكشف كونه مالكا

اشارة

قال المحقّق فى هبة الشرائع: «مسائل: الأُولى: لو وهب فأقبض ثمّ باع من آخر، فإن كان الموهوب له رحما لم يصحّ البيع، وكذا إن كان أجنبيّا وقد عُوِّضَ، أمّا لو كان

أجنبيّا ولم يُعَوِّض قيل: يبطل لأنّه باع ما لايملک، وقيل: يصحّ لأنّ له الرجوع، والأوّل: الأشبه. ولو كانت الهبة فاسدة صحّ البيع على الأقوال. وكذا القول فيمن باع مال مورِّثه وهو يعتقد بقاءَهُ وكذا إذا أوصى برقبةٍ مُعْتَقِهِ وظهر فساد عتقه»(٢).

وقال العلاّمة فى متاجر القواعد: «ولو باع مال أبيه بظن الحياة وأنّه فضوليٌّ فبان ميّتا - حينئذ - وأنّ المبيع ملكه فالوجه الصحة»(٣).

وقال فى عطايا الإرشاد: «ولو باع [الواهب] بعد الإقباض للأجنبى صحّ على رأى ولو كانت فاسدة صحّ إجماعا، وكذا لو باع مال مورِّثه معتقدا بقاءه...»(٤).

وقال فى هبة القواعد: «وإذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة، وصحّ لا معه على رأى، ولو كانت فاسدة صحّ الإجماعا. ولو باع مال مورِّثه معتقدا بقاءه أو

١- ٢ . راجع العقد النضيد ٤٥٨/٣ و ٤٥٧.

٢- ١ . الشرائع ١٨١/٢.

٣- ٢ . قواعد الأحكام ١٩/٢.

٤- ٣ . إرشاد الأذهان ٤٥٠/١.

أوصى بمَنْ اعتقه وظهر بطلان عتقه فكذلک»(١). [أى صحّ إجماعا].

أقول: ظهر من هبتى الإرشاد والقواعد أنّ القول بالصحة إجماعىٌّ.

وقال فى تذكرة الفقهاء: «لو باع بظن الحياة وأنّه فضولى فبان موته وأنّه مالک صحّ البيع - وهو أصحّ قولى الشافعى - لأنّه بيع صدر من أهله وفى محلّه.

وأظعفهما: البطلان، لأنّه كالغائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

وله آخر: أنّه موقوف على تيقّن الحياة أو الموت»(٢).

وقال فى النهاية: «ولو باع مال أبيه بظن أنّه حيٌّ وهو فضولى، فبان أنّه كان ميّتا حينئذ - وأنّ المبيع ملک للعاقد، فالأقوى الصحة لصدوره من المالک... ويحتمل البطلان لأنّه وإن كان العقد منجزا فى الصورة إلاّ أنّه فى المعنى معلَّق وتقديره إن مات مورِّثى فقد بعتک ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنَّ المبيع لغيره»(٣).

وقال ولده فخرالمحقّقين فى توضيح كلام والده فى متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة: أنّه تصرَّفٌ من أهله فى محلِّه.

ويحتمل: وقوفه على إجازته لأنّه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على إجازة

متجددة من الأب أو من يقوم مقامه، ولما اعتبر القصد فى أصل البيع ففى أحواله أولى.

ويحتمل: البطلان لأنّه إنّما قصد نقل الملک عن الأب لا عنه، ولأنّه وإن كان منجزا فى الصورة فهو فى المعنى معلَّقٌ، والتقدير إن مات مورِّثى فقد بعتک ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»(٤).

وقال فى المفتاح: «قلت: يريد بالأحوال اللزوم وعدمه»(٥).

١- ٤ . قواعد الأحكام ٤٠٩/٢.

٢- ٥ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٣- ٦ . نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

٤- ١ . إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

٥- ٢ . مفتاح الكرامة ٦٢٨/١٢.

ونقل الشهيد(١) عن ابن المتوِّج توقّفه على الإجازة لأنّ نظر البائع فيما يتعلَّق به مغاير لما يتعلَّق بغيره.

وتبعه الشهيد(٢) فى ذكر احتمال البطلان ومن أنّه لو قيل بالبطلان أمكن.

وقال الشهيد: «المراد بالصحة اللزوم من غير توقّف على أمر آخر»(٣).

وقال المحقّق الثانى معلّقا على قول العلاّمة فى القواعد: «قيل: قوله: «وأنّه فضولى» مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف، أعنى: أنّ العقود تابعة للقصود.

قوله: «فالوجه الصحة»، أراد الصحة من غير توقف على شى ء آخر، أعنى: اللزوم، وينبغى أن يكون ذلک موقوفا على إجازته وهو الأصح، لأنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملک الآن بل مع إجازة المالک، إلاّ أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف ومثله: مالو باعه فضوليا ثمَّ تبيّن شراء وكيله إيّاه»(٤).

وقال الشهيد الثانى فى ذيل قول المحقّق فى الشرائع: «بمعنى أنّه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورِّث حال البيع، وأنّ البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر فى اللزوم وهو صدور البيع عن مالكٍ لأمره.

ويشكل بما مرّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنّما قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضولى فينبغى أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصا مع ادعائه عدم القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. ولعلّ هذا أقوى لدلالة القرائن عليه، فلا أقلّ من

جعله احتمالاً مساويّا للقصد إلى البيع مطلقا فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر فى لزوم البيع...»(٥).

١- ٣ . كما نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦٢٨/١٢.

٢- ٤ . القواعد والفوائد ٢٣٨/٢، ذيل قاعدة /٢٣٨.

٣- ٥ . الحاشية النجارية /٢٢٢، ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦٢٧/١٢.

٤- ٦ . جامع المقاصد ٧٦/٤.

٥- ١ . المسالک ٥١/٦.

الأقوال

اشارة

أقول: فالأقوال إلى هنا تكونُ ثلاثةً.

الأوّل: الصحة مطلقا كما عليه المحقّق فى الشرائع والعلاّمة فى متاجر القواعد

الأوّل: الصحة مطلقا كما عليه المحقّق فى الشرائع والعلاّمة فى متاجر القواعد ويلوح منه فى عطايا الإرشاد وهبة القواعد أنّها محلّ إجماع، وفى التذكرة أنّها أصح قولى الشافعى ورأها الأقوى فى النهاية.

الثانى: الصحة مع صدور الإجازة المتأخرة من المالک العاقد

الثانى: الصحة مع صدور الإجازة المتأخرة من المالک العاقد كما هو أَحَدُ محتملات فخرالمحقّقين من دون اختيار ومذكور فى كلام والده فى التذكرة والنهاية وهو مختار ابن المتوِّج كما نقل عنه الشهيد، واختيار المحقّق و الشهيد الثانيين ويراه الشيخ الأعظم(١) الأقوى.

الثالث: البطلان

الثالث: البطلان كما هو أضعف قولى الشافعى وَأَحَدُ محتملات فخرالمحقّقين وممكن فى كلام الشهيد.

وهنا قول رابع لصاحب الجواهر

اشارة

وهنا قول رابع لصاحب الجواهر قال: «... والمتّجه فيه: الوقوف على الإجازة - كما سمعته من الكركى - أو إثبات الخيار، إلاّ أنّى لم أجد مَنْ احتمله»(٢).

أقول: إنّى وجدتُ مَنْ احتمله واختاره وهو جدنا الشيخ محمّدتقى قدس سره صاحب هداية المسترشدين حيث يقول: «أنّه لو باع شيئا على وجه الفضولى ثمّ تبيّن أنّه ملكه كما لو باع مال مورِّثه بظنِّ أنّه حيٌّ وأنّه فضول ثمّ تبيّن موته وانتقال المال إليه حين العقد فهل يحكم بصحته ولزومه لوقوعه من أهله فى محلّه.

أو يحكم بثبوت الخيار له لعدم إقدامه على التمليک النافذ بل المتزلزل الموقوف على إجازة المالک، فالحكم بالتزامه به ضرر عليه.

أو أنّه بمنزلة الفضولى الواقع من غير المالک فيتوقّف على إجازته، فإن ردّه كشف عن فساده من أصله وإن أجاز صحّ لإقدامه عليه كذلک.

أو أنّه باطل من أصله لعدم قصده وقوع البيع عن نفسه فلا يقع البيع عنه قهرا.

١- ٢ . المكاسب ٤٦٢/٣.

٢- ٣ . الجواهر ٤٨٢/٢٣ (٣٠٠/٢٢).

وجوهٌ كأنّ أظهرها الثانى وأضعفها الوجهان الأخيران»(١).

وهكذا ذهب إلى هذا القول عديل(٢) الجد - الشيخ اسداللّه التسترى رحمه الله حيث يقول: «وهل جواز فسخه للعقد من باب الخيار أو لتوقّفه على الإجازة؟ وجهان. والأوّل لا يخلومن قوة لأنّه

مقتضى قاعدة نفى الضرر ولأنّه بناءً على صحة العقد لو سلّم المال إلى المشترى وسلّطه عليه، ثمّ انكشف كونه ملكه جاز للمشترى حينئذ أن يتصرف فيه ولا يضمن شيئا أصلا...»(٣).

كما ذكر هذا الأخير الشيخ الأعظم فى مكاسبه(٤).

مستند الأقوال

الأوّل: الصحة

ومستندها وجوه:

أ: الإجماع المُدَّعى فى هِبَتَىْ إرشاد الأذهان وقواعد الأحكام لِخِرِّيْتِ صِناعَةِ الفقه وهو العلاّمة الحلّى يدل على الصحة.

وفيه: أوّلاً: قد عرفت الخلاف فى المسألة إلى أربعة أقوال.

وثانيا: على فرض وجوده يكون مدركيّا لابدّ من ملاحظة الأدلة.

ب: ما صدر من المالک العاقد بيع صدر من أَهْلِهِ - وهو المالک - ووقع فى محلّه - وهو ملكه - فيكون تاما صحيحا لازما من دون أن يحتاج إلى الإجازة المستأنفة.

ج: المعاملة الحقيقية إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين وأمّا قصد وقوعها لنفسه أو للغير فهو أمر زائد عن حقيقتها، والبائع بما أنّه قصد المبادلة الحقيقية للمالكين فقد نوى المعاوضة الحقيقية، إلاّ أنّه لجهله أو لنسيانه أرجعها إلى الغير بتخيل أنّه المالک. وهذا الخيال كادّعاء أنّه مالک فى الصورة المتقدمة أمر زائد غير مقوّم لحقيقة المبادلة فيبقى

١- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٥ و ٣٥٦، ثامنها.
٢- ١ . وهو فى اللّغَةِ سَلِفُهُ وسِلْفُهُ أىْ زَوْجُ أخْتِ امْرَأته.
٣- ٢ . مقابس الأنوار /١٣٧.
٤- ٣ . المكاسب ٣/٤٦٥.

لغوا»(١).

د: حال البائع العاقد لا يخلو من وجهين: الأوّل: أنّه قصد نقل المال، فقد تحقّق منه البيع الصحيح لتماميّة أركانه وشروطه ولا يتوقف صحته على الإجازة.

الثانى: أنّه لم يقصد نقل المال فالمعاملة باطلة من أساسها ولا تصححها الإجازة.

والوجه فى ذلک: لأنّ قصد انتقال المالين هو أساس المعاملة الحقيقية فإذا تحقّق حكم بصحة العقد وإلاّ فلا.

ه: الإجازة كما مرّ فى بيع الفضولى تصحّ استناد البيع إلى المالک فقط، ومع صدور البيع من المالک هذا الاستناد حاصل فلا نحتاج إلى الإجازة المستأنفة لأجل استناد البيع إليه.

الثانى: الصحة مع الإجازة

أ: واستدلّ له فخرالمحقّقين وتبعه المحقّق والشهيد الثانيين - كما مرّ منهم - بأنّ البائع - فى مسألتنا - لم يقصد البيع اللازم، بل قصد البيع الموقوف على الإجازة المستأنفة من مورِّثه - المالک بظنّه - أو من يقوم مقامه، وحيث أنّ البيع وغيره من العقود تعدّ من الأُمور القصدية ولا يتحقّق بدونه فكذلک فى لزومه أو توقّفه على الإجازة.

وفيه: قد مرّ فى أدلة الصحة أنّ هذا القصد حتّى لو صدر من العاقد لا اعتبار به والوجه فى ذلک أنّ المعاوضة الحقيقية تتحقّق بين مبادلة المالين وهذا القصد يكون ملغى فى العرف والشرع والعقل.

ب: يمكن أن يقرر هذا الاستدلال (أ) بوجه آخر وهو: إنَّ البائع لم يقصد الملك من حين المعاملة بل من زمان إجازة المالك، فلو لم يجزها بعد الانكشاف فلا يحصل الملك أبدا.

إنْ قُلْتَ: هذا التقدير ينافى مذهب المحقّق الثانى فى أنّ الإجازة كاشفة عن الملك من الابتداء، فلو كان قصد البائع هو الملك بعد الإجازة فلا يتحقّق هناك ملك من الابتداء

ص:٨٨

١- ٤ . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى فى التنقيح فى شرح المكاسب ٣٨/٢.

لتكشف الإجازة عنه.

قلت: يمكن أن يكون مراد المحقّق الثانى أنّ الملكية إنّما تحصل من حين المعاملة فيما إذا استندت المعاملة إلى المالك بالإجازة، فلها دخل فى تحقّق الملك من الابتداء ولولاها لم يتحقّق الملك أصلاً.

وفيه: هذا الدليل أخص من المدّعى لأنّه لايجرى فيما إذا باع شيئا باعتقاد أنّه ملك الغير وأنّه وكيله فى بيعه من قبل مالكه ثمّ ظهر أنّه ملكه، فإنّه فى هذه الصورة قصد النقل والملك من حين المعاملة لا معلَّقا على إجازة المالك لاعتقاد أنّه وكيل هذا أوّلاً.

وثانيا: كون البيع متوقّفا على الإجازة أو غير متوقّف عليها ليس دخيلاً فى حقيقة

البيع ليعتبر قصده أو يقصد قصد خلافه، وإنّما هو من الأُمور المعتبرة فى صحة البيع إذا وقع البيع على مال غيره وأمّا إذا وقع البيع على مال نفس العاقد فلا يعتبر فى صحته إجازته ولعلّ هذا مراد المحقّق الثانى بقوله: «إلاّ أنْ يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كاف(١)»(٢).

ج: المُقْدِمُ على بيع مال غيره يستحيل له أن يتمشّى منه قصد المعاوضة الحقيقية المنجّزة إلاّ إذا أعتقد أنّه المالک للمال، وحيث أنّه يرى أنّ الغير (مورِّثه) هو المالک فلا يتمشى منه قصد الانتقال المنجّز، وبالتالى هو قَصَدَ الانتقال مع الإجازة المستأنفة فلا يمكن تصحيح البيع إلاّ بها.

وفيه: الاستحالة تكون على عكس ما ذُكر، لأنّ من المستحيل أن يقصد أمرا خارجا عن اختياره وإرادته، لأنّ القصد يتعلّق بما يكون تحت قدرته واختياره وحيث إجازة المالک تكون خارجةً عن قدرة العاقد واختياره - لأنّ كلَّ شخص يقدر على فعل نفسه لا فعل غيره - «لا أملک إلاّ نفسى»(٣) فمن المستحيل أن يتعلّق بها - أى الإجازة المستأنفة - قصد العاقد. فهو لايتمكن إلاّ من قصد مطلق المعاوضة الحقيقية لا المعلَّقة

١- ١ . جامع المقاصد ٧٦/٤.

٢- ٢ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٤٠/٢ و ٤١.

٣- ٣ . سورة المائدة /٢٥.

على الإجازة المستأنفة.(١)

د: العمومات والإطلاقات تدل على صحة المعاملات بانضمام قوله صلى الله عليه و آله : لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه(٢) منصرفة إلى بيع كلّ واحد واحد من المالكين بعنوان أنّه مالک، وهذ المعنى مفقود فى المقام لأنّه وإن باع مال نفسه واقعا إلاّ أنّه باعه بعنوان ملک الغير، فلم تصدر المعاملة منه بعنوان أنّه مالک فلا تصحّ المعاملة منه ولاتستند إليه بهذا العنوان، بل تحتاج فى استنادها إليه وصدورها منه بعنوان أنّه مالک إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنّه مالک.(٣)

وبعبارة أُخرى: لا يكفى فى صحة المعاملات مجرد استناد المعاملة إلى صاحبها ومن يلى أمرها، بل لابدّ من انضمام طيب نفسه وَرِضاهُ بانتقال ماله إلى الغير بدلالة

حديث طيب النفس وهو مفقود فى العقد الصادر من الوارث - مثلاً - فى المقام وبالنتيجة العقد يتوقّف على صدور إجازته - الدلالة على رضاه - حتّى يصحّ.(٤)

وبعبارة ثالثة: «اعتقاد العاقد أنّ المال للغير وقصده البيع عن المالک بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييديّة لما ذكرنا من أنّ قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقة إنشاء البيع، وأمّا بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييديّه حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور، بل إنّما رضى بانتقاله إلى الآخر من ناحية الغير.

نعم، لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالک المال يتمّ البيع ويصير تراضيا معامليّا له»(٥).

وفيه: الاستناد إلى المالک العاقد موجود كما اعترف به المستدِّل فى التقرير الثانى،

١- ٤ . راجع العقد النضيد ٤٦١/٣.

٢- ٥ . وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٣- ٦ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٣٩/٢.

٤- ١ . راجع العقد النضيد ٤٦٢/٤.

٥- ٢ . إرشاد الطالب ٦٧/٤.

وأمّا قصده إلى المعاملة لمورِّثه فهو مُلْغى لأنّ حقيقة المبادلة هى مبادلة المالين ولا عبرة بِالْمالِكَيْنِ، وأمّا اعتبار طيب النفس والرِّضا فهو مضافا إلى ما هو معتبر فى الاستناد محلّ تأمل بل منع، والشاهد

عليه بيع المضطر، ولذا قال الجدّ الشيخ جعفر قدس سره : «... وكذا [مردودٌ] القول بتوقفه على الإجازة، إذ لا حاجة بها بعد المصادفة»(١).

وبالجملة: إجازة المالک العاقد بيع نفسه عجيبٌ فی الغاية وبعيدٌ إلى النهاية.

الثالث: البطلان

وَمُسْتَنَدُهُ وجوهٌ:

أ: استدلّ العلاّمة للبطلان بقوله: «لأنّه كالغائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»(٢).

وقرّره ولده الفخر بقوله: «لأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»(٣).

ونحوه فی نهاية(٤) والده.

ومرادهما: أنّ البائع مع فرض اعتقاده بأنّ المال ملک الغير كيف يصحّ أن يبيعه للمالک مع أنّه أجنبی عن المال، فهو فی الحقيقة كالعابث فی المعاملة هذا.

وفيه: الفضولی يقصد المعاوضة الحقيقية وليس غائبا عن المال ولا عابثا بالعقد، فتمّ عقده مع إجازة المالک.

وفی المقام حيث يستند العقد إلى العاقد ومع ظهور كونه مالكا له يَتُمُّ العقد من دون احتياج إلى الإجازة المستأنفة.

ب: استدلّ للبطلان العلاّمة فی نهايته: «لأنّه وإن كان العقد منجّزا فی الصورة إلاّ أنّه

١- ٣ . شرح القواعد ٩٨/٢.

٢- ٤ . تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٣- ٥ . إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

٤- ٦ . نهاية الإحكام ٤٧٧/٢.

فى المعنى معلَّق وتقديره إن مات مورِّثى فقد بعتك...»(١).

وقال ولده الفخر: «ولأنّه وإن كان منجزا فى الصورة فهو فى المعنى معلَّقٌ، والتقدير إن مات مورِّثى فقد بعتك»(٢).

واعترض عليهما الشيخ الأعظم(٣) بأنّ هذا الوجه مناقض للوجه الآتى [ج] حيث ذكرا فيه أنّه يبيعه للمالك - أى أبيه - لا لنفسه، فإذا باعه للمالك كيف يعلِّقه على موته، هذا أوّلاً.

وثانيا: ما معنى أنّه يبيعه للمالك وهو الأب معلَّقا على موته؟ مع أنّ الكلام فى هذه الصورة إنّما هو فيما إذا باعه للمالك لا لنفسه، ولذا قال المحقّق الخوئى رحمه الله : «هذا الوجه لابدّ وأن يحمل على سهو القلم لجلالة شأن العلاّمة وولده عن الاستدلال بمثل ذلك فى المقام»(٤).

أقول: قد يأتى أنّ الاستدلال الآتى [ج] يقع فى كلام الفخر فقط دون والده العلاّمة فاحتمال سهو القلم لا يجرى بالنسبة إلى العلاّمة رحمه الله .

ج: قال الفخر: «لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه...»(٥).

مراده قدس سره : أنّ البائع إنّما قصد البيع لأبيه فيما إذا باع مال أبيه بظن حياته فبان ميّتا، فهو باعه للأب لا لنفسه فلا يقع له بوجه لأنّ العقود تابعة للقصود، ويحكم ببطلانه للعاقد

البائع.

وفيه: العاقد باعه لمالكه وتخيّل أنّ أباهُ هو المالک، لا لخصوصية فيه، فإذا عرفت أنّ المال ماله فيقع العقد له، لأنّ حقيقة المعاملة هى المبادلة بين المالين كما مرّ. وقصد أنّ البيع يكون لمالكه هو أمر زائد عليها [المبادلة] فيكون لغوا.

ص:٩٢

١- ١ . نهاية الإحكام ٤٧٧/٢.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

٣- ٣ . المكاسب ٤٦١/٣.

٤- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ٣٩/٢.

٥- ٥ . إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

الرابع: الصحة مع الخيار

اشارة

قد مرّ أنّها الأظهر عِنْدَ جدّى الشيخ محمّدتقى(١) قدس سره ، ولا يخلو من قوة عند عديله الشيخ اسداللّه(٢) رحمه الله و أحد احتمالى المتجه فيه عند صاحب الجواهر(٣).

واستدلوالها: بأنّ البائع أقدم على التمليک المتزلزل لا النافذ، لأنّه أقدم على عقد يحتاج إلى إجازة المالک، لأنّ العاقد البائع يرى نفسه فضوليّا، ثمّ بعد ظهور أنّه بنفسه كان مالكا حين العقد إذا حكم بلزوم العقد عليه قد يكون ضرّريا بالنسبة إليه، فيثبت له الخيار لدفع هذا الضرر.

وبالجملة: قاعدة نفى الضرر تجرى فى المقام لدفع الضرر عن البائع العاقد الذى ظهر أنّه بنفسه المالک وتثبت له الخيار فى فسخ عقده.

قد يورد على هذا الاستدلال اعتراضاتٌ:

الاعتراض الأوّل:

واعترض عليهم الشيخ الأعظم بقوله: «... الضرر المترتّب على لزوم البيع ليس لأمرٍ راجع إلى العوض والمعوّض وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه، إذ لا فرق فى الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتّفق فى الفضولى، أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله [كما فى مسألتنا]. إذ من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولى على الإجازة، إذ لايلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر»(٤).

مراده قدس سره : «أنّ المعاملة تارة: تكون محكومة بالصحة فى حدّ نفسها إلاّ أنّ العوضين يستلزمان الضرر على أحد المتعاملين لنقص فى قيمتهما أو لعيب فى ذاتيهما ولأجل ذلک

يرتفع لزوم المعاملة وتكون خيارية وجائزة.

ص:٩٣

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

٢- ٢ . مقابس الأنوار /١٣٧.

٣- ٣ . الجواهر ٤٨٢/٢٣ (٣٠٠/٢٢).

٤- ٤ . المكاسب ٤٦٥/٣.

واُخرى: تكون المعاملة فى حدّ نفسها موردا للكلام من حيث الصحة والفساد، لعدم شمول العمومات لها من دون أن يكون هناک ضرر فى شى ءٍ من العوضين بحيث لو حكمنا بصحتها لما كان ذلک موجبا لتضرّر أحدهما من حيث العوض والمعوّض لعدم نقص فى قيمتهما أو فى ذاتيهما، ففى مثل ذلک لو كان هناک ضرر فهو إنّما يكون ناشئا من أصل العقد والمعاملة لا من جهة لزومها

فمقتضى القاعدة عدم صحة مثلها إلاّ بالإجازة المتأخرة، لا أنّها صحيحة ويرتفع لزومها، لما عرفت من أنّ لزومها غير ضررى بحسب الفرض وإنّما الضرر فى أصل المعاملة وصحتها حيث أنّه أمرٌ لم يلتفت إليه ولم يكن راضيا به ومعه يكون الحكم بوقوع المعاملة من غير اختياره ضررا عليه لا محالة فترتفع صحتها بالقاعدة»(١).

فيكون العقد متزلزلاً من حيث الحدوث لا البقاء، فيحتاج إلى الإجازة المستأنفة لا اللزوم وثبوت الخيار.

وبعبارة أُخرى: قاعدة لا ضرر ترفع لزوم العقد ولزوم العقد فرع صحته، وإذا لم يصح العقد لعدم صدور الإجازة المستأنفة من البائع العاقد المالک فى مسألتنا لا نحتاج إلى نفى لزومه بقاعدة لا ضرر.

وبفرض جريانها أنّها [أى قاعدة لا ضرر] تنفى صحة العقد وَتُثْبِتُ احتياجه إلى الإجازة المستأنفة ولا تنفى لزومه وَتُثْبِتُ الخيار.

أقول: يمكن أن يناقش الشيخ الأعظم: بأنّ العقد عند المشايخ الثّلاثة صحيحٌ لاستناده إلى البائع العاقد المالک، فالصحة تامة ولا تحتاج إلى الإجازة المستأنفة، ولكن من المحتمل أن تكون المعاملة بالنسبة إليه ضرريّا فيرتفع هذا الضرر المحتمل بقاعدة لا ضرر بثبوت الخيار. فاعتراض الشيخ الأعظم لا يرد عليهم لاختلاف المبنى فى الصحة وعدمها بينه وبينهم.

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٣/٢.

الاعتراض الثانى:

صحة العقد فى المقام لا تتم لأنّها تتوقف على جُزْئَيْنِ هما:

أ: استناد البيع إلى المالک.

ب: حصول الرضا وطيب النفس بالانتقال.

وكلاهما مفقودان، لأنّ البائع العاقد يبيع فى مسألتنا لأبيه فلم يستند العقد إليه، رضاه وطيب نفسه تكون على بيع مال والده لا بيع ماله نفسه.

فهذا العقد لا يكون صحيحا حتّى يرتفع استمرار صحته بثبوت الخيار بدليل قاعدة لا ضرر.

أقول: يرد عليه بأنّ استناد البيع إلى المالک العاقد البائع تام لأنّه بنفسه أقدم على البيع وبعد تمامية الاستناد، طيب النفس والرضا حاصل لأنّ المعتبر منهما لا يزيد على الاستناد شيئا، ومازاد على الاستناد لا يعتبر طيب النفس والرِّضا. فهذا الاعتراض مدفوع من أساسه كما يظهر هذا الجواب ممّا مرّ.

الاعتراض الثالث:

قاعدة لا ضرر تنفى ما ينشأ منه الضرر ولا يثبت أمرا مثل الخيار وغيره لأنّ لسانه لسان النفى لا الاثبات كحديث الرفع.

وما ينشأ منه الضرر فى المقام هو صحة البيع من دون الإجازة المستأنفة فهى تنفى بقاعدة لا ضرر، فلا يمكن إثبات الخيار بها ولا نحتاج إلى إثباته بعد نفى الصحة بالقاعدة كما هو الواضح.

الاعتراض الرابع:

لو ذهبنا إلى صحة العقد وأنّ قاعدة نفى الضرر تَرْفَعُ لزومه - لا صحته -، فَإِنَّ ذلکَ يَسْتَلْزَمُ صحة انتقال مال الغير مع عدم رضاهُ وطيب نفسه ويستلزم منه تخصيص حديث «لا يحلّ مال امْرِئٍ مُسْلِمٍ

إلاّ بطيب نفسه»، مع أنّ الأدلة العامة فى المعاملات تقتضى اشتراطها بالرضا وطيب النفس، فمع عدمهما يحكم ببطلانها لا صحتها وعدم لزومها بثبوت الخيار.

ص:٩٥

تنبيهٌ: فى عدم ابتناء هذه الصورة على القول بالصحة فى بيع الفضولى

لعلّ أوّل من نبّه على عدم الابتناء هو المحقّق الشيخ اسداللّه التسترى رحمه الله حيث يقول: «واعلم أنّ هذه المسألة كبعض المسائل السابقة جارية على القول ببطلان الفضولى أيضا»(١).

وأيّده الشيخ الأعظم قدس سره بقوله: «ثمّ إن الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولى، بل يجىء على القول بالبطلان»(٢).

ثمّ استدرک عليه بقوله: «إلاّ أنّ يستند فى بطلانه [الفضولى] بما تقدّم من قبح التصرّف فى مال الغير فيتّجه عنده حينئذ البطلان»(٣).

مراده قدس سره : عدم ابتناء هذه الصورة على القول بالصحة فى بيع الفضولى تام لو كان دليل البطلان غير الوجه العقلى - وهو قبح التصرف فى مال الغير - وأمّا لو كان دليله هذا الوجه العقلى يوجِّه القول بالبطلان فى هذه الصورة أيضا لأنّ البائع باعتقاده تصرَّف فى مال الغير بدون إذنه وهو قبيح عقلاً، لأنّ القبح يترتب على اعتقاد كون المبيع ملک الغير فإن كان مصادفا للواقع كان عصيانا وإن كان غير مصادف كان تجرِّيا، ولا فرق فى جريان القبح بين العصيان والتجرِّى.

ولكن يناقش عليه: أوّلاً: بعدم تمامية المبنى كما مرّ فى بحث بيع الفضولى.

ثانيا: مجرد القبح العقلى لا يستلزم مع الفساد الشرعى مادام لم يستلزم مع هذا القبح العقلى الحكم بالحرمة شرعا، وفى التجرى نعلم بأنّ المتجرى غير مرتكب للحرام الشرعى بوجه ومجرد القبح العقلى لا يوجب الحكم الشرعى بالفساد.

هذا تمام الكلام فى الصورة الثالثة والحمد للّه.

الصورة الرابعة: لو باع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له

اشارة

قال الشيخ اسداللّه التسترى: «الخامس: أن يبيع أو يشترى لنفسه ثمّ ينكشف كونه

ص:٩٦

١- ١ . مقابس الأنوار /٣٩ من كتاب البيع.

٢- ١ . المكاسب ٤٦٥/٣.

٣- ٢ . المكاسب ٤٦٦/٣.

مالكا للمال وأنّ العقد صادف ملكه. والأقرب صحة البيع وعدم توقفه على الإجازة ووجهه ما مضى...»(١).

وقال جدى الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية رحمه الله : «ولو اعتقد أنّه لغيره فباعه عن نفسه غصبا، ثمّ تبيّن أنّه ملكه احتمل قويّا لزومه»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «والأقوى هنا أيضا الصحة ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف على الإجازة بمثل ما مرّ فى الثالثة، وفى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى

الثالثة، ولذا قوّى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الثالثة»(٣).

أقول: أنت ترى بأنّ العديلين ذهبا إلى صحة هذا البيع ولزومه ولكن الأقوى عند الشيخ الأعظم الصحة مع الإجازة المستأنفة ولكنّه يرى عدم الوقوف على الإجازة المستأنفة فى هذه الصورة وجه

وهو مطابقة ما قُصد لما انكشف، إذ المفروض أنّه قصد البيع لنفسه وانكشف كون المال له بخلاف الصورة الثالثة فإنّ المقصود فيها هو البيع عن المالک والمُنْكَشَف هو كون العاقد هو نفس المالک فهذان – ما قُصد وما كُشِفَ – ليسا مطابقَيْن بل هما متغايران فتحتاج الصورة الثالثة إلى الإجازة دون الصورة الرابعة عند الشيخ الأعظم فی هذا الوجه.(٤)

ومراده هنا من «بعض من قال بالخيار فی الثالثة» هما الشيخان العديلان اسداللّه التسترى ومحمّدتقی الرازى النجفی الأصفهانی رحمهماالله كما مرّ مقالتهما.

وقال المحقّق السيّد الخوئی القائل(٥) بمقالة الشيخ الأعظم فی الصورة الثالثة – وهی الصحة مع الإجازة المستأنفة – فی هذه الصورة الأخيرة: «ولا اشكال فی صحة البيع حينئذ [أی الصورة الرابعة]، لعدم قصور ذلک عن الصورة المتقدّمة وبيعه للغير، وإنّما

١- ٣ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٣٨.

٢- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

٣- ١ . المكاسب ٤٦٦/٣.

٤- ٢ . راجع هدى الطالب ٣٨١/٥.

٥- ٣ . راجع التنقيح فی شرح المكاسب ٤٤/٢.

الكلام فی أنه يحتاج إلى الإجازة بعد الالتفات أو لا؟ الظاهر أنه لا حاجة إلى الإجازة بعد الانكشاف، إذ الحاجة للإجازة فيما تقدّم إنّما هی من جهة عدم استناد البيع إلى نفسه لاعتقاده أنّ المال للغير ولأجل عدم رضاه ببيع ماله، وذكرنا أنّهما يحصلان بالإجازة المتأخّرة، وهذا لا يحتاج إليه فی المقام، لأنّه باعه لنفسه بدعوى الملكية العقلائية كالغاصب ونحوه وإن اعتقد أنه للغير شرعا، وهذ المقدار من البيع والرضا يكفی فی المعاملات ولا يحتاج فيها إلى العلم بالملكية الشرعية، وهذا نظير

معاملات جميع الخارجين عن شريعة الإسلام فإنّهم إنّما يتعاملون بالملكية العقلائية أو الاعتبارية الشخصية كاليهود ونحوهم بل المسلمين غير المتديّنين كما إذا قامر فغُلب وأُخذ منه شيء ثمّ قامر وغلبه وأخذ منه ما غلبه به بعينه فباعه حيث إنّه ملكه شرعا وواقعا إلاّ أنه اعتقد أنه للغير واقعا وله بالملكية العقلائية، ففى مثل ذلک لايحتاج إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنه ملكه واقعا، لعدم اشتراط البيع بالعلم بالملكية الشرعية، بل العلم بالملكية

العقلائية كافٍ كالمأخوذ بالقمار ونحوه حيث إنّ العقلاء غير المتديّنين يعتبرونه مالكا ويقولون إنّه مالک لكذا مقدار من المال مع أنه بأجمعه مأخوذ بالقمار والغصب»(١).

والعجب من المحقّق المروِّج رحمه الله حيث يرى أوّلاً وجه الشيخ الأعظم غير وجيه:

[١] لأنّ طيب النفس حاصل بماله الادّعائى لا بماله الواقعى. ولو علم بأنّه من أمواله الواقعية دون أمواله المغصوبة فلعلّه لم يكن راضيا ببيعه... لأنّ الرضا ببيع مال الغير مع البناء على كونه ماله إدّعاءً وعدوانا ليس رضا حقيقة ببيع ماله الواقعى.

[٢] مع ظهور أدلة اعتبار طيب نفس المالک فى حِلِّ ماله لغيره فى كون الطيب والرضا بماله بوصف كونه مالَه لا رضاه بذات المال.

[٣] وهو ما يقتضيه العقلُ أيضا بقبح التصرف فى مال الغير من غير رضاه.

[٤] الأصل - وهو هنا الاستصحاب - يقتضى أيضا عدم جواز التصرف إلاّ برضا مالک المال بالتصرف فى ماله الواقعى بما أنّه ماله، لا مجرد جنس الرضا القائم بذات ماله

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٤٦/٢.

بدون إحراز ملكيّة المال له واقعا... .

ثمّ يرى ثانيا بإمكان القول بفساد البيع فى هذه الصورة الرابعة لعدم قصد المعاوضة مع اعتقاد العاقد كون المال لغيره أنّه أخذ العوض عن المشترى مَجّانا وهذا ينافى المعاوضة الحقيقية المعتبرة فى المعاملات.

ثمَّ فى آخر كلامه أمر بالتأمل.(١)

وجه التعجب أوّلاً: [١] الرِّضا ببيع ماله الإدعائى العقلائى - عند المحقّق السيّد الخوئى - يكفى فى صحة البيع ولا نحتاج إلى الرضا ببيع ماله الواقعى لأنّه أقدم بنفسه على البيع من دون إكراه وإجبار فالبيع يستند إليه، وهذا الاستناد يصح البيع من دون الحاجة إلى رضاءِ آخَرَ.

[٢] قد مرّ بعدم اعتبار طيب نفس المالک فى حلّ ماله اضافة إلى استناد البيع إلى مالكه وهو هنا حاصل.

[٣] على تمامية الاستقباح العقلى فى التصرف فى مال الغير، يجرى إذا لم يستند البيع إلى المالک وإمّا بعد استناده فلا يجرى هذا القبح العقلى المُدَّعى.

[٤] بعد وجود الأدلة اللفظية على صحة هذا البيع وهى العمومات والإطلاقات فلا

تصل النوبة إلى جَرَيانِ الأصل العملى هنا وهو الاستصحاب.

وثانيا: المعاوضة الحقيقية تقع بين المالين - العوضين - لا بين اعتقاد أنّه ماله أو ماله غيره وأنّه أخذ المثمن باعتقاده مجانا، لأنّ الاعتقاد لا يجرى فى المعاوضة الحقيقية، لأنّها تقع بين الثمن والمثمن الخارجيين - لا الاعتقاديين - .

ولعلّه قدس سره بالنظر إلى هذه الوجوه أمر بالتأمل فى آخر كلامه رفع اللّه فى الخلد مقامه.

تتميم:

يمكن تَصَوُّرُ فروعٍ لَمْ يَذْكُرْها الشيخ الأعظم فى المقام أذكر لک بعضها والباقى موكول إلى فقاهة القارى الفطن:

ص:٩٩

١- ٢ . هدى الطالب ٣٨٢/٥ و ٣٨١.

الصورة الخامسة:

الصورة الخامسة: «لو باعه على أنّه ملكه فتبيّن بعد ذلک أنّه لمورِّثه ثمّ تبيّن موته حين العقد فلا إشكال فى الصحة واللزوم»(١) لما مرّ فى الصور الماضية.

الصورة السادسة:

اشارة

الصورة السادسة: «لو باعه عن المالک باعتقاد الوكالة عنه، ثمّ تبيّن أنّه ملكه ففى الحكم بلزومه وجه قويٌّ ولا يخلو من إشكال»(٢).

وجه الاشكال: عدم رضاه بانتقال ماله إلى المشترى، وما اوقعه العاقد لم يقع وما وقع مِنْ بيع مال نفسه لم يقصده.

وقد مرّ جوابنا عن هذين الاشكالين فلا نُعِيْدُ.

صُوِرٌ سِتٌّ: ذكرها

صُوِرٌ سِتٌّ: ذكرها الفقيه اليزدى وهى: «[١] ما إذا باع باعتقاد أنّه للمولّى عليه أو الموكّل فبان أنّه للآخر، [٢] أو باعتقاد أنّه لأحدهما فبان كونه لنفسه [٣] أو بالعكس، [٤ [أو باعتقاد كونه للموكِّل - الذى هو زيد - فبان أنّه الآخر، [٥] أو باعتقاد أنّه للمولّى عليه المعيَّن فبان أنّه لآخر، [٦] أو باعتقاد أنّه المال الكذائى فبان أنّه غيره وهكذا»(٣).

ثمّ قال: «والحكم فى الكل الصحة والتوقف على الإجازة من عدم الرضا بنقل هذا الشى ء وبالعنوان الذى لابدّ من قصده والرضا به...»(٤).

أقول: الصورة الاولى المذكورة فى كلامه قدس سره فضوليّةٌ، ولذا لابدّ فيها من إجازة الآخر، ولذا قال الشيخ جعفر رحمه الله : «ولو انعكس الحال فزعم الملك أو الولاية أو الوكالة فبان

خلافها كان فضوليّا»(٥).

وصورته الثالثة هى عين الصورة الثانية للشيخ الأعظم.

وصورته الرابعة هى عين صورته الخامسة من دون تغيير.

وأمّا بقيّة الصور المذكورة فى كلام الفقيه اليزدى قدس سره فحكمها حكم الصورة الرابعة

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢٥١/٢.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ٢٥١/٢.

٥- ١ . شرح القواعد ٩٨/٢.

وهو الصحة من دون الاحتياج إلى الإجازة المستأنفة خلافا لما ذكره والدليل عليه ما مرّ فى الصورة الرابعة فلا نعيد.

ولذا قال الشيخ جعفر، «ومقتضى ذلک سراية الحكم إلى عقد الولى والوكيل مع جهلهما بملكيتهما فيصحّ نكاح مَنْ زوّجت نفسها فضولاً أو وكالةً بزعم أنّها أمَة فظهرت حرّة، ومن زوّج أمرأة بزعم أنّها حرّة أو أمَة الغير فظهرت أمته، ومن زوّج أجنبيّة صغيرة فظهرت بنته، إلى غير ذلک»(۱).

هذا تمام الكلام فى الصورة الرابعة وبه تمّ القول فى المُجيز والحمدُ لِلّه الْقَوِىِّ الْعَزِيز.

ص: ۱۰۱

۱- ۲ . شرح القواعد ۹۸/۲.

ص:۱۰۲

وَصْلٌ: القول فى المُجاز

اشارة

ص:۱۰۳

اشارة

ص:۱۰٤

ويتمّ البحث فيه ضمن أُمورٍ:

الأوّل: اعتبار كون العقد المجاز جامعا للشروط

اشارة

العقد الصادر من الفضول لابدّ أن يكون جامعا لجميع الشرائط المعتبرة فى العقد سوى رضا المالک أو استناد العقد إليه، لأنّ فى غير تلک الصورة يقع فاسدا ولا يمكن أن تكون الإجازة المتأخرة مصححة للعقد الفاسد.

لأنّ الإجازة ليست بأولى من عقد المالک نفسه على شى ء فلو عقد وكان عقده فاقدا لبعض شرائط الصحة يقع باطلاً، وكذلکِ ليست بأولى من الإذن السابق فلو أذن فى انشاء عقد فاقد لبعض شرائط الصحة يكون باطلاً. هذا بحسب الكبرى.

وأمّا بحسب الصغرى: «فلا إشكال فى أنّ العقد لابدّ وأن يكون حاويّا للشرائط الراجعة إلى العقد كالماضوية والعربية والتطابق وغيرها - [على القول باعتبارها] - فلو كان فاقدا لبعض تلک الشرائط يقع فاسدا.

وأمّا الشرائط المعتبرة فى المتعاقدين: بما هما متعاقدان - لا بما هما مالكان - كالبلوغ والعقل ونحوهما، فلا إشكال فى اعتبارها أيضا، فلو كان المتعاقدان أو أحدهما صبيا أو مجنونا فلا تقع المعاملة بالإجازة المتأخّرة صحيحة، لأنّ عقدهما كلا عقد.

وأمّا الأُمور والشرائط المعتبرة فى العوضين كالمالية أو الطهارة والطلقية ونحوها فهى أيضا معتبرة فى العقد الصادر من الفضولى بحيث لو كان العوضان فاقدين لبعض هذه الشروط كما إذا كان أحدهما خمرا أو كانت الأمة أُمّ ولد أو كان فاقدا للمالية وهكذا، فلا ينبغى الإشكال فى فساد العقد حينئذ وإن انقلب الخمر إلى الخلّ أو مات ولد الأمة أو عرضت المالية عليه حال الإجازة، وذلک لاعتبار هذه الشروط فى متعلّق البيع والعقد، والإجازة ليست عقدا مستأنفا ولا بيعا ثانيا فلابدّ من اتّصاف العوضين بهذه الشروط

حال العقد ولعلّه ظاهر.

وأمّا الشرائط ا لخارجة عن متعلّق البيع والمتعاقدين والعقد وهى الأُمور المعتبرة فى المعاملة خارجا وقد عبّر عنها شيخنا الأنصارى(١) بشرائط تأثير العقد كاشتراط

القدرة على التسليم أو الشرائط المعتبرة فى المالكين وإن لم يكونا عاقدين كالإسلام فى مشترى المصحف والعبد المسلم بناءً على أنّ الكافر لا يملك شيئا منهما فهى غير معتبرة فى العقد بوجه، بل القدرة على التسليم كما لا تعتبر فى حال العقد كذلك لا تعتبر فى حال الإجازة أيضا، وإنّما تعتبر فى ظرف التسليم وهو أمر يختلف باختلاف الأغراض، فربما يشترط التسليم فى ظرف الإجازة وأُخرى فى غيره من الأزمان كمن باع عشرة أمنان من الحنطة فى ذمّة زيد فضولة على أن يسلّمها بعد ستّة أشهر ثمّ أجازها المالک من دون أن يكون قادرا على تسليمها حال الإجازة.

وكذا الإسلام فإنه لا يعتبر حال العقد أبدا، لأنّ الدليل الدالّ على اعتباره فى المشترى بعد الإجماع هو قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(٢) بأن يكون اختيار المسلم بيد الكافر يفعل فى حقّه ما أراد، ومن الواضح أنّ العقد بمجرده لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أبدا، وإنّما هو يتحقّق بالإجازة، إذ لا يمكنه التصرف فى العبد قبلها، فإذا فرضنا أنّ المشترى الكافر حال العقد أسلم حين الاجازة صحّ العقد والإجازة بلا إشكال. نعم بناء على الكشف الحقيقى أمكن القول بالفساد لتحقّق الملكية والسبيل حين العقد.

ثمّ إنّه هل يعتبر الاستمرار فى الشروط المعتبرة حال العقد إلى زمان الإجازة بحيث لو انتفى بعضها بعد العقد وقبل الإجازة بطلت الإجازة، أو لا يعتبر فيه الاستمرار؟

ذكر شيخنا الأنصارى(٣) قدس سره بالنسبة إلى شروط العوضين: أنّ الظاهر اعتباره على القول بالنقل، لعدم تمامية البيع قبلها، وحين تماميته بالإجازة لا شرط بحسب الفرض

١- ١ . المكاسب ٤٦٧/٣.

٢- ١ . سورة النساء /١٤١.

٣- ٢ . المكاسب ٤٦٨/٣.

فتقع المعاملة باطلة. وكذا يعتبر الاستمرار على القول بالكشف من جهة أنّ زمان الاستناد إلى المالک إنّما هو زمان الإجازة، ومع فقد بعض الشرائط المعتبرة فى المعاملة لا يكفى إسناد المعاملة الفاقدة لبعض الأُمور المعتبرة فيها إليه هذا.

والظاهر أنّ الاستمرار إلى حال الإجازة غير معتبر على كلا القولين، وذلک لأنّ الكلام فى شرائط البيع لا الملكية، وقد فرضناه جامعا لشرائط البيع حال العقد والبيع، والإجازة ليست بيعا ولا عقدا مستأنفا، فاعتبارها فى حال الإجازة أيضا يحتاج إلى

دليل آخر، والوجه فى ذلک ما عرفت من أنّ شرائط البيع غير شرائط الملكية كما فى بيع الكلب والمتنجّس ونحوهما حيث إنّهما مع ماليتهما منع الشارع عن بيعهما تعبّدا، إذ لا إشكال فى أنّ الكلب ملک فلذا أوجب الشارع ضمانه على من أتلفه، وكذا الحال فى المنع عن بيع أُمّ الولد فإنّها ملک ويجب دفع قيمتها لو قتلها أحد ومع ذلک قد منع عن بيعها، فهذه شرائط البيع دون الملک، والمقدار الثابت من أدلّتها اعتبارها حال البيع، والمفروض أنّها كانت متحقّقه حال البيع والعقد، واشتراطها واعتبارها حال الإجازة أيضا يتوقّف على دليل، وهذا بخلاف الشرائط المعتبرة فى الملک فإنّها شرط للملک بغضّ النظر عن وقوع البيع كما فى الخمر فإنّها غير قابلة للملک حتّى لو لم يكن بيع أصلاً. وكلامنا إنّما هو فى شرائط البيع لا شرائط الملک.

فرع: إذا انقلب الخل بعد العقد إلى الخمر ثمّ صار خلاً فهل يصحّ الانتقال أو لا؟ الظاهر أنه لا ينتقل إلى المشترى حينئذ على القول بالنقل لأنه صورة نوعية أُخرى غير الصورة التى وقع عليها العقد، وذلک لأنّ الخمرية والخلّية وإن كانتا من الأوصاف والأحوال عند العرف إلاّ أنّهما بحسب نظر

الشارع من الأوصاف النوعية التى بها تختلف الأشياء، فإذا صار خمرا ثمّ انقلب إلى الخل فهو قد اتّصف بصفة نوعية أُخرى غير الصفة الأُولى كما لايخفى، وهذا نظير ما إذا انقلب عبدٌ إلى الصورة النوعية الكلبية بمعجزة ونحوها ثمّ انقلب إلى الصورة النوعية الانسانية فإنّه لا إشكال فى تغايره للإنسان الأوّل وكونه غيره حقيقة، وكذلک الحال فى المقام، وعليه فيقع البيع باطلاً لأنّ متعلّقه تلف والموجود أمر آخر مغاير لما وقع العقد عليه، وأمّا على القول بالكشف فالبيع صحيح لأنّ

ص:١٠٧

التبدّل يكون فى ملک المشترى، هذا تمام الكلام فى الجهة الأُولى»(١).

فذكلة القول فى الأمر الأوّل

اشارة

تبيّن ممّا نقلناه من كلام المحقّق السيّد الخوئى قدس سره بطوله أنّ الشروط المعتبرة فى العقد وما يتعلق به الإجازة تنقسم إلى خمسة أقسام:

الأوّل: الشروط المتعلّقة بالعقد: كالماضوية والعربية والتطابق وعدم التعليق، وأنّه لابدّ من انحصار العقد باللفظ أو أنّه يشمل الفعل؟ والظاهر أَنَّهُ لابدّ من تحقّق هذه الشروط حين الإنشاء فقط دون الإجازة لأنّها ليست بعقدٍ.

الثانى: الشروط المتعلّقة بالمتعاقدين: كالبلوغ والعقل والاختيار، والظاهر من الدليل هو اعتبار هذه الشروط حين الإنشاء فقط.

الثالث: الشروط المتعلّقة بالعوضين: كاشتراط معلوميتهما وماليتهما وإنّهما ملک طلق لمالكيهما، لابدّ من اعتبارها حين إنشاء العقد دون الإجازة، لأنّها ليست عقدا مستأنفا ولا بيعا ثانيا.

الرابع: الشروط المتعلِّقة بتأثير العقد: كاشتراط القدرة على التسليم، فهذا الشرط لا يعتبر حين العقد ولا حين الإجازة وإنّما اُعتبر فى ظرف التسليم وعند موعده.

الخامس: الشروط المتعلِّقة بالمالک بما هو مالک: كاشتراط إسلام المشترى فى بيع المصحف والعبد المسلم، فهذا الشرط غير معتبر عند انشاء عقد الفضولى لأن مجرد العقد لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أو المصحف، وإنّما السبيل يتحقّق بالإجازة لعدم جواز التصرف فى المبيع قبلها. نعم، بناءً على الكشف الحقيقى يمكن القول بالفساد لتحقّق الملكيّة والسبيل من حين العقد.

وأمّا لزوم استمرار الشروط المعتبرة من حين العقد إلى زمن الإجازة: فينبغى أن يقال: فى القسم الأوّل: لا مجال لتوهم لزوم دوام شروط العقد إلى حين الإجازة لأنّ هذه الشروط تَنْتَهِىْ إلى تحقّق الانشاء وهو أمرٌ متصرم الوجود بمعنى أنّ الإنشاء يتحقّق بهذه

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/(٥٠-٤٧).

الشروط ولا يتوهم دوامها واستمرارها لأجله ولم يتعرض الشيخ الأعظم لِهذا القسم.

وفى القسم الثانى: قال الشيخ الأعظم: «لا ينبغى الإشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتّى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الإشتراط»(١).

وفى القسم الثالث: ذهب الشيخ الأعظم(٢) رحمه الله إلى اعتبار استمرارها بناءً على النقل لعدم تمامية البيع قبلها، وبناءً على الكشف ذهب إلى أنّ استمرارها غير بعيد بعد احتمال الوجهين.

فهاهنا وافق الشيخُ الاعظمُ صاحبَ الجواهرِ(٣) من اعتبار استمرار هذه الشروط بناءً على الكشف ولكنه خالفه فى الثمرات بين قولى النقل والكشف.(٤)

وقد عرفت: عدم وجود الدليل على استمرار شروط العوضين عند المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله على قولى النقل والكشف، للفرق بين شرائط البيع وشرائط الملک، وما هو المعتبَّر عنده هو الأوّل دون الثانى. وشرائط البيع معتبَّر فى حين البيع والعقد دون الإجازة، لأنّ الإجازة ليست ببيع مستأنف ولا دليل على اعتبارها حين الإجازة.

وفيه: بناءً على الكشف يكفى تحقّق شرائط البيع حين العقد على القاعدة، وأمّا بناءً على النقل فلابدّ من استمرار تحقّق شرائط البيع إلى حين الإجازة حتّى يَتِمَّ النقل والانتقال هذا بالنسبة إلى القاعدة الأوّلية.

أمّا التفصيل بين شرائط البيع وشرائط الملک فهو صحيح وإن يمكن النزاع الصغروى فى بعض الموارد التى عدّها قدس سره من شرائط البيع أو الملک.

فيمكن عدّ عدم كون المبيع كلبا أو ميتة أو عذرة أو اُمّ ولد أو الطلقية أو نحوها من شرائط البيع ويمكن عدّ عدم كون المبيع خمرا من شرائط الملک، لأنّ الشارع ألغى

١- ١ . المكاسب ٤٦٨/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٦٨/٣.

٣- ٣ . الجواهر ٤٧١/٢٣ (٢٩٢/٢٢).

٤- ٤ . المكاسب ٤١٩/٣.

الملكية بالنسبة إليه.

وأمّا الفرع الذى ذكره قدس سره : وهو تغيير الصورة النوعية إلى الصورة النوعية الاُخرى فى مثال الخلّ المتخذ من العنب والخلّ المتخذ من الخمر، أو الانسان الذى نشأ من نطفة ثمّ علقة ثمّ

مضغة... والانسان المنقلَب من الكلب بالنظر الدقى العقلى الفلسفى فهو تام وأمّا بالنظر العرفى الذى يتبعه الشارع أيضا فتام فى مثال الخلّ لأنّ العرف يرى اختلاف القيمة بين الخلَّين، وأمّا بالنسبة إلى مثال الانسان فلا يتم لأنّ العرف يرى الوحدة بين الانسانين ولذا لا يحتاج الثانى إلى تجديد عقد زوجته ولاتَنْتَقِلُ أمواله إلى ورثته بل هو مالک لها بعد رجوعه إلى الانسانية و...، وبالجملة: الحكم فى الفرع يدور مدار العرف وحكمه بالوحدة أو التعدد لا الدقة العقلية الفلسفية.

وفى القسم الرابع: قد مرّ عدم اعتباره فى حين العقد ولا حين الإجازة وإنّما اعتبر فى ظرف التسليم فقط.

وفى القسم الخامس: بناءً على النقل والكشف الحكمى بأقسامها لابدّ من اعتبارها حين الإجازة وأمّا بناءً على الكشف الحقيقى فلابدّ من اعتبارها حين العقد إلى حين الإجازة وما بعدها.

تنبيهٌ: فى نقل مقال الجدّ العلاّمة

قال المحقّق التقى صاحب هداية المسترشدين رحمه الله : «ثانيعشرها: هل يشترط استجماع العقد لشروط الصحة حين وقوعه سوى رضا المالک وإذنه أو أنّه يكتفى بتحقّق الشروط حين الإجازة؟ فلو تعلّق العقد بشىء مجهول للعاقد الفضول وأجازه المالک مع علمه أو باع الآبق وقد استرد فى وقت الإجازة أو باع الكافر مصحفا أو مسلما فأجازه بعد إسلامه، أو يكتفى بحصولها فى أحد الحالين أو بحصولها من حين العقد إلى زمان الإجازة فى الجملة أو يعتبر تحقّقها فى الحالين؟ وجوه.

وظاهر بعض كلماتهم فى الاحتجاج يعطى اعتبار الاستجماع حين(١) العقد، وهو

١- ١ . ليس فى نسخة: «الاستجماع حين... الأصل باعتبار».

الّذى يقتضيه الأصل باعتبار حصولها فى الحالين.

وقد يقال: بالإكتفاء بحصولها حين الإجازة على القول بالنقل فإنّه فى الحقيقة حال انعقاد العقد.

ويمكن أن يقال: بالتفصيل بين الشروط، فيعتبر فى المملوكيّة أن تكون حاصلةً حين العقد، فلو باع ما لم يدخل فى الملك كالمباحات قبل الحيازة والطير فى الهواء ثمّ أجازها أو صاد الطير لم تؤثر الإجازة، سيّما على القول بالكشف، لوكانت حاصلة حين العقد فزالت بعد ذلک كما لو تلفت بعد العقد والقبض قبل الإجازة صح العقد بالإجازة، فيكون التلف من المشترى.

ويحتمل حينئذ اشتراط حصولها حين الإجازة أيضا؛ إذ لولاها لُعدّت الإجازة سفها خارجا عن مقصود العقلاء.

وأمّا القدرة على التسليم وإسلام المشترى فى بيع المصحف والمسلم فيكتفى بحصول الشرط عند الإجازة؛ لعدم وضوح دليل على الفساد بمجرّد انتفائه حين العقد.

ولا عبرة بالتسليم الأصيل قبل الإجازة، والمفروض حصول القدرة عليه عند اعتبار التسليم، وأنه لا سبيل للمشترى على المبيع إلاّ بعد الإجازة، فلا يفيد ما دلّ على دفع السبيل وقضى به مراعاة الإحترام فساد العقد فى تلک الصورة، فيندرج تحت الأصل.

وأمّا معلوميّة العوضين ففيها وجهان.

ولا يبعد أن يقال فى اشتراط استجماع الشروط حين العقد بما دلّ الدليل على

اشتراط العقد به مطلقا.

وأمّا ما كان اعتباره لجهة خارجة كنفى السبيل على المسلم وملاحظة الإحترام أخذ فيها بمقتضى ذلک الدليل، فلا يبعد على الصحيح فى المثالين المفروضين»(١).

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى الأمر الأوّل.

ص:۱۱۱

۱- ۱ . تبصرة الفقهاء ۳/۳٦۰ و ۳۵۹.

الثانی: هل یعتبر علم المجیز بالمُجاز تفصیلاً؟

اشارة

ویقع الکلام فی مقامین:

أ: فی اعتبار العلم - تفصیلاً أو إجمالاً - بوقوع العقد فی صحة الإجازة، وعدم اعتبار العلم به مطلقا وکفایة الإجازة حتّی مع احتمال وجود العقد.

ب: فی صحة تعلُّق الإجازة بالمبهم وعدمها.

أمّا المقام أ:

اشارة

فقال الشیخ الأعظم: «هل یشترط فی المجاز کونه معلوما للمجیز بالتفصیل - من تعیین العوضین وتعیین نوع العقد من کونه بیعا أو صلحا فضلاً عن جنسه من کونه نکاحا لجاریته أو بیعا لها - أم یکفی العلم الإجمالی بوقوع عقدٍ قابلٍ للإجازة؟»(۱).

أقول: قد مرّ أنّ العقد الفضولی تام من جمیع الجهات إلاّ من جهة استناده إلی المالک التی تمت بالإجازة اللاحقة. ولایشترط فی الإجازة العلم التفصیلی بل یکفی العلم الإجمالی فیها. لأنّ الإجازة

بمنزلة الإذن السابق فكما لا يعتبر العلم التفصيلى فى الإذن السابق فكذلک فى الإجازة اللاحقة كما يظهر من جدنا العلاّمة التقى(٢) فى عبارته الماضية(٣) سابقا.

مقالة الشيخ الأعظم ونقده:

ولكن الشيخ الأعظم ذَكَرَ وَجْهَيْنِ فى المقام وقال: «وجهان: [١] من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعيّن إلاّ إذا بلغ حدّا [من الإبهام] لا يجوز معه التوكيل. [٢] ومن أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركنى العقد لأنّ المعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل»(٤).

أقول: قد مرّ آنفا بأنّ الوجه [١] تامٌّ عندى. وأمّا الوجه [٢] فَمُرادُهُ قدس سره أنّ المالک مع

١- ١ . المكاسب ٣/٤٦٨.

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣/٣٦٠.

٣- ٣ . الآراء الفقهية ٥/٥٣٣.

٤- ٤ . المكاسب ٣/٤٦٨.

عدم العلم التفصيلى بالعقد تكون إجازته مُعَلَّقَةً.

نحو قوله: إنْ وقع بيع على نحو كذا على مالى فقد أجزته وحيث أنّ الإجازة أحد ركنى العقد لحصول المعاهدة الحقيقية بين المالكين فقط، فالإجازة تكون بحكم العقد و

التعليق فى العقود مبطلٌ فكذلک فى الإجازة.

والمحقّق النائينى(١) أضاف إليه بأنّ الإجازة من الايقاعات والايقاع لا يقبل التعليق.

يرد عليه: ليست الإجازة أحد ركنى العقد بل بها تُنسب العقدُ الذى ثمّ قبلها بالمجيز، فالإجازة لا تعدّ عقدا ولا جزءً له ومتمِّما له، بل بها يَتِمَّ انتساب العقد بالمجيز فقط، والمعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالين لا المالكين وهى متحققة قبل الإجازة وبها تُنسبُ إلى المالک، فالإجازة لا تشبه القبول بأنّه لابدّ فيه من تعيين الإيجاب عند القابل، بل هى تشبه بالإذن السابق فكما يتعلَّق الإذن السابق بأمر غير معلوم بالتفصيل بل ربّما غير معلوم بالإجمال فكذلک الإجازة المتأخرة اللاحقة، فظهر بما ذكرنا عدم تمامية الوجه [٢] فى كلام الشيخ الأعظم.

وأمّا حمل كلامه فى تعيين مراده قدس سره إلى قضية التعليق فى العقود وأنّ الإجازة بمنزلة العقد والتعليق فيها باطل كما أنّ التعليق فى العقود، أيضا فغير تام لأنّ دليل بطلان التعليق فى العقود ليس إلاّ الإجماع ومعقده نفس العقد ولا يشمل الإجازة، فإلحاق الإجازة بالعقود باطل، هذا أوّلاً.

وثانيا: بطلان العقد بالتعليق يختص بأمرٍ خارج عن العقد وأمّا إذا كان بأمر يقتضيه نفس العقد وإن لم يصرِّح به فى متنه فلا وجه لبطلانه نحو قول البائع: إن كان هذا المال مالى فقد بعتک بكذا، والوجه فى عدم البطلان لأنّ مثل هذا التعليق موجود فى جميع العقود.(٢)

١- ١ . المكاسب والبيع ٢١٦/٢، منية الطالب ١٣٩/٢.

٢- ٢ . راجع منية الطالب ١٣٩/٢، و هدى الطالب ٣٩٤/٥.

وثالثا: على فرض قبول أنّ الإجازة تشبه العقود من الشيخ الأعظم، لا يجرى فيها ما يجرى فى العقود من بطلان التعليق فى العقود لأنّ «مجرد الشباهة لا يوجب الإلحاق فى الحكم»(١) كما هو الواضح.

وبالجملة: الوجه [٢] فى كلام الشيخ الأعظم مع ما ذكر من تعيين مراده غيرتامين.

مقالة النائينى ونقده:

ولكن بقى فى المقام ما أفاده المحقّق النائينى: من أنّ الإجازة من الإيقاعات والإيقاع لا يقبل التعليق يرد عليه ما ذكرته آنفا تحت عنوان ثانيا واعترف هو بنفسه الشريفة على هذا الردّ حيث قال فى دورته الأخيرة فى المكاسب ما نصه: «إنّ طلاق الزوجة وعتق العبد ونحوهما من الإيقاعات وبيع المالك ماله ونحوه من العقود معلَّق على زوجية الزوجة وَرِقِّيَّةِ العبد وكون المال مالاً للمالك، نحو تعليق كلّ حكم على موضوعه، فهذا المقدار من التعليق ممّا لا محيص عنه فى العقود والايقاعات... وإن شئت فقل لا تعليق فيهما، وإن شئت فقل إنّ هذا التعليق لا يكون مضرّا ومرجع العبارتين إلى شى ء واحد، وما نحن فيه من هذا القبيل لكونه تعليقا للإجازة على وجود العقد الذى تَتَعَلَّقُ به الإجازة نظير تعليق البيع على ملك المبيع والطلاق على زوجية الزوجة»(٢).

ثمّ العجب منه قدس سره حيث علّل قوله من معلومية المجاز بالتفصيل وعدم تعلّق الإجازة لأمر مبهم بالغرر وقال: «وذلك للغرر فإنّه لايختص بالبيع وإن ورد النهى عنه فى البيع بالخصوص(٣) أيضا، ولكن النهى عنه ليس مختصا بالبيع بل ورد النهى عنه بقول

١- ٣ . راجع منية الطالب ١٣٩/٢.

٢- ١ . المكاسب والبيع ٢١٦/٢.

٣- ٢ . وسائل الشيعة ٤٤٨/١٧، ح٣، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة.

مطلق(١)»(٢).

وجه التعجب: نعم، ورد النهى عن الغرر فى غير البيع وجريانه فى غيره ولكن يكون دليله أخص من المدعى لأنّ مدعاه بطلان تعلّق الإجازة بما يكون معلوما بالإجمال ودليله لزوم الغرر ومن الواضح ربّما يُوجد معلوم بالإجمال الذى لا يكون فيه غررا أصلاً ووجود معلوم بالتفصيل يوجد فيه الغرر.

وعلى فرض ثبوت الغرر، لا يوجب الغرر الفاحش إلاّ الخيار فى جانب المغرور الجاهل لا بطلان المعاملة كما يأتى فى الخيارات.

ثمّ قال فى ردّ مشابهة الإجازة اللاحقة بالإذن السابق ما نصه: «وزان الإجازة الواردة على الأمر المبهم مثل إجازة ما صدر من الفضولى الذى لا يعلم بكونه بيعا أو غيره، وزان التوكيل فى أحد الأمرين المردد بين البيع وغيره، لا نظير التوكيل المطلق فى

جميع أُموره، ولا إشكال فى بطلان الوكالة أيضا إذا كانت متعلَّقة بالمبهم وإنّما هو الصحيح منها هو الوكالة المطلقة ولا يتصور نظيرها فى الإجازة لتعلّقها إلى المعاملة الشخصية الخارجية...»(٣).

يرد عليه: عدم تمامية قياس الإجازة فى ما يكون معلوما بالإجمال بالتوكيل فى أحد الأمرين المرددين بين البيع وغيره، والوجه فى بطلان التوكيل بهذه الكيفية هو «عدم وقوع المتعلَّق حين صدور التوكيل وبالتالى يكون الإبهام واقعيّا والتردد حقيقيّا ومن المعلوم أنّ التوكيل فى المردّد الواقعى باطل.

وهذا بخلاف الإجازة حيث أنّ متعلَّقها متحقّق خارجا ويستحيل فيه الترديد وبالتالى فإنّه لا ترديد فى الأمر الواقع والمتحقّق خارجا، وإنّما الترديد فى الصورة العلمية للمجيز وبينهما فرقٌ.

[وبالجملة]: فالإبهام الذى يلفّ التوكيل إبهام واقعىٌّ ناشٍ عن التردد فى الواقع بخلاف الإبهام فى الإجازة حيث أنّه إبهام من جهة المجيز دون الواقع المعلوم تحقّقه،

١- ٣ . راجع وسائل الشيعة ٣٩٥/١٧، الباب ٩ من أبواب آداب التجارة، و ٣١/١٨، الباب ١٧ من أبواب الخيار.
٢- ٤ . المكاسب والبيع ٢١٧/٢.
٣- ١ . راجع المكاسب والبيع ٢١٧/٢.

ولذلک لايمكن أن يقاس الإجازة بالتوكيل، ويعدّ قياسها مع الفارق»(١).

مقالة المحقّق الأصفهانى ونقده:

قال قدس سره : «ربّما يستند فى اشتراط العلم التفصيلى إلى النهى عن الغرر، إمّا لكون الإجازة غرريّة والغرر منهى عنه مطلقا، وإمّا لكون العقد المجاز غرريا من المجيز، وهو منهى عنه، ولو لم يكن الغرر فى الإجازة منهيا عنه.

وتحقيق القول فى ذلک يبتنى على مقدمة: هى أنّ التوكيل تارة يتعلق بالمبهم المردد، وأُخرى بالمجهول، وثالثة بتعميم الوكالة بحيث تسع كلّ ما يؤدى إليه نظر الوكيل واختياره.

والأوّل: فى نفسه غير معقول؛ إذ المردد بما هو لا ثبوت له ذاتا وحقيقةً؛ ماهيةً وهويةً، فالإذن فيه إذن فى أمر غير معقول، فهو غير معقول من العاقل غير الغافل، وعلى فرض المعقولية فهو فيما نحن فيه مفروض العدم، لأنّ العقد الصادر من الفضول معيّنٌ لا مردّدٌ واقعا، فإجازته إجازة المجهول لا إجازة المردّد.

والثانى: وهو التوكيل فى المجهول، كأنْ يوكله فى البيع بما لايعلم الموكِّل والوكيل

أنّه فضة أو ذهب مثلاً، فمثله غير نافذ من الموكِّل بالمباشرة فكذا بالتسبيب، ومثله إجازة بيع المجهول بهذا الوجه.

والثالث: ما إذا فوَّض الامر إلى الوكيل وجعله مستقلاً فى العمل بأىّ وجه يختاره، فكما أنّه للموكِّل التصريح ببيع ماله بأدون من ثمن المثل، أو بهبة ماله، وليس التوكيل غرريا ولا المعاملة غررية، لا من حيث مباشرة الوكيل ولا من حيث تسبيب الموكِّل، فكذلك له هذا المعنى بالتعميم، فالمعاملة الصادرة من الوكيل إذا كانت فى نفسها واجدة للشرائط تكون منتسبة إلى الموكل، فهذه المعاملة الصحيحة تسبيبية من الموكِّل وإنْ جهل الموكِّل بما فعله الوكيل، ومثل هذا التعميم هنا - مع كون المجاز عقدا خاصا - وإنْ كان معقولاً نظرا إلى أنّه يرضى بأى وجه أوقعه الفضول، بيعا كان أو هبةً بثمن المثل أو بأنقص.

١- ٢ . العقد النضيد ٣/٤٩٠.

إلاّ أنّ الفرق بين التوكيل والإجازة، أنّ الاقدام على المعاملة عمل الوكيل المستقل فى أمرها، فيعتبر أنْ يكون عقلائيا غير سفهائى من حيث كونها غررية خطرية، ولا إقدام على المعاملة من الموكل كى يعتبر علمه لئلا يلزم الغرر، فلا غرر فى التوكيل، لا من حيث إنّ التوكيل عمل يعتبر أنْ لا يكون غرريا، ولا من حيث إنّ المعاملة المنتسبة إليه غررية.

بخلاف الإجازة؛ فإنّ الفضول أجنبى عن المال وعن التصرف فى المال، فلا معنى لغرره وخطره، بل الاقدام على المعاملة من المجيز، فهو بإجازته مقدِّمٌ على المعاملة، فهذا العقد الإجازى كعقده المباشرى، فلابد من أنْ يكون هذا الاقدام منه عقلائيا غير سفهائى.

وممّا ذكرنا تبيّن أنّ الإجازة كالإذن والتوكيل، وأنّه لا يختص أحدهما بخصوصية من حيث غرريّة التوكيل والإجازة وعدمها، بل الفرق من حيث إنّ المعاملة مع الجهل غرريّة من المجيز دون الموكل للوجه المتقدم»(١).

«ويرد عليه أوّلاً: إنّ قوله رحمه الله : «إنّ الفضول أجنبى عن المال و التصرّف فى المال، فلا معنى للغرره وخطره» ممنوعٌ؛ لأنّ الغرر من المعانى والعناوين التعلّقيّة حيث لا يطلق إلاّ مرتبطة بطرفى المعاملة، ومعناه حدوث خصوصيّة فى المعاملة تستوجب جهل طرفى العقد بالمعاملة وخصوصيّاتها، ومن المعلوم أنّ الفضولى بإقدامه - الذى سوف يُجيزهُ المالک لا حقا - يعدّ أحد أطراف العقد، فإذا كانت المعاملة مجهولة عنده، فإنّه ليس فى استطاعة المجيز إجازتها، وبالتالى فإنّ الفضولى لا يعدّ أجنبيّا عن العقد والغرر والأخطار

المترتّبة عليه كما زعمه الأصفهانى.

وثانيا: إنّ قوله رحمه الله أخيرا: «إنّ المعاملة مع الجهل غرريّة من المجيز» ممنوعٌ أيضا، لأنّ الإقدام حقيقة يستحيل أن يتعلّق بالموجود، بل لابدّ من تعلّقه بالمعدوم دائما؛ أى يجب أن يُقْدِم القاصد على إيجاد معاملة لم تكن موجودة سابقا، أمّا الموجودة فلا يعقل أن يقصده المتعامل، وعليه فالسؤال المطروح فيما نحن فيه هو أنّه هل وقعت معاملة أم لا؟ فإن أجاب بالنفى، فإنّه يرد عليه بأنّه ما هو متعلّق الإجازة حينئذٍ؟! وإن أجاب

١- ١ . حاشية المكاسب ٢/(٢٦٣-٢٦١).

بالإيجاب، فإنّه يرد عليه بأنّ الإقدام على الواقع الموجود محالٌ.

والحلّ: هو القول بأنّ مورد الإقدام هى الإجازة دون المعاملة، وبالتالى يَجِبُ أن نلاحظ أنّ ما أقدم عليه المجيز هل يعدّ غرريّا أم(١) لا؟ فإن التزم رحمه الله بغرريّة الإجازة، عليه أن يلتزم بغرريّة الإذن أيضا بالضرورة، لعدم إمكان التخصيص فى الأحكام العقليّة، فضلاً عن اتّحاد الإذن والإجازة حقيقةً وجوهرا وانحصار اختلافهما بالسبق واللحوق»(٢).

والحاصل: فى المقام [أ] يكفى علم الإجمالى للمجيز بالنسبة إلى المجاز لصحة صدور الإجازة منه، ولا يعتبر علمه التفصيلى به خلافا لأحد وجهى الشيخ الأعظم ولما اختاره المحقّقان النائينى والأصفهانى قدس سرهم .

وأمّا المقام ب:

اشارة

هل يصح تعلّق الإجازة بالمبهم أم لا؟ وهل يعتبر علم المجيز بوقوع العقد وعدم كفاية إحتمال وجوده فى صحة الإجازة أم لا؟

فقد قال العلاّمة الجدّ التقى: «وهل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إمضاءه لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أخبره لوقوع البيع فأجازه من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثمّ علم بالوقوع؟ وجهان. ويقوى الاكتفاء به فى المقام»(٣).

ولكن يرى الشيخ الأعظم قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد «لأنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود حتّى يشملها معاقد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلاّ أنّها فى معناها ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء بالعقد السابق لا

يكون إلاّ فى حقّ العاقد، فتأمل»(٤).

مراده قدس سره : إنّ الإجازة تكون من الإيقاعات ولا يصح فيها التعليق لأنّه لو أجاز

١- ١ . كذا و «أوْ» أحسن.

٢- ٢ . العقد النضيد ٤٩٢/٣.

٣- ٣ . راجع تبصرة الفقهاء ٣٦١/٣.
٤- ١ . المكاسب ٤٦٨/٣ و ٤٦٩.

العقد المحتمل وقوعه تكون إجازته معلَّقه على وقوع العقد وهو باطل.

ويرد عليه كما مرّ أوّلاً: بعدم تحقّق الإجماع فى عدم تحمّل الإيقاع للتعليق لأنّ هذه المسألة لم ترد فى كلمات القدماء من الفقهاء.

وثانيا: ما مرّ من المحقّق النائينى(١) من هذا المقدار من التعليق ممّا لا محيص عنه فى العقود والإيقاعات.

وثالثا: على فرض تحقّق الإجماع يمكن أن يكون مدركيّا لاحتمال اعتماد القائل بعدم قابلية الإيقاع لتحمّل التعليق على أنّ الإجازة انشاءٌ وهو لا يتحمّل التعليق.(٢)

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظم

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله من أنّ الإجازة فى معنى العقد أى فى حكمه وبالتالى فلا يجوز التعليق فيها لاندراجها فى الأدلة الدالة على عدم جواز التعليق فى العقود، والدليل على أنّها فى حكم العقد ومعناه أنّه يُعدّ المجيز من طريق الإجازة عاقدا ويجب عليه الوفاء بالعقد مع عدم صدور أركان العقد من الإيجاب والقبول منه.

فيرد عليه أوّلاً: إن أراد بأنّ الإجازة فى معنى العقد وحكمه أنّ المجيز يعدّ عاقدا بعدها، يكون باطلاً ولعلّه قدس سره أمر بالتأمل فى آخر كلامه.

وثانيا: إن أراد منه أنّ وجوب الوفاء بالعقد يشمل المجيز بعد صدور الإجازة منه، يكون حقّا لامرية فيه ولكن دعوى ترتب بقيّة شروط العقد على هذا المجيز دون إثباتها خطر القتاد.(٣)

فظهر ممّا ذكرنا صحة تعلّق الإجازة بالمبهم ولا يعتبر فيها علم المجيز بوقوع العقد ويكفى احتمال وقوعه فى صحة الإجازة كما قَوّاهُ العلاّمة الجدّ التقى قدس سره والحمد للّه العالم بأحكامه.

ص:١١٩

١- ٢ . المكاسب والبيع ٢١٦/٢.

٢- ٣ . العقد النضيد ٤٨٥/٣.

٣- ٤ . راجع العقد النضيد ٤٨٦/٣.

الثالث: حكم العقود المترتبة على مال الغير

اشارة

لو تَرَتَّبَت العقود المتعددة على مال الغير أو على عوضه فهل للمالک أن يجيز أىّ منها شاء أم لا؟

نعم، يجوز للمالک أن يُجِيْزَ أيّا منها شاء مع رعاية مصلحته كما نص عليه جماعة من الفقهاء قدس سرهم .

قال العلاّمة فى القواعد: «وللمالک تَتَبُّع العقود ورعاية مصلحته ومع علم المشترى إشكال»(١).

وقال فى التذكرة: «لو غصب مالاً وتصرَّف فى ثمنه مرّة اُخرى كان ذلک موقوفا على اختيار المالک فى إجازة الجميع أو أيّها شاء، وفسخ الجميع أو أيّها شاء وله تتّبع العقود الكثيرة فيراعى مصلحته، وهذا أضعف قولى الشافعى والأصح عنده البطلان»(٢).

وقال فى نهايته: «ولو غصب أموالاً وباعها وتصرَّف فى أثمانها مرّة بعد اُخرى، فللمالک إجازتها وأخذ الحاصل منها ويتبع العقود الكثيرة بالنقض والإبطال ورعاية مصحلته. ولو كان المشترى عالما بالغصب فإشكال، ينشأ من رجوعه بالثمن وعدمه»(٣).

قال فخرالمحقّقين فى ذيل قول والده العلاّمة فى القواعد: «هذه المسئلة مَبْنِيَّةٌ على المسئلة السابقة ومتفرعة عليها (فعلى بطلان) بيع الفضولى من أصله فبيع الغاصب أوْلى

ص:١٢٠

١- ١ . قواعد الأحكام ١٩/٢.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ٢١٩/١٠.

٣- ٣ . نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

بالبطلان، وعلى القول بوقوف بيع الفضولى على إجازة المالک فالأكثر على أنّه كذلک فى الغاصب مع جهل المشترى إذ الشرط عنده فى اعتبار الصيغة شرعا بالنظر إلى الفاعل كونه مكلفا مختارا رشيدا قاصدا لها ولمعناها وزاد بعضهم عدم مسبوقيتها بنهى المالک لا غير

ومعنى اعتبارها صلاحيتها للتأثير بالفعل عند اجتماع الشرائط وإجازة المالک سبب لسببية الصيغة للتأثير بالفعل ويزيد هنا تتبع المالک العقود الكثيرة بالنقض والابطال ورعاية مصلحته ويبنى على ذلک إذا ربح الغاصب فى المال المغصوب هل يكون الربح له أو للمالک؟ فنقول: إنْ كان المشترى جاهلا فللمالک تتبع العقود والإبطال ورعاية مصلحته والربح له فى سلسلتى الثمن والمثمن وأمّا إن كان المشترى عالما بالغصب، فعلى قول الأصحاب إنّ المشترى إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجانا لأنّه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشترى استعادته من الغاصب بعد أخذ المالک العين المغصوبة بنص الأصحاب فقبله أُولى أنْ لايكون له والمالک قبل الإجازة لايملک الثمن لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب لكان ملكا بلا مالک وهو محال فيكون قد سبق ملک الغاصب الثمن على سبب ملک المالک له فإذا نقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالک إبطاله ويكون ما يشترى الغاصب بالثمن له وربحه له وليس للمالک أخذه لأنّه ملک الغاصب، وعلى القول بأنّ إجازة المالک كاشفة فإذا إجازه

كان له ويحتمل أنْ يقال لمالک العين حقّ تعلَّق بالثمن فإنَّ له إجازة البيع وأخذ الثمن وحقّه مُقَدَّم على حقّ الغاصب بدفع المشترى ولأنّ الغاصب يؤخذ بأخس بأخسر - خ ل) أحواله وأشقها عليه والمالک بأجود أحواله. فالتحقيق: أن نقول فى سلسلة المثمن مع علم المشترى الأوّل للمالک أخذ عينه فينفسخ جميع العقود المترتبة عليها وله إجازة أىّ العقود أراد فإنْ أجاز عقدا صح مابعده وبطل ماقبله وكان له ثمنه إن كان المشترى جاهلاً أو عالما على أحد الاحتمالين فيبطل جميع العقود بعده فى سلسلة الثمن والفرق بينه وبين المثمن أنّه إذا أجاز عقدا فقد خرج المثمن عن ملكه إلى ملک المشترى فصحت تصرفاته فيه ودخل الثمن فى ملک المجيز فبطل تصرف غيره فيه، والأصحُّ

ص:١٢١

عندى أنه مع وجود عين الثمن للمشترى العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به»(١).

قال الشهيد فى الدروس: «ولو ترتّبت العقود على العين والثمن فللمالک إجازة ما شاء ومهما أجاز عقدا على المبيع صحّ وما بعده خاصة وفى الثمن ينعكس ولا يقدح فى ذلک علم المشترى بالغصب.

ولو فسخ المالک أخذ العين وزوائدها ومنافعها فإن هلكت رجع على مَنْ شاءَ

والقرار على المشترى مع العلم وعلى الغاصب مع الجهل أو دعواه الوكالة.

ويرجع بالثمن مع وجوده على كلّ حال، وكذا مع تلفه جاهلاً إذا رجع عليه المالک بالقيمة...»(٢).

وفى حاشيته على القواعد ما نصه: «ملحق وُجد بخطّه على نسخة بعض تلامذته، وعنده بخطّ القارئ: وجهه أنّ التتبّع إنّما يتحقّق مع جهل المشترى بالغصبيّة؛ ليقع العقد شبيها بالصحّة، فيقع الثمن فى ملک البائع، فينتقل منه إلى المالک. أمّا مع علمه لا يقع العقد صحيحا بوجه، فلا يستحقّ البائع الثمن حتّى يستحقّه المالک.

قلت: ووجهه أنّه مع علم المشترى يكون مسلِّطا للبائع الغاصب على الثمن؛ ولهذا لو تلف لم يكن له عليه الرجوع ولو بقى ففيه الوجهان فلا يدخل فى ملک ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه، وأتلفه عند الدفع إلى البائع، فيتحقّق ملكه للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكا فلا يمكن تتبّع الشراء وإن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا؛ لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه، فلا يكون ثمنا فلا تؤثّر الإجازة فى جعله ثمنا فصار الإشكال فى صحة البيع مع الإجازة، وفى التتبع.

وصرّح قُطْبُ الدِّيْنِ البويهى: أنّ الإشكال مع العلم فى التتبّع لأنّه يكون إباحةً للثمن»(۳).

ص:۱۲۲

۱- ۱ . إيضاح الفوائد ۴۱۸/۱ و ۴۱۷.

۲- ۱ . الدروس ۱۹۳/۳.

۳- ۲ . الحاشية النجارية /۲۲۱.

أقول: إلى هنا ظهر أنّ فخرالمحقّقين أسّس قاعدة فى المقام ورضى بها الشهيد وهى: فى العقود المترتبة المتعددة على المبيع (المثمن) لو أجاز المالک المتوسطة منها، صحت ما بعدها وبطلت ما قبلها.

وأمّا العقود المترتبة المتعددة على الثمن لو أجاز المالک المتوسطة منها فَهِىَ عكس الأمر، صحت ما قبلها وبطلت ما بعدها.

وقال المحقّق الثانى ردّا على فخرالمحقّقين والشهيد وشرحا لكلام العلاّمة فى القواعد: «بمعنى: أنّ له إجازة أى عقد اختار إجازته فإن أجاز عقدا من العقود المرتبة على المغصوب - كما لو بيع بسيف

ثمّ بدار ثمّ بفرس ثمّ بثوب باعتبار اختلاف الأيدى - صح ذلک العقد وبطل ماقبله من العقود لأنّ صحته بإجازته تقتضى كون المبيع باقيا على

ملكه، وبقاؤه على ملكه ينافى صحة شى ءٍ من العقود السابقة على ذلک العقد، إذ لو صح شى ء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثر إجازته فيه.

لكن سيأتى - فى أنّ من باع مال غيره فضولاً ثمّ اشتراه - ما يقتضى التردد فى بطلان ما قبله، لأنا إذا حملنا عبارته فيما يأتى على التردد، كان على احتمال الصحة، يحتمل الصحة بالإجازة هنا.

وأما ما بعده من العقود فيبنى على أن إجازة الفضولى كاشفة أو ناقلة، فإن قلنا بالأوّل صح ما بعده، لتبين وقوع تصرّفه فى ملكه، وإن قلنا بالثانى تجىء فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: البطلان، لتعذر الإجازة، لانحصارها فى المغصوب منه، وقد خرج عن ملكه.

الثانى: الصحة من غير توقف على إجازة التصرف ببيعه.

الثالث: توقفه على إجازته، وسيأتى مثل هذا فيما بعد.

ولو ترتبت العقود على ثمن المغصوب، كما لو بيع السيف بقوس، ثمّ القوس بدابَّة، ثمّ الدابَّة ببعير، ثمّ البعير بدراهم، فإنّ الحكم ينعكس لو أجاز واحدا منها، فإنّ ماقبله يصح، ويقف ما بعده على الإجازة كالفضولى، إلاّ إذا قلنا الإجازة كاشفة، كما لو أجاز بيع الدابة بالبعير، فإنّ إجازته إنّما يعتدّ بها شرعا أن لو كان مالكا للدابة، وإنّما يملكه على هذا

ص:١٢٣

التقدير إذا ملک السيف، وإنّما يملكه أن لو صحّ بيع السيف به، فيجب الحكم بصحة ذلک، حملاً لكلام المسلم على الوجه الذى يكون معتدّا به شرعا.

واعلم: أنّ هذا إنّما يستقيم إذا جرت العقود على العوض الذى هو الثمن، ثمّ على ثمنه وهكذا، فلو جرت على الثمن خاصة، كما لو بيع السيف مرارا فأجاز واحدا منها، فانّ ذلک العقد يصح ويبطل ما قبله، إلاّ العقد الذى قوبل فيه المغصوب بالسيف، وفيما بعد ذلک العقد الأوجه الثلاثة السابقة.

وبهذا يظهر أنّ إطلاق كلام الشارح(١) وشيخنا الشهيد فى الدروس(٢) - بأنّ فى سلسلة المثمن يصح العقد المجاز، وما بعده دون ما قبله، وفى الثمن بالعكس - غير مستقيم، ويحتاج إلى التنقيح فى مواضع:

الأوّل: بيان حال ما بعده فى سلسلة الثمن، بما ذكرناه.

الثانى: وقوف مابعد المجاز فى سلسلة الثمن على الإجازة، دون البطلان.

الثالث: أنّ ذلک فى سلسلة مخصوصة فى الثمن كما بيّناه، لا مطلقا»(٣).

وقال ثانى الشهيدين فى الروضة: «... وإن ترتّبت العقود على الثمن أو المثمن أو هما وأجاز الجميع صح أيضا، وإن أجاز أحدهما فإن كان المثمنَ صح فى المجاز وما بعده من العقود، أو الثمن صح و ما قبله.

والفرق أنّ إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملک المالک المجيز إلى المشترى فتصح العقود المتأخرة عنه وتبطل السابقة لعدم الإجازة.

وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملک المجيز فتبطل التصرفات المتأخرة عنه بحيث لم يجزها وتصح السابقة، لأنّ ملک الثمن المتوسط يتوقّف على صحة العقود السابقة، وإلاّ لم يكن تملک ذلک الثمن، هذا إذا بيعت الأثمان فى جميع العقود.

وأمّا لو تعلقت العقود بالثمن الأوّل مرارا كان كالمثمن فى صحة ما أُجيز ومابعده،

١- ١ . إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

٢- ٢ . الدروس ١٩٣/٣.

٣- ١ . جامع المقاصد ٤/(٧١-٦٩).

وهذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع فى هذه المسألة كما فصلناه أوّلاً.

مثاله: لو باع مال المالک بثوب ثمّ باع الثوب بمائة ثمّ باعه المشترى بمائتين ثمّ باعه مشتريه بثلاثمائة فأجاز المالک العقد الأخير فإنّه لا يقتضى إجازة ما سبق بل لا يصح سواه، ولو أجاز الوسط صح مابعده كالمثمن.

نعم، لو كان قد باع الثوب بكتاب ثمّ باع الكتاب بسيف ثمّ باع السيف بفرس فإجازة بيع السيف بالفرس تقتضى إجازة ما سبقه من العقود، لأنّه إنّما يملک السيف إذا ملک العوض الذى اشترى به وهو الكتاب، ولا يملک الكتاب إلاّ إذا ملک العوض الذى اشترى به وهو الثوب فههنا يصح ما ذكروه»(١).

وقال فى المسالک: «ثمّ إن اتّحد العقد فالحكم واضح، وإن ترتّبت العقود على الثمن أو المثمن أو هما وأجاز الجميع صحّ أيضا. وإن أجاز أحدهما، فإن كان هو المثمن صح فى المُجاز وما بعده من العقود. وإن كان هو الثمن صحّ وما قبله. كذا أطلقه جماعة من الأصحاب.

والفرق بين المقامين أنّ إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملک المالک المجيز إلى المشترى، فتصحّ العقود المتأخّرة عنه المترتّبة على فعل المشترى، وتبطل السابقة لعدم

الإجازة. وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملک المجيز، فتبطل التصرفات المتأخرة عنه فيه، حيث لم يجزها، وتصح السابقة، لأنّ ملک الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة، وإلاّ لم يمكن تملّک ذلک الثمن. مثاله: ما لو كان الفضولى قد باع مال المالک بكتاب مثلاً، ثمّ باع الكتاب بسيف،

ثمّ باع السيف بثوب، ثمّ باع الثوب بفرس، فأجاز المالک بيع الثوب بالفرس، فإنّ ملکه حينئذٍ للفرس يتوقف على تملّک الثوب، وإنّما يملک الثوب إذا ملک العوض الذى اشترى به وهو السيف وإنّما يملک السيف إذا ملک العوض الذى اشترى به وهو الكتاب. فظهر أنّ إجازته للعقد المتأخر يستلزم إجازة العقود السابقة، وإلاّ لم يتمّ، فيحكم بصحة ذلک كلّه، حملاً لفعل المسلم على الوجه المعتدّ به

ص:١٢٥

١- ٢ . الروضة البهية ٣/(٢٣٤-٢٣٠).

شرعا.

وهذا الحكم صحيح فى هذا المثال ونظائره، إلاّ أنّ مسألة ترتب العقود على الثمن أعمّ منه. فإنّ من صوره ما لو بيع الثمن - وهو الكتاب فى هذا المثال - مرارا، كما لو باعه ذلک الفضولى بمائة، ثمّ باعه المشترى بمائتين، ثمّ باعه المشترى الثانى بثلاثمائة، فأجاز المالک العقد الأخير، فإنّه لا يقتضى إجازة ما سبق، بل لا يصحّ سواه، مع أنّه يصدق عليه أنّ العقود ترتبت على الثمن، ولم يتمّ الحكم بصحة ما قبل المجاز.

وأمّا مسألة سلسلة العقود على المثمن، فصحة العقود اللاحقة للمُجاز مبنيّة على أنّ الإجازة كاشفة، ليظهر ملک كل بائع متأخر حين بيعه وان كان فى ثانى الحال، أمّا لو جعلناها ناقلة للملک من حين الإجازة، فالبائع لم يكن مالكا حين بيعه، وانّما ملک بعده بالإجازة، والإجازة كانت لمالک العين ولم يحصل، وعند إجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الإجازة، فتبنى صحة البيع المتأخر حينئذٍ على من باع فضوليا ثمّ انتقل إليه الملک، فإنّ فى لزوم البيع حينئذٍ، أو توقفه على إجازته ثانيا وجهان. وقد ظهر بذلک أنّ اطلاقهم الحكم فى السلستين يحتاج إلى تنقيح»(١).

أقول: اعترض المحقّق الثانى وتبعه الشهيد الثانى على العَلَمَيْنِ - فخرالمحقّقين والشهيد - فى اطلاق قاعدتهما:

فى العقود المترتبة المتعددة على المبيع (المثمن) لو أجاز المالک المتوسطة منها بطلت ما قبلها - وهذا على اطلاقه صحيح - وأمّا بالنسبة إلى صحة ما بَعْدَها فإنَّهُ لايكون

على اطلاقه صحيحا، بل هى تصح على القول بالكشف فقط وأمّا على القول بالنقل فتأتى ثلاثة احتمالات:

١- البطلان، لأنّ البائعين باعوا ما ليس فى ملک قبل إجازة المالک والبيع لابدّ أن يكون فى ملک.

٢- الصحة مع توقفه على إجازة المالک، لأنّهم باعوا ملک الغير فيحتاج إلى إجازة

١- ١ . مسالک الأفهام ١٥٨/٣ و ١٥٩.

مالكه كما فى الفضولى. أو على القول بالتوقف على الإجازة المستأنفة فى مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه.

٣- الصحة مطلقا - من دون التوقف على الإجازة - على القول بالصحة مطلقا فى مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه.

وفى العقود المترتبة المتعددة على الثمن لو أجاز المالک المتوسطة منها صحت ما قبلها وبطلت مابعدها، تام إذا تبدّل الثمن فى كل معاملة إلى شى ءٍ آخر مثل تبدّل الثوب بكتاب، والكتاب بسيف والسيف بفرس وهكذا.

وأمّا لو تعلّقت العقود المتعددة بالثمن الأوّل مرارا نحو تبدّل ثوب المالک بکتاب والکتاب بالمأة ثمّ بمأتين ثمّ بثلاثمأة ثمّ... فی هذا المورد یکون فرض الثمن کالمثمن والمبیع یعنی لو أجاز المالک المتوسطة منها بطلت ما قبلها وصحت ما بعدها علی القول بالکشف مطلقا وعلی القول بالنقل تأتی الاحتمالات الثلاثة الماضیة، هذا نقد ثانی المحققَیْن علی العَلَمین وتبعه ثانی الشهیدین کما مرّ.

قال جدی الشیخ جعفر: «(وللمالک تتّبع العقود ورعایة مصلحته) فیُجیز ما شاء منها. فإن کانت متعاقبة علی عین واحدة ثمنا أو مثمنا أو مختلفا فإجازة العالی تقضی بصحة السافل، لا للإجازة بل لوقوع العقد فی محلِّها بعد خروج العین عن أهلها. هذا علی القول بالکشف.

وعلی النقل تُحتمل وجوه ثلاثة: أحدها: البطلان فی الأسافل، لعدم مصادفتها الملک. وثانیها: القول بالصحّة، نظرا إلی أنّ حدوث الملک بحکم الإجازة. وثالثها: التوقّف علی الإجازة. ولعلّ الأوسط أوسط. وأمّا إجازة السافل فلا تقضی بصحّة العالی، إذ لا ربط بینهما. و(۱) المتوسط من العقود: حاشیتاه غیر خارجتین عن القسمین.

وغیر المتعاقبة علی المحلّ الواحد؛ إجازة العالی منها لا تقضی بإجازة السافل، لأنّ العوض صار ملکا للمجیز، فلا ینتقل عنه إلاّ بإجازة اُخری. وإجازة السافل تقضی

۱- ۱ . فی بعض النسخ: (بل) بدل الواو.

بإجازة العالی تبعا، علی نحو حکم المقدّمة، فمع الاکتفاء بمطلق الرضا أو القول بأنّ حکم المقدمّة مستفاد من اللّفظ؛ فلا إشکال.

ومَن أراد استیفاء الأقسام لیتدرّب فی معرفة الأحکام فلیعلم أنّ العقد، والعاقد، والمتعلّق، والجهة کالعوضیّة(۱) ومقابلها: إمّا واحد، أو متعدّد، أو مختلف. ثمّ العقود المتعدّدة: إمّا مجتمعة أو مترتّبة،

معلومة التاريخ فى الجميع أو فى البعض أو لا، متوافقة فى الاقتضاء - شطورا، وشروطا، وقيودا - أو مختلفة. ثمّ العاقد: إمّا متحدة أو متعدّدة أو مختلفة، من متحد أو متعدّد أو مختلف، مترتّبة أو دفعية أو مختلفة، معلومة التاريخ فى الكلّ أو البعض أو لا، متعلّقة بالجميع أو البعض المتعدّد أو المتحد، شخصيا أو كلّيا أو مردّدا، مع الكشف أو النقل، إلى غير ذلک من الأقسام. ومَن أعطى النظر حقّه لم يخف عليه شيء من الأحكام.

كلّ ذلک مع عدم المانع. أمّا لو حصل مانع فى بعضها، كبيع مسلم أو قرآن على كافر؛ لم تؤثّر الإجازة فيه، ولا فى توابعه»(٢).

وقال صاحب الجواهر رحمه الله : «وربّما تظهر الثمرة أيضا: فيما لو ترتّبت العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً، ولا ريب فى أنّ للمالک تتبّع العقود ورعاية المصلحة له فيجيز ما شاء.

لكن فى الدروس ومحكى الإيضاح أنّه «إذا أجاز عقدا على المبيع صحّ ومابعده خاصّة وفى الثمن ينعكس». أى يصحّ هو وما قبله خاصّة.

وكأنّ وجهه: أنّ الفضولى لو باع العبد مثلاً بسيف، ثمّ باعه المشترى من الفضولى بدار، ثمّ باعه الثانى بفرس، ثمّ باعه الثالث بثوب، فأجاز المالک منها بيعه بالدار، صحّ هو وبطل السابق قطعا؛ لعدم الإجازة.

وذلک لأنّ إجازته الثانى تقتضى كون المبيع باقيا على ملكه، وبقاؤه على ملكه

١- ١ . فى بعض النسخ: (كالعوض).

٢- ٢ . شرح القواعد ٢/(٨٨-٨٦).

ينافى صحّة شيء من العقود السابقة على ذلک العقد؛ إذ لو صحّ شيء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثّر إجازته فيه.

وأمّا ما بعده من العقود: فلا ريب فى صحّتها بناءً على الكشف؛ لوقوع التصرّف حينئذٍ فى الملک.

وأمّا على النقل، فيحتمل: البطلان؛ لتعذّر الإجازة حينئذٍ من المالک. والصحّة بلا إجازة؛ لحصول الملک للبائع الذى قد يتحقّق رضاه ببيعه فضولاً، ولم يبق إلاّ الملک وقد حصل. والصحّة مع الإجازة منه؛ لكون الرضا الأوّل إنّما كان والمال لغيره. ولعلّ الأوّل أقوى.

وأمّا لو ترتّبت على الثمن: كما لو بيع السيف بقوس، ثمّ القوس بدابّة، ثمّ الدابّة ببعير، ثمّ البعير بدراهم، فإنّ الحكم ينعكس لو أجاز واحدا منها، فإنّ ما قبله يصحّ، ويقف ما بعده على الإجازة؛ لأنّه فضولى.

فلو أجاز فى المثال بيع الدابّة بالبعير مثلاً استلزم إجازة ما قبله؛ لأنّ إجازته إنّما يعتدّ بها شرعا لو كان مالكا؛ للدابّة، وإنّما يكون مالكا لها حينئذٍ لو ملک ما بذل فى مقابله وهو القوس، وإنّما يملک على هذا التقدير إذا ملک السيف، وإنّما يملكه لو صحّ بيع السيف، فيجب الحكم بصحّته؛ حملاً لكلام المسلم على الوجه الذى يكون معتدّا به شرعا. وهذا كلّه واضح.

نعم، ينبغى أن يكون ذلک فى الثمن(١) لو كانت السلسلة على ما ذكرناه، أمّا لو جرت العقود على الثمن خاصّة كما لو بيع السيف مرارا على حسب ما سمعته فى المثمن، لا عليه ثمّ على ثمنه... وهكذا، فإنّ المتّجه حينئذٍ فى الفرض المزبور جريان حكم المبيع فيه من صحّة العقد المجاز وما بعده - بناءً على الكشف، وعلى النقل الوجوه الثلاثة - دون ما قبله، إلاّ العقد الأوّل الذى قوبل فيه المبيع فضولاً، فإنّ دخول الثمن فى الملک متوقّف على إجازته.

١- ١ . فى بعض النسخ: المثمن.

وربّما أُورد(١) المثال المزبور على إطلاق الفخر والشهيد(٢). لكن يدفعه: معلوميّة إرادتهما بالترتّب - الذى أثبتا فيه العكس - ما ذكرناه أوّلاً، واكتفائهما بذكر ذلك فى المبيع عن ذكره فى الثمن.

والأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوحه فى غير الفرض ممّا تتعدّد فيه العقود

مترتّبة وغير مترتّبة، وفى حكم إجازة ما يجاز منها دفعةً لعدم التنافى كالبيع والإجازة وغيرهما، بل وغير ذلك ممّا لايخفى حكمه بعد ضبط الأصل من غير فرق بين النقل والكشف، واللّه أعلم»(٣).

وقال المحقّق الخوئى رحمه الله : «قد يقع العقد على عين مال الغير وأُخرى يقع على عوضه، والإجازة تارة تتعلق بالعقد الواقع على عين ماله وأُخرى تتعلق بالعقد الواقع على عوض ماله، وعلى التقديرين تارة تتعلق الإجازة بالعقد الأوّل الواقع على عين ماله وأُخرى تتعلق بالعقد الآخر الواقع على عين ماله وثالثة تتعلق بالعقد الوسط الواقع على عين ماله. وتجرى الأقسام الثلاثة فيما إذا كان المجاز العقد الواقع على عوض ماله لا على عينه.

(ثمّ) العقد الوسط إذا كان هو المجاز تارة يكون عقدا واقعا على عين ماله وأُخرى على عوضه وكلّ منهما تارة يكون وسطا بين عقدين واقعين على عين المال بأن يكون طرفاه كذلك، وأُخرى يكون وسطا بين عقدين واقعين على عوض ماله، وثالثة يكون مسبوقا بعقد واقع على عين ماله وملحوقا بعقد واقع على عوض ماله، ورابعة ينعكس الأمر، فالأقسام ثمانية، ونتعرض أوّلاً لإجازة العقد الواقع على عين ماله، ثمّ بعد ذلك نذكر تعلق الإجازة بالعقد الواقع على عوض ماله بأقسامه، كما إنّا نتعرض صورة تعلُّق الإجازة بالعقد الوسط وما يترتب عليه من حكم العقود، السابقة واللاحقة، وبذلك تتضح صورة تعلق الإجازة بأوّل العقود أو بآخرها، ونقول:

١- ٢ . كما فى جامع المقاصد: المتاجر / فى المتعاقدين ٤/(٧١-٧٠).
٢- ٣ . تقدّم نقل كلامهما.
٣- ١ . الجواهر ٢٣/(٤٧٢-٤٧٠)؛ [٢٢/(٢٩٢ و ٢٩٣)].

حكم المسألة - وإنْ كان واضحا - إلاّ أن تصويرها لا يخلو عن إشكال، ونمثل لها بما جعله المصنف مجمعا للكلِّ، فتفرض أنّ عبد المالک بيع بفرس ثمّ بيع بكتاب ثمّ باعه المشترى بدينار، فإلى هناک يكون بيع العبد بكتاب وسطا بين بيعين واقعين على عين العبد، وهو بيع العبد بفرس وبيعه بدينار، ثمّ باع البائع الفرس بدرهم وباع الثالث الدينار بجارية، فيكون بيع العبد بكتاب وسطا بين عقدين واقعين على عوض ماله وهو بيع الفرس بدرهم، وهو السابق على بيع العبد بكتاب وبيع الدينار بجارية وهو لاحقٌ عليه، فإذا فرضنا أنّ المالک أجاز البيع الوسط الواقع على عين ماله - وهو بيع العبد بالكتاب - فالعقود السابقة الواقعة على عين ماله كبيع العبد بالفرس - تبطل، لأن إجازة غيره ردّ له،

كما أنّ العقود السابقة الواقعة على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم يكون أجنبيا عن المجيز، لأنّه عقد واقع على مال الغير، فلابد من إجازة مالكه.

وعلى كلِّ تقدير العقود السابقة الواقعة على عين ماله أو على بدله يكون أجنبيا عن المجيز، وأما العقود اللاحقة فالعقود المتأخرة الواقعة على عين ماله تصح على الكشف بلا إشكال، لأنّه بالإجازة يستكشف كونه من المالک وواقعا على ملكه، وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئا ثمّ ملک، فإن قلنا بصحته مع الإجازة أو بدونه نلتزم بها فى المقام وإلاّ فلا، وهكذا العقود اللاحقة الواقعة على عوض ماله كبيع الدينار بجارية، فإجازة العقد الوسط الواقع على عين ماله تستلزم فساد العقود السابقة عليه الواقعة على عين ماله أو على عوضه، كما يستلزم صحة العقود اللاحقة الواقعة عليه على الكشف، سواء كانت واقعة على عين ماله أو على بدله، وعلى النقل يبتنى صحتها على صحة «من باع شيئا ثمّ ملک».

ولكن ما ذكرناه إنّما يتم فيما إذا أجاز المالک البيع الواقع على عين ماله لنفسه فإنّه يستلزم رد العقود السابقة وصحة العقود اللاحقة عليه، وأما إذا أجاز للبائع فهو تستلزم صحة العقد السابق عليه لا فساده كما هو ظاهر، وأما العقد اللاحق عليه فصحته حينئذ مبتنية على إجازة المالک للبيع بالعقد السابق كما هو ظاهر.

وليعلم أنّ المراد من السبق واللحوق فى المقام ليس هو التقدم والتأخر فى الزمان،

ص:١٣١

بل المراد منه التقدم والتأخر الرتبى، فالمراد من العقود اللاحقة ما تتوقف صحتها على صحته ومن العقود السابقة ما لا تتوقف صحته على صحته.

هذا كله فيما إذا كان العقد المجاز واقعا على عين ماله، وأما إذا كان واقعا على عوض المال فمثاله الجامع لأقسامه الأربعة: ما إذا بيع العبد بفرس، والفرس بدرهم، والدرهم برغيف، والدرهم بحمار، والرغيف بعسل. فبيع الدرهم بالرغيف وسط بين عقدين سابقين أحدهما واقع على عينه وهو بيع الفرس بدرهم والآخر على عوضه وهو بيع العبد بفرس، وعقدين لاحقين أحدهما واقع على عينه وهو بيع الدرهم بحمار والآخر على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل، فهذه البيوع الخمسة تكون جامعا للإمثلة كما هو واضح، فإذا أجاز الوسط - أى بيع الدرهم بالرغيف - فهى مستلزمة لإجازة العقدين السابقين - أعنى بيع العبد بالفرس والفرس بدرهم - ليكون بإجازتهما مالكا للدرهم، وينفذ إجازته فى بيعه بالرغيف وصحة هذه الإجازة بناءً على الكشف واضح، وأما على

النقل فصحتها مبتنية على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد. وأما العقدان اللاحقان عليه فبيع الدرهم بحمار - أعنى الواقع على عين المال - فهو أيضا يصح بعد ما أجاز الدرهم بالرغيف. وهذا بناءً على الكشف ظاهر وأما بناء على النقل فالصحة مبنية على صحة بيع من باع شيئا ثمّ ملک وأما بيع الرغيف بعسل أعنى الواقع على عوض العقد المجاز فيكون صحيحا بعد إجازة بيع الدرهم بالرغيف إن كان المجيز هو البائع، وهو على الكشف واضح وأمّا على النقل فيدخل فيمن باع شيئا

ثمّ ملک، وان کان البائع أجنبیا فحکمه حکم البیع الواقع علی المعوض ابتداءً کما ذکر المصنف فیحتاج إلی الإجازة.

وبالجملة فإجازة العقد الوسط یوجب صحة العقود السابقه الملزمة لصحته کما یوجب صحة العقود اللاحقة التی یستلزم العقد الوسط صحتها، وهذا هو المیزان لا ما ذکره الشهید فی الدروس، وحکی عن الإیضاح أیضا من أنّ الإجازة إنْ تعلقت بالعقد الواقع علی المبیع صح وما بعده وفی الثمن ینعکس، إذ لا فرق فیما ذکرناه بین ما إذا کان عین مال المالک المجیز أو عوضه مبیعا فی العقد المجاز أو ثمنا، اللهم إلاّ أن یزید بذلک ما قلناه من تعلّق الإجازة بالعقد الواقع علی عین مال المالک، وعبر عنه بالمبیع، أو بالعقد

ص:۱۳۲

الواقع علی عوضه، وهو مراده بالواقع علی الثمن، وعلی هذا أیضا اطلاق کلامه ممنوع کما ظهر أیضا بما قلناه فساد ما ذکره المصنف فی ترتیب العقود المتعددة علی مال المجیز من أنّها إذا وقعت من أشخاص مُتَعَدِّدِیْنَ کانَتْ(۱) إجازة الوسط منها فسخا لما قبلها(۲) وإجازة لما بعدها(۳)، وإذا وقعت من شخص واحد انعکس الأمر وذلک لما عرفت من أنّ تعدد العاقد ووحدته لا ربط له بذلک أصلاً، إذ یمکن أن یوقع شخص واحد بیوع عدیدة مترتبة علی مال الغیر وعلی عوضه وهکذا العکس، فالمیزان الکلی ما ذکرناه من ان إجازة العقد الوسط یوجب صحة ملزوماته من العقود السابقة ولوازمه من العقود اللاحقة»(٤).

أقول: یمکن تصویر ما ذکره المحقّق السیّد الخوئی رحمه الله بالرسم علی نحو مایلی:

ص:۱۳۳

۱- ۱ . وفی المصدر: «متعددة کان».

٢- ٢ . وفى المصدر: «قبله».

٣- ٣ . وفى المصدر: «بعده».

٤- ٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/(٤٥٧-٤٥٤).

العقود الواقعة على عين مال المالک

عقود ١ و ٣ و ٤ وقع على عين ماله وهو العبد.

عقدين ٢ و ٥ وقع على عوض ماله.

لو أجاز المالک عقد ٣: تبطل عقد ١ لأنّ إجازة ٣ ردّ ل-ـ١.

وعقد ٢: يكون أجنبيا عن المجيز لأنّه عقد واقع على مال الغير فلابدّ من إجازة مالكه.

وأمّا عقد ٤: فَيَصِحُّ بناءً على الكشف وبناءً على النقل يدخل فى مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه. وكذا عقد ٥.

هذا كلّه إذا أجاز المالک لنفسه أمّا إذا أجاز للبائع فهو يَسْتَلْزِمُ صِحَّةَ العقد السابق عليه لا فساده كما هو الظاهر، وأمّا العقود اللاحقة عليه فَصِحَّتُها مبنيّةٌ على إجازة المالک للبيع بالعقد السابق كما هو الظاهر.

ص:١٣٤

العقود الواقعة على عوض مال المالک

اشارة

لو أجاز بيع ١٠٠ درهم برغيف أى عقد ٣:

صح عقد ١ و ٢: بناءً على الكشف، وبناء على النقل صحتهما مبنيٌّ على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد.

وصح عقد ٤: بناءً على الكشف، وبناءً على النقل مبنيٌّ على صحة بيع مَنْ باع شيئا ثمّ ملكه.

وعقد ٥: صحيح إذا كان المجيز هو البائع - وعلى الكشف واضح، وعلى النقل مبنيٌّ على مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه، وإذا كان البائع أجنبيا فصحته يحتاج إلى إجازة مالكه.

فإجازة العقد الوسط يوجب صحة العقود السابقة الملزومة لصحته، كما يوجب صحة العقود اللاحقة التى يستلزم العقد الوسط صحتها.

الإشكال على تتبع العقود إذا كان المشترى عالما بالغصب

اشارة

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ هنا إشكالاً فى شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشترى بالغصب...»(١).

أقول: مرّ كلام العلاّمة فى إظهار هذا الإشكال فى القواعد: «... ومع علم المشترى إشكال»(٢).

وقال فى نهايته فى منشأ هذا الإشكال: «... ولو كان المشترى عالما بالغصب فإشكال، ينشأ من رجوعه بالثمن وعدمه»(٣).

وقال فى التذكرة: «لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم [من الوقوف على إجازة مالكه]. وفى الغاصب مع علم المشترى أشكل إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا.

١- ١ . المكاسب ٤٧١/٣.

٢- ٢ . القواعد ١٩/٢.

٣- ٣ . نهاية الإحكام ٤٧٦/٢.

... وهل يرجع بما دفعه ممّا حصل له فى مقابلته نفع؟ قولان. ولو كان عالما لم يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغاصب مطلقا عند علمائنا.

والأقوى: أنّ له الرجوع مع بقاء الثمن، لعدم الانتقال بخلاف التالف لأنّه أباحة فيه من غير عوض»(١).

أقول: يظهر من العلاّمة أنّ عدم جواز الرجوع إلى الثمن إذا كان المشترى عالما بالغصبية إجماعىٌّ حيث عبر عنه ب- «عند علماءنا»، ولكنّه قدس سره ترك هذا الإجماع وذهب إلى التفصيل بين بقاء الثمن فيجوز رجوعه، وتلفه فلا يجوز، وهذا القول هو الذى اختاره ولده الفخر فى الإيضاح كما مرّ وسيأتى.

وقد مرّ(٢) كلام نجله فى توضيح إشكال والده فى الإيضاح فلا نعيده إلاّ ما اختاره فى الختام حيث يقول تبعا لوالده: «... والأصح عندى أنّه مع وجود عين الثمن للمشترى العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به»(٣).

وقال قطب الدين محمّد بن محمّد البويهى وهو من تلامذة العلاّمة الحلّى فى حاشيته على القواعد المسماة ب-«الحواشى القطبية» ما نصه: «أنّ الإشكال مع العلم فى التتبّع لأنّه يكون إباحةً للثمن»(٤).

وقد مرّ(٥) كلام الشهيد فى الحاشية النجارية(٦) فى وجهه وتوضيحه، وقال الشهيد مضافا إلى ما نقلتُهُ عنه سابقا: «الإشكال هنا إنّما هو فى التتبّع لأنّه مع جهل المشترى يكون العقد شبيها بالصحيح، فإذا اشترى بالثمن وأجازه المالک ملک ما اشترى به، بخلاف العالم؛ فإنّه يكون المشترى مسلّطا للغاصب على الثمن، فلاتنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١٨/١٠ و ١٧.

٢- ٢ . راجع صفحة ١٢٠ من هذا المجلد.

٣- ٣ . إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

٤- ٤ . نقل عنه الشهيد فى الحاشية النجارية /٢٢١.

٥- ٥ . راجع صحفة ١٢٢ من هذا المجلد.

٦- ٦ . الحاشية النجارية /٢٢١.

بفعل المسلّط بدفعه ثمنا عن مبيعٍ اشتراه، ومن أنّ الثمن عوضٌ عن العين المملوكة، ولم يمنع من نفوذ الملک فيه إلاّ عدم صدوره عن المالک، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه.

واعلم أنّه يلزم من بطلان القول بالتتبّع بطلان إجازة البيع فى المبيع؛ لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال فى صحّة العقد كان صحيحا أيضا»(١).

وقال المحقّق الثانى فى شرح قول العلاّمة: «(ومع علم المشترى إشكال). أى: له التتبع إذا كان المشترى جاهلاً، لتحقّق المعاوضة حينئذ، أما مع علمه بالغصب ففى الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضة فى العقد، فلكه تملكه بالإجازة رعاية لمصلحته، ومن انتفائها بحسب الواقع، لأن المدفوع ثمنا يملكه الغاصب، لتسليطه إيّاه عليه، ولهذا يمتنع استرداده عند الأصحاب وإن بقيت عينه، والمطالبة(٢) بعوضه إذا تلف خاصّة عند المصنف، فيمتنع على مالک العين تملكه.

ويمكن أن يكون ذلک معطوفا على محذوف دلّ عليه السياق، وتقدير العبارة: وكذا الغاصب، أى: وكذا بيع الغاصب موقوف إذا كان المشترى جاهلاً، ومع علمه إشكال، ينشأ مما ذكر، فيكون الإشكال فى كونه موقوفا على الإجازة، وإن بُعد هذا التقدير، وأيّما الأمرين قدّرت الاشكال فيه، فمجيئه فى الآخر لازم له.

ويمكن أن يكون الإشكال فيهما معا، وفيه من التكلّف ما لايخفى، والأصح عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه، لأن المعتمد أنّ للمشترى استعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب، لعدم المقتضى.

وتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه، لا ينافى كونه عوضا للمبيع بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلک فى عوض العقد الفضولى لمن أوقعه فضولاً، لم يكن قادحا فى ثبوت الإجازة للمالک.

۱- ۱ . الحاشية النجارية /۲۲۲.

۲- ۲ . كلمة (والمطالبة) معطوفة على جملة (يمتنع)، أى: وتمتنع المطابلة بعوضه. وفى نسخة وردت كلمة (فيمتنع) قبل (والمطالبة) وحذفها المحقّقون لعدم ورودها فى الحجرى ولعدم اقتضاء السياق لها.

فإن قلت: إن جعلت الإجازة كاشفة دلّت بحصولها على انتقال الثمن إلى ملک المجيز بالعقد، فكيف تؤثر فيه إباحة المشترى له للغاصب بعد العقد، إمّا بتسليطه إيّاه عليه أو بتصريحه له بالإباحة؟ وسيأتى فى كلام المصنف اختيار كون الإجازة كاشفة.

قلت: لمّا أجمع الأصحاب على أنه إذا تلف العوض، ليس للمشترى مطالبة المشترى به، وجب إخراج هذا الحكم عن مقتضى الأصل بالإجماع، وإجراء ماعداه على الأصل.

فان قلت: حقّ المعاوضة مع كون المشترى عالما بأن البائع غاصب أن لا تكون مقصودة، فلا يعتدّ بها أصلاً.

قلت: هذا لا يقدح فى كونها مقصودة، وإلاّ لقدح فى بيع الفضولى إذا علم المشترى بالحال. والحاصل: أن كلّما يقال فى الغاصب، يقال فى الفضولى، والجواب هو الجواب»(١).

وقال الشيخ جعفر رحمه الله : «(ومع علم المشترى) بالغصب ودفع الثمن إلى البائع، أو علم البائع ودفع المثمن إلى المشترى؛ فى الدخول تحت مسألة الفضولى (إشكال) ينشأ:

من احتمال الملك فى الثمن أو المثمن بعد الدفع والإعراض، فلا يكون التصرّف فيه إلاّ من تصرّف الملاّك ولا يدخل فى الفضولى، ولا يكون للإجازة تأثير(٢). ويقوى فى التعلّق(٣) بالعين. واحتمال عدمه، لأنّ التسليط لا يقتضى نقل الملك ما لم يكن ناقل شرعى. وفى الفرق بين البقاء والتلف، وبين القول بالكشف والنقل؛ وجه.

أو من أنّ العقد يستدعى قصدا، ولا قصد من العالم، وقصد المالك قام مقام قصد الفضولى و(٤)الغاصب فى البيع، وليس للمشترى لنفسه مَنْ يقوم مقامه(٥) - فلا يختصّ

١- ١ . جامع المقاصد ٤/٧٢ و ٧١.

٢- ٢ . كما فى: إيضاح الفوائد ١/٤١٧-٤١٨، جامع المقاصد ٤/٧١.

٣- ٣ . فى بعض النسخ: (ويقوى التعلّق). وفى بعضها: (ويقوى فى المتعلّق).

٤- ٤ . فى بعض النسخ العطف ب- (أو).

٥- ٥ . هذا الوجه منتزع من كلام المصنّف، فى: تذكرة الفقهاء ١٠/١٦-١٧، الفرع ٨.

بحال دفع الثمن. ويرجع إلى أصل الفضولى والغاصب - ومن أنّ قصد النقل العرفى مجزٍ، كما تقدّم.

أو من أنّه يلزم فى الإجازة ملك المثمن بلا عوض، على القول بالنقل(١). وهو مبنىٌّ على الأوّل.

وأمّا الحمل على إرادة الإضمار ويكون الحاصل: أنّ فضولى الغاصب أو مطلقا، مع علم المشترى وجهله، فيه إشكال، فضعيف»(٢).

قال تلميذه السيّد العاملى رحمه الله بعد نقل كلمات الفقهاء فى المقام: «قلتُ: قد تحصّل أنّ هنا مقامين،

الأوّل: هل للمشترى العالم بالغصب مطالبة الغاصب البائع بالثمن مطلقا سواء بقيت العين أم أتلفها أم ليس له مطلقا أم له مع بقائها خاصّة؟ الثانى: هل بيع الغاصب مع علم المشترى بغصبيّته صحيح فللمالك تتبّع العقود والإجازة أم ليس بصحيح؟ وقد بنى المحقّق الثانى(٣) صحّة المقام الثانى على المقام الأوّل، ونحن نتكلّم فى المقامين على أنّه قد مضى ماله نفعٌ تامٌّ فى المقام الثانى.

فنقول فى المقام الأوّل: قال فى «التذكرة»(٤): لو كان عالما لا يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغصب مطلقا عند علمائنا. وظاهره دعوى الإجماع مع التلف وبدونه. ونحوه ما فى «نهاية الإحكام»(٥) حين قال: وأطلق علماؤنا ذلك. وقال فى «المختلف»(٦) و «الإيضاح»(٧): قال علماؤنا: ليس للمشترى الرجوع على الغاصب، وأطلقوا القول فى

١- ٦ . كما فى الحاشية النجارية /٢٢٠ و ٢٢١.

٢- ٧ . شرح القواعد ٨٩/٢ و ٨٨.

٣- ١ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٧١/٤.

٤- ٢ . تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ١٨/١٠.

٥- ٣ . نهاية الإحكام: فى عقد البيع ٤٧٨/٢.

٦- ٤ . مختلف الشيعة: فى عقد البيع وشرائطه ٥٥/٥.

٧- ٥ . إيضاح الفوائد: فى شروط المتعاقدين ٤١٧/١.

ذلک. وفى «تلخيص التلخيص» أطلق الأصحاب كافّة، وقد نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فى «الإيضاح»(١) أيضا فى مقامٍ آخر تارةً إلى قول الأصحاب وأخرى إلى نصّهم. وفى موضعٍ آخر(٢) إلى كثيرٍ منهم، ذكر ذلک فى الغصب. وفى «جامع المقاصد»(٣) يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين، وفى موضعٍ آخر من الكتاب المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب، وفى «الروضة»(٤) نسبته إلى ظاهر كلامهم. وفى «المسالک»(٥) و«الكفاية»(٦) و «الرياض»(٧) نسبته إلى المشهور. وفى موضعٍ آخر من

«الروضة»(٨) إلى الأكثر.

والتتبّع فى كلام الشيخ(٩) ومَن(١٠) تأخّر عنه يشهد بذلک ما عدا «المختلف»(١١) و«التذكرة»(١٢) و«الكتاب» [القواعد] فيما يأتى و«نهاية الإحكام»(١٣) و«الإيضاح»(١٤)

١- ٦ . إيضاح الفوائد: فى شروط المتعاقدين ٤١٧/١.

٢- ٧ . إيضاح الفوائد: فى أحكام الغصب ١٩٤/٢.

٣- ٨ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٧١/٤ و ٧٧.

٤- ٩ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٢٣٥/٣.

٥- ١٠ . مسالک الأفهام: فی شروط المتعاقدین ١٦٠/٤.

٦- ١١ . کفایة الأحکام: فی عقد البیع ٤٥٠/١.

٧- ١٢ . ریاض المسائل: فی بیع الفضولی ٢٢٨/٨.

٨- ١ . الروضة البهیة: فی عقد البیع ٢٣٥/٣.

٩- ٢ . المبسوط: فی الغصب ٧١/٣ والنهایة: فی المتاجر /٤٠٢.

١٠- ٣ . کالمحقّق فی شرائع الإسلام: فی عقد البیع ٨/٢، والحلّی فی السرائر: فی ضروب المکاسب ٢٢٦/٢ و ٢٢٥.

١١- ٤ . مختلف الشیعة: فی عقد البیع ٥٦/٥.

١٢- ٥ . تذکرة الفقهاء: فی شروط المتعاقدین ١٨/١٠.

١٣- ٦ . نهایة الإحکام: فی شروط عقد البیع ٤٧٨/٢.

١٤- ٧ . إیضاح الفوائد: فی شروط المتعاقدین ٤١٨/١.

و«شرح الإرشاد» لفخرالإسلام(١) و«الدروس»(٢) و«اللمعة»(٣) و«جامع المقاصد»(٤) و«المسالک»(٥) و«الروضة»(٦) و«الکفایة»(٧) فإنّ فیها اختیار الرجوع مع وجود العین.

وکأنّ المحقّق فی «الشرائع»(٨) والمصنّف فی کتاب الغصب(٩) متردّدان کصاحب «مجمع البرهان»(١٠) وکأنّهم لم یتحقّقوا الإجماع، وظهوره لیس بإجماع، والشهرة وإن علمت لا تغنی غنیً، لکن فی «المسالک»(١١) و«الروضة»(١٢) و«الریاض»(١٣) أنّ العلاّمة ادّعی الإجماع فی التذکرة علی عدم الرجوع مع التلف، والعبارة الموجودة فی «التذکرة» هی ما قد سمعتها ظاهرة فی دعواه مع التلف وبدونه إلاّ

أن یقال: إنّه لمّا اختار فی الکتاب المذکور العدم مع البقاء فهم منه أنّه لم یتحقّق الإجماع علی الإطلاق، وإلاّ لما صحّ له مخالفته، فیبقی الکلام فی ظهوره والقطع به، وهذه الکلمة لا تفید إلاّ الظهور ولم أجد له فی البیع والغصب عبارة غیرها، ولعلّه ممّا زاغ عنه النظر أو أنّ فیما وجدوه من نسخ الکتاب المذکور قد وجد فیه «أجمع» بعد قوله «علمائنا» لکنّه

١- ٨ . شرح إرشاد الأذهان للنيلى: فى البيع /٤٦ السطر الأوّل (من كتب مكتبة المرعشى برقم ٢٤٧٤).

٢- ٩ . الدروس الشرعية: فى بيع الفضولى ١٩٣/٣.

٣- ١٠ . اللمعة الدمشقية: فى عقد البيع /١١٠.

٤- ١١ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٧١/٤.

٥- ١٢ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦١/٣.

٦- ١٣ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٢٣٥/٣.

٧- ١٤ . كفاية الأحكام: فى عقد البيع وشروطه ٤٥٠/١.

٨- ١٥ . شرائع الإسلام: فى عقد البيع ٨/٢.

٩- ١٦ . قواعد الأحكام: فى أحكام الغصب ٢٣٨/٢.

١٠- ١٧ . مجمع الفائدة والبرهان: فى المتعاقدين ١٦٤/٨-١٦٥.

١١- ١٨ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦١/٣.

١٢- ١٩ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٢٣٥/٣.

١٣- ٢٠ . رياض المسائل: فى البيع وآدابه ٢٢٩/٨.

بالنسبة إلينا اتكال على الهباء، فتأمّل.

وقد استدلّ فى «التذكرة»(١) و«المختلف»(٢) و«جامع المقاصد»(٣) و«الروضة»(٤) و«المسالک»(٥) على الرجوع بعدم الانتقال مع بقاء العين إلى الغاصب، وزيد فى «المختلف»(٦) و«الإيضاح»(٧) أنّه لا عقد يوجب الانتقال، لأنّ العقد الّذى وقع كان باطلاً، ولمّا لم يكن صاحب «جامع المقاصد» ممّن يقول ببطلان العقد اقتصر على ما سمعت(٨) وزاد فى الأخيرين(٩) أنّه إنّما دفعه عوضا عن شىء لم يسلم له.

وفيه: أنّا لا نسلّم عدم الانتقال، لأنّه من الجائز أن يكون قد ملكه الغاصب لإعراض المالک عنه أو يأسه منه كما ذكروه(١٠) فی مال السفينة إذا انكسرت فی البحر، فتأمّل.

سلّمنا لكن من الجائز أن يكون عدم جواز الرجوع للمشترى عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا به على محرّم، فيكون الغاصب البائع مخاطبا بردّه، فإن بذله أخذه المشترى، وإن امتنع منه بقى للمشترى فی ذمّته وإن لم يجز له مطالبته، كما هو الشأن فيما لو حلف المنكر كاذبا على عدم استحقاق المال فی ذمّته، لكنّ ذلک فرع قيام الدليل إلاّ أن يدّعى تحصيل الإجماع من المتقدّمين والشأن فی إثبات ذلک، على أنّه قد يقال: إنّ الظاهر فی نحو الرشوة وعوض الخمر وسائر المحرّمات أنّ له أن يرجع إلى عوضه مع أنّه دفعه فی

١- ١ . تذكرة الفقهاء: فی شروط المتعاقدين ١٨/١٠.

٢- ٢ . مختلف الشيعة: فی عقد البيع وشرائطه ٥٦/٥.

٣- ٣ . جامع المقاصد: فی شروط المتعاقدين ٧٧/٤.

٤- ٤ . الروضة البهية: فی عقد البيع ٢٣٥/٣.

٥- ٥ . مسالک الأفهام: فی شروط المتعاقدين ١٦٠/٣.

٦- ٦ . مختلف الشيعة: فی عقد البيع وشرائطه ٥٦/٥.

٧- ٧ . إيضاح الفوائد: فی شروط المتعاقدين ٤٢١/١.

٨- ٨ . تقدّم فی مفتاح الكرامة ٦١٣/١٢.

٩- ٩ . الروضة البهية: فی عقد البيع ٢٣٥/٣، ومسالک الأفهام: فی شروط المتعاقدين ١٦٠/٣.

١٠- ١٠ . كما فی السرائر ١٩٤/٢-١٩٥، والمسالک ٧٧/١٤-٧٦، مجمع الفائدة والبرهان ١١١/١٢.

محرّم فليتأمّل، إلاّ أن تقول: إنّ ذلک مع الجهل كما ستسمع(١) فيما إذا اشترى خمرا وخلاً.

ويرد على ما فى «الروضة» و«المسالک» من أنّه إنّما دفعه عوضا عن شىء لم يسلم له، أنّ ذلک لا يتأتّى فى صورة عدم توقّع الإجازة، فتأمّل.

واستدلّ أيضا فى «الروضة»(٢) بأنّه كيف يجتمع تحريم تصرّف البائع فيه مع عدم رجوع المشترى به فى حال.

وفيه - مضافا إلى عدم تأتّيه فى صورة عدم توقّع الاجازة كما مرّ -: أنّ الضمير فى «فيه» إن كان راجعا إلى المثمن حتّى يكون المراد لا يجتمع تحريم تصرّف البائع فى المثمن مع عدم رجوع المشترى فى الثمن فممنوع، لأنّه أوّل المسألة. ومن ثمّ قالوا: إنّ المشترى قد فوّت ماله متعمّدا لعلمه بتحريم تصرّفه فيه ودفع ماله من غير عوض، وهو يجتمع مع جواز تصرّف البائع فى الثمن عند القائلين بالإباحة، وقد ذهبوا إلى أنّه حينئذٍ ليس أكلاً مال الغير بالباطل. وإن كان المراد أنّه لا يجتمع تحريم تصرّف البائع فى الثمن مع عدم جواز رجوع المشترى به - وهو الّذى أراده فى «المسالک»(٣) - فمسلّم، لكنّ القائلين بالإباحة لا يقولون بهذا التحريم، كيف ومدعاهم جوازه، على أنّ ذلک آتٍ فى صورة التلف كما قرّره فى «الروضة»(٤) فليتأمّل، وقد أجمع الأصحاب على أنّه إذا تلف العوض ليس للمشترى مطالبته به كما فى «شرح الإرشاد» لفخرالإسلام(٥) و«جامع المقاصد»(٦) و«المسالک»(٧) ونسبه إلى علمائنا فى «المختلف»(٨) وقد سمعت(٩) ما فى «التذكرة» و ما

١- ١ . يأتى الكلام فيه فى مفتاح الكرامة ١٢/٦٦٠-٦٦٤.

٢- ٢ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٣/٢٣٥.

٣- ٣ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ٣/١٦١.

٤- ٤ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٣/٢٣٥.

٥- ٥ . شرح إرشاد الأذهان: فى البيع /٤٥، س٢٩ (من كتب مكتبة المرعشى برقم ٢٤٧٤) مخطوط.

٦- ٦ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٧٢/٤.

٧- ٧ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٠/٣.

٨- ٨ . مختلف الشيعة: فى عقد البيع ٥٥/٥.

٩- ٩ . تقدّم فى ٦١٧/١٢.

فى «المسالک» و«الروضة» و«الرياض» من نسبة دعوى الإجماع على ذلک إلى التذكرة، ولم يعرف الخلاف إلاّ من المحقّق فى بعض تحقيقاته فى جواب مسائل سئل عنها، فإنّ فى كلامه ما يقتضى الرجوع مطلقا، كذا نقل عنه المحقّق الثانى(١)، فكان كلامه ليس

بتلک المكانة من الظهور أو الصراحة. وفى «اللمعة»(٢) و«الروضة»(٣) أنّ قول المحقّق غير بعيد إذا كان متوقّعا للإجازة، واحتمله فى «المسالک»(٤) وقال: لو لا ادّعاء العلاّمة الإجماع عليه فى التذكرة لكان فى غاية القوّة، وكذا قال فى «الرياض»(٥) وتردّد صاحب «الكفاية»(٦).

وأمّا المقام الثانى فقد عرفت(٧) أنّ الذاهب إلى صحّة البيع مع علم المشترى بالغصبية إنّما هو الشهيد فى «الدروس» والمحقّق الثانى فى «جامع المقاصد» وعرفت(٨) مَن استشكل فى البيع أو الإجازة لمكان التلازم كما مرّ، وعرفت(٩) أنّ أخبار الباب الواردة من طرقنا ظاهرة الدلالة على بطلانه، مضافا إلى ما أيّدناه به ممّا سمعته(١٠) فى أحد وجهى الإشكال.

١- ١٠ . جامع المقاصد: فى المتعاقدين ٧٧/٤.

٢- ١ . اللمعة الدمشقية: فى عقد البيع /١١٠.

٣- ٢ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٢٣٥/٣.

٤- ٣ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦١/٣.

٥- ٤ . رياض المسائل: فى البيع وآدابه ٢٢٩/٨.

٦- ٥ . كفاية الأحكام: فى عقد البيع ٤٥٠/١.

٧- ٦ . تقدّم فى ٦١٣/١٢.

٨- ٧ . تقدّم فى ٦١٤/١٢ وما بعدها.

٩- ٨ . تقدّم فى ٥٩٧/١٢.

١٠- ٩ . تقدّم فى ٦١٢/١٢ وما بعدها.

وقد احتجّ فى «جامع المقاصد»(١) على الصحّة بأنّ الأصحّ عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه، لأنّ المعتمد أنّ للمشترى استعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب لعدم المقتضى، وتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه لا ينافى كونه عوضا بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلک فى عوض العقد الفضولى لمن أوقعه فضولاً للم يكن قادحا فى ثبوت الإجازة للمالک.

وفيه: أوّلاً: أنّه اجتهاد فى مقابلة النصّ وقد بناه على ما عرفت حاله، وثانيا: إمّا أن يكون قد أباح له التصرّف فيه وسلّطه عليه غير مترقّب لإجازة المالک بل ولا محتمل لها أو يكون متوقّعا لها، فعلى الأوّل كيف لا ينافى كونه عوضا، والفرق حينئذٍ بينه وبين الفضولى واضح، لأنّه فى الفضولى لم يبحه مطلقا بل دفعه متوقّعا لكونه عوضا عن المبيع

فيكون مضمونا عليه بخلاف ما نحن فيه فإنّه سلّطه عليه وأباحه له مع علمه بعدم استحقاقه له، وعلى الثانى فعلى القول الأصحّ بأنّ الإجازة كاشفة تكون قد دلّت حين حصولها على انتقال الثمن إلى ملک المجيز بالعقد فكيف تؤثّر فيه إباحة المشترى للغاصب بعد العقد تصريحا أو تسليطا؟ فتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب إنّما هو لكون العقد غير صحيح كما هو واضح، ولا كذلک الحال فى صورة الجهل، على أنّ المعاوضة فى صورة العلم بأنّ البائع غاصب لا يعتدّ بها، لأن(٢) كانت غير مقصودة، ولا كذلک الحال فى بيع الفضولى إذا علم المشترى بالحال، لأنّه مترقّب للإجازة متوقّع لكون ما دفعه عوضا عن المبيع، فتأمّل.

ولمّا لم يحقّق صاحب الحدائق(٣) كلام القوم فى المقام أطنب فى الكلام وقلّب الأُمور فظنّ أنّ المقام الأوّل مبنىٌّ على المقام الثانى مع أنّ الأمر بالعكس، وذلک من ضعف التثبت وعدم التروّى وقلّة التدبّر»(٤).

ص:١٤٥

١- ١٠ . جامع المقاصد:فى شروط المتعادقين ٧١/٤.

٢- ١ . كذا فى المصدر والأصح: لأنَّها.

٣- ٢ . الحدائق ١٨/(٣٩٩-٣٩٣).

٤- ٣ . مفتاح الكرامة ١٢/(٦٢١-٦١٤).

قال المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله فى المقام الثانى من البحث: «حاصله [أى حاصل الإشكال]: إنّ الغاصب إذا باع شيئا فالمشترى منه إن كان جاهلاً بكونه غاصبا فلا إشكال فى صحته التأهلية فينفذ بإجازة البائع [المالک] وهكذا الحال فى العقود المتتابعة وأمّا إن كان عالما به ومع ذلک أقدم على الشراء منه فهو مسلِّط له على ماله مجانا لعلمه بفساد البيع والشراء، فإذا اشترى البائع بالثمن شيئا لنفسه يملک ما اشتراه من دون أن يضمن شيئا للمشترى الأوّل، لأنّ ماله قد تلف بالدفع إلى البائع أو هو فى حكم التالف، فلا يبقى مجال بعد ذلک لأن يجيز المالک العقد الواقع على الثمن لنفسه - أى يجيز العقد الثانى - وكيف يجيز عقدا ما لم يقع على ماله.

وهذا الاشكال مبنى على ما هو المعروف من أن تسليط المالک غيره على ماله خارجا يوجب عدم ضمانه إذا تلف تحت يده أو أتلفه، فكأن التلف حينئذ يكون فى ملكه والتسليط يكون مملِّكا فى فرض التلف، هذا كله فى إجازة العقد الثانى.

بل يجرى الإشكال فى العقد الأوّل أيضا بناءً على ما ذكره بعضهم من أنّ التسليط الخارجى يوجب الملكية أو إباحة التصرف من الأوّل قبل التلف، فإذا اشترى شخص من

الغاصب شيئا مع علمه بكونه غاصبا فقد أذن له فى الإتلاف، ولا معنى حينئذ لجعله ثمنا، فلا مجال لإجازة المالک البيع الأوّل أيضا.

وهذان الإشكالان تعرض للأوّل منهما العلاّمة والقطب ولهما معا الشهيد فى حواشيه.

ونقول يردهما: أوّلاً: فساد المبنى، فإنّ مجرد التسليط الخارجى لا يوجب ارتفاع الضمان الثابت بمقتضى عموم على اليد المثبت للضمان وليس أحد المملكات، ومن الظاهر أن تسليط المشترى الغاصب على الثمن ليس مجانيا وإنّما هو تسليط بعوض بحسب اعتبار المتبايعين أو العقلاء أيضا ولو لم يكن ممضى شرعا، وقد ذكرنا غير مرة أنّ عدم الإمضاء الشرعى والفساد بحكم الشارع لا يوجب كون التسليط مجانيا ولا ينافى الاعتبار المعاملى.

وثانيا: لو سلمنا ذلک فهو إنّما يتم على النقل دون الكشف، إذ على الكشف تكشف

الإجازة عن خروج الثمن عن ملک المشترى إلى ملک المالک المجيز قبل التسليط على مال الغير، وهو لايوجب الملک ولا إباحة التصرف نعم، على النقل يجرى الإشكال، بل الظاهر عدم جريانه على النقل أيضا، وذلک لأن التسليط إنّما يكون مجانيا فى فرض بطلان البيع وعدم لحوق الإجازة، وأما إذا كان البيع صحيحا ولحقه الإجازة فالتسليط يكون بعوض حتّى فى حكم الشارع - فتأمل.

وأما ما ذكره فخرالمحقّقين فى الإيضاح وجها رابعا لدفع الاشكال من أنّ الثمن فى الفرض يكون متعلَّقا لحقِّ المالک المجيز أيضا، إذا المفروض أنّه جعل ثمنا لماله وإن كان متعلقا لحقِّ الغاصب أيضا إلاّ أنّه يقدم عليه حقُّ المالک، لما ورد من أنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

ففيه: أوّلاً: لم يرد دليل على أنّه يؤخذ بأشق الأحوال بل لا يؤخذ إلاّ بما ثبت فى حقِّه شرعا.

وثانيا: ذكرنا أنّ وقوع العقد على مال الغير لا يوجب له حقا، والإجازة إنّما هو حكم شرعى لا حقّ مالكى هذا مضافا إلى أنّه يعتبر فى صحة الإجازة عدم كون موردها متعلَّقا لحقِّ الغير وإلاّ فلا تنفذ، فالصحيح فى الجواب عن الإشكال ما ذكرناه»(١).

أقول: أمّا المقام الأوّل: هل للمشترى العالم بالغصب مطالبة الغاصب البائع بالثمن؟

فقد عرفت أنّ فيه ثلاثة أقوال:

أ: ما ادَّعى العلاّمة(٢) عليه الإجماع وهو عدم الرجوع مطلقا أى فى فرض وجود عين الثمن وتلفه أو إتلافه. وهذا قول المتقدمين عليه كالشيخ(٣) وابن ادريس(٤)

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٦٠ و ٤٥٩.

٢- ١ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٨، نهاية الإحكام ٢/٤٧٨.

٣- ٢ . المبسوط ٣/٧١، النهاية /٤٠٢.

٤- ٣ . السرائر ٢/٢٢٦ و ٣٢٥.

والمحقّق فى الشرائع(١).

ب: الإجماع عند العلاّمة لم يتم ولذا خالفه وذهب إلى جواز مطالبة الغاصب فى فرض بقاء عين الثمن عنده، وتبعه ولده والشهيد والكركى والشهيد الثانى والمحقّق السبزوارى صاحب الكفاية.

ج: جواز مطالبة الغاصب مطلقا سواء بقيت العين أم تلفت، كما عليه المحقّق فى جواب بعض استفتآته.(٢)

والمختار عندى هو ما ذهب إليه المحقّق أخيرا:

[١] لعدم تمامية الإجماع وغيره من الأدلة المذكورة فى كلامهم.

[٢] ولأنّ ما فعله المشترى العالم بالغصب ليس إلاّ بيعا عرفيّا عند عامة الناس وليس تمليكا مجانيا ولا إباحة مالكية ولاتسليطا لماله للغير من دون عوض.

[٣] وعلى فرض قبول هذه الموارد الثلاثة لا إشكال فى جواز الرجوع فى جميعهم لجواز الرجوع فى الهبة المجانية والإباحة المالكية مع بقاء الثمن واضح. ومع تلفه لعدم تمامية هذه الموارد عندنا.

[٤] لا يجوز للغاصب التصرف فى ما دفعه إليه المشترى، لأنّه دُفِع إليه عوضا من العين ولا يتم العقد عند الشارع فيكون ضامنا كما فى المقبوض بالعقد الفاسد. هذا كلّه فى المقام الأوّل.

أما المقام الثانى: هل بيع الغاصب مع علم الْمُشْتَرِىْ بغصبيّته صحيح فللمالک

تتبّع العقود والإجازة أم ليس بصحيح؟

فقد عرفت أنّ فيه قولين:

أ: ما ذهب إليه المشهور من بطلان العقد.

١- ٤ . الشرائع ٨/٢.

٢- ٥ . المسائل الطبرية، المسألة الرابعة، وهى مطبوعة فى ضمن الرسائل التسع /٣٠٦ للمحقّق الحلّى بتحقيق الشيخ رضا الأستادى من منشورات مكتبة آية اللّه المرعشى النجفى رحمه الله .

ب: ما ذهب إليه الشهيد والمحقّق الثانى والسيّد الخوئى وشيخنا الأُستاذ(١) قدس سرهم من صحة العقد وأنّه يجرى فيه ما يجرى فى غيره من أنّ للمالک تتبع العقود على عين المال أو ثمنه وإجازة أىٍّ منها شاء.

والمختار عندى¨ هو القول الأخير من صحة العقد وجواز تتبع العقود:

[١] لعدم ورود نص فى المقام وما ادعاها فى المفتاح ليست إلاّ ماورد من الروايات فى بطلان الفضولى كما مرّ نقدها.

[٢] ما دفعه المشترى العالم بالغصبية ليست الإباحة المالكية أو الهبة المجانية بل دفعه عوضا عن عين مال اشتراه بالعقد العرفى ولا الشرعى.

[٣] حيث تمّ أنّ ما دفعه يكون بعنوان الوفاء بالعقد فيصح للمالک إجازة هذا العقد وتملک الثمن الوارد فيه.

[٤] لا أرى فرقا بين العالم بالغصبية والجاهل بها والعالم بالفضولية والجاهل بها والغصب والفضولى لعدم تمامية أدلة الفرق.

[٥] وحيث لم يَكُنْ - هُناک - فَرْقٌ بين هذه الموارد فيجوز للمالک إجازة العقد وتتبع العقود على عين المال وثمنه ويجرى بحث تتبع العقود بعين ما مرّ فى الفضولى والحمد للّه كما هو أهله.

وأمّا القول فى ابْتِناء المقام الثّانى على المقام الأوّل: فأقول: بناءً على القول

وأمّا القول فى ابْتِناء المقام الثّانى على المقام الأوّل: فأقول: بناءً على القول الأوّل [أ] فى المقام الأوّل لا يجرى فى المقام الثانى إلاّ القول الأوّل [أ] لعدم وجود المعاوضة والعقد وأمّا بناءً على قولى الثانى والثالث [ب و ج] فى المقام الأوّل يمكن أن يجرى فى المقام الثانى كلا القولين [أ و ب]، فالمقام

الثانی یبتنی علی المقام الأوّل کما نبّه علیه صاحب مفتاح الکرامة رحمه الله لا عکسه کما ظنّه صاحب الحدائق.

ص: ۱۴۹

۱- ۱ . راجع ارشاد الطالب ۸۵/٤.

ص: ۱۵۰

وَصْلٌ: فی أَحْکامِ الرَّدّ

اشاره

ص:۱۵۱

اشارة

ص: ۱۵۲

أحکام الردّ

اشارة

هذه الأحکام تجری بعد البناء علی أنّ الردّ هادم للعقد وفسخ له فی الجملة وقد عرفت(۱) عدم الدلیل علیه.

والردّ یتحقق بالفعل کما یتحقّق بالقول کما مرّ ذلک فی أصل العقد والإجازة ویقع الکلام فیه فی ضمن جهات:

الجهة الأُولى: الردّ القولى

قال الشيخ الأعظم: «لا يتحقق الردّ قولاً إلاّ بقوله: «فسخت» و «رددت» وشبه ذلک ممّا هو صريح فى الرد، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز»(٢).

أقول: لا نحتاج إلى صراحة اللفظ فى الردّ بل يكفى الظهور لاعتبار الظواهر عند العقلاء والشرع المقدس.

وقد مرّ عدم تمامية لزوم وفاء الأصيل بالعقد فلا يمكن استصحابه عند الشک فيه، «وعلى تقديره [أى لزومه] فاستصحابه لا يثبت إضافة العقد إلى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها، فإنّه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه، نظير استصحاب بقاء وجوب الصلاة وإثبات عدم خروج وقتها...»(٣).

نعم، القابلية من طرف المجيز باقية حتّى مع الردّ الصريح قبله لما مرّ ولا نحتاج فيه إلى استصحابه لعدم الشک فى وجوده وبقائه.

١- ١ . راجع الآراء الفقهية ٥/٥٠٥.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٤٧٧.

٣- ٣ . إرشاد الطالب ٤/٨٨.

الجهة الثانية: الردّ الفعلى

قال الشيخ الأعظم: «وكذا يحصل [الردّ] بكلِّ فعلٍ مخرجٍ له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما كالعتق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلک، والوجه فى ذلک: أنّ تصرّفه

بعد فرض صحّته مفوّت لمحلِّ الإجازة لفرض خروجه عن ملكه»(١).

أقول: مرّ وقوع العقد بالفعل عندى إلاّ ما خرج بالدليل فكذلک يمكن وقوع الإجازة والردّ كليهما بالفعل هذا بالنسبة إلى كبرى بحث الردّ الفعلى.

وأمّا صغراه: فقد ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ الرد الفعلى يحصل بكلِّ فعلٍ يكون ذلک الفعل مخرجا للمال عن ملک المالک المجيز، والخروج يمكن أن يكون بالنقل أو الإتلاف والعتق والبيع ونحوها.

ولكن المحقّق النائينى بعد ما قَبِلَ الكبرى ناقش فى الصغرى وقال: «لا إشكال فيه [فى الرد الفعلى] بحسب الكبرى فإنّ الرد من العناوين القابلة لتحقّقها بالفعل وليس كالنكاح الذى لا يقبل تحقّقه بالفعل فإنّ الفعل فيه من السفاح الذى هو ضدّ النكاح. وإنّما الإشكال فى الصغرى فإنّا لا نجد فعلاً يكون مصداقا للردّ بالحمل الشائع الصناعى...»(٢).

وتبعه شيخنا الأُستاذ رحمه الله فى ظاهر عبارته.(٣)

ولكن يرد عليه: «أنّ الإشارة والكتابة من الأفعال ومع ذلک لا إشكال فى صدق عنوان الردّ عليهما، فإذا سألناه عن أنّک تقبل المعاملة الكذائية فحرّک رأسه ورفعه فمعناه أنّه يردّها ويصدق عليه الردّ بلا كلام فيترتب عليه أحكامه»(٤) وكذا الكتابة. فيتم وجود المصداق الفعلى للردّ وهذا هو صغراه.

وقَبِلَ صاحب العقد النضيد(٥) هذا البيان.

١- ١ . المكاسب ٤٧٧/٣.

٢- ٢ . منية الطالب ١٥٢/٢، ونحوها فى المكاسب والبيع ٢٤٣/٢.

٣- ٣ . راجع إرشاد الطالب ٨٩/٤.

٤- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ٦٣/٢.

٥- ٥ . العقد النضيد ٥٢٣/٣.

الجهة الثالثة: هل تُعدّ التصرفات الناقلة عن الملك ردّا؟

اشارة

التصرفات تنقسم إلى أَرْبَعَةِ أَقْسامٍ يأتى تفصيلها:

وأمّا التصرفات الناقلة فتنقسم إلى قسمين:

الأوّل: التصرفات التى تمنع عن رجوع العين إلى ملكية مالكها الأوّل

الأوّل: التصرفات التى تمنع عن رجوع العين إلى ملكية مالكها الأوّل مجددا، كالبيع اللازم والهبة إلى ذى الرحم والهبة المعوّضة.

الثانى: التصرفات التى لا تمنع عن رجوع العين إلى ملكية مالكها الأوّل

اشارة

الثانى: التصرفات التى لا تمنع عن رجوع العين إلى ملكية مالكها الأوّل مجددا

فيجوز للمالک الرجوع فى عين ماله حقّا أو حكما نحو: البيع الخيارى أو الْهِبَة لغير ذى رحم أو بدون عوض.

ومن المعلوم أنّ القسم الثانى لا يعدّ ردا لبيع الفضولى الذى يكون قبله لأنّ المالک بعد رجوع العين إليه يتمكن من إجازة بيع الفضولى السابق من دون إشكال عندى.

١- وأمّا القسم الأوّل: الذى لا يمكن رجوع العين إلى مالكها بوجهٍ

اشارة

١- وأمّا القسم الأوّل: الذى لا يمكن رجوع العين إلى مالكها بوجهٍ فهل هذه التصرفات تُعَدُّ ردا لا يمكن بعدها لحوق الإجازة؟ أو لا تعدّ؟ أو أنّ هناك تَفْصِيْلاً بناءً على قولى الكشف والنقل فى الإجازة؟

وجوه بل أقوال.

الأوّل: ذهب المحقّق النائينى وتلميذه السيّد الخوئى

الأوّل: ذهب المحقّق النائينى(١) وتلميذه السيّد الخوئى(٢) إلى عدم وجود محلّ للإجازة بعد صحة التصرفات الصادرة من المالک.

والوجه فى ذلک: التصرف الصادر من المالک يعدّ تصرفا صادرا من أهله وواقعا فى محلّه ومعه لا يبقى محلّ للإجازة.

وبعبارة أُخرى: المالک بعد تصرّفه الناقل يصير أجنبيّا فإجازته اللاحقة بعد صدور التصرف، تصدر مِمَّنْ ليس له صلة بالمال ويكون أجنبيّا عنه.

الثانى: هذه التصرفات الناقلة تكون باطلة فالإجازة التى تأتى بعدها

اشارة

الثانى: هذه التصرفات الناقلة تكون باطلة فالإجازة التى تأتى بعدها نافذة بناءً

١- ١ . منية الطالب ١٥٣/٢.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٦٥/٢.

على الكشف لا النقل، فيكون القول الثانى هو التفصيل بين قولى الكشف و النقل. ويدلّ عليه:

١- صحيحة أبيعبيدة الحذاء

(١)

بتقريب: إنّ موافقة الحىّ بالنكاح السابق تعدّ إجازة صادرة ممّن ليس له قابلية المحلّ لصدورها بعد حيلولة الموت وانتفاء موضوع النكاح، فإذا يرى الإمام عليه السلام هذا الإجازة اللاحقة كاشفة عن صحة النكاح السبق فهى أولى بأن تكون كاشفة عن صحة عقد الفضولى، فضلاً عن تأثير الإجازة فى بطلان ملكية المالك وهى لا تكون أقوى من تأثير الموت فى بطلان النكاح.

ويرد عليه: أوّلاً: تعميم الحكم الوارد فى باب الارث إلى أبواب البيع والمعاملات

يكون من القياس الباطل.

وثانيا: هذه الصحيحة تختص بقضية معينة ولا مجال لتعميم حكمها إلى غيرها، فهى غير مطلقة ولا دليل على إلغاء الخصوصية منها.(٢)

٢- الوجه العقلى المذكور فى كلام المحقّق الأصفهانى رحمه الله :

اشارة

قال: «وأمّا على الكشف(٣) بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه(٤)، فصحة العقدين معا مستحيلة إذ(٥) لايمكن أن يكون المال فى زمان العقد الثانى ملكا للمشترى من المالك، وللمشترى من الفضول بإجازة المالك فلابد من رفع اليد عن أحدهما، وحيث أنّ المفروض(٦) تأثير العقد من حين صدوره بالإجازة المتأخرة التى هى شرط متأخر

١- ٣ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٢- ١ . راجع العقد النضيد ٥٢٧/٣.

٣- ٢ . مراده الكشف الحقيقى الشرطى.

٤- ٣ . أى الشرط المتأخر يتأثّر فى العقد السابق ولا بأس بهذا التأثّر فى خصوص الأُمور الاعتبارية لا غيرها.

٥- ٤ . إذ وما بعده تعليل للاستحالة.

٦- ٥ . بناءً على الكشف الحقيقى الشرطى وهو الوجه الأوّل من وجوه الكشف فى مقام الثبوت راجع الآراء الفقهية ٤٠٢/٥.

يؤثر فى ما قبله، فلا محالة لا يعقل أن تكون الملكية المتصلة بحال الإجازة شرطا فى تأثير الإجازة(١) وإلاّ لزم الخلف(٢) أو الانقلاب(٣).

فالملكية المتصلة بحال العقد كافية فى صحة الإجازة من المالك(٤)، فمقتضى تأثير العقد المجاز تامٌ ثبوتا(٥) وإثباتا(٦)، فلو لم ينفذ البيع الثانى الصادر من المالك كان

على وفق القاعدة لأنّه بيع وارد على مال الغير، ولا ينفذ إلاّ ممّن له البيع(٧).

بخلاف ما إذا قلنا بعدم نفوذ العقد المجاز فإنّه(٨) تخصيص بلاوجه، فيدور الأمر

١- ٦ . هذا هو المدعى للمحقّق الاصفهانى رحمه الله بأنّ شرط صحة عقد الفضولى وقوع العقد فى ملك مالكه لا وقوع الإجازة المتأخرة فى ملكه، بل عدم معقولية وقوع الإجازة فى ملك المالك،

لأنّ بناءً على الكشف الحقيقى ينتقل المال من حين العقد إلى المشترى من العاقد الفضولى فحين الإجازة لا تكون العين فى ملكية المالک. واستدلّ عليه بدليلين:

٢- ٧ . هذا هو دليله الأوّل: الخلف: أى لو كانت ملكية المالک إلى حين الإجازة شرطا لصحة الإجازة اللاحقة يسلتزم عدم انتقال المال إلى المشترى من الفضولى من حين العقد وهو خلاف الفرض أى الكشف الحقيقى فخلفٌ.

٣- ٨ . هذا هو دليله الثانى: والمراد به هو الكشف الانقلابى الذى يعدّ من أقسام الكشف الحكمى وهو - أى الكشف الانقلابى - عبارة عن بقاء ملک المالک على العين قبل الإجازة وأمّا بعدها تنقلب الملكية دفعة واحدة وتصير العين ملكا للمشترى من حين العقد والإجازة تكشف عن هذا الانقلاب. [راجع بحث وجوه الكشف فى مقام الثبوت فى الآراء الفقهية ٤٠٥/٥]. والكشف الانقلابى أيضا غير مفروض كلامنا وهو الكشف الحقيقى بنحو الشرط المتأخر.

٤- ٩ . ولا نحتاج إلى بقاء ملكية المالک إلى حين الإجازة، بل يستحيل ذلک بالدليلين الماضيين.

٥- ١٠ . لما ثبت من الدليلين أنّ الملكية إلى حين العقد كافية ويستحيل بقاء الملكية إلى حين الإجازة.

٦- ١١ . لأنّ مع ثبوت مقتضى للعقد يثبت لزوم الوفاء بمقتضى العقد بدلالة الآية الشريفة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». عقد الفضولى تام بعد صدور الإجازة فيجب.

٧- ١ . أى لايصح البيع إلاّ من المالک والبيع الثانى بعد صدور الإجازة بناءً على الكشف الحقيقى يكون بيع مال الغير فباطلٌ.

٨- ٢ . أى عدم نفوذ عقد الفضولى وبطلانه ولو بعد صدور إجازة المالک.

بين التخصص(١) والتخصيص بلا وجه(٢) أو بوجه دائر(٣). لأنّ صحة العقد الثانى متوقفة على بقاء المال على ملک البائع حال بيعه وهو متوقف على عدم صحة العقد المجاز، وهو متوقف على عدم كون المال ملكا له، مع أنّه لا مخرج لا عن ملكه إلاّ العقد الثانى فيدور.

بخلاف العقد المجاز فإنّه يكفيه الملكية المتصلة بحال العقد المجاز، والعقد الثانى لا يزيل الملكية المتصلة بحال العقد المجاز بل يزيل الملك المتصل بحال الإجازة وهو غير لازم»(٤).

المناقشة فى دليل المحقّق الأصفهانى

ويرد عليه: أوّلاً: يمكن القول باعتبار تداوم ملكية المالك من حين العقد إلى حين الإجازة فلابدّ من صدور الإجازة منه فى ملكه، ولكن الملكية اللولائيّة أى لو لا الإجازة لكان مالكا، وهذه الملكية الخاصة - أى اللولائية - لا يلزم من الالتزام بها لا

الخُلف ولا الكشف الانقلابى، وهما دليلا المحقّق الأصفهانى ولا يجريان فى هذه الملكية

١- ٣ . أى خروج العقد الثانى من تحت الآية الشريفة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يكون على وجه التخصص لأنّه من أوّل الأمر لم يدخل تحت الآية لأنّها أمرٌ إلى المُلاّك والعقد الثانى لم يقع فى ملك المالك، لأنّه وقع فى ملك المشترى من الفضولى فخروجه عن الآية الشريفة يكون تخصصا.

٢- ٤ . وأمّا إذا عكسنا الأمر وَأَرَدْنا خروج عقد الفضولى مع صدور الإجازة بناءً على الكشف من تحت الآية الشريفة، فَهذا يوجب تخصيصها بلاوجه ودليل شرعى لأنّه عقد وقع فى ملك مالكه وصدور إجازته فيجب الوفاء به ولم يَرِدْ مُخَصَّصٌ لأجل خروجه من تحت الآية الشريفة.

٣- ٥ . أى التخصيص بالوجه الدائر: وهو تقدم العقد الثانى على عقد الفضولى وتخصيص آية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وخروج عقد الفضولى من تحته يكون دوريا لأنّ صحة العقد الثانى متوقفة على بقاء المال على ملك البائع حال بيعه، وهذه الصحة متوقفة على بطلان عقد الفضولى، وعلى هذا خروج عقد الفضولى من تحت الآية الشريفة متوقف على صحة العقد الثانى وصحته متوقفة على بطلان عقد الفضولى والبطلان متوقف على الخروج من تحت الآية الشريفة فيكون دوريّا.

٤- ٦ . حاشية المكاسب ٢/٢٧٤ و ٢٧٥.

اللولائية.

وثانيا: إذا لاحظنا النسبة بين الإجازة والملكية اللولائية فلا تخلو من وجوه ثلاثَة:

أ: الإهمال: وهو ممنوع، لاستحالته فى الأُمور الواقعية وفى نفس الأمر.

ب: الإطلاق: وهو أيضا ممنوع، لأنّه يستلزم أن تكون إجازة الأجنبى مؤثرة فى بيع الفضولى وهو باطل.

ج: التقييد: وهو المطلوب فتكون الإجازة مقيّدة ومشروطة بالملكية اللولائية.

فمن باع قبل صدور الإجازة عنه، لا يكون مالكا لو لا الإجازة فلم يتحقّق اشتراط الإجازة وقيدها فإجازته باطلة.

وثالثا: يمكن القول باعتبار الإجازة بناءً على الكشف فى فرض لم يتعقّبه تصرف من المالک فى ماله، وأمّا إذا صدر من المالک تصرفا فى ماله فالإجازة الصادرة منه بعد ذلک التصرف غير مؤثرة فى الكشف والبيع الثانى من أعظم مصاديق التصرف ولا يلزم منه الخلف ولا الكشف الانقلابى كما يظهر من المحقّق الخمينى(١) رحمه الله .

وبعبارة أُخرى: صحة الإجازة متوقفة على فساد التصرف من المالک فلو توقّف فساد التصرف منه على صحة إجازته لكان دورا ظاهرا كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى(٢) رحمه الله .

ورابعا: صحة العقد الثانى لم تبن على الدور المحال الذى ذكره المحقّق الأصفهانى، لما مرّ من ابتناء صحة عقد الفضولى على صدور الإجازة من المالک اللولائى، والمالک مع فرض قيامه بالبيع الثانى لم يكن مالكا لولائيا فبطلان عقد الفضولى مستندا إلى عدم شرطه ولم يكن مستندا إلى صحة العقد الثانى حتّى يلزم منه الدور المدعى.(٣)

وخامسا: ما ذكره قدس سره لو تم - ولم يتم - إنّما يتم على الكشف الحقيقى الشرطى وقد

١- ١ . كتاب البيع ٤٣٣/٢.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٦٥/٢.

٣- ٣ . الباقى من النقود يظهر من العقد النضيد ٣/(٥٣٤-٥٣٢).

عرفت(١) أنّ للكشف أقسام متعددة وأنواع متكثرة، فالدليل أخص من المدعى.

وبالجملة: لا يمكن الالتزام بهذا الدليل العقلى المذكور فى كلام المحقّق الأصفهانى قدس سره .

٣- الوجه العقلى المذكور فى مقالة المحقّق الايروانى رحمه الله

قال: «... إنّ خطاب (أَوْفُوا) إن توجّه إلى المالک لم يبق موقع لتوجّهه إلى إجازته لعقد الفضولى حتّى يلتجأ إلى الجمع بين الخطابين بذلک، ففى كلّيّة [أى جميع [فروض المنافاة بين الصحيحتين الأمر دائر بين صحة عقد المالک وصحة إجازته فكل منهما فرض صحيحا بطل الآخر، ولكن عقده صحيح على القول بالنقل لأنّه عقد صدر عن أهله فى محلّه لبقاء ماله على ملكه فتشمله أدلة صحة تصرفات المالک فلا يبقى موضوع لنفوذ إجازته لخروجها عن كونها إجازة المالک.

وإجازته صحيحة على القول بالكشف لكشفها عن سبق خطاب (أَوْفُوا) بالنسبة إلى العقد الصادر من الفضولى فيكون النقل حاصلاً حينه فلا يبقى موضوع لصحة عقده لانكشاف كونه عقد غير المالک.

وبالجملة: سبق خطاب كلّ منهما يوجب خروج الآخر عن موضوع الخطاب وتخصّص الدليل بالنسبة إليه...»(٢).

ويرد عليه: إنَّهُ لم يقم دليل على أنّ خطاب (أَوْفُوا) يتوجّه أوّلاً إلى المالک المجيز - بناءً على الكشف - بل الصحيح أنّ توجّه الخطاب إلى المالک المجيز مشروط بملكيته اللولائية فى حين صدور الإجازة منه، وحيث قام بعد عقد الفضولى ببيع ماله مباشرة فخرج المبيع عن ملكيته وإجازته لم تقع فى ملكيته اللولائية فإجازته باطلة وتمّ البيع المالک. الأصيل، حتّى على القول بالكشف.

والحاصل: لم تتم الوجوه الثّلاثة التى أقاموها على التفصيل بين الكشف الحقيقى

ص:١٦٠

١- ٤ . راجع الآراء الفقهية ٤٠٢/٥ وما بعدها.

٢- ١ . حاشية المكاسب ٣٢٢/٢.

والنقل.

وأمّا إثبات التفصيل بناءً على الكشف الانقلابى:

فقد قال المحقّق الأصفهانى فى تقرير إثبات التفصيل: «وأمّا الكشف على وجه الانقلاب فمبناه على بقاء المال على ملک مالكه الأصلى، وإنّما ينقلب بالإجازة، ولا انقلاب حقيقة إلاّ بعد الإجازة، فجميع تصرفات المالک تصرفات واردة على ملكه

حقيقة، ونفوذها يمنع عن نفوذ العقد الأوّل بالإجازة ولو بنحو الانقلاب، فإنّ الانقلاب إنّما يعقل إذا لم يكن له مانع، ونفوذ التصرفات المتوسطة بين العقد الأوّل والإجازة مانع، لفرض التمانع بين صحة العقدين، وفرض عدم المزاحم للتصرف المتوسط حال ثبوته حقيقة وواقعا، فيساوق الكشف الانقلابى للنقل فى صحة العقد الثانى دون الأوّل، وحيث إنّ بناء المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره على الكشف الانقلابى بل نسبه إلى المشهور أيضا، فلذا أطلق فى الكلام من حيث الكشف والنقل.

والتحقيق: أنّ المانع من صحة العقد المجاز مع صحة العقد الثانى أحد أُمور:

إمّا عدم إتصال ملک المجيز بحال الإجازة، لعدم كفاية الملكية المتصلة بحال العقد هنا، إذ لا يعقل الانقلاب فيها فى الملكية بين العقد والإجازة.

وإمّا لزوم اجتماع مالكين على ملک واحد فى زمان العقد الثانى، إذا فرض تصحيح العقدين، حيث إنّ إبطال العقد الثانى بعد فرض وقوعه صحيحا بلا وجه، فلابد من فرض مالكية المشتريين لمال واحد فى زمان العقد الثانى.

وإمّا لغوية الإجازة إذا أثرت فى صحة العقد الأوّل بنحو الانقلاب إلى زمان العقد الثانى فقط، لئلا يلزم اجتماع الملكين، ولا يصححه الرجوع إلى البدل، لمكان إتلاف المال بالنقل الصحيح، لأنّ الملک الانقلابى متأخر عن الإتلاف بالنقل، فكيف يصح الرجوع إلى البدل لتصح الإجازة وتخرج به عن اللغوية.

وهذه الموانع كلها مدفوعة:

أمّا الأوّل: فلأنّ المصحح للإجازة ليس إلاّ ورود العقد على ملكه، بحيث يكون حال الانتقال منه إلى غيره ملكا له رعايةً للانتقال منه إليه، فتارة يكون موقع الانتقال

ص:١٦١

حال العقد كما هو كذلک على الكشف بأقسامه، وأُخرى يكون موقعه حال الإجازة كما هو كذلک على النقل.

نعم بناءً على الانقلاب لابدَّ من أنْ يفرض للمجيز ملک بعد العقد حتّى ينقلب، فيصير للمجاز له، وهذا من لوازم الانقلاب لا من مصححات الإجازة، والمفروض هنا أيضا تأخر العقد الثانى عن الأوّل، فبالإجازة ينقلب ملک المجيز قبل العقد الثانى فيصير من حين العقد الأوّل ملكا للمجاز له.

وأمّا الثانى: فبأنّ لازم تأثير العقد الأوّل بالإجازة على نحو الانقلاب صيرورة العين من حين العقد الأوّل ملكا للمجاز له إلى زمان العقد الثانى، لا فيما بعده أيضا، ليلزم

إبطال العقد الثانى بلا وجه، وأمّا قبل العقد الثانى فلا يلزم اجتماع الملكين لما مرّ(١) مرارا من أنّ الانقلاب خلاف الاجتماع.

وأمّا الثالث: فمدفوع بأنّ لازم الانقلاب - عند القائل به - أنّ الاتلاف الوارد قبله من مالكه يوجب الرجوع إلى البدل، لأنّ فرض الانقلاب فى الملك فرض الانقلاب فى لوازمه، فكأنّ الاتلاف بالانقلاب وارد على الملك المنقلب إليه، والعقد الصحيح الذى لا يقبل الإبطال كإتلاف الملك المنقلب إليه من حيث عدم إمكان عود الملك المنقلب إلى إلى مالكه، فيوجب الرجوع إلى البدل، وإنْ كان فى التضمين بالإتلاف بسبب الانقلاب إشكال فهو غير مخصوص بالمقام»(٢).

أقول: ولكن يرد عليه: أوّلاً: كيف التزم قدس سره بأنّ تَصَرُّفَ المالک فى ماله بالبيع الأصيل المباشر يعدّ من تلف مال الغير حكما ويلزمُهُ دفع البدل إلى المشترى من الفضولى؟!

لأنّ المال إن كان ماله - كما هو كذلک - فتصرّفه فيه يقع بلا إشكال فباع ماله وحين صدور الإجازة منه لم يكن مالكا للمال حتّى بالإجازة اللولائية فإجازته باطلة وبالتالى

١- ١ . حاشية المكاسب ١٤٤/٢، تعليقة ١٣٢.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٢٧٦/٢ و ٢٧٧.

بيع الفضولى محكوم بالبطلان.

وإن لم يكن المال ماله حين عقده الثانى فتصرفه باطل ولم ينتقل المال إلى المشترى منه ويحكم بصحة بيع الفضولى ولم يكن هنا الإتلاف الحكمى ولا الرجوع إلى البدل.

وثانيا: الجمع بين صحة بين المالک نفسه وصحة بيع الفضولى بالإجازة الصادرة من المالک يستلزم اجتماع ملكيتين على مال واحد وهو محال. كما أنّه يستلزم اجتماع مالكين على مال واحد على نحو الاستقلال وهو مستحيل. فلا يمكن الجمع بين الصحتين.

وثالثا: يمكن حلّ ما ذكره بما مرّ من اعتبار ملكيّة المالک حين الإجازة بالملكيّة اللولائية وحيث باع المالک ماله فحين الإجازة فاقد لهذه الملكيّة اللولائية فإجازته باطلة وبالتالى بيع الفضولى، ولايتحقّق إتلاف مال الغير حتّى نحكم بوجوب إرجاع بدله إلى المشترى من الفضولى.

فلا يتم ما ذكره المحقّق الاصفهانى حول إثبات التفصيل بالكشف الانقلابى.

فظهر ممّا ذكرنا عدم وجود الدليل على المحتمل الثالث - وهو صحة بيع الفضولى فى المقام - مطلقا - أى بلا فرق بين قولى الكشف والنقل - لِاءَنَّهُ حيث لم يتم التفصيل فى المقام فإطلاقه بطريق أُولى.

هذا تمام الكلام فى التصرفات الناقلة.

٢- القسم الثانى: التصرفات غير الناقلة

اشارة

التى لا توجب نقل العين وهى على ثلاثة أقسامٍ:

الأوّل: الاستيلاد

إذا استولد المالک جاريته بعد أن باعها الفضولی وصارت أُمَّ وَلَدٍ هل تبطل الإجازة وَتَزُوْلُ قابليتها عن التأثير أم لا؟

الظاهر أنّ الاستيلاد من جانب المالک وبعد بيع الفضولی قبل الإجازة، يُخْرِجُها عن قابلية التأثير فتقع لغوا، لأنّ من شرائط البيع أن لايكون المبيع أمّ ولدٍ، ومن المعلوم أنّ

ص:١٦٣

المبيع لابدّ أن يكون ملكا طِلْقا لمالكه حتّی يقدر علی بيعه واستند البيع إليه وشملته الإطلاقات لأنّها خطابات للملاّک الذين يقدرون علی البيع، وحيث أنّ الأمة مستولدة حين صدور الإجازة فتقع الإجازة لغوا.

اللهم إلاّ أن يقال: الممنوع هو إنشا البيع علی أُمّ الولد لا إسناد البيع المُنشَأ سابقا بالإجازة اللاحقة.

ويُجاب عنه: بأنّ المبيع حين الإجازة لابدّ وأن يكون ملكا طِلْقا للمالک لو لا الإجازة بتفصيل مرّ.

والمختار هو بطلان الإجازة بعد الاستيلاد وزوال قابليتها به وحيث لم تترتب فائدة فی هذا الزمن علی هذا البحث لانتفاء موضوعه نكتفی بهذا المقدار والحمد للّه ربّ الأرباب.

الثانی: تزويج الأمةِ

إذا زوّج الفضولی أمة المالک من شَخْصٍ ثمّ زوّجها المالک بنفسه من شخص آخر، صار «التزويج الصادر من المالک عقد صدر من أهله ووقع فی محلّه وبه تصير الأمة مزوّجة، ومعه لا يبقی مجال للإجازة بوجه لأنّ المزوّجة لا تزوّج والإجازة هی التزويج فی الحقيقة»(١).

نعم، التنافی بين الْبَيْعِ والتزويج مفقود فإذا «باع الفضولی أَمَة المالک من شخص ثمّ زوّجها المالک من شخص آخر ثمّ أجاز البيع الواقع علی الأمة فإنّ كلاً من التزويج والإجازة صحيحان وتنتقل الأمة إلی المشتری مزوّجة»(٢).

وللمشترى خيار الفسخ لأنّه اشتراها لاستيفاء منافعها، لا لِمُجَرَّدِ عِتْقِها فقط، والأمة المزوّجة غير قابلة للاستيفاء بمنافع بُضْعها، فله الخيار فى الفسخ إن شاء والإمضاء كذلك.

ص:١٦٤

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٦٦/٢.

٢- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٦٧/٢.

الثالث: الاستيجار

يُسْتَفادُ من كلام الشيخ الأعظم(١) أنّ إجازة المالک توجب تفويت قابلية محلّ الإجازة كالاستيلاد والتزويج، لأنّ ملكية المنافع تابعة لملكيّة الأعيان ومَنْ له ملكية العين له ملكية المنافع أيضا، وحيث أنّ عقد الإجازة صدر من مالكه وهو أهله ووقع فى محلّه فلا يبقى محلّ للإجازة، ولأنّ الفضولى باع العين من المشترى ولكن المالک ملّک منافعها للمستأجر وهذان متنافيان لايمكن اجتماعهما.

ولكن يرد عليه: بعدم وجود التنافى بين البيع والإجازة لأنّ مُتَعَلَّقَيْهِما مختلفان فالعين تتعلَّق بالبيع والمنافع تتعلَّق بالإجازة.

نعم، المالک إذا آجر داره ثمّ أجاز بيعها الفضولى، يرجع بيعه إلى بيع عين المسلوبة المنافع إلى مدّة الإجازة ولا تنافى بين البيع هكذا والإجازة.

وللمشترى فسخ بيعه لأنّه اشترى العين لمنافعها ثمّ ظهر أنّها مسلوبة المنافع فله الخيار فى الفسخ والإمضاء، هذا كلّه على النقل.

وأمّا على الكشف الحقيقى أو الحكمى بأقسامها فكلاهما صحيحان، والمالک قد فوّت المنافع على المشترى ويضمنّها بأجرة المثل نحو ما إذا أتلفها بسكناها أو إسكان غيره.

نعم، لو كان الصادر من الفضولى أيضا إجازة فتكون منافية للإجازة الصادرة عن المالک.(٢)

٣- القسم الثالث: التصرفات غير الناقلة

٣- القسم الثالث: التصرفات غير الناقلة التى تودّى إلى ثبوت حقّ للغير نحو الرهن الصادر من المالک بعد ما عقد الفضولى ثمّ أجاز البيع فيقع الرهن من المالک فى وسط بيع الفضولى وإجازته، فهل هذا الرهن ينافى ذلک البيع والإجازة بحيث لا يبقى معه مجال للإجازة المتأخرة أو لا تنافى بينهما وكلاهما - البيع والرهن - صحيحان؟

١- ٢ . المكاسب ٤٧٧/٣.

٢- ٣ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٦٧/٢.

هذه المسألة مُبْتَنِيَةٌ على مسألة جواز بيع الرهن وعدمه وفيها احتمالان:

الأوّل: الاعتماد على ما ورد فى النبوى الضعيف أنّه قال صلى الله عليه و آله : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن.(١)

ولا ريب بأنّ الاجازة والبيع تصرّف من الراهن - الذى هو ممنوعٌ من التصرف - فى الرهن، فتصرفه فيه باطل والرهن يكون موجبا لإلغاء الإجازة المتأخرة.

الثانى: وأمّا إذا طرحنا الرواية النبويّة لضعف سندها وعدم انجباره بعمل الأصحاب فيمكن القول بصحة الرهن والبيع معا، إذ لا يشترط فى الرهن أن يكون من مال الراهن المديون ويجوز أن يكون ملكا لآخر وقد وضعه عند المرتهن وثيقةً لدينه، فَتَنْتَقِلُ العين إلى المشترى بِوَصْفِ كَوْنِها رهنا.

نعم، للمشترى خيار الفسخ لأنّ انكشاف الرهن فى المال نقص فيه وخلاف لمقتضى طلقيته.

ولكنْ هنا احتمال ثالث: ذهب إليه المشهور(٢) من فقهائنا - رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين - من عدم جواز بيع العين المرهونة توسط الراهن إلاّ بعد الاستئذ ان من المرتهن، كما أنّ المرتهن لا يجوز له بيع العين المرهونة إلاّ فيما إذا بلغ الأجل وطالب المرتهن من الراهن أداء دينه واستنكف عن الأداء فحينئذ يمكن أن يرفع أمره إلى الحاكم الفقيه وهو وليُّ الممتنع فله أن يجيزه ببيع العين واستيفاء حقّه منها وأداء الباقى منها إلى الراهن.

وبالجملة: لو أجاز المرتهن بيع الراهن صح البيع والرهن معا وإلاّ صح الرهن والبيع يكون باطلاً، لأنّ الإجازة تكون مؤثّرة فى بيع الفضولى إذا صدرت من المالک الذى له أن يتصرّف فى ماله وبالرهن يكون ممنوعا من التصرّف فإجازته المتعقبة للرهن لاغية وغير مؤثرة.

١- ١ . درر اللآلى ٣٦٨/١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤٢٦/١٣، ح٦.

٢- ٢ . كما فى العقد النضيد ٥٤٢/٣.

ولهذا القسم من التصرفات فروع أُخَرُ نحو: ثبوت الحقّ للمجنى عليه على الجانى، أو ثبوت حقّ الغرماء فى مال المُفَلَّس، أو ثبوت حقّ الإرث للزوجة من الأبنية والدور بناءً على ما هو المشهور من عدم توريثها من العقار(١) وغيرها وَتَظْهَرُ أحكامها بالتأمل.

٤- القسم الرابع: التصرفات التى لا تنافى المعاملة الفضولية

اشارة

وقد مثّل لها الشيخ الأعظم(٢) بمثالين هما:

أ: تعريض المبيع للبيع توسط المالک خلال بيع الفضولى وصدور الإجازة من المالک.

ب: البيع الفاسد بأن يبيع المالک العين بالبيع الفاسد فی الزمان الوسط بين عقد الفضولی وصدور إجازته.

ثمّ قال: «وهذا أيضا على قسمين: لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالک إلى وقوع العقد من الفضولی على ماله، وإمّا أن يقع فی حال عدم الالتفات»(۳).

ثمّ اختار أَنَّ التعريض للبيع أو العقد الفاسد إذا التفت المالک إلى عقد الفضولی يكون مصداقا للردّ لأنّ معناهما أنّ المالک غير راض بما أصدره الفضولی فيشمله عموم أنّ الإجازة بعد الردّ لغو.

بخلاف ما إذا لم يلتفت المالک إلى عقد الفضولی لأنّه جاهل به أو لم يلتفت إليه فلا تكون تعريضه للبيع أو البيع الفاسد ردّا لعقد الفضولی ولا يترتب عليهما أحكام الردّ.(٤)

واستدلّ الشيخ الأعظم(٥) على ما أفاده فی حال الالتفات من أنّهما يعدان الردّ بأُمور:

الأوّل: إنّ هذا التصرف الصادر منه بنفسه يعدّ ردّا فعليّا لبيع الفضولی.

١- ١ . راجع العقد النضيد ٥٤١/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٧٩/٣.

٣- ٣ . المكاسب ٤٧٩/٣.

٤- ٤ . المكاسب ٤٨٠/٣.

٥- ٥ . المكاسب ٤٧٩/٣.

ويرد عليه: الردّ من الأُمور الإنشائية ومجرد تعريض المتاع للبيع أو العقد الفاسد لا يعدّ ردّا فعليّا للعقد الفضولی مادام لم نحرز إنشاء الردّ بالفعل.

الثانى: الاستدلال بالإطلاقات الواردة فى نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاهُما(١)

وما ورد فى من زوَّجَتْه أُمّه وهو غائب من قوله عليه السلام : إن شاء قبل وإن شاء ترک.(٢)

ثمّ ناقش الشيخ الأعظم فى هذا الاستدلال بقوله: «إلاّ أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترک فلا تعرّض فيه لكيفيته»(٣).

والمناقشة فى محلّها لأنّ ما ورد فى النصوص إنّما هو فى مقام تجويز الردّ للسيّد والابن وأمّا الردّ يتحقّق بماذا؟ فلا نظر فيها إليه أبدا.

الثالث: قال: «أنّ المانع من صحة الإجازة بعد الردّ القولى موجود فى الرد الفعلى وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفى العقد»(٤).

ويرد عليه: بقبول الكبرى الواردة فى كلام الشيخ الأعظم بعدم وجود الفرق بين ردّى القولى والفعلى وأمّا أنّهما – التعريض للبيع والعقد الفاسد – من مصاديق الردّ الفعلى فهو أوّل الكلام، وأشبه شيءٍ بالمصادرة.

الرابع: فحوى الاجماع المدّعى على أنّ الفسخ فى العقود الخيارية يحصل بالفعل كالوط ء والبيع والعتق.

والوجه فى الفحوى والأُولوية: أنّ الفسخ رفع للملكية الثابتة بأسبابها، والردّ دفع عن حصول الملكية بالعقد الفضولى، والرفع أشكل من الدفع، فإذا ثبت أنّ الفعل يوجب الرفع مثلاً فهو يوجب الدفع بطريق أولى.

وردّ السيّد الخوئى عليه: بعدم وجود الأُولوية والفحوى فى المقام «لأنّ البيع والعتق إنّما يقتضيان الفسخ فى العقد الخيارى من أجل أنّ قصدهما حقيقة لا يتحقّق من

١- ٦ . وسائل الشيعة ١١٤/٢١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.
٢- ١ . وسائل الشيعة ٢٨٠/٢٠، ح٣ من الباب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.
٣- ٢ . المكاسب ٤٧٩/٣.
٤- ٣ . المكاسب ٤٨٠/٣.

غير مالک المال والعبد فإنّ البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهى لاتتحقّق إلاّ بخروج المثمن عن ملک مَنْ دخل فى ملكه الثمن، كما أنّ العتق فكّ ملكيته وهذا لايتحقّق إلاّ بكون المعتَق - بالفتح - ملكا له، فالبيع والعتق يدلاّن بالدلالة الإلتزامية على أنّه رجع إلى ملكه وفسخ العقد الجائز، إذ لولاه لما يتحقّق منه قصد شى ء من البيع والعتق حقيقة، وهذا بخلاف الردّ فإنّ الملک ملكه حينئذ وليس كالفسخ فإنّ الملک فيه للمشترى دون المالک، فتصرّفاته فى ملكه لا يحتاج إلى إرجاع الملكية السابقة لأنه ملكه فلا يكون فيها دلالة

على ردّ العقد الفضولى، فلا يمكن قياس الردّ بالفسخ.

وأمّا الوط ء، فلا دلالة فيه على الفسخ أبدا، إذ لايتوقّف الوط ء على الملک كتوقّف قصد البيع والعتق حقيقة عليه بل يتحقّق بدون الملک أيضا لإمكان الزنا فى العالَم، فلعلّه لم يقصد الفسخ بل أراد الزنا، وحمل فعل المسلم على الصحة إنّما يوجب عدم الحكم بزناه، وأمّا أنه يوجب حمله على الفسخ فلا، لأنّه لا يثبت الصحة الواقعية كما لا يخفى. نعم الوط ء فى العدّة الرجعية بنفسه رجوع وإن قصد به الزنا لأنّها زوجته حقيقة وقصده ذلک ليس بشىء، لأنه نظير قصد الزنا بزوجته.

فالمتحصّل: أنّ البيع الفاسد أو التعريض للبيع لا يكون ردّا كيف والبيع الصحيح لا يكفى فى الردّ، كما أنّهما لايوجبان سقوط المالک عن قابلية الإجازة لعدم المنافاة بينهما وبين الاجازة، وهذا بخلاف البيع الصحيح، لأنّ الصحيح منه مؤثّر فى الانتقال فتقع الإجازة لغوا، هذا كلّه فى العقود اللازمة.

بقى الكلام فى مثل الوصية والوكالة:

بقى الكلام فى مثل الوصية والوكالة: وأنّه إذا أوصى لزيد بماله أو وكّله فى بيع شىء ثمّ باعه بنفسه ببيع فاسد أو عرّضه للبيع فهل هما يوجبان بطلان الوصية والوكالة أو لا؟

قد عرفت ممّا ذكرناه فى الفسخ بالبيع والعتق أنّ البيع وَنَحْوَهُ من الأفعال لا يوجب الفسخ والردّ فى أمثال المقام ممّا لا يتوقّف قصد البيع فيه حقيقة على إرجاع الملكية السابقة لعدم خروجه عن ملكه حتّى يتوقّف على إرجاعها، فإن كان البيع الواقع على المال صحيحا فهو مُنافٍ للوصية والوكالة ومُعدم لموضوعهما لا أنّه فسخ، وأمّا إذا كان

ص:١٦٩

فاسدا أو تعريضا للبيع فهو لا يدلّ على الفسخ كما عرفت ولا ينافيهما لعدم كونه مؤثّرا، فتكون الوصية والوكالة صحيحتين وباقيتين على حالهما ولعلّه ظاهرٌ»(١).

أقول: يُمْكِنُ جَرَيانُ ما ذكره المحقّق السيّد الخوئى فى الوط ء فى البيع أو العتق بأنّ المالک باعه فضولة للمشترى من الفضولى أو أعتق العبد لمشتريه كذلک، أعنى البيع والعتق لايلازمان مع الفسخ، فما ذكره السيّد الخوئى فى الوط ء يجرى فى البيع والعتق ولكن المهم فى المقام هو قيام الإجماع على أنّ الفسخ يحصل بهذه الأمور الثلاثة وغيرها من التصرفات المالكية فى العقود الخيارية.

فمعقد الإجماع يكون على تحقّق الفسخ فقط ولايرتبط بالردّ فى العقود الفضولية. فما ذكره الشيخ الأعظم لايتم.

وبالجملة: التصرفات التى لاتنافى المعاملة الفضولية لايعدّ ردّا بلا فرق بين حالتى الالتفات بها وعدمه.

وأمّا العقد الجائزة:

وأمّا العقد الجائزة: فلو صدر من المالک فی الوسط بین العقد الفضولی والإجازة عقود جائزة کما لو وهب ماله أو أوصی به ثمّ أجاز العقد الفضولی، الإجازة تامة لأنّ الإجازة الصادرة من المالک تعدّ فسخا لذلک العقد الجائز وتمّ العقد الفضولی خلافا لصاحب العقد النضید (۲)- مد ظله - لأنّه یری أنّ ملکیة المالک قد زالت بالعقد الجائز وحتّی لو عادت ملکیته فإنّها تعدّ ملکیة جدیدة.

ویرد علیه: أوّلاً: فی مثل الوصیة ملکیته باقیة لاأقل فی بعض الصور.

وثانیا: لو سلّمنا بأنّ ملکیته بعد الفسخ ملکیّة جدیدة، فللمالک الإجازة بلا فرق بین أنْ تکون ملکیته سابقةً أو لاحقة وجدیدة.

کما مرّ فی البحوث السابقة والحمد للّه.

ص: ۱۷۰

۱- ۱ . التنقیح فی شرح المکاسب ۷۱/۲ و ۷۰.

۲- ۱ . العقد النضید ۵٤٦/۳.

وَصْلٌ: مسائل حول بیع الفضولی

اشارة

ص: ۱۷۱

ص: ۱۷۲

المسألة الاولی: حکم المالک مع المشتری لو لم یجز

اشارة

إذا لم يجز المالک فإن کان المبیع فی یده فهو وإلاّ فللمالک انتزاع ماله ممّن المبیع فی یده مع بقاء الْمَبِیْعِ ویرجع بمنافعه المستوفاة علیه، وکذا غیر المستوفاة علی خلاف فی الأخیر کما مرّ فی الرابع من أحکام المقبوض بالعقد الفاسد من هذا الکتاب.(۱)

ولو تلف المبیع یرجع المالک إلی من تلف عنده بمثله أو قیمته، وفی القیمة إلی قیمة یوم الأداء کما مرّ فی بحث ضمان القیمی بالقیمة.(۲)

ولکن الشیخ الأعظم اختار قیمة یوم التلف کما اختاره فی بحث ضمان القیمی.(۳)

ورَدِفَهُ بقوله: «أو بأعلی القیم من زمانٍ وقع فی یده»(٤). وقد مرّ(٥) استدلال الشیخ الأعظم لهذا الوجه ونقده منّا(٦) فلا نعیده.

ثمّ قال الشیخ الأعظم: «ولو کان قبل ذلک [أی التلف] فی ضمان آخرٍ وفُرض زیادة الیمة عنده ثمّ نقصت عند الأخیر، اختص السابق بالرجوع بالزیاة علیه کما صرّح

۱- ۱ . راجع الآراء الفقهیة ٤/۳۹٥ و ٤۰٤.

۲- ۲ . راجع الآراء الفقهیة ٤/٥٥۰.

۳- ۳ . المکاسب ۳/۲٥۱ وما بعدها.

٤- ٤ . المکاسب ۳/٤۸۳.

٥- ٥ . المکاسب ۳/۲٥٤.

٦- ٦ . راجع الآراء الفقهیة ٤/٥٤٥.

به جماعة فی الأیدی المتعاقبة»(۱).

من المصرِّحين هو العلاّمة فى القواعد حيث يقول: «... ولو زادت فى يد الأوّل طولب بالزيادة دون الثانى...»(٢).

وقال فى تذكرة الفقهاء: «هذا إذا لم تختلف قيمة العين فى يدهما أو كانت فى يد الثانى أكثر، ولو كانت فى يد الأوّل أكثر لم يكن للمالك مطالبة الثانى بالزيادة، لأنّها تلفت فى يد الأوّل قبل الوصول إليه، وإنّما يطالب الأوّل بها لا غير، ويستقرّ ضمانها عليه، فليس له الرجوع على الثانى بها، ولو رجع المالك عليه بالأصل والزيادة، كان له الرجوع على الثانى بالأصل خاصة دون الزيادة»(٣).

ووافقه الشهيد الثانى فى المسالك(٤) والمحقّق السبزوارى فى الكفاية(٥) والسيّد العاملى فى مفتاح الكرامة(٦).

هذا القول مبنىٌّ على ضمان الغاصب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما نبّه عليه المحقّق الثانى(٧)، وهو خيرة جماعة من الفقهاء كما مرّ(٨) وأدلته ونقدها أيضا(٩) فلا نعيد والحمد للّه المعيد للنعم بغير استحقاقها.

وأمّا الأوصاف

اشارة

فهى على قسمين:

١- ٧ . المكاسب ٤٨٣/٣.

٢- ٨ . قواعد الأحكام ٢٢٤/٢.

٣- ١ . تذكرة الفقهاء ٣٧٧/٢، السطر ٣٥ من الطبع الحجرى (١٨٥/١٩).

٤- ٢ . المسالک ١٥٦/١٢.

٥- ٣ . كفاية الأحكام ٦٤٩/٢.

٦- ٤ . مفتاح الكرامة ٩٧/١٨.

٧- ٥ . جامع المقاصد ٢٢٥/٦.

٨- ٦ . راجع الآراء الفقهية ٥١١/٤.

٩- ٧ . راجع الآراء الفقهية ٥٤١/٤.

أ: الوصف الذى يوجب الزيادة العينية فى المال نحو: سمن النعاج.

ب: الوصف الذى يوجب الزيادة الحكمية فى المال نحو: تعلّم العبد الكتابة أو الخياطة اللَّتَيْنِ توجبان ارتفاع قيمته.

والأوّل حيثيته تقييديّة:

والأوّل حيثيته تقييديّة(١): أى تبذل بإزاءها المال وتقابل مقدار معين من المال بإزاء ذلک الوصف.

والثانى حيثيته تعليليّة:

والثانى حيثيته تعليليّة(٢): أى المال تبذل بإزاء العبد لا الكتابة والخياطة ولكنّهما

تستوجبان زيادة القيمة.

والفرق بينهما: إذا كانت العين متصفة بالوصف الأوّل فى تعريف البائع لمبيعه ثمّ ظهر بعد فقدانه فإنّ القاعدة تقتضى تخيير المشترى بين الخيار أو أخذ الأرش. وأمّا إذا كانت العين متصفة بالوصف الثانى ثمّ ظهر خلافه فإنّ القاعدة تقتضى ثبوت الخيار فقط لا الأرش.

ثمّ هل يضمن ويغرم المشترى الأوصاف أم لا؟

اشارة

بناءً على ثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو الأداء، إذا كانت العين فى يد البائع متصفة بصفة كالخياطة أو الكتابة أو الطباخة أو السمن فزالت العين عند المشترى فلا ينبغى الإشكال فى أنّ المشترى يغرم العين والصفة لأنّه بأخذه العين قد ضمنها بأوصافها.

وأمّا إذا كانت العين باقية ولكن زالت أوصافها عند المشترى فلابدّ من غرم أوصافها الفائتة عند المشترى.

فرع:

فرعٌ: وإذا حصلت الأُوصاف عند المشترى وزالت عنده أيضا مع زوال عين المال

١- ٨ . الحيثية التقييدية: هى إنّ الحيثية أو التحيث على نحو جزء الموضوع نحو الناطق للإنسان، والاختلاف فيها يوجب التكثر فى الموضوع.
٢- ٩ . الحيثية التعليلية: إذا كان التحيث خارجا عن ذات الموضوع نحو كون الشىء علّة أو معلولاً، لأنّهما يكون خارجا عن الذات وإن كان التحيث والتقيّد به داخلاً بشرط اتخاذهما على نحو التقيّد لا القيد. والاختلاف فيها لايوجب التكثر فى الموضوع.

أو بقاءها فهل يغرم المشترى للمالک العين مع الأوصاف فى الأوّل والأوصاف فقط فى الثانى - أى فى فرض بقاء العين - ؟

نعم، يغرم المشترى فى الفرضين للمالک، لأنّه بأخذه العيصن قد ضمن للمالک ثمنها واوصافها.

فرع آخر:

فرعٌ آخر: ثمّ هل البائع الفضولى يغرم هذه الاوصاف المتجددة الحادثة عند المشترى والتالفة عنده أيضا أم لا؟

ذهب المحقّق السيّد الخوئى(١) إلى عدم غرم البائع الفضولى تلك الاوصاف المتجدة والتالفة عند المشترى لأنّ العين التى كانت تحت يد البائع الفضولى لم تكن فيها هذه الاوصاف فلم يضمنها البائع الفضولى.

ولكن المحقّق النائينى(٢) يرى غرمه قياسا بالمنافع بناءً على ثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو الأداء.

وقد يقال فى الفرق بينهما: بأنّ المنافع تابعة للعين فى الضمان بخلاف الأوصاف.

ولذا قال المحقّق السيّد الخوئى: «ثمّ إذا قلنا بالضمان بأعلى القيم فيكون مبدأ أخذ ذلک بالنسبة إلى كل ضامنٍ زمان دخول العين تحت ضمانه، فيكون البائع الأوّل ضامنا من أوّل وضع يده عليها إلى زمان دفع القيمة حتّى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدى المتأخرة، وهكذا كل شخص يضمن ذلک من زمان وضع اليد إلى زمان دفع القيمة، والوجه فى ذلک أنّ بمجرد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه إلى أن يؤديها إلى مالكها وهذا المعنى مستمر إلى زمان الدفع ومنحلّ إلى ضمانات عديدة فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلک الضمانات، وأمّا الأشخاص المتأخرة لايضمنون على الأعلى القيم قبل الأخذ، فلو كانت العين فى يد البائع الأوّل يحاذى بخمسة وباعها من المشترى وصارت عنده يحاذى بعشرين ثمّ نزلت قيمتها إلى أربعة وباعها من الآخر كذلک، وترقى قيمتها

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٧٣/٢، محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٦٧/٢.

٢- ٢ . منية الطالب ١٦٠/٢.

عنده إلى خمسين ثمّ نزلت إلى عشرة فباعها كذلك إلى الآخر، فهذا الشخص الأخير لا يضمن إلاّ على العشرة لأنّه لم يأخذ زائدا عن ذلك ولم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامنا عليه بمقتضى اليد أو السيرة وأمّا السابقين عليه كلّهم يضمنونون بخمسين فإنّها فى عهدتهم من زمان وضع اليد إلى حين الخروج من العهدة، ولو كان عند الأوّل بخمسين وعند الثانى بعشرين وعند الثالث بعشرة وعند الرابع بخمسة فلا يضمن بالخمسين إلاّ الأوّل والأخير بالخمسة والثانى بالعشرين والثالث بعشرة لعين ما عرفت»(١).

ثمّ قال: «... ولكن الظاهر أنّ السابق لايضمن الصفات الحاصلة فى اليد التالية وإنّما الضامن لها ليس إلاّ من حدثت الصفات تحت يدها وذلك فإنّ مقتضى اليد أو السيرة ليس إلاّ ضمان البائع الأوّل سواء كان غاصبا أو لا بالعين مع الحيثيات القائمة فيها، فهذه الحيثية بالنسبة إلى المنافع موجودا فى العين فإنها متصفة بالفعل بحيثية الانتفاع بها وقابلية استيفاء المنافع منها بالفعل وهذا بخلاف الأوصاف فإنّ العين وإن كانت لها قابلية السمن وقابلية تعلّم الأوصاف الكمالية ولكن حيثياتها الفعلية بحيث لو أراد أن ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لا يمكن [لأنّها] غير موجودة فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد إلاّ لِمَنْ تكون حدوثها عنده فقط دون السابق عليه ودون اللاحق به كما هو واضح»(٢).

اعتراض الاستاذ المحقّق بأنّ التفصيل بين المنافع والأوصاف

واعترض عليه الاستاذ المحقّق - مد ظله - بأنّ التفصيل بين المنافع والأوصاف بأنّ الأوّل مضمون على اليد السابقة برغم عجزها عن التصرف والانتفاع لأنّها فى تحت تصرف المشترى الآخر، والثانى غير مضمون لأنّ اليد السابقة لا تتمكن من الانتفاع بها لأنّها غير موجودة عندها، غيرُ وجيهٍ لأنّ فى كلا الموردين اليد السابقة غير متمكن من التصرف والانتفاع فلابدّ من القول بالضمان فيهما أو عدمه فيهما والتفصيل غير تام، وحيث ذهب المحقّق الخوئى رحمه الله إلى الضمان فى المنافع فلابدّ له من القول بالضمان فى

۱- ۱ . مصباح الفقاهة ۳۳۷/٤ و ۳۳۸.

۲- ۲ . مصباح الفقاهة ۳۳۹/٤.

الأوصاف من باب قياس المساواة أو الفحوى أو الأولوية القطعية.(۱)

أقول: قياس المساواة أو الفحوى أو الأولوية القطعية بين المنافع والأوصاف ممنوعة لأنّ اليد على العين يدٌ على منافعها بلا فرق بين المستوفاة منها أو غيرها عرفا ولكن اليد على العين ليست يدا على الأوصاف التى لم تحدث إلى الان وحدثت فيما بعد عرفا وهذا المقدار من الفرق يكفى فى صحة تفصيل المحقّق الخوئى رحمه الله والذى يسهل الخطب عدم تمامية القول بثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو حين الأداء كما مرّ فى بحث القيميات(۲)، ونحن نقول بثبوت قيمة يوم الأداء وذمة الضامن مَشْغُوْلَةٌ بالعين التى أخذها من المالک فإذا سمنت عنده أو تعلّمت شيئا وبقى الْوَصْفان والمشترى ضامن للوَصْفَيْن. أمّا إذا زال الْوَصْفانِ فليس على المشترى ضمان بالنسبة إلى الوصف الزائل لأنّ العين حين وقعت تحت يده كانت فاقدة للوصف هذا إذا كانت العين موجودة، وأمّا إذا كانت تالفة فليس عليه إلاّ قيمة العين التى وقعت تحت يده فى اليوم الأوّل ولكن بقيمة يوم الأداء لا قيمة يوم القبض ولا أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو يوم الأداء، والحمد للّه الذى له البقاء.

۱- ۱ . راجع العقد النضيد ۵۵۷/۳.

۲- ۲ . راجع الآراء الفقهية ۵۰۹/٤ وما بعدها.

المسألة الثانية: حكم المشترى مع البائع الفضولى

اشارة

وفيها مقامان من البحث:

أحدهما: ما إذا كان المشترى جاهلاً بالفضولية أو الغصبية أَوْناسِيا لهما أو مُشْتَبِها بينهما وبين غيرهما.

ثانيهما: ما إذا كان المشترى عالما بالفضولية أو الغصبية أو نحوهما.

وأمّا المقام الأوّل:

اشارة

فقال الشيخ الأعظم: «أنّه [المشترى] يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضوليا سواء كان باقيّا أو تالفا...»(١).

ففى هذا المقام لا إشكال فى أنّ المشترى يرجع إلى البائع الفضولى بعين ماله إذا كانت موجودة وبقيمتها أو مثلها إذا كانت تالفة لعموم قوله عليه السلام : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى.(٢)

ولأنّ يد البائع عليها عدوانية فللمشترى أن يطالبه بردّها أو مثلها أو قيمتها بمقتضى عموم قاعدة الناس مسلطون على أموالهم.

إن قلت(٣): كيف يرجع المشترى إلى البائع الفضولى مع اعتراضه بأنّ المال ملك البائع واشترى منه العين حسب الفرض.

١- ١ . المكاسب ٤٨٤/٣.

٢- ٢ . مستدرک الوسائل ٨/١٤، ح١٢، الباب ١ من أبواب کتاب الودیعة.

٣- ٣ . ذکره الشیخ الأعظم بقوله: «لا یقدح فی ذلک اعتراضه بکون البائع مالکا...». المکاسب ٤٨٤/٣.

قلت: هذا الاعتراف یأتی علی صور:

الصورة الاولی: أن یکون هذا الاعتراف مستندا إلی قاعدة الید والمشتری بمقتضی قاعدة الید بنی علی أنّ البائع مالک للعین ولذا اشتراها منه وفی هذه الصورة

یجوز للمشتری الرجوع إلی البائع وأخذ الثمن منه، لأنّ البینة التی أقامها المالک علی أنّ المال لیس ملکا للبائع توجب سقوط قاعدة الید لأنّ البینة حاکمة علی قاعدة الید وتوجب زوال موضوعها لأنّ الشک مأخوذ فی موضوع قاعدة الید والبینة تزیل الشک تعبدا فلا یبقی لها موضوع بعد البینة، فله أن یَرْجِعَ إلی البائع وَیَأْخُذَ الثمن منه.

هذا کلّه فی الصورة الاولی.

وأمّا الصورة الثانیة: فالاعتراف مستند إلی العلم بمالکیة البائع خارجا بحیث یری البینة التی أقامها المالک کاذبة ویدّعی استحقاق البائع للعین ثمّ الثمن، فلا إشکال فی أنّ المشتری مأخوذ علی مقتضی علمه ولا عبرة بالبینة والطریق مع فرض وجود العلم والقطع فلا یجوز للمشتری مطالبة البائع بالثمن لأنّه یراه مالکا للعین ومُسْتَحِقّا لما أخذه من الثمن.

وأمّا الصورة الثالثة: فهی صورة الجهل بالمستند بحیث لا یُعْلَم بأنّ مستند اعترافه هو قاعدة الید أو العلم فهل تلحق بالصورة الاولی من جواز الرجوع إلی البائع أو بالصورة الثانیة من عدمه؟

قال الشيخ الأعظم فى هذه الصورة: «... ولو لم يُعْلَمْ استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره ففى الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الاقرار» من دلالته على الواقع وجهان»(١).

ولم يرجّح أحد الوجهين على الآخر، لأنّ المتعارف فى المعاملات بناءها على قاعدة اليد كما ورد فى معتبرة حفص بن غياث: لو لم يجز هذا لم يتم للمسلمين سوق.(٢)

١- ١ . المكاسب ٤٨٤/٣.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٩٢/٢٧، ح٢، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم.

فهم يَرَوْنَ ذا اليد مالكا وَيُعامِلُوْنَهُ معاملة المالک.

وكذلک الثابت من السيرة العملية العقلائية إنّهم يعتبرون المتاع ملكا لبائعه لأنّ ظهور الحال بل المقال مَنْ يتصدّى لبيع المتاع أنّه مالک له ومن يشترى منه يعلم ويقرّ بملكيته فلذا ورد فى الشراء منه فهذا الاقرار مستند إلى العلم والواقع لا على قاعدة اليد.

وعند تعارض المستندان - أى قاعدة اليد والعلم - إمّا أن يكون الدليلان قاصِرَيْنِ فى مرتبة الاقتضاء حتّى يشمل فرض التعارض، وإمّا بعد فرض الشمول يتعارضان ويتساقطان فلا يبقى مستند فى المقام ولذا الشيخ الأعظم يتردّد فيه ولم يرجّح أحدهما

على الآخر.

مقالة المحقّق الأصفهانى ونقده:

قال قدس سره : «الكلام تارة فى مقام الواقع وجواز الرجوع على البائع، وأُخرى فى مقام الرجوع عليه بالترافع عند الحاكم.

أمّا الأوّل: فإمّا أنْ ينكشف عند المشترى كذب البائع وأنّه فضول، وإمّا أنْ يكون عالما بأنّه مالک، فلا إشكال فى جواز الرجوع فى الأوّل، وعدمه فى الثانى واقعا.(١)

وإمّا أنْ لا ينكشف عنده كذبه وصدقه فله - بعد قيام البينة بحسب ظاهر الشرع(٢)- الرجوع إلى البائع واقعا(٣)، لأنّ البيع باطل بحكم الشارع الذى لم يتبين خلافه، فالثمن

١- ١ . لأنّه بعد وقوع العقد صحيحا لا يحق له الرجوع إلى البائع الفضولى واسترجاع ثمنه.

٢- ٢ . لأنّ البينة لاتكشف عن الواقع وإنّما هى مجرد أمارة ويحتمل مخالفتها للواقع لكنّها حجة ويحق له الرجوع إلى البائع بمقتضاها.

٣- ٣ . قال فى العقد النضيد ٥٦٣/٣: «مراده من «واقعا» هو الواقع فى مقابل حكم القاضى ويقصد به الواقع فى مقابل الترافع الشرعى أمام الحكم، أى يحقّ للمشترى الرجوع فى هذه الصورة إلى البائع واسترجاع الثمن مع غمض العين عن حكم القاضى...». أقول: يردّه ما ورد فى ذيل كلام المحقّق الأصفهانى: «هذا إن كان بطلان المعاملة شرعا مستندا إلى قيام البينة عند الحاكم ببطلان البيع». فالمراد من الواقع ليس ما ذكره الاستاذ المحقّق - مد ظله - ولا يمكن القول بأنّ مستند الحكم يكون ظاهريّا وأمّا الحكم الذى يتولّد منه حكما واقعيا وسبحان من لا يسهو.

باقٍ على ملک المشترى شرعا، والناس مسلطون على أموالهم، هذا إنْ كان بطلان المعاملة شرعا مستندا إلى قيام البينة عند الحكم ببطلان البيع.

وإنْ كان لأجل اليمين المردودة من البائع على المدعى، فغاية ما يستدعى اليمين المردودة كونها ميزانا لفصل الخصومة باخذ المبيع وإعطائه للمدعى، لا أنّها طريق شرعى إلى كونه ملكا للمدعى بحكم الحاكم، ولا مزيل فعلاً للملكية، بل المال باقٍ على ملک مالكه وإنْ لم يجز له التصرف فيه

ظاهرا أو باطنا أيضا، ولذا لو ندم الحالف كذبا وأراد إرجاع المال إلى صاحبه لا حاجة فيه إلى تمليكه إيّاه.

وأمّا كون اليمين المردودة بمنزلة البينة من الحالف، لأنه مدعٍ وظيفته إقامة البينة، أو بمنزلة الإقرار من الرادّ، لأنه كالاعتراف بأنّ القول ما يقوله المدعى بحلفه، فإنّما هو بلحاظ بعض الآثار لا أنّها طريق حقيقة إلى ملكية العين للحالف.

وأمّا الثانى: وهو الرجوع بالترافع عند الحاكم، فلا مانع من رجوعه إلاّ إقراره

بشرائه منه صحيحا، فيكون اعترافا بمالكيته، وأنّ المدعى كاذب، فإنْ علم باستناده إلى يده فقد ظهر خلافه بأمارة أقوى منها فلا إقرار منه.

وإنْ علم عدم استناده إليه بأنْ أصرَّ على كونه مالكا - حتّى بعد قيام البينة - فإقراره مانع عن رجوعه عند الحاكم، فإنّ مقتضاه صحة البيع بنظره، وأنّ المدعى كاذب وهو بالتصرف فيما أخذه غاصب.

وإنْ لم يعلم استناده فى اعترافه إلى اليد، فظاهر حال المتعاملين الاستناد فى الاقدام على الشراء إلى اليد، وظاهر قوله «أنّه مالک، وأنّى قد إشتريته منه» - لمكان كشف اللفظ عن الواقع - هو الاستناد إلى غير اليد التى هى إمارة على الملک، وحيث إنّ ظاهر اللفظ حجة دون ظاهر الحال، فيحمل إقراره على استناده فيه إلى غير اليد، فيمنع عن رجوعه إلى المشترى عند الحاكم»(١).

أقول: يمكن أن يناقش عليه:

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٨٧/٢ و ٢٨٨.

أوّلاً: بما مرّ من عدم إمكان الجمع بين قوله: «... فله - بعد قيام البينة بحسب ظاهر الشرع الرجوع إلى البائع واقعا». والحكم الظاهرى لا يولد إلاّ حكما ظاهريا لا حكما واقعيا.

ثانيا: عدّ اليمين المردودة فصلاً للخصومة فقط، «لا انّها طريق شرعى إلى كونه ملكا للمدعى بحكم الحاكم ولا مزيل فعلاً للملكية بل المال باق على ملك مالكه...».

ولكن يرد عليه: بعدم الفرق بين اليمين المردودة واليمين المنكر والبينة من عدم اثبات الواقع بهنّ، فكلهنَّ من هذه الجهة على حدّ سواء ولكن يجوز للغير التعامل معهنّ وشراء هذا المال من صاحبهنَّ أو توريث المال لوارثه، لأنّ التعامل يتوقف على الملكية - ولو ظاهرا - وكذلك التوريث.

والشاهد لما ذكرنا ما ورد فى صَحِيْحَةِ ابن أبييعفور عن أبيعبداللّه عليه السلام : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من حلف لكم باللّه على حق فصدّقوه، الحديث.(١)

ووجوب التصديق يستلزم أن تكون اليمين من الأَمَاراتِ التى تكشف عن الحقّ كالبينة، فلا فرق بينهما. وتفصيل المُحَقّقِ الأصفهانى فى غير محلّه.

ثالثا: ما ورد فى مقالته ب- «انّ ظاهر اللفظ حجة دون ظاهر الحال» لا يتم، لأنّ

ظاهر الحال كظاهر اللفظ يعدّان من الظنون الخاصة وكلاهما حجتان ولو لم يكن ظاهر الحال حجة فكيف تَصِحُّ حجية الإطلاق المقامى والحالى.

ونعلم بأنّ «مستند حجيتهما السيرة العقلائية القائمة على اعتبار ظاهر الحال وحجيته فى موارد عديدة:

منها: فى تمييز المدّعى عن المنكر فى باب القضاء، وتقديم قول المنكر لظاهر حاله حيث فسر أصحابنا(٢) المدّعى بمَنْ يكون قوله مخالفا للظاهر والمنكر من وافق قوله الظاهر ولو لا حجية ظاهر الحال لما كان مقدّما.

۱- ۲ . وسائل الشيعة ۲٤٥/۲۷، ح۲، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم.

۲- ۱ . على قولٍ.

ومنها: الحكم(۱) بمقتضى ظاهر الحال عند اختلاف الزوجين فى الأمتعة حيث حكم الإمام(۲) عليه السلام بملكية الزوجة لها متعمدا فى ذلک على ظاهر الحال وأنّ العروس تأتى عادة بجهازها معها...»(۳).(٤)

۱- ۲ . راجع الاستبصار ٤۷/۳.

۲- ۳ . وسائل الشيعة ۲۱۳/۲٦، ح۱، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج وفيها: «... أنّ الجهاز والمتاع يُهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به، وهذا المدّعى فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئا فليأت عليه البينة».

۳- ٤ . العقد النضيد ٥٦۹/۳.

٤- ٥ . قال الشهيد فى الدروس ۱۱۰/۲ و ۱۱۱: «لو تداعى الزوجان متاع البيت ففى صحيحة رفاعة [وسائل الشيعة ۲۱٦/۲٦، ح٤] عن الصادق عليه السلام : «له ماللرجال، ولها ما للنساء ويقسّم بينهما ما يصلح لهما» وعليها الشيخ فى الخلاف [۳٥۲/٦، مسألة ۲۷]. وفى صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج [الكافى ٦٥۱/۱۳، ح۱ (۱۳۰/۷)؛ التهذيب ۲۹۷/٦، ح۸۳۱، وفيه ۳۰۱/۹، ح۱۰۷۸ بسنده عن ابن أبيعمير] عنه عليه السلام : «هو للمرأة»، وعليها فى الاستبصار [٤۷/۳]. ويمكن حملها على ما يصلح للنساء توفيقا، وفى المبسوط [۳۱۰/۸] يقسّم بينهما على الاطلاق، سواء كانت الدار لهما أو لا، وسواء كانت الزوجة باقية أو لا، وسواء كانت بينهما أو بين الورّاث، والعمل على

الأوّل». فما ذكره الاستاذ المحقّق – مد ظله – يتم على أحد الأقوال وإحدى الروايتين، راجع الجواهر ٤٠/(٤٩٤-٤٩٦). أقول: فى هذه المسألة – تداعى الزَّوْجَيْنِ أو ورثتهما متاع البيت – لو كان فى البين ظاهر حال جهاز المرأة يحكم بأنّ المتاع لها إلاّ مختصات الرجل أخذا بصحيحة ابن الحجاج [وسائل الشيعة ٢٦/٢١٣، ح١] ولو لم تكن هذه السيرة وظاهر الحال ما كان من متاع المرأة فلها وما كان من متاع الرجل فله وقسّم مابقى بينهما، أخذا بصحيحة رفاعة [وسائل الشيعة ٢٦/٢١٦، ح٤] ومن استولى على شى ءٍ من المتاع فهو له أخذا بصحيحة يونس بن يعقوب [وسائل الشيعة ٢٦/٢١٦، ح٣] وبهذا البيان نجمع الروايات المتعارضة الواردة فى المقام والحمد للّه رب العالمين.

والحاصل: ما ذكره المحقّق الأصفهانى من عدم جواز رجوع المشترى إلى البائع الفضولى فى الصورة الثالثة محل تأمل بل منع.

مقالة المحقّق السيّد الخوئى ونقده:

قال رحمه الله : «... الظاهر إلحاقه [أى الصورة الثالثة] بالقسم الأوّل وسقوطه بالبينة وذلك لأنّ مقتضى عموم على اليد أو قاعدته ثبوت الضمان إلاّ فيما إذا علم المالک بعدم الضمان وأنّ المال له، وفى المقام اعترافه به مشكوک فلا يمكن رفع اليد فيه عما اقتضاه القاعدة.

وبعبارة أُخرى: دليل البينة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف وجواز الرجوع إلى البائع إلاّ فيما إذا ثبت كون اعترافه عن علم وغيرمستند إلى اليد»(١).

وقال: «والدليل على ذلک أنّ الحجج الشرعية لا موجب لرفع اليد عنها إلاّ بحجة أُخرى فالبينة القائمة على أنّ المبيع للمدعى دون البائع من الحجج الشرعية وإنّما نرفع اليد عنها هنا بواسطة اقرار المشترى على أنّ المال للبائع مستندا فى إقراره هذا إلى العلم، فإنّه يؤخذ بإقرار كما عرفت، فلا يثبت له الرجوع إلى البائع بمقتضى البينة القائمة على أنّ المال للمالک دون البائع لكون إقراره هذا حجة وأمّا فى ما لم يثبت ذلک الإقرار ولا علم لنا فى كونه مستندا إلى العلم الوجدانى ليكون إقراره قابلاً لأخذ مقرِّه به، بل يمكن مستندا إلى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البينة، وإلاّ يلزم رفع اليد عن

الحجة بغيرها، ويكفينا الشک فی ذلک أيضا لأنّه لايمكن رفع اليد عن الحجة بأمر يحتمل كونه حجة قائمة على خلافها»(۲).

أقول: ويرد عليه: أوّلاً: عند تعارض الأدلة متى كان اقتضاء الحجية فی أحد الطرفين [الأوّل] تامّا واقتضاء المانعية فی الثانی مفقودا، بناءً على قاعدة لزوم رفع اليد عن اللاحجة بالحجة يلزم الأخذ بالحجة [الأوّل] ورفع اليد عن اللاحجة، وأمّا مع تبدّل النسبة بمعنى عدم تمامية اقتضاء الحجية فی الأوّل وقيام ما يحتمل المانعية فی الثانی فلا

۱- ۱ . محاضرات فی الفقه الجعفری ۴۶۸/۲، ونحوها فی التنقيح فی شرح المكاسب ۷۵/۲.
۲- ۲ . مصباح الفقاهة ۳۴۱/۴.

مجال لتقديم الأوّل أخذا بالقاعدة، بل القاعدة تقتضی عكس ذلک - أی رفع اليد عن الأوّل والأخذ بالثانی - لعدم وجود المقتضی فی الأوّل. وما نحن فيه من قبيل تبديل

النسبة لا من قبيل المورد الأوّل الذی ذكره السيّد الخوئی، هذا بالنسبة إلى الكبرى المذكورة فی كلامه.

وثانيا: على ما ذكرنا من تبديل النسبة بعد ما أقام المالک البينة على ملكية العين، لا ندری بأنّ المشتری فی بيعها يستند إلى قاعدة اليد حتّى تحكمها البينةُ أو إلى العلم حتّى لا تجری فی حقّه البينة، فحينئذ لايمكن الأخذ بالبيّنة لأنّها تفقد حجيتها عند معارضتها مع العلم ويجری فی حقّها ما ذكرته من تبديل النسبة بعد مجیء هذا الاحتمال.

وثالثا: حُجِّيَةُ البينة فی الفرض مَنُوْطَةٌ بانحلال العلم الإجمالی بين المستندين - قاعدة اليد أو العلم - ولا دليل على الانحلال فی كلامه إلاّ البينة، فكلامه يرجع إلى الدور المصرح الباطل.(۱)

ورابعا: الظاهر أنّ الأمر على عكس ما ذكره هذا المحقّق - كما مرّ - لأنّ «ظهور الاعتراف هو الأخبار عن الواقع ومقتضى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتّى مع البينة هو طرح البينة فى دلالتها الالتزامية، لأنّه لا اعتبار للبينة مع الاعتراف كما هو المقرر فى باب القضاء»(٢). فما ذكره قدس سره من أنّ «دليل البينة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف»(٣) غير تام.

وخامسا: حكم الحاكم بأنّ العين للمالک لايلزم أن يكون فى جميع الموارد بالبينة، بل يمكن أن يكون باليمين المردودة من البائع «ومعه لا يكون فى البين تلک الدلالة الالتزامية»(٤).

١- ١ . الإشكالات الثَّلاثَة للأُستاذ المحقّق - مد ظله - فى العقد النضيد ٥٦١/٣ و ٥٦٢.

٢- ٢ . إرشاد الطالب ١٠٠/٤.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٦٨/٢.

٤- ٤ . إرشاد الطالب ١٠٠/٤.

المختار فى حكم الصورة الثالثة

إنّ هاهنا فَرْضَيْن:

الأوّل: إذا أقام المالک البينة عند المشترى بأنّه هو المالک، لا البائع وأخذ العين منه هل يجوز له أن يرجع إلى البائع لأخذ ثمنه منه؟ الظاهر عدم الجواز مادام المشترى مترددا بين أنّ مستند شرائه قاعدة اليد أو العلم بملكية البائع، لأنّ وجود هذا العلم الاجمالى يمنع عن العمل بالبينة، ولكن إذا انحلّ هذا العلم إلى أحد طرفيه بالتأمل يلحق به حكم هذا

الطرف بالإلحاقه إلى الصورة الأُولى أو الثانية.

الثانی: إذا ترافع المالک والمشتری عند الحاکم الشرع وأقام المالک البینة وحکم الحاکم بها بأنّه هو المالک فهل یجوز للمشتری الرجوع إلی البائع وأخذ الثمن منه؟ الظاهر هو عدم الجواز مادام علمه الإجمالی بین قاعدة الید أو العلم باق. وکذلک لو حکم بمالکیة المالک بالیمین المردودة بلا فرق.

اللهم إلاّ أن یقال: بأنّ المشتری أعطی البائع الثمن فی معاوضة معاملیة وإذا انتفت هذه المعاملة وأُخِذَ العین منه فهو یرجع إلی البائع ویأخذ ثمنه منه لعدم وجود المثمن فی هذه المعاملة فتکون باطلة ویجوز للمشتری أخذ ثمنه من البائع بلا فرق بین مستند شرائه وبین إقامة البینة عند المشتری أو عند الحاکم واللّه العالم.

أمّا المقام الثانی: إذا کان المشتری عالما بالفضولیة والثمن باقیا

اشارة

ففیه جهات من البحث:

الجهة الاولی: هل البائع یملک الثمن بتسلیط المشتری أو أنّه لا یدخل فی ملکه؟

قال الشیخ الأعظم: «فإن کان الثمن باقیا استردّه وفاقا [للمحقّق(۱) و] العلاّمة(۲)

۱- ۱ . الرسائل التسع ۳۰۷، زیادة منّا.

۲- ۲ . قواعد الأحکام ۱۹/۲، تذکرة الفقهاء ۱۸/۱۰، مختلف الشیعة ۵۶/۵.

وولده(۱) والشهیدین(۲) والمحقّق الثانی(۳) [والأردبیلی(٤) والسبزواری(۵)] رحمهم الله إذ لم یحصل منه ما یوجب انتقاله عنه شرعا...»(٦).

ثمّ ذهب إلى عدم تمليک البائع الثمن بتسليط المشترى بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: التسليط ليس من أحد المملِّكات ولم يحصل هناک سبب آخر للتمليک فلا موجب لصيرورة الثمن ملكا للبائع.

وهذ الوجه تام لأنّ التسليط يعدّ من موارد أكل المال بالسبب الباطل.

الوجه الثانى: لو كان التسليط مملِّكا لكان كذلک فى جميع البيوع الفاسدة مع أنّ التسليط فيها لم يلتزم أحد بكونه موجبا للتمليک.

واعترض عليه المحقّق الأصفهانى بقوله: «أنّ التسليط فى غير ما نحن فيه بعنوان الوفاء بالمعاملة وحيث لا ملک من قبل المعاملة لفرض فسادها كان التسليط بعدها لغوا، بخلاف التسليط هنا فإنّه بعنوان الوفاء، فإنّ مقتضى الوفاء بالمعاملة مع المالک تسليط المالک لا غيره...»(٧).

ووافقه السيّد الخوئى وقال: «إنّ قياس التسليط فى المقام على التسليط فى البيوع الفاسدة قياس مع الفارق، فإنّ التسليط فى المقام مع العلم بأنّ الآخذ غاصب وغير مستحق للمال تسليط من دون التضمين وأمّا فى البيوع الفاسدة فالإعطاء للمال من جهة أنّه عوض للمبيع فيكون تسليطا مع الضمان.

١- ٣ . إيضاح الفوائد ٤١٨/١ و ٤٢١.

٢- ٤ . الدروس ١٩٣/٣؛ اللمعة الدمشقية /١١٠؛ والمسالک ١٦٠/٣ و١٦١ و٢٢٤/١٢؛ الروضة البهية ٢٣٤/٣.

٣- ٥ . جامع المقاصد ٧٧/٤.

٤- ٦ . مجمع الفائدة والبرهان ١٦٥/٨، زيادة منّا.

٥- ٧ . كفاية الأحكام ٤٥٠/١، زيادة منّا.

٦- ٨ . المكاسب ٤٨٤/٣.

٧- ١ . حاشية المكاسب ٢٨٨/٢.

وبعبارة أُخرى: البيع الغررى أو الربوى سبب للملكية عند العرف وإنّما حكمنا بفسادهما لأجل المنع عنهما شرعا وأمّا فى المقام [فهو] تسليط مجانىٌ وليس موجبا للملكية عند العرف أيضا وكم فرق بينهما كما هو ظاهر، وقد أشار إلى ذلك هو قدس سره بعد أسطر فراجع»(١).

أقول: مراده هذا البيان من الشيخ الأعظم رحمه الله : «بأنّه إنّما سلّطه فى مقابل ملك غيره فلم يُضمّنه فى الحقيقة شيئا من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجارة بلااُجرة التى قد حكم الشهيد(٢) وغير واحد(٣) بعدم الضمان فيها»(٤).

ولكن قياس الشيخ الأعظم تام لأنّ التسليط هنا أيضا فى مقابل العين التى اشتراها من الفضولى فالمعاوضة موجودة والتسليط ليس بمجانى، فلو كان التسليط مملِّكا لكان فى جميع البيوع الفاسدة وهو مردودٌ.

الوجه الثالث: التسليط لو كان مملِّكا للبائع الفضولى لكانت المعاملة الفضولية

باطلة لأنّ تملك البائع الثمن يقتضى فوات محلّ إجازة المالك لعدم وجود الثمن فى معاملة المالك حينئذ ويكون بيعه بلا ثمن ثمّ أمر الشيخ الأعظم بالتأمل.(٥)

ويرد عليه: لا يتم هذا الوجه لأنّ بناءً على الكشف، تسليط المشترى البائع يكون تسليطا على مال الغير لأنّ بالعقد ينتقل الثمن إلى المالك بعد صدور إجازته فلا ينتقل إلى البائع أصلاً.

وأمّا على القول بالنقل أيضا فَإنَّ التسليط لم يكن مجانيا لأنّ المعاوضة والمبادلة فى صورة صدور الإجازة من المالك موجودة بين المالين، وفى فرض عدم صدورها من

۱- ۲ . التنقیح فی شرح المکاسب ۷٦/۲.

۲- ۳ . نقل السیّد العاملی البیع بلا ثمن عنه فی مفتاح الکرامة ٤٤۰/٤ (من الطبعة للاولی) (٦۷٤/۱۳).

۳- ٤ . جامع المقاصد ۱۲۰/۷، مسالک الأفهام ۱۸٤/٥.

٤- ٥ . المکاسب ٤۸٦/۳.

٥- ۱ . المکاسب ٤۸٥/۳.

المالک أیضا قد مرّ فی الوجه الأوّل بأنّ التسلیط لم یکن مملِّکا للبائع ولعلّ الشیخ الأعظم نَظَرَ إلی هذا البیان فی أمره بالتأمل فی ختام هذا الوجه.

الوجه الرابع: الذی ذکره المحقّق النائینی رحمه الله ویراه صحیحا دون الثلاثة المذکورة فی کلام الشیخ الأعظم قدس سره وهو: لو فُرض أنّ التسلیط فی المقام یوجب التملیک للبائع وأنّه کالهبة مثلاً إلاّ أنّه لاینبغی الإشکال فی أنّه ملک جائز ولا یزید علی الهبة الجائزة بوجه ولا مانع فیها من الرجوع واسترداد العین أبدا، فللمشتری أن یرجع علی البائع بثمنه لأنّه کالهبة الجائزة بالتسلیط.(۱)

ویرد علیه: هذا البیان منه قدس سره إنّما یتم فی فرض عدم کون الهبة لِذِیْ رحم أو مُعَوّضة أو لم یتصرف الموهوب له أیّ تصرف فی العین کالخیاطة والبیع أو غیرهما من أنحاء التصرف وإلاّ فالهبة تصیر لازمة ولا یمکن للواهب الرجوع فی هبته مع أنّ البحث هنا فی رجوع المشتری إلی البائع مطلقا تصرّف فی الثمن أم لا؟ کان المشتری ذا رحم أم لا؟ فهذا الوجه أخص من المدعی ولا یتم.

والحاصل: إذا کان الثمن باقیا فللمشتری العالم بالفضولیة جواز استرجاعه لأنّه دفعه إلی البائع فی قبال العین والمثمن لا مجانا فمع عدم صدور إجازة المالک یسترجع ثمنه بقاعدتی علی الید والسلطنة.

الجهة الثانية: هل يجوز أن يتصرف البائع فى الثمن؟

يظهر حكم تصرفه ممّا مرّ فى الجهة الأُولى، إذ بعد ما لم يتحقّق سبب شرعى لانتقال الثمن إلى البائع فلا وجه لتصرفه فيه، وتصرفاته تعدّ عدوانية ومحكومة بالحرمة

تكليفا والبطلان وضعا.

الجهة الثالثة: إذا تلف الثمن الذى أخذه البائع فهل يكونُ ضامنا له للمشترى؟

اشارة

فى فرض علم المشترى بالفضولية أو الغصبية وتلف الثمن عند البائع فهل البائع ضامِنٌ للمشترى بثمنه أم لا؟

١- ٢ . منية الطالب ١٦٢/٢.

ذهب المشهور إلى عدم ضمان البائع - كما مرّ مصادره فى الجهة الأُولى من البحث - بل ادعى عليه الإجماع(١) وتبعهم الشيخ الأعظم والمحقّقان النائينى(٢) والأصفهانى(٣).

واستدلّ الشيخ الأعظم(٤) على عدم الضمان بأنّ الدليل على الضمان أمران:

الأوّل: قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدى المرتكزة عند العقلاء حيث إنّهم يرون أخذ مال الغير وإثبات اليد عليه موجبا لضمانه.

الثانى: قاعدة الإقدام على الضمان - كما ذكره الشيخ(٥) والشهيد الثانى(٦) - فى المقبوض بالبيع الفاسد.(٧)

ولا تجرى هاتان القاعدتان فى المقام:

وأمّا قاعدة على اليد: وإنْ كانت اليد موجودة إلاّ أنّ القاعدة مخصصة بما ورد فى عدم ضمان من استأمنه المالک على ماله ودفع ماله إليه لحفظه نحو موارد الوديعة(٨) أو الانتفاع به كما فى موارد العارية(٩) أو استيفاء المنفعة منه كما الإجارة، فحينئذ بطريق الأولوية القطعية أو الفحوى الموافق لا تجرى قاعدة على اليد فى مورد التسليط وإجازة

١- ١ . ادعاه العلاّمة الحلى فى تذكرة الفقهاء ١٨/١٠، وتلميذه وابن اخته السيّد عميدالدين فى كنزالفوائد ٣٧٨/١، وولده فخرالمحقّقين فى الإيضاح ٤٢١/١، والكركى فى جامع المقاصد ٧٧/٤.

٢- ٢ . منية الطالب ١٦٣/٢.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢٩٣/٢.

٤- ٤ . المكاسب ٤٨٦/٣ و ٤٨٧.

٥- ٥ . المبسوط ٦٥/٣ و ٦٨ و ٨٥ و ٨٩، و ٢٠٤/٢.

٦- ٦ . المسالک ١٥٤/٣، و ١٥٤/٤.

٧- ٧ . راجع ما كتبته حول قاعدة الإقدام فى الآراء الفقهية ٣٣١/٤ وما بعدها.

٨- ٨ . راجع وسائل الشيعة ٧٩/١٩، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

٩- ٩ . راجع وسائل الشيعة ٩١/١٩، الباب ١ من أبواب كتاب العارية ووسائل الشيعة ٩٦/١٩، الباب ٣ منها.

التصرف فى الثمن، وعليه فى ما نحن فيه.

وبالجملة: قاعدة على اليد مخصّصة بِالْمَوارِدِ التى يرضى المالک باليد والتصرف فى الشى ء وَيُجيزُ.

وأمّا قاعدة الإقدام: فَهِيَ أيضا لا تجرى فى المقام لِاَنَّ البائع الفضولى لم يقدم على الضمان وأخذ العين بل سلّطه المشترى على الثمن مع علمه بفضوليته أو غاصبيته وأنّ المال غير مستحق له. فالبائع لم يقدم على التصرف والضمان بل المشترى سلّطه على ماله من دون تضمين.

أَرْبَعَةُ إشكالات وأجوبتها من الشيخ الأعظم

الأوّل:

الأوّل: قال: «دعوى: أنّه إنّما سلّطه فى مقابل العوض، لا مجانا حتّى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعة: بأنّه إنّما سلّطه فى مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه فى الحقيقة شيئا من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة(١) والبيع بلا ثمن(٢) والإجارة بلا أُجرة(٣) التى قد حكم الشهيد وغير واحد(٤) بعدم الضمان فيها»(٥).

الثانى:

الثانى: قال: «إن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدوانا على كونه ملكا له، ولو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة - كما تقدّم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه - فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله...»(٦).

توضيحه: المعاملة الفضولية لها الصحة التأهلية بحيث لو ألحقت الإجازة بها

١- ١ . راجع جامع المقاصد ٢٠٩/٤، مفتاح الكرامة ٦٧٤/١٣، الجواهر ٢٤٧/٢٧ طبع إسلامية.

٢- ٢ . نقله صاحب مفتاح الكرامة ٦٧٤/١٣ عن حواشى الشهيد ولكنه غير موجود فى الحاشية النجارية له.

٣- ٣ . راجع جامع المقاصد ١٢٠/٧؛ المسالک ١٨٤/٥.

٤- ٤ . والمراد به المحقّق والشهيد الثانيان.

٥- ٥ . المكاسب ٤٨٦/٣.

٦- ٦ . المكاسب ٤٨٧/٣.

لصحت بالصحة الفعلية، فالفضول وإن لم يكن مالكا واقعا ولكنّه مالكا ادعاءً وإلاّ لم تتم الصحة التأهلية قبل الإجازة والصحة الفعلية بعدها.

فحينئذ ما يدفعه المشترى إلى البائع الفضولى ثمنا إنّما يدفعه باعتبار هذه الملكية الإدعائية وفى مقابل المثمن ويسلّطه أيضا عليه كذلک وهذا هو التضمين وبالنتجية

تجرى قاعدتا على اليد والإقدام كلاهما فى المقام.

وبالجملة: الملازمة بين البيع والتضمين مما لاينكر، لعدم تحقّق البيع من دون تضمين، حتّى إذا كان البيع صوريّا ادعائيا.

ثمّ قال الشيخ فى الإجابة: «قلت: الضمان كون الشى ء فى عهدة الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقّق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلک...»(١).

مراده بتوضيح منّا: إنّه فصّل بين البيع والتضمين، البيع صدر من البائع الفضولى ادعاءً ومن المشترى أصالة ومع عدم صدور الإجازة من المالک يكون باطلاً وأمّا التضمين وقع على المالک إن أجاز بيع الفضولى وإلاّ فلا تضمين لا على المالک ولا على البائع الفضولى، عدم ثبوته على الأوّل واضح، وعلى الثانى لأنّ المشترى سلّطه على ماله من دون تضمين لعلمه بفضوليته وأنّه غير مالک، فليس له استرجاع الثمن.

الثالث:

الثالث(٢): إذا كان المشترى عالما بالفضولية ولم يجز المالک لم يتحقّق البيع ولا التضمين لأنّ التضمين فى البيع على المالک لا غيره، وبهذا الاستدلال ينفى الضمان على المشترى ولكن هذا البيان يجرى فى فرض جهل المشترى بالفضولية أيضا لاشتراک الفرضين - العلم والجهل - فى الأمرين المذكورين - عدم وقوع البيع والتضمين على المالک - فلماذا حكم بالضمان فى فرض جهل المشترى كما مرّ عن المشهور ولم يحكم به فى فرض علم المشترى؟! مع كون الاستدلال يجرى فى الفرضين معا؟

١- ١ . المكاسب ٤٨٨/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٨٩/٣ قوله: «وممّا ذكرنا يظهر - أيضا - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشترى بالفساد...».

ثمّ أجاب(١) عنه بتوضيح منّا: قياس الفرضين مع الفارق لأنّ فى فرض الجهل لم يرض المشترى بتصرف البائع فى الثمن من دون تضمين وبيع، وأمّا فى فرض العلم رضا بذلک من دون تضمين لعدم ثبوت بيع شرعا.

بعبارة أُخرى: «إنّ دفع المال إلى الغاصب [أو الفضول] ليس إلاّ كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على إتلافه فى أنّ ردّ المالک لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث»(٢).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملک - كالخمر والخنزير والحرّ - قَوِيَ اطّرادُ ما ذكرنا [من عدم الضمان] فيه [فى فرض علم المشترى بالفضولية وتلف الثمن]

من عدم ضمان عوضها المملوک مع علم المالک بالحال، کما صرح به شیخ مشایخنا فی شرحه علی القواعد»(۳).

مراده قدس سره : من شیخ مشایخه هو جدی الشیخ جعفر کاشف الغطاء رحمه الله فی شرحه علی القواعد حیث یقول: «ویقوی تسریة الحکم فی المقامین إلی کلِّ ما دُفع بغیر مقابل، أو بمقابل غیر قابل»(٤).

وکما نقل عنه صاحب الجواهر وقال: «بل لا بأس بالتزام مثل ذلک [عدم الضمان] فی جمیع نظائره ممّا دفع إلیه الثمن بلا مقابل معتدّ به کما صرّح به الاستاذ فی شرحه...»(٥).

الرابع:

اشارة

الرابع: إشکال نقضی بعدم وجود الفرق بین المقام والعقود الفاسدة حیث یکون التسلیط فیها موجبا للتضمین دون المقام.

وأجابه بتوضیح منّا: التسلیط فی العقود الفاسدة یتحقّق بعنوان الوفاء بالعقد فلم

۱- ۳ . المکاسب ٤۸۹/۳ قوله: «وجه الفساد...».

۲- ٤ . المکاسب ٤۸۹/۳.

۳- ۱ . المکاسب ٤۹۰/۳.

٤- ۲ . شرح القواعد ۱۰٦/۲.

٥- ۳ . الجواهر ٤۹۳/۲۳ (۳۰۷/۲۲).

يكن تسليط مجانى فى البين والتضمين موجود بمقتضى العقد ولو كان فاسدا لأنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده كما مرّ ولكن هذا العنوان - أى الوفاء بالعقد - هنا مفقود لأنّ المشترى عالم بالفضولية أو الغصبية وبطلان العقد وعدم تحقّق البيع.

هذا هو توضيح ما ذكره الشيخ الأعظم فى المقام.

أمّا القول المختار

فأقول: الظاهر هو الضمان فى فرض تلف الثمن وعلم المشترى بالفضولية أو الغصبية كما عليه المحقّق الحلّى فى رسائله(١) ويراه سيّد الرياض(٢) فى غاية الْقُوَّة لو لا إجماعُ التذكرة وهو حسن ثمّ أمر بالتأمل، والمحقّق السيّد الخوئى(٣) والاستاذان(٤) قدس سرهم .

والوجه فى ذلک جريان قاعدة على اليد فى المقام لأنّ معناها هو الاستيلاء على مال الغير وإثبات اليد عليه يقتضى ردّه إلى مالكه كما عليه سيرةُ العقلاء ويخرج من تحت هذه القاعدة موارد التسليط المجانى وإلغاء المالک احترام ماله، وما نص عليه فى الشريعة من موارد الاستئمان والعارية والإجارة، وما نحن فيه ليس من هذه الموارد لأنّ المشترى إنّما يسلّط البائع على الثمن لبنائه على المعاوضة والمبادلة والمبايعة بين المالين، ولو كانت المبايعة فى الشريعة باطلة كما فى غيرها من العقود الفاسدة، فالمشترى لم يسلّط البائع مجانا بل فى مقابل المثمن عرفا فيصير التسليط تَضْمِيْنِيّا فتجرى قاعدة على اليد.

كما أنّها تجرى فى جميع العقود الفاسدة منها: ما يبذله مشترى الخمر والخنزير والحرّ إلى بائعه من الثمن مع علمه بالحال؛ وما يأخذه المتقامر الغالب من المغلوب ونحوها.

١- ٤ . الرسائل التسع، المسائل الطبرية، مسألة ٤، /٣٠٦.

٢- ٥ . رياض المسائل ٢٢٩/٨.

٣- ٦ . التنقيح فى شرح المكاسب ٨٠/٢.

٤- ٧ . شيخنا الاستاذ قدس سره فى إرشاد الطالب ١٠٦/٤، والاستاذ المحقّق - مد ظله - فى العقد النضيد ٥٨٠/٣.

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظم(١) من تشبيه المقام بالهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة، فهو غير تام لأنّها فى الحقيقة تحليل وهدية مجانية عبّر عنها بعنوان الهبة أو البيع أو الإجارة فيكون بلا تضمين وبلا عوض.

كما إنّ تشبيه(٢) المقام بدفع الثمن إلى ثالث - أى غير المالک والبائع -، أيضا غير تام، لأنّ دفع الثمن إلى ثالث لابُدَّ أن يكون مجانيا وبلا عوض بخلاف المقام لأنّ دفع الثمن إلى البائع الفضولى يكون عوضا عن المثمن.

لا يقال(٣): السيرة العقلائية فى المقام إمّا مقطوعَةُ العدم أو مشكوكَةُ الوجود وبالتالى لاتجرى فى المقام لأنّ وجودها فى فرض علم المشترى بالفضولية أو الغصبية وتلف المال عند البائع الفضولى أو الغاصب بإتلاف سماوى أو أرضى - لا بإتلاف الفضولى أو الغاصب - مقطوعة العدم أو مشكوكة الوجود لعدم وجود اهتمام من المشترى بالنسبة إلى المالک أو إجازته.

لِإنا نقول: عدم اهتمام من المشترى بالنسبة إلى المالک الواقعى أو إجازته لا يمنع

من جريان السيرة العقلائية، لأنّها تجرى فى حقٍّ من أثبت يده على مال غيره إلاّ أن يكون تسليطا مجانيا من مالک المال وفى المقام لم تثبت مجانية التسليط بل ثبت أنّ تسليط الثمن يكون فى مقابل أخذ المثمن فالتسليط معاوضىٌّ معاملىٌ تضمينىٌ وتجرى السيرة العقلائية فيه.

ولذا لا يرى المحقّق السيّد الخوئى(٤) وجها لجمع الشيخ الأعظم(٥) فى الجهة الثانية من البحث حيث ذهب إلى عدم جواز تصرف البائع فى الثمن لعدم انتقاله إليه وعدم إذن المشترى بالتصرف مع أنّه فى الجهة الثالثة ذهب إلى عدم الضمان، مع وضوح أنّ ما

١- ١ . المكاسب ٤٨٦/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٤٨٩/٣.

٣- ٣ . كما فى العقد النضيد ٥٧٩/٣ و ٥٨٠.

٤- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٧٣/٢؛ التنقيح فى شرح المكاسب ٨١/٢.

٥- ٢ . المكاسب ٤٨٥/٣.

ذكره فى الجهة الثانية يقتضى الضمان، لأنّ التسليط إن كان مجانيا بلا عوض فهو ترخيص فى التصرف فكيف يجتمع مع عدم جواز التصرف؟! وإن لم يكن تسليطا مجانيا بل كان معاوضى معاملى تضمينى فلا وجه لعدم الضمان!

والحاصل: هذا التفصيل من الشيخ الأعظم غريب عند السيّد الخوئى.

أقول: الظاهر عدم تمامية هذا الاعتراض على الشيخ الأعظم، لأنّه قدس سره يرى الضمان فى فرض جهل المشترى بالفضولية والغصبية، وعدم جواز تصرف البائع فى الثمن حينئذ.

وأمّا فى فرض علم المشترى بها فهو يرى عدم الضمان وبالنتيجة يجوز للمشترى التصرف فى الثمن فلا تَهافُتَ فى البين ولاغرابة.

كما يراه كذلک الاستاذ المحقّق(١) - مد ظله - ولكن لم يذكر وجه عدم ورود إشكال السيّد الخوئى رحمه الله على الشيخ الأعظم.

قال: «أمّا الرواية النبويّة(٢): فإنّ إطلاقها يشمل كلّ يد عادية مسيطرة على المال دون إجازة المالک أو الشارع، وجامعها اليد المستولية بلا حقّ، ولكن الرواية مخصّصة بما إذا أقدم صاحب المال على هتک احترام ماله وإسقاط حرمته ببذله لغيره، دون أن يضمّنه بشیء، أو أمر غيره بإتلاف ماله، بأن قال له: «ألق متاعی فی البحر ولا ضمان عليک». ففی

هذه الموارد لا ضمان.

أمّا فيما نحن فيه فإنّ المشترى برغم علمه بحقيقة حال البائع، لكنّه لم يسلّطه على ماله دون تضمين، وإنّما سلّطه عليه فی مقابل المبيع، وبالتالی يكون تسليطه عوضا عمّا يقبضه منه، وحينئذ مع انكشاف مراد المشترى، فلا يخلو الحال: إمّا أنّه لا مخصّص لعموم الدليل، أو نشكّ فی التخصيص، وعند ثبوت الأوّل يكون إطلاق الخبر محكّما ودالاً على

١- ٣ . العقد النضيد ٣/٥٨٠.

٢- ٤ . عوالی اللآلی ١/٢٢٤، ح١٠٦.

ثبوت الضمان. أمّا فی صورة [ثانية عند] الشكّ فی إطلاق موارد التسليط وعدمه. فإنّ المورد يعدّ من موارد المردّد بين الأقلّ والأكثر، ويندرج فی صغريات التمسّک بعموم العام مع إجمال المخصّص المنفصل، فيكون المتيقّن من تخصيص [رواية] قاعدة اليد، كلّ مورد كان التسليط فيه بغير عنوان العوض، أمّا إذا كان بعنوان العوض فالقاعدة تقتضی اعتبار العموم مرجعا والحكم بضمان البائع مطلقا، سواءً علّق المشترى دفعه بلحوق الإجازة وعدمه.

أمّا قول الشيخ رحمه الله بأنّ عموم على اليد: «مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالک، ودفعه إليه لحفظه كما فى الوديعة، أو الانتفاع به كما فى العارية، أو استيفاء المنفعة كما فى العين المستأجرة»(١)، فلا يمكن التمسّک به لإثبات [عدم[الضمان فى المقام.

وهو ممنوعٌ: باعتبار أنّ المال المدفوع إلى المستودع والمستأجر والمرتهن تعتبر أمانة مالكيّة عند هؤلاء، وأيْدِيْهِمْ عليه تكون من باب الاستيمان المالكى، وهو مفقود فى المقام، وبالتالى يبطل استدلال الشيخ بالفحوى، لتوقّفه على تحقّق الأولويّة القطعيّة العقليّة أو العقلائيّة الحاصلة فى الموارد الثلاثة، والمفقودة فى المقام، وفى الواقع هناک بينونة محضة بين الاستيمان المالكى، وبين دفع المشترى المال إلى الفضولى، ولذا يصحّ الحكم بالضمان فى المقام ونفيه فى تلک الموارد لتخصيص القاعدة فى الأخيرة دون الأُولى»(٢).

أقول: ما ذكره – مد ظله – فى مقام دلالة النبوية تام ويثبت به الضمان. وقد مرّ(٣) منّا انجبار ضعف سند النبوية بعمل الأصحاب فراجعه.

نقد مقالة المحقّق الأصفهانى فى الاستدلال على عدم الضمان

قال بعد بحث طويل فى مقام «التحقيق: إنّ التسليط سواءً كان وفائيّا أو ابتدائيا

١- ١ . المكاسب ٣/٤٨٦.

٢- ٢ . العقد النضيد ٣/٥٨١ و ٥٨٠.

٣- ٣ . الآراء الفقهية ٤/٢٩٢ وما بعدها.

تسليطٌ بلا عوض، إذا المفروض علم الشخص بأنّ العاقد غاصبٌ، وأنّ عنوان الوفاء غير مترتّب على تسليطه حقيقة، وقَصْدُ عنوان الوفاء تشريعا لا يوجب خروج التسليط الغير المنطبق عليه عنوان الوفاء

عن كونه تسليطا عن رضا، فهو تسليط عن رضا. غاية الأمر أنّه بنى على أنّ هذا التسليط المرضىّ به وفاءً بالعقد تشريعا، فتخلّف الوفاء لا يوجب عدم كونه مرضيّا به، لأنّه مع علمه بتخلّفه أقدم عن اختياره على تسليطه، فلا تضمين له حقيقة، فإقدامه الخارجى غير معاوضى حقيقة، وإن كان معاوضيا بناءً وتشريعا، ولا تخلّف للرضا على أى حال.

وكون التسليط بعد العقد ممّا لابدّ منه عرفا فلا يكشف عن الرضا، مدفوع بأنّ العقد الموجب للتسليط حيث إنّه صدر عن الرضا فهو يوجب وقوع التسليط عن رضاه»(١).

أقول: التسليط وهو الفعل الصادر من المشترى عن قصد واختيار فلا يعقل أن يكون مهملاً، فالتسليط إمّا مطلق أو مشروط فلا يكون مهملاً.

فحينئذٍ حيث دفع المشترى ماله إلى البائع الفضولى فى ضمن معاوضة فتسليطه إيّاه يكون بعنوان ثمن البيع والمثمن إمّا شخصىٌّ أو كلّىٌّ فى الذمة وبالتالى المعاوضة موجودة والتضمين موجود فتندرج هذا التسليط فى صغريات قاعدة على اليد أو خبره.

وبالجملة: ما ذكره قدس سره من أنّ إقدام المشترى فى تسليط البائع غير معاوضى حقيقة غير تام.

تتمةٌ: فروع استثناها الشيخ الأعظم من القول بعدم الضمان

منها: قال: «ثمّ إنّ ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه بل باع عن المالک ودفع المشترى الثمن إليه لكونه واسطة فى إيصاله إلى المالک فتلف فى يده، إذ لم يسلّطه عليه ولا أذن له فى التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، ولعلّ ظاهر كلماتهم ومعاقد إتفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان

١- ١ . حاشية المكاسب ٢٩٣/٢.

ظاهر بعضهم(١) ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى مع علم المشترى بالفضولية»(٢).

ويرد عليه: «ما ذكره قدس سره من الضمان فى الفرض إن أراد به ضمان الإتلاف فهو خارج عن محلّ الكلام، لأنّ محل الْبَحْثِ إنّما هو التلف والضمان بدليل على اليد، وإن أراد به ضمان اليد - كما هو الظاهر - فلم نعرف له وجها، لأنّ المفروض إنّ المشترى استأمنه فى إيصال الثمن إلى المالک، ولا ضمان فى مورد الاستيمان، فكان الصحيح المتعين على المصنف [الشيخ الأعظم] أن يعكس المطلب، أى يقول بالضمان فى الفرض السابق وبعدمه فى الفرض»(٣).

ومنها: أنّ ما ذكره قدس سره «من عدم الضمان إنّما هو فيما إذا سلّطه المشترى على المال بأن دفعه إليه بنفسه، وأمّا إذا أخذه البائع بعد المعاملة من دون أن يدفعه إليه المشترى فلا محالة يحكم فيه بالضمان، إذ البيع بمجرده ليس تسليطا على شى ءٍ فما لم يدفعه إليه المشترى لا يكون فى البين تسليط»(٤). وهذا متين.

وعلّله الشيخ الأعظم بقوله: «يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشترى بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنّه لم يحصل هنا من المشترى تسليط إلاّ بالعقد والتسليط العقدى مع فساده غير مؤثر فى دفع الضمان و يكشف عن ذلک أى فى تصريح غير واحد منهم(٥) بإباحة تصرّف البائع الغاصب فيه [أى فى الثمن المجعول عوضا عن المبيع المغصوب]، مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد فى

١- ٢ . نحو الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٣٧/٢ والمحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٦٩/٤، حيث جعلا الغاصب كالفضولى.

٢- ٣ . المكاسب ٤٩٢/٣.

٣- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٧٥/٢.

٤- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٨٣/٢.

٥- ٣ . نحو: أصحاب جامع المقاصد ٧١/٤؛ والمسالک ١٦٠/٣؛ والحدائق ٣٩٦/١٨؛ ومفتاح الكرامة ٦١٨/١٢؛ والجواهر ٤٩١/٢٣ (٣٠٥/٢٢).

الإباحة»(١).

أقول: «الْآنَ حَصْحَصَ الْحَقُّ»(٢) حيث يقول الشيخ الأعظم قدس سره : «التسليط العقدى مع فساده غير مؤثر فى دفع الضمان» وهذا ما أصرنا عليه، وأنكره القوم والشيخ الأعظم رحمهم الله تبعا لهم، وإقرارٌ منه قدس سره بثبوت الضمان ووجهه فى الجهة الثالثة من البحث.

«ومنها: إنّه حكم بالضمان فيما إذا اشترط المشترى على البائع الضمان، أى الرجوع إليه بالثمن إذا أخذ منه المبيع صاحبه.

وهذا أيضا ظاهر»(٣).

ومنها: «ولو كان الثمن كلّيّا فدفع إليه المشترى بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع لأنّه كالثمن المعيّن فى تسليطه عليه مجانا»(٤).

وحيث أنّ الشيخ الأعظم اختار عدم الضمان فى الثمن الشخصى اختار عدمه أيضا فى الثمن الكلّى وتطبيقه على بعض أفراده توسط المشترى، والحقّ معه فى عدم الفرق لا فى عدم الضمان لأنّ المختار هو الضمان فى الثمنين كما مرّ والحمد للّه العالم على الأسرار.

١- ٤ . المكاسب ٤٩٢/٣.

٢- ٥ . سورة يوسف /٥١.

٣- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٧٥/٢.

٤- ٢ . المكاسب ٤٩٢/٣.

المسألة الثالثة: حكم ما يغترمه المشترى للمالك

اشارة

هل يجوز للمشترى الرجوع إلى البائع الفضولى أو الغاصب فى صورة جهله بالفضولية أو الغصبية، أم لا يجوز؟ فليعلم أَنَّ ما يَغْتَرِمُهُ المشترى يقع على أقسام ثلاثة فيجرى البحث حولها:

القسم الأوّل: الغرامة التى لم يحصل نفع للمشترى فى مقابلها

اشارة

نحو: المنافع التى لم يستوفه المشترى أو نفقة العبد أو الحيوان أو المال الذى صرفه المشترى فى عمارة المبيع من بناءٍ وغرسٍ وحفرٍ، أو إعطاء قيمة الولد المنعقد حرّا فى جارية المالك أو ما دفعه للمالك فى مقابل نقص بعض الصفات أو الأجزاء من المبيع، ففى كلِّ ذلک لابدّ من المشترى دفع الغرامة إلى المالک، فهل يجوز له الرجوع إلى البائع الفضولى أو الغاصب أم لا؟

فى هذا القسم ادُّعِيَ الإجماع فى الرجوع كما قال ابن ادريس: «... وكلّ ما دخل على أنّه له بغير عوض، فإن لم يحصل له فى مقابلته نفع وهو قيمة الولد رجع به على البائع قولاً واحدا»(١).

وقد حكم فخرالمحقّقين برجوع المشترى على البائع بما اغترمه من نفقةٍ أو عوضٍ عن أُجرةٍ أو نماءٍ ممّا لم يَحْصَلْ له فى مقابلته نفع إجماعا فى شرح الإرشاد(٢).

١- ١ . السرائر ٤٩٣/٢.

٢- ٢ . شرح إرشاد الأذهان / مخطوط، نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٦٣١/١٢.

وقال السبزوارى: «وذكر الأصحاب أنّ ما يغرمه المشترى ممّا لم يحصل له فى مقابلته نفع - كالنفقة والعمارة - فله الرجوع به على البائع»(١).

وقال جدى الشيخ جعفر رحمه الله : «(و) ب- (ما اغترمه) من مال لم يكن فى مقابلته نفع

(من نفقة أو عوض عن أُجرة) عمل أو منفعة مملوك أو حيوان لم يصل نفعها إليه، أو مازاد منها على مقدار النفع (أو نماء) تالف أو متلف من أجنبى - حيث لا يريد الرجوع عليه - أو منه، أو أرش جناية مملوك أو حيوان أو قيمة شجر أفسده القلع أو أُجرة حفر أو طمّه أو بناء جدار أو شقّ أنهار أو حفر آبار إلى غير ذلک للإجماع محصّلاً ومنقولاً...»(٢).

وقال سيّد الرياض: «(و) المعروف من مذهب الأصحاب: أنّ للمشترى أن يرجع (بما غرمه) للبائع (ممّا لم يحصل له فى مقابلته عوض كقيمة الولد) والنفقة والعمارة ونحو ذلک لمكان التغرير وترتب الضرر به مع عدم جابر له من العوض»(٣).

أقول: يظهر من سيّد الرياض إدعاء شبه الإجماع فى المقام.

وقال الفاضل النراقى: «وإن كان المشترى جاهلاً فيرجع إلى البائع بالثمن الذى أعطاه البائع مطلقا... وكذا بسائر ما اغترمه للمالک ممّا لم يحصل له فى مقابلته عوض بلا خلاف يُعرف... وتدلّ عليه بعد ظاهر الإجماع موثقة جميل(٤) بضميمة الإجماع المركب...»(٥).

واعترض صاحب الجواهر على صاحب الحدائق(٦) فى مخالفته مع القوم فى حكم هذا القسم بقوله: «... وعلى كل حال فما فى الحدائق: من أنّه لا يرجع إلاّ بالثمن

۱- ۳ . کفایة الأحکام ۶۵۵/۲.

۲- ۱ . شرح القواعد ۱۰۱/۲.

۳- ۲ . ریاض المسائل ۴۶/۱۴.

۴- ۳ . وسائل الشیعة ۲۰۵/۲۱، ح۵، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید والإماء.

۵- ۴ . مستند الشیعة ۲۹۵/۱۴.

۶- ۵ . الحدائق ۳۹۳/۱۸ و ۳۹۴.

مخالف للنص والقاعدة والإجماع بقسمیه لما عرفت»(۱).

وقال الشیخ الأعظم: «وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة»(۲).

وفی کلام المحقّق والشهید الثانیین(۳) فی کتاب الضمان: نفی الإشکال عن ضمان البائع الفضولی لدرک ما یحدثه المشتری من أشجار غرسها فی الأرض التی ابتاعها من الفضولی وقَلَعها مالکُ الأرض، فإنّ خسارة قلع تلک الأشجار بعهدة البائع الفضولی.

ثمّ قد استدلّ لرجوع المشتری الجاهل علی البائع الفضولی فی هذا القسم قبل

الإجماع بالأدلة التالیة:

الأوّل: قاعدة الغرور

اشارة

والأصل فيها ما ذكره المحقّق الثانى رحمه الله فى المسألة من قوله: «الأصح الرجوع لعموم: «المغرور يرجع إلى مَنْ غرّه» وقد دخل معه على أن تكون له هذه المنافع مجّانا بناءً على أنّ المِلْک له فتغريره فوتها عليه»(٤).

وقد مرّ تمسک سيّد الرياض بهذه القاعدة فى قوله: «لمكان التَّغْرِيْر...»(٥).

وقال الفاضل النراقى: «... وعموم قوله عليه السلام : «المغرور يرجع على مَنْ غرّه» نقله المحقّق الشيخ على فى حاشيته على الإرشاد وضعفه غير ضائر لأنّ الشهرة بل الإجماع له جابر، بل هذه قاعدة مسلّمة بين جميع الفقهاء المتداولة عندهم يستعملونها فى مواضع متعددة كالغصب والتدليس فى المبيع والزوجة، والجنايات وأمثالها»(٦).

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق الثانى لم يُسْنِدْهُ إلى المعصوم عليه السلام ولكن استفاد الفاضل

١- ٦ . الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

٢- ٧ . المكاسب ٤٩٤/٣.

٣- ٨ . جامع المقاصد ٣٤٠/٥، المسالک ٢٠٥/٤.

٤- ١ . حاشية الارشاد /٣٣٨، المطبوع فى المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى وآثاره.

٥- ٢ . رياض المسائل ٤٦/١٤.

٦- ٣ . مستند الشيعة ٢٩٦/١٤.

النراقى من كلامه أنّها رواية موقوفة مرسلة كما هو كذلک فى الجواهر(١) ونهاية الأثيرية(٢) ومجمع الطريحى(٣) ونحوها فى صحيح مسلم(٤) ومسند احمد(٥) وسنن البيهقى(٦).

وقال الفاضل المراغى: «ما اشتهر بينهم من الخبر المعروف وهو «أنّ المغرور يرجع إلى من غرّه» وإن لم نقف على ذلک فى كتب الأخبار لكن الظاهر من سياق كلامهم أنّه مروىّ وحيث أنّ مضمونه مجمع عليه فلا يحتاج إلى ملاحظة سندٍ ونحوه»(٧).

وقال الشيخ الأعظم: «للغرور فإنّ البائع مغرِّرٌ للمشترى وموقِعٌ إيّاه فى خطرات الضمان ومتلِف عليه ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذى يُرجع إليه إذا رجع عن شهادته»(٨).

وقال المحقّق الخراسانى: «... فظهر أنّه لا مستند لقاعدة الغرور إلاّ الخبر إذا انجبر ولا يبعد جبره بعمل الأصحاب، فإنّهم لا يزالون يتمسّكون بقاعدة الغرور، على وجه يعلم أنّه لا مستند آخر من قاعدة الغرور(٩) لهم ونحوها غيرها، فيحصل الوثوق بمضمونه وهو كاف فى جبره كما ظهر أنّه لا وجه للضمان غيرها، فلابدّ من الاقتصار فى الحكم بالضمان على مورد صدق أنّه غرّه كما عرفت»(١٠).

وقال الفقيه السيّد اليزدى: «إعلم أنّ رجوع المغرور على الغار من القواعد المسلمة بينهم ويمكن دعوى الإجماع عليها، بل فى حاشية الإرشاد ويمكن دعوى إنجبار ضعفها بالشهرة فإنّ هذه القضية بهذا اللفظ متدأوّل فى ألسنتهم، ويمكن أن يستدل على القاعدة

١- ٤ . الجواهر ١٤٥/٣٧ طبع إسلامية.

٢- ٥ . النهاية ٣٥٥/٣.

٣- ٦ . مجمع البحرين ٤٢٣/٣.

٤- ٧ . صحيح مسلم ١١٥٣/٣.

٥- ٨ . مسند احمد ١١٦/١.

٦- ٩ . سنن البيهقى ٢١٩/٧ (٣٣٨/٥).

٧- ١٠ . العناوين ٤٤٣/٢.

٨- ١١ . المكاسب ٤٩٤/٣.

٩- ١ . ولكن فى المتن: «الضرر»، صححناه بالسياق.

١٠- ٢ . حاشية المكاسب /٨٢.

- مضافا إلى ذلک - بالأخبار المتفرقة فى الأبواب»(١) ثمّ ذكر عدة من الروايات فى هذا الباب، وقال فى آخر كلامه: «وبالجملة: قاعدة الغرور من القواعد المحكمة المجمع عليها ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع جهل الغار كماترى»(٢).

وقال المحقّق الأصفهانى: «وأمّا الخبر المنسوب إلى سيّد البشر صلى الله عليه و آله وهو «المغرور يرجع إلى من غرّه» فقد قيل: إنّه مروى وضعفه منجبَرٌ باستناد الأصحاب إليه كثيرا، إلاّ أنّ أصل روايته غير معلوم، واستناد الأصحاب إلى قاعدة الغرور معروف مشهور، وأمّا استنادهم إلى الخبر حتّى ينجبر به فهو غير معلوم، ومجرد مطابقة عملهم لمضمون الخبر غير موجب لانجباره فتدبّر»(٣).

وقال السيّد الخمينى: «والتحقيق: إنّها قاعدة برأسها وعنوانها لا لما نسب إلى النبى صلى الله عليه و آله : المغرور يرجع إلى من غرّه، لعدم ثبوت استناد الأصحاب فى الحكم إليه وقرب احتمال استنادهم إلى الروايات الآتية... [أى] قرب احتمال اصطيادها من الأخبار الخاصة...»(٤).

والحاصل: لم يثبت كون جملة: «المغرور يرجع إلى مَنْ غرّه» حديثا ورواية، نعم

هى قاعدة فقهية اصطيادية من عدّة من الروايات الواردة فى الأبواب المختلفة(٥)، يعمل بها فى ما عمل بها الأصحاب من أبواب البيع والغصب والنكاح والتدليس فيه والجنايات والشهادات.

١- ٣ . حاشية المكاسب ٢٨٦/٢.

٢- ٤ . حاشية المكاسب ٢٨٨/٢.

٣- ٥ . حاشية المكاسب ٣٠٥/٢.

٤- ٦ . كتاب البيع ٤٥٠/٢.

٥- ١ . لأجلها أُنظر حاشية المكاسب للفقيه اليزدى ٢٨٨/٢ و ٢٨٧، وكتاب البيع ٤٥١/٢ و ٤٥٠ للسيّد الخمينى.

فلا بأس بذكر بعض النصوص التى تستفاد منها قاعدة الغرور تَتْمِيْما للفائدة:

منها: صحيحة أبيعبيدة الحَذّاء عن أبيجعفر عليه السلام فى رجل تزوَّج امرأةً من وليِّها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دُلِّسَتِ العفلاءُ والبرصاءُ والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زَمانةٌ ظاهرة فإنّها تُرَدُّ على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليِّها الذى كان دلَّسها، فإن لم يكن وليُّها علم بشى ءٍ من ذلک فلا شى ء عليه وتردُّ إلى أهلها.

قال: وإن أصاب الزوج شيئا ممّا أخذتْ منه فهو له وإن لم يُصِبْ شيئا فلا شى ء له.

قال: وتَعْتَدُّ منه عِدَّةَ المطلقة إن كان دخل بها وإن لم يكن دخل بها فلا عِدَّة لها ولا مهر لها.(١)

العَفْلاءُ وهى القرناء: أن يكون فى فرجها شئٌ من لحم أو عظم يمنع من وطئها.(٢)

والزَّمانَةُ: العاهَةُ والآفَةُ ويُقال لِلْمُقْعِدَةِ زَمِنَةٌ.

وطبق الإمام عليه السلام القاعدة فى قوله: «ويأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلّسها» فالمدلِّس هو الضامن.

ومنها: معتبرة اسماعيل بن جابر قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فاعجبتْهُ فسأل عنها، فقيل: هى ابنة فلان، فأتى أباها، فقال: زَوِّجْنى ابنتک، فزوَّجه غيرها فولدتْ منه، فعلم بعدُ أنّها غيرُ ابنته وأنّها أمَةٌ؟

فقال: يَرُدُّ الوليدةَ على مولاها، والولدُ للرجلِ وعلى الذى زوّجه قيمةُ ثمن الولد يُعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه.(٣)

ص:٢٠٧

١- ٢ . الكافى ٧٩٢/١٠، ح ١٤ (٤٠٨/٥)، ونقل فى وسائل الشيعة ٢١١/٢١، ح١، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

٢- ٣ . راجع النهاية ٢٦٤/٣ مادة عفل، والنهاية ٥٤/٤ مادة قرن، لسان العرب ٤٥٧/١١ مادة عفل، القاموس المحيط ١٣٦٥/٢.

٣- ٤ . الكافى ٧٩١/١٠، ح١٣ (٤٠٨/٥) ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٢٠/٢١، ح١، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس.

والسند معتبر لأنّ محمّد بن سنان عندنا معتبر، واسماعيل بن جابر إن كان الخثعمى فقد وثقه الشيخ فى رجال الباقر عليه السلام بقوله: «الكوفى ثقة ممدوح له اصول رواها عنه صفوان بن يحيى»(١). وذكره فى أصحاب الصادق(٢) عليه السلام وفى أصحاب الكاظم عليه السلام من دون توصيف قال: «روى عنهما عليهماالسلام أيضا»(٣).

وإن كان الجعفى فقد ذكره النجاشى(٤) ولم يذكر فيه قدحا فهو امامى معتبر مع أنّه من المشاهير ولم يرد فيه قدح فهو معتبر عندنا أيضا.

فحينئذ لا فرق بين أن نقول باتحادهما كما عليه المحقّق السيّد الخوئى(٥) أو تعددهما كما عليه شيخنا التسترى(٦).

وأمّا دلالتها فَواضِحَةٌ لأجل تعليل الوارد فيها: «كما غرّ الرجل وخدعه» يعطى فى جميع موارد الغرور بأنّ المغرور يرجع إلى الغار.

ومنها: ما ورد فی خبر رفاعة بن موسی قال: وسألته عن البَرْصَاء؟ فقال: قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی امرأةٍ زوَّجها ولیُّها وهی بَرْصَاءُ أنّ لها المهر بما استحلَّ من فرجها وأنّ المهر علی الذی زوّجها وإنّما صار المهر علیه لأنّه دلَّسها، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأة وزوّجها رجلٌ لا یعرف دَخِیْلَة أمرها لم یکن علیه شی ءٌ وکان المهر یأخذه منها.(۷)

عرفت دَخِیْلَتَهُ: أی باطنته الداخلة، وعرفت دخیلة أمره: أی جمیع أمره.(۸)

۱- ۱ . رجال الشیخ /۱۰۵، رقم ۱۸.

۲- ۲ . رجال الشیخ /۱٤۷، رقم ۹۳.

۳- ۳ . رجال الشیخ /۳٤۳، رقم ۱۳.

٤- ٤ . رجال النجاشی /۳۲، رقم ۷۱.

٥- ٥ . معجم رجال الحدیث ۱۱٦/۳.

٦- ٦ . قاموس الرجال ۳٥/۲.

۷- ۷ . الکافی ۷۸۸/۱۰، ح۹ (٤۰۷/٥) ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۲۱۲/۲۱، ح۲، الباب ۲ من أبواب العیوب والتدلیس.

۸- ۸ . لسان العرب ۲٤۰/۱۱ مادة دخل.

وأمّا اعتبار سند الروایة فَمَنُوْطٌ باعتبار سهل بن زیاد، وقد یقال: بأنّ الأمر فیه سهل. ودلالتُها واضحة لأنّ الإمام علیه السلام جعل المهر علی الولِّی المُدَلِّس لأنّه دلَّسها وَطَبّقَ قاعدة الغرور فی المقام مع ذکر التعلیل: «لأنّه دلَّسها».

ومنها: صحیحة الحلبی عن أبیعبداللّه علیه السلام - فی حدیث - قال: إنّما یُردّ النکاح من

البرص والجذام والجنون والعفل، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحلّ من فرجها ويغرم وليّها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها.(١)

بتقريب: أنّ المراد من إنكاح الوليّ إيّاه أنّه دلّسها للزوج وأخفى عيوبها، فالوليّ يكون مدِّلسا فالمهر عليه.

ومنها: صحيحة داود بن سرحان عن أبيعبداللّه عليه السلام فى الرجل يتزوّج المرأة فيُؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء؟ قال: تُردّ على وليّها ويكون لها المهرعلى وليّها، الحديث.(٢)

بتقريب: أنّ الوليّ هو الذى دلَّسها وأخفى عيبها فيكون مهرها عليه بقرينة غيرها من الروايات.

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام قال: فى كتاب على عليه السلام : من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبيّن ذلک لزوجها فإنّه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها ويكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوّجها ولم يبيّن.(٣)

ومنها: خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل وهى رتقاء؟ قال: يفرّق بينهما ولا مهر لها.

يمكن القول باعتبار سند الرِّوايَةِ إذا قلنا بأنّ عبداللّه بن الحسن بن على بن جعفر الذى ينقل عن جَدِّهِ على بن جعفر المعروف بالعُرَيْضىّ كان من المعاريف ولم يرد فيه قدح فهو معتبر.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢١٣/٢١، ح٥.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢١٣/٢١، ح٦.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢١٤/٢١، ح٧.

وتقريب دلالتها: بأنّ المرأة هى بنفسها فعلت التدليس فلا مهر لها لأنّها المدلِّسة.

ومنها: صحيحة الوليد بن صَبِيْح عن أبيعبداللّه عليه السلام فى رجل تزوَّج امرأةً حُرّة، فوجدها أمةً قد دلَّست نفسها له، قال: إنْ كان الَّذى زوّجها إيّاه من غير مواليها، فالنّكاح فاسد.

قلت: فكيف يصنع بالمهر الّذى أخذت منه؟

قال: إنْ وجد ممّا أعطاها شيئا فليأخذه، وإنْ لم يجد شيئا فلا شى ء له عليها، وإنْ كان زوّجها إيّاه وليّ لها، ارتجع على وليّها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إنْ

كانت بكرا، وإنْ كانت غير بكرٍ، فنصف عشر قيمتها بما استحلَّ من فرجها قال: وتعتدّ منه عدّة الأمة.

قلت: فإنْ جاءت بولد؟

قال: أولادها منه أحرار إذا كان النّكاح بغير إذن الموالى.(١)

بتقريب: جملة «وإن كان زوّجها إيّاه وليٌّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه» لأنّ الولى حينئذ يكون مدلِّسا فالمهر عليه، فيؤخذ الزوج ما أعطاها منه.

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل خطب إلى رجل بنتا له من مهيرة فلمّا كان ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتا له أُخرى من أمة؟ قال: تردّ على ابيها وتردّ إليه امرأته ويكون مهرها على أبيها.(٢)

يكون مهر الأولى على أبيها لأنّه هو الغار والزوج مغرور، والشاهد عليه صحيحة الحلبى.(٣)

ومنها: مرسلة القاضى نعمان المصرى عن علىٍّ عليه السلام أنّه قال: تُرَدُّ المرأةُ من القَرَن والجذام والجنون والبرص، وإن كان دخل بها فعليه المهر وإن شاء أمسك وإن شاء فارق،

١- ١ . الكافى ٧٨٣/١٠، ح١ (٤٠٤/٥) ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨٥/٢١، ح١، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٢١/٢١، ح٢، الباب ٨ من أبواب العيوب والتدليس.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٢١/٢١، ح٣.

ويرجع بالمهر على من غرّه بها، وإن كانت هى التى غرّته رجع به عليها، وترك لها أدنى شيء ممّا يستحلّ به الفرج، وإن لم يدخل بها فارقها إن شاء و لا شيء عليه.(١)

القَرَن: لحم أو عظم يكون فى قُبُل المرأة يمنع من وطئها.(٢)

بتقريب: حكم أميرالمؤمنين عليه السلام بأنّ الزوج «يرجع بالمهر على مَنْ غرّها» ويستفاد منه قاعدة الغرور وكذلک قوله عليه السلام : «وإن كانت هى التى غرّته رجع به عليها»، وأمّا «ترک لها أدنى شيء ممّا يستحلّ به الفرج»، فَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ بواسطة وطى الزوج إيّاها.

ومنها: صحيحة مسمع بن كردين عن أبيعبداللّه عليه السلام فى أربعة شَهِدُوْا على رجل بالزنا فَرُجم، ثمّ رجع أحدهم، فقال: شككتُ فى شهادتى، قال: عليه الدية، قال: قلت: فإنّه

قال: شهدت عليه متعمّدا، قال: يُقتل.(٣)

المراد بالدية: ربعها كما يظهر ممّا يَأْتى من الروايتين.

بتقريب: الشاهد الزور غارّ فيغرم الدية، أو يقتل على فرض تعمده.

ومنها: صحيحة محمّد بن قيس عن أبيجعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق، فَقَطَعَ يدَهُ،حتى إذا كان بعد ذلک جاء الشاهدان برجل آخر،

فقالا: هذا السارق وليس الذى قَطَعَتْ يدَهُ، إنّما شبّهنا ذلک بهذا، فقَضى عليهما أنّ غرَّمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر.(٤)

«غرّمهما نصف الدية»: أى كلّ واحد منهما نصف الدية.

بالتقريب: الذى مرّ فى سابقها وكذلک ما بعدها.

ومنها: معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام فى رجلين شَهِدا على رجل أنّه سرق فقُطعت يدُه ثمّ رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرّما دية اليد من أموالهما

١- ٤ . دعائم الإسلام ٢٣١/٢، ح٨٦٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤٦/١٥، ح٥، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس.

٢- ٥ . مجمع البحرين ٢٩٩/٦.

٣- ١ . وسائل الشيعة ٣٢٩/٢٧، ح٣، الباب ١٢ من أبواب كتاب الشهادات.

٤- ٢ . وسائل الشيعة ٣٣٢/٢٧، ح١، الباب ١٤ من أبواب كتاب الشهادات.

خاصة، وقال فى أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون فَرُجِمَ، ثمّ رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الدية إذا قال: شبّه علىَّ، وإذا رجع اثنان وقالا: شبّه علينا غرما نصف الدية، وإن رجعوا كلّهم وقالوا: شبّه علينا غرموا الدية، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعا.(١)

ومنها: صحيحة جميل عن أبيعبداللّه عليه السلام فى شاهد الزور قال: إن كان الشى ء قائما بعينه رُدّ على صاحبه، وإن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل.(٢)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبيعبداللّه عليه السلام فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدّى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه.(٣)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام فى رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلّقها فاعتدّت المرأة وتزوّجت ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم فزعم أنّه لم

يطلّقها، وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذى شهد ورجع فيردُّ على الأخير ويفرّق بينهما وتعتدُّ من الأخير، ولا يقربها الأوّل حتّى تنقضى عدّتها.(٤)

ومنها: موثقة إبراهيم بن عبدالحميد عن أبيعبداللّه عليه السلام فى شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلّقها فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحدّ ويضمنان الصداق للزوج ثمّ تعتدُّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل.(٥)

وبالجملة: يستفاد من هذه الروايات الأخيرة أنّ شاهد الزور غارٌّ ويضمن الخسارات الواردة على المشهور عليه ولو لم يتعمّد ومع تعمّده يُقْتَصُ. وهذا هو جريان

١- ٣ . وسائل الشيعة ٣٣٢/٢٧، ح٢.

٢- ٤ . وسائل الشيعة ٣٢٧/٢٧، ح٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

٣- ٥ . وسائل الشيعة ٣٢٧/٢٧، ح١، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

٤- ١ . وسائل الشيعة ٣٣١/٢٧، ح٣، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

٥- ٢ . وسائل الشيعة ٣٣٠/٢٧، ح١، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

ومن هنا يَظْهَرُ ضعف ما ذكره السيّد الخوئی قدس سره من قوله: «إنّ هذه القاعدة على إطلاقها ممّا لا يمكن الالتزام به، وذلک لأنّ أحدا إذا شوّق آخر إلى شراء شی ءٍ بأنّه ستترقّى وأنّ له مشترين كثيرين فی البلد وبتشويقه ذلک اشتراه المشترى ثمّ انكشف أنّه لا مشترى له فی البلد وَبِتَشْوِيْقِهِ ذلک اشتراه المشترى ثمّ انكشف أنّه لا مشترى له فی البلد أصلاً وأنّ قيمته لم تترقّ بوجه، فهل يفتی فقيه بضمان ذلک المشوِّق للمشترى بدعوى أنّه غرّه فی المعاملة...»(۱).

والوجه فيه: إنّا نعمل بقاعدة الغرور فی ما يعمل بها الأصحاب كما مرّ، مِنْ عَمَلِ والأصحاب بها فی ما نحن فيه فنعمل بها.

وهكذا لا يتم ما ذكره المحقّق المروج رحمه الله من أنّ قاعدة الغرور تختص بموارد «كان المباشر بمنزلة الآلة، بأنْ يكون الفعلُ صادرا من المباشر بإرادة السبب والمقام ليس كذلک، لأنّ إقدامه على تعمير الدار الخربة مثلاً يكون بإرادته واختياره»(۲).

والوجه فی عدم تماميته: عدم ورود هذا الاختصاص فی كلام الفقهاء رضوان اللّه تعالى عليهم بل جميع الموارد التی ذكروها أو أغلبها لم يكن المباشر فيها بمنزلة الآلة ولم يصدر الفعل من المباشر فيها بإرادة السبب، يظهر ما ذكرته بمراجعة موارد جريان القاعدة

فی كلامهم، نعم، ما ذكره صاحب الجواهر من «إمكان كون بناء قاعدة الغرر على قوة السبب من المباشر»(۳) تام، وهذا الإمكان غير ما ورد فی كلامه من «أن يكون الفعل صادرا من المباشر بإرادة السبب»(٤).

فقاعدة الغرور تجرى فی المقام.

۱- ۳ . التنقيح فی شرح المكاسب ۸۷/۲.

٢- ٤ . هدى الطالب ٥١٩/٥.

٣- ١ . الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

٤- ٢ . هدى الطالب ٥١٩/٥.

الثانى: قاعدة نفى الضرر

(١)

تمسک بها جدى الشيخ جعفر(٢) وسيّد الرياض(٣) وصاحب الجواهر(٤) والشيخ الأعظم(٥).

بتقريب: انّ قاعدة نفى الضرر تقتضى ضمان البائع، لأنّ عدم ضمانه لغرامات المشترى ضرر على المشترى، فعدم الضمان مرفوع بها فيثبت ضمان البائع.

ويرد عليه: أوّلاً: قاعدة لا ضرر لا تجرى فى الموارد التى يوجب جريانها فيها ضررا على الآخرين ويكون إضرارا على الغير. وفى ما نحن فيه الحكم برجوع المشترى على البائع ضرر على البائع وإضرار فى حقّه.(٦)

وثانيا: قاعدة نفى الضرر ترفع الأحكام الشرعية التى تبلغ إلى حدّ الضرر ولا يثبت بها حُكْمٌ شَرْعِيٌّ وثبوتُ الضمان على البائع الفضولى أو الغاصب حُكْمٌ شَرْعِيٌّ لاتقدر قاعدة الضمان على إثباته.

الثالث: السبب أقوى من المباشر

قد يستدل بقول الفقهاء أنّ السبب أقوى من المباشر فى المقام برجوع المشترى إلى البائع الفضولى لأنّ استناد الفعل هنا وهو ثبوت الضمان والغرامة إلى السبب - وهو البائع الفضولى - أقوى من المباشر - وهو المشترى - .

وفيه: نعم، فى موارد أقوائية السبب من المباشر يحكم بثبوت الضمان على السبب

نحو: مَنْ حفر بئرا فى وسط الطريق فوقع فيها أحد فى ليلة ظلماء فإنّه يصدق أن يقال إنّه أَهْلَكَهُ، ومنه تغريم شاهدى الزور لأنّهما أوجبا قتل المشهود عليه، وكما إذا كان المباشر

١- ٣ . مرّ منّا روايات قاعدة نفى الضرر بين الفريقين فى الآراء الفقهية ٣٤٧/٤.

٢- ٤ . شرح القواعد ١٠٢/٢.

٣- ٥ . رياض المسائل ٤٦/١٤.

٤- ٦ . الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

٥- ٧ . المكاسب ٤٩٤/٣.

٦- ٨ . التنقيح فى شرح المكاسب ٨٥/٢.

مسلوب القدرة والشعور والاختيار كما إذا أعطى بندقية بيد صبى أو مجنون وأمره برمى الغافل والنائم، وكما إذا فتح باب قفص فطار الطائر.

وأمّا فيما إذا كان السبب من قبيل المعدّات للفعل الصادر من المباشر لشعوره واختياره كما إذا شوّقه وحرّكه إلى قتل أحد فقتله باختياره أو التمس منه شرب خمر فشربه بإرادته ففى أمثال ذلک لا دليل على أخذ السبب بالقصاص أو الدية، وإن كان عاصيا فى الإنبعاث إلى فعل المحرّمات، وما نحن فيه من هذا القبيل لأنّ البائع الفضولى أو الغاصب من أحدّ معدّات أفعال المشترى لا أنّه علّة تامة لها(١)، بحث لا يستند الفعل عرفا إلى البائع بل يستند إلى المشترى فلا تَجْرِىْ قاعدة أقوائية السبب من المباشر.

الرابع: موثقة جميل بن دَرّاج

موثقة جميل بن دراج عن أبيعبداللّه عليه السلام فى الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجئ مستحقُّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التى أُخذت منه.(٢)

بتقريب: هذه الموثقة تدلّ بالظهور اللفظى أو الفحوى على رجوع المشترى على البائع الفضولى أو الغاصب لأنّ الولد الحر: إن لم يُعَدَّ نفعا عائدا إلى المشترى كانت دلالة الموثقة على ضمانة البائع الفضولى بالدلالة اللفظية، وإن عُدَّ نفعا كانت دلالتها عليه بالفحوى لأنّ المشترى إذا كان مع وصول النفع إليه مستحقّا للرجوع إلى البائع، كان استحاقه للرجوع إليه مع عدم وصول النفع إليه بطريق اولى.

وأضاف الشيخ الأعظم: «مع أنّ فى توصيف قيمة الولد بأنّها «أُخذت منه» نوع إشعار بعلّيّة الحكم فيطّرد فى سائر ما أُخذت منه»(٣).

مراده: أنّ الوصف مشعر بِالْعِلِّيّةِ والعِلِّيّةُ تعمم الحكم بالرجوع إلى البائع فى جميع ما أخذ المالك من المشترى من المنافع التى لم يحصل للمشترى نفع أو حصل.

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٨٥/٢ و ٨٦.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٠٥/٢١، ح٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٣- ٣ . المكاسب ٤٩٥/٣.

اعترض صاحب الحدائق بأنّ الحكم إذا كان هو رجوع المشترى إلى البائع فلماذا

لم يرد ذلک فی عدّة من الروايات(١) مع أنّ «المقام مقام بيان مع حكمه عليه السلام فی الخبر(٢) برجوع المالک علی المشتری بعوض المنافع، فلو كان للمشتری الرجوع بها علی البائع لذكره عليه السلام ، مع ذكره أخيرا أنّ المشتری يرجع بما أنفقه علی المالک لا علی البائع.(٣)

وأجاب عنه الشيخ الأعظم بقوله: «وأمّا سكوت عن رجوع المشتری إلی البائع فی بعض الأخبار فهو لعدم كونه مسوِّقا لذلک كرواية زرارة(٤)... ورواية زريق(٥)...»(٦).

ثمّ أجاب عنهما الشيخ الأعظم بعد ذكر الروايتين بأجوبة أربعة:

«[١] أنّا نمنع ورودها [هما] إلاّ فی مقام حكم المشتری مع المالک.

[٢] أنّ السكوت فی مقام البيان لا يعارض الدليل.

[٣] مع أنّ رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلی البائع.

[٤] مع أنّ البائع فی قضية زُرَيق هو القاضی فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجّه إليه غرم(٧)، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غارّا من جهة حكمه علی طبق البينة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلاً - كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتری ببطلان قضاء المخالف وتصرّفه فی اُمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له»(٨).

١- ١ . نحو معتبرة زرارة ح٢ فی الباب المذكور بناءً علی أنّ ابن أبيعمير لا يروی ولا يرسل إلاّ عن ثقة وقد مرّ منّا فی أبحاثنا الرجالية مناقشة هذا المبنی فلا يتم اعتبار الرواية سندا. وصحيحة جميل عن بعض أصحابنا ح٣ فيه، وخبر زرارة ح٤ فيه.

٢- ٢ . مراده معتبرة زُرَيق المروية فى وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- ٣ . الحدائق ٣٩٤/١٨.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح٤.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١.

٦- ٦ . المكاسب ٤٩٥/٣.

٧- ٧ . قد حكم صاحب الجواهر فى كتابه ٤٨٨/٢٣ (٣٠٤/٢٢) بعدم تغريم القاضى.

٨- ٨ . المكاسب ٤٩٨/٣ و ٤٩٧.

واعترض السيّد الخوئى على الشيخ الأعظم بأنّ: «الولد سواء كان من [المنافع[المستوفاة أو من غيرها إنّما خرج بالنص وهذا لا يقتضى التعدّى إلى جميع المنافع المستوفاة أو غير المستوفاة»(١).

ثمّ اعترض على استفادته عليّة الحكم من الوصف بقوله: «فهو من غرائب الكلام،

لأنا لو فرضنا أنّ التوصيف صريح فى علّية الأخذ للحكم لما أمكن التعدّى منه إلى غيره فضلاً عمّا إذا كان مشعرا بذلك والوجه فى ذلك ما سنبيّن فى بحث تعاقب الأيادى عن قريب إن شاء اللّه تعالى من أنّ رجوع كلّ ضامن إلى ضامن آخر إنّما هو فيما إذا أخذ المالك منه المال المضمون عليه، وأمّا قبل أخذه فلا يمكنه الرجوع إلى الآخر أبدا ولو مع العلم بأنه سيأخذ قيمته منه، وفى المقام أيضا إنّما يجوز للمشترى الرجوع إلى البائع فيما إذا أخذ المالك من المشترى قيمة الولد، وأمّا قبله فلا شىء حتّى يرجع به المشترى إلى البائع وهذا هو الوجه فى توصيف الإمام عليه السلام القيمة بكونها ممّا أُخذت منه فلا يمكن منه التعدّى إلى جميع موارد الأخذ أبدا، بل الأخذ فى هذا المورد يوجب الحكم برجوع المشترى إلى البائع لا مطلقا كما لا يخفى، واستفادة العلّية من ذلك نظير استدلال الشافعية على عدم الزكاة فى معلوفة الإبل بقوله عليه السلام «فى الغنم السائمة زكاة»(٢) فإنّ السوم ليس علّة للزكاة مطلقا بل فى خصوص الغنم كما لا يخفى فهو لا يدلّ على نفى الحكم عن غير موارد السوم مطلقا ولعلّه ظاهر، هذا.

مضافا إلى أنّ فى توصيف القيمة بكونها ممّا اُخذت من المشترى فائدة اُخرى وهى أنّ قيمة الولد تختلف باختلاف الأماكن والحالات والبلدان، فإذا رجع المالک إلى المشترى بقيمة الولد فلا يجوز للمشترى أن يرجع على البائع بأعلى القيم المتبادلة للولد، بل إنّما يرجع إليه بخصوص القيمة التى أخذها المالک من المشترى لا بقيمة اُخرى زائدة

١- ٩ . التنقيح فى شرح المكاسب ٨٩/٢.

٢- ١ . ورد مضمونه فى وسائل الشيعة ١١٨/٩، الباب ٧ من أبواب زكاة الأنعام، ومستدرک الوسائل ٦٣/٧، ح١، الباب ٦ من أبواب زكاة الأنعام.

عليها كما لا يخفى، هذا»(١).

وتبعه شيخنا الأُستاذ قدس سره فى عدم الدلالة وعدم العلّية بل يرى الأخير «تقييد القيمة لا توصيفها بأن يكون المتعيّن الرجوع بتلک القيمة لا قيمة الولد يوم الرجوع وقد تقرر فى بحث الاصول أنّه لا دلالة فى التقييد على علّة الحكم ولا يستفاد منه المفهوم»(٢).

ولكن الأُستاذ المحقّق - مد ظله - يرى موثقة جميل تامة فى الدلالة على ضمان البائع ورجوع المشترى إليه ولكن لا يرى التوصيف مشعرا بالعلّيّة لأنّ ظهوره فى العلية منوط بثبوت مفهوم الوصف ولم يثبت عنده - مد ظله - فى علم الأُصول مفهوم الوصف.(٣)

أقول: ما ذكره الأُستاذ المحقّق - مد ظله - من تمامية دلالة موثقة جميل على ضمان البائع صحيح، موافقةً للشيخ الأعظم، وكذا ما ذكره فى عدم تمامية إشعار الوصف بالعلية مخالفة له، فنحن فى دلالة موثقة جميل تتبع قول الاستاذ المحقّق - مد ظله - فى المقام.

وأمّا رِوايَتا زرارة(٤) فلم يرد فيهما رجوع المشترى إلى البائع الفضولى.

وكذلک معتبرة زُرَيق(٥) ساكتة عن حكم رجوع المشترى إلى البائع.

وقد مرّ من الشيخ الأعظم(٦) ردّا على صاحب الحدائق(٧) أنّ عدم ورود الحكم والسكوت عنه فى بعض الروايات لا ينافى ما ورد فى موثقة جميل فلابدّ من الأخذ بها.

وبالجملة: حكم رجوع المشترى إلى البائع الفضولى أو الغاصب فى هذا القسم ثابتٌ والحمد للّه.

١- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٩٠/٢.

٢- ٣ . إرشاد الطالب ١١٧/٤.

٣- ٤ . راجع العقد النضيد ٥٨٨/٣.

٤- ١ . وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح ٢ و ٤.

٥- ٢ . وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح١.

٦- ٣ . المكاسب ٤٩٥/٣.

٧- ٤ . الحدائق ٣٩٤/١٨.

القسم الثانى: الغرامة التى يحصل نفع للمشترى فى مقابلها

اشارة

فهل يرجع المشترى بها إلى البائع الفضولى أو الغاصب أم لا؟ خلاف بين الأصحاب نشأ من نقل الشيخ بأنّ فيها قَوْلَيْنِ واختار تارة بأنّ الأقوى عدم الرجوع وأُخرى بأنّ الرجوع هو الأقوى.

فقد فقال فى غصب المبسوط فى من غصب ثوبا: «... وأمّا الكلام فى الرجوع، فإن رجع [المالک] على المشترى نظرت... وإن كان غرم ما دخل على أنّه له بغير بدل وقد حصل فى مقابله نفع وهو

أُجرة الخدمة، فهل يرجع بذلک على الغاصب أم لا؟ فيه قولان: أحدهما يرجع لأنّه غرم، والثانى لايرجع وهو الأقوى، لأنّه وإن غرم فقد انتفع بالاستخدام»(١).

وقال فيه أيضا: «إذا غصب طعاما فأطعم رجلاً... فهل يرجع الآكل على الغاصب أم لا؟ قيل فيه قولان: أحدهما يرجع لأنّه غرّه، والثانى لايرجع لأنّ التلف كان فى يده فاستقرّ الضمان عليه، والأوّل أقوى»(٢).

ونقل فخُرالمحقّقين(٣) والفاضلُ المقداد(٤) هذين القولين عن الشيخ.

ولكنّ القول المنسوب إلى الشيخ هو عدم الرجوع فقط فى كلام العلاّمة(٥) والشهيد الثانى(٦) والمحقّق السبزوارى(٧) وسيّد الرياض(٨) والفاضل النراقى(٩).

١- ٥ . المبسوط ٧١/٣.

٢- ٦ . المبسوط ٨٨/٣.

٣- ١ . إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

٤- ٢ . التنقيح الرائع ٧٥/٤.

٥- ٣ . مختلف الشيعة ٥٦/٥.

٦- ٤ . المسالک ٢٢٧/١٢.

٧- ٥ . الكفاية ٦٥٥/٢.

٨- ٦ . رياض المسائل ٤٧/١٤.

٩- ٧ . مستند الشيعة ٢٩٦/١٤.

ولمعرفة قائِلِی الْقَوْلَیْنِ وکتبهم أذکر لک کلام السیّد العاملی فی موضعین من مفتاح الکرامة، قال فی متاجره: «وأمّا ما حصل له فی مقابلته نفع ففی المبسوط(۱) فی موضع منه والخلاف(۲) وظاهر السرائر(۳) وصریح غصب کشف الرموز(٤) انّه لا یرجع به... .

وفی المبسوط(٥) أیضا والشرائع(٦) والنافع(۷) والإیضاح(۸) وشرح الإرشاد(۹) لفخرالإسلام والدروس(۱۰) وجامع المقاصد(۱۱) والمسالک(۱۲) والروضة(۱۳) ومجمع البرهان(۱٤) أنّه یرجع به. وبه صرّح فی غصب الدروس(۱٥) أیضا والتنقیح(۱٦)

والمقتصر(۱۷) وجامع المقاصد(۱۸) ولعلّه الظاهر من غصب الشرائع(۱۹) وفی

۱- ۸ . المبسوط ۷۱/۳.

۲- ۹ . الخلاف ٤۱۰/۳، مسألة ۲۳.

۳- ۱۰ . السرائر ۳۲٥/۲.

٤- ۱۱ . کشف الرموز ۳۸٤/۲.

٥- ۱۲ . المبسوط ۸۸/۳.

٦- ۱۳ . الشرائع ۸/۲.

۷- ۱٤ . مختصر النافع /۲٥۷.

۸- ۱٥ . إیضاح الفوائد ٤۲۰/۱ و ٤۲۱.

۹- ۱٦ . شرح الإرشاد / مخطوطة.

۱۰- ۱۷ . الدروس ۱۹۳/۳.

۱۱- ۱۸ . جامع المقاصد ۷٦/٤ و ۷۷.

۱۲- ۱۹ . المسالک ۱٦۰/۳.

١٣- ٢٠ . الروضة البهية ٢٣٧/٣ و ٢٣٨.

١٤- ٢١ . مجمع الفائدة والبرهان ١٦٤/٨.

١٥- ٢٢ . الدروس ١١٥/٣.

١٦- ٢٣ . التنقيح الرائع ٧٥/٤.

١٧- ١ . المقتصر /٣٤٤.

١٨- ٢ . جامع المقاصد ٣٢٦/٦.

١٩- ٣ . الشرائع ١٩٥/٣.

التنقيح(١) أنّ عليه الفتوى.

وقد نسبه فى المختلف(٢) إلى بعض علمائنا، وهو قضية إطلاق الباقين.

وفى التذكرة(٣) والإرشاد(٤) فيه قولان. ونحوهما ما فى التحرير(٥) حيث قال: على قول. ولا ترجيح فى غصب النافع(٦) والتبصرة(٧) والمهذّب البارع(٨) والمسالك(٩) والكفاية(١٠). وعبارة نهاية الإحكام(١١) كعبارة الكتاب [القواعد الأحكام(١٢)] حرفا فحرفا لكنّه قال فيها بعد ذلك: سواء حصل فى مقابلته نفع كأُجرة الدار والدابة أو لا كقيمة الولد على إشكال...»(١٣).

وقال فى غصبه(١٤): «فالشيخ فى الخلاف والمبسوط فى موضع منه والآبى فى كشف الرموز وشيخنا فى الرياض(١٥) وظاهر السرائر أنّه لا يرجع للأصل ولأنّه مباشر الإتلاف... .

١- ٤ . التنقيح الرائع ٧٥/٤.

٢- ٥ . مختلف الشيعة ٥٦/٥.

٣- ٦ . تذكرة الفقهاء ١٨/١٠ و ٣٤٠.

٤- ٧ . إرشاد الأذهان ٣٦١/١.

٥- ٨ . التحرير ٢٧٧/٢ و ٤٠٩.

٦- ٩ . المختصر النافع /٢٥٧.

٧- ١٠ . تبصرة المتعلِّمين /١٠٩.

٨- ١١ . المهذب البارع ٢٥٥/٤.

٩- ١٢ . المسالک ٢٢٧/١٢.

١٠- ١٣ . الكفاية ٦٥٥/٢.

١١- ١٤ . نهاية الإحكام ٤٧٨/٢.

١٢- ١٥ . قواعد الأحكام ١٩/٢.

١٣- ١٦ . مفتاح الكرامة ٦٣٢/١٢.

١٤- ١٧ . لم أذكر مصادرها لما مرّ آنفا إلاّ ما كانت جديدة.

١٥- ١٨ . رياض المسائل ٤٧/١٤.

والشيخ فی المبسوط فی موضع آخر والمحقّق فی تجارة النافع(١) وظاهر تجارة

الشرائع وفخرالإسلام فی الإيضاح وشرح الإرشاد والشهيدان فی الدروس والمسالک والروضة والمحقّق الثانی فی جامع المقاصد والمقدس الأردبيلی والمصنف [العلاّمة] فی تجارة الكتاب [القواعد] والشهيد فی غصب الدروس والمقداد وأبوالعباس فی المقتصر والمحقّق الثانی فی جامع المقاصد والمحقّق فی ظاهر الشرائع أنّه يرجع به وفی التنقيح أنّ عليه الفتوى وهو قضية إطلاق الباقين... .

ولا ترجيح فی غصب النافع والتذكرة(٢) والتحرير(٣) والتبصرة والمهذب البارع والمسالک والكفاية، ولا فی تجارة التذكرة والتحرير ونهاية الإحكام والإرشاد»(٤).

ثمّ بعد نقل الأقوال لابدّ من البحث حول أدلة جواز رجوع المشترى إلى البائع الفضولى أو الغاصب لأنّ الشيخ الأعظم(٥) يرى جواز الرجوع هو الأقوى.

أدلة القائلين بجواز الرجوع

الأوّل: الإجماع

يَظْهَرُ من كلام العلاّمة فى غصب التذكرة الإجماعُ على ضمان الغاصب دون الآكل الجاهل بالغصب لقوله فيما إذ قدّم الغاصبُ الطعام إلى الغير فأكله...: «والثانية: يستقرّ الضمان على الغاصب لأنّه غرّه وأطعمه على أن لا يضمنه، وهو الذى يقتضيه مذهبُنا»(٦).

وقد مرّ كلام الفاضل المقداد(٧) بأنّ عليه الفتوى.

وقال الفقيه المتتبع العاملى: «فالضمان على الغاصب بلا خلاف منّا فيما أجد فيما

١- ١٩ . لم أجده فى تجارة مختصر النافع.

٢- ١ . تذكرة الفقهاء ٣٣٧/١٩، مسألة ١١٢٧.

٣- ٢ . تحرير الأحكام الشرعية ٥٤٢/٤.

٤- ٣ . مفتاح الكرامة ١٨/(٣٤٣-٣٤١).

٥- ٤ . المكاسب ٤٩٨/٣.

٦- ٥ . تذكرة الفقهاء ١٨٨/١٩.

٧- ٦ . التنقيح الرائع ٧٥/٤.

إذا قال: كُلْه فهذا ملكى وطعامى، أو قدّمه إليه ضيافة حتّى أكله ولم يقل إنّه مالى وطعامى أو لم يذكر شيئا»(١).

وفيه: أوّلاً: قد عرفت الخلاف فى المسألة.

وثانيا: على فرض تحقّق الإجماع أنّه مدركىٌّ فلابدّ من ملاحظة غيره من الأدلة.

الثانى: قاعدة لا ضرر

بتقريب: انّ المشترى استوفى المنافع على أنّها ملكه فيصير مجانا بالنسبة إليه من دون ضمان لها للغير، وبعد العلم بالفضولية أو الغصبية الحكم بضمان المشترى للمنافع المستوفاة ضرر عليه وقاعدة نفى الضرر تنفيه. «ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر»(٢).

ويرد عليه: ما أُوردته آنفا فى القسم الأوّل(٣) فلا أُعيده ولعلّ لأجل ورود المناقشات عليها ذكرها الشيخ الأعظم(٤) بعنوان التَّأْيِيْدِ لا الدليل.

الثالث: قاعدة الغرور

اشارة

لا شک بأنّ المشترى المستوفى لمنفعة المبيع هنا مغرورٌ والبائع الفضولى أو الغاصب غارٌّ وقد مرّت(٥) تمامية قاعدة الغرور من حيث الدليل فيما عمل به الأصحاب ومنها كتابا الغصب والبيع، فتجرى القاعدة وتحكم بجواز رجوع المشترى المغرور إلى البائع الفضولى الغارّ.

نقل كلام صاحب الرياض فى الإشكال على جريان قاعدة الغرور فى المقام

قال سيّد الرياض رحمه الله : «(وفى) جواز (الرجوع) عليه (بما ضمن) وغرمه (من المنافع كعوض الثمرة وأُجرة السكنى تردّد) ينشأ: من مباشرته الإتلاف مع حصول نفعه فى

١- ٧ . مفتاح الكرامة ١٠١/١٨.

٢- ١ . المكاسب ٤٩٩/٣.

٣- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٤.

٤- ٣ . المكاسب ٤٩٩/٣.

٥- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٧.

مقابله، وأولويّة حوالة الضمان على مباشر الإتلاف.

ومن أنّ الغاصب قد غرّه ولم يشرع على أن يضمن ذلک فكان الضمان على الغارّ، كما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً ورجع المالک على الآكل، أو غصب طعاما فأطعمه المالک فإنّه يرجع على الغارّ.

وإلى هذا ذهب الماتن فى كتاب التجارة من الشرائع، والفاضل المقداد فى التنقيح.(١)

وإلى الأوّل ذهب الشيخ فى المبسوط والخلاف، والحلى.(٢) وهو أوفق بالأصل، مع عدم معلوميّة صلوح المعارض للمعارضة بناءً على عدم وضوح دليل على ترتّب

الضمان على الغارّ بمجرّد الغررو وإن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفانه المنفعة فى مقابلة ما غرمه. والإجماع على هذه الكلية غير ثابت بحيث يشمل نحو مفروض المسألة.

نعم ربما يتوجّه الرجوع حيث يتصوّر له الضرر بالغرور، كما إذا أُخذت منه قيمة المنافع أزيد ممّا يبذله هو فى مقابلتها من غير ملكه ونحو ذلک. وكيف كان الأحوط له عدم الرجوع مطلقا»(٣).

اعترض الشيخ الأعظم على سيّد الرياض

اعترض الشيخ الأعظم(٤) على سيّد الرياض

بأنّ قاعِدَتَی الغرور والضرر فی المقام موجودتان:

أمّا قاعدة الغرور فَلإتفاق الفقهاء على كون المشترى مغرورا فی ما نحن فيه.

وأمّا قاعدة الضرر فلأنّ إتلاف مال الغير مجانا بسبب تغرير شخص آخر بأن يقول له كُلْ فإنّه لی ثمّ انكشف أنّه للغير وطلب ذلک الغير ماله من الآكل وأخذ منه، يوجب عدّ هذا الآكل متضررا.

ص:٢٢٤

١- ٥ . الشرائع ٨/٢، التنقيح ٧٥/٤.

٢- ٦ . المبسوط ٧١/٣، الخلاف ٤٠١/٣، مسألة ٢٣؛ والسرائر ٣٢٥/٢.

٣- ١ . رياض المسائل ٤٧/١٤.

٤- ٢ . المكاسب ٤٩٩/٣.

فبالنتيجة رجوع المنفعة على المشترى وَاسْتِيْفاؤُهُ إيّاها لا يمنع من جريان قاعدة الغرور.

اعتراض آخر من صاحب الجواهر على سيّد الرياض

قال بعد نقل مقاله: «وإن كان ما ذكره لا يخلو من نظر، ضرورة عدم مدخلية التضمين بقاعدة الغرور فی حصول الضرر وعدمه، بل هو من باب قوة السبب على غيره ولو مباشرة.

نعم، إنّما المُتَّجِهُ ما ذكرناه من منع تحقّق الغرور الذی يترتب عليه الضمان، إذ المسلَّم منه ما يترتب عليه فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً كالإباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشترى هنا على زعم كونه مالكا الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصا مع جهل البائع بالحال كالمشترى، فتأمل»(١).

وقد مرّ(٢) قوله رحمه الله فی کتاب التجارة مِن «إمکان کون بناء قاعدة الغرر علی قوّة

السبب من المباشر»(٣).

توضیح کلام صاحب الجواهر رحمه الله : قاعدة الغرور لیست مبنیّة علی قاعدة الضرر حتّی یقال أنّه لا ضرر هنا، فلا تجری قاعدة الغرور. بل هی مبنیّة علی قاعدة قوة السبب علی المباشر، والسبب [البائع هنا] أقوی من المباشر [المشتری هنا] فیرجع المشتری علی البائع بما اغترمه للمالک عوضا من منافع المبیع التی استوفاها، لأنّه وإن کان مباشرا علی الاستیفاء لکنّ البائع الذی هو السبب أقوی من المباشر [المشتری] فیرجع المشتری إلی البائع فی ضمان المنافع.(٤)

١- ٣ . الجواهر ١٨٣/٣٧.

٢- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٣.

٣- ١ . الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

٤- ٢ . هدی الطالب ٥٣٨/٥.

ردّ من الشیخ الأعظم علی اعتراض صاحب الجواهر علی سیّد الریاض

ردّ علیه أوّلاً(١): أنّ صاحب الریاض لا یدّعی ابتناء قاعدة الغرور علی قاعدة لا ضرر حتّی یقال بعدم جریان الأوّل فی المقام لعدم جریان الثانی لأنّ المشتری بنفسه استوفی المنافع فمن له الغنم له الغرم فهو المشتری بنفسه ضامن لما استوفاه وهذا لیس ضررا علیه، بل یدّعی أنّ إهمال مستند قاعدة الغرور - أی النصوص الخاصة والإجماع - یقتضی الاقتصار علی قدر المتیقن منهما وهو صورة الضرر لعدم دلالتهما صریحا علی ضمان البائع لجمیع ما اغترمه المشتری للمالک حتّی المنافع التی استوفاه المشتری.(٢)

وثانيا(٣): إنّ قوة السبب على المباشر بنفسها لاتصلح لأن تكون دليلاً على الضمان «إلاّ إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا إليه كما فى المكرَة»(٤)، أو إذا أجّج النارَ فى جهة هبوب الريح العاصف فأطارتها الريحُ إلى أموال الناس فأحرقت النار بعض أموالهم فحينئذ الإحراق وإن كان فعل النار ولكنّه يُستند إلى المؤجِّج الذى هو السبب، أو إذا وُضع الدهنُ الجامدُ فى الشمس فذاب واُريق فإنّ الإذابة والإراقة وإن كانتا فعل الشمس لكنّهما تُستندان إلى الواضع.

«والمتجه فى مثل ذلک عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً كما نُسب(٥) إلى ظاهر

الأصحاب فى المكرَه لكون المباشر بمنزلة الآلة»(٦).

وأمّا فى غير هذه الموارد استقرار الضمان على السبب وعدم استقراره على المباشر فَيحتاج إلى دليل وَهُوَ مفقود فى المقام.

فلابدّ فى رفع اهمال مستند قاعدة الغرور:

١- ٣ . المكاسب ٤٩٩/٣.

٢- ٤ . هدى الطالب ٥٣٨/٥.

٣- ٥ . المكاسب ٥٠٠/٣.

٤- ٦ . المكاسب ٥٠٠/٣.

٥- ٧ . الناسب هو صاحب الجواهر فى كتابه ٥٧/٣٧.

٦- ١ . المكاسب ٥٠٠/٣.

[١] إمّا من الرجوع إلى قاعدة لا ضرر.

[٢] أو الاجماع المدّعى فى الإيضاح(١) على تقديم السبب إذا كان أقوى.

[٣] أو بالأخبار الواردة فى الموارد المتفرقة - التى مرّت - وإلغاء الخصوصية منها.

[٤] أو كون الغارّ سببا فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور فى ضمان ما يؤخذ بشهادته.

ثمّ بعد عدّ الوجوه الأربعة قال الشيخ الأعظم ما نصه: «ولا ريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أمّا الأخير فواضح وأمّا الأوّل فقد عرفته، وأمّا [٢] الإجماع و [٣] الأخبار فهما وإن لم يردا فى خصوص المسألة إلاّ أنّ تحقّقهما فى نظائر المسألة كافٍ، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملّكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهرا(٢) ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدى الزور مورد الأخبار(٣)، ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً»(٤).

فما ذكره صاحب الجواهر قدس سره من عدم جريان قاعدة الغرور فى ما نحن فيه غير تام.

وثالثا: قاعدة الغرور تجرى فى المقام كبرىً فلا يتم ما ذكره سيّد الرياض(٥) وصغرىً فلا يتم ما ذكره صاحب الجواهر(٦) «حيث عدل فى ردّ مستند المشهور [وهو قاعدة الغرور] عمّا فى الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى»(٧).

١- ٢ . إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

٢- ٣ . راجع تذكرة الفقهاء ١٨٨/١٩، ومفتاح الكرامة ١٠١/١٨.

٣- ٤ . راجع: وسائل الشيعة ٣٢٩/٢٧، ح٣، ٣٣٢/٢٧، ح ١ و ٢ كما مرّت هذه الروايات الثلاثة وغيرها فى بحث نصوص قاعدة الغرور.

٤- ٥ . المكاسب ٥٠٠/٣ و ٥٠١.

٥- ٦ . رياض المسائل ٤٧/١٤.

٦- ٧ . الجواهر ١٨٣/٣٧.

٧- ٨ . المكاسب ٥٠١/٣.

وأمّا جريانها صغرىً فى المقام فلأنّ «مفهوم الغرور وإن كان غير منقّح لعدم وضوح دليله إلاّ أنّ المتيقن من مفهومه هو إتلاف المغرور مال الغير لا بعنوان أنّه مال الغير، بل بعنوان مال نفسه أو بعنوان مَن أباح له الإتلاف فلا يكون [المغرور] قاصدا لإتلاف مال الغير»(١). «فيشبه المكرَه فى عدم القصد»(٢).

وجه الشبه: أنّ المكرَه يكون كالآلة للمكرِه من جهة الإكراه والإجبار فلايستقل فى قصد عنوان التصرف أو إتلاف مال الغير، وكذلک المغرور فإنّه وإن كان مختارا فى فعله ومستقّلاً فى أصل القصد ولكنّه لجهله بالحال لا يقصد عنوان التصرف أو إتلاف مال الغير، وإنّما مقصوده التصرف فى مال نفسه وهو المبيع.(٣) فهو مغرور وتجرى فى تضمينه قاعدة الغرور ويرجع إلى الغارّ الذى هو هنا البائع الفضولى، هذا.

مقال الأعلام الثَّلاثة فى ميزان النقد

أمّا ما ذكره سيّد الرياض(٤) قدس سره من ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة لا ضرر كما فهمه صاحب الجواهر رحمه الله أو بقاعدة لا ضرر يرفع الإهمال من مستند قاعدة الغرور كما فهمه الشيخ الأعظم رحمه الله فغير تام، أمّا الأوّل فَلِما مرّ منّا من عدم جريان قاعدة لا ضرر فى المقام للوجهين الماضين(٥) فكيف يمكن ابتناء قاعدة الغرور عليها، وأمّا الثانى فالإهمال فى قاعدة الغرور موجود كما ذكره الشيخ الأعظم ولكن كيف يمكن رفعه بقاعدة لا ضرر مع عدم جريانها فى المقام كما مرّ ومع أنّ فى أغلب فروض قاعدة الغرور الضرر موجود فليس هذه بقدر المتيقن منها كما ادعاه الشيخ الأعظم رحمه الله .

وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره من أنّ قاعدة الغرور مبنيّةٌ على قاعدة قوة السبب

١- ١ . هدى الطالب ٥٤٩/٥.

٢- ٢ . المكاسب ٥٠١/٣.

٣- ٣ . راجع حاشية المكاسب للمحقّق الأصفهانى ٣٠٦/٢.

٤- ٤ . رياض المسائل ٤٧/١٤.

٥- ٥ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٤.

على المباشر فأيضا غير تام لما مرّ(١) من عدم جريان قاعدة قوة السبب على المباشر فى المقام فكيف يمكن ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة لا تجرى فى المقام؟!

نعم، لو ضمنا ما ذكره صاحب الجواهر فى كتاب الغصب(٢) بما ذكره فى كتاب

التجارة(٣) وقلنا بأنّ النتيجة تابعة لأخص المقدمات فيرجع كلامه إلى إمكان ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة قوة السبب على المباشر ومن المعلوم أنّ الإمكان غير الابتناء فى نفس الأمر، فافهم.

مضافا إلى تضمين الولى المدلِّس المهر فى النكاح الذى دخل بها الزوج كما فى النصوص الماضية كيف يجمع مع قاعدة قوة السبب على المباشر؟!

وأمّا ما ذكره الشيخ الأعظم(٤) قدس سره من إهمال مستند قاعدة الغرور فتام ولكن لا أدرى كيف يتمكن هو رحمه الله من رفع هذا الإهمال بقاعدة لا ضرر التى لا تجرى فى موارد قاعدة الغرور أو بالإجماع المنقول الذى ليس بحجة ويحتمل فيه انّه مدركىٌّ كما مرّ(٥)؟!

ولم يذكر قدس سره وجه رفع الإهمال بالوجه الثالث الذى ذكره وهو الأخبار الواردة فى الموارد المختلفة وإلغاء الخصوصية منها وإذا بلغ النوبة بها فى كلامه انتقل إلى الوجه الرابع والشاهد الزور

فكانّه ذكر رفع الإهمال بشاهد الزور مرّتين تارة فى أوّل كلامه بأنّه واضح وأُخرى فى آخر كلامه من قوله: «رجوع المحكوم عليه إلى شاهدى الزور مورد الأخبار»(٦).

ومن المعلوم أنّ ما ذكره من الوجه الثالث والرابع هما بعينهما الروايات الواردة

١- ٦ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٤.

٢- ٧ . الجواهر ١٨٣/٣٧.

٣- ١ . الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠٢/٢٢).

٤- ٢ . المكاسب ٤٩٩/٣.

٥- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٢٢.

٦- ٤ . المكاسب ٥٠١/٣.

حول قاعدة الغرور والنصوص المستفادة منها قاعدة الغرور(١) فكيف يريد الشيخ الأعظم رفع إهمال هذه الروايات بأنفسها؟!

نعم، الإهمال موجود فى روايات قاعدة الغرور ولايمكن إلغاء الخصوصية منها وَتَسْرِيَتُها إلى جميع موارد الغرور اللغوى أو العرفى، وقد مرّ(٢) منّا بأنّا نرفع هذا الإهمال بعمل الأصحاب ونجرى قاعدة الغرور فى ما أجراها أصحابنا - قدس اللّه أسرارهم - فى كتب البيع والغصب والنكاح والشهادات، وفى كل مورد ومسألة تمسک الأصحاب بها، وهذا ما عندنا فى نقد مقال الأعلام الثّلاثة إجمالاً وحلّ إشكال الإهمال فى مستند قاعدة

الغرور والحمد للّه.

الرابع: موثقة جميل الماضية

اشارة

(٣)

استدلّ بها جدی الشیخ جعفر رحمه الله وقال: «وفی خبر جمیل دلالة علیه»(٤).

وتبعه تلامیذه أصحاب مفتاح الکرامة(٥) وکشف الظلام(٦) والجواهر(٧)، قال فی الأخیر: «وفی شرح الأُستاذ أنّ فی خبر جمیل دلالة علیه».

قال الشیخ الأعظم: «بناءً علی أنّ حریّة الولد منفعة راجعة إلی المشتری وهو الذی ذکره المحقّق احتمالاً فی الشرائع(٨) فی باب الغصب بناءً علی تفسیر المسالک(٩) وفیه تأمل»(١٠).

١- ٥ . مرّت فی هذا المجلد صفحة ٢٠٧ وما بعدها.

٢- ٦ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٦.

٣- ١ . وسائل الشیعة ٢٠٥/٢١، ح٥، الباب ٨٨ من أبواب نکاح العبید والإماء.

٤- ٢ . شرح القواعد ١٠٢/٢.

٥- ٣ . مفتاح الکرامة ٦٣٤/١٢.

٦- ٤ . کشف الظلام، مخطوط، نقل عنه فی هدی الطالب ٥٥٣/٥.

٧- ٥ . الجواهر ٤٨٥/٢٣ (٣٠١/٢٢).

٨- ٦ . الشرائع ١٩٥/٣.

٩- ٧ . المسالک ٢٢٨/١٢.

١٠- ٨ . المکاسب ٥٠١/٣.

أقول: تأمّل الشيخ الأعظم فی دلالة موثقة جميل لأنّه(١) يرى الولد نماءً للجارية ولكنّه لم يستوفه المشترى فلا تدل الموثقة على القسم الثانی وهو المنافع المستوفاة.

والعجب من المحقّق المُرَوِّج(٢) رحمه الله تبعا للفاضل المامقانی(٣) - فی احتماله الأوّل - حيث احْتَمَلَ رجوع تأمل الشيخ الأعظم تارة إلى ما احْتَمَلَهُ صاحب المسالک(٤) وأُخرى إلى ما احتمله صاحب الجواهر(٥) فی قول المحقّق «وفيه احتمال آخر»(٦).

ووجه التعجب واضح لانّ الشيخ الأعظم لم يذكر مقالة صاحب الجواهر أصلاً فكيف يمكن رجوع التأمل إليها ولأنّ المحقّق قال فی غصب الشرائع: «... وما يغترمه

المشترى ممّا لم يحصل له فی مقابلته نفعٌ كالنفقة والعمارة فله الرجوع به على البائع، ولو اولدها المشترى كان حرّا وغُرم قيمة الولد ويَرْجِعُ بها على البائع، وقيل فی هذه: له مطالبة أيّهما شاء. لكن لو طالب المشترى رجع على البائع. ولو طالب البائع لم يرجع على المشترى وفيه احتمال آخر. وأمّا ما حصل للمشترى فی مقابلته نفع...»(٧).

قال الشهيد الثانی فی ذكر احتمال آخر: «ويحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له فی مقابلته نفع كالمهر لأنّ نفع حرّيّة الولد يعود إليه. وهذا هو الاحتمال الذی أشار إليه فيجرى فيه الوجهان إلاّ أنّ الأشهر الأوّل»(٨).

وقال صاحب الجواهر فی ذيل احتمال آخر: «ويمكن أن يريد به احتمال عدم

١- ٩ . راجع المكاسب ١٨١/٣.

٢- ١٠ . هدى الطالب ٥٥٥/٥.

٣- ١١ . غاية الآمال ٢٥٢/٦ طبع النجف الأشرف بتحقيق آية اللّه الشيخ محمّدامين المامقانى - مدظله -.

٤- ١٢ . المسالک ٢٢٨/١٢.

٥- ١٣ . الجواهر ١٨٢/٣٧.

٦- ١٤ . الشرائع ١٩٥/٣.

٧- ١ . الشرائع ١٩٥/٣.

٨- ٢ . المسالک ٢٢٨/١٢.

التخيير بل يتعيّن رجوع المالک ابتداءً على البائع بناءً على كونه الغار نحو ما سمعته فيمن قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله، والأمر سهل خصوصا بعد ما عرفت من أنّ الأصح فى تلک التخيير»(١).

أقول: الظاهر أنّ تأمل الشيخ الأعظم(٢) كما يمكن أن يرجع إلى احتمال المسالک، يمكن أن يرجع إلى أصل دلالة مُوَثَّقَةِ جميل على المنافع الْمُسْتَوْفاةِ لأنّه يرى الولد نماءً للجارية لم يستوفه المشترى(٣)، ولكنّ قد مرّ(٤) منّا صدق المنفعة عليه حقيقةً وَعُرْفا مضافا إلى تعبير الإمام عليه السلام فى خبر زرارة بأنّه منفعة حيث قال عليه السلام : ... يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما أنتفع.(٥) فدلالة موثقة جميل على تضمين البائع الفضولى، المنافع المستوفاة مع توسط المشترى تامَّةٌ كما عليه الأعلام الأربعة الْماضُوْن.

ومن هنا ظهر أنّ المشترى يرجع إلى البائع الفضولى أو الغاصب فى المنافع التى استوفاه والدليل عليه قاعدة الغرور وموثقة جميل والحمد للّه الجليل الدليل.

تنبيه: تفصيل من السيّد الخوئى رحمه الله فى المقام

ممّا ذكرنا من رجوع المشترى إلى البائع الفضولى فى المنافع التى لَمْ يَسْتَوْفِها

والتى استوفاها يظهر عدم تمامية تفصيل السيّد الخوئى قدس سره وتبعية شيخنا الأُستاذ(٦) رحمه الله له.

قال المحقّق السيّد الخوئى: «المنافع التى يرجع المالک فيها إلى المشترى يمكن أن تكون على قسمين: لأنّها تارة تكون ممّا استولى عليها البائع أيضا يتبع استيلاؤه على العين كسكنى الدار مثلاً فإنّ حيثية السكنى من منافع الدار التابعة لها فى الملكية والاستيلاء، فليستولى عليها بالاستيلاء على عين الدار فإذا فرضنا استيلاء البائع على

١- ٣ . الجواهر ١٨٢/٣٧.

٢- ٤ . المكاسب ٥٠١/٣.

٣- ٥ . المكاسب ١٨١/٣.

٤- ٦ . راجع الآراء الفقهية ٣٠١/٤.

٥- ٧ . وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح٢.

٦- ١ . إرشاد الطالب ١٢٤/٤ و ١٢٥.

الدار أوّلاً ثمّ باعها على المشترى فقد استولى البائع أيضا على تلک المنفعة.

واُخرى لايكون كذلک ولم تدخل تحت استيلاء البائع أصلاً كالمنافع العينية التى تجددت للعين بعد دخولها تحت يد المشترى ولم تكن موجودة حين استيلاء البائع عليها كالثمرة واللبن ونحوهما، فإنّ البائع لم يستول عليها ولم يضمنها.

(أما القسم الثانى) فليس للمالک الرجوع فيه إلى البائع أصلاً، لعدم دخول تلک المنافع تحت يده ليکون ضامنا له کما أنّه ليس بمتلف لها، فإذا رجع بها المالک إلى المشترى ليس له الرجوع إلى البائع لعدم الدليل على ما عرفت.

وأما القسم الأوّل فللمالک أن يرجع إلى کلٍّ من البائع والمشترى، لأنّ کلاً منهما ضامن لها، فيقع الکلام فى انه إذا رجع إلى البائع فهل له الرجوع إلى المشترى، أو إذا رجع إلى المشترى فهل للمشترى أن يرجع إلى البائع أو ليس له ذلک؟

فنقول: سيأتى إن شاء اللّه تعالى فى باب تعاقب الأيادى تصوير ضمان أشخاص عديدة لمال واحد إمّا بنحو الواجب الکفائى وإمّا بنحو اشتغال ذمة الجميع وسرّ الضمان أنَّ الوجه فى رجوع السابق إلى اللاحق بعد ما رجع إليه المالک هو أن الغاصب أو مَنْ بحُکْمِهِ يملک المال بقاءً بعد أداء مثله أو قيمته بالسيرة العقلائية وتسالم الأصحاب، ولذا لو فرضنا أن أحدا أتلف زولية مِنْ غيره أو تلف تحت يده فأخذ منه المالک قيمته ليس له أن يطالبه بالأجزاء الصغار الباقية منها، خلافا؛ للمصنف [الشيخ الأعظم] حيث اختار جواز رجوعه إليه، فمقتضى ذلک جواز رجوع البائع إلى المشترى إن رجع إليه المالک، إلاّ أنّ فى المقام خصوصية، وهى أنّه إذا قَدَّمَ أحد طعام نفسه الذى هو ملکه حدوثا واقعا بعنوان أنّه له ليأکله مع اعتقاده أنّه ليس له فأکله وبعد ذلک علم أنّه کان ملکا له واقعا ليس له الرجوع إلى الآکل ببدله، وهذا موافق للسيرة ومورد تسالم الفقهاء أيضا. وأمّا عکسه -

أى إذا قَدَّمَ مال الآکل واقعا إليه بعنوان أنّه ملْکٌ له لا للآکل کما إذا ذبح شاة الغير وقَدَّمَها إليه بعنوان أنّه لا للآکل فأکلها الآکل إذا علم بذلک أن يرجع إلى المقدِّم، وهذا أيضا موافق للسيرة ومورد للتسالم. ولا فرق فى کلا الموردين بين الملک حدوثا وبقاءً.

وعليه ففيما نحن فيه إذا رجع المالک إلى البائع فَلَيْسَ له الرجوع إلى المشترى،

لأنّه مِن قبيل مَنْ قدَّم ملک نفسه حدوثا إلى غيره ليأكله بعنوان أنّه ملكه مع اعتقاده بأنه ليس له، بل لا فرق بينهما إلاّ فى كون المال ملكا له حدوثا فى الفرض وبقاءً فيما نحن فيه، وقد عرفت أنّه لا يوجب فرقا من حيث الضمان وعدمه وأمّا إذا رجع المالک إلى المشترى فله أن يرجع إلى البائع لأنّه قدَّم إليه مال نفسه بقاءً بعنوان أنّه له فيكون ضامنا له، كما كان ضامنا فى فرض كونه مالاً له حدوثا فالصحيح فى المقام هو التفصيل كما ذكرنا.

وممّا بيّناه ظهر الحال فى المنافع المستوفاة أيضا، فإنّ فى مورد رجوع المشترى إلى البائع فى المنافع غير المستوفاة يكون الرجوع إليه فى المستوفاة ثابتا بالأولوية وفى مورد عدم رجوعه إليه لا يفرّق بين المستوفاة وغيره كما هو ظاهر»(١).

القسم الثالث (أ): الغرامة التى يَغْتَرِمُها المشترى فى قبال العين

اشارة

الغرامة التى يَغْتَرِمُها المشترى للمالک فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالک بها على المشترى نحو: لو باع الفضولى ما يقدّم بالعشرين بالعشرة، فتلف المال فى يد المشترى وأخذ المالک القيمة أى العشرين من المشترى فحينئذ المشترى لا يرجع إلى البائع بالعشرة الأُولى التى أعطاها فى الثمن المسمى لأنّها غرامة تقتضيها المعاوضة والمعاملة التى أقدم المشترى عليها ولا تستند إلى البائع الفضولى فلا يتحمّلها، ولكن العشرة الثانية الزائدة على الثمن المسمى فهى تنشأ من كذب البائع لأنّه غارٌّ بالنسبة إليها والمشترى مغرور فيرجع المشترى إليه هذا هو مختار الشيخ الأعظم(٢) ثمّ تعرّض لإشكال ودفعه، قبل ذلک أذكر لک خلاف الأعلام فى المقام.

قال العلاّمة فى غصب القواعد: «ويغرّم [المشترى] قيمة العين إذا تلف ولا يرجع»(٣).

وقال السيّد العاملى فى ذيله: «أى وإن كان جاهلاً لأنّه إنّما دخل على كونها

مضمونة فلا غرور بالنسبة إليها مع جهله. وقال فى جامع المقاصد: «هذا إنّما يستقيم

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/(٤٨٥-٤٨٣).

٢- ٢ . المكاسب ٣/٥٠٢.

٣- ٣ . قواعد الأحكام ٢/٢٣٧.

بالنسبة إلى ما قابل الثمن فلو زادت العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد لدخوله على أنّه فى حكم ما لا عوض له فيتحقّق الغرور»(١).

قلت: وهو خيرة ولده فى شرح الإرشاد(٢) والشهيدين(٣) وغيرهم(٤) فى باب البيع.

وقد استشكل هو [العلاّمة(٥)] فيه فى موضع من باب البيع وولده فى الإيضاح(٦) وفى التذكرة(٧) فى الباب. وقد يلوح أو يظهر منه القول بالرجوع. وجزم فى موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو ظاهره هنا كما بيّنّاه فى باب البيع الفضولى والقسم الرابع من أقسام البيع المحظور من المكاسب وغيرهما»(٨).

إشكال فى ضمان البائع بالنسبة إلى الزائد على الثمن المسمى

اشارة

أصل الإشكال من العلاّمة الحلّى فى بعض كتبه وتبعه ولده فى الإيضاح(٩) وأنقل لک كلامه قدس سره حتّى يتبيّن الإشكال.

قال: «إذا تلفت العين المغصوبة عند المشترى، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، ولا يضمن الزيادة التى كانت فى يد الغاصب إن كانت فى يده أكثر قيمةً، ولا يرجع بما

يضمنه، عالما كان أو جاهلاً؛ لأنّ الشراء عقد ضمانٍ، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحا.

ولقائلٍ أن يقول: إن كان المراد من كونه عقدَ ضمانٍ أنّه إذا تلف المبيع عنده تلف

١- ١ . جامع المقاصد ٣٢٠/٦.

٢- ٢ . شرح الإرشاد، مخطوط.

٣- ٣ . الدروس ١٩٣/٣، المسالک ١٦١/٣.

٤- ٤ . کالمحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٧١/٤.

٥- ٥ . إرشاد الاذهان ٣٦١/١.

٦- ٦ . إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

٧- ٧ . تذكرة الفقهاء ٣٣٥/١٩، مسألة ١١٢٥.

٨- ٨ . مفتاح الكرامة ٣٤٠/١٨.

٩- ٩ . إيضاح الفوائد ١٩١/٢.

من ماله، ويستقرّ عليه الثمن، فهذا صحيح، لكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن القيمة، ومعلومٌ أنّه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف، فكان الغاصب مُغرّرا مُوقعا إيّاه فی خطر الضمان، فليرجع عليه.

وإن كان المراد غيره، فلِمَ قلتم: إنّ الشراء عقد ضمانٍ على تفسيرٍ آخَر؟

وربما انساق هذا الإشكال إلى ما حكى عن بعض الشافعيّة: أنّه يرجع من المغروم بمازاد على قدر الثمن، سواء اشتراه رخيصا فى الابتداء [أم] زادت القيمة بعد الشراء، فإنّه إذا رجع بما زاد على الثمن واستردّ الثمن لم يلحقه ضرر»(۱).

وقد ورد هذا البيان فى كلام ثانى الشهيدين حيث يقول: «ثمّ إن كان عوض العين بقدر الثمن فذلک. وإن كان أزيد ففى رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحا، ومن دخوله على أن يكون المجموع فى مقابلة الثمن، وهو يقتضى كون الزائد عليه فى معنى التبرّع به وإعطائه إيّاه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به.

وهذا قوىّ. ولا يمنع من ذلک كون البيع عقد ضمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقرّ عليه الثمن فهذا مسلّم، ولكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شىء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذا بعوضه والباقى سالم(۲) له بغير عوض، فكان الغاصب مغرّرا موقعا إيّاه فى خطر الضمان فليرجع عليه. وإن كان المراد غيره فلم قلتم: إن الشراء عقد ضمان مطلقا؟

وحينئذٍ، فإن رجع المالک على المشترى جاهلاً بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن. وإن رجع به على الغاصب رجع به على

المشترى. وإن رجع بالزيادة على المشترى رجع بها على الغاصب. وإن رجع بها على

۱- ۱ . تذكرة الفقهاء ۳۳۵/۱۹ و ۳۳٦، مسألة ۱۱۲۵.

۲- ۲ . فى نسخة: سالما.

الغاصب لم يرجع بها على المشترى»(١).

أقول: أنت ترى بأنّ ما ذكره العلاّمة قدس سره بعنوان «لقائل أن يقول» يراه الشهيد الثانى رحمه الله هو الأقوى ونقله صاحب الجواهر - طاب ثراه - بتمامه فى كتابه.(٢)

وحاصل الإشكال: إنّ المشترى أقدم على ضمان العين التالفة بالثمن المسمى ولكن حيث لم يمض الشارع البيع للفضولية وعدم قبول المالک أو للغصبية انتقل الضمان من الثمن المسمى إلى ثَمَنِ المِثْل والقيمة السوقية كما هو شأن كلّ معاملة فاسدة. ومع

اقدام المشترى على الضمان المعاملى لا تتحقّق قاعدة الغرور فلا يمكن رجوع المشترى إلى البائع بالثمن الزائد على الثمن المسمى.

وقد أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الاشكال بِأَنَّ:

وقد أجاب الشيخ الأعظم(٣) عن هذا الاشكال بِأَنَّ:

قبض المشترى فى البيع الفاسد يقتضى انتقال الضمان المعاملى من الثمن المُسَمّى إلى ثمن المثل والقيمة السوقية والانتقال يتحقّق إذا لم يكن مانع فى البين والمانع موجود هنا وهو إقدام المشترى على الثمن المسمى فقط دون الزائد عليه وبالنسبة إلى مازاد عليه، المشترى مغرور يرجع إلى البائع الغارّ بمقتضى قاعدة الغرور.

لا يقال: المشترى بنفسه أقدم على الضمان المعاوضى، فهذا الاقدام يستلزم أنّ قيمة العين التالفة عليه بما فيها الزائد على الثمن المسمى.

لأنّا نقول: المشترى أقدم على البيع بالثمن المسمى فقط لأنّه جاهل بالفضولية أو الغصبية على الفرض، فلم يقدم على ضمان قيمة العين التالفة بما فيها الزائد، فهذا الزائد لم يستقر عليه، بل بقاعدة الغرور يستقر على البائع الفضولى أو الغاصب.

وبعبارة أُخرى: الموجِب للضمان هنا هو جعل المشترى يده على العين وتلفها فى يده فهو ضامن لقيمتها بالقيمة السوقية بما فيها الزائد ولكنّه بالنسبة إلى الزائد مغرور فيرجع إلى غارّه البائع.

ص:٢٣٧

١- ٣ . المسالک ٢٢٥/١٢.

٢- ٤ . الجواهر ١٧٩/٣٧.

٣- ١ . راجع المکاسب ٥٠٣/٣.

مُضافا إلى أنّ جريان قاعدة الغرور هنا أُولى من جريانها فى القسم الثانى وهو المنافع المستوفاة توسط المشترى، إذ مع فرض جريانها فى المنافع المستوفاة فبطريق أُولى تجرى هنا حيث لم يصل إلى المشترى فى مقابل الغرامة نفع إلى المشترى. «هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد»(١).

وإذا تجددت الزيادة بعد العقد بحيث ترتفع القيمة السوقية بعد العقد فالحكم برجوع المشترى بالنسبة إليها إلى البائع الفضولى والغاصب أُولى من الزيادة الموجودة حتّى العقد لأنّ إقدام المشترى يكون على الثمن المسمى الذى يساوى الثمن المثل حين العقد فقط ولم يقدم على الزائد فيكون مغرورا بالنسبة إليها فيرجع إلى غارّه البائع.

ثمّ لا ينقضى تعجبى من المحقّق السيّد الخوئى قدس سره حيث لا يرى قاعدة الغرور تامَّةً ويعمل بالروايات الخاصة من باب النص والتعبد وقال: «ولا يمكن التعدى عنها»(٢) أو

قال: «إنّ قاعدة الغرور ممّا لا أساس له»(٣)، فكيف يعمل بقاعدة الغرور فى المقام وقال: «والحاصل: إنّ مقتضى القاعدة عدم رجوع المشترى إلى البائع فيما يرجع إليه المالک مطلقا، لأنّ التلف يكون تحت يده فيكون وَلد الضمان عليه، إلاّ إنّا خرجنا عن ذلک بالسيرة فيما إذا كان فى غير

الثمن المسمى فيما إذا كان البائع غارا للمشترى»(٤). فيرى البائع غارا للمشترى فيجرى قاعدة الغرور.

وأصرح منه كلامه الآخر: «ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه سابقا من أنّ المشترى يرجع على البائع فى موارد الغرور بخلاف البائع فإنّه لا يرجع على المشترى لأنّه قد غرّه وأتلف المال عليه إنّما هو فيما إذا كانت الغرامة المتوجهة إلى المشترى مستندة إلى إغراء البائع إيّاه وكذبه فى دعوى المالكية...»(٥). وسبحان من لا يسهو.

١- ٢ . المكاسب ٥٠٣/٣.

٢- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٨٢/٢.

٣- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٩٥/٢.

٤- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٨٧/٢.

٥- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ٩٧/٢.

القسم الثالث (ب): ما يغرمه المشترى فى قبال الجزء التالف

يظهر حكم الجزء أو الأجزاء التالفة ممّا ذكرناه وأنّ المالك يسترجع ما بقى من عين ماله وفى الأجزاء التالفة رجع بقيمتها على المشترى الذى تلفت الأجزاء عنده، والمشترى يرجع إلى البائع الفضولى أو الغاصب فى الزائد من الثمن المسمى الذى يقابلها، لأنّه مغرور و البائع غارّ. هذا كلّه إذا كان الجزء ممّا يقسّط عليه الثمن كما بيع كتابين تلف أحدهما.

وأمّا إذا كان الجزء ممّا لا يقسّط عليه الثمن «فحكمه حكم الوصف، حيث يعدّ المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوبا، ويكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع [كما يأتى آنفا] لأنّ كلاً من

البائع والمشترى ضامن للوصف بضمان اليد، ويكون غروره موجبا لقراره على البائع من غير أن يكون من المشترى إقدامٌ على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى»(١).

ولذا قال الشيخ الأعظم: «وأمّا ما يغرمه [المشترى] بإزاء أجزائه [أى المبيع] التالفة فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع فى أنّه [أى المشترى] يرجع فى الزائد على ما

يقابل ذلک الجزء [أى فى الزائد على الثمن المسمى]، لا فيما يقابله»(٢).

أى ما يقابل الزائد على الثمن المسمى مع الثمن المسمى = كلّ ثمن الجزء التالف.

القسم الثالث (ج): ما يغرمه المشترى فى قبال تلف الوصف

اشارة

وأمّا الأوصاف التالفة فقد فصّل الشيخ الأعظم(٣) رحمه الله بين ما إذا كان الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن - كوصف الصحة - يثبت له حكم الجزء التالف فيتدارک الوصف الفائت باسترداد ما قابله من الثمن.

وإن كان الوصف ممّا لايقسّط عليه الثمن رجع المشترى بغرامته إلى البائع، لأنّ المشترى لم يقدم على ضمان الأُوصاف حتّى لا يرجع بغرامته إلى البائع.

١- ٤ . إرشاد الطالب ١٢٩/٤.

٢- ١ . المكاسب ٥٠٣/٣.

٣- ٢ . المكاسب ٥٠٤/٣.

واعترض المحقّق النائينى على هذا التفصيل وقال: «ولكن الحقّ أنّ الأوصاف مطلقا لا يقسّط عليها الثمن كالشروط، ولا ينافى ذلک ما يقال: إنّ للوصف أو الشرط قسطا من الثمن، لأنّ معناه: أنّ قيمة العين تزداد بالوصف أو الشرط، لا أنّ مقدارا من الثمن فى الإنشاء العقدى يقابل الوصف أو الشرط. وهذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الردّ والأرش فى العيب لما سيجىء فى باب العيب: أنّ الأرش ثابت بالتعبد لا من باب أنّ الثمن يقسّط على الوصف والموصوف، وإلاّ وجب أن يكون الأرش من نفس الثمن»(١).

وأضاف تلميذه السيّد الخوئى: «ومن أجل ذلک إذا كانت العين معيبة ولم يَعْلَمْ بها المشترى إلى آخر الأبد لا يجب على البائع دفع قيمة العيب والأرش وإنّما يجب عند المطالبة، والأرش إنّما يثبت بدليل آخر عند المطالبة كما عرفت»(٢).

وتبعهما شيخنا الأُستاذ قدس سره .(٣)

حكم ما يغترمه المشترى فيما إذا كان البيع فاسدا من غير جهة الفضولية

اشارة

ذهب الشيخ الأعظم(٤) إلى أنّ مورد رجوع المشترى إلى البائع بالغرامات هو البيع الذى يكون فساده من ناحية عدم مالكية البائع للمبيع من جهة الفضولية أو الغصبية، وَمِنْ هاتَيْنِ الْجِهَتَيْنِ يتحقّق الغرور فيرجع المشترى المغرور إلى البائع الغار.

وأمّا إذا كان البيع فاسدا من جهة أُخرى كربوية المعاملة أو غررية البيع أو مجهولية المبيع ونحوها فلا يرجع المشترى فى الغرامات إلى البائع لعدم تسببها إلى البائع وإلى كذب دعواه فى المالكية بل الغرامات تسبب عن بطلان المعاملة لتلک الجهة الأُخرى ويد المشترى العادية التى لم تنشأ من سبب صحيح شرعى فلا يتم رجوع المشترى إلى البائع.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالک على تقدير كذبه،

ص:٢٤٠

١- ٣ . منية الطالب ١٧٨/٢.

٢- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ٩٧/٢.

٣- ٥ . إرشاد الطالب ١٣٠/٤.

٤- ٦ . المكاسب ٥٠٤/٣.

فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشترى به على تقديرى صدق البائع وكذبه»(١).

قاعدة كلّيّة: فى رجوع المشترى إلى البائع الفضول أو الغاصب

اشارة

كلّ ما يغترمه المشترى للمالک، يرجع المشترى به إلى البائع لقاعدة الغرور، ويستقر الضمان على البائع.

وأمّا فى هذه الموارد فَإِنَّهُ إذا رجع المالک إلى البائع لم يرجع البائع إلى المشترى لأنّه مغرور والبائع غار والضمان يستقر على الغار.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «أنّ كل ما يرجع المشترى به على البائع إذا رُجع عليه، فلا يرجع البائع به على المشترى إذا رُجع عليه لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع»(٢).

وأمّا إذا تلف المبيع فى يد المشترى فقد مرّ أنّه ضمان لقيمته بالثمن المسمى ثمّ إذا رجع المالک إلى البائع وتكون القيمة السوقية أكثر من الثمن المسمى يأخذ القيمة للسوقية من المالک والمالک

يرجع بالثمن المسمى إلى المشترى لأنّ المبيع فى يده، ولذا قال الشيخ الأعظم: «وأمّا ما لا يرجع المشترى به على البائع - كمساوى الثمن من القيمة [الثمن المسمى] فيرجع البائع به على المشترى إذا غرمه للمالك، والوجه فى ذلك حصول التلف فى يده»(٣).

إشكال من الشيخ الأعظم على نفسه

ثمّ أورد على نفسه(٤) بأنّ علّة الضمان وهى اليد العدوانية مشتركة بين البائع

والمشترى ولذا يجوز رجوع المالك إلى أيّهما شاء ولكن «حصول التلف فى يد المشترى لا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه، نعم لو أتلف بفعله رجع، لكونه [إتلاف

١- ١ . المكاسب ٣/٥٠٤.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٥٠٤.

٣- ٣ . المكاسب ٣/٥٠٥.

٤- ٤ . المكاسب ٣/٥٠٥.

المشترى] سببا لتنجّز الضمان على السابق»(١). وهو البائع.

وبعبارة أُخرى: الإشكال يفرّق بين إتلاف المشترى المبيع وتلفه فى يده، فذهب فى الأوّل إلى أنّ الإتلاف يوجب رجوع البائع فى الثمن المسمى إلى المشترى المتلف والإتلاف سبب لفعلية الضمان على البائع، لأنّ المشترى لو لم يتلفه يمكن رجوع العين إلى مالكها ولكن بعد الإتلاف ذمّة البائع مشغولة بالقيمة السوقية وذمة المشترى بالثمن المسمى كما مرّ.

وأمّا الثانى وهو التلف فى يد المشترى فلا يوجب رجوع البائع إلى المشترى، لأنّه ليس بمتلِفٍ بل العين تلفت فى يده من باب الاتفاق فلا يستقر الضمان عليه لخروجه من قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن لأنّ المشترى حينئذ ليس بمتلفٍ.

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لحلّ هذا الاشكال إلى بحث مُهِمٍّ ولذا قال: «توضيح ذلک يحتاج إلى الكشف من كيفية اشتغال ذمّة كلّ من اليدين ببدل التالف وصيرورته فى عهدة كل منهما مع أنّ الشى ء الواحد لا يقبل الاستقرار إلاّ فى ذمّة واحدة وأنّ الموصول فى قوله عليه السلام : «على اليد ما أخذت» شى ء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيادى المتعددة؟»(۲).

ومن هذه الجهة تعرض لبحث تعاقب الأيدى(۳).

۱- ۱ . المكاسب ۳/۵۰۵.

۲- ۲ . المكاسب ۳/۵۰۵.

۳- ۳ . أكثر من تُطلق الأيادى على النِّعم وقد تستعمل قليلاً جمعا لليد وقد تأتى قليلاً جَمْعُ الجمع. أما جمع اليد الذى لا غبار عليه فهو الأيدى.

وَصْلٌ: تعاقب الأيدى

اشارة

اشارة

تعاقب الأيدى

اشارة

فى هذا البحث مشكلة مُهِمَّةٌ لابدّ من حلّها، وهى:

المشكلة: كيف يعقل ضمان أشخاص لمال واحد بالاستقلال فى آنٍ واحد

اشارة

المشكلة: كيف يعقل ضمان أشخاص لمال واحد بالاستقلال فى آنٍ واحد بحيث تكون عهدة كلٍّ منهم ظرفا للمال والمال فى ذمة كلٍّ منهم على نحو التكاليف الاستقلالية؟ مع إنّا نعلم بأنّ الذمّة والعهدة فى وعاء الاعتبار كالأين الخارجى فكما لا يمكن استقرار شى ءٍ خارجيٍ فى زمان واحد فى المكانين فكذلک لا يمكن استقرار مال واحد لشخص واحد فى ذمّة أشخاص متعددين فى آنٍ واحد.

وهذا هو بعينه الضمان العَرْضى الذى يقول به أكثر العامة فى بحث ضمان الدين عن المديون لأنّهم يقولون بأنّ الضمان ضمّ ذمّةٍ إلى ذمّة أُخرى، خلافا؛ لما يقول به الخاصة وبعض العامة من أنّ الضمان هو نقل الدين عن ذمّة المديون إلى ذمّة الضامن وهذا هو الضمان الطولى.

ثمّ بعد استحالة عدم إمكان تحقّق الضمان العَرْضى فى مقام الثبوت لابدّ من توجيه ما يدلّ عليه فى مقام الإثبات وحمله على الضمان الطولى الممكن.

وبعبارة أخرى: دليل الضمان فى اليد العادية هوا لنبوى الشريف: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى»(١) والمراد ب- «ما» الموصولة هو المبيع الشخصى الواحد، وليس

١- ١ . عوالى اللآلى ٢٢٤/١، ح١٠٦، ٣٨٩/١، ح٢٢، وقد مرّت مصادره فى الآراء الفقهية ٢٩٢/٤.

للواحد الشخصى إلاّ بدل واحد، فكيف يتعدد هذا الواحد باستقراره فى ذمّم متعددة؟(١)

ثمّ الفقهاء من الأصحاب - رضوان اللّه تعالى عليهم - تعرضوا لحلّ هذا الإشكال بأجوبة متعددة، وقد ذكر الشيخ الأعظم رحمه الله مختاره فى الجواب.

حلّ الشيخ الأعظم عن المشكلة

اشارة

(٢)

أجاب عن الإشكال بما حاصله: ضامن أشخاص متعددة لمال واحد معناه اشتغال ذمّة كلّ واحد منهم بالمال على البدل بحيث لو خرج واحد منهم عن هذا الاشتغال سقط ذمّم الكل، وإن لم يخرج ذمم الكل مشغولة، نظير الواجب الكفائى فى الأحكام التكليفية حيث أنّ المطلوب فيه واحدٌ ولكن المطلوب منه متعددا فكذلک يمكن أن يكون المال واحدا وضمانه متعددا.

وقال الشيخ الأعظم ما نصه: «فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدتها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدٍ متعدّدة يكون العين الواحدة فى عهدة كلٍّ من الأيادى، لكن ثبوت الشىء الواحد فى العهدات المتعدّدة معناه: لزوم خروج كلٍّ منها عن العهدة عند تلفه، وحيث إنّ الواجب هو تدارک التالف الذى يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلّط المالک على مطالبة كلٍّ منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملک ما فى ذمّة كلٍّ منهم على البدل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها سقط الباقى؛ لخروج الباقى عن كونه تداركا، لأنّ المُتَدَارَک لا يتدارک.

والوجه فی سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقی: أنّ مطالبته ما دام لم یصل إلیه المُبْدَل ولا بدله، فأیّها حصل فی یده لم یبقَ له استحقاق بدله، فلو بقی شیء له فی ذمّة واحدة لم یکن بعنوان البدلیّة، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ویتحقّق ممّا ذکرنا: أنّ المالک إنّما یملک البدل علی سبیل البدلیة، ویستحیل اتّصاف شیء منها بالبدلیّة بعد صیرورة أحدها بدلاً عن التالف واصلاً إلی المالک»(۳).

۱- ۲ . راجع المکاسب ۳/۵۰۵.

۲- ۱ . راجع المکاسب ۳/۵۰۵.

۳- ۲ . المکاسب ۳/(۵۰۷-۵۰۵).

ویری الفقیه السیّد الیزدی هذا المقال هو التحقیق فی المسألة إذ قال: «هذا هو التحقیق، ولا اشکال فی تصویره ومعقولیته کما فی التکالیف؛ إذ لا فرق بین الوضع والتکلیف فی ذلک، بل یمکن عکسه أیضا، وهو کون المالک أشخاصا متعددة علی سبیل البدل، مع کون المملوک واحدا، کما فی مالکیة السادة والفقراء للخمس والزکاة، وکما فی مالکیة کلّ واحدٍ من الورثة لحقِّ الخیار الثابت للمورث بناءً علی أحد الأقوال، من أنَّ کلاً منهم مستقل فی مالکیة الخیار، وممّا یناسب المقام حریة أحد العبید إذا أوصی بعتق واحد من عبیده، ولذا یسترج بالقرعة.

وبالجملة: لا مانع من اشتغال ذمم عدیدة لمال واحد علی سبیل البدل»(۱).

وتبعهما المحقّق السیّد الخوئی(۲) کما یأتی بیانه فی نقد اُستاذه النائینی.

ثمّ تصدی الشیخ الأعظم لتقریب جوابه فی حلّ الإشکال وردّ النقود علیه بذکر عدّة من الأشباه والنظائر من أبواب المعاملات والعبادات :

١- ضمان المال على مسلک العامة حيث أنّه ضمّ ذمة

١- ضمان المال على مسلک العامة حيث أنّه ضمّ ذمة إلى ذمّة أُخرى عندهم(٣)

قال العلاّمة فى ضمان تذكرة الفقهاء: «الضمان عندنا ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فللمضمون له مطالبة الضامن بالمال وليس له مطالبة المضمون عنه، عند علمائنا أجمع - وبه قال ابن أبيليلى وابن شبرمة وداود وأبوثور(٤)... وقال عامّة الفقهاء - كالثورى والشافعى وأحمد وأسحاق وأبيعبيد وأصحاب الرأى: إنّ المضمون عنه لا يبرأ من المال وللمضمون له مطالبة من شاء من الضامن ومن المضمون عنه...»(٥).

١- ١ . حاشية المكاسب ٣٠٦/٢.

٢- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٤٩١/٢، التنقيح فى شرح المكاسب ١٠٣/٢، مصباح الفقاهة ٣٧٣/٤.

٣- ٣ . راجع المغنى ٥/(٨٣-٧٠)، الشرح الكبير ٧٢/٥، المجموع ٢٤/١٤، المهذب ٣٠٧/٢، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٠١/٢، حلية العلماء ٥٨/٥، الحاوى الكبير ٤٣٦/٦.

٤- ٤ . تذكرة الفقهاء ٣٤٢/١٤.

٥- ٥ . تذكرة الفقهاء ٣٤٣/١٤.

وقال: «ليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه بل يطالب الضامن خاصةً عندنا. وقال الشافعى وأبوحنيفة وأحمد وغيرهم: يرجع على من شاء من الضامن والمضمون عنه.

وقال مالک: إنّه لا يطالب الضامن إلاّ عجزعن تحصيله من الأصيل لغيبته أو إعساره لأنّ الضمان وثيقة فلا يستوفى الحقّ منها إلاّ عند تعذّره كالرهن...»(١).

٢- «ضمان عهدة العوضين لكلٍّ من البائع والمشترى عندنا

٢- «ضمان عهدة العوضين لكلٍّ من البائع والمشترى عندنا كما فى الإيضاح»(٢)

نحو: إذا ضمن شخصٌ للبائع عهدة الثمن عند ظهور كون الثمن لغير المشترى أو إنكشاف بطلان البيع. أو إذا ضمن للمشترى عن البائع عهدة المبيع إن ظهر كونه للغير أو إنكشاف بطلان البيع فحينئذ اجتمعت ذمّتان: ذمّة الضامن وذمة البائع أو المشترى مع وحدة المال المضمون به فيجوز للبائع الرجوع إلى المشترى أو الضامن وكذلک يجوز

للمشترى الرجوع إلى البائع أو الضامن، فيجوز اجتماع ذمّتان لمال واحد.(٣) هذا توضيح تنظير الشيخ الأعظم.

وأمّا كلمة «عندنا» الظاهرة فى الإجماع فَهِيَ مفقودة فى كتاب إيضاح الفوائد لفخرالمحقّقين رحمه الله ، نعم هى موجودة فى تذكرة الفقهاء لوالده العلاّمة حيث يقول فى شأن ضمان العهدة: «... وهذا الضمان «عندنا» صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن، وإن لم يكن قد قبض لم يصح»(٤).

ولعلّ الشيخ الأعظم نقل نسبة هذا الإجماع إلى فخرالمحقّقين عن كلام سيّد مشايخه السيّد المجاهد فى مناهله حيث يقول فى ضمان العهدة: «هل هذا القسم ناقل أيضا أو لا، بل هو ضمُّ ذمّةٍ إلى ذمّةٍ صرّح بالأوّل فى التحرير... وصرّح بالثانى فى الإيضاح والتنقيح وهو ظاهر مجمع الفائدة، بل نبّه الأوّل على دعوى الاتفاق عليه، قائلاً:

١- ٦ . تذكرة الفقهاء ١٤/٣٤٤، مسألة ٥٢٥.

٢- ٧ . المكاسب ٣/٥٠٧.

٣- ١ . راجع هدى الطالب ٥/٥٧٣.

٤- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٤/٣٣٠.

ضمان العهدة ضمٌّ عندهم»(١).

٣- «ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به فى التذكرة وقّواه فى الإيضاح»

(٢)

نحو: إذا ضمن لمستعير الذهب والفضة أو للمال المغصوب فحينئذ يجتمع ذمّتان بمال واحد ويجوز للمالك المعير الرجوع إلى كلٍّ من المستعير أو الضامن، أو للمالك المغصوب منه الرجوع إلى كلٍّ من الغاصب أو الضامن.

قال فى تذكرة الفقهاء: «الأعيان المضمونة كالمغصوب والمستعار مع التضمين أو كونه أحد النقدين والمستام والأمانات إذا خان فيها أو تعدّى فله صورتان:

الأولى: أن يضمن ردّ أعيانها وهو جائز لأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه وبه قال أبوحنيفة وأحمد... إذا ثبت هذا فإن ردّها الضامن أو الغاصب برى ء من الضمان. وإن تلفت وتعذّر الردّ فهل عليه قيمتها؟... .

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت. والأقوى عندى الصحة لأنّ ذلک ثابت فى ذمّة الغاصب فصحّ الضمان...»(٣).

وقال أيضا: «وفى ضمان الأعيان المضمونة والعهدة إشكال أقربه عندى جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه بالعين المضمونة(٤). أمّا الضامن فللضمان وأمّا المضمون عنه: فلوجود العين فى يده أو تلفها فيه. وفى العهدة إن شاء المشترى طالب البائع وإن شاء طالب الضامن لأنّ القصد هنا بالضمان التوثيق لا غير...»(٥).

ونسبة الأقوئية إلى الإيضاح غير تام بل يراه الفخر غير صحيح لأنّه قال ذكر الإشكال: «والأصح أنّه لايصح»(٦).

ص:٢٤٩

١- ٣ . المناهل /١٣٩ طبع الحجرى، نقل عنه فى هدى الطالب ٥٧٤/٥.

٢- ٤ . المكاسب ٥٠٧/٣.

٣- ٥ . تذكرة الفقهاء ٣٢١/١٤، مسألة ٥١١.

٤- ١ . فى المصدر: المغصوبة.

٥- ٢ . تذكرة الفقهاء ٣٣٦/١٤، مسألة ٥٢٠.

٦- ٣ . إيضاح الفوائد ٨٥/٢.

٤- «ضمان الاِثْنَيْنِ لواحدٍ

كما اختار ابن حمزة(١) وقد حكى فخرالدين(٢) والشهيد(٣) عن العلاّمة فى درسه أنّه نفى المنع عن ضمان الاِثْنَيْنِ على وجه الاستقلال، قال: ونظيره فى العبادات: الواجب الكفائى وفى الأموال [ك-(٤)] الغاصب من الغاصب»(٥).

فى هذا الفرض صورتان: وأقوال وإشكال للتنبيه على ذلكَ أذكر كلام الفقيه العاملى فى المقام حتّى يظهر الأمر لک، فما ذكره الشيخ الأعظم لايتم إلاّ على إحدى الصورتين وعلى أحد الأقوال فيها مع وجود إشكال فى المقام.

قال فى مفتاح الكرامة: «ضمان الإثنين إمّا أن يقع على التعاقب أو دفعة، فإن وقع على التعاقب فمن رضى المضمون له أوّلاً بضمانه انتقل المال إلى ذمّته وبطل ضمان الآخر، سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول: رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس، أو يقول: رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس. وأمّا إذا رضى بضمان كلّ واحدٍ منهما

دفعة كأن يقول: رضيت بضمان كلّ واحدٍ منكما انتقل المال إلى ذمّة الأوّل، لأنّه إذا رضى بضمان كلّ واحدٍ منهما فقد رضى بضمان الأوّل فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثانى ولا الرضا به حقّا على المضمون

عنه فيبطل.

وأمّا إذا وقع ضمان الاثنين دفعةً، فإن وقع رضا المضمون له بضمان كلّ واحدٍ على التعاقب كأن يقول: رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صحّ ضمان مَن رضى بضمانه أوّلاً، لانتقال المال بالضمان ورضا المالک إلى ذمّته، فلا يصادف الضمان الثانى ذمّة مشغولة فيبطل. وإن وقع الرضا منه دفعةً فهناک ثلاثة أقوال وإشكال:

١- ٤ . الوسيلة /٢٨١.

٢- ٥ . إيضاح الفوائد ٨٩/٢.

٣- ٦ . نقل عنهما فى مفتاح الكرامة ٤٧٠/١٦.

٤- ٧ . الزيادة من مفتاح الكرامة ٤٧٠/١٦.

٥- ٨ . المكاسب ٥٠٧/٣.

الأوّل: قول أبيعلىّ(١) وهو صحّة الضمان، فيطالب كلّ واحدٍ بِقِسْطِهِ لا بالجميع، فإن كانا اثنين طالب كلّ واحدٍ منهما بنصف المال، ولو زادوا فبالحصة بعد اعتبار العدد.

وفيه: أنّه خلاف ما أراده الضامنان واقتضاه العقدان فيبطلان، إلاّ أن تقول: الأصل صحّة الضمان ولا أولوية، وانتقال المجموع إلى كلٍّ من الذمّتين ممتنع، فوجب أن نقول: إنّه انتقل إلى كلّ واحدٍ منهما ما يقتضيه التحاصّ، وهو كماترى لا يجمع بين مقتضى العقدين.

الثانی: التخییر فی مطالبة مَن شاء منهما ومطالبتهما معا، ویسمّی ضمان الاشتراک والانفراد معا، وقد جزموا(۲) به فی باب الدیات فیما إذا قال: ألقِ متاعک وعلی کلّ واحدٍ منّا ضمانه، أو قال: إنّی وکلاً من الرکبان ضامن. وهو قول ابن حمزة فی المقام، قال فی «الوسیلة»(۳): وینقسم الضمان قسمین آخرین: ضمان انفراد وضمان اشتراک، فضمان الانفراد ضمان جماعة عن واحد، ویکون للمضمون له الخیار فی مطالبة المال من أیّهم شاء علی الإنفراد وعلی الاجتماع. وضمان الاشتراک بالعکس من ذلک. ولعلّ حجّته التمسّک بصحّة العقدین فإنّها الأصل.

ونقل الفخر(٤) والشهید(٥) عن المصنّف [العلاّمة] فی درسه المبارک المیمون توجیهه بأنّ مثله واقع فی العبادات کالواجب علی الکفایة وفی الأموال کالغاصب من الغاصب.

ونظر فیه فی «جامع المقاصد»(٦) بأنّ العقدین المتنافیین یمتنع التمسّک بصحّتهما.

۱- ۱ . حکاه عنه العلاّمة فی مختلف الشیعة: فی الضمان ٤٦٧/٥.

۲- ۲ . منهم المحقّق فی شرائع الإسلام: فی الدیات ۲۵۸/٤، والعلاّمة فی قواعد الأحکام، فی الجنایات فی موجب الدیة ٦٦٤/۳، والشهید الثانی فی مسالک الأفهام: فی تزاحم موجبات ضمان النفس ۳۸۷/۱۵.

۳- ۳ . الوسیلة: فی الضمان /۲۸۱.

٤- ٤ . إیضاح الفوائد: فی أحکام الضمان ۸۹/۲.

٥- ٥ . لم نعثر علیه ولا علی الحاکی عنه.

٦- ٦ . جامع المقاصد: فی الضمان ۳٤۱/٥.

ووجه التنافی أنّ انتقال المال إلی ذمّة أحدهما یقتضی أن لاینتقل إلی ذمّة الآخر شیء، فیکون ضمانه باطلاً لانتفاء مقتضاه، ولا نعنی بالباطل إلاّ ما لا یترتّب علیه أثره. وهذا یصلح جوابا عمّا ذکره

المصنّف [العلاّمة] إذ فى الغاصب من الغاصب لم يثبت المال فى ذمم متعدّدة، وإنّما وجب على مَن جرت يده على المغصوب ردّه على مالكه عملاً بعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى»(١) فإن تعذّر وجب البدل للحيلولة، وهذا لا يتفاوت الحال فيه بقاء العين وتلفها. ومعلوم أنّه مع بقائها لا تكون فى ذمّة أحد، وإنّما الّذى فى الذمّة وجوب الردّ. فظهر أن ليس هناك مالٌ واحدٌ فى ذمم متعدّدة.

ولك أن تقول: إذا تعذّر البدل للحيلولة كان المال الواحد فى ذمم متعدّدة ولهذا أقرّه عليه ولده والشهيد، وظاهر الأوّل وصريح الثانى الرضا به. وقد أوردا(٢) عليه لزوم اجتماع العلل على معلولٍ واحد، إذ العلّة فى براءة ذمّة المضمون عنه ضمان كلّ واحد. وأجابا بأنّها معرّفات أى أمارات ليست بأسباب، وبأنّ براءة ذمّته معلولة لعدم علّة الثبوت وهى الأداء به مع عدم الضمان غيره، وانتفاء عدم الكلّى بوجود جزئيّات كثيرة جائز. ومعناه أنّ عدم انتفاء الإنسان بوجود زيد وبكر وعمرو وخالد جائز، فتأمّل، إلاّ أن تقول: إنّ هذا(٣) خرج عن الأصل فى خصوص هذا الفرد للنصّ والإجماع فيقتصر عليه من دون تعدّ. وبذلك يجاب عن الحال فى السفينة لتطابق الفتاوى ممّن تعرّض له والضرورة.

الثالث: البطلان، للحصر فى الأُمور الثلاثة، وقد بطل اثنان فتعيّن الثالث. وفى «المختلف»(٤) أنّه أقوى. وفى «جامع المقاصد»(٥) أنّه أصحّ.

وممّا ذكر يعرف وجه الإشكال، فيكون دائرا بين الأقوال الثلاثة، فيكون منشؤه

١- ١ . عوالى اللآلى: ٢٢٤/١، ح١٠٦ و /٣٨٩، ح٢٢.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد: فى أحكام الضمان ٨٩/٢، ولم نعثر على كلام الشهيد.

٣- ٣ . أى الغاصب من الغاصب.

٤- ٤ . مختلف الشيعة: فى الضمان ٤٦٧/٥.

٥- ٥ . جامع المقاصد: فى الضمان ٣٤٢/٥.

أصالة الصحّة، ووقوعه من أهله، ومن اتّحاد الحقّ ومن عدم الأولوية»(١).

اعتراض المحقّق النائينى على جواب الشيخ الأعظم ومختاره فى حلّ الإشكال

اشارة

قال قدس سره : «ولا يخفى ما فيه من الفساد وذلک لعدم صحة تعدد الضمان العرضى ثبوتا

ولا إثباتا.

وفساد ما ذكره قدس سره من النظائر بالمنع عن تلک النظائر إمّا من حيث الصغرى وإمّا من حيث الكبرى.

أمّا استحالة تعدد الضمناء عرضا ثبوتا: فلأنّ الذمة فى عالم الاعتبار تكون فى حكم أين خارجى يستقر فيه المال إلاّ أنّ الذمّة لمكان اعتباريتها وسيعة تسع كلّ شيءٍ يصح اعتباره فيها ولهذا يقال بأنها بيداء واسعة، فكما أنّه لايعقل قرار مال واحد فى مكانين عرضا بأن يكون قراره فى أحدهما بعين قراره فى الآخر وفى عرضه فكذلک استحالة قراره فى مكانين خارجيين، وهذا على ما هو التحقيق فى باب الأحكام الوضعية من قابلية تعلّق الجعل بها استقلالاً وأنّ الضمان حكم وضعى مجعول مستقل بالجعل لا أنّه منتزع عن الحكم التكليفى.

نعم، على القول بالانتزاع عن التكليف يمكن تكليف شخصين أو أشخاص بالأداء على نحو الواجب الكفائى فينتزع منه وضع وهو الضمان على نحو التصوير الكفائى حسب منشأ انتزاعه لكنّ القول بانتزاع الضمان عن التكليف فاسد وهو [الشيخ الأعظم] قدس سره أيضا لم يتكلّم فى المقام على ذاک الفرض.

وبالجملة فعلى ما هو التحقيق فى باب الضمان فلا يتصور تصوير النحو الواجب الكفائى فيه.

وأمّا عدم ما يدل عليه إثباتا: فلما سنوضحه من أنّ أدلة الضمان فى صورة تعدده يدلّ على الضمان الطولى الذى هو بمكان من الإمكان ثبوتا حسبما نوضحه إن شاء اللّه.

ص:٢٥٣

١- ٦ . مفتاح الكرامة ١٦/(٤٧١-٤٦٨).

وأمّا فساد مااستشهد به قدس سره تأييدا لما ادعاه ممّا يكون الضمان فيه عرضيا.

أمّا الضمان على طريقة الجمهور فهو وإن كان ينطبق على الضمان العرضى. لكنّه فاسد لا نقول به والاستشهاد بأمر فاسد عندنا مضروب عنه لا نقول به أصلاً.

وأمّا ضمان درک المبيع أو الثمن عند ظهور المستحق: فهو ليس من باب الضمان العرضى بأن يكون الثمن مضمونا على البائع فى عرض ضمانه على الأجنبى والمبيع مضمونا على المشترى فى عرض ضمانه على الأجنبى بل معنى ضمان الأجنبى للثمن أو المثمن هو أنّه لو تلف المضمون أو امتنع المضمون عنه يكون عوضه على الضامن، ونتيجة هذا أنّه مع تلف المضمون أو امتناع المضمون عنه لايشتغل إلاّ ذمة

الضامن، ومع وجوده وعدم امتناع المضمون عنه لايشتغل إلاّ ذمة المضمون عنه، فلم يجتمع ضمان المضمون عنه مع ضمان الضامن لكى يكونا عرضيين.

نعم غاية ماهناک وجوب إلزام الضامن للمضمون عنه بالردِّ إلى المالک فى صورة وجود العين، لكن أين هذا من الضمان بمعنى استقرار ذمة الضمان بالمال وكون مال المالک فى صندوق ذمّته كما لايخفى.

وأمّا ضمان الأعيان المضمونة: كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بأن يضمن الضامن للعين المضمونة لا مااستقر فى الذمة على تقدير التلف.

ففيه: مع أنّه محل للخلاف، فإنّ المحكى عن جماعة هو المنع عنه، أنّ معنى ضمانه على الضامن ثبوت بدله عليه عند التلف من المثل أو القيمة، ووجوب إلزام المضمون عنه بأدائه على تقدير وجوده، فليس هو أيضا من باب الضمانين العرضيين. فإنّ المضمون له على تقدير وجود العين لا يرجع إلاّ إلى المضمون عنه، ومع تلفه ليس له الرجوع إلاّ إلى الضامن فلا يكون المال مستقرا فى ذمة الضامن مع قراره فى ذمة المضمون عنه.

وأمّا ضمان الاثنين لواحد: على نحو الاستقلال بحيث يكون كلّ واحد ضامنا لهذا المال الواحد فى عرض ضمان الآخر فهو عين ما هو المدعى فى المقام فلا وجه لجعله شاهدا للمقام. وعلى نحو التشريک لاينتج إلاّ التشريک فى ضمان واحد لا استقلال كلّ واحدٍ بالضمان، نظير استقراض شخصين عن واحد، حيث أنّه أيضا موجب

لتشريكهما فى الدين لا وقوع تمام الدين فى ذمّة كلّ واحدٍ منهما بالاستقلال.

وأمّا التنظير بالواجبات الكفائية فى العبادات، ففيه أنّه على تقدير تصويره فى المقام يوجب عدم ضمان كلّ واحدٍ منهما لا ضمان أحدهما على البدل، وذلک لأنّ المعنى المتصوَّر فى الكفائى فى العبادات على ماحُقِّقَ فى الأُصول هو تقييد إطلاق خطاب كلّ واحد من المكلَّفين بعدم قيام الآخر به. إذ معنى صلِّ فى الواجب المعين العينى هو وجوب الصلاة على المخاطب سواء صلى شخص آخر أم لا، ومعنى صلِّ على الميت كفاية هو وجوب الصلاة على المخاطب فى ظرف عدم صلاة شخص آخر لامطلقا. وهذا المعنى فى باب الضمان، يوجب عدم ضمان كلّ واحد منهما، ضرورة أنّ ضمان كل واحد يوجب عدم ضمان الآخر لأنّ ضمانه (حينئذ) فى ظرف عدم ضمانه وهو مستلزم لعدم ضمان كلّ واحد منهما كما لايخفى.

بالجملة فَشِئٌ من هذه الموارد لا يثبت صحة الضمان المتعدد عرضا والمتحصل

استحالة تعدد ا لضمناء عرضا ثبوتا وعدم الدليل عليه إثباتا.

بل التحقيق فى مورد تعدد الضمناء هو طولية الضمان، وبطوليته يتم الأمور المتقدمة، وما سيجئ من عدم جواز رجوع المالک إلى الغار. بل ليس له الرجوع إلاّ إلى المغرور، وعدم جواز رجوع المغرور إلى الغار قبل الاغترام للمالک، وعدم جواز رجوع الداين إلى المديون بعد ضمان الضامن عن المديون، بل يتعيّن عليه الرجوع إلى الضامن، كما أنّ الضامن لا رجوع له إلى المضمون عنه إلاّ بعد أداء ماضمنه إلى المضمون له، وجواز رجوع المالک إلى كلّ واحدة من الأيادى المتعاقبة. وجواز رجوع كلّ سابق إلى لاحقه الذى تلف المال عنده على تقدير رجوع المالک إلى السابق.

وتوضيح الضمان الطولى: إنّ معنى المعقول من تعدد الضمناء هو أن يكون أحدهما فيما إذا كانا اثنين مثلاً ضامنا للمالک والآخر ضامنا لما ضمنه الآخر وماستقر فى ذمته.

وبعبارة اُخرى: يكون الأوّل مشتغل الذمة بالمالک والثانى بما اشتغل به ذمة الأوّل، فاشتغال ذمة الثانى يكون فى طول اشتغال ذمة الأوّل، وهذا يتصوّر على قسمين

ص:٢٥٥

فإنّه إمّا لايصح للمالک أن يرجع إلى الثانى فى عرض رجوعه إلى الأوّل بل لابد له من الرجوع إلى الأوّل ثمّ الأوّل بعد تأديته لما فى ذمّته يرجع إلى الثانى، وإمّا أن يصح له الرجوع إلى الثانى كما يصح له الرجوع إلى الأوّل.

غاية الأمر أنّه إذا رجع إلى الثانى لايرجع الثانى إلى الأوّل، وإذا رجع إلى الأوّل فالأوّل يرجع إلى الثانى، وهذا الاختلاف ينشأ من سبب الضمان، فإنّ الضمان إمّا عقدى كما فى مورد التماس المديون ضمان ما فى ذمته، أو يكون بالاتلاف، أو يكون بسبب الأيادى المتعاقبة، وفى الأوّلين أعنى العقد والاتلاف لا رجوع للمالک إلاّ إلى الضامن الأوّل.

أمّا فى العقدى فلأن الضامن الذى يضمن بالتماس المديون تَشْتَغِلُ ذمّته بِدَيْنِ المالک بالضمان، ويبرء المديون المضمون عنه عن الداين ومعه فليس للداين حينئذ أن يرجع إلى المديون المضمون عنه لبراءة ذمته عن دينه وإنّما المشتغل به هو الضامن.

ثمّ إذا أدى الضامن ما فى ذمته من الدين تشتغل ذمة المضمون عنه بالضامن فللضامن حينئذ الرجوع إليه بعد ما أدى إلى المضمون له و... .

ثمّ إنّ أسباب الضمان كما عرفت ثلاثة لا رابع لها:

الأوّل: العقد والأمر المعاملى مثل أمر المديون بثالث بأداء ما عليه من الدين أمرا معامليا نظير أمر صاحب المتاع الحمّال بأن يحمل متاعه فإنّه يجب عليه أداء اُجرة الحمل لأمره به، لا أمرا غير معاملى نظير التماس الملتمس عن أحد فى حمل متاعه على نحو التفضل مثل أوامر الفقراء والمساكين.

الثانى: الإتلاف.

والثالث: اليد.

فكما يتصور تحقق ضمان واحد بكلٍّ من هذه الأسباب الثلاثة يتصور تعدده أيضا.

فالأوّل كما فى أمر المديون بأداء دينه فأنّه ضامن للمسؤول عنه فالمسؤل عنه هو الضامن الأوّل الذى يضمن عن المديون بالتماسه والمديون هو الضامن الثانى الذى

يضمن ما يؤديه المسؤل عنه فالمديون ضامن لما ضمنه الضامن بالتماسه.

والثانى كما إذا أتلف أحد بتغرير آخر فإنّ المتلِف ضامن للمالک بإتلافه والغارّ ضامن للمتلِف بتغريره إيّاه.

والثالث كما فى تعاقب الأيادى.

ولهذه الأسباب الثلاثة أحكام مشتركة بين الجميع وأحكام مختصة ببعضها، والأحكام المشتركة بينها أمران:

احدهما: كون الحق فى الجميع واحدا مع تعدد الضمناء ويكون كلّ لاحق ضامنا لما فى ذمة الضامن السابق على ما هو معنى الطولية نظير تعدد أمكنة شى ء واحد فى عالم العين طولاً مثل كون المصباح فى المشكوة والمشكوة فى البيت فكما أنّ تعدد أمكنة شى ء واحد طولاً بحسب العين أمر معقول كذلک تعددها بحسب عالم الاعتبار معقول وكما أنّ تعدد أمكنته عرضا فى عالم العين غير معقول بأن يكون فى مكان فى حال كونه فى مكان آخر كذلک تعددها فى عالم الاعتبار غير معقول بأن يكون فى ذمة فى حال كونه فى ذمة اُخرى.

الأمر الثانى: عدم جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل أداء ما فى ذمّته وهذا الأثر مشترک فى الأسباب الثلاثة وإنْ كان المنشاء مختلِفا حيث أنّ فى الضمان العقدى إلتزام العقدى مقتض لعدم جواز رجوع الضامن إلى المضمون عنه إلاّ بمقدار ما يؤديه بعد الأداء وفى الضمان بالغرور هو دليل تلک القاعدة أعنى النبوى المعروف المعتضد بالعمل أو

الإجماع المنعقد على مضمونه وفى ضمان اليد هو قاعدة على اليد فالدليل مختلف فى الموارد الثلاثة ولكن الأثر واحد.

وأمّا الأثر المختص بكل واحد منها:

فالضمان العقدى يختص بأنّه تابع لما التزم به بقدر الالتزام فإنّ التزم الضامن اللاحق بالتعهد بمافى ذمة الضامن السابق يكون موجبا لبراءة الضامن السابق واشتغال ذمة اللاحق كما كان ضمان الضامن السابق عن المديون موجبا لبراءة المديون عن الداين واشتغال الضامن بما يكون فى ذمة المديون وان التزام الضامن الثانى بما فى ذمة المديون

لا بما ضمنه الضامن الأوّل يكون باطلاً حيث أنّه لم يكن فى ذمته شى ء وكان بريئا بسبب ضمان السابق وعلى فرض صحته يكون موجبا لهدم الضمان السابق وبالجملة فهو تابع لكيفية الالتزام وهذا بخلاف ضمان اليد فإنّ اللاحق فيه ضامن لماضمنه السابق على ما مرّ شرح القول فيه ويشترک ضمان العقدى مع ضمان الاتلاف فى أنّه لا يتصور فيهما الضمناء المتعددون بحيث يرجع المالک إلى كلّ واحدٍ منهم دون ضمان اليد، أمّا الضمان العقدى فلأنّ الضمان على مذهب الخاصة عبارة عن انتقال ذمة إلى أُخرى فقبل ضمان الضامن كان الدين فى ذمة المديون وبعد ضمانه انتقل الدين عن المديون إلى الضامن وصار المديون بريئا عن الدين فما اجتمع اشتغال ذمة المديون مع اشتغال الضامن معا حتّى يكون ضمانهما طوليا أو عرضيا.

وأمّا ضمان الإتلاف فلأنّه لايعقل قيام الإتلاف بشخصين حتّى يكونا معا ضامنين لمال واحد بل الضامن للمالک ليس إلاّ المتلِف محضا وإنّما الغارُّ ضامن للمتلِف لاللمالک فليس للمالک إلاّ الرجوع إلى المتلف لا الغارُّ وهذا ظاهر.

وأمّا ضمان اليد ففيه يتصور تعدد الضمناء بالنسبة إلى المالک فالضامن الثانى كما يكون ضامنا للأوّل بمعنى كون ذمّته مخرجا لما فى ذمة الضامن الأوّل وللأوّل الرجوع إليه بعد تأدية ما فى ذمته إلى المالک بمقدار ما أدّى ضامن للمالک أيضا بمعنى انّ للمالک أن يرجع إليه دون الأوّل إلاّ أنّه إذا رجع المالک إليه فهو لا يرجع إلى الأوّل وان رجع إلى الأوّل فالأوّل يرجع إليه ما لم يكن الأوّل غارا له.

هذا تصوير تعدد الضمناء طولاً فى الصور الثَّلاث(١) والآثار المترتبة على كلٍّ

واحدٍ منها ثبوتا.

وأمّا اقامة الدليل عليه اثبات:

أمّا الضمان العقدى: فالدليل على ضمان الأمر بالعمل أو اداء ما عليه من الدين ليس إلاّ ما يدل على ضمان المستوفى لمال أو عمل محترم بأمر معاملى فنفس ما يدلّ

ص:٢٥٨

١- ١ . وفى المصدر: «الثلاثة».

على ضمان المستوفى لعمل محترم أو مال محترم بأمر من المستوفى أمرا معامليا يدلّ على ذاک الضمان الطولى أعنى ثبوت عهدته بما يعمله العامل أو يؤديه الملتمس عنه واستقرار الضمان عليه بفعل الملتمس عنه ما التمس منه من الفعل أو أداء الدين ونحوه فقبل صدور العمل من العامل لا يكون للآمر ضمان إلاّ بنحو القوة بمعنى أنّ للعمامل أنْ يعمل لكى يصير الآمر ضامنا وبعمل المأمور ما التمس منه يثبت الضمان على الآمر ويستقر ذمته بما أداه ولا يخفى أنّ ما تصورناه فى عالم الثبوت ينطبق على ما يستفاد من الدليل فى مرحلة الإثبات من غير إشكال.

وأمّا ضمان الاتلاف: فالدليل عليه هو النبوى المعروف (المغرور يرجع إلى الغارّ) ولو نوقش فى سنده ولو بعد الاعتضاد بالعمل فيتمسک بالاجماع حيث أنّه لاخلاف فى حكم رجوع المغرور إلى الغار وكون الحكم به إجماعيا وحيث أنّ الثابت من الدليل هو صحة رجوع المغرور بما اغترم ويكون بعنوان التدارک عمّا يغترمه فلا جرم لا يكون رجوعه إلاّ بعد الاغترام وهذا ما ذكرناه من طولية الضمان أى كون الغارِّ ضامنا لما يغترمه المغرور ويؤديه إلى المالک بعد الاغترام.

وأمّا ضمان اليد: فالدليل عليه انما هو الحديث المبارک المعروف «على اليد ما اخذت حتّى تُؤَدِّيَهُ». وتوضيحه على وجه يوافق مع ما تصورناه ثبوتا من الضمان الطولى أن يقال معنى ضمان العين هو اعتبار قرار المال فى صندوق الذمة نحو قراره فى الصندوق الخارجى ومقتضى دلالة على اليد هو تعلق الذمة بما استقر على اليد بنفس استقراره لا ثبوت ضمانه عليه عند تلفه بحيث يكون لقرار الضمان على الذمة حالة منتظرة إلى حين التلف إذ هذا شعر محض لا ضرورة فيه، نعم فعلية الضمان

وظرف مطالبة الضامن بالمثل أو القيمة إنّما هو بعد التلف لا أنّ اصل ضمانه يكون بعد التلف لكن العين الخارِجِيَّةَ(۱) باستقرار اليد عليها لا تثبت فى الذمة إذ هى غير قابلة لأن تثبت فى الذمة بل الثابت فى

الذمة باعتباره فيها اعتبارا عقلائيا هو ما يناسب قراره فيها نظير ضرورة لزوم مناسبة

۱- ۱ . فى المصدر: «الخارجى».

المظروف مع ظرفه فالثابت فى الذمة من العين الخارِجِيَّةَ هو الأمر المجرد الذى هو بدل من العين الخارِجِيَّةَ ويكون ثبوته فيها على نحو البدلية فمقتضى على اليد ما اخذت بالنسبة إلى اليد الأوّل أعنى عموم الموصول هو إثبات العين الخارِجِيَّةَ فى ذمة الضامن على نحو يناسب ثبوتها فيها فباستقرار المال فى يد الضامن الأوّل يثبت بدله فى ذمته بحكم عموم على اليد ثمّ إذا استقر على يد الضامن الثانى يكون المال الذى قد استقر بدله فى ذمة الضامن الأوّل مستقرا على يد الضامن الثانى فبحكم عموم الموصول فى على اليد يثبت فى ذمة الضامن الثانى بمثل ثبوته فى ذمة الضامن الأوّل لكن ثبوته فى ذمة الضامن الثانى لما كان بعد ثبوت بَدَلِهِ فى ذمة الضامن الأوّل فلا جرم يكون هو بما ثبت بدله فى ذمة الأوّل ثابتا فى ذمة الثانى فعموم على اليد يدلّ على ضمان الأوّل والثانى معا لكن ضمان الأوّل يكون للمال بما هو هو وضمان الثانى يكون للمال بما هو ثابت فى ذمة الضامن الأوّل، والسر فى ذلک هو انّ العموم المذكور ينحل إلى قضايا متعددة بعدة موضوعاتها فكلّ يد عادية يخصها فرد من الحكم ومقتضى كلّ واحدة من هذه الأحكام هو ثبوت ما على اليد فى ذمة صاحب اليد على نحو استقراره على اليد فان استقر على اليد بماله من المنفعة فيستقر فى الذمة كذلک وإن استقر على اليد بلا بدل فيستقر فى الذمة بلا بدل وإن استقر فى حالة له البدل فيثبت فى الذمة بما له من البدل.

والحاصل: إنّ مقتضى انحلال العموم هو ثبوت ما على الْيَد فى ذمة صاحب اليد بماله من اللون من كونه مع المنفعة أو بلا منفعة ومع البدل أو مع عدمه وحيث انّ استقرار المال على يد الغاصب الأوّل يكون بلا بدل فيكون ثبوته فى ذمته أيضا كذلک بلا بدل وحيث أنّ قرار الضمان على الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدله فى ذمة الضامن الأوّل فيكون ثبوته فى ذمة الثانى بما له من البدل ونتيجة هذا صحة رجوع المالک إلى الضامن الثانى كصحة رجوعه إلى الضامن الأوّل لكون الثانى ضامنا للمالک كالأوّل وصحة رجوع الضامن الأوّل إلى الثانى إذا رجع المالک إليه بعد تأدية ما فى ذمته إلى المالک بمقدار ما أدّى وعدم صحة رجوع الضامن الثانى إلى الأوّل إذا رجع المالک إلى الثانى فيما إذا لم يكن فى البين غرور.

ص:٢٦٠

وقد تحصل أنّ الاستدلال بعموم على اليد لإثبات الضمان الطولى بالمعنى المتقدم فى الأيادى المتعاقبة المصحح لمذهب المشهور من صحة رجوع المالک إلى كلّ من تلک

الأيادى وصحة رجوع كلّ سابق إلى لا حقه إذا رجع المالک إلى السابق والمترتب عليه الفروع الآتية يتم بأمرين: احدهما إنّ ثبوت الضمان لايتوقف على تلف العين بل هو ثابت مع وجودها أيضا إلاّ أنّ فعلية الضمان وظرف مطالبة المالک عن الضامن بالمثل أو القيمة هو ظرف التف. وثانيهما إنّ مقتضى انحلال عموم على اليد وتخصص كلّ حكم من تلک الأحكام المنحلة بموضوعه على ما هو عليه هو ثبوت ضمان العين على اليد فإن كان مع البدل فمع البدل وإن كان بلا بدل فبلا بدل وبعد تمامية الأمرين نقول قرار العين على يد الضامن الأوّل يكون بلا بدل فيضمنه الضامن الأوّل بلا بدل وقرارها على يد الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدلها على ذمة الضامن الأوّل فيضمنه الضامن الثانى بما له بدل فى ذمة الضامن الأوّل والحاصل إنّ مال المالک إذا استقر على يد الضامن الثانى بعد قرار بدله فى ذمة الضامن الأوّل يحتمل أنْ يكون قرار ضمانه فى ذمة الضامن الثانى مع قطع النظر عن ثبوت بدله فى ذمة الضامن الأوّل فيكون الضامن الثانى ضامنا للمالک فى عرض ضمان الضامن الأوّل وهذا معنى الضمان العرضى ويحتمل أن يكون ما ثبت بدله فى ذمة الضامن الأوّل ثابتا فى ذمة

الضامن الثانى مع ماله من لون ثبوت بدله فى ذمة الأوّل فيكون الضامن الأوّل ضامنا للمالک ماله والضامن الثانى ضامنا للمالک ماله الذى ثبت ضمانه على الأوّل وهذا معنى الضمان الطولى فيكون ذمة الثانى مخرجا لما فى ذمة الأوّل.

هذا بحسب عالم الثبوت وأمّا بحسب مرحلة الاثبات فالمتعين هو الاحتمال الأخير وذلک لوجوه الأوّل: استحالة الضمان العرضى مع تعدد الضمناء بالبيان المتقدم حيث أثبتنا استحالة كون مال واحد فى ذمتين عرضا كاستحالة قراره فى مكانين خارجيين. الثانى: انحلال عموم على اليد بأحكام متعددة حسب تعدد موضوعاتها واختصاص كلّ حكم بموضوعه بماله من الخصوصيات وقد تقدم شرحه. الثالث: اطلاق دليل على اليد فان مقتضى إطلاقه اشتغال ذمّة كلّ ذى يد بما حصل عنده على ما هو عليه فتجريد المال عن كونه فى ذمة الضامن الأوّل وإثباته فى ذمة الضامن الثانى مجردا عن

ص:٢٦١

تقيده بالثبوت فى ذمة الأوّل كما كان ثابتا فى ذمة الأوّل مجردا عن التقيد بثبوته فى ذمة أُخرى يحتاج إلى مقيد لإطلاق دليل اليد مفقود حسب الفرض ومع عدم ما يوجب التقييد يكون المحكم هو الإطلاق. وممّا ذكرنا ظهر الفرق المتقدم إليه الاشارة بين الضمان الحاصل بسبب اليد وبين الضمان الحاصل بسبب العقد أو الغرور حيث أنّ تعدد الضمناء لا يتصور إلاّ فى الأوّل دون ضمان الغرور والعقد وأنّ التعدد فى ضمان اليد طولى لا

عرضى وانْطَبَقَ ما تصورناه فى مرحلة الثبوت على مادلّ عليه الدليل فى مرحلة الإثبات وبه تم مذهب المشهور واندفع جميع ما يتصور فى المقام من الإشكالات»(١).

