



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه السلام

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الرسائل الفقهية: من تقارير بحث العلمين الايتين النائيني و العراقى قدس سرهما

كاتب:

ابوالفضل نجم آبادى

نشرت فى الطباعة:

موسسه معارف اسلامى امام رضا عليهم السلام

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	الرسائل الفقهيّه: من تقريرات بحث العلمين الايتين النائيني و العراقي قدس سرهما
١٣	اشاره
١٣	[مقدمه الناشر]
١٣	اشاره
١٧	اشاره
١٨	نسخ الكتاب
١٩	عملنا في الكتاب
٢١	نماذج من النسخ الخطيّه
٣٩	الفهرس الإجمالي
٤١	رساله الطهاره
٤١	اشاره
٤٣	حكم الماء القليل
٤٧	حكم شرب الماء النجس و بيعه
٥١	حكم الغساله
٥٥	جواز البدار لذوى الأعذار و عدمه
٥٩	حكم خرقه الطير و بوله
٥٩	فرع:
٦٠	فرع:
٦٣	نجاسه المنى
٦٣	فرع:
٦٥	نجاسه الميته
٧٣	نجاسه الدم
٧٧	حكم العصير العنبي

- ٨٣ نجاسه الكافر
- ٨٩ تطهير الأواني -
- ٩٥ ما يعفى عنه في الصلاة من النجاسات ..
- ٩٧ جواز بيع المتنجس و عدمه ..
- ٩٧ فرع: ..
- ٩٩ رساله الصلاة ..
- ٩٩ اشاره ..
- ١٠١ لباس المصلى ..
- ١٠١ اشاره ..
- ١٠٧ متى تصير يد المسلم أماره؟ ..
- ١١٦ حكم الثوب الملقى عليه شعر ما لا يؤكل لحمه ..
- ١٢١ حكم لبس المشكوك متما لا يؤكل لحمه ..
- ١٣٧ الصلوات المشروعه فيها الجماعه ..
- ١٣٧ اشاره ..
- ١٤٣ الجماعه في صلاه العيدين ..
- ١٤٥ ما يدرك به الجماعه ..
- ١٤٥ اشاره ..
- ١٤٩ فروع: ..
- ١٥٦ الشك في إدراك ركوع الإمام ..
- ١٥٩ شرائط الجماعه ..
- ١٥٩ اشاره ..
- ١٦٠ أمّا القسم الأول: ..
- ١٦٠ فالأول من الشرطين - و هو عدم وجود الحائل بين الإمام و المأموم ..
- ١٦٠ اشاره ..
- ١٦١ مسائل: ..
- ١٦١ الاولى: أنه قد عرفت لا إشكال [في] أنه لو كان بين الإمام و المأموم حائل يمنع المشاهده رأسا تبطل الصلاة ..

- المسأله الثانيه: إذا كان الحائل مخزما المسأله الثانيه: إذا كان الحائل مخزما ١٦٣
- الثالثه: لو كان الحائل جسما شفافا الثالثه: لو كان الحائل جسما شفافا ١٦٤
- الرابعه: لا فرق في الحائل بين أن يكون في تمام الصلاه أو كان في بعضها، الرابعه: لا فرق في الحائل بين أن يكون في تمام الصلاه أو كان في بعضها، ١٦٥
- الخامسه: لا يعتبر في الحائل المانع عن المشاهده الموجب لعدم تحقق الجماعه أن يكون غير إنسان، الخامسه: لا يعتبر في الحائل المانع عن المشاهده الموجب لعدم تحقق الجماعه أن يكون غير إنسان، ١٦٥
- المسأله السادسه: لا إشكال أنه يكفي في صحه الجماعه و عدم صدق الحائل أن يكون المأموم على وجه كان مشاهدا للإمام أو مشاهدا لمن يشاهده المسأله السادسه: لا إشكال أنه يكفي في صحه الجماعه و عدم صدق الحائل أن يكون المأموم على وجه كان مشاهدا للإمام أو مشاهدا لمن يشاهده ١٦٧
- المسأله السابعه: من كان في الصفوف اللاحقه على وجه كان بينه وبين الإمام بعد يمنع عن الاقتداء المسأله السابعه: من كان في الصفوف اللاحقه على وجه كان بينه وبين الإمام بعد يمنع عن الاقتداء ١٧٥
- الثامنه: إذا شكّ المأموم في وجود الحائل الثامنه: إذا شكّ المأموم في وجود الحائل ١٧٦
- لا بأس بالحائل بين الإمام والنساء المأمومات لا بأس بالحائل بين الإمام والنساء المأمومات ١٧٨
- اشتراط عدم البعد بين الإمام والمأموم اشتراط عدم البعد بين الإمام والمأموم ١٨٠
- اشاره اشاره ١٨٠
- إحرام البعيد قبل القريب في الجماعه إحرام البعيد قبل القريب في الجماعه ١٨٥
- و القسم الثاني من شرائط الجماعه أيضا أمران: و القسم الثاني من شرائط الجماعه أيضا أمران: ١٨٦
- الأول: أنه يعتبر عدم علوّ مكان الإمام و محلّ صلاته على محلّ المأموم، الأول: أنه يعتبر عدم علوّ مكان الإمام و محلّ صلاته على محلّ المأموم، ١٨٦
- الأمر الثاني: الذي يمكن عدّه شرطا عرفيا أيضا هو وجوب المتابعه، الأمر الثاني: الذي يمكن عدّه شرطا عرفيا أيضا هو وجوب المتابعه، ١٨٨
- اشاره اشاره ١٨٨
- التأخر كثيرا في الائتمام التأخر كثيرا في الائتمام ١٩٤
- اشاره اشاره ١٩٤
- فروع: فروع: ٢٠١
- ما هو مقتضى القاعده في المتابعه؟ ما هو مقتضى القاعده في المتابعه؟ ٢٠٥
- الأفعال المختصه بالإمام في الجماعه الأفعال المختصه بالإمام في الجماعه ٢٠٦
- شرائط الإمام شرائط الإمام ٢٠٩
- اشاره اشاره ٢٠٩
- حقيقه العداله حقيقه العداله ٢١٥
- تحديد الكبائر و بيان الإصرار على الصغائر تحديد الكبائر و بيان الإصرار على الصغائر ٢١٩
- اعتبار المروءه في العداله اعتبار المروءه في العداله ٢٢٢
- أحكام الجماعه أحكام الجماعه ٢٢٩

- ٢٣٣ رساله الخمس
- ٢٣٣ اشاره
- ٢٣٥ خمس أرباح المكاسب
- ٢٣٦ هل يتعلّق الخمس بالعين أو بالذمّه؟
- ٢٤٣ ما هو المراد ممّا احلّ فيه الخمس للشيعة؟
- ٢٥٠ هل يجبر الخسران الوارد على المالك في الحول من الربح؟
- ٢٥٧ رساله الوقف
- ٢٥٧ اشاره
- ٢٥٩ الكلام في القبض في الوقف
- ٢٥٩ اشاره
- ٢٧١ من هو القابض في الوقف؟
- ٢٧٣ شرائط الموقوف
- ٢٧٣ اشاره
- ٢٧٤ فروع
- ٢٧٨ شرائط الواقف
- ٢٨٤ شرائط لموقوف عليهم
- ٢٨٤ اشاره
- ٢٨٩ الوقف على المملوك
- ٢٩٢ الوقف على الحربى
- ٢٩٦ الوقف على الذمى
- ٢٩٧ الوقف على الكنائس
- ٢٩٨ تعيين مدلول العنوان في الموقوف عليهم
- ٣٠١ تفسير عناوين الموقوف عليهم
- ٣٠٩ حكم الشكّ في عنوان من عناوين الموقوف عليهم
- ٣٠٩ اشاره
- ٣١١ فروع:

٣١١	لو وقع الوقف على مصرف كالمسجد و القنطره فاندرسا -
٣١٤	الفرع الثاني:
٣١٤	الفرع الثالث:
٣٢٣	شروط الوقف
٣٢٣	اشاره
٣٢٩	فرع:
٣٣٤	فرع آخر:
٣٣٤	الوقف على النفس
٣٣٤	اشاره
٣٣٤	الأول: لا يخفى أنّ في الوقف على النفس جهات من الشبهه مصداقا و حكما،
٣٣٨	الأمر الثاني: أنه إذا اعتبر الواقف انتفاعه من الوقف و ما يستتبعه، فهل يصح ذلك أم لا؟
٣٤٠	الأمر الثالث:
٣٤٠	اشاره
٣٤١	فروع:
٣٤٥	جريان المعاطاه في الوقف
٣٥٠	أحكام الوقف
٣٥٠	اشاره
٣٤٠	حكم بيع الوقف
٣٤٥	مقتضى قواعد الباب في بيع الوقف
٣٤٩	رساله الإجاره
٣٤٩	اشاره
٣٧١	التنازع بين المؤجر و المستأجر
٣٧٤	موارد القرعه عند التنازع بين المؤجر و المستأجر
٣٧٧	رساله الوكاله
٣٧٧	اشاره
٣٧٩	أقسام الوكاله

٣٨٠	اشتراط فوريته القبول في الوكالة و عدمها
٣٨٣	وكالة المتبذع
٣٨٥	تعليق الوكالة و تنجيزها
٣٩٠	أقسام الاستنابه
٣٩٥	ما تصخ الوكالة فيه
٣٩٥	اشاره
٤٠٠	فروع
٤١٣	التوكيل في المباحات
٤١٩	طلاق الغائب
٤٢٧	توكيل الوكيل غيره
٤٣١	توكيل الحاكم عن السفهاء و المجانين و البله
٤٣٣	أقسام التوكيل من الحاكم
٤٣٤	اشتراط العقل في الوكيل و الموكل
٤٤٢	فائده
٤٤٥	ضابطه في تعيين المنكر و المدعى
٤٤٨	تذنيب
٤٥٠	التنازع بين الوكيل و الموكل
٤٤١	تنبيه:
٤٤٢	فروع:
٤٨٢	رساله الوصايا
٤٨٢	اشاره
٤٨٤	تصرفات المريض
٤٨٨	متعلق الوصيه
٤٩٠	موارد إخراج الدين من الأصل أو الثلث
٤٩٧	معنى التنجيز
٥٠٠	معنى الحجر

٥٠٠	اشاره
٥٠٩	جريان الاستصحاب فى المقام
٥١٥	مقتضى الأخبار فى المقام
٥٢٤	رساله الغصب
٥٢٤	اشاره
٥٢٤	غصب المسجد
٥٣٣	تعاقب الأيدى فى الغصب
٥٣٣	اشاره
٥٣٤	قاعده اليد
٥٥٥	الكلام فى تعاقب الأيدى فى الغصب
٥٦١	ضمان منافع الحز و عدمه
٥٦٤	ضمان منافع الأجير
٥٦٤	ضمان منافع الدائنه
٥٦٧	ضمان الخمر و عدمه
٥٧٢	المباشره و التسبب
٥٧٢	اشاره
٥٧٩	تقديم المباشر على السبب و بالعكس
٥٨١	اجتماع السببين
٥٨٩	ضمان المكره و عدمه
٥٩٤	ردّ المغصوب
٥٩٨	تزامم الحقوق
٦٠٤	تقدم حفظ نفس الغاصب على الأموال
٦١١	حكم الخيط المغصوب فى الثوب
٦٢٣	ضمان المثل أو القيمه عند حدوث العيب فى المغصوب
٦٣٢	ضابط المثل و القيمى
٦٣٢	اشاره

٦٣٤	هنا مسائل لا بد من تعرّضها.
٦٣٤	اشاره
٦٥٨	فروع
٦٦٢	تأسيس الأصل عند الشكّ في المثلى و القيمي
٦٦٧	أحكام بدل الحيلولة
٦٧٤	البحث في اللواحق
٦٧٤	اشاره
٦٨٩	فرعان
٦٩٨	فهرس الآيات
٧٠٠	فهرس الأحاديث
٧١٠	فهرس المنابع
٧٢٠	فهرس الموضوعات
٧٢٠	اشاره
٧٢٠	رساله الظهاره (٢٩-٨٦)
٧٢١	رساله الصلاه (٨٧-٢٢٠)
٧٢٣	رساله الخمس (٢٢١-٢٤٤)
٧٢٣	رساله الوقف (٢٤٥-٣٥٦)
٧٢٥	رساله الإجاره (٣٥٧-٣٦٤)
٧٢٥	رساله الوكاله (٣٦٥-٤٦٨)
٧٢٧	رساله الوصايا (٤٦٩-٥١٠)
٧٢٧	رساله الغصب (٥١١-٦٨٤)
٧٣١	تعريف مركز

سرشناسه : نجم آبادی، ابوالفضل، ۱۳۴۴ - ۱۲۸۷

عنوان و نام پدیدآور: الرسائل الفقيهيه: من تقريرات بحث العلمين الايتين النائيني و العراقي قدس سرهما/ ابوالفضل النجم آبادی؛ اعداد موسسه آيه الله العظمى البروجردی لنشر معالم اهل البيت عليهم السلام

مشخصات نشر: قم: موسسه معارف اسلامی امام رضا عليهم السلام، ۱۴۲۱ - ق. = - ۱۳۷۹.

فروست: (مجموعه آثار آيه الله الحاج الميرزا ابوالفضل النجم آبادی) (۳)

شابك: ۹۶۴-۹۳۰۹۴-۱-۱ (دوره)

يادداشت: عربي

يادداشت: كتابنامه

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده: عراقی، ضياء الدين، ۱۳۲۱ - ۱۲۴۰

شناسه افزوده: نائینی، محمدحسين، ۱۳۱۵ - ۱۲۳۹

شناسه افزوده: موسسه آيت الله عظمی بروجردی. نشر معالم اهل البيت (ع)

شناسه افزوده: موسسه معارف اسلامی امام رضا (ع)

رده بندی کنگره: BP۱۸۳/۵/ن۵۳۰۳ ۱۳۷۹

رده بندی ديویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۹-۲۰۲۰۰

ص: ۱

[مقدمه الناشر]

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى من خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين، سيما بقيته الله في الأرضين أرواحنا وأرواح العالمين له الفداء، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

يعتبر علم الفقه من أوسع العلوم الإسلامية وأشهرها لارتباطه اليومي بحياة الفرد المسلم. في عباداته ومعاملاته وعلاقاته ببنى نوعه.

وقد أولى علماء الإسلام المتقدمين والمتأخرين، اقتداءً بنبيهم صلى الله عليه وآله وسلم وأئمتهم عليهم السلام اهتماماً بالغاً بهذا العلم الشريف، ويتبين هذا الاهتمام جلياً في ما دونوه من مؤلفات قيمة في هذا المضمار، وكان من جملة هؤلاء العلماء آية الله الحاج ميرزا أبو الفضل النجم آبادي رحمه الله.

فقد ترك لنا هذا العالم الجليل آثاراً قيمة في هذا المجال، تأليفاً وتحقيقاً، و تقريراً.

ومن جملة ما سطره يراعه الشريف رسائل متفرقة في الفقه هي تقاريرته لدروس أساتذته خصوصاً العلمين الآيتين النائينى و العراقى رحمه الله، زودنا بنسخها خلفه الفاضل الدكتور محمد على النجم آبادى، وقد جمعناها بعد ترتيبها تحت عنوان «الرسائل الفقهية» وهى التى بين يديك.

«الرسائل الفقهيّة»: هو الإصدار الثالث الذي يصدر عن مؤسسه آية الله العظمى البروجردى قدس سرّه من آثار المرحوم النجم آبادى رحمه الله.

نسخ الكتاب

نسخ هذه الرسائل مليئه بالمشاكل والأخطاء والتصحيقات بالإضافة إلى عدم الترتيب، ويمكن درجها على النحو التالي:

١- رساله (لباس المصلّى): مخرومه الأوّل و الآخر.

٢- رساله (صلاه الجماعه): مخرومه الآخر.

٣- رساله (الخميس): تعرّض المؤلّف رحمه الله فيها لقسم من البحث فى المسأله و لم يشر فى آخرها إلى انتهائه.

٤- رساله (الوقف): لم يصرّح رحمه الله فيها باسم أحد من أساتذته، نعم؛ فى الصفحه (٢٤٨) من هذا الكتاب (رساله الوقف) تطالعنا هذه العبارة: «كما حقّقنا ذلك فى رساله الغصب» و بما أنّ رساله الغصب هى تقريره لدروس المرحوم آقا ضياء الدين العراقى، فيكون الظنّ الغالب أنّ هذه الرساله أيضا هى تقريره لأستاذه المذكور حيث حرّرها فى تاريخ: العشر الآخر من ذى القعدة الحرام ١٣٤٧ هـ. ق، و الله أعلم. و هذه الرساله تامّه الأوّل و الآخر.

٥- رساله (الإجاره): لا نقطع بنسبه هذه الرساله إلى المؤلّف رحمه الله لعدم تمامها أولا و خطّها السقيم الغير مقروء إلّا بصعوبه بالغه، على أيّه حال، فقد كانت هى و لاحقته رساله (الوكاله) ضمن النسخ التى زوّدنا بها ولد المؤلّف كما أسلفنا، و قد كان عملنا فيهما شاقّا للأسباب المذكوره.

٦- رساله (الوكاله): و قد تقدّم الحديث عنها فى الفقره السابقه.

٧- رساله (تصرّفات المريض): تامّه الأوّل و الآخر و لم يشر فيها إلى تاريخ تحريرها.

٨- رساله (الغصب): مخرومه الأوّل و قال فى آخرها: و قد وقع الفراغ فى العشر الآخر من شعبان من سنه ١٣٤٤ هـ. ق، و عليه التكلان.

عملنا فى الكتاب

تركز عمل الإخوه المحققين الأفاضل فى هذه الرسائل بالدرجه الأولى على ترتيب أوراق كلّ رساله من خلال قراءه المتن بدقّه لربط كلّ صفحہ بالتى سبقتها، ثم رفع الأخطاء اللغويّه و التصحيقات، و إيراد كلام ملائم للرسائل المخرومه الأوّل لتتميم البحث و وصله، و قد أشرنا إلى كلّ فى موضعه.

و خلاصه القول: فقد بذل الإخوه المحققون الأفاضل جهودا مضاعفه و تحمّلوا مشاقّ العمل فى إخراج و ترتيب و تبويب و فهرسه الكتاب و ترتيب الرسائل حسب التسلسل المتعارف فى أبواب الفقه، ليخرج هذا الكتاب بهذه الصوره.

و المؤسّسه إذ تضع هذا السفر بين يدى العلماء الأعلام و المحققين الكرام و طلبه علوم أهل البيت عليهم السّلام لا تدعى أنّه خال تماما من الأخطاء و الاشتباهات فإن وجد فيه نقص فإنّ الكمال لله وحده، كما تتقدّم بالشكر الجزيل و الامتنان إلى أصحاب السماحه: حجج الإسلام و المسلمين: السيّد محمّد الحسينى، و الشيخ محمّد الرسولى، و الشيخ على آيهاللهى، و الشيخ على طاهريور، و الإخوه

الأفاضل: الحاج عبد الحسين التبريزيان، و محمد حسين الرحيمان، و كريم راضى الواسطى، و قد كان العمل فى هذا الكتاب بجميع مراحلہ تحت إشراف و توجيه سماحه الشيخ عبد الله المحمّدى، فلله درّهم جميعا و عليه أجرهم، و وفّقنا الله جميعا لخدمه علوم أهل البيت عليهم السّلام إنّه خير ناصر و معين.

مؤسسه آيه الله العظمى البروجردى رحمه الله لنشر معالم أهل البيت عليهم السّلام

نماذج من النسخ الخطية

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ الطہارہ

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ الطہارہ

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ لباس المصلی

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ صلاہ الجماعہ

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ صلاہ الجماعہ

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ الخمس

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ الوقف

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ الوقف

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ الإجارہ

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ الإجارہ

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ الوكالہ

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ الوکالہ

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ منجّزات المريض

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ منجّزات المريض

<> صورہ الصفحہ الأولى من نسخہ رسالہ الغصب

<> صورہ الصفحہ الأخيرہ من نسخہ رسالہ الغضب

الفهرس الإجمالي

- ١- رساله الطهاره (٢٩- ٨٦)
- ٢- رساله الصلاه (٨٧- ٢٢٠)
- ٣- رساله الخمس (٢٢١- ٢٤٣)
- ٤- رساله الوقف (٢٤٥- ٣٥٦)
- ٥- رساله الاجاره (٣٥٧- ٣٦٤)
- ٦- رساله الوكاله (٣٦٥- ٤٤٨)
- ٧- رساله الوصايا (٤٦٩- ٥١٠)
- ٨- رساله الغصب (٥١١- ٦٨٤)

رسالة الطهارة

إشاره

حكم الماء القليل

حكم شرب الماء النجس و بيعه

حكم الغسالة

جواز البدار لذوى الأعذار و عدمه

حكم خرق الطير و بوله

نجاسه المنى

نجاسه الميتة

نجاسه الدم

حكم العصير العنبي

نجاسه الكافر

تطهير الأواني

ما يعفى عنه فى الصلاة من النجاسات

جواز بيع المتنجس و عدمه

بسم الله الرحمن الرحيم [الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمد و آله الطيبين الطاهرين].

حكم الماء القليل

لا- خلاف بل لا إشكال في انفعال الماء القليل بالنجاسة في الجملة، و الأخبار الخاصّة الدالّة عليه كثيرة، بحيث تكون فوق حدّ الاستفاضه، كما تدلّ عليه أخبار [الماء] الكثير و الماء الكثر (١) بتقريب آخر غير ما قرّرناه، و هو: أنّه لَمّا كان الظاهر منها التحديد، خصوصاً ما وقع منها في جواب الأسئلة، فبدل ذلك على انحصار القلّه [و] أنّ الذي لا ينفعل هو الكثر.

فيستفاد من مفهوم تلك الأخبار أنّ القليل غير عاصم، و ينجس بكلّ ما لا ينجس به الكثير، بمعنى أنّه كما أنّ لفظ الشىء في المنطوق عامّ كذلك المفهوم، و لا إهمال فيه؛ لأنّ المفهوم و إن كان مدلولاً عقلياً إلّا أنّ كَيْفِيَّه الاستفاده موكول إلى العرف، و من المعلوم أنّ العرف يفهم في المقام أنّ كلّ ما ليس بمنجّس للكثير منجّس للقليل.

و بعباره اخرى؛ ليس نفى التنجيس في المنطوق عن جنس النجاسات،

١- وسائل الشيعة: ١/ ١٤٣ و الباب ٥ و ١٥٨ الباب ٩ من أبواب الماء المطلق.

و يكون مفاد القضيّه سبب العموم حتّى يكون نقيضه ثابتا فى المفهوم، و هو إثبات التنجيس لبعض النجاسات، بل المفاد للسالبه الكليّه سلب الحكم عن كلّ فرد من النجاسات، فيكون المستفاد من مفهومها إثبات الحكم و التنجيس لكلّ فرد منها، إلى ذلك أشار الشيخ قدّس سرّه فى طهارته (١).

هذا مضافا إلى أنّ الإهمال ينافى التحديد، بل الظاهر منه أنّه فى مقام بيان تمام الحكم، بحيث لا يبقى السائل فى الحيره من جهه أصلا.

و تدلّ على انفعال الماء القليل أيضا الأخبار الخاصّه - كما أشرنا إليها - الوارده فى الماء الذى شرب منه الكلب و الخنزير، أو وقع فيه القدر أو الخمر أو غيره، من الميتة و نحوها (٢)، و لا خصوصيّة لشيء منها، بدهاه أنّ الملاك كلّ ملاقاته النجاسه.

و كيف كان؛ الدليل القطعيّ فى مقابل قول ابن [أبى] عقيل (٣) موجود، إنّما الكلام فى تنجس القليل بمطلق النجس بحيث يعمّ المتنجس، و هو الذى وقع البحث فيه، و بنى على عدم الانفعال بالمتنجسات بعض القدماء (٤) و جمع من المتأخرين (٥). و اشتدّ الخلاف فيه بين متأخرى المتأخرين، و ذهب إلى عدم الانفعال بها فى الجملة جمع من أعظم من عاصرناهم، منهم الفقيه الزاهد الهمداني (٦) قدّس سرّه.

١- كتاب الطهاره للشيخ الأنصارى: ١ / ١١٥ و ١١٦.

٢- وسائل الشيعه: ١ / ١٥٨ الباب ٩ من أبواب الماء المطلق.

٣- نقل عنه فى مختلف الشيعه: ١ / ١٧٦.

٤- نقل عنه فى مختلف الشيعه: ١ / ١٧٦.

٥- انظر! مفتاح الكرامه: ١ / ٧٣، مفاتيح الشرائع: ١ / ٨٣.

٦- مصباح الفقيه: ١ / ٨٣.

و حاصل مقاله هؤلاء الجماعه عدم وجود الدليل على الانفعال، و إنما القدر المتيقن من الأدله هو تأثير الأعيان النجسه و بعض أقسام المتنجس، كالمائع منه الملقى للنجس، كما يدلّ عليه الأخبار الداله على غسل الإناء الواقع فيها النجاسه أو شرب منها الكلب، مع الالتزام بعدم الملازمه بين شربه و مسّه نفس الإناء و الكأس، و أمّا المتنجسات الجامده التي ليست فيها عين النجاسه كالمتنجس بالدم أو القذر العذى يبس و ذهب عينهما، فلا- دليل على التنجس بها حينئذ و لو كان الملقى رطباً، و أمّا الأوامر الوارده في غسل الثياب و نحوه فإنّما هي لا-شترط طهارته في الصلاه، فلا يتوهم أنّها لدفع السرايه حتّى يتمسك بإطلاقها و شمولها لما إذا يبست النجاسه و ذهبت عينها من الثوب.

هذا؛ و لكن هذا الجواب و إن سلّم في مثل الثوب، و لكن لا يتمّ بالنسبه إلى تطهير الفرش و البساط و غيرهما من الآلات، مضافاً إلى أنّ نفس تلك الأخبار الداله على لزوم غسل الإناء و نحوها، الشامله لحال تجدد النجاسه و يبوسه الإناء تكفي للدلاله على المدعى، كما لا يخفى.

و أمّا حملها على التنزه عن النجاسات مطلقاً في الأكل و الشرب كما ترى، على أنّ الظاهر أنّ المسأله إجماعيه، بل السيره العمليه على الاجتناب عن ملاقى المتنجسات مطلقاً المنتهيه إلى زمان المعصوم عليه السّلام محققه، كما ادّعى شيخنا قدس سرّه استناد الأساطين في طهارته في بحث الماء المضاف كون المسأله ضروريّه (١)، فعلى هذا لا- ينبغي ترك الاحتياط في المسأله، و إن كان الالتزام بالنجاسه فيما إذا تعدّت الواسطه و تجاوزت عن الأولى و الثانيه في غايه الإشكال؛ لعدم شمول الأدله لها، فراجع و تدبّر.

حكم شرب الماء النجس و بيعه

... فالتحقيق (١) عدم الفرق بين المختلفتين و المتساويتين سوى باب المخاصمات؛ لما ورد فيها من الأخبار الخاصه (٢)، ففي المقام تسقط البيئتان مطلقا للتعارض، و يراجع إلى الأصل كما عليه الأصحاب قدس سرّه، و لا موجب للترجيح أصلا و إن كان مقتضى ما يظهر من كلام السيّد- طاب رمسه الشريف- في قضاء «العروه» في بحث تعارض البيئات الالتزام بالمرجّحات الداخليه مطلقا، حيث أفتى قدس سرّه بالتعدّي عن المرجّحات المنصوصه إلى غيرها (٣)؛ لما أشرنا إليه من أنّ حجّيه البيئه لمّا كانت لإفادتها الظنّ النوعيّ و ليس كالأصل تعديديا محضاً، فكلمة أوجب قوه الظنّ لا- بدّ من الترجيح به، و يظهر منه بناؤه عليه في تعارض الأخبار أيضا.

و الحاصل؛ أنّ المستفاد من مقاله في ذاك الباب البناء على الرجوع إلى المرجّحات في تعارض الأمارات مطلقا، و منها المقام، و لكن لم يظهر لنا إلى الآن التزام الأصحاب به فيه و سائر المقامات، و رفع اليد عن مقتضى القاعده في الأدله المتعارضه سوى باب المخاصمات و الأخبار المتعارضه، فالحقّ ما عليه الجلّ.

١- كما يظهر من السياق، هنا سقطه من الكلام.

٢- وسائل الشيعه: ٢٧ / ٢٤٩ الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم.

٣- العروه الوثقى: ٣ / ١٤٩ و ١٥٠.

و قد عرفت أنّ الدليل أيضا لا يقتضى التجاوز عن البابين و العدول عن الأصل فى المقام.

فرع:

قالوا: لا يجوز شرب الماء النجس للمكلفين، بل يحرم سقيه للأطفال، و يجوز بيعه مع الإعلام. فهنا مقامات:

الأول؛ عدم جواز تناول النجس للمكلفين.

و الثانى؛ حرمة التسيب له للغير بالغا كان أو غيره.

الثالث؛ اشتراط صحّه ببيعته بالإعلام.

أمّا الدليل على الأول - مضافا إلى الإجماع المحقق، بل هو ضرورى الدين و أنّه من الخبائث - الأخبار الخاصّه الوارده فى مثل الماء النجس و السمن و غيرهما، حيث أمروا عليهم السّلام بالإراقه (١)، و فى جملة منها نهوا عليهم السّلام عن الشرب و غيره (٢).

إنّما الكلام فى حرمة التسيب لتناول الغير؛ إذ يمكن أن يقال: إذا كان الغير جاهلا بالنجاسه فهو معذور فى تناوله و لا إثم عليه، فلا معصيه، و على هذا لا محذور فيه و لا منع.

و فيه أولا: إنّ المعذوريّه لا ترفع الحرمة الواقعيّه المترتبه على الموضوعات الخارجيه، و الإيقاع على الحرام النفس الأمريّ يكون كالأضلال قبيح عقلا و حرام شرعا؛ إذ القذاره و النجاسه من الامور الواقعيّه و المفسد

١- وسائل الشيعه: ١ / ١٥٠ الباب ٨ من أبواب الماء المطلق.

٢- وسائل الشيعه: ١ / ١٣٧ الباب ٣ من أبواب الماء المطلق.

الخارجية التي نشأت [منها] الحرمة، و لا دخل فيها للعلم و الجهل.

و بالجمله؛ المسبب لوقوع الغير في الحرام مرتكب للحرام، فلا يجوز له الإقدام.

و ثانيا: الخبر الوارد في المرق الواقع فيه الجرد و الفأره أمر عليه السّلام فيه بإهراق المرق (١) مع أنه لو كان يجوز تناول الجاهل لكان ينهى عليه السّلام عن تناول السائل، فيستفاد من أمره عدم جواز الاستفاده منه بوجه، فتأمل.

و ثالثا: الأخبار الواردة في الدهن النجس و الميتة (٢) صريحه في عدم جواز البيع إلّا أن يبيّن للمشتري و يعلمه (٣) بالنجاسة حتّى لا يصرفه إلّا في الاستصباح.

و من المعلوم على ما بيّنه شيخنا قدّس سرّه في «المكاسب» عدم ترتّب بين الإعلام و الاستصباح بوجه (٤)، فليس المقصود إلّا تبيّنه للمشتري حتّى لا يأكله و لا يصرفه في ما هو مشروط بالطهاره.

و أما المقام الثاني؛ فقد أتضح ممّا بيّنا حكم التسبب بالنسبه إلى المكلفين، و أمّا بالنسبه إلى الأطفال في غير مثل الخمر فيشكل الأمر فيه، إذ لا أمر و لا نهى لهم، إلّا أن يتمسك بإطلاق مادّه الأدلّه بالنسبه إليهم، أو من إطلاق قوله عليه السّلام بإهراق المرق المتنجس، أو بعموم آيه الرجز (٥) على أحد معانيه، و هو

١- وسائل الشيعه: ١٩٦ / ٢٤ الحديث ٣٠٣٣٠.

٢- وسائل الشيعه: ٩٧ / ١٧ الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به.

٣- في بعضها قال عليه السّلام: «حتّى تبيّنه» (وسائل الشيعه: ٩٨ / ١٧ الحديث ٢٢٠٧٨) و في بعضها: «حتّى تعلمه» (وسائل الشيعه: ٩٨ / ١٧ الحديث ٢٢٠٧٦) و نحوه (وسائل الشيعه: ٩٨ / ١٧ الحديث ٢٢٠٧٧)، «منه رحمه الله».

٤- المكاسب: ٧٣ / ١.

٥- المدّثر (٧٤): ٤.

القذر و النجس، كما يمكن الاستدلال بها بناء عليه؛ لحرمة التسبب مطلقا، و كيف كان؛ فلا ينبغي ترك الاحتياط بالنسبه إلى الأطفال.

و أما المقام الثالث؛ فالذى يدلّ على وجوب الإعلام لبيع النجس الروايات المعتبره بين الصحيحه و الموثّقه و غيرهما أوردها فى «الحدائق» (١) أشرنا إلى بعضها هنا و أوردها فى «الوسائل» فى الأبواب المتفرّقه (٢).

و حاصل ما يستفاد منها وجوب الإعلام فى بيع الدهن النجس، و من المعلوم أنه لا خصوصيّة للدهن أو الميته، بل المقطوع به أنّ السبب هو النجاسه حتّى لا يستعمل فى غير الاستصباح.

فعلى هذا؛ الأقوى وجوب الإعلام فى بيع المائعات النجسه، بل كلّ ما يكون أهمّ منافعه و أظهر خواصّه مشروطا بالطهاره، و إلّا فلا، كما أفتى بذلك جلّ الأصحاب فى الكتب المفصّله و الرسائل العمليه، فلا يتوهم أنّ البائع لَمّا لم يكن من ناحيته تسبب و المشتري جاهل بالنجاسه و معذور فلا محذور فى بيع النجس؛ إذ قد عرفت أنّ الوجوب الإعلام من جهه الروايات، فافهم.

١- الحدائق الناضره: ١٨ / ٨٦ - ٨٨.

٢- وسائل الشيعه: ١٧ / ٩٧ الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به و ٢٤ / ١٩٤ الباب ٤٣ من أبواب الأّطعمه المحرّمه.

حكم الغسالة

هذه مسألة معضلة، مثل مسألة نجاسة ماء البئر إذا وقعت فيها نجاسة، حيث إنّ المشهور نجاستهما مع أنّ الدليل لا يساعد عليها، ففي البئر الأخبار معارضة جدّاً، بل الأدلّة على طهارتها أقوى.

وقد تعرّض له قدّس سرّه في «مصباح الفقيه» و أشبع الكلام فيه، وقال: إنّ شهره القدماء من جهة الرواية غير محقّقه حتّى تثبت بها ضعف أخبار الطهاره، مضافاً إلى كثرة القرائن في أخبار النجاسة الدالّة على استحباب النزع (١)، و كيف كان فنحن في المباحته بنينا على الطهاره.

و أما الغسالة (٢) فالظاهر أنّه لا خلاف في نجاسة الغسلة المزيلة إلّا من يرى عدم انفعال الماء القليل كالعماني (٣)، و إنّما البحث في الغسلة الثانية و المطهّره للمحلّ، لا إشكال أنّ الالتزام بنجاستها مبنيّ على عموم أو إطلاق في أدلّة تنجيس النجاسات، بحيث يشمل الملاقي للنجس، و هو متوقّف على هذين الأمرين من شمول الأخبار الواردة في المواقع الخاصّة في تنجيس النجاسات، أو الالتزام بالمفهوم للنبويّ المشهور المتلقّى بالقبول، و هو قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «الماء إذا

١- مصباح الفقيه: ١ / ٣١-٣٥.

٢- هذه المسائل الثلاث من انفعال الماء القليل و نجاسة الغسالة و تنجيس المتنجّسات كلّ واحد منها مرتبطة بالآخرى من حيث المبنى و المستند و الحكم، «منه رحمه الله».

٣- نقل عنه في مختلف الشيعة: ١ / ١٧٦.

بلغ قدر كثر لم ينجسه شيء» (١).

أما الأول؛ فالإنصاف أنه ليس في تلك الأخبار ما يشمل المنتجسات، كما يظهر للمتتبع، فإنَّ جلَّها مشتمله على أعيان النجاسات، كالدم و القذر و البول و نحوها.

نعم؛ روايتان منها يمكن استفاده الإطلاق منهما، إحداهما روايه العيص (٢) بناء على عدم ظهور البول و القذر في أعيانها، كما يشعر بذلك عدم وقوع لفظ المنتجس في السؤال و الجواب في الأخبار، بل التعبير عنه وقع فيها بأعيان النجاسات أيضا.

و الاخرى موثقه عمّار (٣)، حيث اعتبر فيها في تطهير الإناء و الكوز بالتفريغ ثلاث مرّات، فإنّه و لو قلنا: إنّ اعتبر لحصول التعدّد، و لكن ذلك إنّما هو بالنسبه إلى الاولين، و أمّا بالنسبه إلى الثالثه التي رتبّ التطهير عليه السلام عليها فمعلوم أنّه لا يتوقّف عليه.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ حكم تعبديّ محض، لا لكون الماء متنجّسا، فتأمل.

و أمّا الثاني؛ فلإنكار أصل المفهوم في المقام مجال (٤) مضافا إلى أنّه بناء عليه أيضا لا يثبت المدعى، إذ ثبوته متوقّف على عموم لفظه «الشيء» في المفهوم، مع أنّه لا مقتضى له كما في المنطوق من وقوع النكره في سياق النفي، فيصير المفهوم من هذه الجبهه مهمله، و لا بدّ فيها من الأخذ بالقدر المتيقّن، و هو أعيان النجاسات.

١- عوالي اللآلي: ١/ ٧٦ الحديث ١٥٦ مع اختلاف يسير.

٢- وسائل الشيعة: ١/ ٢١٥ الحديث ٥٥٢.

٣- وسائل الشيعة: ٣/ ٤٩٦ الحديث ٤٢٧٦.

٤- كما اعترف قدس سرّه به، في «مصباح الفقيه»، «منه رحمه الله»؛ (مصباح الفقيه: ١/ ١٧ و ١٨ و ٢٦).

فعلى هذا؛ القول بطهاره الغساله فى غير الغسله المزيله قوئى، إلاً أن يدعى الملازمه بين نجاسه الشىء و ملاقيه.

بيان ذلك: أنه لما كان المفروض أن الشارع أمر بالغسل بعد ذهاب العين أيضا، فبدل ذلك على بقاء المحل على النجاسه بعد.

فحينئذ؛ كيف يمكن الالتزام بطهاره ملاقى النجس ماء كان أو غيره، مع أن السرايه أمر عرفى ارتكازى؟

هذا؛ و يضعفه أنه لا إشكال فى طهاره ما بقى من الغساله فى المحل، و مع ذلك لا يجوز الحكم بنجاسه ما انفصل منه؛ لأنه يلزم القول باختلاف الماء الواحد فى الحكم.

و قد أشار إلى ذلك السيد قدس سره فى «الناصرىات» (١).

و بالجمله؛ فما قوئناه من طهاره الغساله أقوى، و إن كان الاحتياط حسنا، كما عليه المعظم (٢).

و ربّما يستدلّ ببعض الروايات الوارده فى الماء القليل، مثل ما أجاب الإمام عليه السلام عن السؤال بأنّ الجنب إذا أدخل يده فى الماء قبل الغسل، فقال عليه السلام:

«إن كان أصاب يده جنبه فليهرق الماء» (٣) و ما أمر بغسل إناء الماء فيها، فيستفاد من ذلك عدم نجاسه الإناء و عدم كون المتنجس منجسا (٤).

و فيه ما لا يخفى، إذ ليس السؤال و الجواب إلاً عن الماء و بيان حكمه، لا أمر آخر، و سيجىء فى بحث الماء القليل ماله دخل فى المقام إن شاء الله تعالى.

١- الناصرىات (الجوامع الفقهيّه): ١٧٩.

٢- انظر! مدارك الأحكام: ١ / ١١٨ - ١٢٠.

٣- وسائل الشيعه: ١ / ١٥٤ الحديث ٣٨٤، نقله بالمعنى.

٤- لاحظ! مصباح الفقيه: ١ / ٦١ ط. ق.

جواز البدار لذوى الأعذار و عدمه

هذه المسأله من المعضلات، وقد اختلف الأصحاب فيها، فكل ذهب إلى قول من الجواز و المنع، و التفصيل بين رجاء زوال العذر أو العلم به و عدمه، و ذهب بعضهم إلى التفصيل بين باب التيمم و سائر الأبواب، فالتزموا بالجواز فى الأول نظرا إلى أنّ التيمم بدل عن الطهاره، بل مصداق لها، فيجوز، بخلاف سائر الأبواب، حيث إنّ بدليته الفاقد للشرط من الاضطرار المحض، فلا يجوز البدار ما لم يكن الاضطرار مستوعبا (١).

و على كلّ حال؛ لا ينبغي استناد أحد الوجوه إلى المشهور و إن ادعى الشهره بالنسبه إلى المنع (٢).

و كيف كان؛ لا بدّ من البحث أولا فى ما هو مقتضى القواعد العامه، ثم فى ما تقتضيه الأخبار و الأدلّه الخاصه فى كلّ باب.

فقول: يمكن الدعوى قريبا بأنّ إطلاقات الصلاه الشامله للمكلفين فى كلّ زمان بين الحدّين تدلّ على جواز البدار، و التشكيك فيها من حيث عدم كونها فى مقام بيان القدره على إيجاد الشرط و عدمه بل هى فى مقام أصل التشريع ليس فى محلّه؛ إذ لا إشكال فى أنّ مثل **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ**

١- الحدائق الناضره: ٢٤٧ / ٤.

٢- جواهر الكلام: ١٥٨ / ٥.

اللَّيْلِ (١) مطلق بالنسبه إلى كلِّ آن بين الحدين و إن قيّد من جهه أصل التكليف بقيود كالعقل و نحوه، و أيضا قيّد من ناحيه المكلف به، إلّا أنّ تقييده من الجهه الثانيه لَمّا كان بالعرض فيؤخذ فيها بالقدر المتيقّن، و هو حال الاختيار.

و بالجمله؛ إطلاقات الصلاه بالنسبه إلى القيود الزائده على المعلوم منها الوارده عليها باقيه على حالها، فلا مانع من التمسك بها عند الشكّ.

و هكذا قوله تعالى في باب التيمّم: فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً (٢) .. إلى آخره، فكلّ زمان يصدق عدم الوجدان يصحّ الإتيان بالصلاه و البدار عليها.

و دعوى عدم صدقه مع رجاء رفع العذر باطله بالوجدان، و على مدّعيتها إثباتها.

هذا مقتضى العمومات، و أمّا الأدلّه الخاصّه فتختلف بحسب الأبواب، ففي باب التيمّم من أمعن النظر إلى أخبارها يستفيد الجواز و إن كان بعض أخبارها يوهّم المنع (٣) إلّا أنّه لا إطلاق لها، بل غايه مدلولها لزوم التأخير مع رجاء زوال العذر فينبغي التأخير عنده، مع أنّ المستفيضة المعتبره المعلّله بأنّ ربّ الماء هو ربّ الصعيد (٤) مصرّحه بعدم لزوم الإعادة مع بقاء الوقت.

و أمّا الأخبار الخاصّه فتختلف بحسب الأبواب، ففي مسأله عدم وجود الساتر الأخبار مطلقه في الإتيان بالصلاه عاريا (٥)، و تقييدها بالاضطرار

١- الإسراء (١٧): ٧٨.

٢- النساء (٤): ٤٣، المائده (٥): ٦.

٣- وسائل الشيعه: ٣/ ٣٨٤ الباب ٢٢ من أبواب التيمّم.

٤- وسائل الشيعه: ٣/ ٣٧٠ الحديث ٣٨٩٥ و ٣٨٩٧.

٥- وسائل الشيعه: ٤/ ٤٤٨ الباب ٥٠ من أبواب لباس المصلّي.

المستوعب و عدم وجدان الساتر فى تمام الوقت لا موجب له، و هكذا بالنسبه إلى الساتر النجس و إن كان يظهر منهم وجوب التأخير فيه (١).

و لكنّ الظاهر منهم فى مسأله الاضطرار إلى السجود على النجس تسالمهم على عدم لزوم الإعادة مع التمكن إلى الطاهر فى الوقت (٢)، فراجع.

بل لنا دعوى ذلك بالنسبه إلى مطلق الشروط، حيث إنّ القدر المتيقن منها اختصاصها بحال التمكن و الاختيار و القدره على إيجاد الشروط، و قد أشار إلى ذلك المحقق اليزدى الحائرى قدس سره فى صلاته (٣).

١- الحدائق الناضره: ٥ / ٣٥٠.

٢- العروه الوثقى: ١ / ١٠٠ المسأله ١٢.

٣- كتاب الصلاه للشيخ الحائرى اليزدى: ٢٦٣.

حكم خرق الطير و بوله

فرع:

اختلفوا في نجاسه خرق الطير الغير المأكول، نسبت النجاسه إلى المشهور (١) استنادا إلى إطلاق الروايات الدالّة على نجاسه أبواب غير المأكول (٢)، ثم التعدى منها إلى خرق الطير للإجماع المركّب، و خصوص بعض الروايات الدالّة على نجاسه مطلق العذره (٣)، و فيها ما لا يخفى.

فالتحقيق؛ طهاره بوله و خرئه لصحيحه أبى بصير الصريحه فيهما (٤)، لما عمل بها جمع من القدماء و المتأخرين (٥) و إن كانت النسبه بينها و الروايات المقابله العموم من وجه، إلّا أنّ الترجيح لهذه الروايه من جهات، أظهرها التعبير فيها بالطير لا المأكول، فلولا- له خصوصيّه لكان التعبير بغيره أولى، مضافا إلى انصراف غير المأكول عن الطير، و لو سلّمنا التكافؤ فتساقطان، فقاعده الطهاره محكمه.

١- مختلف الشيعة: ١/ ٤٥٦.

٢- وسائل الشيعة: ٣/ ٤٠٤ باب ٨ من أبواب النجاسات.

٣- بحار الأنوار: ٨٠/ ١٢٧ الحديث ٢.

٤- وسائل الشيعة: ٣/ ٤١٢ الحديث ٤٠١٥.

٥- من لا يحضره الفقيه: ١/ ٤١، المقنع: ١٤، المبسوط: ١/ ٣٩، و نقل عن ابن أبى عقيل و الجعفى فى ذكرى الشيعة: ١/ ١١٠،

كشف اللثام: ١/ ٣٩٠، و مدارك الأحكام: ٢/ ٢٦٢، و نقل عن جماعه من المتأخرين فى جواهر الكلام: ٥/ ٢٧٥.

و دعوى كون روايات النجاسه موافقه للمشهور (١)، فاسده؛ إذ الشهره فى المسأله فتوائى، لا من جهه الروايه.

نعم؛ فى خصوص الخفّاش وردت الروايه التى رواها الشيخ (٢)، و لكنّها غير صريحه فى النجاسه، بل فيها أمر بالغسل، مع أنّها معارضه بما هى صريحه فى الطهاره، و الشهره على النجاسه فى بوله و إن كانت محقّقه، إلّا أنّ الكلام هنا كما تقدّم، و لم يثبت الشهره الاستناديّة (٣).

فرع:

لا إشكال فى تعميم الحكم بالنسبه إلى غير المأكول أن تكون حرمة الأكل ذاتيا أم عرضيا، إنّما الكلام فى أبوال غير المأكول و غائطه ميّا لا نفس له، فإنّ دعوى انصراف غير المأكول عن مثل الحية و الوزغه و نحوهما فى محلّها، مع أنّه لم يثبت أن يكون لأمثاله بول، مع أنّه قد عرفت عمده مستند نجاسه غائط غير المأكول و خرئه؛ الإجماع، و لا إطلاق و لا عموم له، فلا مانع من قاعده الطهاره،

١- لاحظ! جواهر الكلام: ٥/ ٢٧٧، المعتمر: ١/ ٤١١.

٢- تهذيب الأحكام: ١/ ٢٨١ الحديث ٧٧٧، وسائل الشيعه: ٣/ ٤١٢ الحديث ٤٠١٨.

٣- «كلّ شىء يطير لا بأس بخرئه و بوله» مضافا إلى عمومات أدلّه النجاسه «اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه» (وسائل الشيعه: ٣/ ٤٠٥ الحديث ٣٩٨٨ و ٣٩٨٩) و الروايات التى علّق حليّه الأكل على مأكول اللحم (وسائل الشيعه: ٢٥/ ٨١ الباب ٤٠ من أبواب الأَطعمه المباحه). و أمّا قول العلّامة: إنّ الروايه الاولى التى استدللّ بها الآخرون فلا بدّ من تخصيصها بالخفّاش قطعا فيلحق به غيره (مختلف الشيعه: ١/ ٤٥٧)، فلا يتمّ إلّا أن يستكشف المناط القطعيّ، و لا بدّ من ملاحظه النسبه بين الروايتين: الموثّقه و الحسنه، و رعايه الترجيح لهما بعد العجز عن الجمع الدلاليّ بينهما، مع أنّه بمثابة من الإمكان، لظهور الأولى فى الطير، و كونه تمام الموضوع للحكم لا المأكول منه، بخلاف الحسنه، فإنّها منصرفه إلى مأكول اللحم من غير الطير، بل هو الظاهر منها؛ بخلاف الأولى التى لا يبعد دعوى الصراحه فى الطير، كما أشرنا إليه، «منه رحمه الله».

كما أنه تجرى بالنسبة إلى الغائط و بول الحيوان المشتبه حرمه و حليته، سواء كانت الشبهه موضوعيه أو حكميه.

و هكذا في جميع أقسام الشكّ من كونهما ممّا لا نفس له أو غيره، و إن كان الأصل في مثله في الشكّ في حليته الأكل و نجاسه ميتته الحرمه و النجاسه، على التفصيل في محلّه من حيث الشكّ في قابليته للذبح أو وقوع الذبح، و أنّ القابليته هي من شرائط الذبح أو أمر خارج عنه، و أنّه بناء على الأخير فيما إذا احرز الذبح تجرى أصاله الحلّ، و لا مجال لجريان أصاله الحرمه الثابت حال الحياه (١)، لأن المفروض عدم الاشتباه في الأمور الخارجيه، بل الشبهه من حيث الحكم، بناء على جريان أصاله الحلّ في الشبهات الحكميه، كما هو التحقيق.

١- و إن كان الأمر كذلك، و لا يجوز أكل الحيوان الحيّ كما صرّحوا به في السمك (جواهر الكلام: ٣٦ / ١٧٠) و يظهر منهم في غيره أنّ الحكم ثابت أيضا. فراجع، «منه رحمه الله».

نجاسه المنى

فرع:

لا إشكال عندهم في نجاسه المنى من كل حيوان ذى نفس، إنما البحث في دليله، إذ الظاهر من الأخبار هو منى الإنسان (١)، و لا إطلاق لها حتى تشمل غيره، مضافا إلى تصريح جملة من الروايات أنّ ما أكل لحمه لا بأس بما يخرج منه (٢).

فحيث إن ثبت الإجماع بالنسبة إلى ما لا نفس له مطلقا فلا محيص عن الالتزام بالنجاسة، وإلا فقاعده الطهاره بالنسبة إلى منى غير الإنسان محكمه، و الاحتياط لا ينبغي تركه، خصوصا في غير المأكول من الحيوان.

١- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٢٣ الباب ١٦ من أبواب النجاسات.

٢- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٠٩ الحديث ٤٠٥ و ٤١٤ الحديث ٤٠٢٢.

نجاسه الميتة

من النجاسات الميتة، البحث فيها من جهات:

الاولى؛ قالوا: ميتة ماله نفس سائله نجسه، التي يقال [لها] بالفارسيه:

(خون جهنده) مع أن الروايات مطلقه (١)، و هكذا الآيه (٢).

نعم؛ في روايه أبي بصير قال عليه السلام: «لا يفسد الماء إلا ما كانت له نفس سائله» (٣) و مقتضى الصنائه تقييد سائر الروايات بها؛ إذ المراد بالنفس هو الدم، و السائل [ما له] الجريان، و أنت خبير بأن غاية ما يستفاد منها اعتبار الدم الجارى، و أما ما يخرج بالدفع و الحدّه فلا، إلا أن يقال: إن ما لا يخرج بالدفع و الشدّه هو الرشح لا السيلائن، و إنما السائل هو الكثير الجارى لا مثل دم السمك و نحوه.

و الحاصل؛ أنه إذا كان المراد بالنفس - كما في أكثر الروايات - الدم (٤)، و هو كيفما كان له جريان في الجملة، فإذا قيّدت بالسيلائن - كما في بعض

١- وسائل الشيعة: ٣/ ٤٦١ و ٤٦٢ الحديث ٤١٧٨ و ٤١٧٩.

٢- البقره (٢): ١٧٣، المائده (٥): ٣، الأنعام (٦): ١٤٥، النحل (١٦): ١١٥.

٣- وسائل الشيعة: ٣/ ٤٦٤ الحديث ٤١٨٤ و ٤١٨٧، و لم ترد هذه الروايه عن أبي بصير في الجوامع الحديثيه.

٤- وسائل الشيعة: ٣/ ٤٦٣ الباب ٣٥ من أبواب النجاسات.

الروايات (١)- فالمراد بالمجموع يكون ما اعتبروا من الدم الكثير الذى يخرج بالدفع لا مطلق الدم الجارى، فتدبر!

الثانيه؛ لا إشكال فى نجاسه أجزاء الميتة فى الجملة، عدا ما استثنى، إنّما الكلام فى الأجزاء المبانة من الحي كالأليات المقطوعه من الغنم و نحوها، و أنّ حكمها فى النجاسه حكم الميتة مطلقا، المشهور أنّها كذلك، لإطلاق الميتة على الأجزاء المبانة فى جملة من الروايات، مثل قوله عليه السلام: «فما أخذت الجباله فقطعت منه شيئا فهو ميت» (٢).

وفيه؛ أنه يتم لو كان المراد منه التنزيل من جميع الجهات، مع أنّ القرينه فيها على أنّ المراد منها حرمة الأكل، موجوده، مضافا إلى أنّ الالتزام بإطلاق التنزيل فيما إذا لم يكن فى البين قدر متيقن.

إن قلت: إنّ الذبح إنّما هو لحليه الأجزاء، فلو لم تكن القطعه المبانة هى الميتة لأمكن تقطيع الحيوان إلى قطعات بلا احتياج إلى الذبح.

قلت: لا- نكر أنّ الحليه متوقفه على الذبح، و بدونه القطعات المبانة محرّمه، إنّما الكلام فى نجاسه القطعه المبانة، و أنّ طهارتها أيضا تتوقف على الذبح، و أنّها بحكم الميتة من جميع الجهات.

هذا؛ و لكن لما كانت الميتة فى الشريعة ليست هى ما مات حتف أنفه، بل هى فى اصطلاح المشرّعه كلّ ما لم يذكّ، و من المعلوم أنّ القطعه المبانة يصدق عليها هذا العنوان، فهى ميتة، فتأمل!

١- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٦٤ الحديث ٤١٨٤ و ٤١٨٧.

٢- وسائل الشيعه: ٢٣/ ٣٧٦ الحديث ٢٩٧٩٠ - ٢٩٧٩٢.

ويمكن أيضا استفادة الحكم عن الروايات الدالّة على أنّ آليات الغنم المقطوعه لا ينتفع بها، ولا يستصبح، لأنّها تصيب الثوب و اليد (١)، وإن كانت تلك الروايات ضعيفه السند، كما أشار إليها في «الحدائق» (٢) و أيضا الإجماع و السيره العمليّه على نجاستها محقّقه، فعلى هذا ينبغي الاجتناب عن القطعه المبانه، و لكن لا-القطعات الصغار كالبثور و الثالول و ما ينفصل عن الجسد عند الحكّ و نحوها؛ إذ الأدلّه المتقدّمه قاصره عن شمول مثلها جدّا، و القدر المتيقّن من السيره غيرها، كما لا يخفى.

الثالثه؛ لا خلاف في استثناء بعض أجزاء الميته عنها، كالشعر و الوبر و القرن و غيرها ممّا لا روح لها، و إنّما الإشكال في بعض مصاديقها كالإنفحة و اللبن و الفاره.

أمّا الاحولى؛ فوقع الكلام في المراد بها، و أنّها المائع المجتمع في كرش الحمل و الجدى ما لم يأكلا، و يكونا رضيعا، أو هو و ظرفه، أو المراد بها الظرف فقط (٣).

و التحقيق؛ استثناء نفس المائع الذى يتبدّل اللبن الذى يشربه الرضيع من الحيوان به، و هو الذى يعمل منه الجبن، إذ هو القدر المتيقّن من النصوص و كلام اللغويين (٤)، و لا بدّ حينئذ من الالتزام بطهاره باطن الجلده؛ للملازمه العرفيه، و أمّا ظاهرها فلا، بل ينبغي تطهيرها؛ للشكّ في خروج أصل الجلده، كما عرفت، و يكون حكمها كسائر الأجزاء.

١- وسائل الشيعه: ٢٤ / ٧١ الباب ٣٠ من أبواب الذبائح.

٢- الحدائق الناضره: ٧٢ / ٥ - ٧٤.

٣- الحدائق الناضره: ٨٦ / ٥.

٤- وسائل الشيعه: ٢٤ / ١٧٩ الباب ٣٣ من أبواب الأطمعه المحرّمه، و انظر! الحدائق الناضره: ٨٦ / ٥، المصباح المنير: ٦١٦ (نفتح).

و من المعلوم أنها ليست ممّا لا روح لها حتّى يخرج عن حكم الميتة بالتعليل الوارد فى أخبار المستثنيات، بل الجلده كالمعده و سائر الأعضاء الداخلة.

هذا؛ و أمّا ما ورد من الأخبار الدالّة على طهاره الجبن المشتري من السوق للشكّ فى كون الميتة فيه (١)، الذى يستفاد منها ثبوت نجاسه أصل المائع و الإنفحة، و إنّما حكم الطهاره للمشكوك من الجبن، فالظاهر أن تلك الأخبار وردت تقيّه، كما يظهر بالمراجعه إليها، خصوصا الروايه المشتمله على السؤال و الجواب عن هذا الموضوع (٢)، و السائل هو قتاده، و الظاهر أنّه من رجال العامه (٣).

و أمّا الثانى؛ و هو اللبن؛ لا إشكال فيه دليلا، حيث إنّ الأخبار المستفيضه المعمول بها مشتمله على استثنائه (٤)، و إنّما المخالف هو ابن إدريس و بعض آخر (٥) و العجب من شيخنا الأنصارى كيف خالف (٦)؟! و أعجب من ذلك جعله قدّس سرّه نجاسه الملاقى للنجس من القواعد التى غير قابله للاستثناء كالقواعد العقلية، و جعلها مثل قاعده «الناس مسلّطون» أو قاعده «حرمه الدباء» فكما أنّه لا يجوز الخروج عن أمثالهما إلّا بدليل قطعى قوى، فكذلك ضابطه نجاسه الملاقى للنجس (٧).

١- وسائل الشيعه: ٢٤ / ١٧٩ الباب ٣٣ من أبواب الأطمعه المحرّمه.

٢- وسائل الشيعه: ٢٤ / ١٧٩ الحديث ٣٠٢٨٦.

٣- انظر! تنقيح المقال: ٢ / ٢٧.

٤- وسائل الشيعه: ٢٤ / ١٨٠ الحديث ٣٠٢٨٨ و ١٨٢ الحديث ٣٠٢٩٤ و ٣٠٢٩٥.

٥- السرائر: ٣ / ١١٢، المراسم: ٢١١.

٦- المكاسب: ١ / ٣٥.

٧- بظهور المناط فيها، و هو السرايه كما فى تلك، «منه رحمه الله».

و أنت خبير بأن هذه القاعده ليست كذلك (بهذه المثابه)، و الاستثناء عنها ليس بعزيز، مضافا إلى أنه يمكن الدعوى قريبا بأن النجاسه ليست أمرا حقيقيا واقعيًا، بل أمر تعبدى، كما يظهر ذلك من كيفية تنجيس النجاسات و توسعه المطهرات، مع أنها لو كانت امورا واقعيه العقل و العرف لا- يساعدان على تطهير الأرض- مثلا- باطن النعل و الرجل و إن بقى أثر النجاسه، و هكذا طهاره غسله الاستنجاء بل مطلقا، و التطهير فى نحو الممرن، و غير ذلك من الأحكام المسلمه فى باب الطهاره، فتأمل.

و أما المسك؛ لا يخفى أنه ليس كسائر المستثنيات، بأن يدلّ عليه دليل خاصّ، بل خروجه إنّما هو لما يستفاد من طهاره المسك و جواز استعماله من الأخبار و السيره القطعيه إلى زمان المعصوم عليه السّلام، فعلى هذا لا ينبغى البحث فيه إلّا على ما تقتضيه القاعده.

فقول: تاره الكلام فى نفس المسك، و اخرى فى فارتة و ظرفه.

أما الوجه الاولى؛ فالمسك بأقسامه الأربعة إن كان هو دم الطيبى المخصوص يكون محلّ الإشكال، إلّا أنّ يتيقن باستحالته، كما لا ريب فيه بالنسبه إلى بعض صورته، و هو ما إذا بيست فارتة و انجمد المسك فيه، إلّا أنّ مجال إنكار كونه دما أصلا واسع، بل هو أمر آخر يشبه بعض أقسامه لون الدم، مضافا إلى أنّ الشكّ فيه يكفى للحكم بطهارته؛ لكون الشبهه موضوعيه، مع أنه لا عموم لنجاسه مطلق الدم على ما سيأتى إن شاء الله.

و أما فارتة، أما فى حال حياه الطيبى فإذا بيست و انقطع بنفسها أو بعلاج، بحيث يعدّ أمرا خارجا عن أجزاء الطيبى فهى طاهره، و تكون كسائر الأجزاء

المبانه من الحيوان التي يعدّ من ثمراته و فضلاته، و كذلك إذا يبست في حياته و انفصلت بعد موته، فحينئذ أيضا طاهر؛ لأنّه يكون من أجزاء الميتة التي لا روح لها.

و أمّا قبل اليوسه فهي نجسه، سواء في حياته أو موته؛ لأنّها من أجزاء الحيوان.

نعم؛ إذا شكّ في ذلك فهي محكوم بالطهاره؛ لكون الشبهه موضوعيته، فلا يحتاج إلى الأماره.

تذييل: قالوا: سوق الإسلام و يد المسلم أماره التذكيه، و يدلّ عليهما- مضافا إلى السيره القطعيه الشرعيه و العقلائيّه- الأخبار الخاصّه، مثل روايه الصدوق قدّس سرّه عن سليمان بن جعفر (١)، و روايه الكليني عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر، قال: سألته عليه السّلام عن الرجل يأتي السوق فيشترى جبّه فراء لا- يدرى أ ذكيه هي أم غير ذكيه، أ يصلّي فيها؟ قال: «نعم ليس عليكم المسأله» (٢) .. إلى آخره.

و خبر إسماعيل بن عيسى قال: سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الجلود الفراء يشترىها الرجل في سوق من أسواق الجبل أ يسأل عن ذكاته إذا كان البائع مسلما غير عارف؟ قال: «عليكم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك، و إذا رأيتم يصلّون فيه فلا تسألوا عنه» (٣) و غير ذلك من الأخبار التي حاصل ما يستفاد منها أنّ بلد المسلمين من سوقهم و غيره، بل كلّ محلّ غالب أهله

١- من لا يحضره الفقيه: ١/ ١٦٧ الحديث ٧٨٧، وسائل الشيعه: ٣/ ٤٩١ الحديث ٤٢٦٢.

٢- لم نعثر عليها في الكافي، و إنّما رواها الشيخ في تهذيب الأحكام: ٢/ ٣٩٦ الحديث ١٥٢٩، عنه وسائل الشيعه: ٣/ ٤٩١ الحديث ٤٢٦٢.

٣- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٩٢ الحديث ٤٢٦٦.

المسلمون، الجلود و غيرها من أجزاء الحيوان محكوم بالتذكية (١).

فإنّ بلد الإسلام طريق إليها و إن اخذت من يد مجهول الحال، لا ما إذا اخذ من الكافر، أو كان مسبقاً بيده، إلّا إذا كان المسلم الذي أخذ منه رؤى أنّه يعامل معه معامله التذكية، كأن يصلّي فيه.

فالسوق طريق إلى اليد التي هي بنفسها أماره التذكية، كما أنّ معامله المسلم في ما كان مسبقاً بيد الكافر معامله التذكية أيضاً محموله على الصّحّه و طريق إليها أيضاً للآخرين، و في غير هاتين الصورتين أصله عدم التذكية محكّمه.

١- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٩٠ الباب ٥٠ من أبواب النجاسات.

نجاسه الدم

يقع البحث فيه من جهات:

الاولى- و هي عمدتها- إثبات النجاسه مطلقا، بحيث يكون الأصل فيه ذلك حتّى يرجع إليه فى موارد الشكّ، و الحقّ أنّه ليس لنا دليل عليه، إذ الأخبار الواردة فيه ليست إلّا ما تشتمل على السؤال و الجواب فى الموارد الخاصّه، و الإطلاق فيها وارد مورد حكم آخر، إلّا أن يدعى الإطلاق المقامى، و أنّ العرف يفهم منها ذلك، و أنّ مناط النجاسه ليس إلّا طبيعه الدم من أى شىء و فى أى محلّ، و إثبات ذلك فى غايه الإشكال.

ثانيها؛ فى الدّم المستثنى، و هو دم غير ذى النفس، و الظاهر أنّه لا كلام فى طهارته، و إنّما البحث فى الدليل عليها، فإنّ مثل ما ورد فى دم ميتة ذى النفس (١) و اعتبر فى الموثّقه ماله نفس (٢)، لم يرد هنا، و لذلك تشبّث كلّ إلى وجه بعد كون الحكم قطعيا.

و الذى توجه إليه نظرى القاصر هو أنّ فى جملة أخبار المستثنيات من الميتة قال عليه السلام: «إنّه لا دم له» (٣) مع أنا نرى حسنا أنّ لها دم فى الجملة، فيستفاد

١- وسائل الشيعه: ٣/ ٥٢٧ الباب ٨٢ من أبواب النجاسات.

٢- وسائل الشيعه: ٣/ ٥٢٧ الحديث ٤٣٦٨.

٣- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٦٣ الحديث ٤١٨٣، مع اختلاف يسير، مستدرک الوسائل: ٢/ ٥٨٠ الحديث ٢٧٨٥.

من ذلك أنّ المراد نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، فيصير ذلك حاكماً على أدلّه نجاسه الدم، فتأمل. مع أنّ الأمر بعد إنكار العموم والإطلاق في الدم سهل.

الجهة الثالثة؛ في حكم الدم وغيره من النجاسات في البواطن، وهذا من أهمّ مباحث النجاسات (١).

ومجمل القول فيه حيثما تقتضيه القواعد هو الالتزام بالطهاره على أحد الوجهين: إمّا أن يبني على نجاسه الدم مطلقاً، بأن نقول: وإن كان أصل الحكم مصطاداً من الموارد الجزئية والمواقع الخاصّة، إلّا أنه ليس شأن حكم الدم إلّا كسائر الأحكام الشرعيّه الكليّه من الموارد الخاصّة، فإنّ العرف إذا قيل له: دم البقر مثلاً نجس لا يفرّق بينه وبين دم الغنم وسائر الحيوانات، وكذلك لا يفرّق بين محالّه من الظاهر والباطن، كما إذا قيل: هذا الخمر حرام، فأينما كانت يفهم منه الحرمة مطلقاً وإن كان المشار إليه إناء مخصوصاً.

فعلى هذا لا يبقى مجال للتشكيك من حيث إطلاق نجاسه الدم والبول ونحوه في البواطن، إلّا أنّه لما كان شرط تأثير النجس قابليّه المحلّ للنجس، فكلّ ما يشكّ فيها فلما لا أصل ولا دليل [في المقام] يثبت القابليّه، فقاعده الطهاره محكمه (٢).

فعلى هذا نفس البواطن لا ينبغي الحكم بنجاستها، كباطن الفم والأنف وغيرهما إذا خرج منهما الدم؛ لإمكان أن يكون البواطن كالأجسام الصقيه

١- و اختلف الأصحاب فيها جدّاً، و أفتى كلّ بفتوى مخصوصه. فراجع، «منه رحمه الله».

٢- ولا يلزم منه تقييد في إطلاق نجاسه الدم، كما إذا قيل: الكرّ لا ينفعل، لا يوجب التخصيص في عموم النجاسات؛ لأنّ الكرّ غير قابل للانفعال، «منه رحمه الله».

كالزئبق الغير القابله للتنجس، و قد عرفت، بل الشكّ يكفى للحكم بطهارتها.

نعم؛ إذا ادخل شىء من الخارج و لاقى الدم أو البول ينجس بمقتضى ما بينا و إن لم يكن عليه فى الخارج أثر النجاسه، هذا حاصل ما حَقَّقَه صاحب «الحدائق» على ما نقل (١).

و الوجه الثانى؛ هو أن يقال: إنَّ حكم الدم استفيد عن الموارد التى وقع فى السؤال و الجواب إصابه الثوب أو البدن و نحوهما الدم، و غايه ما تدلّ عليه مجموع هذه الأسئلة و الأجوبه أنّ ملاقاته أمثال ما ذكر الدم توجب نجاسه الملاقى، فلا بدّ أن يكون هنا ملاقى - بالفتح - و ملاق - بالكسر - و لا خفاء أنّ الدم و كذلك البول ما دام فى الباطن لا يصدق عليهما هذا المفهوم، فلا يثبت الحكم حينئذ.

و الحاصل؛ أنّ الظاهر عدم وجود دليل يستكشف منه نجاسه صرف وجود الدم، بل الدليل على خلافه، كما فى أخبار الرعاف و غيره قال عليه السلام: «إنما عليك أن تغسل الظاهر دون الباطن» (٢).

فعلى هذا؛ لقد أحسن و أجاد من أفتى بعدم النجاسه فى البواطن؛ فبنى على طهاره النوى الخارج، و كذلك زجاج الحقنه إذا خرجا نقيًا و إن علم بملاقاتهما البول و العذره، و كذلك طهاره الإبره و نحوها إذا ادخلت فى البدن و خرجت نقيه (٣)، بخلاف الوجه السابق، فعليه التزم بالنجاسه فى هذا الفرع.

و بالجملة؛ على الوجه السابق لا بدّ من التفصيل بخلاف الذى قرّرنا، حيث

١- الحدائق الناضره: ٥ / ٣٤٣ - ٣٤٤.

٢- وسائل الشيعه: ٣ / ٤٣٨ الحديث ٤٠٩٨ و ٤٠٩٩.

٣- العروه الوثقى: ١ / ٥٦ المسأله ١، و ٦٥ المسأله ١٢.

إنَّ القاعده هى الطهاره كليه ما لم يلاق شيئاً [من] الدم وغيره فى الخارج.

نعم؛ فى بعض الموارد تكون الشبهه مصداقيه، كما فى باطن الفم أو القسمه الداخليه المقدمه من الأنف، حيث اختلفت الفتوى فيها أيضاً، و لكن على كلا التقريبين (١) مقتضى القاعده فىهما أيضاً الطهاره، و هكذا إذا ادخل نجاسه من الخارج إلى الداخل، فإذا زالت عينها فالباطن باق على طهارته و إن ورد إدخال الماء فى الفم فهو لإخراج عين النجاسه لا للتطهير، فافهم!

١- و إمّا من جهه الشكّ فى القابليه، أو التشكيك فى الإطلاق، «منه رحمه الله».

حكم العصير العنبي

الإشكال في باب العصير العنبي من حيث النجاسه من جهات:

الاولى: من جهه الكبرى، أى أصل النجاسه، و أنها من مصاديق الخمر أم هو أمر آخر فى عرضها، و الشارع حرّمها و حكم بنجاستها تعبدًا؟ على خلاف.

الثانيه: من جهه الصغرى؛ من حيث إنّ العصير بمجرّد الغليان و النشيش و إن لم يشخن يحرم و ينجس، أو يعتبر فيها الثخونه، بل الاشتداد؟

ثمّ إنّه هل النجاسه مترتبه على الغليان مطلقا، سواء كان بنفسه أم بالنار، أو يختصّ بالأوّل؟

ثمّ إنّه هنا جهه اخرى، و هى إشكال أخبار الباب من حيث فقه بعضها، و اضطراب بعض آخر متنا و سندا.

أما الجهه الاولى (١) فالالتزام بكون العصير العنبيّ مطلقا من مصاديق الخمر تحكّم محض، لا يساعد عليه اللغه و لا العرف، فإنّ الخمر لها طريق معمول مرسوم مثل الخلّ، لا ربط له بالعصير، كما هو واضح.

نعم؛ قد يتوهم إلحاقه بها (٢) من جهه بعض الأخبار (٣)، كما فى خبر معاويه

١- من جهات الصغرى، «منه رحمه الله».

٢- شرائع الإسلام: ١/ ٥٢، مدارك الأحكام: ٢/ ٢٩٢ و ٢٩٣.

٣- وسائل الشيعه: ٢٥/ ٢٩٢ الباب ٧ من أبواب الأشربه المحرّمه.

ابن عمّار، حيث قال عليه السّلام في جواب سؤاله عن البختج قبل ذهاب ثلثيه: «إنّه خمر» (١).

ولكن - مع الغصّ عن اضطرابه متنا و أنّه ليس في نسخه «الكافي» (٢) هذه اللفظه - أنّه لا يستفاد منها إلّا التنزيل، لا إلحاقه بالخمر موضوعا من باب الإخبار عن أمر واقعيّ خارجيّ أو من باب التعبد.

و بالجمله؛ لا إشكال في أنّ العصير ليس خمرًا مطلقًا و إن كان قد تتصادق عليه، كما نشير إليه، و لذلك عقدوا له بابا خاصّيا قديما و حديثا، كما أنّ له عنوانا على حده في الأخبار (٣).

و أمّا الجبهه الثانيه؛ لا إشكال في أنّ العصير قد يطبخ حتّى يجعل دبسا و ربّا فيغلي بالنار، و هذا هو الذي وقع سؤاله و جوابا في الأخبار، و قد حكم فيها بالحرمة قبل ذهاب ثلثيه (٤)، و ليس في هذه الأخبار دلالة بل إشعار بالنجاسه.

و قسم (٥) من العصير يوضع حتّى يغلي بنفسه بحيث يحتمل أن يسكر، فيصير مصداقا للخمر، و لا ريب أنّه حينئذ يصير حراما و نجسا، لأنّه إمّا خمر حقيقه، و إمّا مائع مسكر، و لكنّ الحكمين متوقّفان على العلم بالأمر المذكوره، و إلّا فمع الشكّ استصحاب الحلّ و الطهاره هو المرجح بلا كلام، و الاحتمال لا يؤثّر شيئا.

١- تهذيب الأحكام: ١٤٣/٩ الحديث ٥٢٦.

٢- الكافي: ٦/٤٢١ الحديث ٧، و سائل الشيعة: ٢٥/٢٩٣ الحديث ٣١٩٤٠.

٣- و سائل الشيعة: ٢٥/٢٩٢ الباب ٧ من أبواب الأشربه المحرّمه.

٤- و سائل الشيعة: ٢٥/٢٨٢ الباب ٢ من أبواب الأشربه المحرّمه.

٥- و هذا هو الذي بنى عليه ابن حمزه رحمه الله كلامه و حكم بالحرمة و النجاسه (الوسيله: ٣٦٥)، و أفتى به بعض المعاصرين، و قالوا بأنّ حلّيته و طهارته متوقّفه على التخليل، بل كلمات القدماء طرّا يرجع إلى ذلك، حسبما نقلها شيخ الشريعة قدّس سرّه في رسالته، «منه رحمه الله».

نعم؛ مع الغليان و النشيش و حصول صفه الإسكار يثبت الحكمان بلا احتياج إلى الاشتداد و الثخونه، كما يكون كذلك- يعنى حكم الحرمة فقط ثابت- فى القسم الأول أيضا بمجرد الغليان بالنار و إن لم يحصل الاشتداد، و لا يحلّ إلّا بعد التثليث، فتدلّ عليه الأخبار المصرّحه المفضّله بين ما إذا على العصير بالنار، و بين ما إذا على بنفسه، حيث جعلت غاية الحليّه فى الاولى ذهاب الثلثين؛ و الثانيه بأن تصير خلّا، كما تدلّ عليه كلمات الفقهاء، و أمّا فى الأخبار، فالغايه غير مذكوره فى الأخيره.

و ذلك كلّه لعدم الدليل على اعتبار ذلك الاشتداد (١) من الأخبار، و الذى يدلّ عليه هو الغليان، بأن يصير أسفله أعلاه (٢) و بالعكس (٣).

و على كلّ حال لا دليل على نجاسه العصير (٤) بأى قسم منه أصلا، و أمّا دعوى الإجماع فى المسأله- مع أنّها غير معنونه فى كلمات القدماء أصلا- عجيبه، و كذلك ادّعاء الشهره، فإنّ شهره النجاسه ليست إلّا من المتأخّرين، و من المعلوم أنّها لا تكون دليلا، و لذلك اشتهرت طهاره العصير بين متأخري المتأخّرين.