اعتراض السيّد الخوئى على أُستاذه النائينى

اشارة

قال: «ولكنّه ممّا لا يمكن المساعدة عليه لا بحسب المبنى ولا بحسب البناء.

أمّا فساد ما أفاده بحسب المبنى: فهو من أجل أنّ الوجوب الكفائى عنده قدس سره ليس عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر، بل هو سنخ من الوجوب يغاير الوجوب المشروط وتوضيح ذلک الإجمال: أنّ المولى تارةً يرى المصلحة فى خصوص فعل معيّن ويقوم غرضه به على نحو التعيين، فيتعلّق شوقه به تعيينا لأنّه مقتضى كون الفعل ممّا يقوم به غرضه سيّما على المسلک المشهور من تبعية الأحكام للمصالح أو المفاسد فى متعلّقاتها، وهذا يعبّر عنه بالوجوب العينى وهو واضح.

وأُخرى يرى المولى المصلحة فى كلٍّ واحدٍ من الفعلين على نحو يتساويان فى إفادة الغرض، وكلّ واحد من الفعلين يقوم بغرضه ويفى به، وفى مثل ذلک لا وجه لتعلّق شوقه بأحد الفعلين على التعيين، لأنّه ترجّح بلا مرجّح وهو مستحيل، فلابدّ من أن يتعلّق شوقه بأحدهما على نحو التخيير كما فى مثل الكفّارات الثلاث ويعبّر عنه بالوجوب التخييرى.

ومنه يظهر الحال فى تصوير الوجوب الكفائى وأنه إذ رأى المصلحة فى فعل معيّن من غير خصوصية للفاعلين فى تحصيل غرضه كما إذا كان المولى عطشانا فأمر أحد

١- ١ . المكاسب والبيع ٢/(٢٩٦-٢٨٣).

غلمانه العشرة بسقيه ومجيئه بالماء بأن يقول فليجئ أحدكم بالماء، لايمكن أن يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التعيين، إذ لاوجه للترجّح من غير مرجّح، بل يتعلّق شوقه بإتيان أحدهم على نحو التخيير، فالفرق بين الكفائى والتخييرى أنّ فى الكفائى تلغى خصوصيات الفاعلين وفى التخييرى تلغى خصوصيات الأفعال.

وكيف كان، فليس الوجوب الكفائى عنده عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر حتّى يستشكل بذلک فى تصويره فى الضمان. وبناء على ما ذكرناه لا مانع من تصويره فى المقام، كما يمكن تصوير الوجوب التخييرى فيه، فإنّه كما لا مانع من أن تتحقّق فى ضمان أحد الأشخاص لمال معيّن، هذا كلّه بحسب المبنى.

وأمّا فساده بحسب البناء: فلأنّا لو أغمضنا عمّا أشرنا إليه آنفا وبنينا على أنّ الوجوب الكفائى عبارة عن الوجوب المشروط بعدم إتيان الآخرين، فلا مانع من تصوير مثله فى الضمان فى الأيادى المتعاقبة، وذلک لأنّ الشرط حينئذ ليس عبارة عن عدم ضمان الآخرين حتّى يقال إنّ مرجع ذلک إلى أنه لا ضمان فى شخص منهما فعلاً، لأنّا إذا قُلْنا بضمان هذا الشخص فذاک غير ضامن كما أنه إذا قلنا بضمان الثانى فالأوّل ليس بضامن، بل الشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر فى التكاليف وعدم أداء الآخر ما فى ذمّته فى الضمان، إذ لو علّقنا الوجوب فى حقّ أحدهما على عدم الوجوب للآخر منهما، فكما لايعقل ذلک فى الضمان لرجوعه إلى عدم ضمان شخص منهما فعلاً، كذلک لايعقل ذلک فى الواجبات والأحكام التكليفية لأنّ مرجعه إلى عدم الوجوب بشىء منهما فعلاً، لأنّا إذا حكمنا بوجوبه على هذا الشخص فالآخر غير واجب عليه كما إذا حكمنا بوجوبه على ذاک الشخص فعلى الأوّل غير واجب ولايمكن أن يكون الفعل واجبا عليهما معا.

وكيف كان، فالشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر للأمر فى الوجوب الكفائى وفى الضمان الكفائى عبارة عن عدم أداء الآخر للبدل، وعليه فكما يعقل تصوير الكفائى فى الأحكام التكليفية كذلک يعقل تصويره فى الضمان، إذ لا مانع من أن يحكم بضمان هذا الشخص لو لم يؤدّ الثانى البدل، ويحكم بضمان ذاک إن لم يؤدّه الأوّل منهما، فيكون ضمانا مشروطا بعدم أداء الآخر، وهو ممّا لا محذور فيه.

بل لو فرضنا أنّ شخصين تصرفا فى مال الغير فى زمان واحد من دون أن يسبق أحدهما الآخر فى وضع يده عليه، لا يمكن فيه الالتزام إلاّ بضمان أحدهما على نحو التخيير والوجوب الكفائى، إذ الحكم بضمانهما معا غير صحيح، لأنّ المال الواحد لا معنى أن يكون له بدلان، والحكم بعدم ضمانهما بوجه ممّا لا يمكن التفوّه به فيتعيّن أن نحكم بضمان أحدهما لا على نحو التعيين، فهذا الشخص محكوم بالضمان مشروطا بعدم أداء الثانى البدل كما أنه محكوم به إن لم يؤدّ بدله الضامن الأوّل.

فالمتحصّل من جميع ذلک: أنّ ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره من تصوير الضمان الكفائى فى الأيادى المتعاقبة هو الصحيح، وأنّ مسلک العامّة فى باب الضمان أمر ممكن وغاية ما هناک أنه لم يقم عليه دليل فى باب الضمان، بخلاف المقام فالالتزام به فى المقام ممّا لا مانع منه، وهذا بخلاف الالتزام به فى باب الضمان لعدم الدليل عليه هناک، بل الدليل قائم على عدمه فى ذلک الباب.

نعم يظهر من بعض كتب العلاّمة(١) قدس سره أنّ مسلک الجماعة أمر غير معقول، إلاّ أنّک عرفت أنه أمر يمكن غاية الأمر أنّ الدليل لم يساعده فى باب الضمان...»(٢).

مناقشة السيّد الخوئى فى بيان الأُستاذ المحقّق - مدظله -

قال: «يرد على السيّد الخوئى قدس سره أوّلاً: أنّه بناءً على تصوير تعلّق التكليف بالكلّى مع الغض عن صحته وعدمها فى الواجب الكفائى فهو غير منطبق فى باب الضمان، لأنّ تحقّق ا لضمان مبنىٌّ على أربعة قواعد وهى: أقوائية السبب عن المباشر وقاعدة الإتلاف وقاعدة الغرور وقاعدة اليد. ومن المعلوم أنّ موضوع الضمان قائم بالشخص، أمّا السبب فقائم بالوجود الشخصى ومن المستحيل قيام السبب بالشخص والمسبَّب بالطبيعى والكلّى لاستلزامه تخلّف السبب عن مسبّبه والحكم عن موضوعه، واعتبار ضمان الإتلاف الصادر عن الشخص كلّيّا يعنى استلزام تعلّق الضمان بالطبيعى عند صدور الفعل

١- ١ . راجع التذكرة ٩٣/٢، البحث الرابع، النظر الأوّل (٣٤٣/١٤).
٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/(١٠٣-١٠١).

عن الشخص وهو ممنوع. لأنّ المستولى هو الشخص دون الطبيعة ولو سُلّم فإنّ المستولى حصة الطبيعة دون الطبيعة بنفسها، وموضوع الضمان فى قاعدة اليد هى اليد المستولية على العين دون الطبيعة أو حصّتها.

وثانيا: حتّى لو سلّمنا إمكان قيام السبب بالوجود الشخصى والمسبب من خلال الكلّى ونعنى بذلك قيام السبب بالشخص والحكم بالطبيعة فإن مشكلة وهى تعدّد الضمان ووحدة المضمون لاتزال(١) باقية، كما إنّ الالتزام بأنّ الضمان يتعلّق بالكلّى ويسقط بأداء الفرد عاجزُ عن رفعها، لأنّ أداء الفرد المسقِط لضمان الكلّى فرعُ اشتغال ذمّة الفرد وضمانه، ولولاهما لما سقط ضمان الكلّى، وهكذا يعود الإشكال مرّةً أُخرى، حيث أنّ مصاديق الكلّى متعدّدة وكلّ واحدٍ منها يعدّ بأداءه مسقطا للضمان عن بقيّة مصاديق الكلّى، وهكذا تتعدّد الذمم الضامنة مع وحدة المضمون.

وثالثا: إنّ قياس المقام مع ملكيّة الكلّى، يعدّ قياسا مع الفارق، فالملكيّة فى الأخيرة قائمة باعتبار المعتبِر، سواءً كان الجاعل المعتبر شارعا أو غيره، فيعتبر العرف الملكيّة لعنوان كلّى كالأوقاف والوصايا العامّة، الموضوعة ويرتّب عليها الأثر كعنوان الإمام وابن السبيل والفقير، فإنّ المالك فى هذه الموارد عنوان كلّى ذات مصاديق عديدة،

ولا مانع من ذلك، لأنّ سبب الملكيّة الكلّية حاصل من خلال جعل الجاعل واعتباره، فمن حقّه الجعل والاعتبار، فقد يكون كليّا وقد يكون جزئيّا، فإذا كان كليّا كانت مصاديقه كلّى الأفراد المنطبقة عليها العنوان المجعول، أمّا إذا كان السبب المجعول جزئيّا قائما بالشخص، فحينئذٍ لايعقل فرض المصاديق المجعولة كليّا برغم جزئيّة السبب كما فى المقام، حيث أنّ عنوان الضمان متعلّقٌ

بخصوص ذمّة المستولى على المال، ولذلک كان الصحيح أن يُقاس المقام بباب الحيازة - حيث أنّ سببها قائمٌ بالشخص وهو الرجل المعيّن الذى يقوم بعمليّة الحيازة - دون الملكيّة الكلّية.

ورابعا: أمّا تنظيره المقام بباب الواجب الكفائى، وتصوير الضمانات المتعدّدة

ص:٢٦٥

١- ٣ . فى المصدر: «تضلّ».

لمضمون واحد بنحو الوجوبات المتعدّدة فى الواجب الكفائى، بأن يكون ضمان كلّ واحد مشروطا بعدم أداء الآخر لا بعدم الآخر ليستلزم المحال، فممنوعٌ لجهتين:

الجهة الأولى: استلزام القول به فسادا لا يمكن الالتزام به، وهو ما أشار إليه المحقّق النائينى فى مباحثه الأصوليّة، من أنّه لو اعتبرنا التكليف بغُسل الميّت متوجّها إلى كلّ فرد بشرط عدم قيام غيره بذلک، فإنّ تاليه الفاسد ترتّب التكليف على كلّ فرد عند ترک الجميع، وصيرورة كلّ فرد موضوعا للوجوب العينى، بعد انقلاب الواجب الكفائى إلى الواجب العينى، وتلافيا لهذا الإشكال اضطرّ المحقّق النائينى إلى الإلتزام بالإرادة المردّدة(١) فى مثل الواجبات الكفائيّة، وبالتالى فلو شرطنا الضمان فى المقام بعدم أداء الآخر، فإنّ لازمه ثبوت الضمان بعدد جميع الأيادى عند امتناع الجميع عن الأداء، وهو كرٌّ على ما فرَّ منه. والعجب أنّ السيّد الخوئى لم يتعرّض لهذا الإشكال والإجابة عنه، بل اعتمد على هذا المبنى الفاسد فى ردّه على المحقّق النائينى، وفى اعتقادى أنّ سبب إعراض النائينى وتأكيده على مبناه المذكور، فراره عن هذه الملازمة الفاسدة.

الجهة الثانية: حتّى لو سلّمنا الواجب الكفائى حسب تصوير المحقّق النائينى، واعتبرنا جميع الأيادى ضامنة بشرط عدم الأداء، فهو برغم ذلک غير كافٍ فى دفع الإشكال، لأنّ الأداء وعدم الأداء فرعى ثبوت الضمان، ومادام لا ضمان لا يعقل تحقّق موضوعى الردّ والأداء.

وبعبارة أُخرى: يجب أوّلاً تحقّق الضمان بقاعدة اليد، ليأتى بعده للحديث عن أداء الضامن وعدم أداءه.

ومع ملاحظة هذه المقدّمة، فإنّ اشتراط ضمان كلّ واحدٍ بعدم أداء الآخر، يستلزم الدور الممنوع، لأنّ ضمان كُلِّ فَرْدٍ يتوقّف على عدم أداء الآخر وبالعكس، فضمان الأوّل متوقّف على عدم أداء الآخر الذى هو متفرّعٌ بنفسه على ضمان الأوّل، وهذا دورٌ مع

١- ١ . الارادة المرددة تحقّق فى موردين: أ: فى ما إذا كان وجود المتعلّق وجودا قائما بالإرادة المردّدة مع تعيّن المراد كما فى الواجب التخييرى. ب: فى ما إذا كان وجود المتعلق وجودا قائما بالإرادة المرددة مع تردّد المراد كما فى الواجب الكفائى.

الواسطة، لتوقّف ضمانه على عدم ضمان الأوّل، وكذلک الأمر فى الطرف الآخر، وبالتالى فضمان كلّ طرف متفرّع على ضمان الطرف الآخر، ممّا يستلزم الدور الْمُحال»(١).

حلّ المشكلة فى بيان المحقّق الخراسانى ونقده

قال قدس سره فى حاشية مكاسبه: «والتحقيق أن يقال: إنّ قضية «على اليد» ليس إلاّ كون المأخوذ فى تعاقب الأيدى العادية فى عهدة كلّ واحدة منها عينا، كما إذا كانت وحدها، وهى ليست إلاّ اعتبار خاص عقلائى له منشاء مخصوص وله آثار خاصة، من وجوب ردّ العين عينا لو كانت اليد واحدة، وكفائيا لو كانت متعددة، ووجوب التّدارک بالبدل مع تعذّر ردّها، أو تلفها من دون اشتغال الذّمة به أصلاً، لا حال التّمكن من الرّد، كما هو واضح، ولا حال التّعذر، أو التّلف، وذلک لبقاء ضمان العين وعهدتها، لعدم مجىء الغاية، وهى التأدية، ولذا يجب فى صورة التّعذر، لو تدارک ردّ العين نفسها إذا تمكن منه، وكذا مع التّلف، لو اتّفق على خلاف العادة، تمكنّه من ردّها، ومعه لاوجه، ولا سبب

لاشتغال الذّمة ببدلها، كما لايخفى، كى يلزم اشتغال ذمّة المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد، ولايكاد يكون بدل الواحد، إلاّ الواحد، وأمّا كون الواحد فى عهدة المتعدّد، بحيث يجب على كلٍّ واحد كفائيّا، ردّه إلى مالكه، وتخيير المالک فى الرجوع إلى الكلِّ، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضية (على اليد).

وامّا حديث جواز رجوع اليد السّابقة إلى اللاحقة، لو رجع إليها المالک، المستلزم لكون قرار ضمان التّالف على مَنْ تلف عنده، مع المساواة فيما هو سبب الضمان، فهو أيضا من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، فى ضمان الآخر، لواحد آخر، وأحكامه عند العرف، ويؤيّده الاعتبار، ولم يردع عنه فى الأخبار؛ فلابدَّ من الاِلْتِزامِ به شرعا، كما هو الحال فى جلّ أحكام الضمان، حيث انّه لاوجه له إلاّ الثّبوت عرفا، وعدم الرّدع عنه

شرعا، وكشف ذلک عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضّمان، فتدبر جيّدا؛ وقد

١- ١ . العقد النضيد ٤/(٤٨-٤٥).

انقدح بذلک ما فى كلامه من مواضع النظر، كما يشير إليه»(١).

ولكن يرد عليه أوّلاً: ليس ضمان اليد عقلائيا ولاسيّما مع تعاقب الأيادى على وجه يفتى به الأصحاب - قدس اللّه أسرارهم - فلابدّ من الرجوع إلى قاعدة اليد التعبدية.

وثانيا: ما ذكرهُ قدس سره لايرفع الإشكال ولاسيّما على مسلكه فى الواجب الكفائى من أنّه سنخ وجوب متعلَّق بالكلِّ ولو أتى الجميع به يكون الكلّ ممتثلاً(٢) فإنّ تعلّق التكليف على كلِّ واحدٍ بأداء البدل عرضا، يلزم منه تعدّد البدل لشى ءٍ واحد. فيرد الإشكال حتّى مع عدم اشتغال الذمم.(٣)

وثالثا: ما ذكره قدس سره : من أنّ ذمم الأيادى المتعاقبة جميعها ضامنة للعين دون البدل مع فرض وجودها ومع تلفها عليهنَّ تدارک العين من المثل أو القيمة والعين واحدة وتداركها واحد، ولكن يرد عليه: من أنّ هناک تكاليف متعددة على رغم وحدة العين والتدارک والمضمون والمؤدّى فيعود الإشكال لأنّ مع فرض وحدتها يجب ردّ واحد بتكليف واحد لا تكاليف متعددة بالردّ.

ورابعا: مع فرض وجود العين لا يمكن فرض ضمانها على الذمة واشتغال الذمة بها، لأنّه يجب ردّها، ولكن مع فرض تلفها فلابدّ من اشتغال الذمم بتداركها من المثل والقيمة فيعود إشكال تعدد المضمون والبدل فى مقابل مال واحد.(٤)

حلّ المحقّق العراقى ونقده

قال قدس سره فى رسالته المستقلة فى بحث تعاقب الأيدى ما نصه: «ولكن أنت خبير بأنّ أصل الشُّبْهَة لا موقع لها، فضلاً عمّا التزموا به فى جوابها. وذلک لأنّ الغرض من تعدّد البدل إن كان ما يقوم مقام المبدل فعلاً فهو فى غاية المتانة، ولكن ما على الأيدى قبل أدائها إلى المالک لا يقوم مقام مبدله إلاّ بعد أدائه المسقط للبقيّة بلا تصوّر تعدّد فى هذا المقام. وإن

١- ١ . حاشية المكاسب /٨٢ و ٨٣.

٢- ٢ . كفاية الأصول /١٧٧.

٣- ٣ . الإشكالان الأوّلان للسيّد الخمينى رحمه الله فى كتاب البيع ٤٨٠/٢.

٤- ٤ . الإشكالان الأخيران للأُستاذ المحقّق - مدظله - فى العقد النضيد ٤٩/٤.

كان المقصود عدم تعدّد ما يصلح للوفاء بغرض المبدل، فإنكاره مساوق إنكار البداهة، إذ إمكان تعدّد الأبدال لشىء واحد بهذا المعنى كالنار على المنار، ولذا ترى لكلّ دواء

ومسهل أبدال متعدّدة، والمفروض أنّ ما على الأيدى المتعدّدة ليس إلاّ البدل بهذا المعنى لا بالمعنى السابق، كما عرفت.

فإن قلت: ظاهر «على اليد ما أخذت» أنّ نفس العين الشخصيّه على أيدى متعدّدة لا أبداله، وحينئذٍ يلزم محذور آخر أشدّ من المحذور السابق، وهو أنّه كيف يتصوّر لشيء واحد شخصى وجودات متعدّدة أو أمكنة مختلفة؟

قلت: ما أُفيد كذلک لو كان ما على الأيدى المتعدّدة وجودات حقيقيّة متعدّدة، وليس كذلک، بل غاية ما فى الباب اعتبار وجودات شخصيّة بتعدّد الأيدى عليها، وتصوّر الوجودات المتعدّدة الاعتباريّة أيضا لشيء واحد فى الوضوح كالشمس فى رابعة النهار. وحينئذٍ فلا قصور فى اعتبار وجود للعين على كلّ واحدة من الأيدى مستقلاً ويقال بأنّ على كلّ يدٍ وجود شخص «ما أخذت» بالعناية المزبورة. وبهذه العناية لا يُحتاج إلى الالتزام بتغيير سياق العامّ بين من بيده التلف وغيره بجعل الخطاب فى الأوّل وضعيّا وفى غيره تكليفيّا، ولا إلى الالتزام بوحدة الوجود وتعدّد الإضافة، خصوصا مع أنّ الظاهر من العامّ أنّ ما «على اليد» عين «ما أخذت» لا إضافته بالجملة، فلا قصور فى اعتبار تعدّد وجود «ما أخذت» حسب تعدّد الأيدى بلحاظ تعدّد الأبدال القائمة عليها وبملاحظة أنّ وجود البدل نحو وجودٍ للمبدل، وهذه الجهة هى مصحّح العنايتين فى وجودات العين على حسب تعدّد الأيدى»(١).

«ويرد عليه: ببطلان قياسه المذكور، حيث لا مجال لقياس الاُمور التشريعيّة بالاُمور التكوينيّة، إذ لا مانع فى الأخيرة من جعل أبدال متعدّدة لها برغم وحدة الشيء، وهذا بخلاف الاُمور التشريعيّة، حيث يستحيل أن يتعدّى التشريع عن الملاک، أو أن

١- ١ . رسالة فى تعاقب الأيدى /٢ و ٣، المطبوعة مع قضاء المحقّق العراقى، المطبوعتان فى ضمن كتاب بحوث فى القضاء فى ضمن منشورات جماعة المدرسين بقم المقدسة.

تكون دائرته أضيق من الملاک، وبالتالى إذا لاحظنا ملاک التشريع فى تلف مال الغير، نجد أنّ الركيزة والعلّة الأساسيّة التى لأجلها شُرّع بدل المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى، هو تدارک فوت العين، وجعل ما يسدّ الخلل الحاصل من فوتها، ومن المعلوم أنّ ذلک لا يتحقّق إلاّ بجعل البدل الفعلى دون الإنشائى، والمفروض وحدة البدل الفعلى، ولذلک يعدّ اعتبار القيم أو الأمثال المتعدّدة وتعلّقهما بذمم مختلفة، برغم وحدة البدل الحقيقى الفعلى أمرا خارجا عن الملاک التشريعى المذكور، فيعود الإشكال مرّةً أُخرى، لأنّ الذى فيه

الملاک ليس إلاّ قيمة واحدة أو مِثْل واحد، فيصبح فرض المتعدّد من الذمم المشتغلة بالقيم والأمثال ممنوعا»(١).

جواب المحقّق الإيروانى قدس سره لحلّ الإشكال

قال: «اعلم: أنّ العين فى صورة توارد الأيدى إمّا تكون قائمةً أو تالفةً.

لا إشكال على الأوّل وأنّ كلّ من جرت يده عليها مكلّف بالأداء ومع حصول الأداء بفعل واحد منهم أو من غيرهم حتّى بمثل إطارة الريح يسقط التكليف بالأداء.

وأمّا على الثانى فإمّا أن يكون فى البين غرور أو لا.

لا إشكال على الأوّل وأنّ قرار الضمان يكون على الغارّ.

وأمّا على الثانى فإمّا أن يكون التلف بإتلاف متلف من ذوى الأيدى أو من غيرهم أو لا.

لا إشكال على الأوّل وأنّ الضمان يكون قراره على المتلف.

و أمّا على الثانى فقد حكموا بأنّ قرار الضمان يكون على من تلفت العين فى يده بعد اشتراک جميع فى أصل الضمان ولكن مدرک ذلک غير واضح بل لا وجه لذلک بعد اشتراک الجميع فى أصل الضمان وسببه وهو اليد، بل هناک إشكال آخر يعمّ جميع صور توارد الأيدى، وهى هذه الصورة منضمة إلى الصور السابقة.

وحاصل الإشكال: هو أنه كيف يعقل ضمان أشخاص متعددّين وإشغال ذممهم

١- ١ . العقد النضيد ٤/٥٠.

ببدل واحد؛ فإنّ اشتغال ذمم متعددّين بالبدل يتصوّر على وجوه:

الأوّل: ثبوت أبدال متعددّة فى ذمم متعددّة على أن يكون كلّ ذمّة مشغولة ببدل تامّ.

الثانى: ثبوت بدل واحد فى ذمّة الجميع على سبيل التوزيع والتقسيط، فيشتغل كلّ ذمّة بجزء من ذلک البدل، وتشتغل الجميع بنسبة عددهم أو لا بتلک النسبة.

الثالث: ثبوت بدل واحد معتبر فى ذمّة هذا ثمّ فى ذمّة ذلک وهكذا إلى الآخر.

الرابع: ثبوت بدل واحد على سبيل البدل فى ذمم أشخاص متعددّين.

فهذه أربع صور، لا إشكال فى معقوليّة الأوليين، إلاّ أنه لايلتزم بهما أحد ولا تساعد عليهما الأدلّة.

وأمّا الثالثة: فهى غير معقولة، ولازمها أنْ تكون الذمم المتعددّة ذمّة واحدةً، ومثلها فى عدم المعقوليّة الصورة الرابعة، وقياسها على الواجب الكفائىّ فيكون هنا الوضع متعلّقا بواحد على سبيل البدل كما هناک التكليف متوجّه إلى واحد على سبيل البدل باطل؛ فإنّ التكليف أيضا لا يعقل أن يتعلّق بواحد

على البدل، والّذى يعقل هو تكليف الكلّ، ولكن سقوطه عن البقيّة بإتيان البعض ولو جرى مثله فى المقام لزم استحقاق المالک لأبدال متعدّدة لو اجتمع الكلّ على أداءِ ما فى ذمّتهم، كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتّفق الكلّ على الامتثال فى الواجب الكفائىّ، لكن ذلک باطل هنا، ولا يلتزم به أحد؛ إذ لا يستحقّ المالک فى جميع الحالات أزيد من بدل واحد.

نعم، يمكن أن يقال باشتغال ذمّة كلّ واحد بدفع ما يسدّ مَسَدَّ العين، وهذا ممّا لا ينطبق على أزيد من بدل واحد، فلو اجتمع الكلّ على دفع أبدال لم ينطبق عنوان البدل إلاّ على واحد من تلک الأبدال المدفوعة، ولم يكن للمالک قبض الجميع بعنوان البدليّة بل له قبض واحد منها بذلک العنوان، وأيّا منها قبض كان هو البدل وردّ البقيّة إلى أهلها، فحصل الفرق بين المقام وبين الواجب الكفائىّ؛ فإنّ المطلوب من كلّ واحد من المكلّفين هناک هو الطبيعة، وهى تتحصّل فى ضمن أفراد كما تتحصّل فى ضمن واحد بخلاف البدل السادّ مسدّ العين هنا؛ فإنّه لا ينطبق على أزيد من بدل واحد، وذلک الواحد يتعيّن بقبض المالک،

ص:٢٧١

كما يتعيّن الحقّ فى كلّ مقام بقبض ذى الحقّ.

والحاصل، أنّ التكليف بأداء البدل متوجّه إلى الكلّ والذمّة مشغولة من الكلّ، فيجب على الكلّ تفريغ ذمّته، ولكن الفراغ يحصل بقبض المالک للمال بعنوان البدليّة، نعم لو قبض الكلّ على أن يكون واحد منها لا على التعيين هو البدل أشكل الأمر وحصل الاشتباه والتردّد فى كلّ من الأبدال المدفوعة بين أن يكون مالكه هو أو مالكه هو المالک الأصلىّ، فصار المتحصّل معقوليّة اشتغال ذمم الكلّ على سبيل التعيين بدفع عنوان البدل، ولكن عنوان البدل عنوان لا ينطبق إلاّ على بدل واحد، وإذا انطبق على واحد ارتفع اشتغال الذمّة وارتفع التكليف، لكن هذا كلّه فى مقام التعقّل.

وأمّا فی مقام الفعلیة ودلالة الأدلّة علیه فدلیل علی الید بناءً علی إفادته للضمان یدلّ علی ضمان الکلّ؛ لاستقلال الکلّ بالید علی العین، وأمّا السقوط بأداء البعض فذلک لیس قصرا فی دلالة الدلیل وتصرّفا فی ظاهره لیحتاج إلی القرینة، بل ذلک من باب ارتفاع الخطاب بارتفاع موضوعه فلا إشکال.

ثمّ، إنّ استفادة الضمان والعهدة من دلیل علی الید موقوف علی أن یکون المراد من الموصول فیه عنوان المال الّذی هو مأخوذ بأخذ العین الشخصیّة، أمّا إذا أرید العین الشخصیّة المأخوذة کان ظاهر الدلیل حینئذٍ مجرّد التکلیف بحفظ العین الشخصیّة المأخوذة حتّی یؤدّیها إلی مالکها، وکان ذلک أجنبیّا عن مسألة الضمان بل عن مسألة ثبوت التلکیف بردّ العین إلاّ علی تقدیر الردّ دون الحفظ، لکن تقدیر الرد والأداء لا یناسب الغایة وقوله: «حتی تؤدّی» فلا جرم یتعیّن تقدیر الحفظ وعدم التعدّی والتفریط فیما أخذت حتّی تؤدّی»(۱).

محاولة المحقّق الخمینی قدس سره للإشکال

قال: «إنّ الضمان والغرامة وجبر الخسارة والبدلیة والعوضیة ماهیات لا تقبل التکرار، لا عرضا ولا طولاً فالغرامة لا یعقل أن تتکرّر، بحیث یقع لها مصداقان بصفة

۱- ۱ . حاشیة المکاسب ۲/(۳٤٦-۳٤٤).

الغرامة، فإذا کان علیه عشرة فأدّی عشرین، لا یعقل وقوع تمام العشرین بصفة الغرامة.

کما أنّه إذا أدّی العشرة لا یعقل أن تقع العشرة الثانیة غرامة وجبرانا وعوضا وبدلاً، بل فی المثال الأوّل تقع العشرة المشاعة غرامة، وفی الثانی یقع أوّل مصداق غرامة.

فإذا ضمن الإثنان أو الأكثر مال الغير بضمان اليد مثلاً، يقع على عهدة كلّ المال بعنوان الغرامة، فتشتغل ذمّة كلّ منهما أو منهم بضمان البدل أو ضمان الخسارة، ولازم ذلک - بعد عدم تعقّل التكرار فى الماهيّة - أنّ كلاً منهم ضمن ما ضمن الآخر، أى المال بعنوان الغرامة.

كما أنّ لازم ذلک، هو أنّ كلاً منهم مكلّف بأداء الغرامة، لكن إذا اغترم أحدهم، سقط باغترامه عنوان الغرامة، والمفروض أنّ ما تعلّق بذمم الباقين، هو المال بعنوان الغرامة والبدليّة لا غير، فإذا سقطت البدليّة والغرامة، ينتفى موضوع الضمان والغرامة.

فالإشكال ليس من ناحية اشتغال الذمم، بل من ناحية أنّ اللازم وجوب اغترامات كثيرة لشىء واحد، وقد عُلم أنّ ذلک غير لازم من اشتغالات الذمم؛ لأنّ كلّ ذمّة مشتغلة - مستقلّة - بعنوان واحد لا يعقل التكرار فيه.

وهذا نظير كفالة أزيد من واحد عن شخص واحد، فإنّ كلاً كفيل مستقلاً، وعلى عهدة كلّ إحضار المكفول، ولكن عنوان الإحضار أمر غير قابل للتكرار، ولا يعقل

إحضاران بعد كون المطلوب والمضمون صرف الوجود.

وهذا أمر موافق لاعتبار العقلاء وللأدلّة؛ فإنّ ظاهر «على اليد ما أخذت...»(١) أنّ كلّ أخذ سبب للضمان إذا تلف، فإذا تلف يضمن كلّ آخذ بضمان مستقلّ تعيينا، لكن ماهيّة الضمان تأبى التكرار.

وإن شئت قلت؛ كلّ منهم ضامن لما ضمنه غيره.

وممّا ذكرنا يظهر حال ضمان المهر؛ فإنّ المهر أيضا أمر لا يقبل التكرار، فالزوج

١- ١ . مسند أحمد ٨/٥؛ سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، ح٢٤٠٠؛ سنن البيهقى ٩٥/٦؛ عوالى اللآلى ٢٢٤/١، ح١٠٦، و ٣٨٩، ح٢٢، و ٣٤٥/٢، ح١٠، و ٢٤٦/٣، ح٢، و ٢٥١، ح٣؛ مستدرک الوسائل ٧/١٤، كتاب الوديعة، الباب١، ح١٢، و ٨٨/١٧، كتاب الغصب، الباب ١، ح٤.

ضامن لما ضمنه الغارّ، والغارّ كذلک، وإذا أدّى كلّ منهما فى عرض الآخر، لا يقع تمام ما أدّيا مهرا، وهو واضح.

وربّما يقال: إنّ الواحد الذى يعتبر فى محالّ متعدّدة، تارة: يكون واحدا شخصيّا، وأُخرى: كطبيعىّ البدل واحدا طبيعيّا.

فالأوّل: لا تتبدّل وحدته بفرضها فى محالّ متعدّدة اعتباريّة، بخلاف الثانى، فإنّ طبيعىّ البدل يتحصّص بكلّ ذمّة، ومورد الإشكال هو البدل.

ففرض البدليّة يقتضى الوحدة، وفرض تعدّد الذمم المقتضى لتعدّد الحصص مناف للبدليّة.(١)

وفيه: أنّ تعدّد الذمم، لا يوجب تحصّص الطبيعىّ بعد فرض عدم إمكان التكرار فيه، وما يوجب التحصّص هو القيود اللاحقة بالطبيعىّ، لا اعتباره فى الذمم؛ إذ ليس الاعتبار فيها كالوجود الذهنىّ الموجب للتكثّر، ولا برهان على أنّ الاعتبار - كذلک - مقتض للتحصّص.

بل الواقع على خلافه؛ لأنّ الماهيّة غير القابلة للتكرار إذا اعتبرت فى الذمم، تكون ما اعتبرت فى ذمّة عين ما اعتبرت فى الأُخرى.

ولعلّ الخلط بين الوجود الذهنىّ والاعتبارىّ فى الذمم، موجب للاشتباه، فلا فرق بين الواحد الشخصىّ والنوعىّ فى ذلک أصلاً.

مع أنّ فى الوجود الذهنىّ إذا تعلّق اللحاظ بنفس الماهيّة، أيضا كلاما»(٢).

١- ٢ . حاشية المكاسب، للمحقّق الأصفهانى ٣١١/٢.

٢- ٣ . كتاب البيع ٢/(٤٧٥-٤٧٣).

حكم الأيدى المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «وأمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب فى أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه فى خطر الضمان، كما لا ريب فى أنّ السابق إذا رُجع عليه وكان غارا للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارّا له...»(١).

أقول: أمّا حكم المسألة فهنا صورتان:

الأولى: اللاحق الدافع للبدل إلى المالک يرجع إلى السابق الغارّ، لرجوع المغرور إلى مَنْ غرّه. ولو دفع السابق الغار فلا يرجع إلى اللاحق المغرور إذ لا معنى لرجوع السابق الغار للاحق المغرور بما لو دفعه اللاحق ضمن السابق ما دفعه للاحق.

الثانية: وهى العمدة أنّ اللاحق الذى تلف المال بيده بتلف سماوى - لا الإتلاف لأنّ حكم المتلِف بقاعدة الإتلاف واضح - إذا دفع بدل المال إلى مالكه لايحقّ له الرجوع إلى السابق ومطالبته بالبدل وأمّا السابق إذا دفع البدل إلى المالک يحق له الرجوع إلى اللاحق تلف المال بيده.

قال المحقّق: «ولو تعاقبت الأيدى الغاصبة على المغصوب تخيَّرَ المالکُ فى إلزام أيِّهم شاءَ، أو إلزام الجميع بدلاً واحدا»(٢).

١- ١ . المكاسب ٥٠٨/٣.

٢- ٢ . الشرائع ١٨٥/٣.

وقال العلاّمة: «والأيدى المترتبة على يد الغاصب أيدى ضمان، فيتخيَّر المالک بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومَنْ تترتّب يدُه على يده... ويستقر الضمان عليه إن تلف عنده فلا يرجع على الأوّل لو رُجع عليه ويرجع الأوّل عليه لو رُجع على الأوّل...»(١).

قال العلاّمة فى غصب التذكرة: «كلّ يدٍ ترتّبت على يد الغاصب فهى يد ضمانٍ، حتّى يكون للمالک الخيار فى المطالبة لِمَنْ شاء منهما، فإن شاء طالب الغاصبَ عند التلف، وإن شاء طالب مَنْ ترتّبت يده على يده.

ولا فرق بين أن يكون الثانى عالما بالغصب أو لم يعلم فى ثبوت الضمان عليه؛ لأنّه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل ليس مُسْقِطا للضمان.

ثمّ الثانى إن كان عالما بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالک مطالبته بكلّ ما طالب به الغاصب، فإن تلف المغصوب فى يده فاستقرار الضمان عليه، فلو غرّمه المالک لم يرجع على الغاصب الأوّل بشىءٍ؛ لأنّه ظالم بإمساک مال الغير فى يده مع علمه بأنّه له، وقد حصل التلف فى يده، ولو غرّم الأوّل رَجَعَ عليه.

هذا إذا لم تختلف قيمة العين فى يدهما أو كانت فى يد الثانى أكثر، ولو كانت فى يد الأوّل أكثر لم يكن للمالک مطالبة الثانى بالزيادة، لأنّها تلفت فى يد الأوّل قبل الوصول إليه، وإنّما يطالب الأوّل بها لا غير ويستقرّ ضمانها عليه، فليس له الرجوع على الثانى بها، ولو رجع المالک عليه بالأصل والزيادة، كان له الرجوع على الثانى بالأصل خاصّة دون الزيادة.

وإن جهل الثانى الغصب، فإن كانت اليد فى وضعها يد ضمان - كالعارية مطلقا عند العامّة(٢)، وفى صُوَر الضمان عندنا، والمأخوذ بالسوم والشراء صحيحةً وفاسدةً - استقرّ الضمان على الثانى.

ص:٢٧٦

١- ٣ . قواعد الأحكام ٢/٢٢٤.

٢- ١ . العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضة الطالبين ٤/٩٩.

وإن كانت يدّ أمانةٍ - كالوديعة والعارية فى غير صُور الضمان، والإجارة والرهن والوكالة - استقرّ الضمان على الغاصب.

ومذهب أكثر الشافعيّة على ما قلناه.(١)

ولهم وجهٌ آخَر فيما إذا كانت يدُه يدَ أمانةٍ وكان جاهلاً بالغصب، فإنه لايكون ضامنا، كما أنّه لايستقرّ الضمان عليه.(٢)

ولهم وجهٌ آخَر فيما إذا كانت يدُه يدَ أمانةٍ، كالوديعة والإجارة وشبههما، فإنّه يثبت

قرار الضمان فيها وإن كان جاهلاً.(٣)

[والقرض(٤)] معدود من أيدى الضمان...»(٥).

وقال صاحب الجواهر فى شرح قول المحقّق: «(ولو تعاقبت الأيدى الغاصبة على المغصوب تخير المالک فى إلزام أيّهم شاء أو إلزام الجميع) أو البعض (بدلاً واحدا) على حد سواء أو مختلفا بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، بل فى مجمع البرهان دعواه، لأن كلاً منهم غاصب مخاطب بردّ العين أو القيمة لقوله عليه السلام : ««كلُّ مغصوب مردود»(٦). على «على

اليد ما أخذت»(۷) وقوله تعالى: «فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ»(۸) و «جَزاءُ سَيِّئَةٍ»(۹) وغيرهما ممّا دلّ على العقاب بمثل ما عوقب(۱۰) وأن «الْحُرُماتُ قِصاصٌ»(۱۱)

۱- ۲ . العزيز شرح الوجيز ٤٠٨/٥، روضة الطالبين ٩٩/٤.

۲- ۳ . العزيز شرح الوجيز ٤٠٨/٥، روضة الطالبين ٩٩/٤.

۳- ۱ . العزيز شرح الوجيز ٤٠٨/٥، روضة الطالبين ٩٩/٤.

٤- ۲ . بدل ما بين المعقوفين فى النسخ الخطّيّة والحجريّة: «والقبض». وما أثبتناه كما فى العزيز شرح الوجيز ٤٠٩/٥ وروضة الطالبين ١٠٠/٤.

٥- ۳ . تذكرة الفقهاء ١٨٤/١٩ و ١٨٥.

٦- ٤ . وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤، الباب ١ من أبواب الانفال. وفيه: «الغصب كلّه مردود».

۷- ٥ . مستدرک الوسائل ٨٨/١٧، ح٤، الباب ١ من كتاب الغصب، وسنن البيهقى ٩٥/٦.

۸- ٦ . سورة البقرة /١٩٤.

۹- ۷ . سورة يونس /۲۷.

۱۰- ۸ . سورة النحل /١٢٦.

۱۱- ۹ . سورة البقرة /١٩٤.

ونحوه.

ولا فَرْقَ فى تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه، نعم قرار الضمان على من تلف المغصوب فى يده منهم، بمعنى أنه لو رجع المالک على غيره رَجَعَ هو عليه مع فرض عدم زيادة فى العين يختص الأوّل بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فانه لا رجوع له على غيره، لأنّ

ذمته المشغولة للمالک بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملک حينئذ من أدىّ بأدائه ما للمالک فی ذمّته بالمعاوضة الشرعية القهرية.

وبذلک اتضح الفرق بين من تلف المال فی يده وبين غيره الذی خطابه بالأداء شرعی لا ذمی، إذ لا دليل علی شغل ذمم متعددة بمال واحد، فيحنئذ يرجع عليه ولا يرجع هو.

كما أنه اتضح لک أيضا جواز مطالبة الكل ببدل واحد علی السواء ومختلفا، لأنه إذا

جاز له مطالبة كلّ منهم بالجميع فالبعض بطريق أولی، ويرجع حينئذ غير من تلف المال فی يده علی من تلف المال فی يده بمقدار ما أدّی»(۱).

وقال صاحب مفتاح الكرامة فی شرح قول العلاّمة «ويستقر الضمان عليه...»: كما فی التذكرة(۲) وجامع المقاصد(۳) والمسالک(٤) والروضة(٥) والكفاية(٦) وهو قضية كلام غيرهم، لأنّه ظالم بإمسالک مال الغير فی يده مع علمه بأنّه له وقد حصل التلف فی يده فكانا متساويين فی كون كلٍّ منهما غاصبا، وانفراد الثانی بزيادة وهی كون التلف فی يده

۱- ۱ . الجواهر ۳۳/۳۷ و ۳٤.

۲- ۲ . تذكرة الفقهاء ۱۸٤/۱۹.

۳- ۳ . جامع المقاصد ۲۲٥/٦ و ۲۲٦.

٤- ٤ . المسالک ۱٥٦/۱۲.

٥- ٥ . الروضة البهية ۲۷/۷.

٦- ٦ . كفاية الأحكام ٦٤۹/۲.

فيختص ببدله، فلو رُجع علی الأوّل استحق الرجوع عليه دون العكس...»(۱).

ثمّ إنّ هنا عويصة:

اشارة

وهى: إنّ دليل الضمان هنا هو قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدى والقاعدة بإطلاقها تشمل كُلَّ مَنْ تم استيلاء يده على المال، والاستيلاء وجعل اليد على المال مشترک بالنسبة إلى السابق واللاحق، فلماذا يُحكم برجوع السابق إلى اللاحق الذى تلف المال بيده فى تلف سماوى وعدم رجوع هذا اللاحق إلى ذاک السابِق؟!

نعم، لو كان اللاحق متلِفا لم يكن فى البين إشكال لأنّ قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن تشمله، ولكن ليس هنا إتلاف بل تلف سماوى من دون إتلاف.

ولذا تصدى الأصحاب - رضوان اللّه تعالى عليهم - لحلّ هذه العويصة من سالف الزمان نتعرض لبعض حلولهم:

١- جواب صاحب الجواهر رحمه الله

اشارة

مرّت مقالته حيث قال: «... وبذلک اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده وبين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمّى، إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمالٍ واحدٍ، فحينئذٍ يُرْجع عليه ولا يَرْجِعُ هو»(٢).

مراده قدس سره : الغاصبون كلّهم مكلفون بردّ العين المغصوبة بقاعدة على اليد ولكن من تلفت العين بيده ذمّته مشغولة بأداء البدل ولذا يستقر الضمان عليه دون غيره.

بعبارة أُخرى: غير من تلف المال بيده مخاطب باخطابِ التكليفى فقط - وهو تلكيف بالأداء - ولكن من تلف المال بيده مخاطب باخطابِ التكليفى والوضعى معا فيستقر ضمان المال عليه وحينئذ يُرْجع عليه ولا يَرجع هو.

وبعبارة ثالثة: «أنّ الخطابات المتوجّهة إلى الغاصب الأوّل والثانى أعنى مَنْ تلف عنده المال ليست مِنْ سِنْخٍ واحِدٍ بلْ سِنْخان، فالخطاب المتوجّه إلى الأوّل إنّما هو مجرد

١- ٧ . مفتاح الكرامة ٩٧/١٨.

٢- ٨ . الجواهر ٣٤/٣٧.

خطاب تكليفى بأداء بدل المال من دون أن تكون ذمّته مشغولة به أبدا، وأمّا الخطاب المتوجّه إلى مَنْ تلف عنده المال وهو الغاصب الثانى مثلاً فهو خطاب وضعى وذمّته مشتغلة بالعوض، فإذا رجع المالك إلى الأوّل فهو يرجع إلى اللاحق لأنّه بأداء البدل يكون مالكا للتالف، ولا مانع من فرض الملكية فى التالف والمعدوم كما فى الخيار فله أن يرجع إلى قيمته أو بغيرها من لوازم الملكية، وأمّا إذا رجع المالك إلى اللاحق فهو لايرجع إلى السابق إذ لا اشتغال فى حقّه بشىء وإنّما كان الخطاب تكليفيا فى حقّه وقد سقط بوصول المالك إلى حقّه، هذا»(١).

مُناقَشة الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر

اشاره

ولكن ناقشه الشيخ الأعظم(٢) بوجوه خمسة:

الأوّل: مستند الضمان هو قاعدة على اليد وهى مشتركة بين مَنْ تلف المال بيده وغيره فلماذا جعل قدس سره الخطاب الأوّل وضعيا وتكليفيا معا، والثانى تكليفيّا فقط؟

بعبارة أُخرى: «أنّ مدرک الضمان ليس إلاّ قاعدة اليد فى المقام، كما أنّ الخطاب المتوجّه للسابق واللاحق منحصر بها، وعليه فكيف يكون الخطاب الواحد وهو قاعدة اليد يعنى على اليد ما أخذت تكليفيا بالاضافة إلى السابق ووضعيا بالاضافة إلى اللاحق؟!»(۳).

وهذا الإشكال يرجع إلى مقام الإثبات.

الثانى: كيف يمكن تعليل استقرار الضمان على مَنْ تلف المال بيده بالفرق بين

الخطاب الوضعى والتكليفى؟ وهذا الفرق كيف يعلل رجوع الغير إلى من تلف المال بيده وأنّه لا يرجع إلى غيره؟ مع أنّ الخطاب الوضعى عند الشيخ الأعظم ينتزع عن الخطاب التكليفى بأداء البدل وهو مشترک بين الجميع.

بعبارة أُخرى: هذا الإشكال «يرجع إلى مقام الثبوت فهو مبنىٌّ على ما أفاده فى

۱- ۱ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱۰۸/۲.
۲- ۲ . راجع المكاسب ۵۰۹/۳ و ۵۱۰.
۳- ۳ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱۰۹/۲.

الاستصحاب من أنّ الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية، فالضمان حكم وضعى ينتزع عن إيجاب أداء البدل، فما معنى أنّ الحكم فى السابق تكليفى وفى اللاحق وضعى مع أنّهما متلازمان»(۱).

الثالث: تخصيص اشتغال الذمة بخصوص من تلف المال بيده خلافُ ما يعرف من عدم خلاف أحدٍ فى اشتغال ذمّة كلّ واحدٍ من ذوى الأيدى الغاصبة بالمال وأنّه لا يسقط إلاّ بأداء أحدهم أو إبرا المالک.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم(٢) أربعة أحكام للدين تنظيرا بإثبات الحكم الوضعى واشتغال ذمّة الأيدى المتعاقبة ردا على صاحب الجواهر رحمه الله بإثبات الخطاب الوضعى لمن تلف المال عنده فقط والخطاب التكليفى لغيره وله.

[أ] يجوز إجبار المديون على أداء الدين ولو امتنع أجبره الحاكم وإلاّ دفع الحاكم عنه من ماله ويجوز للدائن استيفاء حقّه بنفسه عند تعذر الوصول إلى الحاكم أو معه وهو الذى يُسمى بالتقاص.

[ب] تقديم الدين على الوصية إجماعىٌّ فى الآية الشريفة(٣) فلو أوصى بعض ذوى الأيدى فمات جاز للمالک مطالبة ورثته ببدل العين المضمونة حتّى لو تلفت بيد شخص آخر واللازم على الورثة أداء الدين ثمّ تنفيذ الوصية وهذا يعنى اشتغال الذمة والحكم الوضعى لا مجرد وجوب الأداء تكليفا.

[ج] فى بحث الإفلاس، إذا وجد الغريم عين ماله جاز له أخذها حتّى لو لم يكن سواها كما جاز له أن يضرب مع الغرماء بدينه، بأنْ يجعلها بين جميع الغرماء حتّى يستوفى كل منهم حقّه بنسبة حصته.

وعليه فلو رجع المالک إلى بعض الأيدى ووجده قد أفلس وليس عنده إلاّ العين

المضمونة جاز له الضرب مع الغرماء بأن يجعل ما وُجد عند المفلّس مالاً مشتركا بين

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٠٩/٢.

٢- ٢ . المكاسب ٥١٠/٣.

٣- ٣ . سورة النساء /١٢.

الدُّيّان، فيأخذ كلٌّ منهم حصته منه كما جاز له أن يأخذ ماله بعينه.

[د] يجوز للدائن أن يتصالح مع المديون على ما فى ذمّته إمّا بعوضٍ أو مجانا، كى تبرأ ذمّة المديون وكذلك فى المقام يجوز للمالک أن يُصالح مع أحد الغاصبين بعوض أو مجانا.

وجريان هذه الامور كُلَّها فى المقام شاهد على كون المالک يملک ما فى ذمة الغاصبين وحينئذ ليس حكمهم حكما تكليفيّا بَحْطا فى غير من تلف المال بيده بل يجرى فى حقّ جميعهم الْحُكْمانِ: التكليفىُّ وَالْوَضْعِىُّ معا.

وبعبارة أُخرى: «إنّ الضامن السابق لو كان خطابه مجرّد حكم تكليفى لما أمكن إخراج دينه من تركته على تقدير موته، ولما صحّ أن يصالحه المالک على ما فى ذمّته مع أنّهما صحيحان ثابتان، لجواز المصالحة على ما فى ذمّته وإخراجه عن تركته على تقدير موته، فلنا دليل على عدم كون الخطاب تكليفيا فى حقّه، لا أنه مجرد عدم الدليل، هذا»(١).

وهذا الإشكال أيضا يجرى فى مقام الإثبات كالإشكال الأوّل.

الرابع: «تملّک غير مَن تلف المالُ بيده لما فى ذمّة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يُعلم له سبب اختيارىٌّ ولا قهرىٌّ»(٢)، لأنّ الأوّل منتفٍ والثانى لا دليل عليه ف- «سقوط حقّ المالک عمّن تلف فى يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقّق موضوع التدارک بعد تحقّق التدارک»(٣).

وبعبارة أُخرى: «إنّ للملكية أسبابا ولا تحصل بدونها أبدا، فإذا فرضنا العين تلفت وأدّى الضامن الأوّل بدلها فبأى سبب ملک [الضامنُ الأوّلُ] العينَ التالفةَ حينئذ، أفبالبيع أو الهبة أو بشىء آخر، والمفروض انتفاؤها بأجمعها، فلا وجه لانتقال المال إلى

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٠٩/٢.
٢- ٢ . المكاسب ٥١٠/٣.
٣- ٣ . المكاسب ٥١٠/٣.

ملک مَنْ أدّى عوضه كما لا يخفى، هذا»(١).

الخامس: لازم بيانه عدم رجوع السابق بعد أداء بدل التالف إلاّ إلى خصوص مَن

تلفت العين بيده، لا إلى كلِّ غاصب لاحق، مع أنّ الظاهر جواز رجوع مؤدِّى البدل إلى كلِّ واحدٍ من الغاصبين بعده «نعم، لو كان [المرجوع] غير مَنْ تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف فى يده»(٢).

وبعبارة أُخرى: «إنّ لازم ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره عدم جواز رجوع السابق إلى الثانى فيما إذا كان المال تالفا عند الثالث أو الرابع لأنه أيضا مثله فى عدم اشتغال ذمّته بشىء وخطابه تكليفى حسب الفرض، بل لابدّ من أن يرجع إلى الضامن الأخير الذى تلف عنده المال ابتداء مع أنّهم جوّزوا رجوعه إلى الثانى والثانى إلى الثالث وهكذا»(٣).

دفاعٌ عن صاحب الجواهر قدس سره

حصيلة إشكال الشيخ الأعظم؛ على صاحب الجواهر قدس سره هى عدم الدليل على اشتغال ذمّم متعدّدة فى بحث تعاقب الأيدى بحيث يُرى بأنّ صاحب الجواهر يذهب إلى اشتغال ذمم متعددة فى بحث تعاقب الإيدى فى مغصوب واحد، مع أنّ صاحب الجواهر لا يقول به فى كتاب الضمان، بل ذهب إلى إنّه يجب رفع اليد عن ظهور الأدلة التى تدلّ على تعدد الضمان - على القول بوجودها - والقول بوحدة الضمان مراعاةً للإجماع القائم عند الإمامية بردّ القول بضمان الجميع عرضا وكذلک

بطلان القول بعدم الضمان مطلقا، فلا يبقى إلاّ القول بضمان ذمّة من تلف المال عنده واستقرار الضمان عليه وبهذا البيان يدفع الوجه الأوّل من مناقشات الشيخ الأعظم.

قال صاحب الجواهر فى بداية كتاب الضمان من جواهره: «(الضمان) الذى هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منّا(٤) مشتق من «الضمن» لأنّه ينقل ما كان فى ذمّته

١- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١١٠.

٢- ١ . المكاسب ٣/٥١٠.

٣- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١١٠.

٤- ٣ . كالعلاّمة فى تذكرة الفقهاء ١٤/٢٧٩، والشهيد الثانى فى المسالك ٤/١٧١، والسيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ١٦/٣٤٣ و ٣٤٤.

من المال، ويجعله فى ضمن ذمّة أُخرى، أو لأنّ ذمّة الضامن تتضمن الحقّ، فالنون فيه أصلية.

خلافا لماعن أكثر العامة(١) من أنه غير ناقل، وإنّما يفيد اشتراك الذمّتين، فاشتقاقه من «الضمّ»، والنون فيه زائدة، لأنّه حينئذٍ ضمّ ذمة إلى ذمّة، فيتخيّر المضمون له فى

المطالبة.

وفيه ما لايخفى: من منافاة وجود النون فى جميع تصاريفه، إلاّ بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالى عنها، وهو كما ترى.

ومن صعوبة تحقّقه فى نحو ضمان النفس، وظهور قوله عليه السلام «الزعيم غارم»(٢) فى اختصاص الغرم به، ولغير ذلک ممّا هو فى مذهب الخصم، بعد الغضّ عن عدم تصوّر شغل ذمّتين

فصاعدا بمال واحد، وقد بيّنّا أنّ المشغول به فى تعاقب الأيدى على المغصوب ذمّة واحدة، وهو مَنْ تلف فى يده المال مثلاً، وإن جاز له الرجوع على كلّ واحد، وإلاّ فهو منافٍ للمقطوع به من مذهبنا.

وأما الثمرات على القولين فهى واضحة: منها صحّة الدور فيه على مذهبنا - كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه، دون مذهبهم.

والتسلسل - كأن يضمن أجنبىّ الضامن... وهكذا - لتحقّق الشرائط عندنا، فيرجع حينئذٍ كلّ ضامن - مع الإذن - بما أدّاه على الذى ضمن عنه، لا على الأصيل، وفى الأوّل يسقط الضمان، ويرجع الحقّ كماكان»(٣).

وأيضا يظهر من هذا البيان دفع الوجه الثانى من وجوه مناقشات الشيخ الأعظم من ذميّة الخطاب بالنسبة إلى جميع الأيدى، لأنّ صاحب الجواهر يرى أنّ الالتزام

١- ٤ . راجع المغنى ٧٠/٥ لابن القدامة.

٢- ١ . عوالى اللآلى ٢٥٧/٢، ح٣؛ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤٣٥/١٣، ح٢، الباب ١ من أبواب كتاب الضمان.

٣- ٢ . الجواهر ٢٢٧/٢٧ و ٢٢٨ (١١٣/٢٦).

بذميّة الخطاب بالنسبة إلى الجميع ينشأ من أنّ الضمان مشتقٌّ من ضمّ ذمة إلى ذمّة والنون فيه زائدة وهو مردود عندنا بضرورة المذهب، فحينئذ ينحصر الخطاب الذمى بمَنْ تلف المال بيده.(١)

ويمكن أن يناقش فى الوجه الثانى من وجوه مناقشاته أيضا بأنّ الْحُكْمَيْنِ «التكليفى والوضعى سنخان من الحكم وأحدهما غير منتزع مِن(٢) الآخر، ويشهد لذلک أنه لا خلاف ظاهرا فى أنّ وجوب نفقة

الوالدين الفقيرين على الولد إذا كان غنيا إنّما هو مجرد حكم تكليفى ولا يضمنها لو نسيها أو عصى ولم يؤدّ نفقتهما، وهذا بخلاف وجوب

نفقة الزوجة فإنّه حكم تكليفى. مضافا إلى أنه يضمنها فيما لو نسى أو عصى ولم يؤدّها إليها، فيضمن لها نفقة الأُسبوع أو الشهر أو السنة، وكيف كان فهما سنخان متغايران»(٣).

ويمكن أن يقول فى دفع الوجه الرابع بأنّ الملكية القهرية موجودة والدليل على ذلك أمران:

«أحدهما: أنه إذا أتلف أحد مال الغير وكان لتالفه قيمة زهيدة أو كان متعلّقا لحقّ، والأوّل كما إذا ذبح فرس الغير على وجه شرعى فإنّ لحمه وجلده حينئذ ممّا له قيمة وإن كانت زهيدة لا محالة. والثانى ما إذا ذبحه على وجه جعله ميتة فإنّ الميتة يمكن أن ينتفع بها فى كلِّ ما لايشترط فيه الطهارة ومتعلّقة لحقّ الاختصاص، وفى أمثال ذلك لايمكن للمالك أن يأخذ تالف العين وباقيها ويطالب المتلف بباقى قيمتها لأنّ العرف يرون المال قد تلف وما بقى منه أمر آخر لا ربط له بالمالك كأجزاء السيارة المنكسرة مثلاً، وإذا أخذ قيمتها من المتلف أو مثلها فلايمكنه أخذ ما بقى من العين أبدا، لأنّ العرف يرون ذلك انتقالاً قهريا كالصلح، فباقى العين ينتقل إلى من أدّى الضمان فيما إذا كانت له قيمة، أو كان ذلك متعلّقا لحقّ من الحقوق.

وثانيهما: أنّ الْمالَ فيما إذا كان فى حكم التلف ولم يكن تالفا حقيقة كما إذا ضاع

١- ٣ . راجع العقد النضيد ٦٤/٤.

٢- ٤ . فى المصدر: «عن».

٣- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٠٩/٢.

فى بَرٍّ أو وقع فى بحر أو سرقه سارق مجهول يتعذّر الوصول إليه عادةً ففى هذه الموارد هل يحكم بلحوق المال الموجود فى البر أو البحر أو فى يد السارق بالمباحات الأصلية بحيث يتملّكه السارق بحيازته ولا يجب عليه ردّه، وهذا ممّا لا يمكن التفوّه به، أو يحكم بأنه ملك لمالكه الأوّل مع أنه أخذ مثله أو قيمته من المتلف، فلا محالة يحكم بانتقاله إلى ملك المتلف بدفع عوضه وبدله، فالوجه فى الانتقال والملكية هو المصالحة القهرية الواقعة بين مالك المال ومتلفه، وكيف كان فينتقل المال إلى الضامن الذى أدّى بدله»(١).

ويدفع الوجه الخامس بعدم الالتزام بهذا اللازم عند صاحب الجواهر.

وبما ذكرناه يُدْفَعُ أَرْبَعٌ من مناقشات الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر ولكن الاشكال الثالث وهو النقوض يكون بلا جواب.

نعم، يمكن أن يُناقَشَ على صاحِبُ الجواهر رحمه الله : بأنّ ما قام عليه إجماعُ الإماميّةِ من نفى تعدّد الضمان عرضا يختص بباب الديون والضمان العقدى وأمّا الضمان المستند

على قاعدة اليد فليس فيه إجماع من الإمامية بنفى تعدد الضمان فيه والشاهد على ذلك حكمهم بصحة ضمان الدرک كما مرّ فتعيد العويصة.

٢/ أ - حلّ الشيخ الأعظم للعويصة

اشارة

قال قدس سره : «فنقول: إنّ الوجه فى رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدلّ، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معيّنا من دون البدل، وإلاّ خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثانى فإنّما هو تدارک لما استقرّ تداركه فى ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارک نفس العين معيّنا؛ إذ لم يحدث له تدارک آخر بعدُ، فإنْ أدّاه إلى المالک سقط تدارک الأوّل

له. ولا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالک؛ لأنّه من باب الغرامة والتدارک، فلا اشتغال للذمّة قبل حصول التدارک، وليس من قبيل العوض لما فی ذمّة الأوّل.

ص:٢٨٦

١- ٢ . التنقيح فی شرح المكاسب ١١١/٢ و ١١٠.

فحال الأوّل مع الثانی كحال الضامن مع المضمون عنه فی أنّه لايستحقّ الدفع إليه إلاّ بعد الأداء.

والحاصل: أنّ من تلف المال فی يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالک ومن سبقه فی اليد، فيشتغل ذمّته إمّا بتدارک العين، وإمّا بتدارک ما تُداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان فی الأيدی المتعاقبة اشتغال ذمّة أشخاص على البدل بشیء واحد لشخص واحد»(١).

حصيلة ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله : «الفرق بين الضامن الأوّل وغيره، من حيث أنّ الضامن الأوّل بوضع يده على مال الغير ينتقل إلى ذمّته العين بالقاء الخصوصيات الشخصية، فهو يضمن مجرد العين الملغى عنها الخصوصيات وأما الضامن الثانی إذا استولى على العين فقد استولى على العين المضمونة بكونها ذات(٢) بدل، وهذا بخلاف الضامن الأوّل فإنّه لم يتول إلاّ على العين المجردة عن هذا العنوان، فلم يضمن سوى نفس العين، وأما الضامن الثانی فهو استولى على العين المعنونة بكونها ذات بدل ثابت فی ذمة الضامن الأوّل، فهو يضمن الجامع بين العين والبدل - أی أحد الأمرين - نظير الواجب التخييری، وهذا هو مراده بقوله قدس سره «فقد ضمن شيئا له بدل» فهذا الضمان يرجع إلى ضمان

واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل.

وبالجملة: فاذا رجع المالک إلی الأوّل سقط أحد طرفی التخییر - أعنی اشتغال ذمة اللاحق بالعین للمالک - إذ لا معنی لضمان اللاحق له بعد وصول ماله إلیه فیتعین الطرف الآخر - أعنی اشتغال ذمته بالبدل للسابق - فله الرجوع إلیه، غایته بعد ما رجع إلیه المالک ودفعه إلیه لا قبله. وهذا هو الفرق بین الضامن الأوّل وغیره».(۳)

وبعبارة اُخری: «أنّ الغاصب الأوّل أو من فی حکم الغاصب أی بائع مال الغیر مثلاً بالبیع الفاسد بعد أخذه من الغیر کذلک إنّما هو ضامن للعین نفسها فالغاصب الثانی

۱- ۱ . المکاسب ۵۰۸/۳.

۲- ۲ . فی المصدر: «ذا».

۳- ۱ . محاضرات فی الفقه الجعفری ۴۹۲/۲.

ومَنْ فی حکمه انّما هو ضامن للعین وبدلها، أمّا العین فلمالکها وأمّا البدل فللضامن الأوّل وهذا بخلاف الضامن الأوّل فإنّ فی زمان کون العین تحت یده لم تتلف لیضمن العین بما لها بدلٌ بل کان ضمانه منحصرا بالعین وحدها، وأمّا الضامن الثانی حیث أنّ العین قد تلفت عنده فیکون ضمانه بها بما له البدل وهذا الضمان بالبدل ضمان لما استقر تدارکه فی ذمة الأوّل، فالضامن الثانی ضامن لأحد الامرین إمّا العین أو البدل علی نحو البدلیة بنحو الضمان العوض، والحاصل أنّ من تلف المال فی یده ضامن لأحد الشخصین علی البدل من المالک ومَنْ سبقه فی الید فتکون ذمته مشغولة بشیئین علی سبیل البدلیة اما تدارک نفس العین أو تدارک بدلها فحال الأوّل مع الثانی کحال الضامن مع المضمون عنه فإنّ الضامن لشخص عن دین بأمره انّما یرجع إلی المضمون عنه مع أداء دین الدائن وإلاّ فلا یستحق بذلک فإذا رجع المغصوب منه إلی الأوّل فأخذ منه تدارک العین فیرجع هو إلی الثانی فیاخذ منه تدارک ما استقر فی ذمته لضمان الثانی علی ذلک.

وبالجملة: إنَّ ظهورَ كلامِ الشَّيْخِ رحمه الله فى الغاصب الثانى انّما انه ضامن لتدارک العين للمالک وبدلها لتدارک ما فى ذمة الغاصب الأوّل للأوّل وعلى هذا فيندفع اشكال عدم صحة رجوع السابق إلى اللاحق فى صورة عدم الغرور إذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر فى ذمته فيرجع إليه فى ذلک وهذا بخلاف ما إذا رجع المالک إلى الثانى فانه لا يرجع إلى اللاحق فى غير صورة الغرور لعدم اشتغال ذمته للثانى كاشتغال ذمة الثانى للأوّل.

فما لم يرجع المالک إلى الأوّل ليس له ان يرجع إلى الثانى لانّ الأوّل لم يتدارک العين للمالک حتّى يرجع إلى الثانى فى البدل الذى حصل به التدارک وانّما له الرجوع إليه

بعد ما رجع المالک إلى الأوّل»(۱).

أقول فى توضيح مقالة الشيخ الأعظم:

أقول فى توضيح مقالة الشيخ الأعظم: مستند الضمان فى بحث تعاقب الأيدى قاعدة «على اليد ما أخذت» وهى مشتركة بين الجميع وهم كلّ من استولى على مالِ الغير.

۱- ۱ . مصباح الفقاهة ٤/٣٧٦ و ٣٧٧.

ولكن شمولها بالنسبة إلى السابق واللاحق مختلف والوجه فى ذلک اليد الأولى [السابقة] على مال الغير لم تكن مسؤولَةً إلاّ فى مقابل مالک المال ولكن اليد الثانية [اللاحق] مسؤولَةً فى مقابل المالک والسابق، وهكذا الحال فى الأيدى اللاحقة فإنّ لكلّ يدٍ لاحقة مسئولية زائدة على اليد السابقة عليها.

فاليد السابقة تكون ضامنة للمال أمام المالک مادامت عينه موجودة وعند تلفها تكون ضامنة لبدل المبدل الذى لم يتعلّق به ضمان آخر، فإذا خرجت العين من يده وانتقلت إلى اليد الثانية فإنّها تتّصف

بخصوصيّة زائدة وهى أنّها موردٌ لضمان اليد الأُولى وهكذا يحصل الاختلاف بين اليدين، حيث أنّ اليد الأُولى استقرّت على العين الغير المضمونة، أمّا اليد الثانية فإنّها استقرّت على العين المضمونة فتكون ضامنا للمالک وللسابق على نحو الواجب التخييرى.

ثمّ إنّ مقتضى قاعدة الضمان أنّ على صاحب اليد السابقة إمّا ردّ العين مع خصوصياتها إلى المالک أو ردّ ما يعدّ بدلها وأمّا صاحب اليد اللاحقة ضامن لبدل العين المضمونة عند اليد السابقة ولكن اليد السابقة ضامنة لبدل العين الغير المضمونة.

ثمّ لا يخلو حال الضامنين [اللاحق والسابق] أمّا أنَّهُما متحدان فى الحكم أو مختلفان، والاتحاد ممنوع إذ لايعقل شمول قاعدة على اليد للعين الغير المضمونة وللعين المضمونة بالسوية فلابدّ من اختلافهما وحينئذ لو قصد اللاحق فراغ ذمّته فلابدّ أن يقوم بدفع بدل العين لأنّ المفروض أنها تلفت فى يده وهو مخيّر بين أن يدفعها إلى المالک أو السابق الدافع للبدل، فإنّ دفعها إلى المالک فقد دفع ما على ذمّته وما على ذمّة سابقه من خلال هذا الدفع فقد أدّى واجبه التخييرى وليس للاحق الدافع الرجوع إلى سابقةِ، أمّا لو دفع السابقُ البدلَ بقيت ذمّة اللاحق مشغولة بواجبه التخييرى من دفع البدل إلى اللاحق ولذلک يجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبدل وهذه هى العلّة فى استقرار الضمان على يد

مَنْ تلف المال فى يده ورجوع غيرها من الأيدى إليه فى فرض إقدامهنّ بردّ بدل العين إلى

المالک ولا يجوز للسابق الذى تلف المال فى يده الرجوع إلى غيره.(١)

اعتراض الفقيه السيّد اليزدى على حلّ الشيخ الأعظم

قال: «إذ يرد عليه: أوّلاً: أنّ السابق أيضا يصدق عليه أنّه ضامن شيئا له بدل، لأنّه وإن كان حين الحصول فى يده لم يكن له بدل، لأنّ ضمان اللاحق لم يتحقّق فى ذلک الحين، بل المفروض أنّه يحدث بعد ذلک فيتحقّق البدل للعين بعد حدوث ضمان السابق، إلاّ أنَّ استقرار الضمان بالنسبة

إلى الكلِّ إنَّما هو بعد التلف، فحينئذٍ يصدق أنَّ كلاً منهم ضامن لما له بدل؛ لأنَّ المناط ليس حال حدوث سبب الضمان، بل حال فعليته، بمعنى اشتغال الذمة فعلاً بالعوض، وهو إنَّما يكون بعد التلف، ولذا لو زاد زيادة عينية فى الأيدى المتأخر يكون السابق ضامنا لتلك الزيادة أيضا، مع أنَّه لم يحدث الضمان فى يده إلاّ ناقصا، بل وكذا بالنسبة إلى زيادة القيمة بناءً على القول بأعلى القيم.

وبالجملة: حين التلف الذى هو زمان الانتقال إلى القيمة يَصْدُقُ بالنسبة إلى الكلِّ أنَّه ضامن لما له بدل، أبدال.

وثانيا: أنَّ ضمان العين التى لها بدل - أى عوض فى ذمة آخر - لا يقتضى ما ذكره من ضمان واحد من البدل والمبدل، كيف؟ والبدل لم يتحقّق فيه سبب الضمان؛ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلک، فلا وجه لكونه مضمونا.

ودعوى كونه من توابع العين كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجددة؛ حيث إنّها مقبوضة بتبعية قبض العين، بخلاف التدراک الثابت فى ذمة السابق فانَّه ليس مقبوضا للاحق أصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جدا.

وثالثا: لو سلّمنا ذلک كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالک العين، لا لمن عليه البدل، فانَّ البدل الذى فى ذمة السابق إنَّما هو لمالک العين، فبدله وهو ما فى ذمة اللاحق أيضا يكون للمالک، وهو من له البدل، ولا وجه لكونه لمن عليه البدل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضا واضح.

١- ١. راجع العقد النضيد ٥٤/٤ و ٥٥.

ورابعا: أنَّ لازم ما ذكره أن يكون فى مسألة ضمان الإثنين لواحد بناءً على صحته للضامن الأوّل الرجوع على الضامن الثانى إذا رفع العوض إلى المضمون له، فانَّ الثانى قد

ضمن ماله بدل فی ذمة الضامن الأوّل، مع أنّه لیس له ذلک، بل إنَّما یرجع إلی المضمون عنه لو ضمن باذنه، ولو کان متبرعا فلا یرجع علی أحد، وأیضا فی ضمان العهدة وضمان الأعیان المضمونة إذا قلنا بجواز الرجوع إلی کلٍّ من الضامن والمضمون عنه کما استظهره المصنّف منهم یلزم جواز رجوع المضمون عنه إلی الضامن إذا فرض رجوع المالک علیه، ولا یمکن الالتزام به.

وجه اللزوم أنَّ الضامن إنَّما ضِمَنَ شیئا له بدل فی ذمة المضمون عنه، وأیضا بناءً علی مذهب العامة من کون الضمان ضمّ ذمّة، إلی أخری یلزم جواز رجوع المضمون عنه إلی الضامن إذا رجع المالک علیه؛ لأنّه یصدق علی الضامن أنّه ضمن شیئا له بدل، لکن فیما إذا کان المال المضمون ثابتا فی ذمّته من باب الغرامة، بأن یکون متلفا أو غاصبا أو نحوهما فضمن عنه الضامن، ولا یمکن الالتزام به.

وخامسا: إذا فرضنا أنَّ العین بعد ما صارت فی ید اللاحق رجعت إلی السابق فتلفت فی یده فالظاهر أنّه لا یجوز للسابق حینئذٍ إذا رجع المالک علیه أن یرجع إلی اللاحق، بل الأمر بالعکس؛ لأنَّ من تلف فی یده هو السابق بالفرض، ولازم بیان المصنّف قدس سره أن یکون له الرجوع علیه؛ لأنَّه یصدق أنَّه – أی اللاحق – ضمن شیئا له بدل، بخلاف السابق.

ودعوی: أنَّه بعد العود إلیه یکون اللاحق سابقا، والسابق لا حقا؛ فَیَصْدُقُ علی السابق الذی صار لاحقا أنَّه أیضا ضمن شیئا له بدل.

مدفوعة: بأن الضمان إنَّما حدث باثبات یده الأُولی، وفی ذلک الحین لم یکن له بدل، وبعد العود إلیه لایحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عینا وضمن، فاعطاه غیره أو أخذ منه قهرا، ثمّ ردّه ذلک الغیر إلیه لا یحدث ضمان آخر لأجل هذه الید الثانیة، بل الضمان الحادث أوّلاً باقٍ، وقرار الضمان حینئذٍ علی الغاصب الأوّل إذا تلف المال فی یده بعد العود إلیه، ولازم بیان المصنّف قدس سره أن یکون القرار علی الغاصب الثانی، مع أنَّه لم یتلف

فی یده، فتدبّر.

وسادسا: أنَّ ما ذکره من أنّه لا یعقل ضمان البدل معینا من دون البدل، وإلاّ خرج البدل عن کونه بدلاً، فیه أنّا نقول إنَّه لا یعقل ضمان البدل من دون وجود سبب الضمان فیه حسب ما بیّنا.

وسابعا: أنَّ لازم ما ذکره جواز رجوع السابق إلی اللاحق قبل دفع البدل أیضا.

وما ذکره من أنّه نظیر باب الضمان؛ حیث إنَّه لا یرجع الضامن إلی المضمون عنه إلاّ بعد الدفع إذا کان الضمان باقیا بإذنه.

فیه: أنَّ مقتضی القاعدة فی ذلک الباب أیضا جواز الرجوع؛ لأنَّ ذمة المضمون عنه قد برءت بمجرد الضمان عنه باذنه، فاللازم جواز مطالبته قبل الدفع أیضا، إلاّ أنَّه خرج عن القاعدة للنص الخاص، وهو فی المقام غیر موجود، فعدم القول به فی المقام مع أنّه لازم الوجه المذکور یکشف عن عدم تمامیة الوجه، فتدبّر»(۱).

أقول: یمکن الجواب عن بعض اعتراضات الفقیه السیّد الیزدی رحمه الله علی الشیخ الأعظم قدس سره ولکن ثلاثة منها لا یمکن الجواب عنها وهی:

الاعتراض الثالث وهو: إنّ الضامن الثانی [السابق] علی تقدیر أنّه ضامن لأحد الأمرین علی سبیل البدلیة فهو إنّما یضمنه للمالک لا للغیر [لِلّلاحِق] لأنّ البدل فی ذمّة الضامن الأوّل [اللاحق] ملک للمالک، فبدله الثابت فی ذمّة الثانی [السابق] أیضا یکون للمالک، فلماذا یحکم بضمانه للضامن الأوّل [اللاحق] بالبدل(۲)؟!

والاعتراض الخامس وهو: إذا فُرض رجوع العین إلی الضامن السابق وتلفه فی یده لازم ذلک جواز رجوع الضامن السابق إلی اللاحق أیضا، مع أنّ الأمر بالعکس.

إن قلت: رجوع المال إلى الضامن السابق يستلزم كون السابق لاحقا واللاحق سابقا، فيكون السابق ضامنا لما له بدل.

ص:٢٩٢

١- ١ . حاشية المكاسب ٢/(٣١٣-٣١٠).

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١ ٠٦، الأوّل.

قلت: اليَدُ الثانية للاحق لاتوجب الضمان، بل الموجب للضمان هو يده الأُولى وهو باق بعد ولم يرتفع.(١)

والاعتراض السابع وهو: لازم مقالة الشيخ الأعظم جواز رجوع الضامن الأوّل [السابق] إلى اللاحق قبل دفعه البدل إلى المالک مع أنّه غير تام لأنّه ليس للسابق الرجوع إلى اللاحق إلاّ بعد دفع البدل.(٢)

٢/ ب - مقالة المحقّق النائينى فى الدفاع عن الشيخ الأعظم

اشارة

ردّ المحقّق النائينى فهم الفقيه السيّد اليزدى من جواب الشيخ الأعظم قدس سرهم وذهب

إلى توجيه آخر فى مراد الشيخ الأعظم حتّى لا يرد عليه هذه الاعتراضات السبعة وقال: «... إنّ ذمّة اللاحق مشغولة بما يجب خروجه عن ذمّة السابق، أى ذمّته مخرج لما يضمنه الأوّل، فما يؤدّيه الأوّل يؤخذ من الثانى، لاشتغال ذمّته للمالک بما له بدل أى عهدة فى الأوّل، فإذا رجع المالک إليه فهو لايرجع إلى السابق لعدم كونه مغرورا منه بالفرض، وأمّا لو رجع المالک إلى السابق فهو يرجع إلى الثانى، لأنّه ضمن شيئا له بدل فى ذمّة السابق، والبدل يجب أن يخرج من الثانى، وهذا هو المراد من

البدل فی کلام المصنّف، أی: ما فی ذمّة الأوّل فی ذمّة الثانی، فیضمن الأوّل ما یضمنه الثانی، فقد ضمن اللاحق شیئا له بدل أی عهدة، کما أشار إلیه بقوله قدس سره : «فما یدفعه الثانی فإنّما هو تدارک لما استقرّ تدارکه فی ذمّة الأوّل»(۳).

ولیس المراد من البدل أصل المال نظیر المنافع حتّی یقال: إنّ الثانی وإن ضمن ما له بدل إلاّ أنّ الأوّل کذلک أیضا؛ لأنّ کلّ ما یضمن للمال فی السلسلة الطولیّة من المنافع وعلوّ القیمة والبدل ثابت علی السابق أیضا، فیصدق أنّ السابق أیضا ضامن لماله بدل، إلی آخر الإیرادات السبعة المذکورة فی حاشیة(٤) السیّد الطباطبائی قدس سره .

۱- ۳ . محاضرات فی الفقه الجعفری ۴۹۵/۲، ثانیها.

۲- ٤ . راجع مصباح الفقاهة ۳۷۸/٤، الثانی.

۳- ۱ . المکاسب ۵۰۸/۳.

٤- ۲ . حاشیة المکاسب ۲/(۳۱۳-۳۱۰).

وبالجملة: غرض المصنّف: أنّ اللاحق ضامن للمالک وللسابق؛ لأنّ ذمّته مخرج لما یؤخذ من السابق، فهو یضمن علی البدل، إمّا نفس العین بما أنّها فی ذمّة السابق، وإمّا ما یؤخذ من السابق. فلا یرد علیه أنّ کلاً منهما ضامن للبدل؛ وذلک لأنّ الأوّل لیس ضامنا للثانی فَکَیْفَ یکون کلّ منهما ضامنین للبدل؟

وبالجملة: بعد ما عرفت من أنّ ورود المال من ید السابق إلی ید اللاحق یقتضی أن یکون اللاحق مشغول الذمّة بما یؤخذ من الأوّل فمقتضاه أن یکون اللاحق ضامنا للسابق دون العکس.

وحيث إنّ المحشّى قدس سره حمل البدل على المثل أو القيمة - الّذى يكون كلّ يدٍ مشغولةً له مشروطا بالتلف - أورد ثانيا بِقَوْلِهِ: «إنّ ضمان العين الّتى لها بدل - أى عوض - فى ذمّة الآخر لا يقتضى ما ذكره من ضمانٍ واحدٍ من البدل والمبدل، كيف والبدل لم يتحقّق فيه سبب الضمان؟ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلک، فلا وجه لكونه مضمونا. ودعوى: كونه من توابع العين كما ترى...»(١) إلى آخره.

وأنت خبير بأنّ غرض المصنّف: إثبات الضمان الطولىّ، وبيان عدم اجتماع الضمانين عرضا، وأنّ يد اللاحق ليست كيد السابق ضامنا للمال مجرّدا عن خصوصيّة كونه فى ذمّة غيره.

وتوضيح ذلک - مضافا إلى امتناع اجتماع الضمانين عرضا ولو بنحو تقييد الإطلاق والواجب الكفائىّ؛ لما عرفت أنّ التقييد إنّما يصحّ فى التكليف دون الوضع، ومضافا إلى ما قيل: وإن كان خلاف المختار أنّه لو لم يكن للمال خصوصيّة عند وضع السابق يده عليه وحدثت عند اللاحق فيضمنها اللاحق دون السابق، وهذا يقتضى الاختلاف فى كيفيّة الضمان -: أنّ مقتضى عموم «على اليد» وانحلاليّته بالنسبة إلى كلّ يدٍ كما هو شأن كلّ عامٍّ أُصولىٍّ فى القضايا الحقيقيّة أن تكون يد السابق مشغولةً بالمال مجرّدا عن خصوصيّة كونه فى ذمّة أحد. وأمّا يد اللاحق فلايمكن أن تكون مشغولةً

١- ٣ . حاشية المكاسب للسيّد الطباطبائى ٣١١/٢.

بالمال مجرّدا؛ لأنّ المفروض أنّ المال وصل إلى اللاحق بعد اشتغال ذمّة السابق به، فشمول «على اليد» بالنسبة إلى السابق كشمول دليل حجّيّة الخبر للخبر بلا واسطةٍ بالنسبة إلينا، وشموله بالنسبة إلى اللاحق كشمول دليل الحجّيّة للخبر مع الواسطة، فإنّه كما يثبت موضوع بتوسّط شمول فردٍ من الحكم لفردٍ من الموضوع ولا مانع من شمول فردٍ آخر من الحكم الانحلالىّ لهذا الموضوع المتولّد

فكذا يثبت خصوصيّة للمال واعتبار عقلائىّ له بتوسّط شمول «على اليد» لليد الأُولى، فإذا عمّ فرد من الحكم اليد الثانية مع الخصوصيّة الّتى نشأت من قبل شمول «على اليد» لليد الأُولى فمقتضاه: أن لا تكون اليد اللاحقة ضامنةً للمال مجرّدا عن الخصوصيّة كضمان اليد السابقة، بل هى تضمن العين للمالک بخصوصيّة كونها فى ذمّة الأُولى. وهذه الخصوصيّة اعتبار عقلائىّ لا يمكن أن تجرّد اليد اللاحقة عنها إلاّ بدليلٍ خارجىّ، وإلاّ فمقتضى عموم «على اليد ما أخذت» وانحلاليّة القضيّة ثبوت هذه الخصوصيّة فى ذمّة الثانى، وهذا عين الضمان الطولىّ»(۱).

حاصل كلام المحقّق النائينى: «إنّ هذه الاعتراضات السبعة مبتنية على ما فهمه من ظاهر كلام الشيخ [الأعظم] قدس سره من أنّ المراد بالبدل هو بدل العين الثابت فى ذمّة الضامن، إلاّ أنّ الأمر ليس كذلک، بل المراد من البدل فى كلماته قدس سره إنّما هو بدل ما يضمنه الضامن الأوّل، وتوضيحه: أنه قدس سره لمّا رأى أنّ المال لايضمن بضمانين عرضيّين فلايمكن

أن يقال إنّ السابق واللاحق كلاهما ضامنان للمال فى عرض واحد، فجعل الضمان طوليا فى المقام بأن يكون السابق ضامنا للمالک واللاحق ضامنا للضامن السابق نظير الضمانات الاختيارية كما إذا أمر مديون أحدا بالضمان ليضمن له عند الدائن فضمنه ذلک الشخص فقد سقط الضمان عن المديون وانتقل إلى الضامن، إلاّ أنّ المديون يضمن للضامن ما دفعه إلى الدائن، فإن دفعه إليه فيضمنه بمقداره وإلاّ فإن لم يدفع إليه شيئا فلا وجه لضمان المديون له بشىء، وفى المقام أيضا إن دفع السابق ما ضمنه للمالک فيضمن اللاحق له ما دفعه إلى المالک، وإن لم يؤدّ إليه شيئا فلا وجه لضمانه كما هو واضح فالمراد

۱- ۱ . منية الطالب ۲/(۱۸۹-۱۸۷).

بالبدل فى كلامه قدس سره بدل ما يضمنه السابق للمالک ولعلّه ظاهر، هذا»(۱).

مناقشة السيّد الخوئی لِتَوْجِيْهِ النائينی

وناقش السيّد الخوئی كلام استاذه وقال: «إنّ ما أفاده – وان كان ممكنا ثبوتا ومعقولاً – إلاّ انه لا دليل عليه إثباتا، فإنّ دليل الضمان فی تعاقب الأيادی منحصر فی اليد، ونسبته إلی السابق واللاحق واحدة، ولا وجه لكون السابق ضامنا للاحق واللاحق ضامنا لما ضمنه السابق، بل مقتضی القاعدة ضمان كلّ منهما للمالک، وإنّما التزمنا به فی الضمان العقدی للدليل وهو مفقود فی المقام.

هذا مضافا إلی أنّ لازم ذلک أن لا يجوز للمالک الرجوع إلی الضامن اللاحق، لأنه ليس ضامنا للمالک وإنّما هو ضامن للضامن السابق علی الفرض، كما فی الضمان العقدی فی باب الدين والذمّم، وهذا مما لا يمكن الإلتزام به فی المقام، فالظاهر أنّ مراد المصنف هو الذی فهمه السيّد [اليزدی] وأورد عليه قوله قدس سره »(٢).

٢/ ج – توجيه كلام الاشيخ الأعظم قدس سره فی بيان السيّد الخمينی

اشارة

قال: «يمكن إرجاع كلام الشيخ الاعظم قدس سره إلی دعوی إطلاق دليل اليد بالنسبة إلی الضامن، فأراد تصحيح ضمان الأيادی المتعاقبة – بنحو ما هو المعروف – بواسطة الإطلاق فی دليل اليد بنحو ما ذكرناه.

فقوله: «السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق»(٣)، ليس المراد منه الاشتغال بالبدل حال وجود العين، بل المرد الاشتغال بالأمر التعليقیّ، أی ضمان المبدل إذا تلف،

ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل، فعبّر عن الضمان ب– «الاشتغال بالبدل».

وقوله: «فإذا حصل المال فی يد اللاحق، فقد ضمن شيئا له بدل»(٤)، يراد منه أنّه ضمن شيئا مضمونا.

١- ١ . التنقيح فی شرح المکاسب ١٠٧/٢.

٢- ٢ . محاضرات فی الفقه الجعفری ٤٩٤/٢.

٣- ٣ . المکاسب ٥٠٨/٣.

٤- ١ . نفس المصدر.

وقوله: «فهذا الضمان یرجع إلی ضمان واحد من البدل والمبدل علی سبیل البدل»(١).

یراد به أنّه إذا حصل المال فی ید الثانی، ضمن المبدل للمالک بالمعنی التعلیقیّ؛ أی علیه درکه إذا تلف بمقتضی دلیل الید، وضمن البدل؛ أی ضمان الید الأولی للضامن بمعنی تعلیقیّ أیضا، أی إذا تدارک فعلیه ضمان التدارک، وذلک أیضا بدلیل الید وإطلاقه.

وبعبارة أُخری: إذا وضع الثانی یده علی العین، حصلت قضیّتان تعلیقیّتان:

الأُولی: «إذا تلفت فعلیک جبرها للمالک؛ لوقوع یدک علی ماله».

والثانیة: «إذا تدارک الضامن الأوّل، فعلیک ضمان التدارک؛ لوقوع العین التی ضمنها فی یدک من یده، أو بعد وقوعها فی یده».

وإذا تلفت العین خرجت القضیّة الأُولی من التعلیقیّة إلی التنجیزیّة، وتبقی الثانیة علی تعلیقیّتها إلی أن یؤدّی الدرک.

وقوله بعد ذلک: «والحاصل أنّ من تلف المال فی یده ضامن لأحد الشخصین علی البدل من المالک ومن سبقه فی الید... إلی قوله: وهذا اشتغال شخص واحد بشیئین لشخصین علی البدل»(٢)، یؤکّد

ما ذكرناه؛ من أنّ الاستناد إلى دليل اليد فى الضمان للمالک، وهو واضح، وفى الضمان للضامن بتلقّيه المال منه.

فلو فرض إطلاق لدليل اليد يشمل الأمرين، ويكون حاصله: «على اليد ما أخذت من المالک بوسط أو بلا وسط، وعليها ما أخذت من الضامن بوسط وبلاوسط» فيكون المالک والضامن كلاهما مضمونا لهما، لكان لازمه العرفىّ هو ما ذكره القوم فى ضمان الأيادى المتعاقبة.

وعليه لا يرد إشكال على الشيخ قدس سره ، لا ما أورده المحقّق الخراسانى(٣) قدس سره ، ولا ما

١- ٢ . نفس المصدر.

٢- ٣ . المكاسب ٥٠٩/٣.

٣- ٤ . حاشية المكاسب، المحقّق الخراسانى /٨٤.

أورده السيّد الطباطبائى(١) قدس سره ، ولا غيرهما.(٢)

نعم، يرد عليه إشكال واحد، وهو عدم الإطلاق لدليل اليد.

ودعوى الإطلاق أمر يمكن صدوره من الشيخ الأعظم قدس سره ، دون ما احتمله المحقّقون ممّا يرد عليه ما أوردوه، بل وزائد عليه ممّا لا داعى لذكره.

وعلى ما احتملناه، تكون الغاية فى دليل اليد غاية لأمرين:

أحدهما: الضمان بالنسبة إلى المالک، فأداء المأخوذ إليه غاية لرفعه، وبه يرتفع موضوع الضمانات الآخر.

وثانيهما: ضمان الضامن، غايته رجوعه إلى الغاصب السابق، فبإرجاع المال إليه يرتفع ضمانه لدركه وإن فعل حراما، وليس دليل اليد متعرّضا للزوم أداء المال إلى صاحبه، بل مفاده بيان الضمان وغايته.

والإنصاف: أنّ ما ذكرناه فى توجيه كلامه وإن كان مخالفا فى الجملة لظاهره، لكنّه أولى ممّا ذكروه ممّا لا ينبغى صدوره من مثله، فتدبّر جيّدا»(٣).

نقد توجيه السيّد الخمينى رحمه الله

يناقش على هذا التوجيه والتفسير بوجوه:

الأوّل: هذا التوجيه مخالف لظاهر كلام الشيخ الأعظم كما اعترف صاحبه وقال فى آخر كلامه: «إنّ ما ذكرناه فى توجيه كلامه وإن كان مخالفا فى الجملة لظاهره»(٤).

الثانى: دليل على اليد ليس له إطلاقٌ حتّى يتمسّک به فى المقام ويبنى عليه ما بناه صاحب هذا التوجيه كما قاله نفسه: «نعم، يرد عليه إشكال واحد وهو عدم الإطلاق لدليل اليد»(٥).

١- ١ . حاشية المكاسب ،السيّد اليزدى ٢/(٣١٣-٣١٠).

٢- ٢ . حاشية المكاسب، المحقّق الإيروانى ٣٤٨/٢.

٣- ٣ . كتاب البيع ٢/(٤٩٠-٤٨٨).

٤- ٤ . كتاب البيع ٤٩٠/٢.

٥- ٥ . كتاب البيع ٤٩٠/٢.

الثالث: لم يرتفع ضمان الغاصب الثانى [اللاحق] إذا أدّى الخسارة والبدل إلى الغاصب الأوّل [السابق] عند الباحثين فى تعاقب الأيدى ولكن السيّد الخمينى رحمه الله يقول: «فبإرجاع المال إليه يرتفع ضمانه لدركه وإن فعل حراما»(١).

الرابع: دليل على اليد غايته إرجاع المال أو بدله إلى مالكه والغاية محذوف لوضوحها فما ذكره من أنّ «ليس دليل اليد متعرّضا للزوم أداء المال إلى صاحبه بل مفاده بيان الضمان وغايته» غير تام.

٣- محاولة للشيخ الرشتى لحلّ العويصة

اشارة

طرح المحقّق الشيخ الميرزا حبيب اللّه الرشتى قدس سره حلاً للعويصة وهو: «معنى قوله عليه السلام : «على اليد» على ما يقتضيه كلمة «على» مع ملاحظة وقوعها حيّز العين لا الفعل فإنّه يفيد حكما تكليفيا متعلّقا به، كما فى قول الآخر «عليک فعل كذا» هو العهدة بما دخل تحت اليد ومعنى العهد به الالتزام به بإيصال عينه إلى صاحبه أو إيصال بدله إلى كيس من خرج عن كيسه تلک العين.

وحاصله: أن تكون خسارة تلک العين عليه، بحيث لو حدث فيه عيب أو نقص أو تلف أو نحو ذلک ممّا يوجب الخسارة، كان عليه جبران ذلک... فلننبّه على أُمورٍ:

الأوّل: أنّ المال الواحد يستحيل أن يكون له غرامتان من باب قاعدة الضمان، لأنّ بدل الشىء ما يساويه من جميع الجهات، التى منها التعدّد والاتّحاد، وإلاّ لخرج عن كونه بدلاً، من غير فرق بين أن يكون الغارم شخصا واحدا أو متعدّدا، فكما لايعقل أن يغرم شخص واحد بمال واحد غرامتين، فكذلک لا يعقل أن يغرم شخصان كلّ منهما بغرامة مستقلّة. نعم لا استحالة فى تعلّق غرامة واحدة على ذمم متعدّدة، على وجهٍ لا يرجع إلى التزام كلّ منهما ببدل مستقلّ غير ما التزم به الآخر... .

والحاصل: أنّ المراد بضمان الجميع عند تعاقب الأيادى، أنّ خسارة المال المأخوذ التى لايتصوّر فيها التعدّد، على قياس عدم تصوّره فى نفس ذلک المال تتعلّق

١- ٦ . كتاب البيع ٢/٤٩٠.

على رقابهم جميعا، لا أنّ كلّ واحد عليه خسارة اُخرى غير خسارة الآخر، فهم بأجمعهم ضامنون للبدل، لا أنّ كلّ واحدٍ ضامن لبدل... فوحدة المضمون يقتضى رفع الضمان بمجرّد تحقّق أداء البدل فى الخارج، وإن كان الضامن متعدّدا.

الثانى: أنّ مرجع الضمان إلى انتقال الخسارة المشار إليها من المضمون له إلى الضامن... فمعنى انتقال الخسارة من المالک إلى الضامن، أنّه لولاه لفاتت الخسارة من كيسه... فإذا فرضنا أنّ خسارة تلفه على الضامن، وأنّه يجب عليه دفع البدل إلى المالک،

فلا ريب فى ملک المالک للبدل ملكا متزلزلاً مراعىً بالتلف والرجوع.

الثالث: أنّ الضمانة كما يمكن أن تكون للمالک، كذلک يمكن أن تكون لغيره ممّن فى عهدته خسارة المضمون، فلو كان المضمون له غير المالک، بأن يترتّب ضمانٌ على ضمان كما فيما نحن فيه مِنْ مسألة تعاقب الأيادى، انتقل الضمان من الأوّل إلى الثانى أيضا، من غير براءة ذمّة الأوّل عن الضمان، ومعنى الانتقال حينئذٍ أنّ الضامن الأوّل لو خسر للمالک رجع إلى الثانى من غير أن يكون الضمانة الثانية لخصوص الضامن الأوّل، بل له وللمالک كليهما، فللمالک سلطنة مطالبة الغرامة عن الثانى أيضا كالأوّل... والدليل على ذلک عموم قوله عليه السلام : «على اليد» فاليد الثانية عليها أيضا ما أخذت، يعنى عليها خسارة ما أخذت وغرامته وحيث كانت الخسارة قبل تحقق الضمانة الثانية على الضامن الأوّل، فيكون هو أيضا مضمونا له كالمالک...»(١).

يمكن أنْ يُناقَشَ حَلُّ الشَّيْخ الرشتى

بأُمورٍ: الأوّل: كيف جمع قدس سره بين الملكية المتزلزلة وبين الملكية الْمُراعاة، - أى الشأنية - لأنّهما يُعَدّان مُتَنافِيَيْنِ لأنّ الملكية إذا وجدت ولو متزلزلة كيف يمكن فرض تعليق وجودها واعتبارها مُراعاةً بالتلف أو الرجوع؟! وإذا كانت الملكية مُراعاةً بالتلف والرجوع أو كانت شأنية فكيف يمكن فرض وجودها وتزلزلها؟!(٢)

ص:٣٠٠

١- ١ . كتاب الغصب /(١٢٤-١٢٠) للمحقّق الرشتى.

٢- ٢ . العقد النضيد ٦٩/٤.

الثانى: ثمّ فرض الملكية المتزلزلة للعين المغصوبة للغاصب أو الضامن يعد من أنياب الأغوال. نعم، على فرض وجودها لايبعد حكم العرف بالمعاوضة القهرية.

وأمّا فرض الملكية الْمُراعاة أو الشأنية بحيث إذا تلفت العين تصير ملكا لضامنه ويصير بدله ملكا لصاحب العين وإن كان فى بقعة الإمكان ولكن لاتفيد المعاوضة القهرية التى كان قدس سره بصدد توضيحها.(١)

الثالث: ما ذكره قدس سره من انتقال الضمان من ذمّة الضامن الأوّل إلى ذمّة الضامن الثانى صحيح ثبوتا وإثباتا بمعنى أنّه ممكن وواقع لكنّه فى باب الضمان العقدى كما مرّ ولكن بخلاف ما نحن فيه لأنّه لا دليل على ضمان ذمّة الضامن الثانى أمام المالک وأمام الضامن الأوّل معا، فلا مجال للحكم باشتغال ذمّة الضامن الثانى وضمانه أمام الضامن الأوّل

بحيث يحقّ الضامن الأوّل الرجوع إلى الضامن الثانى والمطالبة منه وبحيث لو أدى الضامن الثانى إلى الضامن الأوّل فقد برئت ذمّته.(٢)

٤- جواب المحقّق الخراسانى عن العويصة

اشارة

قال قدس سره : «والتحقيق أن يقال: إنّ قضية «على اليد» ليس إلاّ كون المأخوذ فى تعاقب الأيدى العادية فى عهدة كلّ واحدة منها عينا - كما إذا كانت وحدها - وهى ليست إلاّ اعتبار خاص عقلائى له منشاء مخصوص وله آثار خاصة، من وجوب ردّ العين عينا لو كانت اليد واحدة، وكفائيا لو كانت متعددة، ووجوب التدارک بالبدل مع تعذّر ردّها أو تلفها من دون اشتغال الذّمة به أصلاً، لا حال التّمكن من الرّد، كما هو واضح، ولا حال التّعذر، أو التّلف، وذلک لبقاء ضمان العين وعهدتها، لعدم مجىء الغاية، وهى التأدية، ولذا يجب فى صورة التّعذر، لو تدارک ردّ العين نفسها إذا تمكّن منه، وكذا مع التّلف لو اتّفق على خلاف العادة تمكنّه من ردّها، ومعه لا وجه ولا سبب لإشتغال الذّمة ببدلها، كما لا يخفى، كى يلزم اشتغال ذمّة المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد،

١- ٣ . كتاب البيع ٤٨٥/٢.

٢- ١ . العقد النضيد ٧٢/٤.

ولا يكاد يكون بدل الواحد، إلاّ الواحد، وامّا كون الواحد فى عهدة المتعدّد، بحيث يجب على كلِّ واحد كفائيّا، ردّه إلى مالكه، وتخيير المالک فى الرجوع إلى الكلِّ، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضية «على اليد».

وأمّا حديث جواز رجوع اليد السّابقة إلى اللاّحقة، لو رجع إليها المالک، المستلزم لكون قرار ضمان التّالف على مَنْ تلف عنده، مع المساواة فيما هو سبب الضمان، فهو أيضا من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، فى ضمان الآخر، لواحد آخر، وأحكامه عند العرف، ويؤيّده الاعتبار، ولم يُرْدَعْ عنه فى الأخبار؛ فلابد من الالتزام به شرعا، كما هو الحال فى جلّ أحكام الضمان، حيث أنّه لا وجه له

إلاّ الثّبوت عرفا، وعدم الرّدع عنه شرعا، وكَشَفَ ذلک عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضّمان، فتدبر جيّدا»(۱).

واستشكل على حلّ الشيخ الأعظم قدس سره بقوله: «فيه ما عرفت، إنّ اشتغال الذّمة لو كان، لكان بعد تلف العين، واللاّحق إنّما ضمنها قبل تلفها، فلم يحصل له إلاّ سبب ضمان نَفْسِ الْعَيْنِ عينا، ولم يحدث بعد سبب ضمان آخر لها ولبدلها على البدل، وثبوته [الضمان] على السّابق معلّقا على تلفها، حين ضمان اللاحق لها، لا يوجب ضمانه

[اللاحق] مطلقا له [السابق] ولمبدله على البدل، لعدم ثبوته على السّابق فى زمانه، هذا مع أنّ اشتغال ذمّة السّابق بالبدل فعلاً، لايقتضى أن يكون مجرّد حدوث سبب ضمان العين اللاحق عينا، موجبا لضمان واحد من العين والبدل على البدل، ولا محذور أصلاً فى خروجه، لولاه عن البدليّة، بحسب حكم ضمان العين على اللاحق، بل لا محيص عنه، لاختصاص السبّب بضمانها، وانّما المحذور، خروجه عنها مطلقا، ولو بحسب ما على السّابق، وهو غير لازم، كما لا يخفى.

نعم لو كان هناک دليل عليها، كذلک الحكم بالضمان على البدل، إلاّ انّه لا للزوم الخلف لولاه، كما ذكره، بل للدليل، فافهم. وقد عرفت انّ الوجه فى ذلک، ضمان ما كان فى ضمان الآخر وعهدته، وقضيّته مثل هذا الضّمان، بحسب الاعتبار، وعند اهل العرف، هو

۱- ۲ . حاشية المكاسب /۸۲ و ۸۳.

رجوع السّابق إلى اللاحق، لو رجع إليه المالک»(۱).

الاعتراض على جواب المحقّق الخراسانى

نعم، الاطلاقات الشرعية الواردة فی باب المعاملات محمولة علی السِّيَرِ العُرْفِيَّةِ العقلائية عند فقد ما يردع عنها، فكبری جوابه لا إشكال عليها، وإنّما الاعتراض فی الصغری التی ادَّعاها من جريان سيرة العرفية والعقلائية علی قرار الضمان علی مَنْ تلفت العين عنده وأنّ كل سابق يرجع إلی لاحقه إلی استقرار الضمان علی من تلفت العين عنده وهذه الدعوی أوّل الكلام ولم تَثْبُتْ عندنا هذه السيرة العرفية وإن شككت فالعُرْفُ ببابك!(۲) واللّه العالم.

ولذا قال السيّد الخمينی رحمه الله : «إنّ أصل الضمان اليد بما ذكره الفقهاء ليس عرفيّا عقلائيا، فضلاً عن أحكام تعاقب الأيادی»(۳).

۵- محاولة الفقيه السيّد اليزدی رحمه الله لحلِّ العويصة

اشارة

قال: «يمكن توجيه رجوع السابقين إلی اللاحقين بوجه آخر أحسن من توجيهی المصنّف [الشيخ الأعظم] و [صاحب] الجواهر، وهو أن يقال: إنَّ الوجه فی أنَّه إذا أدّی العوض إلی المالک فقد ملک العين التالفة بالمعاوضة القهرية، فيقوم مقام المالک فی جواز الرجوع إلی الأيدی المتأخرة إلی أن يستقر الضمان علی من تلف فی يده.

والفرق بين هذا وما ذكره صاحب الجواهر فی موضعين:

أحدهما: أنَّه يقول إنَّ العوض ليس إلاّ فی ذمّة من تلف فی يده، وخطاب غيره بالأداء تكليفی لا ذمی، وهذا التوجيه ليس مبنيا علی ذلک، بل يتم مع الإلتزام بشغل ذمة الجميع أيضا.

والثانی: أنَّه يقول بالمعاوضة القهرية بين البدل المدفوع من أحد السابقين وبين ما فی ذمة الأخير، وهو مَنْ تلف فی يده، وعلی هذا التوجيه المعاوضة القهرية إنَّما هی بين

١- ١ . حاشية المكاسب /٨٤.

٢- ٢ . راجع العقد النضيد ٦٦/٤.

٣- ٣ . الكتاب البيع ٥٠١/٢.

البدل والعين التالفة، بمعنى أنَّها تعتبر ملكا لدافع البدل، فيكون هو بمنزلة المالک لتلک العين، فله مطالبة عوضها ممن أثبت يده عليها أو أتلفها.

وتوضيح هذا المطلب ببيان مقدمات:

الأولى: لا إشكال فى أنَّ المالک إذا صالح(١) العين التالفة التى اعتبر وجودها فى ذمّة ذوى الأيدى مع غيرهم، أو مع أحدهم يقوم ذلک المصالح معه مقامه فى جواز مطالبة مَنْ شاء منهم، وكذا إذا حسب على أحدهم خمسا أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلک فإنَّه حينئذٍ يقوم مقام المالک فى المطالبة.

الثانية: أنَّ مقتضى القاعدة دخول الْمُعَوَّض فى ملک من خرج عنه العوض.

الثالثة: أنَّ فى باب الغرامات العوض المدفوع يكون عوضا لنفس العين التالفة، ولازمه اعتبار كون العين ملكا للدافع؛ إذ لا فَرْقَ بين المعاوضة بعنوانها وبين إعطاء العوض، فانَّ ما ذكرنا إنَّما كان مقتضى العوضية، فلو كان للعين التالفة اعتبار عقلائى يكون للدافع، ولذا قلنا فى بدل الحيلولة إنَّ مقتضى أخذ البدل إذا كان بدلاً عن نفس العين - لا عن الحيلولة كما هو الظاهر - دخول العين فى ملک الضامن، غايته أنَّ ملكه متزلزل، وأيضا إذا غرقتْ العين فى البحر فأعطى عوضها تَكُوْنُ العين للدافع، فإذا ترتب على وجودها تحت الماء أثر كان له، وإذا كان كذلک ففى المقام إذا دفع أحد السابقين بدل العين التالفة، وصارت كأنّها مال تالف له يكون مثل المالک فى جواز الرجوع إلى من بعده.

ودعوى: أنَّه لا معنى لِاعتبار العين التالفة بعد تلفها ملكا لأحد.

مدفوعة: بما هو المسلّم بينهم فى باب الخيار مِن جواز فسخ المعاملة بعد تلف العين، فيرجع إلى المثل أو القيمة، مع أنَّ الفسخ إنَّما يؤثر من حينه، فليس إلاّ اعتبار كون

العين التالفة ملكا لمالكه الأوّل، فيرجع إلى بدلها، فلا مانع من هذا الاعتبار إذا ترتب عليه أثر كما فى الضمان أيضا.

نعم، يبقى شيء: وهو أنَّ لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضا؛ لأنَّ

١- ١ . هكذا فى الأصل.

المفروض أنَّه قام مقام المالک.

ويمكن أن يقال: إنَّ الوجه فى عدم جواز رجوعه إليهم لأنَّه السبب فى ضَمانِهِمْ، بمعنى استقرار العوض فى ذمتهم، فمن هذه الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالک، هذا.

والتحقيق: ما أشرنا إليه سابقا من أنَّه لا فرق بين الإتلاف والتلف وإثبات اليد فى صدق سببية الضمان، وأنَّ الوجه فى جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنَّه السبب فى ضمانه، بمعنى استقرار العوض فى ذمته، كيف؟ وإلاّ أمكنه أن يدفع نفس العين إلى المالک ليخرج من تبعة الضمان، فكما اعترف القائل بأنَّ الرجوع على المتلف موافق للقاعدة من جهة تسبيبه للضمان، فكذا نقول بالنسبة إلى من أثبت اليد وإن لم يكن متلفا، ولا فرق فى ضمان السبب بين كونه عالما أو جاهلاً، فحال اللاحقين بالنسبة إلى السابقين كحال الغارِّ بالنسبة إلى المغرور، حيث قلنا إنَّ الوجه فى رجوعه على غاره كونه سببا فى استقرار العوض فى ذمته، فانَّ اللاحق أيضا كذلک سبب لاستقرار العوض فى ذمة السابقين من جهة حيلولته بينهم وبين العين التى كان لهم أن يردوها إلى المالک؛ لئلاّ يستقر العوض فى

ذمّتهم، ولا حاجة إلى الالتزام بالمعاوضة القهرية ولا غيرها، هكذا ينبغى تحقيق الحال، والمستعان باللّه المتعال»(۱).

ردودٌ على محاولة الفقيه السيّد اليزدى

يمكن أن يردّ على مقدمته الاولى: أوّلاً: إنّ اعتبار المعدوم ملكا يحتاج إلى دليل محكم فى الشَّرْعِ وهو فى المقام مفقود بل هو أمر خارج عن بناء العقلاء ولا دليل على اعتباره، بل الدليل على خلافه.

وثانيا: على فرض ثبوت الخيار بعد التلف عُرْفا أو شَرْعا، لا يلزم من هذا الفرض اعتبار المعدوم ملكا، لأنّ الفسخ ليس عقدا جديدا بل حلّ له ولازمه رجوع العين إلى مالكها ومع تلفها يجوز له الرجوع إلى مثلها أو قيمتها من غير اعتبار العدم ملكا لطرف العقد ثمّ للمالک.

۱- ۱ . حاشية المكاسب ۲/(۳۱۷-۳۱۵).

وثالثا: «جواز مصالحة المالک على العين التالفة موقوف على مالكيته لها، واعتبار ملكية المعدوم بما هو معدوم محالٌ، لأنّ المعدوم - كذلک - لا يدرک ولا يشار إليه، فلابدّ من اعتباره موجودا واعتبار وجودهِ الذهنى لايفيد بل لابدّ من اعتبار الوجود الخارجى... ولازم ذلک التعبد بوجود العين فى الخارج مملوكة لمالكها، إن كان الشارع هو الملاحِظ [أو المتعبِّد]... وهذا التعبد الشرعى تعبّد بسقوط الضمان إن كان بنحو الإطلاق فإنّه تعبد حينئذ بعدم تلف العين.

وإن كان التعبد من حيث أثر خاص [وهو الضمان]... لا يعقل... [لِ-]أنَّ [ه] مترتب على تلفها [لا التعبد بوجودها]...»(۱).

ويمكن أن يرد على مقدمته الثانية: بأنّ مقتضى قاعدة دخول المعوض فى ملک من خرج عنه العوض مسلَّم فى باب المعاملات، دون باب الغرامات والشاهد عليه باب الديات وملكية الْعُضْوِ المُبان لمن قُطع منه.

ويمكن أن يرد على مقدمته الثالثة: من «أنّ باب الغرامات والضمانات عند العقلاء غير باب المعاوضات، فمن أتلف مال الغير ألزمه العرف بالغرامة من غير اعتبار التالف ملكا له. ولو عبّر إحيانا ب- «البدل» و«العوض» ليس معناه المعاوضة وقعت بحكم العرف - قهرا على الطرفين - بين المعدوم والموجود. بل باب الغرامات باب جبر الخسارة ولا يخطر ببال أحد من العرف المعاوضة والمبادلة. كما لايخطر ببالهم أنّ الخسارة جبر عوض موجب لكون التالف المعدوم ملكا للغارم، أو أنّ المعدوم حال عدمه ملک لصاحبه... هذا حال العرف. وأمّا الضمان فى الشرع فليس أمرا مغايرا لما فى العرف والدليل عليه أنّ الأدلة الواردة فى باب الضمانات لم تتعرّض لكيفية الضمان، بل أوكلها الشارع الأقدس إلى العرف، وإنّما حكم بالضمان فى الموارد الكثيرة من غير استشمام اعتبار المعاوضة بين التالف والغرامة»(٢). هذا أوّلاً.

١- ١ . كتاب البيع ٤٩٧/٢ و ٤٩٦ للسيّد الخمينى رحمه الله .

٢- ٢ . كتاب البيع ٤٨٣/٢.

وثانيا: «إنّ ما ذكره مخالف لمبناه فى ضمان اليد، من أنّ نفس العين تقع على العهدة وهى باقية إلى زمان الأداء وحصول الغاية(١)، فإنّ لازمه أن يكون أداء المثل أو

القيمة نحو أداء للعين حتّى يسقط الضمان بحصول غايته.

فعلى هذا: لا يكون أداء المثل أو القيمة عوضا من التالف، بل أداء للعين وبه تحصل غاية ا لضمان.

والعوضية إنّما تناسب مذهب المشهور فى باب ضمان اليد كما تناسب ضمان الإتلاف... ولازم مذهبه عدم العوضية فحينئذ مع تسليم جميع المقدمات لا تنتج مارامه»(٢).

وبما ذكرنا يظهر الرد على ما جعله التحقيق فى المقام: لأنّ «مذهبه فى باب ضمان اليد أنّ نفس العين على العهدة ولا تتبدّل إلى المثل أو القيمة بالتلف والإتلاف فهى باقية عليها إلى زمان الأداء ولو بمثلها أو قيمتها، فإنّهما أيضا نحو أداء عند تعذّر العين، فلا وجه حينئذ لما ذكره من سببيّة اللاحق لاستقرار الضمان أو العوض على العهدة كما هو واضح... فعليه لا يصحّ رجوع السابق إلى اللاحق متلفا، فإن الإتلاف - كالتلف - غير دخيل فى الضمان واستقراره» هذا أوّلاً.

وثانيا: «مقايسة المقام بباب الغرور فغير مرضية لأنّ قاعدة الغرور قاعدة برأسها... ولها دليل برأسه غير مربوط بباب التسبيب... والغارّ كثيرا ما لا يكون سببا للضمان، كما إذا أتلف المغرور المال، فإنّه متلف وعلى المتلف الضمان وإن كان له الرجوع إلى الغار»(٣).

أقول: هذه الرودود كلّها للسيّد الخمينى ولنا فى بعضها نظر ظهر ممّا مرّ أو يظهر ممّا يأتى فليست كلها مقبولة عندى.

١- ٣ . حاشية المكاسب ٩٦/١، السطر ٢٧، و ٩٩، السطر ٢٥ من طبع الحجرى (٤٦٩/١ و ٤٨٢ من الطبعة الحديثة عام ١٤٢٣).

٢- ١ . كتاب البيع ٤٩٨/٢.

٣- ٢ . كتاب البيع ٥٠٠/٢.

٦- حلّ السيّد الخوئى للعويصة

اشارة

قال: «نبنى على أنّ الخطاب بالإضافة إلى كلٍّ مِنْ السابق واللاحق وضعى، وكلٌ منهما أو منهم ضامن لبدل المال غايته على نحو الواجب الكفائى، بأن يكون البدل ثابتا على ذمّة كلّ من الضامنين على البدل لا عينا فإنّه مستحيل، لأن المبدل الواحد لا يعقل أن يكون له أبدال عديدة بعنوان البدلية، وكما يمكن أن يكون الطلب واحدا والمتعلق متعددا كذلك يمكن أن يكون الضمان واحدا والضامن متعددا، وإذا ثبت ذلك فنكتفى بالمقدمة الثانية ونقول: إذا أدى أحدهم البدل إلى المالك يملك التالف بقاءً بالمعاوضة

القهرية، كما عليه السيرة العقلائية ويشهد لها أمران:

أحدهما: ما إذا فرضنا ان أحدا أتلف مال الغير حقيقة - كما إذا غصب فرس الغير فقتله أو ذبحه - فأدى إلى مالكه المثل أو القيمة ليس للمالك أنْ يطالبه بميتة ذلك الفرس، بل يكون متعلّق حقّ الدافع وليس للمالك مزاحمته فى ذلك.

ثانيهما: ما إذا فرضنا أن أحدا غصب مال غيره وغصبه منه شخص ثانى وألقاه فى البحر مثلاً بحيث صار بحكم التالف ثمّ رجع المالك إلى الغاصب الأوّل فأخذ منه البدل يكون ما فى البحر ملكا له لا للمالك ويجوز له تصرفه فيه، فإذا فرضنا أنّ الغاصب الثانى أخرجه من البحر لابد من ارجاعه إلى الغاصب الأوّل الذى دفع البدل إلى المالك لا إلى المالك الأوّل، فالسيرة قائمة على تحقّق المعاوضة فى أمثال ذلك، والمقام من هذا القبيل، فإذا ثبت ذلك يتم المقصود من رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس.

والحاصل أنّه لا إشكال فى ضمان كلّ من ذوى الأيادى فى تعاقبها للمالك غايته على البدل بنحو الوجوب الكفائى، فإذا رجع المالك إلى أحدهم فأخذ منه البدل صار بأدائه مالكا للمبدل بقاءً، ولا مانع من اعتبار ملكية التالف فيما إذا لم يكن لغوا وترتب عليه الأثر، ويدلّ على هذه المعاوضة أمران:

أحدهما: انه إذا تلف مالُ الغير عند شخص أو أتلفه فأدى مثله أو قيمته إلى المالک لا تكون اجزاؤه الباقية ملكا للمالک، سواء كانت تسوى بقيمة زهيدة أو لم تكن لها قيمة أصلاً، بل يكون بنظر العقلاء ملكا لمن أدى العوض وليس للمالک مزاحمته فيها.

ص:٣٠٨

ثانيهما: انه إذا تلف المال عرفا لا حقيقة - كما إذا كان فصا فألقى فى البحر - فرجع المالک إلى من ألقاه وأخذ بدله منه كان المال ملكا لمن أدى البدل، ولذا لو فرضنا أن أحدا فتح باب قفص الطير فطار فأدى قيمته إلى المالک ثمّ قتله شخص آخر فى الهواء ببندقة ونحوها كان ضامنا لمن أدى بدله لا للمالک، والسيرة العقلائية قائمة على ذلک ولم يردع عنها، فيعرف من ذلک أنّ من أدى البدل فى موارد الضمان يكون هو المالک للمبدل.

وببيان أوضح: انه لا إشكال فى أن وجود كلّ من الفعلين فى الواجب التخييرى مباين لوجود الفعل الآخر، وإن كان الطلب متعلقا بالجامع بينهما، فالامتثال انّما يحصل بخصوص الفعل المأتى به لا بالجامع، كما أنّ الثواب أيضا يترتب على الفعل الخاص لا على الجامع، وكذا فى الواجب الكفائى، فإنّ التكليف وإن كان متعلقا بطبيعى المكلف إلاّ أنّ وجود كلّ مكلف مباين مع وجود الآخر، فإذا امتثل التكليف أحدهم يكون هو المثاب

بخصوصه دون الطبيعى وان كان هناک أثر آخر يترتب عليه دون غيره، كما إذا فرضنا ورد فى الدليل ان من صلّى على الجنازة تقبل شهادته، فقبول الشهادة يترتب على من صلّى دون غيره من المكلّفين، وهذا جار فى باب الضمان أيضا فانه وان كان متعلقا بالجامع إلاّ ان الأثر المرتب على الضمان - وهو ملكية المبدل عند دفع البدل - يترتب على خصوص من خرج عن الضمان بأداء البدل دون غيره، فاذا أدى أحدهم البدل إلى المالک هو يكون مالكا للمبدل بقاءً دون طبيعى الضامن ويكون نازلاً منزلته، فله الرجوع إلى من تلف المال فى يده ومن كان بينه وبينه ممن وقعت أيديهم على التالف.

ثمّ بعد ثبوت ذلک وکون من أدی البدل مالکا للمبدل بقاءً فهو بمنزلة المالک، فلماذا لا یجوز له الرجوع إلاّ إلی اللاحق دون السابق کما کان للمالک الرجوع إلیه أیضا بمقتضی «علی الید»، وهو أیضا یقتضی رجوع المالک بقاء إلی کلٍّ منهما»(۱).

مناقشات علی حلّ السیّد الخوئی

اشارة

قد یظهر بعض المناقشات ممّا مرّ ومنها:

۱- ۱ . محاضرات فی الفقه الجعفری ۲/(۴۹۹-۴۹۷).

أوّلاً: اعتبار التالف ملکا بما هو تالف ومعدوم یحتاج إلی دلیل مفقود فی المقام.

وثانیا: یمکن لأحد أن یناقش فی وجود السیرة العقلائیة علی ثبوت المعاوضة القهریة بین البدل والعین التالفة.

وثالثا: نفس وجود المعاوضة القهریة غیر معلوم عند العقلاء وإنّما ذکرها بعض المتأخرین ولعلّ احتمالها قد نشأ من تعبیر الأصحاب قدس سرهم الغرامة بالبدل حیث لایعقل کون المعدوم - بما هو معدوم - ملکا لصاحبه أو ملکا لغارمه.(۱)

ورابعا: «أنّ قیاسه التلف الحکمی بالتلف الحقیقی ممنوعٌ، فما ذکره من قیام السیرة العقلائیة علی أنّ الضامن الدافع للعوض إلی المالک، یعدّ مالکا لبقایا التالف من الرضاض والکسور، مختصٌّ بالتلف الحکمی، والبحث فی المقام عن التلف الحقیقی، ولم تثبت فیه السیرة المدّعاة فی التلف الحکمی،

بل نفس الشكّ فی تحقّق السيرة وعدمه كافٍ فی نفيها، وبالتالی فقياس التلف الحقيقی بالحكمی قياسٌ مع الفارق.

وخامسا: أنّ الاعتبار لا قيمة له إلاّ إذا كان ذا أثر، كما فی المقام،فإنّ اعتبار ملكيّة التالف لليد الأُولی لا أثر له إلاّ الضمان، بمعنی أنّه يترتّب علی ملْكيّة الضامن الأوّل

للتالف حقّه فی مطالبة الذمّة اللاّحقة المتلفة بعوض المدفوع إلی المالک، ومن المعلوم أنّ اعتبار الملكيّة لأجل ترتّب الضمان مستلزمٌ للدور الباطل.

وسادسا: كما إنّ اليد السابقة ضامنة أمام المالک، كذلک اليد اللاّحقة ضامنة له عند استيلاءه بقاعدة اليد، وليس هناک زيادة استيلاء لأحدهما علی الآخر ليستوجب تقدّمه فی الضمان علی الآخر، نعم حصل هناک تلف فی ظرف استيلاء اليد اللاّحقة، فدفع السابق بدله، وفی ظرف التلف لم تكن للسابق يدٌ علی المال ليستلزم يده ودفعه البدل الملكية علی المال، فقوله: «فلم يبق إلاّ أن يكون للضامن بعد إعطاء عوضه»(٢) ممنوعٌ»(٣).

١- ٢ . الثلاثة الأُولی للسيّد الخمينی فی ردوده علی الفقيه اليزدی.

٢- ١ . مصباح الفقاهة ٣٨٥/٤.

٣- ٢ . العقد النضيد ٧٤/٤.

جواب المناقشات علی حلّ السيّد الخوئی

يمكن أن يجاب عن المناقشات:

وعن الأوّل: اعتبار الملكية للتالف أو المعدوم بما هو تالف أو معدوم ممكن ولا يحتاج إلى أزيد من الاعتبار والأمر فيه سهلٌ، نعم يحتاج إلى وجود الثمرة وهى موجودة، والدليل على الاعتبار نفس هذه السيرة العقلائية.

وعن الثانى: السيرة العقلائية موجودة على المعاوضة القهرية ويمكن امتحانها فى الموارد المختلفة عند عامة الناس.

وعن الثالث: المعاوضة القهرية موجودة والشاهد عليها ما مرّ فى بحث الكشف الحكمى وإجازة المالك، من «إمكان كون الشيء فى زمان ملكا لواحد، وفى ذلک الزمان بعينه ملكا لآخر مع تعدد زمان الاعتبار، وعليه فقبل دفع الضامن الأوّل البدل يعتبر التالف ملكا للمالک فى زمان طُرُوْءِ التلف عليه، وبعد دفعه البدل يعتبر ذلک التالف فى ذلک الآن ملكا للضامن، والمصحح لذلک الاعتبار ترتب الأثر عليه من ملک الضامن بقايا التالف ورجوعه إلى الضامن الثانى.

ويشهد لذلک ملاحظة فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع فى يد المشترى، فإنّه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملک المشترى وبعد الفسخ يعتبر ذلک المبيع فى ذلک الآن ملک البائع، ولذا يرجع إليه ببدله كما لا يخفى»(١).

وعن الرابع: مساواة التلف الحكمى والتلف الحقيقى بالنسبة إلى هذه المعاوضة القهرية ودلالة السيرة العقلائية عليها والشاهد على المساواة أنّ ما ذكره على المعاوضة كلاهما تلف حكمى، ولكن ما ذكره على جريان السيرة العقلائية أحدهما تلف حقيقى وهو الأوّل وثانيهما تلف حكمى، وحيث أنّ السيرة العقلائية قائمة على التلفين فحكمهما بالنسبة إلى المعاوضة القهرية واحد. وليس قياسهما معا مع فارق.

وعن الخامس: أمر الإعتبار سهل وبيد المعتبِر ولا يتم إلاّ إذا كان فى البين ثمرة

١- ٣ . إرشاد الطالب ١٤١/٤ و ١٤٢.

وإلاّ كان لغوا، والثمرة هنا ترتب ضمان اللاحقين لِمَنْ أدى البدل إلى المالک، ولم يكن فى البين دورٌ، يعتبر المعتبِر اعتبار ملكية التالف للمؤدى ثمّ يترتب على هذا الاعتبار ضمان اللاحقين بالنسبة إليه، فأين الدور الذى ادعاه فى العقد النضيد؟!

وعن السادس: بعد قبول ملكية التالف للمؤدِّى، يثبت ضمان اللاحقين له وثبوت استقرار الضمان على مَنْ تلف المال عنده لأنّه غير قادر إلى أداء العين، فلا وجه لإشكال تساوى الأيدى الضامنة.

وبما أجبنا عن المناقشات على حلّ السيّد الخوئى قدس سره ترتفع العويصة وللّه الحمد.

ونحن نوافق فتوى المشهور فى بحث تعاقب الأيدى من رجوع كلِّ سابق إلى لاحقه دون العكس واستقرار الضمان على من تلفت العين فى يده واللّه العالم.

و«هذا كلّه إذا تلف المبيع فى يد المشترى»(١).

ص: ٣١٢

١- ١ . المكاسب ٥١١/٣.

حكم بقاء العين عند بعض الأيدى المتعاقبة

اشارة

قال الشيخ الأعظم قدس سره : «وقد عرفت الحكم أيضا فى صورة بقاء العين وأنّه يرجع المالک بها على مَنْ فى يده أو من جرت يده عليها»(١).

أقول: مراده من قوله: «قد عرفت»، قوله فی أوّل المسالة الأولی من المسائل المتفرقة: «لو لم یجز المالک فإن کان المبیع فی یده فهو وإلاّ فله انتزاعه ممّن وجده فی یده مع بقائه...»(۲). وهذا إذا أمکن انتزاع العین ممّن هی فی یده.

وإن لم یمکن انتزاع العین ممّن هی فی یده قال الشیخ الاعظم قدس سره : «فإن لم یمکن انتزاعها ممّن هی فی یده غرم للمالک بدل الحیلولة، وللمالک استرداده فیردّ بدل الحیلولة»(۳).

أقول: قد مرّ فی مباحث بدل الحیلولة(٤) عدم تمامیة أدلتها وقلنا هناک: «حیث لا تتمّ الأدلة لإثباتها فلا یمکننا موافقة المشهور من فقهائنا - قدس اللّه أسرارهم - من حکمهم بها، و فی موارد الضیاع و السرقة و الغرق و الإباق إن یصدق التلف عرفا یحکم بأدلة الضمان بضمان المال للمالک بالمثل أو القیمة من جانب الضامن.

و إذا لم یصدق التلف عرفا فلیس للمالک المطالبة ببدل ماله، نعم له اُجرة ماله بدلاً

۱- ۱ . المکاسب ۵۱۱/۳.

۲- ۲ . المکاسب ٤۸۳/۳.

۳- ۳ . المکاسب ۵۱۱/۳.

٤- ٤ . الآراء الفقهیة ٥٦۷/٤ وما بعدها.

من منافعه الفائتة له.

و فی فرض التلف و أداء الضمان وقع المبادلة القهریة، فینتقل المال إلی المالک و العین التالفة إلی الضامن، بحیث لو وجدت إحیانا کانت له»(۱).

فحينئذ – أى حين لايمكن انتزاع العين ممّن هى فى يده غرم للمالک بالبدل إن يصدق التلف عليه عرفا وإلاّ لابدّ للمالک من الصبر والظفر على عين ماله وله الأُجرة بدلاً من منافعه الفائتة له.

قال الشيخ الأعظم: «وللمالک استرداده فيردّ بدل الحيلولة»(٢).

أقول: ظهر بما ذكرنا أنّ أخذ المالک بدل ماله وقعت المبادلة القهرية بين العين والبدل وصار المالک مالکا للبدل والضامن المؤدى للبدل مالکا للعين، بحيث لو وجدت إحيانا كانت له. فلا تتم مقالة الشيخ الأعظم إلاّ على القول ببدل الحيلولة.

وقال الشيخ الأعظم: «ولايرتفع سلطنة المالک على مطالبة الأوّل بمجرّد تمكّنه من الاسترداد من الثانى»(٣).

أقول: والوجه فى ذلک قاعدة على اليد وشمولها لهما ولكلّ من جعل يده على المال ولذا قال قدس سره فى بقية كلامه: «لأنّ عهدتها على الأوّل فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل»(٤). كما يمكن له أن يأخذها من الثانى فيبرأ ذمة الأوّل والثانى بالنسبة إلى العين.

ثمّ بقى هنا فروع:

الأوّل: مؤونة ردّ العين على مَنْ؟

قاعدة على اليد تقتضى أنّها على الضامن لأنّ الرد عليه فمؤونته أيضا عليه.

ولذا قال الشيخ الأعظم هاهنا: «فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل»(٥).

١- ٥ . الآراء الفقهية ٥٨٢/٤.

٢- ١ . المكاسب ٥١١/٣.

٣- ٢ . المكاسب ٥١١/٣.

٤- ٣ . المكاسب ٥١١/٣.

٥- ٤ . المكاسب ٥١١/٣.

أى أنّ المؤونة قليلة كانت أو كثيرة على الضامن أو متعارفة كانت أو غيرها عليه.

ولكنّه قدس سره ذهب فى أحكام المقبوض بالعقد الفاسد بأنّ مؤونة الرد على القابض الضامن ولكنّها إذا كانت متعارفة عادية وأمّا إذا كانت غيرها - أى الكثيرة - فلا، لأنّ أدلة نفى الضرر تنفيها.(١)

أقول: قد مرّ(٢) هذا الفرع فى ذلک البحث واخترنا هناک بأن المؤونة القليلة أو

العادية المتعارفة كانت عليه وأمّا غيرها فلا لجريان قاعدة نفى الضرر.

لأنّ المؤونة إذا بلغت إلى حدّ الاجحاف والضرر العرفى - الذى يعده العرف ضررا ومن عليه متضررا - فلا يبعد شمول قاعدة نفى الضرر لها.

اللهم إلاّ أن يقال: بأنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، وقد مرّ منّا عدم تمامية هذا الكلام فى الأبحاث الماضية.

وبالجملة: مؤونة ردّ العين على الضامن إذا كانت قليلة أو متعارفة عادية وإلاّ فلا.

الثانى: لو توقف استرجاع المالک لماله على مؤونة فعلى مَنْ؟

قال الشيخ الأعظم: «ليس للمالک أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه»(٣).

مراده: إنّ الردّ على الضامن ومؤونته أيضا عليه حتّى إذا كان متوقفا على بعض المقدمات المستلزمة لبذل الأموال وصرف المؤونة، ولكن ليس من تلك المقدمات بذل الأُجرة للمالک حتّى يُباشِرَ بنفسه الاسترداد وبالتالى فليس للمالک مُطالَبَةُ الضّامِنِ بِها.

وقد ناقشه الاستاذ المحقّق - مدظله - وقال: «وفيه: إذا توقّف ردّ المال إلى المالک أو إخراجه من محلّ معيّن وإيصاله إليه، على القيام بأعمال معيّنة، يستلزم صرف مبالغ ماليّة، فإنّ من حقّ المالک، وذلک بمقتضى إطلاق دليل «لا يحلّ لأحدٍ...» أن يمنع الغاصب عن التلاعب بالمال والتصرّف فيه، إلاّ بالطريقة التى يراها مناسبة مع طبيعة بضاعته المغصوبة، وهكذا فيما نحن فيه، فإنّه حينما توقّف استرداد ماله من اليد العادية

١- ٥ . راجع المكاسب ١٩٩/٣، الثانى.

٢- ٦ . راجع الآراء الفقهية ٣٨٩/٤.

٣- ١ . المكاسب ٥١١/٣.

على القيام بأعمال معيّنة تستلزم بذل الأُجرة، فإنّ من حقّه أن يطالب بها الغاصب، وإلزامه بذلک، ومنعه عن ردّ ماله إليه بطريقة أُخرى قد لا تحتاج إلى الأُجرة المذكورة، وذلک بمقتضى إطلاق دليل منع التصرّف إلاّ بإذنه»(١).

الثالث: إذا كان المالک يقدر على استرداد ماله فقط

ويحتاج إلى مؤونة أو يريد أخذ الأُجرة بذلک هل على الضامن دفعها؟

فى المسألة صور ثلاث أشار إليها الشيخ الأعظم من دون اختيار وترجيح.

قال: «ولو لم يقدر على استردادها إلاّ المالک، وطلب من الأوّل عوضا عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزّل منزلة التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأُجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافا على الغاصب

الأوّل؟ وجوه»(٢).

أقول: أمّا الصورة الأولى: وهى بذل المؤونة والأُجرة والعوض مطلقا ولو كانت كثيرة وغير متعارفة وغير عادية فلا، ومرّ فى الفرع السابق بأنّ أدلة نفى الضرر تنفيها ولا توجيه له حتّى وإن كان الضامن غاصبا.

وأمّا الصورة الثانية: وهى الانتقال إلى بدل الحيلولة فممنوع، لأنّ المال الموجود الذى يمكن الوصول إليه لايلحق بالمال الذى فى حكم التالف ولايمكن الوصول إليه عادة.

وأمّا الصورة الثالثة: وهى التفصيل بين طلب الأُجرة المتعارفة وبين الزائد عليها فتام بدلالة سيرة العقلاء وقضية الجمع بين وجوب ردّ مال الغير وحرمة الاستيلاء عليه والتصرف فيه إلاّ بإذن مالكه.

وبالجملة: يحكم بدفع الأُجرة المتعارفة للمالک لاسترداد ماله. واللّه العالم.

وبعبارة أُخرى: «ثمّ إنّ المالک هل يمكنه منع الغير عن نقل ماله أو إخراجه ولا

١- ٢ . العقد النضيد ٧٧/٤.

٢- ١ . المكاسب ٥١١/٣.

يجوز للغاصب أن يعطى الأُجرة لغير المالک ويأمره باخراج مال المالک فيما إذا لم يرض المالک بذلک وأراد أن يخرجه بنفسه لتمليک أُجرة الاخراج، أو أنه لايجوز للمالک ذلک أبدا ويجوز للغاصب أن يدفع الأُجرة إلى غير المالک ويأمره بالاخراج؟

الظاهر أنّ المالک متمكّن من منع غيره عن التصرف فى ماله بالنقل والاخراج فيكون تصرف الغير فيه حراما لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم»(١) وعدم ورود تخصيص عليه فى المقام فيخرجه المالک بنفسه ويتملّک الأُجرة، نعم لو ادّعى الزيادة يجرى فيه ما سبق من عدم وجوب دفع الزائد على الغاصب بوجه، فهناک مسائل ثلاث:

الأُولى: أنّ المالک مثل غيره فى أنه إذا نقل ماله بنفسه أو أخرجه عن البحر ونحوه يستحقّ الأُجرة لا محالة.

الثانية: أنّ المالک له أن يمنع غيره من التصرف فى ماله بالاخراج والنقل ويتمكّن من أن يباشره بنفسه ويستحقّ به الأُجرة؟

الثالثة: أنه لايجوز للمالک مطالبة الزائد عن أُجرة المثل فى صورة الانحصار وغيرها»(٢).

الرابع: إذا تغيّرت العين

قال الشيخ الأعظم: «هذا كلّه مع عدم تغيّر العين، وأمّا إذا تغيّرت فيجى ء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرّض لها...»(٣).

أقول: إذا تغيّرت العين - مع فرض بقائها - نحو الثوب إذا وَقَعَتْ عليه الخياطة، أو العصير العنبى إذا غلى ولم يذهب ثلثاه أو ذهب، أو اللحم أو القمح أو الرز أو غيرها من المواد الغذائية إذا طبخ وصار طعاما، وفى جميع الأمثلة ومثلها إذا تغيّرت قيمته بعد التغيّر فهل يرجع المالک على البائع الفضولى أو المشترى منه الذى حدث التغيّر بيده؟

وهل الثابت عليه قيمتها يوم وقوعها تحت يد البائع الفضولى أم المشترى أو قيمتها

ص:٣١٧

١- ٢ . عوالى اللآلى ٢٠٨/٣، ح٤٩، بحارالأنوار ٢٧٢/٢.

٢- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١١٥/٢.

٣- ١ . المكاسب ٥١١/٣.

يوم التغيير أو قيمتها يوم الأداء؟

وهل يجوز للمالک أخذ العين المملوكة مع أخذ الغرامة من الضامن أم لا؟ ولابدّ له من أخذ البدل فقط؟ فروع ومسائل يبحث عنها فى كتاب الغصب ولذا قال الشيخ الأعظم: «وإن كان كثير ممّا ذكرنا أيضا ممّا لا يناسب ذكره إلاّ فى باب الغصب، إلاّ أنّ الاهتمام بها دعانى إلى ذكرها فى هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة»(١).

ص:٣١٨

١- ٢ . المكاسب ٥١١/٣.

تكميلٌ: فيه مسألة الإبراء

اشارة

إذا أبرأ المالک ذمّة أحد من الضامنين فهل يبرأ هو فقط أو يبرأ الجميع؟ وهل يجوز لمن أبرأه المالک أن يرجع إلى لاحقه أم لا؟

قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله : «أمّا لو أبرأ ذمّة واحد منهم فهل يبرأ الجميع، وليس له بعد ذلک الرجوع إليهم أو لا؟ فيجوز أن يبرأ بعضهم ويأخذ من أحد الباقين؟ وجهان: أقواهما أنّ مقتضى إبرأ واحد براءة الجميع، وذلک لأنّ المفروض وجود بدل واحد فى ذمّة الجميع، فإذا أبرأ واحد منهم فكأنَّه أخذ منه ذلک البدل، فليس له بعد ذلک شىء، وإن صرّح ببراءته مع إرادة الأخذ من الباقين يعد من التناقض، فلا يحصل إبراء ذلک الواحد أيضا، وليس الحال فى المقام كالواجب الكفائى إذا أسقط التكليف من أحدهم؛ حيث إنَّ الوجوب يبقى على الباقين؛ وذلک لأنَّه إخراج له عن التكليف، لا إسقاط المكلف به، بخلاف المقام فانَّه إن أراد إخراج ذلک الواحد عن الضمان وعن سببية يده فليس له ذلک؛ إذ ليس أمر السببية بيده، فليس له عليه إلاّ ذلک البدل، فإذا جعله فى حِلٍّ منه فكأنَّه أخذه منه، ومعه لا معنى لمطالبة الباقين.

وهل لهذا الواحد أن يرجع على لاحقه؟ وجهان، أقواهما العدم؛ لأنَّ الوجه فى رجوعه إنَّما كان سببيته لضرره، وأخذ الغرامة منه، والمفروض أنَّه لم يؤخذ منه شىء، والفرق بينه وبين الهبة والمصالحة ونحوهما واضح، فتدبّر»(١).

١- ١ . حاشية المكاسب ٣١٧/٢ و ٣١٨.

وتبعه المحقّق السيّد الخوئى(١) قدس سره .

مقالة المحقّق الخمينى حول الإبراء

قال رحمه الله : «لا يبعد الاختلاف بحسب المبانى فى باب ضمان اليد، فمن قال: بأنّ نفس

العين على الذمة وهى باقية إلى زمان الأدا ولو بالمثل أو القيمة ولا فرق فى الضمان حال وجودها وتلفها(٢)، فلابدّ إمّا من الالتزام بأنّ الإبراء بمنزلة الاستيفاء، فمعه تحصل غاية الضمان التى هى الأداء؛ فإنّ الإبراء أيضا نحو استيفاء.

فعليه يلزمه القول: بأنّه مع وجود العين أيضا يكون الإبراء استيفاءً للمأخوذ، ولازمه خروج العين الموجودة عن ملک مالكها؛ لعدم تعدّد المال له، والمفروض وصول ماله الذى أخذ منه، وهذا ممّا لا أظنّ التزام أحدٍ به.

ولو قيل: لو فرض قصور دليل اليد عن ذلک، فلا قصور لغيره، كقوله عليه السلام : «الغصب كلّه مردود»(٣).

يقال: إذا فرض حصول الغاية لدليل اليد، يقع التعارض بينه وبين ماذكر، وهو حاكم عليه، فتدبّر.

وحيث لا يمكن الالتزام بذلک، ولا يسع القائل التفصيل بين زمان وجود العين وغيره، بعد وحدة الدليل، ووحدة المضمون، وعدم تغيّره حال الوجود والتلف، فلا يمكن أن يقال: إنّه فى زمان الوجود ليس الإبراء استيفاءً، بخلاف حال التلف.

فلابدّ له من الالتزام بأنّ إبراء ذمّة أحدهم، لا يلازم براءة الآخرين، كما أنّه فى حال وجود العين، لا يكون إبراء أحدهم إبراءً للآخرين.

والتفصيل: بين من كانت العين موجودة بيده وغيره؛ بأنّ الاستيفاء لا يؤثّر بالنسبة إليه دون غيره، كما ترى.

١- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١١٣/٢ و ١١٤، ومحاضرات فى الفقه الجعفرى ٥٠٠/٢.

٢- ١ . حاشية المكاسب، السيّد اليزدى ٩٦/١، السطر ٢٧ من طبع الحجرى، (٤٦٩/١).
٣- ٢ . الكافى ٥٤٢/١، ح٤، تهذيب الأحكام ١٣٠/٤، ح٢، وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب ١، ح٤.

نعم، على المذهب المعروف فى باب ضمان اليد(١)، يصحّ التفصيل بين حال الوجود وحال التلف، والالتزام بأنّ إبراء ذمّة حال الوجود لا يلازم إبراء غيرها؛ لأنّه فى حال الوجود ليس على الآخذ مثل أو قيمة، وإنّما عليه معنى تعليقىّ «وهو أنّه لو تلف عليك».

وهذا المعنى التعليقىّ نحو ضمان مسبّب عن الأخذ والاستيلاء، فكلّ من الأيادى

ضامنة بهذا المعنى، ومعنى إبرائه هو الإبراء عن الضمان، لا الاستيفاء للمضمون، وذلک واضح، فإذا أبرأ أحدهم يرجع ذلک إلى أنّه إذا تلف لم يكن عليک، وهو لا ينافى بقاء ضمانات اُخر.

وأمّا بعد التَّلَفِ، فحيث يكون المثل أو القيمة على عهدتهم، وليس للمضمون له إلاّ مال واحد على ما عرفت،(٢) فإبراء أحدهم ملازم لبراءة غيره، فلابدّ من البحث على هذا المبنى.

فنقول: التحقيق أنّه كلّما كان إبراء الضمان مستلزما لإبراء البدل والعوض أو عينه، لا يعقل بقاء ضمان غيره، لا لأجل استيفاء حقّه، أو كون الإبراء بمنزلة الأخذ.

بل لما عرفت سابقا؛ من أنّ عنوان «البدل» و «العوض» و «جبر الخسارة» ونحوها، من العناوين التى لاتقبل التكرار،(٣) ومعلوم أنّ «على اليد...» إنّما يوجب اشتغال الذمم بعنوان «الضمان» و «جبر الخسارة» ومثل هذا غير قابل للتكَرار.

فحينئذٍ لو أبرأ أحد مَنْ فى السلسلة مِنْ البدل أو العوض، فلايعقل بقاء البدل على ذمّة غيره، وليست الذمّم مشغولة بغير ذلک، فلازمه رفع الاشتغال من جميع الذمّم، سواء كان الإبراء بمنزلة الأخذ والاستيفاء أم لا.

وأمّا إذا لم يستلزم ابراؤه إبراءَ غيره، كما لو أبرأه حال وجود العين فلا يبرأ غيره،

ص:٣٢١

١- ٣ . الخلاف ٦٧٤/١، السطر ١٣، حاشية المكاسب، السيّد اليزدى ٩٦/١، السطر ٢٥ من طبع الحجرى (٤٦٩/١).

٢- ١ . تقدّم فى كتاب البيع ٤٧٦/٢.

٣- ٢ . تقدّم فى كتاب البيع ٤٧٥/٢.

لما عرفت من أنّ الضمانات كثيرة، وليس ضمان أحدهم عين ضمان الباقين ولا مستلزما - وجودا وعدما - له، فلصاحب المال إبراء أحدهم دون غيره فتدبّر جيّدا»(١).

تفصيل المحقّق الرشتى فى مسألة الإبراء ونقده

ذهب المحقّق الرشتى(٢) رحمه الله إلى براءة المتقدم من المبرى ء عنه وبقاء المتأخر منه على شغل ذمّته، أمّا الأوّل فيدّعى أنّ من لوازم اشتغال ذمّته - بحكم قاعدة الضمان - رجوعه إلى مَنْ تأخّر، فإذا أبرأ المتأخر فقد أبرأه عمّا عليه سواء كان ابتداءً أو بواسطة الرجوع إلى مَنْ يرجع إليه.

وأمّا الثانى فالمتأخر باق على شغل ذمّته لأنّ الإبراء ليس كأداء المبدل وقبضه، بل

للمالک حقوق كثيرة وللضمان تعلّقات عديدة، فإسقاط أحدها لا يلازم إسقاط غيره.

وَاعْتَرَض عليه السيّد الخمينى رحمه الله بقوله: «فَفِيْهِ: مضافا إلى ما عرفت من عدم الفرق بين الإبراء والاستيفاء وأخذ البدل، بعد كون الإبراء إسقاطا للمضمون الذى لايعقل فيه التكرار والتعدد، أنّه على فرض التعلّقات العديدة والغضّ عمّا ذكرناه، أنّ ما أفاده على هذا المبنى غير تامّ؛ لأنّ أساس ضمان الآخذ للمالک فى الأيادى المتعاقبة، غير أساس ضمانه للغاصب السابق.

فموضوع الضمان للمالک هو أخذ ماله، من غير دخالة شیء آخر فیه، کما هو ظاهر دلیل الید، فضمان غیره وعدم ضمانه غیر دخیل فیه، وأساس ضمان الغاصب المتأخّر للمتقدّم، لیس أخذ مال المالک بلا إشکال، بل أمر آخر، وهو أخذ وصف «المضمونیّة» کما عرفت،(۳) وهو تمام الموضوع لضمان الإیادی المتأخّرة بالنسبة إلی الأیادی المتقدّمة.

فلا دخالة لهذا الوصف(٤) فی ضمانهم للمالک، کما لا دخالة للمِلْک فی ضمانهم للأیادی المتقدّمة، وإن کان أخذ الوصف لایمکن إلاّ بأخذ العین.

۱- ۳ . الکتاب البیع ۲/(۵۰۷-۵۰٤).

۲- ٤ . کتاب الغصب /۱۲٦ من طبع الحجری، السطر ٥.

۳- ۱ . تقدّم فی کتاب البیع ۵۰۱/۲.

٤- ۲ . أی وصف المضمونیة.

فحینئذٍ إذا أبرأ المالک أحد مَنْ فی السلسلة، فإنّما أبرأه عن ضمانه، لا عن ضمان غیره؛ إذ لیس له إبراؤه إلاّ من حقّه، فإذا رجع إلی من سبق الذی أبرأه، فله الرجوع إلیه وإن أبرأه المالک؛ لأنّ رجوعه لأجل ضمانه للوصف مع عدم حصول غایته.

فالقول: بعدم جواز الرجوع إلیه مع الغضّ عمّا ذکرناه، غیر مرضیّ.

ولو سلّم عدم جواز رجوعه إلیه، فلا نسلّم عدم جواز رجوع المالک إلی من تقدّمه؛ لمنع اللزوم المذکور.

ألا ترى: أنّه لو أبرأ الغاصب الأوّل مثلاً أحد مَنْ فى السلسلة عن ضمانه، فلا إشكال فى عدم جواز رجوعه إليه لو رجع إليه المالک، مع أنّ لازم ما ذكره هو براءة ذمّته من المالک أيضا، وهو واضح الفساد، ولا أظنّ التزامه به، فيستكشف منه عدم اللزوم.

مضافا إلى أنّ ما ذكره: من أنّ اشتغال ذمّة المتقدّم من لوازمه - بحكم القاعدة - رجوعه إلى من تأخّر من الأيادى، بعد إطلاح العبارة؛ ضرورة عدم إرادة نفس الرجوع، بل المراد جوازه.

إن كان المراد أنّ اشتغال المتقدّم لازمه بقول مطلق جواز ذلک، فهو ممتنع؛ للزوم

تأثير اليد المتقدّمة فى تحقّق اليد المتأخرّة عنها، وتحقّق حكمها؛ قضاءً لعدم انفكاک اللازم عن ملزومه.

وإن كان المراد أنّ اشتغال المتقدّم لازمه ذلک بعد تحقّق المتأخّر وترتّب حكمه عليه.

فيرد عليه: مضافا إلى لزوم التفكيک فى دليل اليد؛ بأن يكون تمام الموضوع فى مَوْرِدِ اليد فقط، وفى موردِ اليد مع قيد آخر، فإنّ اليد من الغاصب الأوّل تمام الموضوع إذا لم تتعقّبها يد اُخرى، ومع تعقّبها تكون هى مع قيد آخر موضوعة، وهو اليد التى يصحّ رجوعها إلى المتأخّر، وهو كما ترى.

أنّ اللزوم لمّا لم يكن عقليّا وهو واضح، لابدّ أن يكون بجعل شرعىّ، وليس فى المقام شىء سوى دليل اليد، فيلزم من ذلک أن يكون دليل اليد متكفّلاً لجعل الضمان لليد الأُولى والثانية، حتّى يترتّب عليهما جواز الرجوع، ثمّ جعل اللازم لاشتغال ذمّة المتقدّم،

ص:٣٢٣

وهو مستحيل من دليل واحد وجعل فارد.

هذا مع أنّه لو كانت استفادة الضمان من دليل اليد، كافيةً فى اللزوم المذكور، فلقائل أن يدّعى اللزوم بالنسبة إلى الأيادى المتأخّرة؛ بأن يقول: إنّ اشتغال ذمّة المتأخّر، من لوازمه جواز رجوع المتقدّم إليه،

فإذا برئ المتقدّم سقط جواز الرجوع؛ فإنّه موقوف على رجوع المالک إليه، وأخذه منه، وبعد الإبراء ليس للمالک ذلک، فلا يصحّ الرجوع إلى المتأخّر.

وممّا ذكرناه يظهر الكلام لو أراد بما ذكره أنّ اشتغال ذمّة المتأخّر من لوازم اشتغال المتقدّم فيرد عليه ما ذكرناه حرفا بحرفٍ.

والإنصاف: أنّ ما ذكره غير مرضيّ لا بحسب المبنى ولا بحسب البناء»(١).

المختار فى مسألة الإبراء

إذا أبرأ المالک ذمّة واحد من الضامنين بقاعدة على اليد نحو إبراء أحد مَنْ فى وسط سلسلتهم لايبرأ الجميع خلافا للمحقّقين اليزدى والخوئى ولايبرأ الجميع فى فرض تلف العين وعدمه فى فرض وجود العين خلافا للمحقّق الخمينى ولا يبرأ المتقدم من المبرئ عنه وبقاء المتأخر منه على شغل ذمّته خلافا للمحقّق الرشتى، بل يبرأ مَنْ أبرأه

المالک فقط من دون الفرق فى بقاء اشتغال الذمة بين المتقدم منه أو المتأخر وبلا فرق بين تلف العين ووجوده والوجه فى ذلک:

اخترنا فى بحث الضمان بأنّ نفس العين تكون متعلَّقة بتكليف وجوب الأداء مادامت هى باقية وبعد تلفها تنتقل على ذمّه الضامن إلى زمن الأداء وحينه(٢) تنتقل إلى المثل أو القيمة ولذا اخترناه فى بحث ضمان القيمى قيمة يوم الأداء فعلى ما ذكرنا لا فرق بين فرضى وجود العين وتلفها.

ثمّ فليعلم: بأنّ الإبراء لَيْسَ بمنزلة الاستيفاء لوضوح الفرق بينهما وَلِما مرّ من

١- ١ . كتاب البيع ٢/(٥١٠-٥٠٧).

٢- ١ . أى حين التلف.

المحقّق الخمينى من الفرق بينهما من عدم إمكان القول بالتنزيل مع وجود العين وإذا رُدّ التنزيل فى فرض وجود العين رُدّ فى فرض تلفها لِاتِّحادِ الدليل والمضمون والضمان.

فحينئذٍ - أى حين لم يثبت بأنّ الإبراء بمنزلة الاستيفاء - فلا يجرى على الإبراء عناوين البدل أو العوض أو جبران الخسارة ونحوها من العناوين التى لاتقبل التكرار ولوضوح الفرق بينه وبين هذه العناوين، لأنّ المالک فى الإبراء لم يأخذ شيئا حتّى يصدق عليه استيفاء حقّه أو أخذ بدل ماله أو عوضه أو جُبِرَتْ خسارته، فعلى ما ذكرناه يجوز له إبراءُ بَعْضِ الضامنين دون بعضهم، لأنّ الإبراء يقبل التكرار بالنسبة إلى الأفراد المختلفة.

نعم، للمالک حق الرجوع على كل مِنْ الذين جعلوا أيْدِيَهُمْ على ماله وأخذ عين ماله أو بدله منهم بدلاً واحدا، فله أن يعفو بعضهم أو أحدهم من هذا الحق وأخذ العين أو البدل من غيرهم، لِاءنَّهُ كما مرّ فى بحثها(١) قابل للإسقاط وهذا منها.

فيجوز للمالک إسْقاطُ حقّه بالنسبة إلى واحد من الضامنين أو أكثر من الواحد ولا يسرى هذا الاسقاط إلى غيره أو غيرهم ويجوز له مطالبة غيره أو غيرهم بالمال عينه أو بدله.

ومن المعلوم أنَّهُ لا يقوم المبرئ عنه مقام المالک مِنْ رجوعه إلى لاحقيه وأخذ الغرامة منهم لأنّ لم يؤد شيئا إلى المالک بل أخذ منه الحلّ فقط. هذا ما يخطر ببال هذا القاصر - عامله اللّه بفضله وعفوه - واللّه العالم وبه تم الكلام فى بحث تعاقب الأيدى.

١- ٢ . راجع الآراء الفقهية ١٧/٤.

ص: ٣٢٦

وَصْلٌ: تتمة مسائل حول بيع الفضولى

اشارة

ص: ٣٢٧

ص: ٣٢٨

المسألة الرابعة: بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره

أقوال الفقهاء حول المسألة

قال الشيخ فى النهاية: «إن باع ما يملک وما لا يملک فى صفقة واحدة مضى البيع فيما يملک وكان فيما لا يملکُ موقوفا [على إجازة مالكه] ما بيّنّاه»(١).

وقال فى المبسوط: «إذا باع شيئين صفقة واحدة أحدهما ينفذ فيه بيعه والآخر لاينفذ فيه بطل فيما لا ينفذ وصحّ فيما ينفذ سواء كان أحدهما مالاً والآخر غير مال ولا فى حكم المال مثل أن باع خلاّ وخمرا أو حرّا وعبدا أو شاة وخنزيرا أو كان أحدهما ماله والآخر مال الغير أو باع عبده وعبدا موقوفا أو أمّ ولده مع بقاء ولدها، الباب واحد، ومعنى تفريق الصفقة أنّه إذا بطل فى أحدهما لم يبطل فى الآخر، وقولهم: لا يفرق أى إذا بطل فى أحدهما بطل فى الآخر، وإذا قلنا على ما قلنا بتفريق الصفقة يقسّط الثمن على أجزائهما ككرّين من طعام وصاعين من دهن أو كان الّذى بطل فيه البيع مشاعا مثل أن باعه دارا نصفها له ونصفها لغيره ولا فصل بين أن يكون ممّا يدخله العوض أو لا يدخله»(٢).

وقال فى الخلاف: «إذا باع شيئين صفقة واحدة، أحدهما ينفذ فيه البيع والآخر لا ينفذ فيه البيع، بطل فيما لاينفذ البيع فيه، وصحّ فيما ينفذ فيه، سواء كان أحدهما مالاً والآخر ليس بمال ولا فى حكم المال، مثل أن باع خلاً وخمرا، أو حرا وعبدا، أو شاة

۱- ۱ . النهاية /۳۸۵.

۲- ۲ . المبسوط ۱٤٤/۲ و ۱٤٥.

وخنزيرا.

وما يكون أحدهما مالاً والآخر فى حكم المال، مثل أن باع أمته وأمُ ولده، أو عبده وعبدا موقوفا، أو كان أحدهما ماله والآخر مالاً لكنه ملك الغير، الباب واحد.

وقال الشافعى، يبطل فيما لاينفذ فيه البيع قولاً واحدا، وهل يبطل فى الآخر؟ على

قولين: أصحهما عندهم أن البيع يصحّ فى أحدهما.(۱)

وقال أبوحنيفة: إن كان أحدهما مالاً والآخر ليس بمال ولا فى حكم المال، بطل فى المال. وإن كان أحدهما مالاً له والآخر لغيره، نفذ فى ماله وكان فى مال الغير موقوفا.(۲)

وقال مالک وداود: يبطل فيهما.(۳)

دليلنا: قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(٤) وهذا بيع فيما يصحّ أن ينفذ بيعه، فوجب أن يكون صحيحا، فمن أبطله فعليه الدلالة، وعليه إجماع الفرقة، ولا يختلفون فيه»(٥).

وقال السيّد ابن زُهْرَةَ فى الغُنْية: «... وقد دخل فيما أصّلنا نفوذ بيع ما يصحّ بيعه إذا بيع معه فى صفقة واحدة ما لا يجوز بيعه، لأنّه مملوک يصحّ بيعه منفردا بلا خلاف، فمن أبطله فى هذه الصورة فعليه الدليل ويدلّ على ذلک بعد إجماع الطائفة ظاهر قوله تعالى «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(٦)»(۷).

١- ١ . المجموع ٣٨١/٩ و ٣٨٨، والوجيز ١٤٠/١، وفتح العزيز ٢٣٣/٨ و ٢٣٧، والمغنى لابن قدامة ٣١٦/٤، والشرح الكبير ٤٣/٤.

٢- ٢ . اللباب ٢٤٧/١، وشرح فتح القدير ٥/(٢٢٥-٢٢٦)، وشرح العناية على الهداية فى هامش شرح فتح القدير ٢٢٥/٥، والمجموع ٣٨٨/٩، وفتح العزيز ٢٣٧/٨، والمغنى لابن قدامة ٣١٦/٤ وتبيين الحقائق ٦٠/٤، والشرح الكبير ٤٤/٤.

٣- ٣ . المجموع ٣٨٨/٩، والمغنى لابن قدامة ٣١٦/٤، والمحلّى ١٦/٩، والشرح الكبير ٤٣/٤.

٤- ٤ . سورة البقرة /٢٧٥.

٥- ٥ . الخلاف ١٤٤/٣، مسألة ٢٣٢.

٦- ٦ . سورة البقرة /٢٧٥.

٧- ٧ . غنية النزوع /٢٠٩.

وقال بعد اوراق أيضا: «وقد قدّمنا أنّ من جمع فى صفقةٍ واحدةٍ بين شيئين يصحّ بيع أحدهما دون الآخر نفذ البيع فيما يصحّ فيه، فإذا ثبت ذلک فالمشترى بالخيار بين أن يردّ الجميع أو يمسک ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذين يتقسّط عليه، لأنّ جميع الثمن إنّما كان فى مقابلتهما ويتقسّط عليهما معا، فإذا بطل بيع أحدهما سقط من الثمن بحسابه ومن أوجب الجميع فعليه الدليل ولا خيار للبائع على المشترى فى ذلک،لانّ البيع قد ثبت من جهته فمن جوّز له الخيار فعليه الدليل»(١).

وقال ابن إدريسَ فى السرائر: «وإذا باع ما يملک وما لا يملک فى صفقة واحدة

وعقد واحد مضى البيع فيما يملک وكان فيما لايملک باطلاً حسب ما قدّمناه واخترناه وكذلک إذا باع ما يجوز بيعه من جملة ما يملک وما لا يجوز بيعه من المحرّمات مضى البيع فيما يصح بيعه وبطل فيما لايصح البيع فيه.

مثال الأوّل، باع ملكه وملك غيره بثمن واحد، فى عقد واحد، ومثال الثانى، باع شاة مملوكة له، وخنزيرا، وهو مسلم، فى عقد واحد بثمن واحد، فإن البيع فى المملوك صحيح، والبيع فى غير المملوك، وفى غيرا لمحلل للمسلم تملكه باطل.

فإذا تقرر هذا، فالمشترى بالخيار بين أن يردّ الصفقة جميعها، أو يمسك ما يصح فيه البيع، بما يخصّه من الثمن الذى يتقسط عليه، مثاله باع شاة وخنزيرا بثلاثة دنانير، فإنّ الثمن يتقسط على قدر قيمة الشاة، وقيمة الخنزير عند مستحليه، فيقال: كم قيمة الشاة؟ فيقال: قيراطان، ويقال: كم قيمة الخنزير؟ فيقال: قيراط، فيرجع بثلث الثمن، وهو دينار، وبالعكس من ذلك، أن يقال: قيمة الشاة قيراط، وقيمة الخنزير عند مستحليه قيراطان، فيرجع المشترى بثلثى الثمن، وهو ديناران.

وكذلك فى ملكه وملك الغير، إذا باعهما معا فى عقدٍ واحد، بثمن واحد، فبحساب ما صوّرناه، لا يختلف الحكم فى ذلك، فالإعتبار بالقيم، ويرجع فى الأثمان بحسب

١- ٨ . غنية النزوع /٢٣٠.

القيمتين»(١).

أقول: حكم ابن ادريس ببطلان البيع فى ما لا يملك لأنّه يقول ببطلان الفضولى.

قال المحقّق الشرائع: «وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك مضى بيعه فيما يملك وكان فيما لا يملك موقوفا على الإجازة ويُقَسَّط الثمن بأن يقوَّما جميعا ثمّ يُقَوَّم أحدُهما ويرجع إلى البائع بحصَّته من الثمن إذا لم يُجزْ المالك. ولو أراد المشترى ردّ الجميع كان له ذلك»(٢).

وقال العلاّمة فی القواعد: «ولو باع ملکه وملک غیره صفقةً صحّ فیما یملک ووقف الآخر علی إجازة المالک فإن أجاز نفذ البیع وقسّط الثمن علیهما بنسبة المالَیْنِ بأن یقوَّما جمیعا ثمّ یقوَّم أحدهما. هذا إذا کان من ذوات القیم وإن کان من ذوات الأمثال قُسِّط علی الأجزاء سواء اتحدت العین أو تکثّرت ولو فسخ تخیّر المشتری فی فسخ المملوک والإمضاء فیرجع من الثمن بقسط غیره»(۳).

وقال فی تذکرة الفقهاء: «إذا جمع بین الشیئین، فإمّا أن یجمع بینهما فی عقدٍ واحد أو فی عقدین، فالأوّل إمّا أن یقع التفریق فی الابتداء أو فی الانتهاء.

والأوّل إن جمع بین شیئین یمتنع الجمع بینهما من حیث هو جمع، فالعقد باطل قطعا فی الجمیع، کما لو جمع أُخْتَیْنِ فی النکاح.

وإن لم یکن کذلک، فإمّا أن یجمع بین شیئین کلّ واحد قابل لما أورده علیه من العقد، أو لا یکون کذلک، فالأوّل کما لو جمع بین عینین فی البیع، صحّ العقد علیهما.

ثمّ إن کانا من جنسین - کعبدٍ وثوب - أو من جنسٍ واحد لکن قیمتهما مختلفة - کعبدین - یوزّع الثمن علیهما باعتبار القیمة.

وإن کانا من جنسٍ واحد واتّفقت قیمتهما - کَقَفِیْزَیْ حِنْطَةٍ(٤) واحدة - یوزّع

۱- ۱ . السرائر ۲/۲۷۵ و ۲۷٦.

۲- ۲ . الشرائع ۲/۹.

۳- ۳ . القواعد ۲/۱۹ و ۲۰.

٤- ۱ . فی الطبعة الحجریّة: «کقفزین من حنطة».

عليهما باعتبار الأُجزاء.

وإن كان الثانى، فإمّا أن لا يكون واحد منهما قابلاً لذلک العقد - كما لو باع خمرا وميتةً - فهو باطل قطعا، وإمّا أن يكون أحدهما قابلاً.

فالذى هو غير قابل ضربان:

أحدهما: أن يكون متقوّما، كما لو باع عبده وعبد غيره صفقةً واحدة، صحّ البيع، ووقف البيع فى عبد غيره، فإن أجازه الغير، وإلاّ بطل.

والثانى: أن لا يكون متقوّما، فإمّا أن يتأتّى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير فى الخلقة، كما لو باع عبدا وحُرّا، فإنّ الحُرّ غير متقوّم، لكن يمكن تقدير القيمة فيه بفرض العبوديّة من غير تغيّر فى الخلقة، ويصحّ البيع فى العبد. وإمّا أن لايتأتّى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيّر فى الخلقة، كما لو باع خَلاً وخمرا، أو مذكّاةً وميتةً، أو شاةً وخنزيرا، فإنّه يصحّ البيع فى الخَلّ والمذكّاة والشاة.

إذا عرفت هذا، فنقول: إذا باع عبده وعبد غيره صفقةً واحدة، صحّ البيع فى عبده، ولا يقع البيع باطلاً فيه، ويقف العقد فى عبد الغير، فإن أجاز البيع فيه، لزم. وإن فسخ، بطل، ويتخيّر المشترى حينئذٍ بين فسخ البيع فى الجميع وبين أخذ عبده بقسطه من الثمن، ذهب إليه علماؤنا - وهو أحد قولى الشافعى، وبه قال مالک وأبوحنيفة(١) - لأنّ كلّ واحد منهما

لو انفرد بالعقد، ثبت له حكمه، فإذا جمع بينهما، وجب أن يثبت لكلٍّ منهما حكم الإنفراد، لأنّ العلّة لهذا الحكم هو الماهيّة، وهى باقية حالة الجمع، فثبت مقتضاها، كما لو باع شقصا مشفوعا وعبدا، ثبتت الشفعة فى الشقص دون العبد، كما لو انفرد.

ولأنّ الصفقة اشتملت على صحيح وفاسد، فانعقد الصحيح(٢) فى الصحيح وقصر

١- ٢ . المهذّب - للشيرازى ٢٧٦/١، المجموع ٣٨١/٩، التهذيب - للبغوى ٤٩٥/٣، حلية العلماء ٤/(١٣٨-١٤٠)، العزيز شرح الوجيز ١٣٩/٤ و ١٤١، روضة الطالبين ٨٨/٣، المغنى ٣١٥/٤، الشرح الكبير ٤٣/٤.

٢- ١ . فى نسختين من الكتاب والطبعة الحجريّة. والطبعة الحديثة: «التصحيح»، وفى الطبعة المحقّقة المطبوعة سنة ١٣٧٥ ه فى النجف الأشرف «الصحيح». وهو الصحيح لذا جعلته فى المتن.

الفاسد على الفاسد، كما إذا شهد عدل وفاسق، لا يقضى بردّ الشهادتين ولا بقبولهما، بل تلك مقبولة وهذه مردودة. ولو أخبر بصدق وكذب فى خبرٍ واحد، لا يقضى بصدقهما ولا بكذبهما»(١).

وقال فى مختلف للشيعة: «لو ضمّ ما يملك إلى ما لا يملك وباعهما فى عقد واحد نفذ البيع فى المملوك، إلاّ أن يختار المشترى الفسخ، ولو فسخ مالك الآخر البيع فى ما يخصّه كان فى غير المملوك موقوفا على رضى المالك، فإن أجازه نفذ البيع وإلاّ بطل...»(٢).

قال الشهيد فى الدروس: «ولو ضمّه [أى ضمّ بيع ما لايملك] إلى المملوك صحّ فيه، ووقف فى الآخر»(٣).

قال المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ذيل عبارة القواعد الماضية: «قوله: (صح فيما يملك، ووقف الآخر على إجازة المالك) أى: صح البيع فيما يملك، أى: لزم لوجود شرط اللزوم، وهو: كونه مالكا، فدلّ على أنه أراد بالصحة: اللّزوم.

وإن قيل: كيف يكون الوقوف للآخر على الاجازة، والموقوف إنّما هو للعقد أو لأثره؟ قلنا: تقدير العبارة: وقف العقد فى الآخر، بدليل ماقبله. فإن قيل: كيف يكون العقد الواحد لازما موقوفا؟ قلنا: بالإضافة إلى شيئين لا محذور.

قوله: (وقسط الثمن عليهما بنسبة المالين، بأن يقوّما...) إنما اعتبر تقويمهما ثمّ تقويم أحدهما، لتعرف نسبة قيمة كلّ منهما إلى مجموع القيمتين، فيعرف ثمن كلّ منهما

من مجموع الثمن، وإنّما لم يقسط على العينين، لامكان زيادة الثمن على القيمتين أو نقصانه عنهما، وعدم مساواة كلّ من القيمتين للأخرى.

وفى عبارته حذف، تقديره: ثمّ يقوّم أحدهما، وتُنسب قيمته إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ له بتلك النسبة من مجموع الثمن.

١- ٢ . تذكرة الفقهاء ٥/١٢ و ٦ و ٧.

٢- ٣ . مختلف الشيعة ٥٥/٥.

٣- ٤ . الدروس ١٩٢/٣.

فرع: لو كان كَمِصْراعَىْ بابٍ أو زَوْجَىْ خُفٍّ، وجب أن يُقَوَّما معا، منفردا كلّ منهما عن الآخر، ثمّ ينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، لأنّه إنّما يقوّم المال باعتباره، وكلّ منهما إنّما يملك أحد الزوجين، فلا يستحق مايزيد من القيمة باجتماعهما، بخلاف أحكام الغصب.

قوله: «وإن كان من ذوات الأمثال قُسِّطَ على الأجزاء) وذلک لعدم الاحتياج إلى اعتبار القيمة، لثبوت التساوى فى المثلى بين أجزائه، وسيأتى فى الغصب إن شاء اللّه تعالى تحقيق الفرق بين المثلى والقيمى.

قوله: (سواء اتّحدت العين أو تكثّرت) أى: سواء اتّحدت أو تكثرت فى كلّ من المثلى والقيمى، فالأقسام أربعة: اتّحدت فى القيمى كالعبد المشترک، تكثّرت فيه كالعبد مع الجارية، اتّحدت فى المثلى كقفيز من برّ، تكثرت فيه كقفيزين، لكن هذا على إطلاقه لا يستقيم، بل يجب أن يقيد بما إذا

تساوت الأوصاف التى لها دخل فى زيادة القيمة ونقصانها، أمّا إذا تفاوتت كجيد الحنطة مع رديئها أو مع الشعير مثلاً، فإن المرجع حينئذٍ إلى القيمة، وإلاّ لزم استواء الحنطة والشعير فى الثمن، وهو معلوم البطلان، فإنّ متساوى الأجزاء إنّما قسّط الثمن على أجزائه لتساويها فى القيمة، لعدم الاختلاف بينها المؤثر فى اختلاف القيمة، والموضع المذكور بخلاف ذلک.

قوله: (ولو فسخ تخير المشترى فى فسخ المملوک والإمضاء) ينبغى تقييده بما إذا كان جاهلاً فى الحال، وإلاّ فلا فسخ له.

سؤال: التراضى إنّما وقع على مجموع المبيع بما صحّ بالاضافة فإذا فسخ الغير فى ملكه ارتفع التراضى، فيلزم بطلان العقد؟

جوابه: لما وقع التراضى على المجموع صح العقد، فاذا طرأ عليه البطلان بالاضافة إلى بعض المبيع لم يلزم بطلان الآخر، لعدم الدلالة، ولأن الرضى قد حصل ضمنا، فتكفى الصحة، ولا يلزم من البطلان فى الآخر ارتفاع الرّضى الذى كان قد حصل، ولا بطلان

حكمه»(١).

قال المحقّق الأردبيلى فى توضيح قول العلاّمة «ولو باع المملوک له ولغيره، فإن أجاز المالک صح»: «أى لو ضم مال غيره إلى مال نفسه وباعهما صفقة، فإن كان بإذنه فهو صحيح ويقسّط المسمى، وإن لم يكن بإذنه، فإن أجاز فكذلک إن قلنا بصحة الفضولى وإلاّ بطل فى مال الغير فقط، ويقسّط الثمن لتمييز ثمن ماله.

ويحتمل البطلان رأسا، فإنّه إنّما حصل التراضى والعقد على المجموع وقد بطل، وما حصل على البعض التراضى والعقد، إذ حصوله فى الكلّ لايستلزم حصوله فى الجزء.

والمشهور إنّه إنّما يبطل فى المال الغير فقط، فإنّ العقد على الكلِّ بمنزلة عقود متعددة على الأجزاء، ولهذا لو خرج بعض ماله مستحقا لا يبطل إلاّ فيه، ونحو ذلک كثيرة.

نعم، لما لم يكن ذلک صريحا وكان تبعيض الصفقة عيبا، يكون للمشترى الخيار إن جهل بالحال، وإلاّ فلا.

وفيه تأمل معلوم ممّا تقدّم، ولأنّ البائع أيضا ما رضى إلاّ على الوجه الخاص، فكيف تُلزمه على غير ذلک الوجه.

ويحتمل ثبوت الخيار له أيضا إذا ادعى الجهل، أو ظن قبول مالكه العقد الفضولى، أو أدعى فيه الإذن ونحو ذلک.

وكذا الكلام فيما لو ضمّ الخنزير أو الخمر، إلاّ أنّه يثمن عند مستحليه، بأن يقوم عدلان عارفان مسلمان جديدا منّا أنّه يسوّى عند مستحليه كذا وكذا. ويمكن الاكتفاء بمَنْ يثق منهم على تقدير العجز وحصول العلم أو الظن القريب، ويقوّم الحرّ، بفرضه رِقا.

ولو كان المشترى عالما لاخيار له فى الكلّ، وهو ظاهر، لأنّه أقدم على ذلک مع العلم، فكأنّه اشترى الجزء الذى هو ملک البائع بثمنه.

وقيل: طريق التقويم أن يقوّما جميعا، ثمّ يقوّم أحدهما وينسب قيمته إلى قيمة

١- ١. جامع المقاصد ٧٨/٤ و ٧٩.

الكلّ وأخذه هذه النسبة من المسمى لهذا المقوّم ويبقى الباقى للآخر، وهو ظاهر»(١).

وقال جدى الشيخ جعفر فى شرح القواعد: «(ولو باع) أو نقل بأىّ ناقل كان (ملكه) المتسلّط عليه (وملک غيره) أو ملكه الذى سلطانه لغيره (صفقةً؛ صحّ(٢) فيما

يملک) ممّا سلطانه عليه - ما لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعى، كلزوم ربا، أو بيع آبق من دون ضميمة، وصرف من دون إقباض، ونحو ذلک(٣) - للإجماع محصّلاً ومنقولاً(٤)، ولعدم المانع، لأنّ الأسباب الشرعية كالعقلية مؤثّرة(٥) فى القابل دون غيره. والأوّل إلى الجهالة غير ضارّ مع حصول العلم بالأصالة.(٦) وتبعية العقود للقصود منطبقة على البعض المقصود(٧)، كما سيجىء تحقيقه، مع شهادة العمومات به(٨) (ووقف) اللّزوم فيه، والصحّة

١- ١ . مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨ و ١٦٣.

٢- ٢ . قال المحقّق الكركى، فى: جامع المقاصد ٧٨/٤: «أى: صحّ البيع فيما يملک. أى: لزم، لوجود شرط اللّزوم، وهو كونه مالكا، فدلّ على أنّه أراد بالصحّة اللزوم».

٣- ١ . وأخذ بهذا التقييد وذكر الأمثلة الشيخ النجفى، فى: جواهر الكلام: ٣٠٩/٢٢. وحكاه الشيخ الأنصارى، فى: المكاسب ٥١٥/٣.

٤- ٢ . فى: غنية النزوع، قسم الفروع، /٢٠٩، رياض المسائل ٢٢٩/٨.

٥- ٣ . فى بعض النسخ: (تؤثّر).

٦- ٤ . ردّ على بعض الشافعيّة فى تعليلهم البطلان ب-: «أنّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما باعتبار القيمة، ولا يُدرى حصّة كلّ واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما لو قال: بعتک عبدى هذا بما يقابله من الألف إذا وزّع عليه وعلى عبد فلان، فإنّه لا يصحّ». حكاه عنهم العلاّمة، فى تذكرة الفقهاء ٨/١٢.

٧- ٥ . كأنّه ردّ على المقدّس الأردبيلى، فى: مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨، حيث احتمال البطلان رأسا.

٨- ٦ . لذا استدلّ السيّد ابن زهرة: فى: غنية النزوع، قسم الفروع، /٢٠٩، على الصحّة بقوله تعالى «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» (سورة البقرة/٢٧٥). هذا وقد استدلّ العلاّمة، فى تذكرة الفقهاء ٧/١٢، والمحدّث البحرانى فى الحدائق الناضرة ٤٠٠/١٨، والسيّد الطباطبائى فى رياض المسائل ٢٢٩/٨، على الصحّة بالنصّ الخاص الوارد فى المقام، المروى فى وسائل الشيعة، كتاب التجارة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

فى (الآخر؛ على إجازة المالک) أو المتسلّط، لما دلّ على الفضولى، ولنسبته من بعض أصحابنا(١) هنا إلى علمائنا. (فإنْ أجاز، نفذ البيع) ولزم على القول بالكشف، إذ ليس مجرّد التوقّف عيبا. وعلى النقل يقوى الخيار، سيّما مع طول الفصل بين العقد والإجازة.

(وقُسّط الثمن عليهما بنسبة المالَين، بأنْ يُقوّما جميعا) بقيمة وقت البيع على القول بالكشف (ثمّ يُقوّم أحدهما) منفردا - حيث لا يكون للهيئة الاجتماعية مدخلية - فيؤخذ من الثمن بنحو التقويم مع التوافق. ومع اختلاف الثمن والتقويم؛ تُلحظ نسبتهما إلى القيمة، فيؤخذ من الثمن بتلک النسبة.

ومع اعتبار الهيئة الاجتماعية من جانب واحد يُقوّمان معا، ويؤخذ المنضمّ بنسبته والمنفرد بنسبته من الثمن.

ومع اعتبارها من الجانبين: فإنْ تساويا واتحدا فى النسبة، قُسّم الثمن بينهما. وإنْ

اختلفا فى القيمة وتساويا من جهة الانضمام، أُخذت قيمة الانفراد مع إضافة نصف ما زاد بالاجتماع. وإن اتحدا فى قيمة الانفراد واختلفا فى جهة الانضمام، لُو حظ انفراد كلّ مع ما يلحقه من جهة الاجتماع. ومع الاختلاف فيهما، تُلحظ قيمة كلّ مع ما يُنسب إليه من جهة الاجتماع، ثمّ يُؤخذ من الثمن بتلک النسبة. ولو زادت قيمة أحدهما بالاجتماع ونقصت قيمة الآخر، لُوحظ الزائد مع زيادته والناقص مع نقصه. ولو جُعل الثمن بينهما قبل العقد على حال، ثمّ جاءت صفقة العقد، عُمِل على مقتضاها، وعلى القول بالنقل يعتبر التقويم حينه. وحيث لاتدخل الهيئة حين مُضىّ العقد يلزم التبعيض المسلّط على الخيار فى المقامين.

ويجرى الكلام فى عقد الفضولى عن مالكين مع إجازتهما فى قسمة الثمن بينهما، ومع إجازة أحدهما فيما يستحقّه منه، وفى كلّ متلَف مضمون على المتلِف، عينا كان أو منفعة.

ص:٣٣٨

١- ٧ . وهو العلاّمة، فى تذكرة الفقهاء ١٠/(١٨-١٩)، و ٦/١٢، ٢٣-٢٤.

ولو كان للاجتماع قيمة فى وقت دون آخر، بُنى(١) الضمان وعدمه على ما تقدّم.

وما ذُكر مبنى على ملاحظة صفة الاجتماع لمالكَين مختلفَين، على ما عليه جماعة(٢)، وهو الأقوى. وأنكر بعضهم ذلك(٣)، مستندا إلى أنّ صفة الاجتماع ليست مملوكة لأحدهما، لأنّهما مُلِكا منفردَين، وصفة الاجتماع عارضة، جاءَت من الغيب، ولم تدخل تحت يد أحدهما. وفرّق بعضٌ(٤) بين الإمضاء وعدمه لتلف وشبهه(٥)، فاعتبر الهيئة فى الأوّل دون الثانى. ويلزم على قولهم أنْ لا يحلّ بيع شيئَين منضمَّين من مالكَين مع مدخلية الهيئة.

و(هذا) البحث إنّما يتمشّى فيما (إذا كان) المُثَمَّنُ (من ذوات القيم) ولا إشاعة فيه، أو كانت مع تعدّده.

(وإنْ كان) مشاعا أو متحدا أو متعدّدا متماثلاً (من ذوات الأمثال) وقد سبق بيانها (قُسّط) الثمن (على الأجزاء)(٦) بحسبها، لإمكان التوزيع فيها على النسبة، فلا يحتاج إلى التقويم.(٧) فلو كان المثمن قفيز حنطة قُسّط الثمن على مقدار السهام منها بعد ملاحظة

ص:٣٣٩

١- ١ . فى إحدى النسخ: (بنيت مسألة) بدل (بُنى).

٢- ٢ . فهو مقتضى إطلاق عبارة الشيخ الطوسى، فى المبسوط ١٤٥/٢، وابن ادريس فى السرائر ٢٧٦/٢، والمحقّق الحلّى فى شرائع الإسلام ١٥/٢، والعلاّمة ههنا، والشهيد الأوّل فى الدروس ١٩٦/٣، واللّمعة الدمشقية /١٠٥.

٣- ٣ . كالمحقّق الكركى فى جامع المقاصد ٧٨/٤، والشهيد الثانى فى مسالک الافهام ١٦٢/٣، والسيّد الطباطبائى فى رياض المسائل ٢٣١/٨.

٤- ٤ . وهو السبزوارى فى كفاية الفقه ٤٥١/١.

٥- ٥ . فى بعض النسخ: (والفسخ) بدل (وعدمه لتلف وشبهه).

٦- ١ . قال الشهيد الثانى فى فوائد القواعد /٥٣٤: «ليس على إطلاقه، فإنّ تكثير العين من ذوات الأمثال يتناول مختلف الأجناس ومنفعتها مع اختلاف الأوصاف، كالحنطة والشعير وردىء، الحنطة وجيّدها، وفى هذين لا يصحّ التقسيط على الأجزاء، بل على القيمة كالقيمى».

٧- ٢ . كما ذكره المحقّق الكركى فى جامع المقاصد ٧٨/٤.

النسبة بينها وبين الثمن(١).

ويجرى مثله فى القيمى القابل للتوزيع، كأرض وثوب ونحوه، ولعلّه راجع إلى الأوّل.

ولو اجتمع قيمى ومثلى، أُعطى(٢) حُكْمَ الْقِيْمِىّ.

وتعدّد القيميات والمثليات واتحادها فى الثمن، لا يُثمر شيئا (سواء اتحدت العين أو تكثّرت).

ومتى رجع المثلى إلى القيمى جاءَه حكم القيمى. وتكثير الأقسام بإنهائها إلى ستة أو أكثر(٣)، لا حاجة إليه.

ومع تعذّر المثلى، يرجع إلى حكم القيمى أو يبقى على حاله.

ولو فسخ لم يبطل البيع(٤)، لعدم المانع من مُضِيّهِ فى بعضٍ وانفساخه فى آخر، كما فى الثمن والمثمن إذا ظهرا معيبين أو ناقصين، ولأنّ الأسباب الشرعية كالعقلية إذا تعلّقت بمتعدّد قابل وغير

قابل أثّرت فی القابل دون غیره، ولأنّ العقد علی اتحاده بمنزلة عقود فلا فرق بین تعدّده الصوری وخلافه، ولتحقّق الوفاء بمقتضی العقد فی المقدار الممکن، مضافا إلی أنّه لا یسقط المیسور بالمعسور، وما لا یُدْرَک کلّه لا یُتْرک کلّه، وللإجماع المنقول(٥) المؤیّد بموافقة نقل الشهرة(٦)، ولِما دلّ من الروایات علیه(٧).

ص:٣٤٠

١- ٣ . فی بعض النسخ: (فیها). وفی بعضها: (بینه وبینها) بدل (بینها وبین الثمن).

٢- ٤ . أی: المجتمع. وفی بعض النسخ: (أعطیا).

٣- ٥ . إشارة إلی ما فعله الشهید الأوّل فی الحاشیة النجاریة /٢٢٣ وحکاه عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ٦٥١/١٢.

٤- ٦ . إشارة إلی ما احتمله المقدّس الأردبیلی فی مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

٥- ٧ . فی غنیة النزوع، قسم الفروع، /٢٠٩، تذکرة الفقهاء ١٠/(١٨-١٩)، و ٦/١٢ و ٢٣-٢٤، ریاض المسائل ٢٢٩/٨.

٦- ٨ . فی مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

٧- ٩ . وسائل الشیعة، کتاب التجارة، الباب ٢ من أبواب عقد البیع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

والاستناد فی البطلان إلی أنّ العقود تتبع القصود وما وقع هنا لم یُقصَد وما قُصِد لم یقع(١)، والی لزوم الغرر والجهالة(٢) لأنّ القدر المستحقّ حقیقة مجهول فیکون من بیع الغرر، وأنّ الأصل عدم صحّة العقد فیما لم یقم برهان علی صحّته، وأنّه کزواج الأُختین أو الأُمّ والبنت وبیع الدرهم بالدرهمین(٣)، وأنّ صیغة العقد واحدة فلا تتبعّض(٤)، وأنّ الکلّ والبعض مختلفا الجنس فیکون کبیع الذهب فیظهر نحاسا؛ مردود بأنّ القصد یعمّ الضمنی، وإلاّ لزم بطلان أکثر المعاملات، إذ قلّما یخلو شیء منها من دخول غیر المقصود فی متعلّقه، مع أنّ القصد قد تحقّق قبل الإجازة ولو لا ذلک لم تثمر الإجازة. وبأنّ الغرر إنّما یترتّب علیه الضرر لو قارن الإقدام ولا التفات إلی الغایة بلا کلام،

والأصل مقلوب، والعمومات كافية فى إثبات المطلوب، والقياس على الأُختين والأُمّ والبنت والدرهم بالدرهمين مردود بأنّ المانع فيها هو الترجيح بلا مرجّح المستلزم(٥) للترجّح بلا مرجح(٦) المنبعث عن تعارض الصحّتين، وأنّ التبعيض فى المتعلَّق لا يقتضى تبعيض العقد المتعلَّق(٧)، وبأنّ الحِكَميات لا تدخل فى الشرعيات.

(ولو فسخ تخيّر المشترى) الجاهل(٨) (فى فسخ المملوك) لتبعّض الصفقة عليه، ولزوم الضرر لذلك بالنسبة إليه، بخلاف البائع لأنّه جاء من قِبَله. ولا يبعد ثبوته له مع جهله، أو دعواه الإذن لإثبات عذره، كما احتمله بعضهم(٩). والأقوى خلافه. (و) فى

١- ١ . كما فى مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

٢- ٢ . كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلاّمة فى تذكرة الفقهاء ٨/١٢.

٣- ٣ . كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلاّمة فى تذكرة الفقهاء ١٢/(٧-٨).

٤- ٤ . كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلاّمة فى تذكرة الفقهاء ١٢/(٧-٨).

٥- ٥ . فى بعض النسخ: (المقتضى) بدل (المستلزم).

٦- ٦ . قوله: (المستلزم [المقتضى] للترجّح بلا مرجّح) لم ترد فى بعض النسخ.

٧- ٧ . كلمة: (المتعلَّق) لم ترد فى بعض النسخ.

٨- ٨ . ق-يّده بالجاهل تبعا للمحقّق الكركى فى جامع المقاصد ٧٩/٤، وللشهيد الثانى فى فوائد القواعد /٥٣٤.

٩- ٩ . وهو المقدّس الأردبيلى فى مجمع الفائدة والبرهان ٨/(١٦٢-١٦٣).

(الإمضاء) ولا يجب عليه حينئذٍ سوى قسطه المقابل له (فيرجع من الثمن بقسط غيره). ويجرى فى التقسيط على نحو ما سبق بيانه»(١).

وقال سيّد الرياض: «(ولو باع ما يملك وما لم يملك كعبده وعبد غيره) صفقة و (فى عقد واحد صحّ)(٢) البيع ولزم (فى عبده) خاصّة (وقف) فى (الآخر على الإجازة) على المختار فى الثانى، ولا خلاف فى الأوّل، بل ظاهرهم الإجماع عليه، وصرّح به فى الغنية(٣)؛ للصحيح: فى رجل باع قطاع أرضين... وعرّف حدود القرية الأربعة... وإنّما له فى هذه القرية قطاع أرضين... وعرّف حدود القرية الأربعة... وإنّما له فى هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشترى ذلک وإنّما له بعض هذه القرية وقد أقرّ له بكلّها؟ فوّقع عليه السلام : «لا يجوز بيع ما لا يملک، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملک»(٤).

مضافا إلى أنّ البائع مأمور بالوفاء بالعقد فى ماله، وعدم إجازة المالک بعد ذلک لا يرفع الأمر المستقرّ فى ذمّته قبل ظهوره، فاحتمال بعض من تأخّر البطلان رأسا(٥)، ليس فى محلّه.

وأمّا توهّم إيجاب تبعّض الصفقة الخيار له [للبائع]، فمع أنّه لايوجب البطلان ليس فى محلّه؛ لِإقْدامِهِ على ضرره، نعم إن جهل أمكن ثبوت الخيار له [للبائع].

ثمّ إنّه إن أَجاز [المالک] صحّ البيع ولا خيار، وإن ردّ تخيّر المشترى - مع جهله بكون بعض المبيع غير مملوک للبائع - بين الفسخ وإمضائه؛ لتبعيض الصفقة، أو الشركة الموجبين للضرر، المنفى آية ورواية.

١- ١٠ . شرح القواعد ٢/(١٢١-١١٤).

٢- ١ . فى المطبوع: ولو جمع بين ما يملک وما لا يملک فى عقد واحد كعبدة وعبد غيره صحّ.

٣- ٢ . الغنية (الجوامع الفقهية) /٥٨٥ (٢٠٩ من الطبعة الحديثة).

٤- ٣ . الكافى ٤٠٢/٧، ح٤، الفقيه ١٥٣/٣، ح٦٧٤، التهذيب ١٥٠/٧، ح٦٦٧، الوسائل ٣٣٩/١٧، أبواب عقد البيع وشروطه الباب ٢، ٣٣٩/١٧، ح١، صحيحة محمّد بن الحسن الصفار.

٥- ٤ . مجمع الفائدة ١٦٢/٨.

وليس فى النصّ ما يخالفه كما تُوهِّمَ(١) وإن تضمّن لفظ الوجوب؛ لإضافته إلى البائع، ولا كلام فيه كما مرّ، ولكنّه غير الوجوب من المشترى، فقد يجامع ثبوت الخيار له الوجوب من البائع، كما فى كثير من المواضع.

فإن فسخ رجع كلّ مال إلى مالكه، وإن رضى صحّ البيع فى المملوك للبائع بحصّته من الثمن. ويعلم مقدارها بتقويمهما جميعا ثمّ تقويم أحدهما منفردا ثمّ نسبة قيمته إلى

قمية المجموع، فيخصّه من الثمن مثل تلك النسبة.

فإذا قُوّما جميعا بعشرين وأحدهما بعشرة صحّ فى المملوك بنصف الثمن كائنا ما كان زائدا أم ناقصا، فلو كان الثمن فى المثال ستّة أُخذ لأحدهما منها نصفها ثلاثة، هذا فى جهة النقيصة، ويعلم المثال فى جهة الزيادة بزيادة الثمن على العشرين ولو بواحدة، وإنَّما أُخذ بنسبة القيمة ولم يخصّه من الثمن قدر ما قُوّم، لاحتمال زيادتها عنه ونقصانها، فربّما جمع فى بعض الصور بين الثمن والمثمن على ذلك التقدير، كما لو كان قد اشترى المجموع فى المثال بعشرة.

ثمّ إنّه إنّما يعتبر قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل فى زيادة قيمة كلّ واحد كفرض العبارة. أمّا لو استلزم ذلك كمصراعى باب لم قوّما كلّ منهما منفردا وينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة، دون أن ينسب إلى قيمتهما مجتمعين. فلو كان قيمتهما كذلك اثنى عشر ومنفردين تسعة والثمن ستّة وقيمة أحدهما ثلاثة يؤخذ لكلّ منهما من الثمن بقدر نسبة قيمتهما إلى التسعة وهو الثلث اثنان، ولا يؤخذ بقدر نسبة قيمتهما إلى الاثنى عشر وهو الربع واحد ونصف، كذا قيل.(٢)

وربما يستشكل مع جهل المشترى بالحال وبذله الثمن فى مقابلة المجموع من حيث المجموع، فالأخذ بالنسبة إلى المجموع قيمتهما منفردين ظلم على المشترى وحيف عليه.(٣)

١- ٥ . أُنظر الحدائق ٤٠٠/١٨.

٢- ١ . الروضة ٢٣٩/٣، المسالک ١٦٢/٣، الحدائق ٤٠٢/١٨.

٣- ٢ . أُنظر الروضة ٢٤٠/٣، المسالک ١٦٣/٣.

وهو حسن، إلاّ أنّه منقوض بالظلم على البائع لو أُخذ بالنسبة إلى مجموع قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ، مع عدم تَقْصيرِهِ وإتلافه شيئا على المشترى، وإنّما أراد له شيئا لم يسلم له، فإلحاقه بالغاصب حينئذٍ فى ضمان الصفقة ليس فى محلّه مع براءة ذمّته عنه، والمسألة لا تخلو عن ريبة وإن كان الأوّل لا يخلو عن قوة»(١).

وقال صاحب مفتاح الكرامة فى ذيل ما مرّ من قول العلاّمة فى القواعد: «أمّا صحته فيما يملک فقد نصّ عليه فى «النهاية»(٢) و «المبسوط»(٣) وما تأخّر عنهما.(٤) وفى

«الغنية»(٥) الإجماع عليه. وفى «الرياض»(٦) أنّ ظاهرهم الإجماع.

وأمّا وقوف الآخر على إجازة المالک فقد نصّ عليه فى «النهاية»(٧) و «الوسيلة»(٨) و «الشرائع»(٩) و «النافع»(١٠) وكتب المصنّف [العلاّمة(١١)]

١- ٣ . رياض المسائل ٨/(٢٣٢-٢٢٩).

٢- ٤ . النهاية، الشرط فى العقود، /٣٨٥.

٣- ٥ . المبسوط، أحكام تفريق الصفقة من البيوع، ١٤٤/٢.

٤- ٦ . منهم العلاّمة فى مختلف الشيعة، فى عقد البيع، ٥٥/٥، والمحقّق الثانى فى جامع المقاصد، فى شروط المتعاقدين، ٧٨/٤، والمحقّق فى شرائع الإسلام، فى عقد البيع وشروطه ١٥/٢.

٥- ١ . غنية النزوع، فى البيع، /٢٠٩.

٦- ٢ . رياض المسائل، فى شروط المتعاقدين، ٨/(١٢٦-١٢٧).

٧- ٣ . النهاية، الشرط فى العقود /٣٨٥.

٨- ٤ . الوسيلة، فى بيان بيع تبعّض الصفقة، /٢٤٧.

٩- ٥ . شرائع الإسلام، فى عقد البيع، ٩/٢.

١٠- ٦ . المختصر النافع، فى البيع وآدابه، /١١٨.

١١- ٧ . تذكرة الفقهاء، فى أحكام تبعّض الصفقة ٦/١٢، ومختلف الشيعة، فى عقد البيع وشرائطه ٥٥/٥، ونهاية الإحكام، فى الملك، ٤٧٨/٢، وإرشاد الأذهان، فى أركان التجارة، ٣٦٠/١، وتبصرة المتعلّمين، فى عقد البيع، /٨٨، وتحرير الأحكام، فى البيع، ٢٧٧/٢.

و«الشهيدين»(١) والمحقّق الثانى(٢) وغيرها(٣). وفى «التذكرة»(٤) نسبته إلى علمائنا.

وأمّا أنّه إن أجاز المالك صحّ فيها وإلاّ بطل فى مال الغير خاصّة فهو المشهور كما فى «مجمع البرهان»(٥) وفى «التذكرة»(٦) نسبته إلى علمائنا(٧).

وفى «المبسوط» و «السرائر» و «الغنية» أنّه إذا باع ملكه وملك غيره صحّ فى ملكه وبطل فى ملك الغير أجاز أو لم يجز بناءا منهم على عدم صحّة عقد الفضولى كما تقدّم.(٨) وهو قضيّة كلام «الخلاف».

واحتمل فى «مجمع البرهان»(٩) على تقدير صحّة الفضولى إن لم يجز المالك

بطلان البيع رأسا (أنّه إن لم يجز المالك بطل البيع رأسا - خ ل)، لأنّه إنّما حصل التراضى والعقد على المجموع، وحصوله فى الكلّ لا يستلزم حصوله فى الجزء.

وخبر الصفّار(١٠) يسقط هذا الاعتبار، قال فيه عليه السلام : «وقد وجب الشراء على البائع على ما يملك» مضافا إلى أنّ البائع مأمور بالوفاء بالعقد فى ماله والعقد صحيح فى نفسه لكنّه غير لازم كالفضولى، وعدم إجازة المالك بعد ذلك لا ترفع ذلك - أى الأمر المستقرّ قبل ظهوره - وأنّ العقد بمنزلة عقود متعدّدة، ولهذا لو خرج بعض ماله مستحقّا لا يبطل إلا

١- ٨ . الدروس الشرعية، فى البيع، ٣/(١٩٢-١٩٣)، واللمعة الدمشقية، فى البيع، /١١٠، وغاية المراد، فى المتعاقدين، ٢١/٢، ومسالک الأفهام، فى شروط المتعاقدين ١٦١/٣، والروضة البهية، فى شرطو المتعاقدين ٣/(٢٣٨-٢٣٩).

٢- ٩ . جامع المقاصد، فى شروط المتعاقدين، ٧٨/٤.

٣- ١٠ . كرياض المسائل، فى شرائط المتعاقدين، ١٢٦/٨.

٤- ١١ . تذكرة الفقهاء، فى تبعّض الصفقة ٦/١٢.

٥- ١٢ . مجمع الفائدة والبرهان، فى المتعاقدين ١٦٢/٨.

٦- ١٣ . تذكرة الفقهاء، فى تبعّض الصفقة، ٦/١٢.

٧- ١٤ . كذا فى المصدر.

٨- ١٥ . تقدّم فى مفتاح الكرامة ١٢/(٥٩٣-٥٩٥).

٩- ١٦ . مجمع الفائدة والبرهان، فى المتعاقدين، ١٦٢/٨.

١٠- ١ . وسائل الشيعة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

فيه.

وهذا الاحتمال أعنى بطلان البيع من رأس - قول الشافعى(١)، قال: لأنّ اللفظة الواحدة لا يتأتّى تبعيضها فأمّا أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس، والثانى أولى، لأنّ تصحيح العقد فى

الفاسد ممتنع وإبطاله فى الصحيح غير ممتنع، ولأنّه لو باع درهما بدرهمين أو تزوّج بأُختين حكم بالفساد، وأنّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما ولا يدرى حصّة كلّ واحدٍ منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما يقال بعتک عبدى هذا بما يقابله من الألف إذا وزّعت عليه وعلى عبد فلان فإنّه لا يصحّ.

والجواب إنّ إجماعنا منعقد وأخبارنا(٢) ناطقة بالصحّة، واللفظة الواحدة كثيرا ما تتبّعض كما إذا قال جاء زيد وعمرو صادقا فى أحدهما كاذبا فى الآخر، ونحوه ما إذا شهد عدل وفاسق واحد الدرهمين كإحدى الأُختين ليس بأولى بالفساد من الآخر، ولهذا أفسدنا العقد فيهما، ولا كذلک صورة النزاع كما هو ظاهر، والثمن ليس مجهولاً، لأنّه جعل الجميع فى مقابلة الجميع، فسقوط بعضه لا يجعله مجهولاً كأرش العيب وكما إذا خرج بعض ماله مستحقّا.

وقد تحصّل من هذا أنّه لا مانع من أن يكون هذا العقد الواحد قبل الإجازة لازما موقوفا، فلا إيراد على عبارة المصنّف بوجهٍ. ومراده وغيره بالصحّة اللزوم، لوجود شرطه وهو كونه ملكا.

وليعلم أنّه لابدّ من التقسيط عند الجميع، لأنّ القائل بالبطلان فيما لا يملک لابدّ له

من التقسيط، وكذا القائل بتوقّفه على الإجازة على تقدير حصولها وعدمه.

وقد اختلفت عباراتهم فى تقسيط الثمن إذا كان من ذوات القيم. ففى «المبسوط»(٣) وكذا «الوسيلة»(٤) يأخذه بما يتقسّط عليه من الثمن يعنى يأخذ المملوک

١- ٢ . المجموع، فى البيع، ٣٧٩/٩.

٢- ٣ . وسائل الشيعة، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ٣٣٩/١٧، ح١.

٣- ١ . المبسوط، فى أحكام تفريق الصفقة، ١٤٥/٢.

٤- ٢ . الوسيلة، فى بيان بيع تبعّض الصفقة، /٢٤٧.

بقسطه. ونحوه ما فى «التذكرة»(١) و«التحرير»(٢) و «الدروس»(٣) حيث قيل فى الأوّلين يأخذه بقسطه من الثمن، وفى الأخير يقسّط الثمن عليهما. وفى «السرائر» يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الّذى يتقسّط عليه، كما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانيز وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشترى بثلثى الثمن(٤)، انتهى ما أردنا نقله من كلامه، فليتأمّل فيه.

وعبارة «نهاية الإحكام»(٥) و «اللمعة»(٦) كعبارة الكتاب. وفى «جامع المقاصد»(٧) أنّ فى عبارة الكتاب حذفا تقديره: ثمّ يقوّم أحدهما وتنسب قيمته إلى مجموع القيمتين ويؤخذ له بتلك النسبة من مجموع الثمن.

وفى «الإرشاد»(٨) ويقسّط المسمّى على القيمتين. وقال فى «تعليقه»(٩): وطريق تقسيط المسمّى على القيمتين: أن يقوّم المبيعان معا ثمّ يقوّم أحدهما على انفراده وتُنسب قيمته إلى مجموع القيمتين. قلت(١٠): لعلّ الأولى أن يقول: إلى قيمة المجموع. قال: وينظر تلك النسبة فيؤخذ بها من الثمن...(١١) وإنّما وجب التقسيط كذلك دون التقسيط على العينين لإمكان تفاوتهما فيتعذّر التقسيط من دون اعتبار [القيمة(١٢)] وإنّما وجب

١- ٣ . تذكرة الفقهاء، فى أحكام تبعّض الصفقة، ٦/١٢.

٢- ٤ . تحرير الأحكام، فى عقد البيع وشروطه، ٢٧٨/٢.

٣- ٥ . الدروس الشرعية، فى البيع ١٩٦/٣.

٤- ٦ . السرائر، فى العقود، ٢٧٦/٢.

٥- ٧ . نهاية الإحكام، فى بيع ملكه وملك غيره صفقة، ٤٧٨/٢.

٦- ٨ . اللمعة الدمشقية، فى عقد البيع، /١١٠.

٧- ٩ . جامع المقاصد، فى شروط المتعاقدين، ٧٨/٤.
٨- ١٠ . إرشاد الأذهان، فى أركان البيع، ٣٦٠/١.
٩- ١١ . حاشية إرشاد الأذهان، فى البيع، /٣٣٨، من المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى وآثاره.
١٠- ١٢ . من كلام السيّد العاملى.
١١- ١٣ . حذف من كلام الكركى سطرين.
١٢- ١٤ . كذا فى حاشية إرشاد الأذهان /٣٣٨.

تقويمهما ثمّ تقويم أحدهما لجواز أن يكون الثمن أزيد من القيمة أو أنقص منها، فلو(١) اعتبرت قيمة واحدة بقى الفاضل من الثمن بإزاء الباقى وهو أقلّ من القيمة بكثير فى صورة الزيادة وبالعكس فى صورة النقصان. ونحوه ما فى «جامع المقاصد»...»(٢).

وقال فى الجواهر: «(وكذا) ظهر لک الحال: فيما (لو باع ما يملک وما لايملک) بعقد واحد وثمن كذلک؛ ضرورة كون حكمه أنّه (مضى بيعه فيما يملک، وكان فيما لايملک موقوفا على الإجازة(٣)) بناءً على ما سمعته من صحّة الفضولى، وباطلاً على القول الآخر.

وعلى كلّ حال، فلا خلاف(٤) فى صحّة بيعه ونفوذه فيما يملک إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعى؛ كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمة... ونحو ذلک، بل ظاهرهم الإجماع عليه كما اعترف به فى الرياض(٥)، بل عن الغنية دعواه عليه صريحا(٦)، كالأُستاذ فى شرحه(٧).

لإطلاق الأدلّة وعمومها السالِمَيْنِ عن المعارض، خصوصا بعد ملاحظة ما يظهر من النصّ والفتوى من كون الأسباب الشرعيّة كالعقليّة تؤثّر فى القابل دون غيره.

وما سمعته من خبر الصفّار(٨) من وجوب الشراء على البائع فيما يملک، فهو حينئذٍ بمنزلة عقود متعدّدة؛ ولذا لو ظهر بعض المبيع مستحقّا لم تبطل إلاّ فيه.

فما عن الأردبيلى: من احتمال بطلان العقد رأسا على تقدير صحّة الفضولى وعدم اجازة المالک؛ لأنّه إنّما حصل التراضى والعقد على المجموع، وحصوله لايستلزم حصوله

ص:٣٤٨

١- ١ . فى حاشية الإرشاد: «ولو».

٢- ٢ . مفتاح الكرامة ١٢/(٦٤٤-٦٤١).

٣- ٣ . «على الإجازة» جعلت بين معقوفتين فى نسختى الشرائع والمسالک.

٤- ٤ . كما فى الرياض: (انظر الهامش الآتى).

٥- ٥ . رياض المسائل: التجارة، شرائط بيع، ٢٢٩/٨.

٦- ٦ . غنية النزوع: البيع، المقدّمة، /٢٠٩.

٧- ٧ . شرح القواعد: المتاجر، فى المتعاقدين، ١١٤/٢.

٨- ٨ . وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١.

فى الجزء.(١)

واضح الفساد، بل كأنّه اجتهاد فى مقابلة النصّ، ولم نعرفه لأحد من أصحابنا.

نعم، هو للشافعى محتجّا عليه: بأنّ اللفظة الواحدة لايتأتّى تبعيضها، فإمّا أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس، والثانى أولى؛ لأنّ تصحيح العقد فى الفاسد ممتنع

وإبطاله فى الصحيح غير ممتنع، ولأنّه لو باع درهما بدرهمين أو تزوّج بأُختين حكم بالفساد، ولأنّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما، ولا يدرى حصّة كلّ واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً وصار كما يقال: «بعتک عبدى هذا بما يقابله من الألف» إذا وزّعت عليه وعلى عبد فلانٍ، فإنّه لا يصحّ.(٢)

وفيه: - مع أنّه مُنافٍ لما عرفت - منع عدم تبعيض متعلّق اللفظة الواحدة فى الخبر والإنشاء.

ووضوح الفرق بين المقام وبين بيع الدرهم بالدرهمين والتزوّج بالأُخْتَيْنِ، ولو بعدم ترجيح تعلّق العقد بأحدهما على الآخر.

ودليل الجهالة إنّما يسلّم منه ما إذا كانت فى الثمن الذى قد وقع مقابلاً فى العقد، وأمّا بعد فرض معلوميّته فلا يقدح الجهل بالتقسيط؛ لإطلاق الأدلّة الذى لا ريب فى شموله لما كان مجهولاً من هذه الجهة، معلوما من الحيثيّة الأُخرى.

وبعبارة أُخرى: إنّ الإطلاق شامل لنحو هذه المعلوميّة بخلاف ما ضربه مثلاً.

وما ذكره المقدّس الأردبيلى إنّما يقتضى الخيار مع الجهل لا البطلان؛ ضرورة عدم كونه أعظم من تخلّف الوصف، وتبعيّة العقود للقصود منطبقة على البعض المقصود ولو فى ضمن الكلّ.

ومن هنا ترك الاستفصال فى خبر الصفّار وحكم فيه بالصحّة فيما يملك، بل لعلّه مع ظهور مدخليّة الاجتماع فى موضوعه الذى هو «قطاع أرضين» المختلفة غالبا لأنّها

١- ٩ . مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر، فى المتعاقدين، ١٦٢/٨.
٢- ١ . العزيز فى شرح الوجيز ١٤٠/٤.

قطع متجاورات، ولو فرض دخول الوصف فى موضوع البيع - على وجهٍ يكون تخلّفه كتخلّف جنس المبيع - كان خروجا عن محلّ البحث.

فلا ريب فى الصحّة، من غير فرق بين كون المالين لواحد أو متعدّد، وبين تساويهما فى القيمة واختلافهما، ولا بين كون المشترى متّحدا أو متعدّدا، على الإشاعة فى المبيع أو على تخصيص كلّ

واحد من العبدين بأحدهما ولكن على الإشاعة فى الثمن، فيتقسّط حينئذٍ على قيمتهما على حسب ما تعرف إن شاء اللّه.

فما عن الخلاف: من البطلان فى بيع المالكين عبديهما المختصّ كلّ واحد منهما بواحد، مع التساوى فى القيمة أو اختلافها.(١)

والمبسوط: من البطلان أيضا لكن مع الاختلاف فى القيمة(٢)، والبطلان أيضا لو باع العبدين من اثنين بثمن واحد لم يعلم ما يخصّ كلاً منهما لتعدّد الصفقة.(٣)

واضح الضعف؛ ضرورة اتّحادها فى الجميع والاكتفاء بمعلوميّة الثمن فيها وإن جهل التقسيط؛ لعدم ما يدلّ على اشتراط أزيد من هذه المعلوميّة التى يرتفع معها الغرر والجهالة عرفا.

(و) حينئذٍ ففى مفروض المتن: أجاز الغير أو لم يجز (يقسّط الثمن) على المبيع؛ حتّى يأخذ كلّ من المالكين نصيبه على فرض الإجازة، أو ليأخذ البائع ما يخصّه منه ويرجع الباقى إلى المشترى على فرض عدمها.

وكيفيّة ذلک فيما إذا لم يكن المبيع مثليّا أو ما فى حكمه ممّا يعلم منه تبعيّة نسبة الثمن إليه لتساوى أجزائه وأوصافه مثلاً على وجهٍ لا تختلف القيمة معها: (بأن يقوّما جميعا ثمّ يقوّم أحدهما) منفردا - كما فى القواعد(٤) واللمعة(٥) ومحكىّ النهاية(٦)، بل

١- ٢ . الخلاف: الشركة، مسأله ١٣، ٣٣٥/٣.

٢- ١ . المبسوط: كتاب الشركة، ٣٤١/٢.

٣- ٢ . المصدر السابق، وينظر أيضا: المبسوط: البيع، الخراج بالضمان، ٦٦/٢.

٤- ٣ . قواعد الأحكام: المتاجر، فى المتعاقدين، ١٩/٢.

٥- ٤ . اللمعة الدمشقيّة: المتاجر، الفصل الثانى، /١١٠.

٦- ٥ . نهاية الإحكام: البيع، فى المعقود عليه، ٤٧٨/٢.

نسب(١) إلى الأصحاب - ثمّ ينسب إلى قيمة المجموع.

(و) حينئذٍ (يرجع) المشترى (على البائع) القابض للثمن (بحصّته من الثمن إذا لم يجز المالك) على حسب تلك النسبة التى بها انكشف مقدار ما يخصّه من الثمن؛ ضرورة أنّه لو قوّم منفردا من دون ملاحظة النسبة المزبورة وأُخذت قيمته من الثمن أمكن حينئذٍ فى بعض الأحوال استيعابها له، بل زيادتها عليه، فيبقى الآخر حينئذٍ بلا مقابلة شىء من الثمن كما هو واضح.

وإليه يرجع ما فى المبسوط(٢) وكذا الوسيلة(٣): يأخذه - المملوك - بما يتقسّط عليه من الثمن؛ أى: يأخذه بقسطه من الثمن، كما عبّر به فى التذكرة(٤) والتحرير(٥).

وكذا ما فى الدروس: يقسّط الثمن عليهما.(٦)

وما فى السرائر أيضا: «يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذى يتقسّط عليه، كما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير... وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشترى بثلثى الثمن»(٧).

وهو عين ما ذكرناه؛ ضرورة كون النسبة بما فرضه ذلك.

فمراد الجميع حينئذٍ واحد، وهو أنّه إذا كان المبيع من ذوات القيم - التى هى غالبا مختلفة زيادةً ونقصا - لابدّ فى معرفة تقسيط الثمن عليها من ملاحظة قيمتها التى هى

١- ٦ . كما فى إيضاح النافع (للقطيفى) على ما فى مفتاح الكرامة: المتاجر، فى المتعاقدين، ٦٤٥/١٢.

٢- ٧ . المبسوط: البيوع، تفريق الصفقة، ٨٥/٢.

٣- ٨ . عبارته «فإذا تبعّضت الصفقة كان المبتاع بالخيار... وبين الرضا ببيع ما صحّ واسترداد الثمن بقدر ما خرج مستحقّا». الوسيلة: البيع، بيع تبعّض الصفقة، /٢٤٧.

٤- ٩ . تذكرة الفقهاء: البيع، تفريق الصفقة، ٦/١٢ و ١٠ و ١١.

٥- ١٠ . تحرير الأحكام: المتاجر، عقد البيع وشروطه، ٢/(٢٧٧-٢٧٨).

٦- ١ . الدروس الشرعيّة: البيع، درس ٢٣٨، ١٩٦/٣.

٧- ٢ . السرائر ٢٧٦/٢.

متساوية الأجزاء وبدل العين وقائمة مقامها، ومعرفة النسبة منها فيوزّع الثمن عليها، وهو معنى ما فى الإرشاد من أنّه «يقسّط المسمّى على القيمتين»(١)؛ وذلک لتعذّر معرفته بملاحظة العينين»(٢).

أدلة صحة هذا البيع

١- الإجماع

قد مرّ فى كلمات القوم ادعاء الإجماع كما قاله الشيخ(٣) وابن زهرة(٤) والعلاّمة(٥) وجدى الشيخ جعفر(٦) وسيّد الرياض(٧) وصاحبا المفتاح(٨) الجواهر(٩).

وعن الأردبيلى أنّه هو المشهور(١٠) وكما أنّه هو الحق المشهور بين أصحابنا عند الفاضل النراقى(١١).

وفيه: إجماع القوم وإن كان موجودا ومحقَّقا ولكنّه إجْماعٌ مَدْرَكِيٌّ - كما اعترف به الاستاذ المحقّق - مدظله - -(١٢) فلا يغنى ولا يسمن من جوع.

١- ٣ . إرشاد الأذهان: المتاجر، فى المتعاقدين، ٣٦٠/١.

٢- ٤ . الجواهر ٢٣/(٥٠٣-٤٩٧) [٢٢/(٣١٢-٣٠٩)].

٣- ٥ . الخلاف ١٤٥/٣.

٤- ٦ . غنية النزوع /٢٠٩.

٥- ٧ . تذكرة الفقهاء ٦/١٢، قال: «ذهب فيه علماؤنا».

٦- ٨ . شرح القواعد ١١٤/٢.

٧- ٩ . رياض المسائل ٢٢٩/٨.

٨- ١٠ . مفتاح الكرامة ٦٤٣/١٢.

٩- ١١ . الجواهر ٤٩٨/٢٣ (٣٠٩/٢٢).

١٠- ١٢ . مجمع الفائدة والبرهان ١٦٢/٨.

١١- ١٣ . مستند الشيعة ٢٩٧/١٤.

١٢- ١ . العقد النضيد ١٠٧/٤.

٢- الإطلاقات والعُمُوْمات

نحو قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(١) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢) و «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»(٣) لأنّ هذه المعاملة بيعٌ وعقدٌ وتجارةٌ فيشمله اطلاق أو عموم الآيات الشريفة.

٣- انحلال العقد

يمكن انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة بحسب متعلّقه كما يمكن انحلال اللفظة الواحدة وتبعضها فى الإخبار والإنشاء. فحينئذ ينحل العقد إلى عقدين، عقد فى مال البائع وعقد فى مال الغير والعقد الأوّل صحيح ونافذ والثانى يحتاج إلى إجازة مالكه.

٤- صحيحة الصفار

صحيحة الصفار أنّه كتب إلى أبيمحمّد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكّة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّى قد بعت فلانا - يعنى المشترى - جميع القرية التى حدّ منها كذا، والثانى والثالث والرابع وإنّما له بعض هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشترى ذلک وإنّما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلّها؟ فوقع عليه السلام : لايجوز بيع ما ليس يملک، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملک.(٤)

وهذه الصحيحة نص فى المقام حيث كتب الإمام عليه السلام : «قد وجب الشراء من البائع على ما يملک». وهذا يعنى انحلال العقد إلى عقدين كما مرّ.

ويمكن استفادة الخيار منها لأنّه عليه السلام اوجب البيع على البائع لا على المشترى فله الخيار.

١- ٢ . سورة البقرة /٢٧٥.

٢- ٣ . سورة المائدة /١.

٣- ٤ . سورة النساء /٢٩.

٤- ٥ . وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وقال السيّد العاملى: «وخبر الصفار يسقط هذا الاعتبار»(١). أى احتمال بطلان البيع رأسا.

ويرى صاحب الجواهر هذا الاحتمال: «واضح الفساد بل كأنّه اجتهاد فى مقابلة النص ولم نعرفه لأحد من أصحابنا»(٢).

ويرى الشيخ الأعظم هذه الصحيحة «النص»(٣) فى المقام.

أدلة البطلان

١- التراضى والتعاقد إنّما وقع على المجموع

قال الشيخ الأعظم: «إنّ التراضى والتعاقد إنّما وقع على المجموع الذى لم يمضه الشارع قطعا، فالحكم بالإمضاء فى البعض مع عدم كونه مقصودا إلاّ فى ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير مادلّ على حكم العقد والشروط والتجارة عن تراضٍ، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد نبّه عليه فى جامع المقاصد(٤) فى باب فساد الشرط»(٥).

وبالجملة: شرط صحة التجارة هو التراضى والتعاقد عليها وكلاهما مفقودان فى المقام لأنّهما وقعا على المجموع بما هو المجموع لا على البعض.

ويمكن أن يقال: إنّ ما قُصد إنّما هو بيع المجموع وهو لم يقع فى الخارج، وما وقع فى الخارج ويحكم بصحته هو بيع البعض وهو لم يقصد، فما قُصد لم يقع وما وقع لم يقصد فالبيع يكون باطلاً من رأسه وأساسه.

وفيه: التراضى والتعاقد كما وقع على المجموع كذلك وقع على بعضه، ولأنّ قصد بيع ذات مال البائع نفسه موجود فى ضمن قصد بيع المجموع من مال نفسه ومال غيره

١- ١ . مفتاح الكرامة ٦٤٢/١٢.

٢- ٢ . الجواهر ٤٩٨/٢٣ (٣١٠/٢٢).

٣- ٣ . المكاسب ٥١٤/٣.

٤- ٤ . جامع المقاصد ٤٣١/٤.

٥- ٥ . المكاسب ٥٣١/٣.

فالتراضى والتعاقد على البعض موجود فى ضمن المجموع.

نعم، البائع لم يقصد استقلال بيع مال نفسه، ولا دليل على اعتبار قصد الاستقلال، والإطلاقات والعمومات تنفيان قصد الاستقلال.

والحاصل: بيع البعض مقصود كما أنّ بيع المجموع مقصود، والمقصود واقع فى الخارج كما حكم الشارع بصحته فى صحيحة الصفار الماضية.

٢- الإنشاء بسيط فلا ينحل إلى التعدد

بتقريب: بساطة الإنشاء من الواضحات لأنّها من الأُمور الاعتبارية، وإذا كان بسيطا فَلا ينحل إلى الصحيح والفاسد، لأنّه ليس مُرَكَّبا وليس ذاتَ أجزاءٍ حتّى ينحل بعدد أجزائه.

وفيه: نعم، الإنشاء بسيط وواحد صورة لكنّه بحسب المتعلَّق متعددا فينحلّ الإنشاء إلى إنشاءات متعددة وللانحلال أمثلة كثيرة:

نحو: بيعى الصرف والسَّلَم فإنّهما ينحلاّن ويصحّان فى المقبوض فى مجلس العقد ويفسدان فى غير المقبوض.

ونحو: بيع الوكيل أموال موكِّليه بعقدٍ واحدٍ فإنّ بيعها بإنشاءٍ واحد ينحلّ إلى بيوعٍ متعددة بعدد تلك الأموال.

ونحو: الوصية بأزيد من الثلث فإنّها تنحلّ إلى وصيتين، إحداهما تتعلَّق بالثلث وتصحّ والأُخرى بأزيد من الثلث وتقف صحتها على إمضاء الورثة.(١)

والحاصل: السيرة العقلائية تدلّ على الانحلال وإطلاق أدلة البيع تنفى اعتبار الاستقلال والانفراد فى صحة بيع مال الأصيل.

٣- جهالة الثمن توجب بطلان البيع

انحلال العقد يوجب جهالة الثمن بإزاء ما يملكه البائع، وهو يوجب بطلان البيع، لأنّ البائع لا يعلم بما يتقسط على ماله من الثمن حين البيع فى القيمى وفى المثلى إذا لم

ص:٣٥٥

١- ١ . راجع هدى الطالب ٦٠٢/٥.

يكن مقدار ماله معلوما له تفصيلاً، وَهذِهِ الجهالة تُوْجِبُ بطلان البيع.

وفيه: أوّلاً: الجهالَةُ مفقودة بعد ما سنبيّنه من محاسبة مقدار الثمن وكيفيته.

وثانيا: ما يوجب بطلان البيع إنّما هو الغرر(١) ولا غرر فى المقام بعد إمكان محاسبة مقدار الثمن.

كيفية تقسيط الثمن

اشارة

على أىّ حالٍ من إجازة المالک وعدمها لابدّ من تقسيط الثمن إمّا لتعيين سهم

المالک مع إجازته أو لما يرجع إلى المشترى مع عدمها.

وأمّا كيفيته: أن يقوّم كُلٌّ من المالَيْنِ أو الأموال منفردا بالقيمة السوقية ثمّ يؤخذ نسبة قيمتهما أو قيمتها إلى مجموع القيمتين أو القيم. ثمّ يحاسب النسبة مع الثمن المسمى مثلاً لو كان أحدهما خمسة آلاف دينار والآخر عشرة آلاف دينار تَصِيْرُ النسبة ٣١ و ٣٢ من مجموع الثمن المسمى.

هذا بالنسبة إلى غالب الموارد صحيح.

أمّا إذا كان للهيئة الاجتماعية دخل فى زيادة القيمة بالنسبة إلى حال الانفراد كجزئين من كتاب واحد أو مصراعى الباب أو كان لها دخل فى نقيصة القيمة بالنسبة إلى حال الانفراد نحو بيع الأمة الشابة مع وليدته الرضيعة أو المجوهرات الغالية فى فرض تعددها أو الآثار التاريخية كذلك كصورة تبسّم الجكوند [ژكوند] للدوانيچى أو أُسطوانة منشور كوروش الكبير السلطان الهخامنشى الإيرانى أو كان لها دخل فى زيادة قيمة أحدهما أمّا بالنسبة إلى الآخر توجب نقص قيمته فهذه ثلاثة أقسام.

ثمّ فى كلِّ قسم تارة توجب زيادة قيمتهما أو نقيصتها بالتساوى أو بالاختلاف فَتَصِيْرُ الأقسام ستة.

ثمّ فى هذه الصور الست ثلاثة طرق لأجل محاسبة تقسيط الثمن:

الطريق الأوّل وهو طريق مشهور الأصحاب قدس سرهم:

إنّ كلاً من المالين يقوّم منفردا

١- ٢ . كما فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ٥٠٣/٢.

بالقيمة السوقية - لا منضما إلى غيره - فيؤخذ لكل واحد منهما جزءٌ من الثمن المسمى يكون نسبة ذلك الجزء إليه كنسبة قيمة كلّ منهما إلى مجموع القيمتين.

نحو: لو باع كتابين أَحَدُهُما لنفسه والآخر لغيره وقيمة كل منهما منفردا ألْفا دِيْنارٍ ولكن قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ عشرة آلاف وباعهما بالعشرين. فَتَصِيْرُ قيمة كتاب البائع أربعة آلاف ويرجع الباقى - أى ستة عشر الف دينار - إلى المشترى.

وأنت ترى بأنّ البائع لم يقدم على بيع كتابه بهذا المقدار بل أقدم على بيعه فى مقابل عشرة آلاف وهذا التقسيط يكون ضررا عليه. فقاعدة لا ضرر يرتفع لزوم البيع لأجل دفع الضرر عنه فيكون له خيار الفسخ.

وتكون المحاسبة هكذا لو كانت الهَيْئَة الاجتماعية توجب تنقيص القيمة إلاّ أن يكون على المشترى وله خيار تبعض الصفقة وبنفس هذا الخيار يمكن دفع ضرره.

الطريق الثانى: وهو المنسوب إلى سلطان العلماء

الطريق الثانى: وهو المنسوب إلى سلطان العلماء(١): قال ما نصه: «وإبقاء الباقى

للبائع ظلم أيضا على المشترى، وإعطاء للبائع زائدا على حقه. كما أنّ ردّ الثمن بقدر نسبة أحدهما إلى قيمتهما مجتمعين ظلم على ما ذكره الشارح المحقّق - يعنى الشهيد الثانى - إلاّ أنّ الثانى أظلم. فالصواب أن يقوّما مجتمعين، ويقوّم ما للبائع منفردا، ويبقى من الثمن فى يد البائع بقدر نسبة قيمة ماله منفردا إلى قيمتهما مجتمعين، وتتمة الثمن تردّ إلى المشترى، وحينئذٍ لا ظلم لأحدٍ أصلاً»(٢).

مراده: أن يُقَوَّما مجتمعين بالقيمة السوقية ثمّ يقوّم ما للبائع منفردا، فيؤخذ النسبة بينه وبين الثمن المسمى وتردّ الباقى إلى المشترى.

نحو: لو كانَتْ قيمة كلّ من الكتابين منفردا ألفين ومُجْتَمِعَيْن أربعة بحيث تكونُ قيمتهما السوقية مُجْتَمِعَيْنِ ثمانية فَتُؤْخَذُ النسبة بين الكتاب الواحد منفردا ومجتمعين فَتَصِيْرُ النسبة الربع. ثمّ تُؤْخَذُ هذه النسبة من الثمن المسمى فلو كانت عشرين فيقابل

١- ١ . مرّت ترجمته فى الآراء الفقهية ٤/٥٥٤.

٢- ١ . حاشية سلطان العلماء /٦٥، و حكاه المحقّق الخوانسارى فى حاشيته عن سلطان العلماء/٣٥٩، وهامش الروضة البهية ٣١٦/١ (طبعة عبدالرحيم)، هدى الطالب ٦٢١/٥.

الكتاب الواحِد ربعه فيكون خمسة.

أقول: هذا الطريق وإن كان ضرره على البائع أقل من الطريق المشهور ولكن مع ذلک البائع يكون متضررا كما فى الطريق المشهور.

وقد نَسَبَ الإشْكَوَرِىُّ(١) هذا الطريق إلى الشيخ الميرزا محمّد الأصفهانى(٢) الشهير ب- «الديلماج»(٣) فى حواشيه على الروضة(٤) ولكنّى لم أجدها.

الطريق الثالث: ما ذكره الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله قال:

«إنّ الأولى فى كيفية التقسيط أنْ يقوّم كلّ منهما منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام، لا فى حال الانفراد، ثمّ يؤخذ لكلٍّ واحد جزء من الثمن نسبة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ إذ لو قوّم كل منهما منفردا لا فى حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما فى صور الاختلاف، مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام، والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنّف قدس سره - فيما إذ قوّم أحدهما منفردا باثنين، ومنضما بأربعة، والآخر منفردا بأربعة، ومنضما

باثنين - أن يكون لمالک الأوّل ثلث الثمن وللمالک الثانى ثلثاه، مع أنَّ قيمة مال الأوّل فى حال الانضمام ضعف قيمة مال الثانى فى تلک الحال، فينبغى أنْ يكون للأوّل الثلثان، وللثانى الثلث، وهكذا فى سائر صور الاختلاف، وأما على ما ذكرنا فلا يلزم نقص فى مورد من الموارد»(٥).

مراده: قيمة كلّ من المالين فى حال الانضمام مع غيره لا منفردا ثمّ تُؤْخَذُ النسبة بينه وبين القيمة السوقية - الثمن المثل - ثمّ تُؤْخَذُ النسبة من الثمن المسمى، فمثلاً لو كان قيمة كلّ منهما مجتمعين خسمة الآف وتصير القيمة السوقية - الثمن المثل - عشرة آلاف وكان الثمن المسمى عشرين ألْفا فَتَصِيْرُ قيمة كلّ منهما عشرة آلاف.

۱- ۲ . بغية الطالب ٤٤٦/١.

۲- ۳ . ذكره العلاّمة الطهرانى فى طبقات أعلام الشيعة، القرن الحاديعشر /٥١٧.

۳- ٤ . لفظٌ تركىٌ، بالفارسية يعادل: ترجمان، مترجم، سخن گذار.

٤- ٥ . ذكرها العلاّمة الطهرانى فى الذريعة ٩٦/٦، رقم ٥١٣.

٥- ١ . حاشية المكاسب ٣٢٨/٢.

وبهذا البيان يُدْفَعُ الضرر عن البائع ولكن يتوجه الضرر على المشترى لأنّه اشترى كتابا واحدا بقيمة الانضمام ولكن له خيار تبعض الصفقة وبه يمكن له أن يدفع الضررعن نفسه.

أقول: أنت ترى بأنّ الطريقين الأَوَّلَيْنِ لايدفعان الضرر عن البائع والثالث يتوجه الضرر على المشترى، فالأصح عندى الطريق المشهور مع رفع لزوم البيع بقاعدة لا ضرر للبائع بحيث لايتضرر من هذا التقسيط، فله الخيار لفسخ بيعه فى فرض ترتب الضرر عليه.

هذا كلّه فى تقسيط الثمن فى القيميات.

وأمّا تقسيط الثمن فى المثليات

اشارة

فقال الشيخ الأعظم: «أمّا المبيع المثلى: فإن كانت الحصّة مشاعة قُسّط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلٌّ من حصّتى البائع والأجنبىّ بما يخصّه، وإن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة كان الحكم كما فى القيمى: من ملاحظة قيمتى الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع، فافهم»(١).

مراده قدس سره : وجود صُوْرَتَيْنِ فى المبيع المثلى:

الصورة الاولى:

أن يكون المبيع مشتركا بينهما بنحو الإشاعة فحينئذ يقسّط الثمن بينهما على حصتهما من النصف أو الثلث أو الخمس أو غير ذلک.

الصورة الثانية:

تكون حصة كلّ واحد منهما مُعَيّنةً بمعنى تَشَخُّصِها وإفرازِها كما

لو كان هناک أكياس من الحنطة مع تعيّن ما يملک كل منهما فباعها أحد المالكين بعشرة الآف دينار فردّ غير البائع بيع حصته فيجرى حكم القيمى بما مرّ.

واعترض عليه المحقّق النائينى بقوله: «ولا يخفى إنّ شيئا من الضابطين لا ينضبط على الوجه الكلّى:

أمّا الأوّل: فلانتقاضه بما إذا كان لإحدى الحصتين فى حال الاجتماع قيمة أكثر

ص:٣٥٩

١- ٢ . المكاسب ٣/٥٢٠.

من قيمتها فى حال الإنفراد كما إذا كان مَنٌّ من الحنطة فى حال الاجتماع مع تسعة امنان أعلى قيمة لأجل صيرورته مرغوبا إليه فى ضمن العشرة ولكنّه منفردا لا يرغب إليه بما يرغب إليه فى حال الاجتماع فتقسيط الثمن حينئذٍ على نفس المبيع ليقابل كلّ من الحصتين بما يخصه لايفيد فى تعيين قيمة حصة الأجنبى كما لا يخفى.

وأمّا الثانى: فلانتقاضه بما إذا كانت الحصتان المفروزتان كلّ من صبرة واحدة فلا يكفى حينئذٍ قيمة كلّ واحدة ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين والأخذ من الثمن بتلک النسبة بل لابدّ من أن يقابل كلّ

من الحصتين بما يخصه من الثمن كالمثلى فلا يكون موافقا مع القيمى فى الحكم ولعلّه إلى المناقشتين أمر بالفهم»(١).

وتبعه السيّد الخوئى وقال: «ولكنّا لم نفهم ما أراده [الشيخ الأعظم] قدس سره من هذا الكلام، فإنّ ما ذكره من ملاحظة القيمتين فى صورة الافراز، إن كان من جهة اختلاف الحصتين فى القيمة من حيث الجودة والرداءة فهو متين إلاّ أنه لا يظهر من عبارته. وإن كان من جهة اختلاف قيم الأشياء باختلاف مقدارها قلّة وكثرة فهو لايختص بفرض الافراز بل يجرى فى فرض الاشاعة أيضا فإنّ كميّة من الطعام إذا بيعت بقيمة فنصف تلك الكمّية قد تباع بأقل من نصف القيمة أو أكثر حسسب اختلاف الرغبات. فالصحيح أنّ المثلى حكمه حكم القيمى مطلقا»(٢).

وتبعهما المحقّق المروج وقال فى ذيل أمره بالتفهم: «ولعلّه إشارة إلى منع إطلاق ما أفاده فى الصورتين:

أما الصورة الأولى: فلاختصاص كلامه بما إذا لم يكن لإحدى الحصتين حال الاجتماع قيمةٌ أكثرُ من قيمتها حالَ الإنفراد، لفرض إختلاف الرغبات، فربّما كانت الرغبة فى شراء تسعة أمنان من الحنطة - منضمةً إلى منٍّ آخر - أزيد من شراء التسعة مستقلةً.

وربّما ينعكس الأمر، فيكون وصف الاجتماع مؤثرا فى إنخفاض القيمة.

١- ١ . المكاسب والبيع ٣١٢/٢.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٢١/٢.

فما أفاده قدس سره من تقسيط الثمن على نفس المبيع لمجردّ كونه مثليّا لا يخلو من شىء.

وأمّا الصورة الثانية: فلإنتقاض كلامه بما إذا كانت الحصّتان المفروزتان متساويتين من جميع الجهات الدخيلة فى التموُّل، إذ يتعيّن حينئذٍ مقابلة كلّ حصة بما يخصّها من الثمن كالمثلى، ولا وجه لإجراء حكم القيمى عليه.

نعم، يحتمل كون مفروض كلامه إختلاف الحصتين المفروزتين بالجودة والرداءة، بأن كانت إحْداهُما حنطةً جيِّدةً، والأُخرى رديئة، إذ يتعيّن إجراءُ حكم القيمى عليهما.

لكن يشكل هذا الاِحتمال بإمكانه فى صورة الإشاعة أيضا، فلا وجه لاختصاصه بالصورة الثانية»(١).

أقول: والتحقيق جريان حكم القيمى فى المِثْلِيّاتِ أيضا كما صَرَّحَ به السيّدُ الخوئى رحمه الله .(٢)

هذا تمام الكلام فى المسألة الرابعة، والحمدُ للّهِ الَّذِىْ بِنِعْمَتِه تَتُمُّ الْصّالِحات.

ص: ٣٦١

١- ١ . هدى الطالب ٦٢٥/٥.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٢٢/٢.

المسألة الخامسة: لو باع من له نصف الدار، النصف

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار، فَإنْ علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلاّ فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلاّ مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حمله على نصفه المملوك له، وحمله على النصف المشاع بينه وبين الأجنبىّ».(١)

أقول: من المعلوم أنّ مقدار النصف والدار فی کلامه ورد من باب المثال وإلاّ لا فرق بین النصف وسائر الکسور کما لا فرق بین الدار وغیرها من الأموال غیر المنقولات والمنقولات. ثمّ إنّ هاهنا ثلاث صور:

الصورة الأُولی:

باع النصف المفروز من حصته المملوکة فیدخل بیعه فی بیع ما یَمْلِک.

الصورة الثانیة:

باع النصف الآخر المفروز من حصة شریکه فیدخل بیعه فی بیع الفضولی.

الصورة الثّالِثَة:

اشارة

لم یحرز قصد البائع تفصیلاً أنّه باع حصته خاصة أو حصة شریکه أو باع النصف علی نحو الإشاعة بحیث باع ربع ماله مع ربع مال شریکه وبناءً علی الاحتمال الأخیر فیدخل بیعه فی بیع ما یَمْلِک وما لا یَمْلِک.

وبعبارة أُخری: «تارة یظهر بالقرائن الداخلیة أنّ المراد بالنصف هو نصفه المختصّ به أو نصف الغیر أو النصف من نصفه والنصف من نصف الآخر وهکذا، وهذا ممّا لا کلام لنا فیه.

وأُخری: یرید البائع مفهوم نصف الدار عرفا من دون قصد شیء من خصوص نصفه أو نصف الآخر، فهل یؤخذ بظاهر هذا الکلام ویکون حجّة علی تعیین المبیع واقعا

١- ١ . المكاسب ٣/٥٢١.

من النصف المملوک أو المملوک للغير وهكذا، ولا ينبغى الإشكال فى أنّ الظهور فى مقام الإثبات حجّة على تعيين المراد فى مقام الثبوت، وحينئذ فيقع الكلام فى أنّ نصف الدار ظاهر فى أىّ نصف من النصفين؟

وثالثة: نعلم أنه أراد واحدا من النصفين بخصوصه أو النصف من كلِّ نصف إلاّ أنه لا قرينة على تعيين أحد هذه الاحتمالات فلا يُعرف مراده الواقعى، وفى هذه الصورة أيضا يؤخذ بظاهر النصف، لأنّ الظهور فى مقام الإثبات حجّة على تعيين المراد الواقعى، وهذا القسم أيضا داخل فى محل الكلام فلا وجه لحصره بالصورة الثانية كما فى كلام شيخنا الأنصارى(١) قدس سره »(٢).

ولكن ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّه تارة يُعلم مراد البائع من النصف تفصيلاً من أنّه أراد نصفه أو نصف غيره أو النصف المشاع فيعمل به، وإن لم يُعلم التفصيل من النصف ففيه احتمالان:

الأوّل: حمل النصف على نصف البائع المملوک له وهو الصورة الأولى فى مقالنا.

الثانى: حمله على النصف المشاع بينه وبين غيره. وهو الاحتمال الثالث فى الصورة الثالثة فى مقالنا.

وَمَنْشَأُ الاحتمال الأوّل عند الشيخ الأعظم(٣) أمران:

١- الظهور المقامى لكلمة النصف فى ما يختص بالبائع لا المختص بالشريک ولا المشاع بينهما وذلک لاقتضاء مقام التصرف المعاملى كون المتصرِّف سلطانا على ما يتصرف فيه بالملكية ولأنّ السيرة العقلائية تدلّ على إعتبار ملكية فى البائع. فبهذه القرينة انصرف اطلاق لفظ «النصف» إلى النصف المختص بالبائع.

٢- الإنشاء هو إيجاد المُنْشَأ فى عالم الاعتبار بالقول أو الفعل. وظهور إسناد الإنشاء إلى البائع هو إضافة البيع إلى نفسه ووقوعه فى ماله المختص. لا مال غيره ولا

١- ١ . المكاسب ٥٢١/٣.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٢٢/٢.

٣- ٣ . المكاسب ٥٢١/٣.

المال المشاع بينه وبين غيره لأنّ الأخيرين يحتاجان إلى مؤونة زائدة على قصد الإنشاء وهى إمّا قصد وقوع البيع للغير - إذا وقع فضوليا عن الغير - أو قصد وقوعه لنفسه إذا وقع فرض مال الغير مال نفسه كما فى البيع الغاصب أو الصورة الثالثة من صور بيع الفضولى وهى أن يبيع مال الغير لنفسه.

وأمّا منشأ الاحتمال الثانى عند الشيخ الأعظم(١): ظهور كلمة النصف فى الحصة

المشاعة من مجموع النصفين أى ربع مال البائع وربع مال شريكه.

فحيث يجرى الاحتمالان فيصير لفظ النصف مجملاً فى جهة تعارض ظهوره فى المشاع مع ظهور التصرف والانشاء فى نصيبه المختص به ولا ترجيح لأحد الاحتمالين فتعيين مقصود البائع من النصف مشكل.(٢)

اعتراض الشيخ الأعظم على فخرالمحقّقين

اشارة

قال والده العلاّمة فى القواعد: «ولو باع مالک النصف النصف انصرف إلى نصيبه ويحتمل الإشاعة فيقف فى نصف نصيب الآخر على الإجازة»(٣).

وقال فى نهايته: «ولو كان مالكا لنصف العين، فباع النصف مطلقا انصرف إلى نصيبه صرفا للعقد إلى الصحة. ويحتمل الإشاعة كالإقرار ولأنّه حقيقة اللفظ، فيقف فى نصف نصيب الآخر على الإجازة...»(٤).

وقال ولده الفخر فى ذيل كلامه والده فى القواعد: «لأنّ الأصل فى البيع اللزوم ولهذا يحكم به عند الإطلاق وعدم العلم بالموانع، وإنّما يختلف عنه لعارض معروف ولم يوجد، ولأنّه لو قال: بعتُك غانما وهو اسم مشترک بين عبده وعبد غيره حُمل على عبده إجماعا فكذا فى المُتَواطِى ء وهو الأقوى عندى. ووجه الإشاعة: أنّ المبيع صالح لملكه وملک غيره ولهذا يقبل التقييد لكلٍّ منهما ولفظ النصف إذا أُطلق يُحمل على الإشاعة، ولم

١- ٤ . المكاسب ٥٢١/٣.

٢- ١ . هدى الطالب ١٢/٦.

٣- ٢ . قواعد الأحكام ٢٠/٢.

٤- ٣ . نهاية الإحكام ٤٧٩/٢.

يجعل الشارع صحة التصرف قرينة فى المجازات والمشتركات...»(١).

واعترض عليه الشيخ الأعظم(٢) بأنّ قياس بيع النصف عَلى بيع غانم فى مثاله مع الفارق إذ المعارض فى مثال الفخر مفقود ولكن فى بيع النصف المعارض موجود وهو ظهور لفظ «النصف» على الإشاعة وهو النصف المشاع.

بتوضيح منّا: إنّ اشتراک لفظ غانِم بين عبد البائع وعبد غيره يوجب إجمال لفظ غانم ابتداءً ولكِنْ فى المقام إطلاقان يرفعان هذا الإجمال وهما: ظهور التصرف فى ملكية المتصرَّف فيه للمتصرِّف وظهور الإنشاء فى إنشاء البيع لنفس البائع لا لغيره وليس فى

البين معارض.

ولكن فى بيع النصف يوجد معارض لهذين الإطلاقَيْنِ وهو ظهور لفظ النصف فى الإشاعة وليس لفظ النصف مجملاً بين النصف المشاع والحصة المختصة بالبائع، كما مرّ فقياس الفخر يكون مع الفارق.

ويمكن أن يُدافَعَ عن فخرالمحقّقين: أوّلاً: ليس للفظ النصف ظُهُوْرٌ فى الإشاعة بمعنى المُشاع بين الحصتين وإنّما هو ظاهر فى المُشاع فى مقابل النصف المعيّن، كما قيل(٣)، وعليه يكون مثل بيع غانم فى مثال الفخر مجملاً ويرفع الإجمال بقرينتى مقام التصرف وظهور الانشاء.

وثانِيا: لو فُرض ظهور لفظ النصف فى الإشاعة بمعنى المُشاع بين الحُصَّتَيْنِ، كما يمكن رفع إجمال لفظ النصف بالقرينتين كذلک يمكن نفى هذا الظهور بهما واختصاص لفظ النصف بحصة البائع نفسه.

فقياس الفخر تام ولا يردّ عليه.

محاولة المحقّق النائينى لحلِّ إجمال الشيخ الأعظم

اشارة

قال: «ومما ذكرناه من تحقيق المقام تظهر المناقشة فيما أفاده المصنف [الشيخ

١- ٤ . إيضاح الفوائد ٤٢١/١.

٢- ٥ . المكاسب ٥٢٢/٣.

٣- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٢٥/٢، وَسَتَأْتى المناقشة فيه فى نقد محاولة السيّد الخوئى فانتظر.

الأعظم] فى الكتاب من وجوه:

منها: قوله: «إنّ المعارض لظهور النصف فى المُشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع فى مقام التصرف أو ظهور التمليک فى الأصالة»، ووجه المناقشة فيه: هو ما عرفت من أنّه ليس للفظ النصف ظهور فى المُشاع أو انصراف إليه حتّى يعارض مع ظهور شىء آخر فى النصف المختص بل حمله على الإشاعة فيما يحمل عليه ناش عن عدم المعين ومع وجود معين فى البين أى معين كان ينعدم وجه الحمل على الاشاعة وعلى هذا فلا ينتهى الأمر إلى معارضته بشىء أصلاً.

ومنها: الترديد فى معارضه بين انصراف اللفظ إلى مال البائع فى مقام التصرف أو ظهور التمليک فى الأصالة حيث قد عرفت أنّ منشأ الحمل على النصف المختص بالبائع هو انتفاء الأمرين المتقدمين وانصراف اللفظ فى مقام التصرف إلى مال البائع لا ظهور التميک فى الأصالة.

ومنها: إنّه لا معنى محصل لظهور التمليک فى الأصالة كما لا يخفى.

ومنها: قوله: بأن ظهور النصف فى المُشاع ظهور المقيد وهو وارد على ظهور المطلق» إذ قد عرفت انتفاء الظهور فى النصف المُشاع حتّى يكون ظهورا فى المقيد مع أنّه على تقدير الظهور أيضا لا يكون ظهور المتعلّق من باب ظهور المقيّد لعدم تعيّن المطلق للقرينية بل لابدّ من تقديم أقوى الظهورين لو كان وإلاّ فالحكم هو الإجمال.

وقد تحصل مما ذكرناه أنّ الحمل على الإشاعة بين الحصتين إنّما هو فيما إذا لم يكن معيِّن فى البين موجب لتعيّن إرادة إحدى الحصتين وإلاّ فالمتعين هو الحمل على ما قام عليه المعيِّن، ففى بيع نصف الدار الموجب لتعيّن حصة البائع نفسه موجود وهو صدور البيع عنه مع صلاحية حصة نفسه لأنْ يكون مبيعا نظير بيع الكلّى فى الذمة فإنّه لا يحتاج إلى اسناده إلى ذمّته بل عدم اسناده إلى ذمة غيره كاف فى اسناده إلى نفسه، وكذا المقام فانّ صلاحية حصة نفسه لأن يكون مبيعا مع عدم اسناده إلى غيره كاف فى صحة اسناده إليه فالمعيِّن فى المقام هو ظهور الفعل والفاعل والمتعلّق جميعا فى كون المبيع حصة نفسه الحاكم على ظهور النصف فى نفسه فى الحصة المشاعة بين الشريكين.

ص:٣٦٦

وهذا بخلاف ما لو باع الأجنبى فضوليا نصف الدار التى هى مشتركة بين إثنين فإنّه لا معيِّن لصرف المبيع حينئذٍ إلى حصة أحدهما معينا فيكون المبيع نصف الدار منهما مشاعا ومن كلٍّ منهما نصف نصيبه وهو الربع من الدار»(١).

نقد محاولة المحقّق النائينى

يرد عليه أوّلاً: لم يكن بين الظهورات ظُهُوْرٌ يسمّى بالظهور الحاصل من عدم المعيِّن، لأنّ الظهورات الواردة فى الإنشاءات إمّا وضعى أو انصرافى أو إطلاقى، وليس هُناكَ قِسْمٌ رابعٌ، فلابدّ أن يدخل هذا الظهورُ الاِدِّعائِيُّ فى أحد الظهورات المتقدمة، فلا محالة يدخل فى الظهور الإطلاقى.

وثانيا: لا معنى للظهور التعليقى فى مقابل الظهور التنجيزى، لأنّ الظهور إمّا موجود وإمّا مفقود، فليس فى الْبَيْن ظُهُوْرٌ تَعلِيْقِىٌ كما ادَّعاه. عَطَّرَ اللّهُ مَثْواه.

وثالثا: ثمّ على فرض تقييد أحد الظهورين على الآخر، ظهور التصرف فى مال المتصرِّف يكون اطلاقا فعليا وظهور النصف فى النصف المشاع يكون اطلاقا لفظيا، فلابدّ

من تخصيص الاطلاق الفعلى بالاطلاق اللفظى لأنّ الفعل ليس له اللسان، لا عكسه الذى فعله المحقّق النائينى.

مُحاولة المحقّق الإيروانى لحلِّ إجمال الشيخ الأعظم

اشارة

قال: «وبالجملة: لاريب فى ظهور الكسر من النصف والثلث والربع فى الكسر المشاع فى ما أضيف إليه ذلک الكسر، فإذا وقع فى حيّز البيع أو غيره من النواقل وكان ما أضيف إليه كلاً ملكا للبائع انتقل منه مقدار ذلک الكسر مشاعا بمعنى أنّه يزول علقته من الجميع إلى ما عدا ذلک الكسر ويشاركه المشترى فى العين شركةً إشاعيّةً بمقدار ذلک الكسر.

أمّا لو كان مالكا مقدارا ممّا أضيف إليه ذلک الكسر يوازى ذلک الكسر أو ينقص فلا تخلو الحال إمّا أن يعلم أنّه أراد نقل علقته أو نقل علقة الغير أو نقل مقدار من علقته

١- ١ . المكاسب والبيع ٣١٧/٢ و ٣١٨.

ومقدار من علقة الغير فلا إشكال فى اتّباع قصده، أو لا يعلم ذلک سواء علم أنّه لم يزد فى القصد على قصد مفهوم ما أطلقه من اللفظ أم علم أنّه أراد مضافا إلى ذلک نقل علقةً خاصّة لم يعلم أنّه علقته أو علقة شريكه أو بالتبعيض أو جهل ولم يعلم تحقّق القصد على ما يزيد على مفهوم اللفظ وعدم تحقّقه، والحكم فى الجميع واحد وهو الحكم بانتقال علقة البائع إلى المشترى وقيام المشترى مقامه فى الشركة الإشاعيّة مع الشريک.

وذلک أنّه إذا باع وهو مالک توجّه إليه خطاب «أَوْفُوا» وانتزع منه الوضع ووجب عليه الخروج عن العهدة؛ لأنّ العقد عقده بالإضافة الأوّليّة، وإنّما يصير عقدا للغير بالقصد إلى نقل مال الغير وإزالة علقته والفرض أن ليس مثل هذا القصد متحقّقا أو لا يعلم به.

فأمّا فی ما ليس هذا القصد متحقّقا فلا إشكال، وأمّا فی ما لم يعلم واحتمل تحقّق هذا القصد فلأنّ منصرف اللفظ وظاهره أنّه مقصود لنفسه وقصد به إزالة علقته وملكه، ولذا ادّعی فخرالدين فی بيع الغانم المشترک بين عبده وعبد غيره الإجماع علی حمله علی عبد نفسه.

ومن ذلک ظهر ما ينبغی أن يجعل مَطْرَحا للبحث فی المقام وأنّ النصف هو النصف المُشاع فی جميع الصور، ونصفه المملوک ليس شيئا ممتازا وراء النصف المشاع فی مجموع الدار، وأمّا النصف المشاع بينه وبين ما يستحقّه شريكه فممّا لم نتصوّر حتّی نتصوّره حتّی نحمل عليه لفظه أو لا نحمل.

وأمّا احتمال إرادة النصف الكلّی فی المعيّن المختلف فی الأثر مع الأوّل فذلک ممّا

لا يضرّ فی ما هو المبحوث عنه فعلاً؛ فإنّ العقد محكوم بأنّه عقده والخطاب خطابه إلی أن يتحقّق كون العقد عقد شريكه بتحقّق قصده إلی نقل مال شريكه فيكون بيع الكلّیّ الّذی يملک هو فردا منه وبيع الكسر المشاع فی حكم واحد، وعلی كلِّ حالٍ يجب دفع ما ملكه وفاءً عن العقد»(۱).

ص:۳٦۸

۱- ۱ . حاشية المكاسب ۲/۳۵۵ و ۳۵٦.

نقد محاولة المحقّق الإيروانی

ويرد عليه: اثبات الموضوع المتقدم ذاتا بالحكم المتأخر رتبة محالٌ، وهذه الاستحالة من ملازمات كلامه قدس سره ، لأنّ متعلَّق خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱) ليس مطلق العقد، بل العقد المضاف إلی

البائع وتعيين عقد البائع المتقدّم ذاتا وزمانا ورتبةً لأنّه موضوع، بما هو متأخر عنه رتبةً وزمانا وهو حكم وجوب الوفاء مستحيل، فلا يعقل أن يدلّ ويعيّن «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» متعلَّق البيع الصادر قبل توجّه هذا الخطاب إليه وبيّن بأنّه - متعلّق البيع - هو النصف المختص، فلا يتم ما ذكره قدس سره .

محاولة المحقّق السيّد الخوئى

اشارة

قال قدس سره : «وتوضيح ذلک أنّ لفظ النصف لم يوضع فى اللغة للنصف المُشاع بل لمطلق النصف من الشىء ولا أنّه منصرف إلى النصف المشاع عند إطلاقه وعليه فلا وجه لدعوى اختصاصه بالنصف المشاع فيكون الغرض منه فى المقام هو الكلّى.

وتوهم انّ البائع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشية السيّد(٢).

فاسد فإنّ النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملک كلّى يحتمل أن يكون النصف الذى يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترک بين البائع والشريک وحينئذ فيكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الإجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص.

وذلک فإنّه وإن صح بيع مال الغير فضولة ولكن مُقْتَضى كونه مال الغير يمنع عن شمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» للبائع وانّما يشمل المالک المجيزَ حين إجازته وفى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعا ولا انصرافا لا دافع لشمول دليل

الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف

١- ٢ . سورة المائدة /١.

٢- ٣ . حاشية المكاسب ٣٣٠/٢، للفقيه اليزدى.

المختص كما أنّ الامر كذلک فى بيع غانم المشترک بين عبده وعبد الغير فكما أنّه، لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكذلک فى المقام لكون النصف هنا أيضا مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريک فكأنّ ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه يرفع الإجمال فكذلک فى المقام بلا زيادة ونقيصة، فكما أنّ البائع فى بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد وهكذا هنا أيضا فافهم.

وعلى هذا فيصح ما ذهب إليه المشهور من كون الكلام ظاهرا فى النصف المختص دون المشاع أو حصة الشريک»(١).

نقد محاولة السيّد الخوئى

يرد عليه ما أُوردتُهُ على المحققَيْن النائينى والإيروانى لأنّ محاولته مأخوذة من محاولتهما، مضافا إلى ورود نقضين عليه وهما:

الأوّل: إنّه قدس سره اعترف فى «مسألة الإقرار بأنّ نصف الدار لزيد مع كونها مشتركة بالإشاعة بين المقرّ وشخص آخر حيث أنّ الإقرار إخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير إخبارا عن واقع نصف الدار - لا فى نصفه المختص - فهو مشترک بين المقرّ وشريكه الآخر...»(٢).

فاعترف قدس سره بأنّ ظهور لفظ النصف يكون فى الكسر المُشاع، وأمّا الفرق بين هذا الظهور فى الإخبار والانشاء - كما فَرَّقَ بينهما السيّد الخوئى رحمه الله - غير تام، لأنّ متعلّق الانشاء ليس مفهوم لفظ النصف الذى يعدّه أمرا كليّا، بل متعلَّق الإنشاء أيضا حقيقة نصف الدار مثلاً وواقعه الخارجى لا مفهومه، لأنّ المعاملات لا تَتَعَلَّقُ بالمفاهيم بل بالمصاديق والحقائق والواقعيات

الخارجية. فلا فرق بين الإقرار والإنشاء فى هذا المجال، فيكون الاِعْترافُ بظهور بالنصف فى الإشاعة، نقضا عليه فى المقام.

الثانى: اعترف هو قدس سره والمشهور فى مسألة الخمس بقوله تعالى: «وَاعْلَمُوا أَنَّما

١- ١ . مصباح الفقاهة ٤/٤٠٧ و ٤٠٦.

٢- ٢ . مصباح الفقاهة ٤/٤٠٧.

غَنِمْتُمْ مِنْ شَىْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ»(١) على أنّ الخمس يتعلّق بالأموال على نحو الإشاعة فى العينية والشركة فيها. والوجه فيه ظهور كلمة الخمس فى الآية الشريفة على الإشاعة

والكسور كلّها على نهج واحد ومنها النصف فيكون ظاهرا فى الإشاعة.

قال فى تقرير خمسه: «... وأمّا فى باب الخمس فالأدلة بين ما هو ظاهر فى الإشاعة والشركة الحقيقيّة وبين ما لاينافى ذلک، فمثل قوله تعالى: «فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ» ظاهر فى أنّ المتعلَّق خمس المغنم نفسه على نحوٍ يكون الخمس المشاع للمستحقّ والأربعة أخماس الباقية للمالک نظير قولک: بعتُ أو وهبتُ خمس الدار الذى هو ظاهر فى الكسر المشاع بلا إشكال.

وهكذا قوله عليه السلام فى موثقة سماعة: «ما أفاد الناس من قليل أو كثير ففيه الخمس»(٢) فإن الكسر المشاع جزءٌ من المركب المشتمل عليه...»(٣).

ولذا ذهب تلميذه الأُستاذ المحقّق(٤) - مدظله - إلى عدم إمكان الجمع بين عدم ظهور لفظ «النصف» فى الإشاعة مع ما أفتى به فى مسألة الخمس من أنّه يتعلّق بالأموال على الإشاعة.

مضافا إلى أنّه لو تمّ ما ذكره هنا فى المقام يلزم منه اتحاد كيفية تعلّق الزكاة بالأموال مع كيفية تعلّق الخمس بها مع أنّه قدس سره يفصل بينهما ويلتزم بأنّ كيفية تعلّق الزكاة بالأموال تكون على نحو الكلّى فى المعيّن أو الشركة فى المالية(٥)، لا على نحو الإشاعة فى العينية والشركة فيها.

وبهذين النقضين لابد له قدس سره أن يلتزم بظهور كلمة النصف فى الإشاعة فى المقام فيتعارض مع ظهور التصرف ويعود اجمال الانشاء. والحمد للّه.

ص:٣٧١

١- ٣ . سورة الأنفال /٤١.

٢- ١ . وسائل الشيعة ٥٠٣/٩، ح٦، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٣- ٢ . المستند فى شرح العروة الوثقى ٢٩٣/٢٥ من طبع موسوعة الإمام الخوئى رحمه الله .

٤- ٣ . العقد النضيد ١٢٨/٤.

٥- ٤ . المستند فى شرح العروة الوثقى ٢٩٣/٢٥ من طبع موسوعة الإمام الخوئى رحمه الله .

المسألة فى منظور الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله

اشارة

قال قدس سره : «لا بأس بالاشارة إلى ما يقتضيه التحقيق عندى على وجه الإجمال:

اعلم أنَّ التكلّم فى هذه المسألة فى مقامين:

أحدهما: فيما إذا عُلِم كون مراد البائع من النصف شيئا معينا من نصفه المختص أو المُشاع فى الحصتين، ولم يعلم التعيين، فيكون الغرض تشخيص مراده.

الثانى: فيما إذا علم أنَّه لم يقصد إلاّ مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو

من الحصتين، بأنْ علم عدم إلتفاته إلى شيء وراء مفهوم اللفظ.

والظاهر أنَّ محل كلام من تعرّض للمسألة من الفقهاء المقام الأوّل، لكن المصنّف [الشيخ الأعظم] قدس سره وصاحب الجواهر حملا محل كلامهم على المقام الثانى، وهو بعيد فى الغاية؛ إذ عليه لا يبقى محل للتمسک بظهور المقام أو غيره فى مقابل ظهور النصف فى الإشاعة؛ إذ الرجوع إلى الظهورات إنَّما هو لتشخيص المرادات، والمفروض أنَّ المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه أو ملک غيره، وإنّما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس إلاّ الاشاعة.

ودعوى: أنَّ بناءهم على العمل بالظهورات النوعية ولو مع العلم بعدم التفات المتكلِّم إلى الخصوصيات كما يظهر من مراجعة كلماتهم فى باب الوقف والوصية والحلف والنذر ونحوها؛ حيث إنَّهم يقولون إنَّ الظاهر من اللفظ الفلانى كذا وكذا، أو ينَصرف إلى كذا أو لا، فتراهم يقولون لو حلف أنْ لا يدخل الدار هل ينصرف إلى كذا أو لا، مع أنَّ الْمَفْرُوْضَ أنَّ المتكلِّم لم يتوجه ذهنه إليه أبدا.(١)

مدفوعة: بأنَّ المفروض فى تلک الفروع القصد إلى مفهوم اللفظ، فيكون قصدا إجماليا إلى جميع ما يندرج فيه من الخصوصيات، وهذا بخلاف المقام فانَّ المفروض أنّه لم يقصد خصوصية ملكه أو الحصة المشاعة فى الملكين، فكيف يمكن الحمل على الأوّل مع عدم قصده؟! ومن المعلوم أنَّ مقتضى التعليق على مفهوم النصف - من غير

١- ١ . كذا جاء فى كلامه قدس سره . وَهذا مَوْضِعُ (قَطّ) لا مَوْضِعُ (أَبَدا) والمقامُ لا يسع البسط.

لحاظ الخصوصية - الإشاعة.

وأما دعوى: وجوب العمل بهذا الظهور تعبدا من جهة أنَّه أوجد العقد، فيجب عليه العمل به؛ لعموم وجوب الوفاء.

ففيه: ما سيأتى من أنَّه إنَّما يجب الوفاء على من له العقد، لا على مَنْ عقد، ومن له العقد فى الفرض هو وشريكه بعد عدم قصد الخصوصية.

وكيف كان فأمّا المقام الأوّل: فانْ كان مع فرض عدم معلومية توارد الإيجاب والقبول على شىء واحد، بأنْ لم يعلم كون قصد المشترى موافقا لقصد البائع فالظاهر البطلان، فإذا قال «بعتك نصف الدار» ولم يعلم المشترى أنَّ قصده خصوص نصفه أو نصف الدار على سبيل الإشاعة بين الحصَّتَيْنِ، فلا يرد قبوله على ما ورد عليه الإيجاب.

وبعبارة أخرى: لابدَّ من تعيين أحد الأمرين قبل البيع، ومع عدمه يبطل لمكان عدم التعيين عندهما.

إلاّ أنَّ يقال: إذا فرض معلومية كون قصد المشترى إلى خصوص حصة البائع، والمفروض أنَّ ظهور المقام يقتضى كون مراد البائع أيضا ذلك فيكونان واردين على محل واحد، وكان الشك فى تعيين ذلك بأنْ اختلفا فيه بعد اتِّفاقِهِما على كون الصادر منهما هو البيع الصحيح فهنا يصح الرجوع إلى الظهورات فى تشخيص ما وقع عليه العقد بحسب إرادتهما.

والظاهر أنَّ محل كلام من تعرّض للمسألة هو ذلك حسبما عرفت، والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام فى حصته المختصة على ظهور النصف فى الاشاعة، بل فى الجواهر أنَّه صرّح به جميع من تعرّض لذلك، قال: «بل عن غصب جامع المقاصد(١) والمسالك(٢) إرسال المسلمات، بل عن الثانى منهما نسبته إلى الأصحاب، ولا ينافى ذلك احتمال الإشاعة فى النصيبين فى جملة من الكتب، ضرورة عدم منافاة للظاهر»(٣) انتهى.

١- ١ . جامع المقاصد ٣٤١/٦.
٢- ٢ . مسالک الافهام ٢٥٢/١٢.
٣- ٣ . جواهر الكلام ٣١٦/٢٢.

وهو قدس سره وإنْ جعل - كما عرفت - محل كلامهم فى المقام الثانى، لكنّک عرفت ما فيه، بل ينبغى القطع بأنَّ مرادهم هذا المقام، أعنى ما علم كون مقصدهما شيئا مخصوصا ولم يعلم التعيين.

وعلى أىِّ حالٍ فالتحقيق: هو ترجيح ظهور مقام البيع فى إرادته حصته المختصة فى مقابل الإشاعة بينه وبين الأجنبى، وكذا إذا كان وكيلاً أو وليا فى النصف الآخر أيضا فانَّه يحمل على خصوص ماله، لا المشاع بينه وبين الموكل، وكذا إذا لم يكن مالكا أصلاً، وإنَّما كان وكيلاً أو وليّا فى النصف، فإنّه يحمل على هذه الحصة، لا المشاع بين الشريكين، وذلک لأقوائية هذا الظهور من النصف فى الإشاعة.

بل التحقيق: أنّه لامنافاة بينهما أصلاً، لأنّ الأوّل حكم على الثانى، لأنّ ظهور النصف فى الإشاعة يقتضى الإشاعة فى الحصتين مع عدم ظهور يقتضى الاختصاص فى ظهور العام مقتضٍ له، فالإشاعة فى الإشاعة من جهة الإطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه كما فى سائر المُطْلَقات إذا كان هنا قرينة على انصرافها إلى بعض

الافراد.

ودعوى: أنَّ مرجع الشک إلى أنَّه هل قصد الخصوصية أم لا، والأصل عدمه.

مدفوعة: بأنَّ الظهور المفروض رافع للشک، فمعه لا وجه للرجوع إلى الأصل»(١).

إلى أن قال: «أما المقام الثانى: فالحقّ فيه هو الحكم بالإشاعة؛ وذلک لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف فى الإشاعة؛ لأنَّ المفروض هو العلم بأنَّه لم يقصد إلاّ مفهوم النصف، وأنَّه لم يلتفت إلى كونه من ماله المختص أو المشترک بينه وبين غيره، والظهورات إنّما يرجع إليها لتعيين المراد

الواقعى المجهول لدينا، ومع العلم بعدم كون مراده نصفه المختص لا ظهور يرجع إليه ويكون معارضا.

ألا ترى أنَّه لا إشكال فى عدم الحمل على خصوص حصته فيما لو باع نصف الدار

ص:٣٧٤

١- ١ . حاشية المكاسب ٢/(٣٣٠-٣٣٢).

مع اعتقاد [عدم(١)] كونه مالكا أصلاً فبان كونه مالكا له، ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين المقام؛ إذ لايتفاوت الحال فى عدم الظهور بين أنْ يكون جاهلاً بكونه مالكا، وبين ما لو كان عالما وفرض عدم التفاته إلى ماله ومال غيره، بأنْ يكون قصده مجرد تمليک نصف الدار من حيث إنّه دار معين، وهذا واضح جدا، هذا.

وأما الحمل على حصته المختصة تعبدا من حيث إنَّه ملّک كليا ملک مصداقه، كما لو باع كليا سلفا حسبما بيّنه المصنّفف [الشيخ الأعظم] قدس سره أخيرا.

ففيه: ما سيأتى من منع كونه كليا أوّلاً، ومنع كون مقتضاه ذلک ثانيا، فانَّ أمر الكلى بيده، فله أنَّ يعينه فى فرد آخر غير حصته المختصة، غايته أنَّه يجب عليه إرضاء مالک النصف الآخر وإجازته، مع أنَّ المدّعى تعيّنه فى حصته من أوّل الأمر، مع أنَّ وجوب الوفاء كما عرفت إنَّما هو بالنسبة إلى مَنْ له العقد، لا على مَنْ عقد؛ ولذا لا يجب على الفضولى ارضاء المالک.

فظهر مما بيّنا أن المتعين هو الإشاعة، فانَّ تعليق البيع على النصف المضاف إلى الدار التى هى عين خارجية يقتضى تعلقه بكلِّ جزء على سبيل الإشاعة، من غير نظر إلى أنَّه مال هذا أو ذاک، وليس له مالک، ولازم هذا اشاعته فى الحصتين كما فى الإقرار من غير تفاوت، هذا»(٢).

نقد المقام الأوّل من منظور الفقيه اليزدى

أمّا نقد مقامه الأوّل: فيشتمل على دَلِيْلَيْنِ:

الأوّل: ما قاله: «... والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام فى حصته المختصة على ظهور النصف فى الإشاعة...»(٣).

والثانى: قوله: «بل التحقيق... - إلى قوله - بعض الأفراد»(٤).

ص:٣٧٥

١- ٢ . زيادة يقتضيها السياق.

٢- ٣ . حاشية المكاسب ٣٣٤/٢.

٣- ١ . حاشية المكاسب ٣٣١/٢.

٤- ٢ . حاشية المكاسب ٣٣٢/٢.

«أمّا الدليل الأوّل فيرد عليه أوّلاً: بأنّنا لم نجد فى كلامه ما يمكن عدِّه مستندا لترجيح أحد الظهورين على الآخر، وعليه فكلامه مجرّد دعوى بلا دليل، إلاّ أن نعتمد على ما التزم به السيّد رحمه الله فى مواضع أُخرى من أنّ الترجيح باعتبار الظهور المقامى.

وثانيا: لو سلّمنا الوجه المذكور، فإنّ ظهور النصف فى الإشاعة لا يخلو إمّا أنّه ظهور وضعى أو انصرافى، وفى كلّ الأحوال يندرج فى الظهورات اللّفظيّة، ويقابله ظهور التصرّف، حيث يعدّ ظهوره ظهورا مقاميّا، ومع لفظيّة الأوّل ومقاميّة الثانى فإنّه لا وجه لتقديم الأخير على الأوّل، بل إمّا الأوّل أقوى منه أو أنّهما يتساويان على أقلّ تقدير، وفى كلّ الأحوال فإنّ دعوى ترجيح ظهور المقام فى الحصّة المختصّة على الإشاعة ممنوعة.

أمّا الدليل الثانى: فالبحث فيه عن جهتين الكبرى والصغرى:

الأُولى: فى البحث عمّا يعدّ ملاكا لتقديم المقيّد على المطلق.

الثانية: فى البحث عن أنّ المقام هل يعدّ من صغريات الإطلاق والتقييد وعدمه.

أمّا كبرويّا: فإنّ لزوم تقديم المقيّد على المطلق، يعدّ من القواعد الثابتة فى باب الإطلاق والتقييد اللّفظيّين، ومن المعلوم أنّ المقيّد اللّفظى قد يكون متّصلاً بالمطلق فيمنع عن ظهور الإطلاق رأسا، وقد يكون منفصلاً فيمنع عن انعقاد حجّيته للمطلق والإطلاق، وملاک المانعيّة فى فرض الانفصال والاتّصال منحصر فى أحد أمرين:

الأمر الأوّل: إنّ دلالة كلّ واحدٍ منهما على متعلّقه لا يخلو:

إمّا أنّ دلالة المقيّد على الحصّة تكون بالنصّ، ودلالة الإطلاق على المطلق تكون بالظهور، ولا شكّ فى أنّ كلّ نصّ مقدّم على الظاهر.

أو تكون بالأظهريّة والظاهريّة، بمعنى أنّ نسبة المقيّد إلى الإطلاق تكون أظهر من نسبة المطلق إليه، ولا شكّ أنّ الأظهر مقدّم على الظاهر.

الأمر الثانى: أنّ القاعدة عند الاستدلال بالدليل تَقْتَضِىْ التمسّک بأصالة الظهور فيه، وفيما نحن فيه فإنّ جَرَيانها تقتضى حكومة أصالة الظهور فى المقيّد على أصالة الظهور فى المطلق، لأنّ جريان أصالة

الظهور فى المطلق تعليقىّ منذ البداية، حيث يتوقّف دلالة المطلق على متعلّقه بعدم قيام القرينة المانعة عنها، وهذا بخلاف جريان أصالة الظهور فى المقيّد، فإنّه غير معلّق بشىء بل فعلى تنجيزى.

أمّا صغرويّا: فإنّ دعوى كون المقام من صغريات القاعدة المذكورة ممنوعة، فضلاً عن أنّ قياس المقام بباب المطلق والمقيّد قياس مع الفارق، وبالتالى فالملاكان المذكوران فيالكبرى غير جاريان فى المقام.

أمّا الملاک الأوّل: فَلاِءَنَّ القاعدة المذكورة جاريةٌ فى الإنشاءات اللفظيّة، وما نحن فيه مركّبٌ من اللّفظ والفعل، فكلمة «النصف» لفظ يدلّ على النِّصْفِ المُشاعِ بالدلالة الإطلاقيّة الوضعيّة، - كما اعترف به السيّد -، أمّا فعل التصرّف فإنّ ظهوره فى الاختصاص بالحصّة المملوكة للمتصرّف ليس بوضعى، وبالتالى لاتكون النسبة بينهما نسبة تقتضى إعمال القواعد المذكورة فى الكبرى من تقديم النصّ على الظاهر أو الأظهر على الظاهر.

أمّا الملاک الثانى: وهو تقديم أحدهما على الآخر بملاک التعليق والتنجيز، فهو أيضا ممنوع فى المقام، لكونه مفقودا فيهما، فكما أنّ ظهور النصف فى الإشاعة معلّق منذ البداية على عدم قيام قرينة دالّة على عدم الإشاعة، كذلک ظهور التصّرف الفعلى فى الحصّة المملوكة معلّق منذ البداية على عدم قيام قرينة دالّة على الإشاعة. وبالتالى فهما متساويان من هذه الجهة، وليس فى أحدهما ما يميّزه عن الآخر.

وبعبارة أُخرى: إنّ النسبة الحاصلة فيما نحن فيه ليس إلاّ التزاحم بين ظهور الفعل وظهور متعلّقه، وأمّا فى باب المطلق والمقيّد فإنّ بينهما تَزاحُما فى ظهورهما، وليس هناک جامع بين البايين يقتضى قياس أحدهما بالآخر، ومن ثمّ تطبيق القواعد المعمولة فى أحدهما على الآخر، بل يجب أن نلاحظ ظهور الفعل أو المتعلّق وقوّة أحدهما لكى يقدّم على الآخر»(١).

نقد المقام الثانى من منظور الفقيه السيّد اليزدى

اشارة

«وفيه: لو كان البائع قاصدا من خلال إنشاءه بيع مفهوم النصف أو الثلث وغيرهما

من الكسور المشاعة، لصحّ ما قاله السيّد رحمه الله ، ولكن لا شكّ أنّ البائع لم يقصد ذلک، بل

١- ١ . العقد النضيد ٤/(١٣١-١٣٣).

قصد إنشاء معاملة حقيقيّة واقعيّة تكون الصيغة المذكورة حاكية عنها، فإذا أصبح الأمر الواقعى هو المقصود، فإنّ إرادة البائع أيضا تكون متعلّقة بما وراء المفهوم من الواقع، وحينئذٍ تصبح الظهورات كاشفة عنه، فيكشف ظهور التصرّف عن إرادة خصوص الحصّة المملوكة، كما يكشف ظهور كلمة «النصف» عن الإشاعة، ويتعارضان ويعود الإشكال مرّةً اُخرى»(١).

تنبيهٌ: حول حقيقة الملكيّة المشاعة

اشارة

ينبغى استعراض كلمات الأعلام وَآراؤُهُمْ حول حقيقة الملكيّة المشاعة، فِيْها أقوال عديدة وآراء مختلفة:

القول الأوّل: قيل: إنّ الملكيّةَ المُشاعَةَ ملكيّةً واقعها معيّن وظاهرها مبهم.

وفيه: أوّلاً: أنّ البحث عن حقيقة الكسر المشاع، سواءً تحقّقت الملكيّة أو لم تتحقّق.

وثانيا: لو سُلِّمَ ذلک، فإنّ الملكيّة المُشاعة تعنى الشركة الظاهريّة، فكلّ شريک مالک لحصّة من العين لكن على نحو الإشاعة.

القول الثانى: أنّ حقيقة الكسر المُشاع عبارة عن الكليّات المختلفة فى العين، فالنصف كلّىٌ قابل للانطباق على حصّتين، والثلث كلّى قابل للانطباق على ثلاث حصص، وهكذا الأمر فى بقيّة الكسور.

وفيه: أنّ اعتبار الْكَسْرِ المشاع كليّا مختلفا أعيانه الخارجيّة ممنوع، لأنّ الفقهاء صنّفوا الكسر المشاع حكما وموضوعا فى مقابل الكلّى فى المعيّن، فيعدّ الكسر المشاع من أصناف الكلّى فى المعيّن، كالثلث أو الربع من مال معيّن إذا لوحظ كليّا كالصّاع من الصُّبرة.

القول الثالث: قيل: إنّ حقيقة الكسر المُشاع هو الجزئى الموجود فى الخارج لكن على نحو الإشاعة، وهو مختارُ جماعةٍ من المحقّقين، ومرادهم أنّه متى فرض نسبة فى

١- ١ . العقد النصيد ١٣٤/٤.

مال معيّن مشترک، تكون النسبة المفروضة مشتركة فى حصص جميع الشركاء، وكذلک الحال فيما لو كانت النسبة المفروضة بحيث لا يمكن تقسيم المعيّن الخارجى بنسبتها،

فحينئذٍ يفرض مالكيّة جميع الشركاء فيه بنحو الإشاعة والاشتراک:

ويرد عليه أوّلاً: ما سبق أن ذكرناه من أنّ البحث فى المقام يدور حول حقيقة الكسر المشاع، مع الغضّ عن وجود الملكيّة وعدمه.

وثانيا: يستحيل تصوّر الجميع بين الوجود الخارجى والإشاعة، لأنّ الوجود الخارجى مساوق مع التعيّن والتميّز، والإشاعة تقابلهما، وبالتالى لم يمكن تصوّر الوجود الخارجى لكن على نحو الإشاعة والسريان.

القول الرابع: قيل: إنّ حقيقة الكسر المشاع الملكيّة الضعيفة، ويقابله المفروز الذى تعدّ ملكيّته قويّة.

وفيه: أوّلاً: ما سبق ذكره بالنسبة إلى الأقوال السابقة، من إمكان تصوّر الكسر المشاع فى جميع الأحوال سواء تعلّق الملك بها أم لم يتعلّق، كما فى المباحات، حيث يمكن فرض الكسر المشاع فيها برغم عدم تعلّق سبب من أسباب الملكيّة بها، وعدم إمكان تصوّر الملكية القويّة والضعيفة فيها.

وثانيا: لا مجال لفرض القوّة والضعف أو الشدّة والخفّة فى الأمور الاعتبارية.

القول الخامس: ما قيل: من أنّ الكسر المُشاع متقوّمٌ بالمملوك الواحد مع مُلاَّكٍ متعدّدين.

وفيه: فضلاً عمّا ذكرنا من أنّ البحث فى المقام عن حقيقة الكسر المُشاع سواء وجد مالك أم لو يوجد، فإنّه لا يمكن تعقّل وحدة المملوك وتعدّد الملاّك، لأنّ الملكية ليس إلاّ إضافة بين المالك والمملوك، ومع تعدّد المالك تزول وحدة المملوك»(١).

القول السادس: وهو للسيّد الخمينى رحمه الله يقول: «والتحقيق أنّ الكسر المشاع اعتبار عقلائى فى نفس الموضوعات الخارجية كاعتبار الملكية والرقية والحرية

١- ١ . العقد النضيد ١٣٦/٤ و ١٣٧.

ونحوها، حيث يعتبرها العقلاء فى الموجودات الخارجية، فمع اعتبارها فيها تصدق عليها بالحمل الشائع تلك العناوين... فالإشاعة والإفراز أمران اعتباريان فى نفس الخارج نحو اعتبار الملك والحقّ... فالكسر المشاع هو الجزء الخارجى المعتبَر بنحو اللاتعيّن واللا إفراز...»(١).

«ويرد عليه: أنّه بالرغم من أنّ الملكيّة أمرٌ اعتبارىّ، إلاّ أنّ متعلّقها أمرٌ واقعى

وليس باعتبارى، فملكيّة زيد للدار وزوجيّته لهند اعتبارى، لكن الدار وهند بنفسهما أمران واقعيّان وليسا اعْتِبارِيَّيْنِ، وهكذا الحال فى جميع الأُمور الاعتباريّة كالولاية والقضاء وغيرهما، وهذا بخلاف الكسر المشاع، فإنّه لا مجال لعدّه من الأُمور الاعتباريّة، لعدم إمكان تمليك الأمر الاعتبارى، ولا شكّ أنّ الكسر المشاع أمرٌ قابل للتمليك حيث يملك كلّ واحد من الشركاء كسرا مشاعا من المال المشترك، فملكيّتهما له دليلٌ على عدم اعتباريّة»(٢).

مختار الاستاذ المحقّق - مدظله -

قال - مدظله -: «وخلاصة الكلام: ثبت من خلال ما استعرضناه بطلان الأقوال والاحتمالات الستّة فى توجيه الكسر المشاع ومخالفتها مع القواعد العامّة، ومن المعلوم أنّ تعارض الآراء وتعدّدها وتضاربها دليلٌ على صعوبة المسألة، بالتالى يقتضى المقام أن نذكر ما نراه صحيحا فى توجيهه.

فنقول: أوّلاً: لا شكّ أنّ الحقائق العقليّة وما ينتج منها وما يترتّب عليها تتفاوت وتختلف مع الحقائق العرفيّة العقلائيّة، فعلى سبيل الفرض هناك فرق فى دائرة الموجود بين رؤية العقل والعرف، فقد يرى العرف شيئا موجودا حقيقةً لكن يراه العقل غير موجود، وهذه الحقيقة لا يمكن إنكارها حتّى بناءً على الرؤية الفلسفيّة - وإن كان ينبغى الإجتناب عن التعرّض إلى المصطلحات الفَلْسَفِيَّةِ فى المباحث الأُصوليّة - فقولنا: «زيدٌ

١- ٢ . كتاب البيع ٥٦٣/٢ و ٥٦٤.

٢- ١ . العقد النضيد ١٤١/٤.

موجود» بناءً على أصالة الوجود، يعدّ باطلاً بالدقّة العقليّة وواقعا مجازيّا بالفهم العرفى، فكما أنّ «زيدٌ أسدٌ» باطل عند أهل الفنّ مطلقا - كالملاّ صدرا والسبزوارى وأتباعهما من القائلين بأصالة

الوجود - كذلک باطلٌ قولنا: «السماء موجودةٌ» أو «الأرض موجودة» و «زيد موجود»، لأنّ الوجود موجود بالحقيقة العقليّة، ويجب إسناد واقع الوجود إلى أطواره وكيفيّته، لا إلى ما هو خارج عنهما. ويمكن أن نقرّب اختلاف رؤيتهما إلى الأُمور بحكمهما فى قضيّة الماء والبخار، فالعرف يرى أنّهما مختلفان حقيقةً وجوهرا، وأمّا بالرؤية الدقيقة العقليّة فهما متّحدان حقيقةً، وينحصر اختلافهما فى الانبساط والانقباض ليس إلاّ، فالعرف يرى اختلافهما جوهريّا والعقل يراه عَرَضيا.

وثانيا: بناءً على المقدّمة المذكورة، فإنّه يمكن عدّ المقام من صغرياتها، لأنّ

العرف يرى الكسر المُشاع أمرا واقعيّا وحقيقيّا غير اعتبارى، خلافا لما عليه العقل حيث لا يراه إلاّ حقيقه موهومة غير واقعيّة، ونتيجة لهذه الرؤية المختلفة، نجد أنّ العرف يرى وجود الكسر المُشاع من الثلث والربع والنصف فى المال المشترک وجودا حقيقيّا فعليّا، برغم حكم العقل بعدم وجوده وبطلان فرضه.

والحقّ عندنا: أنّ الكَسْرَ المُشاعَ أمرٌ موجود حقيقةً لا اعتبارا، لكن بوجود عرفى لا عقلى، وهكذا تندفع جميع ما أُورد على الكسر المشاع من الإشكالات وما قد يرد عليه، وحسب اعتقادى فإنّ الالتزام بما ذكرناه من المقدّمة والنتيجة والإذعان بهما وتطبيق معطياتهما، يفتح لنا آفاقا واسعة فى أبواب الفقه المختلفة يترتب عليها نتائج خطيرة وآثار هامة فى عمليّة استنباط الأحكام الشرعية»(١).

المسألة فى منظور المحقّق الإصفهانى

اشارة

قال: «إنّ تحقيق الحال يقتضى رسم أُمور:

منها: أنّ الكسر المشاع - كالنصف مثلاً - ماذا؟ وما معنى إشاعته وسريانه؟ فإنّ الجزئى الحقيقى الخارجى لا سريان له، فما معنى القسمة السارية فى الكلّ؟ وسريان

١- ١ . العقد النضيد ٤/(١٤١-١٤٣).

الطبيعى فى أفراده يوجب أنْ يكون المشاع كليا، فبماذا يفترق عن الكلّى فى المعين، مع أنّهما متقابلان ولكلٍّ منهما أحكام خاصة؟

ومن الواضح أنّ كون الشيء منقسما إلى قسمتين متساويتين فى نفسه لا يتقوّم بكونه مملوكا لشخصين، حتّى يتوهم أنّ معنى الكسر المشاع كون الواحد طرفا لاضافة واحدة قائمة بشخصين، أو أنّ الملكية قبل الافراز لها نحو من الضعف فيُعَبَّر عنه بالكسر المشاع بحسب تفاوت مراتب الملكية قوةً وضعفا، فإنّ الشيء له نصفان بنحو الإشاعة سواء كان مملوكا أم لا، فضلاً عن لزوم كونه مملوكا للمتعدد بحسب درجات الكسر من النصف والثلث والربع.

والتحقيق: أنّ الشيء القابل للقسمة فى نفسه موجود واحد، ومن حيث القبول للانقسام يكون وجوده بالفعل وجود الأقسام بالقوة، فالأقسام موجودات خارجية لكنّها قبل الإفراز وجودها على حد الأُمور الانتزاعية التى نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها، فالمنشأ موجود بالفعل والأمر الانتزاعى موجود بالقوة بنحو وجود المقبول بوجود القابل،

فهو خارجى بخارجية مَنْشَئِهِ وجزئى حقيقى بجزئية مَنْشَئِهِ، وحيث إنّ تلك القسمة المتساوية(١) لقسمة أُخرى متساوية النسبة إلى تمام أجزاء ذلك الموجود بالفعل، فلذا يقال إنّها مُشاعة وسارية فى الكلّ.

ومنه يتضح أنّ المُشاعَ ليس كليّا فى نفسه، وأنّه يفترق عن الكلّى فى المعين بجزئيته دون الكلّى فى المعين، كما يفترق الكلّى فى المعين عن غيره بانحصار أفراده فى المعين دون مطلق الكلّى، وسيأتى(٢) إنْ شاء اللّه تعالى - فى مسألة بيع صاع من الصبرة - تحقيق حال الكلّى فى المعين.

وممّا ذكرنا فى المراد من الكسر المُشاع يتضح بالتأمل كون الإفراز والقسمة الفعلية تمييز الحصص؛ لا أنّها مبادلة، وذلک لأنّ النصف المشاع المملوک لكلّ من

١- ١ . هكذا فى الأصل والاصح (المساوية).
٢- ٢ . كتاب المكاسب ١٩٦ سطر ٢٢، كما سوف يأتى الكلام عليها فى الجزء الثالث من حاشيته على المكاسب.

المالكين لا تعيّن له إلاّ هذا التعيّن وكونه نصفا فى قبال الثلث والربع، وحيث إنّه قابل لانحاء التعيّنات المتبادلة بالفرض والتقدير فالقسمة موجبة لتعيّن ذاک الأمر اللامتعين من حيث هذه التعينات.

وحيث إنّ المملوک لكلّ منهما نفس ذلک الكسر المشاع، وأنّ نسبة ملک الكلّ إليهما بلحاظ ملک الكسر المنقسم إليه وإلى معادله الكل(١)، فلذا لايتحقق مبادلة بين المملوک لهذا والمملوک لذاک، بتوهم أنّه يخرج من ملک هذا مقدارٌ ويدخل فى ملک الآخر وبالعكس بسبب الإفراز والقسمة، بل المملوک هو الكسر والقسمة معينة للكسر خارجا؛ من دون خروج ولا دخول أصلاً»(٢).

توضيح مراد المحقّق الإصفهانى

مراده: «أنّ الوجودات المتصورة على قسمين:

١- الموجود الذى ما بإزائه فى الخارج.

٢- الموجود الفاقد لما يوازيه فى الخارج، لكن يملک منشأ الانتزاع فى الخارج.

أمّا القسم الثانى: كعنوانى الأب والابن، حيث ليس لهما وجودان بل وجود واحد،

ولكن هذا الوجود الواحد يتعدّد بوجود ما يعدّ منشأ انتزاعه أى الأب والابن، وهكذا الأمر فى عنوانى السقف والفوقيّة، فإنّهما موجودان بوجود واحد، ويتعدّدان للسبب المذكور، فكما أنّ وجود الفوقيّة يكون بعين وجود الفوق، كذلک الجزئيّة تكون موجودة بعين وجود الجزء، ولايقبل أن يكون وجود جزئيّته بوجود شيء آخر، وهكذا الحال فى جميع الكسور المشاعة، فهى موجودة بوجود منشأ انتزاعها، فيتّحد ويتعدّد باتّحادٍ منشأه وتعدّده.

وهذا بخلاف القسم الأوّل حيث يعدّ من قبيل وجود المقبول بوجود القابل، كالنطفة التى فيها قابليّة العَلَقة، وهى موجودة بوجود النطفة، فالنسبة بينهما نسبة القابل

ص:٣٨٣

١- ٣ . حق العبارة أن يقول: «بلحاظ ملک الكسر المنقسم الكلّ إليه وإلى معادله» وإلاّ لزم الفصل بين اسم المفعول ونائب فاعله بالفصل الطويل.
٢- ٤ . حاشية المكاسب ٣٤١/٢ و ٣٤٢.

«النطفة» والمقبول «العلقة»، وهكذا الحال فى جميع موارد الإمكان الاستعدادى، حيث يكون كلّ أمر بالفعل حاملاً للآخر بالقوّة، فهو موجود بالفعل وحاملٌ وقابلٌ ومستعدٌّ لشيء آخر بالقوّة.

فإذا ثبتت هذه المقدّمة يتّضح لنا حال الكسور المُشاعة فى الأُمور المتّحدة، فإنّ الدار والبستان وغيرهما يمكن فرض انقسامها إلى النصف أو الثلث أو الربع، لأنّه مع قابليّة تحمّل المحلّ لهذه الكسور، يكون المقبول الربع والثلث والنصف. وبدليل أنّ كلّ مقبول موجودٌ بوجود القابل، فإنّ جميع الكسور المشاعة تكون موجودة، ولكن بوجود المقبول مع وجود القابل، بمثل ما قلناه فى وجود العلقة بشرط وجود النطفة، وبهذا الاسلوب يمكن دفع ما أُثير من الإشكال حول الكسور المشاعة، فبعدما ثبت برهانا وجود الانقسامات بالقوّة فى الأشياء الخارجيّة، وأنّ وجود القوّة تكون فى مرتبة الوجود، وأنّ وحدتها وتعدّدها تابعة لوحدة القابل وتعدّده، يتبيّن الحال فى الكسر المشاع،

فهو موجودٌ جزئيّ لا كلّى لكن وجودا بالقوّة وقائما بالفعل، كما هو الحال فى النسبة القائمة بين النطفة والعلقة.

وما قيل: - كما قاله بعض الأعاظم(١)- من بطلان قياس الكسر المشاع بالأمر الانتزاعى، لأنّ الأخير يعدّ حقيقة موجودة بالفعل لكن بوجود منشأ انتزاعه، فالفوقيّة موجودة بالفعل بوجود السقف الموجود بوجود حقيقى خارجى، وهذا بخلاف الكسر المشاع الذى لا يمكن فرض وجوده الخارجى بالفعل.

فمدفوعُ: لأنّ المحقّق الأصفهانى لم يجعلهما فى رتبة واحدة، ولم يعتبر الكسر المشاع من الأُمور الانتزاعيّة حقيقةً، وإنّما نزّله منزلة الأُمور الانتزاعيّة فى المنشأ، ويشهد له صريح كلامه حيث يقول: «وجودها على حدّ الأُمور الانتزاعيّة التى نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها»(٢).(٣)

١- ١ . الظاهر أنّه السيّد الخمينى فى كتاب البيع ٥٦٢/٢.

٢- ١ . حاشية المكاسب ٣٤٢/٢.

٣- ٢ . العقد النضيد ٤/(١٣٨-١٤٠).

نقد منظور المحقّق الإصفهانى

«لكن يرد على المحقّق الأصفهانى: أنّ لازم فرض كسر المُشاع قوّةً مرتبط وجودها بوجود مَنْشَئِها، وعدم وجوده الفعلى.

وبعبارة أُخرى: ما يفرض كونه موجودا بالقوّة يكون معدوما بالفعل بالضرورة، فالنطفة موجودة بالفعل وفيها القوّة لأن تصبح علقة، لكن العلقة معدومة بالفعل بالضرورة برغم وجود النطفة، والوجود يسند إلى القوّة لا إلى ذاتها، ولولاه للزم امتلاك مُلاّك المال المشترك للشىء المعدوم، لما ثبت من انعدام الكسر المشاع فعلاً، ممّا يقتضى امتلاكهم لما هو معدومٌ بالفعل. نعم، لا مانع من ملكيّة المعدوم

عقلاً - كبيع ثمرة الشجرة فى هذه السنة والتى تليها وكذلک فى بيع السَّلف - كما لا مانع عقلاً من أن يكون المعدوم مالكا بالفعل كما فى الوقف على البطون اللاّحقة، حيث أنّ المملوک موجود برغم انعدام المالک.

فإذن لو فرضنا الكسر المشاع فى مرتبة القوّة دون الفعل، لزم منه عدم وجوده الفعلى، وترتّب عليه ما لا يمكن الالتزام به، وهو عدم ملكيّة المُلاّک للنسب المشاعة المملوكة لهم، ومن المعلوم أنّ العين الموجودة لا مالک لها سوى هؤلاء الشركاء المشتركين فيها بحسب نسبهم المملوكة، فإذا اعتبرناهم مالكين للكسر المشاع المعدوم فعلاً والموجودة، فإنّ ذلک يعنى عدم ملكيّتهم لأجزاء هذه العين، ويلزم منه أنّ ما هو موجودٌ بالفعل لا مالک له، وما هو بالقوّة له المالک، وهو باطلٌ بالضرورة»(١). هذا أوّلاً.

وثانيا: «أنّ ما ذكره فى الوجه الأوّل من الاستناد إلى أصالة الصحّة، وحمل التصرّف على الصحيح، ومن ثمّ الحكم بأنّ متعلّق البيع هو ا لنصف المختصّ ممنوعٌ، لما ثبت من أنّ مستند أصالة الصحّة غير المردوعة هى السيرة العقلائيّة - فضلاً عن الأخبار كقوله عليه السلام : «هو حين العمل أذكر منه حين يشكّ» - حيث يحكمون بالصحّة فى موارد

الشكّ فى صحّة العمل الصادر من العامل وفساده من جهة تضمّنه للشروط وفقده الموانع وعدمه، واستنادا إلى هذه الحالة فإنّ أصالة الصحّة تجرى فى مقامين:

١- ٣ . العقد النضيد ٤/١٤٠ و ١٤١.

أ: فيما يقوم به الفاعل من أعماله الشخصيّة: ويُسمّى الأصل فى هذا المقام بقاعدة الفراغ.

ب: فيما يقوم به الغير من الأعمال ونشكّ فى صحّتها، فتجرى فيها أصالة الصحّة وتدلّ على صحّتها، والمتيقّن من جريانها عند تردّد العمل بين الصحيح والباطل، وأمّا إذا كان العمل مردّدا بين الصحيح الفعلى والصحيح الشأنى فإنّه لم تثبت سيرة عقلائيّة على لزوم حمل العمل على الصحيح الفعلى، وما نحن فيه يعدّ من مصاديق الأخيرة، لأنّ قيامه ببيع نصف الدار إذا عدَّ بيعا مشاعا وتصرّفا فى مال الغير، فإنّه يندرج فى العقد الفضولى، وقد التزم المحقّق الأصفهانى بعدم بطلان العقد الفضولى ولغويّة إنشاءه، وإنّما يمكن تصحيحه من خلال الإجازة اللاّحقة، ممّا يعنى صحّته الشأنيّة، فإذن العقد الصادر مردّد بين الصحيح الفعلى والشأنى، وأصالة الصحّة تجرى فى خصوص الفعل المردّد بين الصحّة والفساد، دون الصحّة الفعليّة والشأنيّة.

وثالثا: أنّ ما ذكره فى الوجه الثانى من غلبة التصرّفات الصادرة وقوعها فى الحصص المملوكة، ممنوعٌ، لأنّ الغلبة عاجزة عن إثبات الظهور لفظا أو مقاما، كما لا مجال للتمسّک بما يقال: إنّ الشىء يلحق بالأعمّ الأغلب، لأنّ غاية ما يثبته هذه المقولة هى الظنّ الذى لا يُغنى من الحقّ شيئا، فإذن لا يمكننا أن نتمسّک بالغلبة الظنّية فى الألفاظ أو الأعمال وجعلها مناطا لإثبات الظهور فيهما»(١).

مختار الاستاذ المحقّق - مدظله - فى المسألة

قال: «أوّلاً: ثبت من خلال ما ذكرناه وما أجبنا به عن الأقوال الستّة المذكورة حول الكسر المشاع، أنّ جميع الأموال تتضمّن كسورا مشاعةً. وأنّها لا تعدّ اُمورا اعتباريّة، بل هى اُمور واقعيّة عرفيّة لا عقليّة، ويكفى للدلالة على صحّة هذه النظرية مراجعة سريعة لما ورد فى كتاب الإرث من الآيات والروايات، وكذلک فى كتابى الزكاة والخمس، فإنّ

١- ١ . العقد النضيد ١٤٥/٤ و ١٤٦.

جميعها شاهدٌ على صحّة ما ذكرناه، فقوله تعالى: «وَلِاَبَوَيْهِ لِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ»(١) يفيد أنّه بمجرّد الموت تنقسم تركة الميّت التى كانت واحدة موحّدة إلى كسورٍ مشاعة من

النصف والربع والثلث، وكذلک السدس للأبوين، ومن المعلوم أنّ هذه الكسور لا يمكن اعتبارها أُمورا وهميّة فرضيّة، بل حقائق خارجيّة واقعيّة؛ لأنّ الوارث يرث مالاً حقيقيّا لا متخيّلاً فرضيّا، فالأب حين موت ولده يعدّ مالكا لسدس أمواله، يملكه ملكيّة حقيقيّة وواقعيّة لا فرضيّة وهميّة، وكذلک الحال فى الزكاة وبالخصوص فى زكاة الغلاّة من العُشر ونصفه، وأيضا فى الخمس وما ورد من شركة الفقراء فى أموال الأغنياء بمقدار ما يستحقّونه منها:فإنّ هذه وغيرها دالّة على أنّ الكسر المشاع حقيقةً عرفيّة، ولها واقع خارجى ملموس، لا يمكن نكرانها أو فرضها أمرا متخيّلاً موهوما أو اعتباريّا على أقلّ تقدير كما ظنّه البعض.

ثانيا: أنّ هناک قاعدة عقلائيّة جارية وسارية عندهم، وهى أنّه إذا صدر إنشاء معاملى ممّن يملک مالاً يمكن أن يتعلّق الإنشاء بذاک المال وبغيره فإنّ العقلاء يسندون الإنشاء إلى ما يمكن إضافته إليه وهو أمواله المملوكة، فإذا(٢) أقدم البائع على بيع كلّى وباع سلفا طنّا من الحنطة فى الذمّة، فبالرغم من أنّ متعلّق البيع فيه القابليّة للإضافة إلى ذمّة البائع وذمّة غير البائع، إلاّ أنّ السيرة قائمة على إسناد بيعه إلى ذمّته دون ذمّة غيره، لحاجة إسناده إلى الغير لمؤونة زائدة، فإسناد المعاملة إليه مبنىّ على هذه السيرة العقلائيّة الثابتة دون أصالة الصحّة أو الغلبة كما ادّعاهما المحقّق الأصفهانى، واللّه العالم»(٣).

١- ٢ . سورة النساء /١١.

٢- ١ . كذا فى المصدر ولكن الأحسن: «فإن».

٣- ٢ . العقد النضيد ١٤٦/٤ و ١٤٧.

ثمّ هاهنا فروع لابدّ من الإشارة إليها:

الفرع الأوّل:

اشارة

لو كان البائع وكيلاً أو وليّا عن مالک النصف الآخر إذا باع مالک نصف الدار نصفَها مع كونه وكيلاً أو وليّا عن مالک النصف الآخر فی بيع حصته فحينئذ هل المبيع يحمل على النصف البائع المختص به أو النصف المشاع بينه وبين موكله أو المولّى عليه؟ يأتی وجهان ماضيان من ظهور التصرف فی مال نفسه يقتضی أنّ المبيع ماله المختص به، وظهور كلمة النصف فی الإشاعة يَقْتَضِی أنّ المبيع هو المالُ المُشاعُ بين الوكيل والموكل أو الولی والمُوَلّى عليه.

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّه لو كان البائع وكيلاً فی بيع النصف أو وليّا عن مالكه، فهل هو كالأجنبی؟ وجهان، مبنيّان على أنّ المعارض لظهور النصف فی المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع فی مقام التصرّف، أو ظهور التمليک فی الأصالة. الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ ظهور التمليک فی الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف فی المشاع وإن كان كذلک أيضا، إلاّ أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المُطلَق»(۱).

مراده قدس سره : إنّ المعارض لظهور كلمة النصف فی المُشاع إن كان هو ظهور التصرف فی التصرف فيما يجوز له التصرف فيه فلا معارضة فی المقام، لأنّ المفروض أنّ البائع جائز التصرف فی كلِّ واحد من النصفين فلابدّ من حمل النصف على الإشاعة من دون معارض.

وأمّا إذا قلنا بأنّ المعارض لظهور كلمة النصف فی المُشاع إنّما هو ظهور الإنشاء فی البيع لنفسه – لا لغيره – فالمعارضة موجودة فی مسألتنا.

ثمّ يرى الشيخ الأعظم تقديم ظهور كلمة النصف فی الإشاعة على ظهور الانشاء فی البيع لنفسه، والوجه فی ذلک:

أنّ ظهور النصف فى الإشاعة ظهور القيد وهو النصف لأنّه مفعول «بعتُ» والمفعول من قيود الفعل. وظهور القيد وإن كان بالإطلاق كظهور الإنشاء بالأصالة، لكنّه مقدَّم على

ص:٣٨٨

١- ١ . المكاسب ٥٢٢/٣.

اطلاق المطلق وهو البيع لأنّه من تقديم ظهور القيد - وهو النصف - على ظهور المطلق وهو ظهور الانشاء بالإصالة والبيع والتمليک لنفسه.

وبالجملة: قد ثبت فى علم الاصول بأنّ ظهور القيد مقدّم على ظهور المطلق

ووارد عليه وبالتالى يسقط ظهور الانشاء فى الأصالة ويبقى ظهور النصف فى المُشاعِ بِلا معارض.

تقرير شيخنا الاستاذ عن مقالة الشيخ الأعظم

اشارة

قال قدس سره : «ثمّ إذا كان البائع المزبور وكيلاً عن شريكه أو وليّا عليه فهل يكون الحكم كما فى صورة كونه أجنبيا أم لا؟ الصحيح أن يقال: إذا كان المعارض لظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين فى الصورة السابقة هو ظهور النصف بقرينة مقام التصرف فى النصف المختص للبائع - كما هو الأظهر - فلا معارضة فى صورتى الوكالة والولاية، بل يؤخذ بظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين؛ لأنّ الموجب لظهور النصف فى خصوص حصة البائع عدم نفوذ تصرفه فى غير تلک الحصة، ومع الوكالة أو الولاية يكون تصرفه نافذا فى حصته وحصة شريكه على السواء.

وعلى ذلک فمع عدم تعيين إحدى الحصتين بخصوصها - كما هو المفروض - يحمل المبيع على الإشاعة بينهما.

وأما ظهور البيع فى كونه بالأصالة، فهذا لايعارض ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين، بل ظهور النصف يكون حاكما على ظهور البيع فى الأصالة، فإن ظهور البيع فى الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقى للفعل وبمقدمات الحكمة؛ ولذا لو قيّد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا يكون له ظهور فى الأَصالة. وظهور النصف فى الإشاعة بين الحُصَّتَيْنِ أيضا ظهور إطلاقى ولا يكون له ظهور فى الإشاعة فيما إذا قيّد ذلک النصف بسهمه أو سهم شريكه، إلاّ أنّ الظهور المتعلَّق ولو كان إطلاقيا يكون حاكما على ظهور الفعل، حيث إن المتعلَّق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيّد بالإضافة إلى المطلق.

وبهذا يظهر أنه لو لم يكن فى الصورة الأُولى ظهور النصف وانصرافه إلى حصة البائع بقرينة مقام التصرف لكان ظهور البيع فى الأصالة محكوما بظهور النصف فى

ص:٣٨٩

الإشاعة بين الحصتين.

والحاصل: أنّ مع عدم وكالة البائع أو ولايته لايحمل النصف على إشاعَةِ الحصتين، بل يكون إنشاء البيع مجملاً بالإضافة إلى بعض المبيع، بخلاف صورتى الوكالة والولاية فإنّه يحمل فيهما النصف على الإشاعة، وإليه يشير قوله رحمه الله : «فالأقوى فيهما الاشتراک»(١)»(٢).

أقول: إنّما نقلتُ تقريره احتراما له قدس سره وأداءً لبعض حقوقه رحمه الله .

اعتراض المحقّق الخراسانى على الشيخ الأعظم

اشارة

ذهب المحقّق الخراسانى إلى أنّ البائع فى هذا الفرض باع ماله المختص به دون المُشاع بينه وبين وكيله أو المولّى عليه على خلاف مختار الشيخ الأعظم وقال: «فإن كان المعارض، هو الأوّل، ففيه

الاحتمالان، كالاجنبيّ، وان هو الثانى، فلا يكون إلاّ احتمال واحد، لعدم صلاحيّته للمعارضة، وذلک لتبعيّة ظهور الفعل، لظهور ما يتقيّد به من متعلّقاته، ولكنّه على خلاف ما أفاده، فى بيان معنى «لا تنقض» فى باب الاستصحاب، كما أشرنا إليه، من تبعيّة المتعلّق فى الظّهور، وفى العموم والخصوص، لظهور الفعل المتعلَّق به، والصواب اختلافهما فى التّبعية، بحسب اختلاف المقامات، فلابدّ فى كلّ مقام من ملاحظة الخصوصيّات، والحكم بها لأحدهما، مع التّرجيح، والجزم بظهور الجملة بحسب متفاهم العرف فيه، والتوقف مع عدمه والبناء على إجماله»(٣).

توضيح مراده: إنّ ما تحقّق من خلال الإنشاء هو فعل البيع ومتعلَّقه نصف الدار وحكم الشيخ الأعظم بتقديم ظهور كلمة النصف فى الإشاعة والوجه فى ذلک من تقديم ظهور المتعلَّق على ظهور الفعل، وهذا الاختيار هنا مخالف لما اختاره الشيخ الأعظم من تقديم ظهور الفعل على ظهور المتعلَّق فى باب الاستصحاب وعند الشكّ فى المقتضى، باعتبار أنّه التزم أنّ قوله عليه السلام : «لا تنقض اليقين بالشكّ» يتضمّن فعلاً وهو النقض، ومتعلَّقا

١- ١ . المكاسب ٣/٥٢٣.

٢- ٢ . إرشاد الطالب ٤/(١٥٦-١٥٨).

٣- ١ . حاشية المكاسب /٨٧.

وهما اليقين والشكّ، والمتعلَّقان مطلقان يشملان الشكّ فى المقتضى والشكّ فى الرافع، أمّا الفعلُ - وهو لا تنقض - بنفسه فَيُوْجِبُ اختصاص الاستصحاب بالشكّ فى الرافع، بمعنى أنَّ «لا تنقض» يجرى فيما لو كان المقتضى موجودا بالفعل ونشكّ فى قيام الرافع، لعدم صحّة إطلاق النقض إلاّ عند إرادة نقض الشيء الثابت المبرم، ولهذه العلّة يجب أن نقيّد إطلاق الشكّ فى المتعلَّق وحصره بخصوص الشكّ فى الرافع دون المقتضى، وهذه النتيجة تعنى تقديم ظهور الفعل على ظهور

المتعلَّق، وهو ما خالفه الشيخ الأعظم رحمه الله فى المقام، فقدّم ظهور المتعلَّق على الفعل مخالفا بذلک مَبْناهُ.(۱)

نقد اعتراض المحقّق الخراسانى

ويمكن أن يناقش عليه: «برغم قوّة هذا الإشكال لكنّه ممنوعٌ، لأنّ المعارضة الحاصلة فى المقام إنّما هى بين الإطلاقين، وهما إطلاق الإنشاء وإطلاق الإشاعة، ولذلک قام بتقديم إطلاق المتعلَّق على الفعل بحسب القواعد، وأمّا فى باب الاستصحاب فإنّ ظهور فعل «لا تنقض» ظهورٌ وضعى وليس بإطلاقى، ويقابله ظهور المتعلَّق الإطلاقى، والقاعدة أيضا تقتضى فى هذه الصورة تقديم الظهور الوضعى على الظهور الإطلاقى أعنى إطلاق الفعل على إطلاق المتعلَّق، فالبابان مختلفان وحكم المحقّق الخراسانى بوحدتهما فعلاً ومتعلّقا ممنوعٌ»(۲).

هذا النقد يجرى بناءً على تقديم ظهور الوضعى على الظهور الاطلاقى كما عليه المشهور، إمّا بناءً على تَكافُئِهما فلا يتم النقد ويصير إشكال المحقّق الخراسانى تاما.

اعتراض الشيخ الأعظم على نفسه المستفاد من كلام الشهيد الثانى

اشارة

(۳)

حاصله: لا يمكن القول بتقديم ظهور كلمة «النصف» فى المشاع تحكيما لظهور المقيّد على المطلق لوجود المانع فى المقام وهو ظهور حال المتكلِّم فى إرادة ما يُتَلَفَّظُ به وهو بيع المختص به، وظاهر حال المتكلِّم عدم إرادة بيع نصف حصة شريكه، لأنّ الشهيد

١- ٢ . راجع العقد النضيد ١٤٩/٤.

٢- ١ . راجع العقد النضيد ١٤٩/٤.

٣- ٢ . راجع المكاسب ٥٢٢/٣ قوله قدس سره : «وما ذكره الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى...».

الثانى ذاهبٌ إلى أنّ الفضولى قاصد إلى اللفظ الصادر منه فقط «ولا يتحقق منه قصد مدلوله - أعنى نقل الملك والتسليط على التصرف وغيرهما من أحكام العقد - لأنّ ذلك من وظائف المالك...»(١).

فعلى ما ذهب إليه الشهيد الثانى ينعقد ظهوران متكافئان: الأوّل: ظهور حال المنشِئ فى الانشاء لنفسه وإرادة بيع نصفه المختص به، والآخر ظهور كلمة النصف فى الإشاعة.

ولكن الأخير يتوقف على الفضولية - وهى متوقفه على عدم قصد المدلول - على مذهب ثانى الشهيدين ولكن الأوّل لا يتوقف على شيءٍ فيتعيّن الأخذ بالظهور الأوّل وإرادة البيع لنفسه.

إجابة الشيخ الأعظم عن الاعتراض:

قال: «... إلاّ أنّه مختصّ بالفضولى، لأنّ القصد الحقيقى موجود فى الوكيل والولى فالأقوى فيهما الاشتراك فى البيع تحكيما

لظاهر النصف...»(٢).

أقول: ظاهر الشيخ الأعظم تسليمه للاعتراض ولكنّه يرى اختصاصه بالفرض السابق - أى الأجنبى الفضولى - لا هذا الفرض - أى الوكالة والولاية - ولكن قد مرّ منّا فى بحث بيع المكرَه(٣) عدم تمامية هذه المقالة المنسوبة إلى الشهيدين(٤) وقلنا بأنّ المكرَه يقصد اللفظ والمعنى لأنّه يستعمل اللفظ فى معناه حتّى أنّه قصد الانشاء والأثر المترتب على العقد إلاّ أنّ قصده يكون عن كُرْهٍ ومن دون اختيار فليس له طيب النفس والرضا المعتبر فى العقود فلا يقع ولا يتم، فراجع ما حررناه هناك.

۱- ۳ . المسالک ۱۵٦/۳.

۲- ۱ . المکاسب ۵۲۳/۳.

۳- ۲ . رجع الآراء الفقهیة ۵/(۱۱٦-۱۱۲).

٤- ۳ . الدروس الشرعیة ۱۹۲/۳.

عدول الشیخ الأعظم رحمه الله عن مقالته فی هذا الفرع الأوّل

قال: «إلاّ أن یمنع ظهور «النصف» إلاّ فی النصف المشاع فی المجموع»(۱).

مراده: إنّ کلمة «النصف» کلّیٌّ له مصادیق ثلاثة:

تارة یراد به المُشاع فی مجموع الدار وهو قابل الانطباق علی:

۱- حصة البائع خاصة.

۲- وحصة شریکه خاصة.

۳- وأُخری: یراد به المرکب من الحصتین بمعنی أنّ المبیع ربع من حصة المالک وربع من حصة شریکه.

والاحتمال الثالث هو مَبْنی مقالة الشیخ الأعظم رحمه الله فی ما تقدّم.

ولکن الآن یقول: بمنع ظهور کلمة «النصف» فی الاحتمال الثالث، بل الظاهر أنّ المراد بالنصف هو النصف المشاع فی المجموع القابل للانطباق علی واحدة من حصتی المالک أو شریکه بتمامهما.

ثمّ قال: «وأمّا ملاحظة حقّى المالكين وإرادة الإشاعة فى الكلِّ من حيث أنّه مجموعهما فغير معلومة بل معلوم العدم بالفرض»(٢).

هذه الجملة اعتراض من الشيخ الأعظم على نفسه وجوابه كأنّه يقول بتوضيح منّا:

إن قلت: إنّ كلمة «النصف» وإن كانت كذلك إلاّ أنّه يترجح إرادة الاحتمال الثالث من جهة أنّ البائع لا حظ حقّ المالكين فقصد بيع النصف المُشاعِ من الحُصَّتَيْنِ لا بيع تمام حصته ولا بيع تمام حصة شريكه. فلا يتم فى ظهورها فى النصف المشاع فى المجموع أى الحصتان الخاصتان.

قلت: هذا الترجيح وَإنْ كان ممكنا فى نفسه ولكنّه خلاف فرض فرعنا لأنّ محلّ

١- ٤ . المكاسب ٥٢٣/٣.

٢- ٥ . المكاسب ٥٢٣/٣.

الكلام هو ما لو باع «النصف» قاصدا لمفهوم كلمة «النصف» من دون إحراز قصده لحصته أو حصة شريكه أو المركب من الحصتين، فالحكم بكون المراد من كلمة «النصف» هو الاحتمال الآخير فقط قضاءً لحقّ المالكين يتوقّف على مؤونة زائدة فى مقامى الثبوت والإثبات:

وأمّا مَقامُ الثبوت: فلتوقفه على ملاحظة «النصف» المضاف إلى حصتى البائع وشريكه ليكون المبيع ربع الدار من حصة البائع وربعها من حصة شريكه.

وأمّا مَقامُ الاثبات: «فلتوقفه على أن يكون إطلاق كلمة «النصف» مقتضيا لاضافته إليهما معا ليقع البيع لهما وهذا الاقتضاء ممنوع، لأنّ مفاد الإطلاق عدم إضافة النصف إلى كلٍّ منهما بالخصوص

وهذا لايستلزم إضافته إليهما معا، فعدم التقييد بما يدلّ على أحدهما لا يكون دالاً على التقييد بهما»(١).

ومن المعلوم أنّ الشيخ الأعظم فى كلامه يستبين فقدان مقتضى الثبوتى فقط ومعه لا حاجة إلى بيان فقدان مقتضى الإثباتى ولكن قد بيّنتُ لک كِلَى الْمَقامَيْنِ.

ثمّ: تمّم الشيخ الأعظم كلامه بهذا المقال: «ومن المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملّک كليّا يملک مصداقه، فهو كما لو باع كلّيا سلفا، مع كونه مأذونا فى بيع ذلک من غيره أيضا، لكنّه لم يقصد إلاّ مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له»(٢).

أقول: إذا رجع الشيخ الأعظم رحمه الله عن مقالته فحكم الفرع عندى واضح وهو رجوع

المبيع إلى النصف المختص ببائعه، والحمد للّه.

الفرع الثانى:

هبة المرأة نصف صداقها مُشاعا قبل الطلاق

الغرض من ذكر هذا الفرع هو بيان نظير للفرع الأوّل وهو حمل كلمة «النصف»

١- ١ . هدى الطالب ٦/٢٣.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٥٢٣.

على النصف المشاع المختص للزوجة دون المشاع بين الحصتين، وهو تَأْيِيْدٌ لوجه رجوع الشيخ الأعظم عن مقالته.

قال المحقّق فى المسألة العاشرة من مسائل أحكام المَهْر: «لو وَهَبَتْهُ نصفَ مهرها مُشاعا ثمّ طلّقها قبلَ الدخولِ فله الباقى ولم يرجع عليها بشيءٍ، سواءٌ كان المهر دينا أو عينا صرفا للهبة إلى حقّها منه»(١).

بعبارة أُخرى: لو أصدق الزوج زوجته عينا أو دينا، فَوَهَبَتْ الزوجة نصفها المشاع لشخص ثمّ طلّقها الزوج قبل الدخول، استحق الزوجُ بالطلاق النصف الباقى، لا نصفه [أى نصف النصف] وقيمة النصف الموهوب، فالنصف فى الفرض يُحمل على النصف المختص بها المشاع بين حصتها وبين ما يكون لزوجها بعد الطلاق.(٢)

وتبعه جماعة من أعلام الطائفة وبعضهم يذكر فى المقام احتمالاً آخَرَ أو احتمالين ومن المعلوم تنظير الشيخ الأعظم إنّما يتم فى الاحتمال الأوّل دون الثانى والأخير. والآن أذكر كلماتهم حتّى يتبيّن لک الأمر:

ويستأنس من كلام العلاّمة فى الإرشاد حيث قال: «ولو طُلّق بعد البيع أو الرهن أو التدبير أو التلف وإن لم يكن مِنْ قِبَلها - رجع بنصف مثله فى المثلى وبنصف القيمة فى غيره... ولو تلف البعض فله نصف الباقى ونصف بدل التالف...»(٣).

أقول: الاستيناس يظهر من اطلاق قوله قدس سره : «رجع بنصف مثله فى المثلى وبنصف القيمة فى غيره» وهو يشمل الاحتمال الأوّل المؤيِّد للشيخ الأعظم.

ولكن فى القواعد ذكره بعنوان أحد احتمالى المسألة وقال: «لو وهبته النصف ثمّ طلّقها احتمل رجوعه بالنصف الباقى وبنصفه وقيمة الربع»(٤).

وتبعه ابن أُخته وتلميذه السيّد عميدالدين فى ذكر الاحتمال الثانى فى

۱- ۱ . الشرائع ۲۷٤/۲.

۲- ۲ . محاضرات فی الفقه الجعفری ۵۱۵/۲.

۳- ۳ . إرشاد الأذهان ۱۷/۲.

٤- ٤ . القواعد ۸٦/۳.

کنزالفوائد(۱).

قد یقال(۲): باستفادة الاحتمال الثانی من کلام الشیخ الطوسی فی المبسوط لأنّه قال: «إذا أصدقها صداقا ثمَّ وهبته منه، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فانّه یرجع علیها بنصفه، ثمّ لا یخلو من أحد أمرین إمّا أن یکون عینا أو دینا. فإنْ کان عینا کالعبد والثوب فوهبته له، ثمّ طلّقها قبل القبض فهل یرجع علیها بنصف الصّداق أم لا؟ قیل: فیه قولان: أحدهما لا یرجع بشی ء، والثانی یرجع علیها بالنّصف، وهو الصّحیح عندنا، سواء وهبت له قبل القبض أو بعد أن أقبضه، الباب واحد وفیه خلاف.

وإن کان دینا نظرت فإن کان دفعه إلیها فقبضته ثمّ وهبته له مثل أن کانت دراهم فأقبضها ثمَّ وهبتها منه ثمَّ طلّقها فعلی القولین، لأنّها قد قبضت صداقها وتعیّن بالقبض فلا فصل بین أن یتعیّن بالعقد وبین أن یتعیّن بالقبض، وأمّا إن کان دینا فأبرأته منه ثمّ طلّقها قبل الدخول فهل یرجع علیها بنصفه أم لا؟ یبنی علی القولین: إذا کان عینا فوهبته.

فاذا قلنا لا یرجع علیها بشیء إذا کان عینا فوهبته فههنا مثله، وإذا قلنا یرجع علیها بالنّصف إذا کان عینا فوهبته له فهل یرجع هیهنا؟ فیه قولان: أحدهما یرجع لأنّه عاد إلیه بغیر الوجه الّذی یعود إلیه به حین الطّلاق کالعین سواء والثانی لایرجع بشیء هیهنا والأوّل أقوی»(۳).

وقال ولده الفخر: «فيه احتمالان: (أ): إنّ له النصف الباقى لأنّه استحق نصف العين بالطلاق وقد وجده فيأخذه وتنحصر هبتها فى نصيبها ولأنّه كلّما ثبت استحقاق العين وانتقل منها إلى بدلها فى الأداء فالانتقال بالتراضى أو انتفاء العين أو وجود مانع والكلّ هنا منتف فثبت الرجوع فى النصف (ب): الرجوع إلى نصف النصف الموجود وبدل النصف الموهوب لِاءَنّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيه، وفيه نظر لأدائه إلى تبعيض حقّه وهو ضرر عليه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخيره بين أخذ النصف الموجود وبين

١- ١ . كنز الفوائد ٥٠٩/٢.

٢- ٢ . والقائل المستظهر من كلام الشيخ الطوسى هو الفاضل الأصفهانى فى كشف اللثام ٤٧٣/٧.

٣- ٣ . المبسوط ٣٠٨/٤.

التشطير المذكور والأصح عندى الأوّل ولا يحتمل تخيرها لِاءَنَّ الإتلاف منها مباشرة فيجب عليها، وهذا الفرع انّما هو فيما إذا كان الصداق عينا أمّا إذا كان فى الذمة برىءٌ من الكلِّ وجها واحدا ولهذا أورد المصنف فى الدين بلفظ الإبراء وفى العين بلفظ الهبة»(١).

أقول: أنت ترى بأنّ فخرالمحقّقين هو أوّل من ردّ الاحتمال الثانى وتنظّر فيه وأبدع احتمالاً ثالثا فى المقام ونفى وجود الِاحْتِمال الرابع واختار الاحتمال الأوّل صراحة ويظهر من كلامه علو رتبته العلمية رحمة اللّه عليه.

وقال الشهيد: «ولو وَهَبَتْهُ نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقى، ولو كان معينا فله نصف الباقى ونصف ما وهبته مثلاً أو قيمة»(٢).

وقال ثانيه فى شرح هذه العبارة: «(السابعة: لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقى) لأنّه بقدر حقّه فينحصر فيه ولأنّه لا ينتقل مستحق العين إلى بدلها إلاّ بالتراضى أو تعذر الرجوع لمانع أو تلف والكلُّ منتَفٍ.

ويحتمل الرجوع إلى نصف النصف الموجود بدل نصف الموهوب، لأنّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيكون حقّه فى الباقى والتالف فيرجع بنصفه وببدل الذاهب، ويكون هذا هو المانع وهو أحد الثلاثة المسوغة للانتقال إلى البدل.

وردَّ بأنّه يؤدى إلى الضرر بتبعيض حقّه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخييره بين أخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور (ولو كان) الموهوب (معينا فله نصف الباقى ونصف ما وهبته مِثْلاً، أو قيمة)، لأنّ حقّه مشاع فى جميع العين وقد ذهب نصفها معينا فيرجع إلى بدله، بخلاف الموهوب على الإشاعة. ونبّه بقوله: وهبته على أنّ المهر عين، فلو كان دينا وأبرأتْهُ من نصفه برى ء من الكلِّ وجها واحدا»(٣).

أقول: الشهيد الثانى فى هذه العبارة ينظر إلى كلام الفخر كاملاً وربّما ينقل عين عبارته كما هو الواضح.

١- ٤ . إيضاح الفوائد ٢٣٣/٣.

٢- ١ . اللمعة الدمشقية /١٩٧.

٣- ٢ . الروضة البهية ٣٦٧/٥ و ٣٦٨.

وقال فى المسالک: «وجه استحقاقه الباقى أنّه استحقّ النصف بالطلاق وقد وجده فيأخذه، وتنحصر هبتها فى نصيبها. ولأنّ اللّه تعالى جعل لها نصف ما فرض، وذلک يقتضى استحقاقه فى العين ما لم يجدها تالفة أو يمنع مانع منها، وهما منتفيان هنا، فلا وجه للانتقال إلى البدل.

وفى المسألة وجه بأنّ له نصف الباقى - وهو الربع - مع ربع بدل الجملة، لأنّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع، وينزّل هذا النصف منزلة التالف، فلم يبق من الذى

فرض سوى نصفه، فيأخذ نصفه كما هو مقتضى الشركة وبدل الفائت كما لو فات الجميع.

وفيه ما مرّ، فإن الانتقال إلى البدل مشروط بتعذّر العين، وهو منتفٍ.

ووجه ثالث بتخييره بين أخذ نصف بدل الجملة وترک الباقى، وبين أخذ نصف الباقى - وهو الربع - مع ربع بدل الجملة. لإفضاء الثانى إلى تبعّض حقّه، وهوضرر عليه فيجبر بتخييره. هذا إذا كان المهر عينا. أمّا لو كان دينا فليس فيه إلاّ الوجه الذى ذكره المصنف.

واحترز بقوله: «مُشاعا» عمّا لو وهبته نصفا معيّنا،فإنّ له نصف الباقى ونصف بدل ما وهبته وجها واحدا، لأنّ حقّه بالطلاق مشاع فى جميع العين، وقد ذهب منها جزء معيّن فينتقل إلى بدل ما يستحقّه منه، بخلاف ما لو كان مشاعا، فإنّ حقّه فى الأوّل مشاع وفى الثانى كذلک فلا ترجيح، ويتّجه استحقاقه حينئذٍ الجميع كما ذكر»(١).

وقال المحقّق السبزوارى: «ولو وهبت نصفها مشاعا ثمّ طلّقها قبل الدخول فالأقرب أنّ له الباقى ولم يرجع عليها بشىءٍ من البدل، وفى المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أنّ له نصف الباقى وهو الربع مع ربع بدل الجملة.

وثانيهما: تخييره بين أخذ نصف بدل الجملة وترک الباقى وبين أخذ نصف الباقى وهو الربع مع ربع بدل الجملة.

۱- ۱ . المسالک ۸/۲۵۵.

ولو کان المهر دینا فلیس فیه إلاّ الوجه الأوّل»(۱).

أقول: اختار السبزواری الاحتمال الأوّل لأنّه وصفه ب- «الأقرب».

وقال الفاضل الإصفهانی: «(الثامن: لو وهبته النصف ثمّ طلّقها، احتمل رجوعه بالنصف الباقی) بعینه کما اختاره المحقّق.(۲) وهو الوجه، لأنّه استحقّ النصف بالطلاق، وهو موجود، فلا جهة للعدول عنه إلی البدل فیأخذه وَتَنْصَرِفُ الهبة إلی نصیبها وهو النصف الآخر.

(و) احتمل رجوعه (بنصفه) أی نصف النصف الباقی بعینه (وقیمة الربع) بناءً علی شیوع نصفیهما فی تمام العین وشیوع النصف الموهوب أیضا، فتتعلّق الهبة بنصفی النصیبین، فالنصف الباقی بمنزلة ما تلف نصفه وبقی النصف.

ویظهر من المبسوط(۳) احتمال الرجوع بنصف الباقی خاصّة، لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المُشاع فقد تعلّقت بنصفی النصیبین، فإنّما یملک من نصیبها النصف وهو الربع، واستعجل نصف نصیب نفسه، وإنّما بقی له النصف الآخر من نصیبه وهو الربع. ویحتمل التخییر بین بذل تمام النصف الباقی وعین نصفه مع بدل نصفه الآخر دَفْعا للضرر بتبعّض الصفقة»(٤).

أقول: الفاضل الأصفهانی هو أوّل من استظهر من عبارة الشیخ فی المبسوط الاحتمال الثانی مع أنّه اختار الاحتمال الأوّل.

وقال سیّد الریاض: «ولو وهبته النصف مشاعا، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فله الباقی؛ صرفا للهبة إلی حقّها منه، کما لو وهبته لغیره فإنّهما سواء، کما فی الصحیح المتقدّم»(٥).

۱- ۲ . الكفاية ۲۳۱/۲.

۲- ۳ . شرائع الإسلام ۳۳۰/۲.

۳- ۱ . المبسوط ۳۱۰/٤.

٤- ۲ . كشف اللثام ٤۷۲/۷ و ٤۷۳.

٥- ۳ . وسائل الشيعة ۳۰۱/۲۱، ح۱.

وفيه قول بالرجوع بنصفه وقيمة الربع(۱)؛ بناءً على شيوع نصفيهما فى تمام العين، وشيوع النصف الموهوب أيضا، فتتعلّق الهبة بنصفى النصيبين، فالنصف الباقى بمنزلة التالف نصفه، وبقى نصفه.

وعن المبسوط: احتمال الرجوع بنصف الباقى خاصّة(۲)؛ لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المشاع فقد تعلّقت بنصفى النصيبين، فإنّما ملك من نصيبها النصف - وهو الربع - واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنّما بقى له النصف الآخر من نصيبه، وهو الربع».(۳)

وقال صاحب الجواهر: «(ولو وهبته نصف مهرها مُشاعا، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فله الباقى ولم يرجع عليها بشىء سواء كان المهر دينا أو عينا) بناءً على كفاية لفظ الهبة فى الإبراء (صرفا ل-) ما وقع منها من (الهبة إلى حقّها منه) بمعنى: أنّه بالطلاق قبل الدخول يتمحّض النصف الباقى للزوج؛ لأنّه مصداق «نِصْفُ ما فَرَضْتُمْ»(٤)، فلا يرجع إلى المثل أو القيمة؛ لعدم تعذّره.

لكن فى القواعد(٥) والمسالك(٦): احتمال الرجوع بنصف الباقى بعينه وقيمة الآخر

من الموهوب؛ لشيوع نصفيهما فى تمام العين، وشيوع النصف الموهوب أيضا، فتعلّق الهبة بنصفى النصيبين، فالنصف الباقى بمنزلة ما تلف نصفه وبقى النصف.

بل قيل: «إنّه يظهر من المبسوط احتمال الرجوع بنصف الباقى خاصّة؛ لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المشاع فقد تعلّقت بنصفى النصيبين، فإنّما ملک من نصيبها النصف وهو الربع، واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنّما بقى له النصف الآخر من نصيبه وهو

١- ٤ . حكاه فى التنقيح الرائع ٢٣٩/٣، والمسالک ٢٥٥/٨.

٢- ٥ . حكاه عنه فى كشف اللثام ٤٧٣/٧، وانظر المبسوط ٣٠٨/٤.

٣- ٦ . رياض المسائل ٥٤/١٢.

٤- ٧ . سورة البقرة /٢٣٧.

٥- ٨ . قواعد الأحكام: النكاح، تنصيف المهر ٨٦/٣.

٦- ٩ . مسالک الأفهام: النكاح، أحكام المهور ٢٥٥/٨.

الربع»(١).

وربّما احتمل أيضا: التخيير بين بذل تمام النصف الباقى وعين نصفه مع بذل نصفه الآخر؛ دفعا لضرر تبعّض الصفقة.

إلاّ أنّ الجميع كما ترى: ضرورة عدم تأتّيها مع فرض بقاء النصف المشاع الذى هو مصداق «نِصْفُ ما فَرَضْتُمْ». نعم، لو كان النصف الموهوب معيّنا لا مُشاعا اتّجه ذلک، كما هو واضح.

وكذا لو خالعته على النصف؛ فإنّه إن قيّدته بالنصف الذى يبقى لها بعد الطلاق فلا كلام، وإن أطلقت انصرف إلى ما تملكه بعد الطلاق.

وعلى كلّ حال، إذا تمّ الخلع ملک الزوج تمام المهر، بل ربّما فرّق بينه وبين الهبة: بأنّه بذل على الطلاق المنصّف للمهر، فهو تمليک بعد الطلاق.

وللشافعيّة - كما قيل - وجه بالشيوع فى نصفى النصيبين، ولا ريب فى ضعفه، واللّه العالم»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة - كالفاضلين(٣) والشهيدين(٤) وغيرهم(٥)-: أنّه لو أصدق المرأة عينا، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقى، لا نصف الباقى وقيمة نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً(٦)،

١- ١ . كشف اللثام: النكاح، تنصيف المهر ٤٧٣/٧.

٢- ٢ . الجواهر ٣٢/(١٨٥-١٨٣)، (٣١/(١٠٣ و ١٠٤)).

٣- ٣ . الشرائع ٢٧٤/٢، المسألة العاشرة، والإرشاد الأذهان ١٧/٢، نعم ذكره فى القواعد ٨٦/٣ على أحد الاحتمالين.

٤- ٤ . اللمعة الدمشقية /١٩٧، والروضة البهية ٣٦٧/٥، والمسالک ٢٥٥/٨.

٥- ٥ . مثل فخرالمحقّقين فى الإيضاح ٢٣٣/٣، والمحقّق السبزوارى فى الكفاية ٢٣١/٢، والسيّد الطباطبائى فى الرياض ٥٤/١٢.

٦- ٦ . ذكره العلاّمة فى القواعد ٨٦/٣، والشهيد الثانى فى المسالک ٢٥٥/٨، والروضة البهيّة ٣٦٨/٥.

وليس إلاّ من جهة صدق «النصف» على الباقى، فيدخل فى قوله تعالى: «فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ»(١)وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لمّا كان الربع الباقى للمرأة من الموجود مِثلاً للربع التالف من الزوج، ومساويا؛ له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلاّ بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيميّة.

لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنّما علّلوا استحقاقه للنصف الباقى ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاةٍ لهذا المقام»(٢).

وقال السيّد الخوئی: «وأمّا الطلاق فهو نظير ما نحن فيه، فإنّ الزوج بطلاقه قبل الدخول يملک نصف صداق المرأة بملكيّة جديدة، كما فی البيع والشراء، غايته من دون رضا الزوجة، فإذا فرضنا أنّها قد أخرجت نصفه عن ملكها بمصالحة أو شراء ونحوه انتقل النصف الباقی إلی الزوج لا محالة»(۳).

وقال السيّد المُرَوِّجُ: «لا يخفی أنّ الوجوه المحتملة ثبوتا فی النصف الذی يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ثلاثة:

أحدها: النصف الباقی بناءً علی الإشاعة فی العين لا فی الحصتين، فإنّ النصف المشاع فی العين ينطبق علی النصف الباقی. فهذا النصف نفس حقّه كما أفتی به الفقهاء، لا نصف حقّه، ونصفه الآخر - وهو ربع العين - بدل حقّه الفائت بالهبة كما هو مقتضی الإشاعة بين الحصتين.

ثانيها: النصف من الباقی والتالف، وهو الذی حكاه المصنف قدس سره إحتمالاً عن جماعة.

ثالثها: النصف بنحو الكلّی فی المعيّن، وهو يتعين بالمقدار الباقی، لا أنّه مقدار حقّه، بل هو نفس حقّه، بناءً علی الكلّی فی المعيّن، وعلی الإشاعة فی العين، لا الإشاعة

۱- ۱ . سورة البقرة /۲۳۷.

۲- ۲ . المكاسب ۵۲۳/۳ و ۵۲۴.

۳- ۳ . محاضرات فی الفقه الجعفری ۵۱۶/۲.

بين الحصتين. وقد تقدم آنفا أنّ الظاهر فی مقام الإثبات هو الإ

شاعة فی العين كما هو

ظاهر فتوى جماعة كالفاضلين والشهيدين وغيرهم قدس سرهم مع الغض عن تعليلهم لها ببقاء مقدار حقّه، إذ مع النظر إليه يحتمل كلّ من الإشاعة بين الحصتين والكلّى فى المعين.

إذ على الأوّل [الإشاعة بين الحصتين] لمّا كان الربع التالف بالهبة مثل الربع الباقى فى جميع الجهات ذهبوا إلى تعيُّن النصف الباقى، معلِّلين ذلک ببقاء مقدار حقّه، لا ببقاء نفس حقّه.

وعلى الثانى [الكلّى فى المعين] يتعيّن حقُّه بالمقدار الباقى قهرا، كما فى سائر موارد الكلّى فى المعيّن مع تلف ما عدا المقدار الذى أُنشِأ عليه العقد كصاع من الصبرة إذا تلفت الصيعان إلاّ واحدا. وهو المناسب للتعليل ببقاء مقدار حقّه.

والفرق بينه وبين المُشاع بين الحصتين هو: أنّ النصف الباقى مُتَعَيِّنٌ فى حقيّته للزوج بناءً على الكلّى فى المعيّن. بخلاف الإشاعة بَيْنَ الحصّتين، فإنّه لايتعيّن حقّ الزوج فى النصف الباقى بناءً على هذا المبنى، إذ يجوز للزوجة دفع قيمة الربع التالف بالهبة، ولايتعيّن عليها دفع نفس الربع الباقى، وإن كان أقرب إلى التالف من جميع الجهات.

وبالجملة: يدور حكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقى - مع تعليله ببقاء مقدار حقّه - بين ابتنائه على الإشاعة بين الحصتين والكلّى فى المُعَيَّن. وعلى التقديرين يتحقق التنافى بين حكمهم فى بيع نصف الدار بكون المبيع حصة البائع، وبين حكمهم بكون حصة الزوج النصف الباقى، لكونه بمقدار حقّه».(١)

أقول: يظهر من مقال السيّد المروج أنّه بناءً على الاحتمال الأوّل - أى الإشاعة فى العين - يَتِمُّ تنظير الشيخ الأعظم رحمه الله وعلى الاحتمالين الآخيرين - أى الإشاعة فى الحصتين والكلى فى المعيّن - حيث إنّ الباقى يكون بمقدار حقّ الزوج لا عينه لم يتم تنظير الشيخ الأعظم ويكون الفرع منافيّا لما ذكره كما أقرّ قدس سره به.

١- ١ . هدى الطالب ٣٠/٦ و ٣١.

هذا تمام الكلام فى هذا الفرع والحمد للّه.

الفرع الثالث:

الإقرارُ بالنصف فى الشركة

يذكر الشيخ الأعظم(١) هذا الفرع بجهة المنافاة مع مقالته الأخيرة من موافقته المشهور فى المسألة الأصلى - وهو لو باع مالک النصف نصف الدار - حيث ذهبوا إلى أنّ

المالک باع نصفه المختص به، ولكنهم حكموا فى هذا الفرع بأنّ المراد بصلح النصف هو النصف المُشاع وأمّا الفرع:

قال المحقّق: «ولو ادَّعى اثنان دارا فى يد ثالثٍ بسببٍ موجب لِلشِّرْكَة(٢) كالميراث فصدَّق المدَّعى عليه أحدهما وصالحه على ذلک النصف بعوضٍ فإن كان بإذن صاحبه صحَّ الصلحُ فى النصف أجمع وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صحّ فى حقّه وهو الربع وبطل فى حصة الشريک وهو الربع الآخر»(٣).

وقال العلاّمة: «لو صالح المتشبِّث المصدِّق لأحد المُدَّعِيَيْنِ بسبب يوجب التشريک كالإرث على شيءٍ شاركه الآخر إن كان بإذنه وإلاّ صحّ فى الربع ولا شركة، ولو تغاير السبب صحّ الصلح فى حصّته أجمع ولا شركة»(٤).

وقال المتتبع العاملى فى شرح قول العلاّمة فى القواعد: «كما فى المبسوط(٥) والشرائع(٦) والتذكرة(٧) والتحرير(٨) والإرشاد(٩) وشرحه لولده وجامع المقاصد(١٠)

١- ٢ . المكاسب ٥٢٤/٣ قوله قدس سره : «ونظيره فى ظهور المنافاة لما هنا...».

٢- ١ . بكسر الشين وفتحها.

٣- ٢ . الشرائع ١٠٠/٢.

٤- ٣ . القواعد ١٧٦/٢.

٥- ٤ . المبسوط ٢٩٣/٢.

٦- ٥ . الشرائع ١٠٠/٢.

٧- ٦ . تذكرة الفقهاء ٩٦/١٦، مسألة ١٠٩٢.

٨- ٧ . تحرير الأحكام الشرعية ١٥/٣.

٩- ٨ . إرشاد الاذهان ٤٠٤/١.

١٠- ٩ . جامع المقاصد ٤٣٣/٥.

والمسالک(١) ومجمع البرهان(٢) والكفاية(٣): وفى الأخير أنّه المشهور. وكأنّه أشار بذلک إلى ما ستسمعه عن المسالک(٤) وإلاّ فلا خلاف فى ذلک... وحاصل ما أراد المصنف [العلاّمة فى القواعد] والجماعة: أنّ المُدَّعَيِيْنِ اتّفقا على كون سبب ملكهما مقتضيا لِلشِّرْكة، فإقرار المتشبّث لأحدهما مقتضٍ لتشاركهما فيما أقرّ به وإن لم يصدّقهما على السبب الّذى ادّعيا به، لأنّهما متّفقان على أنّ البعض كالكلّ يستوى ملكهما فيه: فيمتنع استحقاق المقرّ له النصف دون الآخر، كما أنّ الفائت يكون ذاهبا عليهما. فاشتراكهما فى

المقرّ به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار، فلا يؤثّر فيه تخصيص المقرّ أحدهما بالملک.

وحينئذٍ فإذا صالح المقرّ له المتشبّث على النصف المقرّ به، فإن كان الصلح بإذن شريكه أو إجازته بعده صحّ فى جميعه بجميع العوض، وإلاّ ففى ربع المقرّ له بنصف ما صولح عليه، ويبطل فى ربع شريكه»(٥). هذا.

ولكن نقل الشيخ الأعظم(٦) عن سيّد مشايخه - وهو السيّد محمّد المجاهد فى كتابه المناهل(٧) - اختيار اختصاص النصف المصالح عليه بالمقرّ له وهو المصالح فيصير هذا الفرع موافقا لما اختاره الشيخ الأعظم لا منافيّا له.

وللشهيد الثانى تفصيل فى المقام وبعد توضيح مقال المشهور فى المسالک قال: «وفيه بحثٌ، لأنّ هذا لايتمّ إلاّ على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملک البائع والمصالح، حتّى لو باع ابتداءً مالک

١- ١٠ . المسالک ٢٧١/٤.

٢- ١١ . مجمع الفائدة والبرهان ٣٤٧/٩.

٣- ١٢ . الكفاية ٦١٢/١.

٤- ١٣ . المسالک ٢٧١/٤ و ٢٧٢.

٥- ١ . مفتاح الكرامة ١٢٧/١٧ و ١٢٦.

٦- ٢ . المكاسب ٥٢٥/٣.

٧- ٣ . المناهل /٣٥٨.

النصف نصف العين مطلقا إنصرف إلى نصيبه. ووجّهوه: بأنّ اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبته إلى النصفين إلاّ أنّه من خارج قد ترجَّح انصرافه إلى النصف المملوک للبائع، نظرا إلى أن إطلاق البيع إنّما يحمل على المتعارف فى الاستعمال، وهو البيع الذى يترتّب عليه انتقال الملک بفعل المتعاقدين، ولايجرى ذلک إلاّ فى المملوک، بخلاف الإقرار فإنّه إخبار عن ملک الغير بشىءٍ، فيستوى فيه ما هو ملكه وملک غيره، وحينئذٍ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرِّ له خاصّةً، فيصحّ فى جميع الحصّة بجميع العوض، وتبقى المنازعة بين الآخر والمتشبّث.

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقا، أو النصف الذى هو ملك المقرِّ له، أمّا لو وقع على النصف الذى أقرَّ به المتشبّث توجّه قول الجماعة، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، والصلح وقع على المقرِّ به، فيكون تابعا له فيها، وعلى هذا ينبغى حمل كلامهم، لئلاّ ينافى ما ذكروه من القاعدة التى ذكرناها.

وهذا توجيهٌ حسنٌ لم ينّبهوا عليه، وإنّما ذكر الشهيد رحمه الله فى بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصّة المقرِّ له من غير مشاركة الآخر مطلقا، وتبعه عليه الشيخ

على(١) رحمه الله »(٢).

ولذا قال الشيخ الأعظم عن هذا التفصيل ما نصه: «وفصّل فى المسالک بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذى أقرّ به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور فى الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، وحكم بالاختصاص فى الأوّلين؛ لاختصاص النصف وضعا فى الأوّل وانصرافا فى الثانى إلى النصف المختصّ»(٣).

واعترض المحقّق الأردبيلى على الشهيد الثانى فى تفصيله وقال: «وفيه بحث أمّا أوّلاً: فلأنّ قول الجماعة ذلک إنّما هو فى مالٍ مُشَخَّصٍ من غير نزاع للبائع والمصالح،

١- ١ . جامع المقاصد ٤٣٤/٥.

٢- ٢ . المسالک ٢٧١/٤ و ٢٧٢.

٣- ٣ . المكاسب ٥٢٥/٣.

وفيما نحن فيه ليس كذلک لوجود النزاع وعدم ثبوت نصفٍ خالصٍ له، بل إنّما ثبت له بحسب الشرع الربع، لأنّ الفرض أنّ جميع ما ثبت له مشترک بينه وبين شريكه بحسب نفس الأمر، وحكم الشرع ظاهرا بإقرارهما، والظاهر أنّه لانزاع فى أن المقرّ به مشترک بينهما، ويفهم من كلامه أيضا فما صالح

إلاّ على ربعه وربع شريكه إذ ليس نصف المصالح عليه إلاّ ذلک، ولايمكن له مصالحة النصف المخصوص به لما مرّ، ولما سيجيء وهو ظاهر.

وأمّا ثانيا: فإنّه على تقدير تسليم ذلک، هنا قرينة صريحة دالّة على أنّه ما اصطلح إلاّ على النصف الذى أقرّ له المتشبّث، وما قصد المتشبّث والمقرّ له إلاّ ذلک فينصرف إليه وإن كان مطلقا أو مقيّدا بكونه الذى له (لأنّه الذى له – خ) بحسب الظاهر ورضى المقرّ له بالصلح عليه.

وأمّا ثالثا: فلأنّه لايحتاج هنا إلى بحث وتوجيه، فإنّ كلامهم ظاهر، بل صريح فى أنّ المصالح عليه إنّما هو النصف المقرّ به، إذ لم يصالح المقرّ إلاّ عليه وما ثبت بحسب ظاهر الشرع للشريک المصالح إلاّ ذلک.

أمّا لو صرّح بأنّه إنّما صالح على نصفه الذى له فى نفس الأمر غير المُشاع والمقر به، فإنْ كان المقرّ عالما ورضى به يلزمه الإقرار بثلاثة أرباع العين، الربع للشريک، والنصف للمصالح.

وهذا بعيد، إذ هو منكر للنصف الآخر ويقول: أنْ ليس للآخر فيه شيء أصلاً، ولهذا ما توجّه الأصحاب إلى هذا الاحتمال وحكموا مطلقا بما مرّ فالحكم كما قالوه رحمهم الله ، سواء قال: صالحتک على النصف المقرّ به، أو نصفى، أو أطلق، وينصرفان إلى الأوّل، لما مرّ إلاّ أن يصرّح، وحينئذٍ لم يقع الصلح لعدم رضا الطرف الآخر وهو المقرّ، فتأمل.

ومنه علم أنه لو قال: أنّى قصدت مالى من غير إشاعة لا يسمع، فإنّ للمقرّ أن يقول: إنّى ما اشتريت إلاّ ما أقررت به، وهذا مسموع منه.

وعلم أيضا ان احتمال الشهيد الذى تبعه فيه الشيخ علىّ ليس بجيّد، بل المشهور هو الظاهر.

والعجب أنّ المتأخرين خصوصا الشيخَ عليّا(١) قليلاً ما يخرجون عنه مع ضعف دليله وقوّة دليل خلافه ويخرجون فى مثل هذه المواضع، فكأنّ غرضهم مجرّد إبداء الاحتمال لا الفتوى به، وينبغى مراجعة كلامهم، وعلى تقدير الفتوى فالظاهر أنّه فى المطلق أو «نصفى» لا الآخر»(٢).

ولخّص الشيخ الأعظم اعتراضه بقوله: «بأنّ هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به»(٣).

ثمّ قال فى ختام مقاله: «وعلى كلٍّ حال، فلا إشكال فى أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع فى كلام المالك للنصف المشاع مجرّدا عن حالٍ أو مقالٍ يقتضى صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع فى نصيبه ونصيب شريكه»(٤).

أقول: أنت ترى أنّ ثانى الشهيدين تبعا للشهيد الأوّل والمحقّق الكركى حلّ المُنافاة بين بابَيِ البيع والصلح وأقام القاعدة التى بُنِيَ عليها الحمل على النصف البائع أو المصالح وذهب إلى أنّ الإشاعة سرت إلى هذا الفرع المذكور فى كلام الفقهاء لأجل وجود الإقرار، لأنّ الإقرار يحمل على الإشاعة بظاهرها، فإذا الذى أقرّ به ذو اليد المتشبث هو الذى صالح عليه فيأتى الإشاعة من باب الإقرار فيه، لا من جهة الصلح فلا تنافى بين البابين وهذا البيان تامٌّ والحمد للّه.

الفرع الرابع:

اشارة

حمل أقرار الشريكين على أنّ ثلث العين لفلانٍ على ثلث المشاع

قال الشيخ الأعظم: «لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلٍّ منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع فى النصيبين»(٥).

هذا البيان يجرى فى صورة تصديق الشريك إقرارَ شريكِه فيقسم المال ثَلاثَةَ أَسْهُمٍ

١- ١ . ولكن فى المصدر: «علىّ».
٢- ٢ . مجمع الفائدة والبرهان ٣٤٩/٩ و ٣٥٠.
٣- ٣ . المكاسب ٥٢٥/٣.
٤- ٤ . المكاسب ٥٢٥/٣.
٥- ١ . المكاسب ٥٢٥/٣.

لكلٍّ واحد منهم ثلثه.

وأمّا فى فرض تكذيب الشريک إقرار شريكه فلا يجرى التثليث فى نصف الشريک المنكر ولكن يجرى فى حقّ المقرِّ فينتقل ثلث ماله إلى المقرّ له وهذا نصف الثلث - أى السدس - فيبقى نصف ثلث الآخر - أى السدس الآخر - وهذا الأخير بقاعدة كتاب الشركة فى أنّ ما حصل حصل للشريكين وما توى [أى تلف وهلک] توى عليهما، تلف عليهما فهما - أى المقرّ والمقرّ له - فيه شريكان فيتلف نصف السدس من مال المقرِّ ونصفه من مال المقرّ له، فيصير مال المقرِّ بينه وبين المقرّ له بالتنصيف.

مثلاً إذا فرضنا أنّ العين لها اثْناعَشَرَ سهما فى فرض تصديق الشريک يصير العين بينهم أثلاثا ولكلٍّ منهم أربعة أسهم.

وفى فرض تكذيبه ينتقل نصف الثلث - أى السدس - من المقرِّ إلى المقرّ له أى السهمان، وأمّا السدس الآخر فقد توى وتلف عليهما بالسوية فيذهب سهم منه من مال المقرّ له، وسهم منه من مال المقرّ ينتقل إلى المقرّ له فحينئذ لكلٍّ من المقرِّ والمقرِّ له ثلاثة أسهم وللشريک المكذِّب ستة أسهم. فنصيب المقرِّ ينصف بينه وبين المقرّ له.

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم(١) بدعوى تنظير هذا الفرع بمسألة إقرار بعض الورثة بوارث آخر فيدفع إلى المقرّ له نصف الثلث - أى السدس - فقط لا أزيد منه وهو الربع.

بتقريب: الإشاعة فى النصيبين تقتضى جعل سهم المقرّ له فى جميع العين على نحو الإشاعة وتنزيل المقرّ به على ما فى يد كلّ منهما وحيث أنّ أحد الشريكين ينفى شركته فلا يبقى له إلاّ نصف الثلث وهو السدس فى سهم المقرِّ ولا يحصل على نصف الثلث الآخر - وهو السدس - فى مال المكذِّب لأنّ أقرار الشريک لا يسمع فى ما فى يد الغير.

ثمّ دفعها(٢) بأنّ المقرِّ أقرّ بثلث العين للغير لا السدس الموجود فى يده والسدس

١- ٢ . المكاسب ٥٢٦/٣ قوله قدس سره : «ودعوى: ...».

٢- ٣ . المكاسب ٥٢٦/٣ قوله قدس سره : «مدفوعة: ...».

الموجود فى يد شريكه لورود الإشاعة فى مسألتنا وعدم وجود الإفراز والتميّز فحينئذ بالنسبة إلى المقرّ والمقرّ له فى ما توى يجرى قاعدة الشركة بأنّ ما توى بينهما بالسوية فلابدّ أن يعطى المقرّ إلى المقر له نصف ما فى يده وهو ربع العين فتنظير مسألتنا بإقرار بعض الورثة بوارث آخر غير تام ومع الفارق.

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «... إلاّ أنّه لمّا لم يجبر المكذّب على دفع شىء ممّا فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلاّ على احتمالٍ ضعيف، وهو تعلّق الغصب بالمشاع وصحّة تقسيم الغاصب مع الشريک، فيتمحّض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريک لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف فى محلّه وإن قال به أو مال إليه بعض - على ما حكى - للحرج أو السيرة»(١).

ويأتى تضعيف آخر من الشيخ الأعظم للميراث وعدم إعمال قاعدة الشركة فيه فى الفرع الخامس فانتظر.

فتعرض الشيخ الأعظم لمسألتين أُخْرَيَيْنِ

اشارة

فتعرض الشيخ الأعظم لمسألتين أُخْرَيَيْنِ وبنى دفعها عليهما مع أنّه فى غنى عنهما. لأنّ قضية التوارث غير قضية الشّرِكة الإختيارى وبنيهما فرق واضح وبون بعيد.

المسألة الأولى:

هل يعتبر فى غصب المال كونه مفروزا مقسوما أو يمكن غصب المال المشترک المشاع بين عدّة من المالكين؟

ذهب الأكثر(٢) إلى إمكان غصب المال المشترک المشاع وقال فى الجواهر: «لا نجد فيه خلافا محقّقا»(٣).

قال الشيخ فى كتاب الشركة من المبسوط: «غصب المشاع يصحّ كما يصحّ غصب المقسوم وذلک أن يأخذ عبدا بين شريكين ويمنع أحد الشريكين من استخدامه ولا يمنع الآخر فيكون قد غصب حصّة الّذى منعه منه، وكذلک إذا كان شريكان فى دار فدخل غاصب إليها فأخرج أحدهما وقعد مع شريكه فيكون غاصبا لحصّة الشريک الّذى

١- ١ . المكاسب ٥٢٦/٣.

٢- ٢ . كما قاله الشهيد الثانى فى المسالک ١٥٢/١٢.

٣- ٣ . الجواهر ٣٠/٣٨ (٢٣/٣٧).

أخرجه.

فإذا ثبت هذا وحصل المال المشترک فی ید الغاصب وأحد الشریکین ثمّ إنّهما باعا

ذلک المال [و] مضی البیع فی نصیب الشریک البائع ولا یمضی بیع الغاصب کما یقول فی تفریق الصفقة.

وکذلک إذا غصب أحد الشریکین من الآخر فباع الجمیع بطل فی نصیب شریکه ولا یبطل فی نصیبه»(١).

وقال فی غصبه: «... ولو انهجم(٢) [الغاصب] علی دار غیره ولم یکن صاحبها فیها، کان غاصبا ضامنا، وإن کان صاحبها فیها ضمن نصفها، ولا یملک شیئا منها، لأنّ ید صاحبها لم تَزُلْ عنها»(٣).

أقول: الظاهر إنّ هذا الفرع لا إشکال فیه من امکان غصب المال المشترک المشاع بل یقع کثیرا ما فی الخارج ولذا قال الفاضل المامقانی: «اعلم إنّ امکان تعلق الغصب بالمشاع وتحققه فی الخارج مما لا إشکال فیه، فلو کان الدار أو القریة أو نحوهما من العقار والأعیان مشترکة بین زید وعَمْرٍوْ علی سبیل الإشاعة فعمد الظالم إلی حصة زید المُشاع من دون قصد منه إلی حصة عَمْرٍوْ من أجل المودة بینهما أو غیر ذلک من الدواعی وَأَخَذَ یستوفی غَلَّة القریة ونحوها من دون توجیه التصرف إلی خصوص جزء معین من بین أجزائها تحقق غصب الحصة المُشاعة، بل قد یتحقّق غصبها بمجرد الاستیلاء عرفا کما لو فرض أنّه لم یدخل القریة ولا الدار بنفسه وإنّما منع المالک للحصة وأمر أتباعه بالتصرف فیها واستیفاء منافعها، وبما ذکرناه من تعلّق الغصب بالمشاع صرح جماعة»(٤). ثمّ ذکر کلمات عدّة من أعلام الطائفة فی المقام فراجعها إن شئت.

١- ١ . المسبوط ٣٥٥/٢.

٢- ٢ . كذا فى المصدر والصَّوابُ: «هَجَمَ».

٣- ٣ . المبسوط ٧٣/٣.

٤- ٤ . غاية الآمال ٢٨٥/٦.

فلا يتم قوله قدس سره : «إلاّ على احْتِمالٍ ضَعِيْفٍ وهو تعلّق الغصب بالمشاع»(١). إلاّ أنّ الاحتمال راجع إلى الفرع الآتى.

ولذا قال الفقيه السَّيِّدُ اليزدى فى توضيح كلام الشيخ الأعظم ما نصه: «لا إشكال فى أصل تعلّق الغصب بالمُشاع فى الجملة، وإنَّما الإشكال فى اختصاص الغصب بحصة المغصوب منه، بيان ذلک أنَّ غصب المشاع يتصور على صُوَر:

إحداها: أنْ يسكن الغاصب مع المالک فى الدار مثلاً على وجه يكون كلّ منهما متصرفا فيها على وجه الشركة، كما فى الشريكين المالكين.

الثانية: أنْ يشترک غاصبان فى التصرف فى الدار على وجه يكون كلّ منهما ذو يد عليها.

الثالثة: أنْ تكون دار بين شريكين ساكنين، فأخرج الغاصب أحدهما وقام مقامه على وجه يكون غرضه متعلقا بغصب حصته.

أمّا الصورة الأولى: فلا ينبغى الاشكال فى ضمان الغاصب للعين والمنفعة بالنسبة إلى النصف، نعم ناقش فيه المحقّق فى الشرائع قال: «فإذا مكن الدار مالكها لم يضمن، وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد، مَنْشَؤُهُ عدم الاستقلال من دون المالک، وهو فى عين محلّه، نعم لو كان الغاصب بحيث لم يقاوم المالک تمَّ ما ذكره»(٢).

لكنّه ليس مراده ذلک؛ لأنَّه ذكره بعد ذلک وحكم فيه بعدم الضمان، وحيث إنَّ المفروض صدق اليد والاستقلال كما فى سائر موارد الاشتراک فى التصرف فلا ينبغى التأمل فى ضمانه لنصف العين، بل يحتمل ضمانه للتمام إذا فرض استقلال كلّ منهما لو لا الآخر، فانَّه يصدق أنَّ العين فى يده كما أنَّها فى يد المالک، إلاّ أنَّ يد المالک لا أثر لها، وكذا بالنسبة إلى جميع المنافع إلاّ ما استوفاه المالک.

وأما الصورة الثانية: فيضمن كلّ منهما النصف المشاع عينا ومنفعة، ويجرى

١- ٥ . المكاسب ٣/٥٢٦.

٢- ١ . شرائع الاسلام ٤/٧٦١.

الاحتمال الذى ذكرنا، ولازمه جواز رجوع المالک على أيّهما شاء كما فى الأيدى المتعاقبة، إلاّ إذا لم يكن أحدهما مستقلاً لو لا الآخر، بل كان هناک يد واحدة على الكلِّ بالشركة، فانَّه حينئذٍ يتعيّن ضمان كلّ منهما للنصف.

وأما الثالثة: فلا إشكال فى ضمان الغاصب أيضا للنصف المُشاع، إلاّ أنَّ الكلام فى أنَّه هل يتعيّن كون ما بيده حصة للمغصوب منه، بأنْ لا يكون على الآخر متصرفا فى حصته وحصة شريكه، فيكون كلّ منهما ضامنا للربع بالنسبة إلى المغصوب منه، والغاصب ضامنا للربع الآخر أيضا، وعلى الاِحتمال الذى ذكرنا يكون للمغصوب منه الرجوع على الغاصب بتمام حقّه، وعلى الآخر بنصفه، بل بتمامه أيضا، وله الرجوع على الغاصب أيضا بتمام حقّه.

التحقيق: هو الوجه الثانى؛ إذ تصرّف الشريک الغير المغصوب منه فى المال المشترک لابدَّ أنْ يكون بإذن صاحبه، وليس(١) فيكون ضامنا من جهة إثبات يده وَتَصَرُّفهِ فى العين المشتركة، كما لو كان هو الغاصب، هذا.

ولكن حكى الوجه الأوّل عن الشيخ فى المبسوط(٢) والفاضل فى التحرير(٣)...»(٤).

أقول: هذه المسألة مُبْتَنِيَةٌ على المسألة الثانية بحيث إن قلنا فيها على ما قاله خالنا الشيخ حسن تم قول المشهور هنا وإلاّ لم يتم وصار الحقّ مع الشيخ الأعظم والفقيه السيّدِ اليزدى بأنّ الغصب يتعلّق بالمُشاع فى الصورة الثالثة من كلام الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله . واللّه العالم.

المسألة الثانية:

هل تقسيم الغاصب والشريک العين المغصوبة من دون مراجعة المغصوب منه أو الحاكم الشرعى يصح بحيث يَكُوْنُ نافذا فى حقِّ الشريک أم لا؟

ذهب خالُنا الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء إلى النفوذ لأنّه قال:

١- ١ . هكذا فى الأصل، والظاهر ان المراد: «وليس مأذونا له فيكون ضامنا».

٢- ٢ . المبسوط ٣٥٥/٢.

٣- ٣ . التحرير ٢٧٤/١ من الطبعة الحجرية.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ٣٤٧/٢ و ٣٤٨.

«ولو أراد غاصب غصب حصة الشريک فقط فلا يبعد جواز مقاصة الشريک الآخر مع الغاصب ولا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه وإن كان غائبا»(١).

وقال الفاضل المامقانى: «وحكى بعض مشايخنا أنّه سمع منه شفاها أنْ لا يبعد فى كلام الفقيه فتوى هذه»(٢).

وحكاه عنه صاحب الجواهر فى كتاب الشركة وردّ عليه: «لكنّه كما ترى وقد تقدّم(٣) لنا بحث فى ذلک»(٤).

وحيث ضعّف صاحب الجواهر هذا الاحتمال قال الشيخ الأعظم: «لكنّه احتمال مضعّف فى محلّه وإن قال به أو مال إليه بَعْضٌ - على ما حُكِيَ - للحرج أو السيرة»(٥).

وقال الفاضل المامقانى: «لم نجد من تعرّض لهذا الحكم سوى صاحب الجواهر وصاحب أنوار الفقاهة ولا مفتيا بالجواز سوى الأخير منهما ومن حكى عنه صاحب الجواهر، نعم قوّاه بعض من تأخر استنادا إلى تحقق السيرة فيما بين الناس من جهة شيوع غصب الأموال المشتركة خصوصا فى الوصايا والأثلاث المُوْصى بها، فإنّهما كثيرا ما تؤخذ بغير حقّ، ومع ذلک لا تتحرز الورثة من أخذ مقدار حصتهم. هذا ولكنّک خبير بما فى الاستناد إلى مثل هذا المستند الذى يتّجه المنع عليه موضوعا وحكما فافهم»(٦).

وأمّا مستند خالنا فَهُوَ قاعدة نفى الحرج والسيرة بتقريب:

١- أنَّهُ كثيرا ما نرى غصب الغاصبين للأَمْلاكِ الْمُشاعَةِ وحينئذ يكونُ مَنْعُ الشريک من التصرف فى حصته حَرَجا عليه وهذا المنع بقاعدة لا حرج مرفوع عنه فيجوز التقسيم

١- ٥ . أنوار الفقاهة/ مخطوطة ونقل عنها فى غاية الآمال ٢٨٩/٦ (صفحة ٤١١ من الطبع الحجرى).

٢- ٦ . غاية الآمال ٢٩٠/٦.

٣- ٧ . الجواهر ٣٢٨/٢٣ (٢٠٢/٢٢).

٤- ٨ . الجواهر ٦٢٣/٢٧ (٣١٥/٢٦).

٥- ٩ . المكاسب ٥٢٧/٣.

٦- ١ . غاية الآمال ٦/٢٩٠.

مع الغاصب ويستقل الشريک بالحصة المفروزة له.

ويرد عليه: قاعدة نفى الحرج ينفى حرمة التقسيم مع الغاصب تكليفا ولكن لا تَثْبُتُ صِحَّةُ التقسيم معه وضعا بحيث لا يحتاج إلى مراجعة شريكه.

٢- السيرة المستمرة المُدَّعاة التى تكشف عن إمضاء عمل العرف بواسطة المعصومين عليهم السلام .

ويرد عليه: أَنّهُ لم يحرز هذه السيرة واستمرارها بل يحتمل(١) الردع عنها بفتوى أكثر الفقهاء بل هُوَ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ كما حُكِى.

ولكن يمكن الاِستناد له قدس سره بالسيرة العقلائية، لأنّ العقلاء إذا مارس أحدهم - من دون الشركاء - مع الغاصب وَتَمكَّنَ مِنِ اخْتِلاس سهامه منه لا يعطيه إلى شركائه، بل يقول لهم بأنّه نصيبى وسهامى وأنتم تذهبون وتمارسون مع الغاصب حتّى تأخذوا نصيبكم وسهامكم. هذه السيرة جارية ولم يردع عنها الشارع فهى ممضاة فى الشريعة المقدسة.

ومع الإقرار بصحة التقسيم مع الغاصب يظهر بوضوح كيفيّة غصب المال المُشاع - أى المسألة الاولى - والحمد للّه.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم(٢) وجها آخَرَ لكون السدس الذى عند المنكر يُحسب

على المقرّ له وَحْدَهُ، دون المقرِّ.

وحاصله: الغاصب المنكر الذى لا يدفع حقّ المقرّ له إليه قد غصب ماله بانيّا على أنّه من المقرّ له دون المقرّ، لأنّ المفروض دفع المقرّ ما بيده من حقّ المقرّ له وأمّا المنكر يغصب حق المقرّ له لأنّه

ذو اليد واليد أمارة ملكية عند الشارع فهو ک- «أنّما أذن له فی أخذ ما یأخذه علی أنّه من مال المقرّ له، فالشارع إنّما حسب السدس فی ید المنکر علی المقرّ له فلا یحسب منه علی المقرّ شیء»(۳).

ص:٤١٥

۱- ۲ . کما فی هدی الطالب ٤٩/٦.

۲- ۳ . المکاسب ٥٢٧/٣ قوله قدس سره : «نعم یمکن أن یقال...».

۳- ۱ . المکاسب ٥٢٧/٣.

ثمّ ذَکَرَ توهما ودفعه(۱): أمّا التوهم: فإذا أخذ الغاصب جزءً معینا من مال المشترک یحسب علی کلا الشریکین مثلاً لا علی واحد منهما، وفی المقام أیضا السدس المغصوب یحسب علی الشریکین المقرِّ والمقرّ له.

وأمّا دفعه: فإنّ الغاصب فی المقام أخذ السدس بإذن الشارع مع اعتبار أمارة الملکیة وهی الید بخلاف ما ذکره المتوهم فإنّ الغاصب فیه أخذ من دون إذن من الشارع.

ثمّ أیّد(۲) التوهم بمسألة الإقرار بالنسب حیث إنّ الأصحاب - علی ما نسبه إلیهم فی الإیضاح(۳) - قالوا: «إنّ أحد الأخوین إذا أقرّ بثالث، دفع إلیه الزائد عمّا یستحقّه باعتقاده، وهو الثلث، ولا یدفع إلیه نصف ما فی یده؛ نظرا إلی أنّه أقرّ بتساویهما فی مال المورّث، فکلّ ما حصل کان لهما، وکلّ ما توی کان کذلک»(٤).

ثمّ ردّه(٥) بأنّ مسألة الاقرار بالنسب غیر مسألة الاقرار بالشرکة، فی الأوّل - النسب - الحکم هو تحویل مازاد عن حصة المقرّ إلی المقرّ له ویأتی توضیحه فی الفرع الآتی - وأمّا فی الثانی - الشرکة - الحکم هو ورود الربح والخسارة بنحو الإشاعة علی الشرکاء بنسبة حِصَصهم.

الفرع الخامس: الإقرار بالنسب

غَرَضُ الشيخ الأعظم(٦) من ذكر هذا الفرع تضعيف ما مرّ من الإشكال فى الشّ‍ِرْكَةِ

من الإقرار بالنسب وأنّ المشهور من القدماء وإن ذهبوا إلى ما مرّ ولكن «صرح جماعة ممّن تأخر عنهم بمخالفته»(٧).

ص:٤١٦

١- ٢ . المكاسب ٥٢٧/٣ قوله قدس سره : «وليس هذا كأخذ...».

٢- ٣ . المكاسب ٥٢٧/٣ قوله قدس سره : «والحاصل: أنّ أخذ...».

٣- ٤ . إيضاح الفوائد ٤٦٨/٢.

٤- ٥ . المكاسب ٥٢٧/٣.

٥- ٦ . المكاسب ٥٢٨/٣ قوله قدس سره : «ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال...».

٦- ٧ . المكاسب ٥٢٨/٣.

٧- ١ . المكاسب ٥٢٨/٣.

قال الكلينى فى باب الإقرار بوارث آخر: «قال الفضل بن شاذان: ... وإن ترك ابنين فادّعى أحدهما أخا وأنكر الآخر، فإنّه يردّ هذا المقرُّ على الذى ادَّعاهُ ثلث ما فى يديه»(١).

تابعه المشهور من الفقهاء فى كتبهم «كما فى السرائر(٢) والشرائع(٣) والتذكرة(٤) والتحرير(٥) والتلخيص(٦) [والقواعد(٧)] وغيرها(٨)، بل فى الخلاف(٩) والتذكرة(١٠) وظاهر السرائر(١١) والإيضاح(١٢) وجامع المقاصد(١٣) الإجماع عليه...»(١٤).

وفى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم(١٥) نسبته إلى نصّ الأصحاب»(١٦).

ومستند المشهور عدة من الروايات:

١- ٢ . الكافى ٧٥٠/١٣ (١٦٧/٧).

٢- ٣ . السرائر ٣٠٨/٣ و ٣١٠.

٣- ٤ . الشرائع ١٥٧/٣.

٤- ٥ . تذكرة الفقهاء ٤٥٥/١٥ و ٤٥٦.

٥- ٦ . تحرير الأحكام الشرعية ٤٣٢/٤.

٦- ٧ . تلخيص المرام /١٦٥.

٧- ٨ . القواعد ٤٤١/٢.

٨- ٩ . جامع المقاصد ٣٥٦/٩.

٩- ١٠ . الخلاف ٣٧٩/٣، مسألة ٢٩.

١٠- ١١ . تذكرة الفقهاء ٤٥٥/١٥ و ٤٥٦.

١١- ١٢ . السرائر ٣٠٨/٣ و ٣١٠.

١٢- ١٣ . إيضاح الفوائد ٤٦٨/٢.

١٣- ١٤ . جامع المقاصد ٣٥٦/٩.

١٤- ١٥ . مفتاح الكرامة ٦٨٣/٢٢.

١٥- ١٦ . إيضاح الفوائد ٤٦٨/٢.

١٦- ١٧ . الجواهر ٣١٣/٣٦ (١٨٤/٣٥).

منها: خبر أبيالبَخْتَرِى وَهْبِ بن وهب، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهماالسلام قال: قضى على عليه السلام فى رجل مات وترک ورثة فأقرّ أحد الورثة بدين على أبيه أنّه يلزم ذلک فى حصّته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلک فى ماله كلّه، وإن أقرّ اثنان من الورثة وكانا عدلين

أُجيز ذلک على الورثة، وإن لم يكونا عدلين أُلزما فى حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلک إن أقرّ بعض الورثة بأخ أو أُخت إنّما يلزمه فى حصّته.(١)

ومنها: بالإسناد قال: قال على عليه السلام : من أقرّ لأخيه فهو شريک فى المال ولا يثبت نسبه، فإن أقرّ اثنان فكذلک إلاّ أن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب فى الميراث معهم.(٢)

والروايتان كما ترى ضَعِيْفَتانِ بأبيالبَخْتَرِىّ وَهْبِ بْنِ وَهْبٍ وكان قاضيا عامِيّا كذّابا إلاّ أنّ له عن جعفر بن محمّد عليه السلام أحاديث كلّها يوثق بها كما قاله ابن الغضائرى(٣). مضافا إلى جبران ضعفهما بعمل المشهور، فالمسألة واضحة المدرک عندنا.

ويمكن التمسک برواية صحيحة الإسناد بعد ثبوت اشترک حكم الاقرار بالدَّيْنِ والوارث وهى صحيحة اسحاق بن عمار عن أبيعبداللّه عليه السلام فى رجل مات فأقرّ بعض ورثته لرجل بدين، قال: يلزم ذلک فى حصّته.(٤)

وأمّا تصريح جماعة ممّن تأخر بمخالفة هذا الفرع لِلْقاعِدَةِ الماضية فى الشِّرْكَةِ من أنّ ما حصل حصل للشركاء وما توى توى عليهم واحتمال جريانها فى هذا لفرع كما عن المحقّق الثانى(٥) ولعلّه تبعا للعلاّمة فى عتق التحرير(٦) وتابعهما ثانى الشهيدين فى

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٢٥/١٩، ح٥، الباب ٢٦ من أبواب كتاب الوصايا.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٢٦/١٩، ح٦.

٣- ٣ . رجال ابن الغضائرى /١٠٠، رقم ١٥١، ولكن فى المطبوعة «لا يوثق بها»، وفى مجمع الرجال ١٩٨/٦ كما ضبطناه وهو الصحيح.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٣٢٤/١٩، ح٣.

٥- ٥ . جامع المقاصد ٣٥٦/٩.

٦- ٦ . تحرير الأحكام الشرعية ١٩٦/٤.

المسالک(١) وسبطه فی نهاية المرام(٢)، وقواه المحقّق السبزواری فی الكفاية(٣)، وسيّد الرياض قال: أنّه «لا يخلو عن قوة»(٤). كما فی المفتاح(٥). وتابعهم السيّد الخوئی(٦) رحمه الله .

فالمخالفة لا يُعْتَنى بِها بعد وضوح مستند المشهور وتماميته واللّه العالم.

١- ٧ . المسالک ١٣١/١١.

٢- ٨ . نهاية المرام، كتاب الاقرار، مخطوط. نقل عنه صاحب مفتاح الكرامة ٦٨٧/٢٢.

٣- ٩ . الكفاية ٥١٠/٢.

٤- ١٠ . رياض المسائل ١٦١/١٣؛ والشرح الصغير ٤٦/٣ له أيضا.

٥- ١١ . مفتاح الكرامة ٦٨٧/٢٢.

٦- ١٢ . التنقيح فی شرح المكاسب ١٢٨/٢.

المسألة السادسة: بيع ما يملكه المسلم وما لا يملكه

اشارة

ذكر الشيخُ الأعظمُ هذه المسألةَ اسْتِطْرادا لأنّها خارِجَةٌ عَنْ مسائل بيع الفضولی.

وعدم تمَلُّكِ المُسْلم له تارةً يكون لعدم قابليته ذاتا للملک كالحُر، أو لم يكن مالاً كالخنافس، أو يعدّ مالاً عُرْفا - لا شرعا - كالخمر والخنزير، وأُخرى لم يكن قابلاً للملک لعارض - لا ذاتا - كالوقف أو الحبس.

قال الشيخ الأعظم: «لو باع ما يقبل التملّک وما لا يقبله - كالخمر والخنزير - صفقةً بثمنٍ واحدٍ، صحّ فى المملوک عندنا، كما فى جامع المقاصد، وإجماعا، كما عن الغنية»(١).

أقولُ: ورد الإجماع فى كلام المحقّق الثانى أيضا: «إلاّ أن يقال: ذلک خرج بالإجماع»(٢).

وقال قبله جَدُّنا الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية: «لو باع ما يملكه المسلم وما لا يملكه سواء كان ممّا لا يملک مطلقا أو لم يكن قابلاً لملک المسلم كالحرّ والخمر والخنزير صحّ البيع فيما يملكه وبطل فيما لا يملک، على المعروف بين الأصحاب»(٣).

والسيّد العاملى(٤) فى ذيل قول العلاّمة فى القواعد: «ولو ضمّ إلى المملوک حرّا أو خمرا أو خنزيرا صحّ فى المملوک وبطل فى الباقى»(٥) قال: «كما فى التذكرة(٦) ونهاية الإحكام(٧) والإرشاد(٨) والدروس(٩) واللمعة(١٠) والروضة(١١) ومجمع البرهان(١٢)

١- ١ . المكاسب ٥٣١/٣.

٢- ٢ . جامع المقاصد ٨٢/٤.

٣- ٣ . تبصرة الفقهاء ٣٧٥/٣.

٤- ٤ . معطوف على جدنا.

٥- ٥ . القاعدة ٢٠/٢.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء: فى أحكام تبعّض الصفقة ١٠/١٢ و ١١.

٧- ٧ . نهاية الإحكام: فى المعقود عليه ٤٧٩/٢.

٨- ٨ . إرشاد الأذهان: فى المتعاقدين ٣٦٠/١.

٩- ٩ . الدروس الشرعية: فى البيع ١٩٦/٣.

١٠- ١٠ . اللمعة الدمشقية: فى البيع /١١٠.

١١- ١١ . الروضة البهية: فى المتعاقدين ٢٤٠/٣.

١٢- ١٢ . مجمع الفائدة والبرهان: فى المتعاقدين ١٦٣/٨.

وغيرها(١). وقد نصّ على صحّته فى المملوك وبطلانه فى غيره فى المبسوط(٢) والوسيلة(٣) والغنية(٤) والسرائر(٥) والشرائع(٦) والنافع(٧) والتحرير(٨)»(٩).

القول الأول: صحة البيع فى ما يملك و فساده فى ما لا يملك

أدلة صحة هذا البيع

١- صحيحة الصفّار

أنّه كتب إلى أبيمحمّد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكّة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّى قد بعت فلانا - يعنى المشترى - جميع القرية التى حدّ منها كذا، والثانى والثالث والرابع وإنّما له فى هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشترى ذلك وإنّما له بعض هذه القرية وقد أَقَرَّ له بكلّها؟ فوقع عليه السلام : لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك.(١٠)

١- ١ . كرياض المسائل: فى شروط المتعاقدين ١٢٩/٨.

٢- ٢ . المبسوط: فى أحكام تفريق الصفقة ٢/(١٤٤-١٤٥).

٣- ٣ . الوسيلة: فى بيان بيع تبعّض الصفقة /٢٤٧.

٤- ٤ . غنية النزوع: فى البيع /٢٣٠.

٥- ٥ . السرائر: فى البيوع ٢/(٢٧٥-٢٧٦).

٦- ٦ . شرائع الإسلام: فى عقد البيع وشروطه ٩/٢.
٧- ٧ . المختصر النافع: فى البيع وآدابه /١١٩.
٨- ٨ . تحرير الأحكام: فى المتعاقدين ٢٧٨/٢.
٩- ٩ . مفتاح الكرامة ٦٦٠/١٢ و ٦٦١.
١٠- ١٠ . وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، ح١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

بتقريب: إطلاق ما رقمه عليه السلام : «ما ليس يملك» يشمل ما لا يكون قابلاً للملك فتجرى الصحيحة فى هذه المسألة.

وقد أُورد على هذا الاستدلال بأنّ:

الإطلاق فيها منصرف إلى بيع ماله مع ماله غيره لا مع ما لا يقبل التملك فهو دليل للمسألة الثالثة الماضية.

وذكر الشيخ الأعظم هذا الإيراد بقوله: «ودعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة»(١).

ووجه المنع فى كلامه: أوّلاً: يمكن قِراءَةُ «لا يجوز بيع ما ليس يُمْلِكَ بصيغة

المبنى للمفعول (المجهول) فحينئذ دلالتها على هذه المسألة تكون أظهر وَتَرْتَفِعُ دعوى الانصراف.

وثانيا: حيث نعلم بوجود الوقف فى كثير من الأراضى وإطلاق صحيحة الصفار يشمل فرض الوقف فى قوله «لا يجوز بيع ما ليس يملك» والوقوف تدخل فى ما لم يكن قابلاً للملك - ولو عارضا - .

وغلبة وجود الملك على الوقف لا يصلح لتقييد الإطلاق.

ويمكن أن يناقش الاطلاق بعد قِراءَةِ صيغة يَمْلِكُ المبنى للفاعل (المعلوم) بأنّها ظاهرة فى مال الغير الذى لا يملكه البائع فلا إطلاق فيها.

ولكن قال المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله بعد ذهابه إلى أنّ الصحيحة ظاهرة فى بيع ما يَملک وما لا يَملک [المسألة الثالثة الماضية] قال: «وهو أمر آخر غير بيع ما يُملک وما لا يُملک إلاّ أنّ قوله عليه السلام يجوز فيما يملک ولا يجوز فيما لا يملک يقتضى صحة تقسيم الانشاء الواحد إلى أمرين ويتعدّى منه إلى المقام بتنقيح المناط وكيف كان فالبيع بالإضافة إلى ما يُملک صحيح هذا»(٢).

١- ١١ . المكاسب ٥٣١/٣.

٢- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٣٢/٢.

اشارة

ثمّ بعد جريان إطلاق صحيحة الصفار فى المقام وإثبات الصغرى فلا مانع من التَّمَسُکِ بالأدلة العامة وهى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(١) وقوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(٢) وقوله تعالى: «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»(٣) وغيرها.

وأنت ترى أَنَّ هذا الدليل لم يستقل، ويحتاج إلى صحيحة الصفار فى إثبات الصغرى لأنّ ما لم يتحقق مصداق العقد والبيع والتجارة فيه لاتجرى الأدلة العامةُ فيه ومع جريان الصحيحة لا نحتاج إلى الأدلة العامة إلاّ لِلتَّأْيِيْدِ.

ولكن يمكن أن يقال: بأنّا نحرز الصغرى بالوجدان - لا بجريان الصحيحة - لأنّ البائع باع ما يقبل التملّک وما لا يقبله بالوجدان وعقد عليهما كذلک وتاجر بهما عن تراضٍ أيضا فلا مانع من التمسک بالأدلة العامة ولابدّ من ورود نهيٍ فى المقام لاستفادة

البطلان منه و ورد النهى بالنسبة إلى بيع ما لا يَملک فى قول النبى صلى الله عليه و آله : لا بيع إلاّ فى ما يَمْلک.(٤) وأمّا بيع ما يُملک فَهُوَ باقٍ تحت العمومات والإطلاقات.

والذى ذكرناه جاء موافقا لنظر الشيخ الأعظم قدس سره حيث قال: «بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم فى العقود»(٥).

موانع صحة بيع ما يُملک وما لا يُملک

الأوّل: البيع واحد

أنّ العقد الواقع واحد ومع وحدته لا يمكن الحكم بالصحة والفساد معا لأنّه إنشاء واحد وعقد فارد فإمّا أن يحكم بالصحة فى الجميع أو الفساد كذلک، فالحكم بالصحة فى ما يُملک وبالفساد فى ما لا يُملک مستحيل لأنّ الصفقة واحدة وعدم إمكان التبعّض فيها.

١- ٢ . سورة المائدة /١.

٢- ٣ . سورة البقرة /٢٧٥.

٣- ٤ . سورة النساء /٢٩.

٤- ١ . راجع مصادر الرواية فى الآراء الفقهية ٢٦٨/٥.

٥- ٢ . المكاسب ٥٣١/٣.

ويرد عليه: إذا بنينا إلى انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة حتّى إذا كان الإنشاء واحد والصفقة واحدة فلا بأس من تبعيض الصفقة والحكم بالصحة فى ما يُملک وبالفساد فى ما لا يُملک.

الثانى: قصد المجموع

قصد المتبايعان مجموع ما يُملک وما لا يُملک فی مقابل مجموع الثمن، والعقود تابعة للقصود، والحکم بالصحة فی خصوص ما يُملک خرق للقاعدة.

وبعبارة اُخری: ما قصدا لم يقع وهو بيع المجموع فی مقابل المجموع وما لم يقصدا وقع وهو بيع ما يُملک فقط فی مقابل قسطه من الثمن.

ويرد عليه: قصد المتبايعان بيع کلّ واحد ممّا يُملک وما لا يُملک فهنا قصدان أو القصد الواحد الذی ينحل إلی قصدين لأنّ متعلَّق القصد الواحد کان بنحو تعدد المطلوب، غاية الأمر وقع البيع علی ما يُملک بشرط انضمام ما لا يُملک، والحکم بالصحة فی ما يُملک يستلزم تخلف الشرط دون خرق قاعدة العقود تابعة للقصود.

وبالجملة: بعد انحلال العقد يرتفع المانع.

الثالث: جهالة الثمن

الجهالة فی الثمن أو المثمن توجب بطلان البيع وفی المقام حيث أنّ الحکم بالصحة فی ما يُملک يستلزم جهالة مقدار الثمن الذی فی مقابله فلابد من الحکم بفساد العقد.

ونقل العلاّمة فی التذکرة(۱) عن الشافعی(۲) هذا المانع فی وجه بطلان المعاملة.

ويرد عليه: الجهالة التی تستلزم بطلان المعاملة، هی التی تؤدّی إلی الغرر لأنّ النبی صلی الله عليه و آله نهی عن بيع الغرر والجهالة فی المقام ليست بتلک المثابة فلا تستلزم البطلان.

لا سيّما إذا تعيّن مقدار الثمن الذی وقع فی مقابل ما يُملک بالطريقة التی تأتی لاحِقا فلا جهالة فی البين أصلاً.

١- ١ . تذكرة الفقهاء ١١/١٢.

٢- ٢ . روضة الطالبين ٨٩/٣؛ العزيز فى شرح الوجيز ١٤٠/٤؛ المجموع ٣٨١/٩.

إن قلت: الإجماع قائم على أنّ جهالة الثمن أو المثمن توجب بطلان المعاملة والجهالة هنا تجرى فيأتى الحكم بالبطلان.

قلت: الإجماع دليل لُبِّيٌّ يجب الاقتصار على القدر المتيقن منه عند الشك فى جريانه والمتيقن من دلالته على البطلان هى الجهالة التى تسرى إلى الثمن أو المثمن من ناحية غير الشارع، وأمّا إذا كانت الجهالة مستندة إليه فلا يجرى الإجماع فى المقام.

الرابع: فسادُ الجزء مفسدٌ لكلِّ العقد

القدماء قائلون بأنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد لأنّ المعاملة هى الالتزام المقيّد بالشرط، فإذا حكم الشارع بفساد الشرط يفسد العقد أيضا لأنّ العقد المجرد عن ذلك الشرط لم يقع فى الخارج حتّى تجرى فى حقّه الإطلاقات والعمومات فحينئذ العقد المشروط بالشرط الفاسد يفسد، ثمّ يتعدّون من ذلك إلى فساد الجزء أيضا ويقولون بأنّ الجزء الفاسد يفسد المعاملة لأنّ مرجع فساد الجزء إلى فساد الشرط، لأنّه يرجع إلى اشتراط انضمام الجزء الفاسد فيوجب فساد العقد. فحكم الشرط والجزء واحد.

ويرد عليه: أوّلاً: يذهب المتأخرون إلى أنّ الشرط الفاسد ليس مفسدا للعقد، فقياس الجزء عليه لا يوجب فساد العقد.

وثانيا: النص والإجماع فى هذا البيع قائمان على صحته وهذا يكفى فى الفرق بين الجزء الفاسد والشرط الفاسد كما عليه الشيخ الأعظم(١).

وثالثا: فساد الشرط إنّما يوجب فساد العقد - على القول به - «لأجل وحدة المطلوب وإدعاء أنّ الثمن يقع بإزاء المبيع المشروط بالشرط كالعبد بشرط الكتابة ومع فساد الشرط أو تخلفه لا يكون ذات المبيع ممّا وقع بإزائه الثمن، وهذا بخلاف المقام فإنّ

الثمن لا يقع بتمامه بإزاء المملوك على كلِّ حال، بل إنّما وقع المملوك بإزاء بعض من الثمن وهو ما يخصه على تقدير التوزيع وهذا المقدار من الثمن الذى وقع بإزاء المملوك لا يختلف بانضمام الغير المملوك وعدمه ففساد البيع بالنسبة إلى غير المملوك لا يوجب

١- ٣ . المكاسب ٥٣٢/٣.

الاختلاف فى ناحية المملوك لا من حيث المبيع ولا من حيث ثمنه فيبطل قياس فساد الجزء بفساد الشرط»(١).

والحاصل: بعد تمامية إطلاق صحيحة الصفّار وجريان الأدلة العامة فى المقام ودفع الموانع الأربعة فلابدّ من القول بأنّ ما ذهب إليه المشهور - من صحة البيع فى ما يُملك وفساده فى ما لا يُملك - هو المختار، وهذا هو القول الأوّل فى المقام.

القول الثانى: التفصيل بين صورتى علم المشترى وجهله بعدم المملوكية

اشارة

والحكم بالبطلان فى فرض علم المشترى، وبالصحة فى فرض جهله، نَفى عنه العلاّمة البعد من الصواب فى تذكرة الفقهاء حيث يقول: «لو كان المشترى جاهلاً بأنّ المضموم ملك الغير أو حُرٌّ أو مكاتَب أو أُمّ ولد ثمّ ظهر له، فقد قلنا: إنّ البيع يصحّ فيما هو ملكه، ويبطل فى الآخر إن لم يُجز

المالک، ویکون للمشتری الخیار بین الفسخ والإمضاء فیما یصحّ بیعه بقسطه من الثمن؛ لأنّه لم یسلم له المعقود علیه، فکان له الفسخ. ولو کان عالما، صحّ البیع أیضا ولا خیار له.

وقطع الشافعی بالبطلان فیما إذا کان عالما، کما لو قال: بعتک عبدی بما یخصّه من الألف إذا وزّع علیه وعلی عبد فلان، ولیس کذلک لو کان المضموم إلی العبد مکاتبا أو اُمَّ ولد؛ لأنّ المکاتب واُمّ الولد یتقوّمان بالإتلاف، بخلاف الحُرّ المضموم إلی العبد.(۲)

ولیس بعیدا عندی من الصواب البطلانُ فیما إذا علم المشتری حُرّیّة الآخر أو کونه ممّا لا ینتقل إلیه بالبیع، کالمکاتَب واُمّ الولد، والصحّة فیما إذا کان المضموم ملک الغیر»(۳).

وقال الشهید بعد نقل مقال العلاّمة مختصرا: «... لأنّه فی قوة بعتک عبدی بما یخصّه من الألف أو یوزّع علیه وعلی هذه الأُمور وهو مجهول وأخذ من عینه»(٤).

وقال سیّد المفتاح فی توضیح عبارة الشهید: «... هو مقیّد بجهل المشتری بعین

۱- ۱ . المکاسب والبیع ۳۲۳/۲؛ وراجع منیة الطالب ۲۱۹/۲.

۲- ۲ . العزیز شرح الوجیز ۱٤۰/٤؛ روضة الطالبین ۸۹/۳؛ المجموع ۳۸۱/۹.

۳- ۳ . تذکرة الفقهاء ۱۱/۱۲، مسألة ٥٥۳.

٤- ٤ . الحاشیة النجاریة /۲۲٤.

المبیع أو حکمه وإلاّ لکان البذل بإزاء المملوک ضرورة أنّ القصد إلی الممتنع کلا قصد...»(۱).

وأشار المحقّق الکرکی إلی قول الشهید فی تعلیقه علی تقسیط الثمن: «یلزم القائلین فی الأوّل - أعنی: مشتری المغصوب العالم بالغصب - بعدم الرجوع فی الثمن عدم الرجوع هنا، وهو مدخول،

إلاّ أن يقال: ذلک خرج بالإجماع، وإطلاق المصنف التقسيط يقتضى الفرق بينه وبين ما هناک، وفى بعض الحواشى المنسوبة إلى شيخنا الشهيد طرد الحكم هنا، وهو بعيد»(٢).

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق الكركى رَأى قول الشهيد بعيدا.

وتبعهما - أى تبع العلاّمة والشهيد - الشهيد الثانى وقال: «بقى فى المسألة إشكال من وجهين:

أحدهما: أنّ المشترى لهذين الشيئين إن كان جاهلاً بما لا يملک توجّه ما ذكر، لقصده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران وزّع الثمن. أمّا إذا كان عالما بفساد البيع فيما لا يملک أشكل صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط، لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنّه فى قوة بعتک العبد بما يخصّه من الألف إذا وزّعت عليه وعلى شىء آخر، وهو باطل.

وقد نبّه على ذلک العلاّمة فى التذكرة، وقال: إنّ البطلان حينئذٍ ليس ببعيد من الصواب.(٣)

والثانى: أنّ هذا الحكم - أعنى التوزيع - إنّما يتم أيضا قبل إقباض المشترى الثمن، أو بعده مع جهله بالفساد. أمّا مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه، لتسليطه البائع عليه واباحته له، فيكون كما لو دفعه إلى بائع مال غيره، كالغاصب. وقد تقدم أنّ الأصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن، إمّا مطلقا أو مع تلفه، فينبغى هنا مثله. إلاّ أن يقال:

١- ١ . مفتاح الكرامة ٦٦١/١٢.

٢- ٢ . جامع المقاصد ٨٢/٤.

٣- ٣ . التذكرة ١١/١٢.

ذلک خرج بالإجماع، وإلاّ فالدليل قائم على خلافه، فيقتصر فيه على مورده. وهو حسن إن تمّ»(١).

واختصر قوله فى الروضة وقال: «... وأمّا مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنّه فى قوة بعتُك العبدَ بما يخصه من الألف إذا وُزِّعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن، أمّا مع جهله فقصده إلى شراء المجموع، ومعرفة مقدار ثمنه كاف، وإن لم يعلم مقدار ما يخصّ كلّ جزء.

ويمكن جريان الإشكال فى البائع مع علمه بذلك، ولا بعد فى بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر، هذا إذا لم يكن المشترى قد دفع الثمن، أو كانت عينه باقية؛ أو كان جاهلاً، وإلاّ جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدم فى الفضولى بالنسبة إلى الرجوع بالثمن»(٢).

وقال السيّد العاملى: «وقد قيّد ذلك بجهل المشترى فى «حواشى الشهيد» وكذا فى «كشف الرموز»(٣) و«التنقيح»(٤) وقد يظهر ذلك من الباقين أو يلوح منهم ما عدا المصنّف فى «التذكرة» وستسمع كلامه. وعبارة «الإرشاد»(٥) محتملة للأمرين، ولعلّها فيما نحن فيه أظهر»(٦).

أقول: القائلون بهذا القول جماعة من الأصحاب ولعلّ أوّلهم العلاّمة وتبعه الشهيدان والفاضلون الآبى والمقداد والنراقى، قال الأخير فى المستند: «ثمّ المتّجه فى محلّ النزاع: الفساد فى صورتى علم البائع أو المشترى؛ لما ذكر»(٧).

١- ٤ . المسالک ١٦٣/٣ و ١٦٤.

٢- ١ . الروضة البهية ٢٤٠/٣ و ٢٤١.

٣- ٢ . كشف الرموز: فى البيع وآدابه ٤٤٦/١.

٤- ٣ . التنقيح الرائع: فى البيع وآدابه ٢٧/٢.

٥- ٤ . إرشاد الأذهان: فى المتعاقدين ٣٦٠/١.

٦- ٥ . مفتاح الكرامة ٦٦١/١٢.

٧- ٦ . مستند الشيعة ٣٠١/١٤.

وقال الجدّ الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية قدس سره : «وربّما يزاد الإشكال فى المقام تارةً بأنّ البيع المذكور منهىّ عنه للنهى عن الأمور المتضمنة إلى ما يملكه من الحرّ والخمر والخنزير مثلاً، والمفروض اتحاد البيع المتعلّق بها، وهو قاضٍ بالفساد لتعلّقه بذات المعاملة حسبما فرض.

وأخرى بأنّه مع علم البائع أو المشترى بالحال يكون قد باع أو اشترى المجهول مع جهله بما يوجبه التقسيط؛ إذ هو فى قوة أن يبيعه بما يخصّه من الثمن على تقدير توزيعه عليه وعلى شىء آخر لا يعلم مقداره. ولذا مال فى التذكرة إلى الفساد حينئذ مع علم

المشترى بالحال، وقال: إنّ البطلان حينئذ ليس ببعيد من الصواب.

ويدفع الأوّل أنّ النهيالمذكور إنّما يقضى بالفساد من الجهة الّتى تعلّق به لذات المعاملة ولا ربط له بالشىء الّذى يجوز بيعه؛ إذ تعلّق النهى به حينئذ إنّما يكون تبعا للآخر، فلا قاضى بفساد العقد من تلك الجهة، لا مانع من تبعّض مقتضى العقد حسبما مرّ.

والثانى أنّ المعتبر من العلم بالعوضين ما كان بالنسبة إلى جميع ما تعلّق به عليه العقد دون ما يصحّ العقد بالنسبة إليه وإن علم فساده حين العقد بالنسبة إلى البعض حسبما أشرنا إليه فى المسألة المتقدمة»(١).

أدلة هذا التفصيل

الدليل الأوّل:

إذا كان المشترى عالما بعدم كون بعض المبيع ممّا لا يُملك، يفقد أحد شروط صحة البيع وهو العلم بمقدار الثمن فى مقابل الجزء المملوك من المبيع فيصير البيع غرريّا فيحكم ببطلانه.

ويردّ عليه: الجهل بمقدار الثمن الذى يوجب الغرر المفسد للبيع وهو الجهل بتمام الثمن، وأمّا لو كان الجهل بالنسبة إلى المقدار الذى يقابل ما يُملک فلا يكون ذلک غرريّا، مضافا إلى أنّ الجهل هنا يأتى من جانب حكم الشارع بالنسبة إلى بطلان ما لا يُملک. كما مرّ فى الجواب عن المانع الثالث آنفا.

ص:٤٢٩

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٧٥/٣ و ٣٧٦.

الدليل الثانى:

هذا البيع منهى عنه للنهى عن بيع ما لا يُملک والبيع واحد فقط ويتعلَّق به النهى فيدلّ على فساده لتعلُّقه بذات البيع.

ويرد عليه: قد مرّ قضية الانحلال فى البيع الواحد، والنهى المذكور إنّما يدلّ على الفساد من الجهة التى تعلّق بها - لا لذات المعاملة - ففساد العقد بالنسبة إلى الجهة التى لا يتعلّق بها النهى بلا وجه بعد الانحلال كما مرّ هذا الجواب من جدّنا التقى(١) قدس سره .

وتبعه صاحب الجواهر وقال: «والنهى إنّما يفيد الفساد من الجهة التى تعلّق بها لا مطلقا وفساد العقد بالنسبة إلى بعض متعلقاته - بمعنى عدم ترتّب الأثر عليها - لا ينافى صحته بالنسبة إلى البعض الآخر فيترتّب عليه الأثر»(٢).

الدليل الثالث:

فى صورة علم المشترى بعدم مملوكية جزء المبيع يقع تمام الثمن فى مقابل المملوک لأنّ فى هذا الفرض قَصَدَ المشترىُ الممتنعَ فحينئذ قصده يكون لغوا وكلا قصد، ولأنّ المشترى سلّط البائع على الثمن فى مقابل ما يُملكه.

وفى صورة جهل المشترى تكون المعاملة صحيحة بالنسبة إلى ما يُملك.

ويرد عليه: أوّلاً: انتقال تمام الثمن إلى البائع فى فرض علم المشترى غير بطلان البيع وبينهما بون بعيد، الدليل يثبت انتقال تمام الثمن إلى البائع والمدعى هو بطلان البيع والفرق بينهما واضح. ولذا قال الشيخ الأعظم: «مع أنّه لو تمّ ما ذُكر لا قتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان»(٣).

وثانيا: علم المشترى بعدم مملوكيّة ما لا يُملك - فى فرض وجوده - لا ينافى مع قصد النقل ولا يكون قصده كلا قصد ولا يكون ممتنعا، لأنّ علمه هذا بإنّ بعض المبيع ممّا لا يُملك شرعا يجمع مع قصد نقله إليه عرفا وحقيقة عنده ولذا قال الشيخ الأعظم: «فإنّ هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة»(٤).

١- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣٧٥/٣.

٢- ٣ . الجواهر ٥١٤/٢٣ (٣٢٠/٢٢).

٣- ١ . المكاسب ٥٣٢/٣.

٤- ٢ . المكاسب ٥٣٢/٣.

القول الثالث: وهو مختار الاستاذ المحقّق - مدظله -

ذهب - مدظله - إلى أنّ فتوى المشهور - أصحاب القول الأوّل - مبنىّ على انحلال الصفقة ثمّ قال: ملاك الانحلال وعدمه أو الوحدة والتعدد هو وحدة الإبراز والاعتبار وتعددهما فقط «فإذا تمّت الصفقة من خلال إنشاء واحد وإبراز فارد، فلا مجال حينئذٍ للحكم بانحلالها وتعدّدها، وما قاله بعض المحقّقين من أنّ وزان المقام وزان العام الانحلالى ممنوعٌ وقياس مع الفارق، لأنّ الحكم

بانحلال قوله «أكرم كلّ عالم» إلى إكرامات متعدّدة برغم وحدة الإنشاء والإبراز، فإنّه مبنيٌّ لما يستفاد من ذات الدليل، حيث يدلّ على تضمّنه للموضوعات المستقلّة التى يحتوى كلّ واحدٍ منهما على وجوب الإطاعة وحرمة المعصية المستقلّة عن الآخر، فبالضرورة لابدّ من انحلال الدليل، وهذا بخلاف المقام، فإنّ المتحقّق ليس إلاّ بيع واحد وإنشاء فارد وإن تضمّن أمرين مختلفين فى الماهيّة والحقيقية، وبالتالى يكون الحكم بانحلال الصفقة الواحدة المنشأة بإنشاء واحد حكما بلا دليل. ولهذا السبب يُشكل الحكم بصحّة المعاملة بمقتضى القاعدة، بل القاعدة تقتضى التفصيل بحسب قصد المتعاملين:

فتارةٌ: يتعلّق قصد المُنشئ بيعهما معا بشرط الانضمام، بأن يقصد أن يكون المبيع

كلّ واحد من المتاعين، لكن بشرط أن يكون أحدهما منضمّا إلى الآخر، فتصحّ المعاملة حينئذٍ مع ثبوت الخيار.

واُخرى: يتعلّق قصد المُنشئ بذات البيع مقيّدا بالإنضمام، فتكون المعاملة باطلة.

وبالجملة: فإنّ هذه المسألة تضمّ ثلاث صور:

الصورة الأُولى: تارةً نحرز أنّ البائع قصد بإنشاءه بيع ما يُملک وما لا يُملک على نحو وحدة المطلوب، فتكون المعاملة باطلة.

الصورة الثانية: واُخرى نحرز أنّ البائع قصد بإنشاءه ذات البيع، واعتبر ضمّ أحدهما إلى الآخر كمالاً مضافا إلى أصل المعاملة، فالحكم حنيئذٍ هو صحّة العقد فى خصوص ما يُملک.

الصورة الثالثة: عند الشكّ فى قصده، فالقاعدة تقتضى جريان الأصل، لكنّه أصلٌ

غير نافع فى المقام لمعارضته مع أصل آخر، وذلک لقيام العلم الإجمالى بأنّه إمّا باع مقيّدا أو مشروطا، وأصالة عدم كلّ واحد منهما معارضٌ مع الآخر، وعند تعارضهما يتساقطان، ويصل الدور إلى الشكّ فى تحقّق النقل من خلال هذه الصفقة وعدمه، ممّا يقتضى جريان استصحاب عدم النقل والانتقال، فتكون النتيجة عدم سببيّة المعاملة المذكورة. وهو مختارنا فى المقام»(١).

ثمّ قال: «القول الثالث هو ما التزمنا به فى المقام من التفصيل بين قصد المبيع بنحو وحدة المطلوب، ممّا يوجب بطلان العقد مطلقا حتّى بالنسبة إلى ما يُملک، وبين قصد البيع بنحو تعدّد المطلوب، حيث يصحّ بالنسبة إلى المملوک مع ثبوت خيار الشرط، ومع الشكّ فيهما فالحكم هو البطلان»(٢).

أقول: ما ذكره الاستاذ المحقّق - مدظله - بالنسبة إلى الاحتمال المدرسى والعلمى تام لا يمكنا مناقشته ولكن الذى يسهّل الخطب أنّ المعاملات تحمل على العرفية منها والعرف لا يروون الفرق بين شرطية الانضمام وقيديته، وكذلک لا يروون الفرق بين وحدة المطلوب وتعدده، ولا يفهمون أنّ أنضمام أحدهما إلى الآخر - ما يُملک إلى ما لا يُملک - على نحو الكمال الذى يضاف إلى أصل المعاملة أو أنّه على وجه التقييد، فحينئذ العرف بنظره جمع بين المالين - عنده - فى المعاملة الواحدة والشارع الأقدس أمضى البيع

بالنسبة إلى أحدهما - ما يُملک - دون الآخر - ما لا يُملک - كما عليه المشهور وقد مضى مستندهم وتماميته، فالمختار عندنا هو فتوى المشهور فى المقام من دون أىّ تفصيل، سواء كان التفصيل بين جهل المشترى وعلمه - القول الثانى - أو بين وحدة المطلوب وتعدده - القول الثالث - والحمد للّه العالم بأحكامه.

كيفية تقسيط الثمن

اشارة

قد مرّت كيفية تقسيط الثمن فى المسألة الثالثة وأنّ فيها ثلاث طرق والمختار

١- ١ . العقد النضيد ٤/(١٥٢-١٥٠).

٢- ٢ . العقد النضيد ٤/١٥٨.

عندنا هو الطريق المشهور بأن يقوّم كل من الخلّ والخمر أو الشاة والخنزير أو العبد والحر منفردا ثمّ يؤخذ نسبة قيمتهما إلى مجموع القيمتين، ثمّ يحاسب النسبة مع الثمن المسمى، مثلاً لو كانت قيمة الخلّ ألف دينار وقيمة الخمر تسعة آلاف يكون مجموعهما عشرة آلاف، فلو باعهما بخمسة آلاف تكون قيمة الخل خمسمأة دينار وقيمة الخمر خمسأة وأربعة آلاف دينار. أعنى نسبة ١٠١ و ١٠٩ من الثمن المسمى.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «من أنّ العبرة بتقويم كلّ منهما منفردا ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين»(١).

هذا كلّه إذا كان ما لا يُملک فيه اقتضاء المالية عرفا كالخمر والخنزير أو كذلک ولكنّه مقترن عرفا بالمانع كالحرّ فإنّه بنظر العرف مالٌ لكن الحرية مانعة عن ماليته فعلاً.

وأمّا إذا كان ممّا ليس فيه اقتضاء المالية عرفا كالخنافس والديدان والجُعل ونحوها، فالظاهر بطلان المعاملة لأجل الجهل بمقدار ثمن ما يُملک حين المعاملة.(٢)

«وعلة البطلان: هى جهالة الثمن، حيث أنّ جزءً من الثمن واقع فى مقابل شىء لا مالية له عرفا أو شرعا، وبالتالى يعدّ ما يبذل فى مقابل المملوک مجهولاً ممّا يستلزم بطلان المعاملة»(٣).

أقول: اللهم إلاّ أن يقال: بتصحيح المعاملة بالمصالحة بين الطرفين أو الرجوع إلى الأقل من القيم لأنّ الأصل بقاء مازاد منه على ملک صاحبه وقال الجد رحمه الله : «لا يبعد البناء على الأخير»(٤)، لكنّه قدس سره ذهب إلى بطلان فى هذا الفرض وقال: «لو كان ما لا يُملک ممّا لا

قيمة له فى العادة أصلاً كما لو باعه بعض الكثافات مع ما يملكه أو باعه الشمس أو القمر مع شىء مملوک أو باعه شخصا من الجن أو الملائكة مع عبد له و نحو ذلک، فالظاهر فساد البيع؛ إذ لا يتعيّن شىء من الثمن بإزاء المملوک، و لا يمكن جعل الجميع بإزائه؛ إذ هو غير

١- ١ . المكاسب ٥٣٣/٣.

٢- ٢ . كما عليه السيّد الخوئى فى التنقيح فى شرح المكاسب ١٣٤/٢.

٣- ٣ . العقد النضيد ١٥٩/٤.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٧٧/٣.

ما يقتضيه العقد ولم يقع العقد عليه»(١).

«ولو كان للانضمام مدخلية فى تفاوت القيمة جرى فيه أيضا ما مرّ»(٢) فى المسألة الثالثة فلا نعيد.

طريق معرفة قيمة غير المملوک

قال العلاّمة الجدّ الشيخ محمّدتقى صاحب الهداية: «ثمّ إنّهم ذكروا هنا فى تقويم غير المملوک أنّه يقوم الحرّ على الوصف الّذى هو عليه لو كان رقّا، ويرجع فى الخمر والخنزير إلى قيمتهما عند مستحلّيهما، فيستعلم قيمتهما عندهم بما يثبت به القيمة فى غير هذا المقام من شهادة عدلين مطّلعين على قيمته عندهم أو أخبار جماعة يعلم عادةً عدم تواطئهم على الكذب أو بأخبار بعضهم إذا انضمّ إليه من القرائن ما يفيد العلم بصدقه»(٣).

أقول: قال سيّد الرياض: «... لاشتراط عدالة المقوّم كما قالوه»(٤) اعتبار العدالة فى¨ المقوِّم مشكلٌ مطلقا وفى المقام أشكل فلا بأس بالخبروية وإحراز عدم كذبه ولو بالقرائن العادية والعرفية وبما ذكرنا ظهر وجه الإشكال فى كلام ثانى الشهيدين حيث يقول: «وأمّا الخمر والخنزير فيرجع فيهما إلى قيمتهما عند مستحلّيهما، لا بمعنى قبول قولهم فى القيمة، لاشتراط عدالة المقوّم، بل يمكن فرضه فى تقويم عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما، أو مطّلعين على قيمتهما عندهم، لكثرة المخالطة لهم وعدم احتشامهم فيهما. ولو قيل بقبول إخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم، أمكن»(٥).

مضافا إلى أنّ دون الوصول إلى «عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما

١- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٧٨/٣؛ ثانيها.

٢- ٢ . تبصرة الفقهاء ٣٧٦/٣.

٣- ٣ . تبصرة الفقهاء ٣٧٦/٣.

٤- ٤ . رياض المسائل ٢٣٢/٨.

٥- ٥ . المسالک ١٦٣/٣.

أو مطّلعين على قيمتهما عندهم لكثرة المخالطة لهم»(١) خرط للقتاد.

وثالثة: اعتبار «الظن الغالب المقارب للعلم»(٢) فى الموضوعات الصرفة، والتقويم منها محلّ منع وإشكال(٣)، اللهم لو قال الشهيد الثانى رحمه الله به فى جميعها، مع ما فيه.

ورابعة: «الرجوع فى قيمة الخمر والخنزير إلى مستحليه إنّما يتم إذا لم يكن مقوّما عند فساق المسلمين، أمّا إذا كان مقوّما عندهم جاريا فى معاملاتهم كما هو الحال فى الخمر فى بعض البلدان فلا حاجة إلى الرجوع إليهم، بل لا وجه إذا اختلفت قيمته عندهم لما يقوم به عند الكفّار.

وكون ذلک ممّا لا قيمة له فى الشريعة لايقضى بانتفاء القيمة العرفية، فإنّ المعاملات إنّما تجرى على مجرى العادات. وكأنّ كلامهم فى المقام محمول على الغالب، وإلاّ فالمتّجه حينئذ الرجوع إلى قيمته عندهم؛ لابتناء العقد حينئذ على ذلک، فلا حاجة إلى الرجوع إلى غيرهم، بل لا وجه له مع اختلاف قيمته عندهم لما عندنا»(٤).

وخامسة: «ما ذكروه من تقويم الحرّ عبدا متّجه إذا بيع على أنّه رق فتبيّن حرّا، وأمّا لو بيع على أنّه حرّ لم يتجه فرض كونه رقّا... لأنْ يفرض فى تقويمه ما ليس فيه.

إلاّ أن يقال: إنّ التقويم مبنىّ على ذلک، إذ لا قيمة للحرّ فلولا فرضه رقّا لم يقوم فى العادة»(٥).

وسادسة: قال الفاضل النراقى فى المستند: «ولا يخفى أن تقويم الخمر والخنزير عند مستحلّيهما إنّما هو عند علم المتبايعين بكونه خمرا أو خنزيرا، أمّا مع ظنّ كونهما خلاً أو شاة فيقوّم مثله لو كان شاةً أو خلاً على ما هو من الأوصاف، ويقع الإشكال فيما لم

١- ١ . المسالک ١٦٣/٣.

٢- ٢ . المسالک ١٦٣/٣.

٣- ٣ . كما يظهر من العلاّمة الجدّ فى تبصرة الفقهاء ٣٧٦/٣.

٤- ٤ . تبصرة الفقهاء ٣٧٨/٣.

٥- ٥ . تبصرة الفقهاء ٣٧٧/٣.

يكن اتّحاد الأوصاف»(١).

وكذلک قال العلاّمة الجدّ رحمه الله : «إنّ ما ذكر من تقويم الخمر والخنزير عند مستحلّيه إنّما يتمّ إذا بيع على أنّه خمر أو خنزير، وأمّا لو بيع الخمر على أنه خلّ مثلاً أو الخنزير على أنّه شاة أو بقر فالظاهر تقويم الخمر خلاً والخنزير شاة أو بقرا؛ إذ الثمن إنّما بذل على ذلک،

فلا وجه لتقويمه خمرا أو خنزيرا.

والظاهر أنّ المفروض فى كلام الأصحاب هو الأوّل، ولذا اعتبروا القيمة على ما ذكروه»(٢).

وتعرض الشيخ الأعظم لهذا الاشكال وقال: «ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتهما إذا باع الخنزير بعنوان أنّها شاة، والخمر بعنوان أنّها خلّ فبان الخلاف بل جزم بعضٌ هنا بوجوب تقويهما قيمة الخلّ والشاة كالحرّ»(٣).

إلى هنا تمّ البحث حول مسائل بيع الفضولى وما يلحق بها وبه تمّ الجزء الثالث من قسم البيع من كتابنا «الآراء الفقهية» فى ذكرى ليلة استشهاد الإمام محمّد بن على بن الحسين باقرالعلوم - سلام اللّه عليهم أجمعين - السابع من ذى الحجة الحرام سنة ١٤٣٤ على يد مُؤَلِّفِهِ العبد هادى النجفى ببلدة إصفهان صانها اللّه تعالى عن الحدثان.

والحمد للّه أوّلاً وآخرا وظاهرا وباطنا وصلى اللّه على سيّدنا محمّد وآله الأئمة الهداة الطيبين الطاهرين المعصومين لا سيّما خاتمهم الإمام المنتظر الحجة الثانيعشر المهدى - عجل اللّه تعالى فرجه - .

١- ٦ . مستند الشيعة ١٤/٣٠٠.

٢- ١ . تبصرة الفقهاء ٣٧٨/٣.

٣- ٢ . المكاسب ٥٣٤/٣.

المجلد ٧

اشارة

سرشناسه : نجفی، هادی، ١٣٤٢ -

عنوان و نام پدیدآور : االآراء الفقهیه: قسم البیع/ تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ١٣٩٣.

مشخصات ظاهری : ٤٤٨ ص.: نمونه.

شابک : ٩٧٨-٦٠٠-٩٢٩٠٢-٨-٤

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : BP١٩٠/١/ن٣آ٣٦ ١٣٩٣

رده بندی دیویی : ٣٧٢/٢٩٧

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱

اشارة

ص: ۲

تقریظ شیخ المراجع

آیة اللّه العظمی الشیخ لطف اللّه الصافی الکلبایکانی - مدظله العالی -

ص: ۳

تاریخُ إنهاء الْجُزْءِ السّابعِ من کِتاب «الآراء الفقهیة» لِمُنَضِّدِ عُقُودِهِ وَمُنْشِیهِ، وَمُحَرِّرِ مُتُوْنِهِ وَحَواشِیهِ، سَماحةِ آیةِ اللّه ـ الفقیهِ المحقِّقِ الشیخِ هادی النجفیِّ - دامَ ظلُّهُ - من نظم فضیلة العلاّمة القدیر المحقّق الحجة الشاعر المُفْلِق السیّد عبدالستار الحسنی البغدادی - دام ظله - :

الحمدُ لِلّهِ الذی جَعَلَ الآراءَ الفِقْهِیَّةَ مِضْمارا لِتَحریرِ ثِمارِ مَدارِکِ الأحکام، والصَّلاةُ وَالسَّلامُ علی خِیَرَتِهِ مِنْ خلقهِ محمّدٍ وَآلِهِ ساداتِ الأنام.

وبعدُ: فَقَد أَطْلَعَنی مُتَفَضِّلاً مولانا سَماحةُ آیةِ اللّه ، الفقیهِ المُحَقّقِ والمجتهد(۱)

ص: ٤

۱- ۱ . أجازه کلٌّ من الفقهاء الأعلام التالیة أسماؤهم بالاجتهاد المطلق وهم: ۱. والده العلاّمة آیة اللّه الشیخ مهدی غیاث الدّین النجفی قدس سره (۱۳۵۵-۱٤۲۲) ثلاثة من تلامیذ المؤسس آیة اللّه العظمی الشیخ عبدالکریم الحائری الیزدی قدس سره وهم: ۲. آیة اللّه العظمی الحاج آقا الشیخ

رضا المدنى الكاشانى (١٣٢١-١٤١٢) ٣. آية اللّه المعظم السيّد مصطفى الصفائى الخوانسارى (١٣٢١-١٤١٣) ٤. آية اللّه المحقّق الحاج الشيخ محمّدباقر الكَمَرِئىّ (ح ١٣٢١-١٤١٦) واثنان من فقهاء أصفهان الخريجان من النجف الأشرف وهما: ٥. المرجع الدينى آية اللّه العظمى الشيخ محمّدتقى المجلسى (١٣٤٨- معاصر) ٦. شيخ العلماء بمدينة أصفهان آية اللّه الشيخ مجتبى البهشتى (ح ١٣٣٥- معاصر) وهذا غير التقاريظ الكثيرة على هذا الكتاب المصرحة فيها باجتهاد مؤلّفه المنشورة على موقعه الإلكترونى ALNAJAFI.IR. وكما وصفه المرجع الدينى الكبير آية اللّه العظمى الشيخ بشير النجفى - دام ظله - أحد كبار مراجع النجف الأشرف ب- «صفوة المجتهدين وحامل راية الفقهاء المصطفين آية اللّه الشيخ هادى النجفى - دام عزّه -».

النحرير سليلِ الْفُقَهاءِ الأءَعاظم، وَالْبُحُوْرِ الْخضارم، العلاّمَةِ النَّيْقَد الْمِسْبَارِ، الأستاذِ الشيخ هادى آل أبى المجد النَّجَفىّ - دام ظِلُّهُ - على الْجُزْءِ السابع مِنْ مَوْسُوْعَتِه(١) النّفيسةِ الْمُتْرَعَةِ بِجَواهِر الْفَوائِدِ الْفَرائِد الْمَوْسُوْمَة بِ- (الآراء الفِقْهِيَّة)، فَأَلْفَيْتُهُ حاويا لِإءُمّاتِ(٢) الْمَطالب الّتى خاضَ سَماحَتُهُ غِمارَها، كَما فَرَعَ(٣) مِنَ الآراء السَّديدةِ أَبْكارَها، وَسارَ فى مَهْيَعٍ لاحِبِ الْمَعالِمِ وَضّاحِ الصُّوى، مُوْفِيا بِالتَّتَبُّع - فيما هُوَ بِسَبِيْلِهِ - على الْغايَة، وَمَنْ كُتِبَ لَهُ التَّوْفيقُ - من المُحَصِّلِيْن - بِالإِطِّلاعِ عَلى هذا الْعِلْقِ الثَّمِيْن، شَهِدَ لِمُحَرِّرِ فُصُوْلِه، وَمُلْحِق فُرُوْعِهِ بِأُصُوْلِهِ أَنَّهُ فى مَجالِ (استنباط الأحكام) وَالصِّيالِ فى مُعْتَرَكِ (النَّقْضِ وَالإءبْرامِ): «لَقَوِىٌّ أَمِيْنٌ»(٤).

وَقَدْ رَقَمْتُ هذِهِ الطّروسَ على نَحْوِ الإبْتِسارِ وَ الإيجازِ؛ لِضَعْفِ الحالِ وَاخْتِلالِ الْمِزاج، مُسْتَميحا الْعُذْرَ مِنْ سَماحةِ شيخِنا الجليلِ فى عَدَمِ إِيفاءِ الْبَيانِ حَقَّهُ لِما أَلْمَعْتُ إِلَيْهِ آنِفا، وَبِحَسبى أنْ يكونَ مَاثِلُ شُعُورِى شافِعا لِشاخِصِ قُصُوْرِى.

والسَّلامُ مِسْكُ الخِتام.

ص: ٥

١- ١ . استعملتُ عِبارةَ (الموسوعة) مُجاراةً لأساليب المُتَأَخِّرين مَعَ أَنَّ التحقيقَ اللُّغَوِيَّ يأْباها فيما اصْطَلَحَ عَلَيْهِ الْعَصْرِيُّوْن.

٢- ٢ . قال بعض أئمّةِ اللُّغة: إِنَّ الأُمَّهاتِ للنّاس، وَالأُمّات لِغَيْرِهم وقد يُستعمل (الأُمّات) فى النّاس أيضا.

٣- ٣ . فَرَعَ: افْتَضَّ، والكلامُ مَبْنِيٌّ على الاِسْتِعارَةِ المَكْنِيَّةِ.

٤- ٤ . سورة النمل /٣٩.

وَزْنُ الأَبياتِ مِنَ (الكامل)

قَدْ أَتْحَفَ الْفُقَهاءَ (هادِيْنا) إِلى نَهْجِ الْهُدى الْمُتأَلِّقِ الْوَضّاءِ

إِذْ زَفَّ مِنْ سِفْرِ الْبُحُوثِ الْمُحْتَوِىْ لُبَّ الْفَقاهَةِ سابعَ الأَعْجزاءِ

أَعْظِمْ بِمِضْمارٍ لَهُ بِمَسائِلِ اسْ تِدْلالهِ أَوْفى عَلى النُّظَراءِ

حَيْثُ اغْتَدى لِذَوِىْ التَّتَبُّعِ مَنْجَما جَلَّتْ (مَكاسِبُهُ) عَنِ الأِعْطْراءِ

فِيْهِ قَدِ انْبَجَسَتْ عُيُوْنُ مَعارِفٍ بِمَعِيْنِها الْمُتَدَفِّقِ الْمِعْطاءِ

وَبِمَدِّها الْفِكْرُ الأَصِيْلُ قَدِ ارْتَوى رَيّا، وَأَثْرى أَيَّما إِثْراءِ

بِأَبِىْ عَلِيٍّ أَسْفَرَتْ صَفَحاتُهُ بِفَرائِدِ التَّحْقِيْقِ مِثْلَ ذُكاءِ(١)

وَتَبَلَّجَتْ بالنُّوْرِ فى إِشْراقِها أَحْكامُ شِرْعَةِ أَحْمَدَ الْغَرّاءِ

هُوَ عَيْلَمٌ(٢) جَمَعَ الْجَواهِرَ وَازْدَهَتْ فِيْهِ (حدائِقُ) (رَوْضَةٍ) غَنّاءِ

أَقْصى الْعَنا قَدْ زالَ مُذْ أَرَّخْتُهُ: «سِفْرٌ أَضاءَ بِأَمْيَزِ الآراءِ»

(-١) (٣٤٠) + (٨٠٣) + (٦٠) + (٣٤)

١٤٣٦=١-١٤٣٧ه.ق

العبد الآبق الأقلُّ عَبدالستار عَفا عَنْهُ المليکُ الغَفّار

ص: ٦

١- ١ . ذُكاء بضم الذال المعجمة: من أسماء الشمس.

٢- ٢ . العَيْلَم بتقديم الياء على اللام: من أسماء البحر.

فَصْلٌ: الولايات

اشارة

ص: ٧

البحث حول الولايات ينعقد فی ثلاثة أجزاء:

١- ولاية الأب والجدّ

٢- ولاية الفقيه

٣- ولاية عدول المؤمنين

وكلّها تكون بجعل الشارع الأقدس بحيث لو لم يَجْعَلْها لا يجوز لهم التصرف فی مال الغير وأُموره، فلنبحث حول هذه الأجزاء بالاستقلال وعليه تعالی الاِتّكال، والهدِايَةُ إلی إصابَةِ شاكِلَة الصَّوابِ فی جميع الأحوال.

تمهيداتٌ:

الأوّل: الإنسان تارة يتصرف فى ماله مباشرة، وأُخرى يتصرف فى مال غيره

الأوّل: الإنسان تارة يتصرف فى ماله مباشرة، وأُخرى يتصرف فى مال غيره والتصرف فى مال الغير ينقسم إلى أقسام:

أ: يتصرف فى مال غيره بإذن مالكه من قبل التصرف وهذا يسمّى الوكالة ونحوها.

ب: يتصرف فى مال غيره بإجازة مالكه اللاحقة من بعد التصرف وهذا يسمّى الفضولى

ج: يتصرف فى مال غيره من دون الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة بل من باب الولاية التى جعلها الشارع له فى هذا المال. وهذا الأخير هو بحثنا الحاضر أعنى الولايات.

الثانى: الولاية فى اللغة

قال الخليل بن أحمد الفراهِيْدِيُّ: «ولى: الولاية: مصدرُ المُوالاة، والولاية مصدر الوالى، والولاء: مصدر المَوْلَى.

والمَوالى: بنو العمّ... والمَوالى من أهل بيتِ النّبىّ صلى الله عليه و آله مَنْ يحرم عليه الصّدقة.

والمَوْلَى: المُعْتِق والحليف والوليّ.

والوليّ: وليّ النِّعم. والموالاة: اتّخاذُ المولى، والموالاة، أيضا: أن يَولىَ بينَ رَمْيَتَيْن أو فعلين فى الأشياء كلها. وتقول: أصبته بثلاثة أسهم ولاءَ و[تقول] على الولاء أى:

الشّىء بَعْدَ الشَّىء»(١).

وقال ابن فارس: «(ولى) الواو واللام والياء: أصلٌ صحيح يدلُّ على قرب. من ذلک الوَلْىُ: القرْب. يقال: تَبَاعَدَ بعد وَلْى، أى قُرْبٍ. وجَلَسَ ممّا يَلِينى، أى يُقارِبُنى. والوَلِىُّ: المَطَر يجىءُ بعد الوَسْمىّ، سمِّى بذلک لأنَّه يلى الوسمِىّ(٢).

ومن الباب المَوْلى: المُعْتِقُ والمُعْتَق: والصَّاحب، والحليف، وابن العَمّ، والنَّاصر، والجار؛ كلُّ هؤلاء من الوَلْىِ وهو القُرْب. وكلُّ مَن ولِىَ أمرَ آخرَ فهو وليُّه. وفلانٌ أولى بكذا، [أى أحرى به وأجدر. فأمَّا قولهم فى الشتم: أولى لکَ فحدّثنى على بن عمر قال: سمعت ثعلبا(٣)] يقول: أولى تهدُّد ووعيد... والباب كلّه راجع إلى القرب»(٤).

وقال الزمخشرى: «و ل ى - وَلِيَهُ وَلْيا: دنا منه، وأوليتُه إيّاه: أدنيته. وكُلْ ممّا يليک، وجلستُ ممّا يليه. وسقط الوليُّ وهو المطر الذى يلى الوسمىّ.

وقد وُلِيَتِ الأرضُ، وهى مَوْلِيَّةٌ. ووَلىَ الأمرَ وتولاّهُ، وهو وَلِيُّه ومولاه، وهو ولىّ اليتيم وولىّ القتيل وهم أولياؤه. ووَلِىَ وِلاية. وهو والى البلد وهم ولاته. ورحم اللّه تعالى وُلاةَ العدل.

واستولى عليه. وهذا مولاىَ: ابن عمّى، وهم مَوالىُّ. ومَولاى: سيّدى وعبدى. ومَولّىً بيِّن الولاية: ناصر. وهو أولَى به. ووالاه موالاة ووالى بين الشيئين، وهما على الولاء. وتقول العرب: والِ غنمک من غنمى أى اعزلها وميّزها، وإذا كانت الغنم ضأنا ومِعزًى، قيل: والِها»(٥).

وقال ابن الأثير: «(ولا) فى أسماء اللّه تعالى «الوَلِىّ» هو النَّاصر. وقيل: المُتوَلّى لأمور العَالَم والخَلائِق القائِمُ بها.

١- ١ . كتاب العين /١٠٦٨.

٢- ٢ . الوسْميُّ: مَطَرُ أوّلِ الربيع. راجع لسان العرب ٦٣٦/١٢.

٣- ٣ . التكملة من المجمل.

٤- ٤ . معجم مقاييس اللغة ١٤١/٦ و ١٤٢.

٥- ٥ . أساس البلاغة /٥٠٩.

ومن أسمائه - عزّ وجلّ - «الوالي» وهو مَالِك الأشياء جَمِيعها، المُتَصَرِّفُ فيه. وكأنّ الوِلايَة تُشْعِرُ بالتَّدْبِير والقُدْرة والفِعْل، وما لم يَجْتَمِعْ ذلک فيها لم يَنْطَلِقْ عَليه اسْمُ الوالي.(١)

... وقد تكرر ذكر «المَوْلَى» فى الحديث، وهو اسْمٌ يَقع على جَماعةٍ كَثِيرَة، فهو الرَّبُّ، والمَالكُ، والسَّيِّد، المُنْعِم، والمُعْتِقُ، والنَّاصِر، والمُحِبّ، والتَّابع، والجارُ، وابنُ العَمّ، والحَلِيفُ، والعَقِيد، والصِّهْر، والعَبْد، والمُعْتَقُ والمُنْعَم عَلَيه. وأكْثرها قد جاءت فى الحديث، فَيُضافِ كُلّ واحِدٍ إلى ما يَقْتَضِيه الحديثُ الوَارِدُ فيه. وكُلُّ مَن وَلِيَ أمْرا أو قام به فَهُو مَوْلاَهُ وَوَلِيُّه. وقد تَخْتَلِف مَصادرُ هذه الأسْماء. فالوَلايَةُ بالفَتْح، فى النَّسَب والنُّصْرة والمُعْتِق. والوِلاَية بالكسْر، فى الإمَارة. والوَلاَءُ، المُعْتَق والمُوَالاَةُ مِن وَالَى القَوْمَ.

ومنه الحديث «مَن كُنْتُ مَوْلاه فَعَلِيٌّ مَوْلاَه» يُحْمَل(٢) على أكْثر الأسْماء المَذْكورة.

قال الشَّافِعى - رضى اللّه عنه - : يَعْنى بذَلِک وَلاَء الإسْلام، كقوله تعالى: «ذلِکَ بِأَنَّ اللّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكافِرِينَ لا مَوْلى لَهُمْ»(٣).

وقول عمر لعَلىّ «أصْبَحْتَ مَوْلَى كُلِّ مُؤْمِن» أى وِلِيَّ كُلِّ مُؤْمن.

وقيل: سبَب ذلک أنَّ أُسامةَ قال لِعَلِيٍّ: لَسْتَ مَوْلاىَ، إنَّما مَوْلاى رسولُ اللّه صلى الله عليه و آله ، فقال صلى الله عليه و آله : «مَنْ كُنْتُ مَوْلاهُ فعَلىٌّ مَوْلاه»(٤).

أقول: وهذا باطِلٌ لا مَقِيْلَ له مِن الصِحَّة. والصحيحُ أنَّ ذلک بأمْرٍ مِن اللّه تعالى و «المولى» مُشْتَرَکٌ مَعْنَوِيٌّ ولَيْسَ مُشْتَرَکا لَفظِيّا على التحقيق.

وقد اعترف أبوالثناء الآلوسى (ت ١٢٧٠ق) مع مكابرتِه حتّى فى البديهيّات أنّ

ص: ١١

١- ١ . النهاية فى غريب الحديث والأثر ٢٢٧/٥.

٢- ٢ . فى الهروى: «قال أبوالعباس: أى من أحبّنى وتولاّنى فلْيَتَولَّهْ. وقال ابن الأعرابى: الوَلِىّ: التابع الُمحِبّ».

٣- ٣ . سورة محمّد /١١.

٤- ٤ . النهاية فى غريب الحديث والأثر ٢٢٨/٥.

«المولى» يأتى بمعنى «الأوْلى» قال فى «روح المعانى»: ««مولاهم»(١): أى مالكهم الذى يلى أمورهم على الإطلاق»(٢).

وقال الراغب: «ولى: الوَلاَء والتَّوالى أنْ يحْصُلَ شَيْئَانِ فَصاعِدا حُصُولاً ليس بَينهما ما ليسَ منهما، وَيُسْتَعارُ ذلک للقُرْبِ من حيثُ المكانُ ومن حيثُ النِّسْبةُ ومن حيثُ الدِّينُ ومن حيْثُ الصَّداقةُ والنُّصرةُ والاعتِقادُ، والوِلايةُ النُّصرةُ، والوَلايةُ تولىِّ الأمرِ، وقيلَ الوِلايةُ والوَلايةُ نحوُ الدِّلالةِ والدَّلالةِ، وحقيقتُهُ تَولِّى الأمرْ.

وَالوَلِيُّ والمولَى يُسْتعملان فى ذلک كلُّ واحِدٍ منهما يقالُ فى معنى الفَاعِل أى المُوالى، وفى معنى المَفعولِ أى المُوالَى، يقالُ للمُؤْمنِ هو وَلِيُّ اللّه ـ عزَّ وجلَّ - ولم يَرِدْ مولاهُ، وقد يقالُ: اللّه ـ تعالى وَلِيُّ المُؤْمِنينَ وَمَوْلاهُمْ»(٣).

وقال الفيومى: «الوَلْىُ: مِثْلُ فَلْسِ الْقُرْبُ وَفِى الْفِعْلِ لُغَتَانِ أَكْثَرُهُمَا (وَلِيَه) (يَلِيهِ) بَكَسْرَتَيْنِ والثَّانِيَةُ مِنْ بَابِ وَعَدَ وَهِىَ قَلِيلَةُ الاسْتِعْمَالِ وَجَلَسْتُ مِمَّا (يَلِيهِ) أىْ يُقَارِبُهُ وَقِيلَ (الْوَلْىُ) حُصُولُ الثَّانِى بَعْدَ الأءَوَلِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَ (وَلِيتُ) الأمْرَ (أَلِيهِ) بِكَسْرَتَيْنِ (وِلاَيَةً) بِالكَسْرِ (تَوَلَّيْتُهُ) و (وَلِيتُ) البَلَدَ وَعَلَيْهِ و (وَلِيتُ) عَلَى الصَّبىِّ والمَرْأَةِ فَالْفَاعِلُ (والٍ) والْجَمْعُ (وُلاَةٌ) والصَّبِىَّ والْمَرْأَةُ (مَوْلِىٌّ) عَلَيْهِ وَالأءَصْلُ عَلَى مَفْعُولٍ و (الْوَلاَيَةُ) بِالْفَتْحِ والْكَسْرِ النُّصرَةُ وَ (اسْتَوْلَى) عَلَيْهِ غَلَبَ عَلَيْهِ وتَمَكَّنَ مِنْهُ و (الْمَوْلَى) النَّاصِرُ و (الْمُوَالاَة) و (المَوْلَى) ابْنُ الْعَمِّ و (الْمَوْلَى) العَصَبَةُ و (الْمَوْلَى) النَّاصِرُ و (الْمَوْلَى) الحَلِيفُ وَهُوَ الَّذِى يُقَالُ لَهُ (مَوْلَىَ المُوَالاَة) و (المَوْلَى) الْمُعْتِقُ وَهُوَ (مَوْلَى النِّعْمةِ) و (المَوْلَى) الْعَتِيقُ وَهُمْ (مَوَالى) بَنى هاشِمٍ أَىْ عُتَقَاؤُهُمْ و (الْوَلاَءُ) النُّصْرَةُ لكِنَّهُ خُصَّ فى الشَّرْعِ (بِوَلاَء) الْعِتْقِ و (وَلَّيْتُهُ) (تَوْلِيَةً) جَعَلْتُهُ وَالِيا وَمِنْهُ بَيْعُ (التَّوْلِيَةِ) و (وَالاَهُ) (مُوَالاَةً) و (وِلاَءً) مِنْ بَابِ قَاتَلَ تَابَعَه و (تَوَالَتِ) الأءَخْبَارُ تَتَابَعَتْ و (الْوَلِىُّ) فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ مِنْ (وَلِيَهُ) إذَا قَامَ بِهِ وَمِنْهُ «اللّه وَلِىُّ

١- ١ . سورة الأنعام /٦٢.

٢- ٢ . روح المعانى ٢٣٠/٧ من الطبعة الحديثة و ١٧٧/٧ من الطبعة القديمة.

٣- ٣ . المفردات /٥٧٠.

الّذِينَ آمنُوا» والْجَمْعُ (أَوْلِيَاءُ)»(١).

وقال ابن منظور: «ولى: ... ابن سيّده: وَلِىَ الشىءَ ووَلِىَ عليهِ وِلايةً ووَلايةً، وقيل: الوِلاية الحُطة كالإمارة، والوَلايةُ المصدر. ابن السكيت: الوِلاية، بالكسر، السلطان، والوَلايةُ والوِلاية النُّصرة. ويقال: هم علىَّ وَلايةٌ أَى مجتمعون فى النُّصرة. وقال سيبويه: الوَلاية، بالفتح، المصدر، والوِلاية، بالكسر، الاسم مثل الإمارة والنِّقابة، لأنّه اسم لما تولَّيته وقُمْت به فإذا أَرادوا المصدر فتحوا.

... وقال الزّجّاج: يقرأُ وَلايتِهِم ووِلايَتِهم، بفتح الواو وكسرها، فمن فتح جعلها من النصرة والنسب، قال: والوِلايةُ التى بمنزلة الإمارة مكسورة ليفصل بين المعنيين، وقد يجوز كسر الولاية لأَن فى تولى بعض القوم بعضا جنسا من الصِّناعة والعمل، وكل ما كان من جنس الصِّناعة نحو القِصارة والخِياطة فهى مكسورة. قال: والوِلايةُ على الإيمان واجبة، المؤمنون بعضُهم أَولياء بعض، وَلىٌّ بيِّن الوَلاية وَوالٍ بيِّن الوِلاية.

... وروى ابن سَلاّم عن يونس قال: المَوْلى له مواضع فى كلام العرب: منها المَوْلى فى الدِّين وهو الوَلِىُّ وذلک قوله تعالى: ذلک بأَنَّ اللّه ـ مَوْلى الذين آمنوا وأَنَّ الكافرين لا مَوْلى لهم؛ أَى لا وَلِىَّ لهم، ومنه قول سيّدنا رسول اللّه صلى الله عليه و آله : مَنْ كُنتُ مَوْلاه فعلىٌّ مَوْلاه أَى مَن كنتُ وَلِيَّه.

... وروى أَنَ النبى صلى الله عليه و آله ، قال: مَن تَوَلاَّنى فلْيَتَوَلَّ عَلِيّا؛ معناه من نَصَرَنى فليَنْصُرْه... وقوله صلى الله عليه و آله : اللهم والِ مَن والاه أَى أَحْبِبْ مَنْ أَحَبَّه وانْصُرْ من نصره»(٢).

وقال الطريحى: «قوله: «اَوْلَى النَّاسِ بِإبْراهيم» يعنى أحقّهم به وأقربهم منه من الولى وهو القرب... والولاية أيضا النّصرة وبالكسر الأمارة مصدر وليّت ويقال: هما لغتان بمعنى الدُولة... وفيه بُنى الإسلام على خمس منها الولايةُ الوَلاية بالفتح محبّة أهل البيت عليهم السلام واتباعهم فى الدّين وامتثال أوامرهم ونواهيهم والتّاسىّ بهم فى الأعمال

١- ١ . المصباح المنير /٦٧٢.

٢- ٢ . لسان العرب ١٥/٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩.

والأخلاق وأمّا معرفة حقّهم واعتقاد الأمامة فيهم فذلک من أُصول الدّين لا من الفروع العمليّة والوَلىّ من أسمائه تعالى وهو الناصر ينصر عباده المؤمنين، وقيل: المتولىّ لأمُور العالم والخلايق القائم بها وأصل الكلمة من الولى وهو القرب»(١).

الثالث: الولاية فى مصطلحها الفقهى

الوِلاية - بكسر الواو - فى المصطلح الفقهى عبارة عن السلطة على الغير أو تنفيذ القول على الغير أو، التصرف فى الأنفس أو الأموال أو كلاهما بحكم العقل أو الشرع بالإصالة أو بالعرض.

والمراد بالولاية الأصلية هى الولاية المجعولة العقلية أو الشرعية لشخص خاص نحو ولاية الأب والجدّ، والمراد بالولاية العرضية هى الولاية التى تنتقل من شخص إلى آخر نحو ولاية الوصى والقيم من جانب الأب أو الجدّ.(٢)

الرابع: مقتضى الأصل فى الولاية

الأصل الأوّلى عدم ولاية أحد على أحد وعدم نفوذ حكمه فيه، فإنّ الناس خُلقوا أحرارا وهم بحسب الخِلْقة والفِطْرة مسلّطون على أنفسهم وأموالهم. فالتصرف فى شؤونهم وأموالهم يكون مخالفا لهذا الأصل الأوّلى.

وفى رسالة أميرالمؤمنين عليه السلام لنجله الإمام الحسن عليه السلام ورد: «لا تكن عبد غيرک وقد جعلک اللّه حرّا»(٣).

ولذاقال الشيخ الأعظم: «مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد»(٤).

الخامس: قبل الورود فى البحث لابدّ من نقل مقال المحقّق النائينى ونقده:

اشارة

١- ١ . مجمع البحرين /٩٧ و ٩٨ من الطبعة الحجرية.

٢- ٢ . راجع فى هذا المجال: بلغة الفقيه ٢١٠/٣، التنقيح فى شرح المكاسب ١٥٦/٢، الحاكمية فى الإسلام /١٧٤.

٣- ٣ . نهج البلاغة، الكتاب ٣١.

٤- ٤ . المكاسب ٥٤٦/٣.

مقالة المحقّق النائينى ونقده

اشارة

قال قدس سره فى دورته الأُولى: «هذه المسألة من فروع مسألة شروط المتعاقدين، حيث قال: ومن شروطهما: أن يكونا مالكين، أو المأذونين من المالک أو الشارع، فالمأذون من المالک هو الوكيل، والمأذون من الشارع هو من له الولاية على التصرّف فى مال الغير، والولاية على أقسام:

قسم منها ذاتىّ، ويعبّر عنه بالإجبارىّ، وهو ولاية الأب والجدّ على [الصغير و] اليتيم وماله، وثبوتها لهما فى الجملة ضرورىّ يطّلع عليه المتتبّع فى الأبواب المتفرّقة.

ففى باب الوصيّة: ينفذ إذن الوالد فى المضاربة بمال ولده الصغير بحيث لا ضمان على المأذون.

وفى باب الحجر: ولىّ الطفل قبل البلوغ والمتصرّف فى ماله هو الأب والجدّ.

وفى باب النكاح: ينفذ عقد الأب والجدّ على الصغير.

وقسم منها مجعول بجعلٍ شرعىٍّ تعبّدىٍّ: كولاية الحاكم.

وقسم منها مجعول بجعلٍ خَلْقيٍّ: كولاية القيّم من قبل الأب والجدّ بعد موتهما على الصغير»(١).

ويرد عليه: الولاية الذاتية مختصة بذات ذى الجلال والإكرام ولا تكون إلاّ له

ويرد عليه(٢): الولاية الذاتية مختصة بذات ذى الجلال والإكرام ولا تكون إلاّ له تعالى ومنحصرة بذاته سبحانه، وأمّا ولاية الأب والجدّ فمجعولة بجعل شرعى ولكن موضوعها ذاتيٌّ لأنّ الأُبوّة والبنوّة ذاتيتان تكوينيتان وغير مَجْعُولَتَيْنِ. ولا فرق بين الولايات الثَّلاثِ فى أنّها مجعولة بجعل شرعى من قبل الشارع الأقدس.

ولعلّ المحقّق النائينى رحمه الله التفت إلى هذا الإشكال وعدل عن مقالته وقال فى دورته الثانية من بحث البيع: «... إنّ الاولياء المتصرفين فى الأُمور الراجعة إلى القاصرين طوائف مترتبة لا يجوز للمتأخر منهم التصرف مع وجود المتقدم الأُولى الأب والجدّ ولا إشكال

١- ١ . منية الطالب ٢/٢٢٥ و ٢٢٦.

٢- ٢ . المورد هو الاستاذ المحقّق - مد ظله - فى العقد النضيد ٤/١٦٢.

فى ولايتهما على الصبى والمجنون فى الجملة وأنّ ولايتهما تكون بجعل إلهى فيكون كلُّ واحد منهما وليّا إجباريا من قبل الشارع»(١).

أقول: لعل مراد النّائينىّ من الذاتى ليس فى مقابل غير الذاتى فى باب الإيساغوجى بل مراده من الذاتى هو الإجبارى أى اللزومى كما فسّره كذلك.

يمكن أن نَسْتَنْتِجَ من هذا التمهيد أمورا:

أ: الأصل الأوّلى عدم ثبوت ولاية أحدٍ على أحد، فبالنتيجة الولاية تحتاج إلى دليل قطعى حتّى تثبت.

ب: الولايات كلّها بجعل شرعى إلاّ ولاية اللّه تعالى فإنّها ذاتيّة لأنّه - عزّ وجلّ - خالق للكون والخالق والربّ هو الولى.

ج: الولايات بعضها فى طول بعض مثلاً مع وجود الأب أو الجدّ لا تثبت للفقيه الولاية على أموال الأيتام والقُصَّر. ومع وجود الفقيه لا تثبت الولاية لعدول المؤمنين.

ص: ١٦

١- ١ . المكاسب والبيع ٢/٣٣٠.

الأوّل: ولاية الأب والجدّ

اشارة

استدلّ الشيخ الأعظم(١) فى إثبات ولاية الأب والجدّ بأدلة ثلاثة:

الدليل الأوّل: الإجماع

الوارد فى كلمات القوم نحو الشيخ فى وكالة الخلاف(٢) والمبسوط(٣)، وحُكى(٤) من منتهى المطلب(٥) للعلاّمة، والأردبيلى فى مجمع الفائدة(٦) وسيّدى الرياض(٧) والمفتاح(٨).

وفيه: ثبوت الإجماع حتّى المُحَصَّل منه فى المقام مسلَّمٌ بل المسألة من ضروريات الفقه(٩) ولكن احتمال المدركيّة يسقطه عن الاعتبار، لإمكان استناد المجمعين إلى الروايات الواردة فى المقام.

الدليل الثانى: الروايات المستفيضة

اشارة

فی الأبواب المختلفة من الفقه نحو:

باب أنّ من اتّجر بمال الطفل وکان ولیّا له استحب له تزکیته... .(۱۰)

ص: ۱۷

۱- ۱ . المکاسب ۵۳۵/۳.

۲- ۲ . الخلاف ۳۸۱/۲.

۳- ۳ . المبسوط ۳٤٦/۳.

٤- ٤ . الحاکی هو المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة والبرهان ١٦٥/٨.

٥- ٥ . منتهی المطلب ٢٦/٨.

٦- ٦ . مجمع الفائدة والبرهان ١٥٧/٨.

٧- ٧ . ریاض المسائل ٢٢٠/٨.

٨- ٨ . مفتاح الکرامة ٦٧٠/١٢.

٩- ٩ . کما فی التنقیح فی شرح المکاسب ١٣٦/٢.

١٠- ١٠ . وسائل الشیعة ٨٧/٩، الباب ٢ من أبواب من تجب علیه الزکاة.

باب حکم الأخذ من مال الولد والأب.(۱)

باب جواز تقویم الأب جاریة البنت والإبن الصغیرین ووطئها بالملک إذا لم یکن وطأها الإبن.(۲)

باب جواز بیع الولی کالأب والجدّ للأب مال الیتیم وجواریه مع المصلحة وإن لم یوص إلیه وجواز شراء منه.(۳)

باب ثبوت الحجر عن التصرف فی المال علی الصغیر والمجنون والسفیه حتّی تزول عنهم الموانع.(٤)

باب أنّ من أذن لوصيّه فى المضاربة بمال ولده الصغار من غير ضمان جاز له ذلک ولم يضمن.(٥)

باب ثبوت الولاية للأب والجدّ للأب خاصة مع وجود الأب لا غيرهما على البنت غير البالغة الرشيدة وكذا الصبى.(٦)

باب ثبوت الولاية للجدّ للأب فى حياة الأب خاصة على الصغيرة فإن زوّجاها صح عقد السابق وإن اقْتَرنا صحَّ عقد الجدّ.(٧)

باب أنّه لا يجوز للرجل أن يطأ جارية ولده إلاّ أن يتملكها أو يحللها له مالكها مع عدم وط ء الولد لَها، وأنّه يجوز أن يقوم أمة ولده الصغير ويشتريها ويطأها.(٨)

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٦٢/١٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٦٧/١٧، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٣٦١/١٧، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٤٠٩/١٨، الباب ١ من أبواب كتاب الحجر.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٤٢٧/١٩، الباب ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٢٧٥/٢٠، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٧- ٧ . وسائل الشيعة ٢٨٩/٢٠، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٨- ٨ . وسائل الشيعة ١٤٠/٢١، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

مناقشة المحقّق الإيروانى فى دلالة الروايات المستفيضة ونقدها

قال قدس سره : «إلاّ أنّ الأخبار المذكورة ليس عنوانهانفوذ معاملات الأب فى حقّ ابنه، وإنّما عنوانها جواز استيلاء الأب على مال ابنه وأكله منه وتصرّفه فيه استقلالاً تصرّفَ الملاّک فى أملاكهم، لا

التصرّف فيه لأجل ابنه بعنوان الولاية عليه، بل مورد كثير من الأخبار هو تصرّف الأب فى مال ولده البالغ ومساقها مساق آية لا جناح عليكم: «أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهاتِكُمْ»(١) إلى آخر الآية.

وفى بعض تلك الأخبار التعليل بقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله لرجل: «أنت ومالك لأبيك»(٢)، وفى جملة من الأخبار تقييد جواز الأكل بصورة الاضطرار والحاجة، وقد حملت هذه الأخبار على الأخذ بمقدار النفقة الواجبة على الولد، وفى رواية ابن سنان(٣) المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقة فتكون هذه الرواية شاهدة على الحمل المذكور.

وعلى كلّ حال الأخبار أجنبيّة عمّا هو المدّعى فى المقام، والتمسّک بفحواها للمقام موقوف على العمل بإطلاقها فى موردها وعدم حملها على ما ذكرناه من المحمل»(٤).

أقول: يرد عليه: أوّلاً: بأنّ الروايات الواردة فى المقام لا تختص بما ذكره المحقّق الإيروانى فقط؛ لأنّ وجود هذا المحمل فى هاتين الروايتين وارد ولكن قد ذكرنا لک تسعة أبواب من الروايات فى المقام ومحمله لا تجرى فيها.(٥)

وثانيا: ولاية الأب والجدّ تكون أمرا عرفيّا طبيعيّا حاصِلاً فى جميع المِلَلِ(٦)

١- ١ . سورة النور /٦١.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٦٢/١٧، ح١، صحيحة محمّد بن مسلم.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٦٣/١٧، ح٣، صحيحة أو حسنة عبداللّه بن سنان.

٤- ٤ . حاشة المكاسب ٣٦٢/٢.

٥- ٥ . راجع العقد النضيد ١٦٤/٤.

٦- ٦ . كما عليه الفقيه الشريعتمدارى فى تقرير أبحاثه ١٥/٤.

والنِّحَلِ بل السيرة العقلائية قائمة عليها كما سيأتى لاحِقا، فما ورد من الروايات المستفيضة الدالة عليها يستفاد منها إمضاء الشارع فقط دون التأسيس ولذا لم ترد آية أو رواية مستقلة دالة عليها على نحو التنصيص والتصريح والاستقلال لعدم الحاجة إلى تأسيسها وإثباتها شرعا.

الدليل الثالث: فحوى سلطنتهما على بُضْعِ البنت فى باب النكاح

(١)

بتقريب: إنّ بضع البنت أهمّ من أموالها فإذا ثبتت للأب والجدّ الولايةُ على بضعها ونكاحها فبالأولوية القطعية تثبت لهما الولاية على أموالها.

لا يقال: ناقش الشيخ الأعظم فى الاستدلال على صحة بيع الفضولى بفحوى الروايات الدالة على صحة نكاح الفضولى كما مرّت مناقشته فى هذا الكتاب(٢)، وقال: «امضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح دون العكس»(٣). فهذه المناقشة بعينها تجرى فى المقام، وفحوى سلطنتهما على بضع البنت لا تثبت ولايتهما على أموالها.

لأنّا نقول: أوّلاً: مرّ جوابنا عن مناقشة الشيخ الأعظم قدس سره فراجع ما حررناه هناك.(٤) فالمناقشة مردودة عندنا حتّى بالنسبة إلى بيع الفضولى.

ثانيا: إنّ الشارع إذا جعل الولاية للأب والجدّ فى تزويج البنت، وهذا التزويج هو تصرف وتسليط على أهمّ شؤونها و ربّما يَطُوْلُ أمدا بعيدا أو مادامَت الحياة، فبطريق أولى يجعل الشارع الولاية لهما فى التصرف والتسليط على أموالها التى ليست بهذه الأَهَمِيَّةِ ولم تكن مادامَت الحياة أو أمدا بعيدا. «وهذه الأولوية ملحوظة فى مقام الجعل والتسبيب لا فى مقام العمل بعد وقوعه كما فى الأولوية فى باب الفضولى»(٥).

وثالثا: المناقشة تجرى «فيما إذا تحقّق فى الخارج نكاح فضولى وبيع فضولى أو

١- ١ . المكاسب ٥٣٥/٣.

٢- ٢ . الآراء الفقهية ٢٠٥/٥.

٣- ٣ . المكاسب ٣٥٨/٣.

٤- ٤ . الأراء الفقهية ٢٠٦/٥ وما بعدها.

٥- ٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٣٧/٢.

فرض تحقّقهما، فالحكم بصحّة الأوّل لا يدلّ بالفحوى على الحكم بصحّة الثانى، وأمّا جعل الولاية للأب والجدّ على إيجاد نكاح البنت وإنشائه ابتداءً، فهو يستلزم ولايته على التصرّف فى أموالها بالأولويّة بلا إشكال، فلا يقاس أحد المقامين بالآخر»(١).

الدليل الرابع: السيرة العقلائية

اشارة

السيرة القطعية العقلائية جارية فى الأزمنة والأمكنة والأعصار والأمصار على اختلاف مِلَلِهِم ونحلهم على جواز تصرفات الأب والجدّ فى أموال أولادهما وثبوت الولاية لهما عليها ولم يثبت ردع شرعى عنها بل ورد إمْضاؤُها فى الشريعة المقدسة بالروايات المستفيضة الواردة فى الأبواب التسعة الماضية.

بتقريب آخر: «عملُ العرف وطبعُ النّاسِ فى جوازِ ولايتهما عَلى الطّفل حيث انّهما يُسلّطانِ عَلى الطّفل بالطّبعِ ويتصرّفانِ فى ماله أيضا بالطّبع ولذا لا تختصّ هذِهِ المسألة بالإسلامِ بل كانت حاصلةً فى جميعِ الملَلِ والنّحلِ.

وحيث كانت المسألة أمرا عرفيّا طبيعيا حاصلة فى جميعِ الملل، ليس لأصل المسألة دليلٌ مستقيمٌ فلم ترد روايةٌ أو آيةٌ دالّةٌ على ولايةِ الأب والجدِّ مستقيما لعدم الحاجة إلى إثباتها. نَعم: وردت رواياتٌ فى الأبواب المختلفة يُستفادُ منها إمضاءُ الشّارع وِلايةَ الأب والجدّ»(۲).

وهذا الدليل غير مذكور فى كلام الشيخ الأعظم ولكنّه قطب رَحى الولاية لهما ولذا ذكرتُهُ بتقريبين والحمدللّه.

ثمّ إنّ هنا مسائل لابدّ من البحث حولها:

المسألة الأولى: عدم اعتبار العدالة فى ولايتهما

اشارة

ذهب المشهور(۳) من أصحابنا - قدس اللّه أسرارهم - إلى عدم اعتبار العدالة فى

۱- ۱ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ۸/۳.

۲- ۲ . تقرير أبحاث الفقيه الشريعتمدارى ۱۵/٤.

۳- ۳ . المكاسب ۵۳۵/۳.

ولاية الأب والجدّ ولكن خالفهم ابن حمزة فى الوسيلة(۱) وفخرالمحقّقين فى الإيضاح.(۲)

واستدلّ الشيخ الأعظم على ما ذهب إليه المشهور من عدم اعتبار العدالة بأدلة ثلاثة.

الدليل الأوّل: الإجماع

الإجماع المدّعى فى كلام العلاّمة حيث يقول: «الفسق لا يسلب ولاية النكاح عند علمائنا أجمع، فللفاسق أن يزوِّج ابنته الصالحة البالغة بإذنها والصغيرة والمجنونة مطلقا وبه قال مالک وأبوحنيفة والشافعى فى أحد القولين وأحمد فى إحدى الروايتين»(٣).

مضافا إلى إنّ الإجماع إذا كان موجودا فى ولاية الأب الفاسق أو الجدّ كذلک على بضع البنت فبطريق الأولوية يكون موجودا فى ولايتهما وإنْ كانا فاسقَيْن على أموالها وإذا كان موجودا فى الأموال كان موجودا فى غيرها لعدم القول بالفصل.

ويرد عليه: أوّلاً: بأنّ هذا الإجماع منقول ولا يمكن تحصيله لعدم عنوان المسألة فى كتب الأصحاب قديما.

وثانيا: يمكن أن يكون الإجماع مدركيّا بحيث يستفاد من الأدلة التى تاتى فى المقام واحتمال المدركية يسقطه عن الاعتبار.

وثالثا: قد عرفت وجود المخالف فى المسألة وهما ابن حمزة وفخر المحققين ومع وجود المخالف كيف ينعقد الإجماع؟

الدليل الثانى: الإطلاقات

الإطلاقات الواردة فى الأبواب التسعة من الروايات المستفيضة التى مرّت الإشارة إلى محلّها لعدم التفصيل فيها بين كون الأب أو الجدّ أو الولى المتصرِّف عادلاً أو فاسقا ولو كانت العدالة معتبرة فلابدّ من التنبيه عليها لا أَقَلَّ فى إحدى الروايات حالَ كَوْنِها كلّها خالية عن هذا التقييد.

١- ١ . الوسيلة /٢٧٩ و ٣٧٣.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد ٦٢٨/٢.
٣- ٣ . تذكرة الفقهاء ٣٢١/٢٣، مسألة ١٨٠؛ نقل عنه فى مفتاح الكرامة ٨١/١٦.

أذكر لک نموذجا منها:

معتبرة أبى الربيع - خُلَيد بن أوفى الشامى - قال: سُئل أبو عبداللّه عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيّه، أيصلح له أن يَعْمَلَ به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظرا له.(١)

وحسنة محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سُئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أنّ أباهم قد أذن له فى ذلک وهو حيٌّ.(٢)

وصحيحة أبى الصباح الكنانى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكون لبعض وُلده جاريةً ووُلده صغارٌ، هل يصلح أن يطأها؟ فقال: يقوّمها قيمة عدل ثمّ يأخذها ويكون لوُلده عليه ثمنها.(٣)

وصحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أباالحسن عليه السلام عن الصبية يزوّجها أبوها ثمّ يموت وهى صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: يجوز عليها تزويج أبيها.(٤)

وصحيحة على بن رئاب قال: سألت أباالحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابة مات وترک أولادا صغارا، وترک مماليک له غلمانا وجوارى ولم يوص، فماترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ وماترى فى بيعهم؟ فقال: إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى فى من يشترى منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ قال: لا بأس إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عمّا صنع القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم.(٥)

١- ١ . وسائل الشيعة، ٨٩/٩، ح٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ٤٢٧/١٩، ح١، الباب ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٤٠/٢١، ح١، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والأماء.
٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢٧٥/٢٠، ح١، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.
٥- ٥ . وسائل الشيعة ٤٢١/١٩، ح١، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا؛ وسائل الشيعة ٣٦١/١٧، ح١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وأنت ترى أَنَّ هذه النَّماذِجَ الخمسة من الروايات كلّها مطلقات ومثلها غيرها، فهذا الإطلاق يدلّ على عدم اعتبار العدالة فى ولاية الأب والجدّ والولى ولم يرد مخصص فى المقام إلاّ أنّ هذا الاطلاق مُقابَلٌ بالمعارض كما سيأتى.(١)

لايقال: «لا يجوز التمسک بإطلاق الأدلة لأنّه لم يرد لنا دليل صيغ إطلاقه لذلک لما قلنا أنّه لم يرد فى المسألة دليل مستقيم [أى منصوص]. نعم، وردت فى المسائل المتفرعة والمتفرقة لهذه المسألة روايات يستفاد منها أنّ أصل الولاية فى الجملة محَرزا»(٢).

لأنّا نقول: «عمل العرف وطبع النّاس» «فى جميع الملل والنحل» عند هذا القائل وسيرة العقلاء عندنا لا يفرّقون فى ولاية الأب والجدّ بين كونهما عادلَيْن أو فاسقَيْن ولو كانت العدالة فيهما معتبرة عند الشارع لابدّ من التنبيه عليها فى الروايات الواردة فى إمضاء هذه السيرة مع أنها كلّها مطلقات بالنسبة إلى هذا التقييد والشرطية ولم ينبّه عليها الشارع فى شيءٍ منها فالإطلاق جار ويستفاد منها عدم اعتبار العدالة فى ولايتهما.

الدليل الثالث: الأصل

التمسک بالأصل وارد فى المقام فى كلمات جمع مِن أعلام الطائفة كالمحققين الأردبيلى(٣) والسبزوارى(٤) والسيّد المجاهد(٥) وصاحبى الجواهر(٦) والمكاسب(٧).

الأصل الوارد فى كلماتهم يمكن أن يفسّر بالأصل اللفظى والأصل العملى.

ص:٢٤

١- ٦ . فى عنوان الأصل اللفظى من بحث: الأصل يقتضى عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقين.

٢- ١ . تقرير أبحاث الفقيه الشريعتمدارى ١٨/٤.

٣- ٢ . مجمع الفائدة والبرهان ٢٣٣/٩.

٤- ٣ . الكفاية ٥٨٩/١.

٥- ٤ . المناهل /١٠٥.

٦- ٥ . الجواهر ٢٠١/٢٧ (١٠٢/٢٦).

٧- ٦ . المكاسب ٥٣٥/٣.

وأمّا الأصل اللفظى: فهو إطلاق الأدلة الاجتهادية والروايات الماضيات، وهو على قسمين:

الأوّل: هو الآيات الثلاث الواردة فى الوفاء بالعقد(١) وحلية البيع(٢) وتجارة عن تراض(٣). وإطلاقها يَنْفِيْ العدالة فى ولاية الأب والجدّ كما احتمله السيّد المجاهد.(٤)

الثانى: وهو إطلاق الروايات الماضيات فى الأبواب التسعة يدل على نفى اعتبار

العدالة فيهما.

وعلى هذا المعنى الأخير يكون عطف «الاطلاقات» على «الأصل» تفسيريا فى كلام الشيخ الأعظم(٥).

وأمّا الأصل العملى: الذى يظهر من الشيخ الأعظم أنّه يقصده لأنّ ظاهرَ العطفِ المغايرةُ فلا يخلو من الأصلين:

أ: أصل البراءة

والمراد به جريان أصالة البراءة عن تقييد ولايتهما بالعدالة.

ولكن يذهب كثير من المحققين إلى عدم جريان أصل البراءة فى المعاملات كالمحقّق السيّد الخوئى حيث يقول: «المراد بالأصل فى المقام ليس هو البراءة قطعا إذ لا كلام لنا فى ثبوت تكليف حتّى تنفيه بالبراءة، وإنّما الكلام فى اشتراط العدالة وعدمه، فالمورد خارج من موارد جريان البراءة»(٦).

يذهب قليلهم إلى جريان أصل البراءة فى المعاملات لنفى قيودها وشروطها

١- ٧ . قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائدة /١.

٢- ٨ . قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» سورة البقرة /٢٧٥.

٣- ٩ . قوله تعالى: «إلاَّ أَنْ تكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» سورة النساء /٢٩.

٤- ١٠ . المناهل /١٠٥.

٥- ١ . المكاسب ٥٣٥/٣.

٦- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٣٨/٢؛ وراجع مصباح الفقاهة ١٣/٥ طبعة منشورات الوجدانى.

المشكوكة ومنهم المحقّق الميرزا على الإيروانى(١) المتوفى سنة ١٣٥٤ق بانّ الشك فى صحة المعاملة وفسادها مسبّبة عن الشك فى قيدية القيد وسببية السبب، ومع جريان أصل البراءة فى السبب والقيدية يزول الشك فى المسبب والقيد وتصير المعاملة صحيحة من دون القيد.

وفى المقام بعد أن نشك فى قيدية العدالة لولاية الأب والجدّ ومعاملتهما يجرى أصل البراءة وتنفى القيدية، فتكون ولايتهما غير مقيدة بالعدالة فيصح بيع الأب أو الجدّ الفاسقَيْن.

أقول: بنظرنا القاصر لا يجرى أصل البراءة فى الأحْكامِ الوضعية فى المعاملات لوجوه:

الأوّل: الحكم الوضعى فى باب البيع هو المبادلة والنقل والانتقال وليس فيه كلفة

على المكلَّف بحسب طبعه حتّى يرفعه حديث الرفع وأدلة البراءة النقلية، بل قد يرغب فيه المكلَّف ويقدم عليه بنفسه كما لا يخفى.

الثانى: الحكم الوضعى فى المعاملات غير ثابت للمكلَّف بخصوصه وغير وارد عليه، فإنّ المبادلة سواء كانت أمرا انتزاعيا عن حكم تكليفى أم كانت حكما وضعيا، لا تختص بمكلَّف، بل موضوعها المالان وتبادلاتهما ليس موضوعها المكلَّف، بل هى واردة على الفعل والمخاطَب بها جميع المكلفين من العالِمين والجاهلين.

إن قلت: فكيف وقع تطبيق حديث الرفع على الطلاق المكرَه فى الروايات(٢)؟ وهل هذا إلاّ جريانه فى الأحكام الوضعية؟

قلت: قد مرّ منّا «إذا كان الفعل موضوعا لحكم آخر ويكون فى ثبوت ذلك الحكم

١- ٣ . نهاية النهاية فى شرح الكفاية ٩١/٢ ولكن عدل عنه فى كتابه «الأصول فى علم الأصول» ٢٩٨/٢ وقال: «فلا يرفع الحديث [حديث الرفع] الأحكام غير الالزامية ولا الأحكام الوضعية».
٢- ١ . وسائل الشيعة ٢٢٦/٢٣، ح١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان صحيحة صفوان بن يحيى وأحمد بن محمّد بن أبينصر البزنطى عن أبيالحسن عليه السلام .

ثقلاً يرفعه الحديث بفقرتى «ما اضطروا إليه وما استكرهوا عليه فلا يترتب ذلك الحكم الوضعى نحو الإكراه فى البيع أو الطلاق أو العتق(١) بخلاف فقرة «لايعلمون» لأنّها تَرْفع التكليف فقط لا الوضع

فنحن نذهب إلى التفصيل بين فقرات حديث الرفع فى شموله للأحكام الوضعية، وفقرة الاضطرار والاستكراه تشملها وأمّا ما لايعلمون فلا، وتوضيحه يطلب من بحث الأُصول»(٢).

الثالث: إنّ الحكم الوضعى الواقعى غير قابل للوضع الظاهرى لا بجعل الاحتياط ولا بغيره. فإذا لم يكن قابلاً للوضع الظاهرى فلا يكون قابلاً للرفع الظاهرى أيضا، هذا إذا كان مؤدى حديث الرفع هو الرفع الظاهرى.

أمّا بِناءً على كون مؤداه هو الحلية الظاهرية فلا يتوهم أحد فى ارتفاع الأحكام الوضعية بها، إذا لم يتوهم أحد بتكفل أصالة الحلّيّة لرفع الحكم الوضعى [وهو البطلان[فتدبّر.(٣)

الرابع: على فرض جريان أصل البراءة فى تقييد الولاية بالعدالة ونفى القيدية والشرطية بها، لا يترتب عليها الحكم بصحة المعاملة ونفوذها، لأنّهما - الصحة والنفوذ -

«لا يعدّان من الآثار الشرعيّة لجريان الأصل، بل يعدّان من اللّوازم العقليّة لأصل البراءة، وبالتالى فإنّ الصحّة والنفوذ ليسا من نتائج جريان الأصل بذاته، بل من لوازمه العقليّة، وقد ثبت فى مباحث الأُصول أنّ الحجّة فى الأُصول الجارية فى الشكّ السببى والمسبّبى كون المسبّب أثرا شرعيّا يثبته الأصل بذاته لا بلوازمه العقليّة. بمعنى أنّه حينما نشكّ فى صحّة عقد الأب الفاسق، ينبغى للأصل الجارى حينئذٍ إثبات صحّة البيع، أمّا البراءة الشرعيّة من شرطيّة عدالة الأب فهى ليست بنفسها مثبتة للصحّة، وإنّما هى من لوازمها العقليّة، ولا يعدّ من مصاديق ترتّب الحكم على الموضوع، بل من مصاديق ترتّب اللاّزم

١- ٢ . راجع دروسٌ فى مسائل علم الأصول ٢٥٨/٤ لشيخنا الأُستاذ قدس سره .

٢- ٣ . الآراء الفقهية ١١٢/٥.

٣- ٤ . راجع فى هذا المجال منتقى الأصول ٤٠٧/٤ و ٤٠٦ من تقريرات السيّد الروحانى قدس سره .

العقلى على الملزوم العقلى، وقد ثبت عدم اعتباره»(١).

وبعبارة أُخرى: على فرض جريان أصل البراءة فى المقام لا يثبت أنّ الولاية ثابتة لهما على نحو الإطلاق إلاّ بنحو الأصل المثبت واللازم العقلى الذى لم يقل أحدٌ باعتباره فى الأُصول العملية.

وبالجملة: لا يمكن أن يكون مراد الشيخ الأعظم قدس سره من الأصل العملى فى المقام هو أصالة البراءة.

ب: الاستصحاب

أن يكون مراده قدس سره من الأصل العملى هو استصحاب عدم اشتراط العدالة فى ولايتهما ويمكن تقريره بوجهين:

الوجه الأوّل: الاستصحاب النعتى

الاستصحاب النعتى الذى كان بمفاد ليس الناقصة فى عدم اشتراط ولايتهما بالعدالة فى الشريعة المقدسة.

ويرد عليه: إنَّ هذا الاستصحاب يتوقف على وجود الموضوع المتصف بالعدم فى زمان سابق لكى يستصحب ذاك العدم الواقع وصفا للموضوع، فيناقش فيه بأنّ الولاية متى ثبتت لهما فى الشريعة المقدسة من دون اشتراط العدالة فيها حتّى يُستصحب ويُقال: إنّهما كما كانت ولم يشترط العدالة فيها فعلاً.

وبعبارة أوْضَح: ليس لنا العلم بالحالة السابقة وهى إثبات الولاية من دون العدالة فى الزمان السابق فى الشريعة حتّى نستصحبها الآن.

الوجه الثانى: استصحاب العدم الأزلى

جريان الاستصحاب فى العدم الأزلى بمفاد ليس التامة أو استصحاب العدم المحمولى بتقريب: أنّه قبل نزول الشريعة المقدسة لم تكن هناک ولاية مقيدة بالعدالة، فتكون الولاية مسبوقة بعدم إتصافها بالعدالة أزلاً، فالآن وبعد تنزيل الشريعة يُستصحب

ص:٢٨

١- ١ . العقد النضيد ١٦٨/٤.

ذاک العدم الأزلى قبلها ويُحكم بعدم اعتبار العدالة فى ولايتهما.

وبعبارة أُخرى: إنّ ولاية الأب والجدّ وهكذا اشتراطها بالعدالة كانتا غير موجودتان فى الشريعة المقدسة، ثمّ علمنا بوجود الولاية وثبوتها وشككنا فى تحقّق اشتراط العدالة معها فالأصل عدم تحقّق اشتراط العدالة مع الولاية.

ويرد عليه: أوّلاً: الاستدلال لابدّ بأن يتم على جميع المبانى ونعلم بأنّ استصحاب العدم الأزلى محلّ خلاف بين أعلام الطائفة فبعضهم يثبته وبعضهم ينفيه، والشيخ الأعظم(١) من النافين فلا يمكن أن يكون مراده هذا استصحاب العدم الأزلى، وتبعه المحقّقون النائينى(٢) والبروجردى(٣) والخمينى(٤).

ونحن من المثبتين مع المحقّق الخراسانى(٥) والسيّدين الحكيم(٦) والخوئى(٧) - قدس اللّه أسرارهم - .

وثانيا: على فرض جريان استصحاب العدم الأزلى فى نفى اشتراط الولاية بالعدالة لايثبت إطلاقها وأنّ الولاية لهما ثابتةٌ على نحو الإطلاق إلاّ بنحو الأصل المثبت لأنّ صحة ولاية الأب والجدّ

الفاسقَيْن يعدّ لازما عقليا لاستصحاب عدم اشتراط ولايتهما بالعدالة، ومن المعلوم عدم حجية لوازم الأصول العملية والأصل المثبت.

وثالثا: وجود المعارض بالنسبة إلى هذا الاستصحاب، وبين استصحاب عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقَيْن أزلاً، فيثبت الأوّل الولاية وينفيها الثانى فبالمعارضة يسقط الاستصحابان.

١- ١ . فرائد الاصول ٢١٠/٣ وما بعدها.

٢- ٢ . أجود التقريرات ٣٢٨/٢؛ فوائد الاصول ٥٣٠/٢ و ٤٤٥/٤.

٣- ٣ . نهاية الاصول /٣٣٥.

٤- ٤ . تهذيب الأصول ٤٩١/١؛ رسالة الاستصحاب /١٦٠ المطبوعة ضمن الرسائل له قدس سره .

٥- ٥ . كفاية الاصول /٢٢٣ طبعة آل بيت عليهم السلام .

٦- ٦ . مستمسک العروة الوثقى ١١٣/١ الطبعة الثانية بالغرى الشريف.

٧- ٧ . مصباح الاصول ١٦٠/٣؛ المحاضرات ٣٦٠/٤.

ورابعا: استصحاب عدم اشتراط الولاية بالعدالة أزلاً معارض باستصحاب عدم لحاظ اطلاق ولايتهما، لأنّهما - التقييد والاطلاق - أمران متضادان يحتاج كلّ منهما من لحاظه واستصحاب عدم أحدهما معارض باستصحاب عدم الآخر فيتعارضان.

فهذا استصحاب العدم الأزلى يبتلى بالمعارض من طريقين ووجهين فلا يجرى فى المقام.

ولذا قال السيّد الخوئى: «لا أصل لِهذا الأصل»(١).

الأصل يقتضى عدم ولاية الأَبِ والجدِّ الفاسِقَيْنِ

أقول(٢): ولكن يمكن تقرير الأصل بمايلى إذا تصل النوبة إلى جريان الأصل يقتضى عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقَيْن، لأنّ المراد به إمّا الأصل اللفظى أو الأصل العملى.

وأمّا الأصل اللفظى: فيمكن أن يستدل له بتوقيع المروى بسند معتبر وفيه: فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف فى مال غيره بغير إذنه.(٣)

وهذه الفقرة من التوقيع الشريف بإطلاقها تَدُلُّ على ممنوعية التصرف فى أموال الغير بلا فرق بين الصغار والكبار وبلا فرق بين الحرمة التكليفى والوضعى، وَالْقَدر المتيقن من رفع هذه الممنوعية هو تصرّف الأب والجدّ العادلَيْن وأمّا الْفاسِقانِ عند الشک فى جواز تصرفهما فيبقيان فى اطلاق الحرمة والممنوعية. فالأصل اللفظى يقتضى اشتراط الولاية منهما بالعدالة.

وأمّا الأصل العملى: فينقسم على قِسْمَيْنِ:

أ: الأصل العملى الحكمى: وهو فى المقام استصحاب بقاء أموال طرفى المعاملة على ما هو عليها قبلها، وعدم تحقّق النقل والانتقال وبقاء ملكية الصغير على أمواله بعد تصرّف الأب والجدّ الفاسقَيْن.

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٣٩/٢.
٢- ٢ . هذه المقالة مأخوذة من الاستاذ المحقّق - مدظله - فى العقد النضيد ١٧٣/٤ و ١٧٤.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

ب: الأصل العملى الموضوعى وهو بناءً على جريانه يجرى نوعين:

١- استصحاب عدم الجعل: أى عدم جعل الولاية للأب والجدّ الفاسقَيْن، لأنّ الولاية الشرعية تنحلّ بعدد الأولياء وبالنسبة إلى عدولهم فلا شک فى ثبوتها وبالنسبة إلى

فسّاقهم مقتضى استصحاب عدم الجعل عدمها.

ولكن المحقّق النائينى(١) يمنع عن جريان استصحاب عدم الجعل لكونه مثبتا ولكن نحن نقول بجريانه، فالحكم بجريان هذا الاستصحاب مبنائى.

٢- استصحاب عدم المجعول: لأنّ الولاية من الأمور الحادثة المسبوقة بالعدم وبعد ثبوتها شرعا نشّک فى أنّها مجعولة للأب والجدّ الفاسقَيْن أم لا؟ فنستصحب عدم تحقّق مجعولية للولاية لهما بِوَصْفِهِما فاسِقَيْنِ.

الدليل الرابع: سيرة العقلاء

اشارة

لم يذكرها الشيخ الأعظم وهى العمدة فى المقام كما هى كذلک فى أصل ثبوت ولايتهما، وأنّ العقلاء لايفرّقون فى ثبوت الولاية للأب والجدّ بين كونهما فاسِقَيْنِ أو عادِلَيْنِ.

كما اعترف بذلک الشيخ الأردكانى المتوفى عام ١٣٧٥ش إذ قال: «إنّ مقتضى السيرة وارتكاز العقلاء أيضا عدم اعتبار العدالة حيث أنّهما يقتضيان ثبوت الولاية لهما حتّى مع فسقهما، نعم الأقوى عدم ثبوتها مع كفرهما إذا كان المولى عليه مسلما...»(٢).

نعم، يمكن أن يقال: بأنّهم يقدّمون الأب على الجدّ ومع فقدهما يَرَوْنَ الجدّ الأُمّىّ هو الولى أو بنته أى أُمّ الصغير، وسوف نبحث لاحقا عن هذه السيرة العقلائية فانتظر.

فذلكة القول فى عدم اعتبار العدالة فى ولاية الأب والجدّ

الدليل الثانى وهو والإطلاقات الواردة فى الأبواب التسعة من الروايات لو لم تُقابَلْ بالمعارض والدليل الرابع – وقد مرّ آنفا من سِيْرَةِ العقلاء – يدّلان على عدم اشتراط

ص:٣١

١– ١ . فوائد الاصول ٥٣٣/٢ و ٥٣٦.

٢– ٢ . غنية الطالب ١٧٣/٣، طبعة بيروت عام ١٤٠٣، مؤسسة الوفاء. بتصحيح الشيخ غلامرضا مولانا البروجردى.

ولايتهما بالعدالة والحمد للّه العدل.

ادعاء تقييد المطلقات والسيرة العقلائية

قد ادُّعِيَ تقييد الدليلين بالمقيِّد العقلى والشرعى ولذا تردد العلاّمة فى وصايا القواعد(١) وذهب ولده الفخر إلى اشتراط العدالة فى وصايا الإيضاح(٢) وقبلهما ابن

حمزة(٣) ذهب إلى اشتراطها أيضا.

وأمّا المقيِّد العقلى

فقال الفخر: «والأصح عندى أنّه لا ولاية له [أى للأب] مادام فاسقا لأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أمينا يقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه، فإن عاد عادت ولايته»(٤).

فالدليل العقلى: هو استحالة أن يَجْعَلَ الحكيمُ الفاسقَ على الولاية، لأنّ الفاسق لا يكون أمينا.

أقول: هذه الكبرى تامة ولا يمكننى المناقشة فيها إلاّ أنّها ليس لها صغرى فى المقام، لأنّ الأب أو الجدّ مهما كانا فاسقَيْن وفاجرَيْن ولكن عواطفهما بالنسبة إلى أولادهما تمنعان من إساءة تصرفهما فى أموالهم.

فحينئذ تشريع الولاية لهما مع لحاظ هذه العواطف الكامنة فى نَفْسَيْهِما لايتنافى مع حكمة الحكيم على الإطلاق.

وأشار إلى ما حررتُهُ المحقّق الثانى فى مقالته هذا: «والفرق بينه وبين الأجنبى قائم لأنّ شفقته المركوزة فى الجِبِلَّةِ تمنعه من تضييع مصلحة أولاده»(٥).

ص:٣٢

١- ٣ . قواعد الأحكام ٥٦٤/٢.

٢- ٤ . إيضاح الفوائد ٦٢٨/٢.

٣- ١ . الوسيلة /٣٧٣ فى أحكام الوصية.

٤- ٢ . إيضاح الفوائد ٦٢٨/٢.

٥- ٣ . جامع المقاصد ٢٧٦/١١.

وبعبارة أُخرى: لا مانع من جعل الولاية للأب والجدّ الفاسقَيْن «إذا رأى الحكيم فى ولاية الأب مصلحة ولأجلها جعل له الولاية والسلطنة، وهذه المصلحة هى رأفة الأب على ولده وإن كان فى أعلى مراتب الفسق، إذ سائر الناس ليسوا بأرأف به من أبيه وجدّه ولو كانوا فى أعلى مراتب العدالة، وهذه الرأفة هى التى توجب حفظ مال الصبى.

وبالجملة: أنّ المصلحة النوعية وهى الشفقة على الولد بمقتضى الطبيعة البشرية توجب جعل الولاية لهما، وعلى تقدير كونهما متلفين لأموال الولد فللحاكم عزلهما كما هو واضح»(١).

ثمّ: قد يُتصور حالات ثَلاثٌ للأب أو الجدّ الفاسقَيْن بالنسبة إلى تصرفاته فى مال

الطفل الصغير فى محضر الحاكم الشرع الجامع لشرائط الإفتاء المبسوط يده فى التصرف والحكم.

أ: يثبت لِحاكِمِ الشرع سوء تصرف الأب والجدّ الفاسِقَيْنِ فى أموال الصغير فعلى الحاكم منهما عن التصرف فى الأموال وحَجْرُهُما عنها.

ب: لم يثبت له سوء تصرفاتهما فحينئذ لاشک فى ثبوت الولاية ونفوذ تصرفاتهما. وعند الشک فى تَصَرُّفاتِهِما وحينئذٍ تجرى أصالة الصحة فيها ويُسْتَفادُ منها نفوذها وتماميتها.

ج: تصرفاتهما محلّ ريب وشک للحاكم بحيث لايمكن جريان أصالة الصحة مع وجود هذا الارتياب فعلى الحاكم أن يجتهد فى استظهار حالهما فإن ظهر فسقهما حجرهما، وإن ثبت استقامتهما أقامهما على ولايتهما، وفى فرض بقاء الريب يجعل عليهما ناظرا أمينا حتّى يُشْرِفَ على تصرفاتهما.

وقد يظهر بعض ما ذكرناه من مقالة المحقّق الثانى حيث يقول: «ومن حيث أنّ الفاسق لا يركن إليه وليس أهلاً للاستئمان. وربما لم توجد الشفقة المانعة عن تضييع مصلحة الطفل فى بعض الأفراد، فإن الناس متفاوتون، وأسباب الفسق

١- ٤ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٤١/٢.

والذى يقتضيه النظر أن ولايته ثابتة بمقتضى النص والإجماع، واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه. والمحذور مندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه

ولاية عزله ومنعه من التصرف فى ماله واثبات اليد عليه، وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة. وإن لم يعلم حاله استعلم بالاجتهاد، وتتبّع سلوكه وشواهد أحواله»(١).

وأمّا الدليل الشرعى

فقد مرّ من الفخر قوله: «مع نص القرآن على خلافه»(٢). ولكنّه قدس سره لم يذكر آية من القرآن الكريم فى كلامه.

وقال المحقّق الثانى: «إنّ الوصية تتضمن الركون قطعا والفاسق ظالم فلا يجوز الركون إليه لقوله تعالى: «وَلا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا»(٣).(٤)

وقال الشيخ الأعظم: «وفى دلالة الآية [الركون] نظر»(٥). ولكنّه لم يشر إلى وجه النظر فيها.

ولكن مناسبة الحكم والموضوع تَقْتَضى أنّ مراد الفخر من القرآن هو آية الْنَّبَأ(٦) لا آية الركون، وعلى أىّ حال نبحث عن الآيتين فى المقام.

أ: وأمّا آية الركون

اشارة

فهى قوله تعالى: «وَلا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النّارُ وَما لَكُمْ مِنْ دُونِ اللّهِ مِنْ أَوْلِياءَ ثُمَّ لا تُنْصَرُونَ»(٧).

١- ١ . جامع المقاصد ٢٧٦/١١.

٢- ٢ . إيضاح الفوائد ٦٢٨/٢.

٣- ٣ . سورة هود /١١٣.

٤- ٤ . جامع المقاصد ٢٧٥/١١.

٥- ١ . المكاسب ٥٣٦/٣.

٦- ٢ . سورة الحجرات /٦.

٧- ٣ . سورة هود /١١٣.

بتقريب: أَنَّ كلّ فاسقٍ ظالِمٌ بالضرورة والآية الشريفة تنهى عن الركون إليه وبالتالى تسليم مال الصغير إلى الفاسق يَعدّ ركونا إلى الظالم وهو مَنْهِيٌّ عنه فى الآية الشريفة.

وبعبارة أُخرى: «تسليم المال إليه [الى الأب الفاسق] والمعاملة معه بعنوان أنّه ولى الطفل ركون إليه وهو منهى عنه»(١).

وبتقريب آخر: الآية الشريفة تنهى عن الركون إلى الظالم وإعطاء الولاية للفاسق الذى يعدّ ظالما لا يجتمع مع هذا النهى لعدم معقولية النهى عن الركون إليهم ثمّ إعطاء الولاية لهم، «وهذا مسافة الخلف بين القول والعمل».

وبعبارة أُخرى: «جعل الولاية للظالم ركون إليه والركون إليه محرّم فإذا كان محرّما فهو قبيح ولا يعقل صدور القبيح من الحكيم جلّ وعلا»(٢).

وأنت ترى بأنّ الاستدلال بالآية الشريفة متوقف على الأمرين:

الأوّل: الفاسق ظالمٌ والمراد بالظلم فى الآية الشريفة مطلق الفسق.

الثانى: جعل الولاية للفاسق الذى يعدّ ظالما نوع من الركون إليه وهو منهى عنه.

وكلا الأمرين قابل للمناقشة، نبحث أوّلاً من أجوبة الأعلام حول الاستدلال بآية الركون وردودها ثمّ نبحث بعد ذلک من الجواب المختار حوله.

وأمّا أجوبة الأعلام

اشارة

١- فمقالة المحقّق الخراسانى

قال رحمه الله : «يمكن أن يقال: إنّ ولاية الأب والجدّ الفاسقين ليست من باب الركون إلى الظالم، بل لما عرفت من أنّه من قبيل تسليط المالک على ملكه، فإنّ الطفل وماله مالاً لأبيه، فافهم»(٣).

لأنّ الخراسانى يعتقد أنَّ: «للوالد مرتبة من الاختصاص ونحو من الاضافة إلى مال

١- ٤ . حاشية المكاسب ٣٧١/٢ للمحقّق الأصفهانى.

٢- ٥ . كتاب البيع ٥٩٩/٢ للسيّد الخمينى رحمه الله .

٣- ١ . حاشية المكاسب /٩٠.

الولد ونفسه يقتضى جواز أكله من ماله بقدر الحاجة أو مطلقا...»(١).

وعلى مبناه قدس سره هذه الولاية خارجَةٌ عن مدلول آية الركون تخصّصا.

ولكن يمكن أن يناقش فى مبناه من أنّ الولد وماله ليس ملكا للوالد فلا يكون تسليطه على مال الصغير من قبيل تسليط المالک على ملكه فلا يخرج عن مدلول آية الركون تخصصا.

وإذا ثبت عدم الملكية تثبت الولاية وهى ركون إلى الظالم.

٢- إجابة المحقّق الهَمَدانى قدس سره

قال: «وأمّا آية الركون، فالنّظر فى دلالتها ظاهرٌ، لأنّ الركّون إلى الظّالم امّا مجرّد الميل إليه، فلا ربط له بالمقام. وأمّا الاعتماد وتفويض الأمر إليه، وجعله أمينا، فهذا تكليفٌ تحريميٌّ متعلّق بالعباد، ولا يدلّ على أنّ الشارع لا يجعل الأمر بيد الفاسق، بل يدلّ على عدم جواز إيكال المكلّفين الأمر بيده، فيدلّ على عدم جواز نصب الحاكم قيّما ظالما، لا أنّ الشّارع لا ينصبُ الفاسق.

اللّهم إلاّ أن يقال، إنّا نعلم من النّهى كونه مشتملاً على مفسدة، فلا يصدرُ من اللّه تعالى.

وفيه: أنّ فى النّصب قد يكون مصلحةً راجحةً - كما فى ما نحن فيه - واضرارُ بعضٍ فى بعض المقامات غَيرُ مقتضٍ لحرمان الأيتام كلّيةً عن الإنتفاعات، كما لا يخفى»(٢).

وتبعه السيّد الحكيم رحمه الله وقال: «مع أنّ الآية لا تشمل فعل الشارع، فانّ النهى والأمر لا يشمل الناهى والآمر، والاشتراك فى المفسدة غير ظاهر، لإمكان الاختلاف ولو لوجود المزاحم كما هو ظاهر، وقبول الأخبار والإقرار وإن كان من فعل المكلّف لكنّه أمر آخر

خارج عن مفهوم الولاية بلحاظ نفوذ التصرف وترتّب الأثر عليه»(٣).

وتبعهما السيّد الخمينى وذهب إلى أنّ قياس فعل البارى بأفعال المكلفين يكون

١- ٢ . حاشية المكاسب /٩١.

٢- ٣ . حاشية المكاسب /٢٧٨ للحاج آقا رضا الهمدانى.

٣- ١ . نهج الفقاهة /٤٨٤.

مع الفارق جدّا.(١)

وتبعهم شيخنا الاستاذ قدس سره حيث يذكر هذه الإجابة ولم يرد عليها، قال: «قد يورد على الاستدلال بالآية بوجه آخر، وهو أنّ الكلام فى المقام فى الولاية الشرعية للأب والجدّ الفاسقين بالإضافة إلى مال الطفل، وهذه الولاية على تقدير ثبوتها لهما ركون من الشارع إليهما لا من العباد ليدخل فى المنهى عنه فى الآية.

لايقال: إذا كان الركون إلى الفاسق من العباد قبيحا وذا مفسدة يكون من الشارع أيضا كذلك، خصوصا بملاحظة قوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ ما لا تَفْعَلُونَ»(٢).

فإنّه يقال: لا منافاة بين قبح فعل من العباد وعدم قبحه من اللّه سبحانه، ألا ترى قتل العباد وإتلاف أموالهم أمر قبيح ومحرّم، مع أنّ اللّه سبحانه يتوفّى الأنفس حين موتها، وينزل البلاء من الزلازل والطوفان على قوم ويدمّرهم على بكرة أبيهم... إلى غير ذلك.

وقوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ ما لا تَفْعَلُونَ»(٣) خطاب موجّه إلى العباد ولا يعم اللّه سبحانه»(٤).

أقول: يمكن أن يناقش فى هذه الإجابة بأنّ ظاهر آية الركون دال على أنّ الركون إلى الظالم يؤدّى إلى غضب الربّ وهو ممّا يستحق فاعله النار بدلالة «فَتَمَسَّكُمُ النّارُ» ولايعقل أن ينهى اللّه تعالى عن عمل ويَعِدُ فاعله النار، ثمّ يَعْمَلُ اللّه تعالى بهذا الفعل و «إذا لم يرض بركون العباد إلى الظالم فهو تعالى أولى بعدم الركون إليه»(٥). أعنى أنّ النهى عن الركون إلى الظالم لازمه العقلى عدم ركون الآمر إليه.

نعم، قياس فعله تعالى بفعلنا مع الفارق لأنّ «أفعاله تعالى موافقة لصلاح النظام الكلّى التكوينىّ، لا النظام التشريعىّ المحدود، كما أنّ جعله التشريعىّ لابدّ وأن يوافق

١- ٢ . كتاب البيع ٢/٦٠٠.

٢- ٣ . سورة الصف /٢.

٣- ٤ . سورة الصف /٢.

٤- ٥ . إرشاد الطالب ١٨٠/٤.

٥- ٦ . حاشية المكاسب /٩٠ للخراسانى.

صلاح نظام التشريع العامّ، وهما ممّا لا تحيط به العقول المحدودة»(١).

«وبتعبير آخر: أنه قد يستقل العقل بقبح فعل مطلقا أو بخصوص الحكيم، كالظلم وإغراء الناس بالجهل ومثله لا يصدر عن اللّه سبحانه، وقد لايستقل، كما فى بعض الأفعال التى منع الشرع العباد عنها، وفى مثله لا طريق لنا إلى إحراز المفسدة فيما إذا صدر عن الشارع»(٢).

فيحنئذ يبعد «الاستدلال بآية «وَلا تَرْكَنُوا»(٣) من باب «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ ما لا تَفْعَلُونَ»(٤) على أنّ اللّه تعالى أيضا لا يركن إلى الظالم»(٥).

وجه البعد كما مرّ من الاستاذ رحمه الله عدم المنافاة بين قبح فعل العباد وعدم قبحه من اللّه تعالى، وعدم قياس فعله تعالى مع أفعالنا، والخطاب موجّه إلى العباد ولا يعم اللّه تعالى.

فهذه الإجابة يمكن أن نأخذ بها فى الاستدلال بآية الركون.

ولعلّ أوّل من تعرّض لهذه الإجابة هو الفقيه المامقانى حيث يقول: «وجه النظر: إنّ الكلام إنّما هو فى أنّه هل جعل الشارع للفاسق منهما ولاية أم لا؟ وليس الكلام فى أنّه يجوز للمولّى عليه أن يفوض أمره إلى الأب والجدّ الفاسقين حتّى يتوجّه إليه النهى، والآية إنّما تفيد النهى عن الركون إلى الظالم وهو حكم تكليفى لا يصح توجيهه إلى الصغير»(٦).

أقول: لا بأس بقبول هذه الإجابة.

١- ٧ . كتاب البيع ٢/٦٠٠.

٢- ١ . إرشاد الطالب ٤/١٨٠.

٣- ٢ . سورة هود /١١٣.

٤- ٣ . سورة الصف /٢.

٥- ٤ . حاشية المكاسب ٢/٣٦٤ للمحقّق الإيروانى.

٦- ٥ . غاية الآمال ٦/٣٠١.

٣- جواب المحقّق الإيروانى

قال: «فإنّ نفوذ تصرفات الأب الفاسق عقدا وإيقاعا فى مال ابنه ليس ركونا إلى الظالم وإلاّ كانت المعاملة مع الفاسق بالبيع والشراء ركونا إليه وكانت فاسدة»(١).

وتبعه المحقّق الإصفهانى وقال: «أوّلاً: أنّ اتخاذ الفاسق أمينا بالتوكيل أو بالتودِّيع أو بالوصاية ليس ركونا إلى الظالم، ولذا لا شبهة فى الأوّلين والثالث مختلف فيه.

وثانيا: أنّ المعاملة مع الولى الفاسق ليس مِنْ اتخاذه أمينا، بل من حيث إنّه أمين من قبله تعالى يعامل معه، بل يجب تسليم المال إليه، والمعاملة مع الظالم ليس ركونا إليه واعتمادا عليه»(٢).

وقال السيّد الحكيم: «... كما يظهر من ملاحظة موارد الاستيمان المالكى من الوكيل والودعى وعامل المضاربة وغيرهم من الأُمناء»(٣).

واعترض عليهم الاستاذ المحقّق - مدظله - ب- «أنّ الركون من مادّة رَكَنَ كما فى قوله تعالى: «آوِى إِلى رُكْنٍ شَدِيدٍ»(٤) ومفهومه لغة هو الاعتماد والسكون والميل، وأمّا الولاية فتعنى تفويض الأمر إلى الولى وجعله صاحبا للاختيار والسلطنة والقدرة على التصرف فيما يشاء، وهذه الأُمور تعدّ من أظهر مصاديق الركون»(٥).

ويمكن أن يناقش عليه - مدظله - بأنّا لم نجعل الولاية للولى الفاسق بل جعلها اللّه تعالى وبعد جعل الولاية له نحن ندخل فى المعاملة معه والمعاملة مع الفاسق ليست ركونا إليه، لاسيّما إذا كان نقدا أو نسيئة بحيث نأخذ منه الشيء ونؤدى ثمنه فى ما بعد، فما ذكره - مدظله - غير تام.

ص:٣٩

١- ٦ . حاشية المكاسب ٣٦٣/٢ للإيروانى.

٢- ١ . حاشية المكاسب ٣٧١/٢ للأصفهانى.

٣- ٢ . نهج الفقاهة /٤٨٤.

٤- ٣ . سورة هود /٨٠.

٥- ٤ . العقد النضيد ١٨١/٤.

٤- النسبة بين الفاسق والظالم ما هى؟

هل تساوت النسبة بينهما؟ ذهب المحقّق الإصفهانى إلى أنّ النسبة بينهما عام وخاص مطلق وقال: «إنّ الظالم أخص من الفاسق عرفا، ولا يلتفت إلى أنّ الفاسق ظالم لنفسه فتدبر»(١).

وتبعه السيّد الخمينى رحمه الله وقال: «مضافا إلى أنّ الظالم - عرفا - هو الذى ظلم غيره، والفاسق ليس ظالما عرفا»(٢).

وفى العقد النضيد نسب إلى بعض الأعلام ب- «انّ النسبة بينهما عموم من وجه، فقد يكون الرجل ظالما ولكنّه ليس بفاسق، حيث يجتنب المحرمات(٣)، وقد يكون فاسقا

غير ظالم، وقد يجتمع فيه الفسق والظلم، وبالتالى فالدليل أعمّ من المدّعى»(٤).

واعترض عليه وقال: «وفيه: بالرغم من أنّ إطلاق صفة الظالم فى العرف يختصّ بمن يظلم غيره ولا يشمل من يظلم نفسه، إلاّ أنّه لا اعتبار به، للإطلاقات الكثيرة من الآيات والأخبار الشاملة لمن ظلم نفسه، كقوله تعالى: «سُبْحانَکَ إِنِّی کُنْتُ مِنَ الظّالِمِینَ»(٥) الحاكية عن لسان يونس عليه السلام ، مع أنّه لم يكن ظالما إلاّ على نفسه، وكذلک الحال فى بقيّة الآيات التى اطلقت فيها صفة الظالم على مَنْ ظلم نفسه، كقوله تعالى: «رَبِّ إِنِّی ظَلَمْتُ نَفْسِی»(٦) وقوله تعالى: «ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ»(٧)، وبالتالى فصفة الظالم المستعملة فى القرآن، عنوان عامٌ يشمل الظالم نفسه وغيره، وكلّ فاسقٌ لا شكّ أنّه يعدّ

١- ٥ . حاشية المكاسب ٣٧١/٢ وثالثا.

٢- ٦ . كتاب البيع ٦٠٢/٢.

٣- ٧ . وفى المصدر: «عن سائر المحرمات» وما ضبطناه الأولى.

٤- ١ . العقد النضيد ١٨٠/٤.

٥- ٢ . سورة الأنبياء /٨٧.

٦- ٣ . سورة النمل /٤٤.

٧- ٤ . سورة آل عمران /١١٧.

ظالما لنفسه»(١).

أقول: لم يرد اعتراض الاستاذ المحقّق - مدظله - عندى كما سأذكره لک فانتظر.

٥- جواب السيّد الخوئى

قال: «المراد [من الآية الشريفة] عدم الركون إلى الظالم فيما يرجع إلى أُمور الدين والآخرة دون غيره، مثلاً إذا أخبر الظالم عن حرمة شيء أو نبوّة أحد فلا يمكن الركون إلى قوله لاستلزامه النار فى الآخرة لعدم مطابقة قوله الواقع، وأمّا توكيل الظالم فى بيع ماله أو أمر آخر فهو ليس ركونا إليه على نحو يوجب مسّ النار كما فى الآية المباركة، وتوكيل الظالم ليس من المحرّمات الشرعية قطعا، مضافا إلى أنّ جعله وليّا ليس ركونا إلى الظالم بعد ما صار أمينا بالولاية»(٢).

وتبعه فى العقد النضيد(٣).

أقول: تخصيص الركون بالأُمور الدينية والأُخروية بقرينة(٤) ما ورد فى الآية الشريفة من قوله تعالى: «فَتَمَسَّكُمُ النّارُ» ليس بِوَجْهٍ وَجِيْهٍ؛ لأنّ فى فعل كثير من الذنوب والآثام وعد اللّه العقاب والنار، والايعاد بها لا يوجب تخصيصها بالأُمور الأُخروية والدينية.

٦- جواب المختار

قد مرّ فى بحث معونة الظالمين(٥) الاستدلال بهذه الآية الشريفة وكلمات اللغويين حول معنى الركون قلتُ هناك: «الركون فى اللغة: الميل والسكون والاعتماد والإطمئنان، ومن الواضح أنّ الركون يحصل غالبا إلى أرباب الحكم والقدرة والسلطة والثروة بحيث يمكن أنْ يعتمد عليهم عند أعين الناس الذين يعلمون ظاهرا من الدنيا وهم عن الآخرة

١- ٥ . العقد النضيد ١٨٠/٤.

٢- ٦ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٤٠/٢، ونحوها فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٠/٣.

٣- ٧ . العقد النضيد ١٨٢/٤.

٤- ٨ . كما ذكره فى المحاضرات ١٠/٣.

٥- ١ . الآراء الفقهية ١١٣/٣.

غافلون»(١).

والآن أُضِيْفُ أنَّهُ: يمكن أنّ يكون المراد من «الَّذِينَ ظَلَمُوا» ولاة الجور وأئمته(٢) فيخرج الفاسق الظالم لنفسه بل يخرج الظالم لغيره ما لم يدخل فيهم.

والشاهد على ما ذكرنا: أنّ الركون إليهم يُعدّ من الكبائر الذى وعد اللّه عليه النار.

والشاهد الآخر على ما ذكرناه لم يلزم تخصيص الأكثر المستهجن إذا يشمل الظالم كلّ فاسق.

والشاهد الثالث ما ورد من الروايات(٣) فى ذيلها نحو خبر سهل بن زياد(٤) ومرسلة العياشى(٥) فراجعهما.

وعلى ما ذكرنا حتّى لو قلنا بأنّ كلّ فاسق ظالم وبأنّ ولاية الأب والجدّ الفاسقَيْن تَدْخُلُ فى عنوان الركون لم يتم الاستدلال بالآية الشريفة لإثبات العدالة فى ولايتهما والحمد للّه.

ب: وأمّا آية النَّبَأ

اشارة

فهى قوله تعالى: «إِنْ جاءَكُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلى ما فَعَلْتُمْ نادِمِينَ»(٦).

وهذه الآية بمناسبة الحكم والموضوع هى المرادة فى استدلال الفخر بالنص القرآنى كما مرّ.

بتقريب: إنّ هناك ملازمة بين جعل الولاية وبين حجية إخبار الولى الفاسق بالنسبة إلى المولّى عليه وأمواله، والآية الشريفة تنفى حجية خبر الفاسق، وبالتالى لابدّ من اعتبار

١- ٢ . الآراء الفقهية ١١٤/٣.

٢- ٣ . كما يراه السيّد الخمينى دعوى ممكنة ظاهرة فراجع مقالته فى كتاب البيع ٦٠٠/٢.

٣- ٤ . راجع فى هذا المجال: البرهان فى تفسير القرآن ١٣٧/٣ طبعة مؤسسة بعثت.

٤- ٥ . الكافى ٦٢٨/٩، ح١٢ (١٠٨/٥).

٥- ٦ . تفسير العياشى ٣٢٤/٢، ح٧٢.

٦- ٧ . سورة الحجرات /٦.

العدالة فى ولاية الأب والجدّ. ولكن هناك إجابات عن الاستدلال بهذه الآية الشريفة أذكر لك بعضها:

١- إجابة المحقّق الخراسانى

يستفاد من مقالته حول آية الركون(١) جوابٌ بالنسبة إلى آية النبأ أيضا وإلاّ لمْ يصرح هو بجواب حول الاستدلال بآية النبأ وهو: الأخبار الدالة على «أنت ومالک لابيک» يدلّ على أنّ أموال الولد ملک للإب، وآية النبأ تنفى ثبوت ولاية الفاسق على أموال الغير ولكن لا تنفى ولايته على أمواله المتعلّقة به ومنها أموال أُولاده الصغار فالآية لا تدلّ على نفى ولاية الأب والجدّ الفاسقَيْن.

وتبعه المحقّق الإصفهانى فى آخر كلامه حيث يقول: «... بملاحظة أنّه وماله لأبيه فهو كالولاية والسلطنة على نفسه وماله عادلاً كان أو فاسقا فتدبر»(٢).

ويرد عليه: ما اوردناه عليه هناک من عدم تمامية هذا المبنى.(٣)

٢- جواب المحقّق الأصفهانى

قال قدس سره : «إنّ عدم قبول قول الفاسق من حيث هو غير مُنافٍ لقبول إقراراته وإخباراته من حيث ولايته ووكالته ونحوهما حيث إنّه من ملک شيئا ملک الإقرار به ونحوه، خصوصا بعد الاتفاق على ولاية الفاسق أبا كان أو جدّا على تزويج الصغير والصغيرة...»(٤).

وتبعه الاستاذ المحقّق – مدظله – وذهب إلى أنّ مدلول قاعدة «من ملک شيئا ملک الإقرار به» يفيد حجية خبر الولى الفاسق فتكون القاعدة مخصّصة لإطلاق آية النبأ ومتقدمة عليها»(٥).

١- ١ . حاشية المكاسب /٩٠.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٣٧٢/٢.

٣- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٦.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ٣٧١/٢.

٥- ٥ . العقد النضيد ١٨٥/٤.

واعترض السيّد الخمينى على هذا الجواب بأنّ آية النبأ «كافلة لحكم فعلىّ، له إطلاق – على فرض الدلالة – فتعارض دليل اعتبار قول الأولياء.

كما أنّ «من ملک شيئا ملک الاقرار به» لو كان مفاد رواية أو معقد إجماع – يكشف عن الحكم على هذا العنوان – لكان مفاده معارضا للآية الكريمة بالعموم من وجه فلابدّ من الأخذ بها ورفض إطلاق الرواية أو معقد الإجماع»(١).

وأجاب الاستاذ المحقّق – مدظله – عن هذا الاعتراض بقوله: «إنّ النسبة بين مدلولى القاعدة والآية هى العموم من وجه، فالقاعدة تفيد حجّية إقرار المالک فيما ملكه، سواءً كان عادلاً أو فاسقا، والآية تنفى حجّية إقرار الفاسق مطلقا سواء ملک أم لم يملک، وتتعارضان فى مورد الاجتماع، وبالرغم من

معارضة القاعدة للكتاب، لكنّها مقدَّمة عليه لخصوصيّة تستلزم تقدّمها وهى أنّ المعارضة لو استلزمت لغوية أحد العنوانين المتعارضين، أصبح العنوان المذكور نصّا وما يقابله ظاهرا، والقاعدة تقتضى تقديم النصّ على الظاهر، وما نحن فيه يعدّ مصداقا للخصوصيّة المذكورة، لأنّه لو حصرنا موضوع قاعدة «مَنْ ملک» بالعادل سقط عنوان «من ملک» عن التأثير، وأصبح لغوا وانحصر الأثر بخصوص خبر العادل ممّا يستلزم سقوط القاعدة، وهذه الخصوصيّة هى التى تقلب الموازين، وتجعل المعارض نصّا وما يقابله ظاهرا، فيقدّم عليه بمقتضى قاعدة تقديم النصّ على الظاهر، وفيما نحن فيه تتقدّم القاعدة على الآية الشريفة وتخصّصها»(٢).

أقول: قال الشيخ الأعظم بالنسبة إلى قاعدة «من ملک»: «ولكن الإنصاف أنّ القضية المذكورة فى الجملة إجماعية بمعنى أنّه ما من أحد من الأصحاب ممّن وصل إلينا كلامهم إلاّ وقد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد بحيث نعلم أنْ لامستند له سواها، فإنّ من ذكرنا خلافهم إنّما خالفوا فى بعض موارد القاعدة ولكنّهم عملوا بها فى مورد آخر»(٣).

وبناءً على مقالة الشيخ الأعظم لابدّ من الأخذ بجواب الاستاذ المحقّق - مد ظله -

---

١- ١ . كتاب البيع ٦٠٣/٢.

٢- ٢ . العقد النضيد ١٨٥/٤ و ١٨٦.

٣- ٣ . الطهارة ٤٥٠/٢؛ رسائل فقهية /١٩٤.

عن اعتراض السيّد الخمينى رحمهم الله لأنّ النسبة بين إطلاق آية النبأ وإطلاق أدلة ولاية الأب والجدّ عموم من وجه ومحل الاجتماع ولاية الأب والجدّ الفاسقَيْن ويمكن القول

بترجيح أدلة الولاية – لما ذكره الاستاذ مدظله – لأنّه لو قلنا بترجيح إطلاق الآية لم يبق تحت أدلة الولاية إلاّ الفرد النادر ولكن لو قلنا بترجيح اطلاق أدلة الولاية يبق تحت إطلاق الآية الكثير لأنّ نبأ الفاسق غير الولى كثير ولكن الأب والجدّ العادِلَيْنِ أقلّ من القليل.

٣- إجابة المحقّق السيّد الخوئى

قال: «إنّما تدلّ [آية النبأ] على عدم قبول إخبار الفاسق عن الغير فيما يترتّب عليه الآثار بلحاظ قوله تعالى «فَتُصْبِحُوا عَلى ما فَعَلْتُمْ نادِمِينَ»(١) وأمّا إذا أخبر عن شؤون نفسه من دون أن يترتّب عليه أثر على الغير كما إذا قال: إنّ ثوبى ملک فلان أو نجس أفلا يجوز قبوله بدعوى أنه فاسق، فإنه لابدّ من قبوله بما أنّه ذو اليد لا بما أنّه فاسق، وفى المقام أيضا نقبل إخبارات الأب الفاسق بما أنه ولى لا بما أنه فاسق. وبعبارة أُخرى: الآية المباركة بقرينة ذيلها إنّما تدلّ على عدم اعتبار خبر الفاسق بصفة أنّه فاسق لا على نحو الاطلاق كعنوان أنّه مالک أو ذو يد أو وليّ، فكما نقبل إقرار الفاسق بما أنّه مالک للمال فكذا نقبل إخباره عن أموال الطفل بما أنّه وليّه بعد ثبوت ولايته، فالاستدلال بهذه الآية ممّا لا مورد له»(٢).

أقول: يمكن أن تُناقَشَ هذه الإجابة أوّلاً: إنّما تتم الإجابة لو اعتبرنا ذيل آية النبأ علّة للحكم وأمّا إذا اعتبرناه حكمة كما هو الصحيح، والشاهد عليه شأن نزولها فى قضية بنى المصطلق والوليد.

وثانيا: ثمّ على فَرْضِ تمامية مقالة السيّد الخوئى رحمه الله وكون الإصابة والندامة علة للحكم يمكن فى بعض الموارد – على نحو الموجبة الجزئية – ترتبهما فى ما إذا أخبر

١- ١ . هود /١١٣.

٢- ٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٤٠ و ١٤١.

الفاسق عن شؤون نفسه أو بما أنّه مالكٌ أو ذو يدٍ أو وليٌّ فيأتى حكم عدم اعتبار قول الفاسق حينئذ ومثاله واضح نحو: إخباره بشراء أرض أو نكاح بنت يريدهما المخبر إليه.

٤- الجواب المختار

لا يمكن تخصيص أدلة الولاية بآية النبأ لوجوه:

أوّلاً: على فرض تعارض إطلاقى أدلة الولاية وآية النبأ وتقديم جانب إطلاق الآية الشريفة يثبت اعتبار الوثاقة فى الولى دون العدالة وبينهما برزخ لا يبغيان.

وثانيا: آية النبأ لا تنفى ولاية مطلق الفاسق بل تقيّدها على فرض إصابة قوم بجهالة ثمّ حصول الندامة عليها وفى أىِّ مورد لم تكن هذه الإصابة والندامة فلا بأس بإعمال ولاية الولى الفاسق فالدليل أخص من المدعى.

وثالثا: أدلة الولاية تثبت الولاية للأب والجدّ الفاسقَيْن وآية النبأ تسقط حجية خبر الولى الفاسق قبل التبيّن فَمَوْرَدا الأْءطلاقَيْنِ مُخْتَلِفانِ لأنّه يمكن القول باعتبار ولاية الأب الفاسق وعدم قبول إخباراته قبل التبيّن.

فلا يمكن الأخذ بإطلاق آية النبأ وتقييد أدلة الولاية بها.

والحاصل: الدليل الشرعى لتخصيص أدلة الولاية من القرآن الكريم لم يثبت ولم يتم الاستدلال بآيتى الركون والنبأ فولاية الأب والجدّ لم تقيّد بالعدالة والحمدللّه.

المسألة الثانية: هل تشترط المصلحة أو عدم المفسدة فى جواز تصرفاتهما

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «وهل تشترط فى تصرفهما المصلحة أو يكفى عدم المفسدة أم لا يعتبر شىءٌ؟ وجوه»(۱).

الوجوه والأقوال فى المسألة

اشارة

ذهب العلاّمة فى القواعد إلى اشتراط المصلحة فى تصرفات الولى وقال: «وإنّما يصحّ بيع مَنْ له الولاية مع المصلحة للمولّى عليه»(۲).

۱- ۱ . المكاسب ۵۳۶/۳.

۲- ۲ . القواعد ۲۱/۲.

وقال فى التذكرة: «الضابط فى تصرف المتولّى لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة، وكون التصرّف على وجه النظر والمصلحة، فللوليّ أن يتّجر بمال اليتيم، ويضارب به ويدفعه إلى مَنْ يضارب له به، ويجعل له نصيبا من الربح، ويستحبّ له ذلک، سواء كان الوليّ أبا أو جدّا له أو وصيّا أو حاكما أو أمينَ حاكمٍ، وبه قال عليّ عليه السلام وعمر وعائشة والضحّاک.(۱)

ولا نعلم فهى خلافا إلاّ ما روى عن الحسن البصرى كراهة ذلک؛ لأنّ خزنه أحفظ وأبعد له من التلف.(۲)

والأصحّ ما ذكرناه»(۳).

وقال السيّد العاملى بعد نقل كلامه: «وظاهره أنّه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين وأنّه لا فرق فى ذلک بين الأب والجدّ والوصى والحاكم وأمينه»(٤).

وقال أستاذه جدى الشيخ جعفر فى شرح كلام العلاّمة فى القواعد: «بحسب الدنيا مع تعلّق الغرض بها والآخرة كذلک، وظاهرهم الإجماع على ذلک وفى العقل والنقل من الكتاب والسنة ما يدلّ على ذلک»(٥).

وقال السيّد العاملى فى ذيل عبارة قواعد العلاّمة أيضا: «هذا الحكم إجماعىٌ على الظاهر وقد نسبه المصنف [العلاّمة] إلى الأصحاب... وأقرّه على ذلک القطب والشهيد»(٦).

أقول: مراده من كلام العلاّمة ما مرّ منه فى تذكرة الفقهاء(٧) آنفا ومراده من تقرير القطب والشهيد، هذه العبارة فى الحاشية النجارية للشهيد على القواعد: «قطب الدين

١- ٣ . المغنى ٣١٧/٤؛ الشرح الكبير ٥٦٤/٤.

٢- ٤ . المغنى ٣١٧/٤؛ الشرح الكبير ٥٦٤/٤.

٣- ١ . تذكرة الفقهاء ٢٤٥/١٤، مسألة ٤٤٣.

٤- ٢ . مفتاح الكرامة ٩٠/١٦.

٥- ٣ . شرح القواعد ١٤٥/٢.

٦- ٤ . مفتاح الكرامة ٦٨١/١٢.

٧- ٥ . تذكرة الفقهاء ٢٤٥/١٤.

البويهى - نقلاً عنه - : لو باع الولّى بدون ثمن المثل لِمَ لا ينزَّل منزلة الإتلاف، لأنّا قائلون بجواز إقراض ماله وهو يستلزم جواز إتلافه؟ وتوقّف زاعما أنّه لايقدر على مخالفة الأصحاب»(١).

ولكن قال فى الجواهر: «وإن كان فيه ما فيه، خصوصا بالنسبة إلى الأبوين فإنّ النصوص واضحة الدلالة فى جواز الاقتراض لهما والمعاملة وتقويم الجارية... ونحو ذلک من غير اعتبارها، ولذلک

اكتفى الأُستاذ فى شرحه فيهما بعدم المفسدة بل قال: «وكذا مطلق الاولياء فى الاقتراض مع الملاءة»(٢).(٣)

أقول: ذهبت جماعةٌ من الأصحاب إلى اشتراط المصلحة فى تصرفات الولى نحو: شيخ الطائفة(٤) وابن إدريس(٥) والمحقّق(٦) والعلاّمة(٧) والشهيد(٨) والمحقّق الثانى(٩)

والشهيد الثانى(١٠) والأردبيلى(١١) والسيّد العاملى(١٢) والفاضل المراغى(١٣). وهذا هو القول الأوّل فى المقام.

ص:٤٨

١- ٦ . الحاشية النجارية /٢٢٤ و ٢٢٥.

٢- ٧ . شرح القواعد ١٤٦/٢.

٣- ٨ . الجواهر ٥٣٣/٢٣ (٣٣٢/٢٢).

٤- ٩ . المبسوط ٢٠٠/٢.

٥- ١٠ . السرائر ٤٤١/١.

٦- ١١ . شرائع الإسلام ٧٨/٢ و ٧٩.

٧- ١٢ . قواعد الأحكام ٢١/٢؛ تذكرة الفقهاء ٢٤٥/١٤.

٨- ١٣ . الدروس ٣١٨/٣.

٩- ١٤ . جامع المقاصد ٨٧/٤.

١٠- ١ . المسالک ١٦٦/٣ و ٣٥/٤.

١١- ٢ . مجمع الفائدة والبرهان ١٤/٤.

١٢- ٣ . مفتاح الكرامة ٩٠/١٦، ٣٤٣/١٥ و ٦٨١/١٢.

١٣- ٤ . العناوين ٥٥٩/٢.

واحتمل الشهيد عدم اشتراط المصلحة فى قواعده(١) بَيْدَ أَنَّهُ لم يَخْتَرْهُ ولكن نُسب(٢) إليه عدم اشتراطها فى الولى الاجبارى - وهو الأب والجدّ - . واختاره جدى الشيخ جعفر وقال: «وأمّا فيهما - أى الأب والجدّ - فالشرط عدم المفسدة(٣) وكذا مطلق الأُولياء فى الاقتراض مع الملاءَة والاقتصار على ما ذكره الفقهاء وتنزيل الروايات أوفق فى النظر وأسلم من الخطر»(٤).

فاختار الشيخ جعفر اشتراط عدم وجود المفسدة فى تصرفات مطلق الولى ولكن احتاط فى آخر كلامه بوجود المصلحة.

وتبعه ولده الشيخ حسن وقال: «ويجب فى ولاية الحاكم مراعاة المصلحة والغبطة؛ اقتصارا على مورد اليقين، بخلاف ولاية الأب والجدّ، فيكفى فيهما عدم المفسدة»(٥).

وتبعهما المحقّق القمى(٦) وصاحب الجواهر(٧) والشيخ الأعظم(٨). فهذا هو القول الثانى فى المقام.

وهاهنا وجه ثالث - لم أجد قائلاً به - وهو عدم اشتراط ولايتهما بالشرطين - وجود المصلحة أو عدم وجود المفسدة - ولهما الولاية المطلقة على مال الصغير، لأنّ

١- ٥ . القواعد والفوائد ٣٥٢/١، قاعدة ١٣٣.

٢- ٦ . العناوين ٥٦٠/٢.

٣- ٧ . واختار فى كشف الغطاء ٢١٠/١ اشتراط عدم المفسدة فى ولايتهما فقط وقال: «ولولاية الإجبار - كولاية الأب والجدّ - ما ليس لغيرها فلا يعتبر فيها سوى عدم الفساد...».

٤- ٨ . شرح القواعد ١٤٦/٢.

٥- ٩ . أنوار الفقاهة ٥٨/٨، نقل عنه فى هدى الطالب ١٠١/٦.

٦- ١٠ . جامع الشتات ١٩٢/١ و ١٩٣ من الطبعة الحجرية.
٧- ١١ . الجواهر ٥٣٣/٢٣ (٣٣٢/٢٢) و ٦٢٧/٢٩ (٢٩٧/٢٨).
٨- ١٢ . المكاسب ٥٤٠/٣.

المال مالهما التنزيلى - كما عليه المحقّق الخراسانى(١) فى ما مرّ(٢)- وكما قيل بها فى تصرف المولى فى مال مملوكه لسلطنته عليه. فهذا الأخير وجه وليس بقول.

هذا كلّه فى الوجوه والأقوال فى المسألة.

١- أدلة اشتراط ولاية الولى بوجود المصلحة

أ. الكتاب

اشارة

قوله تعالى: «لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلاّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ»(٣).

بتقريب: نهى اللّه سبحانه فى الآية الشريفة عن التصرف فى مال اليتيم إلاّ على وجه يكون التصرف أحسن بحال اليتيم، والتصرف الأحسن لا يتم إلاّ بوجود المصلحة فيه. فالآية الشريفة تدلّ على اشتراط المصلحة فى التصرف فى مال اليتيم مطلقا - أى بلا فرق بين الجدّ وغيره - .

ولذا قال صاحب الحدائق: «وفيها [أى فى الآية] إشارة إلى ما صرح به الأصحاب من اشتراط المصلحة والغبطة لليتيم فى التصرف فى ماله»(٤).

ويقرّ الشيخ جعفر(٥) بدلالة الآية الشريفة كما مرّ كلامه.(٦)

وقال الشيخ الأعظم: «فإنّ إطلاقه يشمل الجدّ ويتمّ فى الأب بعدم الفصل»(٧).

أقول: والوجه فى تمامية الاستدلال فى الأب بعدم الفصل، لعدم صدق اليتم مع وجود الأب فى لُغَةِ العرب لأنّهم يرون أنَّ «اليُتْمَ انقطاعُ الصبى عن أبيه قبل بلوغه»(٨).

ص:٥٠

١- ١ . حاشية المكاسب /٩٠ و ٩١.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٥.

٣- ٣ . سورة الأنعام /١٥٢؛ سورة الإسراء /٣٤.

٤- ٤ . الحدائق ٤٢٢/١٨.

٥- ٥ . شرح القواعد ١٤٥/٢.

٦- ٦ . راجع هذا المجلد صفحة ٤٧.

٧- ٧ . المكاسب ٥٣٨/٣.

٨- ٨ . المفردات /٥٥٠ للراغب؛ ولسان العرب ٦٤٥/١٢ لابن منصور.

ويمكن أن يناقش فى الاستدلال بهذه الآية الشريفة لاشتراط المصلحة بأنّ

«القرب» يحتمل مَعانِيَ أربعة وكذلک لفظ «أحسن» أيضا يُحْتَمَلُ فيه مَعانٍ أَرْبَعَةٌ:

وأمّا معانى القرب

فالأوّل: مطلق التقليب والتحريک حتّى من مكان إلى آخر فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد.

الثانى: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيدا عنه ومجتنبا، فالمعنى: فتجنّبوا عنه ولاتقربوه إلاّ إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعدّ تصرفا عرفا - كالاقتراض والبيع والإجارة وما أشبه ذلک - فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه إلاّ بتنقيح المناط.

الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلَّق بمال اليتيم، أعم من الفعل والترک والمعنى: لاتختاروا فى مال اليتيم فعلاً أو تركا إلاّ ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء فى الفرض المذكور لأنّ إبقاءه قربٌ له بما ليس أحسن»(١). هذه هى محتملات القرب عند الشيخ الأعظم واختار(٢) هو الاحتمال الثالث.

توضيح معانى «القرب» فى كلام الشيخ الأعظم والمناقشة فيها

«الاحتمال الأوّل: أن يكون المراد من «القرب» مطلق النقل والانتقالات، فإذن الآية تمنع عن مطلق النقل والانتقالات المتصوّرة فى الأموال، سواءً الاعتباريّة منها أو الخارجيّة كالأكل، وعليه فلو قصد أحدٌ أن يتقرّب إلى هذه الأموال - اعتبارا أو خارجيّا - لابدّ له أن يتصرّف فيها باللتى هى أحسن، لكن لا مانع فيما إذا قصد الاحتفاظ بهذه الأموال وعدم التصرّف فيها، وإن كان التصرّف يعدّ الأحسن والأولى بالنسبة للمال.

وبعبارة أُخرى: أنّ الآية الشريفة لا تُلزم الوليّ بالتصرّف، وإنّما يُلزمه بالتصرّف الأحسن فيما لو قصد التصرّف.

١- ١ . المكاسب ٥٧٤/٣ و ٥٧٥.

٢- ٢ . المكاسب ٥٧٥/٣.

الاحتمال الثانى: ما يستفاد من ظاهر الآية من أنّ متعلّق النهى فيها هو وضع اليد، فيكون المراد من «القرب» الاستيلاء على المال ووضع اليد عليه، فالآية تدلّ على أنّه ينبغى أن يكون الاستيلاء بأحسن ما يكون. وأمّا الأحكام التى تترتّب على وضع اليد فإنّ الآية لم تَتَعرّضْ لها.

الاحتمال الثالث: أن يكون المراد من «القرب» وجوب أن يكون ما يقوم به الولى

فى ما يتعلّق بهذه الأموال من التقلّبات الخارجية أو مجرد الاستيلاء، بل مطلق المعاملات الاعتبارية الواقعة على هذه الأموال.

الاحتمال الرابع: أن يكون المراد من «القرب» وجوب أن يكون ما يقوم به الولى فى ما يتعلّق بهذه الأموال من التقلّبات سواءً الوجوديّة منها أو العدميّة، وسواءً كانت فعلاً أو تركا بالّتى هى أحسن.

والفارق بين هذا الاحتمال وما سبقه، سَعَةُ دائرة الاحتمال الأخير، بحيث يشمل حتّى الأُمور العدميّة، خلافا لسائر الاحتمالات، ولذلک فلو كان ترک التصرّف هو الأحسن، لزمه ذلک كما هو الحال فيما لو كان التصرّف أحسن.

هذا، وقد اختار الشيخ الاحتمال الثالث دون غَيْرِهِ من الاحتمالات، فينبغى أن نبحث عن السبب فى اختياره المذكور من خلال ملاحظة الاحتمالات الأربعة، وموافقتها مع القواعد العامّة:

أمّا الاحتمال الرابع: فهو بعيدٌ عن مفهوم «القرب»، لأنّه أمرٌ وجودىّ ولا مجال لتطبيق الأمر الوجودى على الأمر العدمى عقلاً وعرفا، فالآية تنهى عن التقرّب إلى مال اليتيم، ومجرّد ترک التصرّف وعدم التقرّب لا يعدّان تقرّبا إليه.

أمّا الاحتمال الثانى: فهو أيضا ساقط لاتّفاق جميع الفقهاء على التمسّک بهذه الآية والاستدلال بها على عدم جواز التصرّف فى مال اليتيم الذى لا ولىّ له، فإذا انحصرت دلالة الآية بخصوص وضع اليد، دون التعرّض لحكم التصرّفات اللاّحقة على الوضع، لبطل الاستشهاد بها على بطلان التصرّف إلاّ بالتى هى أحسن.

أمّا الاحتمال الأوّل: فهو أيضا باطلٌ.

ص:٥٢

وبالتالى فغاية ما يمكن أن يُقال فى توجيه اختيار الشيخ، هو أنّ متعلّق النهى فى الآية تارةً ذاتٌ مطلقة وأُخرى ذات متعنونة بعنوان، وعلى الثانى يجب ملاحظة الخصوصيّة المأخوذة فى تعلّق النهى، فإنّ الآية تنهى عن القرب، ومتعلّق متعلّق الحكم هو المال المعدود من العناوين الاعتبارية، ولذلك يقتضى أن يختصّ النهى بالتصرّفات الاعتباريّة دون غيرها»(١).

ولكن يمكن أن يناقش عليه ب- «أنّ النهى إذا توجّه إلى العناوين الاعتبارية يوجب

توسعة النهى لا تضييقه، دون ما إذا توجّه إلى العناوين والجهات الذاتيّة التى توجب الاختصاص والتضييق، كالنهى المتوجّه إلى ذات مالٍ كالثوب، فإنّ النهى عن التقرّب إلى الثوب يعنى النهى عن خصوص لبسه، أمّا النهى المتوجّه إلى العناوين الاعتباريّة معمّمٌ وشاملٌ لجميع التصرّفات، ولذلك نجد أنّ الفقهاء حكموا فى قوله عليه السلام : «لا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف فى مال غيره إلاّ بطيبة نفسه» بشموله لعموم التصرّفات، سواءً الخارجيّة منها أو الاعتباريّة، لأنّ المال عنوان ويوجب تعميم الحكم الوارد عليه، وبالتالى فينبغى أن يكون اختيارنا من بين الاحتمالات هو الاحتمال الأوّل دون الثالث، لأنّ الظاهر من النهى عن التقرّب النهى عن العنوان الذى يوجب تعميم الحكم إلى التصرّفات الاعتباريّة والخارجيّة».(٢)

وأمّا معانى لفظ «الأحسن»

فقال الشيخ الأعظم: «فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، ويحتمل أ يراد به الحسن. وعلى الأوّل، فيحتمل التصرّف الأحسن من تركه - كما يظهر من بعض - ويحتمل أن يراد به ظاهره وهو الأحسن مطلقا من تركه ومن غيره من التصرّفات. وعلى الثانى، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة، ويحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه، على ما قيل: من أنّ أحد معانى الحسن ما لا حرج فى فعله»(٣).

١- ١ . العقد النضيد ٤/(٢٩٧-٢٩٩).

٢- ١ . العقد النضيد ٤/٢٩٩.

٣- ٢ . المكاسب ٣/٥٧٥.

ثمّ اختار(١) قدس سره من بين الاحتمالات الاحتمال الثانى وهو التفضيل المطلق.

توضيح معانى «الأحسن» فى كلام الشيخ الأعظم والمناقشة فيها

الاحتمال الأوّل: إرادة معنى التفضيل من دلالة الهيئة عليه بحيث يكون التصرف أحسن من تركه نحو: أن يكون بيع مال اليتيم أحسن من تركه. كما عليه الأردبيلى(٢) وصاحب الجواهر(٣).

الاحتمال الثانى: إرادة معنى التفضيل بحيث يكون التصرف أحسن من تركه ومن غيره من التصرفات كما يظهر اختياره من الفاضل النراقى(٤).

الاحتمال الثالث: إرادة معنى الحسن بحيث يكون التصرف فيه مصلحة لليتيم وإن كان هناك ما هو أصلح منه، كما إذا باع الولى مال اليتيم بثمن رابح مع إمكان بيعه بثمنٍ أزيد منه.

الاحتمال الرابع: إرادة معنى الحسن بحيث يكون التصرف لامفسدة فيه لمال اليتيم، وحمل كلمة الأحسن على معنى الحَسَن وهو على معنى عدم وجود المفسدة كما يظهر هذا المعنى من بعض العامة على ما نقل الشهيد الثانى عنهم من قولهم: «... أو أنّ ما نهى الشارع عنه فهو قبيح، وإن لم ينهَ عنه فهو حَسَنٌ، سواء أمر به كالواجب والمندوب، أم لا كالمباح»(٥).

أقول: إرادة معنى «الأحسن» منسلخا عن التفضيل وهو «الحَسَن»، وإن وردت فى كلام النحاة: أنّ اسم التفضيل قد يأتى عاريا من معنى التفضيل فيتضمَّن معنى اسم الفاعل نحو قوله تعالى: «رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِكُمْ»(٦) أو معنى الصفة المُشَبَّهة نحو قوله تعالى:

ص:٥٤

١- ٣ . المكاسب ٥٧٥/٣.

٢- ٤ . زبدة البيان /٣٩٤.

٣- ٥ . الجواهر ٣١٧/٢٦ (١٦١/٢٥).

٤- ٦ . عوائد الأيام /٥٦١.

٥- ١ . تمهيد القواعد /٤١ القاعدة، نقله الإسنوى فى التمهيد /٦٢.

٦- ٢ . سورة الإسراء /٥٤.

«وَهُوَ الَّذِى يَبْدَوءُا الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ وَهُوَ أَهْوَنُ عَلَيْهِ»(١) كما قاله نجم الأئمة الرضى: «... واعلم أنّه يجوز استعمال أفعل... مجردا عن معنى التفضيل مؤوّلاً بِاسْمِ الفاعل والصفة المشبهة قياسا عند المبرّد وسماعا عند غيره وهو الأصح... وتقول: الأحسن والأفضل بمعنى الحَسَن والفاضل»(٢).

لكنّه إسقاط لِلْهَيْئَةِ ودلالتها من دون وجه فلا يمكن الأخذ بالاحتمالين الأخيرين. مضافا إلى المناقشة فى حمل كلمة «الأحسن» على معنى عدم وجود المفسدة فى الاحتمال الأخير.

وأمّا الاحتمال الثانى الذى اختاره الشيخ الأعظم فلم يلتزم الفقهاء بلزوم أن يكون التصرف أحسن من جميع الأمور ولم يفتوا بذلک.(٣)

فيبقى لنا الاحتمال الأوّل من الأخذ بدلالة هَيْئَة أفعل بحيث يكون التصرف أحسن من تركه فقط لا أحسن من تركه ومن جميع التصرفات غيره.

ما هو مدلول نهى «لا تَقْرَبُوا»؟

اشارة

لابدّ من البحث حول مدلول النهى الوارد فى الآية الشريفة فى المقامين:

المقام الأوّل: ما تَقْتَضِيْهِ الآية الشريفة

هل النهى فيها تكليفىٌّ مَحْضٌ أو إرشادٌ إلى بطلان التصرفات فيكون وَضْعِيّا مَحْضا أو كلاهما؟

يظهر من الشيخ الأعظم(٤) أنّه إرشادى ووضعى ويدلّ على بطلان التصرفات الاعتبارية إذا لم تكن على وجه الأحسن.

ويرد عليه: أوّلاً: التصرفات التى يمكن أن تتعلّق بمال الصغير اثنان:

الأوّل: التصرفات الخارجية كوضع اليد عليه أو أكله أو شربه ونحوها.

١- ٣ . سورة الروم /٢٧.

٢- ٤ . شرح الكافية ٤٥٩/٣.

٣- ٥ . كما يظهر من الاستاذ المحقّق فى العقد النضيد ٣٠٠/٤.

٤- ١ . المكاسب ٥٧٥/٣، قوله: «... فلا يدلّ على تحريم ابقائه...».

الثانى: التصرفات الاعتبارية كالبيع والإجارة ونحوهما.

والدليل على انحصار تعلُّق النهى بالقسم الثانى مفقود.

وثانيا: مجرد التصرفات الاعتبارية لا تكونُ محرّمة للقطع بأنّ مجرد التصرف التسبيبى فى مال اليتيم لايعدّ من المحرمات الشرعية نحو البيع الفضولى ما لم يتعقب بالقبض والإقباض.

وذهب المحقّق السيّد الخوئى إلى أنّ النهى الوارد فى الآية الشريفة تكليفى محض، قال قدس سره : «بل معنى القرب هو الإتيان إلى الشيء خارجا والاستيلاء [عليه] فتارةً ينسب إلى الأفعال كقوله تعالى: «وَلا تَقْرَبُوا الْفَواحِشَ»(١) والأُخرى إلى الأعيان كقوله تعالى: «ولا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ»(٢) فالمعنى هنا واللّه العالم أنّه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم وتملّكه إلاّ بوجه يكون حسنا ومصلحةً وعليه فيكون النهى متمحِّضا للتكليفى لعدم ارتباط الآية بالمعاملات بوجه ليكون النهى إرشادا إلى الفساد كما ذكرنا مرارا من كون النهى فى باب المعاملات إرشاد إلى الفساد.

وبالجملة: إنّ الآية خارجة عن المعاملات وليست لها تماس بها لكى يباحث فى فسادها وعدمها، بل هى مسوقة للنهى عن أكل ماله والاستيلاء عليه فهى نظير «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى».

ثمّ إنّه لا يفرق فى ذلک بين كون الاستيلاء حدوثا أو بقاءً فلو كان مال زيد الصغير وديعةً عند عمرو فإلى سنةٍ أحرزه، ثمّ استولى عليه وتملَّكه وتصرف فيه تصرف المُلاّک فتشمله الآية أيضا إذا النهىُ منحلٌ إلى نواهى عديدة على نحو العموم الاستغراقى»(٣).

ويرد عليه: أوّلاً: لا يدلّ دليلٌ على تخصيص النهى بالتكليفى المحض، وتخصيص كلمة «القرب» بخصوص أكل مال اليتيم أيضا كذلک.

١- ٢ . سورة الأنعام /١٥١.

٢- ٣ . سورة الأنعام /١٥٢.

٣- ١ . مصباح الفقاهة ٧٧/٥ و ٧٨.

وثانيا: الآية الشريفة وردت فى كتاب اللّه مَرَّتَيْنِ: فى سورتى الأنعام(١) والإسراء(٢) وفيهما كانت مغياة ب- «حَتّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»(٣)، ولا معنى للأخذ بهذه الغاية إذا كان النهى تكليفيّا مَحْضا فيصير معنى الآية لا يجوز أكل مال اليتيم قبل بلوغه وأمّا بعده فيجوز لأنّ الحرمة مغياة به. ومن المعلوم عدم تمامية هذا المعنى.

ولكن الصحيح عندنا أنّ النهى الوارد فى الآية الشريفة تعبيرٌ كنائىٌ يشمل التصرفات الخارجية والاعتبارية معا فيدلّ على النهى التكليفى المولوى بالنسبة إلى الأوّل وعلى النهى الإرشادى الوضعى بالنسبة إلى الثانى ولا يدلّ دليل على اختصاصه بأحدهما، فالنهى تكليفى ووضعى معا.

المقام الثانى: موانع ظهور الآية الشريفة مِنْ حيثُ الاقتضاء الدّلالىّ

اشارة

إلى هنا فى المقام الأوّل من البحث ثبتت تمامية اقتضاء الآية الشريفة للدلالة على نهى الأولياء من التصرفات الخارجية والاعتبارية المتعلقة بأموال الأيتام إلاّ بالتى هى أحسن أى مراعاة المصلحة فيها.

ثمّ يقع البحث فى المقام الثانى حول مانع ظهور هذا الاقتضاء الدلالى فى الآية الشريفة فقد يقال: بوجود مانع يمنع عن هذا الظهور وهو المانع:

المانع

اشارة

النهى الوارد فى الآية الشريفة لابدّ أن يحمل على النهى المولوى التكليفى فقط لوجهين:

الأوّل:

الأصل الأوّلى فى النواهى هى الحرمة التكليفية والمولوية على جميع

المبانی فی مدلول صیغة النهی.

الثانی:

قرائن عدیدة تدلّ علی أنّ النهی الوارد فی الآیة الشریفة تکلیفیٌ ومولویٌ محض:

۱- ۲ . سورة الأنعام /۱۵۲.

۲- ۳ . سورة الإسراء /۳٤.

۳- ٤ . سورة الإسراء /۳٤.

منها: السیاق الوارد قبلها، لأنّها وقعت بعد قوله تعالی: «قُلْ تَعالَوْا أَتْلُ ما حَرَّمَ رَبُّکُمْ عَلَیْکُمْ...»(۱).

ومنها: النواهی الواردة قبلها کلّها تکلیفیّة مَحْضَةٌ نحو قوله تعالی: «أَلاّ تُشْرِکُوا بِهِ شَیْئا... وَلا تَقْتُلُوا أَوْلادَکُمْ... وَلا تَقْرَبُوا الْفَواحِشَ... وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِی حَرَّمَ اللّهُ...»(۲).

وفی مقابلة هذَیْنِ الْوَجْهَیْنِ، وجه آخر علی حمل النهی علی الوضع والإرشاد دون التکلیف والمولویة، وهو:

الوجه الآخر: استدلال الفقهاء بهذه الآیة الشریفة علی بطلان المعاملات علی أموال الیتامی من دون مراعاة مصلحتهم ممّا یقتضی حمله علی الحرمة الوضعیة فقط.

وبالجملة: إذا أخذنا المعنی الأوّل من معانی القرب - کما أخذنا - فَإِنَّ النَّهْیَ الْوارِدَ فی الآیة الشّریفةِ یَدُلُّ علی مطلق التصرفات الخارجیة والاعتباریة، ولکن نعلم بأنّ التصرفات الخارجیة لا یمکن تعلّق النهی الوضعی بها وکذلک التصرفات الاعتباریة لا یمکن تعلّق النهی التکلیفی بها، فلا یمکن الاستدلال بالنهی الوارد فی الآیة الشریفة أصلاً ولا یتحقّقُ الظُّهُورُ.

إجابة المحقّق الاصفهانى

قال قدس سره : «ولا مناص عن هذا المحذور إلاّ بالإلتزام بأحد أمرين: إمّا حمل النهى على الحرمة المولوية فى جميع التصرفات؛ بارادة التصرفات المعاملية المستتبعة للقبض والإقباض، لا بما هى عقود وتصرفات تسبيبية فقط.

وإمّا حمل النهى فى الملزوم على المولوية فى غير المعاملات، وعلى الارشادية فيها، ولا مانع من حمل النهى عن العام بداعى المولوية فى بعض أفراده؛ وبداعى الإرشادية فى بعض أفراده الأُخر كما حقّق فى محلّه»(٣).

ص:٥٨

١- ١ . سورة الأنعام /١٥١.

٢- ٢ . سورة الأنعام /١٥١.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٤٢٣/٢.

بيان مراده: «لا شكّ أنّ المجعول لو كان واحدا غير قابل للانحلال، فلا مجال لاتّصافه بالمولويّة والوضعيّة، دون ما إذا كان واحدا قابلاً للانحلال والتعدّد، والنهى المجعول فى الآية الشريفة مندرج فى القسم الأخير فهو صورة واحدٌ ولكنّه متعدّدٌ لبّا، وبالتالى لا مانع من دلالته على الحرمة التكليفيّة بالنسبة إلى التصرّفات الخارجيّة، وعلى الحرمة الوضعيّة فى التصرّفات الاعتباريّة، وبذلک يندفع الإشكال»(١).

وبعبارة أُخرى: يجوز استعمال لفظ واحد له معنى واحد فى الإرشاد والتكليف معا بدواعى متفاوتة وأغراض متباينة نحو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا»(٢) حيث أن تحليل البيع يدلّ على أنّ

الشارع الأقدس لا يسدّ طريق البيع وأنّه منفتحٌ فى التكليف والوضع، وكذلک تحريم الربا يدلّ على أنّه سدّ طريقه وأنّه مسدودٌ فى التكليف والوضع وهذا هو الجواب المختار عندنا.

وأمّا فى ما نحن بِصَدَدِهِ: «فإنّ الشارع قد استعمل هيئة «لا تَقْرَبُوا» فى معنى واحد وهى النسبة الزجريّة، لكن بما أنّها قابلة للإنحلال بحسب الدواعى المختلفة، لذلک تتعدّد بتعدّد الدواعى، فتدلّ على الحرمة التكليفيّة فى التصرّفات الخارجيّة، وعلى الحكم الوضعى والإرشاد إلى الفساد فى التصرّفات الاعتباريّة، وبذلک يندفع ما قيل من عدم إمكان اجتماع الحكمين المتباينين فى متعلّق النهى»(٣).

جواب الاستاذ المحقّق - مدظله -

«إنّ من الواضح أنّ إطلاق عنوان التصرّف على التصرّفات الاعتباريّة التى لا تستتبعها القبض والإقباض، يعدّ إطلاقا مسامحيّا اعتباريّا، بمعنى أنّ إنشاء البيع أو الصلح وغيرهما من التصرّفات الاعتباريّة لا يعدّ تصرّفا حقيقيّا عرفيّا، إلاّ بعد ترتّب الآثار الخارجيّة من النقل والانتقال عليها ومع عدم ترتّبهما لا مجال لإطلاق التصرّف عليها إلاّ مسامحة، والآية الشريفة تنهى عن جميع أشكال التقرّب إلى مال اليتيم، بحيث تعمّ جميع

١- ١ . العقد النضيد ٣٠٧/٤.

٢- ٢ . سورة البقرة /٢٧٥.

٣- ٣ . العقد النضيد ٣٠٩/٤.

التصرّفات الخارجيّة المتعقّبة بالقبض والإقباض، وبالتالى فالآية مولويّة وبعيدة عن أن تكون إرشاديّة.

نعم، اتّفقت كلمة الأصحاب - ومنهم المحقّق الأصفهانى(١)- على أنّ النهى

المولوى إذا تعلّق بالتصرّف المستتبع للقبض والإقباض فإنّه يفيد حرمتهما وفسادهما، إذا النهى المتعلّق بآثار البيع يعدّ كاشفا قطعيّا عن فساد البيع، وقد أثبتنا ذلک خلال البحث عن قوله صلى الله عليه و آله : «إنّ اللّه إذا حرّم شيئا حرّم ثمنه»(٢) من أنّ الشارع إذا حرّم شيئا فإنّ مدلوله المطابقى هى الحرمة التكليفيّة، ولكن من خلال مدلوله الإلتزامى - الذى يعدّ حكما وضعيّا - يرشد إلى فساده أيضا، فيكون وزانه وزان قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٣) من أنّ الأمر بالوفاء حكم تكليفى وليس إرشادا إلى اللّزوم، لكن هذا الحكم التكليفى يستتبعه حكم وضعى وهو الحكم بالصحّة، وكذلک الأمر فى المقام، فإنّ النهى التكليفى المتعلّق بالتصرّف المستتبع للقبض والإقباض يلازمه حكم وضعى دالّ على الفساد.

وخلاصة الكلام: ثبت أنّ النهى المذكور فى الآية الشريفة مولوى وليس بإرشادى وإن يستتبعه»(٤).

المناقشة فى جواب الاستاذ - مدظله -

ويمكن أن يرد عليه: أوّلاً: التصرف الاعتبارى حتّى إذا لم يستتبعه القبض والإقباض يعدّ تصرفا عرفيّا حقيقيا، مثلاً: إذا اشترا شيئا ودفع ثمنه وجعله عند البائع وديعة هل يعدّ هذا تصرفا عند العرف أم لا؟ ومن الواضح أنّه تصرف فَتَكُوْنُ التصرفات الاعتبارية من مَصادِيْقِ التصرف عرفا وحقيقةً.

نعم، إذا أجْرى صيغة المعاملة أو وقّعها ولم يدفع الثمن ولم يأخذ المثمن يعدّ باطلاً عند الفقهاء لأنّه بيع الكالى بالكالى.

١- ٤ . حاشية المكاسب ٤٢٣/٢، كما مرّ عبارته قدس سره .

٢- ١ . تأتى مصادرها.

٣- ٢ . سورة المائدة /١.

٤- ٣ . العقد النضيد ٤/٣١١.

لا يقال: الآن وفى العصر الحاضر كلّ البيوع المهمة تكون هكذا وقّعوا السند المعاملى وبعد مدّة يأخذ العين وبعد مدّة أُخرى يعطى الثمن كما فى المعاملات الدارجة بين الدول أو المعاملات على شَبَكاتِ الإنترنت أو المعاملات المهمة ذات الأبعادِ المُتَعَدِّدَةِ والمتكثرة.

لأنا نقول: الاجماع قائم عند الفقهاء بأنّ بيع الكالى بالكالى

باطل، فلابدّ أن نجعل هذا السند المعاملى المُوَقَّعِ مقدمة للمعاملة وخريطة لها وَإيْعادٌ بها من الجانبين، وأنّ البيع

والمعاملة يتحقق بعد وصول أحد المالين إلى الطرف الآخر بلا فرق بين الثمن أو المثمن فحينئذ يلزم البيع والمعاملة والعقد، وللتفصيل محلّ آخر.

وثانيا: يمكن أن نأخذ بالشق الثانى فى مقالة المحقّق الأصفهانى الماضية حيث قال: «... وإمّا حمل النهى فى الملزوم على المولوية فى غير المعاملات وعلى الإرشادية فيها...»(١). وهذا هو مختارنا كما مرّ(٢) فى ذيل عنوان «إجابة المحقّق الأصفهانى» آنفا.

وثالثا: قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب(٣) بأنّ النبوى المشهور: «إنّ اللّه إذا حرّم شيئا حرّم ثمنه» رواية عامية مع ورود كلمة «أكل» فى أكثر رواياتهم(٤) وأنّ عمومها متروك عند الفريقين لأنّ كثيرا من الأشياء يحرم أكله ولا يحرم بيعه، فلا ينتج من هذه الرواية العامية قاعدة كلّيّة فى المعاملات.

ورابعا: وأمّا قولُهُ تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٥) فَيَدُلُّ بِإطْلاقِهِ على وجوب الوفاء بالعقود والعهود الاجتماعية والاقتصادية ومنها: المعاملات والبيوع والتجارات، ولا يمكن القول بوجوب الوفاء بها إلاّ بعد صحتها وتماميتها، فالآية الشريفة يُسْتَفادُ منها شيئان: ١- صحة المعاملات والبيوع والتجارات والعقود والعهود. ٢- وجوب الالتزام

١- ١ . حاشية المكاسب ٤٢٣/٢.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٥٨.

٣- ٣ . راجع الآراء الفقهية ٣٤/١.

٤- ٤ . كما فى سنن أبيداود ٢٥١/٢؛ مسند أحمد ٢٤٧/١ و ٢٩٣؛ وسنن البيهقى ١٣/٦.

٥- ٥ . سورة المائدة /١.

ولزوم الوفاء والإيفاء بها كما مرّ فى أوّل الكتاب.(١)

وبالجملة: لايمكن الالتزام بهذا الجواب المأخوذ من الشق الأوّل من مقالة المحقّق الاصفهانى.(٢)

ما المراد من الموصول فى الآية الشريفة؟

اختلفوا فى أنّ المراد «بالتى» أىّ شىءٍ؟ وفيها ثلاثة محتملات:

١- أنّ المراد بها «النيّة» فيكون معنى الآية الشريفة: لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالنيّة الحسنة. والباء فيها زائدة.

٢- أنّ المراد بها «الكيفية» فيصير معنى الآية الشريفة: لا تقربوا مال اليتيم إلاّ

بالكيفية الحسنة فيكون المراد بها أحسن الوجوه المتصورة، وهو مختار الاستاذ المحقّق(٣) - مدظله -.

٣- أنّ المراد بها «الطريقة» فيفيد معنى الآية الشريفة: «لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالطريقة التى هى أحسن. والباء تكون للسببية. «وليس هو وصفا للقرب كما توهم وإلاّ كان الصحيح أن يقال «إلاّ بالذى هو أحسن»(٤) وهذا مختار السيّد الخوئى.(٥)

وقال: «وذكر بعض المفسرين أنّ المراد به النية وبعضهم أنّ المراد به الكيفية أى كيفية القرب. ولا شاهد على شيءٍ منهما. والظاهر فى النظر أنّ المراد به الطرق، أى لاتقربوا إلاّ بالطرق الشرعية دون غيرها»(٦).

ويمكن أن يناقش الاحتمال الأوّل وهو النية بمايلى:

أوّلاً: زيادة حَرْفِ «الباء» خلاف الأصل الأوّلى.

١- ٦ . راجع الآراء الفقهية ١٤/١.

٢- ٧ . حاشية المكاسب ٤٢٣/٢.

٣- ١ . العقد النضيد ٣١٢/٤.

٤- ٢ . مصباح الفقاهة ٧٨/٥.

٥- ٣ . مصباح الفقاهة ٧٨/٥.

٦- ٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٦٣/٣.

وثانيا: لايفيد صرف النية الحسنة بل لابدّ أنّ تكون التصرفات على طبق المصالح الواقعية لليتيم ولا تصححها النية الحسنة إذا لم تطابق المصالح الواقعية فى الخارج.

ويمكن أن يناقش الاحتمال الثانى وهو الكيفية:

أوّلاً: الحكم بلزوم مراعاة الكيفية الحسنة فى جميع التصرفات الواقعة على أموال الأيتام يقتضى لازما فاسدا، لا يمكن الالتزام به من فقيه، وهو الامتناع عن التصرف فى ما لو تساوت المصالح، ولم يقدر الولى عن تحصيل الكيفية الأحسن منها.

وثانيا: اختصاص جواز التصرف تكليفا ووضعا بأحسن الكيفيات وحصره بها، يوجب العُسر والحرج للولى بحيث لا يجوز له أىّ تصرف حتّى يُحْرِزَ أنّه أحسن التصرفات فلابدّ له من إيقاف تصرفاته حتّى يُحْرِزَ أنّه أحسن، وإحرازُهُ فى غاية الصعوبة بل على شُرف الاستحالة الخارجية - لا العقلية - فلا يمكن الأخذ بهذا الاحتمال أيضا.

فيبقى لنا الاحتمال الثالث وهو الطريقة الشرعية كما هو مختار المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله .

وإذا كان المراد بالموصول هو الطريقة الشرعية فالآية الشريفة لاتستفاد منها

مراعاة المصلحة فى التصرفات الواردة على أموال اليتامى، بل هى فى مقام بيان عدم جواز التقرب إليها إلاّ بالطريقةِ الشرعية التى هى أحسن وأمّا الطريقة الشرعية ما هى؟ فهى ساكتة بالنسبة إليها فلابدّ من مراجعة غيرها من الأدلة فى تعيينها.

نعم، يمكن الاستدلال فى اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى بقوله تعالى: «يَسْئَلُونکَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُكُمْ وَاللّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ»(١).

لاسيّما بقرينة الروايات الواردة فى ذيلها اللاآتى سوف يأتى بعضها فى ما بعد.

ولكن مع ذلک كلّه، ظهور الآية الشريفة فى اعتبار المصلحة فى تصرفات الأولياء فى أموال الأيتام ممّا لا يكاد يخفى لاسيّما بقرينة الروايات الواردة فى ذيلها ولإنّها إذا

١- ١ . سورة البقرة /٢٢٠.

عُرضت على أهل اللِسانِ العربىّ السابِرِينَ لمقاصد اللغة يقبلون دلالتها على اعتبار المصلحة بلا ريب وكذلک العرف، والعرف ببابک.

الاشكالات على دلالة الآية الشريفة على اعتبار المصلحة فى تصرفات الأب والجدّ

اشارة

وهنَّ خمسة:

الإشكال الأوّل

وهو إشكال عام يجرى بالنسبة إلى غير الأب والجدّ أيضا بتقريب: ظاهر الآية الشريفة يفيد لزوم مراعاة الأحسن والأصلح بالنسبة إلى التصرفات فى أموال الأيتام ولكنّه كما مرّ لايمكن الأخذ بالتى هى أحسن على الإطلاق وبمعناه الحقيقى بضرورة الفقه فينحصر أنّ المراد من الأحسن هو التصرف الحَسَن ويندرج فيه ما لا مفسدة فيه.

ويجاب عنه: أوّلاً: بضرورة الفقه نرفع اليد عن مراعاة الأحسن الحقيقى وعلى الإطلاق ولكن لماذا نرفع اليد عن مراعاة الأحسن الإضافى والمقدور والممكن عند التصرف فى أموال الأيتام؟!

وثانيا: على فرض أنّ المراد بالأحسن يعنى الحسن وعلى فرض أن نرفع اليد عن معنى التفضيل ولكن بأىّ دليل دخل فى المعنى الحسن ما ليس فيه المفسدة؟ لأنّ الحسن والمصلحة معناه المنفعة ولكن، عدم المفسدة يفرض ما تساوى طرفاه بالنسبة إلى النفع

والضرر وهما شيئان مختلفان.

لا يقال: «قيام القرينة القرآنية على أنّه ليس المراد من هذه الصيغة حقيقتها، بل المراد منها الأحسن فى مقابل الفاقد للحُسن، كما فى قوله تعالى فى سورة الإسراء: «وَزِنُوا بِالْقِسْطاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً»(١) حيث استعملت صيغة أفعل التفضيل فى مقابل ما ليس فيه الحسن، إذ لايعقل أن يشتمل غير القسطاس المستقيم على الحُسن، وبالتالى فالمستعمل فى الآية أفعل

التفصيل وهو ما وصف به سبحانه القسطاس المستقيم، لكن أراد من الأحسن الحَسَن، وهكذا الأمر فى المقام، فبالرغم من

١- ١ . سورة الإسراء /٣٥.

وَصْفِ(١) التقرّب اللاّزم إلى مال اليتيم بالأحسن، لكن يُراد منه الحَسَن وليس الأحسن، ونظائر هذه الإطلاقات كثيرة فى الآيات القرآنية حيث تطلق صيغة أفعل التفضيل ويُراد منها دونه، كما فى قوله: «ادْعُ إِلى سَبِيلِ رَبِّکَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجادِلْهُمْ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ»(٢)، وكثرة الاستعمال تفيد استقرار ظهور الأحسن فى الحَسَن فى ما نحن فيه، ولا أقلّ أنّها تكون سببا لإجمال المراد فى ما زاد على اشتراط أصل المصلحة، ومقتضى الدليل لزوم الاقتصار على المتيقّن وهو أصل المصلحة. وهكذا ثبت من خلال القرينة الداخلية والخارجيّة أنّ الأحسن المذكورة فى الآية لا تدلّ على معنى زائد على أصل المصلحة»(٣).

لأنّا نقول: فى كلِّ مورد قامت القرينة على عدم إمكان الأخذ بالمعنى الحقيقى لصيغة أفعل التفضيل نرفع اليد عنه ولكن فى مورد عدم قيام القرينة فلا، وحتّى بالنسبة إلى الآيتين يمكن الأخذ بمعناه الحقيقى لأنّ الوزن بالقسطاس خير من ترک التوزين والوزن بالقسطاس المستقيم خير من الوزن بالقسطاس غير المستقيم فيكون الوزن بالقسطاس المستقيم أحسن بالنسبة إلى غيره، وكذلک جدال مخالفى المذهب لها أفراد متعددة ومصاديق متكثرة لابدّ أن يكون بنحو الأحسن وعلى أتقن الاستدلال وأفضل البيان وأجمل الشكل، وكذلک التصرفات فى مال الأيتام لها صور مختلفة لابدّ أن يختار الولى أحسنها وأصلحا وأنفعها له، نعم بضرورة الفقه نرفع اليد عن الأحسن الحقيقى

والمطلق كما مرّ.

الإشكال الثانى

لو سَلّمنا دلالة الآية الشريفة على رعاية الأحسن والأصلح ولكنّها مخصصة

١- ٢ . فى المصدر: توصيف، والتوصيف خطأٌ فاحشٌ شائعٌ وإنْ ورد فى كلام الأعاظم.

٢- ٣ . سورة النحل /١٢٥.

٣- ٤ . العقد النضيد ٢٠٢/٤ و ٢٠٣.

بإطلاقات الروايات(١) الواردة حول ولاية الجدّ الدالة على عدم اشتراطها بالمصلحة بل كفاية عدم المفسدة فيها، قال الشيخ الأعظم: «وأمّا الآية الشريفة فلو سلّم دلالتها، فهى مخصّصة بما دلّ على ولاية الجدّ وسلطنته، الظاهرة فى أنّ له أن يتصرّف فى مال طفله بما ليس فيه مفسدة له»(٢).

وبعبارة أُخرى: اطلاق هذه الروايات يقيّد اطلاق الآية الشريفة بالنسبة إلى تصرفات الجدّ فقط.

ويجاب عنه: لابدّ فى تصرفات الجدّ أيضا من ملاحظة المصلحة وهى مشروطة بها ولا تكفى فيها عدم المفسدة حتّى بالنسبة إلى ولايته على بُضع اليتيمة، فما يُستفيد من إطلاق الروايات غير تام لأنّ الروايات المشار إليها راجعة إلى أُولوية الجدّ على الأب لا عدم اعتبار المصلحة فى تصرفات الجدّ.

وعلى فرض تمامية ما يُسْتَفادُ من إطلاقها وكفاية عدم المفسدة فهو معارض مع اطلاق الآية الشريفة فيقدّم إطلاق الآية عليها بالحكومة على مبنى السيّد الخوئى(٣) قدس سره وتلميذه الاستاذ المحقّق(٤) - مدظله - .

وعلى فرض التعارض: يتعارضان ويتساقطان فيُرْجَعُ إلى العام الذى فوقهما وهو قوله عليه السلام : «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه»(٥). والمتيقن الذى يخرج من هذا العموم هو التصرفات المقرونة بالمصلحة وأمّا غيرها فَهِيَ باقِيَةٌ على عدم الحلية.

١- ١ . مرّت الاشارة إلى محلّها فى الدليل الثانى من أدلة ولاية الأب والجدّ راجع صفحة ١٧ من هذا المجلد وهكذا راجع صحيحة محمّد بن مسلم فى وسائل الشيعة ٢٨٩/٢٠، ح١؛ وموثقة عبيد بن زرارة، ح٢؛ وخبره، ح٥ [٢٩٠/٢٠] وخبر على بن جعفر أو معتبرته عندنا، ح٨ [٢٩١/٢٠].

٢- ٢ . المكاسب ٥٤١/٣.

٣- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٩/٣؛ التنقيح فى شرح المكاسب ١٤٩/٢.

٤- ٤ . العقد النضيد ٢٠٥/٤.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ٢٤٨/١٧، ح١.

وعلى فرض فقدان العام الفوق يُرجع إلى الأصل العملى وهو عدم جعل الولاية فى ما إذا كان التصرف فاقدا للمصلحة. أو أصالة عدم نفوذ التصرف الفاقد للمصلحة أو أنّ الأصل الأوّلى فى المعاملات هو الفساد، وفى التصرف فى مال الغير هو الحرمة.

الاشكال الثالث

لابدّ فى اعتبار المصلحة فى تصرفات الجدّ فقط، دون الأب لاستناده إلى عدم القول بالفصل وهو قاصر عن اعتبار المصلحة فى تصرفات الأب، لوجود القول بالفصل، قال الشيخ الأعظم: «مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، وجب الاقتصار عليه فى حكم الجدّ، دون الأب. ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعة؛ فقد حكى عن بعض متأخّرى المتأخّرين القول بالفصل بينهما فى الاقتراض مع عدم اليسر»(١).

أقول: مراده من «بعض متأخرى المتأخرين» هو المحقّق الثانى صاحب جامع المقاصد حيث ذهب إلى جواز اقتراض الأب من مال ولده والاِءتّجاربِهِ وعدم ضمانه وإن كان مُعْسِرا، دون غيره حتّى الجدّ، لأنّه فى ذيل قول العلاّمة فى القواعد: «ولو ضمن [الولى] واتّجر لنفسه وكان مليّا ملك الربح واستحب له الزكاة»(٢)، قال: «يستثنى من ذلك الأب وإن كان معسرا»(٣).

ويكفى فى دفع الإجماع المركب وجود القول بالفصل بين تصرف الأب والجدّ، فلا يتم اعتبار المصلحة فى تصرفات الأب خاصة.

ويجاب عنه: أوّلاً: بأنّه ليس فى خصوص تصرفات الأب دليل لكى نستكشف منه الحكم، بل مجموعة من الأدلة تدلّ على ولاية الأُولياء وعمدتها الإجماع وضرورة الفقه، وهما دليلان لبيّان يجب الاقتصار على الْقَدر المتيقن وهوفى موارد وجود المصلحة والمنفعة فى التصرفات. بل قد مرّ أنّ شأن الولاية وموردهافرض وجود المصلحة.

١- ١ . المكاسب ٥٤١/٣ و ٥٤٢.

٢- ٢ . قواعد الأحكام ٣٢٩/١.

٣- ٣ . جامع المقاصد ٥/٣.

وثانيا: إذا تمت دلالة الآية الشريفة وظهورها على اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى، فلا يتردّد أحد فى شمول هذا المدلول بالنسبة إلى الأب أيضا، وإن كان اللفظ قاصِرا عن أدائها.

وثالثا: الإجماع المركب هو على خلاف قول المحقّق الثانى لأنّ القائلين باعتبار المصلحة مطلقا يَرَوْنَ الأب والجدّ داخِلَيْنِ فى أدلة اعتبار المصلحة، والقائلين بعدم اعتبارها فى حقّهما يَرَوْنَهُما معا

خارِجَيْنِ من أدلة اعتبار المصلحة وأنّها مخصصة بهما، ولا يفرِّق أحدٌ بين الأب والجدّ فتفصيل المحقّق الثانى لا وَجْهَ لَهُ.

ورابعا: على فرض تعارض الأدلة فى الأب وتساقطها يكون المرجع الأصول اللفظية والعملية الماضية فى الجواب عن الإشكال الثانى وهو المنع عن التصرف من دون المصلحة والمنفعة.

الاشكال الرابع

وهو ادِّعاءُ انصراف الآية الشريفة عن الأب والجدّ وأنّ المخاطَب فيها غيرهما، فهى تدلّ على اشتراط التصرفات بمراعاة المصالح فى ولاية غيرهما.

ويجاب عنه بِأَنَّ: «دَعْوى الاِنْصِرافِ عنها ممنوعة، وعهدة إثباتها على مدّعيها، لأنّ الانصراف متقوّمٌ بقيام السبب الدال عليه وهو مفقود فى المقام، بل إنّ إطلاق الخطاب فى قوله تعالى: «لا تَقْرَبُوا» يشمل كلّ مخاطَب يصلح أن يكون مخاطَبا له، ومع عدم وجود القرينة الصارفة، يكون الخطاب شاملاً للأب والجدّ فضلاً عن غيرهما، كما هو الحال فى غيرها من الآيات الناهية كقوله تعالى: «وَلا تَقْرَبُوا الزِّنى»(١) وأضرابها»(٢).

الاشكال الخامس

«إنّ هناک شکوکا حول صدق عنوان اليتيم على من فقد أباه دون جدّه، وبالتالى يكون الجدّ أجنبيّا عن خطاب الآية الشريفة، وتشمل الأغيار عداهما.

١- ١ . سورة الإسراء /٣٢.

٢- ٢ . العقد النضيد ٤/٢٠١.

وفيه: أنّ الحاكم فى معرفة المراد من هذه الخطابات هو العُرْفُ، ثمَّ أهل اللّغه، وقد اتّفقت كلمتهم فى تفسير اليتيم بمن هو فاقدٌ لأبيه، سواءً كان له جدٌّ حىّ أم لم يكن، فيشمل خطاب الآية الجدّ وغيره، هذا وقد ذهب بعض الأعلام إلى صدق اليتيم على من فقد أُمّه دون أبيه، وهذه الدعوى لو ثبتت استلزم اندراج الأب والجدّ كِلَيْهما فى من توجّه إليهم الخطاب من دون الحاجة إلى الاستعانة بدليل عدم الفصل، ولكنّها دعوى ممنوعة، لأنّ الثابت أنّ الفارق بين الإنسان والحيوان فى اليتم وعدمه، هو فقد الأب فى الأوّل والأُمّ فى الثانى»(١).

فذلكة القول فى دلالة الآية الشريفة

آية «لا تَقْرَبُوا» تدلّ على اعتبار مراعاة المصلحة فى تصرفات الأُولياء بلا فرق بين التصرفات الاعتبارية والتصرفات الخارجية وبلا فرق بين الأب والجدّ وغيرهما، نعم بضرورة الفقه لا تدلّ على مراعاة الأصلح والأنفع كما مرّ، وأمّا دلالتها على مراعاة الأصلح والأنفع النسبى والغالبى والممكن فلا ينكر، واللّه العالم.

وهذا تمام الكلام حول الآية الشريفة ودلالتها على اعتبار المصلحة والحمد للّه.

ب: السنة

اشارة

تدلّ على اعتبار المصلحة بعض الروايات:

منها: معتبرة عبداللّه بن يحيى الكاهلى قال: قيل لأبى عبداللّه عليه السلام : إنّا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام ومعه خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنافيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم، فماترى فى ذلک؟ فقال: إن كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا، وقال عليه السلام : «بَلِ الْأِنْسانُ عَلى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ»(٢) فأنتم لا يخفى عليكم وقد قال اللّه - عزّ وجلّ - «وَاللّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ»(٣).(٤)

١- ٣ . العقد النضيد ٢٠٣/٤ و ٢٠٤.

٢- ١ . سورة القيامة /١٤.

٣- ٢ . سورة البقرة /٢٢٠.

٤- ٣ . وسائل الشيعة ٢٤٨/١٧، ح١، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.

بتقريب: إنّ المعتبرة باعتبار منطوق فقرة «إن كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس» يدلّ على اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى.

التنافى المزعوم

وقد زعم بعض معاصرى(١) الشيخ الأعظم وجود التنافى بين صدرها وذيلها فلا يمكن الأخذ بها.

وأمّا التنافى: فالمعتبرة «تتضمن قضيّتين شرطيّتين الأُولى قوله: «إن كان فى دخولهم عليهم منفعة لهم فلا بأس»، والثانية قوله: «وإن كان فيه ضرر فلا»، وهما متضمّنتان لمنطوقين ومفهومين، أمّا منطوقهما فلا تنافى بينهما ولا تضادّ، إنّما التنافى بين

المفهومين لأنّ التصرّف فى مال اليتيم على ثلاثة أنحاء: ما فيه المنفعة، وما فيه المضرّة، وما ليس فيه المنفعة والمضرّة، ويتحقّق تعارض المفهومين فى القسم الثالث من التصرّف، حيث يُفِيْدُ مفهوم القضيّة الشرطيّة الأُولى أَنَّ ما لا منفعة فيه ففيه بأس، والقضيّة الثانية تفيد أنّه إذا لم يكن التصرّف ضرريّا فلا بأس به، وهكذا يتعارضان ولا مجال للجمع الدلالى بينهما، لأنّ الأُولى تنفى الجواز والثانية تثبت، فيتساقطان بتعارضهما وينبغى الرجوع إلى أصل آخر، وهى ليست البراءة بل عموم قوله عليه السلام »(٢). فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير بأذنه(٣)، فتكون النتيجة هى الحرمة

فی محل الاجتماع، ووجود التنافی بین الصدور الذیل ثابت، فالأخذ بالمعتبرة والحکم بدلالتها علی وجود المصلحة فی تصرفات الولی مشکل.

ولکن ذهب الشیخ الأعظم إلی أنّ المراد بالجملة الأولی لیس شیئا غیر الضرر بقرینة مورد المعتبرة وما جاء فی الجملة الثانیة هو تفسیر للجملة الأولی وبالتالی فلا

ص:۷۰

۱- ٤ . قال الإشکوری فی بُغیة الطالب ۱۰۷/۲: «المُورد هو صاحب الجواهر»، أقول: لم أجده فی الجواهر کما صرح به المحقّق المروج فی هدی الطالب ۲٦۳/٦.

۲- ۱ . العقد النضید ۳۱٤/٤.

۳- ۲ . وسائل الشیعة ٥٤۰/۹، ح۷، الباب ۳ من أبواب الأنفال، التوقیع المروی بسند صحیح.

منافاة بین صدرها وذیلها وقال: «بناءً علی أنّ المراد من منفعة الدخول ما یوازی عوض ما یتصرّفون من مال الیتیم عند دخولهم، فیکون المراد بالضرر فی الذیل: أن لایصل إلی الأیتام ما یوازی ذلک، فلا تنافی بین الصدر والذیل علی ما زعمه بعض المعاصرین: من أنّ الصدر دالّ علی إناطة الجواز بالنفع، والذیل دالّ علی إناطة الحرمة بالضرر، فیتعارضان فی مورد یکون التصرّف غیر نافع ولا مضرّ. وهذا منه مبنیّ علی أنّ المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال الیتیم إلیه، بمعنی أن تکون المنفعة فی معاوضة ما یتصرّف من مال الیتیم بما یتوصّل إلیهم من ماله، کأن یشرب ماءً فیعطی فلسا بإزائه، وهکذا... وأنت خبیر بأنّه لا ظهور للروایة حتّی یحصل التنافی»(۱).

ویرد علیه: أنَّ التنافی بین الجملتین موجود لأنّ الجملة الأُولی تدل علی أنّ مناط الجواز هی المنفعة والجملة الثانیة تدلّ علی أن مناط عدم الجواز هو الضرر ففی فرض التساوی إمّا أَنْ تَجْرِیا فتتنافیان وإمّا لا تجریان فلا یستفاد حکم الصورة التساوی من المعتبرة ولعلّ عدم الجریان أظهر.

جواب الميرزا النائينى عن التنافى

لم يرض النائينى بجواب الشيخ الأعظم وذهب إلى أنّ المراد بالمنفعة فى الصدر هى المنفعة المتعارفة فيكون لمفهومها وفى مقابلها صورتان: الصورة الاولى: وجود الضرر، والصورة الثانية: فرض التساوى وعدم المنفعة والضرر معا، فصرح فى الذيل بالصورة الأُولى فقط، وقال: «لو لم يكن الدخول صلاحا لهم سواء كان ضرريا أو لا - ففيه البأس، وذكر أحد فردى المفهوم لخصوصية موجبة لذكره فى الشرطية الثانية لا يوجب أن تكون الشرطية الأُولى ساكتةً عمّا لم يكن فيه صلاح وفساد، لأنّ ظاهر الشرط فى الثانى أنّ المدار على الأوّل، فهو تابع للأوّل، مع أنّه لو كان كذلك فمقتضى الأصل - وهو عدم ولاية أحدٍ على مال غيره - هو اعتبار الصلاح فلا تعارض بين الصَّدْرِ والذيل»(٢).

ص:٧١

١- ٣ . المكاسب ٥٧٧/٣ و ٥٧٨.

٢- ١ . منية الطالب ٢٤٤/٢ و ٢٤٣.

مراده: الصورة الثانية وهى أنَّ فرض التساوى فى المعاملات نادر ولم تذكرها المعتبرة لندرتها ولكن إطلاق الصدر يشملها ويحكم عليها بالحرمة ولكن ليس للذيل إطلاق حتّى يشملها.

إجابة السيّد الخوئى عن التنافى

قال: «أن الرواية أجنبيّة عما نحن فيه؛ لأنّها واردة فى التصرّفات الخارجيّة، أى حكم الاستيلاء على مال اليتيم تكليفا، وهو خارج عن محلّ الكلام. ومن الظاهر أنّه لو اعتبر فى التصرّف فى مال اليتيم رجوع نفع مصطلح إلى اليتيم لم يقدم أحد على التصرّف فى مالهم ولا على الدخول عليهم ولا على الجلوس فى بساطهم وهكذا، فلا يمكن حفظ كيان اليتيم»(١).

قد يقال: «بل المراد من الضرر فى الذيل أن لايوصل إلى الأيتام ما يوازى المصروف من مالهم لأنّ مورد السؤال هو خدمة خادمهم للوارد فى مدّة قصيرة وأكل شىء من طعامهم وأمثال ذلک من الأشياء التى لا تقع بإزائها الثمن عادة فلو دخل عليهم واستفاد منهم هذه الأشياء اليسيرة وأوصل بإزاء ذلک خيرا إليهم فقد نفعهم يكون دخوله عليهم من القرب والتصرّف بما هو أحسن وإلاّ يكون دخوله ضررا عليهم وعليه فلا تنافى بين الصدر والذيل حتّى يحتاج إلى التوجيه الذى ارتكبه [الشيخ الأعظم]»(٢).

أقول: بهذه الإحابات ينفى التنافى المدعى والحمد للّه.

ومنها: خبر على بن المغيرة قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إن لى ابنة أخ يتيمة فربما أُهدى لها الشىء فآكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلک الشىء من مالى فأقول: يا رب هذا بذا فقال عليه السلام : لا بأس.(٣)

والرواية ضعيفة سندا لأنّ ذُبْيان بن حكيم الأودى أو الأزدى، وعلى بن المغيرة مجهولان مهملان ليس لهما توثيق.

١- ٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٦٧/٣.

٢- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٦٧/٣. تعليقة آية اللّه الشهيد الشيخ الأحمدى على المحاضرات.

٣- ١ . وسائل الشيعة ٢٤٩/١٧، ح٢.

قد يقال: ترک الاستفصال فى الرواية بين مساواة المال المدفوع إليها مع المأكول أو قلّته أو كثرته والحكم فى الجميع ب- «لا بأس» يدلّ على عدم اعتبار المصلحة والمنفعة لليتيم.

وفيه: الرواية ليس لها إطلاق، لأنّ العلاقة العاطفية بين العم وبنت الأخ اليتيمة تقتضى كون المال المدفوع إليها أكثر من المأكول بكثير عادةً، فالرواية لا تشمل حكم التساوى والقلّة.

ولكن العمدة فيها ما ذكره السيّد الخوئى فى المعتبرة من أنّها وردت فى مورد خاص وهو الأكل والشرب والتصرف الخارجى والحكم التكليفى فقط.

ومنها: موثقة أو صحيحة ابن مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: لما نزلت «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوالَ الْيَتامى ظُلْما إِنَّما يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نارا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرا»(١) أخرج كلُّ من كان عنده يتيم، وسألوا رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى إخراجهم فأنزل اللّه: «وَيَسْئَلُونَکَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُكُمْ وَاللّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ»(٢).(٣)

بتقريب: أَنَّ الآية الثانية تدلّ على مراعاة الإصلاح فى أموال اليتامى دون الأصلح أو الأحسن الْواقِعِيَّيْنِ، فتدل على مراعاة المصلحة فى أموالهم بالتصرفات الخارجية والاعتبارية.

والشاهد على ما ذكرنا مرسلة عبداللّه بن الحجاج عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له: يكون لليتيم عندى الشىء وهو فى حجرى أنفق عليه منه، وربّما أصيب ممّا

يكون له من الطعام، وما يكون منّى إليه أكثر، قال: لا بأس بذلک.(٤)

وهذه المرسلة تدل على مراعاة المصلحة فى أموالهم لأن السائل يقول: «وما

١- ٢ . سورة النساء /١٠.

٢- ٣ . سورة البقرة /٢٢٠.

٣- ٤ . وسائل الشيعة ٢٥٥/١٧، ح٥، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

٤- ١ . وسائل الشيعة ٢٥٥/١٧، ح٤.

يكون منّى إليه أكثر».

ونحوها مرسلة علىّ عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن قول اللّه فى اليتامى: «وَإِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُكُمْ»(١) قال: يكون لهم التمر واللبن، ويكون لک مثله على قدر ما يكفيک ويكفيهم، ولا يخفى على اللّه المفسد من المصلح.(٢)

ومنها: صحيحة عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه - عزّ وجلّ - : «فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ»(٣) قال: المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصى أو القيم فى أموالهم وما يصلحهم.(٤)

ومنها: صحيحة أبى الصباح الكنانى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه - عزّوجلّ - : «وَمَنْ كانَ فَقِيرا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ»(٥) فقال: ذلک رجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئا... الحديث.(٦)

ومنها: صحيحة ابن رئاب قال: سألت أباالحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابة مات وترک أولادا صغارا، وترک مماليک غلمانا وجوارى ولم يوص، فماترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتّخذها أُم ولد؟ وماترى فى بيعهم؟ قال: فقال: إن كان لهم ولىّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا فيهم، قلت: فماترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتّخذها أُم ولد؟ فقال: لا بأس بذلک إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم.(٧)

١- ٢ . سورة البقرة /٢٢٠.

٢- ٣ . وسائل الشيعة ٢٥٥/١٧، ح٣.

٣- ٤ . سورة النساء /٦.

٤- ٥ . وسائل الشيعة ٢٥٠/١٧، ح١، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.

٥- ٦ . سورة النساء /٦.

٦- ٧ . وسائل الشيعة ٢٥١/١٧، ح٣.

٧- ٨ . وسائل الشيعة ٣٦١/١٧، ح١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

بتقريب: أنها تنص فى اعتبار المصلحة بفقرتى: «الناظر فيما يصلحهم» المكررة،

وعنوان الولى القيم عام يشمل كل من يتولّى اُمور الأيتام من الجدّ أو غيرهم.

ج: الإجماع

المصرح به فى كلام العلاّمة فى التذكرة(١) والشهيد فى الحاشية النجارية(٢) حاكيا عن قطب الدين البويهى، والشيخ جعفر فى شرح القواعد(٣) والسيّد العاملى فى مفتاح الكرامة(٤) بالنسبة إلى اعتبار المصلحة فى تصرفات الولى. بل فى كلام ابن ادريس: «هذا الذى تقتضيه اُصول المذهب»(٥).

وفيه: قد مرّ(٦) فى بحث الوجوه والأقوال فى المسألة قولٌ بعدم اشتراط المصلحة وكفاية عدم وجود المفسدة فى تصرفات الولى وذِكْرُ الْقائِلِيْنِ به. فليس فى البين إجماع.

نعم، يمكن أن يقال: بأنّ قدماء الأصحاب قائلون باعتبار المصلحة فى تصرفات الولى كما صرح به الفاضل الأصفهانى فى شرحه على الروضة: «أنّ المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء»(٧).

وثانيا: هذا الإجماع - على فرض تَمامِيَّتِهِ ولم يتم - مدركىٌ أو لاأقل من احتمال كونه مدركيّا فلا يغنى ولا يسمن من جوع.

د: العقل

العقل حاكم ومستقل بأنّ جعل الولاية للأيتام ليس إلاّ لأجل حفظ منافع الصغار وحقوقهم وأموالهم، فلابدّ أن يقيّد به الحكم الشرعى بجعل الولاية.

ص:٧٥

١- ١ . تذكرة الفقهاء ٢٤٥/١٤.

٢- ٢ . الحاشية النجارية /٢٢٥.

٣- ٣ . شرح القواعد ١٤٥/٢.

٤- ٤ . مفتاح الكرامة ٦٨١/١٢؛ و ٩٠/١٦.

٥- ٥ . السرائر ٤٤١/١.

٦- ٦ . هذا المجلد صفحة ٤٨.

٧- ٧ . المناهج السوية فى شرح الروضة البهية / مخطوطة، نقل عنه فى المكاسب ٥٤٠/٣.

ومضافا إلى أنّ سيرة العقلاء قائمة على مراعاة مصالحهم ومنافعهم ولم يَنْهَ الشارعُ المقدس عنه فلابدّ أن يكون معتبرا عنده.

بل يمكن أن يقال: فى جميع أنواع الولايات يكون مقتضى جعلها مراعاة مصلحة المولّى عليه وهذه الاقتضاء قضية ارتكازية ثابتة عند العقلاء وعليه سيرتهم، لأنّهم «حين ما يجتمعون وينتخبون مِن بينهم مَنْ يكون حاكما وسلطانا على مجموعة من

الناس، وإنّما يفعلون ذلک لأجل أن يكون الحاكم المنصوب راعيّا لمصالح عامة الناس لا مصلحة نفسه أو فئة معينة وبالتالى فطبيعة الولاية بنفسها تقتضى رعاية مصلحة المولّى عليه»(١).

ولعل إلى ما ذكرنا أشار شيخ الطائفة فى قوله: «من يلى أمر الصغير والمجنون خمسة: الأب والجدّ ووصىّ الأب أو الجدّ والإمام أو من يأمره الإمام.

فأمّا الأب والجدّ فإن تصرّفهما مخالف لتصرّف غيرهما فيكون لكلّ واحد منهما أن يشترى لنفسه من ابنه الصغير من نفسه فيكون موجبا قابلاً قابضا مقبضا، ويجوز تصرّفهما مع الأجانب، ولا يجوز لغيرهما إلاّ مع الأجانب فأمّا فى حقّ نفسه فلا يجوز.

فإذا ثبت ذلک فكلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلاّ على وجه الاحتياط، والحظّ للصغير المولّى عليه لأنّهم إنّما نصبوا لذلک فإذا تصرّف على وجه لا حظّ له فيه كان باطلاً لأنّه خالف ما نصب له»(٢).

وبالجملة: الأدلة الشرعية بالنسبة إلى جعل الولاية حتّى لو كان لها إطلاق - ولم يكن - تقيد بحكم العقل المستقل والسيرة العقلائية وإرتكازاتهم بمراعاة المصلحة للمولّى عليه وعدم نفوذ الولاية من دونها، والحمد للّه الذى خلق العقل وجعله حجة باطنة وأفضل شيءٍ عُبد به.

ص:٧٦

١- ١ . العقد النضيد ١٩٩/٤.

٢- ٢ . المبسوط ٢٠٠/٢.

تنبيهات

الاولى: المراد من الجد

هل المراد من الجدّ الذى له الولاية هو خصوص الجدّ الأدنى - أى أَبُوْ الأب - أم هو مطلق الجدّ وإن علا فيشمل أبا الجَدِّ وَجَدَّ الجَدِّ؟

تنّظر صاحب الجواهر فی إطلاق الجدّ وقال: «وکیف کان ففی تعدّی الحکم إلی أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا مع الأب نظر»(۱).

وتبعه المحقّق الأصفهانی ویری اختصاص الجدّ بالأدنی وقال: «... مع قطع النظر عن انصراف الجدّ إلی الأدنی لا ظهور لجملة منها (من الروایات) فی غیر الجدّ الأدنی... فإنّ ظاهر هذه الأخبار کون موردها الجدّ الأدنی. نعم بعضها الآخر بعنوان الأب والجدّ،

لکنه یمکن دعوی الانصراف وعدم الإطلاق للأعلی بملاحظة الأخبار الأولی فتدبر»(۲).

ولکن الشیخ الأعظم یری أنّ المراد بالجدّ عام فیشمل أبا الجدّ وجدّ الجدّ وهکذا وإن علا قال: «ثمّ لا خلاف ظاهرا - کما ادّعی - فی أنّ الجدّ وإن علا یشارک الأب فی الحکم، ویدلّ علیه ما دلّ علی أنّ الشخص وماله - الذی منه مال ابنه - لأبیه، وما دلّ علی أنّ الولد ووالده لجدّه»(۳).

وتبعه السیّد الخوئی وقال: «والظاهر ثبوتها (أی الولایة) له (أی للجد الأعلی) لأنّ بعض الأخبار وإن کانت مختصة بالجدّ الأدنی إلاّ أن بعضها مطلقة یعمّ الجدود ولا وجه لدعوی انصرافها من الجدّ إلی الجدّ الأدنی»(٤).

لتنقیح البحث لابدّ من مراجعة روایات الباب وهنّ علی طائفتین:

الطائفة الاولی: ما یختص بالجدّ الأدنی

منها: صحیحة محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهماالسلام قال: إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو

۱- ۳ . الجواهر ۲۰۲/۲۷ (۱۰۲/۲٦).

۲- ۱ . حاشیة المکاسب ۳۷٦/۲.

٣- ٢ . المكاسب ٥٤٢/٣.

٤- ٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢٢/٣؛ ونحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب ١٥١/٢.

جائز على ابنه، ولابنه أيضا أن يزوّجها، فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً فقال: الجدّ أولى بنكاحها.(١)

ومنها: موثقة الفضل بن عبدالملک عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّا وكان الجدّ مرضيّا جاز، قلنا: فإن هوى أبو الجارية هوى، وهوى الجدّ هوى وهما سواء فى العدل والرضى، قال: أحبّ إلىّ أن ترضى بقول الجدّ.(٢)

ومنها: معتبرة عبيد بن زرارة عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، قال: ولابنه أيضا أن يزوّجها، فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً فالجدّ أولى بنكاحها، الحديث.(٣)

الطائفة الثانية: مطلقات أو معلّلات

فتشمل الجدّ وإن علا بإطلاقها أو بالتعليل الوارد فيها:

منها: موثقة عبيد بن زرارة قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن

يزوّجها من رجل ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر فقال: الجدّ أولى بذلک ما لم يكن مضارّا، إن لم يكن الأب زوّجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ.(٤)

وبإطلاقها تشمل الجدّ الأدنى والأعلى. اللهم إلاّ أن يقال: «إنّ السؤال لم يكن»(٥) مطلقا منذ البداية لينعقد الجواب مطلقا، بل كان مقيدا بالأدنى ويتبعه الجواب.

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ الجواب يكون مطلقا ولو لم يكن السؤال كذلک والقاعدة تقتضى لزوم الأخذ بإطلاق الجواب.

ومنها: صحيحة هشام بن سالم ومحمّد بن حكيم عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: إذا زوّج

١- ٤ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح١، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٢- ٥ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٩٠، ح٤.

٣- ٦ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٩١، ح٧.

٤- ١ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح٢.

٥- ٢ . العقد النضيد ٤/٢١١.

الأب والجدّ كان التزويج للأوّل، فإن كانا جميعا فى حال واحدة فالجدّ أولى.(١)

إطلاقها ظاهر.

ومنها: خبر على بن جعفر - عند القوم - وحسنته عندنا عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيّهما أحقّ أن ينكح؟ قال: الذى هوى الجدّ (أحقّ بالجارية) لأنّها وأباها للجدّ.(٢)

ليست الرواية مطلقة ولكنها معلّلة، والتعليل الوارد فيها يشمل الجدّ وهو قوله عليه السلام : «لأنّها وأباها للجدّ».

وسندها صحيح لِإنَّ عَلِيَّ بن جعفرٍ العُرَيْضى رَواها فى كِتابِه ولصاحب الوسائل سند صحيح إلى كتاب على بن جعفر فبهذا السند تكون صحيحة.

وبالجملة: إطلاق بعض الروايات وتعليل بعضها الآخر يدلاّن على أنّ المراد بالجدّ مطلق ويشمل الجدّ وإن علا، نعم آية أُولى الأرحام وهى قوله تعالى: «وَأُولُوا الأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ»(٣) أجنبيّة عن الدلالة لأنّها واردة فى المواريث والفرائض.

والحاصل: نحن مع الشيخ الأعظم والسيّد الخوئى وشيخنا الاستاذ(٤) رحمه الله والاستاذ

المحقّق(٥) - مدظله - بأنّ المراد من الجدّ مطلق الجدّ وإن علا، واللّه العالم.

الثانية: هل ولاية الجدّ - فى تزويج حفيدته - مختصة بحال حياة الأب؟

أو أنّهاثابتة مطلقا - فى حال حياة الأب ومماته - ؟ قولان: الثانى - وهو ثبوت

١- ٣ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح٣.

٢- ٤ . وسائل الشيعة ٢٠/٢٩١، ح٨.

٣- ٥ . سورة الأنفال /٧٥.

٤- ٦ . إرشاد الطالب ٤/١٩٢.

٥- ١ . العقد النضيد ٤/٢١٢.

ولايته مطلقا - هو المشهور. بين المتأخرين، ونُسب الأوّل إلى المشهور بين القدماء(١). كما هو مختار الصدوق(٢) والشيخ(٣) وأَبْناءِ الجنيد(٤) والبراج(٥) وزهرة(٦) وأبى الصلاح(٧) وسلاّر(٨). ومال إليه من المتأخرين الفاضل الأصفهانى(٩).

مستند القول الأوّل وهو اختصاص ولاية الجدّ بحياة الأب

ليس إلاّ ما مرّ من قوله عليه السلام فى موثقة الفضل بن عبدالملک: «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّا وكان الجدّ مرضيّا جاز»(١٠).

بتقريبين: الأوّل: مفهوم الشرط: المأخوذ فى كلام الإمام عليه السلام شرطان: ١- حياة الأب، ٢- كون الجدّ مرضيا، فإذا كانا مَوْجُوْدَيْنِ معا تثبت الولاية للجدّ، وإذا فقد أحدهما - حياة الأب أو كون الجدّ غير مرضى فى اعتقاده وأفعاله أى غير عادل - فولايته تنتفى بمفهوم القضية الشرطية.

وهذا التقريب ورد فى كلام صاحب الجواهر حيث يقول: «أنّها [أى دلالتها] من مفهوم الشرط - لإرادة بيان الجواز فى هذا الحال فضلاً عن حال موت الأب، ردّا على من اعتبر موت الأب فى ثبوت ولاية الجدّ من العامة»(١١).

ويرد عليه: بأنّ ما ورد فى الموثقة من قبيل مفهوم الوصف لا مفهوم الشرط - كما

١- ٢ . كما فى حاشية المكاسب ٣٧٧/٢ للمحقّق الاصفهانى.

٢- ٣ . الهداية /٢٦٠.

٣- ٤ . النهاية ٣١١/٢ و ٣١٢.

٤- ٥ . راجع المختلف ١٠٠/٧.

٥- ٦ . المهذب ١٩٥/٢.

٦- ٧ . غنية النزوع /٣٤٢.

٧- ٨ . الكافى فى الفقه /٢٩٢.

٨- ٩ . المراسم /١٤٨.

٩- ١٠ . كشف اللثام ٥٩/٧ و ٦٠.

١٠- ١١ . وسائل الشيعة ٢٩٠/٢٠، ح٤.

١١- ١٢ . الجواهر ٣٠/٣٠٤ (١٧١/٢٩).

عليه بعض ويراه المحقّق الأصفهانى(١) هو الحق - فلا يتم هذا التقريب «لأنّ الشرطية هنا لتحقيق الموضوع لا لتعليق الحكم»(٢). مضافا إلى إعراض المشهور عن اعتبار العدالة فى ولاية الأب والجدّ.

الثانى: مفهوم الوصف: الوارد فى قوله عليه السلام : «وكان أبوها حيّا» مفهوم هذا الوصف يدلّ على انتفاء ولاية الجدّ إذا لم يكن أبوها حيّا.

ويرد عليه: ما أُورده المحقّق الأصفهانى بقوله: «أنّ الوصف إنّما يكون له مفهوم إذا لم يكن لإيراده فى الكلام فائدة وهى هنا دفع توهم ولاية الجدّ بعد فقد الأب كما عن بعض العامة(٣)»(٤).

ولذا قال السيّد الخوئى: «ليس لهذه الجملة مفهوم، لأنّ العامّة على الظاهر متّفقون على عدم ثبوت الولاية للجدّ مع وجود الأب - للآية الشريفة - ومن المحتمل أنّ الإمام عليه السلام أراد من هذا القيد الإشارة إلى ذلک، أى ثبوت الولاية للجدّ ولو مع وجود الأب، فالمراد حتّى إذا كان حيّا. وهذا وإن كان تأويلاً للرواية، إلاّ أنّه قريب جدّا بعد اتّفاق العامّة على ما ذكرناه، فليس للقضيّة مفهوم من هذه الجهة»(٥).

وأمّا سند الرواية: فَسَيَأْتى الإشكال فى السند مِنْ قِبَلِ جعفر بن سماعة وأنّه هَلْ هُوَ جعفر بن محمّد بن سماعة الذى وثقه النجاشى(٦) وصرّح بوقفه أو غيره؟

١- ١ . حاشية المكاسب ٣٧٧/٢.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٣٧٧/٢.

٣- ٣ . العامة متفقون على عدم ثبوت الولاية للجدّ مع وجود الأب - على الظاهر - كما ورد فى الحاوى الكبير ٩١/٩؛ ومغنى المحتاج ١٤٩/٣؛ الأُمّ ١٣/٥؛ المجموع ١٤٧/١٦ و ١٥٤؛ المغنى ٣٤٦/٧، والفقه على المذاهب الأربعة ٣٥٤/٢؛ و ٢٦/٤.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ٣٧٧/٢.

٥- ٥ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢٤/٣.

٦- ٦ . رجال النجاشى /١١٧، رقم ٣٠٥.

ذهب ابن داود(١) إلى أنّ جعفر بن سماعة غير حفيد سماعة وضعّفه وتبعه المامقانى(٢)، ولكن المجلسى مع أنّه يرى وحدتهما فى وجيزته(٣) اختار ضعف سند

الرواية فى مرآة العقول(٤) مدعيّا أنّ فى رجاله بعض الواقفية.

وذهب إلى اتحادهما العلاّمة فى خلاصته(٥) حيث لم يعنون غير جعفر بن محمّد بن سماعة، والقهبائى فى مجمع الرجال(٦)، والشيخ عبدالنبى الجزائرى فى حاوى الأقوال(٧)، والتفرشى فى نقد الرجال(٨) الميرزا الاسترآبادى فى منهج المقال(٩) وأبوعلى الحائرى فى منتهى المقال(١٠) والسيّد الخوئى فى معجم رجال الحديث(١١).

ونحن مع الاتحاد لأنّ الانتساب إلى الجِدّ شائعٌ وفساد مذهب الروای لم يضرّ باعتبار الرواية إذا كان ثقة وَصَدُوْقا فى مقالته فتم سند الرواية عندنا وهى موثقة الإسناد كما مرّ.

وبالجملة: سند الرواية تامٌّ ولكن دلالتها لم تتم فلا يتم القول بأنّ ولاية الجدّ مختصة بحال حياة الأب واللّه العالم.

١- ٧ . رجال ابن داود /٣٨٥.

٢- ٨ . تنقيح المقال ١٥٦/١٥، رقم ٣٨٨١.

٣- ٩ . الوجيزة فى الرجال /٤٤، رقم ٣٦٥، قال: جعفر بن سماعة ثقة غير امامى هو ابن محمّد بن سماعة، وقيل: ضعيف غيره.

٤- ١ . مرآة العقول ١٣٣/٢٠.

٥- ٢ . ترتيب خلاصة الأقوال /١٢٤، رقم ٢٢.

٦- ٣ . مجمع الرجال ٢٨/٢.

٧- ٤ . حاوى الأقوال /١٩٩، رقم ١٠٥١.

٨- ٥ . نقد الرجال /٦٩، رقم ٣٢ (٣٤٤/١، رقم ٩٦٩).

٩- ٦ . منهج المقال ٢٠١/٣، رقم ١٠٤٩: قال: «والحقّ أنّه جعفر بن محمّد بن سماعة...».

١٠- ٧ . منتهى المقال ٢٤٧/٢، رقم ٥٥٣.

١١- ٨ . معجم رجال الحديث ٣٧٧/٢.

مقالة الاستاذ المحقّق - مدظله - ونقده

ولكن مع ذلک كلّه قال فى العقد النضيد: «... لا سبيل للاطمئنان إلى اتّحاد جعفر ابن سماعة مع جعفر بن محمّد بن سماعة، بل الدليل على خلافه، ولو سلّمنا اتّحادهما فإنّ ذلک غير مفيد فى المقام، ولا ينفعنا فى الاعتماد على هذه الرواية لاعتقادنا بعدم حجيّتها، وإن نلتزم بوثاقة جعفر بن محمّد، وذلک لإعراض مشهور الفقهاء عن العمل بها - خلافا لما ادّعاه العلاّمة فى التذكرة من الإجماع على العمل بها، بل إنّ مضمونها تخالف فتوى المشهور من جهتين: اشتراط العدالة فى الجدّ، واشتراط ولايته بحياة الأب، وبالتالى فمن يلتزم بسقوط الرواية بإعراض الشمهور عنها - كما هو الحقّ الذى نلتزم به - عليه أن يحكم بسقوط هذه الرواية عن الحجيّة»(١).

أقول: الأُستاذ المحقّق - مدظله - متحد معنا فى نتيجة الاستدلال دون طريقه

ولكن يرد عليه: أوّلاً: الاطمئنان حاصل لنا فى اتحاد جعفر بن سماعة وجعفر بن محمّد بن سماعة لما مرّ من أنّ الانتساب إلى الجدّ شائع.

وثانيا: إعراض الأصحاب ثابت بالنسبة إلى الفقرة الثانية وهى قوله عليه السلام : «وكان الجدّ مرضيّا» الدالة على اعتبار العدالة فى ولاية الجدّ. وأمّا بالنسبة إلى الفقرة الأُولى وهيقوله عليه السلام : «وكان أبوها حيّا» كيف يثبت اعراض الأصحاب مع ذهاب مشهور القدماء إليه كما مرّ وميل كاشف اللثام إليه.

وثالثا: ردّ العلاّمة اعراض الأصحاب عن الرواية حيث ادعى الإجماع على العمل بها كما نقله الاستاذ المحقّق - مدظله - ومع ادعاء هذا الاجماع كيف يثبت إعراض الأصحاب عنها.

١- ٩ . العقد النضيد ٢٢١/٤.

وأمّا مستند القول الثانى: وهو ثبوت ولاية الجدّ مطلقا - أى بلا فرق بين حال حياة الأب ومماته فَهُوَ - :

أ- الإطلاقات

الماضية فى ولاية الجدّ الواردة فى تزويج حفيدته الشاملة لحالتى حياة الأب ومماته.

ولذا قال صاحب الجواهر: «مضافا إلى إطلاقه (إطلاق موثّق عبيد(١)) جواز تزويج كلّ منهما عليها»(٢).

ب: التعليل

الوارد فی صحیحة علی بن جعفر: «لأنّها وأباها للجدّ»(۳)، یقتضی ثبوت الولایة للجدّ مطلقا فی حال حیاة أبیها ومماته.

ج: أقوائیة

ولایة الجدّ من ولایة الأب کما صرح بها بعض الروایات الماضیة «ولذا یقدم الجدّ علی الأب مع المزاحمة، فیبعد جدّا اشتراط ولایته ببقاء حیاة الأب فتدبر»(٤).

وقال صاحب الجواهر بعد موثق عبید(٥): «الدالّ علی قوّة ولایة الجدّ من ولایة

الأب فلا یؤثر فیها موت الأضعف کالعکس، بل هو أولی...»(٦).

د: استصحاب

ولایة الجدّ فی حال حیاة الأب بعد مماته ولذا قال فی الجواهر: «وللاستصحاب

١- ١ . وسائل الشیعة ٢٨٩/٢٠، ح٢.
٢- ٢ . الجواهر ٣٠٥/٣٠ (١٧٢/٢٩).
٣- ٣ . وسائل الشیعة ٢٩١/٢٠، ح٨.
٤- ٤ . حاشیة المکاسب ٣٧٧/٢ للمحقّق الأصفهانی.
٥- ٥ . وسائل الشیعة ٢٨٩/٢٠، ح٢.
٦- ١ . الجواهر ٣٠٥/٣٠ (١٧٢/٢٩).

فی بعض الأفراد»(١).

وقد ناقشه الاستاذ المحقّق(٢) – مدظله – بأنّ جريان الاستصحاب مشروط باتحاد قضيتى المتيقنة والمشكوكة وفى ما نحن فيه نشک فى اتحادهما فى الموضوع لاحتمال أن تكون حياة الأب قيدا أو شرطا لولاية الجدّ. وهى مفقودة فى القضية المشكوكة.

الثالثة: مع فقدان الأب هل تختص الولاية بالجدّ أم يُشارِكُهُ أبوه وجدّه؟

قال السيّد المجاهد: «وهل الأجداد فى مرتبة واحدة، فكلّهم اولياء بالاستقلال أو لا؟ بل الأقرب إلى الأب يمنع الأبعد، صرّح بالثانى فى جامع المقاصد(٣) والمسالک(٤) والكفاية. ويظهر الأوّل من إطلاق الشرائع والنافع والتبصرة والإرشاد والتحرير والقواعد والتذكرة والدروس واللمعة وكنز العرفان والروضة والرياض»(٥).

وقال الشيخ الأعظم: «لو فُقد الأب وبقى الجدّ، فهل أبوه أو جدّه يقوم مقامه فى المشاركة أو يخصّ هو بالولاية؟ قولان»(٦).

أقول: مرادهم من هذا الفرع التنبيه على أنّ ولاية الأجداد هل هى ثابتة لجميع طبقاتهم وإن علوا فى عرض واحد، أم هى طولية فلا تثبت لِاءبى الجَدّ إلاّ بعد فقد الجدّ ولا تثبت لجدّ الجدّ إلاّ بعد فقد أبى الجَدّ وهكذا لا تثبت للأعلى إلاّ بعد فقد الأدنى؟ فيه قولان، قد مرّ القائلون بهما فى كلام السيّد المجاهد.

دليل طولية ولاية الأجداد

قوله تعالى: «أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ فِى كِتابِ اللّهِ»(٧)

١- ٢ . الجواهر ٣٠٤/٣٠ (١٧١/٢٩).

٢- ٣ . كما فى العقد النضيد ٢٢٣/٤.

٣- ٤ . جامع المقاصد ١٨٧/٥.

٤- ٥ . المسالک ١٧١/٧.

٥- ٦ . المناهل /١٠٥.

٦- ٧ . المكاسب ٥٤٢/٣.

٧- ٨ . سورة الأنفال /٧٥؛ سورة الأحزاب /٦.

بتقريب: الآية الشريفة بالنسبة إلى الولاية كالميراث تدلّ على وجود الطبقات والترتيب، فمادام الجدّ كان حيّا لم تثبت ولاية بالنسبة إلى أبى الجَدّ، لأنّه - الجدّ - كان أولى وأقرب بالمولّى عليه من أبى الجدّ. فَولايَةُ أبى الجدِّ متوقفة على فقد الجدّ وهكذا فقد الأدنى حتّى تصل النوبة إلى الأعلى، لأنّ الآية الشريفة جعلت الأولوية بالنسبة إلى أولى الأرحام ومنها أُولوية الولاية.

بعبارة أُخرى: الآية الشريفة تثبت وجود الولاية الطولية بحسب طبقات الولاة كماتثبت الميراث بحسب طبقات الإرث. ومع وجود الجدّ الأدنى لم تصل النوبة إلى الجدّ الأعلى فى الولاية وأنّ الأقرب يمنع ولاية الأبعد بالنسبة إلى المولّى عليه.

ويرد عليه: أوّلاً: الآية الشريفة مختصة بباب الإرث، وعلى فرض عدم اختصاصها يمكن الاستدلال بها فى مسألة تغسيل الميت وتجهيزه كما فعله صاحب الجواهر(١).

وأمّا دلالتها على باب الولايات فلا تتم، وعلى فرض جريانها فى الولايات تثبت بها ولاية أولى الأرحام حصرا وتنفى بها ولاية الأجانب دون استفادة الطولية أو العرضية منها، فتدبر.

وثانيا: على فرض تمامية دلالتها على طولية ولاية أُولى الأرحام يستلزم تخصيص الأكثر المستهجن، لأنّ الولاية فى طبقات الأرث منحصرة بالأب والجدّ الأبى فقط، وهذه يستلزم خروج كثير من الأفراد والطبقات بحيث يصير التخصيص مستهجنا.

وثالثا: على فرض تمامية دلالتها يلزم عدم ثبوت الولاية للجدّ فى حياة الأب - كما عليه العامة - مع أنّه قد مرّ ثبوتها فى حياته ومماته ومن هذا التخصيص يظهر أنّ أدلة الولاية حاكمة على هذه الدلالة.

وبالجملة: هذه الآية الشريفة أجنبية مِن الدِّلالة على مَنْ له الولاية وثبوتها وطوليتها أو عرضيتها وطبقاتها وترتيبها، واللّه سبحانه هو العالم.

ص:٨٦

١- ١ . راجع الجواهر ٥٧/٤ من طبعة جماعة المدرسين.

فظهر مما ذكرنا عدم وجود الطولية بالنسبة إلى ولاية الأب والجدّ بحيث ولاية الأب تكونُ مقدمة على ولاية الجدّ بل أنّهما فى عرض واحد فلا يتم ما ذكره العلاّمة رحمه الله فى وصايا التذكرة من قوله: «ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجدّ»(١).

الرابعة: المراد من الأب والجدّ النسبيين

«إنّ الظاهر اختصاص الولاية بالأب والجدّ النسبيين دون الرضاعيين، لأنّهما - على فرض صدق الأب والجدّ عليهما حقيقةً - تنصرف الأدلة عنهما، ولم نقف على تعرض أحدٍ للحوق الرضاعيين بالنسبيين. ودليل تنزيل الرضاع منزلة النسب ناظر إلى الأوصاف والأحكام الظاهرة. وعلى فرض الشك فى شمول دليل الولاية لهما فمقتضى الأصل عدمها.

وأمّا ولاية الأب والجدّ على مَن وُلِد منهما بالزنا، فالظاهر ثبوتها لهما، لصدق الأب والجدّ عليهما حقيقةً بالنسبة إلى هذا الولد. وهذه المعانى الحقيقيّةُ العرفية موضوعات للأحكام الشرعية.

وأولى بثبوت الولاية للأب والجدّ ما إذا كان تولد الولد منهما على الوجه المحرّم غير الزنا، كالتولد من وطى محرّمٍ بالعرض كالوطى فى حال الحيض والإحرام والصوم، أو من تلقيح ماء أجنبى فى

جوف المرأة [على القول بحرمته] فإنّ الولد فی جمیع هذه الصور لصاحب الماء، ومقتضی موضوعیة المعانی العرفیة للأحکام الشرعیة ثبوت الولایة وغیرها من الأحکام الشرعیة للأب والجدّ إلاّ ما خرج کالإرث، فإنّ الزنا مانع عنه»(۲).

ص:۸۷

۱- ۲ . تذکرة الفقهاء ۲۲/۲۲ (۵۱۰/۲ من الطبعة الحجریة).

۲- ۱ . هدی الطالب ۱۲٤/٦.

الثانی: ولایة الفقیه

اشارة

قبل الإیْغالِ(۱) فی البحث لابدّ من التذکیر بِأُمُوْرٍ:

الأوّل: البحث العلمی المحض لا السیاسی

نبحث عن ولایة الفقیه بحثا کلیّا علمیّا فقهیّا بحتا ولا نبحث عنه بحثا مصداقیا سیاسیا اجتماعیا. فلابدّ من لحاظ هذا الأمر فی طیّ البحث.

الثانی: تاریخ هذا البحث بالاجمال

تَرْجِعُ أَصالة هذا البحث إلی أکثر من ألف سنة حیث ذهب الشیخ المفید رحمه الله المُتَوَفّی سنة ٤۱۳ إلی أنّ إقامة الحدود محوّل إلی «سلطان الإسلام المنصوب من قبل اللّه - تعالی - وَهُمْ أئِمَّةُ الهُدی من آل محمّد علیهم السلام ومن نصبوه لذلک من الأُمراء والحکّام وقد فوّضوا النظر فیه إلی فقهاء شیعتهم»(۲).

وتبعه تلميذه شيخ الطائفة الطوسى(٣) والحلبى(٤) وسلاّر(٥) والعلاّمة(٦) والشهيد(٧)

ص:٨٨

١- ١ . كلّ داخلٍ فى شىء دخولَ مستعجلٍ فقد أوْغَل فيه. [ترتيب جمهرة اللغة ٦٠٢/٣.]

٢- ٢ . المقنعة /٨١٠.

٣- ٣ . النهاية /٣٠٠.

٤- ٤ . الكافى فى الفقه /١٧٢ و ٤٢٣.

٥- ٥ . المراسم /٢٦٣.

٦- ٦ . القواعد ٥٢٥/١.

٧- ٧ . الدروس ٤٧/٢.

والكركى(١) والشهيد الثانى(٢).

وحاصل كلام الفقهاء فى هذه المصادر وغيرها ترسيم حكومة شرعية، الحاكم فيها هو الإمام المعصوم عليه السلام ومع الابتلاء بغيبته - عجل اللّه تعالى فرجه وظهوره - الفقيه هو الذى يقوم مقامه فى بعض الاُمور لا كلّها نحو إقامة الحدود وأخذ الحقوق والإفتاء للنّاس والقضاء بينهم وسدّ الثغور وتبليغ الشريعة والدفاع عنها وإقامتها وحفظ بيضة الإسلام وحفظ المذهب الحقّ الإمامى الاِثْنَىْ عَشَرِىّ وغيرها.

وهذه الحكومة الشرعية عندهم غير الحكومة التى أقامها الظلمةُ الغالبون على الحكم والسلطة فى كلِّ عصر ومصر.

ففى كل عصر عندهم حكومتان وحاكمان، الحكومة الظاهرية الظالمة المتغلبة على الحكم وحاكمها أمير أو ملک أو رئيس، والحكومة الواقعية الشرعية العادلة وحاكمها فى عصر الظهور الإمام المعصوم عليه السلام وفى عصر غيبته عليه السلام الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء.

نعم، فى عصر الظهور إذا تصدى للحكومة الظاهرية غير الإمام عليه السلام فهو غاصب لحقّه وحكومته تكون غاصبة ظالمة باطلة غير مشروعة.

وأمّا فى عصر الغيبة فالحكومة الشرعية الواقعية للفقيه وأمّا الحكومة المتصدية المتغلبة على الأمر فلا تكون غاصبة ظالمة غير مشروعة إذا أستجاز فى تصرفاته من فقيه عصره كما فعله الصفويون واستجازوا من فقهاء عصرهم وشيوخ إسلامهم نحو الكركى وبهاءالدين محمّد العاملى والشيخ محمّدباقر المجلسى والسبزوارى قدس سرهم وغيرهم.

أو فتحعلى شاه القاجارى حيث استجاز فى حرب الروس من فقيه عصره جدّى الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله وأمّا إذا تصدى للأمر من دون الاستجازة فتصرفاته باطلة غير مشروعة، وأمّا كونها عادلة أو ظالمة، مفيدة بحال النّاس أو مضرّة بحياتهم فَهِيَ مشروطةٌ بأعمالها الواقعية وكيفية مواجهتها معهم ومنافعهم ومعيشتهم وحرّيّاتهم.

١- ٨ . رسائل المحقّق الكركى ١٤٢/١.

٢- ٩ . المسالک ٤٧٦/١.

فَرُبَّ حُكُوْمَةٍ مجازة من الفقيه تكون عوائدها ومنافعها للنّاس كثيرة نحو حكومة بعض ملوک الصفوية وربّما على عكسها نحو حكومة بعض ملوک القاجارية الجبّانيين كما فى حرب الروس والاتفاق معهم باتفاقيتى گلستان وتركمن چاى.

وَرُبَّ حُكُوْمَةٍ غير مجازة من الفقيه تخدم رعيتها وشعوبها نحو حكومة آل بويه والصفاريين وَالزَّنْدِيّيْنَ.

وَرُبَّ حُكُوْمَةٍ غير مجازة من الفقيه لم تخدم شعوبها بل أخذت منهم حرّيّاتهم وسلّطت عليهم وحبستهم وأخذت أموالهم وسَعَتْ فى تخريب البلاد وظلم العباد وليست همّهم إلاّ كونهم على السلطة والحكم والقدرة كأكثر سلاسل الملوك والحكام.

وبالجملة: يتصوّر الفقهاء فى عصر الغيبة حُكُوْمَتَيْنِ فى عرض واحد: الحكومة الشرعية وحاكمها الفقيه العادل والحكومة المتغلبة المسلَّطة وحاكمها على أىّ حالٍ ظالم وجائر، وهو إمّا مأذون من الحكومة الشرعية أو غير مأذون، وهذا الاستيذان يحصل له جواز تصرفاته فى بيت مال المسلمين وفى البلاد والعباد جوازا شرعيّا دينيّا. ولكن لا يصيّره عادلاً مراعيّا لحقوق النّاس وساعيّا لحفظ البلاد والعباد ومنافعهم بل هذا الأمر الأخير منوط بأعمال الحاكم وكيفية حكمه وسيرته العملية مع رعاياه وشعبه.

ينظر الفقهاء إلى الحكومة الشرعية على هذا النحو حتّى بَزَغَ نجم السيّد الإمام الخمينى رحمه الله وَرأى بأنّ الحكومة الشرعية فى عصر الغيبة تمكّنت من أن تقوم بدلاً من الحكومة المتغلبة على الحكم وَجازَ للفقيه أن يجلس على كرسى الحكومة الظاهرية وأن يتصدى للحكم بنفسه ويُبَدِلَها بها، وَيُطَبِّقَ الحكومة الشرعية على الحكومة الظاهرية.

وهذا التطبيق بين الحكومتين من إبداعاته وتأسيساته وَلِكَوْنه هُوَ مُؤَسّس هذِهِ النَّظريّة، والفقهاء قبله يرُون الفارق بينهما.(١)

فَوَقَعَتْ هنا مغالطة واضحة وهى أنّ وِلايَةَ الفقيه بمعنى الحكومة الشرعية يقول بها

١- ١ . راجع فى هذا المجال إلى أوّل بحث ولاية الفقيه فى كتابه البيع ٦٧/٢: ضرورة الحكومة الإسلامية.

الفقهاء على مدى قرون، ولكن تطبيقها على الحكومة الظاهرية وجعلها نظرية للحكم فهو من إبداعات الإمام الخمينى رحمه الله .

وأمّا وضوحها: فالمخالفون لهذا التطبيق والنظرية السياسية فى الحكم ينكرون أصل ولاية الفقيه حال كون ثبوتها فى الجملة من ضروريات الفقه الشيعى، والموافقون له يأتون بأقوال الفقهاء على مدى القرون والأعصار تَأْيِيْدا للتطبيق والنظرية السياسية، ويغفلون من أنّ هذه النظرية السياسية والتطبيق هُوَ من أبكار أفكاره ومن تأسيساته فى عالم الحكم والسياسية.

نعم، يَصِحُّ أن يقال: بأنّ هذه الفكرة والنظرية لها أصول وَجُذُوْرٌ على مدى قرون وأعصار وأمّا إنكار إبداعها وتأسيسها مِنْ قِبَلِ السيّد الإمام الخمينىّ رحمه الله فَظُلْمٌ لَهُ وَلِاءفْكارِه

وآرائه وأنظاره العلمية والفقهية والسياسية وإنكار لضرورى قَبِلَهُ العالَم بأسره وهو أنّ هذه النظرية السياسية سُجلتْ باسم السيّد الخمينى رحمه الله وأنّه أسس حكومة فى إيران العزيزة بعد الثورة الإسلامية على أساس هذه النظرية وهى الجُمهورية الإسلامية وتصدّى لقيادتها عشر سنين وإلى آخر حياته المباركة - قدس اللّه سره - .

ص:٩١

الثالث: تحرير محل النزاع

ظهر ممّا ذكرنا فى تاريخ هذا البحث، أنّا نبحث عن ولاية الفقيه بحثا علميّا فقهيّا كما بحثها الفقهاء العظام مدى القرون والأعصار، ولا نبحث عنها بأنّها نظرية للحكم فى عالم السياسة التى أسسها الإمام الخمينى رحمه الله ، وبين البحثين موضوعا وحكما وأدلة ونظرية وتطبيقا فُروقٌ واضحة لا ينكرها إلاّ المكابر.

فالبحث الفقهى يأتى بالتفصيل إن شاء اللّه تعالى، والبحث السياسى خارج عن موضوع كتابنا الفقهى فلا نتعرض له، وله محل آخر وبحوث اُخر وَلَهُ عُلَماءُ آخَرون وأدلة أُخرى ومناقشات أُخرى ومميّزات أُخرى، ومباحثه باعتقادى أكثر أن تكون إلآهِيَّةً سَماوِيَّةً تكون شَعْبِيَّةً أَرْضِيَّةً، وأكثر مِنْ أَنْ تَكونَ نَظَرِيَّةً تكونُ عَمَلِيَّةً وأكثر أن تلاحظ فيها حقوق الوالى لابدّ أن تلاحظ فيها حقوق الرعية والشعب. وأكثر أن تلاحظ فيها رُؤْى لابدّ أن تلاحظ فيها فوائد ومنافع ترجع إلى البلاد والعباد لأنّ الحكومة من شئون الحكمة العملية لا النظرية، والعلّة المحدثة لها حفظ البلاد والعباد ومنافعهم وتنظيم أُمورهم ومعايشهم ودفع المظالم عنهم فهى تكون العلّة المبقية لها مع تذكار مقالة أميرالمؤمنين عليه السلام بأنّ: «مَنْ ظَلَمَ عبادَ اللّه ِكان اللّه ِخَصْمَهُ دونَ عبادِهِ... وليس شىءٌ أدعى إلى تغييرِ نعمةِ اللّه ِ وتعجيلِ نقمتِهِ مِنْ اقامةٍ على ظلمٍ فإنّ اللّه سميعٌ دعوةَ المُضْطهدينَ وهو للظالمينَ بالمرصادِ»(١).

وأختم هذه الشقشقة بكتاب اللّه تعالى حيث يقول عزّ من قائل: «أَنْزَلَ مِنَ السَّماءِ ماءً فَسالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِها فَاحْتَمَلَ السَّيْلُ زَبَدا رابِيا وَمِمّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِى النّارِ ابْتِغاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتاعٍ زَبَدٌ مِثْلُهُ كَذلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الْحَقَّ وَالْباطِلَ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفاءً وَأَمّا ما يَنْفَعُ النّاسَ فَيَمْكُثُ فِى الْأَرْضِ كَذلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الْأَمْثالَ»(٢).

١- ١ . نهج البلاغة، الكتاب ٥٣. وهو عهده إلى الأشتر النخعى المروى بسند صحيح كما مرّ. وقد شَرَحَهُ جَماعة من الأعلام، منهم: العالم القانونىّ الشهير الأستاذ توفيقٌ الفَكِيْكىُّ البغدادىّ وعنوانُ شرحه «الراعى والرعية» وَقدّمَ له فى طبعته الأولى العلاّمة السيّد هبة الدين الحسينى الشهرستانى قدس سره .

٢- ٢ . سورة الرعد /١٧.

الرابع: من هو الفقيه؟

قد مرّ فى أوّل هذا المجلد معنى الولاية فى اللغة(١) والاِصطلاحُ(٢) فلابدّ حينئذ مِنْ بَيانِ أنّ المراد بالفقيه مَنْ هو؟ حتّى يتبيّن مصطلح «ولاية الفقيه».

فلذا أقول: الفقه فى اللغة هو إدراک الشىء والعلم به وكلّ علمٍ بشىءٍ فهو فقه أو العلم فى الدين.

قال الخليل: الفِقْهُ: العِلْم فى الدّين. يُقالُ: فَقُهَ الرّجل يَفْقُهُ فِقْها فهو فَقيهٌ.

وفَقِهَ يَفْقَهُ فِقْها إذا فَهِمَ. وأفقهتُه: بَيَّنْتُ لهُ. والتَّفَقُّهُ: تَعَلُّمُ الفِقْهِ»(٣).

وقال ابن فارس: «فقه: الفاء والقاف والهاء أصلٌ واحد صحيح، يدلُّ على إدراكِ الشَّىء والعِلْمِ به. تقول: فَقِهْتُ الحديث أفْقَهُه. وكلُّ عِلْمٍ بشىء فهو فِقْه. يقولون: لا يَفْقَه ولا يَنْقَه. ثمّ اختُصَّ بذلک علمُ الشّريعة(٤)، فقيل لكلِّ عالم بالحلال والحرام: فقيه. وأَفْقَهْتُک الشَّىء، إذا بَيّنْتُهُ لک»(٥).

وقال الزمخشرى: «ف ق ه: افْقَهْ عنى ما أقول لک، وقال أعرابىّ لعيسى بن عمر: شهدت عليک بالفقه أى بالفهم والفطنة، وفى الحديث «من أراد اللّه به خيرا فقّهه فى الدين» وفقّهتُ فلانا كذا وأفقهته إيّاه: فهّمته ففقهه وتفقّهه»(٦).

وقال الفيومى: «الفِقْهُ: فَهم الشَّىء قَالَ ابْنُ فَارِسٍ وَكُلُّ عِلْمٍ لِشَىء فَهُوَ فَقْهٌ و (الْفِقْهُ)

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ٩.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ١٤.

٣- ٣ . كتاب العين /٧٥١.

٤- ٤ . قالُوْا: وإنَّما اخْتَصّ بهِ لِشَرَفِهِ وفى ذلكَ يقول الشاعرُ القديم مِنَ (الوافر): إذا ما اعْتَزَّ ذُوْ عِلْمٍ بِعِلْمٍ فَعِلْمُ الْفِقْهِ أَوْلى بِاعْتَزارِ فَكَمْ طِيْبٍ يَفُوْحُ وَلا كَمِسْكٍ وَكَمْ طَيْرٍ يَطيرُ ولا كَبازِ ومِنْ دُرَّة السيّد بحرالعلوم: وَإنَّ عِلْمَ الْفِقْهِ فى الْعُلُومِ كَالْقَمَرِ السّاطِعِ فى النّجُوْمِ

٥- ٥ . معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٤.

٦- ٦ . أساس البلاغة /٣٤٦.

عَلَى لِسَانِ حَمَلةِ الشَّرْعِ عِلْمٌ خَاصٌّ. و (فَقِهَ فَقَها) مِنْ بَابِ تَعِبَ إذا عَلِمَ و (فَقُهَ) بالضَّمِّ مِثْلُهُ وَقِيلَ بِالضَّمِّ إذا صَارَ الْفِقْهُ لَهُ سَجِيَّةً قَالَ أَبُو زَيْدٍ رَجُلٌ (فَقُِهٌ) بِضَمِّ الْقَافِ وَكَسْرِهَا وَامْرَأَةٌ (فَقُهَةٌ) بالضَّمِّ وَيَتَعَدَّى بِالْءَلِفِ فَيُقَالُ (أَفْقَهْتُكَ) الشَّىءَ وَهُوَ (يَتَفَقَّهُ) فى الْعِلْمِ مِثْلُ يَتَعَلَّمُ»(١).

ولكن الفقه فى الاِصطلاح «هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»(٢) أو «العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية»(٣) أو «اسم للعلم بالمسائل التى لا يكون ثبوتها عن صاحب الشريعة من الضروريات عند الأُمّة، سواء كان ثبوتها عنه ضروريّا عند ذلك العالم أو لا»(٤) أو العلم التفصيلى بالأحكام الشرعية من الأدلة الأربعة: الكتاب، السنة، الاجماع، العقل. هذا هو تعريف الفقه فى مصطلح الفقهاء.

ولكن ثبوت الحقيقة الشرعية بالنسبة إلى مصطلح الفقه «غير معلوم حتّى يتعيّن حمل اطلاق الكتاب والأخبار عليه، بل واستعماله فى خصوص المعنى المصطلح غير معلوم أيضا، نعم قد يستظهر إطلاقه عليه من بعض الروايات. ثمّ إنّه بعد انتشار علم الفقه وتدوينه فى الكتب فى عصر الصادقَيْن(٥) عليهماالسلام لا يبعد القول بحصول النقل فى الجملة»(٦).

وعلى ما ذكرنا لا يمكن حمل لغة الفقه فى القرآن الكريم والروايات النبوية والعلوية على المصطلح الفقهى، نعم بعد عصر الصادقين عليه السلام وتدوين علم الفقه لا يبعد ادعاء النقل فى معنى الفقه من معانيه اللغوية إلى مصطلح الفقهاء.

١- ٧ . المصباح المنير /٤٧٩.

٢- ١ . التعريفات /١٣٨ للسيّد الشريف الجرجانى.

٣- ٢ . معالم الدين /٢٦ طبعة جماعة المدرسين بقم.

٤- ٣ . هداية المسترشدين ٦٧/١.

٥- ٤ . الصادِقانِ هُما الإمامان المعصومانِ محمّدٌ بن على الباقر وَنَجله جَعْفَر بن محمّد الصادقُ عليهماالسلام . وَقد جاء هذا التعبيرُ مِنْ باب (التغليب).

٦- ٥ . هداية المسترشدين ٥٤/١.

والفقيه: هو العالم بعلم الفقه اجتهادا فى جميع سَبْعَةٍ وخمسين بابا من الأبواب الفقهية بحيث يكونُ عنده الاجتهاد الفعلى فى الجميع أو لاأقل فى معظمها.

فلا يطلق على العالِم بالفقه تقليدا أو على المتجزى الذى يقدر على استنباط بعض المسائل السهلة أو على المجتهد المطلق الذى ليس عنده استنباط فِعْلِيٌّ فى جميع الأبواب الفقهية أو معظمها وأُمّهاتها.

كما لا يطلق على من عنده العلم التفصيلى الاِجتهادى بالْفِقْهِ الأَكبر وهو العقائد الحقّة لمذهب الإمامية الاِثنى عشرية - أى علم الكلام - أو غيرها من العلوم الإسلامية فى شتى أنواعها ومختلَف أقسامها من الأدبية والتاريخية والكلامية والفلسفية والعرفانية

وأجلها شأنا وهى التفسيرية. وإن كانت الأخيرة تحتاج إلى جميع العلوم الإسلامية ولذا عبرنا عنها بأجل العلوم الإسلامية.

وإن كان الفقيه يحتاج إلى جميع هذه العلوم ولكن على قدر احتياجه لا على نحو التخصّص فى الجميع بحيث يطلق عليه عناوين الأديب والمورخ والمتكلّم والفيلسوف والعارف والمفسر.

نعم، الفقيه لابدّ أن يكون مجتهدا مطلقا فى علمى الرجال والأُصول - أى أُصول الفقه - لأنّهما من المقدمات القريبة لِلإجْتِهاد فإذا كان فى العلمين مقلِّدا يكون فى فقهه أيضا مقلِّدا وليس بمجتهد حقيقة، والتفصيل يطلب من بحث الاجتهاد والتقليد فى علمى الفقه وأُصوله.

والحاصل: الفقيه: هو الذى عنده الآراء الاِجتهادية مِن الأدلة التفصيلية فى جميع أبواب الفقه أو معظمها.

وبعبارة أُخرى: المجتهد المطلق الذى عنده آرائه فى معظم الأبواب الفقهية.

ولذا فسّر الشيخ الأعظم قدس سره : «الحاكم والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى»(١).

١- ١ . المكاسب ٣/٥٤٥.

الخامس: ولايات الرسول صلى الله عليه و آله وأُوصيائه المعصومين عليهم السلام

اشارة

قد مرّ فى أوّل هذا المجلد(١) ذاتية ولاية اللّه تعالى وأنّ الولاية الذاتية منحصرة بذاته سبحانه وقد جعلها اللّه لنبيّه الخاتم صلى الله عليه و آله وأُوصيائه الأئمة المعصومين عليهم السلام ويمكن استفادتها من الأدلة الأربعة:

أ: الكتاب

يدلّ على ولاية رسول اللّه عليه السلام قوله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»(٢). وقوله تعالى: «وَما كانَ لِمُؤْمِنٍ وَلا مُؤْمِنَةٍ إِذا قَضَى اللّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ

يَعْصِ اللّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلالاً مُبِينا»(٣). وقوله تعالى: «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ»(٤). بناءً على رجوع الضمير فى «أَمْرِهِ» إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله كما قال الطوسى(٥) والطبرسى واللفظ للثانى: «حذّرهم سبحانه وتعالى عن مخالفة نبيه صلى الله عليه و آله »(٦).

وفى رواية فرات الكوفى عن أبيجعفر عليه السلام قال: نزلت فى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وجرى مثلها من النبى فى الأوصياء فى طاعتهم.(٧) فتدلّ على ولايتهم أيضا.

وقوله تعالى: «فَلا وَرَبِّکَ لا يُؤْمِنُونَ حَتّى يُحَكِّمُوکَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ حَرَجا مِمّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيما»(٨).

ويدلّ على ولايته صلى الله عليه و آله وولاية اُوصيائه المعصومين عليهم السلام قَوْلُهُ تَعالى: «يا أَيُّهَا

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٥.

٢- ٢ . سورة الأحزاب /٦.

٣- ٣ . سورة الأحزاب /٣٦.

٤- ٤ . سورة النور /٦٣.

٥- ٥ . التبيان ٤٦٦/٧.

٦- ٦ . مجمع البيان ٢٤٩/٧.

٧- ٧ . تفسير فرات الكوفى /٢٨٩، ح٣٩٢.

٨- ٨ . سورة النساء /٦٥.

الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِى الأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً»(١).

والآية من مختصاتهم عليهم السلام كما ورد فى الروايات.(٢)

وقوله تعالى: «إِنَّما وَلِيُّكُمُ اللّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكاةَ وَهُمْ راكِعُونَ»(٣).

ولأجل الروايات الواردة فى ذيلها راجع العوالم.(٤)

وقوله تعالى: «أَمْ يَحْسُدُونَ النّاسَ عَلى ما آتاهُمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَقَدْ آتَيْنا آلَ إِبْراهِيمَ الْكِتابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْناهُمْ مُلْكا عَظِيما»(٥).

بضميمة ما ورد من الروايات(٦) فى ذيل الآية الشريفة.

وقوله تعالى: «وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللّهِ جَمِيعا وَلا تَفَرَّقُوا»(٧).

بضميمة ما ورد من الروايات(٨) وتطبيق حبل اللّه على أميرالمؤمنين عليه السلام .

وقوله تعالى: «يا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ ما أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَما بَلَّغْتَ رِسالَتَهُ وَاللّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النّاسِ إِنَّ اللّهَ لا يَهْدِى الْقَوْمَ الْكافِرِينَ»(٩).

١- ٩ . سورة النساء /٥٩.

٢- ١٠ . العوالم ٥٧٣/٢/١٥؛ غاية المرام ٣٥٠/١.

٣- ١ . سورة المائدة /٥٥.

٤- ٢ . العوالم ٤١٣/٢/١٥.

٥- ٣ . سورة النساء /٥٤.

٦- ٤ . راجع غاية المرام ٣٥٦/١ والبرهان فى تفسير القرآن ٩٢/٢ ونورالثقلين ٧٥/٢ وأجودالبيان فى تفسير القرآن ٥/ ذيل الآية الشريفة للمؤلِّف.

٧- ٥ . سورة آل عمران /١٠٣.

٨- ٦ . راجع غاية المرام ٣٢٤/١ والعوالم القسم الثانى ١٢٧/١٥ وأجود البيان فى تفسير القرآن ٤٠/٤ للمؤلِّف.

٩- ٧ . سورة المائدة /٦٧.

بضميمة خطبة الغدير(١) ونزول:

قوله تعالى: «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ الأِسْلامَ دِينا»(٢).

وقوله تعالى: «إِنَّما يُرِيدُ اللّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرا»(٣).

بضميمة الروايات.(٤)

وقوله تعالى: «فَمَنْ حَاجَّكَ فِيهِ مِنْ بَعْدِ ما جاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ فَقُلْ تَعالَوْا نَدْعُ أَبْناءَنا وَأَبْناءَكُمْ وَنِساءَنا وَنِساءَكُمْ وَأَنْفُسَنا وَأَنْفُسَكُمْ ثُمَّ نَبْتَهِلْ فَنَجْعَلْ لَعْنَتَ اللّهِ عَلَى الْكاذِبِينَ»(٥).

بضميمة الروايات.(٦)

قوله تعالى: «وَمِنَ النّاسِ مَنْ يَشْرِى نَفْسَهُ ابْتِغاءَ مَرْضاتِ اللّهِ وَاللّهُ رَوءُفٌ بِالْعِبادِ»(٧).

بضميمة ما ورد فى ذيلها من الروايات.(٨)

وقوله تعالى: «مِنَ الْمُوءْمِنِينَ رِجالٌ صَدَقُوا ما عاهَدُوا اللّهَ عَلَيْهِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَضى

۱- ۸ . راجع الغدير ۱/(۱۱-۹).

۲- ۹ . سورة المائدة /۳.

۳- ۱۰ . سورة الأحزاب /۳۳.

٤- ۱۱ . العوالم ۳۱٦/۲/۱۵؛ غاية المرام ۳٦۳/۱.

٥- ۱ . سورة آل عمران /٦۱ ولدلالتها ورد مناقشات الآلوسى راجع تفسيرى أجودالبيان فى تفسير القرآن ۳٤٦/۳.

٦- ۲ . العوالم ۲۸۹/۲/۱۵؛ غاية المرام ۳۸۰/۱.

۷- ۳ . سورة البقرة /۲۰۷.

۸- ٤ . تفسير الثعلبى ۱۲٦/۲؛ المستدرک على الصحيحين ۱۳۲/۳؛ أُسد الغابة ۲٥/٤؛ خصائص الوحى المبين /۹۲ لابن بطريق؛ والعوالم ۲۰٦/۲/۱۵؛ غاية المرام ٤۳۱/۱؛ وتفسيرى أجودالبيان فى تفسير القرآن ۲/ ذيل الآية الشريفة.

نَحْبَهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْتَظِرُ وَما بَدَّلُوا تَبْدِيلاً»(۱).

لدلالتها راجع كتابى: «ولايت و امامت»(۲).

وقوله تعالى: «قُلْ لا أَسْئَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرا إِلاَّ الْمَوَدَّةَ فِى الْقُرْبى»(۳).

بضميمة الروايات(٤) ومقالة العلاّمة الحلّى رحمه الله : «ووجوب المودة يستلزم وجوب الطاعة»(٥).

وقوله تعالى: «وَيُطْعِمُونَ الطَّعامَ عَلى حُبِّهِ مِسْكِينا وَيَتِيما وَأَسِيراً * إِنَّما نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ اللّهِ لا نُرِيدُ مِنْكُمْ جَزاءً وَلا شُكُورا»(٦).

ولدلالتها راجع الروايات(٧) و كتاب «زين الفتى فى تفسير سورة هل أتى»(٨).

وقوله تعالى: «فَتَلَقّى آدَمُ مِنْ رَبِّهِ كَلِماتٍ فَتابَ عَلَيْهِ إِنَّهُ هُوَ التَّوّابُ الرَّحِيمُ»(٩).

بضميمة الروايات(١٠) ومقالة الفضل بن روزبهان الأصفهانى السنى المتعصب حيث يقول: «ونعلم أنّ التوسل بأصحاب العباء من أعظم الوسائل وأقرب الذرائع»(١١).

وقوله تعالى: «وَيَقُولُ الَّذِينَ كَفَرُوا لَسْتَ مُرْسَلاً قُلْ كَفى بِاللّهِ شَهِيدا بَيْنِى وَبَيْنَكُمْ وَمَنْ عِنْدَهُ عِلْمُ الْكِتابِ»(١٢).

١- ٥ . سورة الأحزاب /٢٣.

٢- ٦ . ولايت و امامت /٩٧ باللغة الفارسية، المطبوع عام ١٣٧٠ش بقم المقدسة.

٣- ٧ . سورة الشورى /٢٣.

٤- ٨ . راجع العوالم ٥٢٩/٢/١٥؛ غاية المرام ٣٩٢/١.

٥- ٩ . نهج الحق /١٧٥.

٦- ١٠ . سورة الانسان ٩-٨.

٧- ١١ . العوالم ٣٨١/٢/١٥.

٨- ١٢ . للحافظ العاصمى.

٩- ١ . سورة البقرة /٣٧.

١٠- ٢ . غاية المرام ٨/٢.

١١- ٣ . نقله عنه فى دلائل الصدق ١٣٦/٢ من الطبعة القديمة؛ ٤١٢/٤ من طبعة آل البيت.

١٢- ٤ . سورة الرعد /٤٣.

ودلالتها مذكورة فی کتابی: «ولایت و امامت»(۱).

وقوله تعالی: «وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْوءُلُونَ»(۲).

بضمیمة الروایات(۳) ومقالة ابن حجر(٤) فی ذیلها: «أی عن ولایة علی علیه السلام وأهل البیت»(٥).

وقوله تعالی: «إِنَّما أَنْتَ مُنْذِرٌ وَلِكُلِّ قَوْمٍ هادٍ»(٦).

بضمیمة ما ورد من العامة(۷) فی ذیلها.

وقوله تعالی: «وَإِذِ ابْتَلی إِبْراهِیمَ رَبُّهُ بِكَلِماتٍ فَأَتَمَّهُنَّ قالَ إِنِّی جاعِلُكَ لِلنّاسِ إِماما قالَ وَمِنْ ذُرِّیَّتِی قالَ لا یَنالُ عَهْدِی الظّالِمِینَ»(۸).

وقوله تعالی: «فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ»(۹).

وقوله تعالی: «وَإِنَّكَ لَتَدْعُوهُمْ إِلی صِراطٍ مُسْتَقِیمٍ»(۱۰).

لدلالتها راجع إلی کتابی.(۱۱)

۱- ٥ . ولایت و امامت /۱۱٦.

۲- ٦ . سورة الصافات /۲٤.

۳- ۷ . العوالم ٤۷۲/۲/۱٥.

٤- ۸ . الْهَیْتَمِیّ (بالتّاء لا بالثاء) وهو غیر ابن حَجَر العسقلانی وکلاهما من فقهاء الشافعیّة.

٥- ۹ . الصواعق المحرقة /۸۹.

٦- ١٠ . سورة الرعد /٧.

٧- ١١ . راجع تفسير الطبرى ٧٢/١٣؛ مستدرک الصحيحين ١٢٩/٣؛ كنزالعمال ٢٥١/١ و١٥٧/٦؛ الدر المنثور ٤٥/٤؛ التفسير الكبير ١٤/١٩ للفخر الرازى؛ تاريخ مدينة دمشق، ترجمة الإمام على بن أبيالطالب ٤١٦/٢ و ٤١٧؛ نور الأبصار /٩٠؛ كفاية الطالب /٢٣٢؛ شواهد التنزيل ٢٩٤/١ و ٢٩٦؛ نظم درر السمطين /٩٠؛ والعوالم ٧٧/٢/١٥.

٨- ١٢ . سورة البقرة /١٢٤.

٩- ١٣ . سورتى النحل /٤٣ و الأنبياء /٧.

١٠- ١ . سورة المؤمنون /٧٣.

١١- ٢ . سه مقاله در اصل امامت /٤٢.

وقوله تعالى: «أَ فَمَنْ يَهْدِى إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمَّنْ لا يَهِدِّى إِلاّ أَنْ يُهْدى فَما لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ»(١).

كما عدّ فى تفسير القمى(٢) مصداق «أَ فَمَنْ يَهْدِى إِلَى الْحَقِّ...» محمّد وآل محمّد من بعده.

وفى الكافى(٣) أنّهم الأنبياء والأئمة علمهم فوق علم أهل زمانهم.

وفى تفسير العياشى(٤) إنّه على عليه السلام .

وفى تفسير القمى(٥) «أَمَّنْ لا يَهِدِّى إِلاّ أَنْ يُهْدى » من خالف أهل بيته [أى أهل بيت النبى صلى الله عليه و آله] من بعده.

وقوله تعالى: «وَلَمّا ضُرِبَ ابْنُ مَرْيَمَ مَثَلاً إِذا قَوْمُکَ مِنْهُ يَصِدُّونَ»(٦).

نقل الحافظان الأصفهانيان أبونعيم(٧) وابن مردوية(٨) عن أميرالمؤمنين عليه السلام : فىّ نزلت هذه الآية. وراجع أيضا كتابى غاية المرام(٩) والعوالم(١٠).

نختم الآيات الكريمة الواردة فى شأن ولاية المعصومين عليهم السلام بهذا البيان: «روى أحمد بن حنبل عن ابن عبّاس أنّه قال: ما فى القرآن آية فيها «الَّذِينَ آمَنُوا» إلاّ وعلىٌّ رأسها وقائدها وشريفها وأميرها. وقد عاتب اللّه أصحاب محمّد صلى الله عليه و آله فى القرآن، وما ذُكِرَ

١- ٣ . سورة يونس /٣٥.

٢- ٤ . تفسير القمى ٣١٢/١.

٣- ٥ . الكافى ٥٠٠/١، ح١ (٢٠٢/١، ح١).

٤- ٦ . تفسير العياشى ٢٧٧/٢، ح١٨.

٥- ٧ . تفسير القمى ٣١٢/١.

٦- ٨ . سورة الزخرف /٥٧.

٧- ٩ . نزول القرآن فى على عليه السلام / مخطوط و نقل عنه ابن بطريق فى خصائص الوحى المبين /١٦٩، ح١٢٥ و ١٢٦.

٨- ١٠ . ما نزل من القرآن فى على عليه السلام /٣١٩.

٩- ١١ . غاية المرام ٤١/٢ طبع مؤسسة البعثة.

١٠- ١٢ . عوالم العلوم، القسم الثانى من ١٦١/١٥ فى أكثر من خمسة عشر صفحة.

علىٌّ إلاّ بخير»(١) (٢).

وفى تفسير العياشى عن أبى الجارود، قال: سَمِعتُ أباجعفر عليه السلام يقول: نزل القرآن على أربعة أرباع: رُبع فينا، ورُبع فى عدوِّنا، ورُبع فى فرائضٍ وأحكام، ورُبع سُنن وأمثال، ولنا كرائم القرآن.(٣)

ب: السنة الشريفة

اشارة

ذكر الشيخ الأعظم خَمْسَ رواياتٍ فى المقام:

١- صحيحة أيوب بن عطية الحذاء قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقول: أنا أولى بكلّ مؤمن من نفسه، ومن ترک مالاً فللوارث، ومن ترک دينا أو ضياعا فإلىَّ وعلىَّ.(٤)

٢- الحديث المتواتر بين الفريقين فى يوم الغدير ومجمله قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله :

«الحمدللّه، [نحمده]، ونستعينه، ونؤمن به، ونتوكّل عليه، ونعوذ باللّه من شرور أنفسنا، ومن سيّئات أعمالنا، الذى لا هادى لمن أضلّ، ولا مُضلّ لمن هدى، وأشهد أن لا إله إلاّ اللّه، وأنَّ محمّدا عبده ورسوله.

أمّا بعدُ: أيُّها النّاس قد نبّأنى اللطيف الخبير: أنّه لم يُعمَّر نبىٌّ إلاّ مثلَ نصفِ عمر الذى قبلَه. وإنّى أُوشِک أن أُدعى فأُجيب، وإنّى مسؤول، وأنتم مسؤولون، فماذا أنتم قائلون؟».

قالوا: نشهدُ أنّک قد بلّغتَ ونصحتَ وجهدتَ، فجزاکَ اللّه خيرا.

١- ١٣ . فضائل الصحابة ٦٥٤/٢، ح١١١٤؛ وأُنظر ترجمة الإمام علىّ عليه السلام لابن عساكر ٤٣٠/٢، ٩٣٨ وحكاه عنه فى الصواعق المحرقة /٧٦؛ ومختصر كنزالعمال فى هامش مسند أحمد ٣١/٥، ٣٨؛ وتاريخ الخلفاء /١٧١؛ ومناقب الإمام أميرالمؤمنين لابن سليمان ١٤٦/١، ح٨١ بتفاوت؛ وينابيع المودّة ٣٧٧/١؛ والمناقب للخوارزمى /٢٦٦، ح٢٤٩؛ وحلية الأولياء ٦٤/١؛ وشواهد التنزيل ٤٩/١ ذيل ح٥٠؛ وحكى فى نهج الحقّ /٢٠٩ عن مسند أحمد.

٢- ١٤ . كشف الغطاء ٨٢/١.

٣- ١ . تفسير العياشى ٨٤/١، ح١.

٤- ٢ . وسائل الشيعة ٢٥١/٢٦، ح١٤، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة.

قال: «ألستم تشهدون أن لا إله إلاّ اللّه، وأنَّ محمّدا عبدهُ ورسوله، وأنَّ جنّته حقّ وناره حقّ، وأنَّ الموت حقّ، وأنَّ الساعة آتية لا ريبَ فيها وأنَّ اللّه يبعثُ من فى القبور؟».

قالوا: بلى نشهد بذلک. قال: أللّهمّ اشهد، ثمّ قال: أيّها النّاس ألا تسمعون؟ قالوا: نعم.

قال: «فإنّى فَرَط(١) على الحوض، وأنتم واردون علىَّ الحوض، وإنَّ عَرْضه ما بين صنعاءَ(٢) وبُصرى(٣)، فيه أقداح عدد النجوم من فضّة، فانظروا كيف تخلِفونى فى الثقَلَينِ».

فنادى منادٍ: وما الثقَلان يا رسول اللّه؟

قال: «الثقَل الأكبر كتاب اللّه طرفٌ بيد اللّه - عزّوجلّ - وطرفٌ بأيديكم، فتمسّكوا به لا تضلّوا، والآخر الأصغر عترتى، وإنَّ اللطيف الخبير نبّأنى أنّهما لن يتفرّقا حتّى يردا علىّ الحوض، فسألت ذلک لهما ربّى، فلال تَقدَّموهما فتهلكوا، ولا تقصروا عنهما فتهلكوا».

ثمّ أخذ بيد علىّ فرفعها حتّى رُؤى بياض آباطهما وعرفه القوم أجمعون، فقال: «أيّها النّاس من أولى النّاس بالمؤمنين من أنفسهم؟».

قالوا: اللّه ورسوله أعلم.

قال: «إنَّ اللّه مولاى، وأنا مولى المؤمنين، وأنا أولى بهم من أنفسهم فمن كنت مولاه فعلىّ مولاه، يقولها ثلاثَ مرّات - وفى لفظ أحمد إمام الحنابلة: أربع مرّات - ثمّ قال: أللّهمّ والِ من والاه، وعادِ من عاداه، وأحِبَّ من أحبّه، وأبغِضْ من أبغضه وانصُرْ من نصره، واخذُلْ من خذله، وأَدرِ الحقَّ معه حيث دار، ألا فليبلّغ الشاهدُ الغائب».

ثمّ لم يتفرّقوا حتّى نزل أمين وحى اللّه بقوله: «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى» الآية.

فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «اللّه أكبر على إكمال الدين، وإتمام النعمة، ورضا الربّ برسالتى، والولاية لعلىٍّ من بعدى».

ص:١٠٣

١- ٣ . الفَرَط: المتقدم قومه إلى الماء، ويستوى فيه الواحد والجمع.

٢- ٤ . صنعاء: عاصمة اليمن اليوم.

٣- ٥ . بُصرى: قَصَبة كورة حوران من أعمال دمشق.

ثمّ طَفِق القوم يهنِّئون أميرالمؤمنين - صلوات اللّه عليه - وممّن هنّأه - فى مُقدّم الصحابة - الشيخان: أبوبكر وعمر كلٌّ يقول: بَخٍ بخٍ لک يا ابن أبيطالب أصبحتَ وأمسيتَ مولاىَ ومولى كلّ مؤمن ومؤمنة.

وقال ابن عبّاس: وجبت - واللّه ِ- فى أعناق القوم.

فقال حسّان: ائذنْ لى يا رسول اللّه أن أقول فى علىٍّ أبياتا تسمعهُنّ.

فقال: «قُلْ على بركة اللّه».

فقام حسّان، فقال: يا معشر مشيخة قريش أتبعها قولى بشهادةٍ من رسول اللّه فى الولاية ماضية، ثمّ قال:

يُناديهِمُ يومَ الغديرِ نبيُّهمْ بخُمٍّ فأسمِعْ بالرسولِ مُنادِيا»(١)

وقال السيّد هاشم البحرانى رحمه الله بعد أن نقل حديث الغدير من التاسع والثمانين من مصادر العامة: «خبر غدير خُمّ قد بلَغ حدَّ التَواتُر من طريق العامّة والخاصّة، حتّى إنّ محمّد بن جرير الطَبَرى صاحب (التاريخ) أخرَج خبَر غَدير خُمّ وطرُقَه من خمسةٍ وسَبعين طَريقا، وأفرَد له كتابا سمّاه (كتاب الولاية)(٢) وهذا الرجل عامّى المَذْهَب.

وذكر أبوالعبّاس أحمد بن محمّد بن سعيد بن عُقْدَة [الحافظ الكوفىّ الزيدىّ مَذْهَبا] خبَر يوم الغَدير، وأفرَد له كتابا، وطُرقه من مائة وخمسة طُرق. وهذا قد تَجاوز حدّ التَواتُر، فلا يوجد خبَر قَطّ(٣) نُقِل من طُرقٍ بقَدر هذه الطُّرق، فيجب أن يكونَ أصلاً متَّبعا وطريقا مَهْيعا، والدليل على ما ذكَرناه - لم يوجد خبر له طرق كخَبر غَدير خُمّ - ما حكاه

١- ١ . الغدير ١/(٣٦-٣٤) من الطبعة الحديثة.

٢- ١ . ذكره ياقوت فى معجم الأُدباء ١٨/(٨٠-٨٤)؛ والحافظ الذهبى فى تذكرة الحفاظ ٧١٣/٢؛ وابن بطريق فى العمدة /١١١؛ والشيخ الطوسى فى الفهرست /١٥٠، رقم ٦٤٠؛ وابن حجر فى تهذيب التهذيب ٣٣٩/٧؛ وابن طاوُس فى الطرائف ١٤٢/١؛ وابن شهرآشوب فى معالم العلماء /١٠٦، رقم ٧١٥؛ وغيرها، راجع أهل البيت فى المكتبة العربية /٦٦١.

٣- ٢ . كذا وَرَد فى كلام السيّد البحرانى والصواب: فلا يوجد خَبَرٌ أبَدا؛ لأنّ (قَطّ) إنما تأتى مَعَ نفى الماضى لا مع الفعل المُضارع.

السيّد العلاّمة علىّ بن موسى بن طاوُس، ومحمّد بن علىّ بن شهرآشوب، ذكرا عن شهرآشوب، قال: سَمِعتُ أباالمَعالى الجُوَينىّ [الفقيه الشافِعِىّ] يتعجّب ويقول: شاهَدتُ مجلّدا ببغداد فى يَدى صَحّاف فيه روايات غَدير خُمّ، مكتوبا عليه: المجلدة الثامنة والعشرون من طُرق قوله: «مَن كنتُ مَولاه فعلىٌّ مَولاه» ويَتلوه فى المجلدة التاسعة والعشرين...(١).

حكاية لطيفة:

ذكر ابن أبى الحديد فى شرح نهج البلاغة قال: حدّثنى يحيى بن سعيد بن علىّ الحَنْبَلى المعروف بابن عالية مِن ساكنى قَطُفْتَا(٢) بالجانب الغربىّ من بغداد وأحد الشهود المعدّلين بها، قال: كنتُ حاضرا عند الفَخر إسماعيل ابن علىّ الحَنْبَلىّ الفقيه المَعروف بغُلام ابن المَنِّىّ، وكان الفَخر إسماعيل هذا مقدّم الحنابلة ببغداد فى الفقه والخِلاف، ويشتغل بشىءٍ فى علم المَنْطِق، وكان حُلْوَ العبارةِ، وقد رأيتُه أنا وحضَرتُ

عنده، وسمِعتُ كلامَه، وتوفّى سنة عشر وستّمائة.

قال ابن عالية: ونحن عنده نتحدّث إذ دخَل شخصٌ من الحَنابلة، قد كان له دَينٌ على بعض أهلِ الكوفة، فانحَدر إليه يُطالِبه به، واتفق أن حضَرت زيارة يوم الغَدير والحَنْبَلىّ المَذكور فى الكوفة، وهذه الزيارة هى اليوم الثامن عشر من ذى الحِجّة، ويجتَمع بمَشهد أميرالمؤمنين عليه السلام من الخَلائق جموعٌ عظيمة تَتَجاوز حدّ الإحصاء.

قال ابن عالية: فجعل الشيخ الفَخْر يسأل ذلک الشخص: [ما فعلت]؟ ما رأيتَ؟ هل وصَل مالُک إليک؟ هل بقى لک منه بقيّة عند غريمک؟ وذلک الشخص يُجاوبه حتّى قال [له]: يا سيّدى، لو شاهَدت يومَ الزّيارةِ يوم الغَديرِ وما يجرى عند قبر علىّ بن أبيطالب من الفضائح والأقوالِ الشنيعة وسبّ الصّحابة جِهارا بأصواتٍ مرتفعةٍ من غير مراقبة ولا خيفة؟

١- ٣ . الصراط المستقيم ١٢/١.

٢- ٤ . قَطُفْتَا: إحدى محالّ الجانب الغربى من بغداد، بينها وبين دجلة أقلّ من مِيل وهى مُجاورة لمقبرة الشيخ معروفٍ الكرخىّ وَلَها ذِكْرٌ فى كتاب «اثبات الوصيّة» للمسعودى فى أنّ أميرالمؤمنين عليّا عليه السلام مَرّ بها عند حربَهِ للخوارج.

فقال إسماعيل: أىّ ذنبٍ لهم، واللّه ما جَرّأهم على ذلک، ولا فتَح لهم هذا الباب إلاّ صاحب هذا القَبر. فقال ذلک الشخص: ومن هو صاحب القبر؟ قال: علىّ ابن أبيطالب. قال: يا سيّدى، هو الذى سنَّ لهم ذلک وعلّمهم إيّاه وطرَقهم إليه؟ قال: نعم - واللّه - قال: يا سيّدى، فإن كان مُحِقّا فما لنا نتولّى فُلانا وفلانا؟ وإن كان مُبطِلاً فما لنا نتولاّه، ينبَغى أن نَبرأ [إما] منه أو منهما.

قال ابن عالية: فقام إسماعيل مُسرِعا فلَبِس نعليه، وقال: لعن اللّه إسماعيلَ الفاعل بن الفاعل(١)، إن كان يعرف جواب هذه المسألة، ودخَل دارَ حَرَمهِ، وقُمنا نحن وانصرَفنا(٢)»(٣).

٣- مقبولة عمر بن حنظلة.(٤)

٤- معتبرة أبى خديجة سالم بن مكرم.(٥)

٥- التوقيع المروى بسند حسنٍ.(٦)

ووجه تمسّكه بهذه الثلاثة الأخيرة(٧) هو البرهان الإنّى لإثبات ولايتهم عليهم السلام لأنّ

فاقد الشىء لا يكون معطيا له بَداهَةً وحيث أنّهم جعلوا الحكومة والولاية للفقيه فهم أُولى بها ومصدرها ولذا قال الشيخ الأعظم: «حيث علّل فيها حكومة الفقيه وتسلّطه على النّاس بأنّى قد جعلته كذلک وأنّه حجتى عليكم»(٨).

١- ١ . (بن الفاعل) ليس فى المصدر.

٢- ٢ . شرح نهج البلاغة لابن أبى الحديد ٣٠٧/٩.

٣- ٣ . غاية المرام ١/(١٦٥-١٦٣).

٤- ٤ . وسائل الشيعة ١٣٦/٢٧، ح١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ١٣٩/٢٧، ح٦.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ١٤٠/٢٧، ح٩.

٧- ٧ . ويأتى البحث حولها مفصلاً فانتظر.

٨- ١ . المكاسب ٥٤٧/٣.

وأضفت إلى ما ذكره:

٦- الحديث المتواتر بين الأُمّة الإسلامية المسمّى بالثَّقَلَيْنِ(١) وهو ما رواه مسلم فى صحيحه بسنده عن «يزيد بن حيان قالَ: انطلقت أنا وحصين بن سبرة وعمر بن مسلم إلى زيد بن أرقم فلمّا جلسنا إليه قال له حصين: لقد لقيتَ يازيد خيرا كثيرا رأيتَ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسمعت حديثه وغزوت معه وصلّيت خلفه لقد لقيت يازيد خيرا كثيرا، حدِّثنا يازيد ما سمعت من رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، قال: يابن أخى واللّه لقد كبرت سنّى وقدم عهدى ونسيت بعض الّذى كنت أعِى من رسول اللّه صلى الله عليه و آله فما حدّثتكم فاقبلوا ومالا فلا تكلّفونى.

ثمّ قال: قام رسول اللّه صلى الله عليه و آله يوما فينا خطيبا بماء يدعى خُمّا بين مكّة والمدينة فحمد اللّه واثنى عليه ووعظ وذكر، ثمّ قال: أمّا بعد ألاّ أيّها النّاس فانّما أنا بشر يوشک أن يأتى رسول ربّى فاجيب وأنا تارک فيكم ثَقَلَيْن أوّلهما كتاب اللّه فيه الهدى والنّور فخذوا بكتاب اللّه واستمسكوا به فحثّ على كتاب اللّه ورغّب فيه، ثمّ قال: وأهل بيتى اذكّركم اللّه فى أهل بيتى اذكّركم اللّه فى أهل بيتى اذكّركم اللّه فى أهل بيتى، فقال له حصين: ومَنْ أهل بيته يازيد؟ أليس نسائه من أهل بيته؟ قال: نسائه من أهل بيته ولكن أهل بيته من حُرِمَ الصّدقة بعده، قال: ومن هم؟ قال: هم آل علىّ وآل عقيل وآل جعفر وآل عبّاس، قال: كلّ هؤلاء حرم الصّدقة؟ قال: نعم»(٢).

والترمذى فى صحيحه بسنده «عن جابر بن عبداللّه قال: رأيت رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى حجّته يوم عرفة وهو على ناقته القصوى يخطب فسمعته يقول: يا أيّها النّاس انّى قد تركت فيكم ما إن أخذتم به لن تضلّوا كتاب اللّه وعترتى أهل بيتى»(٣).

قال آية اللّه الحاج آقا حسين الطبَّاطبائىُّ البروجردى قدس سره فى شأن حديث

الثَّقَلَيْن: «الحديث المعروف بحديث الثَّقَلَيْنِ المجمع عليه بين الفريقين فانّه قد رواه عن

١- ٢ . الثَّقَل محركة: متاع المسافر وحشمه والجمع أثقال وكلّ شىءٍ خطير نفيس مصون، له قدر ووزن ثَقَلٌ عند العرب. تاج العروس ٨٥/١٤.
٢- ٣ . صحيح مسلم ٣٢٥/٢، طبع مصر سنة ١٣٢٧، ١٧٩/١٥بشرح الإمام النووى.
٣- ٤ . صحيح الترمذى ٣٠٨/٢.

النّبىّ صلى الله عليه و آله أربع وثلاثون من الصّحابة والصّحابيات وأخرجه مضافا إلى علماء الإماميّة ومحدّثيهم أكثر من الثّمانين والمأة من أكابر أهل السّنّة ومشاهير علمائهم ومحدّثيهم فى جوامعهم وصحاحهم وسننهم بأسانيد صحيحة»(١). ثمّ بحث عن مصادره فى كتب العامة وعن دلالته على وجوب التمسک بالكتاب والعترة الطاهرة فى قريب من تسعين صفحة فراجع جامع أحاديث الشيعة(٢).

وقال فى وجه تسمية الكتاب والعترة بالثقلين: «وما قيل فى وجه تسمية الكتاب العزيز والعترة الطّيبة بالثَّقَلَين أو يمكن أن يقال أُمور:

الأوّل: كون كلّ واحد من الكتاب والعترة معدنا للعلوم العلّية والحقائق الدّينيّة ومنبعا للأسرار النّفيسة والأحكام الإلهيّة.

والثّانى: ثقالة التّمسّک بهما والعمل بما يتلقّى عنهما ورعاية حقوقهما على النّاس لانّهما يأمران بالعبوديّة والإخلاص للّه تعالى ومخالفة الهوى والعدل والاحسان وينهيان عن الفحشاء والمنكر وعن متابعة النّفس والشّيطان وعن الظّلم والعدوان ومعلوم أنّ تباعة الحقّ والإخلاص ومخالفة الهوى وترک الفحشاء أثقل الأشياء وأمرّها.

الثّالث والرّابع: ثقالتهما على نفوس كارهيهما وثقل عمل مَنْ تمسّک بهما.

الخامس: علوّ قدرهما ووعظم شأنهما كما صرّح به كثير من الأعاظم.

السادس: عمارة الدّين بهما كما تعمر الدّنيا بالإنس والجنّ.

السّابع: كون كلّ منهما مصونا عن الخطأ والخطل وعن السّهو والزّلل وطهارتهما عن الدّنس والرّجس وعن الباطل والكذب ويؤيّده بعض فقرات الحديث ويناسبه المعنى اللّغوىّ لانّ الثّقل فى اللّغة كما تقدّم الشّىء النّفيس المصون.

الثّامن: بقاء الكتاب والعترة للتّمسّک والاهتداء فى كلّ زمن إلى قيام السّاعة وصونهما عن الضّياع والزّوال فى جميع الأعصار إلى يوم القيامة كما هو شأن كلّ مصون

١- ١ . جامع أحاديث الشيعة ١/٤٦.

٢- ٢ . جامع أحاديث الشيعة ١/(١٣٢-٤٦).

ثقيل ولازم كلّ نفيس خطير فإنّ الذّكر نزّله اللّه وهو له حافظ وجعل أهل الذّكر قرينه وهو لهم ناصر.

التّاسع: اعتماد النّبىّ صلى الله عليه و آله وركونه إليهما فى بقاء آثاره فإنّ دينه باق ببقائهما لأنّ

الكتاب معجزته الباقية والعترة معادن أسراره العلّيّة فيكونان ثقليه وناصريه»(۱).

۷- حديث إنذار العشيرة: المروى فى ذيل قوله تعالى: «وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَکَ الْأَقْرَبِينَ»(۲)، قال الطبرى فى تاريخه المسمّى ب- «تاريخ الأُمم والملوک» بسنده «عن عبداللّه بن عباس عن علىّ بن أبيطالب عليه السلام قال: لما نزَلت هذه الآية «وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَکَ الْأَقْرَبِينَ» على رسول اللّه صلى الله عليه و آله دعانى رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فقال لى يا علىّ، إنّ اللّه أمرنى أن أنذر عشيرتى الأقرَبين، فَضِقْتُ بذلِک ذَرْعا، وعَلِمتُ أنّى مَتى أُنادِهم بهذا الأمر، أرَ منهم ما أكرَه، فصَمَتُّ حتّى جاءنى جَبْرَئيل عليه السلام ، فقال: يا محمّد، إنّک إن لم تفعَل ما اُمِرَت به، يُعذّبک ربّک. فاصنَع لنا صاعا من طعام واجعَل عليه رِجْلَ شاةٍ واملأ لنا عُسّا من لبَن، ثمّ اجمَع بنى عبدالمطّلب حتّى اُكلِّمَهم واُبلِّغَهم ما اُمِرتُ به، ففعَلتُ ما أمرنى به، ثمّ دعَوتُهم وهو يومئذٍ أربَعون رجُلاً، يَزيدون رجلاً أو يَنقُصون رجلاً، فيهم أعمامُه: أبوطالب، وحمزة، والعَبّاس، وأبولَهَب.

فلمّا اجتَمعوا إليه دعا بالطّعام الذى صنَعتُ لهم، فجِئتُ به. فلمّا وضَعتُه تناوَل رسولُ اللّه صلى الله عليه و آله بَضْعَةً من اللَّحْم، فشَقّها بأسنانه، ثمّ ألقاها فى نواحى الصَّحْفَة. ثمّ قال: كُلوا بسم اللّه، فأكلوا حتّى مَالَهُم بشىءٍ من حاجةٍ، وأيم اللّه الذى نفسُ علىٍّ بيَدِه إن كانَ الرَجُل الواحد منهم ليأكُل ما قدَّمتُه لجَميعهِم. ثمّ قال: اسقِ القَومَ يا علىّ، فجئْتُهم بذلک العُسّ فشَربوا منه حتّى روَوا جميعا، وأيم اللّه إن كان الرجلُ منهم ليَشْرَب مِثلَه.

فلمّا أراد رسول اللّه صلى الله عليه و آله أن يكلِّمهم؛ بَدَرهُ أبولَهَب إلى الكلام، فقال: لَشَدَّ ما سحَركُم صاحِبكُم! فتفرّق القومُ ولم يتكلّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقال من الغَد: يا علىّ، إنّ هذا الرجل قد

١- ١ . جامع أحاديث الشيعة ١/(٨٥-٧٩) وراجع تعليل تَسْمِيَتِهِما بالثَّقلين كتاب الصواعق المحرقة لابن حَجَرِ الهيتمى المكىّ (ت ٩٧٤ه أو ٩٧٣ه).
٢- ٢ . سورة الشعراء /٢١٤.

سبَقنى إلى ما سَمِعت مِن القَول، فتفرّق القومُ قبل أن أُكلِّمهم، فعد لنا اليوم إلى مثل ما صنَعْتَ بالأمس، فأكلوا حتّى مالهم بشيءٍ من حاجةٍ. ثمّ قال: اسقِهم، فجئتهُم بذلک العُسّ فشَرِبوا منه جميعا حتّى رَوَوا.

ثمّ تكلّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فقال: يا بَنى عبدالمُطَّلِب، إنّى واللّه ما أعلَمُ أنّ شابّا فى العرَب جاء قَومَه بأفضَل ممّا جِئتُكم به. إنّى جِئتُكم بخير الدنيا والآخِرة، وقد أمرنى اللّه أن أدعُوَكم إليه، فأيّكُم يُؤازِرُنى على هذا الأمر على أن يكون أخى ووصيّى وخليفَتى فيكم؟

فأحجَم القومُ عنها جميعا، وقلت أنا - وإنّى لأحْدَثُهم سِنّا، وأرمَصُهم عَيْنا، وأعظَمُهم بَطْنا، وأحمَشُهم ساقا - قلت: أنا يا رسول اللّه، أكونُ وزيرُک عليه. فأعاد القولَ، فأمَسكوا، وأعَدْتُ ما قلتُ. فأخَذ برقَبَتى، ثمّ قال لهم: هذا أخى ووصيّى وخليفتى فيكم، فاسَمعوا له وأطيعوا. فقام القومُ يضحَكون ويقولون لأبيطالب: قد أمَرک أن تسمَع لابنِک وتُطيع»(١).

هذه الرواية مروية فى مختلف كتب العامة نحو مسند أحمد(٢) وفضائل الصحابة(٣) له أيضا وتفسير الطبرى(٤) وتفسير الثعلبى(٥) وكنزالعمال للمتقى الهندى(٦) وشرح نهج البلاغة لابن أبيالحديد(٧). وأنّه نقل عن أبيجعفر الإسكافى المتوفى سنة ٢٤٠ من مشايخ المعتزلة البغداديين قال فى هذه الرواية: «قد روى فى الخبر الصحيح»(٨).

وقد بحث فى دلالة هذه الرواية أعلام الإمامية - أعلى اللّه كلمتهم - فى كتبهم نحو:

١- ١ . تاريخ الطبرى ٢١٦/٢ و ٢١٧.

٢- ٢ . مسند أحمد ١١١/١.

٣- ٣ . فضائل الصحابة ٦٥٠/٢، ح ١١٠٨.

٤- ٤ . تفسير الطبرى ٧٤/١٩ (١٤٠/١٩ من الطبعة الحديثة).

٥- ٥ . الكشف والبيان ١٨٢/٧.

٦- ٦ . كنزالعمال ٣٩٧/٦.

٧- ٧ . شرح نهج البلاغة ٢١٠/١٣.

٨- ٨ . شرح نهج البلاغة ٢٤٤/١٣.

أصحاب دلائل الصدق(١) والغدير(٢) والمراجعات(٣) وفضائل الخمسة(٤).

٨- حديث المنزلة: المروى فى الصحيحين وغيرهما من مصادر العامة، ففى صحيح البخارى بسنده عن إبراهيم بن سعد عن أبيه قال: قال النبى صلى الله عليه و آله لعلىّ عليه السلام : أما ترضى أن تكون منّى بمنزلة هارون من موسى.(٥)

وفى البخارى أيضا بسنده عن مُصْعَب بن سعد عن أبيه أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله خرج إلى تبوک واستخلف عليّا عليه السلام فقال: أتُخَلّفنى فى الصبيان والنساء؟ قال: ألا ترضى أن تكون منّى بمنزلة هارون من موسى إلاّ أنّه ليس نبىّ بعدى.(٦)

وفى صحيح مسلم بإسناده عن سعيد بن المسيب، عن عامر بن سَعْد بن أبيوَقّاص، عن أبيه، قال: قال رسولُ اللّه صلى الله عليه و آله لعلىّ: أنتَ منّى بمَنزِلة هارونَ مِن موسى إلاّ أنّه لا نبىّ بَعدى.

قال سعيد: فأحبَبتُ أن اُشافِهَ بها سَعْدا، فلقيتُ سعدا فحدّثتُه ما حدّثنى به عامر، فقال: أنا سمِعتُه، فقلت: أنت؟ فوضَع إصبَعَيْهِ على اُذُنَيهِ وقال: نعم، وإلاّ فاستكَّتا»(٧).

ومسلم بإسناده عن شُعبة، عن الحكم، عن مُصْعَب بن سعد بن أبيوقاص، عن سَعْد [بن] أبيوقّاص، قال: خلّف رسول اللّه صلى الله عليه و آله علىّ بن أبيطالب فى غَزاةِ تَبوک؛ فقال: يا رسول اللّه، تُخلّفنى فى النِّساء والصِّبْيان! فقال: أما تَرضى أن تكونَ مِنّى بمَنزِلة هارونَ مِن موسى غير أنّه لا نبىّ بعدى؟(٨)

ص:١١١

١- ٩ . دلائل الصدق ٣٥٩/٢ [(٦٢٣/٦) من الطبعة الحديثة)].

٢- ١٠ . الغدير ١/(٢٨٩-٢٧٨)، [٣/(٤٠٨-٣٩٣) من الطبعة الحديثة].

٣- ١١ . المراجعات /٣٠٣.

٤- ١٢ . فضائل الخمسة ١/(٣٨٤-٣٨٠).

٥- ١٣ . صحيح البخارى ٢٠٨/٤ (٨٩/٥، ح٢٠٢).

٦- ١٤ . صحيح البخارى ١٢٩/٥ (١٨/٦، ح ٤٠٨).

٧- ١ . صحيح مسلم ١٨٧٠/٤، ح٣٠.

٨- ٢ . صحيح مسلم ١٨٧٠/٤، ح٣١.

ذكر السيّد البحرانى مأة حديث من مصادر العامة بالنسبة إلى حديث المنزلة فراجع كتابه غاية المرام.(١)

قال معلّم الأُمّة الشيخ المفيد فى دلالة هذا الحديث: «فتضمّن هذا القول من رسول اللّه صلى الله عليه و آله نصَّه عليه بالإمامة، وإبانته عن الكافّة بالخلافة، ودلّ به على فضلٍ لم يَشْرَكه فيه سواه، وأوجَب له به عليه السلام جميعَ منازل هارون من موسى، إلاّ ما خصّه العُرْف من الأُخوّة واستثناه هو عليه السلام من النبوّة.

ألا ترى أنّه – عليه وآله السلام – جَعَل له كافّةَ منازل هارون من موسى، إلاّ المستثنى منها لفظا أو عقلاً. وقد علم كلُّ من تأمَّلَ معانِيَ القرآن، وتصفّح الروايات والأخبار، أنّ هارون عليه السلام كان أخا موسى لأبيه وأُمّهِ وشريكَه فى أمره، ووزيرَه على نبوّته وتبليغِه رسالات ربّه، وأنّ اللّه تعالى شَدَّ به أزرَه، وأنّه كان خليفتَه على قومه، وكان له من الإمامة عليهم وفَرْضِ الطاعةِ كإمامته وفَرْضِ طاعته، وأنّه كان أحبَّ قومه إليه وأفضلَهم لديه.

قال اللّه – عزّوجلّ – حاكيا عن موسى عليه السلام : «قالَ رَبِّ اشْرَحْ لِى صَدْرِى * وَيَسِّرْ لِى أَمْرِى * وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسانِى * يَفْقَهُوا قَوْلِى * وَاجْعَلْ لِى وَزِيراً مِنْ أَهْلِى * هارُونَ أَخِى * اشْدُدْ بِهِ أَزْرِى * وَأَشْرِكْهُ فِى أَمْرِى»(٢) فأجاب اللّه تعالى مسألتَه وأعطاه سُؤْلَهُ فى

ذلک وأُمنِيَّتَه، حيث يقول: «وَقالَ مُوسى لِاءَخِيهِ هارُونَ اخْلُفْنِى فِى قَوْمِى وَأَصْلِحْ وَلا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ»(٣).

فلما جَعَل النبىُ صلى الله عليه و آله عليّا عليه السلام منه بمنزلة هارون من موسى، أوجَب له بذلک جميعَ ما عَدَدناه، إلاّ ما خصَّه العُرْفُ من الأُخُوّة واستثناه من النُبوَّة لفظا.

وهذه فضيلةٍ لم يشرَک فيها أحدٌ من الخلق أميرَالمؤمنين عليه السلام ولا ساواه فى معناها ولا قاربه فيها على حال، ولو عَلِم اللّه تعالى أنَّ بنبيّه عليه السلام فى هذه الغَزاة حاجةً إلى الحرب

١- ٣ . غاية المرام ١/(٢٢٢-١٧٥).

٢- ٤ . سورة طه /٢٥-٣٢.

٣- ١ . سورة الأعراف /١٤٢.

والأنصار، لَما أَذِنَ له فى تخليفِ أميرالمؤمنين عليه السلام عنه حَسَب ما قدّمناه، بل عَلِم أَنّ المصلحةَ فى استخلافه، وأنَّ إقامته فى دار هِجرته مُقامه أفضلُ الأعمال، فدبَّر الخلقَ والدين بما قضاه فى ذلک وأمضاه، على ما بيّناه وشرحناه»(١).

٩- تبليغ سورة البراءة: تواترت الروايات بين الفريقين بإرجاع أبيبكر من تبليغها وإرسال أميرالمؤمنين على عليه السلام بها والواقعة حدثت عام التاسع من الهجرة النبوية وهى على ما فى مصادر العامة(٢): «إنّ النبىَّ صلى الله عليه و آله بعث أبابكر ببراءة إلى أهل مكة: لا يحج العام مشرک ولا يطوف بالبيت عريان ولا يدخل الجنة إلاّ نفس مسلمة ومن كان بينه وبين رسول اللّه مدّة فأجله إلى مدّته واللّه برىء من المشركين ورسوله، قال: فسار بها ثلاثا، ثمّ قال لعلىٍّ: الحقه، فردَّ علىَّ أبابكر وبلغها أنت، قال: ففعل فلما قدم على النبى أبوبكر بكى وقال: يا رسول اللّه أحدث فىَّ شىء؟ قال: لا ولكن أمرت أنْ لا يبلغها إلاّ أنا أو رجل منّى»(٣).

وقد ذكر نصوص الروايات العاميات السيّد هاشم البحرانى فى غاية المرام(٤).

والعلاّمة الأمينى قدس سره بعد أن عدّ أكثر من سبعين شخصا من العامة فى القرون المتمادية رووها قال وفى الاستدلال بها: «وفى القصة إيعاز إلى أنّ من لا يستصلحه

الوحى المبين لتبليغ عدّة آيات من الكتاب كيف يأتمنه على التعليم بالدين كلّه، وتبليغ الأحكام والمصالح كلّها»(٥).

بل كيف يأتمنه على إمامة الأُمّة والخلافة بعد الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله وبدلاً منه؟!!

١- ٢ . الارشاد ١/(١٥٨-١٥٦).

٢- ٣ . مسند أحمد ١٥٠/١ و ١٥١؛ فضائل الصحابة ٥٦٢/٢، ح٩٤٦ و ٦٤٠/٢، ح ١٠٨٨؛ صحيح البخارى ١٦٥/١، ح٣٥ و ١٢٤/٦، ح١٧٧؛ تفسير الطبرى ٧٦/١٠ من الطبعة الحديثة (٤٦/١٠)؛ والمناقب /١٦٥ للخوارزمى.

٣- ٤ . ولايت و امامت /١٧٦ للمؤلِّف.

٤- ٥ . غاية المرام ٢/(٩٢-٨٥).

٥- ١ . الغدير ٧/(٣٥٠-٣٣٨)ا [٦/(٤٩٥-٤٧٦) من الطبعة الحديثة].

«فَما لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ»(١).

١٠- حديث الرأية: فى واقعة الخيبر عام السابع الهجرى فى فتح أحدى قلاعه المسماة ب- «القموص» أو «الناعم» حيث أرسل النبى صلى الله عليه و آله أبابكر فى اليوم الأوّل مع الجيش المسلمين فرجع من دون فتح ثمّ فى اليوم الثانى أرسل صلى الله عليه و آله عمر فرجع من دون ظفر وفى اليوم الثالث أرسل صلى الله عليه و آله أحدا من الأنصار فرجع هكذا ثمّ قال محمّد بن عمر الواقدى المتوفى سنة ٢٠٧ فى كتابه المغازى ما نصه: «... فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : لأعطينَّ الرأية غدا رجلاً يحبّه اللّه ورسولُهُ يفتح اللّه على يديه، ليس بِفَرّار، أبشر يا محمّد بن مسلمة غدا إن شاء اللّه يقتل قاتل أخيك وتولى عادية اليهود فلما أصبح أرسل إلى على بن أبيطالب عليه السلام وهو أرمد فقال: ما أبصر سهلاً ولا جبلاً. قال: فذهب إليه، فقال: افتح عينيك. ففتحهما، فتفل فيهما. قال على عليه السلام : مارمدت حتّى الساعة. ثمّ دفع إليه اللواء ودعا له ومن معه من أصحابه بالنصر فكان أوّل من خرج إليهم الحارث أخو مرحب فى عاديته فانكشف المسلمون وثبت على عليه السلام فاضطربا ضربات فقتله على عليه السلام ورجع أصحاب الحارث إلى الحصن فدخلوه واغلقوه عليهم فرجع المسلمون إلى موضعهم وخرج مرحب وهو يقول:

قد علمت خيبر أنّى مَرْحَبُ شاكى السِّلاحِ بَطَلٌ مُجَرَّبُ

أضرب أحيانا وحينا أضرب

فحمل على عليه السلام فقطره على الباب وفتح الباب وكان للحصن بابان»(٢).

وقد نقل البخارى الحديث فى مواضع متعددة من صحيحه(٣) منها: بسنده «عن سَلَمة بن الأكوع، قال: كان علىّ عليه السلام [قد] تخلّف عن النبىّ صلى الله عليه و آله فى خيبر، وكان به رَمَدٌ،

١- ٢ . سورة يونس /٣٥.

٢- ٣ . المغازى ٦٥٤/٢.

٣- ٤ . فراجع صحيح البخارى ١٣٣/٤، ح ١٧٨ و ٨٧/٥، ح١٩٧ و ٢٧٩/٥، ح٢٣٠ و ٢٣١ (٢٠/٤).

فقال: أنا أتخلّف عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله ! فخرج علىّ فلحق بالنبىّ صلى الله عليه و آله ، فلمّا كان مساء الليلة التى فتحها [اللّه] فى صباحها، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : لأُعطينّ الراية - أو ليأخُذنّ الراية - غدا رجلاً يُحبّه اللّه ورسوله - أو قال: يُحبّ اللّه ورسوله - يفتح اللّه عليه، فإذا نحن بعلى بن أبيطالب وما نرجوه، فقال: هذا علىّ بن أبيطالب، فأعطاه رسول اللّه صلى الله عليه و آله ففتح اللّه عليه»(١).

وأمّا دلالته: هل يصلح للإمامة العظمى والخلافة الكبرى بدلاً مِن الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله مَنْ يحبُّ اللّه ورسولَه، ويحبّه اللّه ورسولُه ويفتح اللّه على يديه وليس بفرّار أو مَنْ فَرَّ مِنْ العدوّ ورجع خائبا مكسورا مأيوسا من دون فتح ولا ظفر؟! فَالْعَقْلُ حاكم وحكمه واضح.

«تِلْکَ عَشَرَةٌ كامِلَةٌ» من السنة الشريفة وهذا غيض من فيض وقطرة من بحارها الواردة فى شأن مولانا ومقتدانا وسيّدنا ووصىّ نبيّنا وخليفته من دون فصل بعده صلى الله عليه و آله أسداللّه وأسد رسوله

أميرالمؤمنين على بن أبيطالب عليه السلام ولتفصيلها فراجع إلى الكتب المفصلة فى هذا الباب والحمد للّه على «أوّل النعم»(٢).

ج: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «وأمّا الإجماع فغير خفىّ»(٣).

أقول: الإجماع من المسلمين بطوائفهم المتعددة وعقائدهم المختلفة وآراءهم المتشتّة ثابت على ولاية رسول اللّه صلى الله عليه و آله وأنّه أولى من المؤمنين بأنفسهم.

والإجماع من الطائفة المحقّة الشيعة الإمامية الاِثنى عشرية ثابت على ولاية أميرالمؤمنين علىّ بن أبيطالب وأحد عشر من اُولاده المعصومين عليهم السلام .

١- ١ . صحيح البخارى ٨٨/٥، ح ١٩٨ (١٢/٤).

٢- ٢ . ورد فى صحيحة الفضيل عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: من وجد برد حبّنا فى كبده فليحمد اللّه على أوّل النعم، قال: قلت: جعلت فداك، ما أوّل النعم؟ قال: طيب الولادة. [وسائل الشيعة ٥٤٧/٩، ح١٠].

٣- ٣ . المكاسب ٥٤٨/٣.

والإجماع من الفِرَق الشيعية المتعددة ثابت على ولاية أميرالمؤمنين علىّ عليه السلام وإن اختلفوا فى مابعده عليه السلام كالزيدية والإسماعيلية والفطحية والواقفة وغيرهم.

وكذا الأمر بالنسبة إلى تفضيل أميرالمؤمنين عليه السلام على غيره من أصحاب رسول

اللّه صلى الله عليه و آله وافقنا - الشيعة بالمعنى العام - جماعة من العامة الذاهبين إلى مذهب الاعتزال فى عقيدتهم كما نقل عنهم ابن أبيالحديد المعتزلى فى أوّلِ شرحه على نهج البلاغة واختاره حيث يقول: «وقال البغداديون قاطبة ؛ قدماؤهم ومتأخروهم، كأبيسهل بِشْر بن المعتمر، وأبيموسى عيسى بن صبيح، وأبيعبداللّه جعفر بن مبشّر، وأبيجعفر الإسكافى، وأبيالحسين الخياط، وأبيالقاسم عبداللّه بن محمود البلْخِىّ وتلامذته: إنّ عليّا عليه السلام أفضلُ من أبيبكر.

وإلى هذا المذهب ذهب من البصريين أبوعلىّ محمّد بن عبدالوهاب الجُبّائىّ أخيرا، وكان من قبلُ من المتوقّفين، كان يميل إلى التفضيل ولا يصرّح به، وإذا صنّف ذهب إلى الوقف فى مصنّفاته. وقال فى كثير من تصانيفه: إن صحّ خبرُ الطّائر فعلىٌّ أفضل.

ثمّ إن قاضىَ القضاة(١) رحمه الله ذكر فى شرح «المقالات» لأبيالقاسم البلخىّ أنّ أباعلىّ رحمه الله ما مات حتّى قال بتفضيل علىّ عليه السلام ؛ وقال: إنّه نقل ذلک عنه سماعا، ولم يوجد فى شىء من مصنّفاته. وقال أيضا: إن أباعلىّ رحمه الله يوم مات استدنَى ابنه أباهاشم إليه، - وكان قد ضَعُف عن رفع الصوت - فألقى إليه أشياء، من جملتها القولُ بتفضيل علىّ عليه السلام .

وممن ذهب من البصريين إلى تفضيله عليه السلام الشيخ أبوعبداللّه الحسين بن علىّ البصرىّ - رضى اللّه عنه - ، كان متحققا بتفضيله، ومبالغا فى ذلک، وصنّف فيه كتابا مفردا.

وممن ذهب من البصريين قاضى القضاة أبوالحسن عبدالجبار بن أحمد رحمه الله ذكر ابن مَتّويه عنه فى كتاب الكفاية فى علم الكلام أنه كان من المتوقفين بين علىّ عليه السلام وأبى بكر، ثمّ قطع على تفضيل علىّ عليه السلام بكامل المنزلة.

ومن البصريين الذاهبين إلى تفضيله عليه السلام أبومحمّد الحسن بن مَتّويه صاحب

١- ١ . هُوَ أحْمَد بن عبدالجبّار الهمذانىّ المعتزلىّ.

«التذكرة» نصّ فى كتاب «الكفاية» على تفضيله عليه السلام على أبيبكر؛ واحتجّ لذلك، وأطال فى الاحتجاج.

فهذان المذهبان كما عرفت.

وذهب كثير من الشيوخ رحمهم الله إلى التوقف فيهما؛ وهو قول أبيحذيفة واصل بن عطاء، وأبيالهُذَيْل محمّد بن الهُذَيْل العلاّف؛ من المتقدمين. وهما - وإن ذهبا إلى التوقّف بينه عليه السلام وبين أبيبكر وعمر- قاطعان على تفضيله على عثمان... .

وأما نحن فنذهب إلى ما يذهب إليه شيوخنا البغداديون؛ من تفضيله عليه السلام . وقد ذكرنا فى كتبنا الكلامية ما معنى الأفضل؛ وهل المراد به الأكثر ثوابا أو الأجمعُ لمزايا الفضل والخلال الحميدة، وبيّنا أنّه عليه السلام أفضلُ على التفسيرين معا»(١).

وفى هذا المجال عليک بمراجعة رسالة تفضيل بنيهاشم ورسالة تفضيل على عليه السلام كلاهما بقلم أبيعثمان عمرو بن بحر الجاحظ المعروف المُتَوَفى سنة ٢٥٥ق - وكان عثمانيا مروانيا -(٢)، وَهُما مَذْكُوْرانِ فى أوّل كتاب كشف الغُمَّةِ فى معرفة الأئمة(٣) لعلى بن عيسى الإربلى المتوفى سنة ٦٩٢، وقال الجاحظ فى الرسالة الثانية: «... فثبت بما ذكرناه من إجماع الفريقين ودلالة الكتاب والسنة أنّ عليّا أفضل(٤)... وبقى أميرالمؤمنين على ابن أبيطالب - صلوات اللّه عليه - فيكون أحقّ بالإمامة لما أجمعت عليه الأُمّة ولدلالة الكتاب والسنة عليه»(٥).

ثمّ لا ينقضى تعجّبى عن اعتراض المحقّق المُروِّج رحمه الله على الاستدلال بالإجماع - بعد اعتراضه بأنّه من الضروريات - فى المقام حيث يقول: «لكن لا مسرح للاستدلال

١- ١ . شرح نهج البلاغة ١/(٩-٧).

٢- ٢ . على ما قاله الإربلى فى كشف الغمة ١/٨٥.

٣- ٣ . كشف الغمة ١/(٨٥-٦٦)، طبع المجمع العالمى لأهل البيت عليهم السلام عام ١٤٢٦.

٤- ٤ . كشف الغمة ١/٨٢.

٥- ٥ . كشف الغمة ١/٨٥.

بالإجماع هنا، لعدم كونه دليلاً مستقلاً حينئذ»(١).

د: العقل القطعى

اشارة

قسّم الشيخ الأعظم الدليل العقلى إلى قسمين:

١- الدليل العقلى المستقل

(٢)

قال: «فالمستقل منه [أى من الدليل العقلى] حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنّهم أُولياء النعم»(٣).

مراده قدس سره : إنّهم عليهم السلام وَسائطُ للفيض الإلهى فهم أُولياء النعم والعقل يستقل بوجوب شكر المنعم، ولا يتُّم هذا الشكر إلاّ بإطاعتهم والتسليم لهم وقبول ولايتهم عليهم السلام .

ويرد عليه: أوّلاً: ما يترتب على ترک حُكْمِ العقل المستقل بلزوم شكر المنعم ومخالفته هو الذَّم أو قطع الإحسان من المحسن والمنعم وكلاهما أجنبيان عن العقاب، وما هو المهم هنا من إثبات لزوم متابعتهم ونفوذ تصرفاتهم.

وثانيا: وجوب شكر المنعم لا يثبت وجوب معرفة المنعم، لأنّ شكره لا يتوقف على معرفته. فمع عدم معرفتهم كيف يمكن الحكم بلزوم متابعة المجهول ونفوذ تصرفاته.

نعم، يُمْكِنُ إثبات وجوب معرفة المنعم باحتمال العقاب وظنّ الضرر على فرض تركها، ودفع الضرر المحتمل الذى يمكن أى يكون عقابا لازم عقلاً ويترتب على مخالفته الضرر بمعنى العقاب، ولكن هذا البيان لا يجرى فى وجوب الطاعة ولزوم المتابعة ونفوذ التصرفات، لأنّ مع الشک فى هذه الأُمور تجرى قاعدة قبح العقاب بلا بيان. فلا يتم هذا الاستدلال.

اللهم إلاّ أن يقال: شكر المنعم يعنى الخضوع التام للمنعم فى جميع الأمور فلا بأس

١- ٦ . هدى الطالب ١٣٥/٦.

٢- ٧ . الدليل العقلى المستقل: هو الدليل الذى صغراه وكبراه ومفادهما من العقل ولا يحتاج إلى ضمّ مقدمة خارجية، بل هو [العقل] يَتَكَفَّلُ لإثبات النتيجة بنفسه كحكم العقل بوجود التحسين والتقبيح الْعَقْلِيَّيْنِ.

٣- ٨ . المكاسب ٥٤٨/٣.

بشموله فى وجوب الطاعة ولزوم المتابعة ونفوذ التصرفات، ولكن دون إثبات وجوب هذا الشكر خَرْطٌ للقتاد.

٢- الدليل العقلى غير المستقل

(١)

قال الشيخ الأعظم: «والغير المستقلّ حكمه بأنّ الأُبوّة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الإبن فى الجملة، كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعيّة بطريق أولى؛ لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمّل»(٢).

مراده قدس سره : حكم العقل الذى يتوقف على مقدمة شرعية - وهى ولاية الأب ووجوب طاعته شرعا - ، بالأُولوية بعد ثبوت هذه المقدمة الشرعية بحكم العقل بالاولوية القطعية بولاية الإمام المعصوم عليه السلام ولزوم طاعته.

قال المحقّق الاصفهانى: «إنّ الأُبوة ليست إلاّ حيثية مقدمية الأب إعدادا لتكوين الولد، فإذا كانت مقتضية لوجوب إطاعته فى أوامره الشخصية شرعا كانت المقدمية فى مجارى الفيض ووسائط التكوين أقوى، فتجب إطاعتهم عليهم السلام بنحو أولى.

وهذا التقريب أولى ممّا ذكره قدس سره من كون حقّ الإمام عليه السلام على الرعية أعظم، فإنّ حيثية الإمامة والرعية حيثية التربية الروحانية باخراجهم من ظلمة الجهل إلى نور العلم، فهو ملاك آخر غير ملاك الأُبوة والمقدمية للتكوين»(٣).

ويرد عليه: أوّلاً: لم تتم المقدمة الشرعية وهى ولاية الأب ووجوب طاعته، بل تمّت حرمة إيذاء الوالدين الذى ينتهى إلى عقوقهما كما عليه شيخنا الاستاذ رحمه الله (٤).

وثانيا: على فرض وجوب إطاعة الوالد فمن المعلوم أنّ إطاعته فى جميع المراتب ليست واجبة مثلاً إذا أمره بتمليک أمواله له لا يجب ذلک على الولد قطعا «فكيف يمكن

١- ١ . الدليل العقلى غير المستقل: هو الدليل الذى فى ترتب النتيجة عليه نحتاج إلى ضمّ مقدمة خارجية غير الأحكام العقلية نحو مباحث الاستلزامات العقلية.

٢- ٢ . المكاسب ٥٤٨/٣.

٣- ١ . حاشية المكاسب ٣٨٣/٢ للمحقّق الاصفهانى.

٤- ٢ . إرشاد الطالب ٢٠٢/٤.

التعدى منه إلى وجوب إطاعة الأئمة عليهم السلام مطلقا، إذ لم يثبت وجوب الإطاعة فى حق الأب مطلقا وفى جميع المراتب حتّى يمكن التعدّى منه إلى وجوبها فى الأئمة عليهم السلام مطلقا»(١).

وثالثا: «المناط فى وجوب إطاعة الأب غير معلوم، وليس المدرک فى وجوب إطاعته عبارة عن كونه موجبا لحياة الولد حتّى نتعدّى منه إلى وجوب إطاعة الأئمّة عليهم السلام وإلاّ للزم وجوب إطاعة من أنقذ أحدا من الغرق أو المرض لأنّه أوجب حياته ومع ذلک لا يجب عليه إطاعته بوجه، ويحتمل أن يكون المناط هو تربية الولد فعلاً وهى مفقودة فى الأئمّة عليهم السلام ».

ورابعا: قال المحقّق الاصفهانى فى نقد مقالته: «فاقتضاء حقٍّ لوجوب الإطاعة لا يلازم اقتضاء حقٍّ آخر لوجوب الإطاعة شرعا بالمساواة فضلاً عن الأُولوية، وإذا لو حظ حيثية التربية؛ وأنّ تربية الروح أعظم من تربية الجسم، فلازمه وجوب إطاعة كل متعلِّم لمعلِّمه شرعا مع أنّه ليس كذلک فتدبر»(٢).

فلا يتم استدلال الشيخ الأعظم بالعقل القطعى ولعلّه قدس سره أمرنا بالتأمل فيه.

ولكن يمكن الاستدلال بحكم العقل القطعى غير المستقل بمايلى:

الخلافة عن الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله والإمامة العظمى والولاية الكبرى مقام رفيع لا يمكن عقلاً أن تصل إلى كلّ عامى جاهل بالأحكام الشرعية بحيث يكون كل النّاس أفقه

منه حتّى المخدرات فى البيوت، ويحكم بغير ما أنزل اللّه فى فدک وغير فدک ويميت السنة ويحيى البدعة وقال بالنسبة إلى بِدَعِهِ: «نعم البدعة هذه»(٣)، ومَنْ ليس له الفضائل من التقوى والعلم

والجهاد والإيمان، ولم تصل إلى الكافر الفاسق الغادر الكذّاب، مع فرض وجود فرد يُنسب إليه كل الفضائل وهو مولانا ومقتدانا وإمامنا أميرالمؤمنين على بن أبيطالب - عليه صلوات المصلين - والعقل حاكم بالحكم القطعى بينهم فى ما أقوله.

ص:١٢٠

١- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٦٠/٢.

٢- ٤ . حاشية المكاسب ٣٨٣/٢.

٣- ١ . كما فى صحيح البخارى ٥٨/٣ بالنسبة إلى صلاة التراويح، موطأ مالک ١١٤/١، ح٣.

والشاهد على أنّه ربّ الفضائل وتنسب إليه عليه السلام مقالة ابن أبيالحديد المعتزلى فى أوّل شرحه على نهج البلاغة حيث يقول: «وما أقولُ فى رجل أقَرّ له اعداؤه وخصومه بالفضل، ولم يمكنهم جَحْدُ مناقبه، ولا كتمانُ فضائله، فقد علمتَ أنه استولى بنو أميةَ على سلطان الإسلام فى شرق الأرضِ وغربها، واجتهدوا بكلّ حيلة فى إطفاء نوره، والتحريضِ عليه، ووضع المعايب والمثالب له، ولعنوه على جميع المنابر، وتوعّدوا مادِحِيه، بل حبسوهم وقتلوهم، ومنعوا من رواية حديث يتضمّن له فضيلة، أو يرفع له ذكرا، حتّى حظَروا أنْ يسمّى أحد باسمه؛ فما زاده ذلک إلاّ رفعةً وسُمُوّا؛ وكان كالمسک كلّما سُتِر انتشر عَرْفه، وكلّما كُتِم تَضوَّع نَشْرُه؛ وكالشمس لا تُسْتَر بالراح، وكضوْء النهار إن حُجِبت عنه عين واحدة، أدركته عيون كثيرة!

وما أقول فى رجل تُعْزَى إليه كلُّ فضيلة، وتنتهى إليه كل فِرْقة، وتتجاذبه كلُّ طائفة، فهو رئيس الفضائل ويَنبوعها، وأبو عُذْرِها، وسابق مضمارها، ومجلِّى حَلْبَتِها، كلُّ مَنْ بزغ فيها بعده فمنه أخذ، وله اقتفى، وعلى مثاله احتذى.

وقد عرفت أنّ أشرفَ العلوم هو العلم الإلهىّ، لأنّ شرف العلم بشرف المعلوم، ومعلومه أشرف الموجودات، فكان هو أشرفَ العلوم. ومن كلامه عليه السلام اقتُبِس، وعنه نُقِل، وإليه انتهى؛ ومنه

ابتدأ، فإنّ المعتزلة(١) – الذين هم أهلُ التوحيد والعدْل، وأرباب النظر، ومنهم تعلَّم النّاس هذا الفن – تلامذتُه وأصحابه؛ لأنّ كبيرَهم واصل بنُ عطاء تلميذُ أبيهاشم عبداللّه بن محمّد بن الحنفية(٢)، وأبوهاشم تلميذ أبيه، وأبوه تلميذه عليه السلام . وأما الأشعرية فإنّهم ينتمون إلى أبيالحسن على بن [إسماعيل بن] أبيبشر الأشعريّ، وهو

تلميذ أبى علىّ الجُبائىّ، وأبو علىّ أحد مشايخ المعتزلة؛ فالأشعرية ينتهون بأخَرَةٍ إلى أستاذ المعتزلة ومعلّمهم، وهو على بن أبيطالب عليه السلام .

وأما الإمامية والزيدية فانتماؤهم إليه ظاهر.

١- ٢ . أنظر أمالى المرتضى ١٤٨/١ وما بعدها؛ فى كلام المؤلف عن سند المعتزلة إلى علىّ عليه السلام .
٢- ٣ . هو إمام الْكَيْسانِيَّةِ؛ وعنه انتقلت البيعة إلى بنى العباس. (تنقيح المقال ٢١٢/٢ من الطبعة الحجرية).

ومن العلوم: علم الفقه؛ وهو عليه السلام أصله وأساسه، وكلّ فقيه فى الإسلام فهو عيال عليه، ومستفيد من فقهه؛ أما أصحابُ أبيحنيفة كأبييوسف ومحمّد وغيرهما، فأخذوا عن أبيحنيفة، وأما الشافعىّ فقرأ على محمّد بن الحسن، فيرجع فقهه أيضا إلى أبيحنيفة، وأما أحمد بن حنبل، فقرأ على الشافعى فيرجع فقهه أيضا إلى أبيحنيفة؛ وأبوحنيفة قرأ على جعفر بن محمّد عليه السلام ، وقرأ جعفر على أبيه عليه السلام ، وينتهى الأمر إلى علىّ عليه السلام . وأما مالك بن أنس، فقرأ على ربيعة الرأى، وقرأ ربيعة على عِكْرمة، وقرأ عكرمة على عبداللّه بن عباس، وقرأ عبداللّه بن عباس على علىّ بن أبيطالب؛ وإن شئت رددتَ إليه فقهَ الشافعىّ بقراءته على مالك كان لک ذلک؛ فهؤلاء الفقهاء الأربعة.

وأما فقه الشيعة: فرجوعه إليه ظاهر...

ومن العلوم: علم تفسير القرآن، وعنه أُخِذَ، ومنه فُرّع. وإذا رجعتَ إلى كتب التفسير علمتَ صحة ذلک؛ لأنّ أكثره عنه وعن عبداللّه بن عباس، وقد علم الناس حالَ ابن عباس فى ملازمته له، وانقطاعه إليه، وأنّه تلميذُه وخرّيجه. وقيل له: أين علمک من علم ابن عمک؟ فقال: كنِسْبة قطرة من المطر إلى البحر المحيط.

ومن العلوم: علمُ الطريقة والحقيقة، وأحوال التصوّف؛ وقد عرفتَ أن أربابَ هذا الفنّ فى جميع بلاد الإسلام؛ إليه ينتهون، وعنده يقفون؛ وقد صرّح بذلک الشِّبْلىّ، والْجُنيد، وسَرِىّ(١)، وأبويزيد البِسْطامىّ، وأبومحفوظ معروف الكرخىّ؛ وغيرهم. ويكفيک دَلالة على ذلک الخِرْقة(٢) التى هى شعارهم إلى اليوم، وكونهم يُسنِدونها بإسناد متصل إليه عليه السلام .

١- ١ . هو سرى بن المُغَلِّس السَّقَطى؛ خال الجنيد وأستاذه، وصاحب معروف الكرخى؛ وأوّل من تكلم ببغداد فى لسان التوحيد وحقائق الأحوال. مات سنة ٢٥١ [وقبره قائمٌ إلى اليوم فى المقبرة الشُّونيزية المعروفةِ بمقبرة الجُنيد فى الجانب الغربىّ من بغداد]. (طبقات الصوفية للسلمى /٤٨).
٢- ٢ . فصل السهروردى فى الباب الثانيعشر من كتابه عوارف المعارف (١٩١/٤ وما بعدها - على هامش الإحياء) الكلام فى شرح خرفة المشايخ الصوفية ولبسها. [ومن مأثور قول العلاّمة المُفَسِّر الشهير أبى الثناء السيّد محمود الآلوسىّ البغدادى الشافعىّ ثمّ الحنفىّ (ت ١٢٧٠ه) قولُهُ فى «غرائب الاغتراب»: «فَلَبِسْتُ الْخِرْقَةَ وَإنْ كان فى سَنَدِها خُرُوْق»].

ومن العلوم: علم النحو والعربية؛ وقد علم النّاس كافة أنّه هو الذى ابتدعه وأنشأه، وأمْلَى على أبيالأسود الدؤلىّ جوامعَه وأصوله، من جملتها: الكلام كلّه ثلاثة أشياء: اسم وفعل وحرف. ومن جملتها: تقسيم الكلمة إلى معرفة ونكرة، وتقسيم وجوه الإعراب إلى الرفع والنصب والجر

والجزم(١)، وهذا يكاد يُلحق بالمعجزات؛ لأن القوة البشرية لا تفِى بهذا الحصر، ولا تنهض بهذا الاستنباط.

وإن رجعت إلى الخصائص الخُلقية والفضائل النفسانية والدينية وجدتَه ابن جَلاها وطَلاّع ثناياها(٢).

وأما الشجاعة: فإنه أنسَى النّاسَ فيها ذكر مَنْ كان قبله، ومحا اسم من يأتى بعده، ومقاماتُه فى الحرب مشهورة يُضرب بها الأمثال إلى يوم القيامة؛ وهو الشجاع الذى ما فرّ قطّ، ولا ارتاع من كتَيبة، ولا بارز أحدا إلاّ قتله؛ ولا ضرب ضربة قطّ فاحتاجت الأولى إلى ثانية؛ وفى الحديث: «كَانَتْ ضَرَباته وترا»؛ ولما دعا معاويةَ إلى المبارزة ليستريح النّاس من الحرب بقتل أحدهما، قال له عمرو: لقد أنصفك، فقال معاويةُ: ما غششتنى منذ نصحتنى إلاّ اليوم! أتأمرنى بمبارزة أبيالحسن وأنت تعلم أنه الشجاع المطرِق! أراك طمعت فى إمارة الشام بعدى! وكانت العرب تفتخر بوقوفها فى الحرب فى مقابلته، فأما قتلاه فافتخارُ رهطِهم بأنّه عليه السلام قتَلهم أظهر وأكثر، قالت أخت عمرو ابن عبدوَدّ ترثيه:

١- ١ . معجم الأدباء ١٤/(٤٢-٥٠).

٢- ٢ . اقتباس من قول سحيم بن وثيل الرياحى: أنا ابْنُ جَلاَ وَطَلاَّعُ الثَّنَايا مَتَى أضَع الْعِمَامَةَ تَعْرِفُونِى وابن جلا، أى الواضح الأمر؛ وطلاع الثنايا: كناية عن السمو إلى معالى الأمور، والثنايا فى الأصل: جمع ثنية؛ وهى الطريق فى الجبل. وانظر اللسان ١٨/١٦٥.

لو كان قاتلُ عمرٍ وغير قَاتِلِهِ بكيتُه أَبَدا ما دُمْتُ فى الأبدِ(١)

لكنَّ قاتِلَهُ مَنْ لا نظير له وكان يُدْعَى أبوه بَيْضةَ الْبَلَدِ(٢)

وانتبه يوما معاوية، فرأى عبداللّه بن الزبير جالسا تحت رجليه على سريره، فقعد،

فقال له عبداللّه يداعبه: يا أميرَالمؤمنين، لو شئت أن أفْتِكَ بک لفعلت، فقال: لقد شَجُعت بعدنا يا أبابكر، قال: وما الذى تنكره من شجاعتى وقد وقفتُ فى الصفّ إزاءَ علىّ بن أبيطالب! قال: لا جَرَم! إنه قتلک وأياک بيسرى يديه، وبقيتِ اليمنى فارغةً، يطلب مَنْ يقتله بها.

وجملة الأمر أن كلَّ شجاع فى الدنيا إليه ينتهى، وباسمه ينادى فى مشارق الأرض ومغاربها.

وأما القوّة والأيّد(٣): فبه يُضرب المثل فيهما؛ قال ابن قتيبة فى «المعارف»(٤): مَا صَارعَ أحدا قطّ إلاّ صرَعه. وهو الذى قلَع بابَ خَيْبَر، واجتمع عليه عُصبة من النّاس ليقلِبوه فلم يقلبوه؛ وهو الذى اقتلع هُبَلَ من أعلى الكعبة، وكان عظيما جدا، وألقاه(٥) إلى الأرض. وهو الذى اقتلع الصخرة العظيمة فى أيام خلافته عليه السلام بيده بعد عَجْز الجيش كله عنها، وأنبط(٦) الماء من تحتها.

وأمّا السخاء والجود: فحاله فيه ظاهرة؛ وكان يصوم ويَطْوِى ويؤثر بزاده؛ وفيه

١- ٣ . من أبيات ذكرها صاحب اللسان ٣٩٥/٨؛ وروايته: لَوْ كانَ قاتلَ عَمْرٍو غَيْر قاتله بكيتُه ما أقامَ الرّوحُ فى جَسَدِى لكِنّ قاتِلَهُ مَنْ لا يعابُ بِهِ وَكانَ يُدْعَى قديما بيضة البلَدِ

٢- ٤ . بيضة البلد، يريد أبيطالب؛ أى أنه فرد ليس مثله فى الشرف كالبيضة التى هى تريكة وحدها، ليس معها غيرها؛ كذا فسر فى اللسان.

٣- ١ . معناه: القُوّة أيضا.

٤- ٢ . المعارف /٩٠.

٥- ٣ . فى نسخة: «فألقاه».

٦- ٤ . فى نسخة: «فأنبط».

أنزل: «وَيُطْعِمُونَ الطَّعامَ عَلى حُبِّهِ مِسْكِينا وَيَتِيما وَأَسِيرا * إِنَّما نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ اللّهِ لا نُرِيدُ مِنْكُمْ جَزاءً وَلا شُكُورا»(١). وروى المفسرون أنه لم يكن يملك إلاّ أربعة دراهم؛ فتصدّق بدرهم ليلاً، وبدرهم نهارا، وبدرهم سرّا، وبدرهم علانية؛ فأنزل فيه: «الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوالَهُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهارِ سِرّا وَعَلانِيَةً»(٢)

وروى عنه أنّه كان يَسقِي بيده لنخْلِ قوم من يهود المدينة، حتّى مَجَلَت(٣) يَده، ويتصدق بالأجْرة، ويشدُّ على بطنه حجَرا.

وقال الشعبىّ وقد ذكره عليه السلام : كان أسخَى النّاس؛ كان على الخُلُق الذى يحبّه اللّه: السخاء والجود، ما قال: «لا» لسائل قطّ.

وقال عدوّه ومُبْغضِه الذى يجتهد فى وَصْمِه معاوية بن أبيسفيان لِمَحْفَن(٤) بن أبيمحْفَن الضبىّ لما قال له: جئتک مِنْ عند أبخل النّاس، فقال: ويحک! كيف تقول إنّه أبخل النّاس، لو مَلَک بيتا من تِبْر وبيتا من تِبْن، لأنفد تِبْره قبل تِبْنَه.

وهو الذى كان يكنُس بيوت الأموال ويصلّى فيها، وهو الذى قال: يا صفراء، ويا بيضاء، غرّى غيرى. وهو الذى لم يخلِّفْ ميراثا، وكانت الدنيا كلّها بيده إلاّ ما كان من الشام.

وأما الحلم والصفح: فكان أحلمَ النّاس عن ذَنْب، وأصفحَهم عن مسىء؛ وقد ظهر صحّة ما قلناه يومَ الجمل؛ حيث ظفِر بمرْوان بن الحكم - وكان أعدى النّاس له، وأشدهم بغضا - فصفح عنه.

وكان عبداللّه بن الزّبير يشتِمه على رؤس الأشهاد، وخطب يوم البصرة فقال: قد

١- ٥ . سورة الإنسان /٩ و ١٠.

٢- ٦ . سورة البقرة /٢٧٤.

٣- ٧ . مجلت يده، أى ثخن جلده وتعجر وظهر فيه ما يشبه البثر من العمل بالأشياء الصلبة الخشنة؛ ومنه حديث فاطمة، أنّها شكت إلى علىّ مجل يديها من الطحن. النهاية لابن الأثير ٨٠/٤.

٤- ١ . كذا ضبطه الذهبى بالقلم فى المشتبه /٤٦٤.

أتاكم الوَغَد(١) اللئيم علىّ بن أبيطالب - وكان علىّ عليه السلام يقول: ما زال الزبير رجلاً مِنّا أهلَ البيت حتّى شبّ عبداللّه - فظفر به يوم الجمل، فأخذه أسيرا، فصفح عنه، وقال: اذهب فلا أرَينَّک؛ لم يزده على ذلک.

وظفِر بسعيد بن العاص بعد وقعة الجمل بمكّة، وكان له عدوّا، فأعرض عنه ولم يقلْ له شيئا.

وقد علمتم ما كان من عائشة فى أمره، فلما ظفِر بها أكرمها، وبعث معها إلى المدينة عشرين امرأة من نساء عبدالقيس عمّمهنّ بالعمائم، وقلّدهنّ بالسيوف، فلما كانت ببعض الطريق ذكرتْه بما لا يجوز أن يُذكر به، وتأفّفت وقالت: هَتَک سترى برجاله وجنده الذين وكَلَهم بى، فلما وصلت المدينة ألقى النساء عمائمهنّ، وقلن لها: إنّما نحن نسوة.

وحاربه أهل البصرة، وضربُوا وجهه ووجوه أولاده بالسيوف، وشتموه ولعنوه، فلما ظفِر بهم رفع السيف عنهم، ونادَى مناديه فى أقطار العسكر: ألاَ لايُتبَع(٢) مُولٍّ، ولا يُجهَزُ على جَرِيح، ولا يُقتل مستأسر، ومن ألقى سلاحه فهو آمن، ومن تحيّز إلى عسكر الإمام فهو آمن. ولم يأخذ أثقالَهم، ولا سبىَ ذراريَّهم، ولا غَنِم شيئا من أموالهم، ولو شاء أن يفعل كلّ ذلک لفعل، ولكنّه أبى إلاّ الصفح والعفو وتقيّل سنةَ رسول اللّه صلى الله عليه و آله يوم فتح

مكة، فإنّه عفا والأحقاد لم تبرد، والإساءة لم تُنْسَ.

ولما ملک عسكر معاوية عليه الماء، وأحاطوا بشريعة الفرات، وقالت رؤساء الشام له: اقتلهم بالعطش كما قتلوا عثمان عطشا، سألهم علىّ عليه السلام وأصحابه أن يشرعوا(٣) لهم شربَ الماء،

فقالوا: لا واللّه، ولا قطرة حتّى تموت ظمأ كما مات ابن عفان؛ فلما رأى عليه السلام أنه الموتُ لامحالَة تقدم بأصحابه، وحمل على عساكر معاوية حَمَلاَتٍ كثيفة، حتّى أزالهم عن مراكزهم بعد قتل ذَريع، سقطت منه الرؤس والأيدى، وملكوا عليهم الماء، وصار أصحاب معاوية فى الفلاة، ولا ماء لهم، فقال له أصحابه وشيعته: امنعهم الماء

١- ٢ . فى نسخة: «الوغب»؛ وهما بمعنى.

٢- ٣ . فى نسخة: «ألا يتبع مول».

٣- ١ . كذا فى نسخة، وفى نسخة: «يسوغوا».

يا أميرالمؤمنين، كما منعوك، ولا تَسقِهم منه قطرة، واقتلهم بسيوف العطش، وخذهم قبضا بالأيدى فلا حاجة لک إلى الحرب، فقال: لا واللّه لا أكافئهم بمثل فعلهم، أَفْسِحوا لهم عن بعض الشريعة، ففى حدّ السيف ما يغنى عن ذلک. فهذه إن نَسَبْتَها إلى الحلم والصفح فناهيک بها جمالاً وحسنا، وإن نسبتَها إلى الدّين والورع فأخلِقْ بمثلها أن تصدر عن مثله عليه السلام !

وأمّا الجهاد فى سبيل اللّه: فمعلوم عند صديقه وعدوّه أنّه سيّد المجاهدين، وهل الجهاد لأحد من النّاس إلاّ له! وقد عرفتَ أنّ أعظمَ غزاة غزاها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وأشدّها نكاية فى المشركين بدر الكبرى؛ قتل فيها سبعون من المشركين، قتل علىٌّ نصفَهم، وقتل المسلمون والملائكة النصف الآخر. وإذا رجعتَ إلى مغازى محمّد بن عمر الواقدى وتاريخ الأشراف ليحيى بن جابر البلاذُرى وغيرها علمتَ صحة ذلک، دعْ مَنْ قتله فى غيرها كأحُد والخندق وغيرهما؛ وهذا الفصل لا معنى للإطناب فيه؛ لأنّه من المعلومات الضرورية، كالعِلْم بوجود مكّة ومصر ونحوهما.

وأمّا الفصاحةُ: فهو عليه السلام إمام الفصحاء، وسيّد البلغاء؛ وفى(١) كلامه قيل: دون كلام الخالق، وفوق كلام المخلوقين. ومنه تعلّم النّاس الخطابة والكِتابة، قال عبدالحميد بن يحيى: حفظتُ سبعين

خطبة من خطب الأصلع، ففاضت ثمّ فاضت. وقال ابن نُباتة(٢): حفظت من الخطابة كنزا لا يزيده الإنفاق إلاّ سعة وكثرة، حفظت مائة فصل من مواعظ عليّ بن أبيطالب.

ولما قال مِحْفَن بن أبيمِحْفَن لمعاوية: جئتُك من عند أعْيَا النّاس، قال له: ويحک! كيف يكون أعيا النّاس! فو اللّه ما سنّ الفصاحة لقريش غيره... .

وأمّا سجاحة الأخلاق، وبِشْر الوجه، وطلاقة المحيَّا، والتبسّم: فهو المضروبُ به المثل فيه حتّى عابه بذلک أعداؤه؛ قال عمرو بن العاص لأهل الشام: إنه ذو دُعابة شديدة. وقال

١- ٢ . فى نسخة: «وعن كلامه».

٢- ٣ . هو عبدالرحيم بن محمّد بن محمّد بن إسماعيل الفارقى الجذامى.

عليّ عليه السلام فى ذاک: عجبا لابن النابغة! يزعم لأهل الشام أن فيّ دعابة، وأنّى امرؤ تِلْعابة، وأعافِس وأمارس(١)! وعمرو بن العاص إنّما أخذها عن عمر بن الخطاب لقوله له لما عزم على استخلافه: للّه أبوک لو لا دُعابة فيک! إلاّ أنّ عمر اقتصر عليها، وعمرو زاد فيها وسمّجها.

قال صعصعة بن صوحان وغيره من شيعته وأصحابه: كان فينا كأحدنا، لِينَ جانب، وشدة تواضع، وسهولة قياد، وكنّا نهابه مهابة الأسير المربوط للسيّاف الواقف على رأسه.

وقال معاوية لقيس بن سعد: رحِم اللّه أباحسن؛ فلقد كان هشّا بشّا، ذا فُكاهة، قال قيس: نعم، كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يمزَحُ ويبتسم إلى أصحابه، وأراک تُسرّ حَسْوا فى ارتِغاء(٢)، وتعيبه بذلک! أما واللّه لقد كان مع تلک الفكاهة والطلاقة أهيَبَ من ذى لِبدَتَيْن قد مسّه الطَّوى، تلک هيبة التّقوى، وليس كما يهابک طَغامُ أهل الشام!

وقد بقىَ هذا الخُلُق متوارَثا متناقَلاً فى محبِّيه وأوليائه إلى الآن، كما بقىَ الجفاء والخشونة والوعورة فى الجانب الآخر، ومَنْ له أدنى معرفة بأخلاق النّاس وعوائدهم يعرف ذلک.

وأمّا الزهد فى الدنيا: فهو سيّد الزهاد، وبدَل الأبدال، واليه تشدُّ الرحال، وعنده تنْفَضُ الأحلاس؛ ما شِبعَ من طعام قطّ. وكان أخشنَ النّاس مأكلاً وملبسا؛ قال عبداللّه ابن أبيرافع: دخلت إليه يوم عيد، فقدّم جِرابا مختوما، فوجدنا فيه خبزَ شعير يابسا مرضوضا، فقُدّم فأكل، فقلت: يا أميرالمؤمنين، فكيف تختِمه؟ قال: خفت هذين الولدين أن يلُتّاه بسمن أوزيت.

وكان ثوبه مرقوعا بجلد تارة، وليف أخرى، ونعلاه من ليف. وكان يلبَس

١- ١ . التلعابة؛ بفتح التاء وكسرها: الكثير اللعب والمرح. والمعافسة: الملاعبة أيضا. والممارسة: ملاعبة النساء. والخبر أورده ابن الأثير فى النهاية ١١٧/١ و ٥٩/٣ و ١١٠، و ٥٩/٤ و ٨٩.

٢- ٢ . فى المثل: «هو يسر حسوا فى ارتغاء»؛ يضرب لمن يظهر أمرا وهو يريد غيره. (السان العرب ٤٦/١٩).

الكِرباسَ(١) الغليظ، فإذا وجود كمه طويلاً بشَفرة؛ ولم يخِطْه، فكان لا يزال متساقطا على ذراعيه حتّى يبقى سدىً لا لحمة له. وكان يأتدم إذا ائتدم بخلّ أو بملح؛ فإن ترقّى عن ذلک فبعض نبات الأرض، فإن ارتفع عن ذلک فبقليل من ألبان الإبل؛ ولا يأكل اللحم إلاّ قليلاً، ويقول: لا تجعلوا بطونكم مقابر الحيوان. وكان مع ذلک أشدّ النّاس قوةً وأعظمهم أيْدا، لا يُنقِض(٢) الجوع قُوّته، ولا يُخَوِّن(٣) الإقلالُ مُنّته. وهو الذى طلّق الدنيا وكانت الأموال تُجبى إليه من جميع بلاد الإسلام إلاّ من الشام، فكان يفرّقها ويمزّقها، ثمّ يقول:

هذا جناىَ وخياره فيهْ إذْ كلّ جانٍ يدُه إلى فيهْ(٤)

وأمّا العبادة: فكان أعبدَ النّاس وأكثرَهم صلاة وصوما؛ ومنه تعلّم النّاس صلاة الليل، وملازمة الأوراد وقيام النافلة؛ وما ظنّک برجل يبلغ من محافظته على وِرده أن يُبْسَطُ له نِطَعٌ بين الصفّين ليلة الهرِير، فيصلّى عليه وِرْدَه، والسهام تقع بين يديه وتمرّ على صماخيهِ يمينا وشمالاً، فلا يرتاع لذلک، ولا يقوم حتّى يفرُغ من وظيفته! وما ظنّک برجل كانت جبهته كثَفِنَة البعير لطول سجوده.

وأنت إذا تأمّلت دعواتِه ومناجاتِه، ووقفتَ على ما فيها من تعظيم اللّه سبحانه وإجلاله، وما يتضمّنه من الخضوع لهيبته، والخشوع لعزّته والاستخذاء له، عرفتَ ما ينطوِى عليه من الإخلاص، وفهمت من أىّ قلبٍ خرجتْ، وعلى أىّ لسان جرت!

وقيل لعلى بن الحسين عليه السلام - وكان الغايةَ فى العبادة: أين عبادتک من عبادة جَدّک؟ قال: عبادتى عند عبادة جدّى كعبادة جدّى عند عبادة رسول اللّه صلى الله عليه و آله .

ص:١٢٩

١- ١ . الكرباس بالكسر: ثوب من القطن الأبيض، معرب.

٢- ٢ . فى نسخة: «ينقص».

٣- ٣ . يخون: ينقص؛ وفى نسخة: «يخور».

٤- ٤ . البيت أنشده عمرو بن عَدِىٍّ حينما كان غلاما، وكان يخرج مع الخدم يجتنون الملک (جذيمة الأبرش) الكمأة؛ فكانوا إذا وجدوا كمأة خيارا أكلوها وأتوا بالباقى إلى الملک؛ وكان عمرو لا يأكل منه، ويأتى به كما هو، وينشد البيت. وانظر: القاموس ٣/(٢٥٩-٢٦٠)؛ وحديث على ورد مفصلاً فى حلية الأولياء ٨١/١.

وأمّا قراءته القرآن واشتغاله به: فهو المنظور إليه فى هذا الباب؛ اتفق الكلّ على أنّه كان يحفظ القرآن على عهد رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، ولم يكن غيره يحفظه، ثمّ هو أوّلُ مَنْ جَمَعه؛ نقلوا كلّهم

أنّه تأخّر عن بيعة أبيبكر؛ فأهل الحدِيث لا يقولون ما تقوله الشيعة من أنه تأخّر مخالفة للبيعة؛ بل يقولون: تشاغل بجمع القرآن؛ فهذا يدلّ على أنّه أوّلُ مَنْ جمع

القرآن؛ لأنّه لو كان مجموعا فى حياة رسول اللّه صلى الله عليه و آله لما احتاجَ إلى أن يتشاغل(١) بجمعه بعد وفاته صلى الله عليه و آله . وإذا رجعتَ إلى كتب القراءات وجدت أئمة القراء كلهم يرجعون إليه؛ كأبيعمرو بن العلاء وعاصم بن أبيالنَّجود وغيرهما؛ لأنّهم يرجعون إلى أبيعبدالرحمن السُّلَمِيِّ القارئ، وأبوعبدالرحمن كان تلميذه، وعنه أخذ القرآن؛ فقد صار هذا الفن من الفنون التى تنتهى إليه أيضا، مثل كثير مما سبق.

وأمّا الرأىُ والتدبير: فكان من أسَدِّ النّاس رأيا، وأصحِّهم تدبيرا؛ وهو الذى أشار على عمر بن الخطاب لما عزم على أنْ يتوجّه بنفسه إلى حرب الروم والفرْس بما أشار. وهو الذى أشار على عثمان بأمور كان صلاحه فيها، ولو قبلها لم يحدُث عليه ما حدث. وإنّما قال أعداؤه: لا رأىَ له؛ لأنّه كان متقيِّدا بالشريعة لا يرى خلافَها، ولا يعمل بما يقتضى الدِّينُ تحريمه. وقد قال عليه السلام : لو لا الدين والتّقى لكنتُ أدهى العرب. وغيره من الخلفاء كان يعمل بمقتضى ما يستصلِحُه ويستوقفه؛ سواء أ كان مطابقا للشرع أم لم يكن. ولا ريب أنّ مَنْ يعمل بما يؤدى إليه اجتهاده، ولا يقف مع ضوابط وقيود يمتنع لأجلها ممّا يرى الصلاح فيه، تكون أحواله الدنيوية إلى الانتظام أقرب، ومَنْ كان بخلاف ذلک تكون أحواله الدنيوية إلى الانتشار أقرب.

وأما السياسةُ: فإنه كان شديدَ السياسة، خشِنا فى ذات اللّه، لم يراقب ابنَ عمّه فى عمل كان ولاّه إياه، ولا راقب أخاه عَقِيلاً فى كلام جَبَهه به. وأحرق قوما بالنار، ونقض دار مَصْقَلة بن هُبَيرة ودار جرير بن عبداللّه البَجَلِيّ، وقطع جماعةً وصلب آخرين.

ومن جملة سياسته فى حروبه أيامُ خلافته بالجمل وصِفّين والنهروان، وفى أقلّ

١- ١ . نسخة: «تشاغل».

القليل منها مقْنَع، فإنّ كلَّ سائس فى الدنيا لم يبلغ وبطشه وانتقامه مبلغ العشر مِمّا فعل عليه السلام فى هذه الحروب بيدِه وأعوانه.

فهذه هى خصائص البَشَر ومزاياهم قد أوضحنا أنّه فيها الإمام المتّبع فعلُه، والرئيس المقتفَى أثره.

وما أقول فى رجلٍ تحبّه أهلُ الذّمة على تكذيبهم بالنبوّة، وتعظّمه الفلاسفة على معاندتهم لأهل الملّة، وتصوِّرُ ملوك الفرنج والروم صورتَه فى بِيَعها وبيوت عباداتها، حاملاً سيفَه، مشمرا لحربه، وتصوِّر ملوكُ الترك والدّيْلم صورته على أسيافها! كان على

سيفِ عَضُد الدولة بن بُوَيْه وسيف أبيه ركن الدولة صورتُه، وكان على سيف إلب أرسلان وابنه مَلكشاه صورته؛ كأنهم يتفاءلون به النصر والظفر.

وما أقولُ فى رجل أحبّ كلُّ واحدٍ أن يتكثّر به، وودّ كلُّ أحدٍ أن يتجمّل ويتحسّن بالانتساب إليه؛ حتّى الفتوّة التى أحسن ما قيل فى حدّها: ألاّ تستحسنَ من نفسك ما تستقبحه من غيرك، فإنّ أربابها نسبوا أنفسهم إليه، وصنّفوا فى ذلك كتبا، وجعلوا لذلك إسنادا أنهوْه إليه، وقصروه عليه، وسَمَّوْه سيّدَ الفتيان، وعضّدوا مذهبهم إليه بالبيت المشهور المرويّ، أنه سُمِع من السماء يوم أحُد:

لا سيفَ إلاّ ذوالفَقَا ر ولا فَتىً إلاّ علىّ

وما أقول فى رجل أبوه أبوطالب سيّد البطْحاء، وشيخ قريش، ورئيس مكة، قالوا: قلّ أنْ يسوَّد فقير، وساد أبوطالب وهو فقير لاَ مال له، وَكانت قريش تسميّه الشيخ.

وفى حديث عفيف الكندىّ، لما رأى(١) النبىّ صلى الله عليه و آله يصلِّى فى مبدأ الدعوة، ومعه غلام وامرأة، قال: فقلت للعباس: أىّ شىء هذا؟ قال: هذا ابن أخى، يزعم أنّه رسولٌ من اللّه إلى

النّاس، ولم يتّبعه على قوله إلاّ هذا الغلام - وهو ابن أخى أيضا - وهذه الامرأة، وهى زوجته. قال: فقلتُ: ما الذى تقولونه أنتم؟ قال: ننتظر ما يفعل الشيخ - يعنى أباطالب. وأبوطالب هو الذى كَفَل رسولَ اللّه صلى الله عليه و آله صغيرا، وحماه وحاطه كبيرا، ومنعه من مشركى

١- ١ . الخبر فى أسد الغابة ٤١٤/٣ مع اختلاف فى الرواية.

قريش، ولقِىَ لأجله عنتا عظيما، وقاسى بلاء شديدا، وصبرَ على نصره والقيام بأمره. وجاء فى الخبر أنّه لما توفى أبوطالب أوحِى إليه عليه السلام وقيل له: اخرج منها، فقد مات ناصرك.

وله مع شرف هذه الأبوّة أنّ ابن عمه محمّد سيدُ الأولين والآخرين، وأخاه جعفر ذوالجناحين، الذى قال له رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «أشبَهْتَ خَلْقى وخُلقى» فمر يحجل فرحا. وزوجته سيّدة نساء العالمين، وابنيه سيّدا شباب أهل الجنة؛ فآباؤه آباء رسول اللّه، وأمهاته أمهات رسول اللّه، وهو مسوط بلحمه ودمه، لم يفارقه منذ خلق اللّه آدم، إلى أن مات عبدالمطلب بين الأخوين عبداللّه وأبيطالب، وأمّهما واحدة، فكان منهما سيّدَا النّاس؛ هذا الأوّل وهذا التالى، وهذا المنذر وهذا الهادى!.

وما أقول فى رجل سَبَق النّاس إلى الهدى، وآمن باللّه وعبدَه، وكلّ من فى الأرض

يعبد الحجر، ويجحد الخالق؛ لم يسِقْه أحد إلى التوحيد إلاّ السابق إلى كلِّ خير، محمّد صلى الله عليه و آله .

ذهب أكثر أهلِ الحديث إلى أنّه عليه السلام أوّل النّاس اتباعا لرسول اللّه صلى الله عليه و آله إيمانا به، ولم يخالف فى ذلک إلاّ الأقلّون. وقد قال هو عليه السلام : أنا الصدّيق الأكبر، وأنا الفاروق الأوّل، أسلمت قبل إسلام النّاس، وصلّيت قبل صلاتهم. ومن وقف على كتب أصحاب الحديث

تحقّق ذلک وعلمه واضحا. واليه ذهب الواقدى، وابن جرير الطبرى، وهو القول الذى رجّحه ونصره صاحب كتاب «الاستيعاب»(۱).

ولأنّا إنما نذكر فى مقدمة هذا الكتاب جملةً من فضائله عَنّت بالعَرض لا بالقصد؛ وجب أن نختصر ونقتصر، فلو أردنا شرحَ مناقبه وخصائصه لاحتجْنا إلى كتاب مفرد

۱- ۱ . الاستيعاب لابن عبدالبر النمرى القرطبى ۴۵۷/۲.

يماثل حَجْم هذا بل يزيد عليه، وباللّه التوفيق(۱)»(۲).

أقول: وهذا غيض من فيض واعتراف من عالمٍ سنيٍ معتزلىٍ مُنْصِفٍ بالنسبة إلى أميرالمؤمنين عليه السلام ، فيه كفاية «إِنَّ فِى ذلِکَ لَذِكْرى لِمَنْ كانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعَ وَهُوَ شَهِيدٌ»(۳).

وأختم هذا المقال بما رواه أبوالقاسم على بن محمّد بن على الخزّاز القمى الرازى من أعلام القرن الرابع قال: «أخبرنا القاضى أبو الفرج المعافا بن زكريّا البغدادى(۴)، قال:

حدَّثنا أبو سلمان أحمد بن أبى هراسة، قال: حدَّثنا إبراهيم بن إسحاق النهاوندى، عن عبداللّه بن حمّاد الأنصارى، قال: حدَّثنا إسماعيل بن أبى اُويس، عن أبيه، عن عبدالحميد الأعرج، عن عطاء، قال: دخلنا على عبداللّه بن عبّاس وهو عليل بالطائف، فى العلّة الّتى

۱- ۲ . وانظر ترجمته وأخباره أيضا فى: أسد الغابة ۴/(۱۶-۴۰)؛ والاستيعاب ۲/(۲۵۶-۲۷۴)؛ والإصابة ۴/(۲۶۹-۲۷۱)؛ وإنباه الرواة ۱/(۱۰-۱۲)؛ وتاريخ الإسلام للذهبى ۲/(۱۹۱-۲۰۷)؛

وتاريخ بغداد ١/(١٣٣-١٣٨)؛ وتاريخ أبيالفدا ١/(١٨١-١٨٢)؛ وتاريخ الطبرى ٦/(٨٨-٩١)؛ وتاريخ ابن كثير ٧/(٣٣٢-٣٦١) و ٨/(١-١٣)؛ وتذكرة الحفاظ ١/(١٠-١٣)؛ وتهذيب الأسماء واللغات ١/(٣٤٤-٣٤٩)؛ وتهذيب التهذيب ٧/(٣٣٤-٣٣٩)؛ وحلية الأولياء ١/(٦١-٨٧)؛ والرياض النضرة ٢/(١٥٣-٢٤٩)؛ وشذرات الذهب ١/(٤٩-٥١)؛ وصفة الصفوة ١/(١١٩-١٤٤)؛ وطبقات ابن سعد ٦/٦؛ وطبقات القراء لابن الجزرى ١/(٥٤٦-٥٤٧)؛ ومروج الذهب ٢/(٤٥-٥٠)؛ والمعارف /(٨٨-٩٢)؛ ومعجم الأدباء ١٤/(٤١-٥٠)؛ ومعجم الشعراء /(٢٧٩-٢٨٠)؛ ومقاتل الطالبين /(٢٤-٤٥)؛والنجوم الزهرة ١/(١١٩-١٢٠).

٢- ٣ . شرح نهج البلاغة ١/(٣٠-١٦).

٣- ٤ . سورة ق /٣٧.

٤- ٥ . المعافى بن زكريّا المعروف بابن طراز، عامى المذهب ترجم له الخطيب وابن خلكان والذهبى، وذكروا أنه كان فقيها مأمونا فى روايته. وقال الخطيب: أعلم النّاس فى وقته بالفقه. يروى عن البغوى والمحاملى. أنظر: تاريخ بغداد ٢٣٠/١٣؛ وفيات الأعيان ٢٢١/٥؛ سير أعلام النبلاء ٥٤٤/١٦.

توفّى فيها، ونحن زهاء ثلاثين رجلاً من شيوخ الطائف وقد ضعف، فسلَّمنا عليه وجلسنا.

فقال لى: يا عطاء، مَنْ القوم؟ قلت: يا سيّدى هم شيوخ هذا البلد، منهم: عبداللّه بن سلمة بن حضرمى الطائفى وعمارة بن أبى الأجلح، وثابت بن مالک، فمازلت أعدّ له واحدا بعد واحد، ثمّ تقدَّموا إليه فقالوا: يابن عمّ رسول اللّه، إنّک رأيت رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، وسمعت منه ما سمعت، فأخبرنا عن اختلاف هذه الأمّة، فقوم قد قدَّموا عليا على غيره، وقوم جعلوه بعد ثلاثة.

قال: فتنفَّس ابن عباس وقال: سمعت رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقول: على مع الحقّ، والحقّ مع على، وهو الإمام والخليفة من بعدى، فمن تمسّک به فاز ونجى، ومن تخلّف عنه ضلَّ وغوى، يلى تكفينى وغسلى ويقضى دينى، وأبو سبطىّ الحسن والحسين، ومن صلب الحسين تخرج الأئمّة التسعة، ومنّا مهدىّ هذه الأُمّة.

فقال له عبداللّه بن سلمة الحضرمى: يابن عمّ رسول اللّه فهلاّ كنت تعرّفنا قبل هذا؟ فقال: قد واللّه أدّيت ما سمعت، ونصحت لكم، ولكن لا تحبّون الناصحين.

ثمّ قال: اتّقوا اللّه عباد اللّه، تقيّة من اعتبر تمهيدا، واتقى فى وجل، وكمش(١) فى مهل، ورغب فى طلب، ورهب فى هرب، واعملوا لآخرتكم قبل حلول آجالكم، وتمسّكوا بالعروة الوثقى من عترة نبيّكم، فإنّى سمعته صلى الله عليه و آله يقول: من تمسّک بعترتى من بعدى كان من الفائزين.

ثمّ بكى بكاءا شديدا، فقال له القوم: أتبكى ومكانک من رسول اللّه صلى الله عليه و آله مكانک؟ فقال لى: يا عطاء، إنّما أبكى لخصلتين: هول المطلع، وفراق الأحبّة.

ثمّ تفرَّق القوم عنه، فقال لى: يا عطاء، خذبيدى واحملنى إلى صحن الدار،

(فأخذناه بيده أنا وسعيد، وحملناه إلى صحن الدار)، ثمّ رفع يديه إلى السماء وقال: اللهمّ إنّى أتقرّب إليک بمحمّد وآل محمّد، اللهمّ إنّى اتقرّب إليک بولاية الشيخ على بن أبى

١- ١ . وكمش: شمَّر وجدَّ، ويقال: رجل كمش، أى عزوم ماض سريع فى أموره. انظر: النهاية فى غريب الحديث ٢٠٠/٤؛ لسان العرب ٣٤٣/٦.

طالب. فما زال يكرّرها حتّى وقع إلى الأرض، فصبرنا عليه ساعة، ثمّ أقمناه فإذا هو ميّت رحمه الله »(١).

وإذا ثبتت الولاية فى حقّ أميرالمؤمنين عليه السلام فهى ثابتة فى شأن رسول اللّه صلى الله عليه و آله بالطريق الأُولوية وفى شأن أولاده المعصومين عليهم السلام بالقياس المساواة فى الإمامية، والحمدللّه ربّ العالمين.

وبما ذكرنا ظهر ثبوت الولاية لهم عليهم السلام بالدليل العقلى القطعى فلا يتم ما ذكره السيّد الخوئى قدس سره من: «أنّ الولاية بهذا المعنى إنّما ثبتت بالآيات والأخبار لا بالوجهين العقليين أبدا»(۲).

اللهم إلاّ أن يكون مراده قدس سره عدم تمامية دليلى الشيخ الأعظم كما مرّ منّا أيضا. والحمد للّه على الولاية.

۱- ۱ . كفاية الأثر فى النصوص على الأئمّة الاثنى عشر /۷۵، ح۵.

۲- ۲ . التنقيح فى شرح المكاسب ۱۶۰/۲.

السادس: أقسام ولاية النبى صلى الله عليه و آله وأُوصيائه المعصومين عليهم السلام

اشارة

تنقسم ولايتهم عليهم السلام على أقسام متعددة منها:

۱- الولاية التكوينية

وهى الولاية على عالَم الكون والتكوين والوجود والموجودات بحيث إرادتهم وأوامرهم تنفذ فى عالَم الوجود، وعالَم الكون مسخرٌ لهم ومشيتهم تجرى فى عالَم الوجود وطاعتهم واجبة على الموجودات فى عالم التكوين ولكن كلّ ذلك بحول من اللّه وقوته وبإذنه وإرادته ومشيته تبارک و تعالى. لا على نحو الاستقلال بحيث انّهم بأنفسهم وبالاستقلال من اللّه تعالى يفعلون هذه الأُمور، بل يفعلون بترخيص وإذن وإرادة وحول وقوة من اللّه تبارک وتعالى ويستمدّون فى جميع آناتهم من الربّ الجليل.

فهم عليهم السلام أُمراء الوجود والكون، جعلهم اللّه تعالى وأعطاهم هذه الإمارة، ولكن ليس لهم بالاستقلال شيىء.

ومن هذا التعريف يظهر ضعف مقالات بعض ممّن عاصرناه من تعريفها ب- «السلطة على عالم الوجود»(١)، لأنّ هذه السلطة نتيجة الولاية التكوينية لا تعريفها.

ومن إثبات هذه الولاية «لبعض الأُولياء الكرام أيضا مرتبة من الولاية التكوينية»(٢) «إذ... وكرامات الأُولياء نحو تصرف منهم فى عالم التكوين»(٣).

الولاية التكوينية وإن كانت مقولة بالتشكيک، لكنّها لا تثبت لغير المعصومين عليهم السلام وما صدر من بعض على نحو: السحر والشعوذة وتسخير الْقُوى المرئية أو غير المرئية مثل الجن والشياطين أو تأثير بعض الأذكار والأدعية أو النوم المغناطيسى أو الهيبنوتيزم أو التلِ باتى أو الحس السادس وأمثال ذلک فليست من الولاية التكوينية بشىءٍ.

١- ١ . كما فى كتاب: الحاكمية فى الإسلام /١٦٢ لشيخنا آية اللّه السيّد محمّدمهدى الموسوى الخلخالى - مدظله - .

٢- ٢ . دراساتٌ فى ولاية الفقيه وفقه الدولة الاسلامية ٧٤/١.

٣- ٣ . دراساتٌ فى ولاية الفقيه وفقه الدولة الاسلامية ٧٥/١.

وعلى أىّ حالٍ فكلُّ تصرف فى عالم التكوين ليس من الولاية التكوينية بحيث تطلق على آخذ الكتاب من الرَّف وكاتب القرطاس بالقلم(١) وأنّها ليست ب- «ثابتةٍ(٢) لكلِّ

أحد من النّاس بل لكلِّ موجود من الموجودات... وما يُحكى عن بعض العارفين... من الكرامات والاُمور الغريبة يشير إلى مرتبتهم الخاصة فى هذا القسم من الولاية»(٣)، فلا تتم هذه المقالة عندنا، لأنّها ثابتة للمعصومين عليهم السلام فقط.

ووافقنا على أنّها مختصة بهم عليهم السلام لكونهم مظاهر أسمائه تعالى، بعض مشايخنا - مدظله - حيث يقول: «وهذه المرتبة من الولاية مختصة بهم وكانت من مقتضيات ذواتهم النورية ونفوسهم القدسية التى لا يبلغ إلى دون مرتبتها مبلغ ولذلک ليست قابلة للإعطاء إلى غيرهم...»(٤).

تنبيهٌ

الولاية التكوينية فى حقّ الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله واُوصيائه المعصومين عليهم السلام ثابتة بالإجماع والبتّ والقطع ولكن لن ينسب إليهم خلق العالَم وربوبيّته وتقسيم الأرزاق بين الخلائق والإحياء والإماتة، لأنّ الخالق والربّ والرازق والمحيى والمميت هو اللّه تعالى وإنّهم عليهم السلام قد نفوا هذه الاُمور عن ساحتهم فقال الرضا عليه السلام فى دعائه: «اللّهمّ إنّى أبرأ إليک من الحول والقوّة، فلا حول ولا قوّة إلاّ بک.

اللّهمّ إنّى أبرأ إليک من الّذين ادّعوا لنا ما ليس لنا بحقّ.

اللّهمّ إنّى أبرأ إليک من الّذين قالوا فينا ما لم نقله فى أنفسنا.

اللّهمّ لک الخلق ومنک الرزق، و «إِيّاکَ نَعْبُدُ وَإِيّاکَ نَسْتَعِينُ»(٥).

١- ٤ . فقه الولاية والحكومة الاسلامية ٢٥/١.

٢- ٥ . وفى المصدر: ثابت.

٣- ١ . فقه الولاية والحكومة الاسلامية ٣٩/١ و ٤٠.
٤- ٢ . ولاية الأُولياء /٦٥ و ٦٦، تأليف شيخنا آية اللّه الشيخ الميرزا محمّدتقى المجلسى الإصفهانى - مدظله - .
٥- ٣ . سورة الفاتحة /٥.

اللّهمّ أنت خالقنا وخالق آبائنا الأوّلين وآبائنا الآخرين.

اللّهمّ لا تليق الربوبيّة إلاّ بک، ولا تصلح الإلهيّة إلاّ لک، فالعن النصارى الّذين صغّروا عظمتک، والعن المضاهئين لقولهم من بريّتک.

اللّهمّ إنّا عبيدک وأبناء عبيدک، لا نملک لأنفسنا نفعا ولا ضرّا ولا موتا ولا حياة ولا نشورا.

اللّهمّ من زعم أنّنا أرباب فنحن إليک منه براء، ومن زعم أنّ إلينا الخلق وعلينا

الرزق فنحن منه براء كبراءة عيسى عليه السلام من النصارى.

اللّهمّ إنّا لم ندعهم إلى ما يزعمون، فلا تؤاخذنا بما يقولون واغفر لنا ما يدّعون.

ولا تذر على الأرض منهم ديّارا «إِنَّکَ إِنْ تَذَرْهُمْ يُضِلُّوا عِبادَکَ وَلا يَلِدُوا إِلاّ فاجِراً كَفّارا»(١).

ورُوى عن زُرارة أنّه قال: قلت للصادق عليه السلام : إنَّ رجلاً من ولد عبداللّه بن سبأ يقول بالتفويض.

قال عليه السلام : «وما التفويض؟».

قلت: يقول: إنّ - عزّوجلّ - خلق محمّدا وعليّا - صلوات اللّه عليهما - ثمّ فوّض إليهما، فخلقا ورزقا، وأحييا وأماتا.

فقال عليه السلام : «كذب عدوّ اللّه، إذا انصرفت، إليه فاقرأ عليه الآية التى فى سورة الرعد «أَمْ جَعَلُوا لِلّهِ شُرَكاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللّهُ خالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْواحِدُ الْقَهّارُ»(٢). فانصرفت إلى الرجل فأخبرته فكأنّما ألقمته حجرا، أو قال: فكأنّما خرس»(٣).

وعن الرضا عليه السلام أنّه قال فى حديث: ومن قال إنّ اللّه فوّض أمر الخلق والرزق إلى

١- ١ . سورة نوح /٢٧.

٢- ٢ . سورة الرعد /١٦.

٣- ٣ . الاعتقادات/(٣٢٣-٣٢٠) للشيخ الصدوق رحمه الله .

حججه فقد قال بالتفويض... والقائل بالتفويض مشرك، الحديث.(١)

وروى الراوندى بإسناده عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : لا ترفعونى فوق حقّى فإنّ اللّه تعالى إتخذى عبدا قبل أن يَتَّخِذَنى نبيّا.(٢)

وفى صحيحة أبى الصَّلْتِ عبدالسلام بن صالحٍ الْهَرَوِىّ قال: جئتُ إلى باب الدار التى حبس فيها الرضا عليه السلام بسرخس وقد قيد عليه السلام ، فاستاذنت عليه السجان، فقال: لا سبيل لک إليه عليه السلام ؛ قلت: ولم؟ قال: لأنّه ربّما صلّى فى يومه وليلته ألف ركعة و إنّما ينفتل من صلوته ساعة فى صدر النهار وقبل الزوال وعند اصفرار الشمس فهو فى هذه الاوقات قاعد فى مصلاه ويناجى ربّه، قال: فقلت له: فاطلب لى منه فى هذه الاوقات إذنا عليه،

فاستاذن لى، فدخلت عليه وهو قاعد فى مصلاه متفكرا؛ قال أبوالصلت: فقلت له: يابن رسول اللّه صلى الله عليه و آله ما شىء يحكيه عنكم النّاس؟ قال: وما هو؟ قلت: يقولون إنّكم تدّعون إنّ النّاس لكم عبيد، فقال: اللّهمّ فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة أنت شاهد بأنّى لم أقل ذلک

قطّ ولا سمعت أحدا من آبائی علیهم السلام قاله قطّ وأنت العالم بما لنا من المظالم عند هذه الأُمّة وأنّ هذه منها، ثمّ أقبل علیَّ، فقال لی: یا عبدالسلام إذا کان النّاس کلّهم عبیدنا علی ما حکوه عنّا فممّن نبیعهم؟ قلت: یابن رسول اللّه صدقت، ثمّ قال: یا عبدالسلام أمنکر أنت لما أوجب اللّه تعالی لنا من الولایة کما ینکره غیرک؟ قلت: معاذ اللّه، بل أنا مقرٌّ بولایتکم»(۳).

وفی خبر الحسن بن الجهم عن الرضا علیه السلام فی حدیث:... فمن ادعی للأنبیاء ربوبیة وادعی للأئمة ربوبیة أو نبوة أو لغیر الأئمة إمامة فنحن منه براء فی الدنیا والآخرة، الحدیث.(٤)

وفی صحیحة محمّد بن أبیحمزة عن أبیعبداللّه علیه السلام قال: جاء رجل إلی

۱- ٤ . عیون أخبار الرضا علیه السلام ۱۲٤/۱، ح۱۷.

۲- ٥ . نوادر الراوندی /۱۲٥، ح۱٤۳ ونقل عنه فی بحارالأنوار ۲٦٥/۲٥، ح٥.

۳- ۱ . عیون الأخبار الرضا علیه السلام ۱۸۳/۲، ح٦.

٤- ۲ . عیون الأخبار الرضا علیه السلام ۲۰۱/۲، ح۱.

رسول اللّه صلی الله علیه و آله فقال: السلام علیک یا ربّی، فقال: مالک لعنک اللّه! ربی وربّک اللّه، أما واللّه لکنت ما علمت لجبانا فی الحرب لئیما فی السلم.(۱)

وفی حسنة سَدِیر قال: قلت لأبیعبداللّه علیه السلام : إنَّ قوما یزعمون أنّکم آلهة یتلون علینا بذلک قرآنا: «یا أَیُّهَا الرُّسُلُ کُلُوا مِنَ الطَّیِّباتِ وَ اعْمَلُوا صالِحاً إِنِّی بِما تَعْمَلُونَ عَلِیمٌ»(۲)، قال: یا سدیر سمعی وبصری وشعری وبشری ولحمی ودمی من هؤلاء براء، برء اللّه منهم ورسوله، ما هؤلاء علی دینی ودین آبائی، واللّه لا یجمعنی وإیّاهم یوم القیمة إلاّ وهو علیهم ساخط، قال: قلت: فما أنتم

جعلت فداک؟ قال: خزّان علم اللّه وتراجمة وحی اللّه ونحن قوم معصومون أمر اللّه بطاعتنا ونهی عن معصیتنا نحن الحجَّة البالغة علی من دون السماء وفوق الأرض.

قال الحسین بن اشکیب: وسمعت من أبیطالب عن سدیر إن شاء اللّه.(۳)

وفی خبر خالد الجّوان قال: کنت أنا والمفضَّل بن عمرو ناس من أصحابنا بالمدینة، وقد تکلّمنا فی الربوبیَّة، قال، فقلنا: مرّوا إلی باب أبیعبداللّه علیه السلام حتّی نسأله، قال، فقمنا بالباب، قال، فخرج إلینا وهو یقول: «بَلْ عِبادٌ مُکْرَمُونَ * لا یَسْبِقُونَهُ بِالْقَوْلِ وَ هُمْ بِأَمْرِهِ یَعْمَلُونَ»(٤).

قال الکشّی: إسحق وعبداللّه و خالد من أهل الارتفاع(٥).(٦)

وفی خبر صالح بن سهل قال: کنت أقول فی أبیعبداللّه علیه السلام بالربوبیَّة، فدخلت علیه فلمَّا نظر الیّ قال: یا صالح انّا واللّه عبید مخلوقون لنا رب نعبده وان لم نعبده عذّبنا.(۷)

۱- ۳ . اختیار معرفة الرجال المعروف برجال الکشی /۲۹۹، ح٥۳٤.

۲- ٤ . سورة المؤمنین /٥۱.

۳- ٥ . اختیار معرفة الرجال المعروف برجال الکشی /۳۰٦، ح٥٥۱.

٤- ۱ . سورة الأنبیاء /۲٦ و ۲۷.

٥- ۲ . الارتفاع: الغُلُوُّ أو قریبُ منه.

٦- ۳ . اختیار معرفة الرجال المعروف برجال الکشی /۳۲٦، ح٥۹۱.

۷- ٤ . اختیار معرفة الرجال معروف برجال الکشی /۳٤۱، ح٦۳۲.

وقد ذکر العلاّمة المجلسی رحمه الله أکثر من تسعین روایة عنهم علیهم السلام فی باب نفی الغلو فی النبی والأئمة - صلوات اللّه علیه وعلیهم - فراجع بحار أنواره(۱).

وأمّا ما ورد «فى نهج البلاغة من قول أميرالمؤمنين عليه السلام : فإنّا صنائع ربنا والنّاس بعد صنائع لنا(٢)، فلا يراد به الخلقة، بل الهداية والتربية، ولذا ذكر النّاس فقط لا جميع الخلق ومنه قولهم: المرأة صنيعة الرجل أى مرباته»(٣).

وقد يقال: بأنّ اللّه تعالى يخلق ويرزق ويحيى ويميت «مقارنا لإرادتهم ودعائهم وسؤالهم من اللّه تبارک وتعالى وذلک لكرامتهم عند اللّه وزيادة قربهم منه وإظهار فضلهم ورفعة مقامهم بين عباده لكى يصدّقوهم وينقادوا لهم ويهتدوا بهداهم ويقتدوا بهم كما قد ذكره أهل المعرفة فهذا ليس بشرک بلا ارتياب»(٤).

ولكن العلاّمة المجلسى قدس سره ينفى هذه المقالة كما يأتى.

ولذا قال العلاّمة المجلسى قدس سره فى آخر باب نفى الغلو: «وأمّا التفويض فيطلق على معان...: أحدهما أن يقال: إنّهم يفعلون جميع ذلک بقدرتهم وإرادتهم وهم الفاعلون حقيقة، وهذا كفر صريح دلّت على استحالته الأدلّة العقليّة والنقليّة، ولا يستريب عاقل

فى كفر من قال به.

وثانيهما: أنّ اللّه تعالى يفعل ذلک مقارنا لإرادتهم كشقّ القمر وإحياء الموتى وقلب العصا حيّة وغير ذلک من المعجزات، فإنّ جميع ذلک إنّما تحصل بقدرته تعالى مقارنا لإرادتهم لظهور صدقهم، فلا يأبى العقل عن أن يكون اللّه تعالى خلقهم وأكملهم وألهمهم ما يصلح فى نظام العالم، ثمّ خلق كلّ شىء مقارنا لإرادتهم و مشيّتهم.

وهذا وإن كان العقل لا يعارضه كفاحا لكن الأخبار السالفة تمنع من القول به فيما عدا المعجزات ظاهرا بل صراحا، مع أنّ القول به قول بما لا يعلم إذ لم يرد ذلک فى

١- ٥ . بحارالأنوار ٢٥/(٣٥٠-٢٦١) [١١/(٢١٨-١٦٨)].

٢- ٦ . نهج البلاغة، الكتاب ٢٨.

٣- ٧ . دراساتٌ فى ولاية الفقيه ٧٦/١.

٤- ٨ . ولاية الأولياء /٦٩.

الأخبار المعتبرة فيما نعلم.

وما ورد من الأخبار الدّالّة على ذلک کخطبة البيان وَأَمْثالِها فلم يوجد إلاّ فى کتب الغلاة وأشباهم، مع أنّه يحتمل أن يکون المراد کونهم علّة غائيّة لإيجاد جميع المکوّنات، وأنّه تعالى جعلهم مطاعين فى الأرضين والسماوات، ويطيعهم بإذن اللّه تعالى کلّ شىء حتّى الجمادات، وأنّهم إذا شاؤا أمرا لا يردّ اللّه مشيّتهم، ولکنّهم لا يشاؤن إلاّ أن يشاء اللّه.

وأمّا ما ورد من الأخبار فى نزول الملائکة والرّوح لکلّ أمر إليهم وأنّه لا ينزل ملک من السماء لأمر إلاّ بدأبهم فليس ذلک لمدخليّتهم فى ذلک، ولا الاستشارة بهم، بل له الخلق والأمر تعالى شأنه، وليس ذلک إلاّ لتشريفهم وإکرامهم وإظهار رفعة مقامهم»(١).

وقد ذکر السيّد الخوئى فى معانى التفويض: «ثالثها: تفويض أمر الخلق وما يتبعه من الشؤون إلى بعض عباده»(٢). ثمّ قال فى شأنه: «وأمّا الثالث: فهو أيضا مخالف لضرورة العقل والدين فإنّه تعالى هو الخالق والرازق، وأنّ له السلطنة التامة والغناء المطلق وأنّ جميع مخلوقاته تحت سلطنته وقدرته، لايستقلّ أحدٌ منهم فى فعله، والآيات القرآنية فى حصر الخلق والرزق وغيرهما من شؤون المخلوقات فى کونها للّه تعالى وحده کثير لا حاجة إلى ذکرها فى المقام»(٣).

أدلتها:

وأمّا من الکتاب فعدّة من الآيات نحو قوله تعالى نقلاً عن عيسى بن مريم عليهماالسلام :

«أَنِّی أَخْلُقُ لَکُمْ مِنَ الطِّینِ کَهَیْئَةِ الطَّیْرِ فَأَنْفُخُ فِیهِ فَیَکُونُ طَیْرا بِإِذْنِ اللّهِ وَأُبْرِئُ الْأَکْمَهَ وَالْأَبْرَصَ وَأُحْیِ الْمَوْتی بِإِذْنِ اللّهِ»(٤).

وما قاله تعالی فی شأن سلیمان النبی علیه السلام : «فَسَخَّرْنا لَهُ الرِّیحَ تَجْرِی بِأَمْرِهِ رُخاءً

١- ١ . بحارالأنوار ٣٤٧/٢٥ و ٣٤٨.

٢- ٢ . رسالة الأمر بین الأمرین /٧٦، المطبوعة فی المجلّد التاسع والأربعین من موسوعة الإمام الخوئی قدس سره .

٣- ٣ . رسالة الأمر بین الأمرین /٧٧.

٤- ١ . سورة آل عمران /٤٩.

حَیْثُ أَصابَ»(١).

وقوله تعالی: «یا نارُ کُونِی بَرْدا وَسَلاما عَلی إِبْراهِیمَ»(٢).

وقوله تعالی: «وَآتَیْنا ثَمُودَ النّاقَةَ»(٣).

وقوله تعالی فی شأن داود النبی علیه السلام : «وَأَلَنّا لَهُ الْحَدِیدَ»(٤).

وقوله تعالی: «قالَ أَلْقِها یا مُوسی * فَأَلْقاها فَإِذا هِیَ حَیَّةٌ تَسْعی * قالَ خُذْها وَلا تَخَفْ سَنُعِیدُها سِیرَتَهَا الْأُولی»(٥).

وقوله تعالی خطابا لإبراهیم علیه السلام : «فَخُذْ أَرْبَعَةً مِنَ الطَّیْرِ فَصُرْهُنَّ إِلَیْکَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلی کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءا ثُمَّ ادْعُهُنَّ یَأْتِینَکَ سَعْیا وَاعْلَمْ أَنَّ اللّهَ عَزِیزٌ حَکِیمٌ»(٦).

وقوله تعالى حكاية عن موسى عليه السلام : «فَأَلْقى عَصاهُ فَإِذا هِيَ ثُعْبانٌ مُبِينٌ * وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذا هِيَ بَيْضاءُ لِلنّاظِرِينَ»(۷).

وقوله تعالى: «وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْناهُ فِي إِمامٍ مُبِينٍ»(۸).

بضميمة ما ورد فى ذيله من حديث الصدوق بسنده عن أبيالجارود عن أبيجعفر عليه السلام عن أبيه، عن جدّه صلى الله عليه و آله قال: لمّا أُنزلت هذه الآية على رسول اللّه صلى الله عليه و آله «وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْناهُ فِي إِمامٍ مُبِينٍ»(۹) قام أبوبكر وعمر من مجلسهما فقالا: يا رسول اللّه هو التوراة؟ قال: لا، قالا: فهو الإنجيل؟ قال: لا، قالا: فهو القرآن؟ قال: لا. قال: فأقبل

۱- ۲ . سورة ص /۳٦.

۲- ۳ . سورة الأنبياء /٦۹.

۳- ٤ . سورة الاسراء /٥۹.

٤- ٥ . سورة سبأ /۱۰.

٥- ٦ . سورة طه /(۲۱-۱۹).

٦- ۷ . سورة البقرة /۲٦۰.

۷- ۸ . سورة الأعراف /۱۰۷ و ۱۰۸.

۸- ۹ . سورة يس /۱۲.

۹- ۱۰ . سورة يس /۱۲.

أميرالمؤمنين علىٌّ عليه السلام فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : هو هذا، إنّه الإمام الّذى أحصى اللّه تبارک

وتعالى فيه علم كلّ شيء.(١)

وقوله تعالى:«وَلَوْ أَنَّ قُرْآنا سُيِّرَتْ بِهِ الْجِبالُ أَوْ قُطِّعَتْ بِهِ الْأَرْضُ أَوْ كُلِّمَ بِهِ الْمَوْتى»(٢).

بضميمة ما ورد فى ذيله من رواية الكلينى بسنده عن أبيالحسن الأوّل عليه السلام ، قال: قلتُ له: جُعِلْتُ فِدَاكَ، أخبرنى عن النّبى صلى الله عليه و آله وَرِثَ النَّبِيِّينَ كُلَّهُمْ؟ قالَ: «نَعَمْ».

قلتُ: مِنْ لَدُنْ آدَمَ حتَّى انْتَهى إلى نَفْسِهِ؟ قال: «ما بَعَثَ اللّهُ نَبِيّا إلاّ وَمُحَمَّدٌ صلى الله عليه و آله أَعْلَمُ مِنْهُ».

قال: قلتُ: إنَّ عيسى بن مريمَ كانَ يُحْيِى الْمَوْتى بِإِذْنِ اللّهِ، قال: «صَدَقْتَ»، وسُلَيْمانَ بنَ داودَ كان يَفْهَمُ مَنْطِقَ الطَّيْرِ، وكانَ رسولُ اللّهِ صلى الله عليه و آله يَقْدِرُ على هذه المنازلِ؟

قال: فقال: «إنَّ سليمانَ بن داودَ قالَ للهدهدِ حينَ فَقَدَهُ وشكَّ فى أمرِهِ: «فَقالَ ما لِيَ لا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كانَ مِنَ الْغائِبِينَ»(٣) حينَ فَقَدَهُ، فغضِبَ عليه، فقال: «لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذابا شَدِيدا أَوْ لَأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّى بِسُلْطانٍ مُبِينٍ»(٤) وإنَّما غَضِبَ لأنّه كان يدُلُّهُ على الماءِ، فهذا - وهو طائرٌ - قد أُعطىَ ما لم يعطَ سليمان، وقد كانت الرّيح والنّمل والإنسُ والجنُّ والشَّياطينُ الْمَرَدَةُ له طائعينَ، ولم يكن يعرفُ الماءَ تحت الهواء، وكان الطّيرُ يعرفهُ، وإنَّ اللّه يقول فى كتابِه: «وَلَوْ أَنَّ قُرْآنا سُيِّرَتْ بِهِ الْجِبالُ أَوْ قُطِّعَتْ بِهِ الْأَرْضُ أَوْ كُلِّمَ بِهِ الْمَوْتى»(٥). وقد وَرِثنا نحن هذا القرآنَ الّذى فيه ما تسيّر به الجبال، وتقطَّعُ به البلدانُ، وتُحْيا به الموتى، ونحن نعرفُ الماءَ تحت الهواء، وإنَّ فى كتاب اللّه لآياتٍ ما يرادُ بها أمرٌ إلاّ أنْ يأذن اللّهُ به مع ما قد يأذن اللّه ممّا كتبه الماضون، جعله اللّه لنا فى أُمِّ الكتاب؛ إنَّ اللّهَ

١- ١ . معانى الأخبار /٩٥، ح١.

٢- ٢ . سورة الرعد /٣١.

٣- ٣ . سورة النمل /٢٠.

٤- ٤ . سورة النمل /٢١.

٥- ٥ . سورة الرعد /٣١.

يقولُ: «وَما مِنْ غائِبَةٍ فِی السَّماءِ وَالأَرْضِ إِلاّ فِی کِتابٍ مُبِینٍ»(١) ثمّ قال: «ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْکِتابَ الَّذِینَ اصْطَفَیْنا مِنْ عِبادِنا»(٢) فنحنُ الّذین اصطفانا اللّه - عزّوجلّ - ، وأورثنا هذا الّذی فیه تبیانُ کلِّ شیءٍ».(٣)

«تِلْکَ عَشَرَةٌ کامِلَةٌ» من الآیات الشریفة تدلّ علی الولایة التکوینیة فی شأن الأنبیاء السلف وإذا ثبتت فی حقّهم ثبتت بالطریق الأولی فی شأن محمّد وآل محمّد علیهم السلام .

وأمّا من السنة فکثیر من الروایات تدل علی ولایتهم التکوینیة:

منها: صحیحة عبدالصمد بن بشیر عن أبیعبداللّه علیه السلام ، قال: کان مع عیسی بن مریم علیه السلام ستّة أحرف، وکان مع آدم علیه السلام خسمة وعشرون حرفا، وکان مع نوح ثمانیة، وجمع ذلک کلّه لرسول اللّه صلی الله علیه و آله إنّ اسم اللّه ثلاثة وسبعون حرفا، وحجب عنه واحدا.(٤)

ومنها: صحیحة أبیبصیر عن أبیعبداللّه علیه السلام ، قال: کان سلیمان عنده اسم اللّه الأکبر الّذی إذا سئل به أعطی، وإذا دعی به أجاب، ولو کان الیوم لاحتاج إلینا.(٥)

ومنها: صحیحة أبیبصیر قال: دخلت علی أبیعبداللّه علیه السلام أو أبیجعفر علیه السلام فقلت: أنتم ورثة رسول اللّه صلی الله علیه و آله ؟ قال: نعم.

قلت: فرسول اللّه صلی الله علیه و آله وارث الأنبیاء، علم کلّ ما علموا؟ فقال لی: نعم، فقلت: أنتم تقدرون علی أن تحیوا الموتی، وتبرئوا الأکمه والأبرص؟

فقال لی: نعم، بإذن اللّه، ثمّ قال: ادن منّی یا أبا محمّد، فمسح [یده] علی عینی ووجهی فأبصرت الشمس والسماء والأرض والبیوت وکلّ شیء فی الدار.

قال: [فقال:] أتحبّ أن تکون هکذا ولک ما للناس، وعلیک ما علیهم یوم القیامة، أو تعود کما کنت ولک الجنّة خالصا؟ قلت: أعود کما کنت.

۱- ٦ . سورة النمل /۷۵.

۲- ۷ . سورة فاطر /۳۲.

۳- ۸ . الکافی ۵٦۰/۱، ح۷ (۲۲٦/۱).

٤- ۱ . بصائر الدرجات ۳۷۵/۱، ح٤، تحقیق مؤسسة الإمام المهدی «عج»، قم.

۵- ۲ . بصائر الدرجات ۳۷۸/۱، ح۲.

قال: فمسح علی عینی، فعدت کما کنت.

قال علیّ [بن الحکم]: فحدّثت به ابن أبیعمیر، فقال: أشهد أنّ هذا حقّ کما أنّ النهار حقّ.(۱)

ومنها: صحیحة عبداللّه بن المغیرة قال: مرّ العبد الصالح علیه السلام بامرأة بمنی وهی تبکی، وصبیانها حولها یبکون، وقد ماتت بقرة لها، فدنا منها، ثمّ قال لها: ما یبکیک یا أمة اللّه؟

قالت: یا عبداللّه، إنّ لی صبیانا أیتاما وکانت لی بقرة، معیشتی ومعیشة صبیانی

کان منها، فقد ماتت وبقیت منقطعة بی وبولدی ولا حیلة لنا، فقال لها: یا أمة اللّه، هل لک أن اُحییها لک؟ قال: فألُهمت أن قالت نعم یا عبداللّه، قال: فتنحّی ناحیة فصلّی رکعتین، ثمّ رفع یدیه وحرّک شفتیه، ثمّ قام فمرَّ بالبقرة فنخسها نخسا، أو ضربها برجله فاستوت علی الأرض قائمة، فلمّا نظرت

المرأة إلى البقرة قد قامت، صاحت: عيسى بن مريم وربّ الكعبة، قال: فخالط النّاس وصار بينهم ومضى بينهم - صلوات اللّه عليه وعلى آبائه الطاهرين - .(٢)

ومنها: صحيحة أبيحمزة الثمالى قال: قلت لأبيعبداللّه عليه السلام : تبقى الأرض بغير إمام؟

قال: لو بقيت الأرض بغير إمام لساخت.(٣)

ونحوها فى الكافى بسند صحيح.(٤)

ومنها: صحيحة على بن جعفر: عن أبى الحسن موسى عليه السلام ، قال: «قال أبوعبداللّه عليه السلام : إنَّ اللّه - عزّوجلّ - خلقنا فأحسن خلقنا، وصوَّرنا فأحسن صُوَرَنا، وجعلنا خزّانهُ فى سمائه وأرضه، ولنا نطقت الشّجرة، وبعبادتنا عُبِدَ اللّه - عزوّوجلّ - ، ولولانا ما

١- ٣ . بصائر الدرجات ٤٨٠/١، ح١.
٢- ١ . بصائر الدرجات ٤٨٦/١، ح٢.
٣- ٢ . بصائر الدرجات ٨٦٩/٢، ح٢.
٤- ٣ . الكافى ٤٣٧/١، ح١٠ (١٧٩/١).

عُبِدَ اللّه».(١)

ومنها: معتبرة المفضل بن عمر: عن أبيعبداللّه عليه السلام ، قال: «ما جاء به علىٌّ آخذ به، وما نهى عنه أنتهى عنه، جرى له من الفضل مثل ما جرى لمحمّدٍ صلى الله عليه و آله ، ولمحمّدٍ صلى الله عليه و آله الفضل على جميع مَنْ خلق اللهُ - عزّوجلّ -، المتعقِّب عليه فى شيءٍ من أحكامه كالمتعقِّب على اللّه وعلى رسوله، والرّادُّ عليه فى صغيرةٍ أو كبيرةٍ على حدِّ الشّركِ باللّه؛ كان

أميرالمؤمنين عليه السلام باب اللّه الّذى لا يُؤْتى إلاّ منه، وسبيله الّذى مَنْ سلك بغيره هلك، وكذلك يجرى لأئمة الهدى واحدا بعد واحدٍ، جعلهم اللّه أركان الأرض أن تميد بأهلها، وحجَّته البالغةَ على مَنْ فوق الأرض ومَنْ تحت الثّرى.

وكان أميرالمؤمنين - صلوات اللّه عليه - كثيرا ما يقول: أنا قسيم اللّه بين الجنّة والنّار، وأنا الفاروق الأكبر، وأنا صاحب العصا والمِيسَم، ولقد أقرَّتْ لى جميعُ الملائكة

والرّوح والرّسل بمثل ما أقرُّوا به لمحمّدٍ صلى الله عليه و آله ، ولقد حُمِلْتُ على مثل حَمُولَتِهِ وهى حمولةُ الرَّبِّ، وإنَّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله يُدْعى فَيُكْسى وأُدْعى فأُكسى، ويُسْتَنْطَقُ وأُسْتَنْطَقُ، فَأَنْطِقُ على حدِّ منطقه، ولقد أُعْطِيتُ خصالاً ما سبقنى إليها أحدٌ قبلى: عُلِّمتُ المنايا والبلايا والأنساب وفصل الخِطاب، فلم يَفُتْنِى ما سَبَقَنِى، ولم يَعْزُبْ عَنِّى ما غاب عنِّى، أُبَشِّرُ بإذنِ اللّه، وأُؤَدِّى عنهُ، كُلُّ ذلک من اللّه، مَكَّنَنِى فيه بِعِلْمِهِ».(٢)

ومنها: صحيحة بريد العجلى: عن أبيجعفرٍ عليه السلام فى قول اللّه تبارک وتعالى: «فَقَدْ آتَيْنا آلَ إِبْراهِيمَ الْكِتابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْناهُمْ مُلْكا عَظِيما» قال: «جعل منهم الرّسل والأنبياء والأئمة، فكيف يُقِرُّون فى آل إبراهيم عليه السلام ، ويُنْكِرُونَهُ فى آل محمّدٍ؟!».

قال: قلت: «وَآتَيْناهُمْ مُلْكا عَظِيما»؟ قال: «الملک العظيم أنْ جعل فيهم أئمةً مَنْ أطاعَهُمْ أطاعَ اللّه؛ ومَنْ عَصَاهُمْ عَصَى اللّه؛ فهو المُلْكُ العَظِيمُ».(٣)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم: عن أبيجعفر عليه السلام فى قول اللّه - عزّوجلّ -: «إِنَّ

١- ٤ . الكافى ٤٧٦/١، ح٦ (١٩٣/١).

٢- ١ . الكافى ٤٨٢/١، ح١ (١٩٦/١).

٣- ٢ . الكافى ٥١١/١، ح٥ (٢٠٦/١).

فِى ذلِكَ لاَآياتٍ لِلْمُتَوَسِّمِينَ»(١) قال: هم الأئمّة عليهم السلام ؛ قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : اتَّقوا فراسة المؤمن فإنّه ينظر بنور اللّه - عزّوجلّ - فى قول اللّه تعالى: «إِنَّ فِى ذلِكَ لاَآياتٍ لِلْمُتَوَسِّمِينَ».(٢)

ومنها: صحيحة ضُرَيْسِ الكُنَاسى قال: كنتُ عند أبيعبداللّه عليه السلام وعندهُ أبوبصيرٍ، فقال أبوعبداللّه عليه السلام : «إنَّ داود وَرِثَ علمَ الأنبياءِ، وإنَّ سليمانَ وَرِثَ داودَ، وإنَّ محمّدا صلى الله عليه و آله وَرِثَ سليمانَ، وإنّا وَرِثْنَا محمّدا صلى الله عليه و آله ، وإنَّ عندنا صحف إبراهيم وألواح موسى».

فقال أبوبصيرٍ: إنَّ هذا لهو العلم.

فقال: «يا أبا محمّدٍ، ليس هذا هو العلمَ، إنَّما العِلْمُ ما يَحْدُثُ باللّيلِ والنّهارِ يوما بيومٍ، وساعةً بساعةٍ».(٣)

«تِلْكَ عَشَرَةٌ كامِلَةٌ» من الروايات الصحيحة فإن شئت أكثر فراجع بصائر الدرجات لمحمّد بن حسن الصفار وكتاب الحجة فى كافى الكلينى - أعلى اللّه مقامهما - .

وأمّا الإجماع: على ولايتهم عليهم السلام التكوينية فقد مرّ(٤) منّا فى التنبيه الماضى أنّه ثابت عند الشيعة الإمامية بلا إشكال.

وأمّا الدليل العقلى: على ولايتهم التكوينية أيضا فثابت لأنّهم عليهم السلام وسائط فيض الواجب وحلقة الوصل بين القديم والحادث وبهم فتح اللّه وبهم يختم وبهم يُنزِّل الغيث وبهم يُمْسِكُ السماء أن تقع على الأرض إلاّ بإذنه وبهم يُنَفِّسُ الهَمَّ ويكشف الضرّ وعندهم ما نزلت به رُسُلُهُ وهبطت به ملائكته، وهذا مجمل الكلام فى الولاية التكوينية والتفصيل يطلب من علم الكلام واللّه العالم.

١- ٣ . سورة الحجر /٧٥.

٢- ٤ . الكافى ٥٤١/١، ح٣ (٢١٨/١).

٣- ٥ . الكافى ٥٥٩/١، ح٤ (٢٢٥/١).

٤- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٣٧.

٢- الولاية التشريعية

وهى عبارة أُخرى عن السلطة التشريعية بمعنى أنّ أمر الدين فوّض من جانب الشارع الأقدس إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وأُوصيائه المعصومين عليهم السلام بعده فى بعض الموارد لا كلّها على نحو الموجبة الجزئية كما يأتى أمثلتها، يدل عليها:

أ: من الكتاب

قوله تعالى: «إِنّا أَنْزَلْنا إِلَيْکَ الْكِتابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النّاسِ بِما أَراکَ اللّهُ»(١)

وقوله - عزّوجلّ - : «وَما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا»(٢).

وقوله - عزّوجلّ - : «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطاعَ اللّهَ»(٣).

وقوله تعالى لسليمان بن داود: «هذا عَطاؤُنا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسابٍ»(٤).

وقوله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»(٥).

وقوله - عزّوجلّ - : «إِنَّما وَلِيُّكُمُ اللّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكاةَ وَهُمْ راكِعُونَ»(٦).

١- ١ . سورة النساء /١٠٥.

٢- ٢ . سورة الحشر /٧.

٣- ٣ . سورة النساء /٨٠.

٤- ٤ . سورة ص /٣٩.

٥- ٥ . سورة الأحزاب /٦.

٦- ٦ . سورة المائدة /٥٥.

ب: ومن السنة

عدّة من الروايات المعتبرة.

منها: صحيحة أبيأُسامة، عن أبيجعفر عليه السلام قال: إنّ اللّه خلق محمّدا صلى الله عليه و آله عبدا فأدّبه حتّى إذا بلغ أربعين سنة أوحى إليه، وفوّض إليه الأشياء فقال:

«وَما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا»(١).(٢)

ومنها: موثقة زرارة، أنّه سمع أبا عبداللّه وأباجعفر عليهماالسلام يقولان:

إنّ اللّه فوّض إلى نبيّه صلى الله عليه و آله أمر خلقه لينظر كيف طاعتهم، ثمّ تلا هذه الآية:

«وَما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا».(٣)

ومنها: معتبرة حمران قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن أشياء من الصلاة والديات والفرائض وأشياء من أشباه هذا، فقال: إنّ اللّه فوّض إلى نبيّه صلى الله عليه و آله .(٤)

ومنها: صحيحة زرارة، عن أبيجعفر عليه السلام قال: وضع رسول اللّه صلى الله عليه و آله دية العين ودية النفس و[دية] الأنف، وحرّم النبيذ وكلّ مسكر.

فقال له رجل: فوضع هذا رسول صلى الله عليه و آله من غير أن يكون جاء فيه شيء؟

قال: نعم، ليعلم من يطع الرسول ممّن يعصيه.(٥)

ومنها: صحيحة أبيإسحاق النحوى - وهو ثعلبة بن ميمون - قال: سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: إنّ اللّه أدّب نبيّه على محبّته، فقال:

«إِنَّکَ لَعَلى خُلُقٍ عَظِيمٍ» ثمّ فوّض إليه، فقال: «وَما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» وقال: «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطاعَ اللّهَ».

١- ١ . سورة الحشر /٧.

٢- ٢ . بصائر الدرجات ٦٨٥/٢، ح١.

٣- ٣ . بصائر الدرجات ٦٨٦/٢، ح٢.

٤- ٤ . بصائر الدرجات ٦٨٨/٢، ح٨.

٥- ٥ . بصائر الدرجات ٦٩٠/٢، ح١٣.

ثمّ قال: إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله فوّض إلى عليّ بن أبيطالب عليه السلام وائتمنه.(١)

ومنها: صحيحة فضيل بن يسار قال: سمعتُ أباعبداللّه عليه السلام يقول لبعض أصحاب قيسٍ الماصر: «إنَّ اللّه - عزّوجلّ - أدّب نبيّه، فأحسن أدبه، فلمّا أكمل له الأدب، قال: «إِنَّکَ لَعَلى خُلُقٍ عَظِيمٍ»، ثمّ فوّض إليه أمر الدِّين والأُمَّةِ لِيَسُوسَ عبادَهُ، فقال - عزّوجلّ -: «وَما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ

وَما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا»، وإنَّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله كان مسدَّدا مُوَفَّقا، مؤيَّدا بروح القدس، لا يَزِلُّ ولا يُخْطِئُ فى شىءٍ ممّا يَسُوسُ به الخَلْقَ، فَتَأَدَّبَ بآدابِ اللّه.

ثمّ إنَّ اللّه - عزّوجلّ - فرض الصّلاة ركعتين ركعتين عشر ركعاتٍ، فأضاف رسول

اللّه صلى الله عليه و آله إلى الرَّكعتين ركعتين، وإلى المغرب ركعةً، فصارت عَدِيلَ الفريضة، لا يجوز تركهنَّ إلاّ فى السَّفر، وأفرد الرّكعة فى المغرب فتركها قائمةً فى السّفر والحضر، فأجاز اللّه له ذلک كلّه، فصارت القريضة سبع عشرة ركعةً.

ثمّ سنَّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله النّوافل أربعا وثلاثين ركعةً مِثْلَيِ الفريضة، فأجاز اللّه - عزّوجلّ - له ذلک، والفريضة والنّافلة إحدى وخمسون ركعةً، منها ركعتان بعد العتمة جالسا تعدّان بركعةٍ مكان الوتر.

وفرض اللّه فى السّنة صوم شهر رمضان. وسنَّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله صوم شعبان وثلاثة أيّام فى كلِّ شهرٍ مِثْلَيِ الفريضة، فأجاز اللّه - عزّوجلّ - له ذلک.

وحرّم اللّه - عزّوجلّ - الخمر بعينها، وحرّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله المسكر من كلِّ شرابٍ، فأجاز اللّه له ذلک.

وعاف رسول اللّه صلى الله عليه و آله أشياء وكرَّهها، لم ينه عنها نهى حرامٍ، إنّما نهى عنها نهىَ إعافةٍ وكراهةٍ، ثمّ رخّص فيها، فصار الأخذ بِرُخَصِهِ واجبا على العباد كوجوب ما يأخذون بنهيه وعزائمه، ولم يُرَخِّصْ لهم رسول اللّه صلى الله عليه و آله فيما نهاهم عنه نهى حرامٍ، ولا فيما أمَرَ به أمْرَ فرضٍ لازمٍ، فكثير المسكر من الأشربة نهاهم عنه نهىَ حرامٍ، لم يُرَخِّصْ

١- ٦ . بصائر الدرجات ٦٩٦/٢، ح٧.

فيه لأحدٍ، ولم يُرَخِّصْ رسولُ اللّه صلى الله عليه و آله لأحدٍ تقصير الرّكعتين اللّتين ضمَّهُما إلى ما فرض اللّه - عزّوجلّ - ، بل ألزمهم ذلک إلزاما واجبا، لم يُرَخِّصْ لأحدٍ فى شىءٍ من ذلک إلاّ للمسافر، وليس لأحدٍ أن يُرَخِّصْ ما لم يُرَخِّصْهُ رسولُ اللّه صلى الله عليه و آله ، فوافق أمرُ رسولِ اللّه ِصلى الله عليه و آله أمرَ اللّه ِ- عزّوجلّ - ، ونَهْيُهُ نهىَ اللّه ِ- عزّوجلّ - ، ووَجَبَ على العباد التَّسليمُ له كالتَّسليمِ للّه تبارک وتعالى.(١)

ومنها: معتبرة إسحاق بن عمار عن أبيعبداللّه عليه السلام ، قال: «إنَّ اللّه - تبارک وتعالى - أدّب نبيَّه صلى الله عليه و آله ، فلمّا انْتهى به إلى ما أراد، قال له: «إِنَّکَ لَعَلى خُلُقٍ عَظِيمٍ»، ففوَّض إليه دِينَهُ، فقال: «وَما آتاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» وإنَّ اللّه - عزّوجلّ - فرض الفرائض، ولم يَقْسِمْ للجدِّ شيئا، وإنَّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله أطعمه السّدس، فأجاز اللّه - جلّ ذكره - له ذلک؛ وذلک قول اللّه - عزّوجلّ -: «هذا عَطاؤُنا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِکْ بِغَيْرِ حِسابٍ»(٢)».(٣)

ومنها: معتبرة عبداللّه بن سنان قال: قال أبوعبداللّه عليه السلام : «لا واللّه ، ما فَوَّضَ اللّه ُإلى أحدٍ من خلقه إلاّ إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وإلى الأئمة عليهم السلام ، قال اللّه - عزّوجلّ -: «إِنّا أَنْزَلْنا إِلَيْکَ الْكِتابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النّاسِ بِما أَراکَ اللّهُ»(٤)، وهى جاريةٌ فى الأوصياء عليهم السلام ».(٥)

و من طريق العامة ما رواه الترمذى فى سننه فى فضائل علىّ بن أبيطالب عليه السلام من أنّ جيشا رجع إلى المدينة وكان يرأسهم الإمام على بن أبيطالب عليه السلام وقد كان معهم أسرى وأعجبت واحدة منهنّ الإمام عليه السلام فأخذها لنفسه وواقعها وقد ساء ذلک عند الجماعة، والظاهر أنّهم هم الثلاثة، وبنوا على أن يخبروا النبى صلى الله عليه و آله ، فلمّا وصل الجيش إلى المدينة - وكانت العادة أن يزوروا النبى صلى الله عليه و آله بلامة حربهم ثمّ يرجعوا إلى دورهم وينزعوا

١- ١ . الكافى ٦٦٢/١، ح٤ (٢٦٦/١).