و الذى يحتمل قويا أنّ منشأ الحكم بالنجاسه هو فتوى الشيخ قدّس سرّه الذى هو مبدأ المتأخّرين و رئيسهم.

١- بمعنى الغلظه؛ نعم؛ المراد به الثخونه و الحدّه التى هى الإسكار معتبر، كما يظهر ذلك بالتأمّل فى الأخبار و كلمات الأعلام الأخيار، و بالجملة فهذه الأوصاف الأربعة، أعنى الشده و النشيش و التغيّر و الزبد ملازمه بينها و هى ملازمه للإسكار، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ٢٨٧ / ٢٥ الحديث ٣١٩٢٦.

٣- كما أشار إليه بعض الأخبار، «منه رحمه الله».

٤- بعنوان العصير، «منه رحمه الله».

و منشأ فتواه قدّس سرّه قوله عليه السّلام فى روايه عمّار: «هو خمر» (١) بناء على روايته، مع أنّ هذه اللفظه ليست فى الحديث على روايه «الكافى» (٢) الذى هو أضببط على المشهور.

مضافا إلى أنّه مع التسليم بكونه جزء الحديث من حيث الدلاله فيه جهات من البحث؛ إذ لعلّه عليه السّلام حكم بكون نوع خاصّ من العصير خمرا لا مطلقا؛ لأنّ الراوى يسأل عن البختج الذى قيل: هو معرّب «مى پخته» (٣)، و غير ذلك من جهات الإشكال فى الحديث الذى [هو] حديث زيد النرسى، حيث وقع فيه تصحيف عجيب، و زيد فيه جمله تدلّ على إطلاق حكم النجاسه بالنسبه إلى ما إذا غلى العصير بنفسه أو بالنار.

مع أنّه ليس فى أصل هذا الراوى الجليل - على ما ذكره المجلسى و غيره (٤) - أثر من الجملة المذكوره، بل هو أيضا موافق لسائر الأخبار، و ذكر حكم العصير المطبوخ.

كما يشعر بذلك أيضا الأخبار المشتمله على قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «كلّ مسكر حرام» (٥) بحيث يستفاد منها الحصر كما يستشعر أيضا عن الأخبار التى مبنى حكمه التثليث فى العصير المطبوخ بالنار بأنّه يحفظ و يمنع عن الفساد و حصول

١- تهذيب الأحكام: ١٤٣ / ٩ الحديث ٥٢٦.

٢- الكافى: ٤ / ٢١١ الحديث ٧، وسائل الشيعة: ٢٥ / ٢٩٣ الحديث ٣١٩٤٠.

٣- لسان العرب: ٢ / ٢١١.

٤- بحار الأنوار: ٧٩ / ١٧٧ الحديث ٨، مستدرک الوسائل: ٣٨ / ٢٠٦٧٦.

٥- وسائل الشيعة: ٢٥ / ٣٢٥ باب ١٥ من أبواب الأشربه المحرّمه.

حاله الإسكار، فيصير شراباً طيباً و إن بقي سنه (١).

و يدفع ذلك كله إطلاقات الباب، مثل قوله عليه السلام: «كل ما غلى بالنار فقد حرم» (٢) بل عمومها، بناء على عدم تقييدها و تخصيصها بما يستفاد من مجموع الأخبار المشار إليها المستفاد منها أن المناط هو حصول وصف الإسكار فعلاً أو صيوره العصير بعد الغليان مظنه الفساد.

و يمكن الدعوى بأن الوصفين - أعنى الغليان مطلقاً (٣) و الشده - ملازم لحصول وصف الإسكار و الخمرية، كما ادّعاها العلامة الطباطبائي (٤)؛ فحينئذ يرتفع الخلاف، و لكن الشأن إثباتها.

و بالجملة؛ ما استظهرنا من كلمات جلّ الفقهاء من التفصيل بين ما إذا غلى بالنار، أو بنفسه، ففي الأوّل لا يحلّ حتّى يذهب ثلثاه، و في الثاني حلّيته بصيرورته خللاً هو الذي يستفاد من أخبار الباب أيضاً، فإنّ من أمعن النظر إليها يرى أنّ كلّ ما كان الكلام فيها عن العصير المطبوخ فحلّيته مغياً بالتثليث، بخلاف ما كان الكلام عن العصير المغلى بنفسه.

نعم؛ في روايه زيد النرسى (٥) ما يستفاد منها التعميم، و لكنّها محرّفة - على ما حقّقه شيخ الشريعة قدّس سرّه - و إنّ النسخه الصحيحه منها توافق سائر الروايات.

و أمّا اعتبار أصله و رواياته فمما لا إشكال فيه أصلاً، و قد تعرّض له

١- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٢٨٨ الباب ٥ و ٢٩٥ الباب ٨ من أبواب الأشربه المحرّمه.

٢- مستدرک الوسائل: ١٧ / ٣٨ ذيل الحديث ٢٠٦٧٦ مع اختلاف.

٣- بالنار أو بالنفس، «منه رحمه الله».

٤- رياض المسائل: ١ / ٤٨٧.

٥- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٢٩١ الحديث ٣١٩٣٥.

العلّامتان: الوحيد البهبهاني و الطباطبائي، و غيرهما من الأعاظم (١) رحمه الله عليهم و أنّ أصله منقول عن ابن أبي عمير العدي هو من أصحاب الإجماع، و لا يروى إلّا عن الثقة (٢).

فعلى كلّ حال من جهة الحجّيه و الاعتبار لا- مريه فى أصل زيد النرسى، و إنّما الكلام فى متنه و دلّالته، و قد تبين أخيرا أنّه مصحّف على نقل متأخري المتأخرين، و الصحيح المضبوط منه لا يخالف سائر الأخبار (٣).

١- تعليقات على منهج المقال: ١٤٣، رجال بحر العلوم: ٢ / ٣٦٥-٣٧٨، و لاحظ! جامع الرواه: ١ / ٣٤٣.

٢- الفهرست للشيخ الطوسى: ١٧٢، جامع الرواه: ١ / ٣٤٣.

٣- وسائل الشيعة: ٢٥ / ٢٨٢ الباب ٢ من أبواب الأشربة المحرّمه.

نجاسه الكافر

هذا المبحث أيضا من المشكلات، قال بعضهم بنجاسته مطلقا، مستدلا بقوله تعالى: **إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ** (١) ووجهه واضح (٢).

و استشكل فيها من جهه الكبرى

أولاً؛ بأن المراد من «النجس» ليست النجاسه الاصطلاحيه الشرعيه، لأنها مستحدثه من عصر الأئمه عليهم السلام إلى بعد، و أما وقت نزول الآيه فلم يكن المراد من «النجس» إلما القذاره، و هى المعنى اللغوى، و لما لم يكن للكافر قذاره ظاهرية حتى ينطبق على اللغوى فلا بد أن يحمل على النجاسه الحكميّه و القذاره الباطنيه، كما لم يرد لفظ «النجس» فى الأخبار بالمعنى المصطلح أيضا.

قالوا: و يؤيد ذلك ذيل الآيه؛ إذ لو كان المراد المعنى المصطلح فلا بد من تخصيص الحكم، و هو عدم قرب الكافر و عدم دخولهم فى المسجد الحرام بما إذا كانوا رطبا بمثل العرق و غيره حتى لا يلوّث بهم المسجد الحرام؛ إذ لا خلاف فى أن كلّ يابس ذكى، كما أنّ الحكم فى مطلق النجاسات ذلك (٣).

١- التوبه (٩): ٢٨.

٢- تذكره الفقهاء: ١/ ٦٧.

٣- الحدائق الناضره: ٥/ ١٦٤، لاحظ! جواهر الكلام: ٦/ ٤٢.

و بالجمله؛ لا سبيل إلى حمل النجس في الآية على المعنى المصطلح، فلا محيص عن الحمل إلى القذاره المعنويّه و هي نجاسه الكفر.

هذا حاصل ما اورد على الآية.

و فيه؛ أنّ هذا وارد إذا كان المراد من النجاسه الشرعيّه مفهوما مبينا لمعناها اللغويّ، و أمّا إذا كان من مصاديق ذلك المعنى، بأن كانت النجاسه الشرعيّه عين المفهوم اللغويّ، غايته أنّ الشرع تصرّف فيها، بأن جعل لها حدودا خاصّه و وسّع دائره المفهوم اللغويّ أو ضيقه، فحينئذ لا منافاه بين المعنى اللغويّ و الشرعيّ حتّى لا يجوز الجمع بينهما إلّا بالقرينه و المثونه، فالمراد بالنجس في الآية هو النجاسه الشرعيّه التي هي بين مصاديق القذاره اللغويّه.

و أمّا ذيل الآية و الحكم بعدم جواز دخول الكافر المسجد أيضا لا ينافي هذا المعنى، بل هو مخصوص بهذا الفرد من النجاسات للفرار و إن لم يكن ملوثا، و لا يلزم تخصيص الحكم بما إذا كان الكافر نجاسه مسريه، فيكون حاصل معنى الآية- و الله أعلم:- أنّ الكافر قذر لسرايه نجاسته الباطنيه إلى ظاهره، فلا يجوز أن يدخل المسجد الحرام، و لا مانع من هذا المعنى، و لا مبعده سوى دعوى القطع بأنّ النجاسات الشرعيّه مطلقا إنّما يحرم إدخالها المسجد إذا كانت متعدّيه، و إلّا فلا، و إثباتها كليا على مدّعياها.

و أمّا ثانيا؛ فالإشكال في الآية من جهه الصغرى، حيث إنّ الحكم على فرض التسليم مخصوص بالمشرك، فلا يعم الكافر بأقسامه من أهل الكتاب و غيره، و لذلك قيل بأنهم أيضا مشركون، كما يدلّ ذيل آيه اخرى، و هو قوله

تعالى: سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ (١) (٢).

و فيه؛ أنّ هذا خلاف المعنى المصطلح من الشرك و المشرك؛ إذ الظاهر منه هو العدى يرى فى عرض ذاته تعالى شريكا فى خالقيته و تدبيره، و هذا المعنى يختص بالوثنى و الصنمى و كل من اعتقد للموجودات و عالم التكوين مبدئين، و أمّا مثل اليهود و النصارى القائلين بأنّ الله تعالى اتّخذ عزيزا أو المسيح ولدا، و كذلك من اعتقد بالواسطة و المقرّب إليه تعالى، فإطلاق الشرك عليهم إنّما يكون بالعناية، و الإطلاق أعمّ، كما اطلق على المرائى المشرك، مع أنّه لا يعبد إلّا الله، و إنّما يرائى عبادته لا أن يكون الناس معبودا.

و بالجملة؛ فهذه الجهات لما ينافى الخلوص و أنّه ساحتها تعالى يرى عن شئون الإمكان من اتّخاذ الولد و نحوه، فلذلك جعل تعالى الالتزام بها من الشرك، لا أن يكون المعتقد بها مشركا حقيقيا، و لذلك جعل المشرك فى القرآن غالبا فى عرض أهل الكتاب.

فعلى هذا يخرج أهل الكتاب عن مساق الآيه، و لا بدّ من البحث فيهم مستقلا، كما عليه بناء الأصحاب.

و لقد أجاد المحقّق الهمدانى قدّس سرّه فى «مصباح الفقيه» فى البحث عن أهل الكتاب، و نقل عمدته الأخبار و استدلال الفريقين القائلين بطهارتهم و نجاستهم.

و حاصل ما أفاد: أنّ الأخبار التى تمسّكوا بها لنجاستهم غير دالّة على نجاستهم الذاتية، بل فيها ما يستفاد منه طهارتهم من هذه الجهة، كقوله عليه السّلام فى

١- التوبه (٩): ٣١.

٢- الحدائق الناضرة: ١٦٦/٥.

روايه ابن مسلم: «لا تأكلوا في آنتهم ولا من طعامهم الذي يطبخون، ولا في آنتهم التي يشربون فيها الخمر (١)» (٢).

و لكن أخبار طهارتهم ظاهره فيها، و مشتمله على شواهد داله على أن أخبار النجاسه فى مقام بيان نجاستهم العرضيه لا الذاتيه، فهى على حجيتها باقيه؛ إذ لا- قصور فى دلالتها و كذلك فى سندها؛ لأنها صحاح مستفيضه، و المفروض أن الطائفه الاولى لقصور دلالتها- كما أشرنا- لا تصلح لمعارضتها.

نعم؛ الذى يضعفها ذهاب المشهور إلى نجاستهم، فبناء على أن الشهره الفتوائيه على الخلاف يوجب سبب الوثوق و الاطمينان عن الروايه، يشكل القول بالطهاره، و المسأله تحتاج إلى المراجعه و مزيد تأمل حتى يظهر الأمر و حقيقه الحال، و هو العالم.

بقى الكلام فى معنى الكفر و الكافر، فإن بعض مصاديقه مشكوك؛ إذ الكفر لغه بل اصطلاحا معناه: الجحود و الإكفار (٣). و عليه لا- يصدق الكافر على الشاك و المتردد فى أركان الدين، و ينحصر بالجاحد و المعاند، كما نرى فى القرآن بالعيان أن خطاباته و زجره متوجه إليهما، مثل الآيات الكريمه: وَ جَحِدُوا بِهَا وَ اسْتَيْقَنَتْهَا أَنفُسُهُمْ (٤) و يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لِمَ تَلْبُسُونَ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَ تَكْتُمُونَ

١- وسائل الشيعه: ٣/ ٤١٩ الحديث ٤٠٤٠، انظر! مصباح الفقيه (كتاب الطهاره): ٥٥٨ و ٥٥٩ ط. ق.

٢- الظاهر أن هذه الأخبار ليست لبيان الطهاره و النجاسه، بل هى فى مقام الحكم بالاجتناب عن اليهود و النصارى، و عدم الخلطه معهم، و حاصلها: أنها أحكام أخلاقيه، «منه رحمه الله».

٣- مجمع البحرين: ٣/ ٤٧٤.

٤- النمل (٢٧): ١٤.

الْحَقُّ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (١) و غيرهما (٢).

و بالجمله؛ الشاكّ في الله و رسوله و الأمور الضروريّه من الدين وجدانا ممكن، و صريح كثير من الأخبار إحاله الكفر على الجحود، بحيث ما لم ينكروا لم يكفروا.

فحينئذ لا مجال لإنكار الواسطه بين الكفر و الإسلام، و إن كان يظهر من الكتب الكلاميه بل الفقهيّه إنكارها و إحقاق الشاكّ بالجاحد (٣)، و جعلوا الإسلام مقابل الكفر (٤).

فعلى هذا مقتضى القاعده في الشاكّ الذي لا ينكر الاصول التفصيل في الأحكام، فما كان منها مترتبّه على الإسلام مثل النكاح و نحوه، لا يثبت للشاكّ، و ما كانت ثابتة للكافر مثل النجاسه أيضا لا تثبت.

و لا فرق في ذلك بين المنتحلين للإسلام- كما جعل هؤلاء مفاد الأخبار- و غيرهم.

إن قلت: إن الأخبار التي تدلّ على أنّ ما يحقن به الدماء و يجري عليه المواريث هو الإقرار بالشهادتين، و أنّ به يمتاز الكافر عن الإسلام (٥)، ترفع الواسطه و تبين الضابطه.

١- آل عمران (٣): ٧١.

٢- العنكبوت (٢٩): ٤٧، ٤٩.

٣- جواهر الكلام: ٤٨ / ٦.

٤- الحدائق الناضرة: ١٦٢ / ٥، و نقل في «مصباح الفقيه» تسالمهم عليه، و لذلك أوّل الأخبار التي أشرنا إليها، «منه رحمه الله»، مصباح الفقيه (كتاب الطهاره): ٥٥٧ ط. ق.

٥- الكافي: ٢٤ / ٢ الحديث ١.

قلنا: أولاً؛ لا منافاه بينها و الأخبار التي علقت الكفر على الجحود (١)، و قد اعترفنا بأن أحكام الإسلام لا تترتب على الشاك.

و ثانياً؛ إنه لا بدّ من تقييد تلك الأخبار بالتي ذكرنا، بمعنى أنه و إن كان مفادها أن غير المقرّ بالشهادتين كافر، إلا أنه يقيد بما إذا جحد، و أمّا الساكت فلا يترتب عليه أحكام الكفر. فتأمل جيداً!

تطهير الأواني

فرع: يجب غسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثا أولاهنّ، بالتراب.

أقول: هذا الحكم في الجملة من المسلّمات، إلّا أنّه كلّما تفحصنا ما عثرنا على روايه يستفاد منها الحكم بهذه الخصوصيات؛ إذ ليس في أخبار الباب (١) إلّا روايه أبي العباس (٢)، مع أنّه ليس فيها لفظه الولوغ أوّلا، بل قال عليه السّلام: «لا تتوضّوا من فضله» إلّا أن يقال: إنّ مساق ولوغ الذي هو شرب المائع باللسان، كما يشعر به النهي عن التّوضؤ به، فتأمل. فإنّه بيان لبعض آثاره، و لذلك يجري الحكم في سائر المائعات.

و ثانيا- و هو العمده- ليس فيها ما يدلّ على اعتبار الغسل ثلاثا، بل الظاهر منها اعتبار الغسل فقط بعد التعفير بالتراب.

نعم؛ على روايه المحقّق في «المعتبر» حيث نقل هكذا: «ثمّ بالماء مرّتين» (٣) يتمّ الفتوى، إلّا أنّ الشّأن إثبات كون هذه الروايه مستندا لفتوى الأصحاب، مع أنّها على ما في كتب الأحاديث خاليه عن هذا القيد.

إن قلت: يمكن أن يكون مستندهم بالغسل ثلاثا روايه عمّار (٤) التي هي

١- ما يمكن أن يتمسك بها من المعتبرات، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ١/ ٢٢٦ الحديث ٥٧٤.

٣- المعتبر: ١/ ٤٥٨.

٤- وسائل الشيعه: ٢٥/ ٣٦٨ الحديث ٣٢١٤٢ و ٣٢١٤٣.

المستند لاعتبار الثلاث في مطلق الإناء.

قلت: فعلى هذا لا بد من الفتوى بال غسل ثلاثا بعد التراب، مع أنهم ما التزموا بذلك، مضافا إلى أن تلك الموثقة صريحه أو ظاهره في بيان تمام المراد، كما أن روايه أبي العباس كذلك، و تأبى عن التقييد جدًا.

فعلى هذا لا دليل على الحكم المزبور إلا الإجماع المدعى في الباب، فإن تم فهو، وإلا فيشكل الأمر جدًا.

ثم إنه على [أنه] يتعدى الحكم إلى طلع الكلب الإناء، أو وقوع لعاب فمه فيه، كما عليه جمع (١)، يمكن الالتزام بالتعدى و التعميم، بناء على أن يكون المستند روايه أبي العباس، حيث إن من قوله عليه السلام أولا: «رجس نجس» «لا تتوضأوا بفضله» (و اصعب ذلك الماء» (٢) .. إلى آخره، يستفاد من مجموع ذلك أن في فم الكلب مطلقا قذاره خاصه إذا أصابت الإناء لا تزول إلا بالتعفير.

ثم إنه هل يلحق الخنزير بالكلب في لزوم التعفير و الغسل ثلاثا، أم لا؟

الذى يظهر من قدماء الأصحاب ذلك (٣)، و لكن لم يظهر لنا دليل عليه من روايه و لا غيرها مما يعتد به.

و أما المشهور بين المتأخرين وجوب الغسل سبع مرّات (٤)، مستندا إلى صحيحه على بن جعفر (٥) عليه السلام و هو روايه تامه الدلاله، و مع ذلك العجب من

١- جواهر الكلام: ٣٥٧ / ٦.

٢- وسائل الشيعة: ١ / ٢٢٦ الحديث ٥٧٤.

٣- الخلاف: ١ / ١٨٦ المسأله ١٤٣.

٤- مختلف الشيعة: ١ / ٤٩٦ المسأله ٢٥٨.

٥- وسائل الشيعة: ١ / ٢٢٥ الحديث ٥٧٢.

القدماء كيف لم يعتمدوا عليها؟! ولذلك يشكّل الأمر جدّاً، حيث إنّه إن ثبت إعراض الأصحاب عنها فكيف عمل بها مشهور المتأخّرين؟ وإن لم يثبت، فلا بدّ من المصير إليها.

و على كلّ حال لا مستند للقدماء من وجوب التعفير، و أمّا الغسل ثلاثاً فيمكن أن يكون مستندهم روايه عمّار الوارده في مطلق الإناء (١)، فتأمّل!

فرع: مثل الحنطه و الأرزّ بل الصابون ممّا لا يقبل العصر إذا تنجّست هل يطهر أم لا؟ فقال بعضهم بقبوله مطلقاً (٢)، و فصل بعضهم بين الماء الكثير و الجارى [و القليل]، فالتمروا بقبوله التطهير [فى الماء الكثير و الجارى] دون القليل (٣).

و معلوم أنّ الخلاف فيما إذا تعدّت و سرت النجاسه إلى باطن ما ذكر، و نقول: إنّ البحث فى المقام من جهات:

الاولى؛ إنّ الأمور المذكوره غير قابله للعصر، فالغساله لا يخرج منها.

و الثانیه؛ أنّ ما يدخل فى جوفها إنّما هو الرطوبه لا الماء، فلا يصدق الغسل.

الثالثه؛ أنّ وجود الرطوبه فيها مانعه عن تأثير المطهّر، بل يصير مضافاً بالنسبه إلى بعضها.

الرابعه؛ عدم وجود إطلاق أو عموم يدلّ على قبول كلّ متنجّس للتطهير.

١- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٣٦٨ الحديث ٣٢١٤٣.

٢- جواهر الكلام: ١٥١ / ٦ و ١٥٢، فقد نسب القول فيه إلى الأردبيلی و الكاشانى و النراقى و استقواه.

٣- جواهر الكلام: ١٥٠ / ٦.

هذه عمدته جهات الإشكال فى المسأله، و لكن بعضها يختصّ بالتطهير بالقليل كالاولى، حيث إنّ المطهر القليل لما ينفعل فلا بدّ من خروج الغساله فى الجملة (١) حتّى يتطهر المحلّ، و من المعلوم أنّ الكرّ و الجارى لا ينفعل، و لذلك بنينا على عدم لزوم العصر فيهما، و بعضها يعمّ الكثير مثل الثانيه.

و الحقّ أنّ تلك الجهه من الإشكال غير قابله للذنب؛ بداهه أنّه لا يصدق الغسل بالماء على مثل الحنطه و الصابون إذا تنجّست و سرت النجاسه إليها بوضعهما فى الكرّ أو الجارى لا عقلا و لا عرفا، و إن أصرّ قدّس سرّه فى «مصباح الفقيه» على صدقه بتقريب له (٢).

هذا؛ و أمّا الجهتان الاخرتان فليستا بشىء، كما يظهر للمتأمل.

و مع ذلك؛ فالتحقيق أنّ الأشياء المذكوره قابله للتطهير؛ لأنّ باب التطهير كالتنجيس أمر تعبديّ، بمعنى: كما أنّه ليس كلّ شىء منجّسا إلّا أن يدلّ عليه دليل شرعىّ، كذلك كيفيه التطهير فى الجملة، و تعيين أصل المطهر إنّما هما بيد الشرع، فلما نرى أنّه جعل الأرض مطهّرا لباطن الكفّ و النعل مع بقاء الأثر، أو رشح الماء و صبّه فى بعض المتنجّسات كذلك.

و هكذا باب الاستنجاء و التطهير بالأحجار مع بقاء الأثر، مثل الطشت من الماء و ما اعتبر ورود المطهر، بمعنى أنّه اكتفى إلى صدق الورود ابتداءً لا استدامه، كما هو المسلّم و عليه الأصحاب.

و إنّما الخلاف فى ما إذا كان المتنجّس واردا من الأوّل، فكذلك فى تطهير

١- و ذلك؛ لأنّ الخروج رأسا لا يتحقّق فى مطلق المتنجّسات، «منه رحمه الله».

٢- مصباح الفقيه: ٦٠٢ ط. ق.

المتنجسات المذكوره يكفى ورود الماء عليها و صدق الإصابه فى الجملة و إن لم يصدق الغسل عقلا بل عرفا؛ إذ عرفت أنه ليس مدار الأحكام الشرعيه على الدقه العقليه، فما ذكر من الموانع ليست إلا الاستبعادات المحضه التى لا تعارض الأدله المطلقه بل العامه، مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «خلق الله الماء طهورا» (١).

هذا؛ مضافا إلى الروايات الخاصه فى المقام، مثل روايات طهاره السطح النجس بالمطر، و السقف، حيث قال عليه السلام بأن ما يكف منه و يتقاطر منه طاهر (٢) مع أن ماء المطر لا يسرى إلى الطرف الداخلى من السقف و السطح إلا بالرطوبه.

و كذلك أمره عليه السلام بتطهير اللحم المتنجس فى القدر بالماء (٣)، و أمثال ذلك من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه، و قد أفتى بمضمونها الجلّ.

فعلى هذا يندفع شبهه اعتبار خروج الغساله أيضا، فتدبر.

هذا؛ و لكن فى التطهير بالقليل لا ينبغى ترك الاحتياط، خصوصا فى مثل الصابون، و أما قابليه تطهير ظاهر ما ذكر بالماء مطلقا فهى مسلمه، و شبهه سرايه نجاسه الباطن إلى الظاهر مندفعه.

١- وسائل الشيعه: ١ / ١٣٥ الحديث ٣٣٠.

٢- وسائل الشيعه: ١ / ١٤٤ الباب ٦ من أبواب الماء المطلق، نقله بالمعنى.

٣- وسائل الشيعه: ١ / ٢٠٦ الحديث ٥٢٩.

ما يعفى عنه فى الصلاة من النجاسات

الأول: دم القروح و الجروح (١) و عمدته البحث فيه من جهة أنّ العفو عنهما مختصّ بما إذا كان فى التطهير مشقّه بحيث تكون أدلّتها مساوقه لأدلّته الحرج، أم لا، بل الأمر أوسع منه، فيكون معفوًا عنه حتّى يبرأ، و ما دام مقتضى سيلان الدم موجودا فدم القروح لا يلزم تطهيره؟ الذى يظهر من أكثر أخبار الباب و عمدتها الثانى، و لا دليل على التقييد بالمشقّه سوى دعوى الانصراف أو الاستفاده من مناسبه الحكم و الموضوع.

نعم ما يمكن أن يستدلّ به من الدليل اللفظى المقيّد لإطلاقات الباب موثّقه سماعه المضمّره (٢)، حيث علّل الإمام عليه السّلام عدم لزوم التطهير بأنّه لا يستطيع أن يغسل ثوبه كلّ ساعه، و من المعلوم أنّه ظاهر فى التقييد، و لكن يفترق المقام مع أدلّته الحرج أنّ فيها المناط الحرج الشخصى، و لذلك تكون حاكمه على سائر الأدلّه، إذ ميزان الحكومه صدق العنوان الموجب للتوسعه أو التضييق على التفصيل فى محلّه، بخلاف المقام، فغايه ما نلتزم به هى المشقّه النوعيه، كما يستفاد من التعليل المذكور.

الثانى: الدم مطلقا غير الدماء الثلاثه، و البحث فيه ...

١- الذى يظهر من اللغه أنّهما بمعنى واحد، و هو الجراحه (مجمع البحرين: ٢/٤٠٣)، فمثل الدمامل لها عنوان على حده، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ٣/٤٣٣ الحديث ٤٠٨٢.

جواز بيع المتنجس و عدمه

فرع:

قالوا: لا- يجوز التسبب في ارتكاب النجس، و نحن بيّنّا سابقا ما هو مقتضى الأدله في هذه المسأله، و الغرض هنا بيان ما فرّعوا عليها من عدم جواز بيع التّجس و إعارته.

فقول: التحقيق أنّ الحكم يختلف بالنسبه إلى ما يتصوّر من الأقسام؛ إذ التّنجس إن كان ممّا لا يقبل التطهير أصلا كالسمن المائع أو العسل الذي فيه نجاسه، ففي مثله لما كان يخرج عن المائيه رأسا و يصير كالأعيان النجسه، فمقتضى قوله عليه السّلام: «إنّ الله إذا حرّم شيئا حرّم ثمنه» (١) عدم جواز بيعه و كذا إعارته؛ لأنّه إيقاع في الحرام الذي قلنا: إنّه بحكم الشرع و العقل قبيح و حرام.

و أمّا في ما يقبل التطهير فهو على قسمين: أحدهما ما يكون استعماله مشروطا بالطهاره، كالأواني و نحوها، فلا بدّ فيه من الإعلام؛ إذ المفروض ملازمه الاستعمال في مثله مع الطهاره، فتكون من المصاديق الواضحه لتسبب الحرام.

إنّما الكلام في بطلان المعامله فيه، لا أرى له وجهها سوى النهى المستفاد من التسبب المنطبق على البيع و نحوه، مع أنّ النهى في المعاملات لا يدلّ على

١- عوالى اللآلى: ٢/ ١١٠ الحديث ٣٠١، و ٣/ ٤٧٢ الحديث ٤٨.

الفساد، كما هو التحقيق، و المسأله تحتاج إلى مزيد تأمل.

و ثانيهما؛ ما لم يشترط فى استعماله الطهاره، كالفرش و اللحاف، بل و اللباس الذى يكون استعماله فى المشروط بالطهاره اتفاقيا أو كثيرا، ففى أمثاله لَمَّا لا يصدق التسبب فلا حرمه، و لا يجب الإعلام أيضا عند البيع و نحوه.

و الحاصل؛ أن الحكم دائر مدار التسبب، و إلما فلا- حرمه، فلا- يجب رفع المانع، و الإعلام فى ما لو علم بابتلاء الغير بالنجاسه حتى فى بيت نفسه، فتدبر!

و اعلم! أنه يدل على بطلان البيع مع عدم الإعلام فى القسم الأول من القسمين الأخبار الخاصه الوارده فى بيع الدهن النجس، قال عليه السلام: «بيته (١) لمن يشتريه (٢) ليستصبح به» (٣) و إن ناقش فيه شيخنا قدس سره بأنه لا- ملازمه بين البيان و الاستصباح، إلّا أنه سلم أن غايه التقييد عدم استعماله فى الأكل و نحوه (٤)، و المستفاد من التقييد و الأمر بالبيان هو الاشتراط، كما هو الأصل فى المركبات.

ثم إن التحقيق أن الأصل فى النجاسات عدم جواز الانتفاع و بيعها إلما ما دلّ عليه الدليل، كما أن الأصل فى المتنجسات هو العكس.

١- فى المصدر: «و بيته».

٢- فى المصدر: «اشتراه».

٣- وسائل الشيعه: ١٧ / ٩٨ الحديث ٢٢٠٧٧، و ٢٤ / ١٩٤ الحديث ٣٠٣٢٣.

٤- المكاسب: ١ / ٧٣.

ص: ٨٧

رسالة الصلاة

إشارة

لباس المصلّي

صلاة الجماعة

[لا يخفى أنّه وقع التسالم بين الفقهاء على جريان أصله عدم التذكيه عند الشكّ في اللحوم و الجلود فلا تجرى فيها أصله الحليته و الطهاره، فلا تصحّ فيها الصلاه للنهي عن الصلاه في غير المذكي، و هو كما يحرز بالوجدان يحرز بالأصل أيضا، فعند الشكّ في التذكيه تجرى أصله عدم التذكيه.

فاللازم هنا بيان امور:

الأول: أنّ الأصل عند الشكّ هو عدم التذكيه، لأنّ الحيوان لم يكن مذكي في زمان و يشكّ الآن في وقوع التذكيه عليه، و أنّه مات بالتذكيه و الذبح مع الشرائط أم لا؟ فيستصحب عدمها.

و لا يقال: إنّ عنوان الميتة أمر وجودي فلا يثبت باستصحاب عدم التذكيه إلّا على القول بالأصل المثبت.

فإنّه يقال: كما أنّ الحكم بالحرمة و النجاسه رتب في الأدله على عنوان الميتة كذلك رتب على غير المذكي، فعند الشكّ يستصحب عدم التذكيه، و هذا الأصل هو المرجع عند الشكّ ما دام ليس على اللحم أو الجلد [١] أثر استعمال المسلم حتّى تصير واردا و حاكما على الأصل.

و لا- يخفى أنّ الظاهر من الأدلّه (١) مانعيه [مثل قوله عليه السّلام: «لا تصلّ فيها» (٢) وغيره كما يظهر لمن تأمّل في الأدلّه] الميته، و إن كان يظهر من ذيل روايه ابن بكير (٣) اشتراط التذكيه، إلّا أنّه بعد كونها مصدره بحكم آخر، فالظاهر أنّها ليس في مقام تأسيس الشرطيّه و اهتمام فيها مستقلاً، بل يكون إشاره إلى مدخليه التذكيه.

فكيف كان، فقد عرفت عدم الفرق، فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا- مجال للمناقشه في الاستصحاب المذكور إمّا من جهه كونه معارضاً بعد ما عرفت من توقّف حليّه الأكل على التذكيه، مع أنّ في الأخبار وارد أنّ: «كلّ ما لم يذكّ فهو ميتة» (٤)، و إمّا من جهه تعدّد الموضوع و تبدّله؛ لأنّه بعد الغضّ عمّا ذكرنا في جوابه للإشكال فيه، بأنّ ما هو موضوع للحكم هو العدم النعتي، و لا ربط له بالعدم المحمولي فإنّه قد تغيّر يقينا.

فأقول: إنّما العدم النعتي الّذي كان مقارنا للحياه، و ما تغيّر ذاك العدم قطعاً، فإنّ من الواضح أنّ العدم في جميع هذه الأحوال واحد، و إنّما الوجودات و الأحوال مقارنات له، و لا يكون لها دخل في قوام حقيقته حتّى يقال: إنّها إذا كان حيّاً كان عدم آخر غير حال موته، فإنّه لا أثر لهذا التبدّل أصلاً.

و بالجملة، فنقول: إنّ هذا الحيوان إذا كان حيّاً ما كان فعل التذكيه واقعا

١- وسائل الشيعه: ٣٤٥ / ٤ الباب ٢ من أبواب لباس المصلّي.

٢- الكافي: ٣٩٧ / ٣ الحديث ٣، و وسائل الشيعه: ٣٤٥ / ٤ الحديث ٥٣٤٥.

٣- الكافي: ٣٩٧ / ٣ الحديث ١، تهذيب الأحكام: ٢٢٢ / ٢ الحديث ٨١٨، و وسائل الشيعه: ٣٤٥ / ٤ الحديث ٥٣٤٤.

٤- وسائل الشيعه: ٣٧٦ / ٢٣ الباب ٢٤ من أبواب الصيد، نقله بالمعنى.

عليه، فيستصحب عدم هذا الفعل إلى بعد الموت.

الثانى: اختلفوا فى أنّ القابليّيه فى الحيوان- أى كونه مأكول اللحم- أن يكون من مقومات التذكيه الشرعيّه و أجزاءها، أم لا، بل هى إنّما الأفعال الخاصّه، و هو خارج عنها؟

يمكن استفاده الثانى من الأخبار؛ لأنّه إذا يسأل الراوى من الإمام عليه السّلام و يقول: أ ليس التذكيه بالحدديد؟ فيقول عليه السّلام: «نعم إذا علمت أنّه مأكول اللحم» (١) فالظاهر من الروايه أنّه شرط خارج و غير ذلك من الأدلّه ممّا يأتى بالإشاره إليها إن شاء الله.

و كيف كان، تظهر الثمره فى أنّه إذا قلنا بالأوّل، فإذا شككنا فى المأكوليّه (القابليّيه) فالمرجع أصاله عدم التذكيه؛ لأنّ الشكّ فيها يرجع إلى الشكّ فى التذكيه، بناء عليه فيقال: إذا كان هذا الحيوان حيّا ما كان هذا المعنى- أى التذكيه- واقعا فيستصحب.

فلا يقال: إذا احرز فعل الذابح و شكّ فى القابليّيه فلا بدّ أن يرجع إلى القاعده.

لأنّنا نقول: الأصل الموضوعى هنا حاكم، فالشكّ فى الأجزاء يوجب الشكّ فى الموضوع، بخلاف الثانى، فإذا شككنا فيها بناء عليه، فالمرجع قاعده الحلّيه و الطهاره؛ لأنّه ليس للمشكوك حاله سابقه حتّى تلاحظ، فإذا علمنا بتذكيه حيوان و شككنا فى مأكوليّه لحمه، فهو محكوم بالحليّه و الطهاره، لأنّه لا مانع من الأصليين مع عدم أصل موضوعيّ حاكم، فإذا شكّ فى التذكيه؛ فإنّما أن يكون المنشأ مأكوليّه اللحم و عدمه، و إمّا أن يكون الفعل الواقع، أى من جهه

١- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٥، و ٣٤٨ الحديث ٥٣٥٤، نقله بالمعنى.

سائر الشرائط المعتبره فيها، مع فرض القطع بكون الحيوان من مأكول اللحم، و على كليهما فالمرجع أيضا أصاله عدم التذكيه؛ لأنه في الصورة الاولى يكون الشكّ، و إمّا يكون على الأول منشأ الشكّ هو فعل الذابح مع القطع بالقابليه، فالمرجع أيضا أصاله عدم التذكيه؛ لأنّ الشكّ في الأجزاء يرجع إلى الشكّ في المركّب، و على الثانى أيضا إمّا أن يكون منشأ الشكّ وقوع الفعل عليه فالمرجع أيضا أصاله عدم التذكيه، فالصور أربع، و على كلّ حال فلا يثمر هذا النزاع فى مقامنا، و لا يمنع من إجراء الأصل إلّا فى صورته واحده كما عرفت.

و اختلاف آخر واقع فى المقام و هو أنّ غير مأكول اللحم من الحيوان يقع عليه التذكيه أم [لا؟]، و الأقوال المعروفه فى المسأله أربعه، يتبيّن كلّها مع مداركها فى محلّه.

و الّذى استقرّ عليه رأى الأستاذ- دام ظلّه- هو أنّ ما عدا الحشرات و نجس العين يقع عليه التذكيه؛ لورود خبرين صحيحين بوقوعها على السباع (١) مع الروايه الدالّه على أنّ أكثرها مسوخ (٢)، يثبت المدعى.

اعلم! أنّ ما حكمنا به من لزوم العلم و اشتراطه بعدم كون لباس المصلّى من الميتة، أو قيام الأماره عليه، استفدناه من الأخبار (٣)، و أمّا ما ورد فى بعض الأخبار من أنّ كلّ ما شكّ فى كونه ميتة يحكم بصحّته الصلاه فيه (٤) و لا يخفى أنّها لا تثبت الطهاره و الحليّه لأنه لا يصير الشكّ أماره حتّى يثبت جميع الآثار، و كيف

١- وسائل الشيعه: ٢٤ / ١١٤ الحديث ٣٠١١٣، و ١٨٥ الحديث ٣٠٣٠٢.

٢- وسائل الشيعه: ٤ / ٣٤٧ الحديث ٥٣٥٠، و فيها: «ما لا يؤكل لحمه لأن أكثرها مسوخ».

٣- لاحظ! وسائل الشيعه: ٤ / ٣٤٣ الباب ١ من أبواب لباس المصلّى.

٤- لاحظ! وسائل الشيعه: ٤ / ٤٢٧ الباب ٣٨ و ٤٥٥ الباب ٥٥ من أبواب لباس المصلّى.

كان فهي منزله على صورته قيام الأماره؛ لأنها و إن كانت مطلقه إلا أنها مقيده، لأن مساقها يقتضى ذلك، فإن منشأ السؤال كانت الجهات الثلاث:

إما لأن الجماعه يطهرون جلد الميتة بالدباغ.

و إما لأنهم يستحلون ذبائح الكفار.

و إقياً لأن الكفار كانوا مخلوطين فى بلاد المسلمين فيشبهه حكم كثير من الجلود، و لتلك الاحتمالات كانوا يسألون من الإمام عليه السلام فقال عليه السلام: «كل ما أخذتم من المسلمين و شككتهم فيه من هذه الجهات فلا تعتنوا به، و احمّلوا فعلهم على الصحه و رتبوا عليه أثر الواقع لا أثر اعتقاده» (١).

كل ذلك، إذا كان مسلماً أو سوق المسلمين، فإن المراد من لفظ السوق هو هذا لا مطلق السوق؛ و مع ذلك كله مقيده بالصحاح المقيده (٢).

الثالث: اختلفوا فى أنه كما تكون يد المسلم أماره على الحلّ و الطهاره (٣) كذلك تكون يد الكفار أماره على عدم التذكيه، أم لا- بل تكون لا أماره، و تظهر الثمره فى مسأله التعارض إذا وردتا على الجلد؟ الأظهر الثانى، لأنّ المستفاد من الأخبار لا يكون أكثر من ذلك، فإنّ الإمام عليه السلام يأمر الآخذ من يد الكافر بالتحقيق، مع أنّا ما استكشفتنا ذلك إلا من اختصاص أدلّه الأماريه بيد المسلم، و هى لا تثبت أكثر ممّا ذكرنا.

مسأله: هل تكون أرض المسلمين أماره عرضيه فى مقابل يدهم أم لا، بل هى راجعه و طريق إلى اليد؟

١- لاحظ! مستند الشيعة: ١٥/١٤٧-١٤٩، ظاهر العبارة مستفاد من روايات و اصول، وسائل الشيعة: ٣/٤٩٠ الباب ٥٠ من أبواب النجاسات.

٢- وسائل الشيعة: ٣/٤٩٠ الباب ٥٠ من أبواب النجاسات، و ٢٤/٧٠ الباب ٢٩ من أبواب الذبائح.

٣- الحدائق الناضرة: ٧/٥٢-٥٤.

من اشتراط بعضهم وجود أثر الاستعمال على المطروح فيها يظهر الثانى، و من إطلاق بعض آخر يظهر الأول، و مدرك أصل المسأله روايه السكونى (١)، و هو و إن كان عاميًا ممدوحا إلّا أنّهم اختلفوا فى العمل برواياته، ففى بعض المقامات يعملون به و فى بعض آخر لا يعملون بها، لأنّ رواياته تحتل التقيّه مطلقا، و لكن لما كان منشأ السؤال إحدى الجهات التى قلنا، و الإمام عليه السلام كان فى مقام بيان حمل فعل المسلم على الصّحّه، و لذا يبيّن عليه السلام أنّ اليد أماره، و معلوم أنّ الأرض من حيث هى أرض لا تكون أماره، فلا بدّ أن يحمل على ما لو كان عليه أثر الاستعمال حتّى يرجع إلى اليد، مع إمكان حملها على التقيّه.

و بالجمله؛ هى لا تكون دليلا معتبرا يوجب رفع اليد عن الأصل المستفاد عن المعتبرات، و الأخذ بإطلاقها، مع إمكان تقيدها و تخصيصها.

مع أنّه يمكن أن يكون السؤال عن النجاسه و الطهاره لا من جهه التذكيه و الميته، لأنّ من الواضحات أنّه لا يمكن الحكم بكون مطلق المطروح من المذكّى، مع احتمال كونه من بقيّه ما أكلته الكلاب و غيره، و الأخذ بإطلاق هذه الروايه، و الجمود على ظاهرها يوجب القول به.

فالإنصاف أنّها مجمله، و إلحاق الأرض بالسوق لا- محصّل له، لأنّ السوق أيضا طريق إلى اليد، لا- أن يكون بنفسه أماره موضوعيّة، فلو أخذ الجلد من يد الكافر من سوق المسلم لا يكون محكوما بالتذكيه ما لم يكن مسبقا بيد المسلم أو مجهول الحال حتّى يوجب الحكم بالتذكيه بها للغلبه فى الأخير، و فى الأوّل باستصحاب اليد.

متى تصير يد المسلم أماره؟

مسأله: إنما يد المسلم مفيده و تصير أماره إذا لم يكن الجلد المأخوذ منه مسبقاً بيد الكافر أو مجلوباً من أرضهم، فلو كان المأخوذ من يد المسلم هكذا لم يكن محكوماً بالتذكية، و ذلك لأن الأدلة الدالة على حجته اليد لا تدل على كون الحكم واقعياً، فإن الأدلة إما أن تكون في مقام بيان قضايا حقيقته واقعيه، و إما أن تكون قضايا خارجيه، فيصير مفاد الاولى بيان الحكم الكلى، و الثانيه الحكم الجزئى الخارجى و بعد أن عرفت أن أخبار اليد ناظره إلى ما كانوا مبتلين به و سألوا عنه، و من المسلم أنه ما كان فى زمن ورود الروايات الجلود مجلوبه من بلاد الكفر، بل كان [من] بلد المسلمين و كان المسلمون فيها أغلب، بخلاف ما يجلب فى عصرنا من الجلود و نحوها من بلاد الكفر، و يقطع بكون أصل منشأها تلك البلاد التى لا يفرق فيها بين المأكل مأكول اللحم و غيره، و لا بين المذبوح و الميتة، و ما يكون فيها سلطنه للمسلمين.

و بالجملة، شمول أدله السوق و اليد لمثلها فى غاية الإشكال، فالأقوى الاجتناب، إلا أن يظن بأن من اشترى من المسلمين منهم أولاً قد تحرر و ثبت عنده عدم كون المجلوب من الميتة، فيحمل على الصحه و يجوز الاستعمال.

و لا يخفى أنه لا يجوز فى المقام التمسك بالإطلاق المستفاد من ترك الاستفصال، فإن مقام التمسك إنما هو إذا كان للمسئول حين السؤال فردان أو أكثر، حتى يحمل الجواب على كل الأفراد، و قد قلنا: إن حمل الجلود و نحوه ما كان معمولاً من البلاد المختصه بالكفار فى عصر ورود الأخبار.

الرابع: اختلفوا فى أنّ الميتة من حيث هى عنوان للمانعِ بهِ نفسها، أم هى راجعه إلى النجاسه؟ فإن قلنا بالأول؛ فلا يجوز الصلاة فى جلد الميتة التى لا نفس سائله لها مثل السمك وغيره، وإلا فلا.

الذى يستفاد من الأدله الثانى، فإنه بعد ما عرفت وجه السؤال عن الميتة و الصلاة فيها من الموجبات فلا يبقى مجال لجعلها مانعا بنفسه (١) كما هو ظاهر بعض أخبار الباب و إن كان فيها مطلقا مثل قوله عليه السلام: «لا تصلّ فى شىء من الميتة» (٢) فيحمل على المقيدات.

فرع: الظاهر أنّ اعتبار اليد (٣) هنا إنّما يكون من باب حمل الفعل على الصحه (٤)؛ لأنّه القدر المتيقّن من الأدله، لا من باب الملكيه، بأن يقال: إنّ الميتة لا يملكه المسلم فيكشف كونه مذكّى إذا كان على يده، حتّى لا يحتاج أن يكون عليه أثر الاستعمال، بل يكون صرف القبض كاشفا، و لو احتمل إرادته إراقته بخلاف الأول فلا بد أن يكون عليه أثر الاستعمال، و يعامل معه معامله لا يعامل المسلم مع الميتة كما يشعر به قوله عليه السلام: «إذا رأيت منهم يصلّون فيه» (٥) و كذلك

١- أى نجاسته و مانعيته من هذه الجهة، لا كونه عنوانا مستقلا، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٣ الحديث ٥٣٤١.

٣- أقول: فى المقام صاحب «الجواهر» قدس سرّه يفرّق بين المقتضى على المبنيين، فعلى كونها من باب أماره الملكيه يحكم بعدم لزوم أثر الاستعمال بخلاف كونها من باب الحمل على الصحه (جواهر الكلام: ٨/ ٥٦)، و لكن رأيت فى بعض تعليقات «الرسائل» فى بحث تعارض الاستصحابين لبعض الأجله قدس سرّهم ينقل عن مجلس درس صاحب «الجواهر» رحمه الله بجعله قاعده اليد من جزئيات حمل فعل المسلم على الصحه، «منه رحمه الله».

٤- جواهر الكلام: ٨/ ٥٤-٥٥.

٥- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٩٢ الحديث ٤٢٦٦.

اعتراضه في السوق يكون في معرض البيع و غير ذلك، فلو شكك في شىء فلا- بد أن يرجع إلى أصله عدم التذكية التي لا يعارضها صرف الأخذ باليد و السلطنة عليه التي هي علامه للملك.

فرع آخر: لو سبقت على جلد يد المسلم و لحقته يد الكافر أو بالعكس، أو تشاركتا، يحكم بتذكيته؛ لأن يد الكافر ليست بأماره على ما قلنا، كما هو المفهوم من قوله عليه السلام: «حتى تسألوا» (١) فلا- يعارض مع الأماره، و إن كان يمكن القول بتقدم يد المسلم أيضا و إن قلنا بأمارته يد الكافر- كما يظهر عن بعض (٢)- لأن أمارته لا يفيد إلا النفي، فتأمل! و في قبال المشهور تفاصيل ثلاثه تمسكوا بأخبار مؤوله (٣) مع أنها ليست قابله لما تمسك به المشهور بوجه أصلا مذكوره في «الجواهر» (٤) فالحرى الدخول في بيان الأمر. لا يقال: يد الحادثه متقدمه لأنها أماره ترفع بها أثر الأماره السابقه، كما في الملك.

لأننا نقول بعدم الحكم بكونه مذكى لسبق يد المسلم عليه، فلا- ينقلب المذكى إلى الميتة، و لا- يتصور له موجب بخلاف الملك، فيكون للانقلاب فيه موجبات كثيره.

الخامس: و هو اشتراط كون الملبوس و المحمول من مأكول اللحم في الجملة، فلا يجوز الصلاه في جلود السباع و لا المسوخ مطلقا، و لا في شعرها

١- تهذيب الأحكام: ٢/ ٣٩٩ الحديث ١٥٤٤، و سائل الشيعة: ٣/ ٤٩٢ الحديث ٤٢٦٦، و فيه: «أن تسألوا».

٢- ذكرى الشيعة: ٣/ ٢٨.

٣- و سائل الشيعة: ٣/ ٤٩٠ الحديث ٤٢٦١ و ٤٩٣ الحديث ٤٢٦٨.

٤- جواهر الكلام: ٦/ ٣٤٦ و ٨/ ٥٣-٥٥.

و لا فى سائر أجزائها، و العمده فى الدليل هى الموثقات (١) أو الصحاح المستفيضة (٢).

إنّما الإشكال فى المقام هو أنّه علّل فى روايه السنجاب بأنّه يجوز الصلاه فيه لأنّه «لا يأكل اللحم» (٣) فيتخيّل كونها مخصّصه لروايات المنع، فهى دالّه على عدم الجواز فى أجزاء السباع خاصّه لا مطلق ما لا يؤكل إذا ذكّى.

و فيه؛ أنّه علّل فى روايه مضمونها: «لا يجوز الصلاه فى ما لا يؤكل بأنّ أكثرها المسوخ» (٤) فيستفاد من مفهوم هذه الروايه كون العلّه أعمّ ممّا هى المذكوره فى روايه السنجاب، و كونها علّه للتشريع لا علّه للحكم حتّى يدور مدارها، لظهور أنّه إمّا أن تكون النسبه بينهما (بين الروايتين) عموما من وجه أو التباين، و لا معارضه بينهما على ما ذكرنا من عدم انحصار العلّه، حتّى يخصّص.

لا يقال: العلّه فى الاولى أخصّ من الثانيه، فلا بدّ [من] العمل فيها بما يعمل فى مطلق العامّ و الخاصّ.

لأنّنا نقول: ليس الأمر كذلك، فإنّه إذا وردت علّتان للحكم بحيث يكون أحدهما أخصّ و الآخر أعمّ يستكشف ذلك عن كون العلّه شيئين، و عدم انحصار العلّيه بالأولى، لعدم التعارض بينهما لأنّ تخصيص العامّ بالخاصّ فى غير مورد العلّه إنّما يكون للتعارض، فإنّ المقام يصير من قبيل ما لو قال: أكرم العلماء ثمّ

١- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٥، و ٣٥٣ الحديث ٥٣٦٧، و ٣٥٤ الحديث ٥٣٧٠.

٢- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٥٥ الحديث ٥٣٧٥، و ٣٤٧ الحديث ٥٣٥١، و ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

٣- الكافي: ٣/ ٣٩٧ الحديث ٣، و ٤٠١ الحديث ١٦، و وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٨ الحديث ٥٣٥٣ و ٥٣٥٤.

٤- علل الشرائع: ٣٤٢ الحديث ١، الباب ٤٣، و وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٧ الحديث ٥٣٥٠.

قال: أكرم زيدا و كان منهم، فيصير نتيجته ذكره إمّا أهميته أو غير ذلك.

لا- يقال: إنّ العله في الاولى ظاهره في كونها عله للحكم، بخلاف الثانيه فإنها ظاهره في كونها عله للتشريع لقوله عليه السّلام: «لأنّ أكثرها مسوخ» (١) فلو لم تكن عله للتشريع فاللازم عدم المنع عمّا لم يكن من السباع مسوخا، فكيف يرفع اليد عمّا هو ظاهر و يصرفه إلى خلافه لما هو خلاف الظاهر.

لأنّ نقول: ظهور الاولى في العليه و الانحصار إنّما كان بمقدّمات الحكمه، بأن يقال: إنّما كان عليه السّلام في مقام البيان و قد ذكر هذه العله، و لو كانت عله اخرى لكان اللازم أن يذكر، و غير ذلك، كما هو طريق استفاده انحصار العله في باب المفاهيم و غيرها، فعلى هذا فلو ثبتت من دليل آخر عله اخرى أعّم فتبطل المقدّمات من أصلها، فلا يبقى للانحصار مجال، و تصير العله الثانيه بالنسبه إلى المسوخ نصّيا، فيدور الحكم مدارها نفيًا و إثباتًا، مثل ما لو قال: لا تأكل الرمان لأنّه حامض، بخلاف الاولى إنّما يدور الحكم مداره ثبوتًا.

و تظهر الثمره فيما لو كان ذا مخلب و لم يكن مسوخا، مع أنّ الجمود بظاهر العليه في الاولى يوجب استهجانها؛ لظهور تعليق الجواز بعدم أكله اللحم، مع أنّ كثيرا ممّا جوز فيه هذه القضيه يكون من السالبه بانتفاء الموضوع، فتأمل!

فالمحصّل؛ أنّه لا- يجوز الصلاه في أجزاء غير المأكول مطلقا إلّا السنجاب و الخزّ، لورود الروايات الصحيحه (٢) المعمول بها على الجواز فيهما، أمّا السنجاب فالظاهر أنّه الّذى الآن موجود، و أمّا الخزّ فهو اسم لحيوان بحريّ قد

١- مرّ آنفا.

٢- لاحظ! وسائل الشيعه: ٣٤٧ / ٤ الباب ٣، و ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب لباس المصلّي.

كان وبره فى غاية اللطافه و الرقه، قد كان معمولاً فى قديم الزمان يأخذون من وبره و منسوجه ألبسه و أثوابا ثمينه - غالى القيمه - حتى كانوا لكثيره لطافته و نعومته يخلطونه بوبر الأرنب و الثعلب، و الظاهر أنه ليس الآن بموجود، بل من زمن بعد العباسيه صار مفقودا على ما قاله - دام ظلّه - فلو شكك فى جلد فى زماننا أنه منه أو من غيره فلا بد أن يرجع إلى الأصول العمليه.

و أما الصلاه فى غيرهما مثل الثعالب و الأرنب فلا إشكال فى عدم جواز الصلاه فيهما، و لا فى غيرهما ممّا لا يؤكل لحمه، عملا بالإطلاقات (١)، فلا بد من حمل ما دلّ على الجواز على التقيه (٢)، إذ ليست قابله للتعارض مع العمومات؛ لإعراض المشهور عنها و موافقتها لمذهب العامه، مع معارضتها لما دلّت بالخصوص على المنع (٣)، و مع ذلك كله فلدفع شبهه مخصّصيه روايه السنجاب فنقول: إنّ ما ذكر فيها بصوره التعليل ليس مسوقا للعليه، بل المراد من ذكره أنه لما كانت للسنجاب سبله و صوره كصوره السنور و السباع فيتوهم كونه منها، فقال: إنه ليس منها، لأنها تأكل اللحم و لها ناب و مخلب، و السنجاب لا يكون له هذه الآثار، فعلى هذا لا يستفاد منه العليه أصلا.

و مع الغضّ عن ذلك فأقول: لا بد أن يعلم أنّ لكلّ قضيه تعليليه أمران:

عموم مستفاد من منطوقه، و مفهوم مستفاد من دليله، و لا - ريب فى المقام أنه لا - تعارض بين مفهوم هذه العله و ما يقوله عليه السلام: «لأنّ أكثرها مسوخ» (٤) فى روايه ما

١- لاحظ! وسائل الشيعه: ٣٥٢ / ٤ الباب ٥ من أبواب لباس المصلّى.

٢- لاحظ! وسائل الشيعه: ٣٥٠ / ٤ الباب ٤ من أبواب لباس المصلّى.

٣- لاحظ! وسائل الشيعه: ٣٥٥ / ٤ الباب ٧ من أبواب لباس المصلّى.

٤- مرّ آنفا.

لا يؤكل لحمه، لأنّ مفهوم الأوّل- وهو عدم الجواز في ما يأكل اللحم- لا يعارض مع عليه المسوخية، لعدم الجواز أيضا كما هو المستفاد من الثانيه؛ لأنّهما علّتان ذكرنا كلّ واحد منهما في روايه (١)، و إنّما التعارض البدوى يكون بين منطوقهما، فإنّ الأولى يستفاد منها جواز الصلاه في ما لا- يأكل و لو كان مسوخا، و الثانيه يستفاد منها عدم الجواز في المسوخ مطلقا، و لا ريب أنّ الثانيه أخصّ فتخصّص الاولى بها.

إن قلت: إنّ الثانيه أيضا أعمّ من الأكل و غيره، فتصير النسبه عموما من وجه.

قلت: كلتاهما متصادقتان في الأكل المسوخ، و إنّما التعارض و الاجتماع إنّما يكون في المسوخ التي لا تأكل، فهو المذى يستفاد من الاولى الجواز في أجزاءه لأعميته عن الثانيه، و الثانيه يستفاد منها العدم و هي مخصّصه للاولى؛ لأنّه لا تبقى الأعميه في الثانيه بعد التصادق.

و الحاصل؛ إنّنا نقول بملازمه عدم جواز أكل اللحم مع عدم جواز الصلاه في أجزاء ما لا يؤكل، و السبب للحرمه غالبا يكون واحدا من الثلاثه:

المسوخية، و كون الحيوان آكلا للحم، [و كونه من] الحشرات، و كلّ واحد منها يكون موجبا لعدم جواز الصلاه في أجزاءه، و لا يخفى أنّ العله في الثانيه تصير بعد عله للحكم لا للتشريع، لأنّ ما يقوله عليه السلام: «لأنّ أكثرها مسوخ» (٢) لأنّ الباقيه تكون من الحشرات، فلا يكون في مقام بيان كلّ ما هو موجب للحرمه، و لكن بالنسبه إلى ما يشمله من المسوخ يكون الحكم كلياً، و المسوخية عله له.

١- وسائل الشيعه: ٣٤٧/٤ الحديث ٥٣٥٠، و ٣٤٨ الحديث ٥٣٥٣.

٢- تقدّم في الصفحه: ٩٨ من هذا الكتاب.

و العجب أنه بعد ذلك كله قال - دام ظلّه - : قد ظفرنا بنسخه مصحّحه من «الكافي» فوجدنا جاءت روايه السنجاب [على] غير ما ذكرنا، و هو أنّ السائل يسأل عمّا يؤكل من غير الغنم فيقول عليه السّلام: «لا بأس بالسنجاب» (١) .. إلى آخرها، فالإمام عليه السّلام يكون فى مقام بيان مأكول اللحم من الحيوان من غير الغنم أو النعم (٢) على اختلاف فى النسخ، فهذا موافق لسائر الروايات التى دلّت على حليّه أكل لحمه، مع أنّ ذيل الروايه أيضا شاهد على كون الروايه هكذا؛ لأنّه عليه السّلام يقول:

«نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم عن كلّ ذى ناب و مخلب» (٣) مع أنّه صلّى الله عليه وآله وسلم ما نهى إلّا عن أكلهما، فالعلّه إنّما سيقت لبيان حليّه الأكل لا لجواز الصلاه، فالروايه مشتمله على بيان حكمين.

و الأخبار فى حليّه أكل السنجاب و جواز الصلاه فى جلدّه مختلفه؛ بعضها تدلّ على جوازهما (٤)، و بعضها تدلّ على عدم جوازهما (٥)، و الاخرى دالّه على حرمة الأوّل و جواز الثانى (٦)، و لذلك اختلفت الفتاوى و الأقوال فيه أيضا (٧).

١- الكافي: ٣/ ٣٩٧ الحديث ٣، و سائل الشيعة: ٤/ ٣٤٨ الحديث ٥٣٥٤.

٢- و الأنسب هو الغنم لأنّه ما كان المعمول أن يؤخذ الجلد من غيره من الأنعام، و لا يخفى أنّ نسخه «الوافى» (الوافى: ٧/ ٤٠٢ الحديث ٦١٩٣)، و غيره موافق لهذا، أى ليس فيها كلمه «لا» فالنسخه معتبره «منه رحمه الله».

٣- الكافي: ٣/ ٣٩٧ الحديث ٣، تهذيب الأحكام: ٢/ ٢١٦ الحديث ٧٩٧، و سائل الشيعة: ٤/ ٣٤٨ الحديث ٥٣٥٤.

٤- و سائل الشيعة: ٤/ ٣٤٧ الباب ٣ من أبواب لباس المصلّى.

٥- لاحظ! و سائل الشيعة: ٤/ ٣٤٥ الباب ٢ من أبواب لباس المصلّى.

٦- لاحظ! و سائل الشيعة: ٤/ ٣٤٧ الباب ٣ من أبواب لباس المصلّى.

٧- جواهر الكلام: ٨/ ٩٦-١٠١، جامع المقاصد: ٢/ ٧٩.

و بذلك ظهر ما فى كلام [صاحب] «الجواهر» رحمه الله من النقل عن بعض بعدم جواز الاستدلال بهذه الروايه من جهه اشتمالها لما هو مخالف للإجماع (١).

و كذلك ما نقله قدس سره أيضا من ضعف هذه الروايه لمعارضته للموثقه (٢)، فإنها صريحه فى عدم جواز الصلاه فى السنجاب فإن مورد السؤال فيها إنما هو السنجاب مع غيره، و الإمام عليه السلام يطبق الحكم - و هو عدم جواز الصلاه فى ما لا يؤكل لحمه - بهذه الامور، و العمل بهذه الروايه يوجب التخصيص المستهجن بالنسبه إلى الموثقه، و هو إخراج المورد عن الحكم.

فإن هذا الكلام مردود من جهه أنه لو كان مورد السؤال فى الموثقه منحصرًا بالسنجاب يلزم ما ذكر، و لكن لما كانت مشتمله على امور منها هذا، فإخراجه لا يوجب استهجانا أصلا.

و يمكن أن يقال: مع تسليم صحه نسخه «الوسائل» - زياده على ما ذكرنا آنفا بأنه العله - إنما هى مختصه بالسنجاب؛ لخروجه عن سائر ما سئل عنه، فلا يجوز التعدى عنه إلى كل ما هو مثل ذلك، و هذا جار فى كل قضيه استثنائية عللت المستثنى بشىء، بخلاف ما لو كانت القضيه المعقوده إيجابيه محضه أو سلبيه كذلك، و هذا يصير نظير ما لو سئل الطبيب عن أشياء فينهى عنها إلا عن واحد منها لعله، فلا يجوز التعدى إلى غيره، لأنه يحتمل أن يكون لجنس المسئول عنه خصوصيه.

١- جواهر الكلام: ٩٩ / ٨.

٢- الكافى: ٣ / ٣٩٧ الحديث ١، تهذيب الأحكام: ٢ / ٢٢٢ الحديث ٨١٨، وسائل الشيعه: ٤ / ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

مع أننا قد بينا أنّ النسبه بين روايه السنجاب و روايه المسوخ إنّما تكون عموما مطلقا، فيصير المرجع روايه المسوخ، و مع الإغماض عن ذلك و تسليم كون النسبه عموما من وجه فنقول: أيضا يجب تقديم روايه المسوخ، لأنّه قد حرّر في محلّه أنّه لو كانت النسبه بين المتعارضين عموما و خصوصا من وجه، و العمل بأحدهما يوجب طرح الآخر رأسا يلزم تقديم ما يوجب طرحه، حفظا لكلام الحكيم عن اللغوئيه، و المقام يكون من هذا القبيل لأنّهما في المسوخ (١) الأكل متضادّتان، و الأكل الغير المسوخ مشمول بروايه السنجاب (٢)، كما أنّ الأوّل أيضا مشمولها، فلا يبقى لروايه المسوخ مورد لو قلنا بالجواز في المسوخ.

حكم الثوب الملقى عليه شعر ما لا يؤكل لحمه

فرع: لا يجوز الصلاة مع الثوب الملقى عليه شعر ما لا يؤكل لحمه؛ للشهره المستفيضه، بل الإجماع، و لعموم الموثّقه لابن بكير (٣) بعد الخروج عن معنى الظرفيه الحقيقيه (٤) و التزام معنى مجازيّ و هو مطلق الملابسه، لأنّ الالتزام بهذا ممّا لا بدّ منه بالنسبه إلى الروث و بعض الفقرات الاخر، فيشمل المنسوج من الشعر و الملقى منه.

و ممّا يؤيد الالتزام المذكور هو صحيحه الهمداني التي هي نصّ في

١- الكافي: ٣/ ٣٩٧ الحديث ١، و سائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

٢- الكافي: ٣/ ٣٩٧ الحديث ٣، و سائل الشيعه: ٤/ ٣٤٨ الحديث ٥٣٥٤.

٣- مرّ آنفا.

٤- و المقام يكون من باب المعارضه بين عقد الوضع و الحمل، و الحمل نظير: لا تضرب أحدا، و لا يكون قاعده مطرده لترجيح أحدهما على الآخر، بل لا بدّ من الرجوع إلى القرائن الخارجيه، «منه رحمه الله».

المقام (١)، و يؤكد أن يكون المراد من الظرفية التبعية، و كذلك لا- تجوز في المخروط منه و لو أقل قليل و لو لم يتميز، لأنّ المناطق في المانع هو وجوده الواقعي.

و أما ما يتوهم من أنّ المستهلك منه لا يضّر، فإن كان المراد من المستهلك هو تبديل الصورة النوعية فمقبول، إلّا أنّ الظاهر أنّه غير متصوّر في المقام، و إن كان المراد عدم التميّز فمردود لما عرفت، و لأنّ الروايات الدالّة على المنع من الصلاة في الخزّ المغشوش (٢) أعمّ من أن يكون الغشّ قليلاً أو كثيراً، مع أنّ المعمول من الغشّ هو ما لا يتميّز غالباً، و كذلك لا تجوز الصلاة في المحمول منه كعروه السكّين (٣) و غيرها لعموم الموثقه (٤) أيضاً، لو كان بارزاً، و أمّا ما كان منه ملفوفاً في شيء أو موضوعاً في قاروره- مثلاً- فالقول بالمنع لا يخلو عن إشكال، كلّ ذلك لأنّ الالتزام بالتوسعة في معنى الظرفية المستفاده من الموثقه ممّا لا بدّ منه، و لكن بحدّ لا مطلقاً، بل بمقدار يساعده العرف و اللغة.

بيان ذلك: أنّ مراتب الظرفية مختلفة.

الأول: إسناد الظرفية الزمانيّة و المكانيّة إلى الجواهر و الموجودات الحقيقيّة.

- ١- فإنّها مروية في «الكافي»، و المرويّات فيه صحاح باصطلاح القدماء، و معمول بها، فلا مجال للخدشه في سندها على ما قاله- دام ظلّه- «منه رحمه الله»، و لا- يخفى أنّ هذا وهم، حيث لم نعثر على روايه للهمداني في هذا الباب في «الكافي»، بل هي في تهذيب الأحكام: ٢/ ٢٢٣ الحديث ٨١٩ و الاستبصار: ١/ ٣٨٤ الحديث ١٤٥٥.
- ٢- لاحظ! وسائل الشيعه: ٤/ ٣٦١، الباب ٩ من أبواب لباس المصلّي.
- ٣- مجمع الفائدة و البرهان: ٢/ ٩٥، جواهر الكلام: ٨/ ٧٩.
- ٤- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

الثاني: إسناد الأعراض إليها كيباض الثلج، وضوء النهار.

الثالث: إسناد الأحوال والأفعال - أي وقوعهما فيهما - إلى الزمان والمكان كصلاه الليل، والضرب في الميدان وكذلك تتصاعد التوسعه إلى أن يصل إلى إسناد الأفعال إلى توابع الوجود والأحوال إلى ملابسات الموجودات الخارجيه، مثل الصلاه في الشوب، بل إلى مطلق الملابس مثل الصلاه في القلنسوه أو التكه، فإنهما وإن لم يكونا محيطين بالمصلّى إلّا أنّ إطلاق الظرفيه بهما شائع.

إلّا أنّ مساعده العرف واللغه في التوسعه - بحيث تشمل الظرفيه [على] الفرض الأخير - بعيد جدّا، ولذا استشكلنا في المنع فيه، و لكن قلنا بالمنع في الشعر الملقى؛ لأنّ الروايه بنفسها قد تعرّضت لبيان حكم نظيره وهو البول واللبن إذا أصابا البدن أو اللباس، وهما يكونان من قبيل إطلاق الظرفيه إلى توابع الوجود فإنهما إذا أصابا يفرض لهما نحو إحاطه، ولذا يطلق الظرفيه بالنسبه إلى الأفعال وهو الصلاه فيهما، وكذلك الشعر الملقى.

و أمّا ما قاله صاحب «الجواهر» قدّس سرّه من الالتزام بالمجازيه في بعض المدخولات مثل الروث وغيره (١) فلا ترجيح له على ما ذكرنا؛ لأنّه لا محيص عنه بالنسبه إلى جلّ فقرات الموثّقه (٢) مع أنّ ما ذكرنا راجح لتأييده بالروايات الخاصه التي العمل بها يقتضى التعميم في معنى هذه الروايه، كما لا يخفى.

و كذلك ما قاله الاستاد الأكبر قدّس سرّه من إخراج «في» عن معناه رأسا وإشرا به

١- جواهر الكلام: ٧٧ / ٨.

٢- مرّ آنفا.

معنى المصاحبه و المعينه، لا حاجه إليه (١)، مع أنه خلاف الأصل، و يوجب إخراج بعض الفروع عن الروايه مع أنه داخل قطعاً. فرع؛ لا تجوز الصلاه فى ما لا تتم الصلاه به منفرداً، كالتكّه و القلنسوه إذا كان معمولاً ممّا لا يؤكل لحمه، لعموم الموثقه (٢) و صحيحه زواره (٣)، و للأخبار الخاصه (٤) و أمياً حديث محمّد بن عبد الجبار (٥) فليس قابلاً للمعارضه، مع أنه مطروح؛ لخصوص روايه الهمداني التي تعارض جزء منه، و هو ما إذا كان عليه (الثوب) شعر ملقى ممّا لا يؤكل لحمه (٦)، و مكاتبه ابن مهزيار (٧) التي تعارض جزءه الآخر، و هو فى ما لا تتم الصلاه فيه إذا كان معمولاً ممّا لا يؤكل، فيصير الحديث من العام الذي يعارض خاصين اللذين يستوعبان جميع أفراده، فيصير التعارض تباينياً، و لا ريب أنّ هنا يكون الترجيح للخاصين، لموافقتهما للمعتبرات الاخر (٨)، و لموافقته التقيه و مذهب العامه، و لأنّ الظاهر من عمومه مخالف لإجماع الفريقين كما أشار قدس سرّه إلى كلّ ذلك و امور اخر فى «الجواهر» (٩).

مع أنه لا بدّ من أن يرجح غيره عليه، لكونه مشافهه، و هو مكاتبه، لكننا لم

-
- ١- كتاب الصلاه للشيخ الحائرى اليزدى: ٥٣.
 - ٢- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٥٦ الحديث ٤١٦٣.
 - ٣- وسائل الشيعه: ٣/ ٤٥٥ الحديث ٤١٦٠.
 - ٤- لاحظ! وسائل الشيعه: ٤/ ٣٧٦ الباب ١٤ من أبواب لباس المصلّى.
 - ٥- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٧٧ الحديث ٥٤٤٢.
 - ٦- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٦ الحديث ٥٣٤٧.
 - ٧- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٧٧ الحديث ٥٤٤١.
 - ٨- راجع! وسائل الشيعه: ٤/ ٣٥٢ الباب ٥ و ٣٥٤ الباب ٦ من أبواب لباس المصلّى.
 - ٩- جواهر الكلام: ٨/ ٧٦ و ٧٨.

نعثر في الباب على روايه خاصه تكون مشافهه.

أقول: و لعلّ مراده قدّس سرّه هي الموثّقه (١).

الأمر السادس: قد أشرنا إلى استثناء الخزّ و السنجاب عن عموم المنع، إلّا أنّ الإشكال في الأوّل في شمول عموم الجواز على الموجود منه الآن، لأنّه لا يستفاد من الأخبار ضابطه متقنه معيّنه في تعريفه، و كذلك كلمات الأصحاب فيه مختلفه، فبعضها تدلّ على كونه بحرّيّاً (٢)، و الآخر على كونه برّياً (٣)، و بعضها على كونه ممّياً يعيش فيهما (٤)، و كذلك اختلاف أهل اللغه و التجار، كما أنّ المستفاد من بعض الأخبار و الكلمات أنّ له نفس سائله (٥)، و الاخرى أنّه ليس له نفس سائله (٦).

و بالجملة؛ إنّ كلمات الأعيان فيه مضطربه، مع أنّ المنقول عن البعض أنّه منذ زمان يكون قد فقد (٧) مع أنّ الاحتياط لا ينبغي تركه، و لا-ريب أنّ كلّ ذلك لا أقلّ يورث الشكّ، و الأصل في المقام المنع، فالأقوى الاجتناب عمّا يسمّى في زماننا بالخزّ في الصلاه.

و أمّا الثاني؛ فللشكّ في أصل الحكم فيه؛ لأنّ الأخبار الخاصه فيه متعارضه؛ و العامه منها- مثل: موثّقه ابن بكير (٨) بقرينه السؤال- صريح في

١- مرّ آنفا.

٢- راجع! مدارك الأحكام: ٣/ ١٦٧ و ١٦٨ و مستند الشيعة: ٤/ ٣٢٤ و ٣٢٥.

٣- راجع! الحدائق الناضره: ٧/ ٦٥-٦٧.

٤- راجع! مدارك الأحكام: ٣/ ١٦٧ و ١٦٨، الحدائق الناضره: ٧/ ٦٥-٦٨، مستند الشيعة: ٤/ ٣٢٤ و ٣٢٥.

٥- الحدائق الناضره: ٧/ ٦٦ و ٦٧.

٦- الحدائق الناضره: ٧/ ٦٦ و ٦٧.

٧- جواهر الكلام: ٨/ ٩٢.

٨- وسائل الشيعة: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

المنع، ولأنَّ المشهور بين القدماء و جملة من المتأخّرين المنع فيه (١)، مع أنّه إلى الأكثر نسب الشهيد قدّس سرّه (٢)، مع أنّ الإجماع عليه منقول، و يشهد بذلك كلّ التتبع في الأخبار (٣) و كلمات الأخيار قدّس أسرارهم (٤)، فالأقوى فيه المنع أيضا.

و أمّا ما تمسّك به صاحب «الجواهر» قدّس سرّه للجواز في الأوّل (٥)، و هو عمدته دليله من أصاله عدم النقل، فلا وجه له؛ لأنّه إنّما يستدلّ بها لإثبات معنى سابق مثل المعنى اللغوي، و عدم حدوث اصطلاح معنى للفظ، مثل ما يقال: إنّ الصعيد قد كان يطلق في اللغة على مطلق ما في وجه الأرض، ثم يشكّ في نقله إلى التراب الخالص (٦)، فيتمسّك بها لإثبات الأوّل، و أمّا المقام فهو عكس ذلك فهو من قبيل الاستصحاب القهقري؛ لأنّ الشكّ إنّما يكون في تسميه ما هو يسمّى الآن بالخزّ في القديم، أي في عصر ورود الأخبار به أيضا، مع أنّ المستند في التسميه غير معلوم، فتأمّل!

حكم لبس المشكوك ممّا لا يؤكل لحمه

الأمر السابع: اختلف الأصحاب في جواز لبس المشكوك ممّا لا يؤكل لحمه في الصلاة و عدمه، و وقع الخلاف في كون المأكوليه شرطا أو عدمه مانعا،

١- جامع المقاصد: ٧٩ / ٢، الحدائق الناضرة: ٧١ / ٧، مستند الشيعة: ٣٢٨ / ٤.

٢- روض الجنان: ٢٠٧، لاحظ! مستند الشيعة: ٣٢٨ / ٤، الحدائق الناضرة: ٦٨ / ٧.

٣- لاحظ! وسائل الشيعة: ٣٤٥ / ٤ الباب ٢ و ٣٥٠ الباب ٤ من أبواب لباس المصلّي.