٢- ٢ . سورة ص /٣٩.

٣- ٣ . الكافى ٦٦٥/١، ح٦ (٢٦٧/١).

٤- ١ . سورة النساء /١٠٥.

٥- ٢ . الكافى ٦٦٦/١، ح٨ (٢٦٨/١).

لامتهم - وقد حضر واحد منهم النبى صلى الله عليه و آله وهو لابس لامته وأخبر النبى صلى الله عليه و آله بالحال فسكت النبى صلى الله عليه و آله ثمّ جاءه الثانى وأخبره بالخبر وسكت النبى صلى الله عليه و آله أيضا حتّى جاءه ثالثهم فأخبره بالحال وعند ذلک غضب صلى الله عليه و آله وقال: ماذا تريدون من على بن أبيطالب، أفلست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا نعم، وقال: وهو يعنى على بن أبيطالب خليفتى وقائم مقامى من بعدى.(١)

ومن طريقهم ما رواه أبوالمؤيد موفق بن أحمد الخوارزمى الحَنَفِيّ، بإسناده عن جابر، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : إنّ اللّه تعالى لمّا خلَق السماوات والأرضَ دَعاهُنَّ فأجَبْنَهُ، فعَرض عليهنّ نُبوّتى وولاية علىّ بن أبيطالب فقَبِلَتاهُما، ثمّ خَلَق الخَلْقَ وفوَّض إلينا أمرَ الدِّين، فالسعيد مَن سَعِد بنا، والشَّقىُّ من شَقِىَ بنا، نحن المُحَلِّلون لحَلالِه والمحَرِّمونَ لحَرامِه.(٢)

والروايات فى هذا المجال كثيرة فإن شئت راجع بصائر الدرجات ٦٨٥/٢ باب التفويض إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله و ٦٩٣/٢ باب فى أنّ ما فوّض إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقد فوّض إلى الأئمة عليهم السلام ، والكافى ٦٦٠/١ (٢٦٥/١) باب التفويض إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وإلى الأئمة فى أمر الدين، وبحارالأنوار ٣٢٨/٢٥ (٢٠٥/١١) فصل فى بيان التفويض ومعانيه.

وقال العلاّمة المجلسى فى آخره: «الثانى: [من معانى التفويض] التفويض فى أمر الدين، وهذا أيضا يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون اللّه تعالى فوّض إلى النبيّ والأئمة عليهم السلام عموما أن يحلّوا ماشاؤا ويحرّموا ماشاؤا من غير وحى وإلهام أو يغيّروا ما أوحى إليهم بآرائهم وهذا باطل لا يقول به عاقل، فإنّ النبيّ صلى الله عليه و آله كان ينتظر الوحى أيّاما كثيرة لجواب سائل ولا يجيبه من عنده، وقد قال تعالى: «وَما يَنْطِقُ عَنِ الْهَوى * إِنْ هُوَ إِلاّ وَحْىٌ يُوحى»(٣).

وثانيهما: أنّه تعالى لمّا أكمل نبيّه صلى الله عليه و آله بحيث لم يكن يختار من الأمور شيئا إلاّ ما

١- ٣ . سنن الترمذى ٦٣٢/٥، ح٣٧١٢ ونقل عنه فى التنقيح فى شرح المكاسب ١٦١/٢.
٢- ٤ . المناقب /٨٠ للخوارزمى ونقل عنه فى غاية المرام ١٣٧/٢.
٣- ١ . سورة النجم /٣ و ٤.

يوافق الحقّ والصواب ولا يحلّ بباله ما يخالف مشيّته تعالى فى كلّ باب فوّض إليه تعيين بعض الاُمور كالزيادة فى الصلاة وتعيين النوافل فى الصلاة والصوم وطعمة الجدّ وغير ذلک ممّا مضى وسيأتى إظهارا لشرفه وكرامته عنده، ولم يكن أصل التعيين إلاّ بالوحى، ولم يكن الاختيار إلاّ بالهام، ثمّ كان يؤكّد ما اختاره صلى الله عليه و آله بالوحى، ولا فساد فى ذلک عقلاً وقد دلّت النصوص المستفيضة عليه ممّا تقدّم فى هذا الباب وفى أبواب فضائل نبيّنا صلى الله عليه و آله من المجلّد السّادس.

ولعلّ الصدوق رحمه الله أيضا إنّما نفى المعنى الأوّل حيث قال فى الفقيه: «وقد فوّض اللّه - عزّوجلّ - إلى نبيّه صلى الله عليه و آله أمر دينه ولم يفوّض إليه تعدّى حدوده»(١). وأيضا هو رحمه الله قد روى كثيرا من أخبار التفويض فى كتبه ولم يتعرّض لتأويلها»(٢).

ومن مصاديق هذه الولاية التشريعية ما فعله أميرالمؤمنين عليه السلام من وضع الزكاة فى أيام خلافته الظاهرية على الخيل وَالْبَراذِيْن لاحتياج دولته إلى الأَمْوالِ كما مرّ فى آخر مباحث المكاسب المحرمة.(٣)

ومن مصاديقها ماورد فى صحيحة على بن مهزيار قال: كتب إليه أبوجعفر عليه السلام - وقرأت أنا كتابه إليه فى طريق مكّة - قال: إنّ الذى أوجبت فى سنتى هذه، وهذه سنة عشرين ومائتين، فقط لمعنى من المعانى، أكره تفسير المعنى كلّه خوفا من الانتشار، وسأُفسّر لک بعضه إن شاء اللّه، إنّ موالىّ - أسأل اللّه صلاحهم - أو بعضهم قصّروا فيما يجب

عليهم، فعلمت ذلک فأحببت أن أُطهّرهم وأُزكّيهم بما فعلت فى عامى هذا من أمر الخمس (فى عامى هذا)، قال اللّه تعالى: «خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِها وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلاتَکَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ * أَ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقاتِ وَأَنَّ اللّهَ هُوَ التَّوّابُ الرَّحِيمُ * وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلى عالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِما كُنْتُمْ

١- ٢ . الفقيه ٤١/١ ذيل ح٨٢، باب صفة وضوء رسول اللّه صلى الله عليه و آله .

٢- ٣ . بحارالأنوار ٣٤٨/٢٥ (٢١٧/١١).

٣- ٤ . راجع الآراء الفقهية ٤٧٦/٣.

تَعْمَلُونَ»(١) ولم أُوجب ذلک عليهم فى كلّ عام، ولا أُوجب عليهم إلاّ الزكاة التى فرضها اللّه عليهم، وإنّما أوجبت عليهم الخمس فى سنتى هذه فى الذهب والفضّة التى قد حال عليهما الحول، ولم أُوجب ذلک عليهم فى متاع ولا آنية ولا دواب ولا خدم ولا ربح ربحه فى تجارة ولا ضيعة إلاّ ضيعة

سأُفسّر لک أمرها، تخفيفا منّی عن موالیّ، ومَنّا منّی علیهم لما یغتال السلطان من أموالهم ولما ینوبهم فی ذاتهم، فأمّا الغنائم والفوائد فهی واجبة علیهم فی کلّ عام، الحدیث.(۲)

وأمّا تفسیر الولایة التشریعیة ب- «کون الأئمة علیهم السلام نافذی التصرّف فی الأموال وَالأَنْفُسِ شَرْعا، فهی أیضا ثابتة بلا ریب لقوله تعالی «النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»(۳) وقوله تعالی: «إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَرَسُولُهُ» وقوله صلی الله علیه و آله فی یوم الغدیر: «ألست أولی بکم من أنفسکم؟ قالوا بلی. قال: من کنت مولاه فهذا علی مولاه» وغیر ذلک ممّا دلّ علی ثبوت الولایة لهم فی الأموال والأنفس، فللإمام علیه السلام أن یبیع دار زید أو یطلّق زوجته أو یزوّجها من أحد وهکذا من دون اعتبار رضا المالک أو الزوج»(٤).

فعجیبٌ کما مرّ تعریفها ثمّ أعقبه هذا القائل بقوله: «لا یقال: إنّهم بناءً علی ذلک یتمکّنون من التصرف فی أعراض المسلمین.

فإنه یقال: إنّ تصرّفاتهم إنّما تنفذ فیما إذا کانت بالأسباب المقرّرة شرعا لا بغیرها نظیر تصرّف نفس المالک فی ملکه، مثلاً لهم أن یبیعوا دار أحد أو یطلّقوا زوجته ثمّ بعد انقضاء عدّتها یزوّجها الأمام علیه السلام من نفسه مثلاً، لا أنّهم یتصرّفون فی زوجة الغیر من دون طلاق أو زواج، فتعالوا عن ذلک علوّا کبیرا»(٥).

۱- ۱ . سورة التوبة /۱۰۵-۱۰۳.

۲- ۲ . وسائل الشیعة ۵۰۱/۹، ح۵، الباب ۸ من أبواب ما یجب فیه الخمس.

۳- ۳ . سورة الأحزاب /٦.

٤- ٤ . التنقیح فی شرح المکاسب ۱٦۰/۲؛ ونحوها فی محاضرات فی الفقه الجعفری ۲۹/۳.

۵- ۵ . التنقیح فی شرح المکاسب ۱٦۱/۲ و ۱٦۲؛ ونحوها فی محاضرات فی الفقه الجعفری ۳۰/۳.

٣- الولاية على تبليغ الأحكام الشرعية

وهى عبارة عن وجوب طاعتهم عليهم السلام فى ما يرجع إلى تبليغ الأحكام الشرعية وبيان المقررات الإلهية.

هذه الولاية ثابتة فى حقّهم عليهم السلام بلا إشكال ولا تحتاج إلى اقامة البرهان وتكون من القضايا التى قياساتها معها لأنّ وجوب إطاعتهم عليهم السلام فى ما يرجع إلى أحكام الدين من لوازم النبوة والإمامة ولولاه لمّا كان معنى لنبوة النبى أو إمامة الولى عليهماالسلام .

وبعبارة أُخرى: «وجوب إطاعتهم فيما يرجع إلى تبليغ الأحكام، فهو من لوازم التصديق بنبوّتهم أو إمامتهم، إذ بعد التصديق بالنبوّة أو الإمامة، يكون ما أخبر به بما أنّه نبيٌّ أو إمام إخبارا عن اللّه سبحانه، وإطاعته جلّ شأنه واجبة، فالقول بعدم وجوب إطاعتهم فى ذلك مساوق لإنكار نبوّتهم وإمامتهم. وهذا ظاهر غير محتاج إلى البحث والاستدلال»(١).

ثمّ فليعلم أنّ التبليغ له جانبان: «أحدهما: علاقة التبليغ بالنبى نفسه (المبلِّغ) كوظيفة إلهية كبرى يجب عليه القيام بها، وذلک بإيصال الأحكام إلى النّاس، وهذا هو حقّ طبيعى لا يحتاج إلى جعل منصب على نحو الابتداء والاستقلال مضافا إلى مقام النبوة التى هى بمعنى رابطة الوحى.

والجانب الآخر هو علاقة التبليغ بالنّاس بِمَعْنى أن على النّاس أن يقبلوا بكلام

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢٦/٣.

النبى، وهذا الجانب هو ولاية التبليغ التى يعتبر النّاس كلام المبلِّغ بمقتضاها حجة»(١).

قد أُشير إلى جعل كلا الجانبين فى قوله تعالى: «آتانِيَ الْكِتابَ وَجَعَلَنِي نَبِيّا»(٢).

وقوله تعالى: «إِنِّی جاعِلُکَ لِلنّاسِ إِماما»(۳).

وقد أُشير إلى جعل الجانب الأوّل فی قوله تعالى: «وَما عَلَى الرَّسُولِ إِلاَّ الْبَلاغُ الْمُبِينُ»(٤).

وقوله - عزّوجلّ - : «فَإِنْ أَعْرَضُوا فَما أَرْسَلْناکَ عَلَيْهِمْ حَفِيظا إِنْ عَلَيْکَ إِلاَّ الْبَلاغُ»(٥)

ص: ١٥٧

١- ٢ . الحاكمية فی الإسلام /١٨٦.

٢- ٣ . سورة مريم /٣٠.

٣- ١ . سورة البقرة /١٢٤.

٤- ٢ . سورة النور /٥٤.

٥- ٣ . سورة الشورى /٤٨.

٤- الولاية الحكومية أو الشخصية

الرسول صلى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام إذا أسس حكومة وقبل رياستها وصدارتها، فأوامره الحكومية مطاعة ويجب على النّاس إطاعته فی هذه الأوامر لأنّهم ساسة العباد والحكّام على البلاد، وكذلک إذا لم يتصدى للحكومة ولكن صدر منه عليه السلام أوامر شخصية فلابدّ للنّاس من إطاعته عليه السلام فی هذه الأوامر تكريما لمقام القيادة والزعامة.

والدليل عليه من الكتاب: قوله تعالى «أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِی الْأَمْرِ مِنْكُمْ»(١).

بتقريب: ظهور عطف إطاعة الرسول صلى الله عليه و آله على إطاعة اللّه سبحانه يوجب التغاير بينهما مضافا إلى تكرار فعل الأمر قبلهما، يثبت أنّ إطاعة الرسول فی الآية الشريفة لم يقصد منها إطاعة الرسول بما أنّه رسول من اللّه تعالى وإلاّ يدخل إطاعته فی إطاعة اللّه، فيصير إطاعة الرسول

صلى الله عليه و آله فى أوامر الحكومية أو الشخصية واجبا ولذا عطف على الرسول، اولى الأمر وهم أَوْصِياؤُهُ المَعْصُوْمُوْنَ عليهم السلام كما مرّ.

وقوله تعالى: «وَما كانَ لِمُوءْمِنٍ وَلا مُوءْمِنَةٍ إِذا قَضَى اللّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ»(٢).

بتقريب: أنَّ أوامر الرسول صلى الله عليه و آله داخِلَةٌ فى قضائه وعطف قضاء اللّه تعالى على

١- ١ . سورة النساء /٥٩.

٢- ٢ . سورة الأحزاب /٣٦.

الرسول صلى الله عليه و آله ، يظهر فى مغايرتهما، وقد نهى اللّه سبحانه عن الاختيار بعد قضاءهما وأمرهما، فكأنّ المؤمن يكون مسلوب الاختيار بعد أمرهما، والمراد بأمر الرسول صلى الله عليه و آله هنا أوامره الحكومية أو الشخصية لعين ما مرّ فى الآية السابقة.

وقوله تعالى: «إِنِّى لَكُمْ رَسُولٌ أَمِينٌ * فَاتَّقُوا اللّهَ وَأَطِيعُونِ»(١).

وقوله تعالى: «وَما أَرْسَلْنا مِنْ رَسُولٍ إِلاّ لِيُطاعَ بِإِذْنِ اللّهِ»(٢).

وقوله تعالى: «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطاعَ اللّهَ وَمَنْ تَوَلّى فَما أَرْسَلْناکَ عَلَيْهِمْ حَفِيظا»(٣).

والدليل عليه من السنة: عدّة من الروايات الصحاح

منها: ما ورد فى الزيارة الجامعة(٤) عن الإمام الهادى عليه السلام : من أطاعتكم فقد أطاع اللّه ومن عصاكم فقد عَصى اللّه.(٥)

ومنها: صحيحة زرارة عن أبيجعفر عليه السلام قال: ذروةُ الأمر وسنامه ومفتاحه وباب الأشياء ورضا الرّحمن - تبارک وتعالى - الطّاعة للإمام بعد معرفته. ثمّ قال: إنّ اللّه - تبارک وتعالى - يقول: «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطاعَ اللّهَ وَمَنْ تَوَلّى فَما أَرْسَلْناکَ عَلَيْهِمْ حَفِيظا».(٦)

ومنها: صحيحة أبيالصباح الكنانى قال: قال أبوعبداللّه عليه السلام : نحن قومٍ فرض اللّه - عزّوجلّ - طاعتنا، لنا الأنفال، ولنا صفو المال، ونحن الرّاسخون فى العلم، ونحن

١- ٣ . سورة الشعراء /١٢٥ و ١٢٦.

٢- ١ . سورة النساء /٦٤.

٣- ٢ . سورة النساء /٨٠.

٤- ٣ . قد ذهبنا إلى اعتبار سندها فى ما انتشر منّا على موقعنا الإلكترونى alnajafi.ir.

٥- ٤ . الفقيه ٦٠٩/٢، ح٣٢١٣.

٦- ٥ . الكافى ٤٥٥/١، ح١ (١٨٥/١).

المحسودون الذين قال اللّه: «أَمْ يَحْسُدُونَ النّاسَ عَلى ما آتاهُمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ»(١).(٢)

ومنها: صحيحة الحسين بن أبيالعلاء قال: ذكرت لأبيعبداللّه عليه السلام قولنا فى الأوصياء: إنّ طاعتهم مفترضةٌ، قال: فقال: نعم، هم الّذين قال اللّه - عزّوجلّ - : «أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»(٣) وهم الّذين قال اللّه - عزّوجلّ - : «إِنَّما وَلِيُّكُمُ اللّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا»(٤).(٥)

ومنها: صحيحة معمَّر بن خلاد قال: سأل رجلٌ فارسيٌّ أباالحسن عليه السلام ، فقال: طاعتک مفترضةٌ؟ فقال: نعم. قال: مثل طاعة علىٍّ بن أبيطالبٍ عليه السلام ؟ فقال: نعم.(٦)

ومنها: خبر محمّد بن زيد الطبرى قال: كنت قائما على رأس الرّضا عليه السلام بخراسان - وعنده عدّةٌ من بنيهاشمٍ وفيهم إسحاق بن موسى بن عيسى العبّاسى - فقال: يا إسحاق، بلغنى أنّ النّاس يقولون إنّا نزعم أنّ النّاس عبيدٌ لنا، لا وقرابتى من رسول اللّه صلى الله عليه و آله ما قلته قطّ، ولا سمعته من أحدٍ من آبائى قاله، ولا بلغنى عن أحدٍ من آبائى قاله، ولكنّى أقول: النّاس عبيدٌ لنا فى الطّاعة، موالٍ لنا فى الدّين، فليبلّغ الشّاهد الغائب.(٧)

فى هذا المجال راجع باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام فى الكافى ٤٥٥/١ (١٨٥/١).

١- ٦ . سورة النساء /٥٤.

٢- ٧ . الكافى ٤٥٧/١، ح٦ (١٨٦/١).

٣- ٨ . سورة النساء /٥٩.

٤- ٩ . سورة المائدة /٥٥.

٥- ١٠ . الكافى ٤٥٨/١، ح٧ (١٨٧/١).

٦- ١ . الكافى ٤٥٨/١، ح٨ (١٨٧/١).

٧- ٢ . الكافى ٤٥٩/١ ح١٠ (١٨٧/١).

٥- الولاية على الأموال والأنفس

بمعنى نفوذ تصرفات الرسول صلى الله عليه و آله واوصيائه المعصومين عليهم السلام فى الأنفس والأموال شَرْعا من دون اعتبار رضا الشخص أو المالک، مثلاً: يجوز للإمام عليه السلام أن يزوّج بنت زيد لعمرو من دون إذن زيد أو يطلّق زوجته أو يبيع داره ونحوه.

أذكر لک نموذجا آخَرَ: «إذا رغبت امرأة فی أن تزوج نفسها برجل، ورأی النبی أن تتزوج برجل آخر لمصلحة عَلِمَها، وزوَّجها بمن یراه، قُدِّم فعلُه ورأیُه. ورُجِح حقّه حتّی إنّه إذا تَمّ العقدان فی وقتٍ واحدٍ، صحَّ عقدُ الرسول وتزویجُه، وبطلَ عقدُها وتزویجُها نفسها للرجل الآخر»(۱).

ویدلّ علی ثبوت هذه الولایة من الکتاب:

قوله تعالی: «النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُوءْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»(۲).

وقوله تعالی: «إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِینَ آمَنُوا الَّذِینَ یُقِیمُونَ الصَّلاةَ وَیُوءْتُونَ الزَّکاةَ وَهُمْ راکِعُونَ»(۳).

ومن السنة: قوله صلی الله علیه و آله فی خبر متواتر یوم الغدیر: ألستُ أُولی بکم من أنفسکم؟ قالوا: بلی، قال: من کنت مولاه فهذا علی مولاه.(٤)

۱- ۱ . الحاکمیة فی الإسلام /۲۳۰.

۲- ۲ . سورة الأحزاب /٦.

۳- ۳ . سورة المائدة /٥٥.

٤- ٤ . مرّت مصادره.

وخبر سفیان بن عُیَیْنَة الهِلالیِّ مَوْلاهُمْ (من العامّة): عن أبیعبداللّه علیه السلام : أنَّ النَّبیّ صلی الله علیه و آله قال: أنا أولی بکلِّ مؤمنٍ من نفسه، وعلیٌّ أولی به من بعدی، الحدیث.(۱)

وصحيحة أيوب بن عطية الحَذّاء قال: سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقول: أنا أولى بكلِّ مؤمن من نفسه، ومن ترک مالاً فللوارث، ومن ترک دينا أو ضياعا فإليَّ وعليَّ.(٢)

وما ورد من الروايات من أنّ الأئمة عليهم السلام بمنزلة نفس النبى صلى الله عليه و آله فى جميع الشؤون إلاّ النبوة.

ثمّ فليعلم بأنّ هذه الولاية من المعصوم عليه السلام مقيدة بالطرق المشروعة ووجود المصلحة وعدم وجود الإضرار على نفس الغير.(٣)

«لا يقال: إنّهم بناءً على ذلک يتمكّنون من التصرف فى أعراض المسلمين.

فإنه يقال: إنّ تصرّفاتهم إنّما تنفذ فيما إذا كانت بالأسباب المقرّرة شرعا لا بغيرها نظير تصرّف نفس المالک فى ملكه، مثلاً لهم أن يبيعوا دار أحد أو يطلّقوا زوجته ثمّ بعد انقضاء عدّتها يزوّجها الإمام عليه السلام من نفسه مثلاً، لا أنّهم يتصرّفون فى زوجة الغير من دون طلاق أو زواج، فتعالوا عن ذلک علوا كبيرا... نعم، سيرة الأئمّة عليهم السلام لم تجر على التصرف فى أموال المسلمين أو أنفسهم، بل كانوا يشترون شيئا من مالكه بإجازته ولا يتصرفون فى أموالهم بدون إذنهم، إلاّ أنّ ذلک يحتمل أن يكون من باب التقية أو لأجل ما يرونه من المصالح، وكيف كان فهى لا تدلّ على عدم ولايتهم كما هو ظاهر، هذا كلّه فى الولاية بمعنى نفوذ تصرّفاتهم فى الأموال و الأنفس»(٤).

١- ٥ . الكافى ٣٤٦/٢، ح٦ (٤٠٦/١).

٢- ١ . وسائل الشيعة ٢٥١/٢٦، ح١٤، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة.

٣- ٢ . لأجل تفصيل هذه القيود راجع الحاكمية فى الإسلام /٢٣٠ و ٢٣١.

٤- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٦١/٢ و ١٦٢.

٦- ولاية القضاء وإجراء الحدود

ولاية القضاء: هى السلطة القضائية وولاية الحكم الشرعى قال الشهيد فى تعريفها: «ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الإمام عليه السلام »(١).

والقضاء: هو «ولاية الحكم شرعا لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معيّنين من البريّة بإثبات الحقوق استيفائها وللمستحقّ كما فى المسالك(٢) والتنقيح(٣) وكشف اللثام(٤) وغيرها(٥)»(٦).

قال فى الجواهر: «وبالجملة: هى من مناصب محمّد صلى الله عليه و آله وأهل بيته عليهم السلام الذين هم ولاة الأمر والمستنبطون»(٧). وقال: «... ومن ذلک كلّه ظهر لک: أنّ القضاء الذى هو من توابع النبوة والإمامة والرئاسة العامة فى الدين والدنيا غير محتاج ثبوته إلى دليل...»(٨).

وولاية إجراء الحدود: هى «السلطة على إجراء الحدود الشرعية والتعزيرات بمعنى معاقبة المجرمين والعصاة بعد محاكمتهم وثبوت تخلفهم وجرمهم»(٩).

ثمّ هاتان الولايتان أوّلاً وبالذات تختصان بالمعصومين عليهم السلام وثانيا وَبِالْعَرَضِ فُوِّضَتْ مِنْ قِبَلِهِم إلى الفقهاء الذين لهم شرائط الإفتاء كما مرّ فى بحوثنا فى فقه القضاء مفصلاً.

والدليل عليهما بعد ما مرّ من كلام صاحب الجواهر حيث قال: «غير محتاج ثبوته

١- ١ . الدروس ٦٥/٢.

٢- ٢ . المسالک ٣٢٥/١٣.

٣- ٣ . التنقيح الرائع ٤/٢٣٠.

٤- ٤ . كشف اللثام ١٠/٥.

٥- ٥ . كإيضاح الفوائد ٤/٢٩٣ والمهذب البارع ٤/٤٥١.

٦- ٦ . الجواهر ٤١/٧ (٤٠/٨).

٧- ٧ . الجواهر ٤١/٨ (٤٠/٩).

٨- ٨ . الجواهر ٤١/١١ (٤٠/١١).

٩- ٩ . الحاكمية فى الإسلام /٢٠٣.

إلى دليل»: من الكتاب عدّة من لآيات نحو:

قوله تعالى: «إِنّا أَنْزَلْنا إِلَيْکَ الْكِتابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النّاسِ بِما أَراکَ اللّهُ»(١).

وقوله تعالى: «يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِيفَةً فِى الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوى»(٢).

وقوله تعالى: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»(٣).

وقوله تعالى: «فَلا وَرَبِّکَ لا يُؤْمِنُونَ حَتّى يُحَكِّمُوکَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ حَرَجا مِمّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيما»(٤).

وقوله تعالى: «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَماناتِ إِلى أَهْلِها وَإِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»(٥).

وقوله تعالى: «فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ»(٦).

وقوله تعالى: «إِنَّما جَزاءُ الَّذِينَ يُحارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِى الْأَرْضِ فَسادا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذلِکَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى الدُّنْيا وَلَهُمْ فِى الْآخِرَةِ عَذابٌ عَظِيمٌ»(٧).

وقوله تعالى: «السّارِقُ وَالسّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُما جَزاءً بِما كَسَبا نَكالاً مِنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»(٨).

وقوله تعالى: «الزّانِيَةُ وَالزّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ

١- ١٠ . سورة النساء /١٠٥.

٢- ١١ . سورة ص /٢٦.

٣- ١ . سورة المائدة /٤٢.

٤- ٢ . سورة النساء /٦٥.

٥- ٣ . سورة النساء /٥٨.

٦- ٤ . سورة النساء /٥٩.

٧- ٥ . سورة المائدة /٣٣.

٨- ٦ . سورة المائدة /٣٨.

بِهِما رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ»(١).

وقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَدا وَأُولئِکَ هُمُ الْفاسِقُونَ»(٢).

ومن السنة: عدة من الروايات:

منها: صحيحة سليمان بن خالد عن أبيعبداللّه عليه السلام ، قال: اتّقوا الحكومة، فإنَّ الحكومة إنّما هى للإمام العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين لنبيٍّ، أو وصىّ نبيٍّ.(٣)

ومنها: موثقة إسحاق بن عمار أو معتبرته عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح! قد جلست مجلسا لا يجلسه إلاّ نبيّ أو وصيّ نبيّ، أو شقيّ.(٤)

ومنها: معتبرة أبيخديجة قال: بعثنى أبوعبداللّه عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قل لهم، إيّاكم إذا وقعت بينكم خصومة، أو تدارى فى شيء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفسّاق، اجعلوا بينكم رجلاً، قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنّى قد جعلته عليكم قاضيا، وإيّاكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر.(٥)

ومنها: مقبولة عمر بن حنظلة عن أبيعبداللّه عليه السلام فى حديث: ينظران من كان منكم ممّن قد روى حديثنا، ونظر فى حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكما، فإنّى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنّما استخفَّ بحكم اللّه، وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على اللّه، وهو على حدّ الشرک باللّه. الحديث.(٦)

١- ٧ . سورة النور /٢.

٢- ٨ . سورة النور /٤.

٣- ٩ . وسائل الشيعة ١٧/٢٧، ح٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى.

٤- ١ . وسائل الشيعة ١٧/٢٧، ح٢.

٥- ٢ . وسائل الشيعة ١٣٩/٢٧، ح٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٦- ٣ . وسائل الشيعة ١٣٦/٢٧، ح١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

ومنها: موثقة حفص بن غياث، قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام من يقيم الحدود؟ السلطان؟ أو القاضى؟ فقال: إقامة الحدود إلى من إليه الحكم.(١)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبيجعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل جنى إلىَّ أعفو عنه؟ أو أرفعه إلى السلطان؟ قال: هو حقّک إن عفوت عنه فحسن، وإن رفعته إلى الإمام فانّما طلبت حقّک، وكيف لک بالإمام.(٢)

ومنها: موثقة سماعة بن مهران، عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: من أخذ سارقا فعفا عنه فذلک له، فإذا رفع إلى الإمام قطعه، فإنْ قال الّذى سرق له: أنا أهبه له لم يدعه إلى الإمام حتّى يقطعه إذا رفعه إليه، وإنّما الهبة قبل أن يرفع الإمام، وذلک قول اللّه - عزّوجلّ - «وَالْحافِظُونَ لِحُدُودِ اللّهِ»(٣) فإذا انتهى الحدّ إلى الإمام، فليس لأحد أن يتركه.(٤)

ومنها: صحيحة الفضيل، قال: سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: من أقرَّ على نفسه عند

الإمام بحقّ من حدود اللّه مرّة واحدة، حرّا كان أو عبدا، أو حرّة كانت أو أمة، فعلى الإمام أن يقيم الحدّ عليه للّذى أقرَّ به على نفسه كائنا من كان إلاّ الزانى المحصن، فإنّه لا يرجمه حتّى يشهد عليه أربعة شهداء، فإذا شهدوا ضربه الحدّ مائة جلدة، ثمّ يرجمه، قال: وقال أبوعبداللّه عليه السلام : ومَنْ أقرَّ على نفسه عند الإمام بحقّ حدّ من حدود اللّه فى حقوق المسلمين فليس على الإمام أن يقيم عليه الحدّ الّذى أقرَّ به عنده حتّى يحضر صاحب الحقّ أو وليّه فيطالبه بحقّه.

قال: فقال له بعض أصحابنا: يا أباعبداللّه فما هذه الحدود الّتى إذا أقرَّ بها عند الإمام مرّة واحدة على نفسه أُقيم عليه الحدّ فيها؟

فقال: إذا أقرَّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه، فهذا من حقوق اللّه، وإذا أقرَّ على نفسه أنّه شرب خمرا حدّه، فهذا من حقوق اللّه، وإذا أقرَّ على نفسه بالزنا وهو غير محصن

١- ٤ . وسائل الشيعة ٤٩/٢٨، ح١، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود.

٢- ٥ . وسائل الشيعة ٣٨/٢٨، ح١، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود.
٣- ٦ . سورة التوبة /١١٢.
٤- ٧ . وسائل الشيعة ٣٩/٢٨، ح٣.

فهذا من حقوق اللّه، قال: وأمّا حقوق المسلمين فإذا أقرَّ على نفسه عند الإمام بفرية لم يحدّه حتّى يحصر صاحب الفرية أو وليّه، وإذا أقرَّ بقتل رجل لم يقتله حتّى يحضر أولياء المقتول، فيطالبوا بدم صاحبهم.(١)

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبيجعفر عليه السلام قال: مَنْ شهر السلاح فى مصر من الأمصار فعقر اقتصّ منه ونفى من تلك البلد، و من شهر السلاح فى مصر من الأمصار وضرب وعقر وأخذ المال ولم يقتل فهو محارب، فجزاؤه جزاء المحارب، وأمره إلى الإمام إن شاء قتله وصلبه، وإن شاء قطع يده ورجله، قال: وإن ضرب وقتل وأخذ المال فعلى الإمام أن يقطع يده اليمنى بالسرقة ثمّ يدفعه إلى أولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثمّ يقتلونه.

قال: فقال له أبوعبيدة: أرأيت إنْ عفا عنه أولياء المقتول؟ قال: فقال أبوجعفر عليه السلام : إن عفوا عنه كان على الإمام أن يقتله لأنّه قد حارب وقتل وسرق.

قال: فقال أبوعبيدة: أرأيت إن أراد أولياء المقتول أن يأخذوا منه الدية ويدعونه، ألهم ذلک؟ قال: لا، عليه القتل.(٢)

ومنها: صحيحة جميل بن درّاج، قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن قول اللّه - عزّوجلّ -: «إِنَّما جَزاءُ الَّذِينَ يُحارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِى الْأَرْضِ فَسادا أَنْ

يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ»(٣) إلى آخر الآية، أىُّ شىءٍ عليه مِنْ هذه الحدود الّتى سمّى اللّه - عزّوجلّ -؟ قال: ذلک إلى الإمام إن شاء قطع وإن شاء نفى، وإن شاء صلب، وإن شاء قتل، قلت:

النفى إلى أين؟ قال: من مصر إلى مصر آخر، وقال: إنَّ عليّا عليه السلام نفى رجلين من الكوفة إلى البصرة.(٤)

ص: ١٦٧

١- ١ . وسائل الشيعة ٥٦/٢٨، ح١، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٠٧/٢٨، ح١، الباب ١ من أبواب حد المحارب.

٣- ١ . سورة المائدة /٣٣.

٤- ٢ . وسائل الشيعة ٣٠٨/٢٨، ح٣.

٧- ولاية الإذن والنَّظارة على المصالح العامة

قال الشيخ الأعظم قدس سره : «الولاية تتصوّر على وجهين:

الأوّل: استقلال الولى بالتصرّف مع قطع النظر عن كون تصرّف غيره منوطا بإذنه أو غير منوطٍ به، ومرجع هذا إلى كون نظره سببا فى جواز تصرّفه.

الثانى: عدم استقلال غيره بالتصرّف، وكون تصرّف الغير منوطا بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرّف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطا فى جواز تصرّف غيره. وبين موارد الوجهين عموم من وجه.

ثمّ إذنه المعتبر فى تصرّف الغير:

إمّا أن يكون على وجه الاستنابة، كوكيل الحاكم.

وإمّا أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولّى الأوقات من قِبَل الحاكم.

وإمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره فى الصلاة على ميّتٍ لا وليّ له».(١)

ثمّ قال بعد ورقة: «وأمّا بالمعنى الثانى - أعنى اشتراط تصرّف الغير بإذنهم - فهو وإن كان مخالفا للأصل، إلاّ أنّه قد ورد أخبار خاصّة بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معيّن من الرعيّة، كالحدود والتعزيرات، والتصرّف فى أموال القاصرين، وإلزام النّاس

١- ١ . المكاسب ٣/٥٤٦.

بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك.

ويكفى فى ذلك ما دلّ على أنّهم أُولو الأمر وولاته؛ فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفا: من يجب الرجوع إليه فى الأُمور العامّة التى لم تحمل فى الشرع على شخص

خاصّ»(١).

أقول: ولاية الإذن والنظارة هى لزوم الاستيذان منهم عليهم السلام وجريان الأعمال والأُمور تحت نظارتهم العالية وإشرافهم التّامّ، والوجه فى ذلك هو التحفظ على النظام والإبقاء على الملّة والشريعة ورياستها، نحو: ما مرّ من الشيخ الأعظم قدس سره أمثال صرف أو تصرف بعض الأموال العامة أو المشتركات أو بيت المال والحقوق الشرعية أو الأموال الخاصة أو حتّى بعض الواجبات الكفائية.

والأموال العامة مثل التصرف فى الأنفال.

والمشتركات كالماء والنار والكلاء.

وبيت المال والحقوق الشرعية نحو التصرف فى سهم الإمام عليه السلام من الخمس أو المجهول المالک من الأموال ونحوها.

والأموال الخاصة مثل تقاص الدائن من أموال المدين، أو بيع مال الغائب أو الممتنع و إنفاقه على مَنْ يجب نفقته عليه.

والواجبات الكفائية: نحو بعض مراتب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وكتجهيز الميت الذى لا وليّ خاص له ومثل الصلاة عليه.

مضافا ما ذكرنا يمكن التمثيل لِمَصادِيْقِ هذه الولاية فى الأبواب الفقهية بما يلى:

١- وجوب دفع مابقى من الزكاة فى يد ابن السبيل - بعد وصوله إلى بلده - إلى الفقيه.

٢- وجوب دفع الزكاة ابتداءً أو بعد الطلب إليه.

٣- تخيّره بين أخذ خمس أرض الذمى.

١- ١ . المكاسب ٥٤٨/٣.

٤- ولايته على مال الإمام عليه السلام وميراث مَنْ لا وارث له.

٥- توقّف إخراج الوَدَعى الحقوق على إذنه.

٦- ولايَتُهُ على إجراء الحدود على إشكال يسند إلى ابنى زُهْرَةَ وإدريس.

٧- أداء دين الممتنع من ماله.

٨- توقّف حلف الغريم على إذنه.

٩- القبض فى الوقف على الجهات العامّة.

١٠- نظارته لذلک.

١١- توقّف التَّقاصِّ من مال الغائب على إذنه.

١٢- ومن الحاضر فى وجه كما قيل.

١٣- بيع الوقف حيث يجوز ولا ولىّ له.

١٤- قبض الثمن إذا امتنع البائع.

١٥- وقبضه من قِبَل كلّ ممتنع عن قبول القبض وقبض حقّه.

١٦- الدين المأيوس عنه صاحبه.

١٧- وبيع الرهن المتسارع إليه الفساد بإذنه.

١٨- وتولية إجارة الرهن لو امتنعا.

١٩- وتعيين عدل يقبض الرهن لو لم يرضيا.

٢٠- وتعيين ما يباع به الرهن مع تعدّدالنقد.

٢١- باب الحجر على المفلّس.

٢٢- أو السفيه فى قولٍ.

٢٣- وولايته على الذى حدث جنونه أو سفهه بعد بلوغه مع وجود أبيه أو جدّه أو الوصى عنهما على المشهور.

٢٤- وقبض وديعة الغائب لو احتج إلى الأخذ.

٢٥- إجباره الوصيّين على الاجتماع أو الاستبدال بهما.

٢٦- ضمّ المُعين إلى الوصىّ العاجز.

ص:١٧٠

٢٧- عزل الخائن على القول بعدم انعزاله بنفسه.

٢٨- إقامة الوصىّ فيمن لا وصىّ له.

٢٩- أو مات وصيّه.

٣٠- أو كان وانعزل.

٣١- وفى تزويج المجنون.

٣٢- والسفيهة البالغة.

٣٣- فرض المهر لمفوّضة البضع.

٣٤- وضرب أجل العنّين.

٣٥- وبعث الحكمين من أهل الزوجين.

٣٦- وإجبار الممتنع على أداء النفقة.

٣٧- طلاق زوجة المفقود.

٣٨- وإجبار المُظاهر على أحد الأمرين.

٣٩- وإجبار المولى كذلك.

٤٠- واحتياج إنفاق الملتقط على اللقيط إلى إذنه.

وغير ذلک ممّا يطّلع عليه المتتبّع، وقد جمع الموارد الفاضل المراغى قدس سره فى عناوينه(١).

أدلتها

١- تدل عليها الإطلاقات الواردة فى لزوم طاعة الأئمة(٢) عليهم السلام وأنّهم ولاة الأمر(٣) وأنّهم أهل الذكر الذين أمر اللّه الخلق بسؤالهم.(٤)

قد مرّ بعضها فى الأبحاث السابقة فلا نعيدها.

١- ١ . العناوين ٥٦٢/٢.

٢- ٢ . الكافى ٤٥٥/١ (١٨٥/١) باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام .

٣- ٣ . الكافى ٥٠٩/١ (٢٠٥/١) باب أنّ الأئمة ولاة الأمر و... .

٤- ٤ . الكافى ٥٢٢/١ (٢١٠/١) باب أنّ أهل الذكر الذين أمر اللّه الخلق بسؤالهم هم الأئمة عليهم السلام .

٢- الأدلة الماضية آنفا فى ذيل عنوان ولاية القضاء وإجراء الحدود تدلّ على أنّ لهم ولاية الإذن والنظارة فى المصالح العامة.

٣- معتبرة طلحة بن زيد عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: إذا حضر الإمام الجنازة فهو أحقّ النّاس بالصلاة عليها.(١)

وعن على عليه السلام أنّه قال: إذا حضر السلطان الجنازة فهو أحقّ بالصلاة عليها من وليها.(٢)

ونحوها فى الجعفريات(٣).

٤- مرسلة القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام : لا يصلح الحكم ولا الحدود ولا الجمعة إلاّ بإمام.(٤)

وروى نحوها فى الجعفريات(٥).

اعتراض السيّد الخوئى على الشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم(٦) إلى أنّ اشتراط إجازتهم فى صحة التصرفات على خلاف الأصل، وهو يقتضى عدم الاشتراط.

واعترض السيّد الخوئى قدس سره عليه وقال: «ولا يخفى أنّ مقتضى الأصل يختلف باختلاف الموارد، فمقتضاه فى بعض الموارد عدم الاشتراط وفى بعضها الآخر هو الاشتراط وتوضيحه: أنّه إن كان هناك إطلاق يقتضى صحة ذلك التصرف على نحو الإطلاق من دون حاجة إلى إجازة الأئمّة عليهم السلام كما فى صلاة الميّت فإنّه دلّ الدليل على صحتها ووجوبها على المسلمين ولم يق- يّدها بإجازة الإمام عليه السلام لأنّ الدليل إنّما دلّ على

١- ٥ . وسائل الشيعة ١١٤/٣، ح٣، الباب ٢٣ من أبواب صلاة الجنازة.

٢- ٦ . دعائم الإسلام ٢٣٥/١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢٧٩/٢، ح٥.

٣- ٧ . الجعفريات /٢٠٩ و ٢١٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢٧٩/٢، ح٢ و ٣.

٤- ٨ . دعائم الإسلام ١٨٢/١.

٥- ١ . الجعفريات /٢٢.

٦- ٢ . المكاسب ٤٥٨/٣.

أنّ السلطان أولى بالصلاة من غيره وأمّا أنّها مق-يّدة بإجازته فلا، ففى مثله نتمسّک بذاک الدليل فى رفع قيدية إجازة الإمام عليه السلام .

كما أنّه إن كان لدليل ذلک التصرف دلالة يقتضى عدم صحّة التصرف بدون إجازة الإمام عليه السلام كما فى التصرف فى أموال النّاس بالبيع ونحوه أو فى أنفسهم بالقصاص والتعزير ونحوهما، فإنّ الثابت من ذلک جوازهما مع إجازة الإمام، وأمّا بدونها فإطلاق ما دلّ على حرمة الإيذاء وعدم جواز التصرف فى أموال النّاس من دون رضاهم يقتضى حرمتهما فنتمسّک بذلک الدليل.

وأمّا إذا لم يكن هناک دليل على أحدهما ووصلت النوبة إلى الأصل العملى فإن كان الشک راجعا إلى تقييد وجوب التصرف أو العمل بإجازة الإمام عليه السلام كصلاة الجمعة مثلاً حيث علمنا بصحّتها ووجوبها مع إجازة الإمام عليه السلام وشككنا فى وجوبها بدون إذنه عليه السلام فهو شک فى التكليف نرجع فيه إلى البراءة وبها نثبت عدم الوجوب بلا إذن الإمام عليه السلام ومرجعه إلى اشتراط الوجوب بالإذن والإجازة.

وإن كان الشکّ راجعا إلى تقييد صحة العمل بالإجازة بعد الفراغ عن ثبوت أصل الوجوب فنرجع فى التقييد إلى البراءة ونرفعه بها، ومرجع ذلک إلى أنّ العمل صحيح من دون حاجة إلى إجازة الإمام عليه السلام »(١).

١- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٦٢/٢ و ١٦٣.

٨- ولاية الإمامة

وهى ولاية الحكومة بمعنى حقّ الزعامة السياسة والاجتماعية وقيادة الدولة الاسلامية بانضمام القيادة الدينية المعنوية الروحية والمرجعية الدينية ونتيجتها حجية أقواله وأفعاله.

بعبارة أُخرى: إنّ هاهنا ولايتين: الأُولى: ولاية الحكومة والزعامة والرياسة وهى القيادة السياسية ورئاسة البلاد وتسمّى ولاية الأمر.

والثانية: القيادة والمرجعية الدينية والروحية.

فإذا جُمعتا فى شخص واحد يسمّى إماما وتسمّى ولاءه ولاية الإمامة.

فهاهنا أشخاص ثلاث وولايات ثلاثة:

١- ولى الأمر وهو القائد السياسى ورئيس البلاد وولايته ولاية الأمر.

٢- المرجع الدينى والقائد الروحى والمعنوى وولايته ولاية الدينية والمعنوية.

٣- الإمام وهو الذى جمع بين القيادة السياسية والمرجعية الدينية وولايته ولاية الإمامة.

فالإمام هو القائد الدينى والروحى والمعنوى والسياسى وولايته أَعَمُّ من ولاية الأمر والولاية الدينية وقد جمع بين الولايتين فى ولايته التى تسمّى بولاية الإمامة.

فالنسبة بين ولاء الإمامة وولايتى الأمر والدينية عام وخاص مطلق.

والنسبة بين ولاية الأمر وَالولاية الدينية عام وخاص من وجه، إذ قد يكون الشخص رئيسا للبلاد والقائد السياسى وليس له القيادة والمرجعية الدينية وقد يكون

عكسه يعنى أنّه قائد روحى ومرجع دينىّ وليس له القيادة السياسية ورياسة البلاد. فانسبة بينهما عموم من وجه.

وقد تجمع المرجعية الدينية والقيادة السياسية فى شخص واحد فهو الإمام وَتُسَمّى ولايَتُهُ ولاية الإمامة.

وولاية الإمامة من مناصب الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله وأُوصيائه المعصومين الإثنى عشر عليهم السلام .

والشاهد على ما ذكرنا تعريف الإمامة فى كتب متكلّمى الأصحاب بأنّها رياسة عامة فى أُمور الدين والدنيا، بالأوّل أشاروا إلى المرجعية الدينية وبالثانى إلى القيادة السياسية أذكر لک تعريفين:

قال مَيْثم(١) بن على البحرانى المتوفى عام ٦٩٩ه . ق فى كتابه قواعد المرام فى علم الكلام فى تعريف الإمامة: «هى رئاسة عامة فى أُمور الدين والدنيا بالأصالة»(٢).

وقال العلاّمة الحلّى المتوفى عام ٧٢٦: «الإمامة: رياسة عامة فى أُمور الدين والدنيا لشخص من الأشخاص»(٣).

الدليل على ولاية الإمامة

قد مرّت فى البحوث السالفة ما يدلّ على هذه الولاية من الآيات والروايات فلا نعيدها.

وأُنبّه هنا على أنّ آية اللّه الحاج آقا حسين البروجردى رحمه الله المتوفى سنة ١٣٨٠ق قد أثبتَ فى مقدمة كتاب جامع أحاديث الشيعة(٤) المرجعية الدينية لأئمة أهل البيت عليهم السلام على جميع الفرق الإسلامية وعلى كافّة المسلمين، فراجع ما حرره هناک واستظهر أُمورا

۱- ۱ . ذَكَرَ بعضُ المحقّقين فى علم الرجال: أنَّ كُلَّ مِيْثمٍ بكسر المِيْم إلاّ مَيْثَم بْنَ عَلِيٍّ البَحرانىّ هذا فَهُوَ بِفَتْحِها.

۲- ۲ . قواعد المرام فى علم الكلام /۱۷٤.

۳- ۳ . منهاج الصلاح فى اختصار المصباح /۵۲۸.

٤- ٤ . جامع أحاديث الشيعة ۱/(٤۵-۲۵).

خمسة:

«الأوّل: انّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله لم يترک الامّة بعده سدى مهملة بلا إمام هادٍ وبيان شافٍ بل عيّن لهم أئمّة هداة دعاة سادة قادة حفاظا وبيّن لهم المعارف الإلهيّة والفرائض الدّينيّة والسّنن والآداب والحلال والحرام والحِكم والآثار وجميع ما يحتاج إليه النّاس إلى يوم القيامة حتّى ارش الخدش ولم يأذن صلى الله عليه و آله لأحد أن يحكم أو يفتى بالرّأى والنّظر والقياس

لعدم كون موضوع من الموضوعات أو أمر من الاُمور خاليا عن الحكم الثّابت له من قبل اللّه الحكيم العليم بل أملى صلى الله عليه و آله جميع الشّرائع والأحكام على الإمام علىّ بن أبيطالب عليه السلام وأمره بكتابته وحفظه وردّه إلى الأئمة من ولده عليهم السلام فكتبه عليه السلام بخطّه وادّاه إلى أهله.

والثّانى: انّه صلى الله عليه و آله أملى هذا العلم على علىّ بن أبيطالب عليه السلام فقط ولم يطّلع عليه فى عصره صلى الله عليه و آله غيره أحد، وأُوصى إليه أن يكون هذا الكتاب بعده عند الأئمّة الأحد عشر فيجب على الأُمّة كلّهم أن يأخذوا علم الحلال والحرام وجميع ما يحتاجون إليه فى أمر دينهم بعد رسول اللّه صلى الله عليه و آله من علىّ بن أبيطالب والأئمّة من ولده عليهم السلام فإنّهم موضع سرّ النّبىّ صلى الله عليه و آله وخزّان علمه وحفّاظ دينه.

والثّالث: إنّ الكتاب كان موجودا عند الأئمّة عليهم السلام وأراه الإمامان أبوجعفر محمّد بن علىّ بن الحسين بن علىّ بن أبيطالب وابنه أبوعبداللّه جعفر ابن محمّد الصّادق عليهم السلام جماعة من أصحابهما الإماميّة وغيرهم من الجمهور لحصول الاطمينان أو الاحتجاج على ما كانا يتفرّدان به من الفتاوى عن سائر الفقهاء ويقسمان باللّه أنّه إملاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله وخطّ على بن أبيطالب عليه السلام .

والرّابع: كون الكتاب معروفا عند الخاصّة والعامّة فى عهد الإمامين عليهماالسلام لانّهما كثيرا ما يقولان فى جواب استفتاآت الجمهور كغياث بن إبراهيم وطلحة بن زيد والسّكونى وسفيان بن عيينة والحكم بن عتيبة ويحيى بن سعيد وأمثالهم: إنّ فى كتاب علىّ عليه السلام كذا، وكذا فى جواب مسائل الأصحاب كزرارة ومحمّد بن مسلم وعبداللّه بن سنان وأبيحمزة وابن بكير وعنبسة بن بجاد العابد ونظائرهم.

والخامس: إنّ ما عند الأئمّة عليهم السلام من علم الحلال والحرام والشّرائع والأحكام نزل

ص:١٧٦

به جبرئيل عليه السلام واخذوه من رسول اللّه صلى الله عليه و آله فتحرم على الأمّة مخالفتهم فى الحكم والفتوى اعتمادا على الرّأى والقياس والاجتهاد ويجب عليهم الأخذ بأحاديثهم وفتاويهم وردّ ما يَرِدُ عن مخالفيهم لأنّ ما عندهم أوثق ممّا عند غيرهم، ومعلوم أنّ ما ورد فى كون أحاديث الأئمّة الأثنى عشر وعلومهم عليهم السلام عن النّبى صلى الله عليه و آله من طرق العامّة والخاصّة قد تجاوزت حدّ التّواتر بل لايسعها المجلّد الضّخْم ولسنا بصدد استقصائها فى هذا الكتاب وانّما نذكر أيضا بعضها فى المقام للتّنبيه والتّذكار وإلاّ فإثباته لا يحتاج إلى الذّكر والبيان»(١).

وقد ثَبَتَتْ فى البحوث السالفة خلافتهم عليهم السلام بعد رسول اللّه صلى الله عليه و آله بلافصل وهذه ليست إلاّ القيادة السياسية والزعامة الدنيوية.

وحيث ثبتَ كلا القيادتين والزعامتين والرياستين والمرجعيتين فقد ثَبَتَتْ ولاية الإمامة والحمد للّه.

ص: ۱۷۷

۱- ۱ . جامع أحاديث الشيعة ۳٦/۱ و ۳۷.

السابع: مناصب الفقيه

اشارة

للفقيه الجامع للشرائط عدّة مناصب:

۱- الإفتاء

يجوز للفقيه الإفتاء فى ما يحتاج إليه العامىُّ فى عمله جوازا تكليفيا ووضعيّا بمعنى نفوذه على مقلّديه ومن يجب عليه الرجوع إليه، لأنّ الجواز التكليفى لا يشترط فيه الشرائط. بل الإفتاء عليه واجب ولو بالاحتياط.

والمراد بالعامى هو من لم يبلغ رتبة الاجتهاد وإن كان له حظٌّ من العلم.

ومورد الإفتاء: المسائل الفرعية وهى القضايا المتكفلة للأحكام الخمسة التكليفية التى تتعلق بأفعال المكلفين أو الأحكام الوضعية المجعولة لمضوعاتها.

وهكذا مورد الإفتاء: الموضوعات المستنبطة، الشرعية منها كالصلاة والصوم والكرّ والسفر والرضاع، والعرفية كالغناء والآنية حيث يرجع فيها إلى الفقيه من جهة سعتها وضيقها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها.

والمفتى والمستفتى والإفتاء كانوا موجودين من عصر الأئمة عليهم السلام وهم يقرّرونَها بل يرشدونها كما يظهر من كلمات الأصحاب قدس سرهم :

قال الشريف المرتضى رحمه الله : «أنّه لا خلاف بين الأُمّة قديما وحديثا فى وجوب رجوع العامىّ إلى المفتى، وأنّه يلزمه قبول قوله، لأنّه غير متمكّنٍ من العلم بأحكام الحوادث، ومن خالف فى ذلک كان خارقا للإجماع»(١).

وقال الشيخ الطوسى رحمه الله : «أنّى وَجدتُ عامّة الطّائفة مِنْ عَهد أميرالمؤمنين عليه السلام إلى زَماننا هذا يَرجعون إلى عُلمائها، وَيَستفتونهم فى الأحكام والعبادات، ويُفتونهم العُلماءُ فيها، ويُسوّغون لهم العَمَل بما يفتونهم به، وما سَمِعنا أحدا منهم قال لمُسْتَفتٍ: لا يجوزُ لک الاستفتاء ولا العَملُ به، بل يَنبَغى أن تَنظُرَ كما نَظَرتُ وتَعْلَم كما عَلِمتُ، ولا أنكرَ عليه العمل بما يُفتُونهم، وقد كان منهم الخَلقُ العَظيم عاصَروا الأئمة عليهم السلام ، ولم يُحْكَ عَنْ واحد

١- ١ . الذريعة إلى أُصول الشريعة ٧٩٦/٢.

ٍ مِن الأئِمة النّكيرَ على أحدٍ مِنْ هؤلاء ولا إيجاب القول بخلافه، بل كانوا يُصّوبونَهم فى ذلک، فَمَن خالفه فى ذلک كانَ مُخالفا لما هو المعلوم خلافه»(١).

وقال المحقّق الحلى رحمه الله : «اتفاق علماء الأعصار على الإذن للعوام فى العمل بفتوى العلماء من غير تناكر، وقد ثبت أنّ إجماع أهل كلِّ عصرٍ حجة»(٢).

وقال العلاّمة: «الحق أنّه يجوز للعامى أن يقلد فى فروع الشرع خلافا لمعتزلة بغداد وجوزه الجبائى فى مسائل الاجتهاد دون غيرها.

لنا: قوله تعالى: «فَلَوْ لا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طائِفَةٌ» أوجب التعليم على بعض الفرقة فجاز لغيرهم التقليد، ولأن الحادثة إذا نزلت بالعامى فإن لم يكن مكلَّفا فيها بشىء فهو باطل بالإجماع، وإن كان مكلَّفا بالاستدلال، فإن كان بالبرائة الأصلية فهو باطل بالإجماع، وإن كان بغيرها فإن لزمه ذلك حين استكمل عقله فهو باطل بالإجماع، وإن كان حين حدوث الحادثة لزم تكليف ما لا يطاق»(٣).

وقال الشهيد: «يجب التفقة... ووجوبه كفاية... وعليه أكثر الإمامية، وخالف فيه بعض قدمائهم(٤) وفقهاء حلب(٥) - رحمة اللّه عليهم - فاوجبوا على العوام الاستدلال، واكتفوا فيه: بمعرفة الاجماع الحاصل من مناقشة العلماء عند الحاجة إلى الوقائع، أو النصوص الظاهرة، أو أن الأصل فى المنافع الإباحة وفى المضار الحرمة، مع فقد نص قاطع فى متنه ودلالته والنصوص محصورة.

ويدفعه: إجماع السلف والخلف على الاستفتاء من غير نكير ولا تعرض لدليل بوجه من الوجوه، وما ذكروه لا يخرج عن التقليد عند التحقيق، وخصوصا عند من اعتبر

١- ٢ . عدّة الأُصول ٢/٧٣٠.

٢- ١ . معارج الأُصول /١٩٧.

٣- ٢ . تهذيب الوصول إلى علم الأُصول /٢٩١.

٤- ٣ . كالسيّد المرتضى فى جوابات المسائل الرسية الأولى، راجع الرسائل الشريف المرتضى ٢/٣٢٠.

٥- ٤ . كابن زهرة الحلبى فى الغنية ٢/٤١٤.

حجية خبر الواحد، فان فى البحث عنه عرضا عريضا»(١).

ولذا قال الشيخ الأعظم بعد ذكر أدلة جواز التقليد: «ولكن العمدة من هذه الأدلة: الإجماع والسنة»(٢).

ولكن قال هنا: «ولا إشكال ولا خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقيه إلاّ ممّن لا

يرى جواز التقليد للعامى»(٣).

والمستثنى فى كلامه هم القائلون بحرمة التقليد من فقهاء حلب والمحدِّثين.

فمن الأوّل ابن زهرة قال: «فصل: لا يجوز للمستفتى تقليد المفتى، لأنّ التقليد قبيح، ولانّ الطائفة مجمعة على أنّه لا يجوز العمل إلاّ بعلم.

وليس لأحد أن يقول: قيام الدليل - وهو إجماع الطائفة على وجوب رجوع العامى إلى المفتى، والعمل بقوله مع جواز الخطأ عليه - يؤمّنه من الاقدام على قبيح، ويقتضى إسناد عمله إلى علم.

لأنّا لا نسلّم إجماعها على العمل بقوله مع جواز الخطاء عليه، وهو موضع الخلاف، بل إنّما أمروا برجوع العامى إلى المفتى فقط، فأمّا ليعمل بقوله تقليدا فلا.

فإن قيل: فما الفائدة فى رجوعه إليه إذا لم يجز له العمل بقوله؟

قلنا: الفائدة فى ذلک أن يصير له بفتياه وفتيا غيره من علماء الإمامية سبيلٌ إلى العلم بإجماعهم، فيعمل بالحكم على يقين»(٤).

ومن الثانى الشيخ الحر العاملى قال بعد نقل رواية الاحتجاج فى مذمّة تقليد اليهود علمائهم والفرق بين تقليدهم وتقليد عوام الشيعة للفقهاء: «التقليد المرخص فيه هنا إنّما هو قبول الرواية لا قبول الرأى والاجتهاد والظن وهذا واضح وذلک لا خلاف

١- ٥ . ذكرى الشيعة ٤١/١.

٢- ٦ . رسالة الاجتهاد والتقليد /٤٨.

٣- ١ . المكاسب ٥٤٥/٣.

٤- ٢ . غنية النزوع ٤١٤/٢.

فيه...»(١).

واستفاد فى كتابه الآخر من الآيات الناهية عن العمل بغير العلم: «... عدم جواز التقليد مطلقا، وليس له أيضا مخصِّص صريح يعتدُّ به...»(٢).

أقول: أنتَ ترى فى نقل كلمات فقهاء حلب والمحدثين أنّهم لا ينكرون منصب الإفتاء للفقيه بل هم ينكرون تقليد العامى له بوجوه غير مرضى والفرق بينهما واضح فحينئذ لا يتم استثناء الشيخ الأعظم قدس سره لأنّ من لا يرى جواز تقليد العامى للفقيه، يقرّ منصب الإفتاء للفقيه ولكن يرى أنّ عمل العامى على فتياه منوط بالعلم عند فقهاء حلب وبذكر مستند الرواية عند المحدثين وسبحان من لا يسهو.

والتفصيل يطلب من بحث الاجتهاد والتقليد فى أوّل الفقه وآخر الأُصول والحمدللّه الأوّل والآخر.

٢- القضاء

قد مرّ(٣) تعريف ولاية القضاء وأقول فى تعريف القضاء: «هو فصل الخصومة بين المتخاصمين والحكم بثبوت دعوى المدعى أو بعدم حقّ له على المدعى عليه»(٤).

ولكن يمكن أن يقال بأنّ فصل الخصومة وإنهائها هو من ثمرات القضاء ويكون من آثار الحكومة لا نفسها.

ولذا يمكن أن يقال فى تعريف القضاء: «هو إنشاء الحكم الجزئى لحصول الموضوع أو المتعلّق لكلية المجعول فى الشريعة بمفاد القضية الحقيقية، أو الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومة والمنازعة فى حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم فى واقعة خارجيّة بتطبيق الكبرى المقررة فى الشرع على تلك

١- ٣ . وسائل الشيعة ١٣٢/٢٧ ذيل ح٢٠ من الباب ١٠ من أبواب صفات القاضى.

٢- ٤ . الفوائد الطوسية /٣٢٤، الفائدة ٧٥.

٣- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٦٣.

٤- ٢ . مبانى تكملة المنهاج ٥/١، المجلد ٤١ من موسوعة الإمام الخوئى قدس سره .

الواقعة فيما إذا وقعت المخاصمة فى حكم تلك الواقعة، إمّا لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكلية المجعولة: فى الشرع أو اختلافهم فى تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهة فيه بين النّاس من غير مخاصمة كالحكم برؤية الهلال، كما يطلق أيضا على تعيين الوظيفة الفعلية على النّاس فى مورد أو موارد لرعاية المصلحة العامة الموجبة له، ويعبّر عن هذا القسم بالحكم الابتدائى»(١).

والفرق بين القضاء والإفتاء: «أنّ الفتوى: عبارة عن بيان الأحكام الكلّيّة من دون نظر إلى تطبيقها على مواردها، وهى - أى الفتوى - لا تكون حجّة إلاّ على من يجب عليه تقليد المفتى بها، والعبرة فى التطبيق إنّما هى بنظره دون نظر المفتى.

وأمّا القضاء: فهو الحكم بالقضايا الشخصيّة التى هى مورد الترافع والتشاجر، فيحكم القاضى بأنّ المال الفلانى لزيد، أو أنّ المرأة الفلانيّة زوجة فلان، وما شاكل ذلک، وهو نافذ على كلّ أحد حتّى إذا كان أحد المتخاصمين أو كلاهما مجتهدا.

نعم، قد يكون منشأ الترافع الاختلاف فى الفتوى، كما إذا تنازع الورثة فى الأراضى، فادّعت الزوجة ذات الولد الإرث منها، وادّعى الباقى حرمانها فتحا كما لدى القاضى، فإنّ حكمه يكون نافذا عليهما وإن كان مخالفا لفتوى من يرجع إليه المحكوم عليه»(٢).

ثمّ فليعلم أنّ القضاء منصب وولاية قد جعلها اللّه للرسول صلى الله عليه و آله والأئمة عليهم السلام كما مرّ(٣) وجعلها الأئمة عليهم السلام للفقهاء العدول من الشيعة الإمامية وتدلّ على هذا الجعل عدّة من الروايات:

منها: معتبرة أبى خديجة سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبوعبداللّه جعفر بن محمّد الصادق عليه السلام : إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل

١- ٣ . تنقيح مبانى الأحكام، القضاء والشهادات /٦ لشيخنا الاستاذ آية اللّه التبريزى قدس سره .
٢- ١ . مبانى تكملة المنهاج ٥/١، المجلد ٤١ من موسوعة الإمام الخوئى قدس سره .
٣- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ١٦٣.

منكم، يعلم شيئا من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإنّى قد جعلته قاضيا، فتحاكموا إليه.(١)

ومنها: معتبرة أُخرى له قال: بعثنى أبوعبداللّه عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قل لهم: إيّاكم إذا وقعت بينكم خصومة، أو تدارى فى شىء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفسّاق،

اجعلوا بينكم رجلاً، قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنّى قد جعلته عليكم قاضيا، وإيّاكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر.(٢)

ومنها: مقبولة عمر بن حنظلة عن أبيعبداللّه عليه السلام ... قال: ينظران من كان منكم ممّن قد ر وى حديثنا، ونظر فى حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكما، فإنّى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنّما استخفَّ بحكم اللّه، وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على اللّه، وهو على حدّ الشرك باللّه. الحديث.(٣)

ومنها: ما ورد فى العهد الأشتر النخعى بسند معتبر عن أميرالمؤمنين عليه السلام : ... واختر للحكم بين النّاس أفضل رعتيک فى نفسک ممّن لاتضيق به الأُمور، والعهد.(٤)

ومنها: التوقيع المروى بسند حسن عن صاحب الزمان «عج»: وأمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنّهم حجّتى عليكم، وأنا حجّة اللّه، وأمّا محمّد بن

عثمان العمرى - رضى اللّه عنه - ، وعن أبيه من قبل، فإنّه ثقتى، وكتابه كتابى.(٥)

والقدر المتيقن من الحوادث الواقعة هى الحكومة والقضاء، والتفصيل يطلب من بحوثنا فى كتاب القضاء.

٣- الولاية

اشارة

وهى ولاية التصرف فى الأموال والأنفس وهى «المقصود بالتفصيل هنا»(٦) فى

١- ٣ . وسائل الشيعة ١٣/٢٧، ح٥، الباب ١ من أبواب صفات القاضى.
٢- ٤ . وسائل الشيعة ١٣٩/٢٧، ح٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.
٣- ٥ . وسائل الشيعة ١٣٦/٢٧، ح١.
٤- ٦ . وسائل الشيعة ٢٢٣/٢٧، ح٩، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى.
٥- ١ . وسائل الشيعة ١٤٠/٢٧، ح٩.
٦- ٢ . المكاسب ٥٤٦/٣.

بحث ولاية الفقيه.

وهى فى الجملة ممّا لا ينكر ويعدّ من المسلمات والضروريات فى الفقه: قال المحقّق الثانى: «اتفق أصحابنا على أنّ الفقيه العادل الإمامى الجامع لشرائط الفتوى - المعبّر عنه بالمجتهد فى الأحكام الشرعية - نائب من قبل أئمة الهدى عليهم السلام فى حال الغيبة فى جميع ما للنيابة فيه مدخل، وربّما استثنى الأصحاب القتل والحدود»(١).

قال صاحب الجواهر: «ولكن ظاهر الأصحاب - عملاً وفتوىً فى سائر الأبواب - عمومها [أى عموم ولاية الحاكم] بل لعلّه من المسلمات أو الضروريات عندهم، بل صرّح غير واحد منهم...»(٢).

وقال: «وبثبوت النيابة لهم فى كثير من المواضع على وجهٍ يظهر منه عدم الفرق بين مناصب الإمام أجمع، بل يمكن دعوى المفروغيّة منه بين الأصحاب، فإنّ كتبهم مملوءة بالرجوع إلى الحاكم - المراد به نائب الغيبة - ... وبأنّ الضرورة قاضية بذلک فى قبض الحقوق العامّة والولايات ونحوها، بعد تشديدهم فى النهى عن الرجوع إلى قضاة الجور وعلمائهم وحكّامهم، وبعد علمهم بكثرة شيعتهم فى جميع الأطراف وطول الزمان.

وبغير ذلک ممّا يظهر بأدنى تأمّل فى النصوص وملاحظتهم حال الشيعة - وخصوصا علمائهم - فى زمن الغيبة، وكفى بالتوقيع الذى جاء للمفيد من الناحية المقدّسة وما اشتمل عليه من التبجيل والتعظيم، بل لو لا عموم الولاية لبقى كثير من

الأُمور المتعلّقة بشيعتهم معطّلة.

فمن الغريب: وسوسة بعض النّاس فى ذلک، بل كأنّه ما ذاق من طعم الفقه شيئا، ولا فهم من لحن قولهم ورموزهم أمرا، ولا تأمّل المراد من قولهم: «إنّى جعلته عليكم حاكما وقاضيا وحجّةً وخليفةً» ونحو ذلک، ممّا يظهر منه: إرادة نظم زمان الغيبة لشيعتهم فى كثير

١- ٣ . رسالة فى صلاة الجمعة، المطبوعة فى ضمن المجلد الرابع من آثار المحقّق الكركى /١٧؛ ونقل عنه فى الجواهر ٦٧٦/٢٢ (٣٩٦/٢١).

٢- ٤ . الجواهر ٥٥٧/١٦ (١٧٨/١٦)، كتاب الخمس.

من الأُمور الراجعة إليهم؛ ولذا جزم فيما سمعته من المراسم(١) بتفويضهم عليهم السلام لهم فى ذلک.

نعم، لم يأذنوا لهم فى زمن الغيبة ببعض الأُمور التى يعلمون عدم حاجتهم إليها؛ كجهاد الدعوة المحتاج إلى سلطان وجيوش وأُمراء ونحو ذلک ممّا يعلمون قصور اليد فيها عن ذلک ونحوه، وإلاّ لظهرت دولة الحقّ كما أومأ إليه الصادق عليه السلام بقوله: «لو أنّ لى عدد هذه الشويهات - وكانت أربعين - لخرجت»(٢).

وبالجملة: فالمسألة من الواضحات التى لا تحتاج إلى أدلّة»(٣).

مراتب ولاية الفقيه

مراتبها تتصوّر على الثَّلاث:

الأُولى: كون الفقيه وليّا فى ما يُحرز من الدليل الشرعى لابدّية وجوده فى الخارج أو مطلق محبوبيته ومطلوبيته، سواء كان راجعا إلى الشخص كحفظ مال الصغير والسفيه والغائب، أو إلى النوع كالأُمور التى يقطع برضا الشارع لها أو لابدّيتها من بناء المدارس والمساجد والقناطر والمستشفيات وفتح الطرق العامة وأمثالها إذا كانت مورد حاجة النّاس.

وهذه المرتبة هى القدر المتيقن من ولاية الفقيه ولم يناقش فيه أحد.

الثانية: كون الفقيه نائبا عن الإمام عليه السلام ، فله ما للإمام عليه السلام من ولاية الأمر والتدخل فى السياسات الراجعة إلى النظام والبلدان ولو لم يقطع برضا الشارع له ومطلوبيته أو لم يصل إلى حدّ اللزوم واللابدّيّة.

وهذه المرتبة محلّ نقاش وإيراد واعتراض.

الثالثة: كون الفقيه وليّا على النّاس بما يكون الإمام عليه السلام والرسول صلى الله عليه و آله فى ولايتهم

١- ١ . المراسم /٢٦١.

٢- ٢ . روى الكلينى نحوها فى روضة الكافى ٢٦/٨، ح٥.

٣- ٣ . الجواهر ٢٢/(٦٧٨-٦٧٦) [٣٩٦/٢١ و ٣٩٧].

على الأموال والأنفس كما مَرّ(١) فى أقسام ولايتهم، وبمعنى اولويته بالمؤمنين من أنفسهم. وهذه المرتبة «غير ثابتة للفقيه مسلّما من جهة انحصار الأدلة الواردة فى الأُولوية بالنسبة إلى خصوص النبى صلى الله عليه و آله وعترته الطاهرة من الأئمة الإثنيعشر عليهم السلام »(٢).

نعم، «نُسب ذلک إلی بعض فقهائنا»(٣) نحو: الشیخ محسن خَنْفَر النجفی(٤) قدس سره المُتوفی سنة ١٢٧٠ه . ق من معاصری صاحب الجواهر وبینهما مداعبة یذکرها السیّد الخوئی وقال: «وقد حکی عن بعض معاصری صاحب الجواهر أنّه کان بانیا علی ولایة الفقیه علی نحو ولایة الإمام وهی الولایة العامّة، وقد اعترض علیه صاحب الجواهر فی مجلس فقال: زوجتک طالق فأجابه المعاصر بأنی لو کنت أعتقد اجتهادک لاجتنبت عن زوجتی إلاّ أنّ اجتهادک محل کلام عندی، وکان له مقام علمی شامخ».(٥)

وکما یحکیها آیة اللّه الشیخ علی آل کاشف الغطاء قدس سره المتوفی سنة ١٤١١ق هکذا: «فقد نقل لی بعض الأفاضل الثقاة أنه وقع النزاع فی الولایة العامة بین المرحوم المحقّق صاحب الجواهر، وبین المرحوم المحقّق الشیخ محسن خنفر المذکور، فی ثبوت الولایة العامة للمجتهد، وقد أخذ الشیخ محسن خنفر یقیم الأدلة علیها فالتفت الشیخ محمّدحسن رحمه الله وقال: إن کان الأمر کما یزعم الشیخ محسن فزوجته طالق، فأجابه المرحوم الشیخ محسن الإشکال فی الصغری»(٦).

١- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٦١.

٢- ٢ . کتاب القضاء /٤٦ لآیة اللّه المرحوم السیّد عبداللّه الشیرازی قدس سره المتوفی عام ١٤٠٥ق.

٣- ٣ . محاضرات فی الفقه الجعفری ٣٢/٣.

٤- ٤ . أنت تجد ترجمته فی تکملة أمل الآمل ٢٩٩/٤، رقم ١٨٠٤ والکرام البررة ٢٩٧/٣، رقم ٤٤٥؛ وأعیان الشیعة ٤٧/٩؛ وتکملة نجوم السماء ١٠٨/١؛ الطلیعة من شعراء الشیعة ١٧٣/٢، رقم ٢٤١؛ معارف الرجال ١٧٥/٢، رقم ٢٩٥؛ الفوائد الرضویة /٣٧٤؛ ماضی النجف وحاضرها ٢٥٩/٢؛ مصفی المقال /٣٨٨؛ معجم رجال الفکر والأدب فی النجف ٥٣٠/٢؛ معجم المؤلّفین ١٨٣/٨؛ مکارم الآثار ١٩٨٥/٦، رقم ١٢١٦.

٥- ٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٦٤/٢.

٦- ٦ . النور الساطع فى الفقه النافع ٣٨٦/١.

ونحو السيّد عبدالحسين الموسوى اللارى المتوفى سنة ١٣٤٢ه . ق حيث يقول: «وعلى ذلک لم يَبْقَ إجمالٌ ولا إشكالٌ فى أنّ السلطنةَ المطلقةَ الثابتة لِلأئمّة عليهم السلام مِن قِبَلِ النبىِّ صلى الله عليه و آله بتنصيصِهِ على خلافتهم عنه ثابتةٌ لِلفقيهِ مِن قِبَلِ الأئمّة عليهم السلام بتنصيصهم على خلافته عنهم أيضا إلاّ فيما كان مِن خصائص الأئمّة عليهم السلام ؛ فإنّها خارجةٌ عن إطلاقِ خلافةِ

الفقيهِ عنهم، كما أنّ خصائص النبىّ صلى الله عليه و آله أيضا خارجةٌ عن إطلاقِ خلافةِ الأئمّة عنه»(١).

والحاصل: المرتبة الأُولى ثابتة من دون المناقشة والمرتبة الثالثة غير ثابتة لم يقل بها إلاّ الشاذ فيقع الكلام فى أدلة المرتبة الثانية وهى نيابة الفقيه عن الإمام المعصوم عليه السلام .

وهذا أوان الشروع فى بحث أدلة ولاية الفقيه فنقول:

١- ١ . رسالة فى ولاية الفقيه /١٧، المطبوعة فى ضمن رسائل سيّد لارى، المجلّد الثالث.

مقدمات ثلاثة

اشارة

قبل الورود فى البحث لابدّ من تقديم: مقدمات:

المقدمة الاولى: إنّ الأحكام الثابتة للإمام عليه السلام على ثلاثة أقسام:

«تارة: تكون من خواص الإمام عليه السلام بحيث يتكفل دليلها لزوم قيام الإمام عليه السلام بها بنفسه، فلا يجوز له فيه الاستنابة حتّى فى حال حضوره.

وأُخرى: تكون من خواص زمان الحضور بحيث يؤخذ فى موضوعها حضور الإمام عليه السلام .

وثالثة: لا تكون كذلک بل يعتبر فيها إذن الإمام عليه السلام .

فدليل النيابة لو تم، فهو إنّما يتكفل ثبوت النحو الثالث من الأحكام للفقيه، دون النحوين الأوّلين إذ الأوّل لا يقبل النيابة حتّى فى حياة أو حضور الإمام عليه السلام فلا يشرع لغيره. والثانى مقيد بحال الحضور، فهو غير مشروع فى زمن الغيبة أصلاً.

فدليل النيابة إنّما يتكفل ثبوت نيابة الفقيه فى العمل المشروع الذى يقبل النيابة دون غيره فتدبر»(۱).

المقدمة الثانية: ما هو ضابط الموارد التى يعتبر فيها إذن الإمام؟

من المعلوم أنّ عمل الإمام عليه السلام لا يكون ضابطا «لأنّه كما يحتمل أنْ يكون لأجل

۱- ۱ . المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس /۲۹۷.

توقف صحة التصرف على إذنه كذلک يحتمل أنْ يكون لأَجل امامته ونفوذ تصرفه المطلق حتّى فى الموارد التى يعلم بعدم نفوذ تصرف الفقيه فيها، كموارد النحو الأوّل.

وأقرب ما يمكن ان يُدَّعى فى تحديد الضابط هو: كونه كلّ ما كان من الأُمور العامة التى يرجع فيها إلى الرئيس عرفا بحيث تكون عن وظائفه وكلمته فيها هى النافذة، كحفظ أموال اليتيم وأموال المجانين ونحو ذلک.

فيقع الكلام فى أنّ إذْن الفقيه وتصرفه نافذ فى هذه الموارد أولا؟ وهذا الضابط وإن لم يرفع اللبس فى بعض الموارد لكنّه أقرب ما يكون أن يقال فى الضابط»(١).

المقدمة الثالثة: اشتراط ولاية الفقيه بمشروعية الفعل فى حدّ نفسه

المقدمة الثالثة: اشتراط ولاية الفقيه بمشروعية الفعل فى حدّ نفسه ووجود المصلحة وعدم وجود الإضرار على نفس الغير كما أخذناها فى ولاية النبى صلى الله عليه و آله وأُوصيائه المعصومين عليهم السلام على الأموال والأنفس.(٢)

وبعبارة أُخرى: «إنّ موضوع البحث ما كان الفعل سائغا ومشروعا فى نفسه، غاية الأمر أن يكون مشروعا بإذن الفقيه بمقتضى الدليل، وأمّا الفعل الذى يكون فى نفسه محرما وغير مشروع وانّما تحتمل مشروعيته بالإذن، فدليل الولاية لا يتكفل مشروعيته.

وبعبارة [ثالثة]: أنّ دليل الولاية لو تم فإنّما يدلّ على نفوذ إذن الفقيه فيما هو مشروع فى نفسه ومع قطع النظر عن الإذن، كالطلاق والتصدق بمجهول المالک، دون ما لم يكن مشروعا فى نفسه وأنّما يحتمل مشروعيته بالإذن»(٣).

كما صرح بهذه المقدمة الأخيرة المحقّق الاصفهانى قدس سره .(٤)

١- ١ . المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس /٢٩٣.

٢- ٢ . بحث الولاية على الأموال والأنفس من أقسام ولاية الرسول صلى الله عليه و آله والأئمة المعصومين عليهم السلام راجع صفحة ١٦١ من هذا المجلد.

٣- ٣ . المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس /٢٩٤.

٤- ٤ . راجع حاشيته على المكاسب ٣٨٧/٢.

١- إثبات ولاية الفقيه بالروايات

اشارة

يمكن أن يستدل للنيابة بعدّة من الروايات:

١/١- منها: خبر أبى البخترى

١/١- منها: خبر أبى البخترى عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: إنّ العلماءَ وَرَثَةُ الأنبياءِ، وذاک أنّ الأنبياء لم يُورِثُوا درهما ولا دينارا، وإنّما أوْرَثُوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيءٍ منها، فقد أخذ حظّا وافرا، فانظروا علمكم هذا عمّن تأْخذونه؟ فإنّ فينا - أهل البيت - فى كلِّ خلفٍ عدولاً يَنْفُونَ عنه تحريف الغالين وانْتِحَالَ المبطلين وتأويلَ الجاهلين.(١)

ونحوها: صحيحة عبداللّه بن ميمون القداح عن أبيعبداللّه عليه السلام ، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من سلک طريقا يَطْلُبُ فيه عِلْما، سَلَکَ اللّه ُبه طريقا إلى الجنّة، وإنَّ الملائكةَ لَتَضَعُ أجنحتها لطالب العلم رضا به، وإنّه ليستغفرُ لطالب العلم مَنْ فى السّماء ومَنْ فى الأرض حتّى الحوت فى البحر، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النّجوم ليلة البدر، وإنَّ العلماءَ وَرَثَةُ الأنبياءِ؛ إنّ الأنبياءَ لم يُوَرِّثُوا دينارا ولا درهما، ولكن وَرَّثوا العلم، فمن أخذ منه، أخذ بحظٍّ وافرٍ.(٢)

بتقريب: أنّ الوارث يثبت له جميع ما كان ثابتا لمورِّثه ومنها: الولاية.

أو ينتقل ما للمورّث من الأشياء إلى الورثة ومن ذلک الولاية المطلقة فهی تنتقل إلی الوارث وَهُم الفقهاء.

ص:۱۹۰

۱- ۱ . الكافی ۷٦/۱، ح۲ (۳۲/۱)، ونقل عنه فی وسائل الشيعة ۷۸/۲۷، ح۲، الباب ۸ من أبواب صفات القاضی.

۲- ۲ . الكافی ۸۲/۱، ح۱ (۳٤/۱)؛ الفقيه ۳۸٤/٤، ح٥۸۳٤.

وقال السيّد الخمينی رحمه الله فی تقريب الاستدلال: «ثمّ إنّ مقتضی كون الفقهاء ورثة الأنبياء - ومنهم رسول اللّه صلی الله عليه و آله ، وسائر المرسلين الذين لهم الولاية العامّة علی الخلق - انتقال كلّ ما كان لهم إليهم، إلاّ ما ثبت أنّه غير ممكن الانتقال، ولا شبهة فی أنّ الولاية

قابلة للانتقال، كالسلطنة التی كانت عند أهل الجور موروثة خلفا عن سلف.

وقد مرّ: أنّه ليس المراد بالولاية هی الولاية الكلّية الإلهيّة، التی دارت علی لسان العرفاء، وبعض أهل الفلسفة، بل المراد هی الولاية الجعليّة الاعتباريّة، كالسلطنة العرفيّة وسائر المناصب العقلائيّة، كالخلافة التی جعلها اللّه تعالی لداود عليه السلام ، وفرّع عليها الحكم بالحقّ بين النّاس، وكنصب رسول اللّه صلی الله عليه و آله عليّا عليه السلام بأمر اللّه تعالی خليفة ووليّا علی الاُمّة.

ومن الضروریّ أنّ هذه أمر قابل للانتقال والتوريث، ويشهد له ما فی نهج البلاغة: «أری تراثی نهبا».

فعليه تكون الولاية - أی كونه «أَوْلی بِالْمُوءْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» فيما يرجع إلی الحكومة والأمارة - منتقلة إلی الفقهاء»(۱).

الرواية الأُولى ضعيفة الإسناد بِوَهْبِ بْنِ وَهْبٍ أبيالبَخْتَرِيّ كما اعترف بها السيّد الخمينى(٢) قدس سره .

ولكن الثانية صحيحة الإسناد كما مرّت.

ويردعليه: أوّلاً: ما ينتقل إلى الوارث من المورِّث هو تركته من الأموال وأمّا الصفات النفسانية كالعلم والتقوى والشجاعة والعدالة فلا تنتقل، وكذا الولاية المجعولة فى حقِّ أحد بعد موته لا تنتقل إلى الورثة، أفلا ترى إذا مات الرسول صلى الله عليه و آله أو الإمام لا ينتقل مقام النبوة أو الإمامة إلى ورثته الخاصة على نحو العموم.

وثانيا: وذيل خبر أبيالبخترى قرينة على أنّ الوراثة هى فى العلم خاصة وأحاديثهم ونشر أحكامهم وحفظها وتبليغها، كما صرح فيه: «الأنبياء لم يورثوا درهما

١- ١ . كتاب البيع ٦٤٦/٢.

٢- ٢ . كتاب البيع ٦٤٦/٢.

ولا دينارا وإنّما اورثوا أحاديث من أحاديثهم...».

وثالثا: يمكن أن يكون المراد من العلماءهم الأئمة عليهم السلام خاصة بقرينة ذيل الرواية: «فإنّ فينا أهل البيت فى كلِّ خلف عدولاً...»، وكما ورد فى صحيحة جميل عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: يغدو النّاس على ثلاثة أصنافٍ: عالمٍ، ومتعلِّمٍ، وغُثَاءٍ، فنحن العلماء، وشيعتنا المتعلِّمون، وسائر النّاس غُثَاءٌ.(١)

ورابعا: ما ورد فی الروایة: «فمن أخذ بشیء منها فقد أخذ حظّا وافرا فانظروا علمکم هذا عمّن تأخذونه؟» لیس أمرا متوجها إلی العلماء(۲) بل یکون أمرا متوجها إلی المتعلِّمین من الاُمّة فی عصر الظهور. وإلاّ العالم إذا کان عالما یعلم من أین یأخذ علمه وإلاّ لم یکن عالما.

وخامسا: ذیل خبر أبیالبختری وبدایة صحیحة القدّاح یدلاّن علی أنّهما واردتان فی بیان فضل العلماء ومقاماتهم، ومناسبة الحکم والموضوع تؤید هذه الدلالة.

ص: ۱۹۲

۱- ۳ . الکافی ۸۲/۱، ح٤ (۳٤/۱)، ونقل عنه فی وسائل الشیعة ٦۸/۲۷، ح۱۸، الباب ۷ من أبواب صفات القاضی.

۲- ۱ . کما فی کتاب البیع ٦٤۷/۲.

۱/۲- ومنها: معتبرة السکونی

۱/۲- ومنها: معتبرة السکونی عن أبیعبداللّه علیه السلام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللّه ـ صلی الله علیه و آله : الْفُقَهَاءُ أُمَنَاءُ الرُّسُلِ مَا لَمْ یَدْخُلُوا فِی الدُّنْیَا، قِیلَ: یَا رَسُولَ اللّه، وَمَا دُخُولُهُمْ فِی الدُّنْیَا؟ قَالَ: اتِّبَاعُ السُّلْطَانِ، فَإِذَا فَعَلُوا ذلِکَ، فَاحْذَرُوهُمْ عَلی دِینِکُمْ.(۱)

رواها السیّد فضل اللّه الراوندی فی نوادره(۲) بسند وصفه النوری(۳) بالمعتبر.

بتقریب: أَنَّ الْمُعْتَبَرَةَ تُفِیْدُ أنَّ الفُقَهاء اُمناءٌ لرسل اللّه علیهم السلام «فی جمیع الشؤون المتعلّقة برسالته، وأوضحها زعامة الاُمّة، وبسط العدالة الاجتماعیّة، وما لها من المقدّمات والأسباب واللوازم.

فأمين الرسول أمين فى جميع شؤونه، وليس شأن رسول اللّه صلى الله عليه و آله ذكر الأحكام فقط، حتّى يكون الفقيه أمينا فيه، بل المهمّ إجراء الأحكام، والأمانة فيها أن يجريها على ما هى عليه»(٤).

ويرد عليه: أوّلاً: ظاهر المعتبرة أنّ الفقهاء أُمناء لرسل اللّه عليهم السلام فى تبليغ أحكامهم، لأنّها مستودعة عندهم ليوصلوها إلى الجهّال لأنّ الرسل كانوا أُمناء على وحى اللّه تعالى وأحكامه، من دون النظر إلى جعل الولاية.

ثانيا: المراد بالأمين يعنى الذى لا يخون فى الوديعة المجعولة عنده من الأحكام أو غيرها، أمّا ثبوت الولاية له فهو خارج عن مدلول اللفظ.

ثالثا: الولاية لم تكن من أظهر خواص المشابهة بين الرسل والفقهاء حتّى يثبت بها ظهور لكلمة «الأمانة» وبعد اثبات الظهور ثبتت ولايتهم.

ورابعا: بعد عدم إثبات الظهور لكلمة «الأمانة»، تصير مجملة فلا تفيد فى اثبات الولاية.

١- ١ . الكافى ١١٤/١، ح٥، (٤٦/١).

٢- ٢ . النوادر /١٥٦، ح٢٢٦.

٣- ٣ . مستدرک الوسائل ٣٢٠/١٧، ح٢٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٤- ٤ . كتاب البيع ٦٣٤/٢.

وخامسا: «ربما يمكن دعوى ظهوره فى بيان مرتبة فضلهم»(١) فلا تثبت بها الولاية.

١- ٥ . كتاب القضاء /٤٨ لآية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى قدس سره .

١/٣- ومنها: مرسلة ابن أبيشعبة الحرّانى

١/٣- ومنها: مرسلة ابن أبيشعبة الحرّانى عن سيّد الشهداء عليه السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام أنّه قال فى حديث: مجارى الأُمور والأحكام على أيدى العلماء باللّه، الأُمناء على حلاله وحرامه.(١)

بتقريب: أنّ هذا الكلام «صادر لضرب دستور كلّى للعلماء قاطبة فى كلّ عصر ومصر؛ للحثّ على القيام بالأمر بالمعروف، والنهى عن المنكر فى مقابل الظلمة، وتعييرهم على تركهما؛ طمعا فى الظلمة، أو خوفا منهم»(٢).

أقول: هذا التقريب لم يتم، لأنّ كل من وجب عليه القيام فى مقابل الظلمة للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا تثبت له الولاية، لأنّ وجوب القيام شىء وثبوت الولاية شىء آخر. فلذا لابدّ من بيان تقريب آخر وهو:

بتقريب آخر: ظاهر المرسلة «التشريع، أى فلتكن مجارى الأُمور والأحكام بيد العلماء.

وبتعبير آخر: الأحكام غير الأُمور، وكون الثانى عطفا تفسيريا للأوّل خلاف الظاهر، فيكون مقتضى الحديث أنّ الولاية وحق التصدى للأُمور والأحكام بيد العلماء»(٣).

ويرد عليه: أوّلاً: الرواية مرسلة.

وثانيا: المراد بالعالم باللّه ليس إلاّ خُصُوْص الأئمة المعصومين عليهم السلام كما يراه المحقّق الخراسانى وقال: «هو خصوص الأئمة، كما يَشْهَدُ به سائر فقراته الّتى سيقت فى مقام توبيخ النّاس على تفرقّهم عنهم عليهم السلام ، حيث انه صار سببا لغصب الخلافة وزوالها عن أيدى من كانت مجارى الأُمور بأيديهم»(٤).

وكما قال أيضا فى كتاب قضائه: «إنّ الظاهر إرادة الأئمّة عليهم السلام من العلماء سيّما بعد

١- ١ . تحف العقول /٢٣٨.

٢- ٢ . كتاب البيع ٦٥١/٢.

٣- ٣ . إرشاد الطالب ٢١٣/٤.

٤- ٤ . حاشية المكاسب /٩٤.

ملاحظة قول أبيعبداللّه عليه السلام فى خبر يونس: «يغدو النّاس على ثلاثة أصناف عالم ومتعلّم وغثاء، فنحن العلماء وشيعتنا المتعلّمون وسائر النّاس غثاء»(١) فتأمّل. ويشهد لما ذكرنا

ما قيل من أنّ سائر فقرات الرواية إنّما سيقت فى مقام توبيخ النّاس على تفرقهم عنهم عليهم السلام حيث إنّه صار سببا لنصب الخلافة وزوالها عن أيدى من كانت مجارى الأُمور بأيديهم، وهذا الخبر مرويّ مرسلاً فى تحف العقول ولم يحضرنى الآن فراجع»(٢).

وقال ثالثةً فى تقرير بحوثه فى القضاء: «إنّ هذه الصفة إنّما هى للأئمة عليهم السلام كما يؤيّده تفسيره فى بعض الأخبار: «نحن العلماء»(٣) وكما أطلق فى بعضها أيضا على الفقيه «المتعلّم(٤)»(٥)... ثمّ على فرض ثبوت الولاية المطلقة بمثل قوله: «مجارى الأمور بيد العلماء» للفقيه، فلا يلزم منه تخصيص الأكثر كى يوهن دليله لأجله كما توهّم، إذ ولاية الأئمّة عليهم السلام إنّما هى فى غير ما يكون من قبيل الأحكام والمسبّبات الشرعيّة، كالملكيّة والزوجيّة بأن يجوز له التصرّف بلا إذن ممّنْ له الولاية. وولايتهم على النّاس فى ما لَهم الاختيار فيه - من الأفعال العادية والمتعارفة - وإن كانت ثابتة ولكنّه لا يثبت للفقيه لا للتخصيص بل وللتخصّص، وقصور أدلّته عن شمول مثل ذلک فإنّ مثل قوله: «مجارى الأمور بيد العلماء» لا يدلّ على وجوب امتثال الفقيه فى أوامره العادية كما كان فى الأئمة عليهم السلام كذلک. وأدلّ دليل على ولاية الفقيه هو هذا كما لا يخفى. وحينئذٍ لا يلزم تخصيص الأكثر فيها كما لا يخفى لو أخرج بعد ذلک عنها شىء»(٦).

۱- ٥ . وسائل الشيعة ۱۸/۲۷، ح٥، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى.

۲- ۱ . كتاب القضاء /۳۱ للمحقّق الآخوند الخراسانى قدس سره .

۳- ۲ . بصائر الدرجات /۹-۸؛ وسائل الشيعة ٤٦/۱۸ من الطبعة الإسلامية.

٤- ۳ . الكافى ۱/(۳۲-۳۳)؛ عوالى الئالى ۳٥۸/۱، ۲٤۱/۲؛ وسائل الشيعة ٤٦/۱۸.

٥- ٤ . تقريرات السيّد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، /۲۳۲، المطبوعة فى ضمن مجموعة الرسائل الفقهيّة لآية اللّه السيّد محمّدحسن آقا النجفى القوچانى قدس سره ، طهران، ۱۳۸٦.

٦- ٥ . تقريرات السيّد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، /۲۳۳.

وقال المحقّق الأصفهانى: «وسياقها يدل على أنّها فى خصوص الأئمة عليهم السلام ، والظاهر أنّه كذلک، فإنّ المذكور فيها هم العلماء باللّه لا العلماء بأحكام اللّه، ولعل المراد أنّهم عليهم السلام بسبب وساطتهم للفيوضات التكوينية التشريعية تكون مجارى الأُمور كلها حقيقة بيدهم عليهم السلام لا جعلاً، فهى دليل الولاية الباطنية لهم كولايته تعالى؛ لا الولاية الظاهرية التى هى من المناصب المجعولة»(۱).

أقول: كلامه الأوّل من اختصاص العلماء باللّه بالأئمة عليهم السلام متين أمّا أنّ المرسلة

تختص بالولاية الباطنية محلّ منع وإشكال سيّما بعد مرور جميعها وأنّ سيّد الشهداء عليه السلام ذكرها فى مقابلة يزيد ومعاوية سلطنتهما ولم يعتقد أحد حتّى من العامة العمياء أنّ لهما الولاية الباطنية، فالمرسلة لو دلّت على الولاية تثبت الولاية الظاهرية والسلطنة والحكومة والخلافة على النّاس وهو المجعول فى يوم الغدير لأميرالمؤمنين علىٍّ عليه السلام .

وثالثا: «الظاهر أنّ «مجارى» جمع مجرى اسم مكان، لا مصدر ميمىّ، يعنى محالّ جريان الأُمور والأحكام، والمراد منها: المصالح والمفاسد والمدارک الناشئة والجارية منها الأحكام جريان الماء من المنبع، ومن المعلوم أنّها بيدهم عليهم السلام بمعنى أنّها لا يعرفها غيرهم أصلاً، نعم لو كانت العبارة أنّ الأُمور بيد العلماء، أو مجارى الأُمور يد العلماء، لكان ظاهرا فى العموم، وليست كذلک»(۲).

ورابعا: «لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث: الأُمور والأحكام بيد العلماء؛ إذ لا حاجة إلى إضافة المجارى؛ ليحتاج فى معناها إلى التكلّف، بل ظاهر الحديث بملاحظة ما قبله وبعده بأن أُمور اللّه ومناصبة التى وقعت بأيدى غير أهلها مجاريها بيد العلماء. بمعنى أنهم لو أظهروا الحق ولم يتفرقوا عنه ولم يختلفوا فى السنة بعد البينة لكانت جارية فى مجراها، وكان المتصدى لها أهلها المقرر لها فى السنة»(۳).

وخامسا: على فرض أنّ المراد بالعالم باللّه هو الفقيه ذيل الحديث «الأُمناء على

۱- ٦ . حاشية المكاسب ۳۸۸/۲.

۲- ۱ . هداية الطالب ۲۵۲/۳.

۳- ۲ . إرشاد الطالب ۲۱۳/٤.

حلاله وحرامه» يختص دائرة أمانته بتبيين الحلال والحرام وإظهار الأحكام الشرعية.

وسادسا: ويمكن يرد هذا الاستدلال «من جهة عدم كونه عليه السلام فى مقام بيان المجارى...، بل يدل على سلوک المجارى المعينة لرتق أمور النّاس وفتقها بيد العلماء، لا أن تعيين المجرى أيضا بيدهم.

فحينئذ كلّ ما ثبت من الشرع أو العرف كونه مجرى لرفع حوائج النّاس، فسلوكه بيد العلماء. والمفروض أنّه لم يثبت من الشرع ولا من العرف كون الأولوية على الأنفس من المجارى: أما بحسب الشرع فلاختصاص الأدلة بغيرهم، وأما بحسب العرف فهو أيضا كذلك مع احتمال كونها من خصائصهم»(١).

أقول: والعجب من آية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى قدس سره حيث أخرج(٢) من بحث

ولاية الفقيه ولايته على الأموال والأنفس بالقطع واليقين ثمّ يستشكل على المرسلة بخروج الولاية على الأموال والأنفس منها، مع أنّ المستدلّ بها هنا يستفاد لثبوت المرتبة الثانية من ولاية الفقية التى مرّت(٣) أنّ البحث يقع فيها وسبحان من لا يَسْهُوْ.

١- ٣ . كتاب القضاء /٤٨ لآية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى قدس سره .

٢- ٤ . راجع كتاب القضاء /٤٦.

٣- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٨٥.

١/٤- ومنها: قوله صلى الله عليه و آله : علماء أُمّتى كأنبياء بنيإسرائيل.

(١)

وقوله صلى الله عليه و آله : منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنيإسرائيل.(٢)

وعن أبيهريرة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى حديث: ... فإنّى أفتخر يوم القيامة بعلماء أُمّتى فأقول علماء أُمّتى كسائر الأنبياء قبلى، الحديث.(٣)

بتقريب: تشبيه العلماء بالأنبياء عموما وبأنبياء بنيإسرائيل خصوصا يدلّ على أنّ له منصب الولاية العامة كما كانت لموسى - على نبيّنا وآله وعليه السلام - وكثير من الأنبياء نحو داود وسليمان عليهم السلام على بنيإسرائيل.

وبعبارةٍ أُخرى: الروايات تدلّ على «أنّ أمر الأُمة بيد العلماء كما أنّ أمر الأُمم السالفة كان بيد الأنبياء فلهم التصدى للمصالح النوعية الدينية والدنيوية وليسوا كسائر أفراد الأُمة الذين لم تثبت فيهم تلك الفضيلة وإنْ لم يثبت بذلك لهم كلّ ما ثبت للنبى صلى الله عليه و آله والأئمة عليهم السلام من وجوب الاطاعة وسائر شئون الرسالة كالولاية على الأموال والأنفس كيف وهم الأفضلون والمفضلون على سائر النّاس بعد النبى والأئمة كما ورد فى الآثار الواردة فى شأنهم»(٤).

ويرد عليه: أوّلاً: الروايات كلّها مرسلات وبعضها عاميات.

وثانيا: قال المحقّق الخراسانى: «أمّا المنزلة، فالمتيّقن منها أنّها فى تبليغ الأحكام بين الأنام، مع عدم ثبوت الولاية المطلقة لأنبياء بنيإسرائيل، فتأمّل»(٥).

وقال أيضا فى كتاب قضائه: «لأنّ المتيقّن فيه أنّ التنزيل إنّما هو فى تبليغ الأحكام بين الأنام لا فى جميع وظائفهم وأُمور الراجعة إليهم، مع أنّ الولاية المطلقة

١- ١ . عوالى اللآلى ٤/٧٧.

٢- ٢ . الفقه الرضوى /٢٣٨.

٣- ٣ . جامع الأخبار /١١١.

٤- ٤ . ولاية الأُولياء /٧٧.

٥- ٥ . حاشية المكاسب /٩٤.

لجميع أنبياء بنيإسرائيل غير ثابتة»(١).

وقال ثالثةً فى تقرير بحوثه فى القضاء: «فالمراد منه الأئمّة عليهم السلام كما فسرّ بقوله: «نحن العلماء». ولو سلّم فلا يدلّ على ذلک أنّ التشبيه إنّما هو من جهة التبليغ وتبيين الأحكام، ولأنّه الخصيصة الواضحة للأنبياء، فهو وجه الشبه لا غير. وأمّا أفضليّتهم

فلأفضليّة الشريعة أو لمشقّتهم فى تحصيله بخلاف الأنبياء فتأمّل»(٢).

وثالثا: «إنّ كونهم كأنبياء بنيإسرائيل ليس دليلاً على اثبات الولاية العامة لهم إلاّ بتخيل عموم التشبيه ولكنّه مدفوع بأنّ المتيقن من التنزيل فيها أنّه بلحاظ تبليغ الأحكام بين الأنام كما يناسبه جدا التشبيه بأنبياء بنيإسرائيل لا بنفس النبى صلى الله عليه و آله إذ لم يثبت لهم الولاية المطلقه حتّى على التصرف فى الأموال والأنفس، فلعلّ وظيفتهم كانت مجرد تبليغ الأحكام إلى الأنام أو الحكم بينهم وإجراء الحدود والسياسات فلا يجدى التشبيه مع هذا الاحتمال فى إثبات المطلوب»(٣).

ورابعا: بفرض ثبوت الولاية «لأنبياء بنيإسرائيل لم يعلم كونهم بماهم الأنبياء ولاة على النّاس، بل الظاهر المستفاد من الرجوع إلى سيرتهم عدم تصدى أكثرهم إلاّ لتبليغ أحكام موسى - على نبيّنا وآله وعليه السلام - نعم، كان بعضهم ملوكا ووواليا وسلطانا كداود وسليمان متصديا لوظائف الولاة لكن لا بماهم أنبياء بل بما هم ملوک»(٤).

وخامسا: يمكن أن يكون «وجه الشبه هو الفضيلة والزلفى عند اللّه تعالى لا فى الشئون والمناصب الدنيوية والتصرف فى الأموال والأنفس»(٥).

وسادسا: هذه المرسلات يمكن أن تكون فى «بيان فضيلة العلماء ومقامهم عند

١- ٦ . كتاب القضاء /٣١.

٢- ١ . تقريرات السيّد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، /٢٣٣، المطبوعة فى ضمن مجموعة الرسائل الفقهيّة لآية اللّه السيّد محمّدحسن آقا النجفى القوچانى قدس سره .

٣- ٢ . ولاية الأُولياء /٧٦.

٤- ٣ . ولاية الأُلياء /٧٦.

٥- ٤ . ولاية الأُولياء /٧٦.

اللّه لا تشريع الولاية الثابتة للأنبياء والعلماء، مع أنّ ثبوت الولاية - كما تقدم - لكلٍّ واحد من أنبياء بنيإسرائيل غير ظاهر»(١).

وبعبارة جامعة: قال السيّد الخوئى فى الروايتين الأُوْلَيَيْنِ: «التنزيل والتشبيه لابدّ و(٢)أن يكون فى أظهر الآثار والخواص وأظهرها فى أنبياء بنيإسرائيل أمران:

أحدهما وجوب إطاعتهم فى الأحكام ولزوم قبول قولهم فى تبليغها، وإنّما شبّههم بأنبياء بنيإسرائيل من أجل أنّ أنبياءهم كانوا مختلفين فى النبوّة فبعضهم كان نبى بلدته وآخر كان نبىّ محلّته أو قريته وثالث كان نبى أقربائه بل كان نبى داره، وكانت إطاعتهم

لازمة فى تبليغ الأحكام والعلماء أيضا مختلفون فبعضهم عالم بلده وآخر عالم محلّته أو قريته وهكذا، فتجب إطاعتهم فى تبليغ الأحكام بمقتضى هذا الحديث.

وثانيهما: رفعة محلّهم وعظمة منزلتهم عند اللّه وكأنّه أراد فى الحديث بيان أنّ علماء اُمّتى لا يقصرون فى عظمة المنزلة عن أنبياء بنى إسرائيل إذا عملوا بعلمهم والسرّ فى ذلک أنّ تلميذ مدرسة تارة يكون أرقى منزلة من معلّم بالمدرسة النازلة كبعض تلامذة المدرسة الثانوية بالإضافة إلى معلّم المدرسة الإبتدائية أو تلامذة المدرسة العالية فى الطبّ بالاضافة إلى دكتور المحلّ وهكذا من جهة عظمة المدرسة وأهميّتها، والمدرسة المحمّدية صلى الله عليه و آله كذلک بالإضافة إلى أنبياء بنيإسرائيل الذين كانوا مدرّسين لاُمّتهم معالم الإسلام، فيكون تلامذة تلک المدرسة العالية أشرف مقاما وأعظم

منزلة من معلّمی بنیإسرائیل إذا عملوا بوظائفهم فإنّ نیابة الإمام علیه السلام من أهم المقامات ولا أقل من تساویهم معهم فی الشرف هذا کلّه مع أنّ ثبوت الولایة بهذا المعنی فی أنبیاء بنیإسرائیل أوّل الکلام فکیف بمن یقوم مقامهم وینزّل منزلتهم. فالحدیث لا دلالة له علی الولایة المطلقة بوجه بل إنّما ورد فی بیان فضیلتهم وعلوّ مقامه ولعلّه ظاهر»(۳).

ص: ۲۰۱

۱- ۵ . إرشاد الطالب ۲۱۳/٤.

۲- ٦ . کذا فی المصدر والصواب «لابُدَّ أَنْ یکونَ» بحذف الواو؛ إذْ لا مَوْضِع لها.

۳- ۱ . التنقیح فی شرح المکاسب ۱٦۷/۲.

۱/۵- ومنها: مرسلة الکراجکی

۱/۵- ومنها: مرسلة الکراجکی المتوفی سنة ٤٤۹ ه . ق عن الصادق جعفر بن محمّد علیهماالسلام أنّه قال: الملوکُ حکّام النّاس والعلماءُ حکّام علی الملوک.(۱)

ورواها الآمدی فی غرره مرسلاً عن أمیرالمؤمنین علیه السلام أنّه قال: العلماء حکّام(۲) علی النّاس.(۳)

بتقریب: أنَّ «وجه الاستدلال إمّا بأنّ الملوک حکّام عرفیة وأنّ العلماء حکّام، حقیقیّة، من قبل الشّارع.

فیجب علی الحکّام العرفیة، متابعة الحکّام الحقیقیّة وهذا معنی ولایة الحکّام الحقیقیّة علی النّاس وبأنّ معنی حکومة السّلاطین، کون حکومتهم، یقتضی حکومة العلماء، بمعنی أنّهم مجرون لأحکام العلماء، فإذا کانوا فی سبیل حکومة العلماء، فهم حاکمون علی النّاس، فی إجراء أحکام العلماء، فعلی کلِّ حالٍ یثبت ولایة العلماء»(٤).

وبعبارة أُخرى: إنّ «حكومة الملوک والسلاطين على النّاس هى الزعامة لهم والد خالة فى أُمورهم العامة من باب السلطنة والولاية كما ورد «أنّ السلطان وليُّ مَنْ لاوليَّ له»(٥) فكذلک العلماء لهم الزعامة والولاية على جميع النّاس حتّى على أُمرائهم فيجب عليهم الإطاعة لأمر علمائهم والتبعية لأفعالهم والسماع لرأيهم والوقوف على حكمهم وفى الحقيقه الأُمراءُ والحكّام بمنزلة القوى المجرية لآراءِ العلماءِ وحكمِ الفقهاءِ فعليهم أنّ ينفذوا حكمهم ويجروا أمرهم فالأمر أمرهم والحكم حكمهم والمتبع هو رأيهم والملوک والأُمراء كالأيادى لهم لإنجاح مقاصدهم وكالعُمّال والرعية الساعين تحت

١- ١ . كنز الفوائد ٣٣/٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣١٦/١٧، ح١٧.

٢- ٢ . قال النورى: وفى نسخة: حكماء. ويرى السيّد الخمينى خطأ هذه النسخة راجع كتاب البيع ٦٥١/٢.

٣- ٣ . غررالحكم ٢٠/١، ح٥٥٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣٢١/١٧، ح٣٣.

٤- ٤ . الدلالة إلى من له الولاية /٥٨ لشيخنا آية اللّه الشيخ الحاج آقا على الصافى الگلپايگانى قدس سره .

٥- ٥ . تأتى مصادرها والبحث حولها فانتظر.

رايتهم»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: أَنَّ الرِّوايَتَيْنِ مُرْسَلَتان.

وثانيا: إثبات حكومة الملوک على النّاس ينفى إطلاق حكومة العلماء كما لا يخفى وَلِذا لَمْ يَذْكُرِ السيّدُ الخُمِيْنىُّ رحمه الله مُرْسَلَةَ الكَراجَكىّ.

وثالثا: «غاية ما يستفاد من الرواية [الكراجكية] هو حكومة العلماء عليهم، من باب أنّه لابدّ من رجوع السّلاطين إليهم، فى فهم الأحكام أو فى القضاء وأمّا حكومتهم عليهم، بأنّهم أُولى من السّلاطين، فيما تحت يدهم، بحيث انّه كان للعلماء، منعهم وإعطائهم، حتّى فيما يبيح لهم، فغير معلوم»(٢).

ص: ٢٠٣

١- ٦ . ولاية الاولياء /٧٧.

٢- ١ . الدلالة إلى من له الولاية /٥٩.

١/٦- ومنها: مرسلة الرضى

١/٦- ومنها: مرسلة الرضى عن أميرالمؤمنين عليه السلام أنّه قال: إنّ أوْلَى النّاسِ بالأنبياء أعْلَمُهُم بما جَاؤُوا به، ثمّ تلا عليه السلام : «إِنَّ أَوْلَى النّاسِ بِإِبْراهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ وَهذَا النَّبِىُّ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاللّهُ وَلِىُّ الْمُوءْمِنِينَ»(١).(٢)

بتقريب: إذا ثبتت أُولوية العلماء بالأنبياء عليهم السلام لأنّهم أعلم النّاس بما جاؤوا به ثبتت ولايتهم، لأنّها - الولاية - لا تنتقل إلى أُناس كانوا بعيدين عن الأنبياء ولم تكن بينهم وبين الأنبياء صلة.

ويرد عليه: أوّلاً: أنَّ الرواية مرسلة.

وثانيا: «لا دلالة فى كون أُولى النّاس بالأنبياء أعلمهم على الولاية، مع أنّ الظاهر إنّ المراد، أُولى النّاس بالخلافة منهم، ولذا خصصّه بأعلم النّاس ولا فى إطلاق الخلافة عليهم، ولا فى جعلهم حاكما، ولا قاضيا، لعدم إطلاق فى الخلافة، ولعلّها فى تبليغ الأحكام الّتى هى من شئون الرّسالة»(٣).

وثالثا: «إنّ الأظهر من الأعلميّة: الأعلميّة المطلقة وبالقياس إلى جميع من عداه ولو فى خصوص عصره، لا الأعلميّة فى الجملة ولو بالنسبة إلى شخص واحد، فيختصّ بأوصيائهم؛ إذ ليس فى العلماء من يكون أعلم من جميع أهل زمانه؛ ضرورة وجود الإمام فى كلّ عصر، فيكون المراد من أولوية الأعلم بالأنبياء؛ أولويته بالخلافة منهم»(٤).

وبعبارة أُخرى: «أنّ الظاهر منه ردع المخالفين فى مسألة الخلافة. ولو سلّم، فلا إشكال فى أنّ أعلم النّاس - فعلاً - هو ولىّ اللّه الأعظم الحجة ابن الحسن - عجل اللّه فرجه الشريف -»(٥).

وبعبارة ثالثة: هذا التعبير [الاولوية] «لا يخلو من إجمال فى المراد بالأُولوية مع

١- ١ . سورة آل عمران /٦٨.

٢- ٢ . نهج البلاغة، الحكمة ٩٦.

٣- ٣ . حاشية المكاسب /٩٤، للمحقّق الخراسانى.

٤- ٤ . هداية الطالب ٣/٢٥٤.

٥- ٥ . كتاب القضاء /٤٨ لآية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى قدس سره .

أنّ موضوعه الأعلم المطلق لا مطلق العام وحينئذ يمكن أن يكون المراد أُولى النّاس بالخلافة منهم ولذا خَصَّصَهُ بأعلم النّاس كما لا يخفى»(١).

ورابعا: «إنّ أُولوية العلماء بالأنبياء إنّما هى بكونهم أقرب إليهم يوم القيامة من

حيث المنزلة والمقام وهى لا تقتضى الولاية على التصرف فى الأموال والأنفس أبدا»(٢).

وخامسا: على فرض اقتضاءها الولاية لا يثبت بالأُلوية إطلاق الولاية كما لا يخفى.

وسادسا: يمكن أن يكون «معنى أُولوية العلماء بالأنبياء أُولويتهم فى الأسرار وإعانة الأنبياء فى إجراء مقاصدهم وإنفاذ القوانين التى بعثوا لأجلها وذلک أجنبى عن مسئلة ولاية التصرف فى الأموال والأنفس مضافا إلى أنّ الأُولوية والأجدرية والأليقية أعم من إعطاء المنصب فعلاً بمعنى أنّه لو بنى على إعطاء المنصب لأحدٍ فهم أُولى بالإعطاء من غيرهم مع أنّ أعلم النّاس كلاً بما جاءوا به هم الأئمة والأُوصياء فلا يشمل كلّ عالمٍ بشيءٍ ممّا جاءوا به»(٣).

وسابعا: «أنّ الاستدلال بذلک موقوف على كون الكبرى لذلک: أنّ كلّ مَنْ كان كذلک فله كلّ ما كان للأنبياء، وهو ممنوع؛ إذ غاية ما يستفاد منه أنّ كلّ مَنْ كان كذلک فهو أفضل مِنْ غيره، فيكون من جملة ما دلّ على فضيلة العالم»(٤).

وثامنا: رواها ورّام فى مجموعته(٥): إنّ أُولى النّاس بالأنبياء أعملهم الخ، بتقديم الميم على اللام لا أعلمهم، وقال العلاّمة المجلسى بعد نقل الرواية من نهج البلاغة: «بيان: فى بعض النسخ أعملهم وهو أظهر»(٦)، وقال أيضا: «فى أكثر النسخ أعلمهم والأصوب

١- ٦ . ولاية الاولياء /٧٨.

٢- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٦٨/٢.

٣- ٢ . ولاية الاولياء /٧٧.

٤- ٣ . هداية الطالب ٢٥٤/٣.

٥- ٤ . تنبيه الخواطر ونزهة النواظر /٣٢.

٦- ٥ . بحارالأنوار ١٨٣/١، ذيل ح٧٩.

أعملهم كما يدلّ عليه التتمة...»(١) ومع ثبوت هذه النسخة تَكُوْنُ الروايةُ أجنبيةً عن محل الكلام بالمرّة كما تنبّه عليه المحقّق الشهيدى(٢) رحمه الله .

١- ٦ . بحارالأنوار ١٨٩/٦٨، ذيل ح٥٥.

٢- ٧ . هداية الطالب ٢٥٤/٣.

١/٧- ومنها: ما روى الصدوق بالأسانيد الثلاثة عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله أنّه

قال: اللهم ارحم خلفائى ثلاث مرّات، قيل له: ومَنْ خلفاؤک؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون أحاديثى وسنتى فيُعلّمونها النّاس من بعدى.(١)

وعن معانى الأخبار(٢) بسند رابع.

وعن الأمالى(٣)بسند خامس وفى آخره: «ثمّ يُعلّمونها اُمّتى».

ورواها فى الفقيه(٤) مرسلاً آخره: «يروون حديثى وسنتى».

بتقريب: قال السيّد الخمينى: «فهى رواية معتمدة لكثرة طرقها... وكيف كان: معنى خلافة رسول اللّه صلى الله عليه و آله أمر معهود من أوّل الإسلام، ليس فيه إبهام، والخلافة لو لم تكن ظاهرة فى الولاية والحكومة، فلا أقلّ من أنّها القدر المتيقّن منها، وقوله صلى الله عليه و آله «الذين يأتون من بعدى» معرّف للخلفاء، لا محدّد لمعناها، وهو واضح.

مع أنّ الخلافة لنقل الرواية والسنّة لا معنى لها؛ لأنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله لم يكن راويا لرواياته، حتّى يكون الخليفة قائما مقامه فى ذلک.

فيظهر من الرواية أنّ للعلماء جميع ما له صلى الله عليه و آله ، إلاّ أن يدلّ دليل على إخراجه فيتّبع»(٥).

وبعبارة أُخرى: «فإنّ الظاهر من الذين يروون حديثى وسنتى هو من كان راويا للسنة الواقعية وأهلاً للإرشاد والتعليم بتبيينها وتبليغها أعنى الفقهاء لا مطلق الراوى وإن لم يكن مبيّنا للسنة الواقعية كأبيهريرة وعايشة ولا أهلاً للإرشاد والتعليم بل يكون كمجرد ضبط الصوت، لما فى ذيل الرواية من قوله «فيعلِّمونها النّاس»، فتدلّ الرواية حينئذ على أنَّ مَنْ كان شأنه الرواية والتعليم والإرشاد وهو الفقيه العالم بالسنة هو الخليفة

١- ١ . عيون أخبار الرضا عليه السلام ٣٧/٢، ح٩٤.

٢- ٢ . معانى الأخبار /٣٧٤، ح١.

٣- ٣ . أمالى الصدوق، المجلس الرابع والثلاثون ح ٢٤٧/٤، رقم ٢٦٦.

٤- ٤ . الفقيه ٤٢٠/٤، ح٥٩١٩.

٥- ٥ . كتاب البيع ٦٢٨/٢.

للرسول، وحيث أنّ الخليفة يطلق عرفا على مَنْ يقوم مقام ذيالخليفة فيقتضى إطلاقها كونه قائما مقامه فى جميع ماله من المناصب إلاّ ما خرج بالدليل»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: أنَّ «هذه الرواية وإن كانت على نقل «العيون» و «معانى

الأخبار» مسندة، إلاّ أنّ فى سندها ضعف؛ لأنّ سند العيون هو إسناد إسباغ الوضوء وسند «معانى الأخبار» فيه عيسى بن عبداللّه العلوى عن أبيه، مع أنه لم يعلم أنّ اليعقوبى هو داود بن على الهاشمى والمنقولات فى المستدرک(٢) مرسلات.

ودعوى أنّ هذه الرواية لكثرة طرقها لا تخرج عن بعض المراسيل التى يعمل بها الأصحاب كمراسيل ابن أبيعمير، لا يمكن المساعدة عليها أوّلاً، فإن المراسيل لا يعمل بها حتّى مراسيل ابن أبيعمير، وثانيا على تقدير العمل بمراسيل ابن أبيعمير فهو لشهادة الشيخ وغيره بأنه لا يرسل إلاّ عن ثقة»(٣).

وثانيا: قال المحقّق الخراسانى: «لا مجال للتمسّک بإطلاق الخليفة عليهم، إذ المتيقّن منه بل الظاهر كونهم خليفة فى تبليغ الأحكام وانتشارها بين الأنام. ويؤيّد ذلک تفسير النبىّ صلى الله عليه و آله خلفاءه الّذين ترحّم عليهم ثلاثا بعد السؤال عنهم بالّذين يروون حديثه وليعلّمون النّاس الأحكام من بعده»(٤).

وثالثا: «الخلافة قد بُيّن فى نفس الحديث وهو نقل السنة»(٥).

ورابعا: «يحتمل قريبا أن يكون المراد من «الخلفاء» الأئمة المعصومين عليهم السلام فإنّهم خلفاء الرسول صلى الله عليه و آله وأمّا الفقهاء فهم خلفاء خلفائه، كما يشهد لذلک قوله صلى الله عليه و آله «يأتون

١- ٦ . ولاية الأُولياء /٧٨.

٢- ١ . المستدرک ٢٨٧/١٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٠؛ و٣٠٠/١٧، ح٤٨؛ و ٣٠١/١٧، ح٥٢ ؛ والمجموع الرائق للسيّد هبة اللّه - نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندى - /١٧٨.

٣- ٢ . ارشاد الطالب ٢٠٧/٤.

٤- ٣ . كتاب القضاء /٣٢.

٥- ٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٦/٣.

بعدى» فتأمّل»(١).

وخامسا: «إنّ النبى صلى الله عليه و آله وإن كان له منصب الزعامة الدينية، بمعنى بيان أحكام الشرع، ومنصب الزعامة الدنيوية، بمعنى كونه زعيما للمسلمين بالمعنى المتقدّم إلاّ أنّ هذه الرّواية وأمثالها ناظرة إلى الخلافة، أى مرتبة من الزّعامة الدينية، بمعنى نشر الأحكام وإبلاغها للنّاس، ويشهد لذلک ما فى ذيلها من قوله: «يرون أحاديثى وسنتى ويعلّمونها للنّاس من بعدى»، وأجر التّعليم.

ودعوى كون ذلک من بابِ المُعَرِّفِ للولىّ، حيث إنّ المعروف والمتيقن من معنى

الخلافة هى الزعامة الدنيوية لا يمكن المساعدة عليها، فإنّه قد عطف فى بعض النقل على الاُمة أصحابه، ومن الظاهر أنه لم يكن لأصحابه ولاية على المؤمنين بالمعنى المزبور؛ ليكون العلماء من غيرهم خلفاء بالمعنى المزبور»(٢).

وسادسا: «ولكنَّ الإنصاف أنّه لا يبعد القول بالفرق بين قوله صلى الله عليه و آله فى مقام الدعاء: «اللهم ارحم خلفائى» وقوله فى مقام تعيين الخليفة «هذا خليفتى» فإنّ الأوّل فى مقام الإنشاء والدعاء لخلفائه دون تعيين الخليفة، وهذا بخلاف الثانى فإنّه فى مقام الإخبار عمّن هو خليفته فيمكن الأخذ بإطلاقه والقول بأنّه خليفته فى جميع الجهات دون الأوّل إذ الخلافة، مقول بالتشكيک فالخليفة فى جميع ما يرجع إلى الشخص له مرتبة من الخلافة، والخليفة فى بعض الجهات له مرتبة اُخرى، والإضافة تفيد العموم فى حقِّ كلِّ مَنْ هو خليفته فى جهة أو فى جهات.

وقوله: «الذين يأتون من بعدى ويروون حديثى». يشمل الأئمة الذين هم خلفائه فى كلِّ الجهات والعلماء والرواة الذين لا يعلم حدّ خلافتهم فلعلّ خلافتهم مختصة بنشر الأحكام وإبلاغها كما يناسبه لفظ «يروون حديثى» أو هو مع فصل الخصومات، ولا دلالة لهذه العبارة على تعيين مرتبة الخلافة.

١- ٥ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣٦/٣.

٢- ١ . ارشاد الطالب ٢٠٧/٤.

ولو فرض كون الأوّل كالثانى فى الإطلاق فى نفسه، ولم نقل بأنّ ظاهره الاستخلاف فى رواية الحديث والسنة ولكن لا ريب فى احتفافه بما يصلح للقرينية أعنى قوله بعد ذلک: «الذين يأتون بعدى ويروون حديثى وسنتى». وهى تمنع عن انعقاد الظهور الإطلاقى فى الخلافة لجميع الجهات حيث يحتمل جدا أنّهم خليفته فيما هو من أظهر خواص الرسالة من تبليغ الأحكام وبيانها للناس.

هذا مع أنّه لو أُريد من الرواية أنّ مطلق الراوى للحديث والسنة كان خليفته بقول مطلق فى جميع الجهات لكان منافيا لمادلّ على حصر خلفائه فى اثْنَىْ عَشَرَ. اللهم إلاّ ان يقال بالخروج عن إطلاقها فى بعض الجهات بالنسبة إلى غيرهم، وتبقى دالة مثل تلک الأدلة على الخلافة فى جميع الجهات بالإضافة إليهم، وبالجملة فالرواية لا تخلو من إجمال وشبهة فيشكل الاستدلال بها على الولاية العامة للفقيه فتدبر»(١).

١- ٢ . ولاية الأُولياء /٧٩.

١/٨- ومنها: خبر على بن أبِيحَمْزَةَ

قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عليه السلام يَقُولُ: «إِذَا مَاتَ الْمُؤْمِنُ، بَكَتْ عَلَيْهِ الْمَلاَئِكَةُ وَبِقَاعُ الأَرْضِ، الَّتِى كَانَ يَعْبُدُ اللّه ِعَلَيْهَا، وَأَبْوَابُ السَّمَاءِ، الَّتِى كَانَ يُصْعَدُ فِيهَا بِأَعْمَالِهِ، وَثُلِمَ فِى الأِسْلاَمِ ثُلْمَةٌ لاَ يَسُدُّهَا شَىْءٌ؛ لِاءَنَّ الْمُؤْمِنِينَ الْفُقَهَاءَ حُصُونُ الأِسْلاَمِ كَحِصْنِ سُورِ الْمَدِينَةِ لَهَا.(١)

رواها الصدوق(٢) بسنده الصحيح عن على بن رئاب عن موسى بن جعفر عليه السلام ولكن من دون كلمة «الفقهاء»، ولكن مع ضمّ قاعدة أنّ الأصل عدم الزيادة، تثبت كلمة «الفقهاء» وصحح السند. فلا نحتاج فى الاعتماد على سندها إلى مقالة السيّد الخمينى(٣).

بتقريب: «إنّ فى الإسلام نظاما وحكومة بجميع شؤونها، لا يبقى شكّ فى أنّ الفقيه لا يكون حصنا للإسلام - كسور البلد له - إلاّ بأن يكون حافظا لجميع الشؤون؛ من بسط العدالة، وإجراء الحدود، وسدّ الثغور، وأخذ الأخاريج والضرائب، وصرفها فى مصالح المسلمين، ونصب الولاة فى الأصقاع، وإلاّ فصرف الأحكام ليس بإسلام.

بل يمكن أن يقال: الإسلام هو الحكومة بشؤونها، والأحكام قوانين الإسلام، وهى شأن من شؤونها، بل الأحكام مطلوبات، بالعرض، وأُمور آليّة لإجرائها وبسط العدالة.

فكون الفقيه حصنا للإسلام كحصن سور المدينة لها، لا معنى له إلاّ كونه واليا، له نحو ما لرسول اللّه وللأئمّة - صلوات اللّه عليهم أجمعين - من الولاية على جميع الأُمور السَّلْطانيّة.

وعن أميرالمؤمنين عليه السلام : «الجنود بإذن اللّه حصون الرعيّة...» إلى أن قال: «وليس تقوم الرعيّة إلاّ بهم»(٤).

فكما لا تقوم الرعيّة إلاّ بالجنود، فكذلک لا يقوم الإسلام إلاّ بالفقهاء الذين هم حصون الإسلام، وقيام الإسلام هو إجراء جميع أحكامه، ولا يمكن إلاّ بالوالى الذى هو

١- ١ . الكافى ٩١/١، ح٣ (٣٨/١).

٢- ٢ . علل الشرائع /٤٦٢، ح٢.

٣- ٣ . كتاب البيع ٦٣١/٢.

٤- ٤ . نهج البلاغة عبده /٦٠٦.

حصن»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: التعبير ب- «حصون» وارد فى معتبرة إسماعيل بن جابر عَنْ

أَبِيعَبْدِاللّه ِعليه السلام ، قَالَ: «الْعُلَمَاءُ أُمَنَاءُ، والأَءتْقِيَاءُ حُصُونٌ، وَالأَءوْصِيَاءُ سَادَةٌ.(٢)

وَفِى رِوَايَةٍ أُخْرى: الْعُلَمَاءُ مَنَارٌ، وَالأَءتْقِيَاءُ حُصُونٌ، وَالأَءوْصِيَاءُ سَادَةٌ»(٣).

فما يقول المستدلّ بالنسبة إلى الأتقياء أتثبت لهم الولاية؟!

وثانيا: «كون الفقهاء حصونا للإسلام فمقتضاه كونهم رادعين عن التحريف والتأويل فى أحكام الشرع، فإن الإسلام فى نفسه عبارة عن الأحكام والقوانين المجعولة من الشرع، والرياسة العامة وثبوت الولاية كولاية الرسول صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام لا يستفاد منها بوجه كما لا يخفى»(٤).

وثالثا: الرواية «لا تشمل الولاية لأنّ المستفاد منها أنّ حفظ الإسلام والمسلمين بسبب إجراء الأحكام الشرعية بينهم وإنفاذ القوانين التى بعث الأنبياء لأجلها بيد الفقهاء كما أنّ سور البلدة يدفع عن أهلها غوايل الأعادى والطغاة ويمنع عنهم هجوم الخصوم والعصاة والحصن بكسر الحاء والسور حايط المدينة والإضافة بيانية والمقصود أنّ الفقهاء حصون الإسلام كما أنّ سور المدينة حصن لها»(٥).

ورابعا: لو فُرض تمّ ما ذكره المستدِّل وَقَبِلْنا أنّ «الإسلام هو الحكومة بشؤونها..و والأحكام مطلوبات بالعرض وأُمور آلية لإجرائها وبسط العدالة... فكون الفقيه حصنا... لا معنى له إلاّ كونه واليا» ولكن من أين استفاد رحمه الله أنّ للفقيه «ما لرسول اللّه والأئمة - صلوات اللّه عليهم أجمعين - من الولاية».

وخامسا: إنّ هاهنا ثلاث كلمات «الفقهاءُ حصونُ الإسلامِ» فمن أين يُستفاد إطلاق ولاية الفقيه من هذه الكلمات الثلاثة؟!

ص: ٢١٢

١- ٥ . كتاب البيع ٦٣٢/٢.

٢- ١ . الكافى ٧٨/١، ح٥ (٣٣/١).

٣- ٢ . الكافى ٧٨/١، ح٦ (٣٣/١).

٤- ٣ . إرشاد الطالب ٢٠٩/٤.

٥- ٤ . الإرشاد إلى ولاية الفقيه /٤٢.

١/٩- ومنها: صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع

قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله، وكان الرجل خلّف ورثة صغارا ومتاعا وجوارى، فباع عبدالحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنَّ إذ لم يكن الميت صيّر إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهنَّ فروج.

قال: فذكرت ذلک لأبيجعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصى إلى أحد، ويخلف جوارى فيقيم القاضى رجلاً منّا فيبيعهنَّ، أو قال: يقوم بذلک رجل منّا فيضعف قلبه لأنهنَّ فروج، فماترى فى ذلک؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلک، ومثل عبدالحميد فلا بأس.(١)

بتقريب: أنَّ الصحيحة «صريحة فى ثبوت الولاية لأمثال ابن بزيع وعبدالحميد، وجواز التصرّف له فى أموال الصغار ونظائره. والمراد من المثل، ليس المثليّة فى الإسلام والإيمان وإن كان ظاهرا، بل المقصود أنّه لو كان المتصدّى لأُمور الصغار مثل عبدالحميد فى الجهة المقتضية لثبوت الولاية له،

وهو المقام العلمی والفقهی، وکونه راویا وعالما بأمور الصغار والأحکام و عادلاً فلا بأس فیه. فهی إمّا ظاهرة فی ولایة الفقیه والحاکم للشرع، أو هو القدر المتیقّن من المثل والمضمون.

ودعوی أنّ الروایة إنّما تدلّ علی إذن الإمام لمحمّد بن إسماعیل وعبدالحمید فی ذلک التصرّف ونحوه، وهو لا یستلزم ولایة غیرهما من العلماء والفقهاء، وجواز التصدّی لهم، إذا لم یکونوا مأذونین من قبله، مدفوعة؛ إذ الظاهر من الروایة والمتبادر منها، أنّ الإمام علیه السلام فی مقام بیان الحکم الواقعی المجعول لأمثالهما کما یشعر بذلک قول الروای «فما تری فی ذلک»؛ لوضوح أنّ السؤال إنّما وقع عن الحکم الشرعی، والرأی الثابت فی نفس الأمر، وقوله علیه السلام : «فلا بأس» جواب عنه، وراجع إلیه أیضا، لا أنّه أجاز فعله، وأمضی ما مضی، وأذن فیما سیأتی.

والحاصل: أنّ المستفاد من الروایة، أنّ دخالة أمثال عبدالحمید وابن بزیع - من العلماء فی أُمُوْرِ الصغار - ممّا لا یحتاج إلی إذن القاضی وتعیینه ونصبه. بل جواز ذلک،

۱- ۱ . وسائل الشیعة ۳٦۳/۱۷، ح۲، الباب ۱٦ من أبواب عقد البیع وشروطه.

وثبوت الولایة لهم أمر شرعی وحکم الهی.

ثمّ إنّه بناءً علی ظهور الروایة فی ولایة العالم الفقیه فقط - کما هو غیر بَعِیْدٍ - یقید به إطلاق ما یدلّ من النصوص علی جواز التصرّف والتصدّی لکلّ شخص من

المؤمنین(۱)، أو یحمل علی صورة عدم التمکّن من الوصول إلی الفقیه، وإن کان دعوی الإطلاق غیر خالیة من الإشکال»(۲).

وبعبارة أُخرى: «وجه الاستدلال بهذه الرواية هو تصحيح الإمام عليه السلام وامضائه عمل محمّد بن إسماعيل بن بزيع وعبدالحميد، ووجه تصحيحه عليه السلام إمّا من باب كونهما فقيهين أو كونهما عدلين وعلى كلّ حالٍ يستفاد من الرواية ولاية الفقيه فى الجملة، إمّا بالمنطوق من باب كونهما فقيهين أو بالاولوية بناء على كونهما عدلين، لأنّه بعد ثبوت الولاية لعدول المؤمنين من هذه الرواية تثبت للفقيه بطريق الأُولى، لأنَّ ولاية العدول من المؤمنين تكون فى طول ولاية الفقيه.

إن قلت: حيث يكون زمان حضور امام عليه السلام والأمر إليه عليه السلام ، أرجع أمر الصغار فى مورد السؤال به وبعبدالحميد، فهذا جعل ولاية خاصة لهما فى زمان حضوره عليه السلام ، وهذا غير مربوط بما نحن فيه.

قلت: هذا مناف لقوله عليه السلام «إذا كان القيم به مثلك أو مثل عبدالحميد» الظاهر فى جعل الولاية لهما ولغيرهما، إمّا من باب كونهم فقهاء أو عدول»(٣).

أقول: الرواية من حيث السند تامة ولكن من حيث الدلالة يمكن حملها على ولاية عدول المؤمنين لأنّ عبدالحميد هو ابن سالم العطار، «روى عن أبى الحسن

١- ١ . راجع: الكافى ٦٦/٧ باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه والتهذيب ٢٣٢/٩ باب الزيارات، ح٢٠؛ وسائل الشيعة ٤٢١/١٩، كتاب الوصايا باب ٨٨. ح١ و ٢ و ٣.
٢- ٢ . الهداية إلى من له الولاية /٨٠٥ و ٨٠٦، المطبوعة فى ضمن رسائل فى ولاية الفقيه.
٣- ٣ . الدلالة إلى من له الولاية /٦٦.

موسى عليه السلام وكان ثقة من أصحابنا الكوفيين»(١) ولكن لا تثبت له الفقاهة لاسيّما مع أنّه لا ينقل عنه المشايخ الثلاثة فى الكتب الأربعة حتّى رواية واحدة فكيف يمكننا الحكم بأنّه فقيه؟!

وتمكن المناقشة فى هذا البيان بأنّ أباجعفر الثانى - وهو الجواد - عليه السلام قال: «إذا كان القيم به مثلک ومثل عبدالحميد فلا بأس». وتمثيل عبدالحميد بابن بزيع الذى وصفه النجاشى ب- «كثير العمل» و «كان من رجال أبيالحسن موسى عليه السلام وأدرک أباجعفر الثانى عليه السلام » و «كان على بن النعمان وصّى بكتبه له» و «سمع من منصور بن يونس وحماد

بن عيسى ويونس بن عبدالرحمن وهذه الطبقة كلّها» و «ثقة ثقة عين» وفى حسنة الحسين بن خالد الصيرفى قال: كنّا عند الرضا عليه السلام ونحن جماعة، فذكر محمّد بن إسماعيل بن بزيع فقال: وددت أن فيكم مثله.(٢)

وحيث ظهر لک فقاهة ابن بزيع فتمثيل عبدالحميد بن سالِمٍ يُعْلِمُنا بأنّه أيضا فقيهٌ. فتستفاد ولاية الفقيه من الصحيحة بلا إشكال.

نعم، موردها فى القيمومية على مال الإيتام، وقد مرّ منّا(٣) فى أوّل البحث عدم النقاش فيها وأمّا التعدى منها إلى الصورة الثانية من صور ولاية الفقيه التى يكون البحث فيها محلّ تأمل بل منع.

ويأتى(٤) بعض الاعتراضات على دلالتها وجوابها ومدى ما يستفاد منها فى بحث ولاية عدول المؤمنين فانتظر.

ص: ٢١٥

١- ٤ . كذا ذكره النجاشى /٣٣٩، رقم ٩٠٦ فى ترجمة ابنه محمّد بن عبدالحميد.

٢- ١ . رجال النجاشى /٣٣٠، رقم ٨٩٣.

٣- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ١٨٥.

٤- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٧.

١/١٠- ومنها: صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعرى

قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترک أولادا ذكرانا وغلمانا صغارا، وترک جوارى ومماليک هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم.

وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شىء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلک، فإن تولاّه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع، وقام عدل فى ذلک.(١)

بتقريب: أنَّ هذه الصحيحة «وإن كانت هى تدلّ على صحّة تصرّفات العادل وقيامه، بأُمور الصغار مطلقا لكن بناءً على ظهور ما تقدّم من ابن بزيع فى اختصاص الجواز والقيام بالفقيه، يقيّد به إطلاقها، أو تحمل على صورة فقد الفقيه، أو عدم التمكّن من الوصول إليه، إذا قلنا: أنّ اختصاص الولاية بالفقيه من باب القدر المتيقّن من الرواية، لا لظهورها فيه»(٢).

وبِعِبَارةٍ أُخرى: «حاصل وجه استدلال بالرواية على ولاية الفقيه، أنّ هذه الرواية وإن وردت، فى ولاية عدول المؤمنين، لكن بعد تقييد إطلاقها، بالرواية السّابقة، يعنى رواية محمّد بن إسماعيل بن بزيع، الدّالة على ولاية الفقيه، تكون نتيجة الرّوايتين، ولاية الفقيه، ثمّ مع عدم الوصول به، تصل النّوبة بولاية العدول»(٣).

وبعبارة ثالثة: «المراد من العادل المذكور فيها، ليس مطلق العادل ولو لم يكن عالما فقيها، ومن المحتمل قريبا أن يكون المراد منه هو العالم الفقيه المتولّى لأُمور الصغار فى سائر الموارد، بقرينة سؤال الراوى وقوله: «فإن تولاّه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة» فيشعر أنّ فرض السؤال ومورده تولية الذى كان هو من أهل الرأى والقضاوة، إلاّ أنّه لم يستعمله الخليفة. وبتعبير آخر لم يكن رسميّا وقانونيّا منصوبا من قبل السلطان

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٦٢/١٧، ح١.
٢- ٢ . الهداية إلى من له الولاية /٨٠٧.
٣- ٣ . الدلالة إلى من له الولاية /٦٧.

والخليفة»(١).

أقول: ويرد عليها: أوّلاً: عدم إمْكانِ التَّعَدِّى من القيومية على أموال الأيتام

- وهى الصورة الأُولى من صور ولاية الفقيه - إلى الصورة الثانية التى تكونُ هى مَحَلّ النفى والإثبات.

وثانيا: هذه الصحيحة تدلّ على اعتبار ولاية عدول المؤمنين كما يأتى فى بحثها(٢) فانتظر.

١- ٤ . الهداية إلى من له الولاية /٨٠٧.
٢- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٦١.

١/١١- ومنها: معتبرة أبيخديجة

قال: بعثنى أبوعبداللّه عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قل لهم: إيّاكم إذا وقعت بينكم خصومة، أو تدارى فى شىء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفسّاق، اجعلوا بينكم رجلاً، قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنّى قد جعلته عليكم قاضيا، وإيّاكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر.(١)

ومنها: معتبرته الأُخرى قال: قال أبوعبداللّه عليه السلام جعفر بن محمّد الصادق عليه السلام : إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم، يعلم شيئا من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإنّى قد جعلته قاضيا، فتحاكموا إليه.(٢)

بتقريب:نهى الإمام عليه السلام الشيعة عن مراجعة قضاة الجور المنصوبين من قِبَلِ الظلمة وأمرهم بمراجعة الفقهاء العظام، وجعل عليه السلام الفقيه قاضيا بينهم، ومن المعلوم أنّ قضاة الجور مضافا إلى تَصَدِّيْهِم لفصل الخصومات والدعاوى يشتغلون ببعض أُمور العامة نحو: جعل القيم للقُصَّر والغُيَّب والتصرف فى أموالهم وأخذ الحقّ من المماطل وحبسه وبيع ماله والحكم بثبوت الهلال وجعل المتولى للأُوقاف العامة أو الخاصة التى ليس لها متولٍ خاص أو كان وانقرض وإجراء الحدود الشرعية ونحوها، فى جميع هذه الموارد الإمام عليه السلام جعل الفقيه بديلاً عن قضاة الجور وهذا يعنى ولايته.

ويرد عليه: نعم، هاتان المعتبرتان تدلاّن على ثبوت منصب القضاء ولذا قال المحقّق النائينى: «فاختصاصهما بالقضاء واضح»(٣) بمعناها العام للفقيه، وليس فيها بحث، لأنّ هذه الموارد كلّها يدخل فى الصورة الأُولى من تقسيم صور ولاية الفقيه التى لا كلام فيها، وإنّما الكلام فى الصورة الثانية، والمعتبرتان أجنبيتان عنها ولم تقدرا ثبوتها، واللّه العالم.

ولذا قال خالنا الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «ولاية الحاكم عامّة لكلّ ما للإمام عليه السلام ولايةٌ فيه؛ لقوله عليه السلام : «حجّتى عليكم» وقوله عليه السلام : «فاجعلوه

١- ١ . وسائل الشيعة ١٣٩/٢٧، ح٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.
٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٣/٢٧، ح٥، الباب ١ من أبواب صفات القاضى.
٣- ٣ . منية الطالب ٢٣٥/٢.

حاكما» حيث فهم الفقهاء منه أنّه بعمنى الوليّ المتصرّف، لا مجرّد أنّه يحكم فى القضاء، ولأنّ الضرورة قاضية بمثل هذا المنصب، ولانّ النائب فى القضاء الذى هو أعظم كيف لا ينوب فيما هو أقلّ، ويتولّى المنصوب الخاصّ لجميع ذلک فالعامّ مثله، ولما ورد فى جملةٍ

من الأخبار من الإذن فى ولاية الأيتام لجملةٍ من أصحابهم.(١)

وكذا الحاكم الشرعى وكيل عن الصاحب عليه السلام فيما يعود إليه من أنفاله وأمواله، وقبضه قبضه؛ لمكان الضرورة والإجماع وظواهر أخبار النيابة والولاية، ولعموم «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»(٢).

بل لو فقد الحاكم الشرعى قامت عدول المؤمنين مقامه فى الولايات وفيما يرجع إلى الحاكم وفيما يختصّ بالإمام عليه السلام ؛ لمكان الضرورة ولعموم أدلّة الإحسان وعموم «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِياءُ بَعْضٍ»(٣).

بل قد يقال: إنّه مع الاضطرار ينوب العدل العارف بالحكم الشرعى عن الإمام فى الحكم والفصل بين المتنازعين؛ لمكان الضرورة القاضية بلزوم قطع الخصومات ورفع المنازعات.

وبالجملة، فرواية أبى خديجة: «فاجعلوه قاضيا فإنّى قد جعلته قاضيا» يُفهم منها التسرية إلى كلّ ما يدخل تحت نصب القاضى ذلک اليوم، والمعلوم ذلک اليوم أنّ مَنْ نُصب قاضيا رجعت إليه جميع الأُمور العامّة فيما نصب فيه من البلدان، بل ربما يدّعى أنّ مجرّد غيبة الإمام عليه السلام وارتفاع سلطنته قاضٍ بمقتضى اللطف بتولّى جميع ما يعود إلى العالم بأحكامه، وإلاّ لزم الهرج والمرج وتعطيل الحقوق وضياع الأموال وتشتّت الأُمور العامّة، وكما قضت الضرورة بالأخذ بالظنّ بعد انسداد باب العلم وقضت بجواز الاجتهاد والتقليد قضت بتفويض الأُمور إلى العالم بالأحكام الشرعيّة الفرعيّة.

١- ١ . راجع وسائل الشيعة ٣٦٣/١٧، ح٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- ٢ . سورة التوبة /٩١.

٣- ٣ . سورة التوبة /٧١.

نعم، ما دام موجودا لا يرجع إلى غيره؛ اقصارا فى الضرورة على قدرها»(١).

وقال شيخنا فى الرواية فى إرشاده: «فغاية ما تدلّ عليه المشهورة أنّ الشارع نصب الفقيه قاضيا بحيث ينفذ حكمه فى المرافعات وبه يتحقّق الفصل فى الخصومات ويتم أمر المرافعات وبعض الأُمور الأُخر مثل ما ذكر، ولا دلالة لها على الولاية بالمعنى الذى هو محل الكلام بمعنى أنّ مجرد إعطاء منصب القضاء للفقيه فى مورد فصل الخصومة لا يقتضى ولاية التصرف فى الأُمور العامة فضلاً عن أن يكون له الولاية المطلقة

بالتصرف فى النفوس والأموال»(٢).

ص: ٢٢٠

١- ٤ . أنوار الفقاهة ٩/٢٧٥ و ٢٧٦.

٢- ١ . الإرشاد إلى ولاية الفقيه /٥٥.

١/١٢- ومنها: ما رُوى عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه قال: السلطان وليُّ من لا وليَّ له.

(١)

وقد وصفها الشيخُ الأعظم ب- : «قد اشتهر فى الألسن وَتَداوَلَ فى بعض الكتب(٢)»(٣).

واستفاد صاحبُ الجواهر(٤) منها عموم ولاية الحاكم.

وقيّدها السيّد الخمينى(٥) بالسلطان العادل.

بتقريب: أنَّ السلطان العادل وهو الفقيه «وليُّ مَنْ مِن شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذى مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع،

والمريض، والمغمى عليه، والميّت الذى لا وليّ له، وقاطبة المسلمين إذا كان لهم مِلک، كالمفتوح عنوة، والموقوف عليهم فى الأوقات العامّة، ونحو ذلک.

لكن يستفاد منه ما لم يمكن يستفاد من التوقيع [الآتى]، وهو الإذن فى فعل كلّ مصلحة لهم، فَتَثْبُتْ به مشروعيّة ما لم يثبت مشروعيّته بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا تعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الوليّ» يوهم ذلک؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أنّ المراد ب- «من لا وليّ له» مَن مِن شأنه أن يكون له وليّ،يراد به كونه ممّن ينبغى أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى: أنّه ينبغى أن يكون عليه وليٌّ، له عليه ولاية الإجبار، بحيث يكون تصرّفه ماضيا عليه.

والحاصل: أنّ الوليّالمنفىّ هو الوليّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ

١- ١ . مسند أحمد ٢٥٠/١؛ سنن الترمذى ٢٨١/٢، ح١١٠٨؛ سنن الدارمى ١٣٧/٢؛ سنن ابن ماجه ٦٠٥/١، ح١٨٧٩؛ سنن أبيداود ٢٢٩/٢، ح٢٠٨٣؛ السنن الكبرى للبيهقى ١٠٦/٧ و ١٢٤ و ١٣٨؛ كنزالعمال ٣٠٩/١٦، ح ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤؛ مجمع الزوائد ٢٨٥/٤.

٢- ٢ . كما فى المسالک ١٤٧/٧؛ وعوائد الأيام /٥٦٣؛ والجواهر ٣٣٦/٣٠ (١٨٨/٢٩).

٣- ٣ . المكاسب ٥٥٨/٣.

٤- ٤ . الجواهر ٣٣٦/٣٠ (١٨٨/٢٩).

٥- ٥ . كتاب البيع ٦٥٣/٢.

المثبت، ذلک أيضا، فمحصّله: إنّ اللّه جعل الولىّ الذى يحتاج إليه الشخص وينبغى أن يكون له، هو السلطان، فافهم»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: إنَّ الرواية عامية، وقال صاحب الحدائق: «وهذا الخبر لم نقف

عليه فى أخبارنا، والظاهر أنّه عامىٌّ، ومع تسليمه فالحكم مختص بالإمام، إذ المتبادر من السلطان هو إمام الأصل كما لا يخفى»(٢).

وقد يقال فى شأنها: «وفيه: أنّه لم يعرف له سند ولم يوجد فى روايات أصحابنا بل قيل أنّها من مجعولات العامة لوجوب طاعة السلطان مع أنّ فى دلالتها على المطلوب ما لا يخفى»(٣).

وثانيا: قال الشيخ الأعظم: «وهذا أيضا - بعد الانجبار سندا أو مضمونا(٤) - يحتاج إلى أدلّة عموم النيابة، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه(٥)، وأنّه لا يخلو عن وهن فى دلالته، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحقّقين فى باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نوّاب الإمام عليه السلام ،(٦) ويظهر من المحقّق الثانى أيضا - فى رسالته الموسومة ب- «قاطع اللجاج»(٧) فى مسألة جواز أخذ الفقيه أُجرة أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلک للإمام عليه السلام إذا ظهر - الشكّ(٨) فى عموم

١- ٦ . المكاسب ٥٥٩/٣ و ٥٦٠.

٢- ١ . الحدائق ٢٣٩/٢٣.

٣- ٢ . ولاية الاولياء /٨٩.

٤- ٣ . قال الشهيدى قدس سره : منشأ الترديد هو الشكّ فى أنّ المتداول فى الألسنة متن الرواية ونقلت باللفظ، أو مضمونها ونقلت بالمعنى (هداية الطالب ٢٦٥/٣).

٥- ٤ . راجع المكاسب ٣/(٥٥١-٥٥٣).

٦- ٥ . حاشية الروضة /٣٢٠، ذيل عبارة: أو إلى نوابّه وهم الفقهاء.

٧- ٦ . كذا فى النسخ، والمعروف تسميتها ب- «قاطعة اللجاج».

٨- ٧ . كذا فى بعض النسخ، وفى سائر النسخ: للشكّ.

النيابة(١)، وهو فى محلّه»(٢).

وثالثا: لا تدلّ «على مرجعية السلطان فى الأُمور العامّة، فإنّه لو لم نقل بما قيل: من ورودها بالنسبة إلى الميّت الّذى لا وليّ له، بل قلنا بولايته على كلّ من لا وليّ له حتّى الموقوف عليهم فى الأوقات العامّة فضلاً عن مثل الصبيّ والمجنون والغائب، إلاّ أنّه حيث إنّ ظاهرها ولاية السلطان على من يحتاج إلى الوليّ فتختصّ بالأُمور الحسبيّة، فلا تدلّ على ولايته على إقامة الجمعة، وإجراء الحدود، وأخذ الزكاة جبرا، ونظم البلاد، وما يرجع إلى الأُمور العامّة»(٣).

ورابعا: «الظاهر من السلطان هو الإمام عليه السلام دون الفقيه بدعوى أنّ «اللاّم» فيه عوض عن المضاف إليه وهو اللّه تعالى، فيختصّ به عليه السلام ، فيحتاج إسراء الحكم إلى الفقيه إلى عموم النيابة لا مطلق من تسلّط على النّاس ولو بخصوص الحقّ؛ كى يعمّ الفقيه بنفسه لو كان تسلّط عليهم، فتدبّر»(٤).

١- ٨ . قاطعة اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقّق الكركى) ١/٢٥٧.

٢- ٩ . المكاسب ٣/٥٥٨ و ٥٥٩.

٣- ١٠ . منية الطالب ٢/٢٣٦.

٤- ١ . هداية الطالب ٣/٢٦٥.

١/١٣- ومنها: التوقيع المروى بسند حسنٍ عن إسحاق بن يعقوب

قال: سألت محمّد بن عثمان العمرى أن يوصل لى كتابا، قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علىّ، فورد التوقيع بخطّ مولانا صاحب الزمان عليه السلام : أمّا ما سألت عنه أرشدک اللّه وثبّتک - إلى أن قال - : وأمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنّهم حجّتى عليكم، وأنا حجّة اللّه، وأمّا محمّد ابن عثمان العمرى - رضى اللّه عنه - ، وعن أبيه من قبل، فإنّه ثقتى، وكتابه كتابى.(١)

قد وصفه الشيخ محمّدطه نجف المتوفى سنة ١٣٢٣ بأنّه مقطوع به أو كالمقطوع.(٢)

قال صاحب الجواهر: «ضرورة كون المراد منه: أنّهم حجّتى عليكم فى جميع ما أنا فيه حجّة اللّه عليكم إلاّ ما خرج»(٣).

قال الشيخ الأعظم فى تقريب الاستدلال به: «فإن المراد ب- «الحوادث» ظاهرا: مطلق الأُمور التى لابدّ من الرجوع فيها عرفا أو عقلاً أو شرعا إلى الرئيس، مثل النظر فى أموال القاصرين لغيبةٍ أو موتٍ أو صغرٍ أو سَفَهٍ.

وأمّا تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّة، فبعيد من وجوه:

منها: إنّ الظاهر إيْكالُ(٤) نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرةً أو استنابةً، لا الرجوع فى حكمها إليه.

ومنها: التعليل بكونهم «حجّتى عليكم وأنا حجّة اللّه»؛ فإنّه إنّما يناسب الأُمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر، فكان هذا منصب ولاة الإمام عليه السلام من قِبَل نفسه، لا أنّه واجب من قِبَل اللّه سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام عليه السلام ، وإلاّ كان المناسب أن يقول: «إنّهم حُجج اللّه عليكم» كما وصفهم فى مقام آخر ب- «أنّهم أُمناء اللّه على الحلال والحرام».

ومنها: أنّ وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية إلى العلماء - الذى هو من

١- ١ . وسائل الشيعة ١٤٠/٢٧، ح٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٢- ٢ . كما نقل عنه آية اللّه الشيخ على كاشف الغطاء فى كتابه: النور الساطع فى الفقه النافع ٣٧١/١.

٣- ٣ . الجواهر ٢٢/٤١ (١٨/٤٠).

٤- ٤ . وفى المصدر: وكول.

بديهيّات الإسلام من السلف إلى الخلف - ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه فى عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامّة إلى رأى أحدٍ ونظره؛ فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكّله فى غيبته إلى شخص أو

أشخاص من ثقاته فى ذلک الزمان.

والحاصل: إنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّا بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات.

ثمّ إنّ النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة فى إذن الشارع فى كلّ معروف لكلّ أحد، مثل قوله عليه السلام : «كلّ معروف صدقة»، وقوله عليه السلام : «عون الضعيف من أفضل الصدقة» - وأمثال ذلک - وإن كانت عموما من وجه، إلاّ أنّ الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها وكونها بمنزلة المفسّر الدالّ على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه فى الأُمور العامّة التى يفهم عرفا دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، وتحت عنوان «الأمر» فى قوله: «أُولِى الْأَمْرِ»(١).

وعلى تسليم التنزّل عن ذلک، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعيّة ذلک المعروف مع عدم وقوعه عن رأى وليّ الأمر.

هذا، لكن المسألة لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهوريا»(٢).

وقال المحقّق الاصفهانى فى تقريبه: «أنّ عموم الحوادث لكونها جمعا محلى باللام يقتضى أنْ يكون الفقيه مرجعا فى كل حادثة يرجع فيها الرعية إلى رئيسهم، سواء تعلّق بالسياسات أو بالشرعيات، دون خصوص الشبهات الحكمية والمسائل الشرعية بإرادة الفروع المتجددة من الحوادث الواقعة، واستشهد المنصف قدس سره للعموم بوجوه:

أحدها: أنّ الظاهر الرجوع فى نفس تلك الحوادث إلى الفقيه لا فى حكمها، فيرجع فى بيع مال اليتيم إليه لا فى حكمه وهكذا.

١- ١ . الوارد فى قوله تعالى، «أَطِيعُوا اللّهَ»، سورة النساء /٥٩.
٢- ٢ . المكاسب ٣/(٥٥٧-٥٥٥).

وثانيها: أنّ مقتضى إضافة حجية الفقيه إلى نفسه المقدسة أنّه منصوب بالنيابة من قبله، فهو نائب عن الإمام فيما هو وظيفته عليه السلام من التصرفات، لا فيما يتعلّق بحكم اللّه تعالى فإنّه حجة من اللّه تعالى على حكمه، كما وصف فى مقام آخر بأنّهم أمناء اللّه على حلاله وحرامه.

وثالثها: أنّ الرجوع فى حكم الحوادث الواقعة إلى العالم به أمر يعد من بديهيات الاسلام، ولم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب حتّى يكتبه فى عداد المسائل التى أشكلت عليه»(١).

وقال السيّد الخمينى رحمه الله فى تقريبه: «وأمّا دلالته: فتارة من ناحية قوله عليه السلام : «أمّا الحوادث الواقعة...» إلى آخره.

وتقريبها: أنّ الظاهر أنّه ليس المراد بها أحكامها، بل نفس الحوادث، مضافا إلى أنّ الرجوع فى الأحكام إلى الفقهاء من أصحابهم عليهم السلام ، كان فى عصر الغيبة من الواضحات عند الشيعة، فيبعد السؤال عنه.

والمظنون أنّ السؤال كان بهذا العنوان، فأراد السائل الاستفسار عن تكليفه أو تكليف الأُمّة فى الحوادث الواقعة لهم، ومن البعيد أن يعدّ السائل عدّة حوادث فى السؤال، ويجيب عليه السلام : بأنّ الحوادث كذا، مشيرا إلى ما ذكره.

وكيف كان: لا إشكال فى أنّه يظهر منه أنّ بعض الحوادث التى لا تكون من قبيل بيان الأحكام، يكون المرجع فيها الفقهاء.

وأُخرى من ناحية التعليل: «بأنّهم حجّتى عليكم، وأنا حجّة اللّه».

وتقريبها: بأنّ كون المعصوم حجّة اللّه، ليس معناه أنّه مبيّن الأحكام فقط؛ فإنّ زرارة ومحمّد بن مسلم وأشباههما أيضا أقوالهم حجّة، وليس لأحد ردّهم وترک العمل برواياتهم، وهذا واضح.

بل المراد بكونه وكون آبائه الطّاهِرِيْنَ عليهم السلام حجج اللّه على العباد، أنّ اللّه تعالى

١- ٣ . حاشية المكاسب ٣٨٨/٢.

يحتجّ بوجودهم وسيرتهم وأعمالهم وأقوالهم، على العباد فى جميع شؤونهم، ومنها العدل فى جميع شؤون الحكومة.

فأميرالمؤمنين عليه السلام حجّة على الأُمراء وخلفاء الْجَوْرِ، وقطع اللّه تعالى بسيرته عذرهم فى التعدّى عن الحدود، والتجاوز والتفريط فى بيت مال المسلمين، والتخلّف عن الأحكام، فهو حجّة على العباد بجميع شؤونه.

وكذا سائر الحجج، ولا سيّما ولىّ الأمر الذى يبسط العدل فى العباد، ويملأ الأرض قسطا وعدلاً، ويحكم فيهم بحكومة عادلة إلهيّة.

وأنّهم حجج اللّه على العباد أيضا؛ بمعنى أنّه لو رجعوا إلى غيرهم فى الاُمور الشرعيّة والأحكام الإلهيّة - من تدبير اُمور المسلمين، وتمشية سياستهم، وما يتعلّق بالحكومة الإسلاميّة - لا عذر لهم فى ذلک مع وجودهم.

نعم، لو غلبت سلاطين الجور، وسلبت القدرة عنهم عليهم السلام ، لكان عذرا عقليّا مع كونهم أولياء الاُمور من قبل اللّه تعالى.

فهم حجج اللّه على العباد، والفقهاء حجج الإمام عليه السلام ، فكلّ ما له لهم؛ بواسطة جعلهم حجّة على العباد، ولا إشكال فى دلالته لو لا ضعفه.

مضافا إلى أنّ الواضح من مذهب الشيعة، أنّ كون الإمام حجّة اللّه تعالى، عبارة اُخرى عن منصبه الإلهىّ، وولايته على الاُمّة بجميع شؤون الولاية، لا كونه مرجعا فى الأحكام فقط، وعليه فيستفاد من قوله عليه السلام : «فإنّهم حجّتى عليكم، وأنا حجّة اللّه» أنّ المراد أنّ ما هو لى من قبل اللّه تعالى، لهم من قبلى.

ومعلوم أنّ هذا يرجع إلى جَعْلٍ إلهىّ له عليه السلام ، وجَعْلٍ مِنْ قِبَلِهِ للفقهاء، فلابدّ للإخراج من هذه الكلّية من دليل مخرج فيتّبع»(١).

ويرى آيةُ اللّه الشيخ على كاشف الغطاء الفقهاءَ ولاة الأمر فى هذا العصر(٢) وقال:

١- ١ . كتاب البيع ٢/(٦٣٧-٦٣٥).

٢- ٢ . النور الساطع فى الفقه النافع ٣٥٦/١.

«أنّ الحجة يجب اتباعها فيكون العالم واجب الإتباع، وهذا يقتضى أن تكون له الولاية، وحذف المتعلق يقتضى العموم لكلّ ما كانت للإمام عليه السلام الولاية عليه.

وقد أورد على الاستدلال به بأن الحجة معناها ما يحتج به على النّاس حتّى لا يبقى عذر لهم فى التقصير فى امتثال التكاليف بدعوى عدم العلم بها والإطلاع عليها، وأين ذلک من الولاية. ولكن الإنصاف أن إطلاق الحجة على الشخص ظاهر فيما ذكرناه، لا فيما ذكره المورد. نعم، لو أطلقت الحجة على القول كان ظاهرها ما ذكره»(١).

وقال الشهيد السيّد محمّدباقر الصدر: «النيابة العامة للمجتهد المطلق العادل الكفوء عن الإمام وفقا لقول امام العصر عليه السلام «واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا فإنّهم حجتى عليكم وأنا حجة اللّه» فإنّ هذا النص يدلّ على أنّهم المرجع فى كل الحوادث الواقعية بالقدر الذى يتصل بضمان تطبيق الشريعة على الحياة لأَن الرجوع إليهم بما هم رواة أحاديثهم وحملة الشريعة يعطيهم الولاية بمعنى القيمومة على تطبيق الشريعة وحقّ الاشراف الكامل من هذه الزاوية»(٢).

واعترض المحقّق الخراسانى على تقريب الشيخ الأعظم بقوله: «ولا فى إرجاع الحوادث الواقعة إليهم، فى التوقيع الشريف، لاحتمال معهودّية الحوادث، وإشارة إلى خصوص ما ذكره فى السؤال، وقوّة أنْ يكون المراد، إرجاع حكم الحوادث الواقعة، والفروع المتجدّدة الّتى ليس منها بخصوصها أثر فى الأخبار، ولا لجعلهم حجة من قبله، فإنّ الحجيّة من قبله غير مستلزم للولاية المطلقة، لعدم ملازمة عقلاً، ولا عرفا بين الحجيّة والولاية، وإنْ عُلِمَ ولايةُ حجة اللّه - عجل اللّه فرجه -، كما عرفت، فتأمل جيّدا»(٣).

وقال أيضا فى كتاب قضائه: «و «أمّا الحوادث الواقعة...» ظاهر فى العهد والمعهود غير معلوم، فيحتمل أن يكون السؤال عن الأحكام الّتى تصير محلّ الحاجة والابتلاء فتكون الحوادث كناية عنها، أو كان المراد الرجوع فى أحكام الحوادث الواقعة إليهم لو

١- ٣ . النور الساطع فى الفقه النافع ٣٧١/١.
٢- ٤ . يقود الحياة /٢٤ (/١٦ من الطبعة الأُولى).
٣- ١ . حاشية المكاسب /٩٤.

كان المسؤول عنه غيرها. ولا دلالة للتعليل على ذلک بعد احتمال أن يكون المراد أنّهم الحجّة من قبله فى تبليغ الأحكام كى لا يكون للنّاس عليه الحجّة كما أنّه حجّة اللّه على كافّة الخلق فتكون للّه الحجّة البالغة»(١).

وقال ثالثةً فى تقرير أبحاثه فى القضاء: «فالاستدلال عليها بصدره - حيث إنّه أرجع إلى الرواة فى نفس الحوادث - مشكل، لظهور أنّ الإرجاع إنّما هو فى حكمها الشرعى المستنبط عن الكليّات الملقاة إليه من الأئمة وكذا ذيله، فإنّ الحجّة يقال على جهة التبليغ. فالعلماء حجج الأئمّة من حيث تبليغهم الأحكام. فبهم يحتجّون الأئمّة على النّاس كما أنّ اللّه يحتجّ على النّاس بوجود الإمام من حيث تبليغه أحكامه. فحيث الاحتجاج هو لحيثيّة التبليغ»(٢).

وتبعه المحقّق الشهيدى وقال: «وكيف كان، فقد مرّ الإشكال فى دلالته على المطلب بأنّه من المحتمل قويّا أن يكون اللاّم فى «الحوادث» للعهد على الحوادث التى سأل إسحاق عن حكمها، فإفادته للعموم تتبع إرادة العموم منه فى السؤال، وهى غير معلومة؛ إذ ليست عبارة السؤال بأيدينا، فلعلّها مختصّة ببعض الحوادث بأن كان السؤال

عن حوادث مخصوصة قد تعرّض لها فى السؤال.

وبالجملة: يحتمل أن يكون المراد هو الأمر بتعلّم الأحكام من الفقيه، كما يؤيّده - بل يدلّ عليه - أنّه المنساق إلى الأذهان من عنوان الحديث برواة الحديث وختمه بأنّهم حجّتى عليكم وأنا حجّة اللّه تعالى؛ إذ الظاهر من ذلک أنّ قيامهم مقامه - عليه السلام وروحى له الفداء - إنّما هو فى الحجّية وتوسّطهم بينه عليه السلام وبين من انقطع عن درک فيض حضوره عليه السلام ، كما أنّه عليه السلام

واسطة بينهم وبين اللّه تعالى، ومن الظاهر أنّ توسّطه عليه السلام بين اللّه وبينهم إنّما هو فى بيان الأحكام ونشر الحلال والحرام، فليكن توسّطهم بينه عليه السلام وبين

١- ٢ . كتاب القضاء /٣٢.

٢- ٣ . تقريرات السيّد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، /٢٣٢، المطبوعة فى ضمن مجموعة الرسائل الفقهيّة لآية اللّه السيّد محمّدحسن آقا النجفى القوچانى قدس سره ، تهران، ١٣٨٦.

النّاس أيضا فى ذلک.

قوله: «منها: إنّ الظاهر»(١).

أقول: فيه: إنّه إنّما يتمّ لو كان التعبير بقوله: فارجعوها، من باب الإفعال لا بما فى المتن من المجرّد، فإنّ الظاهر منه الرّجوع فى حكمها كما لا يخفى، فتأمّل.

قوله: «ومنها: أنّ وجوب الرّجوع»(٢).

أقول: فيه: إنّ إسحاق بن يعقوب لم يذكر فى كتب الرجال بوثاقة ولا فقه ولا جلالة، فلا بعد فى خفاء ما ذكر عليه كما خفى عليه حرمة الفقاع إلى زمان الغيبة، وكذلک خفى عليه قتل سيّد الشهداء عليه السلام وأنّ بنى أُميّة - لعنهم اللّه - قد قتلوه حقيقة لا أنّه شبّه لهم، حيث إنّه سأل الحجّة عليه السلام عن ذلک كما يعلم من جوابه عليه السلام فى التوقيع»(٣).

ولكن المحقّق الأصفهانى ردّ تقريب الشيخ الأعظم بقوله: «والجواب: أنّ الجمع المحلّى باللام إنّما يفيد العموم حيث لا عهد، ولم يعلم أنّ المسؤل عنه أى شىء عبّر عنه بالحوادث الواقعة فكيف يؤخذ

فيها بالعموم، ويحتمل إرادة الفروع المتجددة، كما يحتمل إرادة الحوادث التى هى علائم الظهور، وأنّها ما هى؛ فارجع إلى ما ورد فى الأخبار على لسان رواة الأخبار.

وأمّا الشواهد فالأوّل منها مدفوع: بأنّ اللازم سكوت الخبر عن الرجوع إلى الرواة فى المسائل الشرعية، لأنّه رجوع إليهم فى حكم الوقائع لا فى نفسها، مع أنّ الخبر من الأدلة التى يستدل بها على حجية الخبر وحجية الفتوى؛ فلابدّ من الحمل على معنى جامع

فيسقط عن الشهادة بعد الخدشة فى العموم.

والثانى منها مدفوع: بأنّ النّبى والإمام عليهماالسلام يبلغان عن اللّه تعالى، فهما حجتان للّه تعالى على عباده على حكمه تعالى، والراوى - بما هو روٍ - لا يخبر إلاّ عن الإمام عليه السلام ؛ فهو حجة له عليه السلام على من سمعه من الراوى، فبهذه المناسبة أضاف حجيته إلى اللّه تعالى؛

١- ١ . المكاسب ٥٥٥/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٥٥٦/٣.

٣- ٣ . هداية الطالب ٢٦١/٣.

وحجية الرواة إلى نفسه المقدسة، مضافا إلى أنّ مفاد الحجية صحة الاحتجاج بالشخص أو بالشىء فى مقام المؤاخذة على مخالفة ما قامت عليه الحجة، فيناسب قيام الدليل على حكم شرعى سواء كان الحجة إخبار الراوى أو رأى المجتهد ونظره.

وأمّا مطلق النظر كنظر الفقيه فى بيع مال اليتيم فلا معنى لاتصافه بالحجية، فإنّ البيع الواقع عن مصلحة بنظره صحيح نافذ؛ لا أنّه حجة له أو لغيره على أحدٍ، فما فى طى كلامه قدس سره - من أنّه

يناسب الأُمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر - وإن كان صحيحا فى الجملة؛ إلاّ أنّه لا دخل له بكلِّ رأيٍ ونظرٍ كما لا يخفى على أهل النظر فتبصّر.

والثالث منها مدفوع: بوقوع مثل ذلک عن من هو أجلّ من إسحاق بن يعقوب بمراتب، فهذا أحمد بن إسحاق المعدود من الوكلاء والسفراء والأبواب فقد سأل أباالحسن الهادى عليه السلام وقال: «مَنْ أُعامل وعمّن آخذ وقول مَنْ أقبل؟ فقال عليه السلام : العمرى ثقتى فما أدّى إليک عنّى فعنّى يؤدّى، وما قال لک عنّى فعنّى يقول؛ فاسمع له وأطع؛ فإنّه الثقة المأمون»(١).

وبالجملة: بمثل هذا ونحوه صار وجوب الرجوع إلى الرواة الثقات من بديهيات الإسلام، وحيث وقع السؤال من إسحاق بن يعقوب فى زمان الغيبة كلّيّة، فلذا أجاب بالرجوع إلى رواة الأحاديث دون شخص خاص من الثقات فتدبر»(٢).

وقد لخّص المحقّق السيّد الخوئى تقريب الشيخ الأعظم واستشكل عليه بقوله: «وقد ادعى المصنّف [الشيخ الأعظم] ظهور «الحوادث» فى مطلق الأُمور التى لابدّ فيها من الرجوع إلى الرئيس شرعا أو عرفا، فلابدّ فى جميعها من الرجوع إلى الفقيه والاستيذان منه، وليس المراد بالرجوع إليه فيها بيان حكمها.

وأقام على ذلک شواهد ثلاثَةً:

أحدها: إرجاع نفس الحادثة إلى رواة الأحاديث كما هو ظاهر الرواية، لا حكمها.

١- ١ . وسائل الشيعة ١٣٨/٢٧، ح٤، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، معتبرة أحمد بن إسحاق.
٢- ٢ . حاشية المكاسب ٣٨٩/٢ و ٣٩٠.

ثانيها: التعليل بقوله قدس سره «فإنّهم حجّتى عليكم» إذ لو كان المراد بالرجوع إليهم الرجوع إليهم فى بيان المسائل الشرعيّة الواجب عليهم من اللّه سبحانه، لكان الأنسب التعليل بكونهم حجّة اللّه سبحانه، لأنّه يجب عليهم من اللّه سبحانه، فالتعليل يناسب الولاية التى تكون منصوبة للإمام عليه السلام من اللّه، والإمام عليه السلام يجعلها لمن ينصبه واليا، فيكون واليا من قبل الإمام لا من اللّه تعالى، كما فى الولاة المنصوبين فى زمان حضورهم عليهم السلام .

ثالثها: أنّ الرجوع إلى الفقهاء لمعرفة الأحكام الشرعيّة - الذى كان أمرا بديهيّا فى الإسلام - لم يكن يشكل على مثل «إسحاق بن يعقوب» حتّى يعدّه فى عداد ما أُشكلت عليه من المسائل، فلابدّ وأن يكون المراد السؤال عمّن يرجع إليه فى الأُمور العامّة ويعتبر إذنه فيها، فإنّه يمكن أن يكون مجهولاً عنده، لاحتمال أن يكله عليه السلام إلى شخص خاص.

وفى جميعها نظر:

أمّا الوجه الأوّل، ففيه: أن ظاهر الرجوع فى الحادثة الرجوع فى حكمها، فلو كانت العبارة هكذا «فارجعوها إلى رواة حديثنا» لكان ظاهرا فيما ذكره، إلاّ أنّه ليس كذلک، وإنّما أمر بالرجوع فى الحادثة إليهم، فهو نظير أن يقال: «ارجع فى الأمر الكذائى إلى فلان» أى شاوره فيه، لا أن يتصرّف فيه.

وأمّا الوجه الثانى، ففيه: أنّ التعليل تامٌّ ولو كان المراد الرجوع إليهم فى الفتوى؛ وذلک لأنّ الفقيه وإن كان ينقل الحكم الإلهى، إلاّ أنّه ينقله بواسطة الإمام عليه السلام ، فصحّ أن يقال: إنّه حجة الإمام، بمعنى أنّه عليه السلام يحتجّ بأقواله على العوام يوم القيامة، كما ورد فى بعض الأخبار: «أنّ النبى يوم القيامة يسأل عن تبليغ الأحكام، والنبى صلى الله عليه و آله يسأل الإمام عليه السلام ، والإمام يسأل الفقهاء، فإذا أثبتوا أنّهم بلّغوا تمّت به الحجّة على العوام».

وأمّا الوجه الثالث، ففيه: أنّ المعهود فى زمان الحضور - كما هو معلوم - الرجوع إلى الإمام عليه السلام فيما يقع من الحوادث بلا واسطة أو معها، وفى عصر الغيبة الصغرى كان الرجوع إلى النوّاب،

فلا يبعد أن يشكل على بعض الأكابر من يرجع إليه فى الحوادث الواقعة التى تحدث جديدا ولم يبيّن حكمها من الكتاب والسنّة، مثل الولد الذى جعلت نطفته فى الرحم بالتقليح، فبمن يلحق الولد؟ ومثل ما لو صلّى أحد فى بلد ثمّ سافر بالطائرة إلى بلد

ص: ٢٣٢

آخر ووصل إليه قبل دخول وقت تلك الصلاة، فهل يجب عليه التكرار أم لا؟ فَمَنْ المرجع فى هذه الحوادث؟ فيشكل عليه ذلك، فيسأل الإمام»(١).

وردّ المحقّق الأردكانى مقالة الشيخ الأعظم بقوله: «والمصنف رحمه الله [الشيخ الأعظم] أفاد فى تقريب دلالة التوقيع على اثبات ولاية الفقيه على الوجه الثانى وجوها أربعة لا تخلو عن مناقشة:

الأوّل: وهو ظهور الحوادث فيما يلزم الرجوع فيه من الوقايع إلى الإمام عليه السلام حضوره من دون فرق بين الأحكام وغيرها من إجراء الحدود والنظر فى أموال السفهاء والمجانين والصغار والغائبين إلى غير ذلك من الاُمور التى يقوم بها الإمام عليه السلام .

وفيه: إنّ السؤال غير معلوم، فيحتمل أنْ يكون المراد بالحوادث الوقايع المخصوصة المتضمن لها السؤال، والجمع المحلىَّ باللام وإن كان مفيدا للعموم حيث لا عهد إلاّ أنّه مع احتمال العهد ممنوع.

الثانى: وهو أنّ التعليل بقوله عليه السلام «فإنّهم حجتى عليكم وأنا حجة اللّه عليهم» يدلُّ على أنّ ما كان لهم من قبل اللّه تعالى ويقبل التفويض فهو لرواة الأحاديث الذين هم الفقهاء.

وفيه: أنّ الحجَّة لغة وعرفا يطلق على ما يحتج به كما يقال القطع حجة، ونحوه الظن فإطلاق الحجة عليهم انّما هو بملاحظة كونهم وسائط فى إيصال الأحكام إلى العباد فيحتج بهم عليهم.

وقد ورد «إنّ اللّه يسأل يوم القيامة عن العبد هلاَّ عملت؟ فيجيب: ما علمت، فيقال هلاَّ تعلَّمت؟»(٢) فلا يستفاد من التوقيع أزيد من كون وظيفتهم تبليغ الأحكام.

لكن قد يقال أنّ لفظ الحجة وإنْ كان بحسب اللغة والعرف يطلق على المعنى المذكور، إلاّ أنّ دعوى استعماله فى لسان المتشرِّعة فى المعنى المخصوص قريبة كما فى

١- ١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/(٤٠-٣٨).

٢- ١ . ورد نحوها فى معتبرة مسعدة بن زياد المروية فى أمالى الطوسى، المجلس الأوّل ح٩/١٠.

لفظ الإمام، فإنّه لغة عبارة عمّن يقتدى به، إلاّ إنّه إذا اطلق بلا قرينة يحمل على غير هذا المعنى، وهو ولى العصر عليه السلام عند الشيعة وعند العامة على واحد من الأئمة الأربعة، فلفظ الحجة عند استعماله بلا قرينة يطلق على الحجة الخاصة، فيستفاد من التوقيع تفويض المنصب إلى الرواة ويشهد لذلک قوله عليه السلام وأنا حجة اللّه عليهم.

نعم، إنّما الإشكال فى مقدار الأمر المفوَّض مِنْ أنّه هل هو جميع المناصب الثابتة له القابلة للتفويض أو بعضها والقدر المتيقن منها هو الإفتاء والقضاوة.

الثالث: إنّ الإمام عليه السلام أرجع نفس الحوادث إلى رواة الأحاديث، فهى ظاهرة فى الاُمور العامة لا أحكامها، حتّى يدَّعى ظهورها فى تبليغها.

وفيه: أنّ التقدير لازم على كلِّ حال، إذ لا معنى لإيكال نفس الحادثة إليهم، لأنّه تحصيل للحاصل، فالمراد إمّا ارجاع حكمها إليهم أو ارجاع الشأن اللازم فيها فلا منافاة بين إرادة الحوادث المجهولة الحكم من الحوادث وبين وكول نفسها إليهم.

الرابع: إنّ مثل إسحاق بن يعقوب لا يخفى عليه وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية إلى الفقهاء، لأنّه من البديهيات فى الإسلام بخلاف الرجوع إليهم فى الاُمور العامة، إذا يحتمل أنْ يكون الإمام

قد جعله لشخص خاص أو اشخاص من ثقاته فی ذلک الزمان فیرید معرفته فوقّع الإمام - روحی له الفداء - بأنّ المُراجع فی هذه الأُمور الرواة.

وفیه: أوّلاً: أنّ جلالة قدر مثل إسحاق غیر مناف لسؤاله عن ذلک، لوقوع مثله عن جماعة منهم علی بن المسیَّب الهمدانی وعبدالعزیز بن المهتدی، فإنّهما سألا الرضا علیه السلام عمّن یاخذا معالم دینهما؟ قال الأوّل منهما: «شقتی بعیدة ولست أصلُ إلیک فی کلِّ وقت فعمّن آخذ معالم دینی؟ فقال علیه السلام من زکریا بن آدم القمی»(۱) وقال الثانی: «إنّی لا ألقاک فی کلّ وقت فعمّن آخذ معالم دینی فقال علیه السلام خذ عن یونس بن عبدالرحمن»(۲) بل صدر ذلک عن أحمد بن إسحاق مع أنّه اجلَّ من إسحاق بن یعقوب بمراتب إذ هو معدود من

۱- ۱ . رجال الکشی /۳٦٦؛ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۱٤٦/۲۷، ح۲۷ ضعیفة.
۲- ۲ . رجال الکشی /۳۰٦؛ ونقل عنه فی وسائل الشیعة ۱٤۸/۲۷، ح۳٤ حسنة.

السفراء والوکلاء فقد سئل أباالحسن الهادی علیه السلام قال: مَنْ اُعامل وعمّن آخذ وقول من أقبل؟ فقال علیه السلام : العمری ثقتی فما ادَّی إلیک عنّی یؤدّی، وما قال لک فعنی یقول فاسمع له واطع فإنّه الثقة المأمون»(۱).

وثانیا: إنّه لم یعلم أنْ یکون سؤاله عن تعیین تکلیف المسلمین فی الغیبة الکبری حتّی یقال أنّ الجواب ظاهر فی عموم الوقایع، بل یحتمل سؤاله عن حال المسلمین فی الغیبة الصغری لکونه بتوسط محمّد بن عثمان العمری الذی کان سفیرا من قبله، کما یظهر لک بالرجوع إلی ذیل التوقیع، قال علیه السلام : «وأمّا محمّد بن عثمان العمری فرضی اللّه عنه وعن أبیه من قبل فإنّه ثقتی وکتابه کتابی»(۲)، فلعل إسحاق بن یعقوب کان سؤاله عن المرجع

فى المسائل المتجدِّدة فى ذلک العصر، لا عن المرجع فى الأُمور العامة»(۳).

وناقش السيّد الروحانى رحمه الله فى دلالة التوقيع بقوله: «وقد نوقش فى دلالة هذه الرواية على ولاية الفقيه بأن قوله عليه السلام : «وأما الحوادث الواقعة»، وإن كان جمعا محلّى بالألف واللام لكن دلالته على العموم انّما هى بالإطلاق وعدم القرينة، وسياق الحديث ظاهر فى أنّه جواب عن سؤال موضوعه الحوادث ولم يعلم أنّ المسؤل عنه حوادث خاصة معينة شخصية خارجية أو أنّه مطلق الحوادث التى قد تقع، وهو إنّما يفيد لو كان السؤال عن الثانى ولكنّه لا يعلم، فلا يدلّ الأمر بالإرجاع إلى الفقيه فى الحوادث على الرجوع إليه فى مطلق الحوادث، إذ من المعلوم أنّ المراد بالحوادث فى الشرط الحوادث الواقعة مورد السؤال ولم يعلم أنّها مطلق الحوادث. فلا إطلاق للكلام فتدبر.

وأما ما ذكره من القرائن على دلالة الحديث، فهو قابل للمناقشة.

أما ظهور التعبير ب- «فيها» فى الإرجاع فى نفس الحوادث لا فى أحكامها، فهو غير مسلم لأنّ الظاهر من الرجوع فى القضية إلى شخص هو الرجوع فيها لحلِّ الإشكال فيها، فقد تكون جهة الإشكال هى الحكم وقد تكون غيره كالتصرف ونفوذه ونحوه. فقوله عليه السلام :

۱- ۳ . الكافى ۳۲۹/۱؛ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ۱۳۸/۲۷، ح٤ صحيحة.

۲- ٤ . وسائل الشيعة ۱٤۰/۲۷، ح۹.

۳- ۱ . غنية الطالب ۳/(۱۹۰-۱۸۷).

«ارجعوا فيها» لا يظهر فى عدم الرجوع فى الحكم وإنّما الرجوع فى نفس الأمر، إذ الرجوع فى المسألة المشكوک حكمها يقال عنه رجوع فى المسألة، نعم لو عبر بإرجاعها إلى الرواة لا الرجوع فيها، لتم ما ذكر كما لا يخفى. فلاحظ.

ويؤيد ما ذكرنا استدلال الأعلام بالرواية على حجية قول الفقيه فى مقام الفتوى، فإنّه لايتلاءم مع ما ذكره الشيخ قدس سره من عدم كون المنظور جهة بيان الحكم أصلاً.

وأما التعليل بأنّهم حجتى وأنا حجة اللّه، فظهوره فيما ذكر ممنوع، إذ يمكن أن يكون النظر إلى مقام بيان الحكم الشرعى حيث أنّه موكول إلى الإمام عليه السلام ولذلک كان حجة اللّه علينا، وقد جعل الإمام عليه السلام الواسطة لتبليغ الأحكام الفقهاء، فهم حججه على النّاس وبالنسبة إلى اللّه – عزّوجلّ – حيث أنّه يكون بذلک معذورا.

بل التعليل المذكور ظاهر فى كون النظر إلى مقام حجية رأيه فى الحكم الشرعى، وذلک لأنّ معنى الحجية المنجزية والمعذرية، أو ما يلازمهما. ومن المعلوم أنّ المنجزية والمعذرية إنّما تتصور فى الحكم الشرعى، أمّا فى صحة التصرفات ونفوذها فلا معنى

لكون رأى الفقيه منجزا، إذ لا موضوع يقبل التنجيز والتعذير، لأنّهما بلحاظ العقاب والمؤاخذة وذلک أنّما يثبت فى مورد الحكم. فلاحظ.

وأمّا ظهور صحة الرجوع إلى الفقيه فى المسائل الشرعية بحيث يكون من البديهيات، فهو لايفيده شيئا فيما إدعاه، وذلک لأنّ ظهوره وبداهته انّما كان بواسطة مثل هذه النصوص والروايات بحيث لو لاها لكان ممّا يقبل التشكيک ولم تعلم بداهته فى تلک العصور وإن ثبتت الآن.

وجلالة قدره لا تمنع من سؤاله كيف وقد سأل من هو أجل قدرا منه عن وثاقة العمرى وابنه وجواز أخذ معالم الدين عنهما.

مضافا إلى أن إسحاق بن يعقوب مجهول الحال كما قيل.

والعجب من الشيخ قدس سره أنّه يدعى بداهة جواز الرجوع إلى الفقهاء فى المسائل الشرعية مع أنّه يناقش فى مبحث التقليد فى أدلة جواز التقليد كلّها بحيث تصل النوبة إلى تحكيم دليل الانسداد وإعماله.

هذا كلّه مضافا إلى ضعف الرواية سندا.

ثمّ ان الشيخ قدس سره بعد أن استدل بهذا الحديث ذكر أنه قد يدعى معارضة هذا الحديث ومثل هذا العموم بما جاء من العمومات الظاهرة فى إذن الشارع فى كلِّ معروفٍ مثل: «كلُّ معروفٍ صدقة» و: «عون الضعيف من أفضل الصدقة»، فإنّها ظاهرة فى الإذن والترغيب فى عمل المعروف.

والنسبة بينهما العموم من وجه، لأنّهما يجتمعان فى حفظ مال اليتيم فانّه معروف وعون الضعيف، كما أنّه مما يحتاج إلى الإذن بمقتضى الأدلة الاولية. ويفترقان فى مثل الحدود، فإنّها غير معروف ومثل إعطاء الفقير درهما فإنّها لا تتوقف على إذن الإمام عليه السلام .

ومع كون النسبة بينهما هى العموم من وجه يحصل التعارض بينهما فى مورد الاجتماع، إذ العمومات دالة على عدم جواز العمل بدون إذن الفقيه. وهذه الأدلة تدلّ على جوازه لأنّه معروف، ومقتضى القواعد هو التساقط. فلا دليل حينئذ على لزوم الرجوع إلى الفقيه فيها.

ولكن التحقيق أنّ العمومات الدالة على وجوب الرجوع إلى الفقيه لو تمت لكانت واردة على هذه الأدلة، لأنّ أدلة الجواز قد أُخذ فى موضوعها عنوان المعروف، فإذا دل الدليل على أنّ حفظ مال اليتيم لا يجوز إلاّ بإذن الفقيه كان حفظه بغير إذنه محرما وهو

يقتضى أن لا يكون معروفا، إذ الحرام ليس بمعروف، فهذه العمومات تكون رافعة لموضوع هذه الأدلة تعبدا وهو معنى الورود.

وهكذا بالنسبة إلى دليل عون الضعيف، فإنّه مع دلالة الدليل على عدم جواز التصرف فى مال اليتيم أو المجنون إلاّ باذن الفقيه وعدم نفوذ التصرفات لا يكون المتعامل بماله والإتجار عوضا له لعدم نفوذ المعاملات والتصرفات، وقد عبر الشيخ عليه السلام عن ذلک بالحكومة ولكن الصحيح التعبير بالورود.

هذا، مع انه لو تمت المعارضة والتساقط فاللازم الرجوع إلى الأصل، وقد عرفت

ص: ٢٣٧

أنّه فى المعاملات يقتضى لزوم الرجوع إلى الفقيه لأَصالة عدم ترتب الأثر بدون إذنه»(١).

وقام شيخنا المجلسى بعد ذكر نقوده على الشيخ الأعظم فى دفع المناقشات بقوله: «هذا وقد يناقش فى هذه الوجوه بما لايخفى أمّا الأوّل: فلأنَّ السؤال غير معلوم فلعلَّ المراد من الحوادث هى الحوادث المعهودة بين الإمام عليه السلام والسائل وعلى فرض عمومها فالمتيقن منها هى الأمور التى تقع مورد الابتلاء من الموضوعات الكلية التى لم يكن حكمها معلوما من الكتاب والسنة.

وأما الثانى: فلأَنَّ أدنى المناسبة بين نفس الحوادث وحكمها كاف للسؤال عن حكمها فيكون الفقيه هو المرجع فى الأحكام لا فى نفس الحوادث.

وأما الثالث: فلأَنَّ الحجة يناسبِ المبلغية فى الأحكام والرسالة على الأنام أيضا كما فى قوله عز من قائل: «قُلْ فَلِلّهِ الْحُجَّةُ الْبالِغَةُ»(٢) وقوله: «تِلْکَ حُجَّتُنا آتَيْناها إِبْراهِيمَ»(٣) ونحو ذلک ممّا ورد بمعنى البرهان الذى يحتج به على الطرف، وبهذا المعنى أيضا ورد قوله عليه السلام : «أنّ الأرض لا تخلو من حجة» لأنّ به يتم الحجة و «يَهْلِکَ مَنْ هَلَکَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَيَحْيى مَنْ حَيَّ عَنْ بَيِّنَةٍ»(٤)، ولذا وصفهم برواة الأحاديث الذين شأنهم التبليغ.

وبالجملة: فالحجة لا تكون إلاّ فى تبليغ أمر فيختص مدلولها فى المقام بتبليغ الأحكام الشرعية ولا يشمل التصرفات الشخصية فى الأموال والأنفس، أو تصدى المصالح العامة من الحكومة وفصل الخصومة أو إجراء الحدود، فإنّ كلّ ذلک أجنبى عن

مفهوم الحجية التى هى من الاحتجاج، فان اللّه تعالى يحتج على العباد ببعث الأنبياء والأنبياء بنصب الخلفاء، والخلفاء باستنابة الفقهاء فى تبليغ الأوامر والنواهى، والتصرفات ليس من محل

الاحتجاج، فالتوقيع الشريف أجنبى عن المدعى، ولا يصلح للاستدلال به على نيابة الفقيه فى الأُمور المزبورة ويختص مدلوله بالفتوى.

ص: ٢٣٨

١- ١ . المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس /(٣٠٥-٣٠٢).

٢- ٢ . سورة الأنعام /١٤٤.

٣- ٣ . سورة الأنعام /٨٣.

٤- ٤ . سورة الأنفال /٤٢.

وأما الرابع: فكون إسحاق من أجِلاّء العلماء لا ينافى سؤاله من أمر جلّى ولذا يسئل مثل زرارة ومحمّد بن مسلم من الإمام ما لا يخفى على أحد هذا مع أنّ سؤاله لا يكون ظاهرا فى تكليف المسلمين فى الغيبة الكبرى حتّى يكون الجواب ظاهرا فى عموم الوقائع بل يسئل عن حالهم فى الغيبة الصغرى، فإنّ العمرى الذى بتوسطه سئل إسحاق عن حكم الوقائع عن الإمام عليه السلام هو محمّد بن عثمان العمرى كما يظهر من قوله فى ذيل الخبر، «وأما محمّد بن عثمان العمرى فرضى اللّه عنه وعن أبيه من قبل فإنّه ثقتى وكتابه كتابى» وهو كان سفيرا من قبله عليه السلام فلعله يسئل بتوسطه عن المرجع فى الفروع المتجددة فى ذاك العصر لاعن المرجع فى الأُمور العامة.

أقول: ويمكن دفع النقاش عن ذلک بأنّه وإن يمكن كون اللام فى الحوادث للعهد وكون المراد بها هى الحوادث المعهودة، ولكن الظاهر أنّ المعهود هو مدخول اللام وهى الحوادث لا غيرها، وظاهر الرجوع فيها إلى رواة الحديث هو إيْكالُ(١) نفس الحادثة إليهم لا الرجوع فى حكمها إذ لو كان المراد هو الرجوع فيه لتعين التعبير بقوله فارجعوا فى حكمها إلى رواة الحديث لا التعبير بقوله فارجعوا فيها إليهم، اللهم إلاّ ان يقال أنّه لا منافاة بين التعبير به وارادة الرجوع فى الحكم.

وجه عدم المنافاة أنّه لابدّ من ارتكاب التقدير على كلِّ حالٍ إذ الحادثة الواقعة لا معنى لإيكال نفسها إلى الغير لأنّه تحصيل الحاصل فالمراد إمّا إيكال حكمها أو إيكال الشأن اللازم فيها إليه وتعيّن الثانى غير ظاهر.

وبالجملة: فالتوقيع الشريف لا يخلو من إجمال فى المراد وأنّ الرجوع إليه هل هو فى حكم الحوادث ليدلّ على حجية الفتوى أو حسمها ليدلّ على نفوذ القضاء أو رفع إشكالها وإجمالها أو إصلاحها ليشمل غيرهما.

هذا وقد يقال: إنّ كيفية السؤال وإنْ كانت غير مذكورة إلاّ أنّها تظهر من الجواب

وتعلم منه إذ المراد من الحوادث ليس كل ما يحدث ويقع فى الخارج كالأكل والشرب

١- ١ . وفى المصدر: وكول.

والنوم ونحوها بل الأُمور التى تقع فى المجتمع الإنسانى وتحتاج إلى مصلحٍ ومتصدٍ لها ومُقْدِمٍ فيها كالقتل والسرقة وغيرهما من الأعمال المنافية لنظم الاجتماع وأمنه التى تحتاج الرعية فيها إلى مرجع وزعيم ومصلح ومقتدر فتعم الرواية لإيكال مطلق الشأن اللازم فيها إليه.

ولكن الانصاف هو إجمال التوقيع واحتمال كون المراد من الحوادث المسئول عنها هى الموضوعات الحادثة والأُمور المستحدثة المجهول حكمها والرجوع فيها إلى رواة الأحاديث لمعرفة حكمها كما قد يؤيده التعليل بقوله «فإنّهم حجتى عليكم وأنا حجة اللّه» بالتقريب المتقدم فلاحظ.

ولا ينافى ذلک ما يقال: من أنّ الرجوع إلى العلماء فى معرفة الأحكام من البديهيات التى لا تخفى على مثل إسحاق فكيف يمكن أن يكتبه فى مسائل أشكلت عليه.

إذ فيه مضافا إلى ما سبق أنّه يكفى فى السؤال احتمال الإرجاع إلى صنف خاص من العلماء، ولذا صدر السؤال عن ذلک من جماعة کعبدالعزيز بن المهتدى سألت الرضا عليه السلام فقلت: إنّى لا ألقاک فى کلِّ وقت فعمّن آخذ معالم دينى فقال عليه السلام : خُذْ من عن يونس بن عبدالرحمن(۱)، وکعلى بن المسيب الهمدانى حيث قال الرضا عليه السلام : شقتى بعيدة ولستُ أصل إليک فى کلِّ وقت فعمّن آخذ معالم دينى قال عليه السلام : من زکريا بن آدم القمى(۲) ونحوهما غيرهما.

کما لا ينافى ذلک أيضا التعليل بقوله عليه السلام : فإنّهم حجتى عليکم، فإنّه يناسب الأُمور الراجعة إليه عليه السلام التى هى من منصبه، ولو کان المراد الرجوع فى الحکم کان المناسب التعبير بقوله عليه السلام فإنّهم حجة اللّه تعالى.

وجه عدم المنافاة أنّه يکفى مصححا للتعبير المذکور کونه واسطة فى الارجاع

۱- ۱ . وسائل الشيعة ۱٤۸/۲۷، ح۳٤، حسنة.
۲- ۲ . وسائل الشيعة ۱٤٦/۲۷، ح۲۷، ضعيفة.

المذکور، بل التعبير بالحجة يناسب التکليف جدا، إذ الحجة ما يکون قاطعا للعذر ومصححا للعقاب، وذلک إنّما يکون فى التکليف فإنّه المستتبع له کما لا يخفى، فالتعليل من هذه الجهة على الخلاف أدل وحينئذ فلا يبقى مجال للرکون إلى التوقيع الرفيع فى

إثبات الولاية فى الأُمور العامة للفقيه فضلاً عن صلاحيته لإثبات الولاية العامة فلاحظ وتدبر»(۱).

وبما ذکرنا من مناقشات الأعلام لم يتم الاستدلال بالتوقيع الشريف فى المقام.

١- ١ . ولاية الاولياء /(٨٣-٨٠).

١/١٤- ومنها: مقبوله عمر بن حنظله

قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِاللّه ِعليه السلام عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دَيْنٍ أَوْ مِيرَاثٍ، فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَإِلَى الْقُضَاةِ، أَيَحِلُّ ذلِكَ؟

قَالَ: «مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ، فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاغُوتِ، وَمَا يَحْكُمُ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سُحْتا وَإِنْ كَانَ حَقّا ثَابِتا لَهُ؛ لِاءَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاغُوتِ، وَقَدْ أَمَرَ اللّه ُأَنْ يُكْفَرَ بِهِ، قَالَ اللّه ُتَعَالى: «يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ»(١)».

قُلْتُ: فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ؟

قَالَ: «يَنْظُرَانِ إِلى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوى حَدِيثَنَا، وَنَظَرَ فِي حَلاَلِنَا وَحَرَامِنَا، وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكَما؛ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِما، فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ، فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحُكْمِ اللّه ِوَعَلَيْنَا رَدَّ، وَالرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللّه ِوَهُوَ عَلى حَدِّ الشِّرْكِ بِاللّه ِ».

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ كُلُّ رَجُلٍ اخْتَارَ رَجُلاً مِنْ أَصْحَابِنَا، فَرَضِيَا أَنْ يَكُونَا النَّاظِرَيْنِ فِي حَقِّهِمَا، وَاخْتَلَفَا فِيمَا حَكَمَا، وَكِلاَهُمَا اخْتَلَفَ فِي حَدِيثِكُمْ؟

قَالَ: «الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَلُهُمَا وَأَفْقَهُهُمَا وَأَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَأَوْرَعُهُمَا، وَلاَ يَلْتَفِتُ إِلى مَا يَحْكُمُ بِهِ الاْآخَرُ».

قَالَ: قُلْتُ: فَإِنَّهُمَا عَدْلاَنِ مَرْضِيَّانِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا،لاَ يُفَضَّلُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلى صَاحِبِهِ؟

قَالَ: فَقَالَ: «يُنْظَرُ إِلى مَا كَانَ مِنْ رِوَايَتِهِمْ عَنَّا فِي ذلِكَ الَّذِي حَكَمَا بِهِ الْمُجْمَعَ عَلَيْهِ مِنْ أَصْحَابِكَ، فَيُؤْخَذُ بِهِ مِنْ حُكْمِنَا، وَيُتْرَكُ الشَّاذُّ الَّذِي لَيْسَ بِمَشْهُورٍ عِنْدَ أَصْحَابِكَ؛ فَإِنَّ الْمُجْمَعَ عَلَيْهِ لاَ رَيْبَ

فِيهِ. وَإِنَّمَا الاْءُمُورُ ثَلاَثَةٌ: أَمْرٌ بَيِّنٌ رُشْدُهُ فَيُتَّبَعُ، وَأَمْرٌ بَيِّنٌ غَيُّهُ فَيُجْتَنَبُ، وَأَمْرٌ مُشْكِلٌ يُرَدُّ عِلْمُهُ إِلَى اللّه ِ وَإِلى رَسُولِهِ؛ قَالَ رَسُولُ اللّه ِ صلى الله عليه و آله : حَلاَلٌ بَيِّنٌ، وَحَرَامٌ بَيِّنٌ، وَشُبُهَاتٌ بَيْنَ ذلِکَ، فَمَنْ تَرَکَ الشُّبُهَاتِ نَجَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ، وَمَنْ أَخَذَ بِالشُّبُهَاتِ ارْتَکَبَ الْمُحَرَّمَاتِ، وَهَلَکَ مِنْ حَيْثُ لاَ يَعْلَمُ».

قُلْتُ: فَإِنْ کَانَ الْخَبَرَانِ عَنْکُمْ مَشْهُورَيْنِ قَدْ رَوَاهُمَا الثِّقَاتُ عَنْکُمْ؟

قَالَ: «يُنْظَرُ، فَمَا وَافَقَ حُکْمُهُ حُکْمَ الْکِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَخَالَفَ الْعَامَّةَ، فَيُؤْخَذُ بِهِ، وَيُتْرَکُ مَا

١- ١ . سورة النساء /٦٠.

خَالَفَ حُکْمُهُ حُکْمَ الْکِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَوَافَقَ الْعَامَّةَ».

قُلْتُ: جُعِلْتُ فِدَاکَ، أَرَأَيْتَ، إِنْ کَانَ الْفَقِيهَانِ عَرَفَا حُکْمَهُ مِنَ الْکِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَوَجَدْنَا أَحَدَ الْخَبَرَيْنِ مُوَافِقا لِلْعَامَّةِ، وَالاْآخَرَ مُخَالِفا لَهُمْ، بِأَيِّ الْخَبَرَيْنِ يُؤْخَذُ؟

قَالَ: «مَا خَالَفَ الْعَامَّةَ، فَفِيهِ الرَّشَادُ».

فَقُلْتُ: جُعِلْتُ فِدَاکَ، فَإِنْ وَافَقَهُمَا الْخَبَرَانِ جَمِيعا؟

قَالَ: «يُنْظَرُ إِلى مَا هُمْ إِلَيْهِ أَمْيَلُ حُکَّامُهُمْ وَقُضَاتُهُمْ، فَيُتْرَکُ، وَيُؤْخَذُ بِالاْآخَرِ».

قُلْتُ: فَإِنْ وَافَقَ حُکَّامُهُمُ الْخَبَرَيْنِ جَمِيعا؟

قَالَ: «إِذَا کَانَ ذلِکَ، فَأَرْجِهْ حَتّى تَلْقى إِمَامَکَ؛ فَإِنَّ الْوُقُوفَ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ خَيْرٌ مِنَ الاِقْتِحَامِ فِى الْهَلَکَاتِ».(١)

الرواية من حيث السند لو لم تكن معتبرة فلا أقل من أن تكون مقبولة فالسند لا بأس به.

ويراها صاحب الجواهر(٢) نصب نائب الغيبة وقال: «ويمكن بناء ذلک - بل لعلّه الظاهر - على إرادة النصب العامّ فى كلّ شىء على وجهٍ يكون له ما للإمام عليه السلام كما هو مقتضى قوله عليه السلام : «فإنّى جعلته حاكما» أى وليّا متصرّفا فى القضاء وغيره من الولايات ونحوها»(٣).

قال الشيخ الأعظم قدس سره : «أمّا وجوب الرجوع إلى الفقيه فى الأُمور المذكورة، فيدلّ عليه مضافا إلى ما يستفاد من جعله حاكما، كما فى مقبولة ابن حنظلة، الظاهرة فى كونه كسائر الحكّام المنصوبة فى زمان النبىّ صلى الله عليه و آله والصحابة فى إلزام النّاس بإرجاع الأُمور

١- ١ . الكافى ١٦٧/١، ح١٠ (٦٨/١)؛ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٣٦/٢٧، ح١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى؛ و ١٠٦/٢٧، ح١، الباب ٩ من أبواب صفات القاضى؛ كما ذكرها فى وسائل الشيعة ١٣/٢٧، ح٤، الباب ١ من أبواب صفات القاضى؛ ووسائل الشيعة ٣٤/١، ح١٢، الباب ٢ من أبواب مقدمات العبادات.

٢- ٢ . الجواهر ٢٠/٤١ (١٧/٤٠).

٣- ٣ . الجواهر ٢١/٤١ (١٨/٤٠).

المذكورة إليه، والانتهاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع فى الأُمور العامّة المطلوبة للسلطان إليه»(١).

وقال المحقّق العراقى فى مسألة عدم جواز تفويض القضاء إلى المقلِّد: «... نعم، بعد الفراغ عن إثبات قابليّة المحلّ يبقى الكلام فى صلاحيّة الفقيه لمثل هذا التفويض. وعليه فيمكن أيضا منعه،

لأنّه بعد ما لم يكن من الاُمور الحسبيّة الّتى عُلم من الشارع مطلوبيّة وجوده موقوف على ثبوت الولاية العامّة وأنّ ما للإمام لهم. وهو أيضا فى غاية الإشكال،

لأنّ عمدة ما يصلح لإثباته هو عموم «وأمّا الحوادث الواقعة» وعموم «مجارى الاُمور بيد العلماء باللّه» وإلاّ فعمومات الوراثة والخلافة وأمثال ذلک يمكن حملها على مقام تبليغ الأحكام وبيان الحلال والحرام.

ولا يخفى أنّ الأوّل منهما منزّل على اُمور معهودة فى المسؤول المشكوک كون المورد منها، خصوصا مع توصيف الحادثه بالواقعة، فإنّه لابدّ من حمله على وقوعه حقيقة أو ما لابدّ من وقوعه. وعلى التقديرين ليس ما نحن فيه من مصاديقه، لعدم إحراز مطلوبيّة وقوع التفويض من الشارع كما هو ظاهر. وأمّا الأخير فهو من حيث «المجارى» وإن كان عامّا ولكن الكلام فى شمول «العلماء باللّه» لغير الإمام عليه السلام .

نعم، بناءً على العموم لا بأس باستفادة مرجعيّة الفقيه فى الاُمور العامّة النوعيّة. كما أنّه ربما يُستكشف ذلک من صرف الإمام من التحاكم إليهم وإرجاعهم إلى فقهاء الشيعة، إذ من مثله ربما يستفاد كون الفقيه حاكما فى قبال حُكّامهم وأنّ له من الشأن ما لهم من الولاية على الاُمور النوعيّة السياسيّة الّتى كانوا مرجعا فيها، بل والولاية على الحكم فى رؤية الهلال والتصرّف فى أموال الغُيَّب والقُصَّر وحبس الغريم، بل وإحضار المدّعى عليه فى مجلس القضاء وإلزامه بالجواب وأمثاله، نظرا إلى أنّ هذه كلّها من شؤونهم»(٢).

وقال فى توضيح تقريب العراقى، تلميذه آية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى رحمهماالله : «نعم،

١- ٤ . المكاسب ٣/٥٥٤.

٢- ١ . كتاب القضاء /١٢ و ١٣ للمحقّق العراقى.

قد يقرَّر وجه التمسک لا من جهة إطلاق لفظ «الحاكم» كما هو ظاهر كلام شيخنا الأنصارى قدس سره ، بل من جهة فحوى الرواية، وقد ذهب إليه شيخنا الشيخ العراقى قدس سره فى نفوذ حكمه، وتبعه بعض الأعاظم من تلامذته، بحيث عمّما نفوذه من هذه الجهة حتّى فى حكمه فى ثبوت الهلال. وبيان الفحوى: هو أنّ النّاس لما جعلوا بينهم قضاةً وحكاما يرجعون إليهم فى مطلق أمورهم من القضاوة وغيرها من الأُمور المذكورة، والإمام عليه السلام فى هذه الروايه لم يردعهم عن أصل هذا المطلب وكبراه وأنّه لابدّ أن يكون بين النّاس من يتكفل لهذه الأُمور، وإنّما ردعهم من جهة تعين المصداق، وخَطّأهم بالنسبة إلى من يجعلونه مصداقا للكبرى المذكورة وما هو المرتكز فى الأذهان. هذا غاية البيان لوجه الدلالة، وإلى هذا التقرير ذهب المحقّق العراقى قدس سره .

ولا يرد عليه: أنه ليس من المعلوم كون هذه الأُمور من شؤون القضاة فى ذلک

العصر، حتّى يكون الردع عن الرجوع إليهم إثباتها للفقيه بعد تعين المصداق، بل كان فى تلک الأزمنة قضاة وولاة وكانت لكلٍّ منهم وظائف.

لوضوح أن المنهىّ عنه ليس هو الرجوع إلى خصوص القاضى - على فرض عدم كون شأن القاضى التصرف فى غير القضاء - بل النهى عن الرجوع إلى الحاكم بمعناه الأعم، حيث أنّ المرافعات أيضا كانت ترجع إلى الخلفاء، بل الصريح فى صدر الرواية، المراجعة إلى السلطان أو القاضى»(١).

فقال المحقّق النائينى رحمه الله فى دلالتها: «نعم، لا بأس بالتمسّک بمقبولة عمر بن حنظلة، فإنّ صدرها ظاهر فى ذلک، حيث إنّ السائل جعل القاضى مقابلاً للسلطان، والإمام عليه السلام قرّره على ذلک، فقال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجلين من أصحابنا تنازعا فى دَينٍ أو ميراثٍ فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة، أيحلّ ذلک؟ ... إلى آخره.

بل يدلّ عليه ذيلها أيضا، حيث قال عليه السلام : «ينظر إلى من كان منكم قد روى حديثنا، ونظر فى حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكما، فإنّى قد جعلته عليكم

١- ١ . كتاب القضاء /٥٠ لآية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى.

حاكما» فإنّ الحكومة ظاهرة فى الولاية العامّة، فإنّ الحاكم هو الّذى يحكم بين النّاس بالسيف والسوط، وليس ذلک شأن القاضى»(١).

وقال السيّد الخمينى رحمه الله : «وأمّا الدلالة؛ فلأجل تمسّک الإمام عليه السلام بالآية الشريفة، فلابدّ من النظر إليها، ومقدار دلالتها، حتّى يتبيّن الحال.

قال تعالى: «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوءَدُّوا الْأَءَماناتِ إِلى أَهْلِها وَإِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»(٢).

لا شبهة فى شمول الحكم للقضاء الذى هو شأن القاضى، والحكم من الولاة والامراء، وفى «المجمع»: أمر اللّه الولاة والحكّام أن يحكموا بالعدل والنّصفة.

ونظيره قوله تعالى: «يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِيفَةً فِى الْأَءَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ»(٣).

ثمّ قال تعالى: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِى الْأَءَمْرِ

مِنْكُمْ فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ...»(٤).

كما لا شبهه أيضا(٥) فى أنّ مطلق المنازعات داخلة فيه - سواء كانت فى الاختلاف فى ثبوت شىء ولا ثبوته، أو التنازع الحاصل فى سلب حقّ معلوم من شخص أو أشخاص، أو التنازع الحاصل بين

طائفتين المنجرّ إلى قتل وغيره - التى كان المرجع بحسب النوع فيها هو الوالى لا القاضى، ولا سيّما بملاحظة ذكره عقيب وجوب إطاعة الرسول وأُولى الأمر؛ إطاعتهما بما هى إطاعتهما، هى الائتمار بأوامرهم المربوطة بالوالى.

وليس المراد بها إطاعتهما فى الأحكام الإلهيّة؛ ضرورة أنّ إطاعة الأوامر الإلهيّة

١- ٢ . منية الطالب ٢/٢٣٦.

٢- ٣ . سورة النساء /٥٨.

٣- ٤ . سورة ص /٢٦.

٤- ١ . سورة النساء /٥٩.

٥- ٢ . (كما) وافيةٌ ومُغْنية عن ذِكْرِ (أيضا) لأنَّها فى مَعْناها فذِكْرُ (أيضا) بعد (كما) حَشْوٌ ولا عبرة بالخَطَأ الشائع.

إطاعة للّه، لا إطاعة لهما، فلو صلّى قاصدا إطاعة رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، أو الإمام عليه السلام ، بطلت صلاته.

نعم، إطاعة أوامرهم السلطانيّة إطاعة للّه أيضا؛ لأمره تعالى بإطاعتهم.

ثمّ قال تعالى: «أَ لَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَيْکَ وَما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ...»(١) إلى آخره.

وهذه الآية أيضا مفادها أعمّ من التحاكم إلى القضاة وإلى الولاة، لو لم نقل: بأنّ «الطاغوت» عبارة عن خصوص السلاطين والأُمراء؛ لأنّ الطغيان والمبالغة فيه مناسب لهم لا للقضاة، ولو اطلق على

القضاة يكون لضرب من التأويل، أو بتبع السلاطين الذين هم الأصل فى الطغيان، ويظهر من المقبولة التعميم بالنسبة إليهما.

ثمّ إنّ قوله: «منازعة فى دين أو ميراث»، لا شبهة فى شموله للمنازعات التى تقع بين النّاس فيما يرجع فيه إلى القضاة، كدعوى أنّ فلانا مديون مع إنكاره، ودعوى أنّه وارث ونحو ذلک، وفيما يرجع فيه إلى الولاة والأُمراء، كالتنازع الحاصل بينهما لأجل عدم أداء دينه، أو إرثه بعد معلوميّته.

وهذا النحو من المنازعات مرجعها الأُمراء، فإذا قتل ظالم شخصا من طائفة، ووقع النزاع بين الطائفتين، لا مرجع لرفعه إلاّ الولاة.

ومعلوم أنّ قوله: «فى دين أو ميراث» من باب المثال، والمقصود استفادة التكليف

فى مطلق المنازعات، والاستفسار عن المرجع فيها، ولهذا أكّد الكلام لرفع الإبهام بقوله: «فتحاكما إلى السلطان، أو إلى القضاة»، ومن الواضح عدم تدخّل الخلفاء فى ذلک العصر - بل مطلقا - فى المرافعات التى ترجع إلى القضاة، وكذلک العكس.

فقوله عليه السلام : «من تحاكم إليهم فى حقّ أو باطل فإنّما تحاكم إلى الطاغوت» انطباقه على الولاة أوضح، بل لولا القرائن لكان الظاهر منه خصوص الولاة.

وكيف كان: لا إشكال فى دخول الطغاة من الولاة فيه، ولا سيّما مع مناسبات

١- ٣ . سورة النساء /٦٠.

الحكم والموضوع، ومع استشهاده بالآية التى هى ظاهرة فيهم فى نفسها.

بل لولا ذلک يمكن أيضا أن يقال بالتعميم؛ للمناسبات المغروسة فى الأذهان، فيكون قوله بعد ذلک: «فكيف يصنعان؟» استفسارا عن المرجع فى البابين، واختصاصه بأحدهما - ولا سيّما بالقضاة - فى غاية البعد، لو لم نقل: بأنّه مقطوع الخلاف.

وقوله عليه السلام : «فليرضوا به حكما» تعيين للحاكم فى التنازع، فليس لصاحب الحق الرجوع إلى ولاة الجور، ولا إلى القضاة.

ولو تُوُهِّمَ من قوله عليه السلام : «فليرضوا» اختصاصه بمورد تعيين الحكم، فلا شبهة فى عدم إرادة خصوصه، بل ذُكر من باب المثال، وإلاّ فالرجوع إلى القضاة - الذى هو المراد جزما - لا يعتبر فيه الرضا من الطرفين.

فاتضح من جميع ذلک: أنّه يستفاد من قوله عليه السلام : «فإنّى قد جعلته حاكما» أنّه عليه السلام قد جعل الفقيه حاكما فيما هو من شؤون القضاء، وما هو من شؤون الولاية.

فالفقيه وليّ الأمر فى البابين، وحاكم فى القسمين، ولا سيّما مع عدوله عليه السلام عن قوله: «قاضيا» إلى قوله: «حاكما» فإنّ الأوامر أحكام، فأوامر اللّه ونواهيه أحكام اللّه تعالى.

بل لا يبعد أن يكون القضاء أعمّ من قضاء القاضى، وأمر الوالى وحكمه، قال تعالى: «وَما كانَ لِمُوءْمِنٍ وَلا مُوءْمِنَةٍ إِذا قَضَى اللّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ»(١) وكيف كان لاينبغى الإشكال فى التعميم»(٢).

ثمّ تعرض لحلّ الشبهتين وقال: «قد تنقدح شبهة فى بعض الأذهان: بأنّ عبداللّه عليه السلام فى أيّام إمامته، إذا نصب للإمارة أو القضاء شخصا أو أشخاصا، كان أمده إلى زمان إمامته،

وبعد وفاته وانتقال الإمامة إلى مَنْ بعده يبطل النصب وينعزل الولاة والقضاة.

وفيها ما لا يخفى؛ فإنّه مع الغضّ عن أنّ مقتضى المذهب أنّ الإمام إمام حيّا وميّتا

١- ١ . سورة الأحزاب /٣٦.

٢- ٢ . كتاب البيع ٢/(٦٤٢-٦٣٩)

وقائما وقاعدا، أنّ النصب لمنصب - سواء كان نصب الولاة، أو القضاة، أو نصب المتولّى للوقف، أو القيّم على السفهاء والصغار - لايبطل بموت الناصب.

فمن الضرورىّ فى طريقة العقلاء، أنّه مع تغيير السلطان أو هيئة الدولة ونحوهما، لا ينعزل الولاة والقضاة وغيرهم من المنصوبين من قبلهم، ولا يحتاجون إلى نصب جديد.

نعم، للرئيس الجديد عزل من نصبه السابق وتغييره، ومع عدمه تبقى المناصب على حالها.

وفى المقام: لا يعقل هدم الأئمة اللاحقين عليهم السلام نصب الإمام أبيعبداللّه عليه السلام ؛ لأنّه يرجع إمّا إلى نصب غير الفقهاء العدول، وإرجاع الأمر إليهم، فمع صلاحية الفقهاء العدول - كما يكشف عنها نصب أبيعبداللّه عليه السلام إيّاهم - لا يعقل ترجيح غيرهم المرجوح بالنسبة إليهم عليهم، ولو كان عدلاً إماميّا.

وقد تقدّم: أنّه كالضرورىّ لزوم كون الوالى عالما بالقوانين، والجاهل لا يصلح لهذا المنصب، ولا لمنصب القضاء.

أو إلى إرجاعهم إلى ولاة الجور وقضاته، وهو ظاهر الفساد، كالإهمال لهذا الأمر الضرورىّ الذى تحتاج إليه الأُمم، ولا يعقل بقاء عيشهم إلاّ بذلک، فمن نصبه الإمام عليه السلام منصوب إلى زمان ظهور ولىّ الأمر عليه السلام .

مضافا إلى أنّ من الضروريّ فى الفقه أنّ نصبه باق، ولا زال تمسّک الفقهاء بمقبولة عمر بن حنظلة لإثبات منصب القضاء للفقهاء، كما أنّ من فهم منها الأعمّ استدلّ بها لذلک، وهذا واضح.

وهنا شبهة أُخرى، وهى أنّ الإمام عليه السلام وإن كان خليفة رسول اللّه صلى الله عليه و آله ووليّ الأمر، وله نصب الولاة والقضاة، لكن لم تكن يده مبسوطة، بل كان فى سيطرة خلفاء الجور، فلا أثر لجعل منصب الولاية لأشخاص لا يمكن لهم القيام بأمرها، وأمّا نصب القضاة فله أثر فى الجملة.

وفيها: أنّه مع وجود أثر فى الجملة فى جعل الولاية أيضا كما لا يخفى - فإنّ جعل

المرجع للشيعة يوجب رجوعهم إليه ولو سرّا فى كثير من الأُمور، كما نشاهد بالضرورة -

أنّ لهذا الجعل سرّا سياسّا عميقا، وهو طرح حكومة عادلة إلهيّة، وتهيئة بعض أسبابها، حتّى لا يتحيّر المفكّرون لو وفّقهم اللّه لتشكيل حكومة إلهيّة.

بل هو زائدا على الطرح بعثهم إلى ذلک، كما هو واضح.

ولقد تصدّى بعض المفكّرين لطرح حكومة وتخطيطها فى السجن؛ برجاء تحقّقها فى الآتى، ووفّق بعضهم لذلک حتّى فى عصرنا.(١)

فالرسول صلى الله عليه و آله عيّن خلفاء بخصوصهم، وهو الأئمة الأطهار - صلوات اللّه عليهم - ، وفى نصبهم وتعيينهم مصالح، منها: تحقّق أُمّة عظيمة بلغت فى الحال - بحمد اللّه - عددا كثيرا جدّا.

بل الغالب فى العظماء من الأنبياء وغيرهم الشروع فى الطرح أو العمل من الصفر تقريبا، فهذا رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، قد قام بالرسالة ولم يؤمن به فى أوّل تبليغه إلاّ طفل صغير السنّ عظيم الشأن، وامرأة جليلة.

ولكن قام بأعباء الرسالة ونشر الدعوة عن عزم راسخ، وإرادة قويّة، وقوّة قدسيّة، غير آيس من حصول مقصده، وجاهد وتحمّل المشاقّ طيلة حياته، حتّى بلغ الأمر إلى أن نشر الإسلام فى العالم، وبلغت عدّة المسلمين - فى الحال - قريبة من سبعمائة مليونا، وستزيد إن شاء اللّه «وَاللّهُ غالِبٌ عَلى أَمْرِهِ».

وأبوعبداللّه عليه السلام قد أسّس بهذا الجعل أساسا قويما للأُمّة وللمذهب؛ بحيث لو نشر هذا الطرح والتأسيس فى مجتمع التشيّع، وأبلغه الفقهاء والمفكّرون إلى النّاس - ولا سيّما إلى المجامع العلميّة وذوى الأفكار الراقية - لصار ذلک موجبا لانتباه الأُمّة والتفاتهم إليه، وخصوصا طبقة الشبّان، فلعلّه يصير موجبا لقيام شخص أو أشخاص بتأسيس حكومة إسلاميّة عادلة، تقطع أيادى الأجانب من بلاد المسلمين.

واللازم على العلماء الأعلام والمبلّغين أيّدهم اللّه تعالى أن يقوموا بهذا الأمر

١- ١ . قد مثّل فى مجلس بحثه بجواهر لعل نهرو فى الهند وأحمد سوكارنو فى الأندونزيا.

الحيوىّ، ويزيلوا اليأس من قلوبهم وقلوب الطلاّب والمحصّلين وسائر النّاس، فإنّه مبدأ الخمود والقعود عن الوصول إلى الحقّ»(١).

وقال الفقيه السيّدُ الگلپايگانى قدس سره : «يستفاد منها أنّ المرجع فى القضايا الواقعة بين المسلمين - ممّا لا يخلو منه زمان ولا مكان ويبتلى به الرعيّة وأكثر الأُمّة - هو العالم

بأحكامه تعالى والناظر فى حلاله وحرامه، وأنّ التمرّد عن أمره والتخلّف عن رأيه، وعدم الاعتناء بشأنه كالشرک باللّه والردّ عليه. فالعالم هو الذى ينفذ فى تلک القضايا أمره ويتّبع رأيه ونظره»(٢).

وقال آية اللّه السيّد محمّدمهدى الموسوى الخلخالى - مدظله - فى تقريب الاستدلال: «على أيّة حال لقد اعتبر أكثر الفقهاء هذا الحديث خاصّا بباب القضاء، ولا يُستفاد منه إلاّ ولاية القضاء؛ لأن السؤال والجواب الواردين فى ذلک الحديث راجعان إلى القاضى المخالف والموافق الذى قال الإمام عليه السلام فى مورده: «ينظران من كان منكم» (أى من الشيعة) أى انتخِبُوا قاضيا شيعيا.

المقبولة والولاية على شؤون القضاء: للقضاة المنصوبين من جانب الحكومات الإسلامية فى الأزمنة الغابرة والحاضرة نوعان من الصلاحيات والاختيارات (الولايات) التى هى لائقة بمقام القاضى وشأنه، مثل ولاية نصب القيّم على الأطفال الصغار، وعلى المجانين، والولاية على حفظ أموالهم، ورعايتها وأمثال ذلک، فهل يمكن إثبات هذا المقدار من الولايات لقاضى الشيعة (الفقيه الجامع للشرائط) بواسطة هذا الحديث أو لا؟

لقد حَصَرَ بعضُ العلماء مفادَ هذا الحديث بولاية القضاء، ونَفَوا أىَّ نوع آخر من الولايات الجزئية المذكورة من مفهوم هذا الحديث.

ولكنّ التفكيکَ بين ولاية القضاء، والولاية على شؤونها وإنْ كان ممكنا، ولكن حيث إنّ نصبَ قضاة الشيعة كان بهدف الاستغناء عن قضاة العامة، فإن الإنصاف يقضى

١- ٢ . كتاب البيع ٢/(٦٤٥-٦٤٢).

٢- ١ . الهداية إلى من له الولاية /٨٠٢، المطبوعة فى ضمن رسائل فى ولاية الفقيه.

بأن يكون قضاة الشيعة يتمتعون بجميع الولايات المذكورة، حتّى يتحقق الاستغناءُ الكاملُ وإلاّ بقى الشيعة حيارى فى الموارد المذكورة لا يعلمون إلى من يرجعون ليعيَّن - مثلاً - قيّمٌ لاِءيتامهم، وهذه

الولاية وإن أمكن إثباتها عن طريق ولاية الحسبة أيضا ولكن يجب الاعتراف والقبول بدلالة المقبولة، بالدلالة الالتزامية أيضا.

المقبُولة والولاية على التصرف فى الأُمور الاجتماعية: هل يدل الحديث المذكور على ولاية القضاء وشؤونها؟ وهل يدل أيضا على ولاية التصرف فى الأُمور الاجتماعية أو السياسية والتنفيذية أم لا؟

إن شمول المقبولَة بالنسبة إلى الموارد المذكورة يرتبط بثبوت الإطلاق فى ذلک

الحديث والذى يمكن بيانه كما يأتى:

أ: مصطَلَح المنازعة الذى ورد فى السؤال المذكور يعم المنازَعة فى الحق والباطل بلحاظ الشبهة الحكمية، أو الشبهة الموضوعية، والنزاع فى استنقاذ الحق القطعىّ المعلوم، بل ويشمل أيضا النزاعات، والاختلافات الواقعة فى آراء المجتمع ووجهات نظرهم التى هى أيضا نوع من أنواع النزاع، حيث إنّ الأوّل بحاجة إلى الفتوى، والثانى بحاجة إلى القضاء، والثالث بحاجة إلى السلطة التنفيذية، والرابع بحاجة إلى الحكومة، يعنى ولاية الأمر، على أن الصور الثلاث برمتها يمكن تصوُّرها فى مورد السؤال عن «الدَّين» و «الميراث»؛ لأنّه ربما يكون النزاع والتخاصم فى أصل وارثية أحد أو مدينيته وعدم معرفة الحكم الشرعى فى هذه الحالة تارة؛ وربما يكون من جهة الاختلاف فى الأداء وعدم الأداء للدين، أو تسلم الميراث وعدم تسلمه تارة أُخرى ؛ كما أنه يمكن أن يكون النزاع والتخاصم بسبب تسديد الدين الثابت أو الميراث القطعى والذى لا يحتاج استيفاؤه إلى الفتوى والقضاء لعدم وجود اختلاف فى أصل ثبوت الحق، بل المقام بحاجة إلى وجود قوةٍ تنفيذيةٍ وسلطةٍ مجريةٍ تأخذ الحق من الغاصب وتُسلّمه إلى صاحبه الحقيقى.

ويمكن أن نعتبر أن يكون فرض «التحاكم إلى السلطان وإلى القضاة» فى الحديث إشارة إلى كلا النوعين من النزاع (أى النزاع فى الحق والباطل، والنزاع فى أخذ الحق المعلوم) وعدم أخذه؛ لأنّ السُلطان يتمتع بسلطة تنفيذية، والقاضى لا يملک إلاّ السلطة القضائية،

وجعل هذين أحدهما فى مقابل الآخر فى السؤال المطروح فى الحديث الحاضر دليل على التنوع فى النزاعات التى يجب الرجوع فيها إليهم، ومن المعلوم أن وجود السلطة التنفيذية بدون الحكومة غير ممكن، والسلطة الحاكمة يحقّ لها التدخل فى الأُمور الاجتماعية.

ب: الدليل الآخر على التعميم عبارة عن كون لفظة الحاكم فى قوله عليه السلام : «فإنّى قد جَعَلتُه عليكم حاكما» تعم القاضى والوالى، يعنى أن الحاكم هو الذى يمتلك منصبَى القضاء والتنفيذ؛ لأن منصب القاضى كان منفصلاً عن منصب الوالى فى الحكومات الإسلامية الماضية، إذ كان القاضى يمتلك السلطة القضائية، والوالى يمتلك السلطة التنفيذية، وقد أعطى الإمام عليه السلام هذين المنصبين كليهما إلى الفقيه تحت عنوان «الحاكم» وعلى هذا تكون بين الحاكم وكل من الوالى والقاضى نسبة العموم المطلق؛ والحاكم - فى تعبير الحديث - يشمل سمة القضاء وولاية الأمر والقيام بحفظ النظام، والأعمال التنفيذية

أيضا.

والشاهد على هذا التعميم المذكور فى السؤال المطروح فى الحديث حول الرجوع والتحاكم إلى السلطان والقاضى.

سؤال: أليسَ هذا التعميم لغوا لأنّ فقهاء الشيعة كانوا يفقدون فى عصر صدور هذا الحديث الشريف كل سلطةُ تنفيذية فى ظلِّ الحكومات التى كانوا يعاصرونها، ولم يكن فى إمكانهم أن يفعَلوا ما أشار إليه الحديث؛ لأن السلطات التنفيذية كانت برمتها فى قبضة القوى والأطراف المخالفة لأهل البيت عليهم السلام ؟

الجواب: إن الأحكام الشرعية تُشرَّع دائما فى قالب وصورة القوانين الكلية العامة، ولا يُلاحَظ فيها زمن خاص، فيُفتَرض فيها أن تأخذ مجراها إلى التطبيق العملى كلما سنحت الفرص، وواتت

الظروف، وعلى هذا الأساس لا مانع من أن يكون الإمام عليه السلام قد فوّض سمة الحكومة إلى الفقهاء وإن لم يمكن ممارسة هذه الحكومة فى فترة خاصة من الزمن ولكنها تتحقق فى الظرف المؤاتى.

ولكن المشكلة هى فى تعميم لفظة المنازعة – فى الحديث المذكور – بالنسبة

ص: ٢٥٣

لموارد سلب الحق القطعىّ يعنى أن صدق المنازعة خاص بموارد الاختلاف فى الحق والباطل.

أما فى مورد الامتناع عن أداء الحق القطعى ورد الغصب الحقيقى فلا يصدق عليه عنوان النزاع والتحاكم بل يصدق فقط فى ما إذا كان هناك تظلّم وتَشَكٍّ من الظالم؛ لأن المفروض هنا عدم وجود مُدَّع ومنكر، بل امتناعٌ عن أداء الدَّين أو الميراث القطعى، ولا يحضر فى المقام الظالمُ والمظلومُ عند الحاكم بعنوان التحاكم (أى طرح النزاع والمطالبة بإجراء العدالة) ليقال فتحاكما إلى السلطان (وإلى القاضى)، بل هنا غاصِبٌ يجب أن يُستحضَر ويُجلَب ويؤخَذَ منه الحق، ويعطى إلى صاحبه.

وعلى هذا الأساس فإنّ مورد السؤال فى هذا الحديث هو خصوص الاختلاف فى الحقّ والباطل من جهة الحكم الشرعى الكلّى، أو التشخيص الجزئى، وربما مارس السلطانُ القضاءَ أحيانا كما كان أميرالمؤمنين عليه السلام نفسه يتولى القضاء ويمارسه مع الاحتفاظ بسمة ولاية الأمر والحاكمية على البلاد الإسلامية، وكذلک كان صغار الولاة أيضا.

ولكن مع كلِّ هذا يجب أن نقبل بتعميم لفظ «الحاكم» لغير موارد الخصومة مثل

إصدار الأوامر فى القضايا الاجتماعية والتنفيذية والزام المتخلفين، وحكم الحاكم فى قضية الهلال وجميع الموضوعات غير القضائية كذلک؛ لأن لفظة «الحكم» ليست خاصة بموارد الخصومات، ولهذا السبب تُطلَق كلمة الحكم على الأوامر والنواهى الشرعية إلزاميةً وغير إلزامية، ويُعَبَّر عنها ب–

«الأحكام الخمسة»، وكذا تُسْتَعمل كلمة «الحكم» فى آيات القرآن الكريم، فيما هو أعم من موارد الخصومة مثل قوله تعالى: «فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ عَمّا جاءَکَ مِنَ الْحَقِّ»(۱).

والحكم فى هذه الآية هو الأعم من الأمر والقضاء. وكذا فى قوله تعالى: «إِنَّ اللّهَ

۱- ۱ . سورة المائدة /٤٨.

يَحْكُمُ ما يُرِيدُ»(۱). ولهذا السبب يشمل حكم الحاكم الموضوعات غير القضائية مثل الحكم بثبوت الهلال، أيضا وإن كان هناک كلام فى حجيته.

والحاصل أن مورد السؤال فى المقبولة وإن كان خصوص الموارد القضائية ولكن جواب الإمام عليه السلام أعمّ، ولهذا يمكن اعتبار مفاد المقبولة أعم من ولاية القضاء وولاية الحكم والحكومة. «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما»»(۲).

هذا غاية ما يمكن أن يقال فى تقريب الاستدلال بالمقبولة.

ولكن جماعة من الأصحاب لم يقبلوا هذا التقريب واختصوا المقبولة بباب القضاء ورفع الخصومات والمنازعات وناقشوا فى التقاريب:

فمنهم: المولى صالح المازندرانى (م ۱۰۸۱) قال: «الحاكم وهو القاضى»(۳).

ومنهم: المولى رفيع الدين محمّد بن حيدر النائينى رحمه الله الشهير بالميرزا رفيعا (م ۱۰۸۲) قال: «قوله عليه السلام : «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما» أى قد صيّرته حاكما عليكم، أو قد وصفته بكونه حاكما عليكم، وحكمت بذلک، وسمّيته بالحاكم.

يقال: جعل فلان زيدا أعلمَ النّاس: إذا وصفه بذلک وحکم به. ومنه قوله تعالى: «وَجَعَلُوا الْمَلائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبادُ الرَّحْمنِ إِناثا»(٤) أى وصفوهم بذلک، وحکموا بکونهم إناثا.

وعلى الأوّل يکون حکومة المجتهد بنصبه عليه السلام لها، فلا يثبت له حکومة بدون النصب ما لم يدلّ دليل آخَرُ.

وعلى الثانى يکون المجتهد متّصفا بالحکومة، ويکون قوله عليه السلام مبيّنا لاتّصافه بها.

والثانى أولى؛ لوجوه:

منها: أنّه لم يکونوا عليهم السلام فى تلک الأعصار ينصبون الحکّام.

١- ٢ . سورة المائدة /١.

٢- ٣ . الحاکمية فى الإسلام /(٦١٤-٦٠٩).

٣- ٤ . شرح اصول الکافى ٣٣٧/١.

٤- ٥ . سورة الزخرف /١٩.

ومنها: أنّهم لو نصبوا لأعلموا النّاس بنصب الفقيه للحکومة ابتداءً ولکان هذا من المعلوم عند الإماميّة، ولو کان لنُقل، وإذ لم ينقل علم أنّه لم يکن.

ومنها: أنّه لم يُعهد نصب غيرالمعيّن.

ومنها: أنّ الضرورة ماسّة بحکومة الفقيه: أمّا عند الغيبة، فظاهر، وأمّا مع ظهور الحجّة، فلعدم إمکان رجوع الکلّ فى کلّ الأحکام إلى الحجّة لا بوسط وحکومته بمعنى کونه جائز الحکم بعد ما تحاکما

إليه نافذَ الحكم حينئذٍ، وظهور الحجّة وغيبتُه سواء فى ذلک، ويكون حكومة اُخرى لشخصٍ بخصوصه بنصب الحجّة عند ظهوره وتمكّنه.

ولو حمل على الأوّل فإمّا أن يُحمل على نصبه عليه السلام للفقيه فى عصره وفى الأعصار بعده، أو على نصبه فى عصره.

وعلى الأوّل فيكون الفقيه منصوبا ما لم ينعزل بعزله، أو بعزل مَن يقوم مقامه.

وعلى الثانى ينقضى أيّام نصبه بانقضاء أيّامه عليه السلام حيث يكون الحكم لغيره بعده.

ويحتمل الحكم بنصبه بعده ما لم ينعزل؛ لاتّحاد طريقتهم عليهم السلام واستحسان اللاحق ما حسّنه السابق منهم، وكون المتأخّر خليفةً للمتقدّم؛ فما لم يظهر منه خلاف ما جاء من المتقدّم حُكم بإبقائه له.

والظاهر من الحاكم القاضى - وهو الذى يحكم فى الوقائع الخاصّة ويُنفذ الحكم كالحَكَم - لا المفتى، وهو المبيّن للحكم الشرعى عموما»(١).

ومنهم: العلاّمة المجلسى رحمه الله قال: «قوله عليه السلام «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما»، اُستدلَّ به على أنّه نائب للإمام فى كلّ أمر إلاّ ما أخرجه الدليل ولا يخلو من إشكال، بل الظاهر أنّه رخّص له فى الحكم فيما رفع إليه، لا أنّه يمكنه جبر النّاس على الترافع إليه أيضا، نعم يجب على النّاس الترافع إليه والرضا بحكمه»(٢).

ومنهم: صاحب الحدائق قال: «غاية ما تدلّ [المقبولة] عليه الترافع إليه فى

١- ١ . الحاشية على اصول الكافى /(٢٢٦-٢٢٤) ونقل عنه المجلسى فى مرآة العقول ٢٢٣/١ تحت عنوان: «قال بعض الأفاضل»، وقال فى آخره: «ولا يخفى متانته ويمكن المناقشة فى كثير منها».
٢- ٢ . بحارالأنوار ٢٢٢/٢ (٣٤٩/١)؛ مرآة العقول ٢٢٣/١.

الحكم والفتوى، وأنّه منصوب من قبلهم عليهم السلام لذلك لا بالنسبة إلى الولاية على مال يتيم أو نكاح بالغ غير رشيد، أو من تجدد له الجنون أو السفه بعد البلوغ أو نحو ذلك، فإنّه لا أثر لشيء من ذلك فى الأخبار وإنّما ذلك فى كلامهم»(١).

ومنهم: الفاضل المراغى قال فى شأن مقبولة ابن حنظلة ورواية أبيخديجة الماضية: «وهذه الأخبار أيضا لا تقتضى الولاية إلاّ فى الفتوى والقضاء، ولا تدلّ على كونه وليّا مطلقا له التصرف كيف شاء، نعم تدلاّن على اعتبار حكمهم وفتواهم كما استدلّ بهما الأصحاب، مع ما فيهما من البحث والإشكال»(٢).

ومنهم: المحقّق الخراسانى رحمه الله قال: «ظهور كونهم حاكما وقاضيا فى خصوص رفع الخصومة كما يشهد ملاحظة المقبولة والمشهورة»(٣).

ومنهم: قال المحقّق الأيروانى: «المقبولة والمشهورة صريحتان فى الحكومة فلا وجه للتمسّک بها على عموم النيابة»(٤).

ومنهم: المحقّق الاصفهانى فى تقريب الاستدلال بالمقبولة وأنّها لا تعمّ السياسات وحفظ البلاد والعباد ونظامها قال: «إمّا بتقريب: أنّ المراد بالحاكم ما هو المتعارف من نصب السلطان للحاكم الذين يتصدون الأُمور العامة المتعلقة بالرعية، وإمّا بأنْ يراد منه القاضى نظرا إلى كونه مورد السؤال، والتحاكم هو الترافع إلى القاضى، وقوله عليه السلام : «فإذا حكم بحكمنا» أى قضى إلى غير ذلک من الشواهد، لا الحاكم بمعنى الوالى والرئيس، إلاّ أنّ جملة من الامور المحتاج إليها - من حفظ مال الغائب والقاصرين وتولى اُمورهم بنصب القيّم لهم - من لوازم المنصوب قاضيا؛ وإنْ كان أجنبيا عن حيثية القضاوة، كما هو المرسوم فى الحكومات الإسلامية من كون التصدى لأمثال هذه الامور

۱- ۱ . الحدائق ۲۳۹/۲۳.

۲- ۲ . العناوين ۵۷۰/۲.

۳- ۳ . حاشية المكاسب /۹٤ و ۷۰.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ۳۷٤/۲.

من شؤون القاضى، فجعله قاضيا - كما ورد التعبير به فى رواية أُخرى(۱) - يستلزم الولاية على هذه اللوازم.

نعم هذا المعنى أخص من الحاكم بالمعنى الأوّل، فإنّ الحاكم بالمعنى الأوّل مرجع جميع الامور المهمة المرتبطة بحفظ البلاد والعباد وتدبير شؤونهم، بخلاف المعنى الثانى فإنّه أجنبى عن جملة من تلك الامور كما يظهر بالمراجعة إلى شؤون القضاة، فإنّها لا تتجاوز دائرة الشرعيات ولا تعم السياسات»(۲).

ومنهم: المحقّق الشهيدى قال: «ويتجه الخدشة فى الاستدلال بهما [المقبولة والمشهورة] على ولاية الفقيه بأنّ المتيقّن من أمثالهما بعد ملاحظة صدرها نصبه عليه السلام الفقيه لخصوص القضاء وقطع التخاصم؛ اللّهم إلاّ أن يدّعى أنّ جميع أنحاء الولايات داخلة فى مفهوم الحاكم القاضى، فإعطاء منصب القضاوة للفقيه فى مورد فصل الخصوصمات يوجب إعطاء جميع أنحاء الولاية له، إلاّ أنّه مشكل جدا سيّما فى لفظ القاضى؛ لأنّه [القضاء] - على ما حقّقناه فى جامع الدلالات فى القضاء والشهادات - ليس كما يظهر من القوم من كونه من المشترك اللفظى، بل هو موضوع لمعنى جامع لشتات جميع ما قيل بوضعه له من المعانى، وهو إنهاء الأمر وإيصاله إلى غايته، وأنّ إطلاقه على من له ولاية فصل الخصومة إنّما هو بلحاظ إنهائه الخصومة وختمه، وأنّ تعريفه فى كلمات جماعة بالولاية الشرعية على الحكم وعلى المصالح العامة ممّا لا داعى إليه، بل ينافيه قولهم بوجوب القضاء

كفاية أو عينا على اختلاف الحالات؛ لأنّ الولاية ليست من قبيل الأفعال، فلا يتّصف بالوجوب وغيره من الأحكام.

وكذلک الكلام فى لفظ «الحاكم» فإنّه من الحكم، وهو - كما بيّناه فى كتابنا المذكور - عبارة عن إخراج متعلّقه عن التردّد والاحتمال، ومن الواضح أنّ هذين المفهومين لم يؤخذ فيهما نحو من أنحاء الولاية فضلاً عن جميعها، فتدبّر جيّدا.

١- ٥ . وسائل الشيعة، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، ح١.

٢- ١ . حاشية المكاسب ٣٨٧/٢ و ٣٨٨.

أو يدّعى أنّ الولاية وإن لم تدخل فى مفهومها إلاّ أنّ بعض الولايات - كولاية الحكم فى غير مورد التخاصم كما فى الهلال، والولاية على القصّر والأوقاف - من شؤون القاضى ومن له الحكم فى الخصومات، ويكشف عن ذلک ثبوت هذه الولايات لقضاة الجور بزعمهم الفاسد وتصديّهم له، وأنّها من شؤون القضاة عندهم، كما لعلّه يفصح عن ذلک خبر محمّد بن إسماعيل: «قد مات رجل من أصحابنا ولم يوصِ، فرفع أمره إلى قاضى الكوفة، فصيّر عبدالحميد القيّم بماله...»(١)، الخبر، حيث إنّه يدلّ على أنّ نصب

القيّم على مال اليتيم شغل القاضى، فإذا نصب الإمام الفقيه قاضيا يثبت له جميع شؤون القضاوة التى منها ما ذكر، وكون مورد أدلّة النصب هو التنازع لا ينافى ذلک؛ إذ مجرّد ذلک لا يوجب رفع اليد عن ظهور جعله قاضيا فى ذلک.

ويؤيّده أنّ الإمام عليه السلام فى مقام ردع الشيعة عن التحاكم إليهم وجعل راوى أحاديثهم والعارف بأحكامهم قاضيا فى مقابلهم، وقضيّة المقابلة أن يكون مثل القاضى المنصوب من قبل سلطان الجور

فی جمیع ماله من الشؤون والوظائف، مع أنّ الحکمة فی النصب إنّما هو رفع احتیاج الشیعة إلی قضاة الجور، ولا یحصل ذلک إلاّ بما ذکر.

والحاصل: أنّ کلّ ما کان من شؤون قضاة الجور، فهو ثابت للفقیه فی زمان الغیبة، والظاهر أنّ الولایات الثلاث المذکورة وظیفة قاضی الجور کما هو المشاهد فی عصرنا فتکون للفقیه أیضا، وأمّا سائر الولایات والمناصب، فالمرجع فی تعیین أنّها من وظائف قضاتهم حتّی یکون لقضاتنا أیضا أم لا، هو الرجوع إلیهم وتتبّع السیر والتواریخ.

ویمکن الخدشة فی هذه الدعوی بأنّها وإن کانت من شؤون القاضی عند العامّة بلا کلام فیه، إلاّ أن الکلام فی وجه ذلک.

فإن کان من جهة دخولها فی مفهومه، ففیه: أنّ مرجعه إلی الدعوی الأُولی وقد مرّ الکلام فیه.

وإن کان من جهة کونها من لوازم مفهوم القضاء وإنهاء أمر الخصومة عقلاً أو عادة،

۱- ۲ . وسائل الشیعة ۳٦۳/۱۷، ح۲.

ففیه: منع واضح للقطع بعدم الملازمة بینهما کذلک.

وإن کان من جهة جعل الجاعل وإعطائه هذه الولایات لمن جعل له ولایة القضاء، ففیه: أنّه أمر ممکن إلاّ أنّه لابدّ فی الحکم بوقوعه فی الشرع من دلیل یدلّ علیه، وهو منتفٍ؛ ضرورة أنّ دلیل نصب القاضی لا یدلّ إلاّ علی إعطاء منصب القضاء، وقد مرّ أنّه لا ملازمة بینه وبین سائر المناصب والولایات کی یدلّ علیه بالالتزام، ومجرّد ثبوت شؤون أُخر لمن له القضاوة بواسطة جعل سلاطینهم لا یوجب ثبوتها لقاضی الإمام علیه السلام بواسطة جعله، والمقابلة بین الأمرین إنّما تقتضی

المساواة بينهما فيما كانت المقابلة فيه لا مطلقا، وهو فى المقام فى أحد المتقابلين أعنى قاضى الجور جهة القضاوة خاصّة لا هى بتمام شؤونها، ولا أقلّ من الشک، وهو كافٍ.

ومن هنا ظهر الحال فى مسألة الحكمة؛ فإنّها رفع الاحتياج إليهم فى جهة القضاء فقط؛ لعدم احتياجهم إليهم فى سائر الجهات مثل الولايات الثلاث المتقدّم ذكرها؛ لثبوتها لكلّ واحد من عدول المؤمنين.

فقد تحصّل من جميع ما ذكرنا هنا وفى الحواشى المتقدّمة أنّه لا دليل على ولاية الفقيه على الوجه الأوّل(۱) فى شىء إلاّ القضاء، فتدبّر»(۲).

ومنهم: آية اللّه السيّد محسن الحكيم رحمه الله قال: «وأمّا الحاكم فى المقبولة فالظاهر منه من له وظيفة الحكم، امّا بمعنى الحكم بين النّاس فيختصّ بفصل الخصومة، أو مطلقا فيشمل الفتوى كما يناسبه العدول عن التعبير بالحكم إلى التعبير بالحاكم، حيث قال عليه السلام : «فليرضوا به حكما، فإنّى قد جعلته عليكم حاكما»، مضافا إلى ما يأتى مثله فى المشهورة، وليس له ظهور بمعنى السلطان أو الأمير كى يكون له ولاية التصرف فى الأُمور العامّة، فضلاً عن أن يكون بمعنى من له الولاية المطلقة بالتصرف فى النفوس والأموال.

ودعوى أنّ إطلاق الحكم الّذى جُعل من وظائفه يقتضى ذلک، فانّ قولنا: زيد له

۱- ۱ . «أعنى استقلاله فى التصرف» المكاسب ۳/۵۵۱.

۲- ۲ . هداية الطالب ۳/(۲۵۷-۲۵۵).

الحكم، مثل قولنا: زيد له الأمر، ظاهر فى نفوذ جميع تصرّفاته التشريعية والتكوينية، مدفوعة بأنّ ذلک المعنى يأباه قوله عليه السلام : «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه – الخ»، فإنّه ظاهر فى الحكم المتعلّق بفعل المكلّف، فلاحظ»(١).

ومنهم: المحقّق الشيخ أبوالحسن الشعرانى قال فى تعليقاته على الوافى: «الظاهر من جعل رجل حاكما تفويض جميع مناصب القاضى لا مناصب الإمام إليه إلاّ أن مورده التراضى والتحكيم وكما يحتمل تقييد اطلاق الحكومة بالتراضى كذلک يمكن حمل قيد التراضى على الغالب، إذ لما لم يكن الفقهاء فى عصر الأئمة متمكنين من اجبار المدعى عليه وإنفاذ الحكم قهرا عليه لم يذكر فى الحديث إلاّ مورد التراضى.

ومثل هذا لا يدلّ على تقييد المطلق أعنى «قد جعلته حاكما» مثل ما ورد أن الاستطاعة هى الزاد والراحلة والتقييد بالراحلة وهى الدّابة لا يوجب تقييد اطلاق من استطاع إليه سبيلاً فتحصل الاستطاعة بغير الدّابة أيضا فقوله «قد جعلته عليكم حاكما» مطلق يشمل جميع وظائف القضاة ولا يقيد بالمورد المذكور فى الرواية نعم هذه دلالة

ضعيفة وتتم هنا بالاجماع ودليل العقل. إذ لا يستقيم أمر النّاس زمان الغيبة إلاّ بقاض ينفذ حكمه ولو مع عدم تراضى المتحاكمين فلابدَّ إمّا أن يترک الترافع مطلقا. ويترک الصغار والمجانين والسفهاء بلا قيم ويهمل أمورهم وإمّا أن يرجع فيها إلى العلماء العدول أو إلى العوام الفساق فهذا هو دليل ولاية الفقيه ويجعل ماسوى ذلک من الأحاديث به تام الدلالة»(٢).

ومنهم: آية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى قال فى نقد تقريب استاذه العراقى: «هذا ولكن الإنصاف أنه لا يتمّ هذا الاستدلال، وإنّما عيّن الإمام عليه السلام فى هذه الرواية مرجعا للقضاوة فقط، وإن كان شأن الحاكم والقاضى فى السابق مطلق التصرفات، حيث أن الرواية من جهة المراجعة إليهم فى سائر الأمور والردع والإمضاء ساكتة.

١- ٣ . نهج الفقاهة /٤٩٤.

٢- ١ . الوافى ٢٨٧/١.

لا يقال: إذا لم يثبت منه عليه السلام ردع عن المعنى المرتكز فى الأذهان، وكون الشخص المذكور مما لابدّ من وجوده، فيكفى ذلک - أى عدم الردع - فى إثبات المطلب.

فإنّه يقال: لو كان إرتكاز هذا المطلب مسلّما فى الأذهان فبمقدمات عدم الردع يتم المطلب ولا يرتبط بالرواية أصلاً، مع أنه لا يلزم من تعيين الحاكم بمعنى القاضى وعدم دلالته على ثبوت مطلق الشؤون الثابتة للقاضى أو للحاكم بالمعنى الأعم للفقيه. ردع عما كان مرتكزا عند النّاس، ومنهم الراوى مع معرفته بالإمام عليه السلام وأنه بنفسه الشريفة يكون حقه السلطنة العامة، وأنّ الأمور لابدّ أن ترجع إليه كمراجعة النّاس إلى السلطان الجائر.

نعم، لو كان الإرتكاز المذكور مسلّما وكان المفروض زمان عدم حضور الأمام عليه السلام ، كان عدم الردع عنه دليلاً على المطلب، ولكن المفروض خلافه. فلِمَ لا يمكن أن تكون هذه الأمور مما لابدّ أن ترجع إلى ذاته المقدّسة عليه السلام كما كان مرتكزا فى الأذهان عموما وخصوصا فى نفس الراوى؟ وإنّما هو عليه السلام عَيّن أشخاصا بين النّاس لخصوص القضاوة، كما أنّ حال سلاطين الجور كان كذلک. ولعمرى هذه الطريقة أشدّ ارتكازا عمّا إدعاه شيخنا العراقى قدس سره وأقرب إلى عدم الردع بعد كون أصحاب الأئمة عليهم السلام متلبّسين بطريقة المخالفين وخلفائهم، وكونهم عارفين بشؤون الأئمة»(١).

ومنهم: الفقيه الشريعتمدارى قال: «وأمّا استدلاله؛ بمقبولة عمر بن حنظلة، فيرد

أنّ القرينتين المنقولتين عن الشّيخ رحمه الله غير تامّتين من جهة المورد، ومن جهة استعمال كلمة الحكومة. أمّا عدم مناسبتها فلانّ المستفاد من صدرها وذيلها أنّها فى مقام نصب القاضى والحاكم فى مورد الإختلاف، والتّنازع فى دين أو ميراث؛ وفى هذا المورد صرّح الإمام عليه السلام أنّه لا يجوز

التّرافع إلى الطّاغوت وسلطان الجور، بل يجب الرّجوع إلى قاضى الشّيعة، حيث قال عليه السلام : «فليرضوا به حكما، وانّى قد جعلته عليكم حاكما».

فبناء عليه الاستظهار من كلمة الحاكم المعنى الأعمّ من دون ملاحظة قرائن

ص: ٢٦٢

١- ٢ . كتاب القضاء /٥١.

المقام، ومناسبة المورد. ومن دون ملاحظة الرّبط العلّى بين هاتين الجملتين - جملة: «فليرضوا به حكما»، و جملة: «انّى قد جعلته عليكم حاكما» - لا يصحّ خصوصا بملاحظة ما ورد فى باب القضاء من أنّ الحكومة استعملت فى هذا الباب فى معنى القضاء، فلم يعلم كون المراد من الحاكم المعنى المصطلح اليوم من كون معناه صاحب الاختيار، حتّى أنّه لم يعلم أنّ المراد من الحكم فى قوله تعالى: «يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِيفَةً فِى الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ»(١) المعنى الاعمّ من القضاء، بل يمكن أن يكون راجعا إلى قضاء داود فى مورد الاختلاف والتّنازع»(٢)... «بالجملة؛ صدرُ الرواية وذيلُها، يُستفادُ منه أنّ المراد، نصبُ القاضِى ونصبُ الحاكم فى موردِ الاختلافِ.

وبعبارةٍ اُخرى هاتين الجملتين كان بينهما ربطٌ علِىٌّ وهكذا الجملتان: جملة: «فَلْيَرضُوا به حكما» وجملة: «وَإنّى قد جَعَلتُه حاكما»؛ فالرّبط بينهما، ربطٌ علىٌّ وأنَّ طريقَ إجراء مورد الاختلاف، الحكمُ اِللّهىُ المَلَكُوتىّ، يعطينا أنّ موردَ النّظر، إنّما هو مسألةُ القضاوَةِ لا الأعمُّ منها؛ فَالاستظهارُ من كلمة الحاكم بالمعنى الاعمِّ من دونِ قَرائنِ المقام ومن دون الرّابطة العِلِّيَّةِ وشَأْنِ نُزولِ القضيّة، لا يصحّ خُصوصا بملاحظة ما وَرَدَ فى باب القضاء من أنّ الحاكم، اِستَعمل فى هذا الباب بمعنى القَضاء فلم يعلم كون المراد من الحاكم بالمعنى المصطلح اليومِ من كون معناه، صاحِبَ الاختيار حتّى انّه لم يعلم أنّ المراد من قوله تعالى: «يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِيفَةً فِى الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ»، راجعةٌ إلى قَضاءِ داود عليه السلام الّذى هو خليفةٌ فى مواردِ الاختلاف لا المعنى الاعمّ من القضاء

فَدعوى الشّيخ رحمه الله ظُهورَ المعنى لكلمة الحاكم، انّما المعنى العَجَمِيُّ لا فى مورد استعمالِ العربِ والأئمة عليهم السلام »(٣).

ومنهم: المحقّق السيّد الخوئى قال فى نقد تقريب استاذه النائينى: «وفيه: أنّ المرسوم فى تلك الأزمنة هو جعل الوالى والقاضى دون الحاكم والقاضى، لأنّ الحاكم

١- ١ . سورة ص /٢٦.

٢- ٢ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٧٠/٤.

٣- ٣ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٩١/٤.

مرادف للقاضى كما هو ظاهر وإنّما المغاير له الوالى وهو عبارة عمّن يتولّى الأُمور، ولم يقل إنّى جعلته عليكم واليا وإلاّ لتّمت الدلالة على المدّعى بأوضح وجه، ومن الغريب أنه قدس سره أيّد مدّعاه بما ورد فى صدر الحديث من التقابل بين السلطان و القاضى وهو يدلّ على تغاير الحاكم والقاضى. ولا يخفى ما فيه بعد ما ذكرناه من أنّ الحاكم بمعنى القاضى ويقابله الوالى والسلطان، ويشهد لما ذكرناه أمران:

الأوّل: قوله عليه السلام بعد تلك الجملة: «فإذا حكم بحكمنا» فإنّه لا يراد منه إلاّ القضاء.

الثانى: أنّ الحديث إنّما ورد فى المرافعة والمناسب لها هو القضاء دون الولاية كما لا يخفى»(١).

ومنهم: آية اللّه الاستاذ المنتظرى قدس سره قال فى نقد تقريب استاذه الإمام الخمينى رحمه الله : «ولكن مع ذلك كلّه يمكن أن يناقش فى الاستدلال بالمقبولة على نصب الفقيه واليا بوجوه:

الأوّل: ما ذكرناه فى الفصل السابق من الإشكال فى النصب العامّ ثبوتا بشقوقه الخمسة، فراجع. وإذا فرض عدم الإمكان ثبوتا لم تصل النوبة إلى مقام الإثبات. ولو فرض وجود ظاهر يدلّ عليه وجب تأويله بأن يحمل على بيان الصلاحية لا الفعلية، وإنّما تتحقّق الفعلية بالرضا والانتخاب ولذا قال: «فليرضوا به حكما». وانّما أمر بذلک ردعا عن انتخاب الجائر أو انتخاب غير من ذكره من الفقيه الواجد للشرائط، فتأمل.

الثانى: أنّ الولاية بالنصب كانت ثابتة عندنا للإمام الصادق عليه السلام بنفسه، وبعده أيضا للأئمة من ولده، فما معنى نصب الفقهاء ولاة بالفعل مع وجوده وظهوره؟ ولو قيل بعدم السلطة له بالفعل، قلنا إنّ الفقيه المنصوب من قبله أيضا كذلک.

والسائل سأل عن المرجع للمحاكمات فى عصر الإمام الصادق عليه السلام ، فلا مجال لِاءَنْ يُقالَ إنّ النصب منه عليه السلام كان لعصر الغيبة فإن السؤال على هذا يبقى بلا جواب ويصير المقام من قبيل استثناء المورد وهو قبيح.

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٦٩/٢.

نعم، يعقل نصب القاضى للمخاصمات الواقعة بين الشيعة لعصر الإمام الصادق عليه السلام

أيضا بعد عدم جواز الرجوع إلى قضاة الجور.

ومورد السؤال أيضا التخاصم، كما إنّ مورد نزول الآية المستشهد بها أيضا كان هو النزاع والتخاصم، كما مرّ.

والمجعول فى خبر أبيخديجة بنقليه أيضا هو منصب القضاء.

والمرجع للأُمور الحسبيّة وولاية الغيّب والقصّر والممتنع أيضا كان هم القضاة، كما هو المتعارف فى عصرنا أيضا. وقد ذكر الماوردى [الشافِعىّ] وأبويَعْلى [الحنبلىّ] أن نظر القاضى يشتمل على عشرة أحكام أحدها فصل الخصومات، فراجع.

وذكر السلطان فى المقبولة ومشهورة أبيخديجة أيضا كان من جهة أن المرجع للقضاء فى الأمور المهمة المعتنى بها كان هو شخص السلطان، مضافا إلى أن التنفيذ والإجراء أيضا كان بقدرته وقوّته، ولولاه لم يتمكّن القضاة من تنفيذ أحكامهم.

اللهم إلاّ أن يجاب عن هذا الإشكال بأنّه ليس المقصود الاستدلال بالمقبولة لجعل الولاية الكبرى للفقيه، بل الإمارة والعمل من قبل الإمام المعصوم، كما فى العمّال المنصوبين من قبل الخلفاء. نظير مالک الأشتر من قبل أميرالمؤمنين عليه السلام .

فَيَصِحُّ نصب الفقهاء لذلک فى عصر الحضور وعصر الغيبة معا غاية الأمر كون تصرّفاتهم فى زمن عدم بسط اليد محدودة، فتأمّل.

الثالث: إنّ الظاهر أنّ الإمام الصادق عليه السلام لم يكن بصدد الثورة ضد السلطة الحاكمة فى عصره لكى ينصب واليا فى قبالها، لعدم مساعدة الظروف على ذلک. بل كان بصدد رفع مشكلة الشيعة فى عصره فى باب المخاصمات. كيف؟ ولم يعهد تدخّله عليه السلام بنفسه فى المسائل الولائية المرتبطة بالولاة مع كونه حقّا له عندنا، فكيف ينصب لذلک الفقهاء فى عصره؟

وكون النصب لعصر الغيبة دون عصره مساوق للإعراض عن جواب السؤال ولاستثناء المورد وهو قبيح، كما مرّ.

اللّهم إلاّ أن يقال: إنّ القضاء كما مرّ ليس منجازا عن الولاية الكبرى، بل هو من

شؤون الوالى. فالإمام عليه السلام جعل الولاية الكبرى للفقيه لعصره ولما بعده غاية الأمر أنّ هذا الجعل بالنسبة إلى عصره كان منشئا للأثر بالنسبة إلى خصوص القضاء والأمور الحسبية فقط، ولعلّه فى الأعصار المتأخرة يفيد بالنسبة إلى جميع الآثار كما تراه فى عصرنا حيث تهيأ الجوّ لإقامة دولة إسلامية فى إيران.

ويكفى فى الابتلاء بموضوعٍ، الابتلاء ببعض شؤونه.

ويؤيّد ذلک أنّه عليه السلام بعد ما أرجع المتخاصمين إلى من وجد الصفات المذكورة وأمر برضاهما به حكما قال: «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما». إذ الظاهر من هذا التعبير أنّ الذيل بمنزلة التعليل لما سبقه، وقد مرّ أن لفظة «عليكم» قرينة على إرادة الولاية وإلاّ كان الأنسب أن يقول: «بينكم». فيكون المراد: «إنّى جعلت الفقيه واليا عليكم»، فهو بجهة ولايته المشروعة يصحّ منه القضاء فيجب أن يرضوا به حكما.

وإنّما قال ذلک مع أنّ قضاء الوالى وَقُضاتهِ نافذ ولا يشترط فيه رضا الطرفين، لأنّ الوالى المتسلّط وقضاته تكون لِحُكْمِهِمْ ضمانة إجرائية وأمّاالوالى الذى نصبه الإمام الصادق عليه السلام فهو نظير نفس الإمام لم تكن ضمانة إجرائية لحكمه إلاّ إيمان الشخص ورضاه، ولأجل ذلک أيضا عبّر بلفظ «الحكم»، الظاهر فى قاضى التحكيم المنتخب برضا الطرفين.

وبالجملة، فالذيل كبرى كليّة ذكرت علّة للحكم، فيجب الأخذ بعمومها.

الرابع: أنّ الحكومة ومشتقّاتها قد غلب استعمالها فى الكتاب والسنة فى خصوص القضاء، كقوله تعالى: «وَإِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»(١)، وقوله: «وَتُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقا مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْأِثْمِ»(٢).

وفى حديث ابن فضال نقلاً عن خَطّ أبيالحسن الثانى عليه السلام فى تفسير الآية: «الحكام: القضاة».(٣)

١- ١ . سورة النساء /٥٨.

٢- ٢ . سورة البقرة /١٨٨.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٥/١٨، ح٩، الباب ١ من أبواب صفات القاضى (١٥/٢٧، ح٩) موثقة.

وقد مرّ فى خبر سليمان بن خالد عن الإمام الصادق عليه السلام : «اتّقوا الحكومة، فإنّ الحكومة إنّما للإمام العالم بالقضاء»(١). وقد مرّ أوائل هذا الفصل فى تفسير الآيات الثلاث بعض كلمات أهل اللغة وموارد الاستعمال للحكم والحاكم والحكّام، فراجع.

بل يمكن أن يقال: إن إطلاق الحاكم والحكّام على الوالى والولاة كقوله عليه السلام : «فصاروا ملوكا حكّاما، وأئمة أعلاما»(٢)، وقوله: «وجعلوهم حكّاما على رقاب

النّاس»(٣)، قوله عليه السلام : «الملوك حكّام على النّاس، والعلماء حكّام على الملوك(٤)»(٥)، ونحو ذلك من موارد الاستعمال أيضا كان بملاحظة أنّ القضاء وفصل الخصومات كان من أهمّ شؤون الولاة. والقضاة أيضا إنّما كانوا يتصدّون لذلك بنصبهم وبالنيابة عنهم.

وبالجملة، ليس إطلاق الحاكم على الوالى بالاشتراك اللفظى، أو بأن ينخلع اللفظ عن معنى القضاء ويستعمل فى الوالى مجازا. بل من جهة أنّ الوالى قاض حقيقة وأن القضاء من أهمّ شؤونه ولا تتمّ الولاية إلاّ به.

فيكون قوله: «حاكما» فى المقبولة مساوقا لقوله: «قاضيا» فى خبر أبيخديجة بنقليه.

والتعليل كان بملاحظة أنّ القضاء لم يكن إلاّ لنبىّ أو وصى نبىّ كما فى خبر سليمان بن خالد وغيره، ولا يكون مشروعا إلاّ بإجازة الوصىّ ونصبه. ومورد السؤال أيضا المنازعات. فالإمام الصادق عليه السلام أرجع المتنازعين من الشيعة إلى الفقيه وأمر بوجوب الرضا به حَكَما من جهة أنّه عليه السلام

بولايته المطلقة الثابتة عندنا جعله قاضيا، فصار قضاؤه بذلک مشروعا فلم يجز التخلّف عنه. وقد مرّ آنفا وجه الأمر بالرضا والتعبير

١- ٤ . وسائل الشيعة ٧/١٨، ح٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، (١٧/٢٧، ح٣) صحيحة.
٢- ٥ . نهج البلاغة، فيض /٨٠٢؛ عبده ١٧٧/٢؛ لح ٢٩٦، الخطبة ١٩٢.
٣- ١ . نهج البلاغة، فيض /٦٦٦، عبده ٢١٥/٢، لح /٣٢٦، الخطبة ٢١٠.
٤- ٢ . أَخَذَ هذا المعنى بعضُ الشُّعَراء فَقالَ من (الكامل): إِنَّ الأَكابِرَ يَحْكُمُونَ عَلى الْوَرى وَعلى الأَكابِرِ يَحْكُمُ الْعُلَماءُ
٥- ٣ . بحارالأنوار ١٨٣/١، كتاب العلم، الباب ١ من أبواب العلم وآدابه، الحديث ٩٢.

بالحكم.

وليس ذكر السلطان فى المقبولة وخبر أبيخديجة دليلاً على إرادة الأعمّ من القضاء بعد كون السؤال عن تكليف المتنازعين.

وإنّماذكر السلطان من جهة أن الرجوع إلى القاضى المنصوب من قبل السلطان نحو رجوع إلى السلطان، ولأنّه ربّما كان السلطان بنفسه يتصدّى للقضاء فى الأمور المهمّة.

والتنازع سواء كان لادعاء طرف وإنكار آخر أو كان لاستنكاف أحد عن أداء دينه بعد معلوميّته كان مرجعه القضاة، وكذلک جميع الأمور الحسبية كما هو المتعارف فى أعصارنا أيضا. كما قد يشهد بذلک خبر إسماعيل بن سعد عن الرضا عليه السلام : «وعن الرجل يصحب الرجل فى سفر فيحدث به حدث الموت ولا يدرک الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار، أيجوز أن يدفع متاعه ودوابّه إلى ولده الأكابر أو إلى القاضى، وإن كان

فى بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع؟»(١).

إذ يظهر بذلک أنّ مرجع أمر الصغار كان هو القاضى. وقد مرّ الإشارة إلى كلام الماوردى وأبييعلى وأنّهما جعلاً تكليف القاضى أوسع من فصل الخصومات.

وعلى هذا فما ذكره الأستاذ الإمام - مدظله - فى بيان المقبولة من تقسيم التنازع إلى قسمين وإرادة استفادة جعل الولاية الكبرى من هذا الطريق قابل للخدشة جدّا، فتأمّل.

وقد تحصّل ممّا ذكرناه بطوله أنّ المقبولة، وكذا خبر أبيخديجة بنقليه كليهما فى مقام نصب القاضى للشيعة الإمامية لرفع مشاكلهم فى الأُمور التى كانت ترتبط بالقضاة بعد ما حرّم عليهم الرجوع إلى قضاة الجور. فلا يصحّ الاستدلال بهما لإثبات الولاية المطلقة بالنصب.

فإن قلت: التعبير بالطاغوت والاستشهاد بالآية الشريفة لا يناسبان إرادة خصوص القضاء.

١- ١ . وسائل الشيعة ٤٧٥/١٣، ح٣، الباب ٨٨ من أحكام الوصايا (٤٢٢/١٩) صحيحة.

قلت: الرجوع إلى قضاة الجور والاعتناء بهم وبحكمهم كان فى الحقيقة رجوعا إلى السَّلاطِيْنِ. فإنّ القضاة كانوا من أذنابهم ومنصوبين من قبلهم، وقوّتهم كانت بقوّتهم. ألا ترى أنّ من رجع إلى أحد العمّال فى دولة واعتنى به بما أنّه عامل هذه الدولة يَصْدُقُ عليه أنّه اعتنى بهذه الدولة وأمضى مشروعيتها. ومورد نزول الآية أيضا كان هو القضاء، كما مرّ.

فَإنْ قُلْتَ: استعمال حرف الاستعلاء فى قوله: «عليكم» يناسب الولاية المطلقة، لما مرّ من أنّ المناسب للقضاء أن يقال: «بينكم».

قلت: ليس استعمال حرف الاستعلاء فى القضاء غلطا، إذ فى القضاء أيضا يوجد نحو استيلاء واستعلاء. فإنّ القاضى المنصوب من قبل السلطان له علوّ وقدرة بقدر من نصبه. والقاضى المنصوب من قبل الإمام الصادق عليه السلام أيضا له نحو قدرة معنوية لوجوب العمل بحكمه والتسليم له، فيصحّ استعمال حرف الاستعلاء على أىّ تقدير.

الخامس: إنّ الظاهر كون المخاطب فى «منكم» و «عليكم» خصوص الشيعة الإماميّة الاثنى عشرية، كما يشهد بذلک كلمة: «أصحابنا» فى كلام السائل. والشيعة فى

عصر الإمام الصادق عليه السلام كانوا قليلين جدّا مسهّلكين بين سائر المسلمين، فلم يمكن تحقّق دولة وحكومة لهم. فيعلم بذلک أنّ الإمام عليه السلام لم يكن بصدد نصب الوالى، بل كان غرضه رفع مشكلة الشيعة فى منازعاتهم فأرجعهم إلى تعيين قاضى التحكيم بأن يختاروا رجلاً منهم ويرضوا به حكَما. ولو كان بصدد نصب الوالى لكان المناسب نصبه على جميع الأمّة لا على الشيعة فقط.

اللّهم إلاّ أن يقال، كما مرّ فى كلام الأستاد - مدظله - : إنّ نظر الإمام الصادق عليه السلام لم يكن مقصورا على عصره فقط، بل كان بصدد طرح حكومة عادلة إلاهية وبيان شرائطها ومواصفاتها حتّى لا يتحيّر المفكّرون لو وفّقهم اللّه - تعالى - لإقامة دولة حقّة ولوفى الأعصار الآتية. ويكفى فى صحة هذا الجعل بنحو يشمل عصره أيضا ترتّب بعض الآثار فى عصره، أعنى الأمور المرتبطة بالقضاة من القضاء والأمور الحسبيّة ونحوها، فتدبّر.

السادس: سلّمنا أنّ الحكم بمشتقّاته بحسب الوضع والمفهوم يعمّ القضاء وغيره

ص: ٢٦٩

مما يشتمل على البتّ والفصل ولكن لمّا كانت المقبولة سؤالاً وجوابا متعرضة لمسألة المنازعة فى الأموال والقضاء فيها، فالقضاء هو القدر المتيقن من الكلام، ولا دليل على إرادة الأعمّ.

والتمسک بالإطلاق إنّما يجرى فى الموضوعات لافى المحمولات.

فلو قيل: «النار حارة» بلا ذكر قيد نحكم بكون الموضوع طبيعة النار بإطلاقها فتشمل جميع الأفراد، ولا نحكم بكون المحمول جميع مراتب الحرارة وأفرادها. ولو قال المولى: «أكرم عالما» نجرى فيه مقدّمات الحكمة فنقول: كان المولى فى مقام البيان وجعل الموضوع لحكمه طبيعة العالم فيثبت الإطلاق، ونتيجته كفاية أىّ عالم كان.

وأما إذا قال: «زيد عالم» فلا يجرى الإطلاق فى المحمول، ولا نحكم بكونه عالما بكل ما يحتمل كونه عالما به.

فكذلک إذا قال: «الفقيه حاكم أو خليفتى أو حجتى أو وارثى أو أمينى أو نحو ذلک» لا يثبت به إلاّ الحاكمية أو الخلافة أو نحوهما بالإجمال بلا عموم وشمول.

نعم، لو لم يوجد فى البين قدر متيقّن وكان المولى فى مقام بيان الوظيفة والتكليف حكمنا بالإطلاق وإلاّ صار الجعل لغوا. وأمّا مع وجود القدر المتيقّن فلا لغويّة ولا إطلاق. هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إنّا لا نرى فرقا بين الموضوعات وبين المحمولات. إذ لو كان

المولى فى مقام الإهمال والإجمال فلا إطلاق أصلاً. وإن كان فى مقام البيان فإن لم يوجد قدر متيقّن ثبت الإطلاق فى كليهما. وإن وجد القدر المتيقّن فى البين فإن قلنا بأنّ وجوده مضرّ بالإطلاق لافى الموضوع ولافى المحمول، وإن لم يكن مضرّا به ثبت الإطلاق فى كليهما. فافرق بينهما بلا وجه.

والحقّ أنّه لو كانت هنا قرينة لفظية متّصلة أو لبّيّة بحيث كانت كاللفظيّة المتّصلة منعت هذه من انعقاد الإطلاق قهرا.

وأمّا صرف وجود القدر المتيقّن بعد إعمال الدقّة فلا يصلح مانعا من انعقاد الإطلاق ولا حجّة لرفع اليد منه من غير فرق بين الموضوع وغيره.

فلو قال المولى: «جئنى برجل راكبا» وكان فى مقام البيان من كلّ جهة فكما تجرى مقدّمات الحكمة فى الرجل ويثبت فيه الإطلاق ونتيجته التخيير والعموم البدلى بالنسبة إلى كلّ رجل فكذلک تجرى من المجيء به وفى الركوب أيضا، فلا يتعيّن نحو خاصّ من المجيء أو الركوب بل يتخيّر المكلف بين أنواع كلّ منهما.

ولو قال: «أكرم عالما» فكما تجرى مقدّمات الحكمة فى الموضوع ونتيجته كفاية أىّ عالم كان فكذلک تجرى فى متعلّق الحكم أعنى الإكرام ونتيجته كفاية أى نوع من الإكرام.

وفى مقام الإنشاء قد يجعل المتعلق للحكم محمولاً فى القضية فيقال مثلاً: «زيد مكرم» ويراد وجوب إكرامه فلو كان فى مقام البيان يثبت الإطلاق فى المحمول بلا إشكال.

نعم، الإطلاق ربّما ينتج العموم الاستغراقى وربّما ينتج العموم البدلى، وهذا بحسب اختلاف الموارد، كما لا يخفى.

هذا مضافا إلى أنّ قوله: «جعلته عليكم حاكما» يصير مفاده أنّ «حاكميّة الفقيه مجعولة» فتصير الحاكميّة موضوعا للجعل، اللّهم إلاّ أن يقال هذا خلط بين الموضوع المصطلح فى علم الأصول والموضوع المصطلح فى علم النحو، والحاكميّة بحسب المفاد محمول على الفقيه وإن جعلت فى القضية موضوعا.

وقد تلخّص ممّا ذكرناه هنا أنّ الحكم بالإطلاق مع تحقّق مقدّماته لا يفرق فيه بين الموضوع وبين غيره، وأنّ كون القضاء هو القدر المتيقّن من لفظ الحاكم فى المقبولة لا يوجب حمله على خصوص القضاء، وكون المورد خصوص المنازعة أيضا لا يوجب

الاختصاص فإنّ المورد لا يخصّص بعد كون الجواب عامّا. فالإشكال السادس مدفوع وباطل من أساسه.

السابع: أنّ لفظ الحَكَم فى المقبولة ظاهر فى قاضى التحكيم، أى المحكَم من قبل المتخاصمين، فيكون المراد بالحاكم أيضا ذلک لِتَتَلاءَمَ الجملتان.

وعلى هذا فليس فى المقبولة نصب لا للوالى ولا للقاضى. وليس لفظ: «الجعل»

ص: ٢٧١

هنا بمعنى الإنشاء والإيجاد، بل بمعنى القول والتعريف. فيصير محصَل كلام الإمام عليه السلام أنّى أقول لكم وأرشدكم أنّ الرجل الكذائى صالح لأن تختاروه وترضوا به حكما بينكم.

قال فى لسان العرب فى معانى الجعل:

«جعل الطين خزفا والقبيح حسنا: صيّره إيّاه. وجعل البصرة بغداد: ظنها إياه... وقوله: «وَجَعَلُوا الْمَلائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبادُ الرَّحْمنِ إِناثا»(١)، قال الزجّاج: الجعل هيهنا بمعنى القول والحكم على الشيء. كما تقول: قد جعلت زيدا أعلم النّاس، أى قد وصفته بذلک وحكمت به»(٢).

أقول: يظهر من الأخبار المستفيضة أنّ القضاء لا يجوز ولا ينفذ إلاّ من النّبىّ أو الوصىّ، ففى خبر إسحاق بن عمار، عن أبيعبداللّه عليه السلام قال أميرالمؤمنين عليه السلام لِشُرَيْحٍ: «يا شُرَيْحُ، قد جلست مجلسا لا يجلسه (ما جلسه خ. ل) إلاّ نبىّ أو وصىّ نبىّ أو شقىّ»(٣). وفى خبر سليمان بن خالد عنه عليه السلام ، قال: «اتقوا الحكومة، فإن الحكومة إنّما هى للإمام العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين لنبىّ (كنبىّ خ. ل) أو وصىّ نبىّ»(٤).

وعلى هذا فلأحد أن يقول إنّ الإمام الصادق عليه السلام قد صار بصدد نصب الفقيه قاضيا ليصحّ وينفذ قضاؤه، وفى الحقيقة يصير وصيّا للوصىّ، وأوصى للمتخاصمين من الشيعة أن يختاروه ويرضوا به حكما فى قبال قضاة الجور. وقد مرّ أن اعتبار الرضا لعلّه يكون من جهة أنّه ليس لقضاء هذا القاضى لعدم سلطته ضمانة إجرائية سوى رضا الطرفين وإيمانهما، وبهذه الملاحظة أيضا عبّر

عنه بالحكم. فيصير مفاد كلام الإمام عليه السلام أنّه يحرم عليكم الرجوع إلى قضاة الجور، ويجب عليكم تحكيم رجل منكم وجد الصفات

المذكورة، ويجب الرضا بقضائه لأنّى جعلته قاضيا أو واليا فصار قضاؤه مشروعا نافذا بذلک.

ص: ٢٧٢

١- ١ . سورة الزخرف /١٩.

٢- ٢ . لسان العرب ١١١/١١.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٧/١٨، ح٢، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، (١٧/٢٧) موثقة.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٧/١٨، ح٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، (١٧/٢٧) صحيحة.

وبالجملة، الظاهر من الجملة تحقّق النصب، كما هو الظاهر من مشهورة أبيخديجة أيضا. وجعل الجعل فى الحديث بمعنى القول خلاف الظاهر جدّا. وما ذكرناه فى الفصل السابق من الخدشة ثبوتا فى نصب الوالى بنحو العموم لا يجرى فى نصب القاضى، فإنّ عمل القاضى محدود فيمكن تعدد القضاة بتعدّد الفقهاء، وكلّ منهم يعمل بتكليفه فى ظرف خاصّ ومنطقة محدودة، وهذا بخلاف الولاية بالمفهوم الوسيع الشامل لجميع أعمال الولاة.

والحاصل أنّه لا يترتب كثير إشكال على جعل الإمام الصادق عليه السلام جميع الفقهاء فى عصره والأعصار المتأخرة قضاة ينفذ قضاؤهم.

وأما جعل الجميع ولاة نافذى الكلمة فى جميع ما يرجع إلى الولاة من الأمور فهو الذى يوجب الاختلاف والهَرْج وَالْمَرْج(١)، كما مرّ.

وقد طال الكلام فى البحث فى المقبولة، وتحصّل لک إمكان الخدشة فى الاستدلال بها لنصب الفقهاء ولاة بالفعل»(٢).

ومنهم: قال المحقّق الأردكانى ردّا على النائينى: «وفيه: انّ الحاكم فى لسان العرب والروايات يطلق على القاضى، وقد ورد فى تفسير آية «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فَابْعَثُوا حَكَما مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِها»(٣) أنّ الحَكَم هو القاضى وفى تفسير قوله «وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ وَتُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكّامِ»(٤) الحكام القضاة على ما فى المكاتبة(٥)، فالمراد من الحاكم فى المقبولة من له وظيفة الحكم بين النّاس فيختص بالقضاء وفصل الخصومه»(٦).

ص: ٢٧٣

١- ١ . بسكون الرّاء فيهما لا بِفَتْحِها كما شاع خَطَأً.

٢- ٢ . دراسات فى ولاية الفقيه ١/(٤٥٥-٤٤٥).

٣- ٣ . سورة النساء /٣٥.

٤- ٤ . سورة البقرة /١٨٨.

٥- ٥ . وسائل الشيعة ١٥/٢٧، ح٩ موثقة ابن فضال.

٦- ٦ . غنية الطالب ١٩٠/٣.

ومنهم: آية اللّه السيّد محمّد الروحانى رحمه الله قال فى تقريب الشيخ الأعظم ونقده: «وقد قرب الشيخ قدس سره دلالتها على المدعى بأحد الوجهين:

الأوّل: أن الظاهر من جعله حاكما وقاضيا إسناد ما كان يسند للقضاة فى ذلک الحين والوقت له، وقد كان القاضى فى ذلک الوقت يتولى الامور العامة ويعهد إليه بها. فيثبت للفقيه ذلک لأنّ الظاهر أن نصبه قاضيا على غرار قضاة ذلک العصر.

الثانى: أن الظاهر عرفا من نصب الإمام عليه السلام الحاكم إسناد الامور العامة له وجعل السلطنة له دون غيره، فتكون الحكومة والسلطنة للفقيه بمقتضى الحديث.

والانصاف أن يقال: أنّ الحاكم يطلق ويراد منه:

تارة: من له السلطنة والنفوذ والولاية، بحيث يكون له نصب القاضى ونحوه.

واخرى: يراد منه القاضى ومن له الحكومة فى الخصومات وفصلها.

ولا يخفى أنّ المراد من لفظ الحاكم فى الحديث ليس هو المعنى الأوّل، إذ هو لا يتناسب مع عصور الأئمة وعدم ولايتهم ونفوذ جعلهم الولى على النّاس، مع أنه عليه السلام فى مقام جعل الفقيه حاكما لترتب أثر عملى عليه وليس هو فى مقام بيان رتبة الفقيه لا أكثر، فيستبعد ارادة الوالى والسلطان من لفظ الحاكم لعدم ترتب أى أثر عملى على ذلک، كما لا يخفى.

مضافا إلى ظهور ترتب الحكم المذكور على كل من يجمع الشرائط المذكورة وهو لا يتناسب مع ارادة السلطان، إذ مقتضى السلطنة والولاية التفرد بها ووحدانية القائم بشؤونها لا تعدده.

وعليه، فيتعين كون المراد المعنى الثانى وهو القاضى. ومعه لا تكون الرواية دالة على المدعى.

فإنّ ما ذكر من ظهور جعل القاضى ترتيب أحكام القاضى الثابتة له عرفا، انما يمكن أن يدعى لو كان الإمام عليه السلام قد عين شخصا معينا للقضاء وأرسله إلى بلد خاص ولم يبين وظيفته، فإنّه يمكن أن يقال بأنّ وظيفته ما هو وظيفة القاضى عرفا.

وأما فيما نحن فيه، فلا يتم ما ذكر، إذ الظاهر من مورد الرواية وانه للمتخاصمين

ص: ٢٧٤

المختلفين فى اختيار الحاكم وجعل الإمام عليه السلام الحاكم هو الفقيه، كون الفقيه حاكما ونافذ القول فى مقام فصل الخصومات دون غيرها من الآثار، إذ لم تكن جهة القضاء وآثارها ملحوظة بنحو الكلية والموضوعية. وانما الملحوظ جعل الفقيه هو الخاصم للنزاع.

وبعبارة اخرى: جعل الفقيه حاكما بلحاظ قضية شخصية، وليس هم حكم ابتدائى لشخص معين أو لكل فقيه كى يدعى ما ذكر من ظهور ترتب جميع آثار القاضى عرفا

عليه ومنها الولاية على الامور العامة.

وبالجملة: فالرواية غير دالة على المدعى، مضافا إلى ضعف سندها بعمر بن حنظلة واعتماد المشهور عليها غير جابر، فتدبر»(۱).

ومنهم: شيخنا الاستاذ قدس سره قال: «فإنّه لا يستفاد منه إلاّ ثبوت منصب القضاء والحكم للفقيه»(۲).

ومنهم: الاستاذ المحقّق - مدظله - قال فى شأن المقبولة: «فإنّ دعوى كونها فى مقام جعل الولاية والحكومة مطلقا ممنوعة، بل هى واردة فى جعل الحكومة فى المنازعات الحاصلة فى قضايا الدين والميراث، فغاية ما تفيدها المقبولة الولاية فى إصدار الحكم ليس إلاّ، والشاهد على ذلک وحدة اللسان بين هذه المقبولة والرواية المشهورة التى تقول: «فإنّى قد جعلته عليكم قاضيا»»(۳).

ومنهم: آية اللّه السيّد يوسف المدنى رحمه الله قال: «فالظاهر من لفظ الحاكم فيها من له وظيفة الحكم، إمّا بمعنى الحكم بين النّاس فيختص بباب القضاء أو مطلقا فيشمل الفتوى أيضا كما يناسبه على ما تعرض له بعض الأعلام العدول عن التعبير بالحكم إلى التعبير بالحاكم حيث قال عليه السلام «فليرضوا به حكما فأنّى قد جعلته عليكم حاكما» إلى ما يأتى مثله فى المشهورة الآتية وليس له ظهور بمعنى السلطان أو الأمير كى يكون له ولاية التصرف فى الأُمور العامة فضلاً عن أن يكون بمعنى من له الولاية المطلقة بالتصرف فى

۱- ۱ . المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس /(۳۰۰-۲۹۸).

٢- ٢ . إرشاد الطالب ٢١٢/٤.

٣- ٣ . العقد النضيد ٢٨٦/٤.

النفوس والأموال.

هذا مع أنّها وردت فى الشبهات الحكمية دون الموضوعيّة لأنّ كلا منهما قد اعتمد فى حكمه على رواية من رواياتهم كما هو المصرح به فى متنها والحال أنّ البحث فى المقام فى الثانى دون الأوّل فالرواية على تقدير تماميتها من جميع الجهات دلالةً وسندا أجنبية عن محل الكلام.

والحاصل إنّ الرواية لا تدلّ إلاّ على ثبوت الولاية لفقهاء الشيعة فى المواضع الثلاثة القضاء والفتوى والحكومة فى الجملة فليس لها الدلالة على الولاية بالمعنى المبحوث عنه فى المقام»(١).

ومنهم: آية اللّه السيّد على السيستانى - مدظله - قال: «ونحن نقول: لو كان الطاغوت كما قيل عبارة عن السلاطين والأُمراء، يمكن أن يكون لما ذهبوا إليه من أن المراد من الحاكم هو السلطنة وجه، ولكن الطاغوت ليس عبارة عن السلاطين والأُمراء، فإنّ العرب فى الجاهلية لم يكن لهم نظام قضائى، وكانوا يتحاكمون إلى شيخ العشيرة والقبيلة إذا حدث نزاع فى العشيرة، وكانوا يتحاكمون إلى الكهنة والأصنام بنحو الإستقسام بالأزلام وأمثال ذلک إذا كان النزاع بين عشيرة وعشيرة، أضف إلى ذلک أنّ الآية المباركة مدنيّة باتفاق المفسرين، وسبب نزول الآية المباركة هو أنّ بعض المنافقين أرادوا رفع النزاع مع بعض اليهود على نحو التحاكم فى الجاهلية فنزلت الآية الشريفة، ومن الواضح أنّ الكاهن وغيره من الذين كان يُرجع إليهم فى المنازعات ولم تكن لهم القوة التنفيذية، وفى مفردات الراغب: «والطاغوت عبارة عن كل مُتَعد، وكل معبود من دون اللّه - الى أن يقول - «يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطّاغُوتِ» فعبارةٌ عن كل متعد، ولِما تقدم سُمّى الساحر والكاهن والمارد من الجن والصارف عن طريق الخير طاغوتا»(٢). وقال الطبرسى: «إنّ المراد بالطاغوت فى الآية كعب بن أشرف، وقيل غيره - الى أنْ

١- ٤ . الإرشاد إلى ولاية الفقيه ٥٠ و ٥١.
٢- ١ . مفردات الراغب، مادة (طغى).

يقول - : وروى أصحابنا عن السيّدين الباقر والصادق عليهماالسلام أنّ المعنى به كل من يتحاكم إليه ممن يحكم بغير الحق»(١).

فليس الطاغوت عبارة عن السلاطين والأُمراء كما قيل؛ إذ لم يكن فى زمن النبى صلى الله عليه و آله فى جزيرة العرب سلطان وأمير حتّى يقال بأنه القدر المتيقن من الطاغوت، بل القدر المتيقن منه من يحكم بالجور أو ما ينسب إليه الحكم كالأصنام، مضافا إلى أنّه لم يكن للطاغوت قوة تنفيذية.

وذكر البعض تمهيدا لمعرفة الرواية أنّ السلطان غير القضاة، والتحاكم فى تلك الأزمنة كان على نحوين تحاكم إلى السلطان وتحاكم إلى القضاة، والتحاكم إلى السلطان كان فى المظالم الواضحة وفى موارد وضوح الحق، والتحاكم إلى القضاة كان فى الأمور المختلف فيها، واستنتج من ذلک أنّ وظيفة الولاة ووظيفة القضاة مجعولة للفقيه، حيث قال: كما لا شبهة أيضا فى أن مطلق المنازعات داخلة فيه - سواء كانت فى الاختلاف فى

ثبوت شىء ولا ثبوته، أو التنازع الحاصل فى سلب حق معلوم من شخص أو أشخاص، أو التنازع الحاصل بين طائفتين المنجز إلى قتل وغيره - الذى كان المرجع بحسب النوع فيها هو الوالى لا القاضى.(٢)

وهذا الذى ذكره أيضا غير تام، لأنّ السلطان كان يُطلق على الوالى ورئيس الشرطة والمحافظ ونفس الخليفة، وذكر السلطان فى قبال القاضى فى الرواية لأحد أمرين، إمّا من جهة اتّحاد الوالى والقاضى فى بعض البلدان، كما فى كتاب نظام الحكم، فيكون الوالى مجمع العنوانين فيصح التعبير بأنّه يتحاكم إلى السلطان أو إلى القضاة، وإما من جهة ديوان المظالم الذى شكّله بعض الأُمويّين وكان

هو المرجع فى المنازعات التى بين الأُمراء أو بين بعض الرعايا مع الأُمراء أو القضاة، وكان يتصدى لهذا القضاء نفس الخليفة، وفى قباله القضاء بين الرعايا إذا حدثت بينهم منازعة.

ص: ٢٧٧

١- ٢ . مجمع البيان، تفسير الآية ٦٠ من سورة النساء.
٢- ١ . كتاب البيع للسيّد الخمينى قدس سره ٦٣٩/٢.

إذا فإنّ ما ذُكر من أنّ السلطان فى قبال القضاة: «فيتحاكمان إلى السلطان أو إلى القضاة» دليل على أن ما للسلطان وللقضاة للفقيه أيضا، وأنّ التحاكم إلى السلطان كان فى مظالم الواضحة، والتحاكم إلى القضاة كان فى صورة عدم وضوح الحق.

ويمكن الجواب عنه بما يلى:

إنّ المستدِل لم يُقِمْ شاهدا على ما يدّعيه من التحاكم إلى السلطان فيما إذا كان الحقّ واضحا، والتحاكم إلى القضاة فيما إذا لم يكن الحق واضحا، بل يمكن القول بأنّه لا شاهد له من التاريخ والروايات، بل غير موافق مع الشواهد، إذ ذُكر فى باب القضاء بأنّ المدعى عليه قد يُقرّ وقد يُنكر، ففى صورة الإقرار يكون الحق واضحا ولكن مع ذلک فهو داخلٌ فى التحاكم، وكذا بُحث فى القضاء بأنّه هل يعمل القاضى بعلمه أو لا؟ فعلى القول بجواز عمل القاضى بعلمه يكون الحق واضحا، ومع ذلک فهو داخل فى القضاء، نعم قد شُكّل ديوان المظالم فى عهد عبدالملک بن مروان وكانَتْ رئاسة الديوان مع الخليفة، ثمّ من بعده عمر بن عبدالعزيز، ثمّ فى زمن العباسيين كان ديوان المظالم دائرا، وقد ذَكر جمعٌ شرحَ هذا الديوان، منهم: جرجى زيدان، وقبله [أبوبكرٍ(١)] ابن العربى فى كتابه آيات الأحكام، وملخّص ما يقوله ابن العربى: هو أنّ التنازع إمّا يكون بين الضعيفين فيقوّى القاضى أحدهما على الآخر، وإمّا إذا كان التنازع بين قوى وضعيف أو بين قويين

- والمراد من القوة أن يكون أحد المتنازعين أو كليهما ذا منصب حكومى أو من أقرباء السلطان - فبما أنّ سلطة القاضى كانت بين الرعايا ولم تكن لها سعة، لم يكن القاضى متمكنا من فصل الخصومة إذا كان النزاع بين قويّين أو قوىّ وضعيف، فلذا شُكّل ديوان المظالم ورئاسة هذا الديوان كانت للخليفة، وفى صدر الإسلام كانت رئاسة جميع الأمور للنبى صلى الله عليه و آله ، وهكذا بعض خلفائه، ثمّ بعد ذلک لكثرة المشاغل وسعة دائرة البلاد الاسلامية، حُوّل القضاء إلى شخص والخلافة إلى شخص آخر وهكذا، وهذا هو الحال فى سائر البلدان، فقد يكون البلد يقتضى تعيين شخصين: أحدهما للولاية، والآخر للقضاء، وقد لا

١- ٢ . أبوبكر هذا هو غير محييالدين ابن عربى الصوفى الشهير صاحب «الفتوحات المكيّة».

يكون البلد مقتضيا لتعيين أكثر من واحد، فيعيّن شخصٌ واحد للقضاء والولاية، والترديد فى الرواية ناظر إلى هذه الحيثية، والمراد بالسلطان فى الرواية، من له السلطة لا نفس الخليفة، كما فى رواية «أيّما مؤمن قدّم مؤمنا فى خصومة إلى قاض، أو سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم اللّه فقد شركه فى الإثم»(١) والمراد بالسلطان هو الوالى، والشاهد على ذلک صحيحة عبداللّه بن سنان «عن أبيعبداللّه عليه السلام : إذا تقدّمْتَ مع خصم إلى وال، أو إلى قاض فكن عن يمينه»(٢).

والخلاصة فإنّ الوالى قد يكون قاضيا فيما إذا لم يكن هناک قاضٍ مُعَيَّنٌ أو لقلة الأشغال. وكيفما كان، لم يكن ديوان المظالم من جهة المظالم الواضحة كما قيل، وعلى فرض التسليم لا يكون مرجع قوله عليه السلام «فإنّى قد جعلته حاكما»(٣) إلاّ إلى فصل الخصومة، وأمّا إدارة شؤون المملكة بالتصرف فى الأمور العامة، فهو أمر لا يُستفاد من الرواية، إذ ليس معنى جعل البديل فى حيثية فصل الخصومة، كونه بديلاً عنه فى سائر الشؤون أيضا.

ثمّ قال المستدِل: «فاتضح من جميع ذلک أنّه يُستفاد من قوله عليه السلام «فإنّى قد جعلته حاكما» أنّه عليه السلام قد جعل الفقيه حاكما فيما هو من شؤون القضاء وما هو من شؤون الولاية، فالفقيه ولى الأمر فى البابين، وحاكم فى القسمين، سيّما مع عدوله عليه السلام عن قوله: «قاضيا» إلى قوله: «حاكما»، فإنّ الأوامر أحكام وأوامر اللّه ونواهيه أحكام اللّه تعالى، بل لا يبعد أن يكون القضاء أعمّ من القضاء...»(٤)، فترى أنّه يدّعى بأنّ عدول الإمام من قاضٍ إلى حاكم

شاهد على نصب الفقيه واليا وقاضيا، والحال أنّ الحاكم لم يأت بمعنى الوالى، ونحن تتبّعنا كثيرا فى ذلک ولم نر فى كلمات المتقدّمين أن يذكر الحاكم بمعنى الوالى

، نعم ذُكر ذلک فى ألسنة متأخرى المتأخّرين، والحاكم فى اللغة هو القاضى وقد يطلق على من ينفّذ حكم القاضى، وكما قلنا فإنّ الحاكم لم يُستعمل فى كتب اللغة وغيرها بمعنى الوالى

١- ١ . الكافى ٤١١/٧.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢١٨/٢٧.

٣- ٣ . تقدم تخريجها.

٤- ٤ . كتاب البيع للسيّد الخمينى قدس سره ٤٧٩/٢.

والسلطان، وكانوا يعبّرون عن الوالى بالعامل، فلذا نرى فى نهج البلاغة وغيره من الكتب، يقال: «ومن كتاب له عليه السلام إلى عامله أو إلى عمّاله»(١)، أو يعبّر بالوالى، ولم يُعبّر فى الكتب عن الوالى بالحاكم، نعم فى كتاب المنجد وفى دائرة المعارف الإسلامية ذُكر بهذا المعنى: «حكم يحكم حكما وحكومة فى البلاد: تولّى إدارة شؤونها فهو حاكم»، وهذا المعنى معنىً مستحدث ومن مصطلحات المتأخرين(٢)، ولعل هذا مأخوذ من العثمانيين أو الإيرانيين حيث كانوا يطلقون الحكومة على مَن يتولّى إدارة شؤون البلاد، فيُقال: الحكومة العثمانية، ونحن كما أشرنا، تتبعنا كثيرا فى الآيات

والروايات وكتب العامة والخاصة لنرى أنّ الحاكم هل استعمل بمعنى الوالى والسلطان أو لا؟ ولم نر فى كلمات المتقدمين استعمال هذا اللفظ بهذا المعنى، فليس فى الرواية عدول حتّى يقال: لا سيّما مع عدوله عليه السلام . مضافا إلى صدر الرواية وذيلها لا تدل إلاّ على جعله قاضيا، حيث إنّ موضوع السؤال عن المنازعة فى دَيْن أو ميراث، وبعد ما نهى الإمام عليه السلام من مراجعة السلطان أو القضاة، يسأل الراوى: كييف يصنعان، فأمر الإمام عليه السلام أن ينظرا أو انظر إلى من روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكما، ولا ريب فى أنّ الحكم بمعنى القاضى: «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما»»(٣).

ومنهم: آية اللّه الشيخ محمّدتقى المجلسى الإصفهانى - مدظله - قال: «... ولكن الإنصاف أنّ المقبولة ليست ظاهرة فى المُدعى لإطلاق الحاكم على القاضى فى غير واحد من الأخبار كما يظهر عن الوسائل فى كتاب القضاء وكفى فى ذلک تفسير الآية المباركة «وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ وَتُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكّامِ»(٤) بما فى المكاتبة،

١- ١ . انظر: نهج البلاغة ١٨/٣، كتاب ١٨.

٢- ٢ . ومن الواضح مثل كتاب «المنجد» وكتاب «المعجم الوسيط» من المعجمات المتأخرّة لا يُحْتَجُّ بِها على لُغَة العرب الأصيل. [المؤلِّف]

٣- ٣ . الاجتهاد والتقليد والاحتياط /(١١٠-١٠٥)، تقرير بحوث آية اللّه السيستانى - دام ظمله - بقلم العلاّمة الحجة السيّد محمّدعلى الربانى - دامت بركاته - .

٤- ٤ . سورة البقرة /١٨٨.

فإنّه عليه السلام كتب بخطه «الحكام القضاة»(١)، بل قيل أنّ معنى لفظ الحاكم هو القاضى ومجرد كون المتعارف فى ذلک الزمان ارجاع الأُمور العامة إلى نظر الحاكم لا يقتضى ظهور لفظ الحاكم

فى ذلک، ولا قرينة على أنّ المراد جعله حاكما يرجع إليه فى تلک الأُمور كحكام ذلک العصر، فالمتيقن حينئذ هو الرجوع إلى الفقيه فى الفتوى وفصل الخصومة ولو بتوابعه، ومن جملتها التصدى للأُمور الحسبية.

اللهم إلاّ أن يقال بقيام قوله عليه السلام : «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما» فى مقام العلة لما قبله وحيث أضاف جعل الحكومة له إلى نفسه الشريف يظهر منه أنّه جعل له ما كان لنفسه الشريف من الحكومة فيثبت به ذلک له مطلقا إلاّ ما خرج بالدليل فلاحظ وتدبر»(٢).

ومنهم: آية اللّه السيّد محمّدسعيد الحكيم - مدظله - قال: «لكنّه يشكل بأنّ الحكام المنصوبين من قبل النبى صلى الله عليه و آله ومن قام مقامه الذين يرجع إليهم فى الأمور العامة ليس إلاّ ولاة الأقطار والأمصار، ولا قرينة على حمل الحاكم فى المقبولة عليهم بعد أن كان من موارد استعماله الشايعة هو القاضى فى الخصومة التى هى مورد الحديث، حتّى أنه قد يظهر من بعض اللغوين اختصاصه به، ولو لأنّه المنصرف منه.

ولا سيّما بعد عدم شيوع التعبير فى تلک العصور عن الولاة فى الأقطار والبلدان بالحكام، بل بالولاة والعمال. وعدم تعارف توليهم للقضاء بين النّاس وفصل خصوماتهم، لأن المهم فيهم الكفاءة الإدارية، دون الفقه والقضاء، بل الشايع نصبهم أو نصب السلطان والخليفة قضاة يختصون بهذه المهمة.

مضافا إلى معتبر أبيخديجة: «بعثنى أبوعبداللّه عليه السلام إلى أصحابنا، وقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى فى شىء من الأخذ والعطاء أن تتحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق. اجعلوا بينكم رجلاً ممن قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنى قد جعلته عليكم قاضيا. وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر»(٣)، ونحوه معتبره

١- ١ . وسائل الشيعة ١٥/٢٧، ح٩ موثقة ابن فضال.
٢- ٢ . ولاية الاولياء /٨٤ و ٨٥.
٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٣٩/٢٧، ح٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

الآخر(١).

فإن جعل القاضى وإن لم ينافِ جعل الحاكم بمعنى الوالى، إلاّ أن التعليل بهما معا لوجوب الترافع لا يخلو عن حزازة، لأن العلة أحدهما. بل من القريب جدا تأخر حديث أبيخديجة عن حديث عمر بن حنظلة، ومن البعيد جدا مع سبق سعة الجعل الاقتصار على بيان الجعل الضيق.

ومن هنا يقرب كون معتبرى أبيخديجة قرينة على أن المراد بالحاكم فى حديث ابن حنظلة هو القاضى دون الوالى لو فرض تردد الحاكم فيه بين المعنيين.

وبذلک يظهر أنه لا مجال لحمل الحاكم فى الحديث على الوالى بقرينة العدول عن التعبير بالحكَم للتعبير بالحاكم. إذ هو فرع ثبوت المعنى المذكور للحاكم، وحسن إرادته فى المقام، وعدم القرينة الصارفة عنه، والجميع لا يخلو عن إشكال أو منع، كما يظهر مما سبق.

على أن العدول قد يكون لِنكتة بيانية، وتجنبا للتكرار. أو لأجل التعدية ب- «على» الظاهرة فى نحو من القهر والسيطرة للحاكم فى مقام القضاء وفصل الخصومة وبنحو يستتبع وجوب القبول والطاعة.

بل من القريب الاختلاف بينهما بنحو من الاعتبار، فإطلاق الحكم على القاضى بلحاظ الرجوع إليه للنظر فى الخصومة والحكم فيها. وإطلاق الحاكم عليه بلحاظ أن له الحكم والفصل فيها، وإن لم يتيسر لنا العثور فى اللغة على أصل للفرق المذكور.

ومثله دعوى: أن حمل الحاكم على القاضى فى المقبولة لا يناسب سوق الجملة لتعليل الأمر بتحكيمه، لظهوره فى التعليل بالكبرى التى هى الأعم من الحكم المعلل، المناسب لكون الحاكم أوسع سلطنة من الحكم.

لاندفاعها بأنّه يكفى فى كبروية التعليل كونه مشيرا إلى كبرى نفوذ جعلهم عليهم السلام ، فكأنه قال: فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، وكل ما جعلته يجب العمل

١- ٤ . وسائل الشيعة ١٣/٢٧، ح٥، الباب ١ من أبواب صفات القاضى.

عليه، نظير قول القائل: إذا أردت التصرف فى أموالى فراجع ولدى الأكبر، لأنى قد وكلته.

وفائدة ذلک إما التنبيه على أن منصب القضاء مختص بهم عليهم السلام بالأصل وتابع لهم، وأن ثبوته للفقيه بتوسط جعله من قبلهم له، وليس ثابتا له بالأصل، كالإفتاء، أو للتنبيه على أن إرجاعه عليه السلام فى القضاء للفقيه لا ينافى ما تضمنته النصوص(١) من اختصاص

المنصب بهم عليهم السلام ، لأن المنصوب من قبلهم عليهم السلام بمنزلتهم.

هذا ويظهر من بعض الأعاظم قدس سره أن المراد بالحاكم فى المقبولة ليس هو القاضى، ولا الولاة المنصوبين من قبل السلطان، ليجرى ما سبق، بل السلطان نفسه، لأن الحاكم هو الذى يحكم بين النّاس بالسيف والسوط، وليس ذلک شأن القاضى، ولأن السائل قد جعل القاضى مقابلاً للسلطان، فقال: «فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة». وعلى ذلک يكون المجعول هو السلطنة العامة الثابتة للنبى صلى الله عليه و آله والإمام، وما يناسبها من الولاية العامة على القضاء وغيره من شؤون السلطنة والحكم.

وأما ما ذكره سيّدنا المصنف قدس سره [السيّد محسن الحكيم] من أن هذا المعنى يأباه قوله عليه السلام : «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه...» لظهوره فى الحكم المتعلق بفعل المكلف. ففيه: أن السلطان بالمعنى المذكور حيث كان له القضاء ففرض أدائه لوظيفته فيه لا ينافى جعل السلطنة بنحو العموم له.

فالعمدة فى دفع ما ذكره بعض الأعاظم قدس سره أنه بعد إطلاق الحاكم على القاضى لغة - كما سبق - فاللازم الاقتصار عليه، ولو لأنه المتيقن من المجعول ليناسب المورد. ولا سيّما بلحاظ معتبرى أبيخديجة المتقدمين، وعدم شيوع إطلاق الحاكم بالمعنى المذكور، بل يعبر عنه بالخليفة والوالى والسلطان، كما عبر عنه فى السؤال.

بل لم يتضح صحة إطلاقه عرفا على من له السلطنة والحكم، وإنما يطلق على من له الحكم فعلاً، لأنه يملك السيف والسوط، ومن الظاهر عدم إرادة ذلک، لأنه أمر تكوينى تابع لعلته الخارجية، وليس أمرا اعتباريا قابلاً للجعل.

١- ١ . وسائل الشيعة ١٧/٢٧، ح٢ و ٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى.

ومثله ما قد يدعى من أن المراد بالحاكم مطلق من له الحكم، مع عدم اختصاص الحكم بالقضاء فى فصل الخصومات، بل يطلق عليه وعلى الأحكام الشرعية التكليفية والوضعية والسلطنة عليهم، والحكم المراد بقول اللّه تعالى: «إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ ما يُرِيدُ»(١)، وقوله سبحانه: «إِنِ الْحُكْمُ إِلاّ لِلّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفاصِلِينَ»(٢)، وقوله عزّ من قائل:«ما كانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُؤْتِيَهُ اللّهُ الْكِتابَ وَالْحُكْمَ وَالنُّبُوَّةَ ثُمَّ يَقُولَ لِلنّاسِ كُونُوا عِبادا لِى مِنْ دُونِ اللّهِ»(٣)... إلى غير ذلک.

وكأنه إلى هذا يرجع ما ذكره النراقى فى محكى عوائد الأيام. قال: «ليس المراد بالحكم خصوص ما يكون بعد الترافع، لأعميته لغة وعرفا. وعدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه».

لكنه يشكل بأن المعنى المذكور بهذه السعة لو فرض رجوعه لقدر جامع واحد ليس من شأنه أن يجعل لأحد اعتبارا، بل بعض أفراده ثابت للإنسان بلا حاجة للجعل، كالحكم فى القضايا التكوينية والتشريعية بحق، كقيام زيد وجلوس عمرو وحرمة الميتة ووجوب الصلاة، وبعضها ثابت له شرعا بالأصل، كالحكم والإدارة لشؤون عائلته ومماليكه وأمواله ونحوها، وبعضها ثابت له شرعا بتوسط جعل غير الإمام عليه السلام ، كالحكم فى أمر الأوقاف التى يجعله الواقف وليا عليها، والأيتام الذين يوصى بهم إليه أبوهم، وبعضه مما يمتنع جعله له، كالحكم بالأحكام الشرعية التكليفية والوضعية تشريعا، وسائر موارد الإدارة والحكم بغير الحق، وبعضها قابل للجعل من قبل الإمام عليه السلام ، كمناصب القضاء، والولاية الخاصة، والعامة التى تبتنى عليها السلطنة العامة.

ومن الظاهر أن المراد فى المقام هو خصوص ما يقبل الجعل من الإمام عليه السلام ، وهو مردد بدوا بين المناصب الثلاثة المذكورة، وحيث لا جامع عرفى بينها تعين الاقتصار على أحدها، والمتعين الأوّل، لأنه المتيقن أو الظاهر من أجل ما سبق.

١- ١ . سورة المائدة /١.

٢- ٢ . سورة الأنعام /٥٧.

٣- ٣ . سورة آل عمران /٧٩.

هذا مضافا إلى أن المقبولة لو كانت بصدد بيان الولاية العامة للفقيه، لزم ثبوتها للفقهاء فى عهد ظهور الأئمة عليهم السلام وما ألحق به وهو عهد الغيبة الصغرى، ولو كان البناء على ذلک لظهر العمل عليه فى هذه المدة الطويلة التى تقارب مائتى عام ولو بصورة محددة لا تنافى التقية، أو تنافيها

تسامحا، كما تسامح كثير من الشيعة فى أمر التقية غفلة أو بمقتضى اندفاعاتهم العاطفية، ولكثر السؤال عن فروع ذلک، لوضوح أنه بطبعه يقتضى التسابق والتشاح وظهور المشاكل بنحو أكثر بكثير من اقتصار ثبوت ولاية القضاء لهم، لأن التصدى للقضاء إنما يكون بعد الترافع من قبل الخصمين ورضاهما بشخص القاضى، بخلاف إعمال الولاية، فإنه لا يتوقف على شىء، بل للولى المبادرة لذلک. وذلک وحده كاف فى الكشف عن عدم إرادة جعل الولاية فى المقبولة»(١).

ومنهم: آية اللّه الشيخ ناصر مكارم الشيرازى - مدظله - قال: «... والانصاف ان

قوله «بينهما منازعة فى دين أو ميراث» وقوله «من تحاكم إليهم فى حق أو باطل» وقوله «ما يحكم له فانما يأخذه سحتا» وكذا الاستدلال بالآية الشريفة (بما عرفت من شأن نزولها) وما ورد فى ذيلها من اختلافهما فى الحكم الذى هو كالصريح فى الاختلاف فى القضاء لا الولاية، فهذه قرائنُ خَمْسة(٢) قوية ظاهرة فى ان المراد من الحكم فيها هو القضاء، وأظهر منها ما ورد فى ذيل الرواية من إعمال المرجحات بين مأخذ الحكمين الذى بمعنى المستند للفتوى أو القضاء فإنّه لا معنى لكون الحكم فيه بمعنى الولاية، فهذه شواهد قوية على كونها بصدد بيان منصب القضاء والفتوى لا غير.

وعلى كلّ حالٍ، الانصاف أنّ ملاحظة صدر الرواية وذيلها تنادى بأعلى صوتها على أنّها بصدد بيان تعيين القضاة العدول.

نعم يمكن أن يكون الذيل ناظرا إلى مرجع الفتوى أو القضاء فى الشبهات الحكمية، فإنّ مراجعة القضاة لا يختص بالشبهات الموضوعية، لاسيّما مع ما عرفت من

١- ١. مصباح المنهاج، كتاب التجارة، ٢/(٤٢٤-٤٢٠).

٢- ١ . كما فى المصدر، والصحيح: خَمْسٌ.

أنّ المتعارف فى تلك الأزمنة وحدة القاضى والمفتى فى كثير من الأحيان، ولذا استدل بها جمع كثير على قبول منصب القضاء الفقهاء»(١).

أقول: فظهر ممّا ذكره الأعلام اختصاصها بالقضاء، نعم يمكن التعدى إلى تصرفات القضاة العامة فى تلك العصور بقرينة المقابلة واختتم البحث حول الروايات بمقالات:

صاحب الحدائق حيث يقول: «إنّى لم أقف بعد التتبع للأخبار على شيءٍ من هذه العمومات والإطلاقات [المتضّمنة لثبوت ولاية الحاكم] لا فى النكاح ولا فى المال، وإن كان ذلك مشهورا فى كلامهم ومسلَّما بينهم ومتداولاً على رؤوس أقلامهم... وبالجملة فإنّ عدّ الحاكم الشرعى فى جملة الأولياء كما ذكروا وإن كان مسلّما بينهم ومتّفقا عليه عندهم، إلاّ أنّه خالٍ عن الدليل من الأخبار، نعم يمكن تخصيص ذلك بالإمام عليه السلام من حيث الولاية العامّة، وأنّه أولى بالنّاس من أنفسهم»(٢).

والشيخ الأعظم قدس سره حيث يقول: «وبالجملة: فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام عليه السلام - إلاّ ما خرج بالدليل - دونه خرط القتاد!»(٣).

والمحقّق الآخوند الخراسانى يقول فى كتاب قضائه: «وبالجملة: لا مجال للتأمّل فى عدم دلالة هذه الأخبار على الولاية المطلقة للفقيه واللّه العالم»(٤).

ولذا قال المحقّقان النائينى(٥) والأصفهانى(٦) بالنسبة إلى دليل هذا البحث: «فيه

١- ٢ . أنوار الفقاهة، كتاب البيع، ٤٩٨/١.

٢- ٣ . الحدائق ٢٣٨/٢٣ و ٢٣٩.

٣- ٤ . المكاسب ٥٥٣/٣.

٤- ١ . كتاب القضاء /٣٢.

٥- ٢ . قاله المحقّق النائينى فى رسالته المخطوطة: «وسيلة النجاة فى صلاة الجمعة» ونقل عنه آية اللّه السيّد على السيستانى فى تقرير أبحاثه فى الإجتهاد والتقليد والاحتياط /١٢٢ بقلم العلاّمة الحجة السيّد محمّدعلى الربانى.

٦- ٣ . المصدر الأخير.

تزلزل عظيم».

ولذا قال الاستاذ المحقّق - مدظله - : «وخلاصة الكلام: ثبت أنّه ليس لنا نصٌّ واضح وصريح يمكن من خلاله إثبات ولاية الفقيه، كما مرّ تفصيل ذلک فى البحث عن ولاية الفقيه، حيث أثبتنا أنّ جميع النصوص المستشهد بها إمّا ساقطة من جهة السند، أو من جهة الدلالة، أو كليهما.

ولو سلّمنا دلالتها على ولاية الفقيه، فهى غير مفيدة لإثبات ما يدّعيه مَنِ استدلّ بها على الولاية المطلقة للفقيه، لعلمنا بأنّ هذه الولاية المجعولة إنّما هى لأجل تمشية الأُمور التى لا يرضى الشارع بتعطيلها وتركها، كرعاية أموال اليتامى والصغار، وإدارة الموقوفات، والأموال العامّة وغيرها من الأُمور الحسبيّة المناطة إدارتها بالفقهاء الثِّقاتِ العدول، وبالتالى فإنّ حِكمة جعل الولاية وأساسها محفوفة بما يفيد أنّ الغرض منه عدم تعطيل الأُمور المشهورة بالأُمور الحسبيّة، فإنّ ذات الغرض المحفوف بجعل هذه الولاية، يقتضى إقامته والتصدّى له، فلا إطلاق فيها حتّى يجعل فيها الشارع أسباب التسابق والتنافس»(١).

١- ٤ . العقد النضيد ٢٨٧/٤.

٢- إثبات ولاية الفقيه بالدليل العقلى

قال المحقّق النائينى ما نصه بالفارسية: «دويم: آن كه از جمله قطعيات مذهب ما طائفه اماميه اين است كه در اين عصر غيبت - على مغيبه السلام - ، آن چه از ولايات نوعيه را كه عدم رضاء شارع مقدس به اهمال آن حتّى - در اين زمينه - معلوم باشد وظائف حسبيه ناميده و نيابت فقهاء عصر غيبت را در آن قدر متيقن و ثابت دانستيم حتّى با عدم ثبوت نيابت عامه در جميع مناصب، و چون عدم رضاء شارع مقدس به اختلال نظام و ذهاب بيضه اسلام بلكه اهميت وظائف راجعه به حفظ و نظم ممالک اسلاميه از تمام امور و حسبيه ازاوضح قطعيات است، لهذا ثبوت نيابت فقهاء و نواب عام عصر غيبت در اقامه وظائف مذكوره از قطعيات مذهب خواهد بود»(١).

وهذا تعريب مقالته: «من مسلّمات مذهبنا نحن الإمامية أن الولايات النوعية التى يُعْلَم عدم رضا الشارع المقدس بإهمالها حتّى فى هذا الصعيد فى عصر الغيبة - على مغيّبه السلام - تسمى: الحسبية، ونيابة فقهاء عصر الغيبة فيها هو القدر المتيقن والثابت عندنا حتّى مع عدم ثبوت النيابة العامة فى جميع المناصب، وحيث إنّ عدم رضاء الشارع المقدس باختلال النظام، وذهاب بيضة الإسلام بل أهمية الوظائف الراجعة إلى حفظ نظام البلاد الإسلامية من تمام الأُمور الحسبية من أوضح القطعيات لذلک يكون ثبوت نيابة الفقهاء، والنواب العامّين فى عصر الغيبة فى إقامة الوظائف المذكورة من ضروريات

١- ١ . تنبيه الأُمّة وتنزيه الملّة /٤٦.

المذهب، وقطعياته»(١).

وقال المحقّق الاصفهانى: «ربّما يُستدلّ لعموم ولاية الفقيه بالمعنى الثانى بوجه عقلى، ومحصله: أنّ ما ثبت للإمام عليه السلام من حيث رياسته الكبرى - وهى الامور التى يرجع

فيها المرئوسون من كلّ ملّة ونحلة إلى رئيسهم إتفاقا للنظام - فهى ثابتة للفقيه، إذ فرض هذا الموضوع فرض نصب الرئيس؛ لئلا يلزم الخلف من إيكال أمره إلى آحاد النّاس، فيدور الأمر فى الرئيس المنصوب بين أنْ يكون هو الفقيه أو شخص خاص آخر، والأخير باطل قطعا فتعيّن الأوّل.

وفيه: أنّ الامور التى يرجع فيها إلى الفقيه ليست دائما اُمورا سياسية يحتاج إلى الرئيس؛ كبيع مال اليتيم وحفظ مال الغائب ونحوه، لوضوح قيام العدل مقام الفقيه عند تعذّره مع عدم لزوم المحذور، بل ربّما يكون ولاية الفقيه فى بعض هذه الامور مترتبة على ولاية غيره، كولايته على الصغير المرتبة على ولاية الأب والجدّ ونحوها.

مضافا إلى أنّ بعض تلك الأُمور التى لابدّ فيها من الرئيس، فإيكال أمرها إليه من حيث إنّ نظره مكمل لنقص غيره، ومثل هذا الأمر يتوقف على نظر من كان له بصيرة تامة به فوق أنظار العامة، والفقيه بما هو فقيه أهل النظر فى مرحلة الاستنباط دون الامور المتعلقة بتنظيم البلاد وحفظ الثغور وتدبير شؤون الدفاع والجهاد وأمثال ذلک، فلا معنى لإيكال هذه الأُمور إلى الفقيه بما هو فقيه، وإنّما فَوَّض أمرها إلى الإمام عليه السلام لأنّه عندنا أعلم النّاس بجميع السياسات والأحكام، فلا يقاس بغيره ممّن ليس كذلک، فالإنصاف أنّ هذا الوجه أيضا غير تام فى إثبات هذا المرام»(٢).

وقال المحقّق آية اللّه البروجردى رحمه الله : «إنّ إثبات ولاية الفقيه وبيان الضابطة الكلية لما يكون من شؤون الفقيه ومن حدود ولايته يتوقف على تقديم أُمور:

الأوّل: إنّ فى الاجتماع أمورا لا تكون من وظائف الأفراد ولا ترتبط بهم، بل

١- ٢ . الحاكمية فى الإسلام /٥٤٩.
٢- ١ . حاشية المكاسب ٣٩٠/٢.

تكون من الأمور العامّة الاجتماعية التى يتوقف عليها حفظ نظام الاجتماع، مثل القضاء وولاية الغُيَّب والقُصَّر وبيان مصرف اللقطة والمجهول المالک وحفظ الانتظامات الداخلية وسدّ الثغور والأمر بالجهاد والدفاع عند هجوم الأعداء ونحو ذلک ممّا يرتبط بسياسة المدن. فليست هذه الأمور ممّا يتصداها كلّ أحد، بل تكون من وظائف قيِّم الاجتماع ومَنْ بيده أزمة الأمور الاجتماعية وعليه أعباء الرياسة والخلافة.

الثانى: لا يبقى شک لمن تتبع قوانين الإسلام وضوابطه فى أنّه دين سياسى اجتماعى، وليست أحكامه مقصورة على العباديات المحضة المشروعة لتكميل الأفراد

وتأمين سعادة الآخرة، بل يكون أكثر أحكامه مربوطة بسياسة المدن وتنظيم الاجتماع وتأمين سعادة هذه النشأة، أو جامعة للحسنيين ومرتبطة بالنشأتين، وذلک كأحكام المعاملات والسياسات من الحدود والقصاص والديات والأحكام القضائية المشروعة لفصل الخصومات والأحكام الكثيرة الواردة لتأمين الماليات التى يتوقف عليها حفظ دولة الإسلام كالأخماس والزكوات ونحوهما. ولأجل ذلک اتفق الخاصة والعامّة على أنّه يلزم فى محيط الإسلام وجود سائس وزعيم يدبّر أمور المسلمين، بل هو من ضروريات الإسلام وإن اختلفوا فى شرائطه وخصوصياته وأن تعيينه من قبل رسول اللّه صلى الله عليه و آله أو بالانتخاب العمومى.

الثالث: لا يخفى أنّ سياسة المدن وتأمين الجهات الاجتماعية فى دين الإسلام لم تكن منحازة عن الجهات الروحانية والشؤون المربوطة بتبليغ الأحكام وإرشاد المسلمين، بل كانت السياسة فيه من الصدر الأوّل مختلطة بالديانة ومن شؤونها، فكان رسول اللّه صلى الله عليه و آله بنفسه يدبّر أمور المسلمين ويسوسهم ويرجع إليه فصل الخصومات وينصب الحكّام للولايات ويطلب منهم الأخماس والزكوات ونحوهما من الماليات، وهكذا كان سيرة الخلفاء بعده من الراشدين وغيرهم،

حتّى أميرالمؤمنين عليه السلام ، فإنّه بعد ما تصدى للخلافة الظاهرية كان يقوم بأمور المسلمين وينصب الحكّام والقضاة للولايات. وكانوا فى بادئ الأمر يعملون بوظائف السياسة فى مراكز الإرشاد والهداية كالمساجد، فكان إمام المسجد بنفسه أميرا لهم، وبعد ذلک أيضا كانوا يبنون المسجد الجامع قرب دار

ص: ٢٩٠

الإمارة، وكان الخلفاء والأمراء بأنفسهم يقيمون الجمعات والأعياد بل ويدبّرون أمر الحج أيضا، حيث إنّ العباداتِ الثلاثَ مع كونها عباداتٍ قد احتوت على فوائد سياسية لا يوجد نظيرها فى غيرها، كما لا يخفى على من تدبّر. وهذا النحو من الخلط بين الجهات الروحية والفوائد السياسية من خصائص دين الإسلام وامتيازاته.

الرابع: قد تلخّص مما ذكرناه:

١- أنّ لنا حوائج اجتماعية تكون من وظائف سائس الاجتماع وقائده.

٢- وأنّ الديانة المقدسة الإسلامية أيضا لم يهمل هذه الأمور بل اهتم بها أشدّ الاهتمام وشرَّعت بلحاظها أحكاما كثيرة وفوَّضت إجراءها إلى سائس المسلمين.

٣- وأنّ سائس المسلمين فى الصدر الأوّل لم يكن إلاّ نفس النبى صلى الله عليه و آله ثمّ الخلفاء بعده.

وحينئذ فنقول: إنّه لمّا كان من معتقداتنا معاشر الشيعة الإمامية أن خلافة رسول اللّه صلى الله عليه و آله وزعامة المسلمين من حقوق الأئمة الاِثْنَى عشر - عليهم صلوات اللّه - وأنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله لم يهمل أمر الخلافة بل عيَّن لها من بعده عليّا عليه السلام ثمّ انتقلت منه إلى أولاده، عترة رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، وكان تقمّص الباقين وتصديهم لها غصبا لحقوقهم، فلا محالة

كان المرجع الحق لتلک الأمور الاجتماعية التى يبتلى بها جميع المسلمين هو الأئمة الاثناعشر عليهم السلام وكانت من وظائفهم الخاصّة مع القدرة عليها.

فهذا أمر يعتقده جميع الشيعة الإمامية، ولا محالة كان مركوزا فى أذهان أصحاب الأئمة عليهم السلام أيضا. فكان أمثال زرارة ومحمّد بن مسلم من فقهاء أصحاب الأئمة وملازميهم لا يرون المرجع لهذه الأمور والمتصدى لها عن حق إلاّ الأئمة أو من نصبوهم لها، ولذلک كانوا يراجعون إليهم فيما يتفق لهم مهما أمكن كما يعلم ذلک بمراجعة أحوالهم.

إذا عرفت هذه المقدمات فنقول: إنّه لمّا كانَتْ هذه الأمور والحوائج الاجتماعية مما يبتلى بها الجميع مدّة عمرهم غالبا ولم يكن الشيعة فى عصر الأئمة متمكنين من الرجوع إليهم عليهم السلام فى جميع الحالات - كما يشهد بذلک مضافا إلى تفرقهم فى البلدان عدم كون الأئمة مبسوطى اليد بحيث يُرْجَعُ إليهم فى كلّ وقت لأىِّ حاجة اتفقت - فلا محالة

ص: ٢٩١

يحصل لنا القطع بأن أمثال زرارة ومحمّد بن مسلم وغيرهما من خواصّ الأئمة سألوهم عمّن يرجع إليه فى مثل تلک الأمور إذا لم يتمكنوا منهم عليهم السلام ، ولا سيّما مع علمهم عليهم السلام بعدم تمكن أغلب الشيعة من الرجوع إليهم بل عدم تمكّن الجميع فى عصر غيبتهم التى كانوا يخبرون عنها غالبا ويهيئون شيعتهم لها. وهل لأحد أن يحتمل أنّهم عليهم السلام نهوا شيعتهم عن الرجوع إلى الطواغيت وقضاة الجور ومع ذلک أهملوا لهم هذه الأمور ولم يعينوا من يرجع إليه الشيعة فى فصل الخصومات والتصرف فى أموال الغُيَّب والقُصَّر والدفاع عن حوزة الإسلام ونحو ذلک من الأمور المهمة التى لا يرضى الشارع بإهمالها؟

وكيف كان فنحن نقطع بأنّ أصحاب الأئمة عليهم السلام سألوهم عمّن يرجع إليه الشيعة فى تلک الأمور مع عدم التمكّن منهم عليهم السلام وأنّ الأئمة عليهم السلام أيضا أجابوهم بذلک ونصبوا

للشيعة مع عدم التمكن منهم عليهم السلام أشخاصا يتمكنون منهم إذا احتاجوا، غاية الأمر سقوط تلك الأسئلة والأجوبة من الجوامع التى بأيدينا ولم يصل إلينا إلاّ ما رواه عمر بن حنظلة وأبوخديجة.

وإذا ثبت بهذا البيان النصب من قبلهم عليهم السلام وأنّهم لم يهملوا هذه الأُمور المهمة التى

لا يرضى الشارع بإهمالها - ولا سيّما مع إحاطتهم بحوائج شيعتهم فى عصر الغيبة - فلا محالة يتعيّن الفقيه لذلک، إذ لم يقل أحد بنصب غيره. فالأمر يدور بين عدم النصب وبين نصب الفقيه العادل، وإذا ثبت بطلان الأوّل بما ذكرناه صار نصب الفقيه مقطوعا به، ويصير مقبولة ابن حنظلة أيضا من شواهد ذلک.

وإن شئت ترتيب ذلک على النظم القياسى فصورته هكذا: إمّا أنه لم ينصب الأئمّةُ عليهم السلام أحدا لهذه الأمور العامّة البلوى وإمّا أن نصبوا الفقيه لها، لكن الأوّل باطل فثبت الثانى. فهذا قياس استثنائى مؤلّف من قضية منفصلة حقيقية وحملية دلّت على رفع المقدم، فينتج وضع التالى، وهو المطلوب.

وبما ذكرناه يظهر أن مراده عليه السلام بقوله فى المقبولة: «حاكما» هو الذى يرجع إليه فى جميع الأمور العامّة الاجتماعية التى لا تكون من وظايف الأفراد ولا يرضى الشارع أيضا بإهمالها - ولو فى عصر الغيبة وعدم التمكن من الأئمة عليهم السلام - ومنها القضاء وفصل

الخصومات. ولم يرد به خصوص القاضى، ولو سلِّم فنقول: إن المُتَرائى من بعض الأخبار أنه كان شغل القضاء ملازما عرفا لتصدى سائر الأُمور العامّة البلوى كما فى خبر إسماعيل ابن سعد عن الرضا عليه السلام : «وعن الرجل يموت بغير وصية وله ورثة صغار وكبار، أيحلّ شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلک؟»(١).

وبالجملة كون الفقيه العادل منصوبا من قبل الأئمة عليهم السلام لمثل تلك الأُمور العامّة المهمة التى يبتلى بها العامّة ممّا لا إشكال فيه إجمالاً بعد ما بيّناه، ولا نحتاج فى إثباته إلى مقبولة ابن حنظلة، غاية الأمر كونها أيضا من الشواهد، فتدبّر»(٢).

وقال آية اللّه السيّد محمود الطالقانى رحمه الله فى تعاليقه على كتاب «تنبيه الأُمّة وتنزيه الملّة» للمحقّق النائينى: «٢- ما شيعه معتقديم كه مجتهد جامع الشرايط از امام عليه السلام نيابت دارد، قدر مسلم اين نيابت در امور حسبيه است (مانند ولايت بر صغار و مجانين و تصرف در اموال بى صاحب و اوقاف مجهول التوليه و صرف آن در موارد خود و از اين قبيل) و چون حفظ نظم و حقوق عمومى از اكمل و اوضح موارد امور حسبيه است پس نيابت علماء در اين موارد مسلم و وجوب اقامه اين وظائف حتمى است»(٣).

وقال المحقّق الخمينى رحمه الله : «ثمّ إنّ الأُمور الحسبيّة - وهى التى علم بعدم رضا الشارع الأقدس بإهمالها - إن علم أنّ لها متصدّيا خاصّا أو عامّا فلا كلام.

وإن ثبت أنّها كانت منوطة بنظر الإمام عليه السلام ، فهى ثابتة للفقيه بأدلّة الولاية.

ومع الغضّ عنها، لو احتمل أنّ إجراءها لابدّ وأن يكون بنظر شخص كالفقيه العادل، أو الشخص العادل، أو الثقة، فاللازم الأخذ بالمتيقّن، وهو الفقيه العادل الثقة، وإن تردّد بين المتباينين لابدّ وأن تجرى بنظرهما.

ولا يخفى: أنّ حفظ الاسلام، وسدّ ثغور المسلمين، وحفظ شبّانهم من الانحراف عن الإسلام، ومنع التبليغ المضادّ للإسلام ونحوها، من أوضح الحسبيّات، ولا يمكن

١- ١ . راجع التهذيب ٢٣٩/٩، ح٢٠، كتاب الوصايا، باب الزيادات.

۲- ۲ . البدر الزاهر /(۷۹-۷۳).
۳- ۳ . حكومت از نظر اسلام، ذيل صفحة ۵۱.

الوصول إليها إلاّ بتشكيل حكومة عادلة إسلاميّة.

فمع الغضّ عن أدلّة الولاية، لا شكّ فى أنّ الفقهاء العدول هم القدر المتيقّن، فلابدّ من دخالة نظرهم، ولزوم كون الحكومة بإذنهم، ومع فقدهم أو عجزهم عن القيام بها، يجب ذلک على المسلمين العدول، ولابدّ من استئذانهم الفقيه لو كان.

ثمّ إنّ ما ذكرنا: من أنّ الحكومة للفقهاء العدول، قد ينقدح فى الأذهان الإشكال فيه: بأنّهم عاجزون عن تمشية الأُمور السياسيّة والعسكريّة وغيرها.

لكن لا وقع لذلک بعد ما نرى أنّ التدبير والإدارة فى كلّ دولة بتشريک مساعى عدد كبير من المتخصّصين وأرباب البصيرة، والسلاطين ورؤساء الجُمهوريّات من العهود البعيدة إلى زماننا - إلاّ ما شذّ منهم - لم يكونوا عالمين بفنون السياسة والقيادة للجيش، بل الأُمور جرت على أيدى المتخصّصين فى كلّ فنّ.

لكن لو كان من يترأّس الحكومة شخصا عادلاً، فلا محالة ينتخب الوزراء والعمّال العدول، أو صحيحى العمل، فيقلّ الظلم والفساد والتعدّى فى بيت مال المسلمين، وفى أعراضهم ونفوسهم.

كما أنّه فى زمان ولاية أميرالمؤمنين عليه السلام لم يجرِ جميع الأُمور بيده الشريفة، بل كان له ولاة وقضاة ورؤساء للجيش ونحوهم، والآن ترى أنّ تمشية الأُمور السياسيّة أو العسكريّة وتنظيم البلاد وحفظ الثغور كلّ موكولة إلى شخص أو أشخاص ذوى الصلاحية بنظرهم»(۱).

وقال فى دروسه ما نصه بالفارسية: «ولايت فقيه از موضوعاتى است كه تصور آنها موجب تصديق مى شود و چندان به برهان احتياج ندارد. به اين معنى كه هركس عقايد واحكام اسلام را حتّى اجمالاً دريافته باشد چون به ولايت فقيه برسد و آن را به تصور آورد بى درنگ تصديق خواهد كرد و آن را

ضروری و بدیهی خواهد شناخت. این که امروز به ولایت فقیه چندان توجهی نمی شود و احتیاج به استدلال پیدا کرده، علتش

۱- ۱. کتاب البیع ٦٦٥/۲ و ٦٦٦.

اوضاع اجتماعی مسلمانان عموما و حوزه های علمیه خصوصا می باشد. اوضاع اجتماعی ما مسلمانان و وضع حوزه های علمیه ریشه تاریخی دارد که به آن اشاره می کنم...»(۱).

وقال الفقیه الکلبایکانی رحمه الله : «وبالجملة لا یبعد استفادة الولایة للفقیه الجامع للشرائط فیما یرتبط بالأُمور العامّة، وحفظ المجتمع والأُمة، وسیاسة الرعیّة والملّة؛ لوضوح أنّ الاجتماع ونظمه لا ینتظم إلاّ بسلسلة من القوانین المجعولة لهم والجاریة فیهم والحاکمة علیهم، حتّی أُوقف کلّ من النّاس علی حدٍّ محدود وحقّ مربوط، ولا یتعدّی بعض علی بعضٍ، ولا یأکل القوی الضعیف، ویقام الاعوجاج، ویرتفع اللجاج، کما فی المروی عن العلل عن الرضا علیه السلام [ما مضمونه أنّه] قال: «کیف یمکن إحالة الجهّال والفسّاق وتخلیة سبیلهم إلی ما هو المقرّر لهم فی الشرع من حرمة ووجوب ولا یکون فیه أمر آخر مربوط بالرئاسة والسیاسة؟!»(۲).

فعلی هذا، تارة یقال: یؤخذ بإطلاق الأدلّة العامّة - مثل: العلماء ورثة الأنبیاء أو أمناء اللّه وخلفاء الرسول - ویحکم بأنّ کلّ ما کان للنبی والأئمّة علیهم السلام من المناصب فهو ثابت للفقهاء إلاّ ما أخرجه الدلیل، کوجوب الإطاعة فی الأُمور المتعلّقة بشخصهم، والجهاد للدعوة إلی الإسلام، وصلاة الجمعة علی ما یظهر من روایات المسألة. فکلّ مورد قام الدلیل علی اعتبار الإذن الخاصّ من الإمام فیه، أو أنّه ممّا لا یجوز الإقدام علیه لغیر الإمام، نقتصر علیه ونأخذ به.

فعلیه خروج فردٍ من الولایة یحتاج إلی دلیل خاصّ، ولولاه یکفی الدلیل العامّ فی ثبوتها لهم.

وأُخرى يقال: إنّ استفادة الولاية المطلقة للفقهاء، وأنّ لهم ما كانت للأئمّة إلاّ ما

أخرجه الدليل، وإن كان لا يصحّ من الأدلّة العامّة، إلاّ أنّه يصحّ التمسّک بها والاستدلال

١- ١ . حكومت اسلامى /٦.

٢- ٢ . راجع: علل الشرائع /٢٥٣.

عليها لإثبات الولاية لهم فى الأُمور العامّة المتعلّقة لحفظ الرعيّة، ونظم أمرهم، وصونهم عن التجاوز، وإيقافهم على حدّ محدود، ومنعهم عن طلب ما لا يستحقّون، وعونهم على أخذ ما يستحقّون، كما نفينا البُعد عنه فيما تقدّم.

فعليه يحكم بثبوت الولاية للفقيه، فيما يرتبط بسياسة الاجتماع وإدارة المجتمع، إلاّ ما أخرجه الدليل مثل الجهاد للدعوة إلى الإسلام؛ لاختصاصه بالنبى والإمام أو المأذون الخاصّ منه عليه السلام .

وأمّا الجهاد للدفاع عن الإسلام وحوزة المسلمين، إذا خيف عليه من تهاجم الكفّار وحملة الأشرار، فللفقيه أيضا أن يحكم بنفر عدّةٍ وتخلّف قومٍ، أو يحكم بكيفيّة مخصوصة وطرق خاصّة من الدفاع»(١).

وقال المحقّق الروحانى فى تقريب الاِسْتِدْلال ونقده: «وقد يستدل على الفقيه بوجه عقلى: بيانه: أنه من المعلوم وجود أمور لابدّ من ان تناط بشخص معين واحد يكون هو المدير لشؤنها والنافذ القول فيها، للزوم اختلال النظام بدون ذلک، كأمر الحدود والتعزيرات وحفظ أموال اليتامى والمجانين ونحو ذلک، فيتعين اناطتها بالفقيه وتوقفها على إذنه، إذ المقام يكون من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخيير. فإنّه إمّا أن تكون واقعا منوطة بخصوص الفقيه أو بكل أحد، إمّا اناطتها بغير الفقيه بخصوصه

فهو معلوم العدم. وعليه فبدون الرجوع إلى الفقيه يشک فى مشروعيتها وجوازها، فلابدّ من الرجوع إليه.

وهذا الاستدلال ممنوع، أوّلاً: بانه أخص من المدعى، إذ هناک من الامور التى لا يعلم بلزوم اناطتها لشخص واحد لعدم اختلال النظام بدون الاناطة، کالصلاة على الميت أو التصدق بمجهول المالک ونحوهما، فلوتم الدليل المذکور فهو لا يشمل مثل هذه الصور لعدم تمامية ملاکه فيها.

وثانيا: بانه لا يقتضى الرجوع إلى الفقيه ولا يعنيه، لان الملاک فى الرجوع إلى

١- ١ . الهداية إلى من له الولاية/(٨١٣-٨١١) المطبوعة فى ضمن رسائل فى ولاية الفقيه.

شخص معين هو لزوم اختلال النظام بدونه. فالرجوع إلى شخصٍ لحفظ النظام.

وذلک يقتضى لزوم الرجوع إلى شخص عارف فى المصالح العقلائية ومطلع على

جهات التصرفات وخصوصياتها وعادل فى دينه لکى لا يخرج عن الحدود الشرعية سواء کان هذا فقيها مجتهدا أو ليس بفقيه بل کان مقلدا.

ولا يلزم الرجوع إلى الفقيه، لحصول حفظ النظام بغيره بل لو سلم تعيين الفقيه فلابدّ من اشتماله على جهة المعرفة وحسن التدبير والتصرف، دون مطلق الفقيه. إذ من الفقهاء من لا يعرف ادارة شؤن نفسه فضلاً عن شؤن غيره، فإنّ العلم بالفقه أجنبى عن الإدراک العرفى والمعرفة الاجتماعية.

وبالجملة، فمادام لزوم الرجوع إلى شخص بجهة حفظ النظام فالمدار على العارف والعالم فى الامور العرفية لا الفقية، إذ لا ملازمة بين الفقه والمعرفة الاجتماعية، فلا يحفظ النظام بولاية مطلق الفقيه»(١).

وقال شيخنا الاستاذ قدس سره : «إن قلت: كيف يصح القول بأن النّبى صلى الله عليه و آله والأئمة عليهم السلام لم يتعرضوا للزعامة فى زمان الغيبة وأن يتركوا المؤمنين حيارى، مع أنّ الدين الإسلامى متكفل لأحكام غير العبادات والمعاملات من السياسات التى يكون الغرض منها تنظيم الاُمور الاجتماعية للمسلمين، وبسط العدالة الإسلامية فى بقاع الأرض؟

فإنه يقال: عدم استفادة الولاية العامة للفقهاء من الروايات المتقدمة لا يوجب ذلک، حيث يمكن أن يكون عدم التعرض للوظيفة فى ذلک الزمان لعدم حاجة النّاس فى عصرهم عليهم السلام إلى بيانه، وأنه كان أنسب لرعاية التقية التى كانوا يعيشون حالها وإيكال الأمر وتشخيص الوظيفة إلى فقهاء، زمان الغيبة، حيث يتمكنون ببركة القواعد الشرعية والخطابات العامة على كيفية تنظيم الاُمور الاجتماعية وتعيين الوظيفة فيها.

وعلى ذلک فينبغى الكلام فى موضعين:

الأوّل: ما إذا تصدى أمر المسلمين من ليس أهلاً له، كما فى غالب بلاد المسلمين

ص: ۲۹۷

۱- ۱ . المرتقى إلى الفِقه الأرقى، كتاب الخمس /۳۰۷ و ۳۰۸.

فى عصرنا الحاضر.

الثانى: ما إذا أراد التصدى لأُمور المسلمين من يكون صالحا للتصدى لتنظيم اُمورهم ورعاية مصالحهم.

وأما الموضع الأوّل، فما لا ينبغى الريب فيه أنّ الشارع لا يرضى بتصدى الظالم الفاسق لأُمور المسلمين، لا سيّما إذا كان ذلک الظالم آلة بيد الكفار فى تضعيف الإسلام

وأهل الإيمان، وترويج الفسق والفجور ليلحق المسلمين ولو تدريجا بركب الكفار فى رسومهم وعاداتهم، وهدم ما أتعب النبىّ صلى الله عليه و آله والأئمة عليهم السلام والصالحين والشهداء من المسلمين فى تشييد أركان الدين وتطبيق أحكامه على نظم بلادهم.

والحاصل: نهى الشارع عن الركون إلى الظالم والأمر بالاعتصام بحبل اللّه والأمر بالكفر بالطّاغَوْتِ وأولياء الشيطان والأخذ بولاية اللّه سبحانه ورسوله وتمكين النّاس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلک، شاهد صدق بأنّ على المسلمين قطع أيدى الظَّلَمَةِ عن المؤمنين وبلادهم مع التمكن مِنْهُ، حيث إنه لو أمكن ذلک بالمقدمات الغير المحرمة فى نفسها فهو. وأما إذا توقف ذلک على ارتكاب محرم فى نفسه فلابدّ من ملاحظة الأهمية بين المتزاحمين، ولا ريب فى أنّ الظالم المزبور إذا كان بصدد هدم الحوزة الإسلامية وإذلال المؤمنين وترويج الكفر وتسليط الكفار على المسلمين وبلادهم، يكون على المسلمين أخذ القدرة من يده وإيكالها إلى الصالح، فإنّه أهم ولو مع توقفه على بعض المحرمات بعنوانه الأولى، حتّى القتال مع العلم بالظفر والاطمينان بأخذ القدرة من يده، كلّ ذلک تحفظا على الحوزة الإسلامية ودفاعا عن المسلمين وأعراضهم وبلادهم من دنس الكفر والضلال والفساد. هذا كلّه بحسب الكبرى.

وأما بحسب الصغرى فإن أحرز فقيه حال الظالم وأنه بصدد إذلال المسلمين وتسليط الكفار عليهم وعلى بلادهم والصدمة على أعراضهم وأموالهم وحكم بحكم على طبق إحرازه، فنفوذ حكمه وإن كان مبنيا على نفوذ الحكم الابتدائى للفقيه العادل، إلاّ أنه إذا اعتقد النّاس به وحصل لهم الجزم بصحة إحرازه ولو مع القرائن يثبت الحكم المتقدم.

ولا يخفى أنّ ما ورد فى بعض الأخبار من الأمر بِلُزُوْمِ البيت والصبر إلى خروج

ص: ٢٩٨

السفيانى وغيره من المعاملات لخروج القائم - عجل اللّه تعالى فرجه الشريف - لا ينافى ما ذكرنا، فإن المراد من تلک الروايات أمر النّاس بعدم الاستجابة لمن يدعو من أهل بيت النبى صلى الله عليه

و آله الخلافة لنفسه، وأن الائمة عليهم السلام لا يتصدون لأمر الخلافة والوصاية للنبى صلى الله عليه و آله إلى ذلک الزمان، ومن يدعو النّاس إلى الخروج إنّما يريد الخروج لنفسه لا للإمام عليه السلام ، وأن لخروجه وقتا محدودا لابد من انتظاره. وأما قضية الدفاع عن الحوزة الإسلامية فى زمان الغيبة والتصدى للأُمور العامة للمسلمين تحفظا على أعراضهم وأموالهم، وتمكين النّاس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإسقاط الفسقة والفجرة عن القدرة وإيكالها على من هو صالح للتصدى لها حسبة من غير أن يدعى المتصدى الوصاية والخلافة لنفسه،

فليس فيها نظر إلى ذلک، فلاحظها.

ويزيد وضوحا كون تلک الروايات غير ناظرة إلى صورة الهجوم على الحوزة الإسلامية معتبرة يونس عن أبيالحسن الرضا عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداک، إن رجلاً من مواليک بلغه أنّ رجلاً يعطى سيفا وقوسا فى سبيل اللّه فأتاه فأخذهما منه، ثمّ لقيه أصحابه فأخبروه أنّ السبيل مع هؤلاء لا يجوز وأمروه بردّهما؟ فقال: فليفعل. قال: قد طلب الرجل فلم يجده وقيل له: قد قضى الرجل، قال فليرابط ولا يقاتل، قلت: مثل قزوين والديلم وعسقلان وما أشبه هذه الثغور، فقال: نعم. قال: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضة الإسلام. قال له: يجاهد؟ قال: لا، إلاّ أن يخاف على دار المسلمين. فقال: أرايتک لو أنّ الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم، قال: يرابط ولا يقاتل، وإن خاف على بيضة الإسلام والمسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه وليس للسلطان. قال: قلت: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضة الإسلام لا عن هؤلاء؛ لأن فى دروس الإسلام دروس دين محمّد صلى الله عليه و آله »(١) وظاهرها - كما ترى - عدم البأس بالقتال مع من يكون

١- ١ . الكافى ٣٩٣/٩، ح٢ (٢١/٥)؛ وسائل الشيعة ٣٠/١٥، ح٢، الباب ٦ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

استيلاؤه على المسلمين وبلاده موجبا لضعف الإسلام وانهدام معالمه، بلا فرق بين زمان الحضور والغيبة كما لا يخفى.

الموضع الثانى: فنقول: لا ينبغى الريب فى أَنَّ تهيئة الأمن من المؤمنين بحيث تكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار والكفار من أهم مصالحهم، والمعلوم وجوب المحافظة عليها وإنّ ذلک مطلوب للشارع، فإن تصدى شخص صالح لذلک بحيث يعلم بِرِضا الشارع بتصديه، كما إذا كان فقيها عادلاً بصيرا أو شخصا صالحا كذلک مأذونا من الفقيه العادل، فلا يجوز للغير تضعيفه والتصدى لإسقاطه عن القدرة، حيث إنّ تضعيفه إضرارا للمؤمنين ونقض للغرض المطلوب للشارع، بل يجب على الآخرين مساعدته وتمكينه فى تحصيل مهمته، ومن المساعدة عليه التبرع فى الجيش الذى يمهده لحفظ الثغور والدخول فى القوى التى أُوكل إليهم حفظ الأمن الداخل المأخوذ على عاتق النّاس حسبة. ويشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على مال الوقف الذى لا متولّى له، فإنّه لا يجوز للغير ممانعته وتهيئة المقدمة لوضع يده عليها، غاية الأمر أنّ

وجه عدم الجواز فى الثانى حرمة التصرف فى تلک الأموال وفى الأوّل؛ لكونه تضعيفا لحوزة المسلمين، وإخلالاً لأمر انتظام بلادهم وأمنهم كما لا يخفى.

ثمّ إنه إذا توقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاة، حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن ونظام البلاد، وجب إيصالها إليه مع احتياجه ومطالبته بها، بل لو طالب المال تبرعا فى صورة احتياجه وجب على النّاس الاستجابة، كلّ ذلک تمكينا للمتصدى من المال اللازم لتهيئة أمن البلاد وتأمين الحوائج العامة التى تصدى لتأمينها، كما أنّ للمتصدى تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضى المباحة ووضع اليد على الغابات ونحوها. وتكون كلّ هذه الأموال ملكا للحكومة الاسلامية، نظير ملک المال للعناوين ولا تدخل فى ملک شخص المتصدى، غاية الأمر يكون

للمتصدى الولاية فى التصرف فى تلك الأموال؛ ليصرفها فى الموارد التى يتوقف عليها نظام البلاد وتأمين حوائج أهلها.

ص: ٣٠٠

ولا يبعد(١) أيضا أن يقال بوجوب إطاعة المتصدى المزبور فى الأُمور الراجعة إلى الجهات التى أشرنا إليها، أخذا بقوله سبحانه: «أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»(٢) وما ورد فى تفسيره من أنّ المراد بأُولى الأمر الأئمة عليهم السلام لا ينافى ذلك، حيث إن ذلك لنفى ولاية ولاة الجور، وأنّهم عليهم السلام هم أُولو الأمر لا المشار إليهم.

ولا يخفى أنّ كلّ تصرّف لا يخرج عن حدود التحفظ على حوزة الإسلام والمسلمين نافذ للتصدى لأُمور المسلمين، فيما إذا كان مقتضى الأدلة الأولية جوازه، كهيئة مراكز الثقافة لنشر العلوم وبسط الرفاه الاجتماعى، وأن كلّ تصرف يكون مقتضى

الأدلة عدم جوازه، كالتصرف فى بعض أموال آحاد النّاس وأخذه قهرا عليهم وأمثال ذلك، فلا يدخل فى ولاية المتصدى حتّى فيما إذا اعتقد المتصدى أو وكلاؤه جوازه لبعض الوجوه، إلاّ فيما أشرنا إليه سابقا، كما يجوز لسائر الفقهاء التصدى لبعض الأُمور الحسبية، فيما إذا لم يكن التصدى لها مزاحمةً وتضعيفا لمركز المتصدى للزعامة، كنصب القيم لليتيم والتصدى لتجهيز ميت لا وليّ له ونحو ذلك، واللّه سبحانه هم العالم»(٣).

وقال بعض الاساتيذ رحمه الله : «إنّ النظام والحكومة أمر ضرورى للبشر، وأنّ حياتهم فى

ص: ٣٠١

١- ١ . قد عدل عن هذا الرأى شيخنا الاستاذ قدس سره فى أجوبة استفتائاته وذهب إلى اختصاص الآية بالأئمة المعصومين عليهم السلام وقال: «إنّ الأمر الوارد فى اتباع الفقهاء والعلماء والأخذ

بحديث الثقات من الرواة أمر إرشادى لحجّية قولهم كما قرّر فى علم الأُصول، فلابدّ من تقييده عقلاً بصورة عدم العلم بمخالفته للواقع، فإنّ جعل شىء طريقا للواقع إنّما هو فى فرض احتمال مطابقته للواقع. وأمّا الأمر المذكور فى الآية فهو أمر مولوى نفسى، وحيث إنّه لا يعقل إطلاق الأمر وشموله لصورة أمر النبى وأُولى الأمر عليهم السلام بما فيه مخالفة لأمر اللّه تعالى، فلا محالة يكون مقتضى الإطلاق فى الأمر بإطاعة النبى صلى الله عليه و آله وأُولى الأمر هو عصمة الشخص المطاع مطلقا، فيكون المراد بأُولى الأمر المعصومين عليهم السلام . ويؤكّده قرن الأمر بطاعتهم بالأمر بطاعة اللّه ورسوله، واللّه الهادى إلى سواء السبيل» [الأنوار الإلهية فى المسائل العقائدية /١٠١].

٢- ٢ . سورة النساء /٥٩.

٣- ١ . إرشاد الطالب ٤/(٢٢٠-٢١٥).

جميع مراحلها وأدوارها حتّى فى العصور الحجرية وفى الغابات لم تخل من قانون وحكومة ما، فإنّ الإنسان مدنى بالطبع ولا تتم حياته ومعيشته إلاّ فى ظلّ الاجتماع والتعاون والمبادلات، وله شهوات وغرائز وميول مختلفة من حبّ الذات والمال والجاه والحرية المطلقة فى جميع ما يريده ويهواه، ولا محالة يقع التزاحم والصراع والتضارب بين الأفكار والأهواء فلابدَّ له من قوانين ومقررات، ومن قوة وقدرة نافذة محدّدة منفذة للمقررات حافظة للنظام ومانعة من التعدّى والتكالب وحافظة للثغور والأطراف. ولا نعنى بالحكومة والولاية إلاّ هذه. بل الحيوانات أيضا تحتاج إلى نحو من هذا النظم والقدرة، كمانشاهد ذلک فى أنواع النمل والنحل ونحوهما.

ولو فرض محالاً أو نادرا تحقّق الرشد الأخلاقى والثقافة الكاملة فى جميع أفراد البشر والتناصف والإيثار بينهم، فالاحتياج إلى نظام يدبر أمورهم الاجتماعية يؤمّن حاجاتهم من جلب الأرزاق وتأمين الأمور الصحيّة والتعليم والتربية والمواصلات والمخابرات وإيجاد الطرق والشوارع وسائر المؤسّسات الرفاهية وجباية الضرائب لتأمينها ممّا لا يقبل الإنكار. ولا يختص هذا بمصر دون مصر أو عصر دون عصر أو ظرف دون ظرف.

فما عن أبيبكر الأصم من عدم الاحتياج إلى الحكومة إذا تناصفت الأمة ولم تتظالم، وما عن ماركس من عدم الاحتياج إليها بعد تحقّق الكمون المترقى للبشر وارتفاع الاختلاف الطبقى بينهم واضح الفساد... .

وكيف كان فالإمامة بالمعنى الأعم ضرورة للبشر فى جميع الأعصار، وبقاء الأمة ببقاء الإمامة. فلا يجوز للشارع الحكيم اللطيف بالأمة الإسلامية إهمال هذه المهمة وعدم

تعيين وظيفة المسلمين بالنسبة إلى أصلها وشرائطها وحدودها حتّى بالنسبة إلى عصر الغيبة، لعدم تفاوت الأزمنة فى ذلک... .

فإذا فرض أن الإسلام لم يهمل [حتّى] مثل أرش الخدش والجلدة ونصف الجلدة فكيف يهمل ما فيه نظام أمر الأمّة بعد النبى صلى الله عليه و آله أو فى عصر الغيبة؟

إنّ قيّم قرية صغيرة إذا أراد أن يسافر سفرا موقّتا فهو بطبعه ووجدانه يعيّن مرجعا

ص: ٣٠٢

للأمور يرجع إليه فى غيابه، فهل كان النبى صلى الله عليه و آله وهو عقل الكل أقل التفاتا وحرصا على حفظ الإسلام الذى صرف فيه طاقاته وطاقات المسلمين مدى عمره الشريف؟! ...

وبالجملة، الحكومة والإمامة وحفظ النظام ضرورة للبشر فى جميع الأعصار. فلا يُظَنّ بالشارع الحكيم إهمالها وعدم التعرض لها ولحدودها وشروطها. وما ذكرناه إلى هنا يكفى لإثبات المطلوب، فليجعل الأخبار والأدلة الآتية مؤيدات أو مؤكّدات فلا يضرّنا ضعف بعضها من جهة السند، فتدبر»(١).

وقال آية اللّه الحاج آقا على الصافى الكلبايكانى قدس سره : «وأمّا حكم العقل، فهو أن يقال، بعد ما يكون كل من النّاس، بحسب غرائزهم الحيوانية، مايلاً إلى الشّهوات، وانجاح آمالهم وإن كان هذا

فی حقوق الغیر والتجاوز فی حدود الآخرین، مضافا إلی أنّ مدنیّتهم، تقتضی نظاما رابطا بین أفرادهم، حتّی یصیروا متحدّا فی هذا النّظام ولولا رادع فی ما بینهم، یردعهم عمّا لیس حقّهم وحفظهم فی حدودهم، وإلاّ انجرّ أمرهم إلی السفال والزّوال فلابدّ من سائس وقیّم بینهم، مع قانون، یعملون علی طبق هذا القانون، مع هذا القیّم لانّ صرف القانون، لا یکفی لحفظ نظامهم، مع ما هم علیه، من الأهواء والسلطة علی نوعهم:

فإذا کان هذا حکم العقل، نقول بانّ هذا السّائس لابدّ من أن یکون، مِنْ قبل اللّه تعالی، کما بیّن فی مقام لزوم بعث الرّسل والإمام أو مِنْ قبل النّبی أو مِنْ قبل الإمام وهو الفقیه؛

ویدل علیه ما تلونا علیک، من الأخبار الدّالة علی ولایة الفقیه، فما حکم به العقل حکم به الشرع أیضا؛

مضافا إلی أنّه لو لم یکن نص علی ولایة الفقیه، لابدّ بعد حکم العقل، بما قلنا من

لزوم وجود السائس والقیّم من أنّ المتیقن، هو الفقیه، لأنّه العارف بموازین الاسلامیة وسیر العباد، إلی سلوک مسلک الدّین، لا غیر الفقیه وهذا دلیل مستقل علی ولایة

۱- ۱ . دراسات فی ولایة الفقیه ۱/(۱۷۱-۱٦۷).

الفقیه»(۱).

وقال الفیلسوف الکبیر العلاّمة الشیخ محمّدتقی الجعفری رحمه الله فی شرحه علی نهج البلاغة ما نصه بالفارسیة: «حکومت و سیستم مدیریت جامعه در هر شکل عالی هم که باشد ناشی از مشاهدات و فعالیت ها و تجارب معمولی طبیعی است و هیچ گونه جنبه فوق طبیعی ندارد و حتّی

نیازی به دریافت ها و تفکرات عقلانی والا ندارد، باید مورد تجدید نظر قرار بگیرد، زیرا موجودیت انسان یک حقیقت طبیعی محض نیست، بلکه دارای طبیعت ربانی نیز می باشد که بشر با قطع نظر از آن، محکوم به زیستن در تاریخ طبیعی حیوانی دارای ابعاد متنوع تر می باشد. از اینجا است که می توان گفت: آن گروه از زمامداران و حکّام جوامع که با امکان شکوفا ساختن هر دو بعد طبیعی و ربانی مردم، آنان را تنها با بعد طبیعی محض اداره کرده اند، قطعا مرتکب خطا شده اند. خلاصه اینکه ما حتما باید در ماهیت و طبیعت بشر، «آنچنان که هست» هر دو بعد موجودیت او را در نظر بگیریم و استعداد و طبیعت الهی را از قلمرو «آنچنان که هست» حذف نکنیم و این گناه نابخشودنی را که بشر را در همان طبیعت حیوانی او خلاصه می کند، مرتکب نشویم.

اینکه به افلاطون نسبت داده شده است: مُتْ بِالاْءِرادَةِ تَحیْی بِالْطَّبِیعَةِ (غرایز حیوانی خود را با اراده مهار کن تا با طبیعت حقیقی [ربانی] جان خود، جاودان بمانی.) اشاره به همین حقیقت است که طبعیت الهی و فوق طبیعی آدمی نیز، طبیعت یا ماهیت اصلی او محسوب می گردد.

از مجموع مطالب فوق به یک نتیجه بسیار بااهمیت می رسیم و این است که آن سخن جاودانی امیرالمؤمنین علیه السلام که می فرماید: لابُدَّ لِلنّاسِ مِنْ أَمیرٍ بَرٍّ أو فاجرٍ (برای مردم زمامداری لازم است خواه نیکوکار و خواه بدکار) [خطبه ٤٠] نباید چنین تفسیر شود که حکومت صالح و ناصالح برای مدیریت حیات اجتماعی مردم به طور مطلق

١- ١ . الدلالة إلی من له الولایة /٧٠.

مساوی است، بلکه عقلای جامعه همان گونه که دین الهی دستور می دهد باید نهایت

تلاش را برای به وجود آوردن حکومت صالحان انجام بدهند و این یک تکلیف قطعی و جهانی و عقل عملی و دینی است که گمان نمی رود حتّی یک فرد خردمند که از ماهیت و ارزش های حیات انسان ها، و هدف اصلی آن مطلع باشد، آن را انکار کند یا نادیده بگیرد.

البته در صورتی که دسترسی به حکومت صالحان امکان پذیر نباشد، و با هیچ سعی و تلاشی امکان چنان حکومتی وجود نداشته باشد، به مقتضای اصل اساسی ضرورت ادامه حیات فردی و اجتماعی حاکم غیرصالح نیز به جهت اضطرار، ضرورت پیدا می کند و اگر عدم صلاحیت حاکم در حدی باشد که زندگی انسان های جامعه به جهت احساس اهانت و ذلت شدید به پوچی برسد، در این صورت، قیام برای نصب حاکم صالح و براندازی ناصالح، تکلیف به تلاش و کوشش شدیدتر می گردد. این حکم بدیهی عقل نظری و عقل عملی است»(۱).(۲)

۱- ۱ . ترجمه و تفسیر نهج البلاغة ۱۸۰/۲۵ و ۱۸۱.

۲- ۲ . قد تمّ تصحیح هذه الاوراق علی یدّ مؤلِّفها فی الحرم الرضوی - سلام اللّه علی صاحبه - فی اللیلة الجمعة السادس من شهر ذی القعدة الحرام سنة ۱٤۳٦ والحمد للّه علی کلّ النعمة.

۳- إثبات ولایة الفقیه بأنّ الحکومة جوهرة الإسلام

الحکومة والسلطة والقدرة وحفظ النظام الاِجْتماعی للبشر من ذاتیات الإسلام وأرکانه وأجزائه الرَّئیسة ونسیجه الثانی وجوهرته الواقعی. وقال الإمام الخمینی رحمه الله : «من نظر إجمالاً إلی أحکام الإسلام، وبسطها فی جمیع شؤون المجتمع؛ من العبادیّات التی هی وظائف بین العباد وخالقهم، کالصلاة والحجّ، وإن کانت فیهما أیضا جهات اجتماعیّة وسیاسیّة مربوطة بالحیاة والمعیشة الدنیویّة، وقد غفل عنها المسلمون، ولا سیّما مثل ما فی الاجتماع فی الحجّ فی مهبط الوحی ومرکز ظهور الإسلام.

ومع الأسف، قد أغفلوا بركات هذا الاجتماع الذى سهّل تحقّقه لهم الشارع الأقدس بوجه لا يتحقّق لسائر الدول والملل إلاّ مع جهاد عظيم، ومصارف خطيرة.

ولو كان لهم رشد سياسىّ واجتماعىّ، أمكن لهم حلّ الكثير من المسائل المبتلى بها؛ بتبادل الأفكار، والتفاهم والتفكير فى حاجاتهم السياسيّة والاجتماعيّة.

وَمَن [سَبَرَ] القوانينَ الاقتصاديّةَ والحقوقيّةَ والاجتماعيّة والسياسيّة، لرأى أنّ الإسلام ليس عبارة عن الأحكام العباديّة والأخلاقيّة فحسب، كما زعم كثير من شبّان المسلمين بل وشيوخهم؛ وذلک للتبليغات المشؤومة المسمومة المستمرّة من الأجانب وعمّالهم فى بلاد المسلمين طيلة التاريخ؛ لأجل إسقاط الإسلام والمنتسبين إليه عن أعين الشبّان وطلاّب العلوم الحديثة، وإيجاد الافتراق والتباغض بين المسلمين قديمهم وحديثهم.

وقد وقفوا فى ذلک إلى حدّ لا يتيسّر لنا رفع هذه المزعمة والتهمة بسهولة، وفى أوقات غير طويلة.

فعلى المسلمين - وفى طليعتهم الروحانيّون وطلاّب العلوم الدينيّة - القيام بوجه تبليغات أعداء الإسلام بأيّة وسيلة ممكنة، حتّى يظهر أنّ الإسلام قام لتأسيس حكومة

عادلة، فيها قوانين مربوطة بالماليّات وبيت المال، وأخذها من جميع الطبقات على نهج عادل.

وقوانين مربوطة بالجزائيّات قصاصا وحدّا وديةً؛ بوجه لو عمل بها لقلّت

الجنايات لو لم تنقطع، وانقطعت بذلک المفاسد المترتّبة عليها، كالتى تترتّب على استعمال المسكرات من الجنايات والفواحش إلى ما شاء اللّه تعالى(١)، وما تترتّب على الفواحش «ما ظَهَرَ مِنْها وَما بَطَنَ».

وقوانين مربوطة بالقضاء والحقوق على نهج عادل وسهل، من غير إتلاف الوقت والمال، كما هو المشاهد فى المحاكم الفعليّة.

وقوانين مربوطة بالجهاد والدفاع والمعاهدات بين دولة الإسلام وغيرها.

فالإسلام أسّس حكومة لا على نهج الاستبداد المحكّم فيه رأى الفرد وميوله النفسانيّة فى المجتمع، ولا على نهج المشروطة أو الجمهوريّة المؤسّسة على القوانين البشريّة، التى تفرض تحكيم آراء جماعة من البشر على المجتمع.

بل حكومة تستوحى وتستمدّ فى جميع مجالاتها من القانون الإلهىّ، وليس لأحد من الولاة الاستبداد برأيه، بل جميع ما يجرى فى الحكومة وشؤونها ولوازمها لابدّ وأن يكون على طبق القانون الإلهىّ، حتّى الإطاعة لولاة الأمر.

نعم، للوالى أن يعمل فى الموضوعات على طبق الصلاح للمسلمين، أو لأهل حوزته، وليس ذلک استبدادا بالرأى، بل هو على طبق الصلاح، فرأيه تبع للصلاح كعمله.

وبعد ما عرفت ذلک نقول: إنّ الأحكام الإلهيّة - سواء الأحكام المربوطة بالماليّات، أو السياسيّات، أو الحقوق - لم تنسخ، بل تبقى إلى يوم القيامة، ونفس بقاء تلک الأحكام يقضى بضرورة حكومة وولاية، تضمن حفظ سيادة القانون الإلهىّ، وتتكفّل بإجرائه، ولا يمكن إجراء أحكام اللّه إلاّ بها؛ لئلاّ يلزم الهرج والمرج.

١- ١ . ليس هذا التعبير مُناسبا هُنا فإنَّ اللّه تعالى لا يُشاءُ استعمال المسكّرات ونحوها من المحظورات فلابدّ من تبديله ب- «ما هُنالِکَ مِنَ الآفات المُبيرة أى المهلكة». [المؤلِّف]

مع أنّ حفظ النظام من الواجبات الأكيدة، واختلال أُمور المسلمين من الأُمور المبغوضة، ولا يقام بذا، ولا يسدّ هذا إلاّ بوال وحكومة.

مضافا إلى أنّ حفظ ثغور المسلمين من التهاجم، وبلادهم من غلبة المعتدين، واجب عقلاً وشرعا، ولا يمكن ذلک إلاّ بتشكيل الحكومة، وكلّ ذلک من أوضح ما يحتاج إليه المسلمون، ولا يعقل ترک ذلک من الحكيم الصانع.

فما هو دليل الإمامة، بعينه دليل على لزوم الحكومة بعد غيبة ولىّ الأمر - عجّل اللّه تعالى فرجه الشريف - ، ولا سيّما مع هذه السنين المتمادية، ولعلّها تطول - والعياذ بالله -

إلى آلاف من السنين، والعلم عنده تعالى.

فهل يعقل من حكمة البارى الحكيم إهمال الأُمّة الإسلاميّة، وعدم تعيين تكليف لهم، أو يرضى الحكيم بالهرج والمرج واختلال النظام، ولا يأتى بشرع قاطع للعذر؛ لئلاّ تكون للنّاس عليه حجّة؟!

وما ذكرناه وإن كان من واضحات العقل؛ فإنّ لزوم الحكومة - لبسط العدالة، والتعليم والتربية، وحفظ النظم، ورفع الظلم، وسدّ الثغور، والمنع عن تجاوز الأجانب - من أوضح أحكام العقول، من غير فرق بين عصر وعصر، أو مصر ومصر، ومع ذلک فقد دلّ عليه الدليل الشرعىّ أيضا»(١).

وقال الفقيه الشريعتمدارى رحمه الله : «توضيح ذلک يقتضى ذكر مقدّمة مفيدة لازمة، وهى أنّ موقف مسألة الحكومة من الإسلام ماذا؟ هل تكون جزء من جوهر الإسلام، ومن أركانه وأجزائه، أو شىء خارج عنه؟

فتارةً يتوهّم أنّ الإسلام مجموع سلسلة من النّصائح الخلقيّة التى يكون العمل بها أمرا اختياريّا، أو لازما على حدّ لزوم التّخلّق بالآداب الحسنة فيكون الإسلام بمنزلة ما نقل من الحكماء وفلاسفة الهند من المطالب الحكميّة، وبمنزلة الأمثال التى تذكر بلسان الحيوانات وغيرها للتّذكير والتّنبيه.

۱- ۱ . کتاب البیع ۲/(۶۲۰-۶۱۷).

ولازم هذا التّوهّم أنّه لیس فی جواهر الإسلام قوانین بها تقدر علی إرادة المجتمع الإسلامی، بل الإسلام کلّه نصائح فنحو هذه المسائل: المجتمع الإسلامیّة کیف ینبغی أن یدار؟ ووظیفة الدّولة والحکومة بالنّسبة إلی النّاس، وکذلک وظیفة الرّعایا فی مقابل الدّولة والحکومة ماذا؟... لم یکن فی قوانین الإسلام موردا للتوجّه فعلی هذا النّوع من التّفکیر مسألة الحکومة مثل الاُمور العادیّة کالاکل والشّرب، والصّنعة وغیرها من الأُمور العادیّة اللازمة للمجتمع غیر داخلة فی تعالیم الإسلام لم یتعرّض لها الإسلام.

وربّما یذکر تأییدا لما یتوهّم سیرة عیسی علیه السلام فی عصره، وعدم تدخّله فی الحکومة، بل وصیّته لاُمّته بترک التّدخّل، حیث کان نظره الأعلی ومقصوده الغائی النّصح، تحریض اُمّته وأتباعه نحو عالم المعنی والملکوت؛ ولذا نقل عنه علیه السلام من جملة نصائحه هذه العبارة: «أُعطوا ما لقیصر لقیصر وما للّه للّه».

وتارة أُخری قد یتوهّم أنّ الحکومة الإسلامیّة فی صدر الإسلام فی زمن رسول اللّه صلی الله علیه و آله حدثت مصادفة من دون أن تدخل فی جوهر الإسلام کما کتب أحد کُتّاب أهل السّنّة قبل أربعین سنة تحت عنوان: «هل النّبیّ کان ملکا؟» واختار فی مطاوی کلماته أنّ النّبی صلی الله علیه و آله لم یکن ملکا، وتشکیل حکومته کان أمرا اتّفاقیّا، ولم تکن الحکومة جزء من قوانین الإسلام.

ولا یخفی علیک أنّ هذا الکتاب - وان کان مقصوده تنزیه الإسلام عمّا ارتکبه الأُمویّون والعباسیّون من أُمورٍ تنافی الإسلام مستدلاً علی ذلک بأنّ الإسلام دین منفصل عن الدّولة، ولیس من قواعده إنشاء حکومة إسلامیّة - إلاّ أنّه قد جافی الحقیقة فی هذا القول وخالف آراء جمیع علماء المسلمین، ولذلک اعترضوا علیه وحاکموه، وطردوه، ونشروا کتبا فی الردّ علیه، ووهن نظره الضّعیف.

وأنت بأدنى نَظَرٍ فى هذه التّوضيحات تعرف أنّ هذه الاوهام مبنيّة على جعل مسألة الحكومة من المسائل المتروكة المغفول عنها، والحال أنّ الإسلام حكومة حقّة، ودولة إلآهيّة، وأنّها كانت من شؤون النّبوّة والرّسالة، وأنّ إمامة أئمّتنا المعيّنة من عند اللّه والمغصوبة من طرف النّاس لَيْسَتْ إلاّ بمعنى حقّ الحكومة الحقّة الحقيقيّة، أو الحكومة

ص: ٣٠٩

داخلة فيها قطعا، بل ذلک من اُصول مذهبنا. فكيف تجعل موردا للبحث الفقهىّ الفرعىّ، ويستدلّ عليها بما لا يدلّ عليها تمام الدّلالة؟

نشأة الحكومة الإسلامية:

ونحن فى هذا الصدد يلزم علينا أن نحدّد نشأة الحكومة الإسلامية وموقعها التاريخى.

إنّ سيرة النّبى الأكرم صلى الله عليه و آله تنقسم إلى مرحلتين:

الأُولى فى مكّة: ويمكن اعتبار هذه المرحلة بعيدة عن تكوين الدّولة الإسلامية، إنّما هى بداية عامّة. فالظّروف الّتى سايرت الرّسول صلى الله عليه و آله وهو فى مكّة لم تساعده على وضع اللَّبِناتِ الأُولى لحياة حكومة الإسلام، فقد كان مشغولاً فى التّخطيط لزرع الدّعوة فى النّفوس، وجمع المسلمين حوله، وكشف أهميّة الإسلام، ولم يكن النّاس على استعداد لتفهّم ما يدعو إليه الرّسول، لهذا ولأوّل وهلة وقفت قريش وأتباعها معارضة ومحاربة له ولدعوته، حتّى اضطرّ أن يشير على عدد من أتباعه أن يهاجروا إلى الحبشة سَلامَةً لأنفسهم من غدر المعارضين، وإلى آخر ما يحدّثنا التّاريخ من المآسى والأحداث الداميّة

الّتى توجّهت إلى المسلمين فى هذه المرحلة.

الثانية فى المدينة: ويمكن اعتبار هذه المرحلة هى الانطلاقة الواضحة لتكوين الدّولة الإسلاميّة، فقد حصل تحوّل خطير فى سياسة النّبىّ صلى الله عليه و آله ، وذلک بعد أن اطْمَأَنَّ فى المدينة إلى وجود المقوّمات الايجابية للقيام بهذه المهمّة السماويّة، وأنّ أصحابه والصّفوة الطّاهرة من المهاجرين والأنصار بعيدة عن خطر قريش وظلمها، وسعة من العمل.

وبدأ الرّسول يشرّع القوانين الّتى تكفل سلامة الفرد على ضوء الآيات النّازلة من اللّه سبحانه، ولو ألقينا نظرة على الآيات الكريمة الّتى نزلت فى المرحلة الأُولى فى مكّة لرأيناها تتضمّن - جميعها - النّصح والموعظة، والحثّ على التّحلّى بِالأخلاقِ، وبعض الجوانب العقائديّة، حتّى قيل إنّ الآيات الّتى نزلت فى مكّة وتخصّ الزكاة والصّلاة لم يقصد بها المعنى المصطلح. فى حين أنّ ما نزل من الآيات فى المدينة نرى فيها التّشريع والتّقنين لتنظيم أُمور المسلمين، وسياسة المجتمع، وعلاقاته بأفراده والآخرين، وكذلک

ص: ٣١٠

العلاقات الدّاخليّة والخارجيّة، والنّظام المالىّ، وطبيعة الحكومة الّتى يجب أن تحكم وهكذا.

ولو حاولنا ضرب الامثلة القرآنيّة فى كثير من الجوانب، والّتى عالجها الإسلام لضاق بنا المجال، ولم تكن مُعالَجَةُ الإسلام لجانب من الجوانب محدّدا لوقت من الاوقات، أو زمان من الازمنة إنّما هو فى واقعه قانون فيه قابِلِيَّةُ الاِستمرار والإدامة إلى أىّ عصرٍ وَآنٍ. وأستغرب جدّا مِنْ تَوَهُّم بعض الّذين لا يرون فى الإسلام قابليّة استمراريّة الحكم فيه اعتقادا منهم أنّ قوانينه صالحة لظرف معيّن، وخاصّة فى صدر الإسلام، ويبنون رأيهم هذا على أساس الجانب المالىّ فى الإسلام؛ فإنّ الحكومةَ الإسلاميّةَ والّتى لابدّ أن تساير التّطوّر العلمىّ لا يمكن أن تقيم قواعدها على منبع ماليٍ كلّ إعتماده على الزّكاة وأمثاله فى حين أنّ مستلزمات تأسيس الحكومة تقتضى منبعا ماليّا واسعا.

غير أنّنا نؤكّد - وَنَحْنُ فى صدد الردّ - لأمثال هؤلاء الذّاهبين بعيدا عن تفهّم حقيقة الإسلام أنّ الإسلام فى حياته الماديّة، وتسيير دفّة حكومته لم يعتمد على هذا الْجانِبِ الضّئيل من الموارد

الماليّة، فهناک جوانب اُخرى تکفل للإسلام الإستمرار المالىّ عند تشکيل حکومته، وديمومتها إذ للحاکم الشّرعى - سواء کان النّبى صلى الله عليه و آله ، أو من بعده الأئمّة عليهم السلام أو من يتولّى السلطة الشرعيّة من بعدهم - أن يلزموا الأُمّةَ بأداء الأموال الکافية لسدّ حاجة ومتطلّبات الحکومة الإسلامية.

إنَّ الحکومةَ الإسلاميّةَ الّتى نبحث عنها، وهى حکومة الرّسول الأعظم والأئمة [الطّاهِرِيْنَ] الکرام تختلف کلّ اختلاف عن الحکومات الّتى سبقت الإسلام، أو الّتى جاءت بعد ظهوره والّتى تعتمد التّشريعات الوضعيّة؛ ذلک لانّ الحکومة الإسلاميّة هى من تخطيط اللّه سبحانه، وهو خالق الکون والانسان، وهو أعرف من غيره بمصلحة البشر. فعند ما يضع القوانين للإنسانيّة - الّتى يختار لهم حتما الصّالح لبقائها - لابدّ أن تتوفّر فيها کلّ المقوّمات الکافية لحفظ البشريّة.

أمّا القوانين الوضعيّة، فهى تعتمد الحسّ والتّجربة، وهذه القوانين المبنيّة على هذين الأساسين تتعرّض دائما للتّغيير والتّحرير، ولم تتمکّن من إعطاء الصّورة الکاملة

ص: ٣١١

للحکم کما يتجلّى ذلک فى الحکومات الرأسماليّة، والشّيوعيّة، والديمقراطيّة، والاستبداديّة المطلقة وأمثال ذلک. فانّنا نرى أنّ قوانينها دائما معرّضه للتّحوير والتّصحيح والتّبديل، فى حين أنّ القرآن - ذلک الدّستور الخالد - لم يتغيّر، ولم يتبدّل رغم مرور هذه الحقبة الطويلة من الأعوام، وأنّه يملک القابليّة الکافية للحکم بموجبه.

ويؤسفنا أنّ الظّروف القاسية الّتى صاحبت(١) مسيرة الإسلام قد أوقفت جرى الحکومة الإسلاميّة من الاستمرار نتيجة الانحرافات، والإتّجاهات الّتى تعرّض لها فى طول هذه القرون.

وبالجملة: من الواضحات التّاريخيّة أنّ هجرة النّبىّ صلى الله عليه و آله ، ومن تبعه من المسلمين من مکّة إلى المدينة ليست أمرا عاديّا، بأن عاش صلى الله عليه و آله مدّة فى مکّة، ثمّ هاجر وسافر

إلى المدينة وأقام فيها من دون هدف إسلامى خاصّ، بل هى مبدأ تحوّل خطير فى الإسلام، ومشخّصة للدّورتين والمرحلتين الْمُمْتازَتَيْنِ: المرحلة الأولى فى مكّة، والمرحلة الثّانية فى المدينة.

النّظر الدّقيق فى التّواريخ المعتبرة الإسلاميّة يعطينا أنّ كلّ واحدة منهما تمتاز عن الأُخرى بمميّزات، ومشخّصات.

فمنها: أنّه فى الزّمن الّذى عاش فيه النّبىّ صلى الله عليه و آله فى مكّة لم تكن قد تكوّنت الحكومة الحقّة بالمعنى الصّحيح لها بعد، وكان المسلمون فيها متفرّقين ومتشتّتين ومستضعفين، بحيث كانوا تارةً محصورين فى شِعْبِ أبيطالب خوفا من الكفّار والمشركين، وتارةً

مهاجرين إلى الحبشة خوفا، أو معذّبين بأنواع العذاب الّذى ذُكِرَتْ تَفاصِيْلُهُ فى التّواريخ المعتبرة الموجودة.

أمّا بعد هجرة النّبىّ صلى الله عليه و آله ، ومن تبعه من المسلمين إلى المدينة المنوّرة فقد حصل مبدأ تحوّل كبيرٍ فى العالم الإسلامىّ، وتكوّنت الحكومة الحقّة، وحدثت قدرة وتحوّل للإسلام من جهات مختلفة. وقد ترتّبت عليها آثارٌ إسْلامِيَّةٌ متعدّدة كما يظهر لمن تأمّل

١- ١ . الأَوْلى أنْ يُقالَ: زامَنَتْ. [المؤلّف]

فى الآيات القرآنيّة أدنى تأمّل، حيث أنّ الآيات النّازلة فى مكّة تفترق عن الآيات النّازلة فى المدينة المنوّرة من جهاتٍ شتّى، ونحن نتعرّض هنا لبعضها إجمالاً حذرا عن الإطالة.

منها: أنّ الآياتِ النّازلةَ فى مكّة أكثرها تتضمّن ما يكون مناسبا لحال النّبىّ وأتباعه، فهى تتضمّن العقائد والخلقيّات، والمواعظ والنّصائح، وذمّ المنكرين والمخالفين، وقلّما تتضمّن شيئا من

التّشريع، بل قيل انّ آيات الزّكاة والصّلاة الّتى نزلت فى مكّة لم يقصد منها الصّلاة والزّكاة - بالمعنى التّشريعىّ المصطلح - بخلاف الآيات الّتى نزلت فى المدينة المنوّرة فانّ أكثرها يتضمّن تشريعا وتقنينا.

والدّليل على ذلک سورتا البقرة والنّساء - وهما مدنيّتان - وأكثر آيات التّشريع موجودة فيهما؛ وما ذلک إلاّ لانّ الوضع كان قد تغيّر وتبدّل من الضّعف إلى القوّة، وأصبحوا مهيّئين لتأسيس حكومة لهم، واقتضت تشريع أحكام وتأسيس أساس بها تجرى الحكومة الإسلاميّة والدّولة الحقّة.

والشّاهد على أنّ الحكومة الإسلاميّة تكوّنت وحدثت بعد الهجرة إلى المدينة وجود كلّ خواصّ الحكومة ومقوّماتها فى المسلمين فى المدينة كتشريع القوانين لتنظيم أُمور المسلمين فيما بينهم، وتقنين قوانين للعلاقات الخارجيّة مع الدّول والملل وضرائب يقوم بها أساس الحكومة وقوامها.

أمّا من جملة القوانين الّتى وضعت لإيجاد النّظم والصّلاح فى البلاد الإسلاميّة فيما بينهم، فَهُوَ ما وُضِعَ لحفظ أموال المسلمين من السَّرِقَةِ والإتلاف وغيرهما من طرق التّطاول والتّعدّى إلى أموال المسلمين - وهو قانون قطع أيدى السّارق والسّارقة - كما يدلّ عليه قوله تعالى: «السّارِقُ وَالسّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُما»(١).

ومنها: ما وضع من القوانين لحفظ الأعراض والتّعفّف فى النّساء المسلمات ومنع

نفوذ الفساد فى المجتمع الإسلامى بشيوع الزّنا ونشره كما يدلّ على قوله تعالى: «الزّانِيَةُ

١- ١ . سورة المائدة /٣٨.

وَالزّانِی فَاجْلِدُوا کُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَةَ جَلْدَةٍ»(۱) وکذلک شرّع الإسلام قوانین لأجل حفظ دماء النّاس مثل قانون القصاص مثل قوله تعالی: «وَلَکُمْ فِی الْقِصاصِ حَیاةٌ یا أُولِی الْأَلْبابِ»(۲) وقانون الحدود والتّعزیرات لحفظ حرمة القانون الإسلامی وسدّ باب ارتکاب الذنب والفساد فی البلاد الإسلامیّة قهرا، وکذلک لأجل حفظ الامن والسّلم والثّبات فی البلاد المختلفة الإسلامیّة وضع هذا القانون: «إِنَّما جَزاءُ الَّذِینَ یُحارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَیَسْعَوْنَ فِی الْأَرْضِ فَسادا أَنْ یُقَتَّلُوا أَوْ یُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَیْدِیهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ یُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ...»(۳). وبهذا الکلام الموجز أنت تعلم أنّ النّبیّ صلی الله علیه و آله کان له سلطة لتنفیذ العقوبات الشّرعیّة من نَفْیٍ، أو صَلْبٍ، أَوْ قَتْلٍ، أو قَطْعِ یَدٍ، أو جَلْدٍ فی صورة الإخلال بالقانون الإسلامیّ الرّاجع إلی صلاح الشّعب الإسلامی، وکلّ ذلک من مظاهر الحکومة الإسلامیّة.

وممّا ذکرنا ظهر لک أنّ القول بأنّ حکومة النبیّ صلی الله علیه و آله کانت مصادفة، وأمرا اتّفاقیّا ولم تکن الحکومة موجودة فی جوهر الإسلام، ولم تکن شواهد علی أنّ الإسلام حکومة، غیر تامّ؛ لانّ تلک الموارد الّتی نقلنا قلیلاً منها أوضح شاهد علی ما ادّعیناه، وردّ علی هذا القول.

وأمّا القوانین الإسلامیّة التی شرّعت لتنظیم العلاقات الخارجیّة مع الدّول، والملل الأجنبیّة فهی أیضا کثیرة؛ وکلّها حادثة بعد اجتماع المسلمین فی المدینة وتوفّر القدرة لهم علی انشاء الحکومة الإسلامیّة، والکتاب الکریم یشیر إلی ذلک، ومنها الإشارة إلی معاهدة کانت بین المسلمین والکفّار اقتضتها مصلحة المسلمین، ونزلت البراءة منها ومنهم لنقضهم العهد الّذی کان بینهم.

وذلک فی قوله تعالی فی سورة البراءة: «بَراءَةٌ مِنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ إِلَی الَّذِینَ عاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِکِینَ»، وکذلک المعاهدة مع أهل الکتاب، کما ورد فی التّاریخ المعتبر

۱- ۱ . سورة النّور /۲.

٢- ٢ . سورة البقرة /١٧٦.

٣- ٣ . سورة المائدة /٣٣.

أنّ النّبىّ صلى الله عليه و آله عاهد أهل الكتاب لأوّل عهده بالمدينة، وكانت تلك المعاهدة أوّل حجرٍ فى بناء الدّولة الإسلاميّة، وأوّل علاقة سياسيّة تقرّر حرّية التّديّن فى العبادة والعقائد،

وتحافظ على الأمن والسّلام.

ومنها: تشريع قانون الجهاد فى الإسلام مع الكفّار بشروطه المقرّرة فى مُحَلِّها.

والقول بأنّ غزوات الإسلام، وجهاد المسلمين كان كلّ ذلك دفاعيّا صحيح، إلاّ أنّه لا ينفى وجود قانون إسلامىّ خاصّ بالحرب. ومعلوم أنّ الجهاد وغيره يستلزم وجود القدرة فى المسلمين، ووجود مجتمع كامل لهم، وكلّ ذلك من مظاهر الحكومة الإسلاميّة»(١).

وقال بعض أَساتِذَتِنا رحمه الله : «قد عرفت ضرورة الحكومة وحفظ النظام الاجتماعى للبشر، وانَّ الهرج والمرج الاجتماعى مما يدرک ضرره وقبحه کل عاقل من أى أمّة أو ملّة كان.

والمُراجِعُ للكتابِ والسُّنَّةِ وَفِقْهِ مَذاهبِ الإسلام من الشيعة والسُّنَّةِ يظهر له بالبداهة أنّ دين الاسلام الذى جاء به النبى الأكرم صلى الله عليه و آله لم تَنْحَصِرْ أحكامه فى أمور عبادية ومراسيم وآداب فردية فقط، بل هو جامع لجميع ما يحتاج إليه الانسان فى مراحل حياته الفردية والعائلية والاجتماعية من المعارف والأخلاق والعبادات والمعاملات والسياسات والاقتصاد والعلاقات الداخلية والخارجية. فهو بنفسه نظام كامل يجمع الاقتصاد والسياسة أيضا.

والتتبع فى أخبار الفريقين وفتاواهم فى الأبواب المختلفة لفقه الإسلام يرشدنا إلى كون الحكومة وتنفيذ المقررات أيضا داخلة فى نسج الاسلام ونظامه. فالاسلام بذاته دين ودولة، وعبادة واقتصاد وسياسة.

فترى النبى الأكرم صلى الله عليه و آله بعد هجرته إلى المدينة باشر بتأسيس أوّل دولة اسلامية عادلة، وقد مهّد لها مقدماتها من أخذ البيعة من القبائل والوفود وعقد ميثاق الأُخوة بين

١- ١ . تحقيقٌ وتقريراتٌ فى باب البيع والخيارات ٤/(٥٢-٤٥).

المهاجرين والأنصار والمعاهدة بينهم وبين يهود المدينة. وأقام مسجدا جعله مركزا لتجمّع المسلمين وموضعا لصلواتهم ولنشاطاتهم الاجتماعية والسياسية.

وراسل الملوک والأُمراء فى البلاد وكتب إليهم يدعوهم إلى الإسلام والدخول تحت ظلّ حكومته.

ولم يقنع ببيان الأحكام وإقامة الصلوات والتبليغ والارشاد فقط. بل كان ينفّذ

حدود الإسلام وأحكامه ويبعث العمّال والولاة ويطالب بالضرائب والماليات ويجهّز الجيوش ويقاتل المشركين والمناوئين، إلى غير ذلک من شؤون الحكومة، فهذه كانت سيرته فى حياته. وقد كان الحكم الذى قام به صلى الله عليه و آله فى عصره مع قصر مدته حكما فريدا لم تعرف البشرية إلى الآن له شبيها فى سهولته وسذاجته وما وجد فيه الناس من عدل وحرّية ومساواة وايثار، وقد أذْعَنَ بذلک المؤرخون من غير المسلمين أيضا.

وبعد وفاته صلى الله عليه و آله لَمْ يشكّ أحد من المسلمين فى الاحتياج إلى الحكومة، بل أجمعوا على وجوبها وضرورتها. وإنّما وقع الخلاف بين الفريقين فى أنّه صلى الله عليه و آله هل نصب اميرالمؤمنين عليه السلام واليا أو إنّه أهمل أمر الخلافة وفوضّه إلى المسلمين. فالشيعة الامامية تعتقد أنّ النبى صلى الله عليه و آله قد عيّن أميرالمؤمنين عليه السلام فى غدير خمّ وفى غيره من المواقف ونصبه لتصدّى الولاية بعد وفاته. والسنة يقولون بانعقاد الامامة بعده صلى الله عليه و آله بالشورى وانتخاب أهل الحلّ والعقد. وكيف كان فرسول اللّه صلى الله عليه و آله مضافا إلى نبوته ورسالته

كان بنصّ القرآن الكريم اَوْلى بالمؤمنين من أنفسهم وكان له الولاية عليهم، وكذلک الأئمّة الاثناعشر عندنا كان لهم حق الولاية. والبحث بحث كلامى يطلب من محله.

وتمتاز الحكومة الاسلامية عن الحكومة الديموقراطية الغربية الدارجة بوجوه:

منها: ان الحاكم فى الحكومة الاسلامية يجب أن يكون أَعْلَمَ النّاس وأعدلهم وأتقاهم وأقواهم بالأمر وأبصرهم بمواقع الأمور. ففى عصر النبى صلى الله عليه و آله كان هو بنفسه اَوْلى بالمؤمنين من أنفسهم وكانت له الولاية عليهم من قبل اللّه - تعالى - . وبعده كانت الولاية عندنا حقا للأئمة الأثنى عشر، وفى عصر الغيبة للفقيه العادل العالم بزمانه البصير بالأمور والحوادث الرؤوف الحافظ لحقوق النّاس حتّى الأقليات غير المسلمة، فلا يجوز للأمة

ص: ٣١٦

انتخاب غيره.

ومنها: ان الحكومة الاسلامية بشعبها الثَّلاثِ من التشريع والقضاء والتنفيذ تتقيّد بموازين الاسلام وقوانينه العادلة النازلة من قبل اللّه - تعالى - العالم بمصالح خلقه، فلا يجوز التخلف عنها. فالحاكم فى الحقيقة هو اللّه - تعالى - والوالى منفّذ لأَحكامه. وقد يعبّر عن هذه الحكومة بالحكومة التئوقراطية بمعنى حكومة القانون الإلهى على المجتمع.

وأما فى النظام الديموقراطى الانتخابى الدارج فملاک الانتخاب فيه رضا الناخبين، والهدف منه تحقيق أهوائهم ومشتهياتهم كيف ما كانت، فلا يتقيد الناخب ولا المنتخب لا بمقررات شرعية ولا بمصالح عقلية وفضائل أخلاقية»(١).

وقال آية اللّه الشيخ محمّدإسحاق الفياض - دام ظله - : «الحكومة الإسلامية الشرعية هى الحكومة القائمة على أساس مبدأ الحاكمية للّه وحده لا شريک له، والسلطة الحاكمة فيها تتمثل فى ولى أمر المسلمين وهو منصوب من قبل اللّه تعالى فى زمن الحضور والغيبة معا.

أما فی زمن الحضور فأنّه منصوب بالتخصیص بالاسم والشخص والصفات.

وأما فی زمن الغیبة فإنّه منصوب بالتنصیص بالصفات فقط کصفة الفقاهة التی هی متمثلة بالفقه الجامع للشرائط منها الأعلمیة.

ثمّ أن ثبوت الولایة والزعامة الدینیة للنبی الأکرم صلی الله علیه و آله والأئمة الأطهار علیهم السلام واضح ولا کلام ولا إشکال فیه لأنّ القدر المتیقن من قوله تعالی فی الآیة المبارکة: «وَأُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ» هو الأئمة الأطهار علیهم السلام هذا مضافا إلی الروایات الدالة علی ذلک.

وإنّما الکلام والإشکال فی ثبوت الولایة والزعامة الدینیة للفقیه الجامع للشرائط ولا یمکن إثبات هذه الولایة بالنص لأن الروایات التی استدل بها علی ثبوت الولایة للفقیه بأجمعها ضعیفة من ناحیة السند فلا یمکن الاعتماد علیها ومن هنا فالمشهور بین الفقهاء عدم ثبوت الولایة للفقیه هذا.

ص: ۳۱۷

۱- ۱ . دراسات فی ولایة الفقیه ۱/(۱۰-۸).

ولکن الصحیح ثبوت هذه الولایة له وهو لا یحتاج إلی دلیل خارجی لأن امتداد الشریعة المقدسه وخلودها یتطلب امتداد الولایة والزعامة الدینیة المتمثلة فی زمن الحضور برسالة الرسول الأکرم صلی الله علیه و آله وبعده بإمامة الأئمة الأطهار علیهم السلام ، وفی زمن الغیبة بفقاهة الفقیه الجامع للشرائط منها الأعلمیة إذ لا یمکن افتراض امتداد الشریعة وخلودها بدون افتراض امتداد الولایة والزعامة الدینیة، ضرورة أن الشریعة فی کل عصر بحاجة إلی التطبیق والتنفیذ وإجراء الحدود والحفاظ علی الحقوق والاهتمام بمبدأ العدالة والتوازن بین طبقات الأمة، فإذن بطبیعة الحال ما هو ثابت للنبی الأکرم صلی الله علیه و آله والأئمة الأطهار علیهم السلام فی زمن الحضور فی الدین الإسلامی فهو ثابت للفقیه الجامع للشرائط فی عصر الغیبة فإذا فرضنا أنّ الفقیه کان مبسوط الید ولم

تكن هناك عوائق وموانع عن تشكيل الدولة الإسلامية على أساس مبدأ حاكمية الدين فيجب عليه أن يقوم بتشكيل الدولة كذلک ومن الواضح أن تشكيل الدولة الإسلامية بتمام أركانها ومكوناتها لا يمكن

بدون ثبوت الولاية والصلاحية الواسعة للفقيه فى سَنِّ القانون والتشريع حسب متطلبات الظروف وحاجة الوقت ومصالح النّاس العامة فى حدود منطقة الفراغ لأنّ ترک الإسلام هذه المنطقة بدون تشريع لزومى بعنوان أولى يدلّ على أنّه تعالى جعل صلاحية التشريع فى هذه المنطقة لولى الأمر بعنوان ثانوى حسب متطلبات الوقت وحاجة البلد فى كل عصر كما سوف نشير إليه.

الى هنا قد وصلنا إلى هذه النتيجة وهى أن ثبوت الولاية والزعامة الدينية للفقيه الجامع للشرائط لا تحتاج إلى أى دليل خاص خارجى لأنه مقتضى القاعدة حيث أن امتداد الشريعة وخلودها يقتضى امتداد الولاية والزعامة الدينية عليها.

ومما ذكرناه فقد ظهر الفرق بين السلطة الحاكمة فى الحكومة الشرعية حيث هى متعينة من قبل اللّه تعالى فى زمن الحضور والغيبة معا وبين السلطة الحاكمة فى الحكومات غير الشرعية حيث هى متعينة بالانتخابات الحرة أو بالقوة والانقلاب.

ثمّ إن للسلطة الحاكمة فى الحكومة الشرعية صلاحية واسعة فى تنفيذ الدستور الإلهى من جهة، والتشريع وسنّ القانون فى أجهزة الدولة كافة: الاقتصادية والتعليمية

ص: ٣١٨

والاجتماعية والحقوقية والإدارية وجهاز الأمن والمخابرات والشرطة والجيش وغيرها حسب الظروف ومتطلبات حاجة الوقت ومصالح البلد العامة فى حدود منطقة الفراغ من جهة أخرى، والهدف من وراء كل ذلک هو تحقيق مبدأ العدالة الاجتماعية والتوازن بين طبقات الأمة والاستقرار والأمن هذا من جانب.

ومن جانب آخر إنّ الفرق بين الحكومة الشرعية والحكومة غير الشرعية إنّما هو على أساس مذهب الشيعة الإمامية لأنّ الحكومة على ضوء هذا المذهب إنّما تكون شرعية إذا كانت قائمة على أساس مبدأ حاكمية الدين بأن يكون تعيين السلطة الحاكمة من قبل اللّه عزّ وجلّ سواء أكان فى زمن الحضور أم فى زمن الغيبة، إذ كما أن ولاية الرسول الأكرم صلى الله عليه و آله والأئمة الأطهار عليهم السلام تكون من قبل اللّه تعالى كذلك ولاية الفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبة.

فالنتيجة إنّ الولاية والخلافة على أساس مذهب الشيعة الإمامية مجعولة من قبل اللّه عزّ وجلّ سواء أكانت فى زمن الحضور أم فى زمن الغيبة وأمّا على أساس مذهب أهل السنة فالمجعول من قبل اللّه تعالى إنّما هو ولاية الرسول الأكرم صلى الله عليه و آله فحسب وأما خلافة الخلفاء وولايتهم فإنّما هى ثابتة عندهم بالإجماع وآراء النّاس لا بنص من اللّه تعالى.

وعلى هذا فكل حاكم فى البلاد الإسلامية إذا ثبتت حكومته على النّاس بالانتخابات الحرة النزيهة يعنى بآراء النّاس فهو ولى أمر المسلمين وحكمه نافذ وحكومته حكومة إسلامية شرعية عند أهل السنة هذا هو الفرق بين مذهب الشيعة الإثنى عشرية ومذهب أهل السنة.

ثمّ إن الحكومة الإسلامية القائمة على أساس مبدأ الدين قد شكلت فى عصر النبى الأكرم صلى الله عليه و آله بيده المباركة وبكافة أجهزتها وقد ظهرت فى الساحة ونجحت فى هذا التطبيق، أى تطبيق الحكومة الإسلامية على الساحة نجاحا باهرا رغم قصر عمرها»(۱).

۱- ۱ . الأُنموذج فى منهج الحكومة الاسلامية /(۱۵-۹)؛ المسائل المستحدثة، الحكومة الاسلامية /(۱۰-۷).

تتمةٌ: حدود اختيارات ولىّ الفقيه

أحسن مقال فيها ما أبدعه الشهيد آية اللّه السيّد محمّدباقر الصدر رحمه الله (١٣٥٣-١٤٠٠ق) تحت عنوان «منطقة الفراغ» وطرحها أوّلاً فى التشريع الاقتصادى فى كتابه «إقتصادنا» ثمّ عمّمها للسلطة التشريعية فى الحكومة الإسلامية المؤسسة على نظرية ولاية الفقيه.

قال قدس سره فى كتابه «اقتصادنا»: «وحيث جئنا على ذكر منطقة الفراغ فى التشريع الإقتصادى، يجب أن نعطى هذا الفراغ أهمية كبيرة خلال عملية اكتشاف المذهب الاقتصادى، لأنه يمثل جانبا من المذهب الاقتصادى فى الإسلام. فإنّ المذهب الاقتصادى فى الإسلام يشتمل على جانبين: أحدهما: قد ملىء من قبل الإسلام بصورة منجزة، لا تقبل التغيير والتبديل. والآخر: يشكّل منطقة الفراغ فى المذهب قد ترک الإسلام مهمة ملئها إلى الدولة أو (ولى الأمر) يملؤها وفقا لمتطلبات الأهداف العامة للاقتصاد الإسلامى، ومقتضياتها فى كل زمان.

ونحن حين نقول: «منطقة فراغ»، فإنّما نعنى ذلک بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية ونصوصها التشريعية، لا بالنسبة إلى الواقع التطبيقى للإسلام، الذى عاشته الأمة فى عهد النبوة. فإنّ النبى الأعظم صلى الله عليه و آله قد ملأ ذلک الفراغ بما كانت تتطلبه أهداف الشريعة فى المجال الإقتصادى، على ضوء الظروف التى كان المجتمع الإسلامى يعيشها، غير أنّه صلى الله عليه و آله حين قام بعملية مل ء هذا الفراغ لم يملأه بوصفه نبيّا مبلغا للشريعة الإلهية، الثابتة فى كل مكان وزمان، ليكون هذا المل ء الخاص من سيرة النبى لذلک الفراغ... معبرا عن صيغ

ص: ٣٢٠

تشريعية ثابتة، وإنّما ملأه بوصفه ولى الأمر، المكلف من قبل الشريعة بمل ء منطقة الفراغ وفقا للظرف.

ونريد أن نخلص من هذا إلى النتائج الآتية:

أوّلاً: أن تقويم المذهب الاقتصادى فى الإسلام لا يمكن أن يتم بدون إدراج منطقة الفراغ ضمن البحث، وتقدير إمكانات هذا الفراغ، ومدى ما يمكن أن نساهم عملية ملئه مع المنطقة التى ملئت من قبل الشريعة ابتداءً... فى تحقيق أهداف الاقتصاد الإسلامى.

وأما إذا أهملنا منطقة الفراغ ودورها الخطير، فإن معنى ذلک تجزئية إمكانيات الاقتصاد الإسلامى، والنظر إلى العناصر الساكنة فيه دون العناصر الحركية.

وثانيا: أن نوعية التشريعات التى ملأ النبى صلى الله عليه و آله بها منطقة الفراغ من المذهب، بوصفه ولى الأمر... ليست أحكاما دائمية بطبيعتها، لأنها لم تصدر من النبى بوصفه مبلغا للأحكام العامة الثابتة، بل باعتباره حاكما ووليا للمسلمين. فهى إذن لا تعتبر جزءا ثابتا من المذهب الاقتصادى فى الإسلام، ولكنها تلقى ضوءا إلى حد كبير على عملية مل ء الفراغ التى يجب أن تمارس فى كل حين وفقا للظروف، وتيسر فهم الأهداف الأساسية التى توخاها النبى صلى الله عليه و آله فى سياسته الاقتصادية، الأمر الذى يساعد على مل ء منطقة الفراغ دائما فى ضوء تلک الأهداف.

وثالثا: إنّ المذهب الاقتصادى فى الإسلام، يرتبط على هذا الأساس ارتباطا كاملاً بنظام الحكم فى مجال التطبيق، فما لو يوجد حاكم أو جهاز حاكم يتمتع بنفس ما كان الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله يتمتع به من الصلاحيات، بوصفه حاكما لا بوصفه نبيّا لا يتاح مل ء منطقة الفراغ فى المذهب الإقتصادى بما تفرضه الأهداف الاقتصادى كاملاً، بنحو نقطف ثماره ونحقق أهدافه.

ومن الواضح أن هذا الكتاب ما دام يبحث فى المذهب الاقتصادى، فليس من وظيفته أن يتكلم عن نظام الحكم فى الإسلام، ونوعية الشخص أو الجهاز الذى يصح أن يخلف الرسول شرعا فى ولايته وصلاحياته، بوصفه حاكما، ولا عن الشروط التى يجب أن تتوفر فى ذلک الفرد أو الجهاز... فإنّ ذلک كلّه خارج عن الصدد. ولهذا سوف نفترض

فى بحوث الكتاب حاكما شرعيا، يسمح له الإسلام بمباشرة صلاحيات النبى كحاكم، ونستخدم هذا الافتراض فى سبيل تسهيل الحديث عن المذهب الاقتصادى ومنطقة الفراغ فيه، وتصوير ما يمكن أن يحققه من أهداف ويقدمه من ثمار.

وأما لماذا تركت فى المذهب الاقتصادى الإسلامى منطقة فراغ، لم تملأ من قبل الشريعة ابتداءً بأحكام ثابتة؟، وما هى الفكرة التى تبرر وجود هذه المنطقة فى المذهب، وترك أمر ملئها إلى الحاكم؟، وبالتالى ما هى حدود منطقة الفراغ على ضوء الأدلة فى الفقه

الإسلامى؟ كل ذلك سوف نجيب عليه فى البحوث المقبلة إن شاء اللّه تعالى»(١).

ثمّ قال فى أواخر كتابه: «والفكرة الأساسية لمنطقة الفراغ هذه، تقوم على أساس: أن الإسلام لا يقدم مبادئه التشريعية للحياة الاقتصادية بوصفها علاجا موقوتا، أو تنظيما مرحليا، يجتازه التاريخ بعد فترة من الزمن إلى شكل آخر من أشكال التنظيم. وإنّما يقدمها باعتبارها الصورة النظرية الصالحة لجميع العصور. فكان لابدّ لإعطاء الصورة هذا العموم والاستيعاب، أن ينعكس تطور العصور فيها، ضمن عنصر متحرك، يمد الصورة بالقدرة على التكليف وفقا لظروف مختلفة.

ولكى نستوعب تفصيلات هذه الفكرة يجب أن نحدد الجانب المتطور من حياة الانسان الاقتصادية، ومدى تأثيره على الصورة التشريعية التى تنظم تلك الحياة.

فهناك فى الحياة الاقتصادية علاقات الانسان بالطبيعة، أو الثروة التى تتمثل فى أساليب انتاجه لها، وسيطرته عليها وعلاقات الانسان بأخيه الانسان، التى تنعكس فى الحقوق والامتيازات الّتى يحصل عليها هذا أو ذلك.

والفارق بين هذين النوعين من العلاقات: أنّ الإنسان يمارس النوع الأوّل من العلاقات، سواء كان يعيش ضمن جماعة أم كان منفصلاً عنها، فهو يشتبك على أىِّ حال مع الطبيعة فى علاقات معينة،

يحددها مستوى خبرته ومعرفته، فيصطاد الطير، ويزرع الأرض، ويستخرج الفحم، ويغزل الصوف بالأساليب التى يجيدها. فهذه العلاقات

ص: ٣٢٢

١- ١ . اقتصادنا /(٤٠٢-٤٠٠).

بطبيعتها لا يتوقف قيامها بين الطبيعة والانسان على وجوده ضمن جماعة. وإنما أثر الجماعة على هذه العلاقات، أنها تؤدى إلى تجميع خبرات وتجارب متعددة، وتنمية الرصيد البشرى لمعرفة الطبيعة، وتوسعة حاجات الانسان ورغباته تبعا لذلك.

وأما علاقات الانسان بالانسان، التى تحددها الحقوق والامتيازات والواجبات، فهى بطبيعتها تتوقف على وجود الانسان ضمن الجماعة. فما لم يكن الانسان كذلك، لا يقدم على جعل حقوق له وواجبات عليه. فحق الانسان فى الأرض التى أحياها، وحرمانه من الكسب بدون عمل عن طريق الربا، والزامه بإشباع حاجات الآخرين من ماء العين التى استنبطها، إذا كان زائدا على حاجته... كل هذه العلاقات لا معنى لها إلاّ فى ظل جماعة.

والإسلام - كما نتصوره - يميز بين هذين النوعين من العلاقات. فهو يرى أن علاقات الانسان بالطبيعة أو الثروة، تتطور عبر الزمن، تبعا للمشاكل المتجددة التى يواجهها الانسان باستمرار وتتابع، خلال ممارسته للطبيعة، والحلول المتنوعة التى يتغلب بها على تلك المشاكل. وكلما تطورت علاقاته بالطبيعة ازداد سيطرد عليها، وقوة فى وسائله وأساليبه.

وأما علاقات الانسان بأخيه، فهى ليست متطورة بطبيعتها، لأنها تعالج مشاكل ثابتة جوهريا، مهما اختلف اطارها ومظهرها. فكل جماعة تسيطر خلال علاقاتها بالطبيعة على ثروة، تواجه مشكلة

توزيعها، وتحديد حقوق الأفراد والجماعة فيها، سواء كان الانتاج لدى الجماعة على مستوى البخار والكهرباء، أم على مستوى الطاحونة اليدوية.

ولأجل ذلك يرى الإسلام: أن الصورة التشريعية التى ينظم بها تلك العلاقات، وفقا لتصوراته للعدالة... قابلة للبقاء والثبات من الناحية النظرية لأنها تعالج مشاكل ثابتة. فالمبدأ التشريعى القائل – مثلاً – : إن الحق الخاص فى المصادر الطبيعية يقوم على أساس العمل. يعالج مشكلة عامة يستوى فيها عصر المحراث البسيط وعصر الآلة المعقدة، لأن طريقة توزيع المصادر الطبيعية على الأفراد، مسألة قائمة فى كلا العصرين.

ص: ٣٢٣

والإسلام فى هذا يخالف الماركسية، التى تعتقد أن علاقات الانسان بأخيه، تتطور تبعا لتطور علاقاته بالطبيعة، وتربط شكل التوزيع بطريقة الانتاج، وترفض امكان بحث مشاكل الجماعة، إلاّ فى إطار علاقتها بالطبيعة، كما مرّ بنا عرضه ونقده فى بحوث الكتاب الأوّل من اقتصادنا.

ومن الطبيعى – على هذا الأساس – أن يقدم الإسلام مبادئه النظرية والتشريعية، بوصفها قادرة على تنظيم علاقات الانسان بالانسان فى عصور مختلفة.

ولكن هذا لا يعنى جواز إهمال الجانب المتطور، وهو علاقات الانسان بالطبيعة واخراج تأثير هذا الجانب من الحساب فان تطور قدرة الانسان على الطبيعة، ونمو سيطرته على ثرواتها، يطور وينمى باستمرار خطر الانسان على الجماعة، ويضع فى خدمته باستمرار امكانات جديدة للتوسع، ولتهديد الصورة المتبناة للعدالة الاجتماعية.

فالمبدأ التشريعى القائل مثلاً: ان من عمل فى أرض، وأنفق عليها جهدا حتّى أحياها، فهو أحق بها من غيره... يعتبر فى نظر الإسلام عادلاً، لأن من الظلم أن يساوى

بين العامل الذى أنفق على الأرض جهده، وغيره ممن لم يعمل فيها شيئا. ولكن هذا المبدأ بتطور قدرة الانسان على الطبيعة ونموها، يصبح من الممكن استغلاله. ففى عصر كان يقوم احياء الأرض فيه على الأساليب القديمة، لم يكن يتاح للفرد أن يباشر عمليات الاحياء إلاّ فى مساحات صغيرة. وأما بعد أن تنو قدرة الانسان، وتتوفر لديه وسائل السيطرة على الطبيعة، فيصبح بإمكان أفراد قلائل ممن تؤاتيهم الفرصة، أن يحيوا مساحة هائلة من الأرض، باستخدام الآلات الضخمة ويسيطروا عليها، الآمر الذى يزعزع العدالة الاجتماعية ومصالح الجماعة. فكان لابدّ للصورة التشريعية من منطقة فراغ، يمكن ملؤها حسب الظروف. فيسمح بالاحياء سماحا عاما فى العصر الأوّل ويمنع الأفراد فى العصر الثانى - منعا تكليفيا - عن ممارسة الاحياء، إلاّ فى حدود تتناسب مع أهداف الاقتصاد الإسلامى وتصوراته عن العدالة.

وعلى هذا الأساس وضع الإسلام منطقة الفراغ فى الصورة التشريعية التى نظم بها الحياة الاقتصادية، لتعكس العنصر المتحرك وتواكب تطور العلاقات بين الانسان

ص: ٣٢٤

والطبيعة، وتدرأ الأخطار التى قد تنجم عن هذا التطور المتنامى على مرّ الزمن.

منطقة الفراغ ليست نقصا: ولا تدل منطقة الفراغ على نقص فى الصورة التشريعية، أو إهمال من الشريعة لبعض الوقائع والأحداث. بل تعبر عن استيعاب الصورة، وقدرة الشريعة على مواكبة العصور المختلفة، لأن الشريعة لم تترك منطقة الفراغ بالشكل الذى يعنى نقصا أو اهمالاً، وإنما حددت للمنطقة أحكامها بمنح صفة تشريعية ثانوية، حسب الظروف. فاحياء الفرد للأرض مثلاً عملية مباحة تشريعيا بطبيعتها، ولولى الأمر حق المنع عن ممارستها، وفقا لمقتضيات الظروف.

الدليل التشريعى: والدليل على إعطاء وليالأمر صلاحيات كهذه، لمل ء منطقة الفراغ، هو النص القرآنى الكريم: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِى الأْءَمْرِ مِنْكُمْ».

وحدود منطقة الفراغ التى تتسع لها صلاحيات أولى الأمر، تضم فى ضوء هذا النص الكريم كل فعل مباح تشريعيا بطبيعته فأىّ نشاط وعمل لم يرد نص تشريعى يدل على حرمته أو وجوبه... يسمح لولى الأمر باعطائه صفة ثانوية، بالمنع عنه أو الأمر به. فإذا منع الإمام عن فعل مباح بطبيعته، أصبح حراما، وإذا أمر به، أصبح واجبا. وأما الأفعال التى ثبت تشريعيا تحريمها بشكل عام، كالربا مثلاً، فليس من حق ولى الأمر، الأمر بها. كما أن

الفعل الذى حكمت الشريعة بوجوبه، كانفاق الزوج على زوجته، لا يمكن لولى الأمر المنع عنه، لأن طاعة أولى الأمر مفروضة فى الحدود التى لا تتعارض مع طاعة اللّه وأحكامه العامة. فألوان النشاط المباحة بطبيعتها فى الحياة الاقتصادية هى التى تشكّل منطقة الفراغ»(١).

وقال فى كتابه الآخر: «إنّ الشريعة الإسلامية هى مصدر التشريع بمعنى أنها هى المصدر الذى يستمد منه الدستور وتشرع على ضوئه القوانين فى الجمهورية الإسلامية وذلک على النحو التالى:

١- ١ . اقتصادنا /(٧٢٦-٧٢٢).

أوّلاً: ان أحكام الشريعة الثابتة بوضوح فقهى مطلق تعتبر بقدر صلتها بالحياة الاجتماعية جزءا ثابتا فى الدستور سواء نص عليه صريحا فى وثيقة الدستور أو لا.

ثانيا: إن أى موقف للشريعة يحتوى على أكثر من اجتهاد يعتبر نطاق البدائل المتعددة من الاجتهاد المشروع دستوريا ويظل اختيار البديل المعين من هذه البدائل موكولاً إلى السلطة التشريعية التى تمارسها الامة على ضوء المصلحة العامة.

ثالثا: فى حالات عدم وجود موقف حاسم للشريعة من تحريم أو ايجاب يكون للسلطه التشريعية التى تمثل الامة أن تسنّ من القوانين ما تراه صالحا على أنْ لا يتعارض مع الدستور وتسمى مجالات

هذه القوانين بمنطقة الفراغ وتشمل هذه المنطقة كل الحالات التى تركت الشريعة فيها للمكلف اختيار اتخاذ الموقف فإنَّ مِنْ حقّ السلطة التشريعية أنْ تفرض عليه موقفا معينا وفقا لما تقدره من المصالح العامة على أنْ لا يتعارض مع الدستور»(١).

وتبعه آية اللّه الشيخ محمّدإسحاق الفياض - مدظله - وقال: «إنّ من مميزات الدين الإسلامى كشريعة عامة للبشر ولجميع الأزمنة والأمكنة، ومنهج خالد يواكب العلم والتطور نحو الأفضل، هو أن ترك فى هذه الشريعة منطقة فراغ، وهى الرقعة الخالية من النصوص التشريعية فى الكتاب والسنة، وهى منطقة المباحات الأصلية وهى عنصر ثالث فى الإسلام وهو العنصر المتحرك غير الثابت فى الشريعة المقدسة وذلك لعدة عوامل:

العامل الأوّل: إن الشريعة الإسلامية شريعة خالدة أبدية متكاملة تحل مشاكل الإنسان فى كل عصر وقرن طول التاريخ وإلى الأبد مهما تطور.

العامل الثانى: إن الحكومة الإسلامية التى شكلت فى عصر النبى الأكرم وبيده المباركة صلى الله عليه و آله حكومة بسيطة بكافة أجهزتها وأركانها ومن الواضح أن تلك الحكومة لا تغنى فى الوقت الحاضر لأن الحكومة فى هذا الوقت قد تطورت وتوسعت بكل مكوناتها وأجهزتها وأنظمتها من النظام الاقتصادى والتعليمى والاجتماعى والإدارى والأمنى

١- ٢ . الإسلام يقود الحياة /١٩ (/١٠ من الطبعة الأُولى).

والمخابراتى والجيش والشرطة وهكذا.

العامل الثالث: أنه لا يمكن وضع نظام ثابت للحكومة كنظام العبادات طول التاريخ وفى كل عصر وإلى الأبد، ضرورة أنّ نظام الحكومة يتغيّر بتغيّر الزمان ويتطور بتطور الحياة العامة بكافة جوانبها

ولا يمكن تطبيق نظام الحكومة فى عصر النبى الأكرم صلى الله عليه و آله على الحكومة فى العصر الحالى المتطورة بكافة كياناتها وتشكيلاتها وأجهزتها.

العامل الرابع: إن اللّه تعالى جعل ولاية الأمر للأئمة الأطهار عليهم السلام بعد النبى الأكرم صلى الله عليه و آله وفى زمن الغيبة للفقيه الجامع للشرائط منها الأعلمية ومن الطبيعى أن ولى الأمر مسؤول ومكلف من قبل اللّه تعالى بتشكيل الحكومة على أساس مبدأ حاكمية الدين إذا كانت الظروف ملائمة والعوائق والموانع غير موجودة.

العامل الخامس: أنه لا يسمع لولى الأمر أن يتصرف فى الأحكام الشرعية الإلزامية المجعولة فى الشريعة المقدسة كالمنع عن فعل الواجب والأمر بفعل الحرام مثلاً وهكذا.

وهذه العوامل جميعا تتطلب من الشارع ترک منطقة فراغ فى الشريعة المقدسة وإعطاء صلاحية واسعة لولى الأمر فيها للتشريع بعنوان ثانوى فى حدود هذه المنطقة ووضع دستور ونظام فيها للحكومة الإسلامية بكافة مكوناتها وشرائحها وأركانها حسب متطلبات الظروف وحاجة الوقت فى كل عصر لمل ءِ الفراغ.

ومن هنا يظهر أن منطقة الفراغ ليست نقصا فى التشريع الإسلامى ولا إهمال فيه بل هى تعبر عن ضرورة استيعاب الشريعة لكل العصور المختلفة فى طول التاريخ وقدرتها على الاستيعاب.

والخلاصة أنه لا يمكن تشريع نظام ثابت للحكومة فى هذه المنطقة فلهذا أوكل الشارع أمر التشريع وجعل النظام والقانون فى حدود المنطقة إلى ولى الأمر بعنوان ثانوى حسب متطلبات الظروف والحاجة فى كل وقت لمل ءِ الفراغ فيه.

وأما نظام المحاسبة فى الإسلام فهو وظيفة السلطة الحاكمة فى الحكومة

الإسلامية.

أما فى عصر الحضور فحيث أن السلطة الحاكمة المتمثلة فى النبى الأكرم صلى الله عليه و آله وبعده بالأئمة الأطهار عليهم السلام فلا يحتمل أن يقوم النبى الأكرم صلى الله عليه و آله بوضع خطة اقتصادية أو تعليمية أو إدارية أو أمنية أو غير ذلک عفويا بدون دراسة هذه الخطة بكافة جوانبها الايجابية والسلبية والظروف المحيطة بها ومفرداتها وجمع المعلومات حولها وإلاّ فقد خالف وظيفته الإلهية وهذا غير محتمل فى حقِّ النبى الأكرم صلى الله عليه و آله هذا إضافة إلى أنه معصوم ولا يحتمل الخطأ فى حقه.

وأما فى زمن الغيبة فهى متمثلة فى الفقيه الجامع للشرائط: كالأعلمية والعدالة والأمانة والإخلاص والصرامة فى تنفيذ الأحكام الإلهية وتحقيق مبدأ العدالة والتوازن بين طبقات الأمة بدون مجاملة أىّ جهة مهما كانت واستعمال صلاحيته للتشريع بصفة ثانوية فى حدود منطقة الفراغ حسب حاجة الوقت وظروف البلد.

وعلى هذا فإذا فرضنا أنّ الفقيه المذكور قادر على تشكيل الحكومة الإسلامية كما إذا كانت الظروف مناسبة والعوائق غير موجودة لا من الداخل ولا من الخارج وجب عليه شرعا القيام أوّلاً بإنشاء مجلس الشورى المؤلَّف من العلماء البارزين والمفكرين والخبراء والأمناء المخلصين من كافة أنحاء البلد ثمّ المشاورة معهم بموضوعية حول تشكيل الحكومة من الأفراد ذوى الخبرة والكفاءة واللياقة والإيمان والإخلاص، لأنها الميزان والمعيار فى الحكومة الإسلامية الشرعية.

وأما المعايير الأخرى فلا قيمة لها من منظور الإسلام كالطائفية والحزبية وغيرهما من الخصوصيات، بينما تؤخذ هذه المعايير بعين الاعتبار فى الحكومات غير الشرعية، وبذلک تختلف الحكومة الشرعية عن غيرها.

وعليه فإذا قامت السلطة الحاكمة بوضع خطة اقتصادية، وتعليمية، وإدارية، وأمنية أو بإنشاء مشروع فلابدّ أوّلاً من دراسة هذه الخطة أو المشروع بواسطة المفكرين والعلماء والمثقفين وأهل الإيمان

والإخلاص والخبرة بالموضوع دراسة مفصلة بكافة مفرداتها وجوانبها وظروفها ومستقبلها ومدى نجاحها وبعد تكميل الدراسة والاطمئنان

ص: ٣٢٨

بنجاحها تقوم بوضع الخطة أو إنشاء المشروع.

ولا يجوز لها وضع خطة أو مشروع عفويا لأنه قد يؤدى إلى إتلاف الأموال من

بيت مال المسلمين، وهذه جريمة لا تغتفر، ولا يمكن لولى الأمر أن يقدم على مثل هذا العمل لأن عدالته وأمانته ووثاقته تمنع عن ذلک، فإذن فرض وضع الخطة أو المشروع عفويا خلف فرض أنه عادل وأمين وثقة من جهة ومأمور شرعا بالدراسة حولها من جهة أخرى.

ومن هنا يظهر أن نظام المحاسبة يسرى فى تمام مكونات الحكومة وشرائحها لأن وضع مكوناتها لابدّ أن يكون بعد دراسته بجميع جهاته وجوانبه وظروفه هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى أن نظام المحاسبة فى الإسلام لا يمكن أن يكون نظاما ثابتا بل هو متغير بتغير الحكومات ومتطور بتطورها سعة ودقة، وعصرا بعد عصر طول التاريخ، ولهذا يكون أمره بيد السلطة الحاكمة فى كل عصر.

ثمّ أن وضع نظام أجهزة الحكومة ككل من النظام الإدارى والتعليمى والأمنى وغيرها يكون فى حدود منطقة الفراغ لأن صلاحية السلطة الحاكمة للتشريع ووضع الدستور إنما هو فى حدود هذه المنطقة لا مطلقا، وهذا المنطقة منطقة واسعة تكفى للتشريع حسب ما تتطلب حاجة الوقت لمل ءِ الفراغ فيه.

وبكلمة أخرى إنّ السلطة الحاكمة فى الحكومة الإسلامية فى عصر الغيبة لابدّ أن تكون واجدة للصفات التالية:

الأولى: أن تكون عالمة وفقيهة بالأحكام الفقهية الإسلامية بكافة مسائلها وأن تكون أعلم من غيرها فى هذه الأحكام.

الثانية: أن تكون عادلة أمينة.

الثالثة: أن تكون صارمة وقوية فى تنفيذ الأحكام الإلهية لتحقيق العدالة والتوازن بين طبقات المجتمع وحفظ الحقوق بدون ملاحظة أى جهة خارجية مهما كانت.

فإذا كان الفقيه واحدا لهذه الصفات فالولاية ثابتة له من قبل اللّه تعالى وأنه مأمور بتشكيل الدولة الإسلامية على أساس مبدأ حاكمية الدين إذا لم تكن هناك عوائق وموانع

ص: ٣٢٩

من تشكيلها هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى إن للسلطة الحاكمة حق التدخل فى جميع شؤون الدولة ومكوناتها وشرائحها بغرض الحفاظ على التوازن ومبدأ العدالة بين جميع طبقات الأمة التى أهتم الإسلام بها بل لها حق التدخل فى القطاعات الخاصة أيضا فيما إذا أرادت تلك القطاعات السيطرة على ثروات البلد بحيث توجب تزعزع العدالة والتوازن بين طبقات

الأمة وحينئذ فعلى السلطة الحاكمة أن تمنعها إلاّ فى حدود لا تضر بمبدأ العدالة والتوازن.

مثلاً إذا فرضنا إنّ لدى شخص أمكانية السيطرة على مساحات كبيرة من الأرض باستخدام الآلات الحديثة لأحيائها وحيث أن هذه العملية قد تضر بالعدالة الاجتماعية وتزعزعها فللسلطة الحاكمة أن تمنعه عن ممارستها بعنوان ثانوى إلاّ فى حدود تتناسب مع أهداف الإسلام النبيلة.

وقد تقدم إن تشكيل الدولة لابدّ أن يكون بواسطة مجلس الشورى المؤلَّف من العلماء والمفكرين والخبراء والأمناء والمخلصين فإنهم كانوا يقومون بانتخاب أعضاء الدولة من الأفراد الكفوئين

والمفكرين من ذوى اللياقة والخبرة والإيمان والإخلاص بعد دراسة سوابقهم بشكل موضوعى دقيق وجمع المعلومات حولهم ودراسة أوضاعهم واستقامتهم وقوة إرادتهم وعدم تأثير الجهات الخارجية فيهم كالطائفية والحزبية ونحوهما.

ومن هنا تكون مثل هذه الحكومة الإسلامية بالشروط التى ذكرناها حكومة نزيهة بتمام شرائحها ومكوناتها وبعيدة عن الاختلاس والفساد والإدارى والمالى والأخلاقى والتساهل والتسامح فى العمل وأداء الوظيفة.

ولهذا وذاك تدفع مثل هذه الحكومة الإسلامية البلد إلى التطور والازدهار والتقدم والأمن والاستقرار بينما إذا لم تكن الحكومة نزيهة بكل مكوناتها وشرائحها تدفع البلد إلى التخلف وعدم الاستقرار.

إلى هنا قد وصلنا إلى هذه النتيجة وهى إن الحكومة الإسلامية لو طبقت بجميع شرائطها لكانت حكومة نزيهة بتمام مكوناتها وشرائحها وأعضائها وبعيدة عن تأثير أى

ص: ٣٣٠

جهة خارجية فيها بينما الحكومات غير الشرعية لا يؤتمن معها على عدم تدخل الجهات الخارجية وتأثيرها عليها.

وهنا يتضح أن اتهام الحكومة الإسلامية بأنها دكتاتورية ناشئ من الجهل والتعصب والعناد وعدم المعرفة بالنظام الإسلامى وتخيل إن السلطة الحاكمة مطلق العنان تفعل ما تشاء وتترك ما تشاء، وقد مرّ إن السلطة الحاكمة مأمورة من قبل اللّه تعالى بالتحاور والتشاور مع أهل الحل والعقد من العلماء والمفكرين والخبراء والأمناء والصلحاء فى كل صغيرة وكبيرة.

وبعد دراسة موسعة وشاملة حول السيرة الذاتية لكل عضو من أعضاء الحكومة

بشكل دقيق وموضوعى على طبق معايير خاصة كالنزاهة والكفاءة واللياقة ينتخب إذا كانت المعايير منطبقة عليه هذا إضافة إلى أن المعتبر فى السلطة الحاكمة العدالة والأمانة والوثاقة وهى تمنع عن إطلاق عنانها وأن تفعل ما تشاء»(۱).

وقال آية اللّه السيّد على الأكبر الحائرى - مدظله - - وهو أحد تلاميذ الشهيد الصدر رحمه الله - فى توضيح كلام استاذه فى تحديد منطقة الفراغ: «وأمّا القسم الثانى: من الضوابط العامة لمل ء منطقة الفراغ، وهى الضوابط الراجعة إلى تحديد مساحة منطقة الفراغ التى فوض فيها حق التشريع والتقنين إلى ولى الأمر، فيمكن تحديد تلك المساحة بثلاثة مجالات:

المجال الأوّل: مجال تشخيص الموضوعات الدخيلة فى الأحكام الثابتة التى شرعها الإسلام بصورة مباشرة فإن كثيرا من الأحكام التى شرعها الإسلام بصورة مباشرة قد أناطها بموضوعات خارجية قابلة للتشكيك والإبهام فى بعض الحالات فعلى وليالأمر - حينئذٍ - أو السلطة التشريعية التى أشرنا إليها أن يعلن التشخيص الميدانى المناسب لتلك الموضوعات حتّى يتضح حال تلك الأحكام سلبا وإيجابا.

۱- ۱ . الأُنموذج فى منهج الحكومة الإسلامية /(٤١-٢٩)؛ المسائل المستحدثة الحكومة الإسلامية /(٣٠-٢٣).

فمثلاً: من جملة الأحكام الثابتة فى الإسلام حرمة ممارسة الآلات المعدة للقمار فإنها تحرم ممارستها حتّى بغير رهن مادامت معدة للقمار، كما هو المشهور، فلو أن آلة معينة كانت صالحة للقمار وغير القمار فحينئذٍ تارة يتغلب عليها القمار بصورة واضحة معروفة فتشملها الحرمة المذكورة، لأنها من الآلات المعدة للقمار، وتارة أخرى يتغلب غير القمار بصورة واضحة معروفة أيضا فلا تشملها الحرمة المذكورة - أى لا تحرم ممارستها بغير رهن - لأنها ليست معدة للقمار،

وتارة ثالثة لا تكون القضية واضحة معروفة، فيقع الشک فی أنها من الآلات المعدة للقمار أو ليست، كذلک، ففی هذه الحالة يكون من حق ولی الأمر أن يعلن تشخيصه لهذا الموضوع ويحكم بذلک.

كما أن من الأحكام الثابتة أن الأصوات والألحان المعدة لمجالس اللهو واللعب تكون محرمة، فإذا وقع الشک فی لحن من الألحان أنّه من الألحان المعدة لذلک أو لا كان من حق ولی الأمر أن يشخص هذا الموضوع ولو بالفحص عن طريق أهل الخبرة ويحكم على طبق ما يتوصل إليه من تشخيص.

ومن الأمثلة المعروفة لتشخيص الموضوع من قبل ولی الأمر مسألة الهلال فی الشهور القمرية؛ فإن هناک أحكاما ثابتةً منوطةً بالشهور القمرية وهی متوقفة على ظهور الهلال فإذا ثبت ظهور الهلال لولی الأمر كان من حقه أن يحكم بذلک.

وبصورة عامة الأحكام الشرعية الثابتة يجب استنباطها بصورة كلية من خلال مصادر التشريع الإسلامی، وقد يتوصل الفقيه من خلال ذلک إلى حكم كلی منوط بموضوع معين بحيث يدور الحكم سلبا وإيجابا مدار ذلک الموضوع ويبقى الحكم حينئذٍ تحت رحمة تشخيص الموضوع ولا يمكن حل الموقف عند الشک فی الموضوع بالرجوع إلى مصادر التشريع، لأنها إنّما تعين الحكم الكلی على فرض تحقق الموضوع، نعم قد يأتی الحكم الظاهری عند الشک فی الموضوع ولكن ولی الأمر إذا شخص الموضوع وارتفع عنه الشک كان من حقه الحكم على طبق ذلک ووجب على النّاس إطاعته فيه.

المجال الثانی: مجال تشخيص الأهم عند التزاحم بين الأحكام الإليهة الثابتة، كما

ص: ٣٣٢

إذا وقع التزاحم بين الجهاد الواجب أو دفع العدو الغاشم وبين الانتهاء عن بعض المحرمات كاجتياز الأرض المغصوبة أو إتلاف مالاً يرضى به صاحبه، بل قد يتوقف دفع العدو على قتل بعض الأبرياء

فيقع التزاحم بين امتثال وجوب دفع العدو وامتثال حرمة قتل الأبرياء، بمعنى أن ضيق القدرة وقلة الإمكانات العملية قد يؤدى إلى التنافى والتضاد بين امتثال حكمين من الأحكام الإلهية الثابتة، ففى مثل ذلک يكون من حق ولى الأمر أن يحكم على طبق ما يشخصه من أهمية أحد الحكمين على الآخر ويجب على الأمة إطاعته فيه، وليست هذه إطاعة للمخلوق فى معصية الخالق لأن الأحكام الشرعية إذا تزاحمت فى مقام الامتثال تقدم الأهم على ما يقل عنه أهمية، ولا يحق لولى الأمر أن يحكم إلاّ على طبق ما يعتقد من الأهمية.

المجال الثالث: مجال المصالِح الطارئة فى دائرة المباحات، فإن التصرفات التى لم يرد فيها تكليف الزامى ثابت من قبل الشريعة الإسلامية لا نفيا ولا إثباتا قد تحدث فيه مصالح وملاكات طارئة وفق الظروف والملابسات التى تمر بالأمة الإسلاميّة، بحيث تستدعى الالتزام بسلوک معين، ففى مثل ذلک يحق لولى الأمر أن يحكم بالالتزام بذلک السلوک حفظا لتلک المصالح والملاكات، والأمثلة على ذلک كثيرة يمكن أن نذكر منها المصالح الاقتصادية الطارئة التى تستدعى به فى بعض الظروف وضع الضرائب المالية فى

دائرة أوسع مما أمر به الإسلام من الزكوات والأخماس الواجبة، وكذلک المصالح التى تستدعى فى بعض الظروف تحديد الأشعار، وكذلک المصالح التى تستدعى وضع الضوابط الخاصة للمرور إلى غير ذلک من المصالح العامة التى تستدعى وضع جملة من القوانين والأحكام وفق الظروف والملابسات التى تمر بالأمة الإسلاميّة أو بالشعب الذى يحكمه الإسلام، فإن من شأن ولى الأمر أو السلطة التشريعية المفوضة من قبله أن يشخص أمثال هذه المصالح ويصدر الأحكام اللازمة على طبقها، ويجب على الأمة أن تسمع له وتطيع. وهذا أيضا لا يستلزم إطاعة المخلوق فى معصية الخالق، فإن إعطاءه كمية من المال بعنوان الضريبة مثلاً، والالتزام بسعر معين أو بنسبة معينة من الربح فى المعاملات، والالتزام بضوابط معينة فى المرور... إلى غير ذلک كلها من الأمور المباحة

بطبيعتها وليست فيها معصية للخالق تبارک وتعالى، فإذا أمر بها ولى الأمر أصبحت واجبة على النّاس بسبب وجوب طاعة ولى الأمر فى غير معصية للخالق تبارک وتعالى.

هذه هى المجالات الثلاثة التى يمكن أن نحدد بها مساحة منطقة الفراغ التى فوض الحكم فيها إلى ولى الأمر، وقد يستدل من الناحية الفقهية على شمول منطقة الفراغ لكل هذه المجالات الثلاثة بإطلاق أدلة وجوب طاعة ولى الأمر وإطلاق أدلة نيابة الفقيه العادل عن ولى الأمر فى عصر الغيبة، فإن إطلاق هذه الأدلة يدل على وجوب طاعة ولى الأمر أو نائبه فى كل ما يحكم به فى جميع الأمور وفى جميع المجالات، وقد خرج عن ذلک ما يستلزم معصية اللّه تبارک وتعالى وبقيت فى إطلاقها هذه المجالات الثلاثة التى ذكرناها لعدم استلزامها لمعصية اللّه تبارک وتعالى.

ضوابط ما يملأ به الفراغ

وأما القسم الثالث: من الضوابط العامة لمل ء منطقة الفراغ، وهى الضوابط الراجعة إلى ما يملأ به الفراغ من القوانين والتشريعات من قبل ولى الأمر، فإن الشريعة الإسلاميّة بعد أن حددت مجالات الفراغ وفوضت أمر التشريع والتقنين فيها إلى ولى الأمر لم تدع أمر مل ء هذا الفراغ تحت رحمة الرغبات الشخصية الخاصة لولى الأمر لكى يملأه كيفما يشاء وبأى نحو يريد بل لابدّ لولى الأمر أن يراعى أمرين أساسيين.

الأمر الأوّل: ملاحظة مصالح الأمة فى جميع القوانين والتشريعيات التى يضعها لمل ء منطقة الفراغ حسب الظروف المرحلية التى تمر بها الأمة فإذا كان أمامه عدة خيارات لحل مشكلة من المشاكل الاقتصادية أو السياسية أو غيرها التى تمر بالأمة

الإسلاميّة، بمعنى أن هذه المشكلة يمكن حلها باختيار واحدة من صيغ قانونية متعددة، فلابدّ لولى الأمر أن يختار جهد الإمكان أفضل تلک القضية، ولا يحق له أن يختار الصيغة القانونية الأنسب لمصالحه الخاصة ولا الصيغة القانونية الأنسب لمصالح طبقة خاصة أو قطاع معين من قطاعات الأمة دون غيرها فإن مثل ذلک خيانة بالأمة ولا يجوز ارتكابها لولى الأمر بالضرورة.

والأمرا لثانى: ملاحظة تلک المصالح من وجهة نظرا لإسلام وبحسب الموازين الإسلاميّة

ص: ٣٣٤

العامة لا من وجهة النظر المادى البحث مثلاً أو من وجهات النظر الأخرى التى لا تنسجم فى روحها مع الإسلام ولأجل توضيح ذلک نكتفى بمثالين:

المثال الأوّل: إننا لا حظنا المصالح الاقتصادية العامة من وجهة النظر المادى البحث فقد يؤدى ذلک إلى ضرورة منع العمال فى جميع المعامل والمصانع من ممارسة الفرائض الدينية من الصوم والصلاة وحفظ الحجاب للنساء العاملات إلى غير ذلک، لأن الصوم يؤدى إلى ضعف العامل عن عمله، والمدة التى تستغرقه إقامة الصلاة فى المعامل والمصانع ستنقص من ساعات العمل اليومى للعمال، كما أن الحجاب الإسلامى للنساء العاملات قد يلكئ من مستوى السرعة للتقدم الكمى والكيفى فى نطاق أعمالهن، وهذه الأمور بمجموعها ستؤثر تأثيرا بالغا جدا على مستوى الإنتاج فى المعامل والمصانع ومن ثمّ ستؤثر على المصالح الاقتصادية العامة فى الوطن الإسلامى، وهذا يعنى وقوع التزاحم بين امتثال تلک الفرائض الدينية لهؤلاء العمال وبين المصالح الاقتصادية الكبيرة التى ستضيع بسبب إقامة تلک الفرائض، وبحسب هذه النزعة الفكرية قد ينتهى الأمر إلى ترجيح تلک المصالح...»(١).

ولكن قال عمّى الأكبر آية اللّه الشهيد الحاج آقا نوراللّه النجفى الأصفهانى قدس سره (١٢٧٨-١٣٤٦ق) المستشهد قبل ولادة الشهيد الصدر رحمه الله بِسَبْعِ سنين ما نصه بالفارسية: «مطالب بر دو قسم است: يک امرى كه خداوند در آن امر فرموده؛ مثل حكم ميراث و زنا و لواط و شراب و خمس و زكات و ساير واجبات و محرمات و احكام و در اين قبيل احكام احدى را حق سؤال و جواب و نفى و اثبات و تغيير و تبديل و چون و چرا نيست. و بايد تمام مسلمانان اطاعت آن را بنمايند.

و یک امری است که حکم و قانون معینی در کتاب و سنت نوشته نشده، مثل حوادث اتفاقیه و امور عامه عادیه و خصوصیات نظم و انتظام بلاد و عباد و حفظ ثغور

ص: ۳۳۵

۱- ۱ . مقالة «منطقة الفراغ فی التشریع الإسلامی»، المطبوعة فی مجلة «رسالة التقریب»، العدد ۱۱/(۱۲۵-۱۲۰).

واستحکام وانتظام امر معیشت مسلمانان و امنیت طرق و شوارع و رواج کسب و تجارت و فلاحت و مصادیق احکام و امثال اینها که به مقتضای آیه شریفه «وَأَمْرُهُمْ شُورى بَيْنَهُمْ» خداوند عالم این امور را به مشورت ارجاع فرموده که مسلمانان مشورت و مصلحت بینی کنند؛ و هر قسم صلاح دانند رفتار نمایند»(۱).

وفی الختام لابدّ لی أن أُنبّه علی أنّ حکم مزاحمة فقیه لفقیه آخر سوف یأتی(۲) الکلامُ عَلَیْهِ فی فروع بحث ولایة عدول المؤمنین فانتظر.

ص: ۳۳۶

۱- ۱ . مکالمات مقیم و مسافر /٦٤ و ٦٥.

۲- ۲ . راجع هذا المجلد صفحة ۳۷۳.

الثالث: ولایة عدول المؤمنین

اشارة

(۱)

الأُمور المطلوبُ وجودها فى المجتمع بحيث لا يرضى الشارع بتركها وإهمالها وفوتها، وَعِنْدَ فقدان الفقيه - لا سمح اللّه له - أو تعذّر الوصول إليه، فهل يجوز لعدول المؤمنين القيام بتحمّل أعباء هذه الأُمور بالتصدى لها أو الإشراف عليها أو التنظيم بها أو التطبيق فيها؟ أو لا يجوز.

ومن الواضح أنّ الجواز يأتى فى موارد عدم اشتراط العمل بإذن الإمام عليه السلام أو الفقيه وإلاّ عدم الجواز واضح لأنّ مقتضى الأصل عدم جواز التصرف فيه ونشک فى مشروعية أصل العمل والأصل عدم مشروعيته.

قال الشهيد: «يجوز للآحاد مع تعذّر الحكّام تولية آحاد التصرّفات الحِكَميّة على الأصحّ، كدفع ضرورة اليتيم، لعموم: «وَتَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوى»(٢)، وقوله عليه السلام : «واللّه تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه»(٣)، وقوله صلى الله عليه و آله : «كلّ معروف صدقة»(٤).

١- ١ . جعلت عنوان البحث كما عليه المشهور ومتابعة لهم كما يظهر للقارىء الكريم من مطاوى الكلام.

٢- ٢ . سورة المائدة /٢.

٣- ٣ . المستدرک ٤٢٩/١٢، ح١٠، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف؛ وراجع: وسائل الشيعة ٣٧١/١٦، ح٢، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، صحيحة ذريح. وفيه: عون المؤمن ما كان المؤمن عون أخيه.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٢٨٦/١٦، ح٥، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، حسنة عبداللّه بن ميمون القداح.

وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها فى أربابها، وكذا بقيّة وظائف الحكّام غير ما يتعلّق بالدعاوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، ولأنّه لو مُنع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، وهى مطلوبة للّه تعالى.

وقال بعض مُتَأَخِّرِى العامّة(١): لا شكّ أنّ القيام بهذه المصالح أهمّ من ترك تلك الأموال بأيدى الظلمة يأكلونها بغير حقّها ويصرفونها إلى غير مستحقّها.

فإن تُوقِّع إمامٌ يصرف ذلك فى وجهه، حفظ المتمكّن تلك الأموال إلى حين تمكّنه من صرفها إليه، وإن يئس من ذلك - كما فى هذا الزمان - تعيّن صرفه على الفور فى مصارفه؛ لما فى إبقائه من التغرير وحرمان مستحقّيه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتّى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدّق بها عنهم، وعند العامّة تصرف فى المصالح العامّة»(٢).

وَعَلَّق عليه الشيخ الأعظم بقوله: «والظاهر أنّ قوله: «فإن توقّع... إلى آخره» من كلام الشهيد قدس سره ، ولقد أجاد فيما أفاد إلاّ أنّه قدس سره لم يبيّن وجه عدم الجواز، ولعلّ وجهه: أنّ مجرّد كون هذه الأُمور من المعروف لا ينافى اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما فى قطع الدعاوى وإقامة الحدود، وكما فى التجارة بمال الصغير الذى له أب وجدّ؛ فإنّ كونها من المعروف لا ينافى وكوله إلى شخص خاصّ.

نعم، لو فُرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقا - كحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسدة التصرّف فى مال الغير بغير إذنه - صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصدّيه لكلّ أحدٍ إلاّ أنّه خرج ما لو تُمُكِّن من الحاكم، حيث دلّت الأدلّة على وجوب إرجاع الأُمور إليه، وهذا كتجهيز الميّت، وإلاّ فمجرّد كون التصرّف معروفا لا ينهض فى تقييد ما دلّ على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه، ولهذا لا يلزم عقد الفضولى على المعقود له بمجرّد كونه

١- ٥ . وهو الشيخ عزالدين بن عبدالسلام.

٢- ١ . القواعد والفوائد ٤٠٦/١، القاعدة ١٤٨.

معروفا ومصلحة، ولا يفهم من أدلّة المعروف ولاية للفضولى على المعقود عليه؛ لأنّ المعروف هو التصرّف فى المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالک أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلّة المعروف.

وبالجملة، تصرّف غير الحاكم يحتاج إلى نصٍّ عقلى، أو عموم شرعى، أو خصوصٍ فى مورد جزئى، فافهم»(١).

المسألة خلافية

يظهر من صاحب المفتاح خلاف الأصحاب قدس سرهم فى المقام حيث يقول: «...

ويستفاد من بعض الأخبار(٢) ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصى وللمؤمنين مع فقده. وفى الحدائق(٣) نسبته إلى الأصحاب. وفى مجمع البرهان(٤): الظاهر ثبوت ذلک لمن يوثق بدينه وأمانته بعد تعذّر ذلک كلّه... - إلى أن قال - : ولم نجد خلافا إلاّ من ابن إدريس(٥) فإنّه قال: لا يجوز لمن ليس بفقيه تولّى ذلک بحال، وقد يظهر ذلک من المفيد(٦) والتقى(٧) حيث لم يذكرا إلاّ السلطان والفقيه»(٨).

وكما صرّح بوجود القول بالخلاف الفاضل المراغى رحمه الله حيث يقول: «إذا تعذّر الأُولياء أو فقدت حتّى الحاكم فهل الولاية للعدول مطلقا، أو ليس لهم مطلقا، أو فيما لا يمكن التأخير فيه لهم ولاية دون غيره؟ ... وجوه بل أقوال...»(٩).

١- ٢ . المكاسب ٥٦٣/٣ و ٥٦٤.

٢- ١ . راجع: وسائل الشيعة ٤٢١/١٩، الباب ٨٨ من أبواب الوصايا.

٣- ٢ . الحدائق ٣٧٨/٢٠.

٤- ٣ . مجمع الفائدة والبرهان ٢٣٢/٩ و ٢٣٣.

٥- ٤ . السرائر ١٩٤/٣.

٦- ٥ . المقنعة /٦٧٥.

٧- ٦ . الكافى فى الفقه /٣٦٦.

٨- ٧ . مفتاح الكرامة ٨٢/١٦ و ٨٣.

٩- ٨ . العناوين ٥٨٠/٢.

أقول: فالمسألة محلّ خلاف بين الأصحاب وإن كان المشهور تَلَقِّيْهِ بالقبول، ومحلّ انكار عند مشهور العامة لأنّهم لا يرون اختصاص الولاية بالعدول بل عندهم الفاسق الغالب المتغلب للأمر يكون وليّا للأمر.

تأسيس الأصل فى المسألة

قبل إيرادِ الأَدِلَّةِ لابدّ من تأسيس الأصل الأوّلى فى المقام فأقول: الأصل الأوّلى - كما مرّ فى أوّل بحث الولايات(١) - عدم ثبوت ولاية انسانٍ على إنسان آخر وأنّه لا ولاية لأحدٍ على غيره إلاّ بقيام دليل يثبت ذلک.

وبعده الأصل اللفظى: أيضا يدلّ على نفى ولاية عدول المؤمنين وغيرها لأنّ قوله عليه السلام فى موثقة سماعة: ... فإنّه لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله إلاّ بطيبة نفسه.(٢)

يدلّ على ممنوعيّة جميع التصرفات الانتقالية منها أو غيرها فى مال المسلم إلاّ من خلال الإذن ونفى التصرف بالولاية.

وقوله - عجل اللّه تعالى فرجه الشريف - فى التوقيع المروى بسند صحيح: ... فلا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف فى مال غيره بغير إذنه.(٣)

يدلّ على نفى ولاية التصرف فى الأموال مطلقا والدال عموم منطوقه.

وأمّا الأصل العملى: بالنسبة إلى الولاية: فلا شک فى الولاية أنّها مجعولة شرعا وتكون من الأحكام الوضعية ولا يمكن ترتب الآثار عليها إلاّ بعد إحراز جعلها، فحينئذ بمجرد قيام الشک فى الجعل تجرى أصالة عدم الجعل.

كما أنّه كذلک بالنسبة إلى المجعول، لأنّ الولاية تكون من الأُمور الحادثة وكانت مسبوقة بالعدم، وبعد ثبوت الشريعة وجعلها نشّک فى أنّها مجعولة على النطاق الواسع بحيث تشمل ولاية عدول المؤمنين أم لا؟ والأصل عدم مجعوليتها على النطاق الواسع فلا تشمل ولاية عدول المؤمنين.

١- ٩ . راجع هذا المجلد صفحة ١٤.

٢- ١٠ . وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٣- ١ . وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

كما أنّ هذين الأصلين - عدم الجعل وعدم المجعول - ينفيان نفوذ التصرفات المبنيّة على هذه الولاية.

مضافا إلى أنّ استصحاب بقاء ملكيّة المالک السابق - قبل التصرف الولائی - يجعل التصرف الولائی لغير المالک باطلاً وذلک عند الشک فی صحة تصرفاته ونفوذها.

هذا كلّه فی الأصل الأوّلی واللفظی والعملی فی المقام.

ويؤيدها السيرة العلقلائية: القائمة على نفی ولاية انسان على آخر وعلى حريّة كلّ انسان واستقلاله عن غيره فی نفسه وماله وعمله ونشاطه.

الأُمور التی تعرض عليها الولاية على أقسام:

الأوّل: ما يستقلّ العقل بحسنه مطلقا

- كحفظ اليتيم من الهَلاک - أو يفهم من دليله جواز تصدّيه لكلِّ أحدٍ - كتجهيز الميت - وأنّه مطلوب وقوعه من كلِّ شخصٍ.

وهذا القسم الأوّل: هو الأُمور التی يجوز لعدول المؤمنين التَّصَدِّی لَها والقيام بها بما يتناسب من متطلّباتها فی الأعصار والأمصار من دون أیّ نقاشٍ.

الثانی: الأُمور التی تختص بأشخاص معيّنين مِمَّنْ لَهُمْ صفات خاصة

الثانی: الأُمور التی تختص بأشخاص معيّنين مِمَّنْ لَهُمْ صفات خاصة فيجوز لهم التصدی لها كالإفتاء والقضاء والولاية على الأُمور العامة كما مرّ ذلک فی مناصب الفقيه(١)

بالتفصيل.

ولا شک بِاخْتِصاص هذه الأُمور بالفقيه الذی له صفات معيّنة ومؤهّلات خاصة ولا يجوز لغيره من عدول المؤمنين وغيرهم التَّصَدِّی لِهذِهِ الأُمُوْر ولذا أخرجه الشهيد قدس سره من دائرة ولا يتهم بقوله: «غير ما يتعلّق بالدعاوی»(٢) وألحقه الشيخ الأعظم رحمه الله بها: «وإقامة الحدود»(٣).

ويلحق بهما منصب الإفتاء والولاية على الأُمور العامة والأُمور التى تكون

ص: ٣٤١

١- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ١٧٨.

٢- ١ . القواعد والفوائد ٤٠٦/١.

٣- ٢ . المكاسب ٥٦٣/٣.

مشروطة بإذن الفقيه نحو مصرف سهم الإمام عليه السلام من الخمس.

الثالث: الأُمور التى نشک فى تَوَقُّفِها وَاشْتِراطِها على إذن الفقيه

الثالث: الأُمور التى نشک فى تَوَقُّفِها وَاشْتِراطِها على إذن الفقيه فهل يجوز لعدول المؤمنين التصدّى لها أم لا؟ وهى الأُمور التى نشکّ فى مدخلية إذن الفقيه فيها تكليفا أو فى صحتها ونفوذها وضعا. فلابدّ من البحث حول حكمها تكليفا ووضعا.

أمّا الحكم الوضعى: فالأصل عند الشک فى نفوذ التصرف وصحته هو عدم نفوذ التصرف وعدم صحته وعدم تحقّق آثاره من الملكيّة أو الزوجية ونحوهما.

بعبارة أُخرى: الأصل يقتضى فساد التصرفات عند الشک فى نفوذها فى هذه الأُمور التى نشک فى مدخلية إذن الفقيه فيها. فمثلاً لو جمع عدول المؤمنين الأخماس وَدَفَعُوْها إلى أصحابها نشک فى ملكيّة الهاشمى وغيره من الآخذين لها والأصل عدم تحقّق الملكيّة لهم مع عدم إذن الفقيه.

وأمّا الحكم التكليفى: فهل يجوز لعدول المؤمنين الْتَصَدِّىْ للأُمور التى يحتمل مدخلية إذن الفقيه فى مشروعيتها وصحتها أم لا؟

إذا وَصَلَتْ النوبة إلى الأصل العملى، فَالشُّبْهَةُ تكون حكميّة نشک فى حرمة تصرفات عدول المؤمنين وعدمها؟ وأصل البراءة تقتضى جوازها وعدم توقفها على إذن الفقيه، هذا كلّه بالنسبة إلى الشک فى الوجوب.

وأمّا بالنسبة إلى الشک فى الواجب: بمعنى اشتراط الواجب بإذن الفقيه وعدمه فالأصل العملى أيضا يقتضى البراءة عن الاشتراط.

هذا كلّه بالنسبة إلى جريان الأُصول العملية فى حكمى الوضعى والتكليفى.

وأمّا مقتضى الأدلة اللفظية على أىِّ شىءٍ يقرّر ويثبت أىُّ شىءٍ فلابدّ من ملاحظتها ومدى دلالتها فلذا ندخل فى بحث أدلة ولاية عدول المؤمنين بإذن اللّه تعالى فنقول:

أدلة ولاية عدول المؤمنين

اشارة

قد تمسكوا لإثباتها بالأدلة الأربعة:

ص: ٣٤٢

١- الكتاب

اشارة

فقد استدلوا بآيات منه:

منها: قوله تعالى: «وَتَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوى

منها: قوله تعالى: «وَتَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوى وَلا تَعاوَنُوا عَلَى الأْءِثْمِ وَالْعُدْوانِ»(١).

بتقريب: أنّ حفظ اليتيم من الهلاك ودفع ضرورته ورفع احتياجاته إعانة على البرّ فهو مندوب شرعا وخطاب الآية الشريفة لعامة المكلفين ولا يختص بالفقيه. فجواز تصدى المؤمنين لأنواع البرّ يستفاد من الآية الشريفة.

وبعبارة أُخرى: ثَبَتَتْ الآيةُ لزومَ التعاون بين النّاس وتكون فى بيان جهة هذا التعاون بحيث يكون فى البرّ والتقوى، لا الإثمّ والعدوان، ولزوم هذا التعاون فى الجهة الخاصة يتأكّد فى المجامع الدينية وبالنسبة إلى المؤمنين لاسيّما العدول منهم، وهذا التعاون الخاص يكون مبدأً لولايتهم.

ويرد عليه: أوّلاً: قد مرّ أنّ «التعاون عبارة عن اجتماع أشخاص لإيجاد أمر من المعصية أو الطاعة كَهَدْمِ مسجدٍ أو بنائه، ولذا ينسب الفعل إلى الجميع لا إلى الشخص الواحد»(٢) وإذا كان معنى التعاون هذا فأىّ ربط له بولاية عدول المؤمنين؟!

وثانيا: مجرد الأَمْرِ بالتعاون عَلى البرّ والتقوى لا يدلّ على ثبوت الولاية للعاملين بها وإلاّ يلزم أن يكون كلّ مَنْ أحَسَنَ وبَرَّ إلى غيره وليّا عليه والتالى باطل فالمقدم مثله.

وثالثا: البر الوارد فى الآية الشريفة هو ما ثَبَتَتْ برّيتُهُ عُرْفا أو شرعا أو عقلاً، ثمّ إذا احتملنا فى تصرفٍ إذنَ الفقيهِ، فالتمسک بالآية الشريفة لِاءثبات برّيته تَمَسُّکٌ بالعامِّ فى الشبهة المصداقية له. لأنّ مع جريان هذا تَكُوْنُ برّيّة هذا التصرف مشكوكا فيها فلا يحكم العرف أو الشرع أو العقل ببرّيته، فالتمسک بالآية الشريفة يكون تمسكا بالدليل فى الشبهة

الموضوعية لذاک الدليل.

ص: ٣٤٣

١- ١ . سورة المائدة /٢.

٢- ٢ . الآراء الفقهية ١/٢٠٠.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ آية التعاون أجنبية عن ولاية عدول المؤمنين وإثباتها.

ومنها: قوله تعالى «وَالْمُوءْمِنُونَ وَالْمُوءْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِياءُ بَعْضٍ»

(١).

بتقريب: أنَّ الآيةَ أَثْبَتَتْ وجود الولاية للمؤمنين والمؤمنات على بعض آخر من هاتين الطائفتين ومن جملتها ولاية عدول المؤمنين أو أنّها فيهم تتأكّد وتتقّوى. لأنّ الآية تبيّنت وجود ولاية عامة بين المؤمنين ولم تعيّنهم فتشمل جميعهم فتكون بالنسبة إلى عدولهم آكَدَ وأقوى.

ويرد عليه: أوّلاً: الولاية الثابتة فى الآية الشريفة مذكورة فى ذيلها وهى ولاية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لأنّ اللّه تعالى يقول بعده: «يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ»(٢).

وثانيا: يرد عليه ما أُوردته آنفا فى الاستدلال بالآية السابقة (ثالثا) من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية له.

ومنها: قوله تعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ

ومنها: قوله تعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»(٣).

بتقريب: الأُمورَ التى لا يرضى الشارع بتركها وإهمالها وفوتها تدخل فى «الخير» الوارد فى الآية الشريفة بلا إشكال، ونص الآية يدلّ على وجود طائفة من المؤمنين «يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ» ويتصدون إلى هذه االأُمور، وليس هذا إلاّ ثبوت الولاية لعدول المؤمنين.

ويرد عليه: أوّلاً: دخول الأُمور التى نشك فى تَوَقُّفِها وَاشْتِراطِها على إذن الفقيه فى عنوان «الخير» الوارد فى الآية الشريفة محلّ نقاش واضح.

وثانيا: الولاية الثابتة فى الآية مذكورة فى ذيلها وهى ولاية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما قال اللّه تعالى «وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ». كما مرّ

ص: ٣٤٤

١- ١ . سورة التوبة /٧١.

٢- ٢ . سورة التوبة /٧١.

٣- ٣ . سورة آل عمران /١٠٤.

فى ذيل الآية السابقة.

وثالثا: مجرد الدعوة إلى الخير لا يوجب للداعى الولاية على الْمَدْعُوِّيْنَ وإلاّ

تثبت الولاية لكلِّ واعظ على متعظه ولكلِّ متكلِّم على مخاطبه إذا دعاه إلى الخير، والتالى باطل فالمقدم مثله، كما مرّ فى ذيل الآية الأُولى.

ورابعا: من مُتَمِمات الإيرادات أنَّ جماعةً من المُخَيّرين حَمَلُوا قَوْلَهُ تعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ» على معنى التّجريد مع إرادة المجموع على حَدِّ قول القائل: لِيَكُنْ لى مِنْكَ صديقٌ مُخلصٌ. وَمَنْ له إشْمامٌ واستئناسٌ بمغزى بلاغة الذكر الحكيم وَمَلاحن كلام العرب لا يُنكر هذا الوجه الوجيه.

ومنها: قوله تعالى: «وَلا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلاّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ»

(١).

بتقريب: «إنّ ظاهر الاستثناء كون القرب إذا كان حسنا جائزا وهنا كذلك، وليس الخطاب للحكّام خاصة بل ظاهره العموم، وإذا ثبت ذلك فى مال اليتيم ثبت فى غيره بالأُولويّة وبعدم القول بالفصل»(٢).

وبتوضيح: الآية الشريفة تخاطب الجميع - لا الفقهاء خاصة - فى عدم التصرف وَالتَّداول فى أموال اليتامى إلاّ إذا كان ذلک التصرف والتدأوّل حسنا ومفيدا بالنسبة إلى اليتيم فإذا كان حسنا يكون جائزا، و إذا ثبت الجواز لكل أحدٍ أن يتصدى لأموال اليتامى إذا كان تصرفه وتصديه نافعا لليتيم، ثبت الجواز فى بقية التصرفات بالأُلويّة القطعية وبعدم القول بالفصل.

وبتقريب آخر: التصدى لأُمور اليتامى وَإدارة أموالهم واجب بحكم العقل والشرع، والآية نهت أن يكون هذا التصدى بنحو غير حسن و غير نافع، فإذا كان حسنا ونافعا لكان جائزا، وهذا الجواز لا يختص بتصدى لِاءمْوالِ اليتامى بل يعمّ الأُمور الاجتماعية الأُخَر لاتحاد المناط بل اولوية بعضها بالنسبة إلى أموال اليتامى كإجراء

١- ١ . سورتا الأنعام /١٥٢، والإسراء /٣٤.

٢- ٢ . العناوين ٢/٥٨٠.

الحدود ودفع الظلم والظالم وتنظيم معاش النّاس ومعادهم وحفظ النظام و...(١).

ويرد عليه: أوّلاً: قد مرّ(٢) فى ولاية الأب والجدّ بحوث مفصلة حول الآية الشريفة والكلمات الواردة فيها فلا نعيدها وَقَدْ قلنا هناک إنّ الآية «تدلّ على اعتبار

مراعاة المصلحة فى تصرفات الأُولياء بلا فرق بين التصرفات الاعتبارية والتصرفات الخارجية وبلا فرق بين الأب والجدّ وغيرهما، نعم بضرورة الفقه لا تدلّ على مراعاة الأصلح والأنفع كما مرّ، وأمّا دلالتها على مراعاة الأصلح والأنفع النسبى والغالبى والممكن فلا ينكر، واللّه العالم»(٣).

وثانيا: الآية الشَّرِيْفَة لم تثبت الولاية لأحدٍ بل تقول التصرف الولائى لابدّ فى ذاته أن يُراعى فِيْهِ مصلحة المولى عليه وإلاّ كان باطلاً، وأمّا من هو الولى ومن يجوز له هذا التصرف فهو خارج عن مدلول الآية الشَّرِيْفَة فلا تثبت بها الولاية لعدول المؤمنين ولا لغيرهم.

وثالثا: التعدى من أموال اليتامى إلى كلِّ صغير وكبير كإجراء الحدود وتنظيم معاش النّاس وحفظ النظام الذى نعلم أنّها كلّها مَوْكُوْلَةٌ إلى الفقيه ولابدّ من الاستيذان منه حتّى بالنسبة إلى أموال اليتامى، مشكل جدّا، فمن أين يدعى فيها «الاولوية القطعية» أو «بعدم القول بالفصل» أو «اتحاد المناط»، ودون اثبات هذه الدعوى خرط للقتاد.

ومنها: قوله تعالى: «يَسْئَلُونَکَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ

ومنها: قوله تعالى: «يَسْئَلُونَکَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُكُمْ وَاللّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ»(٤).

بتقريب: أنّ السؤال فى الآية الشريفة هو التصرفات بالنسبة إلى اليتيم وأمواله وأجاز اللّه تعالى التصرفات الأْءصْلاحِيَّة والمخالطة الحسنة ولم يقيّدهما بأحدٍ دون أحد،

١- ٣ . راجع: تحقيقٌ فى القواعد الفقهية /٧٩٤، تأليف صديقى المكرّم آية اللّه السيّد على الفرحى - دامت بركاته - ، سبط شيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى قدس سره .

٢- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ٥٠.

٣- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ٦٩.

٤- ٢ . سورة البقرة /٢٢٠.

فيجوّزهما لكلِّ أحدٍ، فإذا كان الأمر هكذا بالنسبة إلى الأيتام وأموالهم فيمكن القول بالجواز فى غيرها من التصرفات بالأُلوية القطعية أو بعدم القول بالفصل أو اتحاد المناط.

ويرد عليه أوّلاً: الآية الشريفة تثبت مراعاة المصلحة فى التصرفات الولائية فى اليتامى وأمّا من يجوز له هذه التصرفات ومن يكون وليّا فهو خارج عن مدلولها.

وثانيا: التعدى من اليتامى إلى غيرهم من مصالح العباد والبلاد، دون إثباته خَرْطُ الْقَتادِ كما مرّ.

والحاصل: استفادة ولاية عدول المؤمنين من الآيات الشريفة فى غاية الإشكال والاستدلال بها لم يتم، هذا كلّه فى استفادة الحكم من كتاب اللّه العزيز الغفار، واللّه العالم.

٢- السنة

أ: الروايات الخاصة

اشارة

استدلوا بعدّة من الروايات وهل يستفاد منها «اشتراط العدالة فى المؤمن الذى يتولّى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبّرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل، ويمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضا»(١).

منها: صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع

اشارة

قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصيّر عبدالحميد القيم بماله، وكان الرجل خلّف ورثة صغارا ومتاعا وجوارى، فباع عبدالحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنَّ إذ لم يكن الميت صيّر إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهنَّ فروج.

قال: فذكرت ذلک لأبیجعفر علیه السلام وقلت له: یموت الرجل من أصحابنا، ولا یوصی إلی أحد، ویخلف جواری فیقیم القاضی رجلاً منّا فیبیعهنَّ، أو قال: یقوم بذلک رجل منّا فیضعف قلبه لأنهنَّ فروج، فما تری فی ذلک؟ قال: فقال: إذا کان القیم به مثلک، ومثل عبدالحمید فلا بأس.(۲)

ص: ۳٤۷

۱- ۱ . المکاسب ۳/٥٦٤.

۲- ۲ . وسائل الشیعة ۱۷/۳٦۳، ح۲، الباب ۱٦ من أبواب عقد البیع وشروطه.

قال الشیخ الأعظم رحمه الله فی ذیلها: «بناء علی أنّ المراد من المماثلة: إمّا المماثلة فی التشیّع، أو فی الوثاقة وملاحظة مصلحة الیتیم وإن لم یکن شیعیّا، أو فی الفقاهة - بأن یکون من نوّاب الإمام علیه السلام عموما فی القضاء بین المسلمین - أو فی العدالة.

والاحتمال الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ علی ثبوت البأس مع عدم الفقیه ولو مع تعذّره. وهذا بخلاف الاحتمالات الأُخر؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف وإن تعذّر غیرهم، فتَعَیّن أحدها الدائر بینها، فیجب الأخذ فی مخالفة الأصل بالأخصّ منها، وهو العدل»(۱).

اعتراضات علی مقالة الشیخ الأعظم

الأوّل: اعترض المحقّق النائینی علی الشیخ الأعظم

بقوله: «ویمکن أن یورد علیه:

أمّا أوّلاً: فبأنَّ ما أفاده فی وجه بُعد الاحتمال الرابع أعنی أرادة المماثلة فی الفقاهة

بأنّه يلزم ثبوت البأس فى عدم تصدى الفقيه مع أنّ المورد ممّا لابدّ أن يؤتى به ولو من غير الفقيه، منقوض بالنسبة إلى ارادة الاحتمال الثالث أيضا بل وعلى الاحتمال الثانى، فإنَّ المفروض أنّه مع عدم العادل والموثَّق تكون الواقعة ممّا لابدّ من القيام به ولو من الفساق.

وأمّا الثانيا: فبأنّه يمكن أن يكون المفروض فى مورد الرواية صورة التمكن من الرجوع إلى الفقيه وأنّ البأس كان فى تصدى غيره لأجل التمكن من تصديه، فالإنصاف أنّ الرواية مجملة لا تصلح لاستنباط اعتبار العدالة منها»(٢).

وتبعه فى الاعتراض تلميذه السيّد الخوئى وقال: «ويتوجه عليه أوّلاً: أنّ العلم الخارجى بعدم إرادة الإطلاق من الكلام لا يرخّص رفع اليد عن ظهور اللفظ فى الاطلاق، بل لابدّ من التحفّظ على الظهور وتقييد الإطلاق بالعلم الوجدانى بالتقييد، وأمّا رفع اليد عن أصل الظهور وحمل اللفظ على خلاف الظاهر فهو ممّا لا مجوّز له على ما فصّلنا

١- ٣ . المكاسب ٥٦٥/٣.

٢- ١ . المكاسب والبيع ٣٤٠/٢.

الكلام فيه عند التكلّم فى مبحث العام والخاص وقلنا إنّ أصالة الظهور إنّما تجرى فى تعيين المراد لا - بعد العلم بالمراد - فى أنّه كيف يراد.

وثانيا: أنّ هذه المناقشة تجرى فى الاحتمال الرابع أيضا للعلم بأنّ القيمومة ثابتة للفاسق عند تعذّر الوصول إلى العادل مع أنّ مفهوم الصحيحة ثبوت البأس عند عدم العدالة على نحو الإطلاق، فالعلم الوجدانى على الخلاف موجود فى هذا الاحتمال أيضا، هذا.

والصحيح أن يقال: بأنّ الاحتمال الأوّل أيضا ساقط عن الاعتبار أعنى المماثلة فى التشيّع، لأنّ الظاهر من الرواية أنّ السؤال إنّما هو عن الميّت من الشيعة والعادة جارية على نصب واحد ممّن يوافق الميت فى المذهب من أقران الميّت وأصحابه قيّما على أمواله وأطفاله، فإنّ من البعيد غير المتعارف أن ينصب سنّى قيّما على أولاد الشيعى المتوفّى، إذن فالمماثلة فى الطريقة والتشيّع كانت مفروغا عنها فى الرواية، ومعه لابدّ فى الخروج عن أصالة عدم جواز التصرف فى أموال الغير من أن نعتبر جميع المحتملات الباقية فى المماثلة كالوثاقة والعدالة والفقاهة وغيرها ممّا نحتمل فى معنى المماثلة اقتصارا على القدر المتيقّن فى الخروج عن مقضى الأصل حتّى مثل المكان والبلد والعمر فيما إذا احتملنا دخل هذه الأُمور، والوجه فى ذلک أنّ الظاهر من الرواية هو التمكّن من استئذان الإمام عليه السلام فى التصرفات وكان العصر عصر الحضور، كما أنّ المبيع كان متاعا لا

يخشى عليه من الضياع والتلف على تقدير تأخير بيعه إلى زمان تحصيل الإذن من الإمام عليه السلام

.

ومن الظاهر أنّه مع التمكّن من الإمام عليه السلام وحضوره ليس لغيره الولاية فى أمثال مورد السؤال، ومعه إذا جعل الولاية لواحد كما فى قوله عليه السلام «إذا كان مثلک ومثل عبدالحميد فلا بأس» فهو حكم على خلاف القاعدة يقتصر فيه على المقدار المتيقّن كما ذكرناه، فإنّه عليه السلام قد جعل بذلک الولاية لغيره مع التمكّن مع الوصول إليه على طبق القضية الحقيقية ولو لأجل التساهل والارفاق، فلا مناص من الاكتفاء فى الخروج عمّا تقتضيه

ص: ٣٤٩

القاعدة على القدر المتيقّن»(١).

أقول: يمكن أن ندافع عن الشيخ الأعظم بأنّ مبناه بناءً على ما صرّح به من قوله: «هذا، والذى ينبغى أن يقال: إنّک قد عرفت أنّ ولاية غير الحاكم لا تثبت إلاّ فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدلّ

على رجحان التصدّى لذلک المعروف، أو يكون هناک دليل خاصّ يدلّ عليه، فما ورد فيه نصّ خاصّ على الولاية اتّبع ذلک النصّ عموما أو خصوصا فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل»(٢).

توضيح مبناه: أنّ الولاية لم تَثْبُتْ لأحدٍ من المؤمنين إلاّ بعد ورود عمومٍ عقليٍّ أو نقليٍّ أو يَكُوْنُ هُناکَ نَصٌّ خاصٌّ يَدُلُّ عَلَيْها، النصوص العامة تقتضى عدم اعتبار العدالة ولكن لنصوص الخاصة تقتضى اعتبارها، وما حكم الشيخ الأعظم ذيل هذه الصحيحة باشتراط العدالة هو ما يقتضيه هذا الدليل الذى يدخل فى النصوص الخاصة فلا يتم الاعتراض عليه. واللّه العالم.

الثانى: ما ذكره المحقّق الاصفهانى

بقوله: «والتحقيق: أنّ اطلاق المفهوم تابع لإطلاق المنطوق، ومن الواضح أنّه لا معنى لإطلاق المنطوق هنا، بيانه: إنّ المراد إذا كانت المماثلة فى الفقاهة فمعناها إنْ كان القيم مثلک ومثل عبدالحميد فقيها فلا بأس، ومن البيّن أنّ نفوذ تصرّف كلّ فقيه غير منوط بوجود فقيه آخر ولا بعدمه قطعا، لا أنّه أمر يحتمل دخله حتّى يقوم المتكلم بصدد نفى دخله وجودا وعدما ليتحقّق اطلاق كلامى منه، بحيث يكون حجة على نفى دخله من قبله، وهكذا الأمر من سائر المحتملات فتدبر جيدا»(٣).

مراده: «أنّ القواعد الأُصوليّة تقتضى تبعيّة المفهوم للمنطوق، لأنّ دلالة المفهوم دلالة التزاميّة ودلالة المنطوق مطابقيّة، والالتزاميّة تابعة للمطابقيّة فى العموم والخصوص، فإذا استحال فرض الإطلاق فى المنطوق استحال انعقاده فى المفهوم أيضا،

١- ١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٧٨/٢ و ١٧٩.

٢- ٢ . المكاسب ٥٦٧/٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٤٠٥/٢ و ٤٠٦.

وفيما نحن فيه بما أنّه لا إطلاق فى المنطوق كذلک لا إطلاق فى المفهوم بالضرورة، وذلک بحكم البرهان المذكور، ومع انتفاء الإطلاق فى المفهوم يسقط دعوى الشيخ، من أنّ: «الاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه»(١)، لما ثبت من أنّ صحّة تصرّف كلّ فقيه غير مقيّد بتصرّف غيره من الفقهاء وجودا، وأيضا من جهة العدم لم يكن تصرّف كلّ فقيه مشروطا بعدم تصرّف فقيه غيره، وبالتالى فمع عدم احتمال التقييد يبطل الإطلاق فى المنطوق، لتوقّف ثبوت الإطلاق على احتمال المدخليّة، حيث نردّه من خلال الإطلاق، ومع علمنا بأنّ تصرّف الفقيه فى الأُمور الحسبيّة جائز مطلقا غير مقيّد بوجود فقيه آخر وعدمه، فإذا انتفى احتمال التقييد ينتفى بتبعه الإطلاق، ومع بطلان الإطلاق فى المنطوق يبطل دعوى الإطلاق فى المفهوم بتبعه أيضا»(٢).

وفيه: «أنّ دعوى المحقّق الأصفهانى من أنّ: «نفوذ تصرّف كلّ فقيه غير منوط بوجود فقيه آخر ولا بعدمه قطعا»(٣) تامّة لا نقاش فيها، لكن القطع بذلک لا يحصل لنا إلاّ بعد ملاحظة الأدلّة الشرعيّة، واليقين الحاصل بعد ملاحظتها لا يعدّ مانعا عن انعقاد الاحتمال المذكور، ليمنع عن انعقاد اللاّحق، لأنّه قبل المراجعة إليها نحتمل احتمالاً وجدانيّا بأنّ الولاية الثابتة للفقيه إنّما هى ولاية مجموعيّة لا استغراقيّة - كما هو الحال فى الوصيّة إلى الأوصياء المتعدّدين، مع اشتراط اشتراک مجموعهم فى الإشراف على التنفيذ بمعنى أنّ الولاية الثابتة لهم تكون بنحو العام المجموعى، حيث يستلزم اجتماعهم واتّفاقهم على التصرّف، فلا تكون تصرّفاتهم المنفردة نافذة، ومثل هذا الاحتمال الوجدانى لا دافع له إلاّ من خلال إطلاق الدليل، ممّا يعنى لزوم انعقاد الإطلاق فى الدلالة المنطوقيّة أوّلاً، لكى يقتضى ثانيا على رفع الاحتمال المذكور، فإذا ثبت الإطلاق فى المنطوق ثبت الإطلاق فى المفهوم بتبعه، ويثبت بتبعه صحّة ما التزم به الشيخ وبطلان

١- ١ . المكاسب ٥٦٥/٣.

٢- ٢ . العقد النضيد ٢٤٣/٤ و ٢٤٤.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٤٠٦/٢.

دعوى المحقّق الأصفهانى»(١).

الثالث: ما ذكره المحقّق الإصفهانى أيضا

بقوله: «ثمّ إنّ احتمال المماثلة فى الفقاهة مدفوع بأنّ عبدالحميد الذى يحتمل إرادته من هذا الخبر؛ إمّا عبدالحميد بن سالم العَطّار الكوفى أو عبدالحميد بن سعد البجلى الكوفى.

والأوّل: وإنْ كان موثقا فى كلام جمع إلاّ أنّه ليس صاحب أصل أو كتاب ليستفاد فقاهته من كونه صاحب كتاب فى الروايات، نعم أسند ذلك(٢) إلى محمّد ابنه.

والثانى: وإنْ كان صاحب كتاب ويروى عنه صفوان كما فى ترجمته(٣)، إلاّ أنّه لم يوثّق صريحا فى كتب الرجال إلاّ من حيث رواية صفوان عنه، وهو ممن أجمعت الْعِصابَةُ على تصحيح ما يَصِحُّ عنه، أو من حيث هذه الرِّوايَة حيث جعل قرينا لمثل محمّد بن إسماعيل بن بزيع الذى هو من الفقهاء من مشايخ الفضل بن شاذان.

وكلاهما محل تَأَمُّلٍ(٤)، لِما فى الأوّل من المناقشة فى إثبات العدالة به فى فنه.

ولما فى الثانى من احتمال كونه مماثلاً له فى كونه إماميا أو أمينا فقط، مع أنّه من المحتمل أنْ يكون هو ابن سالم الثقة فتأمل.

وعلى أىِّ حال فإمّا ثقة ولا فقاهة؛ وإمّا فقيه ولا توثيق، بل الظاهر كما فى غالب نسخ التهذيب أنّه ابن سالم لوجوده فيها وهو ليس بصاحب كتاب ليستظهر منه كونه فقيها واللّه العالم.

نعم بِناءً على أنّهما واحد كما قيل، وأنّه نسب تارة إلى أبيه وأُخرى إلى جده، لِوَصْفِ(٥) كليهما بأنّه مولى بَجِليَّة كوفى وكليهما بالعطار فهو فقيه موثق واللّه أعلم»(٦).

ص: ٣٥٢

١- ١ . العقد النضيد ٢٤٤/٤.

٢- ٢ . رجال النجاشى /٣٣٩، رقم ٩٠٧. وفيها وثق والده، وكلامه محل كلام هل التوثيقق للولد أو الوالد؟ فراجع.

٣- ٣ . رجال النجاشى /٢٤٦، رقم ٦٤٦.

٤- ٤ . فى المصدر: التأمل.

٥- ٥ . فى المصدر: لتوصيف.

٦- ٦ . حاشية المكاسب ٤٠٦/٢.

وفيه: أوّلاً: رواية عبدالحميد بن سالم العَطّار عن الإمام أبيالحسن موسى عليه السلام ووثاقته اسْتُفِيْدَتْ من النجاشى(١) وفقاهته اسْتُفِيْدَتْ من تمثيله بمحمّد بن إسماعيل بن

بزيع والتمثيل لا يكون إلاّ فى أظهر الأشياء وأعرفها كما مرّ منّا فى بحث ولاية الفقيه(٢). والرجل لا يكون عندنا إلاّ ابن سالم العطار واللّه العالم.

وثانيا: نعم، قول النجاشى: «له كتاب النوادر»(٣) يرجع إلى ابنه محمّد بن عبدالحميد، كما إنّ قوله «وكان ثقةً من أصحابنا الكوفيين»(٤) يرجع إلى والده عبدالحميد ابن سالم لِاَنَّه لو كان الابن المراد من التوثيق لا يحتاج إلى ذكر «وكان ثقةً» بل يمكن أن يقول بدله «ثقةٌ» من دُوْنَ «كان» كما هو دأب النجاشى.

وثالثا: عبدالحميد بن سعد بَجَلِيٌّ كوفيٌّ له كتاب كما ذكره النجاشى(٥)، ولكن إثبات أنَّ لَه كتاب لا يُثْبِتُ فَقاهَتَهُ خِلافا لِما ذكره المحقّقَ الأصفهانى رحمه الله لأنّ الكتاب لو كان فى التاريخ أو المواعظِ أو الفضائلِ أو الثواب والعقاب أو العقائد أو السِّيَر كيف يمكن إثبات فقاهة مؤلِّفه به؟! «له كتاب»(٦) عنوان عام والفقاهة عنوان خاص وَلا يُثْبِتُ الأعَمُّ الأخَصَّ.

ورابعا: على ما مرّ منّا فى بحوثنا فى علم الرجال(٧): كلّ من ذكره النجاشى قدس سره فى فهرسته ولم يتعرض لمذهبه فهو شيعيٌّ إماميٌّ اثناعشريٌّ وكلّ من ذكره ولم يقدح فيه فهو مستور وممدوح ومعتبر ومحلّ اعتماد لأنّ مبناه ذكر مصنفى الإمامية، وهو حريص فى كل ما ورد فى قدحهم، فإذا لم يذكر أحدا بقدح فلم يصل قدحه إليه فهو معتبر لعدم ورود

١- ٧ . رجال النجاشى /٣٣٩، رقم ٩٠٦.

٢- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ٢١٥.

٣- ٢ . رجال النجاشى /٣٣٩، رقم ٩٠٦.

٤- ٣ . رجال النجاشى /٣٣٩، رقم ٩٠٦.

٥- ٤ . رجال النجاشى /٢٤٦، رقم ٦٤٨.

٦- ٥ . رجال النجاشى /٢٤٦، رقم ٦٤٨.

٧- ٦ . راجع تقريرات هذه البحوث بقلم المحقّق الخبير الشيخ جويا جهانبخش - دامت بركاته - .

القدح الثابت فى حقّه.

وعلى هذا المبنى - الذى لستُ أنّا أوّل مَنْ قال به - ، بل أنا تابع لجماعة من مشايخ هذا الفن فى ذلك، ثبوت اعتبار ومدح وحُسْن ووثاقة عبدالحميد بن سعد واضح.

وخامسا: لم تَتمّ هذه المقالة: «فإمّا ثقة ولا فقاهة وأمّا فقيه ولا توثيق»(١) لأنّه لو كان عبدالحميد بن سالم فهو فقيه ثقة وهو المختار، ولو كان عبدالحميد بن سعد فهو مؤلِّف

ممدوح معتبر فلم يثبت فقاهته ولكن يثبت توثيقه كما مرّ.

وسادسا: لم يثبت أنّهما واحد، بل ظاهر النجاشى أنّهما اثنان لأنّهما لو كانا واحدا لابدّ للنجاشى عند ذكر محمّد بن عبدالحميد أن يقول: وقد مرّ والده أو عند ذكر الوالد أن يقول: وقد يأتى ولده محمّد ولم يذكرهما، فظاهر عنوانهما متعددا، واحدا منهما - وهو عبدالحميد بن سعد - مستقلاً وثانيهما - وهو عبدالحميد بن سالم - تبعا لولده محمّد تعددهما، وَوَصْفُ الأخير بالعطّار والأوّل بِالْبَجَلِيّ، من دون تكرار الْوَصْفِ فيهما أيضا شاهد على تعددهما فلا يتم «أنّهما واحد كما قيل»(٢) ولم يتصف «كلاهُما بأنّه مولى بجِليَّةَ كوفى وكلاهما بالعطار»(٣) والاشتراك بينهما يثبت أنّهما كوفيان فقط.

الرابع: ما ذكره المحقّق الخمينى رحمه الله

بقوله: «ولكن استفادة عموم الحكم موقوفة على إحراز كونه بصدد الإجازة مطلقا، أو فى مقام بيان الحكم الكلّى الشرعىّ، وهما محلّ اشكال فى المورد لأنّ ظهور كلام الإمام عليه السلام فى بيان الحكم الشرعى أنّما يكون فى غير ما كانت الإجازة فيه بيده، كما لا يخفى على المتأمّل، وعموم الإجازة أيضا غير محرز.

وعلى فرضه، فبقاؤها بعد رحلته عليه السلام محلّ كلام؛ لأنّ الإجازة غير جعل المنصب، فلابدّ فى بقائها من دليل»(٤).

وببيان آخر: «أنّ الاستدلال بهذه الرواية يتمّ فيما لو كان الإمام عليه السلام فى مقام بيان

١- ٧ . حاشية المكاسب ٤٠٦/٢.

٢- ١ . حاشية المكاسب ٤٠٦/٢.

٣- ٢ . حاشية المكاسب ٤٠٦/٢.

٤- ٣ . كتاب البيع ٦٧٥/٢.

الحكم الواقعى، دون الإذن والتوكيل الْمَعْدُوْدَيْنِ من شؤون الإمام عليه السلام ، بمعنى أنّ الإمام إذا كان يقصد بيان الحكم الواقعى، وأنّه عند فقد الفقيه فإنّ لعدول المؤمنين ولاية التصرّف فى المصالح العامّة، صحّ الاستدلال بالروايه على اشتراط العدالة. وأمّا لو كان يقصد أن يأذن لمثل عبدالحميد وابن بزيع بالتصرّف فى أموال اليتامى والقاصرين، كما هو شأن الإمام، فلا مجال للاستدلال بها لخروجها عن دائرة البحث، والروايه من صنف الأخير، فلا مجال للاستدلال بها فى المقام، واستنتاج اعتبار العدالة فى المتصرّف منها»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: الأصل فى ما يصدر من الأئمة عليهم السلام هو بيان الحكم الشرعى الواقعى لأنّهم عليهم السلام مبيّنون للأحكام الشرعية ولهم الولاية التشريعية كما مرّت فى أوّل

بحث ولاية الفقيه(٢)، لا إعمال ولايتهم العامة، والحمل على الأخير يحتاج إلى قرينة وبيان.

وثانيا: عَلى فَرْض قبول هذه المقالة: «ظهور كلام الإمام عليه السلام فى بيان الحكم الشرعى إنّما يكون فى غير ما كانت الإجازة بيده»(٣) وغير موارد إعمال ولايته العامة، ليست المورد من موارد الإجازة بل يكون من موارد النصب وإعطاء المقام وجعل الولاية لأحد بل نصب الفقيه منصب القيمومية على الأيتام، ونعلم أن إعطاء المنصب توسط الإمام عليه السلام ونصب المقام وجعل الولاية لأحد باق بعد وفاة الأمام عليه السلام ولذا يظهر عدم تمامية هذه المقالة: «وعلى فرضه [أى فرض عموم الإجازة [فبقاؤها بعد رحلته عليه السلام محلّ كلام لأنّ الإجازة غير جعل المنصب فلابدّ فى بقائها من دليل»(٤).

لأنّ المورد جعل المنصب لا الإجازة.

وثالثا: قوله عليه السلام : «إذا كان القيم به مثلک ومثل عبدالحميد فلا بأس»(٥). قرينة

١- ٤ . العقد النضيد ٢٤٠/٤.

٢- ١ . راجع هذا المجلد صفحة ١٤٩.

٣- ٢ . كتاب البيع ٦٧٥/٢.

٤- ٣ . كتاب البيع ٦٧٥/٢.

٥- ٤ . وسائل الشيعة ٣٦٣/١٧، ح٢.

قطعية على أنّ الإمام عليه السلام يقصد به بيان الحكم الشرعى الواقعى لا إعمال ولايته عليه السلام ، ولا أقل تكون مقالته عليه السلام قرينة قطعية على أنّه فى مقام إعمال الولاية جعل منصب القيومية للأيتام للفقهاء العظام حيث نفى البأس عن أمثالهما لا أشخاصهما.

وهذه المقالة أيضا قرينة قطعية على أنّها ليست على نحو الإجازة حتّى نبحث فى عموميتها.

ورابعا: لو تنزّلنا أوّلاً وقبلنا عدم دلالة الصحيحة على الحكم الشرعى الواقعى وتنزّلنا ثانيا وقبلنا أنّها لم تدل على جعل المنصب فى إعمال ولاية العامة للإمام، وقلنا بأنّها إجازة صدرت من الإمام عليه السلام فلا يمكن نفى عموميتها لأنّها صدرت على محور المثليّة وفلا يمكن اختصاصها بأشخاص معيّنين من ابنى بزيع وسالم، بل يفيد عموم الإجازة لأمثالهما من الفقهاء العظام فلا يتم «وعموم الإجازة غير محرز»(١).

وخامسا: لو فُرِضَ صُدُوْرُ هذه الإجازة الخاصة - على ما قاله المُعْتَرِض - فى غرة

شهر ذيالقعدة الحرام سنة ٢٢٠ه الذى استشهد الإمام أَبُوْجعفر الثانى جواد الأئمة عليه السلام فى آخر يوم منه، هل يحتمل المعترض المحقّق إعادتها بعد شهر فى بداية إمامة أبيالحسن الهادى عليه السلام ؟!، وهل فهم ابنا بزيع وسالم من كلام الإمام الجواد عليه السلام لزوم تجديدها فى زمن الإمام الآتى؟!

وهذه القرائن كلّها تنفى تَطَرُّق هذا الاحتمال - أى صدورها على نحو الإجازة الخاصة - واللّه سبحانه هو العالم.

والحاصل: صحيحة ابن بزيع تدلّ على ولاية الفقيه بالنسبة إلى أموال الايتام وقيموميتهم، لأنّ المماثلة المذكورة فيها هى الفقاهة كما مرّ بَيانُ ذلِكَ.

نعم، الفقيه لابدّ أن يكون عادلاً حتّى ثبتت الولاية فى حقه، وإذا كان عادلاً لابدّ أن يكون مُوَثَّقا كما لابدّ أنْ يكون شيعيا.

ص: ٣٥٦

١- ٥ . كتاب البيع ٦٧٥/٢.

وأمّا تَطَرُّقُ احتمال المماثلة فى التشيع فَهُوَ مُنْتَفٍ بما مرّ(١) من السيّد الخوئى(٢) فى الاعتراض الأوّل فراجعه، هذا تمام الكلام حول صحيحة ابن بزيع وقد عرفت عدم دلالتها على ولاية عدول المؤمنين والحمد للّه ربّ العالمين.

ومنها: صحيحة على بن رئاب قال: سألت أباالحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابة مات وترك أولادا صغارا، وترك مماليک غلمانا وجوارى ولم يوص، فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتّخذها أُم ولد؟ وما ترى فى بيعهم؟ قال: فقال: إن كان لهم ولىّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتّخذها أُم ولد؟ فقال: لا

بأس بذلک إذا باع علیهم القیّم لهم الناظر فیما یصلحهم، فلیس لهم أن یرجعوا فیما صنع القیّم لهم الناظر فیما یصلحهم.(۳)

فی سند الکلینی سهل بن زیاد ولکن سندی الصدوق والشیخ بالروایة صحیحان.

حملها الشیخ الأعظم علی «کفایة الأمانة وملاحظة مصلحة الیتیم فیکون مفسّرا للاحتمال الثانی فی وجه المماثلة»(٤) فی الصحیحة الماضیة أی المماثلة فی الوثاقة.

ویرد علیه: إنّ الصحیحة «بعد اعتبار القیّم والفراغ عن قیمومیته تتحدّث عن لزوم

مراعاته المصلحة»(٥) وکلامنا فی ولایة عدول المؤمنین وجواز تصدیهم للقیمومیة وبینهما بَوْنٌ بعید.

ولذا قال المحقّق النائینی بعد نقل هذه الصحیحة: «والانصاف عدم امکان استفادة شیء منها أیضا، وذلک لأنّها مسوقة لبیان تصحیح فعل القیم لا فی مقام بیان من یصلح للقیام بأمرهم وما یعتبر فیه، فلعل القیم المذکور فی مورد الروایة کان فقیها أو نائبا أو مأذونا مع اجتماع ما یعتبر فیه من الشرائط فلا یستفاد منها اعتبار عدالة المتصدی أو

۱- ۱ . راجع هذا المجلد صفحة ۳٤۹.

۲- ۲ . التنقیح فی شرح المکاسب ۱۷۹/۲.

۳- ۳ . وسائل الشیعة ۳٦۱/۱۷، ح۱۷ الباب ۱۵ من أبواب عقد البیع وشروطه.

٤- ٤ . المکاسب ٦٥٦/۳.

٥- ۱ . العقد النضید ۲٥۰/٤.

وثاقته»(١).

وتبعه المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله وقال: «ولا يخفى أنّ الرواية ليست بصدد بيان الأوصاف المعتبرة فى القيّم وغير ناظرة إليها، وإنّما هى فى مقام بيان جواز الشراء فيما إذا باع عليهم القيّم الناظر إلى أفعالهم، أمّا أنّ أىّ وصف يعتبر فى القيّم فهى غير ناظرة إليه فلا يمكن الأخذ بإطلاقها. على أنّ هذه الرواية مطلقة من حيث عدم اعتبار تعذّر الوصول إلى الإمام فضلاً عن الفقيه، بل حكم بجواز تولية آحاد المسلمين على نحو الإطلاق سواء كان ذلک فى زمان الإمام وأمكن الوصول إلى محضره أم كان فى زمان آخر تمكّن من الوصول إلى الفقيه أو لم يتمكّن، وعليه فتكون هذه الرواية أجنبية عمّا نحن بصدده، إذ الكلام فى ولاية المؤمنين أو غيرهم فى غير زمان التمكّن من الإمام أو الفقيه، وأمّا جعل الولاية على نحو الإطلاق فيمكن أن يشترط فيها شىء آخر أو يحذف عنها بعض الشروط، وكيف كان فالمقام غير ما دلّت عليه الرواية كما هو ظاهر»(٢).

ومنها: موثقة سماعة قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، وله خدم ومماليک وعُقَدٌ(٣)، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلک الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلک كلّه فلا بأس.(٤)

قد يقال: «تقريب الاستدلال بمثل هذه الرواية واضح، وهو أنّه حتّى مع عدم الإذن السابق من الحاكم أو المجتهد لخصوص هذا الرجل الثقة مثلاً لا بأس بقيامه بأُمور الميّت

وورثته، بل يمكن أن يستفاد منها لزوم قيامه لا مجرّد جوازه، وذلک لأنّ الإمام لم يُعيِّن فى جواب المسألة طريقا آخر، وحيث إنّه لا يصحّ الإهمال فلذا يترجّح بل يتعيّن أن يتصدّى له الثقه، وهذا يكون بمعنى ولاية العدل أو ما يقربه.

ولا يخفى أنّ الرواية لم تقيّد الرجل المتصدى له بالعدالة، بل قيّدته بالوثاقة التى

١- ٢ . المكاسب والبيع ٣٤٠/٢.

٢- ٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٨٠/٢.

٣- ٤ . العُقَد: جمع عُقْدِة وهى الضَيْعَة والمكان الكثير الشجر [الصحاح ٥١٠/٢].

٤- ٥ . وسائل الشيعة ٤٢٢/١٩، ح٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

هى أدون منها اصطلاحا. نعم، لا يبعد أن يقال: إنّها فى لسان الروايات متحدة معها ظاهرا»(١).

حملها الشيخ الأعظم «على أنّ المراد من يوثق به ويطمئنّ بفعله عرفا وإن لم يكن فيه ملكة العدالة»(٢).

وتبعه المحقّق الاصفهانى وقال: «وإن كانت العدالة فى نفسها أخص من الوثاقة»(٣).

ولكن المحقّق النائينى شكّک فى المراد من الوثاقة وقال: «ولا ينبغى الارتياب فى دلالتها على كفاية الوثاقة فى القيم بأمور الصغير، لكن الشأن فى المراد من الوثاقة، إذ لم يعلم أنّ المراد منها هل هو العدالة، فإنّها قد تطلق ويراد بها العدالة، أو أنّ المراد بها هو المعنى الأعم من العدالة وكيف كان فلو أُريد منها الاعم لوجب تقييدها بصحيحة إسماعيل بن سعد المروية عن الرضا عليه السلام »(٤).

والمحقّق السيّد الخوئى حمل الوثاقة فى الموثقة على مرتبة فوق العدالة لا دونها وقال: «... لأنّ الثقة أخص من العدالة ومعناها من يؤمن به فى جميع أفعاله وأخلاقه ودينه، ومنه ثقة الإسلام لقب الكلينى قدس سره وأمّا إطلاق الثقة فى اصطلاح الرجاليين على من لا يكذب فى الحديث فقط وإن كان فاسقا فى حدّ نفسه أو كان كافرا مثلاً فهو اصطلاح خاص للرجاليين وإنّما اصطلحوا بذلک لأنّه مشغلتهم حيث إنّ شغلهم التفتيش عن صدق الرواة وكذبهم فى الخبر، وأمّا الثقة على نحو الإطلاق كما وقع فى الحديث فهى عبارة عمّن يؤمن به فى جميع الأُمور على نحو الإطلاق وهو أرقى من العدالة وأخصّ منها كما لا يخفى»(٥).

١- ١ . تحقيق فى القواعد الفقهية /٧٩٥ للعلاّمة الحجة الآية السيّد على الفرحى - دام ظله - .

٢- ٢ . المكاسب ٥٦٧/٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٤٠٨/٢.

٤- ٤ . المكاسب والبيع ٣٤٠/٢ و ٣٤١.

٥- ٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٨٠/٢ و ١٨١.

والفرق بين المحقّقين النائينى والخوئى: النائينى يرى الوثاقة أعمّا من العدالة والخوئى أخصا منها.

وتابع شيخُنا الاستاذ استاذَه السيّد الخوئى فى معنى الوثاقة ولم يرض بما دون العدالة وقال: «فلا ظهور للثقة فيها فيمن يطمئن بفعله عرفا ولو كان فاسقا، بل لا يبعد ظهورها فى العدل ولا أقل من الحمل عليه جمعا بينها [أى بين موثقة سماعة] وبين صحيحة إسماعيل بن سعد»(١).

وخالفهم الاستاذ المحقّق - مدظله - وقال: «ومن المعلوم أنّ المراد هى الأمانة المانعة والرادعة عن الخيانة [فى الأموال] لا الوثاقة المعتبرة فى القول والأخبار وبمدلول هذه الرواية نرفع الاجمال عن مدلول صحيحة ابن بزيع...»(٢).

أقول: القاعدة تقتضى حمل الثِّقَة على معناه اللغوى إلاّ إذا قامت قرينة على خلافه، ومعنى الثقة هو الذى يُعتمدُ عليه وَيُطْمَأَنُّ إليه فى القول أو العمل، سواءً كان عادلاً أم فاسقا فعليه يكون معنى الوثاقة أَعَمَّ من العدالة، والوثاقة فى الأمور المالية هى الأمانة وقدرة إدارة الأموال، فحينئذ بهذه الموثقة يمكن تقييد المطلقات من الروايات أو المجملات.

مضافا إلى أنّ ما ذكره الأعلام الثلاثة يوجب إجمال الروايات الواردة فى حجية أخبار الثِّقاتِ وترددها بين العدالة والوثاقة، هذا أوّلاً.

وثانيا: أنّهم ذهبوا فى علم الأُصول إلى أنّ النسبة بين العدالة والوثاقة هى العموم والخصوص من وجه، لأنّ الرجل قد يكون عادلاً غير ثقة فى إخباره لكثرة سهوه وَخَطَئِهِ وقد يكون موثقا لأنّه لم يكذب ولكنّه فاسق فى أفعاله. وإذا وصلوا إلى الفقه ذهبوا إلى أنّ النسبة بينهما هى العموم والخصوص المطلقان وأنّ الوثاقة أخص من العدالة أو أَعَمِّ منها.

وأمّا الإشكال الأصلى: فى هذه الموثقة فَهُوَ ورودها فى قسمة الميراث، ونحن

١- ١ . ارشاد الطالب ٤/٢٤٠.

٢- ٢ . العقد النضيد ٤/٢٥١.

نريد أن نثبت ولاية عدول المؤمنين بها فى مطلق التصرفات فى الأُمور الحسبية مع فقدان الفقيه، والقاعدة تقتضى لزوم الاقتصار على مورد النص وعدم تعميمها إلى غيرها، فلا يثبت بها المدعى.(١)

ويمكن أن يجاب عنه: رجل ثقة إذا قام بقسمة أموال الميت بين أُولاده الصغار والكبار، يأخذ الكبار سِهامَهُمْ وَيَنْصَرِفُوْنَ إلى أعمالهم ومعيشتهم ويبقى الصغار وَسِهامُهُمْ وحفظهم وإدارة أموالهم فلابدّ للرجل الثقة القاسم أن يحفظ الصغار وأموالهم حتّى يكبروا، وهذا هو معنى ولاية عدول المؤمنين أو ثقاتِهم.

والأصحاب - قدس اللّه أسرارهم - استفادوا من الموثقة ما اسْتَفَدْناهُ ولذا جاءوا بها فى ضمن أدلة ولاية عدول المؤمنين، واللّه العالم.

ومنها: صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعرى قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولادا ذكرانا وغلمانا صغارا، وترك جوارى ومماليک هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم.

وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلک، فإن تولاّه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع، وقام عدل فى ذلک.(٢)

حملها الشيخ الأعظم «على اشتراط تحقّق عنوان العدالة»(٣). كما هو الظاهر منها.

وتبعه المحقّق النائينى وقال: «المستفاد منها اعتبار العدالة فى المتصدى ويكون شارحا لما أجمل فى الأخبار السابقة ويصير المتحصل من المجموع اعتبار العدالة وأنّه مع وجود العدل لا يجوز التصدى مِنْ غيره ولا يصح منه التصدى»(٤).

١- ٣ . كما فى العقد النضيد ٢٥٣/٤.

٢- ١ . وسائل الشيعة ٣٦٢/١٧، ح١، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- ٢ . المكاسب ٥٦٧/٣.

٤- ٣ . المكاسب والبيع ٣٤١/٢.

وقبل المحقّق الاصفهانى دلالتها على «عدالة المتولى لأمر اليتيم»(١).

وتبعهم المحقّق السيّد الخوئى وقال: «وهذه الرواية أيضا تدلّ على اشتراط العدالة فى القيم»(٢).

وقال المحقّق الخمينى قال: «ثمّ إنّ فى قوله عليه السلام : «إذا كان الأكابر من ولده معه» إلى آخره، احتمالين:

أحدهما: رجوع ضمير (معه) إلى القاضى الذى تراضوا به، ويكون المراد أنّ القاضى المذكور إذا باع بمحضر عدل لا بأس به، فتدلّ على لزوم نظارة العدل فى البيع، وأمّا جواز استقلاله بذلک فلا.

إلاّ أن يقال: إنّ القاضى الجائر لا دخالة لفعله فى الصحّة، فهى ناشئة من نظر العدل محضا، فتدلّ الرواية التزاما على الصحّة لو أوقعه بنفسه، وله وجه لو دلّت على أنّ العدل رضى بذلک، وهو محلّ تأمّل.

وثانيهما: رجوع الضمير إلى المشترى، ويكون المراد إلغاء عمل القاضى، توقّف الصحّة فى قسمة الأكابر على رضاهم، وفى قسمة الصغير على قيام العدل فى البيع؛ أى يكون البيع برضا الكبير والعدل، فتدلّ على أنّ فعل العدل نافذ فى حصّة الصغير، فتتمّ الدلالة، وهذا أوفق بمناسبة الحكم والموضوع»(٣).

وقال الاستاذ المحقّق - مدظله - : «وهذه الرواية تامة الدلالة والإسناد وصريحة على اعتبار العدالة فى الولى المتصرِّف وهى بعيدة عن المناقشة»(٤).

أقول: المناقشة فى دلالة هذه الصحيحة على اعتبار العدالة مكابرة واضحة. والظاهر رجوع الضمير «معه» إلى القاضى الذى تراضوا به ولم يستعمله الخليفة وهو لايخلو إمّا أن يكون عادلاً أو فاسقا، فإذا كان القاضى عادلاً يصدق عليه «وقام عدل فى

١- ٤ . حاشية المكاسب ٤٠٥/٢.

٢- ٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ١٨١/٢.

٣- ١ . كتاب البيع ٦٧٨/٢.

٤- ٢ . العقد النضيد ٢٥٣/٤.

ذلک» ولا يحتاج إلى حضور عدلٍ أو لزوم نظارته فى البيع.

وإذا كان القاضى فاسقا ينفذ حكمه فى حقّ الكبار لأنّهم قد تراضوا به وأمّا بالنسبة إلى الصغار ف«قام عدل فى ذلک» حتّى يتم البيع بالنسبة إلى حصّتهم. فتدلّ الصحيحة على ولاية عدول المؤمنين.

وأمّا رجوع الضمير إلى القاضى الجائر أو المشترى فبعيد جدّا لعدم سؤالٍ عن الأوّل وعدم ذكره صريحا عن الثانى فتأمل.

الجمع بين الروايات الأَرْبَعِ وحصيلة الكلام فيها:

قد عرفت إجمال صحيحة ابن بزيع عند الشيخ الأعظم ومَنْ تبعه بين أربع احتمالات أو أقل، ولكنّه يرفع اليد عن إجمالها بصحيحة ابن رئاب من اعتبار الوثاقة وكفاية الأمانة وملاحظة مصلحة اليتيم ولكن القوم لا يرضون برفع إجمالها بها.

فيبقى فى البين موثقة سماعة الدالة على اعتبار الوثاقة وصحيحة ابن سعد الدالة على اعتبار العدالة، فذهب إلى اعتبار كلّ منهما فريق، كما ذهب ثالث إلى اعتبار «كل واحد منهما أى كفاية العدالة أو الوثاقة فى جواز التصدى للأُمور الحسبيّة»(١).

وأقول: صحيحة ابن بزيع تختص بولاية الفقيه؛ لأنّ المماثلة الموجودة بين ابنى بزيع وسالم هى الفقاهة، فلم تكن مجملة عندى.

وأمّا صحيحة ابن رئاب فلا تدلّ إلاّ على لزوم مراعاة المصلحة فى أموال المولّى عليه بعد اعتبار القيم والفراغ عن قيوميته، فلم تدلّ على ما نحن بصدده كما مرّ.

فتبقى فى المقام موثقةُ سماعة وصحيحةُ ابن سعد الدّالَّتانِ على اعتبار الوثاقة والعدالة، وبناءً على أنّ الوثاقة تكون أَعَمَّ من العدالة، والعدالة أَخَصَّ منها - كما عليه الشيخ الأعظم والمحقّق الاصفهانى - ، وفى الموثقة اكتفى بذكر الوثاقة فهى كافية فى المقام واضافة العدالة إلى جنبها تكون على نحو الاستحباب والاولوية، وقد مرّ أنّ المراد بالوثاقة هنا الانضباط المالى والأمانة المالية وقدرة ادارة الأموال لا سيّما إذا كانت كثيرة

١- ١ . كما ذهب إلى الأخير الاستاذ المحقّق - مدظله - فى العقد النضيد ٢٥٥/٤.

وتؤيدها قرينة الحكم والموضوع وعدم وجود العلل الخفيّة فى المعاملات.

فبما ذكرنا من الروايات تَثْبتُ ولاية ثِقات المؤمنين فضلاً عن عدولهم. هذا على القول بأنّ الوثاقة أعمّ من العدالة.

وأمّا على القول بأنّ الوثاقة أخص من العدالة - كما عليه المحقّق السيّد الخوئى - فلا يجوز التصدى للأُمور الحسبية إلاّ لِمَنْ يكون تاليا للمعصوم عليه السلام فى عصمته، وهذا يعنى تعطيل هذه الأُمور وحيث نعلم بعدم رِضا الشارعِ بتعطيلها فلابدّ من حمل الوثاقة فى الموثقة على العدالة الواردة فى الصحيحة حتّى يجوز تصدى عدول المؤمنين لئلا تَتَعَطَّلُ هذه الأُمور التى لا يرضى الشارع بتركها.

وأمّا على القول بأنّ النسبة بين الْعَدالَةِ والوثاقة هى العموم والخصوص من وجه كما هو الصحيح - وعليه الاستاذ المحقّق(١) مدظله - فلابدّ من حمل كلمة العدالة فى الصحيحة على الوثاقة فى المعتبرة بِالْقَرِيْنَتَيْنِ الماضيتين - وهما الحكم والموضوع، وعدم وجود العلل والمصالح الخفية فى المعاملات - ونتيجتها ثبوت ولاية ثِقاتِ المؤمنين - لا عدولهم - فى المقام. واللّه العالم.

وبما ذكرنا من الجمع لا نحتاج إلى التفاصيل الواردة فى وجوه الجمع بين الموثقة والصحيحة فى كلام المحقّق الخمينى(٢) رحمه الله .

هذا كلّه فى الروايات الخاصة الواردة فى المقام:

ب: الروايات العامة

اشارة

قد استدلوا بعدة من الروايات التى بعمومها تَشْملُ ولاية ثِقاتِ المؤمنين أو عدولهم:

منها: صحيحة ذريح

قال: سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: أيّما مؤمن نفّس عن مؤمن كربة، وهو معسر، يسرّ اللّه له حوائجه فى الدنيا والآخرة، ومن ستر على مؤمن عورة

١- ٢ . راجع العقد النضيد ٢٥٢/٤.

٢- ١ . راجع كتاب البيع ٦٨٢/٢ وما بعدها.

يخافها ستر اللّه عليه سبعين عورة من عورات الدنيا والآخرة، قال: واللّه فى عون المؤمن ما كان المؤمن فى عون أخيه، فانتفعوا بالعظة، وارغبوا فى الخير.(١)

ومنها: حسنة ابن القداح

عن أبيعبداللّه عليه السلام ، عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : كلّ معروف صدقة، والدال على الخير كفاعله، واللّه يحبّ إغاثة اللهفان.(٢)

ومنها: معتبرة السكونى

عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : عونک الضعيف من أفضل الصدقة.(٣)

ومنها: مرسلة القطب الراوندى

عن النبى صلى الله عليه و آله قال: إنّ اللّه فى عون العبد، مادام العبد فى عون أخيه.(٤)

بتقريبين: ١- قبول حفظ اليتيم وقيموميته والتحفظ على أمواله من أفضل أفعال المعروفة وأهمّها، فيكون مشروعا ومطلوبا شرعا ويدخل فى عموم الصدقة واستحبابها فى قوله صلى الله عليه و آله : كلّ معروف صدقة.(٥)

أقول: فى مدلول قوله صلى الله عليه و آله : كل معروف صدقة قولان: الأوّل: المعروف فى كلام رسول اللّه صلى الله عليه و آله عنوان مشير إلى الأُمور التى تكون مشروعيتها ومعروفيتها واردة وثابتة فى الشريعة المقدسة.

وفيه: لايمكن القول بأنّ المعروف عنوان مشير إلى ما ثَبَتَتْ شَرْعِيَّتُهُ من قبل، لأنّ ما يفيد فى التقريب استفادة مشروعية المعروف بحمل الصدقة عليه، ولو كانت مشروعية المعروف ثابتة ومعلومة من قبل ثمّ يحمل عليه عنوان الصدقة والمشروعية فهذا دور واضح أو فقل: فما فائدة حمل الصدقة على المعروف الذى نعلم مشروعيته؟!

الثانى: المراد بالمعروف فى الرواية ما هو معروف عُرْفا وعند العقلاء ومجتمعهم.

١- ٢ . وسائل الشيعة ٣٧١/١٦، ح٢، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف.
٢- ٣ . وسائل الشيعة ٢٨٦/١٦، ح٥، الباب ١ من أبواب فعل المعروف.
٣- ٤ . وسائل الشيعة ١٤١/١٥، ح٢، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو.
٤- ٥ . مستدرک الوسائل ٤٢٩/١٢، ح١٠، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف.
٥- ٦ . وسائل الشيعة ٢٨٦/١٦، ح٥، الباب ١ من أبواب فعل المعروف.

وفيه: لم تَتمّ عُرْفِيَّةُ المعروف إلاّ فى مورد نعلم بعدم اشتراط فعل المعروف بإذن أحد.

وأمّا إذا كان مشروطا بإذن أحد أو تحتمل مشروطيته فلا يراه العرف والعقلاء معروفا. أو لاأقل من أن نشک فی معروفیته وبعد الشک فیها، التمسک بقوله صلی الله علیه و آله : کلّ معروف صدقة، فی هذه الموارد تمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة له أو تمسک بالدلیل لإثبات موضوعه وهو باطل.

وبالجملة: لا یمکن إثبات ولایة ثقات المؤمنین بقوله صلی الله علیه و آله : کل معروف صدقة.

٢- الاستدلال بقوله صلی الله علیه و آله : «عونک الضعیف من أفضل الصدقة(١) وما ورد فیه کلمة «العون»: أمر العون یدور بین الوجود والعدم، وحیث یصدق عنوان العون عرفا علی مَنْ قام بقیمومة الأیتام وحفظ أموالهم فیثبت به ولایة ثقات المؤمنین.

لایقال: لسان هذه الروایات یَکُوْنُ لسان الترغیب والتشویق علی القیام بالعمل لکسب الثواب والتقرّب إلی اللّه تعالی، ولیس لسانه جواز صدور فعل العون من کلِّ فاعل یقوم به، وفی کل أمرٍ لو احتملنا صدوره من فرد معین أو أفراد معینین.

بعبارة أُخری: الروایات تدلّ علی استحباب عون المؤمن أو الضعیف من دون أن یستفاد من إطلاقها توسعة عنوان العون، لیمکن التمسک بإطلاقها وإثبات جواز مطلق التصرفات وإن احتملنا اشتراطها علی إذن أحدٍ أو توقّف صحتها کذلک.

لأنّا نقول: ونجاب بالحَلِّ: مفاد هذه الروایات مشروعیة واستحباب کلّ عون، لأنّ الشارع قد وصف کلَّ فعلٍ یعدّعونا للضعیف أو للمؤمنین بالصدقة وبالملازمة تکشف مشروعیة کلّ ما یعدّ من مصادیق العون، ومنها: حفظ أموال الأیتام وقیمومیتهم.

وبالنقض: لو کان الأمر کما قال فلا یمکن التمسک بإطلاق قوله تعالی: «أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ»(٢) أو «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ»(٣) أو «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»(٤) علی لزوم الوفاء بمطلق

١- ١ . وسائل الشيعة ١٤١/١٥، ح٢.

٢- ١ . سورة المائدة /١.

٣- ٢ . سورة البقرة /٢٧٥.

٤- ٣ . سورة النساء /٢٩.

العقود أو نفوذ جميع البيوع أو صحة جميع التجارات التى وقعت عن تراض، بل تجرى الآيات الثَّلاثُ بالنسبة إلى العقد الصحيح بحسب القواعد الشرعية أو البيع كذلک أو «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» هكذا. فحينئذ لا يمكن التمسک بإطلاقها عند الشک فى صحة العقود أو البيوع أو التجارات، ولكنّهم تَمَسَّكُوْا بهذه الاطلاقات من دون نكير وَاسْتَنْتَجُوا صحة هذه الأُمور.

ولكن مع ذلک كلّه يمكن أن يقال: «بالرغم من تماميّة الطريقة التى أثبتنا من خلالها الإطلاق، لكنّها غير جارية فى المقام لسبب معيّن يختصّ بها رواية العون، وهو أنّ المحمول فى هذه القضيّة عنوان الصدقة الذى يحمل فى طيّاته غاية القُرب إليه سبحانه، ولولاها لعدّ الفعل الصادر فى سبيل إعانة الضعيف هبةً لا صدقة، ولهذه العلّة فإنّه إذا لاحظنا مقتضيات الحكم والموضوع، نجد أنّ موضوع هذه الرواية ليس مطلق عون الضعيف، بل العون القابل لأن يوصف بالصدقة المقرّبة، فإنّ مثلها تكون مشروعة من خلال حثّ الشارع عليها، وبالتالى فإنّ ظهور هذه الرواية مقيّدة منذ البداية وفاقدة للإطلاق، ولا يصحّ التمسّک بها لإثبات مشروعيّة مطلق ما يقوم به العدل، وإن احتمل مدخليّة الإذن فى صحّته ومشروعيّته.

ولو سلّمنا إطلاقها البَدْوِىّ من خلال الدلالة الالتزاميّة الكاشفة عن مشروعيّة كلّ ما يعدّ عونا، إلاّ أنّه فاقد الاعتبار لاحتفاف الموضوع بما يحتمل الصارفيّة»(١).

٣- الإجماع

الإجماع الذى يظهر من كلمات الأصحاب واستدل به الفاضل المراغى رحمه الله وقال فى ذكر عداد أدلة ولاية عدول المؤمنين ما نصه: «الخامس: ظهور إجماع الأصحاب على الجواز من دون نكير كما يظهر بالتتبّع»(٢).

١- ٤ . العقد النضيد ٢٣٤/٤.

٢- ٥ . العناوين ٥٨١/٢.

أقول: قد عرفت سابقا فى عنوان «المسألة خلافية»(١) خلاف ابن إدريس صريحا

فى المقام وإمكان استفادة الخلاف من إطلاق كلمات المفيد والتقى، فالإجماع لم يتحقّق، نعم الشهرة الفتوائية والعملية موجودتان بين الأصحاب ولكنهما غير الإجماع، هذا أوّلاً.

وثانيا: الإجماع على فرض تحققه يكون مدركيا أو لاأقل من احتمال مدركيته فلا يفيد فى المقام شيئا.

٤- العقل

بتقريب: أنّ العقل حاكم بعدم رِضا الشارع الأقدس بِتَعْطِيْلِ بعض الأُمور الذى يسمّونها بالأُمور الحسبية، وإذا لم يكن فى البين الإمام أو الفقيه فتصل النوبة إلى ثقات المؤمنين وعدولهم بل تصل النوبة من باب الضرورة إلى فسّاقهم - إن يقدرون على إقامتها - ولا تصل النوبة إلى الكفار فى فرض فقد الجميع ولو فى غير الأُمور الولائية فى الأخير، لانّ اللّه تعالى يقول: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»(٢).

هذا التقريب مرضيٌّ عندى وأمّا ما ذهب إليه بعض ممّن عاصرناه فى تقريب دليل العقل بقوله: «أنّه لا ريب فى أنّه يلزم لكلّ جماعة أن يكون لهم ولىّ يُعبَّر عنه بعناوين مختلفة، كالحاكم أو المدبّر أو

الرئيس أو المرجع أو... فإن كان فيها رجل ذولياقة ممتازة، وهو الواجد لجميع الشروط اللازمة للولاية إلى درجة عالية، ومنها العدالة والعلم والتدبير وحسن العمل والكفاية و... فلا كلام فى أحقّيته ولزوم اتّباعه، وأمّا مع فقده كما هو مورد البحث هنا فتصل النوبة طبعا إلى الّذين لا يكون فيهم من هو بدرجة تلك اللياقة الممتازة، ففى هذه الصورة يُحكم طبعا بولاية الأصلحين فالأصلحين منهم، وهم الواجدون للسياسة والعدالة مثلاً بالنسبة إلى الفاقدين لهما، أى يُحكم بحقّ ولاية عدول المؤمنين ومع فقدهم يحكم من باب الضرورة بولاية فسّاقهم، وذاک الأمر الواضح عقلاً لا يختص بالمجامع الايمانية، بل يعم المجامع غير الايمانية أيضا، غاية الأمر أنّه لا يصطلح فيهم

١- ٦ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٣٩.

٢- ١ . سورة النساء /١٤١.

عنوان العدالة والعادل، بل يصطلح فيهم نظيره كالأمين أو الصالح أو... ولكنّک خبير بأنّه لا يتفاوت أصل المسألة عقلاً بالنظر إلى هذه الاصطلاحات، فإنّ أصل المسألة - الّذى يعتمد عليه جميع العقلاء والملل باقتضاء فطرتهم ووجدانهم - هو أنّهم يلاحظون ويقدّمون الأصلح فالأصلح أو الأليق فالأليق أو الأنسب فالأنسب أو... ولا ريب فى أنّ جميعهم يقولون بأنّ الأصلح أو الأليق أو الأنسب عبارة عن أهل الصدق والوفاء والأمانة وما

بمعنى هذه وإن لم تُسمَّ عندهم بالعدالة.

هذا كلّه إن لم يُنتخب واحد من الأفضلين أو الأصلحين وإلاّ فمن الواضح أنّه يصير بالانتخاب أولى من غيره عملاً، فمسألة عدول المؤمنين بالصورة الشورائية مثلاً تختصّ بموارد عدم انحصار الأمر فى واحد منهم أو عدم انتخابه لجهة من الجهات وإلاّ فهو المرجع فى ما انحصر فيه أو انتخب له، وإن

شئت قلت: فهو نائب عن الحاكم الأصلى عملاً وإن لم يكن نائبا عنه رسميّا. هذا كلّه مقتضى دليل العقل»(١).

فغير تام عندى بوجوه لا أُطيل الكلام بذكرها لوضوح بعضها.

ثمّ هاهنا فروع:

الفرع الأوّل: مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة إلى نفسه

لو شک فى الفاسق أنّه هل يكون مأذونا شرعا فى تولى الأُمور الحسبية أم لا؟ فهل يجوز له التصدى والمباشرة لهذه الأُمور أم لا؟ فهذه صورة المسألة عند القوم، وعندنا لابدّ من تبديل الفاسق بغير الثقة.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله : «فالظاهر جوازه - ثمّ ذكر أدلة الجواز وقال - : ولو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميّت لا وليّ له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه وشكّ فى صحته، ولو شكّ فى حدوث الفعل منه وأخبر به ففى قبوله إشكال»(٢).

١- ١ . تحقيق فى القواعد الفقهية /٧٩٠ و ٧٩١.

٢- ٢ . المكاسب ٥٦٨/٣.

أقول: الظاهر عدم جوازه خلافا للشيخ الأعظم لعدم تمامية الأدلة التى تمسّک بها - وقد عرفت عدم تماميتها فى ماقبل(١) حول مفاد معتبرة عبداللّه بن يحيى الكاهلى(٢) وعدم دلالتها على مقالة الشيخ الأعظم فلا نعيد - .

وأمّا تمثيل تصرفات الفاسق أو غير الثقة بالصلاة على ميّتٍ لا وليّ له يكون مع الفارق، لأنّ الصلاة على الميت واجب كفائى على جميع المكلفين - لا عدولهم أو ثقاتهم - والفاسق منهم فيجوز له

الصلاة على الميت، وتسقط بفعل بعضهم - والفاسق منهم - لو صدرت منه صحيحة فإن اُحرزت صحة فعل الفاسق بالعلم أو الاطمئنان أو

بأمارة شرعية نحو: أصالة الصحة فى فعل المسلم تسقط عن الآخرين. نعم، لو شكّ فى أصل إقامة الصلاة بتوسط الفاسق وهو أخبر بإقامتها ففى قبول قوله إشكال نشأ من جريان آية النباء(٣) بالنسبة إلى إخباره ولزوم التبيّن فيه.

وأمّا الأُمور الحسبية أوّلاً وبالذات بعد الإمام عليه السلام فهى واجِبَةٌ على الفقيه ثمّ فى فرض عدمه - لا سمح اللّه - أو عدم تصديه أو عدم إمكان الاستيذان منه هِيَ وَاجِبَةٌ على عدول المؤمنين أو ثِقاتِهم - على خلاف مرّ - والفاسق أو غير الثقة ليس من الطائفتين فلا يجب عليه التصدى بل لا يجوز له بل يحرم عليه هذه التصرفات لا سيّما إذا كانت فى النفوس أو الأعراض أو الأموال العامة أو الخاصة، واللّه العالم.

الفرع الثانى: حكم فعل الفاسق إن كان متعلّقا بفعل غيره

لو تصدّى الفاسق أو غير الثقة فى أُمور الأيتام وغيرها، فهل يحكم فى تصرفاته بالصحة ويجوز الشراء منه أو عقد النكاح على اليتيمة بإذنه أو غيرهما من آثار نفوذ تصرفاته؟

قال الشيخ الأعظم: «... فلا يجوز الشراء منه وإن ادّعى كون البيع مصلحة بل يجب

١- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٦٩.

٢- ٤ . وسائل الشيعة ٢٤٨/١٧، ح١، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.

٣- ١ . سورة الحجرات /٦.

أخذ المال من يده(١)... ولا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما فى مثال الصلاة المتقدّم... وأمّا الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرّف الصحيح، وإنّما حُمل على موضوع هو «إصلاح المال ومراعاة الحال» والشكّ فى أصل تحقّق ذلک، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشكّ فيها»(٢).

بعبارة أُخرى: تصرفات الفاسق لم تُحمل على التصرف الصحيح حتّى تجرى أصالة الصحة فيها، لأنّ التصرف الصحيح هو «اصلاح المال ومراعاة الحال ومصالح الأيتام»، والشک يكون فى أصل تحقّق ووجود هذا التصرف الصحيح فلا يقبل قول الفاسق فيه لما مرّ من عدم اعتبار إخباره.

ثمّ قال: «وإن شئت قلت: إنّ شراء مال اليتيم لابدّ أن يكون مصلحة له، ولا يحرز ذلک بأصالة صحّة البيع من البائع، كما لو شكّ المشترى فى بلوغ البائع، فتأمّل»(٣).

وقال المحقّق الإيروانى فى شرح مقال الشيخ الأعظم: «هذا وجه آخر لعدم جريان أصالة الصحّة غير الوجه الأوّل وإن كان ظاهر العبارة أنّه عينه، وحاصل هذا الوجه هو أنّ أصالة الصحّة فى الإيجاب لا تثبت إلاّ صحّة الإيجاب صحّة تأهليّة، ولا يحرز بها تحقّق المصلحة، والفرض أنّ القابل أيضا متصرّف فى مال الغير بقبوله، فلابدّ له من إحراز أنّ تصرّفه واقع على وجه أحسن، وما لم يحرز لا أثر لقبوله فى الحكم بحصول النقل، وصحّة الإيجاب إنّما تفيد ترتيب الأثر عليه عند تعقّبه بالقبول الصادر على وجه أحسن والفرض فى المقام الشكّ فيه، وهذا كذلک فى كلّ مقام اشترک الشرط»(٤).

وقال الإيْرَوانىُّ فى وجه تأمل الشيخ الأعظم فى آخر كلامه: «لعلّه يشير إلى فساد ما أفاده أوّلاً وجها لعدم جريان أصالة الصحّة، وإلاّ فما أفاده أخيرا بعد قوله: «وإن شئت قلت الّذى» قد عرفت أنّه وجه مستقلّ بما لا تأمّل فيه، إلاّ أن يكون جواز القبول من

١- ٢ . المكاسب ٥٦٨/٣.

٢- ٣ . المكاسب ٥٦٩/٣.

٣- ٤ . المكاسب ٥٦٩/٣.

٤- ١ . حاشية المكاسب ٣٨٧/٢.

المشترى موضوعه صحّة الإيجاب من البائع، فإذا صحّ الإيجاب بحكم أصاله الصحّة جاز تعقيبه بالقبول نظير الصلاة على الميّت، لكنّ ذلک مجرّد فرض لا واقع له»(١).

وقال المحقّقُ المُرَوِّجُ فی وجه تأمله: «لعلّه إشارة إلى الفرق بين ما نحن فيه - وهو الشراء من الفاسق - وبين الشک فی بلوغ البائع. ومحصل الفرق بينهما: أنّ مجرى أصالة الصحة هو العمل الذی يشکّ فی أنّ عامله هل أتی به ناقصا بمعنی أنّه ترک شيئا نسيانا من أجزائه وشرائطه أم أتی به تامّا؟ فالشک يكون فی أمر إختيارى له من الفعل والترک.

وأمّا إذا كان المشكوک فيه أمرا غير إختيارى كالبلوغ، فلا تجرى فيه أصالة الصحة.

وعليه فلا يجرى أصل الصحة فی الشک فی البلوغ، بل يجرى فيه إستصحاب عدم البلوغ. ويجرى فيما نحن فيه، وهو البيع مع مراعاة إصلاح مال اليتيم، فإنّه أمر إختيارى للبائع، فتجرى فيه أصالة الصحة.

ويحتمل أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى ما قيل: من جريان أصل الصحة فی البلوغ وغيره، كما إختاره المصنف قدس سره فی الاصول(٢)»(٣).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «نعم، لو وجد فی يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشترى وأخذ الثمن من الفاسق؛ لأنّ مال اليتيم الذی يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو المثمن، وأصالة صحّة المعاملة من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبّر»(٤).

يعنى: لا يجوز لشخصٍ ثالثٍ - أى غير المتبايعين - الزام البائع الفاسق على فسخ المعاملة مع المشترى وأخذ الثمن من الفاسق واسترداد المبيع من المشترى، لأنّه لا يعلم مال اليتيم الذى يلزم على الكلِّ حفظه هل الثمن أو المثمن وأصالة الصحة من الطرفين

ص: ٣٧٢

١- ٢ . حاشية المكاسب ٣٨٨/٢.

٢- ٣ . راجع فرائد الاصول ٣٦٠/٣.

٣- ٤ . هدى الطالب ٢٢٩/٦.

٤- ١ . المكاسب ٥٦٩/٣.

- البائع الفاسق والمشترى - يحكم بأنّه الثمن.

ثمّ أمر بالتدبر حتّى يحصل الفرق بين هذه الصورة الأخيرة والصورة السابقة حيث تجرى أصالة الصحة فيها ولا تجرى فى السابقة، «وحاصل الفرق بينهما هو: أنّ إصلاح مال اليتيم شرط فى صحة كلٍّ من الإيجاب والقبول إبتداءً، إذ كل منهما يتصرف فى مال اليتيم بإعطاء البائع وأخذ المشترى، ولذا لو وقعت المبايعة بين شخصين، وشكّ شخصٌ ثالث فى صحتها فله إجراءُ أصالة الصحة فى فعلهما، بخلاف ما نحن فيه، لعدم وقوع قبولٍ بعد حتّى يجرى فيه أصل الصحة. وجريانه فى الإيجاب لا يجدى، لأنّ أثره الصحة التأهلية أى الصالحة لإنضمام القبول الصحيح إليه، لا الصحة الفعلية»(١).

قال المحقّق الإيروانى: «إجراء أصالة الصحّة هنا دونه فى المسألة السابقة كاشف عن أنّ عمدة الوجه فى عدم الجريان هناك هو الوجه الّذى ذكره أخيرا دون ما ذكره أوّلاً، وإلاّ لاشترک هذا معه فى عدم الجريان لاشتراک الوجه الأوّل»(٢).

ثمّ اعترض على مقالة الشيخ الأعظم: «لا يعلم أنّه الثمن أو المثمن»(٣) بقوله: «بل يعلم أنّه المثمن على تقدير عدم جريان أصالة الصحّة لاستصحاب عدم انتقال المثمن من ملكه وعدم انتقال الثمن إلى ملكه، ويعلم أنّه الثمن على تقدير جريان أصالة الصحة»(٤).

الفرع الثالث: هل يجوز مزاحمة فقيه لفقيه آخر فى الأُمور الحسبية؟

اشارة

تقديم امور:

اشارة

قبل الورود فى البحث لابدّ من تقديم أُمور:

الأوّل: عنوان البحث: «مزاحمة فقيه لفقيه آخر»

يتم فى قيام فقيه فى مزاحمة فقيه آخر بحيث ثبتت فقاهتهما وإلاّ مع عدم ثبوت فقاهة أحدهما أو الشک فى مقامه الفقهى فلا نزاع فى بطلان مزاحمة الذى لم يثبت فقاهته أو المشكوک فقاهته.

الثانى: البحث هنا حول تزاحم فقيهين ثَبَتَتْ فقاهتهما

الثانى: البحث هنا حول تزاحم فقيهين ثَبَتَتْ فقاهتهما وَتَصَرَّفا بحسب الموازين

١- ٢ . هدى الطالب ٦/٢٣٠ و ٢٣١.

٢- ٣ . حاشية المكاسب ٢/٣٨٨.

٣- ٤ . المكاسب ٣/٥٦٩.

٤- ٥ . حاشية المكاسب ٣٨٨/٢.

الشرعية وإلاّ فإن كان قد تصرّف أحدهما بما يخالف الموازين الشرعية فيجوز مزاحمته بل معارضته لأنّه خالف الموازين الشرعية. لكن هذه المزاحمة بل المعارضة تتم فى ما خالف الموازين الشرعية وأمّا النزاعات التى تعود إلى المباحث الأُصولية والآراء الرجالية والاستنباطات الفقهية فلا يجوز مزاحمة فقيه يرى المسألة من هذه الأنظار والخلافات، لأنّها ترجع إلى الاستنباط والاجتهاد والآراء فيه مختلفة والأنظار فيه متفاوتة، فلابدّ من لحاظ هذه النكتة المهمة.

الثالث: المزاحمة عرفية ويتوقف صدقها على الصدق العرفى

الثالث: المزاحمة عرفية ويتوقف صدقها على الصدق العرفى، لأنّها من العناوين التى يُدْرِكُها العرف والعقل وَالْعُقَلاءُ، وهى أى المزاحمة: عبارة عن دخول الثانى فى ما دخل فيه الأوّل مع وحدة المورد، فإذا قام فقيه بقيمومة أيتام وأموالهم فدخل الآخر فى بعض الأموال بعد قيام الأوّل، يعدّد دخوله مزاحمة للأوّل فلا يجوز.

الرابع: لابدّ فى هذا البحث من عدم التخليط بين مفاد أدلة مزاحمة الفقيهين

الرابع: لابدّ فى هذا البحث من عدم التخليط بين مفاد أدلة مزاحمة الفقيهين بالعنوان الأوّلى أى حكم تزاحم بذاته ومدى دلالة أدلته.

وبين حكم التزاحم بالعنوان الثانوى من ترتب نقض الغرض أو اختلال النظام أو ايجاد شبهة تكالب الفقهاء على جيفة الدنيا وحطامها ممّا قد يؤدى إلى تضعيف إيمان عامّة النّاس ونحوها.

فلابدّ من عدم تخليط البحثين فى المقام كما ربّما يظهر من الشيخ الأعظم(١) حيث أضاف إلى أدلة عدم جواز المزاحمة لزوم اختلال النظام.

الخامس: هل الفقيهان كالوكيلين المستقلين فى أمرٍ

الخامس: هل الفقيهان كالوكيلين المستقلين فى أمرٍ نحو بيع الدار فقط دون مقدماته من المقاولة وغيرها، بحيث ما لم يتحقّق البيع لا مانع من إقدام الآخر، أو أنّهما كالوكيلين عن شخص واحد بحيث يكون إلزامهما كإلزامه ودخولهما فى الأمر كدخوله

فكما لا يجوز مخالفة الموكِّل، لا يجوز تزاحمهما حتّى بالنسبة إلى المقدمات؟!

ولذا قال الشيخ الأعظم: «وربما يتوهّم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعدّدين، فى أنّ

١- ١ . المكاسب ٥٧٢/٣، قوله قدس سره : «هذا كلّه مضافا إلى لزوم اختلال نظام المصالح...».

بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرّفٍ مغايرٍ لما بنى عليه الأوّل.

ويندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرّف لا فى مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرّف من أحدهم كان الآخر مأذونا فى تصرّفٍ مغايرٍ وإن بنى عليه الأوّل ودخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه ودخولهم فى الأمر كدخوله، وفرضنا أيضا عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن فى مخالفة نفس الموكّل، والتعدّى عمّا بنى هو عليه مباشرةً أو استنابةً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة ولا نقيصة.

والوهم إنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدّدين المتعلّقة بنفس ذى المقدّمة، فتأمّل»(١).

لابدّ من ملاحظة الأدلة، ومدى دلالتها حتّى يظهر الحال.

وحينئذ نبدأ بالبحث عنها بما يقتضى العنوان الأوّلى ويقع الكلام فى المقامين:

المقام الأوّل: ما يقتضيه الأدلة العنوان الأوّلى فى مقام الثبوت

اشارة

قد يقال: بعدم جواز المزاحمة فى مقام الثبوت بمايلى من الأدلة:

أ: ما ذكره الشيخ الأعظم

من أنّ دخول الفقيه فى أمرٍ يكون كدخول الإمام عليه السلام «فدخول الثانى فيه وبناؤه على تصرّف آخر مزاحمة له فهو كمزاحمة الإمام عليه السلام ، فأدلة النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام عليه السلام »(٢).

ويمكن أن يناقش فيه: ليست مزاحتهما كمزاحمة الإمام عليه السلام إلاّ إنّه من الإمام لا مع الإمام وعليه، «وعموم أدلة النيابة يقتضى كون كلٍّ منهما نائبا عنه عليه السلام »(٣).

بِعِبارةٍ أُخرى: المزاحمة بين الفقيهين النائبين، لم تصل إلى مزاحمة الإمام عليه السلام بل تكون فى مرتبة ما دون الإمام عليه السلام وهى النيابة، لا فى مرتبة الإمام عليه السلام وهى الإمامة

١- ١ . المكاسب ٥٧٢/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٥٧١/٣.

٣- ٣ . حاشية المكاسب /٩٨ للمحقّق الخراسانى قدس سره .

والولاية العظمى، فلا تعد مزاحتهما مزاحمة الإمام عليه السلام على ما فرضها الشيخ الأعظم رحمه الله .

ولذا قال المحقّق الاصفهانى رحمه الله : «بأنّ مزاحمة الإمام عليه السلام غير جائزة لغير الإمام بداهة، وأمّا إذا كانت مزاحمة الفقيه مزاحمة الإمام عليه السلام لفرض النيابة، فمزاحمة الفقيه لفقيه مثله كمزاحمة الإمام للإمام، وعدم جوازها أوّل الكلام، فالمانع ثبوتا غير معلوم فتدبر»(١).

مراده: «لم يثبت عدم جواز مزاحمة الإمام للإمام على فرض تحققه أنّه بعد تحقّق المزاحمة بينهما لا دليل على لزوم رفع اليد بالنسبة إلى الثانى وصرف الارادة عن التصرف على الثانى لرفع التضادّ الواقع بينهما من اجتماع الارادتين فى مرتبة واحدة وزمان واحد، فكذلک بالنسبة إلى الأولى. ولم يؤخذ فى معنى المواخذة ورود التصرف والارادة على تصرف وإرادة سابقتين، حتّى يقال: بأنّ عنوان المزاحمة لم يتحقّق من الأوّل حتّى يحرم عليه فيجب رفعه، بل لابدّ أن يكون طرفاه فى رتبة واحدة»(٢).

أقول: لابدّ من ملاحظة الأدلة وما يُجعل بواسطتها من الأحكام الوضعية المجعولة حتّى نعلم أنّ مزاحمة فقيه للفقيه آخر هل هى مزاحمة الإمام عليه السلام أم لا؟

والمجعول بالأدلة ما هى؟

١- الولاية: ومن المعلوم أن جَعْلَ الولايةِ لأحدٍ وَإعْطاءَهُ منصب الولاية لا يجعله كالإمام عليه السلام بحيث المزاحمة معه تكون مزاحمة الإمام عليه السلام ، للفرق الواضح بين صاحب الولاية ونائبه فحينئذ تتم مقالة المحقّقَيْن.

٢- الحكومة: بأنْ يجعله الإمام عليه السلام حاكما، فحينئذ مزاحمته تَكُوْنُ مزاحمة الحاكم لا الإمام عليه السلام ، فتمت مقالتهما.

٣- الحجية: بأنْ يجعله الإمام عليه السلام حجّة على النّاس، فكذلک مزاحمة ومعارضة الحجتين لا يمسّ الإمام عليه السلام وصحت مقالتهما.

١- ١ . حاشية المكاسب ٤١٧/٢.

٢- ٢ . كتاب القضاء /٦٢ لآية اللّه السيّد عبداللّه الشيرازى رحمه الله .

٤- الهوهوية: بأن يجعله الإمام عليه السلام وجوده التنزيلى، ففى هذه الصورة مزاحمة الفقيه تكون مزاحمة الإمام عليه السلام لأنّه وجوده التنزيلى فلا تتم مقالتهما. والذى يسهل الخطب إنّا نفقد دليلاً يدلّ على الهوهوية وأنّ الفقيه يكون وجودا تنزيليّا للإمام عليه السلام .

ولو سلّمنا أنّ الفقيه يعدّ وجودا تنزيليّا للإمام عليه السلام ، فإنّه لا دليل على عدم جواز مزاحمة مثل هذا الوجود المنزَّل، بل إنّما الثابت بالأدلة عدم جواز مزاحمة ما سوى

الإمام عليه السلام مع الإمام عليه السلام .(١)

فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم فى المقام وأنّ مزاحمة الفقيه لَيْسَتْ كمزاحمة الإمام عليه السلام .

ب: المزاحمة غير معقولة ثبوتا

بتقريب: أَنَّ المزاحمة تعدّ من خصوصيات الوجود وأمّا متعلّقات الأوامر والأحكام فَلَيْسَتْ إلاّ الطبائع التى لا تزاحم بينها، ومن المعلوم أنّ الطبيعة لا تزاحم الفرد، والوجود الخارجى مسقط للأمر فقط، لا أنّه متعلّق له بل يستحيل أن يكون ما هو مسقط للأمر متعلّقا له.

وبالجملة: ما هو متعلّق للأمر - وهو الطبيعة - يستحيل فيه التزاحم وما فيه التزاحم - وهو الوجود الخارجى - لم يكن متعلّقا للأمر، وبالتالى المزاحمة غير معقولة ثبوتا لأنّ متعلّق الولاية هى الطبيعة - طبيعة الفقيه - ولا تزاحم بين الطبائع، وما تقع فيه المزاحمة هو الوجود - الفقيه خارجا - الذى لا يتعلّق به الولاية، فالمزاحمة لا تتصور ثبوتا وبتبعه يسقط ما قيل عن مزاحمة فقيه لفقيه آخر رأسا.

ويرد عليه: أوّلاً: الأوامر والطلبات توابع لأغراض المولى والأغراض المترتبة على الطبائع والماهيات لا تخلو من قسمين:

الأوّل: الأغراض إمّا مترتبة على الطبائع والماهيات من حيث هى هى ومن حيث أنّها الماهية – من دون أىّ شىءٍ آخر – فلا يمكن الالتزام به على كلا القولين وهما أَصالَتا

١– ١ . راجع العقد النضيد ٢٧٤/٤.

الماهية والوجود، وأمّا على الأوّل – أصالة الماهية – فَلاِنَّ الغرض يترتب على الماهية المجعولة، لا غيرها والماهية المجعولة أى الماهية بعد تعلّق الجعل بها فتصير موجودة. وأمّا بناءً على الثانى – أصالة الوجود – والأمر اُوضح لاستحالة ترتب الأثر والغرض على الماهية لأنّها من حيث هى ليست إلاّ هى وإنّما يترتب الغرض على وجودها فقد ثبت أنّ الغرض تابع للوجود.

فحينئذ الالتزام بتعلّق الأغراض بالماهيات المحضة والطبائع الخالصة دون الوجودات الخارجية يستلزم لازما باطلاً وهو تخلّف الطلب عن الغرض.

وثانيا: بعد وقوع المزاحمة بين الأفراد والوجودات الخارجية، وبعد ثبوتها بين

الوجودين الْخارِجِيَّيْنِ تسرى منهما إلى الحكم الثابت عليهما، والمزاحمة بين الفردين تصير منشأ التنافى فى مقام الامتثال بين الحكمين وبالتالى التزاحم تسرى إلى الأحكام والطبائع فى مقام الامتثال بتبع تزاحم الأفراد، فالمزاحمة تصير موجودة.

وثالثا: الأوامر تتعلق بالطبائع لا الأفراد ولكن مع ذلک يمكن فرض المزاحمة لأنّ «الأمرين المتعلّقين بالصلاة والإزالة مثلاً، فانّه لا يخلو حالهما:

أمّا أنّ الإزالة قابلة للقسمة إلى الإزالة المقارنة مع آخر وقت الصلاة، والإزالة التى لم تكن متقارنة معه، وأمّا أنّها غير قابلة للقسمة.

والأخير باطل بالضرورة، وبالتالى يثبت الأوّل... فبحكم البرهان الصلاة المقارنة للإزالة وغيرها ونفس الإزالة قابلتان للتقارن مع آخر الوقت وعدمه، وبناءً عليه فإنّ الغرض الذى كان موجبا لصدور الأمر لا يخلو حاله: إمّا أن تكون موسّعة أو مضيّقة ولا ثالث، وبتبعهما يتوسّع الطلب ويتضيّق، حيث أنّ الآمر الذى يأمر بإزالة النجاسة من المسجد، لا شكّ أنّه يلاحظ مضايقة بعض أفراد الإزالة مع الصلاة وعدمها، فيطلبها تارةً مضيّقة وأُخرى موسّعة، فإذا اعتبر الصلاة أهمّ منها أمر بها مضيّقة، وإلاّ كان طلبه موسَّعا، وطلب الطبيعة... يعنى تزاحم الطلبين فى مقام الامتثال»(١).

ص:٣٧٨

١- ١ . العقد النضيد ٤/٢٧٧.

«ورابعا: يبدو... خلط بين باب تعلّق الأوامر والأحكام التكليفيّة، وبين باب الحكومة والولاية والقيمومة والقضاء، إذ أنّ المتعلّق فى الباب الأوّل هى الطبائع مطلقا، سواءً اعتبرنا المتعلّق الطبيعة بذاتها أم الطبيعة المنسوبة إلى الخارج، وأمّا المتعلّق فى باب الحكومة والولاية، فهى الوجودات بذاتها دون الطبائع والماهيّات»(١).

ج: لا يعقل تصور مزاحمة الفقهاء ثبوتا

بتقريب: التزاحم لا يخلو عن اثنين لا ثالث لهما:

الأوّل: التزاحم فى الوجود: كتزاحم اجتماع الصلاة مع إزالة النجاسة، ومن المعلوم دخول الفقيه اللاحق فى ما قام به الفقيه السابق لا يعدّ مزاحمة له فى الوجود لأنّهما لا يتمانعان فى الوجود.

الثانی: التزاحم فی التأثیر: کتزاحم العلّتین علی معلول واحد.

وهذا القسم من المزاحمة یُتَصَوَّرُ فی المقدمات المعدّة والسببیّة وکلتاهما

مفقودتان فی المقام، وأمّا الأوّل فقیام الفقیه اللاحق بإیجاد المقدمات المعدّة لا یزاحم قیام السابق بها، لإمکان ایجادهما المقدمات المعدّة.

وأمّا الثانی فکذلک لوقاما بإیجاد المقدمات السببیّة کما لو أنشا البیع فلا تزاحم بینهما لتقدیم تأثیر انشاء السابق وبطلان اللاحق بانتفاء موضوعه، ومع تقارن صدورهما یتساقطان.

وبالجملة: لا یعقل تصور مزاحمة الفقهاء لا فی المبدأ ولا فی المنتهی فی مقام الثبوت.

ویرد علیه: المراد من المزاحمة هنا لیست العقلیة منها لِیَصِحَّ ما یُقَرَّرُ، بل المراد منها المزاحمة العرفیة وهی متحقّقة فی جمیع ما یقوم به الفقیه اللاحق من المقدمات ما عدا الأخیرة منها، «فدخول الفقیه اللاّحق فی سؤم الفقیه السابق وما قام به من مقدّمات

۱- ۲ . العقد النضید ۲۷۷/٤.

البیع أو الإجارة وغیرهما، یعدّ مزاحمة له فی بیعه وسؤمه»(۱).

د: لا یمکن شمولیة أدلة ولایة الفقیه فرض التزاحم

هذا الدلیل یقرّر بوجهین:

«التقریب الأوّل: أنّ مزاحمتهما تتحقّق بعد مرحلة جعل الولایة لهما، فإطلاق دلیل الجعل لا یشمل الانقسامات المتأخرّة عن جعل الولایة، فکما التزمنا فی باب التعبّدی والتوصّلی بأنّ إقامة الصلاة

بقصد الأمر يكون فى الرتبة المتأخّرة عن تعلّق الأمر، ولذلک لا مجال لإطلاق الأمر بالصلاة لکی تشمل الصلاة بقصد الأمر، کذلک الحال فى المقام، فإنّ المزاحمة من الفقيه تتحقّق بعد جعل الولاية له، وإطلاق الأدلّة المثبتة لولاية الفقيه قاصرة عن شمول مثل هذه الخصوصيّة التى نشأت متأخّرة عنها.

ويُجاب عنه أوّلاً: بأنّ دعوى إطلاق دليل الجعل لا يشمل الانقسامات المتأخّرة عن الحكم، ليست قاعدة ثابتة ومتّفقة عليها، بل هى مبنائيّة، حيث نخالفه فيها، ونعتقد بإمكان شمول إطلاق الأدلّة للانقسامات المتأخرّة عن الحكم، إمّا بدلالتها الذاتيّة أو من خلال متمّم الجعل، وقد بحثنا عن ذلک فى مباحث الأُصول بالتفصيل.

وثانيا: وهو ما سيأتى لاحقا من خلال الإجابة عن التقريب الثانى»(٢).

التقريب الثانى: استحالة ما يلزم من وجوده عدمه تعدّ من الواضحات وهى

تجرى فى المقام لأنّ مزاحمة الفقيه الثانى ناشئة من حق الولاية المجعولة له، وهذا الحق المجعول له يوجب انعدام حق الولاية المجعولة للفقيه الأوّل وما يلزم وجوده عدمه مستحيل.

ويرد عليه: الاستحالة تامة إذا كانت التصرفات المؤدّية إلى المزاحمة تكون من الانقسامات الثانوية للحكم والخصوصيات المترتبة عليه نحو اتيان المأمور به بقصد الأمر أو انقسام المكلَّف إلى العالِم بالحكم والجاهل به.

١- ١ . العقد النضيد ٢٧٩/٤.

٢- ٢ . العقد النضيد ٢٨٠/٤ مع تغيير مختصر.

وأمّا إذا كانت من الانقسامات الأوّلية والخصوصيات المتقدمة للحكم فلا تتم الاستحالة، لأنّ البحث يجرى فى أنّ أدلة ولاية الفقيه هل تُجعل وسيعا بحيث تشمل صور التزاحم أو تجعل ضيّقا بحيث لا تشمل صوره من الابتداء، وهذا يعدّ من الانقسامات الأوّلية والخصوصيات المتقدمة على الحكم.

وبالجملة: فظهر ممّا ذكرنا فى نقد الأدلة الأربعة بالنسبة إلى استحالة المزاحمة فى مقام الثبوت، عدم مانع ثبوتى فى مزاحمة فقيه لفقيه آخر، فحينئذ تصل النوبة إلى مقام الإثبات فنقول.

المقام الثانى: ما تَقْتَضِيْهِ الأدلة العنوان الأوّلى فى مقام الاثبات

أ: الأدلة الأوّليّة غير مطلقة؟

قد يناقش فى دلالة الأدلة الأوّلية على جواز المزاحمة لعدم وجود الإطلاق فيها، لأنّ مع وجود الاطلاق فيها وثبوته يستلزم ولاية الفقيه على نفسه وعلى غيره من الفقهاء وهى ممنوعة إذ الشارع جَعَلَ الولاية للفقيه على غير الفقيه لا للفقيه على نفسه وعلى غيره من الفقهاء.

بتقريب: إثبات الأدلة الشرعية للحكم حيثيٌّ وليس بمطلق، مثلاً أنّ قوله تعالى «أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعامِ»(١) يثبت حليّة البهمية من حيث أنّها بهمية فهى مطلقة من هذه الحيثية فقط، ولا اطلاق فيها من جميع الجهات والحيثيّات لتشمل حلية البهمية حتّى المغصوبة منها.

ومثلها أدلة ولاية الفقيه تنحصر دلالتها على حيثيتها وحدودها ولا اطلاق فيها حتّى تشمل الحيثيات الأُخَر نحو: إثبات ولاية فقيه على فقيه آخر مثله، فحينئذ إذا

تصرف فقيه فى ما هو شأنه وله الولاية عليه، لا يحقّ للفقيه الآخر مزاحمة الفقيه السابق فى تصرفاته لعدم إثبات الولاية اللاحق على السابق.

ويرد عليه: بالنقض والحَلّ:

۱- ۱ . سورة المائدة /۱.

وأمّا النقض: فبما ورد فی أبواب الوقف والوکالة والوصایة والقیمومیة أن ینصب الواقف أو الموکلِّ أو الموصی أو الذی یجعل القیم علی أطفاله شخصا خاصا أو أشخاصا علی نحو الاستقلال أو أشخاصا علی نحو الإنضمام، وقد اتفق الفقهاء قدیما وحدیثا علی صحة هذا النصب فی هذه الأبواب، فإذا صح هذا النصب فی هذه الأبواب، فیمکن أن یکون نصب الفقیه علی الولایة مثل النصب فی هذه الأبواب علی نحو الاستقلال، فمادام الموضوع موجود یجوز لکلِّ فقیه علی نحو الاستقلال إعمال ولایته علیه.

وأمّا الحلّ: فَبِکَوْنِ الولایةِ المجعولة للفقیه تارة محدودة ومضیقة بعدم تصرّف فقیه آخر، واُخری مطلقة وموسّعة بحیث تشمل موارد التزاحم بین الفقیهین، وعلی أیّ حالٍ: الولایةُ المجعولةُ له ولایةٌ وسلطنة علی الأموال والاُمور إمّا بالتضییق أو بالتوسیع، لا الولایة والسلطنة علی نفس الفقیه أو غیره من الفقهاء.

وقد خلط فی الاستدلال بین اطلاق عنوان الولایة وتخصیصه للمُوْرد - أی المال أو الأمر - مع إطلاقها وتخصیصه للوارد - أی الفقیه نفسه أو الفقیه الآخر، وبین الوارد - وهو الذی یتصدی للأمر فی إعمال ولایته - والمورد - وهو المال أو الأمر الذی یُعْمِلُ الفقیه ولایته فیه - بونٌ بعیدٌ.

ب: لم تثبت الأدلة الأوّلیة جواز المزاحمة

بتقریب: الأدلة الواردة فی نیابة الفقیه عن النبی صلی الله علیه و آله والأئمة المعصومین علیهم السلام تقتضی انتقال الصلاحیات الممنوحة لهم علیهم السلام بلا فرق بین أن یکون المزاحم فقیها

أو غيره، وبمقتضى إطلاق أدلة النيابة ينتقل هذا الحكم - أى عدم جواز المزاحمة - إلى نائبهم وهو الفقيه، فلا يجوز لأحد - سواء كان فقيها أو غيره - مزاحمة الفقيه المتولّى والمتصدى للأمر.

ويرد عليه: أوّلاً: قد عرفت المناقشات حول أدلة النيابة فى بحث ولاية الْفَقِيْهِ فلا نعيدها.

وثانيا: على فرض ثبوت النيابة، لم يدلّ دليل على أنّ النائب كالمنوب عنه نفسه، وأنّ كل ماللمنوب عنه ينتقل إلى نائبه، مع إنّا نعلم بخروج كثير من مقامات المنوب عنه

ص:٣٨٢

وولاياتهم عن هذه النيابة، ولا يشاركهم الفقيه إلاّ فى موارد معدودة، فلا إطلاق فى أدلة النيابة.

وثالثا: على فرض ثبوت إطلاق أدلة النيابة، خروج كثير من الولايات والمقامات يوجب تخصيص الأكثر المستهجن، ولو لم يصل إلى حدّ الاستهجان يصل إلى حدّ يوجب الاجمال فى القانون العام، لأنّ بلوغ التخصيص إلى حدّ النصف أو الأكثر تنافى مع قانونية القانون وعمومه وشموله ويؤدى إلى إجماله.

ج: مسلک الشارع فى جعل الولايات

مسلک الشارع وطريقته فى جعل الأحكام الشرعية مبنيّة ملاحظة الفوائد اللازمة والضرورات الحيويّة ولا يريد العسر بالنّاس وأن يجعل عليهم تكاليفا شاقّة، وأن يضع عنهم الأغلال بل قال اللّه تعالى: «يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»(١) وقال تعالى: «الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الأُمِّيَّ الَّذِى يَجِدُونَهُ مَكْتُوبا عِنْدَهُمْ فِى التَّوْراةِ وَالأِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّباتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلالَ الَّتِى كانَتْ عَلَيْهِمْ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِى أُنْزِلَ مَعَهُ أُولئِکَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»(٢) وقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى حديث: لم يُرْسِلْنى اللّه تعالى بالرَّهْبَانِيَّةِ ولكن بعثنى بالحنيفيّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ أصُومُ وأُصَلِّى وألْمِسُ أهلى، الحديث.(٣)

ومن جملة الأحكام الشرعية «الولايات الشرعيّة الممنوحة للأفراد، فإنّها بمقتضى قوله تعالى: «تِلْکَ الدّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُها لِلَّذِينَ لا يُرِيدُونَ عُلُوّا فِی الْأَرْضِ وَلا فَسادا»(٤) محدودة بمقدار الضرورة الرافعة لمشاكل عامّة النّاس، فإذا لا حظنا الأخبار التی تنهی

١- ١ . سورة البقرة /١٨٥.

٢- ٢ . سورة الأعراف /١٥٧.

٣- ٣ . الكافی ١٣٠/١١، ح١ (٤٩٤/٥) خبر ابن القداح.

٤- ٤ . سورة القصص /٨٣.

النّاس عن السعی لحصول الرئاسات العامّة كقوله عليه السلام : «ملعون من ترأس»(١) وأضرابه، نستكشف منها أنّ مقاصد الشريعة بعيدة كلّ البُعد عن جعل مثل هذه المناصب، وبالتالی فإذا نصب الشارع وليّا وحاكما، فإنّ ذلک ليس إلاّ لأجل الضرورة التی ينبغی أن تتقدّر

بقدرها، والضرورة الحاصلة فی المقام هی مراعاة أمر المولّی عليه، وتمشية اُموره والحفاظ علی أمواله من الضياع، ومثل هذه المقاصد الهامّة لا تجتمع من إطلاق الولاية ليشمل غيره لينتهی الأمر إلی التزاحم والتنازع، وعليه فإنّ أدلّة الولاية - مع ملاحظة القرائن المستنبطة من روح الشريعة وأحكامها ومقاصدها - المثبتة لولاية الاُمور الحسبيّة، غير وافية بجواز المزاحمة، ولذلک فإنّ الحكم بجواز المزاحمة متوقّف علی قيام دليل آخر، إذْ إنّ أدلّة الولاية بنفسها غير متكفّلة وغير مقتضية له»(٢).

د: الأُمور الحسبية

قد مرّ(٣) إثبات ولاية الفقيه بالأُمور الحسبية والمراد بها «الأُمور الضروريّة التى لا نشكّ أنّ الشارع لا يرضى بتركها وإهمالها، حيث نعلم علم اليقين بأنّ الشارع كما أنّه يهتمّ اهتماما خاصّا بالمصالح العامّة ولا يرضى بفوتها، ممّا يؤدّى عادةً إلى حدوث الهرج والتعدّى على الأبرياء والضعفاء وإراقة الدِّماء وما إلى ذلک، كذلک يهتمّ بنفس الدرجة بالمصالح الخاصّة، ولزوم مراعاتها وحفظها عن الضياع والتعدّى، ومن المعلوم أنّ ذلک لا يتمّ إلاّ من خلال ولىّ منصوب يتكفّل رعاية الأُمور المذكورة، وليس هذا الولىّ سوى الفقيه الجامع للشروط المعروفة، وقد ذكرنا فى مبحث ولاية الفقيه أنّ هذه الولاية تكون للفقيه المطلق - أى القادر على استنباط الأحكام الشرعيّة فى مطلق الأبواب الفقهيّة عِلْما والمستنبط لأكثرها عملاً، وإن لم يكن قد استنبط جميعها بالفعل - والناظر فى الأخبار، والعارف بالحلال والحرام على نحو الجمع المضاف. ولا يخفى أنّ دليل الضرورة يعدّ من أهمّ الأدلّة على إثبات كبرى موضوع الولاية، ولكنّها دليل لبّى وليس بلفظى، بالتالى لا

١- ٥ . الكافى ٧٢٨/٣، ح٤ (٢٩٨/٢).

٢- ١ . العقد النضيد ٢٨٧/٤ و ٢٨٨.

٣- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٢٨٨.

مجال للتمسّک بإطلاقها، بل ينبغى الاقتصار فيها على المتيقّن، وهو كون الولاية مجعولة لكلِّ فقيهٍ تصدّى وحصل به الاستغناء، وأمّا جواز مزاحمته فليس الدليل وافيا بذلک، وبالتالى فالأصل عدم جوازها»(١).

٥ : الإجماع

قد مرّ(٢) بَيانُ مراتب ولاية الفقيه وأنّ الأُولى مِنْها إجماعية ولم يناقش فيها أحد،

والثانية محل نقاش وايراد، والثالثة غير ثابتة لم يقل بها إلاّ الشاذ، والمرتبة الأُولى هى ما يحرز من الدليل الشرعى لابدية وجوده فى الخارج أو مطلق محبوبيته ومطلوبيته.

ومن الواضح أنَّ صور التزاحم خارجة عن هذه المرتبة مضافا إلى أنّ الإجماع هنا محتمل المدركيّة وأنّه دليل لبّىّ يجب الاقتصار على القدر المتيقن منه، فلا يشمل موارد المزاحمة أبدا.

والحاصل إلى هنا: عدم وجود الدليل فى مقام الاثبات على جواز مزاحمة فقيه لفقيه آخر قد تصدّى المسؤولية وقام بها بحسب ما تقتضيه مصلحة المولّى عليه.

فذلكة القول فى المقام:

«لاشک أنّ الالتزام بإطلاق دليل جعل الولاية - كما التزم به المحقّق الإيروانى(٣) - يقتضى الحكم بجواز المزاحمة، كما أنّه لا شكّ أنّ الالتزام بعدم إطلاق أدلّة الجعل يقتضى الحكم بعدم جواز المزاحمة والتصرفات على أقسام:

تارةً: يتّحد الفقيهان فى تصرّفهما زمانا، كما لو باعا أموال الصغير أو أنْشَئآ نكاحها فى زمان واحد.

وأُخرى: لم يتّحدا زمانا فى التصرّف، بل يكون أحدهما سابقا والآخر لا حقا.

وتنقسم الصورة الأُولى إلى:

تارةً: يتّحدان فى طرف المعاملة، بأن باع الأوّل لزيد وكذلک فعل الثانى.

١- ٣ . العقد النضيد ٢٨٨/٤ و ٢٨٩.

٢- ٤ . راجع هذا المجلد صفحة ١٨٥.

٣- ١ . حاشية المكاسب ٣٨٩/٢.

وأُخرى: يختلفان بأن باع الأوّل لزيد وباع الثانى لعمرو.

ومن المعلوم، القاعدة العامّة فى العقود الصادرة منهما دفعة واحدة هى البطلان، حيث لا مجال للحكم بصحّتهما لوضوح بطلانه، كما لا مجال للحكم بصحّة أحدهما معيّنا لأنّه ترجيح بلا مرجّح، كما لا مجال للحكم بصحّة أحدهما مردّدا لأنّ المردّد لا يكون موردا للأثر، وبالتالى يكون شمول أدلّة الولاية لهذه الصورة قطعىّ العدم.

إلاّ أن يقال: إنّ المورد يعدّ من موارد شمول أدلّة القرعة، لأنّ المفروض ثبوت الولاية لهما، وصحّة تصرّف كلّ واحدٍ منهما بمقتضى ولايته، والقرعة فى هذه الحالة تحلّ المشكلة وتعيّن التصرّف الصحيح، وهذا هو المستفاد من كلام الشهيد رحمه الله فى «القواعد والفوائد»(١).

ويرد عليه: الحكم المذكور مبنى على الالتزام بشمول أدلّة القرعة للذى ليس له واقع معيّن، وأمّا مع الالتزام باختصاص أدلّة القرعة بالموارد التى لها واقع معيّن غير مردّد، فلا مجال لجريان القرعة فى المقام.

وممّا ذكرنا ثبت أنّه إذا اتّخذ مورد التصرّف والمعاملة من حيث الجهة [أى المشترى] والثمن والمثمن، كما لو باع الفقيه الأوّل لزيد وباع الثانى أيضا له أو لوكيله دون اختلاف فى الثمن والمثمن، فإنّ القاعدة تقتضى البطلان، لأنّه برغم وحدة الثمن إلاّ أنّ المعاملة متعدّدة ومختلفة لتعدّد الموجب والقابل واختلافهما، ومقتضى الأصل عند الشكّ فى شمول الدليل وعدمه هو عدم الشمول.

نعم، يمكن تصحيح هذه المعاملة فيما لو اعتبرنا المجعول بأدلّة الولاية هو عنوان الفقيه لا شخصه، وبالتالى تكون المعاملة صادرة ممّن له عنوان الفقيه - سواءً المتصرّف الأوّل أو الثانى - مع اتّحاد الثمن والمثمن والمشترى، فتشملها أدلّة الصحّة برغم تفاوت الفقيهين فى الخصوصيّات الفرديّة.

وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا المجعول بأدلّة الولاية ليس عنوان الفقيه بل وجوداتها

١- ٢ . القواعد والفوائد ٤٠٩/١، القاعدة ١٤٨.

الخارجيّة من زيد وعمرو وبكر الموصوفين بالفقاهة - كما هو الحقّ - فحينئذٍ يعدّ الموضوع هو المصداق الخارجى، وبالتالى لا يمكن تصحيح المعاملة الصادرة منهما.

لا يقال: إنّ الملاک فى جعل الولاية هو صدور العمل عن فقيه نصبه الشارع وليّا على الصغير رعايةً له ولأمواله، وبالتالى لا خصوصيّة لشخص الفقيه، فلا اعتبار لكون الفقيه المتصرّف زيد أو عمرو إنّما المهمّ صدوره من فقيه له الولاية المذكورة، وهكذا يمكن تصحيح المعاملة الحاصلة.

لأنّا نقول: بعض الأحكام لا يمكن تعلّقها بعناوينها كالمرجعيّة والولاية والحكومة والقضاء، لأنّ موضوعها هى الوجودات الخارجيّة، حيث يعدّ الفقيه والحاكم هو المرجع فى الحوادث الواقعة خارجا.

وبالتالى فبحسب الأدلّة الأوّليّة نذهب إلى بطلان المزاحمة، وعدم إمكان تصحيح عملهما وتوجيههما إلاّ أن يثبت عموم دليل القرعة»(١).

ما يقتضيه الأصل الْعَمَلِىّ فى مسألة تزاحم الفقيهين

اشارة

لو فُرض أنَّ النَّوْبَةَ وَصَلَتْ إلى الأصْلِ العملى فى المقام فما هو الأصل؟

بلا فرق بين التصرف فى الأموال المتعلّقة بالإمام عليه السلام المعروفة اليوم بسهم الإمام عليه السلام أو غيرها، لأنّ الكلَّ يرجع اليوم إلى الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء. يمكن تصوير الأصل فى الصورتين:

الصورة الأُولى: إذا قام فقيهٌ بإعمال ولايته فى خلال مقدمات عمله من

الصورة الأُولى: إذا قام فقيهٌ بإعمال ولايته فى خلال مقدمات عمله من تصرفاته عارضه فى العمل غيره الذى كان حين بداية إعمال ولايته فى مقدمات العمل غير معدود من الفقهاء ثمّ بعد ما كان الفقيه الأوّل مشتغل بالمقدمات صار فقهيا ويبنى على مزاحمة الأوّل، فما هو الأصل العملى فى هذه الصورة؟

قد يقال: الولاية ثابتة للفقيه الأوّل، والثانى ليس له الولاية حين لم يكن فقيها، والان صار فقيها فنشک فى ثبوت الولاية له والأصل بقاء عدم ولايته أى استصحاب عدم

١- ١ . العقد النضيد ٤/(٢٩١-٢٨٩) مع اصلاحات.

الولاية له.

ويرد عليه: استصحاب عدم الولاية للفقيه الثانى غير جارٍ فى المقام والوجه فى ذلک أنَّ الولاية من الأحكام الشرعية المجعولة وموضوعها وجودا وعدما يدور مدار الفقاهة، فالفقاهة بالنسبة إلى الولاية ليست من حالات الموضوع بل هى من مقوماته، فحينئذ إذا لم يكن فقيها لم يكن وليّا قطعا ولكن بعد بلوغه مرتبة الفقاهة يحصل له الولاية، ولا يمكن استصحاب عدم ثبوت ولايته حين لم يكن فقيها لأنّ الفقاهة من مقومات الولاية لا من حالاتها فلا يجرى استصحاب عدم ولاية الثانى.

الصورة الثانية: إذا تصرف الفقيه الأوّل فى ما يجوز له إعمال الولاية فيه

الصورة الثانية: إذا تصرف الفقيه الأوّل فى ما يجوز له إعمال الولاية فيه ثمّ أراد الفقيه الثانى الثابت فقاهته من بداية إعمال ولاية الأوّل أن يزاحمه فى تصرفاته فما هو مقتضى الأصل العملى؟

إذا لم تكُن الأدلة اللفظية فى المقام يكون الشک فى أن الولاية المجعولة للفقيه تكون مجعولة على نحو التوسعة والإطلاق بحيث تشمل صور التزاحم أو مجعولة على نحو التضيّق والمحدوية والتقييد فحينئذ لا تشمل صور التزاحم فترجع أدلة الولاية إلى إثبات الفرد الطويل أو الفرد القصير، وعلى هذا أركان الاستصحاب بالنسبة إلى الأفراد غير جارية لأنّ الفرد القصير لا يشمل صور التزاحم والفرد الطويل يشملها، وأمّا كلّى الولاية وطبيعتها فهى مُتَيَقِّنَةُ الوجود إمّا فى ضمن الفرد الطويل أو القصير، وبعد الشک فى بقائها عند التزاحم نستصحب كلّى الولاية، وبها ثبتت الولاية فى صور التزاحم وهذا هو

القسم الثانى من أقسام استصحاب الكلّى الذى يذهب إلى جريانه الشيخ الأعظم(١) والمحقّقون: الخراسانى(٢) والنائينى(٣) والعراقى(٤) والخوئى(٥) والأستاذ المحقّق(٦) -

---

١- ١ . فرائد الاصول ١٩١/٣.

٢- ٢ . كفاية الاصول /٤٠٦، طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام .

٣- ٣ . فوائد الاصول ٤١٣/٤.

٤- ٤ . نهاية الأفكار، القسم الأوّل ١٢٢/٤.

٥- ٥ . مصباح الاصول ١٠٥/٣.

٦- ٦ . العقد النضيد ٢٩٤/٤.

مدظله - وإلى عدمه السيّد الروحانى(١) قدس سره تبعا للقمى(٢). والجريان هو مختارنا فى أبحاثنا الأُصولية فراجعها إن شئت.

لا يقال: لا مجال لجريان الاستصحاب الكلى، لأنّ الأثر ليس لكلّى عنوان الولاية، بل الولاية هى حكم شرعى جُعلت لِلْمَصادِيْقِ الخارجية من الموصوفين بالفقاهة وهى دائرة بين مقطوع الزوال -

إذا جُعلت مضيقة ومقيّدة لخروج صور التزاحم - ومشكوک الحدوث - إذا جُعلت موسَّعة ومطلقة لِدُخول صور التزاحم حينئذ - فلا مجال لجريان الاستصحاب؛ لأنّ الولاية الحكميّة المجعولة التى لها الأثر لا تتم فيها أركان الاستصحاب وما تتم فيه أركان الاستصحاب وهى كلّى عنوان الولاية ليس له أثر مجعول.

لأنّا نقول: الولاية لها الأثر فى جواز التصرف فى الأموال وغيرها، وأمّا سعة دليلها أو ضيقه لا تأثير لهما فى جواز التصرف وإن كان لهما الأثر فى جهات أُخَر نحو جواز المزاحمة وعدمها.

فحينئذ يمكن استصحاب كلّى الولاية ويتبعه ثبوتها فى صور المزاحمة بمثل جريان استصحاب كلّى الحدث بالرغم الترديد فى خصوصياته من الصغر والكبر، فتكون النتيجة عدم جواز الدخول فى الصلاة ومسّ الكتاب لأنّهما من آثار كلّى الحدث وإن كان لكلٍّ واحد منهما آثار يختص به.

وبالجملة: يمكن أن يقال: فى تحقيق حكم الأصل فى مسألة الولاية فى صور المزاحمة، أنّ الاحتمالات أربعة:

الأوّل: المزاحمة بالنسبة إلى الولاية كالحدث بالنسبة إلى الطهارة، فتكون المزاحمة رافعة أو مسقطة للولاية بمعنى أنّ المزاحمة ترفع الولاية الثابتة، فحينئذ أركان الاستصحاب تامة لرجوع الشک إلى ثبوت الرافع أو المسقط والأصل عدمه، فنستصحب

١- ٧ . منتقى الاصول ١٧٢/٦.

٢- ٨ . القوانين ٦٩/٢.

ثبوت الولاية عند الشک فى وجود المزاحمة وجوازها.

الثانی: الولایة مجعولة شرعا وعدم المزاحمة تکون قیدا لهذا المجعول الشرعی، ففی هذا الاحتمال مقتضی الأصل عدم ثبوت الولایة، للشک فی ثبوت ولایة اللاحق بعد تصدی السابق والأصل عدمها.

الثالث: الولایة ثابتة وغیر مقیّدة وإنّما القید یعود إلی التصرف الذی یکون موردا للولایة فیکون عدم المزاحمة قیدا لمورد الولایة لا لنفسها، فیجوز التصرف ولایةً بشرط أن لا یکون قد سبقه فقیه آخر بالتصرف فی موردها.

فیعود الشک فی هذه الحالة إلی المحدود دون الحدّ حیث نشکّ فی أنّ المولّی علیه محدود بعدم تصرّف فقیه آخر أو عدمه.

ففی هذا الاحتمال مقتضی الأصل عدم الولایة، لعود الشک إلی جعل الولایة وعدمه والأصل عدمه.

الرابع: إذا کان الفقیه متردّدا بین أحد الاحتمالات الثلاثة السابقة، فحینئذ یتردّد الشاک فی الحکم من جهة جریان الأصل تارةً وعدم جریانها اُخری، وبالتالی لا مجال لإحراز ثبوت الولایة للفقیه اللاحق حینئذ.

وهذا تمام الکلام فی بحث مزاحمة فقیه لفقیه آخر واللّه العالم.

الفرع الرابع: هل یجوز مزاحمة ثقة أو عدل لثقة أو عدل آخر فی الاُمور الحسبیة؟

اشارة

إذا قام عدلٌ أو ثقة من المؤمنین بالتصرف مثلاً فی أموال الأیتام، فهل یجوز لعدل أو ثقة آخر مزاحمته فی هذا التصرف مادام الموضوع کان باقیا؟

وأمّا بعد تحقّق التصرف من الأوّل من وقوع بیع أو إجارة أو نحوهما، فلا شک من أنّ موضوع المزاحمة یکون منتفیّا فلا یتحقّق المزاحمة فی الخارج.

وقبل الشروع فى البحث لابدّ من ملاحظة مقالة الشيخ الأعظم فى المقام:

مقالة الشيخ الأعظم قدس سره

قال: «ثمّ إنّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف

ص:٣٩٠

الوجوبى أو الندبى، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام ، فمجرّد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منعَ الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه.

ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة فى استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق وليّه من غير تخصيص بالعاقد. وأمّا لو أراد بيعه من شخص وعرّضه لذلک جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة وإن كان فى يد الأوّل.

وبالجملة، فالظاهر أنّ حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب والجدّ من حيث جواز التصرّف لكلٍّ منهما ما لم يتصرّف الآخر»(١).

«وحاصل كلامه: أنّ حكم ولاية العدول وجواز تصرّفهم تكليفى على وجه الوجوب أو الاستحباب، دون أن تكون لهم نيابة أو وكالة عن الإمام أو نائبه، ولذلک فما دام يعدّ موضوع التصرّف باقيا، جاز لغيره من العدول أن يتدخّل ويتصرّف بما يراه مصلحة للصغير، فللثانى فسخ المعاملة الخياريّة - سواءً كان الخيار ثابتا بأصل الشرع كخيار الحيوان وخيار المجلس، أو مجعولاً كخيار الشرط - والقيام بإنشاء عقد آخر أصلح وأنفع للصغير من المعاملة الأُولى.

ويقول أخيرا: إنّ الولاية الثابتة لعدول المؤمنين إنّما تكون فى حدّ الولاية الثابتة للأب والجدّ، فكما أنّ للجدّ أن يتصرّف فى أموال حفيده بعد تصرّف الأب وقبل زوال الموضوع، كذلک الحال فى عدول المؤمنين.

... [و] ليس هناک تهافت بين ما قاله فی صدر کلامه ومختاره فی الذيل، فقوله أوّلاً إنّه لا ولاية لعدول المؤمنين، بل الثابت لهم مجرّد التکليف، لا يناقض قوله أخيرا عندما يقول بأنّ ولايتهم بمنزلة ولاية الأب والجدّ، لأنّه لا يقصد بذلک إثبات الولاية لهم،

۱- ۱ . المکاسب ۵۶۹/۳ و ۵۷۰.

بل مجرّد تحديد صلاحيّاتهم وتقليصها فی حدود صلاحيّات الأب والجدّ»(۱).

المناقشة فی مقالة الشيخ الأعظم

ويرد عليه: «أوّلاً: لا شکّ فی صحّة دعواه من أنّ تصرّفات عدول المؤمنين لا تستمدّ شرعيّتها من نيابته عن الإمام عليه السلام ، إذ لا يعدّ العدل نائبا عنه عليه السلام ، وهذا ممّا لا نقاش

فيه، أمّا بالنسبة إلی الفقيه فإنّ للنقاش فی أنّ تصرّفاته مبنيّة علی النيابة عنهم عليهم السلام أو الولاية مجال واسع، أمّا فی عدول المؤمنين، حيث أنّ أمر العدل مردّدٌ بين الولاية والتکليف، وقد مرَّ کلام الشيخ الدال علی التزامه بالثانی دون الأوّل، وهو ممنوعٌ، لأنّ موارد التصرّف علی ثلاثة أقسام:

تارةً: يکون مورد التصرّف لا قابليّة فيه لجعل الولاية له، کجواز الأکل والشرب، فبرغم جواز التصرّف له فيهما، لکن لا مجال لجعل الولاية له بالنسبة إليهما.

واُخری: يکون مورد التصرّف فيه القابليّة لأنّ يجعل له الولاية فيه کتجهيز الميّت، فإنّه برغم ثبوت هذا التکليف يمکن جعل الولاية فيه، کما جاء فی قوله عليه السلام : [«يصلّی علی الجنازة اُولی النّاس بها أو يأمر من يحبّ»(۲) أو قوله عليه السلام بالنسبة إلی قضاء الصلاة والصيام: «يقضی عنه أُولی النّاس بميراثه»(۳)]، حيث أثبت الولاية للورثة بحسب طبقاتهم.

وثالثة: مورد التصرّف لا يمكن أن يكون التكليف فيه مجرّدا عن الولاية، كما فى التصرّفات الوضعيّة التى هى موضوع الصحّة والفساد، حيث لا يعقل فيها ثبوت جواز التصرّف دون الولاية، لأنّه «لا بيع إلاّ فى مايملک»(٤)، فلابدّ أن يكون للبائع الولاية على

ص:٣٩٢

١- ٢ . العقد النضيد ٢٥٦/٤.

٢- ١ . وسائل الشيعة ١١٤/٣، ح١، الباب ٢٣ من أبواب صلاة الجنازة، صحيحة ابن أبيعمير عن بعض أصحابه.

٣- ٢ . وسائل الشيعة ٣٣٠/١٠، ح٥، الباب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان، صحيحة حفص ابن البخترى.

٤- ٣ . قد مرّ مصادره فى الآراء الفقهيّة ٢٦٨/٥ و ٢٦٩ فراجعه.

البيع حتّى يتحقّق الصحّة والنفوذ.

وتصرّفات عدول المؤمنين مندرجة فى القسم الأخير، حيث لا يعقل ثبوت التكليف دون ثبوت الولاية، وبالتالى فما التزم به الشيخ من ثبوت التكليف مجرّدا عن الولاية ممنوعٌ.

وثانيا: أنّ مقتضى صدور البيع ممّن ليس بمالک، هو صيرورة العقد فضوليّا، ولا سبيل للخروج عنه إلاّ بانتساب البيع إلى البائع بلام النسبة، ومثل هذه اللاّم تفيد الولاية أيضا.

وثالثا: فضلاً عمّا ذكرنا، فإنّ النصوص الخاصّة أيضا دالّة على اندفاع دعوى الشيخ

من عدم ثبوت الولاية، ومنها: [موثقة سماعة(١) وصحيحة إسماعيل بن سعد الأشعرى(٢) الماضيتان وتدّلان على ثبوت الولاية للثقة أو العدل كما مرّ(٣)].

بالجملة: علّق الشيخ جواز المزاحمة مع الولى وعدمه على العنوان الثابت فى حقّ الولى من التكليف والولاية، فقال بجواز المزاحمة لو كان الثابت مجرّد التكليف، وعدم جوازها إذا كان المجعول النيابة والولاية، وقد ثبت ممّا ذكرناه اندفاع مبنى الشيخ، وأنّ الثابت ليس إلاّ الولاية، لأنّ تصرّف الولى معدود فى التصرّفات الوضعيّة المستلزمة لثبوت الولاية»(٤). واندفاع ما بنى عليه كما يظهر لک ممّا سيأتى فانتظر.

نبحث عن هذا الفرع فى المقامين:

المقام الأوّل: ما تَقْتَضِيْهِ الأَدِلّةُ العامَّةُ

ومنها: الروايات الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه نحو:

موثقة سماعة عن أبيعبداللّه عليه السلام فى حديث أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: من كانت عنده

١- ١ . وسائل الشيعة ٤٢٢/١٩، ح٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٦٢/١٧، ح١، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- ٣ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٥٨.

٤- ٤ . العقد النضيد ٤/(٢٥٩-٢٥٧) مع تصرفات واصلاحات منّا.

أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلاّ بطيبة نفسه.(١)

ومثلها صحيحة أبيأُسامة زيد الشحام(٢)

والتوقيع الشريف المروى بسند صحيح عن الناحية المقدسة وفيه: وأمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها، و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقرّبا إليكم؟ فلا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف فى مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلک فى مالنا؟! من فعل شيئا من ذلک لغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه و من أكل من مالنا شيئا فإنّما يأكل فى بطنه نارا و سيصلى سعيرا.(٣)

هذه الروايات «تمنع النّاس منعا باتا عن مطلق التصرّفات فى أموال الآخرين،

حتّى أموال الصغار الذين قد يستلزم عدم تصرّفهم فيها فقدانها وتلفها، نعم دلّت النصوص الخاصة والضرورة الشرعية بعدم رضا الشارع بتلف هذه الأموال، وأنّه ينبغى لهم التصرف فيها، تلافيا لفقدها وتلفها، ومع الغضّ عن هذه الضرورة، فإنّ عموم الدليل وعدم وجود مخصّص لفظى مشتمل على الإطلاق، يقتضى تعميم حكم القاعدة المذكورة، وعدم جواز رفع اليد عن حكمها إلاّ بقدر الضرورة، والمتيقّن منه جواز تصرّف العدل فيما إذا لم تكن يد العادل الآخر مسبوقة إلى المال والتصرّف فيه، ومع سبق يد غيره إليه يشكّ فى جوازه، ومجرّد الشكّ فيه يقتضى بطلانه، لاندارج المشكوک فى عمومات المنع، حيث إنّ دليل المخصّص لبّىٌ مردّد بين الأقلّ والأكثر، ويجب الاقتصار فى مخالفته على المتيقّن، وهو جواز التصرّف فيما لم تسبق إليه يد عادل آخر.

وبالنتيجة: تعدّ مزاحمة العادل الثانى للأوّل بعد تصرّفه ممنوعة وباطلة بمقتضى

١- ٥ . وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى؛ ونقلت عنه فى الآراء الفقهية ١١٦/٤.

٢- ٦ . وسائل الشيعة ١٠/٢٩، ح٣، الباب ١ من أبواب القصاص فى النفس.

٣- ٧ . وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال؛ ونقلتها فى الآراء الفقهية ١١٧/٤ مع ذكر مصادرها فراجع.

القواعد العامّة»(١).

هذا كلّه بحسب القواعد العامة، ولكن يظهر من المحقّق المؤسس الحائرى قدس سره عدم جواز التمسک بالقواعد العامة هنا بل لابدّ من جريان استصحاب حكم الخاص يعنى جواز تصرفات العدل الثانى بعد تصرف العدل الأوّل.

مقالة المؤسس الحائرى قدس سره ونقده

قال ردّا على الشيخ الأعظم: «بأنّه لا فرق بين الوجوه الثلاثة [من أنّ المجعول مجرد الحكم التكليفى أو الولاية أو النيابة] من جهة هذه الثمرة سواء كان المدرک للولاية هو القدر المتيقّن أم الأدلّة اللفظية، أمّا على الأوّل فلأنّ القدر المتيقّن من الخروج عن خلاف الأصل الأوّلى من عدم جواز التصرّف فى أنفس الغير وأمواله وأعراضه صورة عدم تصدّى فرد آخر من العنوان، فيخرج الباقى عن القدر المتيقّن، ولا فرق بين الحكم والولاية والنيابة وهذا واضح.

وأمّا على الثانى، فيدور الأمر مدار استفادة العموم الأزمانى من الدليل، فإنّ الدليل الآمر برجوع العوام مثلاً فى الوقائع الحادثة إلى الحكّام إن كان ناظرا إلى زمان دخول فقيه آخر أيضا نظير ما يقال فى التخيير الاستمرارى فى دليل التخيير بين الخبرين كان للفقيه الآخر مزاحمة الأوّل، وللعوام المراجعين أن يرفعوا اليد عن الأوّل ومراجعة الثانى كما فى

الخبرين، وكذلک الدليل الدال على ولاية هذا الجنس أو نيابته إن استفيد منه العموم الأزمانى وأنّ الولاية أو النيابة محفوظة حتّى بعد تصدّى فرد آخر مثله جاز المزاحمة، وليس مزاحمة نائب الإمام عليه السلام حينئذ إلاّ من نائبه وبإذنه عليه السلام .

هذا على تقدير الاستفادة، ولو لم يكن للدليل عموم أزمانى على جميع الوجوه الثلاثة فيكون الحال كما لو كان المدرک هو القدر المتيقّن فهل يصحّ إثبات جواز تصرّف الثانى بالاستصحاب أو لا؟ الحق الجواز، فيقال: إنّه كان قبل تصدّى الأوّل جائز التصرّف أو وليّا والآن نشكّ فى بقاء ذلک، فالأصل بقاؤه.

ص:٣٩٥

١- ١ . العقد النضيد ٢٥٩/٤.

لا يقال: هذا مبنىّ على القول بانصراف قوله: «لا يحلّ مال امرئ إلاّ بطيب نفسه» إلى المالک الذى من شأنه الإذن وطيب النفس، فلا يشمل الصغير، وأمّا لو قلنا بعمومه للصغير أيضا فلابدّ حينئذ من التفصيل بين ما لو استفيد الحكم فالمرجع عند الشكّ عموم هذا الخبر أو الولاية فالمرجع الاستصحاب، والفرق أنّ استصحاب حكم الخاص مع وجود العموم الأزمانى كما هو الحال فى الخبر المذكور غير جائز، لأنّه تمسّک بالأصل فى قبال الدليل، والاستصحاب المنقّح لموضوع العام مقدّم على العام، فلو استفيد الحكم كان تصرّفا فى حكم قضيّة لايحلّ، ولو استفيد الولاية أو النيابة كان تصرّفا فى موضوعها وتعميما لطيب نفسه إلى طيب نفس من يقوم مقامه بلسان التنزيل، والأوّل تخصيص والثانى تخصيص بلسان الحكومة، فلا جرم يختل حال الاستصحاب عليهما.

لأنّا نقول: هذا العموم بالنسبة إلى الصغير غير ممكن العمل مطلقا؛ لأنّ العمل به إنّما يحصل بإناطة جواز التصرّف بطيب نفس الصغير وهذا المعنى غير متحقّق فى حال الصغارة أبدا، وبعد ذلک لا يفرق الحال بين أن يكون جواز التصرّف ثابتا لواحد أو اثنين، فلا يكون الثانى زيادة تخصيص ولا الأوّل حفظ عموم»(١).

توضيح كلامه: «إنّ العدل الثانى كان له جواز التصرّف تكليفا - على مبنى الشيخ - أو ولايةً بالأصالة، وقبل أن يضع العدل السابق يده على مال الصغير وينوى التصرّف فيه، وعند قيام السابق بالتصرّف

نشكّ فى بقاء جواز التصرّف للاّحق وعدمه، فإنّ الاستصحاب يثبت بقاء الجواز السابق للعدل اللاّحق، هذا ومن جهة اُخرى نشكّ أيضا أنّ الثانى هل زالت ولايته بوضع الأوّل يده على المال وعدمه، فإنّ الاستصحاب أيضا يثبت

بقاء ولايته وضعا.

فإن قيل: بأنّه لا مجال لجريان استصحاب حكم الخاصّ مطلقا، بل ينبغى التفصيل بين مذهب الشيخ القائل بالتلكيف، وغيره القائل بثبوت الولاية أو النيابة، وأنّه يجب على الأوّل التمسّک بعموم قوله: «لا يَحِلّ لأحد أن يتصرّف...» أمّا فى الثانى فيجرى فيه

١- ١ . كتاب البيع ٢/(٣٧-٣٥)، بقلم شيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى قدس سره .

الاستصحاب.

بيان ذلک: على مبنى الشيخ يكون التخصيص واردا على قوله: «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف...» حيث تخصيص ممنوعيّة التصرّف مطلقا بخصوص العدل المؤمن، فيشكّ فى سعة دائرة المخصّص وضيقه بين الأقلّ والأكثر، ويكون المرجع حينئذٍ عموم «لا يحلّ...» الذى يبطل أثر الاستصحاب لأنّه أصل والعموم دليل والقاعدة تقتضى تقدّم الدليل على الأصل. وهذا بخلاف ما إذا التزمنا بثبوت الولاية فإنّ استصحاب بقاء الولاية يزيل عموم قوله: «لا يحلّ...» وبذلک يتقدّم الاستصحاب على الدليل، والسبب فى قدرة الاستصحاب على إزالة موضوع الدليل، أنّه من خلال الاستصحاب يثبت أنّ تصرّف العدل اللاّحق لم يعد تصرّف الأجنبى ليشمله حكم المنع والحرمة، بل هو تصرّف مَنْ له حقّ التصرّف من المالک أو الوكيل أو الولى.

قلنا: برغم تماميّة الكبرى المذكورة فى المقام، وأنّه ينبغى على المسلك الأوّل التمسّک بعموم المنع عند الشکّ فى جواز تصرّف الثانى وعدمه، وعلى المسلک الثانى بالاستصحاب، لكن الصغرى غير تامّة، لأنّ موضوع دليل «لا يحلّ» المالک المتصرّف الذى من شأنه أن يأذن لغيره فى التصرّف، فإذا كان قادرا على التصرّف بنفسه، أو من خلال الإذن لغيره، ففى هذه الصورة لو قام غيره بالتصرّف شمله عموم الدليل وعدّ تصرّفه عدوانيّا، وهذا بخلاف ما إذا كان المالک فاقدا لمثل هذه الشأنية، وعاجزا عن الإذن لغيره كما فيما نحن فيه، فإنّ الصغير عاجزٌ عن ذلک، فحينئذٍ لا مجال لجريان عموم الدليل، بل يكون اقتضاء جريان الاستصحاب تامّا ومانعه مفقودا، سواءً التزمنا بمبنى الشيخ أو بمبنى غيره»(۱).

نقد كلامه: ولكن يرد عليه: «أوّلاً: إنّ الطفل برغم عجزه عن الإذن بالتصرّف فعلاً لصغره، إلاّ أنّه قابل له مآلاً وحينما يكبر ويبلغ، وبالتالى فدعوى اختصاص عموم المنع

بمن هو قادرٌ على الإذن وعدمه، فلا يشمل الصغير وأضرابه ممنوعٌ، لما ثبت من إمكانه

۱- ۱ . العقد النضيد ٤/٢٦٠ و ٢٦١.

الاستقبالى فى الصغير، وكذلک فى المجنون الأدوارى حيث أنّ له ذلک بعد الإفاقة.

وثانيا: لو سلّمنا عدم شمول قوله: «لا يحلّ» للصغير، ولكنّه بعمومه يعمّ الصغار وأوليائهم، فإذا كان الصغير فاقدا لشأنيّة الإذن، ينبغى على المتصرّف تحصيل الإذن من وليّه، وعليه فإنّ إطلاق اشتراط جواز التصرّف بالإذن، يقتضى ممنوعيّة التصرّف إلاّ بعد إذن الولى، ومع فقد الولى فإنّ المرجع هو أصالة جواز تصرّف العدل من المؤمنين فيه، بشرط أن لا تكون يد عادل آخر مسبوقة عليه.

وثالثا: اختصاص مدلول قوله: «لا يحلّ» بخصوص العاقل البالغ دون غيره لفقده الشأنية، يستلزم ما لا يمكن حتّى للقائل الالتزام به، وزوال أصالة حرمة التصرّف فى أموال الصغار، وانقلابه إلى أصالة حلّية التصرّف فيها، وهو باطلٌ قطعا، وعليه فبالأولويّة القطعيّة يثبت أنّ الأصل فى التصرّف فى أموال الصغار هى الحرمة.

ورابعا: ولو سلّمنا جميع ذلک واعتبرنا الدليل خاصّا بمن له شأنية الإذن فعلاً، فإنّ قوله تعالى: «وَلا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلاّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»(۱) والأخبار المفسّرة لها والواردة فى ذيلها، جميعها تفيد أنّ الأصل حرمة الاتّجار والتصرّف فى أموال اليتامى والصغار، والمتيقّن الخارج منه هو قيام العدل من المؤمنين بالتصرّف فيها، لصيانتها عن الضياع، بشرط أن لا يكون تصرّفه مسبوقا بتصرّف عدل آخر غيره»(۲).

المقام الثانى: ما تَقْتَضِيْهِ النُّصُوْصُ الْخاصَّةُ

اشارة

قبل الورود فى البحث لابدّ من ذكر نكتة وهى:

تنبيهٌ: فى جواز التمسک بالإطلاق على فرض وجوده

«هل حيثيّة المسبوقيّة والسابقيّة تعدّان من الخصوصيّات الذاتيّة المتعلّقة بشخص العادل المؤمن، بحيث يمكن تقسيم المؤمن إلى المسبوق والسابق - كما نقسّم المؤمن إلى العالم وغير العالم - أم أنّهما حيثيّتان راجعتان إلى الأفعال الصادرة من المؤمن، فإنّ ثبت

۱- ۱ . سورة الأنعام /۱۵۲.

٢- ٢ . العقد النضيد ٤/(٢٦٣-٢٦١).

الأوّل فإنّ للتمسّک بالإطلاق مجالٌ وإلاّ فلا.

والمستفاد من كلمات جماعة من الفقهاء أنّها لا تعدّ من الحيثيّات الذاتيّة، وبالتالى

لا مجال للتمسّک بالإطلاق، ولكن هناک مجال لدفعه لإمكان تقسيمها كما هو الحال فى الأب والجدّ، فهما وليّان وتعدّ الصفة من حيثيّاتهما الذاتيّة سواءً زاحم أحدهما الآخر أو لم يزاحم، وبالتالى فإنّ للتمسّک بالإطلاق فيهما مجال واسع، وكذلک الأمر فى المقام فإنّ كلّ مؤمن عدل ولى سواءً زاحمه وليٌ آخر أم لم يزاحمه.

وبالجملة: فإنّ خصوصيّة المزاحمة لها القابليّة لصيرورتها من الحيثيّات الذاتيّة للعدل القابلة للقسمة»(١).

وأمّا النصوص الخاصة فهى الروايات الأَرْبَعُ الماضية:

١- صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع.(٢)

وقد عرفت أنّها تدل على ولايه الفقيه عندنا، لا ولاية عدول المؤمنين وثِقاتِهم، فهى خارجة عن المقام.

٢- صحيحة على بن رئاب.(٣)

وقد عرفت أنّها لا تدلّ إلاّ على لزوم مراعاة المصلحة فى أموال المولّى عليه، بعد اعتبار القيمومية والفراغ عنها، فلا تدلّ على ولاية عدول المؤمنين وثقاتهم، فهى أيضا خارجة عن المقام.

٣- موثقة سماعة.(٤)

قد عرفت دلالتها على ولاية ثِقات المؤمنين فضلاً عن عدولهم، ولكن ليس لها إطلاق حتّى تشمل صورة المزاحمة، مضافا إلى أنّ قوله عليه السلام : «إن قام رجلٌ ثقةٌ قاسمهم

١- ١ . العقد النضيد ٢٦٣/٤.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٦٣/١٧، ح٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٣٦١/١٧، ح١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ٤٢٢/١٩، ح٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

ذلک كلّه فلا بأس»(١)، يدلّ على قيام رجل واحد فقط هو المتصرِّف الأوّل فلا يدلّ على ولاية الثانى.

٤- صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعرى.(٢)

قد عرفت دلالتها على ولاية عدول المؤمنين من دون مناقشة ولكن ليس لها إطلاق أيضا حتّى تشمل صورة المزاحمة، مضافا إلى أنّ قوله عليه السلام : «وقام عدلٌ فى ذلک»،

يدلّ على قيام عدل واحد فقط كما مرّ فى ذيل الموثقة.

فظهر ممّا ذكرنا لک عدم وجود الإطلاق فى النصوص الخاصة حتّى تشمل صورة المزاحمة.

نقل مقال المحقّق الإيروانى ونقده

يرى المحقّق الإيروانى جواز المزاحمة متفرّعا على ثبوت الولاية للعنوان العام يعنى: «عنوان المؤمن المنطبق على كلّ فرد فرد ابتداء والمنطبق على كلّ فرد فرد بعد تصدّى بعضهم فبالملاک الّذى ينفذ تصرّفات كلّ فرد ابتداءً ينفذ تصرّفات كلّ فرد بعد تصّدى بعض وإثبات يده على المال ما لم يتحقّق التصرّف المؤثّر فى حصول النقل المفوّت لموضوع مال اليتيم الثابت عليه ولاية المؤمن»(٣).

ولكن يرد عليه: ما مرّ منّا(٤) من أنّ متعلَّق الحكومة والولاية هى الوجودات بِذَواتِها دون الطبائع والماهيات والعناوين، فالولاية مجعولة لِمَنْ يَصْدُقُ عليه الفقيه أو الثقة أو العدل فى الخارج بالحمل الشائع الصناعى، لا عناوين الفقيه أو الثقة أو العدل وماهياتهم وطبائعهم فلا تتم مقالة الإيروانى قدس سره .

تذكرة:

«جواز مزاحمة وليّ آخر للولى الأوّل المتصرّف والجامع لشروط الولاية، منافٍ

١- ٥ . وسائل الشيعة ٤٢٢/١٩، ح٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

٢- ٦ . وسائل الشيعة ٣٦٢/١٧، ح١، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- ١ . حاشية المكاسب ٣٨٨/٢.

٤- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٣٧٨.

مع حكمته تعالى فى تمشية اُمور الصغير، التى هى السبب فى جعل الولاية، ومراعاةً لذلك نجد أنّ الشيخ الأعظم بعد استعراضه لأدلّة الولاية التى استنتج منها عدم جواز المزاحمة، يقول أخيرا: «هذا كلّه مضافا إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكّام سيّما فى مثل هذا الزمان الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممّن يدعى الحكومة»(١)»(٢).

١- ٣ . المكاسب ٥٧٢/٣.

٢- ٤ . العقد النضيد ٢٦٦/٤.

مسألة: نقلُ العبد المسلم إلى الكافر

اشارة

من شروط المتعاقدين إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم من المتعاقدين، نبحث عنه بالإجمال لا بالتفصيل لعدم وجود الموضوع لهذا الفرع فى هذه الأزمنة ولعدم إندارس أحكام اللّه تعالى وعدم نسيانه ونَبْتَدِئُ بنقل أقوال الفقهاء العظام كما هِيَ سِيْرَتُنا فى بداية الأبحاث:

نقل الأقوال

قال الشيخ فى المبسوط: «ولا يجوز لكافر أن يشترى عبدا مسلما ولا يثبت ملكه عليه وفيه خلاف لقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(١)... وإذا وكلّ مسلمُ كافرا فى شراء عبد مسلم لا يصحّ شراؤه، ولا يجوز أن يكون وكيلاً للآية الّتى قدّمناها، وإذا قال كافرُ لمسلم: أعتق عبدك عن كفّارتى فأعتقه صحّ ويدخل فى ملكه ويخرج منه بالعتق. إذا كان العبد كافرا وإن كان مسلما لم يصحّ لأنّا بيّنا أنّ الكافر لا يملك مسلما.

إذا اشترى الكافرُ أباه المسلم لا ينعتق عليه لأنّا قد بيّنا أنّه لا يملك، وإذا لم يملك لا ينعتق عليه، وفى النّاس من قال: ينعتق عليه وإن لم يصحّ ملك الأب لأنّه لا يلحقه صغار لانعتاقه عقيب الملك.

وإذا استأجر كافر مسلما صحّت إجارته سواء استأجره فى عمل موصوف فى ذمّته أو استأجره يوما من حين العقد أو شهرا أو سنة للبناء أو للبيع أو [ل]غير ذلك لأنّه لا مانع منه»(٢).

١- ١ . سورة النساء /١٤١.

٢- ٢ . المبسوط ١٦٧/٢ و ١٦٨.

وقال فى الخلاف: «مسألة: إذا وكلّ مسلم كافرا فى شراء عبدٍ مسلمٍ، لم يصح ذلك.

وللشافعى فيه قولان(١).

دليلنا: قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(٢).

وهذا عام فى جميع الأحكام.

مسألة: إذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عن كفّارتى، فأعتقه، لم يصحّ إذا كان مسلما، وإن كان كافرا يصحّ.

وقال الشافعى: يَصِحَّ على كل حال، ويدخل فى ملكه، ويخرج منه بالعتق(٣)، ولم يفصّل.

دليلنا: أنّا قد بيّنا أن الكافر لا يصحّ أن يملك المسلم، والعتق فرع على الملك، فإذا لم يصحّ ملكه لم يصحّ عتقه.

وإذا كان كافرا جاز أن يملكه، فيصح عتقه، فينتقل إليه بالملك ثمّ ينعتق.

مسألة: إذا استأجر كافر مسلما العمل فى الذمة، صحّ بلا خلاف.

وإذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل له عملاً، صحّ أيضا عندنا.

واختلف أصحاب الشافعى، ففيهم من قال: فيه قولان كالشراء.(٤)

ومنهم من قال: لا يَصِحُّ قولاً واحدا.(٥)

دليلنا: انّ الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل»(٦).

وقال المحقّق فى شرائط المتعاقدين: «وأن يكون المشترى مسلما، إذا ابتاع [عبدا] مسلما، وقيل: يجوز ولو كان كافرا ويُجْبَرُ على بيعه من مسلم والأوّل أشبه. ولو

ص:٤٠٣

١- ٣ . المجموع ٣٥٦/٩؛ وفتح العزيز ١١٠/٨.

٢- ٤ . سورة النساء /١٤١.

٣- ١ . المجموع ٣٥٨/٩؛ وفتح العزيز ١٠٨/٨.

٤- ٢ . المجموع ٣٥٩/٩؛ وفتح العزيز ١٠٨/٨.

٥- ٣ . المجموع ٣٥٩/٩.

٦- ٤ . الخلاف ١٩٠/٣.

ابتاع [الكافر] أباه المسلم هل يَصِحُّ؟ فيه تردُّدٌ، والأشبهُ الجواز لانتفاء السبيل بالعتق»(١).

قال العلاّمة فى التذكرة: «لا يشترط إسلام العاقد إلاّ إسلام المشترى فى شراء العبد المسلم، فلا ينعقد شراء الكافر للمسلم، عند أكثر علمائنا(٢) - وبه قال أحمد ومالک فى إحدى الروايتين وأصحّ قولى الشافعى(٣) - لأنّ الاسترقاق سبيل فينتفى؛ لقوله تعالى:

«وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(٤).

ولأنّه ذلّ، فلا يثبت للكافر على المسلم، كالنكاح. ولأنّه يُمنع من استدامة ملكه فيُمنع من ابتدائه، كالنكاح.

وقال أبوحنيفة والشافعى فى أضعف القولين، ومالک فى الرواية الأُخرى، وبعضُ(٥) علمائنا:يصحّ ويُجبر على بيعه؛ لأنّه يملكه بالإرث، ويبقى عليه - لو أسلم - فى يديه، فصحّ شراؤه.(٦)

والفرق: أنّ الإرث والاستدامة أقوى من الابتداء؛ لثبوته بهما للمُحْرم فى الصيد مع منعه من ابتدائه، ولا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت الأدون مع أنّنا نقطع الاستدامة عليه

ص:٤٠٤

١- ٥ . الشرائع ١٠/٢.

٢- ٦ . منهم الشيخ الطوسى فى المبسوط ١٦٧/٢؛ وابن زهرة فى الغنية /٢١٠؛ والمحقّق فى شرائع الإسلام ١٦/٢.

٣- ٧ . المغنى ٣٣٢/٤؛ الشرح الكبير ٤٧/٤؛ الكافى فى فقه الإمام أحمد ١٣/٢؛ أحكام القرآن لابن العربى ٥١٠/١؛ الجامع لأحكام القرآن ٤٢١/٥؛ الوجيز ١٣٣/١؛ العزيز شرح الوجيز ١٧/٤؛ الوسيط ١٣/٣؛ حلية العلماء ١١٨/٤؛ المهذّب للشيرازى ٢٧٤/١؛ المجموع ٣٥٥/٩ و ٣٥٩-٣٦٠؛ روضة الطالبين ١١/٣؛ الحاوى الكبير ٣٨١/٥؛ التفسير الكبير ٨٣/١١.

٤- ١ . سورة النساء /١٤١.

٥- ٢ . انظر: شرائع الإسلام ١٦/٢.

٦- ٣ . المغنى ٣٣٢/٤؛ الشرح الكبير ٤٧/٤؛ الوجيز ١٣٣/١؛ العزيز شرح الوجيز ١٧/٤؛ الوسيط ١٣/٣؛ حلية العلماء ١١٨/٤؛ الحاوى الكبير ٥/(٣٨١-٣٨٢)؛ المهذّب للشيرازى ٢٧٤/١؛ المجموع ٣٥٥/٩ و ٣٥٩-٣٦٠؛ روضة الطالبين ١١/٣؛ الجامع لأحكام القرآن ٤٢١/٥.

بمنعه منها وإجباره على ازالتها»(١).

وقال فى المختلف: «مسألة: لا يجوز أن يشترى الكافر عبدا مسلما، فإن اشتراه كان باطلاً، وقيل: يجوز ويجبر على بيعه من مسلم(٢)، واختار الشيخ الأوّل(٣)، وهو الحق.

لنا: قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(٤) ودخوله فى ملكه أعظم السبيل.

احتج الآخرون بأنّ للكافر أهلية التملّک، والعبد المسلم يصح تملّكه وقد وجد العقد فتثبت صحة البيع. والسبيل ينتفى بإجباره على بيعه، كما لو أسلم الكافر تحت يد الكافر.

والجواب: لا يكفى المقتضى مع وجود المانع فى ثوبت الحكم، والمانع هنا موجود

وهو اثبات السبيل للكافر على المسلم.

مسألة: لو اشترى الكافر أباه المسلم قال الشيخ فى المبسوط: لا يَصِحُّ البيع ولا ينعتق عليه؛ لما تقدّم من أنّ فيه اثبات السبيل على المسلم(٥)، وتبعه ابن البرّاج(٦).

والأقرب عندى الجواز، وهو اختيار والدى رحمه الله والسبيل منتف بالعتق؛ لأنّه فى العقد لا سبيل له عليه، وفى الآن الثانى ينعتق عليه فينتفى السبيل»(٧).

أقول: اختار العلاّمةُ الجواز فى مسألة شراء الكافر أباه المسلم، واحتمل الصحة فى¨ مسألة شراء الكافر المسلم فى نهايته حيث يقول: «لا يشترط إسلام العاقد، فيصح بيع الكافر وشراؤه، لأنّه عقد صادف ملكا فاقتضى أثره، إلاّ أن يشترى مسلما أو مصحفا،

١- ٤ . تذكرة الفقهاء ١٩/١٠.

٢- ٥ . شرائع الإسلام، ١٠/٢.

٣- ٦ . المبسوط ١٦٧/٢.

٤- ٧ . سورة النساء /١٤١.

٥- ١ . المبسوط ١٦٨/٢.

٦- ٢ . جواهر الفقه /٦٠، مسألة ٢٢٢.

٧- ٣ . مختلف الشيعة ٥٨/٥ و ٥٩.

فيشترط اسلام المشترى، لأنّ الرقّ ذلّ فلا يجوز اثباته للكافر على المسلم، كما لا ينكح الكافر المسملة، ولقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(١) والتملك أعظم السبيل.

فعلى هذا لو عقد كان باطلاً ولم يثمر الملك. ويحتمل الصحة، لأنّه طريق من طرق التملك، فيملك به الكافر رقبة المسلم كالإرث. وكذا البحث فيما لو وهب منه عبد مسلم فقبل، أو أوصى له به»(٢).

أقول: فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية اعتبار الإجماع على البطلان الوارد فى الغنية(٣)، نعم، البطلان هو المشهور بين أصحابنا - قدس اللّه أسرارهم - كما أسنده الفاضل المقداد فى كنز العرفان(٤) إلى الفقهاء، والأردبيلى فى زبدة البيان(٥) إلى أصحابنا، وصاحب الجواهر إلى «المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً»(٦).

وممّا ذكرنا يَظْهَرُ وجه التأمل فى كلام الجدّ الفقيه الشيخ جعفر حيث يقول: «والحجة فى أصل الحكم الإجماع المحصّل من تتبّع الأقوال - ولا يُخلّ به نسبة الخلاف

إلى مَن لا يُعرف(٧)، ولا ذكر الاحتمال من بعضهم(٨) - ثمّ الإجماع المنقول(٩) المؤيّد

١- ٤ . سورة النساء /١٤١.

٢- ٥ . نهاية الإحكام ٤٥٦/٢.

٣- ٦ . غنية النزوع /٢١٠.

٤- ٧ . كنز العرفان ٤٤/٢.

٥- ٨ . زبدة البيان /٤٣٩.

٦- ٩ . الجواهر ٥٣٦/٢٣ (٣٣٤/٢٢).

٧- ١ . فقد قال الشيخ الطوسى فى المبسوط ١٦٧/٢: «وفيه خلاف». وقال المحقّق الحلّى فى شرائع الإسلام ١٦/٢: «وقيل: يجوز ولو كان كافرا ويُجبر على بيعه من مسلم». ومثله ذكر العلاّمة فى مختلف الشيعة ٥٩/٥.

٨- ٢ . وهو العلاّمة فى نهاية الإحكام ٤٥٦/٢

٩- ٣ . فى المبسوط ٢٧/٢؛ غنية النزوع، قسم الفروع /٢١٠.

بالشهرة المستفيضة محصّلة ومنقولة(١)»(٢).

وأختتم بحث نقل الأقوال بمقالة الفقيه المتتبع السيّد العاملى حيث يقول: «اشتراط إسلام المشترى إذا اشترى مسلما وبطلان شراء الكافر له خيرة «الخلاف(٣) والمبسوط(٤) والغنية(٥) والشرائع(٦) والتذكرة(٧) ونهاية الإحكام(٨) والمختلف(٩) والتحرير(١٠) والإرشاد(١١) وشرحه» لولده(١٢) و «الدروس(١٣) والميسية والروضة(١٤) والمسالك(١٥) والكفاية(١٦) والمفاتيح(١٧)» وهو ظاهر «مجمع البرهان(١٨)» أو صريحه وظاهر

١- ٤ . فى مجمع الفائدة والبرهان ١٦١/٨.

٢- ٥ . شرح القواعد ٤٦/٢.

٣- ٦ . الخلاف: فى البيع ١٨٨/٣، مسألة ٣١٥.

٤- ٧ . المبسوط: فى البيوع ١٦٧/٢.

٥- ٨ . غنية النزوع: فى البيع /٢١٠.

٦- ٩ . شرائع الإسلام: فى عقد البيع وشروطه ١٠/٢.

٧- ١٠ . تذكرة الفقهاء: فى المتعاقدين ١٩/١٠.

٨- ١١ . نهاية الإحكمام، فى العاقد ٤٥٦/٢.

٩- ١٢ . مختلف الشيعة: فى عقد البيع وشرائطه ٥٨/٥.

١٠- ١٣ . تحرير الأحكام: فى المتعاقدين ٢٧٨/٢.

١١- ١٤ . إرشاد الأذهان: فى أركان التجارة ٣٦٠/١.

١٢- ١٥ . شرح الإرشاد للنيلى: فى البيع /٤٥، س١٨ (من كتب مكتبة المرعشى برقم ٢٤٧٤).

١٣- ١٦ . الدروس الشرعية: فى البيع ١٩٩/٣.

١٤- ١٧ . الروضة البهية: فى المتعاقدين ٢٤٣/٣.

١٥- ١٨ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٦/٣.

١٦- ١٩ . كفاية الأحكام: فى عقد البيع وشروطه /٨٩، س٣٧.

١٧- ٢٠ . مفاتيح الشرائع: فى البيع ٤٩/٣.

١٨- ٢١ . مجمع الفائدة والبرهان: فى المتعاقدين ١٦١/٨.

«الإيضاح(١) وجامع المقاصد(٢) وحواشى الشهيد(٣)» وغيرها(٤). وفى «الغنية» الإجماع

عليه(٥). وفى «التذكرة» أنّه مذهب الأكثر(٦). وفى «مجمع البرهان» أنّه المشهور(٧). وفى «المبسوط» أنّ فيه خلافا(٨). وفى «المختلف» قيل: إنّه يجوز ويجبر على بيعه من مسلم(٩). ونحوه ما فى «الشرائع(١٠) والتذكرة». وفى الأخير نسبته إلى أبيحنيفة(١١). واحتمله فى «نهاية الإحكام» قال: كما لو ورثه. ومثله لو وهب له فقبل أو أوصى له به(١٢)»(١٣).

أدلة المشهور على البطلان

أ: آية نفى السبيل

وهى قوله تعالى: «لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُوءْمِنِينَ سَبِيلاً»(١٤).

وفى الجواهر: «الذى هو معظم عمدة دليل الأصحاب على ذلک (أى البطلان)»(١٥).

١- ٢٢ . إيضاح الفوائد: فى المتعاقدين ٤١٣/١.

٢- ٢٣ . جامع المقاصد: فى المتعاقدين ٦٢/٤.

٣- ٢٤ . الحاشية النجّارية /٢٢٠.

٤- ٢٥ . كالحدائق الناضرة: فى المتعاقدين ٤٢٢/١٨ و ٤٢٦.

٥- ١ . غنية النزوع، فى البيع /٢١٠.

٦- ٢ . تذكرة الفقهاء: فى المتعاقدين ١٩/١٠.

٧- ٣ . مجمع الفائدة والبرهان: فى المتعاقدين ١٦١/٨.

٨- ٤ . المبسوط: فى البيوع ١٦٧/٢.

٩- ٥ . مختلف الشيعة: فى عقد البيع وشرائطه ٥٩/٥.

١٠- ٦ . شرائع الإسلام: فى عقد البيع وشروطه ١٦/٢.

١١- ٧ . تذكرة الفقهاء: فى شرائط المتعاقدين ١٩/١٠.

١٢- ٨ . نهاية الإحكام: فى شرائط العاقد ٤٥٦/٢.

١٣- ٩ . مفتاح الكرامة ١٢/(٥٦٢-٥٦٠).

١٤- ١٠ . سورة النساء /١٤١.

١٥- ١١ . الجواهر ٥٣٧/٢٣ (٣٣٥/٢٢).

بتقريب: تملّک الكافر للمسلم استرقاق له والاسترقاق سبيل للكافر على المؤمن وهو منفيٌّ بالآية الشريفة.

واعترض عليه الشيخ الأعظم قدس سره بما نصه: «وأمّا الآية: فباب الخدشة فيها واسع:

تارةً: من جهة دلالتها فى نفسها ولو بقرينة سياقها الآبى عن التخصيص، فلابدّ من حملها على معنى لا يتحقّق فيه تخصيص، أو بقرينة ما قبلها(١) الدالّة على إرادة أنّ نفى

الجعل فی الآخرة.

وأُخری(۲): من حیث تفسیرها فی بعض الأخبار بنفی الحجّة للکفّار علی المومنین، وهو ما روی فی العیون، عن أبیالحسن علیه السلام ، ردّا علی من زعم أنّ المراد بها نفی تقدیر اللّه سبحانه بمقتضی الأسباب العادیّة(۳) تسلّط الکفّار علی المؤمنین، حتّی أنکروا - لهذا المعنی الفاسد الذی لا یتوهّمه ذو مسکة - أنّ الحسین بن علی علیه السلام لم یقتل، بل شبّه لهم ورُفع کعیسی - علی نبیّنا وآله وعلیه السلام - .

وتعمیم الحجّة(٤) علی معنی یشمل الملکیة، وتعمیم السبیل علی وجه یشمل الاحتجاج والاستیلاء(٥)، لا یخلو عن تکلّف.

وثالثةً: من حیث تعارض عموم الآیة مع عموم ما دلّ علی صحّة البیع(٦)، ووجوب الوفاء بالعقود(۷)، وحِلّ أکل المال بالتجارة(۸)، وتسلّط النّاس علی أموالهم(۹)، وحکومة

۱- ۱۲ . وهو قوله تعالی: «یَحْکُمُ بَیْنَکُمْ یَوْمَ الْقِیامَةِ»، سورة النساء /۱٤۱.

۲- ۱ . کما فی الحدائق ٤۲٤/۱۸ و ٤۲٥.

۳- ۲ . عیون أخبار الرضا علیه السلام ۲۰۳/۲، الباب ٤٦، ح٥، خبر أبیالصلت الهروی؛ ونقل عنه فی بحارالأنوار ۲۷۱/٤٤، ح٤.

٤- ۳ . کما فی العناوین ۳٥۸/۲ للفاضل المراغی، وذکر التعمیمین.

٥- ٤ . کما فی الجواهر ٥۳۹/۱۳ (۳۳٦/۲۲).

٦- ٥ . مثل «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ»، سورة البقرة /۲۷٥.

۷- ٦ . سورة المائدة /۱.

۸- ۷ . سورة النساء /۲۹.

٩- ٨ . راجع عوالى اللآلى ٢٢٢/١، ح٩٩.

الآية عليها غير معلومة.

وإياءُ سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به فى طرف الاستدامة، وفى كثير من الفروع فى الابتداء(١)، يقرّب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكية، بأن يراد من السبيل السلطنة، فيحكم بتحقّق الملك وعدم تحقّق السلطنة، بل يكون محجورا عليه مجبورا على بيعه.

وهذا وإن اقتضى التقييد فى إطلاق ما دلّ على استقلال النّاس فى أموالهم وعدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيرا فى موارد الحجر على المالك أهون من

ارتكاب التخصيص فى الآية المسوقة لبيان أنّ الجعل شيءٌ لم يكن ولن يكون، وأنّ نفى الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذى لا يقيّد بحال دون حال»(٢).

تنبيه: قاعدة نفى السبيل

من الأُمور التى تُسْتَفادُ من الآية الشريفة قاعدة تُسَمّى عند الفقهاء بقاعدة نفى السبيل والمراد بها نفى السبيل للكافر على المسلم ولها فروع كثيرة وتعدّ من مبطلات العقود وإن لم تنحصر فيها - أى فى المبطلات - ومن جملة فروعها: «عدم ثبوت الولاية للكافر، حيث ترجع الولاية على مسلم والتحكّم عليه، فلا عبرة بإذنه فى أحكام الأموات، لأنّه لا ولاية له، ولا أولويّة له فى الميراث.

وعدم ثبوت حقّ له فى ذمّه المسلم من جانب اللّه تعالى - من زكاة أو خمس أو كفارة أو نحو ذلك من الحقوق - ما لم يصدر سبب الضمان من نفس المكلّف من استدانة أو وصيّة أو وقف أو نحو ذلك؛ وهذا سرّ اشتراط الإسلام فى المستحقين.

وعدم اشتراط صحّة نذر الولد ونحوه من العهد واليمين على إذن الوالد الكافر فى وجه؛ وكذا كلّ من يشترط إذنه فى عبادةٍ - كالزوج ونحوه - وفى الماليّات مسألة أُخرى.

١- ٩ . قال المامقانى قدس سره : «الظاهر أنّه أشار بذلک إلى الملک القهرى کالإرث، ومن غير القهرى مثل بيعه على من ينعتق عليه، ومثل ما لو قال الکافر للمسلم: اعتق عبدک عنّى، ومثل ما لو اشترط عند بيعه على الکافر عتقه». غاية الآمال /٤٢٣ (٣٥٥/٦).
٢- ١ . المکاسب ٣/(٥٨٦-٥٨٤).

وعدم لزوم إطاعة الکافر فى مقامات لو کان مسلما لوجب.

وعدم نفوذ قضاء الکافر وإن جمع سائر الشرائط.

وعدم جواز تولّيه للوقف الْمُتَعَلِّق بالمسلمين.

وعدم جواز تملّکه للمسلم بشراءٍ أو صلح وهبة وإصداق، أو نحو ذلک من دفع عوض دين أو ضمان. وبعبارة اُخرى: کلّ سبب اختيارىّ ناقل للملک إلى الکافر، فإنّه غير صحيح. کما أنّه لو ملک بسببٍ قهرى - کالإرث لو قلنا به - أو کان المملوک کافرا عند کافر فأسلم المملوک يُباع على مالکه قهرا ولا يقرّ يده عليه.

وعدم جواز إعارة المسلمِ للکافر ورهنه عنده ولا إيداعه له فى وجهٍ مبنىّ على أنّ الاستنابة فى الحفظ سبيل.

وعدم جواز حوالة الکافر على المسلم فى وجه وإن ضعف.

وعدم ولايته على صغير أو مجنون أو سفيه فى نکاح أو مال.

وعدم جواز استئجاره للمسلم فى عينه وإن جاز فى ذمّته.

وعدم جواز إجارة العبد المسلم له.

وعدم جواز وكالته على مسلم لكافر أو مسلم.

وعدم جواز وكالته فى بيع عبد مسلم مرهون أو غيره.

وعدم ثبوت شفعة له إذا كان المشترى مسلما وإن كان البائع كافرا.

وعدم جواز وصايته على مال مسلم أو مولّى عليه محكوم بإسلامه ولو بالاشتراك.

وعدم جواز نكاحه للمسلمة ابتداءا وكذا استدامةً، فإنّ بإسلامها يبطل النكاح لو لم يسلم الزوج فى العدّه.

وعدم العبرة بالتقاطه إذا كان اللقيط محكوما بإسلامه بأحد الطرق المذكورة فى محلّها.

وفى عدّ عدم استحقاقه الإرث مع الوارث المسلم وعدم جواز القصاص من المسلم بالكافر من هذا الباب إشكال.

ص:٤١١

وغير ذلک من المواضع الّتى لم نذكرها يتنبّه عليها المتدرّب فى الفنّ بمعونة ما ذكرناه»(١).

أدلة قاعدة نفى السبيل

يمكن استفادة حكم هذه القاعدة من الأُمور التالية:

«أحدها: الإجماع المحصّل القطعى الحاصل من تتبّع كلمة الأصحاب فى المقامات الّتى ذكرناها فى الباب، فانّهم متسالمون على عدم وجود السبيل للكافر على المسلم ويرسلونه إرسال المسلّمات من دون نكير، وهذا كاشف عن رضا الشرع بذلک وحكمه به.

وثانيها: الإجماعات المنقولة حدّ الاستفاضة، بل التواتر من الأصحاب - كما لا يخفى على المتتبّع - المؤيّدة بالشهرة العظيمة البالغة حدّ الضرورة.

وثالثها: الاعتبار العقلى، فإنّ شرف الإسلام قاضٍ بأن لا يكون صاحبه مقهورا تحت يد الكافر ما لم ينشأ السبب من نفسه، فإنّه حينئذٍ أسقط احترام نفسه. وهذا وإن لم يكن فى حدّ ذاته دليلاً، لكنّه مؤيّد قويّ مستند إلى فحوى ما ورد فى الشرع.

ورابعها: ما دلّ من الأدلّة الخاصّة فى بعض الموارد، كباب النكاح، فإنّ النصوص قضت بعدم جواز تزويج المؤمنة للكافر.

وغير ذلک ممّا دلّ على اشتراط الإسلام فى الوليّ على المسلم، فإنّ المستفاد منها: أنّ العلّة فى ذلک كلّه عدم رضا الشارع بتسلّط الكافر على المسلم فيتسرّى إلى سائر المقامات بتنقيح المناط، أو بالعلّة المنصوصة المستفادة من كلام الشرع وإن كان من حيثيّة تعليق الحكم على الوصف. وأظنّ ورود التعليل صريحا فى روايات النكاح، فينبغى الرجوع إليها.

وخامسها: الخبر المشهور فى ألسنة الفقهاء المتلقّى بالقبول بحيث يغنى عن ملاحظة سنده، وهو قوله صلى الله عليه و آله : «الإسلام يعلو ولا يُعْلى عليه» فإنّه من الكلمات الجارية

١- ١ . العناوين ٢/٣٥٠ و ٣٥١.

مجرى القاعدة، ک- «لا ضرر ولا ضرار» ونحوه، فلا وجه للبحث فى سنده، وإنّما الكلام فى الدلالة.

فإن قلنا: إنّ دلالته على نفى السبيل ممّا يكشف عنها فهم الفقهاء - لأنّهم يستدلّون به فى هذه المقامات من دون نكير، وهو من أعظم القرائن على معرفة المراد - فلا بحث، إذ مقتضاه كون المراد من الخبر: عدم تسلّط الكافر على المسلم»(١).

ب: قياس الابتداء على الاستدامة

بتقريب: انّ الكافر يُمنع من استدامة ملكه على العبد المسلم، لأنّه لو ملكه قهرا بإرث أو أسلم فى ملكه بِيْعَ عليه، فيُمنع من ابتدائه كالنكاح.

بعبارة أُخرى: المستفاد من منع الشارع عن استدامة ملكية الكافر على العبد المسلم، «عدم رضاه بأصل وجوده حدوثا وبقاءً، من غير مدخليّة لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد؛ فإنّه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال»(٢).

واعترض عليه الشيخ الأعظم بما نصه: «إنّ هذا إنّما يقتضى كون عدم الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء، ومن المعلوم: أنّ عدم رضاه بالبقاء مجرّد تكليفٍ بعدم إبقائه وبإخراجه عن ملكه، وليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتّى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا

الوجه، فلا يدلّ على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد.

والحاصل: إنَّ دلالة النهى عن الإدخال فى الملك، تابعة لدلالة النهى عن الإبقاء، فى الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهىّ عنه وعدمه، والمفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع»(٣)، وهو الإبقاء.

فحينئذ: يحرم بيع العبد المسلم من الكافر ولكن لا يبطل كحرمة المتبوع وهو

١- ١ . العناوين ٣٥٢/٢.

٢- ٢ . المكاسب ٥٨٣/٣.

٣- ١ . المكاسب ٥٨٣/٣.

الإبقاء وعدم زوال ملكه بمجرد إسلام العبد.

وإن كانَ للمناقشة فى الحرمة التكليفى أيضا مَجالٌ واسعٌ كما لا يخفى على أهله.

ج: التمسک بالنص

مرسلة حماد بن عيسى عن أبيعبداللّه عليه السلام أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام أُتى بعبد ذمّىّ قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده.(١)

بتقريب: فتوى المشهور على طبقها يجبر ضعف سندها فى الإرسال وأمّا دلالتها تخصيص البيع بالمسلمين فى مقام البيان يدلّ على فساد البيع من المشترى الكافر وإلاّ لم يكن وجه للتقييد بالمسلمين، وهذا التقييد يدلّ على المنع من بيعه من الكافر لفساده وعدم ترتب الملكية عليه.(٢)

واعترض عليه الشيخ الأعظم بما نصه: «إنّ التخصيص بالمسلمين إنّما هو من جهة أنّ الداعى على الأمر بالبيع هى إزالة ملک الكافر والنهى عن إبقائه عنده، وهى لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحّة به، بل لأنّ الغرض من الأمر لا يحصل إلاّ به، فافهم»(٣).

وأمره بالتفهم إشارة إلى: «أنّه لا وجه لإستفادة الإختصاص بالمسلمين إلاّ التشبث بمفهوم الوصف حتّى يدلّ على عدم صحة بيعه بغير المسلمين، وَيَصِّحُ الاِسْتِدْلالُ به على اعتبار الإسلام فى مَن ينتقل إليه العبدُ المسلم.

أو إشارة إلى: أنّ الأمر بإزالة الملک مستلزم لبطلان البيع، بصيرورته سفهيّا. فالنهى و إن كان تكليفيا، لكنّه يوجب الفساد.

إلاّ أن يقال: إنّ المراد بالسفاهة ما يكون سفاهةً عرفا مع الغض عن حكم الشارع، لأنّ السفاهة من الألفاظ التى يرجع فيها إلى العرف، فلابدّ أن تكون المعاملة سفهيةً مع

١- ٢ . وسائل الشيعة ٣٨٠/١٧، ح١، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.
٢- ٣ . كما فى هدى الطالب ٢٩٦/٦.
٣- ٤ . المكاسب ٥٨٣/٣ و ٥٨٤.

الغض عن حكم الشارع بوجوب الإزالة»(١).

د: النبويُّ المُرْسَلُ

عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه قال: الإسلام يَعْلُو ولا يُعلى عليه.(٢)

بتقريب: ينجبر إرساله بعمل المشهور على طبقه واستدلال الفقهاء فى موارد متعددة به:

منها: لو دبّر الكافر عبده فأسلم العبد فإنّه يباع عليه العبد سواء رجع السيّد عن تدبيره أم لا.

واستدلّ الشيخ عليه بعد الإجماع والأخبار وقال: «وأيضا قوله عليه السلام : الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. ولو لم يبع عليه وكان لمولاه عليه طاعة، لكان قد علاه وهو كافر، وذلک ينافى الخبر»(٣).

ووافقه العلاّمة(٤) والشهيدان(٥).

ومنها: عدم إرث الكافر من المسلم.

واستدلّ الشيخ(٦) فى هذا الفرع بالنبوى وتبعه الشهيد الثانى(٧).

ومنها: عدم ولاية الكافر على المسلمة فى النكاح سواءً كان أبا أو جدّا.(٨)

ومنها: عدم جواز علوّ بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته.(٩)

١- ١ . هدى الطالب ٢٩٧/٦.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٤/٢٦، ح١١، الباب ١١ من أبواب موانع الإرث، و ١٢٥/٢٦، ح٢، الباب ١٥ من أبواب ميراث الأبوين والأُولاد.

٣- ٣ . الخلاف ٤١٨/٦.

٤- ٤ . مختلف الشيعة ٩١/٨.

٥- ٥ . الدروس ٢٣٠/٢؛ المسالک ٣٨٦/١٠.

٦- ٦ . الخلاف ٤١٨/٦.

٧- ٧ . المسالک ٢٠/١٣.

٨- ٨ . راجع: جامع المقاصد ١٠٧/١٢؛ والمسالک ١٦٧/٧؛ والجواهر ٣٧١/٣٠ (٢٠٦/٢٩).

٩- ٩ . راجع: المبسوط ٤٦/٢؛ وتذكرة الفقهاء ٣٤٤/٩؛ ومختلف الشيعة ٤٤٤/٤؛ وجامع المقاصد ٤٦٣/٣؛ والجواهر ٤٩٢/٢٢ (٢٨٤/٢١).

«ومن المعلوم أنّ ما نحن فيه أُولى بالاستدلال عليه به»(١) من هذه الفروع التى

مرّت.

وقد بسط الكلام الفاضل المراغى حول النبوى ووجوه الاستدلال به فى عناوينه(٢) فراجعها إن شئت.

ولكن يرد عليه: صدق العلو على الملكيّة الوحيدة، والمحجورة عَن التصرف والخالية عن السلطنة والسلطة، والفاقدة للولاية والأمر والنهى محلٌّ تأمّلٍ ومناقشةٍ ومنعٍ واضحٍ.

وقال المحقّق الإصفهانى رحمه الله فى توضيح الاستدلال بالنبوى ونقده ما نصه: «إنّ نفس المالكية مولوية وسيادة، وهو علو حقيقة، وليس العلو كالسبيل فإنّه بنفسه يتعدى ب- «على»، وحينئذٍ إنْ كانت القضية مسوقة لنفى كل ما كان مصداقا للعلو من المجعولات الشرعية - كالملكية والزوجية والسلطنة - فالخبر متكفّل لعدم حصول الملك بالبيع من الكافر، لكنه يجب تخصيصه بموارد ثبوت الملكية بالارث وبعدم الزوال بعد اسلام المملوك ونحوهما، ولا يعم ما نقل فى المتن من عدم جواز اعلاء الكافر بنائه على دار المسلم، لأنّ الاعلاء الخارجى ليس من مصاديق العلو القابل للنفى شرعا، وجوازه وإنْ كان قابلاً للنفى إلاّ أنّه ليس مصداقا للعلو، والسلطنة على اعلاء بنائه سلطنة على فعله لا سلطنة على المسلم ليكون مصداقا للعلو، على المسلم.

وإنْ كانت القضية مسوقة للحكم بعدم العلو على المسلم فيساوق الحكم بعدم التملك شرعا، وبازالته مع ثبوته؛ وبعدم جواز التصرف المساوق لنفى السلطنة عليه، وإذا عممناه لكل علو تكوينى أو تشريعى فيعم عدم جواز اعلاء بنائه، فلا يرد عليه ما كان يرد على الأوّل من الشقين، وعليه فلا يكون دليلاً على عدم نفوذ البيع، لا من حيث تعلق النهى بعنوان الاعلاء لا بعنوان المعاملة، بل من حيث إنّ الحرمة المولاية لا تقتضى فساد

١- ١٠ . المكاسب ٥٨٢/٣.

٢- ١ . العناوين ٢/(٣٥٦-٣٥٣).

المعاملة، وإنْ تعلّق النهى بعنوانها، ولا يخفى أنّ الفقرة الاولى وهو قوله عليه السلام (الإسلام يعلو) قابلة للمعنيين، فعلى الأوّل يراد منها ثبوت ما هو مصداق للعلو من المجعولات الشرعية للمسلم

بأسبابه وليس للكافر ذلک، وعلى الثانى يراد منها جواز علو المسلم على الكافر، سواء كان بتملكه أو ببناء داره أعلى من داره»(١).

وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

ل: الإجماع

المُدَّعى فى غنية النزوع(٢) لابن زهرة.

وقد عرفت الخلاف فى المسألة فى أوّل البحث: «نقل الأقوال»(٣) فلا نعيده.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «لكن الإنصاف: أنّه لو اغمض النظر عن دعوى الإجماع... لم يكن ما ذكروه من الأدلّة خاليا عن الإشكال فى الدلالة»(٤).

ه : هذه المعاملة سفهية

لا شبهة فى لزوم ازالة ملک الكافر، والإقدام على التمّلک الذى يجب إزالته وعدم السلطنة بوجه على التصرف، تعدّ معاملة سفهية، فتفسد المعاملة بجهة سفهيتها.

ويرد عليه: أنَّ الدواعى العقلائية غير منحصرة فى بقاء العين على ملكه أو فى التصرف فيه، بل يمكن فرض الاشتراء بأقل من ثمن المثل ويُباع عليه بثمن المثل ونحو ذلک من الدواعى العقلائية فتخرج المعاملة السفهية.

و: الشراء هنا غررية

الشراء وإن كان نافذا من حيث نفسه إلاّ أنّه بملاحظة عدم تمكينه من تسلّم المال وأخذه يُفسد، لأنّه غير مقدور التسليم إلى الكافر.

ويرد عليه: نعم، عدم القدرة على أخذ المال يوجب غررية الشراء، ولكن الغرر

١- ٢ . حاشية المكاسب ٤٤٥/٢ و ٤٤٦.

٢- ١ . الغنية /٢١٠.

٣- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٤٠٢.

٤- ٣ . المكاسب ٥٨٢/٣.

هنا منتف للعلم بأنّ العبد المسلم يُباع على الكافر ويدفع إليه ثمنه، وحيث أنّ الثمن يدفع إلى الكافر، فبهذا المقدار من القدرة على أخذ المال وتسلّمه تُدفع الغررية، مضافا إلى إمكان تسليمه لوكيله المسلم حتّى باع عليه ويدفع إليه ثمنه.

ى: لزوم إعزاز المسلم وتعظيمه

استدلّ فى العناوين(١) والجواهر(٢) بلزوم إعزاز المسلم ووجوب تعظيمه وحرمة اهانته على بطلان البيع.

ويرد عليه: أنّها لا تقتضى إلاّ حرمة البيع، ومن المعلوم أنَّ حرمته لا تلازم فساده وبطلانه.(٣)

أدلة الصحة

اشارة

تدلّ على الصحة العمومات والإطلاقات الواردة فى صحة البيوع والتجارات والعقود نحو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(٤) قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٥) وقوله تعالى: «إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»(٦) وقوله صلى الله عليه و آله : النّاس مسلطون على أموالهم(٧).

شراءُ الكافرِ العبدَ المسلمَ بيعٌ وعقدٌ وتجارةٌ، والكافرُ مسلّطٌ على ماله فى شرائه فيحكم بصحة الشراء.

وذكر الشيخ الأعظم فى أدلة الصِّحَّةِ استصحابها فقال: «مضافا إلى استصحاب الصحّة فى بعض المقامات يقتضى الصحّة، كما إذا كان الكافر مسبوقا بالإسلام - بناءً على

١- ٤ . العناوين ٣٥٦/٢.

٢- ٥ . الجواهر ٥٣٧/٢٣ (٣٣٤/٢٢).

٣- ١ . الأدلة الثلاثة الأخيرة ونقودها مذكورة فى حاشية المكاسب ٤٤٦/٢ و ٤٤٧ للمحقّق الاصفهانى قدس سره .

٤- ٢ . سورة البقرة /٢٧٥.

٥- ٣ . سورة المائدة /١.

٦- ٤ . سورة النساء /٢٩.

٧- ٥ . عوالى اللآلى ٤٥٧/١، ح١٩٨، ونقل عنه فى بحارالأنوار ٢٧٢/٢، ح٧ (٣٥٨/١).

شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام - أو كان العبد مسبوقا بالكفر، فيثبت فى غيره بعدم الفصل، ولا يعارضه أصالة الفساد فى غير هذه الموارد؛ لأنّ استصحاب الصحّة مقدّم عليها، فتأمّل»(١).

وأمره بالتأمل لعلّه إشارة إلى منع حكومة استصحاب أصالة الصحة على أصالة الفساد - لئلا تلزم لغوية جعل أصالة الصحة أو لأنّ أصالة الصحة أصل موضوعىٌ وأصالة الفساد أصل حكمى، والأصل الموضوعى مقدّم على الأصل الحكمى - .

وجه منع الحكومة: عدم تسبُّب أحد الشكين عن الآخر.

أو لعلّه اشارة إلى عدم جريان استصحاب الصحة ووجهه تبدّل الموضوع بين الكفر والإسلام. فإذا زال الإسلام فلا وجه لاستصحاب الصحة لتبدّل الموضوع من المسلم إلى الكافر.

ولكن الظاهر تمامية حكومة اصالة الصحة على أصالة الفساد بما مرّ.

والحاصل: يمكن القول بصحة شراء الكافر العبد المسلم لعدم تمامية أدلة البطلان وجريان أدلة الصحة فى حقّه واللّه سبحانه هو العالم.

وقال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصيّة»(٢). والصلح والهدية والإصداق والإقرار ونحوها. فإذا جاز الشراء فقد جاز جميعها واللّه العالم.

ثمّ هاهنا فروع لابدّ من البحث حولها

اشارة

ثمّ بعد بناء المشهور على حُرْمَةِ انتقال العبد الْمُسْلِمِ إلى الكافر، هاهنا فروع لابدّ من البحث حولها:

١- تمليک منافع المسلم لِلْكافِرِ

هل يجوز تمليک منافع المسلم حرّا كان أم عبدا إلى الكافر بأنْ يؤجر الحرّ المسلم نفسَه من الكافر أو يؤجِّر المولى عبدَه المسلم من الكافر أم لا؟

١- ٦ . المكاسب ٥٨٦/٣.

٢- ١ . المكاسب ٥٨٦/٣.

قال السيّد العاملى قدس سره : «مقتضى العبارة [فى متاجر القواعد(١)] فى الاستئجار المنع مطلقا سواء كانت فى الذمّة أو على عين كما هو خيرة «الإيضاح(٢) والدروس(٣)» وهو قضية إطلاق عبارة إجارة الكتاب(٤) و «جامع المقاصد(٥)». وفى «حواشى الكتاب» للشهيد(٦) و «جامع

المقاصد(٧) والمسالک(٨) والروضة(٩)» أنّها إن کانت علی عمل فی الذمّة یجوز لانتفاء السبیل، وإن کانت علی العین لم یجز، وقد اتفق کلامه فی «التذکرة(١٠) والتحریر(١١) ونهایة الإحکام(١٢)» فیما إذا کانت علی عمل فی الذمّة فجوّزه فیها، واستشکل فی «التحریر» فیما إذا کانت علی عین، وظاهره فی «التذکرة» الجواز فی ذلک،

وقرّبه فی «نهایة الإحکام» ثمّ احتمل البطلان، وقال فیها(١٣) وفی «التذکرة(١٤)»: وعلی

١- ٢ . قواعد الأحکام: فی المتاجر ١٧/٢.

٢- ٣ . إیضاح الفوائد: فی شروط المتعاقدین ٤١٣/١.

٣- ٤ . الدروس الشرعیة: فی شرائط المتعاقدین ١٩٩/٣.

٤- ٥ . قواعد الأحکام: فی الإجارة ٢٨٦/٢.

٥- ٦ . جامع المقاصد: فی الإجارة ١٢٢/٧.

٦- ٧ . لم نعثر علیه فی حواشی الشهید الموجودة لدینا.

٧- ٨ . جامع المقاصد: فی شروط المتعاقدین ٦٣/٤.

٨- ٩ . مسالک الأفهام: فی شروط المتعاقدین ١٦٧/٣.

٩- ١٠ . الروضة البهیة: فی عقد البیع ٢٤٥/٣.

١٠- ١١ . تذکرة الفقهاء: فی شروط المتعاقدین ٢١/١٠.

١١- ١٢ . تحریر الأحکام، فی عقد البیع ٢٧٩/٢.

١٢- ١٣ . نهایة الإحکام: فی شروط العاقد ٤٥٧/٢.

١٣- ١ . نهایة الإحکام: فی شروط العاقد ٤٥٨/٢.

١٤- ٢ . ظاهر العبارة أنّ الوجهين ممّا احتملهما العلاّمة نفسه فى التذكرة، ولكنّ الّذى فيها هو نسبتهما إلى الشافعى، قال رحمه الله : فإن قلنا بالصحّة فهل يؤمر بأن يؤجر من مسلم؟ للشافعى وجهان، انتهى. راجع التذكرة: ٢١/١٠.

احتمال الصحّة فهل يؤمر بإجارته من مسلم؟ قال فى «التذكرة» فيه(١) وجهان، وقرّب العدم فى «نهاية الإحكام».

وفى «الخلاف(٢)» نفى الخلاف - وظاهره بين المسلمين - عن صحّة استئجار الكافر للمسلم على عملٍ موصوف فى الذمّة، وظاهره الإجماع منّا على ما إذا كان على عين، قال: إذا استأجر كافر مسلما لعمل فى الذمّة صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّة من الزمان شهرا أو سنةً ليعمل عملاً صحّ أيضا عندنا.

ويؤيّده ما ورد فى الأخبار(٣) من أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام كان يؤجر نفسه الشريفة من اليهود ليسقى لهم النخل كلّ دلو بتمرة، وكفاك ما ورد من الأخبار(٤) فى قصّة نزول سورة هل أتى الدالّة على غزل فاطمة عليهاالسلام الصوف لليهود بأصواع من الشعير، وحمله ذلک على ما إذا كانت فى الذمّة كما فى «جامع المقاصد(٥)» فى الخبر الأوّل بعيد جدّا إلاّ أن يحمل ذلک على المعاطاة، لأنّه لا لزوم.

وظاهر العبارات أنّه لا فرق فى المسلم بين الحرّ والعبد لمكان الإطلاق كما هو صريح «التذكرة(٦) ونهاية الإحكام(٧)» فيما إذا كانت على عين. وفى «الدروس(٨)» بعد أن منع إجارة العبد المسلم للكافر مطلقا قال: وجوّزها الفاضل، والظاهر أنّه أراد إجارة الحرّ المسلم، ويلوح منه الفرق بين إجارة الحرّ والعبد، فليتأمّل»(٩).

١- ٣ . كذا فى المطبوعة من المفتاح ولكن فى تذكرة الفقهاء ٢١/١٠: «للشافعى وجهان».
٢- ٤ . الخلاف: فى البيع ١٩٠/٣، مسألة ٣١٩.
٣- ٥ . بحارالأنوار: ٣٠٦/٣٨، ح٦، و ٣٩/٤١، ح١٧.
٤- ٦ . أمالى الصدوق: المجلس الرابع والأربعون، ح١٣، /٣٢٩، رقم ٣٩٠.
٥- ٧ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٦٣/٤.
٦- ٨ . تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ٢١/١٠.
٧- ٩ . نهاية الإحكام: فى شروط العاقد ٤٥٧/٢.
٨- ١٠ . الدروس الشرعية: فى شرائط المتعاقدين ١٩٩/٣.
٩- ١١ . مفتاح الكرامة ٥٧٢/١٢ و ٥٧٣.

أقول: يظهر من المتتبع الفقيه العاملى أنّ الأقوال فى المسألة أربعة:

أ: الجواز مطلقا كما مرّ من الخلاف والتذكرة، وهو مقرّب نهاية الإحكام.

ب: الجواز مع وقوع الإجارة على الذّمة دون العين كما مرّ من الشهيدين والمحقّق الثانى فى متاجر جامع المقاصد.

ج: الجواز إذا كان الأجير حرّا دون العبد كما يلوح من الشهيد فى الدروس.

د: المنع مطلقا كما مرّ من القواعد والإيضاح والدروس وإجارة جامع المقاصد.

أظهرها عند الشيخ الأعظم الثانى (ب) وقال ما نصه: «أظهرها الثانى، فإنّه كالدين ليس ذلک سبيلاً، فيجوز.

ولا فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة وحواشى الشهيد وجامع المقاصد، بل ظاهر المحكىّ عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيثث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلما لعمل فى الذمّة صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل عملاً صحّ أيضا عندنا، انتهى.

وادّعى فى الإيضاح: أنّه لم ينقل من الأُمّة فرق بين الدين وبين الثابت فى الذمّة بالاستئجار.

خلافا للقواعد وظاهر الايضاح، فالمنع مطلقا؛ لكونه سبيلاً.

وظاهر الدروس: التفصيل بين العبد والحرّ، فيجوز فى الثانى دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم الكافر مطلقا، قال: «وجوّزها الفاضل، والظاهر أنّه أراد إجارة الحرّ المسلم»(١)، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل فى التذكرة: جواز إجارة العبد المسلم مطلقا ولو كانت على العين.

نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذى مَلَكَ منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه ولا على منفعته، خصوصا لو قلنا بأنّ إِجارة الحرّ

١- ١ . الدروس ١٩٩/٣.

تمليک الانتفاع لا المنفعة، فتأمّل»(١).

أقول: ولكن أظهرها عندى الأوّل (أ) وهو الجواز مطلقا لعدم تمامية التفصيل بين العبد والحرّ، والعين والذمّة، وقد مرّت صحة بيع العبد المسلم من الكافر فلا بأس بإجارته وإجارة الحرّ له لعدم صدق السبيل واللّه العالم.

٢- رهن العبد المسلم عند الكافر

هل يجوز جعل العبد المسلم عند الكافر وثيقة للدين أم لا؟

قال الفقيه المتتبع السيّد العاملى: «وأمّا الارتهان فظاهر العبارة [فى متاجر القواعد] أيضا المنع مطلقا كما هو خيرة «الإيضاح(٢) والتذكرة(٣)» فى كتاب الرهن و «المختلف(٤)» فيه، وظاهر «نهاية

الإحكام(٥)» الجواز مطلقا. وفى «التذكرة(٦)» فيه وجهان للشافعى. وفى «الكتاب(٧)» فى كتاب الرهن و «الدروس(٨) والإيضاح(٩)» فيه و «جامع المقاصد(١٠) والمسالک(١١)» أنّه يجوز إذا لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعاه عند مسلم، لأنّ استحقاق أخذ العين لا يعدّ سبيلاً. وهو خيرة «المبسوط(١٢)». وقال الشهيد فى

١- ٢) المكاسب ٥٨٧/٣ و ٥٨٨.

٢- ١ . إيضاح الفوائد: فى شروط المتعاقدين ٤١٣/١.

٣- ٢ . تذكرة الفقهاء: فى الرهن ١٤٦/١٣.

٤- ٣ . مختلف الشيعة: فى الرهن ٤٢٢/٥.

٥- ٤ . نهاية الإحكام: فى شروط العاقد ٤٥٨/٢.

٦- ٥ . تذكرة الفقهاء: فى الرهن ١٤٦/١٣.

٧- ٦ . قواعد الأحكام: فى الرهن ١١٠/٢.

٨- ٧ . الدروس الشرعية: فى الرهن ٣٩٠/٣.

٩- ٨ . إيضاح الفوائد: فى الرهن ١١/٢.

١٠- ٩ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٦٣/٤.

١١- ١٠ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

١٢- ١١ . المبسوط: فى الرهن ٢٣٢/٢.

«حواشيه(١)»: المراد بالارتهان المصاحب للدوام والقبض، قلت: هو أحد وجهى الشافعى(٢)، ولم يرجّح شيئا فى «التحرير(٣)»»(٤).

أقول: يظهر من كلامه قدس سره أنّ الأقوال فى الإرتهان أربعة:

أ: الجواز مطلقا وهو ظاهر العلاّمة فى نهاية الإحكام.

ب: التردد وهو ظاهر العلاّمة فى متاجر التذكرة ورهن التحرير.

ج: التفصيل بين صورة عدم وضع العبد تحت يد الكافر فيجوز - كما إذا وضعاه عند مسلم - ، وصورة وضعه تحت يد الكافر فلا يجوز. وهو مختار كتاب الرهن فى كتب:

المبسوط والقواعد والإيضاح والدروس ومتاجر جامع المقاصد والمسالک.

د: المنع مطلقا وهو مختار العلاّمة فى متاجر القواعد ورهن التذكرة وولده فى متاجر الإيضاح.

قال الشيخ الأعظم: «أقواها الثالث [ج، التفصيل] لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقّه من ثمنه»(٥).

أقول: المختار هو القول الأوّل أى الجواز مطلقا، لأنّ جعل العبد المسلم عند الكافر وهو ممنوع من التصرف فيه - لأنّ المرتهن ممنوع من التصرف - لا يُعدّ سبيلاً لعدم وجود سلطنته على العبد المسلم حينئذ وصرف القبض ومصاحبته دائما لا يُعد سبيلاً.

فيظهر ممّا ذكرنا أنَّهُ ليس للراهن أن يصدر إجازة تصرف الكافر المرتهن فيه، لأنّها تعدّى إلى سلطنة الكافر عليه المنفية بقاعدة نفى السبيل واللّه العالم.

٣- إعارة العبد المسلم إلى الكافر والإيداع عنده

هل يجوز أن يعير المسلم عبده المسلم إلى الكافر بحيث يستفيد الكافر فى معاشه

١- ١٢ . لم نعثر عليه فى حواشى الشهيد الموجودة لدينا.

٢- ١٣ . المجموع ٣٥٩/٩.

٣- ١٤ . تحرير الأحكام، فى الرهن ٤٧٣/٢.

٤- ١٥ . مفتاح الكرامة ٥٧٤/١٢.

٥- ١ . المكاسب ٥٨٩/٣.

وحياته من العبد المسلم؟ وهل يجوز ايداع العبد المسلم عند الكافر أم لا؟

قال السيّد العاملى فى ذيل قول العلاّمة فى متاجر القواعد: «الأقرب جواز الإيداع له والإعارة عنده»(١): «وفى نهاية الإحكام(٢) والتذكرة(٣)» تجوز إعارته وإبداعه، إذ ليس ملك رقبة ولا منفعة ولا حقّ لازم، ونحو ذلك ما فى «الإيضاح(٤)». وفى «حواشى الشهيد(٥)» الإعارة والإيداع أقوى منعا يعنى من الارتهان، فليتأمّل. وفى عارية «الكتاب [القواعد(٦)]» تحرم إعارة العبد المسلم من الكافر. وفى «المسالك(٧)» فى إيداعه له وجهان أجودهما الصحّة، وفى إعارته له قولان أجودهما المنع. وفى «جامع المقاصد» لو ان المسلم جاريةً أو صبيّا فالّذى ينبغى عدم جواز إيداعه إيّاه بالاستقلال إذ لا يؤمن

عليه»(٨).

أقول: يظهر من كلامه قدس سره الأقوال فى المسألتين:

أ: الجواز فيهما وهو مختار العلاّمة فى متاجر القواعد والتذكرة ونهاية الإحكام.

ب: حرمة الإعارة، وهو اختيار العلاّمة فى عارية القواعد.

ج: جواز الإيداع وحرمة الإعارة وهو الظاهر من ثانى المحقّقين والشهيدين فى جامع المقاصد والمسالك. وفى الأوّل ذهب إلى عدم جواز إيداع الجارية والصبى إلى الكافر.

١- ٢ . القواعد ١٧/٢.

٢- ٣ . نهاية الإحكام: فى شروط المتعاقدين ٤٥٨/٢.

٣- ٤ . تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ٢٢/١٠.

٤- ٥ . صريح عبارة الإيضاح الحكم بعدم الجواز مطلقا قال فيه: والأقوى عندى عدم الجواز فى المسألتين، راجع إيضاح الفوائد: فى شروط المتعاقدين ٤١٤/١.

٥- ٦ . لم نعثر عليه فى حواشى الشهيد الموجودة لدينا.

٦- ٧ . قواعد الأحكام: فى العارية ١٩٣/٢.

٧- ٨ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

٨- ١ . مفتاح الكرامة ٥٧٧/١٢.

د: المنع فيهما وهو مختار الفخر فى الإيضاح والشهيد فى حواشيه.

والشيخ الأعظم(١) استحسن الحرمة فى العارية وتنظّر فيها فى الوديعة، لوجود السبيل والعلو فى الاعارة وعدمهما فى الوديعة. فهو مع القول الثالث [ج] ونحن مع القول الأوّل [أ] وهو الجواز فيهما لعدم صدق السبيل والعلو فيهما كما مرّ فى بحث تمليک منافع المسلم للكافر. واللّه العالم.

٤- وقف الكافر عبدَه المسلم على أهل الكفر

اشارة

هل يجوز هذا الوقف أم لا؟

قال الشيخ الأعظم: «وممّا ذكرنا يظهر عدم صحة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملّته»(٢).

أقول: لأنّ هذا الوقف سبيل وعلو تنفيهما الشريعة المقدسة، وكذلک تظهر صحة وقفه على أهل ملّة الإسلام. واللّه العالم.

المراد مِنْ الكافر

مَنْ هو المراد مِنَ الكافر فى ألسنتهم هنا؟

الكافر هنا يقابل المسلم فلابدّ من التعريف بالإسلام والمسلم حتّى يظهر مقابلهما الكفر والكافر.

ما هو الإسلام؟

الإسلام هو الإقرار بالشهادتين، الشهادة على التوحيد والشهادة على الرسالة،

يدخل فيه جميعُ الفِرَقِ مِنْ العامة والخاصة بطوائفهما ومختلف مذاهبهما.

فمن أقرّ بهما فهو مسلم يحقن به الدم والمال وتجرى عليه المناكح والمواريث والطهارة وحلية ذبيحته.

وممّا ذكرنا يَظْهَرُ دخول جميع طوائف أهل الخلاف من العامة العمياء وغيرهم من

١- ٢ . المكاسب ٥٨٩/٣.

٢- ٣ . المكاسب ٥٩٠/٣.

الْمُعْتَقِدِيْنَ بالمذاهب الفاسدة فيه ما دام لم ينكروا ضروريا من ضروريات الإسلام أو مع عدم الالتزام بلوازم الإنكار.

وفى مقابله الكفر وهو إنكار إحدى الشهادتين من التوحيد والرسالة، على سبيل منع الخلو، فمن أنكر وحدة اللّه تعالى أو أنكر نبوة خاتم الأنبياء والمرسلين نبيّنا محمّد صلى الله عليه و آله فهو كافر،

ولو كان كتابيّا من اليهود والنصارى والمجوس، وإن كان للكتابيين أحكام يختصون بها من سائر الكفار نحو، الجزية وجواز نكاح نسائهم موقتا، ودائما - على قولٍ - وطهارتهم - على قول - .

يلحق بالكفار، الخوارج - القديم، والحديث وهم التكفيريون والانتحاريون والإرهابيون والدواعش - والنواصب والغلاة من المنتحلين لِلشَّرِيْعَةِ الإسلامية، وكذا المرتدون عنها.

ويلحق بهم الصوفية(١) بشرطين: ١- انكار ضرورى من ضروريات الديانة الإسلامية بشروطها. ٢- وتحليل المحرّمات الضرورية من الشريعة المقدسة وهذان الشرطان لا يختصان بالصوفية وكل من يفعلهما خرج من رقبة الإسلام.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ تمامية مقالة الشيخ الأعظم مِنْ أنّ المراد بالكافر «كلّ مَنْ حكم بنجاسته...»(٢). مبنيةٍ على القول المشهور من نجاسة أهل الكتاب.

الفرق بين الإسلام والإيمان

الإيمان يطلق على مَعْنَيَيْنِ:

١- العقد القلبى على الشهادتين اللتين يقرّ بهما على لسانه والاعتقاد بهما والعمل على طبقهما والالتزام العملى بلوازمهما ويدلّ عليه قوله تعالى: «قالَتِ الأَعْرابُ آمَنّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنا وَلَمّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِى قُلُوبِكُمْ وَإِنْ تُطِيعُوا اللّهَ وَرَسُولَهُ لا

يَلِتْكُمْ مِنْ أَعْمالِكُمْ شَيْئا إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللّهِ وَرَسُولِهِ

١- ١ . كما يظهر من جدى العلاّمة التقى صاحب هداية المسترشدين فى كتاب فتواه المطبوع المسمى ب- «رساله صلاتيه» /١٥٠.

٢- ٢ . المكاسب ٣/٥٩٠.

ثُمَّ لَمْ يَرْتابُوا وَجاهَدُوا بِأَمْوالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِى سَبِيلِ اللّهِ أُولئِکَ هُمُ الصّادِقُونَ»(١).

فالإيمان بعد الإسلام وفضل الإيمان على الإسلام ظاهر ويلزم السبق إلى الإيمان وأنّه مبثوث على الجوارح والأعضاء من البدن وله درجات ودعائم وأقسام وحقيقة والثواب عليه وتنقضه أُمور وتثبته أُمور أُخر، يدلّ على كلُّها الروايات الواردة(٢) حول الإيمان أذكر لک بعض من صحاحها:

منها: موثقة سَمَاعَةَ قَالَ: قُلْتُ لِاءَبِى عَبْدِاللّه ِعليه السلام : أَخْبِرْنِى عَنِ الْاءِسْلاَمِ وَالْاءِيمَانِ أَهُمَا مُخْتَلِفَانِ؟

فَقَالَ: إنَّ الْاءِيْمَانَ يُشَارِکُ الْاءِسْلاَمَ، وَالْاءِسْلاَمَ لاَ يُشَارِکُ الْاءِيْمَانَ.

فَقُلْتُ: فَصِفْصُمَا لِى.

فَقَالَ: الْاءِسْلاَمُ شَهَادَةُ أَنْ لاَ إِلهَ إَلاَّ اللّه، وَالتَّصْدِيقُ بِرَسُولِ اللّه ِصلى الله عليه و آله ، بِهِ حُقِنَتِ الدِّمَاءُ، وَعَلَيْهِ جَرَتِ الْمَنَاکِحُ وَالْمَوَارِيثُ، وَعَلى ظَاهِرِهِ جَمَاعَةُ النَّاسِ، وَالْاءِيمَانُ الْهُدى وَمَا يَثْبُتُ فِى الْقُلُوبِ مِنْ صِفَةِ الْاءِسْلاَمِ وَمَا ظَهَرَ مِنَ الْعَمَلِ بِهِ، وَالْاءِيمَانُ أَرْفَعُ مِنَ الْاءِسْلاَمِ بِدَرَجَةٍ؛ إِنَّ الْاءِيمَانَ يُشَارِکُ الْاءِسْلاَمَ فِى الظَّاهِرِ، وَالْاءِسْلاَمَ لاَ يُشَارِکُ الْاءِيمَانَ فِى الْبَاطِنِ، وَإِنِ اجْتَمَعَا فِى الْقَوْلِ وَالصِّفَةِ.(٣)

ومنها: معتبرة حمران بن أعْيَنَ عن أبيجعفر عليه السلام ، قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: الْاءِيمَانُ مَا اسْتَقَرَّ فِى الْقَلْبِ، وَأَفْضى بِهِ إِلَى اللّه ِ- عَزَّ وَجَلَّ - ، وَصَدَّقَهُ الْعَمَلُ بِالطَّاعَةِ لِلّهِ وَالتَّسْلِيمِ لِاءَمْرِهِ؛ وَالْاءِسْلاَمُ مَا ظَهَرَ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ، وَهُوَ الَّذى عَلَيْهِ جَمَاعَةُ النَّاسِ مِنَ الْفِرَقِ كُلِّهَا، وَبِهِ حُقِنَتِ الدِّمَاءُ، وَعَلَيْهِ جَرَتِ الْمَوَارِيثُ، وَجَازَ النِّكَاحُ، وَاجْتَمَعُوا عَلَى الصَّلاَةِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ، فَخَرَجُوا بِذلِکَ مِنَ الْكُفْرِ، وَأُضِيفُوا إِلَى الْاءِيمَانِ، وَالْاءِسْلاَمُ لاَ يَشْرَکُ الْاءِيمَانَ، وَالْاءِيمَانُ يَشْرَکُ الْاءِسْلاَمَ، وَهُمَا فِى الْقَوْلِ

وَالْفِعْلِ يَجْتَمِعَانِ، كَمَا صَارَتِ الْكَعْبَةُ فِى الْمَسْجِدِ وَالْمَسْجِدُ لَيْسَ فِى الْكَعْبَةِ، وَكَذلِکَ الاْءِيمَانُ يَشْرَکُ الاْءِسْلاَمُ، والإسلام لاَ يَشْرَکُ

١- ١ . سورة الحجرات /١٤ و ١٥.

٢- ٢ . لأجل العثور عليها راجع كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١/(٤٩٢/٥٠٩).

٣- ٣ . الكافى ٧٢/٣، ح١ (٢٥/٢).

الاْءِيمَانَ؛ وَقَدْ قال اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - : «قالَتِ الاْءَعْرابُ آمَنّا قُلْ لَمْ تُوءْمِنُوا وَلكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنا وَلَمّا يَدْخُلِ الاْءِيمانُ فِى قُلُوبِكُمْ»(١) فَقَوْلُ اللّه ِ- عَزَّ وَجَلَّ - أَصْدَقُ الْقَوْلِ.

قُلْتُ: فَهَلْ لِلْمُؤْمِنِ فَضْلٌ عَلَى الْمُسْلِمِ فِى شَىْءٍ مِنَ الْفَضَائِلِ وَالاْءَحْكَامِ وَالْحُدُودِ وَغَيْرِ ذلِکَ؟

فَقَالَ: لاَ، هُمَا يَجْرِيَانِ فِى ذلِکَ مَجْرى وَاحِدٍ، وَلكِنْ لِلْمُؤْمِنِ فَضْلٌ عَلَى الْمُسْلِمِ فِى أعمالها وما يَتَقَرَّبانِ بِهِ إلى اللّه - عزّ وجلّ - .

قلت: أَ لَيْسَ اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - يَقُولُ «مَنْ جاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثالِها»(٢) وَزَعَمْتَ أَنَّهُمْ مُجْتَمِعُونَ عَلَى الصَّلاَةِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ مَعَ الْمُؤْمِنِ؟

قَالَ: أَ لَيْسَ قَدْ قَالَ اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - : «فَيُضاعِفَهُ لَهُ أَضْعافا كَثِيرَةً»(٣)؟ فَالْمُؤْمِنُونَ هُمُ الَّذِينَ يُضَاعِفُ اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - لَهُمْ حَسَنَاتِهِمْ: لِكُلِّ حَسَنَةٍ سبعين ضِعْفا، فَهذَا فَضْلُ الْمُؤْمِنِ، وَيَزِيدُهُ اللّه ُفِى حَسَنَاتِهِ عَلى قَدْرِ صِحَّةِ إِيمَانِهِ أَضْعَافا كَثِيرَةً، وَيَفْعَلُ اللّه ُبِالْمُؤْمِنِينَ مَا يَشَاءُ مِنَ الْخَيْرِ.

قُلْتُ: أَ رَأَيْتَ مَنْ دَخَلَ فِى الاْءِسْلاَمِ أَ لَيْسَ هُوَ دَاخِلاً فِى الاْءِيمَانِ؟

فَقَالَ: لاَ، وَلكِنَّهُ قَدْ أُضِيفَ إِلَى الاْءِيمَانِ، وَخَرَجَ مِنَ الْكُفْرِ وَسَأَضْرِبُ لَکَ مَثَلاً تَعْقَلُ بِهِ فَضْلَ الاْءِيمَانِ عَلَى الاْءِسْلاَمِ: أَ رَأَيْتَ لَوْ أَبْصَرْتَ رَجُلاً فِى الْمَسْجِدِ، أَ كُنْتَ تَشْهَدُ أَنَّکَ رَأَيْتَهُ فِى الْكَعْبَةِ؟ قُلْتُ: لاَ يَجُوزُ لِى ذلِکَ.

قَالَ: فَلَوْ أَبْصَرْتَ رَجُلاً فِى الْكَعْبَةِ، أَكُنْتَ شَاهِدا أَنَّهُ قَدْ دَخَلَ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ؟ قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: وَكَيْفَ ذلِکَ؟! قُلْتُ: إِنَّهُ لاَ يَصِلُ إِلى دُخُولِ الْكَعْبَةِ حَتّى يَدْخُلَ الْمَسْجِدَ، فَقَالَ: قَدْ أَصَبْتَ وَأَحْسَنْتَ ثُمَّ قَالَ: كَذلِکَ الاْءِيمَانُ وَالاْءِسْلاَمُ.(٤)

ومنها: صحيحة أَبِيالصَّبَّاحِ الْكِنَانِىِّ عَنْ أَبِيجَعْفَرٍ عليه السلام ، قَالَ: قِيلَ

١- ٤ . سورة الحجرات /١٤.

٢- ١ . سورة الأنعام /١٦٠.

٣- ٢ . سورة البقرة /٢٤٥.

٤- ٣ . الكافى ٧٤/٣، ح٥ (٢٦/٢).

لاِءَمِيرِالْمُؤْمِنِينَ عليه السلام : مَنْ شَهِدَ أَنْ لاَ إِلهَ إِلاَّ اللّه، وَأَنَّ مُحَمَّدا رَسُولُ اللّه ِصلى الله عليه و آله ، كَانَ مُؤْمِنا؟ قَالَ: فَأَيْنَ فَرَئِضُ اللّه ِ؟

قَالَ: وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: كَانَ عَلِىٌّ عليه السلام يَقُولُ: لَوْ كَانَ الاْءِيمَانُ كَلاَما، لَمْ يَنْزِلْ فِيهِ صَوْمٌ وَلاَ صَلاَةٌ وَلاَ حَلاَلٌ وَلاَ حَرَامٌ.

قَالَ: وَقُلْتُ لاِءَبِى جَعْفَرٍ عليه السلام : إِنَّ عِنْدَنَا قَوْما يَقُولُونَ: إِذَا شَهِدَ أَنْ لاَ إِلهَ إِلاَّ اللّه، وَأَنَّ

مُحَمَّدا رَسُولُ اللّه ِصلى الله عليه و آله ، فَهُوَ مُؤْمِنٌ.

قَالَ: فَلِمَ يُضْرَبُونَ الْحُدُودَ؟ وَلِمَ تُقْطَعُ أَيْدِيهِمْ؟ وَمَا خَلَقَ اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - خَلْقا أَكْرَمَ عَلَى اللّه ِ- عَزَّ وَجَلَّ - مِنَ الْمُؤْمِنِ؛ لِاءَنَّ الْمَلاَئِكَةَ خُدَّامُ الْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَّ جِوَارَ اللّه ِ لِلْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَّ الْجَنَّةَ لِلْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَّ الْحُورَ الْعِينَ لِلْمُؤْمِنِينَ. ثُمَّ قَالَ: فَمَا بَالُ مَنْ جَحَدَ الْفَرَائِضَ كَانَ كَافِرا؟.(١)

ومنها: صحيحة جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَاعَبْدِاللّه ِعليه السلام عَنِ الاْءِيمَانِ، فَقَالَ: شَهَادَةُ أَنْ لاَ إِلهَ إِلاَّ اللّه ُ، وَأَنَّ مُحَمَّدا رَسُولُ اللّه ِ.

قَالَ: قُلْتُ: أَ لَيْسَ هذَا عَمَلٌ؟ قَالَ: بَلى. قُلْتُ: فَالْعَمَلُ مِنَ الاْءِيمَانِ؟ قَالَ: لاَ يَثْبُتُ لَهُ الاْءِيمَانُ إِلاَّ بِالْعَمَلِ، وَالْعَمَلُ مِنْهُ.(٢)

ومنها: معتبرة السكونى عَنْ أَبِى عَبْدِاللّه ِ، عَنْ أَبِيهِ عليهماالسلام ، قَالَ: «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ - صَلَوَاتُ اللّه ِ عَلَيْهِ -: الاْءِيمَانُ لَهُ أَرْكَانٌ أَرْبَعَةٌ: التَّوَكُّلُ عَلَى اللّه ِ، وَتَفْوِيضُ الاْءَمْرِ إِلى اللّه ِ، وَالرِّضَا بِقَضَاءِ اللّه ِ، وَالتَّسْلِيمُ لِاءَمْرِ اللّه ِ- عَزَّ وَجَلَّ -».(٣)

٢- وقد يطلق على الإقرار بولاية وصى رسول اللّه وخليفته، مولاى ومولى الكونين أبيالحسنين أميرالمؤمنين على بن أبيطالب عليه السلام وأُولاده الاْءحَدَ عَشَرَ المعصومين عليهم السلام وتدلّ عليه عدّة من الروايات(٤) أذكر لک بَعْضا من صحاحها:

١- ١ . الكافى ٨٩/٣، ح٢ (٣٣/٢).

٢- ٢ . الكافى ١٠٢/٣، ح٦ (٣٨/٢).

٣- ٣ . الكافى ١٢١/٣، ح٢ (٤٧/٢).

٤- ٤ . لأجل العثور على بعض منها راجع كتابى موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢٣٧-٢٢٦)/١٢).

منها: صحيحة زُرَارَةَ عَنْ أَبِيجَعْفَرٍ عليه السلام ، قَالَ: بُنِيَ الْاِسْلاَمُ عَلى خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: عَلَى الصَّلاَةِ، وَالزَّكَاةِ، وَالْحَجِّ، وَالصَّوْمِ، وَالْوَلاَيَةِ.

قَالَ زُرَارَةُ: فَقُلْتُ: وَأَيُّ شَيْءٍ مِنْ ذلِکَ أَفْضَلُ؟

فَقَالَ: الْوَلاَيَةُ أَفْضَلُ؛ لِاءَنَّهَا مِفْتَاحُهُنَّ، وَالْوَالِى هُوَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِنَّ.

قُلْتُ: ثُمَّ الَّذِى يَلِى ذلِکَ فِى الْفَضْلِ؟

فَقَالَ: الصَّلاَةُ؛ إِنَّ رَسُولَ اللّه ـ صلى الله عليه و آله قَالَ: الصَّلاَةُ عَمُودُ دِينِكُمْ.

قَالَ: قُلْتُ: ثُمَّ الَّذِى يَلِيهَا فِى الْفَضْلِ؟

قَالَ: الزَّكَاةُ؛ لِاءَنَّهُ قَرَنَها بِهَا، وَبَدَأَ بِالصَّلاَةِ قَبْلَهَا، وَقَالَ رَسُولُ اللّه ـ صلى الله عليه و آله : الزَّكَاةُ تُذْهِبُ الذُّنُوبَ.

قُلْتُ: وَالَّذِى يَلِيهَا فِى الْفَضْلِ؟

قَالَ: الْحَجُّ؛ قَالَ اللّه ـ عَزَّ وَجَلَّ - : «وَلِلّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعالَمِينَ»(١)؛ وَقَالَ رَسُولُ اللّه ـ صلى الله عليه و آله : لَحَجَّةٌ مَقْبُولَةٌ خَيْرٌ مِنْ عِشْرِينَ صَلاَةً نَافِلَةً، وَمَنْ طَافَ بِهذَا الْبَيْتِ طَوَافا أَحْصى فِيهِ أُسْبُوعَهُ وَأَحْسَنَ رَكْعَتَيْهِ، غَفَرَ اللّه ـ لَهُ؛ وَقَالَ فِى عَرَفَةَ وَيَوْمِ الْمُزْدَلِفَةِ مَا قَالَ.

قُلْتُ: فَمَاذَا يَتْبَعُهُ؟ قَالَ: الصَّوْمُ.

قُلْتُ: وَمَا بَالُ الصَّوْمِ صَارَ آخِرَ ذلِکَ أَجْمَعَ؟

قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللّه ـ صلى الله عليه و آله : الصَّوْمُ جُنَّةٌ مِنَ النَّارِ.

قَالَ: ثُمَّ قَالَ: إِنَّ أَفْضَلَ الأَشْيَاءِ مَا إِذَا فَاتَکَ لَمْ تَکُنْ مِنْهُ تَوْبَةٌ دُونَ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ فَتُؤَدِّيَهُ بِعَيْنِهِ، إِنَّ الصَّلاَةَ وَالزَّکَاةَ وَالْحَجَّ وَالْوَلاَيَةَ لَيْسَ يَنْفَعُ شَيْءٌ مَکَانَهَا دُونَ أَدَائِهَا، وَإِنَّ الصَّوْمَ إِذَا فَاتَکَ أَوْ قَصَّرْتَ أَوْ سَافَرْتَ فِيهِ، أَدَّيْتَ مَکَانَهُ أَيَّاما غَيْرَهَا، وَجَزَيْتَ ذلِکَ الذَّنْبَ بِصَدَقَةٍ، وَلاَ قَضَاءَ عَلَيْکَ، وَلَيْسَ مِنْ تِلْکَ الأَرْبَعَةِ شَيْءٌ يُجْزِيکَ مَکَانَهُ غَيْرُهُ.

ص:٤٣١

١- ١ . سورة آل عمران /٩٧.

قَالَ: ثُمَّ قَالَ: ذِرْوَةُ الأَمْرِ وَسَنَامُهُ وَمِفْتَاحُهُ وَبَابُ الأَشْيَاءِ وَرِضَا الرَّحْمنِ الطَّاعَةُ لِلإِمَامِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ، إِنَّ اللّه - عَزَّ وَجَلَّ - يَقُولُ: «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطاعَ اللّهَ وَمَنْ تَوَلّى فَما أَرْسَلْناکَ عَلَيْهِمْ حَفِيظا»(١) أَمَا لَوْ أَنَّ رَجُلاً قَامَ لَيْلَهُ وَصَامَ نَهَارَهُ وَتَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَحَجَّ جَمِيعَ دَهْرِهِ وَلَمْ يَعْرِفْ وَلاَيَةَ وَلِيِّ اللّه فَيُوَالِيَهُ وَيَکُونَ جَمِيعُ أَعْمَالِهِ بِدَلاَلَتِهِ إِلَيْهِ، مَا کَانَ لَهُ عَلَى اللّه حَقٌّ فِي ثَوَابِهِ، وَلاَ کَانَ مِنْ أَهْلِ الإِيمَانِ. ثُمَّ قَالَ: أُولئِکَ الْمُحْسِنُ مِنْهُمْ يُدْخِلُهُ اللّه الْجَنَّةَ بِفَضْلِ رَحْمَتِهِ.(٢)

ومنها: صحيحة عَجْلاَنَ أَبِيصَالِحٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِاللّه عليه السلام : أَوْقِفْنِي عَلى حُدُودِ الإِيمَانِ.

فَقَالَ: شَهَادَةُ أَنْ لاَ إِلهَ إِلاَّ اللّه، وَأَنَّ مُحَمَّدا رَسُولُ اللّه، وَالإِقْرَارُ بِمَا جَاءَ بِهِ مِنْ عِنْدِ اللّه، وَصَلاَةُ الْخَمْسِ، وَأَدَاءُ الزَّکَاةِ، وَصَوْمُ شَهْرِ رَمَضَانَ، وَحِجُّ الْبَيْتِ، وَوَلاَيَةُ وَلِيِّنَا،

وَعَدَاوَةُ عَدُوِّنَا، وَالدُّخُولُ مَعَ الصَّادِقِينَ.(٣)

ومنها: صحيحة الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ: عَنْ أَبِيجَعْفَرٍ عليه السلام ، قَالَ: بُنِيَ الإِسْلاَمُ عَلى خَمْسٍ: عَلَى الصَّلاَةِ، وَالزَّکَاةِ، وَالْحَجِّ، وَالصَّوْمِ، وَالْوَلاَيَةِ؛ وَلَمْ يُنَادَ بِشَيْءٍ کَمَا نُودِيَ بِالْوَلاَيَةِ، فَأَخَذَ النَّاسُ بِأَرْبَعٍ وَتَرَکُوا هذِهِ يَعْنِي الْوِلاَيَةَ.(٤)

ومنها: صحيحة عِيسَى بْنِ السَّرِيِّ أَبِيالْيَسَعِ، قَالَ: قُلْتُ لِاءَبِى عَبْدِاللّه ِعليه السلام : أَخْبِرْنِى بِدَعَائِمِ الْاءِسْلاَمِ، الَّتِى لاَ يَسَعُ أَحَدا التَّقْصِيرُ عَنْ مَعْرَفَةِ شَىْءٍ مِنْهَا، الَّتِى مَنْ قَصَّرَ عَنْ مَعْرَفَةِ شَىْءٍ مِنْهَا فَسَدَ دِينُهُ وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ عَمَلُهُ، وَمَنْ عَرَفَهَا وَعَمِلَ بِهَا صَلَحَ لَهُ دِينُهُ وَقُبِلَ مِنْهُ عَمَلُهُ، وَلَمْ يَضِقْ بِهِ مِمَّا هُوَ فِيهِ لِجَهْلِ شَىْءٍ مِنَ الْاءُمُورِ جَهِلَهُ؟

فَقَالَ: شَهَادَةُ أَنْ لاَ إِلهَ إِلاَّ اللّه ُ وَالْاءِيمَانُ بِأَنَّ مُحَمَّدا رَسُولُ اللّه ِصلى الله عليه و آله ، وَالْاءِقْرَارُ بِمَا جَاءَ بِهِ مِنْ عِنْدِ اللّه ِ، وَحَقٌّ فِى الْاءَمْوَالِ الزَّكَاةُ، وَالْوَلاَيَةُ الَّتِى أَمَرَ اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - بِهَا وَلاَيَةُ آلِ

١- ٢ . سورة النساء /٨٠.

٢- ٣ . الكافى ٥٤/٣، ح٥ (١٨/٢).

٣- ١ . الكافى ٥٢/٣، ح٢ (١٨/٢).

٤- ٢ . الكافى ٥٣/٣، ح٣ (١٨/٢).

مُحَمَّدٍ صلى الله عليه و آله .

قَالَ: فَقُلْتُ لَهُ: هَلْ فِى الْوَلاَيَةِ شَىْءٌ فَضْلٌ يُعْرَفُ لِمَنْ أَخَذَ بِهِ؟

قَالَ: نَعَمْ؛ قَالَ اللّه ُ- عَزَّ وَجَلَّ - : «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِى الْاءَمْرِ مِنْكُمْ»(١) وَقَالَ رَسُولُ اللّه ِصلى الله عليه و آله : مَنْ مَاتَ وَلاَ يَعْرَفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً، وَكَانَ رَسُولَ اللّه ِصلى الله عليه و آله وَكَانَ عَلِيّا عليه السلام ، وَقَالَ الْاآخَرُونَ: كَانَ مُعَاوِيَةَ؛ ثُمَّ كَانَ الْحَسَنَ، ثُمَّ كَانَ الْحُسَيْنَ، وَقَالَ الْاآخَرُونَ: يَزِيدَ بْنَ مُعَاوِيَةَ وَحُسَيْنَ بْنَ عَلِىٍّ؛ وَلاَ سَوَاءَ وَلاَ سَوَاءَ.

قَالَ: ثُمَّ سَكَتَ، ثُمَّ قَالَ: أَزِيدُكَ؟ فَقَالَ لَهُ حَكَمٌ الْاءَعْوَرُ: نَعَمْ، جُعِلْتُ فِدَاكَ، قَالَ: ثُمَّ كَانَ عَلِىَّ بْنَ الْحُسَيْنِ، ثُمَّ كَانَ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِىٍّ أَبَا جَعْفَرٍ، وَكَانَتِ الشِّيعَةُ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ أَبُوجَعْفَرٍ وَهُمْ لاَ يَعْرِفُونَ

مَنَاسِکَ حَجِّهِمْ وَحَلاَلَهُمْ وَحَرَامَهُمْ، حَتّی کَانَ أَبُوجَعْفَرٍ، فَفَتَحَ لَهُمْ، وَبَیَّنَ لَهُمْ مَنَاسِکَ حَجِّهِمْ وَحَلاَلَهُمْ وَحَرَامَهُمْ، حَتّی صَارَ النَّاسُ یَحْتَاجُونَ إِلَیْهِمْ مِنْ بَعْدِ مَا کَانُوا یَحْتَاجُونَ إِلَی النَّاسِ، وَهکَذَا یَکُونُ الْأَمْرُ، وَالْأَرْضُ لاَ تَکُونُ إِلاَّ بِإِمَامٍ، وَمَنْ مَاتَ لاَ یَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِیتَةً جَاهِلِیَّةً، وَأَحْوَجُ مَا تَکُونُ إِلی مَا أَنْتَ عَلَیْهِ إِذَا بَلَغَتْ نَفْسُکَ هذِهِ - وَأَهْوی بِیَدِهِ إِلی حَلْقِهِ - وَانْقَطَعَتْ عَنْکَ الدُّنْیَا تَقُولُ: لَقَدْ کُنْتُ عَلی أَمْرٍ حَسَنٍ.(۲)

ومنها: صحیحة اُخری له قَالَ: قُلْتُ لِأَبِیعَبْدِاللّه علیه السلام : حَدِّثْنِی عَمَّا بُنِیَتْ عَلَیْهِ دَعَائِمُ الْإِسْلاَمِ إِذَا أَنَا أَخَذْتُ بِهَا زکا عَمَلِی، وَلَمْ یَضُرَّنِی جَهْلُ مَا جَهِلْتُ بَعْدَهُ.

فَقَالَ: شَهَادَةُ أَنْ لاَ إِلهَ إِلاَّ اللّه، وَأَنَّ مُحَمَّدا رَسُولُ اللّه صلی الله علیه و آله ، وَالْإِقْرَارُ بِمَا جَاءَ بِهِ مِنْ عِنْدِ اللّه، وَحَقٌّ فِی الْأَمْوَالِ مِنَ الزَّکَاةِ، وَالْوَلاَیَةُ الَّتِی أَمَرَ اللّه بِهَا وَلاَیَةُ آلِ مُحَمَّدٍ؛ فَإِنَّ رَسُولَ اللّه صلی الله علیه و آله قَالَ: مَنْ مَاتَ وَلاَ یَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِیتَةً جَاهِلِیَّةً؛ قَالَ اللّه - عَزَّ وَجَلَّ - : «أَطِیعُوا اللّهَ وَأَطِیعُوا الرَّسُولَ وَأُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ»(۳) فَکَانَ عَلِیٌّ، ثُمَّ صَارَ مِنْ بَعْدِهِ الْحَسَنُ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ الْحُسَیْنُ، ثُمَّ مَنْ بَعْدِهِ عَلِیُّ بْنُ الْحُسَیْنِ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِیٍّ، ثُمَّ هکَذَا یَکُونُ الْأَمْرُ؛ إِنَّ الْأَرْضَ لاَ تَصْلُحُ إِلاَّ بِإِمَامٍ، وَمَنْ مَاتَ لاَ یَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِیتَةً

۱- ۳ . سورة النساء /۵۹.

۲- ٤ . الکافی ۵۷/۳، ح٦ (۱۹/۲).

۳- ۱ . سورة النساء /۵۹.

جَاهِلِیَّةً، وَأَحْوَجُ مَا یَکُونُ أَحَدُکُمْ إِلی مَعْرِفَتِهِ إِذَا بَلَغَتْ نَفْسُهُ هَاهُنَا - قَالَ: وَأَهْوی بِیَدِهِ إِلی صَدْرِهِ - یَقُولُ حِینَئِذٍ: لَقَدْ کُنْتُ عَلی أَمْرٍ حَسَنٍ.(۱)

أقول: فظهر ممّا ذكرنا أنّ النسبة بين الإسلام والإيمان بِكِلَىْ معنيين عموم وخصوص مطلق، فالإسلام عام والإيمان خاص وداخل فى الإسلام، وكلُّ مؤمنٍ مسلمٌ، ولكن ليس كلُّ مسلمٍ بمؤمن، بل بعض المسلمين يكونون مؤمنين وبعضهم غير مؤمنين على المعنيين من الإيمان.

ويمكن إرجاع الإيمان بالمعنى الثانى إلى الإيمان بالمعنى الأوّل لأنّ الاعتقاد بالولاية يكون من لوازم الاعتقاد بالنبوة، لأنّهما ممّا جاء به النبى صلى الله عليه و آله فلابدّ من المؤمن بالنبى الاعتقاد بالولاية والعقد القلبى عليها والالتزام العملى بها فيدخل الإيمان بالمعنى الثانى إلى الإيمان بالمعنى الأوّل وهذا هو المختار والحمد للّه الغفار.

قال فى الجواهر: «... ضرورة كون الإيمان فى السابق مرادفا للإسلام، فإنّه بالمعنى الأخصّ اصطلاح جديد، نعم ربّما أُطلق الإيمان فيها مقابل الإسلام باعتبار إرادة التصديق القلبى والتسالم الظاهرى مع النفاق باطنا ولكنّ المعروف مرادفته، وكذا لفظ الدين الذى هو عند اللّه الإسلام»(٢).

أقول: مراده قدس سره من السابق عند فقهائنا الأقدمين ومراده من المعنى الأخص هو الإيمان بالمعنى الثانى - أى بالولاية - ثمّ اعترف بالفارق بين الإيمان بالمعنى الأوّل

والإسلام، ثمّ ذهب إلى أنّ المعروف ترادفهما - أى الإيمان بالمعنى الأوّل والإسلام - بل ترادفهما مع لفظ الدين.

«ثمّ إعلم أن المتكلمين قد اختلفوا فى حقيقة الايمان فقال بعضهم: أنّه مركب من التصديق باللسان والعقد بالقلب. والعمل بالجوارح.

وقال بعض آخر منهم: أنّه مركب من العقد القلبى والتصديق اللسانى.

١- ٢ . الكافى ٦١/٣، ح٩ (٢١/٢).
٢- ٣ . الجواهر ١٦٧/٣١ و ١٦٨ (٩٦/٣٠).

وقال آخرون: أنّه أمر قلبى فقط. وشرط قبوله وترتب الآثار عليه الإقرار باللسان.

وقال بعضهم: أنّه أمر بسيط ذو مراتب فى الشدة والضعف وهو التصديق بالجنان فقط، والإقرار باللسان والعمل بالأركان كاشفان عنه وموجبان لترتب الآثار عليه. وهذا هو الذى رجّحناه... إلى غير ذلک من الأقوال... .

والغرض من ذكرها هنا إجمالاً أنّ الايمان بأىّ معنى أُخذ فللعمل مدخلية فيه. كما لا يخفى. ومدخليته فيه إمّا فى ماهيته وحقيقته. كما هو مقتضى القول الأوّل أو فى كماله أو فى ترتب الآثار عليه أو فى كاشفيته عنه أو فى غيره كما هو مقتضى الأقوال الأخرى فمن ترک جميع ما أمر اللّه تعالى بإتيانه وأتى بجميع ما نهى اللّه عن إتيانه ففعله ذلک كاشف عن أنّه لا إيمان له. ومن امتثل بعضا وترک بعضا آخر. وخلط عملاً صالحا وآخر سيئا ففعله ذلک كاشف عن ضعف إيمانه»(١).

هل يلحق بالكفار أطفالهم؟

قال فى الجواهر: «والظاهر أنّ بحكم المسلم ولده وإن بلغ مجنونا، كما أنّ بحكم الكافر ولده كذلک؛ للتبعيّة، فلا يباع حينئذٍ ولد العبد المسلم للكافر ولا لولده، ويجبر على بيعه منهما بإسلام أبيه أو جدّه أو غيرهما ممّن يتبعه فى الإسلام كالأُمّ، من غير فرق بين كونهما حرّين أو عبدين للمالک أو غيره.

لكن فى القواعد: «وهل يباع الطفل بإسلام أبيه الحرّ أو العبد لغير مالكه؟ إشكال، وإسلام الجدّ أقوى إشكالاً»(٢).

وكأنّه للإشكال فى التبعيّة، خصوصا فى الجدّ، وخصوصا مع بقاء الأب على الكفر، فيبقى حينئذٍ ما دلّ على بقاء الملک بحاله.

ويضعّف: بأنّ دليلها شامل لذلک، بل لعلّه من أظهر أفرادها.

بل لعلّ قوله: «كلّ مولود يولد على الفطرة، وإنّما أبواه يهوّدانه وينصّرانه

١- ١ . الأربعين الهاشمية /١٢٠ و ١٢١، للسيّدة نصرت بيگم الأمين الأصفهانية - رحمة اللّه عليها - .

٢- ٢ . قواعد الأحكام: المتاجر، فى المتعاقدين ١٨/٢.

ويمجّسانه»(١) كافٍ فى ذلک، بناءً على إرادة التبعيّة فى اليهوديّة من قوله: «يهوّدانه»؛ ضرورة ظهوره حينئذٍ فى أنّ الولد على الإسلام لو لا التبعيّة المقتضية للكفر، فمع انتفائها - بإسلام الأب مثلاً - يبقى عليه حينئذٍ.

فضلاً عمّا دلّ على التبعيّة به أيضا من قوله تعالى: «وَ... أَلْحَقْنا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ»(٢) وغيره كمرسل الصدوق: «قال علىّ عليه السلام : إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرک من ولده دعى إلى الإسلام، فإن أبى قتل...»(٣) الحديث.

وقوّة الإشكال فى الجدّ يدفعها: معلوميّة التبعيّة للأشرف المتحقّق فيه فى الفرض، وإن كان هو أبعد من الأب رتبةً، كما هو واضح.

بل قد يقال: بإلحاق إسلام السابى بإسلام أحدهما، فيقهر على بيعه حينئذٍ لو ارتدّ؛ لما دلّ على التبعيّة فى الإسلام به.

فظهر حينئذٍ من ذلک: التبعيّة فى الإسلام والكفر فيمن عرفت، فيجرى عليه حكمهما.

نعم، لا يجرى حكم الإسلام فى المعذور لفسحة النظر أو لبعده عن محلّ المعرفة، واللّه أعلم»(٤).

أجاب الشيخ الأعظم عن الإلحاق بقوله: «فيه إشكال»(٥).

مراده من الإشكال: «عدم صدق «الكافر» حقيقةً على أطفالهم، سواء أكان الكفر

١- ١ . من لا يحضره الفقيه: الفرائض، باب ميراث أهل الملل ٣٣٤/٤، ح٥٧١٩؛ وسائل الشيعة ١٤/٢٦، ح١١، باب ١ من أبواب موانع الإرث؛ الجامع الصغير (للسيوطى) ٤٧٤/١، ح٣٠٦٣؛ كنز العمّال ٦٦/١، ح٢٤٦؛ شرح صحيح مسلم ٥٢/١١؛ سنن البيهقى ٢٠٥/٦.

٢- ٢ . سورة الطور /٢١.

٣- ٣ . من لا يحضره الفقيه، ١٥٢/٣، ح٣٥٥٦، القضايا والأحكام، باب الارتداد؛ وسائل الشيعة ٣٢٩/٢٨، ح٧، باب ٣ من كتاب الحدود والتعزيرات.

٤- ٤ . الجواهر ٢٣/(٥٤٩-٥٤٧) [٣٤١/٢٢ و ٣٤٢].

٥- ٥ . المكاسب ٥٩٠/٣.

وصفا وجوديّا مضادّا للإيمان، أم عدميّا.

أمّا على الأوّل فواضح. وأمّا على الثانى فلأنّ الكفر بمعنى عدم الإسلام، ومن المعلوم أنّ التقابل بين الإسلام والكفر تقابل العدم والملكة، لا تقابل السلب والإيجاب.

وعدمُ الملكة منتفٍ فى أطفال الكفار، فلا يلحق الأطفال بالبالغين»(١).

لا يقال: إنّ المراد من الكافر أعمّ من الحقيقى والحكمى فيلحق الأطفال بآبائهم، لأنّ هذه الأعمية مقتضى حكومة مادلّ على أنّ أطفالهم بمنزلة آبائهم فى الأحكام والآثار.

لأنّا نقول: «هذه الحكومة غير ظاهرة، لتوقفها على عموم دليل تنزيل الأطفال منزلة البالغين. ولم نعثر - الى الآن - على هذا الدليل. والمتيقن هو ثبوت بعض الأحكام للأطفال كالنجاسة، والتبعية فى السّبى»(٢).

فحينئذ لو شک فى شمول أدلة منع شراء الكافر العبد المسلم فمقتضى عمومات صحة البيع وتجارة عن تراض واطلاق الوفاء بالعقد، صحة انتقال العبد المسلم إلى طفل الكافر «لمرجعية العام فى المخصص المجمل المفهومى الدائر بين الأقل والأكثر وللاقتصار فى التخصيص على القدر المتيقن وهو الكافر البالغ»(٣). كما عليه المحقّق المروج قدس سره .

ولكن يرد عليه: الأطفال يلحقون بالآباء عند كلِّ قوم فيحكم بكفر أطفال الكفار، فيجرى فى حقِّ الأطفال آية نفى السبيل ونبوى علو الإسلام بالأُولوية القطعية على فرض جريانهما فى فرعنا كما عليه المشهور. فلا يجوز شراء العبد المسلم لطفل الكافر على مبنى المشهور واللّه العالم.

حكم شراء العبد المسلم للمخالف

اشارة

قال الشيخ الأعظم رحمه الله : «لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان جارية، إلاّ إذا

١- ١ . هدى الطالب ٣٢٧/٦.

٢- ٢ . هدى الطالب ٣٢٧/٦.

٣- ٣ . هدى الطالب ٣٢٧/٦.

قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف؛ لأخبار دلّت على ذلک، فإنّ فحواها يدلّ على المنع من بيع الجارية المؤمنة، لكن الأقوى عدم التحريم»(١).

حكم بعدم البأس لأنّ المخالف محكوم بالإسلام لا الكفر، فيجوز له شراء العبد المسلم ولو كان المبيع جارية مؤمنة شيعية.

ثمّ استثناها على القول بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف كما حُكى غير واحد(٢)

الشهرة على الحرمة، ولكنّها(٣) لم تثبت، كما تنظّر(٤) فيها صاحب الجواهر وقال: «... ومنه يعلم: عدم قائل صريح معتدّ بِهِ من القدماء بعدم جواز نكاح المؤمنة غير المؤمن ولو من الفرق الإمامية كالواقفى ونحوه ممّا جرى عليه حكم الإسلام فى هذا الحال»(٥).

وتابع الشيخُ الأعظمُ فى استثنائهِ جَدِّىَ الشيخ جَعْفَرا حيث يقول: «لا يبعد اشتراط الإيمان فى حقّ الإماء لظاهر بعض الأخبار»(٦).

وقال صاحب الجواهر فى شرح كلام استاذه: «ولعلّه أشار بذلک ما فى النكاح من عدم تزويج المخالف المؤمنة مخافة على دينها فلا يكون كفوا لها، ولكنّة - كما ترى - لا يصلح بمجرد ذلک للخروج عن مقتضى العمومات جنسا ونوعا، وإن كان الاحتياط مع إمكانه لا ينبغى تركه، هذا»(٧).

ولكن تبع صاحب المفتاح استاذه الشيخَ جَعْفَرا وقال: «يبقى الكلام فى المخالف إذا اشترى جارية مؤمنة أو عبدا صغيرا محكوما بإيمانه ونحو ذلک ممّن يمكن حمله له

١- ٤ . المكاسب ٥٩٢/٣.

٢- ٥ . كالفيض الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٢٥٣/٢، مفتاح ٧١١، وسيّد الرياض فى كتابه ٢٨٣/١١.

٣- ١ . أى الشهرة.

٤- ٢ . الجواهر ١٦٥/٣١ (٩٥/٣٠).

٥- ٣ . الجواهر ١٦٧/٣١ (٩٦/٣٠).

٦- ٤ . شرح القواعد ٤٨/٢.

٧- ٥ . الجواهر ٥٤٢/٢٣ (٣٣٨/٢٢).

على مذهبه فهل يصحّ هذا البيع؟ احتمالان، والأصحّ عدم الصحّة كما صرّح به الشهيد على ما هو فى بالى، والعلّة(١) المنصوصة فى عدم تزويج المؤمنة من المخالف تدلّ على ذلک، إلى غير ذلک ممّا يمكن أن يستدلّ به على ذلک»(٢).

مستند حُرْمَةِ تزويج المُؤْمنة من المخالف

عدّة من الروايات:

منها: صحيحة الفضيل بن يسار قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن نكاح الناصب؟ فقال: لا، واللّه ما يحلّ، قال فضيل: ثمّ سألته مرّة أُخرى فقلت: جعلت فداک، ما تقول فى نكاحهم؟ قال: والمرأة عارفة؟ قلت: عارفة، قال: إنّ العارفة لا توضع إلاّ عند عارف.(٣)

النفى يدلّ على الحرمة الوضعية أعنى الفساد.

ومنها: معتبرة بل صحيحة(٤) زرارة بن أَعْيَنَ عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: تزوّجوا فى الشكاک ولا تزوّجوهم، فإنّ المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه.(٥)

أخذا بتعليل الوارد فى ذيلها.

ومنها: صحيحة على بن مهريار قال: كتب علىّ بن أسباط إلى أبيجعفر عليه السلام فى أمر بناته وأنّه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبوجعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتک وأنّک لا تجد أحدا مثلک، فلا تنظر فى ذلک رحمک اللّه، فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه، إلاّ تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير.(٦)

يحمل الدين على الأْءِيْمانِ بالولاية.

ص:٤٣٩

١- ٦ . وسائل الشيعة ٥٥٥/٢٠، ح٢، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر، و ٧٦/٢٠، الباب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح.

٢- ٧ . مفتاح الكرامة ٥٧١/١٢.

٣- ٨ . وسائل الشيعة ٥٥٠/٢٠، ح٥، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٤- ١ . لأنّ سند الصدوق إلى الرواية صحيح.

٥- ٢ . وسائل الشيعة ٥٥٥/٢٠، ح٢، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٦- ٣ . وسائل الشيعة ٧٦/٢٠، ح١، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات النكاح.

أقول: وأنت ترى بأنّ النفى يُحمل على الاستحباب أو الأفضلية والتعليل ليس إلاّ الحكمة وهى لا تعمّم ولا تخصّص والدين يحمل على الإسلام لا الإيمان بالمعنى الثانى فلا تتم الأدلة الحرمة.

بل عموماتُ باب النكاح وإطلاقاتُه تُدلّ على تزويج المؤمنة بالمسلم نحو صحيحة محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام قال: سألته عن الإيمان؟ فقال: الإيمان ما كان فى القلب، والإسلام ما كان عليه التناكح والمواريث وتحقن به الدماء، الحديث(١).

وصحيحة العلاء بن رزين أنّه سأل أباجعفر عليه السلام عن جمهور النّاس؟ فقال: هم اليوم أهل هدنة، تردّ ضالتهم، تؤدّى أمانتهم، وتحقن دماؤهم، وتجوز مناكحتهم وموارثتهم فى هذه الحال(٢).

وصحيحة عمر بن أبان قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المستضعفين؟ فقال: هم أهل الولاية، فقلت: أىّ ولاية؟ فقال: أما أنّها ليست بالولاية فى الدين، ولكنّها الولاية فى المناكحة والموارثة والمخالطة، وهم ليسوا بالمؤمنين ولا الكفّار، منهم المرجون لأمر اللّه - عزّ وجلّ - .(٣)

فالمختار جواز إنكاحها من المسلم كما عليه صاحب الجواهر وقال: «... كون المدار على الإسلام فى النكاح وأنّ جميع فرقه التى لم يثبت لها الكفر - بنصب أو غلوٍّ أو نحو ذلک - ملّة واحدة يشتركون فى التناكح بينهم والتوارث وغيرهما من الأحكام والحدود واللّه العالم»(٤).

مستثنيات جواز تملک الكافر للعبد المسلم

اشارة

بناءً على عدم الجواز حكموا بإخراج صورتين منه:

١- ٤ . وسائل الشيعة ٥٥٩/٢٠، ح١٣، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٢- ٥ . وسائل الشيعة ٥٦١/٢٠، ح١، الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٣- ٦ . وسائل الشيعة ٥٧٧/٢٠، ح٥، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٤- ١ . الجواهر ١٧٧/٣١ (١٠٢/٣٠).

١- إذا كان الشراء مستعقبا لِلإِنْعِتاقِ

اشارة

ويظهر هذا الشراء فى ثلاث فروع:

أ: شراء الكافر مَنْ ينعتق عليه قهرا واقعا

قال السيّد العاملى رحمه الله : «وأمّا لو اشترى الكافر أباه المسلم أو مَن ينعتق عليه ففى المسبوط(١) أنّه لا يصحّ البيع ولا ينعتق، لأنّه لا يملكه. وهو قضية كلامه فى الخلاف فى مسألة(٢) ما إذا قال له: أعتق عبدك عن كفّارتى، وفى بعض نسخ المختلف(٣) نسبة ذلك إلى ابن حمزة، وفى بعضها إلى ابن البرّاج، ولعلّ هذه هى الصحيحة فقد نقله غيره(٤) عن ابن البرّاج، ولم ينقل ذلك عن ابن حمزة ولا وجدته فى الوسيلة. وبه قال بعض العامّة مستندا إلى أنّ ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه وإن زال ملكه كالصيد للمحرم(٥). والفرق أنّ المحرم لو ملكه لثبت عليه بخلاف المتنازع فيه.

وفى المقنعة(٦) والنهاية(٧) والسرائر(٨) والشرائع(٩) والتذكرة(١٠) والإرشاد(١١)

١- ٢ . المبسوط: فيما يصحّ بيعه وما لا يصحّ ١٦٨/٢.

٢- ٣ . الخلاف: فى البيع ١٩٠/٣، مسألة ٣١٨.

٣- ٤ . لم نجد هذه النسخة من المختلف الّتى أشار إليها الشارح، والنسخ الّتى عندنا تصرّح بالنسبة المذكورة إلى ابن البرّاج كما نقلها عنه فى غاية المرام، والحدائق عن المختلف، راجع المختلف: ٥٩/٥، والطبعة القديمة /٣٤٩؛ وغاية المرام ١٩/٢؛ والحدائق ٤٢٦/١٨.

٤- ٥ . نقله الصيمرى فى غاية المرام: فى عقد البيع ١٩/٢.

٥- ٦ . المغنى لابن قدامة ٣٠٦/٤.

٦- ٧ . المقنعة: فى ابتياع الحيوان /٥٩٩.

٧- ٨ . النهاية: فى باب ابتياع الحيوان وأحكامه /٤٠٨.

٨- ٩ . السرائر: فى ابتياع الحيوان وأحكامه ٢/(٣٤٢-٣٤٣).

٩- ١٠ . شرائع الإسلام: فى شروط المتعاقدين ١٦/٢.

١٠- ١١ . تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ٢٠/١٠.

١١- ١٢ . إرشاد الأذهان: فى بيع الحيوان ٣٦٥/١.

وشرحه لفخرالإسلام(١) والمختلف(٢) ونهاية الإحكام(٣) واللمعة(٤) والدروس(٥) وجامع المقاصد(٦) والمسالك(٧) والروضة(٨) والميسية والمفاتيح(٩) وغيرها(١٠) أنّه يملك مَن ينعتق عليه، فإذا اشتراه انعتق عليه فى الحال، وقد نقله فى المختلف(١١) عن والده. وفى السرائر(١٢) أنّه مجمع عليه. وفى الحدائق(١٣) أنّه مشهور. وفى التحرير(١٤) أنّ فى البطلان إشكالاً. وفى النهاية(١٥) أنّه لا فرق فى ذلک بين كونهنّ أو كونهم من رضاع أو نسب، وفى المقنعة(١٦) والسرائر(١٧) إنّما هو إذا كنّ أو كانوا من النسب دون الرضاع»(١٨).

وقال الجواهر: «ف- (لو ابتاع الكافر أباه المسلم، هل يصحّ؟ فيه تردّد) بل وخلاف:

١- ١ . شرح الإرشاد للنيلى: فى شروط المتعاقدين /٤٥، س٢٠ (من كتب مكتبة المرعشى برقم ٢٤٧٤).

٢- ٢ . مختلف الشيعة: فى عقد البيع وشرائطه ٥٩/٥.

٣- ٣ . نهاية الإحكام: فى شرائط العاقد ٤٥٧/٢.

٤- ٤ . اللمعة الدمشقية: فى عقد البيع /١١١ وفى بيع اليحوان /١١٧.

٥- ٥ . الدروس الشرعية: فى شرائط المتعاقدين ١٩٩/٣.

٦- ٦ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٦٢/٤.

٧- ٧ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

٨- ٨ . الروضة البهية: فى عقد البيع ٢٤٤/٣.

٩- ٩ . مفاتيح الشرائع: فى اشتراط الإسلام فى المشترى ٥٠/٣.

١٠- ١٠ . كالحدائق الناضرة: فى شرائط المتعاقدين ٤٢٦/١٨.

١١- ١١ . مختلف الشيعة: فى عقد البيع وشرائطه ٥٩/٥.

١٢- ١٢ . السرائر: فى ابتياع الحيوان وأحكامه ٣٤٣/٢.

١٣- ١٣ . الحدائق الناظرة: فى شرائط المتعاقدين ٤٢٦/١٨.

١٤- ١٤ . تحرير الأحكام: فى عقد البيع ٢٧٩/٢.

١٥- ١٥ . النهاية: فى ابتياع الحيوان وأحكامه /٤٠٩.

١٦- ١٦ . المقنعة: فى ابتياع الحيوان وأحكامه /٥٩٩.

١٧- ١٧ . السرائر: فى ابتياع الحيوان وأحكامه ٢/(٣٤٢-٣٤٣).

١٨- ١٨ . مفتاح الكرامة ٥٦٧/١٢ و ٥٦٨.

فعن المبسوط(١) وابن البرّاج(٢): لا يصحّ، بل هو مقتضى المحكى عن الخلاف فيما

لو قال الكافر للمسلم: «أعتق عبدك المسلم عن كفّارتى»(٣)، كما أنّه أحد وجهى الشافعيّة(٤).

(والأشبه) عند المصنّف ومحكىّ المقنعة(٥) والنهاية(٦) والسرائر(٧) وكافّة المتأخّرين(٨): (الجواز؛ لانتفاء السبيل بالعتق) بل عن السرائر: أنّه مجمع عليه.

وهو الحجّة بعد العموم جنسا ونوعا، السالم عن معارضة الآية(٩) بعد أن كان الحكم الانعتاق قهرا، وإن قلنا باستلزامه الملك الضمنى الذى هو مقارن للعتق زمانا متقدّم عليه ذاتا كتقدّم العلّة على المعلول؛ لعدم اندراجه فى السبيل المنفىّ(١٠).

ومن ذلك يعرف حينئذٍ: عموم الحكم لكلّ من ينعتق عليه قهرا، من غير فرق بين الأب وغيره ولو كانوا من رضاع، بناءً على كونهم كالنسب فى ذلك»(١١).

وقال الشيخ الأعظم: «والوجه فى الأوّل [هذا الفرع] واضح، وفاقا للمحكىّ عن

١- ١٩ . المبسوط: البيوع، ما يصحّ بيعه وما لا يصحّ ١١٢/٢.

٢- ٢٠ . جواهر الفقه: /٦٠، مسألة ٢٢٢.

٣- ١ . الخلاف: البيوع ١٩٠/٣، مسألة ٣١٨.

٤- ٢ . الشرح الكبير ٤١/٤؛ العزيز (شرح الوجيز): ١٧/٤؛ الوجيز ١٣٣/١؛ الوسيط ١٤/٣.

٥- ٣ . المقنعة: التجارة، ابتياع الحيوان /٥٩٩.

٦- ٤ . النهاية: العتق، من يصحّ ملكه ٥/٣.

٧- ٥ . السرائر: المتاجر، ابتياع الحيوان ٣٤٣/٢.

٨- ٦ . كالعلاّمة فى المختلف: المتاجر، عقد البيع وشرائطه ٥٩/٥؛ والشهيد الأوّل فى المتعاقدين ٦٢/٤؛ والشهيد الثانى فى المسالک: التجارة، شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

٩- ٧ . سورة النساء /١٤١.

١٠- ٨ . سورة النساء /١٤١.

١١- ٩ . جواهر الكلام ٥٤٥/٢٣ و ٥٤٦ (٣٤٠/٢٢).

المقنعة(١) والنهاية(٢) والسرائر - مدّعيا عليه الإجماع(٣) - والمتأخّرين كافّة(٤)؛ فإنّ مجرّد الملكيّة الغير المستقرّة لا يعدّ سبيلاً، بل لم يعتبر الملكيّة إلاّ مقدّمة للانعتاق.

خلافا للمحكى عن المبسوط(٥) والقاضى(٦)، فمنعاه؛ لأنّ الكافر لا يملک حتّى ينعتق؛ لأنّ التملّک بمجرّده سبيل، والسيادة علوّ.

إلاّ أنّ الإنصاف: أنّ السلطنة غير متحقّقة فى الخارج، ومجرّد الإقدام على شرائه لينعتق، منّةٌ من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّة»(٧).

أقول: لم تتحقّق السلطنة للكافر على المسلم فى شرائه من ينعتق عليه كالآباءِ والأُولاد؛ لأنّ انعتاقهم عليه قهريٌّ واقعيٌّ ليس باختيار الذى اشتراهم فلا يصدق العلو أيضا لأنّ «المراد بالسبيل المنفى ما يترتّب على الملك المستقرّ للسلطنة إمّا للرقّية أو المنفعة واستحقاق الانتفاع ونحو ذلک، لا مطلق ما يترتّب على الملک فى الجملة، وإلاّ لامتنع إرث الكافر للعبد المسلم من كافرٍ آخر، والثانى باطل اتفاقا، فيتعيّن المعنى الأوّل»(٨).

وأمّا المنّة فَهِىَ أيضا غير متحقّقة، لأنّ انعتاقهم حكمٌ شرعىٌّ وليس باختيار المشترى لهم مضافا إلى أنّها غير منفيّة فى الأدلة الشرعية كما اعترف بالأخير الشيخ الأعظم فى آخر كلامه المنقول.

١- ١٠ . فى المصدر: الفقيه ولكن الصحيح ما ضبطناه. وانظر: المقنعة /٥٩٩.

٢- ١١ . النهاية /٤٠٨ و ٥٤٠.

٣- ١٢ . السرائر ٣٤٣/٢ و ٧/٣.

٤- ١٣ . كما مرّ.

٥- ١٤ . المبسوط ١٦٨/٢، وحكاه عنه وعن القاضى، العلاّمة فى المختلف ٥٩/٥.

٦- ١٥ . جواهر الفقه /٦٠، مسألة ٢٢٢.

٧- ١ . المكاسب ٥٩٣/٣.

٨- ٢ . مفتاح الكرامة ٥٧٠/١٢.

ب: شراء الكافر من ينعتق عليه ظاهرا

كما إذا أقرّ الكافر بحريّةِ عبدٍ مسلمٍ ثمّ اشتراه يملكه وينعتق عليه ظاهرا أخذا بإقراره حريته.

قال السيّد العاملى: «وقال جماعة منهم المصنّف(١) [العلاّمة] فى جملة من كتبه: إنّ فى حكمه كلّ شراء يستعقب العتق، ومثّله فى التذكرة(٢) بما إذا اعترف الكافر بحرّية عبدٍ مسلم ثمّ اشتراه، وفى

جامع المقاصد(٣) بما إذا اعترف الكافر بأنّ عبد زيد حرّ ثمّ اشتراه. وأطلق فى المسالک(٤) فمثّله بما إذا أقرّ بحرّية عبد غيره ثمّ اشتراه فإنّه يعتق عليه بمجرّد الشراء، ومثّله فى نهاية الإحكام(٥) بما لو قال الكافر لمسلم: أعتق عبدک المسلم عنّى بعوض أو بغير عوض فأجابه إليه، وبما لو أقرّ بحرّية عبد مسلم ثمّ اشتراه، قال:

فالأُولى من هاتين أولى بالصحّة من الأُخرى، لأنّ الملک فيها ضمنى والعتق فى الثانية وإن حكم به فهو ظاهر غير محقّق. ولم يفرّق فى التذكرة(٦) والمسالک(٧) بين الصورتين على تقدير جواز الضمنى»(٨).

وقال فى الجواهر: «بل فى التذكرة(٩) وغيرها(١٠): تسرية الحكم إلى كلّ شراء

١- ٣ . تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ٢١/١٠؛ نهاية الإحكام: فى البيع فى شروط العاقد ٤٥٧/٢.

٢- ٤ . تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ٢١/١٠.

٣- ٥ . جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٦٣/٤.

٤- ٦ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

٥- ٧ . نهاية الإحكام: فى شروط العاقد ٤٥٧/٢.

٦- ١ . تذكرة الفقهاء فى البيع ٢١/١٠.

٧- ٢ . مسالک الأفهام: فى شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

٨- ٣ . مفتاح الكرامة ٥٦٨/١٢ و ٥٦٩.

٩- ٤ . تذكرة الفقهاء: البيع فى المتعاقدين ٢١/١٠.

١٠- ٥ . كنهاية الإحكام: البيع فى العاقد ٤٥٧/٢؛ ومعالم الدين (لابن القطّان): البيع فى العاقد ٣٤١/١؛ والشهيد الثانى فى المسالک: التجارة، شروط المتعاقدين ١٦٧/٣.

يستعقب العتق، كما لو قال لمسلم: «أعتق عبدک المسلم عنّى» أو «اشتر من أقرّ بحرّيّته».

وهو كذلک بناءً على أنّ المدرک للحكم المزبور ما عرفت»(١).

لكن خالفهم الشيخ الأعظم واستشكل فى صحة هذا الشراء وقال: «وأمّا الثانى [هذا الفرع] فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق والكذب؛ لثبوت الخلل: إمّا فى المبيع لكونه حرّا، أو فى المشترى لكونه كافرا، فلا يُتصوّر صورة صحيحة لشراء من أقرّ بانعتاقه»(٢).

أقول: مراده قدس سره : العلم الإجمالى بفساد هذا الشراء موجود، لِاءنَّهُ على تقدير صدق المشترى يكونُ الخلل موجودا فى المبيع لكونه حرّا وبيع الحرّ فاسد، وعلى تقدير كذب المشترى الخلل موجود فى المشترى لكونه كافرا والكافر لا يشترى العبد المسلم، فلا يمكن الحكم بصحة هذا الشراء بعد وجود هذا العلم الإجمالى.

ثمّ قال: «إلاّ أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل»(٣).

أقول: يمكن المنع عن اعتبار هذا العلم الإجمالى بوجهين:

الأوّل: ما ذهب إليه صاحب الحدائق(٤) من عدم التنجيز فى العلم الإجمالى إذا كان الخطاب الوارد فيه مرددا «بين خطابين، كما إذا علم أنَّ هذا المائع إمّا خمر وإمّا خَلٌّ مملوک للغير، فيعلم حينئذٍ بخطابٍ مردّدٍ بين «إجتنب عن الخمر، ولا تغصب» فهذا العلم

الإجمالى غير منجِّز على مذهبه، وإنّما المنجّز عنده هو العلم التفصيلى بخطاب ومتعلقه، وتردُّد مورده بين شيئين. كما إذا علم بنجاسة أحد الإنائين، فإنّ العلم بخطاب «وجوب الاجتناب عن

النجس» تفصيلى، وموضوعه مردّد بين إنائين. فالإجمال يكون فى مورد الخطاب لا فى نفسه ولا فى متعلقه.

والمقام نظير القسم الأوّل: إذ الخطاب فيه مردّد بين خطابين، وهما: «لايجوز شراءُ

١- ٦ . الجواهر ٥٤٧/٢٣ (٣٤١/٢٢).

٢- ٧ . المكاسب ٥٩٣/٣.

٣- ٨ . المكاسب ٥٩٤/٣.

٤- ٩ . الحدائق ٥١٧/١.

الحُرّ، ولا يجوز تملك الكافر العبد المسلم» ومثل هذا العلم الإجمالى لا أثر له»(١).

الثانى: ما ذهب إليه المحقّق الاصفهانى(٢) بتوضيح: «لا علم بفساد البيع على كل تقدير، بل على تقدير خاصٍّ، وهو تقدير الحرية واقعا، لأنّه على هذا الفرض لا يصلح للملكية.

وأمّا على تقدير كذب الإقرار ورقيّة المبيع، فهو صالح للملكية بدون مانع، إذ المانع - وهو السبيل - مفقود، حيث إنّ الملكية الواقعية المحكومة ظاهرا بعدمها للمقرِّ ليست سبيلاً له على المسلم، فلا مانع من بيعه، فيصحّ بيعُه من البائع، لحجية يده على الملكية ظاهرا، وعدم قدح إقرار المقرِّ بالحرِّية فى ذلك، لكونه إقرارا فى مال الغير ظاهرا على ما تقتضيه اليد، ويصحّ الشراء أيضا من المشترى، لعدم مانع وهو السبيل، فيخرج الثمن من كيسه واقعا وظاهرا، ويدخل فى ملكه المبيع واقعا لا ظاهرا، لأنّه مقتضى إقراره الذى أثره عدم صيرورته مالكا للمقرِّ به ظاهرا»(٣).

وأمر الشيخ الأعظم بالتأمل لعلّه ردّ على الوجه الأوّل من عدم الفرق فى تنجيز العلم الاجمالى بين العلم التفصيلى بالخطاب وتردد موضوعه بين شيئين، وبين تردد الخطاب بين خطابين، كما تعرض له الشيخ الأعظم قدس سره فى الشبهة المحصورة فى فرائده(٤).

أقول: إشكال الشيخ الأعظم غَيْرُ تامٍّ نأخذ بظاهر إقرار الكافر ونحكم بصحة بيعه وانعتاقه عليه، كما اعترف به جمع من الأصحاب نحو: العلاّمة والكركى والشهيد الثانى وصاحب الجواهر والمحقّقَيْن النائينى(٥) والإصفهانى - قدس اللّه أسرارهم - .

بل قال النائينى رحمه الله : «بل ولو أقرّ العبد فى المقام بالعبودية، فإنّ اقرار العبد لا يترتب عليه أثر بالنسبة إلى الكافر المقرّ له بالحرية، فالكافر المقرّ مأخوذ بإقراره سواء أقرّ العبد

١- ١ . هدى الطالب ٣٣٩/٦.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٤٦٦/٢.

٣- ٣ . هدى الطالب ٣٣٩/٦ و ٣٤٠.

٤- ٤ . فرائد الاصول ٢٠٩/٢.

٥- ٥ . المكاسب والبيع ٣٥٣/٢، وقد مرّت المصادر فلا نعيدها.

بخلافه أم لا، فلا يترتب على بيعه إلاّ استنقاذه»(١).

ج: إذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عنى بكذا فاعتقه

ذهب الشيخ فى المبسوط(٢) والخلاف(٣) أنَّهُ: إذا قال كافرٌ لِمُسْلِمٍ: اعتق عبدك عن كفارتى فاعتقه صحّ إن كان العبد كافرا، وإن كان مسلما لم يصحّ لأنّه لا يملك مسلما.

ولكن العلاّمة ذهب إلى الصحة فى ما إذا كان العبد مسلما فى نهايته(٤) واستوجه عدمها فى التحرير(٥) وتعرّض لوجود الخلاف فى المسألة فى التذكرة(٦).

والشهيد الثانى ألحقها بالأقوى وعلّله بأنّه «شراءٌ ضمنىٌّ»(٧).

واختار صاحب الجواهر(٨) الصحة كما مرّ(٩) وتبعه الشيخ الأعظم لأنّه استشكل فى قول الشيخ فى المبسوط فى الفرع الأوّل [أ] ويراها الإنصاف(١٠).

وتبعهما المحقّق النائينى(١١).

أقول: وأنا تابع لهم من الحكم بالصحة لما مرّ من أنّ دخول العبد المسلم آنا ما فى ملك الكافر وعتقه عليه لا يُعدّ سبيلاً ولا علوّا المنفيين فيحكم بصحته.

تنبيهٌ:

إذا عرفتَ ما تلوتُ عليک فى الفروع الثَّلاثَةِ ظهر لک أنّ الملكية فى الفرع الأوّل

١- ١ . المكاسب والبيع ٣٥٣/٢.

٢- ٢ . المبسوط ١٦٨/٢.

٣- ٣ . الخلاف ١٩٠/٣، مسألة ٣١٨.

٤- ٤ . نهاية الإحكام ٤٥٧/٢.

٥- ٥ . تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٩/٢.

٦- ٦ . تذكرة الفقهاء ٢١/١٠.

٧- ٧ . المسالک ١٦٧/٣.

٨- ٨ . الجواهر ٢٣/٥٤٧ (٢٢/٣٤١).

٩- ٩ . فى الفرع السابق «ب».

١٠- ١٠ . راجع المكاسب ٣/٥٩٣.

١١- ١١ . المكاسب والبيع ٢/٣٥٣.

والثالث استطراقية - أى طريق إلى الحرية - وفى الفرع الثانى استنقاذية - أى استنقاذ من العبودية - ولا دليل على حرمتهما، والدليل على الحرمة - لو تمّ ولم يتم - إنّما على ٩

الملكية الاستقرارية - أى استقرار ملك الكافر على العبد المسلم - . كما عليه المحقّق النائينى(١) قدس سره .

ونُقل عن الحاشية النجارية للشهيد «أنّ السبيل المنفى بالآية الشريفة قد فسّر بثلاثة تفاسير بمجرّد الملك وبالملك القارّ(٢) وبقابليّته، فعلى الأوّل يمتنع شراء مَن ينعتق عليه، وعلى الثانى والثالث يصحّ، ومشروط العتق يبطل على الأوّل والثانى، ويصحّ على الثالث، انتهى»(٣).

وقال الشيخ الأعظم: «والحاصل: أنّ «السبيل» فيه ثلاثة احتمالات - كما عن حواشى الشهيد - :

مجرّد الملك، ويترتّب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحريّة.

والملك المستقرّ ولو بالقابليّة، كمشروط العتق، ويترتّب عليه استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق.

والمستقرّ فعلاً، ويترتّب عليه استثناء الجميع.

وخير الأُمور أوسطها»(٤).

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا لک أنّ المنفى بالسبيل والسلطنة والعلو هو الملكية القارّة التى عبّر عنها الشيخ الأعظم بالمستقرّ فعلاً والنائينى بالملكية الاستقرارية وعندى بالملكية الاستقرارية التامة

بحيث ليس لمالكها إجبار بالبيع ونحوه. فما ذكره الشيخ الأعظم فى المقام من حمله على الملكية القارة المستقرة ولو بقابليتها لم يتم عندى.

١- ١ . راجع المكاسب والبيع ٣٥٢/٢ وما بعده.

٢- ٢ . القار يعنى مجمع الأجزاء فى الوجود، والموجود القار غير سيال نحو: المكان، فى مقابل الموجود غير قار الوجود نحو الحركة والزمان. [المؤلِّف]

٣- ٣ . الحاشية النجارية /٢٢٠ ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٥٧٠/١٢.

٤- ٤ . المكاسب ٥٩٤/٣.

فحينئذ لا يتم استثناء الصورة الأُولى فى فروعه الثلاثة، نعم يصح استثناء الصورة الثانية الآتية آنفا.

٢- لو اشترط البائع عتقه على الكافر

لو اشترط البائع عتق العبد المسلم على الكافر المشترى فهل يحكم بصحة هذا البيع المشروط أم لا؟

قال السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة: «وفى نهاية الإحكام(١) أنّه لو اشترى عبدا مسلما بشرط العتق فهو كما لو اشتراه مطلقا، لأنّ العتق لا يحصل عقيب الشراء، ثمّ احتمل مساواته لشراء القريب. وقد ألحق فى الدروس(٢) والروضة(٣) بالقريب ما إذا شرط عليه - يعنى على الكافر - عتقه، فما فى المبسوط(٤) - من أنّه إذا شرط عليه عتقه فإن أعتقه فقد وفى بالشرط، وإن لم يعتقه قيل فيه شيئان: أحدهما يجبر عليه لأنّ عتقه استحقّ بالشرط، والثانى أنّه لا يجبر عليه لكن يجعل البائع بالخيار - فليس ممّا نحن فيه، إذ كلام الشيخ فيما إذا كان المشروط عليه مسلما، والكلام يأتى فيه فى محلّه بعون اللّه سبحانه ولطفه»(٥).

وقال فى الجواهر بعد ما نقلت عنه فى الفرع [ب] ما نصه: «بل الظاهر كون الحكم كذلك فى مشروط العتق على وجهٍ يحصل بمجرّد القبول، بناءً على صحّة اشتراط نحو ذلك.

بل ربّما ظهر من الشهيدين: إلحاق مشروطه(٦)؛ على معنى: أن يعتقه بعد العقد، فإن

١- ١ . نهاية الإحكام ٤٥٧/٢.

٢- ٢ . الدروس الشرعية ١٩٩/٣.

٣- ٣ . الروضة البهية ٢٤٤/٣.

٤- ٤ . المبسوط ١٥١/٢.

٥- ٥ . مفتاح الكرامة ٥٦٩/١٢ و ٥٧٠.

٦- ٦ . الدروس الشرعيّة: البيع/ درس ٢٣٩، ١٩٩/٣؛ الروضة البهيّة: المتاجر / الفصل الثانى ٢٤٤/٣.

وفى وإلاّ أُجبر على قول، أو فسخ البائع العقد على القول الآخر.

لكن فى محكىّ نهاية الإحكام أنّه «كما اشتراه مطلقا؛ لأنّ العتق لم يحصل عقيب الشراء»(١).

وفيه: أنّ ذلك لا ينافى نفى السبيل الظاهر فى السلطنة عليه كغيره من الأملاك، كما لا ينافى استدامة الملك بل والملك بالإرث، بعد أن كان الحكم فيه الجبر على بيعه أو عتقه والتفريق بينه وبينه»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «ومنها [أى من موارد استثناء عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم]: ما لو اشترط البائع عتقه، فإنّ الجواز هنا محكىّ عن الدروس والروضة، وفيه

نظر؛ فإنّ ملكيّته قبل الإعتاق سبيل وعلوّ، بل التحقيق: أنّه لا فرق بين هذا، وبين إجباره على بيعه، فى عدم انتفاء السبيل بمجرّد ذلک»(٣).

وتابع المحقّق النائينى الشيخ الأعظم وقال: «ما لو اشترط البائع على المشترى عتقه، والحكم فيه هو المنع، وذلک لان الاشتراط عليه لا يفيد أمرا أزيد من إجباره على البيع، والمفروض هو تحقق هذا الإجبار عليه من طرف الشارع، كما يستفاد من قوله عليه السلام : «لا تقروه عنده وبيعوه من المسلمين»(٤).

وإذا لم يكن الإجبار الشرعى كافيا فى صحة تملكه فالإجبار الجائى من قبل الشرط أيضا كذلک مع أنّه ربّما لا يجبر باجبار فيلزم بقائه تحت سلطنته والحاصل أنّ المانع عن بيعه من الكافر فى هذه الصورة وهو سلطنته عليه موجود، بخلاف الصور المتقدمة فإنّه لا سلطنة من الكافر عليه فى شىء من تلک الصور الثلاث كما اوضحناه»(٥).

وقال المحقّق الاصفهانى: «بيانه: أنّ المشروط تارة هو الانعتاق بنحو شرط

١- ٧ . نهاية الإحكام: البيع / فى العاقد ٤٥٧/٢.

٢- ٨ . الجواهر ٥٤٧/٢٣ (٣٤١/٢٢).

٣- ١ . المكاسب ٥٩٤/٣.

٤- ٢ . وسائل الشيعة ٣٨٠/١٧، ح١، مرسلة حماد بن عيسى.

٥- ٣ . المكاسب والبيع ٣٥٣/٢ و ٣٥٤.

النتيجة، وأُخرى هو الاعتاق بنحو شرط الفعل، فإنْ كان بنحو شرط النتيجة فحاله حال ما تقدم من تعقب الملكية بالانعتاق قهرا؛ فليست الملكية سبيلاً ولو اقتضاءً، ولا مانع من مثل هذا الشرط بعد

كون المشروط أمرا سائغا مشروعا، غاية الأمر أنّه يحصل بنفس الشرط؛ وهو سبب له شرعا، والمراد حصول الانعتاق بعد حصول الملكية.

وهل يمكن الانعتاق بلا حصول الملک نظير ما قدمناه فی شراء من ينعتق على المشترى شرعا؟ لا يبعد ذلک، غاية الأمر أنّه فی ما تقدم بحكم الشارع؛ وهنا بتسبيب من الشارط، فإذا باع بشرط الانعتاق فقد قطع إضافة العبد عن نفسه بازاء الثمن وشرط عدم تعلق المبيع بالمشترى، فأوجد المقتضى للملكية مع المانع عنها، نظير البيع المقتضى لحق الخيار مقرونا بشرط عدمه، لا بشرط سقوطه فی ظرف ثبوته، وليس ذلک شرطا منافيا لحقيقة العقد، إذ على هذا المبنى لا يتقوم البيع بحصول الملک كی يكون شرط عدمه منافيا لحقيقته، بل مقتضٍ له فلا يكون مقتضاه فعليّا إلاّ مع قبول المحل وعدم المانع شرعا أو تسبيبا، وحيث إنّ الملكية إعتبار وضعی فهو قابل للتسبب إليه نفيا وإثباتا كما فی سائرالموارد فتدبر جيدا.

وإنْ كان بنحو شرط الفعل فهو مشكل، إذ لا يقتضی الشرط إلاّ إلزام الكافر الشارط بالعتق، فلو كفی مجرد الإلزام بفک الملک فی صحة التمليک والتملک لكفی الاجبار على البيع من المسلم فی صحة البيع من الكافر، غاية الأمر أنّه إلزام بإزالة ملک الكافر إبتداءً فی الثانی، وإمضاءً فی الأوّل، وعلى أیّ حال هو إزالة ملک مستقر لا أنّ أمد الملک آنی.

نعم بينهما فرق؛ وهو أنّ الملک - فی البيع المحكوم عليه شرعا بالازالة - ملک مقتضٍ للسلطنة على التصرفات عرفا؛ فهو سبيل بالاقتضاء، ولا يجدی الالزام بإزالته فی عدم كونه سبيلاً، بخلاف البيع المشروط فيه بالعتق فإنّ الملک فيه عرفا غير مقتضٍ للسلطنة على التصرفات، بل مع قطع النظر عن الشرع أيضا ليس له السلطنة على التصرفات، فمثله ليس سبيلاً عرفا دون الأوّل.

لكنه غير فارق؛ لأنّ الشرط يوجب عدم فعلية السلطنة التی هی من مقتضيات الملک، لا أنّه يوجب عدم اقتضائه مع بقائه إلى أنْ يتحقّق الوفاء بالشرط، فهو سبيل

بالاقتضاء مقرون بالمانع عن فعلية مقتضاه، لا عن أصل اقتضائه فتدبر»(١).

أقول: الحقّ مع الشهيدين وصاحب الجواهر رحمه الله فى صحه هذا البيع لأنّ المشروط إذا كان على نحو شرط النتيجة فلا إشكال فى صحته وإذا كان على نحو شرط الفعل أيضا يصح هذا البيع، لأنّ الوفاء بالشرط لازم على الكافر فإن وفى واعتق العبد فقد وقع التفريق بينهما ولا سبيل، وإن لم يف فللبائع خيار الفسخ إن شاء فسخ البيع ووقع التفريق ولا سبيل، وإن شاء لم يفسح البيع والكافر أُجبر على بيع العبد المسلم ووقع التفريق ولا سبيل حينئذ.

وعلى أىِّ حالٍ لم يستقر ملك الكافر على العبد المسلم والدليل على الحرمة - لو تمَّ ولم يتم - إنّما يدلّ على الملكية الاستقرارية التامة.

فظهر ممّا ذكرنا صرف الوفاء بالشرط وهو العتق أو ردّ المبيع فى فرض الفسخ أو الإجبار على البيع لم يصدق عليه السلطنة أو السبيل أو العلو خلافا للشيخ الأعظم والنائينى.

نعم، عدم تفريق الشيخ الأعظم(٢) بين هذا الفرع وبين إجباره على بيعه تام ولكن حكمه «فى عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك»(٣) غير تام، بل يحكم بانتفاء السبيل فيهما كما

مرّ واللّه الْعالِم.

حكم التملك القهرى

اشارة

قبل الورود فى البحث لابدّ من تعريف الملكية القهرية وهى التى لا يتعلّق سببها بالاختيار كالإرث وفى مقابلها الملكية الاختيارية وهى التى يتعلّق سببها بالاختيار كالبيع. وأمّا حصول الملك فى الثانية بعد تمامية السبب فهو قهرىٌّ دائما.

ولكن قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم ابتداء تملّک الكافر للمسلم اختيارا، أمّا التملّک القهرى فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر من كافر أُجبر على البيع،

ص:٤٥٣

١- ١ . حاشية المكاسب ٤٦٧/٢ و ٤٦٨.

٢- ٢ . المكاسب ٥٩٤/٣.

٣- ٣ . .المكاسب ٥٩٤/٣.

فمات قبله، فإنّه لا ينعتق عليه ولا على الكافر الميّت؛ لأصالة بقاء رقّيته، بعد تعارض دليل نفى السبيل وعموم أدلّة الإرث.

لكن لا يثبت بهذا الأصل تملّک الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام ، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّة؛ ضرورة أنّه إذا نُفى إرث الكافر بآية نفى السبيل، كان الميّت بالنسبة إلى هذا المال ممّن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام .

وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إنّ إرث الإمام عليه السلام منافٍ لعموم أدلّة ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنّه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدمَ إرث الكافر، يتحقّق نفى الوارث الذى هو مورد إرث الإمام عليه السلام ، فإنّ الممنوع من الإرث كغير الوارث.

فالعمدة فى المسألة: ظهور الاتّفاق المدّعى صريحا فى جامع المقاصد(١)»(٢).

واعترض عليه المحقّق النائينى وقال: «إنّ الإرث عبارة عن انتقال مال المُوَرِّث إلى وارثه بتبدل المالک بقيام الوارث مقام مورثه فى كونه طرفا للإضافة إلى المال بلا تبديل فى المال ولا فى الإضافة التى بينه وبين المالک، كما أنّ البيع عبارة عن تبديل المال بمال آخر بلا تبديل فى طرف المالک ولا

فی إضافته إلی المال، بل الاضافة والمالک باقیان علی حالهما، وإنّما التبدیل فی المال، فالإرث والبیع متعاکسان من هذه الجهة لکون المتبدل فی البیع هو المال، وفی الإرث هو المالک، وعلی هذا إذا کان الکافر مالکا لعبد کافر فأسلم العبد ثمّ مات مولاه یقوم وارثه مقامه فی کونه طرفا لإضافته إلی العبد بعد

إسلامه، فکما أنّ المُوَرِّثَ بعد إسلام العبد مالک له لکنّه یجبر علی بیعه فکذا وارثه یصیر قائما مقامه فی کونه مالکا له مجبورا علی بیعه ولیس حاله إلاّ کحال المورث، وهذا خارج عن مورد الخبر(۳) إذ هو یدلّ علی المنع عن انتقال المال إلی الکافر، وفی الإرث لیس الانتقال فی المال وإنّما وقع التبدیل فی المالک فلا یمکن أنْ یتمسک فی المنع عنه

۱- ۱ . جامع المقاصد ٦٣/٤.

۲- ۲ . المکاسب ٥٩٥/٣.

۳- ۱ . وسائل الشیعة ۳۸۰/۱۷، ح۱، مرسلة حماد بن عیسی.

بالخبر المذکور، وعلی هذا فلا یبقی مجال للحکم بانعتاق العبد ولا بانتقاله إلی الإمام أصلاً، وما ذکرناه شیء موافق مع الاعتبار، ویمکن تطبیق الحکم علیه بعد أنْ لم یکن فی المسئلة دلیل بالخصوص کما هو الشأن فی أکثر أبواب المعاملات، هذا.

ولکن [الشیخ الأعظم] قدس سره لم یسلک هذا المسلک، بل سلک مسلکا آخر، حیث أنّه جعل الدلیل علی المنع عن البیع عبارة عن نفی السبیل ثمّ عارضه بعموم أدلة الإرث ثمّ رجع إلی الاستصحاب بعد تعارض الدلیلین، وحیث أنّ القدر المتیقن السابق هو رقیة العبد لا ملک الوارث فإنّه لا حالة سابقة له، أجری الأصل فی بقاء رقیة العبد، ولما کان الثابت به بقائه علی رقه وأنّه لا

ينعتق بموت المُوَرِّثِ لا انتقاله إلى الوارث، قال بانتقاله إلى الإمام لكونه مقتضى الجمع بين الأدلة أعنى أدلة الإرث وأدلة منع تملك الكافر للمسلم، هذا محصل ما سلكه.

وفيه: ما لا يخفى أمّا أوّلاً: فلما فى جعله الدليل على المنع من البيع عبارة عن الآية المباركة مع أنّه لا دلالة فيها على المنع، وهو قدس سره أيضا اعترف بعدم دلالتها كما تقدم.

وأمّا ثانيا: فلما فى جعله المعارضة بين دليل المنع وبين أدلة الإرث فإنّه لو سلم دلالة أدلة المنع على المنع من التوارث أيضا لكانت أدلة المنع حاكمة على عمومات أدلة الإرث، وقد تقدم أنّ المناقشة والتشكيک فى حكومة الآية الشريفة على العمومات فى غير محلِّه، وأنّ ضابط الحكومة منطبق على المقام.

وأمّا ثالثا: فلما فى حكمه بالانتقال إلى الإمام نظرا إلى جريان أصالة بقاء رقية العبد، وذلک لأنَّ بقاء رقيته الثابت بالأصل لا يثبت انتقاله إلى الإمام إلاّ بعد اثبات مقدمة، وهى أنّه يكفى فى الحكم بالانتقال إلى الطبقة اللاحقة مجرد عدم احراز وجود الطبقة السابقة ولا يحتاج إلى احراز عدمها أو ما بحكم عدمها من الممنوعية عن الإرث، وإلاّ فمع الحاجة إلى احراز عدم الطبقة المتقدمة لا يمكن الحكم بالانتقال إلى الإمام بعد

تعارض الدليلين فإنّه لم يحرز بعد تعارضهما ممنوعية الكافر من الإرث، غاية الأمر يكون عدم إرثه من باب عدم احراز وارثيته لا من باب احراز العدم، فالمهم حينئذ تنقيح تلک المقدمة ولتنقيحها مقام آخر، وان كان الحق فيها هو الاكتفاء بعدم احراز الطبقة

ص:٤٥٥

السابقة ولا يحتاج فيه إلى احراز عدمها»(١).

قال السيّد العاملى: «قد صرّح الشهيدان(٢) بأنّه إنّما يمنع من دخول العبد المسلم فى ملک الكافر اختيارا أمّا غيره كالإرث وإسلام عبد الكافر فإنّه يجبر على بيعه بثمن المثل على الفور إن وجد راغب،

وإلاّ حيل بينه وبينه إلى أن يوجد الراغب، ونفقته عليه وكسبه له، وهو قضيّة كلام جماعة(٣) فى الأوّل بل فى جامع المقاصد(٤) الإجماع عليه، وصريح كثيرين فى الثانى - أعنى إسلام عبد الكافر - »(٥).

وقال فى الجواهر: «نعم، قد صرّح الشهيدان(٦) وغيرهما(٧): باختصاص ذلك فيه، أمّا دخوله بالإرث من كافر، أو بقاؤه على الملك - كما لو أسلم وهو فى يده - فلا:

للأصل فى الثانى، وقوّة دليل الإرث فى الأوّل، مضافا إلى ما عن جامع المقاصد: من الإجماع عليه فى الأوّل(٨)، وظاهر نفى الخلاف فيه فى الثانى عن التذكرة(٩).

ولكن يجبر على بيعه من الراغب، ومع عدمه يحال بينه وبينه إلى أن يوجد؛ لعموم نفى السبيل - الذى لا منافاة بين تخصيصه بالابتداء، ووجوب إزالته عنه لعدم التمليك بسبب من الأسباب الاختياريّة - ولفحوى خبر حمّاد المزبور... ولغير ذلك ممّا يقتضى الحكم المذكور.

١- ١ . المكاسب والبيع ٢/(٣٥٦-٣٥٤).

٢- ٢ . الدروس ٣/١٩٩؛ ومسالک الأفهام ٣/١٦٧.

٣- ٣ . منهم المحقّق الكركى فى جامع المقاصد ٤/(٦٢-٦٣)؛ والبحرانى فى الحدائق الناضرة ١٨/٤٢٦؛ والعلاّمة فى تذكرة الفقهاء ١٠/٢٢.

٤- ٤ . جامع المقاصد ٤/٦٣.

٥- ٥ . مفتاح الكرامة ١٢/٥٦٦.

٦- ٦ . الدروس ٣/١١٩، درس ٢٣٩؛ الروضة البهيّة ٣/٢٤٥؛ مسالک الأفهام ٣/١٦٧.

٧- ٧ . كابن القطّان فى معالم الدين ١/٣٤١.

٨- ٨ . جامع المقاصد ٤/٦٣.

٩- ٩ . عبارة التذكرة: «ولأنّه يمنع من استدامة ملكه فيمنع من ابتدائه» قال العاملى: «فكأنّه لا خلاف فى الاستدامة». انظر تذكرة الفقهاء ١٩/١٠؛ ومفتاح الكرامة ٥٦٢/١٢.

وإن كان كسبه له فى هذه المدّة - أى إلى أن يباع - لكونه مملوكا له فيها ونفقته

عليه.

وربّما احتمل: عدم الملك له أيضا فيها، وإنّما له تعلّق بأخذ ثمنه خاصّة. لكنّه كما ترى، هذا»(١).

فرع: هل يلحق بالإرث كلّ ملك قهرىٍّ؟

أو لا يلحق أو يفرِّق بين ما كان سببه اختياريا وغيره؟

قال الشيخ الأعظم: «وجوه خيرها: أوسطها ثمّ أخيرها»(٢).

وجه الخيرية ومثال السببين والمختار فى عدم الإلحاق يظهر من كلام المحقّق النائينى حيث يقول: «مثال ما كان الملك القهرى بسبب غير اختيارى هو الوقف بناءً على أن يكون الوقف الخاص كالملك، فإنّه ينتقل إلى الطبقة المتأخرة بلا اختيار منهم ومثال ما كان بسبب اختيارى كالخيار، والحكم فيهما هو عدم الالحاق بالإرث مطلقا سواء كان بالسبب الاختيارى أو بالسبب الغير الاختيارى.

أمّا الأوّل فلما سيأتى عند عنوان المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره لحكم الخيار.

وأما الثانى فلعدم مجيئ ما قلنا فى الإرث فى الوقف وتوضيح ذلك: أنّ الوجه فى الحكم بالتوارث على ما عرفت هو عدم التفاوت بين ملك الوارث وملك مورثه، بل ملكه هو بعينه ملك مورثه، وإنّما يقوم الوارث مقام مورثه فى كونه طرفا لتلك الملكية، فالوارث يصير طرفا لتلك الملكية على ما هى عليه من الوصف أعنى لزوم الجبر على المالك بالبيع واخراج الملك عن تحت سلطنته، وهذا الملاك يجرى فى الوقف، فإنّه إذا وقف العبد الكافر على طبقات الكفار بطنا بعد بطن فأسلم العبد

الموقوف فلا يخلو إمّا أن يسلم عند وجود الطبقة التى كانت موقوفا عليها فى حال كفر العبد وإمّا أن يسلم مقارنا مع زوال تلك الطبقة وانتقال العبد إلى الطبقة اللاحقة بحيث يقع اسلام العبد وانتقاله إلى الطبقة اللاحقة

١- ١ . الجواهر ٢٣/٥٤٠ و ٥٤١ (٢٢/٣٣٧).

٢- ٢ . المكاسب ٣/٥٩٦.

فى ظرف واحد وعلى كلا التقديرين فلا ينتقل إلى الطبقة اللاحقة أمّا على الأوّل فلأنّ إسلامه يوجب فساد وقفه لأنّ بقاء وقفه موجب لسلطنة الكافر الموقوف عليه، وإذا بطل وقفه يباع بثمن يصح تسلط الكافر عليه فيجعل وقفا على هذه الطبقة وعلى من بعدها من الطبقات فلا يبقى العبد بعد اسلامه وقفا على الطبقة الموجودة حال اسلامه حتّى ينتقل عند زوالهم إلى الطبقة اللاحقة، واما على الثانى فالأمر أُوضح، لأنّه إذا حكم ببطلان الوقف

على الأوّل وإخراج عين العبد عن ملك الطبقة الموجودة مع أنّه كان على ملكهم قبل إسلامه فعدم دخوله إلى ملك الطبقة اللاحقة إذا كان إسلامه مقارنا لاضمحلال الطبقة السابقة يكون بطريق أُولى»(١).

لا يقرّ العبد المسلم على ملك الكافر

قال الشيخ الأعظم: «لا إشكال ولا خلاف فى أنّه لا يقرّ المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام فى عبدٍ كافرٍ أسلم: «اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا تقرّوه عنده»(٢).

ومنه يعلم: أنّه لو لم يبعه باعه الحاكم، ويحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا؛ لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال - غاية الأمر أنّه دلّ النصّ والفتوى على تملّكه له - ولذا ذكر فيهما: أنّه يباع عليه(٣)، بل صرّح فخرالدين قدس سره فى الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، ويبقى له حقّ استيفاء الثمن منه(٤). وهو مخالف لظاهر النصّ والفتوى، كما عرفت»(٥).

أقول: وأمّا الاحتمال المذكور فى كلامه قدس سره بالنسبة إلى و لاية الحاكم للبيع مطلقا

١- ١ . المكاسب والبيع ٣٥٦/٢ و ٣٥٧.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٣٨٠/١٧، ح١، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع.

٣- ٣ . اُنظر: الشرائع ١٠/٢؛ والقواعد ١٧/٢؛ والمختلف ٥٩/٥؛ والدروس ١٩٩/٣؛ والروضة البهيّة ٢٤٥/٣ وغيرها.

٤- ٤ . إيضاح الفوائد ٤١٤/١.

٥- ٥ . المكاسب ٥٩٦/٣.

فمراده فى مقابل عدم امتناع الكافر من بيع العبد المسلم، حيث ذهب العلاّمة إلى تصدى الحاكم للبيع فى فرض الامتناع وقال: «ولو امتنع الكافر من البيع حيث يُؤمر باع الحاكم بثمن المثل...»(١).

ويقول فى التذكرة: «لو امتنع الكافر من إزالة الملك حيث يُؤمر، باعَهُ الحاكم بثمن المثل، ويكون الثمن للكافر، فإن لم يجد راغبا، صبر مع الحيلولة. ولو مات الكافر، أمر وارثه بما يؤمر مُورّثة»(٢).

ولذا قال السيّد العاملى: «إذا عرف هذا فلو امتنع من بيعه باعه عليه الحاكم قهرا،

فلو لم يوجد راغب حيل بينهما بمسلم حتّى يوجد الراغب ونفقته عليه وكسبه له إلى حين خروجه عن ملكه كما فى نهاية الإحكام(٣) والدروس(٤) ونحوه ما فى التذكرة(٥) وجامع المقاصد(٦)»(٧).

ولكن المحقّق النائينى قوّى هذا الاحتمال وقال ما نصه: «وهذا الاحتمال قَوِيٌّ جدا وذلک لأن بيعه نحو استيلاء عليه وهو منفى بعموم الآية المباركة، ومع الغض عنه يكون مقتضى الخبر المتقدم عدم ولاية الكافر على بيعه، حيث قال عليه السلام : اذهبوا فبيعوه من المسلمين، ولم يقل الزموه بالبيع»(٨).

وقد ناقشه المحقّق الاصفهانى رحمه الله بقوله: «ينبغى التكلم فى أنّه للمالک أنْ يباشر بيع عبده من المسلم أو لا؟ ولا مانع منه إلاّ كون سلطنته على بيعه من مسلم سبيلاً على

١- ٦ . القواعد ١٨/٢.

٢- ٧ . التذكرة الفقهاء ٢٣/١٠.

٣- ١ . نهاية الإحكام ٤٥٩/٢.

٤- ٢ . الدروس ١٩٩/٣.

٥- ٣ . تذكرة الفقهاء ٢٣/١٠.

٦- ٤ . جامع المقاصد ٦٦/٤.

٧- ٥ . مفتاح الكرامة ٥٧٩/١٢.

٨- ٦ . المكاسب والبيع ٣٥٧/٢.

المسلم فيكون منفيا، وأنّ الرواية تكفّلت لأمر المسلمين بالبيع عليه، فيعلم منها أنّه لا سلطنة له على البيع.

ويندفع الأوّل: بأنّ السلطنة على بيعه من مسلم سلطنة على إزالة سبيل الكافر على المسلم، فكيف يكون هو بنفسه سبيلاً؟! مع أنّ السبيل المنفى هو ما يكون على المسلم ويدخل به الضرر عليه ويكون به الظفر للكافر على المسلم، وهذا كله منتفٍ فى السلطنة على بيعه من مسلم، فلا معارض لدليل السلطنة فى هذا المقدار من السلطنة الثابتة للمالک بالدليل، مع أنّ السلطنة المنفية هو كون أمر التصرف فى العبد بيده؛ بحيث له أنْ يفعل وله أنْ لا يفعل، وهنا ليس كذلک؛ بل هو كسائر المكلفين مأمور بازالة ملكه عنه، فهو مقهور فى هذا التصرف لا مختار فتدبر.

ويندفع الثانى: بأنّ أمر المسلمين بالبيع على الكافر محمول على العادة؛ من عدم اقدامه على بيع عبده وعدم اعتنائه من حيث إنّه كافر بهذا الحكم الثابت فى شريعة الإسلام، وحيث يصح منه البيع فإذا لم يقدم على أداء هذا الواجب يجبره الحاكم من باب الأمر بالمعروف، فإذا لم يبع أو لم يمكن اجباره فهل يتعين للحاكم ثمّ لعدول المؤمنين أو

محض تكليف لا يُشْتَرَطُ بشىء؟

ظاهر النص حيث إنّه عليه السلام أمر المسلمين بقوله عليه السلام : إذهبوا فبيعوه من المسلمين؛ وادفعوا ثمنه إلى صاحبه؛ ولا تقروه عنده، أنّه مجرد تكليف بالبيع كالتكليف بأداء ثمنه وكالتكليف بعدم اقراره عنده، لا أنّه إذن منه عليه السلام بما هو ولى الأمر، وأنّه تصرف من باب الولاية لا أنّه بيان للحكم [الولائى(١)]، فإنّه خلاف الظاهر، نعم مقتضى الأصل تعين الحاكم ثمّ العدول»(٢).

ثبوت الخيار للمالک الكافر وعدمه

قال العلاّمة فى القواعد: «ولو أسلم عبد الذمِّىّ طولب ببيعه أو عتقه، ويملک الثمن

١- ١ . الزيادة منّا.

٢- ٢ . الحاشية المكاسب ٤٧١/٢ و ٤٧٢.

والكسب المتجدّد قبل بيعه أو عتقه، فلو باعه من مسلمٍ بثوبٍ ووجد فى الثمن عيبا جاز له ردّ الثمن. وهل يستردّ العبد أو القيمة؟ فيه نظر؛ ينشأ من كون الاسترداد تملّكا للمسلم اختيارا، ومن كون الردّ بالعيب موضوعا على القهر كالإرث، فعلى الأوّل يستردّ القيمة كالهالك، وعلى الثانى يجبره الحاكم على بيعه ثانيا. وكذا البحث لو وجد المشترى به عيبا، وبأىّ وجهٍ أزال الملك: من البيع والعتق والهبة حصل الغرض»(١).

ولكن ذهب الشهيد إلى عدم ثبوت الخيار للمالک الكافر ولا المشترى إذا يوجب رجوع العبد المسلم إلى الكافر وقال فى الحاشية النجارية: «ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط، بل للمشترى»(٢).

ولكن خالف نفسه فى الدروس وقال: «ويجرى فيه أحكام العقد من الخيار والردّ بالعيب فيه أو فى ثمنه المعيّن فيُقْهر على بيعه ثانيا»(٣).

واختار المحقّق الثانى ثبوت الخيار للمالک الكافر وقال فى شرح قول العلاّمة فى القواعد: «فلو باعه من مسلم بثوب ووجد فى الثوب عيبا، جاز له رد الثمن»، «أى: للكافر، لأن إلزامه بِالرِّضا بالعيب تخسير، وقد يعلم من هذا ثبوت أحكام الخيار اللاحق للعقد بأنواعه، كما نبّه عليه فى الدروس(٤)، وهو الوجه، لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون

المبيع عبدا مسلما لكافر، لانتفاء المتقضى، لأن نفى السبيل لو اقتضى ذلک بمجرده لاقتضى خروجه عن الملک بالإسلام.

فعلى هذا لو كان البيع معاطاة فهى على حكمها، ولو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها، نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه باسقاط نحو خيار المجلس، أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع، إذا لم يلزم منه تخسير المال.

قوله: «وهل يسترد العبد أو القيمة؟ فيه نظر، ينشأ من كون الاسترداد تملكا

ص:٤٦١

١- ٣ . القواعد ١٧/٢ و ١٨.

٢- ٤ . الحاشية النجارية /٢٢٠.

٣- ٥ . الدروس ١٩٩/٣.

٤- ٦ . الدروس ١٩٩/٣.

للمسلم اختيارا».

ليس هذا الوجه بشيء، لأن الثمن المعين إذا ردّه انفسخ العقد، فيعود العبد إلى الكافر، لامتناع بقاأ ملك بغير مالك، وامتناع كون الثمن والمبيع معا ملكا للمشترى، وهذا قهرى، فأين التملك الاختيارى الذى ادّعى؟ والثانى أصح، فيجبره الحاكم على بيعه ثانيا.

قوله: «وبأىّ وجه أزال الملك، من البيع والعتق والهبة حصل الغرض».

ومثله الصلح، لكن ينبغى تقييد الهبة باللازمة»(١).

ويظهر من الشيخ الأعظم عدم ثبوت الخيار للكافر ولا عليه قال: «وكيف كان، فإذا تولاّه المالك بنفسه، فالظاهر أنّه لا خيار له ولا عليه، وفاقا للمحكىّ عن الحواشى فى خيار المجلس والشرط؛ لأنّه إحداث ملك فينتفى؛ لعموم نفى السبيل؛ لتقديمه على أدلّة الخيار كما يقدّم على أدلّة البيع.

ويمكن أن يبتنى على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد(٢)؟ فإن قلنا بالأوّل، ثبت الخيار؛ لأنّ فسخ العقد يجعل الملكيّة السابقة كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها،

بخلاف ما لو كان الملكيّة الحاصلة غير السابقة، فإنّ الشارع لم يمضها. لكن هذا المبنى ليس بشيء؛ لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفى السبيل على

المتيقّن.

نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيبا.

ويشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر؛ من جهة قوّة أدلّة نفى الضرر، فلا يبعد

١- ١ . جامع المقاصد ٦٥/٤ و ٦٦.

٢- ٢ . ثمّ إنّ هذه القاعدة وما يتفرع عليها من فروع - كالفسخ بالخيار - نقلها الشهيد قدس سره فى القواعد، ولم يظهر منه ترجيح أحد الاحتمالين، فقال: «طريان الرافع للشيء هل هو مبطل له، أو بيان لنهايته؟ ... وقد يعبّرُ عنها بأنّ الزائل العائد هل هو كالذى لم يزل؟ أو كالّذى لم يعد، فإنّ القائل بأنها كالذى لم يزل يجعل العود بيانا لاستمرار الحكم الأوّل، والقائل بأنّها كالذى لم يعد يقول برفع الحكم الأوّل بالزوال، فلا يرجع حكمه بالعود». [القواعد والفوائد ٢٦٨/١، القاعدة ٨٥].

الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرّر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرّر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليّته تملّک المسلم إلاّ فيما خرج بالنصّ.

ويظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع فى العقد الجائز، كالهبة»(١).

ثمّ تنظّر فى ما ذكره المحقّق الثانى بقوله: «لأنّ نفى السبيل لا يخرج منه إلاّ الملک الابتدائى [القهرى كالإرث] وخروجه لا يستلزم خروج عود الملک إليه بالفسخ، واستلزام البيع للخيارات ليس عقليا، بل تابع لدليله الذى هو أضعف من دليل صحّة العقد الذى خصّ بنفى السبيل، فهذا أولى

بالتخصيص به، مع أنّه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملک وعدم زواله بالفسخ والرجوع، فتأمّل.

وأمّا ما ذكره أخيرا بقوله: «لا يبعد» ففيه: أنّ إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملک الكافر إلى ملک المسلم بمنزلة التصرّف المانع من الفسخ والرجوع»(٢).

ثمّ تأمّل فى ما ذكره العلاّمة فى القواعد وأحال وجه تأمله بما ذكره فى نقد المحقّق الثانى واستثنى: «إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّة الخيار، ونفى السبيل: ثبوت الخيار والحكم بالقيمة، فيكون نفى السبيل مانعا شرعيّا من استرداد المثمن [وهو العبد المسلم هنا]، كنقل المبيع فى زمن الخيار، وكالتلف الذى هو مانع عقلىّ.

وهو [أى الجمع بين أدلة الخيار ونفى السبيل] حسنٌ إن لم يحصل السبيل بمجرّد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله؛ ولذا حكموا بسقوط الخيار [أى خيار المجلس مطلقا] فى من ينعتق على المشترى(٣)، فتأمّل(٤)»(٥).

١- ١ . المكاسب ٥٩٧/٣.

٢- ٢ . المكاسب ٥٩٨/٣.

٣- ٣ . راجع: تذكرة الفقهاء ١٠/١١؛ جامع المقاصد ٢٨٧/٤؛ حاشية الارشاد /٣٨٨، المطبوعة فى ضمن المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركى وآثاره؛ غاية المرام ٤٣/٢؛ المسالک ٢١٢/٣؛ مجمع الفائدة والبرهان ٣٨٩/٨ و ٣٩٠؛ مفتاح الكرامة ١٥٧/١٤؛ والجواهر ٣١/٢٤ (١٨/٢٣)؛ ونسب فى الحدائق ١٦/١٩ سقوط خيار المشترى إلى المشهور.

٤- ٤ . لعلّه إشارة إلى أنّ دليل خيار المجلس قاصر عن شموله لهذا المورد لأنّ بمجرد حصول الملكية بالبيع ينعتق العبد على المشترى فلا تبقى الملكية إلى زمن الافتراق حتّى يجرى الخيار. [المؤلِّف].
٥- ٥ . المكاسب ٥٩٩/٣.

وقال المحقّق النائينى: «وكيف كان فالكلام يقع تارة فيما إذا تولاه المالک بنفسه، وأُخرى فيما يتولاه الحاكم.

أمّا الأوّل: فقد اختلف فى ثبوت الخيار مطلقا فى بيع المالک إيّاه أو عدم ثبوته مطلقا، أو التفصيل بين الخيارات الثابتة بجعل الشارع كخيار المجلس أو بجعل المتعاملين كخيار الشرط وبين الخيارات الثابتة بدليل نفى الضرر كخيار الغبن، بالقول بانتفاء الأوّل وثبوت الثانى لو كان الضرر على المسلم دون الكافر، والقول بالتفصيل بين البناء على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد، فيقال بثبوت الخيار على الأوّل وعدم ثبوته على الثانى، على أقوال واحتمالات اردئها الأخير، وذلک لأنّ مسئلة أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد مع أنّها لا أساس لها فى موردها غير منطبقة على المقام.

وتوضيح ذلک أنّ مورد هذا الكلام إنّما هو فيما إذا باع البائع مثلاً شيئا ببيع خيارى ثمّ قبل أنْ يقع منه الفسخ باع المشترى الذى اشتراه منه بالبيع الخيارى من ثالث فزال عن ملک المشترى فما دام أنّها لم يعد إلى ملک المشترى ليس للبائع الرجوع إلى العين، بل لو اختار الفسخ فلابدّ أن يرجع إلى المشترى ببدله من المثل أو القيمة، وإذا عاد عن ملک الثالث إلى ملک المشترى فيقال بابتناء رجوع البائع إلى العين بعد العود إلى المشترى على أنّ الزائل العائد كأنّه لم يزل فيصح رجوعه إليه، أو كأنّه لم يعد فلا يصح، فقيل بالأوّل وقيل بالثانى وفصل ثالث بين ما إذا كان عوده بفسخ العقد الواقع بينهما فيكون كأنّه يزل فإنّ المشترى حينئذٍ يتملكه بالملک السابق وبين ما إذا كان بعقد جديد فيكون كأنّه لم يعد لأنّ تلک الملكية جديدة حدثت بالعقد الجديد وكيف كان فمورد هذا الكلام لابدّ أن يكون نظير هذا المثال وما نحن فيه أجنبى عنه، إذ ليس فى المقام عود حتّى نقول أنّه كالذى لم يزل

أو كالذى لم يعد، بل الكلام فى أصل صحة العود وأنَّ الزائل عن ملك الكافر بالبيع هل يصح أن يعود إليه أو لا، وليس عود حتّى نقول أنّه

ص:٤٦٤

كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد.

وأمّا الخيارات الناشئة عن الضرر فاعلم أنّ فيها مسلكين:

أحدهما: أنّ دليل نفى الضرر بنفسه موجب لثبوت الخيار.

وثانيهما: أنّ المنشأ للخيار هو تخلف الشرط الضمنى وأنّ دليل نفى الضرر يقتضى ثبوت الخيار بواسطة تخلفه.

وحيث أنّ المسلكين متفاوتان فى الحكم فينبغى أنْ نتكلم على كلِّ مسلكٍ على حدة فنقول:

أمّا على المسلك الأوّل: فإمّا أن يكون الضرر على الكافر البائع أو على المشترى المسلم، فقد يقال بالتفصيل بينهما بالخيار للثانى دون الأوّل، أمّا عدم الخيار للأوّل فلأنَّ الضرر ينشأ من سوء اختيار الكافر للكفر، ودليل نفى الضرر لا ينفى ما كان من الضرر بالاختيار، وأمّا ثبوت الخيار إذا كان الضرر على المشترى المسلم فلأن دليل نفى السبيل وإن كان حاكما على أدلة الأحكام، لكن لا حكومة له على دليل نفى الضرر لكونه أيضا مثل دليل نفى السبيل فى حكومته على أدلة الأحكام، فيكونان فى درجة واحدة، نظير أدلة نفى الحرج مع دليل نفى الضرر حيث لا حكومة لأحدهما على الآخر فلا يقدم دليل نفى السبيل على دليل نفى الضرر وإن كان يقدم على الدليل المثبت لخيار المجلس ونحوه ممّا كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاملين بل يقدم دليل نفى الضرر عليه لقوته، هذا محصل هذا التفصيل.

ولا يخفى ما فيه أيضا: لأنّ قوة دليل نفى الضرر توجب تقديمه على دليل نفى السبيل لو كان دليل نفيه قابلاً للتخصيص، وأمّا مع عدم قبوله له كما تقدم فيجب تخصيص دليل نفى الضرر به لقابليته للتخصيص، بل وقوع التخصيص عليه بدرجة قيل باحتياجه إلى الجابر لو اُريد العمل به، وهذا القول وإن كان فاسدا لما حققناه فى محلِّه مِنْ أنَّ ما توهم خروجه عن عمومه ليس بالتخصيص بل إنّما هو بالتخصص، لكن أصل إمكان إيراد

ص:٤٦٥

التخصيص عليه وروده فى الجملة ممّا لا يقبل المنع، وعليه فيجب تخصيص دليل نفى الضرر بدليل نفى السبيل فتحصّل ممّا ذكرناه سقوط التفصيل بين الخيارات الأصلية وبين الخيارات الناشئة عن عموم نفى الضرر بتوهم سقوط الأوّل لأجل حكومة دليل نفى السبيل على الأدلة المثبتة للخيارات الأصلية وثبوت الثانى لعدم حكومة دليل نفى السبيل على عموم دليل نفى الضرر وتقدم دليل نفى الضرر على دليل نفى السبيل لقوة دليله.

ومنه يظهر سقوط التفصيل بين الخيار الناشى من ضرر المشترى المسلم وبين

الخيار الناشىء من ضرر البائع الكافر بثبوت الخيار فى الأوّل لأجل قاعدة نفى الضرر وعدم ثبوته فى الثانى بالمنع عن شمول القاعدة له لكون الكافر باختياره الكفر مقدما على الضرر.

ووجه سقوطه: هو عدم عموم القاعدة للضرر المترتب على المشترى المسلم بعد تخصيصها بدليل نفى السبيل فيكون الضرران أعنى ما يترتب على المشترى وما يترتب على البائع سواء فى خروجهما عن عموم قاعدة الضرر، ومع الغض عن ذلک فلا وجه لهذا التفصيل إذ الخارج عن القاعدة هو ما كان الإقدام على نفس الضرر كالإقدام على المعاملة الغبنية مع العلم بالغبن لا الاقدام على شىء آخر يترتب عليه الضرر كالاقدام على الكفر فى المقام، فالاقدام على الكفر ليس اقداما على الضرر مثل الاقدام على المعاملة الغبنية مع العلم بالغبن كما لا يخفى.

فهذه التفاصيل الثلاثة أعنى التفاصيل بين الخيار الأصلى والخيار الضررى، والتفصيل فى الخيار الضررى بين ضرر المسلم وضرر الكافر، وابتناء المسئلة على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد كلّها ساقطة.

بقى من الوجوه المحتملة ثلاثة وجوه:

الأوّل: احتمال سقوط جميع الخيارات مطلقا سواء كان الخيار أصليا أم جعليا أم ناشئا من دليل نفى الضرر.

الثانى: احتمال ثبوت الجميع مطلقا فيكون بيع الكافر كبيع المسلم فيما له من

الأحكام، وهذا هو المنقول عن جامع المقاصد.

الثالث: سقوط الخيارات بالنسبة إلى العين فلا يجوز للكافر استرداد العين بالفسخ مطلقا سواء كان العقد لازما أو كان جائزا، كان الخيار فى العقد اللازم أصليا أو جعليا أو ناشئا من دليل نفى الضرر، ويجوز له الرجوع إليه بالقيمة هذا.

وأقوى الاحتمالات هو الأوّل وذلک لأنّه قد تبيّن فيما تقدَّم أنّ الدليل على فساد بيع المسلم من الكافر حسبما حررناه كان هو الخبر المتقدم(١) بالتقريب الذى عرفت من كون النهى فى قوله عليه السلام : لا تقرّوه، راجعا إلى مرحلة المسبب(٢)، وبعد الغاء خصوصية حالة

البقاء التى هى مورد الخبر يستفاد مبغوضية المعنى المسببى بقاءً وحدوثا، والنهى الراجع إلى مرحلة المسبب حدوثا يدل على الفساد فيدل على فساد البيع من الكافر، ولا فرق فى مغبوضية المسبَّب بين أسبابه، فلا فرق حينئذٍ بين البيع والصلح وغيرهما فكلّما كان سببا لذلک المسبب المنهى عنه يكون النهى عنه كاشفا عن عدم تأثير السبب ولو كان إيقاعا لا عقدا، فالفسخ فاسد لكونه إنشاء حلّ

العقد ومن الإيقاعات ويكون سببا للملكية، وإذا كانت الملكية المسببة عنه منهيا عنها كان النهى عنها كاشفا عن فساد سببها فالفسخ فاسد غير مؤثر فى ارتجاع الملكية ومع عدم تأثيره لا يكون الخيار ثابتا إذ معنى الخيار هو ملک الفسخ ومع عدم تأثير الفسخ فلا ملک عليه، فجميع الخيارات ساقطة بدليل واحد وهو الدليل الدال على مبغوضية ملكية الكافر للعبد المسلم.

وبهذا الدليل تسقط التفاصيل المتقدمة أيضا حتّى التفصيل بين العين والبدل، وتوضيحه: إنّ مورد الرجوع إلى المثل أو القيمة بعد تعذّر ردّ العين إنّما هو فيما إذا كان الرجوع إلى العين جائزا بسبب الفسخ وكان تسليم العين متعذرا بواسطة التلف أو ما بحكمه فإنّه حينئذ ينتقل إلى البدل من القيمة أو المثل سواءً قلنا بأنّ الفسخ عبارة عن حلِّ العقد الموجب لرجوع العين إلى ما انتقل عنه أو قلنا أنّه ارتجاع للعين المستلزم لحلِّ

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٨٠/١٧، ح١.

٢- ٢ . وهى تبادل الاضافتين المتحقّق باعتبار الطرفين وانشائهما ويكون أمرا باقيا فى عالم الاعتبار ما لم يتعقبه الفسخ من ذى الخيار أو الإقالة كما مرّت فى الآراء الفقهية ١١/١.

العقد، غاية الأمر أنّه بناءً على الأوّل يكون انتهاء الأمر إلى البدل فى رتبة ثالثة حيث لابدّ أوّلاً من حل العقد لكى يترتب عليه رجوع العين إلى ما انتقل عنه وبعد الارتجاع إليه وكونها متعذّرة ينتقل إلى البدل، وعلى الثانى فى رتبة ثانية حيث أنّه بعد ارتجاع العين بالفسخ ينتقل إلى البدل، وعلى كلِّ تقديرٍ لابدَّ من الرجوع إلى العين أوّلاً حتّى ينتهى بعد تعذّر تسليمه إلى البدل والمفروض فى المقام امتناع الرجوع إلى العين لما استفيد من الدليل بالتقريب المتقدم، فلا موقع للرجوع إلى البدل.

وبعبارة أُوضح: الرجوع إلى البدل إنّما يكون عند امتناع تسليم العين بعد الفراغ عن الرجوع إليه الذى هو فى ظرف إمكان الرجوع إليه، والممتنع فى المقام هو الرجوع إلى العين ومع امتناع الرجوع إليه

فلا تنتهى النوبة إلى بدلها الذى كان بعد الفراغ عن الرجوع إليها، وهذا ظاهرٌ جدا، فالتحقيق هو سقوط جميع الخيارات مطلقا، ولو كانت من الخيارات الضررية وأنّ التفاصيل المتقدمة كلَّها ممنوعةٌ.

هذا على ما سلكه المُصَنِّفُ [الشيخ الأعظم] قدس سره من جعل الخيار فى بعض

المقامات مثل خيار الغبن ناشئا من نفى الضرر، وأمّا على ما هو المختار عندنا من كون المنشأ فى أمثال هذه المقامات هو تخلّف الشرط الضمنى وأنّ دليل نفى للضرر بنفسه لا يكون متكفلاً لإثبات الخيار فى الغبن وإنْ كان يصح الاستدلال به بعد جعل الملاک هو تخلف الشرط، فالأمر فى بطلان التفصيل أوضح ضرورة أنّه لا يبقى حينئذٍ خيار ناشٍ عن دليل نفى الضرر فيصير من الخيارات الأصلية التى لا اشكال فى حكومة دليل نفى السبيل على أدلتها كسائر الأدلة التى هى محكومة بدليل نفيه من غير إشكال كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى الفسخ، ومنه يظهر عدم جواز الردّ بسبب العيب أيضا، نعم لا بأس بالأرش حيث أنّه لا مانع منه بعد سقوط الردّ.

هذا كلُّه فيما إذا كان الكافر هو بنفسه متولِّيًا للبيع، وأمّا إذا كان المتولى هو الحاكم كما قلنا أنّه وظيفة له على ما يستفاد من قوله عليه السلام : فبيعوه(١)، فلا خيار أيضا فإنَّ مقتضى

١- ١ . وسائل الشيعة ٣٨٠/١٧، ح١.

الخيار هو ارتجاع العين إلى من انتقل إليه بعد الأخذ بالخيار، والمفروض عدم إمكان رجوع العين إلى الكافر، ولا يعقل القول بصحة الفسخ والالتزام بعدم رجوع العوضين إلى من انتقلا عنه بل برجوعهما إلى ثالث أجنبى لكونه خارجا عن حقيقة الفسخ الذى هو حلُّ العقد، فكما أنّ مقتضى

العقد هو خروج المال عمّن انتقال عنه كذلک يكون مقتضى الفسخ دخوله فى ملكه وعوده إليه بالملكيّة السابقة بعد جعل العقد كأنْ لم يكن بسبب الفسخ»(١).

أقول: لو تمت أدلة حُرْمَةِ بيع العبد المسلم للكافر وفسادها، وتمّ احتمال تولّى الحاكم لبيع العبد المسلم، تمت مقالة المحقّق النائينى قدس سره ومع المناقشة فيهما كما عرفت وأنّهما لم يتما، فيكون المختار جريان الخيارات فى البيع المذكور بأقسامها كما عليه العلاّمة والشهيد فى الدروس والمحقّق الثانى واللّه العالم.

ص: ٤٦٩

١- ٢ . المكاسب والبيع ٢/(٣٦٣-٣٥٨).

مسألة: حكم نقل المصحف إلى الكافر

قد بحثنا عن هذه المسألة فى المسألة الأُولى: بيع المصحف من خاتمة المكاسب المحرّمة(١)، فى الفرع الرابع من الفروع التى الحقتُها بالبحث وقد ناقشنا أدلة حرمة هذا البيع وفسادها والفروع الملحقة بها فلا نعيدها فإن شئت فَراجِعْ «هذا كِتابُنا يَنْطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ»(٢) واللّه العالم.

إلى هنا تم الكلام فى شرائط المتعاقدين وبه تمّ الجزء الرابع من قسم البيع من كتابنا الآراء الفقهية فى يوم الخميس غرّة شَهْرِ ربيعٍ الآخر ١٤٣٦ على يد مؤلِّفه العبد هادى النجفى ببلدة إصفهان صانها اللّه تعالى عن طوارق الحدثان وسائر بلاد المسلمين.

والحمدللّه أوّلاً وآخرا وظاهرا وباطنا وصلّى اللّه على سيّدنا محمّد وآله الأئمة الهداة الطيّبين الطاهرين المعصومين لا سيّما خاتمهم الإمام المنتظر الحجة الثانيعشر المهدى الموعود - عجل اللّه تعالى فرجه الشريف - وجعلنا من خدّامه والمستشهدين بين يديه. وآخر دعوانا أن الحمد للّه رب العالمين.(٣)

١- ١ . راجع: الآراء الفقهية قسم المكاسب المحرمة ٣/(٢٩٢-٢٨٣).

٢- ٢ . سورة الجاثية /٢٩.

٣- ٣ . وقد تم تصحيح هذه الاوراق على يدّ مؤلِّفها فى صبيحة يوم الخميس عيد الأضحى ١٤٣٦ ببلدة اصفهان والحمد للّه أوّلاً وآخرا.

المجلد ٨

اشارة

سرشناسه : نجفی، هادی، ١٣٤٢ -

عنوان و نام پدیدآور : االآراء الفقهیه: قسم البیع/ تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ١٣٩٣.

مشخصات ظاهری : ٤٤٨ ص.: نمونه.

شابک : ٩٧٨-٦٠٠-٩٢٩٠٢-٨-٤

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/ن۳آ۳۶ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۳۷۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱

اشارة

ص: ۲

تقریظ الحکیم المتأله المرجع الدینی آیة اللّه العظمی المرحوم السیّد عزالدین

الحسینی الزنجانی قدس سره (۱۳٤۰-۱٤۳٤) بخطّه الشریف فی شهر رجب المرجب ۱٤۳۱

ص: ۳

باسمه تعالی

چه مبارک سحری بود [و] چه فرخنده شبی آن شب قدر که این تازه براتم دادند

برحسب سیره آباء و اجداد بحمداللّه روزهای جمعه تا این جانب به خاطر دارم مجالس ذکر مولانا اباعبداللّه الحسین _ ارواحنا وارواح العالمین لتراب مرقد الفداء _ در حسینیه منزل شخصی برقرار است. برکات و افاضات این عمل نورانی پیوسته ساطع و لامع است به گونه ای که برای معاندی هم جای انکار باقی نمی ماند.

از آن جمله در جمعه گذشته مجلس به قدوم میمنتْ لزومِ عالم بزرگوار آیة اللّه آقای حاج شیخ هادی نجفی _ دامت برکاته _ مزین شد و روح و طراوت خاصی به مجلس، بالخصوص به این بنده به هیچ ارزنده بخشید. لاسیما خود حامل آثار علمی خود در مکاسب محرمه در سه

ص: ٤

جلد هدیه فرمودند.

بحمداللّه آثار تحقیق از محابرات آشکار بود. بسیار خوشوقت و ان شاء اللّه مورد استفاده قرار خواهد گرفت. از حسن تصادف این جانب هم با رفقای حوزه مشغول مباحثه و تدریس این قسمت هستم.

در خاتمه این بهترین عمل را به عالم فرهیخته اصفهان تبریک تقدیم نموده و مزید توفیقات معظم له از قادر متعال و ائمه اطهار _ صلوات اللّه علیهم _ خواستارم. به راستی ملتمس دعا هستم.

این جانب هم توفیق مسافرت به اصفهان فقط به قصد زیارت قبر مجلسی _ سلام اللّه علیه _ در چندین سال قبل در زمان حیات رجل الرجال و واحد الآحاد آقای ارباب قدس سره داشته و از محضر شریفشان استفاده بردم. آن بزرگمرد در احیاء نماز جمعه تأکید داشتند و این جانب را به مناسبت اقامت نماز جمعه در زنجان مورد تشویق قرار دادند.

اللهم اعل درجات علماءنا الماضین وأحینا حیاتهم وأمتنا علی سیرتهم وطریقهم.

مشهد مقدس _ محمّد عزّالدین الحسینی الزنجانی

ص: ٥

ترجمة التقریظ بالعربیّة(١)

باسمه تعالی

يا سحرا مباركة ويا ليلة رائعة / ليلة القدر التى أعطيتُ فيها رخصة النجاة من النار

إنّ مجالس عزاء مولانا أبى عبداللّه الحسين _ أرواحنا وأرواح العالمين لتراب مرقده الفداء _ كانت ولاتزال منعقدة فى حسينية بيتى الخاص كل جمعة حسب سيرة آبائى واجدادى على ما فى بالى، ولم تنفک تسطع بركات هذا العمل النورانى وتلمع آثارها الخير حيث لا يبقى مجالاً للإنكار ولو للمكابرين.