٤- لاحظ! جامع المقاصد: ٧٩ / ٢، جواهر الكلام: ٩٦ / ٨ و ٩٧، مستند الشيعة: ٣٢٨ / ٤.

٥- جواهر الكلام: ٩١ / ٨.

٦- مجمع البحرين: ٨٥ / ٣.

و لتوضيح الأمر يقدم امور:

الأول: هل يكون للأحكام الوضعيه بحذاء الأحكام التكليفية جعل و وضع على حده، أم هي منتزعه منها؟ و الظاهر أنّ الثاني هو الحق، كما عليه المحققون، و أنّ الاختلاف فيه إنّما يكون في البديهيّات، كما يظهر لمن رجع إلى وجدانه أنّ من يكون في مقام إنشاء أمر مرّكب من امور، أو تكليف مشروط بامور وجودا أو عدما، فإمّا أن يتعقل و يتصوّر هذه الامور فيحكم و يكلف عليها، أو لا، فعلى الأوّل؛ فإذا أنشأ فينتزع منه الحكم الوضعي، أي الجزئيه و الشرطيه و المانعيه و نظائرها، و لا يحتاج بعد ذلك إلى جعل آخر حتّى يقول: جعلت هذا جزء لذاك أو شرطاً، لأنّه يصير لغواً، و هو محال على الحكيم، و على الثاني فانضمام ذاك الامور يوجب الخلف.

نعم؛ يمكن ذلك بالبداء و هو محال أيضاً، فإنّه لا بدّ لمن هو عالم بعواقب الامور من بيان كلّ ماله دخل في مطلوبه من أوّل الأمر، فلو أنشأ و كلف بما هو مرّكب أو مشروط بأربعة امور، لا يعقل أن يضمّ إليه خامساً، و يقول: جعلته جزء أو شرطاً، بل عليه أن يحكم من الأوّل بالمرّكب معه.

و بالجملة؛ من نفس إنشائه وجوب الصلاه عند المدلوك ينتزع السببيّه، [و وجوبها] مع السوره ينتزع الجزئيه، و إن أبيت فراجع إلى الموالى الظاهريّه إذا يقول: أكرم زيدا إن جاءك هل يحكم بأمرين، و هما سببيّه المجي ء للإكرام و وجوبه عند المجي ء، أم لا، بل ينشئ امرا واحدا و هو وجوب الإكرام عند المجي ء ثمّ ينتزع العبد منه السببيّه؟

و بما ذكرنا ظهر أنّها ليست قابله للجعل في عالم التصوّر أيضاً، فإنّ فيه

أيضا إذا تصوّر عدّه امور و اعتبر اجتماعها، أو تصوّر أمرا مقيدا بأمر وجودي أو عدمي ينتزع منه الجزئيّه و الشرطيّه، فإنّ تصوّرها هكذا عين الجزئيّه و الشرطيّه، و لا- يحتاج إلى تصوّر جزئيته أو شرطيته، و لو لم يتصوّر يلزم البداء و الخلف، كما ذكرنا، و لو سلّم جعلها في عالم التصوّر، لا ينتج بالنسبه إلى الخارج بعلم.

و بعبارة اخرى؛ فرق بين الامور الاعتباريّة و الانتزاعيّه، فإنّ الأوّل لها وجود متأصل باعتبار ما يعتبر فيها، و لو لم يعتبر معتبر، فإنّ الفوق فوق، و التحتيه للتحث ثابتة، و لو لم يعتبرهما أحد.

و يمكن أن يقال: إنّ وجودها يكون من قبيل وجود الأعراض؛ و بالجمله لها حظّ من الوجود مثل الوجودات الحقيقيّه، بخلاف الثانيه، فإنّها ليس لها وجود إلّا بالانتزاع، و ليس لها وجود في موطن من المواطن، فليست قابله للجعل تأصيلا تشريعا، فإنّه إذا قال الشارع: اغسل ثوبك من النجاسه الفلانيه مرّتين، ينتزع منه شرطيتهما في الطهاره، و كذلك إذا قال: الصلاه (١) مشتمل على قراءه [الحمد] و سوره و غيره ينتزع منه الجزئيّه، و كذلك إذا قال: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) ينتزع منه سببيّه العقد للتمليك (٣) و التملك.

و الظاهر أنّ من الواضحات أنّه لا تنال يد الجعل لهذه الامور إلّا تبعا، و المخالف مكابر جدّا، و إن كان في تصويرها (دخلها) و ارتباطها بالماهيه ترتّب، فإنّ الجزء مقدّم على الشرط فإنّه من مقومات الذات، و التقييد و القيد كلاهما

١- و إن كان نفسها قابلا للجعل؛ لأنهما من الامور الاعتباريّة، كما قرّر في الاصول، فتأمّل! «منه رحمه الله».

٢- المائده (٥): ١.

٣- و كذلك مقدّميه المقدمه، فإنّها ليست قابله للجعل و بوجوب ذى المقدمه تجب هي قهرا، مع أنّها لها وجود على حده في حيال وجود ذى المقدمه، فتأمّل! «منه رحمه الله».

داخلان فيه، بخلاف الشرط فإنه متأخر، و لذا قد يقال: إذا تعارض في الوجود بين إحرازهما يقدم الأول، فتأمل!

و من البديهي أن ذلك لا- يكشف عن مجعوليتهما أصاله، و قد كتبت في بحث الاصول من البرهان زياده عما علقت و نقلت هاهنا.

الثاني: قد نقلنا عنه- دام ظلّه- سابقا عدم إمكان جعل عدم شىء مانعا لشىء بعد جعل وجوده شرطا للزوم اللغويّ، و نقول تأكيدا للأمر: إن هذا محال ملاكا و خطابا و أثرا، لأنه لا بدّ أن يعلم أن عدم المعلول إما أن يكون لعدم المقتضى أو يكون لوجود المانع، و من الواضح أنه إذا لم يكن المقتضى موجودا، و لو كان المانع موجودا ينسب عدم المعلول إلى عدم المقتضى، لا إلى وجود المانع، فإنه لا أثر له مع عدمه، و لا يكون له دخل في عدم المعلول أصلا، و الشرط إنما يكون من أجزاء المقتضى، فبانعدامه ينعدم، فإذا جعل عدمه مانعا فلا يقال في هذه الصورة: انعدام المعلول إنما يكون من جهة وجود المانع، بل يكون من جهة عدم الشرط الموجب لعدم المقتضى. و بذلك ظهر النظر في جملة من كلمات صاحب «الجواهر» في المقام و غيره (١)، فتأمل!

و بالجملة؛ من تأمل في معنى المانع يظهر له بداهه ما بينا، فإنّ المانع هو الذي يمنع عن تأثير المقتضى و ترشحه ماله أن يترشح، فلما لم يوجد المقتضى من جهة عدم شرطه فاستثناء عدم الأثر إليه- أى إلى المانع- يكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

برهان آخر: لا إشكال أنه إذا كانت العلة مركبة من امور تدريجيّة فيكون

بين أجزاء العلة الترتب قهرا، و لذا يقال: إن الجزء الأخير هو العلة التامة، أى هو ما به يتم تمامية العلة و يوجد أثرها، و من المعلوم أن أجزاء العلة المقتضى مقدّم على شروطها، و كذا الشروط مقدّم على المانع.

لا يقال: إنه ليس بين المعلول و العلة إلا تخلّل «فاء» واحد، و ما ذكرت يقتضى أن يكون بينها و بين العلة إذا كانت مركبة تخلّل فاءات و تأخرات، و هذا خلاف التحقيق.

لأننا نقول: عدم تأخر رتبة المعلول عن العلة إلا بمرتبته واحده لا ينافى الترتب بين أجزاء العلة إذا كانت مركبة من امور تدريجيّة، فإنّ من البديهيّه أنه إذا كان السلم - مثلا - عله للذهاب على السطح لا يتخلّل بين الكون عليه و السلم إلا فاء واحد، مع أنّ بين درجات السلم ترتيب، و الطفره محال، و السرّ فى ذلك ما أشرنا إليه من كون الجزء الأخير هو العلة.

و الحاصل؛ أنّ الترتيب بين المعدّات إنّما هو من الواضحات، فقد تبين بذلك محالّيه جعل الضدّ مانعا ملاكا، كما أنّ بذلك بينوا عدم كون الضدّ مقدّمه و عله للآخر، فإنّهما إنّما يكونان معلولا للعلّه الثالثه، و الضدّ و عدمه إنّما يكونان فى رتبه واحده، مع أنّ المقدّمه و العله مقدّمه على المعلول رتبه، و منشأ التوهّم أنّه لَمّا لا يجتمع الشىء مع ضده فى الوجود، و يكون وجود كلّ واحد منهما مساوقا لعدم الآخر توّهمت المقدّميه، و إلا لو كان كما توّهّم يلزم الدور كما هو واضح، و أمّا عدم جواز الجعل خطابا، للزوم اللغويّه، و أمّا أثرا، لكونه تحصيلا للحاصل.

الأمر الثالث: الذى يستظهر من جملة من الأخبار كون غير مأكول اللحم

مانعا لا كون المأكول شرطا، فإنّ طائفه منها تدلّ على حرمة لبسها في الصلاة (١) و معلوم أنّ الحرمة فيها تشريعيّه (٢)، فهو صريح في المانع.

و منها؛ لسانها عدم جواز اللبس في الصلاة (٣)، و الجواز هو المجاوزة و التعدّي، فالمراد بها هو أنّ لبسها في الصلاة مانع عن الخروج عن عهده التكليف.

و منها؛ لسانها النهي عن لبسها في الصلاة (٤) مثل: «لا تصلّ فيها» و غيره (٥)، و لا- ريب أنّ النهي هاهنا غيري، و المراد بالطلب الغيري هو أنّ في المطلوب مدخليه في تحقّق المأمور به، فيصير مفاد النهي الغيري هو أنّ المنهّي عنه- أى ما طلب عدمه في المأمور به- مانع عن انتقال المأمور به، و من الواضح أنّ النهي الغيري لا يدلّ إلّا على المانع، و كذلك غيره ممّا عرفت.

إنّما الذى يمكن أن يستفاد منه الشرطيّه من الأخبار- كما قد تمسّك به بعضهم (٦)- هو روايه عليّ بن [أبي] حمزه (٧) و ذيل موثقه ابن بكير (٨)، و لكن لا

١- وسائل الشيعه: ٣٤٥ / ٤، الباب ٢ من أبواب لباس المصلّي.

٢- لأنّ الحرمة الذاتيه في العبادات لفقدان شرط منها غير ثابت، بل غايته اللغويه إلّا في باب الصلاة بدون الطهاره، على ما يظهر من روايه. «منه رحمه الله».

٣- وسائل الشيعه: ٣٥٣ / ٤، الحديث ٥٣٦٧ و ٥٣٦٨.

٤- كأنّ هذه الجملة هي عين الاولى؛ لأنّ الحرمة إنّما هي مستفاده من هذه الأخبار، فالجملة الاخرى هي ما عبّر فيها بلفظ الفساد، فهي أيضا صريح في كون المأمور به لاقترانته بالمانع فقد فسد، و إرجاعها إلى الشرط محتاج إلى الخروج عن ظاهر اللفظ، كما هو واضح، «منه رحمه الله».

٥- وسائل الشيعه: ٣٥٤ / ٤، الحديث ٥٣٧١.

٦- مستند الشيعه: ٣٢٩ / ٤.

٧- وسائل الشيعه: ٣٤٨ / ٤، الحديث ٥٣٥٤.

٨- الكافي: ٣٩٧ / ٣، الحديث ١، تهذيب الأحكام: ٢ / ٢٢٢، الحديث ٨١٨، وسائل الشيعه: ٣٤٥ / ٤، الحديث ٥٣٤٤.

يخفى أنّ الاصولي إنّما تصير دليلا- إذا أرجعنا قوله عليه السّلام: «إذا كان ممّا يؤكل لحمه» (١) إلى الجزء الأوّل من الروايه، و جعلنا قوله عليه السّلام: «بلى» مع سؤال الراوى (أ ليس التذكيه بالحديد؟) (٢) جمله معترضه، و يصير من قبيل ما لم يتمّ كلام الإمام عليه السّلام، قد استعجل الراوى فى السؤال بسؤال آخر، ثمّ أجابه عليه السّلام فرجع عليه السّلام بعد ذلك إلى تميم جواب السؤال الأوّل، و كلّ ذلك خلاف الظاهر، فليس قابلا لصرف ظهور الروايات الاولى، فلا بدّ أن يرجع القيد إلى الجزء الأخير من الروايه، أى يجعل القابليه من قيود التذكيه، كما يقتضيه ظاهر الكلام و القاعده اللفظيه، فيصير معارضا لما يدلّ على عدم اشتراط القابليه فى التذكيه، كما هو الحقّ، و دلّ الدليل على قابليه تذكيه كلّ حيوان ما عدا الحشرات و نجس العين، فيطرح ذيل هذه الروايه- كما أشرنا إليه سابقا- إن لم يقبل التأويل، و شرح الكلام فى محلّه، و كيف كان ليست الروايه دليلا لما ذكروا.

و أمّا الثانى؛ و هو ذيل الموثّقه (٣)، فهو إمّا أن يكون تأكيدا للصدر أو تأسيسا، فإن جعلناه تأكيدا فيمكن أن يكون الصدر قرينه على الذيل أو بالعكس، كلاهما محتمل فلا يتمّ الدليليه، و إن جعلناه تأسيسا- كما هو أولى- فالظاهر كونه مسوقا لبيان حكم الناسى إذا صلّى فيه، كما يشهد به قوله عليه السّلام:

«تلك» فإنّ الظاهر كونها إشارة إلى ما هو واقع فى الخارج نسيانا، فيقول عليه السّلام:

«لا يقبل الصلاه» (٤) التى وقعت فى الخارج و إلّا فأصل الحكم معلوم مبين من صدر الروايه، فعلى هذا غير مرتبط بالشرطيه، و يصير دليلا للمشهور حيث أفتوا

١- مرّ آنفا، و هى موثّقه ابن بكير.

٢- مرّ آنفا، و هى روايه على بن أبى حمزه.

٣- مرّ آنفا و هى موثّقه ابن بكير.

٤- مرّ آنفا و هى موثّقه ابن بكير.

بأن من صَلَّى ناسيا في ما لا يؤكل فعليه الإعادة (١)، مع أنّ إطلاق صحيحه «لا تعاد» (٢) يقتضى عدم الإعادة، و لذلك توهم كونه فتوى بلا مدرك، فعمل نظرهم و استفادتهم يكون من هذا الذيل، و إن كانت النسبه بينها و بين الصحيحه عموما من وجه، لأنّ الذيل يقتضى الإعادة ناسيا أو جاهلا، و الصحيحه تدلّ على عدم إعاده الناسى بناء على اختصاص دلالتها به، و أعتم من الذيل من جهه دلالتها على غير ما لا- يؤكل من الموانع إلّا أنّه يجب تقديم الذيل عليها، لأنّ روايه ابن الحجّاج (٣) تدلّ على عدم لزوم إعاده الجاهل، فإنّه لما يسأل من الإمام عليه السّلام عن الصلاه جاهلا في فضلات ما لا يؤكل، فيقول عليه السّلام بعدم وجوب الإعادة، مع أنّها نجسه، فتدلّ على أجزائها الطاهره بالأولويّه القطعيّه، فعلى ذلك يختصّ الذيل بالناسى فتقلب النسبه فيخصّص الذيل صحيحه زراه (٤) مع أنّه لو قدّمت لا يبقى للذيل مورد.

و الحاصل؛ أنّ الذيل دليل لما أفتى به المشهور، و لا ربط له بالمقام، و مع التسليم إنّ الصدر و الذيل متعارضان، فيصير المرجع الروايات الداله على المانع، كما أشرنا إليها، فلا تغفل.

اعلم! أنّ الشرطيّه ملازمه لأحد الامور الثلاثه: إمّا القول بلزوم كون لباس المصلّى من الحيوان المأكول، فلا يجوز في القطن و غيره، و إمّا القول بكون

١- جواهر الكلام: ٧٩ / ٨.

٢- وسائل الشيعه: ٧ / ٢٣٤ الحديث ٩٢٠٤.

٣- وسائل الشيعه: ٣ / ٤٧٥ الحديث ٤٢١٨، و فيه: «عبد الرحمن بن أبي عبد الله» بدلا عن: «ابن الحجّاج».

٤- مرّ مرارا، و وسائل الشيعه: ٤ / ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

الاشتراط بالنسبه إلى غير الحيوان من السالبه بانتفاء الموضوع، و إما جعل الشرط أحد الامور المأكوليه أو القطن أو الكتان.
أما الأول، فهو خلاف الإجماع و الضروره.

و أما الثالث؛ فلم يثبت من الأدله هكذا، بل اشترط الساتر للمصلّي، ثم جعل غير المأكول مانعا كما هو ظاهر الأدله.

و أما الثاني؛ فهو خلاف الأصل مع أنها في المقام قريب من الاستهجان، فإنه إذا قيل: يشترط في لباس الرجل إذا كان مصلّيًا أن لا يكون من الحرير (١) إنما لوحظت الشرطيّه فيه بالنسبه إلى المرأه إذا كانت مصلّيّه لا إلى حالها ما لم تقرأ الصلاه (٢).

مع أنّ مفاد الشرطيّه إنّما يكون التقييد، و التقييد إنّما يتصوّر حيث [كان] الإطلاق جائزاً، و من المعلوم أنه بعد ما ثبت جواز الصلاه في غير الجلد من الحيوان - مثل القطن - فالإطلاق غير جار (٣).

مع أنّ لازم الشرطيّه إنّما هو الخصوصيّة الوجوديّة بخلاف المانعيه، و قد علمت أنه لا خصوصيّة في اللباس كونه من الحيوان أصلاً.

و بالجملة؛ من تأمل يرى أنّ محذورات الشرطيّه كثيره مع أنّ الدليل لا يساعدها، و مع التسليم فدلاله ذيل الموثقه (٤) ليست تامّه، لأنّ الظاهر من لفظ

١- فإنه يكون في قبالة صنف يجوز صلاته فيه، «منه رحمه الله».

٢- و لازم الشرطيّه في المقام صيرورته نظير الآخر، فلا بدّ أن يقال: لوحظت الشرطيّه بالنسبه إلى الصلاه في الحيوان، و مقابله حال قراءه الصلاه في القطن و شبهه، فتأمل! «منه رحمه الله».

٣- لأنه لا يقال: يشترط في اللباس من المصلّي الجلد، سواء كان من المأكول أو غيره، «منه رحمه الله».

٤- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤، مرّت الإشارة إلى مصادرها مرارا.

«من» فى قوله عليه السّلام: «مَمًّا أَحَلَّ اللَّهُ أَكْلَهُ» هو البيانيّ لا- تقييديّ، فإذا صارت بيانيّ فتكون فى مقام بيان لفظ الغير الواقع قبلها، فلا يستفاد منها الشرطيّ.

تذنيب: بعض من منع الصلاه فى المشكوك نظرا إلى إحرازه الشرطيّ من الأدلّه أرجع الروايات الدالّه على الفساد و فى غير المأكول و حرمة الصلاه فيه و غيرها، الّتى استفدنا منها المانع، إلى الشرطيّ و ساقها مساق الذيل [من] الموثّقه بيان أنّ المراد منها عدم الحلّيه و انتفاعها الّتى يجب إحرازها، لا أن يكون المراد ظواهر هذه الألفاظ، و لكن ما عرفنا وجه هذا الالتزام، فإنّه إخراج اللفظ عن ظاهره بلا دليل، و تكلف بلا موجب.

نعم؛ توهم ذلك بالنسبه إلى الحلّ و الإباحه بزعم أنّهما أمران عدميّان، فإنّهما عبارتان عن عدم الوجوب أو الحرام، و لكن تبين فى محلّه أنّ الزعم فاسد بالنسبه إليهما. أيضا، فإنّهما أمران وجوديّان يعبر عنهما بإرخاء العنان و تحويل الأمر إلى الطرف، و جعله باختيار من بيده العنان و الأمر، و من البديهه أنّ مثل هذا التوهم لم يجر فى مثل الحرام و الفاسد.

الأمر الرابع: استدلالّ جملة من المجوّزين باستعمال المشكوك فى الصلاه بدلاله الألفاظ على المعانى المعلومه، و قد بينوا مرادهم باحتمالات خمس:

أحدها: وضع الألفاظ للمعانى المعلومه.

ثانيها: انصرافها فى مقام التكليف إليها.

ثالثها: كون المانع من امتثال أوامر العباده بتنجز النهى عن العباده إذا فقد الشرط، و من المعلوم أنّه إذا كان الموضوع مشكوكا لا يتنجز النهى، و لعلّ إلى ذلك يرجع ما قرّره- دام ظلّه- فى الأمر الآتى فى مقام تأسيس الأصل.

الرابع: تنزيلها بصوره العلم من جهه قبح تكليف الجاهل.

خامسها: دعوى صراحه خصوص الأخبار (١) فى ذلك.

الثلاثه الاولى بعيده عنهم، فالمهم بيان الاحتمالين الأخيرين نقلا عن الفاضل النراقى و المحقق القمى قدس سرهما.

الأول: أنه لَمَّا تعلقت التكاليف بمفاهيم الألفاظ التى منها لفظ غير المأكول، فلا بد أن يحمل على المعلوم منه؛ لأن التكليف بالمجهول قبيح، و لذلك اخذ فى جملة الشرائط العامه العلم (٢).

و جوابه: أن التكليف بالمجهول قبيح إن كان مجهولا (٣) رأسا بحيث لا يمكن امتثاله، أو امتثاله يوجب العسر و الحرج، مثل أن يقال: جئنى بشىء و اريد شىء معين، و أما إذا لم يصل بهذا الحد، بل كان يمكن امتثاله بطريق الاحتياط أو الفحص فلا يلزم محذور.

مع أن كليه التكاليف قد تعلقت بالعباد فى حال جهلهم و إلا لم يكن واجبا الفحص و التحصيل.

و أما حديث أخذ العلم (٤) فى جملة الشرائط العامه إنما هو فى مقام التنجز و العقاب على فرض التسليم.

الثانى: استفاده المانع فى المعلوم مطلقا من الأخبار، مثل: روايه عبد الرحمن بن الحجاج يسأل عن الإمام عليه السلام أن يقرأ صلاته فى عذره الإنسان

١- راجع! وسائل الشيعه: ٤/ ٤٥٥ الباب ٥٥ من أبواب لباس المصلّى.

٢- مستند الشيعه: ٤/ ٣١٦.

٣- و هو ما يرجع إلى عدم القدره «منه رحمه الله».

٤- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الحديث ٥٣٤٤.

و الكلب و هو لا يعلم، فيقول عليه السّلام: «صلاته صحيحه» (١) فيستفاد منه - و غير ذلك من الأخبار التي عمدتها هذا - أنّ الصلاة في غير المأكول لا تجوز إذا كان معلوماً (٢)، و بعبارة أخرى: مانعيه هذه الأمور مشروطه بصوره العلم.

و فيه: أنّ الروايه إنّما تكون في مقام بيان الإجزاء، بمعنى أنّ من دخل في صلاته و هو جاهل بوجود المانع معها، ثمّ تبين بعد الصلاة وجود المانع، فلا- يجب عليه الإعادة، و لم يظهر منه أنّ من هو من أوّل الأمر شاكّ بوجود المانع، فدخل في العمل أن يكون دخوله جائزاً حتّى يصير عمله صحيحاً.

و الحاصل؛ أنّه قد يدعى كون الروايه في مقام بيان أنّ أجزاء غير المأكول مانعه عن الصلاة إذا كانت معلومه و إلّا فلا، فقد سيقّت لبيان الضابطه و الحكم الكلّي، و هذا احتمال أنّي لهم بإثباته و تعيينه، مضافاً إلى أنّ ما ذكرنا من كونه مسوقاً لبيان الإجزاء، بمعنى إتيان الفعل بداعي امتثال الواقع فتبين خلافه، فيحكم عليه السّلام بإجزائه عن الواقع، هو الظاهر من الروايه، فلا ربط له بالمقام.

هذه عمدته الروايات التي استدلووا لإثبات دعواهم، فقد عرفت حالها، و الباقي أسوأ حالاً من تلك الروايه، فراجع!

و الاحتمالات الأخر لإثبات مدّعاهم - من كون الألفاظ موضوعه للمعاني المعلومه أو كون المراد منها في مقام تنجز التكليف المعلومه منها - واضحة الفساد غتية عن البيان، فلا ينبغي التمسك بمثل هذه الموضوعات لجواز

١- الكافي: ٣/ ٤٠٦ الحديث ١١، وسائل الشيعه: ٣/ ٤٧٥ الحديث ٤٢١٨، وفيه: عبد الرحمن بن أبي عبد الله بدلا عن: عبد الرحمن بن الحجاج.

٢- وسائل الشيعه: ٤/ ٣٤٥ الباب ٢ من أبواب لباس المصلّي.

استعمال المشكوك، فالحرى الاستفادة مما سنؤسس من الأصل.

الأمر الخامس: فى تأسيس الأصل فى المسأله، و لا بدّ من التكلم فى مقامات:

الأول: فى كونها مجرى للبراءه أو الاشتغال، و جريان البراءه فيها موقوف بأمرين: أحدهما: جريان البراءه فى الارتباطيات، و قد تبين فى محلّه جريانها فيها، لأنّ كلّ واحد من الأوامر المتعلّقه بالأجزاء و الشرائط يكون بمنزله الأحكام المستقلّه، و فرض الارتباط كالعدم.

ثانيهما: انحلال كلّ من الأحكام الكليه إلى التكاليف الجزئيه باعتبار كلّ واحد من مصاديقها، مثل: لا تشرب الخمر، فى المقام أصلتها أو انتزاعيتها و تبعيتها لا تثمر شيئا، كما لا يخفى.

و كيف كان؛ فإن ثبت كون لسان الأمارات على الوجه الرابع، فلا إشكال فى تقديمها على الاستصحاب، إنّما الكلام فيما لو لم يثبت، و كان على أحد الأنحاء الثلاثة.

فقد يقال فى وجه تقديمها: و سرّه هو أنّه لا إشكال فى أنّ النسبه بين أدلّه الأمارات و الاستصحاب العموم من وجه، و السبب فى الحكم بالتعارض فى العامين من وجه، و عدم تقديم أحدهما على الآخر و ترجيحه، هو أنّه يلزم الترجيح بلا مرجّح، لأنّ كلّا يقتضى العمل بظاهره، فلا بدّ إمّا من الحكم بالتساقط أو الرجوع إلى المرجّح الخارجى مع وجوده.

و قد ذكروا من جمله الشرائط فى الحكم بالتعارض بينهما هو أن لا يلزم من ترجيح أحدهما إلغاء الآخر رأسا، و إلّا فيرجح هذا لعدم لزوم الترجيح بلا

مَرَّح، و عدم تحيّر العرف في ذلك و حكمه بتقديمه؛ لأنّه يصير بمنزله العامّ الآبي عن التخصيص، فيوجب كونه نصّا في مدلوله و الآخر ظاهر، فيخصّص بهذا.

ففي المقام لو خصّص الخبر الواحد أو اليد بالاستصحاب لزم لغويّه هذه الأمارات و عدم بقاء المورد لها، مع فرض ثبوت عدم الفرق بين الاستصحاب و سائر الاصول بالإجماع، فإذا قام الخبر أو اليد- مثلا- على نجاسه شيء، فإن كان مسبوقا بالطهاره فيجب العمل بالحاله السابقه و طرح الخبر أو اليد، و إن لم يكن له حاله سابقه فيجب الرجوع إلى سائر الاصول، من أصله الطهاره و غيرها، فيلزم التخصيص المستوعب، فلا بدّ من ترجيح الأماره عليه و تخصيص الاستصحاب بها، حتّى لا يلزم هذا المحذور، و المحذور الآخر فقد عرفت أنّه مرتفع بحكم العرف.

و القاعده المذكوره لا تختصّ بالمقام بل نظائرها كثيره؛ منها: التعارض بين مفهوم قاعده طهاره الماء إذا بلغ قدر كثر، و منطوق الدليل الدالّ على طهاره الجارى، و غير ذلك من الموارد.

هذا؛ و لكن تسجيل هذا الوجه مبن على أن نقول: مع اختصاص الشبهات في الأموال و الشبهات المشوبه بالعلم الإجمالى بمدلول الأمارات، و عدم مجرى للاصول فيها، و كذلك إذا كان مجراهما (١) متوافقين و ترجيح الاصول عليها يوجب التخصيص المستهجن و لغويّه أدلّه الأمارات أيضا بعد ذلك كلّه، مع أنّ موارد الشبهات المذكوره كثيره.

إلى هنا كنّا في مقام تصوير الوجوه و الاحتمالات الآتيه في لسان الأمارات، و نقل الأقوال في المسأله، فالآن نرجع إلى بيان ما هو الحقّ.

١- فإنّ هاهنا أيضا عمل بالأماره «منه رحمه الله».

فأقول: ملخص ما استفدت عن الاستاد- دام ظلّه- أنّه قال: مع الغضّ عمّا يرد على القول بورود الأمارات على الاستصحاب من العدول أوّلاً- عمّا هو ظاهر من معنى الشكّ الواقع في حديث الاستصحاب (١)، وإخراجه إلى غيره من جعل الحكم أعمّ من الظاهري و الواقعي، مع أنّ ذلك خلاف ما تسالموا عليه، لأنّهم بنوا أنّ الشكّ متعلّق بما تعلّق به لفظ اليقين الواقع في صدر الحديث حتّى لا يختلف متعلّقهما كما يقتضيه ظاهر القضيّه الاستصحابيّة، وكذلك إخراج اليقين عن المعنى الظاهر فيه ثانياً، لأنّ استناد النقض به يقتضى كونه بنفسه سبباً و موجبا له لا أن يكون شرطاً لتحقق ما هو ناقض حقيقه، و كيف، لو كان متعلّق اليقين بالحكم الظاهر- الّذى هو مفاد الأمارات الظنيّه- يكون النقض مستندا إليها؛ لأنّها توجب التنجيز، و اليقين بها يصير شرطاً لتحقق المنجّز، بخلاف ما لو كان العلم طريقاً إلى الواقع، فعند ذلك لمّا لم يكن منجّز غيره استند النقض إلى نفس اليقين، فإنّه على هذا يصير العلم بمنزلة الأمارات الّتي هي كاشفه عن الواقع، و تحقيق ذلك في بيان جعل الطرق.

و الحاصل؛ أنّه لمّا كان ظاهر كلّ عنوان اخذ في موضوع يقتضى كونه بنفسه دخيلاً- في ثبوت الحكم و مؤثراً له، فالقاعده حاكمه بكون المراد من اليقين هو الكاشف عن الواقع و الدالّ عليه، لما عرفت، كما كان هذا مدلول لفظ اليقين الواقع في صدر الحديث، فالسياق أيضاً مساعد لما ذكر.

فمع تسليم ذلك كلّ فنقول: قد عرفت أنّ مبنى كلام القائل بكون أدلّه حجّيه الخبر- مثلاً- وارداً على الاستصحاب هو التصرّف في لفظ الشكّ و اليقين، و لكن لا يفيد ذلك؛ لأنّ لسان أدلّه اعتبار الأمارات إن كان من قبيل الرابع، و هو

١- تهذيب الأحكام: ١/ ٨ الحديث ١١، وسائل الشيعه: ١/ ٢٤٥ الحديث ٦٣١.

سلب الشكّ و جعل الشاكّ بمنزله المتيقّن، فمن البديهيّه أنّ دليل الاستصحاب الدالّ على عدم نقض اليقين بالشكّ الأعمّ من الواقعي و الظاهريّ، أنّ هذا الدليل لا يشمل نفسه.

بمعنى أنّه يدلّ على الحكم و هو عدم النقض بسبب الشكّ من غير ناحيه هذا الدليل، لأنّه لا يكون حكم حافظا لموضوع نفسه، بل لا يعقل ذلك، فإذا كان لسان الدليل للأماره هو نفي الشكّ فلا يجوز التمسك بدليل الاستصحاب لإثبات الحكم الظاهري حتّى يقال: إنّ السالبه الكليّه تنتقض بالموجبه الجزئيه، و المفروض أنّ لسان دليل الخبر أيضا لا يثبت حكما، و إنّما لسانه نفي الشكّ، مع أنّ الشكّ بالوجدان مع قيام الخبر على خلاف الحكم الثابت بالاستصحاب باق، و ليس من رأسه مرفوعا، فالموضوع باق و ما تغير عمّا كان عليه، نعم الحكم الثابت بالاستصحاب مرفوع، و هذا إنّما كان مناطا للحكومه لا الورود، و مناط الورود إنّما كان تعليق جريان أحد الدليلين على عدم الآخر الّذي كان قد يعتبر عنه بتبدل الموضوع و تغييره، فعلى تقدير كون لسان دليل الخبر هو المعنى الرابع لا- يكون مجال للورود، بل حاكم بكونه ناظرا و شارحا كما عرفت من نفيه الحكم بلسان نفي الموضوع.

نعم؛ إن كان لسان أدلّه حجّيه الأخبار هو المعانى الثلاثه الاولى، فلا يبعد الورود؛ لأنّها بنفسها تثبت حكما ظاهريّا، فانتقاض السلب الكليّ المستفاد من الشكّ إنّما يكون من غير ناحيه الاستصحاب و دليله، فالموضوع ينقلب و يتغير، فيحقّق مناط الورود، و لكن أنّى لهم بإثبات كون لسان الأدلّه و الأمارات هكذا، لا من الوجه الرابع (١).

بسم الله الرحمن الرحيم ربِّ وفقنى الحمد لله ربِّ العالمين، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و آله الطاهرين المعصومين.

الصلوات المشروعه فيها الجماعه

اشاره

المقصد السادس: فى الجماعه، و فيه أبحاث.

الأول: فى ما شرع فيه الجماعه: لا إشكال فى مشروعيتها فى الفرائض اليوميه و استحبابها مؤكدا فيها، خصوصا فى الصبح و المغرب منها. و إنما البحث فى موارد.

الأول: المنذوره من الصلوات المندوبه، و الأقوى فيها عدم المشروعيه؛ لظهور أدله الفريضه فى الأصلية منها، حيث إن الذى يدل على المشروعيه فيها مطلقا ليس إلّا صحيح زراره و الفضيل: قلنا له: الصلاة فى جماعه فريضه هى؟

فقال: «الصلوات فريضه، و ليس الاجتماع بمفروض فى الصلوات كلها، و لكنّها سنّه» (١) .. إلى آخره.

و هو أمره دائر بين أن يكون المراد من المنفّى العموم المجموعى أو

الانحلالى فى مقابل الفريضة التى يجب فيها الجماعة، كالعدين، فحينئذ قولة:

«و لكنّها سنّه» يكون تابعا له، و لما كان الظاهر منه هو الاحتمال الثانى لكونه فى مقام رفع توهم السائل من كون الجماعة فرضا فى كلّ فريضة فالإمام عليه السلام قال:

ليس كذلك.

فيستفاد من إطلاق الجواب فى مورد المسئول عنه الذى هو الفريضة أنّها سنّه فيها سوى ما استثنى منها، و ثبت وجوبها فيها من الفرائض.

و كيف كان؛ لا إشكال فى أنّ هذا الإطلاق لا يشمل الفرض بالمعارض، فلا دليل حينئذ على مشروعيتها فى المنذوره سوى ما فى عبارته «الذكرى» من دعواه الإجماع (١).

و لكنّه يتوقّف على أن يكون مراده من قوله: «عندنا» هو الإجماع المصطلح، و لما لم يثبت؛ لمكان أنّ عادته و غيره من أساطين المتأخرين فى المسائل الإجماعية التعبير ب «عند علمائنا أجمع» و نحوه، و هو الذى لو وقع فى كلماتهم قدس سرهم لا ريب فى ثبوت الإجماع به، و أمّا لفظ «عندنا» فإنما يعبرون عنه فيما كان الأمر متسالما و لم يبلغ إلى حدّ الإجماع، فحينئذ الإجماع فى المسألة أيضا لا يتم، فبقى تحت الأصل.

لا يقال: كيف و أنتم فى أكثر المقامات ألحقت المنذوره بالفريضة الأصلية، فما الفرق بينها و [بين] مسأله الجماعة؟

لأننا نقول: أمّا فى مثل ما أسقط فيه الشروط كالقيام و الاستقرار و الاستقبال و هكذا مسأله الشك؛ فلما كان استفدنا من مناسبه الحكم و الموضوع كون تلك

الأحكام تسهيلا للندب فيدور الحكم مدار الوصف، فلذلك بنينا على أنه عند زواله فيرتفع، بخلاف المقام لعدم مناسبه في البين تقتضى ذلك.

و بالجمله؛ فمقتضى أصاله عدم المشروعية عدم الإتيان بالمندوره جماعه.

الثانى: صلاه الطواف، و الأقوى فيها المشروعية، و ذلك لشمول الإطلاق لها على التقريب المذكور.

و أمّا العدى صار منشأ لتشكيك بعض فيها من جهه عدم النقل عن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلمّ بإتيانها جماعه فى حجّه الوداع، مع أنّ جميع أفعالها فيها منقوله، بل المنقول أنّه صَلَّى الله عليه و آله و سلمّ بعد الطواف توجه إلى مقام إبراهيم عليه السلام و قرأ الآيه و صَلَّى ركعتين (١).

ففيه: مع أنه كما لم ينقل إتيانه صَلَّى الله عليه و آله و سلمّ بها جماعه كذلك لم ينقل فرادى، و مع تسليمه، لعله لم يمكن الاجتماع من ضيق المكان أو عدم التوافق عند إتمام الطواف بين فعله صَلَّى الله عليه و آله و سلمّ و سائر الناس، [مع] أنّ عدم النقل لا يصير دليلا على عدم المشروعية، بحيث يعارض الإطلاق، كما لا يخفى.

الثالث: النوافل، أما نوافل شهر رمضان، فالظاهر أنه لا إشكال فى عدم مشروعيتها فيها، لتظافر الأخبار بها مثل ما ورد من أمر أمير المؤمنين الحسن عليهما السلام بالنداء فى الناس أنه لا جماعه فى نوافل رمضان (٢).

و بهذا المضمون و غيره الدالّ على عدم مشروعية الجماعه فيها؛ الأخبار

١- جواهر الكلام: ١٩ / ٣٠٠ و ٣٠١.

٢- وسائل الشيعة: ٨ / ٤٦ الحديث ١٠٠٦٣.

مستفيضه (١) مضافا إلى صحّته كلّ منها.

و إنّما الإشكال في غيرها من النوافل، و الأقوى فيها أيضا عدم المشروعية سوى ما استثنى منها، و ذلك لما ادّعى من الإجماع في «المنتهى» قال: إنّ عدم جواز الجماعة في النوافل عدا صلاة الاستسقاء و العيدين هو مذهب علمائنا أجمع، و استدللّ عليه بما في صحيحه الفضلاء: زراره و محمّد بن مسلم و الفضيل عن الصادق عليه السّلام (٢).

و لكن لا يخفى ما في استدلاله، و لما روى إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السّلام؛ و سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السّلام أنّ النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «إنّ هذه الصلاة نافله و لن يجتمع للنافله» (٣).

و إبراهيم بن هاشم (٤)، عن سليم بن قيس الهلالي عن أمير المؤمنين عليه السّلام قال للحسن عليه السّلام: «و أعلمهم أنّ اجتماعهم في النوافل بدعه» (٥).

و عن «الخصال» في حديث شرائع الدين: «و لا يصلّى التطوّع في جماعه قال: «ذلك بدعه» (٦).

و عن الرضا عليه السّلام في كتابه إلى المأمون: «لا يجوز أن يصلّى تطوّع في جماعه، فإنّ ذلك بدعه، و كلّ بدعه ضلاله» (٧).

١- وسائل الشيعة: ٨ / ٤٥ الباب ١٠ من أبواب نافله شهر رمضان.

٢- وسائل الشيعة: ٨ / ٤٥ الحديث ١٠٠٦٢، منتهى المطلب: ١ / ٣٦٤.

٣- وسائل الشيعة: ٨ / ٣٢ الحديث ١٠٠٤٠.

٤- في المصدر: إبراهيم بن عثمان.

٥- وسائل الشيعة: ٨ / ٤٦ الحديث ١٠٠٦٥.

٦- الخصال: ٦٠٦ الحديث ٩، و فيه: «لأنّ ذلك بدلا من: قال: ذلك».

٧- وسائل الشيعة: ٨ / ٣٣٥ الحديث ٨٣٠.

و عن محمّد بن سليمان قال: إنّ عدّه من أصحابنا أجمعوا على هذا الحديث، منهم يونس بن عبد الرحمن، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السّلام.

و صباح الحدّاء، عن إسحاق بن عمّار، عن أبي الحسن عليه السّلام.

و سماعة بن مهران، عن أبي عبد الله عليه السّلام.

قال: سألت الرضا عليه السّلام عن هذا الحديث و أخبرني به- و متن الروايه عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم-: «إنّ هذه الصلاه نافله و لن يجتمع للنافله» .. إلى أن قال: «و اعلموا أنّه لا جماعه فى نافله» (١) و غير ذلك من الأخبار (٢).

فحينئذ؛ لا يبقى شكّ (٣) فى عدم مشروعيتّه الجماعه فى النافله، مضافا إلى أنّ الأصل يكفى فيها مع عدم إطلاق فى البين ظاهرا، و الله العالم.

الرابع: صلاه الغدير؛ فقد قيل بخروجها عن الحكم الكلى المزبور، بل لا يبعد دعوى الشهره فيها، كما عن الأردبيلى (٤)، بل عن «إيضاح النافع» أنّ عمل الشيعه عليه (٥)، و الأصل فى ذلك لا يبعد أن يكون المرسل الذى نقله فى «التذكره» عن أبي الصلاح (٦).

١- وسائل الشيعه: ٣٢ / ٨ الحديث ١٠٠٤٠.

٢- وسائل الشيعه: ٤٥ / ٨ الباب ١٠ من أبواب نافله شهر رمضان.

٣- و العجب من صاحب «المدارك» رحمه الله مع أنّ مذهبه فى الأصول معلوم، مال فى هذه المسأله إلى الجواز (مدارك الأحكام: ٣١٥ / ٤)، نظرا إلى ما يشعر به كلام «الذكري» (ذكري الشيعه: ٣٨٣ / ٤) من وجود القائل به، و إلى الروايتين اللتين مضافا إلى ظهورهما فى التقيّه و يشمله ثانيهما على ما هو خلاف المتسالم عندهم، معرض عنهما، فراجع، «منه رحمه الله».

٤- مجمع الفائده و البرهان: ٢٤٣ / ٣.

٥- لم نقف على هذا الكتاب.

٦- الكافي فى الفقه: ١٦٠، تذكره الفقهاء: ٢٨٥ / ٢.

و لكن لَمَّا لم تثبت المرسله لنا، فحينئذ لا- يبقى لنا دليل سوى عمل المشهور و ما ادّعى من مسأله التسامح فى أدله السنن، و كلاهما لا ينفع شيئاً فى المقام.

أما الأول؛ فلما هو المسلم من أنّ الشهره فى حدّ نفسها ليست دليلاً، و إنّما تصلح للجبريّة، مع أنّه لم يثبت لنا مجبور.

و أما مرسل أبى الصلاح الذى احتملنا كونه مدركا للمشهور؛ فيمكن أن يكون ما هو المنقول عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلم فى يوم الغدير من صلاته بالناس ركعتين، بعد أمرهم الاجتماع (١)، مع أنّه يحتمل أن يكون هو صلاه الظهر الفريضة، لا نافله يوم الغدير، بل هو الأقرب، حيث إنّ اجتماع الناس إلى قبل الظهر بعد النداء من طرفه صلّى الله عليه و آله و سلم مع التفرقه الكثيره التى كانت بينهم بعيد جدّاً.

و أما الثانى: فلأنّ مورد قاعده التسامح إنّما يكون إذا كان الشكّ فى مشروعيه العباده فقط، بحيث يحتمل عدم طلب الشارع له، فحينئذ ببركه القاعده يثبت الطلب و الإحراز.

و أمّا فيما لم يكن كذلك، بل يثبت مبغوضيه الفعل و إحراز حاله ذاتا، كما فى المقام، حيث دلّت الأخبار المتقدمه على كون النافله مطلقا بدعه و ضلاله (٢)، فالقاعده لا- تثمر؛ إذ لا- ترفع الحكم الأوّلى الثابت للذات، بل تحتاج إلى دليل خاص يتكفل ذلك، فيصير بيانا للحكم الثانوى لها، كما يكون كذلك بالنسبه إلى بعض النوافل ستأتى الإشارة إليها.

فعلى هذا؛ الاحتياط قويا ترك صلاه الغدير [جماعه] و الله العالم.

١- الكافى فى الفقه: ١٦٠.

٢- وسائل الشيعه: ٨/ ٣٣٣ الباب ٢٠ من أبواب صلاه الجماعه.

الجماعه فى صلاه العيدين

الخامس: صلاه العيدين، ففيهما أولاً بحث من جهه كونهما فرضاً طراً عليهما النفل، أو كونهما نوعان من جهه زمان الحضور و بسط يد المعصوم عليه السلام فيجب، و بالنسبه إلى زمان الغيبه و عدم اجتماع الشرائط فيستحبّ.

فمن ذلك يظهر أنّ مشروعيتهما فى الجملة فى عصر الغيبه ممّا لا إشكال فيه، و إنّما الإشكال فى جواز الإتيان بهما جماعه، فإنّه نسب إلى بعض المنع عنه (١).

و لكنّ الأقوى؛ مشروعيتّه، و ذلك لأنّه مضافاً إلى عدم ثبوت الخلاف لنا ممّن نسب إليه، بل ثبت خلافه، كما سيظهر لك أنّ ما ذكر دليلاً- للمنع عنها لا يصلح له؛ إذ ليس هو إلّا جملة من الأخبار الّتى مضمونها أنّه أمر المعصوم عليه السلام أصحابه و قال لهم: صلّ وحدك (٢)، و هذا يحتمل فيه وجهان: فإمّا [أن] يكون المراد من الوحده فى مقابل الجماعه المشروعه، أى الصلاه مع المعصوم عليه السلام و الإمام الحقّ، و إمّا أن يكون المراد من الوحده الفرادى.

و المعنى الثانى و إن كان أظهر، إلّا أنّه لا- محيص عن رفع اليد عنه و حملها على الأوّل، لما ورد من الأخبار الّتى نصّت على مشروعيتها جماعه و فرادى (٣)، و لا يمكن حملها على الجماعه الّتى اجتمعت فيها شرائط الوجوب أى مع

١- مفتاح الكرامه: ٣/ ١٩٦.

٢- انظر! وسائل الشيعه: ٧/ ٤٢٤ الباب ٣ من أبواب صلاه العيد.

٣- وسائل الشيعه: ٧/ ٤٢٤ الباب ٣، من أبواب صلاه العيد.

الإمام عليه السّلام، لورودها في العصر الذي لم يكن المعصوم عليه السّلام فيه مبسوط اليد.

منها: ما رواه في «الإقبال» عن محمد بن أبي قزّه، بإسناده إلى الصادق عليه السّلام أنّه سئل عن صلاه الأضحى و الفطر فقال: «صلّهما ركعتين في جماعه و غير جماعه» (١).

و منها: مرسل ابن مغيره مضمونه كسابقه (٢).

و أمّا جعل موثقه عمّار التي هي أنّه سئل: هل يؤمّ الرجل بأهله؟ فقال: «لا يؤمّ لهنّ و لا يخرجن» (٣).

و هكذا موثّق سماعه: «و إن صلّيت وحدك فلا بأس» (٤). معارضا، فالإنصاف أنّهما لا يصلحان، أمّا الثاني منهما فلما عرفت أنّ بهذا المضمون بل أظهر منها أخبار كثيره (٥)، و لا بدّ من رفع اليد عن ظاهرها.

و أمّا الأوّل؛ فلأنّه محمول على عدم وجوب صلاه العيدين على النساء، حيث توهم السائل أنّه إذا لم يجب عليهنّ في جماعه الرجال فهل يجب عليهنّ ذلك في بيوتهنّ؟ فأجاب عليه السّلام بعدم وجوب كليهما عليهنّ، فتأمل!

هذا كلّّه؛ مضافا إلى أنّه يظهر من عبارات جماعه من الأساطين من المتقدّمين و المتأخّرين كون المسأله إجماعيه، منهم المفيد قدّس سرّه، و العجب أنّه الذي نسب إليه المنع قال في «المقنعه» على ما حكى عنه: (و للفقهاء من شيعة آل

١- إقبال الأعمال: ٢٨٥، و سائل الشيعة: ٧ / ٤٢٥ الحديث ٩٧٥٧.

٢- و سائل الشيعة: ٧ / ٤٢٦ الحديث ٩٧٥٩.

٣- و سائل الشيعة: ٧ / ٤٧١ الحديث ٩٨٨٨، و فيه: لا يؤمّ بهنّ.

٤- و سائل الشيعة: ٧ / ٤٢٢ الحديث ٩٧٤٧.

٥- و سائل الشيعة: ٧ / ٤٢١ الباب ٢ من أبواب صلاه العيد.

محمّد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَجْمَعُوا بِإِخْوَانِهِمْ فِي الصَّلَاةِ الْخَمْسِ وَصَلَاةِ الْأَعْيَادِ وَالِاسْتِسْقَاءِ وَالْخُسُوفِ وَالْكَسُوفِ (١).

وَمِنْهُمْ ابْنُ إِدْرِيسَ، فَعَنْ «السَّرَائِرِ»: أَنَّ إِجْمَاعَ أَصْحَابِنَا وَهُوَ قَوْلُهُمْ بِأَجْمَعِهِمْ: يَسْتَحِبُّ فِي زَمَانِ الْغَيْبَةِ لِفُقَهَاءِ الشِّيْعَةِ أَنْ يَجْمَعُوا بِهِمْ صَلَاةَ الْأَعْيَادِ (٢).

وَمِنْهُمْ الرَّوَنْدِيُّ، فَعَنْهُ أَنَّهُ بَعْدَ نَقْلِ إِنْكَارِ الْجَمَاعَةِ فِي صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ عَنْ بَعْضِ قَالٍ: الْإِمَامِيَّةُ يَصَلُّونَ هَاتَيْنِ الصَّلَاتَيْنِ جَمَاعَةً، وَعَمَلُهُمْ حَجَّةٌ (٣).

ثُمَّ إِنَّ هُنَا فُرُوعًا أُخْرَى مِنْ حَيْثُ اعْتِبَارُ الْمَجَانَسَةِ بَيْنَ صَلَاةِ الْمَأْمُومِ وَالْإِمَامِ قِضَاءً وَأَدَاءً وَفَرْضًا وَنِفْلًا فِي مَا يَجُوزُ فِيهِ مِنَ النَّوَافِلِ كَالْعِيدَيْنِ مَعَ صَلَاةِ الْخُسُوفِ وَالْكَسُوفِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْجِهَاتِ أَشَارَ إِلَيْهَا - دَامَ ظَلْمٌ - وَلَمْ يَعْتَبَرْهَا إِلَّا مَا فِيمَا كَانَ تَوَافُقَهُمَا اتِّفَاقِيًّا، كَالِاسْتِسْقَاءِ وَأَحَدِ الْعِيدَيْنِ، حَيْثُ إِنَّهُ نَادِرٌ جَدًّا أَنْ يَجْتَمِعَ سَبَابُهُمَا فَيَشْكَلُ شَمُولُ الْإِطْلَاقَاتِ لَهَا، فَتَدْبُرُ! وَاللَّهُ الْعَالِمُ.

ما يدرك به الجماعة

إشارة

البحث الثاني: في ما يدرك به الجماعة

إدراك الجماعة تارة يبحث من حيث إدراكه أصل الجماعة، و أخرى من حيث ركعاتها، أمّا الأول: فيدرك الجماعة بإدراك الإمام في تشهده الأخير،

١- المقنعة: ٨١١، حكاها صاحب جواهر الكلام: ١١ / ٣٥٠.

٢- السرائر: ١ / ٣١٦، مع اختلاف في الألفاظ.

٣- نقل عنه البحراني في الحدائق الناضرة: ١٠ / ٢١٥.

و كذلك قبل السجده الأخيره، بل السجدين، إلا أنه إشكال فيها من حيث زياده الركن.

و على كل حال؛ فحينئذ يكبر و يدخل فى الصلاه و يتبع الإمام حتى يفرغ من صلاته فيقيم و يتم صلاته من دون تجديد و استيناف تكبيره الإحرام، و ذلك لما دلت عليه روايات صحاح تبلغ حد الاستفاضه (١) و فى «الجواهر» تعرّض لهذه المسأله فى آخر بحث الجماعه (٢) و نحن أيضا نزيد الكلام فيها فى ما يأتى إن شاء الله.

و أما الثانى: فى إدراك الركعه؛ الأقوال ثلاثه:

أحدها: ما هو المشهور المنصور، و هو أن آخر ما تدرك به الركعه هو قبل رفع الإمام رأسه من الركوع.

ثانيها: إدراك تكبيرته للركوع.

ثالثها: إدراك تسيحه ركوعه، و منشأها اختلاف الأخبار.

و الأقوى قول المشهور، و الأخبار الدالّه عليه كثيره، منها: ما رواه المشايخ الثلاثه عن الصادق عليه السلام «إذا أدركت الإمام و قد ركع فكبرت قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدركت الركعه، و إن رفع رأسه قبل أن ترقع فقد فاتتك الركعه» (٣).

و منها: عنه عليه السلام أيضا فى الرجل: «إذا أدرك الإمام و هو راع فكبر الرجل

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٢ الباب ٤٩ من أبواب صلاه الجماعه.

٢- جواهر الكلام: ١٤ / ٥٤.

٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨٢ الحديث ١٠٩٦٣.

و هو مقيم صلبه، ثم ركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدرك الركعه» (١) و غير ذلك من الأخبار (٢)، و دلالتها على المطلوب واضحة.

و الدليل على القول الثاني أيضا أخبار:

الأول: صحيحه محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام قال: قال لى: «إن لم تدرك القوم قبل أن يكبر الإمام للركعه فلا تدخل معهم فى تلك الركعه» (٣).

هذا؛ مضافا إلى عدم تعرضه لمسأله الإدراك و إنما هو النهى المحمول على الكراهه من لفظ «القوم» فيه، يستفاد سوجه للنهى عن الدخول معهم فى الصلاه تقيته؛ لاستلزامه حينئذ فوت القراءه.

الثانى: عنه عليه السلام أيضا: «إذا لم تدرك تكبيره الركوع فلا تدخل فى تلك الركعه» (٤) و هذا أيضا مشترك مع الأول فى الجهه الاولى من الكراهه.

الثالث: عنه عليه السلام أيضا: «لا تعتد بالركعه التى لم تشهد تكبيرها مع الإمام» (٥)، و هذا مثلهما محمول على الكراهه، أو إرشاد إلى عدم الوصول بالركوع، و احتمال أن يفوت، فهذه التلبيه راويها هو الذى روى عنه فى الطائفة الاولى أيضا، و بعد أن كان صريحها إدراك الركعه بما عرفت، فلا محيص عن حمل هذه على الكراهه و نحوها.

الرابع: صحيح آخر عنه عليه السلام: «إذا أدركت التكبيره قبل أن يركع الإمام فقد

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨٢ الحديث ١٠٩٦٢.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨٢ الباب ٤٥ من أبواب صلاه الجماعه.

٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨١ الحديث ١٠٩٥٩.

٤- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨٢ الحديث ١٠٩٦١.

٥- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨١ الحديث ١٠٩٦٠.

أدركت الصلاة» (١).

و هذا لا ربط له بما نحن فيه، و إنما هو ينفي عدم إدراك الصلاة أصلاً، فهو يعارض بظاهرة الأخبار الدالّة على الجهة الاولى التي هي راجحه عليه سندا و دلاله فلا بدّ من رفع اليد ببركتها عن مفهومه.

الخامس: حسنه الحلبي الوارده في الجمعة (٢)، و هي إن كانت دلالتها على مسألتنا تامّة إلّا أنّه بعد أن كانت بالمفهوم الذي يتوقّف على تماميه إطلاق المنطوق بمقدّمات الحكمه حتّى تختصّ العلّه بالمذكور في القضيّه، و معلوم أنّ ظهور تلك الأخبار و دلالتها في وجود سبب آخر يصير بيانا و يمتنع عن انعقاد الإطلاق.

فعلى هذا؛ هذه الخمسه لا تصلح لمعارضه الطائفة الاولى دلالة، و مع الغضّ عن ذلك فالمرجّحات السنديّه فيها أيضا موجوده، من الشهره الروايّتي - كما تظهر من روايه «الاحتجاج» (٣) - و الفتوائى، حيث إنّ لم يعمل بهذه الطائفة من القدماء إلّا الشيخ قدّس سرّه (٤)، و من حيث العدد و الكثره، فلا مجال لرفع اليد عنها و العمل بها، كما لا يخفى.

و الدليل على القول الثالث روايه «الاحتجاج» عن الحميرى عن مولانا صاحب الزمان - أرواحنا له الفداء - (٥).

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨١ الحديث ١٠٩٥٨.

٢- وسائل الشيعه: ٧ / ٣٤٥ الحديث ٩٥٣٦.

٣- الاحتجاج: ٢ / ٣١٠، وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨٣ الحديث ١٠٩٦٦.

٤- المبسوط: ١ / ١٥٨.

٥- الاحتجاج: ٢ / ٣١٠، وسائل الشيعه: ٨ / ٣٨٣ الحديث ١٠٩٦٦.

و هو مضافا إلى ما فى أصل سنده- حيث إن روايات «الاحتجاج» و إن كانت صحاحا عنده حسبما صرح به فى أول كتابه، من أنها غيبه عن ذكر سندها (١)، إلا أنها بالنسبه إلينا لا تخرج عن كونها مرسله- أن النسبه بينها و بين الطائفه الاولى من قبيل: «إذا خفى الأذان فقصر» (٢)، و «إذا خفى الجدران فقصر» (٣) (٤) لمكان أن كليهما فى مقام التحديد، غايته أن مفاد الاولى أعم، و حينئذ لو أخذنا بروايه «الاحتجاج» يوجب طرح الأخبار الاولى مع كثرتها رأسا، إذ المفروض أنه لم يعمل بالحد الذى يستفاد منها مع كونها ظاهرا فى النجاسه، و معامله الإطلاق و التقييد إنما يجرى فى غير مقام، مما لم يكن المطلق الدال على الأزيد و الأكثر فى مقام التحديد، حتى تستلزم تلك معامله و الجمع طرح أحد الدليلين، و هو المطلق فلا محيص عن جعلها قرينه لهذه الروايه، و رفع اليد عن مفهومها، فتأمل! و الله العالم.

فروع:

الأول: لا- ينبغى التأمل فى أن حدّ الركوع الذى يدرك به الجماعه هو ما لو اجتمع ركوع المأموم مع ركوع الإمام، أى يصل المأموم إلى حدّ الركوع و لم يأخذ الإمام بالرفع فيدركه فيه، و إلا فلا يصدق الإدراك بأن يصل المأموم إلى حدّ الركوع و الإمام آخذ بالرفع، أو يكون هو فى حال الهوى و الإمام فى حال الرفع.

١- الاحتجاج: ١ / ٤.

٢- و إن كان فرق بين المقامين من جهه لما تقدّم فى بحث صلاه المسافر من أن واقع الشرطين أمر واحد و إنما يكون الاختلاف فى مراتب الشرطين مفهوما، «منه رحمه الله».

٣- أى: من جهه تعدد الشرط و اتحاد الجزاء، «منه رحمه الله».

٤- وسائل الشيعه: ٨ / ٤٧٠ الباب ٦ من أبواب صلاه المسافر.

و ذلك؛ لأنه: أولاً: أنّ الظاهر من الفعل الماضى فى قوله عليه السّلام: «إذا ركع قبل أن يرفع الإمام رأسه» (١) النسبه التحقيقية لا التلبسيه، و من المعلوم أنّ ذلك لا يصدق إلّا فى الصوره الاولى لا الأخيرين.

و ثانياً: أنّ إدراك الركوع منصرف عنهما، إذ الظاهر منه هو الركوع الحقيقى لا- ما يجزى عنه فى بعض المواقع كالاضرار و نحوه، حيث يكتفى ببعض مراتبه.

و بالجملة؛ كون المأموم راعياً فى حال أخذ الإمام فى الرفع لا يصدق أنّه أدرك الإمام راعياً، بمعنى أنّ الدليل منصرف عنه، ففيمّا لو كان هو فى حال الهوى و الإمام أخذاً فى الرفع؛ الأمر أوضح.

الثانى: المراد بأنّ آخر ما يدرك به الركعه فى الجماعه أى شىء هل هذا مختصّ بابتداء الصلاه أو مطلق يشمل تمام الركعات؟ ثمّ إنّ هل هذا حكم تعديديّ فى الركعه الاولى بحيث يكون لا- بدّ من إدراك ركوع الإمام مطلقاً على كلّ حال، و لا يجزى إدراك الإمام قبل الركوع لو لم يدركه، أم لا، بل لا موضوعيته فى البين، و المراد أنّ آخر ما يدرك به الركعه هو هذه الحاله، فهو لبيان الحدّ، فلو لم يدرك ركوع الإمام و لا قبله فالجماعه غير مدرکه؟ احتمالات، بل أقوال ثلاثه:

أحدها: أن يكون حكماً تعديدياً مختصّاً بالركعه الاولى بحيث لو لم يدرك ركوع الإمام فيها و لو أدركه قبله فلا يتحقّق إدراك الركعه.

ثانيها: أن يكون تحديداً لها، بأن يعتبر ذلك لإدراك خصوص الركعه الاولى، من حيث إنّ آخر ما يدرك به الركعه الاولى هو حدّ إدراك ركوع الإمام، فهذا هو الحدّ له فلو أدركه قبله فقد أدرك الركعه و ما فاتته.

ثالثها: أن يكون تحديدا لمطلق الركعات لا خصوص الاولى، وهذا هو الحق، و عليه المشهور.

فهنا دعويان:

الاولى: أنه يكفي لإدراك الركعة إدراك أحد أفعال الإمام إلى أن يرفع رأسه عن ركوع كل ركعة فيجزيه إدراكه و لو قبل الركوع، و الركوع هو آخر الحد لا أن يكون أمرا تعبديا يعتبر مطلقا.

و يدل عليها روايات (١) عن عبد الرحمن بن حجاج و غيره مضمونها: أنه سئل عن المعصوم عليه السلام أنه كان رجل مصليا مع الإمام فمنعه الزحام عن الركوع معه حتى سجد هل فاتته الركعة؟ فأجاب عليه السلام بأنه «لا» (٢).

فهذه قرينه على أن المراد بالأخبار الدالّة على أنه إذا لم يدرك ركوع الإمام فقد فاتت الركعة هو التحديد و بيان آخر حدّ يمكن اللحوق بالإمام في الركعة، لا أن يكون تعبدا في البين.

هذا مع ما عليه الأصحاب في باب الجمعه و غيرها من أن إدراك الركعة لا يتوقف على الركوع، فراجع!

الثانية: أنه إذا لم يدرك الإمام في الركعة أصلا إلى الركوع فقد قامت الركعة، سواء كان في الركعة الاولى أو غيرها، و عليها و إن لم يكن دليل بالخصوص إلّا أن مقتضى الأصل ذلك، حيث إنّه إذا كان المفروض عدم إدراك شىء من الركعة مع الإمام فلا دليل على إدراك الركعة و يكفي في الحكم بالعدم عدم الدليل.

١- أوردها في «الوسائل» في باب الجمعه ظاهرا، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ٧/ ٣٣٥ الحديث ٩٥١٤، و ٣٣٦ الحديث ٩٥١٦.

و أمّا الأدلّة الدالّة على أنّ فوت ركن واحد أو أزيد فى الجماعة فلا- يضرّ، فلا- ينفع شيئاً، لمكان أنّها فيما إذا كانت الركعة مدرّكه قبل الركن و من غير جهته.

هذا؛ مضافاً إلى أنّ مناسبه الحكم و الموضوع من جهه أنّ تسميه الركعه بها لاشتمالها على الركوع يقتضى ذلك، و يصير قرينه على إلغاء خصوصيّة الركعه الاولى فى الأخبار المشتمله عليها، كما فى بعض ما روى عن ابن حجّاج (١).

فعلى هذا؛ التحقيق ما بيننا عليه، فما فى « [وسيله] النجاه» (٢) من اختصاصه بالركعه الاولى، و كذلك فى «العروه»، لا وجه له (٣).

الثالث: الأقوى عدم بطلان الصلاه فيما إذا ركع بقصد إدراك ركوع الإمام فرفع رأسه و لم يدركه، فهذا و إن لم يحتسب له ركوع إلاّ أنّه ليست زياده مبطله، بل ملحقه بزياده الركن التى لا يضرّ فى الجماعة.

و ذلك؛ فلعوم أدلتها و عدم وجود شىء فيها أنّها تختصّ بالزياده التى أدرك الإمام و تحقّق التبعية فعلاً، بل يكفى قصد الإدراك و التبعية، و يؤيد إطلاقها روايه حفص الوارده فى باب الجمعه فى من لم يدرك الإمام فى سجده الركعه الاولى، و بقى على حاله إلى أن لحقه الإمام لسجود الركعه الثانيه فيجب عليه متابعتة حينئذ فى السجود و ينوى بهما للاولى.

و قال عليه السلام: «و إن كان لم ينو السجدين فى الركعه الاولى لم تجز عنه الاولى و [لا] الثانيه، و عليه أن يسجد» (٤) ... إلى آخره، فما حكم عليه السلام ببطلان

١- وسائل الشيعه: ٣٨٧ / ٨ الحديث ١٠٩٧٥.

٢- وسيله النجاه: ١ / ٢٥٠ المسأله ١٠.

٣- العروه الوثقى: ١ / ٧٩٠ المسأله ٢٣.

٤- وسائل الشيعه: ٣٣٥ / ٧ الحديث ٩٥١٥، مع اختلاف يسير.

الصلاه مع أنّ السجدين ركن، و المفروض عدم تحقق التبعية فعلا، لمكان وجوبهما عليه ثانيا و إتيان ركعه تامه بعده، و المسأله و إن كانت خلافه إلا أنّ الروايه معتبره و عمل بها جمع.

مضافا إلى أنه لا إشكال في أنه لو رفع المأموم رأسه من الركوع ساهيا قبل الإمام ثم رجع ثانيا، مع أنّ الإمام كان رافعا رأسه فلم يدركه، هذه الزيادة لا تبطل الصلاه، فهذه أيضا تدلّ على أنّ المغتفر قصد الإدراك، و بالجمله؛ فما أفتى به في « [وسيله] النجاه» (١) من بطلان الصلاه و تبعه في «العروه» (٢) لا وجه له.

و أما الأدلّه و الأخبار المعتبره منها إدراك ركوع الإمام فلا تدلّ على بطلان الصلاه، بل غايه مدلولها أنه فاتته الركعه (٣).

الرابع: في المسأله السابقه فبناء على التحقيق من عدم بطلان الصلاه لا- إشكال أنه يجوز للمأموم أن ينفرد حينئذ و يجوز له المتابعه و البقاء على الجماعه، و عليه فهل يجب عليه متابعه الإمام في السجدين أولا، بل يتعين عليه التوقف حتى يخلص الإمام من تلك الركعه فيتبعه في الركعه اللاحقه؟

المدى يظهر من عبارات بعض أساطين الفقهاء كالعلامة قدس سرّه الأوّل (٤)، نظرا إلى عموم «فاركعوا حين يركع و اسجدوا إذا سجد» (٥).

و فيه- مع الغضّ عمّا في سند الدليل المزبور- أنه: لا يدلّ- كما سيأتي

١- وسيله النجاه: ١ / ٢٥٥ المسأله ١٢.

٢- العروه الوثقى: ١ / ٧٨٦ المسأله ١٠.

٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٠ الباب ٤٨ من أبواب صلاه الجماعه.

٤- تذكره الفقهاء: ٤ / ٣٤٥.

٥- سنن ابن ماجه: ١ / ٢٧٦.

توضيحه- على ما ذكر، حيث إنّه ليس مشرّعا للركوع و السجود، بل هو فى مقام بيان تشريع التبعيّه و حكمها، و أنّ ما يجب على المأموم من إجراء صلاته فعليه الإتيان بها تابعا للإمام، لا أنّه يجب عليه ذلك، و لو لم يكن على نفسه شىء كما فى المقام.

و على هذا؛ فيتعيّن الوجه الثانى؛ لعدم الدليل على جواز الاتّباع و الإتيان بالركن الزائد اختيارا، و لذلك لا يجب متابعه الإمام فيما إذا ابتداء المأموم فى صلاته المغرب بعشائه فى الركعه الأخيره منها بلا إشكال.

و بالجمله؛ الأخبار الدالّه على أنّه يسجد مع الإمام السجدين، إذا أدركه بعد الركوع (١) إنما هى لبيان درك فضل الجماعه و يحتمل على الاستحباب، جمعا بينها و بين الطائفه الاخرى الدالّه على لزوم الوقوف فى حال القيام، و عدم السجود مع الإمام، كما يأتى تفصيل ذلك فى محلّه إن شاء الله.

مضافا؛ إلى أنّه على فرض الالتزام بلزوم المتابعه أو رجحانها بالنسبه إلى السجدين، فسيأتى أنّه لا- دليل على بطلان الصلاه بذلك، و أنّ الأخبار التى مفادها أنّه (فاسجد مع الإمام لا تعتدّ بها) (٢)، فهى لا تدلّ إلّا على أنّه لا تعتدّ بالسجود و الركعه، و على فرض القول بالبطلان بها أو بالخروج عن الصلاه لمتابعته فى السلام، فليس ذلك دليلا على عدم مشروعيتّه الايتمام، و عدم جواز تكبيره الإحرام بعد ورود الأمر بها، لأنّه يمكن أن يكون ذلك من باب اعتبار التكبيره للدخول، و لو فى جزء من الصلاه كما اعتبر فى أصلها، كما لا يخفى، و الله العالم.

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٢ الباب ٤٩ من أبواب صلاه الجماعه.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٢ الباب ٤٩ من أبواب صلاه الجماعه.

الخامس: لا إشكال في أنه يجوز الدخول في الجماعه في أي حال مطلقا، سواء احتمل أنه يدرك الإمام فعلا أم لا، بل مع القطع بالعدم لأنه لو لم يدركه في الحال فله أن يصبر فيلحقه في الركعه الآتية، وله أن ينفرد ولا محذور في شىء من ذلك أصلا، فلا يحتاج إلى إجراء أصل ونحوه، حتى يحرز بقاء الإمام على حاله الذي يكون عليه.

فعلى هذا؛ عنوان المسأله بأنه هل يجوز الاقتداء و يمكن إحراز البقاء بالأصل أم لا؟ كما في بعض العبارات، لا وجه له، بل العنوان أنه هل يجوز أن يؤتى بالركوع بقصد التبعية مع عدم العلم بالإدراك؟ وهل يصح إحراز ذلك باستصحاب بقاء الإمام على حاله حتى يلحقه المأموم كما ببركته يحكم ببقائه على صفاته المعتمره فيه إلى أن يتم الصلاه، بل به يحكم على بقاء مطلق الامور في الزمان المستقبل مما لا يمكن إحرازه بالوجدان، لعدم خلوها عن الحوادث من الموانع التي بها يمكن زوال الوصف، أم لا يصح ذلك في خصوص المقام؟ قد استشكل فيه شيخنا قدس سره نظرا إلى أنه وإن قلنا بقيام بعض الاصول و الأمارات مقام العلم الطريقي، و لكن إنما يكون ذلك فيما إذا لم يعتبر الإحراز الوجداني (١).

و بعبارة اخرى: الاطمينان و الاستصحاب و إن كان من الاصول المحرزه إلا أنه لما لا يحصل الاطمينان فلا يترتب الأثر الشرعي عليه في المقام، و سيأتي سر ذلك، و تنقيح هذه المسأله في الفرع الآتي و الله المؤيد.

الشك في إدراك ركوع الإمام

السادس: إذا ركع المأموم وشك في إدراكه ركوع الإمام، بأن لم يرفع رأسه قبله، فهل يصح الحكم بإدراكه بالأصل، بأن يستصحب بقاء الإمام راكعاً، أم لا؟ فقد يجعل مبنى المسألة على مسألة استصحاب مجهول التاريخ و معلومه، و سنشير إلى وجهه. و على كل تقدير؛ جريان الأصل في المقام و عدمه يقتضى بيان ضابطه جريان الاستصحاب في الحادثين المجتمعين في الوجود فيترتب عليه الأثر الشرعى بحيث لا يلزم مثبت.

فنقول: كلما كان الأثر الشرعى لنفس اجتماع حادثين في الزمان عناية اخرى، كما لو فرضنا في المقام بأن يكون الحكم مترتباً على حصول ركوع المأموم في زمان حصول ركوع الإمام، فحينئذ لو احرز أحدهما بالوجدان و شك في الآخر من حيث حدوثه و اجتماعه معه و عدمه، فهنا يحكم به بالأصل و تكون المسألة من صغريات الموضوعات المركبة التي احرز أحد جزأها بالأصل و الآخر بالوجدان، كما حكموا به في مسألة العلم بإسلام الوارث مع الشك في موت مورثه قبله أو بعده، لكون الأثر مترتباً على الإسلام في زمان حياه المورث.

و كلما كان الأثر مترتباً على حال من أحوال أحد الحادثين عند حادث آخر و لم يكن صرف الاجتماع في الوجود، بأن اخذ أحد العنوانين نعتاً للآخر، كما يمكن ذلك في العرض و محلّه، لا في الجوهرين و لا في العرضين موضوع كل منهما غير الآخر، بل في مثلهما المعقول هو الشقّ الأوّل حسبما أوضحناه في محلّه.

و كيف كان؛ في هذا القسم الاستصحاب لا- مجرى له، كما لو فرضنا أن يكون المقام من هذا القبيل بأن اعتبر ركوع المأموم حال ركوع الإمام، أو يتحقق ركوعه قبل أن يرفع رأسه، فهنا ترتب الأثر لَمَّا كان يتوقَّف على إحراز العنوان المأخوذ في الدليل و الأصل- أى استصحاب بقاء ركوع الإمام- لا يحرز ذلك؛ لكونه أمراً عقلياً إلَّا بناء على المثبت، فلذلك الأصل لا سبيل إليه إلَّا أن يجعل العنوان المأخوذ كناية عن الاجتماع في الوجود، و لا يكون له خصوصيته، و يدخل في القسم الأوَّل، و على هذا، يمكن إدراك المسألة في معلوم التأريخ و مجهوله.

توضيح ذلك: أنه إذا فرضنا أن يكون وقت ركوع الإمام معلوماً بأنه في الثانيه الفلانيه؛ فحينئذ إذا شكَّ المأموم في تحقُّق ركوع نفسه قبل رفع الإمام رأسه من الركوع، فلتَمَّا كان هو معلوماً حاله و لا- مجرى للأصل فيه و الطرف الآخر مشكوك من حيث لحقوق المأموم به و عدمه، فالأصل يجرى فيه و يحكم بعدم الإدراك لأصاله عدم تحقُّق ركوع المأموم قبل رفع الإمام رأسه.

و لو كان الأمر بالعكس فالحكم كذلك، بأن كان زمان ركوع نفسه معلوماً و ركوع الإمام مجهولاً، فهنا بأصاله بقاء ركوع الإمام يحكم بالحق و إدراك المأموم ركوعه، و لو كان زمان كليهما مجهولاً فيتعارض الأصلان، أو لا يجريان رأساً، على الخلاف في المسألة.

و لكن كل ذلك بناء على إلغاء خصوصيته القبليه و نحوها من العنوان المأخوذ في الدليل و جعله كناية عن الاجتماع في الوجود فقط، و إلَّا فهذا التفصيل أيضاً لا يثمر شيئاً، إذ بالأصل على كل حال لا يثبت العنوان و هو القبليه، كما لا يخفى.

ثم إن هذا التفصيل بعينه يجرى في الفرع السابق أيضا في جواز الإتيان بالركوع بقصد التبعية، كما بنى عليه شيخنا قدس سره في بعض كلماته (١)، فلو بنى على إلغاء خصوصية العنوان ففيه: الأصل ينفع؛ لجواز التبعية مع الشك في الإدراك إذا لم يكن حد ركوع الإمام معلوما حتى يصير زمان رفع رأسه معلوما، وإلا فيصير نتيجة الأصل بالعكس، حيث إنه إذ كان حد ركوع الإمام معلوما وركوع نفسه مشكوكا، فلا بد أن يجرى أصاله عدم اللحوق فيعمل بمقتضاه، هذا هو أساس الأمر في كلا الفرعين.

إذا تبين ذلك فنقول: الحق عدم جريان الأصل في كلا المقامين، أما في الأول؛ فلأنه مضافا إلى أنه استصحاب في المستقبل و هو لا يخلو عن الإشكال كما يظهر من بعض كلمات «الجواهر» (٢) لانصراف أدلته إلى ما يكون متعلق الشك واليقين موجودا في الحال أو لا، قد عرفت أن جريان الأصل مبنى على إلغاء قيد الخصوصية، وجعل عنوان القبليته المأخوذ في الأدلة كناية عن صرف الاجتماع في الوجود و هو خلاف الظاهر، فلا سبيل إليه، وإلا فيجرى ذلك في مطلق العناوين المأخوذة في أدلة الأحكام، فبهذه المثونه يلغى كلها عن الموضوعية.