منها أن مجلس هذا العبد قد أشرق وساده رَوح وريحان بورود العالم الجليل آية اللّه الحاج الشيخ هادى النجفى _ دامت بركاته _ فى الجمعة الماضية، خاصة أن سماحته جاء ومعه ثلاثة مجلدات من كتابه القيم المكاسب المحرمة أهداها إلىّ.

والحمدللّه هو كتاب مفعم بالتحقيق والإبداع. لقد سررت وسأستفيد منه إن شاء اللّه. ومن المصادفة الطيبة أننى منشغل بمذاكرة الموضوع وتدريسه مع بعض زملائى من علماء الدين.

وختاما أهنئ العالم الجليل الجهبذ بهذا العمل الرائع، وأسأل المولى القدير والأئمة الأطهار _ صلوات اللّه عليهم _ له مزيدا من التوفيق، وأطلب جدّا منه الدعاء.

وأما أنا، فأسعدنى التوفيق بأن أسافر إلى إصفهان لأجل الزيارة مضجع المجلسى _ سلام اللّه عليه _ قبل عدة سنوات فى أيام حياة رجل الرجال وواحد الآحاد سماحة السيّد أرباب قدس سره ، واستفدت من مجلسه العلمى. كان سماحته يشدد على إقامة صلاة الجمعة وقدّر جهودى فى إقامتها بزنجان.

اللهم اعل درجاتِ علماءنا الماضين وأحيِنا حياتَهم وأمِتنا على سيرتهم وطريقهم.

مشهد المقدسة _ محمّد عزّالدين الحسينى الزنجانى

١- (١) بقلم الدكتور على زاهدپور _ حفظه اللّه _.

بسم الله الرحمن الرحيم

تاريخُ إنهاء المُجَلَّدِ الثامِن من كتابِ «الآراء الفِقْهِيَّة» لِسماحَةِ الْفَقِيه المُدَقِّقِ النِحرير المجتهد المُحَقِّقِ الكبير آية اللّه الشّيخ هادِى آلِ أبى المجد النَّجَفِىّ _ دامَ ظِلُّهُ الوارف _

الآيَةُ النَّجَفِىُّ فَيْضُ عَطائِهِ الْـ_ فِكْرِىِّ مُتَّصِلُ بِغَيْرِ نَفادِ

فَبِمِرْقَمِ التَّحقِيْقِ كَمْ قَد خَطَّ مِنْ كُتُبٍ فَرائِدَ دُوِّنَتْ بِسَدادِ

لَمْ يَعْرُها حَشْوٌ وَلَمْ يَعْلَقْ بِها عابٌ يُثِيْرُ حَفَائِظَ النُّقّادِ

بِمُذابِ تِبْرٍ دُبِّحَتْ صَفَحاتُها الْـ_ غُرُّ النَّفائِسُ لا بِسَيْلِ مِدادِ

(وَرِثَ) الْفَقاهَةَ (كابِرا عَنْ كابِرٍ مَوْصُوْلَةَ الإسْنادِ بِالإسْنادِ)(١)

ص: ٧

١- (٢) ما بين الأَقْواسِ تضمينٌ مع تَصَرُّفٍ يَسِيْرٍ وَهُوَ لِاءحَدِ الشُّعَراءِ مِنْ أهْلِ القَرْنِ الرابِعِ الْهِجْرِىّ على ما أحْفَظُ فى مَدْحِ الوزير العالِمِ الأدِيب الصاحِبِ إسْماعِيْلَ بْنِ عَبّادٍ _ رَحِمَهُ اللّه تعالى _ . وَقَد اسْتَبْدَلْتُ بِقَوْلِهِ: (وَرِثَ الْوَزارَةَ): وَرِثَ الْفَقاهَةَ. لِاقْتِضاءِ الْمقامِ ذلِک.

وَقَفا (أبا المَجْدِ الرِّضا) بَنُبُوْغِهِ وَاعْتامَ(١) نَهْجَ أعاظِمِ الأءجْدادِ

فَغَدا لَهُ مِيْراثُهُمْ فى عَصْرنا (فَرْضا وَرَدًّا) وَهُوَ أوفَرُ زادِ

وَكَفاهُ بِـ_ (الآراء) مِنْ فَخْرٍ بِهِ خَلُدَ اسْمُهُ السّامِيْ مَدى الأٰبادِ

فَلَقَدْ أقامَ بِهِ على اسْتِنْباطِهِ الْـ_ وافِيْ شَواهِدَ جَمَّةَ الأٰعْدادِ

وَبِـ_ (ثامِنِ الأٰجْزاء) أتْحَفَ مَعْشَرَ الْـ_ فُقَهاءِ أَعْلامِ الْهُدى الأٰوْتادِ

أنْعِمْ بِهِ سِفْرا تَأَلَّقَ بِالْبَها فَمَحا الدُّجُنَّةَ بِالسَّنا الْوَقّادِ

وَبِمُنْتَهى الْقِسْطاسِ(٢) قُلْتُ مُؤَرِّخا: «قَدْ ضاءَ(٣) بِـ_(الأٰراءِ) فِقْهُ الْهادِيْ»

(٦٠)(١٠٤)(٨٠٢)(٢٦٣) (١٥٨) (٥١)

سنة ١٤٣٨ه

الأقَل عَبْدُالسّتار عَفا عَنْهُ المليک الغفّار، وَعَنْ والِدَيْهِ

النَّجَفُ الأشرفُ _ المدرسةُ المَهديّة العِلْميّةُ الدِّينيّةُ

١- (٣) أى اختار.

٢- (٤) فى عِبارَةِ (وبمُنْتَهى الْقِسْطاس) تَوْرِيَةٌ بِإضافَةِ قِيْمَةِ السِّيْنِ وَهِيَ ستُّوْنَ إلى مادَّةِ التّارِيْخ وَبِها يَتِمُّ المَقْصود.

٣- (٥) يُقالُ: ضاءَ، وَأَضاءَ، كِلاهُما صَحِيْحٌ.

فصل شرائط العوضين

اشارة

ص: ٩

ص: ١٠

١_ الماليّة

يظهر من العلاّمة اعتبارها فى البيع حيث يقول: «لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه لأنّه ليس مالاً، فلا يؤخذ فى مقابلته المال، كالحبّة والحبّتين من الحنطة، ولا نظر إلى ظهور الانتفاع إذا انضمّ إليها أمثالها، ولا إلى أنّها قد توضع فى الفخّ(١) أو تُبذر. ولافرق بين زمان الرخص والغلاء. ومع هذا فلا يجوز أخذ حبّة من صُبْرة الغير، فإن أُخذت، وجب الردّ، فإن تلفت، فلا ضمان؛ لأنّه لا ماليّة لها.

وهذا كلّه للشافعى أيضا، وفى وجهٍ آخر له: جواز بيعها وثبوت مثلها فى الذّمة. وليس بجيد»(٢).

وتبعه الشيخ الأعظم وذهب إلى اعتبار المالية فى كلٍّ من العوضين وقال: «يشترط فى كلٍّ منهما كونه متموّلاً لأنّ البيع لغةً مبادلة مالٍ بمال(٣)...(٤) والأُولى أن يقال: «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفا، فلا إشكال ولا خلاف فى عدم جواز وقوعه أحدَ العوضين؛ إذ لا بيع إلاّ فى ملك. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن كان أكل المال فى مقابله أكلاً بالباطل عرفا، فالظاهر فساد المقابلة. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلاّ فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عموماتِ صحّة البيع والتجارة،

ص: ١١

١- (٦) الفخُّ: المصيدة. الصحاح ٤٢٨/١.

٢- (٧) تذكرة الفقهاء ٣٥/١٠، مسألة ١٤.

٣- (٨) كما فى المصباح المنير /٦٩.

٤- (٩) المكاسب ٩/٤.

وخصوص قوله عليه السلام فى المروىّ عن تحف العقول: «وكلّ شىءٍ يكون لهم فيه الصلاح من جهةٍ من الجهات، فكلّ ذلک حلال بيعه... إلى آخر الرواية»(١)، وقد تقدّمت فى أوّل الكتاب(٢)»(٣).

يرد عليه: «أوّلاً: أنّه لا دليل على اعتبارها [أى اعتبار المالية العرفية]، سوى المصباح الذى هو على فرض اعتباره ليس إلاّ من قبيل شرح الاسم، فإذا تعلّق الغرض الشخصى بشىء _ كالعقرب والخنفساء أو كتابة والده أو صورته _ لا مانع من شرائه.

وثانيا: لو سلّمنا اعتبار الماليّة فيه، فغايته أن لا يرتّب على معاوضة غير الأموال الأحكام الخاصّة للبيع ولا تعمّها أدلّته الخاصّة، إلاّ أنّه لا يمنع شمول ما ورد فى صحّة مطلق العقود، كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فتكون معاوضة صحيحة ولو لم يكن بيعا؛ ولذا ذكرنا فى بعض تنبيهات المعاطاة: أنّه إذا بدّل أحد عباءته بقباء غيره يصحّ وإن لم يكن بيعا ولم يصدق البائع ولا المشترى على كلٍّ منهما، بل لو سئل كلّ منهما وقيل له: إنّک بعت مالک؟ أجاب بأنّى لم أبع ولكن عاوضت مالى، ومع ذلک فهى معاوضة.

[وثالثا]: أنّ ما ذكره فى فرض الشک فى الماليّة العرفيّة، من أنّه إذا أُحرز كون أكل المال فى مقابله أكلاً للمال بالباطل كان فاسدا، خلفٌ ومناقضة؛ إذ مع الشک فى الماليّة لا معنى للعلم بكون أكل المال فى مقابله أكلاً له بالباطل، بل الشک فى ذلک مستلزم للشک فيه. هذا بناءً على أن يحمل الأكل بالباطل على ما حمله عليه [الشيخ الأعظم]، وأمّا على المختار فهو أجنبىّ عمّا نحن فيه رأسا.

[ورابعا]: أنّ ما ذكره من الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة إذا لم يحرز كونه من أكل المال بالباطل، يكون من قبيل التمسّک بالعام فى الشبهة المصداقيّة، إذ المفروض الشک فى ماليّة المبيع، فتكون الشبهة مصداقيّة.

[وخامسا]: وأمّا الرجوع إلى رواية تحف العقول حيث جوّز بيع كلّ ما فيه وجه من وجوه

١- (١٠) تحف العقول /٣٣٣.

٢- (١١) المكاسب ٥/١.

٣- (١٢) المكاسب ١٠/٤.

الصلاح، فهو فاسد بعد ما عرفت(١) من فسادها سندا ودلالة»(٢).

ما هى المالية؟

قال المحقّق النائينى: «ويعتبر فى مالية الشىء اُمور:

الأوّل: أن يكون له أحد الأمرين من المنفعة أو الخاصية على سبيل منع الخلو، والمراد بالمنفعة هو قابلية الانتفاع به مع بقاء عينه كسكنى الدار وركوب الدابة، وبالخاصية ما يترتب عليه من المنافع المتوقف ترتبه على ذهاب عينه مثل الاشباع المترتب على الخبز الموقوف على ذهاب عينه بأكله، وهذان الأمران على سبيل منع الخلو مقومان لمالية المال فمالا منفعة فيه ولا خاصية له أصلاً فلامال.

الثانى: أنْ يكون مما يصح اقتنائه لأجل ما يترتب عليه من المنفعة أو الخاصية عقلاً بأن كان مما يقتنيه العقلاء لذلک بحسب عادتهم سواء كان استعماله لأجل خاصيته مثلاً شايعا غير مختص ببعض الأحوال كالحنطة التى تقتنى لأجل الاقتيات، أو كان نادرا مختصا ببعض الأحوال لمكان تعلق غرض العقلاء باقتنائها، فما لا يصح اقتنائه لأجل ما يترتب عليه من المنافع والأغراض فلا يكون مالاً وإن كان له أحد الأمرين من المنفعة والخاصية، لكن لمكان شيوع وجوده مثل الرمل والأحجار فى مواضعها لا يقدم العقلاء على اقتنائه بل يعد اقتنائه عملاً سفهيا عندهم.

الثالث: أن يكون ممّا يبذل العقلاء بإزائه المال، فلو لم يبذل بإزائه المال لم يكن مالاً كالماء فى جنب الأنهار حيث أنّه مع ماله من المنفعة والخاصية لايكون عندهم مالاً لمكان عدم إقدامهم ببذل المال بإزائه، وهذه الأمور المذكورة دخيلة فى التمول عرفا.

الرابع: أنْ لاتكون تلك المنفعة أو الخاصية المقومان لمالية الشيء مصبا وموردا للنهى الشرعى بأن تعلق النهى بنفس تلك المنفعة أو الخاصية، لصيرورة الشخص بسبب حرمة هذه المنفعة أو الخاصية عليه محروما عن ذلک الشيء شرعا، فيكون وجود المنفعة

١- (١٣) راجع الآراء الفقهية ١/(٢٠-١٦).

٢- (١٤) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٠٣/٣ و ١٠٤.

والخاصية كالعدم، إذ ما لايجوز الانتفاع به فيما يترتب عليه يكون كما لا ينتفع به أصلاً، فمثل الخمر ونحوه(١) لا يكون مالاً لأجل المنع عن ترتب ما هو الملاک فى مالية المال عليه شرعا»(٢).

وقال الإيروانى فى تعريفها: «ثمّ إنّ تعريف المال بأنّه ما يبذل بإزائه المال فى غاية الفساد، فإنّه من أخذ المعرَّفَ فى التعريف، والظّاهر أنّه لا إشكال فى اعتبار أمرين فى تحقّق مفهومه، أحدهما حاجة النّاس إليه فى أمور دنياهم، أو عقباهم، والثانى عدم إمكان الوصول إليه بلا إعمال عمل»(٣).

وقال الاستاذ المحقّق _ مدظله _ بعد المناقشة فى التعريفين: «ولعل أسلم التعاريف _ وإن لا يخلو عن المناقشة باعتبار شموله للمناصب الاعتباريّة التى يتنافس عليها العقلاء، لكنّها غير معدودة من الأموال _ اعتبار الماليّة شيئا يتنافس عليه العقلاء، وليس المراد من العقلاء الإنسان الذى يمتلک عقلاً يعبد به الرحمن، بل مَنْ له عقل المعاش، ويسعى لكسب ما ينتفع به، وبالتالى يعدّ الكنز الذى

لا مالک له مالاً، کما یعدّ الخمر والخنزیز أیضا مالاً _ لولا الحکومة الشرعیّة بإلغاء الماليّة عنهما _ لتنافس العقلاء علیهما»(٤).

أقول: تعریف المال ویتبعه المالیة واضحٌ عند العُرف لاغبار علیه وکلّ هذه التعاریف تَرِدُ علیها مناقشات لأنّها لا تکون إلاّ شرحا للاسمِ لإبعادنا عن المعنی العرفی الواضح فلا نحتاج إلی النقض والابرام فیها وإلاّ لعل أردء التعاریف هی الأخیرة منها. واللّه العالم.

الدلیل علی اعتبار المالیة فی البیوع

الأوّل: قول الفیومی فی المصباح المنیر: «الأصلُ فی البیع مُبَادَلَةُ مالٍ بمالٍ لقولهم

١- (١٥) کذا وَرَدَ فی الأصْلِ، والصَّواب «ونَحْوِها»؛ لأنّ الخَمْرَ مُؤنّثَةٌ فی کلام العرب بلاخلاف.
٢- (١٦) المکاسب والبیع ٣٦٤/٢ و ٣٦٥.
٣- (١٧) حاشیة المکاسب ٤١٤/٢.
٤- (١٨) العقد النضید ٣٣٨/٤.

بیعٌ رابحٌ وبیعٌ خاسرٌ وذلک حقیقةٌ فی وصفِ الأعیان لکنّه اُطلقَ علی العقد مجازا لأنّه سببُ التملیکِ والتملُّکِ»(١).

ویرد علیه: أوّلاً: قد مرّ أنّ هذا التعریف لا یکون إلاّ شرحا للإسْمِ بل لا یکون حتّی شرح الاسم.

وثانیا: اعترف الفیومی بأنّ هذا الإطلاق مجازیٌّ.

وثالثا: لا اعتبار بقول اللغوی فی التحدیدات الشرعیة کما بحثنا عنه فی مباحثنا الأُصولیة.

الثانی: قوله صلی الله علیه و آله : لا بیع إلاّ فی ما یملک(۲)، یدلّ علی أنّ المبیع یجب أن یکون مالاً حتّی یدخل فی الملک.

ویرد علیه: أوّلاً: الروایة عامیة.

وثانیا: الروایة تدلّ علی اعتبار الملکیة لا المالیة فلا تطابق بین الدلیل والمدعی.

وثالثا: انّ النسبة بین الملک والمال عموم وخصوص من وجه ولا یصح الاستدلال بأحدهما علی إثبات الآخر.

ورابعا: المالیة مفهوم عرفی والروایة نصّ شرعی ولا یحدد المفهوم العرفی بالنص الشرعی.

الثالث: المبیع إذا لم یکن مالاً یکون أکل المال فی مقابله أکلاً له بالباطل، نهی عنه قوله تعالی: «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ»(۳).

یرد علیه: المراد «بِالْباطِلِ» فی الآیة الشریفة الأسباب الباطلة و«الباء» للسببیة فلایتم الاستدلال لأنّها غیر ناظرة إلی المبیع وشروطه.

۱- (۱۹) المصباح المنیر /۶۹.

۲- (۲۰) سنن الترمذی ۴۸۶/۳، ح۱۱۸۱؛ مسند أحمد ۲۰۷/۲؛ السنن الکبری ۳۱۸/۷؛ سنن الدارقطنی ۱۴/۴، ح۴۲؛ المصنَّف ۴۱۷/۶، ح۱۱۴۵۶ لعبد الرزاق؛ کنزالعمال ۶۴۱/۹، ح۲۷۷۷۹؛ مستدرک الحاکم ۱۷/۲.

۳- (۲۱) سورة النساء /۲۹.

وقد يقال: «أساس الماليّة وملاک اعتبارها عقلائيّة وليست بشخصيّة، بمعنى أنّ الشيء يعدّ مالاً فيما إذا اعتبره العرف والعقلاء مالاً، ولذلک لا يمكن وصف مال معتبر عند شخص تعلّق به غرضه _ لكن يستهين به العرف والعقلاء _ أنّه مالٌ لفقده ملاک الماليّة، فالثوب البالى الذى قد يعتزّ به الشخص لكونه ثوب أبيه ويذكّره به، ولا يتنازل عنه فى مقابل أموال الدُّنيا، لا يعدّ مالاً لعدم كونه موصوفا بالماليّة العرفيّة، وأمّا الفقهاء فقد علّقوا وصف الماليّة بما يعتبره العرف والعقلاء مالاً، وإن كان مَنْشَؤُهُ شخصيّا، فالمدار فى تحقّق الماليّة هى الثابتة عند العرف والعقلاء وإن كانت ناشئة من غرض شخصى، فالحشرات برغم خسّتها وحقارتها العرفيّة، وعدم تقابلها بالمال، إلاّ أنّها قد توصف بالماليّة بالنسبة إلى العالِم بالحشرات الذى يتعلّق غرضه بها، ويبذل الأموال الطائلة لتحصيلها وتصنيفها وتحنيطها وما إلى ذلک، فإنّ هذه الرغبة المعقولة والمحترمة عند العقلاء تجعلها مالاً، برغم أنّ المعاملة الواقعة عليها معاملة على ما لايبذل بإزاءه مالٌ عقلاءً وعرفا.

أمّا اعتبار الماليّة فى العوضين، فقد ادّعى الشيخ [الأعظم] صراحةً لُزُوْمَ ماليّة العوضين و[قال:] «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمالٍ عرفا فلا إشكال ولا خلاف فى عدم جواز وقوعه أحد العوضين»(١) وقد أقام أدلّة عديدة على ذلک، لكن ثبت ممنوعيّتها واندفاعها، وبذلک يسقط أصل الدعوى، وبالتالى فيصحّ معاملة حبّة حنطة واحدة بحبّة شعير واحدة، بمثل ما تصحّ معاملة منّ من الحنطة بمنّ من الشعير، نعم المعاملة الأُولى غير عقلائيّة، لا يقدم عليها العقلاء دون الثانية، إلاّ أنّ عدم معقوليّتها لايخرجها عن عنوان البيع والمعاملة لصدق مفهوم البيع عليها. وهكذا ثبت عدم تقيّد مفهوم البيع لغةً وعرفا بالماليّة.

أمّا بالنسبة إلى الأدلّة الشرعيّة: فقد نُوقش فى تقييدها بالماليّة وعدمه على قولين:

قيل: إنّ الأدلّة مطلقة غير مقيّدة بالماليّة وعدمها، وهو مختار المحقّق السيّدِ الخوئى، حيث التزم بأنّ الأدلّة الشرعيّة مطلقة تشمل جميع المعاملات والعقود عدا ما يصدر من السفيه، وأنّ الممنوع بيع السفيه دون البيع السفهى الصادر من العاقل.

١- (٢٢) المكاسب ٤/١٠.

وقيل: إنّ الأدلّة الشرعيّة وموضوعاتها مقيّدة بالعقلائيّة، بمعنى أنّ إطلاقات أدلّة الحِلّ ولزوم الوفاء مقيّدة بالمعاملات الصادرة من العقلاء، وهو الصحيح لأنّ الأدلّة الشرعيّة الواردة فى باب المعاملات تندرج فى الأحكام الإمضائيّة المنصرفة إلى ارتكازات العقلاء، وإن يحتمل أن تكون أوسع وأشمل ممّا عند العقلاء، لكن المتيقّن منها ما هو المرتكز عندهم، ومن المعلوم أنّ المرتكز عند العقلاء تصحيح البيوع الصادرة من العقلاء على وجه معقول، لا مطلق ما يُتعامل به وإن كان غير معقول.

وبالجملة أوّلاً: إنّ إطلاق الأدلّة الشرعيّة الواردة فى باب المعاملات مقيّدة ومضيّقة ذاتا بما عدا المعاملات السفهيّة.

وثانيا: اعتبار الأدلّة الإمضائيّة أدلّة تأسيسيّة دالّة على حكم الشارع بصحّة أمر غير عقلائى، بعيدٌ عن روح الشريعة ومقاصدها، ويتوقّف ثبوتها على مؤونة زائدة.

ومقتضى الدليلين المذكورين انصراف إطلاق آية الحلّ واللّزوم عن البيع السفهى، واختصاصهما بالبيوع العرفيّة العقلائيّة، واندفاع ما قيل من إطلاقها ولا أقلّ من الشكّ فى شمولهما للمبيع الفاقد للماليّة، فيكون المرجع أصالة الفساد.

وخلاصة الكلام: هى أنّه قد ثَبَتَ ممّا ذكرنا أنّ النتائج المترتّبة على المسالک المختلفة كما يلى:

١ـ بناءً على مسلک المشهور ـ وهو مسلک الشيخ [الأعظم] ـ القائل باعتبار لزوم تحقّق المالية فى مفهوم البيع، ثبت انتفاء مفهوم البيع عند إحراز عدم الماليّة.

٢_ بناءً على مسلک المحقّق السيّد الخوئی، فإنّ مفهوم البيع غير متقوّم بالماليّة، وبالتالی يكون اقتضاء شمول الأدلّة لمطلق البيوع حتّی الفاقدة للماليّة تامّا ومانعه مفقودا.

٣_ وأمّا بناءً على المسلک المختار _ بعد ثبوت بطلان المسلكين السابقين _ فإنّ مفهوم البيع عرفا غير متقوّم بالماليّة، لكنّه مقيّد بها شرعا، وبالتالی فإنّ مبادلة ما لا ماليّة

ص: ١٧

فيه بيعٌ لكنّها غير صحيحة شرعا»(١).

أقول: بعد قبول عدم اعتبار دليل المالية، وأنّ الممنوع هو بيع السفيه دون البيع السفهی، وأنّ أدلة المعاملات إمضائية وليست بتأسيسيّة، ووجود إطلاق أدلة صحة البيع وغيره من المعاملات فلابدّ لنا من الذهاب إلى ما ذهب إليه المحقّق السيّد الخوئی رحمه الله من صحة البيع مع فقد المالية فی العوضين، ولا أدری من أين اسْتَفَادَ الأستاذُ المحقّق _ مدظله _ أنّ «مفهوم البيع عرفا غير متقوم بالمالية لكنّه مقيّد بها شرعا»؟ ومن أين جاء هذا التقييد الشرعی بعد قبول الاُمور السالفة؟! واللّه العالم.

ص: ١٨

١- (٢٣) العقد النضيد ٤/(٣٤٧-٣٤٥).

٢_ الملكيّة

اشارة

قال المحقّق فی شرائط المبيع: «الأوّل: أن يكون مملوكا»(١).

وقال صاحب الجواهر فی ذیله: «بلاخلاف(۲) بل الإجماع(۳) بقسمیه علیه والنصوص(٤) واضحة الدلالة علیه، بل فی المرسل: لا بیع إلاّ فی ملک(٥)»(٦).

وقال العلاّمة فی القواعد فی شرائط العوضین: «وصلاحیته للتملک»(۷).

وقد حمل السیّد العاملی مقالة العلاّمة علی اعتبار المالیة حیث یقول فی تعیین مراده: «یرید أنّه یشترط فی المبیع کونه ممّا جرت العاده بتملّکه بعقد معاوضة لینتفع به منفعة معتبرة فی نظر العقل سائغة فی نظر الشارع، فإنّ ما لا منفعة فیه لا یعدّ مالاً وکان أخذ المال فی مقابلته حراما قریبا من أکل المال بالباطل.

ولخلوّ الشیء عن المنفعة سببان: القلّة والخسّیة. قالقلّة کالحبّة والحبّتین من الحنطة والزبیبة الواحدة، لأنّ ذلک لا یعدّ مالاً ولا یبذل فی مقابلته المال، ولا ینظر إلی

۱- (۲٤) الشرائع ۱۰/۲.

۲- (۲٥) کما فی الحدائق ٤۳۲/۱۸.

۳- (۲٦) کما فی مجمع الفائدة والبرهان ۱٦۷/۸.

٤- (۲۷) راجع وسائل الشیعة ۳۳۳/۱۷، الباب ۱ من أبواب عقد البیع وشروطه.

٥- (۲۸) مرّت مصادره.

٦- (۲۹) الجواهر ٥٥۱/۲۳ (۳٤۳/۲۲).

۷- (۳۰) القواعد ۲۱/۲.

ظهور الانتفاع به إذا ضمّ هذا الدر إلی أمثاله وإلی ما یفرض من وضع الحبّة فی فم الفخ. ولا فرق بین زمان الرخص والغلاء. ولا یستلزم ذلک جواز أخذ الحبّة والحبّتین من صبرة الغیر، لأنّا إنّما نفینا

تملّكه بعقد معاوضة ولم ننف ملكيّته مطلقا، بل هو مال مملوك يقبل النقل بالهبة ونحوها وإذا تلف ضمنه بمثله على الأصحّ كما ستعلم.

وأمّا ما لا منفعة فيه لخسّته فكالحشار»(١).

ثمّ قال فى آخر كلامه: «... بل الإجماع على الملكية ممّا لا ريب فيه»(٢).

وهكذا حمل الفاضل المامقانى عبارة المحقّق الماضية وقال: «وليس مراده [أى المحقّق] بذلك [بكلامه الماضى] أن يكون البائع مالكا له حتّى يكون مقتضاه عدم صحة بيع الفضولى، بل مراده به الاحتراز عما ليس بمملوك من جهة عدم قابليته للملك...»(٣).

أقول: لو تمّ حمل الفَقِيْهَيْنِ كلامَ الفاضلَين دلَّ على الشرط السابق _ أى المالية _ وإلاّ على هذا الشرط _ أى الملكية _ وظاهرهُما الأخير.

ثمّ فليعلم: أنّ الملك على قسمين: ١_ الشخصى كملكية كلّ أحد لأمْوالِهِ الخاصّة. ٢_ النوعى.

والملك النوعى إمّا يكون قابلاً لأن يصير ملكا شخصيا كالخمس والزكاة حيث أنّهما ملكان للنوع والطبيعة ولكنّهما يصيران ملكا لمن يقبضهما.

وإمّا يكون غير قابل لأن يصير ملكا شخصيّا ثمّ إنّ هذا الأخير مَنافِعُهُ قد تكون ملكا شخصيا بالفعل كالوقف الخاص حيث أنّه ليس ملكا لشخص مخصوص لكونه ملكا للطبقات كلّها ولكن آحاد كل طبقة يصيرون مالكين لمنافعه ملكا خاصا.

وقد تكون منافعه ملكا شخصيا بالقوة كالوقف العام فإنّ منافعه ليست لأشخاص معينة لكنّها قابلة للملك الخاص.

وقد لا تكون منافعه قابلة للملك الشخصى الخاص كالأراضى المفتوحة عنوة

١- (٣١) مفتاح الكرامة ٨/١٣.

٢- (٣٢) مفتاح الكرامة ١٠/١٣.

٣- (٣٣) غاية الآمال ٧/٧.

فأنّها ملک لعامة المسلمين فلابدّ من أن يصرف منافعها فى ما يعود نفعه إلى عموم المسلمين.(١)

الشيخ الأعظم(٢) كغيره من الفقهاء ذهب إلى اعتبار الملكية فى البيع فلابدّ من البحث حول دليل اعتبارها وعلى أىِّ حالٍ تفريع الشيخ الأعظم الملكية على المالية لاوجه له، لأنّهما أمران متغايران بينهما عموم من وجه كما مرّ.

دليل اعتبار الملكية ونقده

الملكيّة أمر اعتبارى ليست بذاتها وحقيقتها داخِلَةً فى مفهوم البيع ولاعلاقة لها بصحته وفساده كما يدلّ على عدم الدخل بيع السلف وبيع الكلّى فى الذمّة.

وأمّا التمسک بدخالتها فى البيع بالنبوى: لابيع إلاّ فى ملک، فغير تامٍ لتطرق الاحتمالات الثّلاثة فى مدلولها وهى:

«١_ احتمال أن يكون دالاً على اعتبار ما يُملک فى البيع، بمعنى أنّه لا مجال لبيع ما ليس فيه قابليّة الملكيّة، فيكون مدلول الخبر لا تبع ما ليس يُملک، فيدلّ على نفى البيع عن مثل الخمر والخنزير.

٢_ احتمال أن يكون مدلوله لا تبع ما ليس تملِک، أى لا تبع ما لا تملكه، ممّا يدلّ على اعتبار الملكيّة فى المبيع.

٣_ احتمال أن يدلّ على اشتراط مِلک البيع لا فى متعلّقه، وتكون النتيجة انتفاء البيع عند انتفاء ملک البيع، ولذلک لابدّ أن يكون البائع إمّا مالكا أو وليّا أو وكيلاً»(٣).

وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال مع أنّ «ظاهره اعتبار ملک البيع، فليس خروج مثل بيع الوكيل أو الولى بالتخصيص، فالرواية ناظرة إلى المنع عن بيع الإنسان مال غيره ممّا ليست له سلطنة عليه ليشتريه ويسلّمه إلى المشترى. وعليه فلا مانع من بيع ما تعلّق

١- (٣٤) التقسيم مأخوذ من المحقّق النائينى فى المكاسب والبيع ٣٦٦/٢.
٢- (٣٥) المكاسب ١١/٤، قوله: «ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكية فى العوضين...».
٣- (٣٦) العقد النضيد ٣٤٩/٤.

به الحقّ _ كحقّ التحجير_ ولا فى جعله ثمنا»(١).

وبالجملة: «اعتبار الملكيّة لم يدلّ عليه دليل بأن يكون الثمن والمثمن مملوكين قبل البيع ولذا يصحّ بيع الكلّى فى الذمّة مع أنّه لا يكون ملكا له، نعم يعتبر أن يكون البائع مالكا للبيع بمعنى أن يكون أمر البيع بيده وتحت سلطته وإن لم يكن المبيع ملكا كما فى بيع الكلّى فى الذمّة فإنّه يملک بيع ما فى ذمّته»(٢).

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكيّة فى العوضين من بيع ما يَشترک فيه النّاس: كالماء، والكلأ، والسموک والوحوش قبل اصطيادها؛ لِكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل»(٣).

أقول: إن كان مراد الشيخ الأعظم من الملكية هى الملكية فى المبيع فلا يكون مانعا من بيع المباحات الأصلية لأنّ ما «يشترک فيه النّاس _ كالماء والكلاء والأسماک والوحوش قبل اصطيادها _ فإن لم

يكن منع عن بيعها ولو من جهة العجز عن التسليم، فلا مانع من بيعها، فيبيع السمک فی البحر ثمّ يصيده ويسلّمه إلى المشترى»(٤).

وإن كان مراده قدس سره من الملكية هی ملكية البيع وسلطنة البائع عليه _ على خلاف ظاهر الشيخ الأعظم _ «صحّ الاحتراز به عن بيع المباحات الأصليّة إذ نسبة البائع والمشترى إليها على حدّ سواء ولا يكون للبائع خصوصيّة بحيث يكون أمر بيعها بيده دون المشترى.

ولا وجه للاحتراز عنها باعتبار الماليّة فی العوضين كما عن المحقّق(٥) بدعوى أنّها ليست مالاً عرفا كما هو واضح.

١- (٣٧) محاضرات فی الفقه الجعفرى ١٠٥/٣.

٢- (٣٨) تعليق العلاّمة الآية الشيخ على أصغر الأحمدى الشاهرودى قدس سره المستشهد فی الانتفاضة العراقية فی زمن النظام صدام البائد، على كتاب محاضرات فی الفقه الجعفرى ١٠٤/٣.

٣- (٣٩) المكاسب ١١/٤.

٤- (٤٠) محاضرات فی الفقه الجعفرى ١٠٥/٣.

٥- (٤١) الشرائع ١٠/٢.

كما إنّه ليس الوجه فی الاحتراز عنها اعتبار أن لا يكون البيع سفهيّا إذ فيه أوّلاً: أنّ بيع السفيه باطل لا البيع السفهى، وثانيا: إذا كان البائع قادرا على أخذ المباحات وتسليمها فتكون ثمرة هذا البيع إلزامه بأخذها وتسليمها»(١). واللّه العالم.

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «واحترزوا أيضا به عن الأرض المفتوحة عنوة»(٢) ثمّ تعرّض لأحكام الأراضى ونحن تابِعُوْنَ له فی الترتيب فنقول:

١- (٤٢) تعليق العلاّمة الآية الشيخ على أصغر الأحمدى الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٠٤/٣.

٢- (٤٣) المكاسب ١١/٤.

أقسام الأرضين وأحكامها

اشارة

قال الشهيد: «جمع الأرض على الأراضى غلط(١)»(٢).

قال السيّد العاملى: «فى الصحاح(٣) والقاموس(٤) إنّه جمع على غير القياس. وقال فى المصباح: قال أبوزيد: سمعت العرب تقول فى جمع الأرض الأراضى والأرُوض مثال فُلُوس، وجمع فَعْل فَعالى فى أرض وأراضى وأهل وأهالى وليل وليالى على غير قياس»(٥) (٦).

أقول: الأرض إمّا موات أو عامرة وكل منهما إمّا أن تكون كذلك بالأصالة أو عرض لها ذلك، فهى أربعة أقسام على الحصر العقلى:

١_ الموات بالأصالة: فلا إشكال ولاخلاف بيننا فى كونها من الأنفال وكونها

١- (٤٤) ومن الملحوظ أنّ الأرض لم يذكر لها جمعٌ فى القرآن الكريم بخلاف السماء إذ تكرّر جمعها على (سماوات) حتّى إنّ فى حالة بيانِ مُساوقَةِ الأرض للسّماء فى عددِ الطبقات قال تعالى:

«وَمِنَ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ» [سورة الطلاق /١٢] والقول بمنع جمع أرضٍ على (أراضٍ) تحجيرٌ لواسعٍ وهو من جنايات الاستقراء النّاقص لكلام العرب العربا وسماعا وقياسا وللبسط مقامٌ غير هذا.

٢- (٤٥) الحاشية النجارية /٣٤٣؛ ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ١١/١٩.

٣- (٤٦) الصحاح ١٠٦٤/٣ مادّة «أرض».

٤- (٤٧) القاموس المحيط ٣٢٣/٢ مادّة «أرض».

٥- (٤٨) المصباح المنير ١٢/١ مادّة «أرض».

٦- (٤٩) مفتاح الكرامة ١١/١٩.

للإمام عليه السلام .

٢_ العامرة بالأصالة: وهى مشترک فى الحكم مع سابقتها.

٣_ الموات بالعرض: قد مرّ حكمها فى المسألة الثالثة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة، فى خاتمة المكاسب المحرمة(١) فلا نعيد.

٤_ العامرة بالعرض: يأتى حكمها.

فلابدّ من البحث حول أحكام هذه الثلاثة الباقية:

١_ الأرض الموات بالأصالة

اشارة

قال العلاّمة فى تعريف الموات: «الموات هى الأرض الخراب الدارسة التى باد أهلها واندرس رسمها.

وتُسمّى ميتةً ومَواتا ومَوَتانا بفتح الميم وسكون الواو: هو عمى القلب، يقال: رجل مَوْتان القلب إذا كان أعمى القلب لا يفهم شيئا»(٢).

وهی من الأنفال وللإمام علیه السلام وسواء کانت فی بلاد الإسلام أو الکفر یَدُلُّ علیه مضافا إلی عدم الخلاف فی المسألة بین الأصحاب کما یَدُّلَ علی أنّها للإمام علیه السلام ظاهر المبسوط(۳) والتذکرة(٤) والتنقیح(٥) والکفایة(٦)، ودعوی الإجماع علیه فی الخلاف(۷) والغنیة(۸) وجامع المقاصد(۹) والمسالک(۱۰)، طوائف من النصوص:

۱- (۵۰) راجع الآراء الفقهیة ۳/(٤۷۳-٤٥۳).

۲- (۵۱) تذکرة الفقهاء ۳۵۱/۱۹.

۳- (۵۲) المبسوط ۲۷۰/۳.

٤- (۵۳) تذکرة الفقهاء ۳۵۸/۱۹.

٥- (٥٤) التنقیح الرائع ۹۸/٤.

٦- (٥٥) کفایة الأحکام ٥٤٤/۲.

۷- (٥٦) الخلاف ٥۲٥/۳ و ٥۲٦، مسألة ۱.

۸- (٥۷) غنیة النزوع /۲۹۳.

۹- (٥۸) جامع المقاصد ۹/۷.

۱۰- (٥۹) المسالک ۳۹۱/۱۲.

الطائفة الأُولی: النصوص الدالة علی أنّها من الأنفال

منها: صحیحة حَفْص بن ال_بُخْتَری، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: الأنفال ما لم یوجف علیه بخیل ولا رکاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأیدیهم وکلّ أرض خربة، وبطون الأودیة، فهو لرسول اللّه صلی الله علیه و آله ، وهو للإمام من بعده یضعه حیث یشاء.(۱)

قدر المتيقن من الأرض الخربة هى الموات بالأصالة وقد مرّ تفسير الموات بالأرض الخراب فى كلام العلامة قدس سره .

ومنها: موثقة محمّد بن مسلم، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربة، أو بطون أودية، فهذا كلّه من الفيء والأنفال للّه وللرسول، فما كان للّه فهو للرسول يضعه حيث يحبّ.(٢)

ومنها: موثقة سماعة بن مهران قال: سألته عن الأنفال؟ فقال: كلّ أرض خربة أو شيء يكون للملوك فهو خالص للإمام وليس للناس فيها سهم، قال: ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب.(٣)

ومنها: موثقة زرارة عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قلت له: ما يقول اللّه: «يَسْأَلُونَکَ عَنِ الْأَنْفالِ قُلِ الْأَنْفالُ لِلّهِ وَالرَّسُولِ»(٤)؟ وهى كلّ أرض جلا أهلها من غير أن يحمل عليها بخيل ولا رجال ولا ركاب فهى نفل للّه وللرسول.(٥)

«كل أرض جلا أهلها» إذا كانت من الأنفال، الأرض التى كانت مواتا بالأصل

١- (٦٠) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، ح١، الباب ١ من أبواب الأنفال.

٢- (٦١) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح١٠.

٣- (٦٢) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح٨.

٤- (٦٣) الأنفال /١.

٥- (٦٤) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح٩.

وليس لها أهل بالطريق الأُولى تكون من الأنفال.

ومنها: موثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هى القرى التى قد خربت وانجلى أهلها فهى للّه وللرسول، وما كان للملوك فهو للإمام، وما كان من الأرض الخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وكلّ أرض لا ربّ لها، والمعادن منها، ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال.(١)

وغيرها من الروايات التى ادعى صاحب الجواهر(٢) امكان دعوى تواترها ويراها الشيخ الأعظم «مستفيضة بل قيل: إنّها متواترة»(٣) ولا يبعد بلوغ مجموعها حدّ التواتر الإجمالى.(٤)

الطائفة الثانية: النصوص الدالة على أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام

صحيحة أبى سيار مسمع بن عبدالملك فى حديث قال:

قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنّى كنت وليت الغوص فأصبت أربعمائة ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهى حقّك الذى جعل اللّه تعالى لك فى أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج اللّه منها إلاّ الخمس؟! يا أبا سيّار، الأرض كلّها لنا، فما أخرج اللّه منها من شىء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كلّه؟ فقال لى: يا أبا سيار، قد طيبناه لك وحللناك منه فضمّ إليك مالك، وكلّ ما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون، ومحلّل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجبيهم طسق ما كان فى أيدى سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره.(٥)

ومنها: خبر أبى خالد الكابلى، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: وجدنا فى كتاب علىّ عليه السلام :

١- (٦٥) وسائل الشيعة ٥٣١/٩، ح٢٠.

٢- (٦٦) الجواهر ١١/٣٩ (١٠/٣٨).

٣- (٦٧) المكاسب ١٣/٤.

٤- (٦٨) كما قاله آية اللّه الشيخ محمّدإسحاق الفياض _ مدظله _ فى كتابه: «الأراضى» /٢٣.

٥- (٦٩) وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح١٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

«إِنَّ الأَرْضَ لِلّهِ يُورِثُها مَنْ يَشاءُ مِنْ عِبادِهِ وَالْعاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»(١). أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الأرض، ونحن المتّقون، والأرض كلّها لنا، فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها، وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها، فهو أحقّ به من الذى تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى، وله ما أكل منها حتّى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتى بالسّيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول اللّه صلى الله عليه و آله ومنعها، إلاّ ما كان فى أيدى شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما فى أيديهم، ويترك الأرض فى أيديهم.(٢)

دلالة فقرة «الأرض كلّها لنا» فى الروايتين على ملكيّة الإمام لمطلق الأراضى ومنها الموات تامة ولكن سند الرواية الأخيرة ضعيف بما مرّ منّا(٣) ولذا عبر عنها العلاّمة(٤) بالصحيح عن أبى خالد الكابلى عن الباقر عليه السلام .

ودلالة هذه الطائفة على أنّ الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام إنّما هى بالعموم.(٥)

الطائفة الثالثة: النبويان العاميان

اشارة

المذكوران فى تذكرة الفقهاء(٦) وهما غير مرويين من طرقنا:

أحدهما: ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه قال: موتان الأرض للّه ولرسوله ثمّ هى لكم منّى.(٧)

١- (٧٠) الأعراف /١٢٨.

٢- (٧١) وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥، ح٢، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات.

٣- (٧٢) راجع الأراء الفقهية ٤٧١/٣ و ٤٧٢.

٤- (٧٣) تذكرة الفقهاء ٣٥٣/١٩.

٥- (٧٤) كما فى الأراضى /٢٧.

٦- (٧٥) تذكرة الفقهاء ٣٥٢/١٩.

٧- (٧٦) المسند للشافعى /٣٨٢؛ ومعرفة السنن والآثار ٤/(٥٢٢-٥٢١)، ح٣٧٣٧؛ وسنن البيهقى ١٤٣/٦؛ وتأويل مختلف الحديث /١٨٤؛ وجواهر العقود ٢٤٠/١؛ والتلخيص الحبير ٦٢/٣، ح١٢٩٣، أورده الجوينى فى نهاية المطلب ٢٨١/٨؛ ونحوها فى عوالى اللآلى ٤٨٠/٣، ح١ ونقل عنه فى المستدرک ١١١/١٧، ح١.

وثانيهما: عن سمرة بن جندب أنّ النبى صلى الله عليه و آله قال: عادىُّ الأرض للّه ولرسوله ثمّ هى لكم منّى أيها المسلمون.(١)

قال العلاّمة: «يريد بذلک ديار عاد وثمود»(٢).

مناقشة المحقّق الإصفهانى فى دلالة الروايات

قال قدس سره: «إنّ الموات بالأصالة للإمام عليه السلام، ومن الواضح للمتأمل المراجع إلى الأخبار أنّها وإنْ كانت مستفيضة أو متواترة، إلاّ أنّ كون الأنفال كلّيّة له عليه السلام كذلک، لا أنّ النصوص فى خصوص الموات مستفيضة، فإنّ بعض النصوص(٣) تضمن كون الأرض الخربة للإمام عليه السلام، وبعضها(٤) تضمن كون الأرض الخربة التى باد أهلها له عليه السلام، وبعضها(٥) تضمن كون الأرض التى لا ربَّ لها للإمام عليه السلام، وبعضها(٦) تشتمل على أنّ الأرض الميتة التى لا

ربَّ لها له عليه السلام ، أمّا الأرض الخربة مطلقة كانت أو مقيدة فموردها المسبوقة بالعمارة لا الموات بالأصالة، وأمّا الأرض التى لا ربّ لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لمالكيته عليه السلام لما لا مالک له، من باب الغلبة، فلا يكون دليلاً على أنّ الموات بالأصالة _ بما هى موات _

١- (٧٧) التلخيص الحبير ٦٢/٣، ح١٢٩٣؛ المغنى لابن قدامة ١٥٠/٦؛ الشرح الكبير ١٥٠/٦؛ نهاية المطلب ٢٨٣/٨؛ والعزيز فى شرح الوجيز ٢٠٦/٦ للرافعى؛ عوالى اللآلى ٤٨١/٣، ح٥ ونقل عنه فى المستدرک ١١٢/١٧، ح٥.

٢- (٧٨) تذكرة الفقهاء ٣٥٢/١٩.

٣- (٧٩) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، باب ١ من أبواب الأنفال، ح١ صحيحة حفص بن البخترى، وح٨ موثقة سماعة وح١٠ موثقة محمّد بن مسلم.

٤- (٨٠) وسائل الشيعة ٥٢٧/٩، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح٩ موثقة زرارة وح١١ خبر الحلبى.

٥- (٨١) وسائل الشيعة ٥٣٣/٩، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح٢٨ مرسلة أبيبصير.

٦- (٨٢) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح٤ مرسلة حماد الطويلة.

للإمام عليه السلام ، والنبويان المذكوران فى المتن(١) غير مرويين من طرقنا، نعم فى بعض روايات الكافى «والموات كلّها للإمام عليه السلام »(٢)، والمسألة وإنْ كانت اتفاقية إلاّ أنّ الغرض أنَّ النصوص بها ليست مستفيضة ولا متواترة.

وأمّا ما ورد من أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام فيعم الموات فلابدّ من حمله على الملک بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا لا اعتباريا تَتَرَتَّبُ عليه الآثار، وذلک الملک الحقيقى يعمّ الأملاک والملاّک كما قدمناه فى مبحث الولاية»(٣).

وقال فى بحث الولايات: «فإنّ الممكنات كما أنّها مملوكة له تعالى حقيقة بإحاطته الوجودية على جميع الموجودات بأفضل أنحاء الإحاطة الحقيقية كذلک النبىّ صلى الله عليه و آله والأئمة عليهم السلام ، بملاحظة كونهم من وسائط فيض الوجود لهم الجاعلية والإحاطة بذلک الوجه، بمعنى فاعل ما به الوجود لا ما منه الوجود، فأنّه مختص بواجب الوجود، ولا بأس بأنْ تكون الأملاک ومُلاّكها مملوكة لهم بهذا الوجه، وإنْ لم تكن هى مملوكة لهم بالملک الإعتبارى الذى هو موضوع الأحكام الشرعية»(٤).

توضيح مقالة المحقّق الإصفهانى وترتيبها كما يلى: هذه المسألة «_ وهى كون الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام _ وان كانت اتفاقية إلاّ أنّه لا يمكن إتمامها بالنصوص الواردة فى المقام _ وهى الطوائف المتقدمة _ حيث قد ناقش فى تلک الطوائف بأجمعها.

أمّا الطائفة الأولى وهى التى تصنّف إلى مجموعتين:

إحداهما: جاءت بهذا النص: «الأرض الخربة التى لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب للإمام عليه السلام ».

والأُخرى: جاءت بنص آخر: «كلّ أرض لا ربّ لها».

فقد ناقش قدس سره فى كلتا المجموعتين.

١- (٨٣) المكاسب ١٣/٤.

٢- (٨٤) التهذيب ١٢٦/٤، ح٥، وولم نجد الرواية فى الكافى.

٣- (٨٥) حاشية المكاسب ١٥/٣ و ١٦.

٤- (٨٦) حاشية المكاسب ٣٨١/٢.

أمّا المجموعة الاولى فقد قال: فيها كما عرفت بأنّ الأرض الخربة لا تشمل الموات بالأصالة، وتختص بالأرض الخربة المسبوقة بالعمارة.

وأمّا المجموعة الثانية فقد قال: فيها بأنّها مُسَوِّقة لبيان ملكيّة الأرض للإمام عليه السلام بما هى لا ربّ لها، لا بما هى موات بالأصالة فلا تدلّ على ملكيتها من هذه الحيثية.

وأمّا الطائفة الثانية: فقد ذكر قدس سره أنّها وإن كانت تعم الموات بالأصالة، إلاّ أنّه لابدّ من حملها على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا، لا اعتباريا يترتب عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقى يعم الأملاك، والملاّك»(١). أو أصل حلّيّة التصرف فى الأرض الموات.(٢)

وأمّا الطائفة الثالثة: وهى النبويان العاميان فقد ذكر أنّهما غير مرويين من طرقنا، و«صريح فى التمليك عن رضاه صلى الله عليه و آله غاية الأمر لابدّ من أن يقيّد بأدلة الإحياء وأنّ الموات لهم بإحيائها»(٣).

الجواب عن مناقشة المحقّق الإصفهانى

يجاب عن مناقشته من أنّ «الأرض الخربة مطلقة أو مقيدة فموردها المسبوقة بالعمارة لا الموات بالأصالة»(٤) عدم تمامية هذا الانصراف المدعى بأنّ المنصرف من الأرض الخربة هو المسبوقة بالعمارة فلا تشمل الموات بالأصالة فيردّه:

أوّلاً: ما ورد فی کلمات اللغویین من أنّ الخراب ضد العمران أو نقیضه فالنسبة بین العنوانین التضاد أو التناقض ولا ثالث لهما، ولا محالة الأراضی تنقسم إلی القسمین: أ: الخربة، ب: المعمورة ولا ثالث.

فالتقسیم ثنائیٌ وتکون الأرض الموات داخلاً فی الخربة.

وإلیک نص بعض کلماتهم:

ص: ۳۱

۱- (۸۷) الأراضی /۲۸.

۲- (۸۸) کما یظهر منه قدس سره فی حاشیة المکاسب ۱۷/۳.

۳- (۸۹) حاشیته علی المکاسب ۱۷/۳.

٤- (۹۰) حاشیة المکاسب ۱٦/۳.

قال الخلیل بن أحمد: «وعَمَرَ الناسُ الأرض یَعْمُرُونَها عِمارةً، ونهی عامرة معمورة ومنها العُمْران. واستعمر(۱) اللّه النّاسَ لیَعْمُروها. واللّه أعمر الدّنیا عمرانا فجعلها تعمر ثمّ یُخَرِّبُها»(۲).

وقال أحمد بن فارس: «عمر: العین والمیم والراء أصلان صیحان، أحدهما یدلُّ علی بقاء وامتداد زمان، والآخر علی شیء یعلو، من صوتٍ أو غیره... ومن الباب عمارة الأرض، یقال عَمَرَ الناسُ الأرضَ عِمارةً، وهم یَعْمُرُونها، وهی عامرة معمورةٌ. وقولهم: عامرة، محمولٌ علی عَمَرَتِ الأرضُ، والمعمورة من عُمِرت. والاسم والمصدر العُمْران. واستَعمر اللّه تعالی الناسَ فی الأرض لیعمرُوها. والباب کلُّه یؤول إلی هذا»(۳).

وقال الراغب الإصفهانی: «العمارةُ نقیضُ الخرابِ، یقال: عَمَرَ أرْضَهُ یَعْمُرُها عِمارَةً...»(٤).

وقال الجوهرى: «الموت ضد الحياة... والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضا الأرض التى لا مالک لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد... وقال الفراء: الموتان من الأرض التى لم تحى بعد. وفى الحديث: موتان الأرض للّه ولرسوله فمن أحيى منها شيئا فهو له»(٥).

وقال ابن الأثير: «الموات: الأرض التى لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملک أحد وإحياؤها مباشرة عمارتها وتأثير شيءٍ فيها...»(٦).

١- (٩١) ف_ (للّه) هو (المُسْتَعْمِرُ) لكن أسيئ استعمال هذه الكلمة القرآنية المقدّسة فى ما يسمّى ب_ (القاموس السياسىّ) فأصبحت تطلق على الغزاة الطغاة (المحتلّين) مصاصى دماء الشعوب ومبتزّى خيرات أوطانها ومهدّمى أرضها.

٢- (٩٢) ترتيب كتاب العين /٦٨١.

٣- (٩٣) معجم مقاييس اللغة ١٤٠/٤ و ١٤١.

٤- (٩٤) المفردات /٣٥٩.

٥- (٩٥) صحاح اللغة ٢٦٦/١ و ٢٦٧.

٦- (٩٦) النهاية ٣٧٠/٤.

وقال الطريحى: «والموات بالضم وبالفتح يقال لما لا روح فيه ويطلق على الأرض التى لا مالک لها من الآدميين ولا ينتفع بها إمّا لعطالتها أو لاستيجامها أو لبعد الماء عنها»(١).

وقال أيضا: «دار خربة بكسر الراء وهى التى باد أهلها، والخراب ضد العمارة»(٢).

وثانيا: «لا موجب لدعوى مثل هذا الانصراف، ضرورة أنّ المنصرف منها عرفا ليس هذا المعنى، بل المنصرف منها عند العرف حسب ما هو المرتكز فى أذهانهم هو المعنى الذى يكون فى مقابل

المعنى المنصرف من الأرض العامرة عرفا بتقابل التضاد كالمعنى المتفاهم من الأرض الميتة فى مقابل المعنى المتفاهم من الأرض المحياة، فكما أنّ الأرض العامرة تشمل العامرة طبيعيا، والعامرة بشريا، كذلک الأرض الخربة تشمل الخربة بالأصالة، والخربة بالعرض.

فالنتيجة أنّه لا منشأ لهذا الاختصاص ولا يوجب لتلک الدعوى، وأنّ الأرض الخربة كالأرض الميتة، فكما انها تشمل الميتة بالأصالة والميتة بالعرض، فكذلک الأرض الخربة»(٣).

وثالثا يجاب عن مناقشته فى المجموعة الأولى من الطائفة الأُولى: إن كان الانصراف المدعى «يقوم على أساس أنّ مورد رواياتها خصوص ما إذا كانت مسبوقة بالعمران دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة، فيردَه:

أ: أنّ الأمر ليس كذلک، فإنّ الروايات التى تتضمن الأرض الخربة تصنّف إلى ثلاثة أصناف:

الأوّل: جاء بهذا النص: كلُّ أرض خربة للإمام عليه السلام .(٤)

الثانى: جاء بنص آخر: ما كأن من الأرض بخربة لم يوجف عليها بخيل ولا

١- (٩٧) مجمع البحرين /١٤٤.

٢- (٩٨) مجمع البحرين /١٠٨.

٣- (٩٩) الأراضى /١٦.

٤- (١٠٠) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، ح١ و ٨ و ١٠ وكلّها معتبرات.

ركاب.(١)

الثالث: جاء بنص ثالث: كلُّ أرض خربة باد أهلها.(٢)

وبعد ذلک نقول:

أمّا الصنف الأوّل: فلا يكون فيه مادلّ على أنّ مورده خصوص الأرض الخربة التى كانت مسبوقة بالعمارة.

وإن شئت قلت: أنّه ليس هنا قرينة لا من الخارج ولا من الداخل على أنّ مورده الأرض الخربة المسبوقة بالعمارة، وعليه فمقتضى عمومه شموله لكلِّ أرض خربة، سواء أكانت خربة بالأصالة أم كانت بالعرض.

وأمّا الصنف الثانى: فأيضا لا دليل على أنّ مورده الأرض الخربة المسبوقة بالعمران فحسب، دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة. وقد ذكرنا سابقا أنّه يعم الأرض الخربة التى ليس لها أهل ومن الطبيعى أنّ الأرض الخربة التى كانت كذلک تشمل الخربة بالأصالة أيضا.

نعم، الأرض الخربة التى يكون لها أهل لا تشملها نظرا إلى أنّ فرض الأصل لها خلف، حيث أنّه لا يمكن إلاّ بقيام الفرد بإحيائها وعمارتها... لما أنّه لا يمكن فرض تحقق العلاقة بين الفرد والأرض ابتداءً، سواء أكانت على مستوى الملک أم كانت على مستوى الحقّ إلاّ بقيامه باستثمارها وإحيائها، ثمّ بعد ذلک إذا عرض عليها الخراب فهل يوجب خروجها عن نطاق علاقته بها نهائيا أو لا؟! ففيه [ما مرّ(٣)].

واما الصنف الثالث: فهو وان كان مورده خصوص الأرض الخربة المسبوقة بالعمارة بقرينة فرض وجود الأهل لها إلاّ أنّ هذا الصنف ضعيف من ناحية السند فلا يمكن الاعتماد عليه على أنّه لا يصلح أنْ يكون مقيدا لإطلاق الصنفين الأوّلين كما هو ظاهر.

١- (١٠١) وسائل الشيعة ٥٣١/٩، ح٢٠ موثقة إسحاق بن عمار.

٢- (١٠٢) وسائل الشيعة ٥٣٣/٩، ح٢٨ مرسلة أبى بصير.
٣- (١٠٣) راجع الأراء الفقهية ٤٧٣/٣ من «أنّها باقية على ملک مالكها ولو طرا عليه الموات».

هذا اضافة إلى عدم الحاجة إليه، حيث أنّه يكفى لإثبات ما هو المقصود فى المقام الصنفان الأولان.

ب: على تقدير تسليم أنّ مورد الروايات الأرض الخربة المسبوقة بالإحياء إلاّ أنّ المتفاهم العرفى منها عدم خصوصية للمورد، جزما وأنّه لا فرق بين المسبوقة بالإحياء وغير المسبوقة به»(١).

ورابعا: يجاب عن مناقشته فى المجموعة الثانية من الطائفة الأولى: «إنّ هذه الدعوى(٢) إن كانت تقوم على أساس أنّه لا إطلاق لها بالإضافة إلى الموات بالأصالة، وانما هى ناظرة إلى ملكية الأرض للإمام عليه السلام بما هى لا ربّ لها فعلاً من ناحية إبادة أهلها أو انجلائه أو ما شاكل ذلک.

فيرده: انه لا شيهة فى إطلاقها وعمومها لكلِّ أرضٍ لا ربَّ لها سواء أكان عدم رب لها بالذات كالموات بالأصالة أو العامرة كذلک أو بواسطة أمر طارء كالموات بالعرض أو العامرة كذلک.

وإن كانت تقوم على أساس أنّها تدلّ على ملكية الإمام عليه السلام بهذا العنوان أى بعنوان لا ربَّ لها، ولا تدلّ عليها بعنوان آخر كالموات بالأصالة، فإذن لا دليل على أنها ملک للإمام عليه السلام .

فيرده: أنّها وإن كانت تدلّ على ذلک، إلاّ أنّ هذا العنوان أى عنوان «ما لا رب لها» ليس فى مقابل عنوان الموات بالأصالة، بل هو ينطبق عليها انطباق العنوان على معنونه، والكلّى على أفراده.

ومن الطبيعى أنّ كلّ ما ينطبق عليه عنوان «ما لا رب لها» فهو داخل فى نطاق ملكية الإمام عليه السلام ، وقد عرفت أنه لا شبهة فى انطباق هذا العنوان على الموات بالأصالة.

١- (١٠٤) الأراضى /١٧ و ١٨.

٢- (١٠٥) «دعوى ان هذه النصوص التى جاءت بهذا العنوان «الأرض التى لا رب لها» مسوقة لبيان مالكية الإمام عليه السلام للأرض بما هى لا رب لها، لا بما هى موات بالأصالة، فحينئذ لا تدلّ على أنّ الموات بالأصالة بما هى موات ملک للإمام عليه السلام ». [الأراضى /٢٥].

وإن شئت قلت: أنّ حيثية الموات بالأصالة للأرض لا يتباين حيثية ما لا رب لها بحيث لا يمكن التقائهما فى أرض واحدة، ليقال أنّ مادل على ملكية الأرض من الحيثية الأولى لا يدلّ على ملكيتها من الحيثية الثانية لعدم انطباقها على ما تنطبق عليه الأولى.

بل هما متداخلتان تداخل الأخص فى الأعم، ومنطبقتان فى الخارج على أرض واحدة، فالأرض الموات بالأصالة تنطبق عليها حيثية ما لا ربَّ لها، وهى داخلة فى نطاق ملكية الإمام عليه السلام .

ومن الطبيعى أنّه لا فرق فى دخولها فى نطاق ملكيته عليه السلام بين أن يكون من جهة حيثيتها الخاصة وهى الموات بالأصالة، أو من جهة حيثيتها العامة التى تنطبق عليها وعلى غيرها _ وهى حيثية ما لا ربّ لها _»(١).

وخامسا: يجاب عن مناقشته فى الطائفة الثانية: أ: «لا موجب لحمل الملک فى هذه الطائفة من النصوص على الملک الحقيقى بالمعنى المذكور، لوضوح أن هذا الحمل بحاجة إلى عناية زائدة، فلا يمكن الذهاب إليه من دون قرينة تشهد على ذلک.

وبكلمة أخرى: لا شبهة فى ظهور النصوص فى الملک الاعتبارى ولا يمكن رفع اليد عن هذا الظهور إلاّ عند توفر قرينة على الخلاف ولا قرينة فى المقام لا من الداخل، ولا من الخارج»(٢).

ب: و«لو أغمضنا النظر عن ظهور النصوص فى نفسها فى ملكيَّةِ الأرض للإمام عليه السلام بالملكية الاعتبارية الشرعية، إلاّ أنّ فى ذيلها قرائن تشهد على ذلک، وتؤكد أنّ ملكية الإمام عليه السلام للأرض كلّها حكم شرعى، ومن جهة تلک القرائن لا مناص من الالتزام بذلک.

منها: فرض الطسق والإُجرة له عليه السلام فيها تفريع على ملكيته لها، وهذا شاهد قطعى على أنّ ملكيته عليه السلام لها حكم شرعى، لا تكوينى خارجى، ولا روحى محض.

ومنها: تحليله عليه السلام الأرض للشيعة، دون غيرهم تفريعا على ملكيته لها، فإنّه يدلّ

١- (١٠٦) الأراضى /٢٥ و ٢٦.

٢- (١٠٧) الأراضى /٢٩.

على أنّ الملكية هنا حكم شرعى لا غيره، نظرا إلى ظهور النصوص فى التحليل المالكى.

ومنها: فرض أنّ القائم(عج) إذا ظهر أخذ الأرض من أيدى غير الشيعة، وأخْرَجَهُمْ(١) منها صِفْرا(٢)، فإنّه يدلّ بوضوح على أنّ ملكيتها للإمام عليه السلام حكم شرعى، لا تكوينى، ولا معنوى، حيث أنّ شيئا منهما لا يكون مانعا عن تملك غيره وتصرفه فيها، ولا يكون محرّما كما فرض فيها»(٣).

وأمّا مناقشته فى الطائفة الثالثة: فمتينة جدّا حيث لا يمكن الاستدلال بالنبويين المذكورين لعدم ثبوتهما عندنا.

تنبيهات

الأوّل: ما المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام

«إنّ المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام ملكية منصب الإمامة وقد يعبّر عنها بملكية الدولة على أساس أنّ مرّد ملكية منصب الإمامة إلى ملكية الدولة، وليست ملكا خاصا للإمام عليه السلام كسائر أملاكه الخاصة فإنّه _ مضافا إلى بُعد ذلك فى نفسه _ يدلّ عليه أمران:

الأوّل: نصوص الباب _ بمناسبة الحكم والموضوع _ فإنّها تصنف إلى مجموعتين:

إحداهما: جاءت بهذا اللسان «الأرض كلها لنا» كما فى صحيحة مسمع بن عبدالملک، وصحيحة الكابلى، فهذه المجموعة تدلّ _ بمناسبة الحكم والموضوع _ على أنّها ملک عام للمنصب يعنى _ منصب الإمامة _ ، لا أنّها ملک خاص للفرد.

والأُخرى: جاءت بلسان: أنّ الأنفال للإمام صلى الله عليه و آله وسلم ، وفى بعضها أنّها للرسول صلى الله عليه و آله ومن بعده للإمام عليه السلام فإنّها تدلّ بوضوح على أنّها ملک لمنصب الرسالة والإمامة.

الثانى: أنّها لو كانت ملكا خاصا للإمام عليه السلام لكانت من جملة تركته عليه السلام بعده، وتقسم ميراثا بين ورثته، مع أنّ الأمر ليس كذلک جزما. بل هى تنتقل من إمام إلى إمام

١- (١٠٨) وفى المصدر: «ويخرجهم».

٢- (١٠٩) وفى المصدر: «صفرة».

٣- (١١٠) الأراضى /٣١.

آخر سواء أكان للإمام السابق وارث غيره أم لا.

فالنتيجة: أنّه لا شبهة فى انّها ملک عام للمنصب، لا للشخص.

ثمّ ان هذه الملكية بطبيعة الحال تمتد بامتداد الإمامة، وتصرف منافعها فى مصالح الدولة ونفقات الحكومة»(١).

التنبيه الثانى: بماذا يتحقّق احياء الأرض الميتة؟

قد ورد فى عدّة من الروايات أنّ عملية الإحياء تُوْجِبُ ملكيّة الأرض فما هى هذه العَمَلِيَّةُ؟

قال الشيخ: «وأمّا ما به يكون الإحياء فلم يرد الشرع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون غير أنّه إذا قال النبىّ _ عليه وآله السلام _ : «من أحيا أرضا فهى له»، ولم يوجد فى اللّغة معنى ذلک، فالمرجع فى ذلک إلى العرف والعادة، فما عرفه النّاس إحياء فى العادة كان إحياء، وملكت به الموات، كما أنّه لما قال: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»، «وأنّه نهى عن بيع ما لم يقبض»، و«أنَّ القطع يجب فى قيمة المجنَّ»، رجع فى جميع ذلک إلى العادة.

فإذا ثبت ذلک فجملة ذلک على أنّ الأرض تحيى للدار والحظيرة والزراعة فاحياؤها للدّار فهى بأن يحوط عليها حائط ويسقّف عليه، فإذا فعل ذلک فقد أحياها وملكها ملكا مستقرّا ولا فرق بين أن يبنى الحائط بطين أو بآجر وجصّ أو خشب.

وأمّا إذا أخذها للحظيرة فقدر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين وهو الرهص أو خشب وليس من شرط الحظيرة أن يجعل لها سقف، وتعليق الأبواب فى الدور والحظيرة ليس من شرطه، وفيهم من قال هو شرط والأوّل أقرب.

وأمّا الإحياء للزراعة فهو أن يجمع حولها ترابا وهو الّذى يسمى مرزا وأن يرتّب لها الماء إمّا بساقية فيحفرها ويسوق الماء فيها، أو بقناة يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها ولاخلاف أنَّ هذه الثلاثة شرط فى الإحياء للزّراعة وفى النّاس مَنْ ألحق بها أن يزرعها ويحرثها، والصحيح أنّه ليس من شرطه، كما أنّ سكنى الدار ليس من شرط الإحياء.

ص: ٣٨

١- (١١١) الأراضى /١٨٧.

وأمّا إذا أحياها للغراس، فإنّه يملكها إذا ثبت الغراس فيها ورتّب الماء فيها فإذا فعل ذلک فقد أحياها فإذا أحياها وملكها فانّه يملک مرافقها الّتی لا صلاح للأرض إلاّ بها»(١).

وقال المحقّق: «كيفية الإحياء: والمرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا ولغةً.

وقد عَرَف انّه إذا قصد سكنى أرضٍ، فأحاط ولو بخشبٍ أو قصبٍ وسقفٍ، ممّا يمكن سكناه، سمّى إحياءً. وكذا لو قصد الحظيرة، فاقتصر على الحائط من دون السقف. وليس تعليق الباب شرطا.

ولو قصد الزّراعة، كفى فى تمليكها التحجير بمرزٍ أو مسنّاة. وسوق الماء إليها بساقيةٍ أو ماشابهها. ولا يشترط حراثتها ولا زراعتها، لأنّ ذلک انتفاع كالسّكنى.

ولو غرس أرضا فنبت فيها الغرس، وساق إليها الماء، تحقّق الإحياء. وكذا لو كانت مستأجمةً(٢)، فعضد شجرها وأصلحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة، وهيّأها للعمارة، فإنّ العادة قاضيةٌ بتسمية ذلک كلّه إحياءٌ، لأنه أخرجها بذلک إلى [حدّ] الانتفاع، الذى هو ضدّ الموات. ومن فقهائنا الآن من يسمّى التحجير إحياءً، وهو بعيدٌ»(٣).

قال العلاّمة: «وأمّا الإحياء فإنّ الشرع ورد به مطلقا، ولم يعيّن له معنىً يختصّ به، ومن عادة الشرع فى مثل ذلک ردّ النّاس إلى المعهود عندهم المتعارف بينهم، كالقبض، فإنّه ورد فى الشرع مطلقا ولم ينصّ له على معنىً، فيرجع الفقهاء فيه إلى الاستعمال المتداول بين النّاس، وكذا الحرز، ونظائره كثيرة، وكذا الإحياء، وإنّما يظهر معناه بين النّاس فى عرفهم فيُنزّل عليه، ويكون المراد به فى نظر الشرع كلّ ما يُعدّ إحياءً فى العرف، وذلک يختلف باختلاف ما يُقصد عمارته من الموات»(٤).

١- (١١٢) المبسوط ٢٧١/٣ و ٢٧٢.

٢- (١١٣) هى الموضعُ الذى يكثُرُ فيه القَصَبُ. وغالبا ما تكونُ مَأْسَدَةً؛ أىْ مَوْضِعا للأُسُوْد.

٣- (١١٤) الشرائع ٢١٩/٣ و ٢٢٠.
٤- (١١٥) تذكرة الفقهاء ٣٥١/١٩.

وقال أيضا: «من عادة الشرع أنّه إذا أطلق لفظا ولم ينصّ على مسمّى عنده يخالف العرف فإنّه يُنزّل على معناه فى العرف، كالقبض والحرز فى السرقة والتفرّق، فإنّ الشرع ورد بذلک فى قوله عليه السلام : «البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا»(١) وأنّه نهى عن بيع ما لم يقبض(٢)، وأنّ القطع يجب على السارق من الحرز(٣)، ولم يبيّن كيفيّته.

وإنّما يرجع إلى العرف؛ لأنّه عليه السلام لا يعلّق حكما إلاّ على ما إليه طريق، فلمّا لم يبيّنه دلّ على أنّ طريقه العرف، وإلاّ لزم تكليف ما لا يطاق؛ إذ لا طريق غيره.

وقد ورد الشرع بالإحياء ولم يبيّنه، فانصرف إطلاقه إلى المتعارف بين النّاس، وذلک يختلف باختلاف المُحيا، فالأرض قد تُتّخذ للسكنى والحظيرة والمزرعة، وإحياء كلّ واحدٍ من ذلک بتهيئتها للانتفاع الذى أُريدت له، ويظهر بصُورٍ تشتمل على مسائل:

مسألة: إذا أراد السكنى فى الملک [الذى] يقصد إحياءه، وإنّما يكون ذلک بصيرورته دارا، وإنّما يصير كذلک بأن يدار عليها حائط ويُسقَّف بعضها؛ لأن السكنى لا يكون إلاّ بذلک، والتحويط إمّا بالآجُرِ أو اللَّبِن أو بمحض الطين أو ألواح الخشب أو

١- (١١٦) مسند أحمد ٧٤/٢، ح٤٥٥٢ و٤٠٣/٤، ح١٤٨٩٠ و٥٨٦/٥، ح١٩٣١٢ و٦٣٩/٥، ح١٩٦٢٩؛ صحيح البخارى ٧٦/٣ و ٧٧ و ٨٤ و ٨٥؛ صحيح مسلم ١١٦٤/٣، ح١٥٣٢؛ سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢، ح٢١٨٢ و ٢١٨٣؛ سنن أبى داوُد ٣/(٢٧٤-٢٧٣)، ح٣٤٥٧ و ٣٤٥٩؛ سنن الترمذى ٣/(٥٤٧-٥٥٠)، ح ١٢٤٥-١٢٤٧؛ سنن النسائى (المجتبى) ٧/(٢٤٥-٢٤٤) و (٢٤٩-

٢٤٧) و ٢٥١؛ السنن الكبرى (للنسائى) ٥/٤، ح٦٠٤٩-١؛ سنن الدارقطنى ٦/٣، ح١٤؛ المستدرک (للحاكم) ١٦/٢؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ٥/(٢٧١-٢٦٩)؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) ١٢٦/٧-١٢٤)، ح ٢٦٠٩-٢٦٠٧ و ٢٦١١ و ١٢٧/٧، ٢٦١٧.

٢- (١١٧) مسند أحمد ٣٥٥/١، ح١٨٥٠؛ صحيح البخارى ٨٩/٣؛ السنن الكبرى (للنسائى) ٤/(٣٦-٣٥)، ح٦١٨٨-٢ و ٦١٩٢-٦؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ٣١٣/٥؛ المعجم الكبير (للطبرنى) ١١-١١، ح١٠٨٧١ و ١٠٨٧٢، و ١٠٨٧٤/١٢ و ١٠٨٧٥؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) ٣٦٨/٦، ح١٣٧٨.

٣- (١١٨) السنن الكبرى (للبيقهى) ٢٦٣/٨.

القصب بحسب العادة، ولا يجب تعميم السقف على الحيطان الدائرة على البقعة، بل يكفى فيه ما يمكن السكنى معه، ولأنّ اسم الدار حينئذٍ يقع عليه.

هذا قول الشيخ(١) رحمه الله ، وهو قول أكثر الشافعيّة(٢).

وبعضهم لم يشترط التسقيف فى إحياء الدار.(٣)

وهو إحدى الروايتين عن أحمد، فإنّه اكتفى بتحويط الجدار لا غير؛ لأنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: «مَنْ أحاط حائطا على أرضٍ فهى له»(٤).

ولأنّ الحائط حاجز منيع، فكان إحياءً، كما لو جعلها حظيرةً للغنم؛ لأنّ القصد لا اعتبار به، لأنّه لو أرادها حظيرةً للغنم فبناها بجصٍّ وآجُرٍ وقسّمها بيوتا فإنّه يملكها، وهذا لا يعمل للغنم مثله، ولأنّه لو بناها للغنم مَلَكها بمجرّد الحائط، فإذا مَلَكها جاز له أن يبنيها دارا من غير اشتراط تسقيفٍ(٥)، ولا بأس بذلک.

واشترط أكثر الشافعيّة فى إحياء الدار تعليق الباب؛ لأنّ العادة فى المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يُتّخذ مسكنا.(٦)

ولم يذكره الشيخ رحمه الله ولا بعض الشافعيّة؛ لأنّ نصب الباب للحفظ، والسكنى لا تتوقّف عليه.

ص: ٤١

١- (١١٩) المبسوط ٢٧١/٣.

٢- (١٢٠) الحاوى الكبير ٤٨٦/٧؛ المهذّب (للشيرازى) ٤٣١/١؛ نهاية المطلب ٢٩٢/٨؛ الوجيز ٢٤٤/١؛ الوسيط ٢٢٥/٤؛ حلية العلماء ٤٩٨/٥؛ التهذيب (للبغوى) ٤٩٣/٧؛ البيان ٤١٥/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

٣- (١٢١) نهاية المطلب ٢٩٥/٨؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

٤- (١٢٢) المصنّف (لابن أبى شيبة) ٧٦/٧، ح٢٤٣٢؛ مسند أحمد ٦٣٨/٥، ح١٩٦٢٠ و ٦٥٣/٥، ح١٩٧٢٦؛ سنن أبى داوُد ١٧٩/٣، ح٣٠٧٧؛ المعجم الكبير (للطبرانى) ٢٥٢/٧، ح٦٨٦٦ و ٦٨٦٧؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ١٤٨/٦.

٥- (١٢٣) المغنى ٦/(١٩٨-١٩٧)؛ الشرح الكبير ٦/(١٧٩-١٧٨).

٦- (١٢٤) المهذّب (للشيرازى) ٤٣١/١؛ الوجيز ٢٤٤/١؛ حلية العلماء ٤٩٨/٥؛ البيان ٤١٥/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

مسألة: لو أراد إحياء أرضٍ يتّخذها زَرِيْبَةً للدوابّ أو حظيرةً تجفَّف فيها الأثمار أو يجمع الحطب أو الحشيش، اشتُرط التحويطُ لا غير، ولا يشترط التسقيف هنا إجماعا؛ قضاءً للعرف فيه، ولا يكفى نصب سعفٍ وأحجار من غير بناءٍ؛ لأنّ المتملّك لا يقتصر عليه فى العادة، وإنّما يفعل مثله المجتاز المرتفق.

ولو حوّط بالبناء فى طرفٍ واقتصر للباقى على نصب الأحجار والسعف، [ف]للشافعيّة قولان، أحدهما: الاكتفاء، والثانى: عدمه.(١)

ولا يشترط التسقيف هنا إجماعا.

وفى اشتراط تعليق الباب ما سبق من الخلاف.

مسألة: لو قصد الإحياء لاتّخاذ الموات مزرعةً، اعتُبر فى إحيائه أُمور:

الأوّل: جمع التراب حواليه لينفصل المُحيا عن غيره، ويُسمّى المرز، وفى معناه نصب قصبٍ وحجرٍ وشوكٍ وشبهه، ولا حاجة إلى التحويط إجماعا، فإنّ معظم المزارع بارزة.

الثانى: تسوية الأرض بطمّ الحُفَر التى فيها، وإزالة الارتفاع من المرتفع، وحراثتها، وتليين ترابها، فإن لم يتيسّر ذلک إلاّ بماءٍ يساق اليها فلابدّ منه لتتهيّأ الأرض للزراعة.

الثالث: ترتيب مائها إمّا بشقّ ساقيةٍ من نهرٍ أو حفر بئرٍ أو قناةٍ وسقيها إن كانت عادتها أنّها لا تكتفى فى زارعتها بماء السماء، وإن اكتفت به فلا حاجة إلى سقيٍ ولا ترتيب ماءٍ.

وإذا احتاجت فى السقى إلى النهر، وجب تهيئة ماءٍ من عينٍ أو نهرٍ أو غيرهما.

فإذا هيّأة، فإن حفر له الطريق ولم يبق إلاّ إجراء الماء فيه كفى، ولم يشترط إجراء الماء ولا سقى الأرض، وإن لم يحفر بَعْدُ، فللشافعيّة وجهان.(٢)

وبالجملة، السقى نفسه غير محتاجٍ إليه فى تحقّق الإحياء، إنّما الحاجة إلى ترتيب

١- (١٢٥) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٤؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٤.

٢- (١٢٦) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٥؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٤.

ماءٍ يمكن السقى منه.

وأراضى الجبال التى لا يمكن سَوْقُ الماء إليها ولا يصيبها إلاّ ماء السماء قال بعض الشافعيّة: لا مدخل للإحياء فيها، وبنى عليه أنّا إذا وجدنا شيئا من تلك الأراضى فى يد إنسانٍ لم يُحكم بأنّه ملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته.

والوجه: أنّها تُملك بالحراثة وجمع التراب على الحدود، وكثير من المزارع تستغنى عن سوق الماء [إليها] بالمطر.

وهل تشترط الزراعة لحصول الملك فى الزراعة؟ الوجه: العدم؛ فإنّ الزراعة استيفاء منفعة الأرض، واستيفاء المنفعة خارج عن حدّ الإحياء، كما أنّه لا يعتبر فى إحياء الدار أن يسكنها، وهو أحد وجهى الشافعيّة، والثانى: الاشتراط؛ لأنّ الدار والزريبة لا تصير محياةً إلاّ إذا حصل فيها عين مال المُحيى، وكذا المزرعة.(١)

مسألة: لو قصد الإحياء بزرع بستانٍ فلابدّ من التحويط، ويرجع فيما به يحوّط إلى العادة، فإن كانت عادة البلد بناء الجدار لزم البناء، وإن كانت عادتهم الحظيرة بالقصب والشوك وربما تركوه أيضا كما فى البصرة وقزوين، اعتُبرت عادتهم، وحينئذٍ يكفى جمع التراب حواليه، كالمزرعة.

والقول فى سَوْقِ الماء إليه على ما تقدّم فى المزرعة.

وهل يعتبر غرس الأشجار أم لا؟ مَن اعتبر الزرع فى المزرعة اعتبر [الغرس] فى البستان بطريق الأُولى، ومَنْ لم يعتبره اختلفوا فى الغرس على وجهين، ومُعظمهم اعتبره.

والفرق: أنّ اسم المزرعة يقع على البقعة قبل الزراعة، واسم البستان لا يقع قبل الغراس، ولأنّ الزرع يسبقه تقليب الأرض وحرثها، فجاز أن يقام مقامه، والغرس لا يسبقه شىء يقام مقامه، ولأنّ الغرس يدوم، فأُلحق بأبنية الدار، والزرع بخلافه.(٢)

والوجه: أنّه لابدّ من أحد أمرين: إمّا الحائط أو الغرس ليتحقّق الاسم.

١- (١٢٧) الوسيط ٢٢٥/٤؛ التهذيب (للبغوى) ٤٩٤/٤؛ البيان ٤١٦/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٥/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٥/٤.

٢- (١٢٨) العزيز شرح الوجيز ٦/(٢٤٦-٢٤٥)؛ روضة الطالبين ٣٥٥/٤.

وكذا الأرض إذا زُرعت بماءٍ سبق إليها فقد تمّ الإحياء وإن لم يجمع التراب حولها.

تنبيه: لو كانت الأرض مستأجمةً فعضد شجرها وأصلحها، أو كانت المياه غالبةً فقطعها عنها وهيّأها للعمارة، كان ذلک إحياءً عرفا»(١).

قال صاحب الجواهر: «(و) لا خلاف بين الأصحاب فى أنّ (المرجع فيه إلى العرف؛ لعدم التنصيص شرعا) على كيفيّة خاصّة له حتّى تقدّم عليه (و) لا (لغةً) لو قلنا بتقدّمها عليه، وما كان كذلک فلا إشكال فى الرجوع فيه إلى العرف»(٢).

والظاهر أنّ الإحياء «يتحقّق بخلق الفرد بجهوده وعمله فى الأرض الشروط التى تتيح له فرصة الاستفادة منها وتجعلها قابلة للانتفاع والانتاج، على أساس ان تلک الشروط لم تكن متوفرة فيها قبل ممارسة الفرد بخلقها ولم تكن صالحة للانتفاع والانتاج منها. ثمّ إنّ خلق تلک الشروط انّما هو بإزالة الصخور عن وجهها، وتوفير المياه فيها وإزالة ارتفاعها، وقطع ما فيها من الأشجار والحطب، وغير ذلک ممّا له دخل فى صلاحيتها للاستفادة.

ومن الطبيعى أنّ هذه الفرصة لم تكن متاحة قبل إحيائها، وانّما نتجت عن عملية الإحياء: والعامل على أساس خلقه تلک الفرصة فيها بعمله وجهوده اكتسب حقا فيها، ومن أجْلِ(٣) ذلک يكون أولى بها من غيره.

أو فقل: إنّ العامِلَ يملک الفرصة المزبورة بوصف کونها نتيجة عمله وجهوده: وليس لأحد أن يزاحمه فی الاستفادة من تلک الفرصة.

وبعد ذلک: فهذه الأرض تصلح للانتفاع والانتاج بزرع، أو غرس أشجار، أو ما شاکل ذلک، ولا يعتبر فی صدق إحيائها حراثتها، ولا زراعتها، وهکذا، فإنّ کلّ ذلک انتفاع بها بعد الإحياء.

نعم، انّ ما ذکرناه انّما هو إحياء للأرض بما هی.

ص: ٤٤

١- (١٢٩) تذکرة الفقهاء ١٩/(٤٥٦-٤٥١).

٢- (١٣٠) الجواهر ٣٩/٩٥ (٣٨/٦٥).

٣- (١٣١) فی المصدر: «ومن أجل».

واما إذا أراد الفرد إحياء الدارِ فيها أو الحظيرة أو البستان أو نحو ذلک، فانّه بخلقه اتاحة الفرصة لبدأ العمل فی تلک الأشياء وان کان قد اکتسب حقا فی الأرض، وليس لِاخر أن يزاحمه فی ذلک، إلاّ أنّ إحياء هذه الأشياء إنّما هو بتحقّقها بمالها من العناوين الخاصة، فإحياء الدار لايتحقّق إلاّ بإحداث ما هو مقوم لها من الحيطان والسقف وغيرهما مما هو دخيل فی صدق عنوانها.

وعلی الجملة: فَإحياء کلِّ شیءٍ عبارة من إحداث ذلک الشیء فی الخارج بعنوانه، ومن الطبيعی أنّه يختلف باختلاف أجزائه الرئيسية المقومة له»(١).

بقی هنا أمر؟

وهو هل الإحياء منوط بالقصد ويعتبر فی صدقه قصده أم لا؟

«ظاهر ما مرّ من المبسوط والشرائع والتذكرة وكذا المسالک(۲) أن صدق الإحياء يختلف بحسب ما يقصد من العمارة، فالتحويط على أرض بقصد الحظيرة إحياء لها وبقصد الدار تحجير ولا يصدق عليه الإحياء إلاّ بعد التسقيف ولو ببعضها.

ويظهر من بعض عدم دخل القصد فى ذلک وأنّه يكتفى بأدنى العمارات فى صدق الإحياء مطلقا.

ويظهر من موضع من التذكرة أيضا اختيار ذلک.

قال: «لو قصد نوعا وفعل إحياء يملک به نوعا آخر، كما إذا حوّط بقعة بقصد السكنى، وهذا الإحياء إنما يتحقق فى تملک حظيرة الغنم وشبهها هل يفيد الملک؟ الوجه عندى ذلک، فإنّه ممّا يملک به الحظيرة لو قصدها وهو أحد وجهى الشافعية. والثانى أنّه لا يملک به وإلاّ لزم الاكتفاء بأدنى العمارات أبدا، واستحالة التالى ممنوعة»(۳).

ويظهر من الجواهر كفاية القصد المتأخر بسبب العدول، قال: «كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة، فإنّه يملكها بذلک لصدق الإحياء عليها

١- (١٣٢) الأراضى /١٨٣ و ١٨٤.

٢- (١٣٣) المسالک ٤٢٤/١٢.

٣- (١٣٤) تذكرة الفقهاء ٤٥٧/١٩، مسألة ١١٩٨.

عرفا ولو باعتبار إخراجها عن التعطيل الأوّل وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات»(۱)»(۲).

أقول: ولكن الظاهر «إنّ الأُمور الخارجية التكوينية ليس قوامها وافتراق بعضها عن بعض بالقصد، وإنّما يتقوم به ويمتاز بسببه الأمور الاعتبارية المحضة. والإحياء والعناوين الحاصلة بسببه أمور خارجية تكوينية فلا تتقوم ولا تمتاز بالقصد.

ويؤيد ذلک أنه لوحوّط رجل أرضا فالعرف إما أن يحكم عليه بأنه إحياء أو لا يحكم، لا أنهم يحيلون الأمر إلى السؤال عن المحوّط وعن قصده وأنه هل قصد بالتحويط الحظيرة أو الدار مثلاً. وعلى هذا فالملاک فى صدق الإحياء تهيّؤ الأرض فعلاً لأن ينتفع بها بواحد من الانتفاعات المتعارفة المترقبة، فتدبّر»(٣).

الثالث: الإحياء سببٌ لملكية الأرض للمحيى

هل الإحياء سبب ملكية الأرض لمحييها _ كما هو المختار وقد تقدم منّا البحث فى الكتاب(٤) _ أو توجب صلة المحيى بالأرض على مستوى الحقّ فحسب دون الملک(٥)، وتظهر ثمرة القولين فى الموات بالعرض إذا كانت لها سابقة الإحياء الإنسانى فعلى الأوّل _ وهو المختار _ بقاء رقبة الأرض على ملک مالكها المحيى أو ورثته، وعلى الثانى أحقّيّه المحيى مَنُوْطَةٌ ببقاء إحيائه وإذا خربت الأرض وذهبت آثار إحياء المحيى فقد سقطت أحقّيته ويجوز للغير إحياوها وأمّا على ملكية رقبة الأرض فلا يجوز للغير التصرف فيها ولذا قلنا: «والحاصل ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكية رقبة الأرض للمحيى _ بلا فرق بين كونه مؤمنا أو مسلما أو كتابيا أو مشركا _ ولا تخرج عن ملكه إلاّ

١- (١٣٥) جواهر الكلام ٣٩/٩٧.

٢- (١٣٦) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/١٨٣ و ١٨٤.

٣- (١٣٧) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/١٨٥.

٤- (١٣٨) الآراء الفقهية ٤٧٢/٣.

٥- (١٣٩) كما اختاره آية اللّه الشيخ محمّدإسحاق الفياض _ دام ظله _ فى كتابه الأراضى /١٨٤ وما قبلها.

بالإعراض أو الأسباب الناقلة للملك، كما عليه المشهور من أصحابنا، ولا يجوز لأحد إحياؤها أو التصرف فيها إلاّ بإذنه.

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحياؤها ولكن لو علم المحيى أو حضر المالك يجب على المحيى ردّ رقبة الأرض والأُجرة له»(١).

٢_ الأرض العامرة بالأصالة

اشارة

وهى الأراضى التى كانت عامرة بالأصل أى لا مِنْ مُعَمِّرٍ فهى من الأنفال وتكون للإمام عليه السلام .

والوجه فيه عدم تحقّق ما هو الملاك لتملك الشخص وهو الإحياء.

قال العلاّمة فى القواعد: «كل أرض لم يجر عليها ملك لمسلمٍ فهى للإمام»(٢).

قال فى المفتاح: «كما طفحت بذلك عباراتهم بلاخلاف من أحد، وفى التذكرة(٣) الإجماع عليه. وهذ إذا كانت الأرض فى بلاد الإسلام كما فى التحرير(٤) وغيره(٥)، لأنّ أراضى بلاد الكفر إذا جرى عليها ملك الكافر فهى له، وإن كان بالإحياء ولا تكون للإمام عليه السلام بل تعتبر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوةً أو صلحا أو أسلموا عليها طوعا. ولا فرق فى هذه الأرض بين أن تكون مواتا وأن تكون قابلة للانتفاع بغير إحياء»(٦).

١- (١٤٠) الآراء الفقهية ٣/(٤٧٣-٤٧٢).

٢- (١٤١) القواعد ٢/٢٦٧؛ ونحوها فى الشرائع ٣/٢١٧.

٣- (١٤٢) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات فى أراضى بلاد الإسلام ٢/٤٠٠، س٣٠، قال صاحب الأراء الفقهية: لم أجده فى التذكرة مع كثرة تتبعى فيها. واللّه العالم.

٤- (١٤٣) تحرير الأحكام: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤/٤٨٣.

٥- (١٤٤) كإرشاد الأذهان: الجهاد فى الأرضين ٢/٣٤٨.

٦- (١٤٥) مفتاح الكرامة ١٩/٢٧ و ٢٨.

وقال فى الجواهر: «بلاخلاف أجده فيه»(١).

وتدلّ عليه عدّة من الروايات:

منها: موثقة إسحاق بن عمار الماضية عن أبى عبداللّه عليه السلام : ... وكلُّ أرضٍ لا ربَّ لها، الحديث.(٢)

ومنها: مرسلة أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكلّ أرض لا ربّ لها، وكلّ أرض باد أهلها فهو لنا»(٣).

قال الشيخ الأعظم: «ولا يخصّص(٤) عموم ذلک بخصوص بعض الأخبار، حيث جُعل فيها من الأنفال «كلّ أرض ميّتة لا ربّ لها»؛ بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ الغالب فى الأرض التى لا مالک لها كونها مواتا»(٥).

اعتراض النائينى على الشيخ الأعظم ونقده

واعترض عليه المحقّق النائينى بقوله: «والأُولى ان يقال بالمنع عن التقييد من أصله وذلک لأنّ مورد حمل المطلق على المقيد إنّما هو فيما إذا ثبت وحدة المطلوب من الدليلين، وذلک عند ما إذا كان

المطلوب هو صرف الوجود كما فى «اعتق رقبة مؤمنة» إذا استفيد وحدة المطلوب وأنّه ليس إلاّ صرف الوجود من العتق، وأمّا إذا كان المطلوب على نحو الطبيعة السارية المقتضى للعموم فلا موقع معه للحمل كما فى مثل «إكرام العالم» و «اكرم العالم العادل» حيث لا يحمل المطلق على المقيد بل يؤخذ بكل منهما ويقال بمطلوبية إكرام كل عالم من العدول وغير العدول، وما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لا تنافى

١- (١٤٦) الجواهر ٢٣/٣٩ (١٩/٣٨).

٢- (١٤٧) وسائل الشيعة ٥٣١/٩، ح٢٠.

٣- (١٤٨) وسائل الشيعة ٥٣٣/٩، ح٢٨.

٤- (١٤٩) الظاهر أنّ الْمخَصِّص جمع من الأصحاب ومنهم صاحب الجواهر فى كتابى الخمس ٤٦٥/١٦ و ٤٦٨ (١١٨/١٦ و ١٢٠) وإحياء الموات ١١/٣٩ (١١/٣٨).

٥- (١٥٠) المكاسب ١٦/٤.

بين كون مطلق الأراضى التى لا ربَّ لها للإمام عليه السلام وبين كون الموات منها أيضا له عليه السلام ، وعلى تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيد واردا فى مقام بيان حكم الموات بالأصل، بل الظاهر بقرينة التقييد بقوله عليه السلام لارب لها أنّه فى مقام بيان حكم ما عرضه الموت وانه على قسمين، ماله مالک معلوم وما لايعلم مالكه وأنّ حكم ما لا ربَّ له أنّه للإمام عليه السلام ، وحينئذٍ ينبغى أن يقال: إنّ هذا القيد أعنى كونه ممّا لا ربَّ لها وارد مورد الغالب لا أن التقييد بالميتة وارد مورد الغالب إذ هو لبيان الموضوع حينئذٍ كما لا يخفى»(١).

ولكن يمكن مناقشة النائينى رحمه الله : أوّلاً: بالمناقشة «فى المثال الذى ذكره للقسم الثانى ب_ «أكرم هاشميا» و «أكرم هاشميّا عالما» حيث إنّه من قبيل صرف الوجود»(٢).

وثانيا: «إنّ عدم حمل المطلق على المقيّد فى القسم الثانى إنّما هو فى فرض عدم ثبوت المفهوم للقيد بأن لا يكون احترازيّا وإلاّ فلو فرض ثبوت المفهوم فى الكلام فلا إشكال فى لزوم حمل المطلق على المقيّد، فلو ورد «لا تشرب الخمر» و «لا تشرب الخمر إن كان من التمر» فلابدّ من تقييد إطلاق المطلق بواسطة المفهوم المستفاد من الشرط، فالصحيح فى الجواب ما أفاده الشيخ»(٣) الأعظم قدس سره .

وثالثا: «إنّ الموضوع التام هو الأرض فقط، وأمّا الميتة فهى خارجة عن الموضوع وقيد له مثل كلمة «لا ربّ لها» فللأرض قيدان»(٤).

مناقشة المحقّق الإصفهانى للشّيخ الأعظم

ناقش المحقّق الإصفهانى فى حمل الشيخ الأعظم مرسلة حماد الطولية(٥) على

١- (١٥١) المكاسب والبيع ٣٦٧/٢ و ٣٦٨.

٢- (١٥٢) تعليقة العلاّمة الآية الشيخ عليأصغر الأحمدى الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ١١٦/٣.

٣- (١٥٣) تعليقة العلاّمة الآية الشيخ عليأصغر الأحمدى الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ١١٦/٣.

٤- (١٥٤) المصدر ١١٧/٣.

٥- (١٥٥) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤.

الوصف الغالب بقوله: «إنّ الظاهر من قولهم عليهم السلام «لا ربّ لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنّ يكون له ربٌّ وأنْ لا يكون له ربٌّ، ومن الواضح أنّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا

يمكن أنْ يكون لها مالك إلاّ بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتا، بخلاف العامرة بالأصالة، فإنّها مع انحفاظ عنوانها يمكن أنْ يكون لها ربٌّ بالحيازة، وأنْ لا يكون لها ربٌّ بعدم الحيازة.

وعليه فما وصف بأنّها لا ربّ لها ينحصر فى الأرض العامرة وفى الميتة بالعرض، وحينئذٍ لا يمكن أنْ يكون الاعتبار فى الميتة بالعرض بحيثية مَوَتَانها، فإنَّ لازمه أنْ تكون العامرة التى حازها الشخص فماتت ملكا للإمام عليه السلام وإنْ كان لها مالك فعلاً، بناءً على أنْ النزاع المعروف فى باب إحياء الموات مختص بما إذا ماتت بعد الإحياء لا بعد الحيازة، وأنّ حالها حال سائر ما حازه الانسان من عدم خروجه عن ملكه إلاّ بناقل شرعى.

ومنه يعلم أنّ التوصيف بكونها(١) «لا ربّ لها» فى المرسلة وفى الإطلاقات لا يقبل الحمل على الغلبة، ولا يصح تنزيل الإطلاقات على بيان مالكية الإمام عليه السلام للموات بما هى موات، فتدبر جيدا»(٢).

ويرد عليه: أوّلاً: قوله قدس سره : «الظاهر من قولهم عليهم السلام «لا ربّ لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنّ يكون له ربٌّ وأنْ لا يكون له ربٌّ، ومن الواضح أنّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا يمكن أنْ يكون لها مالك إلاّ بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتا»(٣).

معارض لقوله قدس سره السابق: «وأمّا الأرض التى لا ربّ لها فمطلقها ومقيِّدها مسوقة لمالكيته عليه السلام لما لا مالك له وتوصيفها بالميتة... من باب الغلبة»(٤). وبين المقالتين معارضة واضحة وسبحان من لا يسهو.

وثانيا: قد مرّ أنّ النسبة بين الخراب والعُمْرانِ، أو الموات والعامرة هى ثنائىٌ ولا

١- (١٥٦) الميتة.

٢- (١٥٧) حاشية المكاسب ٢٢/٣.

٣- (١٥٨) حاشية المكاسب ٢٢/٣.

٤- (١٥٩) حاشية المكاسب ١٦/٣.

ثلاثئٌ فيحنئذٍ قوله عليه السلام : «كل أرض لا ربّ لها» أعمٌّ من الأرض الميتة بالأصالة والميتة بالعرض والعامرة عندنا وأمّا بناءً على مقالة المحقّق الإصفهانى يختص بالأرض الميتة بالعرض والعامرة فقط دون الأرض الميتة بالأصالة.

وثالثا: مناقشته غير مرتبطة بالاستدلال، لأنّا نكون فى مقام إثبات أنّ الأراضى العامرة للأمام عليه السلام بقوله عليه السلام : «كل أرض لا ربّ لها»، ونقاشه على فرض صحته يخرج الموات بالأصالة وهى خارجة عن الاستدلال.

ورابعا: قوله عليه السلام : «كل أرض لا ربّ لها» قضية حملية معدولة المحمول فلا تجتمع مع انتفاء موضوعها فلابدّ من وجود الموضوع وهو «كلُّ أرضٍ» ثمّ حمل «لا ربّ لها» عليها، وهذا المحمول يصدق مع الأرض التى لها قابلية المربوبية وعدمها، والموات بالأصالة ليست لها قابلية المربوبية العامة فيصدق عليها حمل «لا ربّ لها»، والعامرة بالأصالة لها قابلية المربوبية العامة فيصدق عليها حمل «لا ربّ لها»، فحينئذٍ يكون موضوع «كلُّ أرضٍ» عنوانا عامّا يصدق على الموات بالأصالة وبالعرض والعامرة بالأصالة، فلا يتم مقالة الإصفهانى من خروج الموات بالاصالة عن مورد الرواية.

وخامسا: القيود المذكورة فى مرسلة حماد الطويلة(١) فاقدة للمفهوم بقرينة سياقها «والشاهد على ذلک أنّه قد ذكر فى مرسلة حمّاد قبل هذه الفقرة المستشهد بها على التقييد قوله: «وكلّ أرض خربة قد بادَ أهلها» حيث أدرجت الأراضى الخربة فى سياق الأنفال، ولا شكّ فى أنّها فاقدة للمفهوم، لأنّ مطلق الأراضى التى باد أهلها عنها تعدّ ملكا للإمام، سواءً كانت عامرة أو خربة، لأنّ الإمام وارثُ من لا وارث له، فتمام الموضوع هو انقراض الأهل عن الأرض، ولا دخل لخرابها وعدمه فى الموضوع، وبرغم ذلک نجد أنّ الأرض قد وصفت فى المرسلة بالخربة، ولذلک لا يمكن عدّ

الأوصاف المذكورة فى هذه المرسلة _ ومنها وصف الميّتة _ قيودا لتحديد الموضوع، بل الأوصاف المذكورة جميعها من باب الغلبة، لا من باب الدلالة على الانتفاء عند الانتفاء ليستفاد من مفهومها فى المقام

١- (١٦٠) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤.

عدم ملكيّة الإمام للأراضى العامرة. وبالتالى فما ذهب إليه الشيخ من حمل الأوصاف على الغلبة صحيحٌ لكن بهذا التوجيه»(١).

مناقشة الأُستاذ المحقّق _ مدظله _ للشّيخ الأعظم

ذهب الأُستاذ المحقّق _ مدظله _ أوّلاً: إلى منع وصف قيد «ميتة» فى مرسلة حماد الطويلة فى قوله عليه السلام : «كل أرض ميتة لا ربّ لها»(٢)، غالبيّا بقرينة عامة وهى: «انّ القيود المذكورة خلال الأحكام الإنشائيّة أو الإخباريّة إنّما هى قيود احترازيّة، ولأجل تحديد الموضوع، وبيان المواصفات الضروريّة واللاّزمة فيها، ولا يمكن عدّها أوصافا غالبة، ولذلك تثبت لها المفهوم، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الإمام عليه السلام من خلال قوله: «كلّ أرض ميّتة لا ربّ لها» يحدّد موضوع الأنفال ويقيّد هذه الأراضى بقيدين: كونها ميّتة ولا ربّ لها، فإذن رواية حمّاد تحدّد ملكيّة الإمام بالأرض المق_يّدة بهذين القيدين، ومن خلال ذلك يعرف ثبوت المفهوم لها وأنّ الأرض العامرة التى لا ربّ لها ليست ملكا للإمام عليه السلام »(٣).

وثانيا: أنّ مرسلة حماد الطويلة «لا قدرة لها ولا اقتضاء فيها على تقييد الأخبار المطلقة السابقة.

ودعوى: أنّ المرسلة منجبرة بعمل الأصحاب بمضمونها.

مدفوعة أوّلاً: بعدم ثبوت استناد الفقهاء إليها فى مقام الفتوى، برغم أنّها مذكورة فى الكتب الفقهيّة الاستدلاليّة.

وثانيا: لو سلّمنا العمل بها، فإنّ مجرّد ذلک لا يحقّق عنوان الانجبار، لأنّ عمل الأصحاب بالأخبار لا يخلو:

[١] تارةً: تكون فتوى الأصحاب مستندة إلى الرواية من باب الوثوق بصدورها.

[٢] وأُخرى: تكون فتوى الأصحاب اعتمادا على الرواية من باب توثيق روايتها

١- (١٦١) العقد النضيد ٤٠٥/٤.
٢- (١٦٢) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤.
٣- (١٦٣) العقد النضيد ٤٠٤/٤.

عملاً.

أمّا الأوّل: فلا اعتبار به لغير من اعتمد عليها واستند بها، بمعنى أنّ وثوق فقيهٍ بروايةٍ مّا حجّةٌ عنده لا عند غيره من الفقهاء، فإذا اطمأنّ الصدوق أو الكلينى بصدور رواية عن الإمام فإنّ وثوقه بذلک حجّة له لا لغيره.

أمّا الثانى: فهو مفيد فى المسانيد دون المراسيل، بمعنى أنّه إذا كانت الرواية مسندة وجهلنا وثاقة أحد رواتها، فحينئذٍ يعدّ عمل الأصحاب بها توثيقا عمليّا لرواتها وتكون حجّةً للجميع، أمّا إذا كانت الرواية مُرْسَلَةً فإنّ عمل الأصحاب بها لا ينتهى إلى توثيق الرواة والرواية، وبالتالى فإنّ مطلق

المرسلات غير قابلة للانجبار بعمل الأصحاب. ومرسلة حمّاد من هذا القبيل ولذلک لا مجال لتصحيحها وتوثيقها بعمل الأصحاب بها»(١).

ويمكن أن ندافع عن الشيخ الأعظم أوّلاً: القرينة قائمة على غالبية وصف «ميتة» لِـ «كل أرض» بمقالَةِ الأُستاذ المحقّق _ مدظله _ الماضية آنفا فى الايراد الخامس على مناقشة الإصفهانى.

وثانيا: «ثبوت المفهوم للقيد إنّما هو من جهة أنّه لو لم يكن احترازيا دالاً على المفهوم لزم لغويته، ففى القيد الوارد مورد الغالب لمّا لم يلزم منه هذا المحذور لم يثبت المفهوم وإلاّ فلا فرق بينه وبين غيره من القيود، والأولى أنّ الوصف لا مفهوم له أصلاً لعدم لزوم اللغوية من ذكر القيد ولو لم يكن له مفهوم، فإنّ ذكره قد يكون من جهة كون المقيّد مورد السؤال أو من جهة عدم كون غيره مورد الابتلاء كما فى الرواية المزبورة حيث إنّ الأراضى التى هى مورد ابتلاء أهل العراق والحجاز ميتة فلا مفهوم للوصف أصلاً»(٢).

وثالثا: مرسلة حماد الطويلة مُنْجبِرٌ ضعف إسنادها بعمل الأصحاب عندنا لإفتائهم على مضامينها مع وضوح إرسالها فهى تعدّ من المعتبرات عندهم _ أعلى اللّه

١- (١٦٤) العقد النضيد ٤/٤٠٥ و ٤٠٦.

٢- (١٦٥) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٣٨.

كلمتهم ومقامهم _ .

والمختار فى المقام:

أقول: لا معارضة بين الدليلين المثبتين هنا وهما: «كلّ أرض لا ربّ لها»(١) و «وكل أرض ميتة لا ربّ لها»(٢) وإنّ كان الثانى أخَصَّ من الأوّل لعدم إحراز تكليف واحد فى المقام، وغالبية القيد فى الثانى فلا تنافى بينهما. فثبت أنّ الأراضى العامرة بالأصالة معدودة من أملاک الإمام عليه السلام بالملكية الاعتبارية واللّه العالم.

فرع: هل تملک الأرض العامرة بالأصالة بالحيازة؟

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «وهل تملک هذه بالحيازة؟ وجهان: من كونه مال الأمام، ومن عدم منافاته للتملّک بالحيازة، كما يُملک الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل فى عموم النبوىّ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به»(٣)»(٤).

أقول: النبوى المذكور مرسلٌ لا يمكن الوثوق به ولا ينجبر ضعفه بعمل الأصحاب، هذا من جهة السند.

وأمّا الدلالة: ففيها أوّلاً: اعْتَرَضَ المحقّق الخراسانى بقوله: «إنّما سيق الإطلاق مساق أحقيّة السابق، وعدم جواز مزاحمة اللاحق، لافى مساق جواز السبقة حتّى كان عدم جواز السبق إلى أموال النّاس بدليل خاص، فلا يجوز التّمسک بإطلاقه فيما إذا شُّک فى جوازه، كالأرض العامرة التى هى تكون ملكا للإمام عليه السلام »(٥).

وأجاب عنه المحقّق الإصفهانى بقوله: «أنّه بالمطابقة يدل على الترخيص فى السبق إلى ما لم يسبقه إليه أحد، وبالتزام على أنّه لا يجوز مزاحمته، حيث إنّه مقتضى

١- (١٦٦) وسائل الشيعة ٥٣١/٩، ح٢٠.
٢- (١٦٧) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤.
٣- (١٦٨) عوالى اللآلى ٤٨٠/٣، ح٤؛ ومستدرک الوسائل ١١٢/١٧، ح٤، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.
٤- (١٦٩) المكاسب ١٧/٤.
٥- (١٧٠) حاشية المكاسب /١٠٥.

كونه أحق به ولا يجوز مزاحمة ذى الحق، فيكون كقوله عليه السلام «من أحيى أرضا ميتة فهو أحق بها، وهى له»(١) فإنّه يتضمن الترخيص الشرعى فى الإحياء، وأنّه سبب للأحقية أو الملكية، فكذلک هنا يكون دليل السبق دالاً على سببية السبق للأحقية»(٢).

وفيها ثانيا: «إنّ مجرد الأحقية لايقتضى الملكية، وإنْ كانت لاتنافيها أيضا، فالاستدلال للتملک بالحيازة بمجرّد الأحقية هنا وفى المباحات غير وجيه، بل لابدّ من إقامة دليل آخر على الملكية»(٣).

ويمكن أن يجاب عنه: «إنّ الارتكاز العرفى الناشىء من استقرار السيرة العقلائية الثابتة من صدر الإسلام _ بل قبله _ على إحياء الأراضى التى لا ربّ لها، وترتيب آثار الملک عليها كما هو بناء الدول أيضا، والشارع لم يردعهم عن ذلک، بل أمضى طريقتهم.

وبالجملة: فالإرتكاز المزبور يمنع إحتمال غير الملک من الأحقيّة كالإباحة، بل المراد بها الأحقيّة فى الملكية»(٤).

وفيها ثالثا: «إنّ الموات التى هى مورد الإحياء ودليله مختصة بالإمام عليه السلام ، فيكون «من أحيى» ترخيصا شرعيا ومالكيا منه فى الإحياء المملک مثلاً.

وأمّا مورد دليل السبق فغير مختص بالأراضى ولا بخصوص الإمام عليه السلام ، ليكون كدليل الإحياء فيلزمه جواز السبق إلى ملک كلّ أحد أيضا، ومع استفادة تقيده بعدم كون المورد متعلقا لحقّ

الغير بالسبق أو غيره _ ويدلّ بالفحوى على عدم كونه ملكا للغير _ فلا مجال للاستدلال به هنا، لأنّه لايعم ما هو ملك الغير إماما كان أو غيره، وإلاّ لجاز السبق إلى سائر أموال الإمام عليه السلام ، لو جعل هذا إذنا مالكيا فى السبق إلى ماله»(٥).

ص: ٥٥

١- (١٧١) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٤ صحيحة محمّد بن مسلم: «أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها وهى لهم».

٢- (١٧٢) حاشية المكاسب ٢٣/٣.

٣- (١٧٣) حاشية المكاسب ٢٣/٣.

٤- (١٧٤) هدى الطالب ٤٣٤/٦.

٥- (١٧٥) حاشية المكاسب ٢٣/٣.

ويمكن أن يجاب عنه: «لا منشأ لاحتمال إرادة معنى عامّ يشمل غير الأراضى من سائر أموال الإمام عليه السلام فضلاً عن أموال غيره عليه السلام ، وذلك للإتكاز المزبور، ولكون مورد الإحياء ملك الإمام بالإمامة، لا ملكه الشخصى الذى يرثه الوارث، ولا مال غيره. والسبق إلى مال الإمام عليه السلام لا ينطبق إلاّ على الموات من الأرض والمحياة ذاتا، وعلى ما فيها من الأشجار والنبات»(١).

وفيها رابعا: «الحديث يثبت للسابق الحقّ فيما سبق إليه دون المسبوق، ولا شكّ أنّ حقّ الإمام أسبق من حقّ المحيى، بمعنى أنّ ملكيّة الإمام للأرض العامرة أسبق من عمران المحيى، وبالتالى لا يبقى موضوع للحديث لكى يستدلّ به»(٢).

ويمكن أن يجاب عنه: النبى صلى الله عليه و آله الذى كان حقّه مقدَّما على الإمام عليه السلام أجازالسبق والتصرف والملكية عليها فلاتنافى بين ملكية الإمام للأراضى العامرة بالأصالة وجواز تملّكها لمِنْ سبق إليها.

وبالجملة: «لا ينبغى الإشكال فى دلالة النبوى على تملك الأرض العامرة بالحيازة. لكن ضعف السند يمنعه عن الاعتبار»(٣).

مضافا إلى ورود روايات التحليل فى خصوص شيعتهم عليهم السلام كما فى صحيحة أبى سيار مسمع بن عبدالملك: كل ما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون، الحديث.(٤)

وفى خبر يونس بن ظبيان أو المعلّى بن خنيس: وما كان لنا فهو لشيعتنا، الحديث.(٥)

فبالنسبة إلى الشيعى الملكيّةُ ثابتةٌ بِلا رَيْبٍ. واللّه العالم.

ص: ٥٦

١- (١٧٦) هدى الطالب ٤٣٤/٦.

٢- (١٧٧) العقد النضيد ٤٠٨/٤.

٣- (١٧٨) هدى الطالب ٤٣٥/٦.

٤- (١٧٩) وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح١٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

٥- (١٨٠) وسائل الشيعة ٥٥٠/٩، ح١٧.

نعم، يمكن أن يناقش فى هذا الارتكاز العرفى بالنقاش فى مَنْشَئِهِ وهى السيرة العقلائية الثابتة فى عصر التشريع ـ بل قبله ـ على إحياء الأراضى التى لا ربّ لها، ومنها: الأراضى العامرة بالأصالة، وإحياؤها حيازتها، فالسيرة العقلائية قائمة على تملك الأراضى العامرة بالأصالة بالحيازة.

وأمّا المناقشة فى هذه السيرة العقلائية المدعاة

فلم تثبت سيرةٌ من العقلاء على تملك الأراضى العامرة بالأصالة بالحيازة، «بل لا يبعد ثبوتها على خلفه، فإنّ العقلاء حسب فطرتهم الأوليّة لا يعترفون بتلك الأسباب التى تكون مظهر من مظاهر

القوة والتحكم على الآخرين، فإنّها أسباب ولّدتها الظروف الثانوية فى المجتمعات التى لا تقوم على أساس العدل والقيم الإنسانية، وإنّما تقوم على أساس مظاهر القوة واللا أخلاقية. ومن الطبيعى أنّه لا قيمة لتلك الأسباب، لا لديهم، ولا لدى الإسلام نهائيا.

أو فقل: إنّ الإسلام لم يعترف بحيازة الأرض والسيطرة عليها على أساس القوة والتحكم على الآخرين فى ميدان وجود المنافسة عليها من قبل هؤلاء، ولم يرها مصدرا لوجود حقٍّ فيها.

نعم، إنْ كانت السيطرة عليها على أساس إنفاق العمل وبذل الجهد فيها _ لخلق الشروط والفرصة للإستفادة منها والانتفاع بها كما إذا كانت الأرض ميتة أو لاستغلالها والانتفاع بها كما إذا كانت حية _ فالإسلام وإن كان قد اعترف بها إلاّ أنّ اعترافه بذلک فى الأُولى انما هو على اساس أنّها تحمل طابع الإحياء فيها. لا طابع الحيازة والسيطرة. وفى الثانية إنّما هو على أساس العمل والانتفاع بها. فالنتيجة أنّ مصدر الحقّ فيها لدى الإسلام إنّما هو العمل فلا قيمة للسيطرة بدونه أصلاً.

وبكلمة أُخرى: إنّنا قد اكتشفنا اعتراف الإسلام من خلال نصوصه التشريعية، أو البناء من العقلاء بهذا الإطار العام وهو أنّ كلَّ عاملٍ فى المصادر والثروات الطبيعية يملک نتيجة عمله _ على اختلاف نوع العمل، ونوع النتيجة _ على ضوء الشرائط المبيِّنة فى محلِّها. ومن هنا تختلف نتيجة عمل العمال فى الأرض الميتة عن نتيجة عمله فى الأرض

ص: ٥٧

الحيّة طبيعيا على أساس اختلاف نوع العمل فيهما.

وعلى اثر ذلک: تختلف علاقة العامل بالأرض الميتة عن علاقة العامل بالأرض الحيّة على أساس أنّ نيتجة عمله فى الأرض الميتة إنّما هى خلق الشروط فيها التى تتيح للفرد فرصة الاستفادة منها والانتفاع بها، حيث لم تكن تلک الشروط متوفرة فيها قبل قيام العامل بإحيائها، وإنّما هى نتجت عن عملية الإحياء، فالعامل على ضوء ذلک الإطار العام يملک تلک الشروط والفرصة فيها، وهذه

الشروط إنّما تبرر علاقة العامل برقبة الأرض على مستوى الحق فحسب إذا كانت الرقبة داخلة فى نطاق ملكية غيره. وأمّا إذا لم تكن داخلة فى ذلک وكانت من المباحات الأصلية فالشروط المزبورة إنّما تبرّر علاقته بها على مستوى الملک... .

وبما أنّ هذه العلاقة معلولة لهذه الشروط والفرصة فهى بطبيعة الحال ثابتة ما دامت الشروط فيها متوفرة والفرصة متاحة سواء أكان العامل يمارس الانتفاع بها أم لم يمارس، وأمّا إذا زالت تلک الشروط والفرصة عنها فإن كانت العلاقة على مستوى الحق فقد انقطعت عنها نهائيا بمقتضى الارتكاز العرفى وإن كانت على مستوى الملک فهى باقية ولم تزل بزوالها... .

وأمّا نتيجة عمله: فى الأرض الحيّة بطبيعتها _ فبما أنّها لم تكن خلق الشروط والفرصة للإنتفاع بها، لفرض أنّ تلک الشروط متوفرة فيها ذاتا وبدون بذل جهد بشرى وأنّ العامل فيها لم يخلق صفة لها ذات قيمة اقتصادية، وإنّما قام بالإنتفاع بزرعها، وغرس أشجارها، أو ما شاكل ذلک _ فهى بطبيعة الحال إنّما هى ما نجم عن عمله وجهده فيها وهو الزرع أو الشجر فى فرض الكلام فالعامل إنّما يملک ذلک على ضوء الإطار العامِّ المزبور _ كلُّ عاملٍ يملک نتيجة عمله _ ولا يملک صفة فى الأرض ما دام أنّه لم يخلق فيها شيئا.

ومن الطبيعى أنّ عمله الإنتفاعى بها لا يبرر اختصاص العامل برقبة الأرض. نعم ما دام هو يمارس العمل فيها ويواصل فى زراعتها كان أحقّ من غيره بالإنتفاع بها، وليس لغيره أن يزاحمه فيه، على أساس أنّه بالبناء القطعى من العقلاء قد اكتسب حقّ الأولوية فيها بقيامه باستغلال الأرض والإنتفاع بها، فإنّ مِنْ حقّه فى هذا الحال الاحتفاظ بها ومنع

الآخر من مزاحمته وانتزاع الأرض منه، لأنَّ الآخر ليس أَوْلى من الذى ينتفع بها فعلاً.

ولا يحصل على حق أوسع من ذلک بنكتة أنّه معلول لانتفاعه بها، ولا يعقل أن تكون دائرة المعلول أوسع من دائرة العلة، وعليه فلا محالة يكون ثبوت هذا الحقّ له ما دام هو قائم بالانتفاع بها فعلاً وإلاّ فلا حقّ له. ومن هنا لو ترک الانتفاع بها لم يبق له حقّ فی الاحتفاظ بها، ويجوز عندئذ لآخرين يقوم باستغلالها واستثمارها.

وهذا هو الفارق بين الحقّ الحاصل للعامل فی الأرض الموات على أساس قيامه بعملية إحيائها، والحقّ الحاصل له فی الأرض الحيّة على أساس قيامه باستغلالها والإنتفاع بها.

ومن هذا القبيل: استخدام الأرض لرعی الحيوانات، فإنّه وإن كان عملاً من أعمال الانتفاع بالمصادر الطبيعية إلاّ أنّه لا يؤثر فی إيجاد حقٍّ فی الأرض على أساس أنّه لم يقم فيها بعملية ذات قيمة اقتصادية كخلق الحياة فيها أو نحوها، وإنّما هو يقوم بعملية تربية حيوانات فيها فتكون نتيجة عمله فيها إنّما هی الثروة الحيوانية فيملک العامل على ضوءالإطار العام المتقدم تلک الثروة الحيوانية على أساس أنّها نجمت عن جهده وعمله.

نعم، يحصل العامل على أَثَرِ ذلک على حقّ الأولويّة فيها ما دام يمارس عَمَلَهُ هذا ويُواصِلُهُ فيه، لا مطلقا فلو ترک ذلک لم يبق له الحق فی الاحتفاظ بها، ويجوز لغيره ان يقوم بالانتفاع بها واستثمارها... .

وأمّا ما ذكرناه بالإضافة إلى الأرض الحيّة بطبيعتها موافق للبناء القطعی من العقلاء الجارى على ذلک الثابت فی جميع الأعصار»(١).

إلى هنا ظهر عدم تَمامِيَّةِ دليلين من أدلة تملک الأراضی العامرة بالأصالة بالحيازة وهما:

١_ حديث السبق الذى تمسک به الشيخ الأعظم وقد عرفت ضعف سنده ودلالته.

٢_ السيرة العقلائية المُدَّعاة على تملک الأراضی العامرة بالأصالة بالحيازة وقد

١- (١٨١) الأراضى /(٣١٤-٣١٠).

عرفت عدم تماميتها بالتفصيل الذى مرّ.

وقد استُدِلَّ على تملّكها بوجوه أُخَرَ نذكر بعضها فى مايلى:

٣_ قوله تعالى: «وَالْأَرْضَ وَضَعَها لِلْأَنامِ»(١)

بتقريب: أنَّ الآية الشريفةَ تدلّ على ملكية الأرض للأنامَ، وإطلاقُ الأرضِ يشمل الأراضى العامرة بالأصالة واطلاق الأنام يشمل المحيز، فالمحيز يملك ما أحازه من الأراضى العامرة بالأصالة.

وفيه: «أوّلاً: أنّ اللاّم المذكورة فى الآية الشريفة ليست بلام الملكيّة بل هى لام الغاية، ووزانها وزان اللاّم فى قوله تعالى: «سَخَّرَ لَكُمْ ما فِى السَّماواتِ وَما فِى الْأَرْضِ»(٢)، فلا دلالة فيها على الملكيّة.

وثانيا: ولو سلّمنا دلالتها على الملكيّة، فهى تثبتها لمطلق الأنام، والبحث فى المقام عن الملكيّة الشخصيّة دون النوعيّة»(٣).

٤_ استدلال المحقّق الإصفهانى رحمه الله

قال الإصفهانى قدس سره : «ويمكن أن يقال: إنّ كون الأرض عامرة بالمعنى المتقدم لا ينافى الإحياء بغرس الشجر وحفر البئر وأشباه ذلک، فتملكها بعنوان الإحياء»(٤).

مراده: «أنّ ملكية الأراضى العامرة تكون بالإحياء أيضا بمثل ما هو الحال فى الأراضى الموات، فإنّ الآجام والغابات والواديات والأنهار بحاجة إلى الإحياء بإزالة الآجام وتسطيح الواديات وكرى الأنهار وشقّ الطرق فى الغابات، وما إلى ذلک ممّا يؤدّى جميعها إلى إمكان الاستفادة منها فى الزرع وغيره،

وبالتالى فإنّ المحيى يملكها عن طريق الإحياء، حيث يصدق عليه قوله عليه السلام : «أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها

١- (١٨٢) سورة الرحمن /١٠.

٢- (١٨٣) سورة لقمان /٢٠.

٣- (١٨٤) العقد النضيد ٤٠٧/٤.

٤- (١٨٥) حاشية المكاسب ٢٤/٣.

فهم أحقّ بها»(١)»(٢).

وفيه: «لا مجال للجمع بين صفتى العمارة والإحياء، بمعنى أنّه لا يصحّ وصف ما يقوم به الإنسان فى تنمية الأراضى المحياة بالعمارة، لأنّ الأخيرة وصفٌ يُطلق بخصوص الأراضى الميّتة المتوقّفة إحياؤها على العمران، دون الأراضى العامرة. والشاهد على ذلک أنّ كلمة «الإحياء» قد أُطلقت فى الأخبار على خصوص أراضى الموات، أمّا الصفة التى يصحّ أن يتّصف بها الأعمال التى يقوم بها الإنسان فى الأراضى العامرة، هى دفع الموانع عن نمو الأراضى النامية بالذات أو إيجاد ما يلزم إيجاده من الشرائط»(٣).

٥_ معتبرة السكونى

عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : مَنْ غرس شجرا، أو حفر واديا بديّا لم يسبقه إليه أحد، وأحيى أرضا ميتة فهى له قضاء من اللّه ورسوله صلى الله عليه و آله (٤).

بتقريب: أنَّ ظاهر هذه المعتبرة جعل غرس الشجر وحفر البئر «فى قبال الإحياء أنّهما يوجبان الملكية بنفسهما، أو من حيث صدق الإحياء أيضا، لا بمعناه المقابل له فى الرّوايةِ، لكنّه على أىِّ حالٍ غير التملك بالحيازة، إذْ لا يعتبر فيها شىء من الغرس والحفر ونحوهما، بل يكفيه مجرد الاستيلاء عليه»(٥).

وبالجملة: إنّ الْقِيامَ بالعملين المذكورين _ الغرس والحفر _ فى الأراضى الموات أو العامرة يكون فى حكم الإحياء بالنسبة إلى الأراضى الموات فيكونان مملِّكين.

فالغرس والحفر يكونان مملِّكين فى الأراضى العامرة بالأصالة.

وفيه: من الواضح فى الفقه الإسلامى أنّ الغرس والزرع للغارس والزارع ولو كانا غاصبين فحينئذ «غرس الشجر يفيد ملكيّة الغارس لها بالخصوص دون الأرض

١- (١٨٦) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح٣، الباب ١ من أبواب إحياء الموات صحيحة محمّد بن مسلم.

٢- (١٨٧) العقد النضيد ٤٠٩/٤ مع اضافات واصلاحات.

٣- (١٨٨) العقد النضيد ٤٠٩/٤ مع اضافات واصلاحات.

٤- (١٨٩) وسائل الشيعة ٤١٣/٢٥، ح١، الباب ٢ من أبواب إحياء الموات.

٥- (١٩٠) حاشية المكاسب ٢٤/٣.

المغروسة عليها»(١).

ويمكن أن يقال: على منوالهما حفر البئر، فالبئر للحافر ولو كان الأرض لغيره وكثيرا ما نجد فى الخارج ملكية الأرض لأحدٍ والبئر الموجودة فيها للآخر.

فلا يكون مدلول هذه المعتبرة ملكية الأراضى العامرة بالأصالة بل مدلولها ملكية الغرس للغارس والبئر لحافرها. إلاّ أن يكون فى الأراضى الموات بالأصالة فيصدق عليهما الإحياء وتوجب الملكية هذا أوّلاً.

وثانيا: على فرض تمامية الاستدلال، فإنَّ هذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ يكونان غير الحيازة، فلا تدلّ المعتبرة على التملك بالحيازة كما مرّ من المحقّق الإصفهانى فى آخر تقريبه.

٦_ صحيحتا محمّد بن مسلم

عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.(٢)

وعن أبى جعفر عليه السلام قال: أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهى لهم.(٣)

ونحوهما مرسلة الصدوق قال: قد ظهر رسول اللّه صلى الله عليه و آله على خيبر، فخارجهم على أن يكون الأرض فى أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشتريت منها شيئا، وأيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم.(٤)

بتقريب: إنّ الاستدلال يكون بلفظة «عمروها» فى سياق الأسباب المملِّكة ومن المعلوم «أنّ عمارة كلّ أرض بحسبها، فعمران أرض الموات يختلف عن عمران الأراضى العامرة بالذات، فعمران الأخيرة تكون بإزالة الآجام، وتجفيف مياهها وقلع الأشجار الزائدة من الغابة، وشقّ الطرق فيها وما إلى ذلك من الطرق المؤدّية إلى تنمية ثمرات

١- (١٩١) العقد النضيد ٤/٤١٠.

٢- (١٩٢) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح٣.
٣- (١٩٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٤.
٤- (١٩٤) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٧.

الأراضى العامرة»(١).

وَيُرِدَ عليه: ما مرّ من مقابلة العمران والخراب وأنّ «العمارة قسيمٌ للخراب، فلا يصحّ إطلاق صفة العمران على الأراضى العامرة بالذات، ومجرّد الشكّ يسقط الاستدلال بها فى المقام»(٢).

٧_ صحيحة أُخرى لمحمّد بن مسلم

قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس _ الى أن قال: _ وأيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض، أو عملوه فهم أحقّ بها، وهى لهم.(٣)

بتقريب: أنّ عطف العمل على الأرض على عملية الإحياء يعلّمنا بأنّه كالإحياء يكون من أسباب التملّك فحينئذ «الأراضى العامرة المملوكة للإمام عليه السلام تُملّك من المسلم العامل عليها بشتّى الأعمال»(٤).

ويرد عليه: أنّه لا يمكن الأخذ بإطلاق هذه الصحيحة بأنّ مَنْ عمل فى أرضٍ فهى له لا سيّما مع إطلاق العمل فحينئذ لابدّ من حمل الإطلاقين _ إطلاق مَنْ واطلاق العمل _ على المحيى وعملية الإحياء فيصير «أو عملوه» عطفا تفسيريا لقوله عليه السلام : «أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض»، ولذا أعرض الأصحاب عن اطلاق العمل ولم يقل أحد بأنّ كلّ مَن عمل فى أرضٍ فهى له.

فذلكة الكلام

الأراضى العامرة بالأصالة ملک للإمام علیه السلام وتعدّ من الثروات العامة فلا یجوز لأحدٍ تملّکها لا بالحیازة ولا بالغرس ولا بالحفر ولا بِعُمْرانِها وتنمیتها والعمل فیها، نعم کلّ عامل یملک عمله فیها لا أکثر ورقبة أراضیها باقیة فی ملک الإمام علیه السلام لاستفادة عامة

١- (١٩٥) العقد النضید ٤/٤١٠.

٢- (١٩٦) العقد النضید ٤/٤١٠.

٣- (١٩٧) وسائل الشیعة ٢٥/٤١١، ح١.

٤- (١٩٨) العقد النضید ٤/٤١١.

النّاس وعملهم فیها ونشاطاتهم علیها لاسیّما بالنسبة إلی الشیعة کما مرّ(١) آنفا واللّه العالم.

٣_ الأرض العامرة بالعرض

اشارة

قال الشیخ الأعظم رحمه الله : «الثالث: ما عرض له الحیاة بعد الموت: وهو ملک للمحیی، فیصیر ملکا له بالشروط المذکورة فی باب الإحیاء بإجماع الأُمّة کما عن المهذّب [البارع(٢)]، وبإجماع المسلمین کما عن التنقیح(٣)، وعلیه عامّة فقهاء الأمصار کما عن التذکرة(٤)»(٥).

أقول: إحیاء الموات مستحبٌ مرغوبٌ فیه لأنّه من مصادیق السعی فی تحصیل الرزق المأمور به فی قوله تعالی: «فَامْشُوا فِی مَناکِبِها وَکُلُوا مِنْ رِزْقِهِ»(٦) ولقوله عزوجل: «هُوَ أَنْشَأَکُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَکُمْ فِیها»(٧). ولقوله تعالی: «وَالْأَرْضَ وَضَعَها لِلْأَنامِ»(٨) وقول عزّ من قائل: «هُوَ الَّذِی خَلَقَ لَکُمْ ما فِی الْأَرْضِ جَمِیعا»(٩)

قال العلاّمة: «تذنيب: الإحياء مستحبٌّ؛ لما فيه من السعى فى تحصيل الرزق المأمور به فى قوله تعالى: «فَامْشُوا فِى مَناكِبِها وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ»(١٠) ومن إخراج العاطل من حيّز العطلة المشتملة على تضييع المال إلى حيّز العمارة، وقد روى عن النبىّ صلى الله عليه و آله أنّه

١- (١٩٩) راجع صفحة ٥٦ من هذا المجلد.

٢- (٢٠٠) المهذّب البارع ٢٨٥/٤.

٣- (٢٠١) التنقيح الرائع ٩٨/٤.

٤- (٢٠٢) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

٥- (٢٠٣) المكاسب ١٧/٤.

٦- (٢٠٤) سورة الملك /١٥.

٧- (٢٠٥) سورة هود /٦١.

٨- (٢٠٦) سورة الرحمن /١٠.

٩- (٢٠٧) سورة البقرة /٢٩.

١٠- (٢٠٨) سورة الملك /١٥.

قال: «مَنْ أحيا أرضا ميتةً فله فيها أجر، وما أكله العوافى(١) منها فهى له صدقة»(٢) ولأنّ اللّه تعالى لم يخلق الأرض عبثا، بل خلقها والأعيان الخارجة منها _ كالمعادن _ والمنافع المتعلّقة برقبتها لمنافع سكانها»(٣).

أقول: «وفى خراج يحيى بن آدم القرشى بسنده عن جابر، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من زرع زرعا أو غرس غرسا فأكل منه إنسان أو سبع أو طائر فهو له صدقة»(٤).

وروى الترمذى بسنده عن أنس، عن النبى صلى الله عليه و آله ، قال: «ما من مسلم يغرس غرسا أو يزرع زرعا فيأكل منه إنسان أو طير أو بهيمة إلاّ كانت له صدقة»(٥)»(٦).

ويدلّ على جواز إحياء الموات وملكيّة المحيى لها الأخبار المتواترة إجمالاً عند الفريقين:

منها: صحيحة الفضلاء عن أبى جعفر وأبى عبداللّه عليهماالسلام قالا: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من أحيى أرضا مواتا فهى له.(٧)

ومنها: صحيحة زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من أحيى مواتا فهو له.(٨)

١- (٢٠٩) العوافى جمع العافية، وهى كلّ طالب رزقٍ من إنسانٍ أو بهيمةٍ أو طائرٍ. النهاية _ لابن الأثير _ ٢٦٧/٣ «عفا».

٢- (٢١٠) مسند أحمد ٢٣٨/٤، ح١٣٨٥٩ و ٢٧٥/٤، ح١٤٠٩١ و ٤/(٣٢٦-٣٢٥)، ح١٤٤٢٥؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ١٤٨/٦ بتفاوتٍ يسير.

٣- (٢١١) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

٤- (٢١٢) الخراج /٧٨.

٥- (٢١٣) سنن الترمذى ٤٢١/٢، ح١٤٠٠، أبواب الأحكام، الباب ٤٠ (باب ماجاء فى فضل الغرس).

٦- (٢١٤) دراسات فى ولاية الفقيه ١٤٩/٤.

٧- (٢١٥) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٥، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.

٨- (٢١٦) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٦.

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.(١)

ومنها: صحيحته أُخرى له قال: سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهى لهم.(٢)

ومنها: صحيحة أبى بصير، قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمّة، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم، إذا عملوها وأحيوها، فهى لهم، وقد كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود، خارجهم على (أن يترک) الأرض فى أيديهم، يعملونها ويعمرونها.(٣)

ومنها: صحيحة عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سئل _ وأنا حاضر _ عن رجل أحيى أرضا مواتا، فكرى فيها نهرا، وبنى بيوتا، وغرس نخلاً وشجرا، فقال: هى له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ أو عين، وعليه فيما سقت الدوالى والغرب(٤) نصف العشر.(٥)

ومنها: معتبرة السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من غرس شجرا، أو حفر واديا بديّا لم يسبقه إليه أحد، وأحيى أرضا ميتة فهى له قضاء من اللّه ورسوله صلى الله عليه و آله .(٦)

ومنها: موثقة محمّد بن مسلم قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام ، عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ فقال: ليس به بأس قد ظهر رسول اللّه صلى الله عليه و آله على أهل خيبر فخارجهم على أن يترک الأرض فى أيديهم يعملونها ويعمرونها فلا أرى بها بأسا لو أنّک اشتريت

١- (٢١٧) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح٣.

٢- (٢١٨) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٤.

٣- (٢١٩) وسائل الشيعة ٤١٦/٢٥، ح١، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات.

٤- (٢٢٠) الغِرْب كَفِلْسٍ: الدلو العظيم الذى يتخذ من جلد الثور.

٥- (٢٢١) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٨.

٦- (٢٢٢) وسائل الشيعة ٤١٣/٢٥، ح١، الباب ٢ من أبواب إحياء الموات.

منها شيئا وأيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهى لهم.(١)

ورواها صاحب الوسائل مختصرا وبسند صحيح فى كتاب إحياء الموات.(٢)

ومنها: صحيحة سليمان بن خالد، قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الرجل يأتى الأرض الخربة، فيستخرجها، ويجرى أنهارها ويعمرها، ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: عليه الصدقة، الحديث.(٣)

ومنها: مرسلة الصدوق قال: قد ظهر رسول اللّه صلى الله عليه و آله على خيبر، فخارجهم على أن يكون الأرض فى أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشتريت منها شيئا، وأيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم.(٤)

«تِلْكَ عَشَرَةٌ كامِلَةٌ» من أحاديثنا، وإمّا من طرق العامة:

ففى مؤطأ مالک فى كتاب الأقضية، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: «من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق».(٥)

ورواه البيهقى بسنده عن مالک.(٦)

وروى البخارى فى كتاب الوكالة عن عروة، عن عائشة، عن النبى صلى الله عليه و آله ، قال: «من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق». قال عروة قضى به عمر فى خلافته.(٧)

ورواها أبوعبيد بسنده، عن عروة، عن عائشة، عنه صلى الله عليه و آله بلفظ «من أحيا» ورواها البيهقى «مَنْ عمّر».(٨)

ص: ٦٧

١- (٢٢٣) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح٢، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

٢- (٢٢٤) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح١

٣- (٢٢٥) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح٢.

٤- (٢٢٦) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٧.

٥- (٢٢٧) مؤطأ مالک ١٢١/٢، القضاء فى عمارة الموات.

٦- (٢٢٨) سنن البيهقى ١٤٣/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة فهى له...

٧- (٢٢٩) صحيح البخارى ٤٨/٢، باب من أحياء أرضا مواتا.

٨- (٢٣٠) الأموال /٣٦٣؛ سنن البيهقى ١٤٢/٦، إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد.

وروى أبوداود بسنده عن عروة، قال: أشهد أن رسول اللّه صلى الله عليه و آله قضى أن الأرض أرض اللّه والعباد عباد اللّه، ومن أحيا مواتا فهو أحق به. جاءنا بهذا عن النبى صلى الله عليه و آله الذين جاؤوا بالصلوات عنه.(١)

ورواه البيهقى أيضا.(٢)

وروى البيهقى بسنده، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «العباد عباد اللّه والبلاد بلاد اللّه، فمن أحيا من الموات الأرض شيئا فهو له (بعطية رسول اللّه خ.ل) وليس لعرق ظالم حق.(٣)

وروى البيهقى أيضا بسنده، عن كثير بن عبداللّه، عن أبيه، عن جده أن رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: «من أحيا مواتا من الأرض فى غير حق مسلم فهو له، وليس لعرق ظالم حق».(٤)

وروى البيهقى أيضا بسنده، عن عروة بن الزبير، عن أبيه، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من أحيا أرضا ميتة لم تكن لأحد قبله فهى له، وليس لعرق ظالم حق».(٥)

وروى أبوداود بسنده، عن سمرة، عن النبى صلى الله عليه و آله ، قال: «من أحاط حائطا على أرض فهى له»(٦).

ورواه أيضا فى مستدرک الوسائل، عن عوالى اللآلى، عن سمرة.(٧)

وروى البيهقى بسنده عن سمرة، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من أحاط على شىء

١- (٢٣١) سنن أبى داود ١٥٨/٢، كتاب الخراج والفىء والإمارة، باب فى إحياء الموات.
٢- (٢٣٢) سنن البيهقى ١٤٢/٦، كتاب إحياء أرضا ميتة ليست لأحد... .
٣- (٢٣٣) سنن البيهقى ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحياء أرضا ميتة فهى له...
٤- (٢٣٤) سنن البيهقى ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد...
٥- (٢٣٥) سنن البيهقى ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد...
٦- (٢٣٦) سنن أبى داود ١٥٩/٢، كتاب الخراج...، باب فى إحياء الموات.
٧- (٢٣٧) مستدرک الوسائل ١١١/١٧، ح٣، الباب ١ من كتاب إحياء الموات؛ عوالى اللآلى، ٤٨٠/٣، ح٣.

فهو أحق به، وليس لعرق ظالم حق».(١)

البيهقى بسنده عن طاؤس، عن ابن عباس، قال: «إنّ عادىّ الأرض للّه ولرسوله ولكم من بعد، فمن أحيا شيئا من موتان الأرض فهو أحق به»(٢).

وروى نحوه فى المستدرک عن عوالى اللآلى.(٣)

البيهقى بسنده عن طاوس، عن ابن عباس، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «موتان الأرض للّه ولرسوله، فمن أحيا منها شيئا فهى له»(٤).

ورواه فى المستدرک عن عوالى اللآلى.(٥)

قولان رئيسيان فى المسألة

اشارة

وهما:

«القول الأوّل: المشهور من أنّ الإحياء كبقيّة الأسباب المملكة _ سواءً الإنشائيّة منها كالبيع والإجارة أو القهريّة كالإرث _ يعدّ من أسباب حصول الملک، وقد ادّعوا عليه الإجماع، واعتبروا الإحياء مملّكا برغم بقاء ملكيّة الإمام عليه السلام على الأرض.

القول الثانى: أنّ الإحياء لا يعدّ من الأسباب المملّكة، بل هى تفيد الأولويّة وحقّ الاختصاص بالأرض»(٦).

١- (٢٣٨) سنن البيهقى ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد...

٢- (٢٣٩) سنن البيهقى ١٤٣/٦، كتاب إحياء الموات، باب لا يترک ذمّى... .

٣- (٢٤٠) مستدرک الوسائل ١١٢/١٧، ح٥، الباب ١ من کتاب إحیاء الموات، عوالی اللآلی ٤٤/١، ح٥٨.

٤- (٢٤١) سنن البیهقی ١٤٣/٦، کتاب إحیاء الموات، باب لا یترک ذمّی... .

٥- (٢٤٢) مستدرک الوسائل ١١١/١٧، ح٢، الباب ١ من کتاب إحیاء الموات؛ عوالی اللآلی ٤٨٠/٣، ح١.

٦- (٢٤٣) العقد النضید ٣٦٣/٤.

أدلّة القول الأوّل

١_ الإجماع

الوارد فی مقالات العلاّمة(١) وابن فهد الحلّی(٢) والفاضل المقداد(٣) رحمهم الله کما مرّت(٤) فی مقالة الشیخ الأعظم(٥) فی أوّل البحث.

ویرد علیه: أوّلاً: الإجماع لم یتم مع وجود قول آخر فی المسألة.

وثانیا: علی فرض تمامیته یکون مدرکیّا فلابدّ من ملاحظه غیره من الأدلة.

٢_ استدلال العلاّمة قدس سره

حیث یقول: «ولأنّ الحاجة تدعوا إلی ذلک، وتشتدّ الضرورة إلیه؛ لأنّ الإنسان مدنیٌّ بالطبع، لا یمکنه أن یعیش کغیره من الحیوانات، بل لابدّ من مسکنٍ یأوی إلیه هو وعیاله، وموضع یختصّ به، فلو لم یشرع الإحیاء لزم الحرج العظیم، وهو منفیٌّ إجماعا»(٦).

وَیَرِدُ علیه: أنّ مَدَنِیَّةَ طبیعة الإنسان واحتیاجه إلی المسکن والعمل والمزرع لاتقتضیان لزوم تحقّق الملکیة، لإمکان رفع الضرورة بثبوت حقّ الاختصاص والأَولویة فهذا الاستدلال، استدلال بالأعم علی الأخص وهو لا یفید.

٣_ الحرج العظيم المنفى

الوارد فى مقالة العلاّمة الماضية آنفا بتقريب: أنّ الملكية إذا لم تحققت بالإحياء تستلزم الحرج العظيم المنفى فى الشريعة المقدسة.

وَيَرِدُ عليه: أوّلاً: قد مرّ مرارا وتكرارا بأنّ دليل رفع الحرج من الأدلة النافية

١- (٢٤٤) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

٢- (٢٤٥) المهذب البارع ٢٨٥/٤.

٣- (٢٤٦) التنقيح الرائع ٩٨/٤.

٤- (٢٤٧) راجع هذا المجلد صفحة ٦٤.

٥- (٢٤٨) المكاسب ١٧/٤.

٦- (٢٤٩) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

للحكم ولا يمكن اثبات الحكم به.

وثانيا: على فرض اثبات الحكم به يمكن رفعه بثبوت الإباحة المطلقة لمن يقوم بعملية الإحياء، بحيث تبقى رقبة الأرض على ملك الإمام عليه السلام ولكن يبيح التصرف للمحيى كما مرّ نظيرها فى الأرض العامرة بالأصالة.

وثالثا: وهكذا يمكن رفعه بثبوت حقّ الاختصاص والأَولوية فلا يمكن إثبات الملكية به.

٤_ النصوص المتواترة إجمالاً بين الفريقين

التی مرّت عشرون منها آنفا وظهورها علی الملکیة ممّا لا ینکر وکذا ظهور «اللام» فیها وغیرها من الظهورات الواردة فی النصوص کما مرّت بعضها فی المجلد الثالث من المکاسب المحرمة.(۱)

أدلة القول الثانی

اشارة

«وقد نسب هذا القول إلی جماعة من الأصحاب: منهم شیخ الطائفة الشیخ الطوسی قدس سره فی کتابه المبسوط(۲).

ومنهم المحقّق فی کتابه الشّرائع(۳) فی بحث الجهاد.

ومنهم الشهید الثانی قدس سره فی المسالک(٤)، بل حکی هذا القول فیه عن الأکثر.

ومنهم السیّد محمّد من آل بحرالعلوم قدس سره فی بلغته(٥)»(٦).

وتبعهم المحقّقون الإصفهانی(۷) والخوئی(۸) والمنتظری(۹) والفیاض(۱۰) ورآه

۱- (۲٥۰) الآراء الفقهیة ٤٦۷/۳ وما بعدها.

۲- (۲٥۱) المبسوط ۳۷۰/۳.

۳- (۲٥۲) الشرائع ۲۱٥/۳ و ۲۱٦.

٤- (۲٥۳) المسالک ٤۰۱/۱۲.

٥- (۲٥٤) بلغة الفقیه ۳٤۷/۱.

٦- (۲٥٥) الأراضی /۹۸ بترتیب وتخریج منّا.

۷- (۲٥٦) حاشیته علی المکاسب ۲۰/۳.

٨- (٢٥٧) مصباح الفقاهة ١٣١/٥؛ التنقيح فى شرح المكاسب ٢٤٦/٢.
٩- (٢٥٨) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٠٥/٤.
١٠- (٢٥٩) الأراضى /١١٣.

الشهيد السيّد محمّدباقر الصدر(١) رأيا فقهيا يبدو أكثر انسجاما مع نصوص الشريعة.

واستدلوا عليه بعدّة من الروايات تدلّ على «عدم خروج الأرض عن ملك صاحبها بالقيام بعملية الإحياء والعمارة، ودخولا فى ملك من يقوم بهذه العملية.

منها: صحيحة أبى سيّار مسمع بن عبدالملک _ فى حديث _ قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنّى كنت وليت الغوص فأصبت أربعمائة ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنک وأعرض لها وهى حقّک الذى جعل اللّه تعالى لک فى أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج اللّه منها إلاّ الخمس؟! يا أبا سيّار، الأرض كلّها لنا، فما أخرج اللّه منها من شىء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليک المال كلّه؟ فقال لى: يا أبا سيّار، قد طيبناه لک وحللناک منه فضمّ إليک مالک، وكلّ ما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون، ومحلّل لهم ذلک إلى أن يقوم قائمنا فيجبيهم طسق ما كان فى أيدى سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة.(٢)

«وقد اسْتُفِيْدَ من هذه الصحيحة عدّة أُمور:

الأوّل: استُفيد من إطلاق قوله: «الأرض كلّها لنا...» أنّ أصل رقبة الأرض وما يتفرّع منها _ قبل الإحياء وبعده _ للإمام، ومقتضى الجمع بين هذا الخبر وأخبار الإحياء ثبوت الملكيّة للإمام وحقّ التصرّف للمُحيى.

الثانى: كما يستكشف من قوله: «فكلّ ما فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون» ثبوت الملكيّة للإمام والحقّ للمحيى.

الثالث: كما يستكشف من قوله: «فيجريهم طسق ما كان فى أيدى سواهم» أنّ

١- (٢٦٠) اقتصادنا /٤١٦ (طبعة أُخرى /٤٦٣).

٢- (٢٦١) وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح١٢.

الإمام يسترجع أُجرة أرضه من المخالفين دون شيعته، حيث يعطف عليهم بإباحة أُجرتها وطسقها لهم.

الرابع: كما إنّ قوله: «فإنّ كسبهم من الأرض حرامٌ عليهم» دليلٌ على [عدم] ملكيّتهم، لعدم إمكان اجتماع حرمة التصرّف مع ملكيّة المحيى.

الخامس: كما إنّ قوله: «فيأخذ الأرض من أيديهم» دليلٌ على عدم مملكيّة الإحياء، وإلاّ لما جاز سلب الملكيّة عن المالك وإخراجه من أرضه»(١).

وبعبارةٍ أُخرى: «يستفاد منه كون الأرض مطلقا ومنها الموات للإمام وأنها مباحة لشيعتهم ولكن لهم أخذ طسقها بل استرداد أصلها منهم فيدلّ على عدم انتقال الرقبة إليهم وبقاء علاقة الإمام بها»(٢).

منها: خبر أبى خالد الكابلى عن أبى جعفر عليه السلام قال وجدنا فى كتاب على عليه السلام أنَّ الأرض للّه يورثها من يشاء من عباده «وَالْعاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»(٣)، أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلّها لنا، فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتى، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده، فعمرها وأحياها، فهو أحقّ بها من الذى تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى، وله ما أكل منها، كما حواها رسول اللّه صلى الله عليه و آله ومنعها، إلاّ ما كان فى أيدى شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما فى أيديهم، ويترك الأرض فى أيديهم.(٤)

وهذه الرواية تتضمن عدة نقاط:

الأولى: أنّ الأرض بتمامها داخلة فى نطاق ملكية الإمام عليه السلام ، وقد تقدم أنّ هذه الملكية حكم شرعى، لا أمر تكوينى، ولا معنوى، وذكرنا أنّه لا مناص من الالتزام بذلک.

الثانية: أنّه قد قيد المحيى فيها بكونه من المسلمين، وسيأتى الكلام من هذه

١- (٢٦٢) العقد النضيد ٣٧٠/٤.

٢- (٢٦٣) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٠٣/٤.

٣- (٢٦٤) سورة الأعراف /١٢٨.

٤- (٢٦٥) وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥، ح٢، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات.

الناحية فى ضمن الأبحاث الآتية.

الثالثة: أنّ الإمام عليه السلام قد فرض الخراج فى هذه الرواية على من يقوم بعملية الإحياء تفريعا على ملكيته عليه السلام ومن الطبيعىّ أنّ هذه النقطة تنص على أنّ عملية الإحياء فى أرض الإمام عليه السلام لا توجب تملک المحيى لرقبتها. وإنّما هى توجب كونه أحَقَّ بِالتَّصَرُّفِ بها من غيره، وإلاّ فلا مقتضى لفرض الخراج عليه.

الرابعة: أنّ الحق الخاص الذى حصل للمحيى فى الأرض على أساس قيامه بإحيائها إنما هو يرتبط بالأرض ما دامت حيّة، فإذا انقطعت الحياة عنها بتركها انقطع حقّه عنها نهائيا، فإذا قام غيره بإحيائها ثانيا حصل له الحقّ فيها على أساس ذلک. وهذه النقطة تدلّ بوضوح على أنّ رقبة الأرض قد ظلت فى ملک الإمام عليه السلام .

الخامسة: ان القائم من آل محمّد صلى الله عليه و آله إذا ظهر بالسيف أخذ الأرض التى فى أيدى غير الشيعة، وَتَرَكَ الأرض التى فى أيديهم. وهذه نص فى بقاء علاقة الإمام عليه السلام بالأرض، وعدم انقطاع علاقته عنها بقيام غيره بإحيائها.

وبعبارة أُخرى: يستفاد من هذه الرواية أمورٌ:

«الأوّل: أن الأرضين كلها للإمام بما هو إمام، يعنى أن له الولاية عليها وتكون تحت اختياره.

الثانى: أن كل مسلم مجاز فى إحيائها وعمرانها.

الثالث: أنه يجب على من أحيا شيئا منها أن يؤدّى خراجها إلى الإمام من أهل بيتى، يعنى من له حق الإمامة لاكلّ من يدعيها ويتقمصها جورا. ولازمه عدم تملك المحيى للرقبة وإن صار أحق بها من غيره.

الرابع: أن حق المحيى ثابت مادام يتوجه إليها وإلى إحيائها، فإن تركها بالكلية أو خربت وزالت آثار إحيائه زالت علاقة المحيى بها بالكلية وجاز لغيره إحياؤها وأداء خراجها إلى الإمام.

الخامس: أن للقائم من آل محمّد عليه السلام الذيى صار قادرا مبسوط اليد أن يأخذ الأرض ممن فيها، نعم لا يأخذها من شيعته ولعله لشفقته الخاصة بهم.

ص: ٧٤

ومقتضى جميع ذلك بقاء علاقة الإمام بالأرض فى جميع المراحل، فيكون وزان الإمام فى إذنه لإحياء الأرض وزان من حفر قناة وهيأ ماء لمنطقة خاصة ثمّ نادى: من أحيا وعمر قسمة من هذه المنطقة صار أحق بها من غيره، فليس معنى ذلك إلاّ أنه أولى بالتصرف فيها وأنه يملك آثار إحيائه لا أنه يملك رقبة الأرض وتنقطع علاقة المالك عنها»(١).

ومنها: صحيحة عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل، يَسْأَلُ أباعبداللّه عليه السلام عن رجل أخذ أرضا ممّا تركها أهلها، فعمّرها وكرى أنهارها، وبنى فيها بيوتا، وغرس فيها نخلا شجرا؟ قال: فقال أبوعبداللّه عليه السلام : كان أميرالمؤمنين عليه السلام يقول: «من أحيى أرضا من المؤمنين فهى له. وعليه طسقها يؤديها إلى الإمام عليه السلام فى حال الهدنة فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»(٢).

«المستفاد من مضمون هذه الصحيحة أمران:

الأوّل: أنّ الأرض عارية بيد المؤمنين زمن الغيبة وإنّما عليهم دفع طسقها، وأمّا إذا ظهر الإمام عليه السلام فعليهم أن يوطّنوا أنفسهم على الاسترجاع منهم»(٣).

فحينئذٍ ذَيْلُها نصّ: فى بقاء الأرض فى نطاق ملكية الإمام عليه السلام ولا تنقطع علاقته عليه السلام عنها نهائيا بقيام غيره بإحيائها.

«الثانى: استدلّ من التزم بأنّ الإحياء من أسباب ملكيّة الأرض الموات باللاّم الواردة فى بعض الأخبار والظاهرة فى الملك، وما ورد فى هذه الصحيحة من قوله: «من أحيا أرضا من المؤمنين فهى له» يعدّ مفسّرا للاّم المذكورة فى تلك الأخبار، ونسبتهما نسبة العموم والخصوص المطلق، أى الحاكم والمحكوم والمفسَّر والمفسِّر دون التعارض، فتدلّ الأخيرة على أنّ المؤمن يملك الأرض بالكيفيّة المذكورة لا مطلقا»(٤).

١- (٢٦٦) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/٢٠١.

٢- (٢٦٧) وسائل الشيعة ٩/٥٤٩، ح١٣، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

٣- (٢٦٨) العقد النضيد ٤/٣٧١.

٤- (٢٦٩) العقد النضيد ٣٧١/٤.

وبعبارة أُخرى: «مفادها أنَّ الأرض للإمام وأنّ للمؤمن إحياءها، ومع تصريحها بأنّها لمن أحياها صرّح بأنّ عليه طسقها وأن للقائم عليه السلام أن يأخذها منه. فيستفاد منها بقاء علاقة الإمام بها وعدم مالكية المحيى لرقبتها، فيراد بكونها له أحقيته بها من غيره ومالكيته لآثار إحيائه، وبذلک يفسّر سائر الأخبار الحاكمة بأنّ من أحيا أرضا فهى له.

ولعل المقصود بالإمام فى حال الهدنة مطلق من له حق الإمامة شرعا لاخصوص المعصوم، كما يحتمل بعيدا أن يراد بالقائم فيها كلّ مَنْ له حق الإمامة إذا قام بالسيف. ولا يلازم توطين النفس على أخذ الأرض منه أخذ الأرض منه أخذها منه فعلاً بل يراد إيمانه بأنَّ الأرض ليست له، فلا ينافى هذا رواية الكابلى الحاكمة بعدم أخذها من الشيعة، فتدبّر»(١).

أقول: لا نوافق مع بعض أساتذتنا قدس سره فى كلامه الأخير: «لعلّ المقصود...» الخ ولعلّ أشار إلى ضعفه بالتدبّر فى آخر كلامه.

ومنها: صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الرجل يأتى الأرض الخربة، فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: «الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها، قال: فَلْيُؤَدِّ إليه حقّه»(٢).

فإنّ قوله عليه السلام : «فليؤد إليه حقّه» نص فى أنّ علاقة صاحب الأرض لا تنقطع عن أرضه نهائيا بذلک. وإلاّ لم يبق حقّ له.

وبعد ذلک نقول. ان هذه المجموعة التى هى روايات أرْبَعٌ بما انها نص فى أنّ علاقة الإمام عليه السلام لا تنقطع عن رقبة الأرض بقيام غيره بعملية إحيائها واستثمارها، فبطبيعة الحال تتقدم على المجموعة السابقة التى هى ظاهرة فى أنّ عملية الإحياء توجب تملک المحيى لرقبة الأرض، فإنّ

النص يتقدم على الظاهر، بل لو لم تكن نصا فلا شبهة فى أنّها أظهر من تلك المجموعة، والأظهر يتقدم لدى العرف على الظّاهر، فلا معارضة بينهما.

ص: ٧٦

١- (٢٧٠) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٠٢/٤.

٢- (٢٧١) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥، ح٣.

وعليه فلابدّ من رفع اليد عن ظهور تلك المجموعة، وحملها على أنّ العلاقة التى توجبها عملية الاحياء للمحيى بالأرض إنّما هى على مستوى الحقّ فحسب، دون الملك، بقرينة هذه المجموعة»(١).

«وبالجملة، المستفاد من هذه الأخبار الصحيحة التى أفتى بمضمونها الشيخ(٢) وابن البراج(٣) وابن زهرة(٤) فى كتبهم المعدة لنقل المسائل المأثورة عن الأئمة عليهم السلام : هو أن الأرض الموات للإمام وفاقا لسائر الأخبار الحاكمة بذلك، وأن للمسلمين إحياءها وأداء طسقها إليه، وأن للقائم عليه السلام إذا قام أخذ الأرض منهم.

ومقتضى ذلك كله بقاء علاقة الإمام بها وأن المحيى لا يملك الرقبة بل يملك ما هو أثر فعله من آثار الإحياء ما بقيت ويكون هو أحقّ بها من غيره وأولى بالتصرف فيها. وأفتى فى السرائر(٥) أيضا بمثل ما أفتوا به، فيكون هذا القول مشهورا بين قدماء أصحابنا»(٦).

اشكالات ثلاثة على القول الثانى

الأوّل: صحيحة عبداللّه بن سنان نصٌ فى القول الأوّل

صحيحة عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سُئل _ وأنا حاضر _ عن رجل أحيى أرضا مواتا، فكرى فيها نهرا، وبنى بيوتا، وغرس نخلاً وشجرا، فقال: هى له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ عين، وعليه فيما سقت الدوالى والغرب نصف العشر.(٧)

ص: ٧٧

١- (٢٧٢) الأراضى /(٩٧-٩٥) مع إضافات وإصلاحات كثيرة.

٢- (٢٧٣) المبسوط ٣/٣٧٠.

٣- (٢٧٤) المهذب ١/١٨٣.

٤- (٢٧٥) الغنية /٢٩٣.

٥- (٢٧٦) السرائر ١/٤٨١.

٦- (٢٧٧) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/٢٠٣.

٧- (٢٧٨) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح٨، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.

بتقريب: هذه الصحيحة «نص فى أنّ صلة الإمام عليه السلام بالأرض تنقطع عنها نهائيا بقيام غيره بإحيائها والسيطرة عليها. وكذا نص فى نفى الخراج بقرينة الاقتصار فيها على ذكر الزكاة.

فإذن بطبيعة الحال تقع المعارضة بين هذه الصحيحة، والصحاح المتقدمة، باعتبار أنّ هذه الصحيحة نص فى أنّ عملية الإحياء توجب علاقة المحيى بالأرض على مستوى الملك، وانقطاع علاقة الإمام عليه السلام عنها نهائيا، وتلك الصحاح نص فى أنّها لا توجب إلاّ علاقة المحيى بها على مستوى الحقّ، وبما أنّه لا مرجح لتلك الصحاح عليها، فلا يمكن الأخذ بها، وطرح صحيحة عبداللّه بن سنان، فإذن لا محالة تسقطان معا، وبعد سقوطهما كذلك لا مانع من الرجوع إلى المجموعة الأُولى من الروايات الظاهرة فى أنّ عملية الإحياء توجب الملك، وذلك لأنّ المانع من الأخذ بظاهر تلك

المجموعة انما هو الصحاح المزبورة، فإذا افترض سقوطها بالمعارضة لم تصلح للمانعية عن الاخذ بظاهرها.

ونظير ذلک ما إذا كان فى المسألة عام وخاص، وفرضنا أنّ الخاص قد سقط عن الاعتبار، إمّا من ناحية ابتلائه بالمعارض: أو من ناحية أُخرى، فعندئذٍ لا مانع من الرجوع إلى العام»(۱).

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ كبرى هذا الإشكال «وإن كانت فى غاية الصحة والمتانة، ولا إشكال عند الأصحاب فيها، لا نظريّا، ولا عمليّا فى أبواب الفقه إلاّ أنّ ما نحن فيه ليس من صغرى تلک الكبرى، وذلک لأنّ صحيحة عبداللّه بن سنان لا تصلح أنْ تكون طرفا للمعارضة مع الصحاح المتقدمة، لوضوح أنّ الصحيحة ليست نصا فى مدلولها، بل ولا أظهر من الروايات المتقدمة، ضرورة أنّ قوله عليه السلام فى الصحيحة: «هى له»، كقوله عليه السلام فى تلک الروايات «فهى له» فإنّ التعبير فيهما على مستوى واحد، ومن المعلوم أنّ المتفاهم العرفى من مثل هذا التعبير ليس أزيد من الظهور فى الاختصاص على مستوى الملک، كما أنّ دلالة الصحيحة على عدم وجوب الخراج لا تتعدى عن الظهور

۱- (۲۷۹) الأراضى /۹۸.

الإطلاقى الناشىء من السكوت فى مقام البيان.

وإن شئت قلت: إنّ الصحيحة بما أنّها كانت فى مقام البيان، ومع ذلک قد اقتصرت على وجوب الزكاة، وسكتت عن وجوب الخراج، فيحصل لها ظهور عرفى فى عدم وجوبه. ومن الواضح انّ هذا الظهور ليس بأقوى من سائر الظهورات.

فالنتيجة فى نهاية الشوط: إنّ ظهور هذه الصحيحة فى سببية الإحياء للملك، ليس بأقوى من ظهور الروايات المتقدمة فى ذلک فضلاً عن كونها نصا، فلا فرق بينها، وبين تلک الروايات من هذه الناحية»(١).

الثانى: جواز بيع هذه الأراضى تنافى مع القول الثانى

بتقريب: «ترتّب آثار الملک على الأرض المحياة، حيث اتّفق الجميع على جواز بيعها بعد الإحياء، ممّا يتنافى مع القول بثبوت الحقّ، ويتأكّد الإشكال بناءً على اعتبار الملكيّة فى المبيع.

يمكن الإجابة عنه: أوّلاً: بحسب المبانى المختلفة:

أمّا على المبنى المشهور:من الالتزام بثبوت الحقّ والحكم بصحّة البيع، فالجواب عنه يكون بعين ما أُجيب عن ترتيب آثار الملکِ على المعاطاة، حيث التزمنا بأنّ مقتضى الجمع بين دليل «لا بيع إلاّ فى ملک» واستصحاب عدم تحقّق المِلک من خلال البيع الفعلى، هو تحقّق الملكيّة آنا مّا قبيل التصرّفات المتوقّفة على المِلک، وكذلک الحال فى المقام فإنّ مقتضى الجمع بين ما دلّ على أنّ الإحياء يثبت الحقّ، وقيام الضرورة القطعيّة والسيرة الثابتة على صحّة التصرّفات الصادرة من المحيى على الأرض من البيع والإجارة وغيرهما، هو تحقّق الملكيّة آنا مّا وقبل قيام المحيى بالتصرّفات المتوقّفة على الملک.

وأمّا على المبنى الثانى(٢) المخالف للمشهور: القائل بأنّ البيع هو تبديل طرفى

١- (٢٨٠) الأراضى /٩٩ و ١٠٠.

٢- (٢٨١) وهو مختار المحقّقيْن: النائينى وتلميذه السيّد الخوئى _ رحمهما اللّه _ .

الإضافة سواءً كانت الإضافة ملكا أو حقّا، فإنّ الإشكال مندفع أيضا لصحّة المبادلة فى مطلق الإضافة وإن كانت حقّا.

وأمّا على مبنى المحقّق الإصفهانى: القائل بأنّ حقيقة البيع هو: «جعل الشىء بإزاء شىء آخر» الشامل للمِلك والحقّ؛ لأنّ الشىء الآخر الواقع بإزاء الثمن قد تكون أرضا وقد يكون حقّا، ويكون الإشكال أيضا مندفعا لأنّ متعلّق الشىء على هذا المبنى أعمّ من المملوك والحق»(١)

وثانيا: يجوز بيعها كما يجوز بيع الأراضى الخراجية باعتبار ما أحدثها على الأرض من الزرع والغرس والحفر والبناء وغيرها من الإحداثات التى تملكها المحيى عليها بلا اشكال عند الجميع واللّه العالم.

الثالث: ثبوت الخمس فى نفس الأرض المحياة يُنافى القول الثانى

عدّ السيّد الخوئى هذا الإشكال من الفروع المبتلى بها كثيرا وَسَلَّمَ بهِ وذهب فى تقرير بحثه بعدم ثبوت الخمس فيها وقال: «وقد سُئلنا عنه مرارا وهو ثبوت الخمس فى نفس الأرض الموات بعد الإحياء إذا كان الإحياءُ للتجارة دون مؤنة نفسه وعياله فإنّه على ما ذكرناه لا خمس فى نفس الأرض لعدم كونه ملكا للمُحيى ليدخل تحت المنافع الحاصلة يوما فيوما، بل يثبت الخمس فى منافعها بعد مضى الحول كما هو واضح»(٢).

ولكنّه تراجع عن هذا التَّسْلِيْمِ وذهب إلى الالتزام بثبوت الخمس فى نفس هذه الأراضى فى كتاب فتواه حيث يقول: «... وأمّا إذا كان تعميره بقصد التجارة بنفس البستان وجب الخمس فى ارتفاع القيمة الحاصل فى آخر السنة، وإن لم يبعه كما عرفت»(٣).

فهذا الاشكال لا يمكن الإجابة عنه إلاّ بالقول بعدم ثبوت الخمس فى نفس هذه الأراضى وفتوى الأصحاب على خلافه.

١- (٢٨٢) العقد النضيد ٣٧٣/٤.

٢- (٢٨٣) مصباح الفقاهة ١٣١/٥.

٣- (٢٨٤) منهاج الصالحين ٣٣٣/١، مسألة ١٢١٥.

فذلكة الكلام بين القولين والمختار منهما

مستند القولين _ القول بالملكيّة والقول بالأحقيّة والأُولوية _ طائفتان من الروايات كما مرّتا وهما فى بداية الأمر متعارضتان فلابدّ من الجمع بينهما لو أمكن وإلاّ إعمال قواعد الترجيح لو وُجد وإلاّ قواعد التعارض.

وأمّا الجمع: فممكن لوجود روايات شاهد الجمع بينهما وهى: موثقة أو صحيحة محمّد بن مسلم الماضية وفى آخرها: ... وأيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهى لهم.(١)

فى هذه الموثقة أو الصحيحة فسّر الإمام عليه السلام أنّ المراد بالأحقيّة فى إحيا الأرض هى المالكية بقرينة «اللام» الظاهرة فى الملكية.(٢)

ومثلها: معتبرة محمّد بن مسلم قال: سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها وهى لهم.(٣)

ونحوها مرسلة الصدوق وفيها: ... وأيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض فعمروه فهم أحقّ به وهو لهم.(٤)

وقد كتبت فى الجزء الثالث: «ومن هنا ظهر معنى كلمة «الأحقيّة» فى غيرها من الروايات الواردة فى شأن الإحياء أنّ المراد بها هى الملكية:

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.(٥)

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد بأداء الحقّ الوارد فى صحيحة سليمان بن خالد هو ردّ رقبة الأرض للمحيى الأول ، لأنّ حقّه هو ملكيته للأرض، وإليک نصها:

ص: ٨١

١- (٢٨٥) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح٢، وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح١.
٢- (٢٨٦) كما مرّ منّا هذا الجمع فى هذا الكتاب: الآراء الفقهية ٤٦٨/٣.
٣- (٢٨٧) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٤.
٤- (٢٨٨) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٧.
٥- (٢٨٩) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥ ح٢ .

صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الرجل يأتى الأرض الخربة فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدّ إليه حقّه.(١)

وفى هذه الصحيحة يسأل السائل عن أرضٍ كان لها مالک ولكنّه ترک إحياءها فصار مواتا وأحياها الثانى فماذا عليه؟ أجاب الإمام بأنّ عليه الصدقة - أى الزكاة فقط - إن كان لا يعرف صاحبها أو يعلم إعراضه عنها ولكنه إذا عرف صاحبها فليودّ إليه حقّه أى أرضه، لأنّه مالک لرقبة الأرض. هذا ما استفدتُهُ منها.

وكذا يُحمل الترک على الإعراض فى الروايات الآتية بقرينة أنّ المحيى يصير مالكا لرقبة الأرض.

نحو: صحيحة معاوية بن وهب قال : سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: أيّما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرّها فإنّ عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض للّه ولمن عمّرها.(٢)

بل لابدّ أن تُحمل فی هذه الصحیحة کلمة «ترکها» بـ «أعرض عنها»، وإلاّ لا یتم تطبیق الکبری الموجودة فی آخرها علی المطلوب، وهو ملکیة المحیی الثانی علی الأرض، وهی قوله علیه السلام : «فإنّ الأرض للّه ولمن عمّرها».

ولأنه لو لم یعرض المحیی الأوّل عن الأرض فالکبری تنطبق علیه لا علی الثانی، فلابدّ من حمل کلمة «ترکها» فیها علی الإعراض حتّی تنطبق الکبری علی الثانی. والأمر هکذا فی الصحیحة الآتیة، فلابدّ من حمل کلمة «ترکها أهلها» فی کلام السائل علی إعراض أهلها، وإلاّ لم تنطبق الکبری الواردة فی کلام الإمام علیه السلام ، وهی قوله: «مَنْ أحیی أرضا من المؤمنین فهی له» علی المحیی الثانی، بل تنطبق علی المحیی الأوّل، وهو

۱- (۲۹۰) وسائل الشیعة ۴۱۵/۲۵ ح۳ .
۲- (۲۹۱) وسائل الشیعة ۴۱۴/۲۵ ح۱ .

خلاف المطلوب. هذا ما ظهر لی عند التأمل.

ومنها: صحیحة عمر بن یزید قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل یسأل أباعبداللّه علیه السلام عن رجل أخذ أرضا مواتا ترکها أهلها فعمّرها وکری أنهارها وبنی فیها بیوتا وغرس فیها نخلاً وشجرا؟ قال: فقال أبوعبداللّه علیه السلام : کان أمیرالمؤمنین علیه السلام یقول: من أحیی أرضا من المؤمنین فهی له وعلیه طَسْقها یؤدّیه إلی الإمام فی حالة الهدنة، فإذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی أن تؤخذ منه.(۱)

یُحمل بقرینة ما ذکرنا «الترک» الوارد فی کلام السائل علی الإعراض، ولکن الوارد فی جواب الإمام علیه السلام تقیید المحیی بالإیمان، ولا یمکن تقیید المطلقات به لأنّهما مثبتان. والظاهر بعد قبول

أنّ عملية الإحياء توجب الملكية لابدّ من حمل الطسق الوارد فيها على الزكاة، كما يَظْهَرُ من صحيحتى سليمان بن خالد(٢) وعبداللّه بن سنان(٣) الماضِيَتَيْنِ.

ويمكن أن يبقى على ظاهره فيصير معنى كلمة «الطسق» الأُجرة، لأنّ الأرض الموات من الأنفال، والأنفال كلّها للإمام عليه السلام ، فيمكن له أن يأذن فى عملية الإحياء ولكن مع جعل الطَسْق، أى الأجرة على المحيى، فله أنّ يجعل الطسق والأُجرة. ولكن لم يعهد منهم هذا الجعل، ويمكن أن يجعله صاحب العصر (عجل اللّه تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره.

وأما التفصيل الوارد فيها بين زمان ظهور القائم (عجل اللّه تعالى فرجه الشريف) وبين غيره فلا بأس به، أى للقائم (عج) أن يأخذ الأرض من المحيى أو له أن يجعل عليه الطسق أو الأجرة. كما يمكن دعوى أنّ المراد بالهدنة زمن حكومة غير الأئمة عليهم السلام ، والمراد بزمن الظهور زمن حكومتهم، لأنَّهُمْ كُلَّهم هُمُ القائمون بالحقّ.

ويمكن أن يقال: بأنّ الضمير المستتر فى كلمة «تؤخذ» يرجع إلى الزكاة، فيصير المعنى: أنّ القائم _ بالمعنيين _ يأخذ الزكاة فى زمن ظهوره أو اقتداره ولكن فى غيرها من

١- (٢٩٢) وسائل الشيعة ٥٤٩/٩ ح١٣ .
٢- (٢٩٣) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥ ح٣ .
٣- (٢٩٤) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح٨ .

الزمن على المالک أن يؤديها. هذا ما ظهر لنا بعد التأمل فى الرواية.

ومنها: خبر أبى خالد الكابلى عن أبى جعفر عليه السلام قال: وجدنا فى كتاب على عليه السلام : «إِنَّ الأَرْضَ للّه يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»(١)، أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الأرض

ونحن المتقون والأرض كلّها لنا، فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذى تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى وله ما أكل منها حتى يظهر القائم (عج) من أهل بيتى بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم ومنعها، إلاّ ما كان فى أيدى شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما فى أيديهم ويترک الأرض فى أيديهم.(٢)

عبّرنا عن الرواية بالخبر لأنَّ أبا خالد الكابلى اثْنانِ:

أحدهما: الكبير اسمه كنكر وقيل وردان، وقد ذكره الشيخ فى أصحاب على بن الحسين زين العابدين عليه السلام .(٣) وهذا الرجل ثقة بلا ريب عندنا.

ثانيهما: الصغير واسمه وردان ذكره الشيخ فى أصحاب الباقر عليه السلام وقال: «وردان أبوخالد الكابلى الأصغر، روى عنه عليه السلام وعن أبى عبداللّه عليه السلام ، والكبير اسمه كنكر»(٤). وكذا ذكره فى أصحاب الصادق عليه السلام وقال فى شأنه: «وردان أبو خالد الكابلى الأصغر روى عنهما عليهماالسلام والأكبر كنكر»(٥). وهذا الأصغر لم يرد توثيقه، ولذا استشكل فى سند الرواية بأن أباخالد الكابلى إمّا مشترک أو أنّ الراوى عن أبى جعفر عليه السلام هو الأصغر فقط _ كما هو الصحيح _ ولذا لا يمكن الحكم باعتبار سندها. بل هى ضعيفة الإسناد لعدم اعتبار أبى خالد الكابلى الأصغر الراوى عن أبى جعفر عليه السلام ، ولذا تعجّب الشيخ الحر فى حاشية

١- (٢٩٥) سورة الأعراف/ ١٢٨ .

٢- (٢٩٦) وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥ ح٢ .

٣- (٢٩٧) رجال الشيخ/ ١٠٠ الرقم ٢ .

٤- (٢٩٨) رجال الشيخ/ ١٣٩ الرقم ٥ .
٥- (٢٩٩) رجال الشيخ/ ٣٢٨ الرقم ٢٦ .

الوسائل(١) من الشهيد الثانى فى محلِّه».

وأمّا المذكور فى رجال الشيخ فى أصحاب الصادق عليه السلام بعنوان «كنكر أبوخالد القماط كوفى»(٢)، وكذلک عنونه فى الفهرست وقال: «أبوخالد القماط له كتاب وقال ابن عقدة: اسمه كنكر»(٣). فهو غيرهما لأنّهما كابُلِيّانِ وهذا الرجل كوفى بتصريح الشيخ، ويبعد اتحاد الأخير مع أبى خالد الكوفى المذكور فى رجال الشيخ فى أصحاب الرضا عليه السلام (٤) لبُعد الزمان.

وأمّا دلالتها: فيمكن حملها على ما ذكرنا ، بأنّ للإمام عليه السلام أن يجعل على الأراضى الأنفال الخراج أو الطَسْق أو الأُجرة، والمراد بجملة «وله ما أكل منها» أنّه مالكها، ولكن لو تركها وأعرض عنها يجوز للغير إحياؤها وتملكها مع أداء الخراج. ولا يمكن الحكم بتقييد مطلقات الإحياء بالمسلمين، لأنّهما كما مرّ مثبتتان. والرواية تدلّ على أنّ القائم (عجل اللّه تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره يأخذ الأرض من غير شيعته ويأخذ منهم الخراج.

ولا بأس بالأخذ بما فيها بالنسبة إلى ما بعد الظهور لو تمّ سندها. والأمر فيه سهلٌ، لأنّ الإمام عليه السلام عالم بوظيفته وعلينا أن نطيعه. ويمكن اختلاف الحكم بين زمنى ما قبل الظهور وما بعده.

والحاصل: ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكية رقبة الأرض للمحيى _ بلا فرق بين كونه مؤمنا أو مسلما أو كتابيا أو مشركا _ ولا تخرج عن ملكه إلاّ بالإعراض أو الأسباب الناقلة للملک، كما عليه المشهور من أصحابنا، ولا يجوز لأحد إحياؤها أو التصرف فيها إلاّ بإذنه.

نعم، لو لم يكن للأرض مالک معلوم يجوز إحياؤها ولكن لو علم المحيى أو حضر

١- (٣٠٠) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥ .

٢- (٣٠١) رجال الشيخ / ٢٧٧ الرقم ٩ .

٣- (٣٠٢) الفهرست/ ٥٢٢ الرقم ٨٣٠ .

٤- (٣٠٣) رجال الشيخ/ ٣٩٦ الرقم ٢ .

المالک يجب على المحيى ردّ رقبة الأرض والأُجرة له.

ومن المعلوم أنّ النزاع يختص بأراضى الأنفال، وأمّا غَيْرُها من الأراضى فَلا يختلف أحدٌ بأنّها باقية على ملک مالكها ولو طرأ عليه الموات. ومن هنا يَظْهَرُ حكم الأراضى المفتوحة عَنْوة لو طرأ عليها الخراب، فهى باقية على ملک المسلمين بلا خلاف عند الأصحاب (قدس اللّه أسرارهم). هذا ما أدى إليه نظرى القاصر بعد التتبع والتأمل فى الروايات، واللّه سبحانه هو العالم»(١).

وأمّا الترجيح: فيمكن ترجيح روايات الملكية بوجوه عديدة:

منها: أنَّ روايات الأحقية قد أَعْرَضَ عنها الأصحابُ وهم لا يعملون بها فتسقط عن الحجية والاعتبار.

ومنها: «إنّ سيرة المسلمين عامة قد جرت عمليا من لدن زمان الأئمة عليهم السلام إلى زماننا هذا على عدم اعطاء الخراج والطسق للإمام عليه السلام ومن الطبيعى أنّ هذه السيرة كما تكشف عن انقطاع صلة الإمام عليه السلام عن الأرض نهائيا ودخولها فى ملک من يقوم بإحيائها. كذلک تكشف عن إعراض الأصحاب جميعا عن تلک الصحاح وعدم عملهم بها»(٢).

ومنها: أنّ الروايات التى تدلّ على تملک المحيى لرقبة الأرض بالإحياء روايات معروفة مشهورة بين الأصحاب، وهذا بخلاف الروايات التى تدلّ على عدم تملكه بعملية الإحياء، فإنّها بالإضافة إليها روايات شاذة، وحيث أنّ الشهرة فى الرواية من إحدى مرجحات باب المعارضة، فتقدّم تلک الروايات المشهورة على هذه الروايات النادرة»(٣).

ومنها: لو سلّم تمامية أسناد روايات الأحقية ودلالتها «فهى مخالفة لارتكاز المتشرعة على ثبوت الملك دون مجرد الحقّ»(٤).

وهذه المرجحات تكفينا فى الأخذ برواياتِ الملكيّة حتّى لو لم يقبل الجمع الذى

١- (٣٠٤) الآراء الفقهية ٣/(٤٧٣-٤٦٩).

٢- (٣٠٥) الأراضى /١٠٣.

٣- (٣٠٦) الأراضى /١٠٧.

٤- (٣٠٧) العقد النضيد ٤/٣٨٦.

ذكرته.

وأمّا التعارض: فلو لم يقبل الجمع والترجيح تصل النوبة إلى معارضة الطائفتين فتسقطان وتصل النوبة إلى السيرة العقلائية الدالة على ملكية أراضى الموات لمحييها _ والارتكاز المتشرعة الماضية ناشئة منها _ ، لأنّهم فى الأعصار والأمصار يعملون بها ويحكمون عليها ويمشون على طبقها.

وعلى فرض انكار هذه السيرة العقلائية، «يرجع إلى الأصل ومقتضى الاستصحاب أيضا بقاء الحق للمحيى الأوّل على ما هو الصحيح من جريان الاستصحاب عند الشك فى المقتضى بل حتّى على مختار الشيخ لأنّه من قبيل الشك فى الرافع وأنّه بعد عروض الخراب يرتفع حقّ المحيى الأوّل أم لا، والشبهة فى المقام وإن كانت حكميّة إلاّ أنّ أمثال المورد ممّا كان الحكم بالأحقيّة ولو بعد عروض الخراب موردا لإمضاء العقلاء وليست من الأُمور التأسيسيّة فيجرى فيها الاستصحاب»(١).

والحاصل: مختارنا هو القول بالملكية كما عليه المشهور والمعمول بها عند الأصحاب _ قدس اللّه أسرارهم _ ، واللّه العالم.

تنبيهٌ

قال الشيخ الأعظم: «لكن ببالى من المبسوط(٢) كلام يشعر بأنّه يملك التصرّف، لا نفس الرقبة، فلابدّ من الملاحظة»(٣).

أقول: قد بحثنا(٤) عن مقالات شيخ الطائفة الطوسى قدس سره فى التهذيب(٥)

ص: ٨٧

١- (٣٠٨) تعليقة آية اللّه الشيخ على أصغر الأحمدى الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٢٤/٣.

٢- (٣٠٩) المبسوط ٢٩/٢.

٣- (٣١٠) المكاسب ١٧/٤.

٤- (٣١١) الآراء الفقهية ٣/(٤٥٨-٤٥٥).

٥- (٣١٢) التهذيب ١٤٦/٤.

والاستبصار(١) والنهاية(٢) والمبسوط جهاده(٣) وإحيا مواته(٤) وقلنا:

«والحاصل، أنّ الشيخ قدس سره عدل عمّا ذكره فى التهذيبين والنهاية بما ذكره فى المبسوط، وفيه ذهب إلى مالكية أراضى الموات إذا كانت عملية الإحياء بإذن الإمام عليه السلام ، وذهب أيضا أنّ طرو الموات على الأرض لا يوجب خروجها عن ملك مالكها بل يبقى فى ملكه وملك وراثه»(٥).

فلا نعيد البحث هنا فراجع ما حَرَّرْتُهُ هناك والحمدللّه المعيد.

تذكيرٌ: ثمرات البحث بين القولين

أذكر لک بعض الثمرات المترتبة على القولين _ الملک أو الأحقيّة _ وهى:

١_ «إمكان إسقاط الحقّ والتنازل عنه، بناءً على ثبوت الحقّ دون المِلک، لأنّ الإضافة الحقّية أمرٌ قابل للإسقاط والسقوط، دون الإضافة الملكيّة غير القابلة لهما.

٢_ لو قلنا بثبوت المِلک،فإنّه لا مانع فی تصحيح العقود الواقعة على الأرض من البيع والصلح والهبة والوقف وغيرها، أمّا مع الالتزام بالحقّ فإنّه لا مجال لتصحيح هذه المعاملات إلاّ بناءً على الملكيّة آنا مّا قبل البيع أو الصلح، وإثبات هذا النوع من الملكيّة بحاجة إلى مؤونة زائدة، وقد بحثنا عنها فی المعاطاة.

٣_ أنّه تصحّ المعاوضة على الحقّ بناءً على إمكان وقوع الحقّ عوضا فی المعاملات، دون ما إذا التزمنا بثبوت الملک.

وبعبارة أُخرى: أنّ إضافة الحقّ إلى المحيى صالحة للمعاوضة عليها، دون الإضافة الملكيّة المتوقّفة على تحقّق متعلّق الإضافة.

١- (٣١٣) الاستبصار ١٠٨/٣.

٢- (٣١٤) النهاية /(٤٢٠-٤١٨)، و ٤٤٣.

٣- (٣١٥) المبسوط ٢٩/٢.

٤- (٣١٦) المبسوط ٢٦٩/٣ و ٢٧٠.

٥- (٣١٧) الآراء الفقهية ٤٥٨/٣.

٤_ عدم تعلّق الخمس بالأرض المحياة بناءً على الحقّ دون القول بالملک»(١).

تكميل: بعض أحكام هذا القسم

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ القسم الثالث، إمّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين، أو من الكفّار.

فإن كان(٢) من المسلمين فملكهم لا يزول إلاّ بناقل أو بطروّ الخراب على أحد القولين.

وإن كان من الكفّار، فكذلک إن كان فی دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقيا على ملک الإمام عليه السلام . وإن كان فی دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملک المسلم، وبالاغتنام، كسائر أموالهم»(٣).

تتميمان:

الأوّل: هل يعتبر كون المحيی مسلما؟

اشارة

فيه قولان:

١_ اعتبار اسلام المحيی

وهو ظاهر المحقّق لأنّه قال: «ملكه المحيی له إذا كان مسلما ولا يملكه الكافر»(٤).

وقال ابن اخته وتلميذه العلاّمة: «إذا أذن الإمام لشخصٍ فی إحياء الأرض الموات، مَلَكها المُحيی إذا كان مسلما، ولا يملكها الكافر بالإحياء ولا بإذن الإمام فی الإحياء، فإن أذن الإمام فأحياها، لم يملک عند علمائنا _ وبه قال الشافعی(٥) _ لما رواه العامّة فی

١- (٣١٨) العقد النضيد ٣٨٧/٤.

٢- (٣١٩) كذا، والمناسب: كانت.

٣- (٣٢٠) المكاسب ١٨/٤.

٤- (٣٢١) الشرائع ٢١٥/٣.

٥- (٣٢٢) الحاوى الكبير ٤٧٦/٧؛ المهذّب _ للشيرازى _ ١/(٤٣١-٤٣٠)؛ نهاية المطلب ٢٨٥/٨؛ الوجيز ٢٤١/١؛ الوسيط ٢١٨/٤؛ حلية العلماء ٤٩٧/٥؛ التهذيب _ للبغوى _ ٤٩٠/٤؛ البيان ٤١٣/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٠٧/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٤/٤؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٦٨/٢، ح١١٨٨.

قوله عليه السلام : «موتان الأرض للّه ولرسوله ثمّ هى لكم منّى أيّها المسلون»... وقال مالک وأبوحنيفة وأحمد أنّه لا فرق بين المسلم والذّمىّ فى التملّک بالإحياء؛ لعموم قوله عليه السلام : «مَنْ أحيا أرضا ميتةً فهى له» ولأنّ الإحياء جهة من جهات التملّک، فاشترک فيها المسلم والذمّىّ، كسائر جهاته من الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فى دار الإسلام(١)»(٢).

وتبعهما المحقّق الثانى وقال: «وكذا يشترط كون المحيى مسلما، فلو أحياء الكافر لم يملکْ عند علمائنا وإن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام »(٣٢٥).

ثمّ أضاف: «والحقّ: أن الإمام لو أذِنَ له فى الإحياء للتملک قطعنا بحصول الملک له، وإنما البحث فى أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلک أم لا؟ نظرا إلى أن الكافر أهل له أم لا؟

والذى يُفهَمُ من الأخبار، وكلام الأصحاب العدم. وليس مرادهم أن الإمام عليه السلام يرخصه فى التملک ثمّ لا يُمَلِّکُ قطعا»(٣).

أقول: تابع المحقّقُ الكركىُّ الشهيد الأوّل فى المقام فى كتابه الدروس الشرعية(٤)

١- (٣٢٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٨٨/٢، ح١١٨٨؛ عيون المجالس ١٨١٧/٢، ح١٢٨١؛ الذخيرة ١٥٨/٦؛ مختصر القدورى، /١٤٠؛ روضة القُضاة ٥٤٤/٢، ح٣٢٣٠؛ الفقه النافع ١٣٠٨/٣، ح١٠٦٤؛ الهداية _ للمرغينانى _ ٩٩/٤؛ الاختيار لتعليل المختار ٩٥/٣؛ المغنى والشرح الكبير ٦/(١٦٨-١٦٧)؛ الحاوى الكبير ٤٧٦/٥؛ نهاية المطلب ٢٨٥/٨؛ حلية العلماء ٤٩٧/٥؛ البيان ٤١٣/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٠٨/٦.

٢- (٣٢٤) تذكرة الفقهاء ٣٢٥/١٩ ٣٦٠/) جامع المقاصد ١٠/٧.

٣- (٣٢٦) جامع المقاصد ١٠/٧.

٤- (٣٢٧) الدروس الشرعية ٥٥/٣.

كما يأتى آنفا. وتبعهما ثانى الشهيدين فى الروضة(١) والمسالك(٢).

أدلة اعتبار إسلام المحيى

أ: الإجماع

المدّعى فى كلام العلاّمة(٣) والكركى(٤).

«ويردّه: أوّلاً: أنّ الإجماع غير ثابت، فإنّ المحكى عن جماعة كثيرة الخلاف فى المسألة: منهم شيخ الطائفة الشيخ الطوسى فى المبسوط(٥) والخلاف(٦)، وابن إدريس فى السرائر(٧) [ويحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع(٨). وظاهر القاضى فى المهذب(٩) و[المحقّق فى النافع(١٠)، والشهيد الثانى فى اللمعة(١١).

وثانيا: انه لا أثر لهذا الإجماع على تقدير تحققه، وذلك لأنَّ الإجماع إنّما يكون حجة باعتبار كشفه عن قول المعصوم عليه السلام فى المسألة، والاجماع المدّعى فيها لا تتوفر فيه هذه الصفة جزما، لاحتمال أن يكون أساسه [خبر أبى خالد] الكابلى المتقدمة، وصحيحة عمر بن يزيد التى مرّت سابقا بناء على أن يكون المراد من المؤمنين فيها الأعم من الطائفة الخاصة والعامة.

۱- (۳۲۸) الروضة البهية ۱۳۵/۷.

۲- (۳۲۹) المسالک ۳۹۲/۱۲.

۳- (۳۳۰) تذکرة الفقهاء ۳٦۰/۱۹.

٤- (۳۳۱) جامع المقاصد ۱۰/۷.

٥- (۳۳۲) المبسوط ۲۷۰/۳.

٦- (۳۳۳) الخلاف ٥۲۷/۳، مسألة ٤.

۷- (۳۳٤) السرائر ٤۸۱/۱.

۸- (۳۳٥) الجامع للشرائع /۳۷٥.

۹- (۳۳٦) المهذب ۲۹/۲.

۱۰- (۳۳۷) المختصر النافع /۲٥۱.

۱۱- (۳۳۸) اللمعة /۲٤۱.

[وثالثا]: لا دليل على اعتبار الاجماع المنقول فى نفسه»(۱).

ولذا قال صاحب الجواهر: «وأمّا الإجماع المزبور فلم نتحقّقه بل لعلّ المحقَّق خلافه»(۲).

ب: النبويّان الماضيان

عن سمرة أنّ النبى صلى الله عليه و آله قال: «عادىّ الأرض للّه ولرسوله ثمّ هى لكم منّى أيّها المسلمون»(۳) يريد بذلک ديار عاد وثمود.(٤)

وروى أنّه عليه السلام قال: «موتان الأرض للّه ولرسوله ثمّ هى لكم منّى»(٥).

ويرد عليهما أوّلاً: أنّهما عاميتان ولذا ذهب صاحب الجواهر(٦) إلى عدم حجية ما رواه العلاّمة فى التذكرة.

وثانيا: إثبات الشيء لا ينفى ما عداه، إذا دلّ الدليل على اثبات غيره، وتثبت العاميتان الملكية للمسلمين ولا ينفيه عن غيرهم.

وثالثا: ما ورد فى تذكرة الفقهاء(٧) لم نجده فى كتب الحديث كما عن بعض مهرة أساتذتنا(٨) قدس سره .

ورابعا: لعلّ المخاطب فى قوله صلى الله عليه و آله : «لكم» جميع النّاس لاخصوص المسلمين.

وخامسا: اعترف ابن قدامة الحنبلى بعدم معرفة هذا الحديث [المذكور فى تذكرة

١- (٣٣٩) الأراضى /١٢٩ مع إضافات وإصلاحات.

٢- (٣٤٠) الجواهر ١٦/٣٩ (١٤/٣٨).

٣- (٣٤١) أورده الجوينى فى نهاية المطلب ٢٨٣/٨؛ والرافعى فى العزيز شرح الوجيز ٢٠٦/٦.

٤- (٣٤٢) تذكرة الفقهاء ٣٥٢/١٩.

٥- (٣٤٣) أورده الجوينى فى نهاية المطلب ٢٨١/٨.

٦- (٣٤٤) الجواهر ١٦/٣٩ (١٤/٣٨).

٧- (٣٤٥) تذكرة الفقهاء ٣٥٢/١٩ و ٣٦٠.

٨- (٣٤٦) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٢٢/٤.

الفقهاء] فى كتابه المغنى(١) وهم أبصر بأحاديثهم.

ج: خبر أبى خالد الكابلى(٢)

الذى مرّ سندا ودلالة وتفسيرا. حيث قيّد المحيى بكونه من المسلمين والقيد لدى العرف ظاهر فى الاحتراز «فيدلّ على أنّ الحكم فيها لم يثبت للطبيعى الجامع بينه وبين غيره، وإلاّ لكان القيد لغوا، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الإحياء لو كان سببا لعلاقة المحيى بالأرض مطلقا أى _ ولو كان كافرا _ لكان تقييده بكونه من المسلمين فى موردين من الرواية لغوا صرفا»(٣).

وبعبارة أُخرى: «أنّ المفاهيم من قبيل ظهور الفعل لاظهور اللفظ بما هو لفظ موضوع، حيث إنّ الفعل إذا صدر من الفاعل المختار العاقل يحمل عند العقلاء على كونه صادرا عنه باختياره بداعى الغاية العادية المترقبة من هذا الفعل، ومن جملة الأفعال التلفظ بالألفاظ الموضوعة ومنها القيود. فيحمل التلفظ بالقيد من الوصف أو الشرط أو غيرهما بما أنه فعل اختيارى للافّظ على كونه صادرا عنه للغاية الطبيعية المترقبة من القيد عندهم، والغاية المترقبة منه فى المحاورات هو الدخل فى موضوع الحكم وعدم كون ذات المقيد بدونه تمام الموضوع للحكم. نعم يمكن أن يسدّ مسدّ هذا القيد قيد آخر كما هو واضح. وكيف كان فإذا كان ظاهر الرواية التقييد بالإسلام حمل عليها الأخبار المطلقة قهرا، فتدبّر»(٤).

أقول: إذا عرفت أنّ دلالة المفهوم هى دلالة فعلية ودلالة الإطلاق دلالة لفظية فحينئذ فى فرض تعارض الدلالة الفعلية والدلالة اللفظية تقدّم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

نعم، الدلالة الفعلية تفيد فى فرض عدم الدلالة اللفظية ولكن مع وجودها لا تقدر

١- (٣٤٧) المغنى ٦/١٥٠.

٢- (٣٤٨) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤، ح٢.

٣- (٣٤٩) الأراضى /١٣٠.

٤- (٣٥٠) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٢١/٤.

على تقييدها والتقدّم عليها ولعلّ إلى ما ذكرنا أشار الأُستاذ قدس سره فى أمره بالتدبّر فى آخر كلامه رُفع فى الخلد مقامه.

ولذا ذهب صاحب الجواهر إلى أنّ الرواية «لا ينافى ما دلّ على الأعم»(١).

د: صحيحة عمر بن يزيد(٢)

الماضية سندا ودلالةً. والمؤمن الوارد فيها «إن أُريد به المعنى العام ساق المسلم(٣) وإلاّ كان قيدا آخر أخص من المسلم»(٤) الذى لم يقل به أحد.

ولكن يرد عليها: ما أُوردته على خبر أبى خالد الكابلى من تقديم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

ه_: صحيحة أبى سيار مسمع بن عبدالملك(٥)

الماضية سندا دلالة وتفسيرا.

«بناءً على عموم الأرض فيها، وأما إذا حمل اللام على العهد وأريد بالأرض فيها خصوص ما لم يوجف عليها كأراضى البحرين فلا مجال للاستدلال بها فى المقام»(٦).

يرد عليها: ما مرّ من خبر أبى خالد الكابلى فلا نعيد.

٢_ عدم اعتبار إسلام المحيى وهو القول بالتعميم

استحسنه المحقّق فى الشرائع حيث يقول: «ولو قيل: يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسنا»(٧).

وقال الشهيد فى شرائط تملّک الأرض بالإحياء: «وثانيها: أن يكون المحيى

١- (٣٥١) جواهر الكلام ١٦/٣٩ (١٤/٣٨).

٢- (٣٥٢) وسائل الشيعة ٥٤٩/٩، ح١٣.

٣- (٣٥٣) كما بناه آية اللّه الفياض _ مدظله _ فى كتابه الأراضى /١٢٩ ومرّت عبارته آنفا.

٤- (٣٥٤) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٢١/٤.

٥- (٣٥٥) وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح١٢.

٦- (٣٥٦) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٢١/٤.

٧- (٣٥٧) الشرائع ٢١٥/٣.

مسلما، فلو أحياها الذمّى بإذن الإمام ففى تملّكه نظر، من توهّم اختصاص ذلک بالمسلمين.

والنظر فى الحقيقة فى صحَةَ إذن الإمام له فى الإحياء للتملّک، إذ لو أذن لذلک لم يكن بدَ من القول بملكه، وإليه ذهب الشيخ نجم الدين رحمه الله »(١).

وقال ثانى الشهيدين تبعا لثانى المحقّقين(٢) _ كما مرّ _ : «وفى ملک الكافر مع الإذن قولان، ولا إشكال فيه لو حصل، إنّما الإشكال فى جواز إذنه عليه السلام له، نظرا إلى أنّ الكافر هل له أهليّة ذلک أم لا؟»(٣).

ونحوه فى المسالک.(٤)

واعترض صاحب الجواهر على الشهيد وتابعيه بقوله: «لا إشكال _ بعد عصمة الإمام عليه السلام _ فى حصول الملک له بالإذن له فى التملّک؛ ضرورة أنّه لو لم يكن أهلاً لذلک لم يأذن له، إلاّ أنّه يمكن تحصيل الإجماع _ فضلاً عن النصوص _ على عدم اعتبار الإذن بالإحياء من الإمام فى

التملّک، بل یکفی الإذن منه بالإحیاء الذی هو سبب حصول الملک مع فرض وقوعه علی الوجه المعتبر.

إنّما الکلام فی اعتبار الإسلام _ مع الإذن _ وعدمه فهو علی تقدیره شرط آخر لترتّب الملک علی الإحیاء، ولا مانع عقلاً ولا شرعا فی عدم ترتّب الملک علی الإحیاء للکافر وإن أذن فی الإحیاء الإمام علیه السلام ؛ إذ الإذن فی أصل إیجاده غیر الإذن فی تملّکه به، وما أدری من أین أخذ ذلک الشهید فی الدروس! حتّی أنّه أوقع غیره فی الوهم.

وقد سمعت دعوی الإجماع من الفاضل فی التذکرة علی عدم ترتّب الملک علی إحیاء الکافر وإن أذن له الإمام علیه السلام فیه، بل وفی أثناء کلام الکرکی أیضا.

وإن کان التحقیق خلافه؛ لظهور النصّ والفتوی فی کونه سببا شرعیّا لحصول

۱- (۳۵۸) الدروس ۵۵/۳.

۲- (۳۵۹) جامع المقاصد ۱۰/۷.

۳- (۳٦۰) الروضة البهیة ۱۳۵/۷.

٤- (۳٦۱) المسالک ۳۹۲/۱۲.

الملک مع حصول شرائطه _ التی منها الإذن أیضا _ سواء کان المحیی مسلما أو کافرا»(۱).

أدلة عدم اعتبار إسلام المحیی

أ: الإطلاقات الواردة فی روایات الإحیاء

التی مرّت بکثرتها «مع کونها فی مقام البیان، بل ورد بعضها بلفظ عام کقوله علیه السلام فی صحیحة محمّد بن مسلم: «أیّما قوم أحیوا...»(۲) فیعمّ المسلم والکافر. والتقیید بالمسلمین أو المؤمنین فی کلام أمیرالمؤمنین علیه السلام علی ما فی [خبر] الکابلی و [صحیحة] عمر بن یزید لا یوجب التقیید فی الأخبار الکثیرة الصادرة عن النبی صلی الله علیه و آله والصادقین علیهم السلام ، إذ لا یحمل المطلق علی المقیّد إلاّ مع إحراز وحدة الحکم، وهذا إنّما یجری فی الأحکام الإلهیة العامة المستمرة، وأما فی الأحکام السلطانیة فیمکن تعددها واختلافها بحسب الموضوع عموما وخصوصا حسب اختلاف شرائط الزمان والمصالح المنظورة ونظر الإمام الآذن.

هذا مضافا إلی احتمال کون ذکر المسلمین أو المؤمنین لبیان عنایة خاصة بهما أو غلبة الابتلاء بهما لالاختصاص الحکم بهما، ویکفی هذا لدفع محذور اللغویة فی ذکرهما. وإثبات الحکم لموضوع خاص لا ینفی الحکم عما عداه، إذ یکون هذا من قبیل مفهوم اللقب ولیس بحجة»(۳).

«اللّهم إلاّ أن یقال: إنّ ملکیة الکفار لرقبة الأراضی فی البلاد الإسلامیة حیث یوجب ذلک سلطتهم بالتدریج علی السیاسة والاقتصاد والثقافة صار هذا سببا لمنع الشارع من حصولها.

وبعبارة أُخری المقتضی للملکیة وإن کان موجودا فی کلیهما ولکن ضرر سلطة الکفّار علی البلاد الإسلامیة وشؤون المسلمین مانع من اعتبار الملکیة لهم شرعا، والمتیقن منها علی القول بها إنّما هو فی المسلم وأما الکافر فیثبت له الجواز أو الأحقیة

۱- (۳٦۲) الجواهر ۱٤/۳۹ (۱۲/۳۸ و ۱۳).

۲- (۳٦۳) وسائل الشیعة ٤۱۲/۲٥، ح٤.

۳- (۳٦٤) دراسات فی ولایة الفقیه ۲۲۲/٤ و ۲۲۳.

فقط، فتدبّر»(١).

ب: النصوص الخاصة

منها: موثقة محمّد بن مسلم(٢) أو صحيحته(٣).

ومنها: صحيحة أبى بصير(٤).

ومنها: مرسلة الصدوق(٥)، الماضيات(٦).

وهذه النصوص تدلّ بوضوح على سببية الإحياء لتملّک الذمّى الكافر.

فلابدّ من القول بعدم اعتبار إسلام المحيى فكلّ مَنْ قام بإحياء أرضٍ ميتةٍ يملكها ولذا قال صاحب الجواهر: «فالمتّجه الملک بالإحياء مطلقا ولو لحصول الإذن منهم عليهم السلام فى ذلک حال الحضور، ولعلّ المصلحة فيه إرادة تعمير الأراضى»(٧).

فحينئذ سببية الإحياء للتملّک تامة بالنسبة إلى جميع النّاس مع اختلاف آرائهم وعقائدهم وأديانهم وبالنسبة إلى جميع أراضى الموات فى بلاد الإسلام أو الكفر ولذا قال صاحب الجواهر: «ولا فرق فيما ذكرنا بين الموات فى بلاد الإسلام وغيره؛ لإطلاق الأدلّة، خلافا لما يظهر من بعض. ولا بين الذمّى وغيره من أقسام الكفّار، وإن كان لنا تملّک ما يحييه الحربى كباقى أمواله»(٨).

١- (٣٦٥) دراسات فى ولاية الفقيه ٢٢٣/٤.

٢- (٣٦٦) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح٢.

٣- (٣٦٧) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح١.

٤- (٣٦٨) وسائل الشيعة ٤١٦/٢٥، ح١.

٥- (٣٦٩) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح٧.

٦- (٣٧٠) راجع صفحة ٦٧ من هذا المجلد.

٧- (٣٧١) الجواهر ١٨/٣٩ (١٦/٣٨).

٨- (٣٧٢) الجواهر ٢٠/٣٩ (١٧/٣٨).

الثانى: شرائط الإحياء

اشارة

قال المحقّق: «يُشترط فى التملُّكِ بالإحياء شروطٌ خمسةٌ»(١):

١_ ألاّ يكونَ على الأرض يدٌ لِمسلمٍ

قال المحقّق بعد ذكر هذا الشرط: «فإنّ ذلک يَمْنَعُ من مباشرةِ الإحياء لِغيرِ المُتَصَرِّفِ»(٢).

وقال العلاّمة: «الأوّل: أن لا يكون على الأرض يد مسلمٍ؛ لأنّ ذلک يمنع من إحياء الأرض لغير المتصرّف، ولو اندرست العمارة لم يجز إحياؤها؛ لأنّها ملکٌ لمعيّنٍ على خلافٍ تقدّم»(٣).

وقال المتتبع العاملى بعد نقل هذا الشرط من القواعد(٤): «كما فى الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد(٥) والمسالک(٦) والروضة(٧) وكذا الإرشاد(٨) واللمعة(٩) والكفاية(١٠) والمفاتيح(١١) مع جعل انتفائها شرطا فى التملّک بالإحياء فى الجميع عدا جامع المقاصد

١- (٣٧٣) الشرائع ٢١٦/٣.

٢- (٣٧٤) الشرائع ٢١٦/٣.

٣- (٣٧٥) تذكرة الفقهاء ٤٣١/١٩.

٤- (٣٧٦) القواعد ٢٦٧/٢.

٥- (٣٧٧) جامع المقاصد: فى شروط التملّک بالإحياء ١٩/٧. قال فيه: «لأنّ ظاهر اليد يقتضى الملک، وهذا القدر كافٍ فى منع الغير من الإحياء وإن لم يُعلَمْ وجود سبب الملک، ولكن يشترط أن لا يُعلم أن إثبات اليد بغير سبب مملک ولا أولوية، فإن عُلم ذلک لم تكن تلک اليد معتبرة،فيجب تقييد إطلاق العبارة».

٦- (٣٧٨) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٠٦/١٢.

٧- (٣٧٩) الروضة البهية: فى شرائط التملّک بالإحياء ١٥٥/٧.

٨- (٣٨٠) إرشاد الأذهان: فى شروط التملّک بالإحياء ٣٤٨/١.

٩- (٣٨١) اللمعة الدمشقية: فى شروط التملّک بالإحياء /٢٤٢.

١٠- (٣٨٢) كفاية الأحكام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٥٠/٢.

١١- (٣٨٣) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء ٢٨/٣.

وقد عبّر عن هذا الشرط فى التحرير(١) والدروس(٢) بأن لا يكون مملوكا لمسلم كما عرفت. ولم يذكر هذا الشرط بمعنييه فيما عدا ما ذكر، وفى حكم المسلم المسالم كما فى الإرشاد(٣) والدروس(٤) والمسالک(٥) والمفاتيح(٦) والكفاية(٧) حيث قيل فيها: لمسلم أو مسالم وهو معنى قوله فى الروضة(٨): يد محترمة»(٩).

وقال صاحب الجواهر: «بلا خلاف أجده بين مَنْ تعرّض له»(١٠) ثمّ أضاف: «نعم، عن بعضهم ترک هذا الشرط؛ معلّلاً: بأنّ اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأُمور لا أثر لها.

وفيه: أنّ فائدتها تظهر مع اشتباه الحال، فإنّها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها وإن لم يعرف خصوص الموجب لها»(١١) ثمّ زاد «نعم، ربّما أُبدل «اليد» فى الشرط المزبور ب_ «الملک» كما وقع فى بعض كتب الفاضل(١٢)، وكأنّه من اقتضاء اليد ذلک مع عدم العلم بالفساد، وربّما كان حينئذٍ لبناء الشرط المزبور على المسألة وجه.

ولكن فيه: أنّ الدليل _ كما ستعرف _ يقتضى عدم ترتّب الملك بإحياء ما كان فى اليد المحترمة وإن لم يعلم الملك بها، بل كانت محتملة له وللحقّ.

ص: ٩٩

١- (٣٨٤) تحرير الأحكام: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٨٥/٤.

٢- (٣٨٥) الدروس الشرعية: فى شرائط التملّک الإحياء ٥٦/٣.

٣- (٣٨٦) لم يذكر فى الإرشاد إلاّ الأرض التى عليها يد المسلم من غير أن يشير إلى يد غير المسلم مطلقا، فراجع الإرشاد: ٣٤٨/١.

٤- (٣٨٧) الدروس الشرعية: فى شرائط التملّک الإحياء ٥٦/٣.

٥- (٣٨٨) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٠٦/١٢.

٦- (٣٨٩) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء ٢٨/٣.

٧- (٣٩٠) كفاية الأحكام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٥٠/٢.

٨- (٣٩١) الروضة البهية: فى شرائط التملّک بالإحياء ١٥٥/٧.

٩- (٣٩٢) مفتاح الكرامة ٤٣/١٩.

١٠- (٣٩٣) الجواهر ٤٤/٣٩ (٣٣/٣٨).

١١- (٣٩٤) الجواهر ٤٥/٣٩ (٣٣/٣٨).

١٢- (٣٩٥) نحو تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٥/٤.

بل يمكن دعوى ذلک حتّى مع العلم بعدم كونها مالكة ولكن محتملة للحقّيّة التى هى غير الملكيّة؛ لأصالة احترام اليد، وللشكّ فى ترتّب الملک بالإحياء معه إن لم يكن ظاهر الأدلّة عدمه، خصوصا بعد ملاحظة الفتوى ومفهوم المرسل: «من أحيا ميتة فى غير حقّ مسلم فهى له» وإن لم يكن موجودا فى طرقنا، ولكنّه منجبر بالعمل، فيمكن أخذه دليلاً مستقلاً، فضلاً عن حصول الشكّ به، مضافا إلى فحوى ما تسمعه فى التحجير والحمى ونحوهما وصدق الظلم ونحوه، واللّه العالم»(١).

أقول: ما ذكره فى المستند الشرط الأوّل تام إلاّ إنجبار ضعف سند النبوى بعمل الأصحاب وأخذه دليلاً مستقلاً، لعدم استناد عملهم بالنبوى المذكور كما هو المعلوم واللّه العالم.

٢_ أن لا يكون حريما لِعامرٍ

هكذا عنونه المحقّق ومثّل له: «كالطريق والشرب وحريم البئر والعين والحائط»(٢).

ثمّ عيّن حريم كلّ واحد منهم بالتفصيل.

وقال العلاّمة: «الثانى: أن لا يكون حريما للعامر، فإنّ حريم المعمور كنفس المعمور لا يُملك بالإحياء، كما لا يُملك المعمور؛ لأنّ مالك المعمور استحقّ باستحقاق المواضع التى هى من مرافقه، كالطريق، فإنّه لا يجوز لأحدٍ أخذ طريقٍ يسلك فيه المالك إلى عمارته؛ لما فيه من التضرّر المنفىّ بالإجماع.

وكذا الشِّرْب وحريم العين وما شابه ذلك من مسيل ماء العامر وطُرُقه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته وكلّ ما يتعلّق بمصالحه.

ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار أنّ كلّ ما يتعلّق بمصالح العامر ممّا تقدّم أو بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطُرُقها ومسيل مياهها لا يصحّ لأحدٍ

١- (٣٩٦) الجواهر ٣٩/٤٥ و ٤٦ (٣٨/٣٤).

٢- (٣٩٧) الشرائع ٣/٢١٦.

إحياؤه، ولا يملك بالإحياء.

وكذا حريم الآبار والأنهار والحائط والعيون وكلّ مملوكٍ لا يجوز إحياء ما يتعلّق بمصالحه؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أحيا أرضا ميتةً فى غير حقّ [مسلم] فهى له»(١) مفهومه أنّ ما يتعلّق به حقُّ مسلمٍ لا يُملك بالإحياء، ولأنّا لو جوّزنا إحياءه لبطل الملك فى العامر على أهله.

هذا ممّا لا خلاف فيه، إنّما الخلاف فى أنّ مالك العامر هل يملك الحريم الذى له، أو يكون أولى وأحقَّ به من غيره وليس بمالكٍ؟

فقال بعضهم: إنّه يملك كما يملك العامر _ وهو أصحّ وجهى الشافعيّة(٢) _ لأنّه مكان استحقّه بالإحياء فمَلَك(٣) كالمُحيا، ولأنّ معنى الملك موجود [فيه] لأنّه يدخل مع المعمور فى بيع المعمور، فإنّ مَنْ باع دارا دخل فيها الطريق وغيره من حقوقها، ولأنّه ليس لغيره إحياؤه ولا الاعتراض فيها، ولأنّ الشفعة تثبت بالشركة فى الطريق المشترك، وهو يدلّ على أنّه مملوك.

وقال بعضهم: إنّه غير مملوكٍ لمالك العامر؛ لأنّ الملك يحصل بالإحياء ولم يوجد فيها إحياء.(٤)

وليس بجيّدٍ؛ لمنع المقدّمتين، فإنّ عرصة الدار تُملك ببناء الدار وإن لم يوجد فى نفس العرصة إحياء، ولأنّ الإحياء تارةً يكون بجعله معمورا، وتارةً يكون بجعله تبعا للمعمور.

١- (٣٩٨) صحيح البخارى ٣/(١٣٩-١٤٠)؛ السنن الكبرى للبيقهى ١٤٢/٦؛ المعجم الكبير للطبرانى ١٧/(١٣-١٤)، ح٤؛ المغنى ١٦٨/٦؛ الشرح الكبير ١٧٠/٦.

٢- (٣٩٩) الحاوى الكبير ٤٨٨/٧؛ حلية العلماء ٥٠٠/٥؛ التهذيب (للبغوى) ٤٩٠/٤؛ البيان ٤١٠/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٢/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٨/٤؛ المغنى ١٦٩/٦؛ الشرح الكبير ١٧٠/٦.

٣- (٤٠٠) الظاهر: «فملَكَه».

٤- (٤٠١) البيان ٤١٠/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٢/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٨/٤.

وعلى القول بأنّه لا يكون مملوكا لمالك العامر ليس له بيع الحريم منفردا.

على الأوّل فكذلك أيضا، قاله أبوحنيفة وبعض الشافعيّة(١)، كما لو باع شِرْبَ الأرض وحده.

والأقرب: الجواز»(٢).

وقال المتتبع العاملى بعد نقل هذا الاشتراط من القواعد «وقد عدّ عدمه شرطا فى التملّک بالإحياء فى الشرائع والنافع(٣) والتذكرة والتحرير(٤) والإرشاد(٥) واللمعة(٦) والدروس(٧) وسائر ما تأخّر(٨). وهو معنى ما فى المبسوط(٩) والمهذّب(١٠) والجامع(١١) من أنّه فى حكم العامر. وفى جامع المقاصد(١٢) الإجماع عليه. وفى المسالک(١٣) والمفاتيح(١٤) وكذا الرياض(١٥) والكفاية(١٦) لا خلاف فيه»(١٧).

١- (٤٠٢) العزيز شرح الوجيز ٢١٢/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٨/٤.

٢- (٤٠٣) تذكرة الفقهاء ١٩/(٤٣٣-٤٣١).

٣- (٤٠٤) المختصر النافع: فى شروط التملّک بالإحياء /٢٥١.

٤- (٤٠٥) تحرير الأحكام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٨٥/٤.

٥- (٤٠٦) إرشاد الأذهان: فى شروط التملّک بالإحياء ٣٤٨/١.

٦- (٤٠٧) اللمعة الدمشقية: فى شروط التملّک بالإحياء /٢٤٢.

٧- (٤٠٨) الدروس الشرعية: فى شروط التملّک بالإحياء ٥٨/٣.

٨- (٤٠٩) كظاهر التنقيح ٩٩/٤؛ والمهذّب البارع ٢٨٣/٤؛ وغاية المرام ١٢٩/٤.

٩- (٤١٠) المبسوط: فى أنّ حريم المحياة من الموات فى حكم المحياة ٢٦٨/٣.

١٠- (٤١١) المهذّب: فى أنّ حريم المحياة فى حكم المحياة ٢٨/٢.
١١- (٤١٢) الجامع للشرائع: فى أنّ حريم المحياة فى حكم المحياة /٣٧٤.
١٢- (٤١٣) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٢١/٧.
١٣- (٤١٤) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٠٦/١٢.
١٤- (٤١٥) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط بالإحياء ٢٨/٣.
١٥- (٤١٦) رياض المسائل: فى شروط التملّک بالإحياء ٣٤٩/١٢.
١٦- (٤١٧) كفاية الأحكام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٥١/٢.
١٧- (٤١٨) مفتاح الكرامة ٤٤/١٩.

ويمكن أن يستند لهذا الشرط بحسنة إدريس بن زيد القمى صاحب الرضا عليه السلام عنه عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداک إنّ لنا ضياعا ولها حدود ولنا الدواب وفيها مراعى، وللرجل منّا غنم وإبل ويحتاج إلى تلک المراعى لإبله وغنمه، أيحلّ له أن يحمى المراعى لحاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى ويصير ذلک إلى ما يحتاج إليه.(١)

والتعبير عنها ب_ «صحيح إدريس بن زيد أو خبره»(٢) غير تام لأنّه حسنٌ، اللّهم إلاّ إذا كان المراد به إدريس بن زياد الثقة فتكون الرواية صحيحة الإسناد.(٣)

وبخبر محمّد بن عبداللّه قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلاً (أو أقل أو أكثر) يأتيه الرجل فيقول: أعطنى من مراعى ضيعتک، وأعطيک كذا وكذا درهما، فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس.(٤)

والتعبير عنه ب_ «صحيح أحمد بن عبداللّه على الظاهر»(٥) غير تام لأنّه محمّد بن عبداللّه بن عيسى الأشعرى القمى وهو إماميٌ مجهولٌ.

اللّهم إلاّ إذا كان المراد به محمّد بن عبداللّه بن زرارة لكثرة رواية البزنطى عنه وهو ثقة فيكون الرواية صحيحة الإسناد.(٦)

وتقريب الاستدلال بهما هو مقالة صاحب الجواهر رحمه الله حيث يقول: «بل ربّما كان ظاهرهما الملكيّة _ بناءً على إرادة البيع ونحوه من الإعطاء فيهما _ كما عن الشيخ(٧)

ص: ١٠٣

١- (٤١٩) وسائل الشيعة ٣٧١/١٧، ح١، الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٤٢٠) الجواهر ٤٨/٣٩ (٣٥/٣٨).

٣- (٤٢١) كما ن_بّه عليه الأستاذ رحمه الله فى دراسات فى ولاية الفقيه ١٦٨/٤.

٤- (٤٢٢) وسائل الشيعة ٤٢٢/٢٥، ح١، الباب ٩ من أبواب كتاب الإحياء.

٥- (٤٢٣) الجواهر ٤٧/٣٩ (٣٥/٣٨).

٦- (٤٢٤) كما ن_بّه عليه الأُستاذ رحمه الله فى دراسات فى ولاية الفقيه ١٦٨/٤.

٧- (٤٢٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧٢/٣.

وبنى البرّاج(١) وحمزة(٢) وإدريس(٣) وسعيد(٤) والفاضل(٥) وولده(٦) وغيرهم(٧)، بل فى المسالك: أنّه الأشهر(٨).

مضافا إلى أنّه مكان استحقّه بالإحياء فملك كالمحيى، ولأنّ معنى الملك موجود فيه؛ لدخوله مع المعمور فى بيعه وليس لغيره إحياؤه ولا التصرّف فيه بغير إذن المحيى، ولأنّ الشفعة تثبت فى الدار بالشركة فى الطريق المشترك المصرّح فى النصوص المزبورة ببيعه معها، ولإمكان دعوى كونه محيا؛ باعتبار أنّ إحياء كلّ شىء بحسب حاله.

خلافا لظاهر جماعة أو صريحهم: من عدم الملك، بل هى من الحقوق(٩)؛ لعدم الإحياء الذى يملك به مثلها.

وفيه: ما عرفت من منع عدم حصول الإحياء الذى لا يعتبر فيه مباشرته كلّ جزء جزء، فإنّ عرصة الدار تملك ببناء الدار دونها، ومنع توقّف الملك على الإحياء، بل يكفى فيه التبعيّة للمحيا، وتظهر الثمرة فى بيعها منفردة»(١٠).

واستشكل بعض أساتذتنا قدس سره فى تقريب الاستدلال وقال: «ولكنّه لا يخلو من شوب إشكال، إذ من المحتمل أن يراد بالمراعى فيهما قسمة من نفس الأرض المحياة بلحاظ علوفتها لا المراتع الطبيعية المجاورة لها بقرينة قوله عليه السلام : «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»، وبقرينة تجويز البيع إن أريد به بيع نفس الرقبة.

١- (٤٢٦) المهذّب: باب إحياء الموات ٣٠/٢.

٢- (٤٢٧) الوسيلة: الزكاه / إحياء الموات /١٣٥.

٣- (٤٢٨) السرائر: المتأجر / بيع المياه والمراعى ٣٨٢/٢.

٤- (٤٢٩) الجامع للشرائع: البيع / بيع الماء /٢٧٥.

٥- (٤٣٠) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤٨٩/٤.

٦- (٤٣١) إيضاح الفوائد: إحياء الموات / فى الأراضى ٢٣٣/٢.

٧- (٤٣٢) كالسبزوارى فى الكفاية: إحياء الموات / شرائط التملّک ٥٥١/٢.

٨- (٤٣٣) مسالک الأفهام: إحياء الموات / فى الأرضين ٤٠٧/١٢.

٩- (٤٣٤) الروضة البهيّة: كتاب إحياء الموات ١٥٦/٧.

١٠- (٤٣٥) الجواهر ٤٨/٣٩ و ٤٩ (٣٥/٣٨ و ٣٦).

وقد كان بيع المراعى ونقلها موردا للشبهة إجمالاً بلحاظ ما ورد من شركة المسلمين فى الماء والنار والكلأ، والنهى عن بيع فضل الكلأ. ولذلک سألوا عن بيع حصائد الحنطة والشعير أعنى مابقى منهما

بعد الحصاد أيضا مع وضوح كونهما فى الأرض المملوكة كما فى خبر إسماعيل بن الفضل، فراجع. هذا»(١).

أقول: الاستدلال خالٍ عن شوب هذا الإشكال إذ لا يحتمل «أن يراد بالمراعى فيهما قسمة من نفس الأرض المحياة» لوضوح حكمها حينئذ من جواز بيع الأرض المحياة ورجوع ضمير «فيها مراعى» إلى كلمة «حدود» كرجوع ضمير «لها حدود» إلى كلمة «ضياعا» وإلاّ لا يتم ذكر الضياع وحدودها ومراعى الموجودة فى حدودها أى حريمها وسأل إدريس بن زيد أو زياد _ على الاحتمال الذى مرّ من الأُستاذ قدس سره _ أوّلاً من حمى تلك المراعى لحاجته إلى جميعها لكثرة دوابه، وأجاب الإمام عليه السلام : «إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى» حريمها من المراعى وغيرها ف_ «يصير ذلك إلى مايحتاج إليه» فيرتفع احتياجه بتحمية الحريم الذى فيها المراعى، ثمّ سأل ثانيا عن بيع تلك المراعى المحميّة الموجودة فى حريم أرضه فأجاب الإمام عليه السلام : «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس» ببيع مراعيها لأنّها تدخل فى ملكه.

وكذا الكلام فى خبر محمّد بن عبداللّه أو صحيحته بتقريب: أنّ المراعى المسئول عنها إذا كانت داخلة فى الضيعة التى تكون للرجل فيصح بيعه بلا ريب وإشكال فلا يحتاج إلى السؤال من الإمام عليه السلام لوضوح حكمها عند الجميع، نعم إذا كانت المراعى فى حدود الضيعة وتكون من حريمها _ لا من نفس الضيعة _ فيسأل حفيد عيسى الأشعرى القمى أو زرارة _ على الاحتمال الذى مرّ من الأُستاذ قدس سره _ عن بيعها أو إجارتها وأجاب الإمام عليه السلام : «إذا كانت الضيعة له فلا بأس» ببيع أو إجارة مراعيها الموجودة فى حدودها التى تكون حريمها. لأنّ حريم كلّ ملك يتبعه فى الملكيّة، هذا ما أفهمه من الروايتين فلا يتم الإشكال.

١- (٤٣٦) دراسات فى ولاية الفقيه ١٦٩/٤.

مضافا إلى ترتب الضرر على المالک إذا کان حریم ملکه لغیره والضرر منفی فی الشریعة المقدسة بقاعدة لا ضرر.

نعم، لا یمکن استفادة ملکیة حریم الأرض لمالک الأرض من الإجماع المدعی فی التذکرة وجامع المقاصد وکذا «لا خلاف فیه» الموجود فی المسالک والمفاتیح والکفایة والریاض، لوجود القول بعدم ملکیته له ولاحتمال مدرکیة الإجماع واللّه العالم.

۳_ «أن لا یُسَّمیه الشرعُ مشعرا للعبادة

کعرفة ومنی والمشعر فإنّ الشرع دلّ علی اختصاصها موطنا للعبادة فالتعرض لِتَمَلُّکِها تفویتٌ لتلک المصلحةِ»(۱).

قال العلاّمة: «الثالث: أن لا یکون مشعرا للعبادة بوضع الشارع، کعرفة ومنی والمشعر؛ لأنّ الشارع وضعها موطنا للعبادة، وفی تسویغ تملّکها تفویت هذا الغرض، ومنافاة لهذه المصلحة.

وللشافعیّة قولان فی أنّه هل تُملک أراضی عرفة بالإحیاء کسائر البقاع، أم لا؟ لتعلّق حقّ الوقوف بها، وعلی تقدیر القول بالملک ففی بقاء حقّ الوقوف فیما مَلَک وجهان، وعلی القول ببقائه فهل یبقی مع اتّساع الباقی، أم مع ضیقه عن الحجیج؟ وجهان.

وذکر [الغزالی] ثلاثة أوجُه فی المسألة، ثالثها: الفرق بین أن یضیق الموقف فیُمنع، وبین أن لا یضیق فلا یُمنع.

والمنع المطلق أشبه عندهم بالمذهب؛ لأنّه کالمواضع التی تعلّق بها حقّ المسلمین عموما أو خصوصا، کالمساجد والطُّرُق والرُّبُط فی الطُّرُق والمواضع التی یصلّی فیها للعید خارج الأمصار والبقاع الموقوفة علی معیّنٍ أو غیر معیّنٍ»(۲).

وقال سيّد المفتاح فى شرح قول العلاّمة فى القواعد: «(الرابع: أن يكون مشعرا للعبادة كعرفة ومنى وجُمَع) عدم جواز إحياء هذه المواضع كلّها أو الكثير منها كأنّه من

١- (٤٣٧) الشرائع ٢١٨/٣.

٢- (٤٣٨) تذكرة الفقهاء ٤٣٤/١٩ و ٤٣٥.

ضروريّات الدين وإن لم يذكر ذلك أكثر المتقدّمين.

قوله: (وإن كان يسيرا لا يمنع المتعبّدين) كما فى التحرير(١) والدروس(٢) والحواشى(٣) وجامع المقاصد(٤) والروضة(٥) وهو قضية إطلاق الباقين من المتأخّرين. وفى المسالك(٦) والكفاية(٧) أنّه المشهور. ووسمه تارةً أُخرى فى المسالك بأنّه الأشهر(٨). ولا ترجيح فى التذكرة(٩) والمفاتيح(١٠).

حجة الكتاب وما وافقه أنّ الشرع دلّ على اختصاصها موطنا للعبادة، فالتعرّض لتملّكها تفويت لتلك المصلحة كما فى الشرائع(١١) وغيرها(١٢). وهذا التوجيه يقضى بالمنع من إحياء الكثير منها الّذى يؤدّى إحياؤه إلى الضيق على الناسكين ويحتاج إليه غالبا، وأمّا ما عداه فلا يدلّ على المنع فيه أصلاً.

واستدلّ فى الدروس بأنّ فى المنع سدّا لباب مزاحمة الناسكين وأنّ حقوق الخلق كافّة متعلّقة به(١٣). ولا بأس به مع إضافة الاستناد إلى الأصل وأنّ المشعرية صادقة على المجموع المؤلَّف من الأجزاء، والنهى عن الكلّ ليس من حيث كونه كلاً بل من حيث

١- (٤٣٩) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٨٥/٤.
٢- (٤٤٠) الدروس الشرعية: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٧/٣.
٣- (٤٤١) لم نعثر عليه فى الحاشية النجّارية المنسوبة إلى الشهيد وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
٤- (٤٤٢) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٢٧/٧.
٥- (٤٤٣) الروضة البهية: فى شرائط التملّک بالإحياء ١٥٦/٧.
٦- (٤٤٤) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک الإحياء ٤١٧/١٢.
٧- (٤٤٥) كفاية الأحكام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٥٧/٢.
٨- (٤٤٦) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤١٧/١٢.
٩- (٤٤٧) تذكرة الفقهاء: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٣٥/١٩.
١٠- (٤٤٨) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء ٢٨/٣.
١١- (٤٤٩) شرائع الإسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٨/٣.
١٢- (٤٥٠) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٢٧/٧.
١٣- (٤٥١) الدروس الشرعية: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٧/٣.

اشتماله على المعنى الشائع، وهو الاختصاص، وهو حاصل فى كلّ جزء، وأنّ المتبادر من أخبار الباب ما عدا هذه الأماكن الشريفة»(١).

وقال صاحب الجواهر فى شرح قول المحقّق: (الثالث: أن لا يسمّيه الشرع مشعرا للعبادة كعرفة ومنى والمشعر) وغيرها من الأماكن المشرّفة والمواضع المحترمة التى جعلها اللّه (تعالى شأنه) مناسک للعبادة وشرّفها كما شرّف بعض الأزمنة الخاصّة، فهى فى الحقيقة ليست الموات _ الذى هو بمعنى المعطّل عن الانتفاع _ فضلاً عن وضع يد سائر المسلمين عليها وتعلّق حقوقهم بها.

بل هى أعظم من الوقف الذى يتعلّق به حقّ الموقوف عليهم بجريان الصيغة من الواقف (فإنّ الشرع) الذى هو المالک الحقيقى قد (دلّ على اختصاصها موطنا للعبادة) من دون إجراء صيغة، ومنها ما

جعله اللّه مسجدا كمسجد الحرام ومسجد الكوفة ونحوهما من مراقد الأئمّة عليهم السلام التى أذن اللّه أن ترفع ويذكر فيها اسمه.

(فالتعرّض لتملّكها) حينئذٍ منافٍ للجعل المزبور من ربّ العزّة، بل فيه (تفويت لتلك المصلحة) من غير فرق بين جميع أجزائها فى ذلك، وبين زيادة سعتها لذلك وعدمه؛ ضرورة أنّ اللّه (تعالى شأنه) جعل كلّ جزءٍ جزءٍ منها كذلك.

فمن الغريب ما وقع من المصنّف من قوله: (أمّا لو عمر فيها ما لا يضرّ ولا يؤدّى إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبّدون كاليسير لم أمنع منه) بل كاد يكون كالمنافى للضرورى، بل فتح هذا الباب فيها يؤدّى إلى إخراجها عن وضعها.

وأغرب منه: موافقة بعض من تأخّر عنه(٢) على ذلك؛ بتخيّل: أنّ المنع من جهة مزاحمة الناسكين، فمع فرض عدمها _ كاليسير _ يتّجه الجواز حينئذٍ؛ لانتفاء العلّة المزبورة.

وفيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

١- (٤٥٢) مفتاح الكرامة ١٩/(٧٣-٧١).

٢- (٤٥٣) كالشهيد الثانى فى المسالك: إحياء الموات / فى الأرضين ٤١٧/١٢؛ والسبزوارى فى الكفاية: إحياء الموات / شرائط التملّك ٥٥٧/٢.

وأعجب من ذلك: تفريعهم(١) على التقدير المزبور _ الذى هو معلوم الفساد _ أنّه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الإذن أو مع النهى، أو لا يجوز مطلقا أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيّق؟! مع أنّ القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقا، إلاّ أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتّجه التفصيل حينئذٍ.

إلاّ أنّ ذلک کلّه _ کما تری _ لا ینبغی أن یسطر، واللّه العالم.(۲)

قال بعض أساتذتنا قدس سره معلقا علی کلام صاحب الجواهر رحمه الله : «إن کان المقصود تعمیر قطعة من المشعر وتملکها بحیث یمنع غیره منها فالظاهر ورود إشکال صاحب الجواهر، وإن کان المقصود تعمیرها لیستفاد منها فی مواقع الحرّ والبرد من دون أن یمنع غیره منها فالظاهر عدم الإشکال فیه»(۳).

أقول: من الواضح کلام صاحب الجواهر قدس سره ناظرٌ إلی الشق الأوّل فی کلام الأُستاذ رحمه الله لا الشق الثانی، فالاستاذ یوافق صاحب الجواهر فی مقالته.

ولکن اعترض آیة اللّه الشیخ محمّد إسحاق الفیاض _ مدظله _ علی صاحب الجواهر _ رحمة اللّه _ بقوله: «انّه لا یقاس تلک الأماکن المشرفة بالوقف کالمسجد والمدرسة وما شاکل ذلک، فإنّ الوقوف حسب ما یوقفها أهلها فلا یجوزالتصرف فیها بما ینافی جهة وقفها. وأمّا هذه الأماکن المحترمة فلیست بوقف شرعا، ولذا لا تترتب علیه أحکام الوقف، ومجرد أنّ اللّه تعالی جعلها مشعرا للعبادة وموطنا لها فی وقت خاص من أیام السنة لا یوجب کونها وقفا بالمعنی المعهود، ولیس لنا دلیل آخر یدل علی أنّها وقف.

وعلیه فلا مانع من التصرف فیها بما لا یوجب المزاحمة والضیق علی المتعبدین، کما إذا کان فی غیر اوقات النسک، فان کونها متعلقة لحقوق المسلمین معناه أنّه لا تجوز مزاحمتهم فی اوقات قیامهم بالنسک والأعمال فیها، وأما فی غیر تلک الاوقات فلا

۱- (٤٥٤) الروضة البهیّة: کتاب إحیاء الموات ۱۵۷/۷؛ مفتاح الکرامة: إحیاء الموات / فی الأراضی ۷۳/۱۹.

٢- (٤٥٥) جواهر الكلام ٣٩/(٧٨-٧٦) (٥٣/٣٨).
٣- (٤٥٦) دراسات فى ولاية الفقيه ١٧١/٤.

مقتضى لعدم جوازه.

ومن هنا يظهر أنّه لا مانع من الزرع الفصلى فيها يعنى _ فى غير فصل النسک والأعمال _ على أساس أنّه لا يوجب المزاحمة، بل لا مانع من تأسيس عمارات وبيوت سكن فيها التى تؤجر فى تلک الاوقات من الناسكين والمتعبدين نظرا إلى أنّها لم تكن مزاحمة لهم.

فالنتيجة فى نهاية الشوط: أنّ المقدار الثابت إنّما هو عدم جواز التصرف فيها بما يوجب المزاحمة فى أوقات النسک والعبادات وأمّا إذا لم يكن مزاحما فلا دليل على عدم جوازه أصلاً، بل لا شبهة فى أنّه يوجب علاقة المتصرف بها»(١).

أقول: الحقُّ مع الذين يقولون باشتراط هذا الشرط لا «كأنّه من ضروريات الدين»(٢) كما ذهب إليه سيّد المفتاح أو القول بخلافه _ كما أفتى به المحقّق فى الشرائع(٣) _ «كاد يكون كالمنافى للضرورى»(٤) كما قاله صاحب الجواهر، لأنّ المحقّق ومَنْ تبعه(٥) من الشهيد الثانى فى المسالک(٦) والسبزوارى فى الكفاية(٧) وآية اللّه الفياض _ مدظله _ فى الأراضى(٨) لم يفتوا بخلاف ضرورى الدين كما هو الواضح.

وإن اعترف الشهيد الثانى رحمه الله فى الروضة(٩) بأنّه قول نادر ووسمه المحقّق الثانى(١٠) بأنّه ضعيف وعدّه صاحب الجواهر من الغريب وموافقته من الأغرب والتفريع عليه من

١- (٤٥٧) الأراضى /١٦٥.
٢- (٤٥٨) مفتاح الكرامة ٧٢/١٩.

٣- (٤٥٩) الشرائع ٢١٨/٣.

٤- (٤٦٠) الجواهر ٧٧/٣٩ (٥٤/٣٨).

٥- (٤٦١) نفى الشهيد الثانى والسبزوارى عنه ال_بُعد.

٦- (٤٦٢) المسالک ٤١٧/١٢.

٧- (٤٦٣) الكفاية ٥٥٧/٢.

٨- (٤٦٤) الأراضى /١٦٥.

٩- (٤٦٥) الروضة البهية ١٥٧/٧.

١٠- (٤٦٦) جامع المقاصد ٢٧/٧.

الأعجب وكلّها ممّا لا ينبغى أن يسطر كما مرّ.

أدلة القول المختار

[١] بل لما مرّ من صاحب الجواهر بأنّ مشاعر العبادة «فى الحقيقة ليست من الموات _ الذى هو بمعنى المعطّل عن الانتفاع»(١) بل هى من الأراضى المحياة بالتشريف الإلهى حيث جعلها اللّه تعالى من الأماكن المشرفة والمواضع المحترمة ومشعرا للعبادة.

مضافا إلى أنّ الحياة ليست منحصرة بجريان الماء وإخراج النبات وإحداث البناء وتأسيس المعمل بل يمكن إحيا الأرض بحضور الزائر والمسافر والمُشاهِد والناظر المسمى اليوم ب_ «صنعة التوريسم» كما هو الأمر فى الآثار والأبنية التاريخية والمَشاهد النادرة من الطبيعة كالأنهار والبحار والجبال والغابات.

وبالجملة: أحياء كل شيءٍ بحسبه.

[٢] الشارع وهو المالک الحقیقی جعل هذه الأراضی موطنا للعبادة وهذا الجعل الشرعی یکون أقوی من وقف المالک الإعتبارى، فکما لا یجوز تملّک الأراضی الموقوفة، فلا یجوز تملّک هذه المشاعر والمَشاهد بالإحیاء.

[٣] تملّک هذه المشاهد المشرّفة والمشاعر العبادة بالإحیاء یوجب تفویت المصلحة المترتبة علیها وینافی مع الجعل الإلهی من دون فرق بین جمیع أجزائها أو بعضها، وبین وسعتها للعبادة أو ضیقها لأنّ جمیع أجزائها جعلت مشعرا للعبادة.

ومن هذه المشاعر: ما جعله اللّه مسجدا کالمسجد الحرام ومسجد الکوفة ومراقد الأئمة المعصومین علیهم السلام وما جعله المسلمون من مصلی البلد ومحلّ دفن الموتی ونحوها.

هذا تمام الکلام فی الشرط الثالث واللّه العالم.

٤_ «ألا یکون ممّا أقطعه إمام الأصل

ولو کان مواتا خالیا من تحجیرٍ، کما أقطع النبیّ صلی الله علیه و آله الدور(٢)، وأرضا

١- (٤٦٧) الجواهر ٣٩/٧٧ (٣٨/٥٣).

٢- (٤٦٨) المسالک ١٢/٤١٨: لعبداللّه بن مسعود، وهی اسم موضع بالمدینة، بین ظهرانّی عمارة الأنصار؛ ویُقال: المعنی أنّه أقعطه تلک البقعة لیتخذها دورا.

بحضرموت(١)، وحُضْر فرسِ الزّبیر(٢) فإنّه یفید اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا یصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحیاء»(٣) کما فی الشرائع.

وقال العلاّمة فى شرائط الإحياء من التذكرة: «أن لا يكون مُقْطَعا من الإمام، فإنّ لإقطاع الإمام مدخلاً فى الموات، بل عندنا أنّه هو المالک للموات، فيجوز للأمام أن يُقطع غيره أرضا من الموات خاليةً من التحجير لمن يُحييها، ويصير المُقطَع أولى.

ويفيد الإقطاع التخصيص والأحقّيّة كالتحجير، ويمنع الغير من المزاحمة له، ولا يصحّ رفع هذا الاختصاص بالإحياء.

وقد أقطع صلى الله عليه و آله وائل بن حجر(٤) أرضا بحضرموت.(٥)

وروى أنّ النبىّ صلى الله عليه و آله أقطع الدُّور.(٦)

وأقطع الزبيرَ حُضْرَ فرسه _ يعنى عَدْوَه(٧) _ ما جرى، فلمّا قام الفرس رمى بسوطه، فقال النبىّ صلى الله عليه و آله : «اقطعوا له مرمى سوطه»(٨).

وروى أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله دعا الأنصار ليُقطع لهم بالبحرين، قالوا: يا رسول اللّه إن

١- (٤٦٩) المسالک ٤١٨/١٢: لوائل بن حجر «بتصرف».

٢- (٤٧٠) الروضة ١٥٩/٧: بن العوام... وهو مقدار عدو ما جرى، فأجرى فرسه حتّى قام، أى عجز عن التقدم، فرمى بسوطه طلبا للزيادة على الحضر، فأعطاه من حيث وقع السوط... .

٣- (٤٧١) الشرائع ٢١٨/٣.

٤- (٤٧٢) هو الحضرمىّ الصحابى المعروف روى عنه ولداه علقمة وعبدالجبّار.

٥- (٤٧٣) سنن أبى داوُد ١٧٣/٣، ح٣٠٥٨؛ سنن الترمذى ٦٦٥/٣، ح١٣٨١؛ المعجم الكبير _ للطبرانى _ ١٣/٢٢، ح١٢؛ السنن الكبرى _ للبيهقى _ ١٤٤/٦.

٦- (٤٧٤) سنن أبى داوُد ١٧٣/٣، ح٣٠٦٠؛ المعجم الكبير _ للطبرانى _ ٢٧٤/١٠، ح١٠٥٣٤؛ السنن الكبرى _ للبيهقى _ ١٤٥/٦؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٦/٦ و ٢١٩.

٧- (٤٧٥) بل عَدْوٌ ذو وثب كما فى المعجم الوسيط /١٨١. أقول: بالفارسية: دويدن با جهش را گويند كه در سوارکارى بدان تاخت يا تازاندن اطلاق مى شود.

٨- (٤٧٦) سنن أبى داوُد ١٧٣/٣-١٧٨)، ح٣٠٧٢؛ السنن الكبرى _ للبيهقى _ ١٤٤/٦؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٩/٦؛ المغنى ١٨٢/٦؛ الشرح الكبير ١٨٩/٦.

فعلتَ فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها.(١)

وفائدة الإقطاع مصير المُقْطَع أحقّ بإحيائه، كالمتحجّر.

وإذا طالت المدّة ولم يحيه المُقْطَع أو أحياه غيره، فعند الشافعيّة يكون الحكم كما تقدّم فى المتحجّر.(٢)

وقال مالك: إن أحياه عالما بالإقطاع كان ملكا للمُقْطَع، وإن أحياه غير عالمٍ بالإقطاع فالمُقْطَع بالخيار بين أن يأخذه ويغرم للمُحيى ما أنفق عليه فى العمارة، وبين أن يتركه على المُحيى ويأخذ منه قيمة الموات قبل العمارة.(٣)

وقال أبوحنيفة: إن أحياه قبل ثلاث سنين فهو للمُقْطَع، وإن أحياه بعدها فللمُحيى.(٤)

ولا ينبغى أن يُقطع الإمام إلاّ مَنْ يقدر على الإحياء وبقدر ما يقدر عليه»(٥).

وقال العلاّمة فى أسباب الاختصاص من القواعد: «السادس: إقطاع الإمام، وهو متّبع فى الموات، فلا يجوز إحياؤه وإن كان مواتا خاليا من التحجير كما أقطع النبىّ صلى الله عليه و آله بلال بن الحارث العقيق(٦)، فلمّا ولى عمر قال له: ما أُقْطِعْتَه لتحجبه فأقطعه النّاس؛ وأقطع أرضا بحضرموت(٧)، وأقطع الزبير حُضْر فرسه فأجرى فرسه حتّى قام فرمى بسوطه(٨)،

۱- (٤٧٧) صحیح البخاری ۱۵۰/۳ و ۱۱۹/٤؛ مسند أحمد ٦٤٧/۳، ح۱۲۲۹۵؛ السنن الکبری ـ للبیهقی ـ ۱٤٥/٦ و ۱۳۱/۱۰؛ المغنی ۱۸۲/٦؛ الشرح الکبیر ۱۸۹/٦.

۲- (٤٧٨) العزیز شرح الوجیز ۲۱۹/٦؛ روضة الطالبین ۳٥٤/٤.

۳- (٤٧٩) الحاوی الکبیر ٤٨۲/۷؛ العزیز شرح الوجیز ۲۱۹/٦.

٤- (٤٨٠) الحاوی الکبیر ٤٨۲/۷؛ العزیز شرح الوجیز ۲۱۹/٦.

٥- (٤٨١) تذکرة الفقهاء ٤٤۰/۱۹.

٦- (٤٨۲) سنن أبی داود ۱۷۳/۳، ح ۳۰٦۱ و ۳۰٦۲، باب فی قطاع الأرضین؛ وسنن البیهقی ۱٤٥/٦؛ ومسند أحمد ۳۰٦/۱؛ والعقیق: واد بظاهر المدینة.

۷- (٤٨۳) سنن أبی داود ۱۷۳/۳، ح۳۰٥۸؛ وسنن الترمذی ٦٦٥/۳، ح۱۳۸۱.

۸- (٤٨٤) مستدرک الوسائل ۱۲۲/۱۷، ح٤، باب ۱۲ من أبواب کتاب إحیاء الموات، نقلاً من عوالی اللآلی ۱٦٤/۱، ح۱٦۸؛ وسنن أبی داود ۱۷۷/۳، ح۳۰۷۲؛ وسنن البیهقی ۱٤٤/٦.

وهو یفید الاختصاص»(۱).

وقال السیّد العاملی فی شرح عبارة القواعد: «العقیق وادٍ بظاهر المدینة. والحُضر بالحاء المهملة المضمومة والضاد المعجمة وهو عدوه، وإنّما رمی بسوطه طلبا للزیادة. وفی الحدیث(۲) أنّ النبیّ صلی الله علیه و آله قال: أُقطعوا الزبیر من (عن ـ خ ل) سوطه. وقال فی التذکرة(۳) قد أقطع النبیّ صلی الله علیه و آله وائل بن حجر أرضا بحضرموت. وقال فی القاموس حُضرموت بضمّ المیم بلد یقال: هذا حضرموت(٤)، أی فتبنی الأوّل علی الفتح وتعرب الثانی إعراب ما لا ینصرف، وإن شئت أضفت الأوّل إلی الثانی فقلت: هذا حضرموت، أعربت حضرا وخفضت موتا، وهو وادٍ دون الیمن أرسل اللّه فیه سیلاً علی أُناس من أهل الفیل أفلتوا من طیر أبابیل فهلکوا، فسمّی حضرموت حین ماتوا فیه، وفیه بئر یقال لها بئر برهوت تردها(٥) هامُ الکفّار.

قوله: «وهو يفيد الاختصاص» كما هو صريح الوسيلة(٦) والشرائع(٧) والتذكرة(٨) والتحرير(٩) والدروس(١٠) وجامع المقاصد(١١) والمسالک(١٢) والروضة(١٣) وهو قضية كلام

ص: ١١٤

١- (٤٨٥) قواعد الأحكام ٢٦٩/٢.

٢- (٤٨٦) سنن أبى داود ١٧٧/٣، ح٣٠٧٢.

٣- (٤٨٧) تذكرة الفقهاء ٤٤٠/١٩؛ والرواية فى تلخيص الحبير ٦٤/٣، ح١٣٠٠.

٤- (٤٨٨) القاموس المحيط ١٠/٢.

٥- (٤٨٩) معجم البلدان ٢٧٠/٢.

٦- (٤٩٠) الوسيلة: إحياء الموات /١٣٤.

٧- (٤٩١) شرائع الإسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٨/٣.

٨- (٤٩٢) تذكرة الفقهاء: فى شرائط الإحياء ٤٤٠/١٩.

٩- (٤٩٣) تحرير الأحكام: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

١٠- (٤٩٤) الدروس الشرعية: فى شرائط تملّک الموات بالإحياء ٦١/٣.

١١- (٤٩٥) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٢٩/٧.

١٢- (٤٩٦) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤١٨/١٢.

١٣- (٤٩٧) الروضة البهية: فى شروط الإحياء ١٥٩/٧.

الباقين. وقال فى المبسوط: صار أحقّ به بلا خلاف(١) أى بين المسلمين، ثمّ إن قام بعمارته وإلاّ فكما سبق(٢) فى التحجير»(٣).

أقول: يأتى حكم التحجير إن شاء اللّه.

وقال صاحب الجواهر فی شرح عبارة الشرائع: «الشرط (الرابع: أن لا یکون ممّا أقطعه إمام الأصل ولو کان مواتا خالیا من تحجیر) الذی لا خلاف فی أنّ له ذلک کما عن المبسوط(٤)، بل ولا إشکال؛ ضرورة کون الموات من ماله الذی هو مسلّط علیه، مع أنّه أولی بالمؤمنین من أنفسهم.

(کما أقطع النبیّ صلی الله علیه و آله) عبداللّه بن مسعود (الدور)(٥) وهی اسم موضع بالمدینة بین ظهرانی عمارة الأنصار، ویقال: المعنیّ أنّه أقطعه ذلک لیتّخذها دورا.(٦)

(و) أقطع وائل بن حجر (أرضا بحضرموت)(٧).

(و) أقطع الزبیر (حُضْر فرس)_ه أی عَدْوه، بل قیل: إنّ (الزبیر) أجری فرسه حتّی قام الفرس رمی بسوطه طلبا للزیادة، فقال صلی الله علیه و آله : (أعطوه من حیث بلغ السوط)(٨).

١- (٤٩٨) المبسوط: فی إحیاء الموات ٢٧٣/٣.

٢- (٤٩٩) تقدّم فی مفتاح الکرامة ٨٤/١٩.

٣- (٥٠٠) مفتاح الکرامة ٨٨/١٩ و ٨٩.

٤- (٥٠١) المبسوط: کتاب إحیاء الموات ٢٧٤/٣.

٥- (٥٠٢) تلخیص الحبیر ٦٣/٣، ح١٢٩٩؛ مجمع الزوائد ١٩٧/٤؛ المعجم الأوسط (للطبرانی) ١٦٣/٥.

٦- (٥٠٣) البدر المنیر ٦٥/٧، ح١١.

٧- (٥٠٤) سنن أبی داود ١٧٣/٣، ح ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩؛ سنن الترمذی ٦٦٥/٣، ح١٣٨١؛ تلخیص الحبیر ٦٤/٣، ح١٣٠٠؛ المعجم الکبیر (للطبرانی) ٩/١٢، ح٤؛ تاریخ المدینة (لابن شبّة) ٥٨٠/٢؛ فتوح البلدان ٨٨/١، رقم ٢٣١؛ إمتاع الأسماع ٣٥٨/٩.

٨- (٥٠٥) مسند أحمد ١٥٦/٢؛ تلخيص الحبير ٦٤/٣، ح١٣٠١؛ سنن أبى داود ١٧٧/٣، ح٣٠٧٢؛ سنن البيهقى ١٤٤/٦؛ المعجم الأوسط (للطبرانى) ٣٠٥/٤؛ إمتاع الأسماع ٣٦٢/٩؛ المغنى (لابن قدامة) ١٦٤/٦؛ الشرح الكبير ١٧٠/٦.

وأقطع بلال بن الحارث العقيق.

(فإنّه) إن لم يفد الملك فلا ريب بل لا خلاف(١) فى أنّه (يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا يصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحياء) بل عن المبسوط نفيه كذلك بين المسلمين.(٢)

وكذا ليس لأحد نقضه، وما عن عمر: من أنّه لمّا تولّى قال لبلال: «ما أقطعت العقيق لتحجبه، فأقطعه النّاس» لا حجّة فيه، وكم له من أخذ فدك ونحوها!

على أنّه يمكن ذلك كما تسمعه فى التحجير إذا لم يحى المحجّر، كما صرّح به فى جامع المقاصد(٣)، وإن كان ذكر المصنّف وغيره(٤) ذلك فى التحجير دونه يشعر بالعدم، بل لو لا ظهور الاتّفاق عليه هناك لأمكن إشكاله بتعلّق الحقّ الذى يقتضى استصحابه عدم الزوال وإن عطّل.

وكأنّ ما ذكر من الاختصاص المزبور مبنىّ على عدم تملّك الموات بغير الإحياء، ولكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعا. وحينئذٍ فلابدّ من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص والأحقّيّة بالإحياء، وإلاّ فلو فرض كونه على جهة التمليك جاز إن لم يكن إجماعا، وليس لأحد حينئذٍ الاعتراض عليه بتعطيله وأن تمادى الزمان، على إشكال؛ لاحتمال جواز إحياء الغير له بأُجرة على نحو ما سمعته فى الأرض التى ملكت بالإحياء فأهملها حتّى ماتت، هذا»(٥).

ذهب آية اللّه الشيخ محمّدإسحاق الفياض _ مدظله _ إلى أنّ الأرض المقطوعة

١- (٥٠٦) ينظر الوسيلة: الزكاة / إحياء الموات /١٣٤؛ وتحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤٩٠/٤؛ والدروس الشرعيّة: إحياء الموات ٦١/٣، درس ٢١١؛ والروضة البهيّة: كتاب إحياء الموات ١٥٩/٧.

٢- (٥٠٧) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧٣/٣.

٣- (٥٠٨) جامع المقاصد: إحياء الموات / فى الأراضى ٣١/٧.

٤- (٥٠٩) كالعلاّمة فى القواعد: إحياء الموات / فى الأراضى ٢٦٩/٢.

٥- (٥١٠) الجواهر ٣٩/(٨٠-٧٨) [٥٥/٣٨ و ٥٤].

يملكها المُقْطَع ولكن ليس للإقطاع اليوم ثمرة عملية وقال: «إنّ عملية الإحياء: _ بوصف كونها سببا لصلة المحيى برقبة الأرض على مستوى الملك أو الحق على الخلاف المتقدم _ إنّما هى فيما إذا لم تكن رقبة الأرض ممّا أقطعه الإمام عليه السلام وإلاّ فلا أثر للاحياء أصلاً، فإنّ الإمام عليه السلام إذا أعطى قطعة من الأرض الموات لشخص فهى تصبح ملكا له، حيث أن للإمام عليه السلام ذلك من جهتين.

إحداهما: من جهة ولايته عليه السلام العامة.

وثانيتهما: أنّ الأرض الموات بما أنّها داخلة فى ملكه عليه السلام كما عرفت فله اختصاص فرد أو طائفة بقطعة منها على مستوى الحق أو الملك، فإنّ كلّ ذلك بيده عليه السلام وتحت اختياره. ومن الطبيعى أنّه لا يجوز تصرف غيره فيها بعد هذا الاختصاص، لأنّه تصرف فى ملك غيره أو فيما له حق فيه.

وقد روى أنّ النبى الأكرم صلى الله عليه و آله أقطع _ الدور _ لعبداللّه ابن مسعود _ وهى اسم موضع بالمدينة _ ، واقطع وائل بن حجر _ أرضا بحضرموت _ ، واقطع الزبير _ عَدْو فرسه _ واقطع بلال بن الحارث _ العقيق _ .

وكيف كان فلا شبهة فى أنّ للنبى الأكرم صلى الله عليه و آله ذلک، وكذا للأئمة الأطهار عليه السلام ، وإنّ ما أقطعه فهو خاص لمن قُطِعَ له، إلاّ أنّ الكلام إنّما هو فى إثبات ذلک صغرويا وهو لا يمكن، حيث لم يقم لنا دليل معتبر على ذلک، لا فى الموارد المذكورة، ولا فى غيرها.

فالنتيجة: أنّ المسألة وإنْ كانت ثابتة كبرويا إلاّ أنّه لا طريق لنا إلى إحراز صغرى لها فى شىء من الموارد. وعليه فلا نتيجة عملية لهذه المسألة خارجا»(۱).

وقال فى آخر كتابه: «الإقطاع وهو فى المصطلح الفقهى عبارة عن إقطاع النبى الأكرم صلى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام قطعة أرض أو معدن لفرد أو أفراد، وعن الشيخ قدس سره فى المبسوط تحديده بمنح الإمام عليه السلام حق العمل فيها لشخص أو اشخاص على أساس أن الإسلام لا يجوز العمل فى المصادر والثروات الطبيعية الخام بدون إذن الإمام عليه السلام أو الدولة إذنا

۱- (۵۱۱) الأراضى /۱٦٦.

خاصا أو عاما، فإذا سمح لفرد أو أفراد فى استثمار تلک الثروات فهو فى المصطلح الفقهى إقطاع.

فالنتيجة أنّ الإقطاع بدوره أسلوب من أساليب الاستثمار والانتاج فى الموارد الخام، ويترتب على ذلک أنّه لا يجوز للإمام عليه السلام إقطاع الفرد ما يزيد على قدر طاقته ويعجز عن استثماره.

وعلى هذا الأساس فالإسلام لم يعتبر الإقطاع سببا لتملک الفرد الثروة الطبيعية التى أقطعها النبى الأكرم صلى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام أياه، وأنما جعل للفرد المقطع حق الاولوية فى استثمار تلک الثروة يعنى _ لا يجوز لغيره انتزاعها منه والعمل فيها بدلاً عنه _ كما عن العلاّمة قدس سره فى القواعد حيث قال: بأنّ الإقطاع يفيد الاختصاص، وعن الشيخ فى المبسوط بان السلطان إذا

أقطع رجلاً من الرعية قطعة من الموات صار أحق بها من غيره بلا خلاف، وقد صرح بذلک المحقّق فی الشرائع أیضا هذا.

أقول: إنّ تفسیر الإقطاع بهذا المعنی وان کان بمکان من الامکان علی أساس أن للنبی الأکرم صلی الله علیه و آله ذلک، وکذا للإمام علیه السلام إلاّ أن إثباته بدلیل معتبر مشکل جدا. حیث لم یرد فی دلیل معتبر أن النبی الأکرم صلی الله علیه و آله أو الإمام علیه السلام أقطع لفرد أو جماعة هذه الأرض أو ذلک المعدن.

نعم نُقل أنّ النبی الأکرم صلی الله علیه و آله أقطع _ عَبْدَاللّه بنَ مَسْعُوْدٍ _ الدور، وهی اسم موضع بالمدینة. وأقطع _ وابل بن حجر _ أرضا بحضرموت. واقطع _ الزبیر _ حضر فرسه.

ولکن کل ذلک: لم یثبت بنص معتبر کما مرّ. هذا من ناحیة.

ومن ناحیة أخری: أنه لا مانع من تفسیر الإقطاع بمعنی منح النبی الأکرم صلی الله علیه و آله أو الإمام علیه السلام ملکیة هذه الأرض أو هذا المعدن لفرد أو جماعة إذا رأی فیه مصلحة. لما تقدم فی ضمن البحوث السالفة من أنّ أمر الأراضی بیده علیه السلام حتّی الأراضی الخراجیة، وله أن یتصرف فیها بما یری ولو کان ذلک التصرف منح ملکیتها لفرد، وعلیه فلا وجه لتخصیص الإقطاع بالتفسیر الأوّل.

وعلی الجملة: فلو ثبت الإقطاع فی الشرع المقدس بدلیل معتبر فلا وجه

لتخصیصه بالتفسیر الأوّل، إذ هو کما ینسجم مع هذا التفسیر ینسجم مع التفسیر الثانی أیضا.

نعم يمتاز التفسير الأوّل عن التفسير الثانى فى نقطة أُخرى، وهى أن الإقطاع بالتفسير الثانى خاص بالنبى الأكرم صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام وليس لأحد غيرهما ذلک وأما الإقطاع بالتفسير الأوّل فهو غير خاص بهما»(١).

أقول: بناءً على سَعَة حدود اختيارات الولى الفقيه الجامع لشرائط الحكم، تكون المسألة ذاتَ ثمرةٍ عمليةٍ اللّهمّ إلاّ إذا قلنا بِاخْتِصاصِها بالنبى صلى الله عليه و آله وأوصيائه الخاصّين عليهم السلام كما يلوح من المحقّق فى الشرائع، فلا تشمل الفقيه حتّى بناء على سَعَةٍ ولايته وهو الظاهر، والمختار أنّ الإقطاع يوجب تمليک المقطَع للمقطَع له والوجه فى ذلک لِما ورد فى كلام العلاّمة رحمه الله : «أن سبب الملک عندنا تمليک الإمام له ولأنّ الموات قد بيّنا أنّه للإمام خاصة»(٢).

ثمّ فَلْيُعْلَمْ بأنّ الإقطاع قسمان:

أ: إقطاع الموات للتمليک وقد مرّ.

ب: إقطاع إرفاق: «وهو أن يُقطعه موضعا يجلس فيه من الطريق الواسعة ورحاب الجوامع ومقاعد الأسواق.

ويجوز ذلک إذا لم يضرّ بالمارّة والمصلّين؛ لأن ذلک لمرافق المسلمين والجالس يرتفق بذلک ببيعٍ وشراءٍ وغير ذلک.

واختلفت الشافعيّة فى أنّه هل لإقطاع الإمام فيه مدخل؟ على وجهين:

أحدهما: أنّه لا مدخل له فى هذا الارتفاق؛ لأنّه ينتفع بها على صفتها من غير عملٍ، فأشبهت المعادن الظاهرة، ولأنّه لا مدخل للتملّک فيه، ولا معنى للإقطاع، بخلاف الموات.

١- (٥١٢) الأراضى ٤١٥ و ٤١٦.

٢- (٥١٣) تذكرة الفقهاء ٤٣٥/١٩.

والثانى: أنّ له مدخلاً فيه؛ لأنّ للإمام نظرا واجتهادا فى أنّ الجلوس فى المواضع هل هو مُضرٌّ أم لا، ولهذا يزعج مَنْ جلس إذا رأى جلوسه مُضرّا، وإذا كان للاجتهاد فيه مدخل فكذا لإقطاعه.(١)

إذا عرفت هذا، فقد قال بعض الشافعيّة: إنّ للإمام أن يتملّک من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق(٢)»(٣). واللّه العالم.

٥_ «ألاّ يسبق إليه سابق بالتحجير

فإنّ التحجير يفيد أولويّة، لا ملكا للرّقبة. وإن ملک به التصرّف حتّى لو هَجَمَ عليهِ مَن يرومُ الإحياءَ، كان له منعه. ولو قاهرهَ فأحياها لم يملک.

والتحجيرُ: هو أن ينصب عليها المروز(٤)، أو يحوطها بحائطٍ. ولو اقتصر على التّحجير وأهمل العمارة، أجبره الإمام على أحد الأمرين، إمّا الاحياء وإمّا التخلية، بينها وبين غيره؛ ولو امتنع أخرجها السلطان من يده، لئلا يُعَطِّلَها.

ولو بادَرَ إليها مَن أحياها لم يصِحّ، ما لم يرفَع السلطانُ يدَهُ، أو يأذَن فى الإحياء»(٥). كما فى الشرائع وقال بعد صفحة: «ومن فقهائنا الآن من يسمّى التحجير إحياءً وهو بعيد»(٦).

أقول: هو شيخُ المحقّقِ، الفقيهُ الشيخُ نجيبُ الدينِ بنِ نما الحلّى رحمه الله كما صرح به الشهيد فى الدروس وقال: «وعن الشيخ نجيب الدين بن نما أنّ التحجير إحياء.

ويمكن حمله على أرض ليس فيها استيجام ولا ماء غالب وتسقيها الغيوث غالبا

١- (٥١٤) العزيز شرح الوجيز ٢٢٣/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٩/٤.

٢- (٥١٥) العزيز شرح الوجيز ٢٢٣/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٩/٤.

٣- (٥١٦) تذكرة الفقهاء ٤٤٢/١٩.

٤- (٥١٧) المُرُوْزُ: جمع المَرْز، وهو الحدّ الترابىّ المميّز بين موضع وموضع وليس فيه ارتفاعٌ وهو غير عربىّ؛ لذلک لم يُذْكَرْ فى كثيرٍ من معجمات لغة العرب القديمة.

٥- (٥١٨) الشرائع ٢١٨/٣.

٦- (٥١٩) الشرائع ٢٢٠/٣.

فإنّ ذلک قد يعدّ إحياء، وخصوصا عند من لايشترط الحرث ولا الزرع والغرس؛ لأنّهما انتفاع وهو معلول الملک فلا يكون سببا له كالسكنى»(١).

ومستند الشيخ ابن نما قوله صلى الله عليه و آله : مَن أحاط حائطا على أرض فهى له.(٢)

والخبر عاميٌّ(٣) كما ترى.

لا الإجماع الظاهر من المبسوط على أنّ الإقطاع مثل التحجير حكما أو موضوعا حيث قال الشيخ: «إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعية قطعة من الموات، صار أحقّ به من غيره باقطاع السلطان إيّاه بلا خلاف، وكذلک إذا تحجّر أرضا من الموات، والتحجير أن يؤثر فيها أثرا لم يبلغ به حدّ الاحياء، مثل أن ينصب فيها المروز أو يحوّط عليها حائطا وما أشبه ذلک من آثار الاحياء، فإنّه يكون أحقّ بها من غيره، فإقطاع السلطان بمنزلة التحجير»(٤).

والعجب من الفقيه العاملى(٥) حيث نسب إليه أنّه يقول: «أنّ الإحياء مثل التحجير»، وهو كما ترى، نعم، الإحياء مثل التحجير مفهومان عرفيان وليس لهما حدّ خاص لدى الشرع والمرجع فى تحققهما العرف.

وقال العلاّمة فی شرائط الإحیاء: «الرابع: أن لا یکون قد سبق إلیه مَنْ حجّره، فإنّ التحجیر عندنا لا یفید الملک، بل الأولویّة والأحقّیّة، لا ملکا للرقبة وإن مَلَک به التصرّف... .

إذا عرفت هذا، فقد قلنا: إنّ التحجیر لا یفید الملک؛ لأنّ سبب الملک عندنا تملیک

۱- (۵۲۰) الدروس الشرعیة ۵٦/۳.

۲- (۵۲۱) عوالی اللآلی ٤۸۰/۳، ح۳؛ ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ۱۱۱/۱۷، ح۳.

۳- (۵۲۲) مسند أحمد ۱۲/۵ و ۲۱؛ المصنّف (لابن أبی شیبة) ۲۸۵/۵، ح۱۲؛ کنزالعمّال ۸۹۰/۳، ح۹۰٤۷؛ الجامع الصغیر ۵۵۲/۲، ح۸۳۰۷؛ سنن أبی داود ۱۷۹/۳، ح۳۰۷۷؛ سنن البیهقی ۱٤۸/٦؛ مسند الطیالسی /۱۲۲.

٤- (۵۲۳) المبسوط ۲۷۳/۳.

۵- (۵۲٤) راجع مفتاح الکرامة ۸۰/۱۹.

الإمام له؛ لأن الموات قد بیّنّا أنّه للإمام خاصّةً، وعند العامّة سبب الملک إنّما هو الإحیاء ولم یوجد.(۱)

وقال بعض الشافعیّة: إنّ التحجیر یفید التملّک.(۲)

والمشهور: أنّه یفید الأولویّة؛ لأنّ الإحیاء إذا أفاد الملک وجب أن یفید الشروع فیه الأحقّیّة، کالاستیام مع الشراء، وأیضا فلیأمن مَنْ یقصد الإحیاء بالشروع فی العمارة.

ولا ینبغی أن یزید المحجِّر علی قدر کفایته ویضیّق علی الناس، ولا أن یحجّر ما لا یمکنه القیام بعمارته، فإن فَعَل ألزمه الحاکم بالعمارة أو التخلّی عن الزیادة فیسلّمها إلی مَنْ یقوم بعمارتها.

وكذا لو ترک المحجِّر الإحياءَ، ألزمه الحاكم بالعمارة أو الترک؛ لما وُجد فی کتاب علیٍّ علیه السلام قال: «وإن ترکها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمین بعدَه فعمرها وأحیاها فهو أحقّ بها من الذی ترکها»(۳).

وهو قول بعض الشافعیّة.(٤)

وقال آخَرون: لیس لأحدٍ أخذ الزیادة؛ لأنّ ذلک القدر غیر متعیّنٍ»(٥).

وقال الفقیه المتتبع العاملی: «التحجیر) ممّا صرّح فیه أنّ عدم التحجیر شرط فی التملّک بالإحیاء أو أنّه مانع منه أو سبب فی الاختصاص المبسوط(٦) والمهذّب(٧) والوسیلة(٨)

۱- (٥٢٥) العزیز شرح الوجیز ٢١٧/٦.

۲- (٥٢٦) العزیز شرح الوجیز ٢١٧/٦؛ روضة الطالبین ٣٥٢/٤.

۳- (٥٢٧) وسائل الشیعة ٤١٤/٢٥، ح٢ خبر أبی خالد الکابلی.

٤- (٥٢٨) العزیز شرح الوجیز ٢١٧/٦؛ روضة الطالبین ٣٥٢/٤.

٥- (٥٢٩) العزیز شرح الوجیز ٢١٧/٦؛ روضة الطالبین ٣٥٢/٤.

٦- (٥٣٠) المبسوط: فی إحیاء الموات التملّک بالإحیاء ٢٧٣/٣.

۷- (٥٣١) المهذّب: فی إحیاء الموات ٣٢/٢.

۸- (٥٣٢) الوسیلة: فی إحیاء الموات /١٣٣.

بمفهومها والغنیة(١) والسرائر(٢) وجامع الشرائع(٣) والشرائع(٤) والنافع(٥) والتذکرة(٦) والتحریر(٧) والإرشاد(٨) والتبصرة(٩)

واللمعة(١٠) والحواشى(١١) وجامع المقاصد(١٢) والمسالك(١٣) والروضة(١٤) والكفاية(١٥) والمفاتيح(١٦) من دون خلاف ولا تأمّل»(١٧)... «وليس له _ أى التحجير _ فى أخبارنا ذِكر، ولعلّهم أخذوه من فحوى ما دلّ على الأولوية فى السبق إلى مكان من المسجد أو السوق، أو من الخبر النبوىّ العامىّ الّذى تداوله أصحابنا واستدلّوا به: مَن أحيا ميتة فى غير حقّ مسلم فهى له.(١٨) ولعلّه إليه استند ابن نما

١- (٥٣٣) غنية النزوع: فى إحياء الموات /٢٩٣.

٢- (٥٣٤) السرائر: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٨٢/١.

٣- (٥٣٥) الجامع للشرائع: فى إحياء الموات /٣٧٥.

٤- (٥٣٦) شرائع الإسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٨/٣.

٥- (٥٣٧) المختصر النافع: فى إحياء الموات /٢٥١.

٦- (٥٣٨) تذكرة الفقهاء: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٣٥/١٩.

٧- (٥٣٩) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٨٦/٤.

٨- (٥٤٠) إرشاد الأذهان: الجهاد فى حكم الأرضين ٣٤٨/١.

٩- (٥٤١) لم نجد فى التبصرة البحث عن الشروط المذكورة ولا ذكرا لما يومئ إلى التحجير وما يتعلّق به. نعم فى قوله «ولا يجوز التصرّف فى ملک الغير بغير إذنه ولو فيما فيه صلاحه» نوع إيماء إلى ذلک على نحو العموم، فراجع التبصرة /١٠٩ وتأمّل.

١٠- (٥٤٢) اللمعة الدمشقية: فى إحياء الموات /٢٤٢.

١١- (٥٤٣) لم نعثر عليه فى الحاشية النجّارية المنسوبة إلى الشهيد وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

١٢- (٥٤٤) جامع المقاصد:فى إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٢٨/٧.

١٣- (٥٤٥) مسالک الأفهام: فی شرائط التملّک بالإحیاء ٤١٩/١٢.
١٤- (٥٤٦) الروضة البهیة: فی شرائط التملّک بالإحیاء ١٦٠/٧.
١٥- (٥٤٧) کفایة الأحکام: فی شرائط التملّک بالإحیاء ٥٥٨/٢.
١٦- (٥٤٨) مفاتیح الشرائع: فیما یشترط فی الإحیاء ٢٨/٣.
١٧- (٥٤٩) مفتاح الکرامة ٧٤/١٩.
١٨- (٥٥٠) سنن البیهقی ١٤٨/٦.

فی أنّه یفید الملک کما یأتی، وقد قالوا کما ستسمع: إنّ التحجیر أن ینصب علیها المروز أو یحوطها بحائط. وفی الریاض أنّ الظاهر اتّفاقهم علی أصل التحجیر وأنّ جمعا منهم ادّعوا الإجماع علیه صریحا.(١) وقد نسب قبل ذلک دعواه إلی المسالک(٢) ونحن لم نجد التصریح بالإجماع لا من المسالک ولا غیرها إلاّ المفاتیح(٣). نعم هو محصّل معلوم وظاهرالتذکرة(٤) کما عرفت. وفی مجمع البرهان(٥) کأنّه إجماعیّ»(٦).

واستدلّ له صاحب الجواهر بقوله: «وکیف کان، فلم نجد فی شیء ممّا وصل إلینا من النصوص هذا اللفظ فضلاً عمّا ذکروه فی تفسیره، وإنّما الموجود فی خبر سمرة بن جندب: «إنّ النبیّ صلی الله علیه و آله قال: من أحاط حائطا علی أرض فهی له». ومقتضاه الملک به کما تسمعه من ابن نما، إلاّ أن یحمل علی أرض یتحلّق إحیاؤها بذلک، أو یراد من اللام _ ولو بقرینة الشهرة أو الإجماع _ الأحقّیّة المزبورة لا الملک.

وربّما یستفاد الأحقّیّة به من صدق حیازة المباح به وإن کان لایملک إلاّ بالإحیاء، ومن أنّه سبق إلیه نحو السبق إلی الوقف والسوق والمسجد ونحوها، وفی حدیث أبی داود المروی من طرق العامّة _ وفی الإسعاد(٧): أنّه صحّحه الصابی _ : «من سبق إلی ما لم یسبق إلیه مسلم فهو له»(٨)، وفی بعض کتب الأصحاب روایة «فهو أحقّ به»(٩).

١- (٥٥١) رياض المسائل: فى شرائط التملّک بالإحياء ١١٢/١٤.

٢- (٥٥٢) رياض المسائل: فى شرائط التملّک بالإحياء ١١٢/١٤.

٣- (٥٥٣) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء ٢٨/٣.

٤- (٥٥٤) تذكرة الفقهاء ٤٣٥/١٩.

٥- (٥٥٥) مجمع الفائدة والبرهان: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٩٢/٧.

٦- (٥٥٦) مفتاح الكرامة ٧٥/١٩.

٧- (٥٥٧) الكتاب غير موجود لدينا.

٨- (٥٥٨) سنن أبى داود ١٧٧/٣، ح٣٠٧١؛ تلخيص الحبير ٦٣/٣، ح١٢٩٦؛ سنن البيهقى ١٤٢/٦.

٩- (٥٥٩) عوالى اللآلى: باب إحياء الموات ٤٨٠/٣، ح٤؛ مستدرک الوسائل ١١١/١٧، ح٤، باب ١ من كتاب إحياء الموات.

ولكن مع ذلک كلّه فالإنصاف أنّ العمدة الإجماع المزبور، وإلاّ فما فى التذكرة(١) والمسالک(٢) وبعض الشافعيّة(٣) _ من الاستدلال عليه بأنّه «إذا أفاد الإحياء ملكا فلابدّأن يفيد التحجير _ الذى هو الشروع فيه _ أولويّةً نحو البيع والاستيام _ كماترى؛ ضرورة عدم الملازمة، مع احتمال أنّ التحجير أعمّ من الشروع فيه وإن فسّره به فى القواعد(٤) والمسالک(٥) وغيرهما(٦)»(٧).

واستدلّ له آية اللّه الفياض _ مدظله _ بقوله: «وإنّما الكلام فى دليل ذلک.

الموجود فى بعض كلمات الأصحاب أن عمدة الدليل عليه الإجماع(٨) والتسالم(٩).

وعن العلاّمة فى التذكرة(١٠)، والشهيد الثانى قدس سره فى المسالک(١١) ان التحجير شروع فى الاحياء، فإذا أفاد الاحياء الملک أفاد التحجير الذى هو شروع فيه الأولوية لا محالة.

وقد يستدل على ذلک بالرواية الدالة على أن «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»(١٢). وغير خفى: أنّ كلاّ منها لا يصلح أن يكون دليلاً.

ص: ١٢٥

١- (٥٦٠) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات / فى شرائطه ٤٣٦/١٩.

٢- (٥٦١) مسالک الأفهام: إحياء الموات / فى الأرضين ٤١٩/١٢.

٣- (٥٦٢) مغنى المحتاج ٣٦٦/٢.

٤- (٥٦٣) قواعد الأحكام: إحياء الموات / فى الأراضى ٢٦٩/٢.

٥- (٥٦٤) تقدّم المصدر آنفا.

٦- (٥٦٥) كالروضة البهيّة: كتاب إحياء الموات ١٦٠/٧.

٧- (٥٦٦) الجواهر ٨٢/٣٩ و ٨٣ (٥٧/٣٨).

٨- (٥٦٧) كما فى مفاتيح الشرائع ٢٨/٣ على أنّه يفيد الاولوية تبعا للعلاّمة فى تذكرة الفقهاء ٤٣٥/١٩؛ وفى مجمع البرهان ٤٩٢/٧ كأنّه اجماعىٌّ.

٩- (٥٦٨) رياض المسائل ١١٢/١٤ (٣٥١/١٢).

١٠- (٥٦٩) تذكرة الفقهاء ٤٣٦/١٩.

١١- (٥٧٠) المسالک ٤١٩/١٢.

١٢- (٥٧١) سنن أبى داود ١٧٧/٣، ح٣٠٧١؛ تلخيص الحبير ٦٣/٣، ح١٢٩٦؛ وسنن البيهقى ١٤٢/٦.

أمّا الإجماع: فهو غير متحقّق لوجود المخالف فى المسألة وعلى تقدير تسليم تحققه فهو إجماع منقول وقد حقّق فى الأصول أنّه لا دليل على اعتباره.

وأمّا ما عن العلاّمة والشهيد الثانى من الملازمة بين كون الأحياء مفيدا للملك وكون التحجير مفيدا للاولوية فلا دليل عليه أصلاً إلاّ أن يكون نظرهما إلى أنّ بناء العقلاء قائم على ذلک وهو غير بعيد، كما سوف نشير إليه.

وأمّا الرواية فلم نعثر عليها من طرق الخاصة، وإنّما هى مروية من طرق العامة، وعليه فلا أثر لها أصلاً. على أنّها لو ثبتت لكان حالها حال روايات الإحياء الظاهرة فى إفادة الملک، وهى مقطوع البطلان على أساس أن التحجير لدى الأصحاب لا يفيد الملک جزما.

فالصحيح فى المسألة أنْ يقال: إنّ الدليل على كون عملية التحجير تمنح حقّ الأولوية لمن يقوم بها أنّما هو سيرة العقلاء وحيث لم يرد ردع عنها من قبل الشرع فهى على أساس ذلک لا محالة تكشف عن إمضاء الشارع لها، فيكون دليلاً فى المسألة.

ثمّ إنّ المتيقن: من تلک السيرة أنّما هو فيما إذا أراد المحجر القيام بعملية الإحياء، وهذا يعنى _ ان التحجير لدى العرف والعقلاء أنّما يمنح حق الأولوية للمحجرّ على أساس أنّه شروع فى عملية الاحياء وابتداء لها _ .

واما إذا كان قاصدا به السيطرة على مساحة كبيرة من الأرض والاستيلاء عليها _ من دون أن يكون بصدد أحيائها واستثمارها والاستفادة من ثرواتها _ فالظاهر بل المقطوع به أنه لا أثر لتحجيره هذا نهائيا، حيث لم يحرز جريان السيرة من العقلاء على أنّه مفيد لحقّ الأولوية مطلقا حتّى فى هذا الفرض، بل لا يبعد دعوى قيام السيرة منهم على عدم ترتيب أثر عليه على أساس أنّهم يرون أن ذلک يضرّ بالعدالة الاجتماعية، ويوجب الضيق على الآخرين وتفويت حقوقهم.

ومن هنا يعتبر فى كون عملية التحجير مفيدة لحقِّ الأولوية تمكن المحجرّ من القيام بالإحياء والعمارة وإلاّ لم تكن مفيدة له، وأمّا إذا كان متمكنا من القيام به ثمّ زال عنه التمكن فإن كان موقتا لم يزل حقّه عنها وإلاّ زال وجاز للآخر أن يقوم بأحيائها، كما

أنّ الأمر كذلک إذا امتنع من القيام بعملية الإحياء والاستثمار»(١).

٦_ أن لا يكون قد حماه النبى صلى الله عليه و آله

قال الشيخ: «فأمّا الحِمى... وهو أن يحمى قطعة من الأرض للمواشى ترعى فيها والنّاس فى ذلک على ثلاثة أضرب: النبىّ محمّد_ عليه وآله أفضل الصلاة والسلام والبركات _ والأئمّة من بعده _ عليهم أفضل الصلاة والسلام والتحيّات _ وآحاد المسلمين، فأمّا النبىّ صلى الله عليه و آله فكان له أن يحمى لنفسه ولعامّة المسلمين لقوله عليهم السلام لا حمى إلاّ للّه ولرسوله، وروى عنه عليه السلام أنّه حمى النقيع _ بالنون _ وروى نافع عن ابن عمر أنّ النبىّ صلى الله عليه و آله حمى النقيع لخيل المجاهدين ترعى فيه.

فأمّا آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لعامّة المسلمين لقوله عليه السلام لا حمى إلاّ للّه ولرسوله، وهذ خاصّ فى هذا الموضع، وهذان لا خلاف فيهما.

وأمّا الأئمّة الّذين نذهب إلى إمامتهم المعصومون، فإن حموا كان لهم ذلک، لأنّ أفعالهم حجّة ولا يجوز عليهم الخطا والقبيح، وفى المخالفين من قال ليس للإمام أن يحمى لنفسه شيئا، وإن أراد أن يحميه للمسلمين ليس له ذلک، وفيهم من قال له أن يحمى للمسلمين.

فإذا ثبت ذلک فالكلام فى فصلين أحدهما بيان ما يحمى له، والثانى قد ما يحمى.

فأمّا الّذى يحمى له فانّه يحمى للخيل المعدّة لسبيل اللّه، وَنَعَمِ الجزية، ونعم الصدقة والضوالّ.

وأمّا قدر ما يحمى فهو ما لا يعود بضرر على المسلمين، أو بضيّق مراعيهم، لأنّ الإمام لا يفعل عندنا إلاّ ما هو من مصالح المسلمين.

فإذا ثبت هذا فإنّه يحمى القدر الّذى يفضل عنه ما فيه كفاية لمواشى المسلمين فأمّا ما حماه رسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه، لأنّ فعله حجة يجب اتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإنّ غيّره هو أو من

١- (٥٧٢) الأراضى /(١٦١-١٥٩).

بعده من الأئمّة أو أذن واحد منهم لغيره فى إحياء ميّت فأحياه فانّه يملكه فأمّا من يحييه بغير إذنه فإنّه لا يملك به حسب ما قدّمناه»(١).

قال المحقّق: «للنبى صلى الله عليه و آله ، أن يحمى لنفسه ولغيره من المصالح(٢) كالحِمَى لنعم الصّدقة. وكذا عندنا لإمام الأصل. وليس لغيرهما من المسلمين، أن يحمى [لنفسه]. فلو أحياه محى لم يملكه، مادام الحِمَى مستمرّا.

وما حماه النبىُّ صلى الله عليه و آله ، أو الإمام[عليه السلام]، لمصلحةٍ فزالت، جاز نقضه؛ وقيل: ما يحميه النبىّ صلى الله عليه و آله خاصّةً، لا يجوز نقضه لأنّ حماه كالنصّ»(٣).

وقال العلاّمة: «السادس: أن يحمى بقعةً من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر النّاس من الرعى فيها.

والحمى قد كان لرسول اللّه صلى الله عليه و آله لخاصّ نفسه وللمسلمين؛ لما روى عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله أنّه قال: «لا حمى إلاّ للّه ولرسوله»(٤).

ولكنّه عليه السلام لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع _ بالنون _ لإبل الصدقة ونَعَم الجزية وخيل المجاهدين فى سبيل اللّه.(٥)

وعندنا أنّ للإمام أن يحمى لنفسه ولإبل الصدقة ونَعَم الجزية وخيل المجاهدين

١- (٥٧٣) المبسوط ٣/٢٧٠ و ٢٧١.

٢- (٥٧٤) المسالک ١٢/٤٢٠: المراد بالحمى: أن يحمى بقعة من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس من الرعى فيها.

٣- (٥٧٥) الشرائع ٣/٢١٩.

٤- (٥٧٦) مسند أحمد ٤/٦٢٤، ح١٥٩٩٠، و ٥/٢١، ح١٦٢٢١؛ صحيح البخارى ٣/١٤٨؛ سنن أبى داود ٣/١٨٠، ح٣٠٨٣؛ المعجم الأوسط _ للطبرانى _ ٥/١٣٣، ح٤٦٦٩؛ المعجم الكبير _ له أيضا _ ٨/(٩٧-٩٦) ح ٧٤٢٨-٧٤٢٦؛ سنن الدارقطنى ٤/٢٣٨، ح١٢٢؛ المستدرک _ للحاكم _ ٢/٦١؛ السنن الكبرى _ للبيهقى _ ٦/١٤٦.

٥- (٥٧٧) الكافى ٥/٢٧٧، ح٥؛ التهذيب ٧/٤١٤، ح٦٢٥؛ الأموال _ لأبى عبيد _ /٣٠٩؛ مسند أحمد ٢/٣٣٢، ح٦٤٠٢؛ السنن الكبرى _ للبيهقى _ ٦/١٤٦؛ صحيح ابن حبّان _ برتيب ابن بلبان _ ١٠/٥٣٨، ح٤٦٨٣؛ الطبقات الكبرى _ لابن سعد _ ٥/١١.

على حدّ ما كان للنبىّ صلى الله عليه و آله ، وأمّا غيرهما من آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لغيرهم؛ لقوله عليه السلام : «لا حمى إلاّ للّه ولرسوله».

وأنّما قصد به النبىّ صلى الله عليه و آله منع العامّة من الحمى، وذلک لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا مخصبا وافى بكلبٍ على جبلٍ إن كان به، أو على نشزٍ إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب ووقف له من كلّ ناحيةٍ مَنْ يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيةٍ لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن ذلک(١)؛ لما فيه من التضييق على النّاس.

وأمّا الأئمّة عليهم السلام فقد قلنا: إنّهم عندنا فى ذلک بمنزلة النبىّ صلى الله عليه و آله .

ومَنَع الشافعى من تجويز الحمى لخاصّ نفسه، فإن حمى لنفسه لم يكن له ذلک.(٢)

وإن أراد أن يحمى للمسلمين فقولان:

أحدهما: ليس له ذلک؛ لقوله عليه السلام : «لا حمى إلاّ للّه ولرسوله» ولأنّه لا يحمى لنفسه فلا يحمى لغيره، كالعامّة.

ونقول بموجَب الحديث، فإنّ الإمام قائم مقام الرسول صلى الله عليه و آله ، والمقدّمة الأُولى ممنوعة.

والثانى _ وهو الصحيح عندنا وعندهم _ : [الجواز(٣)] وبه قال مالک وأبوحنيفة؛ [لأنّ(٤)] عمر بن الخطّاب حمى موضعا وولّى عليه مولى له يقال له: هُنَى، فقال: يا هُنَى اضمم جناحک للناس، واتّق دعوة المظلوم، فإنّ دعوة المظلوم مجابة، وأدخل ربَّ

١- (٥٧٨) كما فى الأُم ٤٧/٤؛ ومختصر المزنى /١٣١؛ ونهاية المطلب ٢٨٩/٨؛ والعزيز شرح الوجيز ٢٢٠/٦؛ والمغنى ١٨٥/٦؛ والشرح الكبير ٦/(٢٠٣-٢٠٢).

٢- (٥٧٩) الحاوى الكبير ٤٨٣/٧؛ المهذّب _ الشيرازى _ ٤٣٤/١؛ نهاية المطلب ٢٨٨/٨؛ الوجيز ٢٤٢/١؛ التهذيب _ للبغوى _ ٤٩٢/٤؛ البيان ٤٢٧/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٢٠/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٧/٤.

٣- (٥٨٠) ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز، وفاقا لما فى بقيّة المصادر.

٤- (٥٨١) بدل ما بين المعقوفين فى النُّسَخ الخطّيّة والحجريّة: «إنّ». والمثبت يقتضيه السياق.

الصُّرَيْمة وربَّ الغُنَيمة(١)، إيّاک ونَعَم ابن عفّان ونَعَم ابن عوف، فإنّهما إن تهلک ماشيتهما يرجعا إلى نخلٍ، وزرعٍ، وإنّ ربَّ الصُّرَيْمة والغُنَيمة إن تهلک ماشيته يأتنى بعياله فيقول: يا أميرالمؤمنين أفتاركهم [أنا(٢)] لا أبا لک لا أبا لک(٣)، فالماء والكلأ أهون علَىَّ من الدينار والدرهم، وأيم اللّه إنّهم ليقولون: إنّها لبلادنا التى قاتلنا عليها فى الجاهليّة وأسلمنا عليها فى الإسلام، ولو لا الخيل التى أحمل عليها فى سبيل اللّه لما حميتُ من بلاد الإسلام شبرا.(٤)

وهو إجماع منهم، ولأنّ ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمّة فيه مقام النبىّ صلى الله عليه و آله [وقد روى عن النبىّ صلى الله عليه و آله (٥)] أنّه قال: «ما أطعم اللّه نبيّا طعمةً إلاّ جعلها طعمةً لمن بعده»(٦) وأمّا الخبر فمخصوص(٧)»(٨).

وقال السيّد العاملى فى شرح كلام العلامة فى القواعد: «وفى حكم الإقطاع

١- (٥٨٢) الصُّرَيمة تصغير الصِّرمة، وهى القطيع من الإبل والغنم، والغُنَيمة تصغير الغنم، يريد: أدخل صاحبَ الإبل القليلة والغنم القليلة فى الحمى والمرعى. النهاية _ لابن الأثير _ ٢٧/٣ «صرم».

٢- (٥٨٣) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

٣- (٥٨٤) جملة «لا أبا لک» غير مكرّرةٍ فى المصادر.

٤- (٥٨٥) الموطّأ ١٠٠٣/٢، ح١؛ صحيح البخارى ٨٧/٤؛ السنن الكبرى _ للبيهقى _ ١٤٧/٦؛ الأُم ٤٦/٤ و ٤٨؛ التهذيب _ للبغوى _ ٤٩٢/٤؛ البيان ٤٢٨/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٢٠/٦.

٥- (٥٨٦) ما بين المعقوفين أثبتناه من المغنى ١٨٧/٦؛ والشرح الكبير ٢٠٤/٦.

٦- (٥٨٧) مسند أحمد ٩/١، ح١٥؛ سنن أبى داوُد ١٤٤/٣، ح٢٩٧٣.

٧- (٥٨٨) الحاوى الكبير ٤٨٣/٧؛ المهذّب _ للشيرازى _ ٤٣٤/١؛ نهاية المطلب ٢٨٨/٨؛ التهذيب _ للبغوى _ ٤٩٢/٤؛ البيان ٧/(٤٢٨-٤٢٧)؛ العزيز شرح الوجيز ٢٢٠/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٧/٤؛ المغنى ٦/(١٨٧-١٨٦)؛ الشرح الكبير ٦/(٢٠٤-٢٠٣)؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٦٨/٢، ح١١٨٩؛ عيون المجالس ١٨١٧/٤، ح١٢٨٢؛ روضة القُضاة ٥٥١/٢، ح٣٢٦٨ و ٣٢٦٩.

٨- (٥٨٩) تذكرة الفقهاء ١٩/(٤٤٥-٤٤٢).

الحِمى، وهو منع الإمام النّاس عن رعى كلأ ما حماه فى الأرض المباحة ليختصّ به دونهم) قد جعل فى التذكرة(١) والتحرير(٢) والدروس(٣) عدم الحِمى شرطا فى الإحياء المملّك. ومثله جعله فى حكم الإقطاع. ومَن ذكره مستقلاً وبيّن أحكامه أفاد كلامه ذلك. وقد عرّفه المصنّف بما سمعت وبمعناه ما فى التذكرة(٤) هو أن يحمى بقعة من الموات لمواشٍ بعينها ويمنع سائر النّاس من الرعى فيها، وكلاهما غير المعنى اللغوى و العرفى وإنّما أراد بهما بيان المراد منه فى كلام الفقهاء. والتعريف الموافق للّغة والعرف ما فى المبسوط قال: وهو أن يحمى قطعة من الأرض للمواشى ترعى فيها، وقد روى أصحابنا والعامّة عن النبىّ صلى الله عليه و آله أنّه قال: لا حمى إلاّ للّه ولرسوله.(٥) والظاهر أنّ الخبر عامّى، لأنّه ليس موجودا فى الجوامع العظام من كتبنا، ولكنّهم أخذوه مسلّما. وفى التذكرة(٦) وغيرها(٧) أنّه صلى الله عليه و آله قصد منع العامّة من الحِمى، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا مخصبا وافى بكلب على جبل أو على نَشَز إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب، ووقف له من كلّ ناحية مَن يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحية لنفسه ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن ذلك لما فيه من التضييق على النّاس.

وقد نبّه المصنّف بقوله (وهو منع الإمام) على خلاف الشافعى حيث منع على غير النبىّ صلى الله عليه و آله الحِمى لنفسه، واختلف كلامه على قولين(٨) إذا حمى للمسلمين، لأنّ الأئمّة

١- (٥٩٠) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٢/١٩.

٢- (٥٩١) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٨٦/٤.

٣- (٥٩٢) الدروس الشرعية: فى شرائط التملّک بالإحياء ٥٧/٣.

٤- (٥٩٣) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٢/١٩.

٥- (٥٩٤) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧٠/٣.

٦- (٥٩٥) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٣/١٩.

٧- (٥٩٦) تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٩/٤؛ ومسالک الأفهام ٤٢١/١٢.

٨- (٥٩٧) الحاوى الكبير: فى الحمى من إحياء الموات ٤٨٣/٧.

_ صلوات اللّه عليهم _ بمنزلة النبىّ صلى الله عليه و آله عندنا، وهو من ضروريّات مذهبنا.

ونحوه ما فى السرائر(١) وجامع الشرائع(٢) والشرائع(٣) والتحرير(٤) والدروس(٥) حيث قيل فيها: ولإمام الأصل ذلک عندنا. وكيف كان، فمشروعية الحِمى ثابتة بإجماع المسلمين، وستسمع إجماعهم على بعض الخصوصيّات.

قوله: (كما حمى النبىّ صلى الله عليه و آله النقيع) كما ذكر ذلک الخاصّة والعامّة(٦)، وقد روى فى الكافى(٧) والتهذيب(٨) بسندٍ ضعيف بجماعة عن أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن بيع الكلأ والمرعى، فقال: لا بأس، قد حمى رسول اللّه صلى الله عليه و آله النقيع لخيل المسلمين. وهذا الخبر يُستشمّ منه رائحة التقية، لأنّ الجواب غير مطابق للسؤال. والنقيع _ بالنون _ موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء، ومنه أوّل جمعة جُمعت فى الإسلام فى المدينة فى نقيع الخَضِمات بالمعجمتين. وفى الحواشى(٩): أنّه بكسر النون.

قوله: (وللإمام أن يحمى لنفسه) لأنّ الموات ملک له، ومَن ملک أرضا فله حمايتها بلا خلاف كما فى الخلاف(١٠) والغنية(١١). وقد روى العامّة النبىّ صلى الله عليه و آله قال: لا حمى إلاّ للّه

١- (٥٩٨) السرائر: البيع فى أقسام النّاس فى الحمى ٣٨١/٢.

٢- (٥٩٩) الجامع للشرائع: فى إحياء الموات /٣٧٥.

٣- (٦٠٠) شرائع الإسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٩/٣.

٤- (٦٠١) تحرير الأحكام الشرعية: احياء الموات فى أقسام الأراضى ٤/(٤٩٠-٤٨٩).

٥- (٦٠٢) الدروس الشرعية: فى شرائط تملّک الموات بالاحياء ٥٨/٣.

٦- (٦٠٣) السنن الكبرى للبيهقى ١٤٦/٦.

٧- (٦٠٤) الكافى: فى بيع المراعى ٢٧٧/٥، ح٥.

٨- (٦٠٥) تهذب الأحكام: باب بيع الماء و... ١٤١/٧، ح١٠؛ ووسائل الشيعة ٣٣٧/١٧، ح٣، باب ٩ من أبواب إحياء الموات.

٩- (٦٠٦) لم أجده فى الحاشية النجّارية بل فيها /٣٤٧: «النقيع بفتح النون موضع يجتمع فيه الماء فيكثر الخصيب».

١٠- (٦٠٧) الخلاف: إحياء الموات ٥٢٨/٣، مسألة ٦.

١١- (٦٠٨) غنية النزوع: فى إحياء الموات /٢٩٣ و ٢٩٤.

ولرسوله ولأئمّة المسلمين.(١) وفى المبسوط أنّ للنبىّ صلى الله عليه و آله أن يحمى لنفسه ولعامّة المسلمين بلا خلاف.(٢) وفى التذكرة: لكنّه لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع لأبل الصدقة ونَعَم الجزية وخيل المجاهدين.(٣) وغرض المصنّف هنا بيان أنّ الإمام كالنبىّ صلى الله عليه و آله ، وأنّ له وللنبىّ صلى الله عليه و آله أن يحمى لنفسه ولغيره. وممّا ذكر فيه أنّه له أن يحمى لنفسه المبسوط(٤) والغنية(٥) والسرائر(٦) والجامع للشرائع(٧) والشرائع(٨) والتحرير(٩) لكن فى المبسوط والسرائر عند بيان ما يحمى له لم يذكر الحِمى لنفسه وإنّما ذكر الأربعة الآتية، ولم يذكره

فى الوسيلة(١٠) أصلاً، وظاهره الحصر فى الأربعة، ولعلّه لأنّه لم يفعله صلى الله عليه و آله وإلاّ فالمعصوم قوله وفعله حجّة، على أنّه مالک وللمالک أن يفعل فى ملكه ما يشاء.

قوله: (ولنَعَم الصدقة الضوالّ) والخيل المعدّة لسبيل اللّه ونَعَم الجزية كما فى المبسوط(١١) والوسيلة(١٢) والغنية(١٣) والسرائر(١٤)

١- (٦٠٩) لم نظفر على عبارة الحديث فى كتب حديث العامّة ولا الخاصّة إلاّ على قوله صلى الله عليه و آله : لا حمى إلاّ للّه ولرسوله. نعم رواه الشيخ فى الخلاف ٥٢٨/٣ وابن زهرة فى الغنية /٢٩٤.

٢- (٦١٠) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧٠/٣.

٣- (٦١١) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٣/١٩.

٤- (٦١٢) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧٠/٣.

٥- (٦١٣) غنية النزوع: فى إحياء الموات /٢٩٣ و ٢٩٤.

٦- (٦١٤) السرائر: البيع فى أقسام النّاس فى الحمى ٣٨١/٢.

٧- (٦١٥) الجامع الشرائع: فى إحياء الموات /٣٧٥.

٨- (٦١٦) شرائع الإسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٩/٣.

٩- (٦١٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

١٠- (٦١٨) الوسيلة: فى إحياء الموات /١٣٤.

١١- (٦١٩) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧٠/٣ و ٢٧١.

١٢- (٦٢٠) الوسيلة: فى إحياء الموات /١٣٤.

١٣- (٦٢١) غنية النزوع: فى إحياء الموات /(٢٩٤-٢٩٣).

١٤- (٦٢٢) السرائر: فى أحكام الحمى ٣٨١/٢.

وجامع الشرائع(١) والتذكرة(٢) وغيرها(٣)، وزاد فى التذكرة مواشى الضعفاء.

قوله: (وليس لغيره ذلک) ليس لغير النبىّ صلى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام _ وهو المراد من العبارة _ من آحاد النّاس أن يحمى لنفسه ولعامّة المسلمين بلا خلاف كما فى المبسوط(٤) وإجماعا كما فى التحرير(٥) ولا يجوز لغيرهما الحِمى إجماعا كما فى المسالک(٦) وهو كذلک، لأنّ عبارات مَن تعرّض له قد طفحت بذلک، وهو من العامّة إجماع كما فى التذكرة وإن خالف الشافعى فى أحد قوليه، لأنّ عمر بن الخطّاب قد حمى موضعا وولّى عليه هنيّا وأمره أن يدخل ربّ الصريمة وربّ الغنيمة ونهاه أن يدخل فيه نَعَم ابن عفّان وابن عوف.(٧)

وهل لولاته فى النواحى؟ فيه وجهان عند العامّة، والوجه المنع إلاّ بإذنه كما فى التذكرة(٨) ومنه يُعلم حال الفقهاء فى زمن الغيبة.

ولم يذكر المصنّف قدر المحى، وقد قدّر فى المبسوط(٩) والوسيلة(١٠) والسرائر(١١) وجامع الشرائع(١٢) والتذكرة(١٣)

١- (٦٢٣) الجامع للشرائع: فى إحياء الموات /٣٧٥.

٢- (٦٢٤) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٣/١٩.

٣- (٦٢٥) الخلاف: فى الحمى وأحكامه ٥٢٨/٤، مسألة ٧.

٤- (٦٢٦) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧٠/٣ و ٢٧١.

٥- (٦٢٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

٦- (٦٢٨) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٢١/١٢.

٧- (٦٢٩) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٤/١٩.

٨- (٦٣٠) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٣/١٩.

٩- (٦٣١) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧٠/٣ و ٢٧١.

١٠- (٦٣٢) الوسيلة: فى إحياء الموات /١٣٤.

١١- (٦٣٣) السرائر: البيع فى أقسام النّاس فى الحمى ٣٨١/٢.

١٢- (٦٣٤) الجامع للشرائع: فى إحياء الموات /٣٧٥.

١٣- (٦٣٥) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٣/١٩.

والتحرير(١) بما لا يعود بضرر على المسلمين ولا يضيّق مراعيهم. ولعلّ مَن ترک تركه لظهور أنّ المعصوم لا يحمى إلاّ الأقلّ الّذى لا يبين ضرره على المسلمين.

قوله: (ولا يجوز نقض ما حماه الإمام ولا تغييره) أى اعتباطا من دون إذنٍ منه ولا زوال مصلحة. وهو ممّا لا ريب فيه، وإنّما الخلاف فيما إذا زالت المصلحة كما يأتى، لكنّه قال فى المبسوط(٢) والخلاف(٣) فأمّا ما حماه رسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه، لأنّ فعله حجّة يجب اتّباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيّره هو أو مَن بعده من الأئمّة أو أذن واحد منهم لغيره فى إحياء ميت فأحياه فإنّه يملكه، ولعلّه إليه أشار المحقّق فى الشرائع بقوله: «وقيل ما يحميه النبىّ خاصة لا يجوزنقضه، لأنّ حماه كالنصّ»(٤)، انتهى. وعلى ردّه نبّه فى الدروس بقوله: ولا فرق بين ما حماه النبىّ صلى الله عليه و آله والإمام، لأنّ حِماهما نصّ، إذ لا يحكم الإمام بالاجتهاد عندنا.(٥) والنقض هو الإبطال من رأس، والتغيير قد يكون للبعض، وقد يكون للكلّ.

قوله: (ومَن أحيا منه شيئا لم يملكه مادام الحِمى مستمرّا) كما هو صريح جماعة(٦) وقضية كلام الباقين(٧). وهو ممّا لا ريب فيه أيضا عندنا وعند العامّة.

وقوله: (فإن كان الحِمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء) وجواز نقضه كما جزم به فى الشرائع(٨) والتذكرة(٩) والتحرير(١٠)

١- (٦٣٦) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

٢- (٦٣٧) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧١/٣.

٣- (٦٣٨) الخلاف: فى إحياء الموات ٥٢٩/٣، مسألة ٨.

٤- (٦٣٩) شرائع الإسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٩/٣.

٥- (٦٤٠) الدروس الشرعية: فى شرائط تملّک الموات بالإحياء ٥٨/٣.

٦- (٦٤١) منهم المحقّق فى الشرائع ٢١٩/٣؛ والشهيد الثانى فى المسالک ٤٢١/١٢؛ والسرائر ٣٨٢/٢.

٧- (٦٤٢) كما فى الغنية /٢٩٤؛ والدروس ٥٨/٣؛ ومجمع الفائدة والبرهان ٥٠٠/٧.

٨- (٦٤٣) شرائع الاسلام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٢١٩/٣.

٩- (٦٤٤) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٦/١٩.

١٠- (٦٤٥) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

والحواشى(١) والمسالک(٢). وفى ترجيح فى الإيضاح(٣). وفى المسالک: أنّه فى حِمى الإمام موضع وفاق وفى حِمى النبىّ صلى الله عليه و آله وجهان: أحدهما أنّه كذلک للاشتراک فى المقتضى، والآخر المنع مطلقا، لأنّ حِماه إنّما كان لمصلحة مقطوعة فكان كالنصّ لا يجوز تغييره(٤)، انتهى. وقد سمعت ما فى المبسوط من أنّ ما يحميه النبىّ صلى الله عليه و آله خاصّة لا يجوزنقضه، وما فى الشرائع من نسبته إلى القيل. وهذا لقول لم نجده لأحد من طائفتنا غير الشيخ فى ظاهر المبسوط(٥) وإنّما هو قول للعامّة، قالوا: لأنّه نصّ فلا ينقض بحال، ومنهم مَن قال: إن بقيت الحاجة لم يغيّر، وإن زالت فوجهان: أحدهما وبه قال أبوحنيفة(٦) الجواز لزوال العلّة، وأظهرهما عند الشافعى(٧) العدم، لأنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد، ونحن نقطع أنّ ما فعله مصلحة فلا يرفع القطع بالظنّ.

ويبقى الكلام فى هذا الّذى يجوز له الإحياء والنقض والتغيير، فقد فرض فى الدروس(٨) وجامع المقاصد(٩) وظاهر التحرير(١٠) فى غير الوالى من آحاد النّاس، وقد فرضه فى التذكرة(١١) فى نفسه تارةً بمعنى أنّ الإمام ينقض ما حماه إذا زالت المصلحة وهو الّذى ذكره فى المسالك(١٢) أخيرا.

١- (٦٤٦) الحاشية النجّارية /٣٤٧.

٢- (٦٤٧) مسالک الأفهام: فى شرائط تملّک الموات بالإحياء ٤٢٢/١٢.

٣- (٦٤٨) إيضاح الفوائد: إحياء الموات فى المنافع ٢٣٥/٢.

٤- (٦٤٩) مسالک الأفهام: فى شرائط تملّک الموات بالإحياء ٤٢٢/١٢.

٥- (٦٥٠) المبسوط: فى إحياء الموات ٢٧١/٣.

٦- (٦٥١) كما فى التذكرة ٤٤٦/١٩؛ وانظر روضة الطالبين ٤٥٤/٤.

٧- (٦٥٢) المجموع ٢٣٥/١٥.

٨- (٦٥٣) الدروس الشرعية: فى شرائط تملّک الموات بالإحياء ٥٨/٣.

٩- (٦٥٤) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام المنافع ٣٣/٧.

١٠- (٦٥٥) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

١١- (٦٥٦) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّک بالإحياء ٤٤٦/١٩.

١٢- (٦٥٧) مسالک الأفهام: فى شرائط التملّک بالإحياء ٤٢١/١٢ و ٤٢٢.

وفى احتياج خروجه عن الحِمى حيث يكون المحيى آحاد النّاس إلى حكم الحاكم نظر من تبعيّة المسبّب، لأنّه شرّع لمصلحة وعلّة خاصّة، فإذا زالت العلّة زال المعلول فيرجع إلى أصله من الإباحة، ومن أنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله الإمام عليه السلام بالاجتهاد. وهو كما ترى يمنع ذلک على الحاكم أيضا، وأنّ المحمى لا يثبت بمجرّد المصلحة بل بحكم الإمام، فلا

يزول إلاّ به، لامتناع مناطية الأحكام بالمصالح بل بالوصف، وهو كما ترى أيضا وأنّه قد تعيّن لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة، فلا يتغيّر إلاّ بالنصّ. ولا ترجيح فى الدروس(١) والإيضاح(٢). وربّما قيل(٣): إنّما يجوز الإحياء بإذن الإمام وإذا أذن زال الحِمى فلا حاصل لهذا الفرع. وأُجيب بأنّه نفرض أنّه أذن عليه السلام مطلقا، فيكون شمول الإطلاق لهذا الفرد فرع زوال الحِمى، وعدمه فرع عدمه.

وهل للإمام الثانى إزالة ما حماه السابق لمصلحة زائدة مع بقاء مصلحة المحمى لها؟ وجهان: من أنّها إنّما تعيّنت لجهة مستحقّة، فهى كالمسجد ومن زوال الملك فى المسجد بخلاف الحِمى، فإنّه تابع للمصلحة، وقد يكون غيرها أصلح منها»(٤).

وقال صاحب الجواهر فى شرح كلام المحقّق فى الشرائع: «(وللنبىّ صلى الله عليه و آله) الذى هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم (أن يحمى) بقعة من الأرض الموات (لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقة) والجزية والضوالّ ونحوها، قال فى محكىّ المبسوط: «للنبىّ صلى الله عليه و آله أن يحمى لنفسه ولعامّة المسلمين بلا خلاف»(٥).

(وكذا عندنا لإمام الأصل) الذى هو بمنزلة النبىّ صلى الله عليه و آله فى كلّ ما لم يثبت أنّه من

١- (٦٥٨) الدروس الشرعيّة: فى شرائط تملّک الموات بالإحياء ٥٨/٣.

٢- (٦٥٩) إيضاح الفوائد: إحياء الموات فى المنافع ٢٣٥/٢.

٣- (٦٦٠) القائل والمجيب هو المحقّق الكركى فى جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام المنافع ٣٣/٧.

٤- (٦٦١) مفتاح الكرامة ١٩/(١٠٢-٩٤).

٥- (٦٦٢) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧٠/٣.

خواصّه، بلا خلاف(١) ولا إشكال؛ ضرورة كون الموات لهم عليهم السلام ، وفى النبوىّ: «لا حمى إلاّ للّه ولرسوله»(٢)، وزاد فى آخر:

«ولأئمّة المسلمين»(٣).

والأصل فيه: أنّ الأعزّاء(٤) من العرب إذا انتجع أحد منهم بلدا مخصبا وأتى(٥) (٦) بكلب على جبل إن كان به، أو على نشز إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب، وأوقف من كلّ ناحيةٍ من يسمع صوته بالعوى، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحية لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن ذلک لما فيه من التضييق على النّاس.(٧)

ولا ينافى ذلک ما وقع منه عليه السلام كما فى الخبر عن أبى الحسن عليه السلام : «سألته عن بيع الكلأ والمرعى؟ فقال: لا بأس، قد حمى رسول اللّه صلى الله عليه و آله النقيع(٨) لخيل المسلمين»(٩)؛ فإنّه ليس حمى لنفسه.

ولذا قال فى التذكرة: «إنّه صلى الله عليه و آله لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع لإبل الصدقة ونعم

١- (٦٦٣) كما فى الخلاف: إحياء الموات ٥٢٨/٣، مسألة ٦.

٢- (٦٦٤) سنن أبى داود ١٨٠/٣، ح٣٠٨٣؛ مسند أحمد ٣٨/٤؛ صحيح البخارى ١٤٨/٣؛ المستدرک (للحاكم) ٦١/٢؛ مجمع الزوائد ١٥٨/٤؛ مسند الحميدى ٣٤٤/٢؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) ٣٩١/٥، ح١؛ السنن الكبرى (للنسائى) ٨/٣، ح٥٧٧٥؛ كنزالعمّال ٣٨٣/٤، ح١١٠٢٤؛ الجامع الصغير ٧٤٦/٢، ح٩٨٧٧.

٣- (٦٦٥) البحر الزخّار ٧٧/٥؛ الخلاف: إحياء الموات ٥٢٨/٣، مسألة ٦.

٤- (٦٦٦) الأعزّاء: هم الذين كانت لهم العزّة والهيبة بين القبائل ولا يجْسِروا أحدٌ على ما وقع فى حماهم، ومن مشاهيرهم كُلَيْبُ. وهو من رجال تغلب الأشداء وإليه يُنْسَبُ (حمى كُلَيْب).

٥- (٦٦٧) فى المصادر بدلها: وافى.

٦- (٦٦٨) كذا فى الأصل، والذى يقتضيه السياق: أتى بكَلْبٍ، (بحذف الواو).

٧- (٦٦٩) تحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤٨٩/٤.

٨- (٦٧٠) النقيع: موضع قريب من المدينة. النهاية (لابن الأثير) ١٠٨/٥ (نقع).

٩- (٦٧١) الكافى ٢٧٧/٥، ح٥، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام ١٤١/٧، ح١٠، باب ١٠ بيع الماء؛ وسائل الشيعة ٤٢٣/٢٥، ح٣، باب ٩ من كتاب إحياء الموات.

الجزية وخيل المجاهدين»(١).

وبالجملة: ذلك وإن كان جائزا له ولكن لم يفعله لنفسه إيثارا للغير، وما وقع منه صلى الله عليه و آله إنّما هو للمسلمين، ولعلّ ذكر المصنّف الإمام عليه السلام تنبيها على ما يحكى عن الشافعى: من اختصاص ذلك بالنبىّ(٢) صلى الله عليه و آله (و) فيه: أنّه لا دليل على أنّه من خواصّه، بل الخبر المزبور المروى فى طرقهم دالّ على خلافه.

نعم (ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمى)(٣) بلا خلاف كما عن المبسوط(٤)، بل إجماعا فى المسالك(٥) ومحكىّ التحرير(٦). وما وقع من عمر بن الخطّاب من أنّه قد حمى موضعا وولّى عليه رجلاً،(٧) لا حجّة فيه، بل هو مخالف لما عرفت.

وما فى الخبر المزبور _ الذى لا مطابقة فيه بين الجواب والسؤال ظاهرا إلاّ على تكلّف _ محمول على ما إذا كان المرعى ملكا للحامى لأنّ الأرض أرضه، كما أُومئ إليه فى بعض المعتبرة، قال فيه: «إنّ لنا ضياعا ولها حدود وفيها مراعى، ولرجلٍ منّا غنم وإبل يحتاج إلى تلك المراعى لإبله وغنمه، أيحلّ له أن يحمى ويصيّر ذلك إلى ما يحتاج إليه. فقلت: الرجل يبيع المراعى؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»(٨).

اللّهمّ إلاّ أن يكون نائبا خاصّا عنهما فى ذلک، بل يقوى جوازه لنائب الغيبة أيضا إن

۱- (٦٧٢) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات / فى شرائطه ٤٤٣/١٩.

۲- (٦٧٣) روضة الطالبين ٤٥٣/٤؛ الحاوى الكبير ٤٨٣/٧؛ المغنى (لابن قدامة) ١٦٧/٦؛ المجموع ٢٣٤/١٥ و ٢٣٦؛ مغنى المحتاج ٣٦٩/٢.

۳- (٦٧٤) فى نسخة الشرائع ٢١٩/٣ بعدها إضافة «لنفسه» مجعولةً فى نسخة المسالک بين معقوفتين.

٤- (٦٧٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧٠/٣.

٥- (٦٧٦) مسالک الأفهام: إحياء الموات / فى الأرضين ٤٢١/١٢.

٦- (٦٧٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

۷- (٦٧٨) مختصر المزنى /١٣١؛ المسند (للشافعى) /٣٨١؛ سنن البيهقى ٦/(١٤٧-١٤٦)؛ كنزالعمّال ٣/(٩٢١-٩٢٠)، ح ٩١٧٠-٩١٦٨؛ نصب الراية ٢٧٠/٤؛ تاريخ دمشق ٣٤١/٤٤.

۸- (٦٧٩) الكافى: المعيشة ٢٧٦/٥، ح٢، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام: التجارات ١٤١/٧، ح٨، باب ١٠ بيع الماء؛ وسائل الشيعة ٣٧١/١٧، ح١.

لم نقل: إنّه من خواصّ الإمامة، أمّا غيره من سائر النّاس فلا إشكال فى عدم الجواز؛ لما عرفت، مضافا إلى مفهوم الخبر المزبور وغيره ممّا دلّ على اعتبار كون الأرض أرضا له فى جواز الحمى، لا إذا كانت مباحة مندرجة فيما دلّ(١) على اشتراک النّاس فى النار والماء والكلأ.

وعلى كلّ حال (ف_)لا خلاف أجده(٢) فى أنّه (لو أحياه محيٍ لم يملكه ما دام الحمى مستمرّا) إذ المراد بالحمى هو منع النّاس عن التعرّض لبعض الأراضى التى لا تضيق على المسلمين برعى أو غيره لأجل كلئها، ولا ريب فى اقتضاء ذلک عدم جواز الإحياء وعدم ترتّب الملک لو فعل؛ لعدم

الإذن بل النهى، ولعلّه لذا تركه بعضهم فى الشرائط، وإن كان من ذكره شرطا قد لاحظ عدم تملّكه بالإحياء، فيكون الجميع متّفقين على الحكم المزبور.

بل لا يجوز نقض الحمى ولا تغييره لأحدٍ غيرهم عليهم السلام من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحة.

(و) إنّما الكلام فى أنّ (ما حماه النبىّ صلى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام لمصلحة فزالت) هل يجوز نقضه؟ ففى المتن: (جاز نقضه) كما هو خيرة الفاضل(٣) والشهيدين(٤) والكركى(٥)؛ للأصل وغيره.

(وقيل: ما يحميه النبىّ صلى الله عليه و آله خاصّة لا يجوز نقضه؛ لأنّ حماه كالنصّ) الذى لا يجوز الاجتهاد فى مقابلته.

١- (٦٨٠) انظر: وسائل الشيعة ٤١٧/٢٥، باب ٥ من كتاب إحياء الموات.

٢- (٦٨١) يظهر الإجماع من مفتاح الكرامة: إحياء الموات / فى الأراضى ١٠٠/١٩.

٣- (٦٨٢) قواعد الأحكام: إحياء الموات / فى الأراضى ٢٧٠/٢؛ تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤٩٠/٤.

٤- (٦٨٣) الشهيد الأوّل فى الدروس: إحياء الموات / المقدّمة ٥٨/٣؛ والشهيد الثانى فى المسالك: إحياء الموات / فى الأرضين ٤٢٢/١٢.

٥- (٦٨٤) جامع المقاصد: إحياء الموات / فى الأراضى ٣٣/٧.

ولعلّه أشار بذلك إلى ما فى محكىّ المبسوط(١) والخلاف(٢): «فأمّا ما حماه رسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه؛ لأنّ فعله حجّة يجب اتّباعه فيه، وما يفعله

الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيّره هو أو من بعده من الأئمّة أو أذن أحد منهم لغيره فى إحياء ميّت فأحياه فإنّه يملكه...» إلى آخره، وإلاّ فلم نجده لغيره.

نعم، هو قول للعامّة(٣) مبنىّ على مذهبهم فى الإمام، ولا ريب فى بطلانه عندنا؛ ضرورة عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا معصومين ولا يحكمان بالاجتهاد.

وهل ينتقض بمجرّد زوال المصلحة، أو لابدّ من التصريح بالنقض؟ وجهان أو قولان، أقواهما الأوّل؛ لأنّ أصل وقوعه مبنىّ على المصلحة فيكفى حينئذٍ زوالها فى زواله، بل لا يبعد جواز تغيير الإمام له لزيادة المصلحة فى غيره فضلاً عن زوالها، واللّه العالم»(٤).

وقال آية اللّه الفياض _ مدظله _ : «إنّ الإسلام لم يعترف بالحمى على أساس أنّه مصدر حقٍّ فى الثروات الطبيعية، حيث أنّه عند العرب فى زمن الجاهلية عبارة عن الاستيلاء والسيطرة على مساحات كبيرة من الأرض بما فيها من الثروات بالقوة والتحكم على الآخرين بحيث يعتبر المسيطر نفسه مالكة لتلك المساحات الكبيرة بما فيها من المصادر والثروات، وقد تقدم فى ضمن الأبحاث السالفة بشكل موسع أنّ الإسلام لم يعترف بأىِّ حقّ فى تلك الثروات والمواد الخام إلاّ على أساس العمل وبذل الجهد فى سبيل الانتفاع بها والاستفادة منها، ولا قيمة للسيطرة عليها نهائيا بدون انفاق عمل.

نعم لا شبهة فى ثبوت حق الحمى فى الإسلام للرسول صلى الله عليه و آله على أساس أن أمر الأراضى بيده صلى الله عليه و آله وله أنْ يتصرف فيها بما يرى فيجوز له صلى الله عليه و آله أنْ يحمى مساحة كبيرة من

١- (٦٨٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧١/٣.

٢- (٦٨٦) الخلاف: إحياء الموات ٥٢٩/٣، مسألة ٨ و ٩.

٣- (٦٨٧) المغنى (لابن قدامة) ١٦٩/٦-١٦٨)؛ الشرح الكبير ١٨٤/٦؛ المجموع ٢٣٩/١٥.

٤- (٦٨٨) الجواهر ٣٩/(٩٥-٩٠) [٣٨/(٦٥-٦١)].

الأرض لمصالح عامة. كما روى أن رسول اللّه قد حمى النقيع لخيل المسلمين، وكذا لاشبهة فى ثبوت هذا الحق للإمام عليه السلام بعده بعين الملاك المزبور، بل لا يبعد ثبوته لنائبه عليه السلام وهو الفقيه الجامع للشرائط فى عصر الغيبة أيضا»(١).

أقول: ثبوت حقّ الحمى للفقيه فى عصر الغيبة محلّ تأمل بل منع كما يظهر من العلاّمة فى التذكرة(٢) وصرح به السيّد العاملى فى المفتاح(٣) وخلافا لصاحب الجواهر(٤) وبعض أساتذتنا(٥) قدس سره وآية اللّه الفياض(٦) _ مدظله _ .

١- (٦٨٩) الأراضى /٤١٦ و ٤١٧.

٢- (٦٩٠) تذكرة الفقهاء ٤٤٦/١٩.

٣- (٦٩١) مفتاح الكرامة ٩٨/١٩.

٤- (٦٩٢) الجواهر ٩٣/٣٩ (٦٣/٣٨).

٥- (٦٩٣) دراسات فى ولاية الفقيه ١٧٤/٤.

٦- (٦٩٤) الأراضى /٤١٧.

حكم الأراضى المفتوحة عنوةً

اشارة

تعرّض الشيخ الأعظم(١) قدس سره «لحكم الأراضى المفتوحة عنوة بمناسبة تعرّضه لحكم الأرضين، فذكر مقدّمة ما حاصله: أنّ الأراضى التى تحت يد الكفّار _ بناءً على المختار من ثبوت الحقّ لهم أيضا بالإحياء _ يكون لهم إمّا ملكا أو حقّا على الخلاف، فإن بقوا على كفرهم كانت الأراضى كبقيّة أموالهم من النقود وغيرها(٢). كما أنّهم إذا أسلموا طوعا كانت الأراضى لهم كما تكون لغيرهم من المسلمين. وإذا انجلوا عنها بدون قهر إمّا خوفا أو لغيره أو ماتوا جميعا ولم يبق لهم وارث، كانت الأراضى من الأنفال ومن الأراضى التى لا ربّ لها، فتكون للإمام عليه السلام . وإذا انجلوا عنها قهرا وغلبةً صارت الأراضى خراجيّة، ويعبّر عنها ب_ «المفتوحة عنوة» وهى ملك للمسلمين بالمعنى المتقدّم، أى تصرف منافعها فى مصالحهم.

وهناك قسم خامس يسمى ب_ «الأراضى الصلحيّة» تارة و«الخراجيّة» أُخرى، وهى التى يصالح الوالى عليها مع الكفّار، وهى تكون تابعة لكيفيّة المصالحة وجعل الوالى، فإن صالحهم على أن تكون الأراضى ملكا لهم ويؤدّون الخراج كانت مملوكةً لهم، وإن صالحهم على أن تكون الأراضى ملكا للمسلمين ويؤدّون الخراج فكذلك»(٣). ويأتى تفصيل ذلك فانتظر.

١- (٦٩٥) المكاسب ١٨/٤.

٢- (٦٩٦) ويزول ملكه بما يزول به ملك المسلم كما يزول بالاغتنام أيضا (الأحمدى).

٣- (٦٩٧) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٢٨/٣.

إجماع فقهائنا فى المسألة وخلاف العامة فيها

قال الشيخ فى التعريف بها وحكمها: «والضرب الآخر من الأرضين، ما أُخذ عنوة بالسّيف، [من الكفار] فإنّها تكون للمسلمين بأجمعهم. وكان على الإمام أن يقبّلها لمن يقوم بعمارتها بما يراه من

النّصف أو الثُّلث أو الرّبع. وكان على المتقبّل إخراج ما قد قبل به من حقّ الرّقبة، وفيما يبقى فى يده وخاصّه العشر أو نصف العشر.

وهذا الضّرب من الأرضين لا يصحّ التّصرّف فيه بالبيع والشّرى والتملّک والوقف والصّدقات. وللإمام أن ينقله من متقبّل إلى غيره عند انقضاء مدّة ضمانه، وله التّصرّف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين. وهذه الأرضون للمسلمين قاطبة، وارتفاعها يقسم فيهم كلّهم: المقاتلة، وغيرهم. فإن المقاتلة ليس لهم على جهة الخصوص إلاّ ما تحويه العسكر من الغنائم»(١).

أقول: قد مرّت عبارة الشيخ فى جهاد المبسوط(٢) فى الكتاب(٣) فلا نعيده.

وقال العلاّمة فى جهاد التذكرة: «الأرض المأخوذة بالسيف عَنْوةً يُقبّلها الإمام لمن يقوم بِعِمارَتِها بما يراه من النصف وغيره، وعلى المتقبّل إخراج مال القبالة وحقّ الرقبة، وفيما يفضل فى يده إذا كان نصابا العُشْر أو نصفه، فلا يصحّ التصرّف فى هذه الأرض بالبيع والشراء والوقف وغير ذلک.

وللإمام أن ينقله من متقبّلٍ إلى غيره إذا انقضت مدّة قبالته، وله التصرّف فيه بما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وفى مصالحهم؛ لقول الرضا عليه السلام : «وما أُخذ بالسيف فذلک للإمام يُقبّله بالذى يرى، كما صنع رسول اللّه صلى الله عليه و آله بخيبر، قبّل أرضها ونخلها، والنّاس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبّل رسول اللّه صلى الله عليه و آله خيبر، وعليهم فى حِصَصِهم العُشْر

١- (٦٩٨) النهاية /١٩٤ و ١٩٥.

٢- (٦٩٩) المبسوط ٣٣/٢ و ٣٤.

٣- (٧٠٠) الآراء الفقهية ٤٤٠/٣ و ٤٤١.

أو(١) نصف العشر»(٢).

إذا عرفت هذا، فإنّ هذه الأرض للمسلمين قاطبة إن كانت محياةً وقت الفتح، لا يصحّ بيعها ولا هبتها ولا وقفها، بل يصرف الإمام حاصلها فى المصالح، كسدّ الثغور ومعونة الغزاة وبناء القناطر وأرزاق القضاة والوُلاة وصاحب الديوان وغير ذلک من المصالح.

وأمّا الموات منها وقت الفتح فهى للإمام خاصّة، ولا يجوز لأحد إحياؤه إلاّ بإذنه إن كان ظاهرا. ولو تصرّف فيها أحد من غير إذنه، كان عليه طسقها، وحال الغيبة يملكها المتصرّف من غير إذن؛ لأنّ عمر بن يزيد روى ـ فى الصحيح ـ أنّه سمع رجلاً يسأل الصادقَ عليه السلام عن رجل أخذ أرضا مواتا تركها أهلها فعمّرها وأكرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجرا، قال: فقال أبوعبداللّه عليه السلام : «كان أميرالمؤمنين عليه السلام يقول: مَنْ أحيى أرضا من المؤمنين فهى له، وعليه طسقها يؤدّيه إلى الإمام فى حال الهدنة، فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطّن نفسه على أن تؤخذ منه»(٣).

إذا عرفت هذا، فإذا زرع فيها أحد أو بنى أو غرس، صحّ له بيع مالَه فيها من الآثار وحقّ الاختصاص بالتصرّف، لا بيع الرقبة؛ لأنّها ملک المسلمين قاطبةً»(٤).

وقال فى المنتهى: «الأرضون على أربعة أقسام:

أحدها: ما يُملک بالاستغنام ويؤخذ قهرا بالسيف، فإنّها تكون للمسلمين قاطبةً ولا تختصّ بها المقاتلة، بل يشاركهم غير المقاتلة من المسلمين، وكما لا يختصّون بها، كذلک لا يفضّلون، بل هى للمسلمين قاطبةً. ذهب إليه علماؤُنا أجمع وبه قال مالک.(٥)

١- (٧٠١) فى المصدر: «و» بدل «أو».

٢- (٧٠٢) التهذيب ١١٩/٤، ح٣٤٢.

٣- (٧٠٣) التهذيب ١٤٥/٤، ح٤٠٤.

٤- (٧٠٤) تذكرة الفقهاء ١٨٦/٩ و ١٨٧.

٥- (٧٠٥) المدوّنة الكبرى ٢/(٢٧-٢٦)؛ بداية المجتهد ٤٠١/١؛ المنتقى للباجى ٢٢٣/٣؛ الكافى فى فقه أهل المدينة ١٢٩/؛ الأحكام السلطانيّة ١٣٧/٢؛ الحاوى الكبير ٢٦٠/١٤.

وقال الشافعىّ: إنّها تقسّم بين الغانمين، كسائر الأموال.(١) وبه قال أنس بن مالک، والزبير، وبلال.(٢)

وقال قوم: إنّ الإمام مخيّر بين القسمة والوقف على المسلمين. ورواه الجمهور عن علىّ عليه السلام ، وعمر. وبه قال الثورىّ.(٣)

وقال أبوحنيفة: الإمام مخيّر بين ثلاثة: بين قسمتها ووقفها وأن يقرّ أهلها [عليها(٤)] ويضرب عليهم الخراج يصير حقّا على رقبة الأرض لا يسقط بالإسلام.(٥)...

مسألة: وهذه الأرض المأخوذة بالسيف عنوة يقبّلها الإمام ممّن يقوم بعمارتها بما يراه من النصف أو الثلث، وعلى المتقبّل إخراج مال القبالة وحق الرقبة، وفيما يفضل فى يده إذا كان نصابا، العشر أو نصف الشعر، وهذا الضرب من الأرضين لا يصحّ التصرّف فيها بالبيع والشراء والوقف وغير ذلک، وللإمام أن ينقله من متقبّل إلى غيره إذا انقضت مدّة ضمانه وله التصرّف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وإلى مصالحهم، وليس للمقاتلة خصوصا، إلاّ ما يحويه العسكر»(٦).

وقال سيّد المفتاح: «الضرب الرابع: الأرض الّتى فُتحت عنوةً، وهذه للمسلمين قاطبةً بإجماع علمائنا قاطبةً، وقد نقل الإجماع على ذلک فى الخلاف(٧) والتذكرة(٨)

١- (٧٠٦) الأُمّ ١٨١/٤؛ الحاوى الكبير ٢٦٠/١٤؛ حلية العلماء ٦٧٧/٧؛ الميزان الكبرى ١٨٤/٢؛ رحمة الأُمة بهامش الميزان الكبرى ١٨٣/٢؛ الأحكام السلطانيّة ١٣٧/٢.

٢- (٧٠٧) الشرح الكبير بهامش المغنى ٥٣٢/١٠؛ الأموال لأبى عبيد /٦٩.

٣- (٧٠٨) حلية العلماء ٦٧٨/٧؛ الشرح الكبير بهامش المغنى ٥٣٢/١٠.

٤- (٧٠٩) أثبتناها من بعض المصادر.

٥- (٧١٠) المبسوط للسرخسىّ ٣٧/١٠؛ بدائع الصنائع ١١٨/٧؛ الهداية للمرغينانىّ ١٤١/٢؛ شرح فتح القدير ٥/(٢١٧-٢١٥)؛ تبيين الحقائق ٩٦/٤؛ مجمع الأنهر ٦٤٠/١؛ الحاوى الكبير ٢٦٠/١٤؛ حلية العلماء ٦٧٨/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٤٤٧/١١.

٦- (٧١١) منتهى المطلب ١٤/(٢٥٦-٢٥٣).

٧- (٧١٢) الخلاف: فى الزكاة ٥٣٥/٥، مسألة ٢٣.

٨- (٧١٣) تذكرة الفقهاء: فى إحياء الموات ٣٧٠/١٩.

والمنتهى(١)، كسواد العراق وبلاد خراسان والشام ومكّة المشرّفة على ما عدّة المؤرخّون كما فى المسالك(٢) قلت: وقد عدّ ذلك من ذلك جماعة(٣) من فقهائنا، وزادوا: هوازن(٤)، ووافقنا على ذلك جمهور العامّة كما ستعرف.

وقد اختلفوا فى مكّة زادها اللّه تعالى شرفا، وكونها مفتوحةً عنوةً هو الظاهر من المذهب كما قاله الشيخ فى المبسوط(٥) وجماعة(٦). وفى الخلاف(٧) الإجماع على ذلك.

وعن بعض(٨) كتب التواريخ المعتمدة أنّ الحيرة من أرض العراق _ وهى بلدة قرب الكوفة وأُخرى قرب عانة(٩) _ فُتحت صلحا، وأنّ نيسابور من بلاد خراسان فُتح صلحا، وقيل: عنوةً، وبلخ منها، وهراة وقوشيح والتوابع فُتح صلحا وبعض عنوةً.

وأمّا بلاد الشام ونواحيه فحكى أنّ حلب وحماة وطرابلس فُتح صلحا، وأنّ دمشق فُتح بالدخول من بعض غفلةً بعد أن كانوا طلبوا الصلح من غيره، وأنّ أهل أصفهان عقدوا أمانا، وأنّ آذربيجان فُتح صلحا، وأنّ أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام، والرى

١- (٧١٤) منتهى المطلب: فى الجهاد ٢٥٣/١٤.

٢- (٧١٥) مسالک الأفهام: فى أحكام الأرضين ٥٤/٣.

٣- (٧١٦) كالشهيد الثانى فى حاشية الإرشاد (غاية المراد) ٤٨٨/١؛ والشيخ فى المبسوط ٢/(٣٤-٣٣)؛ والعلاّمة فى التذكرة ١٨٤/٩.

٤- (٧١٧) قبيلة من قيس وأرضهم قريبة من الطائف (منه قدس سره).

٥- (٧١٨) المبسوط: فى الجهاد ٣٣/٢.

٦- (٧١٩) منهم العلاّمة فى تذكرة الفقهاء: فى الجهاد ١٨٨/٩.

٧- (٧٢٠) الخلاف: فى السير ٥٢٧/٥، مسألة ١٣.

٨- (٧٢١) الناقل _ الّذى نقل عنه الشارح هذه العبارة الطويلة _ على الظاهر هو البحرانى فى حدائقة: ١٨/(٣١٠-٣٠٩)، فراجع.

٩- (٧٢٢) هى اليوم تابعةٌ لمحافظة الأنبار، من محافظات العراق الغربيّة.

فُتح عنوةً، بل قيل(١): إنّ أكثر بلاد الإسلام فُتحت عنوةً.

ويثبت كونها مفتوحة عنوة بنقل مَن يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرّخين. وقد جعل بعضهم(٢) من الأدلّة ضرب الخراج من الحاكم وإن كان جائرا وأخذ المقاسمة من ارتفاعها عملاً بأنّ الأصل فى تصرّفات المسلمين الصحّة، إذ الظاهر أنّ أخذ الخراج من ذلک البلد إذا كان مستمرّا فى الأعصار لم يكن شيئا حادثا من بعض سلاطين الجور بل كان شيئا مستمرّا من الصدر الأوّل من غير نكير، إذ

لو كان حادثا لنقل فى كتب التواريخ والأخبار. وفى نقل من نقل عمّن نقل من علمائنا وغيرهم بلاغ كما عرفت وستعرف.

وفى المبسوط(٣) أنّ هذه الأرض لا يصحّ التصرّف فيها ببيعٍ ولا شراءٍ ولا هبةٍ ولا معاوضةٍ ولا تمليكٍ ولا إجارةٍ ولا إرث، ولا يصحّ أن تبنى دورا ومنازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلک من أنواع التصرّف، ومتى فعل شيء (شيئا _ خ ل) من ذلک كان التصرّف باطلاً. وفى موضعين(٤) آخرين منه ذكر نحو ذلک. ومثل ذلک ما فى النهاية(٥) والغنية(٦) والشرائع(٧) فى موضعين منها والنافع(٨) والتذكرة(٩) فى موضع منها والكتاب(١٠) فى الجهاد والإرشاد(١١) وموضع (وموضعين _ خ ل) من التحرير(١٢)

١- (٧٢٣) القائل هو الشهيد الثانى فى الروضة: فى إحياء الموات ١٣٦/٧.

٢- (٧٢٤) كالسيّد الطباطبائى فى رياض المسائل: فى أحكام الأرضين ١١٩/٨ من طبعة آل البيت.

٣- (٧٢٥) المبسوط: فى الجهاد ٣٤/٢.

٤- (٧٢٦) المبسوط: فى الزكاة ٢٣٥/١، وأمّا الموضع الثانى فلم نعثر عليه فراجع لعلّک تجده إن شاء اللّه.

٥- (٧٢٧) النهاية: فى الزكاة فى أحكام الأرضين /(١٩٥-١٩٤).

٦- (٧٢٨) غنية النزوع: فى الجهاد /٢٠٤.

٧- (٧٢٩) شرائع الإسلام: فى أحكام الأرضين ٢٩٣/١، وفى إحياء الموات ٢١٥/٣.

٨- (٧٣٠) المختصر النافع: فى الجهاد /١١٤.

٩- (٧٣١) تذكرة الفقهاء: فى الجهاد ٩/(١٨٧-١٨٦).

١٠- (٧٣٢) قواعد الأحكام: فى الجهاد ٤٩٣/١.

١١- (٧٣٣) إرشاد الأذهان: فى الجهاد ٣٤٧/١.

١٢- (٧٣٤) تحرير الأحكام الشرعية: فى الجهاد ١٧٠/٢، وفى إحياء الموات ٤٨٢/٤.

والمنتهى(١) وهو ظاهر المراسم(٢) والوسيلة(٣).

وفى موضع آخر من التذكرة(٤) والتحرير(٥) أنّه يجوز بيعها تبعا لآثار التصرّف، ونحوه ما فى السرائر(٦)

١- (٧٣٥) منتهى المطلب: فى الجهاد ٢٥٦/١٤.

٢- (٧٣٦) المراسم: فى ذكر حكم مَن أسلم /١٤٢.

٣- (٧٣٧) الوسيلة: فى أحكام الأرضين /١٣٢، وفى الجهاد /٢٠٢.

٤- (٧٣٨) تذكرد الفقهاء: فى العوضين ٣٩/١٠.

٥- (٧٣٩) الموجود فى التحرير لا يوافق المحكىّ عنه فى الشرح، فإنّه قال: ولا يصحّ بيع الأرض المفتوحة عنوةً بل يجوز بيع آثاره فيها كالبناء والغراس وماء البئر لمن استنبطه، وماء النهر لمن حفره يجوز بيعه على كراهية، انتهى. وهذه العبارة كما ترى صريحة فى عدم جواز بيع رقبة الأرض، فراجع تحرير الأحكام الشرعية: فى عقد البيع ٢٧٩/٢.

٦- (٧٤٠) المذكور فى السرائر فى موضعين هو المنع من بيع الأرض المفتوحة عنوةً والأرض المحياة، قال فى الجزء الأوّل فى كتاب الزكاة /٤٧٧: وهذا الضرب من الأرض (أى المفتوحة عنوةً) لا يصحّ التصرّف فيه بالبيع والشراء والوقف والهبة وغير ذلک _ أعنى نفس الرقبة _ فإن قيل: نراكم تبيعون وتشترون وتقفون أرض العراق وقد أُخذت عنوةً؟! قلنا: إنّما نبيع ونقف تصرّفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا فأمّا نفس الأرض لا يجوز ذلک منها، انتهى. وقال فى الجزء الثانى فى كتاب البيع /٣٧٥ فى أحكام الأرض المحياة: قال (أى الشيخ): ومتى أراد المحيى لأرضٍ من هذا الجنس الّذى ذكرناه أن يبيع شيئا منها لم يكن له أن يبيع رقبة الأرض وجاز له أن يبيع ما له من التصرّف منها، انتهى. فأنت

ترى أنّه رحمه الله يصرّح فى الموضعين بعدم جواز بيع الأرض، فراجع لعلّک تجد عبارة له غير ذلک تدلّ على الجواز، فإنّ الكلام الثانى وإن كان محكيّا عن الشيخ إلاّ أنّه لم يعترض عليه ولم يردّ الحكم المذكور فيه بل أيّده فيما يأتى من كلامه فإنّه فى الجزء المذكور /٣٨٠ _ فى الأرض الّتى ورثها وعلم أنّها لغير مورّثه وبعد أن فصّل فى المسألة وروى فيها أخبارا _ قال: فسبيله (أى الأرض المعلوم كونها لغير مورّثه) سبيل اللقطة، فبعد التعريف المشروع يملک التصرّف الّذى ذكره فى الخبر دون رقبة الأرض إذا كانت فى الأرض المفتحة عنوةً، فهذا وجه تأويل هذا الحديث، انتهى. وكيف كان، فالموضع الّذى نسبه الشارح إلى السرائر لم نعرفه.

فى موضع منها

والمختلف(١) والمنتهى(٢) وحواشى الكتاب(٣) واللمعة(٤) والروضة(٥) وقوّاه فى موضع من المسالک(٦) وفى آخر منه(٧) نسبته إلى جمع من المتأخّرين وأنّ العمل عليه.

وفى موضع آخر من السرائر(٨) عند نقله كلام الشيخ: إنّما نبيع ونقف تصرّفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا، فأمّا نفس الأرض فلا يجوز فيها ذلک. قال فى المختلف(٩) بعد نقل ذلک عنه: هذا يشعر بجواز البناء والتصرّف فيها. قلت: ويشعر بأنّ الأرض ليست جزءا من المبيع. وما فى السرائر هنا موافق لما فى الاستبصار(١٠) والتهذيب(١١) حيث جوّز فيهما

١- (٧٤١) مختلف الشيعة: فى الجهاد ٤٢٩/٤.

٢- (٧٤٢) منتهى المطلب: فى أحكام الأرضين ٢٦٢/١٤.

٣- (٧٤٣) لم نعثر عليه فى حواشى الشهيد الموجود لدينا، وحكاه عن بعض الحواشى المنسوبة للشهيد على القواعد فى جامع المقاصد ١١/٧.

٤- (٧٤٤) اللمعة الدمشقية: فى شرائط المبيع /١١١.

٥- (٧٤٥) الروضة البهية: فى شرائط المبيع ٢٤٧/٣.

٦- (٧٤٦) مسالک الأفهام: فى شروط المبيع ١٦٨/٣ وفى الجهاد ٥٦/٣.

٧- (٧٤٧) مسالک الأفهام: فى شروط المبيع ١٦٨/٣ وفى الجهاد ٥٦/٣.

٨- (٧٤٨) السرائر: فى أحكام الأرضين ٤٧٨/١.

٩- (٧٤٩) مختلف الشيعة: فى أحكام الأرضين ٤٢٩/٤.

١٠- (٧٥٠) الاستبصار: فى باب حكم أرض الخراج ١١٠/٣، ذيل ح٣٨٧.

١١- (٧٥١) لم نعثر فى التهذيب على كلامٍ يوافق ما فى السرائر وغيره من عدم جواز بيع الأراضى المفتوحة عنوةً وشرائها، بل كلامه متهافت، ففى موضع من زيادات الخمس والأنفال قال: وأمّا أراضى الخراج وأراضى الأنفال والّتى قد انجلى عنها أهلها فإنّا قد أبحنا التصرّف فيها ما دام الإمام عليه السلام مستترا، فإذا ظهر يرى هو فى ذلک رأيه، فنكون نحن فى تصرّفنا غير آثمين، انتهى، التهذيب ٤/(١٤٤-١٤٣). هذا الكلام أو لاأقل مفهومه أنّ الجائز فى الأراضى الّتى انجلى عنها أهلها والمفتوحة عنوةً هو مجرّد التصرّف غير المنتهية إلى الملک والتمليک. وفى موضع آخر منه فى هذا المقام قال: وأمّا الأرضون الّتى تؤخذ عنوةً أو يصالح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها وبيعها، لأنّ لنا فى ذلک قسما لأنّها أراضى المسلمين وهذا القسم أيضا يصحّ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه، وأمّا الأنفال وما يجرى مجراها فليس يصحّ تملّكها بالشراء والبيع وإنّما أُبيح لنا التصرّف حسب، انتهى، الجزء المذكور /١٤٦. وهذا الكلام صريح فى جواز بيع تلک الأرض وشرائها. وفى موضع آخر من الجزء السابع باب أحكام الأرضين _ بعد أن عقد لها بابا، أعقبه بالأخبار الّتى إذا قيس بعضها ببعض وجمع بينها يدلّ مجموعها على عدم جواز البيع، فما فى الشرح من نسبة جواز بيعها وشرائها إلى الشيخ فى التهذيب لا يمكن المساعدة عليه، فراجع وتأمّل.

بيع ما له من التصرّف دون رقبة الأرض، وحمل الحقّ فى خبر أبى بردة على ذلک أعنى ما له من التصرّف. ولعلّ الخبر دليل المشهور بين المتأخّرين وستسمعه. وفى حواشى الشهيد(١) أنّها إذا بيعت تبعا للآثار يجوز أن تكون مجهولة والأولى أنّها جزء من المبيع فلابدّ من العلم بها أيضا.

وقضية ما فى الدروس(٢) أنّه يَصِحَّ بيعها منفردة فى زمن الغيبة. ونحوه ما فى جامع المقاصد(٣). قال فى الدروس: ولا يجوز التصرّف فى المفتوحة عنوةً إلاّ بإذن الإمام عليه السلام سواء كان بالوقف أو بالبيع وغيرهما، نعم فى حال الغَيبة ينفذ ذلک. وأطلق فى المبسوط أنّ التصرّف فيها لا ينفذ. وقال ابن إدريس: إنّما يباع ويوقف تجيرنا وبناؤنا وتصرّفنا لا نفس الأرض، انتهى ما فى الدروس. وفيه تأمّل، لأنّها ليست ملكا له والبيع والوقف موقوفان على الملک، بل قد قيل: إنّه فى حال الحضور يبعد حصول الإذن بذلک منه عليه السلام إلاّ أن تقضى المصلحة العامّة بذلک كأن يحصل الاحتياج إلى ثمنها أو يجعل قطعة منها مسجدا. وعلى كلّ حال فقول الدروس ليس بذلک البعيد، إذ قد تكون المصلحة فى ذلک مع

١- (٧٥٢) حكاه عن بعض الحواشى المنسوبة إليه على القواعد فى جامع المقاصد ١١/٧ ويظهر أيضا من الحاشية النجّارية (/٣٧) المنسوبة إليه حيث قال: فلو استولى غيرنا من المخالفين عليها فالأصحّ أنّه يملک لشبهة الاعتقاد كالمقاسمة ويملک الذمّى الخمر والخنزير، فحينئذٍ لا يجوز انتزاع ما يأخذه المخالف من ذلک كلّه، انتهى موضع الحاجة، فراجع وتأمّل.

٢- (٧٥٣) الدروس الشرعية: فى الجهاد ٤١/٢.

٣- (٧٥٤) جامع المقاصد: فى إحياء الموات ١١/٧.

غَيبته عليه السلام أو عدم انبساط يده، وقد يؤول ذلک إلى التصرّف فى ما له من الغرس والبناء. ويأتى تنقيح الكلام إن شاء اللّه تعالى.

وفى موضع آخر من السرائر(١) نقلاً عن الشيخ أنّه إذا حجر أرضا ثمّ باعها لم يصحّ بيعها، وفى النّاس من قال: إنّه يصحّ، وهو شاذّ، وأمّا عندنا فلا يصحّ بيعه، لأنّه لا يملک رقبة الأرض بالإحياء وإنّما

يملک التصرّف بشرط أن يؤدّی إلی الإمام ما يلزمه عليها. وكأنّ قوله: «وأمّا عندنا» من كلام ابن إدريس لا من الشيخ، لأنّ النسخة الّتی حضرتنی من السرائر غير نقية من الغلط.

وفی موضع آخر من الدروس لا يجوز بيع المفتوحة عنوةً ولا بيع ما بها من بناء وشجر وقت الفتح. نعم لو جدّد فيها شیء من ذلک جاز بيعه، وربما قيل: ببيعها تبعا لآثاره. وروی أبوبريدة جواز بيع أرض الخراج من صاحب اليد والخراج علی المشتری، وفی رواية إسماعيل بن الفضل(٢) إيماء إليه، انتهی(٣). قلت: قد عرفت وستعرف الحال فی خبر أبی بردة وليس هو أبابريدة، وأمّا رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمی فمنزّلة علی أنّها(٤) اشتری منه آثاره كما ستسمع.

وفی موضع آخر من السرائر فأمّا من قال: لايجوز بيع رباع مكّة ولا إجارتها فصحيح إن أراد نفس الأرض، لأنّ مكّة أُخذت عنوةً بالسيف، فهی لجميع المسلمين لاتباع ولا توقف ولا تستأجر، فأمّا التصرّف والتحجير والآثار فيجوز بيع ذلک وإجارته

١- (٧٥٥) الموجود فی السرائر المطبوع هو النقل عن الشيخ بعدم صحّة البيع فی المقام صريحا، وأنّ قوله «وأمّا عندنا» من كلام الشيخ قال فيه: قال شيخنا أبوجعفر الطوسی رحمه الله : إذا تحجّر أرضا وباعها لم يصحّ بيعها، وفی النّاس من قال يصحّ، وهو شاذّ. قال شيخنا: فأمّا عندنا فلا يصحّ بيعه لأنّه لا يملک رقبة الأرض بالإحياء وإنّما يملک التصرّف بشرط أن يؤدّی إلی الإمام ما يلزمه عليها، انتهی. السرائر ٤٨٣/١، وهذا يطابق ما فی المبسوط ٢٧٣/٣ بعين ألفاظه.
٢- (٧٥٦) وسائل الشيعة ١٢١/١١، ح٤، باب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.
٣- (٧٥٧) الدروس الشرعية: فی المكاسب ١٧٥/٣.
٤- (٧٥٨) كذا فی نسختين والظاهر: أنّه (مصحّحه).

كما يجوز بيع سواد العراق المفتوحة عنوةً(١)، انتهی.

وقد نزّل صاحب المسالک عبارة الشرائع فی باب الجهاد حیث قال: لا یجوز بیعها ولا هبتها ولا وقفها، علی أن المراد لا یصحّ ذلک فی رقبة الأرض مستقلّة، أمّا فعل ذلک بها تبعا لآثار المتصرّف من بناءٍ وغرسٍ وزرعٍ ونحوها فجائز علی الأقوی. قال: فإذا باعها بائع مع شیء من هذه الآثار دخلت فی البیع علی سبیل التبع وکذا الوقف وغیره، وتستمرّ کذلک مادام شیء من الآثار باقیا، فإذا ذهبت أجمع انقطع حقّ المشتری والموقوف علیه وغیرهما عنها، هکذا ذکره جمعٌ وعلیه العمل(۲)، انتهی. وهذا التنزیل ممکن فی کثیر من العبارات لکن بعض عبارات المبسوط(۳) لا یمکن ذلک فیها، فلیتأمّل. وقد نزّل المحقّق الثانی(٤) عبارة القواعد فی عدم التصرّف علی حال الحضور.

وفی المفاتیح لو کان للمتصرّف فیها بناء أو غرس أو زرع جاز بیعه، لأنّه مملوک، وکونه فی أرض الغیر لا یمنع من التصرّف فی ملکه، ونسبه إلی أصحابنا، ثمّ قال: وقیل یجوز بیعها تبعا للآثار المذکورة لا منفردة(٥)، انتهی.

وسواد العراق _ کما ذکره الأصحاب(٦) وغیرهم من العامّة(۷) فی أبواب شتّی کباب الزکاة والجهاد والخمس والبیع والرهن _ هو ما بین عَبّادان والموصل طولاً إلی ساحل البحر. وقیّده بعضهم بکونه من شرقی دجلة. قال: وأمّا الغربی الّذی یلیه البصرة فإنّه

۱- (۷۵۹) السرائر: فی زیادات الحجّ ٦٤٥/۱.

۲- (۷٦۰) مسالک الأفهام: فی أحکام الأرضین ٥٦/۳.

۳- (۷٦۱) المبسوط: فی أحکام أراضی الزکاة ۲۳٥/۱، وفی الجهاد ۳٤/۲.

٤- (۷٦۲) جامع المقاصد: فی إحیاء الموات ۱۱/۷.

٥- (۷٦۳) مفاتیح الشرائع: فی أقسام الأراضی وأحکامها ۲۲/۳.

٦- (٧٦٤) كالشيخ فى المبسوط: فى الجهاد ٢/(٣٤-٣٣)، والعلاّمة فى تذكرة الفقهاء: فى الجهاد ١٨٩/٩، والبحرانى فى الحدائق الناضرة: فى البيع ٣١٠/١٨ نقلاً عن المنتهى ٢٧٠/١٤، والشيخ فى الخلاف: فى الزكاة ٦٨/٢، مسألة ٨٠.

٧- (٧٦٥) الحاوى الكبير: فى السير باب فتح السواد ٢٥٦/١٤.

إسلامى مثل شطّ عثمان بن أبى العاص فإنّ أرضه كانت مواتا فأحياها عثمان بن أبى العاص وما بين طريق القادسية المتصل بِعُذَيْبٍ من أرض العرب ومنقطع جبال حُلْوان عرضا. وسمّيت سوادا لأنّ الجيش لمّا خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف أشجارها فسمّوها سوادا لذلك.

وأمّا خراسان فمن أقصاها إلى كرمان و خوزستان وهمدان و قزوين وما حواليها.

ولم يذكروا تحديد الشام وكتب التواريخ(١) كافلة بذلك»(٢).

وقال صاحب الجواهر: «(كل أرض فتحت عنوةً) بفتح العين وسكون النون: الخضوع(٣)، ومنه قوله تعالى: «وَعَنَتِ الْوُجُوهُ»(٤)، والمراد هنا: القهر والغلبة بالسيف (وكانت محياةً) حال الفتح (فهى للمسلمين قاطبةً) الحاضرين والغائبين والمتجدّدين بولادة وغيرها (والغانمون فى الجملة) لا اختصاص لأحد منهم بشىء منها.

بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بيننا(٥)، وإن توهّم من عبارة الكافى فى تفسير الفىء والأنفال(٦) _ ولعلّه لذا نسب الحكم إلى المشهور فى الكفاية(٧) _ لكنّه فى غير محلّه، كما لا يخفى على من لاحظها.

بل فى الغنية(٨) والمنتهى(٩)

١- (٧٦٦) منها تاريخ بغداد: فى باب الخبر عن السواد ١/(١٢-١١).

٢- (٧٦٧) مفتاح الكرامة ١٣/(٧٤-٦٦).

٣- (٧٦٨) النهاية (لابن الأثير) ٣١٥/٣ (عنا).

٤- (٧٦٩) سورة طه /١١١.

٥- (٧٧٠) انظر المبسوط: الجهاد / حكم ما يغنم وما لا يغنم ٥٦٨/١؛ وغنية النزوع: كتاب الجهاد /٢٠٤؛ وقواعد الأحكام: الجهاد / فى الاغتنمام ٤٩٣/١؛ ومعالم الدين (لابن القطّان): الجهاد / فى الاغتنمام ٢٩٤/١.

٦- (٧٧١) الكافى ٥٣٨/١، كتاب الحجّة، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس.

٧- (٧٧٢) كفاية الأحكام: الجهاد / أحكام الأرضين ٣٧٣/١.

٨- (٧٧٣) غنية النزوع: كتاب الجهاد /٢٠٤ و ٢٠٥.

٩- (٧٧٤) منتهى المطلب: الجهاد / أحكام الأرضين ٢٥٣/١٤.

وقاطعة اللجاج(١) للكركى والرياض(٢) وموضعين من الخلاف(٣) بل والتذكرة(٤) على ما حكى عن بعضها: الإجماع عليه.

بل هو محصّل، نعم عن بعض العامّة: اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم(٥)»(٦).

وقال الشيخ الأعظم: «وإن رفعت يده [الكافر] عنها [الأراضى] قهرا وعنوة، فهى كسائر ما لا يُنقل من الغنيمة _ كالنخل والأشجار والبنيان _ للمسلمين كافّة إجماعا، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف(٧) والتذكرة(٨) وغيرهما(٩)، والنصوصُ به مستفيضة»(١٠).

وقال بعض الأساتذة رحمه الله : «البحث هنا فى الأراضى المفتوحة عنوة وقهرا التى هى قسم من غنائم الحرب. وفى حكمها ما صولح عليها على أنها للمسلمين. ولا إشكال عندنا فى عدم تقسيمها بين المقاتلين، بل يجب أن تبقى وقفا على مصالح المسلمين. وقد تطابقت على ذلك فتاوى أصحابنا ورواياتهم، وإن كانت المسألة خلافية بين فقهاء السنة»(١١).

١- (٧٧٥) قاطعة اللجاج (الخراجيّات): المقدّمة الأُولى /٤٠.

٢- (٧٧٦) رياض المسائل: الجهاد / أحكام الأرضين ١١٤/٨.

٣- (٧٧٧) الخلاف: الزكاة / ٢/(٧٠-٦٧)، مسألة ٨٠؛ وكتاب السيِّر ٥/(٥٣٥-٥٣٤)، مسألة ٢٣.

٤- (٧٧٨) تذكرة الفقهاء: الجهاد / فى الغنائم ٩/(١٨٤-١٨٣).

٥- (٧٧٩) حلية العلماء ٦٧٧/٧؛ الحاوى الكبير ١٤/(٢٦٠-٢٥٩)؛ الميزان الكبرى: ١٨٤/٢؛ الشرح الكبير ٥٤٠/١٠.

٦- (٧٨٠) الجواهر ٢٢/(٢٧٤-٢٧٢) [١٥٧/٢١].

٧- (٧٨١) الخلاف ٢/(٧٠-٦٧).

٨- (٧٨٢) تذكرة الفقهاء ١٨٣/٩.

٩- (٧٨٣) كالغنية /(٢٠٥-٢٠٤)؛ ومنتهى المطلب ٢٥٣/١٤؛ والجواهر ١٥٧/٢١.

١٠- (٧٨٤) المكاسب ١٩/٤.

١١- (٧٨٥) دراسات فى ولاية الفقيه ١٨٢/٣.

مستند فقهاء الطائفة

اشارة

مستندنا عدّة من الروايات الواردة من طرقنا بالأسانيد الصحيحة وبالدلالة الواضحة:

منها: صحيحة أحمد بن محمّد بن أبى نصر قال: ذكرت لأبى الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته، فقال: العشر ونصف العشر على من أسلم طوعا تُركت أرضه فى يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالى فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين،

وليس فيما كان أقل من خمسة أو ساق(١) شيء، وما أُخذ بالسيف فذلک إلى الإمام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول اللّه صلى الله عليه و آله بخيبر قبل أرضها ونخلها، والنّاس يقولان لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول اللّه صلى الله عليه و آله خيبر وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر.(٢)

ونظيرها: خبر صفوان بن يحيى وأحمد بن أبى نصر جميعا قالاً: ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته، فقال: من أسلم طوعا تُركت أرضه فى يده وأُخذ منه العشر ممّا سُقى بالسماء والأنهار، ونصف العشر ممّا كان بالرشاء(٣) فيما عمروه منها وما لم يعمروه منها أخذه الإمام فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين فى حصصهم العشر أو نصف العشر وليس فى أقل من خمسة أوسق شيء من الزكاة، وما أُخذ بالسيف فذلک إلى الإمام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول اللّه صلى الله عليه و آله بخيبر قَبَّلَ سوادها وبياضها _ يعنى: أرضها ونخلها _ ، والنّاس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل وقد قبل رسول اللّه صلى الله عليه و آله خيبر، قال: وعلى المتقبلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر فى حصصهم، ثمّ قال: إنّ أهل الطائف أسلموا وجعلوا عليهم العشر ونصف

١- (٧٨٦) الوسق: ستون صاعا كما فى موثقة سماعة المروية فى وسائل الشيعة ١٨٦/٩، ح١، الباب ٥ من أبواب زكاة الغلات، يعنى الوسق يعادل ١٨٠ كيلو غراما.

٢- (٧٨٧) وسائل الشيعة ١٥٨/١٥، ح٢، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو.

٣- (٧٨٨) الرشاء: الحبل، يعنى ما سقى بالواسطة، أنظر: مجمع البحرين _ رشا _ ١٨٤/١.

العشر، وإنّ مكة دخلها رسول اللّه عنوة وكانوا أُسراء فى يده فأعتقهم وقال: اذهبوا فأنتم الطلقاء.(١)

والرواية ضعيفة الإسناد بعلى بن أحمد بن أشيم لأنّه مجهول وإن صحح العلاّمة المجلسى الرواية فى مرآة العقول(٢) وقبله الوحيد وقال فى شأنه: «حكم خالى العلاّمة(٣) بحسنه لوجود طريق الصدوق إليه، والرواية عنه كثيرة ويؤيده رواية أحمد بن محمّد بن عيسى عنه»(٤). ولكن الحكم بحسنه مشكل جدّا وأمّا إضمار الرواية فلا بأس به بعد أنّ صفوان بن يحيى وأحمد بن محمّد بن أبى نصر البزنطى كليهما من فقهاء أصحاب الإمام أبى الحسن الرضا عليه السلام .

وقال العلاّمة المجلسى: ««والنّاس يقولون» يحتمل: أن يكون مع العامة باعتبار المساقاة فإنّ أباحنيفة منع منها، لكن عامتهم خالفوه فى ذلک حتّى أبى يوسف، أو باعتبار المزارعة وذلک مذهب أبيحنيفة، ومالک، وشافعى وكثيرا منهم. وقد احتجّ العّامة أيضا على أبيحنيفة فى المقامين بخبر خيبر»(٥).

ثمّ «والأراضى المفتوحة عنوة كانت تسمى أراضى خراجية. والخراج والمقاسمة كانا يطلقان على الطَسْق الذى كان يؤخذ منها: فإن كان التقبيل بمال معين بنحو الإجارة سمّى خراجا، وإن كان بسهم مشاع من عائدة الأرض بنحو المزارعة سمّى مقاسمة. وربما أطلق على كليهما الخراج... .

والظاهر أن المراد بقوله عليه السلام : «وما لم يعمروه منها»، هو الموات من الأراضى»(٦).

«والمتبادر من قوله: «وما أخذ بالسيف»، المحياة من أراضيهم لا مطلق الأراضى

١- (٧٨٩) وسائل الشيعة ١٥٧/١٥، ح١.

٢- (٧٩٠) مرآة العقول ٢٦/١٦.

٣- (٧٩١) الوجيزة /٢٣٨، رقم ٢٣٩.

٤- (٧٩٢) منهج المقال ٣١٥/٧ تعليقة رقم ١٣٠٨.

٥- (٧٩٣) مرآة العقول ٢٦/١٦.

٦- (٧٩٤) دراسات فی و لایة الفقیه ١٩٣/٣.

وإن توهم. وهل یراد به طبیعة ما أخذ بالسیف بإطلاقها، أو یکون إشارة إلی خصوص ما أخذ بالسیف من أراضی الکوفة وسواد العراق المذکورة فی السؤال؟ لعلّ الأظهر هو الأوّل.

وقوله: «والنّاس یقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل»، إشارة إلی منع أبی حنیفة للمساقاة، ومنع مالک وأبی حنیفة والشافعی للمزارعة أیضا، والامام علیه السلام استدلّ بعمل النبی صلی الله علیه و آله علی صحة کلا العقدین.

وقد تعرض فی الحدیث لفتح مکة عنوة وأنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله أعتق أهلها، فهل منّ علیهم بأراضیها أیضا أو أنّه أبقاها للمسلمین؟ قد مرَّ من المبسوط قوله: «وإنّما لم یقسم الأرضین والدور لأنّها لجمیع المسلمین، کما نقوله فی کلِّ ما یفتح عنوة»(١).

ولکنّه من المحتمل أنه صلی الله علیه و آله منّ علیهم بها أیضا. وعلیه فلا یتعین إبقاء الأراضی المفتوحة عنوة للمسلمین بل تکون تحت اختیار الإمام کسائر الغنائم کما مرَّ، والإبقاء أحد شقوق اختیاره، فتدبّر»(٢).

ومنها: مرسلة حمّاد الطویلة عن بعض أصحابه عن أبی الحسن علیه السلام _ فی حدیث _ قال: یُؤخذ الخمس من الغنائم فیُجعل لمن جعله اللّه له، ویقسم أربعة أخماس بین من قاتل علیه وولی ذلک، قال: وللإمام صفو المال، أن یأخذ الجاریة الفارهة، والدابة الفارهة، والثوب والمتاع ممّا یحب أو یشتهی، فذلک له قبل قسمة المال وقبل إخراج الخمس، قال: ولیس لمن قاتل شیء من الأرضین ولا ما غَلَبوا علیه إلاّ ما احتوی علیه العسکر، ولیس للأعراب من الغنیمة شیء وإن قاتلوا مع الإمام، لأنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله صالح الأعراب أن یدعهم فی دیارهم ولا یهاجروا علی أنّه إن دهم رسول اللّه صلی الله علیه و آله من عدوه دهم أن یستنفرهم فیقاتل بهم، ولیس لهم فی الغنیمة نصیب، وسنته جاریة فیهم وفی غیرهم، والأرضون التی أُخذت عنوة بخیل أو رکاب فهی موقوفة متروکة فی یدی مَنْ یعمرها

١- (٧٩٥) المبسوط ٣٣/٢.

٢- (٧٩٦) دراسات فى ولاية الفقيه ١٩٤/٣.

ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحقّ النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا ولا يضرّهم ـ إلى أن قال: ـ ويؤخذ بعد ما بقى من العشر فيقسم بين الوالى وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض وأُكرتها فيدفع إليهم أنصباءهم على ما صالحهم عليه، ويأخذ الباقى فيكون بعد ذلک أرزاق أعوانه على دين اللّه، وفى مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام وتقوية الدين فى وجوه الجهاد وغير ذلک مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلک قليل ولا كثير.(١)

«هذه المرسلة قد عمل بها الأصحاب فى الأبواب المختلفة. وحمّاد من أصحاب الإجماع الذين أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنهم. والتعبير عن الشخص المبهم ببعض أصحابنا يشعر بنحو إجلال له، فلعلّ الرواية مع إرسالها لا تنقص عن رواية حسنة. والدلالة على المقصود واضحة.

وقوله عليه السلام : «ليس لنفسه من ذلک قليل ولا كثير»، فالظاهر أنه لا يراد به إلاّ تأكيد كون الأرضين لجميع المسلمين وأنه تصرف عوائدها فى مصالحهم، دفعا لتوهم كون بعضها ملكا لشخص الإمام. وعلى هذا فلا يدلّ على منع استفادة شخصه منها إذا فرض احتياجه إليها، حيث إن سدّ خلاّت الإمام وعائلته من أهمّ مصالح العامة.

ويشهد لذلک الروايات المستفيضة الدالّة على أن النبى صلى الله عليه و آله صرف من عوائد خيبر فى مصارف نفسه وأزواجه. وخيبر فتحت عنوة»(٢).

ومنها: صحيحة محمّد الحلبى قال: سُئل أبوعبداللّه عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد.

فقلت: الشراء من الدهاقين قال: لايصلح إلاّ أن تشترى منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه قال: يرد عليه

١- (٧٩٧) وسائل الشيعة ١١٠/١٥، ح٢، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو.
٢- (٧٩٨) دراسات فى ولاية الفقيه ١٩٦/٣.

رأس ماله وله ما أكل من غلّتها بما عمل.(١)

«تتحدّث الرواية عن حكم أراضى السواد التى سمّيت سوادا لكثرة النخيل والزرع، أو لأنّ الخضرة تقارب السَّواد، وهى الأراضى المفتوحة عنوةً والواقعة فى جنوب العراق ووسطه ووالتى فتحها المسلمون بالخيل والركاب، فقد أجاب الإمام عليه السلام عن حكمها بأنّها «لعامّة المسلمين» وكلمة «المسلمين» جمعٌ محلّى بالألف واللاّم، وعموم افرادى ينحلّ بانحلال العنوان على مصاديقه الخارجيّة المتعدّدة، فالرواية ظاهرة فى أنّ هذه الأراضى مملوكة لعامّة المسلمين فردا فردا، وأنّ كلّ فرد من المسلمين له الإضافة باللاّم إلى الأرض، وقد سبق أن ذكرنا أنّ اللاّم ظاهرة فى الملكيّة بظهور إطلاقى، وإن كانت موضوعة لغةً لمطلق الاختصاص، لكنّها ظاهرة فى الاختصاص المطلق الذى هى الملكيّة. فإذن الرواية ظاهرة فى ثبوت اقتضاء الملكيّة عليها للمسلمين فردا فردا، بعد زوال مالكيّة الكافرين عنها بالغلبة والقهر. هذا فضلاً عن تصريح الإمام عليه السلام بعده بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد»، حيث تفيد هذه الجملة شمول الحكم لجماعةٍ، منهم مَن هو كافرٌ الآن ومسلمٌ لاحقا، ومنهم من هو معدومٌ حين الفتح وسيُخلق ويولد

لاحقا، فظهور الرواية ونصّها يدلاّن على ملكيّة جميع أفراد المسلمين لها، والخصوصيّة التى يتضمّنها النصّ هى ثبوت الملكيّة لمن كان كافرا ثمّ أسلم عن فطرة.

كما إنّه يستفاد من السؤال عن «الشراء من الدهاقين» وجوابه عليه السلام عنه أمران:

١ـ أنّ الأراضى المفتوحة عنوة غير قابلة للشراء والانتقال بالبيع.

٢ـ تكرار ما أثبته فى صدر الخبر من ملكيّة الأرض لعامّة المسلمين، وعدم جواز بيعها، والمعاملة عليها إلاّ فى صورة واحدة، وهى فيما لو كان متعلّق الإشتراء والمعاملة الحقّ الذى منحه له الحاكم، أو بيع البناء الذى عليها.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرناه أنّ هذه الرواية صحيحة الإسناد والدلالة تفيد ملكيّة

١- (٧٩٩) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

المسلمين عامّة للأراضى المفتوحة عنوة، وأنّها بعد الفتح تنتقل من الكفّار إلى المسلمين بنحو المِلك دون الحقّ»(١).

ومنها: حسنة أبى الربيع الشامى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: لا تشتر من أرض السواد شيئا إلاّ من كانت له ذمة فإنّما هو فىء للمسلمين.(٢)

الظاهر أنّ المراد من استثناء النهى هو عدم جواز شرائها إلاّ لِمَنْ تقبَّل خراج الأرض على ذمّته وأدائها إلى بيت مال المسلمين، لا لِمَنْ عمل بها عمل ملكية رقبة الأرض.

ومنها: خبر محمّد بن شريح فال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج؟ فكرهه، وقال: إنّما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: لا بأس إلاّ أن يستحيى من عيب ذلک.(٣)

والمراد بالكراهة الواردة فيها هى الحرمة الوضعية لو اشترى رقبة الأرض لتعليله بأنّها «للمسلمين» وأنّها «أرض الخراج» فلو اشترى رقبة الأرض كانت شرائه باطلة.

وأمّا لو اشترى إحداثات البائع عليها مع تقبّل أداء خراجها فحكم الإمام عليه السلام بعدم بأس لهذا الشراء.

وعيب هذه الأراضى خراجها فلو أخفى البائع هذا العيب فللمشترى خياره. وعليه فيكون المراد بالاستحياء هو الاستخفاء لا ما ذكره بعض الأساتذه قدس سره من أنّ شراء هذه الأراضى «كان يعدّ ذلک عيبا فى تلک الأعصار»(٤)، لِـ «أنّه لا يناسب اشتراؤه لغير أهل الذمة»(٥).

١- (٨٠٠) العقد النضيد ٤٦٣/٤.

٢- (٨٠١) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٥.

٣- (٨٠٢) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح٩.

٤- (٨٠٣) دراسات فى ولاية الفقيه ١٩٧/٣.

٥- (٨٠٤) دراسات فى ولاية الفقيه ١٩٧/٣.

والعجب من الاستاذ المحقّق(١) _ مدظله _ أنّه يرى التنافى بين صدر الرواية من الحكم بفساد البيع وذيلها من الحكم بعدم البأس فحكم بأنّها ساقطة عن الدلالة مع إقراره _ مدظله _ ب_ «أنّ الكراهة لعلّها من جهة عدم دفع الخراج»(٢) أى شراء رقبة الأرض، «وأنه لا بأس ولا كراهة لو اشتراها الرجل

ودفع خراجها»(٣) أى اشترى إحداثات البائع والتزم بدفع خراجها إلى بيت مال المسلمين، فمع هذا الجمع الواضح بين الصدر والذيل فكيف حكم بسقوط دلالة الرواية؟!

ومنها: خبر أبى بُرْدَة بن رَجَا قال: قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام كيف ترى فى شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلک؟! هى أرض المسلمين، قال: قلت: يبيعها الذى هى فى يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثمّ قال: لا بأس، اشترى حقّه منها ويحول حقّ المسلمين عليه، ولعلّه يكون أقوى عليها وأملأ بخراجهم منه.(٤)

سند الرواية ضعيف بأبى بُرْدَة بن رَجَا لأنّه مهمل وأمّا دلالتها تامة لأنّ ورد فى صدر الرواية «الاستفهام الإنكارى الصادر من الإمام، ثمّ تعليله وجه الاستنكار بأنّها أرض المسلمين، لخيرُ دليلٍ على أنّ الأراضى المفتوحة عنوة ملک لعامّة المسلمين، ولا يجوز للبعض منهم تملّكها. فالإمام عليه السلام نفى البيع معلّلاً ذلک بأنّها أرض المسلمين، ثمّ أجاز ذلک فى ذيل الخبر من جهة تعلّق الشراء بالحقّ دون العين.

بيان ذلک: أنّ أمر الأراضى المفتوحة عنوة يعود إلى إمام المسلمين _ سواء العادل أو الجائر بناءً على الإمضاء فى الأخير _ فللوالى حقّ التصرّف فيها، فمن أعطاه الوالى شيئا من هذه الأراضى، ثبت له الحقّ فيها، ويجوز له بمقتضى حكم الإمام عليه السلام أن يبيع حقّه لغيره.

وبالجملة: فلا منافاة بين صدر الخبر المانع للبيع وذيله المجيز له، فتكون دلالته

١- (٨٠٥) العقد النضيد ٤/٤٦٤.

٢- (٨٠٦) العقد النضيد ٤/٤٦٤.

٣- (٨٠٧) العقد النضيد ٤/٤٦٤.

٤- (٨٠٨) وسائل الشيعة ١٥/١٥٥، ح١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

على المدّعى تامّة»(١).

ومنها: صحيحة إسماعيل بن فضل الهاشمى قال: سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل اشترى أرضا من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون، وإنّما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلاّ أن يضاروا، وإن أعطيتهم شيئا فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها.

قال: وسألته عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن غير أنّ أُناسا من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أُجرة البيوت إذا أدّوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.(٢)

المراد بالشراء فى صدرها التقبل من الإمام كما يظهر من قوله: «وإنّما يقبلها من السلطان» وحكم الإمام عليه السلام بجواز التقبل وإعطاء شيئا لأهل الذمة لئلا يتضرّوا بما حدثوا فى الأرض، ولعل المراد بالشراء فى ذيلها أيضا كذلك أو الشراء بجهة إحداثات البائع والأوّل أظهر.

الاحتمالات التى يمكن استفادتها من الروايات

اشارة

الوجوة المحتملة المستفادة من الروايات الماضيات متعددة تبلغ إلى أكثر من عشرة احتمال فلابدّ من ذكرها وتعيين المختار منها:

«١ـ إنّ الأرض المفتوحة عنوة ملكٌ لعامّة المسلمين بالفعل، وعلى نحو الإطلاق، الشامل لمن هو مسلمٌ حين الفتح أو سيوجد لاحقا، بل الذى كافرٌ حين الفتح ويسلم لاحقا، أو ولد كافرا مليّا ثمّ أسلم متأخّرا، وهذا الاحتمال هو المترائى من صحيحة الحلبى(٣).

٢_ إنّ الأرض المفتوحة ملكٌ لمن هو موجود حين الفتح بالفعل، دون من هو غير موجود من أبناء المسلمين أو الكفّار وأبناءهم، ممّن يَسْلِمون لاحقا، وأن تحصل لهم

١- (٨٠٩) العقد النضيد ٤٦٦/٤ و ٤٦٧.
٢- (٨١٠) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح١٠، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.
٣- (٨١١) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٤.

الملكيّة لاحقا بعد وجودهم أو دخولهم فى رقبة الإسلام والمسلمين.

فبناءً على الاحتمال الأوّل، تكون الملكيّة ثابتة للمعدومين _ فضلاً عن الموجودين _ بالفعل، بمعنى أنّ الملكيّة موجودة بالرغم من أنّ المالک معدوم. أمّا على الاحتمال الثانى فإنّ الملكيّة الفعليّة تكون لخصوص الموجودين، وإن ثبتت للمعدومين عند وجودهم وللكافرين عقب إسلامهم.

٣_ إنّ الاراضى المفتوحة ملكٌ لنوع المسلم دون أفرادهم، كما هو الحال فى حصّة الفقراء والعلويّين من الزكاة وسهم السادة، فليست الأرض ملكا لأفراد المسلمين، حتى نعتبرها ملكا فعليّا للموجودين وتقديريّا للمعدومين، بل هى ملک لطبيعى المسلم ونوعه _ الأُصولى دون المنطقى _ كما هو الحال فى الحصّتين المذكورتين.

وعليه فإن قلنا بوحدة ملكيّة النوع والجهة، أصبحت الاحتمالات ثلاثة ومع عدم الالتزام بوحدتهما تصبح الاحتمالات أربعة [كما] هو [الصحيح].

٤_ اعتبار الأراضى المفتوحة ملكا للجهة، مثل ملكيّة الدولة للأموال العامّة، حيث أنّ ملكيّتها لها لم تكن على نحو ملكيّة الفرد أو الطبيعى، بل ملكيّة حيثيّة وهى التى يعبّر عنها فى عصرنا الحاضر بالشخصيّة الحقوقيّة فى مقابل الشخصيّة الفرديّة.

أمّا بالنسبة إلى الحقّ: ففيه أيضا تجرى الاحتمالات الثلاثة _ بناءً على وحدة الجهة والطبيعة أو الأربعة بناءً على تعدّدهما _ ، فتصير الاحتمالات إلى هنا بناءً على تعددهما ثمانية.

٩_ هو الاحتمال الذى تحدّث عنه الشهيدان(١) والمحقّق الكركى(٢) _ رحمهما اللّه _ من اعتبار المِلك أو الحقّ بتبع الآثار، بمعنى أنّه تحصل الملكيّة _ أو الحقّ _ عليها تبعا لوجود آثارها، وتزول بتبع زوالها، فالفرد من المسلمين يملك [ما يأخذه من] الولاة [قبالةً] فيما لو شرع فى البناء عليها، وتبقى ملكيّته لها ببقاء البناء عليها، وتزول بزواله.

١- (٨١٢) الدروس الشرعية ٤١/٢؛ والمسالک ٥٦/٣.

٢- (٨١٣) جامع المقاصد ٩٧/٤.

وفيه: هذا الوجه لا دليل عليه، فضلاً عن مخالفته مع القواعد والنصوص الخاصّة المذكورة سابقا، حيث لا إشارة فى واحدٍ منها على تحقّق الملكيّة بالآثار وزوالها بزوالها.

١٠_ إنّه ليس هناک للمسلمين حقّ أو ملک على مطلق الأراضى المفتوحة عنوة، بل إنّ رقبة هذه الأراضى موقوفة، وتنفكّ بالفتح عن مطلق الملكيّة الشخصيّة والفرديّة، فتصبح متحرّرة، وينبغى صرفها فى مصالح المسلمين.

وفى هذا الاحتمال صُوْرَتانِ:

١٠/١_ إحداهما: أنّ ما يتحقّق بعد الفتح هو مجرّد فكّ رقبة الأرض عن الملكيّة، وعدم تقبّلها للمالک كما فى المساجد، وبالتالى يجب صرفها فى مصالح المسلمين، كما وردت الإشارة إليه فى رواية حمّاد(١)، وقال به الفقهاء فى خصوص منافع هذه الأراضى.

١٠/٢_ ثانيتهما: أنّ ما يتحقّق من خلال الفتح زوال ملكيّة الكفّار عنها، وصيرورتها وقفا على المسلمين، كما هو الحال فى الأوقاف العامّة فإنّ من أوقف أرضه على فقراء المسلمين، يكون قد أوقفها على جميعهم.

وهذا الوجه أيضا لا دليل عليه، سوى مرسلة حمّاد الوارد فيها قوله «فهى موقوفة متروكة»(٢) الدالّة على أنّ هذه الأراضى موقوفة، لكن لا ينبغى الترديد فى أنّه ليس المقصود من الوقف المذكور فيها، الوقف المصطلح عليه بين الفقهاء فى كتاب الوقف، لأنّ المراد من [الوقف] المصطلح، المنع عن التقلّبات الإنشائيّة كالبيع والصلح فيها، ولزوم السكون فيه، فالسكون المطلوب فى كتاب الوقف سكون إنشائى، والمطلوب فى الأراضى سكون غير إنشائى.

وبالتالى فالدافع لهذا الوجه أمران:

أ: إنّ الرواية المبتنية عليها هذا الوجه رواية مرسلة ضعيفة لا اعتبار بها.

ب: ولو سلّمنا صحّتها، فلابدّ من الجمع بينها وبين سائر الأخبار الدالّة على أنّ

١- (٨١٤) وسائل الشيعة ١١٠/١٥، ح٢، الباب ٤١ أبواب جهاد العدوّ.
٢- (٨١٥) وسائل الشيعة ١١٠/١٥، ح٢، الباب ٤١ أبواب جهاد العدوّ.

الأرض «هى لمن اليوم ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد»(١) فهى تفيد ثبوت الملكيّة، والمرسلة تفيد أنّها مِلك ساكن غير قابل للنقل»(٢).

ولكن الظاهر من صحيحة محمّد الحلبى(٣) هو الاحتمال الأوّل لأنّ المستفاد منها ثلاثة اُمور وهى:

«أ: الملكية.

ب: وأنّ الملاّک هم الأفراد على نحو العموم الاستغرافى.

ج: وأنّ الملكيّة الثابتة لهم ملكيّة فعليّة لا استقباليّة.

أمّا الملكيّة، فهى مستفادة من الظهور الإطلاقى فى اللاّم الدال عرفا على الاختصاص المطلق.

أمّا المالک فهو مستفاد من كلمة «المسلمين»، فهى جمع محلّى بالأل، فضلاً عن أنّها عنوان مشيرٌ فسّره الإمام عليه السلام بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد».

أمّا الملكيّة الفعليّة، فهى مستفادة من قول الإمام عليه السلام : «لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم» حيث يدلّ على أنّ الملكيّة ثابتة له بالفعل، وإن لم يكن داخلاً فى الإسلام بعد ومعدودا منهم»(٤).

الموانع التى تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبى

اشارة

قد ادعى وجود موانع لا يمكن معها الأخذ بظهور صحيحة الحلبى ومنها:

١_ الاشكال العقلى

تقريره: كيف يمكن تحقّق الملكية الفعلية للمسلمين المعدومين مع أنّ الملكية _ ولو كانت من الأُمور الاعتبارية _ من الأُمور ذات الاضافة التى تحتاج إلى طرفيها من

١- (٨١٦) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع.

٢- (٨١٧) العقد النضيد ٤/(٤٧٠-٤٦٨)، مع اصلاحات واضافات.

٣- (٨١٨) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٤.
٤- (٨١٩) العقد النضيد ٤٧١/٤.

المملوك والمالک ثمّ اعتبار الملكية بينهما ومع فرض معدومية المالک كيف يمكن تحقّق هذه الإضافة؟!

نعم، الملكية ليست من الأُمور الإضافية الحقيقية نحو: الفوقية والتحتية أو أُبوّة والبُنُوة بل تعدّ من الأُمور الإضافية الاعتبارية ولكن يستحيل أن تحقّق أمر إضافى من دون تحقّق طرفى الإضافة حتّى لو كانت اعتبارية، والمعدوم يستحيل أن يكون طرفا للموجود فى الإضافة بلا فرق بين إضافتى الحقيقية والاعتبارية.

جوابه: أوّلاً: بالنقض فى بحث الزمان _ بناءً على أنّه من الأُمور التكوينية _ حيث تصح نسبة الزمان إلى طرف معدوم بل طرفى المعدوم نحو صحة استعمال هذه الجملة عرفا وعقلاً وهى: «إنّ اليوم بعد الأمس وقبل الغد» أو ما ورد من قوله عليه السلام : «قم فاغتنم الفرصة بين العدمين» فتنسب اليوم الموجود أو الفرصة الحالية الموجودة إلى القبلية والبعدية المعدومتين.

وثانيا: الأُمور الاعتبارية تابعة لاعتبار مُعْتَبِرِها فإذا اعتبرها من دون تحقّق الأمرين الإضافيتين فلا إشكال فى صحة اعتباره إذا ترتب عليه أثر ونحوها وارد فى الشريعة وغيرها بل وارد فى سيرة العقلاء فى حياتهم الاجتماعية من سالف الزمان إلى زماننا هذا أذكر لک أمثلة لها:

أ: عقد الإجارة لأنّ منافع الآتية للدار مثلاً معدومة بالفعل ولكن صح تمليكها للمستأجر من الآن.

ب: أو جواز بيع الثمرة الموجودة فى هذه السنة مع الثمرة التى تحصل فى السنة القادمة مع أنّ الأخيرة معدومة الآن بالفعل ولكن حصلت الملكية والتملّک لهما من الآن بعد بيعها.

ج: صحة الوصية لتمليک منافع داره لأُولاده وأُولاد أُولاده من نسله المعدومين فعليّا الذين يراهم فى عالم الوجود فى الأزمنة الآتية.

فحينئذ فلا مانع عقليّ أو شرعيّ من تمليک المعدوم للموجود کالاجارة أو تملّک الموجود للمعدوم کملکية الأرضى المفتوحة عنوة للمسلمين المعدومين أو تمليک

ص: ١٦٧

المعدوم للمعدوم کالوصية الماضية.

وحلّها وجود الفارق الرئيسى بين عالمى الاعتبار والتکوين کما مرّ منّا مرارا فى أبحاثنا الاصولية والفقهية.

٢_ کيف تکون ملکيتها لعامة المسلمين ثمّ يجوز استيجارها لهم؟!

تقرير الإشکال: إذا کانت ملکية الأراضى المفتوحة عنوة لعامة المسلمين على نحو الانحلال، بحيث يکون کلّ فردٍ فردٍ منهم مالکا فکيف يجوز لهم قبالة هذه الأراضى وإجارتها بالخراج والمقاسمة مع إمام المسلمين؟

بعبارة اُخرى: الإجارة هى تمليک المنفعة، فکيف يجوز تمليک المنفعة مع فرض مالکية العين للمستأجر وبتبع العين مالکية المنفعة له باعتبار أنّه فرد من أفراد المسلمين، فکيف يمکن تمليک المنفعة له بالإجارة مرّة اُخرى؟!

فاستيجار المسلمين لها باطل وممنوع عقلاً وعرفا وشرعا مع أن سيرة حکام المسلمين وولاتهم فى زمنى الحضور والغيبة إجارة هذه الأراضى الخراجية للمسلمين من دون نکير!

جوابه: الأراضى المفتوحة عنوة ملک لعامة المسلمين على نحو الإشاعة، فيجوز لأحدهم استيجارها من إمام المسلمين وتعدية حقوق المسلمين مع قبالة التى کتبها مع إمامهم والتصرف فيها بحيث يشاء کما هو الأمر فى غيرها من الأملاک المشاعة بين عدّة أفراد. فلا مانع من الجمع بين الملکية المشاعة واستيجار العين أو بعضها کما لا يخفى.

٣_ كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟

تقرير الاشكال: الصحيحة تدلّ على ثبوت الملكية لكلِّ فرد من أفراد المسلمين، وهذه الملكية كيف تثبت لهم مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية لهم كالبيع والصلح والإجارة والوقف ونحوها، أو التصرفات الخارجية نحو: الزرع والبناء والسكنى وغيرها إلاّ من خلال إذن إمام المسلمين ومع كتابة القبالة معه، فمثل هذه الملكية التى لا يتمكن المالك معها من جميع التصرفات المالكية لغو محض.

فكيف يمكن القول بملكيتهم للأراضى الخراجية مع أنّهم ممنوعون عن التصرف

ص: ١٦٨

فيها مطلقا إلاّ مع إذن إمام المسلمين؟!

جوابه: الملكية هنا ليست الملكية الشخصية التى يجوز معها التصرفات الاعتبارية والخارجية، بل الملكية هنا قسم خاص منها وكيفيّة معيّنة منها وهى لزوم صرف منافعها فى سدّ خلات مجتمع المسلمين ومصالحهم، فحينئذ فالملكية الخاصة ثابتة للمسلمين فى الأراضى الخراجية ولكن جواز التصرف فيها مشروط بإذن إمام المسلمين رعاية لحفظ مصالحهم وحقوق جميعهم.

٤_ كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟

تقرير الإشكال: قانون التوارث يقتضى انتقال ما يملكه الميت من مال أو حق إلى وارثه، فلو كانت الأراضى الخراجية لعامة المسلمين لزم انتقالها إلى ورثتهم ويستلزم منه اختلاف حصصهم الموروثة قلّة وكثرة بالضرورة وبالتالى الاختلاف فى مقدار مالكيتهم!

مع أن الفقهاء ينفون التوارث فيها فكيف يجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث؟!

جوابه: قد مرّت الملكية هنا قسم خاص منها وليست الملكية الشخصية بحيث يرث بعد موت المالک إلى ورثته، وعدم التوارث لا يجتمع مع الملكية الشخصية ولكنها يجتمع مع الملكية الخاصة التى يأتى تفصيلها فانتظر.

والحاصل: بهذه الإشكالات الأربعة ونحوها التزم جمع من محققى أصحابنا إلى ملكية الجهة أو النوع، لا إلى ملكية كل فرد من أفراد المسلمين على نحو الملكية الفعلية.

كما ذهب المحقّق النائينى(١) إلى أنّها ملک للجهة _ وقد مرّ تعريفها فى الاحتمال الرابع من المحتملات العشرة الواردة فى الروايات فراجعه.

وذهب المحقّق الإصفهانى رحمه الله إلى أنّها ملک للطبيعى _ كما مرّ تعريفه فى الاحتمال الثالث من المحتملات العشرة _ وقال: «الأنسب بالجمع بين الأخبار ورعاية الآثار ما ذكرناه فى أوائل البحث(٢) عن الأراضى من كونها ملكا للطبيعى على وجه خاص... أنّ

١- (٨٢٠) المكاسب والبيع ٣٧١/٢.

٢- (٨٢١) قال فى حاشية على المكاسب ١٤/٣: «وعليه فيمكن أن يقال: بملاحظة الجمع بين الأخبار ورعاية الآثار أنّ الأرض ملک لطبيعى المسلمين ونوعهم لا لآحادهم، وما ورد _ من أنّه ملک لجميع المسلمين ممن وجد وممن لم يخلق بعد _ يراد به عدم اختصاص ملک الطبيعى بزمان دون زمان، وإنْ كان كلّ واحدٍ من المسلمين قابل لانطباق الطبيعى عليه، لكنّه ليس كالخمس والزكاة بحيث يجب على المتولى لأمرها إقباضها إلى من شاء، بل جعل أمرها عينا ومنفعةً إلى ولى الأمر مع رعاية مصلحة النوع، فتارة تقتضى المصلحة إقباض رقبة الأرض إلى واحد، وأُخرى تقتضى إبقاء الأرض وصرف حاصلها فى مصلحة النوع. وأمّا بذل ولى الأمر بعنوان العطية والجائزة فإمّا هو من

باب حق التولية، أو لأنَّ قيامه بأمر مصلحة النوع، ولوازم الرياسة مرعية فى الرئيس القائم بالأمر، فبالأخرة تكون العطية والجائزة مصلحة النوع».

الأرض ليست ملكا لآحاد المسلمين استغراقيا حتّى يرد المناقشة من الوجهين وغيرهما ممّا قدمناه بل ملک للطبيعى، فالشخص بما هو غير مالک حتّى لا يجوزالإجارة منه أو يجوز نقل حصته، مع أنّ عدم جواز نقل الحصة كما يمكن أن يكون لعدم الملک كذلک يمكن أن يكون لحبس الملک على وجه خاص»(١).

ثمّ تعرض لمحاولة ما ورد فى صحيحة محمّد الحلبى من قوله عليه السلام : هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد.(٢)

من أنّ ظاهرها ملكية آحاد المسلمين استغراقيا «إلاّ أنّه للمحاذير المتقدمة مرارا يحمل على ملک الطبيعى والترتيب الذى ذكره عليه السلام لبيان أنّه لا يختص بزمان دون زمان، ويقبل الانطباق على المسلم بالفعل وعلى من يدخل فى الإسلام»(٣).

ويمكن تأييده بأنّ «ل_» الواردة فى كلمة «للمسلمين» غير آبية عن الملكية النوعية نحو الوقف على العماء وآيتى الزكاة والخمس وظهورهما فى الملكية النوعية للأصناف الواردة فى الآيتين وأنّهما لم تكن ملكا لأفرادهم على نحو الاستغراق.

ولكن يمكن أن يناقش عليه:

١- (٨٢٢) حاشية المكاسب ٥١/٣.

٢- (٨٢٣) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٤.

٣- (٨٢٤) حاشية المكاسب ٥٧/٣.

أوّلاً: «أنّ قوله عليه السلام : «لمن هو اليوم...» لم يقصد بها تعميم النوع، لكفاية العنوان بنفسه لشمول نوع من ينطبق عليه العنوان، دون الحاجة إلى التنصيص على التعمّم بإضافة كلمتى «اليوم» و«بعد اليوم»، والشاهد عليه الخطابات التكليفيّة، فإنّ مجرّد التصريح بلفظة العلماء فى «أكرم العلماء» إنّما هو لتعميم الحكم، ولا حاجة لإبراز التعمّم بإضافة اليوم والغد للدلالة على عدم الاختصاص بزمان معيّن. وبالتالى فدعواه أنّ الجملة المذكورة إنّما هى لإفادة عدم محدوديّة الملكيّة بزمان دون زمان ممنوع»(١).

وثانيا: «أنّ قوله عليه السلام : «لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعدُ» مصداق للفرد، ولا يصحّ إسناده إلى الطبيعة، كما هو الحال فى كلمة «الجميع» المضافة إلى المسلمين، فإنّ المراد منها الأفراد دون الطبيعة، لأنّ الذى يدخل فى الإسلام أو قد يولد هو الفرد بعينه دون النوع أو الجهة»(٢).

وثالثا: «يمكن تصوير ملكيّة النوع فى الشرع، كما هو الحال فى باب الأوقاف والوصايا، لكن هذه الملكيّة النوعيّة تنطبق فى النهاية على الفرد، أمّا الملكيّة النوعيّة التى تبقى منحصرة بالنوع، دون أن تتعدّى إلى الفرد، ودون أن تصبح ملكا للأفراد لا عينا ولا منفعة _ كما التزم بها المحقّقان النائينى والإصفهانى _ فهى ممّا لا يمكن فرضها أو تعقّلها»(٣).

وبالجملة: يمكن القول بملكيّة الأراضى المفتوحة عنوة لآحاد المسلمين على نحو الاستغراق، فعلية من دون اختصاص بزمان دون زمان، بل هذه الملكيّة التشريعية ثابتة على مرّ الدهور إلى يوم القيامة ولكن ملكيّة خاصة غير ملكيتهم الحرّة المطلقة لأموالهم الشخصيّة الفرديّة، وهى ملكيّة محبوسة غير حرّة، ومقيدة غير مطلقة بحيث لا يتمكنوا من التصرف فيها إلاّ بإذن إمام المسلمين ولابدّ من أداء الخراج إليه ولا يجوز بيعها ولا إجارتها ولا يرث إلى أولادهم وعلى هذا الاساس الملكية الفعلية الخاصة وهى

١- (٨٢٥) العقد النضيد ٤/٤٧٨.

٢- (٨٢٦) العقد النضيد ٤/٤٧٨.

٣- (٨٢٧) العقد النضيد ٤/٤٧٩.

محبوسة ومق_يّدة ثابتة لآحاد المسلمين على طول الزمان من دون إشكال والحمدللّه العالم بأحكامه.

بعض أحكام الأراضى المفتوحة عنوة

١_ هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنّها ملك خاص للمسلمين ولايحتاج إلى أداء الخمس؟

فيه قولان:

أ: المشهور بين الأصحاب شمول أدلة الخمس لها بل يظهر من صاحب المدارك(١) إجماع المسلمين عليه. والوجه فيه إطلاق أدلة الخمس من الآية الشريفة(٢) والروايات الواردة(٣) فى وجوبه يشمل الأراضى المفتوحة عنوة.

ب: ما اختاره صاحب الحدائق من عدم وجوب الخمس فيها وقصّر الخمس فى الغنائم المنقولة دون غيرها كالأراضى والمساكن وقال: «ولا أعرف على هذا التعميم دليلاً سوى ظاهر الآية(٤)... وقد تتبعتُ ما حضرنى من كتب الأخبار كالوافى والوسائل المشتمل على أخبار الكتب الأربعة وغيرها فلم أقف فيها على ما يدلّ على دخول الأرض ونحوها من ما قدمناه فى الغنيمة التى يتعلق بها الخمس، ولم أقف فى شىء منها على وجوب إخراج الخمس منها عينا أو قيمة حتّى الأخبار الواردة فى تفسير الآية المشار إليها فإنّها ما بين صريح أو ظاهر فى تخصيصها بما ينقل ويحول.

وحينئذ فيمكن تخصيص الآية بما دلت عليه هذه الأخبار...»(٥). ثمّ أضاف: «وبالجملة فما ذكروه لا وجود له فى شىء من الأخبار، بل ظواهرها من حيث عدم

١- (٨٢٨) مدارک الأحكام ٣٦٠/٥.

٢- (٨٢٩) سورة الأنفال /٤١.

٣- (٨٣٠) وسائل الشيعة ٤٨٥/٩، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، وغيرها من الروايات.

٤- (٨٣١) الحدائق ٣٢٤/١٢.

٥- (٨٣٢) الحدائق ٣٢٥/١٢.

التعرض لذكره ولو إشارة سيما فى مقام البيان هو العدم»(١).

القول المختار: هو ما ذهب إليه صاحب الحدائق؛ لأنّ عنوان الغنيمة فى الآية الشريفة ونصوص الروايات فُسِّرَتْ فى صحيحة على بن مهزيار ب_ «الفائدة يفيدها»(٢) المرء. فعلى هذا يكون موضوع الخمس الفوائد المالية الشخصية وقد عرفت أنّ ملكية آحاد المسلمين للأراضى الخراجية ملكية خاصة مق_يّدة محبوسة غير حرّة لم يصدق عليها عنوان «الفائدة» عرفا.

مُضافا: إلى أنّ الروايات الواردة لبيان أحكام الأراضى الخراجية لم يتعرض فى شىء منها وجوب الخمس وسكوتها دليل على عدم وجوبها كما قال صاحب الحدائق:، «ويؤيد ما قلناه الأخبار الواردة فى حكم الأرض المفتوحة عنوة ومنها خيبر وعدم التعرض فيها لذكر الخمس بالكلّية مع ذكر الزكاة فيها، ولو كان ثابتا فيها لكانت أولى بالذكر لتعلقه برقبة الأرض»(٣).

وثالثة: على فرض وجوب الخمس فيها على مَنْ يجب إخراجها؟ على آحاد المسلمين حيث لم يتمكنوا من التصرف فيها مطلقا، أو على إمام المسلمين حيث لم يتملك من الأراضى الخراجية إلاّ

نصيبه بما أنّه أحد من المسلمين وليس له التصرف فيها إلاّ فى إدارتها وقبالتها وأخذ الخراج منها وصرفه فى مصالح المسلمين ولم يأذنوا فى الروايات فى إخراج خمس هذه الأراضى بتوسطه، فعلى مَنْ يجب إخراج الخمس؟! وهذه عويضة لابدّ المشهور من حلّها.

فالمختار عدم وجوب الخمس فيها كما مرّ من الحدائق وعليه الأستاذ المحقّق(٤) _ مدظله _ .

٢_ المتصدى للأراضى الخراجية

ص: ١٧٣

١- (٨٣٣) الحدائق ٣٢٧/١٢.

٢- (٨٣٤) وسائل الشيعة ٥٠٢/٩، ح٥، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٣- (٨٣٥) الحدائق ٣٢٦/١٢.

٤- (٨٣٦) العقد النضيد ٤٨٣/٤.

المتصدى لها أوّلاً هو الإمام المعصوم عليه السلام الذى يخلف عن النبى صلى الله عليه و آله وكان وصيّا له ثمّ نائبه بدلاً منه وفى عصر الغيبة المتصدى لها هو الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء مع تحقق الولاية له، ومع عدمه أو عدم ولايته يتصدى لها عدول المؤمنين حِسْبَةً كما مرّ فى بحث الولايات.

وأمّا لو قام جائر وتصرف فى هذه الأراضى وبليت الشيعة بالمعاملة معه، أجاز الأئمة عليهم السلام فى الروايات المعاملة معهم تسهيلاً لشيعتهم وتوسعة عليهم وأفتى بها فقهاء الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين.

وقد ذكرتُ لک نصوص الروايات وكلمات الأصحاب فى المقام فى المسألة الثالثة من مسائل خاتمة المكاسب المحرمة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة فى بحثى «تطور البحث»(١) و «أدلة القائلين بالجواز»(٢) فراجعهما إن شئت ولا نعيد.

٣_ لا يجوز بيع الأراضى الخراجية

عدم جواز بيع هذه الأراضى كأنّه إجماعىٌّ وتدلّ عليه النصوص المتعددة الماضية(٣) ولكن هذه الأراضى قد طالتها أيادى المسلمين بالبيع والشراء والإجارة والصلح وغيرها قديما وحديثا ولذلك قد تصدى الفقهاء محاولة هذه المعاملات وتبريرها بوجوه:

أ: يجوز بيعها وشارئها بلحاظ «الآثار والأبنية المحدثة فيها بعد الاغتنام بل والحقّ المتعلق بها للمتصرف. فتصير الأرض للمشترى على وجه كانت للبائع من ثبوت حقّ الأولوية وعدم جواز المزاحمة إذا فرض كون التصرف وإحداث الآثار بإذن الإمام، أو بإجازته العامة للشيعة على القول بها؛ أو بإذن نائبه الخاص أو العام، أو بتقبيل السلطان الجائر بناء على إمضائهم عليهم السلام لذلك»(٤).

١- (٨٣٧) الآراء الفقهية ٣/(٣٨٣-٣٧١).

٢- (٨٣٨) الآراء الفقهية ٣/(٤٠٧-٣٨٤).

٣- (٨٣٩) راجع بحث مستند فقهاء الطائفة صفحة ١٥٦ من هذا المجلد.

٤- (٨٤٠) دراسات فى ولاية الفقيه ٣/٢١٢.

كما مرّ فى خبر أبى بُرْدَة بن رجا(١) وصحيحة إسماعيل بن فضل الهاشمى(٢) وخبر محمّد بن شريح(٣) وحسنة أبى الربيع الشامى(٤)، وهذه المحاولة هى المختار فى شرائها.

ب: «قيام السيرة القطعيّة على التعامل بها، حيث أنّ الثابت قيام السيرة القطعيّة عند المتشرّعة على التعامل بهذه الأراضى، بل إنّ أراضى الكوفة التى تعدّ القدر المتيقّن ممّا فتحت عنوة، فقد ثبتت السيرة القطعيّة على التعامل بها، وهى تعدّ مخصصّة للأدلّة الدالّة على عدم جواز التصرّف فيها.

ولا يخفى أنّه لا يكفى مجرّد احتمال استناد هذه السيرة إلى فتاوى الفقهاء، لعدم اعتبارها إلاّ إذا ثبت اتّصالها بالأئمّة عليهم السلام أو بأصحابهم وتلقّيها منهم، وهو أمرٌ لانستبعد تحقّقه، وقد شاع أيّام تشرّفنا فى النجف الأشرف أنّه عُثر على صندوق يتضمّن وثيقة تشير إلى قيام عمّار ابن ياسر ببيع داره فى الكوفة وعليها ختم أميرالمؤمنين عليه السلام (٥)، ولكن لا مجال للاعتماد على مجرّد هذه الوثيقة لأنّها قضيّةٌ فى واقعة.

ج: الحكم على المعاملات الواقعة عليها بالصحّة من خلال الأمارة والدليل:

أمّا الامارة: فباعتبار أنّ كلّ ما يتعامل عليها من هذه الأراضى سبقتها يدٌ عليها تعدّ أمارة على الملكيّة، إلاّ إذا ثبت خلافها، وبالتالى فكلّ دار أو عرصة فى الكوفة أو النجف أو نهاوند كانت عليها يدٌ قبل إجراء المعاملات عليها، وهذه الأيادى أمارة على الملكيّة.

١- (٨٤١) وسائل الشيعة ١٥/١٥٥، ح١.

٢- (٨٤٢) وسائل الشيعة ١٧/٣٧٠، ح١٠.

٣- (٨٤٣) وسائل الشيعة ١٧/٣٦٩، ح٩.

٤- (٨٤٤) وسائل الشيعة ١٧/٣٦٩، ح٥.

٥- (٨٤٥) سمعت من العلاّمة الشهيد السيّد عزّالدين بحرالعلوم رحمه الله أنّه ممّن شاهد الوثيقة المذكورة، وقد كانت موضوعة فى صندوق عثر عليه حينما أقدم العمّال على حفرالأساس فى إحدى العرصات الواقعة بحىّ الكندة، القريبة من الجامع الأعظم بالكوفة، وقد جاء فيها أنّ عمّارا باع داره لفلان وشهد بذلک علىّ بن أبى طالب عليه السلام وشمر بن ذى الجوشن وثالث نسيت اسمه، وقد بقيت الوثيقة فترة غير قليلة فى النجف تتداولها الأيادى، وشاهدها العديد من أهل العلم ومنهم المحقّق الخوئى قدس سره إلى أن اختفت.

نعم، لا شكّ أنّ الأراضى لم تكن فى تلك الأيّام جميعها عامرة، بل كانت بعضها ميّتة ممّا يدخلها فى ملك الإمام دون المسلمين، وأمّا العامرة فهى تبقى ملكا للمسلمين إلى يوم القيامة، وعليه فلابدّ من إحراز أنّ المفتوحة كانت عامرة حين فتحها أو ميّتة، ومجرّد احتمال كون الأرض عامرة حين الفتح يوجب الشكّ فى العقد، كما أنّ مجرّد احتمال كونها مواتا فى تلك الأزمنة وأنّها بقيت بأيدى الكفّار من أهل الذمّة مقابل الجزية أو المصالحة عليها مع المسلمين، أو احتمال أن تكون الأرض من قطائع الإمام، أو أذن الإمام بالتصرّف فيها، يقتضى الحكم بصحّة التعامل بها، وصحّة تداول الأيدى المتعاملة عليها.

أمّا الأصل: فباعتبار أنّ البحث يدور حول الأراضى العامرة التى فتحها المسلمون، حيث يشكّ فى دخول الأرض المبتلى بها فيما فتحت عنوة وعدمه، لأنّ الفتح أمرٌ حادثٌ مسبوقٌ بالعدم، وهناك عمومات _ كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيرها _ تدلّ على لزوم الوفاء والالتزام بمطلق العقود، عدا العقد الواقع على الأرض المفتوحة عنوة، وعند الشكّ فى المعاملة الواقعة على الأرض المشكوكة، فإنّ الشكّ يعود إلى العنوان المخصّص وبالتالى يجرى الأصل فيها، ويثبت صحّة الموضوع، ولزوم الوفاء به.

فإن قيل: إنّ الاستصحاب المذكور معارض بمثله، باعتبار أنّ الأصل عدم بقاء الأرض فى يد ملاّكها بالمصالحة عليها أو بدفع الجزية، وعدم كونها من قطائع الإمام، لأنّها أُمور مستحدثة، وعند الشكّ فيها يجرى استصحاب عدمها.

قلنا: من الثابت أنّه لا اعتبار لجريان الاستصحاب إلاّ فيما إذا كان ذا أثر، والاستصحاب المذكور لا أثر له بنفسه، وإنّما الأثر للازمه وهو أيضا لا اعتبار به لأنّه مفتوحة عنوة، وبالتالى يجرى الاستصحاب الأوّل دون معارض.

د: عند الشكّ فى عامريّة الأرض المتعامل عليها حين الفتح وعدمها، تجرى أصالة عدمها؛ لأنّ العُمْرانَ أمرٌ حادث، ومن خلالها يثبت صحّة جميع التصرّفات الواقعة

عليها»(١).

حكم الأراضى الصلحية

اشارة

وقد تسمّى «الأراضى الخراجية» أيضا، و«هى الأرض التى فتحت من قبل المسلمين من دون أن يسلم أهلها ولا قاوموا الدعوة الإسلامية بشكل مسلح، بل ظلّوا على دينهم فى ذمّة الإسلام بعقد الصلح فتصبح الأرض أرض الصلح»(٢). ولم يتعرض الشيخ الأعظم من البحث حولها ولكن نبحث عنها فى مقامين:

المقام الأوّل: مقتضى عقد الصلح

هذه الأرض تابعة لبنود عقد الصلح فإن نص فيه على أنّ الأرض كانت ملكا لهم تبقى فى ملكيتهم، وإن نص فيه على أنّها ملكا للمسلمين فهى لهم وتصير كالأراضى المفتوحة عنوة الماضية آنفا، وإن نص فيه على أنّها للإمام تدخل فى ملكه وتكون من الأنفال ويجرى عليها حكمه، هذه كلّها فى الأراضى التى كانت عامرة فى أيديهم.

وأمّا الأراضى الموات أو العامرة بالأصالة منها فَتَدْخُلُ فى ملك الإمام عليه السلام كنظائرها وله أن يتصرف فيها بما يرى من المصلحة.

«نعم، إذا أدرجها فى عقد الصلح لزم أن يطبّق عليها ما هو مقتضى هذا العقد، ولا يجوز الخروج عن مقرراته ومقتضياته.

فالنتيجة: إنّ مقتضيات عقد الصلح تختلف باختلاف الموارد والمصالح على أساس أنّ أمره بيد ولى الأمر فله أن يعقد الصلح معهم على حسب ما يراه من المصلحة للدولة أو الأُمّة وهى بطبيعة الحال تختلف باختلاف المقامات»(٣).

المقام الثانى: مقتضى الروايات

أ: مجموعة من الروايات تدلّ على أنّ أرض الصلح تكون من الأنفال وهى التى اقتضى عقد الصلح ملكيتها للإمام عليه السلام ، لا ما يقتضى عقد الصلح أنّها باقية فى ملكيتهم أو

١- (٨٤٦) العقد النضيد ٤/(٤٨٥-٤٨٣) مع تصحيحات.

٢- (٨٤٧) الأراضى /٣٢٥.

٣- (٨٤٨) الأراضى /٣٢٦.

ما يقتضى أنّها للمسلمين فتدخل فى حكم الأراضى المفتوحة عنوة، فحينئذ ما يدلّ عليها هذه المجموعة هو قسم خاص من الأراضى الصلحية وهى ما يدلّ عقد الصلح على أنّها للإمام عليه السلام .

ومن هذه المجموعة: صحيحة حفص بن البخترى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم، وكلّ أرض خربة، وبطون الأودية، فهو لرسول اللّه صلى الله عليه و آله ، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء.(١)

وأنت ترى بأنّ الإمام عليه السلام جعل عنوان الصلح فى مقابل عنوان الإعطاء الظاهر فى تغايرهما ولعلّ المراد من الإعطاء هو إعطاء الأرض وتسليمها للإمام تسليما ابتدائيا من دون أى شرط مسبق، بحيث لم يكن هناك عقد صلح كما فعله يهود فدک بالنسبة إلى أرضهم وإعطائها لرسول اللّه صلى

الله عليه و آله . والمراد من الصلح ما مضى من إعطاء الأراضى للإمام عليه السلام فى عقد صلح ودخولها فى ملكيته عليه السلام .

ويمكن أن يقال: باتحاد عنوانى الصلح والإعطاء كما يظهر من الروايتين التّالِيَتَيْنِ.

ومنها: مرسلة حماد الطويلة عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح _ فى حديث _ قال: وله (أى للإمام عليه السلام) بعد الخمس الأنفال، والأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحا وأعطوا بأيديهم على غير قتال، الحديث.(٢)

ظاهر المرسلة إتحاد عنوانى الصلح والإعطاء وأنّهما عطف تفسير وإن يمكن القول بتغايرهما كما مرّ.

ومنها: موثقة محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض

١- (٨٤٩) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، ح١، اللباب ١ من أبواب الأنفال.
٢- (٨٥٠) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح٤.

خربة، أو بطون أودية، فهذا كلّه من الفىء والأنفال للّه وللرسول، فما كان للّه فهو للرسول يضعه حيث يحبّ.(١)

وظاهرها كماضيها فى الدالة.

ب: ولكن هناک مجموعة أُخرى من الروايات تدلّ أنّ الأراضى الصلحية باقية على ملک أصحابها ومن المعلوم أنّ هذه المجموعة أيضا تدلّ على قسم خاص من الأراضى الصلحية وهى التى تبقى على ملكية أصحابها فى عقد الصلح وعلى بنودها الممضاة من الطرفين.

فمنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أرض أهل الذمة، فقال: لا بأس بها فتكون إذا كان ذلک بمنزلتهم تؤدى عنها كما يؤدون... الحديث.(٢)

ومنها: حسنة أبى الربيع الشامى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: لا تشتر من أرض السواد شيئا إلاّ من كانت له ذمة فإنّما هو فىء للمسلمين.(٣)

ومنها: حسنة زرارة قال: قال: لا بأس بأن يشترى أرض أهل الذمة إذا عملوها وأحيوها فهى لهم.(٤)

معلى بن محمّد البصرى حسن أقلاً كما عليه المامقانى وهو يروى عن الحسن بن على بن زياد البجلى إمامى ثقة فالسند لا بأس به أو حسن وإمّا الإضمار فلا يضرّ بالرواية مع أنّ مضمِرها زرارة وهو لا يروى من غير الإمام عليه السلام .

وبالجملة: الظاهر من المجموعة الأخيرة هو شراء رقبة الأرض «وحملها على شراء الحقّ المتعلّق بها كما كان الأمر فى شراء الأرض المفتوحة عنوة بمكان من الإمكان إلاّ أنّه خلاف الظاهر فيكون بحاجة إلى قرينة»(٥).

١- (٨٥١) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح١٠.

٢- (٨٥٢) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح٨، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- (٨٥٣) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح٥.

٤- (٨٥٤) وسائل الشيعة ٣٦٨/١٧، ح٢.

٥- (٨٥٥) الأراضى /٣٢٨.

والحاصل: «أنّ أرض الصلح تختلف باختلاف ما تم عليه عقد الصلح بشأنها، وليس لها ضابط كلى فى جميع الموارد»(١).

هذا مجمل البحث حول الأراضى وللتفصيل راجع كتاب «الأراضى» للفقيه البحاثة آية اللّه الشيخ محمّد إسحاق الفياض _ دام ظله _ فإنّه مشحون بالتحقيقات والحمدللّه العالم بأحكامه.

١- (٨٥٦) الأراضى /٣٢٨.

٣_ الطِلْقِيَةُ (التمامية)

اشارة

ذهب جمع من أصحابنا إلى اشتراط الطلقية فى شروط العوضين:

منهم: المحقّق قال: «الثانى: أن يكون طلقا فلا يصح بيع الوقف...»(١).

ومنهم: العلاّمة قال: «ويشترط فى الملك التمامية فلا يصح بيع الوقف...»(٢). ونحوه فى الإرشاد(٣).

ومنهم: الشهيدان فى اللمعة وشرحها(٤) والمحقّقون الكركى فى جامع المقاصد(٥) وابن القطان فى معالم الدين(٦) والفيض الكاشانى فى المفاتيح(٧) والسبزوارى فى الكفاية(٨) والمحدث البحرانى فى الحدائق(٩) والفاضل النراقى فى المستند(١٠).

ولكن قال صاحب الجواهر: «الثانى: أن يكون) الملك (طلقا) أى تامّا، كما أبدله به فى القواعد(١١).

إلاّ أنّه لم نجد شيئا منهما فی شیء ممّا وصل إلينا من النصوص، واستفادته ممّا

۱- (۸۵۷) الشرائع ۱۱/۲.

۲- (۸۵۸) قواعد الأحكام ۲۳/۲.

۳- (۸۵۹) إرشاد الأذهان ۳٦۱/۱.

٤- (۸٦۰) الروضة البهية ۲٥۳/۳.

٥- (۸٦۱) جامع المقاصد ۹۷/٤.

٦- (۸٦۲) معالم الدين ۳٤۲/۱.

۷- (۸٦۳) مفاتيح الشرائع ٥۱/۳، مفتاح ۸۹۹.

۸- (۸٦٤) الكفاية ٤٥٤/۱.

۹- (۸٦٥) الحدائق ٤۳۸/۱۸.

۱۰- (۸٦٦) مستند الشيعة ۳۰۷/۱٤.

۱۱- (۸٦۷) قواعد الأحكام: المتأجر / فی العوضين ۲۳/۲.

ورد فی الأماكن المخصوصة _ كالوقف(۱) وأُمّ الولد(۲) ونحوهما _ على وجهٍ يتعدّى منه إلى غيره لا يخلو من إشكال؛ ضرورة كونه:

إن كان المراد به: عدم تعلّق حقّ للغير به، فهو منقوض بما ثبت جواز بيعه ممّا هو كذلک؛ من بيع العبد الجانی، والمبيع فی زمن الخيار على أحد الوجوه، وتركة المديون كذلک أيضا... وغيرها.

وإن أُريد به: ما جاز لمالكه جميع أنواع التصرّفات به، فهو أوضح من الأوّل فسادا؛ فإنّ منذور عدم التصرّف الخاصّ لا ينافی جواز البيع قطعا.

وإن جعل مرجعه: إلى كلّ ما ثبت عدم جواز بيعه ممّا تعلّق به حقّ الغير، لم يوافق ذكره بعنوان الشرطيّة العامّة، وكذا إن أُريد به عدم تزلزل الملک؛ فإنّ من المعلوم جواز بيع الموهوب ونحوه.

ومثل ذلک قد وقع لهم فی شرائط الزكاة، وذكرنا فيه هناک نحوا من ذلک.

فلاحظ وتأمّل، فإنّ المقام متقارب خصوصا بعد ذكرهم بعد ذلک اشتراط القدرة على التسليم _ نحو ذكرهم هناک اشتراط التمكّن من التصرّف _ مع اشتراط التمام، وإن كان هما غير متلازمين؛ فإنّ المغصوب والمفقود والآبق ونحوها مملوكة ملكا تامّا إلاّ أنّه غير متمكّن من التصرّف فيها ولا مقدورة على تسليمها.

والأمر فی هذا سهل بعد معلوميّة كون مقتضى العمومات جواز البيع لكلّ عين مملوكة، إلاّ ما خرج بالدليل ممّا تعلّق به حقّ للغير على وجهٍ ينافيه البيع مثلاً.

وعلى الفقيه انتقاد الحقوق المتعلّقة بالنسبة إلى المنافاة المزبورة وعدمها، ولا دليل على أنّ مطلق تعلّق حقّ الغير منافٍ، بل لعلّ الدليل على خلافه»(٣).

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والمراد ب_ «الطِلق» تمام السلطنة على الملک بحيث

١- (٨٦٨) وسائل الشيعة: أنظر ١٨٢/١٩، باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (٨٦٩) وسائل الشيعة: أنظر ٢٧٨/١٨، باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان؛ و ١٧٥/٢٣، باب ٦ من أبواب الاستيلاد.

٣- (٨٧٠) الجواهر ٢٣/(٥٧٥-٥٧٣) [٣٥٦/٢٢ و ٣٥٧].

يكون للمالک أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان فی ذلک.

لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالک بنقله ويكون نقله ماضيا فيه؛ لعدم تعلّق حقٍّ به مانعٍ عن نقله بدون إذن الحقّ، فمرجعه إلى: مِنْ شرط البيع أن يكون متعلَّقه ممّا يَصِحُّ للمالک بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصلّ له.

فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأُمّ الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كلٍّ من تلک الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالک _ كالنذر والخيار ونحوهما _ وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلک الحقوق.

فمعنى «الطِلق»: أن يكون المالک مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالک عن التصرّف فى ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيدٌ لذكر الحقوق المانعة عن التصرّف، لا تأسيسٌ لشرط ليكون ما بعده فروعا، بل الأمر فى الفرعيّة والأصالة بالعكس.

ثمّ إنّ أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلاّ الثلاثة المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ الجانى(١) واختلفوا فى حكم بيعه.

وظاهرٌ أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر _ بعد الأربعة المذكورة فى عبارة الأكثر _ : [٥] النذرَ المتعلّق بالعين قبل البيع، [٦] والخيارَ المتعلّق به، [٧] والارتدادَ، [٨] والحلفَ على عدم بيعه، [٩] وتعيينَ الهدى للذبح، [١٠] واشتراطَ عتق العبد فى عقدٍ لازم، [١١] والكتابةَ المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرّر منه؛ حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرّف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، [١٢] والتدبيرَ المعلَّق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلک، فإذا مات المولى ولم يمت من عُلِّق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرّف فيه، [١٣] وتعلّقَ حقّ الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى

١- (٨٧١) أى الحقّ المتعلّق بالعبد الجانى، وقد أُضيف الحقّ إلى من عليه الحقّ.

وقبل قبوله بناءً على منع الوارث من التصرّف قبله، [١٤] وتعلّقَ حقّ الشفعة بالمال؛ فإنّه مانع من لزوم التصرّفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها، [١٥] وتغذيةَ الولد المملوك بنطفة سيّده فيما إذا اشترى أمةً حُبلى فوطأها فأتت بالولد، بناءً على عدم(١) جواز بيعها. [١٦] وكونَه مملوكا وُلد من حرٍّ شريكٍ فى أُمّه حال الوط ء، فإنّه مملوك له، لكن ليس له التصرّف فيه إلاّ بتقويمه وأخذ قيمته. [١٧] وتعارضَ السبب المملِّك والمزيل للملك، كما لو قَهَرَ حربىٌّ أباه، [١٨] والغنيمةَ قبل القسمة، بناءً على حصول الملك بمجرّد الاستيلاء دون القسمة؛ لاستحالة بقاء الملك بلا مالك. وغيرَ ذلك ممّا سيقف عليه المتتبّع»(٢).

أقول: وقد بحث الفاضل المامقانى رحمه الله عن هذه الفروع بالتفصيل راجع كتابه غاية الآمال(٣).

وهاهنا جهات من البحث:

الأولى: ما معنى الطلقية والتمامية؟

لم يظهر معنىً واضحٌ للطلقية والتمامية من كلمات القوم فقد عُرفت بتعاريف لا يخلو من مناقشة:

منها: عدم تعلّق حق الغير بالملك.

ويرد عليه: جواز المعاملة على المبيع فى زمن الخيار وتركة المديون قبل إخراج الدين وبيع العبد الجانى ونحوه.

ومنها: الطلقية والتمامية هى ما جاز لمالك الملك جميع أنواع التصرفات فيه.

ويرد عليه: المنذور بعدم التصرف الخاص لا ينافى جواز البيع قطعا.

ومنها: الطلقية هى كلُّ ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلّق حق الغير به.

١- (٨٧٢) كلمة «عدم» ورد فى نسخة، ولم ترد فى سائر النسخ، ولم يثبتها الفاضل المامقانى فى شرحه غاية الآمال: اُنظر غاية الآمال /٤٣٠.

٢- (٨٧٣) المكاسب ٤/(٣٢-٢٩).

٣- (٨٧٤) غاية الآمال ٧/(٥٩-٢٩).

ويرد عليه: ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلّق حق الغير به صحيح فى الموارد الخاصة التى ثبتت وأمّا استفادة الشرطية العامة من هذه الموارد الخاصة مشكلة جدّا.

ومنها: الطلقية هى عدم تزلزل الملك.

ويرد عليه: بعد غمض العين عن وجود التزلزل فى الملك فهو منقوض بجواز بيع الموهوب والمهرية قبل الدخول ونحوهما.(١)

ومنها: الطلقية هى تمامية السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء ويكون مطلق العنان فى ذلك.

ويرد عليه: مآل هذا الشرط إلى اشتراط صحة البيع بأن يكون متعلّقه ممّا يصح للمالك بيعه مستقلاً فحينئذ يشترط فى جواز البيع جواز بيع المبيع.

بعبارة اُخرى: «إنّ الطلقية تعنى تماميّة سلطنة المتعاقدين على التعامل والبيع، وهى ليس غير الصحّة وجواز البيع ونفوذه، وبالتالى فلو اعتبرنا الطلقية من شروط السلطنة، أصبح جواز البيع مشروطا بجواز البيع، وهو محالٌ، لما ثبت من لزوم تغاير الشرط والمشروط»(٢). هذا أوّلاً.

وثانيا: «الظاهر أنّ هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأُمّ الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كلٍّ من تلك الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالک _ كالنذر والخيار ونحوهما _ وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق»(٣).

ومنها: الطلقية هى أن يكون المالک مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالک عن التصرف فى ملكه.

ويرد عليه: لو كانت الطلقية بهذا المعنى أى «ينبغى أن يكون المبيوع طلقا بعيدا عن تعلّق حقّ من الحقوق المذكورة به ليصحّ التعامل عليه، وفى الحقيقة يعدّ الأُمور

١- (٨٧٥) التّعارِيْفُ الأربعة والايرادات مذكوراتٌ فى كلام صاحب الجواهر كما مرّت عبارته.

٢- (٨٧٦) العقد النضيد ٤/٤٨٦.

٣- (٨٧٧) المكاسب ٤/٣٠.

المذكورة من موانع صحّة البيع، أمّا الطلقية فهى تعدّ من الأُمور الانتزاعيّة المنتزعة عند انتفاء الموانع المذكورة، فما يعدّ شرطا لصحّة العقد إنّما هو عدم الوقفيّة وعدم الرهنيّة وغيرهما، ولا ترديد أنّ تحقّق كلّ ممنوع متوقّف على انتفاء مانعه، فالرطوبة مانعٌ والاحتراق هو الممنوع المشروط تحقّقه بعدم المانع، وكذلک صحّة البيع ونفوذه مشروطان بعدم هذه الموانع، ومن المعلوم أنّ عدم المانع شرطٌ عدمى والأصل الأوّلى انتفاء هذه الموانع إلاّ ما ثبت بالدليل، ولذلک فلا يعدّ الطلقيّة شرطا يتوقّف صحّت العقد عليها، وإنّما هى مفهوم انتزاعى، وتمام المناط يدور مدار منشأ الانتزاع الذى هو عدم هذه الأُمور، فثبت من خلال ما ذكرناه أنّ الشرط عدم هذه الأُمور دون الطلقية»(١).(٢)

ومنها: الطلقية هى مرسلية الملک بالنسبة إلى مالكه.

قال المحقّق النائينى فى توضيح هذا التعريف و ردّ مقالة الشيخ الأعظم: «بأن يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء من بيعه واجارته وجميع تقلباته، وليس مرجعه إلى جواز البيع حتّى يرد بأنه لا معنى فى اشتراط جواز البيع بان يكون المبيع جايز البيع، لصيرورته من قبيل جعل الشىء مشروطا بنفسه كما استشكل به المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره بل مرجعه إلى اشتراط كون الملك مطلق العنان للمالک وكانت سلطنته عليه تاما فى مقابل السلطنة الناقصة الناشئة نقصانها عن تعلق حقّ الغير بالملك، فكما أنّ مرجع أصل السلطنة ليس إلى الحكم التكليفى أعنى جواز التصرف فى الملك أو الوضعى أعنى مضى تصرفه فيه ونفوذه بل هى ممّا يترتب عليها الحكم التكليفى والوضعى، كذلک ليس مرجع تمامية السلطنة فى مقابل نقصانها إلى الحكم التكليفى أو الوضعى. بل الحكمان يترتبان عليها فمعنى الطلق هو تمامية السلطنة الناشية عن كون الملكية مرسلة عن حق الغير ومطلقة العنان بالنسبة إلى المالک ومن المعلوم أنّ هذا المعنى أساس جواز التصرف فى الملك ونفوذه من المالک كساير شرائط المتعاقدين والعوضين.

١- (٨٧٨) العقد النضيد ٤/٤٨٧.

٢- (٨٧٩) التعريفان الأخيران والمناقشة عليهما للشيخ الأعظم قدس سره كما مرّت عبارته.

ثمّ مَنْشَأُ اعتبار الطلقية فى الملك وان كان هو انتفاء تعلّق حقّ الغير به من حق البطون المتأخرة من الموقوف عليه فى الوقف وحق المرتهن فى الرهن والاستيلاد فى أُمّ الولد وحقّ المجنى عليه فى العبد الجانى، لكن ذلک أى اعتبارها عن انتفاء تعلق الحقوق المذكورة انما هو فى مرحلة الإثبات وأمّا فى عالم الثبوت فالأمر بالعكس بمعنى أنّ الطلقية منشاء لانتفاء الحقوق المذكورة فانتفاء تعلق الحقوق بالملك مسبب عن طلقيته واقعا وفى عالم الثبوت، لكنه سبب لاثبات طلقيته فى عالم الاثبات. فلا يرد ما اورده المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره بقوله: «فالظاهر ان هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا (الخ)»(١) لما عرفت من أنّ الشرط فى مرحلة الثبوت هو الطلق ويترتب عليه انتفاء الحقوق

فالطلق هو الأصل وانتفاء الحقوق المترتب عليه هو الفرع ولا يكون الأمر فى الفرعية والأصالة بالعكس ثبوتا وإن كان كذلک فى مرحلة الإثبات.

ثمّ ان انتفاء الطلقية عند تعلق احدى الحقوق إمّا يكون لاجل قصور الملک فى اقتضاء السلطنة التامة، وذلک كما فى الوقف الخاص بناءً على أن يكون ملكا للموقوف عليه فان ملكيته قاصرة عن اقتضاء السلطنة التامة وإمّا لأجل وجود المانع، وذلک كما فى مثل العين المرهونة، والأمة المستولدة والعبد الجانى فإنّ مقتضى الملكية فيها تام بالنسبة إلى السلطنة التامة، لكن تعلق حقّ الغير يمنع عن اقتضائه»(٢).

«ويرد عليه: أوّلاً: بأنّه لا مجال لمعرفة الحكم فى مقام الثبوت إلاّ عن طريق ملاحظة المدلول فى مقام الإثبات، إذ لا سبيل لمعرفة الواقع إلاّ من خلال ملاحظة ظهور الأدلّة، ولذلک فما صرّح به من أنّ «انتفاء تعلّق الحقوق بالمِلک مسبّبٌ عن طلقيّته واقعا وفى عالم الثبوت، لكنّه سببٌ لإثبات طلقيّته فى عالم الإثبات»، ممنوعٌ، بل الأمر بالعكس، فإنّ مقام الثبوت ليس له كاشف إلاّ من خلال مقام الإثبات، ولذلک فما التزم به الشيخ من أنّ مقتضى ملاحظة الأدلّة أنّ المانع عن صحّة البيع هو الوقف والرهن، وأمّا

١- (٨٨٠) المكاسب ٣٠/٤.

٢- (٨٨١) المكاسب والبيع ٣٧٣/٢ و ٣٧٤.

الطلقيّة فهى منتزعة ومتفرّعة عنهما هو الصحيح.

وثانيا: لا يعقل أن يكون عدم الوقفيّة وعدم الرهنيّة متفرّعين على تماميّة السلطنة، لأنّ المايز بين الفرع والأصل هو تخلّل الفاء بينهما، فيكون ما قبل الفاء أصلاً وما بعده فرعا، وما التزم به الشيخ

يتطابق مع هذه القاعدة، حيث يعتبر عدم الموانع المذكورة أصلاً وتماميّة السلطنة فرعا، أى (هذا المال ليس بوقف ولا رهن فسلطنته عليه تامّة)، ولذلک فإنّ الأصل عدمهما، وما التزم به المحقّق النائينى من أنّ الأصل هى الطلقيّة ويتفرّع عنها عدم الوقف والرهن ممنوعٌ»(١).

الثانية: فوارق القولين

ثمّ الْفارِقُ بين القولين ـ أى قول الفاضلين ومن تبعهما، وأصحاب المقابس والجواهر والمكاسب ـ أُمورٌ:

«الأوّل: أنّ الأصل على رأى المحقّق والعلاّمة هى الطلقيّة، والفرع عدم الوقف والرهن والاستيلاء، أمّا على رأى الشيخ [الأعظم] ـ وكذلک صاحب المقابس حيث جعل الموانع عشرين ـ فإنّ الأصل عدم هذه الموانع، أمّا الطلقية فهى عنوانٌ منتزع من هذه الموانع.

الثانى: أنّ رأى الفاضلين يستلزم لازما لايمكن تعقّله، وهو توقّف صحّة العقد بالسلطنة على البيع التى هى فى حدّ نفسها عبارة عن الصحّة، فتكون السلطنة التى هى الصحّة مشروطة بالصحّة، وهو محالٌ لاستلزامه اتّحاد الشرط والمشروط.

الثالث: بناءً على رأى الفاضلين فإنّ الشرط يصبح أمرا وجوديّا وهو الطلقية، خلافا لرأى الشيخ [الأعظم] حيث أصبح الشرط أمرا عدميّا وهو عدم الوقفيّة والرهنيّة وغيرهما»(٢).

١- (٨٨٢) العقد النضيد ٤/٤٩٢.

٢- (٨٨٣) العقد النضيد ٤/٤٨٧.

الثالثة: اعتراض المحقّق الخراسانى على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقّق الإصفهانى عن الشيخ الأعظم

قال المحقّق الخراسانى: «المانع هو الجامع بين الحقوق، فانّه على شتاتها، وتفرقها، يكون مجتمعة فى المنع عن تأثير البيع، فلابدّ ان يكون هذا بما يجمعها يكون مشتركة فيه، ويكون الشرط هو فقد ذاك الجامع الّذى عبّر عنه بكونه طلقا، أى فاقدا لذاك المانع، فليس الأمر فى الاصالة والفرعة فى هذا الشرط، وفروعه على العكس»(١).

مراده قدس سره : إنّ الأصل عند الخراسانى رحمه الله فى المانع «هو الجامع بين هذه الأُمور، والشرط عبارة عن انتفاء هذا الجامع، فإذا أصبح الشرط انتفاء الجامع دون الخصوصيّات، من الطبيعى أن يصبح الجامع أصلاً والأعدام المذكورة _ عدم الرهنيّة وعدم الوقفيّة وعدم الاستيلاء _ فروعا، وبذلک يبطل ما التزم به الشيخ من أنّ الأصل هو انتفاء الأُمور الخاصّة، وأنّ الجامع متفرّع عليه، ويتبيّن صحّة ما التزم به الفاضلان.

ثمَّ إنّ ما التزم به المحقّق الآخوند مبنىٌّ على قاعدة أسّسها واعتمد عليها فى المقام وغيره، ومفادها أنّ الأُمور المتنوّعة فى الوجود والمشتركة فى الأثر لابدّ وأن ينتهى بمقتضى [قاعدة] «عدم إمكان صدور الواحد عن الكثير» إلى جامع واحد يكون علّةً لحدوث الأثر الواحد، وبناءً عليها فإنّ الوقف فى الرهن والاستيلاء أُمور متنوّعة، ولكنّها متّفقة فى الأثر، وهو المنع عن صحّة البيع ونفوذه، وبما أنّه لا يعقل أن ينشأ الأثر الواحد من الخصوصيّات المتنوّعة، فلا سبيل إلاّ أن يكون المؤثّر هو الجامع بين هذه الأُمور، فيصبح الجامع أصلاً والخصوصيّات المذكورة فروعا له»(٢).

أقول: يمكن أن تعد مقالة المحقّق النائينى تقريرا وتوضيحا وتبيينا لبيان المحقّق الخراسانى _ قدس سرهما _ .

واعترض المحقّق الإصفهانى على استاذه الخراسانى وقال: «لا دليل نقلاً

١- (٨٨٤) حاشية المكاسب /١٠٦ و ١٠٧.

٢- (٨٨٥) العقد النضيد ٤/٤٨٨.

ولاعقلاً على إندراج تلك الخصوصيات تحت جامع واقعى، أمّا نقلاً فواضح؛ إذْ الثابت بالأدلة اللفظية نفس عدم جواز بيع الوقف، وعدم جواز تصرف الراهن بدون إذن المرتهن.

وأمّا عقلاً فلأَنَّ ما هو المبرهن عليه من اقتضاء وحدة الأثر لوحدة المؤثر، إنّما هو فى المقتضى ومقتضاه، لا فى شرائط التأثير وجودية كانت أو عدمية، فإنّ الأثر يترشح من ذات الموثر فقط، لا من شرائطه، فوحدته يقتضى وحدة المترشح منه.

بخلاف الشرائط التى هى دخيلة فى فعلية الأثر عن مؤثره، فإنّه يمكن أنْ يكون هناك جهات مصححة لفاعلية الفاعل أو لقابلية القابل، فيتعدد بلحاظها الشرائط، ولذا لم يذهب وهم أحد إلى رجوع جميع شرائط الصلاة من الطهارة والاستقبال والتستر ونحوها إلى شرط واحد، وكذا فى غيرها، ومنه تعرف النظر فيما أفاده شيخنا الاستاذ فى تعليقته الأنيقة هنا فراجع»(١).

قال الاستاذ المحقّق _ مدظله _ : «إنّ مناقشة الإصفهانى مركّبة من النقض والحلّ:

أمّا النقض: إنّ الالتزام باشتراط الجامع منقوض بباب الصلاة، إذ لا شكّ أنّ الصلاة _ وغيرها من المركّبات العباديّة كالحجّ والصوم _ متقوّمة بشروط عديدة كالطهارة والاستقبال والتستّر ونحوها، وإدراج هذه الأُمور تحت عنوان واحد هو الجامع بين هذه الشروط المعتبرة ممّا لا يمكن قبوله.

أمّا الحلّ: فإنّه لا شكّ فى لزوم التفريق بين المقتضى والشرط والمانع.

أمّا المقتضى: فإنّ نسبته إلى المقتضى تقتضى جريان القاعدة المذكورة، وهى «اقتضاء وحدة الأثر لوحدة المؤثّر» لأنّ المقتضى هو الأثر والمقتضى هو المؤثّر ولا يعقل وحدة الأثر وتعدّد المؤثّر.

أمّا الشرط: فإنّ القاعدة المذكورة غير جارية فيه لأنّ أثر المشروط أثرٌ للمقتضى دون الشرط.

أمّا ثبوتا: فإنّ الشروط على قسمين: قسمٌ منها مكمّلٌ لفاعليّة الفاعل، وقسم آخر

١- (٨٨٦) حاشية المكاسب ٣/٧٠ و ٧١.

منها متمّم لقابليّة القابل، فالجفاف يعدّ متمّما لقابليّة الشيء للإحتراق، والمماسّة تتمّم وتكمّل فاعليّته له، والفائدة المترتّبة على وجود الشروط كونها مؤثّرة فى ارتقاء أثر المقتضى من القوّة إلى الفعليّة.

أمّا إثباتا: فإنّه لا يخفى لزوم متابعة الدليل فى الفتوى، فكما فى الصلاة حيث قامت الأدلّة على اشتراطها بأُمور من الطهارة والاستقبال والتستّر وغيرها، كذلك فى المقام حيث أفادت الأدلّة بمانعيّة الوقف والرهن وغيرهما، فالموانع مختلفة بحسب الأدلّة، ولا مانع عقلاً بحسب مقام الإثبات لاعتبار جميعها والحكم بمقتضاها، وبالتالى فمختار الشيخ هو الصحيح دون المحقّق الآخوند.

[و] كلام المحقّق الإصفهانى ودفاعه عن الشيخ تامّ حلاً ونقضا، وفى مقامى الثبوت والإثبات»(١).

الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم

لم تتم مقالة الشيخ الأعظم حول تفسير الطلقية بأنّها «تمام السلطنة على الملك»(٢). وأُخرى ب_ «أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه»(٣).

وترد عليها عدّة إشكالات:

منها: «فسّر الشيخ الطلقيّة بأنّها «تمام السلطنة على المِلک»، ولا علاقة لهذا التفسير بما نحن فيه من البحث عن شروط العوضين، فإنّ الفاضلان بعد ما فرغا عن شروط المتبايعين وأوصافهما، دخلا فى البحث عن شروط العوضين، وجعلا من شروطهما الطلقيّة، ومن ثَمّ فإنّ تفسير الطلقيّة بتماميّة السلطنة يقلب الأمر من البحث عن شرطيّة العوضين إلى البحث عن أوصاف المتبايعين، وهذا خلط ممنوعٌ بين أوصاف المالک والمملوک وشروطهما.

ص: ۱۹۱

۱- (۸۸۷) العقد النضيد ٤/٤٨٩ و ٤٩٠.

۲- (۸۸۸) المكاسب ٤/٢٩.

۳- (۸۸۹) المكاسب ٤/٣٠.

ومنها: اعتباره الطلقيّة أمرا منتزعا من انتفاء هذه الاُمور أيضا ممنوع، لأنّه فسّر الطلقيّة بتماميّة السلطنة التى هى أمرٌ وجودى، وانتفاء الاُمور المذكورة أمرٌ عدميٌ، ويستحيل انتزاع الوجودى من العدمى، لما ثبت من ضرورة اتّحاد الأمر الانتزاعى مع منشأ انتزاعه، ولذلک يستحيل اتّحاد الأمر الوجودى مع العدم والعدمى.

ومنها: نسب الشيخ الطلقيّة إلى المالكين، واعتبرها وصفا لهما، وفسّرها بسلطنتهما على مطلق التصرّفات، وقد ثبت أنّها تحصل من انتفاء القيود المذكورة، ممّا يستلزم أن يكون وصف المالک منتزعا من وصف العين، وهو ممنوع.

ومنها: جمع الشيخ بين أمرين لا يمكن الجمع بينهما، حيث اعتبر الوقف والرهن من الموانع، ثمّ قال بشرطيّة عدم هذه الأُمور، وهو ممنوع.

[لأنّ] اعتباره عدم هذه الموانع شرطا ممنوعٌ برهانا، لما ثبت من أنّه لا يعقل أن يصبح عدم المانع شرطا، لأنّ العدم لا يستطيع أن يكون مكمّلاً لفاعليّة الفاعل أو متّمما لقابليّة القابل _ كما هو معنى الشرط عند الأُصوليّين _ فليس لهذا العدم أثرٌ وجوديّ، ولذلک يستحيل أن يتحقّق من خلاله الشرطيّة، نعم يصحّ اعتبار هذه الموانع من جهة مزاحمة وجودها مع مقتضى الشيء المطلوب، ولكنّه لا يجعل عدمها شرطا.

ومنها: الثابت أنّ الأحكام الشرعيّة وما يترتّب عليها من الشرطيّة والمانعيّة أُمور اعتباريّة، يتوقّف على اعتبار الشارع لهما بالخصوص، كقوله: «لا صلاة إلاّ بطهور»، وقوله: «لا تصلِّ فيما لا يؤكل لحمه» وغيرهما، والمستفاد من ظاهر الأدلّة الواردة المنع عن بيع الوقف والتصرّف فى العين المرهونة، وأنّ المعتبر مانعيّتهما، وبالتالى لا يصحّ اعتبار عدمهما، حيث يعدّ اعتبار شرطيّة عدمهما لغوا.

ولو سلّمنا إمكان اعتبار الشارع عدمهما شرطا مسامحةً، فإنّه لا اعتبار به ويعدّ باطلاً وفاقدا للأثر، ولهذا السبب وغيره نرى أنّ جمعه رحمه الله بين شرطيّة انتفاء هذه الأُمور ومانعيّتها الشرعيّة مستلزمٌ للغويّة الجعل»(١).

١- (٨٩٠) العقد النضيد ٤/(٤٩٤-٤٩٢).

الخامسة: القول المختار فى المقام وعدد مسائل هذه الشرطية

اشارة

اثبات الطلقية بعنوان الشرطية العامة فى شرائط العوضين مشكل جدّا فلا يتم مقالة الفاضلان ومن تبعهما.

نعم هاهنا حقوق تعلّقت بالملک تمنع من بیعه ولکن استفادة الطلقیة علی نحو الشرطیة العامة من هذه الحقوق أیضا «لا یخلو من إشکال»(۱) کما یراه صاحب الجواهر.

والمختار: ثبوت هذه الحقوق المانعة عن البیع بالملک فلابد من ملاحظة هذه الحقوق فردا فردا وإثباتها صغرویا ولا تنتج منها کبری الطلقیة ولذا قال صاحب الجواهر: «علی الفقیه انتقاد الحقوق المتعلّقة بالنسبة إلی المنافاة المزبورة وعدمها ولا دلیل علی أنّ مطلق تعلّق حق الغیر منافٍ بل لعلّ الدلیل علی خلافه»(۲).

ثمّ أکثر من تعرّض لهذه الحقوق بحثوا عن ثلاث مسائل «ثمّ عنونوا حق الجانی واختلفوا فی حکم بیعه» کما قاله الشیخ الأعظم.(۳) ولکن الشیخ أسداللّه التستری قدس سره أنهاها إلی أزید من عشرین مسألة کما مرت بعضها من الشیخ الأعظم.(٤)

قال المحقّق النائینی: «قد عرفت ان أکثر المتعرضین لهذا الشرط فرعوا علیه عدم جواز بیع الوقف وأُم الولد والعین المرهونة، وزاد بعض فی التفریع عدم جواز بیع العبد الجانی. واورد علیهم فی المقابس ببطلان حصر التفریع فی الثلثة أو الأربعة بل ینبغی التعمیم إلی مطلق ما خرج عن تحت تمامیة سلطنة المالک بواسطة تعلق حقّ به ثمّ أنهاها إلی تمام العشرین، وذلک مثل النذر المتعلق بالعین قبل البیع والخیار المتعلق بها إلی آخر ما نقله المصنف [الشیخ الأعظم(٥)] عنه _ قدس سرهما _ فی الکتاب.

ولکن التحقیق هو الاکتفاء بالموارد الأربعة لأنّ ما عدّه قدس سره من الموارد إمّا یکون

۱- (۸۹۱) الجواهر ۵۷۳/۲۳ (۳۵٦/۲۲).

۲- (۸۹۲) الجواهر ۵۷٤/۲۳ (۳۵۷/۲۲).

٣- (٨٩٣) المكاسب ٣٠/٤.

٤- (٨٩٤) المكاسب ٣١/٤.

٥- (٨٩٥) المكاسب ٣١/٤.

من المسائل الخلافية كحق الخيار وبعض آخر مما ذكره وإمّا يكون ممّا ذهب المشهور فيه إلى عدم مانعيته عن البيع.

وإمّا يكون مرددا بين أن يكون من قبيل حقّ الرهانة أو من قبيل حقّ الجناية والفرق بينهما على ما سيأتى هو كون حقّ الرهانة علقة خاصة متعلقة من المرتهن إلى العين المرهونة الموجب لكونها مخرجا لدينه، ويلزمه أن يكون فى ظرف قابليتها للمخرجية والنقل والانتقال وحقّ الجناية حقّ يتعلق من المجنى عليه على رقبة الجانى الموجب لاسترقاقه أينما وجده ولو بعد خروجه عن ملك المالك ويترتب عليه جواز استرقاق الجانى على أىِّ صفة كان الجانى عليها.

وعلى هذا فأُمّهات الفروع المترتبة على هذا الشرط هو الأربعة المذكورة فى كلام الأكثر فيجب أن يعقد لكلِّ منها مسئلة فهنا أربع مسائل»(١).

أقول: وأنت ترى كون المسألة من المسائل الخلافيّة لا يستلزم خروجها عن دائرة البحث، بل الأمر بالعكس، وأنّ الاختلاف يستدعى البحث والوصول إلى حقيقة الأمر المختلف فيه، والشاهد على ذلك أنّ الأصحاب قد اختلفوا فى حكم العين المرهونة، وبرغم ذلك فقد بحث عنها الشيخ فى المقام.

والحكم فى المورد الثانى والثالث أيضا كذلك، فإنّ مخالفة التسترى مع بعض ما ذهب المشهور إلى عدم مانعيّته، أو الترديد فى أنّه فى قبيل حقّ الرهانة أو حقّ الجناية، لا يستلزم إخراجها عن دائرة البحث.

نعم، الأربعة المذكورات تعدّ من أهمّ الموارد، إلاّ أنّ أهمّيتها لا تنافى ضرورة البحث عن باقى الموارد، لكن نترك البحث عنها تبعا للمشهور وفرارا عن التطويل، وقد تعرّض الشيخ لها من خلال أربع مسائل»(۲). ونحن نتبع أثره فى ثلاث منها دون العبد الجانى، وإليک سردها:

ص: ۱۹٤

۱- (۸۹٦) المكاسب والبيع ۳۷٥/۲.

۲- (۸۹۷) العقد النضيد ٤۹٥/٤.

المسألة الاولى: عدم جواز بيع الوقف

تمهيدٍ: ما هى حقيقة الوقف؟

اشارة

ما هى حقيقة الوقف وهل هى بحيث يوجب المنع عن بيعه؟ وهل المانعية ذاتيّة مع البيع أم أنّ منعه يكون مستندا إلى فقد الشرط أو وجود المانع؟

القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هى الدليل الأوّل لبطلان بيع الوقف

اشارة

اختلفوا فى جهة المانعية ومرجع الخلاف يرجع إلى الاختلاف فى حقيقة الوقف، وهاهنا قولان:

القول الأوّل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعية عن التصرفات

القول الأوّل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعية عن التصرفات كما نُسب(١) إلى ظاهر الجواهر(٢) تبعا لأستاذه كاشف الغطاء فى شرح القواعد(٣) وصهره الشيخ أسداللّه التسترى صاحب المقابس(٤) ونجله الشيخ حسن صاحب أنوار الفقاهة(٥).

القول الثانى: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة وهو

القول الثانى: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة وهو

١- (٨٩٨) كما فى المكاسب ٣٥/٤ ونسبه إلى «بعض من عاصرناه» وحاشية المكاسب ٧٣/٣ للمحقّق الإصفهانى والعقد النضيد ٥١٣/٤.

٢- (٨٩٩) الجواهر ٥٧٦/٢٣ (٣٥٨/٢٢).

٣- (٩٠٠) شرح القواعد ٢٢٣/٢.

٤- (٩٠١) المقابس /١٤٤ الطبعة الحجرية.

٥- (٩٠٢) أنوار الفقاهة ٢٨٤/٥.

مختار المحقّق الإصفهانى قدس سره .

قال المحقّق الإصفهانى فى اثبات قوله ونفى القول الآخر: «الوقف: هو الحبس المساوق والإسكان، فى قبال الجريان فى أنحاء التقليبات والتقلبات.

والمراد بالحبس إمّا هو الممنوعية عن التصرفات، كما هو ظاهر الجواهر(١) تبعا لما فى شرح القواعد(٢) لكاشف الغطاء قدس سره ، فجواز المعاوضات مضاد لحقيقة الوقف حينئذٍ، ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف لا بالتصرف.

وإمّا قصر الملک علی شخص أو جهة مثلاً، بحیث لا یتعداهما، وحیث إنَّ الملکیة حقیقة واحدة لا تتفاوت فی الوقف وغیره، فحیثیة عدم التعدی من موضوعها راجعة إلی عدم نفوذ التصرف شرعا، فیکون تفاوت الملک فی الوقف مع غیره بکونه محکوما شرعا بعدم الانتقال من موضوعه، وحینئذٍ فنفس التصرف مزیل للوقف لا حکمه، بل حکمه مضاد لتلک الحیثیة التی هی حکم شرعی للملک الوقفی، فینقلب الوقف بعد وجود مسوّغ التصرف الناقل من اللزوم إلی الجواز، کما هو ظاهر [الشیخ الأعظم] قدس سره فیما سیأتی(۳) إنْ شاء اللّه تعالی.

والتحقیق: أنَّ حقیقة الوقف الموافقة لمفهومه لیست بمعنی الممنوعیة من التصرفات؛ فإنَّ المنع الذی ینشأ بصیغة الوقف ویتسبب إلیه لیس هو المنع المالکی، ولا المنع الشرعی ولا ثالث.

أمّا عدم کونه منعا مالکیا فلأنَّ منع الغیر عن التصرف فی العین وإنْ کان قابلاً للانشاء کإنشاء الاباحة، إلاّ أنّه لایعقل أنْ یکون موقوفا علی القبول، مع أنّ حقیقة الوقف

۱- (۹۰۳) جواهر الکلام ۵۷٦/۲۳ (۳۵۸/۲۲).

۲- (۹۰٤) شرح القواعد ۲۲۰/۲ ولکنّه ذهب فی الوقف العام إلی عدم جواز بیعه «لعدم أصل الملکیة» وفی الوقف الخاص لأنّ البیع ینافی حقیقة الوقف لأخذ الدوام فیه لا لعدم الملکیة لثبوتها فیه علی المشهور، أو لأنّ نفی المعاوضات علی الأعیان مأخوذ فیه ابتداءً کالتحریر للمملوک ولأن حقوق الأعقاب متعلّقة به ولظهوره بین النّاس... شرح القواعد ۲۲۳/۲ و ۲۲٤.

۳- (۹۰۵) المکاسب ۳۷/٤.

مما لا شبهة فی قابلیتها للقبول، بل المعروف أنّها موقوفة علیه خصوصا فی الوقف الخاص، مع أنّ المنع المالکی لا یتصور إلاّ فی ظرف بقاء العین علی ملک المانع، وإلاّ فلا معنی لمنعه عما لا مساس له به.

والحال أنَّ خروج العين عن ملک الواقف ممّا لا کلام فيه، وأمّا منع نفسه عن التصرفات فلا معنى له إلاّ بالالتزام بعد تصرفه فی العين، فما المانع عن تصرف الغير، إذْ نفوذ الوقف لا يقتضی إلاّ تحقّق ما أنشأه الواقف شرعا دون غيره.

وأمّا عدم کونه منعا شرعيا تکليفيا أو وضعيا: فلأنّ المنع التکليفی ـ وإنْ کان مجعولاً شرعا ـ لکنه ليس من الاعتبارات التی يتسبب إليها بأسبابها، بل تنبعث من مبادئه فی نفس المولی، والمنع الوضعی ليس إلاّ عدم إنفاذ السبب، والنفوذ وعدمه ليسا بمجعولين شرعا، بل ينتزعان من ترتب اعتبار الشارع للملکية أو للزوجية علی أسبابه الداعية إلی اعتباره وعدمه، فلا معنى للتسبب إلی إيجاد المنع الشرعی بسبب معاملی عقدی أو إيقاعی، فتدبر جيدا»(۱).

«بيان مراده: يستعرض المحقّق الإصفهانی رحمه الله أوّلاً ما يترتّب علی دعوی کاشف الغطاء من قيام المضادّة بين الوقف والحکم بجواز البيع؛ لأنّه لو حملنا حقيقة الوقف علی المنع عن التصرّف فإنّ حکم الشارع بجواز بيع العين الموقوفة بعد خرابها وسقوطها عن قابليّة الانتفاع، يعدّ اجتماعا للضدّين، ممّا يقتضی أن نحکم ـ تصحيحا لحکم الشارع ـ ببطلان وقفيّة العين الموقوفة وزوالها قبل البيع، وهو ما لا يمکن توجيهه، وهذا بخلاف ما لو قلنا إنّ حقيقته ليس إلاّ حبس العين، أو اختصاصها بأشخاص معلومة ـ کالوقف علی الأولاد ـ أو جهات معيّنة ـ کالوقف علی العلماء والفقراء ـ بحيث تکون ملکيّتها مقتصرة علی هذه الطائفة من الأشخاص أو الجهات، ومن المعلوم أنّ لازم قصر المِلک هو الحکم بعدم جواز البيع، وبالتالی فلا تحصل مضادّة بين الوقف والحکم بجواز البيع، لما ثبت أنّ حقيقته هو الحبس علی هذه المجموعة، لا منعها من البيع، نعم لازم هذا الأمر ممنوعيّة

۱- (۹۰٦) حاشية المکاسب ۷۳/۳ و ۷٤.

بيعها، فيحصل التنافى بين جواز البيع وحكم الوقف، لا بين الجواز وأصل الوقف كما فى الدعوى الأُولى.

ثمّ يقول المحقّق الإصفهانى من خلال تحقيقه: بأنّ الدعوى الأُولى مبتنيّة على المنع عن التصرّف، والمنع لا يخلو إمّا أن يُراد به المنع الشرعى أو المالكى، كما هو الحال فى الإباحة التى تنقسم إلى الإباحة الشرعيّة أو الإباحة المالكيّة.

أمّا المنع المالكى فواضح، وأمّا المنع الشرعى، فهو على قسمين:

١_ المنع التكليفى، والمراد منه الحرمة فى مقابل الإباحة.

٢_ المنع الوضعى، والمراد منه الفساد فى مقابل الصحّة ونفوذ المعاملة.

وفى كلّ الأحوال، سواءً قصد كاشف الغطاء أو صاحب «الجواهر» من المنع المالكى منه أو الشرعى، فإنّ دعواهما مدفوعة؛ لأنّ الأوّل يتضمّن محذورين والثانى محذور واحد، وعلى كلّ تقدير فالحكم بأنّ الوقف يفيد المنع عن التصرّف باطلٌ.

أمّا المنع المالكى: ففيه محذوران:

١_ قيام الضرورة الفقهيّة عند المشهور(١) على اعتبار القبول فى مطلق الوقف، وعلى الخصوصص فى الوقف الخاصّ، لأنّ الوقف معدودٌ من المنشآت الشرعيّة التى فيها قابليّة القبول، فإذا اعتبرنا الوقف أمرا يعود حكمه بالمنع إلى المالك فإنّ الضرورة قائمة على عدم تقبّل المنع المالكى للقبول، كالإباحة المالكيّة التى قامت الضرورة على أنّ ما يبيحه المالك لا يحتاج إلى قبول المباح له، بل الشىء مباحٌ له سواءً قبل أم لم يقبل، وكذلك الحال فى المنع المالكى،فإنّ ما يمنعه المالك ممنوع سواءً قبله الممنوع له أم لم يقبله، وقد ثبت أنّ الوقف حقيقةٌ تقبل القبول.

٢ـ إنّ المنع عن التصرّف لو كان منعا مالكيّا، لاستلزم تفرّعه عن المالكيّة بمثل تفرّع الإباحة المالكيّة عن الملكيّة، ولا يعقل بقاء الفرع بعد زوال الأصل، ولا شبهة أنّ

١- (٩٠٧) وإن اختلف أصحابنا فى حكمه على ثلاثة أقوال: قولٌ بأنّه يلزم وجود القبول مطلقا، وقولٌ بعدم لزومه مطلقا، وقولٌ بالتفصيل بين ما كان وقفا على الأشخاص فإنّه بحاجة إلى القبول وبين ما إذا كان وقفا على الجهات فلا يحتاج إلى القبول.

المالكيّة تزول بحدوث الوقف، ومع زوالها كيف يتسنّى له أن يمنع عنه بعد ما صار أجنبيّا عن العين الموقوفة؟!

وأمّا محذور المنع الشرعى: فقد ثبت أنّه إمّا تكليفى كحرمة التصرّف فى مال الغير، وأمّا وضعى كبطلان البيع. وعلى كلّ تقدير فإنّ المنع الشرعى يعدّ من الاعتباريّات الشرعيّة، وأمّا الوقف فإنّه معدود من الأُمور التسبيبيّة التى يتحقّق من خلال انشاء المالک، والحرمة الشرعيّة والوضعيّة غير قابلتان للتحقّق والوجود من خلال انشاء المالک.

وبالجملة: أثبت المحقّق الإصفهانى من خلال هذا التحقيق، بطلان ما التزم به كاشف الغطاء وصاحب الجواهر، من أنّ المراد من الوقف هو المنع، ودلَّ على أنّ الوقف لا يتضمّن منعا مالكيّا ولا شرعيّا، بل الصحيح أنّ المراد من الوقف هو قصر المِلک على الأشخاص أو الجهات، وهذا المعنى ـ فضلاً عن بُعده عن الإشكال ـ يتّفق مع ما ارتكز عليه سيرة العقلاء وتصرّفاتهم منذ القدم، حيث لا يختصّ ظاهرة الوقف بالمسلمين، ولا يعدّ من مبتدعاتهم، بل كانت شائعة بين الأُمم السابقة كاليهود والنصارى والمجوس، حيث نجد أنّهم يقومون بعمليّة الوقف ويحصرون الأموال غير المنقولة والأملاک على الكنائس والبيع ودور عبادتهم، وغيرها من العناوين والجهات العامّة أو الأشخاص»(١).

اشکالات السیّد الخمینی علی المحقّق الإصفهانی

الإشکال الأوّل وجوابه

ذهب الإصفهانی إلی أنّ الحبس فی الوقف لا یکون بمعنی ممنوعیة التصرف لأنّها إمّا مالکیة أو الشرعیة:

فلا تکون المالکیة لانّ المنع المالکی لا یحتاج إلی القبول ولکن الوقف یحتاج إلی القبول علی القول المشهور.

واستشکل السیّد الخمینی علیه بقوله: «أنّ موقوفیة الوقف علی القبول أوّل الکلام،

۱- (۹۰۸) العقد النضید ٤/(٥۰۱-٤۹۹).

بل الظاهر عدمها وأنّ الوقف من الإیقاعات»(۱).

ویمکن أن یدافع عن المحقّق الإصفهانی أنّه یری الوقف سِنْخا له قابلیة القبول والاقتضاء له، ویمکن أن یکون متعلَّقا للقبول بخلاف المنع المالکی لعدم اعتبار القبول فیه أو عدم قابلیته للقبول فلا یتم الإشکال.

الإشکال الثانی ونقده

ذهب الإصفهانی إلی أنّ الحبس بمعنی ممنوعیة التصرف إذا کانت مالکیة لا یحتاج إلی القبول.

واعترض السيّد الخمينى عليه بقوله: «أنّ جعل الممنوعيّة على فرضه، ليس ممنوعيّة لا مساس لها بالقابل؛ فإنّ الحبس عليه على هذا الفرض، قرار كونه ممنوعا عنه، نظير شرط النتيجة، وهو يحتاج إلى القبول»(٢).

مراده: إنّ المنع المالكى إذا كان بنحو الشرط النتيجة يحتاج إلى القبول فلا فرق بينه وبين الوقف الذى يحتاج إلى القبول.

ويمكن أن يجاب عنه: إنّه لابدّ أن يلاحظ اعتبار المنع المالكى لأنّه يعتبر على قسمين:

أ: يمكن أن يعتبره المالك على المعنى العقدى فحينئذ يحتاج إلى قبول بلا فرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

ب: ويمكن أن يعتبره على المعنى الايقاعى فلا يحتاج إلى قبول مطلقا أى بلا فرق بين شرطى الفعل والنتيجة.

والوجه فى ذلك: أنّ المنع المالكى اعتبار من المالك وأمره بيده ويمكن أن يعتبره تارة على المعنى العقدى فيحتاج إلى القبول وأُخرى على المعنى الإيقاعى فلا يحتاج إليه أصلاً.

١- (٩٠٩) كتاب البيع ١٢٢/٣.

٢- (٩١٠) كتاب البيع ١٢٢/٣.

فظهر ممّا ذكرنا: أ: المدار فى احتياجه إلى القبول لا يكون على شرط النتيجة بل يدور على المعنى العقدى فلا يتم الاِعتراض.

ب: المنع المالكى يمكن أن يحتاج إلى القبول إذا أُنشِى ءَ على المعنى العقدى فلا يتم مقالة الإصفهانى: «لا يعقل أن يكون [المنع المالكى] موقوفا على القبول»(١).

الإشكال الثالث وَرَدُّهُ

ذهب الإصفهانى إلى «أنّ المنع المالكى لا يُتَصَوَّرُ إلاّ فى ظرف بقاء العين على ملك المانع وإلاّ فلا معنى لمنعه عمّا لا مساس له به»(٢) والحال أنّ خروج العين عن ملك الواقف ممّا لا كلام فيه.

وَاورد السيّد الخمينى عليه بقوله: «إنّ إيقاع المنع إنّما هو فى زمان مالكيّته، فلو كان الحبس هو الممنوعيّة، لكان حصول الممنوعيّة وخروج العين عن ملكه، بإنشائها فى زمان مالكيّته، ولا يعتبر فى جعل المالك وتصرّفه فى ملكه إلاّ كونه ملكا له حال التصرّف، نظير الشرائط فى ضمن العقد، فلو شرط على المشترى عدم بيعه، أو شرط إجارته فى رأس السنة الآتية، صحّ وإن لم يكن ملكا له فى رأسها، وهو واضح»(٣).

أجاب الاستاذ المحقّق _ مدظله _ عن هذا الايراد بقوله: «إذا لا حظنا تصرّفات الملاّك نجد أنّها على قسمين:

١_ بعضها يتوقّف حدوثها على المِلك، لكنّها بقاءً مستغنى عنه، فإنّ قيام المالك بتمليك ماله للغير، يعدّ تصرّفا متوقّفا على الملكيّة حدوثا، لكن يستغنى عنها المتصرّف بقاءً.

٢_ وبعضها الآخَرُ يحتاج إلى المِلك حدوثا وبقاءً، فإذا انتفت الملكيّة بقاءً لزم الانقلاب، كالإباحة المالكيّة التى تعنى فى ذاتها ترخيص المالك بالتصرّف المطلق، وبالتالى لابدّ من بقاء الملكيّة لتبقى الإباحة مستمرّة، إذ مع انتفاءها لا تبقى الرخصة

١- (٩١١) حاشية المكاسب ٣/٧٤.

٢- (٩١٢) حاشية المكاسب ٣/٧٤.

٣- (٩١٣) كتاب البيع ٣/١٢٢.

المالكيّة الممنوحة من المبيع للمباح له.

وممّا ذكرنا يتبيّن أنّ المنع المالكى على وزان الإباحة المالكيّة، فلا يشمل بقاء المنع مع زوال المِلك، لاتّحاد الإباحة والمنع من جهة المصدر واسم المصدر، مع فارق الاسم والاعتبار، من جهة إضافد الإباحة إلى المبيح، كما أنّ المنع المالكى وممنوعيّة المِلك كلاهما أيضا بمعنى واحد، أى إذا لا حظنا الممنوعيّة دون الاستناد إلى المالك عُدَّ وصفا للمِلك، وإذا لاحظناها مستندة إلى المالك عُدّ فعلاً صادرا منه، وبالتالى فليس المنع والممنوعيّة وصفان مختلفان يمكن فرض بقاء أحدهما وزوال الآخر، بل هما باقيان ببقاء المِلك، وزائلان بزواله. وبذلك يندفع الإيراد المذكور»(١).

الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ

اعترض السيّد الخمينى على مختار الإصفهانى فى معنى الحبس وهو «قصر العين على شخص أو جهة بمعنى عدم تعديها عنهما»(٢) بقوله: «انّ ماهيّة الحبس إذا كانت قصر الملك على شخص أو جهة، وأنّ تفاوت الملك الحاصل بالبيع ونحوه مع الحاصل بالوقف إنّما هو بأمر خارج؛ هو عدم نفوذ التصرّف شرعا، ففى كلّ مورد لم يحصل قصر الملك بهذا المعنى، لابدّ من الالتزام بأحد أمرين فاسدين بالضرورة:

إمّا الالتزام: بأنّ الوقف على غير ما يصلح للمالكيّة _ نظير الوقف على الحيوانات، أو على معنىً مصدرىّ نظير الإحجاج والإرسال إلى المشاهد، ووقف المسجد والمشعر _ خارجٌ عن ماهيّة الوقف.

أو الالتزام: بأنّ الحيوان والحديقة والمعانى المصدريّة، تصير بالوقف مالكة، فلو وقف شىء على الإحجاج، يصير الإحجاج مالكا، أو على حديقة الحيوانات تصير الحديقة أو الحيوانات مالكة، وهو كما ترى.

والالتزام: بأنّ حقيقة الوقف تختلف باختلاف الموارد، له فى كلّ مورد معنىً، لا

١- (٩١٤) العقد النصيد ٤/٥٠٤.

٢- (٩١٥) حاشية المكاسب ٣/٧٤.

يقصر عن الالتزامين المتقدّمين، وفى كلامه مورد نظر، بل تناقض، لا يهمّنا البحث عنها»(١).

ولكن يمكن أن يمنع من هذا الاعتراض بأنّ الإصفهانى قال: «فمن البيّن أنّ العين بما هى لا إضافة لها إلى شخص أو جهة إلاّ بلحاظ الاختصاص الملكى أو مطلق الاختصاص، فالمراد قصرها على الشخص ملكا أو اختصاصا، فالملك أو الاختصاص مقوم القصر ومعينه، ومرجع قصر العين ملكا مثلاً قصر ملكيتها على شخص المساوق لعدم زوالها عنه، لا أنّ المُنْشَأ والمتسبب إليه نفس اعتبار الملكية، فإنّه غير مناسب لمفهوم الوقف»(٢).

ومع هذا التبيين منه قدس سره يصير «معنى الوقف هو قصر المِلك أو قصر الاختصاص متى لم تكن الجهة المقصودة قابلةً لقبول الملكيّة، فوقف المال على الإحجاج والإرسال إلى المشاهد وتعليف الحيوانات يعدّ تخصيصا للمال لهذه الجهات لا تمليكا لهم كما زعمه المُسْتَشْكِل»(٣).

وظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية الاشكالات الأربعة الواردة على المحقّق الإصفهانى، والحمدللّه.

مقالة النائينى فى حقيقة الوقف

اشارة

قال المحقّق النائينى: «إعلم ان الموجب لعدم طلقية الملک إمّا يكون من جهة عدم المقتضى لطلقيته أو يكون لأجل المانع عن طلقيته وأصول الموانع ثلاثة الرهن والجناية وأم الولد وما عداها ملحقة بها فالوقف لا يكون طلقا لاجل عدم المقتضى لا لأجل وجود المانع، والكلام فى الوقف إنّما هو فى الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكا لطبقات الموقوف عليهم. وأمّا الوقف العام والوقف على الجهات فخارجان عن محل الكلام، حيث أنّه لايجوز بيعهما لانتفاء الملكية لا لأجل انتفاء الطلقية فى مورد الملک الشخصى كما أنّه

١- (٩١٦) البيع ١٢٣/٣ و ١٢٤.

٢- (٩١٧) حاشية المكاسب ٧٤/٣.

٣- (٩١٨) العقد النضيد ٥٠٥/٤.

على تقدير القول بعدم الملک فى الوقف الخاص أيضا ليس المنع عن بيعه لأجل انتفاء الطلقية، فالوقف إنّما يكون من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقا إذا كان خاصا وقلنا فيه بالملک.

فإن قلت: الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكا للطبقات يكون ممنوعا عن بيعه لاجل تعلق حق الطبقات المتأخرة به فيكون عدم طلقيته لأجل وجود المانع كالرهن ونحوه.

قلت: نعم وإن كان حقّ الطبقات المتأخرة متعلقا به، لكن مع ذلک يكون المنع عن بيعه مستندا إلى عدم المقتضى لأنَّ عَدَمَ المعلول عند عدم المقتضى ووجود المانع يستند إلى عدم الأوّل لا إلى وجود الثانى، لأنّ عدمه متقدم على وجود الثانى، والمعلول إنّما يستند إلى أسبق علله.

ثمّ [إنّ] الدليل على بطلان بيع الوقف قد ظهر مما بيناه من كون الملک الحاصل به قاصرا عن قابلية النقل والانتقال.

وتوضيحه: إنّ ماهية الوقف عبارة عن إيقاف المال وبالفارسية «واداشتن آن در محلى» بحيث لا يمكن أن يتحرک عن محلّ وقوفه إلى محلّ آخر فكأنّه صار مقطوع الرجلين، وهذا المعنى هو المنشأ بإنشاء الواقف وقد تعلق به الإمضاء، وإذا كان بماهيته غير قابلة للنقل والتبديل من مكان إلى مكان آخر وصار بما له من الماهية ممضاة عند الشارع فلا يقبل النقل والانتقال ولا يجوز بيعه فيكون عدم جواز بيعه موافقا مع القاعدة لو لم يكن إجماع على عدم جوازه فضلاً عن كونه إجماعيا أيضا ودلّ عليه الأخبار»(١).

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق النائينى أيضا يرى ماهية الوقف هى إيقاف المال وتكون غير قابلة للنقل والانتقال فلا يجوز بيعه، ولأنّ البيع والوقف يتنافيان ذاتا وماهية، البيع هو النقل والانتقال، والوقف إيقاف المال وعدم النقل والانتقال.

وذهب إلى هذا المقال صاحب الجواهر حيث يقول: «والذى يقوى فى النظر _ بعد

١- (٩١٩) المكاسب والبيع ٣٨٦/٢ و ٣٧٧.

إمعانه _ أنّ الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتّجه حينئذ جواز البيع»(١).

ظهور الايراد على السيّد الخمينى رحمه الله

وبما ذكرنا ظهر مواقع النظرفى كلام السيّد الخمينى رحمه الله حيث يقول فى تعريف الوقف: «والذى يمكن أن يقال: إنّ اعتبار الوقف فى جميع الموارد إيقاف الشىء على جهة، أو شخص، أو غيرها؛ لتدرّ المنافع منه عليها، فبقوله: «وقفت عليه» مع التعدية ب_ «على» المقتضية للعلوّ، كأنّه جعل العين _ فى الاعتبار _ على رأس الموقوف عليه لا تتعدّاه، لتدرّ منافعها عليه، ولا تتعدّى المنافع عنه؛ تبعا لعدم تعدّى نفس العين عن رأسه اعتبارا.

وهذا المعنى مع كونه موافقا للاعتبار العقلائىّ، صادق فى جميع الموارد»(٢)... «ولو قيل: إنّ الوقف مقابل الحركة واللاّسكون، فلابدّ من لحاظ عدم الحركة، وعدمها ليس فى المكان، بل فى الاعتبار، وهو عدم النقل، كالبيع وغيره، فيرجع الوقف إلى جعل الشىء ساكنا عن الانتقال، وممتنعا عن التصرّفات الناقلة والمعدِمة، كما هو المنقول عن «الجواهر»(٣).

قلنا: الوقف على الشخص أو الجهة، مقابل التجاوز عنه، فإذا وقف على شخص، صار هو الموقوف عليه؛ أى وقف عليه، ولم يتعدّ عنه إلى غيره.

هذا لو سلّم لحاظ عدم الحركة الوقوف عن الحركة فى الوقف، ولكنّ الظاهر عدم لحاظها فى الوقف، فلا ينقدح فى ذهن الواقف إلاّ عنوان «الوقف على فلان» أو «على كذا».

وعلى ما ذكرناه، ليس بين ماهيّة الوقف وجواز النقل أو نفس النقل، مضادّة

١- (٩٢٠) الجواهر ٥٧٦/٢٣ (٣٥٨/٢٢).

٢- (٩٢١) كتاب البيع ١٢٥/٣.

٣- (٩٢٢) جواهر الكلام ٥٧٦/٢٣ (٣٥٨/٢٢)؛ اُنظر المكاسب ٣٥/٤؛ حاشية المكاسب المحقّق الإصفهانى ٧٣/٣.

ومنافرة.

وتوهّم، كون الوقف الدائم و المؤبّد منافيا للنقل؛ من أجل أنّ النقل ولو سلّم عدم منافاته لنفس الوقف، لكنّه منافٍ لدوامه غير وجيه؛ لأنّ الدوام والانتقطاع فيه كالدوام والانقطاع فى باب النكاح، فكما أنّ النكاح الدائم لا ينافى جواز الطلاق أو نفسه، فمعنى دوامه أنّه لا أمد له حتّى ينقضى فى رأسه، وإن أمكن وصحّ قطعه بالطلاق، فكذلك الدوام فى الوقف، معناه أنّه غير منقطع حتّى ينقضى فى رأس أمده، فما لم يكن سبب لفسخه فهو باقٍ، بخلاف المنقطع الذى يكون اقتضاؤه قصيرا وإلى وقت محدود.

فتحصّل ممّا ذكر: أنّ الوقف بنفسه غير مانع عن النقل، فلابدّ من إقامة دليل على المنع»(١).

وأنت ترى المضادة بين كلامه الأوّل ومقاله الآخر أى بين تعريف الوقف بأنّه «إيقاف الشىء على جهة أو شخص أو غيرهما لتدّر المنافع منه عليها...» وبين قوله قدس سره : «ليس بين ماهية الوقف وجواز النقل أو نفس النقل مضادّة ومنافرة» وسبحان من لا يسهو.

وبالجملة: الوقف بذاته وماهيته لا يقبل البيع وبين الماهتين معارضة ومنافرة واضحة وهذا هو الدليل الأوّل لبطلان بيع الوقف. واللّه العالم.

الدليل الثانى: الإجماع

الإجماع قائم على عدم جواز بيع الوقف محصَّلاً محكيّا بل هذا الحكم من القطعيات وكاد يكون من الضروريات.

قال المتتبع العاملى فى ذيل قول العلاّمة (ولا يَصِحُّ بيع الوقف ولا هبته ولا نقله): «كما نصّته بذلك رواياتهم(٢) وبأنّه لا يحلّ ذلك لأحد. وأفصحت به عباراتهم فى مطاوى كلماتهم خصوصا عند كلامهم على جواز بيعه عند خرابه لخلف بين أربابه أو نحوه كما

١- (٩٢٣) كتاب البيع ١٢٦/٣.

٢- (٩٢٤) راجع وسائل الشيعة ١٨٥/١٩، باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

ستسمع، وانعقدت عليه إجماعاتهم. ففى السرائر أنّ الّذى يقتضيه مذهبنا أنّه بعد وقفه وتقبيضه لا يجوز الرجوع فيه ولا تغييره عن وجوهه وسبله ولا بيعه _ إلى أن قال: _ لأنّا إجماع منّا على ذلک.(١) وفى الغنية أيضا الإجماع على أنّه لا يجوز الرجوع فى الوقف ولا تغييره عن وجوهه ولا سبله.(٢) والحاصل: أنّ ذلک من القطعيّات بل كاد يكون من الضروريّات»(٣).

أقول: هذا الحكم إذا كان على حدّ الإجماع لا يفيد فى المقام شيئا لأنّه مدركىٌّ وأمّا إذا وصل إلى حدّ القطعيات والضروريات كما حصّله الفقيه المتتبع العاملى فلابدّ من قبوله والمشى على طبقه والظاهر أنّه كذلک واللّه العالم.

الدليل الثالث: الاطلاقات

أ: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٤)

الآية الشريفة تدلّ على وجوب الوفاء بالعقود بلا فرق بين أن نفهم منها الحكم التكليفى بوجوب الوفاء بها أو الحكم الوضعى بصحتها ولزومها أو كلا الحكمين فعلى أىّ حال الآية تدلّ على نفوذ كلّ عقدٍ وصحته. فإذا اعتبرنا الوقف من العقود يصح التمسک بالآية وإذا اعتبرنا أنّه من الإيقاعات فكذلک يصح التمسک بها لأنّ «الْعُقُودِ» فُسّر بالعهود والوقف حينئذ معدود من العهود فلابدّ من الوفاء به والحكم بلزومه.

ب: قوله تعالى: «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»(٥)

على القول بأنّ التجارة هى «مطلق الاكتساب والإتجار بالمال، فحينئذٍ يشترط فى صدق العنوان أمران: لزوم وصول المال إلى القابل، ولزوم قبول القابل، ولولاهما لما تحقّقت التجارة، وعليه فلو التزمنا بتحقّق نقل المِلک والمال عند الوقف، فإنّ للاستدلال

ص: ٢٠٧

١- (٩٢٥) السرائر: فى أحكام الوقف ١٥٣/٣.

٢- (٩٢٦) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٨.

٣- (٩٢٧) مفتاح الكرامة ٦٧٩/٢١.

٤- (٩٢٨) سورة المائدة /١.

٥- (٩٢٩) سورة النساء /٢٩.

بالآية مجال، وأمّا مع إنكار ذلک _ كما هو الحقّ _ واعتبار عنوان الوقف الشامل لوقف المسجد أيضا _ وأنّ وقفه يعدّ فكّا للملک ويشترط فيه القبول _ أمرا منافيا مع التجارة والاكتساب المادّى، فلا مجال للاستدلال بها، ولعلّ عدم استدلال الشيخ بها لهذه الجهة»(١).

ج: قوله عليه السلام : النّاس مسلّطون على أموالهم

المستفاد منه قاعدة السلطنة «فقد اختلف أصحابنا فى تفسيرها، وفيها مَبانٍ متعدّدة:

أمّا الشيخ رحمه الله فقد التزم بأنّها تُشرّع جواز أنواع التصرّفات فى المال، وإن ناقش فيها فى بحث المعاطاة قائلاً: بأنّ القاعدة تثبت أصل السلطنة دون أسبابها فى موارد الشكّ، وبالتالى فإنّه على مسلک الشيخ يصحّ الاستدلال بها فى الوقف، لأنّه تفعيل لنوع من أنواع السلطنة الجائزة، ومع صحّته لا يجوز البيع.

أمّا على مبنى المحقّق الآخوند ومن تبعه _ وهو الحقّ عندنا _ من أنّ القاعدة لا تُشرّع السلطنة فى البيع والصلح وغيرهما، وإنّما تثبت السلطنة للمالک فى مقابل من هو محجورٌ وممنوع عن التصرّف، وبعبارة أُخرى القاعدة تدلّ على أنّه ليس لأحدٍ منع الملاّک عن التصرّف فى ما يخصّهم من الأموال والأملاک، فعلى هذا المبنى لا مجال للاستدلال بها.

والنتيجة: إنّه ثبت ممّا ذكرنا جواز الاستدلال ببعض الأدلّة العامّة، وذلک بمقتضى بعض المبانى لا جميعها»(٢).

الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة فى باب الوقف

اشارة

هناک طائفة من الروايات العامة استدلّ بها على بطلان بيع الوقف:

منها: صحيح الصفار أنّه كتب إلى أبى محمّد الحسن بن على عليهماالسلام فى الوقف وما

١- (٩٣٠) العقد النضيد ٥٠٦/٤ و ٥٠٧.

٢- (٩٣١) العقد النضيد ٥٠٧/٤.

روى فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء اللّه.(١)

بتقريب: أنّ الوقف يكون بحسب ما يوقفه أهله فيكون البيع منافيا مع ما قام به المالک من وقف ماله على جميع المبانى.

اعترض المحقّق الإيروانى ونقده

قال المحقّق الايروانى فى ذيل هذه الصحيحة: «والتمسک بالعموم المذكور على المدّعى يتوقّف على أنْ يكون عدم البيع مأخوذا فى حقيقة الوقف، كما هو الظاهر، ولذا عرّف بأنّه تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة، ويؤيّده إطلاق الوقف عليه؛ فأنّه جعل الملک واقفا راكدا يتجاوز عن ملک إلى ملک، وعن شخص إلى شخص، كما هو شأن الأملاک»(٢).

ويرد عليه: «بالرغم من أنّ الشيخ [الأعظم] لا يرى بدوا مدخليّة عدم البيع فى حقيقة الوقف، لكنّه يصرّح أخيرا بأنّ المانع عن البيع أُمور ثلاثة(٣):

١_ منافاة البيع مع حقّ الواقف.

٢_ منافاته مع حقّ الموقوف عليهم من البطون المتأخّرة عن بطن البائع.

٣_ ومنافاته مع التعبّد الشرعى المكشوف عنه بالروايات.

ومن خلال هذه الموانع الثلاثة، يثبت الشيخ ممنوعيّة دخول البيع على الوقف، وبالتالى فيصحّ استدلاله بالرواية»(٤).

ومنها: صحيحة أبى على بن راشد

اشارة

قال: سألت أباالحسن عليه السلام قلت: جعلت فداک اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلمّا وفرت المال خبرت أنّ الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقوف(٥) ولا تدخل الغلّة فى ملکک(٦)، ادفعها إلى من أُوقفت عليه،

١- (٩٣٢) وسائل الشيعة ١٧٥/١٩، ح١، الباب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.
٢- (٩٣٣) حاشية المكاسب ٤٣٧/٢.
٣- (٩٣٤) المكاسب ٣٥/٤ و ٣٦.
٤- (٩٣٥) العقد النضيد ٥٠٨/٤.
٥- (٩٣٦) فى التهذيب: الوقف ١٣٠/٩، ح٥٥٦.
٦- (٩٣٧) فى الكافى: مالک ٣٧/٧، ح٣٥.

قلت: لا أعرف لها ربّا، قال: تصدق بغلّتها.(١)

بتقريب: أنّ الصحيحة تدلّ على بطلان شراء ابن راشد الأرض الموقوفة «وعدم تملّكه لغلّتها، وإنّ عليه إعادة الأرض إلى أصحابها الموقوف عليهم إن كان يعرفهم؛ لأنّ يده عليها عادية، فإذا جهلهم عليه أن يتصدّق بغلّتها، لأنّ الغلّة إذا كانت موقوفة تكون ملكا للبطون، ومع الجهل بهم يصبح من الأموال المجهولة مالكها، فيجب أن يتصدّق بها لأنّها مورد صرفها»(٢).

قال الإمام الخمينى قدس سره فى تعليقه على متن هذه الصحيحة: «متن الحديث هنا موافق للتهذيب والوسائل فى كتاب الوقف.

وقد اختلفت كتب الحديث فى ألفاظه، ففى بعضها: «وفيت»(٣) بدل: «وفّرت» وفى بعضها: «وزنت»(٤).

وفى بعضها «الوقف»(٥) بدل: «الوقوف».

وفى بعضها: «إلى جنبى»(٦) بدل: «إلى جنب ضيعتى».

وفى بعضها: «ألف»(٧) بدل: «ألفى».

وفی بعضها «مالک»(۸) بدل: «ملکک»... إلی غیر ذلک.

لکن لم أجد فی شیء من الکتب بدل قوله: «ولمّا وفّرت المال» «ولمّا عمّرتها» کما

۱- (۹۳۸) وسائل الشیعة ۱۸۵/۱۹، ح۱، الباب ٦ من أبواب کتاب الوقوف والصدقات.

۲- (۹۳۹) العقد النضید ۵۰۹/٤.

۳- (۹٤۰) الکافی ۳۷/۷، ح۳۵.

٤- (۹٤۱) الوافی ۵۵۵/۱۰.

۵- (۹٤۲) الکافی ۳۷/۷، ح۳۵؛ الفقیه ۱۷۹/٤، ح٦۲۹؛ الاستبصار ۹۷/٤، ح۳۷۷.

٦- (۹٤۳) الفقیه ۲٤۲/٤، ح۵۵۷٦.

۷- (۹٤٤) نفس المصدر.

۸- (۹٤۵) الکافی ۳۷/۷، ح۳۵؛ الفقیه ۱۷۹/٤، ح٦۲۹؛ الاستبصار ۹۷/٤، ح۳۷۷.

هو الموجود فی تجارة الشیخ الأعظم(۱) قدس سره .

والمظنون: أنّه اشتباه، منشؤه الإتّکال علی الحافظة حال التحریر، فإنّ الاشتباه من النسّاخ فی مثل ذلک بعید.

والعجب: أنّ بعض المحشّین(۲) اتّکل علی نقل الشیخ الأعظم قدس سره ولم یراجع کتب الحدیث، فاستشکل فی الانصراف: بأنّ مورد الروایة هو تعمیر الخراب، وأجاب عنه.

فعلی العلماء الأعلام والمحصّلین عدم الأتّکال علی الحافظة فی نقل الأحادیث، ولا علی کتب الاستدلال، ولا سیّما مثل کتاب الجواهر وما بعده.

ومع الأسف الشديد، فاتتنا قراءة كتب الأحاديث على المشايخ وقراءتهم علينا بعد توسعة الفقه وأُصوله بهذه التوسعة، ولذلک وقعنا فی اشتباهات کثیرة، منشؤها اختلاف النسخ، واختلاف قراءة کلمة واحدة تختلف معها الأحکام، کما هو ظاهر للمراجع»(٣).

ومنها: صحیحة ربعی بن عبداللّه، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: تصدق أمیرالمؤمنین علیه السلام بدارٍ له فی المدینة فی بنی زُرَیق فکتب: بسم اللّه الرحمن الرحیم هذا ما تصدق به علی بن أبیطالب وهو حی سویّ، تصدّق بداره التی فی بنی زریق صدقةً لا تباع ولا توهب حتّی یرثها اللّه الذی یرث السموات والأرض، وأسکن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهنّ، فإذا انقرضوا فهی لذی الحاجة من المسلمین.(٤)

سند الشیخ ضعیف بالأسود بن أبی الأسود لأنّه مجهولٌ ولکن الصدوق رواها بسنده الصحیح عن ربعی بن عبداللّه فالرّواية صحیحة الإسناد بسند الصدوق.

وقد قرّب الشیخ الأعظم دلالة الصحیحة بتقاریب ثلاثة:

التقریب الأوّل:

قال الشیخ الأعظم: «فإنّ الظاهر من الوصف کونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

١- (٩٤٦) المکاسب ٣٤/٤.

٢- (٩٤٧) حاشیة المکاسب، للمحقّق الإصفهانی ٧٦/٣.

٣- (٩٤٨) کتاب البیع ١٥١/٣.

٤- (٩٤٩) وسائل الشیعة ١٨٧/١٩، ح٤.

ويبعد كونها شرطا خارجا عن النوع مأخوذا فى الشخص»(١).

مراده: «إنّ ظاهر الرواية دالّ على أنّ الواقع صدقة، فلا يتحمّل البيع والهبة باقتضاء ظهورها الذاتى، فالوصفان المذكوران ناشئان من ذات الموصوف لا من خلال الشرط والجعل، كما هو الحال فى قول القائل: «عاملتُ معاملةً غبنيّة» الظاهر فى أنّ الغبن صفة للمعاملة، وأنّها غبنيّة بنفسها لا بجعل المتعامل»(٢).

التقريب الثانى:

قال: «مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخّره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم»(٣).

مراده: «إنّ حقيقة الشرط هى الالتزام فى ضمن الالتزام الآخر، فإذن لابدّ أن يتمّ الالتزام الأوّل بجميع مستلزماته وشرائطه، ليصل الدور إلى الشرط الذى هو الالتزام فى ضمن الالتزام الآخر، وفيما نحن فيه فإنّ الالتزام الوقفى يجب أن يتمّ أوّلاً ليصل الدور إلى الشرط الذى هو التزام فى ضمن الالتزام الوقفى، وهذا الالتزام الوقفى متوقّف على الموقوف عليه من البطون أو الجهات، فتكون الأخيرة مقوّما للالتزام الوقفى، وعليه فإذا قصد الإمام عليه السلام بقوله: «لا تُباع ولا تُوهب» الشرط والالتزام، فإنّ لازمه كون الشرط مذكورا قبل حصول المشروط، وهو خلاف القاعدة القاضية بلزوم تحقّق الوقف أوّلاً ثمّ إدراج الشروط المذكورة فيه، وبالتالى لا يمكن عدّ قول الإمام عليه السلام شرطا، لأنّه لو كان شرطا لاستلزم ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم»(٤).

ولكن يرد على هذه التقريب: «لو سلّمنا حقيقة الشرط والقاعدة المذكورة، إلاّ أنّ حقيقة الشرط ليست سياقيّة لتقتضى بالضرورة ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم، بل هى سنخ حقيقة يصحّ صدورها من الواقف قبل ذكر الموقوف عليهم وبعده، والشاهد على

١- (٩٥٠) المكاسب ٣٤/٤.

٢- (٩٥١) العقد النضيد ٥١٠/٤.

٣- (٩٥٢) المكاسب ٣٤/٤.

٤- (٩٥٣) العقد النضيد ٥١٠/٤ و ٥١١.

ذلک رواية أيّوب بن عطيّة، حيث ورد فيها ذكر الشرط بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناک قاعدة ثابتة متّبعة، تفيد لزوم ذكر الشرط بعد ذكر متعلّقات الموقوف عليهم، بل يمكن أن يتقدّم أو يتأخّر، والرواية هى [صحيحة أيوب بن عطية]: «قال: سمعتُ أباعبداللّه عليه السلام يقول: قَسَّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله الفىء، فأصاب عليّا عليه السلام أرضٌ فاحتفر فيها عينا فخرج منها ماءٌ ينبع فى السماء كهيئة عنق البعير، فسمّاها عين يَنْبُعٍ، فجاء البشير يُبشّره، فقال: بشّر الوارث بشّر الوارث، وهى صدقةً بتّا بتلاً(١) فى حجيج بيت اللّه وعابر سبيله، لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة اللّه والملائكة والنّاس أجمعين، لا يقبل اللّه منه صَرْفا ولا عَدْلاً»(٢).

وبالجملة: فاستدلال الشيخ بسياق الجملة الشرطيّة، اعتمادا على الرواية الأُولى، والحكم بأنّ ورود الشرط قبل الموقوف عليهم يعتبر وصفا منوّعا للصدقة ولازما للوقف، دون ما إذا كان واردا بعده حيث يعدّ شرطا، ممنوعٌ بدلالة [صحيحة أيوب بن عطية] حيث ورد الشرط فيها بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناک ضابطة يمكن أن يعتمد عليها فى تصنيف القيود المذكورة إلى الوصف أو الشرط»(٣).

التقريب الثالث:

اشارة

وهو الذى ذكره صاحب المقابس من «أنّه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا، بل مفسدا؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجة، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً»(٤).

١- (٩٥٤) بَتَلَه يَبْتُلُهُ بَتْلاً إذا قطعه، ومنه الحيدث: بَتَل رسول اللّه صلى الله عليه و آله الهُرْى، أى أوْجَبَها ومَلَّكَها مِلْكا لا يتطرّق إليه نقض. [النهاية الأثيرية ٩٤/١].

٢- (٩٥٥) وسائل الشيعة ١٨٦/١٩، ح٢.

٣- (٩٥٦) العقد النضيد ٥١١/٤ و ٥١٢.

٤- (٩٥٧) المقابس /١٤٤ ونقل عنه فى المكاسب ٣٤ و ٣٥.

واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات:

اشارة

أوّلاً: «إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدّم فى رواية ابن راشد فى انصرافه إلى البيع لا لعذر»(١).

مراده: «أنّ اشتراط عدم جواز البيع منصرف إلى الحالة المتعارفة، ولا يشمل الظروف الطارئة التى يجوز فيها بيع الوقف»(٢).

وثانيا: «إنّ هذا التقييد ممّا لابدّ منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطا خارجيا»(٣).

مراده: «لا سبيل لنا إلاّ أن نرفع اليد عن الإطلاق، سواءً اعتبرنا الصفة فصلاً منوّعا أو شرطا خارجيّا، لأنّه ليس لنا صدقة لا تباع ولا تورث مطلقا، بل كلّ صدقة قابلة للبيع فى ظروف طارئة محدّدة شرعا، وبالتالى فالإطلاق ساقط»(٤).

وثالثا: «مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأُمور المبيحة، وحينئذٌ يصحّ أن يستغنى بذلک عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا، بخلاف ما لو جعل وصفا داخلاً فى النوع؛ فإنّ العلم بعدم طروء مسوّغات البيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النوع، كما لا يخفى»(٥).

مراده: «لعلّ علم الإمام عليه السلام بعدم طروّ الحالات المبيحة للبيع فى الوقف الأخير، جعله يُبقى الإطلاق على حاله، ويستغنى عن التقييد بذكر الشرط»(٦). بخلاف لو جعل وصفا داخلاً فى النوع كما مرّ فى كلامه قدس سره .

ص: ٢١٤

١- (٩٥٨) المكاسب ٣٥/٤.

٢- (٩٥٩) العقد النضيد ٥١٢/٤.

٣- (٩٦٠) المكاسب ٣٥/٤.

٤- (٩٦١) العقد النضيد ٥١٢/٤.

٥- (٩٦٢) المكاسب ٣٥/٤.

٦- (٩٦٣) العقد النضيد ٥١٢/٤.

ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم:

أوّلاً: الإطلاق كما يشمل الحالات المتعارفة كذلک يشمل الحالات الطارئة ما لم يثبت تقييد.

وثانيا: نعم، كل إطلاق إذا ثبت المقيّد له يقيّد، وهذا ممّا لا شبهة فيه.

وثالثا: حمل الإطلاق على علم الإمام يحتاج إلى قرينة مفقودة فى المقام لأنّه خلاف ظاهر الكلام.

فلا يتم اعتراضات الشيخ الأعظم على الشيخ أسداللّه التسترى _ قدس سرهما _ عندنا.

وبالجملة: صفتا «لاتباع ولاتوهب» خصوصيتان لذات الصدقة لا أنّهما عارضتان عليها من خلال الشرطين المذكورين.

تهافت فى كلام الشيخ الأعظم

اشارة

قال: «فظهر أنّ التمسّک بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلاً فى أصل الوقف _ كما صدر عن بعض من عاصرناه(١) _ لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف فى كونها أوصافا للنوع»(٢).

وأنت ترى أنّه قدس سره ردّ على ما «صدر عن بعض من عاصر»ه وهو الشيخ أسداللّه التسترى صاحب المقابس رحمه الله من أنّ عدم جواز بيع الوقف وبطلانه يعدّ من ذاتيات الوقف والتنافى بين البيع والوقف يكون ذاتيا ردّه بقوله: «لا يخلو عن نظر». فالشيخ الأعظم لايعدّ بطلان بيع الوقف من الخصوصيات الذاتية للوقف ولذا استدّل على البطلان بالاجماع والروايات العامة.

ولكنه صرح فى ذيل صحيحة ربعى بن عبداللّه من أنّ وصفى «لاتباع ولا توهب» تعدّ «صفة لنوع الصدقة»(٣) و«اوصافا للنوع»(٤) أى تعدّ فضلاً منوّعا للوقف.

١- (٩٦٤) هو المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار /١٤٤.

٢- (٩٦٥) المكاسب ٣٥/٤.

٣- (٩٦٦) المكاسب ٣٤/٤.

٤- (٩٦٧) المكاسب ٤/٣٥.

ومن المعلوم «أنّه لو كان عدم جواز البيع حكما شرعيّا مستقلاً خارجا عن ذات الوقف، متعلّقا به فى ظروف معيّنة، لما صحّ عدّه فصلاً منوّعا لنوع الوقف، باعتبار أنّ الفصل مقوّم للشىء، فإذا ثبت أنّ عدم جواز البيع فصلٌ لنوع الوقف، عُدَّ من مقوّماته لا أحكامه»(١).

محاولة المحقّق الإصفهانى لرفع التهافت ونقدها

اشارة

حاول المحقّق الإصفهانى رفع هذا التهافت بقوله: «وبالجملة: بعد جعل الوصف مقوّما لنوع من الصدقة، يكون هذا النوع الخاص وقفا، وأمّا أنّ حقيقة الوقف منحصرة فى هذا النوع فلا دليل عليها، فلعله جنس له أنواع، منها الصدقة المتقومة بحيثية عدم الانتقال بيعا وهبة وإرثا، ومنها ما لا يكون كذلك.

مع أنّ جعل الوصف مقوما وفصلاً لنوع الوقف _ كما صرح بعنوان الفصلية(٢) فيما بعد _ منافٍ لما فى كلامه رحمه الله فيما(٣) بعد، من عدم كون المنع الانتقال مأخوذا فى حقيقة الوقف، وأنّه من أحكامه.

بخلاف ما إذا جعل الوصف وصفا خارجيا لازما للوقف، فيكون المتسبب إليه حصة من طبيعى التمليك الملزوم شرعا للمنع عن أنحاء الانتقالات، فإنّه خالٍ عن محذور التنافى بين كلماته قدس سره ، ويصح الترديد بين كونه وصفا لازما لحقيقة الوقف شرعا أو كونه شرطا إلتزم به الواقف فى ضمن عقد الوقف والتصدق بماله على البطون، وعليه ينبغى حمل كلامه (زيد فى علو مقامه)»(٤).

نقدها: المحاولة عقيمة «لمخالفتها مع صريح كلام الشيخ القائل بأنّه: «على تقدير

١- (٩٦٨) العقد النضيد ٥١٣/٤.

٢- (٩٦٩) المكاسب ٣٥/٤.

٣- (٩٧٠) المكاسب ٣٧/٤.

٤- (٩٧١) حاشية المكاسب ٧٧/٣.

كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطا خارجيّا»(١) فصيرورة»(٢). الصفة فصلاً تمنعها أنْ تكون شرطا خارجيا أى لا يمكن الجمع بين الفصلية والشرطية فلا تفيد محاولة المحقّق الإصفهانى قدس سره .

والحاصل: لو لم نقل بالتهافت فلا أقل من وجود الاضطراب فى كلمات الشيخ الأعظم لا يمكن رفعه بهذه المحاولة ونحوها وسبحان من لا يسهو.

تعليقة المحقّق الإصفهانى على تقريب صاحب المقابس

أيّد وعلّق المحقّق الإصفهانى على التقريب الثالث الذى مرّ(٣) من الشيخ أسداللّه التسترى فى المقابس _ واعترض عليه الشيخ الأعظم بثلاثة اعتراضات وأجبنا عن اعتراضاته _ ، بقوله: «لا يخفى أنّ شرط عدم البيع تارة بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله، وأُخرى بنحو شرط النتيجة، فإنْ كان ثبوتيا كشرطية ملكية شيء له فنفس الشرط بعموم دليله سبب شرعا لثبوتها، وإنْ كان عدميا كما فى المورد، فإنّ المراد الالتزام بعدم انتقاله بيعا، فالعدم لايحتاج إلى سبب ليكون نفوذ الشرط مقتضيا للثبوت، فلا معنى للالتزام به إلاّ إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال، من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعا إلتزام بغير المشروع، والظاهر هنا شرط النتيجة، ويؤكده إضافة عدم الارث إلى عدم البيع والهبة فتدبر»(٤).

مراده: يحتاج إلى مقدمة وهى: «أنّ هناك فرقا بين شرط النتيجة وشرط الفعل، ففى الأوّل يكون متعلَّق الشرط نفس الملكيّة أو الزوجيّة، أمّا المتعلَّق فى الثانى فهو التمليك أو التزويج، فإنّه لا مانع

من اشتراطهما خلال العقد، لأنّهما فعلان يتوقّف تحقّقهما على اختيار الفاعل، فله أن يبيع داره لزيد ويشترط عليه أن يملّكه كذا، فالشرط يعدّ من شروط الفعل، وعلى المشروط عليه الالتزام بذلک، وإلاّ ثبت للمشروط له الخيار. وأمّا

۱- (۹۷۲) المكاسب ۳۵/٤.

۲- (۹۷۳) العقد النضيد ٥۱۳/٤.

۳- (۹۷٤) مرّ فی صفحة ۲۱۳ من هذا المجلد.

٤- (۹۷٥) حاشية المكاسب ۷۹/۳.

شرط النتيجة فهو أن يُقْدم الرجل على بيع داره لزيد، ويشترط فی ضمنه أن يكون الكتاب ملكه بحيث يصبح الكتاب ملكا له بنفس الشرط.

أمّا شرط الفعل: فلا شكّ فی نفوذه بمقتضى قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم» إلاّ إذا كان شرطا محرّما.

وأمّا شرط النتيجة: فقد اختلف أصحابنا فی حكمه:

[حيث] ذهب جماعة إلى أنّ مثل هذا الشرط لا يمكن أن يكون بنفسه سببا، وإنّما يجب قيام السبب الخاصّ المترتّب عليه المسبّب الخاصّ، فلا تتحقّق الزوجيّة أو الملكيّة بمجرّد الشرط فی ضمن العقد؛ لأنّ لازمه حصول الملكيّة والزوجيّة بلا سبب، بل لابدّ من صيغة النكاح أو البيع والهبة ليتحقّق من خلال هذه الأسباب الزوجيّة أو الملكيّة.

والتزم آخرون بإمكان قيام الشرط مقام السبب، وترتّب النتيجة عليه، لكن لا مطلقا، بل بالتفصيل بين أقسام النتيجة، واستدلّوا على ذلک بأنّ النتائج على قسمين:

القسم الأوّل: النتائج المتوقّفة تحقّقها على سبب خاصّ شرعا كالطلاق، فإنّه لا يتحقّق الطلاق من خلال شرط الطلاق فى ضمن البيع، لأنّ الطلاق له صيغة خاصّة وضعها الشارع هى السبب فى وقوعه، ولا مجال لتحقّقه بأىّ سبب آخر حتّى ولو كان شرطا فى ضمن عقد لازم.

القسم الثانى: النتائج التى لم يتوقّف تحقّقها على سبب خاصّ شرعا، فمثل هذه النتائج تحصل بكلّ سبب عرفى كالملكيّة، حيث لم يعيّن لها الشارع صيغة خاصّة وسببا معيّنا، بل فيها القابليّة للوجود بمطلق الأسباب العرفيّة كالبيع والمعاطاة والصلح، ومنها الشرط فى ضمن العقد.

ثمّ بعد بيان هذه المقدّمة نقول: فصّل المحقّق الإصفهانى فى المقام بين النتائج الثبوتيّة التى يمكن تحقّقها من خلال الشرط _ كالملكيّة وغيرها من الأُمور الخارجيّة أو الاعتباريّة _ وبين النتائج العدمية التى لا تتوقّف عدميّتها على سبب، ولذلک لا يمكن إيجاده بالشرط. وما نحن فيه من القسم الأخير، لأنّ متعلّق الشرط فى قوله: «لا تُباع ولا تُوهب» عدمى، أى عدم النتيجة وهى عدم المبيعيّة وعدم الموهوبيّة، وهما أمران يستحيل

ص: ٢١٨

أن يكون لهما سبب، وبالتالى لا مجال لتحقّقهما من خلال شرط النتيجة.

نعم، يمكن أن يتصوّر تعلّق [الشرط]، وذلک فيما لو كان متعلّقه ممّا يمنع عن السبب الشرعى، فيصبح معنى الشرط فى هذه الحالة هو أنّنى تصدّقت بالمال، مع الالتزام بعدم تأثير [سببه من] البيع والهبة، لكن مثل هذا الشرط يعدّ باطلاً لمخالفته مع المشروط الذى [بيّن عدم شرطيته الشرع والالتزام بتأثيره التزام بغير المشروع].

وبالجملة: استنتج المحقّق الإصفهانى من خلال تحقيقه بصحّة شرط الفعل دون النتيجة، لمخالفة الأخيرة مع الشرع دون السابق، والمستفاد من سياق الرواية الأخيرة [صحيحة ربعى بن عبداللّه] أنّ الشرط المذكور فيها لو لم يكن وصفا للصدقة، فلابدّ وأن يكون شرط النتيجة لجهتين: لأنّه شرط

عدمی قد شرط فیه عدم البیع والهبة، ولتضمّن الروایة کلمة «لا تُورث» والذی لا یمکن حملها علی شرط الفعل، لأنّ الإرث أمرٌ لا یمکن تحقّقه إلاّ من خلال حکم الشرع دون الشرط، فلیس أمره بید المکلّف لیوجده من خلال الشرط، بل هو أمرٌ مقیّد بأحکام الشریعة، وشرطه فی ضمن العقد یعدّ شرطا للنتیجة دون الفعل»(۱).

ویرد علیه: «أوّلاً: إنّ إطلاق قوله رحمه الله : «إنّ شرط عدم البیع تارةً بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غیر منافٍ لجواز فعله» _ لکونه داخلاً فی موارد مسوّغات بیع الوقف، وبالتالی لا یکون جواز بیعه منافیا مع عدم البیع، کما هو الحال فی کلّ شرط مباح _ الدالّ علی أنّ مطلق موارد بیع الوقف جائزة.

ممنوعٌ، لمنافاته مع ما ورد من وجوب بیع الوقف فی موارد اُخری، وهی:

۱_ قیام الضرورة الملحّة کحاجة الموقوف علیهم لثمن العین الموقوفة.

۲_ قیام ما یهدّد سلامة الوقف أو الموقوف علیهم، کما لو تنازع أرباب الوقف وخیف انتهاء الأمر إلی تلف النفوس والأموال، أو حدث ما أدّی إلی خراب العین الموقوفة _ وسواء کان المراد من الخراب قلّة المنافع أو زوالها _ فإنّ الشارع أجاز فیه بیع الوقف.

۱- (۹۷٦) العقد النضید ٤/(٥١٦-٥١٤).

وعلیه، فما التزم به المحقّق الإصفهانی _ وتبعه علی ذلک بعض أعلام تلامذته _ من أنّه لا مانع من إطلاق شرط الفعل؛ ممنوعٌ لمنافاته مع وجوب البیع فی بعض الموارد.

وثانيا: إنّ دعواه أخيرا بأنّ «الظاهر هنا شرط النتيجة» والاستدلال عليها بأنّ شرطا «لا تُباع ولا تُوهب» قد تعقبهما قوله: «ولا تورث» المعدود من شروط النتيجة، ممّا يوجب اندراج الشرطين السابقين فيها لوحدة السياق.

ممنوعةٌ، إذ لابدّ من التفريق بين متعلّق الشرط والتوصيف، فقد يقع المتعلّق تارةً وصفا كقوله عليه السلام : «صدقةً لا تُباع ولا تُوهب» فيندرج فى شرط النتيجة، لعدم قابليّته لشرط الفعل، وقد تقع الجملة متعلّق الالتزام، وحينئذٍ لا يبقى لها وجه لظهورها فى شرط النتيجة، [بل تقع فى شرط الفعل] والشاهد على ذلک:

١_ وقوع هذه الجملة فى النصوص والأخبار تارةً شرطا فعليّا وأُخرى على نحو شرط النتيجة:

أمّا على نحو شرط النتيجة: فقد جاء فى رواية فى باب اللّقيط أنّ «اللّقيط لا يُباع ولا يُوهب»(١) أى ليس فى اللقيط قابليّة البيع والهبة و [الشراء].

وأمّا على نحو شرط الفعل: فقد جاء فى رواية صحيحة رواها الشيخ الطوسى بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن ابن سنان، ورواها الكلينى بسنده الصحيح عن الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : قال: «سألته عن الشرط فى الإماء، لاتباع ولا تورث ولا توهب؟ فقال عليه السلام : يجوز ذلک غير الميراث فإنّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب اللّه فهو رُدّ»(٢).

ولو كانت الجملة على نحو شرط النتيجة _ كما ادّعاه المحقّق الإصفهانى _ كان

١- (٩٧٧) مراده صحيحة محمّد بن مسلم قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال: حرٌ لا يُباعُ لا يُوهَبُ. [وسائل الشيعة ٤٦٨/٢٥، ح٥، الباب ٢٢ من أبواب بيع اللقطة]. ونحوها صحيحة

أُخرى محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: سألته عن اللقيط، قال: لا يُباعُ ولا يُشْتَرى.
[وسائل الشيعة ٩٧/٢٣، ح١، الباب ٦٢ من أبواب كتاب العتق].
٢- (٩٧٨) وسائل الشيعة ٢٦٧/١٨، ح١، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان.

الشرط إبداءً للمانع فى مقابل تأثير السبب الشرعى، ولا شكّ فى بطلانه، برغم ذلک نجد أنّ الإمام عليه السلام قد حكم بصحّته، وبالتالى لا يخلو حال الشرط المذكور:

فأمّا شرط النتيجة وهو ما أبطله الإصفهانى وصحّحه الإمام عليه السلام ، وأمّا شرط الفعل فهو أيضا يعدّ إبطالاً لدعوى الإصفهانى القائل بعدم إمكان وقوع الجملة شرطا للفعل.

وهناک رواة أُخرى يمكن عدّها مؤيّده لدعوانا، وهى [خبر جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهماالسلام]: «فى رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب؟ قال: يفى بذلک إذا شرط لهم»(١).

وفى رواية الشيخ بإسناده عن الميثمى زيادة قوله: «يفى بذلک إذا شرط لهم إلاّ الميراث» حيث أجاز الإمام الشرط عدا الميراث.

٢_ موافقة دعوانا مع ما استنتجه الفقهاء والمحدّثين من هذه الأخبار، فضلاً عن صاحب «الوسائل» الخبير المتضلّع بمضامين الأخبار ومدلولاتها، حيث عنون الباب الذى أدرج فيه الأخبار المذكورة ب_«باب حكم اشتراط عدم البيع والهبة والميراث فى بيع الجارية»(٢)، وللمزيد عن ذلک راجع ما ذكره صاحب «الجواهر»(٣) فى المقام.

وثالثا: إنّ تأكيد دعواه أخيرا ب_(إضافة عدم الإرث إلى عدم البيع والهبة) أيضا ممنوعة:

١_ لما ذكرناه آنفا من أنّ إضافة الإرث إلى عدمهما لا توجب اندراج الجميع فى شرط النتيجة.

٢_ ولو سلّمنا أنّ ضمّ الإرث إليهما يوجب ذلک، لكن معظم الأخبار الصحيحة _ عدا الصحيحة الواردة فى قضيّة عين يَنْبُعٍ(٤) _ لا تتضمّن سوى العدمين دون إضافة

ص: ٢٢١

١- (٩٧٩) وسائل الشيعة ٢٦٨/١٨، ح٢، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان.

٢- (٩٨٠) وسائل الشيعة ٢٦٧/١٨.

٣- (٩٨١) جواهر الكلام ٣٧٦/٢٤ (٢٠١/٢٣).

٤- (٩٨٢) وسائل الشيعة ١٨٦/١٩، ح٢.

الإرث إليهما، كما هو الحال فى صحيحة ربعى بن عبداللّه(١) حسبما رواها الشيخ الطوسى(٢) بإسناده الصحيح، نعم رواها الشيخ الصدوق فى «الفقيه»(٣) بنفس الإسناد مع ضمّ (لا تُورث) إليهما، فيدور الأمر بين الزيادة والنقيصة، وتقتضى القاعدة ترجيح عدم السهو فى الزيادة، وخاصّةً فيما نحن فيه حيث أنّ الزيادة حادثة فى نقل الصدوق رحمه الله الذى يعدّ أضبط وأتقن من الشيخ فى نقل الأخبار، لانحصار اهتماماته بخصوص الأخبار والأحاديث دون الشيخ الذى تنوّعت اشتغالاته وتفرّقت اهتماماته، لكن برغم ذلک فإنّ هذا الترجيح لا ينفع المحقّق الإصفهانى فى دعواه للأسباب التالية:

أ: هناک مبنيان فى كيفيّة معالجة دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة وكلاهما غير مُفِيْدَيْنِ لدعوى الإصفهانى، إذ اختلف أصحابنا:

[١] بين مرجّح لأحدهما على الآخر

[٢] وبين من التزم بعدم الترجيح والتساقط.

أمّا نتيجة الثانى فواضحة حيث يستلزم سقوط النقلين، وبذلک يسقط مستند دعوى المحقّق الإصفهانى. وأمّا الأوّل فإنّه لو تمّ لأفاد ثبوت الدعوى فى المقام؛ لأنّ الترجيح مبنىٌّ على قاعدة ارتكازيّة عليها سيرة العقلاء وهى أنّ مؤونة الإضافة أكثر من مؤونة النقيصة، بمعنى أنّ من الطبيعى أن يسهو الكاتب حين الكتابة فتسقط منه كلمة حين كتابة النصّ، بخلاف زيادة الكلمة التى تحتاج إلى أن يتنبّه الكاتب إليها فيحشرها بين الكلمات، ولهذا السبب فإنّ الأصل عند الدوران عدم السهو فى الزيادة، وأنّ الزيادة جاءت محسوبة ومرادة وليست باعتباطيّة، فلها الاعتبار ولابدّ من ترتيب الأثر عليها.

لكن هذه القاعدة الكلّية غير جارية فى المقام؛ لأنّ الشيخ لو كان قد نقل الخبر مع النقيصة مرّة واحدة، لقدّمنا نقل الصدوق عليه، إلاّ أنّ الملاحظ أنّ الشيخ كرّر النقل فى «التهذيب» و «الاستبصار» وبالتالى يضعف احتمال خطأه.

١- (٩٨٣) وسائل الشيعة ١٨٧/١٩، ح٤.

٢- (٩٨٤) التهذيب ١٣١/٩، ح٥٦٠؛ الاستبصار ٩٧/٤، ح٣٧٨.

٣- (٩٨٥) الفقيه ٢٤٨/٤، ح٥٥٨٨.

ب: صرّح صاحب «الوسائل»(١) بتطابق نقل الصدوق فى «الفقيه» مع نقل الشيخ الطوسى واتّحادهما فى ضبط الكلمات، ووثاقة الحرّ العاملى تقتضى الحكم بموافقة نسخته من «الفقيه» مع النقيصة.

ج: روى الفيض الكاشانى الخبر فى «الوافى»(٢) نقلاً عن «الفقيه» خاليا مِنَ الزيادة المذكورة.

وعليه فللأسباب المذكورة يسقط النقل الوارد فى «الفقيه» المطبوع، ويتقدّم عليه نقل الشيخ مع النقصان، بل يتّفق نقل الشيخ مع نقل الصدوق، ولو تنزّلنا وسلّمنا تردّد الأمر بينهما فالأسباب المذكورة تمنع عن جريان القاعدة.

[الحاصل]: ثبت ممّا ذكرنا عدم ثبوت انضمام الإرث إلى العدمين المذكورين، وبالتالى تَسْقُطُ دعوى المحقّق الإصفهانى المبنيّة على ضمّ «لا يُورث» إلى «لا يُباع ولا يُوهب».

ورابعا: لو سلّمنا دعوى المحقّق الإصفهانى والتزمنا بأنّ الوضعين المذكورين يعدّان من شروط النتيجة دون الفعل، إلاّ أنّ دعواه بأنّه «لا معنى للالتزام به إلاّ إبداء المانع عن تأثير ما هو سببٌ للانتقال من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعا التزام بغير المشروع» ممنوعة، لأنّ المشروعيّة وعدمها من أوصاف الفعل الاختيارى، بمعنى أنّ الفعل الصادر عن المكلّف باختياره إن وافق الكتاب والسنّة عُدَّ مشروعا، وإن خالفهما أصبح مخالفا للشرع، ومع الالتزام بأنّ الشرط شرط النتيجة، فإنّه ليس لمثل هذا الشرط إبداء المانع مقابل السبب الشرعى؛ لأنّ الإبداء أمرٌ غير اختيارى وقد ثبت أنّ المشروع وغير المشروع متفرّعان عن الاختيارى الموافق والمخالف، أمّا غير المقدور فلا يوصف بذلك.

هذا تمام الكلام فى تعليقة المحقّق الإصفهانى على كلام المحقّق التسترى

ص: ٢٢٣

١- (٩٨٦) وسائل الشيعة ١٨٧/١٩ ذيل ح٤ قال: ورواه الصدوق عن ربعى بن عبداللّه نحوه.
٢- (٩٨٧) الوافى ٥٦٨/١٠، ح١٠١١٥.

صاحب المقابس»(١).

موانع بيع الوقف فى رأى الشيخ الأعظم

اشارة

قال: «ممّا ذكرنا ظهر: أنّ المانع عن بيع الوقف اُمور ثلاثة:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها.

وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع.

والتعبّد الشرعى المكشوف عنه بالروايات؛ فإنّ الوقف متعلّق لحقّ اللّه؛ حيث يعتبر فيه التقرّب ويكون للّه تعالى عمله وعليه عوضه.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقى، وقد يرتفع كلّها، وسيجىء التفصيل»(٢).

أقول: يمكن النقاش فى هذه الموانع الثلاث كلّها:

١_ أمّا حق الواقف

«فإنّه لا شكّ أنّ الحقّ والمِلك نحو إضافة بين المالك والمملوك، وبين ذو الحقّ ومتعلّق الحقّ، ومن المعلوم أنّه لا يمكن فرض الإضافة فى مطلق الاُمور المرتبطة والمتعلّقة إلاّ مع وجود طرفيها، كما هو الحال فى الوقف، فإنّ الواقف يقطع من خلال الصيغة العُلقة الاعتباريّة والإضافة الملكيّة الموجودة بينه و بين المال، ومن ثَمَّ لا يبقى حقٌّ ليضاف إليه، إلاّ ما ذكره الشيخ من عنوان الصدقة الجارية التى ينتفع منها الواقف، فإنّ كلامه صحيح لا غبار عليه، فالبيع بما أنّه يعدّ مفوّتا لهذه الصدقة، يعتبر قاطعا للوقف ومانعا من موانع دوام الصدقة الجارية.

وأمّا دعواه: من أنّ حبس العين وتسبيل المنفعة يجعل للواقف حقّا فى المال الموقوف، بمثل حقّ الرهانة بين الراهن والمرتهن وحقّ التحجير.

فهی دعوی ممنوعة، واضحة البطلان، لانقطاع العلاقة الحقّية والملكيّة بين المالک والعين الموقوفة بعد تحقّق الوقف.

ص: ٢٢٤

١- (٩٨٨) العقد النضيد ٤/(٥٢١-٥١٦) مع إصلاحات وذكر المنابع والمصادر.

٢- (٩٨٩) المكاسب ٤/٣٥ و ٣٦.

٢_ وأمّا حقّ اللّه _ سبحانه وتعالى _

فإنّه أيضا أمرٌ لا يمكن تصوّره فی المقام؛ لأنّ المراد من قيام العلقة معه سبحانه لا يخلو:

إمّا أن يُراد منها قيام العلقة الإضافيّة الاعتباريّة بين اللّه سبحانه وبين المال، فهو ممنوع إلاّ فی موارد خاصّة قام الدليل عليها، كما فی الخمس، حيث دلَّ قوله تعالى: «فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ»(١) على مثل تلک العلقة، أمّا فی الوقف فلا دليل عليها.

وأمّا أن يراد منها أنّ الوقف يقلب المال المملوک إلى صدقة، ومن هذه الجهة يعدّ متعلّقا لحقّ اللّه سبحانه، فهو أيضا ممنوع، لأنّ الواقف لا يملّک ماله للّه سبحانه وتعالى من خلال الصيغة، بل تمليک باللّه وفی سبيل اللّه ولأجل التقرّب إليه سبحانه، وإلاّ فإنّه لو حصلت إضافة مالكيّة بين المال الموقوف وبين اللّه سبحانه وتعالى، لاستحال التعامل على أموال الفقراء والصدقات من بيع وشراء وإجارة، وهذا ما لا ترديد فی بطلانه. فإذن هناک فرق بين التمليک للّه والتمليک باللّه وفی سبيل اللّه.

ولعلّ أدقّ ما قيل فی بطلان هذا الحّق المزعوم، ما صرّح به المحقّق النائينی بقوله: «وأمّا حقّ اللّه تعالى فليس له حقّ على الواقف فی مقابل الحكم، نظير الحقّ المتصوّر فی باب الزكوات والأخماس، نعم المتصوّر فی باب الوقف من اللّه سبحانه هو الحكم الشرعی التعبّدی بوجوب صرف

الوقف فيما عيّنه الواقف، ومن المعلوم أنّ الحكم مغاير مع الحقّ فالتعبير عن الحكم بالحقّ لا يخلو عن مساهلة»(۲)»(۳).

وبالجملة: لا دليل على ثبوت الحق للواقف وللّه سبحانه فى العين الموقوفة ومن المعلوم توقف ثبوت الحق على الاثبات وليس هناك ما يثبت لهما ذلک.

۳_ وامّا حق البطون المتأخرة

فناقشه المحقّق الخراسانى بقوله: «وأمّا البطون اللاّحقه، فلو سلّم كون العين فعلاً

۱- (۹۹۰) سورة الأنفال /٤١.

۲- (۹۹۱) المكاسب والبيع للآملى ۳۸۱/۲.

۳- (۹۹۲) العقد النضيد ٤/(٥٢٣-٥٢١).

متعلّقة لحقّها، فانّما يكون مانعا عن بيعها على أن يكون الثمن ملكا للموجودين من الموقوف عليهم، لا على أن يكون الثّمن كالمثمن متعلّقا لحقوقها، إذا كان البيع صلاحا للوقف»(۱).

مراده: يمكن توضيح مراده بتمثيله بباب الرهن، «حيث التزم المشهور بعدم جواز بيعه، فى قبال من ذهب إلى جوازه، وإن لم يأذن به المرتهن، لعدم منافاة البيع مع حقّ المرتهن، لانتقال حقّه إلى ذمّة المشترى، وله استنقاذ حقّه من العين. وكذلک الحال فى باب الوقف، فإنّ بيع الوقف إذا كان سببا لزوال حقّ البطون اللاّحقة كان منافيا له، وأمّا إذا قلنا بجواز بيعه فيما لو خربت العين الموقوفة، فإنّ الحقّ يبقى ثابتا دون أن يبطل بل ينتقل من المثمن إلى الثمن»(۲).

ويرد عليه: «أن الحق الثابت لهم من خلال الوقف حقّان: حقّ متعلّق بخصوص العين، وحقّ متعلّق بماليّة العين، وبالرغم من أنّ البيع لا يتعرّض لحقّهم الثانى المتعلّق بماليّة العين الموقوفة، إلاّ أنّه يزيل حقّهم الأوّل المتعلّق بذات العين، ومن هذه الجهة يعدّ البيع مضيّعا لحقوق البطون اللاّحقة، فيكون باطلاً»(٣).

وتبع المحقّق الإصفهانى أستاده الخراسانى فى النقاش وقال: «إنّ مالكية البطون اللاحقة ليست مالكية فعلية فى عرض مالكية البطن السابق، لا استقلالاً ولا اشتراكا، لاستحالة ملكيتين فعليتين لتمام العين فى زمان واحد، ولعدم استحقاق البطون اللاحقة لبعض منافع العين فى غير زمانهم، وليست مالكية فعلية طولية، لاستحالة المالكية الفعلية للبطن اللاحق للعين فى زمانه، بداهة أنّه اعتبار لغو لا يصدر من عاقل فضلاً عن الشارع إذْ ليس الملك الاعتبارى إلاّ ما يتقوم به الاعتبار، فالاعتبار الفعلى للمالكية فى زمانه غير معقول.

فلا محالة تكون مالكية البطون اللاحقة شأنية، وليس الملك الشأنى سنخا من

١- (٩٩٣) حاشية المكاسب /١٠٧.

٢- (٩٩٤) العقد النضيد ٥٢٣/٤.

٣- (٩٩٥) العقد النضيد ٥٢٨/٤.

الملك فى قبال الملك الفعلى؛ ليكون أمرا محققا يمنع عن تصرف البطن السابق، بل ليس له إلاّ شأنية الوجود، لتمامية سببه الشرعى، وعدم الفعلية مستند إلى عدم البطن اللاحق الذى يقوم به الملك، والملك الانشائى وإنْ كان محققا، إلاّ أنّه لا ربط له بالملك الاعتبارى الذى يتسبب إليه بالوجود الانشائى كما مرّ مرارا... .

وعليه فليس بالنسبة إلى البطون اللاحقة ملک فعلی يمنع عن تصرف المالک بالفعل، ولا حقّ اعتبارى مجعول من قبل الواقف، ولا من قبل الشارع، بل الموجود سبب إنشائى تام غير مؤثر فى مالكية البطون اللاحقة»(١).

أقول: بالنسبة إلى حق البطون المتأخرة لابدّ أنّ نبحث عنه فى مقامى الثبوت والإثبات.

وأمّا مقام الثبوت

فالبحث فيه يتوقف على إمكان ملكية المعدوم وعدمه وفيه قولان: «١_ ذهب المشهور إلى أنّه لا يمكن تصوير الملكيّة الفعليّة للمعدوم من جميع النواحى، وقد صرّح بذلک [الشيخ فى النهاية(٢) والمبسوط(٣) والقاضى فى المهذب(٤) وابن إدريس فى السرائر(٥) والمحقّق فى الشرائع(٦) و] العلاّمة فى عدد من كتبه(٧)، والمحقّق الثانى فى جامع المقاصد(٨)، وكذلک الشهيد الثانى(٩)... ومنهم صاحب الجواهر، ولعلّ تصريح

١- (٩٩٦) حاشية المكاسب ٨٢/٣.

٢- (٩٩٧) النهاية /٦١٥.

٣- (٩٩٨) المبسوط ١٤/٤.

٤- (٩٩٩) المهذب ١٠٩/٢.

٥- (١٠٠٠) السرائر ٢١٢/٣.

٦- (١٠٠١) الشرائع ١٩٩/٢.

٧- (١٠٠٢) منها: تذكرة الفقهاء ٧٣/٢١، قواعد الأحكام ٤٤٨/٢.

٨- (١٠٠٣) جامع المقاصد ٤١/١٠.

٩- (١٠٠٤) المسالک ٢١٥/٦.

المحقّق الإصفهانى [بما معناه]: «أنّ مالكيّة البطون اللاّحقة ليست مالكيّة فعليّة ولا يمكن تصوّرها، بل هى مالكيّة شأنية، وهى ليست إلاّ إنشاء الواقف وتسبيبه الوقف للبطن المتأخّر من خلال الصيغة» ليس إلاّ صدىً لما صرّح به [صاحب الجواهر] فى كتاب الوصيّة، حيث قال فى الفصل المتعلّق بالموصى له: إنّ «المعدوم ليس له أهليّة التملّك ولا قابليّته، ضرورة كون الملك من الصفات الوجوديّة التى لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصوّر قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك، وما ثبت فى الوقف من صحّته على المعدوم تبعا للموجود، إنّما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سببا لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلّة التامّة فى ثبوت الملك له، لا أنّه مالك حال عدمه، وإلاّ كان وجوده كاشفا عن تحقّق شركته مع الموجود من أوّل الأمر وهو معلوم البطلان»(١).

٢_ ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه لا محذور ثبوتا لفرض الملكيّة للمعدوم، واستندوا فى ذلك إلى موارد فقهيّة أثبت فيها الشارع ملكيّة المعدوم، ولعلّ بعضها معدودة من ضروريّات الفقه، كبيع الثمرة الموجودة مع ثمرة السنة القادمة المعدومة خلال صفقة واحدة، وكذلك إجارة المنافع الحاصلة مستقبلاً والمعدومة فعلاً، فإنّ الملكيّة المفروضة فى هذه الموارد إنّما هى ملكيّة معدومة يقوم أحد الأطراف بالتعامل عليها وبيعها وتمليكها للمشترى، ومن المعلوم أنّ الأحكام العقليّة آبية عن التخصيص، فإذن الملكيّة التى هى إضافة إلى طرفى المعاملة من المالك والمملوك، لو أمكن تحقّقها بمعناها المفعولى بالنسبة إلى المعدوم، لأمكن تحقّقها بمعناها الفاعلى بالنسبة إلى المالك، للملازمة العقليّة القائمة بين ملكيّة المعدوم والمالك.

وبعبارة أُخرى: بعد ما ثبت شرعا إمكان ملكيّة الأعيان والمنافع المعدومة، فإنّه يثبت بالنسبة إلى المالك أيضا بحكم البرهان والضرورة.

مستند الشمهور فى حكمهم بعدم إمكان وقوع المعدوم طرفا للإضافة، إلى أنّ

١- (١٠٠٥) الجواهر ٧٥٩/٢٩ (٣٦٣/٢٨).

المعدوم لايمكن الإشارة إليه، وما لايمكن الإشارة إليه لا مجال لتخصيص الشيء به وتمليكه إيّاه.

والجواب، أمّا كبروريّا: فإنّ ما استند إليه فى نفى الإضافة عن المعدوم، إنّما هو مختصّ بالمعدوم المطلق دون المعدوم بالإضافة، وهو المعدوم بالفعل الذى سيوجد لاحقا، وذلک لأنّ المعدوم المطلق لا وجه له ولا عنوان: أمّا المعدوم الإضافى فإنّ له عنوان يمكن من خلاله الإشارة إليه، وقابلاً لأن يصبح موضوعا يتعلّق به الأحكام.

وأمّا صغرويّا: فإنّه لا شكّ فى صحّة الحكم على العنوان الذى يتحقّق معنونه لاحقا، كصدور الحكم فعلاً فى هذا اليوم على المعنون الذى يتحقّق غدا، وهو معدوم الآن لكنّه موجودٌ غدا، وما نحن فيه من تعلّق الوقف بالبطون اللاّحقة من هذا القبيل، وكذلک الحال بالنسبة إلى بيع الثمرة وإجارة المنافع المستحدثة.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا نقضا وحلاً ومن جهة الثبوت، إمكان جعل الأمر الاعتبارى للمعدوم عقلاً، بل نفس التعبّد الشرعى بذلک كاشفٌ عن إمكان تعلّق الإضافة بالمعدوم عقلاً وصحّته، لأنّ التعبّد فرع على معقوليّة الشيء وصحّته»(١).

وأمّا مقام الاثبات

«فهو متوقّف على قيام الدليل، بمعنى أنّه فى أىّ مورد قام الدليل على توجيه الخطاب إلى المعدوم، نحكم بصحّته وصحّة المعاملة عليه، كما فى بيع الثمار وتمليک المنافع المستقبليّة، وكذلک الحال بالنسبة إلى ملكيّة البطون المتأخّرة، فبعد عدم المانع ثبوتا يكفى للحكم بصحّتها نفس الأدلّة على صحّة الوقف، فإنّ قوله عليه السلام [فى صحيحة ربعى بن عبداللّه]: «تصدّق بداره التى فى بنى زُريق صدقةً لا تُباع ولا تُوهب... لخالاته ما عِشْن وعاش عقبهنّ»(٢) دليلٌ إثباتى يدلّ على أنّه عليه السلام

لا حظ المعدومين من أعقابهنّ من خلال عنوان حالاته الموجودات، فأوقف لهم وملّكهم وخصّهم بهذه الدار التى فى بنى

ص: ٢٢٩

١- (١٠٠٦) العقد النضيد ٥٢٥/٤ و ٥٢٦.

٢- (١٠٠٧) وسائل الشيعة ١٨٧/١٩، ح٤.

زُريق. بالتالى ثبت أنّه لا مانع من الحكم بتحقّق هذه الملكيّة.

إنّما الكلام فى أنّه هل يثبت للموقوف عليهم الحقّ من خلال هذه الملكيّة العنوانيّة الشأنية أم لا؟

يمكن أن يقال: الحقّ يعنى الاختصاص والإضافة الخاصّة الحاصلة بين الطرفين، كالاختصاص والإضافة الحاصلة للمرتهن بالعين المرهونة، أو للسابق بمكان الصلاة [فى المسجد]، ولا شكّ أنّ مثل هذا الاختصاص لا يتحقّق إلاّ من خلال السبب، أمّا الملكيّة الحاصلة للبطون اللاّحقة من خلال إنشاء صيغة الوقف، لا يخلو حال المتصرّف فيها بإزالة عنوان الوقف:

أمّا أنّ تصرّفه لا يعدّ عند العقلاء تضييقا عليهم، واعتداءً على أموالهم وحقوقهم، فلا ذمَّ ولا مؤاخذة، لعدم تصرّفه فى حقّ يُلام عليه.

وأمّا أنّ ذلک يعدّ عند العقلاء عملاً عدوانيّا يؤخذ به ويذمّ لأجله، كما هو الحقّ، فإنّ موافقة الطبقة الحاليّة بالتصرّف الذى يزيل ملكيّة البطون اللاّحقة، يعدّ عند العقلاء _ من كلّ مسلكٍ وملّةٍ وقوم _ عملاً مذموما ومؤاخذا عليه، وكاشفا عن ثبوت حقّ فعلى لم يرد عنه الشارع للبطون اللاّحقة، وبذلک تتمّ دعوى الشيخ من ثبوت الحقّ، ويبطل ما ذهب إليه المحقّق الإصفهانى(١) وغيره من إنكار ثبوت الحقّ»(٢).

فذلكة القول

ثبت مما ذكرنا أنّ المانع عن صحة بيع الوقف هو تعلّق حقّ الموقوف عليهم من البطون المتأخرة بالعين الموقوفة، مضافا إلى ورود الروايات المانعة عن بيع الوقف التى مرّ بعضها. واللّه العالم.

مقالة المحقّق الإصفهانى فى تصحيح بطلان بيع الوقف وتماميتها

قال: «نعم يمكن القول بالمنع من التصرف الناقل لعدم مقتضٍ تام للمتصرف، لا

١- (١٠٠٨) حاشية المكاسب ٨٢/٣.

٢- (١٠٠٩) العقد النضيد ٥٢٧/٤.

لمانعية حق البطن اللاحق، توضيحه:

إنَّ ملكية كلّ بطنٍ إنْ كانت ملكية فعلية مرسلة مطلقة كانت مصححة للبيع الذى هو تمليك مرسل مطلق، وإنْ كانت ملكية محدودة مؤقتة فهى غير مصححة للتمليك المطلق المرسل، إذ ليس للبائع ما لابدّ منه فى تحقق البيع منه...»(١).

مراده: «انّ حقيقة البيع هى التمليك المرسل المطلق، وهو يتمّ فيما لو كان المملِّك قادرا عليه، وذلك إذا كانت ملكيّته مطلقة، وأمّا إذا كانت محدودة موقّتة فهو عاجز عن تحقّقه، وما نحن فيه من قبيل الثانى إذا أنّ ملكيّة كلّ بطن محدودة بفترة معيّنة، فالمالك الأوّل مالك إلى حين انقراضه، وحينذاك يملكه البطن الثانى وهكذا، وبالتالى فبطلان البيع إنّما هو من جهة عدم الاقتضاء لا قيام المانع»(٢).

اورد عليه: «أوّلاً: بأنّه كما أنّ الوقف تمليك محدود، فما المانع أن يقع البيع على نحو التمليك المحدود.

وثانيا: لو سلّمنا عدم صدق البيع على التمليک المحدود، فإنّ المشكلة ترتفع فيما لو قام البطن الموجود بتمليک العين تمليكا مرسلاً مطلقا، لكن بشرط انفساخ البيع عند انقراض البطن الموجود.

وثالثا: لو سلّمنا وتنزّلنا عنهما، فإنّ غاية ما يتحقّق من خلال تصرّف البطن الموجود، هو وقوع البيع الفضولى؛ لأنّ الطبقة الموجودة قد باع ما لا يملک، فيتوقّف صحّة البيع وتحقّق الملكيّة المرسلة على إجازة الطبقة اللاّحقة»(٣).

ويمكن أن يجاب عن الإيراد الأوّل: «أنّ توجيه مثل هذه المناقشة إلى كلام المحقّق الإصفهانى لا يخلو عن الغرابة، لأنّ المحقّق الإصفهانى حينما استعرض الأدلّة الواردة فى بابى الوقوف والصدقات على الطبقات والبطون، لاحظ أنّ جميعها تفيد ثبوت الملكيّة المحدودة، ومن ثمّ يناقش مناقشة إثباتيّة وليس بثبوتيّة، ويقول مع قيام هذه

١- (١٠١٠) حاشية المكاسب ٨٣/٣.

٢- (١٠١١) العقد النضيد ٥٢٨/٤.

٣- (١٠١٢) العقد النضيد ٥٢٩/٤.

الأدلّة الدالّة على التمليک المحدود، كيف يمكن فرض تحقّق البيع غير المحدود، بمعنى أنّ من يملک ملكيّة محدودة كيف يتسنّى له القيام بالبيع المطلق، وتمليک المال الموقوفة للمشترى تمليكا مطلقا؟! وعليه فقياس البيع المحدود بالوقف قياسٌ مع الفارق، وباطلٌ ثبوتا وإثباتا؛ لأنّ ملكيّة الواقف على العين ملكيّة مطلقة غير مقيّدة لكن ملكيّة الموقوف عليه محدودة ومق_يّدة، حيث يُملّک الواقفُ الطبقةَ الأُولى جزءا من الملكيّة، ويعطى الطبقة الثانية جزءها الآخر، وهكذا بالنسبة إلى بقيّة البطون، وبالتالى ليس فى استطاعة المالک المحدود ملكيّته القيام بالبيع المطلق المرسل، فضلاً عن أنّ عمله فاقد لدليل الاعتبار.

عن الإيراد الثانى: إنّ الحكم فيه يتوقّف على ملاحظة النتيجة الحاصلة من البحث عن أمرين: أ: هل يجوز البيع بشرط الانفساخ، ب: وهل يعدّ مثل هذا الشرط فى ضمن العقد سائغا؟

أ: لا شكّ فى قيام الأدلّة على صحّة البيع بشرط الخيار، وأمّا بيع المال مشروطا بأن ينفسخ البيع بنفسه فى فترة معيّنة، فهذا ما نبحث عن حكمه فى بحث الشروط، ونبحث خلاله عن مدى تأثير الشرط فى فسخ المعاملة، ومختارنا أنّه لا مجال للحكم بصحّة هذا الشرط، لأنّه شرط النتيجة وليس بشرط الفعل، وبالتالى فشرط انفساخ العقد فى الوقت المعيّن باطل.

ب: ولو سلّمنا صحّة البيع بشرط الانفساخ، فإنّ من ضروريّات الفقه توقّف صحّة كلّ شرط على صحّة المشروط، أى يجب أوّلاً صحّة العقد بتماميّة اقتضاءه وارتفاع موانعه، ليصل الدور ثانيا إلى البحث عن حكم الشرط فى ضمنه، وفى المقام فإنّ المشروط بنفسه ممنوعٌ، لأنّه تمليک مطلق ممّن له الملكيّة المحدودة، وبالتالى فأصل العقد فاقدٌ لاقتضاء الصحة، ولا يبقى بعده شرط البحث عن حكمه.

ج: هذا فضلاً عن أنّ الإشكال المذكور دورىّ، لأنّ المستشكل يحاول تصحيح البيع الصادر من المالک المحدود بشرط الانفساخ، فصحّة المشروط متوقّفة على صحّة الشرط وبالعكس، وهذا دور واضح.

ص: ٢٣٢

وعن الإيراد الثالث: ثبت فى بحث الفضولى أنّ الإجازة تكون مصحّحة فيما لو صدرت ممّن له حقّ إصدارها، وفى قضيّة الوقف فإنّ ملكيّة جميع الطبقات تكون محدودة غير مطلقة، وبالتالى فلا يصحّ صدور الإجازة المطلقة ممّن له الملكيّة المحدودة»(١).

فذلكة الكلام إلى هنا

فقد ظهر ممّا سردناه عليک تمامية أدلة حرمة بيع الوقف بالوجوه التالية:

١_ الوقف يتنافى ذاتا مع البيع فالجمع بينهما جمعا بين المتنافيين.

٢_ النصوص الخاصة الدالة على بطلان بيع الوقف.

٣_ بيع الوقف يتنافى مع حق بطون الموقوف عليهم المتأخرين.

٤_ ما أفاده المحقّق الإصفهانى قدس سره فى تصحيح بيع الوقف. واللّه العالم.

هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لايبطل إلاّ بالبيع الخارجى فيجوز إبطال الوقف بالبيع؟

ذهب الشيخ الأعظم(٢) إلى الثانى «حيث ذكر أنّ مدلول صيغة الوقف وإن أُخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة، إلاّ أنّه قد يعرض ما يجوّز مخالفة الإنشاء ،ثمّ تنظّره بالرجوع فى الهبة الجائزة المنافى لمقتضى العقد وسلطنة الموهوب له على العين الموهوبة»(٣).

ولكن ذهب جدى الشيخ جعفر قدس سره إلى الأوّل وقال ما نصه: «أنّ البيع واشباهه ينافى حقة الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكية، لثبوتها فيه على المشهور أو لأنّ نفى المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً فيكون كالتحرير

١- (١٠١٣) العقد النضيد ٥٢٩/٤ و ٥٣٠.

٢- (١٠١٤) المكاسب ٣٦/٤.

٣- (١٠١٥) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٣٩/٣.

للمملوك»(١).

وتبعه نجله خالى الشيخ حسن قدس سره وقال: «لمنافاة النقل لحقيقة الوقف المتلقّى عن الشارع لأخذ الدوام فيه وكونه حبسا للعين المنافى لنقلها فيكون كالتحرير للمملوك...»(٢).

وتابعهما صاحب الجواهر قدس سره وقال: «والذى يقوى فى النظر _ بعد إمعانه _ أنّ الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضادّ، نعم إذ بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز البيع»(٣).

اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثّلاثة ونقده

واعترض عليهم الشيخ الأعظم(٤) بما حاصله: «إن أرادوا من بطلان الوقف انتفاء بعض آثاره، وهو عدم جواز البيع، فيثبت الجواز، لأنّ نفى النفى إثبات، فيكون جواز البيع مشروطا بجوازه، وهو ممّا لا محصّل له، لرجوعه إلى اتّحاد الشرط والجزاء، فضلاً عن احتياجه إلى النظر أو إلى إمعانه.

وإن أرادوا انتفاء أصل الوقف ورجوعه إلى ملك الواقف أو الموقوف عليه، فهو مخالف للإجماع؛ إذ لم يقل أحد من مجوّزى بيع الوقف بعوده ملكا عند طروّ أحد المسوّغات، ولم يجوّز أحد التصرّف فيه حينئذٍ كالتصرّف فى بقيّة الأموال بأن يهبه إلى أحد أو يرهنه، وقد صرّح المحقّق [الثانى] فى جامع المقاصد(٥) بالمنع عن رهنه وإن بلغ حدّا يجوز بيعه معلّلاً باحتمال زوال مسوّغ البيع عند إرادة بيعه فى استيفاء الدين، وكذا لم يقل أحد بانتقاله إلى الوارث بعنوان الإرث إذا لم يبع إلى أن زال المسوّغ بل يحكم بوقفيّته، مع أنّ طروّ المسوّغ لو كان موجبا لبطلان الوقفيّة احتاج رجوعه إلى الوقفيّة ثانيا إلى إنشاء ثان.

ثمّ اختار بعد ذلك أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهوم الوقف، فمعنى جواز بيعه ثبوت الولاية للبائع على تبديل أموال البطون اللاحقة أو جعل الشارع له حقّ إبطال

١- (١٠١٦) شرح القواعد ٢٢٣/٢ و ٢٢٤.

٢- (١٠١٧) أنوار الفقاهة ٢٨٤/٥.

٣- (١٠١٨) الجواهر ٥٧٦/٢٣ (٣٥٨/٢٢).

٤- (١٠١٩) المكاسب ٣٧/٤.

٥- (١٠٢٠) جامع المقاصد ٥١/٥.

الوقف»(١).

وتبعه المحقّق النائينى.(٢)

أقول فى النزاع بين المشايخ الثّلاثة والشيخين الجليلين: «إن ارادوا ببطلان الوقف أحد المعنيين المذكورين، أعنى انتفاء بعض آثاره وهو عدم جواز بيعه، أو بطلان الوقف رأسا، فالأمر كما أفاده [الشيخ الأعظم]، لا يمكن الالتزام بشىء منهما.

إلاّ أنّه من المحتمل أن يرادوا به معنى آخر، وهو بطلان الوقف من حيث إيقافه عن البيع، فإنّ الوقف _ كما عرفت _ عبارة عن سكون العين الموقوفة وإسقاطها عن قابليّة الانتقال بكلّ نحو من أنحائه، وقد أمضاه الشارع إلاّ من جهة البيع عند طروّ المسوّغ ما دام باقيا، فمعنى بطلان الوقف عدم إمضاء الشارع لما أنشأه الواقف، لكن لا مطلقا ليبطل الوقف رأسا، بل من تلك الحيثيّة فقط. وعدم امضائه من بعض الحيثيّات لا يستلزم عدم امضاء ما أنشأه الواقف رأسا كما هو واضح.

والالتزام بالبطلان بهذا المعنى لابدّ منه؛ فإنّ إمضاء الشارع لحبس الوقف من جميع الجهات منافٍ لتجويز الانتقال بالبيع أحيانا، فما ذكروا من أنّ بقاء الوقف وجواز البيع من التضادّ أمرٌ تام، إلاّ أنّ بطلان الوقف ليس من جميع الجهات لتلزم المحاذير المتقدّمة، بل يكون البطلان من جهة البيع مادام المسوّغ موجودا. وعليه لا يلزم عود الوقف ملكا ولا انتقاله بالإرث ولا جواز التصرّف فيه بغير البيع من أنحاء التصرّفات، ولا يجوز رهنه ولا غير ذلك»(٣).

مقالة المحقّق الإيروانى فى جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين ونقدها

قال: «لا ثمرة لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع قبل عروض المجوّز، وعلى جواز البيع بعد عروضة ثمّ دوامه بدوام المجوّز وارتفاعه بارتفاعه.

نعم: لو كان ارتفاع الجواز بارتفاع المجوّز من محلّ الخلاف، وكان مبنيّا على كون

١- (١٠٢١) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٣٩/٣ و ١٤٠.

٢- (١٠٢٢) منية الطالب ٢٧٨/٢.

٣- (١٠٢٣) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٤٠/٤ و ١٤١.

صفة الوقفيّة مستمرّةً إلى زمان البيع، لا إلى زمان عروض المجوّز، وإلاّ لم يعد إلى المنع بارتفاع السبب؛ لأنّ سبب المنع الأوّلىّ _ وهو الوقف _ قد ارتفع بعروض المجوّز، ولم يحدث وقف آخر كان لهذا البحث مجال، إلاّ أنّه لا وجه لارتفاع جواز البيع بارتفاع السبب المجوّز حتّى على القول ببقاء صفة الوقف ما لم يتحقّق البيع، فالقولان لا يختلف فى هذا الأثر.

والوجه فى ذلک أمّا على القول بالخروج عن صفة الوقف بمجرّد جواز البيع فواضح، وقد أشرنا إليه، وأنّه لا مقتضى للدخول فيها ثانيا، وأمّا على القول بعدم الخروج إلاّ بالبيع فعلاً فلأنّ صفة الوقف وإنْ كانت محفوظةً ما لم يتحقّق البيع إلاّ أنّ دليل حرمة البيع _ أعنى: دليل الوقوف _ لا عموم فيه أزمانىّ كدليل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(١)، فإذا انقطع استمراره الأزمانىّ الناشى من الإطلاق بدليل جواز البيع عند الأسباب الخاصّة بطل التمسّک به، ولا يرجع إليه حتّى بعد زمان ارتفاع تلک الأسباب، وكان المحكّم استصحاب حكم المخصّص، أعنى، جواز البيع»(٢).

مراده: «جواز البيع بعد زوال المسوّغ على التقديرين، سواء قلنا ببطلان الوقف أم لم نقل به، أمّا على الثانى فلأنّ إطلاق دليل المنع عن بيع الوقف قد خصّص فى زمان تحقّق المسوّغ، وبعد زواله لا يمكن الرجوع إلى عموم المنع، لأنّه حكم مستمرّ وقد انقطع، وعوده يحتاج إلى دليل آخر، فيستصحب بقاء حكم المخصّص، وهو جواز البيع، فمن هذه الجهة لا يترتّب أثر عملى على القول بطلان الوقف بطروّ المسوّغ وعدمه»(۳).

ولكن يرد عليه: «الحق عدم جواز البيع بعد زوال مسوّغ البيع. أمّا بناءً على عدم بطلان الوقف فظاهر لكون المورد من موارد التمسّک بالعام دون المخصّص، وذلک لأنّ عموم عدم جواز بيع الوقف كان شاملاً لما قبل طروّ مسوّغ عن تحت عموم عدم الجواز فيبقى الباقى من المتقدّم على طروّ المجوّز والمتأخّر منه تحت العام، وقد ذكرنا فى بحث

۱- (۱۰۲٤) سورة المائدة /۱.

۲- (۱۰۲٥) حاشية المكاسب ٤٤٠/۲.

۳- (۱۰۲٦) محاضرات فى الفقه الجعفرى ۱٤۱/۳.

الأُصول أنّ الأفراد الطولية مثل الأفراد العرضية فى كونها مشمولة لعموم العام وقد ذكرنا فى ذلک البحث أنّه لا فرق بين العموم الأفرادى الإستغراقى كما فى المقام وبين العموم المجموعى من حيث التمسّک بالعام دون المخصّص، وبديهى أنّ المقام من قبيل العام الاستغراقى لأنّ كلّ فرد من أفراد البيع محكوم بالبطلان سواء الأفراد الواقعة قبل طروّ المسوّغ أو بعد ارتفاعه، وكل مورد علمنا بخروجه عن تحت العام نتبعه وأمّا غيره فيكون مشمولاً لعموم العام، وليس هذا كلّه إلاّ من جهة حجّية الظهور وكونه مطابقا للارادة الجدّية، وكذا الكلام لو قلنا ببطلان الوقف لأنّ المراد ببطلان الوقف ليس هو خروج الشىء عن الوقفية وعوده إلى ملک الواقف، وليس مرادنا أيضا كونه طلقا للموقوف عليهم، بل

مرادنا من البطلان ما ذكرناه من مقالة عدم إمضاء الشارع هذا المقدار من الوقف أى جهة المنع عن بيعه فقط، فعليه إذا علمنا بعدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف ثمّ شككنا بعد زوال العذر فى جواز بيعه وعدمه نتمسّک بعموم دليل الامضاء بعين ما ذكرناه فى الأوّل، وليس المورد من موارد التمسّک بالمخصّص لما ذكرناه من أنّه لا فرق بين العموم الاستغراقى والمجموعى، ولا يرفع اليد عن ظهور العام وكونه مطابقا للارادة الجدّية للمتكلّم إلاّ بالمقدار المعلوم، وليس المقدار المعلوم إلاّ حالة وجود المسوّغ ومجوّز البيع، وأمّا بعد زواله فلا.

مضافا إلى أنّه لو سلّمنا بطلان الوقف وكونه ملكا طلقا للموقوف عليهم مثلاً لا يكون المورد من موارد التمسّک بالمخصّص بل لابدّ من التمسّک بعموم أدلّة الامضاء، لأنّ ما أنشأه الواقف هو حبس العين وسكونها إلى الأبد، ومقتضى عموم دليل الامضاء كونه ممضى كذلک، وقد خرجنا عنه فى صورة عروض المسوّغ وأمّا بعده أو قبله فنتمسّک بدليل الامضاء ولو كان مجموعيا متكفّلاً لحكم واحد مستمر بالبيان الذى ذكرناه فيما تقدّم، فما ذكروه وادّعوا عليه عدم الخلاف من بقاء الشىء على وقفيته إذا لم يبع بعد عروض المجوّز حتّى زال هو مقتضى القاعدة»(۱).

۱- (۱۰۲۷) التنقيح فى شرح المكاسب ۲/۲٦۰ و ۲٦۱.

ثمّ بعد ما ظهر من بطلان بيع الوقف وأنّ الأصل الأولى فيه عدم جواز بيعه فيقع الكلام فى الجهتين:

الجهة الاولى: الخروج الموضوعى عن هذا الأصل الأولى

اشارة

وهو عدم جواز بيع الوقف

بمعنى أيّ وقف يجوز بيعه عند طروّ المسموغ وأيّ وقف لا يجوز بيعه؟

وقع الخلاف بين الأصحاب فى ذلک على أقوالٍ:

أقوال

القول الأوّل:

ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقا وعدم الخروج من عموم المنع أصلاً وهو الظاهر من الحلبى(١) وإدريس(٢) وقواه الشهيد(٣) ولكنّه لم يذهب إليه لكونه نادرا.

القول الثانى:

جواز البيع مطلقا، ومن الواضح أن من يقول بجواز البيع إنّما يقول فى غير المساجد والمشاهد.

القول الثالث:

جواز البيع فى الوقف المنقطع وعدم جوازه فى الوقف المؤبَّد وهو المحكى عن القاضى(٤).

والمراد بالوقف المنقطع: هو الوقف «على طائفة خاصة من غير تقيد بزمان خاص وإلاّ فيكون حبسا الذى عبارة عن حبس العين مع كونها باقية على الملک وتسبيل المنفعة، ولكن حيث أنّه لطائفة خاصة ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى ذلک بالوقف المنقطع الآخر»(٥).

والمراد بالوقف المؤبّد: هو «الوقف لطائفة خاصة كأهل العلم من الشيعة فى النجف مثلاً ومع عدمهم لمطلق أهل العلم ومع عدمهم _ وَالْعِياذُ باللّه _ لفقراء الشيعة ومع عدمهم

١- (١٠٢٨) الكافى فى الفقه /٣٢٤ و ٣٢٥.

٢- (١٠٢٩) السرائر ١٥٣/٣.

٣- (١٠٣٠) الدروس ٢٧٩/٢.

٤- (١٠٣١) المهذب ٩٢/٢.

٥- (١٠٣٢) مصباح الفقاهة ١٦٤/٥.

لأغنياء الشيعة وهكذا، فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر ويدوم إلى الأبد ويبقى طبقة بعد طبقة وجيلاً بعد جيلٍ»(١).

القول الرابع: جواز البيع فى الوقف المؤبَّد وعدم جوازه فى الوقف المنقطع على عكس القول الثالث كما عليه الشيخ(٢) وسالار(٣).

ولعلّ من يقول بهذا القول يرى عود الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى ملك الواقف فى المنقطع يعنى أنّ المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبَّد.

القول الخامس:

جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه فى نفس العين الموقوفة، مثلاً يجوز بيع حصر المسجد وفرشه وجدوعه وغيرها من الأجزاء والآلات التى سقط عن الانتفاع فى هذا المسجد بنحو من الانحاء وهو المحكى عن الاسكافى(٤) وفخر المحقّقين(٥).

القول السادس:

عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز فى غيرهما من أفراد الوقف.

ولكن هذا القول ليس تفصيلاً فى الحقيقة لأنّه لم يقل أحد بجواز بيع المساجد والمشاهد فهذا القول يرجع إلى القول الثانى وهو الجواز مطلقا ولكنّه فى غير المساجد والمشاهد.

وبالجملة: بعد ارجاع القول السادس إلى القول الثانى تصير الأقوال فى الجهة الأُولى وهى الخروج الموضوعى عن الأصل الأوّلى عدم جواز بيع الوقف إلى خمسة واللّه العالم.

ص: ٢٣٩

١- (١٠٣٣) مصباح الفقاهة ١٦٤/٥.

٢- (١٠٣٤) النهاية /٥٩٩.

٣- (١٠٣٥) المراسم /١٩٧.

٤- (١٠٣٦) حكاه عنه العلاّمة فى مختلف الشيعة ٢٨٧/٦.

٥- (١٠٣٧) إيضاح الفوائد ٤٠٧/٢.

الجهة الأُولى فى الوقف المؤبَّد

اشارة

ثمّ يقع الكلام فى هذه الجهة الأُولى فى الوقف المؤبَّد

الوقف المؤبَّد:

ذهب الشيخ الأعظم(١) إلى أنّه على قسمين:

١_ الوقف التمليكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم

١_ الوقف التمليكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم استئجاره وأخذ اُجرته ممّن انتفع به بغير حقٍّ»(٢).

وهو على أقسام:

أ: وقف وتمليک على البطون والأشخاص، وهذا تمليک للعين على نحو خاص.

ب: وقف على العناوين الكلّيّة كالطلاب والعلماء والفقهاء أو بنى هاشم، وهذا تمليک المنفعة.

ج: وقف على الجهات كان يوقف المال لعمل معيّن نحو طبع ونشر الكتب الدينية أو إقامة مجالس تعزية الحسين عليه السلام ، وهذا وقف للانتفاع به فى الجهة الخاصة المنظورة عند الواقف.

٢_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحدٍ بل يكون فک ملكٍ نظير التحرير

٢_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحدٍ بل يكون فک ملكٍ نظير التحرير كما فى المساجد والمدارس والرُبُط؛ بناءً على القول بعدم دخولها فى ملک المسلمين كما هو مذهب جماعة(٣)، فإنّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحدٌ بغير حقٍّ فالظاهر أنّه ليس عليه أُجرة المثل»(٤).

ولأنّ «المالک يقوم بفكّ العلاقة التى تربطه بالمال، ويحرّره عن قيد الملكيّة والمملوكيّة، بمثل ما يحرّر المالکُ عبدَه، ويعدّ المسجد وكذلک المشاعر من منى وعرفات

١- (١٠٣٨) المكاسب ٥٣/٤.

٢- (١٠٣٩) المكاسب ٥٣/٤.

٣- (١٠٤٠) منهم العلاّمة فى القواعد ٢٦٩/١؛ والشهيد فى الدروس ٢٧٧/٢؛ والفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٣١١/٢؛ والمحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٦٢/٩؛ والشهيد الثانى فى المسالک ٣٧٧/٥؛ والسيّد الطباطبائى فى الرياض ١٥٤/١٠.

٤- (١٠٤١) المكاسب ٥٤/٤.

المتيقّن من هذا النوع من الوقف، حيث يرفع الواقف قيد الملكيّة عن الأرض، فتتحرّر من قيد ملكيّة البشر، غاية ما هناك أنّه يثبت للمصلّى حقّ الانتفاع من هذه الأرض بالصلاة عليها، ولذلك لو زالت قابليّة المسجد عن الصلاة فيها لسببٍ من الأسباب، من الهدم أو وقوعه فى الشارع العام فإنّه لا تزول عن الأرض أحكام المسجديّة، بل تبقى مسجدا لا يحقّ للحائض الجنب المكث فيها.

أمّا بيعها وشراء مسجد آخر بثمنها، فإنّه أيضا غير جائز، لما سبق وإن ذكرنا أنّ حقيقة البيع إمّا «تمليك عين بمال» _ كما التزم به الشيخ الأعظم _ وإمّا «تبديل جهة الإضافة» _ كما عليه المحقّق النائينى _ وأمّا «جعل شىء بإزاء شىء» _ كما عليه المحقّق الإصفهانى _ . وعلى جميع التقادير يجب أن تكون العين فيها القابليّة على تحمّل الإضافة الملكيّة أو ال حقّية أو طرفيّتها للعلقة، والمسجد فاقدٌ لتحمّل هذه الأُمور وبالتالى لا مجال لبيعه»(١).

وهاهنا فروع لابدّ من البحث حولها:

الأوّل: حكم بيع المساجد

قال الفقيه المتتبع العاملى: «(ولو وقف مسجدا فخربت القرية أو المحلّة لم يجز بيعه) بلا خلاف من أحد إلاّ من أحمد(٢)، لأنّ وقفه بمنزلة تحرير العبد، ولبقاء الغرض المقصود منه من إعداده للعبادة لرجاء عود القرية وصلاة مسافر يمرّ به، مضافا إلى الاستصحاب. وفى المبسوط(٣) والشرائع(٤) والتذكرة(٥) والتحرير(٦) والإرشاد(٧)

١- (١٠٤٢) العقد النضيد ٥٤٧/٤.

٢- (١٠٤٣) راجع المغنى لابن قدامة: فى الوقف ٢٢٥/٦.

٣- (١٠٤٤) المبسوط: فى الوقف ٣٠٠/٣.

٤- (١٠٤٥) شرائع الإسلام: فى لواحق الوقف ١٧٤/٢.

٥- (١٠٤٦) تذكرة الفقهاء: فى الوقف ٢٧٥/٢٠.

٦- (١٠٤٧) تحرير الأحكام: فى أحكام الوقف ٣١٦/٣.

٧- (١٠٤٨) إرشاد الأذهان: فى أحكام الوقف ٤٥٥/١.

والدروس(١) والروض(٢) وكذا المسالك(٣) والكفاية(٤) أنّ العرصة لم تخرج عن الوقف. وقيّده فى الأخيرين بما إذا لم يكن فى الأرض الخراجية. قال فى المسالك(٥) فإنّه ينبغى بطلان الوقف حينئذٍ بزوال الآثار بالكلّية. نعم يتمّ هذا فى المملوكة بالأصل لاتبعا لآثار التصرّف. ومن الغريب قوله فى المفاتيح(٦) كذا قالوه، وإنّما قاله قبله صاحب المسالك، وقد بيّنّا فى محلّه أنّه إذا بنى وتصرّف بإذن الإمام أو نائبه ولو جائرا عموما أو خصوصا ملك ملكا حقيقيّا لا يزول ملكه ولو زالت الآثار، ولا فرق فى ذلك بين المسجد والدار. وكذلك الحال فيما إذا باعه الإمام أو الجائر لمصلحة الجند، بل وكذا ما أقطعه وبنى فيه وتصرّف. ولهذا أطلق هنا الأصحاب. ووافقهم على ذلك فى الروضة(٧). وفى قولهم صلوات اللّه عليهم(٨) «إلى أن يرث الأرض ومَن عليها» ما يدلّ على ذلك.

ومن المملوك بالأصل ما صولح أهلها عليها وما ملكت بالأحياء، وهاتان حالهما حال أرض الخراج، فليتأمّل.

قوله: (ولم يعد إلى الواقف) كما فى الكتب المذكورة مع زيادة الخلاف(٩) والسرائر(١٠) واللمعة(١١)

١- (١٠٤٩) الدروس الشرعية: فى عدم جواز الرجوع فى الوقف ٢٧٨/٢.

٢- (١٠٥٠) لا يوجد لدينا كتابه.

٣- (١٠٥١) مسالك الأفهام: فى أحكام الوقف ٣٩٧/٥.

٤- (١٠٥٢) كفاية الأحكام: فى أحكام الوقف ١٩/٢.

٥- (١٠٥٣) مسالک الأفهام: فى أحكام الوقف ٣٩٧/٥.

٦- (١٠٥٤) مفاتيح الشرائع: فى انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه ٢١٣/٣.

٧- (١٠٥٥) الروضة البهية: فى الوقف ١٨٦/٣.

٨- (١٠٥٦) وسائل الشيعة ٢٠٢/١٩، ح٤، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات وفيه: «حتى» بدل «إلى».

٩- (١٠٥٧) الخلاف: فى أحكام الوقف ٥٥٠/٣، المسألة ٢١.

١٠- (١٠٥٨) السرائر: فى أحكام الوقف ١٦٧/٣.

١١- (١٠٥٩) اللمعة الدمشقية: فى الوقف /١٠٥.

وجامع المقاصد(١) والروضة(٢). وفى الخلاف والسرائر لأنّ ملكه قد زال بلا خلاف فلا يعود إلاّ بدليل.

ولم يخالف فى ذلک إلاّ محمّد بن الحسن(٣)، قال: إنّ المسجد يرجع إلى ملک الواقف إذا خربت القرية قياسا على كفن الميّت فإنّه يعود إلى الورثة، والجامع استغناء المسجد على المصلّين كاستغناء الميّت عن الكفن وتعذّر المصرف فى الموضعين.(٤)

وفيه: أنّا نمنع القياس والجامع، أمّا الأوّل فلأنّ الكفن ملک لهم فى الأصل لأنّ التركة تنتقل إلى الورثة بالموت وإن وجب صرف بعضها فى التكفين، وأمّا الثانى فلأنّ الفارق موجود وهو عدم رجاء عود الميّت بخلاف المسجد لجواز عمارة القرية وصلاة مسافر»(٥).

وأجاب فى الجواهر بعد الاعتراف فى عدم وجدان الخلاف فى عدم خروج عرصة المسجد عن المسجدية عن مقالة الشهيد الثانى حيث فصّل بين الأراضى المفتوحة عنوة وغيرها وحكم بخروجها عن الأوّل دون الثانى بقوله: «قد أشرنا فى كتاب البيع(٦) إلى خروج ذلک بالسيرة القطعيّة على اتّخاذ المساجد فيها وإجراء حكمها عليها من غير مدخليّة للآثار فى ذلک؛ ضرورة اقتضاء المسجديّة

الدوام والتأبيد، وحينئذٍ فلا وجه للحكم بمسجديّتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجدا حينئذٍ أولى، وإن كان هو مردودا بالسيرة القطعيّة بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على

١- (١٠٦٠) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف ٨٢/٩.

٢- (١٠٦١) الروضة البهية: فى الوقف ١٨٦/٣.

٣- (١٠٦٢) هو محمّد بن الحسن بن فرقدٍ الشّيبانى مولاهم الحنفىّ، أحد صاحِبَى أبى حنيفة اللَذَيْن نَشَرا مذهبه فى الآفاق وربّما خالفاه فى جملة من المسائل، والآخر أبويوسف القاضى.

٤- (١٠٦٣) راجع المغنى لابن قدامة: فى الوقف ٢٢٦/٦.

٥- (١٠٦٤) مفتاح الكرامة ٢١/(٧٣٠-٧٢٨).

٦- (١٠٦٥) انظر ما ذكره فى الجواهر ٥٦٢/٢٣ (٣٤٩/٢٢).

مساجد العراق ونحوه، وغيرها من المفتوحة عنوةً»(١).

وقال الشيخ الأعظم: «... فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارّة عن الطريق الذى فيه المسجد، لم يجز بيعه وصرف ثمنه فى إحداث مسجدٍ آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد»(٢).

مقالة الجدّ الشيخ جعفر قدس سره

ذهب الجدّ الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره إلى عدم صحة بيع عرصة المسجد والاوقاف العامة مطلقا لا لعدم تمامية الملك بل لعدم أصل الملك، بداهة أنّه بعد جعله محرّرا لا يكون قابلاً للملك مثل العبد إذا أُعتق وصار حرّا ولكنّه قدس سره قال: «... ومع اليأس من الانتفاع بالجهة

المقصودة تؤجّر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللاّزمة لها إنْ كانت مسجدا مثلاً، وإحكام السِجلاّت لئلاّ تغلب اليد فتقضى(٣) بالملك دون الوقف المؤبّد. وتُصرف فائدتها فيما يُماثلها من الأوقاف، مقدّما للأقرب والأحوج والأفضل احتياطا. ومع التعارض فالمدار على الترجيح(٤). وإنْ تعذّر صُرفت إلى غير المماثل كذلك. فإنْ تعذّر صُرفت فى مصالح المسلمين. هذا حيث لا تكون من المفتوحة عَنْوَة. وأمّا ما كانت منها؛ فقد سبق أنّها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين»(٥).

وتبعه نجله الفقيه الشيخ حسن وقال: «فإن كان الموقوف أرضا، وجب إبقاؤها بحالها مهما أمكن الانتفاع بها على تلك الحال الموقوفة عليها من دار أو حمّام أو مسجد.

وإن عرض لها عدم الإمكان بحيث حصل اليأس من الانتفاع بها بتلك الجهة، آجرها المتولّى فى جهةٍ أُخرى، متحرّيا للأقرب فالأقرب، كالانتقال من الدار إلى الخان ومنه إلى الحمّام ومنه إلى الزراعة، محافظا على الآداب اللازمة للمسجديّة لو كانت

١- (١٠٦٦) الجواهر ٢٣٢/٢٩ (١٠٧/٢٨).

٢- (١٠٦٧) المكاسب ٥٤/٤.

٣- (١٠٦٨) المكاسب ٥٥/٤ _ عند حكاية العبارة _ : (فيُقضى).

٤- (١٠٦٩) فى: المكاسب ٥٥/٤ _ عند نقل العبارة _ : (الراجح).

٥- (١٠٧٠) شرح القواعد ٢٢٠/٢ و ٢٢١.

مسجدا، فينتقل منه إلى إيجارها للأعمال المشابهة للعبادة الخالية عن تلويثها بالنجاسة، وتُصرف أُجرتها ونماؤها فيما ماثلها من الأوقاف، فإن تعذّر المماثل صُرفت فى غيره، فإن تعذّر غيره من الموقوفات العامّة صُرفت فى مصالح المسلمين.

هذا إن كانت الأرض من غير المفتوحة عنوةً أو منها وبقيت آثار التصرّف، وإلاّ عادت عند خرابها للمسلمين كافّة»(١).

وقال الشيخ الأعظم: «وكيف كان، فالحكم فى أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع التصرّف فى منافعها _ كما تقدّم عن بعض الأساطين _ أو بدونه»(٢).

المحقّق الإصفهانى أيّد مقالة الشيخ جعفر وقال: «وأمّا المسجد فمختصر القول فيه: إنّ للمسجد حيثيتين:

حيثية المسجدية وجعل الأرض، أو مع بنائه مسجدا قولاً أو فعلاً، بحيث يترتب عليه أحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب إزالة النجاسة عنه إلى غير ذلک من الواجبات والمستحبات، وحيثية كونه وقفا عاما وأنّه حبس يتضمن فک الملک، ويجوز للمسلمين الانتفاع به فى الصلاة ونحوها.

وقد عرفت سابقا القول بانفکاک احدى الجهتين عن الأُخرى فيما إذا وقف أرضا للصلاة فيها، فأنّه وقف لا يترتب حكم المسجد عليه، بل حكم الوقف العام.

ومن البيّن أنّ حيثية المسجدية وكون شخص الأرض بيتا للّه تعالى متقومة بشخص هذه الأرض عينها، وأحكام المسجدية أحكام عين هذه الأرض لا أحكام لها بما هى مال محفوظ فى ضمن أرض أخرى، فلذا لا ينفک أحكام المسجد عنه، ولا يجوز بيع المسجد بما هو مسجد.

وأما بعض الأحكام الأُخر الثابت للوقف العام الذى لا يكون منافيا للمسجدية

١- (١٠٧١) أنوار الفقاهة ٢٨٥/٥.

٢- (١٠٧٢) المكاسب ٥٨/٤.

فالمقتضى له موجود والمانع عنه مفقود، كاجارته للزراعة ونحوها متحفظا على الآداب المخصوص بها المسجد، كما فى كلام كاشف الغطاء قدس سره المنقول فى المتن، فإنّه حيث يتوقف حفظ هذا الوقف على إجارته لصرف الأُجرة فى تعميره مثلاً أو فى إحداث مسجد آخر، والمفروض عدم منافاته للمسجدية حيث إنّ المفروض عدم التمكن من الانتفاع به فى الصلاة أو عبادة أخرى فلا منافى للانتفاع به فى الزراعة ونحوها، فالمقتضى للاجارة _ وهو حفظ الوقف _ موجود، والمانع _ من حيثية المسجدية _ مفقود»(١).

ولكن اعترض السيّد الخوئى رحمه الله على الجدّ

وقال: «وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه لأنّه لا دليل على جواز إجارته بعد ما لم يكن ملكا لأحد، والاجارة تقع فى ملك مَن؟ بعد ما فرضنا أنّه لا مالك له، بل يمكن أن يقال إنّه بعد اليأس عن الانتفاع به يصير من المباحات بمعنى أنّه يجوز لكلّ أحد أن يتصرّف فيه بالزرع ونحوه مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان من المساجد والمشاهد من دون أن يكون مالكا له بالاحياء»(٢).

واعترض الأستاذ المحقّق _ مدظله _ على الإصفهانى والخوئى

بقوله: «يقتضى المقام البحث عن أمرين، وهما: عنوان المسجد، وملكيّة الانتفاع بمنافعه وعدمها:

الأمر الأوّل: ليس المراد من عنوان المسجد ما يقوم به بعض النّاس من جعل جزء من الدار أو البناء مصلّى إذ لا يترتّب عليه أحكام المسجد(٣)، بل المراد المساحة المعيّنة من الأرض التى اوقفت بعنوان المسجد، وتحرّرت عن قيد الملكيّة، وأصبحت من بيوت

١- (١٠٧٣) حاشية المكاسب ٣/١٠٤ و ١٠٥.

٢- (١٠٧٤) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٦٣.

٣- (١٠٧٥) كما ورد فى صحيحة الحلبى أنّه سأل أباعبداللّه عليه السلام عن مسجد يكون فى الدار، فيبدو لأهله أن يتوسّعوا بطائفة منه، أو يحوّلوه عن مكانه؟ فقال: لا بأس بذلک، الحديث. [وسائل الشيعة ٢٠٨/٥، ح١، الباب ١٠ من أبواب أحكام المساجد].

اللّه، فصدق عليها قوله تعالى: «فِى بُيُوتٍ أَذِنَ اللّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ»(١) فإنّ مثل هذه الأراضى لا شكّ أنّ متعلّق الجعل فيها ليس الأرض وترابها، إذ قد يتبدّل ترابها بتراب آخر، وبرغم ذلک يبقى موصوفا بأنّه بيت اللّه، ولذلک اعتبر البعض أنّ متعلّق الجعل هو البُعد المكانى الذى اختلف الفلاسفة فى تفسيره، وناقشوا عن حقيقته:

فقال بعضهم: إنّ البُعد الخالى عن الهواء والتراب هو الذى يمكن أن يتعلّق به عنوان المسجديّة، أمّا التراب وغيره فمعدود من لواحق المسجد لا ذاته.

ولا يخفى بطلان مثل هذه التحديدات الفلسفيّة، وبعدها عن فهم العرف العام، فإنّ الوقف عنوان يتعلّق بمساحة معيّنة من الأرض، يعرفه عامّة النّاس من جميع الملل والشعوب، فلليهود والنصارى والمجوس بيعهم وكنائسهم وأديرتهم وبيوت نارهم الموقوفة، كما للمسلمين مساجدهم، فالوقف معنى عرفى معلوم للجميع، ولا حاجة لتعريفه من الاستعانة بالمعانى الفلسفيّة الدقيقة التى لا يعرفها ولا يلتفت إليها إلاّ بعض الخواصّ من العلماء والحكماء والفلاسفة. فالحقّ أنّ المسجد هى الأرض الموقوفة لعبادة المسلمين لا ذاک البُعد الفلسفى المجهول.

الأمر الثانى: تارةً تصبح العين مملوكة كما فى موارد البيع والهبة، وأُخرى تصبح المنفعة مملوكة كما فى موارد الإجارة، وثالثة يصبح الانتفاع مملوكا كما فى العارية حيث أنّ للمستعير له الانتفاع بالعين المعارة.

أمّا المساجد فلابدّ فيها من البحث عن دائرة ما يمكن الانتفاع بها، إذ شكّ فى جواز الانتفاع بها، فيما إذا لم يكن الانتفاع مزاحما مع حيثيّة المسجد، كما لو نام فى جانبٍ منه دون أن يزاحم المصلّين، لما ثبت من سيرة المسلمين جواز ذلک، أمّا زراعة أرض المسجد، أو اتّخاذ جانب منه للسكن،

فإنّهما مخالفان للسيرة المرتكزة، ويعدّان من الأُمور المستنكرة عند المتشرّعة، وبذلک يبطل ما جاء فى تقريرات بعض الأعلام من أنّه

١- (١٠٧٦) سورة النور /٣٦.

لا مانع من زراعة أرض المسجد والسُّكنى فيه(١)،لما ثبت من قيام السيرة الاستنكارية عند أهل الشرع فى مثل هذه التصرّفات، وبالتالى لا يجوز بيع المساجد أو إجارتها، حتّى ولو خربت وصارت أرضها شارعا، وكذلک لا يصحّ الانتفاعات المنافية مع الحيثيّة المسجديّة لقيام السيرة الاستنكاريّة عليها»(٢).

اعتراض صاحب العروة على الشيخ الأعظم ونقده

قال المحقّق السيّد اليزدى؛ فى مسألة ٢٧ من كتاب الوقف: «إذا خرب المسجد أو القرية الّتى هو فيها لم تخرج عرصته عن المسجديّة، ولا يجوز بيعها، ويجرى عليها أحكام المسجد من الاحترام وعدم جواز التنجيس ونحوهما، مع إمكان الصلاة فيها للمارّة وغيرهم، إذ العمدة فيه العرصة وهى باقية خصوصا مع احتمال عوده أو عود القرية إلى العمارة. نعم لو شرط الواقف فى وقفه مادام لم يخرب، أو مادامت القرية معمورة، أو جعل داره مسجدا ما دامت على هيئتها أو نحو ذلک، يمكن الحكم بخروجه.

ودعوى: أنّ المسجد لا يخرج عن المسجديّة أبدا، محلّ منع، ولذا لو كان فى الأرض المفتوحة عنوة _ الّتى هى للمسلمين _ فخرب ولم يبق من آثاره شىء خرج عن كونه مسجدا، وكذا لو كان فى أرض مستأجرة فانقضت مدّة الإجارة.

ودعوى: عدم صدق المسجد عليه حينئذٍ، ممنوع. فإنّه يصدق إذا استأجر أرضا مائة سنة مثلاً فجعلها مسجدا، بل لو لا الإجماع على بطلان الوقف إلى مدّة أمكن أن يقال بجواز جعل مكان مسجدا إلى مدّة، فيخرج عن ملك المالک فی تلک المدّة ثمّ يعود إليه بعد انقضائها.

هذا، ولو فرض فی صورة الإطلاق وعدم الشرط خرابه على وجه لايمكن الصلاة

١- (١٠٧٧) أقول: جاء فی تقريرات المحقّق الخوئی [مصباح الفقاهة ١٦٨/٥] قوله: «نعم يصحّ الزرع والغرس فيه والانتفاع به بغيرهما مع ملاحظة الآداب كما هو واضح». ولا يخفى أنّ كلامه جاء تعليقا على كلام كاشف الغطاء عن مسجد القرية التی خربت وانقطعت المارّة عنها وخرب، لا مطلق أرض المساجد حتّى لو كانت عامرة يرتادها المصلّون.
٢- (١٠٧٨) العقد النضيد ٤/(٥٥١-٥٤٩).

فيه أبدا ولايرجى عوده، أو عرض مانع من الصلاة فيه أبدا مع عدم خرابه، أمكن دعوى خروجه عن المسجديّة أيضا، ولكن الأحوط إجراء أحكامه عليه، وكذا لو غصبه غاصب لا يمكن الانتزاع منه أبدا.

بل يمكن أن يقال بجواز بيعه وإخراجه عن المسجديّة، إذا غلب الكفّار عليه وجعلوه خانا أو دارا أو دكّانا.

بل الأَولى أنْ يُباعَ إذا جعلوه محلاً للكثافات أو جعلوه بيت خمر مثلاً، صونا لحرمة بيت اللّه عن الانتهاک. والحاصل: أنّه لا دليل على أنّ المسجد لا يخرج عن المسجديّة أبدا»(١).

ثمّ أُورد على صاحب العروة فی مسألته السّابعة والعشرين: أنّ دعوى زوال عنوان المسجدية عن المسجد فی الموارد المذكورة ممنوعة، «لأنّ عنوان المسجديّة يدور مدار جعل الواقف، الذی يقوم من خلال صيغة الوقف بتحرير مساحة معيّنة من الأرض وجعلها مسجدا، فيدور أمر الواقف بين

كونه مهملاً أو مطلقا، أمّا الإهمال فلا شكّ فى بطلانه إذ لا يعقل صدوره عمّن يقوم بالأعمال القصديّة، فإذن لابدّ أن يكون وقفه مطلقا بأن يجعل الأرض المذكورة مسجدا إلى أبد الآبدين، وإلى أن يرث اللّه الأرض ومن عليها، ولا يمكن فرض تعدّد المطلوب فى وقف المساجد _ كما هو الحال فى غير المسجد من سائر الموقوفات، حيث يوقفها الواقف مع تعدّد المطلوب، بأن يجعل الدار صدقةً ما دام ينتفع بها، ومع زوال الانتفاع للمتولّى تبديلها إلى ما يمكن الانتفاع منها الأقرب فالأقرب _ لأنّه وقف تحريرىٌّ يقوم الواقف من خلال وقفه بفكّ الرقبة عن الملكيّة وتحريرها، ومعه لا مجال للتبديل، بل لا قابليّة لها لذلك، بل يستحيل فرض القابليّة فى الوقف التحريرى، لأنّه تحرير عن الملكيّة، وفكّ رقبة الأرض عنها، وجعلها حرّة غير مملوكة إلى أبد الآبدين، وما لا يُملك فإنّه يستحيل تبديله إلى شيءٍ آخر»(٢).

١- (١٠٧٩) العروة الوثقى ٣٦٨/٦.

٢- (١٠٨٠) العقد النضيد ٥٥٣/٤.

ثمّ قال صاحب العروة فى مسألة ٣٨: «لا فرق فى موارد جواز بيع الوقف بين مثل الوقف على الأولاد والفقراء والفقهاء ونحوهم، وبين مثل المساجد والربط والمدارس والخانات ونحوها، ولا بين القول بأنّ العين الموقوفة ملك للواقف أو الموقوف عليه أو ملك للّه تعالى مطلقا أو على التفصيل.

لكن ذكر المحقّق الأنصارى قدس سره أنّ الوقف على قسمين(١) _ ثمّ ذكر كلام الشيخ الأعظم(٢) بطوله واعترض عليه: _

«أوّلاً: نمنع كون وقف المذكورات تحريرا وكونها بمنزلة المباحات الأصليّة، خصوصا فى غير المسجد، بل هى على القول بعدم البقاء على ملك الواقف وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه ملك للّه تعالى، لا على نحو المباحات الأصليّة بل على نحو ملكه تعالى لسدس الخمس فى قوله تعالى:

«وَاعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ إلى آخره»(٣) فلا مانع من بيعها مع المسوّغ وأمره راجع إلى الحاكم الشرعى.

وثانيا: يلزم ممّا ذكره عدم جواز البيع أيضا فى الوقف على الأولاد ونحوهم، على القول بخروجه عن ملك الواقف وعدم انتقاله إلى الموقوف عليه كما عليه بعضهم، مع أنّهم لم يفصّلوا بين الأقوال، وأيضا على القول بالبقاء على ملك الواقف يلزم الالتزام بلزوم كون البيع فى موارد جوازه من الواقف أو ورثته ولا يقولون به.

وثالثا: ما ذكره فى الفرق بين المذكورات وبين حصير المسجد وجذعه المكسور مجرّد دعوى بلا شاهد.

ورابعا: لا نسلّم عدم صحّة البيع مع عدم الملك، بل يكفى فى صحّته كون المبيع مالاً وإن لم يكن مملوكا كما فى بيع الكلّى فى الذمّة، فإنّه يصحّ مع عدم كونه مالكا لذلك الكلّى فى ذمّة نفسه، لأنّه مال فى حدّ نفسه وإن لم يكن مملوكا له فعلاً، فنقول: المذكورات أموال ووإن لم تكن مملوكة لأحد، والبيع مبادلة مال بمال، وفرق واضح بينها وبين

١- (١٠٨١) العروة الوثقى ٣٨٣/٦.

٢- (١٠٨٢) المكاسب ٤/(٦٠-٥٣).

٣- (١٠٨٣) سورة الأنفال /٤١.

المباحات الأصليّة. وقوله: «لا بيع إلاّ فى ملك» يحتمل أن يكون المراد منه لا بيع إلاّ فى ملك للبيع، ولذا يشمل بيع الولىّ والوكيل لا أنّه لا بيع إلاّ فى ملك للمبيع»(١).

واورد على اعتراضه الأوّل على الشيخ الأعظم: «بأنّ الملكية أمرٌ يتوقّف ثبوتها لجهة من الجهات على قيام دليل عليه، لأنّ الملك والحقّ أمران اعتباريّان وضعيّان، وتحقّقهما مخالف للأصل، ويتوقّف على قيام دليل عليهما، أمّا البارى تعالى فإنّ ملكيّته لجميع ما فى عالم الإمكان ملكيّة حقيقيّة، أمّا الملكيّة الاعتباريّة التى نبحث عنها وادّعى السيّد ثبوتها للّه سبحانه وتعالى فى قضيّة المسجد، فإنّه لا دليل عليها، ولا يقاس المسجد بملكيّته تعالى لسدس الخمس، لقيام الدليل على ثبوتها فيه دون المسجد، وبالتالى فدعواه بأنّه «على القول بعدم البقاء على ملك الواقف، وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه، ملكٌ للّه تعالى» ممنوعة.

فإن قيل: إنّ اللاّم فى قوله تعالى: «وَأَنَّ الْمَساجِدَ لِلّهِ»(٢) تفيد ثبوت الملكيّة الاعتباريّة للبارى تعالى على المساجد.

قلنا: اتّفقت كلمة المفسِّرين على أنّ اللام فيها هى لام الغاية، والآية تفيد أنّ المساجد موضوعة لغاية عبادته تعالى دون سواه، وأنّه لا دلالة فى اللاّم على ثبوت الملكيّة الاعتباريّة له تعالى، ولا أقلّ أنّ اللاّم تصبح مجملة مردّدة بين لام المِلك أو الغاية، وإطلاقها يفيد الاختصاص دون الملك، نعم أعلى مراتب الاختصاص هى الملكيّة، والآية تفيد اختصاص المسجد به تعالى فى مقابل غيره»(٣).

واورد على اعتراضه الأخير على الشيخ الأعظم: «أوّلاً: بأنّه لو سلّمنا تفسيركم لقوله: «لا بيع إلاّ فى ملك»، فإنّ هناك تباين فى تعريف البيع، حيث التزمتم بأنّ البيع هو مبادلة مال بمال، وأمّا الشيخ فقد التزم بأنّ البيع «تمليك عين بعوض»، ولذلك لا يصحّ الإشكال عليه.

١- (١٠٨٤) العروة الوثقى ٣٨٥/٦.

٢- (١٠٨٥) سورة الجن /١٨.

٣- (١٠٨٦) العقد النضيد ٥٥٤/٤.

وثانيا: لو سلّمنا أنّ البيع مبادلة مال بمال، لكن ما هى الجهة التى تتحقّق المبادلة معها فإنّ المبادلة تعدّ من الأُمور الإضافيّة، وهى لا تخلو إمّا الإضافة فى الملكيّة _ كما هو المعروف _ أو أعمّ منها ومن الحقّية، أمّا الأوّل فقد اعترفتم بخروج المسجد عنها بالوقف، والأخير لا دليل عليه، وبالتالى تبقى الإضافة فاقدا للجهة.

ونتيجة البحث: ثبت من خلال ما ذكرناه صحّة ما ذهب إليه الشيخ، من أنّ الوقف تحريرٌ للمسجد، وأنّه لا مجال لزوال المسجديّة مطلقا، وبالتالى فلا يَصِحُّ بيعه وشراءه مطلقا خلافا لما التزم به السيّد رحمه الله [هنا ووفاقا لما]. أفتى السيّد رحمه الله فى الجزء الأوّل من «العروة الوثقى» [بعدم جواز تنجيس المسجد الذى صار خرابا وإن لم يصل فيه أحدٌ(١)، وعدم جواز تنجيس بل وجوب تطهير المسجد الذى تغيّر عنوانه بأن غصب وجعل دارا أو صار خرابا بحيث لايمكن تعميره ولا الصلاة فيه(٢) واللّه العالم(٣)].

فظهر ممّا ذكرنا «من عدم زوال عنوان المسجدية باندراس الآثار يظهر بقاءُ جميع الأحكام الثابتة لعنوان المسجد حين وجود الأبنية، وعدم إرتفاعها باندراس الآثار، لما مرّ من أنّ عنوان المسجدية من الاعتباريات التى لا تزول بزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض، من دون دخلٍ للآثار فى مسجديتها. بل المسجد إمّا معمور وإما مغمور، بلا مساس للعمارة فى طروء المسجدية للأرض، فليس العمران مقوِّما لعنوان المسجدية ولا شرطا له.

ومن هنا يظهر أنّ نظر العرف فى ذهاب عنوان المسجدية العرفية بذهاب الآثار ليس متّبعا فى ترتيب الأحكام الشرعية الثابتة للمسجد، إذ الموضوع هو ما عرفت ممّا استفيد من السيرة القطعيّة القائمة على بقاء أحكام المسجدية على نفس الأرض ولو بعد زوال جميع الآثار والأبنية، إذ السيرة تكشف عن عدم إحالة الشارع تمييز مفهوم المسجد

١- (١٠٨٧) العروة الوثقى ١٨٣/١، مسألة ١٠، كتاب الطهارة، شروط صحة الصلاة.
٢- (١٠٨٨) العروة الوثقى ١٨٤/١، مسألة ١٣، كتاب الطهارة، شروط صحة الصلاة.
٣- (١٠٨٩) العقد النضيد ٥٥٥/٤.

إلى العرف حتّى يكون نظرهم فى ذلک متّبعا شرعا»(١).

والحاصل: «أنّ المسجدية الموضوعة للأحكام الخاصة الشرعية المستفادة من السيرة المتقدمة لا يعتبر فيها الإعداد للصلاة أو غيرها، وإنْ حكم العرفُ باعتبار إعداد الأرض للصلاة فى المسجدية العرفية.

لكن الرجوع إلى العرف فى تشخيص موضوع الحكم الشرعى على ما هو قضية الإطلاق المقامى منوط بعدم بيان الشارع صريحا أو إلتزاما لتحديد موضوع حكمه كما فى المقام، إذ السيرة القائمة على ترتب أحكام المسجد على المعمورة والمغمورة تذلُّ إلتزاما على كون المسجدية التى جُعلت موضوعا لأحكامٍ خاصّة عبارةً عمّا لا ينفكّ عن الأرض ولو بعد الخراب، ولذا تكون المسجدية من قبيل التحرير»(٢).

وعلى ما ذكرنا: «أنّ الأقوى ترتب أحكام المسجد على المساجد الواقعة فى الشوارع، سواء أكانت فى الأراضى المفتوحة عنوةً أم غيرها، وسواء وقعت فى المعمورة حال الفتح أم فى مواتها.

نعم الّذى يُسهِّل الخطب فى كثيرٍ ممّا يقع من المساجد فى الشوارع: أنّ نفس أرض المسجد تقع تحت التراب والتبليط غالبا، بحيث لا تؤثِّر النجاسة فى نفس الأرض، فالمتنجس غير أجزاء المسجد، كما إذا تنجّس آجرٌ من خارج المسجد، ثمّ أُدخل إلى المسجد، أو العكس. وإن كان الفضاءُ أيضا من المسجد. إلاّ أنّ معروض النجاسة هو الأرض، إذ لا معنى لنجاسة الفضاء»(٣).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الأخير لأنّه إذا كانت المسجدية قائمةً بنفس الأرض دون الأبنية والآثار وعدم ارتفاعها بتخريب البناء وزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض من دون دخل للآثار فى

مسجديتها، فحينئذ يكونُ المسجد الذى أُدخل فى الشارع من قبل البلدية والدولة مسجدا ويبقى على مسجديته ويترتب عليه أحكام

ص: ٢٥٣

١- (١٠٩٠) هدى الطالب ٥٨٧/٦.

٢- (١٠٩١) هدى الطالب ٥٨٨/٦.

٣- (١٠٩٢) هدى الطالب ٥٩١/٦.

المسجدية من عدم تنجيسه ووجوب تطهيره إذا تنجس وعدم مكث الحائض والجنب فيه ونحوها لمن يعلم أنّها مسجد.

نعم، لا يجب إعلام الغير بكون الأرض مسجدا، فيمحو ذكره على مضى الأيام والسنين ولا يجب الالتزامُ بحفظه واللّه العالم.

هذا كلّه بالنسبة إلى أرض المسجد.

الثانى: وأمّا أجزاؤه وآلاته وأثاثه

قال جدى الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره : «وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها: فإنْ بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها فى خصوص المحلّ الذى أُعدت له؛ كانت على حالها، وإلاّ جُعلت فى المماثل، وإلاّ ففى غيره، وإلاّ ففى المصالح على نحو ما مرّ. وإن تعذّر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه؛ أشبهت فى أمر الوقف الملكَ بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة، والعود ملكا للمسلمين تُصرَف فى مصالحهم، والعود إلى المالك. ومع اليأس عن معرفته تدخل فى مجهول المالك.

ويُحتمل بقاؤها على الوقف وتُباع احترازا عن التلف والضرر ولزوم الحرج، ويُصرف مرتّبا(١) على النحو السابق. ولعلّ هذا هو الأقوى، كما صرّح به بعضهم(٢)»(٣).

وقال نجله الشيخ حسن: «وإن كان الموقوف غير أرضٍ، فإن بقى على حاله وأمكن الانتفاع به فى خصوص المحلّ الذى أُعدّ له لزم الانتفاع به كذلك، وإن لم يبقَ على حاله بحيث لم يمكن الانتفاع به بوجهٍ، كرضاض الحصير والبارية الموقوفين فى المساجد وغيرها وبعض أجزاء الخشب والفراش، جاز نقله بعوضٍ وشراء ما ينتفع به فى ذلك المحلّ الموقوف، وإن لم يمكن ففى غيره مقدّما للأقرب فالأقرب؛ لأنّ المنع من بيعه

١- (١٠٩٣) فى بعض النسخ: (مترتّبا).

٢- (١٠٩٤) إيضاح الفوائد ٤٠٧/٢؛ جامع المقاصد ٩٧/٤؛ مسالک الإفهام ١٧٠/٣؛ مجمع الفائدة والبرهان ١٦٩/٨-١٦٨؛ الحدائق الناضرة ٤٤٤/١٨.

٣- (١٠٩٥) شرح القواعد ٢٢١/٢.

هنا مع اضمحلاله يوجب العبث والسفه، مع احتمال الرجوع فى ذلک إلى حكم الإباحة، كالملک بعد إعراض المالک عنه، أو الرجوع إلى ملک المسلمين كافّة تُصرف فى مصالحهم، أو الرجوع إلى المالک الأوّل، ومع عدم معرفته يكون مجهول المالک.

وما ذكرناه أوّلاً أقوى، إلاّ مع عدم إمكان البيع أيضا، فاحتمال الرجوع إلى المسلمين كافّة هو الأقوى.

وإن بقى على حاله أو على حالة ينتفع به إلاّ أنّه لا يمكن الانتفاع به فى الجهة المعدّ لها، فهناک يلزم الانتفاع بها فى المماثل مقدّما الأقرب فالأقرب، وإلاّ فغير المماثل، وإلاّ ففى منافع المسلمين كافّة.

فإن تعطّل نفعها بجميع الجهات، فإن خشى عليها من التلف جاز بيعها وشراء وقفٍ آخَر عوضها مقدّما الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن الشراء صُرفت فى وجوه البرّ عينا أو قيمةً.

وإن لم يخش عليها، قوى القول بجواز بيعها أيضا كذلک، إلاّ أنّ القول ببقائها فى مكانها وعدم التعرّض لها إلى أن يحكم وليّ الأمر فيها بحكمه هو الأسلم»(١).

واعترض عليهما الشيخ الأعظم بقوله: «وفيه: أنّ إجارة الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنوة، لكنّه غير ثابت، والمتيقّن خروجه عن ملک مالكه، أمّا دخوله فى ملک المسلمين فمنفىّ بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين؛ لأصالة الإباحة، ولا يتعلّق عليهم أُجرة»(٢).

وقال أيضا: «وأما أجزاؤه [أى المسجد] _ كجذوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم _ فمع المصلحة فى صرف عينه(٣) فيه تعيّن(٤)؛ لأنّ مقتضى وجوب إبقاء الوقوف

١- (١٠٩٦) أنوار الفقاهة ٢٨٥/٥ و ٢٨٦.

٢- (١٠٩٧) المكاسب ٥٥/٤.

٣- (١٠٩٨) كذا فى النسخ، والمناسب تأنيث الضمير، وهكذا حال الضمائر الآتية الراجعة إلى كلمة «أُجزاؤه».

٤- (١٠٩٩) العبارة فى كثير من النسخ هكذا: فمع المصلحة فى صرف عينه يجب صرف عينه فيه.

وأجزائها(١) على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءا للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلّف لمؤونته بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحة فى ردّه جزءا

للمسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف فى المسجد وأضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعيّن صرفه فى مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك _ كما عن الروضة(٢) _ وإلاّ صُرِف فى مسجدٍ آخر _ كما فى الدروس _ وإلاّ صُرِف فى سائر مصالح المسلمين.

قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملّكه(٣)، وفيه نظر»(٤).

أقول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه تارةً يمكن الانتفاع بها وأُخرى لا يمكن:

أمّا الأوّل: فإذا أمكن الانتفاع بها بنفس أعيانها فله صور:

«الأُولى: الاِنتفاع بها فى المحلِّ الّذى أُعِدّت له، ويجب إبقاؤها فيه لينتفع بها فى الجهة المقصودة، كافتراش البساط الموقوف فى مسجدٍ انْهَدَمَ.

الثانية: الاِنتفاع بأعيانها فى مكان آخر مماثل لما أُعدّت له، كوضع الفرش فى مسجدٍ آخر، أو جعل ثوب ضريحٍ ثوبا لضريح آخر، ويجب النقل مع مراعاة الأُمور الثلاثة، وهى كون المنتقل إليه أقرب وأحوج وأفضل.

الثالثة: الاِنتفاع بأعيانها فى مكانٍ آخر غير مماثل، كإفتراش بساط المسجد فى مشهدٍ أو حسينيةٍ، ويجب النقل مع مراعاة المراتب الثلاثة المتقدمة.

الرابعة: الاِنتفاع بأعيانها فى مصالح المسلمين العامّة بعد تعذر الإنتفاع بها فى

١- (١١٠٠) فى نسخة: وإجرائها.

٢- (١١٠١) الروضة البهيّة ٣/٢٥٤.

٣- (١١٠٢) قاله المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار /١٥٦.

٤- (١١٠٣) المكاسب ٤/٥٩.

الصور الثلاث المتقدمة، وهى الاستفادة منها فى موضعها المعدِّ لها أوّلاً، وكذا فى المماثل، وفى غير المماثل»(١).

وأمّا الثانى: فإذا لا يمكن الانتفاع بها يجرى فى حكمها احتمالات:

«الأوّل: تكون كالمباحات الأصلية، تُملَك بالحيازة.

الثانى: تصير ملكا للمسلمين، وتُصرف فى مصالحهم.

الثالث: تعود إلى ملك الواقف، فإنْ عُرف شخصه أو وارثُه فهو، وإنْ لم يُعرف كانت من مجهول المالك، يتصدّق به.

الرابع: تبقى وقفا، كما أن أرض المسجد لم تخرج عن الوقفية بطروء الخراب، فتُباع الآلات، ويُصرف ثمنها فى المماثل مقدّما للأقرب فالأحوج فالأفضل.

وإن لم يوجد المماثل صُرِف فى غير المماثل مع رعاية الأُمور الثلاثة. وإن لم يوجد ففى مصالح المسلمين»(٢).

ويمكن القول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه ففيها صور ثلاث:

«الأُولى: أن يرى المتولّى والناظر المصلحةَ فى صرف أعيان الأجزاء فى نفس المسجد، بأن يستفاد منها فى إعمار البناء مرّة أُخرى، فيتعيّن ذلك، لأنّ مقصود الواقف الإنتفاع بالعين الموقوفة مهما أمكن، والمفروض وجوب العمل بالوقف شرعا على حسب ما أوقفه. فإنْ توقفَ إبقاؤها على بذل

مالٍ صُرف من مال المسجد إن كان له مال، وإلاّ فمن بيت المال، وإلاّ لم يجب على المتولِّى صرف شيءٍ من أموال نفسه لإبقاء تلك الأجزاء.

الثانية: أن لا يرى المتولِّى المصلحة فى ردِّ مثل الجذع المنكسر جزءا للمسجد، وحينئذٍ فإن قلنا بجواز بيعها كما حكى عن العلاّمة وجمعٍ فلا كلام، وإن قلنا بعدم الجواز _ كما هو المختار _ ففيه صورتان:

الأولى: القول بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف، فيجب صرفُه فى

١- (١١٠٤) هدى الطالب ٥٨١/٦.

٢- (١١٠٥) هدى الطالب ٥٨٢/٦.

مصالح نفس هذا المسجد، كإحراقه لطبخ آجره.

الثانية: القول بعدم وجوب مراعاة الأقرب إلى نظر الواقف، ويجب حينئذٍ صرفُه فى سائر مصالح المسلمين»(١).

والحاصل: «الآلات الموضوعة فى المشاهد والمساجد والحسينيات فهى تارة لا تكون إلاّ لأجل الزينة وتعظيم شعائر المساجد و المشاهد مثل القناديل المعلّقة فى المشاهد الشريفة وغير القناديل من الآلات الموضوعة فيها لأجل التزيين، ومن الظاهر أنّ هذه الأُمور وقف وملك لنفس المساجد والمشاهد والانتفاع منها يكون بالتزيين وليس فى هذه الأُمور ملاحظة تمليك المسلمين وانتفاعهم أصلاً وهى من مصداق الوقف على الموقوفات وسيجىء الكلام عن قريب إن شاء اللّه تعالى أنّه لا يعتبر أن يكون المالك من ذوى الشعور بعد ما كانت الملكية أمرا اعتباريا يعتبره العقلاء فى هذه الموارد.

وأُخرى تكون الآلات الموضوعة فى المشاهد والمساجد مثلاً وقفا للمسلمين المصلّين فى المسجد أو زوّار المشهد ولكنّه جعل محل الانتفاع منها المسجد والمشهد من دون أن يكون فيها تزيين للمشهد والمسجد مثل المبردات الموضوعة فى المشاهد المشرّفة والمساجد المكرّمة لأن ينتفع الزوّار والمصلّون عند الزيارة والعبادة منها.

وثالثة يلاحظ فيها كلتا الجهتين من انتفاع المسجد بالتزيين وانتفاع النّاس والظاهر فى هذا القسم أيضا أنّه وقف على نفس المسجد والمشهد لا على الزوّار والمصلّين، ويؤكّد ذلک ما هو المتعارف فى إنشاء وقفه فإنّه يعبّر عنه بالوقف على المسجد ونحوه لا على المصلّين والزائرين، وكيف كان يجوز بيع جميع هذه الأُمور عند عروض المسوّغ وصرف ثمنها على المسجد ونحوه فى القسم الأوّل والثالث وعلى المصلّين والزائرين فى القسم الثانى.

وأمّا الكلام بالنسبة إلى الأجزاء المحدثة للمسجد كما إذا سقّف أحد سقف المسجد فالظاهر أنّه ليس مثل نفس مكان المسجد الذى قلنا إنّه تحرير ملک لا يجوز بيعه، بل هو

١- (١١٠٦) هدى الطالب ٦٠٣/٦.

من قبيل سائر الموقوفات على المسجد يجوز بيعه عند عروض المجوّز ولا ينافى ذلک إجراء أحكام المسجد فيه.

ومثل السقف باب المسجد ونحوه من أجزائه المحدثة، فإذن لا مانع من جواز بيعه عند عروض المجوّز لأنّه ليس من نفس المسجد بل هو سقف المسجد أو بابه.

ومن هنا يَظْهَرُ حكم الأجزاء غير المحدثة كما إذا فرضنا أنّ أحدا بنى لنفسه دارا وبنى فيها سقفا وأبوابا ونحوها ثمّ وقفها مسجدا، فالظاهر أنّ وقف المجموع ينحل إلى جعل الأرض مسجدا وجعل غيره

وقفا على المسجد، وذلک لأنّ المسجد إنّما هو اسم للفضاء والمكان وأمّا غيره من التراب والآجر والأخشاب فليس بمسجد، ولذا لو انتزع وجعل فی مكان آخر لم يلحقه أحكام المسجد نظير الكعبة والصفا والمروة ونحوها ممّا هو اسم للفضاء ولذا لو فرض نعوذ باللّه انهدام الكعبة وجب الطواف حول ذاک الفضاء والتوجّه إليه فی الصلاة والكون فی ذلک الفضاء الخاص فی الحجّ مثلاً، ويشهد لهذا ما أفاده الميرزا [النائينی(١)] ونعم ما أفاد من أنّ المناسب للمسجدية التی هی تحرير للملک دائما أن يتعلّق بما هو قابل للدوام والاستمرار وما هو قابل له هو الفضاء دون غيره، فإذن يجوز بيع حيطان المسجد وجذوعه وبابه إلى غير ذلک ممّا يتعلّق به عند طروّ المسوغ ويصرف ثمنها على المسجد فإنّها مملوكة له من غير فرق بين الصورتين»(٢).

الثالث: ما الحقّ بالمساجد

قال المحقّق التسترى فی المقابس: «إنّ كل وقف عامٍّ كان الغرض من وقفه تمليک الإنتفاع للموقوف عليهم _ دون العين أو منافعها _ فلا يصحّ بيعه مادام وقفا بوجهٍ من الوجوه. وقد أجمع الأصحاب على ذلک فی المسجد... وكذلک المشهد والمقابر المبنية إذا خربت، والمدارس والخانات والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المنتفعين، والعبد المحبوس على خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لإنتفاع

١- (١١٠٧) منية الطالب ٢٨٢/٢.

٢- (١١٠٨) التنقيح فی شرح المكاسب ٢/(٢٦٨-٢٦٦).

المارّة، والبوارى الموضوعة لصلاة المصلّين، وغير ذلک ممّا قُصِد بوقفه الإنتفاع العام لجميع النّاس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا تحصيل المنافع بالاجارة»(١).

ذكر هذا المقال الشيخ الأعظم وعلّله بقوله: «لأنّ جميع ذلک صار بالوقف کالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها على الإباحة کالطرق العامّة والأسواق.

وهذا کلّه حسن على تقدير کون الوقف فيها فکّ ملک، لا تمليکا»(٢).

أقول: الإلحاق بالنسبة إلى المشاهد المشرفة والحسينيات والمهديات وما شابهها تامٌّ لأنّ بعد أن يجعل الواقف أرضا لتکون مزارا أو حسينية تصير محرّرة مثل المساجد من جهة عدم تمليک أحد أو جهة من الجهات فلا يجوز بيعها أبدا.

وأمّا: المدارس والخانات والقناطر والکتب والأشجار والبوارى والعبد المحبوس ونحوها فلا يتم فيها الالحاق بل هذه الأُمور تکون من قبيل الوقف العام وهو على قسمين:

«القسم الأوّل: ما يکون وقفا لجهة عامّة مثل الوقف على العلماء والفقراء والسادات مثل الحمّامات والدکاکين بأن تکون منفعة هذه الاُمور راجعة إليهم ومملوکة لهم فإنّ معنى وقف هذه الأُمور لهؤلاء الجماعة رجوع منفعة هذه الأُمور إليهم وکونها مملوکة لهم فيجوز لهم الانتفاع بها مباشرة کما يجوز لهم إجارتها والانتفاع بأُجرتها.

والظاهر أنّ هذه الأُمور أيضا ملک لهم... من دلالة نفس «على» فى قول الواقف وقفت عليهم، کما أنّ الظاهر أنّه لا مانع من جواز البيع عند عروض المسوّغ والمجوّز له، والفرق بين هذا وبين الوقف الخاص أنّه فى الوقف الخاص يکون الشىء الموقوف ملکا للأشخاص بنحو الاشاعة بخلافه فى المقام بداهة أنّ الشىء الموقوف ليس ملکا للعلماء بالاشاعة بأن يکون کلّ واحد من العلماء مثلاً مالکا لمقدار من الوقف بنحو الاشاعة بل هو ملک للجهة. وبعبارة اُخرى أنّ دائرة الملک سعة وضيقا تختلف بکثرة الموقوف عليهم

١- (١١٠٩) مقابس الأنوار /١٥٦.
٢- (١١١٠) المكاسب ٤/٦٠.

وقلّتهم فى الوقف الخاص بخلافه فى هذا القسم بل هو باق على حاله على أى حال، وكيف كان فلا فرق فى جواز البيع بين هذا القسم وبين الوقف الخاص عند عروض مجوّز البيع.

والقسم الثانى من الوقف العام: ما يكون وقفا على لعلماء أو على جميع النّاس مثلاً ولكنّه على نحو ليس لهم إجارته ونحوها بأن لا تكون المنفعة راجعة إليهم مثل القسم الأوّل، بل وقف عليهم لأنّ ينتفعوا منه مباشرة لا لأنّ يؤجر وتصرف منافعه فيهم وهذا مثل المدارس والخانات الواقعة فى الطرق والقناطر، وقد يعبّر عن هذا القسم فى لسان العلماء بملك الانتفاع دون المنفعة... أنّ مرجع هذا أيضا إلى ملك المنفعة غاية الأمر المنفعة بالمباشرة لأنّ الانتفاع فعل الشخص وكيف يكون الشخص مالكا لفعل نفسه، فهو مالك للمنفعة لكن فى جهة خاصّة ولا مانع من التعبير عنه بملك الانتفاع مسامحة من باب ضيق العبارة.

وكيف كان الظاهر كون الشيء الموقوف مثل القناطر والمدارس أيضا ملكا للجهة غاية الامر يكون ملكا مضيّقا والمنفعة أيضا مملوكة ملكا مضيّقا، فالفرق بين هذا القسم و القسم السابق أنّه فى القسم الأوّل تكون العين ملكا للجهة لكن محبوسة لا طلقا والمنفعة تكون ملكا لهم طلقا فيجوز لهم المعاوضة عليها والانتفاع بثمنها وفى القسم الثانى كما لا تكون العين مملوكة للجهة طلقا كذلك المنفعة لا تكون طلقة بل هى أيضا محبوسة بمعنى اشتراط صرفها فى جهة خاصّة وهى الانتفاع بها مباشرة، وليس لهم إجارته ونحوها من التصرفات الواقعة من الملاّك بل لهم أن يجلسوا فى المدارس والخانات إذا كانوا من الموقوف عليهم كما إذا وقف الخان على أن يسكن فيه الزوّار أو المسافرون»(١).

وبالجملة: فى الوقف العام بكلا قسميه لا مانع من جواز البيع عند عروض المجوّز فلا يتم القول بالحاقه بالمساجد والمشاهد والحسينيات خلافا للمحقّقين الشيخ أسداللّه

١- (١١١١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/(٢٦٦-٢٦٤).

التسترى والشيخ الأعظم والنائينى(١) قدس سرهم .

الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟

استشكل المحقّق التسترى فى مطالبة المتلف بالقيمة أو المثل «من أنّ ما يطلب بقيمة عينه يُطلب بمنافعها. ومن المعلوم أنّه لو منع شخصٌ الناسَ من الإنتفاع إلى أن فاتت جملةٌ من منافعها، أو إنتفع بها فى غير الجهة الموضوعة له _ كما لو جعل المسجد مسكنا له _ أثِمَ، ولكن لم يطلب بها، فكذا لو أتلف العين. ولعدم وضوح الدليل على الضمان إلاّ فى الأملاك المنسوبة إلى النّاس، وهذه صارت ملكا للّه، وإنّما للناس الإنتفاع خاصة»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «ولو أتلف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزائها متلفٌ، ففى الضمان وجهان:

من عموم «على اليد» فيجب صرف قيمته فى بدله.

ومن أنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، والمفروض عدم المطالبة بأُجرة منافع هذه لو استوفاها ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزا، وأنّ الظاهر من التأدية فى حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختصّ بأملاك النّاس، والأوّل أحوط، وقوّاه بعض»(٣).

أقول: بعد ما عرفت أنّ الوقف العام ملكٌ للموقوف عليهم وتدلّ عليه كلمة «على» لأنّها فى صورة عدم الملك لم يكن وجه للتعبير بهذه الكلمة الدالة على الضيق والضرر وليس هذا إلاّ من جهة تضيّق دائرة الملكية عليهم ولا يكون فى البين ضررٌ يتوجّه إليهم بل لهم منفعة تعود إليهم من الوقف فحينئذ إتلاف الملك على المالك يوجب ضمان المتلف.

مضافا إلى وجود السيرة المستمرة العقلائية على الضمان فى الوقف العام بكلا قسميه لِمَنْ أتلف شيئا من منافعه على الموقوف عليهم حيث يعتبره العقلاء ضامنا للجهة

ص: ٢٦٢

١- (١١١٢) منية الطالب ٢/٢٨٠.

٢- (١١١٣) المقابس /١٥٦.

٣- (١١١٤) المكاسب ٤/٦٠.

أو لهم، فلا يتم القول بعدم الضمان والأقوى هو الضمان واللّه العالم.

الخامس: الوقف على الموقوفات

هل يَصِحُّ وقف الأموال المنقولة وغير المنقولة على الموقوفات كما فى وقف المصاحف والمنابر والفرش والمصابيح على المشاهد المشرفة والمساجد والمدارس، أو وقف الأراضى والدكالين والخانات عليها أم لا؟

قولان: الأوّل: البطلان: لأنّ عناوين المشاهد والمساجد والمدارس قاصرة أن تصبح طرفا لإضافة الملكية لفقدان الشعور فيها.

الثانى: الصحة: إذ لا دليل على أنّه ينبغى أن يكون المالک ذى شعور بل الثابت عند العقل والعقلاء امكان اعتبار الملكية لفاقد الشعور كالجمادات والحيوانات، ولأنّ الملكية من الأُمور الاعتبارية ويعتبرها العقلاء لفاقد الشعور أيضا.

«والشاهد على ذلک ما عليه سيرة الأُمم والشعوب فى البلدان المختلفة، حيث أنّ لكلّ أُمّة وملّة معتقدٌ ودين تدين بها، ومقدّسات تقدّسها، وتقدّم لها القرابين والنذور وتوقف عليها الأموال المنقولة

وغير المنقولة، فلعبدة الأوثان هياكلهم المقدّسة، وللمجوس بيوت النار التى يقدّسونها، ولليهود والنصارى كنائسهم ومعابدهم وأديرتهم فيوقفون لها الأموال، ويعتبرون هذه الأماكن المقدّسة طرفا لإضافة الملكيّة، وما عليه المسلمون من وقف الأموال على المساجد والمشاهد والمزارات المقدّسة أوضح من أن يخفى»(١).

«ويترتّب عليه أنّ المنافع التى تحصل من تلك الأُمور تكون ملكا طلقا للمسجد والمدرسة ونحوهما نظير ما يكون وقفا على الكلّى أو الذرّية كما إذا فرضنا أنّ دكانا كان وقفا على العلماء أو الذرّية فكما أنّ منافع تلك الأُمور تكون ملكا طلقا لهؤلاء الجماعة كذلك تكون منافع هذه الأُمور ملكا طلقا للمسجد والمدرسة وللمتولّى أن يتصرّف فيها بما يراه صلاحا بلا اعتبار عروض مجوّز للتصرّف أصلاً فله أن يشترى بمنافع هذه الأُمور

١- (١١١٥) العقد النضيد ٥٥٩/٤.

شيئا ويجعله وقفا على نفس المسجد مثلاً، نعم لابدّ فى جواز بيع نفس الموقوف على الموقوفات من عروض مسوّغ ومجوّز فافهم»(١).

ولا ينقضى تعجبى من الأُستاذ المحقّق _ مدظله _ حيث يقبل الأمر فى مقام الثبوت واستشكل فى مقام الاثبات وتوقف فيه وقال: «إنّ الملكيّة لها اعتبار عقلائى، فلا مانع فى مقام الثبوت عَقْلاً وعُقَلاءً من ملكيّة الأوقاف للمساجد والمشاهد، وهو ما التزم به جماعة.

إلاّ أنّنا برغم اعتقادنا ذلك وأنّ المرتكز عند العقلاء اعتبار المسجد أو الكنيسة طرفا لإضافة المال، لكن ما يختلج بالبال أنّ هذه الطرفية والإضافة هل هى على نحو الملكيّة المعهودة أو على نحو الاختصاص كما فى (الجُلّ للفرس) من جهة اختصاصه به، أمّا أصل الاختصاص فهو ثابت لا غبار

عليه، أمّا الملكيّة فإنّ أدلّة الإثبات قاصرة عن إثباتها، ولذلک فلا نحکم علی هذه الموقوفات إلاّ باختصاصها بالأمکنة المذکورة»(٢).

وجه التعجب: الملکیةُ أمرٌ اعتباریٌّ إمّا اعتبرها العقلاء أو لم یعتبرها؟ فالتفصیل بین مقامی الثبوت والاثبات بلا وجه بعد الاقرار باعتبارهم والاختصاص الوارد فی آخر کلامه یمکن أن یسمّی بالملکیة ولا نری الفرق بینهما، واللّه العالم.

السادس: حکم کسوة الکعبة

تتجدد کسوة الکعبة فی یوم التاسع من ذی الحجة الحرام کلّ عام وتُقَسَّمُ بین الدول الإسلامیة وشخصیاتها یتبرکون بها وحیث لم یکن وقفا فیجوز بیعها لأنّ الوقف لابدّ أن یلاحظ فیه التأبید وهذا القید لم یکن فی کسوة الکعبة وإذا لم تکن وقفا یجوز بیعها ویستفاد للتبرک ولا یجوز التکفین به لأجل احترام الکعبة(٣) أو لکونها من الحریر الخاص(٤) ولذا ورد فی الروایات(٥) عدم جواز تکفین المیت فی کسوة الکعبة:

١- (١١١٦) التنقیح فی شرح المکاسب ٢٦٩/٢.

٢- (١١١٧) العقد النضید ٥٥٩/٤.

٣- (١١١٨) کما احتمله السیّد الخوئی فی التنقیح فی شرح المکاسب ٢٦٨/٢.

٤- (١١١٩) کما احتمله العلاّمة المجلسی فی ملاذ الأخیار ٢٣٤/٣.

٥- (١١٢٠) راجع وسائل الشیعة ٤٤/٣، الباب ٢٢ من أبواب التکفین.

ومنها: مرسلة عبدالملک قال: سألت أباالحسن عن رجل اشترى من کسوة الکعبة شیئا فقضی ببعضه حاجته وبقی بعضه فی یده، هل یصلح بیعه؟ قال: یبیع ما أراد، ویهب ما لم یرد، ویستنفع به، ویطلب برکته، قلت: أیکفّن به المیّت؟ قال: لا.(۱)

والروایة دالة علی جواز بیع کسوة الکعبة وهبتها وطلب البرکة منها والانتفاع بها.

کما یدل علیه صحیحة عبدالملک بن عتبة قال: سألت أباعبداللّه علیه السلام عمّا یصل إلینا من ثیاب الکعبة، هل یصلح لنا أن نلبس منها شیئا؟ قال: یصلح للصبیان والمصاحف والمخدّة یبتغی بذلک البرکة إن شاء اللّه.(۲)

بتقریب: إذا کانت تصلح للصبیان والمصاحف والمخدّة بطلب البرکة فیجوز الانتفاع بها وإذا جاز الانتفاع فیجوز البیع بالملازمة ولذا حُکی(۳) عن الکلینی(٤): وفی روایة اُخری أنّه یجوز استعماله وبیع بقیّته.

هذا تمام الکلام فی الجهة الأولی من البحث.

الجهة الثانیة: صور جواز بیع الوقف

الصورة الأولی:

اشارة

«أن یخرب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به مع بقاء عینه، کالحیوان المذبوح والجذع البالی والحصیر الخَلِق»(٥).

تدور هذه الصورة حول الأمرین الرئیسیین خراب العین وسقوطها عن قابلیة الانتفاع فمجرد الخراب لا یسوّغ البیع «بل لابدّ أن ینتهی الخراب إلی حالة ینتفی الانتفاع بها، وعلیه فإنّ المسوّغ الحقیقی لیس مجرّد الخراب، بل عدم الانتفاع؛ وهو تارةً یسقط

١- (١١٢١) وسائل الشيعة ٤٤/٣، ح١.

٢- (١١٢٢) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٣، ح١، الباب ٢٦ من أبواب مقدمات الطواف.

٣- (١١٢٣) الحاكى صاحب وسائل الشيعة ٢٥٧/١٣.

٤- (١١٢٤) لم أظفر بها فى الكافى المطبوع ويظهر منها اختلاف نسخ الكافى الشريف.

٥- (١١٢٥) المكاسب ٦١/٤.

العين بالمرّة عن قابليّة الانتفاع، وأُخرى لا يسقطها.

وقلّة الانتفاع: تارةً: يكون بحيث يلحق بالمعدوم.

وأُخرى: غير ملحق به، بل يمكن استثمار هذا القليل والانتفاع به عرفا بحيث لو ترك هذا القليل لعدّ تضييعا للمال عرفا وعُقَلاءً»(١).

والكلام فى هذه الصورة فى سقوط العين عن الانتفاع بها بالمرّة بحيث لا يمكن الانتفاع بها كما مرّ.

كلمات الفقهاء فى المقام

ذهب جماعة إلى جواز بيع الوقف إذا خرب وجماعة إلى جواز بيعه إذا خاف خرابه وأمّا:

«فممّا جوّز بيعه فيه إذا خرب المقنعة(٢) والانتصار(٣) والمراسم(٤) والخلاف(٥) على الظاهر منه والتذكرة(٦) والتحرير(٧) والإرشاد(٨) والمختلف(٩) و[القواعد(١٠)] وتعليق الإرشاد(١١) ومجمع البرهان(١٢) وكذا جامع المقاصد(١٣). وفى الانتصار(١٤) الإجماع عليه.

١- (١١٢٦) العقد النضيد ٥٦٢/٤.

٢- (١١٢٧) المقنعة: فى الوقوف والصدقات /٦٥٢.

٣- (١١٢٨) الانتصار: فى بيع الوقف /٤٦٨.

٤- (١١٢٩) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات /١٩٧.

٥- (١١٣٠) الخلاف: فى الوقف ٥٥١/٣، المسألة ٢٢.

٦- (١١٣١) تذكرة الفقهاء: ٢٤٩/٢٠، مسألة ١٤٧.

٧- (١١٣٢) تحرير الأحكام الشرعية: فى أحكام الوقف ٣١٦/٣.

٨- (١١٣٣) إرشاد الأذهان: فى أحكام الوقف ٤٥٥/١.

٩- (١١٣٤) مختلف الشيعة: فى الوقف ٢٨٨/٦.

١٠- (١١٣٥) قواعد الأحكام ٤٠١/٢.

١١- (١١٣٦) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركى وآثاره) ٣٣٩/٩.

١٢- (١١٣٧) مجمع الفائدة والبرهان: فى شرائط العوضين ١٦٩/٨-١٦٨.

١٣- (١١٣٨) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف ٧١/٩-٧٠.

١٤- (١١٣٩) الانتصار: فى بيع الوقف /٤٦٩.

وقد قيّد فيه الخراب بما إذا لم يجد نفعا، فينطبق عليه معقد إجماع الغنية كما ستسمع. وفى المقنعة(١) بما إذا لم يوجد له عامر، وفى الكتاب بما إذا خرج عن الانتفاع. وفى الخلاف(٢) بما إذا لم يرج عوده. وفى التذكرة(٣) والمختلف(٤) بعدم التمكّن من عمارته. وجمع بين هذين فى التحرير(٥) وقد يكون المراد من الجميع معنىً واحدا. وجوّز فى الكافى(٦) بيع الوقف المنقطع عند خرابه.

ولعلّ مراد من قيّده بما إذا خرج عن الانتفاع ما إذا لم يمكن الانتفاع به فى الجهة المقصودة مطلقا كحصير يبلى وجذع ينكسر، إذ قد جوّز فى التذكرة(٧) و[القواعد(٨)] والإيضاح(٩) والدروس(١٠)

وجامع المقاصد(١١) بيع حصر المسجد وجذوعه حيث لا ينتفع بها فيه ولا فى غيره وإنّما ينتفع بها فى الإحراق، قالوا: فإنّها تباع فيه. وهو ممّا لا ريب فى جوازه وإن خالف فيه بعض الشافعية(١٢). وفى المبسوط(١٣) إن انقطعت نخلة من أرض الوقف أو انكسرت جاز بيعها لأرباب الوقف، لأنّه قد تعذّر الانتفاع بها على الوجه الّذى

١- (١١٤٠) المقنعة: فى الوقوف والصدقات /٦٥٢.

٢- (١١٤١) الخلاف: ى الوقف ٥٥١/٣، المسألة ٢٢.

٣- (١١٤٢) تذكرة الفقهاء ٢٤٩/٢٠، مسألة ١٤٧.

٤- (١١٤٣) مختلف الشيعة: فى الوقف ٢٨٨/٦.

٥- (١١٤٤) تحرير الأحكام الشرعية: فى أحكام الوقف ٣١٦/٣.

٦- (١١٤٥) الكافى فى الفقه: فى الصدقة /٣٢٥.

٧- (١١٤٦) تذكرة الفقهاء ٢٤٧/٢٠، مسألة ١٤٥.

٨- (١١٤٧) قواعد الأحكام ٤٠١/٢.

٩- (١١٤٨) إيضاح الفوائد: فى لواحق الوقف ٤٠٧/٢.

١٠- (١١٤٩) الدروس الشرعية: فى بيع الوقف ٢٨٠/٢-٢٧٩.

١١- (١١٥٠) جامع المقاصد: فى لواحق الوقف ١١٦/٩ وفى البيع ٩٧/٤.

١٢- (١١٥١) راجع المجموع: فى الوقف ٣٦٠/١٥.

١٣- (١١٥٢) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٣٠٠/٣.

شرطه وهو أخذ ثمرتها، وقيل: لا يجوز، والأوّل أقوى، انتهى فتأمّل جيّدا.

وممّا جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه النهاية(١) والمبسوط(٢) والمهذّب(٣) وفقه الراوندى(٤) والوسيلة(٥) والواسطة(٦) والغنية(٧) والجامع(٨) وكشف الرموز(٩) والدروس(١٠) والمقتصر(١١). ونقله كاشف الرموز عن شيخه(١٢). وفى فقه الراوندى(١٣) الإجماع على ذلک، قالا معا: وإنّما يملک بيعه على وجهٍ عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدرون على القيام به. وزيد فى فقه القرآن أو يخاف وقوع خلاف بينهم.(١٤) وقد عبّر فى النهاية(١٥) والمهذّب(١٦) بخوف هلاكه وفساده، والظاهر أنّه بمعنى خوف خرابه ولهذا نظمناه فى هذا السلک. وزاد فى المقتصر إذا

١- (١١٥٣) النهاية: فى الوقوف والصدقات ٦٠٠-٥٩٩.

٢- (١١٥٤) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

٣- (١١٥٥) المهذّب: فى الوقف ٩٢/٢.

٤- (١١٥٦) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

٥- (١١٥٧) الوسيلة: فى الوقف /٣٧٠.

٦- (١١٥٨) حكاه عنه البحرانى فى الحدائق الناضرة: فى البيع ٤٤٠/١٨.

٧- (١١٥٩) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٨.

٨- (١١٦٠) الجامع للشرائع: فى الوقف /٣٧٢.

٩- (١١٦١) كشف الرموز: فى الوقف ٥٤/٢.

١٠- (١١٦٢) الدروس الشرعية: فى بيع الوقف ٢٧٩/٢.

١١- (١١٦٣) المقتصر: فيا لوقوف والصدقات والهبات /٢١٢.

١٢- (١١٦٤) كشف الرموز: فى الوقف ٥٤/٢.

١٣- (١١٦٥) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

١٤- (١١٦٦) فقه القرآن: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

١٥- (١١٦٧) النهاية: فى الوقوف والصدقات /٦٠٠-٥٩٩.

١٦- (١١٦٨) المهذّب: فى الوقف ٩٢/٢.

تعطّل(١)، فإن أرجعنا هذا إلى ما قبله توافق إجماعات «الانتصار والغنية والمبسوط والفقه»(٢).

ثمّ يقع الكلام فى المقامين:

المقام الأوّل: تحقق المقتضى للبيع

المقتضى لجواز البيع فى هذه الصورة موجودٌ لأنّ «طبيعة الوقف بنفسها يقتضى جواز البيع بعد سقوط العين عن قابليّة الانتفاع بها، لأنّ غرض الواقف وارتكازه الذى دعاه إلى إنشاء الوقف كان حبس العين وتسبيل منافعها بقاءً، والرواية النبويّة _ برغم ضعف سندها _ (حبّس الأصل وسبّل الثمرة)(٣) إنّما هى مبيّنة وشارحة لهذا الارتكاز العقلائى، ويُثبت أنّ غرض الواقف هو ديمومة الثمرة وبقاءها، فتكون تبعيّة الإنشاءات للأغراض كتبعيّة المعلول للعلّة الممنوع تخلّفه عنها، بل لابدّ من تطابق الإنشاء مع الغرض، بمعنى أنّه يجب أن تكون دائرة الإنشاء بقدر الغرض لا أوسع منه، لأنّ الإنشاءات على قسمين:

تارةً: صادرة بنحو التقنين ولبيان قانونيّة الحكم المُنشأ، ونسبة الغرض إليه تارةً يكون بنحو الحكمة، وأُخرى بنحو العلّة. فقوله: (لا تشرب الخمر لأنّه مسكرٌ) حكم قانونى اعتبر الإسكار فيه علّة لتمام موضوع الحكم، أمّا عدّة المرأة فهى حكم قانونى، واختلاط المياه إنّما هى حكمة وليست بعلّة.

وأُخرى: صادرة على نحو إنشاءات العرف والعقلاء، وفى هذه الصورة يجب أن تكون دائرة الإنشاء متطابقة مع الغرض وبقدره لا أوسع منه.

وإنشاء الواقف يعدّ من القسم الأخير، فيجب حمل إنشاءه على ما يتطابق مع

١- (١١٦٩) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات /٢١٢.

٢- (١١٧٠) مفتاح الكرامة ٢١/(٦٨٥-٦٨٢).

٣- (١١٧١) عوالى اللآلى: باب الديون ٢/٢٦٠، ح١٤؛ المسند (للشافعى) /٣٠٨؛ مسند الحميدى /٢٩٠؛ تلخيص الحبير ٣/٦٧، ح١٣١٠؛ سنن البيهقى ٦/١٦٢؛ سنن ابن ماجه ٢/٨٠١، ٢٣٩٧.

غرضه من حبس العين وتسبيل الثمرة بقاءً، فإذا انتفت جاز بيع الموقوفة، ولهذا السبب نحكم بأنّ نفس إنشاء الوقف فيه اقتضاء البيع، وإن لم يقم دليلٌ شرعى على جوازه.

توضيح ذلک: لا يخفى أنّ الفقهاء قسّموا الشروط إلى:

الشروط المصرّحة فى ضمن العقد، والشروط المضمرة المبنيّة على الارتكاز، والتى يعبّر عنها بالشروط البنائيّة، كشرط تساوى الثمن والمثمن فى المعاملة، فإنّه من الشروط التى لا يصرّح بها عادةً فى العقد، إلاّ أنّ العقلاء يبنون معاملاتهم عليه بناءً ارتكازيّا، ويجعلون خيار الغبن لمن تضرّر نتيجة لتخلّفه عن الشرط المذكور، وفيما نحن فيه فإنّ ديمومة منفعة العين الموقوفة تعدّ من هذا القبيل، بمعنى أنّ إنشاء الوقف يقع مع هذا الشرط الارتكازى غير المصرّح به، ومفاده أنّه يجب أن تبقى العين وثمرتها مسبلة إلى حين إمكان الانتفاع، فإذا انتفت منافعها فى يوم من الأيّام، جاز بيعها وتبديل ثمنها بعين أُخرى يمكن الانتفاع بها بما يتوافق مع غرض الواقف الأقرب فالأقرب، وتأسيسا عليه فباعتقادى أنّ دليل الوقف بنفسه يقتضى جواز البيع، ولا حاجة للإستعانة بأدلّة أُخرى لإثبات الجواز، كما أنّ حكم الشارع بجواز البيع عند انتفاء منافعها ليس حكما تعبّديّا، وإنّما هو حكم إرشادى إلى هذا الشرط الارتكازى المضمر، أو بيان لحكم واعتبار على وفق الشرط الارتكازى الذى شرطه الواقف»(١).

بعبارة أُخرى: «أنّ الوقف المؤبّد عبارة عن تحبيس العين وتسبيل المنفعة إلى أن يرث اللّه الأرض، ولا فرق بين تصريح الواقف فى صيغة الوقف بكلمة إلى أن يرث اللّه الأرض وبين عدم تصريحه بذلک، لأنّ معنى الوقف عبارة عن هذا، فعليه لمّا كان الواقف واحدا من العقلاء ويعلم أنّ الأشياء كلّها فانية فلابدّ وأن يكون نظره من تحبيس العين وتسبيل المنفعة أعمّ من نفس العين ومن بدلها.

وبعبارة [ثالثة]: أنّ نظر الواقف من تحبيس العين وتسبيل منفعتها أوّلاً وبالذات إلى شخص العين ما دامت حالها هكذا يعنى يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين وثانيا

١- (١١٧٢) العقد النضيد ٥٦٣/٤ و ٥٦٤.

وبالعرض إلى بدلها، فعليه يكون نفس إنشاء الواقف تحبيس العين وتسبيل المنفعة على نحو الدوام دالاً على هذا المعنى، فليس للبطون الموجودة إتلاف نفس العين لأنفسهم بل لابدّ من تبديل العين إلى شىء يبقى وينتفع به الكلّ إلى أن يرث اللّه الأرض»(١).

وممّا ذكرنا يَظْهَرُ ما فى مقالة الشيخ الأعظم من قوله: «نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهى ملكه إلى من أدرک آخر أزمنة بقائه، فتأمّل»(٢).

وجه الظهور: أنّ «المستفاد من كلامه قدس سره هذا كون العين الموقوفة ملكا طلقا للبطون الموجودة التى تسقط العين عن الانتفاع بها فى زمانهم بحيث لو مات أحدهم يرث وارثه منها وهو غير سديد بداهة أنّ الواقف لم ينشئ بالوقف ملكيتين: ملكية غير طلقة للبطون السابقة وملكية طلقة لمن أردک آخر أزمنة بقاء الوقف، بل الواقف بعد التفاته إلى أنّ العين الموقوفة غير قابلة للبقاء إلى الأبد لا مناص له من أن يوقف العين بشخصها ما دامت باقية وبماليتها بعد التلف، لا بمعنى أنّ الواقف أوقف

البدل بشخصه ليقال إنّه لم يكن ملكا له لا حدوثا كما هو واضح ولا بقاءً لأنّه حين المبادلة لم يكن المبدل ملكا للواقف ولا بمعنى أنّه وقف كلّى المالية السارية بين العين الموقوفة وبدلها، بل بمعنى أنّه وقف العين الشخصية بشخصها وبماليتها غاية الأمر حبس شخص العين محدود بما إذا أمكن الانتفاع بها مع بقائها وبدونه تكون المالية وقفا فى ضمن أىّ شىء كانت وليست العين حينئذ محبوسة فيجوز تبديلها، وهذا هو السرّ فى عدم جواز إتلافها من قبل البطن الموجود فإنّ ماليتها موقوفة فى ضمن أىّ عين كانت ولا يجوز إتلاف المالية الموقوفة»(٣).

وكذا لايتم ما قاله: «وكيف كان، فمع فرض ثبوت الحقّ للبطون اللاحقة، فلا وجه

١- (١١٧٣) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٧٢/٢.

٢- (١١٧٤) المكاسب ٦٢/٤.

٣- (١١٧٥) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٧٣/٢.

لترخيص البطن الموجود فى إتلافه»(١).

لو كان مراده قدس سره من الحق هو الملكية الشأنية لعدم امكان تعقلها حتّى تكون منشأة من قبل الواقف.

المقام الثانى: عدم المانع

اشارة

الموانع المتصورة عن بيع الوقف فى هذه الصورة تتشكل من اُمور لابدّ من دفعها:

أ: دعوى الإجماع

الإجماع حاصل على عدم جواز بيع العين الموقوفة كما مرّ(٢).

ويرد عليه: أوّلاً: أنّه مدركيٌّ هنا.

وثانيا: «إنّ الإجماع الذى كان موجودا فى أصل المطلب من عدم جواز بيع الوقف ليس موجودا فى المقام لو لم يكن موجودا على جواز البيع، ولا أقل من كون جواز البيع فى المقام من المعروف والمشهور»(٣).

وثالثا: الإجماع دليل لبيٌّ فاقد للإطلاق فيجب الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو هنا إذا لم تكن العين قد سقطت عن الانتفاع.(٤)

ب: صحيحة أبى على بن راشد

الماضية(٥) عن أبى الحسن عليه السلام : لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها إلى من أُوقفت عليه، الحديث.(٦)

حيث تعلّق فيها النهى ببيع الوقف وشراءه.

ويرد عليه: «أوّلاً: لا إطلاق للنهى ليشمل المورد، لإحتفافه بقرينة صارفة تمنع

١- (١١٧٦) المكاسب ٦٣/٤.

٢- (١١٧٧) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٦.

٣- (١١٧٨) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٧٠/٢.

٤- (١١٧٩) كما فى العقد النضيد ٥٦٤/٤.

٥- (١١٨٠) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٩.

٦- (١١٨١) وسائل الشيعة ١٨٥/١٩، ح١.

عن انعقاد الإطلاق للنهى، وهى الغلّة والثمرة المشار إليهما فى الرواية، حيث تدلاّن على اختصاص النهى بما إذا كانت العين الموقوفة مثمرة، فلا تشمل صورة فقدها.

وثانيا: أنّ إطلاق أدلّة النهى منزّلة على مقتضى إنشاء الوقف المقيّد بصورة الانتفاع ووجود الثمرة، لا مؤبّدا حتّى عند فقدهما كما مرّ تفصيله آنفا، وحكم هذه الرواية حكم غيرها من الأدلّة، حيث تدلّ على عدم الجواز ما دام ينتفع بها، وبالتالى لا إطلاق فيها لتشمل ما إذا كانت العين فاقدة للمنافع»(١).

ج: صحيحة الصّفّار

الماضية(٢) عن أبى محمّد الحسن بن على عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء اللّه.(٣)

قد يقال: أنّها دالة على عدم جواز بيع الوقف.

وردّه الشيخ الأعظم بقوله: «فلا يدلّ على المنع هنا؛ لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة فى إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر فى متن العقد؛ للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(٤).

المناقشة على ردّ الشيخ الأعظم

يرد على الشيخ الأعظم: أوّلاً: إنّ هذه المقالة الأخيرة متهافتة مع ما مرّ منه فى أوّل البحث بعد الحكم على عدم جواز بيع الوقف إجماعا «لعموم قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(٥).

ثانيا: لا وجه لتخصيص الصحيحة بما ذكره الشيخ الأعظم من أنّها مسوقة لبيان كيفية المصرف فى الوقف من أنّ الواقف لو وقفه على جهة لابدّ من صرف منافعها فى تلك

ص: ٢٧٣

١- (١١٨٢) العقد النضيد ٥٦٥/٤.

٢- (١١٨٣) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٨.

٣- (١١٨٤) وسائل الشيعة ١٧٥/١٩، ح١.

٤- (١١٨٥) المكاسب ٦١/٤.

٥- (١١٨٦) المكاسب ٣٣/٤.

الجهة، بل أنّها عامة تشمل كيفية التصرف وعدم جواز البيع معا، نعم هذه الصورة من صور جواز بيع الوقف خارجة عن دائرة شمولها.

وثالثا: قد مرّ أنّ عدم جواز بيع الوقف ليس من أحكام الوقف _ كما ذكره الشيخ الأعظم _ بل هو مقوّم للوقف وداخل فى انشائه، لأنّ الوقف عبارة عن تحبيس العين وتسبيل المنفعة على نحو التأبيد، لأنّ محل كلامنا فى الوقف المؤبَّد.

ورابعا: لانحتاج إلى تخصيص الصحيحة كما فعله الشيخ الأعظم بل أنّها «أدلّ على جواز البيع من المنع خلافا لما استدلّ به المانعين، فإنّه بعد ما ثبت أنّ غرض الواقف الإنشاء التوأم مع الانتفاع الدائم، فإنّ الرواية بنفسها تقتضى البيع عند الخراب وانتفاء المنافع، لأنّ الشارع قد أمضى الوقف بحسب أغراض الواقف المشروطة ببقاء المنفعة، وبالتالى فإنّ نفس إمضاء الوقف شرعا يقتضى جواز البيع عند الخراب، بل لزومه، خاصّةً إذا لا حظنا أنّ إبقاء العين المخروبة يعدّ تضييعا للمال، ومخالفا مع غرض الواقف والشارع، وعليه فدليل نفوذ الوقف ما دامت المنفعة باقية يسقط بعد زوالها، وحينئذٍ يكون اقتضاء إطلاق دليل «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(١) نافذا دون مانع يمنع عن ذلك»(٢).

فذلكة القول فى المقام

والحاصل: إنّ «العمومات الدالة على صحة المعاملات مِنْ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٣) و «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» و «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»(٤) فإنّها تقتضى صحة بيع الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فإنَّ المانع عنها إنّما كانت هى الأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هى عن المانعية فتكون هى محكمة ومقتضية لجواز البيع كما لا يخفى.

وبالجملة: إنَّ أدلة عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفة باقية على حالها وأمكن الانتفاع بها فى الجهة التى وقفها الواقف لأجلها وإذا سقطت عن الانتفاع بها

١- (١١٨٧) سورة البقرة /٢٧٥.

٢- (١١٨٨) العقد النضيد ٤/٥٦٥.

٣- (١١٨٩) سورة المائدة /١.

٤- (١١٩٠) سورة النساء /٢٩.

لم تكن مشمولة لها.

وبعبارة أخرى: أنَّ مادّل على المنع عن بيع الوقف ليس واردا على نحو التعبد، بل امضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا وغير متحرك بالبيع والهبة وجعله مهرا للزوجة وغيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضا وإذا سقطت العين الموقوفة عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها وخرجت العين عن الوقفية من هذه الجهة وجاز بيعها كما لا يخفى»(١).

ثمّ إنّ هاهنا إشكالاً لابدّ من الجواب عنه

الإشكال

«ثمّ أنّه يقع الإشكال فى أنّه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرجه عن الانتفاع بها وبدَّل بشىء آخر فكيف يصير ذلک وقفا كمبدله مع عدم تعلّق الانشاء من الواقف عليه.

وعلى تقدير تعلّق الإنشاء به فلا فائدة فيه فإنّه لا يملک بالبدل حين وقف المبدل فما لايملكه لايجوز وقفه لأنّه لا وقف إلاّ فى ملک وبعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف وعلى تقدير رجوعه إلى ملكه لا يكون وقفا إلاّ بانشاء جديد فهو منفى، بل مقتضى القاعدة حينئذ أى مع الرجوع إلى ملكه إمّا كونه ملكا للواقف على تقدير حياته وللورثة مع موته»(٢).

وبعبارة أُخرى: «بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرجه عن الانتفاع بها، وتبديل ثمنه بوقف آخر، فكيف يصبح هذا الثمن وقفا كمبدله مع عدم تعلّق إنشاء الوقف به.

[ثمّ] على تقدير تعلّق الإنشاء به، فإنّه لا يكون مفيدا لصدور الوقف عمّن لا يعدّ مالكا والثابت أنّه (لا وقف إلاّ فى مِلک).

١- (١١٩١) مصباح الفقاهة ١٨١/٥ و ١٨٢.

٢- (١١٩٢) مصباح الفقاهة ١٨٢/٥.

[توضيح] ذلک: لا شكّ أنّ الوقف من الأُمور الإنشائيّة، ولا يتحقّق إلاّ بإنشاءٍ صادرٍ من المالک، فمع خراب الوقف وإن جاز بيع العين الموقوفة شرعا، لكن ما الدليل على صحّة وقف الثمن الذى هو بدل للمبدل ولم يكن البائع مالكا له، حيث لا مجال لتوجيه وقف من ليس بمالک، فإنّ متعلّق الإنشاء كان وقف المثمن، ولم يكن الثمن متعلّقا للإنشاء، فما أوقفه الواقف هى الدار التى انتهت وقفيّتها

بالخراب، وما نحاول إثبات وقفيّته بعد البيع هو الثمن الذى لم يكن قد تعلّق به الإنشاء، وبالتالى تكون وقفيّة الثمن غير ممكنة بل ضروريّة البطلان لصدورها عمّن ليس بمالک»(۱).

قد تعرّض الأعلامُ لحلِّ هذا الاشكال:

محاولة المحقّق الخراسانى

اشارة

قال: «لا ريب فيه على تقدير كون الوقف ممّا يتعدّد فيه المطلوب، ويكون بحسب حقيقته ذا مرتبتين: حبس العين بنفسها مادام ممكنا، وحبسها ببدلها فيما لم يمكن»(۲).

توضيح محاولته: «أنّ للواقف مطلوبان طوليّان؛ أوّلى وثانوى، أمّا المطلوب الأوّلى الذى هو متعلّق إنشاء الواقف، ليس إلاّ حبس العين وتسبيل الثمرة، ما دام يمكن الانتفاع بالعين بنفسها وبخصوصيّاتها الشخصيّة، أمّا المطلوب الثانوى فهو الانتفاع ببدلها فيما لو سقط الانتفاع بها، وعليه فإنّ وقفيّة البدل تكون متحقّقة من خلال الإنشاء المتعلّق بالعين»(۳).

نقد الإصفهانى على محاولة الخراسانى ثمّ توجيهها

اعترض المحقّق الإصفهانى على استاذه بما نصه: «أنّ المالية التى هى أمر انتزاعى عقلائى تتشخص بمنشائها، فالمالية القائمة بالبدل غير المالية القائمة بالعين الموقوفة حقيقةً ودقةً، ولا مساس لها بالواقف حتى يجعلها محبوسة فى المرتبة الثانية من غرضه، بخلاف المالية القائمة بماله فإنّها قابلة له، وإنّما الكلام فى جواز تبديل هذه المالية بما

۱- (۱۱۹۳) العقد النضيد /٥٦٥ و ٥٦٦.

٢- (١١٩٤) حاشية المكاسب /١١٠.

٣- (١١٩٥) العقد النضيد ٥٦٨/٤.

يماثلها مع أنّها مالية العين بشخصها لا بمالية أخرى، وبيع العين كما يوجب نقل العين كذلك نقل المال، وأيُّ دليل على لزوم اتباع غرض الواقف حتّى يقال بأنّ الانتفاع بالمال متوقف على تبديله؛ مع أنّ تبديله مساوق لازالة المحبوسية عنه، فكيف يمكن تعلّق غرضه بالمحبوسية على وجه مزيل للمحبوسية»(١)؟!

مراده: «أنّ بدل العين الموقوفة لم يكن من مراتب ملكيّة الواقف، بل أجنبيّ عنه، لأنّ ما يضاف إلى المالك إنّما هو العين بجميع خصوصيّاته، وأمّا بدلها، فلم يكن طرفا لعلقة الإضافة، ولذلك لا تأثير لإنشاء الواقف للعين بالنسبة إلى بدلها لانحصار تأثير إنشاءه بما هو تحت سلطنته واختياره دون ما هو خارج عنهما، فحدود صلاحيّة الواقف منحصرة بنفس العين، وليست متعدّدة لتشمل العين وبدلها طولاً»(٢).

ثمّ بعد هذا الاعتراض قام الإصفهانى(٣) بتوجيه كلام الخراسانى بما توضيحه: «أنّ كلّ مال يتضمّن ثلاث جهات:

الأُولى: الجهة الخصوصيّة المتعلّقة بالمال المعيّن كالكتاب، فإنّه مالٌ مع خصوصيّة كونه كتابا.

الثانية: الجهة الماليّة الخاصة المضافة إلى الشيء، وهى القيمة التى يختصّ هذا الكتاب الخاصّ بها.

الثالثة: الجهة الماليّة العامّة التى تشترك الكتاب وغيره فيها، وهى التى يُعبّر عنها بالفارسيّة ب_ (أرزش).

فإنّه عند إتلاف المال تزول الخصوصيّة الأُولى والثانية، وليس فى استطاعة التالف أو المالک استيفاءهما. أمّا الجهة الثالثة فهى باقية وقابلة للردّ والاستيفاء وقوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» بيان لهذه الخصوصيّة.

وفيما نحن فيه فإنّ الواقف حينما يقدم على إنشاء الوقف، فإنّه لم يوقف العين

١- (١١٩٦) حاشية المكاسب ٣/١١٥.

٢- (١١٩٧) العقد النضيد ٤/٥٦٨.

٣- (١١٩٨) حاشية المكاسب ٣/(١١٦-١١٤).

وبدلها معا _ كما التزم به الآخوند _ بل يتعلّق وقفه بالجهة الأُولى والثالثة، فليس يقصد وقف الكتاب بما هو كتاب، بل يوقفه بما هو مالٌ، ولهذا السبب تتوسّع دائرة الموقوف من خلال إنشاء الواقف، وتشمل الكتاب وما يتضمّنه من الماليّة، فإذا انتفى الأوّل وأصبح عديم الفائدة، فإنّ أصل الماليّة تكون باقيّة وتبقى موقوفة إلى الأبد بنفس إنشاء الوقف الأوّل.

والنتيجة: أنّه ما دام يمكن الانتفاع من العين بالماليّة القائمة بها، فإنّه يجب الاحتفاظ بها، ومع سقوطهما يصل الدور إلى الجهة الثالثة، حيث يقتضى أصل الوقف لزوم المحافظة عليها، ممّا يستلزم بيع العين الخربة أو عديمة الفائدة لأجل إبقاء أصل الماليّة الموقوفة أساسا بأصل الوقف، فيصبح البدل أيضا وقفا بتبع وقفيّة أصل الماليّة التى كانت موقوفة إلى الأبد من حين الإنشاء»(١).

محاولة السيّد اليزدى

قال فى ملحقات العروة الوثقى: «إذا وقف ماليّة عين أبدا يمكن أن يقال: إنّه وإن لم يكن من الوقف المصطلح إلاّ أنّ مقتضى العمومات العامّة صحّته، ونمنع حصر المعاملات فى المتداولات، بل

الأقوى صحّة كلّ معاملة عقلائية لم يمنع عنها الشارع، فكما تصحّ الوصيّة بإبقاء مقدار من ماله أبدا وصرف منافعه فى مصارف معيّنة مع الرخصة فى تبديله بما هو أصلح، فكذا لا مانع منه فى المنجّز بمثل الوقف على النحو المذكور وإن لم يكن من الوقف المصطلح»(٢).

ويناقش عليه: «أوّلاً: لايخفى أنّ الوقف إذا تعلّق بالعين يعنى حبس العين عن جميع التصرّفات، أمّا الخصوصيّات المتعلّقة بذات العين فهى غير داخلة تحت الوقف، وأمّا إذا تعلّق الوقف بالخصوصيّة الماليّة دون العين، فإنّ الأمر يقتضى أن نعدّ خصوصيّات هذا النوع من الوقف جواز تبديلها، لتعلّق الوقف بأصل الماليّة لا بخصوصيّاتها، وبالتالى

١- (١١٩٩) العقد النضيد ٥٦٨/٤ و ٥٦٩.

٢- (١٢٠٠) العروة الوثقى ٣٩٣/٦، مسألة ٤٦.

ينبغى أن نلتزم بجواز بيع الماليّة وتبديلها، وإن لم تطرأ عليها مسوّغات بيع الوقف، وهذا ما لا أظنّ بفقيهٍ يلتزم به»(١).

وثانيا: اطلاق أدلة الوقف لا يشمل ما ليس بمتداول عند العقلاء بيان ذلک: «إنّ المجعولات الشرعيّة على قسمين: تأسيسيّة وإمضائيّة.

أمّا المجعولات التأسيسيّة: فإنّ الشارع لم يلاحظ حين الجعل خصوصيّة معيّنة فى حكمه، وبالتالى تكون أصالة الإطلاق محكّمة، وهذا بخلاف الأدلّة الإمضائيّة حيث يلاحظ الشارع عند جعلها الخصوصيّات العرفيّة والارتكازات المتداولة عند العقلاء، فقوله: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» يعدّ من الأحكام الإمضائيّة، ويختصّ بالبيوع العقلائيّة المتعارفة فى الأسواق، أمّا البيوع غير العقلائيّة فبرغم صدق عنوان البيع عليها _ سواءٌ اعتبرناه تبديل عين بمال، أو تبديل طرفى الإضافة، أو جعل شىء بإزاء شىء

_ فإنّ إطلاق الدليل المذكور قاصرٌ عن شمولها، ولا أقلّ من أنّه مشكوک، لأنّ الخطابات الشرعيّة ملقاة إلى العرف العام، وتفسيرها موكول إلى فهم العرف الذى يستعين عادةً بمخزونه الذهنى، وبالتالى تعدّ الارتكازات العرفيّة المرتكزة فى أذهان العقلاء قرائن حافّة بالكلام، توجب صرف ظهور الخطاب الشرعىّ عن الموارد غير العقلائيّة أو المشكوكة.

وما ذكره السيّد رحمه الله من وقف الماليّة مندرج فى القسم الثانى، لأنّ المتداول والمتعارف عند جميع العقلاء من كلّ ملّة وديانة، القيام بوقف الأعيان القابلة للبقاء لفترات غير محدودة، أمّا وقف الماليّة فهو غير معهود فى سيرتهم كما اعترف بذلک السيّد بنفسه، وصرّح بأنّ هذا النوع من الوقف «لم يكن من الوقف المصطلح»، ولهذا السبب فإنّ إطلاق قوله عليه السلام : «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» المعدود من الأدلّة الإمضائيّة قاصرٌ عن شمول مثل هذا الوقف الغير المعهود والبعيد عن سيرة العقلاء، وعليه فإنّ استدلال السيّد بهذا الدليل ممنوع»(٢).

١- (١٢٠١) العقد النضيد ٤/٥٧٠.

٢- (١٢٠٢) العقد النضيد ٤/٥٧١.

لا يقال: «إنّ اعتبار الماليّة أمرا زائلاً غير باق بعد زوال خصوصيّاتها الخارجيّة، ولذلک لا يمكن أن يتعلّق بها الوقف، ممنوعٌ، بل الأمر عند العرف والعقلاء عكس ذلک، حيث يعتبرون الماليّة باقية برغم تبدّل الخصوصيّات الفرديّة المتعلّقة بها وزوالها، والشاهد على ذلک ما هو ثابت فى باب الضمانات من بقاء ماليّة المال التالف، واشتغال ذمّة التالف بها، برغم زوال الخصوصيّة، وكذلک الحال فى مطلق باب التجارات حيث نجد أنّ التجّار يتعاملون طوال السنة بمطلق البضاعات وبمواصفات متنوّعة، لكن الذى يبقى للتاجر آخر السنة هى الماليّة التى ينتسب إليه، ومع بقاءها فيمكن أن تقع متعلّقا للوقف، ومصداقا لقوله عليه السلام : «لا وقف إلاّ فى ملک»»(١).

لأنا نقول: «لا شكّ أنّ المسامحات العرفيّة لاغية لا اعتبار بها، ولا يمكن الاعتماد عليها فى استنباط الأحكام الشرعيّة، بل الاعتبار للدقّة العقليّة العرفيّة، ولهذا السبب ينبغى أن نلاحظ حقيقة عنوان بقاء الماليّة فيما نحن فيه، ففى باب الضمان فإنّ المتلف يعدّ بتصرّفه متلفا لأمرين: المال التالف بخصوصيّاته الفرديّة، والماليّة المتعلّقة بها، فالتلف يعدّ حقيقة _ لا مسامحة _ تلفا للعين ولماليّتها، وما يدفعه الضامن إنّما هو بدل ماليّة العين المفقودة، فالماليّة المدفوعة تسدّ مسدّ الماليّة الحقيقيّة والأصليّة التالفة لا نفسها، وإن يتسامح العرف فى ذلک ويعتبرها نفس الماليّة الأصليّة، ويرى ماليّته باقية بعد قبضه بدل التالف من المتلف، وكذلک الحال فى باب المكاسب والتجارات، فإنّ التاجر من خلال معاملاته وبيوعه فى تبدّل مستمرّ للعين والماليّة، وإنّما الأموال المتجدّدة تجبر الماليّات المعدومة خلال المعاملات السابقة، وبالتالى فلا مجال فرض بقاء الماليّة الأصليّة، بل هى زائلة حقيقةً بزوال عينها، وإنّما تحلّ ماليّة جديدة محلّ المفقودة، ولذلک لا تعدّ الماليّة الجديدة الحادثة بعد زوال الماليّة الأصليّة مصداقا لقوله: «لا وقف إلاّ فى ملک»، لأنّ تعلّق الوقف بالبدل يعدّ [من تعلّق الوقف] بغير المِلک»(٢).

ص: ٢٨٠

١- (١٢٠٣) العقد النضيد ٥٧٢/٤.

٢- (١٢٠٤) العقد النضيد ٥٧٣/٤.

ولكن يمكن تصحيح وقف المالية بطرق أُخرى:

أ: «التمسّک بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» باعتبار أنّ الموضوع فى الآية الشريفة عنوان العقد، فيشمل مطلق العقود حتّى وإن لم تكن عقلائيّة، لكن الاستدلال بها يتوقّف على اعتبار الوقف عقدا من العقود، وهو ما لم يتبنّاه السيّد رحمه الله حيث التزم بعدم عقديّته لعدم اعتبار القبول فيه.

ب: اعتبار الأدلّة الإمضائيّة مطلقة تشمل جميع العقود حتّى الغير المتعارف عند العقلاء.

ج: اعتبار أنّ الموضوع فى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مطلق العهد وإن لم يكن متضمّنا للإيجاب والقبول، ليشمل وقف الماليّة باعتبار أنّه عهدٌ من العهود»(١). هذا.

جواب السيّد الخوئى

قال فى جواب الاشكال: «والذى ينبغى أن يقال: أنّ الإنشاء وإن تعلَّق بالعين الشخصية الموجودة فى الخارج ولكن لا خصوصية للخصوصية الخارجية فى العين الموقوفة وإنّما هى هذه العين الخارجية مع لحاظ الماليّة العارية عن الخصوصية الشخصية فهذه المالية فى هذه العين الموقوفة الخارجية ما دامت موجودة وبعدها تكون باقية فى العين الآخر مع التبديل وإذن فالمالية المحفوظة مع الإمكان متعلَّق الوقف فلا فرق فى كونها وقفا بانشاء الواقف وهذا ولا خدشة فيه فى مقام الثبوت.

وأمّا فى مقام الإثبات فالقرينة على ذلک كون الوقف مؤبدا إلى أنْ يرث اللّه الأرض ومَنْ فيها وعدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلک أنّ الوقف إنّما تعلَّق بشيءٍ له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غاية الأمر مادامت العين الموقوفة بشخصها باقية فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الإنشاء ولذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوّز إذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنّه لو كان ملكا للبطن الموجود

١- (١٢٠٥) العقد النضيد ٥٧٢/٤.

تنقل حق كلّ منهم بمجرد موته إلى وارثه مع أنه ليس كذلک»(١).

مراده: أنّه مدفوع ثبوتا واثباتا:

«أمّا فی مقام الثبوت: فإنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعین الشخصیّة، ولکن لا خصوصیّة للخصوصیّة الخارجیّة فیها، بل الاعتبار لها مع لحاظ ماليّتها العاریة عن الخصوصیّة الشخصیّة، بمعنی أنّ الموقوف هذه العین ما دامت موجودة وثمنها بعد زوال العین، وبالتالی فإنّ الماليّة تکون متعلّقة للوقف بمثل العین، فیصبح الثمن وقفا بعد خراب العین.

أمّا فی مقام الإثبات: فإنّ القرینة علی صحّة وقف الثمن قیام الواقف بوقف العین دائما مع علمه باستحالة بقاءها إلی الأبد، فیعلم من ذلک أنّ الوقف إنّما تعلّق بشیء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمکان، ما دامت العین موجودة بشخصها، فإذا زالت بالخراب تکون الخصوصیّات المتعلّقة بها _ وهو الثمن _ أیضا متعلّق الوقف حین الإنشاء، فبخراب الدار تبطل وقفیّة الدار، لکن لا تبطل وقفیّة ماليّته العاریة عن الخصوصیّات»(۲).

اعتراض الاستاذ المحقّق _ مدظله _ علی الأعلام الثلاثة

«إنّ متعلق ملکیة المالک هی الماليّة القائمة بالمال المعیّن من الدار أو الکتاب، فمملوکه الماليّة الخاصّة لا العاریة عن الخصوصیّات، فإنّ الأخیرة لا تکون طرف إضافته الملکیّة الإنشائیّة»(۳).

وثانیا: اضافة کل مال إلی مالکه لها جهتان: «جهة الاضافة الخصوصیّة کخصوصیّة الدار والکتاب مثلاً، وجهة الإضافة الماليّة فالدار والکتاب بما لهما من الماليّة والقیمة مضافان إلی المالک. کما أنّ متعلّق الإضافة [المالیة] المذکورة یستحیل فیه الإهمال أو الإطلاق، أمّا الإهمال فواضح، وأمّا الإطلاق فإنّ عدم معقولیّة الماليّة المطلقة من جهة أنّها تستلزم أن تکون الماليّة عاریة عن جمیع الخصوصیّات، فتکون قابلة للانطباق علی مال زید و عمرو وغیرهما، ولا شکّ أنّ مثل هذه الماليّة المطلقة لا یمکن أن تصبح طرفا

١- (١٢٠٦) مصباح الفقاهة ١٨٣/٥.

٢- (١٢٠٧) العقد النضيد ٥٥٦/٤.

٣- (١٢٠٨) العقد النضيد ٥٦٧/٤.

مضافا إلى المالک، إلاّ أن يُدّعى أنّ الإطلاق المذكور فى المقام يباين الإطلاق فى بقيّة الموارد، وهى ممنوعة، لما ثبت أنّ الإطلاق لا يخلو: إمّا أنّه جمع الخصوصيّات، أو أنّه رفض الخصوصيّات، وكلاهما ممنوعان فى المقام؛ أمّا الأوّل فبطلانه أوضح من أن يخفى، لاستلزامه أن تكون الماليّة المضافة إلى مطلق الأفراد طرفا مضافة إلى المالک، وهو قطعىّ البطلان. وبالتالى فلابدّ أن يكون الإطلاق بالمعنى الثانى، وأنّ المراد منه الماليّة العارية عن جميع الخصوصيّات، ومثل هذه الماليّة قابلة للانطباق على جميع الأفراد»(١).

«وبالجملة: ثبت أنّ ملكيّة المالک ليس إلاّ الماليّة المقيّدة دون المطلقة أو المهملة، وعليه فدعوى السيّد الخوئى بأنّ الاعتبار يكون «الماليّة العارية عن الخصوصيّة الشخصيّة»(٢) ممنوعة»(٣).

واعترض على المحقّق الإصفهانى أيضا بمثل ذلک وقال: «انّ الوقف من الاُمور الإنشائيّة الإضافيّة، ولا يعقل الإهمال فى طرف الإضافة الوقفيّة، لأنّ المضاف إليه من الحقّ أو المِلک أمرٌ واقعى، بالرغم من أنّ الإضافة بنفسها اعتبارىّ، ولذلک لا مجال لفرض الإهمال فى الأمر الواقعى المتحقّق، بل لا يخلو الاعتبار إمّا كونه ماليّة هذه العين، أو مطلق الماليّة الملغى عنها الخصوصيّات، أمّا الأُولى فتزول بزوال الانتفاع، ولا مجال لبقاء شىء سوى الماليّة المطلقة العارية عنها الخصوصيّات، وبقاءها أيضا ممنوعة بمقتضى ما ذكرناه خلال الرد على دعوى السيّد الخوئى فلا نعيده»(٤).

كما اعترض على السيّد اليزدى ثالثة بمثل ذلک وقال: «لايعقل الإهمال فى وقف الماليّة، لعدم إمكان تصوّره فى فعل الفاعل القاصد المختار، وعليه فلو أوقف الرجل ماليّة داره، فلا يخلو الأمر كون الموقوفة هى ماليّة هذا الدار أو ماليّته مع إلغاء الخصوصيّة ولا ثالث.

١- (١٢٠٩) العقد النضيد ٥٦٧/٤.

٢- (١٢١٠) مصباح الفقاهة ١٨٣/٥.

٣- (١٢١١) العقد النضيد ٥٦٧/٤.

٤- (١٢١٢) العقد النضيد ٥٦٩/٤.

أمّا الأُولى: غير باقية لكى يوقفها مؤبدّا، بل هى تنتقل من خلال البيع إلى المشترى لو وقعت المعاملة عليه، وإن لم تقع عليها المعاملة، فبقيت إلى أن خرب، فحينئذٍ تزول ماليّتها ولا يبقى شىء بعده لكى يوقفه مؤبّدا، وبالتالى لا يصحّ الوقف مع فرض عدم إمكان تحقّق موضوعه.

أمّا الثانية: فإنّ اعتبار الموقوفة هى الماليّة الملغى عنها الخصوصيّة المضافة، ممنوعة أيضا للإشكالين اللّذين سبق وذكرناهما آنفا فى الردّ على مختار المحقّق الإصفهانى والخوئى»(١).

ولكن يمكن أن يجاب عن الاستاذ المحقّق _ مدظله _ والإشكال

بأنّ المالية الواردة فى كلام السيّد اليزدى هى «مالية عين» أعنى المالية المضافة إلى عينٍ ووردت فى محاولة المحقّق الإصفهانى أيضا «مالية العين بشخصها» أو «المالية القائمة بماله» أى بمال الواقف، ووردت فى جواب السيّد الخوئى «المالية فى هذه العين الموقوفة الخارجية»، فحينئذ المالية الواردة فى كلماتهم مالية مقيدة بالعين الموقوفة، فأين هذه المالية المقيدة ممّا ذكره الاستاذ المحقّق _ مدظله _ من المالية المهملة التى هى مستحيلة والمالية المطلقة _ بالمعنيين الرافضة والجامعة _ التى قابلة للانطباق على جميع الأفراد [الرافضة]، أو التى تضاف إلى مطلق الأفراد [الجامعة]، فلا تصح أن تضاف إلى المالك الواقف، فما أثبته القوم شيئا وما ردّه الأُستاذ المحقّق _ مدظله _ شيئا آخرَ، المالية التى تصير وقفا عندهم هى المالية المقيدة بالعين، ولكن المالية لها خصوصية ذاتية سيالة وهى امكان تبديلها وتعويضها من عين إلى عين أُخرى، وجواز هذا التبديل تكون من خصوصيتها الذاتية.

فحينئذ تكون العين وقفا بعينيتها وماليتها، وإذا لم يمكن الانتفاع من عينيتها، يمكن الانتفاع بماليتها وتبديل مالية هذه العين بالعين الأُخرى، وحيث أنّ العين موقوفة، فماليتها أيضا موقوفة، وهذه المالية الموقوفة موجودة فى العين الأُخرى بعد التبديل فهى

ص: ٢٨٤

١- (١٢١٣) العقد النضيد ٥٧١/٤.

أيضا موقوفة فثبتت موقوفية البدل.

وهذا هو جوابنا لحلّ المشكلة، جواب بسيط ومختصر وواضح يرفع الإشكال من أساسه فلا نحتاج إلى جواب آخر ولكن مع ذلک نذكر لک جواب الاستاذ المحقّق _ مدظله _ احتراما له بما له من التفصيل وتبعيد المسافة فى حل الإشكال والحمد للّه على كل حالٍ.

جواب الاستاذ المحقّق _ مدظله _ عن الاشكال

قال: «وحلّ المشكلة: إنّما يتحقّق من خلال القول بأنّ موقوفيّة البدل تكون من الواقف نفسه، ولكن بشرط النتيجة، بحيث يكون شرط النتيجة هو المحقّق للوقفيّة، واعتمادا على هذا الوجه، فقد خالفنا جماعة من أعاظم فقهاءنا المتأخّرين كالآخوند والإصفهانى والخوئى، وحكمنا بوقفيّة البدل وقفا دائما كالمبدل. لكن بيان ذلک يتوقّف على ثلاث مقدّمات:

المقدّمة الأُولى: ثبت فى باب الشروط أنّها على قسمين: الشروط المصرّحة بها فى صيغة العقد، والشروط الضمنيّة الارتكازيّة. ومعلومٌ أنّ الشرط عنوان إيقاعى إنشائى كالعقد، فهو الإيقاع المرتبط أو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، كما هو الحال فى العقود الإنشائيّة، لكن مع فارق واحد وهو سعة دائرة الشروط عن سائر العقود الإنشائيّة المبنيّة على اللفظ المحدّد لمراد المتعاقدين، لأنّها تشمل الشروط المصرّحة والضمنيّة الارتكازيّة، ولهذا السبب يمكن الإيقاع دون التصريح بالشرط اعتمادا

على الشرط الارتكازى، كما فى خيار الغبن حيث حكم الفقهاء بثبوته للمغبون اعتمادا على الشرط المرتكز عند العقلاء من لزوم التساوى فى الماليّة.

المقدّمة الثانية: ثبت فى باب الشروط أيضا أنّها تنقسم إلى: شرط الفعل وشرط النتيجة، والأخيرة لاتتحقّق إلاّ بعد قيام المقتضى وفقد الموانع، إذ قد يعتبر فى تحقّقها لفظ خاصّ ممّا يمنع عن تحقّق النتيجة من خلال الشرط كما فى الطلاق، حيث لا مجال لتحقّقه إلاّ من خلال صيغة معيّنة وضعها الشارع، وبالتالى لا يمكن إيجاد البينونة بين الزوجين من خلال الشرط، وهذا بخلاف الملكيّة حيث يمكن تحقّقها من خلال شرط

ص: ٢٨٥

النتيجة، بأن يقول: (بعتک بشرط أن أملک کتابک) لأنّ الملكيّة غير مق_يّدة بصيغة خاصّة ويمكن تحقّقها بالقول والفعل.

المقدّمة الثالثة: التزم المشهور بأنّ التعليق من موجبات بطلان العقد، واستدلّوا عليه بدليلين:

١_ الدليل العقلى، وهو أنّ التعليق يستلزم تفكيک الإنشاء عن المنشأ، وهو محالٌ. لكن ثبت فى محلّه اندفاع هذا الدليل.

٢_ الإجماع على أنّ التعليق فى العقود والإيقاعات مبطلٌ للعقد. لكن لا يخفى أنّ الإجماع دليل لبّى لا إطلاق فيه، أو أنّه مشكوک على أقلّ تقدير، فيجب الاقتصار فى دلالته على المتيقّن.

أقول: أثبتنا من خلال الأبحاث السابقة أنّ غرض الواقف من الوقف المؤبّد إنّما هى الاستفادة الأبديّة من الموقوف مؤبّدا، ما دام يمكن الاستفادة منها، وببدلها عند زوال الفوائد المرجوّة منها، وقلنا إنّ جواز بيع العين مستفادة من نفس صيغة الوقف لتضمّنها شرطا ارتكازيّا يفيد جواز بيعها وتبديلها بما يمكن الانتفاع منه، وعليه فإنّ وقفيّة البدل إنّما تكون بشرط ارتكازى على نحو شرط النتيجة، بمعنى أنّ الواقف حينما يوقف ماله يلتزم بأمرين:

أحدهما بمقتضى صيغة الوقف، والآخر بمقتضى الشرط الضمنى المعلّق الذى ثبت من خلال المقدّمة الأُولى عدم كونه مضرّا بصحّة العقد، وهما:

[١] الالتزام بحبس المال الموقوفة ما دام يُنتفع بها.

[٢] والآخر أن يكون بدلها أيضا وقفا.

وبالنتيجة فلا مجال للإشكالات السابقة لتحقّق وقفيّة البدل وقفا نهائيّا مؤبّدا، وذلک من خلال الشرط المبنائى الضمنى الارتكازى الذى يشمله قوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم».

بيان ذلک: أنّ الواقف قبل أن يقدم على إنشاء صيغة الوقف وقبل أن يصبح أجنبيّا عن العين الموقوفة، يتحقّق منه شرطٌ ضمنىّ يعدّ شرطا فى ظرف الوقف لا فى ظرف البيع

ص: ٢٨٦

اللاّحق، حيث يلتزم من خلال هذا الشرط الضمنى بوقفيّة بدل العين الموقوفة عند زوال منافعها، فالالتزام الحاصل منه فعلى، إلاّ أنّ ظرف الملتزم به متأخّر، ولا يعدّ مثل هذا الالتزام مضرّا بالعقد وبالشرط... ، فوقفيّة بدل العين وقفيّة معلّقة، إلاّ أنّ الالتزام بها فعلى غير مشروط فى ضمن صيغة الوقف، وقد ثبت خلال المقدّمات المذكورة صحّة [مثل[هذا الشرط والاشتراط فعلاً واستقبالاً على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، ومثل هذه الشروط سارية وجارية فى أبواب عديدة من أبواب المعاملات، كما فى البيع المشروط بردّ الثمن، وفى الشركة على نحو المفاوضة والوجوه، بأن يشارک غيره فى التجارة ثمّ يشترط عليه أن تكون جميع المنافع الحاصلة له دون شريكه بمقتضى الشرط خلافا لمقتضى قواعد الشركة، وهكذا فى المضاربة وغيرها من العقود والمعاملات والعقود الجائزة، حيث يمكن أن يشرط فى ضمن العقد فيكون متعلّق التزامه فعليّا أو معلّقا، وأن يكون التعليق فى متعلّق الشرط، فإنّه لا محذور فى جميع ذلک، لأنّ الشرط فى هذه الموارد ليس من قبيل الواجب

المشروط، بل من قبيل الواجب المعلّق. وهكذا فى المقام فإنّ التزام الواقف بوقفيّة البدل لم يكن معلّقا على خراب العين الموقوفة ومن ثمّ بيعها، لكى يناقش فى أنّ البطن البائع لم يكن مالكا للعين ليصحّ منه وقف البدل، بل الواقف بنفسه يلتزم بوقفيّة البدل من حين الوقف وفى ظرفه، لكن معلّقا على البيع، فقيام البطن البائع ببيع العين بعد خرابها وسقوط منافعها، ومن ثمّ وقفيّة البدل، فجميعها يتمّ من خلال شرط الواقف بنفسه حين الوقف، والمراد من هذا الشرط كون الواقف يلتزم فعليّا، لكن المتعلَّق والملتَزم به استقبالى، وقد ثبت خلال المقدّمات السابقة صحّة مثل هذا الشرط والالتزام، واندراجه فى إطلاق قوله: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم»»(١).

المناقشة فى جواب الاستاذ المحقّق _ مدظله _

يمكن أن يناقش فى جوابه _ دام ظله _ :

١- (١٢١٤) العقد النضيد ٤/(٥٧٦-٥٧٣).

أوّلاً: بعد ما مرّ من الجواب المختار مع وضوحه وبساطته واختصاره فهذا الجواب من الاستاذ _ مدظله _ يكون تبعيدا للمسافة وأكلاً بالقفى.

وثانيا: بعد عدم الانتفاع بالعين الموقوفة، عدّ جواز بيعها ووقفية البدل من الشروط الارتكازيّة فى الوقف على نحو شرط الفعل أو النتيجة محل تأمل بل منع لغفلة كثير من الواقفين عن هذا الشرط الارتكازى بل لم يتوجهوا إليه حتّى لو تذكّروا وتنبّهوا إليه، فعدّ وقفية البدل من الشروط الارتكازى محلّ منعٍ فلا تتم المقدمة الأُولى من بيان الاستاذ _ مدظله _ .

وثالثا: قد مرّ منّا فى بحث التنجيز فى العقود(١)، الأدلة العاشرة فى بطلان العقود بالتعليق واستفدنا منها بطلان العقود المعلَّقة تبعا للمشهور، فحينئذ وقفية البدل معلَّقا على بيع العين تكون من العقود

أو الايقاعات المعلَّقة فتكون باطلة فلا تتم المقدمة الثالثة من بيان الاستاذ _ دام ظله _ وحفظه اللّه لحفظ المذهب والشريعة بجاه محمّد وآله الطاهرين عليهم صلوات ربّ العالمين.

ثمّ بعد الحكم بجواز البيع فى هذه الصورة.

إنّ هاهنا فروعا لابدّ من البحث حولها

الفرع الأوّل: البدل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟

قد ظهر ممّا ذكرنا فى جواب الإشكال وقفية البدل وتوضيح ذلك: «أنّ مقتضى البدلية وقانون المبادلة يقتضى أن يكون البدل أيضا وقفا على نحو المبدل، لما ذكرناه مرارا من أنّ الثمن يقوم مقام المثمن فعليه كما كان المثمن ملكا غير طلق للبطون الموجودة يكون البدل أيضا كذلك، وما ذكرناه من مقتضى قانون المبادلة أولى ممّا ذكره الشيخ [الأعظم(٢)] قدس سره من أنّ البطن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجودا بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنا، لأنّه لم نعرف معنىً محصّلاً لما ذكره من كون المعدوم مالكا

١- (١٢١٥) راجع الآراء الفقهية ٤/(٢٦٥-٢٤٣).
٢- (١٢١٦) المكاسب ٤/٦٣.

له شأنا لأنّ معنى هذه الكلمة أنّه لو بقيت العين يكونوا مالكين وأمّا لو لم تبق فتكون ملكيتهم سالبة بانتفاء الموضوع.

وكيف كان، مقتضى قانون البدلية والمبادلة هو أن يكون البدل مثل المبدل فى كيفية الملكية للموجودين والمعدومين وكما أنّ المبدل والمثمن كان ملكا غير طلق للموجودين بل كان ملكا لهم

وللمعدومين من باب حبس العين وتسبيل المنفعة يكون البدل أيضا هكذا، والذى يوضّح هذا المعنى أنّ أحدا لو أتلف الموقوفة وصار ضامنا لبدلها يكون البدل ملكا لهم على نحو كانت الموقوفة ملكا لهم، وأولى منه ما ذكره الشيخ [الأعظم(١)] قدس سره من أنّ اشتراك البطون فى الثمن أولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول، لأنّ الدية حكم شرعى متأخّر عن تلف الوقف فيجوز أن يقال بسقوط حقّ البطون اللاحقة عن الديّة بتلف نفس الوقف بخلاف الثمن لأنّ الثمن يكون مثل المثمن فى كونه قائما مقام المثمن عند البيع. وأيضا المقام أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا، مع أنّه يمكن أن يقال بعدم كون البدل قائما مقام المبدل فى الرهنية من جهة أنّ»(٢) «حقّ الرهنيّة متعلّق بالعين من حيث إنّه ملك لمالكه الأوّل، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكيّة المالك الأوّل، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنّه ليس قائما بالعين من حيث إنّه ملك البطن الموجود، بل اختصاصٌ موقّت نظير اختصاص البطن الموجود، مُنشَأٌ بإنشائه، مقارنٌ له بحسب الجعل، متأخّرٌ عنه فى الوجود»(٣).

ثمّ فليعلم: «وجه كون المقام أولى ممّا حكموا به فى الرهن هو: أنّ إنشاء الرهن قد تعلّق بالمبدل بما أنّه ملك للمديون، والمفروض زوال ملكه عنه بسبب التلف، فيمكن زوال حق الرهانة عنه، وأن لا يتعلق ببدله الذى هو ملك حادث، وإنّما أُقيم مقامه حفظا لحقِّ المرتهن. وهذا بخلاف الوقف، ضرورة إستناد إختصاصه بكلِّ واحدٍ من البطون إلى الواقف، فهو المملِّك للموجودين فعلاً، وللمعدومين شأنا، ولم يتفرّع حقُّ الطبقات

١- (١٢١٧) المكاسب ٦٥/٤.

٢- (١٢١٨) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٧٣/٢ و ٢٧٤.

٣- (١٢١٩) المكاسب ٦٥/٤.

اللاّحقة على ملكية الموجودين ليكون نظيرا للرهن، بل منشأ إستحقاق الموقوف عليهم _ الموجودين والمعدومين _ هو جعل الواقف. وحينئذٍ فثبوت حق الطبقات بالثمن على نهج تعلقه بالمبيع أولى من تعلق حقّ الرهانة بالبدل»(١).

و «نسبة البطن المعدوم إلى الوقف كنسبة البطن الموجود إليه فى أنّ كلاً منهما يتلقّى الملك من الواقف فى رتبة واحدة وإنشاءٍ واحد. فإذا تبدّلت العين الموقوفة بعينٍ اُخرى كانت الثانية مثلَ الاُولى فى تعلُّق حقوق جميع البطون من الموجودة والمعدومة بها»(٢).

والحاصل: ذكر الشيخ الأعظم تنظيرين لكلامه هنا:

«أحدهما: قتل العبد الموقوف، فإنّه إذا قُتل العبد المملوك، فللمالك أن يرجع إلى القاتل بقيمة العبد إذا كانت أكثر من ديته، وله أن يأخذ منه الدية أيضا وقفا كنفس العبد، مع أنّ الدية بدل عن العبد بعد تلفه بحكم الشارع، فإذا كان البدل الحكمى وقفا فالبدل الحقيقى يكون وقفا بالأولويّة.

ثانيهما: بدل العين المرهونة، فإنّهم حكموا بكونه رهنا، مع أنّ حقّ المرتهن إنّما تعلّق بالمبدل بما أنّه مملوك للراهن، فإذا كان البدل بحكمه حتّى من هذه الجهة، ففى المقام يثبت قيام البدل مقام المبدل بطريق أولى، لأنّ حقّ البطون اللاحقة قد تعلّق بالمبدل بما هو، لا بما أنّه مختصٌّ بالبطون السابقة، فإنّهم يتلقّون الملك من الواقف لا منهم»(٣).

الفرع الثانى: هل يحتاج البدل فى كونه وقفا إلى صيغة الوقف؟

«الظاهر عدم احتياجه إلى الصيغة، لأنّ نفس بيع المبدل يكون موجبا لأن يكون البدل وقفا أيضا، وبعبارة واضحة أنّ الأمر دائر بين أن يكون البدل وقفا بلا احتياج إلى صيغة الوقف جديدا بل يكفى فى وقفيته بيع المبدل لما ذكرناه من أنّ قانون المبادلة والبيع يقتضى هذا المعنى، وبين أن يكون ملكا طلقا للموجودين من البطون، ولا يجب عليهم

١- (١٢٢٠) هدى الطالب ٦/٦٤٠.

٢- (١٢٢١) هدى الطالب ٦/٦٤٠.

٣- (١٢٢٢) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٥٩ و ١٦٠.

جعله وقفا بداهة أنّه لو كان البدل ملكا لهم بنحو الطلق لا وجه لجعله وقفا بل يتصرفون فيه كتصرف الملاّك فى أموالهم، ولمّا لم يكن الأمر على الوجه الثانى لما ذكرناه من أنّه مخالف ومنافٍ لعنوان البدلية ولقانون المبادلة والبيع فلا محالة يكون على الوجه الأوّل يعنى يكون وقفا من دون احتياج إلى صيغة جديدة للوقف لاقتضاء قانون البدلية والمبادلة ذلک كما هو الواضح»(١).

الفرع الثالث: هل يجوز بيع البدل من دون طروُ مسوغات بيع الوقف؟

«هل يجوز تبديل البدل مطلقا من دون حصول أحد المسوّغات أو يكون بحكم المبدل من هذه الجهة أيضا؟

الظاهر هو الأوّل، وذلک لأن المُنْشَأ من الواقف إنّما هو وقف العين ما دام يمكن الانتفاع بها والبدل بالمعنى المتقدّم _ أى البدل فى الماليّة _ إذا لم يمكن ذلک، وأمّا البدل الأوّل فلا خصوصيّة له، بل لابدّ من بقاء الماليّة فى ضمن أىّ بدل كانت، فالبدل بحكم المبدل من جميع الجهات إلاّ من هذه الجهة، فإنّ إنشاء الواقف لا يقتضى المنع عن تبديل البدل، والبدليّة إنّما تقتضى قيام البدل مقام المبدل فى الخصوصيّات المترتّبة على ماليّته، لا فى الأحكام المترتّبة على خصوصيّة نفسه وشخصه، ومن الظاهر أنّ عدم جواز البيع كان من الأحكام المترتّبة على شخصه لا ماليّته.

وإن شئت قلت: إنّ البدل صار بدلاً عن الوقف فى زمان جواز بيعه، فهو بحكمه من حيث جواز البيع، فتأمّل.

وبالجملة: نفس ما أنشأه الواقف _ وهو حبس العين وتسبيل منفعتها ما دام الانتفاع بها مع بقائها ممكنا، وحبس ماليّتها فى ضمن البدل إذا لم يمكن ذلک _ يقتضى جواز تبديل البدل مطلقا ولو من غير مسوّغ، فليس البدل بحكم المبدل من هذه الجهة.

وتوهّم المنع عن بيع البدل تمسّكا بإطلاق قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف»(٢)،

١- (١٢٢٣) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٧٤/٢ و ٢٧٥.

٢- (١٢٢٤) وسائل الشيعة ١٨٥/١٩، ح١، صحيحة أبى على ابن راشد.

مدفوعٌ بما تقدّم من أنّه إمضاء لفعل الواقف وما أنشأه، وليس حكما تعبّديا، فلا يعمّ البدل بعد ما فرضنا أنّ الواقف لم يحبسه عن النقل، فإذن لا مانع من تبديل الوقف بما لا ينتفع بعينه كالدرهم أو الدينار ثمّ تبديله بما ينتفع به»(١).

الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟

اشارة

اختلف فتوى الأصحاب فى وجوب شراء المماثل بعد بيع الوقف وهذا مرور على آرائهم، «صريح كلام المفيد(٢) وعَلم الهدى(٣) وأبى يعلى(٤) والشيخ فى النهاية(٥) وكذا القاضى فى المهذّب(٦) أنّ الثمن حيث يباع ينتفع به الموقوف عليهم وإجماع الانتصار(٧) محكىّ على ذلک. وهو والظاهر من المبسوط(٨) وغيره من جميع ما تقدّم(٩)، بل إجماع الغنية(١٠) ينطبق عليه عدا التذكرة والمختلف والتنقيح والمقتصر وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالک والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح فإنّ فى التذكرة(١١) والمختلف(١٢) أنّه إن أمكن شراء شىء بالثمن يكون

وقفا على أربابه كان أولى، فإن اتّفق مثل الوقف كان أولى وإلاّ جاز شراء مهما أمكن ممّا يصحّ وقفه وإلاّ يكن صرف الثمن إلى البائعين يعملون

ص: ٢٩٢

١- (١٢٢٥) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٦١/٣.

٢- (١٢٢٦) المقنعة: فى الوقوف والصدقات /٦٥٢.

٣- (١٢٢٧) الانتصار: فى بيع الوقف /(٤٦٩-٤٦٨).

٤- (١٢٢٨) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات /١٩٧.

٥- (١٢٢٩) النهاية: فى الوقوف والصدقات /٦٠٠.

٦- (١٢٣٠) المهذّب: فى الوقف ٩٢/٢.

٧- (١٢٣١) الانتصار: فى بيع الوقف /(٤٦٩-٤٦٨).

٨- (١٢٣٢) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

٩- (١٢٣٣) منها الوسيلة: فى أحكام الوقف /٣٧٠، وشرائع الإسلام: فى لواحق الوقف ٢٢٠/٢ وكشف الرموز: فى الوقف ٥٢/٢.

١٠- (١٢٣٤) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٨.

١١- (١٢٣٥) تذكرة الفقهاء ٢٥٤/٢٠، مسألة ١٤٨.

١٢- (١٢٣٦) مختلف الشيعة: فى الواقف ٢٨٩/٦.

به ما شاؤوا. ونحو ذلک ما فى المفاتيح(١)، قال فى المختلف: إنّ فيه جمعا بين التوصّل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النصّ الدالّ على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأبيد، وإذا لم يمكن تأبيده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب(٢). وفى التنقيح إذا أمكن شراء غيره يكون وقفا وجب، وإذا أمكن شراء مثله يكون أولى، فقد حكم فى الأوّل بالوجوب دون الثانى(٣). وفى جامع المقاصد الحكم بالوجوب فى المقامين(٤). ونحوها فى الحواشى(٥)

وتعليق الإرشاد(٦) والمسالک(٧) والروضة(٨). وفی المقتصر(٩) یصرف ثمنه فی ملکٍ یستعمله أرباب الوقف، ومهما أمکن المماثلة کان أولی. وفی مجمع البرهان إذا أمکن شراء شیءٍ آخر خالٍ عن المفسدة یمکن وجوبه لحفظ مقصود الواقف مهما أمکن(١٠). وفی إیضاح النافع لا یجب ابتیاع غیره یکون وقفا. نعم هو أحوط إن زال الاختلاف معه. وفی الکفایة لا أعلم علی ذلک حجّة والنصّ غیر دالّ علیه»(١١).

ثمّ لابدّ من ملاحظة أدلة القائلین بوجوب شراء المماثل وهی:

ادلة القول بوجوب شراء المماثل

الدليل الأوّل: قياس المسألة بباب الضمان

١- (١٢٣٧) مفاتیح الشرائع: فی اشتراط المملوکیة وتمامها فی العوضین ٥٢/٣.

٢- (١٢٣٨) مختلف الشیعة: فی الواقف ٢٨٩/٦.

٣- (١٢٣٩) التنقیح الرائع: فی الوقف ٣٣٠/٢.

٤- (١٢٤٠) جامع المقاصد: فی أحکام الوقف ٧١/٩.

٥- (١٢٤١) لم نعثر علیه فی الحواشی الموجودة لدینا.

٦- (١٢٤٢) حاشیة الإرشاد (حیاة المحقّق الکرکی وآثاره) ٣٣٩/٩ و ٤٨٣.

٧- (١٢٤٣) مسالک الأفهام: فی شروط المبیع ١٧٠/٣.

٨- (١٢٤٤) الروضة البهیة: فی شرائط المبیع ٢٥٥/٣.

٩- (١٢٤٥) المقتصر: فی الوقوف والصدقات والهبات /٢١٢.

١٠- (١٢٤٦) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر فی شرائط العوضین ١٦٩/٨.

١١- (١٢٤٧) مفتاح الکرامة ٦٩٥/٢١ و ٦٩٦.

ذَهَبَ الفقهاءُ فى باب ضمان المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد إلى وجوب ردّ العين بحسب مراتبها فإذا كان المثل موجودا لابدّ من أداه ومع عدمه تصل النوبة إلى ماليتها وهى القيمة.

وقد أجرى هذا البيان فى الوقف أيضا، لأنّ المماثل أقرب إلى العين الموقوفة وإلى غرض الواقف فيتعيّن تبديلها به مع الإمكان.

نقده: «قياس المقام بباب الضمان قياس مع الفارق، لأنّ الحكم بلزوم رعاية المثل فى باب الضمان _ بناءً على جميع الأدلّة من قاعدة اليد أو السيرة العقلائيّة _ إنّما هو لأجل اشتغال ذمّة الضامن بالعين بجميع خصوصيّاتها الشخصيّة، ممّا يقتضى الفراغ عنها، فدفع القيمة مع التمكّن من المثل، لا يعدّ مسقطا للذمّة المشغولة بالمثل، وبالتالى فلابدّ فيه _ أصلاً ودليلاً _ من مراعاة المراتب، أمّا الأمر فى باب الوقف فهو مختلف، ويعدّ إسراء هذا الحكم إلى باب الوقف إسراءً للحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وقياسا ظنّيّا ممنوعا»(١).

ومضافا إلى أنّه قابل للمناقشة صغرى وكبرى

أمّا الصغرى: فقال الشيخ الأعظم: «وفيه: مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عينا خاصّة، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقدارا معيّنا من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فبيع، فدار الأمر بين أن يُشترى بثمنه بستان فى موضع لا يصل إليهم إلاّ قيمة الثمرة، وبين أن يُشترى ملك آخر يصل إليهم أُجرة منفعته، فإنّ الأوّل وإن كان مماثلاً إلاّ أنّه ليس أقرب إلى غرض الواقف»(٢). وبالتالى فالمهم هو مراعاة غرض الواقف لا المماثلة، لأنّ ربما ترفض المماثلة غرض الواقف.

وأمّا الكبرى: فقال الشيخ الأعظم: «لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى

١- (١٢٤٨) العقد النضيد ٥٩٦/٤.

٢- (١٢٤٩) المكاسب ٦٧/٤.

مقصوده، إنّما اللازم ملاحظة مدلول كلامه فى إنشاء الوقف؛ ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(١).

مراده: فقدان الدليل على وجوب مراعاة غرض الواقف إلاّ إذا دخل فى شرائط وقفه بحيث صرح فى وثيقة الوقف بأنَّ لو خربت العين فلابدّ من شراء مماثلها فحينئذ لابدّ أنْ يشترى بثمنها المماثل لأنّ الواقف شرط فى وقفه وشرطه سائغ وجائز أى نافذ.

وأخيرا استنتج الشيخ الأعظم وقال: «فالحاصل: أنّ الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلاّ مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلاّ مصلحتهم»(٢).

الدليل الثانى: اهمال أدلة جواز بيع الوقف

«أدلّة جواز البيع ونفوذه مهملة، فيجب فيها الأخذ بالمتيقّن وهو لزوم شراء خصوص المماثل لأنّه المتيقّن»(٣).

ويرد عليه: نعم، المستند هو دليل جواز بيع الوقف فى هذه الصورة فلابدّ من ملاحظة سعة هذه الأدلة وضيقها وليس فى البين إهمال حتّى يؤخذ بالقدر المتيقن فيه.

الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الواقف وغرضه

«بيع العين الموقوفة ينافى مع حقّ الواقف المتعلّق بها، فإذا جاز بيعها بعد سقوط الانتفاع، لزم مراعاة حقّه وهو لا يتحقّق إلاّ من خلال البديل المماثل»(٤).

وَيَرِدُ عليه: أنّه لا دليل على مراعاة المماثلة، نعم لابدّ من مراعاة حقّه وهو يتحقق فى وقفية البدل فلا يدلّ على اعتبار المماثلة بينهما _ أى بين المبدل والبدل _ .

الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضى المماثلة

ص: ٢٩٥

١- (١٢٥٠) المكاسب ٦٨/٤.

٢- (١٢٥١) المكاسب ٦٨/٤.

٣- (١٢٥٢) العقد النضيد ٥٩٧/٤.

٤- (١٢٥٣) العقد النضيد ٥٩٧/٤.

ذهب الفقيه اليزدى(١) قدس سره فى مقابل الشيخ الأعظم إلى أنّ شراء المماثل يكون من الأحوط كما أنّ عدم تبديل البدل يكون من الأحوط واستند فى احتياطه إلى قاعدة البدلية وهى تقتضى المماثلة وكذا عدم التبديل.

ويرد عليه: أوّلاً: قاعدة البدلية لا تقتضى عدم التبديل ولا المماثلة لأنّها تدلّ على تبديل اضافة المثمن والثمن من البائع والمشترى، فالمثمن يضاف إلى المشترى والثمن إلى البائع بعد البيع وتحقق التبادل بينهما، وأمّا أنّها [قاعدة البدلية] تدلّ على عدم جواز تبديل البدل أو لزوم المماثلة فلا.

وثانيا: حكمه قدس سره بالاحتياط فى غير محلّه، لأنّه ربما الاحتياط يقتضى عدم مراعاة المماثلة، نحو: إذا كان تحقّق غرض الواقف فى عدم مراعاة المماثلة فيحنئذ الاحتياط يقتضى تركها، فالنسبة بين الاحتياط والمماثلة عموم وخصوص من وجه فلا يكون أحدهما دليلاً للآخر.

والحاصل: حيث لم يثبت أدلة القول بوجوب شراء المماثل لابدّ أن نقول: إذا أحرزناه غرض الواقف فى لزوم المماثلة من أنّ مراده تسبيل خاص فلابدّ من مراعاة المماثلة فى بيع البدل، وإذا أحرزنا أنّ غرضه فى التعميم فلا شک فى عدم لزوم مراعاة المماثلة فى البدل.

وإذا شككنا فى غرض الواقف فلا دليل على اعتبار المماثلة كما مرّ وعليه الشيخ الأعظم قدس سره ، ولا وجه فى التعيين بالقرعة خلافا للمحقّق الخراسانى(٢) رحمه الله ، لعدم جريانها فى الشبهات الحكمية واللّه العالم.

الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟

المباشر لبيع الوقف هل هو: [١] المتولى والناظر للوقف أو [٢] البطن الموجود من الموقوف عليهم أو [٣] البطن الموجود مع الحاكم الذى هو الفقيه العادل أو [٤] الحاكم

١- (١٢٥٤) العروة الوثقى ٣٨٩/٦، ذيل مسألة ٤٢.
٢- (١٢٥٥) حاشية المكاسب /١١١.

منحصرا أو [٥] الكل معا أو [٦] المتولى والحاكم معا.

ذهب الشيخ الأعظم إلى القول الثالث وقال: «ثمّ إنّ المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيّم من قبل سائر البطون»(١).

هذا الاختيار منه قدس سره صحيح على «مبناه القائم على أنّ الموقوفة ملك فعلى للبطن الموجود، وشأنى للبطون اللاّحقة: أحدهما البطن الموجود باعتبار ملكيّته الفعليّة للعين، وبمقتضى قاعدة السلطنة فإنّ للمالك الولاية الفعليّة على البيع، لكن من جهة أُخرى يجب ضمّ الحاكم الشرعى إليه باعتبار أنّ العين فى نفس الوقت ملك شأنى للمعدومين وله الولاية على أموالهم»(٢).

ولكن قد مرّ منّا عدم تمامية هذا المبنى من جهة استحالة اعتبار الملكية الشأنية للمعدومين أو من جهة أنّ الملكية الشأنية _ لو لم تستحل _ تجرى فى فرض الانتفاع، ومع عدم امكان انتفاع

المعدومين منها فلا يعقل فرضها وبالتالى تبطُلُ الملكية الشأنية ومع إبطالها تسقط ولاية الحاكم على البيع لأنّه قام مقام المعدومين.

وتبعه الاستاذ المحقّق _ مدظله _ مع المناقشة فى مبنى الشيخ الأعظم، وقال: «مختارنا: هو أنّ حقيقة الوقف إنشاء حبس العين، وبالرغم من أنّها فى الوقف المؤبّد ملازمٌ لخروج العين الموقوفة عن مِلك الواقف، لكن هذا اللاّزم ليس له مثبتٌ عقلى أو شرعى يقتضى دخولها فى مِلك الموقوف عليه، نعم اختصاصها بالموقوف عليهم قطعى، لكن المدّعى هو الاختصاص المطلق.

وبعبارة أُخرى: الثابت مطلق الاختصاص، أمّا المدّعى فهو الاختصاص المطلق، والأدلّة القائمة تفيد أصل الاختصاص بهم، وهو لا يتجاوز مجرّد الحقّ، أمّا الاختصاص المطلق فلا دليل عليه.

وخلاصة الكلام: ثبت ممّا ذكرنا أنّه بحسب الأدلّة يجب أن يتولّى البيع الحاكم

١- (١٢٥٦) المكاسب ٦٩/٤.

٢- (١٢٥٧) العقد النضيد ٦٠٢/٤.

الشرعى والبطن الموجود»(١).

وذهب السيّد الخوئى قدس سره إلى القول الأوّل ثمّ إلى القول الثانى أعنى أنّ المباشر للوقف هو المتولى والناظر المنصوب من قبل الواقف إلاّ إذا عُلم أنّ نظارته لم يشمل بيع العين الموقوفة فحينئذ المباشر هو البطن الموجود من الموقوف عليهم لأنّه قال: «الظاهر أنّ المباشر له هو الناظر المنصوب من قبل الواقف لو كان وكانت نظارته شاملة لهذا أيضا بأن يسلب الواقف سلطنة الموقوف عليهم عن الوقف من هذه الجهة ويجعل السلطنة بيد الناظر من هذه الجهة، نعم لو لم يكن ناظر من قبل الواقف أو كان ولكنّه لم تكن نظارته شاملة لهذه الموارد بل كان منصوبا من قبل الواقف لإصلاح

الوقف فقط يكون المباشر للبيع هو البطن الموجود من الموقوف عليهم، لأنّ الوقف ملک لهم والنّاس مسلّطون على أموالهم، ولا وجه لأن يكون منوطا بنظر الحاكم أيضا»(۲).

وذهب شيخنا الاستاذ قدس سره فى الوقف الخاص الملكى إلى القول الثانى وفى الوقف الصرفى والانتفاعى إلى القول الأوّل أى المتولى لو كان ومع عدمه إلى القول الرابع وهو الحاكم وقال: «بعد ما ذكرنا أنّ العين الموقوفة ملک البطن الموجودة فعلاً ولهم نفى التقدير الذى تصير معه العين فى المستقبل ملكا للبطن اللاحقة فلا معنى لدخالة الناظر فى نفى ذلک التقدير من البطن الموجودة، سواء كان ذلک النفى بإتلاف العين حقيقة أو حكما بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت فى الوقف قرينة ولو كانت عامة على إبقاء الوقف بأىِّ وجه أمكن ولو ببيع الموقوفة وإبدالها، كما فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى، يكون ذلک للمتولى من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعى، حيث إن إبدال العين الموقوفة فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى من الأمور الحسبية الراجعة إليه كما لا يخفى»(۳).

وذهب المحقّق النائينى قدس سره إلى أنّ الأقوى هو القول الرابع أى الحاكم ولكن ذهب

۱- (۱۲۵۸) العقد النضيد ٦١٠/٤.

۲- (۱۲۵۹) التنقيح فى شرح المكاسب ۲۷۸/۲؛ محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٦٤/٣.

۳- (۱۲٦۰) ارشاد الطالب ۳۷۰/٤.

إلى أن الأحوط مراعاة نظر المتولى والحاكم معا(۱) وهو القول السادس، ونقل عنه السيّد الخوئى(۲) أنّ الأحوط عنده القول الخامس أى مراعاة نظر كل من الموقوف عليهم والمتولى والحاكم.

ولكنه لم يرد فى تقرير بحثه ولعلّه قدس سره سمع منه فى مجلس الدرس أو أنّه _ القول الخامس _ هو الأحوط التام.

وتبعه السيّد الخمينى قدس سره فى ما يراه الأقوى وذهب إلى «أنّ المتصدى فى جميع موارد بيع الوقف، هو الحاكم بحسب القاعدة إلاّ أن يدلّ دليل على خلافه»(٣).

أقول: منشأ الخلاف هو ثبوت الملكية للموقوف عليهم وعدمها وكذلک سعة دائرة اختيارات المتولى والناظر على الوقف وعدمها، وحيث نذهب إلى عدم ثبوت ملكية الطلقة التامة للموقوف عليهم حتّى فى الوقف الخاص لأنّ الوقف «تحبيس العين وتسبيل المنفعة» وَسَعَةُ دائرة تصرفات المتولى والناظر فى الوقف فالمباشر لبيع الوقف عندنا هو المتولى والناظر للوقف _ القول الأوّل _ ومع عدمه أو تصريح من الواقف بعدم صلاحيته للبيع يصير المباشر حاكما _ القول الرابع _ والموقوف عليهم مع انتفاء مالكيتهم ليس لهم اختيار فى ذلک لا منفردا ولا مجتمعا فَتَنْتَفِيْ الأقوال الأربعة الأُخَر، والحمدللّه العالم بالأحكام والأسرار.

الفرع السادس: هل تسقط تولية المتولى عن بدل الوقف؟

قال الشيخ الأعظم: «الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقاؤه لتعلّق حقّه بالعين الموقوفة فيتعلّق ببدلها»(٤).

وأنت ترى أنّ الظاهر عند الشيخ الأعظم سقوط نظارة المتولى عن بدل الوقف واحتمل بقاء نظارته ولم يذكر تقريبا لاستظهاره ولا دليلاً لاحتماله فلابدّ من ذكرهما:

١- (١٢٦١) منية الطالب ٢٨٤/٢.

٢- (١٢٦٢) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٦٤/٣.

٣- (١٢٦٣) كتاب البيع ٢٢٣/٣.
٤- (١٢٦٤) المكاسب ٦٩/٤.

وأمّا تقريب سقوط نظارة المتولى عن بدل الوقف: فالتولية والنظارة قائمة بجعل الواقف الذى وقف عين الموقوفة وحيث أنّ بدل الوقف لم يوقف بوقف الواقف فلا اعتبار بجعل المتولى عنه بالنسبة إلى البدل.

وأمّا دليل احتمال بقاء نظارة المتولى المنصوب من قِبَلِ الواقف على بدل الوقف: فهو قاعدة البدلية، وهى تقتضى وقفية البدل كالمبدل فتنتقل التولية من المبدل إلى البدل لأنّها حقٌّ وليس حكما، والحقّ ينتقل من المبدل إلى البدل فالتولية كذلك.

هذان مستندان لاستظهار واحتمال الشيخ الأعظم قدس سره .

وكلاهما غير تامٍّ:

أمّا الأوّل: فبدل الوقف لم يوقف بصيغة وقف الواقف ولكنّه بدل من العين الموقوفة ويجرى فيها أحكامها بقاعدة البدلية فلابدّ من لحاظ الموقوف عليهم والمتولى وغيرهما من شرائط الوقف وأحكامها وحقوقها.

وأمّا الثانى: فقاعدة البدلية لاتقتضى التساوى التام بين أحكام البدل والمبدل، بل هى تقتضى وقفية البدل وأمّا جريان جميع أحكام وحقوق المبدل على البدل محلّ تأمل بل منع واضح ومنها: التولية.

ولكن يمكن أن يقال: أنّ قاعدة البدلية كما تقتضى صرف البدل على الموقوف عليهم فكذلك تقتضى ثبوت نظارة المتولى على البدل كما كانت على المبدل لكن بشرط وجود الإطلاق فى كلام الواقف ووثيقة الوقف، لأنّه لو لم يكن فى الوقف متولىّ، تقع المخاصمة والمشاجرة بين الموقوف عليهم فى كلِّ طبقة وصار عدم وجود المتولى موجبا لحدوث النزاع والاختلاف بينهم، فلابدّ من وجوده لحفظ الوقف وإذا كان فى كلام الواقف إطلاقا نأخذ به لإثباتها.

فنحن نستفيد من قاعدة البدلية بانضمام الإطلاق الوارد فى كلام الواقف لاثبات التولية على البدل.

نعم، إذا جعل الواقف شخصا متوليا منْ أجل خصوصية فى العين الموقوفة فلا يمكن اثبات توليته على البدل لعدم وجود الاطلاق فى كلام الواقف حينئذ، واللّه العالم.

ص: ٣٠٠

الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالنقدين ماذا يُفْعَلُ بهما؟

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّه لو لم يمكن شراء بدله، ولم يكن الثمن ممّا ينتفع به مع بقاء عينه _ كالنقدين _ فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركا بين جميع البطون، وحينئذٍ فيوضع عند أمين حتّى يتمكّن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدّة. ولو طلب ذلك البطنُ الموجود فلا يبعد وجوب إجابته، ولا يعطّل الثمن حتّى يوجد ما يشترى به من غير خيار.

نعم، لو رضى الموجود بالاتّجار به وكانت المصلحة فى التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البدل.

والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون؛ لأنّه جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقى»(١).

حاصل كلامه: «أنّه إذا لم يمكن تبديل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه فبدّل بالدراهم أو الدنانير، لم يجز دفعها إلى البطن الموجود، وليس فى حكم المبدل من هذه الجهة، فإنّه كان يجب دفعه إليهم من جهة توقّف انتفاعهم به على ذلك، وأمّا الثمن فالمفروض عدم إمكان الانتفاع به، ولذا منعنا وقفه إلاّ فيما أمكن استعماله فى التزيين، فلا وجه لدفعه إليهم مع كونه ملكا شأنيّا للبطون اللاحقة وتعلّق حقّهم به، فيوضع عند أمين حتّى يتمكّن من شراء ما ينتفع به مع بقاء عينه، ولو لم يمكن أن يشترى به ما ينتفع به إلاّ مع الخيار فلهم المطالبة بذلك، ولا يعطّل الثمن إلى أن يوجد ما يشترى بغير خيار. ولو رضى الموجود بالاتّجار وكانت فيه المصلحة جاز، والربح تابع للأصل»(٢).

ثمّ فی هذا الفرع لابدّ من البحث حول جهات:

«الجهة الأولی: فی جواز(۳) تبدیل الوقف بالدرهم والدینار مع عدم إمکان الانتفاع بهما مع بقاء العین، والوقف تتقوّم بذلک مفهوما، فإنّه عبارة عن حبس العین

۱- (۱۲٦٥) المکاسب ٦۹/٤ و ۷۰.

۲- (۱۲٦٦) محاضرات فی الفقه الجعفری ۱٦٦/۳.

۳- (۱۲٦۷) وقد ذهب إلی عدم الجواز المحقّق الإیروانی فی حاشیة المکاسب ٤٥۹/۲.

وتسبیل المنفعة، ومن هنا منعنا عن وقفهما ابتداءً، فإنّه کوقف الخبز ونحوه ممّا یکون الانتفاع به بإتلافه، إلاّ إذا کان ممّا ینتفع بهما مع بقاء العین ولو بالتزیین، وبما أنّ بدل الوقف کالمبدل وقفٌ، لا یمکن تبدیل الوقف بهما.

وفیه، أوّلاً: أنّ لازم ذلک عدم جواز تبدیل الوقف بالثمن، مع أن الغالب فی المبادلات هو تبدیل العین بالثمن، وتبدیل العین بالعین نادرٌ جدّا، فیلزم تضییع الوقف وعدم بیعه إلی أن یتلف، وهو مناف للغرض من تجویز البیع، فکأنّ التبدیل بالدرهم والدینار یقع فی طریق تبدیل الوقف بما ینتفع به مع بقاء عینه، فتأمّل.

وثانیا: الواقف بعد التفاته إلی عدم قابلیّة العین الموقوفة للبقاء وطروّ الفساد علیها واحتیاجها إلی التبدیل وأنّه غالبا یکون بالثمن، لا مناص له من جعل العین محبوسة من جمیع الجهات ما لم تخرب، وعند الخراب محبوسة إلاّ من جهة التبدیل، والبدل بمالیّته محبوسا مع تسبیل المنفعة، إلاّ إذا کان ثمنا فإنّه حینئذ محبوس من تسبیل المنفعة، فتأمّل. فکأنّ الوقف من هذه الجهة یکون علی قسمین، فلا مانع من تبدیل الوقف بما لا ینتفع به مع بقائه ثمّ تبدیله بما هو کذلک، فیکون التبدیل

الأوّل واقعا فی طریق تبدیل الوقف بما هو کالمبدل من حیث الانتفاع به مع بقاء العین، ولا مانع من ذلک بجعل الواقف، فتأمّل.

الجهة الثانیة: فی لزوم دفع الثمن إلی البطن الموجود إذا طالبوا به، وذلک لأنّه ملکهم.

ودعوی کونه ملکا للبطون اللاحقة شأنا أو کونه متعلّق حقّهم، فاسدةٌ؛ لما عرفت من اختصاص الوقف بالبطن الموجود، وأمّا البطون اللاحقة فهم یملکونه بعد انقراض البطن الموجود، وهذا لیس ملکا ولا حقّا، بل قضیّة تقدیریّة لا توجب حقّا.

نعم إذا کان هناک متولٍّ أو ناظرٌ علی الوقف تعمّ نظارته حفظ الوقف وبدله، کان رأیه هم المتبّع فی ذلک، ولیس للبطن الموجود المطالبة بالثمن، لأنّ ملکیّتهم له قاصرة علی الفرض.

الجهة الثالثة: فی شراء ما ینتفع به مع الخیار. والکلام فیها یقع من جهتین:

الأولی: ربما یستشکل فی ذلک من حیث إنّ الوقف یعتبر فیه التأبید والاستمرار،

وهو ینافی الملک المتزلزل، فلا یجری فیه الوقف، وکذا بدله فإنّه فی حکمه، فلا یجوز تبدیله بشیء مع الخیار، لأنّه مناف للوقف.

وفیه: ما عرفت من [أنّ البدل وقف بنوعیّته أو ماليّته لا بشخصه فلا یترتّب علیه الحکم المترتّب علی العین بشخصیّته من] جواز تبدیل الوقف اختیارا، وأنّه لیس کالمبدل من هذه الجهة، وعلیه لا مانع من تزلزل الملک فیه، ولا یقاس بتزلزل الملک فی أصل الوقف.

الثانیة: أنّ الظاهر وجوب شراء ما ینتفع به ولو مع الخیار ولو لم یطالب الموجودون بذلک، لأنّ نفس جعل الواقف یقتضی ذلک؛ فإنّ الوقف عبارة عن حبس العین وتسبیل المنفعة، فلابدّ أن یکون الوقف بنفسه أو ببدله قابلاً لأن ینتفع به متی أمکن، طالب به الموقوف علیه أو لم یطالب، فیجب تبدیل

الثمن بما ينتفع به ولو خياريّا، وغالبا يكون المبيع بالبيع الخيارى أرخص من غيره، فإذا لم يفسخ البائع بعد ذلک كان الشراء لجميع البطون أنفع، وإن فسخ انتفع به البطون الموجودة، فتشترى بالثمن عينٌ أُخرى قابلة للانتفاع بها.

الجهة الرابعة: فى الاتّجار بالثمن. ولا بأس باتّجار البطن الموجود به مع المصلحة إلى أن توجد عينٌ تشترى به لتكون بدلاً للوقف، لأنّه ملک لهم. والربح يكون تابعا للعين لأنّه جزء البدل، وليس من قبيل المنافع بل من قبيل انتياع الوقف، فإذا اشترى بالثمن صوفٌ مثلاً صار هو بدل الوقف، فإذا بيع بثمن أغلى صار مجموع الثمن بدل الوقف، ولا وجه لعود الربح إلى البطن الموجود. فهو نظير أن تبدّل الدار الموقوفة الضيّقة بدار أوسع منها، فإنّ الدار الواسعة حينئذ بأجمعها تكون وقفا، لا أنّ المقدار الزائد يكون ملكا طلقا للبطن الموجود كالمنافع»(١).

الجهة الخامسة: أمّا «الوضع عند الامين فإذا فرضنا انّ المال، مال الموجودين والفرض انّ النّقد، ملک الموجودين ولكن اشتراک اللاّحقين، ليس اشتراكا عرضيّا

١- (١٢٦٨) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/(١٦٩-١٦٧).

فمالكيّة اللاّحقين، مالكيّةٌ شأنيّةٌ ولهم نوع حقّ فى المال.

فاخذ المال عن المالكين الموجودين فعلاً قهرا عليهم ووضعه عند الأُمناء بملاحظة اشتراک المعدومين فى المال، أمرٌ مشكلٌ لانّ الواقف نفسه وضع المال الموقوف فى يد الموجودين ولم يلاحظ أخذه ووضعه عند الأُءمناء... .

نعم: إذا احتملت خيانة الطّبقة الموجودة للبدل، يلزم الاحتياطُ فى هذه الصّورة ولكن لا يختصّ هذا للبدل بل يمكن أنْ يُعْرِضَ للعين الموقوفة أيضا.

ومن الواضح أنّ لازم إعمال الاحتياط، ليس اخذ المال من الطّبقات الموجودةِ ووضعه عند الغير بل يلزم حينئذٍ ضمّ أمينٍ وغير ذلک كما انّ الوصىّ إذا خان فى مورد الوصيّة، يضمّ معه امينٌ... .

وبالجملة: الحكم فى المسألة خلافُ القواعد الّتى قال الفقهاء بها فى أشباه المسائل من خيانة الجدّ والأب والوصىّ وغير ذلک حيث يضمّ أمينٌ لهم عند بروز الخيانة أو احتمالها، احتمالاً عقلائيّا»(١).

الفرع الثامن: لا فرق فى جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكلّه أو بعضه، فيباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفا. ولو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زيادة منفعةٍ جاز مع رضا الكلّ؛ لما عرفت من كون الثمن ملكا للبطون، فلهم التصرّف فيه على ظنّ المصلحة.

ومنه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملک مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم»(٢).

مراده: «إذا خرب بعض الوقف ولم يمكن الانتفاع به يجوز بيعه وجعل بدله وقفا بعين ما ذكرناه فى مورد جواز بيع جميع الوقف، كما يجوز صرف ثمنه فى جزئه الآخر لو

١- (١٢٦٩) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤١٩/٤.

٢- (١٢٧٠) المكاسب ٧٠/٤.

كان موجبا لزيادة المنفعة فيه، ويجوز أيضا صرف الثمن فى وقف آخر للموقوف عليهم إذا كان ذلک ا لوقف محتاجا إلى تعمير، والمناط فى جميع هذه الأُمور (أى جواز بيع بعض الوقف عند عروض

المجوّز وجعل بدله وقفا أو صرف ثمنه فى بقية الوقف أو صرفه فى وقف آخر لهم) واحد وهو عبارة عمّا ذكرناه آنفا من أنّ نظر الواقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس العين الموقوفة مع بقائها ومن بدلها عند عروض المجوّز بأى نحو من الانتفاع، ولا فرق فى البدل بين أن يكون عينا قائمة برأسها وبين أن يكون خشبا أو حديدا داخلاً فى بناء البعض الباقى أو بناء وقف آخر لأنّها أيضا أعيان يمكن الانتفاع بها مع بقائها فإذا خربت بدّلت بغيرها»(١).

أقول: ما ذكره الشيخ الأعظم تام إذا قلنا بعدم وجوب شراء المماثل كما ذهب إليه جماعة وتابعهم الشيخ الأعظم فحينئذ ينبغى أن يذكر الفرع بعنوان القول المختار.

مضافا إلى حكمه قدس سره بجواز صرف ثمن بعض العين الموقوفة المخروبة فى باقيها بحيث يوجب زيادة المنفعة جاز مع رضا الكلّ مبنى على كون الثمن ملكا للبطن الموجودة، وقد عرفت(٢) عدم تمامية هذا المبنى أى مالكيتهم للعين لمنافاتها مع الوقفية التى هى «تحبيس العين وتسبيل المنفعة»، فلا نحتاج إلى رضاية البطون والأمر موكول إلى تشخيص المتولى، يعمل بما هو مصلحة الوقف واللّه العالم.

وثالثة: إلى أنّ حكمه قدس سره بجواز صرف ثمنه فى الوقف الآخر ولو كان واقفه شخصا آخرا مشكل حتّى فى ما إذا كان الموقوف عليهم واحدا لإمكان اختلاف شرائط الوقف فى نظر الواقفين، ومن تضيع حق الواقف الأوّل حينئذ مع أنّ الشيخ الأعظم مُصِرٌ على حفظ الحقوق الثلاثة: حق الواقف وحق الموقوف عليهم وحق اللّه كما مرّ منه.(٣)

الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة

«أنّه إذا احتاج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة التى هى ملك طلق للموجودين

١- (١٢٧١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٨٢/٢.
٢- (١٢٧٢) راجع صفحة ٢٩٩ من هذا المجلد.
٣- (١٢٧٣) راجع فى هذا المجال تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٢٢/٤.

من البطون فى تعمير الوقف بحيث لو لم تصرف فيه لا يمكن انتفاع البطن اللاحق من الوقف، هل يجب صرفها فى عمارة الوقف حفظا للوقف عن خروجه عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة به أم لا يجب؟

الظاهر أنّه إذا لم يشترط الواقف فى ضمن وقفه إخراج مؤونة الوقف وما يحتاج إليه من جهة العمارة من منافع الوقف قبل القسمة لا يجب على الموجودين أن يصرفوا المنافع الموجودة فى تعمير الوقف لأجل حفظ الوقف عن خروجه عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة، لأنّ المنفعة ملك طلق للموجودين فلهم أن ينتفعوا من الوقف ما داموا موجودين، فلا وجه لأن يصرف الإنسان مال نفسه فى حفظ مال شخص آخر، ولا فرق بين هذا وبين ما كان للجار مثلاً وقف يشرف على الخراب والسقوط عن الانتفاع، وهل يتوهّم أحد أنّه يجب على الجار أن يصرف ماله فى وقف جاره لئلاّ يكون وقف الجار ساقطا عن الانتفاع به؟!

نعم لا يبعد دعوى الارتكاز فى المصارف الجزئية كما إذا فرضنا أنّ الوقف احتاج فى العمارة إلى صرف منفعة قليلة بمقدار الدينار أو أقل فلا يبعد أن يقال إنّ صرف المنفعة فى هذه الموارد ارتكازى لجميع النّاس.

وبعبارة واضحة: تارة يستند الخراب إلى عالم الكون والفساد حيث إنّ الموجودات فى هذا العالم لا تبقى بحسب طبعها أزيد من الزمان المتعارف لها فحينئذ لا موجب لأن يصرف الموجودون المنفعة الموجودة التى هى ملك طلق لهم فى تعمير الوقف لئلاّ يكون الوقف ساقطا عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة، وأُخرى يستند الخراب إلى الأُمور الجزئية كما إذا سقط الميزاب من

سطح الدار أو حصل ثقب فی سقفها بحیث لو لم یعمّر ذلک لخربت الدار بنزول المطر ولم ینتفع منها الموجودون أیضا، فحینئذ لا مانع من القول بوجوب التعمیر لأجل ما ذکرناه من الارتکاز»(۱).

وبعبارة أُخری: «أنّ الوقف إذا احتاج بقاؤه للبطون اللاحقة إلی صرف ثمن منفعته

۱- (۱۲۷٤) التنقیح فی شرح المکاسب ۲۸۳/۲.

علی تعمیره بحیث لا یزید التعمیر فی منفعة الوقف لینتفع به البطن الموجود فعلاً، وإنّما یوجب دوامه للبطون اللاحقة، لأنّه إذا لم یعمّر یخرب ویضیع بعد مدّة، فهل یجب صرف المنفعة فی تعمیره أم لا؟

ربما یقال بوجوب ذلک تحفّظا علی حقّ البطون اللاحقة. ولکن الظاهر عدم وجوبه؛ لأنّ المنفعة ملک طلق للبطن الموجود، ولا ملزم لهم أن یصرفوا ملکهم لمنفعة البطون اللاحقة، إذ لا فرق بین إلزامهم بصرف منفعة الوقف أو صرف مالٍ آخر من سائر أملاکهم»(۱).

الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وَبَقِیَ بعضه محتاجا إلی العمارة

قال الشیخ الأعظم: «ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقی بعضه محتاجا إلی عمارة لا یمکن بدونها انتفاع البطون اللاحقة، فهل یصرف ثمن المخروب إلی عمارة الباقی وإن لم یرض البطن الموجود؟ وجهان آتیان فیما إذا احتاج إصلاح الوقف بحیث لا یخرج عن قابلیة انتفاع البطون اللاحقة إلی صرف منفعته الحاضرة التی یستحقّهاالبطن الموجود إذا لم یشترط الواقف إخراج مؤونة الوقف عن منفعته قبل قسمته فی الموقوف علیهم»(۲).

مراده: «إذا احتاج البعض الباقى إلى عمارة لا تزيد بها منفعته، وإنّما يتفرّع انتفاع البطون اللاحقة على ذلک، فهل يجب صرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقى وإن لم يرض به البطون الفعليّة أم لا؟

فإنّه بناءً على وجوب صرف المنفعة فى ذلک، فثمن الوقف يصرف فيه بالأولوية»(٣).

قد يقال: «ولكن التحقيق عدم وجوب ذلک، لأنّ البطن الموجود لهم حقّ الالتزام بتبديل الثمن بما ينتفعون به فعلاً ويكون قابلاً للبقاء للبطون اللاحقة أيضا، وليس لأحد

١- (١٢٧٥) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٧٠.

٢- (١٢٧٦) المكاسب ٤/٧٠.

٣- (١٢٧٧) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٧٠.

إلزامهم برفع اليد عن حقّهم، فتأمّل. وقد عرفت أنّ البطون اللاحقة ليس لهم أىّ حقٍّ فى الوقف فعلاً»(١).

ولكن ينبغى أن يقال: لابدّ من إيكال «حكم هذه المسألة إلى العرف والعادة والقول بانّ العين الموقوفة، كانت مثل ساير الاملاک فكلّ موردٍ كان تعمير الملک لازمٌ بحيث إذا لم يقدم على تعميره يقال: انّه ضاعَ ماله فيلزم صرف بعض الثّمن العائد عن العين الموقوفة وربحه فى حفظها، وامّا فى موارد يكون الخراب يعرض لها بعد مدّةٍ كثيرةٍ كالخمسين والمأة سنواتٍ فالعرف والعادة، لا يحكم بلزوم صرف الرّبح الموجود فى حفظ بعض مورد الوقف ففرقٌ بين قصر الزّمان وطوله ففى خرابه فى قصر الزّمان يلزم صرفه فى تعميرها دون خرابها فى طول الزّمان وبهذا قالوا فى أشباه المسألة ونظائرها كما إذا وكلّ أحدٌ أحدا فى بيع دار له والموكّل لم يتوجّه إلى بعض المخارج للبيعٍ من مخارج الدّلال والكاتب و... .

ومن المعلوم: انّ الوكالة أيضا ينزّل على هو المتعارف وهكذا فى الأوصياء والأولياء من الحكم الحاكم والوصىّ والولىّ وغير ذلک يجوز لهم الخرجُ فى صورة المصلحة وحفظِ مورد الوصيّة والوكالة و... .

على هذا، ليست المسألة من قبيل تعارض الضّررين ولا من بابِ الضّرر المتوجّه إلى شخصٍ لايجب تحمّل الآخر عنه بل اطلاقاتُ الوقف من وجوب العمل بالوقف وحفظه، أو غيرهما من الموارد اللاّزمة فى حفظه، عملها على عهدة العرف والعادة.

بناءً عليه، التّعميرات المعمولة وغير المعمولة، كانت معلومةً عند العرف فهى موكولةٌ على عهدة العرف وقضائه فكلّ موردٍ يلزم تعميره، يلزم عليه الاقدام وكلّ موردٍ ليس لازما للتّعمير، لا يلزم الاقدام عليه»(٢).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «وهنا فروع أُخر يستخرجها الماهر بعد التأمل»(٣) ومنها:

١- (١٢٧٨) محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٧١/٣.

٢- (١٢٧٩) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٢٥/٤.

٣- (١٢٨٠) المكاسب ٧٠/٤.

الفرع الحادى عشر: إذا لا يمكن الانتفاع فى حقّ الموقوف عليهم

«إذا فرضنا أنّ العين الموقوفة لم تسقط عن الانتفاع بها إلاّ أنّ الانتفاع بها لا يمكن فى حقّ الموقوف عليهم لأنّهم غير متمكّنين من الانتفاع بها ولكن الغير متمكّن من الانتفاع بها لو كان مالكا له. وبعبارة واضحة إنّ العين الموقوفة إذا فرضنا أنّها قد وقعت فى مكان لا يتمكّن الموقوف عليهم من الانتفاع

بها بوجه من الوجوه مع بقاء عينها بحيث لو لم تبع تكون بلا فائدة أو يتملّكها السلطان، وبديهى أنّ المناط الذى ذكرناه فى جواز بيع الوقف جارٍ هنا بعينه وبلا كلام»(۱).

الفرع الثانى عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدّة

«إذا فرضنا أنّ الوقف ممّا يمكن الانتفاع به فعلاً إلاّ أنّه لو لم يُبَع فعلاً يسقط عن الانتفاع بعد مدّة قليلة بالمرّة ولا يشتريه شخص آخر فى ذلک الظرف كما إذا فرضنا أنّه يقع بعد شهر فى الجادّة، فحينئذ أيضا لا إشكال فى جواز بيعه لأنّ تعطيله يؤدّى إلى تضييع الوقف وإعدام موضوعه فتأمّل»(۲).

ثمّ إنّ هاهنا فروعا أُخرَ يعلم حكمها ممّا ذكرنا والحمدللّه العالم بأحكامه.

هذا تمام الكلام فى الصورة الأُولى من صور جواز بيع الوقف والحمدللّه أوّلاً وآخرا.

الصورة الثانية

اشارة

«أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به، بحيث يصدق عرفا أنّه لا منفعة فيه، كدارٍ انهدمت فصارت عَرصَةً تؤجر للانتفاع بها بأُجرة لا تبلغ شيئا معتدّا به...»(۳).

توضيح مراده: قسّم الشيخ الأعظم هذه الصورة إلى قسمين:

«القسم الأوّل: فيما لو بلغت المنفعة حدّا عدّها العرف معدومة بحسب فهمه، ففى هذه الحالة اختار الشيخ الأعظم جواز بيع العين وذلک استنادا إلى انصراف قوله عليه السلام : «لا

١- (١٢٨١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٨٤/٢.
٢- (١٢٨٢) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٨٤/٢.
٣- (١٢٨٣) المكاسب ٧١/٤.

يجوز شراء الوقوف»(١) عن مثل هذه الصورة، لأنّ العين الموقوفة برغم وجود المنفعة فيها بحسب الدقّة العقليّة، وعدم كونها معدومة عقلاً، لكنّها فى حكم العدم، ويترتّب عليه حكمه، لأنّ الأدلّة الشرعيّة ملقاة إلى العرف العام، والمناط فى وجود المنفعة وعدمها رأى العرف، ولذلک فإنّ أدلّة المنع عن بيع الوقف منصرفة عن هذا القسم عرفا.

القسم الثانى: فيما إذا لم يبلغ انعدام المنفعة إلى ما بلغت إليه فى القسم الأوّل: «كدار انهدمت فصارت عَرَصةً تؤجّر للانتفاع بها بأُجرة لا تبلغ شيئا معتدّا به»(٢)، أو «الحمام الذى يستأجر كلّ سنة مأة دينار إذا صارت عَرَصةً تؤجّر كلّ سنة خسمة دراهم أو عشرة لغرض جزئى كمجمع الزبائل ونحوه»(٣)، ففى هذا القسم:

١_ تارةً: يكون الثمن الحاصل من بيع العرصة أقلّ من المنفعة الحاصلة من إجارتها، فلا يجوز بيعها لإندراجها فى إطلاق قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقوف».

٢_ واُخرى: تكون المنفعة الحاصلة من بيعها مساوية لمنفعة الدار أو قريبا منها فى البدل، فهنا يدور الأمر بين حفظ العين والاكتفاء بالمنفعة القليلة، أو بيعها وتحصيل المنفعة الكثيرة. يقول الشيخ الأعظم إنّ فى المسألة وجهان:

أ: الحكم بجواز البيع باعتبار ما جاء فى كلمات الفقهاء من جواز بيع العين الموقوفة متى سقطت عن قابليّة انتفاع البطون بها، فإنّ المنفعة إن قصد بها مطلق المنفعة فهى موجودة بالفعل، فلا يجوز بيعها بمقتضى وجودها، وإن كان المقصود منها المنفعة المعتدّة بها فهى مفقودة ولذلک يجوز البيع.

ب: الحكم بعدم جواز البيع لوجود اقتضاء الوقف وعدم ما يمنع عنه.

أمّا المقتضى فهو أنّ الدار أو الحمّام برغم خرابهما، لكن تبقى عرصتهما موقوفة ومشمولة لعموم عدم جواز البيع من دون أن يمنع عنه مانع.

ودعوى انصراف قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقوف» عن مثل هذه العين الموقوفة

١- (١٢٨٤) وسائل الشيعة ١٨٥/١٩، ح١، صحيحة أبى على ابن راشد.
٢- (١٢٨٥) المكاسب ٧١/٤.
٣- (١٢٨٦) المكاسب ٧١/٤.

ممنوعة، لصعوبة إثباتها.

وبالتالى فإنّ المقتضى للمنع عن بيعها متحقّق، والمانع عن تأثيره مفقود، ولا أقلّ من كونه مشكوكا، والقاعدة تقتضى لزوم التمسّک بالأدلّة الدالّة على المنع من بيع الوقف»(١).

وأيّد المحقّق الخراسانى عدم خروجها عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى الوقف الذى قاله الشيخ الأعظم بقوله: «ولو نوقش فى عموم تلک الادلّة لهذه الصورة كالصّورة السّابقة، فلا أقلّ من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلک عمّا هو مقتضى الإصلاح، إلاّ بالقطع بالجواز كالصّورة الأولى، وأنّى لنا دعواه وان كانت غير بعيدة»(٢).

والحاصل: حكم المسألة مشكلٌ عند الشيخ الأعظم من جهة قيام المقتضى على منع البيع وتبعه المحقّق الخراسانى فى أدلة منع البيع مضافا إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب.

مقالة السيّد الخوئى فى توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم

استثنى الشيخ الأعظم صُوَرا من عدم جواز بيع الوقف:

استثنى أوّلاً: «ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع رأسا، واختار فيه جواز البيع.

ثمّ استثنى هذا الفرض الذى هو محلّ الكلام، وهو ما إذا خرب بحيث سقط عن الانتفاع المعتدّ به بحيث يصدق عرفا أنّه لا منفعة فيه.

ثمّ تعرّض للصورة الثالثة، وهى ما إذا خرب بحيث قلّت منفعته إلى حدٍّ لا يلحق بالمعدوم، وقوّى فيها المنع عن البيع.

وفى الفرض الوسط فصّل على ما يظهر من آخر كلامه بين ما إذا كان النفع الباقى

١- (١٢٨٧) العقد النضيد ٦/٥ و ٧.

٢- (١٢٨٨) حاشية المكاسب /١١١.

قليلاً فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم، وبين ما إذا لم يكن كذلک، فاختار جواز البيع فى الأوّل لانصراف دليل المنع، كقوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» عنه، والمنع فى الثانى.

إلاّ أنّه لم نفهم مراده قدس سره من «النفع المعتدّ به» حتّى قسّم فرض عدم بقائه إلى قسمين، فإنّه إذا كانت للوقف بعد الخراب منفعة عرفيّة ولو قليلة، فهو داخل فى الصورة الثالثة، فلا وجه لجعله قسما لها، فتأمّلْ.

وبعبارة أُخرى: الأقسام المُتَصَوَّرَة فى المقام ثلاثة لا أربعة، الأوّل: أن يسقط عن الانتفاع به عرفا وعقلاً كما فى الحيوان المذبوح، الثانى: أن يسقط عن الانتفاع به عرفا فقط مع بقاء الانتفاع به عقلاً،

الثالث: أن تقلّ منفعته العرفيّة، ولا رابع، فلا معنى لتقسيم الصورة الثانية _ وهى سقوط الوقف عن المنفعة العرفيّة _ إلى ما تقلّ منفعته بحيث يلحق بالمعدوم وإلى ما لا تقلّ منفعته كذلك.

وبالجملة: الظاهر أنّ المراد بسقوط الوقف عن الانتفاع المعتدّ به أن لا يترتّب عليه ما يعدّ منفعة له بنظر العرف، كما إذا خرب السرير الموقوف ولم ينتفع بأجزائه، كالحديد الموجود فيه، إلاّ بجعله وراء الباب لئلاّ يفتح، فإنّه ليس من منافع ذلك الحديد، وإن كان ذلك منفعة عقلاً وأمكن إذا بته وجعله شيئا آخر.

فتفصيل المصنّف فى هذا القسم لا وجه له، بل الصحيح فيه جواز البيع؛ وذلك لأنّ متعلّق غرض الواقف إنّما هو تسبيل المنفعة العرفيّة لا العقليّة، فإذا لم يمكن الانتفاع به بما يعدّ منفعة عرفيّة له، جاز تبديله بمقتضى غرض الواقف(١) وإنشائه، على ما اخترناه من أنّ الواقف فى الوقف المؤبّد يحبس العين الموقوفة ما دام الانتفاع العرفى بها ممكنا مع بقائها، وبدلَها إذا لم يمكن ذلك، والأدلّة الواردة كقوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» تكون امضاءً لما أنشأه الواقف، فالمنفعة العقليّة أجنبيّة عن غرض الواقف ولا تكون مانعا عن البيع»(٢).

أقول: العقلاء فى أفعالهم وتصرفاتهم يلاحظون الأغراض وَتَدُوْرُ أفعالهم مدار

١- (١٢٨٩) هو الشيخ محمّدحسين فى حاشية المكاسب ١٣٥/٣.
٢- (١٢٩٠) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/(١٧٤-١٧١).

الغرض وجودا وعدما بمعنى أنّ الغرض يكون هو المقصود بالذات فَيَصِحُّ أن يكونَ الغُرَضُ قرينةً على كيفية العمل الصادر منهم، فيكون الوقف حينئذٍ من أفعال العقلاء وغرضهم منه تحبيس العين وتسبيل المنفعة على الموقوف عليهم فمع انتفاء المنفعة من الأساس _ كما فى الصورة الأُولى _ أو

مع انتفائها عرفا بحيث لا يعدّ المنفعة الموجودة العقلية منفعة عرفية لهذا العين _ كما فى الصورة الثانية _ الغرض من الوقف _ وهو تسبيل منفعة عين الموقوفة _ منتف وبانتفائه سقط الحكم بعدم جواز بيعها، لأنّ بقاء الوقف وعدم جواز بيعه تابع لبقاء غرض الواقف(١) ومع عدمه يحكم بجواز بيعها، فالحكم فى الصورتين واحد.

ثمّ، بعد تخصيص قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف» بغرض الواقف، تصل النوبة إلى اطلاق قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»(٢)، وحتى لو ترددنا بين تخيصص وعدمه يكون المخصص مجملاً ومرددا بين الأقل والأكثر فلابدّ من الأخذ فيه بالقدر المتيقن والتمسک بالإطلاق فى غيره فيكون الاطلاق محكما فى هذه الصورة. هذا كلّه فى الدليل اللفظى.

وأمّا الأصل الْعَمَلِيُّ فى المقام: فلا يجرى استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب خلافا للمحقّق الخراسانى لأنّ زوال المنفعة العرفية معدودة من مقومات المستصحب ولا تعدّ من حالاته فلا يجرى الاستصحاب، وحتى مع الشک فى أنّ زوالها يعدّ من المقومات أو الحالات فلا يجرى الاستصحاب لأنّ مع الشک فيه التمسک بدليل الاستصحاب يعدّ تمسكا بالدليل فى الشبهة الموضوعية ذاک الدليل وهو مردودٌ.

وبعد سقوط الاستصحاب تصل النوبة إلى جَرَيانِ الْبَرءَةِ من الحرمة فى بيع الوقف.

وبالجملة: حكم الصورة الثانية من صور جواز بيع الوقف هو الجواز بالدليل اللفظى والأصل العملى والحمدللّه.

تنبيهٌ:

اشارة

ص: ٣١٣

١- (١٢٩١) كما عليه المحقّق الإصفهانى فى حاشيته على المكاسب ١٣٥/٣.
٢- (١٢٩٢) سورة البقرة /٢٧٥.

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارضٍ آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه»(١).

مراده: جواز بيع الوقف «لو قلّت المنفعة مع قابلية الموقوفة للإنتفاع بها، كما إذا وقف بعيرا للسقى فاستغنى عنه بعد وضع أنابيب الماء، أو وقف خانا لنزول الزوّار والمسافرين فيه، فتعطّل بعد قطع المسافات البعيدة بالطائرات والسيارات، وكذا لو وقف دارا على ذريّته ليسكنوها بأنفسهم، ولم يمكنهم ذلك لوقوعها فى محلّة لا يقيم فيها _ فعلاً _ ذووا المروّات، ونحو ذلك ممّا تكون العين فيه عامرةً، ولكن لا ينتفع بها فى الجهة المقصودة للواقف.

فما تقدّم من وجه جواز البيع ومنعه يجرى هنا أيضا، وبعد ترجيح جانب الجواز هناك _ من جهة أن حبس العين مقدمة لتسبيل الثمرة المعينة، وبإنتفائها ينتفى حقيقة التسبيل المأخوذ فى الوقف، ولا يبقى مجال لحفظ خصوصية العين المسلوبة منفعتها _ نقول بجواز البيع هنا، لوحدة المناط»(٢).

إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر

اشارة

صاحب الجواهر رحمه الله تبعا لأُستاذه وصهرو ونجل أُستاذه قائل بأنّ ذات الوقف تنافى مع البيع _ كما هو مختارنا _ وقد مرّ الكلام حول ذلك فى أوّل البحث.(٣)

فلابدّ أوّلاً من نقل مقالة صاحب الجواهر ثمّ طرح إشكال الشيخ الأعظم عليه.

مقالة صاحب الجواهر

اشارة

قال قدس سره : «والذى يقوى فى النظر _ بعد إمعانه _ : أنّ الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضادّ، نعم إذا بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز البيع.

والظاهر تحقّق البطلان فيما لو خرب الوقف على وجهٍ تنحصر منفعته المعتدّ بها منه فى إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما ممّا لا منفعة معتدّ بها فيه إلاّ بإحراقه مثلاً،

١- (١٢٩٣) المكاسب ٧٣/٤.

٢- (١٢٩٤) هدى الطالب ٢٢/٧.

٣- (١٢٩٥) راجع صفحة ٧١ من هذا المجلد: القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع.

وكالحيوان بعد ذبحه مثلاً... وغير ذلک.

ووجه البطلان حينئذٍ: فقدان شرط الصحّة فى الابتداء، المراعى فى الاستدامة بحسب الظاهر، وهو كون العين ينتفع بها مع بقائها.

كما إنّه قد يقال: بالبطلان أيضا فى انعدام عنوان الوقف فيما لو وقف بستانا مثلاً ملاحظا فى عنوان وقفه «البستانيّة» فخربت حتّى خرجت عن قابليّة ذلک، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها دارا مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف.

واحتمال: بقاء نفس العَرْصَةِ على الوقف؛ باعتبار أنّها جزء الموقوف وهى باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه(١) لا يقتضى بطلانه فيها.

يدفعه: أنّ العَرْصَةَ كانت جزءً من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا، فهى حينئذٍ جزء عنوان الموقوف الذى قد فرض فواته. ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستانا أو غيرها لم يكن إشكال فى بقاء وقفها؛ لعدم ذهاب عنوان الوقف، لكنّه خلاف الفرض.

وكذا لو وقف نخلة للانتفاع بثمرتها فانكسرت، فإنّه وإن أمكن الانتفاع بالجذع بتسقيف ونحوه، لكنّه ليس من عنوان الوقف.

وربّما يؤيّد ذلک فى الجملة: ما ذكروه فى باب الوصيّة(٢) من أنّه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيّة؛ لانتفاء موضوعها.

نعم، لو لم تكن الداريّة والبستانيّة مثلاً عنوانا للوقف _ وإن قارنت وقفه _ بل كان المراد الانتفاع به فى كلّ وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغيّر أحواله.

ثمّ على فرض بطلان الوقف بذلک، فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع، أو للموقوف عليه وورثته؟ وجهان، ينشآن:

من الخروج عن ملک الواقف ودخوله فى ملک الموقوف عليه بالوقف، وإنّما منعه من التصرّف بغير الانتفاع المنافى(٣) لبقاء العين فى الملک ما دام قابلاً لتلک المنفعة، فمع

١- (١٢٩٦) فى بعض النسخ بعدها إضافة: لكن.

٢- (١٢٩٧) المبسوط: كتاب الوصايا ٣٨/٤.

٣- (١٢٩٨) حسب السياق كلمة «المنافى» صفة لـ «التصرّف» وإذا كانت صفة لـ «الانتفاع» فينبغى حذف «غير».

فرض ذهابها وبطلان الوقف بذلک يبقى مملوكا له من غير منع، يتصرّف به كيف يشاء.

ومن أنّ خروجه عن ملكه كان على الوجه المذكور لا مطلقا، فمع فرض بطلان ذلک الوجه يعود إلى ملک المالک.

ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّة، بل يشهد له ما تسمعه من النصّ والفتوى المجوّزة لبيعه للموقوف عليهم»(١).

توضيح كلام صاحب الجواهر

ذهب صاحب الجواهر إلى أنّ الوقف يبطل بعروض مجوزات بيع الوقف لأنّه يرى التنافى الذاتى بين عنوانى الوقف والبيع ولذا التزم بفساد الوقف فى موردين:

أحدهما: خراب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتدّ بها فى إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما مما يكون الانتفاع به باتلاف العين كالاحراق.

لأنّ «الوقف مؤلَّف من أمرين أحدهما حبس العين، والآخر تسبيل المنفعة، ومن المعلوم تفرع التسبيل على وجود الثمرة خارجا، ولا فرق فى إناطة صحة الوقف بوجود كلٍّ من العين ومنفعتها بين الإبتداء والاستدامة، فكما يعتبر وجودهما حدوثا كذلک يعتبر بقاءً، فلو خربت الموقوفة ولم ينتفع بها بطل وقفيّتها، ضرورة إنتفاء المركّب بانتفاء أحد أجزائه كانتفائه بانعدام تمام الأجزاء.

والحاصل: أن الشرط الدخيل فى صحة الوقف _ وهو كون العين ذات ثمرةٍ مسبّلة _ يقتضى إنتهاء أمد الوقف بإنتفاء الثمرة»(٢).

ثانيهما: انعدام عنوان الوقف كما إذا وقف بستانا _ مع أخذ عنوان «البستان» فى صيغة الوقف _ فخرب وسقط عن كونه بستانا.

ففى هذا المورد «إنّ غرض الواقف من قوله: «وقفتُ البستان على أولادى» إن كان [على نحو موضوعية العنوان المأخوذ فى صيغة الوقف بنحو تمام الموضوع] أى كان

١- (١٢٩٩) الجواهر ٢٣/(٥٧٨-٥٧٦) [٣٥٨/٢٢ و ٣٥٩].

٢- (١٣٠٠) هدى الطالب ٢٣/٧.

حبسَ البستان على الموقوف عليهم حبسا محدودا وموقّتا ببقاء عنوان «البستان» _ لكونه ملحوظا جهةً تقييدية تدور الوقفية مداره _ كان لازمه البطلان بالإنهدام، ويتجه البحث حينئذٍ عن رجوعها إلى الواقف أو صيرورتها ملكا طلقا للموقوف عليهم.

فإن قلت: لا وجه لخروج العرصة عن الوقفية بعد زوال عنوان «البستان» لكونها جزءا من الموقوفة، إذ «البستان» مركّب من العرصة والأشجار، ومن المعلوم أن سقوط الأشجار عن الوقفية _ لتبدلها بأخشاب _ لا يوجب إنتفاء وقفية العين.

قلت: إنّ العَرْصَةَ وإن كانت جزءا من الموقوفة، إلاّ أنّ الواقف لم يجعلها وقفا لا بشرط الأشجار، بل بشرطها، فزوال عنوان «البستان» وانتهاء وقفيته يوجب سقوط وقفية الْعَرْصَةِ من جهة فقد الشرط.

وإن كان غرضُ الواقف حبسَ العرصة على الموقوف عليهم على [نحو العنوان مشيرا إلى وقفية الذات، أو على نحو تعدد المطلوب]. لم يقدح ذهاب عنوان «البستان» فى استمرار وقف العرصة، هذا»(١).

ثمّ ذَكَرَ صاحب الجواهر بعد حكمه ببطلان الوقف أنّ العين ترجع إلى ملك مالكها وواقفها وورثته أو ترجع إلى ملك الموقوف عليهم؟ ويرى رجوعها إلى ملك الموقوف عليهم لا يخلو من قوة لوجود الشاهد عليه من النص والفتوى لبيعها للموقوف عليهم.

إشكالُ الشيخ الأعظم

اعترض أوّلاً على مبنى صاحب الجواهر وهو فساد الوقف فى موارد جواز البيع بالوجوه الأربعة:

الأوّل: «أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لاوجه له فى الوقف الموبد»(٢).

مراده: لا وجه لبطلان الوقف المؤبَّد بمجرد انتفاء المنفعة، لأنّه يستلزم انقلاب الشىء عما هو عليه إذ مع وقوع الوقف المؤبّد صحيحا يمتنع انقلابه وصيرورته باطلاً

١- (١٣٠١) هدى الطالب ٣١/٧ و ٣٢.

٢- (١٣٠٢) المكاسب ٧٤/٤.

بنفاد المنفعة، وهذا فى مقام الثبوت.

الثانى: «مع أنّه لا دليل عليه»(١).

مراده: عدم الدليل على مبناه فى مقام الإثبات بمعنى لو سلّمنا امكان انقلاب الوقف المؤبَّد إلى الوقف المنقطع كان الانقلاب منوطا بوفاء الدليل عليه والدليل مفقود بل يدلّ على خلافه وهو قوله عليه السلام : «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»(٢).

الثالث: «مضافا إلى انّه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة، فإنّ الشروط فى العقود الناقلة يكفى وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن الماليّة ولا يخرج بذلك عن ملك المشترى»(٣).

مراده: الشرط المذكور «ـ وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها ـ وأن كان دخيلاً فى الوقف، لوضوح كون الغاية من حبس العين تسبيل ثمرتها، إلاّ أنّه يكفى فى إنعقاد الوقف صحيحا وجود المنفعة حال حدوث الوقفية وإنشائها، وأمّا اعتبار إستمرارها فلم يقم عليه دليل.

والشاهد على كفاية وجود هذا الشرط إبتداءً هو ملاحظة شروط سائر العقود الناقلة، كمالية العوضين فى باب البيع، فهى معتبرة حين الإنشاء، لكون البيع مبادلة مال بمال. ولا يقدح فى صحته وترتب النقل عليه سقوط المبيع عن المالية بيد المشترى»(٤).

الرابع: «مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم»(٥).

مراده: «أنّ جواز بيع الوقف فى مورد طروء المسوِّغ له لا يوجب إنتهاء أمد الوقف، وبطلانه، بل يتبدّل لزوم الوقف بالجواز والتزلزل، فإنْ بيع بطل، وإن لم يُبَع بقى وقفا، لما

١- (١٣٠٣) المكاسب ٤/٧٤.

٢- (١٣٠٤) وسائل الشيعة ١٩/١٧٥، ح١، صحيحة الصفار.

٣- (١٣٠٥) المكاسب ٤/٧٤.

٤- (١٣٠٦) هدى الطالب ٧/٢٥.

٥- (١٣٠٧) المكاسب ٤/٧٤.

تقدّم فى أوائل المسألة من أن مفاد دليل جواز بيع الوقف هو جواز إبطاله، ومن المعلوم أن جواز الإبطال ليس مبطلاً، بل المبطل هو إنشاء بيع الوقف.

وعليه فتجويز البيع شرعا تخصيص فى دليل لزوم الوقف، وصيرورته جائزا بعد عروض المسوِّغ»(١).

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم ثانيا على مقالة صاحب الجواهر فى المورد الثانى من موردى جواز بيع الوقف فى كلامه _ وهو بطلان الوقف بزوال العنوان _ بوجهين:

الأوّل: «الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغيّر العنوان كما لا يخفى»(٢).

مراده: زوال العنوان لا يوجب بطلان الوقف إجماعا كما اعترف به صاحب الجواهر فى مسألة بقاء وقفية عرصة الدار المنهدمة حيث يقول: «(إذا انهدمت الدار) ولم يبق من آثارها شيء (لم تخرج العرصة) بذلک (عن الوقف، ولم يجز بيعها) بلا خلاف أجده بين من تعرّض له؛ كالفاضل(٣) والشهيدين(٤) وغيرهم(٥)؛ لأنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأبيد وعلى عدم جواز بيعه، ولأنّ العرصة من جملة الموقوف وهى باقية.

بل لم يحكوا الخلاف فى ذلک إلاّ عن بعض العامّة: فجوّز بيعها إذا انهدمت ولم

١- (١٣٠٨) هدى الطالب ٢٥/٧.

٢- (١٣٠٩) المكاسب ٧٥/٤.

٣- (١٣١٠) تحرير الأحكام الشرعية: الوقف / فى الأحكام ٣١٦/٣؛ قواعد الأحكام: الوقف / فى الأحكام ٣٥٩/٢.

٤- (١٣١١) الدروس الشرعيّة: الوقف ٢٧٩/٢، درس١٧١؛ مسالک الأفهام: الوقف / فى اللواحق ٣٩٨/٥.

٥- (١٣١٢) كالشيخ فى المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ٣٠٠/٣؛ والكركى فى جامع المقاصد: الوقف / فى الأحكام ٦٨/٩؛ والكاشانى فى المفاتيح: ٢١٣/٣، مفتاح ١١١٥؛ والسبزوارى فى الكفاية: الوقف / فى الأحكام ١٩/٢.

يمكن عمارتها، كالمسجد.(١)

وفى المسالک: تقييده فى غير الأرض الخراجيّة، على نحو ما سمعته فى المسجد»(٢).

وبالجملة: «إنّ الفقهاء وإن اختلفوا فى حكم بيع الوقف إذا خرب أو خُشى خرابه، فمنهم من جوّز البيع، ومنهم من منعه، لكن هذا الاختلاف غير قادح فى إطباقهم على بقاء الوقف بعد تغيير عنوانه، إذ لا ملازمة بينهما، لكون النسبة بين الخراب وسقوط العنوان عموما من وجه، لصدق «تغيُّر العنوان» دون الخراب فيما إذا كانت العين الموقوفة حيوانا بسنٍّ خاص كبنت لبون أو بنت مخاض مثلاً، فإذا تجاوز سنُّهما عن هذا الحد، فقد تغيّر العنوان مع عدم صدق الخراب.

ولصدق «الخراب» بدون «تبدل العنوان» فى الأرض الموقوفة للزراعة، فانقطع عنها الماء، فإنّه يصدق الخراب على هذه الأرض مع عدم تبدل عنوانها.

ولتصادقهما فى الدار المنهدمة والبستان الذى خرب، وزال عنوان بستانيته.

فَالنَّتِيْجَةُ: أنّ استمرار الوقف بعد نفاد العنوان مُجْمَعٌ عليه. ومعه لا وجه للإلتزام بالبطلان كما صار إليه صاحب الجواهر قدس سره »(٣).

الثانى: «إن اريد ب_ «العنوان» ما جعل مفعولاً فى قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا شكّ فى أنّه ليس إلاّ كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التمليک المعلّق بعنوانٍ، لا يقتضى دوران الملک مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكا فقد مُلک منه كلّ جزءٍ خارجى وإن لم يكن فى ضمن عنوان «البستان»، وليس التمليک من قبيل الأحكام الجعليّة المتعلّقة بالعنوانات.

وإن أُريد ب_ «العنوان» شيءٌ آخر، فهو خارجٌ عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولابدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظا، أو قصدا فى الموضوع زيادة على

١- (١٣١٣) حلية العلماء ٣٨/٦؛ المغنى (لابن قدامة) ٢٢٦/٦.
٢- (١٣١٤) الجواهر ٢٣٣/٢٩ (١٠٩/٢٨).
٣- (١٣١٥) هدى الطالب ٣٩/٧.

عنوانه؟»(١).

مراده: «أنّ منشأَ المصير إلى بطلان الوقف بزوال العنوان هو أخذ عنوانٍ خاصٍّ فى صيغة الوقف، كقوله: «وقفتُ البستان على أولادى». ولكن يُسأل من صاحب الجواهر قدس سره عمّا أراده من كلمة «العنوان» [١] فإمّا أن يكون مراده به ما يقع مفعولاً به فى مقام الجعل كالمثال المزبور، و [٢] إمّا أن يكون مراده به أمرا آخر كالشرط المبنى عليه الإنشاء أو المصرّح به فيه، بأن يقول: «وقفتُ هذا البستان على ذريتى مادام بستانا». والمفروض عدم إقتضاء شيءٍ منهما بطلانَ الوقف بنفاد العنوان.

أمّا الأوّل فلأنّ وقفية البستان لا تكون مقصورةً على هذا العنوان، بل تسرى إلى كلِّ جزءٍ منه، و [من المعلوم] سراية الأحكام الوضعية من عناوينها إلى معنوناتها بلا فرقٍ بين الملكية الحاصلة بالوقف أو بالبيع أو بالهبة.

والشاهد على تعلُّق الملكية بالمعنون أنّه لو قال: «بعتُك هذا البستان» وتغيّرت صورته البستانية بعد البيع لم ينحل العقد، بل تبقى العرصة والأجزاء ملكا للمشترى. فكذا الحال فى الوقف الذى يكون حقيقته إيقافا للعين عن النقل الإعتبارى أو تمليكا أو قصرا، سواءً إستمرّ العنوان أم تغيّر»(٢).

وأمّا الثانى فإنّ «إرادة الشرط من العنوان غير معهودة عند العرف وأهل العلم.

مع أنّ إشتراط التوقيت لا يُجدى فيما رامه قدس سره من بطلان الوقف بزوال العنوان، سواء أكان الشرطُ مصرّحا به كما لو قال: «وقفتُ هذا على أن يكون بستانا أو: مادام بستانا» أم منويّا _ من غير

دلالة عليه فى الإنشاء _ كما لو إقتصر على جملة: «وقفتُ فى البستان» بانيا على كونه موقّتا ببقاء البستان.

وجهُ عدم الإجداء: منافاة جعل الملكية المحدودة _ للموقوف عليه _ للتأبيد الذى إعتبروه فى الوقف. فيشكل نفوذ هذا الشرط بأدلة الشروط وبخصوص «الوقوف تكون

١- (١٣١٦) المكاسب ٧٥/٤.

٢- (١٣١٧) هدى الطالب ٤١/٧ و ٤٢.

على حسب ما يوقفها أهلها»(١).

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم ثالثا على صاحب الجواهر فى تأييد مقالته بفرع فى الوصية بقوله: «وأما تأييد ما ذكر بالوصيّة، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصيّة بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحدٌ بالتزام بطلان الوصيّة بصيرورة البستان عرصة؟

نعم، الوصيّة قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها وبطلانها من جهات أُخر»(٢).

حاصل اعتراضه: «كان مقصود صاحب الجواهر من تأييد الوقف بالوصية هو تعلق كلّ منهما بعنوان الدار مثلاً، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية، فكذا يبطل الوقف. ومقصود [الشيخ الأعظم] قدس سره إبطال التأييد، ثمّ التنظير بفرعٍ آخر.

أمّا بطلان التأييد فللفرق بين المسألتين، وهو: إقتضاء الوقف على العنوان صيرورة الموقوفة ملكا فعليّا للعنوان، بخلاف مسألة الوصية، لكون ملك الموصى له قبل موت الموصى شأنيا لا فعليا.

مضافا إلى: أنّ الموصى به هو عنوان «البستان» حال موت الموصى، بشهادة حكمهم بعدم إعتبار وجود الموصى به حال الوصية. فلو تغيّر عنوان البستان لم يكن الموصى به موجودا حال الموت، والموجود حاله _ وهو العرصة _ مغايرٌ للموصى به، فتبطل الوصية من هذه الجهة، لا من جهة إعتبار بقاء العنوان فى بقاء الوصية.

وأمّا التنظير فتقريبه: أنّ الفرع المماثل للوقف على العنوان هو الوصية بالدار التى صارت بعنوانها ملكا فعليا للموصى له بقبوله وبموت الموصى، ثمّ زال العنوان، فإنّهم لم يلتزموا بزوال ملك الموصى له، وبعوده إلى ورثة الموصى. وهذا كاشف عن عدم موضوعية العنوان، وكونه معرِّفا. فليكن الوقفُ مستمرّا بعد ذهاب العنوان، لوحدة المناط»(٣).

١- (١٣١٨) هدى الطالب ٤٣/٧ و ٤٤.

٢- (١٣١٩) المكاسب ٧٦/٤.

٣- (١٣٢٠) هدى الطالب ٤٥/٧.

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم رابعا على وجهى صاحب الجواهر من رجوع عين الموقوفة إلى ملك الواقف وورثته أو الموقوف عليهم بقوله: «ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا»(١).

ولبّ كلامه يرجع إلى أنّه بعد قبول صاحب الجواهر أنّ الوقف هنا يعدّ من الوقف المؤبَّد لا يمكن إبداء احتمال رجوعه إلى الواقف لإطباق «الفقهاء _ القائلين بخروج العين عن ملك الواقف _ على عدم عودها إليه أو إلى ورثته. ويستفاد هذا الإجماع من غير موضعٍ من السرائر، كقوله فى عدم جواز إنتفاع الواقف بما وقفه: «لما بيناه وأجمعنا عليه من أنه لا يصحّ وقفه على نفسه، وأنّه بالوقف قد خرج عن ملكه ولا يجوز عوده إليه بحال»(٢) فعدم دخوله فى ملك الواقف متفق عليه»(٣).

هذه كلُّها اعتراضات الشيخ الأعظم وتوضيحها على مقالة صاحب الجواهر _ أعلى اللّه مقامهما وجعل الجنة مثواهما _ .

الحكمية بين الشيخين صاحبى الجواهر والمكاسب

أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأوّل:

للشيخ الأعظم قد مرّ كلامنا فى بحث «هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع الخارجى...»(٤) فى ذيل مقالنا «فى النزاع بين المشايخ الثلاث والشيخين الجليلين»(٥) فلا نعيده فراجع ما حررناه هناك.

وحاصله: نحن مع المشايخ الأَرْبَعَةِ _ الشيخ جعفر وصهره الشيخ أسداللّه التسترى ونجله الشيخ حسن وصاحب الجواهر رحمهم الله _ فى وجود التنافى الذاتى بين الوقف والبيع.

ص: ٣٢٣

١- (١٣٢١) المكاسب ٧٦/٤.

٢- (١٣٢٢) السرائر ١٥٥/٣.

٣- (١٣٢٣) هدى الطالب ٤٧/٧.

٤- (١٣٢٤) راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٣.

٥- (١٣٢٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٥.

ولكنّا مع الشيخ الأعظم فى أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع الخارجى فى موارد جواز بيع الوقف فلا يكون باطلاً قبل بيعه.

وأمّا بالنسبة إلى الاعتراض الثانى للشيخ الأعظم فأقول:

تبع المحققُ الخراسانيُّ صاحبَ الجواهرِ وقال: «لا يبعد أن يقال، أنّه لو أُريد به كون قصد الواقف حبس العين فى وقفها مادامت معنونة بعنوان كذا، وقيل بعدم بطلان مثله لعدم التّأبيد، لما عرفت من انّه [التأبيد] ما يقابل ال_تّوقيت، ولا توقيت هيهنا، لايبعد أن يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغاية والنّهاية»(١).

كما وافقهما السيّدُ اليزديُّ وقال: «.. إذا وقف بستانا ملاحظا فى وقفها البستانية أو الدار ملاحظا فيها الدارية فإنّها إذا خرجت عن العنوان بطل كونها وقفا...»(٢).

وحاول المحقّق الإصفهانى تصحيح مقالة صاحب الجواهر بقوله: «... فمرجع وقف البستان بما هو إلى أحد أمرين: [١] إمّا وقف العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانية، [٢] وإمّا وقف العين بشرط ستعرف(٣) إن شاء اللّه تعالى حقيقته.

أمّا الأوّل: فمبنى على أنّ الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان؛ بحيث يعتبر الشارع ملكية العين إلى زمان زوال العنوان عنها، وربما يؤيد ذلک بأنّ ملكية الخل مرتبة على كونه خلاً، فإذا زال العنوان وانقلب خمرا زالت الملكية بل المالية، وبذهاب بعضهم إلى أنّ ملكية الأرض المحياة باقية ببقاء الإحياء، بل الملكية فى الأعيان دائرة مدار قابليتها للإنتفاع بها فإذا سقطت عن القابلية زالت الملكية، وقد عرفت(٤) سابقا معقولية الملكية المحدودة بالعرض، وإنْ لم يعقل محدوديتها بالذات؛ لكونها من حيث ذاتها عرضا قارا غير قابل للتحدد بالزمان.

إلاّ أنّ المؤيدات قابلة للمناقشة بجعل الانقلاب إلى الخمرية الراجع إلى اسقاط

١- (١٣٢٦) حاشية المكاسب /١١١.

٢- (١٣٢٧) العروة الوثقى ٣٧٧/٦، مسألة ٣٧.

٣- (١٣٢٨) فى نفس التعليقة عند قوله (وأما الثانى...).
٤- (١٣٢٩) حاشية المكاسب ٨٤/٣.

المالية شرعا مزيلاً للملكية، وزوال الملك بمزيل لا دخل له بالتحديد، وكذا خراب الأرض مزيل للملك الحاصل بالإحياء، وكذا السقوط عن قابلية الانتفاع مع أنّ المالية قائمة بالخل، وكون مائع تارة مندرجا تحت هذا العنوان وأُخرى خارجا عن تحته لا دخل له بانقلاب العنوان وزواله.

وأمّا الثانى: فالاشتراط على قسمين:

احدهما: أنْ يشترط الواقف الرجوع إلى الملك بعد زوال العنوان، فالعين مملوكة بملكية مرسلة وللواقف الرجوع إلى ملكه إذا زال عنوان الملك، فيدخل تحت مسألة جواز شرط الرجوع فى الوقف وسيأتى(١) الكلام فيه إنْ شاء اللّه تعالى.

ثانيهما: أنْ يشترط عدم كونه وقفا وملكا إذا زال العنوان فهو شرط منافٍ لمقتضى الوقف، لمنافاة الملكية الأبدية فى ذات العين وعدم الملكية عند زوال عنوانها، بل لا يعقل القصد الجدى إلى التمليك الأبدى، وعدم كونه ملكا عند زوال العنوان، وليس كزوال الملكية عند زوال العنوان، فإنّ الزوال والرجوع لا ينافى ارسال الملكية وأبديتها، بخلاف عدم كونها ملكا وهو واضح.

وممّا ذكرنا تعرف أنّه يمكن تصحيح كلام صاحب الجواهر بأحد وجهين: إمّا بالالتزام بانشاء الملكية المقيدة، وإمّا باشتراط رجوع الملكية المطلقة، إلاّ أنّ ظاهر كلامه فى باب الوقف(٢) هو الأوّل وأنّه كالوقف المنقطع الآخر، غاية الأمر أنّ المفروض فى الوقف المنقطع انقضاء الموقوف عليه، وهنا انقضاء أمد الموقوف»(٣).

أقول: قد عرفت من نقل هذه الكلمات عدم تمامية ادعاء الاجماع الوارد فى كلام الشيخ الأعظم، وإن يمكن المناقشة فى محاولة المحقّق الإصفهانى والإيرادُ عليه:

«أوّلاً: أنّ الوقف المؤبّد ينافى ويناقض مع تحديد الملكيّة، ولا مجال لقياس الوقف المشروط بباب الملكيّة المحدودة.

ص: ٣٢٥

١- (١٣٣٠) حاشية المكاسب ١٥٠/٣.

٢- (١٣٣١) جواهر الكلام ٣٥٨/٢٢، وفى باب الوقف ١٠٩/٢٨ من الطبعة الاسلامية.

٣- (١٣٣٢) حاشية المكاسب ١٣٨/٣ و ١٣٩.

هذا فضلاً عن منافاته مع شرط الرجوع، سواءً كان على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، فالوقف المؤبّد لم ينحصر مناقضته باشتراط عدم الوقفيّة عند زوال العنوان، بل يشمل شرط الفعل وشرط النتيجة أيضا؛ لأنّ المفروض أنّ حقيقة الشرط هى الالتزام بالرجوع، وهو يتقابل مع الالتزام بالتأبيد والأبديّة.

وثانيا: كما أنّ محاولته تصحيح انتفاء الوقف بزوال العنوان، من خلال مقارنته مع الملكيّة المحدودة الموقّتة التى تزول الملكيّة عند حلول الأمد، ممنوعٌ أيضا، لأنّ الواقف حين وقفه للعين الموقوفة _ كالبستان _ يعلم أنّ هذا العنوان كبقيّة العناوين لا يكون أبديّا، بل يزول عاجلاً أم آجلاً، وبرغم ذلك يحبسه ويوقفه وقفا أبديّا، ولذلك لا يمكن فرض بقاء الوقف المؤبّد محدودا ومقيّدا ببقاء العنوان وعدمه، لمناقضة المؤبّد مع المحدود.

وبالتالى؛ فإنّ محاولة المحقّق الإصفهانى فى توجيه كلام الجواهر لا يُسمن ولا يُغنى من جوع»(١).

ولكن مع ذلك كلّه يمكن تصحيح مقالة صاحب الجواهر لما عرفت من عدم وجود الاجماع على خلافه، نعم بين عنوانى «الخراب» و «تغيّر العنوان» عموم وخصوص من وجه كما مرّ، ولكن مراد

صاحب الجواهر تقييد الوقف بالعنوان فيكون العنوان مأخوذا فى الوقف على نحو الحيثية التقيديّة ويؤيده قوله عليه السلام : «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»(٢).

فيكون الوقف مقيدا بهذه الحيثية التقيدية ويكون صحيحا ويلزم منها بطلان الوقف بزوال القيد والعنوان كما عليه صاحب الجواهر.

نعم، هذا الوقف المقيد بالعنوان الزائل عنه فى فترَة لاحقة يتنافى مع الوقف المؤبَّد، وهذا التنافى يعدّ من مشاكل كتاب الوقوف وسوف نبحث عن حلّ هذه العويضة تبعا للقوم فى بحث الوقف المنقطع الآخر لاحقا إن شاء اللّه تعالى.

١- (١٣٣٣) العقد النضيد ١٩/٥.

٢- (١٣٣٤) وسائل الشيعة ١٧٥/١٩، ح١.

ثمّ لابدّ من التنبيه على تفصيل المحقّق النائينى وردّ السيّد الخوئى رحمه الله ودفاعه عن الشيخ الأعظم قدس سره والملاحظات حوله.

تنبيهٌ: حول تفصيل المحقّق النائينى ونقده وملاحظات النقد

قال المحقّق النائينى قدس سره : «ثمّ إنّ ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة إذا لم يلحق قلّة الانتفاع بها بالعدم إنّما هو إذا بقيت الصورة النوعيّة للعين الموقوفة. وأمّا إذا تبدّلت بصورةٍ أُخرى فيجوز بيعها وإن لم تلحق بالعدم.

ولا يبعد أن يكون كلام الشيخ [الطائفة(١)] ناظرا إلى هذا المعنى، فإنّ النخلة الموقوفة إذا قلعت تعدّ عرفا مباينةً للنخلة؛ لأنّها عبارة عن الشجرة، لا المادّة المشتركة بينها وبين الجذع والخشب.

وبطلان الصورة النوعيّة عبارة أُخرى عن خراب الوقف. وسيجىء ـ إن شاء اللّه تعالى ـ فى باب الخيار: أنّ مناط ماليّة الأموال إنّما هو بالصورة النوعيّة، لا المادّة المشتركة.

ثمّ المدار فى الصورة النوعيّة على الصورة النوعيّة العرفيّة لا العقليّة، فإذا تبدّلت الصورة النوعيّة التى تعلّق الوقف بها يبطل الوقف، ويبقى ذات الجسم فيباع. ولا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة، فإنّ الدار مركّبة من البناء والأرض، وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصة.

وبالجملة: حيث إنّ قوام الوقف بأمرين: بقاء العين الموقوفة، وكونها ذات منفعةٍ لأنّه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة، فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعة أصلاً فكذلک يجوز بيعها إذا لم تبقَ صورتها العينيّة التى هى إحدى ركنى الوقف»(٢).

واعترض عليه السيّد الخوئى ودافع عن الشيخ الأعظم بقوله: «أنّ العناوين والصور النوعية عرفية كانت أو عقلية وإن كانت موجبة لشيئية الأشياء فى نظر العرف

١- (١٣٣٥) كما فى الخلاف ٥٥١/٣، مسألة ٢٣.

٢- (١٣٣٦) منية الطالب ٢٨٥/٢؛ وراجع توضيح الأكثر لهذا التفصيل فى المكاسب والبيع ٣٩٤/٢ و ٣٩٥.

والعقل، إلاّ أنّها لا تقابل بالمال بوجه وإنّما هى دخلية فى زيادة المالية للمادة ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاک وقد مرّ فى بعض المباحث فى المكاسب المحرمة وسيأتى فى باب الخيارات إن شاء اللّه، أنّ الأوصاف التى لها دخل فى زيادة المالية وتعد فى نظر العرف من الصورة النوعية إذا وقعت عليها المعاملة وظهرت خلافها فتكون المعاملة فسادة فإن وقع عليها المعاملة يعد فى نظر العرف مغائرا لما ظهر وإن كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضة على

الفراش المنسوج بنسج وظهر المبيع الفراش المنسوج بنسج آخر يغائر فى نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمة أو باع كأسا وظهر قدرا أو باع سكينا وظهر مسمارا أو باع ساعة وظهر قطعة حديد، أو باع صندوقا وظهر طبلاً فإنّ فى جميع ذلک يبطل البيع لأنّ ما وقع على البيع غير مقصود وما هو مقصود لم يقع عليه البيع وإن كانا فى الحقيقة من جنس واحد إلاّ أنّ العرف يراهما شيئين متبائنين فإنّ الرجولة والأنوثة وإن كانتا من جنس واحد إلاّ أنّ العرف يراهما متبائنين كما هو واضح.

وليست المعاملة فيها واقعة على نفس تلک الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاک بين المادة والصورة، بل المعاملة واقعة على المادة، والصورة موجبة لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصورة عن تلک المادة أى الجسم لا المادة الهُيولائِيَّة المحفوظة فى جميع الأشياء وتبدلت بصورة أخرى مغائرة للأولى لم تبطل البيع، فإنّ نفس المادة قد وقعت متعلقة للبيع وتعنون الأشياء بتلک الصورة لا توجب وقوع المعاملة على نفس العناوين فإنّها أعراض لا تقبل الانفكاک ولا يكون كونها عناوين للأشياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفية أو وضعية بحيث تكون مملوكة وقابلة للتمليک كما هو واضح، وبالجملة الصور النوعية العرفية واسطة لوقوع المعاملة على المواد لكونها سببا لماليتها لا أنّ نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلک فالحكم فى الوقف أيضا كذلک فإنّه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلک أنّ نفس تلک الأشياء بموادها موقوفة وإنْ كانت ماليتها بصورها النوعية العرفية، ولا تدور الوقفية مدار نفس الصور والعناوين لعدم انفكاكها عن المواد ولا يمكن وقوع المعاملة عليها بنفسها من الهبة والصلح والبيع كما هو واضح، وعليه فإذا

ص: ٣٢٨

زالت الصورة النوعية لم تزل الوقفية بل تكون المادة التى معنونة بعنوان أيضا وقفا وإن لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصورة الزائلة.

نعم، تزول الوقفية بزوال الصورة والمادة كلتيهما إذ ليس المراد من المادة هى الهيولى لتكون محفوظة فى ضمن شيءٍ من الأشياء وإن كان فى ضمن التراب، بل المراد منها هنا هى المادة العرفية أعنى الجسم الذى كان معنونا بعنوان ولا شبهة أنّه ينتفى كانتفاء صورته.

وعلى هذا فإذا وقف شيئا وكان مفعول قوله عنوان ذلک الشيء بأن قال وقفتُ البستان الفلانى أو الدار الفلانية أو النخلة الفلانية فلا شبهة أنّ الوقف هى ذات هذه العناوين المعنونه بها وإنّما تلک العناوين معرّفات إليها ومقومات لماليتها وليس لنفس تلک العناوين بحسب نفسها مالية تكون وقفا منفكة عن المادة بحيث تدور الوقفيّة مدار نفس العنوان فإذا زالت زال الوقف وإذا ذهب عنوان البستان وعنوان الدار وعنوان النخلة كانت عرصة البستان وعرصة الدار والنخلة المقلوعة غير وقف، بل باقيا فى ملک الواقف. بل العنوان فى المركبات الاعتبارية لا ينتزع إلاّ من أمور متعددة فينحل إلى أمور عديدة كعنوان الدار فإنّ الدار ليست إلاّ مركبة من العرصة والقبب والجدران وهكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلاّ وقف الأرض وتلک القبب ومعنى وقف البستان ليس إلاّ وقف الأشجار والعرصة فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصّل.

وبالجملة: لا نعقل معنى محصّلا لوقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أنّ فى المركبات الحقيقية لا تنفک الصورة النوعية عن المادة لكونها متحدة فى الخارج حقيقة وكذلک فى المركبات الاعتبارية كالدار والبستان فإنّ العنوان فى ذلک كلّه أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وقفا خاليا عن المواد.

وبعبارة أُخرى: إذا وقف الواقف نخلة لأشخاص فنسئل أنّه هل بقى فى ملک الواقف منها شيء أم لا؟ فإن بقى ذات النخلة فى ملک الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخلة للموقوف عليهم كما هو المفروض وإن لم يبق فى ملک الواقف شيء فبعد

زوال عنوان النخلية وصيرورتها خشبة فلماذا صار ملكا للواقف؟!»(١).

ثمّ إنّ لنا ثلاث ملاحظات فى كلام المحقّق الخوئى قدس سره :

«الملاحظة الأُولى: تعرّض السيّد الخوئى لقضيّة خراب العين الموقوفة وبيعها فى كتابين من أبواب كتابه (منهاج الصالحين):

١_ قال رحمه الله فى المسألة ٩٥ من مسائل كتاب التجارة، فى شروط العوضين: «لا يجوز بيع الوقف إلاّ فى موارد...:

ومنها: ما لو علم أنّ الواقف لاحظ فى قوام الوقف عنوانا خاصّا فى العين الموقوفة، مثل كونها بستانا، أو حمّاما فيزول ذلک العنوان، فإنّه يجوز البيع حينئذٍ، وإن كانت الفائدة باقية بحالها أو أكثر»(٢).

٢_ قال رحمه الله فى المسألة ١١٩٣ فى كتاب الوقف _ أحكام الوقف:

«إذا أوقف(٣) بستانا لصرف نماءها فى جهة خاصّة، فانقطع عنها الماء حتّى يبس شجرها، أو انقلع شجرها، وبقيت عَرَصةً، فإن أمكن إيجارها وجب ذلک، وصُرفت الأُجرة فى الجهة الموقوف عليها.

نعم، إذا فهم من القرائن أنّ الوقفيّة قائمة بعنوان البستان، كما إذا وقفها للتنزّه أو للاستظلال، فإن أمكن بيعها وشراء بستان أُخرى، تعيّن ذلک، وإلاّ بطلت الوقفيّة بذهاب عنوان البستان، وترجع مِلْكا للواقف»(٤).

فإذا لاحظنا المسألتين، نجد أنّ الأخيرة شارحة للأُولى، لأنّه عَدَّ زوال العنوان فى كتاب التجارة موجبا لبطلان الوقف ومن مسوّغات البيع، ولكنّه التزم فى كتاب الوقف بأنّه إذا أمكن تحصيل الغرض وجب ذلک من خلال بدله، ومع التعذّر أو انحصاره فإنّه يبطل

١- (١٣٣٧) مصباح الفقاهة ٥/(٢١٢-٢١٠).

٢- (١٣٣٨) منهاج الصالحين ٢/٢٥.
٣- (١٣٣٩) كذا وَرَدَ فى كلامه قدس سره . وهو ليس من لغة العرب الفصحاء فى شىء، بل تلك لغةٌ رديئةٌ معدولٌ عنها، والفصيح أنّه ثلاثىّ: وَقَفَ.
٤- (١٣٤٠) منهاج الصالحين ٢/٢٤٩.

الوقف وتعود العين إلى ملكيّة الواقف _ بمثل ما التزم به صاحب الجواهر _ وهذا بناءٌ يناقض مع مبناه المصرّح به فى مصباح الفقاهة.

الملاحظة الثانية: حول ممنوعيّة ما يدّعيه من «أنّ العناوين والصور النوعيّة _ عرفيّة كانت أو عقليّة _ وإن كانت موجبة لشيئيّة الأشياء فى نظر العرف والعقل، إلاّ أنّها لا تقابَلُ بالمال بوجهٍ، وإنّما هى دخيلة فى زيادة الماليّة للمادّة، ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادّة لعدم الانفكاك»(١).

أقول: والتحقيق حولها يتوقّف على ملاحظة حقيقة الصُّوَرِ فى المعاملات، وهل حيثيّتها تقييديّة أو تعليليّة؟ ولا مجال لإثباتها إلاّ من خلال ملاحظة إنشاء العقلاء وارتكازاتهم، والتحقيق فى ذلك يستلزم التفصيل بين الأوصاف والصور النوعيّة العقليّة.

أمّا الأوصاف: فإنّ حيثيّتها فى المعاملات تعليليّة، وما التزم به المحقّق الخوئى من مدخليّة الوصف فى ماليّة المبيع _ كما فى العبد الكاتب _ تامٌّ لا نقاش فيه.

وأمّا ما التزم به فى الصُّوَرِ النوعيّة العرفيّة.

فممنوعٌ لمخالفته مع ما هو المرتكز عند العقلاء من تقييد المعاملة بالصور النوعيّة دون المواد، فالبائع يبيع الفَرَس والفِراش دون اللّحم والقطن، وكذلك الحال فى الصور النوعيّة العقليّة، فإنّه بالأولويّة العرفيّة والعقليّة والعقلائيّة حينما يُقْدِم البائع على بيع الشاة أو الفرس، فإنّ مورد المعاملة ليس المادّة بل هو الفرس بصورته النوعيّة، بحيث تكون للفرسيّة دخل فى المعاملة.

الملاحظة الثالثة: ما يرد على قوله أخيرا حول النخلة الموقوفة بعد زوال عنوانها، وصيرورتها خشبة، وأنّه لو بقيت النخلة: «فى ملک الواقف لتکون له بعد قلعها، فلا معنى لکون النخلة للموقوف علیهم، وإن لم یبق فی ملک الواقف شی ء، فبعد زوال عنوان النخلة وصیرورتها خشبة فلماذا صار ملکا للواقف؟»(۲).

ص: ۳۳۱

۱- (۱۳٤۱) مصباح الفقاهة ۲۱۰/٥.

۲- (۱۳٤۲) مصباح الفقاهة ۲۱۲/٥.

حیث ینتقض بالوقف المنقطع الآخر عند انقراض الموقوف علیهم، من الحکم بخروجه عن ملک الواقف، وانتقاله إلى الموقوف علیهم، ثمّ عوده بعد زوالهم إلى ملکیّة الواقف، وهکذا الأمر فی المقام مع الفرق بین أنّ الانقطاع فی الأوّل یکون من جهة الموقوف علیهم، وفیما نحن فیه یکون فی الموقوف، لکن هذا الفرق لا یمنع من اتّحادهما فی تحقّق الخروج أوّلاً ثمّ الرجوع ثانیا ثبوتا وإثباتا»(۱).

أقول: وفی الختام نترک الاعتراض الثالث والرابع للشیخ الأعظم لتمامیتهما، غفر اللّه ایّانا وإیّاکم ورحمهما اللّه تعالى.

الصورة الثالثة

اشارة

قال الشیخ الأعظم: «أن یخرب بحیث یقلّ منفعته، لکن لا إلى حدٍّ یلحق بالمعدوم.

والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر فى مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوّز الشيخ رحمه الله فى محكىّ الخلاف بيعها، محتجّا بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلاّ على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل ولا يُرجى عوده،(٢) ومنعه الحلّى قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستندا إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه،(٣) وحكى موافقته عن الفاضلين(٤) والشهيدين(٥)، والمحقّق الثانى(٦) وأكثر المتأخّرين(٧).

وحكى فى الإيضاح عن والده _ قدّس سرّهما _ : أنّ النزاع بين الشيخ والحلّى

١- (١٣٤٣) العقد النضيد ٥/(٢٤-٢١).

٢- (١٣٤٤) الخلاف ٣/(٥٥٢-٥٥١)، كتاب الوقف، مسألة ٢٣.

٣- (١٣٤٥) السرائر ١٦٧/٣.

٤- (١٣٤٦) الشرائع ٢٢١/٢؛ والقواعد ٢٦٩/١؛ والتحرير ٢٩٠/١.

٥- (١٣٤٧) الدروس ٢٧٩/٢؛ والمسالک ٤٠٠/٥.

٦- (١٣٤٨) جامع المقاصد ٧٢/٩.

٧- (١٣٤٩) حكاه عنهم وعن قبلهم جميعا المحقّق التسترى فى المقابس /١٥٥.

لفظىّ، واستحسنه(١)؛ لأنّ فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها، والحلّى فرض وجود منفعة ومنع لذلک بيعها.

قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ(٢)، ولا يخلو عن تأمّل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلک البيع إلاّ إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجىء تفصيله(٣)»(٤).

توضيح مقالة الشيخ الأعظم: «صرّح [الشيخ الأعظم] بانّ الأقوى هنا، المنع لانّ الأصل فى الوقف، المنعُ عن البيع والادلّة الّتى كانت موجودةً فى عدم جواز البيع، تجرى هنا ومن جملتها قوله عليه السلام : «لا يجوزُ شِراءُ الوقفِ» وقوله عليه السلام : «الوقفُ على حَسَبِ ما يُوقِفُها أهْلُها» قوله عليه السلام : «صدقةٌ لاتُباعُ ولا تُوهبُ».

فهذه الأدلة، يشمل إطلاقها هذا المورد من دون انصرافٍ فيها، المدّعى فى صورة عدم المنفعة بالمرّة أو المدّعى فى صورة عدم الانتفاع المعتدّبه.

ثمّ: انّ الشيخ [الأعظم] رحمه الله صرّح عدم جواز البيع فى هذه الصّورة، يظهر من المشهور أيضا حيث أنّ الشيخ الطوسى؛ فى باب النخلّة الموقوفةِ المنقلعة ذهب إلى جواز بيعها لانّها لم تكن لها ثمرةٌ فى المنفعة التى كانت مقصودةً للواقف لانّه لا تحصل إلاّ بالبيعِ.

اعترض ابن إدريس على هذه الفتوى من الشيخ الطوسى رحمه الله واستبعده بانّ النّخلة وان زالت منفعتها الخاصّة ولكن كانت لها منافعُ أُخرى لانّها يمكن التّسقيف بها وجعلها جسرا.

ايّد هذا الإعتراضَ، العلاّمةُ الحِلّىُّ وفخرُالمحقّقين والشّهيدان والمحقّق الثانى رحمه الله ولذا جاؤا فى مقام توجيه كلام الشيخ الطوسى رحمه الله بانّ مقصود الشيخ رحمه الله ، غير الصّورة التى

١- (١٣٥٠) إيضاح الفوائد ٣٩٣/٢.

٢- (١٣٥١) قاله المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار /١٥٥، ذيل الصورة الخامسة.

٣- (١٣٥٢) يجىء فى الصورة الرابعة _ الآتية _ .

٤- (١٣٥٣) المكاسب ٤/٧٦ و ٧٧.

فرضها ابن إدريس رحمه الله لانّه ورد فى تعليل الشيخ الطوسى رحمه الله انّه إذا لم يبعها، ليست لها منفعةٌ أصلاً ومن هذا يعلم أنّ فرض الشيخ الطوسى رحمه الله فى النّخلة، المنفعة فى موردٍ لا يمكن لها التّسقيف أو لا يمكن استعمالها فى الجسر أو ليس موردا للّزومِ.

بالجملة، لو كان فى فرض الشيخ رحمه الله امكانُ التّسقيف أو امكانُ جعلها جسرا لكان هذا، انتفاعا مع أنّ الشيخَ الطُّوسِىَّ رحمه الله فرضه، سلب جميعِ الانتفاعات عنها وبهذا يصير نزاعُ الشيخ رحمه الله مع ابن إدريس رحمه الله نزاعا لفظيّا كما نقله فخرالمحقّقين عن العلاّمة رحمه الله فقول العَلَمَين، ليس متواردين على موردٍ واحدٍ فالموردُ الّذى جوّزه الشيخ الطوسى رحمه الله غير المورد الّذى جوّزه ابن إدريس رحمه الله فالحقُّ مع كليهما فالشيخ الطوسى رحمه الله جوّز البيع فى صورة عدم الانتفاع للنّخلة بالمرّة وهو ممّا لا كلام فيه.

وابن إدريس؛ منع فى موردٍ كانت للنّخلةِ، منفعةُ أُخرى غير منفعتها الخاصّة فالنّزاع بين الشيخ الطوسى؛ وابن إدريس رحمه الله ليس نزاعا فى الكبرى بل اختلافٌ بينهما فى الصّغرى وفرض المسألة.

وبملاحظة هذه الكلمات افتى الشيخ الأنصارى رحمه الله فى مورد الفرض وهو ما عرض الخرابُ للعين الموقوفة وقلّت المنفعة ولكن بحيث يلحق بالمعدوم، بانّ الأقوى والأشهر هو المنع أمّا كونه أقوى لوجود المُقتضى وعدم المانع والمُقتضى هو الأدلّة والمانع ليس هنا موجودٌ وأمّا كونه أشهر فهو المستفاد من كلمات الفقهاء من أنّ كلّ موردٍ كانت فيه منفعة، لا يجوز بيعه»(١).

نقد مقالات الأعلام الثلاثة

اشارة

«كل واحد من كلمات الشيخ الطوسى رحمه الله وابن إدريس رحمه الله والشيخ الأنصارى رحمه الله لا يخلو مِنْ نظرٍ ومناقشةٍ:

وامّا ما قال به الشيخ الطوسى فهو؛ وإن أصاب فى أصل الفتوى وهو جواز البيع فى هذه الصّورة ولكنّ التّعليل المنقول عنه رحمه الله ، لا يستوى بظاهره إلاّ أن يأوّل.

ص: ٣٣٤

١- (١٣٥٤) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٤٢/٤ و ٤٤٣.

توضيحه: انّ قول الشيخ، انّ المنفعة التى عيّنها الواقف، زالت وليست للعين منفعةٌ اُخرى.

يعلم من هذه الكلمات: انّ الكبرى كانت مُسَلَّمةً عند الشيخ رحمه الله وهى انّ كلّما تترتّب المنفعة على العين ولو كانت المنفعة غير المنفعة المذكورة فى الوقف، لا يجوز بيعها.

وهذا هو الّذى أَوجب للعلاّمة أن يقول: أنّ النّزاع بين العلمين، نزاعٌ لفظىٌّ ولكن هذا، ليس بصحيحٍ لانّ ظاهر فتوى الشيخ الطوسى رحمه الله أنّ الكبرى، مسلّمةٍ عنده وجعل المدار فى المنفعة، مطلق المنفعة لا المنفعة التى صرّح بها الواقف ولكن بناءً على ما قلناه سابقا تبعا عن صاحب الجواهر رحمه الله ، أنّ المدار فى بطلان الوقف، على تعذّر المنفعة التى عيّنها الواقف فالظّاهر منه انّ المراد من انتفاع الثّمرة الموجب للبطلان، ليس مطلق الثّمرة بل المراد منه، الثّمرة التى عيّنها الواقف.

هذا مضافا إلى انّه صرّح بهذا، صاحبُ الجواهر رحمه الله يقتضيه الدّليلُ الّذى نقله صاحب الجواهر رحمه الله والدّليل أنّ حقيقة الوقف، حقيقةٌ مركّبةٌ وهو حبس العين وتسبيل الثّمرة.

ومن المعلوم: أنّ مقصود الواقف من الثّمرة وجعلها تحت انشائه، ثمرةُ العين فالمراد من انتفاع الثّمرة الّذى يوجب بطلان الوقف، انّما هو انتفاعُ الثّمرة الّتى عيّنها الواقف لا مطلق الثّمرة.

نُكْتَةٌ أُخرى هنا وهى أنّ صاحب الجواهر رحمه الله صرّح فى مورد زوال العنوان بأنّ العنوان إذا كان موقوفا فزواله موجبٌ للبطلان وإذا كان المعنون موقوفا فزوال العنوان، ليس موجبا للبطلان.

فهنا بحثٌ من حيث الإثباتىّ وهو أنّه من أين يعلم أنّ مقصود الواقف، العنوان أو المعنون؟

من المعلوم: أنّ فى مقام الإثبات، ظاهر اللّفظ كان محكّما فإذا صرّح الواقف: «بأنّى وقفتُ الدّار» وهكذا إذا صرّح: «بأنّى وقفتُ الحمّام» فظاهر الانشاءُ المعلّق على العناوين،

ص: ٣٣٥

أنّ مورد الوقف، هو العنوانُ.

التّنبيهُ على الأمرَيْن (مقدمة على نقد كلام ابن إدريس)

بعد ما بيّنا انّ انتفاع الثّمرة، موجبٌ لبطلان الوقف وزوال العنوان موجب لبطلان الوقف يجب التّنبيه على الأمرَيْن:

التّنبيه الأوّل: أنّه لو شككنا فى أنّ مورد الوقف هل هو العنوانُ أو المعنون فقلنا انّ المحكّم، ظاهرُ اللّفظ وهو كون العنوان موردا للوقف كما فى الإنشاءت كلّها.

التّنبيه الثانى: أنّ المناط فى بطلان الوقف بانتفاع الثّمرة، لسقوط الثّمرة أىُّ ثمرةٍ؟ هل هى مطلّق الثّمرة أو الثّمرة الّتى وقعت موردا للإنشاء؟

قلنا سابقا: أنّ المناط، الثّمرة الّتى وقعت موردا للإنشاء لأنّ دليل بطلان الوقف عند انتفاع الثّمرة، فقدانُ المُنْشَأ وإذا فرضنا أنّ المنشأ، ثمرةٌ خاصّةٌ ففقدانها، موجبٌ لبطلان الوقف فإذا فرضنا أنّ الابتدا والاستمرار كان لهما حكمٌ واحدٌ ففقدان الثّمرة المنظورة للواقف ابتداءً أو استدامةً، موجبٌ للبطلان.

إذا عرفت هذين الأمرين فنحن نسئل عن ابن إدرس رحمه الله ما المراد من قولكم: يُحْفَظُ وقف الواقف على أيِّ حالٍ؟

من المعلوم: انّ الّذى وقفه الواقف هو النّخلة لا الحطب، والنّخلة المنقلعة كانت حطبا والواقف، لم يوقف الحطب بل النّخلة.

قوله: «انّ حفظ الوقف مهما أمكن لازمٌ» صحيحٌ ولكن ليس هذا من الوقف بشيءٍ لأنّ مورد الوقف، عنوان النّخلة فقد زال ذلک العنوان وبقى حطبا فحينئذٍ فى مورد مثال النّخلة المنقلعة، كان موجبانِ لبطلانِ الوقف:

الأوّل: قاعدة انتفاع الثّمرة.

والثانى: قاعدة زوال العنوان.

فان قلت: من أين يعلم أنّ النّخلة، كانت عنوانا ولعلّ مراد الوقف، المعنونُ.

قلنا: انّ الظّاهر أنّ النّخلة هو العنوانُ.

وهكذا إن قلت: من أين يعلم أنّ مورد نظر الواقف، ليس مطلقَ الانتفاع.

ص: ٣٣٦

قلنا: إنّ الفرض أنّ الواقف، وقف النّخلة لانتفاع الثّمرة منها نسلاً بعد نسلٍ وما سبّل كلّ الانتفاع من الجسر والتّسقيف.

والقولُ بأنّ: حفظ غرض الواقف، واجبٌ مهما أمكن ولو بطل الوقف والغرض فيلزم العمل بالوقف، الأقربُ فالأقرب.

مدفوعٌ كما أجاب الشيخ عنه بأنّ حفظ دواعى الواقف وأغراضه لا يلزم بل ما يجب العمل به، الغرض الّذى دخل تحت الإنشاء.

على هذا، ايرادُ ابن إدريس رحمه الله على الشيخ الطوسى رحمه الله لا يرد ولا دليل على حمل كلام الشيخ الطوسى رحمه الله على صورةٍ أُخرى غير فرض ابن إدريس رحمه الله .

نعم، إن كان يرد على الشيخ رحمه الله شيء فهو أنّه إنْ كان مقصود الشيخ رحمه الله من قوله: «إنّ الإنتفاع بغير هذا الوجه، لا يمكن» انّه لو امكن انتفاعٌ آخر غيرُ انتفاعِ مورد نظر الواقف، كان يجب أن ينتفع ذلک الانتفاع.

يرد على الشيخ الطوسى رحمه الله هذا الايراد الّذى ذكرناه من أنّ عدم امكان الانتفاع بما اوقفه الواقف أوزال عنوان الوقف، يوجب البطلان سواءٌ امكنت المنفعة الأُخرى أم لا؟

فمجرّدُ امكان الانتفاع الآخر، ليس دليلاً على منع البيع.

الاشكالُ الوارد على شيخنا الأنصارىّ

امّا الّذى يُرِدُ على شيخنا الأنصارىّ فى هذه المسألة فهو أصل الفتوى وهو «الأقوى، المنع» على ما قلناه، محلُّ اشكالٍ وكذلک الاستظهارُ والاستفادة، ليس بصحيحٍ.

امّا بطلانُ أصل الفتوى فنقولُ فيه:

هل الشيخ رحمه الله جعل فرض النّخلة المنقلعة، من مصاديق هذه الصّورة أم كانت غير محلّ البحث ولكن الشيخ رحمه الله نظرهُ من ذكر فرض النّخلة المنقلعة الموقوفة هنا، الاستفادةُ لمسألة محلّ البحثِ.

بعبارةٍ اُخرى، مقصود الشيخ من كون العين الموقوفة تخرب بحيث تقلّ منفعتها بحيث تكون العين الموقوفة مخروبةً لا على نحوٍ يوجب زوال العنوان، وكانت المنفعة تقلّ، لا على الخراب بحثٌ سنتعرّض له فى المباحث الآتية.

ص: ٣٣٧

وان كان المقصودُ من الخراب، الخراب الّذى لا يُزِيلُ عنوان الوقف، والمقصود من قلّةِ المنفعة، قلّة المنفعة الّتى كانت موردا لنظر الواقف يعنى كان نظر الواقف، النّخلة لا المنفعة.

فقولُ الشيخ؛ فى عدم جواز البيع فى هذا الفرض فله وجهٌ لبقاء العنوان والثّمرة غاية الأمر، صارت الثّمرة إلى القلّة. ولكن الظّاهر من الشيخ، ليس مقصوده هذا الفرض.

وامّا ان كان فرض الشيخ، فرض ما إذا عرض للعين الموقوفة، الخراب بحيث زال العنوانُ وانتفت الثّمرةُ المنظورة ولكن تمكن المنفعة الاُخرى غاية الأمر تكون المنفعة الاُخرى قليلةً لا على حدٍّ يلحق بالمعدوم.

فالظّاهرُ من كلام الشيخ رحمه الله أنّ مراده، هذا الفرض لِاءَنَّ الشيخ رحمه الله قال فى الصّورة الثّانية، ما إذا عرض الخرابُ للدّار الموقوفة بحيث لا ينتفع بها إلاّ أن يجار لمنفعةٍ اُخرى كالمزبَلة ولكن هذه المنفعة فى مقابل المنفعة الّتى كان نظر الواقف بها كلا منفعةٍ وامّا فيما نحن فيه فتقلّ المنفعة بحيثُ لا تلحق بالمعدومِ.

وبالجملة، يُعْلَمُ من كلام الشيخ رحمه الله انّ فرض الشيخ، ليس الفرض الأوّل يعنى بقاء العنوان والثّمرة غاية الأمر عُرض له الخرابُ وعُرضت للمنفعة القلّة فإن كان مقصود الشيخ رحمه الله هذا الفرض ففتوى الشيخ كانت حقّا ولا يحتاج استنباطها من صورة النّخلة المنقلعة لِاءَنّ هنا، كانت المنفعةُ، محفوظةً فيلعم منه انّ مقصود الشيخ رحمه الله فرض النّخلة المنقلعة وكلّ فرضٍ يشابهها

من انّ المنفعة الخاصّة للواقف لا يمكن ولكن تمكن المنفعة الأُخرى ولو كانت قليلةً ولكن لا إلى حدٍّ يلحقها على المعدومِ.

ومقصوده من الخراب، لاأقلّ من كونه أعمّ من زوال العنوانِ فان كان مقصود الشيخ رحمه الله هذا الفرض كما هو الظّاهر من كلامه رحمه الله فيرد عليه ما اوردناه من أنّ هنا، مُوْجِبَيْنِ للبطلانِ.

أوّلهما، زوالُ العنوان والآخر انتفاع الثّمرة وأمّا امكان الثّمرة الأُخرى فهو لا يجعل الوقف الباطل صحيحا وملاحظة الأقرب إلى غرض الواقف، لا يلزم.

مُضافا إلى ذلک، يمكن أن يرد على شيخنا الأنصارى رحمه الله ، إشكالاً آخر وهو أنّ القلّة

ص: ٣٣٨

والكثرة، من الأُمور النّسبيّة فالمنفعة القليلة، كانت مالاً فى حدِّ نفسه وتترتّب عليه أحكامُ المالِ وقولنا أنّه كالعدم، إنّما هو بالمقايسة إلى المنفعة الكثيرة منها ولكن مجرّد وجود المنفعة فى حدّ نفسها، لا يكفى بل يمكن القول بانّ القلّة إنْ انتهى إلى حدٍّ فهى ولو كانت مالاً فى حدّ نفسها ومعتدّا بها ولكن إذا كانت القلّة بالنّسبة إلى وضع الموقوفة، تعدّ من تضييع المال، كان مجوّزا لبيعِ الوقف.

فبناءً عليه فى مثل النّخلة الموقوفة المنقلعة، الاستفادةُ منها فى التّسقيف والتّسجيرِ ولو كانت هذه المنفعة، منفعةً معتدّا بها فى حدّ نفسها ولكن بالنّسبة إلى المنفعة الّتى يمكن تحصيلها، تُعَدُّ فى حكم تضييع المال مع قطع النّظر عن تطبيق الموردين المجوّزين لبيع الوقف، من زوال العنوان وانتفاع الثّمرة.

فبناءً على هذا، الأقوى جواز البيع كما فى الصّورتين المذكورتين»(١).

الصورة الرابعة

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدّة وجود الموقوف عليه»(٢).

جوّز الشيخ المفيد(٣) بيع الوقف فى هذه الصورة أى إذا كان بيعه أعود وتبعه صاحبا الشرائع(٤) والقواعد(٥).

وقد نسب الشهيد(٦) والمحقّق الثانى(٧) هذا القول إلى المفيد.

ص: ٣٣٩

١- (١٣٥٥) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/(٤٤٩-٤٤٤).

٢- (١٣٥٦) المكاسب ٤/٧٨.

٣- (١٣٥٧) المقنعة /٦٥٢.

٤- (١٣٥٨) الشرائع ٢/١١، وعبارته: ويكون البيع أعود على الأظهر.

٥- (١٣٥٩) القواعد ٢/٢٣، وعبارته: ويكون البيع أعود.

٦- (١٣٦٠) الدروس ٢/٢٧٩.

٧- (١٣٦١) جامع المقاصد ٩/٦٨.

نعم حكى كاشف الرموز القول بعدم الجواز من أستاذه المحقّق ويقول: «وكان شيخنا يذهب إلى أن البيع لو كان خوف الخراب جائز وإن كان البيع أنفع لهم غير جائز وهذا وجه حسنٌ قريب»(١).

وأوّل العلاّمة فى التحرير(٢) كلام المفيد.

وعلى أىِّ حال المتسالم عليه بين الفقهاء عدم الجواز فى هذه الصورة كما قال الفخر: «عليه أكثر العلماء»(٣) وقال ابن فهد: «أنّ باقى الأصحاب على خلاف المفيد فى هذا الفرع»(٤).

وقال الشيخ الأعظم: «وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

والأقوى المنع مطلقا، وفاقا للأكثر، بل الكلّ»(٥).

العمومات والقاعدة تقتضى عدم جواز بيع الوقف ولكن قد استُدِلَ للمفيد فى جواز البيع بروايتين:

الأُولى: خبر جعفر بن حيان قال سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجلٍ وقف غلّةً له على قرابةٍ من أبيه، وقرابةٍ من أُمّه، وأوصى لرجلٍ ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابةٌ بثلاثمائة درهمٍ فى كلّ سنةٍ، ويقسم الباقى على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه؟

قال: جائزٌ للّذى أوصى له بذلك.

قلت: أ رأيت، إنْ لم يخرج من غلّة الأرض التى وقفها إلاّ خمسمائة درهمٍ؟

فقال: أ ليس فى وصيّته أنْ يعطى الّذى أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهمٍ، ويقسم الباقى على قرابته من أُمّه وقرابته من أبيه؟

١- (١٣٦٢) كشف الرموز ٥٤/٢.

٢- (١٣٦٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢٩٠/٣، مسألة ٤٦٤٣.

٣- (١٣٦٤) إيضاح الفوائد ٣٩٢/٢.

٤- (١٣٦٥) المهذب البارع ٦٤/٣.

٥- (١٣٦٦) المكاسب ٧٨/٤.

قلت: نعم.

قال: ليس لقرابته أنْ يأخذوا من الغلّة شيئا حتّى يوفّى الموصى له بثلاثمائة درهمٍ، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلک.

قلت: أ رأيت إنْ مات الّذى أوصى له؟

قال: إنْ مات كانت الثّلاثمائة درهمٍ لورثته يتوارثونها ما بقى أحد، فإذا انقطع ورثته، ولم يبق منهم أحدٌ، كانت الثّلاثمائة درهمٍ لقرابة الميّت تردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسم بينهم يتوارثون ذلک ما بقوا، وبقيت الغلّة.

قلت: فللورثة من قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟

قال: نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا.(١)

ورواه المشايخ الثّلاثة(٢) عن جعفر بن حيان أو جعفر بن حنان أو حسان.

وفى سنده مناقشة واضحة لأنّ جعفر بن حيان الصيرفى الكوفى امامى مجهول وجعفر بن حنّان أو حِسان مهملان فالسند ضعيف بجعفر الراوى الأخير الذى يروى عن الصادق عليه السلام .

وأمّا دلالته: قد ورد فى ذيله فى جواب سؤال: «فللورثة من قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ أجاب الإمام عليه السلام : «نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا».

فحينئذ جواز البيع مشروط بأُمور ثلاثة: ١ـ الحاجة ٢ـ رضا الجميع ٣ـ أن يكون خيرا لهم. ولكن المدعى أن يكون البيع أعود لهم وهو الاشتراط الأخير فقط فيكون الدليل أخص من المدعى هذا أوّلاً.

وثانيا: الأصحاب ـ قدس اللّه أسرارهم ـ أعرضوا عن هذا الخبر وإعراض المشهور

١- (١٣٦٧) الكافى ٤١٠/١٣، ح٢٩ (٣٥/٧) ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٩٠/١٩، ح٨، الباب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.
٢- (١٣٦٨) الفقيه ٢٤٢/٤، ح٥٥٧٧؛ التهذيب ١٣٣/٩، ح٥٦٥؛ الاستبصار ٩٩/٤، ح٣٨٢.

موهن لاعتبار الخبر بل إن لم يتم النسبة إلى المفيد بالتأويل الوارد فى كلام العلاّمة يكون مجمعا على اعراضه فيصير ساقطا عن الاعتبار كليّا.

وثالثا: الخبر مشتمل على أشياء تصير موجبة لوهنه ومن جملتها: «كيف تجتمع الوصية مع الوقف لكونهما من المتنافيين بداهة أنّ الوصية لو كانت قبل الوقف تكون باطلة بمجرد الوقف مثل ما إذا باع الموصى الشيء الموصى به، ولو كانت بعده فهى باطلة أيضا لأنّ الموصى به خارج عن ملكه، ولابدّ من أن يقال: إنّ المراد من الوصية الشرط يعنى أنّ الواقف شرط فى وقفه هكذا، وقد تطلق الوصية لغة وفى القرآن على الشرط مثل قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللّهُ»(١).

وأيضا ما الوجه لمنع الإمام عليه السلام عن تصرف الموقوف عليهم قبل إخراج ما أوصى به فى صورة عدم خروج الغلّة من الأرض إلاّ بمقدار خمسمائة درهم، بداهة أنّه لا مانع من التصرف فى الغلة وإخراجه بعد هذا، بل لو لم يفوا بالشرط أصلاً لم يكن تصرّفهم فى الغلّة حراما لأنّ اشتراط دفع المبلغ إلى الرجل لا يترتّب عليه إلاّ حكم تكليفى ولا يكون شريكا معهم فى الغلّة.

وأيضا أنّ ما حكم به الإمام عليه السلام بقوله: «إن مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته _ الى أن قال _ مابقى أحد منهم» لم نفهم المراد منه بعد ما ذكرنا من أنّه لابدّ من أن يراد من الوصية الشرط، بداهة أنّه على هذا يكون إعطاء ثلاثمائة درهم منوطا بوجود من شرط الاعطاء له، فإذن لا وجه لاعطائه لورثة المشروط له.

وأيضا أنّ ما حكم به بعد ذلک بقوله «فإن انقطع ورثته» الخ لم نفهم له وجها بداهة أنّه ولو فرضنا صحّة الوصية أيضا لا وجه لأن يكون الموصى به بعد انقراض ورثة الموصى له راجعا إلى قرابة الميّت الواقف، بداهة أنّه على هذا يكون ممّا لا وارث له فعليه يكون مالاً للإمام عليه السلام لأنّه عليه السلام وارث من لا وارث له»(۲).

ص: ۳٤۲

۱- (۱۳٦۹) سورة النساء /۱۱.

۲- (۱۳۷۰) التنقيح فی شرح المكاسب ۲/۲۹۰ و ۲۹۱.

ولكن يمكن أن يجاب فی جواب الإشكال الأخير: أنّ المراد من الوصية فی الخبر ليست الوصية المصطلحة الفقهية بل المراد بها معناها اللغوی وهو العهد والتوصية والتأكيد نحو قوله تعالى: «وَصّى بِها إِبْراهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يا بَنِيَّ إِنَّ اللّهَ اصْطَفى لَكُمُ الدِّينَ فَلا تَمُوتُنَّ إِلاّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ»(۱) وقوله تعالى: «وَوَصَّيْنَا الْأِنْسانَ بِوالِدَيْهِ إِحْسانا»(۲) و «أَوْصانِی بِالصَّلاةِ وَالزَّكاةِ ما دُمْتُ حَيًّا»(۳) وكما ورد فی وصية أميرالمؤمنين عليه السلام بسند صحيح: ثمّ إنّی أوصيک يا حسن وجميع أهل بيتی ووُلدی ومن بلغه كتابی بتقوى اللّه ربكم ولا تموتن إلاّ وأنتم مسلمون... أوصيكم بالضعيفين: النساء وما ملكت إيمانكم، الوصية.(٤)

ولو حملنا الوصية على معناها اللغوی يتم جميع ما ورد فی الخبر من دون أن يرد عليه الإشكال الأخير فتأمل فی المقام لأنّه حقيق بالتأمل.

الاحتمالات الواردة فی خبر جعفر بن حيان

اشارة

الاحتمالات الواردة متعددة أذكر لكم ستة منها على مايلی:

«إنّ فى الرواية المذكورة عبارتَيْنِ: إحداهما فى متن السّؤال والأُخرى فى جوابه.

وما يكون فى السّؤال من العبارة هكذا: «فللورثة من قرابة الميّت ان يَبيعُوا الأرض إن احتاجُوا ولم يكفهم ما يخرج من الغُلّةِ؟».

وجوابه: «نعم: إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيرا لهم، باعُوا».

إن قلت: لم يأت فى الجواب ما كان مذكورا فى السّؤالِ؟

قلت: تكتفى وتقتضى ما فى السّؤال، كلمة «نعم» حيث انّ معنى: «نعم» فى الحقيقة، تكرارُ الجملة السّابقة يعنى: نعم: «إن احتاجُوا وكان البيع خيرا لهم باعُوا».

احتمالٌ آخر فى «نعم» وهو ان «نعم» لا تكونُ تكرارا لجملة السّؤال بل تكرارٌ

١- (١٣٧١) سورة البقرة /١٣٢.

٢- (١٣٧٢) سورة الاحقاف /١٥.

٣- (١٣٧٣) سورة مريم /٣١.

٤- (١٣٧٤) الكافى ٤٥٣/١٣ و ٤٥٥، ح٧ (٥١/٧ و ٥٢).

للمحمول فقط فمعنى «نعم» على هذا الاحتمال: انّه يجوز إذا كان البيع خيرا فبناءً عليه، كان فى قوله عليه السلام : «نعم»، احتمالانِ:

الأوّل: انّه يجوزا لبيع إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة.

الثانی: الّذی کان علی خلاف الظّاهر هو انّ «نعم» لیس بمعنی تکرار الجملة بل تکرارٌ للمحمول فقط.

وفی معنی: «کان خیرا لهم» أیضا احتمالات ثلاثةٌ:

الأوّل: انّ قوله علیه السلام : «کان خیرا لهم» یعنی أنفعُ لهم من بقائه.

الثانی: انّ المراد من الخیر، مصلحةٌ کانت داعیةً لفعل الفاعل المختار.

الثالث: انّ المراد من الخیر، الاحتیاج یعنی «لو إحتاجوا باعوا» الاحتمالان الأخیران ذکرهما الشیخ رحمه الله .

فإذا لا حظنا هذه الاحتمالات الثّلاثة مع الاحتمالین المذکورین فی کلمة «نعم»، تصیرُ الاحتمالاتُ الحاصلةُ، ستّةً.

ومن المعلوم: انّ هذه الاحتمالات السّتة، لا تدلّ علی المطلوب إلاّ احتمالٌ واحدٌ وهو کون معنی الخیر، الأنفعیّة لا مصلحة الفاعل ولا بمعنی رفع الاحتیاج وعدم ورود الاحتیاج فی کون معنی الخیر، الأنفعیّة.

فإذا قلنا: أنّ معنی الخیر، الأنفعیّة لم یرد قید: «ان احتاجوا» الّذی کان موجودا فی السّؤال فی الجواب وکان کلمة «نعم» بمعنی أصل التّجویز لا بمعنی تکرار عبارة السّؤال وجملته بل تکرار محمول الجملة وهو «یجوز» ویشهد علی القول بانّ المراد من الخیر، الأنفع مضافا إلی ظاهر کلمة: «الخیر» فی الرّوایة، روایة الحمیری الّتی تأتی تفصیلها فیما بعدُ ووردت فیها عبارة: «کان ذلک أصلح» فمعنی الأصلح هو الخیرُ والأنفع.

ولکن لیس لنا دلیلٌ علی عدم ورود الاحتیاج الّذی ورد فی السّؤال، فی الجواب لانّ ظاهر «نعم» تکرار جملة السّؤال بالمرّة لا المحمولُ فقط وهو «یجوز» علیهذا، لا تدلّ

الرّواية على المطلوبِ»(١).

اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان

اعترض الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان بِخَمْسَةِ إشكالات.

الأوّل: ما مرّ من أنّ الدليل أخص من المدعى بتقريب: «أنّ الغرض من الإستدلال بخبر جعفر بن حيّان إثبات جواز بيع الوقف لمجرّد كونه أنفع، سواء إنضمّت جهة أُخرى _ من حاجة أو ضرورة شديدة _ إليه، أم لا. مع أنّ الخبر يدلّ على إناطة الجواز بحاجة الموقوف عليهم أيضا، لأنّ قوله عليه السلام : «نعم» ناظر إلى الجواز فى مفروض السؤال وهو الحاجة، لكنه عليه السلام ق_يّده بكونه أصلح لهم. ومقتضاه توقف نفوذ البيع على إجماع الأمرين، وبهذا يظهر عدم وفاء الخبر بإثبات المقصود.

نعم، لا بأس بالاستدلال به لمن يشترط الحاجة والأعودية كابن سعيد(٢) والشهيد(٣) _ قدس سرهما _ .

هذا مع الغضّ عن الشرط الآخر المذكور فى جوابه عليه السلام من اعتبار رضى الجميع، وإلاّ فيكون جواز البيع دائرا مدار أُمور ثلاثة: الاحتياج ورضا الجميع والأعودية. وعلى كلِّ حالٍ فلا تدلّ الرواية على كون المناط فى جواز البيع الأعودية بالاستقلال.

فإن قلت: يمكن إلغاء قيد «الحاجة» لكونه مأخوذا فى السؤال، لا فى جواب الإمام عليه السلام ... وأمّا قيد «رضى الكل» فهو إمّا ظاهر فى بيع تمام الوقف بمعنى رضا كل واحدٍ ببيع نصيبه، فلا دلالة فيه على اعتبار الاِجتماع حتّى بالنسبة إلى بيع بعض الوقف... .

قلت: لا مجال لإلغاء القيد هنا، لظهور «نعم» فى الجواز فى موضوع الحاجة، غايته زيادة الشرطين، لا تخطئة السائل فى أصل دخل الحاجة فى نفوذ البيع»(٤).

الثانى: ما مرّ من «أنّه يمكن إرادة مطلق النفع من «الخير» فى قوله عليه السلام : «وكان البيع

١- (١٣٧٥) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٥٥/٤ و ٤٥٦.
٢- (١٣٧٦) الجامع للشرائع /٣٧٢.
٣- (١٣٧٧) نزهة الناظر /٧٤.
٤- (١٣٧٨) هدى الطالب ٧٥/٧ و ٧٦.

خيرا لهم» فالمراد حينئذٍ: كون فعل البيع أرجح من تركه، كما هو ديدن العقلاء الذين لا يُقدِمون غالبا على فعلٍ إلاّ إذا كان أرجح من تركه. ومن المعلوم أنّ الأعودية بهذا المعنى ممّا لم يقل به أحد، لعدم كونها حينئذٍ شرطاُ تعبديا، بل أمرا إرتكازيا عقلائيّا.

وبعبارة أُخرى: المقصود من هذا الوجه إسقاط خبر جعفر عن الإعتبار بإبداء إحتمال آخر فى كلام الإمام عليه السلام لم يقل به أحد، فيشكل العمل به من جهة مخالفته للإجماع.

وتوضيحه: أنه عليه السلام عدل عمّا فرضه السائل _ من الحاجة إلى البيع _ إلى قوله عليه السلام : «إذا كان خيرا لهم». وهذه الجملة يحتمل كونها قيدا لجواز البيع، فتدل بمفهوم الجملة الشرطية على انتفاء الجواز بانتفاء الخير، كما هو مبنى الاستدلال. ويحتمل كونها مبيِّنةً للموضوع بمعنى أنه عليه السلام جوّز بيعَ الوقف، ولم يعلّقه على كونه أصلح بحال الموقوف عليه، وإنّما أتى بجملة «إذا كان خيرا» تمهيدا لذِكر الجواب، وهو «باعوا فى مورد حاجتهم» وتنبيها على أن رعاية الخير والصلاح يكون من قبيل الداعى الذى يلاحظه العقلاء فى معاملاتهم وأفعالهم الإختيارية، حيث إن إقدامهم

على المعاملة مطلقا _ سواء أكان المبيع وقفا أو ملكا طلقا _ وترجيح الفعل على الترك منوط عادةً برعاية النفع والمصلحة، ومن المعلوم أنّ هذا الأمر الإرتكازى العقلائى لا يتوقف على بيان الشارع.

وعليه تكون هذه الشرطية «إذا كان خيرا باعوا» نظير الجمل الشرطية المسوقة لبيان الموضوع، وقد تقرر عدم إنعقاد المفهوم لها، لكون السلب فيها بإنتفاء الموضوع، لا المحمول، فكأنّه عليه السلام قال: «إذا كان فى بيع الوقف نفعٌ ليس فى عدمه، فليبيعوا، لأنّهم لا يُقدمون على فعل إختيارى إلاّ أن يكون فيه الصلاح والخير». ومعناه عدم كون النفع شرطا تعبُّديّا لجواز بيع الوقف، بل هو إرشاد إلى أمرٍ إرتكازى.

وبناءً على هذا الإحتمال يجوز بيع الوقف بمجرّد إقترانه بالمنفعة. وهذا مخالف للإجماع، لعدم إلتزامهم بكفاية مطلق النفع فى البيع، وإنّما يقع البحث فى جواز البيع إن كان أنفع بعد وجود النفع فهى وعدمه، هذا.

فإن قلت: يمكن منع احتمال إرادة مطلق الخير والنفع من قوله عليه السلام : «خيرا لهم»

ص: ٣٤٦

وذلک بقرينة سبق السؤال عمّا إذا كان البيع أصلح، فالمتحصل من الجواب إناطة الجواز بكون البيع أنفع من تركه، وعدم كفاية مطلق الخير الموجب لحدوث إرادة البيع وإختياره على تركه.

وعليه ينطبق جوابه عليه السلام على ما نحن فيه من جواز بيع الوقف إن كان أنفع.

قلتُ: لا سبيل لمنع الإحتمال المزبور، إذ كما يمكن جعل كلمة «الأصلح» قرينةً على المراد من الخير، فكذا العكس أى قرينية «الخير ومطلق النفع» على ما يراد من «الأصلح» ويكون الجواب حينئذٍ واردا مورد السؤال، وليس أجنبيّا عنه.

وعليه فلا شاهد لسدِّ باب الإحتمال المزبور، وهو موجب لطرح الخبر، لمخالفته للإجماع»(١).

الثالث: أنّ المراد من ««الخير» _ بقرينة السؤال _ يمكن أن يراد به رفع الحاجة المفروضة فى كلام السائل، فيكون المسوِّغ للبيع حينئذٍ رفع حاجة الموقوف عليهم، لا كون البيع أعود لهم، فيكون ظاهر الرواية غير مطابق للدعوى، فلا يمكن الإستدلال بها عليه.

وبعبارة أُخرى: يحتمل فى قوله عليه السلام : «وكان خيرا باعوا» _ من جهة كونه مسبوقا بالسؤال عن حكم حاجة الموقوف عليهم وعدم كفاية غلّة الموقوفة لمؤونتهم _ إرادةُ رفع الحاجة المفروضة فى كلام السائل، لا زيادة المنفعة. فكأنّه عليه السلام قال: «وكان البيعُ وافيا بالحاجة باعوا» وهذه الحاجة محتملة لأمرين:

أحد هما: أن يكون احتياج الموقوف عليهم إلى نفس ثمن الموقوفة ليُصرف فى شؤونهم، فيكون تجويز البيع ناظرا إلى كون التصرف فى نفس الثمن أنفع _ فى رفع الحاجة _ من إبقاء العين والإنتفاع بالغلّة غير الوافية لهم. بناءً على هذا الإحتمال تصلح الرواية للإستدلال بها فى الصورة الخامسة الآتية، وهى البيع لرفع الحاجة.

ثانيهما: أن يكون احتياجهم إلى نفع زائدٍ لتفى الغلّة بمؤونتهم، بأن يكون الباعث

١- (١٣٧٩) هدى الطالب ٧/(٧٨-٧٦).

على البيع تكميل النفع حتّى يفى بها، وهذا ينطبق على الصورة الرابعة من تبديل العين بما يكون الإنتفاع به أزيد.

وليس الخبر ظاهرا فى الاِحتمال الثانى ليكون دليلاً على جواز البيع فى الصورة الرابعة، فيحتمل أن يراد به الإحتمال الأوّل، فيصير مدلوله أجنبيّا عمّا نحن فيه، هذا»(١).

الرابع: إنّ الأصحاب أعرضوا عن خبر جعفر بن حيان لعدم الظفر على القائل بمضمونها فلا يمكن الاستناد إليه بجهة إعراض الأصحاب ويصير موهونا.

الخامس: الخبر محمول على الوقف المنقطع الآخر لا الوقف المؤبّد _ الذى نحن بصدد جواز بيعه هنا _ «وذلک لإقتصار الواقف _ كما ذَكَره السائل _ على قرابة الأب والأُمّ ممّا ظاهره إنقطاع الوقف، وعدم تعرض الواقف لمثل قوله: «فإن انقرضوا فهى لذوى الحاجة من المسلمين». فالإقتصار على ذكر الأعقاب يدل على كون الوقف منقطعا مؤبّدا فلا تكون الرواية دليلاً على المدّعى، وهو بيع الوقف المؤبّد.

قال العلاّمة فى التذكرة والمختلف بعد نقل الخبر: «فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأبيد»(٢)»(٣).

ثمّ أجاب الشيخ لاعظم عن هذا الاشكال الأخير بأنّ «اقتصار السائل _ فى مقام حكاية فعل الواقف _ على ذِكر خصوص قرابة الأب وقرابة الأُم، وعدم تعقيبه بمثل «فإن انقرضوا... لا يشهد بانقطاع الوقف، لأعميته منه، إذ قد يُقتصر فى المؤبّد على ذِكر صنفٍ من الموقوف عليهم كالأولاد من دون تعيين مآل الوقف لو إنقرضوا.

١- (١٣٨٠) هدى الطالب ٧٩/٧ و ٨٠.

٢- (١٣٨١) مختلف الشيعة ٢٨٩/٦؛ تذكرة الفقهاء ٢٥٣/٢٠؛ ونسبه صاحب المقابس إلى الفاضل المقداد وأبى العبّاس ابن فهد والصيمرى أيضا، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، /٥٠؛ التنقيح الرائع ٣٢٩/٢؛ المهذب البارع ٦٧/٣؛ غاية المرام ٤٨٧/١؛ واستظهره صاحب الجواهر أيضا وإن عبّر عن الرواية بالمكاتبة، فراجع جواهر الكلام ٥٩٩/٢٣ (٣٧٢/٢٢ و ٣٧٣).

٣- (١٣٨٢) هدى الطالب ٨٠/٧.

وحيث كان الإقتصار متعارفا فى كلا قسمى الوقف، أمكن التمسک بالإطلاق الناشى من ترک الاِستفصال، إذ لو إختلف حكمُ الوقف المنقطع _ فى جواز البيع عند الحاجة _ عن المؤبد كان المناسب أن يُكلّف السائل تعيين كون الوقف المزبور موقتا أو مؤبّدا. ولمّا لم يستفصل الإمام عليه السلام وبيّن الحكم بقوله: «نعم إذا رضوا كلّهم وكان خيرا لهم باعوا» كشفَ عن اتّحاد قسمى الوقف فى جواز البيع إن كان خيرا للموقوف عليهم.

وهذا الجواب أفاده المحقّق الثانى، وإرتضاه جمعٌ منهم صاحب المقابس، فقال: «ويحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيرة العامة إحالة على ظهورها، أو لعدم تعلق غرضٍ فى أوّل السؤال بذكرها. ومثل ذلک شائع فى الإستعمال. ولمّا كانت حكاية الحال محتملة، وترک الإستفصال فى الجواب، كان دليلاً على العموم، كما تقدّم عن المحقّق الكركى(١). وليس ببعيد وإن كان ظاهر اللفظ يساعد الأوّل، وهو الإنقطاع»(٢)»(٣).

ولذا قال الشيخ الأعظم فى آخر كلامه: «وكيف كان ففى الاستدلال بالرواية _ خبر جعفر بن حيان _ مع ما فيها من الاشكال _ على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال»(٤).

الثانية: مكاتبة الحميرى فى التوقيع المروى عن صاحب الزمان _ عجل اللّه تعالى فرجه الشريف _ أنّه كتب إليه: روى عن الفقيه(٥) فى بيع الوقف خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلک لصالح لهم أن يبيعوه، فهل يجوز إن يشترى من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلاّ أن يجتمعوا كلّهم على ذلک؟ وعن الوقف الذى لا يجوز بيعه؟

فأجاب: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وان كان على قوم من

١- (١٣٨٣) جامع المقاصد ٧٠/٩.

٢- (١٣٨٤) مقابس الأنوار، كتاب البيع /٥٠.

٣- (١٣٨٥) هدى الطالب ٨١/٧ و ٨٢.

٤- (١٣٨٦) المكاسب ٨٢/٤.

٥- (١٣٨٧) فى وسائل الشيعة: عن الصادق عليه السلام .

المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء اللّه(١)

هذه المكاتبة مرسلة سندا لأنّ أبامنصور الطبرسى لم يذكر سنده إلى الحميرى.

وأمّا تقريب دلالتها:

اشارة

إنّ قوله _ عجل اللّه تعالى فرجه الشريف _ : «فليبع كلّ قومٍ ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء اللّه» يحتمل ثلاثة وجوه:

«أحدها: أن يكون تجويز بيع البعض لحصته من الوقف مشروطا بكونه أعود وأنفع للموقوف عليه. ومنشأ هذا الإحتمال كون جواب الإمام عليه السلام ناظرا للسؤال، وصدوره فى مورد فرض السائل أصلحية البيع، لقوله: «وكان ذلک أصلح».

وعليه فلا منافاة بين هذه المكاتبة وبين رواية جعفر المجوِّزة للبيع إذا كان أنفع وأصلح، فهما متوافقتان فى الحكم.

ثانيها: أن يكون تجويز بيع البعض مطلقا وغير مقيّدٍ بكونه أنفع، لعدم ورود قيد «الأصلح» فى جواب الإمام عليه السلام ، وإنّما ورد فى سؤال السائل، والعبرة بإطلاق الجواب، لإحتمال عدم دخل «الأصلح» فى جواز بيع كل واحدٍ من أهل الوقف حصّته.

وبناءً على هذا الوجه يقع التنافى بين جواز البيع مطلقا _ سواء أكان أنفع أم لا _ وبين مفهوم الجملة الشرطية فى قوله عليه السلام فى خبر جعفر «إذا رضوا كلهم وكان البيعُ خيرا لهم» لظهوره فى إنتفاء الجواز بإنتفاء رضا الكل، أو بإنتفاء خيرية البيع.

ويرتفع التنافى بتقييد إطلاق البيع _ فى المكاتبة _ بمفهوم رواية جعفر، ونتيجة التقييد إختصاص جواز البيع بكونه أنفع»(٢).

ثالثها: الحميرى بعد فرض جواز بيع الوقف إذا كان أصلح للموقوف عليهم يسأل جواز الشراء منهم إن لم يجتمعوا كلّهم، أى جواز شراء حصة بعضهم أو أنّ الشراء لابدّ أن يكون من كلّهم دفعة واحدة؟

١- (١٣٨٨) الاحتجاج ٤٩٠/٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٩١/١٩، ح١٩، الباب ٦ من .بواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (١٣٨٩) هدى الطالب ٧٢/٧.

وأجابه الإمام عليه السلام بجواز الشراء منهم مجتمعين أم متفرقين، وبهذه الإجابة قررّه ما ذكره الحميرى من جواز البيع إذا كان أصلح للموقوف عليهم.

وهذا الوجه أحسن من سابقيه وبهذا التقريب تمت دلالة مكاتبة الحميرى على الصورة الرابعة.

الاشكال على دلالة مكاتبة الحميرى

قال الشيخ الأعظم: «وممّا ذكرنا [من الاشكال على خبر جعفر بن حيان] يظهر الجواب عن رواية الحميرى»(١).

مراده: جريان الاشكال الثانى _ وهو إرادة مطلق النفع من كلمة «الأصلح» الواردة فى رواية الحميرى _ والاشكال الرابع _ وهو اعراض الأصحاب _ فيها.

الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروايتين

الأوّل: «أن مقتضى عنوان المسألة والدليل عليه إختصاص الثمن بالبطن الموجود. وهذا مخالف لما تقدم فى الصورة الأُولى من أن الموقوفة ملك فعلى للموجود وشأنى للمعدوم، ومقتضى المعاوضة الشركة وتعلق حقّ المعدومين بالثمن على حدٍّ تعلقه بالمثمن. وبهذا يظهر مخالفة الخبرين للقواعد المسلّمة، هذا»(٢).

الثانى: لو سُلِّم دلالة الروايتين على جواز البيع وصرف الثمن فى مؤونة الموجودين، كشف هذا التجويز عن ترخيص الشارع لهم فى إسقاط حقِّ الطبقات المتأخرة آنا قبل البيع، وبطلان الوقف، فيقع النقل على العين المختصة بالموجودين، ولازمه إختصاص الثمن بهم، لعدم ما يوجب شركة المعدومين فيه حينئذٍ.

ونظيرُ إسقاط حقّ اللاحقين ما ذكروه فى التملك الآنى فى تصرف ذى الخيار والواهب فيما يتوقف على الملك، كما إذا باع الواهب ما وهبه للغير، فإنّ مقتضى توقف البيع على الملك عود المال إلى ملكه آنا _ وتحقق الرجوع عن الهبة _ ليقع البيع فى

١- (١٣٩٠) المكاسب ٨٢/٤.

٢- (١٣٩١) هدى الطالب ٨٦/٧.

ملكه»(١).

وهذا مستحيل لأنّ البيع على المال المشترک يقتضى أن يكون الثمن مشتركا بينهم لا مختصا بالبطن الموجود.

فذلكة الكلام فى نقد دلالة المكاتبة

إنّ المكاتبة «ليست فى مقام بيان ما هو المجوّز لبيع الوقف بل فى مقام بيان أنّ أىّ وقف يصحّ بيعه بعد عروض المسوّغ وهى ساكتة من بيان ما هو المجوّز والمسوّغ. وبعبارة واضحة أنّ الرواية فى مقام بيان أنّ بيع الوقف مع فرض وجود المسوّغ له هل يصحّ من بعض الموقوف عليهم أو يعتبر فى جوازه اجتماعهم عليه، وأمّا ما يكون مجوّزا أو مسوّغا فليست فى مقام بيانه وعلى فرض التسليم إنّما تدلّ على جواز بيع الوقف مطلقا لأنّ الأصلحية إنّما ذكرت فى كلام السائل فلا توجب تقييدا.

سلّمنا كونها قيدا للحكم إلاّ أنّ المراد بها على ما يظهر من إسناد البيع إلى أرباب الوقف كون البيع أصلح بحالهم لا بحال جميع البطون، وبيع الوقف وتملّک ثمنه يكون أعود وأنفع لهم دائما، فالمستفاد من الرواية على هذا جواز بيع الوقف للبطون الموجودة فى جميع الموارد، فيحنئذ لا تكون أخصّ من أدلّة منع بيع الوقف بل يكون بينهما التباين فتتعارضان، وبديهى أنّ تلک الروايات المانعة عن بيع الوقف متقدّمة على رواية الحميرى لضعفها سندا.

مضافا إلى أنّ انقلاب النسبة يجعل تلک الروايات المانعة أخصّ من رواية الحميرى، وذلک لأنّ الروايات المانعة بعد ما خصّصت بما يدلّ على جواز بيع الوقف عند خرابه وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه تختصّ بغير صورة خراب الوقف فتكون أخصّ فتقيّد بها رواية الحميرى.

ولو أغمضنا النظر عن جميع ذلک أنّ الرواية تدلّ على شىء لم يفت به أحد ويقطع

١- (١٣٩٢) هدى الطالب ٨٧/٧.

بخلافه وهى عبارة عمّا ذكر الشيخ(١) قدس سره من أنّ الظاهر منها أن يكون الثمن بعد البيع ملكا للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا، فعليه لا يمكن الاستدلال بها فى المقام كما لا يخفى فافهم»(٢).

وهذا تمام الكلام فى الصورة الرابعة والحمدللّه.

الصورة الخامسة

اشارة

«أن يلحق الموقوفَ عليهم ضرورةٍ شديدةٍ»(٣). أى حاجةٌ ضروريةٌ.

وقد أفتى بجواز بيع الوقف فى هذه الصورة أرباب الكتب التالية: «المقنعة(٤) والانتصار(٥) والمراسم(٦) والنهاية(٧) والمبسوط(٨) وفقه الراوندى(٩) والوسيلة(١٠) والواسطة(١١) على ما حكى(١٢) عنها والغنية(١٣) وفى الانتصار(١٤) والغنية(١٥) وظاهر

١- (١٣٩٣) المكاسب ٨٢/٤.

٢- (١٣٩٤) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٩٢/٢.

٣- (١٣٩٥) المكاسب ٨٣/٤.

٤- (١٣٩٦) المقنعة: فى الوقوف والصدقات /٦٥٢.

٥- (١٣٩٧) الانتصار: فى بيع الوقف /٤٦٨ و ٤٦٩.

٦- (١٣٩٨) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات /١٩٧.

٧- (١٣٩٩) النهاية: فى الوقوف والصدقات /٦٠٠.

٨- (١٤٠٠) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

٩- (١٤٠١) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

١٠- (١٤٠٢) الوسيلة: فى أحكام الوقف /٣٧٠.

١١- (١٤٠٣) لأبى جعفر محمّدبن علىّ بن حمزة المشهدى الطوسى، ولا يوجد كتابه لدينا.

١٢- (١٤٠٤) نقله عناه الشهيد فى غاية المراد: فى شرائط العوضين ٢٥/٢.

١٣- (١٤٠٥) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٨.

١٤- (١٤٠٦) الانتصار: فى بيع الوقف /٤٦٨ و ٤٦٩.

١٥- (١٤٠٧) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٨.

المبسوط(١) وفقه القرآن(٢) الإجماع على ذلک. وفى النهاية(٣) وجامع الشرائع(٤) وتعليق الإرشاد(٥) زيادة كون البيع أعود، وفى المبسوط(٦) وفقه القرآن(٧) والوسيلة(٨) تقييد الحاجة بكونها شديدة لا يمكن القيام معها به. وظاهر الأوّلين الإجماع عليه كما عرفت. ونفى عن هذه القول البعد فى جامع المقاصد(٩). وفى مجمع البرهان أنّه يدلّ عليه الأخبار والاعتبار(١٠)، لكنّه بعد ذلک تأمّل فيه. وقد استجوده فى غاية المراد(١١) لأنّه استجود العمل بالرواية(١٢) الدالّة عليه وعوّل فى الدروس(١٣) على ما رجّحه فى غاية المراد»(١٤).

ولكن المسألة ذات قولين وجماعة من الأصحاب لم يستثنِ هذه الصورة من أدلة منع بيع الوقف كالإسكافى والصدوق والقاضى وابن إدريس الحلى والمحقّق والعلاّمة والصميرى وغيرهم.

دليل القائلين بالجواز

١_ الإجماع الوارد فى كلمات الشريف المرتضى والسيّد ابن زُهْرَةَ وظاهر الشيخ

١- (١٤٠٨) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

٢- (١٤٠٩) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.
٣- (١٤١٠) النهاية: فى الوقوف والصدقات /٦٠٠.
٤- (١٤١١) لم نجد هذه العبارة فى الجامع للشرائع لا فى باب البيع ولا فى الوقف، فراجع.
٥- (١٤١٢) لم نعثر عليه فى حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركى وآثاره) ٣٣٩/٩ و ٤٨٦، فراجع.
٦- (١٤١٣) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.
٧- (١٤١٤) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.
٨- (١٤١٥) الوسيلة: فى أحكام الوقف /٣٧٠.
٩- (١٤١٦) جامع المقاصد: فى الوقف ٧٠/٩.
١٠- (١٤١٧) مجمع الفائدة والبرهان: فى شرائط العوضين ١٦٩/٨.
١١- (١٤١٨) غاية المراد: فى شرائط العوضين ٣٠/٢.
١٢- (١٤١٩) وسائل الشيعة ١٩٠/١٩، ح٨، باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.
١٣- (١٤٢٠) الدروس الشرعية: فى الوقف ٢٧٩/٢.
١٤- (١٤٢١) مفتاح الكرامة ٦٩٠/٢١.

والراوندى كما مرّ.

ويرد عليه: أوّلاً: «أنّ الخروج عن قاعدة عدم جواز بيع الوقف منوط بحجة شرعية كما تحققت فى الصورة الأُولى. ولكن الإجماعين المنقولين قاصران عن تخصيص كبرى «لا يجوز بيع الوقف» ولا أقلّ من شبهة كونهما مدركيّين، لإحتمال إستناد المجمعين _ لو سُلِّم إتفاق الفقهاء على الجواز _ إلى مثل رواية جعفر [بن حيان] القاصرة دلالةً.

وثانيا: أنّ مجوِّزى البيع للضرورة الشديدة يخصّون الثمن بالبطن البائع، مع إقتضاء المعاوضة إشتراكه بين الموجود واللاحق. فالخروج عمّا يقتضيه المبادلة _ بالإجماعين المزبورين _ مشكل.

وثالثا: منع صغرى الإجماع، لعدم إتفاق الأصحاب على الجواز، ومعه كيف تتجه دعوى الإجماع عليه؟ وهذا المنع مذهب جماعة من القدماء كالاسكافى، ونسب إلى الصدوق والقاضى والحلى، وكذا المتأخرين كالمحقّق والعلاّمة وغيرهم.

ورابعا: أن المنع ليس فتوى جماعةٍ معدودة حتّى لا تقدح فى إجماع السيّدين، بل هو فتوى الكلّ، على ما إدّعاه الحلّى، وحينئذٍ يتعارض إجماع الجواز مع إجماع المنع، وحيث لا مرجّح لأحدهما فيتساقطان، ولا يبقى حجة على جواز البيع»(١).

وخامسا: «ما ثبت فى محلّه من أنّه لا يمكن الاعتماد على إجماعات السيّد المرتضى وابن زهرة _ رحمهما اللّه تعالى _ .

وسادسا: إنّ هذا الإجماع إجماعٌ منقول، ولا يمكن من خلاله إثبات السبب، فضلاً عن أنّه إذا كان مثبتا للمسبّب عُدَّ إخبارا حدسيّا عن رأى الإمام عليه السلام ، وقد ثبت فى مبحث حجّية الخبر أنّ أدلّة حجّية الخبر لا تشمل الأخبار الحدسيّة»(٢).

٢_ خبر جعفر بن حيان(٣)

١- (١٤٢٢) هدى الطالب ٩٤/٧ و ٩٥.

٢- (١٤٢٣) العقد النضيد ٢٩/٥.

٣- (١٤٢٤) وسائل الشيعة ١٩٠/١٩، ح٨.

المتقدم آنفا(١) ومرّ ضعف إسناده والاحتمالات الستة فيه منّا والاشكالات السبعة عليه من الشيخ الأعظم فى دلالته فلا نعيدها.

ومضافا عليها قال الشيخ الأعظم فى الرد عليه: «أنّ ظاهر الرواية أنّه يكفى فى البيع عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعى. والمأخوذ فى عبائر من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة، وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيرا ولا يتّفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه. وقد يتّفق الحاجة والضرورة الشديدة فى بعض الأوقاف لمن يقدر على مؤونة سنته، فالرواية بظاهرها غير معمول بها.

مع أنّه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرّد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة»(٢). ولم يقل به أحد.

دليل القائلين بالمنع

استدلوا بدليلين:

«الدليل الأوّل: اقتضاء الدليل العام والنصّ الخاصّ عدم جواز بيع الوقف، فإطلاق عموم قوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»، ونصّ قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» يدلاّن على ممنوعيّة بيع الوقف، سواءً عرض للموقوف عليهم الحاجة الشديدة أم لا.

الدليل الثانى: المتّفق عليه أنّ العين الموقوفة _ سواءً التزمنا بأنّ حقيقة الوقف التمليک على البطون مرتّبا، أو الحبس على البطون _ تعدّ ملكا غير طلق، ممّا يعنى أنّ الملكيّة لم تختصّ بها الطبقة الموجودة، بل هى ملكيّة فعليّة للموجودين وشأنيّة للطبقات اللاّحقة، أو أنّ للجميع الحقّ فيها، فبيع العين الموقوفة لعروض الحاجة الشديدة للبطن

١- (١٤٢٥) راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٠.

٢- (١٤٢٦) المكاسب ٨٣/٤.

الموجود، يعدّ سببا لتضييع حقّ البطون المتأخّرة، ولذلک يعدّ بيعها باطلاً.

وخلاصة الكلام: ثبت أنّ الحكم الصحيح فى هذه الصورة، هى حرمة بيع الوقف لحاجة الموقوف عليهم وضعا وتكليفا»(١) والحمدللّه العالم بأحكامه.

الصورة السادسة

اشارة

«أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحةٍ خاصّةٍ على حسب ما يشترط»(٢).

و«هذه الصورة من الصور الصعبة والمهمّة، ولذلک يقتضى المقام أوّلاً تحديد المسألة، وشرح ما يتعلّق بموضوع النزاع فيها.

أمّا المسألة فهى ما إذا قام الواقف حين وقف العين بإدخال شرطٍ ضمن الإنشاء، يجيز بذلک بيع العين إذا عرضت حاجة شديدة للموقوف عليهم، أو حصلت مصلحة اُخرى.

وأمّا النزاع فيدور حول تصحيح هذا الشرط، وعن أنّه هل يعدّ ذلک مسوّغا لبيع العين الموقوفة أم لا؟»(٣).

الظاهر «أنّ المقصود من شرط البيع هو أن يشترط الواقف فى صيغة الوقف سلطنة الموقوف عليهم على إبطال الوقف بالبيع عند حاجتهم الشديدة إلى ثمنه، أو إذا إقتضته مصلحةُ البطن الموجود خاصة أو مصلحة البطون، كأن يقول: «وقفتُ الدار على ذريتى وشرطتُ عليهم بيعها إن كان أعود لهم أو إحتاجوا إلى ذلک، أو إقتضت مصلحتهم تبديل الوقف بعين اُخرى. أو إذا آلت إلى الخراب» أو نحو ذلک ممّا يكون بنفسه _ ومع الغضِّ عن الشرط _ مجوِّزا للبيع.

وليس المقصود من الشرط جواز بيعها لنفس الواقف إذا إحتاج إلى ثمنها. وذلک لبطلان شرط الرجوع فی الصدقة المتقرب بها إليه تعالى.

ص: ٣٥٧

١- (١٤٢٧) العقد النضيد ٣٠/٥ و ٣١.

٢- (١٤٢٨) المكاسب ٨٤/٤.

٣- (١٤٢٩) العقد النضيد ٣٢/٥.

الثانی: الظاهر عدم تعرُّض مَن سبق العلاّمة لحكم هذه الصورة، بشهادة عدم ورودها فی الأقوال المنقولة أوائل المسألة، ولم ينسبها السيّدُ العاملی(١) قدس سره إلى مَن تقدّم على العلاّمة. نعم، نسب صاحبُ المقابس(٢) إلى الحلبی(٣) جواز إشتراطه فی الوقف المنقطع لا المؤبّد، فراجع»(٤).

الأقوال فی المسألة

الأقوال فی المسألة خمسة ابتداءً.

«الأوّل: نفوذ الشرط وجواز البيع، ذهب إليه العلاّمة فی الإرشاد(٥)، والشهيدان(٦)، وهو مختار الشيخ الأعظم(٧) قدس سره وجماعة كأصحاب مفتاح الكرامة(٨) والمقابس(٩) والجواهر(١٠) قدس سرهم .

الثانی: الإشكال فی صحة هذا الشرط كما هو صريح القواعد.(١١)

الثالث: تفصيل المحقّق الثانی بين كون الشرط عروض المسوِّغ للبيع فيجوز، وبين مطلق المصلحة فلا يجوز.(١٢)

الرابع: فساد الشرط، وعدم جواز البيع بحالٍ، كما هو مذهب المانع عن بيع الوقف

ص: ٣٥٨

١- (١٤٣٠) مفتاح الكرامة ٧٠٧/٢١.

٢- (١٤٣١) مقابس الأنوار، كتاب البيع /٦٣.

٣- (١٤٣٢) الكافى فى الفقه /٣٢٥.

٤- (١٤٣٣) هدى الطالب ٩٦/٧.

٥- (١٤٣٤) إرشاد الأذهان ٤٥٥/١.

٦- (١٤٣٥) الدروس الشرعية ٢٧٩/٢؛ غاية المراد ٤٥٢/٢.

٧- (١٤٣٦) المكاسب ٨٦/٤.

٨- (١٤٣٧) مفتاح الكرامة ٧٠٨/٢١.

٩- (١٤٣٨) مقابس الأنوار، كتاب البيع /٦٣.

١٠- (١٤٣٩) الجواهر ٢٤٠/٢٩ (١١٣/٢٨).

١١- (١٤٤٠) القواعد ٣٩٥/٢.

١٢- (١٤٤١) جامع المقاصد ٧٣/٩.

مطلقا أو فى خصوص المقام، بزعم منافاة هذا الشرط لمقتضى الوقف وحقيقته، أو مخالفته للكتاب والسنة»(١).

والخامس: فساد الشرط مع كونه مفسدا للوقف أيضا أعنى سراية الفساد من الشرط إلى العقد.

ولكن أنت ترى بأنّ التفصيل ليس بتفصيل حقيقة لأنّ «حاصل التفصيل جواز البيع عند الشرط فى الموارد التى يجوز بيعه فيها لأنّ الشرط على هذا يكون مؤكّدا لجواز البيع، وعدم الجواز فى الموارد

التى لا يجوز بيعه لكون الشرط باطلاً، وهو كماترى ليس تفصيلاً فى المقام، لأنّ مورد الكلام أن يستند جواز البيع إلى نفس الشرط كما لا يخفى»(٢).

وبعد نفى استقلال القول الثالث ترجع الأقوال إلى أربعة.

ما المراد من الشرط هنا؟

المقصود من الشرط فى المقام «معنى أعمّ من الشرط المصطلح؛ أى مطلق القرار والجعل، فإنّ الوقف [إن كان من] منن الإيقاعات لا يحتاج إلى القبول، وإن كان مع نفوذ قراره لا يجوز للموقوف عليهم التخطّى عنه، وليس دليل نفوذه أدلّة نفوذ الشرط إلاّ على بعض الوجوه، بل الدليل هو قاعدة تسلّط النّاس على أموالهم(٣) وقوله عليه السلام : «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(٤).

نعم، قد يقف على شخص أو أشخاص، ويشترط عليهم أن يبيعوه عند عروض عارض، ويعملوا فى ثمنه بما اشترط، فلابدّ فى نفوذه عليهم من القبول إن قلنا: بخروج الشرط فى مثله عن كونه من الشروط الابتدائيّة كما لا يبعد، وحينئذٍ يكون دليل النفوذ

١- (١٤٤٢)هدى الطالب ٩٧/٧.

٢- (١٤٤٣) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٩٤/٢.

٣- (١٤٤٤) عوالى اللآلى ٢٢٢/١، ح٩٩ و ٤٥٧/١، ١٩٨؛ بحارالأنوار ٢٧٢/٢، ح٧.

٤- (١٤٤٥) الفقيه ١٧٦/٤، ح٦٢٠؛ تهذيب الأحكام ١٢٩/٩، ح٥٥٥؛ وسائل الشيعة ١٧٦/١٩-١٧٥)؛ كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٢، ح١ و ٢.

أدلّة الشروط»(١).

هذه الصورة على اختلاف المبانى

مبنى المختار

بناءً على مبنى المختار من المخالفة الذاتية والاختلاف الماهوى بين البيع والوقف، هل اشتراط بيع الوقف عند الحاجة يكون منافيا لمقتضى العقد فيحكم ببطلانه؟

يمكن أن يقال: «إنّ الشرط إن كان بنحو أن يكون البدل أيضا كالمبدل وقفا فهذا ليس مخالفا لمقتضى العقد بل الشرط حينئذ يكون مقيّدا لإطلاق الوقف من جهة أنّ مقتضى إطلاقه تحبيس العين عن الحركة بالأسباب الاختيارية، والشرط أيضا موافق لهذا المقتضى إلاّ من جهة خاصّة وهى عبارة عن جواز تبديل العين وجعل بدلها كالمبدل وقفا، وهذا أيضا لا مانع منه كما ذكرناه مرارا وفى خصوص ذكر كلام صاحب الجواهر قدس سره .

وإن كان الشرط بنحو أن يصير ثمن العين الموقوفة بعد بيعها ملكا طلقا للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا فهو فاسد لأنّه مخالف لمفهوم المبادلة المعوّض من جميع الجهات، ولمّا كان المعوّض ملكا غير طلق فلابدّ أن يكون العوض أيضا هكذا، نعم لو كان مفاد الشرط بطلان الوقف قبل البيع وكون الوقف ملكا طلقا للموجودين منهم ثمّ يبيعونه كما هو الظاهر من الشرط فلا يكون مخالفا لمقتضى الوقف إلاّ من حيث التأبيد، ولكن الظاهر أنّ التأبيد ليس مقتضى عقد الوقف ومن مقوّماته بل هو أمر آخر ثبت بالإجماع، فحينئذ إن كان الشرط شرطا فى الأزمان بأن يشترط جواز بيع الوقف بعد عشرين سنة وبعبارة أُخرى أن يوقف عشرين سنة فهذا هو القدر المتيقّن من مورد الإجماع القائم على بطلان الوقف المنقطع، وإن كان الشرط راجعا إلى تضييق دائرة الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليهم أى يكون موضوع الوقف ممّا ينقطع لا محالة بأن يوقف العين لزيد ولعقبه إلى المرتبة الخامسة مثلاً، وهذا هو محلّ الخلاف بين الأعلام قدس سرهم والمشهور ذهبوا إلى بطلانه.

١- (١٤٤٦) كتاب البيع ٢٤٥/٣ للسيّد الخمينى رحمه الله .

ولكن الميرزا [النائينى(١)] قد اختار فى المقام صحّة الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفا دائما ولكنّه جعل للموقوفات عليهم الخيار فى فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا، فهذه الصورة لا إجماع فيها على البطلان بل ذهب جمع إلى الجواز، وليس مخالفا لمقتضى العقد أيضا بل مقتضى عموم قوله عليه السلام «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» نفوذ هذا الشرط، فلم يثبت كون شرط البيع عند الحاجة مخالفا لمقتضى عقد الوقف سواء أُريد به تبديله وجعل بدله وقفا أو بيعه وأكل ثمنه»(٢).

ويمكن تصحيح هذا الاشتراط على مبنى المختار بتقسيم الشروط المجعولة على قسمين:

١_ القسم الأوّل: الشرط المخالف لحقيقة المشروط «فهو شرطٌ باطلٌ، والحاكم به هو العقل؛ لأنّ القصد الجدّى للإنشاء _ عقدا أو إيقاعا _ يتعارض مع الشرط والالتزام بما ينافى مع المشروط، لأنّه التزامٌ بالمتناقضين.

وبعبارة أُخرى: إنّ الشرط المجعول يُتَصَوَّرُ على قسمين:

فتارةً: يكون الشارط ملتفتا إلى منافاة الشرط مع المشروط.

وأُخرى: غير ملتفت إلى ذلك.

وعلى الأوّل: فإنّه يستحيل تحقّق الشرط مع الإنشاء المتضمّن له، لأنّ الإنشاء أمرٌ قصدىّ وبدونه لايتحقّق الإنشاء، ولايترتّب على المُنشأ آثاره الشرعيّة والقانونيّة.

وأمّا على الثانى: فإنّه يمكن أن يتحقّق من المنشأ القصد الجدّى بدوا، لإمكان قصده العقد والشرط لغفلته عن المنافاة، لكن يستحيل تأثير هذا المُنشَأ خارجا لقيام التقابل بين المشروط والشرط.

ولذلک یستحیل علی الشارع الحکم بتحقّقهما ومن ثمّ إمضائهما، لاستحالة تحقّق المتناقضین، فضلاً عن عدم شمول أدلّة الصحّة لهذا المُنشَأ، إمّا

١- (١٤٤٧) منیة الطالب ٢/(٢٨٩-٢٨٨).

٢- (١٤٤٨) التنقیح فی شرح المکاسب ٢٩٥/٢ و ٢٩٦.

لأحدهما علی التعیین فإنّه ترجیح بلا مرجّح، أو لأحدهما مردّدا لا علی التعیین فإنّه باطلٌ، إذ لا صغری له، فیبطل العقد والشرط معا.

وبالجملة: إنّ العقد والشرط باطلان فی حالتی الالتفات وعدمها، مع فارق أنّه فی الأُولی یبطلان بالذّات وفی الثانیة بالعَرَض»(١).

٢_ القسم الثانی: الشرط الذی لم یخالف لحقیقة المشروط بل مخالف لإطلاقه فلا دلیل عقلی یمنع عن صحة هذا الشرط، بل إذا کان علی نحو تقیید العموم الأزمانی فی الوقف المؤبَّد أو علی نحو تقیید حکم عدم جواز بیعه فیه أو علی نحو جواز إبطال الوقف المؤبّد بالبیع إذا شرطه الواقف، وإبطال الشیء یوکّد ثبوته _ علی ما ذهب إلیه المحقّق الإصفهانی(٢) قدس سره _ ، ففی جمیع هذه الفروض یمکن الحکم بصحة الشرط.

نعم، إذا استلزم هذا الشرط المخالف لإطلاق المشروط مخالفة حکم شرعی لزومی یصیر باطلاً لمخالفة الشرط حینئذ مع الکتاب والسنة، ومن المعلوم بطلان کلّ شرط مخالف لهما و«لکنّه لیس مثل الشرط المخالف لمقتضی العقد فإنّه فاسد ومفسد للعقد لکونه مناقضا له، بل یبتنی فساد العقد بالشرط المخالف للسنّة علی ما سیأتی فی باب الشروط من أنّ الشرط الفاسد هل یکون مفسدا للعقد أم لا؟ فعلی الأوّل یکون مفسدا للوقف فی المقام، وأمّا علی المختار من عدم کون الشرط

الفاسد مفسدا لأنّ الشرط التزام آخر فلا يكون مفسدا للوقف. والعجب من الميرزا [النائينى] قدس سره حيث لم يتعرّض لكون الشرط مخالفا للسنّة واكتفى بالجهة الأُولى أى عدم كونه مخالفا لمقتضى العقد، اللهمّ إلاّ أن يقال كما قلناه آنفا إنّ قوله عليه السلام «لا يجوز شراء الوقف» إلخ ليس حكما تعبّديا بل امضاءً لما أنشأه الواقف، فعليه يكون الوقف الكذائى مشمولاً لقوله عليه السلام «الوقوف» الخ وغير ذلک من أدلّة الامضاء»(٣).

ويؤيّد مقالتنا فى المقام صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج قال: بعث الىَّ أبوالحسن

١- (١٤٤٩) العقد النضيد ٣٤/٥ و ٣٥.

٢- (١٤٥٠) حاشية المكاسب ١٥٠/٣.

٣- (١٤٥١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢٩٦/٢.

موسى عليه السلام بوصيّة أميرالمؤمنين عليه السلام ، وهى: «بسم اللّه الرّحمن الرّحيم، هذا ما أوصى به وقضى به فى ماله عبداللّه على _ ابتغاء وجه اللّه ليولجنى به الجنّة، ويصرفنى به عن النّار، ويصرف النّار عنّى يوم تبيضّ وجوه وتسودّ وجوه _ أنّ ما كان لى من مالٍ بينبع يعرف لى فيها وما حولها صدقة، ورقيقها، غير أنّ رَبَاحا وأبَا نَيْزَرَ وجُبَيْرا عتقاءٌ، ليس لأحدٍ عليهم سبيلٌ، فهم موالىَّ يعملون فى المال خَمْسَ حِججٍ(١)، وفيه نفقتهم ورزقهم وأرزاق أهاليهم، ومع ذلک ما كان لى بوادى القُرى كلّه من مال بنى فاطمة، ورقيقها صدقة، وما كان لى بديمة وأهلها صدقة، غير أنّ زُرَيْقا له مثل ما كتبت لأصحابه، وما كان لى بأُذَيْنَةَ وأهلها صدقة، والفُقَيْرَيْنِ كما قد علمتم صدقةٌ فى سبيل اللّه.

وإنّ الّذى كتبتُ من أموالى هذه صدقة واجبة بَتْلَةٌ، حيّا أنا أو ميّتا، يُنْفَقُ فى كلّ نفقة يُبْتَغى بها وجه اللّه فى سبيل اللّه ووجهه، وذوى الرّحم من بنى هاشم وبنى المطلب والقريب والبعيد؛ فإنّه يقوم على ذلک الحسن بن على يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يراه اللّه _ عزّوجلّ _ فى حِلٍّ مُحَلَّلٍ

لا حرج عليه فيه، فإن أراد أنْ يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدّين، فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإنْ شاء جعله سَرِيَّ المِلْكِ، وإنّ وُلْدَ عليٍّ ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن على، وإن كانت دار الحسن بن علىّ غير دار الصّدقة، فبدا له أن يبيعها، فليبع إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن باع فإنّه يَقْسِمُ ثَمَنَها ثلاثةَ أثلاثٍ، فيجعل ثُلُثا فى سبيل اللّه، ويجعل ثُلُثا فى بنى هاشم وبنى المطّلب، ويجعل الثّلثَ فى آل أبى طالب، وإنّه يضعه فيهم حيث يراه اللّه.

وإن حدث بحسنٍ حدثٌ وحسينٌ حيٌّ، فإنّه إلى الحسين بن علىّ، وإنّ حسينا يفعل فيه مثل الّذى أمرتُ به حَسَنا، له مثل الّذى كتبتُ للحسن، وعليه مثل الّذى على حسن، الحديث.(٢)

وسندها صحيح ودلالتها واضحة لأنّ الأموال «هذه صدقة واجبة بَتْلَةٌ» أى منقطعة

١- (١٤٥٢) الحِجَجُ بكسرِ الحاءِ المهملةِ: جَمْعُ حِجَّةٍ، وهى السَّنَةُ.
٢- (١٤٥٣) الكافى ٤٤٨/١٣، ح٧ (٤٩/٧)، ورواها فى وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح٣، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

عن صاحبها _ كما فى القاموس(١) _ ولكن أميرالمؤمنين عليه السلام جعل لولده الإمام الحسن المجتبى عليه السلام الخيار فى أن يبيع الوقف ويؤدّى منه ديونه أو أن يبيع الموقوفة ثمّ تقسيم ثمنها أثلاثا وصرفه فى الموارد المذكورة.

ولكن الشيخ الأعظم علّق عليها بقوله: «والسند صحيح والتأويل مشكل والعمل أشكل»(٢).

ولكن يرد عليه: بعدم الاشكال فى العمل بالصحيحة لأنّها كما عرفت موافقة للقواعد وقد ذهب إليه جمع من الأعلام من زمن العلاّمة إلى العصر الحاضر، فلا يثبت إعراض المشهور عنها حتّى يوجب وهنها، فلابدّ من الأخذ بها والعمل طبقها.

هذا كلّه على مبنى المختار.

وأمّا على مبنى عدم المخالفة الذاتية بين البيع والوقف

فالأمر واضح وتصحيح الاشتراط ظاهر _ كما أنّ المشهور على هذا المبنى وتبعهم الشيخ الأعظم _ وقد استدلّ بصحة هذا الاشتراط بالوجوه الثلاثة:

١_ عمومات أدلة الوقف:

نحو: «عموم قوله عليه السلام : «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» يدلّ على أنّ إمضاء الشارع تابعٌ لكيفيّة إنشاء الواقف إطلاقا وتقييدا ومشروطا، فهذا النصّ بمفرده كافٍ لإثبات صحّة الوقف المشروط بشرط البيع ونفوذه»(٣).

٢_ عمومات أدلة الشرط:

نحو: عموم «قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم» لما ثبت أنّ حقيقة الشرط هى الالتزام المربوط بالالتزام الآخر، فتدلّ الرواية على أنّ المؤمن لا ينفكّ عن شرطه، وأنّ هناك ملازمة قائمة بين المؤمن وشرطه، وأنّه إذا شرط المؤمن فليس عليه أن ينفكّ عنه.

والنتيجة الحاصلة من ذلك تحقّق الوجوب التكليفى والوضعى، بمعنى أنّ هنا

١- (١٤٥٤) القاموس المحيط ١٢٧٦/٢ مادة بتل.

٢- (١٤٥٥) المكاسب ٨٨/٤.

٣- (١٤٥٦) العقد النضيد ٣٢/٥.

حكمان:

حكم تكليفى يدلّ على حرمة مخالفة الشرط.

وحكم وضعى دالّ على صحّة شرطه ونفوذه»(١).

٣_ صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج الماضية.

وبالجملة: على هذا المبنى صحة الاشتراط مقبولةٌ واللّه العالم.

الصورة السابعة

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنا وهو المعبّر عنه ب_ «خوف الخراب»»(٢).

وهى على قسمين:

الأوّل: إذا كان البقاءُ مؤديّا إلى

الأوّل: إذا كان البقاءُ مؤديّا إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية.

الثانى: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية.

اشارة

ذهب الشيخ الأعظم فى الأوّل إلى جواز بيع الوقف وفى الثانى إلى عدمه.

الدليل على جواز البيع فى القسم الأوّل من هذه الصورة

١_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة

١_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة، والمفروض أنّ غرض الواقف لا يتحقّق إلاّ ببيع الوقف وتبديله بعين اُخرى فى المقام.

يرد عليه: يجب العمل على طبق غرض الواقف إذا دخل فى انشاء الوقف بدلالة كلام الواقف، وأمّا الفرض الذى لا يدلّ عليه كلام الواقف الداخل فى انشائه نحو دواعى الواقف وتمنيّاته وآماله وعلله الغائية لا يجب العمل على طبقها، بل فرق بين الوقف وغيره من العقود والايقاعات، ولا يدخل فى الالزام والالتزام.

والحاصل: لا دليل على وجوب العمل على طبق غرض الواقف كغيره من العقود والايقاعات.

ص: ٣٦٥

١- (١٤٥٧) العقد النضيد ٣٢/٥ و ٣٣.

٢- (١٤٥٨) المكاسب ٨٨/٤.

نعم، فى باب أوامر المولى تجب التبعيّة عن غرض المولى.

«والفرق بين باب الأوامر وبين العقود الإيقاعات أنّ العقود والإيقاعات من الأُمور التّعهديّة وقَبِلَ كلُّ واحدٍ من الطّرفين، المسؤولية وهو الميزانُ، وأمّا فى باب أوامر المولى فمولويّة المولى كانت داعيةً لمراعاة ميول المولى وأغراضه سواءٌ علم ذلک بالأمر أو بالغرض»(١).

٢_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده:

٢_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده: العين الموقوفة فى هذه الصورة إذا لم تبع يلزم منه إضاعة المال وفساده، لأنّ عدم تبديلها بالأحسن يوجب خرابها وفسادها ومن المعلوم أنّ تضييع المال وإفساده يكون منهيّا عنه فى الشريعة المقدسة.

كما قال العلاّمة: «أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما لو عطب الهدى ذبح فى الحال وان اختصّ بموضع، فلمّا تعذّر المحل ترك مراعاة الخاص لتعذّره»(٢).

وتبعه ابن فهد الحلى(٣) رحمه الله .

ويرد عليه: حرمة تضييع المال وإفساده فى الشريعة المقدسة من الواضحات، ولكنّها على من له التسلط على المال بالبيع والشراء والصلح والهبة ونحوها وليست على الجيران والأقرباء والأقوام، والتسلط على بيع مال الوقف هنا أوّل الكلام فلا يمكن اثبات السلطة على بيع مال الوقف بهذا الدليل.

٣_ الحقوق الثلاثة: المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم

٣_ الحقوق الثلاثة: المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم(٤) وهى:

أ: حق اللّه تعالى، ب: حق الواقف، ج: حق البطون المتأخرة من الموقوف عليهم.

١- (١٤٥٩) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٨٨/٤.

٢- (١٤٦٠) مختلف الشيعة ٢٨٨/٦.

٣- (١٤٦١) المهذب البارع ٦٦/٣.

٤- (١٤٦٢) المكاسب ٤/٣٥.

وبيع العين الموقوفة فى هذا القسم من الصورة السابعة لا يوجب التضيق هذه الحقوق الثلاثة:

«أمّا عدم ذهاب حقّ الواقف بالبيع فهو أنّ نظر الواقف، بقاءُ الملك منه أبد الدّهر من باب: «الباقياتُ الصّالحاتُ».

ومن المعلوم: أنّ نظر الواقف بقاءُ شخص العين إذا كانت باقيةً فإذا لم يمكن حفظ شخص المال الموقوف فالأمر دائرٌ بين ذهاب شخص المال والنّوع إذا لم يبع الموقوف عليهم، أو بيعه وحفظ النّوع.

فمن المعلوم: أنّ الأمر الثّانى كان مُتعيّنا فبيع العين ليس موجبا لذهاب حقّ الواقف ولا ينازعه حقّ الواقفِ.

وأمّا بقاء الموقوف عليهم فالفرض أنّ الموقوف عليهم انّما هى الطّبقة الموجودة من النّسلِ واللاّحقةِ.

وأمّا كون حقّ اللّه محفوظا فلأنّ حقّ اللّه هو عدم جواز بيع الوقف كما صرّحت به الأدلّة من قوله عليه السلام : «لا يجوزُ بيعُ الوقفِ وشِرائهُ...» والمتبادر من هذه الأدلة أنّ المراد من عدم جواز بيع الوقف، الوقف الّذى لم يكن فى معرض الخراب وينصرف فرض خراب الوقف من أدلّة عدم جواز شراء الوقف وليس له إطلاقٌ حتّى يشمل الصّورة المفروضة»(١).

ولكن يرد عليه: أوّلاً: ليس للحقوق الثلاثة حقيقة «يعنى ليست حقوقٌ متعدّدةٌ فى قبال الحكم مثل حقّ الخيار وحقّ الشّفعة وحقّ التّحجير الّذى كان هو مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملكيّة الاعتباريّةِ فلا تكون للّه ملكيّةٌ اعتباريةٌ بل هو مالكٌ حقيقةً ومالكُ الملوك فالملكيّةُ الاعتباريّة، غير المالكيّة التّكوينيّة وكذلك ليس الموقوف عليهم اللاّحقة، مالكين لانّهم لم يكونوا موجودا بعدُ.

نعم: ما يكون هنا موجودا انّما هو إنشاء الواقف وكان ممضاةً لقوله عليه السلام :«أَوْفُوا

١- (١٤٦٣) تحقيق و تقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/٤٨٩.

بِالْعُقُودِ» و «الوقوفُ على حسب ما يوقفها أهلها» يعنى ما أنشأهُ الواقف، لازم الوفاء ولازمُ العمل مثل كلّ عقدٍ وايقاعٍ وليس أزيد من هذا شيءٌ هنا حتّى يقال: «للّه حقٌّ وللموقوف عليهم حقٌّ وللواقف حقٌّ» وكان هو مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملك.

وثانيّا: قوله رحمه الله : انصراف قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسألة(١) فلا يصحّ لعدم منشأٍ للانصراف لانّ الانصراف الّذى كان مانعا من الاطلاق، كان له موردانِ:

الأوّل: فى موردٍ كانت فيه كثرة الاستعمال، يوجب الانصراف عن الاطلاق إلى الغالب فيه الاستعمال وهذا هو المترائى كثيرا فى كلمات الفقهاء.

الثانى: للانصراف، ما يكون مبناه على القرائن الحاليّة سواءٌ كانت القرائن، قرائن قطعيّةً أو كان محتمل القرينيّة وبعبارةٍ اُخرى كان قدر متيقّنٌ فى مقام التّخاطب وبهذا النّوع من الانصراف، ينصرف الاطلاق إلى مورد السّؤال ولو لم يكن المورِدُ مُخصِّصا فى أكثر الموارد ولكن فى بعض الموارد، خصوصيّاتٌ يحتمل دخلها بحيث يمنع عن الاطلاق.

وهذا النّوع من الانصراف، يصّح فى الصورة الأولى ما إذا خرب الوقف فعلاً فينصرف قوله عليه السلام : «لا يجوزُ شراءُ الوقف» كما صرّح به الشّيخ رحمه الله لا لأجل كثرة الاستعمال لأنّه ليست فى الخراب كثرةٌ بل لما كان مورد الكلام، ما يكون مورد الوقف عامرا وكانت فيه الغَلّة وليس هو إلاّ الوقف المعمور وأمّا الوقف المخروبةُ فلا غلّة فيه ولا يصّح قوله عليه السلام : «لا تدخل الغلّة فى ملكك».

ولكن هذا الانصراف، لا يجرى فيما نحن فيه لأنّ ما نحن فيه، يكون معمورا بعدُ وكانت فيه الغلّة ولكن ستخرب فلا يَجئى منشأ الانصراف الّذى قلناه فى الصورة الأولى فى هذا الفرض.

وثالثا: بعد تسليم انصراف قوله عليه السلام : «لا يجوزُ شراء الوقف» عن فرض المسألة فنقول:

ص: ٣٦٨

١- (١٤٦٤) المكاسب ٤/٩٠.

انّ دليل عدم جواز بيع الوقف لا ينحصر فى قوله عليه السلام : «لا يجوزُ شراء الوقفِ» بل أدلّة نفوذ الوقف مثل: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» من جملة تلك الأدلّة بل من أقوالها ودليل: «لا يجوز شراء الوقف» ممّا يتفرّع عليه حيث قلنا سابقا: انّ هذا النّهى، ليس نهيا استقلاليّا بل يدخل تحت مفهوم العقد أو من لوازمه؟

فمجرّد انصراف: «لا يجوز شراء الوقف» مع انّه ليس فيه اطلاقٌ، لا يكفى فى جواز البيع بل تلزم ملاحظة أدلّةِ نفوذ بيع الوقف فكفاية الشيخ الأعظم رحمه الله فى الجواز بمجرّد قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» وعدم التّعرض بأدلّة نفوذ الوقف، لا يخلو عن اشكال»(١).

٤_ ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق:

بتقريب: «ليس لدليل نفوذ الوقف ولقوله عليه السلام : «لا يُباعُ ولا يُوهبُ» إطلاقٌ فى جميع الأحوال حتّى فى ما إذا خرب وفى ما إذا كان مُشْرِفا للخراب وحتّى، إذا كان بقائه سفهيّا غير عقلائىّ وكان اضاعةً للمال وذلك لأنّ عدم جواز البيع أى «لا يباع ولا يوهب» انّما هو لبقاء العين وكونه ذا المنافع أبدا.

فالمرادُ من قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» وقول الشّارع فى إمضائه: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» وقوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» كان تفريعا عليه ولها معنىً واحدٌ يعنى ينفذ الشّارع، ما انشأه الواقف وما انشأه الواقف على حدّ القضايا الطّبيعيّة فالمراد من قوله عليه السلام

: «لا يباع ولا يوهب» بقاء العين لاستفادة الموقوف عليهم وهذا فى مقابل الصّدقة المنتقلة ولكن ليس له إطلاقٌ بحيث لو بقى، يلزم له اضاعة المالِ.

فهذا القول على حدِّ قول القائل: «السّيفُ قاطُعٌ والسّمُ قاتلٌ» فحينئذٍ لا يبعد أن يكون مراد من قال: بعدم جواز البيع، عدم اضاعة مال الوقف شرعا يعنى ليس فى قول الواقفٍ، الاطلاق حتّى بحيث لو استلزم من بقاء العين، الاضاعةُ أيضا، لا يُباع ولا يُوهبُ.

فبناءً عليه، قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» الدّال على بقاء العين للاستفادةِ، انّما

١- (١٤٦٥) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/٤٩٠ و ٤٩١.

تصريحٌ لغرضه الأصيل له، الانتفاع وبقاء العين مقدّمةً لبقاء المنفعة وتبع لها.

هذا كما فى باب تعارض الوصف والاشارة حيث صرّحوا بتقديم الأصيل لغيره، وكما فى باب الخطاء فى التّطبيق فى باب العبادات من تقديم الأصيل على الفرع وعين هذا قد يقال فى باب تعدّد المطلوب يعنى كان شيءٌ فى باب العقد هو الأصلُ وشيءٌ آخر كان بعنوان الفرعِ ويلزم حفظ الفرع مع حفظ الأصل.

فبناءً عليه، إذا عقدنا عقدا ذا شرط ولم يعمل بشرطه، وقع العقدُ صحيحا لانّ الأصل هو العقد كان محفوظا.

فلو عقد عقدا على الموصوف وتخلّف وصفه، مثلاً قلنا: «بِعْتُ الفرس العربىّ» فبان انّه ليس بعربىٍّ قالوا بصحّته لانّه من باب تعدّد المطلوب وكان الأصلُ وهو بيع الفرس، كان محفوظا وانّما تخلّف فرعه وهو وصفه غاية الأمر كان هنا إختيارُ الفسخ.

وفی باب الوقف کذلک یعنی فیما إذا لم یکن للواقفِ، النّظر الأصلیّ إلی العین وانّما عمدة نظره إلی بقاء المنفعة المستمرّة للموقوف فالأصلُ، هو حفظ المنفعة وحفظ العین، طریقٌ لها فی مثل هذه الموارد قال الفقهاءُ بتعدّد المطلوب حتّی قالوا فی باب الأوامر أیضا فی مثل قوله علیه السلام : «إذا امرتکم بشیءٍ فأتوا منه ما استطعتم...» ونحوه من الموارد.

کلّ ذلک، دلیلُ تعدّد المطلوب وکذلک فی باب العقود أیضا مثل باب تخلّف الشّرط والوصف وتخلّف الأجل، کان تعدّد المطلوب أی کانت العقودُ صحیحةً غایة الأمر، کان لها خیار التّخلف وذلک لانّه من باب تَعدّدِ المطلوب وما نحن فیه أیضا من هذا القبیل یعنی فیما إذا کان غرض الواقف من حَبسِ العین ووقفه، حِفظُ المنافع للطّبقات، کان هذا من قبیلِ تعدّد المطلوبِ.

ولا یخفی علیک انّ هذا الغرض، لیس خارجا من مَدلول العقد حتّی یقال بأنّ حفظ هذا الغرض لا یلزم بل یکون من قبیل تعدّد المطلوب وکانت له نظائر متعدّدةٌ کما ذُکر بعضُها سابقا.

بالجملة، تلزم ملاحظة ماهیّة الوقف وملاحظة أنّ تعدّد المطلوب هل یُستفادُ منه أم لا؟ وهو حینئذٍ، دلیل حفظ غرض الواقف ولیس المرادُ منه أنّ کلّ غرضِ الواقف یلزم

ص: ۳۷۰

حفظه بل یلزم حفظُ غرضٍ «یکونُ من باب تعدّد المطلوب»(۱).

وهذا الدلیل الأخیر تام فنحکم به علی جواز بیع الوقف فی القسم الأوّل من الصورة السابعة تبعا للشیخ الأعظم حیث صرّح بجواز بیعه وقال: «القسم الأوّل من الصورة السابعة الذی جوّزنا فیه البیع»(۲). واللّه سبحانه هو العالم.

القسم الثانی من الصورة السابعة

اشارة

وهو إذا كان البقاء مؤديّا إلى الخراب على وجه تقليل المنفعة ونقصها لا سقوط العين من المنفعة رأسا.

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره فى هذا القسم إلى عدم جواز البيع واستدلّ بالأدلة التالية:

١_ عموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقوف

قال الشيخ الأعظم: «وأمّا المنع... فلعموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك(٣)، فإنّ ترك الاستفصال فيه عن علم المشترى بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه _ الموجب لحمل فعل البائع على الصحة _ يدلّ على أنّ الوقف مادام له غلّة لا يجوز بيعه»(٤).

مراده: أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل من السائل عن كونه عالما بأنّ البائع أقدم على بيعها مع حصول المجوز للبيع أو عدمه، ومقتضى ترك الاستفصال تمامية الإطلاق فى النهى عن شراء الوقف مادام له غلة ينتفع الموقوف عليهم بها.

نقده: ليس مورد صحيحة ابن راشد «مورد الاستفصال والسّؤال والجواب لانّ على ظاهر الرّواية، عُلِمَ وضع الحال على المشترى والإمام عليه السلام فليس هذا، محتمل الوجهين حتّى يقال: بانّ الإمام عليه السلام ترك الاستفصال... .

[وظهر من جملة] «لا أعرف لها ربّا» فعلم من هذا انّ البايع، لم يكن الموقوف

١- (١٤٦٦) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/(٤٩٣-٤٩١).

٢- (١٤٦٧) المكاسب ٤/٩٥.

٣- (١٤٦٨) وسائل الشيعة ١٨٥/١٩، ح١، صحيحة أبى على ابن راشد.
٤- (١٤٦٩) المكاسب ٩٢/٤.

عليهم بل كان شخصا ثالثا ومسألة الاختلاف انّما هو بين الموقوف عليهم فعليه، ليس هذا مورد ترک الاستفصال بين كون العلم باختلاف الموقوف عليهم أو الشّک فيه؟ [أو هل يؤدى إلى تقليل المنفعة أم لاّ؟]

بالجملة: يُعلمُ من هذه الرّواية انّ هذا، ملکٌ غصبيٌّ والبائعٌ غير الموقوف عليهم فليس موردا لاستفصال الإمام والسُّؤال عن السّائل بانّ الموقوف عليهم الّذين باعوا عليک هل كان بينهم اختلافٌ أم لا؟ [أو هل يؤدى إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

تأييد للشيخ الأعظم

يمكن تأييد مقالة الشيخ الأعظم بما ذكره السيّد اليزدى إلى عدم جريان أصالة الصحة فى بيع الوقف وقال: «إذا باع الموقوفُ عليه أو الناظرُ العينَ الموقوفةَ ولم يعلم أنّ بيعه كان مع وجود المسوّغ أو لا، فالظاهر عدم جريان قاعدة الحمل على الصحة...»(١).

والوجه: فى عدم جريان أصالة الصحة فى بيع الوقف بخلاف نظائره من بيع الوكيل والوصى والولى، أنّ أياديهم كانت مستقلة لأنّهم متصرفون فى الملک مستقلاً وقول المتصرف معتبرٌ «بخلاف يد المتولّى على الوقف حيث أنّ يده، يدٌ فرعيٌّ بل تثبيت يد المتولّى انّ هذا الملک، كان وقفا ومن حكم الوقف انّه لا يجوزُ بيعه إلاّ بمجوّزٍ ولم يجعل المتولّى لأجل البيع بل لأجل حفظ الوقف والتّعمير وتقسيم الوجوه وغير ذلک.

بالجملة، اليد فى الوقف بمعنى اثبات الوقفيّة ومِنْ حكم الوقف عدم جواز بيعه إلاّ بمجوّز واليد، لا تثبتُ كون بيعها جايزا له لأنّ يد المتصرّف مبنيٌّ على حفظ الوقف لا على إتلاف الوقف والنّقل والانتقال بخلاف الوليّ والوكيل والوصيّ.

ولذا صرّح السيّد(٢) رحمه الله انّ: يد المتولّى كيد الودعيّ فى الحفظ وكانت يده، يد اِستيمانٍ فكما انّ دَعوى الودعيّ فى إجازة البيع فى مورد الوديعة يحتاجُ إلى دليلٍ فكذلک فى الوقف.

ص: ٣٧٢

١- (١٤٧٠) العروة الوثقى ٦/٤٠٠، مسألة ٦٣.

٢- (١٤٧١) العروة الوثقى ٦/٤٠١.

ثمّ ذكر السيّد(١) رحمه الله فى ذيل هذه المسألة، مسألةً: لا تخلو بينهما عن تهافتٍ وهى انّ احدا كان متصرّفا للملک ثمّ بان انّ هذا الملک، كان وقفا قبل خمسين عاما ووقع البيع على هذا الملک الموقوف.

صرّح السيّد رحمه الله بانّ هذا، ملک المتصرّف لتعارض اليد الفعليّة واستصحاب الحال فى ما مضى والمعلومُ فى أشباهه ونظائره أنّ اليد الفعليّة فى الملكيّة، مقدّمةٌ على استصحاب الحال القبليّ.

نعم: لو اقرّ ذو اليد، ينقلب المنكر ويكونُ مدّعيا فلا تقدّم اليد على الاستصحاب»(٢).

تَأْيِيْدُ التَّأْيِيْد: نعم، «كل معاملةٍ كانت مقسما للحلال والحرام أو مقسما للصّحيح والفساد وكان قسمٌ منه فاسدا وقسمٌ منه صحيحا لو دار الأمرُ بينه وبين الصّحيح والفساد، يحمل على الصّحة وأمّا المعاملةُ الّتى كانت محرّمةً وباطلةً لو خُلِيَّ وطبعها فلا يجوز الحمل على الصّحة كما إذا شرب أحدٌ مايعا ونحن شككنا فى أنّ هذا المايع هل هو خمرٌ أو فقّاعٌ محرّمٌ أم لا؟ يحمل فعله على الصّحة وامّا إذا علمنا انّه شرب الخمر ولكن نحمل ان يكون المورِدُ من مواردِ جواز شرب الخمر كما إذا كان مريضا وكان فى معرضِ التّلف وعلاجه ينحصر فى شراب الخمر فلا يحمل فعله على الصّحة كما إذا علمنا انّ أحدا زَنى مع ذات البعل أو غير ذات البعل ولكن ادّعى الزّانى انّى كنت مجبورا مكرها على الزّنا فلا يحمل فعله على الصّحة وهو يضرّ فى عدالته.

وبيع الوقف أيضا من هذا القبيل لانّ بيع الوقف، لا يجوزُ لو خُلِّىَ وطبعَه والمجوّزُ لبيعه ليس على نحوٍ ينقسم على الفاسد والصّحيح بل اُستثنى منه مواردُ.

فالحمل على الحليّة كما فى قوله عليه السلام : «كلّ شىء لک حلال» والأشياء كلّها على هذا حتّى تستبين لک غيره أو تقوم به البيّنه، انّما هو فى الكلّيات [لا(٣)] الّتى كانت طبعها

١- (١٤٧٢) العروة الوثقى ٤٠١/٦، مسألة ٦٤.

٢- (١٤٧٣) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٩٩/٤.

٣- (١٤٧٤) زيادة يقتضيها السياق.

الأوّلى، الحرمة واُسْتُثنِيتْ منها الصّورةُ النّادرةُ والدّليلُ على ذلک أنّ اصالة الصّحة من الاصول العُقلائيّة وبناء العقلاء كان دَليلاً لبّيا ويجب الاقتصارُ فى الدّليل اللّبىِّ على القدر المتيقّن.

ولذا لم يثبت ولم يحرز هذا الأصل فى شىء من ذلک الوقف وشرب الخمر والزّنا وغيرها لو لم يثبت العدم»(١).

نعم يمكن أن يناقش على السيّد اليزدى بوجود التهافت بين المسألتين كما مرّ.

والحاصل: ناقشنا استدلال الشيخ الأعظم بعموم قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقوف» لعدم جواز البيع ولكن فى طىّ استدلاله مقال تام لابدّ من قبوله وهو عدم جريان أصالة الصحة فى بيع الوقف واللّه سبحانه هو العالم.

٢_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

٢_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها(٢)

بتقريب: الواقف يحبس ماله مؤبدا ولم يتعرّض لصورة تقليل منفعة العين ونقصها، فالعين تكون وقفا على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز بيعها.

ردّه: ذهب الشيخ الأعظم هنا(٣) إلى دلالة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء اللّه» على منع البيع فى هذا القسم من الصورة السابعة، ولكن منع فى الصورة الأولى من صور جوازبيع الوقف دلالته على المنع «لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى إنشاء الوقف وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذُكر فى متن العقد، للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(٤).

ومراده هناک أنّه يدلّ على مراعاة كيفية وقف الواقف من الشرائط والخصوصيات والقيود ولا يدلّ على عدم جواز بيع الوقف لانّ عدم جواز البيع لا يدخل فى مفهوم الوقف وشرائطه وخصوصياته وقيوده،فهو خارج عن مدلول قوله عليه السلام : «الوقوف تكون على

١- (١٤٧٥) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤٩٧/٤.

٢- (١٤٧٦) وسائل الشيعة ١٧٥/١٩، ح١، صحيحة الصفار.

٣- (١٤٧٧) المكاسب ٩٢/٤.

٤- (١٤٧٨) المكاسب ٦١/٤.

حسب ما يوقفها أهلها». وكأنّ هذا تهافت فى كلامه قدس سره .

٣_ عموم قوله عليه السلام : صدقة لاتباع ولا توهب حتّى يرثها اللّه الذى يرث

٣_عموم قوله عليه السلام : صدقة لاتباع ولا توهب حتّى يرثها اللّه الذى يرث السموات والأرض(١)

بتقريب: أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام ذكر فى وقف داره فى المدينة فى بنى زُرَيق هذه الجملة وأخذها فى صيغة وقفه عليه السلام ، ويستفاد من عموم هذه الجملة أنّ الوقف وجب أن يبقى حتّى يرثه وارث السموات والأرض فلا يجوز بيعه فى هذا القسم من الصورة السابعة.

ويرد عليه: قد عرفت(٢) وجود التهافت فى كلام الشيخ الأعظم(٣) ذيل هذه الصحيحة فى الأدلة المانعة عن جواز بيع الوقف ولكن تمسك بها هنا(٤) للمنع من البيع فى القسم الثانى من الصورة السابعة. هذا أوّلاً.

وثانيا: هذه الجملة مذكورة فى صيغة وقف أميرالمؤمنين عليه السلام ولا تدلّ على أنّ كلّ وقفٍ كان له هذا الحكم.

وثالثا: لم يرد فى الصحيحة كلمة «يترك» الواردة فى كلام الشيخ الأعظم(٥) المستدلّ بها، اللهم إلاّ أن يقال أنّه قدس سره نقلها بالمعنى لا باللفظ كما هو الظاهر.

ورابعا: الجواب من عموم هذه الصحيحة هو ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره عن عموم قوله عليه السلام : «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» فى الصورة الاولى من أنّ عدم جواز البيع لا يدخل فى مفهوم الوقف، «وإن ذكر فى متن العقد، للإتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(٦).

١- (١٤٧٩) وسائل الشيعة ١٨٧/١٩، ح٤، صحيحة ربعى بن عبداللّه.

٢- (١٤٨٠) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٥.

٣- (١٤٨١) راجع المكاسب ٣٤/٤.

٤- (١٤٨٢) المكاسب ٩٢/٤.

٥- (١٤٨٣) المكاسب ٩٢/٤.

٦- (١٤٨٤) المكاسب ٤/٦١.

٤_ الاستصحاب

اشارة

(١)

بتقريب: أنّ استصحاب عدم جواز بيع الوقف يجرى فى هذا القسم الثانى إذا شككنا جواز بيعه، حيث أنّه قبل طرو قلة المنفعة لا يجوز بيع عين الموقوفة وبعدها نشک فى جواز البيع فنستصحب عدم جواز بيعها.

ومن المعلوم أنّ جريان الاستصحاب هنا مبنىٌّ على جريانه فى الشبهات الحكمية كما يجرى فى الشبهات الموضوعية، وإن منعه بعض.

وقد وجّه هذا الاستصحاب بتوجيهات ثلاثة(٢) قد اغمضنا عن ذكرها لمايلى من الردّ عليه.

ويرد عليه: مع الشک فى أنّ الأدلة المانعة من جواز بيع الوقف هل يجرى فى هذا القسم من الصورة السابعة أم لا، لا يصل النوبة إلى جريان استصحاب عدم المنع، بل يجرى العمومات الواردة فى المعاملات نحو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» وقوله عزّوجلّ: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لأنّ مع فرض عدم دخول المنع من البيع فى الوقف كما عليه الشيخ الأعظم(٣) _ كما مرّ _ أو الشک فيه، تصل النوبة إلى جريان العمومات من غير رادعٍ، ومع جريانها لا تصل النوبة إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف.

تَوَهُّمُ وَدَفْعُهُ

«ولا يتوهمّ انّ هذا، يدخل فى المسألة المعروفة وهى ما إذا خصّص عامٌّ بمُخصِّصٍ فى زمانٍ هل يرجع بعد انقضاء هذا الزّمان إلى استصحاب هذا المُخصِّص أو يرجع إلى عموم العامِّ؟ فقوله تعالى:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عامٌّ خرج عنه خيارُ الغبن أو خيار العيب فى الآن الأوّل ويُشّک فى بقاء الخيار فى الآن الثّانى، بناءً على انّ الخيار هل هو فورىٌّ أو يستمرّ؟ قال بعضٌ: القدر المتيقنّ من الخيار، الآن الأوّل وفى الآن الثّانى يرجع إلى عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ولكن الشيخ الأعظم، لم يقبل إطلاق هذا وأسّس

١- (١٤٨٥) المكاسب ٤/٩٣.

٢- (١٤٨٦) راجع إن شئت العقد النضيد ٥/(٧٢-٦٦).

٣- (١٤٨٧) المكاسب ٤/٦١.

قاعدةً على هذا، فى تنبيهات الاستصحاب(١) [و موضوع الكلام فيه: ما إذا ورد عام مطلق من حيث الزمان، بأن دلّ على استمرار الحكم فى جميع الأزمنة إلى الأبد، ثمّ خصص ببعض أفراده فى زمان معين، وشک بعد انقضاء زمان الخاص فى حكم الفرد الخاص فى أنّه محكوم بحكم الخاص أم لا؟ فهل يستصحب حكم الخاص أو يتمسک بالعموم؟

وقد حكم الشيخ قدس سره بالتفصيل بين ما إذا لوحظ الزمان فى العام أفرادا وحصصا متعددة، بحيث يكون كلّ فرد من أفراد العام محكوما بأحكام متعددة بتعدد آنات الزمان وقِطعه. وبين ما إذا لوحظ الزمان قطعة واحدة لإستمرار الحكم، ولا عموم إلاّ بلحاظ الأفراد دون الأزمان. فقال بجريان الاستصحاب فى نفسه فى الثانى وعدم كونه موردا لاصالة العموم. بخلاف الأوّل، فانه مورد لأصالة العموم دون الاستصحاب(٢)].

ولعلّ مقصودُ الشيخ الأعظم رحمه الله هذا المطلب بان يكون عامٌّ مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، خرج منه بيع الوقف فى زمانٍ حيث قال عليه السلام : «لا يجوزُ شِراءُ الوقف» فكان ذلک تخصيصا فى قوله

تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإذا شُكَّ فى الزّمان حين عروض [قلة المنفعة] فالمورد، موردُ الرّجوع إلى استصحاب حكم المُخصِّصِ فليس مورد الرّجوع إلى حكم العامّ.

بالجملة، قد يتوهّم انّ استصحاب الشيخ الأعظم فى عدم جواز بيع الوقف، مبنىٌّ على التّحقيق الّذى ذكره رحمه الله فى الفرائد(٣) من كون الزّمان إن كان مُكثِّرا أو قيدا، يرجع إلى عموم العامِّ فى صورة الشّك وإن كان ظرفا فيرجع إلى إطلاق المُخصِّص.

ولكنّه مدفوعٌ بأنّ هذا، شكٌّ فى أصل التّخصيصِ، لا شكّ فى دوامِ التّخصيص وذلك لانّ قوله عليه السلام : «لا يجوزُ شِراءُ الوقفِ»، ليس تخصيصا فى عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مؤيّدٌ له إذ الوقف عقدٌ من العقود وقد شرط فيه: «ان لا يباع و...» فليس عدم جواز بيع

١- (١٤٨٨) فرائد الاصول ٢٧٤/٣.

٢- (١٤٨٩) منتقى الاصول ٣٠٣/٦.

٣- (١٤٩٠) فرائد الاصول ٢٧٤/٣.

الوقف، تخصيصٌ فى عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مُؤيّدٌ له لانّ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيضا يدلّ على عدم الجواز، إذ الوقفُ حبسٌ أبدىٌّ «فَأَوفِ» بهذا العقد الّذى كان حبسا مؤبّدا، لا ينافى الحبس.

فقوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» ليس تخصيصا فى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حتّى يقال: أنّ حالة عروض الاختلاف بين الموقوف عليهم، شَكٌّ فى استمرار التّخصيصِ»(١) [ويجوز الرجوع فيه إلى الاستصحاب].

القول المختار فى القسم الثانى من الصورة السابعة

أقول: بعد ما مرّ منّا فی القسم الأوّل من الصورة السابعة من جواز بیع الوقف، لأنّ نظر الواقف فی الوقف إلی استمرار المنفعة وجریانها ودرّها لا إلی بقاء العین ولو لم تکن لها منفعة، وعلی هذا الأساس إذا کان بقاء العین مؤدیّا إلی تقلیل المنفعة ونقصها بحیث هذه المنفعة القلیلة لا تعدّ منفعة هذه العین عرفا فیأتی الدلیل السابق ونحکم بجواز البیع حینئذٍ.

وأمّا إذا کان بقاء العین یؤدی إلی قلة المنفعة بحیث هذه المنفعة تعدّ منفعة هذه العین فی العرف وأهله یعدّونها منفعة العین ولکن المنفعة قد تقلّل وقد تکثر، فالمنفعة جاریة مستمرة فلا یجوز بیع العین الموقوفة.

فالجواز یدور مدار جریان المنفعة واستمرارها عرفا لا عقلاً، بحیث لا یحکم العرف بتضیع المال الوقف واللّه سبحانه هو العالم. وسیأتی آنفا(۲) الاستدلال بصحیحة علی بن مهزیار(۳) للحکم بالجواز فی هذا القسم فانتظر.

صور الثامنة والتاسعة والعاشرة

الصورة الثامنة: أن یقع بین الموقوف

الصورة الثامنة: أن یقع بین الموقوف علیهم اختلافٌ لا یؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم یعلم أو یظنّ بذلک.

۱- (۱٤۹۱) تحقیق وتقریرات فی باب البیع والخیارات ٥۰٦/٤ و ٥۰۷.

۲- (۱٤۹۲) راجع صفحة ۳۸۲ من هذا المجلد.

۳- (۱٤۹۳) وسائل الشیعة ۱۸۸/۱۹، ح٦.

فإنّ الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلک، خصوصا من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييدٍ بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح

اشارة

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس»(١).

وفى الواقع هذه الصور الثّلاثُ ترجع إلى صورة واحدة وهى اختلاف الموقوف عليهم فى مال الوقف بحيث يؤدى إلى الضرر وقد خرجت الصور الثلاث من بيان كيفية الضرر وتحديده أو التعبير عنه إذ قد ينتهى الضررُ إلى حدّ تلف المال أو النفس _ وهى الصورة الثامنة _ وقد ينتهى إلى ضرر عظيم _ وهى الصورة التاسعة _ وقد ينتهى إلى حدّ يستباح به النفوس _ وهى الصورة العاشرة _ ، والحكم بالجواز فى الصور الثلاث هو فتوى المشهور.

قال السيّد العاملى رحمه الله : «وممّا جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه لخُلف بين أربابه الشرائع(٢) فى موضع منها والكتاب [القواعد(٣)] والتحرير(٤) والإرشاد(٥).

وممّا جوّز فيه إذا أدى بقاؤه إلى خرابه التحرير(٦) وقد قيّد فى التلخيص(٧) كالكتاب [القواعد] لخُلف بين أربابه. وقال فى اللمعة: إذا أدّى إلى خرابه لخُلف بين أربابه فالمشهور الجواز(٨). فليلحظ هذا فإنّ المصرّح بذلک قبله إنّما المصنّف، فليكن معناه إذا

١- (١٤٩٤) المكاسب ٨٨/٤ و ٨٩.

٢- (١٤٩٥) شرائع الإسلام: فى لواحق الوقف ٢٢٠/٢.

٣- (١٤٩٦) قواعد الأحكام ٣٩٥/٢.

٤- (١٤٩٧) تحرير الأحكام الشرعية: فى أحكام الوقف ٣١٦/٣.

٥- (١٤٩٨) إرشاد الأذهان: فى أحكام الوقف ٤٥٥/١.

٦- (١٤٩٩) تحرير الأحكام الشرعية: فى عقد البيع ٢٧٩/٢.

٧- (١٥٠٠) تلخيص المرام: فى الوقف /١٥٢.

٨- (١٥٠١) اللمعة الدمشقية: فى عقد البيع وآدابه /١١٢.

خيف خرابه لخُلف أربابه فيرجع إلى ما قبله، وقد زيد فى الكتاب(١) والتهذيب(٢) والاستبصار(٣) والشرائع(٤) كون البيع أعود. ونحو ذلک ما فى موضع من المفاتيح(٥). وفى التنقيح إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا تنتفع به أصلاً جاز بيعه.(٦)

وقد يكون قضية ما فى الشرائع(٧) حيث استشكل فيما إذا لم يقع خلف ولا خشى خراب بل كان البيع أعود ثمّ اختار المنع، أنّه يجوز بيعه عند أحدهما. وقد جوّز فى المبسوط بيعه إذا وقع خُلف بين أربابه.(٨) وفى فقه الراوندى إذا خيف وقوع خلاف بينهم.(٩) وفى الإرشاد لا يجوز بيعه إلاّ أن يخرب أو يؤدّى إلى الخُلف بين أربابه.(١٠) وظاهر الأردبيلى الموافقة على ذلک.(١١) وتردّد فى النافع فيما إذا وقع خُلِّف مؤدٍّ إلى الفساد.(١٢) وجوّز بيعه فى المسالک(١٣) والروضة(١٤) والكفاية(١٥) والمفاتيح(١٦) إذا وقع

١- (١٥٠٢) قواعد الأحكام: فى شرائط العوضين ٢٣/٢.

٢- (١٥٠٣) تهذيب الأحكام: ١٣١/٩، ذيل ح٥٥٧، باب ٣ فى الوقوف والصدقات.

٣- (١٥٠٤) الاستبصار ٩٩/٤، ح٣٨١، باب ٦١ فى الوقف.

٤- (١٥٠٥) شرائع الإسلام: فى عقد البيع وشروطه ١٧/٢.

٥- (١٥٠٦) مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكية وتمامها فى العوضين ٥٢/٣.

٦- (١٥٠٧) التنقيح الرائع: فى الوقف ٣٣٠/٢.

٧- (١٥٠٨) شرائع الإسلام: فى لواحق الوقف ٢٢٠/٢.

٨- (١٥٠٩) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٣٠٠/٣.

٩- (١٥١٠) فقه القرآن: فى الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

١٠- (١٥١١) إرشاد الأذهان: المتأجر فى العوضين ٣٦١/١.

١١- (١٥١٢) مجمع الفائدة والبرهان: المتأجر فى العوضين ٨/(١٦٩-١٦٨).

١٢- (١٥١٣) المختصر النافع: فى الوقف /١٥٨.

١٣- (١٥١٤) مسالک الأفهام: فى شروط المبيع ١٦٩/٣ وفى أحكام الوقف ٣٩٨/٥.

١٤- (١٥١٥) الروضة البهية: فى شرائط المبيع ٢٥٥/٣.

١٥- (١٥١٦) كفاية الأحكام: فى أحكام الوقف ولواحقه ٢٠/٢.

١٦- (١٥١٧) مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكية وتمامها فى العوضين ٥٢/٣ وفى انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه /٢١٢.

خُلف شديد. قال فى الروضة: وقد علّله عليه السلام بأنّه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. وظاهره أنّ خوف الأداء إليهما ليس بشرط كما فهمه المشهور.(١)

وممّا جوّز فيه بيعه إذا خيف وقوع فتنة وخُلف بين أربابه يحصل باعتبارهما فساد النهاية(٢) والمهذّب(٣) وفقه الراوندى(٤) والتذكرة(٥) والتحرير(٦) والمختلف(٧) والدروس(٨) وغاية المراد(٩) وجامع المقاصد(١٠) وإيضاح النافع للقطيفى وتعليقه على الشرائع لكنّ القاضى فى المهذّب ذكر ذلک فى المنقطع والراوندى لم يعتبر الفساد.

وليعلم أنّه فى الدروس نسب قول ابن إدريس بالمنع إلى الندرة(١١)، فظاهره أنّ الجواز فى الجملة مجمع عليه. وفى جامع الشرائع(١٢) وتعليق الإرشاد(١٣) أنّه يجوز بيعه إذا كان فساد يجتاح فيه الأنفس. وهذا كلّه قد يوافق ما قبله. ويرشد إلى ذلک ما حكيناه عن اللمعة من حكاية الشهرة كما سمعت»(١٤).

١- (١٥١٨) الروضة البهية: فى شرائط المبيع ٢٥٥/٣.

٢- (١٥١٩) النهاية: فى الوقوف والصدقات /(٦٠٠-٥٥٩).

٣- (١٥٢٠) المهذّب: فى الوقف ٩٢/٢.

٤- (١٥٢١) فقه القرآن: فيالوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

٥- (١٥٢٢) تذكرة الفقهاء ٢٤٩/٢٠، مسألة ١٤٧.

٦- (١٥٢٣) تحرير الأحكام: فى عقد البيع ٢٧٩/٢.

٧- (١٥٢٤) مختلف الشيعة: فى الواقف ٢٨٨/٦.

٨- (١٥٢٥) الدروس الشرعية: فى بيع الوقف ٢٧٩/٢.

٩- (١٥٢٦) غاية المراد: فى شرائط العوضين ٢/(٣٠-٢٣).

١٠- (١٥٢٧) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف ٧٠/٩.

١١- (١٥٢٨) الدروس الشرعية: فى بيع الوقف ٢٧٩/٢.

١٢- (١٥٢٩) الجامع للشرائع: فى الوقف /٣٧٢.

١٣- (١٥٣٠) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركى وآثاره: ٣٣٩/٩).

١٤- (١٥٣١) مفتاح الكرامة ٢١/(٦٨٧-٦٨٥).

مستند جواز البيع فى هذه الصور الثلاث

والمستند فى الجواز صحيحة على بن مهزيار قال: كتبتُ إلى أبى جعفر عليه السلام : أنّ فلانا ابتاع ضيعةً، فوقفها، وجعل لک فى الوقف الخمس، ويسأل عن رأيک فى بيع حصّتک من الأرض، أو يقوّمها على نفسه بما اشتراها به، أو يدعها موقوفةً؟

فكتب عليه السلام إليّ: أعلم فلانا أنّى آمره ببيع حقّى من الضّيعة، وإيصال ثمن ذلک إليّ، وإنّ ذلک رأْيى إن شاء اللّه، أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلک أوفق له.

وكتبت إليه: أنّ الرّجل ذكر أنّ بين مَنْ وقف بقيّة هذه الضّيعة عليهم اختلافا شديدا، وأنّه ليس يأْمن أن يتفاقم ذلک بينهم بعده، فإنْ كان ترى أنْ يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسانٍ منهم ما كان وقف له من ذلک، أمَرْتَهُ.

فكتب بخطّه إليّ: وأعلمه أنّ رأْيى له _ إنْ كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف _ أنْ يبيع الوقف أمثل؛ فإنّه ربّما جاء فى الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنّفوس.(١)

عودٌ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز فى القسم الثانى من الصورة السابعة

استدلّ الشيخ الأعظم للجواز فى هذا القسم بعد تصرفات ثلاثة فى الصحيحة حتّى تم الاستدلال بها وهى:

١_ أنّ قوله عليه السلام : «فإنّه ربما جاء فى الاختلاف ما فيه من تلف الأموال والنفوس»، «تعليل لجواز البيع فى صورة الاختلاف»(٢) والعلة تعمِّم وتخصِّص وهى هنا معرضية الوقف للخراب.

٢_ «المراد بالمال هو الوقف»(٣) يعنى الأموال الموقوفة.

٣_ «ضم النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط

١- (١٥٣٢) الكافى ٤١٢/١٣، ح٣٠ (٣٦/٧)؛ وسائل الشيعة ١٨٧/١٩ و ١٨٨، ح٥ و ٦.
٢- (١٥٣٣) المكاسب ٩٤/٤.
٣- (١٥٣٤) المكاسب ٩٤/٤.

فى الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى»(١).

واستفاد من هذه التصرفات الثلاثة: «فيكون حاصل التعليل أنّه كلّما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه»(٢).

ثمّ ناقش فى هذا المقال بثلاثة إشكالات:

اشارة

الأوّل: «أنّ المقصود جواز بيعه إذا أدّى بقاؤه إلى الخراب علما أو ظنّا، لا مجرّد كونه ربما يؤدّى إليه _ المجامع للاحتمال المساوى أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظة «ربما» كما لا يخفى على المتتبّع لموارد استعمالاته _ ولا أظنّ أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرّد احتمال أداء بقائه إلى الخراب؛ لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان _ كما عرفت _ بين قولهم: «أدّى بقاؤه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه»(٣).

الثانى: «الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم _ مثل قولهم: «يجب الإفطار والتيمّم مع خوف الضرر»، و«ويحرم السفر مع خوف الهلاك» _ لا يتحقّق إلاّ بعد قيام أمارة الخوف»(٤).

الثالث: «أنّ مناط الجواز _ على ما ذكر _ تلف الوقف رأسا، وهو القسم الأوّل من الصورة السابعة الذى جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف. مع أنّه لا وجه _ بناءً على عموم

التعليل _ للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»(٥).

جواب اشكالات الشيخ الأعظم

يمكن أن يجاب عن الاشكال الأوّل: «أنّ كلمة «ربما» فى كلمات العرب، ليست بمعنى التّشكيک وابداع الاحتمال كما انّ «ربّما» الواردة فى قوله تعالى: «رُبَما يَوَدُّ

١- (١٥٣٥) المكاسب ٩٤/٤.

٢- (١٥٣٦) المكاسب ٩٤/٤.

٣- (١٥٣٧) المكاسب ٩٤/٤.

٤- (١٥٣٨) المكاسب ٩٥/٤.

٥- (١٥٣٩) المكاسب ٩٥/٤.

الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ كانُوا مُسْلِمِينَ»(١) ليس بمعنى المشكوک بل المرادُ منه، اليقين خصوصا فى الموارد الّتى كانت فيها، المظنّة فتفيد «ربّما» الظّن وذلک مثل المقام حيث فرض فى الرّواية، ظَنُّ الاختلاف حيث وردت فيها عبارة: «وأنّه ليس يأمَنُ أنْ يتفاقم(٢) ذلک بينهم بعده»(٣)»(٤).

وعن الإشكال الثانى: لا يلزم فى تحقق الخوف قيام أمارته _ أى الظن وهو الاحتمال الراجح _ بل يكفى الشک والاحتمال العقلائى فى صدق الخوف كما صرّح به صاحب العروة(٥).

نعم، قد لا يصدق الخوف من دون الظن، كما قد يصدق الخوف من دون الظن أيضا.

وعن الإشكال الثالث: ظهر ممّا ذكرنا فى القسم الأوّل من الصورة السابعة من أنّ المدار فى الوقف جريان منافعه فإذا خيف عقلائيا تقليل المنفعة بل سقوطها عرفا يصدق تلف الوقف فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم: «فلا يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف»(٦).

وأمّا عموم التعليل فجارٍ ولكن فى الأموال الموقوفة فقط لا فى غيرها فلا يتم مقالته قدس سره : «... بل كلّما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»(٧).

١- (١٥٤٠) سورة الحجر /٢.

٢- (١٥٤١) تفاقم الأمر، أى عظم.

٣- (١٥٤٢) وسائل الشيعة ١٨٨/١٩، ح٦.

٤- (١٥٤٣) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٥١٢/١٤.

٥- (١٥٤٤) راجع العروة الوثقى ١٧٠/٢؛ طبعة جماعة المدرسين _ فصل فى التيمّم _ «الثالث: الخوف من استعماله على نفسه أو عضو من أعضائه... ويكفى الظن بالمذكورات أو الاحتمال الموجب للخوف سواء حصل له من نفسه أو قول طبيب أو غيره...».

٦- (١٥٤٥) المكاسب ٩٥/٤.

٧- (١٥٤٦) المكاسب ٩٥/٤.

وبما ذكرنا ظهر تمامية الاستدلال بالصحيحة للحكم بالجواز فى القسم الثانى من الصورة السابعة فتأمل.

كيفية الاستدلال للصور الثّلاث بالصحيحة

تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها

اشارة

وأمّا تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها: فمبنى على العدول عن التعليل ـ بالمعنى السابق ـ بالتخصيص والحكم بأنّ مطلق الاختلاف بين الموقوف عليهم يوجب جواز بيع العين الموقوفة ولكن حيث علّله الإمام عليه السلام بقوله: «فإنّه ربّما جاء فى الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس»، مطلق الاختلاف تخصّص بتلف المال والنفس على نحو كفاية الاكتفاء بأحدهما من تلف المال أو النفس.

وبعبارة أُخرى: جواب الإمام عليه السلام متضمن لفقرتين:

«إحداهما: تجويز البيع عند ظهور الخُلف والمنازعة بين الموقوف عليهم، وكونه خيرا من إبقاء الوقف على حاله. ومقتضى الإطلاق جواز البيع بمجرد العلم بالإختلاف، سواء خيف من بقائه تلفُ المال وإراقةُ الدماء أم لا.

ثانيتهما: تعليل الحكم بقوله عليه السلام : «فإنّه ربما» وظاهره موضوعية إختلافٍ خاصٍّ لجواز البيع، وهو النزاع الذى لا يؤمن معه من ضياع الأموال وهلاك النفوس.

ومقتضى تقديم ظهور العلّة على المعلول تقييد الإختلاف المجوِّز للبيع بما إذا خيف من بقاء الوقف تلفُ المال والنفس، وبهذا يتم الحكم فى الصورة الثامنة»(١).

اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال

اعترض الشيخ الأعظم(٢) قدس سره على هذا التقريب بما توضيحه: «تقديم العلّة على المعلول كما يوجب تقييد الإختلاف بما خيف منه تلف المال والنفس، كذلك يقتضى رفعَ اليد عن خصوصية الإختلاف، وتعميمَ جواز البيع لما إذا لم يكن خلفٌ بين أرباب الوقف، ولكن عُلِم إفضاء بقائه إلى تلفها من جهةٍ أُخرى، وتوقّفَ سدُّ الفتنة على بيع الوقف، فإنّ

١- (١٥٤٧) هدى الطالب ١٦٧/٧.

٢- (١٥٤٨) المكاسب ٩٥/٤، السطر الأخير.

العلّة كما تخصِّص تعمِّم. ومن المعلوم عدم إلتزامِ أحدٍ بجواز بيع الوقف مقدّمة لعلاج مفسدة أُخرى أجنبيةٍ عنه. وهذا المحذور يُوهِن العمل بظاهر [الصحيحة]، وتسقط حينئذٍ عن الدلالة على حكم الصورة الثامنة.

فإن قلت: يمكن الأخذ بموضوعية مطلق الإختلاف لجواز البيع، وعدم تقييده بقوله عليه السلام : «فإنه ربما» وذلک لورود مثله فى الأخبار مما يكون علّةً للحكم تارةً، وحكمةً أُخرى، ومن المعلوم أن ما يصلح للتقييد هو العلّة لا الحكمة.

[كما] قال المحقّق الشوشترى قدس سره : «وأما التعليل فبناؤه على الشكف عن الحكمة فى جواز البيع، والغرض منه كون الإختلاف عُرضةً لذلک المحذور، لا أنّ أداءه إليه شرط لجواز البيع. وبذلک نصّ الشهيدان، وهو ظاهر الكفاية والمفاتيح، ويشهد له التعليل ب_ «ربما»»(١).

وعليه فلا مانع من الأخذ بموضوعية الإختلاف، وعدم تعميم الحكم لما إذا لم يكن منشأ التلف منازعة أرباب الوقف.

قلت: إن حمل «ربما» على الحكمة وإسقاطه عن العلية _ ليبقى عموم الإختلاف على حاله _ يوجب عدم صلاحيته لتقييد الجواز بخوف تلف المال أو النفس، فإنّ الحكمة كما لا تعمِّم لا تخصِّص، مع أن مفروض الصورة الثامنة هو الجواز لو أدّى بقاء الوقف إلى التلف لا مطلقا.

والحاصل: إن كانت جملة «فإنه ربما» علةً لزم تعميم الجواز لغير موارد الإختلاف، ولا سبيل للقول به.

وإن كانت حكمةً لزم تعميم الجواز لما إذا لم يؤدِّ البقاء إلى التلف، وهو غير الصورة الثامنة»(٢).

وأمّا تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة: فمبنى على حصول ضرر

ص: ٣٨٦

١- (١٥٤٩) مقابس الأنوار، كتاب البيع، /٥٩.

٢- (١٥٥٠) هدى الطالب ١٦٨/٧.

عظيم أى ضرر معتدّبه يصدق عليه تلف الأموال وتلف النفوس وغيرهما فكلّ واحد منها ضرر عظيم وكاف فى جواز البيع.

وبعبارة أُخرى: مقتضى العلّيّة فى قوله عليه السلام : «فإنّه ربما جاء فى الاختلاف مافية تلف الأموال والنفوس»، هى وصول الاختلاف إلى حدّ الضرر العظيم من دون تقييده بتلف المال أو النفس نحو تلف العِرْض وهذه هى الصورة التاسعة.

ويناقش على هذا التقريب: أوّلاً: مقتضى العلية فى كلام الإمام عليه السلام هو جواز البيع لكلِّ فتنةٍ وإن لم يرتبط بالوقف وهو ممّا لا يلتزم به أحد.

وثانيا: حمل «تلف المال والنفوس» فى كلام الإمام عليه السلام على المثال لمطلق الضرر العظيم ممنوعٌ، لأنّ الحمل متوقف على القطع بعدم خصوصيتهما، ودون اثبات هذا القطع خرط القتاد.

وأمّا تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة:

اشارة

فمبنى على اعتبار تلف النفوس فقط لأنّ تلف النفوس يلازم تلف الأموال غالبا، فذكر تلف الأموال مبنى على الغالب ولا اعتبار بالقيد الغالبى فالمجوز للبيع هو خصوص تلف النفوس واستباحتها وهذه هى الصورة العاشرة.

اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب

اعترض الشيخ الأعظم(١) عليه بإشكالين:

الأوّل: مقتضى العلّيّة التعدّى من «تلف الأموال والنفوس» إلى مطلق احتمال وقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، وغيرهم مع أنّه لا يمكن الالتزام بهذا الإطلاق.

الثانى: ظاهر الصحيحة لاسيّما بملاحظة لفظة «ربما» كفاية مجرد الاحتمال فى استباحة النفوس ولكن ظاهر المشهور أخذ العلم أو الظن فى استباحة النفوس لجواز البيع وبينهما المباينة الواضحة.

١- (١٥٥١) المكاسب ٩٦/٤.

استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحة

اشارة

استظهر الشيخ الأعظم(١) من الصحيحة أمرا مغايرا لما ذهب إليه المشهور ولاحظ فيه جهات ثلاث:

«الأُولى: أن يكون موجبا لتلف الأموال والنفوس، فلا عبرة بمطلق الخُلف والنزاع وإن لم يؤدِّ إلى تلفها. وليس منشأ هذا التقييد حمل جملة «فإنّه ربّما» على التعليل ليكون مقيِّدا لدائرة الإختلاف

الوارد فی السؤال، لفرض عدم کون «فإنّه» علةً حقیقیة لتعمِّم أو تقیِّد. بل منشؤه قرینیة الذیل بحسب المتفاهم العرفی علی ما یراد من السؤال.

الثانیة: أن یحصل الخوفُ من أداء بقاء الوقف إلی هلاک النفس أو المال، سواء نشأ من العلم بالأداء أو من الظن به، أو من الإحتمال الموهوم.

والوجه فی ضمِّ الأخیر إلی العلم والظن ورود کلمة «ربما» فی الجواب، وقد مرّ صدقه علی الإحتمال عند الشیخ الأعظم.

الثالثة: أن یکون محذور تلف النفس والمال مترتبا علی نزاع أرباب الوقف فیما یتعلق بحفظه وبالإنتفاع به، وتوقف حسم مادة الفساد علی البیع.

فلو کان المحذور ناشئا من غیر اختلافِ الموقوف علیهم لم یجز البیع.

فإن قلت: مقتضی ظهور التعلیل التعدی من الاِختلاف إلی موجب آخر یؤدِّی إلی هلاک المال والنفس، إذ العلة کما تُضیِّقُ توسِّع أیضا.

قلت: نعم لو استقرّ ظهور «فإنّه ربّما» فی التعلیل حتّی یتعدی عن مورد السؤال إلی غیره، ولکن المفروض منع الظهور المزبور»(۲).

ثمّ استنتج(۳) أنّ الصحیحة غیر مفتیً بها عند المشهور لأنّ الظاهر اعتبارهم جهتین وهما غیر مذکوران فیها:

«إحداهما: إعتبار العلم أن الظن بأداء بقائه إلی الخراب، وعدم کفایة الإحتمال

١- (١٥٥٢) المكاسب ٩٧/٤.

٢- (١٥٥٣) هدى الطالب ١٧٥/٧.

٣- (١٥٥٤) المكاسب ٩٧/٤.

عندهم.

ثانيتهما: أنّ المؤدِّى إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال والأنفس»(١).

ولذا ذهب إلى أنّ «النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموما من وجه»(٢).

توضيحه: فتوى المشهور أعم من الصحيحة من جهتين وأخص منها من جهة، كما إنّ الصحيحة أُعَمُّ من فتاواهم من جهة وأخص منها من جهة أُخرى.

«أمّا أعمية الفتاوى من جهتين:

فالأُولى منهما: شمول «تلف المال» لكلٍّ من الخراب وقلّة المنفعة، بشهادة تجويز البيع فى قسمى الصورة السابعة.

والثانية: أنّ المؤدّى إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال والأنفس، بشهادة تجويز البيع للضرر العظيم كما فى الصورة التاسعة.

وأما أخصية الفتاوى من الصحيحة، فلإعتبارهم حصولَ العلم أو الظن بأداء البقاء إلى الخراب، بشهادة تعبيرهم بالخوف والخشية، مع أنّ الصحيحة تعمّ الإحتمال الموهوم، بشهادة كلمة «ربّما».

وأما أعمية الصحيحة من فتوى المشهور، فلعدم اعتبار العلم والظن، والإكتفاء بمجرد الإحتمال.

وأما أخصيتها منها فَلاِخْتصاصِ الجواز بالفتنة المبيحة للأموال والأنفس.

ومادة الإجتماع _ بمعنى جواز البيع بمقتضى الصحيحة وفتوى المشهور _ هى العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب مع الفتنة المبيحة للمال والنفس.

وَمادَّةُ الاِفتراق من طرف الرواية هو احتمال وقوع الفتنة المبيحة لهما، فيجوز البيع

ص: ٣٨٩

١- (١٥٥٥) هدى الطالب ١٧٧/٧.

٢- (١٥٥٦) المكاسب ٩٧/٤.

فيها، خلافا للمشهور.

ومن طرف فتوى المشهور موردان:

أحدهما: العلم بأدائه إلى الخراب بدون الفتنة الموجبة لإستباحة المال والنفس.

وثانيهما: خوف الخراب بمعنى قلة المنفعة. ففى هذين الموردين لا دلالة للرواية على الجواز.

وبالجملة: فمع هذه النسبة بين الصحيحة والفتاوى كيف يصحّ الإستدلال بها؟ فما دلّت عليه لم يُعمل به، وما عُمِل به لم تدل الصحيحة عليه»(١).

ولكن رجع عن مقالته أخيرا وذهب إلى عدم اعراض المشهور عن الصحيحة وقال: «لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية وقصور مقاومتها للعمومات المانعة، بالشهرة؛ لأنّ اختلاف فتاوى المشهور أنّما هو من حيث الاختلاف فى فهم المناط الذى أُنيط به الجواز من قوله عليه السلام : «إن كان قد علم الاختلاف...» المنضمّ إلى قوله: «فإنّه ربما جاء فى الاختلاف»(٢).

وحاصل كلامه قدس سره : «أنّهم تسالموا على جواز البيع فى الجملة، واختلفوا فى خصوصيته ومناطه. وهذا المقدار كافٍ فى إحراز عملهم بالرواية وجبرِ ضعف الدلالة بالنسبة إلى المتفق عليه»(٣).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش عليه فى مقالته الأخيرة فقط.

أوّلاً: عدم ضعف الدلالة بالشهرة كما حقّقه قدس سره فى الاصول.

وثانيا: بعد تسليم الجبر بها لابدّ من الأخذ بما فهمه المشهور من الرواية وإن كان ما فهموه غير ظاهر الرواية، إذِ المفروض جبران ضعف هذا الظهور بفهمهم.

وثالثا: المشهور لم يتفقوا على مناط الجواز حتّى يقال بجبران ضعف الدلالة بالشهرة، لاختلاف فتاواهم فى منافط الجواز واختلاف أنظارهم فى استفادة مناط الجواز

١- (١٥٥٧) هدى الطالب ١٧٧/٧ و ١٧٨.

٢- (١٥٥٨) المكاسب ٩٧/٤.

٣- (١٥٥٩) هدى الطالب ١٧٨/٧.

من الصحيحة، فلم يكن هناك شهرة تجبربها ضعف الدلالة.(١)

فذلكة كلام الشيخ الأعظم ونقدها

ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى «أنّ المستفاد من المكاتبة بقرينة كلمة «ربما» كفاية الاختلاف الذى يوجب احتمال تلف الأموال والنفوس لا مطلق ما يؤدى إلى المحذور المذكور وإن كان سببه الخراب لعدم ظهور الذيل فى التعليل والمشهور اعتبروا العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب وبين

الأمرين عموم من وجه فالمكاتبة بظاهرها غير مفتى بها، وأجاب عن ذلک بأنّ الأصحاب استدلّوا بها ولم يعرضوا عنها غير أنّه اختلفوا فى فهم المناط الذى يستفاد من الحديث.

وفيه: أن الرواية بقرينة لفظ «فإنّه» ظاهرة فى التعليل ولذلک نلتزم بالتعدّى إلى خوف تلف كلّ مال ونفس يتسبّب من بقاء الوقف وإن كان راجعا إلى غير الموقوف عليهم بل وإن كان سببه غير الاختلاف أيضا»(٢).

مقالة المحقّق السّيّد الخوئى حول الصحيحة ونقدها

قال قدس سره : «وعلى أىِّ حالٍ، هذه الرواية ضعيفة السند، ولم ينجبر ضعفها بعمل المشهور، حتّى لو قلنا بانجبار ضعف السند بعمل الأصحاب، كما هو ظاهر.

كما أنّها ضعيفة الدلالة، بل الظاهر بملاحظة جملة من القرائن كونها أجنبيّة عن بيع الوقف رأسا، وهى:

أوّلاً: أنّ أمره عليه السلام ببيع حصّته من الوقف _ وهو الخمس _ أو أن يقوّمها على نفسه، لا ينطبق على شىء من القواعد لعدم طروّ مجوّز لبيعه أصلاً. ولم يكن وجه لإحالة البيع إليه إذ الواقف بعد تمام الوقف يكون أجنبيّا. والظاهر أنّ حكمه عليه السلام لم يكن إذنا منه ولاية، وإنّما كان بيانا للحكم الشرعى، فلابدّ من حمله على ما قبل القبض وعدم تماميّة الوقف.

وثانيا: أنّه عليه السلام جوّز البيع للواقف، ولو كان الوقف تامّا لكان الواقف أجنبيّا عن

١- (١٥٦٠) كما فى هدى الطالب ١٧٩/٧.

٢- (١٥٦١) تعليقة المحاضرات ٢٠٣/٣.

الوقف، فبأىّ وجهٍ يبيع مال الغير؟

وثالثا، إنّه عليه السلام حكم بتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم، مع أنّ بدل الوقف لابدّ وأن يكون وقفا كالمبدل.

ورابعا: أنّه عليه السلام علّق جواز البيع على أن لا يأمن الواقف من الخلاف وعلمه بتلف الأموال والنفوس، فحكم عليه السلام حينئذٍ بأنّ البيع أمثل، مع أنّه لا عبرة بعلم الواقف أصلاً. وتوهم كون الجملة بصيغة المجهول منافٍ للسياق. وكل هذه الأُمور شاهد على أنّ مورد سؤال الواقف وجواب الإمام عليه السلام هو الوقف قبل القبض.

هذا، مضافا إلى أنّه لا يمكن العمل بالرواية لو أُريد بها البيع بعد تمام الوقف، فيكون مقطوع البطلان على كلّ تقدير؛ وذلک لأنّه إن كان قوله عليه السلام فى ذيل الرواية: (فإنّه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والنفوس) حكمةً لجواز البيع، فلابدّ من الأخذ بمورد السؤال والجواب، وهو جواز البيع بمجرّد وقوع الاختلاف بين أرباب الوقف وإن لم يخف أداؤه إلى تلف الأموال والنفوس، وهذا ممّا لم يقل به أحد ظاهرا. وإن كان علّة له _ كما هو ظاهر كلمة «فإنّه» _ لزم جواز البيع فيما إذا لزم من تركه تلف الأموال والنفوس ولو من غير جهة اختلاف الموقوف عليهم، كاختلاف عمّال الواقف أو الواقف أو المتولى وغير ذلک ممّا لم يقل أحد بكونه مجوّزا للبيع.

كما إنّه لو حملناها على ما بعد القبض يلزم تعميم الجواز لما إذا استلزم بقاؤه تلف الأموال ولو غير العين الموقوفة؛ فإنّ المذكور فى العلّة تلف الأموال بصيغة الجمع، لا خصوص العين الموقوفة. كما يلزم تعميمه أيضا من حيث كون منشأ تلف الأموال هو الاختلاف أو غيره فيجوز بيع الوقف لإصلاح كلّ فتنة، ومن حيث العلم بذلک أو الظنّ أو مجرّد الاحتمال أيضا _ فتأمّل _ على ما هو ظاهر قوله عليه السلام : «ربما جاء فى الاختلاف».

مضافا إلى أنّ التلف غير الخراب، فإنّ التلف عبارة عن انعدام العين، بخلاف الخراب، ومورد كلامنا هو الخراب دون التلف، وفى التلف لا معنى للبيع والتبديل بعد فعليّته.

على أنّ مقتضى القاعدة عند خراب الوقف هو تبديله بما يبقى للبطون اللاحقة

ص: ٣٩٢

أيضا لينتفعوا به، لا بيعه ودفع الثمن إلى الموجودين كما هو صريح هذه الرواية.

فظاهر الرواية غير مفتى به، فلابدّ من ردّ علمها إلى أهله. وعلى كلٍّ لا يمكن الاعتماد عليها سندا ودلالةً»(١).

ولكن يمكن أن يناقش عليها: أوّلاً: الرواية لم تكن ضعيفة السند بل هى صحيحة الإسناد فلا تحتاج إلى جبران الضعف بعمل المشهور.

وثانيا: «إنّ الخمس الذى جعل للإمام عليه السلام لم يكن من الوقف بل الوقف كان فى بقيّته وبالنسبة إلى حصّة الإمام عليه السلام كان هبة أو هديّة ونحو ذلک لمكان قول السائل: «وجعل لک فى الوقف الخمس» ولو كان حصّة الإمام عليه السلام أيضا وقفا لقال: وجعل من الوقف الخمس لک، وأمّا قوله عليه السلام فى ذيل السؤال: «أو يدعها موقوفة» فمعناه أن يدعها متروكة، من الإيقاف بمعنى الترک والثبات أى ثابتة على حالها»(٢).

وثالثا: «من الممكن أن يكون الإمام عليه السلام محتاجا إلى ثمن الوقف ومن المحتمل أن تكون الحاجة من المجوّزات للبيع وإن لم يمكن إثبات ذلک من هذه الرواية لإجمالها ولم يثبت لنا ذلک أيضا من طريق آخر، فلا طريق لنا إلى ردّه أيضا والاحتمال موجب لعدم طرح الحديث»(٣).

ورابعا: «إنّ الغالب فى الأوقاف أن يجعل الواقف التولية أو النظارة لنفسه أو لمن ينتم إليه بنسب أو سبب، مع أنّه يمكن أن يكون سؤاله عن رأى الإمام عليه السلام استيذانا منه ببيع حصّته فأذن فى ذلک بقوله «أعلم فلانا»، وأمّا بالنسبة إلى غير حصّة الإمام عليه السلام فمن إطلاق الوقف عليه يمكن استكشاف كون بيعه بعد القبض، ولا أقلّ من استفادة ذلک من ترک استفصال الإمام عليه السلام بين قبل القبض وبعده فيستفاد جواز البيع بعد القبض أيضا»(٤).

۱- (۱۵٦۲) محاضرات فی الفقه الجعفری ۳/(۲۰٤-۲۰۰).

۲- (۱۵٦۳) تعلیقة الشهید آیة اللّه الشیخ علیأصغر الأحمدی الشاهرودی علی کتاب محاضرات فی الفقه الجعفری ۲۰۰/۳.

۳- (۱۵٦٤) المصدر ۲۰۱/۳.

٤- (۱۵٦۵) المصدر.

وخامسا: بالنسبة إلی تقسیم الثمن بین الموقوف علیهم «لأنّه مورد السؤال وقد أمضاه الإمام علیه السلام ، ویمکن الجواب عنه بطرح هذه الفقرة من الحدیث فقط أو فرض مورد السؤال ما إذا لم یمکن اشتراء شیء وجعله وقفا من دون أن ینجرّ إلی الاختلاف السابق کما لا یبعد فی مورد الروایة وعلیه فاشتراء شیء وجعله وقفا یکون لغوا لأنّه لابدّ من بیعه أیضا»(۱).

وسادسا: قوله قدس سره : «لا عبرة بعلم الواقف أصلاً»(۲)، لعلّ منشأ اعتباره أنّ الواقف جعل التولیة لنفسه مادام حیّا أو أنّ هذا إذنٌ ابتدائیٌّ للواقف من قبل الإمام علیه السلام لحل الاختلاف.(۳)

وسابعا: ظاهر الصحیحة «هو التعلیل لکن العلّة لیس هو خوف تلف النفوس والأموال مطلقا بل العلّة بقرینة قوله علیه السلام : «إن کان قد علم الاختلاف بین أرباب الوقف» هی خوف تلف الأموال والنفوس الناشئ من بقاء الوقف لا مطلقا والالتزام به لا محذور فیه فیتعدّی بعموم التعلیل من اختلاف الموقوف علیهم إلی اختلاف المتولین للوقف ونحوه من کلّ ضرر ناشئ عن بقاء الوقف»(٤).

وثامنا: «أنّ المشهور لم یلتزموا بالجواز إلاّ فی صورة المظنّة.

والمناقشة فيه بأنّ كلمة «ربما» وإن شملت مجرّد الاحتمال أيضا إلاّ أنّه بقرينة قوله «لا يؤمن أن يتفاقم»(٥) يراد به صورة مظنّة الضرر إذ إنّ كلمة «لا يؤمن» أمارة على وجود الضرر العظيم فيما بعد.

مدفوعة بأنّه لا يوجد فى جواب الإمام عليه السلام إلاّ مجرّد الاختلاف، نعم المشهور قيّدوا الجواز بصورة خوف تلف مال الوقف ولكن يمكن أن يكون منشؤه خطأهم فى كون

١- (١٥٦٦) المصدر.

٢- (١٥٦٧) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢٠٢/٣.

٣- (١٥٦٨) تعليقة المحاضرات ٢٠٢/٣.

٤- (١٥٦٩) تعليقة المحاضرات ٢٠٢/٣.

٥- (١٥٧٠) تفاقم الأمر، أى عظم. لسان العرب ٤٥٧/١٢.

المراد من تلف الأموال خصوص تلف مال الوقف فلا يثبت إعراضهم عن الحديث»(١).

فذلكة الكلام فى صحيحة عليبن مهزيار

أمّا من حيث السند فهى من الصحاح وقد مرّت(٢) دلالتها على القسم الثانى من الصورة السابعة.

«وأمّا الاستدلال بها لبقية الصور فوجهه فى الصورة الثامنة هو الاقتصار على مضمون الحديث من احتمال تلف خصوص الأموال والنفوس.

وفى الصورة التاسعة دعوى أنّ ذكر الأمرين من باب المثال وأنّ الملاك هو احتمال ورود ضرر عظيم كهتك عرض أو هتك بعض محارم اللّه من أجل الاختلاف.

وأمّا فى الصورة العاشرة فلدعوى أنّ الملاک هو احتمال تحقّق فساد من الاختلاف ينجرّ إلى تلف النفوس وذكر تلف المال توطئة لذكر تلف النفوس معه من باب ملازمته له غالبا.

والذى يظهر من الحديث اختصاص مورد السؤال بما إذا علم أن ظنّ تلف الأموال والنفوس إذ فرض فى المورد الاختلاف الشديد الذى لا يؤمن أن يتفاقم ذلک ففى مثله تكون مظنّة التلف إلاّ أنّ فى جواب الإمام عليه السلام لم يؤخذ إلاّ مجرد الاختلاف الذى يحتمل معه التلف فإنّ كلمة «ربما» وإن لم يستعمل فى مجرّد الاحتمال إذا لم يتحقّق له سبب إلاّ أنّه يشمل الاحتمال الناشئ عن السبب مطلقا ولا يختصّ بالعلم أو الظن والمدار على إطلاق الجواب، كما أنّ المستفاد منه مجرّد الاختلاف المعرّض لتلف الأموال والنفوس سواء كان من أموال الوقف ونفوس الموقوف عليهم، أو غير ذلک ووجه عدم الحكم بجعل الثمن وقفا لعلّه من جهة عدم العلاج وعدم ارتفاع الاختلاف إلاّ بزوال الوقف كلّية وبالجملة الرواية صحيحة جدّا ولا بأس بالعمل بمضمونها... وقد عرفت أنّ مضمونها يشمل جميع الصور عدا التاسعة فإنّ إلغاء خصوصيّة تلف الأموال والنفوس يحتاج

١- (١٥٧١) تعليقة المحاضرات ٢٠٣/٣.

٢- (١٥٧٢) راجع هذا المجلد صفحة ٣٨٢.

إلى ألطف قريحة وليس بعيدا بنظر العرف من اللفظ فى مثل هذه المقامات، على أنّ غرض الواقف من الوقف التقرّب إلى اللّه تعالى وانتفاع الموقوف عليهم، وبقاء الوقف على حاله مع ترتّب ضرر عظيم عليه ينافى غرضه قطعا»(١).

وأمّا الاشكال فى الصحيحة «بأنّ الوقف ظاهرا كان من الوقف الخاص وهو من العقود على الظاهر فيحتاج فى تماميّته إلى القبول والقبض فكيف أمر الإمام عليه السلام ببيعه مع عدم تحقّقهما، ففيه أنّ الأمر بالبيع يكشف عن القبول أو هو قبول إذ هو لازم الأمر ببيع حصّته من الوقف وإيصال ثمنه

إليه، وأمّا بالنسبة إلى القبض فيمكن أن يكون الواقف قبض عن الإمام عليه السلام فضوليّا ويكون الأمر ببيعه إجازة للقبض، هذا على تقدير صحّة قبض الفضولى إذا لحقته الإجازة وإلاّ فيمكن أن يجعل الأمر بالبيع كاشفا عن جعل الواقف وكيلاً فى القبض أو يكون هو بنفسه إذنا فى القبض ويكون قبض المأذون بمنزلة قبض الآذن فيتمّ الوقف بذلک، على أنّه تقدّم سابقا أنّ حصة الإمام عليه السلام لم يكن من الوقف فراجع»(٢).

هذا تمام الكلام فى كيفية الاستدلال للصور الثلاثة الأخيرة بالصحيحة واللّه سبحانه هو العالم.

الاستدلال لِلصُّوَرِ الثَّلاثِ الأخيرة بالقواعد العامة

اشارة

استدلوا بقاعدتى التزاحم ولا ضرر بتقريب:

١_ قاعدة التزاحم:

«حيث قيل بدلالتها فى المقام من جهة أنّ الأمر دائر بين رفع اليد عن بيع الموقوفة، وأمر أهمّ وهو حفظ النفوس، ولا شكّ أنّه عند دوران الأمر بين المهمّ والأهمّ فإنّه يُقدَّم الأهمّ.

بيان ذلک: ثبت فى مبحث التزاحم أنّه لو دار الأمر بين حكمين أحدهما مهمّ والآخر أهمّ محتمل الأهمّية، فإنّ إطلاق دليل المهمّ يسقط، ويجب تقديم دليل الأهمّ،

١- (١٥٧٣) تعليقة المحاضرات ٣/٢٠٥.

٢- (١٥٧٤) تعليقة المحاضرات ٣/٢٠٤.

وفيما نحن فيه فإنّ قوله: «لا يجوز شراء الوقف» نصٌّ مهمّ يقابله ما هو أهمّ منه، وهو لزوم حفظ [العين] الموقوفة وحياة الموقوف عليهم، فإذا دار الأمر بينهما فإنّ حفظ الأخيرين أولى من الأوّل.

وأُورد عليه أوّلاً: إنّ التزاحم يتحقّق عادةً بين تكليفين ليس للمكلّف قدرة عليهما عقلاً لعجزه عن صرف القدرة الواحدة فيهما، فيدور الأمر بين تركهما أو صرفها فى أحدهما، وحينئذٍ فإنّ العقل يحكم المكلّف، ومن ثمّ عَجز عن الجمع بينهما، فإنّه حينئذٍ لا مجال لجريان قاعدة التزاحم، كما هو الحال فى المقام حيث لو لا الاختلاف بين أرباب الوقف، لأمكن حفظ الأموال والنفوس مع حفظ العين الموقوفة عن البيع، لعدم قيام التمانع فى القدرة على الجمع بينهما بما لا يؤدّى إلى التزاحم.

وفيه نقضا: الالتزام بهذه الدعوى يستلزم لازما باطلاً ليس لفقيه الالتزام به، وهو لزوم الحكم ببقاء حرمة التصرّف فى مال الغير لو استلزم نجات الغريق الذى غرق بسوء اختياره، أى لزوم صرف القدرة فى حفظ المهمّ دون الأهمّ، وهذا ما لا أظنّ أنّ القائل يلتزم به فضلاً عن غيره.

وحلاً: أنّ قاعدة التزاحم قاعدة عقليّة لا مجال فيها للمناقشات المختصّة بالأدلّة النقليّة، وبالتالى فلا يصحّ البحث عن أنّها مطلقة تشمل جميع موارد التزاحم، أو أنّها مختصّة بما إذا كان حاصلاً لا بسوء الاختيار، ومادام المستند فى المقام هو الدليل العقلى يبقى المكلّف مقيّدا بدائرة مدركاته، سواءً فى جانب التقييد أو المطلق.

وفى المقام فإنّ مستند حكم العقل مبنىٌّ على أنّ كلّ خطاب وحكم مشمول بالقدرة، فإذا كانت وافية بالخطابين وجب امتثالهما، وإن كانت غير وافية فإنّ العقل حاكم بلزوم مراعاة الأهمّ وترك المهمّ؛ لأنّ حفظ إطلاق المهمّ فى مقابل الأهمّ يستلزم تفويت الغرض الأهمّ، وهو ممّا يقبح صدوره عن الحكيم بحسب مبنى العدليّة القائلين بالمصالح والأغراض العقليّة، وهذا الحكم العقلى ـ أى لزوم تقديم الأهمّ ـ حكمٌ عامٌ غير قابل للتخصيص، يدلّ على لزومه مطلقا، سواءً كان حصول التزاحم بسوء اختياره أم باختياره.

وأُورد ثانيا: أنّ التزاحم رافع للحكم التكليفى، لكنّه غير مثبت للحكم الوضعى، أى

إذا عجزنا عن امتثال الأمرين من المهمّ والأهمّ معا وحفظ ملاكهما، فإنّه ترتفع الحرمة حينئذٍ من جهة التكليف دون الوضع الذى هو صحّة بيع العين الموقوفة، حيث لا يترتّب على التزاحم، وما نقصده فى المقام تحصيل صحّة بيع العين الموقوفة دون الجواز التكليفى.

وفيه: لا شكّ أنّ مجرّد رفع الحرمة التكليفيّة دون ترتّب الأثر الوضعى من الصحّة لا يحقّق الغرض من [جريان قاعدة] التزاحم، بل يتحقّق فيما لو جاز بيعه تكليفا وصحَّ وضعا، وانتهى الأمر إلى تقسيم الثمن بينهم، فلو حكم من جهةٍ بجواز بيع الوقف تكليفا للاختلاف المذكور، وببطلانه وضعا للدليل المانع، فإنّ المال يبقى ممنوعا من التصرّف فيه، ويبقى الاختلاف مستمرّا، وبالتالى فمادام لا مجال لحفظ الأهمّ إلاّ بصحّة البيع ونفوذه من خلال الأمر الوضعى، فإنّه لا سبيل لرفع التزاحم إلاّ من خلال الحلّية التكليفيّة والصحّة الوضعيّة.

ثمّ قال الاستاذ المحقّق _ مدظله _ : إنّ مستند قاعدة التزاحم لم يكن دليلاً لفظيّا لكى نبحث عن إطلاقه وعدمه، وإنّما هو حكمٌ عقلىٌ عامٌ لا مجال لتخصيصه أو سريانه إليه، بل هناك ملازمة بين وجود موضوعه وترتّب الحكم عليه مطلقا، ولذلك فمتى كان المعتمد عند تسويغ البيع هذه القاعدة، فلا مجال للتفريق فى حكمها بين اختلاف أرباب الوقف وغيرهم، بل الاختلاف مطلقا يعدّ صغرى هذه القاعدة، وإن كان مؤدّيا إلى تلف غير الموقوف عليهم، وعليه فلابدّ من الحكم بأنّ مطلق الاختلاف يعدّ مسوّغا للبيع.

لكن المشكلة أنّ التعميم لا يتوافق مع مسلك الفقهاء من عدم ترخيص بيع الموقوفة فى مطلق الاختلاف المؤدّى إلى تلف الأموال والنفوس، بل يخصّصونها بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، فينحصر الحكم حينئذٍ بملاحظة المبنى المختار، من رعاية مسلك الفقهاء وعدمها.

[وأمّا القول المختار هنا] فإنّه بمقتضى الصناعة لابدّ على الفقيه الحكم بجواز البيع باعتبار أنّ الوقف من الأُمور الحسبيّة التى يعود أمرها إلى الحاكم الشرعى والفقيه الجامع للشرائط، فإذا واجه اختلافا وفتنةً تزهق فيها النفوس، وتتلف فيها الأموال، ولا سبيل

ص: ٣٩٨

لإخمادها إلاّ بيع الموقوفة، كان عليه ذلک حتّى وإن كان الوقف مؤبّدا، لأهمّية مصلحة حفظ النفوس والأموال عند الشارع _ وهو المختار عندنا _ إلاّ إذا قام إجماعٌ على اختصاص ذلک بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، حيث يكشف عن أنّ مصلحة حفظ الوقف أهمّ عند الشارع من حفظ النفوس والأموال.

[وفيه: ما لا يخفى على المتفقه البصير].

٢_ قاعدة لا ضرر

حيث استدلّ بها باعتبار أنّ الاختلاف المذكور يؤدّى إلى الضرر على المسلمين، وهو منفيٌّ بقوله عليه السلام : «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»، ومفاده أنّه متى أصبح الحكم الشرعى سببا لحدوث الضرر، فإنّه مرفوع بل غير مجعول شرعا.

وفيه: برغم تماميّة الكبرى المذكورة، إلاّ أنّ المقام لا يعدّ من صغرياتها، فإنّ حكم الشارع بحرمة بيع الوقف لم يكن موجبا للضرر ولا سببا إليه، وإن يعدّ رفعه للحكم سببا لارتفاع الضرر، لكن حدّ دلالة القاعدة المذكورة هو أنّ الأحكام الشرعيّة الضرريّة مرفوعة، لا أنّ كلّ حكم مرفوع لأجل الضرر، وبينهما فرقٌ كبير»(١).

الاستدلال للصور الثّلاثِ بالشرط الضمنى للوقف

كما يكون من شروط الوقف بل من أركانه وجود العين الموقوفة، فكذلک وجود الموقوف عليهم، بل الموقوف عليهم أهميته عند الواقف أكثر من العين الموقوفة لأنّه وقف العين لهم، فإذا دارالأمر بين بقاء عين الموقوفة أو أصل الوقف والموقوف عليهم يقدّم الثانى بهذا الشرط الضمنى الارتكازى للوقف.

هذا تمام الكلام فى الْوَقْفِ المؤبَّد واللّه هو العالم والحمد له تعالى.

ص: ٣٩٩

١- (١٥٧٥) العقد النضيد ٥/(٨٥-٨٢).

الوقف المنقطع

اشارة

يطلق الوقف المنقطع:

تارة: على الوقف المقترن بمدّة كأربعين سنة مثلاً والظاهر أنّ الإجماع قائم على بطلان هذا القسم.

قال العلاّمة فى وقف القواعد: «... فلو علّقه بصفةٍ أو بشرط أو قرنه بمدّة لم يقع»(١).

وقال الفقيهُ المتتبعُ العامِلىُّ فى شرحه: «كما فى الغنية(٢) والسرائر(٣) والشرائع(٤) وكذا الاستبصار(٥) وهو معنى إجماع الخلاف(٦) والغنية(٧) والسرائر(٨) وغيرها(٩)، إذ هو تفريع على اشتراط الدوام. وفى النهاية(١٠) والسرائر(١١) أيضا لا يصحّ إلاّ أن يجعله سكنى

ص: ٤٠٠

١- (١٥٧٦) القواعد ٣٨٨/٢.

٢- (١٥٧٧) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٨.

٣- (١٥٧٨) السرائر: فى شروط صحّة الوقف ١٥٦/٣.

٤- (١٥٧٩) شرائع الإسلام: فى شرائط الوقف ١٧٠/٢.

٥- (١٥٨٠) الاستبصار ٩٩/٤، ذيل ح١.

٦- (١٥٨١) الخلاف: فى الوقف ٥٤٨/٣، مسألة ١٦.

٧- (١٥٨٢) غنية النزوع فى الوقف /٢٩٨.

٨- (١٥٨٣) السرائر: فى شروط صحّة الوقف ١٥٧/٣.

٩- (١٥٨٤) كالحدائق الناضرة: فى اشتراط الدوام فى عقد الوقف ١٣٤/٢٢.

١٠- (١٥٨٥) النهاية: فى الوقوف والصدقات... /٥٩٦.

١١- (١٥٨٦) السرائر: فى شروط صحّة الوقف ١٥٩/٣.

دار. وزاد فى السرائر أو عمرى أو رقبى. وهو معنى قوله فى الجامع(١) يصحّ أعمارا. وفى النافع(٢) والتحرير(٣) والدروس(٤) والمسالك(٥) والروضة(٦) والكفاية(٧) والمفاتيح(٨) أنّه يصحّ حبسا، وهو معنى قوله فى التبصرة: إنّه يرجع إلى ورثة الواقف.(٩) وفى جامع المقاصد أنّ فى صحّته حبسا قوّة.(١٠) وقال فى التذكرة(١١): لو قال وقفت هذا سنة احتمل البطلان، وهل يبطل أصلاً فلا يعتدّ به أو يكون حبسا؟ إشكال. ويحتمل الصحّة ويكون حبسا، انتهى. أمّا البطلان فوجهه ظاهر، ولعلّه يرجع فى غير كلام التذكرة إلى القول الآخر كما يرشد إليه كلام السرائر وقد سمعته، وتعليلهم له بأنّ شرط الوقف الدوام فيبطل لعدم حصول الشرط، إذ لو كانوا قائلين ببطلان الحبس لا حتاجوا فى بطلانه إلى شيء آخر زائد على ما ذكروه، مع أنّه غير مذكور، إذ من المعلوم أنّ بطلانه وقفا لا يستلزم بطلانه حبسا. وأمّا الصحّة حبسا فلوجود المقتضى، وهو الصيغة الصالحة للحبس، لاشتراك الوقف والحبس فى المعنى فيمكن إقامة كلّ واحدٍ مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأبيد كان قرينة على الحبس، وهذا المجاز شائع كما ستسمع فى المسائل الآتية، كما لو اقترن الحبس بالتأبيد كان قرينة على الوقف»(١٢).

١- (١٥٨٧) الجامع الشرائع: فى الوقف /٣٧٠.

٢- (١٥٨٨) المختصر النافع: فى الوقوف والصدقات /١٥٦.

٣- (١٥٨٩) تحرير الأحكام الشرعية: فى شرائط الوقف ٢٩٢/٣.

٤- (١٥٩٠) الدروس الشرعية: فى الوقف ٢٦٤/٣.

٥- (١٥٩١) مسالک الأفهام: فى شرائط الوقف ٣٥٣/٥.

٦- (١٥٩٢) الروضة البهية: فى الوقف ١٦٩/٣.

٧- (١٥٩٣) كفاية الأحكام: فى شرائط الواقف ١٠/٢.

٨- (١٥٩٤) مفاتيح الشرائع: فى حكم الوقف على الواقف... ٢٠٧/٣.

٩- (١٥٩٥) تبصرة المتعلّمين: فى الوقف /١٢٣.

١٠- (١٥٩٦) جامع المقاصد: فى أركان الوقف ١٦/٩.

١١- (١٥٩٧) تذكرة الفقهاء ١٦٨/٢٠، مسألة ٩٦.

١٢- (١٥٩٨) مفتاح الكرامة ٤٦١/٢١ و ٤٦٢.

والمقصود بالوقف المنقطع ليس هذا القسم.

وأُخرى: يطلق الوقف المنقطع على ما إذا جعل المال على مَنْ ينقرض سواءً أكان شخصا معيّنا كزيدٍ أم جمعا معينين كأولاده والسكوت عمّا يصنع به بعد الانقراض.

وهذا القسم الأخير هو المراد هنا بالوقف المنقطع الآخر.

ويقع الكلام فيه عن جهات ثلاث:

وقبل الورود فى البحث لابدّ من التذكار بأنّ الوقف المنقطع يقسّم على ثلاثة أقسام:

أ: الوقف المنقطع الأوّل: إمّا بجعل الواقف كما إذا وقفه إذا جاء رأس السنة الكذائية، وإمّا بحكم الشرع بأن وقف أوّلاً على ما لايصح الوقف عليه ثمّ على غيره ممّا يصح والظاهر بطلانه رأسا.(۱)

ب: الوقف المنقطع الوسط: كما إذا كان الموقوف عليه فى الوسط غير صالح للوقف عليه بخلافه فى المبدأ والمنتهى، فهو بالنسبة إلى شطره الأوّل كالمنقطع الآخر فيصح وقفا وبالنسبة إلى شطره الآخر كالمنقطع الأوّل يبطل رأسا.(۲)

ج: الوقف المنقطع الآخر وهذا هو محلّ البحث.

الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟

اشارة

هل يصح وقف العين منقطعا أم لا؟ وعلى فرض صحتها فهل يعدّ وقفا أو حبسا وأخواتها من السُكنى والعُمْرى والرُّقْبى.(۳)

۱- (۱۵۹۹) كما فى وسيلة النجاة ۱۹۸/۲ لآية اللّه السيّد أبوالحسن الإصفهانى قدس سره ، طبعة عام ۱۳۸۸ش، اعداد: الشيخ أحمد زادهوش.

۲- (۱٦۰۰) كما فى وسيلة النجاة ۱۹۸/۲ لآية اللّه السيّد أبوالحسن الإصفهانى قدس سره .

۳- (۱٦۰۱) قال العلاّمة: «السكنى عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه، ويختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة، فإذا قُرنت بعُمْر أحدهما قيل: عُمْرى، وبالإسكان قيل: سُكنى، وبالمدّة قيل: رُقْبى». [تذكرة الفقهاء ۲۸۵/۲۰].

أ: الأقوال فى المسألة

قال الفقيه العاملى: «قد قرّب كونه حبسا كما هو صريح الوسيلة(١) وجامع الشرائع(٢) والإرشاد(٣) والمختلف(٤) والتنقيح(٥) والمقتصر(٦) وإيضاح النافع وجامع المقاصد(٧) والمسالك(٨) والروضة(٩) وكذا الروض(١٠) وهو ظاهر المراسم(١١) والنهاية(١٢) والخلاف(١٣) والمبسوط(١٤) والمهذّب(١٥) والشرائع(١٦) والنافع(١٧) والتذكرة(١٨) التبصرة(١٩) والإيضاح(٢٠)

ص: ٤٠٣

١- (١٦٠٢) الوسيلة: فى الوقوف والصدقات والوصايا /٣٧٠.

٢- (١٦٠٣) الجامع للشرائع: فى الوقف /٣٧٠.

٣- (١٦٠٤) إرشاد الأذهان: فى شرائط الوقف ٤٥٢/١.

٤- (١٦٠٥) مختلف الشيعة: فى الوقف ٣٠٥/٦.

٥- (١٦٠٦) التنقيح الرائع: فى الوقوف والصدقات والهبات ٣٠٣/٢.

٦- (١٦٠٧) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات /٢٠٩.

٧- (١٦٠٨) جامع المقاصد: فى أركان الوقف ٩/(١٩-١٨).

٨- (١٦٠٩) مسالک الأفهام: فى شرائط الوقف ٣٥٦/٥.

٩- (١٦١٠) الروضة البهية: وفى الوقف ٣/(١٧٠-١٦٩).

١٠- (١٦١١) لم نعثر عليه فى الروض، وراجع حاشية الإرشاد (غاية المراد): فى الوقف ٢/(٤٢٩-٤٢٨).

١١- (١٦١٢) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات /١٩٨.

١٢- (١٦١٣) النهاية: فى الوقوف والصدقات /٥٩٩.

١٣- (١٦١٤) الخلاف: فى الوقف ٥٤٣/٣، مسألة ٩.

١٤- (١٦١٥) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٣/(٢٩٣-٢٩٢).

١٥- (١٦١٦) المهذّب: فى الوقوف والصدقات ٩١/٢.

١٦- (١٦١٧) شرائع الإسلام: فى شرائط الوقف ٢/(٢١٧-٢١٦).

١٧- (١٦١٨) المختصر النافع: فى الوقوف والصدقات والهبات /١٥٦.

١٨- (١٦١٩) تذكرة الفقهاء ١٦٨/٢٠، مسألة ٩٦.

١٩- (١٦٢٠) تبصرة المتعلّمين: فى الوقف /١٢٣.

٢٠- (١٦٢١) إيضاح الفوائد: فى صيغة الوقف ٣٧٩/٢.

وشرح الإرشاد(١) للفخر وغاية المراد(٢) والمهذّب البارع(٣) والكفاية(٤) وأبى علىّ فيما حكى(٥) عنه، لأنّهم قالوا جميعا بأنّه يرجع عند انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته كما ستسمع فإنّه لوازم الحبس.

وظاهر المقنعة(٦) والسرائر(٧) أنّه يَصِحُّ وقفا؛ لأنّهما قالا بأنّه يرجع إلى ورثة الموقوف عليه ولا يرجع إلى الواقف ولا إلى ورثته. وإليه مال أو قال به فى التحرير(٨) وكذا الغنية لأنّه قال: الأحوط أنّه يصرف فى وجوه البرّ.(٩) ونفى عنه البأس فى المختلف(١٠). وقد نسب كاشف الرموز(١١) إلى سلاّر موافقة المفيد وهو غلط. وفى المسالك ممّا يحتمل موافقته للمفيد كلام الشرائع فإنّه قال: يجب إجراؤه حتّى ينقرض المسمّون(١٢)، لكنّ الظاهر منها ما نسبناه إليها، لأنّه(١٣) استظهر رجوعه إلى ورثة الواقف ولا ترجيح فى كشف الرموز(١٤) ولا فى الدروس(١٦٣٦) أصلاً. وقد فهم من الدروس صاحب

١- (١٦٢٢) حاشية الإرشاد للنيلى: فى الوقف ٦٨/، س٥ (من كتب مكتبة المرعشى برقم ٢٤٧٤).

٢- (١٦٢٣) غاية المراد: فى الوقف ٢/(٤٢٩-٤٢٨).

٣- (١٦٢٤) المهذّب البارع: فى الوقف ٣/(٥٣-٥٠).

٤- (١٦٢٥) كفاية الأحكام: فى شرائط الوقف ٢/١٠.

٥- (١٦٢٦) نقله عنه العلاّمة فى مختلف الشيعة: فى الوقف ٦/٣٠٤..

٦- (١٦٢٧) المقنعة: فى الوقوف والصدقات /٦٥٥.

٧- (١٦٢٨) السرائر: فى أحكام الوقف ٣/١٦٥.

٨- (١٦٢٩) تحرير الأحكام: فى شرائط الوقف ٣/٢٩٢.

٩- (١٦٣٠) غنية النزوع: فى الوقف /٢٩٩.

١٠- (١٦٣١) مختلف الشيعة: فى الوقف ٦/(٣٠٦-٣٠٥).

١١- (١٦٣٢) كشف الرموز: فى الوقوف والصدقات والهبات ٢/٤٥.

١٢- (١٦٣٣) مسالک الأفهام: فى شرائط الوقف ٥/٣٥٦.

١٣- (١٦٣٤) شرائع الإسلام: فى شرائط الوقف ٢/٢١٧.

١٤- (١٦٣٥) كشف الرموز: فى الوقوف والصدقات والهبات ٢/٤٥.

جامع المقاصد أنّه يكون حبسا(١). وعبارته محتملة لذلک.

وأمّا ما نسب إلى القدماء من هؤلاء فلم يصادف محلّه. ففى المختلف(٢) والإيضاح(٣) أنّه قال الشيخان وابن الجنيد يصحّ الوقف. وبه قال سلاّر وابن البرّاج وابن إدريس. وقال ابن حمزة: يكون حبسا بلفظ الوقف، انتهى كلامهما.

وفيه خطأ من وجوه إن أراد بالوقف معناه أو الحبس، لأنّ هؤلاء ليسوا على كلمة واحدة كما عرفت، وقد اقتفاهما المتأخّرون فى ذلک. ففى المهذّب البارع(٤) مثل ما فى الإيضاح. ونسب صحّة الوقف فى التنقيح(٥) إلى النافع والشيخ وابن حمزة و ابن إدريس والعلاّمة. وفى جامع المقاصد(٦) أنّ القول بالصحّة مختار الشيخ وأكثر الأصحاب و[العلاّمة] فى المختلف والتذكرة. وقال فى المقتصر(٧): إنّه يكون سكنى أو عمرى أو حبسا بلفظ الوقف، ونسبه إلى الشيخين وتلميذهما وأبى علىّ وابن إدريس والمحقّق فى النافع، والكلّ فيما يظهر خلاف الصواب، لأنّک قد عرفت مَن نسبنا

وقوعه حبسا أو وقفا إلى ظاهره وصريحه، نعم حكى عن الصيمرى(٨) أنّه قال: إنّ الأكثر من القدماء وعامّة مَن تأخّر على الصحّة حبسا، وهو جيّد فى الجملة. وقال فى المفاتيح(٩): إنّهم قالوا صحّ، ولو حمل على الحبس زال الإشكال، انتهى. وفيه: أنّه لا يتمّ بالنسبة إلى المفيد ومَن وافقه.

وأمّا القول بالبطلان فقد حكاه فى الخلاف(١٠)

١- ١ . جامع المقاصد: فى أركان الوقف ١٦/٩.

٢- ٢ . مختلف الشيعة: فى الوقف ٣٠٤/٦.

٣- ٣ . إيضاح الفوائد: فى صيغة الوقف ٣٧٩/٢.

٤- ٤ . المهذّب البارع، فى الوقف ٣/(٥٣-٥٠).

٥- ٥ . التنقيح الرائع: فى الوقوف والصدقات ٣٠٣/٢.

٦- ٦ . جامع المقاصد: فى أركان الوقف ١٧/٩ وفيه «الشيخين» بدل «الشيخ».

٧- ٧ . المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات /٢٠٩.

٨- ٨ . غاية المرام: فى شرائط الوقف ٢/(٣٧٥-٣٧٤).

٩- ٩ . مفاتيح الشرائع: فى حقيقة الوقف ٢٠٨/٣.

١٠- ١٠ . الخلاف: فى الوقف ٥٤٣/٣، مسألة ٩.

والمبسوط(١) عن بعض أصحابنا ولم نجده. ويظهر من التذكرة(٢) أنّه لم يظفر به أيضا.

وليعلم أنّ جماعة قالوا: إنّ فى المسألة قولين: الصحّة والبطلان، وجماعة قالوا: ثلاثة أقوال»(٣).

أقول: الظاهر أنّ الأقوال فى المسألة ثلاثة:

١_ البطلان: قد مرّ من العاملى أنّه حكى عن الخلاف والمبسوط القول بالبطلان عن بعض أصحابنا ولكنه لم يجده كما إنّ العلاّمة فى التذكرة لم يظفر به.

٢_ الصحة وقفا: وهو المحكى عن ابن الجنيد كما هو ظاهر المفيد فى المقنعة وسلاّر وابن البراج و ابن إدريس فى السرائر ومال إليه العلاّمة فى التحرير وابن زهرة فى الغنية.

٣_ الصحة حبسا: وهو قول أكثر القدماء وعامّة والمتأخرين.

ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر

١_ الأدلة العامة

١/١_ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٤).

تارة يعدّ الوقف من العقود وأُخرى من الايقاعات.

وتارة «الْعُقُودِ» فى الآية الشريفة تحمل على العقد المصطلح المركب من الايجاب والقبول، وأُخرى تحمل على مطلق العهد.

فإذا عدنا الوقف من العقود يشمله الآية الشريفة على مبنى العهدية.

ولذا قالوا: «إنّ التمسک بالآية الشريفة فى الوقف المنقطع متوقّف على عقدية الوقف أو عهدية العقد فى الآية»(٥).

١- ١ . المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٩٢/٣ و ٢٩٣.

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ١٦٣/٢٠.

٣- ٣ . مفتاح الكرامة ٢١/(٤٦٨-٤٦٥).

٤- ٤ . سورة المائدة /١.

٥- ٥ . العقد النضيد ٥/٩٠.

١/٢_ قوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم.

تقريب الاستدلال بهذا الحديث الشريف مبنىٌ على عمومية الشرط بحيث يشمل الشروط الابتدائية وقد مرّ عدم تمامية هذا المبنى.

وأمّا إذا قلنا على أنّ الشرط هو عبارة عن الالتزام فى ضمن الالتزام _ كما هو المختار _ فلا يمكن الاستدلال لصحة وقف المنقطع الآخر بهذا الحديث الشريف.

١/٣_ قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

تقريب الاستدلال: أنّ الشارع قد حكم بمقتضى الجمع المحلّى ب_ «ال» بمراعاة كلّ وقف، فيحكم من ذلک صحة مطلق الوقف، إذ لو لا صحة الجميع لما صح حكمه العام بلزوم المراعاة فَيَصِحُّ التمسک بعموم هذا الحديث لصحة الوقف المنقطع الآخر.

لا يقال: «أنّ الحديث فى مقام حثّ النّاس على وجوب العمل بمضمون الوقف والالتزام بمقتضاه، وهما متفرّعان على صحّة الوقف، بمعنى أنّه يجب أوّلاً أن يكون الوقف صحيحا ليترتّب عليه وجوب العمل بمقتضاه، وبالتالى فإنّ التمسّک بعموم الحديث لإثبات صحّة ما نشکّ فى وقفيّته ممنوع»(١).

لأنّا نقول: يَصِحُّ التمسک بهذا الحديث كما يَصِحُّ التمسک عند الشک فى صحة العقد بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لإثبات الصحة مع أنّ الدليل المذكور دليل على اللزوم الذى هو فرع الصحة، وكذلک التمسک بهذا الحديث.

إن قلت: لو كان التأبيد مأخوذا فى حقيقة الوقف ومفهومه لايتم الاستدلال بهذا الحديث، لأنّه مع احتمال مدخلية التأبيد فى حقيقة الوقف يكون التمسک بالحديث تمسّكا بالدليل فى الشبهة الموضوعية لذاک الدليل.

قلت: حقيقة الوقف ليست إلاّ إيقاف العين الموقوفة والمنع عن مطلق التقلّبات فيها، وهذه الحقيقة جارية فى الوقف المنقطع الآخر لأنّ العين موقوفة عليهم ولا يجوز انتقالها فيشمله قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها.

ص: ٤٠٧

١- ١ . العقد النضيد ٩١/٥.

نعم، لو كانت حقيقة الوقف تمليک العين للموقوفة عليهم فلا مجال «لإدراج المنقطع فى الوقف إلاّ بعد إمكان فرض إنشاء الملكيّة المحدودة، وأمّا مع إنكار فرض مثل هذه الملكيّة المؤقّتة والمحدودة بكذا سنة، بحيث تخرج العين عن الملكيّة فترة محدودة ثمّ تعود إليها بعد انقضاءها، فإنّه يبطل الاستدلال بعموم الحديث المذكور.

وسوف نبحث لاحقا عن أنّه هل يمكن فرض الملكيّة المحدودة والموقّتة عقلاً وعدمه؟

وفى كلّ الأحوال، فإنّ الثابت عَقَلاً أو عُقَلاءً عدم إمكان فرض الملكيّة الموقّتة فى الأعيان، بأن يسلب زيدٌ ملكيّته على العين كذا سنة وبعدها تعود الملكيّة إليه مرّةً أُخرى، وإن صحّ ذلک فى المنافع»(١).

ولكن العمدة عدم تمامية هذا الْمَبْنى فى حقيقة الوقف.

٢_ الأدلة الخاصة

٢/١_ صحيحة على بن مهزيار

صحيحة على بن مهزيار قال: قلت له: روى بعض مواليک عن آبائک عليهم السلام : أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائک عليهم السلام ، فكتب عليه السلام : هكذا هو عندى»(٢).

بتقريب: قوله عليه السلام : «أنّ كلّ وقفٍ إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة» بإطلاقه يدلّ على صحة الوقف المعلوم وقته وبطلان الوقف المجهول وقته.

«وبعبارة أُخرى: تدلّ الفقرة المذكورة أنّ الوقف _ سواءً كان مؤبّدا أو موقّتا _ يتحقّق متى ما كان وقته معلوما، ولا تعود العين الموقوفة حينئذٍ إلى الواقف.

نعم، قام الإجماع على بطلان الوقف لمدّة معيّنة معلومة كعشر سنوات أو أكثر أو أقلّ [كما مرّ فى أوّل البحث] وعدا ذلک فإنّ جميع أقسام الوقف الموقّتة داخلة فى إطلاق

١- ١ . العقد النضيد ٩٠/٥ و ٩١.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٩٢/١٩، ح١، اللباب ٧ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

هذه الرواية، ومنه الوقف المنقطع كالوقف على زيدٍ مدّة حياته، فإنّه وإن نجهل مدّة حياته، إلاّ أنّ مدّة الوقفيّة معلومة وهى فترة حياته.

وبالجملة: فهذه الرواية دالّة بظهورها على صحّة الوقف المنقطع [الآخر]»(١).

٢/٢_ صحيحة محمّد بن الحسن الصفار

قال الصفار: كتبتُ إلى أبى محمّد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصحّ كيف هو؟ فقد روى أنّ الوقف إذا كان غير مؤقَّت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان مؤقّتا فهو صحيح ممضى.

قال قوم: إن المؤقّت هو الذى يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث اللّه الأرض ومن عليها.

وقال آخرون: هذا مؤقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر فى آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث اللّه الأرض ومن عليها، والذى هو غير مؤقّت أن يقول: هذا وقف، ولم يذكر أحدا، فما الذى يصحّ من ذلک؟ وما الذى يبطل؟

فوقّع عليه السلام : الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء اللّه.(٢)

هذه المكاتبة صحيحة الإسناد دالة «على أنّ المعهود من عنوان «الوقف الموقت» فى عُرف المكاتب _ وهو الصفار _ ما يُذكر فيه الموقوف عليه، إمّا مع قرينة التأبيد كالوقف على أشخاصٍ أو جهةٍ، ثمّ تعقيبه بكونه للفقراء والمساكين إلى أن يرث اللّه الأرض ومَن عليها، كما هو رأى قوم. وإمّا بالإقتصار على شخصٍ وعقبه ما بقوا، وعدم تعيين مآل الوقف بعد إنقراضهم. والأوّل مؤبّد، والثانى منقطع الآخر بحسب مصطلح الفقهاء. ويقابلهما غير الموقت أى ما لم يُذكر الموقوف عليه أصلاً، وهو باطل.

وبالجملة: فالقرينة الداخلية _ وهى قول الصفار: «قال قوم... وقال آخرون _ تشهد بأنّ المراد بالموقت ليس هو المقترن بمدّة وأجل، وإن كان المتبادر منه هو المحدود

١- ١ . العقد النضيد ٩٢/٥.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٩٢/١٩، ح٢.

بزمانٍ، بل المراد التصريح بالموقوف عليهم.

ومنه تَظْهَرُ متانة ما أفاده شيخ الطائفة قدس سره من تفسير إجمال صحيحة ابن مهزيار بصحيحة الصفار، حيث قال: «ومعنى هذا الذى رواه على بن مهزيار من قوله: كلّ وقف إلى وقت معلوم واجب، معناه: أنّه إذا كان الموقوف عليه مذكورا، لأنّه إن لم يُذكر فى الوقف موقوف عليه بطل الوقف. ولم يرد بالوقت الأجل، وكان هذا تعارفا بينهم. والذى يدل على ذلک ما رواه محمّد بن الحسن الصفار...»(١).

لكن قد يُشكل هذا التفسير بذكر «الورثة» فى كلتا الكليتين فى صحيحة ابن مهزيار من قوله: «واجب على الورثة... باطل مردود على الورثة» مع عدم الدخل فى الصحة والبطلان.

ولعلّه قد يوجّه تارةً بما ذهب إليه جمع من المحدثين والفقهاء من إبقاء «الوقت» على ظاهره وهو المدّة، وإرادة الحبس من الوقف.

قال [المحقّق] المجلسى الأوّل قدس سره : «إعلم أن ظاهر الجواب: أنّ الوقف بحسب ما يوقف. فإن كان مؤبّدا بأىٍّ وجهٍ كان سواء ضمّ الفقراء والمساكين... أو لم يضمّ فهو وقف مؤبّد. وإن كان موقّتا بأن يكون إلى مدةٍ معلومة أو على شخصٍ معيّنٍ _ والغالب إنقراضه _ فليس بوقفٍ بالمعنى الأخص، ولكنه حبس صحيح، لا يجوز بيعه مادام المحبوس عليه حيّا، وبعده يرجع إلى ورثة الواقف، وهذا معنى قوله عليه السلام : «باطل مردود على الورثة»، أى يبطل بعد المدة، لا أنّه باطل عند الصيغة...»(٢).

لكن الحمل على الحبس مع تصريحهم بكون الوقف مجازا فيه منوط بقرينة مفقودة. ومجرّد إنشاء الوقف لمن ينقرض لا يصلح قرينةً على إرادة الحبس، لتوقفها على المنافاة عرفا بين مفهوم الوقف والتقييد المزبور حتّى يكون التقييد قرينةً على إرادة

١- ١ . تهذيب الأحكام ١٣٢/٩؛ الاستبصار ١٠٠/٤.
٢- ٢ . روضة المتقين ١٥٠/١١، وأفاد نحوه نجله العلاّمة المجلسى الثانى فى ملاذ الأخيار ٤٠٣/١٤ وغيرهما، فلاحظ الوسائل ١٩٣/١٩؛ الحدائق الناظرة ١٣٥/٢٢؛ رياض المسائل ١٠٦/١٠؛ مفتاح الكرامة ٤٧٤/٢١.

خلاف الظاهر، والمفروض عدم دخل التأبيد _ بهذا المعنى _ فى مفهوم الوقف. ومنافاة ظهور صدر صحيحة ابن مهزيار للإجماع على بطلان الوقف الموقّت بمدّةٍ، لا توجب الحملَ على الحبس ما لم تنهض قرينة عليه.

وأُخرى بما اختاره صاحبُ الجواهر قدس سره بعد إبقاء «الوقف» على معناه المقابل للحبس، من أنّ الصحة تكون بإعتبار بقاء الموقوف عليه الموقت، والفساد بلحاظ إنقراضه. قال قدس سره : «ففى مثل المفروض هو موقّت مادام الموقوف عليه موجودا، وغير موقت إذا إنقرضوا، فيثبت له حكم كلٍّ منهما من الصحة والفساد، ضرورة أن قوله عليه السلام فى الصحيح الأوّل [على بن مهزيار]: _ هو كذلك عندى _ تقرير للكليتين المفسّرين بالصحيح الآخر _ أى صحيح الصفار _ الذى هو كالصريح فى صحة الوقف بالتفسير الثانى منهما، وهو مفروض مسألتنا»(١) وإستشهد على ذلك بما ورد فى [ذيل صحيحة الصفار[من كونه مردودا على الورثة، إذ لو كان باطلاً من أوّل الأمر لكان مردودا على الواقف الذى لم ينتقل المال عنه حتّى يرد عليه مرّة أُخرى.

ولكن يمكن التأمل فيه بأن ظاهر مكاتبة [الصفار] التفصيل بين الموقت وغير الموقت، بالصحة فى الأوّل والبطلان فى الثانى، لا أنّ الموقت يصح فى مدّة بقاء الموقوف عليه، ويبطل بعده، حتّى يكون إنشاء وقفٍ متصفا بالصحة فى زمان حياة الموقوف عليه وبالفساد بإنقضائه.

وبعبارة أُخرى: انّ توصيف «الوقف» بالصحة والفساد [١] تارة يكون بلحاظ حالات الوقف، بمعنى أنّه يحكم على فردٍ واحدٍ من طبيعى الوقف بالصحة فى مدةٍ، وبالبطلان فى مدةٍ أُخرى.

[۲] وأُخرى يكون المتصف بهما هو الطبيعى بلحاظ حصصه، فبعضها محكوم بالصحة من أوّل الأمر، ومادام عنوان «الوقف» وبعضها محكوم بالبطلان كذلک، لفقد شرطٍ أو إقتران مانع، فلا ينقلب الصحيح باطلاً. والظاهر من الصحيحة هو الثانى، فالموقت

١- ١ . جواهر الكلام ١٢٧/٢٩ (٥٧/٢٨ و ٥٨).

صحيح، سواء أكان الموقوف عليه دائما أو منقرضا، وغير الموقّت باطل.

وإنتهاء الوقف فى المنقطع بإنقراض الموقوف عليه لا يوجب توصيفه بالباطل، إذ البطلان بإنتفاء الموقوف عليه نظير إنتفاء الوقف بإنتفاء الموقوفة فى كونه من إنتفاء العارض بإنتفاء موضوعه، وهو ضرورى.

وقوله عليه السلام : «مردود على الورثة» لا يكون قرينة على إرادة الوقف المنقطع، كما لا يكون قرينةً على إرادة الحبس، فلعلّ ذكره بالخصوص لأمر ما يقتضيه [وهو أنّ الغالب ظهور البطلان بعد موت الواقف] وإلاّ فالوقف إن كان صحيحا فقد وجب على الواقف، وإن كان باطلاً فقد رُدّ إليه.

[غاية الأمر] أنّ إبهام جملة «مردود على الورثة» والردّ عليهم لا يقدح فى الإستدلال بالمكاتبة على مشروعية الوقف المنقطع ومُضيِّه على الواقف، وعدم دلالتها على صحة الحبس كما ورد فى كلمات من أُشير إليهم، مع تصريح مثل الشهيد الثانى(١) قدس سره بكون الوقف مجازا فيه، وعدم ما يصلح للقرينية عليه.

فلو كان تبادر المدّة من «الوقف» مانعا عن إرادة الموقوف عليهم، كان تبادر «الوقف» المصطلح مانعا عن الحمل على الحبس، وليست قرينية التعارف المستفادة من مكاتبة الصفار أضعف من قرينية إنقراض الموقوف عليهم حتّى نلتجئ إلى إرادة الحبس.

والمتحصل: وفاءُ [صحيحة الصفار] بإثبات صحة الوقف المنقطع»(٢).

٢/٣_ صحيحة أحمد بن محمّد

صحيحة أحمد بن محمّد عن أبى الحسن الثانى عليه السلام ، قال: سألته عن الحيطان السّبعة الّتى كانت ميراث رسول اللّه صلى الله عليه و آله لفاطمة عليهاالسلام ؟

فقال: لا، إنّما كانت وقفا، وكان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يأخذ إليه منها ما ينفق على أضيافه، والتّابعة تلزمه فيها، فلمّا قبض جاء العبّاس يخاصم فاطمة عليهاالسلام فيها، فشهد علىّ عليه السلام وغيره

١- ١ . المسالک ٣٥٦/٥.

٢- ٢ . هدى الطالب ٧/(٢٠٧-٢٠٤).

أنّها وقفٌ على فاطمة عليهاالسلام ، وهى: الدّلال، والعَوَاف، والحُسْنى، والصّافية، وما لأمّ إبراهيم، والمَيْثَبُ، والبُرْقَةُ.(١)

بتقريب: أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم وقف الحيطان السبعة على بنته سيّدة نساء العالمين فاطمة الزهراء _ سلام اللّه عليها _ ، وشهد أميرالمؤمنين عليه السلام وغيره أنّها وقف عليها ونفى على بن موسى الرضا عليه السلام كونها إرثا وقال: «إنّما كانت وقفا».

ومن المعلوم أنّ الوقف على الصديقة الشهيدة _ سلام اللّه عليها _ يكون من مصاديق الوقف المنقطع الآخر، وقف لها والدها رسول اللّه عليه السلام ، فيمكن القول بصحة الوقف المنقطع الآخر بلا ريب.

والحاصل: أنّ المراد بالدوام فى الوقف واشتراط صحته به هو أحد الأمرين على سبيل منع الخلو:

١_ الدوام مادامت العين باقية.

٢_ الدوام مادام الموقوف عليهم مَوْجُوْدِيْنَ، وليس المراد به الأبدية إلى يوم القيامة فحينئذ لا مانع من صحة الوقف المنقطع.

والمختار: هو صحة الوقف المنقطع وقفا كما هو المحكى عن ابن الجنيد، وهو ظاهر المفيد وسلاّر وابن البراج وابن إدريس ومال إليه العلاّمة وابن زهرة واللّه العالم.

ج: ملكية العين الموقوفة

بعد القول بصحة الوقف المنقطع الآخر وبعد انقطاع الموقوف عليهم لِمَنْ ترجع ملكية العين الموقوفة؟

فى المسألة أقوال ثلاثة(٢)

١_ الرجوع إلى الواقف أو ورثته طلقا، و«هو خيرة ما يزيد على عشرين كتابا»(٣).

١- ١ . الكافى ٤٤٤/١٣، ح١ (٤٧/٧)؛ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ذيل ح٢.
٢- ٢ . كما ورد فى كلام المحقّق والشهيد الثانيين فراجع جامع المقاصد ١٦/٩، والمسالک ٣٥٦/٥.
٣- ٣ . قاله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤٦٨/٢١.

٢_ الرجوع إلى ورثة الموقوف عليهم بعد وفاتهم كما فى المقنعة(١) والسرائر(٢) والمراسم(٣) ومال إليه أو قال به فى التحرير(٤).

٣_ الرجوع إلى وجوه البرّ فتدخل فى عنوان «سبيل اللّه» وهو اختيار ابن زهرة(٥) وجعلها الأحوط، ونفى العلاّمة عنه البأس فى المختلف(٦).

أدلة القول الأوّل:

وهو الرجوع إلى الواقف أو ورثته طلقا بل يمكن القول ببقاء الملكية للواقف فى الوقف المنقطع خصوصا للوجوه التالية:

«أ: عدم قيام دليل يدلّ على الخروج؛ لأنّ مجرّد إنشاء الوقف المنقطع لا يقتضى ذلک.

ب: عدم قيام الملازمة بين إنشاء الوقف المنقطع وخروج العين عن مِلک الواقف.

ج: عدم قيام دليل يفيد دخول العين فى مِلک الموقوف عليهم فى الوقف المنقطع.

د: إنّ القواعد العامّة تقتضى بقاء المِلک فى ملكيّة مالكه إلى أن يقوم السبب المزيل لها _ سواءً القهريّة منه أو الاختياريّة _ وقد ثبت قيامه فى الوقف الدائم دون المنقطع، وبالتالى فإنّ نفس دليل ملكيّة المالک يقتضى بقاء العين فى ملكيّته فى الوقف المنقطع.

ه_ : وأخيرا _ بعد الفراغ عن استعراض الأدلّة _ فإنّ الأصل العملى أيضا يقتضى بقاء العين على ملكيّة مالكه، بمعنى أنّه عند الشكّ فى خروجها بعد إنشاء الوقف المنقطع، فإنّ الاستصحاب يقتضى بقاءها»(٧).

١- ١ . المقنعة /٦٥٥.

٢- ٢ . السرائر ١٦٥/٣.

٣- ٣ . المراسم /١٩٨.

٤- ٤ . التحرير ٢٩٢/٣.

٥- ٥ . غنية النزوع /٢٩٩.

٦- ٦ . مختلف الشيعة ٣٠٥/٦ و ٣٠٦.

٧- ٧ . العقد النضيد ٩٨/٥.

ويمكن تأييد هذه الأدلة بصحيحة الحسين بن نُعيم الصحاف عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ جعل دارا سكنى لرجلٍ إبّان حياته، أو جعلها له ولعقبه من بعده؟

قال: هى له ولعقبه من بعده كما شرط.

قلت: فإن احتاج، يبيعها؟ قال: نعم.

قلت: فينقض بيعه الدّار السُكنى؟

قال: لا ينقض البيع السّكنى كذلک، سمعت أبى عليه السلام يقول: قال أبوجعفرٍ عليه السلام : لا ينقض البيع الإجارة ولا السّكنى، ولكن يبيعه على أنّ الّذى يشتريه لا يملک ما اشترى حتّى ينقضى السّكنى على ما شرط والإجارة.

قلت: فإنْ ردّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النّفقة والعمارة فيما استأجره؟

قال: على طيبة النّفس، ويرضى المستأجر بذلک لا بأس.(١)

بناءً على أنّ المراد بالجعل هنا الوقف ولا الحبس، فتدلّ على جواز بيع الوقف المنقطع الآخر من الواقف وإذا جاز بيعها فالعين كانت باقية على ملكه ولم تخرج عن ملكيته حتّى ترجع إليه وأمّا لو كان المراد من الجعل فيها الحبس فلاتفى بالمقصود ولذا يمكن تأئيد الأدلة بهذه الصحيحة فقط.

«وعن المحقّق القمى(٢) رحمه الله أنّه التزم بأنّ الوقف المنقطع يقع حبسا، والمراد بالحبس إبقاء المالک العين على ملكه وتمليک المنفعة منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلک

بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقا يلزم مادامت حياة الحابس.

ووجه التزامه أنّ الوقف المنقطع لايقع وقفا لاعتبار التأبيد فى تحقق عنوان الوقف،

١- ١ . الكافى ٤٢٠/١٣، ح٣٨ (٣٨/٧)، ونقلها فى وسائل الشيعة ١٣٥/١٩، ح٣، الباب ٢٤ من أبواب كتاب الاجارة عن المشايخ الثلاث فى الكتب الأربعة.

٢- ٢ . جامع الشتات ٨١/٤.

والمراد بتأبيد جعل العين للموقوف عليهم إلى أنّ يرث اللّه الأرض ومن عليها.

وأما وقوعه حبسا فاُستشهد بصحيحة عمر بن أُذينة قال: «كنت شاهدا ابن أبى ليلى فقضى فى رجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يؤقّت وقتا، فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبى ليلى وحضر قرابته الذى جعل له غلّة الدار، فقال ابن أبى ليلى: أرى أنّ أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمّد بن مسلم الثقفى: أمّا إنّ على بن أبيطالب قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟

فقال: سمعت أباجعفر بن محمّد بن على عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام برد الحبيس وإنفاذ المواريث.

فقال له ابن أبى ليلى: هذا عندک فى كتابک؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتنى به.

قال له محمّد بن مسلم: على أنّ لا تنظر من الكتاب إلاّ فى ذلک الحديث، قال: لک ذاک. قال: فأراه الحديث عن أبى جعفر عليه السلام فى الكتاب فردّ قضيته»(١).

أقول: كان فى نسخته رحمه الله «ولم يوقف وقفا»(٢)، وفهم منه أنّ الجعل إذا لم يكن وقفا يكون حبسا، وفيه ما لا يخفى، فإن الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد ومع عدمه أى بإرادة تمليک العين _ كما هو الفرض _ لا يتحقّق الحبس، والرواية ظاهرة فى إرادة الحبس مطلقا المحكوم بعود العين معه إلى ملک الحابس بموته كما لا يخفى.

لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملک إلى الواقف وانتقاله إلى ورثته حين موته مع مادل على أنّ ما كان للّه لا يرد؟

فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعاملة الواقعة بقصد التقريب، وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملة فلا يدخل فى مدلول ذلک الدليل، كما لو تصدق بمنفعة داره إلى سنتين فبعد انقضاء المدّة لا يكون استرجاع الدار منافيا له، وبهذا يظهر

١- ١ . الكافى ٤٠٨/١٣، ح٢٧ (٣٤/٧)؛ وسائل الشيعة ٢٢٣/١٩، ح١، الباب ٥ من كتاب السكنى والحبيس.
٢- ٢ . بدل «ولم يؤقِّتْ وقتا».

الحال فى الحبس بقصد القربة، فتدبّر جيدا»(١).

وبالجملة: لم يثبت خروج العين عن ملک الواقف فى الوقف المنقطع الآخر.

دليل القول الثانى:

استدل للقول الثانى «بأنّ للوقف حقيقة واحدة يشترک فيها الوقف المؤبّد والمنقطع، فهما متّفقان فى اندراجهما تحت هذه الحقيقة الواحدة، التى هى انتقال العين الموقوفة بعد إنشاء الوقف إلى ملكيّة

البطن الموجود من الموقوف عليهم ملكيّة فعليّة، وإلى ملكيّة البطون اللاّحقة ملكيّة شأنيّة، ولذلک لا يمكن فرض المنقطع وقفا ثمّ سلب الحقيقة المذكورة عنه، بل بالضرورة لابدّ فيه من انتقال الملكيّة إليهم فعلاً وشأنا.

أقول: ويرد عليه نقضا وحلاً:

أمّا النقض: فإنّ اعتبار كون الوقف له حقيقة واحدة دعوى لا غبار عليها، لكن هناک موارد تشمله عنوان الوقف مع فقدها للحقيقة المذكورة، كما فى وقف المساجد، حيث أنّ وقفها يشابه تحرير العبيد فى فكّها عن رقبة الملكيّة والإضافة، فكما أنّ وقف المسجد لا يتضمّن ملكيّة الموقوف عليهم له، فيمكن الأمر فى المقام كذلک.

أمّا الحلُّ: [فأوّلاً: لا نقبل انتقال العين الموقوفة إلى موقوف عليهم ولم يدلّ دليل عليه.

وثانيا:] لابدّ من التفريق بين الوقف الدائم والوقف المنقطع برغم اشتراكهما فى الحقيقة المذكورة، لأنّ الإنشاء فى الوقف الدائم عند العامّة والخاصّة ليس إلاّ حبس العين وتسبيل الثمرة، وهم يقتضيان سلب الملكيّة وآثارها عن الواقف، ونقلهما إلى الموقوف عليهم أبدا إلى أن يرث اللّه الأرض ومَنْ عليها، ولذلک لا يصحّ فرض تحقّق الوقف الدائم واعتبار بقاء ملكيّة العين للواقف، بل بمجرّد إنشاء الوقف تنتقل ملكيّة العين وآثارها عن الواقف إلى الموقوف عليهم، ويعدّ الواقف _ عرفا وعُقَلاءً وعند جميع الملل والنحل _ أجنبيّا بالمرّة عن العين ومنافعها.

١- ١ . إرشاد الطالب ٤/٤١٤ و ٤١٥.

وهذا بخلاف ما عليه الحال فى الوقف المنقطع، حيث أنّ الواقف قد سلب عن نفسه من خلال إنشاءه المذكور الملكيّة لمدّة محدودة لا دائمة، وبالتالى فلا مانع من اعتبار الملكيّة له بعد انقضاء

الفترة المذكورة، وهذا ما قام عليه الارتكاز العقلائى، ولا أقلّ من أنّ الأصل عند الشكّ فى ثبوت هذا الارتكاز والترديد فى سعة الدليل وضيقه، هو الاقتصار على القدر المتيقّن من انتقال المِلك عنه فى الفترة المذكورة، ومن ثمّ عوده إليه.

وهكذا _ نقضا وحلاً _ ثبت بطلان دعوى القائلين بانتقال المِلك من الواقف فى الوقف المنقطع»(١).

وأمّا دليل القول الثالث:

فالظاهر أنّ دليل السيّد ابن زُهْرَةَ عدم تمامية دليل القولين فذهب إلى أنّ الرجوع إلى وجوه البرّ أحوط.

ويرد عليه: مع تمامية أدلة القول الأوّل أنّ الرجوع أو البقاء على ملك الواقف تام.

د: بيع العين الموقوفة فى الوقف المنقطع الآخر

اشارة

بناءً على القول الأوّل فى ملكية العين

أعنى رجوعها إلى الواقف أو ورثته طلقا، بل يمكن القول بعدم خروجها من ملك الواقف فى هذا القسم.

فحينئذ يمكن القول بصحة بيعها، لأنّ العين باقية فى ملك الواقف أو ترجع إليه فيجوز بيعه لأنّه باع مايملكه.

المناقشة فى صحة هذا البيع بالغرر

قد جاءت المناقشة فى صحته بوجود الضرر فى هذا البيع وقد نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر وأوّل مَنْ تعرض لهذا النِقاش الشيخ أسداللّه التسترى(٢) وتبعه الشيخ الأعظم(٣) _ قدس سرهما _ ويمكن طرحها بتقريبين:

١- ١ . العقد النضيد ٥/(٩٨-٩٦).

٢- ٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٦٥.

٣- ٣ . المكاسب ١٠٢/٤.

«الأوّل: أنّ العين الموقوفة على مَن ينقرض وإن كانت ملكا للواقف حسب الفرض، ولكنها مسلوبة المنفعة، لكونها مستحقةً للموقوف عليه مدّة حياته. ولمّا لم يكن أمدُ إستحقاق المنفعة مضبوطا بالأعوام لم يعلم المشترى أن عوض الثمن هل هو المبيع المسلوب منفعته سنةً أو مسلوبها عشر سنين؟ فيصدق «البيع الغررى» عليه، لدخل قِصَر المدّة وطولها فى مالية المبيع زيادةً ونقصا.

والشاهد على أن الجهل بزمان تسليم المنفعة يوجب غررية البيع ما ذكروه فى بطلان بيع مسكن المطلّقة بالأقراء، لجهالة وقت إنتفاع المشترى بذلک المسكن، لدوران زمان عدّتها بين ستة وعشرين يوما ولحظتين(١)، وتسعة أشهر، وسنة، وخمسة عشر شهرا.(٢) فلو باع المالکُ هذا المسكن فلابدّ أن يبيعه مسلوب المنفعة، فإن عُلِم أمدُ العدة _ كما إذا كانت بالأشهر _ صحّ البيع، فهو نظير بيع دارٍ مؤجّرةٍ سنةً. وإن لم يعلم لزم الجهل بوقت تسليم المنفعة _ وهى السكنى _ للمشترى، فيبطل البيع.

قال المحقّق قدس سره : «لو طلّقها ثمّ باع المنزل، فإن كانت معتدةً بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومة، فيتحقق الجهالة... ولو كانت معتدة بالشهور صحّ، لإرتفاع الجهالة»(٣).

والمقام أَوْلى بالبطلان، لإمكان إستثناء البائع _ لمسكن المعتدّة _ أطولَ مدةٍ يقطع بعدم زيادة العدة عليها، وهى خمسة عشر شهرا، بخلاف ما نحن فيه، إذ لا سبيل للعلم بمدة حياة الموقوف عليه حتّى يستثنيها الواقف.

الثانى: أنّه لا فرق فى مانعية الغرر فى البيع بين الجهل بذات العوضين وبين الجهل بشأنهما من وصفٍ أو خصوصيةٍ كما فى المقام، لكون وقت القدرة على تسليم المنفعة للمشترى مجهولاً»(٤).

١- ١ . راجع شرائع الإسلام ٢٣/٣.

٢- ٢ . راجع شرائع الإسلام ٢٦/٣.

٣- ٣ . شرائع الإسلام ٣٢/٣.

٤- ٤ . هدى الطالب ٢١١/٧.

وتبعهما المحقّق السيّد الخوئى وذهب إلى غررية هذا البيع وقال: «نعم، يكون البيع باطلاً من جهة الجهالة فيكون غرريا فهو منهى عنه لأنّ مدّة انتفاع الموقوف عليهم وانقراضهم مجهولة ومن هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقة المتعدة بالإقراء لجهالة مدّة العدة.

وبالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع وان لم يكن فيه مانع من الأخبار مع وجود المقتضى له ولكن جهالة مدّة مانعة عنه من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى»(١).

مقالة المحقّقين الخراسانى والإصفهانى فى صحة المعاملة

اشارة

ولكن فى مقابلهم ذهب المحقّق الخراسانى إلى عدم غررية هذه المعاملة وقال: «يمكن أن يقال: انّ الجهالة انّما توجب الغرر المضرّ فيما إذا كانت فى نفس العوضين، لا فى منافعهما، حيث أنّ المنافع ليست موردا للبيع، ولذا لو لم يعلم مقدارها، وانّ منفعة هذه العين، قليلة أو كثيرة، لم يضّر قطعا. نعم تفاوت المنفعة، توجب تفاوت ماليّة ذى المنفعة، والجهل بها ربّما يوجب الجهل بمقدار ماليّته، لكن الجهل بمقدار الماليّة مع العلم بالمال، لا يوجب الغرر، ولو سلّم فلا يكون بمضرّ بلا إشكال»(٢).

مراده: «أنّ الغرريّة وصفٌ متعلّق للبيع، والقواعد تقتضى لزوم عدم غرريّة البيع، لكن غرريّته تكون بغرريّة متعلّقه الذى هو العين دون المنافع؛ أى لو كانت الجهالة فى ذات العين وأوصافها كانت السبب فى تحقّق الغرر المبطل للمعاملة، وأمّا إذا لم تكن العين مجهولة بل كانت الجهالة فى المنافع من جهة مدّة التسليم وكيفيّة ذلک، فإنّ مثل هذه الجهالة لا تكون مضرّة، لعدم سرايتها إلى ذات العين وصفاتها، فإذا كانت العين معلومة الذات والصفات وتحقّقت القدرة على تسليمها _ وإن جهل تاريخ التسليم _ فإنّ مثل هذه العين لا مجال لاتّصاف بيعها بالغرور، ومن ثمّ البطلان»(٣).

١- ١ . مصباح الفقاهة ٥/٢٣٦.

٢- ٢ . حاشية المكاسب /١١٤.

٣- ٣ . العقد النضيد ٥/١٠٤.

وتبع المحقّق الإصفهانى أُستاذه الخراسانى وذهب إلى صحة المعاملة وأنّ الجهالة المدعاة لا تضرّ بصحتها للوجوه التالية وقال: «إنّ المقتضى لصحة البيع وهى الملكية موجود فلابدّ من مانع عنه شرعا، وما يكون مانعا [١] إمّا الجهالة بمقدار المنفعة التى يستحقها الموقوف عليه؛ للجهل بأمد انقضائها بانقراض الموقوف عليه، [٢] وإمّا الغرر.

والأوّل: وإنْ كان مانعا بعنوانه؛ ولكنه على فرض مانعيته فإنّما يمنع إذا كان متعلّقا بمورد البيع وهى العين ذاتا وصفةً، وكلتاهما معلومة، والمنفعة أجنبية عن مورد المعاملة _ وإنْ كانت كثرتها وقلتها موجبة لزيادة ماليتها وقلتها _ إلاّ أنّ اللازم معرفة المال لا معرفة المالية قلة وكثرة.

والثانى: هو الغرر فتوهمه باعتبار أنّه تارة من حيث الجهل بذات المبيع، وأُخرى بوصفه، وثالثة من حيث الجهل بالتمكن من التسليم والتسلم؛ مع أنّ أصل القدرة على التسليم معلوم؛ وإنّما المجهول وقت التسليم التام الذى يتمكن معه من استيفاء المنفعة، وعليه فكون المعاملة المعلوم فيها ذاتا وصفةً وتسليما غرريا للجهل بوقت التسليم غير معلوم، ولو فرض كونها غررية فكون مطلق الغرر مانعا _ مع أنّ العمدة فى مانِعِيَّتِهِ الاجماع _ غير معلوم، مضافا إلى النص الوارد فى الحبس؛(١) فإنّه يُفْهَمُ منه أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يمنع عن صحة البيع لا بعنوانه ولا بعنوان الغرر»(٢).

وحاصل كلامه: أنّ المعاملة صحيحة للوجوه الثلاثة:

١_ «بعد فرض أنّ أصل القدرة على التسليم معلومٌ، وإنّما المجهول وقت التسليم التام الذى يتمكّن معه من استيفاء المنفعة، وعليه فكون المعاملة المعلوم فيها ذاتا وصفةً وتسليما، غرريّا للجهل بوقت التسليم، غير معلوم.

٢_ ولو فُرِضَ كَوْنُها غرريّةً، فكون مطلق الغرر مانعا _ مع أنّ العمدة فى مانعيّته الإجماع _ غير معلوم.

١- ١ . وسائل الشيعة ١٣٥/١٩، ح٣، الباب ٢٤ من أبواب الاجارة، صحيحة حسين بن نعيم الصحاف.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ١٦٥/٣ و ١٦٦.

٣_ مضافا إلى النصّ الوارد فى الحبس، فإنّه يفهم منه أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يمنع عن صحّة البيع لا بعنوانه ولا بعنوان الغرر»(١).

نقد مقالتهما فى بيان الاستاذ المحقّق

حيث أنّ مقالة الخراسانى مطوية فى ضمن مقالة الإصفهانى يظهر نقد الأوّل من الثانى.

ويمكن أن يناقش فى الوجوه المذكورة فى كلام الإصفهانى: «أمّا الوجه الأوّل: دعواه رحمه الله (بعدم غرريّة المعاملة المعلوم فيها ذاتا وصفة، وتسليما وإن كان وقت التسليم مجهولاً).

فممنوعة [أوّلاً]: لأنّ مسلوبيّة المنفعة عن العين تعدّ من الأُمور المتعلّقة بذات العين ووصفها، وبالتالى فإنّ الجهل بها يؤدّى إلى الجهل بهما، وبذلک يبطل دعواه بمعلوميّة المعاملة ذاتا وصفةً.

وثانيا: لو سلّمنا معلوميّتهما، فإنّ البحث فى المقام عن الغرر الذى يعدّ من المواضيع الشرعيّة المجعولة والمترتّب عليها الآثار، ومثل هذه المفاهيم يعدّ العرف مرجعا فى معرفة سعتها وضيقها، فإنّ العرف يرى غرريّة المعاملة التى يجهل المشترى الفترة التى يجب عليه فيها الانتظار لكى يقبض المبيع.

وبعبارة أُخرى: إنّ العرف يرى هذه المعاملة غرريّا، فمانعيّة الغرر لأجل أنّ المشترى جاهل بما يقبضه فى مقابل ما دفعه من الثمن، ولا يخفى أنّ ماليّة الأشياء مرتبطة بمنافع الأعيان، بحيث لو انتفت المنفعة انتفت الماليّة بتبعها، وكذلک تقلّ الماليّة أو تزيد بتبع قلّة المنفعة وزيادتها، فالمال الذى نجهل حالها مسلوبة المنفعة لعشر سنوات أو لمئة سنة، فإنّ ماليّتها أيضا تكون مجهولة، ولا شكّ أنّ دفع الثمن فى مقابل ما تكون ماليّتها مجهولة غررى، لجهل الدافع بمقدار المنافع التى تعود إليه فى مقابل ثمنه المدفوع.

وبالجملة: أنّ الغرر صادق فى المقام لجهتين:

١- ١ . العقد النضيد ١٠٥/٥.

أوّلاً: من جهة الوصف.

وثانيا: لو سلّمنا عدم صدقه من جهة الوصف، فإنّه صادق من جهة الجهل بالماليّة.

أمّا الوجه الثانى: أنّ دعواه بعدم مانعيّة مطلق الغرر صحيحة، فيما لو اعتبرنا الإجماع دليلاً ومستندا على مانعيّة الغرر، أمّا إذا التزمنا بأن المستند هو قوله صلى الله عليه و آله : «نهى النبىّ عن بيع الغرر» فإنّ الدعوى مدفوعة، لأنّ الغرر المنهىّ عنه فى الخبر المذكور قد أُسند إلى البيع دون المبيع، ولذلک ينبغى أن نلاحظ أصل المعاملة وكيفيّة وقوعها، وعن أنّها غرريّة أم لا دون المبيع، ولذلک لا يؤثّر معلوميّة المبيع فى صحّة المعاملة الغرريّة.

نعم، لو كان المستند هو الإجماع صحّ البحث عن أنّ الغرر المنهىّ بالإجماع هل يختصّ بالمبيع أو يعمّه؟ ممّا يقتضى فى الأدلّة اللبيّة الاكتفاء بالمتيقّن منه، وهو النهى عن الغرر فى البيع.

ولكن بعد ما ثبت أنّ المستند دليلٌ لفظى فلا مجال للمناقشة المذكورة؛ لأنّ البحث يدور حول الوقف المنقطع الذى نجهل أمده، حيث تكون الجهالة من جهة المنافع فيصدق الغرر عرفا ويشمله عموم دليل النهى.

أمّا الوجه الثالث: فإنّ استشهاده أخيرا بالنصّ أيضا عليلٌ؛ لأنّ الوارد فى صحيحة حسين بن نعيم أنّه.

«سألته عن رجل جعل دارا سكنى لرجل أيّام حياته، وجعلها له ولعقبه من بعده...»(١) فإنّ المستفاد من ظاهرها السؤال عمّن قام بحبس الدار لسكنى الرجل طيلة حياته ولعقبه بعد وفاته، ولا علاقة لها بالوقف حيث لم يرد فيها ذكرٌ لعنوان الوقف، بل ليس فيها دلالة _ لا مطابقيّة ولا التزاميّة _ على

الوقف، فتنحصر دلالتها بالحبس أو لا أقلّ من أنّ الوقف يصبح مشكوكا لتردّدها بينه وبين الحبس، فتصبح الرواية مجملة وتسقط عن قابليّة الاستدلال بها.

وخلاصة الكلام: أنّ غاية ما يستفاد من هذا الخبر أنّه لو قام مَنْ حبس داره لسكنى

١- ١ . وسائل الشيعة ١٣٥/١٩، ح٣.

الرجل وعقبه، ببيع الدار، فإنّ بيعه صحيح برغم أنّ سكنى الرجل فيه ثابت ما دام حيّا.

وبالتالى، فما ذهب إليه الشيخ [الأعظم(١)] والمحقّق الإصفهانى من الاستدلال بهذا الخبر ممنوعٌ. بل غاية ما يمكن دعواه أنّ الخبر إمّا ظاهر فى الحبس للسكنى، أو أنّه مجملٌ، وعند الإجمال يصبح الغرر مانعا عن صحّة البيع، فإذا ثبت غرريّة المعاملة عرفا، فإنّ مقتضى القواعد الدالّة على بطلان المعاملات الغرريّة بطلان هذه المعاملة»(٢).

المختار فى بيع العين الموقوفة فى الوقف المنقطع الآخر

صحيحة حسين بن نعيم الصَّحَّاف(٣) تدلّ على صحة بيعها، لأنّ المستفاد منها أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يضرّ بصحة البيع لا بعنوان الجهل ولا بعنوان الضرر ولذا حكم الإمام عليه السلام فيها بصحة البيع.

فحينئذ الجهل بانقضاء أمد الوقف المنقطع الآخر أيضا لا يضرّ بصحة البيع.

وأمّا ادعاء وجود الغرر فى هذه المعاملة للجهل بمدّة مسلوبية المنفعة وهو يؤدى إلى الجهل بذات العين ووصفها، مضافا إلى أنّ العرف يرى هذه المعاملة غرريا فغير تام.

ولظهور عدم تمامية هذا الادعاء نبحث عن معنى الغرر فى كلمات اللغويين:

قال الخليل: «الغَرَرُ كالخطر، وغَرَّرَ بمالِه أى: حَمَلَه على الخَطَر.

والغُرُورُ من غَرَّ يَغُرُّ فَيَغْتَرُّ به المَغْرُورُ. والغَرورُ: الشّيْطانُ. والغارُّ: الغافِلُ»(٤).

وقال ابن دُرَيد: «... وغَرَّ الرجلُ الرجلَ يَغُرُّ غَرًّا إذا أوطَأه عِشْوَةً أو خَبَّرَه بكذب... والغَرَر معروف... وفعلتُ هذا الأمر على غِرَّةٍ، إذا فَعَلْتَهُ وأنت غيرُ عالمٍ به»(٥).

وقال ابن فارس: «غر:... ومن الباب بيع الغَرَر، وهو الخَطَر الذى لا يُدْرِى أيكون أم لا، كبيع العبدِ الآبِق، والطَّائرِ فى الهواء. فهذا ناقصٌ لا يتمُّ البيع فيه أبدا. غَرّ الطائرُ فرخَه،

١- ١ . المكاسب ١٠٣/٤.

٢- ٢ . العقد النضيد ٥/(١٠٨-١٠٥).

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٣٥/١٩، ح٣.

٤- ٤ . ترتيب كتاب العين /٧٠٨.

٥- ٥ . ترتيب جمهرة اللغة ٦٤٣/٢.

إذا زَقَّه، وذلک لقلّته ونُقصَانِ ما معه»(١).

وقال الراغب الإصفهانى: «غرّ: يقالُ غَرَرْتُ فلانا أصبتُ غِرَّتَهُ ونِلْتُ منه ما أريده، والغِرَّةُ غفلةٌ فى اليقظة، والغرار غفلةٌ مع غَفْوَةٍ، وأصل ذلک من الغُرِّ وهو الأثر الظاهر من الشىء ومنه غُرَّةُ الفرس. وغِرَارُ السّيف أى حدّه، وغَرُّ الثّوب أثر كسره، وقيل اطوه على غَرِّهِ، وغَرَّهُ كذا غُرُورا كأنما طواه على غَرِّه»(٢).

وقال الزمخشری: «غ ر ر: تغرَّرَ الفرسُ وتحجَّل، وهم غُرِّر فرسُک؟ وصبَّحهم الجیشُ وهم غارُّون أی غافلون. ویقال: «أغرُّ من ظبْی مُقْمِر» لأنه یخرج فی اللیلة المقمرة یَرَی أنّه النهار فتأکله السباع، واغترَّه الأمرُ: أتاه علی غِرَّةٍ»(۳).

وقال ابن الأثیر: «أنه نهی عن بیع الغرر هو ما کان له ظاهِر یَغُرّ المشتری، وباطنٌ مجهول.

وقال الأزهری: بیع الغرر: ما کان علی غیر عُهْدَة ولا ثِقة، وتدخل فیه البیوع التی لا یحیط بکنهما المتبایعان، من کلِّ مجهولٍ. وقد تکرر فی الحدیث»(٤).

وقال أبومنصور: «غرر: ... خدعه وأطمعه بالباطل»(٥).

وقال الفیومی: «الغِرَّةُ: بالکسر الغفلة...»(٦).

وأنت تری أنَّهُمْ یأخذون فی الغرر الخدعة والغفلة والحیلة والاحتیال وقد استعملت مشتقات هذه المادّة فی القرآن الکریم فی ما یقرب من ثلاثین آیة وفی الجمیع یرجع معناها إلی الاحتیال والخدعة.

۱- ۱ . معجم مقاییس اللغة ۳۸۱/٤.

۲- ۲ . المفردات /۳۷۱.

۳- ۳ . أساس البلاغة /۳۲۲.

٤- ٤ . النهایة ۳۵۵/۳.

٥- ٥ . لسان العرب ۱۱/٥ ونقل عنه السیّد محمّدحسین الحسینی الجلالی فی تلخیص الذهب من لسان العرب ۱٤/۳.

٦- ٦ . المصباح المنیر /٤٤٤.

كما أنّ استعمالها فى السنة كذلک كقوله عليه السلام : المغرور يرجع على من غرّه، ونحوها.

وحيث أنّ الاحتيال والخدعة مُنْتَفٍ فى هذه المعاملة لأنّ ذات العين ووصفها وتسليمها معلوم والجهل بالنسبة إلى وقت تسليم العين مع علم المشترى بالوقفية لا يدخلها فى الغرر ولا يضر بصحة البيع المستفاد من صحيحة الصَّحَّاف فالحكم بصحة هذا البيع تام عندنا والحمدللّه الْعالِمِ بأحكامه.

ص: ٤٢٦

المسألة الثانية: بيع أُمّ الْوَلَدِ

اشارة

قال الشيخ الأعظم: «ومن أسباب خروج الملک عن كونه طِلْقا: صيرورة المملوكة أُمّ ولدٍ لسيّدها، فإنّ ذلک يوجب منع المالک عن بيعها، بلا خلافٍ بين المسلمين، على الظاهر المحكىّ عن مجمع الفائدة(١)»(٢).

هذا البحث القسم الثانى من الأملاک الخارجة عن الطلقية ونبحث عنه مع عدم وجود الموضوع لأُم ولد فى هذه الأعصار لعدم اندارس أحكام اللّه تعالى ولما فيه فوائد ونتائج.

المسألةُ إجماعيةٌ بين المسلمين

قال السيّد العامليُّ: «عدم جواز بيع أُمّ الولد مع وجوده وإيفاء ثمنها أو القدرة عليه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين كما فى مجمع البرهان(٣) والحدائق(٤). وفى الغنية(٥) الإجماع عليه. وهو ظاهر المبسوط(٦) ولم نجد الخلاف إلاّ من الشيخ ميثم البحرانى ذكره فى شرح نهج البلاغة(٧) على ما هو ببالى.

ص: ٤٢٧

١- ١ . مجمع الفائدة ١٦٩/٨.

٢- ٢ . المكاسب ١٠٧/٤.

٣- ٣ . مجمع الفائدة والبرهان: فى بيع اُمّ الولد ١٦٩/٨.

٤- ٤ . الحدائق الناضرة: فى بيع اُمّ الولد ٤٤٨/١٨.

٥- ٥ . غنية النزوع: فى البيع /٢٠٨.

٦- ٦ . المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

٧- ٧ . لم نعثر عليه حسب ما تفحّصنا.

ويتحقّقُ الاِستيلادُ بعلوقها به فى ملكه وإن لم تلجه الروح. والتقييد بحياة ولدها وقع فى كثير من عبارات الأصحاب. وهو مبنىّ على الغالب أو التجوّز، لأنّه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياة.

وقد ألحق جماعة(١) بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الاشتراك فى العلّة. ولأنّه لو جوّز غيره لانتفى فائدة منعه وهى بقاؤها على الملك لتعتق، إذ تخرج عن الملك بوجهٍ آخر مثل الصلح والهبة وغيرهما.

ولا خلاف عندنا أنّه يجوز بيعها بعد موت ولدها كما فى مجمع البرهان(٢) والإجماع ظاهر الروضة(٣)»(٤).

تبيين المسألة

ثمّ بعد وضوح خروج أُمّ ولد عن الطلقية وأنّه «من الأُمور المسلّمة بين المسلمين، فلا وقع للبحث عن دلالة الأدلّة التى اُقيمت عليه، وعدم دلالتها كما فى حاشية المحقّق الخراسانى(٥) قدس سره . كما أنّه لا وقع للبحث عن أنّ خروجها عن الطلقيّة هل هو لحقٍّ من اللّه سبحانه عليها، أو لحقّ الولد، أو لحقّ نفسها؟ لأنّ هذه كلّها من علل التشريع، لا من علّة الحكم حتّى تكون وظيفة الفقيه تنقيحها فلا يهمّنا البحث عنها، إنّما المهمّ اُمور اُخر ينبغى إيضاحها:

الأوّل: هل يختصّ المنع عن التصرّف فيها بخصوص البيع، أو يعمّ مطلق المعاوضة، أو مطلق النقل ولو لم يكن معاوضةً كالهبة؟ وجوه، بل أقوال، والأقوى هو الأخير.

وتوضيح ذلک: أنّ الأحكام المترتبة على العقود تارةً يستفاد من نفس أدلّتها أو من

١- ١ . منهم الأردبيلى فى المجمع: فى البيع ١٧٠/٨، والبحرانى فى الحدائق: فى البيع ٤٤٨/١٨.
٢- ٢ . مجمع الفائدة والبرهان: فى بيع اُمّ الولد ١٧٠/٨.
٣- ٣ . الروضة البهية: فى التجارة ٢٥٧/٣.
٤- ٤ . مفتاح الكرامة ١٣٤/١٣.
٥- ٥ . حاشية المكاسب /١١٥.

مناسبة الحكم والموضوع: أنّها مختصّة بالبيع، ولا تجرى فى غيره، كخيار المجلس والحيوان.

وأُخرى يستفاد: أنّها جاريةٌ فى مطلق المعاوضة، بيعا كانت أو صلحا أو إجارة، كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجىء: من أنّ قاعدة الانفساخ قبل التلف تجرى فى عوض الخلع والمهر ونحو ذلک؛ لأنّ المدار فيها على الضمان المعاوضى.

وثالثةً يستفاد: أنّها جارية فى مطلق النقل والانتقال ولو لم يكن معاوضة؛ كالهبة ونقل اُمّ الولد فإنّه لا يجوز نقلها عن ملک سيّدها ولو بالهبة، فإنّ من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد أنّ الاستيلاد مانع عن التصرّفات الناقلة.

بل ادّعى بعضهم المنع عن كلّ تصرّفٍ كان فى معرض النقل كالرهن.

ولكنّ الحقّ: أنّ المنع عن الرهن لو قلنا به فليس من جهة المنع عن مطلق التصرّف فيها، فإنّ التصرّفات الغير المزاحمة لعتقها من نصيب ولدها لا دليل على المنع عنها، ولذا لا ينبغى الإشكال فى جواز عتقها، بل المنشأ فى المنع عن الرهن قصور أدلّة الرهن؛ لأنّ الغرض منه كون المرهون وثيقةً للدين، فيباع ويؤخذ الدين من ثمنه، وحيث إنّ أُمّ الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها.

إلاّ أن يقال: إنّ مرجع ذلک إلى امتناع رهنها؛ لأنّ الرهن يقتضى _ طبعا _ أن تكون العين المرهونة مخرجا للدين، وحيث إنّها غير قابلةٍ لذلک فلا يصحّ رهنها، فالمانع ليس مجرّد قصور الأدلّة، بل لامتناع تحقّق حقيقة الرهن فى أُمّ الولد.

الثانى: أنّه لا إشكال فى أنّ عدم جواز التصرّفات الناقلة فيها يدور حدوثا وبقاءً مدار حياة الولد، فلو مات ولم يخلّف ولدا تصير طلقا. إنّما الإشكال فى أنّه لو مات وخلّف ولدا فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقا لصدق كونها أُمّ ولدٍ، أو تخرج مطلقا لكون الولد حقيقةً فى ولد الصلب، ولا أقلّ من كونه ظاهرا فيه، أو يفصّل بين كون ولد الولد وارثا للمولى فتبقى على المنع وعدم كونه وارثا له فتخرج عنه؟ وجوه، [بل

ص: ٤٢٩

أقوال(١)] والأقوى هو الأخير؛ لأنّها وإن كان يصدق عليها أُمّ الولد إلاّ أنّها إذا لم يكن للولد نصيب منها فلا مانع من جواز بَيْعِها.

الثالث: يكفى الحمل فى المقام وإن قلنا بأنّ الولد لا يصدق عليه حقيقة، بل يعتبر فيه الانفصال؛ وذلک لقوله عليه السلام : «هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل»(٢).

ثمّ إنّه لا يعتبر فى الحمل ولوج الروح، بل يكفى استقرار النطفة فى الرحم إذا كان منشأ نشوء الآدمىّ. ولا يدلّ على خلاف ذلک قول [الإمام الصادق] عليه السلام فى مكاتبةٍ يطؤها مولاها فتحبل حيث قال عليه السلام : «يردّ عليها مهر مثلها، وتسعى فى قيمتها فإن عجزت فهى من أُمّهات الأولاد»(٣)؛

لعدم الملازمة بين زمان السعى والعجز، وبين ولوج الروح غالبا، فإنّ السعى فى أداء مال الكتابة لا يحتاج إلى زمانٍ طويلٍ، ولا سيّما أنّ الغالب انكشاف الأمر فى العجز والقدرة.

الرابع: يعتبر فى الحمل أن يكون ملحقا بالمولى، فإذا زوّج أمتها ثمّ وَطِئَها زنا واستولدها فهى ليست بأُمّ وَلَدٍ شرعا؛(٤) لأنّ للعاهر الحجر، إنّما الكلام فى أنّه هل يعتبر الوط ء من المولى، أو يكفى كون النطفة منه وإن حصل الحمل بالمساحقة مع من وطئها المولى؟ وجهان: من دعوى الانصراف، ومن أنّ المدار كون الولد ملحقا بالمولى شرعا ولو كان الوط ء محرّما كما فى حال الحيض، والأقوى هو الأخير؛ لأنّه إذا كان الولد ملحقا به

١- ١ . ذهب صاحب الحدائق ٤٥٦/١٨ إلى أنه ولد فلا يجوز بيعها، وإطلاق كلام ثانى الشهيدين فى الروضة ٢٥٧/٣ والسبزوارى فى الكفاية ٤٧٤/٢ إلى جواز بيعها واختار صاحب المدارک فى نهاية المرام ٣١٨/٢ القول الأخير وهو التفصيل.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ١٧٢/٢٣، ح١، الباب ٤ من أبواب الاستيلاد، صحيحة محمّد بن مارد.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١٥٨/٢٣، ح٢، الباب ١٤ من أبواب المكاتبة، معتبرة السكونى، مع اختلافٍ يسير.

٤- ٤ . ليست لأُمّ الولد حقيقة شرعية فإذا استولدها من الزنا وكان الولد من المولى تكون الأمة أمّ ولد كما اعترف به الماتن من كفاية كون النطفة من المولى ولو كان الوطى محرّما. [المؤلِّف]

فيصدق عليها كونها أُمّ الولد، ولا وجه للانصراف»(١).

الخامس: «لا يخفى أنّ استفادة القاعدة الكلّيّة من الأخبار أو انعقاد الإجماع عليها لا ينافى وقوع الخلاف فى بعض صغرياتها والاتّفاق على خروج بعضٍ آخر؛ لأنّ جميع القواعد العامّة قابلة للتخصيص، ففى الموارد الّتى انعقد الإجماع على الخروج لا كلام فيها، وأمّا فى مورد الخلاف

فيتمسّک بعموم القاعدة، ويمنع جواز نقلها، لا من باب قاعدة المقتضى والمانع فإنّها لا أساس لها أصلاً، مضافا إلى المنع عن وجود المقتضى للمنع حتّى يرد عليه: أنّ مع إحراز المقتضى والشکّ فی المانع يجب الحكم بترتّب المقتضى ـ بالفتح ـ بل من باب أنّ هذه القاعدة الكلّيّة من قبيل العناوين الأوليّة الّتی لا ينافيها طروّ عنوانٍ ثانوىّ، فإذا اُحرز العنوان الأوّلىّ وشکّ فی طروّ العنوان الثانوىّ الرافع لعموم المنع يتمسّک بالعموم حتّى يثبت التخصيص، كما يتمسّک به فی الشکّ فی رافعيّة الموجود لشبهةٍ حكميّةٍ أو مفهوميّة.

وبالجملة: يُستفادُ من الإجماع والأخبار: أنّ نفس عنوان كون الأمة اُمّ الولد من العناوين الموجبة لخروج الملک عن الطلقيّة، فإذا ثبت بدليلٍ قطعىٍّ جواز نقلها فی موردٍ فهو، وإلاّ يحكم بالعدم»(۲).

صور جواز بيع أم الْوَلَدِ

الصورة الأولى: جواز بيعها فی ثمن رقبتها الذى وقع فی عقد المعاوضة:

[۱] إذا كان للمولى دين

[۲] ولم يكن له ما يؤديه

[۳] وكان الدين ثمن رقبتها بعد موت المولى.

«فإنّ جواز بيعها حينئذٍ موضع وفاق كما فی الروضة(۳) ولا خلاف فيه كما فی

۱- ۱ . منية الطالب ۲/(۲۹۷-۲۹۵).

۲- ۲ . منية الطالب ۲۹۷/۲.

۳- ۳ . الروضة البهية: فی التجارة ۲۵۷/۳.

نهاية المرام(١) لصاحب المدارک والکفاية(٢) والرياض(٣)»(٤).

«وأمّا إذا کان حيّا أو کان له مال آخر أو لم يکن الدين فی ثمن رقبتها فخروجها عن عموم المنع ممنوع، لا سيّما إذا کان له مال آخر، وإن کان الدين مستغرقا فإنّ صاحب العين وإن کان أحقّ بماله فی الدين المستغرق فيما إذا کان المديون حيّا ولا يضرب مع الغرماء إلاّ أنّ هذا الحکم مخصوص بالمفلّس، وأمّا الميّت الّذی لا ذمّة له فصاحب العين أيضا کسائر الغرماء، فإذا کان بعض أمواله متعلّقا لحقٍّ إلهیٍّ أو حقٍّ آخر لا يمکن تعلّق الدين به ککونه اُمّ الولد _ مثلاً _ لا يصحّ أخذه للدين.

وبالجملة: المتيقّن من الخروج عن القاعدة هو المشتمل علی القيود الثلاثة.

ويدلّ عليه: صحيحة «عمر بن يزيد قال: قلت لأبی إبراهيم عليه السلام : أسألک؟ قال: سل، قلت: لم باع أميرالمؤمنين عليه السلام اُمهات الأولاد؟ قال: فی فکاک رقابهنّ، قلت: وکيف ذلک؟ قال: أيّما رجل اشتری جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدی عنه أخذ ولدها منها فبيعت وأدّی ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوی ذلک من دين؟ قال: لا»(٥).

ولا يخفی أنّ هذه الصحيحة صريحة فی القيدين منها، وهما: کون الدين فی ثمن رقبتها، وعدم مالٍ آخر لمولاها. وظاهرة فی القيد الآخر، وهو: موت المولی، فإن ظاهر سؤاله عن أنّه «لم باع أميرالمؤمنين» أنّ البيع وقع منه عليه السلام بعد موت المولی، وإلاّ کان المناسب أن يقول: لِمَ أمر أميرالمؤمنين عليه السلام ببيع اُمّهات الأولاد. وهکذا ظاهر قوله عليه السلام : «ولم يدعْ من المال» أنّ هذه القضيّة کانت بعد موت المولی»(٦).

١- ١ . نهاية المرام: فی الاستيلاد ٣١٥/٢.

٢- ٢ . کفاية الأحکام: فی الاستيلاد ٤٧٣/٢.

٣- ٣ . رياض المسائل: فى الاستيلاد ٣٩٥/١١.

٤- ٤ . مفتاح الكرامة ١٣٥/١٣.

٥- ٥ . من لا يحضره الفقيه ١٣٩/٣، ح٣٥١٢؛ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧٠/٢٣، ح١، الباب ٢ من أبواب الاستيلاد و ٢٧٨/١٨، ح١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

٦- ٦ . منية الطالب ٢٩٨/٢ و ٢٩٩.

الصورة الثانية: هى الصورة الأُولى مع حياة مولاها

قد نص على الجواز فى هذه الصورة فى «الوسيلة(١) والغنية(٢) والسرائر(٣) والمختلف(٤) والإيضاح(٥) والدروس(٦) واللمعة(٧) وحواشى الشهيد(٨) وتعليق الإرشاد(٩) وجامع المقاصد(١٠) والروضة(١١) والمسالك(١٢) وهو المنقول عن(١٣) أبى علىّ. ونسبه الشهيد(١٤) فى حواشيه إلى الشيخين، وستسمع أنّه ظاهرهما. وظاهر الغنية(١٥) أو صريحها الإجماع عليه. وقد أطلق جماعة(١٦) فقالوا: تباع مع وجود الولد فى ثمن رقبتها مع إعسار مولاها. وقضية كلامهم الجواز مع حياة المولى. وعبارة المقنعة(١٧) والنهاية هى هذه: ولا يجوز بيعهنّ ولهنّ أولاد أحياء إلاّ أن يفلس السيّد ويكون أثمانهن دَينا فيبعن فى

١- ١ . الوسيلة: فى العتق والتدبير والمكاتبة /٣٤٣.

٢- ٢ . غنية النزوع: فى البيع /٢٠٨.

٣- ٣ . السرائر: فى العتق والتدبير والمكاتبة ٢٣/٣.

٤- ٤ . مختلف الشيعة: فى الاستيلاد ١٢٩/٨.

٥- ٥ . إيضاح الفوائد: فى البيع ٤٢٨/١.

٦- ٦ . الدروس الشرعية: كتاب أُمّ الولد ٢٢٢/٢.

٧- ٧ . اللمعة: فى البيع /١١٢.

٨- ٨ . لم نعثر عليه فى الحاشية النجّارية المنسوبة إليه وأمّا غيرها من الحواشى فلا يوجد لدينا.

٩- ٩ . حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركى وآثاره) ٣٤٠/٩.

١٠- ١٠ . جامع المقاصد: فى البيع ٩٨/٤.

١١- ١١ . الروضة البهية: فى بيع أُمّ الولد ٢٥٧/٣.

١٢- ١٢ . مسالک الأفهام: فى بيع أُمّ الولد ١٧٠/٣.

١٣- ١٣ . نقله عنه العلاّمة فى مختلف الشيعة: فى الاستيلاد ١٣٠/٨.

١٤- ١٤ . لم نعثر عليه فى الحاشية النجّارية المنسوبة إليه وأمّا غيرها من الحواشى فلا يوجد لدينا.

١٥- ١٥ . غنية النزوع: فى البيع /٢٠٨.

١٦- ١٦ . منهم البحرانى فى الحدائق ٤٥٠/١٨، والمحقّق الثانى فى جامع المقاصد: فى البيع ٩٨/٤، والشهيد الثانى فى مسالک الأفهام: فى شروط البيع ١٧٠/٣.

١٧- ١٧ . المقنعة: فى ابتياع الحيوان وأحكامه /٦٠١.

قضاء الدَين وإن كان أولادهنّ أحياء(١)، انتهى.

وهو _ أى القول بالجواز مع حياة المولى _ مذهب الأكثر كما فى نهاية المرام لصاحب المدارک(٢) والكفاية(٣) والمشهور كما فى المفاتيح(٤) والأشهر كما فى الرياض(٥).

قلت: لم يُعْرَفِ الخِلافُ إلاّ من السيّد المرتضى(٦). وقد تردّد المحّقق(٧) والمصنّف [العلاّمة] هنا [فى القواعد(٨)] وفى التحرير(٩) والتذكرة(١٠) وكأنّه مال إلى المنع فى مجمع البرهان(١١).

وقال صاحب المدارک فى نهايته(١٢) وصاحب الكفاية(١٣) أنّ القول بالمنع نادر لكنّه لا يخلو من قوة»(١٤).

تدلّ عليها حسنة عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن أمّ الولد تباع

١- ١ . النهاية: فى العتق والتدبير والمكاتبة /(٥٤٧-٥٤٦).

٢- ٢ . نهاية المرام: فى الاستيلاد ٣١٦/٢.

٣- ٣ . كفاية الأحكام: فى الاستيلاد ٤٧٣/٢.

٤- ٤ . مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكية وتمامها فى العوضين ٥٢/٣.

٥- ٥ . رياض المسائل: فى الاستيلاد ٣٩٥/١١.

٦- ٦ . الانتصار: فى بيع أُمّهات الأولاد /٣٨٣.

٧- ٧ . شرائع الإسلام: فى بيع أُمّ الولد ١٧/٢.

٨- ٨ . القواعد ٢٣/٢.

٩- ٩ . تحرير الأحكام الشرعية: فى بيع أُمّ الولد ٢٨٠/٢.

١٠- ١٠ . تذكرة الفقهاء: فى بيع أُمّ الولد ٤١/١٠.

١١- ١١ . مجمع الفائدة والبرهان: فى بيع أُمّ الولد ١٧١/٨.

١٢- ١٢ . نهاية المرام: فى الاستيلاد ٣١٦/٢.

١٣- ١٣ . كفاية الأحكام: فى الاستيلاد ٤٧٣/٢.

١٤- ١٤ . مفتاح الكرامة ١٣٦/١٣ و ١٣٧.

فى الدَّيْن؟ قال: نعم فى ثمن رقبتها.(١)

وبهذه الحسنة تمسّک الشهيد والمحقّق الثانيان(٢).

كما تدل عليها صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن أُمّ الولد؟ قال: أمة تباع وتورث وتوهب، وحدّها حدّ الأمة.(٣)

المحمول إطلاقها على روايتى ابن يزيد فتباع فى ثمن رقبتها.

ومن المعلوم أنّ موت المولى وعدمه لا يؤثر فى صحة بيع أم الولد وعدمها لأنّ ثمن رقبة الأمة لابدّ أن يؤدى بلا فرق بين حياة المولى وموته، فتقييد حسنة ابن يزيد بصحيحته الظاهرة فى موت المولى وبقرينة أنّ لفظة «تباع» يستعمل فى ما بعد الموت، كما يظهر من المحقّق النائينى(٤) غير تام.

فيظهر مما ذكرناه: «أنّ استيلاد الأمة يُحدث لها حقّا مانعا عن نقلها، إلاّ إذا كان هناك حقٌّ أولى منه بالمراعاة»(٥).

الصورة الثالثة: بيع أم الولد فى الدين الذى استقرضه المولى واشترى به الأمة.

ولم يتمكن من أدائه، فيصح أن يطلق على هذا البيع أنّه «فى ثمن رقبتها»(٦) أو «فى فكاك رقابهنَّ»(٧). فيكون البيع صحيحا.

الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذى كان فى ذمّة المولى

والدليل على ذلک صحة إطلاق هذا البيع من أنّه فى ثمن رقبتها.

١- ١ . وسائل الشيعة ٢٧٨/١٨، ح٢.

٢- ٢ . راجع الروضة البهية ٢٥٧/٣؛ وجامع المقاصد ٩٨/٤.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ٢٧٩/١٨، ح٣.

٤- ٤ . منية الطالب ٢٩٩/٢.

٥- ٥ . المكاسب ١٢١/٤.

٦- ٦ . وسائل الشيعة ٢٧٨/١٨، ح٢، حسند عمر بن يزيد.

٧- ٧ . وسائل الشيعة ٢٧٨/١٨، ح١، صحيحة عمر بن يزيد.

الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه فى عقد المعاوضة

«كما إذا اشترط البائع على المشترى أن ينفق عليه مدّةً ولم يتمكّن من الإنفاق إلاّ ببيع الجارية، أو اشترط عليه أن يخيط له ثوبا، أو يعمل عملاً يتوقّف الوفاء به على بيع الأمة، فإنّ بيعها للوفاء بالشرط بمنزلة بيعها لأداء بعض ما عليه من الثمن؛ لأنّ للشرط قسطا من الثمن»(١).

ولكن الصحيح أنّه لا يصدق عليها أنّها تباع فى ثمن رقبتها لأنّ «قسطا من الثمن وإن كان فى اللبّ واقعا بإزاء الشرط إلاّ أنّ فى عقد المعاوضة لم يجعل بإزائه شىء فكيف يصدق أنّها تباع فى ثمن رقبتها؟»(٢).

الصورة السادسة: تعلّق ضمان اليد بها

«بيعها لأداء قيمتها إذا تعلّق بها ضمان اليد، كما إذا كان للبائع حقّ الفسخ وفسخ بعد الاستيلاد، بناءً على جواز تصرّف المشترى فى زمان خيار البائع، وبناءً على أنّ الاستيلاد، اللاحق مانع عن الحقّ السابق، فحيث لا يمكن ردّ نفس الرقبة فهى بمنزلة التلف، فلابدّ من ردّ قيمتها، وإذا لم يتمكّن منه فتباع لأداء القيمة الّتى يضمنها للمشترى»(٣).

ولكن بيعها فى هذه الصورة «بمنزلة بيعها فى دينٍ آخر؛ لأنّ المفروض أنّه أدّى ثمن رقبتها، والبدل الّذى يجب عليه الردّ بعد الفسخ لا ربط له بثمن رقبتها، مع أنّه لو جاز بيعها لأداء هذا الثمن وصحّ انتقالها إلى غير المولى المستولد لجاز انتقالها إلى المولى الأصلىّ الّذى باعها»(٤).

الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاها

«فيدفع ثمنها فى الجناية، أو رقبتُها إن رضى المجنى عليه، ولو كانت الجناية على

١- ١ . منية الطالب ٣٠٢/٢.

٢- ٢ . منية الطالب ٣٠٣/٢.

٣- ٣ . منية الطالب ٣٠٣/٢.

٤- ٤ . منية الطالب ٣٠٣/٢.

مولاها لم يجز، لأنّه لا يثبت له على ماله مال»(١).

الصورة الثامنة: إذا عجز مولاها عن نفقتها

«ولو أمكن تأديها ببيع بعضها وجب الاقتصار عليه، وقوفا فيما خالف الأصل(٢) على موضع الضرورة(٣)»(٤).

الصورة التاسعة: إذا مات قريبها

«ولا وارث له سواها لتعتق وترثه وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاة مولاها»(٥).

الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان

«فيقدم حقّ المرتهن لسبقه، وقيل: يقدم حقّ الاستيلاد، لبِناء العتق على التغليب، ولعموم النهى عن بيعها»(٦).

الصورة الحادية عَشَرَةَ: إذا كان علوقها بعد الافلاس

«أى بعد الحجر على المفلَّس، فإنّ مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلقَ حقّ الدُيّان بالمال والخلاف هنا كالرهن»(٧).

الصورة الثانية عَشَرَةَ: بيعها عن من تنعتق عليه

«فإنّه فی قوة العتق فیکون تعجیلَ خیرٍ یستفاد من مفهوم الموافقة، حیث إنّ المنع من البیع لأجل العتق»(۸).

ص: ٤٣٧

١- ١ . الروضة البهیة ٢٥٧/٣.

٢- ٢ . المراد من الإصل هنا «الاستصحاب» أی استصحاب عدم جواز بیع الامة المستولدة.

٣- ٣ . المراد من الضرورة هو «امکان بیع بعضها»، فإنه إذا امکن ذلک یقتصر علیه.

٤- ٤ . الروضة البهیة ٢٥٧/٣.

٥- ٥ . الروضة البهیة ٢٥٨/٣.

٦- ٦ . الروضة البهیة ٢٥٨/٣.

٧- ٧ . الروضة البهیة ٢٥٨/٣.

٨- ٨ . الروضة البهیة ٢٥٩/٣.

الصورة الثالثة عَشَرَةَ: جواز بیعها بشرط العتق

لما مرّ من أنّ المنع لأجل العتق «فإن لم یفِ المشتری بالشرط فسخ البیع وجوبا، فإن لم یفسخه المولی احتمل انفساخه بنفسه، وفسخُ الحاکم إن اتفق»(١).

الصورة الرابعة عَشَرَةَ: بیعها فی کفن سیّدها

«إذا لم یخلف سواها، ولم یمکن بیع بعضها فیه، وإلاّ اقتصر علیه»(٢).

الصورة الخامسة عَشَرَةَ: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها

إذا أسلمت قبل مولاها الكافر أو أسلم أبوها أو جدها «وهى مجنونة، أو صغيرة، ثمّ استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه وهذه فى حكم إسلامها عنده»(٣).

الصورة السادسة عَشَرَةَ: إذا كان ولدها غير وارث

«لكونه قاتلاً، أو كافرا، لأنّها لاتنعتق بموت مولاها حينئذ، إذ لا نصيب لولدها»(٤).

الصورة السابعة عَشَرَةَ: إذا خرج مولاها عن الذمة

ومُلِكَتْ أمواله التى هى منها.

الصورة الثامنة عَشَرَةَ: إذا لحقت أم الولد

بدار الحرب ثمّ استرّقت.

الصورة التاسعة عَشَرَةَ: إذا كانت لمكاتب

مشروط ثمَّ فسخ كتابته.

الصورة العشرون: بيعها فى حقِّ المضمون للمولى

«إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاد ثمّ أولدها، فإنّ حقّ المضمون له أسبق من حقِّ الاستيلاد كالرهن والفَلَس السابقين»(٥).

١- ١ . الروضة البهية ٣/٢٦٠.

٢- ٢ . الروضة البهية ٣/٢٦٠.

٣- ٣ . الروضة البهية ٣/٢٦١.

٤- ٤ . الروضة البهية ٣/٢٦٠.

٥- ٥ . الروضة البهية ٣/٢٦١.

لا يخفى أنّ جلّ هذه الصور غير منصوصة وللنظر فيه مجال واسع كما اعترف به الشهيد الثانى وقال رحمه الله : «فى كثير من هذه المواضع نظر»(١).

وقد بحث الشيخ الأعظم(٢) حول هذه الصور تفصيلاً وتَبِعَهُ المحقّق النائينى(٣) ولكن نطوى الكلام فيها لعدم وجود الموضوع فى هذا الزمان ونكتفى بهذا المقدار والحمدللّه ربّ الأحرار.

١- ١ . الروضة البهية ٣/٢٦١.

٢- ٢ . المكاسب ٤/١٠٧ وما بعدها.

٣- ٣ . المكاسب والبيع ٢/٤٠٧ وما بعدها.

المسألة الثالثة: بيع العين المرهونة

اشارة

العين إذا تعلّق بها حقّ الرهن تكون المرهونة وهى ملک للراهن ولكن تعلّق عليها حقّ المرتهن فليست ملكا طلقا لتعلّق حقّ الغير بها وهذا الحقّ عُدّ مانعا من التصرفات المالكى نحو البيع.

ثمّ إنّ هاهنا ثلاثَ نُكاتٍ لابدّ مِنْ تَوْضِيْحِها فى خلال البحث:

الأُولى: اتفق الفقهاء على أنّ المالک الراهن «لايستقلُّ بالتّصرف يعنى ليست للمالک حالة التّسلط على عينه بحيث كان جاز له قبل الرّهن أن يبيع ويؤجر ويهب ولكن ليست له هذه الحالة بعد الرّهن»(١).

وقد حُكى(٢) عن الشيخ(٣) إجماع الفرقة وأخبارهم على ذلک.

الثانية: بيع المالک الراهن وعقده هل يقع باطلاً كلّيّا؟ أم يكون موقوفا فإذا يتبعه إذن المرتهن وإجازته يصير صحيحا؟

ذهب إلى البطلان كلّ من أصحاب المقنعة(٤) والمبسوط(٥) والخلاف(٦)

١- ١ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ١٤/٥.

٢- ٢ . الحاكى هو الشيخ أسداللّه التسترى فى المقابس /١٨٨.

٣- ٣ . الخلاف ٢٥٣/٣، مسألة ٥٩.

٤- ٤ . المقنعة /٦٢٢.

٥- ٥ . المبسوط ٢٠٩/٢.

٦- ٦ . الخلاف ٢٢٧/٣، مسألة ١٤.

والمراسم(١) والغنية(٢) والسرائر(٣) والمقابس(٤). وظاهر الغنية(٥) أو صريحها دعوى الإجماع على ذلک.

وذهب إلى أنّ العقد الراهن موقوف على إجازة المرتهن كلّ من أصحاب النهاية(٦) والوسيلة(٧) والشرائع(٨) وإرشاد الأذهان(٩) وتذكرة الفقهاء(١٠) وإيضاح النافع(١١) ومجمع الفائدة(١٢) والحدائق(١٣) والمكاسب(١٤).

الثّالثة: على فرض صحة عقد الراهن وتوقفه على إجازة المرتهن هل يجرى هنا ما جرى فى بيع الفضولى من الأقوال فى الإجازة نقلاً وكشفا أو لا؟ وأنّ إجازة المرتهن هنا ليست إلاّ ناقلاً.

المانع من صحة بيع العين المرهونة

اشارة

نعلم أنّ الرهن لا يوجب زوال ملكية الراهن عن العين فيجوز له بيع ملكه لقوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» وقوله صلى الله عليه و آله : لا بيع إلاّ فى ملک.

١- ١ . المراسم /١٩٢.

٢- ٢ . غنية النزوع /٢٤٣.

٣- ٣ . السرائر ٤١٧/٢.

٤- ٤ . مقابس الأنوار /١٩٠.

٥- ٥ . غنية النزوع /٢٤٤.

٦- ٦ . النهاية /٤٣٣.

٧- ٧ . الوسيلة /٢٦٦.

٨- ٨ . الشرائع ١٧/٢.

٩- ٩ . إرشاد الأذهان ٣٦١/١.

١٠- ١٠ . تذكرة الفقهاء ٤٢/١٠.

١١- ١١ . إيضاح النافع، نقل عنه فى مفتاح الكرامة ١٤٢/١٣.

١٢- ١٢ . مجمع الفائدة ١٧١/٨.

١٣- ١٣ . الحدائق ٤٥٨/١٨.

١٤- ١٤ . المكاسب ١٥٤/٤.

ولكن قد يقال بوجود المانع عن صحة هذا البيع. والمانع على أقسام:

١_ الإجماع

الإجماع الوارد فى الخلاف والغنية كما مرّ على عدم صحة بيع العين المرهونة.

ولكن يرد عليه: أوّلاً: عدم تمامية هذا الإجماع لأنّ جماعة من الأصحاب يقولون بصحة هذا البيع ولكنّه موقوف على إجازة المرتهن كما عليه الشيخ نفسه فى النهاية كما مرّ.

وثانيا: وجود أخبار على ما ادعاه الشيخ فى ذلک ومن المحتمل أنّها كانت مدرک هذا الإجماع.

وثالثا: قد ادعى فى المقام وجود مانع عقلى عن صحة هذا البيع ويمكن استناد المجمعين إلى هذا المانع العقلى فى الحكم بعدم صحة هذا البيع.

فلا عبره بهذا الإجماع فى المقام ولابدّ من البحث حول الأخبار والمانع العقلى المدّعى.

٢_ الأخبار

منها: قوله صلى الله عليه و آله : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.(١)

وأرسلها العلاّمة عنه عليه السلام فى المختلف(٢).

وأمّا من حيث الدلالة فتقريب الاستدلال: أنّها تمنع طرفى الرهن عن التصرف فى العين المرهونة:

«أمّا من جهة الموضوع، فلا يخفى أنّ التصرّف قد يكون خارجيّا كالأكل واللّبس، وقد يكون اعتباريّا كالبيع والصلح والهبة.

وأمّا من جهة الحكم المحمول، فإنّ العنوان المأخوذ فی المرسلة هو کونهما ممنوعان من التصرّف، وإطلاق المنع عن التصرّف یقتضی المنع بقول مطلق، ومعلوم أنّ

١- ١ . درر اللآلی ٣٦٨/١ لابن أبیجمهور الأحسائی ونقل عنه فی مستدرک الوسائل ٤٢٦/١٣، ح٦.
٢- ٢ . مختلف الشیعة ٤٢١/٥.

هناک فرقٌ جوهری بین مطلق المنع والمنع المطلق، فلو کان مدلول المرسلة مطلق المنع کانت عاجزة عن الدلالة علی بطلان البیع، بخلاف ما إذا أفادت المنع المطلق؛ لأنّ مثل هذا المنع یدلّ علی الممنوعیّة بقول مطلق، الشامل المنع عن التصرّف تکلیفا ووضعا، وتکون النتیجة بطلان بیع العین المرهونة»(١).

قد یناقش علی هذا التقریب بوجهین:

١_ المنع من التصرف: مختص بالتصرفات الخارجیة دون التصرفات الاعتباریة، لعدم صدق التصرف عرفا فی الاعتباریة منها، فلا یصدق علی مجرد البیع أو الإتهاب عنوان التصرف ولا أقل أنّه مشکوک الصدق فلا تعمها المرسلة.

ویجاب عنه أوّلاً: التصرفُ صادقٌ عرفا علی التصرفات الاعتباریة من المالک الأصیل الذی عُدّ ذو الحقّ فیها.

وثانیا: قد اعتبر الفقهاء التصرفات الاعتباریة الصادرة من طرفی الرهن تصرّفا فی المال.

٢_ المنع من التصرف هل هو حکم تکلیفی أم یعمّ الوضعی؟ والظاهر أنّه تکلیفی محض فلا یدلّ علی بطلان البیع.

ويرد عليه: حيث ثبت أنّ المراد من التصرف أعمّ من الخارجى والاعتبارى فكذلک المنع عنه بمقتضى إطلاقه يكون منعا للراهن والمرتهن التصرف فى العين تكليفا ووضعا.

لا يقال: فيلزم من حمل المنع على التكليف والوضع استعمال اللفظ الواحد فى المعنيين والمشهور لا يجوّزونه.

لأنّا نقول: نحن لا نمنع من استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد كما مرّ فى أبحاثنا الأصولية، مضافاالى أنّ المنع من استعمال اللفظ فى المعنيين لا تسرى إلى مواد الحِلّ والمنع والرخصة ونظائرها، لأنّ هذه المواد قادرة على تحمّل كلا المعنيين

١- ١ . العقد النضيد ١١٩/٥.

«والشاهد على ذلک أنّ الفقهاء استفادوا من إطلاق الحلّية فى قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» حلّية البيع وحرمة الرِّبا وضعا وتكليفا، أى حلّية البيع ونفوذه وحرمة الرِّبا وبطلانه، والمرسلة من هذا القبيل، فإطلاق المنع فيها يفيد ممنوعيّته مطلقا، الشاملة لجهتى الوضع والتكليف، لا أحدهما بالخصوص، لاستلزامه المنع من جهة لا مطلقا»(١).

لا يقال: «إنّ دعوى عموميّة المنع للجهتين، تصحّ فيما إذا كان إسناد الحِلّ والحرمة إلى ذات الفعل، كما فى الآية الشريفة، وأمّا إذا كان إسنادهما إلى الفاعل فإنّ إطلاق المنع اختصاصه بالتكليف دون الوضع.

وبعبارة أُخرى: هناک فرقٌ بين إسناد الحكم إلى الفعل وإلى الفاعل، أمّا فى الأوّل فإنّ الحرمان من الفعل بقول مطلق يقتضى الوضع والتكليف معا، أمّا فى الثانى فإنّ نسبة الحرمان إلى الفاعل يقتضى التكليف دون الوضع»(٢).

لأنّا نقول: «أنّ دعوى التفصيل المذكور ممنوعة، بل إنّ دلالة نسبة الحكم إلى كليهما على حدٍّ سواء، فكما أنّ ممنوعيّة الفعل بقولٍ مطلق، حيث تقتضى الوضع والتكليف، كذلك الحال فى ممنوعيّة الفاعل بقولٍ مطلق، حيث تقتضى عدم الرخصة، وعدم الصحّة معا، وإلاّ لو انحصرت بخصوص التكليف دون الوضع لما صدق عليها الممنوعيّة بقولٍ مطلق»(٣).

«وبالجملة: ثبت اندفاع ما نُوقش فى دلالة المرسلة موضوعا وحكما.

فمن جهة الموضوع، ثبت بطلان ما قيل من اختصاصها بالتصرّفات الخارجيّة دون الاعتباريّة.

ومن جهة الحكم أيضا ثبت إطلاقها الشامل للحكم الوضعى والتكليفى، ولذلك فإنّها دالّة على المنع مطلقا»(٤).

ص: ٤٤٤

١- ١ . العقد النضيد ١٢٢/٥.

٢- ٢ . العقد النضيد ١٢٢/٥.

٣- ٣ . العقد النضيد ١٢٣/٥.

٤- ٤ . العقد النضيد ١٢٣/٥.

٣_ المانع العقلى وهو التنافى بين البيع والرهن

قد مرّ أنّ حقيقة البيع إمّا تبديل «طرفى الاضافة _ على مسلك المحقّق النائينى _ أو تمليك عين بعوض، بحسب مسلك الشيخ رحمه الله .

أمّا حقيقة الرهن:

أ: فى كلمات اللغويّين: فقد استعمل الرهن فى كلمات اللغويّين:

تارةً: فى الثبات والدوام، كقولهم: (نعمة راهنة) أى ثابتة ودائمة.

وأُخرى: فى معنى الحبس.

وعليه فاللّفظ مشترک بينهما.

ولكن من الصعب الالتزام بالاشتراک اللفظى؛ لأنّ اللغويّين غالبا ما يستعملون المفهوم بدل المصداق أو بالعكس، أى يُدخِلون خصوصيّات المصداق وآثاره فى ضِمْنِ معنى اللّفظ ومفهومه، وكذلک بالعكس، ومن هنا يمكن القول بأنّ التحقيق فى معنى الرهن يرشدنا إلى أنّ له معنى واحد وهو الحبس، نعم الثبات والدوام متلازمان له... .

ب: فى كلمات الفقهاء: فقد عرّفه الفقهاء بأمرين:

١ . الحبس، (٢) وكونه استيثاقا للدَّين.

أمّا الأمر الثانى: فلا اعتبار به، لأنّ الاستيثاق يعدّ غرض الراهن لا حقيقة الرهن وواقعه.

أمّا الأمر الأوّل: فبالرغم من مساعدة اللّغة له، لكن لو دقّقنا فى حقيقة الأمر لوجدنا أنّ الرهن ليس عين الحبس ظاهرا، وإن يتضمّن الأوّل بعض خصائص الأخير، والشاهد على ذلک صحّة إنشاء كلّ واحد منهما مستقلاً دون أن يتبادر معنى الآخر إلى ذهن المنشئ والسامع، فيصحّ القول: (حبستُ هذه العين) و (رهنتُ هذه العين)، وهذا شاهد على أنّ الحبس لا يعدّ عين الرهن ولا حقيقته، بل إنّ الرهن سنخ معنا يكون لازمه الحبس، وإدخال الحبس فى حقيقة الرهن يعدّ خلطا بين اللاّزم والملزوم... .

بعد وضوح هذه المقدّمة، الحقّ أنّه لا تنافى بين الإستيثاق للدّين والبيع عقلاً، فيما لو قلنا ببقاء حقّه على العين، وإمكان استنقاد ماله حتّى ولو انتقلت بالبيع إلى الغير؛ لأنّ

مجرّد الانتقال لا ينافى مع قدرة الدائن على استنقاذ حقّه من العين الثابتة فى يد المشترى.

نعم، لو قيل إنّ الانتقال يؤدّى إلى عجز المرتهن عن استرجاع ماله لو امتنع الراهن، فإنّ البيع يعدّ منافيا للاستيثاق، ولكنّه ممنوع والحقّ هو الأوّل.

والحاصل أنّ مجرّد الانتقال من خلال البيع لا ينافى الرهن، والشاهد على ذلک أنّه لو مات الراهن، فإنّ دليل الإرث لا يتخصّص، بل تنتقل ملكيّة العين المرهونة من الراهن إلى الورثة متعلّقا بها حقّ الرهانة، ولا يخفى وحدة البيع والإرث، لأنّ الأوّل انتقال اختيارى، والآخر انتقال قهرى، والفرق بينهما كالفرق بين المصدر واسمه، فجهة المصدريّة لا تأثير لها فى حقيقة الأمر، فإذا وجدت المنافاة تكون فى جهة اسم المصدر؛ أى فى انتقال العين من الراهن، وإلاّ فإنّ مجرّد إنشاء النقل لا يعقل كونه منافيا مع الرهن وحقيقته، فالمعنى الاسم المصدرى موجود فى الإرث من دون أن ينافى الرهن بالضرورة.

وعليه، فلا مانع من وقوع البيع أو الصلح على العين المرهونة.

أمّا فى صورة الشكّ: أى إذا تردّد الفقيه فى معرفة حقيقة الرهن، ووصل الدور إلى الشكّ فيها، فإنّ الشبهة الحاصلة حينئذٍ تكون شبهة مفهوميّة، ومقتضى القاعدة لزوم التمسّک بعموم دليل الحِلّ وإطلاقه، حيث يشملان بيع الرهن، وعلى مدّعى البطلان إبداع المانع عقلاً أو شرعا، فيعود الشكّ حينئذٍ إلى تحقّق المانع العقلى بالنسبة إلى البيع، والقاعدة الثابتة هى أنّه متى تمَّ مقام إثبات الإطلاق، وعاد الشكّ إلى قيام المانع العقلى وعدمه، فإنّ حجّية الإطلاق والعموم _ من جهة حجّيّة مثبتات الأُصول اللّفظيّة _ تدفع الشكّ من جهة احتمال قيام المانع العقلى.

والنتيجة: هى صحّة البيع إلاّ فيما إذا ثبت قيام المانع العقلى عنها.

وخلاصة البحث: ثبت ممّا ذكر أنّه لا دليل على المنع من بيع العين المرهونة، كما أنّه لو وصل الدور إلى الشكّ فى جواز البيع وعدمه، فإنّ إطلاقات أدلّة جواز البيع ونفوذه وعموماتها تدفعان مثل هذا الشكّ، إذ ليس مقابل عموم «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا

ص: ٤٤٦

بِالْعُقُودِ» من مانعٍ يمنع عن نفوذهما إلاّ أن المانع، وقد بحثنا عن الموانع العقليّة والنقليّة المدّعاة، وثبت أنّه لا مانع عقلاً ولا شرعا»(١).

القولان فى بيع العين المرهونة

اشارة

قد مرّ(٢) القولان فى بيع العين المرهونة وهما:

١_ البطلان

٢_ الصحة أذا لحقه إذن المرتهن.

وأمّا أدلتهما:

١_ أدلة القول بالبطلان

اشارة

مضافا إلى ما مرّ، ذهب صاحب المقابس إلى البطلان مستدلاً له: أنّ النهى المتعلّق بالمعاملة على قسمين:

«تارةً: يكون النهى متوجّها إلى أمرٍ خارج عن ذات المعاملة، ومثله لا يستلزم بطلان المعاملة، كالنهى عن البيع وقت النداء، فإنّ النهى برغم تعلّقه بعنوان البيع، لكنّه قد تعلّق به من جهة أمر خارجٍ عن البيع وهو مزاحمة البيع لصلاة الجمعة، فإذا لاحظنا الآية الشريفة(٣) نجد أنّ الأمر لبّا قد توجّه إلى لزوم القيام بصلاة الجمعة فورا، أمّا النهى فلم يتوجّه إلى البيع بما هو بيعٌ، بل توجّه إليه باعتبار أنّه يزاحم الجمعة، ولذلک يعمّ كلّ ما يمنع الإنسان عنها سواءً كان بيعا أم غيره، وعليه فلا يُعَدُّ البيعُ _ ولو وقع _ فاسدا ومفسدا إذ لم يتوجّه إليه النهى بخصوصه، بل النهى توجّه إلى مطلق المزاحم الذى انطبق على البيع.

وأُخرى: يكون النهى متوجّها إلى ذات المعاملة لا لأمرٍ خارج عنها، ومثله يستلزم بطلان العقد وفساده.

أمّا الصغرى: أنّ النهى المتوجّه إلى بيع الراهن يعدّ من مصاديق القسم الثانى دون الأوّل، لأنّ النهى توجّه إلى بيع الراهن بذاته، مثل النهى المتوجّه إلى بيع الوقف وأُمّ الولد

١- ١ . العقد النضيد ٥/(١٢٧-١٢٤) باختصار وتلخيص.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٤٤٠.

٣- ٣ . سورة الجمعة /٩.

ممّا يوجب بطلانه وفساده.

ثمّ قال المحقّق التسترى: معترضا على نفسه بقوله:

فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولى وعقد المرتهن، مع أنّ كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن فى المنع _ كما دلّت عليه الرواية _ فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم.(١)

وأجاب عنه بما خلاصته: أنّ التصرّف المنهى عنه على قسمين:

تارةً: يعدّ تصرّفه فى مال الغير تصرّفا تكوينيّا وانتفاعا منه، فهو محرّم ولا تحلّله الإجازة اللاّحقة، وذلک بمقتضى إطلاق قوله: «لا يحقّ لأحد أن يتصرّف فى مال الغير إلاّ بإذنه».

وأُخرى: يعدّ تصرّفه تصرّفا اعتباريّا كالعقد والإيقاع، وهو على قسمين:

١_ تارةً: يقعان نيابة عن المالک أو عمّن بيده الأمر من الإيقاعيّات كالطلاق والعتق.

٢_ وأُخرى: يقعان مُسْتَقِلَّيْنِ عن الغير.

أمّا التصرّف الاعتبارى على النحو الأوّل: فإنّه يمكن تصحيحه من خلال الإجازة؛ لعدم تعلّق النهى به فضلاً عن أنّ العقد والإيقاع الواقعان نيابةً لا يصدق عليهما التصرّف فى مال الغير. والعقد الفضولى من هذا القبيل.

أمّا التصرّف على النحو الثانى: كبيع الغاصب عن نفسه، فإنّه يعدّ تصرّفا فى مال الغير الذى توجّه إليه النهى بذاته.

فإذا اعتبرنا بيع الفضول من هذا القبيل عُدَّ باطلاً، وأمّا إذا اعتبرناه من القسم الأوّل فليس بباطل.

وبالجملة: دَفَع المحقّق التسترى عمّا قد يرد عليه من النقض ببيع الفضولى بقوله: «العقد الصادر عن الفضولى قد يكون محرّما وقد لا يكون كذلک».

١- ١ . كما نقل عنه الشيخ الأعظم فى المكاسب ١٥٦/٤.

ثمّ يقول فى مجال تطبيقه على البيع المرهون: إنّه تارةً يلاحظ من جهة بيع المرتهن، وأُخرى المالک [الراهن].

أمّا الأوّل: الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرّد الارتهان، كان منهيّا عنه.

وإن كان بقصد النيابة عن الراهن فى مجرّد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولى، فلا يتعلّق به النهى أصلاً.

أمّا الثانى: وهو البيع الصادر من المالک [الراهن]، فإنّه باطلٌ «لما حُجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلاّ مستندا إلى ملكه، لانحصار المالكيّة فيه، ولا معنى لقصده النيابة، فهو منهىٌّ عنه، لكونه تصرّفا مطلقا ومنافيا للحَجْر الثابت عليه»(١)»(٢).

مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها

ناقش الشيخ الأعظم فى كلام صاحب المقابس من خلال ستة مناقشات:

«المناقشة الأولى: «منع الفرق فى الحكم بين ملک الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة»(٣).

بيان ذلک: إنّ ما يتحقّق من خلال البيع أمرٌ واحد وهو تمليک عين بمال _ حسب تفسير الشيخ _ ، سواءً صدر ممّن أوقعه نيابةً عن الغير أو مستقلاً؛ لأنّ الحقيقة الحاصلة من خلال البيع هى وقوع المعاملة بين المالين، وأمّا طرفى المعاملة فهما أجنبيّان عن حقيقته، ولذلک فإنّ صدوره عن المالک

أو عن الغير مستقلاً أو غير مستقلّ لا تأثير لها فى الحقيقة الحاصلة، وعليه فإنّ بيع الغاصب _ مستقلاً أو نيابةً عن المالک _ لا مدخليّة له فى المبادلة الحاصلة بين المالين من خلال الإنشاء.

نعم، المعاملة الحاصلة إذا لحقتها الإجازة تكون نافذة وإلاّ فلا، وإجازة المالک وتوقّع صدورها خارجان عن حقيقة البيع المُنشأ.

ص: ٤٤٩

١- ١ . كما نقل عنه فى المكاسب ١٥٧/٤.

٢- ٢ . العقد النضيد ٥/(١٤٠-١٣٨).

٣- ٣ . المكاسب ١٥٨/٤.

المناقشة الثانية: (منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمرٍ خارج، للفساد)(١).

أى لو تنزّلنا وسلّمنا بأنّ الإنشاء الصادر من الغاصب والفضول يعدّ تصرّفا منهيّا عنه، إلاّ أنّ مثل هذا النهى لايستلزم الفساد، فضلاً عن أنّ مجرّد الإنشاء لا يعدّ تصرّفا فى مال الغير ولا غصبا له.

ردّ المناقشة الثانية

يقتضى المقام البحث عن أمرين:

١ . عن حقيقة التصرّف.

٢ . وعن أنّ النهى لا لأمرٍ خارج لا يقتضى الفساد:

الأمر الأوّل: أنّ حقيقة التصرّف لغةً هى التغيير، وصرف الشىء من حالٍ إلى حالٍ آخر، ولا يخفى أنّ الشارع عدّ فهم العرف معيارا لمعرفة مداليل الأحكام الشرعيّة وحدودها، فإذا كان معنى التصرّف

عندهم منصرفا إلى التبدّلات والتحوّلات الخارجيّة، ثبت كلام الشيخ، لكن الصحيح أنّ العرف يرى مفهوم التصرّف أعمّا منهما، بمعنى أنّ ما يصدر من المالک من إنشاء البيع لأمواله يعدّ تصرّفا عرفا، حتّى قبل تحقّق تسلّط المشترى على المال، وأمّا الإنشاء الصادر ممّن ليس له الأهليّة العرفيّة والعقلائيّة كالفضول لا يعدّ تصرّفا يترتّب عليه الأثر.

نعم، تسلّط الغاصب على المال وقيامه بالإنشاء الذى يعدّ موضوعا للأثر عند العقلاء، موجبٌ لصدق عنوان التصرّف عرفا، ومن مصاديقه قيام السلطان الجائر ببيع أموال النّاس لصدق التصرّف عرفا على الإنشاء الصادر منه.

وبناءً عليه، فإنّ للتسترى أن يرد على الشيخ موجبة جزئيّة بقوله: إنّ الفعل الاعتبارى الصادر ممّن له كلمة نافذة وجهة استقلاليّة عرفا _ كالمالک والغاصب والسلطان _ يصدق فيه عنوان التصرّف.

الأمر الثانى: يدّعى الشيخ أنّ النهى وإن تعلّق بنفس عنوان المعاملة والبيع، إلاّ أنّنا

١- ١ . المكاسب ١٥٨/٤.

لا نعتقد بأنّ كلّ نهى متعلّق بعنوان غير خارجٍ عن المعاملة يقتضى الفساد، لأنّ هناک فرقا بين باب التكاليف وباب الوضعيّات، فما يجرى فى الأوّل لا يجرى فى الثانى بالضرورة، وكذلک العكس.

هذا فضلاً عن أنّه يجب ملاحظة متعلّق النهى المولوى، حيث يعتبر فى المتعلّق:

الإضافة إليه سبحانه وتعالى تارةً:

واُخرى لا يعتبر فيه الإضافة إليه سبحانه.

والنهى فى الأوّل يستلزم فساد المتعلّق؛ لأنّ العمل المنهىّ عنه لا يجتمع مع الإضافة إليه سبحانه، ولذلک نحكم بأنّ النهى التكليفى فى العبادات يستلزم الفساد، لمنافاته مع عنوان العبادة.

وأمّا النهى فى النوع الثانى _ كالنهى عن البيع _ فإنّه لا يستلزم فساد متعلّقه، إذ لا ملازمة عقليّة ولا شرعيّة ولا عرفيّة بين النهى وحقيقة البيع، فيصحّ البيع ويشمله عموم دليل الحِلّ.

وبعبارة أُخرى: يدّعى الشيخ أنّه يصدق على هذا التبادل عنوان البيع، فيندرج فى موضوع دليل «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» حيث أنّ مقتضيه تامّ، ومانعه الحرمة التكليفيّة المنحصرة [وهى لا تدلّ على بطلان البيع ف_]يثبت صحّة العقد برهانا لوجود المقتضى وفقد الموانع.

وقد تابع الشيخ فى دعواه المذكورة جماعة، وحكموا بأنّ النهى التكليفى لا يوجب الفساد إلاّ إذا كان إرشاديّا، وبالتالى فقوله عليه السلام : «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف» نهىٌ متوجّه إلى مثل هذه المعاملة، لكنّه نهىٌ تكليفىٌ لا يستلزم الفساد؛ أى بالرغم من أنّ النهى المتعلّق فى المقام لم يكن متعلّقا لأمرٍ خارج عن العقد، لكنّه لا يقتضى فساد المعاملة، ولا يوجب منع صحّتها ونفوذها.

قال الأستاذ المحقّق _ مدظله _ : إنّ دليل صحّة إمضاء هذا العقد لا يخلو: إمّا دليل الحلّ «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» أو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وفى كليهما فإنّ السؤال المُثار حينئذٍ هو أنّه:

هل يعقل أن يأمر الشارع بحلّية البيع وبوجوب الوفاء به مطلقا حتّى وإن كان العقد

مبغوضا شرعا ومتعلّقا لنهيه؟

ولا شكّ أنّ إطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط والعقد والوعد منصرفٌ عرفا عن العقد والشرط والوعد المبغوض، وعليه فإنّ إطلاق الدليلين إمّا منصرفٌ عن مثل هذا العقد المبغوض شرعا، أو أنّه مشكوك الصدق.

أقول: الحقّ مع الشيخ الأعظم من أن النهى التكليفى لا يستلزم بطلان المعاملة، بل يدلّ على صحتها لما مرّ مفصلاً فى باب النواهى فى علم الأصول فراجع هناك.

المناقشة الثالثة: دعوى المحقّق التسترى فى التفريق بين بيع الراهن وبيع المرتهن ممنوعة ولا وجه له.

بيان ذلک: التزم المحقّق التسترى بالتفصيل، وأنّه لو باع المرتهن متوقّعا الإجازة صحّ، وإن باع مستقلاً بطل، لكنّه حَكَم على بيع الراهن بالبطلان مطلقا.

أمّا الشيخ فقد التزم بالتفصيل فى بيع الراهن وحَكَم فى المرتهن بالبطلان مطلقا، رادّا بذلک على التسترى بأنّ حكم الراهن كالمرتهن، فكما يبيع تارةً متوقّعا الإجازة ممّا يقتضى الحكم عليه بالصحّة التأهّليّة، كذلک قد يبيع مستقلاً غير متوقّع للإجازة، فإنّه لابدّ من الحكم عليه بالبطلان، لصدق عنوان التصرّف الممنوع عليه فعله ممّا يقتضى البطلان.

وعليه فتفصيل التسترى ممنوعٌ.

أقول: مناقشة الشيخ له تامّة لا غبار عليها، إذ لا دليل على أنّ بيع المرتهن المتوقّع للإجازة صحيح دون بيع الراهن المتوقّع لها، وبالتالى فالتفصيل ممنوع ولابدّ من تسوية الحكم بينهما.

المناقشة الرابعة: إنّ اقتضاء العُمومات والإطلاقات تامّ الدلالة على صحّة بيع الراهن باعتبار كونه مالكا وما صدر منه مِصْداقٌ للبيع، والمانع عن صحّته لا يخلو: إمّا أنّه الإجماع أو المرسلة.

أمّا الإجماع: فهو دليلٌ لبّى ينبغى الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو خصوص ما إذا باع ولم يترقّب الإجازة، فضلاً عن أنّ المجمعين التزموا بصحّة بيع الراهن بالإجازة، ممّا يوجب إجمال وسقوطه فى مقابل عموم العام الدالّ على الصحّة.

ص: ٤٥٢

أمّا المرسلة: فإنّه وإن حمل المنع فيها على تصرّف الراهن والمرتهن معا، لكن قيام القرينة القطعيّة على أنّ تصرّف المرتهن ليس ممنوعا مطلقٌ، بل المرسلة تمنع عنه فيما إذا لم يلحقه إجازة الراهن، فهذه القرينة مع ملاحظة وحدة السياق بينهما تفيد وحدة حكم الراهن والمرتهن، وأنّ بيع الراهن يعدّ باطلاً فيما إذا لم تلحقه الإجازة، ولا أقلّ أنّ المرسلة تصبح مجملة، والقاعدة تقتضى رفع اليد عن عموم العام بمقدار المتيقّن عند تعارض العموم والإطلاق مع المقيّد والمخصّص المجمل المردّد بين الأقلّ والأكثر، وما نحن فيه يعدّ من صغريات هذه القاعدة، فإنّ المرسلة المخصّصة مردّدة ومجملة بين مطلق بيع الراهن أو خصوص ما لا تحلقه الإجازة، ويقتضى ذلک حجّية العام إلاّ فى المتيقّن.

المناقشة الخامسة: «ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد(١) فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما، فلم أتحقّق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهى فى كلّ منهما لحقّ الغير، فإنّ منع اللّه جَلَّ ذكره من تفويت حقّ الغير ثابت فى كلّ ما كان النهى عنه لحقّ الغير، من غير فرقٍ بين بيع الفضولى ونكاح العبد وبيع الراهن»(٢).

بيان ردّ الشيخ: يقول عليه السلام فى هذه المناقشة الصحيحة التى لا غبار عليها، أنّه بالرغم من أنّ مورد التعليل فى روايات العبد عمّن تصرّف فى حقّ الغير، وهو المولى، إلاّ أنّ المدار على الوارد وهو التعليل الدال على أنّه متى كان العصيان من جهة حقّ الخلق، أمكن تصحيحه من خلال الإجازة، ومتى كان من جهة حقّ الخالق فإنّه باطلٌ لعدم إمكان تصحيحه، والعلّة المذكورة جارية

فيما نحن فيه، والنهى المذكور فى المرسلة إنّما هو بلحاظ حقّ المرتهن، وهذا الحقّ مشترک فى تصرّف الفضولى والراهن بالبيع، والعبد بالنكاح.

المناقشة السادسة: «ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأُمّ الولد، ففيه أنّ الحكم فيهما تعبّدٌ، ولذا يؤثّر الإذن السابق فى صحّة البيع، فقياس الرهن عليه فى

١- ١ . المراد منه التعليل المذكور فى روايات نكاح العبد بقوله عليه السلام : «إنّه لم يعص اللّه وإنّما عصى سيّده». راجع وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح١ صحيحة زرارة و ١١٥/٢١، ح٢ موثقته.

٢- ٢ . المكاسب ١٥٩/٤.

غير محلّه»(١).

بيان الفرق: بالرغم من أنّ الفقهاء حكموا ببطلان جميع هذه البيوع الأربعة _ بيع الراهن والمرتهن والوقف وأُمّ الولد _ لأجل فقدان الطلقيّة فيها، لكن يجب أن نفرّق بين الأوّلين والأخيرين، ففى الأخيرين لا تأثير للإذن فى صحّة بيعهما؛ بخلاف الأوّلين حيث أنّ إذن المرتهن يؤثّر فى صحّة بيع المرهونة، وعليه فإنّ تأثير إذن المرتهن وعدم تأثير إذن الموقوف عليهم، دليلٌ على أنّ المنع فى الأخيرين تعبّدى لا يرفعه الإذن، دون المنع فى بيع الراهن، فإنّه قابل للرفع من خلال الإذن.

وخلاصة الكلام: ثبت من خلال هذه المناقشات اندفاع دعوى المحقّق التسترى»(٢).

٢_ أدلة القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن

اشارة

استدلّ الشيخ الأعظم(٣) قدس سره بالأدلة التالية:

١_ الاستدلال بالأدلة العامة

نحو اطلاق قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» وعموم قوله _ عزّوجلّ _ : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» واطلاق قوله سبحانه: «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» وغيرها من الاطلاقات والعمومات.

وهذه الأدلة العامة تدلّ على صحة بيع الراهن لو لحقه إذن المرتهن بعد البيع ولا تدلّ على مقارنة إذنه مع عقد البيع.

ويرد عليه: إنّ الأدلة العامة خُصِّصت بعقد الرهن فلا يجب الوفاء بعقد البيع مادامت العين المرهونة فى الرهن فلا تشمله الأدلة العامة، يعنى مادام لم تأت الإجازة لم يصح البيع.

وأمّا بعد صدور الإجازة من المرتهن، يدخل فى أنّ خروج فرد من تحت العام فى

١- ١ . المكاسب ١٥٩/٤.

٢- ٢ . العقد النضيد ٥/(١٤٦-١٤٠).

٣- ٣ . المكاسب ١٥٤/٤ وما بعده.

زمان بتخصيص عقلى يمنع من التمسك بالعام بعد مُضِيِّ ذلک الزمان، ومنعه الشيخ الأعظم إلاّ أن يكون تخصيصا عنوانيا، وليس الأمر كذلک فلا تشمل الأدلة العامة بيع الراهن ولو بعد صدور الإجازة من المرتهن. فتأمل.

٢_ التعليل الوارد فى صحة نكاح العبد

ورد التعليل فى موثقة زرارة: إنّما أتى شيئا حلالاً وليس بعاص للّه إنّما عصى سيّده ولم يعص اللّه، الحديث(١).

وورد فی صحیحته: إنّه لم یعص اللّه وإنّما عصی سیّده، فإذا أجازه فهو له جائز.(۲)

بتقریب: «أنّ کلّ عقد کان النهی عنه لحقّ الآدمی یرتفع المنع ویحصل التأثیر بارتفاع المنع وحصول الرضا، ولیس ذلک کمعصیة اللّه أصالة فی إیقاع العقد التی لا یمکن أن یلحقها رضا اللّه تعالی»(۳).

وبعبارة أُخری: «تفید العلّة المذکورة أنّ المانع هی مخالفة حقّ الخالق دون الخلق، وأنّ مخالفة الأخیرة لا تضرّ، فإذا أجاز جاز وإلاّ فلا، وأنّه برضا الخلق یرتفع المنع، کما هو الحال فی المقام، فإنّه برغم قیام الدلیل علی أنّ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف» لکن هذا المنع لم یکن بمثل المنع فی الوقف أو البیع الغرری، بل منعٌ بلحاظ حقّ المرتهن، فإذا أجاز جاز مثل صحّة نکاح العبد بعد الإجازة»(٤).

وقد یناقش علیه: لا یمکن استفادة الصحة فی بیع الرهن من التعلیل الوارد فی نکاح العبید «لأنّ حقّ المرتهن هنا، لیس من قبیل حقّ السّیّد بل الرّهنُ، عقدٌ ومعاملةٌ وقوله علیه السلام : «انّه لم یعص اللّه بل انّما عصی سیّده...» لم یکن راجعا إلی العقود بل یمکن أن یقال: «انّ الرّاهن، إذا باع العین المرهونة انّما عصی اللّه» لأنّ عقد الرّهن، ممّا أمضاه الشّارعُ وانّه أقدم علی خلاف ما امضاه الشّارعُ فلیس معلوما انّ المراد من عصیان اللّه،

۱- ۱ . وسائل الشیعة ۱۱۵/۲۱، ح۲، الباب ۲٤ من أبواب نکاح العبید والإماء.

۲- ۲ . وسائل الشیعة ۱۱٤/۲۱، ح۱.

۳- ۳ . المکاسب ۱٥٤/٤.

٤- ٤ . العقد النضید ۱۲۹/٥.

عصيانُ الحكم التّكليفيِّ [فقط] بل [يمكن أن يكون] المراد منه العصيان على ما امضاه الشّارعُ من عقد الرّهنِ [فيشمل عصيان الحكم الوضعى أيضا]»(١).

وبالجملة: تحقق عقدٌ [وهو الرهن] والشارع لم يمض ضدّ هذا العقد.

٣_ فحوى أدلة صحّة الفضولى

«الأدلة الواردة فى المنع عن بيع العين المرهونة، إنّما تفيد عدم استقلالهما فى التصرّف، لا أنّ البيع الواقع عليها باطلٌ من أساسه، ولا يمكن تصحيحه بالإجازة اللاّحقة أو الإذن السابق.

بيان ذلک: إنّه لا شكّ أنّ الحقّ أهون من المِلک، لأنّ المِلک يتضمّن الحقّ بمعناه اللغوى _ أى الثبوت _ وزيادة، فالملكيّة تتضمّن حقّا آكد وأقوى من الحقّ المجرّد، وعليه فإذا اعتبرنا الحقّ مرتبة ضعيفة من المِلک، فلا نقاش فى أنّ الملكيّة تعدّ مرتبة أقوى من الحقّ، وإن لم نقل بذلک، فلا نقاش فى أنّ ارتباط المالک بالمملوک أقوى وآكد من ارتباط الحقّ بصاحبه.

وبناءً على هذه المقدّمة، إذا أفاد النهى عن العقد الفضولى، مجرّد عدم استقلال البائع فى التصرّف دون بطلان أصل المعاملة، فإنّ ذلک يكون فى الحقّ بطريق أولى، ومن المعلوم أنّ هذه الأولويّة عرفيّة وليس من باب تنقيح المناط، بمعنى أنّه إذا لاحظ العرف أنّ الدليل لا يفيد بطلان بيع مال الغير من أصله، بل يعلّق صحّته على إجازة المالک، عَرِف أنّ بيع متعلّق حقّ الغير يكون أولى بالصحّة بالإجازة من بيع ملک الغير»(٢).

وقد تأمّل فى هذا الفحوى ب_ «انّه يلزمُ احتساب الفحوى بالنّسبةِ إلى لسان الأدلّة لا بالنّسبة إلى المناسبات والاستحسانات وأشياءٍ خارجةٍ عن مضمون الأدلّة وما يكون فى باب الفضوليِّ، أنّ [بإجازة المالک] صار العقد، عقده بحيث تشمله العموماتُ من:«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيره كما صرّح به السّيّدُ رحمه الله فى العروة.

١- ١ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٢٥/٥.
٢- ٢ . العقد النضيد ١٢٩/٥.

وهذا، دليل صحّة الفضوليّ وإلاّ قبل الإجازة، لا تشمل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقد المالک فمعنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يعنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيّها المالكون».

ومن المعلوم: انّ هذه الحالة، ليست فى بيع الرّاهن لانّ فى بيع الرّاهن كان العقد، عقد المالک فالإجازة اللاّحقة، لا تؤثّر فيما قبل من حيث الأدلّة حتّى يقال بالفحوى فليس هنا مناطٌ حتّى يقال بأنّه جارٍ فيما نحن فيه بالطّريق الأولى.

بالجملة: فى باب الفحوى، يلزم أنْ يكون شمول الأدلّة أو المناط الّذى يُستفاد من الأدلّة، أخفى فى الرفع مع انّه ليس الأمر كذلک هنا لأنّ المناط، كان أقوى فى الفرع حيث كان عقد الرّاهن، عقد المالک دون عقد الفضوليِّ حيث أنّ بعد الإجازة، يصير عقد المالک.

فبناءً عليه، تمكن دَعوى العكس بأن يقال بإمكان القول بصحّة بيع الفضوليّ واختيار البطلان فى باب بيع الرّاهن ووجهه أنّ الفحوى، انّما تلاحظ باعتبار مدلول الأدلّة واعتبارِ اطلاق الأدلّة وعمومها لا باعتبار الاستحسانات الخارجيّة و المناسبات.

وتوضيحه: انّ الرّاهن، انّما باع ماله و عقده عقد [المالک] من الأوّل ومع ذلک لا تشمل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقده لحصول التّخصيصِ فيه وبعد الإجازةِ، لم تحصل فى شمولِ: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، عامٌّ خرج من تحته فردٌ فى زمانٍ، هل يجوز أن يرجع إلى العموم فيما بعد هذا الزّمان؟ فالشّيخ صرّح بشكلٍ أن يرجع إلى العامّ فى هذا الفرد المشكوک بالمناط، وليس هنا مناطٌ فى البين»(١).

مقالة المحقّق الإيروانى فى المقام ومتابعة المحقّق الإصفهانى له

ذهب المحقّق الإيروانى رحمه الله إلى أنّ بيع الراهن العين المرهونة صحيح من دون حاجة إلى إجازة المرتهن، ولكن تنتقل العين المرهونة مرهونة إلى المشترى، لأنّ حق الرهن يتعلّق بالعين وكان باقيا على العين حين انتقالها إلى المشترى وهو إن كان عالما يلزم العقد وإن كان جاهلاً فله خيار الفسخ للعيب الموجود فى العين المسلوبة المنفعة مدّة من الزمان.

ص: ٤٥٧

١- ١ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٢١/٥.

قال مانصه: «لا وجه للبطلان ولا التوقّف على إجازة المرتهن، بل الوجه هو الصحّة واللزوم وانتقال العين إلى المشترى مستحقّة للمرتهن، فيكون حقّ المرتهن محفوظا، والعين ملكا للمشترى؛ إذ لا يعتبر فى العين المرهونة أنْ تكون ملكا للراهن، فإذا جاز استفادة عين للرهن ابتداءً جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فيكون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلک بحسب الابتداء، نعم مع جهل المشترى بالحال يثبت له الخيار، وأمّا من قبل البائع فهو لازم مطلقا.

وبالجملة: الدوران بين البطلان والتوقّف على الإجازة إنّما يكون التنافى بين صحّة البيع وتأثيره فى النقل وبين بقاء حقّ المرتهن، فيدور الأمر بين بطلان البيع لمكان الحقّ وبين وقوعه مراعىً بسقوط الحقّ من العين بنحو، إمّا بالإجازة أو بإسقاط الحقّ، أو بفک الرّهن، أو الإبراء عن الدين على إشكال فى غير الأوّل»(١).

وتبعه المحقّق الإصفهانى رحمه الله فى الجملة حيث قال: «ينبغى تقييده [أى تقييد «الاتفاق على عدم استقلال المالک...»(٢)] بما إذا كان نفوذ البيع منافيا لحقيقة الرهن، أمّا إذا لم يكن كذلک فلا موجب لبطلان البيع؛ كما إذا رضى المشترى ببقائه على الرهانة، فإنّ رهن المال على دين الغير جائز؛ وبيع المال فى أداء الدين الذى هو على الغير أيضا نافذ، سواء باع عن مالكه وأدّى الدين بثمنه أو باعه لنفسه كما مرّ تحقيقه مرارا، ففى هذه الصورة لم يكن البيع منافيا للرهانة حتّى يتوقف على اذن

المرتهن أو إجازته أو إبرائه أو إسقاطه أو فک الرهانة، فالاتفاق على عدم الاستقلال بملاحظة طبع البيع والرهن؛ لا ما إذا لحقه عناية زائدة وهو رضا المشترى»(٣).

ومال إلى هذا القول المؤسس الحائرى قدس سره كما سَتَأْتِيْ مقالته ونقده تفصيلاً.

وتبعهم الأستاذ المحقّق _ مدظله _ فى بحثه الشريف.(٤)

ص: ٤٥٨

١- ١ . حاشية المكاسب ٥٢٦/٢.

٢- ٢ . المكاسب ١٥١/٤.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢٦١/٣.

٤- ٤ . العقد النضيد ١٤٧/٥.

ويرد عليه: إنّه لم يدُلَّ دليلٌ على أنّ للمرتهن حقّ على العين المرهونة والصحيح «أنّ الرهن عقدٌ من العقود كسائر العقود له إيجابٌ وقبولٌ ومن خاصيّة ذلک العقد انّه لازمٌ من طرف الرّاهن وجايزٌ من طرف المرتهن وليس هنا شى ءٌ إلاّ مفهوم الرّهن وهو اعتبار القبض والإقباض فى الخارج عَلى نحو خاصٍّ كما يكون كذلک فى ساير العقود فالعقود كلّها لها اصلٌ فى التّكوين يعنى الحاجة التّكوينيّة، تقضى القبض والاقباض على نحو الوثيقة ثمّ يأتى بنحو القانون وهو الايجابُ والقبولُ لحصول الثّقةِ.

فمفهومُ الرّهن، بقاءُ العين المرهونة عند المرتهن حتّى يكونَ داعيا للرّاهن لردّ دين المرتهن ولازمُ تحقّقِ هذا المفهوم؛ بقاءُ العين عند المرتهن دائما وكان الرّاهن ممنوعا من التّصرفِ فهو انّ العين، ليست ماله. وامّا ممنوعيّة الرّاهن فلكون العين وثيقةً عند المرتهن وممنوعيّة تصرّف الرّاهن والمرتهن، انّما هو لاجل كون التّصرف مخالفا لمفهوم العقد ونحوه فعدمُ جواز التّصرف فى العين المرهونة ومن قبل الرّاهن والمرتهن داخلُ جزء العقد لا انّه تعلّق على العين، حقُّ الغير.

فلذا نقول: إنّ عدم جواز التّصرف فى العين المرهونة من قبل الرّاهن والمرتهن، تخصيصٌ عقليٌّ محضٌ فى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وليس هو بتخصيص شرعيٌّ وعنوانيٌّ.

فلهذا، إنْ قلنا: إنّ للمرتهن، حَقًّا فى العين المرهونة، انّما هو بذلک المعنى لا انّ له حقٌّ فى مقابل الحكم يعنى الحقّ بمعنى سنخٍ من الأحكام الوضعيّة بالمعنى الفقهىّ الاصطلاحىِّ المجعول من الشّارع»(۱).

ثمّ لو تنزلنا وفرضنا «أنّ الرّهن، حقّ راجعٌ إلى العين، فللبحثِ من انّه هل تعلّق على ذات العين أو تعلّق عليها بما انّها مملوكٌ، مجالٌ كما يُبحثُ فى باب الشّفعة والخيار.

ولكن بعد ما قلناه من انّ الرّهن، ليس من قبيل الحقّ بذلک المعنى الاصطلاحىِّ المجعول من الشّارع على العين بل العقد، معاوضةٌ ومعاقدةٌ والمعاقدة على نفس العينِ

۱- ۱ . تحقيق وتقريرات فى البيع والخيارات ٢٤/٥.

فإذا كانت نفس العين رهنا يعنى تعلّقت المعاقدةُ على العين الّتى كانت ملكا للبائع ليست المعاقدة مع المشترى، فلا معنى للقول بانتقال الحقّ على المشترى، متعلّقا لرهن الرّاهن»(۱).

وبعبارة أخرى: «لم يثبت فى باب الرّهن، أصلٌ وحقٌّ للمرتهن على العين ولو كان هنا أصلٌ فيمكن القول بانّه من باب التّوسع فى التّعبير ومن المعلوم: انّه ليس المراد من الحقّ هنا، المعنى الاصطلاحىّ الفقهىُّ مثل الحقوق حيث لم يكن هذا الحقّ مثل الحقوق فى الفقه الاسلامىِّ ولم يرد تعرّض فى الرّوايات بمثل هذا النّوع من الحقّ فليس هنا شىءٌ زائدٌ غير كونها رهنا بل لا يحتاج إلى جعل حقّ غير كونها رهنا.

والقولُ بالحقّ هنا، مطلبٌ انتزاعيٌّ لا أنّه أمرٌ أصيلٌ والأصيل المجعول، انّما هو نفس الرّهن واعتباره فليس هنا حقٌّ زائدٌ غير كونها رهنا حتّى يبحث عنه بانّه حقٌّ متقوّمٌ على ذات العين أو متقوّمٌ بما أنّها مملوكٌ للبائع ومعنى عقد الرّهن بقاء العين وعدم انتقالها إلى الغير وعدم كونها ملكا للغير، فليس هنا حقٌّ يتكلّم عنه بأنّه هل قائمٌ بالعين أو بما انّه مملوكٌ للبائع؟»(٢).

مقالة المؤسس الحائرى فى المقام

قال شيخنا آية اللّه الشيخ محمّدعلى الأراكى عليه السلام ما نصه: «قال شيخنا الأستاذ _ دام علاه _ : الجمع العُرْفِيُّ بين إطلاقات وعمومات صحّة البيع، وخصوص النهى عن بيع الراهن ليس إلاّ ارتفاع أصل النفوذ عن هذا القسم ببطلانه رأسا كما هو الحال فى الجمع فى تلك الإطلاقات والعمومات، والنهى عن بيع الوقف وبيع أُمّ الولد وبيع الغرر وغير ذلک، ولو كان مقتضى الجمع هو الحمل على رفع الاستقلال مع إثبات أصل الصحّة التأهليّة لكان اللازم ذلک فى تلك المقامات أيضا.

فنقول: مفاد النهى مع ذينک الإطلاق والعموم قابليّة أصل العقد للتأثير والحالة

١- ١ . تحقيق وتقريرات فى البيع والخيارات ٢٦/٥.

٢- ٢ . تحقيق وتقريرات فى البيع والخيارات ٢٨/٥.

الكذائيّة مانعة عن استقلاله فيه، فلا ينافى تأثيره الضمنى. بضميمة زوال تلک الحالة، فمقتضى الإطلاق هو التأثير عند زوال أُمّ الولديّة أو الوقفيّة أو الجهالة، والحال أنّ أحدا لا يقول بذلک بل من المسلّم احتياج المعاملة بعد زوال تلک الحالة إلى صيغة جديدة، وعدم فائدة فى الصيغة الأُولى رأسا، وإذن فما الفرق بين تلک المقامات ومقامنا، وهل النهى عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلاّ مثل تلک النواهى.

فالأسدّ فى إثبات القول المزبور هو اختيار طريقة أُخرى اخترناها فى تصحيح عقد الفضولى بعد ردّ الطريق المذكور فيه أيضا بمثل ما ذكرنا وهى أن يقال _ بعد أنّ قوله: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» ظاهر فى البيع المسبّبى، أعنى: النقل والانتقال، دون السببى، أعنى: الإنشاء المظهر باللفظ، وهذا المعنى محمول على مصاديقه العرفيّة، فكلمّا حكم فيه العرف بتحقّق المبادلة والنقل والانتقال يحكم عليه الشرع بحكم «أَحَلَّ» _ : أنّ الشارع ربّما يخطّى العرف فى تشخيص بعض المصاديق ويقول: ما حكمتم بمصداقيّة ليس بمصداق واقعا، وهذا هو الحال فى بيع الغرر وأمثاله ممّا انفكّ نظر العرف فيه عن نظر الشرع، وربّما يقرّره فى تشخيص بعض آخر ويقول: قد أصبتم فى حكمكم بالمصداقيّة أو بعدمها فى مورد فلانى.

ومن هذا القبيل مقامنا وبيع الفضولى، فإنّ العرف كما لايرى المبادلة متحقّقة بإنشاء صادر من غير المالك كذلك لايراها حاصلة بمجرّد إنشاء المالك بدون إجازة المرتهن، وكما لايفرّق فى حصولها بين حصول إجازة المالك فى الفضولى قبل العقد أو معه أو بعدها، كذلك فى المقام أيضا لا يفرق بين الصور المذكورة بالنسبة إلى إجازة المرتهن فى الحكم بالحصول فى جميعها، فإذا قال الشارع: الراهن ممنوع من التصرّف البيعى فمعناه عند العرف أنّ حقيقة المبايعة والمبادلة لايتحقّق منه إلاّ بعد لحوق إجازة المرتهن وليس للقول المذكور إطلاق شامل لما بعد الإجازة؛ لأنّه حينئذ يصير من باب التعبّد والتخطئة المصداقيّة وقد فرضناه ليس بهذا الصدد، وإنّما هو بصدد التقرير والمشى على طبق ارتكازهم وطريقتهم، والمفروض أنّ طريقتهم إنّما هو المنع قبل الإجازة لا بعدها، نعم هذا يحتاج إلى إثبات كون القول المذكور واردا فى هذا المقام لا فى مقام التعبّد

والتخطئة.

هذا مضافا إلى ما أشار إليه شيخنا المرتضى قدس سره من أنّه على تسليم الظهور فى بطلان التصرّف رأسا يمكن التمسّک بأدلّة الفضولى بعد الأولويّة القطعيّة، فإنّه إذا كان بيع الأجنبى للعين المرهونة

سواء كان لترقّب الإجازة أو باعتقاد المالكيّة أم بالبناء الغصبى العدوانى صحيحا نافذا عند إجازة الراهن والمرتهن بواسطة تلك الأدلّة، فمن المقطوع أنّ حال الراهن الذى هو المالک ليس بأدون من ذلک الأجنبى، ولازمه صحّة البيع الصادر منه عند لحوق إجازة المرتهن، وبالجملة يمكن التصرّف فى الظهور المذكور بالحمل على ما ذكرنا بملاحظة تلك الأدلّة بضميمة هذه الأولويّة القطعيّة.

ثمّ قال شيخنا _ دامت أيّام إفاداته الشريفة _ : وهنا طريق آخر لتصحيح البيع المزبور عند إجازة المرتهن، وهو أن يقال: ليس المقام كعقد الفضولى؛ فإنّ العرف كما عرفت لا يرون المبادلة هناک حاصلة إلاّ بعد إجازة المالک، وأمّا هنا فمصداق المبادلة والبيع المسبّبى محقّق عندهم قبل حصول إجازة المرتهن، لأنّ حال العين المرهونة حال العين المستأجرة، فكما لايمنع الاستئجار هناک عن تحقّق البيع _ بل يرون العين مع سلب المنافع منتقلة إلى المشترى _ كذلک هنا أيضا الرهانة غير مانعة، فالعين على حال الرهانة وكونها وثيقة لدين المرتهن تصير منتقلة إلى المشترى.

وكما أنّ سلب المنافع هناک لايوجب عدم صحّة اعتبار الملكيّة والمبادلة وذلک لوجود ما يصحّ انتزاع ذلک عنه وهو المنافع المتجدّدة بعد انقضاء المدّة كذلک هنا أيضا ليس الممنوعيّة عن التصرّفات موجبة لعدم اعتبار الملكيّة والبيع، إذ يكفى فى صحّة انتزاعهما كون العين جائز التصرّف من البيع والإجازة وغيرهما من المشروطة بالملک عند إجازة المرتهن وكون نماءاتها لمالک.

وإذن فنقول: مقتضى عموم «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» صحّة هذا البيع ولو لم يلحقه إجازة المرتهن، غاية الأمر كون المشترى مع جهله بالحال مختارا فى الفسخ والإمضاء، فحال المقام حال بيع الغرر وبيع أُمّ الولد ممّا يرى فيها العرف حقيقة المبادلة، ومقتضى العموم المذكور فيها أيضا هو الوقوع. ولكنّ الفرق بين المقامين أنّ النهى الخاص المتعلّق

بخصوص البيعين تخصيص ذلک العموم ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين زوال الجهالة والاستيلاد بعد ذلک وعدمه.

وأمّا المقام فالنهى الوارد فيه وارد على الراهن مع عطف المرتهن عليه؛ فإنّ بإجازة الراهن، فالأمر دائر فى الخبر المذكور بين أن يراد من المنع ظاهره من الممنوعيّة الرأسيّة المنافية للصحّة التأهليّة أيضا، غاية الأمر نلتزم بتخصيص المرتهن، ولكن نلتزم بحمل المنع على خلاف ظاهره من ممنوعيّة الاستقلال فى التصرّف الغير المنافية مع الصحّة التأهليّة.

فحال المقام حال ما إذا ورد أكرم العلماء وعلم بأنّ زَيْدا العالِمَ يُسْتَحَبُّ إكرامُهُ فإنّ الأمر دائر بين التصرّف فى المادة بتخصيص العلماء بما سوى زيد، وبين التصرّف فى الهيئة بحملها على مطلق الطلب، وحينئذ فلو لم نقل بأظهريّة المادة فى المقام المقتضية لحمل الهيئة على ممنوعيّة الاستقلال فلا أقلّ من الإجمال، فيكون إطلاق «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» بالنسبة إلى ما بعد لحوق الإجازة سليما عن المعارض والمقيّد، وبعبارة أُخرى يكون القدر المتيقّن الخروج هو البيع الغير المرضىّ به فيبقى البيع المرضىّ به داخلاً تحت الإطلاق.

فلا وجه للقول بالبطلان وإن قوّاه بعض الأساطين _ قُدِّسَتْ أسرارهم _(١).

وقد يناقش عليه: أوّلاً: أنّ دعواه: «إذن فما الفارق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهى عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلاّ مثل تلك النواهى»(٢) لا يمكن اعتبارها ردّا على الشيخ [الأعظم]؛ لأنّ الشيخ الأعظم استنتج من المرسلة بأنّ النواهى المتعلّقة بالمعاملات تارةً نواهى خَلقيّة _ كعصيان العبد لمولاه _ يمكن دفعها بالإجازة اللاّحقة، وأُخرى خالقيّة لايزول بالإجازة كما فى بيع الوقف والغرر، ثمّ أثبت بأنّه فرقٌ بين باب الغرر وباب الرهن، وأنّ النهى فى الأخير نهى خَلقى بلحاظ حقّ المرتهن ولا علاقة له

١- ١ . كتاب البيع ٢/(٢٠٦-٢٠٢) والأستاذ المحقّق _ مدظله _.

٢- ٢ . كتاب البيع ٢/٢٠٣.

بباب الغَرر الذى هو نهىٌ خالقى، وممنوع بحدّ ذاته للجهالة المتحقّقة فيه.

فدعوى وحدة الملاک فيهما وتساويهما فى الحكم جوازا ومنعا ممنوعة.

وثانيا: أنّ دعواه بالتفريق بين المرهونة والفضول، باعتبار أنّ المتحقّق من خلال بيع المرهونة هو الأمر المسبّبى الناشئ فى ظرف الإنشاء لصدوره من المالک وقبل الإجازة، بخلاف بيع الفضول حيث يكون تحقّق الأمر المسبّبى فيه متأخّرا عن ظرف الإنشاء وحاصلاً بعد الإجازة.

ممنوعة، فإنّه حتّى لو سلّمنا المبنى والتزمنا بأنّ إنشاء المعاملات يعدّ أسبابا والمنشآت مسبّبات، فإنّ تاليه الفاسد وجوب الالتزام بالنقل دون الكشف، أى أنّ من يلتزم بتحقّق النقل بعد الإجازة لابدّ وأن يقول بناقليّة الإجازة، مع أنّه رحمه الله التزم فيها بالكشف على مبنى الشرط المتأخّر.

وبالجملة: فالالتزام بتحقّق البيع المسبّبى بعد الإجازة يستحيل اجتماعه مع القول بالكشف.

وثالثا: إنّ دعواه أخيرا بالجمع بين دليل الوجوب والاستحباب، من خلال التصرّف فى هيئة الوجوب، وحملها على مطلق الطلب الذى يصلح أن يجتمع مع دليل الاستحباب، وتطبيقه على المقام، يعدّ محاولة ينبغى البحث عنها لمعرفة مركز التنافى بين العام والخاص وَحَدِّهِ، وأخيرا الطريقة التى يمكن بها علاج التنافى.

فنقول: لا يخفى أنّ البحث يدور حول العام والخاصّ المتخالفان _ دون المتوافقان _ ومعلومٌ أنّ المخالفة تنشأ دائما من ناحية الحكم دون الموضوع، حيث ينافى ظهور (أكرم زيدا) مع ظهور (يستحبّ إكرام زيد)، فإذن مركز التنافى هو الحكم دون الموضوع.

أمّا حدّ التنافى: أنّ القاعدة تقتضى انحلال دليل الوجوب إلى أحكام متعدّدة فتحصل من خلالها إطاعات وعصيانات متعدّدة، ويتحقّق التنافى فى المصداق الذى يدلّ الدليل المنحلّ على وجوب إكرامه، والدليل الآخر الدالّ على عدمه، وحينئذٍ يعدّ إسقاط ظهور الهيئة فى جميع موارد الحكم، وحملها على الطلب فى الجملة لتشمل الطلب

الاستحبابى، يعدّ رفع اليد عن الحجّة باللاّحجّة، وهو ممنوع.

وهكذا بطلت الدعاوى المذكورة، والمحاولة التى قام بها [المؤسس] الحائرى لرفع التنافى بين الدليلين.

أقول: إنّ الطريقة الوحيدة التى يمكن بها رفع التنافى هى ملاحظة العام والخاص والنسبة الحاصلة بينهما.

فإنّه لا شكّ أنّ نسبة كلّ خاص إلى العام هى نسبة القرينة إلى ذى القرينة، فتكون أصالة الظهور فى القرينة _ بالنسبة إلى ذيها _ تنجيزىٌّ وفى ذى القرينة تعليقى، أى أنّ ظهور العام مشروط دون الخاص، حيث أنّ ظهور الخاص بالنسبة إلى العام غير مشروط.

وبعبارة أُخرى: إنّ ظهور العام معلّق بعدم وجود الخاص والمقيِّد، أمّا ظهور الخاص فغير مقيّد و [غير] معلّق بشىء، ولذلک يعدّ الخاصّ مقدَّما على العام، ولهذا السبب فالتصرّف فى هيئة الوجوب بحملها على الطلب فى الجملة بالنسبة إلى بعض المصاديق _ كما ادّعاه [المؤسس] الحائرى _ يعدّ أمرا مستحيلاً بحسب القواعد الأُصوليّة دون الفلسفيّة، لاستلزام ذلک إسقاط دلالة الهيئة على الوجوب، ولا يتمّ الإسقاط إلاّ بعد إسقاط ظهور دليل الخاص الدالّ على الاستحباب، واعتباره غير مخصّص للعام، فالسقوط يتوقّف على عدم التخصيص، وهذا العدم متوقّف على سقوط ظهور الخاص؛ لأنّ قرينيّة الخاص تامّ الاقتضاء، ولا يمنع عن تأثير اقتضاءه وتخصيصه للعام إلاّ قيام المانع، ولا مانع فى المقام إلاّ حمل ظهور (أكرم) على الطلب فى الجملة دون الوجوب، ولا يتحقّق هذا الظهور إلاّ بعد زوال قرينيّة الخاص، وعدم قدرته على تخصيص العام، وهو ممنوعٌ.

فثبت أنّ مثل هذا التصرّف فى هيئة الوجوب يعدّ محالاً.

وبالجملة: أنّ هيئة «أكرم» ظاهرة فى الوجوب، إمّا بالإطلاق، أو بحكم العقل، وأمّا هيئة «يستحبّ» نصٌّ فى الاستحباب، فيدور الأمر بين الالتزام برفع اليد عن ظهور الأوّل بنصّ الثانى، أو اعتبار مفاد الوجوب عامّا ونصّ الاستحباب خاصّا، فيتقدّم الخاصّ على العام.

ص: ٤٦٥

وعلى جميع المبانى، فإنّ النتيجة هى لزوم حمل مفاد «أكرم» على الطلب المطلق _ وهو الوجوب الذى يسقط فى خصوص زيد _ لا الطلب فى الجملة، ومقتضى القاعدة حصرا هو التخصيص»(١).

ثمّ إنّ هنا قَوْلاً آخر وهو انتقال حق الرهانة من العين إلى الثمن

وهذا منقول من «الشيخ فى المبسوط والعلاّمة رحمه الله فى التّحرير والشّهيد رحمه الله فى الدّروسِ من نقل حقّ الرّهن من العين إلى الثّمن، [و] ليس بصحيحٍ.

وجه هذا القول، انّه قيس ما نحن فيه أى باب الرّهن مع ساير الحقوقِ المتقوّمة بالعين بضميمةِ قاعدة المعاوضات مثلاً قلنا سابقا فى باب الوقف فى بيع العين الموقوفة فى موارد جوازه أنّ حقّ البطون اللاّحقة يُنتقل من العين الموقوفة إلى بدلها فكما انّ العين الموقوفة، كانت مشتركةً بين الطّبقات فكذلک يكون الثّمن مشتركا بين الطّبقات فتنتقل حالة الوقف من العين إلى بدلها أخذا بمقتضى المعاوضة.

وقيس ما نحن فيه وهو باب الرّهن بباب الوقف فينتقل حقّ الرّهن من العين المرهونة المبيعة إلى ثمنها لانّ الرّاهن والمرتهن فكأنّهما يشتَركان فى المبيع نوعا من الشّركة.

وان كان مبناه ما قلناه سابقا فالجواب هو الجوابُ عنه لما قلنا من انّ الرّهن، ليس من العقود [التى] قائما بالعين [و] لا قائما بذات العين ولا قائما بما أنّها مملوكٌ.

والفرقُ بين الوجهين لا يخفى على المتأمّل حيث انّ الوجه الثّالث [وهو قول الإيروانى ومَنْ تبعه] مبنىٌّ على انّ حقّ الرّهن، يتعلّق على ذات العين فيذهب هذا الحقّ حيث تذهب هذه العينُ ومبنى الوجه الرّابع انّ حقّ الرّاهن يتعلّق على العين بما انّها مملوكٌ فيتعلّق الحقّ بالعوضين فالمملوك صار عوضا بمملوكٍ آخر فينتقل إلى الثّمن.

وامّا ما قال به الشّيخ الطّوسىُّ فى المبسوط والعلاّمة فى التّحرير والشّهيد رحمه الله فى الدّروس فلا يبعد عدم تطبيق هذا القول مع القول الرّابع فيحتمل أن يكون قولهم بجواز بيع

١- ١ . العقد النضيد ٥/(١٣٦-١٣٣).

الرّهن، انّما هو مِنْ أَجْلِ ردّ دينه من ثمن البيع والإجازة مبنيّة على ذلک لا أنّها مبنيّة على صحّة بيعه وعدم أداء دينه وإن كان مرادهم رحمه الله هذا فهذا مطلبٌ استظهاريٌّ من كلمة الإجازة فى باب الرّهن وليس من جملة تلک الاقوالِ.

نعم، إذا قامت القرينة على خلاف ذلک يعنى قامت القرينة على إجازةِ المرتهن، البيع لا مِنْ أَجْلِ ردّ دينه فهو ممّا لا كلام فيه ولكنّ الكلامُ فى طبع الإجازة وانّ طبع الإجازة ماذا يقتضى؟

ولعلّ كلام الشّيخ رحمه الله فى المبسوط والعلاّمة فى التّحرير والشّهيد رحمه الله فى الدّروس مبنىٌّ على ذلک وان كان مبناه هذا فيصّح كلامهم وليس مربوطٌ بالقول بل هو استظهارٌ من الإجازة فى مقام الإثبات وراجعٌ إلى تشخيص مراد المرتهن من إجازته.

وأمّا ان كانُ المراد أنّ الرّهن، حقٌّ متعلّقٌ على العين بما انّها مملوكٌ ولازم الحقوق المتعلّقه على الملک انّها يَصِّحُ بيعه منتقلاً حقّ الرّهن على عوضه، فلا يصّحُ»(١).

القول المختار فى المسألة

أقول: القول المختار من الأقوال الأربعة الماضية فى بيع الراهن العين المرهونة بإذن المرتهن وهنّ:

أ: البطلان: وهو مختار جماعة منهم الشيخ أسداللّه التسترى صاحب المقابس.

ب: الصحة مع إذن المرتهن: وهو مختار جماعة منهم الشيخ الأعظم الأنصارى.

ج: الصحة مطلقا إى من دون إذن المرتهن: وهو ابداع المحقّق الإيروانى ومال إليه المؤسس الحائرى وتبع المحقّقُ الإصفهانىُ الإيروانىَّ والاستاذُ المحقّقُ _ مدظله _ .

د: الصحة مطلقا من دون إذن المرتهن وانتقال حق الراهنة من العين إلى ثمنها وهو منسوب إلى الأعلام الثلاثة.

القول المختار هو القول الثانى أى الصحة مع إذن المرتهن لا بالأدلة التى أقامها الشيخ الأعظم الأنصارى لأنّه قد عرفت عدم تماميتها بل لما مرّ منّا من أنّ تخصيص

١- ١ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٥/(٣٠-٢٨).

الوارد فى بيع العين المرهونة عقلىٌّ ولا شرعىّ وما ورد فى الشريعة المقدسة من المرسلة النبوية إرشاد إلى ذاک الحكم العقلى.

والتخصيص العقلى من أوّل الأمر ليس بمطلق بل منوط بعدم جواز التصرفات الخارجية والناقلة فى العين المرهونة من دون إذن ورضاية الطرف الآخر ولكن إذا تصرّف كل منهما _ الراهن والمرتهن _

مع إذن أو رضاية الآخر فتصرفاته نافذة وبيع العين المرهونة داخل فى هذا الكلى فإذا باعها الراهن مع إذن المرتهن كان صحيحا واللّه سبحانه هو العالم.

ثمّ إن هاهنا فروع لابدّ أن نبحث حولها:

١_ الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة؟

آراء الفقهاء فى باب الإجازة فى مسألتنا متضاربة تظهر لک بعضها فى ما يأتى:

قول الشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم(١) إلى أنّ حكم الإجازة «فى المقام بحسب القواعد يجب أن تكون ناقلة كحكمها فى باب الفضولى، لكن فبالرغم من أنّ القاعدة تقتضى النقل من حين الإجازة فى باب الفضولى، إلاّ أنّ النصّ الوارد فى هذا الباب _ فى قضيّة قيام الولد ببيع جارية أبيه وولدها، حيث قال عليه السلام : أنّه لو أجاز جاز _(٢) يقتضى مخالفة القاعدة والالتزام بالكشف الحكمى بالأولويّة، بمعنى ترتّب أحكام الملكيّة من حين وقوع البيع تعبّدا وحكما.

بيان الأولويّة: أنّ الإجازة تؤثّر فى بيع الفضولى من جهتين:

١_ إنّ الإجازة تحقّق الاستناد للبيع الفضولى الذى صدر دون استناد إلى المالک.

٢_ إنّ الإجازة تحقّق شرط النقل الذى هو إجازة المالک.

فشأن الإجازة فى هذه المعاملة كونها جزء الموضوع الذى لولاه لم يتحقّق

١- ١ . المكاسب ٤/١٦٠.

٢- ٢ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء. صحيحة محمّد بن قيس.

موضوع الصحّة؛ لأنّ الموضوع فى قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»بيع المالک، ولزوم الوفاء بالعقد الصادر ممّن له أهليّة انتساب العقد والعهد إليه، والإجازة تحقّق الاستناد للعقد الصادر من الفضولى، ويوجب تماميّة الموضوع، ممّا يوجب انطباق عنوان الرضا المذكور فى قوله تعالى: «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ»(١) وقوله عليه السلام : «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ بطيبة نفسه» على العقد.

وبالتالى: فإنّ الإجازة يتحقّق أوّلاً الانتساب، وثانيا الرِّضا.

وهكذا تعدّ الإجازة فى البيع الفضولى متمّما للموضوع وجزءا للسبب ومحقّقا لشرط صحّة العقد.

أمّا بيع الراهن فهو بيعٌ صادر من المالک، وعليه فلا مشكلة فيه من جهة الاستناد، إنّما المشكلة من جهة تعلّق حقّ المرتهن حيث يعدّ مانعا، والإجازة ترفع المانع.

وعليه، فإذا دلّ النصّ الوارد فى باب الفضولى _ الذى فيه مانعان: عدم الانتساب وعدم الرضا _ على صحّته وكاشفيّته، دلّ على صحّة بيع الراهن وكاشفيّته بالأولويّة، لما فى الأخيرة من وجود مانعٍ واحد وهو حقّ المرتهن دون الانتساب الثابت تحقّقه»(٢).

اعتراض المحقّق الإيروانى على الشيخ الأعظم

قال فى تعليقه على قول الشيخ الأعظم: «لأنّ إجازة المالک أشبه بجزء المقتضى، وهى هنا من قبيل رفع المانع»(٣). بما نصه: «هذا غير فارق [١] فإنّ المعلول يتوقّف على تحقّق تمام أجزاء علّته من السبب والشرط وعدم المانع، فلا فرق فى عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضى غير حاصل وبين أنْ يكون المانع موجودا، [٢] مع أنّ تطبيق اصطلاحات أهل المعقول على أجزاء العقد وتسميتها

بأسمائها ممّا لم يجر على أصل صحيح؛ فإنّ باب العقود ليس باب الأسباب الحقيقيّة والتأثير والتأثر»(٤).

ص: ٤٦٩

١- ١ . سورة النساء /٢٩.

٢- ٢ . العقد النضيد ١٤٨/٥ و ١٤٩.

٣- ٣ . المكاسب ١٦١/٤.

٤- ٤ . حاشية المكاسب ٥٣٠/٢.

جوابه

ولكن يمكن أن يجاب عنه بأن «موضوع الصحّة فى البيع الفضولى، هو العقد المستند الذى يتحقّق من خلال الإجازة، أمّا بيع الراهن فإنّ موضوع الصحّة فيه متحقّق منذ البداية، لصدوره ممّن له أهليّة ذلك، وإنّما المانع عن نفوذه هو حقّ المرتهن ليس إلاّ، وتأكيد الشيخ [الأعظم] رحمه الله على أنّ هناك فرقٌ عرفا بين الإجازة المتحقّقة للموضوع والتى ترفع المانع.

فدعوى المحقّق الإيروانى فى مناقشته الأُولى من أنّه «لا فرق فى عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضى غير حاصل، وبين أن يكون المانع موجودا».

ممنوعة ومدفوعة.

كما إنّ مناقشته الثانية أيضا مدفوعة، لأنّ مصطلح المقتضى المستعمل فى كلام الشيخ [الأعظم] لم يكن يقصد به إلاّ موضوع الحكم الشرعى دون المصطلح الفلسفى المعهود، كما أنّ مراده من المانع هو قيد الموضوع أيضا، وقد استعمل الفقهاء هذين المصطلحين للتعبير عن الموضوع وقيوده

والشروط [التى لابدّ أن يترک]، لا ما يترشّح منه الوجود، أو ما يوجب متمّم فاعليّة الفاعل أو مكمّل قابليّة القابل بحسب ما هو مصطلح عند الفلاسفة»(۱).

اعتراض المؤسس الحائرى على الشيخ الأعظم

قال قدس سره : «وممّا ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره شيخنا المرتضى _ قدّس سرّه الشريف _ من أنّ القول بالكشف فى الفضولى يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالک أشبه بجزء المقتضى، وهى هنا من قبيل رفع المانع، انتهى المقصود من كلامه.

لأنّ الفحوى المذكورة ممنوعة غاية المنع بناءً على ما هو قضيّة القواعد من النقل كما هو مختاره قدس سره أيضا، فإذا ورد التعبّد بالكشف الحكمى فى ما هو من قبيل جزء المقتضى لا يمكن التعدّى منه إلى ما هو من قبيل رفع المانع، وهل هو إلاّ القياس الممنوع؟

ص: ٤٧٠

۱- ۱ . العقد النضيد ۱۵۰/۵.

نعم ما ذكره لا بأس بجعله مؤيّدا بناءً على جعل قضيّة القواعد هو الكشف»(۱).

القول المختار هو كاشفية الإجازة

كاشفية الإجازة فى بيع الفضولى «بمقتضى القاعدة وذلک لجهة عقلائيّة، وهى أنّ المُنشئ حينما يقوم بتمليک العين لا يعقل إهماله للزمان، بل لابدّ أن يلاحظ الفترة الزمنيّة التى تدخل العين فى مِلک المشترى، والشاهد على ذلک أنّه إذا سُئل الفضول عن ذلک، أجاب بانتقال الملكيّة حين التلفّظ ب_ (بعتُ) أو من حين دفعها إليه. فالتفات البائع دليلٌ على تحقّق الملكيّة أو قصده بتحقّقها من حين البيع، وعليه فالإجازة المتأخّرة لابدّ وأن تتعلّق بمثل هذا العقد ومن حين وقوعه، فمقتضى

الإجازة ثبوتا كونها إنفاذا للملكيّة من حين الإنشاء، كما أنّ مقام الإثبات _ مقتضى ظهور الصحيحة الدالّة على أنّه متى أجاز مالک الوليدة صحّ البيع _ أيضا دالّ على تعلّق الإجازة بالعقد من حين وقوعه، وإلاّ لو اعتبرنا الملكيّة متحقّقة من زمان متأخّر عن الإجازة لاستلزم تخلّف الممضى شرعا عمّا أنشأه البايع، بأن تكون الملكيّة المقصودة بالعقد متحقّقة من زمان العقد وقبل الإجازة، بخلاف الملكيّة الشرعيّة حيث تكون متحقّقة من حين تعلّق الإجازة، ممّا يستلزم أن يكون الواقع غير ممضى، والمُمضى غير واقع، أى ما تعلّقت به الإجازة والعقد لم يكن نافذا شرعا، وما هو نافذٌ شرعا لم يتعلّق به العقد والإجازة، وهو ممنوع لمخالفته مع ظهور أدلّة صحّة الإجازة الدالّة على إمضاء ما تعلّقت به الإجازة، وهى الملكيّة من زمان العقد لا زمان الإجازة.

نعم يثير القول بكاشفيّة الإجازة عدّة مشاكل أجبنا عن بعضها آنفا.

منها: استلزام ثبوت ملكيّة مالكين على مال واحد. وقد أجبنا عنه بإمكان الانقلاب فى الاعتباريّات ثبوتا وإثباتا.

منها: كيفيّة تصوير انقلاب الملكيّة فى الفترة الواقعة بين العقد والإجازة من المالک إلى المشترى.

١- ١ . كتاب البيع ٢١١/٢.

والجواب: إنّ الشارِعَ يعتبر العين مِلْكا للمالک فى الْمُدَّةِ المذكورة، لكن بمجرّد صدور الإجازة منه يعتبر الشارع العين ملكا للمشترى، وهكذا يتعدّد اعتبار الشارع بمقتضى الإجازة، ولا مانع لتعدّده، حيث لا يستلزم الانقلاب فى الواقعيّات ليكون ممنوعا، بل الانقلاب حاصلٌ فيما يعدّ من الأُمور الاعتباريّة، ولا مانع من وقوعه فيها.

أمّا إجازة المرتهن: فهى على نقيض من إجازة المالک فى العقد الفضولى، حيث لا تأثير لها فى تحقّق الاستناد، ولا تدلّ على رضا المالک بالبيع، لتحقّق كليهما قبل لحوقها إذا البيع صادر من نفس المالک وهو الراهن، وبالتالى فلا تأثير لمثل هذه الإجازة فى الأمرين المذكورين، إنّما تؤثّر حصرا فى إسقاط الحقّ الثابت لذى الحقّ.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا أنّه لا مجال لقياس المقام بالعقد الفضولى، ولا ملازمة بين ثبوت كاشفيّة الإجازة فى الأخيرة وثبوتها فى الأوّل، لأنّ الملازمة تتمّ فى ما إذا كانا من باب واحد، أمّا بعد ما ثبت تعدّد ملاكهما، فلا مجال لإثبات الكاشفيّة لإجازة المرتهن بمقتضى ثبوتها فى إجازة الفضولى، بل يتوقّف إثباتها فيه على دليلٍ مثبتٍ لذلک فى المقام، دون الأدلّة الدالّة على كاشفيّة الإجازة فى العقد الفضولى»(۱).

۲_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقّه أو أنّها إسقاط لحقّه:

مقالة المحقّق النائينى ونقده

قال النائينى قدس سره : «وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج إلى مقدمة وهى أنّ الشرائط على أقسام:

فمنها: ما يكون شرطا للعقد والعقد فى عقديته يتوقف عليه بحيث لولاه لم يكن العقد عقدا وذلک كالماضوية بناء على اعتبارها ومايشبه بها، وبعبارة أوضح يكون شرطا لتحقّق العقد.

ومنها: ما يكون شرطا فى نفوذ العقد بعد تمامية عقديته ويكون شرطا لروحه وحياته.

ص: ٤٧٢

۱- ۱ . العقد النضيد ۱۵٦/۵ و ۱۵۷.

ومنها: ما يكون شرطا لترتب الأثر على العقد مثل القبض فى الصرف والسلم، حيث أنّه لا يكون شرطا لعقدية العقد ولا لنفوذه. بل هو جزء ينضم إلى العقد التام بأجزائه وشرائطه فيترتب عليهما الأثر.

ولا إشكال فى أنّ الإجازة ليست من قبيل القسم الأوّل، ضرورة اعتبار مقارنة ما كان من قبيل القسم الأوّل مع العقد فلا يصح تأخره عنه، ولا من قبيل القسم الأخير وإلاّ لم تكن مجرى للدوران بين الكشف والنقل ولذا لم يذهب احتمال الكشف فى مثل القبض فى باب السلم والصرف إلى وهمٍ، بل هى من قبيل القسم الثانى، إذا عرفت هذا فنقول هنا أمور ينبغى البحث عنها.

الأوّل: إنّ إجازة المرتهن هل هى شرط لنفوذ عقد الراهن وتنفيذ له ويترتب عليه سقوط حقّه أو أنّها إسقاط لحقّه وجهان:

ربما يقال بأنها إسقاط للحقّ لا تنفيذ للعقد، وذلک لأنّ تنفيذ العقد لابدّ وأن يكون ممّن له السلطنة عليه بحيث له ان يفعل لكى يصح منه أن يجيز وهو منحصر بما إذا باع الفضولى مال المالک إذ المالک له البيع فله الإجازة، وأما المرتهن فليس له بيع مال الراهن فليس له إجازة بيع الراهن أيضا، وإذا لم تكن له الإجازة فليس له الرد أيضا: بل لو ردّ لا يؤثر رده فى إسقاط البيع عن التأثير بعد سقوط حقّه، بل العقد يؤثر فى النقل بعد ذلک الرد وسقوط حقّ المرتهن بفک الرهن مثلاً ولو كان الفک بعد رد المرتهن للبيع.

والسرفى ذلک كله ان خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الذى مدلوله حكم وضعى لا تكليفى ومرجعه إلى الأخبار بلزوم العقد لا يشمل غير المالک فالمرتهن لايخاطب بالوفاء بعقد الراهن وإذا أجاز لا يصير عقد الراهن عقده لكى يشمله الخطاب فمرجع إجازته حينئذ إلى إسقاط حقّه.

لكن التحقيق هو الأوّل أعنى كون إجازة المرتهن تنفيذا لعقد الراهن وان ترتب عليها سقوط حقّه وأنّه مشمول لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وذلک لأنّ ملک الرهن وإن كان للراهن لكن للمرتهن حقّ على العين

المرهونه بما هى ملک الراهن فإن شئت فقل بأنّ ملكية الراهن مركب لحقّ المرتهن وحقّه راكب على ملكيته وإن شئت فقل بأن حصة من

ص: ٤٧٣

الملكية وهى المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن وحصة منها للراهن ولذا يعبر عن ملک الراهن بأنه لا يكون طلقا ومنشأ نفى الطلقية عنه هو قصوره عمّا هو عليه بثبوت حصة أو مرتبة منه أو ما شئت فعبر عنه للمرتهن فالمرتهن مخاطب بخطاب «أَوْفُوا» لكن بمقدار ماله من الملكية أعنى هذا القدر الذى عبرنا عنه بالمركبية لحقّه أو بالمرتبة أو بالحصة فله تنفيذ البيع كما أنّ له ردّه»(١).

ويمكن أن يناقش عليه: أوّلاً: دعواه: «أنّ خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الذى مدلولة حكم وضعى لا تكليفى»(٢) ممنوعة بما مرّ فى أوّل الكتاب(٣) من أنّ الآية الشريفة تدلّ على حكم تكليفى بوجوب وفاء كلّ عقد ومن ثمَّ استفاد منها صحة العقود لأنّ اللّه لايحكم بوجوب الوفاء بالنسبة إلى العقود الفاسدة ثمّ يظهر منها أنّ الأصل فى العقود اللزوم لدلالة وجوب الوفاء عليه.

والحقّ فى دلالة الآية ما اختاره الشيخ الأعظم من حمل مدلول الهيئة على وجوب الوفاء بالعقود الملازم للزومها.

وثانيا: قوله قدس سره : «حصة من الملكية وهى المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن...»(٤)، لم يتم عقلاً لأنّ:

أ: «الإضافة المتحقّقة بين المالک والعين المرهونة، إنّما هى إضافة شخصيّة، ولا مجال للتفكيک والتخصّص فيها لتنتقل جزءا منها إلى المرتهن.

ب: إنّ الملكيّة تعدّ من الأُمور الاعتباريّة التى لاتقبل التشكيک ليصل مرتبة منها إلى المرتهن، هذا فضلاً عن أنّ عدم الطلقيّة لا يعنى تحصّص الإضافة وانقسامها.

ج: ولو تنزّلنا وسلّمنا جميع ما ذكر، فإنّ إضافة المالک إلى العين تكون على نحو الإضافة الملكيّة كما بحثنا عنه فى محلّه، أمّا إضافة المرتهن فهى على نحو الإضافة

ص: ٤٧٤

١- ١ . المكاسب والبيع ٢/(٤٦٠-٤٥٨).

٢- ٢ . المكاسب والبيع ٤٥٩/٢.

٣- ٣ . راجع الآراء الفقهية ١/(١٦-١٤).

٤- ٤ . المكاسب والبيع ٤٦٠/٢.

الحقّية، والحقّ قسيمٌ للملک لا حصّة منه.

وبالتالى، لا يعقل انتقال الحصّة أوّلاً، كما لايعقل انقلاب الملكيّة المضافة إلى إضافة الحقّ ثانيا»(١).

د: مضافا إلى ما مرّ(٢) منّا من عدم ثبوت حق للمرتهن على العين المرهونة بل الشارع حكم بصحة عقد الرهن ولزومه من طرف الراهن وجوازه من طرف المرتهن، فراجع ما حررناه هناک.

وثالثا: المخاطب بالآية ليس هو إلاّ العاقد بشروطه لأنّ من يكون العقد عقده فهو مأمور بوجوب الوفاء وأمّا المرتهن لم يصدر منه عقد ليتوجّه إليه خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا يتم ما ذكره قدس سره من قوله: «المرتهن مخاطب بخطاب «أَوْفُوا» لكن بمقدار ما له من الملكية...»(٣).

والحاصل: ليست للمرتهن الملكية على العين المرهونة، ولا حتّى حقّ عليها على ما اختارناه، نعم حكم الشارع بأنّ العقد من جانبه جائز فليس له إلاّ مجرد انحلال العقد فى بيع الراهن.

وأمّا بناءً على ثبوت حقّ المرتهن على العين المرهونة أيضا فليس له إلاّ إسقاط هذا الحقّ وبعد اسقاط حقّه يحكم بنفوذ عقد الراهن من حينه واللّه العالم.

٣_ حكم الإجازة بعد الردّ

هل تنفع الإجازة بعد الرد؟ قال الشيخ الأعظم(٤) وجهان: من أنّ المرتهن أجنبى عن العقد وليس من المتعاقدين فردّه لا يؤثر، ومن أنّ الايجاب المؤثر إنّما يتحقّق برضا المالک والمرتهن، فردّ المرتهن يبطل العقد «وهذا هو الأظهر من قواعدهم»(٥).

١- ١ . العقد النضيد ١٦٠/٥.

٢- ٢ . راجع هذا المجلد صفحة ٤٥٩ فى المناقشة على مقالة المحقّق الإيروانى رحمه الله .

٣- ٣ . المكاسب والبيع ٤٦٠/٢.

٤- ٤ . المكاسب ١٦١/٤.

٥- ٥ . المكاسب ١٦٢/٤.

أقول: بناءً على مبنى المشهور من ثبوت الحقّ للمرتهن على العين المرهونة، ردّ المرتهن لا يؤثر على العقد لأنّه قائم بطرفيه وهو البائع الراهن والمشترى والمرتهن أجنبى بالنسبة إلى العقد فلا يستطيع ردّه، نعم لو أجاز البيع حتّى بعد الردود المكررة تم العقد.

وبناءً على المختار من عدم ثبوت الحقّ للمرتهن فَإِنَّ عَدَمَ تأثيرَ رَدِّهِ واضِح.

ولكن نحن ذهبنا فى بيع الفضولى(١) أيضا من أن ردود المالک لا يوجب سقوط العقد وإذا أجاز بعد الرد يصح انتساب العقد إليه، فعدم تأثير ردود المرتهن هنا واضح بلا ريب واللّه العالم.

٤_ فک الرهن بعد البيع

يسقط حقّ الرهانة بالوجوه التالية:

أ: قيام الراهن بفک الرهن وأداء الدين.

ب: إسقاط المرتهن حقّه مطلقا أو بالمصالحة عليه.

ج: إبرأ الدائن ذمّة المديون.

د: تبرأ شخص ثالث بأداء الدين، ونحوها.

ثمّ هل هذه الأُمور بمنزلة الإجازة بعد البيع وتكون مصححة للعقد أو أنّها لا تقاس بالإجازة ولا تكون مصححة للعقد الراهن؟ قولان:

ذهب إلى الأوّل العلاّمة فى التذكرة(٢) وولده(٣) والشهيد فى الحواشى(٤) وهو الظاهر من المحقّق(٥) والشهيد(٦) الثانيين.

وذهب إلى الثانى العلاّمةُ نَفْسُهُ فى القواعد وقال: «فلو افتکَّ الرهن ففى لزوم العقود

١- ١ . راجع الآراء الفقهية ٥/(٥١٤-٥٠٥).

٢- ٢ . تذكرة الفقهاء ٤٢/١٠ واحتمل الصحة فى كتاب الرهن من التذكرة ٣٨٦/١٣.

٣- ٣ . إيضاح الفوائد ١٩/٢.

٤- ٤ . لم أجده فى الحاشية النجارية؛ ونقل عن حواشى الشهيد فى مفتاح الكرامة ٣٦٤/١٥.

٥- ٥ . جامع المقاصد ٧٥/٥.

٦- ٦ . المسالک ٤٨/٤، الروضة البهية ٨٤/٤.

نظر»(١). واستشكل عليه فى التحرير(٢) وقال الشهيد: «لو انفكّ لا ينفذ العتق لأنّه لا يقع معلَّقا»(٣).

الاستدلال على القول الثانى

استدلّ الشيخ الأعظم(٤) عليه بالوجوه الثلاثة:

الوجه الأوّل: «بيع الراهن _ حال حصوله _ لم يكن مشمولاً لدليل الإمضاء كوجوب الوفاء بالعقود، وحِلِّ البيع، لكونه تصرفا فى متعلق حقّ المرتهن، والمفروض عدم لحوق إجازتِه به حتّى تنفِّذه، ويصير سببا تامّا للنقل. فالمانع من التأثير مقترن بالبيع، والذى حصل بعده هو سقوط حقِّ الرهانة بسبب الفک أو بموجب آخر، ولكن لا دليل على كفاية السقوط... .

ونتيجة ذلک: أن بيع الراهن حين صدوره كان مقترنا بالمانع، وخارجا عن أدلة الإمضاء، وفى زمان إنتفاء المانع _ بسقوط حق الرهانة _ لا عقد حتّى يعمّه خطاب «أَوْفُوا»»(٥).

الوجه الثانى: «إستصحاب ما كان قبل فک الرهن من عدم لزوم العقد، لعدم تعقبه بالإجازة قبل الفک، ولا سلطنة للمرتهن بعد الفک حتّى تنفعه الإجازة، فيبطل.

فإن قلت: إن المقتضى لصحة بيع الراهن _ وهو صدوره من المالک _ موجود، والمانع من اللزوم هو حقّ المرتهن، فمع سقوطه يندرج العقد فى عموم الأمر بالوفاء، ويلزم.

قلت: لا مجال للرجوع إلى العموم فى المقام، لحكومة الاِستصحاب عليه.

وجه الحكومة: إنّ الاِستصحاب منقِّح للموضوع، ويحرز الخاص، كما إذا شک فى

١- ١ . القواعد ١١٣/٢.

٢- ٢ . تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٩/٢.

٣- ٣ . الدروس ٣٩٨/٣.

٤- ٤ . المكاسب ١٦٣/٤.

٥- ٥ . هدى الطالب ٥٢٨/٧.

فاسقية زيد بعد سبقها، فتستصحب، ويحرز بالإستصحاب موضوع الخاص، فلا يكون محكوما بحكم العام ک_ «أكرم العدول أو صلِّ خلفهم». فعدم جريان العموم فى مثل المقام إنّما هو لأجل إحراز عنوان الخاص، فلا شک فى التخصيص حتّى يتمسک بالعام.

وعليه، فلا وجه للإشكال على حكومة الإستصحاب على العام كما فى بعض الحواشى. نعم هذه الحكومة ظاهرية لا واقعية كما هو واضح»(١).

الوجه الثالث: «ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيّده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنكاح»(٢).

منها: صحيحة مُعاوِيَةَ بْنِ وَهْبٍ قال: جاء رجل إلى أبى عبداللّه عليه السلام فقال: انّى كنت مملوكا لقوم، وانّى تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالىّ ثمّ أعتقونى بعد ذلک، فأُجدّد نكاحى إيّاها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنک تزوّجت امرأة وأنت مملوک لهم؟ فقال: نعم، وسكتوا عنّى ولم يغيروا علىّ، قال: سكوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحک الأوّل.(٣)

ومنها: موثقة الحَسَنِ بْنِ زِيادٍ الطائِيِّ قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنّى كنت رجلاً مملوكا فتزوّجت بغير إذن مولاى، ثمّ أعتقنى اللّه بعد فأُجدّد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنّک تزوّجت؟ قلتُ: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئا، قال: ذلک إقرار منهم أنت على نكاحک.(٤)

جعل الشيخ الأعظم(٥) النصوص مؤيدا ثمّ دليلاً:

وجه التأييد: احتمال «دخل الإجازة بالخصوص فيما لم يكن اللزوم لعدم

ص: ٤٧٨

١- ١ . هدى الطالب ٥٣١/٧.

٢- ٢ . المكاسب ١٦٣/٤.

٣- ٣ . وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٤- ٤ . وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح٣.

٥- ٥ . المكاسب ١٦٣/٤.

المقتضى، وكون القصور لأجله، لا لأجل وجود المانع، فإنّ العبد لا مقتضى لنفوذ تصرفاته، لكونه مسلوب السلطنة ولا يقدر على شيء. بخلاف الراهن السلطان على التصرف فى ماله، غاية الأمر أنّ حق المرتهن صار مانعا عن نفوذ تصرفاته، فإذا إرتفع المانع أثّر المقتضى فى المقتضى.

وهذا الاَحتمال يوجب سقوط الإستدلال [بالنصوص] على نفوذ بيع الراهن بسقوط حق المرتهن، فتكون [النصوص] مؤيدة»(١).

و«وجه الدلالة: ظهور الرواية فى أن عقد النكاح لمّا لم يجب الوفاء به حال حدوثه _ لكونه تصرفا فى ملك السيّد بغير إذنه _ كان كذلك بقاءً، ولا يقتضى العتق دخولَ هذا العقد فى عموم وجوب الوفاء بالعقود. والظاهر عدمُ الفرق فى هذه الجهة بين نكاح العبد وبين بيع الراهن، فتكون هذه النصوص دليلاً على عدم تأثير فكّ الرهن فى ترتب الأثر على البيع السابق»(٢).

ثمّ ناقش هذه الوجوه:

المناقشة فى الوجه الأوّل: قال الشيخ الأعظم: «أنّ عدم تأثير بيع المالک فى زمان الرهن ليس إلاّ لمزاحمة حقّ المرتهن المتقدّم على حقّ المالک بتسليط المالک، فعدم الأثر ليس لقصورٍ فى المقتضى، وإنّما هو من جهة المانع، فإذا زال أثّر المقتضى»(٣).

توضيح كلامه: «أدلة الإمضاء مقتضيةً لتأثير بيع الراهن فى النقل، وعدم فعلية التأثير إنّما هو لوجود المزاحم وهو حقّ المرتهن المفروض سبقُه على البيع، ولكن لا ريب فى أن مزاحمة المانع ما دامية لا مطلقة، فمع سقوط حقِّه بقى وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فيؤثِّر»(٤).

المناقشة فى الوجه الثانى: قال الشيخ الأعظم: «لا مجال لاستصحاب عدم

١- ١ . هدى الطالب ٥٣٣/٧.

٢- ٢ . هدى الطالب ٥٣٣/٧.

٣- ٣ . المكاسب ١٦٤/٤.

٤- ٤ . هدى الطالب ٥٣٤/٧.

تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعامّ، لا من مقام استصحاب حكم الخاصّ، فافهم»(١).

توضيح مقاله: «أنّ الاستصحاب يجرى فيما لو احتملنا بقاء مناط المتيقّن السابق، لكن مع القطع بزواله، لا يبقى موضوع للاستصحاب حينئذٍ، بل يعدّ جريانه نقضا لليقين باليقين لا بالشكّ، والمناط سابقا كان مزاحمة حقّ المرتهن، وبعد سقوط الحقّ من خلال المسقطات المذكورة، فإنّ المناط قطعىّ الزوال، ولا يعقل استصحاب حكمٍ لا مناط فيه.

وبعبارة أُخرى: يمكن دعوى تبدّل الموضوع فى المقام، لأنّ الموضوع قبل السقوط المال المتعلّق به حقّ الرهانة، وهذا المال الذى لم يكن متعلّقا لحقّ الرهانة، وبالتالى فلا مجال لاستصحاب الحكم السابق.

وأمره بالتفهم أخيرا لعلّه يقصد به الإشارة إلى أنّ مجرّد سقوط استصحاب عدم الصحّة، غير كافٍ لإثبات الصحّة، بل يتوقّف على قيام دليل عليها، فالبرغم من زوال مناط المنع _ كما هو الحقّ _ وعدم جريان استصحاب عدم الصحّة، إلاّ أنّ العقد المتحقّق بحاجة إلى ما يدلّ على صحّته، حيث لا عموم أزمانى فى آية الحِلّ بحسب المدّعى، وبالتالى لا يبقى دليلٌ على صحّة عقد الراهن»(٢).

ولكن المحقّق الإصفهانى رحمه الله حمل أمر الشّيخِ الأعظم بالتأمل على «أنّ العلم ب_ [انتفاء] مناط المستصحب يمنع عن الاستصحاب ويوجب لحوق هذا الفرد بالأفراد الداخلة فى العام حكما، لا أنّه يوجب ظهور العام فى العموم الأزمانى حتّى يكون من باب العمل بالعام، ولعلّه أشار إليه بقوله فافهم»(٣).

مراد الإصفهانى: أنّ فقد مناط الاستصحاب يقتضى تحقّق حكم العام، لا ظهور العام بالنسبة إلى الفرد، إذ فرقٌ بين جريان حكم العام فى المورد، مع جريان عموم العام فى المورد المذكور، فإنّ العلم بعدم تحقّق مناط الاستصحاب _ وهو حقّ المرتهن الزائل

١- ١ . المكاسب ١٦٤/٤.

٢- ٢ . العقد النضيد ١٦٨/٥.

٣- ٣ . حاشية المكاسب ٢٦٩/٣.

بعد السقوط بالوجوه الخمسة _ المستلزم لعدم جريانه، يقتضى جريان حكم صحّة العقد دون ظهور العموم فى المورد.

وبالتالى، فإنّ قوله: «فافهم» ناظرٌ إلى بطلان مرجعيّة العموم بعد سقوط الاستصحاب»(١).

ويمكن حمل الأمر بالتفهم على مقالة المحقّق الإيروانى حيث يقول: «إذا خرج بدليل الرهن الّذى هو مخصّص لفظىّ زمان الرهن لم يكن مجال للعود على العام، نعم إذا علم مناط الحكم فى العامّ، وأنّ المانع منحصر فى حقّ المرتهن لم يكن إشكال فى كون الحكم مطابقا لحكم العامّ، ولكن لا بدليل العامّ.

أمّا إذا احتمل أنّ العقد إذا خرج، خرج أبدا بمعنى أنّ خروجه عن تحت الحكم بوجوب الوفاء مانع آخر وهذا المانع بالفرض باقٍ لم يكن مجال للحكم بوجوب الوفاء، وكان المرجع استصحاب عدم اللزوم»(٢).

المناقشة فى الوجه الثالث: قال الشيخ الأعظم: «وأمّا قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ المانع عن سببيّة نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمة حقّ السيّد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاة بين كونه عبدا وكونه زوجا»(٣).

توضيح كلامه: «إنّ القياس مع الفارق، حيث إنّ عقد العبد ليس فيه مقتضى الصحة. فعدم نفوذ عقده لأجل عدم المقتضى، لا لأجل المزاحمة مع حق السيّد ليكون من قبيل المانع، كحقّ الرهن الذى هو مانع عن نفوذ عقد الراهن»(٤).

والحاصل: بعد ورود مناقشات الشيخ الأعظم على الأدلة التى اقيمت للقول الثانى، ظهر عدم تماميتها وثبوت القول الأوّل فى المقام وهو أنّ مسقطات الرهن بعد البيع

١- ١ . العقد النضيد ١٦٩/٥.

٢- ٢ . حاشية المكاسب ٥٣١/٢.

٣- ٣ . المكاسب ١٦٤/٤.

٤- ٤ . هدى الطالب ٥٣٧/٧.

تكون بمنزلة إجازة الراهن بالنسبة إلى البيع، واللّه العالم.

٥_ مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلة؟

ذهب الشيخ الأعظم(١) إلى أنّ «مقتضى كون عدم تأثير بيع المالك لأجل مزاحمة حقّ المرتهن _ وإناطة تأثيره بسقوط حقه _ هو ناقلية سقوط حق الرهانة لا كاشفيته، لأن المزاحم وهو حق المرتهن مانع عن تأثير، فما دام موجودا يمتنع تأثير المقتضى، فلا محالة يكون ترتب الأثر من حين سقوط الحق لا من زمان وقوع العقد.

وغرضه قدس سره من هذا الكلام التنبيه على إشكال كون فك الرّهن ناقلاً، وهو منافاته لم اذهب إليه القائلون بلزوم العقد بالفك من جعله كاشفا عن صحة عقد الراهن. فحالُ الفكِّ عندهم حال الإجازة فى البيع الفضولى، مع أنّ مقتضى الصناعة الإلتزام بالنقل، لئلاّ يلزم تعلق حقّ الرهانة بمالٍ إنتقل إلى المشترى، كما تقدم... .

وقرّب كون الفك ناقلاً، ونظّره بالإجازة الكاشفة فى مسألة «من باع ثمّ ملك» ثمّ قال بتعين القول بالكشف للإجماع»(٢).

لأنّ الفقهاء على القولين الْماضِيَيْنِ:

١_ صحة بيع الراهن واستكشافه بالفك كما يظهر من العلاّمة فى رهن القواعد فى قوله: «فإنْ انفك ظهر صحة العفو وإلاّ فلا»(٣).

مراده: «أنّه لو جُنى على عبدٍ مرهون، فعفا المولى _ وهو الراهن _ عن الجناية فى الخطاء، أو عفا عن الجناية وعن المال _ فى العمد _ الذى هو بدل عنها وعن الإتلاف، فهل يصح عفوه، أى إسقاط حقِّه، أم لا يَصِحُّ رعايةً لحقّ المرتهن، مع أن العفو مسقط لحقِّه؟ ذهب العلاّمةُ فى القواعد إلى وجوب أخذ بدل الجناية، ثمّ العفو، فإن إفتكّ الرهن بعد ذلک كشف عن صحة العفو، وإن إستمرّ الرهن _ لبقاء الدّين فى ذمة الرهن _ لم يصحّ العفو»(٤).

ص: ٤٨٢

١- ١ . المكاسب ١٦٤/٤.

٢- ٢ . هدى الطالب ٥٣٨/٧.

٣- ٣ . القواعد ١٢٦/٢.

٤- ٤ . هدى الطالب ٥٢١/٧.

٢_ بطلان عقد الراهن وعدم تصحيحه بالفک كما مرّ(١) آنفا من الشهيد(٢) وتنظر العلاّمة(٣) فى صحة العقد واستشكاله(٤) عليه.

وأمّا القول بصحة عقد الراهن وكون الفک ناقلاً فممّا لا قائل به.

المناقشه فى كلام الشيخ الأعظم

يمكن أن يناقش عليه: أوّلاً: ليس هناک فرق بين إجازة المرتهن فى بيع الراهن وفک الرهن، بناءً على أنّ إجازة المرتهن ليست شيئا غير إبطال الرهن.

وثانيا: ليس بين إجازة المرتهن وفک الرهن فرق ماهوى لأنّهما من قبيل رفع المانع فلا فرق بينهما من حيث الناقلية والكاشفية.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ مسقطات حقّ الرهانة كاشفة لصحة بيع الراهن كما أنّ إجازة المرتهن كذلك ولا فرق ماهوى بينهما من هذه الحيثية.

والعجب من صاحب العقد النضيد(٥) حيث ذهب إلى كاشفية إجازة المرتهن وناقلية مسقطات الرهن مع أنّهما من قبيل رفع المانع وعدم الفرق الماهوى بينهما واللّه العالم.

٦_ هل يجب على الراهن فک الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟

ذكر الشيخ الأعظم فيه الوجهين:

الأوّل: «وجوب فكّه من مال آخر...»(٦).

توضيحه: يجب على الراهن البائع وجوب فک العين المرهونة من مال آخر لتوقف وجوب الوفاء ببيعه على هذا الفک، فوجوب الْفَكِّ يكون مقدميّا.

١- ١ . فی صفحة ٤٧٦ من هذا المجلد.

٢- ٢ . الدروس ٣٩٨/٣.

٣- ٣ . القواعد ١١٣/٢.

٤- ٤ . التحرير ٤٨٩/٢.

٥- ٥ . راجع العقد النضيد ١٧٣/٥.

٦- ٦ . المكاسب ١٦٦/٤.

الثانی: «إنّما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأمّا دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب»(١).

مراده: وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى رفع سلطنة الغير بل مقتضاه عدم نقض البيع لو كان الْمَبِيْعُ خاليا عن حقّ الغير. واستشهد الشيخ الأعظم بفرع وهو: «لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ مالِكِه ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك»(٢).

وجه الاِستشهاد: «انّ الفضول لو باع مال الغير بقصد وقوعه لنفسه، ففيه إحتمالان:

أحدهما: كون هذا البيع كسائر العقود الفضولية من أن مَن بيده أمرُ العقد إن إجاز، وَقعَ العقدُ له، ووجب عليه الوفاءُ به، ولا شأن للفضولى أصلاً. وإن ردّه كان إنشاء الفضولى عقدا صوريا، لا عبرة به.

وثانيهما: كون هذا البيع لازما على الفضولى، ويجب الوفاء به، ولكن لا يجب عليه شراء المال من مالكه مقدمةً لإيجاد الشرط _ وهو الملك _ وتسليم المبيع للمشترى، بل إن إتفق دخوله فى ملك الفضولى وجب الوفاء بعقده، وإن لم يتفق ذلك لم يجب.

وما أفاده المصنف قدس سره _ من جعل هذا الفرع شاهدا للمقام _ مبنى على الإحتمال الثانى، فيقال: كما لا يجب على الأجنبى إيجاد شرط الوفاء بالعقد، فكذا لا يجب على الراهن إعدام المانع عن نفوذ بيعه، بتخليص المبيع من حقِّ الرهانة، هذا»(٣).

والظاهر من الشيخ الأعظم أنّه اختار الوَجْهَ الثانِىَ؛ لأنّهُ قالَ: «إنّما يلزم الوفاء بالبيع...»(٤) الخ.

ولكنّ المُحَقِّقَ الإصفهانِىَّ اخْتارَ الوَجْهَ الأَوّلَ وقالَ: «وجه الوجوب أنّ فك الرهن بأداء الدين واجب من دون تعينه بالذات ببيع العين المرهونة، بل هو مخيّر بين بيعها وأداء

١- ١ . المكاسب ١٦٦/٤.

٢- ٢ . المكاسب ١٦٦/٤.

٣- ٣ . هدى الطالب ٥٤٤/٧.

٤- ٤ . المكاسب ١٦٦/٤.

الدين الموجب للفك؛ وبين أداء الدين بمال آخر، فإذا امتنع الأوّل بسبب لزوم العقد من قبله تعين الفرد الآخر»(١).

توضيح كلامه: «أنّ الراهن مديونٌ وجب عليه أداء دينه تخييرا، فهو مخيّرٌ وجوبا بأداء دينه إمّا من العين المرهونة، وإمّا من غيرها:

أمّا الأوّل: فمتعذّرٌ شرعا بمقتضى دليل وجوب الوفاء، حيث باع العين، فلا يحقّ له شرعا التصرف فيها، وقد ثبت فى محلّه أنّه إذا تعذّر عِدْل الواجب التخييرى عقلاً أو شرعا، تعيّن العدل الآخر. [وهو الثانى] فيجب على الراهن أن يفكّ العين المرهونة بمالٍ آخر لكى يستطيع تسليمها إلى المشترى»(٢).

ولكن يرد عليه: «أنّ توجيه المحقّق الإصفهانى مبنىٌّ على أنّ العين المرهونة لا تتحرّر إلاّ بعد قيام الراهن بفكّ رهنه من خلال الوفاء بالدَّين، ولولاه لكان من حقّ المرتهن أن يستوفى حقّه من نفس العين ولو ببيعها، لكن لا يتمّ البيع إلاّ بعد إذن الراهن وإجازته، وصدور مثل هذه الإجازة منه ممنوعٌ، لمنافاتها مع عقده عليها مع المشترى، فمقتضى البيع الصادر من الراهن أنّه لا يحقّ له أن يأذن ببيعها حتّى للمرتهن.

ومن جهة أُخرى: يدلّ دليل وجوب الوفاء على ضرورة أن يوفّى دينه من مال سواها، فتوجيه المحقّق الإصفهانى يتمّ، فيما لو اعتبرنا الراهن مخيّرا بالأداء تخييرا وجوبيّا، بين أن يؤدّى من نفس العين المرهونة، أو من مالِ آخر متعلّق به، أمّا لو ثبت أنّ الأدلّة لا تفيد سوى أنّه متى امتنع الراهن عن فكّ الرهن بأداء الدَّين، فإنّ المرتهن حُرٌّ فى بيع [العين] المرهونة، واستيفاء الثمن منها، دون الرجوع إليه والاستئذان منه.

وبذلک یبطل التوجیه المذکور، ویثبت صحّة اختیار الشیخ [الأعظم] من أنّه لا دلیل علی ضرورة وجوب فکّ الرهن بمال آخر عدا المرهونة.

ولو وصل الدور إلی الشکّ فی حدود دلیل وجوب الوفاء وسعته، وأنّ علی الْبائِعِ

ص: ٤٨٥

١- ١ . حاشیة المکاسب ٣/٢٧٠.

٢- ٢ . العقد النضید ٥/١٧٥.

الراهن أن لا ینقض عقده، ممّا یستلزم وجوب فکّ رهنه بمال آخر، فإنّ الشبهة تکون حینئذٍ مفهومیّة ومردّدة بین الأقلّ ـ وهو أنّ علیه فقط أن لا ینقض عهده ـ وبین الأکثر الشامل لعدم وجوب النقض، وللزوم فکّ الرهن بمالٍ آخر، والقاعدة هی البراءة ولزوم الاقتصار علی الأقل»(١).

أقول: الظاهر عدم وجود الدلیل علی وجوب فک الرهن علی الراهن البائع واللّه العالم.

٧ـ لو امتنع الراهن من فک الرهن هل یباع علیه أم لا؟

لو امتنع الراهن البائع من فک الرهن وله مال آخر، سواء ذهبنا إلی وجوب فک الرهن علیه أو عدم وجوبه ففیه وجهان:

أ: أمّا بناء علی وجوب فک الرهن علی الراهن البائع:

١ـ فیجوز للمرتهن بیع العین المرهونة لِاستیفاء الدَّیْنِ ولازم ذلک إبطال العقد الصادر من الراهن.

والوجه فى ذلک: إذا امتنع الراهن من أداء دَيْنِهِ وفک الرهن يجوز للمرتهن بيع العين المرهونة _ وامتناع الراهن هنا أعمٌّ من الاختيارى والقهرى(٢) الناشىء من بيع الراهن العين المرهونة _ لتعلق حقّه _ أى حقّ المرتهن _ سابقا على بيع الراهن، ولا يُلزم الراهن بفک الرهن من مال آخر حينئذ.

وبعد بيع المرتهن الْعَيْنَ المَرْهُوْنَة يَتَرَتَّبُ عليه بُطلانُ عَقْدِ الراهِنِ من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

٢_ وأمّا إجبارُ الرَّاهنِ على فَكِّ الرهن بمالٍ آخَرَ فلأنّ الواجب على الراهن البائع أن يفكّ العين المرهونة ويُسَلِّمها إلى المشترى وحيث إنّه يمتنع عن الفک جاز للحاكم أن يجبره عليه، لكونه وليّا على الممتنع.

١- ١ . العقد النضيد ١٧٦/٥.

٢- ٢ . كما عليه المحقّق الإصفهانى رحمه الله فى حاشيته على المكاسب ٢٧١/٣.

ب: وأمّا بناءً على عدم وجوب فک الرهن على الراهن البائع كما اخْتَرْناهُ:

١_ فيجوز للمرتهن أيضا بيع العين المرهونة استيفاءً للدين، بلا فرق بين هذا القسم وبين وجوب فک الرهن.

٢_ وأمّا إجبار الراهن على فک الراهن من مال آخر فللجمع «بين حقى المشترى والمرتهن اللازمين على الراهن البائع»(١) يُجْبَرُ على فَكِّ الرهن كما اسْتفادَ الفاضِلُ المامقانىُّ(٢) قدس سره دليل الاجبار فى هذا القسم من كلام الشيخ الأعظم رحمه الله الماضى.

أقول: يمكن أن يناقش على هذا القسم الأخير:

أوّلاً: بعد البناء على عدم وجوب فک الرهن على الراهن البائع کیف یُجبر الراهن علیه؟! وهل یُجبر أحد على ما لم یجب علیه فلا تتم استفادة الفاضل المامقانی قدس سره من کلام الشیخ الأعظم.

وثانیا: إنّ ثبوت الحقّ للمشتری أوّل الکلام لأنّه اشتری شیئا علیه حقّ الغیر _ وهو المرتهن _ فیکون البیع بالنسبة إلیه کالمشتری من الفضول فی بیع الفضولی لا حقّ له أصلاً حتّی یجمع بین الحقین: حق المرتهن وحق المشتری فلا یتم مقالة الشیخ الأعظم: «جمعا بین حقی المشتری والمرتهن»(۳).

فهذا القِسْمُ الأخیرُ یَبْقی بِلا دَلیلٍ کما صَرَّحَ بهما الفقیهُ الشریعتمداری(٤) رحمه الله وبالأوّل منهما المحقّق المروج(٥) رحمه الله .

وهذا آخر الکلام حول بیع العین المرهونة وبه تم البحث حول الشرط الثالث من شرائط العوَضَیْنِ _ وهو اشتراط طلقیة المَبِیْعِ _ وبه تمّ الجُزءُ الثامِنُ من الآراء الفقهیة _ قسم البیع (٥) _ علی ید مؤلِّفه العبد الجانی هادی النجفی فی یوم الإثنین التاسع عشر

١- ١ . المکاسب ١٦٦/٤.

٢- ٢ . غایة الآمال ١٩٨/٧.

٣- ٣ . المکاسب ١٦٦/٤.

٤- ٤ . تحقیق وتقریرات فی باب البیع والخیارات ٥٢/٥.

٥- ٥ . راجع هدی الطالب ٥٤٨/٧.

من شهر ذی القعدة الحرام سنة ١٤٣٧ فی مدینة إصفهان صانها اللّه تعالی عن الحدثان وسائر بلاد أهل الإیمان.

والحمدللّه أوّلاً وآخرا وظاهرا وباطنا، وصلى اللّه على محمّد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله الأئمة الطاهرين المعصومين.(١)

ص: ٤٨٨

١- ١ . اشتغلتُ بتصحيح هذه الأُوراق فى أيام عيد النيروز عام ١٣٩٦ بمدينة إصفهان وقد فرغتُ عنها فى زوال يوم الجمعة ١١ فروردين ١٣٩٦ المطابق للثانى من شهر رجب المرجب سنة ١٤٣٨ يوم ولادة سيّدى ومولاى الإمام على بن محمّدالهادى عليه السلام على قول، والحمد للّه أوّلاً وآخرا.

الفهرس

تقريظ المرجع الدينى آية اللّه العظمى السيّد عزالدين الحسينى الزنجانى قدس سره ... ٣

ترجمة التقريظ بالعربيّة ... ٦

تاريخُ إنهاء المُجَلَّدِ الثامِن من الكتاب من نظم السيّد عبدالسّتار الحسنى البغدادى ... ٧

فصلٌ شرائط العوضين /٩

١_ الماليّة ... ١١

٢_ الملكيّة ... ١٩

دليل اعتبار الملكية ونقده ... ٢١

أقسام الأرضين وأحكامها /٢٤

١_ الأرض الموات بالأصالة ... ٢٥

الطائفة الأُولى: النصوص الدالة على أنّها من الأنفال ... ٢٦

الطائفة الثانية: النصوص الدالة على أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام ... ٢٧

الطائفة الثالثة: النبويان العاميان ... ٢٨

مناقشة المحقّق الإصفهانى فى دلالة الروايات ... ٢٩

الجواب عن مناقشة المحقّق الإصفهانى ... ٣١

تنبيهات ... ٣٧

الأوّل: ما المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام ... ٣٧

التنبيه الثانى: بماذا يتحقّق احياء الأرض الميتة؟ ... ٣٨

الثالث: الإحياء سببٌ لملكية الأرض للمحيى ... ٤٦

٢_ الأرض العامرة بالأصالة ... ٤٧

اعتراض النائينى على الشيخ الأعظم ونقده ... ٤٨

مناقشة المحقّق الإصفهانى للشّيخ الأعظم ... ٤٩

مناقشة الأُستاذ المحقّق _ مدظله _ للشّيخ الأعظم ... ٥٢

ص: ٤٨٩

والمختار فى المقام ... ٥٤

فرع: هل تملک الأرض العامرة بالأصالة بالحيازة؟ ... ٥٤

فذلكة الكلام ... ٦٣

المناقشة فی هذه السيرة العقلائية المدعاة ... ٥٧

٣_ الأرض العامرة بالعرض ... ٦٤

قولان رئيسيان فی المسألة ... ٦٩

أدلّة القول الأوّل ... ٦٩

أدلة القول الثانی ... ٧١

اشكالات ثلاثة علی القول الثانی ... ٧٧

فذلكة الكلام بين القولين والمختار منهما ... ٨٠

تنبيهٌ ... ٨٧

تذكيرٌ: ثمرات البحث بين القولين ... ٨٨

تكميل: بعض أحكام هذا القسم ... ٨٨

تتميمان ... ٨٩

الأوّل: هل يعتبر كون المحيی مسلما؟ ... ٨٩

١_ اعتبار اسلام المحيی ... ٨٩

أدلة اعتبار إسلام المحيى ... ٩٠

٢_ عدم اعتبار إسلام المحيى وهو القول بالتعميم ... ٩٤

أدلة عدم اعتبار إسلام المحيى ... ٩٥

الثانى: شرائط الإحياء ... ٩٧

١_ ألاّ يكونَ على الأرض يدٌ لِمسلمٍ ... ٩٧

٢_ أن لا يكون حريما لِعامرٍ ... ١٠٠

٣_ «أن لا يُسَّميه الشرعُ مشعرا للعبادة ... ١٠٥

٤_ «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل ... ١١١

ص: ٤٩٠

٥_ «ألاّ يسبق إليه سابق بالتحجير ... ١١٩

٦_ أن لا يكون قد حماه النبى صلى الله عليه و آله ... ١٢٦

حكم الأراضى المفتوحة عنوةً ... ١٤٣

إجماع فقهائنا فى المسألة وخلاف العامة فيها ... ١٤٤

مستند فقهاء الطائفة ... ١٥٦

الاحتمالات التى يمكن استفادتها من الروايات ... ١٦٣

الموانع التى تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبى ... ١٦٦

١_ الاشكال العقلى ... ١٦٦

٢_ كيف تكون ملكيتها لعامة المسلمين ثمّ يجوز استيجارها لهم؟! ... ١٦٨

٣_ كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟ ... ١٦٨

٤_ كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟ ... ١٦٩

بعض أحكام الأراضى المفتوحة عنوة ... ١٧٢

١_ هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنّها ملک خاص ... ١٧٢

٢_ المتصدى للأراضى الخراجية ... ١٧٣

٣_ لا يجوز بيع الأراضى الخراجية ... ١٧٤

حكم الأراضى الصلحية ... ١٧٧

المقام الأوّل: مقتضى عقد الصلح ... ١٧٧

المقام الثانى: مقتضى الروايات ... ١٧٧

٣_ الطِلْقِيَةُ (التمامية) ... ١٨١

الأولى: ما معنى الطلقية والتمامية؟ ... ١٨٤

الثانية: فوارق القولين ... ١٨٨

الثالثة: اعتراض المحقّق الخراسانى على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقّق... ... ١٨٩

الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم ... ١٩١

الخامسة: القول المختار فى المقام وعدد مسائل هذه الشرطية ... ١٩٣

ص: ٤٩١

المسألة الاولى: عدم جواز بيع الوقف /١٩٥

تمهيدٍ: ما هى حقيقة الوقف؟ ... ١٩٥

القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هى الدليل الأوّل... ... ١٩٥

القول الأوّل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعية عن التصرفات... ... ١٩٥

القول الثانى: الوقف عبارة عن قصر الملک على شخص أو جهة خاصة و... ... ١٩٥

اشكالات السيّد الخمينى على المحقّق الإصفهانى ... ١٩٩

الإشكال الأوّل وجوابه ... ١٩٩

الإشكال الثانى ونقده ... ٢٠٠

الإشكال الثالث وَرَدُّهُ ... ٢٠١

الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ ... ٢٠٢

مقالة النائينى فى حقيقة الوقف ... ٢٠٣

ظهور الايراد على السيّد الخمينى رحمه الله ... ٢٠٥

الدليل الثانى: الإجماع ... ٢٠٦

الدليل الثالث: الاطلاقات ... ٢٠٧

الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة فى باب الوقف ... ٢٠٨

اعترض المحقّق الإيروانى ونقده ... ٢٠٩

ومنها: صحيحة أبى على بن راشد ... ٢٠٩

التقريب الأوّل ... ٢١١

التقريب الثانى ... ٢١٢

التقريب الثالث ... ٢١٣

واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات ... ٢١٤

ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم: ... ٢١٤

تهافت فى كلام الشيخ الأعظم ... ٢١٥

محاولة المحقّق الإصفهانى لرفع التهافت ونقدها ... ٢١٦

ص: ٤٩٢

نقدها: المحاولة عقيمة ... ٢١٦

تعليقة المحقّق الإصفهانى على تقريب صاحب المقابس ... ٢١٧

موانع بيع الوقف فى رأى الشيخ الأعظم ... ٢٢٤

١_ أمّا حق الواقف ... ٢٢٤

٢_ وأمّا حقّ اللّه _ سبحانه وتعالى _ ... ٢٢٥

٣_ وامّا حق البطون المتأخرة ... ٢٢٥

فذلكة القول ... ٢٣٠

مقالة المحقّق الإصفهانى فى تصحيح بطلان بيع الوقف وتماميتها ... ٢٣٠

فذلكة الكلام إلى هنا ... ٢٣٣

هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لايبطل إلاّ بالبيع... ... ٢٣٣

اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثّلاثة ونقده ... ٢٣٤

مقالة المحقّق الإيروانى فى جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين ونقدها ... ٢٣٥

الجهة الاولى: الخروج الموضوعى عن هذا الأصل الأولى وهو عدم جواز بيع الوقف ... ٢٣٨

الأقوال ... ٢٣٨

القول الأوّل: ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقا وعدم الخروج من ... ٢٣٨

القول الثانى: جواز البيع مطلقا، ومن الواضح أن من يقول بجواز البيع إنّما يقول ... ٢٣٨

القول الثالث: جواز البيع فى الوقف المنقطع وعدم جوازه فى الوقف المؤبَّد وهو ... ٢٣٨

القول الرابع: جواز البيع فى الوقف المؤبَّد وعدم جوازه فى الوقف المنقطع على ... ٢٣٩

القول الخامس: جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه فى نفس العين ... ٢٣٩

القول السادس: عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز فى غيرهما ... ٢٣٩

الجهة الأولى فى الوقف المؤبَّد ... ٢٤٠

١_ الوقف التمليكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم ... ٢٤٠

٢_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحدٍ بل يكون فک ملكٍ نظير التحرير ... ٢٤٠

وهاهنا فروع لابدّ من البحث حولها ... ٢٤١

ص: ٤٩٣

الأوّل: حكم بيع المساجد ... ٢٤١

الثانى: وأمّا أجزاؤه وآلاته وأثاثه ... ٢٥٤

الثالث: ما الحقّ بالمساجد ... ٢٥٩

الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟ ... ٢٦٢

الخامس: الوقف على الموقوفات ... ٢٦٣

السادس: حكم كسوة الكعبة ... ٢٦٤

الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف ... ٢٦٥

الصورة الأولى ... ٢٦٥

كلمات الفقهاء فى المقام ... ٢٦٦

المقام الأوّل: تحقق المقتضى للبيع ... ٢٦٩

المقام الثانى: عدم المانع ... ٢٧٢

فذلكة القول فى المقام ... ٢٧٤

ثمّ إنّ هاهنا إشكالاً لابدّ من الجواب عنه ... ٢٧٥

الإشكال ... ٢٧٥

قد تعرّض الأعلامُ لحلِّ هذا الاشكال ... ٢٧٦

محاولة المحقّق الخراسانى ... ٢٧٦

نقد الإصفهانى على محاولة الخراسانى ثمّ توجيهها ... ٢٧٦

محاولة السيّد اليزدى ... ٢٧٨

ويناقش عليه ... ٢٧٨

جواب السيّد الخوئى ... ٢٨١

اعتراض الاستاذ المحقّق _ مدظله _ على الأعلام الثلاثة ... ٢٨٢

جواب الاستاذ المحقّق _ مدظله _ عن الاشكال ... ٢٨٥

المناقشة فى جواب الاستاذ المحقّق _ مدظله _ ... ٢٨٧

إنّ هاهنا فروعا لابدّ من البحث حولها ... ٢٨٨

ص: ٤٩٤

الفرع الأوّل: البدل وقف أو ملک طلق للبطن الموجود؟ ... ٢٨٨

الفرع الثانى: هل يحتاج البدل فى كونه وقفا إلى صيغة الوقف؟ ... ٢٩٠

الفرع الثالث: هل يجوز بيع البدل من دون طروُ مسوغات بيع الوقف؟ ... ٢٩١

الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟ ... ٢٩٢

ادلة القول بوجوب شراء المماثل ... ٢٩٣

الدليل الأوّل: قياس المسألة بباب الضمان ... ٢٩٣

الدليل الثانى: اهمال أدلة جواز بيع الوقف ... ٢٩٥

الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الواقف وغرضه ... ٢٩٥

الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضى المماثلة ... ٢٩٥

الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟ ... ٢٩٦

الفرع السادس: هل تسقط تولية المتولى عن بدل الوقف؟ ... ٢٩٩

الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالنقدين ماذا يُفْعَلُ بهما؟ ... ٣٠٠

الفرع الثامن: لا فرق فى جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه ... ٣٠٤

الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة ... ٣٠٥

الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وَبَقِيَ بعضه محتاجا إلى العمارة ... ٣٠٧

الفرع الحاديعشر: إذا لا يمكن الانتفاع فى حقّ الموقوف عليهم ... ٣٠٨

الفرع الثانيعشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدّة ... ٣٠٩

الصورة الثانية ... ٣٠٩

مقالة السيّد الخوئى فى توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم ... ٣١١

تنبيهٌ ... ٣١٣

إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر ... ٣١٤

مقالة صاحب الجواهر ... ٣١٤

توضيح كلام صاحب الجواهر ... ٣١٦

إشكالُ الشيخ الأعظم ... ٣١٧

ص: ٤٩٥

الحكمية بين الشيخين صاحبى الجواهر والمكاسب ... ٣٢٣

أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأوّل للشيخ الأعظم ... ٣٢٣

وأمّا بالنسبة إلى الاعتراض الثانى للشيخ الأعظم فأقول ... ٣٢٤

تنبيهٌ: حول تفصيل المحقّق النائينى ونقده وملاحظات النقد ... ٣٢٧

الصورة الثالثة ... ٣٣٢

نقد مقالات الأعلام الثلاثة ... ٣٣٤

التّنبيه على الأمرَيْن [مقدمة على نقد كلام ابن إدريس] ... ٣٣٥

الاشكالُ الوارد على شيخنا الأنصارىّ ... ٣٣٧

الصورة الرابعة ... ٣٣٩

الاحتمالات الواردة فى خبر جعفر بن حيان ... ٣٤٣

اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان ... ٣٤٥

وأمّا تقريب دلالتها ... ٣٥٠

الاشكال على دلالة مكاتبة الحميرى ... ٣٥١

الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروايتين ... ٣٥١

فذلكة الكلام فى نقد دلالة المكاتبة ... ٣٥٢

الصورة الخامسة ... ٣٥٣

دليل القائلين بالجواز ... ٣٥٤

دليل القائلين بالمنع ... ٣٥٦

الصورة السادسة ... ٣٥٦

الأقوال فى المسألة ... ٣٥٨

ما المراد من الشرط هنا؟ ... ٣٥٩

هذه الصورة على اختلاف المبانى ... ٣٥٩

مبنى المختار ... ٣٥٩

الصورة السابعة ... ٣٦٥

ص: ٤٩٦

الأوّل: إذا كان البقاءُ مؤديّا إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية ... ٣٦٥

الثانى: إذا كان كذلک على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية ... ٣٦٥

الدليل على جواز البيع فى القسم الأوّل من هذه الصورة ... ٣٦٥

١_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة ... ٣٦٥

٢_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده ... ٣٦٦

٣_ الحقوق الثلاثة: المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم ... ٣٦٦

٤_ ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق ... ٣٦٩

القسم الثانى من الصورة السابعة ... ٣٧١

١_ عموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقوف ... ٣٧١

٢_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ... ٣٧٤

٣_ عموم قوله عليه السلام : صدقة لاتباع ولا توهب حتّى يرثها اللّه الذى يرث ... ٣٧٥

٤_ الاستصحاب ... ٣٧٦

تَوُهُّمٌ وَدَفْعُهُ ... ٣٧٦

القول المختار فى القسم الثانى من الصورة السابعة ... ٣٧٨

صور الثامنة والتاسعة والعاشرة ... ٣٧٨

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلافٌ لا يؤمن معه تلف المال ... ٣٧٨

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييدٍ بتلف ... ٣٧٩

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس ... ٣٧٩

مستند جواز البيع فى هذه الصور الثلاث ... ٣٨٢

عودٌ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز ... ٣٨٢

اشكالات الشيخ الأعظم ... ٣٨٣

جواب اشكالات الشيخ الأعظم ... ٣٨٣

كيفية الاستدلال للصور الثّلاث بالصحيحة ... ٣٨٥

تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها ... ٣٨٥

ص: ٤٩٧

اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال ... ٣٨٥

تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة ... ٣٨٦

تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة ... ٣٨٧

اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب ... ٣٨٧

استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحة ... ٣٨٨

فذلكة كلام الشيخ الأعظم ونقدها ... ٣٩١

مقالة المحقّق السيّد الخوئى حول الصحيحة ونقدها ... ٣٩١

فذلكة الكلام فى صحيحة عليبن مهزيار ... ٣٩٥

الاستدلال لِلصُّوَرِ الثَّلاثِ الأخيرة بالقواعد العامة ... ٣٩٦

١_ قاعدة التزاحم ... ٣٩٦

٢_ قاعدة لا ضرر ... ٣٩٩

الاستدلال للصور الثّلاثِ بالشرط الضمنى للوقف ... ٣٩٩

الوقف المنقطع ... ٤٠٠

الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟ ... ٤٠٢

أ: الأقوال فى المسألة ... ٤٠٣

ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر ... ٤٠٦

ج: ملكية العين الموقوفة ... ٤١٣

فى المسألة أقوال ثلاثة ... ٤١٣

د: بيع العين الموقوفة فى الوقف المنقطع الآخر ... ٤١٨

المناقشة فى صحة هذا البيع بالغرر ... ٤١٨

مقالة المحقّقين الخراسانى والإصفهانى فى صحة المعاملة ... ٤٢٠

نقد مقالتهما فى بيان الاستاذ المحقّق ... ٤٢٢

المختار فى بيع العين الموقوفة فى الوقف المنقطع الآخر ... ٤٢٤

المسألة الثانية: بيع أُم الْوَلَدِ /٤٢٧

ص: ٤٩٨

المسألةُ إجماعيةٌ بين المسلمين ... ٤٢٧

تبيين المسألة ... ٤٢٨

صور جواز بيع أم الْوَلَدِ ... ٤٣١

الصورة الأولى: جواز بيعها فى ثمن رقبتها الذى وقع فى عقد المعاوضة ... ٤٣١

الصورة الثانية: هى الصورة الأُولى مع حياة مولاها ... ٤٣٣

الصورة الثالثة: بيع أم الولد فى الدين الذى استقرضه المولى واشترى به الأمة ... ٤٣٥

الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذى كان... ... ٤٣٥

الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه فى عقد المعاوضة ... ٤٣٦

الصورة السادسة: تعلّق ضمان اليد بها ... ٤٣٦

الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاها ... ٤٣٦

الصورة الثامنة: إذا عجز مولاها عن نفقتها ... ٤٣٧

الصورة التاسعة: إذا مات قريبها ... ٤٣٧

الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان ... ٤٣٧

الصورة الحادية عشرة: إذا كان علوقها بعد الافلاس ... ٤٣٧

الصورة الثانية عشرة: بيعها عن من تنعتق عليه ... ٤٣٧

الصورة الثالثة عشرة: جواز بيعها بشرط العتق ... ٤٣٨

الصورة الرابعة عشرة: بيعها فى كفن سيّدها ... ٤٣٨

الصورة الخامسة عشرة: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها ... ٤٣٨

الصورة السادسة عشرة: إذا كان ولدها غير وارث ... ٤٣٨

الصورة السابعة عشرة: إذا خرج مولاها عن الذمة ... ٤٣٨

الصورة الثامنة عشرة: إذا لحقت أم الولد ... ٤٣٨

الصورة التاسعة عشرة: إذا كانت لمكاتب ... ٤٣٨

الصورة العشرون: بيعها فى حقِّ المضمون للمولى ... ٤٣٨

المسألة الثالثة: بيع العين المرهونة /٤٤٠

ص: ٤٩٩

المانع من صحة بيع العين المرهونة ... ٤٤١

١_ الإجماع ... ٤٤٢

٢_ الأخبار ... ٤٤٢

٣_ المانع العقلى وهو التنافى بين البيع والرهن ... ٤٤٥

القولان فى بيع العين المرهونة ... ٤٤٧

١_ أدلة القول بالبطلان ... ٤٤٧

مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها ... ٤٤٩

٢_ أدلة القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن ... ٤٥٤

١_ الاستدلال بالأدلة العامة ... ٤٥٤

٢_ التعليل الوارد فى صحة نكاح العبد ... ٤٥٥

٣_ فحوى أدلة صحّة الفضولى ... ٤٥٦

مقالة المحقّق الإيروانى فى المقام ومتابعة المحقّق الإصفهانى له ... ٤٥٧

مقالة المؤسس الحائرى فى المقام ... ٤٦٠

ثمّ إنّ هنا قَوْلاً آخر وهو انتقال حق الرهانة من العين إلى الثمن ... ٤٦٦

القول المختار فى المسألة ... ٤٦٧

ثمّ إن هاهنا فروع لابدّ أن نبحث حولها ... ٤٦٨

١_ الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة؟ ... ٤٦٨

٢_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقّه أو أنّها إسقاط لحقّه ... ٤٧٢

٣_ حكم الإجازة بعد الردّ ... ٤٧٥

٤_ فك الرهن بعد البيع ... ٤٧٦

٥_ مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلة؟ ... ٤٨٢

٦_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟ ... ٤٨٣

٧_ لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟ ... ٤٨٦

الفهرس ... ٤٨٩

ص: ٥٠٠

. ٥٠١