و ثانيا: مع الغض عن ذلك أن الأصل المذكور لا يثمر شيئا؛ لمكان أن جواز الاقتداء والإتيان بالركوع بقصد التبعية يتوقف على إحراز الإدراك و هو لا يحزره.

١- كتاب الصلاة للشيخ الأنصاري: ٧ / ٣٣٣ و ٣٣٤.

٢- جواهر الكلام: ١٢ / ٣٢٥.

و بعبارة اخرى: كما أنّ أصل الصلاة يتوقّف على الجزم في التيه بالنسبة إلى الامور التي تحت اختيار المكلف، فهكذا في أجزائها، فما لم يجزم بها يشكل جواز الإتيان بها، بمعنى أنّ المسألة تدخل في جواز الإتيان بامثال الاحتمال مع إمكان الامتثال العلمى.

و بالجمله؛ أصل جواز الاقتداء في كلّ حال لا- ربط له بمسأله قصد المتابعه في جزء مع الشكّ في تحقّقها، و عدم إحراز الإدراك، و الأصل لا- ينفع في ذلك لأنّه إنّما يجرى في أمثال المقام في ما لا يمكن إحرازه وجدانا، بمعنى أنّها خارجه عن اختيار الشخص، و أمّا في ما هو باختياره، و داخله في موضوع التيه و ما يعتبر فيه الجزم، فلا محيص عن تحصيل الاطمئنان.

و من ذلك؛ ظهر أنّه لا يمكن أن يقال: لمّا لا يضرّ هذا الركوع و لو لم يحصل الإدراك لما بنيتم أنّه زياده مغتفره، فلا مانع عن الإتيان به و لو بقصد المتابعه، لأنّ ذلك إنّما يثمر فيما إذا دخل و أتى بالركوع على وجه مشروع و اتّفق عدم الإدراك، و الإشكال في المقام في أصل مشروعية الإتيان به من الأوّل، فتأمل في ما ذكرنا حتّى يظهر لك ما في ما أفاده الشيخ قدس سرّه في المقام (١)، و الظاهر؛ إنّ ما سلطنا هو ما عليه المشهور، و الله العالم.

شرائط الجماعه

اشاره

البحث الثالث: في شرائط الجماعه، و هي بين أمرين و قسمين:

أحدهما: ما يرجع إلى الشرط العرفى في أصل تحقّق كلّ اجتماع و صدقه،

بحيث يكون تصرّف الشارع حينئذ من باب التحديد و تعيين أحد مصاديق ما هو المعتبر عند العرف في الجملة، و هو أمران: الاجتماع و عدم البعد بين الإمام و المأموم زائدا على المقدار المعين، و عدم وجود الحاجب.

ثانيهما: ما يكون شرطا شرعيا و تعبديا محضا كعدم انخفاض مكان الإمام عن المأمومين.

أما القسم الأول:

فالأول من الشرطين - و هو عدم وجود الحائل بين الإمام و المأموم

إشارة

إذا كان من الرجال- هو أن لا يكون بينهما ما يمنع عن المشاهدة غير الصفوف في سائر الحالات، و الجامع عدم وجود السترة المانعة عن المشاهدة.

و الأصل فيه- مضافا إلى الإجماعات المنقولة البالغه إلى حد الاستفاضه في المسألة:- صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام فيها: «إن صلّى قوم و بينهم و بين الإمام ما لا يتخطى فليس ذلك الإمام لهم بإمام، و أى صفّ كان أهله يصلّون بصلاه إمام و بينهم و بين الصفّ الذى يتقدّمهم قدر ما لا يتخطى فليس تلك لهم بصلاه، و إن كان بينهم ستره أو جدار، فليس تلك لهم بصلاه إلّا من كان بحيال الباب» و قال: «و هذه المقاصير لم يكن فى زمان أحد من الناس و إنّما أحدثها الجبارون، و ليس لمن صلّى خلفها يقتدى (١) بصلاه من فيها صلاه» (٢).

و دلالتها على المطلوب- و هو اعتبار عدم الحائل المانع عن المشاهدة- واضح؛ لأن المراد من السترة و الجدار فيها ليس إلّا بيانا للمثال، و المقصود من

١- فى من لا يحضره الفقيه: مقتديا.

٢- من لا يحضره الفقيه: ١/ ٢٥٣ الحديث ١١٤٤، و سائل الشيعة: ٨/ ٤١٠ الحديث ١١٠٣٩ و ٤٠٧ الحديث ١١٠٣٣.

ذكرهما أنه كل ما يكون موجبا لتحقيق الستر بين الإمام و المأموم.

و من المعلوم؛ أن صدق الستر و الجدار لا يتحقق إلّا بأن يكون الحائل يمنع عن المشاهده، فلو لم يكن كذلك مثل الحائط القصير، كما لو كان ارتفاعه بمقدار الشبر فلا يصدق عليه أن بينهما ستره أو جدار، و المراد من «المقصوره التي أحدثها الجبارون» هو الحجره التي كانوا يبنون مكان المحراب، و كان له باب من خارج المسجد على وجه لا يحتاج الإمام للدخول فيه بالدخول في المسجد و إن كان له باب آخر في المسجد أيضا.

و قوله عليه السلام: «إلا من كان بحيال الباب» يحتمل أن يكون المراد منه باب المقصوره فيكون توطئه لقوله عليه السلام: «و هذه المقاصير» .. إلى آخره.

و يحتمل أن يكون المراد منه باب المسجد الذي يصلّى فيه الإمام، و هذا أظهر، كما سيأتى توضيح ذلك إن شاء الله.

ثم إن هذا أصل موضوع الشرط، و يتفرّع عليه امور نذكرها في طيّ

مسائل:

الاولى: أنه قد عرفت لا إشكال [في] أنه لو كان بين الإمام و المأموم حائل يمنع المشاهده رأسا تبطل الصلاة

حينئذ، و أمّا لو كان على نحو يمنع عن المشاهده في بعض الحالات كحاله الجلوس أو القيام فقط، فقد يقال بأنه لا يضرّ نظرا إلى أن المراد صدق الحائل على وجه الكلى.

و فيه: أنه قد علق الحكم بعدم كون الصلاة صلاه يكون بينهما ساتر على نحو صرف الوجود.

و بعبارة اخرى: المستفاد من الروايه اعتبار عدم الساتر بين الإمام

و المأموم فى صحّته صلاه المأموم جماعه على نحو السالبه الكليه، و من المعلوم أنّه يكفى فى رفع ذلك تحقّق الستر و لو فى بعض الحالات؛ لصدق تحقّق الساتر بين الإمام و المأموم، كما لا يخفى.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ قوله فى الروايه: «إن كان بينهم ستره أو جدار» عطف على قوله: «و كان بينهم قدر ما لا يتخطّى» فيصير من قبيل الحال، و المعنى يصير حينئذ: أنّه إن صلّى قوم و كان بينهم و بين الإمام ستره أو جدار، و كلّ شىء كان مفيدا لحكايه الحال يدلّ على اقتران الحال مع الفعل الذى كان هذا الحال حالا له على نحو الاستيعاب، كما سيجىء ذلك بالنسبه إلى مسأله ما لا يتخطّى.

فعلى هذا؛ فلو كان الحائل مانعا فى بعض الحالات لا يضرّ إلّا على نحو يلحق بالعدم، بحيث كان مانعا بالنسبه إلى معظم الحالات، و أمّا فى مثل حال الجلوس فقط و نحوه فلا، و لعلّ ذلك منشأ ذهاب المعظم إلى عدم مضرّيّه الحائل فى هذه الحاله.

نعم؛ و لو لم نقل بذلك، و بنينا على الأول: إذا كان الحائل على نحو يمنع عن المشاهده فى خصوص حال السجود، بأن يكون ارتفاعه بمقدار شبر أو أنقص، فلا يكون مشمولاً للروايه، لعدم صدق الجدار و الحائل، و إن صدق أنّ بينهما شىء، و بعد عدم شمول الروايه لمثله فلا بدّ من الالتزام بعدم كونه مانعا لو كان لنا عموم فى باب الجماعه و أمكن الرجوع إليه.

و لكن قد تقدّم فى صدر الباب أنّه ليس لنا عموم قابلا لرفع الشكّ إذا شكّ فى اعتبار شىء لانعقاد الجماعه عرفا أو شرعا، و لا إشكال فى ثبوت الشكّ فى اعتبار أمثال هذه الأمور، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصول العمليّه، و مقتضاها فى

أمثال المقام الاحتياط لا البراءة.

ضروره أنّ صلاه الجماعه فرد من الصلوات الواجبه عينا، فإذا شكّ في اعتبار شىء فيها، فمرجع ذلك إلى الشكّ في المحصّل لا إلى الأقلّ و الأكثر الارتباطيين حتّى يرجع إلى البراءة، كما لا يخفى.

إذا كان الحائل بحيث لا يمنع عن المشاهده

المسأله الثانيه: إذا كان الحائل مخزّما

مثل الشباييك و أمثالها، فتاره؛ يكون على نحو [تكون] فرجه في غايه الضيق، مثل ما إذا كان من بعض أنواع الحصر و نحوه فإنّ هذا مثل ما لا يكون له الفرج أصلا لصدق الحائل و الستره عليه، كما لا يخفى.

و اخرى؛ يكون على وجه [تكون] فرجه واسع لا تمنع عن المشاهده، كالشباييك الموجوده في الرواقات؛ ففي أمثالها لا ينبغي الريب في عدم شمول الروايه لها؛ لعدم صدق الساتر و الجدار عليها.

و توهم إمكان دخوله من جهه قوله في صدرها: «و إن كان بينه و بين الإمام ما لا يتخطى» بناء على أن يكون المراد منه ما لا يمكن أن يتخطى، سواء كان ذلك لعدم المقتضى - كما إذا كان الفصل لبعده المسافه - أو كان لوجود المانع كالشباييك المذكوره، مدفوع بأن المراد من «ما لا يتخطى» على ما سيأتى - ليس عدم التخطى بل المراد منه ما يقدر بعدم التخطى من حيث البعد و المسافه، و يشهد له قوله: «و إن كان بينهم و بين الصفّ العدى يتقدّمهم بمقدار ما لا يتخطى» فلا تدلّ الروايه على حكم مثل الشباييك و غيرها ممّا لا يمنع عن المشاهده،

فحيثنذ يبقى مورد للشك فيرجع إلى الأصل.

الثالث: لو كان الحائل جسماً شفافاً

لا يمنع [من] المشاهده مثل الزجاج، فهل يلحق بالجدار و الستره أم لا؟ وجهان: و الأقوى عدم الإلحاق، إذ لا ظهور للروايه فيما يشملها، لعدم صدق الستره و الجدار عليه.

و ابتناء المسأله على كون الإبصار بخروج الشعاع أو الانطباع، فعلى الأول لا يكون ساتراً، و على الثاني يكون حائلاً، لا وجه له، إذ ليست المسائل الشرعيه مبتنيه على مثل هذه الدقائق الحكميه، بل إنّما تدور مدار صدق العناوين العرفيه، و عليها قد عرفت أنّها غير محققه.

إلّا أن يقال بأن مانعيه الستر و الحائل ليست لأجل أنّه معه يحجب الإمام عن المأموم، و أنّه لا يطلع على ما يفعل، بل لأجل كونه موجبا لتعدد المجلس، و هذا المعنى متحقق عند تحقق الحيلولة بمثل الزجاج.

و لكن فيه: أنّ هذا حدس محض لا دليل عليه؛ إذ لا دلالة للروايه عليه، فالإنصاف أنّه أيضا مورد للشك، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل و هو الاشتغال كما تقدّم، و لكن يمكن إثبات الأصل اللفظي و إطلاق في باب الجماعه يرجع إليه عند الشك لتصحيح العباده و إن منعاه سابقا.

توضيح ذلك: إنّ الشك في باب الجماعه و انعقادها إن كان راجعا إلى اعتبار ما يكون شرطا لانعقاد الجماعه عند العرف، بحيث لولاه لصدق الجماعه عرفا، فلا إشكال في عدم دفع الشك بالرجوع إلى الإطلاقات، و إن كان راجعا إلى اعتبار شيء شرعا و تعييدا زائدا عمّا عليه العرف، فهذا لا مانع من دفعه بالرجوع إلى ما تقدّم من إطلاق صحيحه زاراه المتقدمه في أول بحث الجماعه

من قوله عليه السّلام في ذيلها: «و لكنّ الجماعة سنّه في الصلاه من تركها رغبه عنها و عن جماعه المؤمنين من غير علّه فلا صلاه له» (١). فتأمل! إذ لا دلالة و لا إطلاق لها من الجبهه التي نحن فيها، بل الظاهر منها أنّها وردت لمشروعيتها الجماعه فقط.

الرابعه: لا فرق في الحائل بين أن يكون في تمام الصلاه أو كان في بعضها،

فلو كان مع رفعه في الأثناء فلا تنعقد الجماعة، و كذلك لو لم يكن ابتداءً و حدث في الأثناء يوجب بطلانها، و ذلك لإطلاق الروايه.

نعم؛ لو دخل في الجماعه على وجه المشروعيه ثم حدث الحائل في الأثناء و إن تبطل الجماعة حينئذ، و لكنّه لا تبطل أصل الصلاه بل يصير المأموم منفردا قهرا، كما في سائر المقامات التي يتعدّر البقاء [فيها] على الجماعه.

الخامسه: لا يعتبر في الحائل المانع عن المشاهده الموجب لعدم تحقّق الجماعه أن يكون غير إنسان،

لأنّ المدار في الحائل ما يوجب الستر بين الإمام و المأموم، فلو حصلت الحيلولة بقيام إنسان بينهما على الوجه المذكور تبطل الجماعة، إلّا أن [يكون] هو أيضا مأموما، كما سيجي ء وجهه.

نعم، لو كان الحائل آدميا لا بدّ و أن يكون مستقرا، فلو حصلت الحيلولة بمجرد مرور إنسان أو غيره بينهما فلا يضّر ذلك؛ لعدم صدق المانع، إذ الحائل لا بدّ و أن يكون له الاستقرار عرفا، إلّا إذا صدق الاستقرار حينئذ، كما إذا كان مرور أشخاص متعدّدين بحيث يكونون متّصلين، و لا يكون بينهم فصل أصلا، فيلحق ذلك بالحائل المستقرّ لصدق الستره حينئذ، و لا فرق في الإنسان الذي يحصل به الحيلولة بين أن يكون مصليا منفردا أو غير مصلّ رأسا [أصلا]، أو

كان مقتديا بذلك الإمام مع علم المأموم ببطلان صلاته، إذ المغتفر في حيلولة سائر المأمومين فيما إذا كانت جماعته صحيحه، و إلا فهو كغيره من الساتر، كما لا يخفى.

و أمّا إذا شكّ في صحّته صلاه الواسطه و أجزاء الصفّ المتقدّم الحائل بينه و بين الإمام، فلا مانع من الحكم بها ببركه أصله الصحّ، فحينئذ تصحّ صلاته جماعه، و لو كانت صلاته فاسده واقعا، كما ذهب إليه في «المسالك» (١) لما سيأتى في مسأله بطلان صلاه الإمام واقعا مع عدم علم المأمومين به فإنّه لا يوجب بطلان صلاه المأمومين لعدم كون موضع صحّته الاقتداء إلا إحراز صحّته صلاه الإمام، ففي ما نحن فيه الأمر أظهر.

و ذلك؛ لأنّ من الأدلّه الدالّه على عدم مضرّيه الحيلولة بالمأمومين و أنّ مشاهدته من يشاهد الإمام تكفى لصحّته الاقتداء و جوازه؛ يستفاد أنّ كلّ مأموم يشاهد الإمام يقوم مقام الإمام بالنسبه إلى المأموم الآخر الذي خلفه أو على يمينه أو شماله، فكما أنّ إحراز كون صلاه الإمام صحيحه يكفى في انعقاد الجماعه الصحيحه حقيقه و لو كانت فاسده واقعا، و هكذا الحال بالنسبه إلى المأموم الحائل بين الإمام و من خلفه.

و بذلك ظهر اندفاع ما أورده في «الجواهر» على «المسالك» قدّس سرّهما بأنّه بعد البناء و تسليم حصول الحيلولة بحائليه المأموم المعلوم فساد صلاته؛ فلا بدّ من الالتزام بعدم الفرق بين العلم بفساد صلاته و عدم العلم به، مع فساده واقعا، كما

إذا ظهر ذلك بعد الصلاة، إذ الحائل بوجوده الواقعي مانع (١).

وجه الاندفاع ما سمعت من أنّ المأموم المشاهد للإمام لمّا يصير بمنزله نفس الإمام بالنسبه إلى من خلفه فيكون حاله حال الإمام، فتأمل! فإنّ ذلك الّذى أفاده - دام ظلّه - لا يخلو عن القياس، إذ الاكتفاء بمشاهده من يشاهد الإمام و التنزيل المزبور لا يستلزم التنزيل من الجبهه الّتى نحن فيها أيضا، و لا ملازمه عرفا بين الدليل الدالّ على عدم مضرّته الحيلولة الحاصله بالمأموم و هذه الجبهه أصلا، فالاحتياط لا ينبغي تركه، و الله العالم.

أحكام الحائل

المسألة السادسة: لا إشكال أنه يكفي في صحه الجماعه و عدم صدق الحائل أن يكون المأموم على وجه كان مشاهدا للإمام أو مشاهدا لمن يشاهده

و لو بوسائط متعدّده كثيره، على وجه لو لا الوسائط كان المأموم يشاهد الإمام من أحد الجوانب الثلاثه من المقدم أو اليمين أو اليسار.

و ذلك: لما تقدّم من أنّ ما جعل مانعا عبارته عمّا يكون حائلا بين الإمام و المأموم على وجه يكون مانعا عن المشاهده لو لا احتجاب الإمام عن المأمومين بسبب غيرهم، فحينئذ لا يحصل الحائل فى الصفّ الأوّل المنعقد خلف الإمام، و لو طال عرضا على وجه لا يرى الإمام المأموم الّذى فى آخر الصفّ لطوله، و لكن كان متّصلا بالصفّ على وجه لا يحصل بينه و بينه ما لا يتخطّى، و كذلك بالنسبه إلى الصفّ الثانى إذا كان أطول من الأوّل إذا لم يحجب

بينه و الإمام غير الصفّ الأوّل، و هكذا الصفوف اللاحقه إلى أن تخرج من المسجد، و كان الصفّ الواقع فى خارج المسجد بحيال الباب على وجه يكونون يرون الإمام بلا حائل لو لا الصفوف المتقدّمه عليهم، فالحكم فى جميع ذلك ممّا لا إشكال فيه عند أحدهم بعد البناء على أنّ الحيلولة بالمؤمنين لا يضرّ إجماعا.

و إنّما الإشكال و الخلاف من جهه اخرى، و هى أنّه هل يكفى مشاهده الإمام أو مشاهده من يشاهده من المؤمن و لو بوسائط من كلّ واحد من الجوانب الثلاث و لو بحيث لو لا مشاهدتهم لم يكن يشاهد الإمام أيضا لوجود الحائل، كما إذا كان خلف اسطوانه يشاهد من طرف يمينه أو يساره أو قدّامه من يشاهد الإمام، و كما فى الصفّ المنعقد بحيال باب المسجد بالنسبه إلى من لم يكن من أجزاء هذا الصفّ بحيال الباب، بأن يكون مشاهدا من طرف يمينه أو يساره من هو بحيال الباب فقط، و كما فى الصفّ المنعقد خلف الإمام إذا كان الإمام فى محراب يكون جانبا مستورا بالجدار و له باب واقفا قدّامه منفتحا بحيث لا يراه، إلّا من كان بحيال الباب، أو لا يكفى ذلك، بل لا بدّ و أن يكون بحيث لو لا احتجاب الإمام بالمؤمنين لكان مشاهدا له؟ و عليه لا يصحّ من يصلّى بين الاسطوانات لو كانت على وجه تكون حائلا، و كذا فى المثالين لا يصحّ إلّا صلاه من هو بحيال الباب و مقابله.

فذهب المشهور- على ما نقل عن كثير، بل ربما ادعى الاتفاق- إلى الأوّل، كما يستفاد ذلك من كثير عباراتهم المذكوره فى مسأله الاقتداء بإمام كان فى محراب داخل فى المسجد، و فى مسأله من كان يصلّى خارج المسجد بحيال الباب.

ففى «المنتهى» عن العلامة قدس سره قال: (لو لم يشاهد الإمام و شاهد المأموم صحت صلاته، و إلا بطلت صلاه الصفّ الثانى و لا نعرف فيه خلافا) (١).

و قال فى موضع آخر منه «و التذكرة»- و هكذا فى «المسالک» «و المدارک» و غيره:- (لو وقف المأموم خارج المسجد حذاء الباب و هو مفتوح يشاهد المأمومين فى المسجد صحت صلاته، و صلى قوم على يمينه أو شماله أو ورائه صحت صلاتهم؛ لأنهم يرون من يرى الإمام، و لو وقف بين يدى هذا الصفّ صفّ آخر عن يمين الباب أو يساره بحيث لا يشاهدون من فى المسجد لم تصح صلاتهم) (٢).

ثم قال: (و لو لم يكن المأموم فى قبلته، بل على جانبه، فإن اتّصلت الصفوف به صحت صلاته و إلا فلا ذكره الشيخ فى «المبسوط») (٣)- إلى أن قال:- (التاسع: لا بأس بالوقوف بين الأساطين) (٤).

و ذهب بعض آخر كصاحب «الذخيره» و «الرياض» و جماعه اخرى، و تبعهم فى «الجواهر» لو لا-الإجماع على ما ذهب إليه المشهور (٥).

و ذكر فى وجهه: أنه لا- دليل على ما ذهب إليه المشهور إلا توهم كون المراد من قوله عليه السّلام: «إلا من كان بحيال الباب» بعد قوله عليه السّلام: «إن كان بينهم ستره أو

١- منتهى المطلب: ١/ ٣٦٥ ط. ق.

٢- منتهى المطلب: ١/ ٣٦٥، تذكرة الفقهاء: ٤/ ٢٥٨، مسالك الافهام: ١/ ٣٠٥، مدارك الأحكام: ٤/ ٣١٨، مجمع الفائده و البرهان: ٣/ ٢٧٧.

٣- منتهى المطلب: ١/ ٣٦٥، المبسوط: ١/ ١٥٦.

٤- منتهى المطلب: ١/ ٣٦٥.

٥- ذخيره المعاد: ٣٩٣، رياض المسائل: ٣/ ٢٦، كفايه الأحكام: ٣١، جواهر الكلام: ١٣/ ١٦٠.

جدار» (١) فذلك ليس لهم بصلاه هو الصفّ الّذى بحيال الباب خارج المسجد مقابل الصفّ المنعقد على جانبى الباب من اليمين و اليسار (٢).

و من المعلوم؛ أنّ هذا الصفّ لا يرون إلّا من يرى مشاهد الإمام من جانبى اليمين و اليسار بحيث لو لا المأمومين كان بين الإمام و المأمومين حائل يمنع المشاهده.

و هذا مدفوع بأنّ ظاهر الصحيحه المتقدّمه حصر الحكم بالصّحّه على خصوص من كان بحيال الباب من الصفّ لا الحكم بصّحّه صلاه الصفّ الّذى كان بحيال الباب، و دعوى كون المراد الحصر بالإضافه إلى الصفّ السابق على هذا الصفّ لا شاهد لها فحيثنذ قوله عليه السّلام: «إن كان بينهم ستره أو جدار فليس ذلك لهم بصلاه» (٣) يكون محكّماً، و إلّا صحيحه الحلبي الوارده بعدم البأس عن الصلاه جماعه بين الأسطوانتين (٤)، بتقريب أنّ من يقف بين الاسطوانات كثيرا ما لا يشاهد من يشاهد الإمام من طرف قدّامه، بل إنّما يشاهد من يشاهد الإمام من طرف يمينه أو يساره، بحيث لو لا الاكتفاء بمطلق المشاهده لكان بينه و بين الإمام حائل و هو الاسطوانه.

و فيه: أنّ الواقف بين الأساطين لو كان على وجه كان بينه و بين الإمام حائل غير المأمومين، فلا إشكال فى فساد صلاته بل هو عين مسألتنا، فحيثنذ لا بدّ من أن تحمل الروايه و هكذا كلمات من صرّح بعدم البأس بالوقوف بين

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١٠ الحديث ١١٠٣٩ و ٤٠٧ الحديث ١١٠٣٣.

٢- الحدائق الناضره: ١١ / ٩٩ و ١٠٠.

٣- مرّ آنفا.

٤- وسائل الشيعه: ٨ / ٤٠٨ الحديث ١١٠٣٤.

الأساطين (١) على ما لا ينافي لعدم حصول الحيلولة بأن المراد من الصلاه بين الأساطين البنيه التي لا تكون بها حائل، بأن يكون المصلّي متوسّطاً بينهما، أى بعضها على يمينه و أخرى على شماله، لا أمامه أو خلفه.

هذا ملخّص ما أفاد ردّاً على المشهور، و لكنّه فاسد، فلأنّ حمل قوله عليه السّلام:

«إلّا من كان بحيال الباب» (٢) على خصوص من يكون فى قبال الباب عن بعض الصّفّ المنعقد فى حيال الباب لا على مجموع هذا الصّفّ، مبنى على أن يكون المراد من الحيال خصوص المقابل فى قبال اليمين و اليسار.

مع أنّه لا وجه له أصلاً، لأنّه أمّا فى اللغه فقد فُتّر بالحذاء، و الحذاء بالإزاء، ثمّ فُتّر الإزاء بالحذاء على نحو الدور، فلم يعلم تفسير يتّضح به المعنى.

و أمّا بحسب موارد الاستعمال فمختلف، حيث إنّه قد يستعمل و يراد منه القبال، مثل قوله عليه السّلام فى باب القنوت: «ثمّ يرفع يديه بحيال وجهه» (٣).

و قد يستعمل و يراد منه المقابله لطرف اليمين و اليسار كما فى الخبر الوارد فى باب السجود: «يضع كفيه فى حيال وجهه» (٤).

و أمّا فى لسان أهل عصرنا هذا فما عثرنا على شىء فى موارد استعمالهم، إلّا استعماله فى مثل الشطّ إذا امتلأ إلى حدّ لو تجاوز عنه فيخرب البنيان فيقال: امتلأ من الماء إلى حiale، فحينئذ لم يتّضح للفظ معنى مبين و لم يستقرّ ظهوره فى معنى المقابل، بل الظاهر منه فى الروايه هو الأعمّ، حيث إنّهُ

١- منتهى المطلب: ١/ ٣٦٥، جواهر الكلام: ١٣/ ١٦٠.

٢- مرّ آنفاً.

٣- وسائل الشيعه: ٦/ ٢٨٢ الحديث ٧٩٧٢.

٤- وسائل الشيعه: ٦/ ٤٦١ الحديث ٧٠٧٨.

استعمل فى مقابل من يقف على جناحى الباب مَمَّن لا يشاهد من فى المسجد من المأمومين، لا أن يكون المراد خصوص بعض الصفّ المنعقد فى مقابل الباب، و إلاً فلو كان المراد به ذلك فلا معنى لاستثنائه عن قوله عليه السّلام: «و إن كان بينهم ستره أو جدار فليس تلك بصلاه لهم» (١) لدخول من كان بحيال الباب عن بعض الصفّ المنعقد فى قبالة فى من لا يكون بينه و بين الإمام حائل، فتأمل!

نعم؛ بناء على أن يكون استثناء عن قوله عليه السّلام بعد ذلك من حكم المقاصير و هو قوله عليه السّلام: «و ليس لمن صلّى خلفها مقتديا بصلاه من فيها صلاه» (٢) بأن يكون المراد استثناء خصوص من كان فى مقابل باب المقصوره دون غيرهم، يتمّ الدعوى.

و لكنّه أولاً: خلاف الظاهر و بعيد جدّاً و لا دليل على ارتكابه.

و ثانياً: على فرض تسليمه إنّما يتمّ لو فرض أنّه كان للمقصوره باب فى ذلك الزمان من المسجد، و قد تقدّم أنّ المعهود منها كون بابها من خارج المسجد و أنّ الإمام كان يدخل فيها منه.

و ذلك لأنّهم أبدعوها مخافه من المأمومين فى المسجد؛ لأن لا يصنع بهم ما اصيب بمولى الموالى عليه السّلام، فكانوا يدخلونها من الخارج بلا- أن يراهم المأمومون و كان المكبر يخبرهم به، كما أنّه رأينا المقاصير على هذا الأساس فى الساتر فى مساجد خلفاء بنى العباس بعد ما تفحصنا عنه.

و الحاصل: لا يمكن الاعتماد على الاستدلال المزبور للحكم المذكور،

١- مرّ آنفا.

٢- مرّ آنفا.

بل الظاهر الاكتفاء بالمشاهده من أحد الجوانب الثلاثة و لو لمن يشاهد الإمام كذلك، و ذلك؛ لأنه مضافا إلى ما تقدم أن قوله عليه السلام: «و إن كان بينهم ستره أو جدار» و فى بعض النسخ بالفاء بدل الواو، يكون ظاهرا فى بيان حكم الحائل على نحو ما بين قبله حكم البعد من قوله عليه السلام: «إن صلى قوم و بينهم و بين الإمام ما لا يتخطى فليس ذلك لهم بإمام» (١) إلى آخره، و يستفاد منه أحكام ثلاثة:

أحدها: عدم البعد بين الإمام و بين من يكون خلفه من الصفّ الأول.

ثانيها: اعتبار عدم البعد بين كلّ صفّ و الصفّ السابق عليه بالمقدار المزبور بالإضافة إلى الصفوف اللاحقه، و هما يستفادان من منطوق الروايه.

ثالثها: اعتبار عدم البعد بين المأموم و غيره من المأمومين من طرفى اليمين و اليسار إذا كان بينه و بين الصفّ السابق عليه أزيد ممّا يتخطى، و هذا يستفاد من لازم الروايه.

و بعبارة اخرى: يستفاد من الروايه من جهة اعتبار عدم البعد أنه يعتبر عدم البعد بمقدار ما لا يتخطى من جميع الجوانب، و أنه يكفى الاتصال بالإمام أو المأموم المقتدى به عن أحد الجوانب الثلاثة، فحينئذ قوله عليه السلام فى حكم الحائل:

«فإن كان بينهم ستره أو جدار» أيضا يكون تابعا لسابقه، و أنه لو كان الحائل بين المأموم و الإمام فى الصفّ أو بينه و بين غيره من المأمومين فى الصفوف اللاحقه ما يكون حائلا يمنع المشاهده من جميع الجوانب الثلاثة، فصلاته ليست بصلاه، فيستفاد منه اعتبار عدم الحائل و كفايه المشاهده من إحدى الجوانب.

هذا، مضافا إلى ما ورد من عدم البأس بالصلاه بين الأساطين عن

جماعه (١)، فإنه بإطلاقه يشمل ما إذا كانت الاسطوانه حائلا بين المأموم وقدامه، و لكنّه يشاهد الإمام من طرف اليمين أو اليسار.

فتلخص: أنّ حكم شرطيه عدم الحائل و مانعيته و وجود الحائل من الجبهه التي نحن فيها من حيث الكيفيه، حكم مانعيه البعد و كفيته اعتبار عدمه، فكما أنّه يكتفى في صدق عدم البعد تحقّق عدم ما لا يتخطى من طرف القدام أو اليمين أو اليسار، و يستفاد ذلك من الروايه مجموع دلالتها المطابقي متضمّنه بالالتزامي، و كذلك بالنسبه إلى عدم الحائل و اعتبار المشاهده؛ يكتفى به عن إحدى الجوانب الثلاثه، كما لا يخفى، و يستفاد هذا من الروايه أيضا.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّه أحسن و أجاد ما عنون في «التذكره» في حكم من يقتدى خارج باب المسجد بمن فيه، من المسائل الثلاث:

الاولى: من يقتدى خارج باب المسجد إذا كان الباب على خلاف القبلة قال: تصحّ صلاته؛ لكونه مشاهدا لمن يشاهد الإمام من طرف قدامه، و تصحّ صلاه من على جانبيه؛ لكونه يشاهد من يشاهد الإمام و لو بالواسطه من اليمين أو اليسار.

الثانيه: من يقتدى خارج الباب الذي في طرف اليمين فإنه أيضا تصحّ صلاته؛ لكونه مشاهدا لمن يشاهد الإمام من طرف اليسار.

الثالثه: من يقتدى من الخارج من طرف اليسار فهو أيضا تصحّ صلاته؛ لكونه مشاهدا لمن يشاهد الإمام من اليمين، فتأمل جيّدا!

(٢)

١- منتهى المطلب: ١/ ٣٦٥، جواهر الكلام: ١٣/ ١٦٠.

٢- تذكره الفقهاء: ٤/ ٢٥٨.

المسألة السابعة: من كان في الصفوف اللاحقه على وجه كان بينه وبين الإمام بعد يمنع عن الاقتداء

لو لا اتّصاله بالصفّ المتقدّم عليه إذا كان مشاهدا لمن يتّصل به من طرف قدّامه أو يمينه أو يساره، فقد عرفت بأنّه تصحّ صلاته. و لو كان بينه وبين الإمام حائل يمنع المشاهده.

و أمّا لو لم يكن مشاهدا لمن يتّصل به، بل كان بينه وبين من يتّصل به حائل يمنع المشاهده، و لكن مشاهد للإمام الذي اقتدى به مع فرض تحقّق البعد بينه وبين الإمام، فهل تكفي هذه المشاهده أيضا، أو تعتبر مشاهده من يتّصل به من المأمومين الذي كان به ارتفع المنع عن البعد؟

الأقوى الثاني؛ و أنّه لا يكفي مجرد مشاهده الإمام مطلقا، و ذلك لما عرفت من قوله عليه السّلام في حكم الحائل: «فإن كان بينه وبين الإمام ستره أو جدار» ..

إلى آخره يكون تابعا في جميع ما يعتبر لصدر الروايه و هو قوله عليه السّلام: «إن صلّى قوم و بينهم و بين الإمام قدر ما لا يتخطّى» (١) فكما أنّه من جهه البعد اعتبر عدم البعد بين المأموم و بين من يتّصل به من أحد الجوانب في الصفوف اللاحقه، فكذلك مجموع ما في الصدر قد جمعه في الذيل فقال عليه السّلام: «إن كان بينهم و بين الإمام ستره أو جدار» فيرجع محصّل مفاد الذيل إلى أنّه يعتبر عدم الحائل على نحو اعتبار عدم البعد، كما لا يخفى.

و بعباره اخرى؛ يستفاد من اعتبار عدم الحائل بجملته مجموع ما ذكر في بيان حكم ما لا يتخطّى بتلك العبارة التي بمنزله التفريع على ما تقدّم، خصوصا على نسخه ضبطت «بالفاء» أنّه يعتبر عدم الحائل بين المأموم و الإمام أو من

يشاهد الإمام من الجهة التي كان المأموم متصلا به بلا واسطه أو مع الواسطه لا مجرد عدم الحائل مطلقا و لو لا من هذه الجهة، فيكون مسأله عدم البعد و عدم ما لا يتخطى من قبيل المقدمه لاعتبار عدم الحائل.

و من هنا ظهر فساد توهم أنّ كلّا من البعد و الحائل مانع مستقلّ، و ليسا يرجعان إلى أمر واحد، و المفروض فقدهما في المقام نظرا إلى أنه يكفي في رفع الأوّل منهما أن يكون المأموم مشاهدا للإمام أو من يشاهده و هو حاصل في المقام باعتبار كون المأموم مشاهدا للإمام، و في رفع الثاني أن يكون المأموم متصلا بالإمام أو بمن هو بينه و بين الإمام و لو بألف واسطه، و هو أيضا حاصل باعتبار كونه متصلا بمن يكون بينه و بينه الحائل المفروض، و على هذا فلا مانع من صحه الصلاه في الصوره المفروضه.

وجه الدفع: أنّ الاستفادة من الروايه اعتبار عدم الحائل بين المأموم و الإمام أو من يتصل به بالإمام من الجهة الاتصاليه لا مطلقا، و المفروض في المقام وجود الحائل من تلك الجهة و مشاهده الإمام من غيرها لا يفيد شيئا، كما لا يخفى.

الشكّ في وجود الحائل

الثامن: إذا شكّ المأموم في وجود الحائل

فتاره يكون ذلك قبل اشتغاله بالصلاه و قبل الاقتداء، و اخرى ما يكون حادثا في الأثناء، فهل يصحّ علاجه بالأصل أم لا؟

قد يقال: نعم مطلقا إذا كان هنا حاله سابقه عدميه، كما يجري الأصل

بالنسبه إلى سائر ما يعتبر في الصلاه من الشرائط و الموانع إذا كانت له حاله سابقه، مثل الطهاره التي كانت متيقنه سابقا ثم شك فيها قبل الصلاه أو في أثنائها فيستصحب بقاءها، و كذا فيما لو كان في أول الدخول في الصلاه مستقبل القبله و شك في انحرافه عنها في أثناء الصلاه بلا إشكال في أنه يجوز التمسك بالاستصحاب، و كذلك لو كان في السابق غير مصاحب لما لا يؤكل لحمه، و شك بعد ذلك قبل الشروع في الصلاه أو في الأثناء في طرؤ ذلك عليه، فالمقام أيضا كذلك لا مانع من الشك بالاستصحاب للحكم بعدم وجود الحائل، سواء كان شكه فيه قبل الصلاه أو في أثنائها.

هذا؛ و لكن الظاهر أن المقام ليس من قبيل ما ذكر من الأمثله حيث إنها بنفسها متعلقه للحكم الشرعي، فإذا احرز لها الحاله السابقه فببركه الأصل أمكن علاج الشك فيها بخلاف المقام، فإن مسأله الحائل و اعتبار عدمه بين الإمام و المأموم من قبيل العناوين البسيطة التي انتزع من المركب من أمرين، و يكون نظير المسأله السابقه فيما إذا شك في إدراك ركوع الإمام، و قد بينا هناك أن جريان الأصل في أمثالها ممنوع، و أنه لا مجال لأن يقال: إذا احرزنا أحد جزأى الموضوع بالوجدان، و الجزء الآخر يحرز بالأصل، فبضمهما احرز الموضوع بتمامه، لما تقدم من أن ذلك إنما يجوز إذا كان الجزءان بأنفسهما موضوعا و الأثر يكون لهما لمحض اجتماعهما في الزمان.

و أما لو كان الأثر للعنوان المنتزع عنهما مثل الحال و نحوه فلا يجرى ما ذكر، بل يكون الأصل بالنسبه إليه مثبتا، و هكذا ما نحن فيه، حيث إن الأثر ليس لعدم الحائل بين الإمام و المأموم، بل الظاهر من قوله عليه السلام في صدر الروايه:

«إن كان [بينهم ستره أو جدار]»- الّذى يكون مسأله الحائل حاله حال عدم البعد، و حكمه يستفاد من الصدر و لا مجال لتوهم استقلال الثانى و كونه بنفسه متعلّقا للحكم- أنّه لا بدّ و أن تكون الجماعه فى حال عدم الحائل فحينئذ إجراء الأصل فى الحائل، لا ينفع بالنسبه إلى الحاله المذكوره و لا يحرزها.

إلّا أن يقال مثل ما أفاده شيخنا استاد الأساطين قدّس سرّه فى تلك المسأله من أنّ التعبير بالقبليّه و الحاله و أمثالهما من باب سهوله التعبير، و ليس لها خصوصيّة فى الحكم، بل تمام المناط صرف الاجتماع فى الزمان و أنّ منشأ النزاع [فى] تلك العناوين هو متعلّق الحكم.

فعلى هذا؛ لا- مضايقه فى إجراء الأصل خصوصا فى مثل التعبير بلفظ الحال، حيث إنّ التعبير به من باب ضيق العبارة، و أنّه لا يمكن التعبير بالعنوان الأوّلى- و هو اجتماع الجزئين فى الزمان- بغير لفظ الحال و نحوه، كما هو المستظهر فى المقام أيضا إذ الظاهر من قوله عليه السّلام: «إن كان بينهم» .. إلى آخره هو اجتماع الأمرين فى الزمان، و لا لفظ يحكى عن هذا المعنى غيره.

لا بأس بالحائل بين الإمام و النساء المأمومات

هذا كلّ فى أصل اشتراط عدم الحائل و ما يتفرّع عليه، ثمّ لا ينبغى التأمّل فى أنّه إنّما يجرى بالنسبه إلى الرجال، و أمّا لو كان المأمومون النساء فلا يعتبر الشرط المزبور و لا بأس بالحائل بينهنّ و الإمام، إذا كان رجلا.

و ذلك؛ لأنّه مضافا إلى عدم جريان ما ذكرنا فى مسأله جماعه الرجال بالنسبه إليهم رأسا من أنّه اعتبار هذا الشرط مرجعه إلى اعتبار أمر عرفى، بحيث

يوجب الحائل تعدّد المجلس و لا يصدق الجماعه حينئذ، و الشارع فى اعتباره هذا الشرط ما أعمل محض التبعّد، بل أجرى ما هو المعتبر عند العرف.

و من المعلوم؛ أنّ ما ذكر إنّما يجرى بالنسبه إلى مجالس الرجال و مجامعهم، و أمّا مجامع النساء مع الرجال فلا يعتبر ذلك عند العرف أيضا، بمعنى أنّ وجود الحائل بينهم و بين الرجال لا يضرّ بوحده المجلس، بل بناؤهم على إيجاده فى المجلس الواحد الّذى يجتمع فيه الرجال و النساء، فليس ذلك إلّا من جهه ما ذكرنا من أنّ وجود الحائل لا يرفع عنوان وحده المجلس، كما لا يخفى.

فيصير ذلك قرينه عرفيه على اختصاص الأدلّه الّتى يستفاد منها الشرط المزبور بالرجال، حيث إنّ الحكم بتعميمها من جهه الإجماع على عدم الاختصاص كليّا، أو للقطع باشتراك النساء مع الرجال فى كلّ حكم، إنّما يكون إذا لم يكن فى البين قرينه قطعيّه و ما يقرب منها تدلّ على الاختصاص، و فى المقام لا إشكال أنّ الارتكاز المزبور هو قرينه على التخصيص، و أنّ قوله عليه السّلام فى الروايه المتقدّمه: «فإن كان بينهم» .. إلى آخره، لا- يعمّ النساء، [مع] أنّه دلّت الأدلّه الخاصّه على عدم اعتبار الشرط المزبور بالنسبه إلى المرأه، و هى الروايه المرسله (١) المتلقّاه بالقبول عند الأصحاب، و الإجماع المنقول أو المحصل، حيث لم يظهر فى المسأله خلاف إلّا من الحلّى قدّس سرّه (٢) بناء على أصله من عدم الاعتناء بأخبار الآحاد مطلقا.

بقى الكلام فى موضوع المسأله و هو: أنّ الحائل بأيّ مقدار منه لا يضرّ؟

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١٠ الحديث ١١٠٣٩.

٢- السرائر: ١ / ٢٨٩.

الَّذِي يَظْهَرُ مِنْ كَلِمَاتِ الْأَصْحَابِ قَدَّسَ سِرَّهُمْ أَنَّهُ إِذَا كَانَ بِحَيْثُ لَا يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَأْمُومُونَ أَجَانِبَ عَنِ الْإِمَامِ رَأْسًا، بَأَنَّ يَكُونَ الْحَائِلُ ثَخِينًا جَدًّا كَبَعْضِ الْجُدْرَانِ الَّتِي فِيهَا أَسْطَوَانُهُ وَ أَمْثَالُهَا، بَلْ لَا بَدَّ وَأَنَّ يَكُونَ بِحَيْثُ يَكُونُونَ مَطَّلَعِينَ - أَيْ الْمَأْمُومِ وَالْإِمَامِ - فِي الْجُمْلَةِ عَنِ حَالِ الْآخَرِ، بَأَنَّ يَكُونَ بَيْنَهُمْ حَائِطًا صَفِيحًا أَوْ أَمْرًا مُحَدَّثًا كَمَا هُوَ الْمَعْمُولُ.

وَلَقَدْ أَجَادُوا فِي مَا اسْتَظْهَرُوا وَأَفَادُوا، لِأَنَّ مَا ذَكَرْنَا فِي الْإِعْتِبَارِ الْعَرْفِيِّ لَا يَسْتَفَادُ مِنْهُ اغْتِفَارُ الْحَائِلِ أَزِيدَ مِنْ ذَلِكَ، كَمَا أَنَّ الْمُرْسَلَةَ الْمَشَارَإِلِيهَا فِيهَا لَفْظُ «الْحَائِطِ» وَ هُوَ غَيْرُ الْجُدْرَانِ، بَلْ هُوَ مِثْلُ الْحِفَازِ الَّتِي يَحْدُثُ فِي حَوَالِي الْبَسَاتِينِ غَالِبًا، فَالْمَسْأَلَةُ لَا غِبَارَ عَلَيْهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَ لَا مَجَالَ لِتَرْزُلِ [صَاحِبِ] «الْجَوَاهِرِ» (١) قَدَّسَ سِرَّهُ أَيْضًا، وَ اللَّهُ الْعَالِمُ.

أشراط عدم البعد بين الإمام و المأموم

أشاره

الثاني من الشرطين اللذين مرجعهما إلى اعتبار أمر عرفي في الجملة هو مسألة اعتبار عدم البعد بين الإمام و المأموم، أصل الشرط لا إشكال فيه، بل المسألة إجماعية في الجملة، بل الكلام في تحديده فإنها من هذه الجهة من المشكلات، بمعنى أنها نظير ما في مسألة المسافر الذي يرجع ليومه إلى محلّه أنّه مع وجود الأخبار المعتبرة الواضحة الدلالة فيها لأصحاب اضطربوا في المسألة، و أحالوا تحديد الموضوع إلى العرف، فهكذا في المقام من أنّه مع وجود

المدرک الصحيح- و هو روايه زراره المتقدمه (١) واضحه الدلاله، حيث إنّه حدّد فيها البعد بما لا يتخطى- الأصحاب كأنّهم أعرضوا عنها و أرجعوا الأمر إلى العرف، مع أنّه لا وجه له و لا عذر لهم في ذلك.

و أعجب من ذلك تعبير بعضهم في المسأله بالاستبعاد، مع أنّه لا محلّ له أصلا؛ ضروره أنّ المقام ليس إلّا كسائر التحديدات الشرعيّه حسبما تقدّم، و ليس أمرا حادثا غريبا مضافا إلى انسداد باب العلم إلى ملاكات الأحكام بالنسبه إلينا.

و بالجملة؛ الظاهر أنّ نظرهم في ذلك- أي إرجاع التحديد إلى العرف و عدم التزامهم بما يظهر من الروايه- إلى تحكيم ما في ذيل الروايه على بعض النسخ على صدرها؛ لمكان التعبير في الذيل بلفظ «ينبغي» الظاهر في الاستحباب، فيستفاد منه أنّ ما في الصدر من أنّه لا يكون بين الإمام و المأموم مقدار ما لا يتخطى، المراد به كراهه البعد بهذا المقدار، لا أن يكون حكما إلزاميا.

و لعلّ استبعاد بعض الأعظم أيضا يرجع إلى ذلك، فاستبعد أن يكون الأمر بالعكس، و يكون الصدر شاهدا على الذيل، و إلّا فشأنهم من رجوع الاستبعاد إلى أصل تشريع الحكم، كما لا يخفى.

و كيف كان؛ ما ذكروا إنّما يتمّ بناء على أن تكون معارضة بين الصدر و الذيل، مع أنّه ليس كذلك أصلا.

و ذلك؛ لأنّه أمّا الصدر فهو راجع إلى بيان حكم كلّ من الإمام و المأمومين بأنفسهم، من حيث ما يعتبر بينهم من المقارنه و الاتّصال، و ليس متعرّضا لما بين الصنفين لأمرين:

أحدهما: أنه قوله عليه السّلام: «ما لا يتخطى» من جهة كونه نكره في سياق النفي يدلّ على عدم إمكان التخطى كلياً و من المعلوم أنّ ذلك يصير أزيد من مقدار ذراع الشاه حيث إنّ الخطى المعموله تكون أزيد من ثلاثه أرباع الذراع- أى مع احتساب محلّ القدمين- فحيثما لا يتخطى أبداً لا بدّ و أن يكون أزيد من الذراع.

ثانيهما: أنه لا إشكال في أنّ الحكم المزبور مرعى بالنسبه إلى جميع حالات المأمومين، مع إمامهم التي منها حال سجودهم، و لا يعقل التفكيك بينها، ففي هذه الحاله أيضا البعد بين الإمام و المأموم و بين أنفسهم مغتفر، بمعنى أنه لو كان بين مسجدهم و محلّ قدم الإمام أو المأمومين أزيد من الذراع، و لا يمكن أن يتخطى، فالجماعه غير متحقّقه لوجود مانع البعد.

هذا بالنسبه إلى الصدر، و أمّا الذيل فالظاهر منه أنه روعى التحديد المزبور الذي قليل جدّا بالنسبه إلى الأوّل، حيث إنّ الاستفادة من قوله عليه السّلام: «يكون قدر ذلك مسقط جسد الإنسان» (١) هو اتّصال مسجده المأموم بموقف الإمام و قدمه، و هكذا المأمومون بالنسبه إلى أنفسهم، و أين ذلك و اغتفار المقدار من البعد؟

[فإنّ] الاستفادة من الصدر إنّما يكون موضوع هذا التحديد بين الصفوف، و لا ربط له بنفس الإمام و المأموم، و المأمومين بينهم، كما هو الظاهر من قوله عليه السّلام:

«و ينبغي أن تكون الصفوف تامّه متواصله» (٢) .. إلى آخره، فعلى هذا؛ يختلف الصدر و الذيل موضوعاً و حكماً.

و الأوّل؛ لما تبين من الاختلاف الفاحش بين التحديدين، و كون المحدود

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١٠ الحديث ١١٠٣٨.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١٠ الحديث ١١٠٣٨.

هو نفس الإمام و المأموم.

و الثاني؛ فلأنّ الصدر ظاهر فى الوجوب، بل التشديد فى الحكم، و الذيل ظاهر فى الاستحباب. كما استظهروا أيضا، فارتفعت المعارضة من البين بعون الله تعالى، بل يقرب التحديد المزبور المستفاد من الصدر إلى التحديد العرفى أيضا.

مع أنه لا نستوحش من عدم اتحادهما و اختلاف العرف و الشرع فى المسألة أصلا لو لم يرجع إليه، لما أشرنا [إليه] من أنّ المسألة بخصوصياتها- و هى كيفيته صدق الجماعه- نظر العرف أجنبى عنها؛ لكونها مفهوما لها مصاديق مختلفه بحسب الأمكنه و الدواعى الخارجيه و غيرها، فحينئذ طريق إحرازها و أنّها على أى نحو اعتبر يتوقف على بيان الشرع لا غير.

فانضح- بعون الله تعالى- أنّ المسألة لا غبار عليها أصلا، و أنّ ما أفاده فى «الجواهر» (١) فى المقام لا وجه له، من أنّ الروايه على ما يظهر من صدرها معرض عنها، و أنّه يلزم رفع اليد عنه بذيلها، و أنّه وردت روايه اخرى منطبقه على مضمون الذيل، شاهده على ما استفاده من الروايه الاولى، و أنّه يلزم فى مثل الموارد الرجوع إلى العرف، فإنّه أمّا مسأله الإعراض فهى دعوى عجيبه، حيث إنّ التزامهم على خلاف ما يظهر من صدر الروايه ليس من جهه المناقشه فى سندها، بل من جهه التصرف فى دلالتها و جعل ذيلها الظاهر فى الاستحباب مع اشتماله على لفظ «ما لا يتخطى» أيضا، كما فى الصدر، و أنّ ما استفاد منه هو الاتّصال الحقيقى الذى لا يمكن اعتبار القرب أزيد منه، فلا محيص من حمله

على الاستحباب، فجعلوه قرينه على الصدر و أنّ المراد بما لا يتخطى فيه أيضا ما هو المراد به فى الذيل من الأتصال الحقيقى، فأنكروا لذلك استفاده الحكم الإلزامى و العزيمه من الروايه.

مع أنّك قد عرفت فساد هذا الاستظهار جدّا، و أنّه لا ربط للصدر بالذيل؛ لاختلاف موضوعهما.

و كيف كان؛ لا إعراض فى البين أصلا؛ و أمّا وجود روايه شاهده للاولى و هى صحيحه ابن سنان (١) فلا أصل لهذا الكلام أيضا؛ إذ لا- ربط لها بالمقام، بل هى فى مساق سائر الروايات الوارده بمضمونها فى باب القبله راجعه إليها، و المراد بلفظه فيها الارتفاع الذى قدّام المصلّى، و أمّا مسأله الرجوع إلى العرف فقد عرفت فساده.

ثم إنّ هذا كلّه؛ بالنسبه إلى البعد الذى بين الإمام و المأمومين و بين أنفسهم فى الصفوف اللاحقه، فقد عرفت ظهور الروايه فى حكمه، و أمّا الكلام بالنسبه إلى أشخاص الصفّ الواحد الذى حكمه المستفاد من الدلاله الالتزاميه للروايه كما تقدّم، و معلوم أنّ البعد بالنسبه إليهم لا بدّ أن يلاحظ من طرف العرض.

فحينئذ؛ هل يستخرج حكمهم من الروايه أيضا أم لا؟ الظاهر أنّه لا إشكال فى هذه الجهه أيضا، حيث إنّه لَمّا كان يستفاد أصل حكمهم من لازم الروايه، فهكذا يثبت لها ما يتفرّع عليه، فما يثبت للصفّ المتقدّم و المتأخّر فكذلك بالنسبه إلى الصفّ الواحد فيعتبر البعد بينهم بمقدار ما لا يتخطى بالنسبه إلى وسط أحوالهم و هو حال القيام أو القعود، و لا يلزم الدقه فيه أزيد من هذه

الجهه بأن يلاحظ حال سجودهم أو غيره، بل يتسامح فيه، إذ ليس بناء الأحكام على الدقه العقليه مطلقا.

إحرام البعيد قبل القريب فى الجماعه

بقى الكلام بالنسبه إلى إحرام البعيد قبل إحرام القريب الذى به يتحقق الاتصال المعترف، فهل يعتبر تأخره عنه، أم لا، بل يكفى نفس تهيؤ القريب و إشرافه على الدخول فى الجماعه؟

الأقوى الثانى، نظرا إلى أنه مضافا إلى عدم إمكان حصول الترتيب بين المقدم و المؤخر و القريب و البعيد عادة، خصوصا فى الجماعات العظيمه و ما فيها الزحام، فإن ذلك - أى اعتبار الترتيب فى الإحرام - أمر عسر حرجى [على] أنه قامت سيره عليه، حيث إنه من عصر المعصوم عليه السلام إلى الآن كان البناء فى الجماعات دخول اللاحق فى الجماعه بتهيؤ السابق و لم يثبت أنهم كانوا ينتظرون حتى يحرم القريب.

نعم؛ يعتبر أن يكونوا مشرفين على الدخول و الإحرام للصلاه و لا يكفى مطلقا انعقاد الصفوف، و لو كانوا مشغولين بالتكلم و نحوه، فتأمل!

ثم إنه نقل عن العلامة البهبهانى قدس سره و بعض آخر أنهم استشكلوا فى جواز أن يكون الصف اللاحق أطول من السابق (١)، بحيث يكون البعد الذى بين ما زيد من المتأخر و بين الصف المتقدم زائدا على المقدار المغتفر من البعد، و ذلك للجمود على ظاهر الروايه المتقدمه، حيث نطقت بأنه إذا كان البعد بين الإمام

١- نقله صاحب جواهر الكلام: ١٣ / ١٧٩، مفتاح الكرامه: ٣ / ٤٢٣ - ٤٢٤.

و المأمومين أو الصفوف مقدار ما لا يتخطى فليس ذلك لهم بصلاه (١).

و أنت خبير بفساده؛ لما تقدّم من المدلول الالتزامى للروايه، و حاصله: أنّ البعد المزبور مانع إذا كان بين المأموم و من يتصل به بالإمام لا مطلقاً، و المفروض أنّ أشخاص الصف المتأخر كلّهم متّصلون و ليس بينهم الفصل المضّر.

هذا؛ مع أنّه و لو سلّمنا عدم الاكتفاء بالاتّصال من طرف العرض أنّه لا يصدق البعد المضّر فى المثال، حيث إنّ الصفّ عباره عن مجموع ما يكون بين مبدئه و منتهاه، فإذا لم يصدق البعد المضّر بالنسبه إلى قطعه منه، و الصفّ السابق لا يصدق بالنسبه إلى مجموعه، فلا يحسب القطعه الزائده من اللاحق على السابق صفّاً مستقلاً، بل هى بعضه، كما لا يخفى.

و القسم الثانى من شرائط الجماعه أيضا أمران:

الأول: أنه يعتبر عدم علو مكان الإمام و محلّ صلاته على محلّ المأموم،

و الدليل عليه موثقه عمّار (٢) التى لا مجال للمناقشه فى سندها أصلاً و إن كانت من حيث المتن و الدلاله مضطربه جدّاً.

و لا- يخفى أنّه من سوء تعبيرات عمّار كما يكون كذلك أكثر رواياته، مع ما فيها فى المقام من اختلاف النسخ فى فقره منها و هى قوله عليه السّلام: «و إن كان أرفع منهم بقدر إصبع أو أكثر أو أقلّ، إذا كان الارتفاع ببطن مسيل» (٣) .. إلى آخره،

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١٠ الحديث ١١٠٣٩ و فيه: تلك بدلا من: ذلك.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١١ الحديث ١١٠٤٢.

٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١١ الحديث ١١٠٤٢.

فإنها رويت على وجوه أربعة، كما نقلها في «الجواهر» (١).

و كيف كان؛ فالذي ينبغي أن يقال: إنه لا يجوز العلوّ أزيد من مقدار الشبر، و أنه لو كان مكان الإمام مرتفعا أزيد تبطل الصلاة، و ذلك؛ لأنّ القدر المتيقّن من الرواية و المجموع المتحصّل من تمام النسخ المنقوله اعتبار عدم العلوّ بالمقدار المزبور، و أنّ الزائد على الشبر مانع، و أمّا بالنسبة إلى الشبر و أقلّ منه فمن الرواية لا- يستفاد شىء؛ لإجمال فقره المذكوره من جهه الاختلاف المزبور، مع أنّ بعضها لا يستقيم أصلا، كما أنّه بالنسبه إلى الجملة المتقدّمه على محلّ الخلاف بناء على أن يكون بقدر إصبع أو أكثر أو أقلّ، فإنّ مثل هذا التعبير بعيد عن ساحة المعصوم عليه السّلام، خصوصا من جهه التعبير بالإصبع حيث إنّ الأقلّ من عرض إصبع لا يناسب المقام، و إن كان توهم بعض [أنّ] المراد به طول الإصبع (٢)، و هو كما ترى.

مضافا إلى أنه لفظه «إن» ليست معلومه أنّها وصلّيّه أو شرطيه، مع أنه على الشرطيّه - كما هو الأظهر - لا- جواب لها، فحينئذ مقتضى الصنائه أن يقال: لا- بأس بالارتفاع الأقلّ من الشبر نظرا إلى إطلاق أدلّه الجماعه، لو كان إطلاق يتمسك به بالنسبه [إلى] الشكّ في الشروط الغير العرفيه، و إلّا فمقتضى قاعده الاشتغال التي أشرنا إليها غير مرّه، الاحتياط.

و أمّا الزائد على الشبر فلمّا كان القدر المتيقّن الذي يستفاد من الرواية هو الشبر، بل الأقلّ فهو مضرّ يبطل الجماعه، حيث إنّ مقتضى صدر الروايه أنه لا

١- جواهر الكلام: ١٣ / ١٦٧.

٢- التنقيح الرائع: ١ / ٢٧١، جواهر الكلام: ١٣ / ١٦٩.

يجوز أن يكون موضع الإمام أرفع من المأموم مطلقاً إلا بالمقدار الذى استثنى، وقد عرفت أنّ القدر المتيقن هو ما دون الشبر، فحينئذ بالنسبة إلى الشبر وما زاد عليه لا ينبغي التأمل فى عدم جوازه حسبما هو المستفاد من مجموع الروايه والأصل أيضاً.

هذا كله؛ فى العلوّ الدفعى و التسريحي بل التسنيمي الذى هو كصفحه الجبل الملحق به، و أمّا فى الانحدارى فلا بأس به، كما هو صريح الروايه.

هذا؛ ممّا لا إشكال فيه، و إنّما البحث فى عكس المسأله، و هو ما لو كان مكان المأموم أرفع من الإمام، فهو فى الجملة أيضاً ممّا لا ريب فى اغتفاره، بل و لو كان كثيراً كما هو أيضاً صريح الروايه، و لكنّ الإشكال فى حدّ الكثره المغتفره، فإنها ربّما تبلغ إلى حدّ يضرّ الوحده العرفيه المعتبره فى صدق الجماعه، فهل يلتزم باغتفارها عملاً بإطلاق الدليل أو لا؟ مجال التأمل - بل و لو لم تبلغ إلى الحدّ المزبور - واسع، و الاحتياط فى المقام لا ينبغي تركه، و الله العالم (١).

متابعه المأموم الإمام فى الجماعه

الأمر الثانى: الذى يمكن عدّه شرطاً عرفياً أيضاً هو وجوب المتابعه،

إشاره

فاعتبار متابعه المأموم للإمام فى الجملة ممّا لا كلام فيه، و إنّما الإشكال فى أصل كفيّتها و بعض صغريات المسأله، فىنبغى أولاً البحث فى مدرك المسأله و دلالتها حتّى يتّضح الأمر.

١- و لما وصل التحرير إلى هنا توقّيت والدتى رحمها الله و كان ذلك فى عشر من ذى القعدة ٤٧ [ه ق]، «منه رحمه الله».

فنقول- و من الله التوفيق:- إنَّ الأصل في ذلك النبويِّ المتلقَّى بالقبول عند الأصحاب و علمائنا- قدَّس الله أسرارهم- على اختلاف ما فيه من النسخ، حيث إنَّه روى كذلك على روايه أنه «إنما جعل الإمام إماماً ليؤتمَّ به» (١) و في اخرى اضيف إليه قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «فإذا ركع فاركعوا و إذا سجد فاسجدوا» (٢) و في ثالثة اضيف إليها أيضا: «و إذا كبر فكبروا» (٣).

فالبحت يقع أولاً في معنى المتابعه و أنَّها كيف تتحقَّق، هل يعتبر تقدُّم الإمام زمانا في كلِّ ما يصدر عنه على المأموم، أم يكفي عدم تأخُّره عنه؟ بحيث يكفي بمقارنه كلِّ ما يصدر عنهما زمانا.

و ثانيا: في أنَّه على أحد المعنيين هل يعمُّ اعتبار ذلك بالنسبه إلى الأفعال و الأقوال مطلقا، أو يختصُّ بالاولى، أو يعمُّ الثانيه أيضا في الجملة كما بالنسبه إلى الأقوال المسموعه؟

و نقول: أمَّا الكلام بالنسبه إلى صدر الحديث- و هو مسأله الائتتام و الاقتداء مطلقا مع قطع النظر عمَّا في ذيله من المثال- أنَّه تاره؛ يقع في الأفعال الصادره عن الإمام بلا أن يكون شرکه بينه و بين المأموم. و اخرى؛ في الأفعال المشتركه بينهما، أمَّا بالنسبه إلى الاولى فلا خفاء في أنَّه لَمَّا كان إيجاد الفعل بيد الإمام فلا بدَّ و أن يتبعه المأموم في أصل إيجاد الفعل و لا تصل النوبه إلى البحث في كيفيه الصدور و أن يقال: إنَّه من جهتها يتبعه، إذ المفروض أنَّه لا موضوع في

١- عوالي اللآلى: ٢/ ٢٢٥ الحديث ٤٢.

٢- سنن ابن ماجه: ١/ ٢٧٦ الحديث ٨٤٦، بحار الأنوار: ٨٠/ ٣٠١ الحديث ٢.

٣- صحيح مسلم: ٢/ ١٨ باب ائتمام المأموم بالإمام.

البين حتى تعرضه الأحوال المختلفه، فلا محيص حينئذ من أتباعه في أصل الوجود، ولازم ذلك أن يتأخر عنه في الإيجاد.

و أمّا بالنسبه إلى القسم الثاني؛ فلا يعتبر ذلك حيث إن المفروض اشتراك الإمام و المأموم في أصل الإيجاد، فتتخصر حينئذ المتابعه في الكيفيه فقط، و من المعلوم أنه يكفي في ذلك عدم تقدم المأموم في الإيجاد، بل إذا أوجده مقارنا يصدق ذلك أيضا.

هذا؛ هو مقتضى الصدر، و لكن قد يقال: إن التفصيل و إن كان في حدّ نفسه تامّا إلا أنه لا بدّ من رفع اليد عنه لما ذكر في ذيل الحديث؛ لمكان أنّ الأمثله المذكوره لما كانت ذكرت على نحو القضية الشرطيّه المؤداه بصيغه الماضى الداله على النسبه التحقيقيه، فيلزم تقدم أفعال الإمام على المأموم مطلقا، إذ النسبه التحقيقيه التي هي مدلول الشرط؛ صدقها يتوقف على ذلك، أي تقدم الشرط على الجزاء زمانا.

هذا؛ و لكن أصل التفصيل و هكذا الإشكال عليه فاسد، أمّا الأول؛ فلأنّ عدم صدق التبعية في الوجود إلا مع التأخر الزمانى بين التابع و المتبوع إنما يتم لو انحصر المترتب به، مع أنّا نرى خلافه بالوجدان في التكوينيّات، حيث إنّ لا إشكال في الترتب بين العلل و معلولاتها الخارجيه و صدق تبعيه كلّ موجود بالنسبه إلى معدّاتها، بل هي أظهر التبعية، مع أنّه لا تخلل بينها زمانا أصلا، بل في الخارج يتحقّقان في عرض واحد، و إنّما الترتب بينهما و التبعية رتيبه، فهكذا نقول بالنسبه إلى تلك القضية الشرعيه، و أنّه لا يتوقف صدق الائتمام و تبعيه المأموم على صدور الفعل عن الإمام سابقا في الخارج، بل يكفي فيما إذا كان

مستند إيجاد المأموم إيجاد الإمام ذاك الفعل؛ إذ ليس ذلك أزيد من العلل و المعلولات في التكويتات، فيصدق التبعية (الائتمام) و الاقتداء، و لو كان الإيجادان مقترنين زمانا، و تكون العلية و المعلوليه محفوظه، بأن يكون استناد فعل المأموم فعل الإمام، كما إذا علم و أحرز أنه سيوجد الإمام الفعل الفلاني فشرع المأموم بإيجاده أيضا مقارنا له.

فعلى هذا؛ لا- فرق بين القسمين، و لا- دلالة لصدر الروايه إلما على لزوم حفظ الائتمام و أنه لا يجوز أن يسبق المأموم الإمام و يتقدم عليه مطلقا.

و أمّا الثاني؛ و هو مسأله استفاده لزوم حفظ الرتبه الزمانيه بين فعلها عن ذيل الروايه فمنشؤه توهم دلالة القضيّه الشرطيّه على الزمان، و أنه لما كان الشرط فعلا ماضيا فلا بدّ من تحقّقه قبل تحقّق الجزاء، و لكننا قد حرّنا فساد ذلك في بحث الاصول، و أنه لا دلالة للفعل على الزمان أصلا.

نعم؛ الزمان من اللوازم العقلية للأفعال، مثلا: الفعل الماضي لما كان دالّا على النسبه التحقيقيه فلازمه وقوعه في الماضي، و هذا ليس إلّا في القضايا الخبرية.

و بالجملة؛ القضايا الشرطيّه مسوقه لبيان الارتباط بين الشرط و الجزاء فقط، و ليست إناطه من حيث الزمان في البين، فحينئذ يجري هنا مثل ما تقدّم من أنه لا- يعتبر في الشرط و الجزاء أيضا إلّا حفظ الرتبه بينهما، بأن يكون مستند وجود الجزاء وجود الشرط.

و من المعلوم؛ أنّ ذلك يصدق و لو اقترنا زمانا، و لكن كانت جهه العلية و المعلوليه محفوظه، و هذا سرّ ما بنينا في باب الشروط مطلقا، بل هو المتسالم

عند الأصحاب أيضا من أنه لا يعتبر تحقق الشرط قبل المشروط زمانا، بل يمكن إيجادهما مقارنا كما في مسأله شرطيه الوقت للصلاه حيث إنه يجوز الدخول فيها، و لو فى الآن الأول الحقيقى للوقت؛ مثل زوال الظهر.

و على هذا؛ تتطابق القضيه الشرطيه التى فى ذيل الروايه مع ما فى صدرها، و أنه لا يستفاد من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «فإذا ركع فاركعوا» (١) .. إلى آخره، إلما أن يكون مستند ركوع المأموم ركوع الإمام و تبعيته فلا يجوز تقديمه عليه، و أمّا أنه يعتبر تأخره عنه فلا دليل عليه، فصدر الروايه و ذيلها متوافقان، كما أنه لا دليل عقلا أيضا على اعتبار التأخر.

و أمّا ما يستدلّ له بما دلّ على اعتبار التأخر بالنسبه إلى تكبيره الاحرام فيه- مع ما فى دلالتة بالنسبه إلى نفس تكبيره الإحرام كما ستعرف:- أنه لا- مجال لمقايسه الأفعال بها، حيث إنه لو سلّمنا فيها فإنّما هو لعدم انعقاد الجماعه بعد، فما لم يحرز تلبس الإمام بالصلاه خارجا و لم يدخل فيها لم يصدق الاقتداء.

و لا فرق من هذه الجبهه بين أن يكون الدليل على التكبيره ذيل هذه الروايه العاميه، كما أشرنا إليها (٢)، و أنه مشتمل عليها على بعض النسخ، أو الدليل الآخر.

و دعوى أنه بناء على الأول و استفاده اعتبار التأخر من ذيل الروايه- لا محيص من الالتزام به بالنسبه إلى الأفعال أيضا، لأنّ مساق الروايه واحد-

١- بحار الأنوار: ٨٠ / ٣٠١ الحديث ٢، جواهر الكلام: ١٣ / ٢٠١، رياض المسائل: ٣ / ٣٧.

٢- صحيح مسلم: ١٨ / ٢، راجع! الصفحه: ١٧٧ من هذا الكتاب.

فاسده، لأنه أولاً؛ الروايه على ما رواها أصحابنا (١) غير مشتمله على هذا الذيل إلا نادراً، و ثانياً؛ لما عرفت من الفرق، فتأمل!

هذا حال الأفعال و حكمها و أما الأقوال؛ فالظاهر أن فيها التفصيل، أما بالنسبه إلى تكبيره الإحرام فقد استدلل على اعتبار التأخر فيها و أنه لا يجوز التقديم بل و لا المقارنه، بروايه «قرب الإسناد» قال عليه السلام فيها: «لا يكبر إلا مع الإمام فإن كبر قبله أعاد» (٢) و هذه الروايه و إن كانت مشتمله على ما هو خلاف الإجماع ظاهراً من جهه أن التكبيره قبل الإمام توجب عدم انعقاد الجماعه لا بطلان أصل الصلاه حتى تجوز الإعاده.

و لكن هذه الجهه لا تضر بها، إذ كثيراً ما تكون روايه معرض عنها بالنسبه إلى بعض فقراتها، و لا يوجب سقوطها عن الاعتبار رأساً، بل لا يزال بناؤهم على التمسك بأمثالها.

نعم؛ إنما الإشكال في دلالتها، فإنها بظاهرها ليست دلالتها أزيد مما تقدم في الروايه العاميه، و أنه لا يجوز تقدم تكبير المأموم على الإمام.

و أما حديث «المحاسن» المروي عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أن ظاهره يقتضى ذلك لمكان قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «و إذا قال إمامكم: الله أكبر، فقولوا: الله أكبر» (٣) إلا أن استفاده الحكم الإلزامي منه مشكل، لا لاشتمال الحديث على الأحكام الغير الإلزاميه، إذ ذلك لا يوجب رفع اليد عن سائر فقرات الحديث إذا كانت ظاهره في الإلزام،

١- لاحظ! جواهر الكلام: ١٣ / ٢٠١.

٢- قرب الإسناد: ٢١٨ الحديث ٨٥٤، و سائل الشيعة: ٣ / ١٠١ الحديث ٣١٣٣.

٣- أمالي الصدوق: ٢٦٥ الحديث ١٠، و سائل الشيعة: ٨ / ٤٢٣ الحديث ١١٠٧٥، و فيه: المجالس بدلا من: المحاسن.

بل لأنّ الظاهر منه صدرا و ذبلا- أنّه مسوق لبيان الأحكام الاستجابيه مطلقا، فحينئذ لا دليل نقلا يقتضى اعتبار تأخر تكبيره المأموم عن الإمام، و عدم الاكتفاء بتلبسه بها.

نعم؛ نظرا إلى الشبهه العقليه و أنّه ما لم يصدر التكبيره عنه لم يتحقّق الإمامه بعد- و لعلّ لذلك أفتى جماعه من الأساطين باعتبار التأخر للاحتياط شديدا (١)- عدم [جواز] شروع المأموم بالتكبيره إلّا بعد شروع الإمام بها، و الأولى منه عدم إتيانه بها إلّا بعد فراغه عنها، و الله العالم.

هذا؛ بالنسبه إلى تكبيره الإحرام. و أمّا بالنسبه إلى سائر الأقوال فقد اتّضح حكمها منها، و أنّه لا بأس بتقدّم المأموم الإمام بالنسبه إليها، إذ لا- دليل على المنع بل السيره و غيرها مثل روايه الحلبي التي مضمونها: أنّه إذا كان الإمام يطيل فى تشهده لا بأس للمأموم أن يخفّف و يسلم (٢)، يدلّ على الجواز، و ليس شىء يقتضى من الشبهه الجاريه فى التكبيره للافتتاح، حملها على ما إذا كان ذلك لحاجه، أو أنّ المراد أن يقصد المأموم الانفراد و أمثال ذلك، ممّا هى مخالفه للظاهر.

التأخر كثيرا فى الائتمام

إشاره

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى تقدّم عمل المأموم على الإمام، و أمّا من حيث التأخر فهل يجوز ذلك زائدا عمّا يصدق عليه البعديّه عرفا، أم لا؟

ثمّ إنّه بناء على عدم الجواز هل تبطل الجماعه به أم لا؟ المسأله فى غايه

١- مفاتيح الشرائع: ١/ ١٦٢، جواهر الكلام: ١٣/ ٢٠٨، رياض المسائل: ٣/ ٣٧.

٢- وسائل الشيعه: ٨/ ٤١٣ الحديث ١١٠٤٨.

الإشكال و الاضطراب، حيث إنّ المنقول عن الشهيد قدّس سرّه أنّه لا يفوت القدوه بفوات ركن أو ركنين عندنا (١)، مع أنّه- كما ذكروا- بناء المشهور على التفصيل فى المسأله، من حيث عدم البأس بالتأخر فى الجملة، و حرمة إذا كان فاحشا، و كونه موجبا للبطلان إذا بلغ إلى مثابه يضّر بصدق المتابعه عرفا.

و التحقيق: أنّه أمّا بالنسبه إلى الركوع مطلقا عدم جواز التأخير؛ لما دلّ عليه الروايات الكثيره، مثل ما فى «الدعائم» (٢) و صحيحه معاويه بن عمّار (٣) و صحيحه زراره (٤) الّتى مضمونها بجملتها: أنّه إذا لم يمهله الإمام القراءه يؤخّرها و يدرك الركوع، و هكذا السوره.

و معلوم؛ أنّه ما لم يكن إدراك الركوع واجبا شرعا لم يجوز ترك السوره لأجلها؛ إذ هو ليس أمرا مضطرا إليه خارجا، و حملها على خصوص الركوع الأوّل حتّى يدرك ركعه من صلاه الإمام لا دليل عليه، و لا وجه له أصلا، كما لا يخفى.

و أمّا مسأله الشرطيه بالنسبه إلى الأفعال- ركوعا كان أو غيره لنفس الصلاه بمجموعها أو الجزء الفائت حتّى يوجب عدم إدراكه بطلان خصوصه- لا دليل عليه أصلا، خصوصا الأخير، حيث إنّ مع عدم كون الجماعه بالنسبه إلى الصلاه من قبيل الاستغراقى الانحلالى؛ بل هى من قبيل العامّ المجموعى، فحينئذ فهذا الاحتمال ساقط رأسا، مضافا إلى وجود الدليل على عدم اعتبار

١- البيان: ١٤٤، الدروس الشرعيّه: ١/ ٢٢٤، مع اختلاف يسير.

٢- دعائم الإسلام: ١/ ١٩١، مستدرک الوسائل: ٦/ ٤٨٩ الحديث ٧٣٣٠.

٣- وسائل الشيعه: ٨/ ٣٨٨ الحديث ١٠٩٧٨، و فيه: معاويه بن وهب.

٤- وسائل الشيعه: ٨/ ٣٨٨ الحديث ١٠٩٧٧.

الإدراك مطلقاً، كما يستفاد ذلك من بعض الفروع المتسالم عندهم، كما دلّ الدليل عليه أيضاً، مثل ما إذا سبق المأموم الإمام في الركوع عمداً فيجب البقاء عليه حتى يلحقه الإمام و مثل ما بنوا عليه في صلاة الجمعة من أنه في حال السجود لو لم يمكنه أن يقوم مع الإمام و بقي على حاله حتى فرغ الإمام من الركعة التالية و لحقه في سجود الثانية يقتدى به في السجدة التي بيده، و يجعلها الأولى لنفسه، فيحسب ذلك له ركعة تليقيته.

و معلوم؛ أنّ لازم ذلك فوات ركنين له، من سجدة الركعة الأولى و الركوع الثاني، فإذا كان المفروض بقاء القدوة بعد، فحينئذ أي التأخر الفاحش يبقى حتى يكون موجبا لبطلان الجماعة أو أصل الصلاة؟ و شيخنا قدس سره لما رأى أنه لا يمكن الالتزام بأحدهما فعدل، و جعل التبعية شرطاً للجزء، و قد عرفت أنه غير معقول.

مضافاً إلى أنه دلّ الدليل على عدمه؛ لما سمعت فيما لو تقدّم على الإمام في الركوع يلزم البقاء حتى يلحقه الإمام، فلو كان الجزء المسبوق به باطلاً فما معنى لزوم البقاء؟

و بالجملة؛ فالاحتمالات الثلاثة بأن تكون التبعية شرطاً لأصل الصلاة، أو للجماعة، أو للجزء فقط؛ باطله، لما تقدّم، مضافاً إلى ما سمعت من دعوى الشهيد الإجماع على عدم فوات القدوة بفوات ركن أو ركنين (١)، فلا يبقى إلّا احتمال رابع - كما وقع في كلام الشيخ قدس سره أيضاً - و هو أن يكون لزوم الاتباع و عدم

١- البيان: ١٤٤، الدروس الشرعيّة: ٥٧، مع اختلاف يسير.

التخلف بالسبق أو التأخر زائدا عما يغتفر عرفا حكما تعبديا (١)، و هو الحق.

و ذلك: لما تقدّم في أوّل الباب من أنّ الأصل في المسأله هو النبويّ (٢)، و هو لا يدلّ على أزيد من ذلك، و لا يستفاد منه الشرطيّه أصلا، لأنّه و إن بنينا في محلّه من أنّ الأوامر و النواهي الوارده في الماهيّات المركّبه منقلبه عمّا هو الأصل فيها من الدلاله على الحكم النفسى، بل ظاهرها الشرطيّه و المانعيه فيها.

إلّا أنّ ذلك إنّما يكون فيما إذا كان الحكم و الأمر و النهى متعلّقا ابتداءً بشىء في مركّب عبادىّ أم معاملى، و المقام ليس كذلك، بل الأمر الأوّلى هو نفس الائتمام، و قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «فإذا ركع فاركعوا» (٣) .. إلى آخره؛ من توابع الأمر الأوّل، و لا يستفاد منه إلّا لزوم هذا الأمر، أى المتابعه في الجملة، و عدم التخلف عن الإمام بالسبق أو التأخر الفاحش، فهذا نظير توابع التبعية، حيث إنّّه إذا تحققت المتابعه فنفسها تقتضى العمل بآثارها، و مع ذلك فإذا ورد أمر أو نهى عليها لا تكون هي تكاليف نفسيّه، بل من قبيل الإرشاد إلى ما تقتضيها نفس المتابعه، فلا يترتب عليها ما يترتب على الأوامر و النواهي النفسيه أى المنشأه ابتداءً، فتأمل!

فالحاصل: لا دليل على اشتراط المتابعه أصلا، بل قد سمعت أنّ الدليل على خلافه، و غايه ما دلّ عليه الدليل - و هو النبوي - كون لزوم المتابعه واجبا نفسيّا و حكما تعبديا، فحينئذ التخلف عن الإمام بأى مقدار يكون لا يضرّ بالصلاه أو الجماعه بوجه، كما عليه أساطين الفقهاء أيضا.

١- المبسوط: ١ / ١٥٩.

٢- تقدّم في الصفحه: ١٧٧ من هذا الكتاب.

٣- سنن ابن ماجه: ١ / ٢٧٦ الحديث ٨٤٤.

بقى الكلام فى أنّ اقتضاء هذا الحكم التعبدى هل هو بطلان أصل الصلاة، أو الجزء فقط لو خولف، لكون الجزء الذى سبق به أو تأخر منهياً عنه، أم ليس اقتضاؤه ذلك؟

قد يتوهم أنّ المقام لما كان من باب الضدّ و أنّ التقدّم أو التأخر لما يوجب فوت الواجب العدى هو الاتّباع؛ فمقتضى القاعده بطلان العمل.

وفيه: أنّ ذلك أوّلا اجتهاد فى مقابل النصّ، لما تقدّم ممّا يدلّ على أنّهما لا يضّرّان بشىء.

و ثانيا: أنّ المقام موضوعا خارج عن مسأله الضدّ رأسا؛ لما حرّرتنا فى محلّه من أنّ ضابطه أن يكون فعل أحد الضدّين و الاشتغال به يوجب سلب القدره عن الآخر، و هذا مفقود هنا، لمكان بقاء القدره على الاتّباع فيما إذا تقدّم، بأن يأتى بما تخلف عنه ثانيا، و فيما لو تأخر أصلا لا يصدق المضادّه؛ إذ المفروض فوت المتابعه، فلا مضادّه بالنسبه إلى الفعل العدى يأتى به الآن مع المتابعه الفائتة.

نعم؛ بالنسبه إلى ما إذا تقدّم، لما كان الدليل الشرعى قائما على عدم الرجوع و الاكتفاء به؛ فلذلك لا يقدر على الإتيان ثانيا، و هذا من الغرائب لو كان ذلك وجه عدّ المقام من باب الضدّ.

و بالجملة؛ خروج المقام عن مسأله الضدّ واضح، ضروره أنّه إنّما يكون إذا كان الأمران المكلف بهما زمانا فى عرض واحد، و لا إشكال أنّ ما نحن فيه من هذه الجهه طوليان، فعلى هذا؛ لا يترتب على التقدّم أو التأخر سوى الإثم إذا تعدّد فيهما.

هذا كله بالنسبة إلى أصل المسألة؛ بقى الكلام فى الفروع التى تترتب عليها، فإنه إذا فرضنا أنه أثم و تقدّم أو تأخّر، فحينئذ أى شىء وظيفته؟ أمّا بالنسبة إلى التأخّر فلا يترتب عليه شىء، سوى أنه يجب عليه المبادره باللحوق آنا فأنا، و إنّما الإشكال فيما لو تقدّم، فهل يجب عليه العود و اللحوق بالإمام بالنسبة إلى الجزء الذى تخلف عنه، أم لا، بل يبقى على حاله حتّى يلحقه الإمام؟

الظاهر أنه يختلف الحكم فى ذلك من حيث العمد و السهو كما عليه جلّ الفقهاء حسبما استظهروا من الأدلّة، و ذلك؛ أنه أمّا إذا تقدّم عامدا- كما إذا سبق الإمام فى رفع رأسه عن الركوع أو السجود- فيجب عليه أن يستمرّ على حاله حتّى يلحق الإمام و لا يجوز له العود، و أمّا لو كان ساهيا فيجب عليه العود و اللحوق بالإمام و الرفع معه ثانيا.

هذا ما عليه الفتوى، و لكنّ الإشكال فى استفاده هذا التفصيل من أخبار الباب، فإنّها بظاهر [ها] متباينه، حيث إنّ جملة منها كروايه على بن يقطين (١) و الفضيل (٢) و خبر الأشعري بظاها (٣) مطلقه تدلّ على لزوم العود إذا تخلف، و روايه اخرى لغيث بن إبراهيم (٤) تقتضى عدم العود، و لزوم البقاء على حاله مطلقا حتّى يلحقه الإمام، فهى بظاها متعارضه مع الطائفة الاولى.

و لكن الإنصاف أنه ليس لهذه الروايه كمال ظهور فى الإطلاق، بل الظاهر

-
- ١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩١ الحديث ١٠٩٨٤.
 - ٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٠ الحديث ١٠٩٨٢.
 - ٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٠ الحديث ١٠٩٨٣.
 - ٤- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩١ الحديث ١٠٩٨٧.

منها بقرينه قوله عليه السّلام: «إذا أبطأ الإمام» هو العمد حيث المستظهر منها أنّه كان المأموم يزعم و يعتقد أنّ الإمام الآن يرفع رأسه لتمايمه ذكره الّذى كان عادته الإتيان، فرفع المأموم رأسه عمدا معتقدا أنّ الإمام أيضا يلحقه، و لكن تخلف زعمه و أبطأ الإمام، فحيثُ تصير هذه الروايه ظاهره فى العمد، فيقتد بها إطلاق الطائفه الاولى، مضافا إلى انصرافها بنفسها أيضا إلى السهو لاستبعاد التعمد بذلك عن المأمومين مع بنائهم على الائتمام و الاقتداء.

و بالجمله؛ فما ذكرنا (١) يمكن أن يكون وجه ما بنى عليه الأصحاب قدّس الله أسرارهم، و مع الغضّ عن ذلك فنقول: إنّ دعوى الإجماع على هذا التفصيل فى المسأله قريبه جدّا، لأنّه فتوى أساطين الفقهاء و أئمتهم قديما و حديثا (٢)، و المخالف جماعه شاذّه من متأخري المتأخريين (٣)، فحيثُ بركته لا محيص عن رفع اليد عن إطلاق الطائفه الاولى، فتقلب النسبه قهرا و إلّا لا يبقى لها مورد لو بنى بقاؤها على ظهورها و تقديم روايه غياث عليها تصير مختصّه بغير العامد فيخصّص بها روايه غياث فتصير النتيجة كالأول، فعلى كلّ حال؛ لا محيص عمّا هو المشهور فى المسأله، فتدبّر!

١- من استظهار العمد عن روايه غياث و اختصاص الروايات الاولى بالساهى حيث إنّ استفاده العمد منها ببركه ترك الاستفصال، و هو إنّما يفيد إذا لم يكن فى البين انصراف يوجب التخصيص، و قد أشرنا إلى وجهه، فتدبّر! «منه رحمه الله».

٢- السرائر: ١/ ٢٨٨، ذكرى الشيعه: ٤/ ٤٤٥، البيان: ١٣٨، جواهر الكلام: ١٣/ ٢١٢.

٣- الحدائق الناضره: ١١/ ١٤٢.

فروع:

ثم إن هنا فروعا:

الأول: قد ظهر من مطاوى ما ذكرنا أنه عدم الفرق بين أنحاء التقدّم على الإمام من أن يتقدّم عليه بالرفع عن الركوع أو السجود، أو يتقدّم بالوضع والهوىّ لهما؛ لوجود الأخبار بالنسبه إلى كليهما، و دلالة بعضها على الأول و الآخر على الثاني (١)، مضافا إلى عدم القول بالفصل فى المسأله، كما لا يخفى فحينئذ إذا كان التقدّم عمديًا يجب الاستمرار و عدم العود مطلقا و إن كان عن سهو يجب العود و متابعه الإمام.

الثانى: لو تخلف فلم يستمرّ فيما إذا سبق بالنسبه إلى الركوع أو السجود عمدا فرجع و أعادهما مع الإمام تبطل الصلاه للزياده عمدا، و لا فرق فى ذلك بين أن يكون أتى بالذكر أولا أو لم يأت، غايته من الجهتين فى الثانى تبطل فتبطل صلاته، سواء أعاد أم لم يعد.

الثالث: لو تخلف فى صوره السهو الذى يجب عليه العود و لم يرجع فالظاهر أنه لا يترتب على ذلك سوى الإثم، لما تقدّم أنّ ذلك ليس يجب إلّا للمتابعه التى وجوبها ليس شرطيا، و أمّا الركوع و السجود فقد تحقّقا و لا فرق بين أن يكون آتيا بذكر الواجب فيهما أم لم يأت به، بأن تركه سهوا أيضا، أمّا أصل عدم البطلان مع أنه ترك واجبا فلما عرفت من أنّ المتابعه واجب نفسى، تركها لا يوجب إلّا الإثم، و المفروض أنّ وجوب الرجوع هنا لا يجب إلّا لذلك، و إلّا فالواجب من الركوع أو السجود قد اتى به و هو الذى تحقّق أولا، فحينئذ و لو كان

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٩٠ الباب ٤٨ من أبواب صلاه الجماعه.

ذكرهما فالترك أيضا لا يضر بشيء، لأنَّ الرفع تحقّق سهواً، فهكذا الذكر الواجب، فلا يجب العود لتداركه؛ إذ بعد البناء على تحقّق الركوع و السجود فلا يبقى مجال لتداركه.

و من هنا نقول: إنّه و لو عاد و لحق بالإمام لا يجوز له الإتيان بالذكر في الركوع أو السجود الثاني بقصد الورد و الوظيفة الواجبه؛ لمكان فوات محلّه، و هذا الذي يأتي به ثانيا ليس ركوعاً صلاتياً بل لحصول المتابعه.

و دعوى أنّ الشارع نزل الركوع أو السجود الأوّل منزله العدم أو جعلهما بمنزله ركوع واحد مستمرّ؛ باطله، إذ دون إثباتهما من الأخبار خرط القتاد، حيث إنّها لا تدلّ إلّا على وجوب العود و لو كان ورد ذلك بلفظ (يعود [في] ركوعه أو سجوده) و لكن مع ذلك استفادته التنزيل منها في غاية الإشكال، و صرف التسميه لا يدلّ على ذلك، كما لا يخفى.

مضافاً إلى أنّه لا إشكال في أنّه لو شرع المأموم بالعود و الإمام في إتيانه رفع رأسه، لا يجوز له الإتيان بالركوع أو السجود ثانيا لتدارك الذكر الفائت، و لا يضرّه فوته أصلاً، فحينئذ لا ينبغي التأمل في أنّه لو أتى به يأتي بقصد الذكر المطلق.

ثمّ إنّ لا فرق في ما ذكرنا- من أنّه لو تقدّم على الإمام في الركوع من وجوب الاستمرار لو كان عن عمد و وجوب الرفع عنه و الإعادة مع الإمام ثانياً و أنّه في الصورة الثانيه لو لم يرجع و ترك المتابعه لا يترتب عليه سوى الإثم- بين أن يكون الإمام فارغاً من قراءته أو لم يكن كذلك، بل كان في أثنائها.

و ذلك: لأنّه على كلّ تقدير حينئذ ما ترك إلّا متابعه الإمام في تمام القيام،

و هو لا- يخلو إمّا أن يكون واجبا نفسيا حال القيام كما هو الأقوى و المشهور أيضا، و إمّا أن يكون شرطا للقراءة و يعتبر في حالها، و من المعلوم؛ أنّ ترك شىء منهما لا يوجب بطلان الصلاة على الأوّل، فلما تقدّم من أنّه إذا لم يكن شىء واجبا شرطيا للصلاة أو الجماعه تركه لا يضرّ بأحدهما.

هذا؛ مضافا إلى أنّه إنّما يثبت بالدليل وجوب القيام وجوبا نفسيا حال القراءة إذا كان المصلّى بنفسه يقرؤها، و إمّا إذا كان غيره متحمّلا لها فمجال المناقشه فى وجوبه حينئذ واسع.

و أمّا على الثانى؛ فلأنّه قد تحقّق أنّ الإمام كما يتحمّل نفس القراءة عن المأموم هكذا يتحمّل عنه كلّ ما يكون شرطا لها من الطمأنينه و الاستقرار و غيرهما.

فعلى هذا؛ لا يبقى وجه لبطلان صلاه المأموم أصلا، سواء كان تركه للمتابعه فى أثناء قراءه الإمام عن عمد، بأن ركع قبله عمدا، أو كان عن سهو، أو لا و لكن لم يعد و لم يرجع حتّى تحصل المتابعه بل استمرّ على حاله.

و ممّا ذكرنا يظهر فساد ما أتى به فى «العروه» فى المسأله، فإنّه فصل بين الفرعين و احتاط فى بطلان الصلاة فى الصوره الثانیه، و فى الاولى قال بأنّه الأقوى على ما يستفاد من عبارته مع ما فيها من الاندماج (١).

وجه الفساد: قد عرفت أنّه على كلّ من القولين فى مسأله القيام تركه لا يضرّ شيئا، مضافا إلى أنّه ما عرفنا وجه التزامه بالتفصيل، فإنّه إذا كان المفروض

١- و فى «النجاه» (وسيله النجاه: ١ / ٢٥٥ المسأله ٩) تعرّض لهما أوضح ممّا فى «العروه» (العروه الوثقى: ١ / ٧٨٦ المسأله ١٢)، «منه رحمه الله».

أن المتابعه و لو كان استمرار تركها مستندا إلى الاختيار و العمد، فحينئذ بناء على الالتزام بالبطلان الفرق بين الصورتين لا مجال له، كما هو واضح.

نعم؛ قد يقال: إن الوجه في بطلان الصلاه في الصورة المذكوره إنما هو لفوات الترتيب تعميذا نظرا إلى أنه لا إشكال في أن محل الركوع بعد القراءه، فلو قدمه عليها تبطل الصلاه، فهكذا بالنسبه إلى ما هو بدل القراءه فيعتبر فيها الترتيب أيضا، ولما كان قراءه الإمام بدلا عن قراءه المأموم فلا يجوز له تقديم ركوعه على قراءته أيضا؛ لاقتضاء التنزيل ذلك، وإلا تبطل الصلاه، كما لو أتى به قبل أن يتم قراءه نفسه في صورته الانفراد.

هذا غايه ما يمكن أن يكون مدركا للفتوى المذكوره، و لكنّه بناء على تماميته مختصّ بما لو تعيّد في التقدّم من أول الأمر لا في الصورة الاولى، و هو ما لو كان حدوث التقدّم سهوياً، و لكن كان بقاؤه عمدياً، حيث إن المفروض أن فوات الترتيب حينئذ وقع من غير اختيار، و وجوب العود إنما هو للمتابعه لا لحفظ الترتيب، و قد عرفت أن تركها لا يوجب إلّا الإثم، فالاحتياط في هذه الصورة ليس له وجه أصلا، مضافا إلى عدم تماميته في حدّ نفسه.

و ذلك؛ لأنّ هذا الوجه مبني على مقدّمات ثلاثه، و اثنتان منها- و هما وجوب الترتيب بين القراءه و الركوع، و كون قراءه الإمام بمنزله قراءه المأموم- و إن كانتا تامّتين، و لكن الإشكال في الثالثه، و هي لزوم الترتيب بين ما هو بدل القراءه و الركوع أيضا، و مجال منعها واسع؛ لأنّ غايه ما يقتضيه دليل التنزيل أن قراءه الإمام تجزى عن قراءه المأموم و أنّها بدل عن قراءته، و أمّا أنّها منزله منزلتها في جميع الجهات حتّى في لزوم الترتيب بينهما فليس له عموم بهذه

الدرجة، كما هو واضح، فلا يبقى إلّا لزوم المتابعه، وقد عرفت أنّها لا تقتضى شيئاً.

و بالجمله؛ فهذا الوجه أيضاً لا يثمر شيئاً، وهكذا ما أشار إليه في «العروه» الذى يصير فى الحقيقه وجهاً ثالثاً، و هو أنّ التقدّم فى أثناء قراءة الإمام لمّا يوجب فوات القراءة بنفسها و بدلها عمداً فلذلك تبطل الصلاه.

و فساد ذلك يظهر ممّا ذكرنا فى الوجه الأول، حيث إنّ فوت القراءة ببدلها إنّما يتوقّف على أن يكون قيام المأموم معتبراً عند قراءة الإمام، و إلّا فلا بدليته، و قد عرفت عدم تماميته ذلك و أنّ الإمام يتحمّل قراءة المأموم بما لها من الشرائط و لذلك يجوز له جرّ رجليه عند قراءته مع أنّ الاستقرار شرط فيها.

فعلى هذا؛ مقتضى القاعده فى الفروع المتقدمه ما ذكرنا، و أنّه لا فرق فى التقدّم بين أن يكون قبل تماميه قراءة الإمام أو بعدها.

ما هو مقتضى القاعده فى المتابعه؟

ثمّ إنّّه ظهر من مطاوى ما ذكرنا ما هو الأصل فى المسأله، و أنّ مقتضى القاعده فى صورته التقدّم على الإمام فى الركوع أو السجود فيما إذا كان عن سهو و يجب فيه العود، أى شىء هو؟ و قد أشرنا إلى أنّ الركوع هو الذى يتحقّق أولاً، و الثانى لا يجب إلّا للمتابعه، فليس هو ركوعاً و لا كلاهما ركوعاً واحداً، فكأنّه استمرار للأول، و ذلك؛ لأنّه ليس لنا دليل يقتضى جواز الرجوع و وجوبه فى صورته السهو إلّا الأخبار الخاصه المتقدمه و شىء منها لا يدلّ على أحد الوجهين، حيث إنّ أصرحها هى روايه الأشعرى لاشتمالها على قوله عليه السلام: «يعيد

ركوعه معه» (١)، وهذا لا يدلّ على أنّ ما وقع أوّلاً هو فعل لغو، وهو ليس بركوع أو أنّه والثاني الذي يأتي به، كلاهما بمنزله ركوع و كأنّ الفصل لم يقع، بل غايه مدلول ذلك وجوب إعادته الركوع للمتابعه.

و بعبارة اخرى: ليس مدلول تلك الأخبار إلّا حكم نفسيّ تعييدي لا نفى عنوان الركوع أو السجود عن فعل المكلف (المأموم) فيما إذا تخلف عن الإمام، وهكذا قد تبين أنّ صدق هذه العناوين على فعل المأموم و صحتها لا يتوقف على فراغ الإمام من قراءته، فحينئذ مقتضى القاعده إنّما يصدر عن المأموم و يصلح أن يكون ركوعاً أو سجوداً، وقوعهما و تحققهما سواء كان قبل فعل الإمام أو بعده.

فعلى هذا؛ في الفروع المتقدمه- أي إذا فرضنا أن يكون ذكره الواجب في الركوع الذي يأتي به أوّلاً أو السجود كذلك فات سهواً- فلا يبقى محلّ لتداركه حتّى يقال: إنّ يأتي به في الركوع أو السجود الذي يعيدهما، لأنّ المفروض أنّهما ليسا فعلاً صلاتياً، ولا يضرّ فوت الذكر حينئذ شيئاً، ولذلك لو اتفق أنّه إذا شرع المأموم بالعود و الإمام رفع رأسه منهما فلا يجوز له أن يأتي بهما، ولا يضرّه ترك الذكر شيئاً قطعاً.

الأفعال المختصّه بالإمام في الجماعه

هذا تمام الكلام في الأفعال التي يشترك المأموم فيها مع الإمام، وقد اتّضح حالها بحمد الله تعالى و هو وليّ التوفيق، و أمّا بالنسبه إلى الأفعال الغير المشتركه

و المختصّه بالإمام، فهل يجرى دليل المتابعه فيها أيضا، أم لا؟

فقول: إنّ الأفعال المختصّه به على أقسام؛ فإما أن يكون ما يأتي في خارج الصلاه، وإما أن يأتي بها في أثنائها، وهذا لا يخلو عن وجوه، فإما أن يكون فعل يعدّ زياده يوجب بطلان صلاه الإمام مطلقا، أو ليس كذلك، بل إبطاله مختصّ بما لو أتاه تعمّدا. ثمّ إنّ ذلك تاره يكون فعلا صلاتيا مشتملا على زياده، و اخرى ليس كذلك.

أما القسم الأول؛ و هو كسجده السهو التي يأتي بها الإمام بعد الصلاه لحصول موجبها عنه في أثنائها، فهذا لا إشكال في عدم وجوب المتابعه فيها لعدم الدليل.

و توهم جريان قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَمَ: «إنّما جعل الإمام إماما ليؤتمّ به» (١) .. إلى آخره؛ فيها، كما ترى.

و أما في صور القسم الثاني؛ ففي الاولى منها فالحكم واضح أيضا، و هو مثل ما إذا زاد الإمام ركوعا في صلاته، و في الثانيه منها أيضا بديهيّ أنّه لا يجب على المأموم متابعه الإمام، و هو كما إذا كان الإمام يأتي بسجده واحده زائده سهوا، أو تشهّد كذلك، حيث إنّ هذه الزياده بالنسبه إلى الإمام و إن كانت سهويّه و لكنّها بالنسبه إلى المأموم - المفروض أنّه لو أتى بها كانت عمديّه - لا دليل على اغتفارها.

و ذلك؛ لأنّه أمّا الأدلّه العامّه مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَمَ: «إنّما جعل الإمام إماما» ..

إلى آخره، فهي ليست بمشرّعه حتّى تكون حاكمه على أدلّه الزياده، بل غايه

مدلولها أنه يجب المتابعه بالنسبه إلى الأفعال الصلاتي التي هي وظيفه المأموم أيضا فيتبعه فيها.

و أمّا الأخبار الخاصه المتقدمه الداله على وجوب العود فيما إذا تقدّم على الإمام فهي إنّما تدلّ على اغتفار الزيادة في الصور المذكوره فيها من التقدّم في الركوع أو السجود لا مطلق الزيادة، فهي أيضا ليست بمشرّعه حتّى تثمر بالنسبه إلى أمثال ما نحن فيه، كما لا يخفى.

و أمّا الصورة الثالثه؛ وهي مثل ما إذا كان الإمام يأتي بتشهد زائد سهوا أو يأتي بقنوت كذلك، أو كان جزءا واجبا على الإمام فقط دون المأموم، كما إذا كان المأموم مسبقا، بأن كانت له الركعه الاولى أو الثالثه، وللإمام الثانيه أو الرابعه، فهنا قد يكون خفاء في المسأله من حيث إنّ لزوم المتابعه يقتضى أن يقف المأموم مع الإمام في حال ثبوته، وهكذا أن يجلس معه في حال التشهد؛ لأنّ المفروض أنه فعل صلاتي من حيث إنّّه إمّا قيام طال لاشتغال الإمام بالقنوت، وإمّا جلوسه الاستراحه، وإن لم يكن بخصوص عنوان التشهد أو القنوت فعلا- صلاتيا، أمّا بالنسبه إلى كليهما كما في صورته سهوا الإمام، و أمّا بالنسبه إلى المأموم خاصه كما إذا كان مسبقا، ولكن من حيث إطاله القيام أو جلوسه الاستراحه فعل لهما، بحيث لا يجوز للمأموم التخلف عن الإمام مطلقا، فلذلك قد يستشكل ويتوهم أنّه يجب على المأموم متابعه الإمام فيهما وإن لم يجز عليه نفس الفعل.

هذا، و لكنّه فاسد حيث إنّّه تقدّم أنّ القيام وهكذا الجلوس الذي فعل صلاتي أنّهما هما في الجملة لا مطلقا بحيث يكون القيام الذي يأتي به الإمام من

أوله إلى آخره فعلا- صلاتيا يجب على المأموم من هذه الجهة أيضا، بل عدم جواز رفع يد المأموم عنه إنما يكون لعدم جواز تقدمه على الإمام إلى الركوع وهكذا من الجلوس إلى القيام.

فعلى هذا؛ لا يبقى شيء يدل على لزوم المتابعة في هذه الصورة، لأنه أما الأدلة العامة مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما جعل الإمام» (١) .. إلى آخره، فقد عرفت أنها مختصة بالأفعال المشتركة كما يظهر من صدرها وذيلها، وأما غيرها فالمفروض فقده، فحينئذ لا يجوز على المأموم في الفروع المذكورة مطلقا التقدم على الإمام في الركوع أو القيام من جلوس، وأما متابعته في نفس الأفعال فلا.

نعم؛ بالنسبة إلى المأموم المسبوق وأنه هل يجب عليه الجلوس في حال تشهد الإمام منفرجا أو غيره؟ وردت روايات خاصه (٢) يأتي البحث فيه في أحكام الجماعة إن شاء الله تعالى.

شروط الإمام

إشارة

البحث الرابع: في شروط الإمام وهي أمور:

الإسلام والإيمان، فهما مما لا كلام فيهما موضوعا وحكما أصلا.

ثالثها: طهاره المولد، وهي أيضا في الجملة مما لا إشكال، فإن الأخبار وإن لم يرد فيها إلّا مثل قوله عليه السلام: «لا تصلّ خلف ابن الزنا» (٣) إلّا أنه لا يبعد أن

١- مرّ آنفا.

٢- وسائل الشيعه: ٨/ ٣٩٢ الباب ٤٩ و ٤١٦ الباب ٦٦ من أبواب صلاة الجماعة.

٣- وسائل الشيعه: ٨/ ٣٢١ الحديث ١٠٧٨٤ مع اختلاف يسير.

يكون المراد بها من لم يعرف حاله، كما فهم الأصحاب كذلك أيضا، فحينئذ لا يجوز الصلاة خلف مجهول الحال إذا لم يكن في البين أصل أو أماره بهما يحرز حاله، فتأمل!

رابعها: العدالة و يقع فيها البحث من جهات:

الأولى: أنه هل المستفاد من الأخبار اشتراطها، أو مانعيه الفسق، أو الاقتراف في المعاصي و نحوهما؟ الأقوى الأول، كما عليه المشهور، بل كاد أن تكون المسألة إجماعية.

و ذلك؛ لأنه و إن كان في جملة من الأخبار ورد أنه: «لا تصل إلّا خلف من تثق بدينه و أمانته (١)» (٢) أو أنه: «قدّموا خياركم» (٣) و نحوهما (٤)، إلّا أنه مضافا إلى أنّ المراد بأمثالها أيضا أن يكون موثوقا به في عمله و متديّنا فيه، رواه سماعه (٥) التي في غاية الاعتبار صريحه في اشتراط العدالة، و هكذا الإجماعات المنقولة بحدّ الاستفاضه التي هي كاف في المسألة، فتأمل! بل و لو بنى على اعتبار روايه

١- وسائل الشيعه: ٣٠٩ / ٨ الحديث ١٠٧٥٠.

٢- و هي و إن كانت في ذيلها ما يشعر بكون المراد بالعدل في مقابل الإمام الذي يكون من العامه إلّا أنّ صدرها مطلقه في أنّ الإمام يعتبر فيه العدالة ممّا أو من غيرنا كما فهم الأصحاب كذلك أيضا. مضافا إلى أنّ الشيخ رحمه الله في تهذيبه نقل روايه صريحه في المطلوب (تهذيب الأحكام: ٢٩٣ / ٣ الحديث ٧٥٥) و قد نقله شيخنا قدّس سرّه دلالتها و إن ناقش في الأولى و كذلك الثانيه، بل قوى أنّه في الأخبار ليس ما هو يصرّح بالعداله، فراجع! (كتاب الصلاة للشيخ الأنصاري: ٧ / ٢٥٠ و ٢٧٤) «منه رحمه الله».

٣- وسائل الشيعه: ٣١٥ / ٨ الحديث ١٠٧٧٠.

٤- وسائل الشيعه: ٣١٣ / ٨ الباب ١١ من أبواب صلاه الجماعه.

٥- وسائل الشيعه: ٣١٥ / ٨ الحديث ١٠٧٧٢.

السيارى (١) يستفاد منها فوق العدالة، كما لا يخفى.

الثانيه: الأقوى أنّ العدالة شرط فى الإمام بالنسبه إلى المأمومين لا نفسه، لأنها أمر راجع إليهم و لا ربط [لها] بوظائف الإمامه أصلا، و إنّما يكون فى الجماعه ما هو قوام بالنسبه إليه أن يقف فى محلّ يمكن للمأمومين أن يأتّموا به و إلّا فسائر الجهات من شرائط الإمامه و الجماعه راجعه إليهم، فلو لم ير الإمام نفسه عادلا-لا- بأس عليه بأن يعرض نفسه للجماعه، و لذلك بناؤهم الالتزام بتحققها مطلقا، حيث لم يثبت أن يشكل أحد فى جواز رجوع الإمام إلى المأمومين فى شكوكه فى الصلاه، إذ لا يرى نفسه عادلا، و هكذا فى صلاه الجمعه التى يكون العدد فيها معتبرا ففيما إذا كان الإمام أحد السبع العدين بهم يتحقق شرط الجمعه؛ فلو لم يكن الإمام يرى نفسه ليس يلتزم أحد بعدم تحقق الجمعه حينئذ لفقد الشرط، و غير ذلك من آثار الجماعه.

فمنها يستكشف أنّ العدالة شرط راجع إلى المأمومين، و يكون أمرا إحراريا لا واقعيّا حتى لو لم يكن فى الواقع محققا يضرّ بصلاه الإمام أو المأمومين، كما يدلّ على ذلك ظواهر أدلّه المقام مثل قوله عليه السلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق به» (٢) حيث جعل الوثوق به تمام الموضوع، و كذلك قصّه الصلاه وراء اليهودى من خراسان إلى الكوفه، كما فى روايه ابن أبى عمير (٣)، صريحه فى المطلوب.

و بالجمله؛ مضافا إلى أنّ الأصل فى أمثال المقامات- كما سنشير إليه- أن

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٣١٦ الحديث ١٠٧٧٥ و ٣٤٩ الحديث ١٠٨٧٤.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣١٥ الحديث ١٠٧٧١، و فيه: من تثق بدينه.

٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٧٤ الحديث ١٠٩٤١.

يكون الشرط إحرارياً لا واقعياً أنّ الأدلّه الخاصّه فى المقام مساعد مع الجهتين:

إحداهما: عدم اعتبار العدالة بالنسبه إلى صحّه صلاحه الإمام و تحقّق الجماعه، بل إنّما هى شرط بالنسبه إلى المأمومين.

ثانيتها: التى هى لازم الاولى تقريباً عدم الاشتراط بالنسبه إليهم واقعياً، بل شرط إحرارياً، لما سمعت من الوجوه، خصوصاً مرسله ابن [أبى] عمير (١) التى بمدلولها شاهده للثانيه، و بركه ترك الاستفصال للاولى، فتأمل!

و أمّا روايه السيارى (٢) التى قد يتمسك بها لإثبات العدالة الواقعيه، فهى - مع الغض عمّا فى سندها - روايه مجمله لا يستظهر منها شىء؛ لمكان أنّ روايته الاولى يستفاد منها اعتبار أمر فوق العدالة، و لا يلتزم به أحد، و الثانيه مجمله رأساً، لأنّه لم يعلم المراد به بقوله عليه السلام: «إن كانت قلوبهم واحده فلا بأس» أى شىء هو؟

هذا كلّه؛ مع أنّ صلاحه الجماعه التى ورد الترغيب بها كثيراً غايه الكثره لا تناسب اشتراط هذا الأمر فيها واقعا لأنّه نادر جدّاً أحد يرى نفسه عادلاً بينه و بين الله، كما لا يخفى.

ثمّ إنّ وقع لصاحب «الجواهر» قدس سرّه فى المقام كلام لا يخلو من الغرابه، فإنّه حيث سلّم عدم اعتبار العدالة الواقعيه فى الإمام لعدم كون الإمامه من المناصب التى يعتبر فيها العدالة و لا يجوز للفاسق القيام عليها، قال: بل و كذلك مسأله الإفتاء فلا يعتبر فى المفتى أيضاً العدالة حتّى فيما لو حصل للمستفتى الظنّ

١- مرّت آنفا.

٢- مرّت آنفا.

بصدق إخباره يجوز تقليده، و إن كان فاسقا (١).

وجه الغرابه: أنه أي منصب أعظم من مسأله تولّى الإفتاء؟ مع أنه قال عليه السّلام لأبان: «اجلس أفت الناس فإنّي أحب أن يرى في شيعتي مثلك» (٢) حيث خصّ عليه السّلام هذه الوظيفة بمثل أبان.

و أظهر منه ما في «الاحتجاج» عن «تفسير العسكرى عليه السّلام» (٣)، بل المستفاد من الأوصاف الأربعة المذكوره فيها كون العدالة [شرطا].

هذا كلّه؛ مع أنه ليس لنا إطلاق أصلا يمكن التمسك به في باب التقليد بالنسبه إلى غير القدر المتيقن كما لا يخفى.

و هكذا مسأله القضاء فإنّه مضافا إلى كونه منصبا يستفاد من مقوله عمر ابن حنظله (٤) صدرا و ذيلا أنّ اعتبار العدالة أمر مسلّم، و هكذا يدلّ عليه قوله عليه السّلام:

«لا يجلسه إلّا نبىّ أو وصىّ أو شقى» (٥).

و أمّا باب الشهاده، فهى لمّا كان من صغريات قاعده الإحراز فالمناطق فيها العدالة الظاهريه.

توضيح ذلك: أنه فى الموارد (٦) التى اعتبر إحراز العدالة و غيرها من

١- جواهر الكلام: ١٣ / ٢٧٨.

٢- مستدرک الوسائل: ١٧ / ٣١٥ الحديث ٢١٤٥٢، و فيه: اجلس فى مسجد المدينه.

٣- الاحتجاج: ٢ / ٥٢، وسائل الشيعه: ٨ / ٣١٧ الحديث ١٠٧٧٧.

٤- وسائل الشيعه: ٢٧ / ١٠٦ الحديث ٣٣٣٣٤.

٥- وسائل الشيعه: ٢٧ / ١٧ الحديث ٣٣٠٩١، و فيه: أو وصىّ نبىّ.

٦- ما أفاده هنا- دام ظلّه- و إن أصرّ عليه فى موارد اخر أيضا إلّا أنه من حيث الكبرى و الصغرى لا يخلو عن التأمل كما يظهر بالمراجعه إلى كلمات الأصحاب فى مظانّها، فتدبر! و الظاهر أنّ الأمر مسلّم عندهم بالنسبه إلى باب متولّى الأوقاف و هكذا فى باب الأولياء، و إن عثرنا على مورد نقض بالنسبه إليهم، فإنّ ظاهر الأصحاب فيما لو زوج الوليّ الصغيره من به أحد العيوب السبعه مع العلم و المصلحه أنه إذا كبرت لها الخيار، و أمّا فى باب الشهود فى الدعاوى و المرافعات فبناؤهم مطلقا على أنه إذا تبين فسق الشاهدين نقض الحكم. مع أنه يمكن تقريب ما أفاده- دام ظلّه- بالنسبه إليه أيضا، حيث إنّه أو كل عنوان أمر عداله الشهود إلى شخص و هو الحاكم، فتدبر! «منه رحمه الله».

العناوين مثل المصلحة في التصرف في مال الصغير أو المسافه في توجه تكليف القصر؛ نظر المحرز يكون تمام الموضوع في إثبات الحكم المترتب على تلك الامور، لأنه إذا اوكل عنوان إلى شخص و خوطب به فلازم ذلك عرفا أن يكون إحرازه لذلك العنوان موضوع الحكم و منشأ الأثر.

و منها؛ مسأله عداله الشهود المستفاد من قوله تعالى: **وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ (١)** و غيره، فالمناط فيها العداله عند المطلق، سواء كان هو الزوج أو الوكيل المفوض إليه، فلو كان الشهود عنده عدولا يكفى، و لو لم يحزره الزوج بنفسه، فلا فرق بينه و بين ما نحن فيه، غايته أن هنا الأخبار الخاصه مثل قوله عليه السلام: **«لا تصل إلّا خلف من تثق به» (٢)** موافقه أيضا لما تقتضيه القاعده في أمثاله.

و بالجملة؛ في الموارد المذكوره لمّا كان اعتبار العناوين مثل العداله و الوثوق و المصلحه و نحوها بما لها من الواقع يوجب الهرج و المرج و لا تستقر الامور أصلا؛ فهي بنفس إحرازها تكفى و تترتب الآثار عليها مطلقا.

و من العجب أن في «الجواهر» ألحق مسأله الشهود في الطلاق إلى باب

١- الطلاق (٦٥): ٢.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣١٥ الحديث ١٠٧٧١، و فيه: من تثق بدينه.

المناصب و اعتبر فيها العدالة الواقعيه (١)، مع أنه أنكرها في المفتى مطلقا (٢)، كما سمعت و الله العالم.

حقيقه العدالة

الجهه الثالثه: في حقيقه العدالة، و قد نقل فيها أقوال ثلاثه: من كونها الملكه الباعثه على ترك المعاصى أو نفس ترك المعاصى، و لو لم تكن عن ملكه، أو الملكه الملازمه مع تركها فعلا.

فهذه الأقوال الثلاثه هي التي يمكن عدّها اختلافًا و قولًا في حقيقه العدالة، و أمّا القولان الآخران فالظاهر أنّهما ليسا اختلافًا فيها، كما استظهر كذلك شيخنا قدس سرّه، و غيره من كلماتهم (٣).

من أنّها هي الإسلام، أو مطلق حسن الظاهر، إنّما هما اختلاف في طريق العدالة، كما يدلّ عليه كلمات القائلين بهما، ففيها شواهد على أنّ من عبّر عنها بهما فليس مراده أنّ حسن الظاهر أو ظهور الإسلام هما نفس العدالة.

هذا؛ بل نقول: إنّ الأقوال الثلاثه الاولى أيضا راجعه إلى واحد، و إنّ العدالة ليست إلّا الملكه الباعثه على ترك المعاصى فعلا، لا أحدهما فقط، و ليس أحد من أصحابنا يلتزم بالتفكيك، و ذلك لأنه ما أظنّ أحدا يلتزم بأنّ من له ملكه العدالة و لم يكن فعلا مجتنبًا عن المعصيه باقيا على عدالته، و هكذا عكسه.

١- جواهر الكلام: ١٣ / ٢٧٩.

٢- جواهر الكلام: ١٣ / ٢٧٨.

٣- كتاب الصلاه للشيخ الأنصاري: ٧ / ٢٤٨.

فأيضا لا- يلتزم أحد بأن من لم يكن ذا ملكه و لكن اتفق أنه ترك المعاصي برهه من الزمان إما لعدم المقتضى لها أو لوجود الموانع؛ أنه عادل، فمن هنا يستكشف أنّ من عبّر عن العدالة بأحد الأمرين فليس بناؤه على التفكيك، بل إنّما عبّر بأحد المتلازمين أو وقعت المسامحة في التعبير.

و بالجمله؛ فالظاهر أنّ العدالة عند الجميع هي عبارته عن كلا- الأمرين، من الباعث، و هو الملكة، و المنبعث، و لا- يكتفى بأحدهما.

و أما ما يتوهم من أنّ صدور المعصية لما لا يضرّ بالملكة إذا تعقبت بالتوبه فيمكن الالتزام بالتفكيك و البناء على أنّ العدالة هي نفس الملكة؛ ففيه أنه لا- إشكال في أنّ التوبه توجب عدم مضرّيّه المعصيه، و إلّا فما لم يتب العدالة زائله، و أمّا إذا تاب فلما يصدق الترك فعلا- فمحكوم بالعدالة فعلا و لكن لا- مطلقا، بل فيما إذا كان تركه سابقا مستندا إلى الملكة، فالأمران من كلا الطرفين متلازمان، كما لا يخفى.

فعلى هذا؛ العدالة عبارته عن قوّه نفسانيّه باعته للملازمه على التقوى الموجهه للاجتناّب عن محارم الله، و القيام بأوامره عاده، و احترزنا بالأوّل عن أنّها ليست صرف الاجتناّب، كما أنّه من القيد الثاني يستفاد لزوم الاجتناّب عن المعصيه فعلا، و أردنا من الثالث الا-حتراز عمّا يصدر عن العباد في بعض الأوقات ما هو الخارج عن العاده البشريّه بحيث يحتاج إلى إكمال نفس فوق العاده يقرب إلى افق العصمه حتّى يحترز الشخص عمّا يتقدّم إليه مثل ما وقع من السؤال و الجواب بالنسبه إلى المقدّس الأردبيلي قدّس سرّه (١).

فهنا امور أربعة من أنّ القوّه التي تعتبر هي القوّه العاديه لا ما يقرب إلى افق العصمه، و أنّ الامور التي لا بدّ من أن يجتنب عنها هي أيضا تكون من الامور (١) العاديه بحيث يمكن التحرّز عنها لنوع الناس.

و هذان الأمران وجههما واضح، ضروره أنّ العداله هي الأمر الذي تعمّ به البلوى كما وردت من الترغيبات الكثيره بالنسبه إلى صلاحه الجماعه و كذلك أمر محتاج إليها بالنسبه إلى سائر المقامات لباب الشهادات للمرافعات و الطلاق و غيرها، فحينئذ لا يمكن أن تكون هي أمرا وجودها كالعقلاء، بل لا بدّ و أن تكون أمرا تناله اليد غالبا، فهي من حيث الباعث و المنبعث لا مجال لاعتبارها أزيد ممّا هو مجرى العاده، بأن تكون المعصيه ناشئه عن الدواعي العاديه، فحينئذ يضّرّ بالعداله و إن لم يوجب زوال الملكه، لأنّها بمرّه واحده من المعصيه لا تزول، و إلّا جعل العداله مرّكبه من أمرين غلط، بل تكون هي الملكه فقط.

الأمر الثالث: مسأله اعتبار وجود الملكه فعلا بحيث تزول بالمعصيه.

و الرابع: أنّها تعود بالتوبه، فهي توجب بقاء عداله من كان مسبوقا بالملكه لا مطلقا، كما أنّ قوله عليه السّلام: «التائب عن الذنب كمن لا ذنب له» (٢) ناظر إلى ذلك أيضا.

و بالجملة؛ فعلى الملازمه التي ادّعيناها بين الملكه و الاجتناب الفعلي في حقيقه العداله و حملنا عليها كلمات الأصحاب أيضا، فالنزاع في أنّها هي الملكه

١- و إن كانت المعصيه مطلقا توجب زوال العداله و إن لم تضرّ بالملكه، و كذلك لا بدّ من التوبه، كما هو واضح، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ١٦/٧٤ الحديث ٢١٠١٦ و ٧٥ الحديث ٢١٠٢٢.

الباعثه أو الاجتناب المنبعث عنها يكون بحثا علميًا، ولا يترتب عليه أثر عملي.

ثم إنَّ البحث في استفادته ما ذكرنا من الأدلَّة، فنقول- و من الله التأييد-: إنَّ الأقوى والأظهر من الأدلَّة بالنسبة إلى ما نحن فيه هو روايه عبد الله بن أبي يعفور (١) الذي هو من أجلاء الأصحاب، وقد ورد توصيفه عن المعصوم بما لا يرد لغيره (٢).

و كيف كان؛ لا- مناقشه فيها سنداً أصلاً، و دلالتها على المطلوب واضحه المطلوب، و ذلك؛ لأنَّ ظاهر السؤال عن الراوى فى صدرها أنه «بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين؟» .. إلى آخره، هو السؤال عن «ما» الحقيقته على اصطلاح أهل المعقول و الاستعلام عن حقيقه المفهوم، فأجاب عنه الإمام عليه السلام أولاً: «بأن تعرفوه بالستر و العفاف».

و من المعلوم؛ أن المراد بالستر فى المقام ليس الاستتار الظاهرى، بل المراد منه هى الحاله النفسائيه التى يعبر عنها بالحياء الذى إذا وجد فى العبد يستحى من الله تعالى فيجتنب عمّا يسخطه، كما يدلّ على ذلك ما أردفه بقوله عليه السلام: «و العفاف» فهذه هى التى نعبر عنها بالملكه، ثم قال عليه السلام و عطف عليه قوله: «و كفّ البطن و الفرج» و البطن فى هذا تتمه لما سبق، و أنه مضافاً إلى الصفه النفسائيه الباعثه على ترك المناهى يعتبر عدم صدورها فعلاً- اختيارياً، بأن يكفّ جوارحه عن المحرّمات، فدلاله هاتين الفقرتين على المطلوب واضحه، و لا يحتاج إثباته و استظهار أن فى العداله يعتبر الأمران إلى مثونه زائده و تطويل بلا

١- وسائل الشيعه: ٢٧ / ٣٩١ الحديث ٣٤٠٣٢.

٢- جامع الرواه: ١ / ٤٦٧.

طائل، كما صنعه الشيخ قدس سره في المقام (١).

ثم إنه عليه السلام ما اكتفى بذلك- أي بيان حقيقة العدالة و ما هو محقق لها واقعا- بل بين علامه لها إما من جهة اشتغال السؤال عنها أو أنه عليه السلام بنفسه أبدع فقال:

«و تعرف باجتناّب الكبائر التي أوعده الله تعالى عليها النار» (٢) أي يعرف الأمران بذلك، فهذه علامه للمعترف و لا ربط له بالمعترف أصلا حتى يشكل الأمر من جهة كونها مخالفه لما ذكره عليه السلام أولا، أو غيرها، كما قد يتوهم.

هذا تمام الكلام في حقيقة العدالة، و أمّا مسأله اعتبار المروره و عدمها فسيأتي البحث فيها.

تحديد الكبائر و بيان الإصرار على الصغائر

بقي الكلام في تحديد الكبائر التي انيطت بالاجتناب عنها، و لقد أحسن شيخنا قدس سره في تحقيق هذه المسأله، حيث جعل الضابط لها أحد الوجوه الخمسه (٣) فهي التي تسلم عن الإشكال طردا و عكسا، إذ من تقدّم عليه اكتفى ببعضها فحينئذ أورد بعدم الجامع أو عدم المانع (٤)، فهو إذا جعل جميع الخمسه التي ثلاثه منها يرجع إلى تعيينها بالنص الصريح، و واحدها بحكم العقل، و الآخر بالاستفاده من الدلاله الالتزاميه من النصّ و هو ما ورد النصّ بعدم قبول شهاده من ارتكبه، أو عدم جواز الصلاه خلفه و غير ذلك ممّا يعتبر فيه العدالة، حيث إنّ ذلك

١- المبسوط: ٨ / ٢١٧.

٢- وسائل الشيعه: ٢٧ / ٣٩١ الحديث ٣٤٠٣٢.

٣- كتاب الصلاه للشيخ الأنصاري: ٧ / ٢٦٦.

٤- كتاب الصلاه للشيخ الأنصاري: ٧ / ٢٦٦.

من قبيل عكس النقيض يكشف عن أنّ العمل الذي ارتكبه يضرّ بالعدالة فيعتبر عدمه فيها.

و من المعلوم؛ أنه حينئذ لا يرد شىء على التحديد كما هو واضح، فلقد أجاد قدّس سرّه حيث رفع الإشكال و الاختلاف رأساً (١).

و إنّما الإشكال فى تحديد الإصرار بالصغيره التى هى أيضا تضرّ بالعدالة و تعدّ من الكبائر، كما نصّ عليه الأخبار (٢)، فهل يعتبر فى تحقّق الإصرار تكرّر الفعل خارجاً، بأن يكون باقياً على معناه العرفى، أو يتحقّق بصرف العزم على التكرّر، أم يكفى عدم تعقّب الصغيره بالندم و التوبه؟ فهذه هى الوجوه المحتمله، و الذى يبدو فى النظر هو الاحتمال الأخير لأنّ ترك التوبه معصيه فيتحقّق الإصرار بنفسه إذا لم يتعقّب المعصيه به.

و لكنّ الإشكال فى أنّ وجوب التوبه بحكم العقل أو الشرع، و ليس للشرع تصرّف فيه، و قد جعلنا فى محلّه الضابط للأحكام العقلية المستقلّه أنّه كلّما كان الحكم منجلاً بالذات، بحيث كان سائر التكاليف بالنسبه إليه غيريّاً و لولاه لم تجب كباب الإطاعه، حيث إنّها أمر عقليّ لزوم امتثال التكاليف يتوقّف عليها و حكم العقل بها، و لذلك لا يترتّب عليها من الثواب و العقاب سوى ما يترتّب على نفس التكليف الممتثل و تركه، فمثل ذلك من الأحكام العقلية التى منجعله بالذات، نظير حجّيه القطع و تعلق الحكم الشرعى بها غير معقول.

فحينئذ مسأله لزوم التوبه إن كانت من شئون الإطاعه، كما هو الظاهر،

١- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى: ٧/ ٢٦٦.

٢- وسائل الشيعة: ١٥/ ٣٢٩ الحديث ٢٠٦٦٠ و ٣٣١ الحديث ٢٠٦٦٣، و ٣٣٥ الحديث ٢٠٦٧٤.

حيث إنّها إمّا من جهة حطّ الذنب السابق بها، وإمّا من جهة الرجوع بها إلى الطاعة، حيث إنّ بالمعصية خرج عنها، و كلاهما من سنخ الإطاعة و لا يترتب لا على الأول و لا على الثاني عقاب على تركه سوى ما يترتب على الذنب الصادر أوّلاً.

و أمّا الاحتمال الثالث بأن تكون التوبه بنفسها مطلوبه حتّى يجب تعبّداً، فلا دليل عليه.

و بالجملة؛ فتصير التوبه من المستقلّات العقليّه، لا من قبيل الصدق الّذى قابل لأن يتعلّق به التكليف المولوى، فعلى هذا ترك التوبه عن الصغائر- لو سلّمنا أنّه يلزم ذلك- مع أنّ فيه ما سيّجىء من أنّه لا عقوبه على الصغائر يشكل كونه معصيه حتّى يصدق الإصرار به الّذى هو المدعى، إلّا أن يقال: إنّ صدق الإصرار به لا يتوقّف على كون الترك بنفسه معصيه، بل يكفى لصدقه إمّا استكشافه عن بناء التارك على الاستمرار على المعصيه الّتى أتى بها، و إمّا لتركه ما يستحسنه العقل و يلزم من الرجوع إلى المولى بالتوبه بعد الانقطاع عنه، فتأمّل!

هذا؛ مضافاً إلى أنّه جملة من الأخبار نطقت بلزوم التوبه من الصغيره و أنّ تركها إصرار (١)، حيث إنّ بعضها و إن كان ظاهرها الاختصاص بالكبيره، و لكن بعضها مطلقه دالّه على أنّ ترك التوبه إصرار على المعصيه، كما أنّ فعلها ترك الإصرار، فحينئذ يتحقّق الوجوب الشرعى للتوبه عن الصغائر.

و لكن الإشكال أوّلاً: فى استلزام الصغائر العقاب حتّى يلزم التوبه، مع أنّه

١- وسائل الشيعه: ٣٣٧/١٥ الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس.

قال الله تعالى: **إِنْ تَجْتَبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ تُكْفَرُ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ (١)**.

و ثانيا: قد عرفت أنّ ملاك التوبه هو الأمر العقلى الذى يرجع إلى شئون الإطاعه، فلا موقع لتعلق التكليف المولوى به لكونه تحصيلا للحاصل، فلا بدّ من حمل الأخبار الداله على لزوم التوبه (٢) على الإرشاد (٣).

ثمّ إنه يقع الكلام فى صدق الإصرار عرفا و أنّه لا بدّ من تكرر الفعل فى الخارج أم يكفى العزم على التكرّر؟

ثمّ إنّ ذلك هل يعمّ العزم على الأعمّ من المعصيه الاولى و غيرها، أو يختصّ بالعزم على الإتيان بنوع المعصيه الاولى؟ قد جعل شيخنا قدّس سرّه المدار على الأعمّ (٤)، مع أنه لا يخلو عن الإشكال، و بالجمله؛ أصل المسأله بعد يحتاج إلى التأمل، و الله الهادى.

اعتبار المروءه فى العدالة

بقى الكلام فى مسأله المروءه و أنّها هل تعتبر فى العدالة ثبوتا أم لا؟ و هذا الأمر اعتباره يظهر من كلمات المتأخرين (٥)، و أمّا الذى عليه المتقدمون فهما

١- النساء (٤): ٣١.

٢- و الذى يسهّل الخطب؛ أمّا بالنسبه إلى الشبهه الاولى أنّ التكفير لا يلازم عدم العقاب، إذ من يطمئنّ بنفسه أنّه يجتنب الكبائر، و أمّا بالنسبه إلى الثانيه؛ فإنّ عدم وجود الملاك الشرعى للتوبه لا ينافى كون تركها إصرارا تعبدا و لو لم يكن معصيه، فلا مجال لرفع اليد عن الأخبار، فتدبر! «منه رحمه الله».

٣- وسائل الشيعه: ٣٣٧ / ١٥ الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس.

٤- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى: ٢٦٦ / ٧ و ٢٧٠.

٥- ذخيره المعاد: ٣٠٥، جواهر الكلام: ٣٠١ / ١٣.

الأمران اللذان تقدّما من الملكة و الاجتناب عن الكبائر (١).

و كيف كان؛ الشأن في استظهارها من الأدلّة، و أنّها هل يعتبر في مرحله الكاشف، أو هو و المنكشف، أم لا؟ و سيأتى الكلام فيه و استفادته بعض الساده الأجلّه إياها من روايه عبد الله بن أبي يعفور (٢)، هذا تمام الكلام في المقام الأوّل و هو البحث عن حقيقه العدالة في مرحله الثبوت.

و أما المقام الثانى؛ و هو مرحله الإثبات و ما هو الكاشف عن العدالة، فنقول: إنّه قد تقدّم في صدر البحث قد يظهر من بعض عبارات القدماء كالشيخ رحمه الله أنّ العدالة ثبوتاً و إثباتاً بمعنى واحد، و أنّه ليس عبارته إلّا عن حسن الظاهر و عدم ظهور الفسق (٣).

بل قد يستظهر من بعض كلماته: أنّ الأصل في كلّ مسلم هو العدالة، لأنّها ليست عبارته إلّا عن الإسلام (٤).

و لكنك قد عرفت في المرحله الاولى أنّه ليس الأمر كما توهم، بل في عباراتهم ما يكون شواهد (٥) أنّ العدالة هي الملكة، و أنّه لا بدّ من الاجتناب من الكبائر أيضاً، كما هو مذهب الجلّ بل الكلّ، و إنّما مرادهم في ما ذكر هو في مرحله الكاشف، و أنّ الطريق إلى العدالة ليس إلّا حسن الظاهر مثلاً و عدم ظهور

١- المبسوط: ٢١٧ / ٨.

٢- وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٩١ الحديث ٣٤٠٣٢.

٣- الخلاف: ٢١٧ / ٦ المسأله ١٠.

٤- الخلاف: ٢١٧ / ٦ المسأله ١٠.

٥- أحسن ما يكون من الشواهد هو الّذى أوردها قدّس سرّه في «الجواهر» في كتاب الطلاق (جواهر الكلام: ٣٢ / ١٠٨ - ١١٢)، «منه رحمه الله».

الفسق، و أنّ إحراز الاجتناب عن الكبائر أو غيرها ممّا سنذكر، لا يعتبر في إثباتها.

و بالجمله؛ ينبغي البحث هنا في مفاد الأدلّة أيضا لكونها متكفّله لهذه المرحلة أيضا.

أمّا جملة من الأخبار بل كثير و إن كانت توافق ما بنى عليه شيخ الطائفة قدّس سرّه (١)، مثل قوله عليه السّلام: «من صلّى الخمس في جماعه فظنّوا به كلّ خير» (٢) أو «فظنّوا به خيرا و أجزوا شهادته» (٣).

و قوله في روايه اخرى أنّه يقول عليه السّلام: «إذا كان الرجل لا تعرفه يؤمّ الناس يقرأ القرآن فلا تقرأ خلفه» (٤) و غير ذلك من الأخبار الكثيره (٥) الظاهره في ما ذكر، بل في النبويّ أنّه: «لو لم تقبل شهاده المقترفين للذنوب لما قبلت إلّا شهاده الأنبياء [و الأوصياء عليهم السّلام]» (٦).

و لكن لا بدّ من الخروج عن هذه الإطلاقات لظاهر روايه ابن أبي يعفور و غيره، حيث إنّ ذيله بل و ما قبله، و هو قوله عليه السّلام: «و يعرف ذلك باجتناّب الكبائر التي أوعد» (٧) و قوله عليه السّلام: «و الدليل على ذلك كلّ أن يكون ساترا لعيوبه بحيث لا يجوز التفتيش [عنه] و إذا سئل عنه [في قبيلته و] محلّته قالوا: إنّنا لا نعرف منه إلّا

١- الخلاف: ٦/ ٢١٧ المسأله ١٠.

٢- وسائل الشيعه: ٨/ ٢٨٦ الحديث ١٠٦٧٨، مع اختلاف يسير.

٣- وسائل الشيعه: ٢٧/ ٣٩٥ الحديث ٣٤٠٤٣ مع اختلاف.

٤- وسائل الشيعه: ٨/ ٣١٩ الحديث ١٠٧٨١، مع اختلاف يسير.

٥- وسائل الشيعه: ٨/ ٣١٣ الباب ١١ من أبواب صلاه الجماعه.

٦- وسائل الشيعه: ٢٧/ ٣٩٥ الحديث ٣٤٠٤٤ و هو عن الصادق عليه السّلام.

٧- وسائل الشيعه: ٢٧/ ٣٩١ الحديث ٣٤٠٣٢، مع اختلاف يسير.

خيرا» (١) .. إلى آخره؛ لأنه بعد أن بين الإمام عليه السلام حقيقه العدالة فذكر له طريق إثباتها أيضا بما ذكر من الفقرتين بإحراز الاجتناب عن المعاصي و ستره عيوبه، و هكذا غيرها من الأخبار التي دأله على اعتبار الإحراز.

فمن هذه الجبهه لا إشكال في المسأله، إنما الكلام في أن الإحراز اعتباره من باب التعبد أم من جبهه الوثوق؟

و بعبارة اخرى: أنه مضافا إلى إحراز الاجتناب و الستر هل يعتبر حصول الوثوق و الظن بوجود الملكة أيضا؟ أمّا بالنسبه إلى المقام و عداله الإمام فالظاهر أنه يعتبر ذلك؛ لدلاله قوله عليه السلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه» (٢) و نحوه (٣) فحينئذ مقتضى صناعه الإطلاق و التقييد أيضا تقييد الإطلاقات الثانيه التي ظاهرها الاكتفاء بالإحراز.

نعم؛ يمكن الدعوى بأن مثل هذه الروايه ليست في مقام التقييد، بل ناظره إلى التوسعه في باب الجماعه و أنه يكفي فيها الوثوق بالأمانه، و لكنّ هذا احتمال لا يوجب رفع اليد عن مقتضى الصناعه.

ثمّ إنه إذا ثبت ذلك في باب الجماعه يثبت اعتباره في سائر المقامات أيضا لعدم التفصيل في حقيقه الجماعه، كما لا يخفى.

و بالجمله؛ فهنا ثلاث درجات بل أزيد من حيث الإطلاق و التقييد، مقتضى الصناعه و الجمع بينها هو أنه بالنسبه إلى مرحله الإثبات للعداله لا بدّ من

١- وسائل الشيعه: ٢٧ / ٣٩١ الحديث ٣٤٠٣٢، مع اختلاف يسير.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣١٥ الحديث ١٠٧٧١.

٣- وسائل الشيعه: ٨ / ٣١٣ الباب ١١ من أبواب صلاه الجماعه.

إحراز الاجتناب عن المعاصي و ستر العيوب و حصول الظنّ و الوثوق.

بقى الكلام فى أنه هل يكتفى فى ثبوت العدالة بالفعل، كما لو رأى أنه يقتدى عادلان بشخص، أم لا بدّ من الإشهاد و التعديل باللفظ؟

أمّا بالنسبة إلى المقام- أى عداله الإمام- فالأقوى أنه يكفى العمل و الفعل إذا أوجب الوثوق، و لا فرق بينه و بين القول، حيث إنه قد عرفت أنّ ما يعتبر هنا بالأخره هو الوثوق و الظنّ، فحينئذ لا وجه للاختصاص بسبب دون آخر، و لكن يشكل الأمر بالنسبة إلى سائر الأبواب كالشهادة، حيث إنّ ظاهر أدلتها و لزوم تصديق العادل تصديقه فى شهادته و قوله، كما أنّ أخبار العادل الذى يلزم تصديقه ظاهرها التلفظ فأيه النبأ (١) لا تدلّ على مزيد من لزوم تصديق النبأ الذى لا يشمل الفعل.

و أما مسأله تعديلات أهل الرجال و تصديق الرواه ففيه بحث عظيم، و العذرى ثبت فى وجه حجته تعديلاتهم هو كونها من باب الظنون الاجتهاديه، و لا ربط له بمسأله الشهاده.

و بالجمله؛ أدلّه باب الشهاده قاصره لأن تشمل التصديق و التعديل الفعلى، فلذلك تسريه الحكم ممّا نحن فيه إلى سائر الأبواب ممنوع، إذ مثل ما ورد هنا من أنه: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه و أمانته» (٢) لم يرد فى سائر الأبواب حتّى يكتفى فيها أيضا بكلّ ما يحصل الوثوق، و غايه ما تثبت من الاشتراك بين عداله المقام و سائر المقامات هو أنّها من حيث الحقيقه واحده، و لا فرق فيها من

١- الحجرات (٤٩): ٦.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ٣٠٩ الحديث ١٠٧٥٠.

حيث إنها هي الملكة الباعثة على ملازمه التقوى مطلقا، و أمّا من حيث الطريق و أنها تثبت بالوثوق مطلقا فلا، فتختصّ العدالة الثابتة بالفعل بهذا الأثر فقط، و هو جواز الجماعة، خلفه.

اللهمّ إلّا أن يدعى بوجود دليل في باب الشهادات بكونها تثبت بكلّ ما ينبىء عن الواقع و يكشف عن العدالة و غيرها من الامور، فتأمل!

ثمّ إنّه هل يعتبر المرؤه في باب العدالة أم لا، من حيث الكاشف أو المنكشف أيضا؟ هذا الأمر في المقام من المشكلات، و ذلك: لأنّ اعتبارها قد وقع في كلمات المتأخرين (١) و لم يظهر من القدماء اعتبارهم ذلك في مفهوم العدالة، مع أنّ الظاهر عدم مساعده دليل لما عليه المتأخرون.

نعم؛ ذكر في ذلك وجها السيد الجليل محمّد باقر الأصفهاني قدس سرّه في كتابه «الفقه» (٢).

و حاصله: أنّ ظاهر الفقرة التي في ذيل حديث ابن أبي يعفور (٣) من أنه:

«و الدليل على ذلك كلّه أن يكون ساترا لعيوبه» .. إلى آخره، هو مطلق العيوب أعمّ من العيوب الشرعيه و العرفيه، حيث إنّ عدم الاجتناب عمّا هو قبيح عند الناس من مثل الأكل في السوق و نحوه يكشف عن أنّ الشخص ليس مالكا لنفسه بحيث تقاوم في مقابل مشتبهاتها سرّا و علانيه.

فمن هنا يستكشف إنّنا أنّ المرؤه معتبره في حقيقه العدالة و أنّ الستر

١- ذخيره المعاد: ٣٠٥، جواهر الكلام: ٣٠١ / ١٣.

٢- لم نعثر على هذا الكتاب.

٣- وسائل الشيعه: ٢٧ / ٣٩١ الحديث ٣٤٠٣٢.

و العفاف الذى يكون فى صدر الروايه هو الستر و العفه عن مطلق العيوب، فعلى هذا تعتبر المرؤه فى كلا المقامين.

و ناقش فيه شيخنا الأنصارى قدس سره بأن المراد من الستر و العفاف - حسبما تقدم - لما كان الاستحياء فى مقابل المناهى الشرعيه و العيوب المأثوره لا مطلقا فيكشف من ذلك لما عدم اعتبار غير العيوب الشرعيه بالنسبه إلى مرحله الإثبات (١) أيضا.

و لكن الإنصاف بطلان هذه المناقشه حيث إن ما أفاده السيد من أن الملكه لو كانت محققه فلا يفرق بين العيوب الشرعيه و العرفيه، بل لما كانت القوه العقليه صارت كامله فتقاوم فى مقابل جميع المشتبهات مطلقا، و إلا فلا يمكنه الاجتناب مطلقا (٢)، فى كمال المتان.

مضافا؛ إلى عموم اللفظ، بل ما أفاده الشيخ قدس سره فى لفظ الستر تخصيص بلا وجه، فحينئذ الأقوى ما بنى عليه المتأخرون، و أن العدالة عباره مما تقدم فى المقام الأول و المرؤه، و بالنسبه إلى عالم الكاشف أنه لا بد من استكشاف وجود اللجام الإلهى للشخص، بحيث يردعه عن الإقدام إلى المشتبهات النفسانيه المخالفه للشرع و العرف بإعانه الله تعالى و هو ولى التوفيق.

هذا تمام البحث فى العدالة، و لم يبق من شرائط الإمام أمر يحتاج إلى البحث فيه، إذ المذكوريه فى الجملة و البلوغ واضحان حكما و موضوعا.

١- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى: ٥٤٨ / ٧.

٢- لم نثر عليه كتابه.

أحكام الجماعة

بقى امور راجعه إلى أحكام الجماعة نذكرها في طَيِّ مسائل:

الأولى: الأقوى جواز الانفراد في أثناء الجماعة مطلقاً، لأنه مضافاً إلى أنه موافق للأصل، إذ لا يتصور محذور له بعد أن كانت الجماعة من قبيل العامّ الاصولي لا المجموعي، حيث إنّ الصلاة مركّب تدريجي، فهكذا الجماعة شرّعت بالنسبة إليها و ليست أمراً يوجب التنوع حتّى يلزم محذور من هذه الجهة أيضاً، بل هي من الخصوصيات الخارجة عن حقيقه الصلاة و توجب زياده الفضل بالنسبه إليها كالمسجدية و نحوها.

و بالجمله؛ فالأصل يقتضى جواز قصد الانفراد و تدلّ عليه الروايات (١) مثل: ما ورد في جواز التقدّم على الإمام في التشهد الأخير؛ و الخروج عن الصلاة بالسلام إذا كان الإمام يطيل تشهده، حيث إنّه و إن لم يكن فيها لفظ الانفراد، و لكن من المعلوم انطباق هذا العنوان على الفعل المذكور قهراً، كما يكون كذلك بالنسبة إلى جملة من العناوين في كثير من الموارد، كما في مسأله الفسخ بالفعل، و هكذا المعاطاه و مسأله الرجوع فى العده بالفعل و غيرها من الأمور.

فجميع هذه الموارد ترتفع من ثدى واحد، بمعنى أنّه إذا كان يؤتى بهذه الأفعال عن قصد و اختيار ينطبق عنوان الفسخ و البيع و الرجوع عليها قهراً، بلا- احتياج إلى قصد العناوين بخصوصياتها، فهكذا فى المقام؛ لأنّ الخروج عن الصلاة بالسلام قهرى فالانفراد يتحقّق تكويناً، فدلاله الروايه على المدعى واضحه، من جواز الانفراد اختياراً فى جميع الأحوال، غايه الأمر أنّ فى سائر

١- وسائل الشيعه: ٨ / ٤١٣ الباب ٦٤ من أبواب صلاه الجماعة.

الموارد صرف التقدّم و التأخر بلا قصد الانفراد لا يكفي، إذ المفروض عدم الخروج عن الصلاة بهما حتّى يكون انطباق العنوان قهريًا، كما فى تلك الصورة.

هذا؛ فيما إذا عرض له القصد فى الأثناء، أو كان قاصداً من أوّل الصلاة لا على نحو التحديد، و أمّا لو كان قصده ذلك من الأوّل بنحو يرجع إلى التحديد و التقييد فلا تخلو عن الإشكال؛ للشكّ فى مشروعيتها الجماعه كذلك، فالاحتياط أن يأتى فرادى من أوّل الأمر.

الثانيه: الظاهر أنّه لا إشكال فى مشروعيتها الجماعه ابتداءً و استدامه بأن يأتى بعض صلاته منفرداً ثم يقصد الائتصاص من أثنائها، لما عرفت من الأصل فى الجماعه و كفيته تشريعها، فعليه لا فرق بين الصورتين من أن يأتى جماعه الجزء الأوّل من صلاته أو الجزء الآخر منها، و لما هو مقتضى الدليل الدالّ على جواز الاقتداء فى بقيه الصلاة إلى إمام آخر، إذا عرض له العذر فى الأثناء، حيث يكون عليه أن يعيّن إماماً آخر من المأمومين أو من الخارج.

فلو نوقش بأنّ الأوّل لا- ربط له بالمقام، إذ الإمام اللاحق لَمّا كان من جزء الجماعه مع أنّ صلاتهم بمنزله صلاه واحده فكأنّ إمامته كانت من أوّل الأمر فلا يصير دليلاً لما نحن فيه.

الصورة الثانيه: و هى ما إذا كان الإمام الثانى شخصاً خارجياً هى عين ما نحن فيه، إذ المفروض أنّه مع إمكان قصدهم الانفراد و الإتيان بقيه الصلاة منفرداً يجوز لهم الاقتداء بالنسبه إليها بإمام آخر اختياراً، فالمسأله من حيث الدليل لا إشكال فيها، و لكن لَمّا لم يثبت ذهاب الأساطين إليها فالاحتياط لا ينبغى تركه.

الثالثه: صلاه المعاده لا تخلو عن صور، فإمّا أن يكون المنفرد- أى الذى

أتى بصلاته كذلك- يعيد بأن يصير إماما أو مأموما، وإما أن يكون من أتى بصلاته جماعه يعيدها على أحد الوجهين، وإما أن يكون من أتى بها إماما يريد أن يعيد بأحد الوجهين أيضا، فالصور ست.

فالظاهر؛ أن الإعادة في جميعها مشروعه؛ لإطلاق دليلها إلا فيما إذا كان المعيد إماما كان أتى بصلاته أولا أيضا كذلك، لأن في شمول الدليل له تأمل، و لكن الروايه التي مضمونها أنه ورد شخص في المسجد للجماعه مع أنها انتهت فقال عليه السلام: من يتصدق على هذا الرجل بأن يعيد صلاته جماعه (١) مع أن فيهم من هو شأنه الإمامه مشعر بجواز إعادته للإمام مطلقا.

و بالجمله؛ ينبغي رعايه أخبار الباب (٢)، فتدبر فيها!

الرابعه: المأموم المسبوق بركعه أو ركعتين أو أزيد يجعل الركعات الأخيره للإمام أول صلاه نفسه، فيأتي فيها بالقراءه كما هو المعروف عندنا بلا كلام، إنما الاشكال في أنه إذا لم يمهله الإمام لإتمام القراءه و السوره و دخل في الركوع يجوز له إتمامها ثم اللحق به و لو بعد الركوع، أم عليه أن يقطعها و يتركهما فيدرك ركوع الإمام؟

الأقوى الثاني؛ لأنه قد تقدم في صدر الباب في ما يدرك به الجماعه أن الاستفادة من أدله الباب أن للركوع بالنسبه إلى سائر الأجزاء خصوصيته بها يجب ادراكه مع الإمام و لا يجوز تأخيره عنه، فهكذا في المقام و إن كان التزاحم بين واجبين و هما القراءه و المتابعه، إلا أن مذاق الفقاهه يقتضى ترجيح الثانيه،

١- مستدرک الوسائل: ٦ / ٤٩٥ الحديث ٧٣٤٥.

٢- مستدرک الوسائل: ٦ / ٤٩٥ الباب ٤٣ من أبواب صلاه الجماعه.

مضافا إلى دلالة بعض الأخبار عليه أيضا كالمنقول عن «الدعائم» (١) و صحيفه معاويه بن وهب (٢).

١- دعائم الإسلام: ١ / ١٩١، مستدرك الوسائل: ٤ / ٤٨٩ الحديث ٧٣٣٠.

٢- وسائل الشيعة: ٨ / ٣٨٨ الحديث ١٠٩٧٨، إلى هنا تمت الرسالة.

ص: ٢٢١

رسالة الخميس

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خمس أرباح المكاسب

مما يجب فيه الخمس؛ أرباح المكاسب وبقية الاستفادات الحاصلة من التكتسبات، بعد إخراج مئونه السنه منها.

و هنا مسائل؛ الاولى: فى أنه بعد ظهور الربح يتعلق الخمس بالعين أو بالذمه، و بعد فرض تعلقه بالعين يكون على نحو الحقيقه أم على نحو الملكيه و الاشتراك؟ فإذا وقع معامله على ما تعلق به الخمس؛ هل تكون صحته مراعاة بإخراج الحق منه، أو يكون صحيحا، لكن جواز التصرف للمشتري مراعى بإخراج الحق؟

ثم بعد فرض كونه على نحو الملكيه و الاشتراك؛ هل يكون المالك مأذونا شرعا فى التصرفات الوارده على مقدار الخمس، فإذا باع ما تعلق به الخمس كان ما قابله من الثمن خمسا، و يكون مأذونا فى التصرفات فى بدله إلى أن ينقضى الحول، أم يكون المعامله الواقعه على مقدار الخمس فضوليا يتوقف صحته على إذن الحاكم؟

ثم بعد ذلك، إن ظهر ربح بين المعاملات الواقعه عليه، يكون من المالك أو من أرباب الخمس؟

الثانيه: هل يعدّ من المئونه التى تعلق الخمس بعد إخراجها، جبران

الخسران الذى وقع على المالك فى الحول أم لا؟

و على فرض الجبران؛ هل يفرق بين أن يكون الخسران فى المادّة التى حصل منها الربح، كما إذا كان الربح من تجاره ثم وقع الخسران على هذه التجاره، و بين أن يكون الربح فى مادّة ثم وقع الخسران على غيرها، سواء كان مشتركا معها فى النوع، كما إذا وقع الخسران فى تجاره اخرى، أو لم يكن مشتركا معها فى النوع، كما إذا وقع أحدهما فى التجاره و الآخر فى الزراعه، سواء كان مشتركا فى الجنس أم لا، أو كان الخسران هدم الدار- مثلا- و الربح فى التجاره؟

الثالثه: المساكن و المناكح و المتاجر التى أحلّ الخمس فيها للشيعة؛ هل يختصّ بما إذا كان الانتقال من أهل السنّه، أو يعمّها و ما كان من الكفّار أيضا؟

هل يتعلّق الخمس بالعين أو بالذمّه؟

أمّا الاولى: فاعلم! أوّلا أنّ وقت ظهور الربح الذى يعتبر فى تعلّق الخمس هو بعد انقضاء الحول، كما يظهر من الأخبار التى دلّت على وجوب الخمس بعد إخراج مئونه السنّه (١)، فإنّ الحال غالبا عدم تعيّن مقدار الربح الذى يكفى مئونه السنّه و زاد عنها إلّا بعد انقضاء الحول، بل الأغلب عدم حصوله قبل تمامه أيضا.

نعم؛ لو حصل له فى أثناء الحول ربح يقطع بكفايه مئونه السنّه مع زياده، فعليه أن يرّد الخمس إن لم يحتمل طرؤ الخسران له لا يزيد الزائد عن جبره، فإنّ احتمال؛ فذلك الموضع الذى فيه يتوسّع وقت الخمس فيصبر حتّى ينقضى الحول و ينكشف الحال.

١- وسائل الشيعة: ٩/ ٤٩٩ الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

فانقدهح بذلك أنه لا إشكال في التصرفات التي تقع عن المالك في الأرباح في أثناء السنه، بناء على عدم حصول ربح يقطع زيادته عن مئونه السنه، لعدم تعلق الخمس بماله في أثناء الحول [السنه].

ثم بعد وصول وقت التعلق فهل يتعلق بالعين على نحو الحقيقيه أو على نحو الملكيه، بعد الفراغ عن عدم تعلقه بالذمه، لبعده دلاله الأخبار عليه؟ فظاهر قوله تعالى: **وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ (١)** هو كونه على نحو الملكيه، لظهور «اللام» فيه، لكن يعارضه ظهور أن تعلق الحكم بالموضوع في حال ثبوت الموضوع وبقاء عنوانه كما كان قبله، فإنه بناء على الأخذ بما أفاده «اللام» من الملكيه يكون مفاد الآيه: أن ما ملكتموه غنيمه ينتقل خمسه من ملككم إلى ملك الله ورسوله، فالموضوع لوجب الخمس هو ملك الناس، وبعده تعلق الحكم لا يكون وصف الموضوع باقيا، وهو خلاف ما هو ظاهر حال الحكم مع موضوعه، ولا يعتد بما خرج عن هذه القاعده، كسؤدت الأبيض و أغنيت الفقير وغيرهما، لقلته و لوجود القرينه.

ثم بعد تعارض الظهورين لا يبعد تقدم ظهور حال تعلق الحكم بالموضوع، و يحمل على أن التعلق بنحو الحقيقيه، فإن مفاد الآيه حينئذ: أن ما ملكتموه غنيمه فإنه يتعلق لله و للرسول حق عليه، كان ذلك الحق بمقدار خمسه في حال كونه ملكا لكم، و بعد منع الرجحان و تساقط الظهورين بالمعارضه فالمرجع هو الأصل، فيستصحب بقاء ملكيه المالك، و ثمره كون تعلقه على نحو الحقيقيه هو صحه التصرفات و عدم كون العقد الواقع عليه فضوليا.

نعم؛ لزومه مراعى على أداء حقّ من له الخمس أو إجازته، و دعوى إجازته الشارع للتصرّف فى هذا المال و انتقال الخمس - سواء كان ملكا أو حقًا - إلى الذمّه، غير بين البرهان.

نعم، يمكن الاستدلال عليه بروايه أبى يسار الدالّه على تصرّفه فى الغوص الّذى أخرجّه من البحر ببيعه، و لذا جاء بثمره إلى الإمام عليه السّلام (١).

إلّا أنّ احتمال استجازته من الإمام عليه السّلام قبل البيع، أو اختصاص الإجازة العمومى - على فرض دلالتها - بما يغوص من الجواهرات؛ لتعسر إخراج خمسه قبل البيع، أو عدم تعيّن صحّته قبله، يبعد الاستدلال به على ما نحن فيه.

و التمسك بروايه القصب (٢) أضعف، لقوّه احتمال كون البيع فى أثناء السنه و قبل تعلق الخمس به.

و الحاصل: أنّه لا يبعد القول بأنّ الخمس أيضا حقّ يتعلّق بأرباح المكاسب و غيرها ممّا يجب فيه الخمس كالزكاه، و يدلّ عليه - مضافا إلى ما ذكر - الروايه الوارده فى من أخرج ركازا فباعه بدراهم و شياه (٣) .. إلى آخره، فإنّ حكمه عليه السّلام بصحّه المعامله و استيفاء الخمس من الثمن الّذى أخذه البائع ظاهر فى أنّه على نحو الحقيّه، و إلّا فاللازم أخذ مقدار الخمس من عين الركاز.

و احتمال انتقال البائع الخمس إلى الذمّه قبل البيع؛ مندفع بظهور حاله فى القصد إلى عدم إخراجّه.

١- وسائل الشيعه: ٩/ ٥٤٨ الحديث ١٢٦٨٦.

٢- وسائل الشيعه: ٩/ ٥٠٤ الحديث ١٢٥٨٧.

٣- وسائل الشيعه: ٩/ ٤٩٧ الحديث ١٢٥٧٥.

و على أى حال؛ فبناء على كون الخمس حقًا متعلقًا بالمال يكون مانعا عن نفوذ التصرفات الواقعة عليه ما دام الحق باقيا، فلو أوقع المالك على ماله الغير المخمس عقدا مع تضييق وقت إخراج الخمس و عدم نقله إلى الذمه - بناء على جوازه - فتكون صحته ذلك العقد مراعاة بإخراج الخمس عنه [قبل العقد]، فلو أخرج كان صحيحا و إلّا لبطل، فلو وقع على هذا المال عقد واحد من المالك ثم أخرج الخمس عنه أو وقع عليه عقود مترتبة ثمنا و مثمنا، ثم أخرج خمسه فمقتضى القاعده كون العقود باطله.

أما الصورة الاولى؛ فلأن وقوع العقد حين تعلق الحق غير مجد، و بعده لم يقع عقد آخر، فهو كما إذا باع الشئ المرهون ثم فك رهنه.

و أما الصورة الثانية؛ فيضاف إلى هذه الجبهه من وجود المانع عدم المقتضى أيضا بالنسبه إلى العقود اللاحقه، و هو ملكيه الناقل و البائع.

و لكن يمكن أن يقال بصحة العقود الواقعة عليه و نفوذها بعد إخراج خمسه مهما كانت بمقتضى الروايه الوارده عن أبى جعفر عليه السلام: «لا يحل لأحد أن يشتري من مال (١) الخمس شيئا حتى يصل إلينا حقا» (٢).

و روايه اخرى لأبى عبد الله عليه السلام: «لا يعذر عبد اشترى من مال (٣) الخمس شيئا أن يقول: يا رب! اشتريته بمالى، حتى يأذن له أهل الخمس» (٤).

و تقريب الاستدلال يتوقف على مقدمات:

١- لم ترد فى المصدر: مال.

٢- وسائل الشيعه: ٩ / ٤٨٤ الحديث ١٢٥٤٣ - ١٢٥٥٠.

٣- لم ترد فى المصدر: مال.

٤- وسائل الشيعه: ٩ / ٥٤٢ الحديث ١٢٦٧٤.

الاولى: لا- ريب أنّ أمر البيع أمر شرعيّ يجوز للشارع أن يتصرّف فيه كيف شاء، بمعنى أنّه يمكن له أن يمضى البيع الذي لم يكن جامعا للشرائط، كيف؟! و من يجعل شيئا شرطا أو مانعا يمكنه إلغاء شرطيته و مانعيته مهما شاء.

الثانية: انحصار المانع من نفوذ هذا البيع كونه متعلّقا للخمس، غاية الأمر تاره يكون هو فقط، و اخرى يتولّد منه عدم المقتضى أيضا.

الثالثة: أنّ المراد من الحلّيّ في قوله عليه السلام: «لا يحلّ» هي الحلّيّة التكليفيّة، و من «الاشتراء» هو التصرف في المال الذي أخذه من البائع، فحرمة التصرف فيه تدلّ على عدم نفوذ بيعه فعلا و ظاهر أنّ المراد ليس هو إنشاء نقل الملكيه، و إلّا لم يكن فيه عقاب حتّى لا يكون المشتري معذورا عند الله.

فبعد هذه المقدمات نأخذ بإطلاق الخبرين و نقول: إذا وقع عقود مترتبه أو عقد واحد على هذا المال الذي لم يؤدّ خمسه، فحلّيّه تصرف كلّ واحد منهم موقوف على أداء الخمس، من دون توقّف على شىء آخر، كما هو قضيه جعل حرمة التصرف معناه بعدم وصول الحقّ إلى أهله، فجوازه حاصل عند حصول غايه الحرمة، و مقتضى حلّيّه التصرف للمشتري الثاني - مثلا - هو انتقاله إلى ملكه بالعقد الذي وقع عليه قبل إخراج الخمس و لازمه إلغاء بعض شرائط البيع، و هو جائز للشارع، كما عرفت، و لازم الطريق حجّه، فتأمّل!

و ممّا يمكن الاستدلال به على كونه على نحو الحقيّه، هو الروايه التي سئل عن المعصوم عليه السلام: عن بستان صرف بعض فاكهتها في مئونه عياله و باع بعضها، فقال عليه السلام: «ما بعته منه فخمسه!» (١)؛

١- وسائل الشيعه: ٩/ ٥٠٤ الحديث ١٢٥٨٨، نقله بالمعنى.

فإنه لو كان الخمس متعلقاً بالعين فحينئذ للإمام عليه السلام أن يسأل و يقول: فما تفعل بالخمس إذا تريد البيع؟ فعدم سؤاله يدل على جواز بيعه، وهو يدل على أنّ الخمس يكون على نحو الحقيّة.

و احتمال أن يكون صحّحه البيع في هذه الموارد بسبب إمضائه و إجازته عليه السلام؛ مدفوع بأنّ الظاهر تسليم صحّحه العقود التي وقعت على هذه الأموال، و لذا اطلق على ما يكون بإزائها الثمن، و الظاهر أنّها ثمن بمجرد وقوع العقد عليها، لا أنّها تصير ثمناً بعد إجازته.

ثمّ بعد ذلك يحتمل أن يكون البيع صحيحاً من أوّل الأمر و لم تتوقّف صحّته على إجازته، و يحتمل أن يكون صحّته موقوفه على إجازته، لكون المال متعلقاً لحقه، كما في حقّ الرهانه و أمثالها، و الظاهر من الأدلّه - كما عرفت من إطلاق لفظ «الثن» على ما يقابل المال الخمسى و غيره - هو صحّحه البيع و حصول الانتقال بمجرد وقوع العقد.

ثمّ مع تسليم صحّحه العقد؛ هل ينتقل العين الخمسى إلى المشتري متعلقاً للحقّ، أو ينتقل الحقّ منها إلى الثمن؟ وجهان: من دلالة الأخبار (١) على حرمة تصرّف المشتري قبل وصول الخمس إلى أهله، و هو علامه بقاء الحقّ متعلقاً عليه؛ و من إمكان انتقال الحقّ [إلى] الثمن، و كون حرمة تصرّفه تعبداً.

و يدلّ على ما قلنا أمرهم عليهم السلام بإخراج الخمس من الثمن في بعض الأخبار (٢)، و احتمال أن يكون المراد من الثمن قيمه، فيدلّ على جواز إخراج

١- وسائل الشيعه: ٩/ ٤٨٤ الحديث ١٢٥٤٣ و ١٢٥٤٤ و ٤٨٧ الحديث ١٢٥٥٠ و ٥٤٢ الحديث ١٢٦٧٤.

٢- وسائل الشيعه: ٩/ ٤٩٨ الحديث ١٢٥٧٥.

الخمس من قيمه ما تعلق به، لكون الغالب مطابقه الثمن للقيمه الواقعيه خلاف الظاهر.

و كيف كان؛ فهل كون تعلق الخمس بالمال - سواء كان على نحو الحقيقه أم على نحو الملكيه - على نحو الإشاعه، أم [على]؛ نحو الكلّي في المعين؟

فعلى الأول؛ لا يجوز للمالك التصرف في المال المتعلق للخمس بوجه.

و على الثاني؛ يجوز له التصرف إلى أن يبقى بمقدار الخمس منه، وجهان؛ من أن الأصل جواز تصرف كل أحد في ماله، فيختص المنع بالمقدار المتيقن و هو مقدار الخمس، و من ظهور لفظ الخمس - الذي هو أحد الكسور - في الإشاعه.

و الأقوى هو الثاني؛ نظرا إلى الروايات الداله على حرمه التصرف (١)، فكل جزء من أجزاء المال المتعلق للخمس مما لا يعذر الله المالك أن يشتري به شيئا حتى يصل مالهم إليهم عليهم السلام.

ثم على فرض كونه من قبيل الكلّي في المعين، فيجوز للمالك التصرف إلى أن يبقى منه مقداره، و لا يحتاج إلى قصد إخراج الخمس من الباقي، كما هو قاعده هذا الباب، فما ذكره السيد قدس سرّه في موضعين من كلامه في «العروه» من تقييد جواز التصرف بصوره القصد بأداء الخمس من الباقي (٢)، لا نعرف له وجهها، فتدبر!

١- وسائل الشيعه: ٤٨٤/٩ الحديث ١٢٥٤٣ و ١٢٥٤٤ و ٤٨٧ الحديث ١٢٥٥٠ و ٥٤٢ الحديث ١٢٦٧٤.

٢- العروه الوثقى: ٣٩٩/٢ المسأله ٧٦، و ٤٠١ المسأله ٨٠.

ما هو المراد ممّا احلّ فيه الخمس للشيعة؟

و أمّا المسأله الثالثه (١)؛ فمجمّل القول فيها: أنّ الأخبار الوارده في باب الخمس على ثلاثه أقسام:

منها: ما يدلّ على أصل مشروعيتها (٢).

و منها: ما يدلّ على عدم تحليله مطلقا صريحا (٣).

و منها: ما يدلّ على التحليل (٤).

و طريق الجمع بينهما حمل ما دلّ على التحليل على المناكح و المساكن و المتاجر التي وقع في أيدينا من الكفّار و من لا يعتقد الخمس، بل لا يبعد أن يقال: إنّ أصل مصبّ أخبار التحليل هو هذا المورد و لا يحتاج إلى الجمع أيضا.

لا- إشكال في تحليل ما وقع في أيدينا من أهل السنّه، فهل يختصّ التحليل بهم أو يعمّمهم و الكفّار الذين لا يعتقدون أصل الإسلام أيضا، و أيضا هل يختصّ التحليل بما إذا وقع منهم أو يعمّمه و ما إذا حصل الاشتراك بيننا و بينهم في ما يجب في سهم الخمس؟

الأقوى؛ ثبوت التحليل في الصورتين، نظرا إلى التعليل الذي ذكره عليه السلام في ذيل بعض أخبار التحليل، مثل الخبر الذي سئل عليه السلام فيه عن أرباح المكاسب

١- لا يخفى أنّ المصنّف رحمه الله ما راعى الترتيب في ذكر المسائل، و المسأله الثانيه تأتي في الصفحه: ٢٣٨ من هذا الكتاب.

٢- وسائل الشيعة: ٩/ ٤٨٣ الحديث ١٢٥٤١.

٣- وسائل الشيعة: ٩/ ٤٨٤ الحديث ١٢٥٤٣ و ١٢٥٤٥.

٤- وسائل الشيعة: ٩/ ٥٤٣ الباب ٤ من أبواب الأنفال.

التي تقع في أيدي الشيعة، قال عليه السلام: «ما أنصفناهم إن كلفناهم ذلك اليوم» (١) دلّ على أنّ كلّ مورد يكون عدم تحليل الخمس فيه خلاف المرحمه و اللطف القديمه التي كانت منهم عليهم السلام بالنسبه إلى شيعتهم كان الخمس فيه محلًا.

فإذن؛ المعادن التي كانت في أيدي الكفار و لا- يؤدّون خمس ما أخرجوا منها، فإمّا أن يمنعوا الشيعة من المعامله معهم أو يكلفوهم بالأداء من مالهم أو أحلّوا لهم.

و لا- ريب أنّ كلا- الشقين الأولين خلاف اللطف و المرحمه، فتعيّن الشقّ الثالث، و كذا إذا كان أرضا مشتركا بين الاثنين، فباع أحدهما سهمه من ذمّي و لم يقدر أهل الإسلام بأخذ خمسها منه، فإذن لا بدّ إمّا من حكمهم بعدم جواز تصرّف المسلم في سهمه المشترك مع مقدار الخمس، أو أداء الخمس من ماله أو إحلالهم عليهم السّلام الخمس له، و ظاهر أنّ الأولين خلاف مرحمتهم، فتعيّن الثالث.

و هل يختصّ التحليل في باب الخمس بالمواضع الثلاثه المذكوره أو يعتمها و سائر موارد الخمس، نظرا إلى إطلاق بعض الأخبار؟

الأقوى هو الأوّل، و بيانه يتوقّف على مقدّمه، و هي: أنّه إذا ورد عامّ واحد و خاصّ متعدّد فالظاهر عرض هذه الخاصّات أجمع على العامّ، و تخصيص حجّته بما عداها لو لم يلزم تخصيص الأ-كثر أو إلغاء العامّ بالكلّيه، و إن لزم ذلك عمل بينهما عمل التعارض، و لا يجوز أن يعرض على العامّ بعض الخاصّات متقدّما حتّى تنقلب النسبه مع الخاصّ الآخر إلى العموم من وجه.

و أمّا إذا ورد عامّان متعارضان في بادي النظر، و ورد ما هو أخصّ من

١- وسائل الشيعة: ٥٤٥ / ٩ الحديث ١٢٦٨٠، و فيه: ما أنصفناكم إن كلفناكم.

أحدهما، فالظاهر تخصيص هذا العامّ أولاً بهذا الخاصّ، ثمّ ملاحظه النسبه بينه وبين العامّ الآخر والعمل بمقتضاه. كيف كان؛ لأنّ الدليل لا يعارض الآخر ما لم يستقرّ حجّيته من جميع الجهات، و العامّ الّذى ورد في مقابله خاصّ لم يكن حجّه في مقدار الخاصّ أصلاً، فكيف يمكن أن يعارض الدليل الآخر المستقرّ حجّيته في كلّ الأفراد؟ كيف ولا يمكن عمل التعارض بينهما مع عدم استقرار ظهوره و حجّيته؟ فحينئذ بعد تخصيص أحد العامّين بالخاصّ الوارد في مقابله كثيراً ما ينقلب النسبه بينهما إلى العموم و الخصوص المطلق، فتتخصّر حجّيه العامّ الآخر في غير مورد هذا العامّ بعد التخصيص بصيرورته أظهر، بل نصّاً في بعض المقامات بعد التخصيص في الأفراد الباقية تحته، فلا يعارضه ظهور العامّ في هذه الموارد.

إذا عرفت ذلك؛ فنقول: الأخبار الواردة في هذا الباب على ثلاثة أنحاء:

منها: ما يدلّ على عدم التحليل مطلقاً، كما في روايه عليّ بن راشد: قلت له: أمرتني بالقيام بأمرك و أخذ حقّك فأعلمت مواليك بذلك، فقال لي بعضهم:

و أيّ شىء حقّه؟ فلم أدر ما أجيبه.

فقال عليه السّلام: «يجب عليهم الخمس».

فقلت: ففي أيّ شىء؟

فقال عليه السّلام: «في أمتعتهم و صنائعهم».

قلت: و التاجر و الصانع بيده؟

قال عليه السّلام: «إذا أمكنهم بعد مؤنتهم» (١).

و مثلها غير واحد من الروايات (١).

و منها: ما يدلّ على التحليل في موضع خاصّ، و هو المناكح و المساكن و المتاجر إذا وقع في أيدي الشيعة ممّن لا يعتقد الخمس من الكفّار أو العامّة؛ فمنها: روايه يونس بن يعقوب، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السّلام إذ دخل عليه رجل من القمّاطين، فقال: جعلت فداك تقع في أيدينا الأموال و الأرباح و تجارات نعرف (٢) أنّ حقّك فيها ثابت، و أنا عن ذلك مقصرون.

فقال أبو عبد الله عليه السّلام: «ما أنصفناكم إن كلفناكم ذلك اليوم» (٣).

و الظاهر؛ أنّ المراد من «ذلك اليوم» وقت تسلّط الكافرين و الغاصبين، حيث يعملون بالتقيّه، و يحتمل أن يكون المراد يوم القيامة أيضا، لكنّه بعيد، و في معناها غير واحد من الأخبار (٤).

و منها: ما يدلّ على التحليل مطلقا، كروايه حكيم، مؤذّن بن عيس، عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ (٥) قال: هي و الله الإفاده يوما فيوما (٦)، إلّا أنّ أبي جعل شيعتنا من ذلك في حلّ ليزكوا» (٧).

١- انظر! وسائل الشيعة: ٩/ ٤٩٩ الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٢- في المصدر: نعلم.

٣- وسائل الشيعة: ٩/ ٥٤٥ الحديث ١٢٦٨٠.

٤- انظر! وسائل الشيعة: ٩/ ٥٤٣ الباب ٤ من أبواب الأنفال.

٥- الأنفال (٨): ٤٧.

٦- في المصدر: يوما بيوم.

٧- وسائل الشيعة: ٩/ ٥٤٦ الحديث ١٢٦٨٢.

و فى معناها أخبار متعدّده (١).

فقول: القسم الأوّل مع القسم الأخير متعارضان، و القسم الأوسط يخصّ القسم الأوّل فى الموارد المذكوره، فتصير نسبته مع الأخير عموماً مطلقاً، فيخصّص به عمومات التحليل و تقيد إطلاقته.

ثمّ إذا عرفت كيفيّة الجمع بين الأخبار، و كيفيّة الاستدلال بها لحلّ المناكح و المساكن و المتاجر على الوجه الأحسن تعرف أنّه لا حاجة إلى الاستدلال بمرسله «عوالى اللآلى» الّتى استدلّ بها الشيخ قدّس سرّه فى المواضع الثلاثة، و هى على ما حكاها فى مسأله حلّ المناكح من خمسه عن «عوالى اللآلى» قال: سئل الصادق عليه السّلام، فقيل له: يا ابن رسول الله! ما حال شيعتكم فى ما خصّكم الله به إذا غاب غائبكم و استتر قائمكم؟

فقال: «ما أنصفناهم إن أخذناهم (٢)، و لا أحسنّاهم (٣) إن عاقبناهم، بل نبيح لهم المساكن لتصحّ عباداتهم (٤) و نبيح لهم المناكح لتطيب ولادتهم، و نبيح لهم المتاجر ليزكوا أموالهم» (٥).

مع إمكان أن يناقش فيه تاره بإرساله، و اخرى بأنّ سياقه يأبى عن حمله على خصوص هذه الثلاثة بالمعنى الّذى ذكرناه و هو ما إذا وقع فى أيدينا عن يد من لا يعتقد الخمس، لأنّ تحليل هذه الثلاثة لا يختصّ بحال الحضور حتّى

١- انظر! وسائل الشيعة: ٩/ ٥٤٣ الباب ٤ من أبواب الأنفال.

٢- فى المصدر: إن و اخذناهم.

٣- فى المصدر: و لا أجبناهم.

٤- فى المصدر: عبادتهم.

٥- عوالى اللآلى: ٤/ ٥ الحديث ٢، مستدرک الوسائل: ٧/ ٣٠٣ الحديث ٨٢٧٢.

يتوَحَّش السائل الشيعي بعد الغيبه و يسأل عنه بخصوصه، بل ظاهره السؤال عن مطلق الخمس، فإنّه لما شاهد السائل أنّ الشيعه مرسلون خمسهم في حال الحضور بخدمتهم، أو يعيّنون الوكيل لأخذه فصار بصدد تعيين تكليفهم في حال الغيبه، فتحليل الإمام عليه السّلام يرجع إلى كتيه الخمس، لا خصوص المناكح و المساكن و المتاجر بالمعنى الذي ذكرناه.

و قلّ العامل بهذا الحديث، فطرحه وفاقا «للتذكرة» (١) لا يخلو عن قوه، مضافا إلى ما حكى أنّ «الحدائق» لم يذكره أصلا مع جمعه لأخبار الخمس مستوفى، و راجع فتدبر!

تتميم: قد يتوهم في إباحته الخمس للشيعه إشكالان:

أحدهما: أنّ الخمس بتمامه ليس حقّا لهم، بل نصفه حقّهم و نصفه الآخر حقّ للسادات، فكيف يبيحون الخمس أجمع؟

و يمكن دفعه تاره بأنّ تمامه لهم و السادات جميعا عيالهم، كما يشهد به بعض الأخبار (٢)، و قد خصّ نصفه بهم موهوبا منهم عليهم السّلام.

و اخرى؛ بأنّه على فرض كون نصفه مختصّا بالساده، لهم الولايه المطلقه للتصرّف في أموال الناس جميعا، و كيف بالساده؟! فإنّهم أولى بالمؤمنين من أنفسهم و أموالهم.

ثانيهما: أنّه كيف تنطبق هذه الإباحه للشيعه مع القواعد؟ من وجوه:

الأول: أنّ الإباحه لا تفيد الملكيه، مع دعوى الإجماع على أنّ الشيعه

١- تذكرة الفقهاء: ٥ / ٤٤٤.

٢- وسائل الشيعه: ٩ / ٥١٨ الحديث ١٢٦١٨.

يصيرون مالكا في الموارد المذكوره، و لذا يجوز لهم الوطء و العتق و البيع.

الثاني: أن الإباحه و التملك يستدعي لا- أقل وجود الملك، مع أنه لا شئ منهنما في زمن الأئمه عليهم السلام حتى يصح التملك.

الثالث: أنه على فرض صحه التملك فهو ليس للأفراد، بل بعنوان الشيعة، كملك المفتوح عنوه الذي هو ملك لعنوان المسلم، فلا يجوز تصرف كل أحد بنفسه فيه، بل يجب أن يجمع في بيت المال، ثم يصرف بإذن الحاكم في مصالح الشيعة.

و أنت خبير بأنه بعد دلاله الأخبار على أن الخمس متعلق بالأموال على نحو الحقيقه لا وقع لواحد من الإشكالات، و قد عرفت أن الأقوى نفوذ التصرفات الواقعه على المال المخمس قبل الإخراج، غايه الأمر حرمة التصرف للمشتري قبل وصول الحق إليهم، فمعنى تحليلهم عليهم السلام؛ إغماضهم عن حقهم فيحل به التصرفات قبل الوصول، مضافا إلى أن معنى تعلق حقهم بالمال أنهم مختارون و حريون بتملك خمس هذا المال، و معنى تحليلهم عليهم السلام، إذنه للشيعة بتملك سهمهم و نقل هذا الاختيار إليهم.

نعم؛ لو استفيد من الأخبار كون الخمس ملكا لهم و كونهم شركاء مع المالك (١)- كما هو المشهور- يشكل دفع الإشكالات.

لكن يجاب تاره؛ بأن هذا نحو تملك خاص للشيعة ورد به النص الخاص (٢) فلا يلزم أن ينطبق على القواعد.

١- وسائل الشيعة: ٩/ ٤٨٣ الباب ١ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٢- لاحظ! وسائل الشيعة: ٩/ ٥٤٣ الباب ٤ من أبواب الأنفال.

و اخرى؛ بكونه دفعا، لا- رفعا، بمعنى أنّ الله تعالى لم يكلف الشيعة بالخمسة في هذه الموارد من أول الأمر، و غير ذلك من الأجوبة المذكورة في المفصّلات.

هل يجبر الخسران الوارد على المالك في الحول من الربح؟

الثانية من المسائل التي ذكرناها في صدر البحث هو أنّ الخسران هل يجبر بالربح مطلقا أو يفصل؟

لا إشكال في جبر خسران تجاره واحده بربحها، فهل يجبر خسران إحدى التجارتين بربح اخرى؟ بل و هل يجبر خسران ضيعته كالزراع بربح تجاره مثلا؟ بل و هل يجبر الخسران الواقع على المالك و لو لم يكن في كسبه، كهدم داره و موت دابته من الربح الحاصل من استفادته أم لا؟

لا- إشكال أنّه لو أخذنا في عنوان ما يجب فيه الخمس من الأرباح هو أرباح الاكتسابات، لا يجوز جبران الخسران الوارد على المالك عن غير طريق الاكتساب، لصدق حصول الربح من الاكتساب مع هدم داره، و لكن لو جعلنا العنوان هو مطلق الفائدة، كما هو مضمون بعض الأخبار (١) و المعنون في كلمات الأخيار، و حمل ما ورد منها في تقييد الربح بالاكتساب بذكرها من باب المصداقيه، لكونها أغلب أفراد ما يفيد.

فيمكن القول بملاحظه الفائدة بعد جبر خساره عن أيّ جهه كانت، فإنّ الملحوظ حينئذ فائده سنه المالك، و معنى الفائدة في السنه هو ما يحصل له فيها

زائدا على ما يملكه في السنه السابقه و بعد حصول مائه درهم من الاكتساب، و موت دابته له يوازي قيمتها هذا المقدار لم يصدق أنه حصل له الفائده في هذه السنه، بل يصدق لم يقع عليه ضرر.

نعم؛ ذكر السيد قدس سره في «العروه» أنه لا إشكال في عدم جبران الخساره التي كانت من قبيل هدم الدار و موت الدابته، و أما الخسران الوارد في إحدى التجارتين الأحوط عدم الجبران بربح الاخرى و إن كان الجبران لا يخلو عن قوه، و كذا نفى الإشكال عن جبران خسران التجاره بربحها (١).

أقول: لو اخذ في العنوان وجوب خمس الزائد عن ربح الاكتساب إِمّا أن يؤخذ بنحو العموم المجموعى فمعناه ربح جميع الاكتسابات في السنه فلا إشكال في جبران خساره إحدى التجارتين بربح الاخرى، لأنّه مع عدم الجبران لا يصدق ربح الاكتسابات.

و إِمّا أن يؤخذ بنحو العموم الاستغراقى في ربح كلّ استفاده بخصوصه موردا للخمس، فمقتضاه عدم جبران خسران التجاره بربحها أيضا، لأنه يصدق أنه ربح من اكتسابه الفلانى كذا و كذا.

و لو أخذ في العنوان خمس الفوائد- كما أنه ليس ببعيد، و يدلّ عليه جملة من الأخبار الدالّة على وجوب الخمس في الجائزه و الهدية و الصدقه (٢)- فإنها لا تعدّ اكتسابا على الأقوى، فإنه طلب المال من حيث المائيه و طلب الرزق مثلا،

١- العروه الوثقى: ٣٩٧/٢ و ٣٩٨.

٢- وسائل الشيعه: ٥٠١/٩ الحديث ١٢٥٨٣، و ٥٠٣ الحديث ١٢٥٨٥، و ٥٠٤ الحديث ١٢٥٨٨، و ٥٠٨ الحديث ١٢٥٩٦.

و لذا لا يعدّ صيد السلطان اكتساباً، بل هو فائده، فلا يبعد القول بجبر كلّ خسران ورد على المالك من أيّ جهة كان، لعدم صدق حصول الفائدة مع الخساره، كما مرّ، فتأمل!

ثمّ إنّه لا- إشكال في خروج الميراث إذا لم يكن ممّا لا يحتسب عن عنوان الفائدة فلا يجب فيه الخمس، لأنّه يعدّ مال المورث مال الوارث طولاً بل يعدّ وجود المورث مانعاً عن إجراء آثار المائيه و لم يعدّ انتقاله إليه فائده، فالأظهر عدم وجوب الخمس في الميراث، وفاقاً «للتذكره» (١).

نعم؛ استثنى بعض الأصحاب فيما إذا كان الميراث ممّن لا يحتسب (٢) و يدلّ عليه بعض الأخبار أيضاً (٣).

و أمّا ما زاد عن المئونه من الزكاه و الخمس و أمثالهما؛ فالظاهر عدم وجوب الخمس فيه، لعدم عدّه فائده، لأنّ الفائدة ما حصل و لم يكن شىء بإزائه، كالزائد على رأس المال في التجاره و الهديه و أمثالهما.

و أمّا الخمس و الزكاه؛ فكأنّهما طلب و دين من المستحقّ على المالك فأداه بتعيّنه في ذلك المستحقّ فهو حقّه الثابت في ذمّه المالك قد أداه، و ليس شىء و لم يكن بإزائه شىء حتّى تعدّ فائده، فهو كما إذا كان له في ذمّته دين و قد استقرضه منه.

و بعبارة اخرى: الزكاه إذا نسبت إلى نوع الفقراء كانت فائده، لأنّه لم يكن

١- تذكره الفقهاء: ٥ / ٤٢١.

٢- جواهر الكلام: ١٦ / ٥٦، العروه الوثقى: ٢ / ٣٨٩ المسأله ٤٩.

٣- وسائل الشيعه: ٩ / ٤٩٩ الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، انظر! جواهر الكلام: ١٦ / ٥٦.

بإزائها شىء، و لكنّ النوع ليس قابلاً لأخذ الزكاه، و إذا نسبت إلى الشخص عدت من قبيل استيفاء الحقّ و الطلب و لم تكن فائده يجب فيها الخمس كنفس الدين، فتأمل جيّدا!

و بالجمله؛ فالأظهر جبران المال الفائت و كلّ خسران وارد على المالك في كلّ معاملة بالأرباح و اعتبار الخمس ممّا بقى بعده، لما عرفت من ظهور النصوص و الفتاوى في كون موضوعه مطلق الفائدة لا الفائدة المقيّده بكونها من الاكتساب و الاستفادة.

مسأله: لا- خلاف في اعتبار الخمس في الأرباح و الفوائد بعد إخراج مئونه الشخص، و مئونه التحصيل مقومه لأصل عنوان الفائدة، فقبل إخراجها لا يسمّى الحاصل فائده، و هذا ظاهر، و لذا لا خلاف في أنّ المراد بالمئونه هي مئونه السنه، لأنّها المتبادر عند إطلاقها، و يشهد لذلك قولهم: كسب فلان لا- يفي بمئونه، مضافاً إلى دعوى الإجماع من غير واحد، إنّما الإشكال و الخلاف في جهتين:

إحداهما: في بيان المراد [من السنه] هل هي شمسي أو قمرى؟

و الاخرى: في بيان المراد من المئونه، هل المراد منها مقدارها و لو تبرّع بها متبرّع، أو قتر على نفسه، أو أخرج من ماله الآخر، أو المراد منها ما يصرفه فعلاً في مخارجه، فلا يجب له في الصورة المذكوره شىء؟

و لا بدّ أولاً من بيان الأصل في المسأله، ثمّ بيان ما هو ظاهر الأدلّه.

فقول: أمّا الأصل العقلي فهو البراءة في الجهتين، لدوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر الاستقلاليين و هو جعل المئونه مقدارها، و السنه شمسيه، فتأمل!

و أما الأصل اللفظي؛ فبملاحظه عمومات وجوب الخمس و عدم العفو عنه، لو اجمل المخصّص و المقيد يرجع إلى الإطلاق و العموم، و يؤخذ بالقدر المتيقّن من المخصّص و المقيد، و مقتضاه جعل السنه قمرية، و المئونه شخصيه و ما تصرف فعلا.

هذا مقتضى الأصل اللفظي؛ لكنّ الظاهر من السنه فى المقام هو السنه الشمسيه، لأنّ المقام؛ مقام تعيين مئونه السنه و إخراجها، و المعتر فيه اعتبار السنه تماما، و اعتبار القمرية منها يفضى إلى إلغاء العشره (عشره أيام) من السنه، مع أنه لا وجه له، و اعتبار الشمسيه ربّما يفضى إلى عدم وجوب الخمس الذى يجب لو اعتبرت السنه قمرية، كما إذا حصل له فائده زادت مقدار المئونه، و لم يظهر خسران حتّى مضى الحول القمري. ثمّ قبل إتمام السنه الشمسيه ظهر خسران لا يزيد الربح الباقي عن جبره، و قد يكون بالعكس، كما إذا حصل بعد مضى القمري و قبل إتمام الشمسى ربح يزيد عن المئونه، و لاعتبارها ثمرات اخر تظهر بالتأمل!

و أما الثانى: فقبل بيانه لا بدّ من تقديم أمر و فرع يرتبط بالمقام، و هو أنّه لو كان له مال آخر لم يتعلّق به الخمس أصلا أو تعلق و أخرجه، فهل يعتبر حينئذ إخراج المئونه من الربح أو منه أو منهما؟ وجوه: أقواها أقدمها إلّا فيما لو كان المال الآخر معدّا للصرف فى المئونه و كان ممّا يعتاد صرفه فى المئونه.

قال العلماءه الأنصارى فى تحقيق المسأله: إنّ المال الآخر تاره يكون من رأس المال و إن لم يكن فعلا ممّا يتجر به، فلا إشكال فى عدم احتساب الربح منه.

و اخرى لم يكن منه، لكن لم يعتد صرفه فى المئونه كالدار و الأرض،

و اخرى لم يكن منه، لكن لم يعتد صرفه فى المئونه كالدرا و الأرض، فحكمه كالقسم الأول.

و ثالثه: يكون ممّا اعتيد صرفه فى المئونه كالزائد من الحنطه و الدراهم المهيأه للمئونه فى السنه السابقه، فلا إشكال فى اعتبار المئونه منه، و وضع ما زاد من المئونه عنه من الربح و إخراج الخمس من الباقي.

و رابعه: لم يكن المال الآخر داخلا فى واحد من العناوين، بل تاره؛ منه إخراج المئونه، و اخرى؛ لم يتفق كالمال المقترض مثلا.

قال قدّس سرّه: ففى عدم اعتبار الخمس منه إشكال؛ لاحتمال كون تعيين المئونه الربح فى الأخبار مبنيًا على الغالب، من الاحتياج فى أخذ المئونه منه.

لكن يمكن منعه أوّلا بمنع الغلبه، و اخرى بمنع كونه بحيث يصير سببا لخروج المورد من تحت الأدله، فالقول باعتبار المئونه من الربح فقط معه لا يخلو من قوه، فتأمل جيّد!! (١)

ص: ٢٤٥

رساله الوقف

اشاره

الكلام فى القبض فى الوقف

إشاره

قال فى «الشرائع»: (فلا يلزم إلّا بالإقباض) (١). (٢).

و نقول- بعونه تعالى و هدايه أوليائه عليهم السّلام-: فى جهات من الكلام من حيث الحكم التكليفى و الوضعى و موضوعه و غيرها.

الاولى: فى معنى القبض كلياً من حيث كونه هو الأمر العدمى- و هو التخليه و رفع اليد و أمثالهما- أو لا، بل يشمل الأمر الوجودى أيضاً؟

لا إشكال فى أنّ حقيقه القبض لا يتحقّق فيما لو اعتبر (٣) ب «رفع اليد عن الشىء»، كما فى القبض المعبّر [به] فى البيع و الهبه و الرهن و غيرها؛ إذ هو مساوق للتسليم و الأداء اللذين [هما] عبارتان عن التخليه و جعل الشىء تحت استيلاء الغير، كما عبّر بلفظهما فى أكثر من هذه المقامات، منها ما نحن فيه حيث عبّر فى أخبار الوقف بلفظ التسليم (٤).

نعم؛ قد يكتفى بالأمر العدمى كما بالنسبه إلى الحكم التكليفى مثل باب

١- شرائع الإسلام: ٢/ ٢١٢.

٢- ولذا بنى على أنّ رضا المالك بكون المال تحت يد الغاصب لا يخرج يده عن الضمان إلّا أن يوكله فى القبض من قبل نفسه أيضاً؛ إذ يده كدونه اقتضت الضمان، فلا تثمر صيرورتها الآن أمانيه، فتأمل! «منه رحمه الله».

٣- كذا، و الصحيح: عبّر.

٤- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٨١ الحديث ٢٤٣٩٩.

الغضب، حيث إنّ الحرمة لمّا كانت ناشئة من قبل وضع اليد على مال الغير فترتفع برفع اليد عنه، و لكن هنا أيضا الحكم الوضعي - وهو الضمان- لا يرتفع إلّا بتسليم المال إلى صاحبه و إيصاله إليه، حيث إنّ الغايه المأخوذه في قاعده اليد هي الأداء.

و بالجمله؛ تختلف المقامات من حيث ارتفاع الحكم التكليفي و الوضعي بالاكْتفاء بالأمر العدمي أو الاحتياج إلى الوجودي أيضا، و لكن كلّما اعتبر القبض لا بدّ من الأمر الوجودي، ففي باب الضمانات مطلقا، الحكم التكليفي يرتفع بمجرد رفع اليد عن المال المضمون، و لكنّ الحكم الوضعي لا- يرتفع إلّا بعد تسليم المال إلى صاحبه و وصوله إليه، فهنا محلّ التفكيك بين الحكمين و منه يقع التفكيك بين الأمرين أيضا بحيث لو رفع الغاصب يده عن المال المغصوب و تاب فلا عصيان عليه؛ لارتفاع موضوع الحرمة الذي هو التصرف في مال الغير المستفاده من الأدلّه كقوله عليه السّلام: «لا يحلّ مال امرئ [مسلم] إلّا بطيب [من] نفسه» و أمثاله (١).

الثانيه: في موضوعه؛ لا- خفاء في أنّه أيضا يختلف بحسب الصغريات، أمّا في مثل المنقولات بالظاهر إنّّه يتوقّف على الإيصال و استقرار العين تحت يد القابض التي هي كناية عن الاستيلاء الخارجي، و ليس المراد بها الجارحه المخصوصه، كما حقّقنا ذلك في بحث الغصب، فما لم تقع الأشياء المنقوله تحت استيلاء القابض خارجا عرفا، لا يصدق القبض حينئذ و أنّ العين مقبوضه

١- عوالي اللآلي: ١/ ٢٢٢ الحديث ٩٨ و ٢/ ١١٣ الحديث ٣٠٩، و ٢/ ٢٤٠ الحديث ٦ و ٣/ ٤٧٣ الحديث ٣.

بالضرورة، وهذا هو المراد من الأمر الوجودى المعتبر فى مفهوم القبض، هذا فى المنقول.

و أمّا غيره؛ فهو على قسمين؛ فإمّا أن يكون ممّا له الحرز، كالدار التى لها المفتاح، أو البستان كذلك، و إمّا ليس كذلك، كالأراضى المتّسعه.

أمّا فى الأوّل؛ فقبضه و جعله تحت استيلاء القابض إنّما يكون بتسليم الحرز و المفتاح إليه، إذ نفس المبيع أو العين الموقوفه و إن لم يكن قابلا لأن تقع تحت اليد إلّا أنّه لَمّا كان ما يحزره و ما هو بمنزله نفس العين قابلا لذلك، فقبضها عرفا إنّما يكون بقبضه و جعله تحت الاستيلاء الذى هو أمر اعتبارى لا بدّ له من كاشف و طريق ليس فى ما نحن فيه إلّا ذلك.

و أمّا القسم الثانى؛ فهو و إن لم يكن له طريق مبرز قطع علاقته بالبائع أو الواقف عن العين المبيعه أو الموقوفه، و حدوث علاقته للغير بالنسبه إليها و صيرورته تحت استيلائه كالاوليين، إلّا أنّه لا إشكال أنّ هنا أيضا لا بدّ من مبرز ذلك بأىّ نحو يمكن؛ لما هو المسلّم من الكبرى الكلى أنّ فى الأمور المشتركة و المشتبهه خارجا لا بدّ من ترتيبها بحيث بها ترتفع الشبهه و يتشخص الأمر، فهنا لَمّا كان الأمر كذلك، بمعنى أنّه لم يتبين خروج العين الموقوفه - كالأبار أو الأراضى المتّسعه - أنّها خرجت عن استيلاء الواقف و دخلت تحت استيلاء الموقوف عليهم - الهدى هذا معنى القبض المفروض اعتباره مطلقا - فلا محيص عن إيجاد المبرز بما أمكن، و لو بأن يجتمعا عند الموقوفه، و بعده يبقى الموقوف عليه أو وليه و يخرج الواقف و هكذا البائع و المشتري و غيرهما، أو بأمثال ذلك ممّا يرتفع به التردد و يصدق القبض عرفا.

فالحاصل؛ أنّ في جميع المقامات الثلاثة لا بدّ من إعمال ما ذكرنا، حيث إنّ مقتضى الدليل حسب ما عرفت، و لو شكّ فيها مقتضى الأصل أيضا عدم الاكتفاء بأقلّ ما ذكرنا في القبض؛ إذ الأصل الموضوعي و إن لم يكن في البين لكون الشكّ في مفهوم اللفظ، و لا أصل يجرى فيه، لعدم أثر شرعي له، و المصداق أيضا لا مجرى له، لكون أمره دائرا بين المقطوع عدم تحقّقه و المتيقّن وجوده، كما في نظائره من الشبهات المفهوميّه كالיום و الليل، و الكرّ و العدّه و نحوها، و قد أوضحنا ذلك في بحث الاصول أيضا إلّا أنّ الاصول الحكميّه الجاريه في هذه المقامات عند الشكّ كأصالة عدم تحقّق الوقف أو الانتقال تقتضى ما ذكرنا.

نعم؛ فيما إذا كان المتولّي نفس الواقف فالظاهر أنّه حينئذ لا يحتاج إلى المبرز مطلقا بل، يكفي القصد و تيه تبدّل اليد المالكي بعنوان التولية.

الثالثه: في حكم القبض من حيث كونه شرط صحّه الوقف أو لزومه، و قد وقع الخلاف في ذلك، و لكنّه يمكن الجمع بين الكلمات بحمل كلام من اعتبره من حيث اللزوم على الصحّه الفعلية لمكان أنّه متلازم معها و لا ينفكّ اللزوم في العقود اللازمه على الصحّه الفعلية فلذلك عبّر باللازم، فحينئذ ارتفع الخلاف إذ من يراه شرطا للصحّه لا ينكر صحّه التأهليه للوقف أيضا عند إجراء الصيغه له إلى أن تقبض، كما أنّه جمع بذلك أيضا بين الكلمات في نظائر الباب كالرهن و الهبه و غيرهما.

و بالجمله؛ هذا الجمع حسن لو لم يعارضه صريح الكلمات، و الظاهر أنّه كذلك، بل ظاهرهم الإتيان على توقّف الصحّه الفعلية عليه.

و كيف كان؛ ينبغي التكلم في ما تقتضيه أدلّه الباب، فنقول- بعونه تعالى جلّ شأنه و توجه أوليائه:- ثمّ إنّه تارة يقع الكلام في الأدلّه الخاصّه و ما تقتضيه أخبار الباب، و اخرى في الأدلّه العقليه و مقتضى القواعد، و قبل الشروع في البحث لا بدّ أن يعلم أوّلا أنّ المتسالم عندهم بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض إمّا من جهه كونه عقدا جائزا فيبطل بموت المتعاقدين، و إمّا من عدم وقوعه رأسا؛ لعدم اجتماع شرائطه.

و ثانيا: لا إشكال أنّ العقود جائزا كان أو لازما بحدوثها يؤثّر أثره الأبدى، و لذلك إبطال هذا الأثر يتوقّف على الرجوع عن مضمونه بأخذ العين التي تعلّق بها العقد و ردّها، كما في المعاطاه، أو الفسخ كما في العقود الجائزه أو اللازمه، و إلّا فلا ينحلّ العقد و لو ندم بعد حين، فكلّ عقد وقع صحيحا مطلقا حلّه و إبطال أثره لا يمكن إلّا بأحد الأمرين: بالرجوع إلى العين بقصد الفسخ، أو إنشائه، و لا ثالث لهما، كما هو واضح.

إذا تبين ذلك فنقول: أمّا الأدلّه الخاصّه؛ فمنها أخبار باب الصدقه (١)، حيث إنّ بناءهم على العمل بها في باب الوقف (٢)، إمّا من جهه شمولها له لفظا كما هو الظاهر؛ لورود هذه اللفظه في نفس أخبار الوقف أيضا، و إمّا لإلحاقه بها مناطا.

فعلى كلّ حال؛ يجرون أحكام الصدقه هنا إلّا ما خرج، و قد ورد في

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧١ الباب ١ من أبواب الوقوف و الصدقات.

٢- جواهر الكلام: ٢٨ / ٢.

أخبار الصدقه أنه لو مات المتصدق قبل التسليم فهو ميراث (١).

و من المعلوم؛ أنّ العنايه التي في هذا التعبير تقتضى كون القبض شرطا للصحة بالمعنى الذي ذكرنا، و به جمعنا بين الكلمات، و هي الصحة الفعلية حيث إنّ الميراث هو الذي ينتقل عن المتصدق بلا واسطه إلى الوارث، و لو كان هو شرطا لا للزوم و كان العقد من العقود الجائزه صحّ، فلا بدّ و أن يقول عليه السلام: إنّ المال بالموت ينتقل إلى الولي و المورث للانفساخ، ثمّ إلى الوارث، لما عرفت أنّ الوقف بناء على الشرائط لزومه بالقبض يكون من العقود الجائزه.

و بالجملة؛ طبع هذه القضية يقتضى أنّ بالموت ينتقل المال إلى الورثه و يكون كسائر أموال الميت و لم يخرج عن كيسه أصلا، كما عبّر بمثله في نظائر المقام مثل - على ما بيالى - ما ورد في الوصية الزائده على الثلث (٢) أنّه كسبيل ماله يستكشف في المقام أنّ المال على حاله و لم يخرج عن ملك الميت أصلا لبطلان العقد.

و منها؛ ما ورد في خصوص باب الوقف ممّا يدلّ على اعتبار القبض و هو روايه صفوان، ففيها: سألته عن الرجل يوقف (٣) الضيعه ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئا - إلى أن قال عليه السلام: - «و إن كانوا كبارا و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها» (٤).

فيستفاد من مفهوم جواز الرجوع بالبدو قبل القبض أيضا أنّه شرط للصحة

١- وسائل الشيعه: ١٧٨ / ١٩ الحديث ٢٤٣٩٢ و ١٨٠ الحديث ٢٤٣٩٦.

٢- وسائل الشيعه: ٢٧٥ / ١٩ الباب ١١ من كتاب الوصايا.

٣- في المصدر: يقف.

٤- وسائل الشيعه: ١٨٠ / ١٩ الحديث ٢٤٣٩٥.

و أنه لولاه فكأنه ما وقع عقد، لما عرفت من أنّ البداء و الندم بالنسبه إلى إبطال المعامله لا يثمر شيئا، و لو كان العقد جائزا حيث إنّ بحدوثه أثر أثره فارتفاعه متوقف على الفسخ الذي به ينحل، مع أنّ ظاهر المفهوم المزبور عدم الاحتياج إليه، و جواز الرجوع بصرف البدو، فتأمل.

و أيضا ورد في ذيل روايه اخرى: «فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز» (١) لأنّ الوالد هو الذي يلي الأمر حيث إنّه لما كان الجواز بمعنى النفوذ المساوق للصحة، و قد علق ذلك بقبض الوالد فيستكشف منه أنّ الجواز موقوف على القبض، هذا مقتضى الأدله الخاصه.

و أما قواعد الباب التي ليست قاعده في البين إلّا أو فوا بالعقود (٢) و أمثاله (٣) لعدم عمومات نفس باب الوقف في مقام تشريع السبب، مثل الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فمقتضاها أنّ القبض شرط للزوم؛ لمكان أنّ هذا العموم - أي وجوب الوفاء بالعقد - و إن كان قد خصص، إلّا أنّه لما كان الأمر مردّدا من حيث تخصيص أدله القبض جميع مراتب عقد الوقف حتى صحته العدى مقتضاه عدم لزوم الوفاء و لو كان العقد باقيا و لم يرفع بالفسخ، أو بعض مراتبه و هو اللزوم بعد الفسخ، فالقدر المتيقن من هذا التخصيص هو الأخير، بمعنى أنّه بعد ما كانت الأدله شامله للعقود الجائزه قطاعا؛ لأنّها عقد و مصداق، فعلى هذا العقود اللازمه أيضا داخله في الأدله، و ما دام موضوعها باقيا يجب

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧٨ الحديث ٢٤٣٩٢.

٢- البقره (٢): ٤٠، الرعد (١٣): ٢٠، النحل (١٦): ٩١.

٣- المائده (٥): ١.

الوفاء بها، فهي بمرتبه يجب الوفاء بها، و لها اللزوم الموقت، و العقود اللازمه بجميع مراتبها يجب الوفاء بها، كما أنّ العقد الباطل بكلّ مرتبه منه غير مشمول لها، فحينئذ إذا بنى على التخصيص القدر المتيقن منه هو تخصيص بعض المراتب، حيث إنّ اللزوم هو قول الصحّح و مشتمل عليها، و مقتضى ذلك صيروره العقد من العقود الجائزه لا بطلانه، إن لم يقبض من أصله.

و لما كان المخصّص منفصلا فلا يوجب إجمال العامّ أيضا، حتّى يسقط عن الاعتبار من هذه الجهه، فإن لم تتمّ الأدلّه الخاصّه و أمكن المناقشه فيها فالمرجع هذه القاعده الّتي تبين كون مقتضاها كونه شرطا (١) لا للزوم، و ليس هنا دليل خاصّ يدلّ عليه، و إن كان قد توهم ذلك بالنسبه إلى الروايه الاخرى الوارده فى خصوص المقام، و هى روايه العمري حيث إنّ فيها: «فصاحبه فيه بالخيار» (٢) .. إلى آخره، فقد استظهر من لفظه «الخيار» كونه من العقود الجائزه.

و لكن هذا واضح الفساد؛ ضروره أنّ المراد من الخيار فى المقام - كما فى سائر المقامات، مثل قوله فى بيع ما يملك و ما لا يملك أو غيره (٣): إن شاء أخذ و إن شاء ترك - الاختيار، و جواز رفع اليد عن المضمون لا الخيار الاصطلاحى، فهذه الروايه و إن لم تكن دليلا لنا كسائر الروايات، و لكن كونها دليلا للخصم أيضا ممنوع.

و أمّا مقتضى الأصل فى المقام؛ فقد تقدّم أنّه و إن لم يكن أصل موضوعى

١- كما مال إليه فى «الجواهر» و يلوح منه ما بينا (جواهر الكلام: ٢٨ / ١٠) فراجع و تأمل! «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٨١ الحديث ٢٤٣٩٩.

٣- لاحظ! وسائل الشيعه: ١٧ / ٣٣٩ الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

و لكن مقتضى الأصل الحكم بعدم تحقق الوقف.

هذا؛ ثم إنه بناء على كون القبض شرطاً للصحة - كما هو الظاهر - هل هو كاشف أو ناقل؟ و هنا يقع الكلام فى مقامات من حيث إمكان أصل الكشف و مقتضى القواعد و الأدلة الخاصه و أخبارها.

أما المقام الأول؛ فقد حققنا البحث فيه فى باب البيع و من أراد التفصيل فليرجع إليه، و حاصل الكلام فى ذلك: أنه إن بنينا على كون الأسباب الشرعيه من قبيل التأثير و التأثيرات الخارجيه، فالحق أن الكشف بجميع المعانى لا يعقل، لا فى مسأله إجازه الفضولى فى البيع، و لا فى القبض بالنسبه إلى المقام و سائر المقامات؛ لاستحاله تحقق الشئ سابقا مع عدم تماميه علته و تأخر معداته و أسبابه عن وجوده، فعلى هذا؛ الشرط المتأخر لا معنى له، لا على ما ذهب إليه [صاحب] «الفصول» من جعل الشرط هو تعقب الأمر بوجود الشرط كلما كان (١)، و لا على ما ذهب إليه المشهور، كما هو واضح.

و إن بنينا على كونها من قبيل الامور الاعتباريه و أن أمرها موقوف على الاعتبار و تابع للكيفيه، فحينئذ لا إشكال فى تصوير الشرط المتأخر و إمكان تأثير المتأخر فى المتقدم، و ذلك لأنه على هذا؛ كل ما اقتضاه الاعتبار و جعل الذى تكون المصلحه فيه نظير الاعتباريات الخارجيه كالقيام للتعظيم أو التوهين و نحوهما.

و بالجملة؛ بناء على اعتباريه الأسباب فلا فرق فى الشرط المتقدم و المقارن و المتأخر، فكما أن للمعتبر أن يجعل وجود شئ مقارن للمشروط فيه

شرطاً و سبباً لتحقّقه، كذلك له أن يعتبره مقدّماً أو مؤخّراً، كما يكون في باب الاستصحاب، فيما لو فرضنا كان يقينا سابقاً و عمل بمقتضاه، ثمّ بعد الخروج عن محلّ الابتلاء بالنسبه إلى ما عمل حدث الشكّ، كذلك فلا إشكال أنّ دليل الاستصحاب الّذى موضوعه الشاكّ حينئذ يجرى، مع أنّ اليقين كان سابقاً.

و بعبارة اخرى؛ كلا-العنوانين لهما المدخلية في ثبوت الحكم الشرعى، مع أنّه فضّيل بينهما و رتب الأمر على العمل السابق، و ليس ذلك إلّا لكون ظرف الجعل فعلياً و المجعول ظرفه سابق، لوجود المصلحة في الإنشاء بهذه الكيفيّة، و الاعتبار كذلك، فهو ليس تابعا لوجود المصلحة في ما تعلّق به الحكم، فعلى هذا يمكن الالتزام بالكشف و تأثير الأمر المتأخّر في ما حصل سابقاً، أى يتمّ الشرط المتأخّر و لا محذور فيه.

و لما كان التحقيق كون الأسباب الشرعيّة من قبيل الثانى؛ لعدم تعقّل التأثير الخارجى الحقيقى فيما لو كان المؤثّر أمراً تدريجياً بحيث يتوقّف تحقّق الجزء اللاحق على انعدام الجزء السابق، و إلّا يلزم أن يؤثّر المعدوم، فأمكن الالتزام بالكشف الحقيقى و البناء على تحقّق مضمون المشروط فيه سابقاً، إذا تحقّق الشرط لاحقاً؛ لكون شرطيته من باب الاعتبار، و لا مانع عقلى (١) من ذلك، و لا دليل على استحالته، فيصير هذا الحكم مقتضى القاعده، بحيث لو لم

١- كيف لا يكون المانع العقلى، مع أنّه يلزم تقدّم المعلول على العلّه، حيث إنّ الشرط المتأخّر له الدخل إمّا في الإنشاء أو في المنشأ، فعلى الأوّل الإنشاء لا- يكون فعلياً، و على الثانى المنشأ لا يكون كذلك، و إن أجاب عن ذلك- دام ظلّه- بأنّ هذه المحذورات بالنسبه إلى الأسباب الخارجيّة، و نقض بمثل باب الوصيّة الّتى التأثير معلق على الموت، و لكن مع ذلك كلّ بعد محلّ التأمل واسع، و باب الوصيّة غير المقام، كما لا يخفى، «منه رحمه الله».

يعارضه الدليل و وافقه القواعد بما يلتزم به، و لا يختص ذلك باب البيع و الإجازة لورود الأخبار الخاصه فيها، كما توهم.

أما المقام الثاني؛ فبعد أن اتضح فى المقام الأول إمكان الشرط المتأخر و الكشف الحقيقى، بمعنى أن يكون التأثير بتمامه لنفس العقد الواقع سابقا مع اشتراط الإجازة أو القبض فى المقام لو كنا و الجمود بظاهر عموم أوفوا بالعقود (١) لكان المقتضى الحكم بالكشف الحقيقى على المعنى الذى التزم به [صاحب] الفصول قدس سره و هو أن يكون الشرط هو تعقب الإجازة أو القبض (٢).

فحينئذ كل ما تحقق الشرط فى الخارج يجب الالتزام بمضمون العقد الذى إطلاقه يقتضى التأثير من حين وقوعه، و كذا إذا علم بتحقق الشرط فى ما سيأتى و لو لم يتحقق فعلا، و الوجه فى كون ذلك هو مقتضى عموم الدليل هو عدم لزوم التخصيص فيه على هذا أصلا و لو من زمان حصول العقد إلى لحوق الإجازة أو القبض، بل يجوز التصرف فى هذا البين بخلاف معنى المشهور، حيث إنه يلزم عليه التخصيص بهذا المقدار.

و لكن لَمَّا كان المعنى المزبور خلاف ما يستفاد من ظاهر أخبار الشرط و معاهد الإجماعات، حيث إن ظاهرها كون الإجازة و غيرها من الشروط بوجودها الخارجى معتبرا فى تأثير العقد، فلا محيص حينئذ من الالتزام بتخصيص العموم بهذا المقدار.

و الحكم بالكشف؛ إذا تحقق الشرط فى الخارج، بتقريب أنه بعد أن أمكن

١- المائدة (٥): ١.

٢- الفصول الغرويّه: ٧٣.

الشرط المتأخر و تأثير اللاحق في السابق، فحينئذ نقول: إنه لا إشكال في أنّ مقتضى العقد هو أن يؤثر من حين تحققه، و هذا مضمونه، غايته أنه قيد ذلك و اشترط بالإجازة أو القبض، فإذا تحقق الشرط بمقتضى عموم أوفوا بالعقود يكون تأثير العقد من وقوعه من حيث انتقال العين و ما لها من التوابع.

و الالتزام بالنقل لما يستلزم تخصيصه، فأصالة عدمه يرده فيتعين الكشف كما لا يخفى، فتأمل.

المقام الثالث؛ في ما يستظهر من الأدلة الخاصه، أما خصوص أخبار الباب؛ فالإنصاف أنها تناسب الأمرين و تجتمع مع الكشف و النقل.

نعم؛ وردت في باب الهبة روايات مفادها أنه ما لم تقبض فلا هبه (١) فظاهرها نفي الحقيقة رأساً إذا لم يقبض، و يكون نظير ما قلنا في المشتق حيث إنه نفي الجرى و الاتصاف ما لم يتحقق الشرط، و لا- ريب أن الهبة من مصاديق الصدقة فكلمة يكون الحكم لجنس الصدقة، و المفروض أيضا تسالم الأصحاب من إجراء حكم الصدقة في الوقف، بل عدّه منها فحينئذ؛ بناء على التعدي من الهبة إلى الصدقة (٢) و منها إلى الوقف- كما هو التحقيق- فلا محيص من تخصيص القاعدة المستفاده من عموم أوفوا بالعقود بالأخبار المذكوره، و الله العالم.

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ٢٣٢ الباب ٤ من كتاب الهبات.

٢- بل يمكن أن يستفاد من بعض أخبار الصدقة حيث إن ظاهر ما وردت فيها من أنها ميراث إذا لم يقبض أنه لم تخرج عن الملك رأساً، «منه رحمه الله».

من هو القابض فى الوقف؟

الوجه الرابعه فى القابض؛ لا- إشكال أن فى الأوقاف الخاصه القابض هو الموقوف عليهم، إنما الكلام فى أنه هل يلزم قبض الحاضرين و الموجودين بأجمعهم، أو يكفى قبض بعضهم؟

الأقوى أنه يكفى قبض البعض، و ذلك لأنه بالنسبه إلى القبول و إن بنينا على لزوم قبض الجميع إلا أنه كان وجهه فيه ما يستفاد من قضيه أوفوا بالعقود حيث إنها لمّا كانت فى مكان «أوفوا بعقودكم» فهذه الإضافة لا تتحقق إلا بقبض الجميع، فلولاها فإنما يصدق العقد بالنسبه إلى من قبض.

و هذا بخلاف المقام؛ لعدم كون دليل القبض أدله العقد، بل الأدله الخاصه، كما تقدّم و من المعلوم؛ أن غايه ما يستفاد منها اعتبار القبض على نحو صرف الوجود الذى ينطبق على البعض، و ما كان فيها ما يدلّ على اعتبار قبض جميع الموقوف عليهم، فحينئذ لا- ينبغى التأمل فى أنه يكفى القبض فى الجملة، كما هو الموافق للأصل أيضا، فتأمل! فإنه إن استظهر من الأدله إضافه القبض إلى الموقوف عليهم، فهذا ينصرف إلى قبض الجميع.

و أمّا فى الأوقاف العامه سواء كان الوقف على الوجهه، كالمسجد و القنطره، أو على الطبيعه و الأشخاص، فلا- بدّ من قبض الحاكم أو قيمه، أو متولّى الوقف و ناظره، أى كلّ من له التصرف فيه و لا يكفى فيها قبض الأشخاص و مصاديق الطبيعه.

نعم؛ فى مثل وقف المسجد و المقبره يكفى فى تحقّق القبض بالنسبه إليها

أن يصلّى أحد المسلمين فيها أو يدفن حسبما ادّعى فى ذلك من الإجماع (١).

هذا لا إشكال فيه، إنّما الكلام فى مناقشه لصاحب «الجواهر» قدّس سرّه فى المقام من حيث الاكتفاء بقبض المتولّى، و حاصلها: أنّه لم يدلّ على وجود مثل هذه السلطنة له دليل، إذ ذلك يستلزم الولاية على الموقوف عليهم التى هى منحصره بالولّى العامّ و هو الحاكم، و كونه ناظرا و وليّا على الوقف لا يستلزم الولاية عليهم، بل ثبوت ولاية عليه يتوقّف على تمامية الوقف، و المفروض توقّف ذلك على القبض، فكيف يمكن أن يجعل قبضه من متمّماته و يكتفى به (٢).

و فيها: أنّه بعد أن لا إشكال فى أنّ اعتبار باب الوقف إنّما هو من حيث التفكيك بين أنحاء السلطنة و الحقوق التى للمالك بالنسبة إلى العين، فلا يبقى مجال لهذه المناقشه.

توضيح ذلك: أنّ للمالك السلطنة على المال، و منها ينتزع عنوان الملكيه، كما أنّه بذلك [له] التصرف فيه بأى نحو شاء، و له النظاره عليه بما أراد، و إذا فرضنا أنّه يفكك بين هذه الجهات و له ذلك بحيث إمضاء الشارع أيضا، مضافا إلى اعتبار العقلاء بأن يجعل ملكيه عينه لشخص و اختيارها لشخص آخر، بأن يحزّم من حوّل ملكيتها إليه عن التصرفات رأسا، و يستقلّ غيره فيه، كما أنّ له أن يجعل ما لنفسه من النظر الاستصوابى و الإشرافى على المال الثالث، فيعتبر عن الأوّل بالموقوف عليه، و عن الثانى بالمتولّى أو الناظر، و عن الثالث بالمشرف أو المستصوب، فكلّ منهم قائم مقام المالك من جهه، فحينئذ لما كان لكلّ من

١- مفتاح الكرامه: ٢٨ / ٩.

٢- جواهر الكلام: ٢٨ / ٢٤ و ٢٥.

هؤلاء حق في المال و إن لم يكن لبعضهم التصرف فيه على نحو الاستقلال، فيكفي قبض كل منهم إذا كان له التصرف فيه، فيصير قبضه قبضا للوقف، و لَمَّا كان غايه ما يستفاد من الأدله اعتبار القبض في الجملة لا شخص خاص، فلا مانع من الاكتفاء بقبض المتولّى و كل من قام مقامه، فتأمل! فإنّ ما أفاده- دام ظلّه- موقوف على عدم ظهور الأدله و انصرافها إلى قبض الموقوف عليهم، مع أنّ إنكاره مشكل مضافا إلى أنّ عمده نظر صاحب «الجواهر» قدس سرّه فيما لو جعل المتولّى قتيما لخصوص القبض لا أن يكون متوليا و ناظرا على الوقف، مع أنّ مقتضى البيان المذكور الاكتفاء بقبضه أيضا، كما صرح بذلك قدس سرّه (١) إذا اشكلت عليه، و هو كما ترى، و لعلّه يأتي الكلام في هذه الفروع مزيدا على ذلك إن شاء الله تعالى.

شرائط الموقوف

اشاره

المبحث الثالث: في شرائط الموقوف، و هي أربعة: أن تكون عينا مملوكة ينتفع بها مع بقاء عينها، و يصح إقباضها، هذه الامور لا كلام في اعتبارها في الجملة، و إنّما الكلام في الشرط الرابع، حيث فرّعوا عليه امورا يجمعها عدم صحه الوقف الكلي، و ذكروا لذلك وجوها كلها ضعيفه.

و التحقيق؛ أن يقال: إنّ لَمَّا لا اشكال في أنّ القبض لا بدّ و أن يتعلّق بما ورد عليه العقد لا ما مغايره، فحينئذ إذا فرضنا كون العقد واقعا على الكلي الذي غير قابل للتحقق إلّا في ضمن الفرد، فيكون القبض تعلّق بالفرد الذي هو المتشخص

بخصوصيته الفرديّة فيلزم أن يكون المقبوض غير مورد العقد، وهذا لا- ينافى كون الفرد عين الكلّي حيث إنّه مع ذلك في الجملة المغايره محفوظه، و لذلك لا- يملك الكلّي ما لم يتشخص، سواء كان في البيع أو في مثل الزكاه التي تتعلّق بالمال، فالفقير لا يملك شيئاً ما لم يتعيّن.

و بالجملة؛ لا بدّ في الكلّي من أن يتشخص نحو تشخص حتّى يتعلّق به علقه الكليه و غيرها، فمن ذلك يستكشف أنّ الكلّي بما هو غير قابل لأن يتعلّق به الإيجاب و القبول، و بينه و بين الفرد نحو مغايره، و لذلك لا- يكتفى به في ما يعتبر القبض فيه في أبواب المعاملات من الرهن و الهبه و غيرهما سوى باب الصرف، و له خصوصيّة قد أشرنا إليها في محلّه، و إلّا فمطلقاً كان أو غيره لا يجوز كون الثمن كلياً، و ما ذكرنا هو سرّه، حيث إنّ في هذه المقامات لمّا كان لا بدّ و أن يكون الثمن و العوض نقداً و لا يصدق ذلك على الكلّي لمكان أنّه ما لم يتشخص لا يملك، فلذلك التزموا بعدم الاكتفاء به، هكذا أفاد- دام ظلّه-.

و فيه ما لا- يخفى؛ حيث إنّ ذلك مبنيّ على عدم وجود الطبيعي في الخارج و المغايره بين مصاديقه و نفسه، مع أنّ كليهما خلاف التحقيق، و قد طعن- مدّ ظلّه- على المحقق القميّ قدّس سرّه لمّا عبّر عن الفرد بكونه مقدّمه للكلّي (١) مرارا من جهه أنّها مستلزمه للمغايره و لا أقلّ من تخلّل «الفاء» في التحقيق بين المقدّمه و ذى المقدّمه حتّى يصدق هذا المعنى، و الله العالم.

فروع

الأول: إنّه هل تجرى الفضولي في الوقف أم لا؟ فيه تفصيل؛ فإن قلنا بأنّ

الفضولى فى البيع و نحوه على القاعده و ليس أمرا تعبديا محضا، كما هو الظاهر، حيث إنه لما كان بالإجازة العقد يضاف إلى المجيز فيشملة أو فوا بالعقود فيصير كسائر العقود الصادره عن الأصل، و ليس فيه أمر يخالف القواعد، و لكن هذا مبنى على أن يكون الوقف من العقود حتى يعتبر فيه البقاء لا الإبقاء، حيث إنه أمر حدوثنى محض، و لذلك لا يجرى فيه الفسخ و نحوه مما يتوقف على وجود أمر فعلى حتى ينحل، و إن مال إلى جريانه فيه أيضا صاحب «الجواهر» فى الطلاق (١)، و لكن حققنا البحث فيه و منعنا عن جريانه فى الإيقاعات مطلقا؛ لما أشرنا إليه من عدم اعتبار البقاء فيها حتى تجرى ما هو ملزومها.

و حيث قد بينا فى أول الباب أن الوقف من العقود و يعتبر فيه القبول، فمن هذه الجهه لا يبقى فيه إشكال لمكان استكشاف بقائه منه اعتبارا، و إن كان أمرا حدوثنيا حقيقه كسائر العقود.

و لكن يبقى إشكال من جهه اخرى و هى: أنه لو كان الوجه فى اعتبار القبول فيه هى الإجماعات و إطلاق معاقدها فلما كان يثبت بها اللوازم أيضا التى منها وجود الفعلى للعقد و لا بدّ من إحرازه فى المقام فيتم الأمر، و أما إن كان دليل اعتباره الأصل كما كان ذلك هو الوجه فى اعتبار القبول بالنسبه إلى الأوقاف العامه، فحينئذ يشكل الأمر من جهه عدم ثبوت اللوازم به و هو الوجود الفعلى له.

و بالجملة؛ فلو كان إشكال فى المسأله من هذه الجهه و الظاهر أنه لا يدفع عنه، و أمّا مسأله قصد القربه فلا إشكال فيه لأنه نمنع أولا اعتباره فى مطلق

الوقف بل إنّما يعتبر بالنسبه إلى المعدّ منه للخيرات لا- كالوقف على الأولاد حيث إنّ الارتكاز في أمثاله هو التمليك و رعايه الأولاد، و ثانيا؛ أنّه حين الإجازة لا مانع من قصده القربه، كما لا يخفى.

الثانى: يجوز وقف المشاع كما هو المشهور، و إن كان قد يشكل فيه من حيث كون المشاع ملزوما للقسمه، فينافى التأييد المعتبر فى الوقف؛ لمكان أنّه عند القسمه لا بدّ من التبادل فيملّك كلّ من الشريكين حصّته فى كلّ جزء إلى الآخر فى مقابل تمليكه حصّته فيه، و التبادل ينافى الوقفيّه بالضروره.

فعلى هذا فى وقف المتاع لا بدّ من الالتزام بأحد أمرين: إمّا أن يبنى على عدم كون مثل هذا المشاع ملزوما للقسمه، أو عدم مقتضى (١) مثل هذا الوقف التأييد.

و لكن هذا يتوجّه لو كان اعتبار القسمه هو التبادل و هو خلاف التحقيق؛ حيث إنّ اعتبارها هو التميّز، و جمع ما هو المبسوط، فكأنّ ملك كلّ الشريكين و حصّتهما كان منبسطا فى تمام العين فبالقسيم تجمعها فى طرف، و يتميّز ما هو المخلوط، فحينئذ ليس شىء فى البين ينافى التأييد.

الثالث: وقع الخلاف فى جواز وقف من ينعق على الموقوف عليه؛ و الأقوى الجواز، و ذلك لأنّ الاحتمالات المتصوّره فيه ثلاثه: عدم صحّه الوقف، صحّته و عدم تحقق العتق، صحّته و الانعتاق.

أمّا الأوّل؛ نظرا إلى أنّ الوقف لمّا كان التأييد فى حقيقته مأخوذا، و المفروض أنّه لا يمكن فى المقام، حيث إنّ مقتضى دليل العتق و عمومه انعتاق

الوقف بالانتقال إلى الموقوف عليه فيكون باطلا.

أما الثالث؛ فلأنه الجمع بين الدليلين غايته أن جهة التأييد في مثل هذا الوقف مفقوده، فيصير من قبيل الوقف الذي لا يستعد في حد نفسه إلا للبقاء مدّه لا أبدا، فلما كان الأمر دائرا بين رفع اليد عن أصل أحد دليلي الوقف و العتق أو هذا الشرط فالثاني متعين، لما عرفت من أنه بعد انقطاعه ليس من جهة شرط و نحوه حتّى ينافى حقيقه الوقف، بل من قبيل الوقف الذي في حد ذاته قاصر عن البقاء أبدا، فلا يصير ذلك مانعا من وقوع الوقف أو العتق، و لا أحدهما عن الآخر، بعد أن عمل بمقتضى كل منهما.

و أمّا الثانى الذى هو الحقّ؛ فلأنّ الأمر لما كان دائرا بين التخصيص و التخصيص و الثانى هو المتعين فتكون النتيجة ما قويناه؛ لمكان أنه لو قدّم الوقف عملا بعموم السلطنة، و دليل «اوفوا» فلا يبقى حينئذ موضوع للانعقاد؛ حيث إنّ ظاهر أدلته هو انعقاد المملوك الطلق - أى الخالص - و لو قدّم دليل العتق يكون تخصيصا لأدله السلطنة و غيرها.

و لا- ريب أنّ تخصيصه له يتوقّف على عدم جريان تلك الأدلّه، فيستلزم الدور، كما فى كلّ ما دار الأمر بين التخصيص و التخصيص، و من ذلك ظهر ضعف الوجهين الآخرين، أمّا الأول فواضح؛ ضروره أنّ عدم صحّه الوقف فرع وجود المانع، و قد علمت عدم وجود شىء قابل للمنع عنه، و هكذا الأخير حيث إنّ رفع اليد عن مقتضى عقد الوقف و هو التأييد يتوقّف على قصوره فى نفسه على التقريب المذكور و هو يتوقّف على حصول الانعقاد، و على ما ذكرنا ليس له موضوع كما لا يخفى.

شروط الواقف

المبحث الرابع: فى شروط الواقف، و فىه مسائل:

الاولى، لا- إشكال فى أنّ للواقف أن يجعل النظاره- التى حسب اصطلاحهم بمعنى توليه الأمر- لنفسه كما له أن يجعلها لغيره، لما تقدّم من أنّ الوقف اعتباره هو البسط فما كان للمالك من الاعتبارات و العلقه من الملكيه و السلطنه و النظر على العين، و كانت مجتمعه فيها، فعند الوقف تبسط هذه الأمور و يجعل كل واحد من هذه الشئون لأحد، كما له أن يجعلها لواحد فكذلك له أن يجعل هذا المقام لنفسه، فكأنه من أول الأمر لا يسلب هذه المرتبه من العلاقه و الشأن عن نفسه فحينئذ لا مانع من ذلك، كما يوافق العمومات أيضا (١).

نعم؛ وقع الإشكال و الخلاف فى أنه هل له أن يجعل الحقّ لنفسه كما لغيره من النظّار، أم لا؟ فمنعه بعض نظرا إلى أنّ ذلك يكون وقفا على النفس (٢) الذى لا ريب فى بطلانه، و لكنّ الأقوى عدم الإشكال من هذه الجهه أيضا، حيث إنّ حقّ النظّاره و التولية اعتباره الجعل و حقّ العمل، فكأنه استثناء عن الوقف الذى يجوز ذلك فى الجملة كما يدلّ عليه عموم «النّاس» (٣)، و «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٤).

فبالنسبه إلى ما لو كان الواقف هو الناظر بنفسه أيضا. لّمّا كان اعتباره ما

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧٥ الباب ٢ من أبواب الوقوف و الصدقات.

٢- السرائر: ٣ / ١٥٦.

٣- عوالى اللآلى: ١ / ٢٢٢ الحديث ٩٩.

٤- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧٥ الحديث ٢٤٣٨٦.

ذكر، و خارجا عن حقيقه الوقف يجوز ذلك، و الله العالم.

الثانيه: لا يعتبر فى المتولّى العداله، بل و لا الإسلام و إن زعمه جمع، و ذلك لأنّ منشأ توهم اعتبارها كون النظاره و التوليه من باب الولاية، فحيث كانت شرافه هذا المنصب تنافى الفسق و الكفر (١)، كما زعموا ذلك فى كثير من الموارد كالوصى و المقسّم و أمثالهما، فمنعوا عنهما و اعتبروا ما هو مشروط فى الأولياء، لكن لما كان المبنى فاسدا فلا وجه للمنع المزبور، حيث إنّ النظاره اعتبارها هو الولاية على الأمر من الجمع و التقسيم و غير ذلك، كلّما كان شأن المباشرين من الترتيب و التنظيم.

و يدلّ على هذا المعنى التوقيع المبارك مضمونه: «و أما ما سألت من أمر الرجل الذى يجعل لناحيتنا ضيعه و يسلمها من قيم يقوم فيها و يعمرها و يؤدّى من دخلها خراجها و مؤنتها» (٢) .. إلى آخره.

و بالجملة؛ قد عرفت أنّ عنوان التوليه هو الشأن الذى لنفس الواقف من الاختيار على المال فحين الوقف و بسطه شئونه يجعل شأنه هذا لمن يريد، و ليس له المنصب حتّى أمكنه جعل الولاية، فيقال: ليس للفاسق و [لا] للكافر تولّى هذا الأمر أصلا، مضافا إلى استلزامه السبيل، فإنّ ذلك ممتنع بالنسبه إلى من لا ولاية له، و هكذا باب الوصيه و أمثالها، فلا وجه للتوهم المزبور، و لا غبار فى المسأله إن شاء الله تعالى.

الثالثه: الناظر إذا قبل؛ يلزم عليه، كما هو مقتضى عموم أوّفوا

١- إن لم يكن بالنسبه إليه اجماع، فراجع! «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٨١ الحديث ٢٤٣٩٩.

بِالْعُقُودِ (١)، إذ لا إشكال في أنّ الناظر و المتولّي أيضا طرف للعقد كالموقوف عليه، و لا فرق بين هذا العقد و سائر العقود إلّا أنّ لذلك يمكن تصوير أطراف، كما تقدّم حيثّه اعتباره، و لو سلّمنا المناقشه فيه من جهه عدم كونه طرفا حقيقيا للعقد، فنقول: لا أقلّ من كون اعتباره اعتبار الشرط و نحوه، فكيف كان له تعلق بالعقد فيشمله العموم.

نعم؛ لو لم يجعل له حقّ فله أن يأخذ أجره مثل عمله عن الوقف لا لاحترام عمله و تضمين الواقف، كما قد يتوهم، لفساد ذلك، حيث إنّ المفروض أنّ عمله إنّما يكون بأمر الواقف، و لا ربط له بالموقوف عليهم اللذين العين انتقل إليهم، و لا أمر صدر عنهم فيكون عمله بالنسبه إليهم كمن أقدم على عمل لشخص مجاناً، بل لأنّه عند القبول لمّا كان قبل العمل الجامع بين كونه مجاناً و غير مجان- كما يقتضيه إطلاق الإنشاء و الإيجاب ما لم يصرّح الموجب بشىء - فله أن يختار كلّاً من الفردين، فتأمل! فإنّه ربما يكون الموجب و القابل غافلا- عن هذه الجهه رأسا مضافا إلى كون ذلك منافيا لما اختاره- مدّ ظله- من اعتبار حقّ التولية و النظاره، كما سنشير إليه.

الرابعه: الظاهر؛ أنّ حقّ النظاره اعتباره من باب الوظيفه، و أنّه يكون من قبيل المستمرى و المصرف، لا أنّه من باب الاجره و الجعل فى مقابل العمل، بمعنى أنّ طبعه الأولى لا يقتضى ذلك و إن أمكن الجعل بعنوان الأجره أيضا، و لكنّ الغرض غالبا ليس إلّا كونه من جمله المصارف قد استثنى من الوقف للعنوان المزبور، و لو بأن يصير داعيا على قيام الناظر و ما يلحقه على وظيفته.

و على كلّ تقدير تظهر الثمره فى أنّه على الأوّل لو انكشف العين الموقوفه مستحقًا للغير، و قد كان الناظر لم يأخذ حقّه فليس على الواقف شىء، بل و لو أخذ و كانت العين باقيه يجب ردّها إلى مالك العين، فلو كان عمل بوظيفته ليس له أن يطالب الواقف اجره حيث إنّه لا ربط له بعد الانكشاف إلّا من جهه غروره.

فيمكن أن يقال بمقتضى قاعده الغرر، له الرجوع، و له مطالبه اجره المثل، بخلاف الثانى، فعليه مطالبه اجره المثل و ليس له إعادته ما اخذ.

الخامسه: إذا اعتبر الواقف العداله فى الناظر فهل ينزل بخروجه عن الوصف و فسقه أم لا؟ و هذا على قسمين: فتاره يعين شخصا خاصًا مع اشتراطه وصف العداله فيه، و اخرى لا بل يجعل الأمر للعنوان، لا إشكال فى انزاله على كلّ تقدير بزوال الوصف.

إنّما الكلام فى أنّه هل يلزم حينئذ على الحاكم أن ينضمّ إليه عادل أو يجعل شخصا آخر وليًا على الوقف مستقلًا أم لا؟

الظاهر؛ أنّ الحكم بذلك - أى لزوم أحد الأمرين - يتوقّف على إحراز نظر الواقف من حيث تعدّد المطلوب، و أنّه أراد أن يتولّى هذا الشخص إذا كان عادلا، و إلّا فشخص آخر، و هكذا فى الصوره الثانيه أراد الناظر لوقفه، فإن أمكن العادل فهو، و إلّا فغيره.

فعلى هذا؛ يلزم على الحاكم تعيين شخص آخر، و أمّا لو لم يكن كذلك، بل كان منظوره وحده المطلوب فلا.

ثمّ إنّ ولاية الحاكم فى أمثال هذه المقامات من باب عدم لزوم نقض الغرض و حفظ مصلحه الوقف حسبما عمّمنا دائره ولايه، و بنينا على أنّ كلّ ما

يتولاه حكام الجور من العزل و النصب و غيرهما بمناط عدم الردع مشروع لحكامنا أيضا.

و من ذلك نقول: لو رأى الحاكم المصلحه فى عزل الناظر المنسوب لخيانته أو يضم إليه آخر؛ له ذلك إن لم يكن الواقف حين العقد لم يعلم بذلك، و لم يوقف على نحو الإطلاع، و الناظر كذلك فإن الأقوى أن له ذلك بأن يجعل الناظر مختارا فيفعل كيفما شاء، ما لم يضر بحقيقه الوقف، و لم يناف التسييل و الله العالم.

السادسه: لو جعل الناظر اثنين فمات أحدهما فهل يلزم ضم آخر إليه من قبل الحاكم أم يستقل الثاني؟ أو اشترط العداله فيهما ففسق أحدهما.

الاحتمالات المتصوره ثبوتا لا يخلو عن وجوه: فتاره؛ يجعل النظاره للجامع بين الشخصين بحيث ينطبق على أول الفردين.

و اخرى؛ يجعلها لهما على نحو الشريك.

و ثالثه؛ يجعل لهما على نحو الاستقلال بأن يكون كل منهما ذا النظر التام.

و رابعه؛ يجعلهما كذلك إلا أنه يشترط فى تصرفهما نظر الآخر.

و الفرق بين الوجوه الأربعه؛ فى أنه على الثانى جميع التصرفات يتوقف على نظر كليهما، و لا ينفذ أى تصرف كان منهما إلا بتصويب الآخر، حيث إنهما بمنزله متول واحد، فلا يجوز لأحدهما أن يسبق إلى عمل إلا أن يجيز الآخر.

و على الثالث: يكون لكل منهما التصرف، فلو سبق أحدهما إلى عمل ينفذ، و ليس للآخر المنع أصلا.

نعم؛ ما لم يختم الأمر يجوز للآخر المزاحمه فيما بقى من العمل، و لو تشاحا ينتهى الأمر إلى الحاكم.

و على الرابع: ليس لأحدهما التصرف إلما برضى الآخر و إذنه، و إن كان له الاستقلال، و لكن مشروط بنظر الآخر حتى في مقدمات العمل، و على الأول كذلك أى لكلّ منهما الاستقلال لانطباق طبيعته، على أول الأفراد و لا يشترط بشىء.

هذا كلّهُ؛ بالنسبه إلى عالم الثبوت، و أمّا من حيث الإثبات يمكن الدعوى قريبا بأنّ إطلاق الجعل يشمل صورته الثالثه، و أنّ ظاهره كونهما مستقلّين، فعلى هذا إذا مات أحدهما أو فسق لا يلزم الضمّ إلى الباقي، و لكن بناء على استظهار الشريك أيضا لا يمكن الحكم القطعى بلزوم الضمّ حيث إنّ ذلك يتوقّف على إحراز تعدّد المطلوب و أنّ الواقف أراد مطلق الاثنتين، و هو خلاف الظاهر بل الظاهر؛ وحده المطلوب و أنّ إرادته ما تعدّى عمّا عيّنها إلى غيرهما، و هذا لا ينافى بقاء الباقي و الواحد الآخر على نظارته و ولايته، و إن كان قد يقال: إنّه بناء على وحده المطلوب يلزم زوال نظارته أيضا لفقد الجزء المراد كما قالوا بمثله فى الوصّيين، و لكن هذا مدخول، حيث إنّ الظاهر من هذه الجبهه هو تعدّد المطلوب بأنّ يجعل الناظر كليهما ما دام موجودين و أحدهما إذا فقد الآخر.

و كيف كان؛ الالتزام بالضمّ يحتاج إلى الدليل الذى لم يثبت لنا، مع أنّ الأصل أيضا بقاء الآخر على ما كان عليه من النظر، و هكذا فى باب الوصى فتأمل!

السابعه: إذا لم يعين الواقف ناظرا فهل ولايته تبقى له، أو تكون للموقوف عليه أو للحاكم؟ قد يتوهم - بناء على ما ذكرنا من أنّ للواقف بسط شئونه و جمعه - أنّه حينئذ لما لم يعين ناظرا فيبقى هذا الشأن لنفسه حيث لم يسلب عن نفسه.

و لكنّه؛ مدفوع من جهه أنّ ما قلناه إنّما هو بالنسبه إلى أوّل الأمر الذى تكون هذه الشئون جميعها له تبعاً لمالكيتها، و إذا فرضنا أنّه سلب العلقه الأصليّه عن نفسه، و جعلها لغيره بلا نظر إلى شئونه الآخر، فهى أيضا تسلب عنه لكونها تابعه للملكيه الزائله.

فمن ذلك، يظهر أنّ الأقوى هو القول الثانى، ضروره أنّ إطلاق النقل يقتضى انتقال جميع الشئون التى للمالك إلى المنتقل إليه تبعاً لانتقال الملكيه إليه، و لكن هذا لا مطلقاً، بأن يكون للمنتقل إليه الفعلى و الموقوف عليه الموجود تمام السلطنه على العين و لو استلزم التصرف فى المنافع و حقوق البطون اللاحقه، لمكان أنّ ذلك مقتضى الانتقال المطلق.

و أمّا إذا لم يكن كذلك؛ هل الملكيه تكون تقطيعيه- كما هو المفروض فى الوقف- على البطون فحينئذ تصير السلطنه و النظاره أيضا منقطعه كما هو مقتضى التبعية، فليس للبطن الأوّل النظاره على الملك إلّا بالنسبه إلى زمانهم، و أمّا بالنسبه إلى البطون اللاحقه فليست تصرفاتهم نافذه أصلاً.

نعم؛ لو اقتضت المصلحه ذلك أى تصرفاً فى العين بحيث يشمل حقّهم للحاكم أن يلى الأمر حينئذ لإطلاق ولايته.

و بالجملة؛ ولايه أمر الوقف فى كلّ زمان للموقوف عليهم الموجودين فيه لا للحاكم، و لا للواقف هكذا ينبغى أن يحزّر المقام و الله ولىّ الإنعام.

شروط لموقوف عليهم

إشاره

المبحث الرابع: فى شروط الموقوف عليهم الذى يعتبر فيهم المعلوميه،

إنّما الإشكال فى ما اشترطوا فيهم من أنّه لا-بدّ و أن يكونوا عند العقد موجودين، فينقض ذلك بامور، و قبل الخوض فى المقصد ينبغى ذكر صور المعدوم.

أحدها: المعدوم الذى ليس قابلا للوجود رأسا، بحيث يستحيل أن يوجد عادة، و ليس له اقتضاء الوجود أصلا.

ثانيها: ما ليس بموجود فعلا إلّا أنّ له اقتضاء الوجود كالوقف على أولاد الأولاد مع عدمهم الآن، و لكن آباؤهم موجودون.

ثالثها: الوقف على المعدومين تبعا لهم على الموجودين.

أمّا الصورة الاولى؛ فالظاهر أنّه لا خلاف و لا إشكال فى أنّه لا يصحّ الوقف، و وجهه واضح حيث أنّه لَمّا كان الوقف اعتباره التملك، فكما أنّه لا بد له من مملّك و مملوك، فكذلك لا بد له من المملّك، و المعدوم المطلق ليس قابلا له بحيث يصير أوّلا و بالذات معروضا لهذا الوصف، و لا يعتبره العقلاء لذلك كما لا يخفى.

و أمّا الصورة الثانية؛ فهكذا فإنّه و إن كان مقتضى الوجود لهم محققا إلّا أنّه مع ذلك؛ المعدوم ليس قابلا للتملك، و صرف الاقتضاء له ليس محلّا لاعتبار العقلاء.

ثمّ إنّ تارة ينتقض هذه الصورة بباب المنافع، حيث إنّها مع عدم تحقّقها فعلا يعتبرون لها الوجود، و لذلك تؤجر بل تباع، كما فى بيع الأثمار، و تضمن فى المنافع الغير المستوفاه، مع أنّه لا فرق بين المملوك و المملّك من هذه الجهة أى لا بدّ فيهما من الوجود.

و فيه؛ إنّ كمال الفرق بين باب المنافع و المقام، حيث أنّ فيها لوجود

المقتضى - وهو العين القابلة لخروج المنافع و الثمره عنها كالدَّار، و الأشجار المثمره و نحوهما - العقلاء يعتبرون لها الوجود بحيث يرون المالك للعين مالكا لها فعلا بل يبذلون بإزائها المال، بخلاف المقام فإنه بوجود الآباء و الأمهات لا يعتبرون الوجود الفعلى للأولاد، كما لا يخفى.

و اخرى؛ بالوقف على البطون اللاحقه الغير الموجوده فعلا فكيف يعتبر المملكه الفعليه لهم عند انقراض البطن الأول أو عدمه مع اعتبار شريكهم لهم بعد بالوجود؟ فلو كان وجه المنع فى المعدوم الابتدائى عدم قابليته للملك فهذا المناط بعينه جار بالنسبه إليهم و كونهم تبعا، لا يندفع به الإشكال، ضروره أن المفروض اعتبار تملك العين لهم فى زمان وجودهم الآن، فالتبعيه (١) أى ثمره لها فى ذلك؟

هذا؛ و لكن يمكن دفع ذلك أيضا بمنع كون التملك بالنسبه إلى المعدوم فعلا متجزئا.

توضيح ذلك: أنه إما بناء على عدم كون الوقف تمليكا بل إيقافا، و التملك إنما يتعلق بالمنافع كما قويناه و اختاره فى «العروه» أيضا (٢)، فلاّنه لما كانت المنافع وجودها تدريجيا بحيث تمرّ مع الزمان و تتقطع به؛ فحينئذ يعتبر لها وجودات متباينه، فبالنسبه إلى كلّ قطعه من الزمان لها وجود غير الوجود السابق، فإذا اضيفت المنافع - التى اعتبارها كذلك - إلى الطبقات المتعاقبه و انتقلت إليهم فتكون حينئذ تمليكات متعدده بتعدد الطبقات.

١- بل يمكن منع معنى التبعيه هنا خصوصا فى الوقف الترتيبى أصلا، «منه رحمه الله».

٢- العروه الوثقى: ٢ / ٥٧٤.

و من المعلوم؛ أنّ لازم ذلك هو تعليق تملك كلّ طبقه إلى وجودهم، و تكون هذه حقيقه الوقف الترتيبى، بأنّه يكون التملك إلى كلّ بطن مشروطا بمجىء زمانهم و وجودهم، بل يكون كذلك بالنسبه إلى المعدومين المشاركين مع الموجودين بعد وجودهم، غايته أنّه بالنسبه إليهم توسعه و تضييق فى تملك واحد، فهما يختلفان باختلاف مراتب الطبقات كثره و قلّه.

و بالجمله؛ فليس على هذا تملك متجزئ مع فقد المتملك، بل [يكون] التنجيز فقط بالنسبه إلى البطن الموجود، و بالنسبه إلى غيره تعليق و لا يضرّ هذا بشىء حيث إنّ القدر المتيقّن من الإجماع المانع عن التعليق إنّما هو فى الوقف الابتدائى و بالنسبه إلى الطبقة الاولى.

و أمّا بالنسبه إلى الطبقات اللاحقه فلا مانع، لا شرعا و لا عقلا، حسبما هو التحقيق من أنّ التعليق فى العقود لا استحاله لها.

و أمّا بناء على كون الوقف تملكا كما ينسب إلى المشهور فنقول: إنّّه و إن كانت العين ليس لها وجود تدريجى، حتّى يجرى فيها التقطيع، بل وجودها قارّ و الزمان يمرّ عليها فلذلك يصير التملك المتعلق بها أيضا من الامور القارّه لا يعقل التقطيع فيها، إلّا أنّه لمّا لا إشكال فى أنّ التملك الواحد يمكن تصوير المراتب له حيث إنّّه قد لا يكون للملكيه أمد فهى المطلقه، و قد يكون لها الأمد و هى تختلف بحسب اختلاف الاعتبار، إذ حقيقه التملك ليس إلّا أمرا اعتباريا، فهو تابع لكيفيه الاعتبار التى فى باب الوقف تملكات على البطون المتعاقبه، غايته أنّه بالنسبه إلى البطن الأوّل الموجود متجزئ، و بالنسبه إلى البطون اللاحقه معلق فى الحقيقه على وجودهم، و قد تقدّم أنّ هذا التعليق لا يضرّ بشىء.

فالحاصل؛ أنه كمال الفرق بين الوقف على المعدوم ابتداءً، و ما إذا كان كذلك بعد الوقف على الموجود و مترتباً عليه، حيث إنَّ في الأوَّل التنجِز، بل لا بدَّ من التعليق الموجب للبطلان بخلاف الثاني الذي لا يضرُّه التعليق، فلا مجال للمقاييسه، فتدبَّر!

و ثالثه: ينتقض بمسأله الوقف على الطبيعه الغير الموجود لها فرد فعلا حين إجراء العقد.

و فيه؛ أنها لو كانت ممَّا لا يتحقَّق لها مصداق أصلا كالوقف على طبيعه العالم بما كان و ما يكون، و ما هو كائن (١) فهذا باطل بلا كلام، و لو كانت ممَّا يمكن أن يوجد لها مصداق كالوقف على العالم؛ فهذا و إن لم يكن له فرد فعلا إلَّا أنَّ إمكان تحقُّقه له و قابليه تحقُّق الطبيعه يوجب اعتبار الوجود لها عند العقلاء فعلا، و لا يتوقَّف ذلك على وجود الفرد الفعلي لها كما لا يخفى، فتأمل!

ثمَّ إنَّه إذا انضمَّ المعدوم إلى الموجود فهل مقتضى القاعده بطلان الوقف مطلقا، أو يصحَّ بالنسبه إلى الموجود، أو التفصيل بين الوقف الترتيبي و التشريكي؟

المشهور: البطلان بالنسبه إلى الجميع في الوقف الترتيبي، و أمَّا في التشريكي فقد أسند في «الجواهر» صحَّته إلى الأكثر (٢).

و لكنَّه يمكن الالتزام بالوجه الثاني مع التفصيل بين ما لو كانت الطبقة الاولى المعدومه يفرض لها الانقراض على فرض وجودهم فيصحَّ حينئذ، و ما لم

١- مستثنى منه صاحب الزمان أرواحنا له الفداء «منه رحمه الله».

٢- جواهر الكلام: ٢٨ / ٢٨.

يفرض لها الانقراض فيبطل حتّى بالنسبه إلى الموجودين.

توضيح ذلك، التفصيل مبناه مسأله تحليل الإنشاء و المنشأ و البناء على استظهار تعدد المطلوب و لكن ضيق المجال لم يسعنى أن أذكر الوجه فيه مع ما أفاد- دام ظلّه- من الوجوه المختلفه و الفروع الكثيره فى المقام و الله الموقّف.

الوقف على المملوك

و أما الوقف على المملوك؛ فالذى عليه الأصحاب بطلانه مطلقا بناء على عدم تملك العبد شيئا و عدم انصرافه إلى مولاه، و مع قطع النظر عن ذلك فنقول بعد الاستعانه به تعالى: أما بناء على كون حقيقه الوقف هو الإيقاف بالنسبه إلى العين و التمليك، إنما هو من حيث منفعه فيمكن أن يقال: مقتضى القاعده صحّه الوقف من جهه أنّ العبد و إن لم يكن قابلا لتملك المنافع، إلاّ أنّه لا قصور فيه من حيث صيرورته مصرفا له، نظير سائر الأوقاف على المصارف، غايته أنّ فيها على حسب أصل الوقف و اعتبار الواقف، و فى المقام من حيث تصوّر المقتضى نفسه بحيث لولاه كان مقتضى الإطلاق التملك الحقيقى للمنفعه، فهذا يكون من قبيل إطلاق اليد على عين حيث إنّها مقتضى الملكيه المطلقه لصاحبها، و إذا انتفاها ذو اليد فتصير يده عليها أمانيه، و إذا نفاها أيضا فلا يحكم بغصبيته، و لا يجوز أخذها منه إلى أن يصل حتّى يثبت كون يده عدوانيا.

فهذه مراتب لليد، بحيث زوال اعتبار مرتبتها السابقه لا يستلزم زوال أثارها اللّاحقه، فكذلك فى ما نحن فيه لّمّا كان لتملك المنفعه مراتب من تملك نفسها أو الانتفاع بها إلى أن يصير الشخص مصرفا لها بحيث لم يكن له تصرف

فيها أصلاً، بل كان من قبيل الصغير الذي يصرف له غيره.

فحينئذ؛ كل مرتبه منها لم يمكن أن يتحقق إمّا كقصور في المقتضى، أو لوجود المانع فينتهي الأمر إلى الأخرى، و هنا لما كان المفروض عدم إمكان تملك العبد فيصير مصرفاً له لعدم مانع عنه أصلاً.

و أمّا بناء على كون حقيقته هو التملك كما هو ظاهرهم، خصوصاً في الأوقاف الخاصّة، فبناء على كون الملكيه من الامور الغير القارّه التدريجيّه فالوقف على الطبقات إنّما هي ملكيه واحده لجمعها من قبيل تملك المنافع، كما مال إليه بعض فالترموا بالتقطع في الملكيه (١)، فحينئذ لو كان الوقف على العبد من حيث كونه إحدى الطبقات، فلما ليست له ملكيه مطلقه للعين بل عنوانه عليها من قبيل الشركه الطوليّه، و الأدلّه المستفاده منها حجره؛ منصرفه عن مثل هذه الملكيه فيمكن الحكم بصحّه الوقف أيضاً.

نعم؛ بناء على كون الملكيه مطلقه، كما هو التحقيق فلما تصير حينئذ تملكه للعين مطلقه، و إن لم يكن له عليها سلطنه تامه، من حيث تعلق حقّ بقيه الطبقات بها فالأدلّه حينئذ ليست قاصره عن الحجر عنها، فيشكل الأمر و لا محيص عن الحكم بالبطلان.

هذا؛ و لكن يمكن تصحيحه على هذا أيضاً بأن يقال: لما لا إشكال في أنّ مقتضى التملك بالنسبه إلى العبد موجود، كما هو ظاهر أدلّه حجر العبد مثل قوله: (العبد و ماله لمولاه) (٢) حيث إنّ ظاهر مفاده أنّ له المال، و لكن هو و ماله

١- جواهر الكلام: ٢٨ / ٢٩.

٢- انظر! وسائل الشيعه: ١٨ / ٢٥٧ الحديث ٢٣٦٢١.

لمالكه، فيكون تملكك العبد مما اقتضاؤه تاماً؟، و المانع يمنع عنه دواما، و يكون من قبيل انتقال المال عن المورث إلى الوارث قهرا.

فعلى هذا؛ لا- مانع من تأثير عقد الوقف و الحكم بصحته، غاية أنه لما لم يكن المحل قابلا لأعلى مرتبه التملك فالعقد يؤثر بمقدار ما يكون في المحل من القابليه، و ليس في المقام إلا الملكيه الاقتضائيه، ثم بعد تحقق الوقف و وقوعه بمقتضى عمومات التملك لمال العبد ينتقل إلى مالكه، و يصير وقفا عليه قهرا من قبيل الانتقال بالإرث.

و لا- يتوهم؛ أن ذلك مخالف لمقتضى العقد حيث إن المقصود به تملكك العبد و وقوع الوقف عليه، لأنه قد أشرنا أن هذا الانتقال ليس من أثر العقد، بل هو يقع على ما هو قصد، و إنما الانتقال من آثار تملكك العبد له لقصوره أن يملكه دائما.

ثم إنه بناء على الصحة هل يتوقف صحه قبول العبد على إذن مولاه أم لا؟

الأقوى لزوم الإذن، و توهم أن اختيار تكلمه بيده بالضروره و السيره المستمره،- و من المعلوم أن القبول منه فلا يتوقف على إذن المولى- فاسد لما ذكرنا في محله من أن غايه ما قامت السيره على ذلك تنطقه و تكلمه من حيث إظهاره لما في ضميره.

و أما لو كان مشتتلا على أمر زائد عليه و يعد من التصرفات فليس للعبد ذلك، بل يتوقف على إذن مولاه، و لذلك لا يجوز أن يوكل عن الغير و لو في إجراء الصيغه فقط، و القبول في المقام من هذا القبيل لا مما اضطر إليه من إظهار ما في ضميره، كما لا يخفى.

الوقف على الحربى

و مما يتفرع على شرائط الموقوف عليه من حيث قابليته للملك؛ الوقف على الحربى فقد وقع فيه الخلاف، و كلّ تمسكوا بوجه ضعيفه لا تثر شيئا و سنشير إليها.

و التحقيق: هو أن يبحث فى العمومات المتكفله لبيان الأسباب و المسببات، أما عموم: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (١)، فالحقّ أنّه لا ينعف شيئا حيث إنّه لبيان حكم الوقف الفارغ و قفيته كسائر العمومات المتكفله لبيان حكم عنوان وقع خارجا، مثل: «اقض ما فات كما فات» و نحوه (٢) مما يكون متكفلا لكيفيه العمل و الوظيفه.

و بالجملة؛ فمفاد مثل هذه العمومات و نسبتها إلى ما رتب عليه؛ نسبة الحكم و الموضوع، و ليست فى مقام بيان أصل السبب أصلا.

و أمّا العمومات المتكفله لحكم الأسباب مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) فهو و إن كان من حيث حكم السبب تاما، إلّا أنّه أيضا لما لم يكن مشتتلا على بيان قابليته المحلّ و إثباتها فهو أيضا لا يثمر.

حيث إنّ المفروض أنّ الشكّ فى المقام؛ فى قابليته الحربى لأن يوقف عليه من حيث تملكه أو كونه مراد بالنسبه إليه و نحوهما، فحينئذ العمومات المتكفله

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧٥ الحديث ٢٤٣٨٦ و ٢٤٣٨٧.

٢- مستدرک الوسائل: ٦ / ٤٣٥ الباب ٦ من أبواب قضاء الصلوات.

٣- المائده (٥): ١.

لأسباب إذا لم تؤثر فلا- محيص عن الحكم بالبطلان لما هو الأصل، و المفروض فقدان أصل يحرز به القابلية أو يتكفل حكم المسبب، نظير أحل الله البيع (١) فيكون الأصل العملي المقتضى للفساد هو المحكم.

فإن تم ما ذكرنا فيتم ما ذهب إليه المشهور، وإلا فالوجه الآخر، فالإنصاف أنها غير تامه، كما أفاده في «الجواهر» (٢).

مع أنه لو سلمنا كون الوقف عليه مراد له فلذلك يصير بنفسه منهيًا عنه، حيث إن المفروض كونه مقدمه لذلك العنوان، فقهرها النهي المتعلق بذى المقدمه يسرى إليها، إلا أنه لما كان هذا النهي نفيًا محضًا، وليس إرشادًا و مشتملا على وضع أصلا، فلا يقتضى فساد الوقف من وجه.

و أما مسأله قصد القربه؛ فلا دليل على اعتبارها رأسا حتى ينافيها، فتأمل! فإنه و لو سلمنا ذلك- أى عدم اعتبار القربه مطلقا- فلا أقل من اعتبار الرجحان فيه، كما فى مطلق الصدقه، و النهى يضاذه بلا كلام و الله ولى الإنعام.

ثم إنه إن بنينا على صحه الوقف على الحربى لما كان يقع التعارض بين دليل الوقف و الدوام المعتبر فيه (٣)، و أدله: أن ماله فى ء للمسلمين (٤)، و تكون النسبه عموما من وجه فيشكل الأمر حينئذ.

و الإنصاف؛ أنه لا- إشكال فى المسأله من هذه الجهه عندنا بحمد الله تعالى أصلا و ذلك؛ لأنه بناء على كون حقيقه الوقف إيقافا لا تملিকা للعين، فمعلوم أنه

١- البقره (٢): ٢٧٥.

٢- لاحظ! جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٠ و ٣١.

٣- الحدائق الناضره: ٢٢ / ١٩٣ و ١٩٤.

٤- جواهر الكلام: ٢٨ / ٣١.

بالنسبة إلى العين مقتضى تملك المسلم لها لما لم يكن محققا فلا تعارض بين الدليلين.

و أمّا بالنسبة إلى المنافع و إن كان التحقيق فيها ما سنشير إليه و لكن مع الغض عنه، نقول: لا مانع من الالتزام بأنه كلما يستحقّ منها فيأخذها المسلمون أيضا [و] يتملكون عنها شيئا فشيئا، بحيث يكون هو مقتضيا و معدّا لتملكهم، و كونه مخالفا لغرض الواقف، مضافا إلى كونه مخالفا لداعيه، فقصور نفس المحلّ و عدم قابليته أوجب ذلك، كما لا يخفى.

و أمّا بناء على كونه تملিকা؛ فعلى هذا المبني الذي هو المشهور فقد توهم وقوع التعارض بين أدله الوقف و أدله الفى ء، و من الواضح أنّ ذلك يتم لو أجرى فى المقام أدله الفى ء فيجوز للمسلمين تملك العين.

مع أنّه ممنوع؛ حيث أنّ أدله الفى ء إنّما تجرى بالنسبة إلى الملك الطلق الذي لا- مانع من تملكه، و دليل الوقف لو أجرى لا يبقى الموضوع لها، فإن أجرى أدله الفى ء لا- بدّ من تخصيصه مع بقاء موضوعه فيكون من باب دوران الأمر بين التخصيص و التخصيص، فلا محيص عن تقديم أدله الوقف، فانقدح أنّه لا تعارض بين الدليلين على هذا أيضا، حيث أنّه يتوقف على تساوى نسبتها إلى المورد، و ليس هنا كذلك فتأمل!

بقى الكلام بالنسبة إلى المنافع على المبني المذكور فهل يجوز تملكها عنه بعنوان الفى ء على ما احتملنا فيما تقدّم قريبا، أم لا؟

الأقوى؛ أنّه لا يجوز مطلقا و تحقيق ذلك يتوقف على ذكر امور:

أحدها: أنّه قد أوضحنا فى طيّ بحث البيع أنّ العين المسلوبة السلطنة عنها

من الشخص مطلقاً بحيث لم يكن له عليها سلطته من جهة أصلاً، لا يعتبر لها لهذا الشخص ملكية عند العقلاء، و لذلك لا يجوز له ترتيب آثار الملكية عليها من البيع و غيره، كما أنّ السلطنة على الشيء من جميع الجهات؛ كأن يكون له بيعه و تلفه بأيّ نحو شاء ملزوم للملكية، و بذلك قد صحّحنا مسأله بيع المعاطاه؛ حيث إنّ البائع لمّا سلّط المشتري على أنحاء السلطنة على العين فقد سلّطه على الملازم للملكية.

ثانيها: أنّ من العقود ما تكون الملكية من نتائج نفسها كأكثرها مثل البيع و الصلح و غيرهما، و منها ما لا تكون هي ترتّب على نفسها، بل الملكية ملازمه لما يترتب عليها بالواسطه كما في المعاطاه على التحقيق، فإنّها ليست أولاً تفيد التمليك و التملك في عقد البيع المصطلح و الهبه، حيث أنّ مفاد نفسها النقل و الانتقال، بل لمّا كانت مفادها التسليط المطلق الذي ملزوم للملكية فلذلك قد تكون تفيد الملكية.

ثالثها: قد أثبتنا في أوّل الباب أنّ الوقف من حيث المنافع ليس مفاده التمليك لها، بل إنّما هو إطلاق المنفعه و جعلها تحت سلطنه الموقوف عليه، كما يقتضيه لفظ «التسبيّل» في أدلّته، فحينئذ لا يختلف معناه بالنسبه إلى المقامات في الأوقاف العامه و الخاصه، و الوقف للمصرف فإنّه في جميعها هو إطلاق المنفعه، و إلّا فلو فسّرنا «التسبيّل» بالتمليك يلزم الاختلاف في معنى الحديث بالنسبه إلى تلك الموارد، مع أنّ ميثاقه واحد، كما لا يخفى.

إذا عرفت هذه الامور فنقول: لا- إشكال في أنّه ليس للحربى السلطنة المطلقه على منافع الوقف، بل لمّا كان للمسلمين أن يأخذوها عنه و يتملكون،

و ليس له أن يمنعهم عنه، فمن هذه الجهة تنتقض سلطنته فتخرج عن قابليته لأن يصير مالكا لها.

و قد تبين أن حقيقة الوقف أيضا ليست التملك بالنسبة إلى المنافع بل هي التسييل العدى له أرض عريضة يجتمع مع الملكيه لعينها و ملك الانتفاع و المراتب النازله عنها، فحينئذ ينحصر مصداق التسييل بالنسبه إلى ملك الانتفاع لقصور المحل و عدم الاقتضاء فيه، كما قد يكون كذلك بجعل الواقف فيكون الوقف على الحربى كأنه من أول الأمر وقف عليه، بأن ينتفع منه لا أن يملك منفعه، و لو نوقش فى ذلك أيضا يكون ممّا هو المصرف له.

فعلى كلّ تقدير؛ التسليط المطلق الملزوم للملكيه لما لا يمكن بالنسبه إليه فلا يصير مالكا لعين المنافع.

و على هذا؛ لا- تجرى أدله الفى ء، إذ مفادها جواز تملك مال الحربى، و لم يثبت إطلاقها حتى يشمل الحق له، أو المال العدى هو مصرف له بلا سلطنه له عليه أصلا، كما هو المفروض، فتدبر!

فتحصّل من ذلك كلّ: أنه بناء على صحّ الوقف على الحربى، أدله الفى ء على كلّ حال غير جاريه مطلقا من حيث المنافع أو العين، هكذا أفاد- دام ظلّه- و لكن بعد يحتاج إلى التأمل فى المبانى المذكوره و المراجعه إلى أدله الفى ء حتى يتّضح الأمر، و الله العالم.

الوقف على الذمى

و أما الوقف على الذمى فظاهر المشهور فيه على الجواز، بل كاد أن تكون

المسألة إجماعية، و الفرق بينه و بين الوقف على الحربى أنه شبهه عدم القابليته من الجبهه التى المشهور منعوا عنه فيه؛ هنا غير جاريه و هى مسأله تملكه، ضروره أنّ الذمى مالك لما تحت يده مطلقا، فحينئذ العمومات بالنسبه إليه لا مانع من جريانها.

نعم؛ بناء على ما استشكلنا من أنه يحتمل أن يكون منشأ عدم القابليته كون الوقف عليه مواده و براء، فعدم جريانه هنا مبنى على عدم حرمة المواده و نحوها مع الذمى، و جواز الإحسان و البرّ إليه كما لا يبعد، و إلا فلا فرق بينهما كما لا يخفى.

الوقف على الكنائس

و أمّا الوقف على الكنائس و البيع و نحوهما، و إن أمكن أن يقال: لا بأس به من حيث المواده و غيرها من الوجوه المتقدمه، أو لم يقصد به الإعانه و الترويح؛ إلا أنه لما كان أصل هذا الفعل محرّما على المسلم لكونه ترويجا للباطل، و لا ينافى ذلك جواز إبقائه بمقتضى شرائط الذمه كما هو واضح، فيكون أصل المصرف حراما، فيصير من قبيل ما تعلق النهى بنتيجه المعامله الكاشفه عن عدم إمضاء السبب، فيبطل الوقف من هذه الجبهه بلا كلام.

و من هنا؛ ظهر حكم الوقف على كلّ مصرف محرّم من الوقف على قطاع الطريق و شارب الخمر و معونه الزناه و أمثال ذلك، ممّا يكون أصل الصرف منهيا عنه، فهذا هو سرّ منع الأصحاب عن الوقف لأحد هذه الوجوه، و حكمهم

ببطلانه (١)، و لو كان الوقف للكنايس أو الكتب الضالّة من الكفّار فالظاهر أنّه لا إشكال في صحّته لما هو مقتضى التقرير، و الإشكال فيه من جهة قصد القربة و نحوها، كما ترى.

و إنّما الكلام فيما لو وقف الحربى على مثله فهل يجرى فيه الوجوه المتقدّمة من الموادّه و غيرها أم لا؟ لا ريب في أنّه مبنى على أن يكون النهى عن الموادّه عامّا يشمل المسلم و الكافر من جهة كونهم معاقبون على الفروع أيضا، أم يخصّ المسلم؟ و الظاهر ذلك حيث إنّ مقتضى المناسبه و الاقتران هو النهى عن قرب المسلم للكافر و موادّته حتّى لا يتخلّق بأخلاقه و يتأثّر هو عن هذا الانزجار أيضا، فينتهى عن عمله و يميل إلى الإسلام.

هذا تمام الكلام فى جملة من شرائط الموقوف عليهم و مهمّاتها و الله العالم بالأحكام.

تعيين مدلول العنوان فى الموقوف عليهم

ثمّ إنّّه جرى فى المقام و كذلك فى باب الوصايا و أمثالهما دأبهم فى البحث عن بعض العناوين الواقعه موضوعا للعقد، كعنوان الفقير و الجيران و المسلم و غيرها، و أنّ مدلولها أى شىء؟ فهل ينصرف الفقير - مثلا - إلى الفقير من نحله الموصى و الواقف أم يعمّ؟

مع أنّ هذه كلّها مفاهيم عرفية ليس شأن الفقيه البحث عنها، لعدم كونها

١- و من هنا ظهر حال ما لو كان الوقف على الحربى بحيث يكون مصرفا له، فإنّ فيه يجرى هذا الإشكال أيضا، كما لا يخفى، «منه رحمه الله».

موضوعا تاما للأحكام الكليّة، بل إنّما تنتج حكما جزئيا، و شأن المجتهد البحث عن الموضوعات التي تنتج حكما كليّا، أي ما ربّبه الشارع عليها؛ كالركوع و السجود و الصعيد و أمثالها.

و من المعلوم؛ أنّ تلك المفاهيم ليست كذلك، بل نتيجة البحث فيها انطباق الكبرى الكليّة عليها، كعمومات الوقف في المقام.

فكذلك قد يقال: إنّ وجه اعتبار قول الفقيه في أمثالها إنّما هو من باب اعتبار قول أهل الخبره من جهة كون الفقيه مشخصا لمصاديق تلك المفاهيم كما في سائر موارد الرجوع إلى أهل الخبره.

و لكن يقع إشكال آخر حينئذ من جهة اخرى، حيث إنّ على هذا لا بدّ و أن يتعدّد الفقيه المشخص لعدم اعتبار قول الواحد في الموضوعات، مع أنّ السيره الاكتفاء بقول الفقيه الواحد، كما أنّه لا يزال يستفتون عن العلماء و الفقيه عن الامور المذكوره و مفاهيمها بلا احتياج إلى تعدّدهم أصلا، فهذا لا يحسم مادّه الإشكال، فلا بدّ و أن يكون وجه آخر، و تنقيحه يحتاج إلى ذكر مقدمه.

و هي: أنّه قد حَقَّقنا في بحث اعتبار قول أهل الخبره أنّ حصول هذه الملكيه و الخبرويّه في أمر تكون من جهة كثره ممارسته في الامور المحسوسه و استقراء النظائر، كما يكون كذلك بالنسبه إلى تقويم الأبنيه و الدور و اعتبار قول مقوميهها.

و اخرى تكون من جهة الحدس و إعمال النظر في الامور الخفيّه الغير الراجعه إلى الحس، كما يمكن أن يكون من هذا القبيل مسأله تقويم الجواهر و اللآلي، فهذا لا خفاء في أنّ وجه اعتبار قول أهل الخبره يمكن أن يكون من أحد الوجهين:

أما بالنسبة إلى القسم الأول، فلما كان القول يرجع إلى الإخبار عن الخارج و الأمر الحسيّ بحيث لم يكن للرأى فيه دخل أصلا فيجرى فيه حكم سائر موارد الإخبار عن الموضوعات الخارجيه.

و أما فى القسم الثانى؛ فلا إشكال أنّ وجه الحجّيه فيه إنّما هو مسأله الرأى و النظر بحيث يكون القول طريقا إلى الرأى الذى هو طريق إلى الواقع، بخلاف الأوّل الذى ليس القول إلّا طريقا بلا واسطه إلى الواقع، ففى هذا القسم للرأى كمال المدخلية.

فبناء على جريان هذا التفصيل فى مسأله أهل الخبره- كما هو التحقيق- فلما يصير مناط حجّيه قولهم فى القسم الثانى ما هو المناط فى باب حجّيه قول المجتهد للمقلّدين، و ليس هو إلّا حكم العقل برجوع الجاهل فى كلّ فنّ إلى العالم به بحيث يكون ذلك ارتكازيا لكلّ أحد، فكذلك يكون قوله و رأيه فى المقام للمختبرين حجّيه كما فى قول المجتهد للمقلّدين.

إذا تبين ذلك فنقول: إنّه لا- إشكال فى أنّ مسأله تشخيص المفاهيم المذكوره ليست من قبيل الامور المحسوسه بل لما كان يرجع إلى تمييز ما هو المفهوم العرفى للألفاظ المذكوره و تشخيص الظهورات فيها، بحيث يكون للنظر و الرأى كمال المدخلية لها، و لا يمكن حصول ذلك للعوام من الناس، و لو كانت المفاهيم عرفيه، كما ربّما يكون هكذا فى موضوعات الأحكام الكليه كالصعيد و نحوه، حيث إنّه و إن كان معنى لغويّا و مفهوما عرفيا، و لكن مع ذلك لما كان فيه خفاء و منشأ للاشتباه، بحيث لا يمكن رفعهما و تشخيص المدلول الحقيقى إلّا بإعمال الفكر و الرويه فينحصر ذلك بالفقيه و يصير من شئونه، فإذا انتهى الأمر

إلى ذلك، فيصير قوله حجّه على غيره، لما عرفت من الارتكاز و بناء العقلاء، و لا يحتاج إلى التعدد أيضا إذ المفروض عدم رجوع الأمر إلى باب الشهادة، بل صيرورته من قبيل الفتوى.

و على هذا أيضا؛ يترتب ثمره اخرى من حيث جواز حكم الفقيه و قضاء المجتهد برأيه، بناء على كون وجه حجّيه قوله هو ذلك لا من باب الشهادة لجواز أن يحكم القاضى برأيه فى المرافعات بخلاف مسأله الشهاده، إذ ليس ما يراه الشاهد حجّه على الغير، كما لا يخفى.

و بالجملة؛ فالتحقيق حجّيه رأى الفقيه و نظره فى موضوعات الأحكام مطلقا كما هو المعروف، سواء كان منتجا للحكم الكلى أو الجزئى و كلاهما من واد واحد، و هو أنه لما كان على كلّ حاكم تشخيص موضوع حكمه؛ فعلى الفقيه ذلك أيضا، فلا فرق فى الموضوعات المستنبطه بين الكليّه و الجزئيه فتدبر!

تفسير عناوين الموقوف عليهم

إذا اتّضحت الكبرى بعونه سبحانه و تعالى فينبغى البحث عن بعض الصغريات التى وقع الكلام فيها.

منها: لفظ الفقراء، حيث إنّه مع كونه عامّا يشمل كلّ فقير من أى قوم و نحله المتسالم عندهم انصرافه إلى فقراء نحله الواقف، و لم يدعوا ذلك فى لفظ المسلمين و بنى آدم و أمثالهما، مع أنّ الظاهر وجود وجه الانصراف فيها أيضا، فيمكن أن يكون الفرق من جهة أنّ جميع هذه الألفاظ و إن كانت من حيث وضعها مطلقه و مقتضيه للتعميم - إلا أن يمنع عنها الانصراف الذى من قبيل التقييد - إلا

أنّه لا- إشكال في جهه فرق بين نطقه الفقير وغيره كالمسلمين، حيث إنّ الفقير ليس تحته نوع أو صنف أخصّ بحيث يكون للمتكلّم العدول عنه، والتعبير به- بل لو أراد- فلا بدّ له من تقييد نفس اللفظ بالعنوان الأخصّ كالمؤمن أو العالم و أمثالهما، و هذا بخلاف لفظ المسلمين، فلمّا يكون تحته نوع خاصّ كالمؤمنين بحيث له التعبير عنه لو أراد، فلم يحتج إلى التعبير به مقيداً.

فعلى هذا؛ اللفظان و إن كانا مشتركين في وجه الانصراف- و هو الاسترحام و الرأفة إلى من يصلح لهما العدى هو فقراء نحله نفس المتكلّم و الواقف- و لكنّ العدول عن لفظ في مثل المسلم و التعبير به يكشف عن إرادته العام، فيصير هذا مانعاً عن المانع و هو الانصراف، فاللفظ يبقى على ظهوره الأوّل من الإطلاق.

و أمّا في لفظ الفقراء و العالم و غيرهما فلا- مانع عن الانصراف، فلمّا لم يكن، و يحتمل اعتماد المتكلم عدم تقييده بهذا الانصراف فالمانع على حاله باق و لم يؤثّر الإطلاق المقتضى الوضع، فتأمل!

و منها: لفظ المؤمن لا إشكال أنّه و إن كان ظاهراً فيمن يعتقد بالأئمّه الاثني عشر عليهم السلام، و لكن ليس بحيث لم يكن قابلاً للمناقشه و التأمل، بل الاصطلاح فيه في الجملة أيضاً مختلف فيه قديماً و حديثاً، و هكذا لفظ الشيعة فقد وقع الخلاف فيه أيضاً أنّه هل ينصرف إلى المعتقدين بإمامه اثني عشر أو يعمّ سائر أصناف الإماميّة فلا بدّ و أن يلاحظ حال الواقف و معتقده أولاً، بل يؤخذ مطلقاً بما هو معنى اللفظ واقعا.

و تنقيح البحث في ذلك: هو أنّه إن قلنا: إنّ إطلاق هذه الألفاظ و استعمالها

فى غير معناها الأصلى للاعتقاد المستعمل كونه هو المعنى الحقيقى الأولى كاستعمال طائفه الإسماعيليه لفظ المؤمن فىمن يعتقد بأنه إسماعيل بن الصادق عليه السلام من قبيل الخطأ فى التطبيق، و نظير الشبهه المصداقيه فى ما يوجه أحد حكمه إلى العنوان و طبقه على شخص متّصف بنقيضه معتقدا بأنه موصوف به كالآمر و المجيز بدخول العادل داره و تصريحه بدخول زيد معتقدا بأنه منهم مع كونه فاسقا واقعا، أو ليس من هذا القبيل بل من باب استعمال اللفظ و إطلاقه على معنى يعتقد أنه المعنى الحقيقى بحيث لم يكن من باب تطبيق العنوان عليه بل من تطبيق اللفظ على الموضوع له بلا رعايه واسطه و عنوان فى البين؟

فإن بنينا على كونه من الأول فلا محيص عن حمل اللفظ على الموضوع له الأصلى مطلقا بلا رعايه حال الواقف، كما هو الضابط فى كل ما يكون من الخطأ فى التطبيق، و قد عنونوه فى مسأله تعارض الوصف و الإشاره.

و إن قلنا: إنه من الثانى فلا بد أن يحمل على معتقد الواقف عملا بمقصوده.

و الظاهر؛ أنه من هذا القبيل حيث إن احتمال المعنى الأول بعيد هنا، إذ لازمه أن يكون المتكلم أراد الموضوع له الأصلى أولا، و لو إجمالا ثم أراد ما هو معتقده من معنى اللفظ و النقل منه إليه حتى يقال: إن هذا انتقاله لما كان من الخطأ فى التطبيق فلا يرتب عليه الأثر، مع أنه ليس كذلك بل المستعمل لا يرى للفظ معنى، سواء معتقده، و لا يحتمله أصلا فيطبق اللفظ عليه من أول الأمر.

فعلى هذا؛ لا وجه لما قواه فى «الجواهر» فى المقام قدس سره (١)، بل عليه فى الحقيقة هو الأخذ بتنقيص مقصود الواقف، كما لا يخفى فتأمل!

و أما الشيعة؛ فهي و إن كانت في عصرنا تنصرف إلى الفرقة الناجية من الإمامية، و ليست باقية على ما لها من المعنى في الصدر الأول و هو مطلق من شايح علينا عليه السلام و قدّمه على غيره، و لكن يقع الكلام فيها أيضا من حيث إنه تنصرف إليهم مطلقا و لو كان الواقف من غيرنا من فرق الشيعة أو لا، بل فيه من الجهة المذكوره ينصرف إلى أهل نحلته.

و ما يوضح البحث هو أنه: لو كان الوجه في الإطلاق (١) المزبور هو الانصراف لا التّقل عن معناه الأصلي فحينئذ لا ينبغي التأمل في أنه من كلّ طائفة يصدر؛ يحمل على معناه العامّ لما بيّنا في لفظ المسلمين، فهنا أيضا لأجل وجود نوع الأخصّ تحت لفظه الشيعة، فالعدول عنه و التعبير بها يكشف عن إرادته المعنى العامّ و تصير قرينه عليها، فيمنع عن تأثير الانصراف الناشئ عن النفقه و الاسترحام، أو لا- أقلّ من أن يزاحمه فيؤثّر ما هو المقتضى لطبع اللفظ من الإطلاق، و لو كان سبب ظهورها و دلالتها على المعنى المصطلح فعلا- هو كثره الاستعمال و الإطلاق أو النقل بحيث صار المعنى الخاص بمعنى الوضع الثانوى؛ فحينئذ لا محيص عن حمله عليه عن كل طائفة يصدر سواء كانت من الفرقة المحقّقه أو سائر الفرق، ضروره أنّ اللفظ يحمل على المعنى الموضوع له و لا اختصاص له بنحله دون نحلته.

و لما كان الظاهر هو الاحتمال الثاني فلا بد من العمل بما يكون اللفظ ظاهرا فيه، سواء كان الواقف من الفرقة المحقّقه للشيعة أو غيرها، فهكذا ينبغي تحرير المقام كما لا يخفى و الله العالم.

١- ظهوره في المعنى الخاص، «منه رحمه الله».

و منها: ما لو انتسب إلى محلّ - كالعالم النجفي - فالحكم حينئذ معلوم، إلّا أنّه قد يقع الإشكال فيما لو لم يكن الموقوف عليه موجودا بل يكون ذلك وقفا على المعدوم فيبطل، أو يصحّ و يحمل على تعدد المطلوب كما مال إليه بعض من عاصرناهم (١) أو لا؟

و التحقيق أن يقال: إن جعلنا العنوان المأخوذ في حيز العقد عنوانا مشيرا كقول القائل: «أكرم من في الصحن» بأن يكون اللفظ إشاره إلى العالمين الموجودين في النجف بأشخاصهم؛ فهذا يكون من باب الوقف على المعدوم، و لا مجال للحمل على تعدد المطلوب بأن يصرف الوقف إلى غير العلماء من أهل النجف، إذ لا معنى له بالنسبة إلى الأشخاص.

و إن جعلنا نفس العنوان موضوعا فحينئذ إن قلنا بأنّ العناوين الكليه و إن لم تكن لها أفراد فعليّه، و لكن كانت قابله لأن تتحقق لها الأفراد، فهذا يعتبر لها الوجود فعلا كما بنينا عليه سابقا فيصحّ الوقف، و لا بدّ أن يحفظ الثمره إلى أن يوجد الأفراد و لا سبيل إلى الصرف في غيرهم ما لم يوجد، و لضروره أنّه ينافى اعتبار الوجود الفعلي للعنوان، و إن لم نبن على ذلك، فحينئذ يجري كلام الحمل على تعدد المطلوب و عدمه من حيث الصرف في علماء غير النجف لا في فقرائه مثلا، كما لا يخفى.

و منها: لفظ الجيران؛ فقد وقع الخلاف فيه من حيث حمله على المعنى العرفي أو على المعنى الشرعي، ثم بالنسبة إليه أيضا يكون الخلاف، كما سنشير إليه.

١- لم نعثر على هذا القول.

لا إشكال أولًا؛ أنّ بالنسبة إلى معناه العرفي ليس له مفهوم معيّن بل هو يختلف من حيث الموارد جدًّا، إذ اعتبار الجار في العقود الصغيره غير اعتباره بالنسبة إلى الدور الواقعه في الشوارع و الجوادّ العظيمه، كما أنّ اعتباره من حيث نفس الدور من جهه الصغر و الكبر يختلف كثيرا، فحينئذ اجتماعه مع التحديد الشرعي - و هو أربعين ذراعا و تصادقهما - نادر غايته، فلذلك يشكل الأخذ بالحدّ الشرعي و طرح المعنى العرفي راسا.

إلّا أن يقال: إنّ من هذا الاختلاف الكثير في المفهوم العرفي و مصاديقه نشأ التحديد الشرعي، كما في غيره من الموارد، فإنّ الشارع العالم بالواقع لمّا رأى الاختلاف فقد حدّد و عيّن المصداق الواقعي.

ثمّ إنّ بالنسبة إلى التحديد الشرعي أيضا؛ يقع البحث في أنّه [هل هو] إخبار عن الواقع و تعيين لما هو المصداق الواقعي، حيث إنّ ما من مفهوم إلّا له مصاديق مشكوكه حتّى بالنسبة إلى نفس الواضع من حيث الشكّ في حدّ المفهوم المسمّى بالشكّ في الصديق الملحق بالشبهه المفهوميه، فلذلك؛ الشارع العارف بالواقع يعيّن ماله من الحدّ الواقعي، أم لا، بل هو تنزيل شرعي كسائر التنزيلات و لا نظر إلى الواقع أصلا؟ و قد التزم بذلك بعض من عاصرناه قدّس سرّه فقال:

على هذا لا مجال للأخذ بالتحديد الشرعي في غير الآثار التي نفس الشارع رتبها على الموضوع (١) مثل ما ورد في رعايه حقّ الجار و غيره (٢).

و فيه: أولًا: أنّ الظاهر من هذا التحديد - كما في غيره من الموارد، مثل

١- لم نعثر على هذا القول.

٢- وسائل الشيعه: ١٢ / ١٢٨ الباب ٨٧ من أبواب أحكام العشره.

الكرّ و السفر و حدّ الوطن - هو الإخبار عن الواقع و التعيين للمصداق، فحينئذ لا فرق بين الآثار الشرعيّة التي رتبها الشارع و ما رتبها المكلفون، كما لا يخفى.

و ثانيا: مع تسليم المعنى الثانى بأن يكون تعبدا محضا لا وجه لانصرافه إلى ما ذكر من الآثار بل يشمل كلّ ما وقع اللفظ موضوعا للأمر الشرعى، كما فى المقام حيث إنّ ببركه تحديد الشارع يتعين موضوع أوفوا .. إلى آخره.

نعم؛ لا بدّ حينئذ من التفصيل بين الشك فى الزيادة على ما حدّده الشارع و نقصانه فإذا اقتضى التحديد العرفى مثلا (١).

هذا كلّّه؛ فيما إذا احرز كون نظر الواقف إلى الموضوع الواقعى، لا- للفظ و استعماله فى المفهوم العرفى بلا- أن يرى له حدّا خاصّا، و إلّا فالمناطق ما هو منظوره، و لا وجه لانصرافه إلى غيره سواء كان تحديدا حقيقيا شرعيا، أو مفهوميّا عرفيا لأنّ الوقوف تابعه للقصد، و قد تقدّم الوجه فيه أيضا و كيف كان؛ مسأله جريان التحديد من الخارج إنّما يكون عند الاشتباه و إطلاق المراد.

ثمّ إنّ المناطق فى التحديد الشرعى بناء على المصير إليه كما هو التحقيق ما عليه المشهور من أربعين ذراعا (٢) لأربعين دارا و إن كان ذهب إليه بعض (٣)، و لكنّه شاذّ و الأخبار الواردة عليه معرض عنها (٤).

و يؤيد الأوّل؛- مضافا إلى ما تقدّم- أنّه لا خفاء فى أنّ لفظ «الجيران»

١- العبارة هنا غير وافيه، و نقصانها من أصل الرساله.

٢- و لكن إلى الآن مدركه لم يظهر لنا و إن قال الشهيد الثانى قدّس سرّه: له مدرك ضعيف، فحينئذ يلزم المراجعه إن شاء الله، «منه رحمه الله»، مسالك الإفهام: ٣٤٣ / ٥.

٣- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٥، جواهر الكلام: ٢٨ / ٤١ و ٤٢.

٤- وسائل الشيعه: ١٢ / ١٣٢ الباب ٩٠ من أبواب أحكام العشره.

مفهومه يختلف بالإضافة كما فى لفظه «عند» الوارده فى بعض المقامات مثل المبيت عند على عليه السلام .. إلى آخره، حيث إن من كان فى الحرم الشريف يكون عنده بالنسبه إلى من فى الصحن، كما أنّ من فى الصحن يصدق أنّه عنده بالنسبه إلى من فى خارج الصحن، و هكذا من كان فى البلد يصدق عليه المفهوم بالنسبه إلى من فى خارجه و يكون من هذا القبيل لفظ الجيران فمن فى العقد جار مطلقا، و من كان فى المحله جار فيها و من كان فى البلد جار مع الإنسان فيه و هكذا إلى ما فوق.

ثمّ إنّ الّذى يصدق مطلقا بين المراتب هو الّذى جار فى العقد، بحيث يكون القدر المتيقّن منه ما يكون الفصل بينه و بين الشخص أربعين ذراعا فحينئذ إذا عبّر الواقف باللفظ المطلق فمقتضى القاعده حملة على معناه الإطلاقى أى ما يكون جارا على كلّ حال، فإلى ذلك يرجع التحديد الشرعى أيضا بلا أعمال تعبد خاصّ فى البين، كما أنّه على هذا لا يلزم طرح الروايات الدالّه على التحديد بأربعين دار، إذ لا ريب فى الصدق عليها بالنسبه إلى بعض المراتب و إن لم يصدق مطلقا.

ثمّ إنّ بناء على الأخذ بالذراع فقد يقع الشكّ فى مثل ما لو لم تكن الدار الأخيره بتمامها داخله فى الحدّ بل بجزء منها، فهل يسرى الحكم إليها حينئذ أم لا، بل محكوم به بالأصل؟

الأقوى: دخولها إذا كان بمقدار يصدق لا أن يكون قليلا بحيث يلحق بالعدم، و ذلك لأنّه لا إشكال فى الفرق بين بعض الألفاظ مع بعض الآخر من حيث إضافتها إلى أمر، فمثل قول القائل: إذا مسحت الدار أو ذرعتها ظاهر فى

الجميع، و مثل: إذا مسست الدار أو دخلتها لو لم يكن ظاهرا في البعض لا أقل من كونه أعم منه و الجميع.

و من الواضح؛ أنّ التعبير عن الحكم المزبور بقولهم: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا من قبيل الشانى، فحينئذ ما تكون بعضها داخله ملحقه بما هي بتمامها في الحدّ إذا كان يصدق الدخول عرفا كما أشرنا، فافهم!

ثمّ إنّ هنا فروعا اخر، و الحقّ ما بنى عليه في «الجواهر» قدّس سرّه (١) و الله العالم!

حكم الشكّ فى عنوان من عناوين الموقوف عليهم

اشاره

بقى فى المقام حكم الشكّ و أنّ مقتضى الأصل العملى بالنسبه إلى تلك الموارد أى شىء؟ و نذكر ذلك فى طىّ أمرين:

الأول: أنّه إذا شكّ فى مثل لفظه «الشيعة» أنّها قد استعملت فى الوقف بعد حجر معناها الأوّل أو قبله، فحينئذ أصاله عدم الاستعمال إلى زمان النقل و إن لم تجر لكونها لا تثبت تأخره عنه، و لكنّ الحقّ - كما عليه جمع - عدم مانع لجريان أصاله عدم النقل و إن كان قد يتوهم أنّها مثبت أيضا فلا يجرى.

و أنت خير؛ بأنّ ذلك إنّما يتمّ لو بنينا على أنّها من الاصول التعديديه و من مصاديق الاستصحاب، و لكنّ التحقيق أنّها من قبيل أصاله عدم القرينيه و الأمارات الجاربه فى الألفاظ، و عليه بناء العقلاء، و لذلك قد يعبر عنها بتشابه الأزمان.

و بالجمله؛ لا ربط لهذا الأصل بالاستصحاب بل أماره عقلائيه بحيث

يكون مثبتها أيضا حجة فحينئذ ببركتها يحكم بتأخر النقل عن الاستعمال و يؤخذ بلازمه، فتأمل!

الثانى: أنه إذا دار الأمر بين الأقلّ و الأ-كثر فى الموارد المذكوره، كما إذا شكّ اختصاص لفظ بالفرقه المحقّه، أو يعمّ غيرها، فحينئذ قد يشكل فى جريان أصاله عدم الوقف على الزائد، نظرا إلى معارضتها بأصاله عدم وقف الحصّه الزائده المشكوكه على من تيقن دخولها فى العنوان.

مثلا: إذا فرض كون منافع الوقف تبلغ خمسين تومانًا، و معلوم كون ثلثين منها للفرقه المحقّه، فإذا شكّ فى البقيّه فالأصل عدم كونها لهم لأصاله عدم الوقف عليهم من العين بمقدار ما يقابله، و لازم ذلك التشريك.

و من الواضح؛ أنه لا اختصاص لهذا الإشكال بالمقام، بل سيال فى مقامات كثيره، كما فى باب الإرث إذا شكّ فى وجود وارث آخر غير المعلومين الحاضرين، و لَمّا كان مرجع الشكّ فى الجميع إلى الشكّ فى انحصار الحقّ على المعلومين و عدمه.

فالتحقيق؛ فى دفع الإشكال أن يقال: إنّ الموضوع على هذا يصير مركبا لا بسيطا، حيث إنّ موضوع الوقف بناء على الاختصاص - مثلا- هو الفرقة المحقّه الّتى لم يكن معهم غيرهم، و فى الإرث الانحصار إنّما يثبت للوراث الموجودين إذا لم يكن معهم غيرهم، و هكذا الموارد فتكون من الموضوعات المركبه الّتى أحد جزأيه يحرز بالأصل و الآخر بالوجدان، فالمحرز بالأصل فى هذه المقامات هو العقد السببى، إذ ببركه أصاله عدم الوقف على غير الموجودين المعلومين يثبت، و المفروض أنّ جزء الآخر محرز بالوجدان فيرتفع الإشكال بحذافيره فتأمل! و الله العالم.

فروع:

لو وقع الوقف على مصرف كالمسجد و القنطره فاندرسا

بحيث لم يكن صرفه إليهما فهل يبطل الوقف من حين الاندراس و يرجع إلى ورثه الواقف، أو لا بل يبقى على حاله فيصرف في مسجد آخر أو قنطره اخرى مما يكون الأقرب إلى نظر الواقف، أو يصرف في مطلق البر؟ وجوه بل أقوال.

و نظير هذا الاختلاف وقع في الوقف المنقطع الآخر، إلّا أنّ المشهور فيه - كما سيأتى إن شاء الله - ليس ما هو المشهور في المقام، و هو الوجه الثالث.

و الفرق فيه؛ من حيث أنّ في المقام، [يكون] المانع من جهه اندراس رسم مصرف التسييل و الثمره، و هناك اندراس مصرف نفس العين، و عدم وجود من يتلقى الوقف، إمّا لعدم تعيين الواقف أو لغيره.

و كيف كان؛ مبنى الإشكال في المقام هو أنّه بعد فرض استفاده الدوام من الوقف إمّا لجعله إيقافا كما هو التحقيق، خصوصا في الوقف على الجهه، أو لكون نفس الوقف للدوام، بناء على كونه تمليكا، بحيث يكون كالحجر الموضوع في مكان المقتضى بطبعه الدوام، فهل اندراس رسم المصرف قابل للمنع عن هذا الاقتضاء و قاصر لطبع الوقف حتى يوجب ذلك بطلانه من حين طرّوه أم لا، أو يفصّل بين ما هو القابل للدوام و البقاء عاده، و ما ليس قابلا له فيلتزم فيه بالبطلان، و لو لم يلتزم به مطلقا؟ نظرا إلى جعل الوقف كذلك كاشفا عن عدم الإخراج المطلق، و لمّا لم يبرز الواقف ما نواه فلا يضّر شيئا من جهه عدم التأيد.

و الجهه الاخرى من الإشكال [الذى] يكون في المقام و هو أنّه بعد البناء

على إبقاء الوقف و صحته هل اعمل تعبد في المقام من جهه مصرف هنا أيضا كما في باب الوصيه بأن يتعدى منه إلى هنا أم لا، بل حينئذ يعمل على مقتضى القواعد من رعايه ما هو الأقرب إلى غرض الواقف؟

و الأقوى في الجهه الاولى؛ ما عليه المشهور حيث أنّ مقتضى طبع الوقف الدوام، ضروره أنّ المالك حين وقفه يقطع نظره عن العين كلياً و يخرجها عن ملكه رأساً، بحيث لا يرى لنفسه و لا لمن يتعقبه بالنسبه إليها علاقه أصلاً، فحينئذ هذه الغلبه و الظهور تصير مرتبه على كون ارتكازه من حيث المصرف الذي يعينها هو تعدد المطلوب، و أنّه لو انقضى المصرف يصرف في غيره، و لا يختص به حقّ يستلزم ذلك بطالانه عند الانداس و رجوع العين إلى ملك وارثه مثلاً.

فعلى هذا؛ لا- وجه للتفصيل بين ما هو القابل للدوام و البقاء عاده، و ما ليس قابلاً له، إذ ما يقتضيه طبع الوقف لا يفرق فيه، و القريته جاربه مطلقاً.

و من ذلك ظهر أنّ مقتضى القاعده- حيث أحرزنا من الوقف- تعدد المطلوب هو رعايه غرض الواقف في المصرف، و أنّه لا بدّ من تقديم الأقرب فالأقرب و لا يجوز العدول المتباين، كما يكون كذلك مسأله مطلق البرّ بالنسبه إلى الوقف على المسجد و نحوه، فحينئذ عند اندراس المسجد المعين لا بدّ من صرف الوقف في مسجد آخر، إن كان قريباً بالنسبه إلى المسجد الأوّل مكاناً أو الجهات الاخر، و إن لم يكن ففي مكان آخر و لو كان بعيداً عن الأوّل، حيث أنّ ذلك و إن كان من مصاديق الخير إلّا أنّه لمّا يحتمل كون منظوره خصوص هذا الخير فلا بدّ من رعايته حتّى الإمكان، إلّا أن يدعى أنّ الاستفادة من الروايات التي أشرنا إليها لمّا كانت الضابطه الكليه من حيث إنّ الشارع تكفّل تعيين

مصدق المصرف في أمثال هذه المقامات فيستكشف منه إلقاء الخصوصية، و أنه لا يجب رعايتها.

و لكنّ الكلام في الاستظهار المذكور أولاً في نفس موردها، و ثانياً في جواز التعدّي عنه، حيث أنّ الخبر الأوّل (١) فيما لو كان أحد وجوه الوصية معلوماً و الجهل بالنسبة إلى الوجوه الأخرى، لا فيما لم يكن أصل المصرف معلوماً كما هو محلّ الكلام.

فحينئذ يمكن أن يقال بالنسبة إلى الوجوه الأخرى: لَمَّا كان من باب دوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر و هو مطلق البرّ أو برّ خاصّ، فالإمام عليه السّلام حكم بمقتضى القاعدة على الأخذ بالأقلّ المتيقّن فتأمّل! فإنّ الرواية مطلقه و لا اختصاص لها بهذه الصورة، بل تشمل ما يكون الحكم المذكور فيه مخالفاً للقاعدة حيث مقتضاها في المتباينين القرعة.

و أمّا الثاني: يمكن أن يكون الإمام عليه السّلام لَمَّا استكشف اشتغال ذمّة الموصى بمظالم العباد فأمر عليه السّلام بالتصدّق عنه لذلك، و إلّا فمقتضى القاعدة صيروره المال للورثة إذا لم يف بموصى له، إلّا ان يقال: إنّ هذا المعنى خلاف ظاهر إطلاق الحديث فلا بدّ من حمله على الحكم بتعدّد المطلوب من جهة أنّ باب الوصية لَمَّا كان من قبيل الوقف و مقتضى طبعها الخروج القطعي عن ملك الموصى فإذا لم يف بالموصى به فيصرف في محلّ آخر عيّنه الإمام عليه السّلام، فحينئذ يمكن أن يصير دليلاً لما نحن فيه، و لكن بعد مجال التأمل واسع و الله العالم.

١- على الترتيب المذكور في الجواهر: (٢٨ / ٤٦)، «منه رحمه الله».

الفرع الثاني:

فى «الشرائع»: و لو وقف على وجوه البرّ و اطلق، صرف فى الفقراء و المساكين (١) .. إلى آخره.

لا يخفى: أنّ فيه من البحث جهات: الاولى: أنّه هل البرّ يعمّ مطلق الفعل و لو كان مباحا، أو لا بدّ فيه من وجود الرّجحان، ثم بناء على اعتبار الرّجحان هل يعمّ الرّجحان المقدمى، أو الذى يلزم الرّجحان بما يكون ذاتا كذلك.

ثمّ إنّّه فى الراجح؛ هل يعتبر أن يكون قريبا أم لا؟ و تكون جهات اخر تظهر فى طيّ البحث فنقول بعونه تعالى: أمّا الكلام فى الجبهه الاولى فيمكن الدعوى قريبا بأنّ لفظ «البرّ» المرادف للخير منصرف إلى الفعل الذى فيه جهه رجحان و لا يعمّ المباح.

و بعبارة اخرى: أنّ ظاهره يأبى شمول ما ليس مبغوضا فقط، بل البرّ يطلق على ما يكون مضافا عليه راجحا و محبوبا، كما أنّ الظاهر خروج القسم الثالث عن عنوان البرّ و هو الملازم، مثل أن يعطى مال من يترك الصلاة الملازم اتّفاقا إيجادها فعلا واجبا، مثل «الإزالة» فالبرّ منصرف عن مثل هذا الإعطاء أى فى مقابل ترك الصلاة مع كونه حراما ذاتا، و ذلك لعدم سرايه العنوان عن الملازم إلى الملازم.

فيبقى الكلام بالنسبه إلى القسم المتوسط، فهل يصدق البرّ على الأفعال المقدميّة أم لا؟ كمن يعطى المال إلى الحاكم الجائر ليسلم من ضرره على نفسه أو عرضه، و هذا على قسمين:

فتاره؛ يقصد بالإعطاء التوصل به إلى ذى المقدمه الذى هو الرّاجح بحيث يجعله نفسه وجهه لعمله، و لا يجعل المقدمه إلّا طريقا للوصول إليه؛ فهذا لا إشكال فيه و ملحق بالأوّل، حيث إنّ المفروض أنّ المقصود فى نفسه راجح ذاتا فعلا.

و اخرى: يقصد عنوان نفس المقدمه، كما إذا لم يجعل فى المثال قصده متوجّها إلى ذى المقدمه و لو كان يعلم أنّ من فوائده سلامه نفسه و عرضه عن شرّ المعطى عليه قهرا، فهنا يشكل شمول البرّ لهذا الفعل من حيث دعوى انصرافه إلى غيره، و لكن لا يبعد الشمول، إذ ترتّب ذى المقدمه الذى حسن بل راجح فى نفسه قهرى، فالمقدمه أيضا يصير محسّنا، غايته أنّ حسنه غيرى لا نفسى، و لا سبيل إلى دعوى انصراف اللفظ إلى الثانى.

نعم؛ بناء على اعتبار القربه حينئذ قد يستشكل كما فى كلّ عباده و عمل قربى ذات مقدمه فينكر الأجزاء بقصد القربه بالنسبه إلى المقدمه، بل صيرورته قريبا يتوقف على قصد التقرب فى نفس ذى المقدمه، نظرا إلى أنّ الإطاعه لما كانت من المطاوعه التى هى عباره عن جعل العبد إرادته مطاوعا و تبعاً لإرادته المولى؛ فلا بدّ من حفظ جهه المشابهه و المماثله بين الإرادتين، فحينئذ لا يبقى المجال لقصد التقرب بالنسبه إلى المقدمه، إذ المفروض عدم تعلق إرادته المولى بها إلّا تبعيّا، و جعله وصله لذى المقدمه التى هى عبادى، فلا معنى لجعلها العبد مرادا مستقلا بحيث يتقرب بنفسها.

و لكن نحن لَمّا أبطلنا هذا الأساس فى محلّه، حيث إنّ الأحكام و الإرادات مطلقا كلّها مرجعها إلى المقدميه التى هى استراحه النفس فى هذه النشأه أو

النشأتين، فحينئذ يلزم عدم جواز قصد التقرب بجلّ العبادات و غيرها على التفصيل المذكور في محلّه، فنحن في سعه عن هذه الجبهه، فيبقى الإشكال في الانصراف المذكور و لا يبعد إنكاره فتأمل! فالظاهر؛ أنّه لا ربط لهذا الإشكال إلّا بالمقام.

و أمّا الجبهه الثالثه و هي: أنّه لا بدّ أن يتقرّب الصارف و المباشر في عمله أم لا، بل يكفي الرجحان الذاتى للمصرف؟ إثبات اعتبار ذلك يتوقّف على الاستظهار من كلام الواقف أنّه قصد الحسن الفاعلى للفعل، و هذا لما يتوقّف على إتيان الفعل لحسنه، و إلّا فمطلق صدور الفعل الحسن عن الشخص لا يتّصف موجدّه بالحسن، بل هو موقوف على قصده إصدار الفعل كذلك؛ فلا بدّ أن يتقرّب فيه الفاعل، و أمّا نفس عنوان البرّ و الفعل الخير فلا يتوقّف على ما ذكر كما لا يخفى، فإن تمّ الاستظهار المزبور فلا بدّ منه و إلّا فلا، و الله العالم.

الفرع الثالث:

في «الشرائع»: و كذا لو وقف على غير معيّن كأن يقول على أحد هذين إلى آخر (١) أى يبطل.

و هذا يمكن على أقسام: فتاره يقصد أحدهما معيّنًا و لكنّ الصيغه يجريها كذلك، و هذا لا مانع عن صحّته، غايته أنّه لو بقى على الجهاله للتالى ينتهى الأمر إلى القرعه للتعيين، و القابل في هذه الصوره هو الولي في الأوقاف العامه، أو على غير البالغ، و أحد الطرفين أصاله و نيابه في الأوقاف الخاصه لمن هو الموقوف عليه واقعا، أو يقبل كلاهما رجاء.

و كيف كان؛ لا إشكال في المسألة من هذه الجهة و إنما الكلام من حيث الترديد المفروض عدمه واقعا، و إنما يكون الترديد صورته و هو لا يضر شيئا، و الإجماع المدعى على البطلان في الصورة الآتية لا يكون هنا، فتأمل!

و اخرى: لا يقصد المعين أصلا بل يجعل الوقف على الأحد بعنوانه الفردى، بحيث يكون قابلا للانطباق على كليهما، و لكن لا من جهة كونهما تحت الجنس، لأنه لم يقصد جنس «الأحد»، بل اريد النكره المعبر عنها بالفرد المنتشر، فحينئذ الانطباق على كل منهما إنما هو من جهة كونه إحدى الخصوصيتين المراده على سبيل البدل، فهنا الظاهر قيام الإجماع على البطلان.

و أما ما ذكر من الوجه من أن الوقف عرض فلا بد له من جوهر معين، يرد عليه فلا يتم، بل هو من قبيل الاستحسانات، و النكته بعد الوقوع - حيث إنها أوضحت في محلها - أن حال عناوين العقود و الإيقاعات حال الوجوب، فكما أنه يمكن فيه الترديد في متعلقه فهكذا فيها، و لذلك ورد في الشرع كثيرا كما في نكاح إحدى المرأتين، أو طلاق إحدى الزوجتين (١)، أو الوصيه بعق أحد العبدین (٢) بل في العتق التخييري - على ما حكى أيضا - ورد (٣)، و كما في بيع الصبره (٤) حسبما نشير إليه و غير ذلك من الموارد، مع أنه لو لم يكن معقولا لا معنى لوقوعها في الشرع فتأمل!

١- الحدائق الناضرة: ٢٥ / ١٨١، وسائل الشيعه: ٢٠ / ٢٩٧ الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد و ٢٢ / ٣٧ الباب ١٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ٤٠٨ الباب ٧٥ من كتاب الوصايا.

٣- جواهر الكلام: ٣٤ / ١٢٥، وسائل الشيعه: ٢٣ / ٩٣ الحديث ٢٩١٧٧.

٤- جواهر الكلام: ٢٢ / ٤٤٥ - ٤٤٦، وسائل الشيعه: ١٧ / ٣٥٤ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع.

و ثالثه يقصد الأحد بعنوان الجنس بأن يكون الأحد محددا للموقوف عليه لا أن يكون عنوانا له كما في النكره.

و بعبارة اخرى: الفرق بين الصوره السابقه و هذه الصوره هو الفرق بين مطلق الجنس و النكره، من أن الخصوصيه داخله فيها بخلاف الجنس، فلا يراد منه إلا الطبيعه الصرفه، و لذلك في موارد التكليف في النكره لو قصد الخصوصيه يتحقق الامتثال و لا تشريع، بخلاف ما لو كان المكلف به الجنس، فقصد الخصوصيه تشريع موجب لبطلان العمل.

و كيف كان؛ الأحد إما أن يعتبر لا بشرط، و إما بشرط [لا] بحيث يكون لو انضم إليه آخر لا ينقلب العنوان أو ينقلب، كما في بيع الصبره حيث أن بيع صاع منها لما كان اعتبر بشرط لا، فذلك لو سلم إلى المشتري صيعانا لا يتملك إلا أحدها، مع أنه لو كان لا بشرط لا بد أن يتملك جميعها، حيث إن الواحد الجنسى في جميعها محفوظ.

و بالجملة؛ لا ينبغي التأمل في الصحه في هذه الصوره مطلقا كما سلمه في «الجواهر» (١) أيضا، لعدم قيام الإجماع المحقق في الصوره السابقه هنا، و الإمكان العقلى قد عرفته فيها، فهنا بطريق الأولى كما لا يخفى.

الرابع: لو وقف على من كان قريبا إليه من الناس، لا إشكال أنه يشمل إلى الطبقة الرابعه من الأقارب، أى من كانت الواسطه بينه و بين الواقف ثلاثه، كما لو كان من أولاد حفيده عمه، و إنما الكلام في الطبقة الخامسه، حيث إن الإشكال في شمول العنوان لها عرفا، و يكفى في الحكم بالعدم الشك في شمول اللفظ،

لأصاله عدم الوقف على الزائد عن المتيقن كما تقدم تنقيح هذا الأصل.

هذا كله؛ بالنسبة إلى غير الأولاد والآباء، فيشمل لفظ القريب لها و لو تحقّق مائه واسطه، كما هو واضح.

الخامس: و لو وقف على أقرب الناس إليه ففيه جهتان من الإشكال:

الأولى: أنّ المناط هو الأقرب حال الوقف أو مطلقا، فإن كان الأوّل فحينئذ يقع الوقف بالنسبة إلى من كان موجودا منهم حال الوقف على الترتيب فى باب الإرث، فإذا انقضوا فيصير الوقف حاله حال منقطع الآ-خر و لا- ينتقل إلى الأقرب بعدهم، إذ المفروض اعتباره كذلك، و الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

نعم؛ لو كان الملحوظ الأقرب مطلقا فحينئذ عند الفرائض؛ كلّ طبقه ينتقل إلى من هو الأقرب بعدهم، فعلى هذا لو كان شاهد أو قرينه يدلّ على الثانى فيؤخذ بها، و لو لم يكن و شكّ فمقتضى الأصل الحكم بالأوّل كما عرفت.

الثانية: هل يلزم مراعاة الوصف التفصيلى مطلقا بحيث لا- يصرف الوقف على طبقه الأخيره التى ليس بعدها قريب، بل كليتا يحفظ طبقه؛ بعد من يصرف فيهم حتّى يتحقّق معنى الأقربيه الفعلية، أو لا- يلزم ذلك، بل و لو لم يكن إلّا طبقه واحده و لو كانت أخيره [يكون]؛ الوقف لهم؟ و هذا نظير الأكبر المعتبر فى مستحقّ الجوه، و كذلك الأعلم فى التقليد مثلا، فوقع الإشكال فيهما أيضا، و منشأ الكلّ أنّ المراد بالوصف التفصيلى فى هذه المقامات الأفضليّه الفعلية، أو المراد عدم وجود من هو أكبر، أو أعلم أو أقرب، لا أنّ الوصف مناط مطلقا.

لا خفاء؛ أنّ الجمود على ظاهر اللفظ يقتضى الأوّل، و لكن لما كان الارتكاز العرفى على الثانى، حيث إنّه معلوم أنّ المراد أنّه ما دام الأفضل و الأكبر

فى الأولاد، أو الأعلم فى مسأله التقلید موجودا لا يعطى الحبوه و لا یرجع فى التقلید إلى غیره، فلذلك لا بدّ من العدول عمّا یقتضیه الظاهر، فهكذا هنا حیث أنّ المتبادر أنّه ما یكون الأقرب لا یعطى الوقف إلى غیرهم كما لا یخفى.

بقى شىء و هو: أنّه هل المناط فى الأقرب مطلقا ما هو المناط فى باب الإرث، بحیث لا یلاحظ معنى العرفى له أصلا بل المتبع ما عینه الشارع؟ أمّا فیما لا اختلاف بینهما كما هو الأغلب فإنّ فى المتقرب بالأبوين و تقدیمه على المتقرب من أحدهما، كما أنّ الشرع قدّمه و جعله أقرب، و العرف یساعده أيضا، فلا بحث، و إنّما الإشکال فیما لا یساعد كما فى ابن عم الأبوين - مثلا - على العمّ الأبى فإنّ الظاهر أنّ العرف فىه یقدم العمّ.

فقد یتوهم؛ أنّ الوجهین مبتیان على أنّ تقدیم الشارع و تصرّفه فى أمثاله هل یكون من باب التعیّد أو تعین للمصداق و إخبار عن الواقع، حیث إنّ مفهوم الأقرب لمّا كان له واقع فالشارع بقوله: أولوا الأرحام (١) و غیره كشف عن الواقع و أخبر عن معنى الحقیقى للفظ؟

فعلى الأول: فلا مجال للتعدي و لا محیص عن الوقوف على مورد النصّ كما هو الأصل فى مطلق باب التعیّدات، بخلاف الثانى فلما یصیر علیه بیان الشارع ضابطا کلیتا فیکون المناط مطلقا ما عینه من الأقرب.

و لكن تقدّم منّا؛ أنّ هذا یتّم بناء على أن یكون ما فى نظر الواقف من المعنى العرفى للفظ من باب الشبهه فى المصداق و الخطأ فى التطبيق، بحیث ما أراد من لفظ الأقرب إلّا ماله من المعنى الواقعى، غایته أنّه خطأ طبقه على ما یراه

مصدقا، و أمّا إذا لم يكن كذلك بل كان من باب الخطأ في حدّ مفهوم اللفظ - كما هو الحال في أمثال المقامات - فالبيان الشرعي أيضا لا يوجد لصرف اللفظ عمّا هو الظاهر فيه بزعم المستعمل إلى المعنى الشرعي، بل يكون حاله حينئذ حال ما لو كان ما قرره الشارع من الأعمال تعبديا فعلى هذا، التفصيل المذكور لا ينفع بالنسبة إلى أمثال المقام بل المتّبع مطلقا منظور العامه و مقصود الواقف يكون صحيحا، و الله العالم.

السادس: لو كان لفظ «الوقف» إنّه: وقفت على أولادى نسلا بعد نسل و بطنا بعد بطن، هل تقتضى ظاهر هذه العبارة التشريك أو الترتيب؟ الذى أفتى به جماعه من الأساطين ممّن عاصرناهم هو الأول (١)، و هو الأقوى و ذلك بوجهين:

أمّا أولا: فلأنّ الأمر دائر بين أن تكون عبارته الذيل و هى قوله: (نسلا بعد نسل) قيّدا للأولاد، أو لكلمه «وقفت»، فعلى الأول الذى مقتضاه التشريك، حيث إنّه حينئذ يصير بيانا للأولاد، و المراد بها جميع الطبقات، يلزم تقييده فقط، و يبقى جملة «وقفت» على إطلاقها، و لا يلزم فيه تقييد إذ بإنشاء واحد أوقع الوقف على الجميع، بخلاف ما لو حملناه على الترتيب فلا محيص حينئذ عن جعل القيّد قيّدا لوقف، بحيث يكون الوقف على كلّ طبقه من الأولاد مترتبا على الطبقة السابقيه، و هذا لا يمكن إلّا بأن يكون إنشاءه مترتبا، و هذا يلزم تقييد لفظه الأولاد أيضا و حملها على الترتيب، فكما أنّ الإنشاء لا يعقل أن يتعلّق بالطبقات المتعاقبه على نسق واحد، فهكذا لفظ الأولاد قهرا يقيّد، و لا يمكن إرادته المجموع منه فحينئذ يصير المقام من قبيل دوران الأمر بين تقييد الهيئه

حتى يلزم تقييدان، أو المادّة فقط حتى لا يكون إلّا تقييدها، و من المعلوم؛ أنّ الثّاني مقدّم، فكذلك هنا يتعيّن الأوّل المستلزم للتشريك كما عرفت.

و أمّا ثانيا: فلأنّه لا إشكال في أنّ لازم الترتيب إرادته إنشائيات متعدّده على نحو الإجمال من «وقفت» بحيث يكون بالنسبه إلى الطبقة الاولى الموجودين [حال] الإنشاء منجزا، و بالنسبه إلى الطبقات اللاحقه معلّقا، كلّ طبقه على انقراض الاخرى، غاية أنّ هذا التعليق لمّا كان متعيّنا لا يضرّ، و قد تقدّم شرح ذلك.

و أمّا التشريك؛ فليس لازمه إلّا الإنشاء و التمليك، الواحد بالنسبه إلى جميع الطبقات، لأجل أنّ المفروض عدم اعتبار الترتيب بين الموقوف عليهم، بل يكون حينئذ كلّما يوجد من أشخاصهم ينسب الوقف و يتحقّق الموضوع للتملّك، فعلى هذا؛ يصير من باب دوران الأمر بين التنجيز و التعليق و لا ريب في أنّ الأوّل متعيّن.

هذا؛ بناء على التحقيق من كون الوقف من قبيل الملكيه و أنّه من الامور القارّه و المالك له يختلف و يتعدّد بالنسبه إلى اختلاف الزمان حسب اعتبار الواقف، كما اعتبر الشارع مثله في الإرث أو عدم كون الوقف تملিকা رأسا بل إيقاف.

و أمّا بناء على أنّ الوقف تمليك و الملكيه من الامور التدريجيّه و إن كان لا يلزم التعليق حينئذ حتى بالنسبه إلى الطبقات اللاحقه، بل يكون نظير المنافع التدريجيّه التي يتملّك كلّ أحد منفعه زمان، و يمكن تمليكها بإنشاء واحد يتجرى إلى الطبقات اللاحقه، إلّا أنّه تقدّم فساد هذا المبني، و الله العالم.

شروط الوقف

اشاره

المبحث الخامس: فى شروط الوقف:

الأول: التأيد و هو بمعنيين: أحدهما التأيد باعتبار دوام العين بأن لا- يؤقته ما دام العين باقيه، بل يطلق على طبيعتها، و الآخر باعتبار الموقوف عليه بأن لا يقيد الوقف على طبقه إذا انقرضوا لم يعلم حال الوقف بعده.

و بعباره اخرى: عدم اختصاص الوقف بالطبقه التى تنقرض، و هذا يقع الكلام فيه فى الفرع الآتى، و الكلام الآن فى القسم الأول و له صور:

فتاره؛ يعبر بلفظ الوقف و يؤقته قصدا و إنشاء، و اخرى يؤقته لفظا لا قصدا، و ثالثه: بالعكس، و رابعه: يعبر بلفظ الحبس و يقصد به الوقف و لا يؤقت، و خامسه: يؤقت، و سادسه: يعبر بلفظ الحبس و لا يؤقت.

أما الصورة الاولى؛ فيمكن أن يقال: قدر المتيقن من معاهد الإجماعات بطلانه كما يقول: وقفت الدار الفلانيه إلى خمسين سنه، بحيث يقصد فى عالم إنشائه و قصده أيضا هذا المعنى، فإنّ المستظهر من الكلمات كافه بحيث لم يكن خلاف أصلا، أو كان و لا يعتدّ به، أنّ فى هذه الصورة لا يقع وقفا و لا حبسا، حيث أنّ المفروض عدم قصده إلّا الوقف الذى لمضادته ذاتا مع التوقيت لا يقع، و أما الحبس فما قصده رأسا.

ثمّ إنّ الذى يستفاد من الإجماع فى هذه الصورة مضاده حقيقه الوقف للتوقيت، و أما الصورة النافيه فقد يتبادر فى النظر صحتها من جهه عدم دخولها فى معقد الإجماع المزبور، حيث إنّ المتيقن منه ما تكون الامور الثلاثه مجتمعه،

و المفروض هنا فقد القصد الذى هو أهمها، وإنما عبّر بالتوقيت من جهة غفله أو خطأ و نحوهما، فغايته أنه يصير هذا القيد لغوا لا يؤثر شيئاً.

و لكنّ التحقيق بطلانها أيضاً من جهة دخولها فى كبرى إجماع آخر، و هو أنه لا بدّ و أن يكون العقد بألفاظ صريحه بحيث يعلم المخاطب بما خوطب به، و معلوم؛ أنّ لفظ الصريح فى باب الوقف هو أن لا يكون مقيداً بالزمان، فلو اقرن به يوجب ذلك قلب ظهور اللفظ فلم يعلم المخاطب بم خوطب من جهة المعنى المراد من الإنشاء، فلو لم تتم هذه الجهة فالإنصاف أنه لا- إطلاق للإجماع المزبور حتى يشمل هذه الصورة.

و أما الصورة الثالثة: فالظاهر فيها الفساد أيضاً، نظراً إلى أنّ المفروض عدم قصد الوقف إلّا مؤقتاً و هو يصاد ذات الوقف، فحينئذ لو حملناه على الصحّة من جهة الإطلاق لفظاً، مع أنّ العقد تابع للقصد فيكون من باب ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

نعم؛ لا- يبعد أن تكون هذه المسألة من قبيل ما هو المتسالم عندهم ظاهراً فى باب النكاح، من أنه لو نسي الأجل ينقلب دائماً، بحيث لو قلنا أنها تتم على القاعده و ليست تعبدياً محضاً، فيمكن أن يقول به هنا، و نحن قد بنينا فى تلك المسألة على القاعده نظراً إلى أنّ النكاح الدائم و المنقطع ليسا حقيقتين متباينتين، بل الجامع بينهما حقيقه واحده و هى العلقه الزوجيه، فلو اقترنت بالأجل يتحقّق فرد منه و هو المنقطع، و إلّا فعلى مقتضى طبعها باقيه، حيث أنّ الزوجيه من قبيل الملكيه التى مقتضى طبعها البقاء، بحيث لا يزول إلّا بقسر القاسر كالحجر الموضوع على الأرض، و ليست قوامها بالقصد حتى لو لم يقصد

الدوام فلا- توجد، فحينئذ القدر المتيقن من الأدله التي ثبت، هو كون الإنشاء اللفظي قابلا لأن يمنع عن تأثير ملك العلقه على مقتضى ذاتها و نشك في أنّ القصد قابل لأن يمنع عنها أم لا، فالأصل عدمه.

فعلى هذا الأساس؛ بعونه تعالى قد أتممنا تلك المسأله و حققنا أنه ليس مبناها الإجماع التعديدي فهنا أيضا نقول بمثله من جهه أنّ طبع الوقف يقتضى الدوام، بحيث يكفي في تحقّقه- كالنكاح- القصد لأصل حقيقته، و نشك في أنّ قصد التوقيت يمنع عن تحقّقها، فمقتضى الأصل الحكم بعدمه.

و أما الإجماع المزبور فقد عرفت أنّ المتيقن منه هو ما لو كان الزمان داخلا في حيز الإنشاء لفظا، فحينئذ ليس شيئا ظاهرا يقتضى بطلان هذه الصوره.

هذا، و لكنّه لا- خفاء في الفرق بين المقام و باب النكاح من جهه أنّ فيه ثبت اتّحاد نوعين منه، و أنّ حقيقتهما فارده و لا يميّز بينهما إلّا بالحدّ كالخطّ القصير و الطويل، بخلاف مسأله الوقف حيث لم يثبت له إلّا نوع واحد و هو المؤبد، و أمّا الجامع بينه و المؤقت فلم نحرزه، بل أحرزنا خلافه، و أنّ المؤقت منه باطل، فحينئذ لا يبقى المجال لمقايسه ما نحن فيه بمسأله النكاح، لأنّ المفروض أنّه لم يقصد إلّا الباطل منه، الغير القابل للانطباق على حقيقته، فالحق في هذه الصوره ما عليه المشهور.

نعم؛ هل يمكن الإلزام بوقوعه حسبا في هذه الصوره أو السابقه بعد بطلان احتمال وقوعها وقفا أم لا؟ قد يحتمل ذلك نظرا إلى أنّ الوقف قوام حقيقته بأمرين؛ الإخراج و التحييس، فليس أمرا بسيطا محضا، فإذا بنى على عدم تحقّق جهه إخراجها لفقد شرطه فلا مانع للحكم بتحقيق الجهه الاخرى و هو

التحبيس، نظير ما يقال في الأمر: أنّ بنسخ مرتبه خاصّه من الطلب لا يرتفع جميع مراتبه.

هذا؛ و لكنّته مبني على إحراز تعدّد المطلوب في تلك الموارد و هو في غايه الإشكال كما لا يخفى، و يتمسّك لذلك بصحيحى ابن مهزيار (١) و ابن الصّفّار (٢)، مع أنّه لا دلالة لهما على ما ادّعى أصلاً.

أمّا الأوّل؛ قلت: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السّلام أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه، و كلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السّلام فكتب عليه السّلام: «هكذا هو عندى» (٣).

فهو مجمل لا- دلالة له، و إنّما يشرحه الصحيح الآخر، مع أنّه لو كان المراد التمسك بجزء الأوّل منه بحمل المؤقت فيه على المؤقت بالمعنى المزبور، فما معنى الجزء الأخير منه؟ و عليه لا محيص عن حمل غير المؤقت فيه على المؤيد، و قد حكم الإمام عليه السّلام بطلانه و هو فاسد، بل لا سبيل إلى هذا المعنى بالضرورة.

فحينئذ؛ لا بدّ أن يرجع في تفسيره إلى الصحيح الآخر، و هو عن [ابن] الصّفّار.

قال: كتبت إلى أبى محمّد عليه السّلام أسأله عن الوقف الذى يصحّ كيف هو؟ فقد روى أنّ الوقف إذا كان غير مؤقت فهو باطل مردود على الورثه، و إذا كان مؤقتاً

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٩٢ الحديث ٢٤٤١٤.

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٩٢ الحديث ٢٤٤١٥.

٣- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٩٢ الحديث ٢٤٤١٤.

فهو صحيح ممضى، و قال قوم: أنّ المؤقت هو الذى يذكر فيه أنّه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، قال: و قال آخرون: هو مؤقت إذا ذكر أنّه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذى هو غير مؤقت أن يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا فما الذى يصحّ من ذلك؟ و ما الذى يبطل؟

فوقع عليه السلام «الوقف بحسب ما يوقفها أهلها، إن شاء الله» (١).

مع أنك ترى لا- مساس لهذه الرواية و لا- تعرّض فيها للمؤقت بمعنى توقيت الوقف زمانا كما هو محلّ البحث، هل هو بمعنى آخر الذى يثمر فى المسألة الآتية التى هى معركة آراء، فمنها أيضا؛ يظهر المراد من الصحيح الأوّل الذى لا ربط له بما نحن فيه كما سمعت فتأمل! و استقم! و الله العالم.

و أمّا الصورة الرابعة: فهو مبنى على مسأله اعتبار الصراحة فى ألفاظ العقود فى نفسها لا بالقرائن، فإن قلنا أنّها تصير صريحه فى الوقف فيقع العقد وقفا، و إلّا فلا، و من غير هذه الجهه لا إشكال فيها كما لا يخفى.

و أمّا [الصورة] الخامسة: فباطله لأنّه مضافا إلى جريان المانع المزبور فيه قد عرفت أنّه فى حدّ نفسه ليس قابلا لأن يقع وقفا إجماعا و لا حبسا، لكون المفروض إرادته معنى الوقف المباين معه و لا جامع لهما.

و أمّا [الصورة] السادسة: فأیضا باطله كما يظهر من السابقه، نعم لو أراد معنى الحبس فيها لا الوقف يمكن البناء على صحّته حبسا إن لم يعتبر التوقيت فى حقيقته، فتأمل جيدا! و الله الهادى.

الثانى من شرائط الوقف؛ عدم التعليق؛ و هذا شرط معتبر فى مطلق العقود، و لكن ليس وجهه عدم إمكانه عقلا كما تقدم منّا بطلان توهمه، لعدم كون أسباب العقود مؤثرات خارجيه، بل هى امور اعتباريه تأثيرها تابع لكيفيه اعتبارها، و إنّما الدليل عليه الإجماع كما اعترف شيخنا قدس سرّه به (١).

ثمّ إنّ التعليق على أقسام ثلاثه: أحدها: ما لو كان المعلق عليه أمرا محقق الوقوع.

ثانيها: ما كان مقطوعا عدم تحقّقه فعلا و إن كان يحتمل وقوعه بعد.

ثالثها: ما كان مشكوك الوقوع.

أمّا القسم الأوّل: فالظاهر أنّه لا إشكال فى خروجه عن معقد الإجماع كما أنّه لا إشكال فى دخول الثانى أى ما كان عدم تحقّقه فعلا مقطوعا به، فإنّه القدر المتيقّن من مقصد الإجماع.

و إنّما الكلام فى القسم الأخير و التعليق على الأمر المشكوك على صور، فقد يعلّق نفس الإنشاء، بأن يكون المعلق على مجىء الحاجّ مثلا- الإراده، بحيث صارت هى منوطه، و قد يعلّق المنشأ بأن تكون الإراده مطلقا كما فى تعليق الوقف على مجيئهم، فيفرض أن يكون إنشاء الوقف فعليّا، و إنّما علق ظرف تحقّقه على الشرط، و قد لا يكون أحد الأمرين بل يجعل المعلق عليه داعيا على عمله، و هذا نظيره فى مسأله قصد المسافه قد تصوّرناه.

فتاره؛ يجعل قصد سفره معلقا على سفر زيد، و اخرى يجعله داعيا و علّه لسفر نفسه.

فالقدر المتيقن من هذه الصور؛ أنّ القسم الأوّل منها داخل في معقد الإجماع و ملحق بالقسم الأوّل، و أما الثانى؛ فلم يظهر إلحاقه به، حيث إنّه بمحض تعليق المنشأ مع عدم إناطه الإنشاء أصلا لا مجال لدعوى انعقاد الإجماع على بطلان العقد حينئذ، إلّا أن يقال: لمّا كان نظر المجمعين إلى المسألة عدم إمكان التفكيك بين الأثر و المؤثر فيشمل كلامهم لهذه الصورة.

و لكن يمكن الدعوى بخروج الصورة الاولى عن كلامهم لعدم جريان الشبهه المذكوره فيها، فتحقق الجزاء و العقد بالنسبه إليها يتوقف على ثبوت وجود الواقعي للمعلّق، فإن انكشف وقوعه فيكشف عن وقوع العقد و إلّا فلا.

و أمّا الصورة الثالثه: فمعلوم أنّه لا محذور فيه أصلا فتصحّ بلا إشكال إذ المفروض عدم تعليق فى البين، و لذا بنينا فى مسأله المسافر أنّه إذا كان قصده كذلك يجرى عليه حكم السفر من أوّل الأمر، هذا مجمل الكلام فى المقام و التفصيل يطلب من محله.

فرع:

فى «الشرائع»: لو جعله - الوقف - لمن ينقرض غالبا .. إلى آخره (١).

لا- يخفى؛ أنّه وقع هنا تقديم و تأخير فى عبارته المحقق قدّس سرّه، و كيف كان هذه هى المسأله المعروفه و هى الوقف المنقرض الآخر، و الإشكال فيها من جهتين:

إحداهما؛ فى وقوعه وفقا مؤقتا أو حبا، أو بطلانه رأسا.

و الاخرى - بناء على الصحّح بأحد الوجهين - فما يعامل به بعد انقراض الموقوف عليه.

أمّا الكلام من الجبهه الاولى: فالذى يمكن أن يستظهر من كلماتهم من حيث المجموع، عدم اعتبار الدوام فى حقيقه الوقف من هذه الجبهه، بل هى الجامع بين القصير و الطويل على ما استظهره صاحب «الجواهر» قدّس سرّه من عبارات القوم أنّه يقع وقفا فى حكم الحبس، و الابتناء على الوجه الثانى من وقوعه حبسا كما يظهر من بعضهم (١)، فحينئذ؛ الحكم بذلك- مع أنّ المفروض ظهور الصيغه فى إرادته معنى الوقف- مبنى على أحد الأمرين:

الأول: على ما ذكرنا سابقا و احتملناه فى القسم الأوّل من الوقت بحمله على الحبس و لو أراد المالك الوقف من جهه الاستظهار و تعدّد المطلوب و الأخذ ببعضه إذا لم يمكن الأخذ بتمام المفهوم.

الثانى: بأن يجعل ذلك- أى عدم ذكر بعض الطبقة- للموقوف عليه و جعل المصرف ممّا يتعرّض قرينته على إرادته الحبس من لفظ الوقف.

ثمّ إنّ حكمهم بالصحّه- مع أنّ لفظ العقد غير صريح- يجعل كاشفا عن عدم اعتباره فى الحبس و يخصّص الإجماع عليه لسائر العقود، أو يسلم شمول الإجماع له، و دخوله فى معقده، إلّا أنّه لَمّا بنوا على صيروره نفس اللفظ من جهه القرينته المذكوره صريحا، حيث إنّ مناطه ليس إلّا أن يعلم المخاطب بم خوطب؟ و هذان الوجهان مع ما فيهما من الإشكال أصل مبناهما فاسد، لكون الفرض خارجا عن محلّ النزاع، و هكذا الاحتمال الأوّل لما تقدّم أنّ استفادته تعدّد المطلوب فى غايه الإشكال، كما أنّ احتمال البطلان رأسا أيضا لا وجه له، فحينئذ يتعيّن القول بوقوعه وقفا، إلّا أنّ الذى يبغده أنّ المرتكز فى الأذهان فى

معنى الوقف هو الخروج الأبدى و قطع العلاقه عن الوقف رأسا.

و لكن، يمكن حمله على الغالب فى الأوقاف لا أن يكون المفهوم منحصرًا به مطلقًا.

ثم إنَّ ممَّا ذكرنا ظهر الأمر فى الجبهه الثانيه أيضا فى الجملة، و أنَّ احتمال الصرف فى وجوه البرّ بعد الانقراض - كما احتمله بعضهم (١) - لا وجه له أصلا إذ هو يتوقّف على الخروج المطلق عن الملك فينحصر الأمر بأحد الوجهين الآخرين.

و لكنّه يتولّد حينئذ إشكال آخر و هو أنّه قد عرفت فى مسأله ما لو بطل رسم الموقوف عليه، و قد أشرنا هناك أنّ لها جهه اشتراك مع هذه المسأله، أنّ بناء المشهور فيها هو صرف الوقف بعد الانقراض فى وجوه البرّ مطلقًا، سواء كان الموقوف عليه ممّا هو القابل للبقاء، أو من المنقرض عاده فيطالب الفرق بين المقامين.

و يمكن أن يكون الوجه فيه؛ أنّ فى تلك المسأله لما كان من ذكر المصرف الدائمى؛ يستكشف [منه] إرادته الواقف الإخراج بقول مطلق، فحينئذ؛ أمّا بناء على أنّ فى الأوقاف العامه تملك المسلمين الوقف، فالأمر واضح، حيث إنّه يحكم بتمليكهم إلى الأبد، و بناء على كونها إيقافا - كما هو التحقيق - فيكون المصرف المذكور قرينه على الإيقاف الأبدى، لا فى بعض الأزمان، فلذلك استقرّ رأى المشهور هناك على ما ذكر، بخلافه هنا.

و لكن لا يخفى أنّ ذلك لا يتمّ مطلقا بل لا بدّ من التفصيل بين ما كان المصرف ممّا لا ينقرض غالبا، و ما لا يكون كذلك، مع أنّ فى الفرق مطلقا يمكن

المناقشه فى أن ذكر المصرف القابل للبقاء أيضا لا يصير كاشفا على الإخراج المطلق لمكان تقييد الإنشاء و إرادته الوقف واقعا بالمصرف المعهود، فحينئذ و لو اتفق بطلان رسمه، مع ذلك لا مجال لاستظهار الإراده المطلقه، فلا بدّ بعده من صرفه فى وجوه البرّ أو الأقرب إلى غرض الواقف، فعلى هذا يتعين الوجه الأوّل فى دفع الإشكال على مسلك «الجواهر» من كون الوقف العام تمليكا للمسلمين، و الملكيه لما كانت أمرا قازا لا تدريجيا؛ فإذا تحققت تبقى على طبعها إلى الأبد (١) و الله العالم، هذا تمام الكلام فى الجبهه الاولى.

و أمّا الجبهه الثانيه فقد عرفت فى طىّ البحث أن احتمال صرف الوقف فى المقام بعد الانقراض فى وجوه البرّ لا مجال له، إذ المفروض بطلان الوقف حينئذ، و إنّما الأمر يدور بين رجوعه إلى ورثه الواقف حينئذ أو الموقوف عليه، و الأوّل منهما مبنى على أن تكون الملكيه أمرا تدريجيا نظير المنافع، بحيث كان إضافه كلّ قطعه من هذه الامور التدريجيه إلى طبقه تتوقف على اعتبارها، فحينئذ لما كان المفروض عدم اعتبارها إلّا بطبقه واحده، أو أزيد فلا وجه لانتقال الملك إلى ورثتهم، بل لا بدّ من أن يرجع إلى ورثه الواقف لما يقتضيه طبع الملك بعد انقضاء طرف الاعتبار.

و أمّا على ما هو التحقيق؛ من كون الملكيه من الامور القازه بحيث إذا اعتبرت بإحداث العلقه بين شخص و شىء، فهى ثابتة على مقتضى طبعها بلا- احتياج إلى مئونه زائده فلا- محيص عن الالتزام بالوجه الثانى، حيث إنّ العلقه قد حصلت بين طبقه الاولى و العين باعتبار الواقف، فمقتضاها بقاؤها و عدم

خروجها إلّا بسبب، فالمفروض حينئذ إذا مات فيدخل في عموم ما تركه الميّت فهو لوارثه لوجود المقتضى و عدم المانع، أمّا الأوّل فقد يثبت بهذا البيان، و أمّا الثاني فلا لأنّ المانع لانتقاله إليهم لم يكن إلّا حياه المورث التي زالت، هكذا أفاد دام ظلّه، و لكن لا يخفى انصراف أدلّه الإرث عن مثل هذا الملك.

ثمّ إنّ هذا كلّه؛ كان البحث في المسألة على ما تقتضيها القواعد الأصليّة في كلا المقامين، و فيها روايتان قد أشرنا إليهما سابقا و نقلناهما بعينهما:

أمّا الاولى منهما: فلمّا كانت مجمله فلا يمكن أن يستفاد منها شىء، بل هي التي أشير إليها في جزء الأوّل من الثانيه بقوله: (روى) (١) إلى آخره، فعلى هذا لا بدّ من البحث في الروايه الثانيه.

فنقول: إنّ الاحتمالات فيها أنّه إمّا أن يكون للجزء الثاني منها مفهوم بأن يكون غير المؤقت مطلقا داخلا فيه، سواء كان غير مؤقت رأسا بأن لم يذكر المصرف أصلا، أو ذكر و لكن كان من المنقوض، بأن لم يذكر المصرف له إلى أن يرث الله فيكون القسم الثاني من غير المؤقت داخلا في مفهوم الأوّل، أو لم يكن له المفهوم، فعلى الأوّل يدخل القسم الثاني من غير المؤقت فيما هو الباطل المردود فحينئذ باطل من أصله أو من حين الانقراض يحتمل كلاهما.

و أمّا ترجيح الثاني: نظرا إلى ما ذكره في «الجواهر» قدّس سرّه من قوله عليه السّلام:

«مردود على الورثه» (٢) فلا وجه له حيث إنّه لا ريب في دخول الغير المؤقت بقول مطلق فيما يكون باطلا، و هو باطل من الأوّل، و حينئذ الجمود على ظاهر

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٩٢ الحديث ٢٤٤١٤.

٢- جواهر الكلام: ٥٧ / ٢٨، وسائل الشيعه: ١٩ / ١٩٢ الحديث ٢٤٤١٥.

قوله: (باطل مردود على الورثة) غير ممكن، فلا محيص عن حمله على البطلان بحيث لا ينافى هذه الصورة بأن يكون المراد من البطلان أعم من الحالتين.

و في القسم الأخير؛ لكون الصحه و البطلان بعد موت الواقف صار محلًا للابتلاء، فكذلك قال عليه السلام فيه: «إنه يرد على الورثة»، فالمراد بالرد ليس الرد الملكي حتى ينافى الصورة المذكوره، فحينئذ تخرج الروايه من الجهه التي ذكرها في «الجواهر» عن قابليته استفاده حكم صورته المنقرضه الاخرى عنها من البطلان رأسا أو من حين الانقراض.

و لكن يمكن استفادته من الجهه الاخرى و هي أنه بناء على إرجاع الروايه الاولى إلى الثانيه، فلما كان فيها قوله عليه السلام: «جهل مجهول» (١) ذكر تعليلا لبطلان غير المؤقت، بحيث يدور الحكم مداره، فبالنسبه إلى ما كان غير مؤقت فصدق هذا الوصف عليه باطل من أصله، و بالنسبه إلى المنقرض الآخر باطل من حينه لصدقه عليه حينئذ كما هو واضح.

و أما على الثاني: بأن لا تكون للجزء الثاني، مع أنه خلاف الظاهر، فأیضا لا يفرق الحال حيث إنه حينئذ و إن كان كلا القسمين من المؤقت المحكوم بالصحه ببركه جواب الإمام عليه السلام، و لكنّه في الشق الأخير لمّا كان ينطبق عليه التعليل المزبور من حين انقراض الطبقة الاولى فتصير النتيجة مثل ما تقدّم، فعلى كلّ تقدير مفاد الروايه تنطبق على القاعده أيضا فتأمل!

فرع آخر:

لو وقف على زيد ثم على عبيده، ثم على الفقراء فهل يصح الوقف مطلقا؟

أى من غير جهة الوسط، فإنّ الظاهر أنّه لا إشكال عندهم فى بطلانه بالنسبه إلى الوسط لعدم قابليته العبد للتملك، و لكننا قد قوينا سابقا صحته، أو يبطل مطلقا أو يفصل بين الأول و الآخر.

و الثانى مبنى على استفاده وحده المطلوب من الوقف بحيث كانت الطبقات الثلاث مرتبطه عند الواقف فى إنشائه، و حينئذ فلما كان يبطل بالنسبه إلى الوسط يقينا فيلزم بطلانه رأسا، و لكن لما كان هذا خلاف الظاهر فهذا الاحتمال لا وجه له، و هكذا التفصيل فهو أيضا لا يتم، إذ بعد استظهار تعدد المطلوب و عدم توقّف صحّه اللاحق على السابق فلا وجه لبطلانه بالنسبه إلى الآخر، حيث إنّ المفروض اجتماع شرائط الوقف فى هذه الجهه، فالأقوى صحّه الوقف بالنسبه إلى الطرفين و إن كان باطلا من حيث الوسط.

أقول: الإشكال فى أنّ التفكيك كيف يعقل فى عقد واحد بأنّ يؤثّر فى الأول و الآخر دون الوسط؟ و إن أجاب عن ذلك - دام ظله - بأنّ عدم تأثيره فى الوسط من جهه المانع، فهذا مرجعه إلى التعليق فى العقد أى فى المنشأ و إلّا فالإنشاء تامّ محقق فتأمل!

ثمّ إنّه: إذا بطل بالنسبه إلى الوسط فحينئذ؛ هل ينتقل الوقف فى هذه القطعه من الزمان إلى الواقف، أو إلى ورثه الموقوف عليه الأول، أو إلى الطبقة الأخيره، أو يصرف فى وجوه البرّ، أو الأقرب إلى غرض الواقف؟ وجوه:

أمّا الآخر فلا وجه له لما تقدّم، و هكذا سابقه، إذ الواقف اعتبر الطبقة الأخيره بعد الوسط، فيدور الأمر بين الأولين.

أمّا رجوعه إلى الواقف فيتوقّف على إحراز وحده المطلوب من طرفه من

جهه اخرى، و هي أنّه إذا بطل الوقف بالنسبه إلى الوسط فلا وقف و لا إخراج في زمانه، و لمّا كان إحراز ذلك مشكلا فيتعيّن الوجه الثاني لما ذكرنا سابقا من أنّ لازم الملكيه أن تكون أمرا قارًا، فإذا عدت لكلّ أحد، فتنقل بعده إلى ورثته، بقي هنا فروع لم نتعرّضها لوضوحها، و الله العالم و هو وليّ التأييد.

الوقف على النفس

اشاره

المبحث السادس: في الوقف على النفس و ما يستتبعه، نذكره في طيّ امور:

الأول: لا يخفى أنّ في الوقف على النفس جهات من الشبهه مصداقا و حكما،

أمّا الجبهه الاولى لا- إشكال أنّه إذا وقف على عنوان كلّى كالعلماء و نحوه، و انطبق على نفسه لا- يعدّ ذلك من الوقف على النفس، لعدم صدقه عليه و انصراف الأدلّه الدالّه على بطلانه من الإجماع و غيره عنه، و إنّما المصداق الواضح منه أن يقول: وقفت على نفسي.

ثمّ إنّه: ينبغي أولا- البحث في ذلك من حيث مقتضى القاعده فنقول بعونه تعالى: أمّا بناء على أن يكون الوقف هو التملك- كما هو المشهور خصوصا في الأوقاف الخاصّه- فحيث إنّ ما أن يبني على أنّ الملكيه حقيقه واحده و إنّما يثبت بالوقف و ما ثبت للواقف من حيث أصله بالإرث أو غيره لا اختلاف بينهما ذاتا، و إنّما الاختلاف من حيث اللوازم و الحدود.

و بعبارة اخرى: أنّها حقيقه بقوله بالتشكيك أولا، بل هي حقائق متباينه و أن الذي سببه الإرث أو التسرى غير الذي سببه الوقف، فعلى الثاني: لا إشكال

فى أنّ مقتضى القاعده صحّه الوقف على النفس إذ لا- يلزم تحصيل حاصل و غيره، حيث أنّ المفروض زوال الملكيه الأوليه الثابته للواقف بالوقف، و حدوث ملكيه اخرى متباينه معها، بحيث ليس له بعد أن يهبه أو يبيعه، مع أنه كان له ذلك قبلا.

و لكن لا- ريب فى بطلان هذا الاحتمال، ضروره؛ أنّ الملكيه ليست إلّا أمرا عرفيا اعتباريا، و هى عباره عن العلقه إلى صله بين الشخص و المملوك لا اختلاف فى حقيقتها.

فعلى هذا ينحصر بالأول و عليه إن قلنا بأنّ الملكيه الحاصله بالوقف ليست ذاتها تحدث به بل تحصيل حدّها به، فعليه يصحّ الوقف إذ لا يلزم المحذور، لأنّ المفروض أنّ الملكيه الأصلية للواقف شخص، و الذى تحصل بالوقف شخص آخر.

و لكن لِمَا كان هذا الاحتمال بعيدا لأنّ أسباب الملكيه تتعلق بذاتها لا بحدودها. فالحقّ: أنه بناء على أن يكون مفاد الوقف التملك، بطلانه مطلقا.

و أمّا بناء على أنّ حقيقه الوقف هو الإيقاف- كما هو التحقيق- لا كلام فيه من حيث أصل العين، و الإشكال من حيث المنافع.

و لكن لا ريب فى أنّها ليست مملوكه بالذات بل مملوكيتها تابعه للعين، و لذلك يمكن الدعوى بأنّه من جهتها أيضا لا محذور، لأنّ تملك المالك لها الذى كان أولا، قد زال بزوال العين، و خروجها عن الملك بالوقف المفروض صحته، و إنّما تملكه الآن تملك جديد سببه الوقف، غايته أنه بقاء مستند إليه لا حدوثا، و ليس معنى تبدل الملك إلّا الخلع و اللبس و لو بقاء، و لا يمكن أن يقال بمثله

بالنسبة إلى نفس العين حتى يقال بصحة الوقف و لو بناء على الملكيه، لأنه بالنسبة إليها مقتضى البقاء موجود و هو الملكيه الحادته بسببها الأصلي، و هذا بخلاف المنافع، لزوال مقتضيتها بسبب إيقاف العين المخرج عن الملك، فتصير قابله لتأثير سبب آخر فيها، و لكن لما لم يتخلل العدم بين تملكها القديم و الجديد فالسبب الجديد لا يؤثر فيها إلا بقاء.

ثم إن مع الغض عن ذلك و تسليم عدم صحه اعتبار تملك المنافع لهذه الشبهه أو غيرها؛ فنقول: قد تقدم في مسأله الوقف على العبد و الحربى، أنه مع وجود المانع لتملك العين ينصرف الوقف إلى المنافع، و مع المانع لها ينصرف إلى الصرف، حيث إن المانع يؤثر بمقدار ما له الأثر، فهكذا فى ما نحن فيه، فإذا كان المفروض صحه الوقف بالنسبه إلى نفس العين، فبالنسبه إلى المنافع إذا لم يمكن أن يتملكها الموقوف عليه فقها يصير مصرفا له، و يصير حاله حال المسجد أو القنطره.

هذا كله؛ على مقتضى القاعده، و قد اتضح أنه على مسلك التحقيق فى باب الوقف لا مانع عنه، بل يمكن تصحيحه على كل حال.

و لكن الذى يظهر من إطلاق كلمات الأصحاب و معاهد الإجماعات بطلانه مطلقا، حيث إنه مع اختلافهم فى المبنى تملिका أو إيقافا أطلقوا الحكم ببطلان الوقف على النفس و لم يفصل أحد، و الله العالم.

الأمر الثانى: أنه إذا اعتبر الواقف انتفاعه من الوقف و ما يستتبعه، فهل يصح ذلك أم لا؟

و هنا صور، فتاره؛ يشترط ذلك فى متن العقد على نحو الاستفتاء، كما لو

اشترط أن يؤتى مقدارا من منافعه إلى مصرف الزكاه أو الخمس الذى عليه، و كان نظره إلى إخراج هذا المقدار عن أصل الوقف، و يكون بالنسبه إليه مسلوب المنفعه، هذا لا إشكال فيه و لا مانع عنه، لعدم شمول معاهد الإجماعات له أصلا.

و اخرى: يشترط ذلك على الموقوف عليه، و هذا يكون على قسمين: فقد يشترط عليهم ببذل المقدار المعين من مال أنفسهم إلى ما يعينه من المصرف، و قد يشترط ذلك عليهم من منافع الوقف، و الظاهر، أنه لا إشكال فى هذه الصورة أيضا، و أنها تصح بكلا شقيها، و ذلك لأنه على كل شقيه إزام خارجى لا ربط له بمنافع الوقف، و ليس مصداقا لما هو محلّ البحث.

و إنّما الإشكال؛ فيما لو أطلق و عين لنفسه مصارف من الوقف كأداء ديونه الإلهيه أو الخلقية، فالظاهر أنّ المنصرف إليه من مثل هذه العبارة اعتبار الوجوه المذكوره مصرفا فيصير مصداقا للوقف على النفس، فإن بنى على شمول إطلاق معاهد الإجماعات للصورة الاولى أى الوقف على النفس، و لو على نحو المصرف، فهذه الصورة أيضا تبطل، إذ مرجع ذلك إليه.

و الالتزام بالفرق بين أن يقول: وقفت على نفسى، و العبارة المذكوره كما ترى، فهذه الصورة أيضا حكمها واضح، و تكون هنا بعض الصور الخفيه غير ما ذكر.

منها: أنه لو عين ظرف أداء الوجوه المذكوره بعد موته، فقد يتوهم خروجها عن محلّ النزاع أيضا، نظرا إلى أنّ بالموت لما يندم الشخص عرفا فيخرج عن كونه وقفا على النفس، و الفرق بينه و [بين] حال حياته أنّ بالنسبه إليه باعتبار اشتغال ذمته فعلا بالوجوه، و كانت تأديتها إفراغا لها، فيصير من

الوقف على النفس، و هذا بخلاف [ما] بعد الموت إذ لا ذمّه هناك بل هي زالت تبعاً لزوال الشخص، و حكم الشارع بوجوب الأداء حينئذ أيضاً تعيّد محض لا- ربط [له] ببقاء الذمّه، و لو بنينا و سلّمنا اعتبار بقائها أيضاً فإنّما هو تنزيل من جهه خاصّه لا يترتب عليه مطلق الآثار.

هذا غاية توجيه الفرق و أنت خير بفساده، أمّا أولاً فلعدم انعدام الشخص و بقائه بقاء نفسه الناطقه.

و ثانياً: أنّ حكم الشارع ليس من باب التنزيل حتّى يتمّ ما ذكر، و إنّما هو من باب اعتبار بقاء تلك الذمّه الثابته حال الحياه، بحيث يرى نفسها باقيه و لا يرى فرقاً بين الحاليتين.

فعلى هذا لا- يبقى مجال لما ذكر، إذ [هذا] يصير من مصاديق الكبرى السابقه و هي الوقف على النفس، لا أن يكون ممّا يرجع إليه منافعه و لو بوسائط.

و منها: ما لو اشترط أداء ديونه الإلهيه؛ و الظاهر أنّ ذلك أيضاً بحكم الصورة السابقه و بقيه الصور يظهر حكمها ممّا تقدّم.

الأمر الثالث؛

إشاره

قال في «الشرائع»: لو شرط عوده إليه عند حاجته صحّ الشرط و بطل الوقف .. إلى آخره (١).

قد حقّقنا سابقاً أنّه لا بأس بتحديد الوقف بحيث لا يرجع إلى التوقيت و أخذ الزمان قيماً، و هكذا يصحّ كلّ شرط لم يكن مرجعه إليه بل كان تحديداً للوقف أو الموقوف عليه، فحينئذ يصحّ هذا الشرط أيضاً، و الوقف على حاله لو

كان المراد به أحد الأمرين المساوق لأخذ عنوان في الوقف، لعموم أدلّه الشرط و خصوص الوقوف [تكون] على حسب ما يوقفها أهلها (١) و الله العالم.

فروع:

الأول: قال في «الشرائع»: و لو شرط إخراج من يريد بطل [الوقف] (٢)، و لو شرط إدخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز (٣).

قد يشكل الفرق بين الفرعين في بادئ النظر، و لكنّه هو التحقيق، و هذا يظهر بعد الإشاره إلى أمرين.

الأول: قد أشاروا إلى الفرق بين باب المعاملات و الأحكام في باب المفهوم من حيث كون إطلاق المعامله يقتضى انحصار الملك إلى من انتقل إليه، و عدم كونه بعد قابلا- للنقل إلى الآخر، و ذلك لعدم كون العين الشخصى قابله إلّا لتعلق سلطنه واحده مستقله بها، بخلاف الأحكام، فيمكن أن تجب الصلاه على زيد، و هكذا على عمرو بوجوب آخر، و كذلك إلى آخر أفراد المكلفين.

الثانى: لا إشكال أنّ الشروط كلياً إنّما تؤثر إذا لم يكن فى مقابلها مقتضى، فهى إنّما تشرع فى ظرف عدم الاقتضاء، و لذا بنينا فى محله فى «باب الشروط» إنّما يصح الشرط فى مقابل الأحكام الاقتضائيه، و إلّا فباطل.

إذا ظهر ذلك فنقول: إنّ فى الفرع الأول إذا كان المفروض أنّه وقف على عشره نفرات، و شرط أن يكون إخراج كلّ منهم عن الوقف بيده، فلمّا كان

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧٥ الحديث ٢٤٣٨٦.

٢- ما بين المعقوفتين أثبتناه من المصدر.

٣- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٧.

بمقتضى انطباق عنوان الوقف عليهم أولاً صيروره كلّ واحد منهم موقوفاً عليه، بحيث يكون الوقف بمقتضى عموم أدلّه اقتضائه بالنسبة إلى كلّ منهم تاماً، فحينئذ لا يبقى موقع لتأثير الشرط لما تقدّم من أنّه إنّما يصحّ إذا لم يكن في البين مؤثّر ومقتض في الرتبة السابقه عليه.

و أمّا في الفرع الثاني: فلأنّه لما كان انحصار الوقف إلى من عينه في متن العقد لا يتمّ إلّا إذا سكت المتكلّم و لم يأت في كلامه تقييد ينافيه، فحينئذ بمقتضى الأمر الأوّل يثبت الانحصار، و أمّا إذا أتى بما ينافيه كما يكون له ذلك إذ حجّيه كلامه بعد سكوته و عدم الإتيان بما ينافي ظهور كلامه متّصلاً أو منفصلاً، و إلّا فهو بمنزله الشارح له، و يصير مدلول المجموع هو الحجّيه، و المفروض أنّ فيما نحن فيه أتى متّصلاً بما يدفع اختصاص الوقف عن جعلهم في مصبّ العقد، فلذلك يثبت له الاختيار حسبما شرط بمقتضى عموم أدلّه الوقف و أنّه حسبما يوقفها أهلها (١)، و عموم الشرط (٢) فتأتمّل! فإنّ ما أفاده - دام ظلّه - في الفرع الثاني بعينه يجرى في الأوّل، فإنّ تماميّة العقد و اقتضاه بحيث يفيد التمليك للموقوف عليه أبداً يتوقّف على عدم اتّصال الشرط بالكلام، و إلّا فلا اقتضاء له كذلك و لا تقدّم في البين لا رتبه و لا غيرها.

الثاني؛ في «الشرائع»: لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيولد لم يجوز و بطل الوقف (٣).

١- انظر! وسائل الشيعه: ١٩ / ١٧٥ الحديث ٢٤٣٨٦.

٢- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٧.

٣- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٧.

[هذا] إذا كان مرجعه إلى الانتقال عن موقوف عليهم إلى من سيوجد، بحيث يكون الوقف بالنسبة إليهم تاماً أبدياً، أو إلى أن يكون هو بنفسه ناقلاً لأن كليهما خلاف مقتضى العقد، و الشرط لا يترتب عليه مثل هذا الأثر، لأنه ليس شرعاً كما هو واضح، و أمّا إذا كان المراد به تحديد أمد الوقف أو الموقوف عليه فيصحّ و لا مانع عنه لما مرّ مراراً أنّ ذلك ليس تحديداً يضرّ بالوقف فلا بأس به، و الله العالم.

الثالث: و فيه أيضاً قيل: إذا وقف على أولاده الأصغر جاز له أن يشرك معهم (١) .. إلى آخره.

لا يخفى؛ أنه عند إجراء الوقف، تاره: يجعل الوقف على أولاده الموجودين و يقيده بهم بلا أن يكون نظره إلى غيرهم.

و اخرى: يجعل موضوع الوقف عنوان الأولاد بلا تقييد بالموجودين.

فعلى الأول؛ لا يجوز له الاشتراك أصلاً إذ المفروض تخصيص الوقف بالحاضرين، فالتعدّي خلاف أدلّة الوقف و التبديل، و على الثاني ليس له عدم الاشتراك، بل يلزم ذلك و يزيد أسهام الوقف بازدياد الأولاد، كما هو [المستفاد من] عموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

فعلى كلّ تقدير؛ قول القيل هذا لا يتمّ و يخالف القواعد، فيمكن أن يكون نظر القائل عن الشيخ قدّس سرّه و من تبعه (٣) إلى بعض الأخبار الخاصّة في المقام (٤).

١- شرائع الإسلام: ٢١٧/٢.

٢- انظر! وسائل الشيعه: ١٩/١٧٥ الباب ٢ من أبواب وجوب العمل بشرط الواقف و عدم جواز تغييره.

٣- جواهر الكلام: ٨٠/٢٨.

٤- انظر! وسائل الشيعه: ١٩/١٨٣ الباب ٥ من أبواب الوقوف و الصدقات.

و لكن مجال المنع من حيث دلالتها أيضا واسع إذ هي جملة من الروايات التي أوردتها في «الجواهر» (١) و ليس فيها لفظ «الوقف» أولا، إلّا أن تحمل الصدقة عليه، و معه أيضا لا يتم الاستدلال لأنها بين مطلقات كخبر سهل الذي مفاده جواز الاشتراك مطلقا (٢)، و تقيّدات كذيل روايه ابن يقطين الذي مفاده أنّه مع إبائه الصدقة و إقباضها لا يجوز الاشتراك (٣)، فلا محيص عن حمل الأوّل على ما إذا لم يتمّ الوقف لعدم حصول القبض.

و أمّا روايه «قرب الإسناد» (٤) فهي لا- ربط لها بالمقام أصلا، بل مساقها مساق قوله: «أنت و مالك لأبيك» (٥) و أنّ للولي أن يتصرّف في منافع الوقف الذي مال الصغار كيف شاء، و الله العالم.

الفرع الزابع: في «الشرائع»: و لو وقف مسجدا صحّ الوقف و لو صلّى فيه واحد (٦) .. إلى آخره.

الكلام في القبض تقدّم في صدر الباب مفصّلا، و قد حقّقنا هناك أنّه لا دليل على اعتباره في الصحّح أو اللزوم إلّا الإجماع الذي لا إطلاق له، فكلمّا شكّ يؤخذ بالقدر المتيقّن، و لذلك اكتفينا بقبض المتولّى و الناظر للوقف، بل من يعينه الواقف له و بعض الأشخاص الموقوف عليهم، و قلنا: إنّ فرق بين مسأله القبول

١- جواهر الكلام: ٢٨ / ٨٠.

٢- وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٣ الحديث ٢٤٤٠١، جواهر الكلام: ٢٨ / ٨٠ - ٨١.

٣- وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٣ الحديث ٢٤٤٠٠.

٤- قرب الإسناد: ٢٨٥ الحديث ١١٢٦، و وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٤ الحديث ٢٤٤٠٤.

٥- سنن ابن ماجه: ٢ / ٧٦٩ الحديث ٢٢٩١ و ٢٢٩٢، مسند أحمد: ٢ / ١٧٩ و ٢٠٤ و ٢١٤.

٦- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٧.

و القبض، فلا يكتفى فى الأول بقبول بعضهم و لا الطبقة الاولى، بل يعتبر قبض الجميع بأنفسهم أو وليهم، و ذلك لأن مقتضى العقد الذى عبارته عن الإيجاب و القبول، المفروض انحلاله بعدد أشخاص المتعاقدين حتى يصحّ أوفوا بعقودكم هو ما ذكرنا.

و هذا بخلاف القبض، حيث إنه لا- يجرى فيه الاعتبار المتقدم بل هو حكم تعييدي قام الإجماع عليه فيؤخذ بالقدر المتيقن، فلذلك يتم ما أفاده المحقق قدس سره فى المقام، و أنه يكفى فى تحقق قبض المسجد إقامه صلاه واحده فيه، و هكذا فى المقبره بدفن واحد من الموقوف عليهم إذ هو القدر المتيقن من اعتبار القبض (١)، فلا يرد ما أورده فى «الجواهر» قدس سره (٢).

جريان المعاطاه فى الوقف

ثم قال المحقق قدس سره: و لو صرف الناس فى الصلاه فى المسجد أو فى الدفن و لم يتلفظ بصيغه الوقف لم يخرج عن ملكه (٣) إلى آخره.

ما ذكره قدس سره مبنى على عدم جريان المعاطاه فى الوقف، فعلى هذا ينبغى البحث فيها.

و لا يخفى أولاً أن الاحتمالات فى هذه العبارة خمس:

الأول: أن لا يقصد بأمره و إجازته للناس للصلاه فى المسجد الذى بناه

١- شرائع الإسلام: ٢/ ٢١٧-٢١٨.

٢- جواهر الكلام: ٢٨ / ٨٥.

٣- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٨.

سوى إقامه الصلاه فيها بلا نظر إلى حيث الوقف بأمره أو فعل المجاز أو غيره أصلا، فلا إشكال في أنه لا يحصل الوقف حينئذ و لا أظن أن يتوهمه أحد.

الثانى: أن يقصد بإيجاد الطرف الفعل فى الخارج الوقف، و وقوعه إما بأن يجعله عن نفسه نائبا بحيث هو يقصد بذلك الفعل الوقف أو هو بنفسه يقصد، و لكن يستند فعله إلى نفسه، فهذه الصوره بكلا شقيها تكون من مصاديق المعاطاه، حيث إنه بالفعل يقصد تحقّق المعامله الخاصّه و هو الوقف.

فنعول: إنّ فى باب المعاطاه مسلكين:

أحدهما: ما يظهر من كلمات شيخنا قدّس سرّه إنّ صحّحه المعاطاه على مقتضى القاعده و إنّها مشموله لأدله العقود، حيث إنّها ليست إلّا عباره عن العهود و البناء، و أنّها أعمّ من أن يكون الدالّ عليها فعلا و عملا أو قولا و لفظا، فحينئذ مقتضى القاعده فى المعاملات التى تحصل بالفعل مثل ما تحصل بالقول هو اللزوم، و إنّما خرج عنها فى العقود الفعلية بالسيره، حيث إنّها قامت [على] كون العقد المعاطاتى جائزا فخصّصت بها أدله العقود، و لذلك يكتفى بالقدر المتيقّن منها فى موارد الشكّ و فى الزائد عليه، الأصل اللزوم.

ثانيهما: هو اختصاص أدله العقود بالعقود اللفظيه، و البناء على أنّ المعاطاه خلاف الأصل، و أنّ مشروعيتها ببركه السيره، و على هذا تصير المعاطاه عكس الأوّل بمعنى أنّه لا يلتزم بها إلّا بمقدار دلّ الدليل عليه، و أمّا فى ما شكّ فيه؛ فالأصل عدم مشروعيتها.

إذا تبين ذلك؛ فنقول: التحقيق جريان المعاطاه فى الوقف على كلا المسلكين.

أما على الأول فواضح، وكذلك على الثانى، لما نرى بالوجدان من قيام السيره على الاكتفاء بالمعاطاه فى الوقف، كما فى حصر المساجد و الفراش للمشاهد المشرفه و غيرها من السراج و القناديل و نحوها، و هكذا فى وقف الطرق و الشوارع و الخانات، بل و المساجد، حيث إنّه لم يعهد إلى الآن أن يكون الناس ملتزمين بإجراء العقد اللفظى فى مثل هذه الامور، بل يكتفون بإيجادهم الخارجى لها و إحداثها بلا مثونه اخرى قديما و حديثا، إلّا أن يقال: إنّها من باب الوقف بالسرايه و أنّ إجراء العقد فى أصل الموقوفه يكفى فى توابعها، و لو لم تكن محدثه.

و لكنّا بعد تسليمه إنّما يتمّ بالنسبه إلى التوابع كحصر المسجد و نحوها، و أمّا فى الامور (١) الاستقلاليه و الابتدائيه كالقناطر و نحوها ممّا مثلنا، فلا يتمّ كما هو واضح، مع أنّه لم يعهد فيها إجراء عقد الوقف بل بناء العرف و المتشرّعه على الاكتفاء بصرف إيجادها الخارجى، أو إيجاد فعل فيها كالمروور على القناطر.

و بالجملة، لا- مجال لمنع جريان السيره فى الوقف من بين المعاملات رأسا و الالتزام بها فى المحقّرات لكونها المقدار المتيقن دون الامور الخطيره و اختصاصها بغيرها إذ لا خصوصيه لها، و أمّا عدم الاكتفاء بالمعاطاه فى مثل وقف القرى و القصبات و أمثالها، فليس من باب عدم اكتفائهم بالمعاطاه فى أصل الوقف و عدم مشروعيتها، بل هو من جهه الاحتياط و تشديد الأمر كما يعملونه من جهه الامور الآخر أيضا، كالإشهاد و تنظيم الأوراق و غيرهما.

١- يمكن دعوى منع كون ما ذكر من الأمثله من باب الوقف، بل هى من قبيل الإباحه و يؤيّده إجراؤهم أحكام المساجد عليها فى باب إحياء الموات، فراجع و تأمل! «منه رحمه الله».

فعلى هذا، حال الوقف حال سائر المعاملات، تجرى فيه المعاطاه مطلقا كما ذهب إليه جمع (١).

و أمّا مقايسه المقام باب النكاح كما يظهر من [صاحب] «جامع المقاصد» قدّس سرّه (٢) فلا وجه له، ضروره أنّ فى النكاح لا يجوز شرعا أصل الفعل الذى يقصد به العقد، مثل القبله و الجماع و نحوهما، بل بدون تحقّق النكاح فى الرتبه السابقه حرام و لا سلطنه للشخص بالنسبه إليها، و السبب إنّما يؤثّر إذا كان للفاعل عليه السلطنه، فلذلك يفرق باب النكاح عن سائر المعاملات، و هكذا ما يلحق بها من الإيقاعات كالطلاق.

الثالث: أن لا يقصد الواقف بالفعل الوقف بل يجعل إذنه طريقا إلى رضاه و قصده الوقف الاكتفاء بذلك، و الالتزام بوقوع الوقف فى هذه الصوره مبنى على تحقّق المعاطاه بهذا المقدار و هو خلاف التحقيق، حيث إنّها من الامور الإيقاعيه و الإنشائيه، فهى تحتاج إلى المبرز و لا تقع بصرف القصد، فما يظهر من «المبسوط» (٣) ضعيف.

الرابع: أن يجعل صرف أمره بالدفن و إذنه فى الصلاه كناية عن إيقاع الوقف فيصير بذلك عقدا لفظيا لا معاطايا، و الأقوى؛ أيضا عدم الاكتفاء به، و عدم وقوع الوقف حينئذ، لأنّ المستفاد من معاهد إجماعاتهم فى اعتبار اللفظ فى العقود هو الألفاظ الصريحه لا غيرها.

١- راجع! المكاسب: ٣ / ٩٥.

٢- جامع المقاصد: ٩ / ١٢.

٣- المبسوط: ٣ / ٢٩١.

هذه الاحتمالات الأربعة. أو الخمسة، في عبارته المتن، وقد عرفت أنّ التحقيق صحّه الوقف و وقوعه في الصورتين منها دون الثلاثة الاخر، ولا يبعد أن يكون مراد المحقق أحدها، و كيف كان؛ قد ظهر ما هو الحق، هكذا أفاد- دام ظلّه-

و لكن يمكن المناقشه، لأنّه أولاً: إنّ الاكتفاء بالمعاطاه في الوقف و جريانها فيه ينسب إلى أبي حنيفه (١) و القائل به منّا جماعه قليله (٢).

و ثانيا: قد ادّعى أنّ طبع الوقف يقتضى اللزوم و هو ينافى المعاطاه التي يقتضى طبعها الجواز.

و ثالثا: لم تثبت السيره التي ادّعاها، فإنّ ما ذكر من النقوض و الأمثله يمكن الدعوى خروجها عن الوقف رأسا و أنّها من قبيل المباحات.

نعم؛ بناء على الملك الأوّل في باب المعاطاه، كما يظهر من الشيخ استاد الأساطين قدّس سرّه في مكاسبه ميله إليه (٣) و هكذا السيد في حاشيته (٤) لا مجال للمناقشه فيما أفاد أصلا، و الله العالم.

١- المبسوط للسرخسي: ١٢ / ٣٥ و ٣٦.

٢- انظر! المكاسب: ٣ / ٩٥.

٣- المكاسب: ٣ / ٩٤.

٤- حاشيه المكاسب للسيد كاظم اليزدي: ١ / ٨١.

أحكام الوقف

أشاره

المبحث السابع: فى جملة من الأحكام.

[الاولى:] فى «الشرائع»: الوقف [إذا تمّ زال عن ملك الواقف و] (١) ينتقل إلى ملك الموقوف عليه (٢) إلى آخره.

قد تقدّم الكلام من هذه الجهة فى الفوائد التى ذكرها- دام ظلّه- فى صدر الباب، و حاصله: أنّ الأدلّه و إطلاقات باب الوقف مثل قوله عليه السّلام: «حبّس الأصل و سبّل الثمره» (٣) لا- تقتضى أزيد من خروج العين الموقوفه عن ملك الواقف، و أمّا دخولها فى ملك الموقوف عليهم [فلا]، بل يمكن الدعوى بأنّ ظاهر لفظ التحييس خلافه.

و بالجملة؛ مقتضى طبع الوقف و الإيقاف هو التحييس و التحرير، و من هنا قلنا: بأنّه لا- فرق بين الأوقاف الخاصّه و العامّه و الوقف على الجهات، و أمّا بناء على كونه مقيداً للملكيه فيلزم التفكيك بين هذه الأنواع، أو الالتزام بكون المالك فى الوقف على الجهات- كالقناطر و المشاهد المشرفه- هو المسلمون و هو كما ترى.

ضروره؛ أنّه خلاف ارتكاز الواقف فيها، حيث إنّ لا- يخطر بباله تملكهم لها أصلاً، بل تمام نظره صرف الوقف فى الجهات المذكوره و انتفاع المسلمين منها.

١- ما بين المعقوفتين من جواهر الكلام: ٨٨ / ٢٨.

٢- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٨.

٣- مستدرک الوسائل: ١٤ / ٤٧ الحديث ١٦٠٧٤.

و أما أنه لما لا يمكن أن يصير الملك بلا مالك فلا بدّ من الالتزام بتملك الموقوف عليه، و أمثاله من الوجوه، فأیضا لا یسمن و لا یغنی من جوع، إذ الكلام أوّلا فی تحقّق علقه المملکة بالوقف رأسا كما عرفت، بل حال الوقف حال المباحات الأصلية، غایتة أنّها قابله للتملك بأسبابه دون الوقف.

نعم؛ إنّما يمكن أن يتمسّك به للدعوى المذكوره هو بعض الأخبار التي اطلق فيها لفظ «الصدقة» على الوقف، كما فی وقف الكاظم عليه السلام (١) و وقف أمير المؤمنين عليه السلام (٢) لَمّا جاءه بعین [ینبع] البشير حيث إنّ لفظه «الصدقة» ظاهره فی التملیک و التملك، و لكنّه يتمّ لو لم یکن اللفظ مستعملا بعنايه فی تلك الأخبار، بمعنى أنّ الوقف لَمّا كان یفید تملیک المنافع اطلق علیه لفظه «الصدقة» لكون العين بنفسها و إن لم تكن تدخل فی ملك الموقوف علیه إلّا أنّها لَمّا كانت ببعض مراتبها و هی منفعتة قد دخلت فی ملكه فصَحّ إطلاق اللفظ علیه، و أما من جهة أنّه بالوقف خرجت العين عن سلطنه المالك رأسا فهو مثل الصدقة.

و الّذی یؤیّد كون الاستعمال على وجه العنايه ما ذكرنا من أنّ الارتكاز فی الأوقاف العامّة و الوقف على الجهات ليس إلّا الإخراج، و انتفاع الموقوف علیهم منها، بلا نظر إلى التملیک أصلا، مضافا إلى أنّه ليس للفظ «الصدقة» ظهورا تاما فیما ادعی فتأمل!

الثانية: قال فی «الشرائع»: فلو وقف حصّه من عبد ثمّ أعتقه لم یصحّ -

١- وسائل الشیعه: ١٩ / ٢٠٢ الحدیث ٢٤٤٢٧.

٢- وسائل الشیعه: ١٩ / ١٨٦ الحدیث ٢٤٤٠٦.

إلى أن قال- ولو أعتقه الشريك مضى العتق في حصّته و لم يقوّم عليه (١) .. إلى آخره.

ما أفاده قدّس سرّه في الفرع؛ فعلى مسلكتنا من عدم انتقال الوقف إلى ملك الموقوف عليه فلا محيص عنه بل هو التحقيق، إذ لا عتق إلّا في ملك، و أمّا على ما ينسب إلى المشهور من الانتقال فلا يتمّ، إذ المفروض أنّ العبد صار ملكا للموقوف عليه بلا نقض فيه، فيطبّق عليه كبرى العتق، غاية أنه ملك تقطيعي إلّا أن يدعى انصراف قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا عتق إلّا في ملك» (٢) عن مثل هذا الملك، بل الظاهر منه هو المطلق، بحيث لا يكون لأحد فيه و لو فيما يأتي، خصوصاً مع ما ورد في أخبار الوقف من أنه لا تباع و لا توهب، إذ نعلم بأنّهما من باب المثال و المراد عدم صحّ التصرفات الناقله بوجه أصلاً.

و أمّا الفرع الثاني: فالتحقيق فيه ما أفاده في آخر كلامه و تردّد فيه (٣)، و ذلك لأنّه ليس لنا دليل منع عن أصل العتق الاختياري أو العتق بالسرايه إلّا ما تقدّم من قوله عليه السّلام «لا تباع و لا توهب و لا تورث» (٤) فتصير حاكمه على أدلّه الأسباب الاخر، إذ لا خصوصيّة للامور المذكوره فتتعدّى إلى كلّ سبب ناقل، اختياريّاً كان أو قهريّاً.

و لكن لمّا لا إشكال أنّه إنّما يتعدّى عن الامور المذكوره إلى كلّ ما هو من سنخه أى التصرفات الناقله في طرف وجود بقاء العين و عدم تلفه، و أمّا في

١- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٨.

٢- عوالي اللآلى: ٢ / ٢٩٩ الحديث ٤، و ٣ / ٤٢١ الحديث ٣.

٣- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٨.

٤- وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٦ الحديث ٢٤٤٠٦.

صوره تلفها فلا يجرى الدليل المزبور، و لذلك لو جنى مثل هذا العبد بما يوجب القصاص اقتص منه، و إن لم يجز استرقاقه.

فمن هنا يثبت أنه لو تعددنا عن الامور المذكوره فإنما ينبغى التعدي إلى كل تصرف ناقل في طرف وجود العين لا مع تلفها و ما هو الملحق به.

إذا ظهر ذلك فنقول: إنه لما لا إشكال في أن تحرير العبد و انعتاقه بمنزله تلفه، فلا يبقى له اعتبار ماليه أصلا كسائر الأحرار، و لذلك قد عبّر عنه في مسأله العتق بالسرايه بأنه قوم عليه، فإنه لا خفاء في عنايه هذا التعبير، و أنه لما أوجب تلف ماليه العبد فعليه ضمانه و قيمته، فعلى هذا يفرق باب الانعتاق عن سائر الأسباب و أنه يكون في حكم التلف و عدم بقاء الموضوع، و يخرج عن كونه مصداقا للتصرفات الممنوعه عنها مما هي من قبيل البيع و الهبه و الإرث، و إنما العتق ابتداء مباشره من قبلها، و أما العتق القهري الحاصل بالسرايه فهو خارج عنها، فلا محيص عن الالتزام بحصول العتق في النقص الآخر من العبد الذي وقف.

المسأله الثالثه: في «الشرائع» لو جنى عليه فإن أوجب [الجنايه] (١) أرشا فللموجودين من الموقوف عليهم .. إلى آخره (٢).

هنا جهات من الكلام ينبغى البحث عنها:

الاولى: في وجه اختصاص الأرش بالموجودين، فقد قيل (٣): إنه لما كان من

١- ما بين المعقوفتين أثبتناه من المصدر.

٢- شرائع الإسلام: ٢ / ٢١٩.

٣- جواهر الكلام: ٢٨ / ٩٨.

قبيل المنافع، و لا خفاء فى أنّ منافع كلّ زمان مختصّه بالموجودين فى ذاك الزمان، فلذلك يختصّ الأرش بهم.

و لكن هذا الوجه لا يتمّ، بل مقتضى القاعده اشتراك الموجودين و المعدومين فيه، و حال الأرش حال الديه مطلقا، سواء كانت موجبه لنقص فى العين أو زوال الوصف، و ذلك لأنّه أمّا فى الأوصاف فلأنّها و إن لم يقابل بشىء و لا يعتبر فيها البدليه بل غايتها أنّها [موجبه ل] زياده الرغبه فى العين و نقصانها، و لذا ينتقص قيمتها و يزيد، و لكنّ العين لمّا كانت مشتركه بين جميع الطبقات بما لها الخصوصيات، بحيث يكون وجود وصف فى العين يوجب قابليتها لأن ينتفع منها بما لا يمكن الانتفاع عنها عند زواله، بل يخرج عن تلك القابليه، فحينئذ يكون الطبقات كلّها مستحقّه للانتفاع عن القابليه المفروضه، و زوال الوصف يوجب الضرر على الجميع، و خروج شىء عن كيسهم، فحينئذ كلّما يقوم مقامه و يوجب تدارك النقص لا بدّ و أن يدخل فى كيسهم حتّى يصدق الجبر بالنسبه إلى الجميع.

و لمّا لا- إشكال فى أنّ مسأله الأرش ليس حكما تعديدا محضا، بل نعلم أنّ ملاكه ما ذكرنا من الجبر و التدارك؛ فلا وجه لاختصاص الموجودين به بمحض كون الحكم تعديدا، و أمّا فى نقص العين فممّا ذكرنا ظهر حاله، و أنّ الأرش المأخوذ من جهته بالطريق الأولى لا بدّ و أن يشترك فيها جميع الطبقات و يجرى فيه ما يجرى فى الديه.

نعم؛ على ما حقّقنا لا- بدّ من التفصيل بين النقص و العيب المستمرّ إلى عصر الطبقات الاخر، و غيره الحدى مختصّ بعصر الموجودين، ففى الأول لا محيص

عما ذكرنا، و في الثاني هو لا يجرى، بل يختصّ الأرش بالموجودين إذ المفروض ورود الضرر عليهم فقط فتأمل!

الجهة الثانية: في حكم الجنايه الموجهه للقتل؛ لا إشكال أنه بناء على كون الوقف ملكا للموقوف عليه أنّ للموجودين القصاص و قتل الجاني و تعلق حقّ البطلان اللاحقه به لا يمنع عنه، إذ هذه الشركه طولّي، و معناه أنه في ظرف وجود العين الموقوفه و بقائه و وجود البطون اللاحقه يتعلّق حقّهم به، و الحقّ إنّما يثبت بطبيعته المولى، و المفروض صدقها على الموجودين.

و أمّا بناء على عدم الملك، و التحقيق من كون حقيقه الوقف هو الإيقاف، فيمكن أن يدعى أيضا بأنّ للموجودين القصاص، حيث إنه و إن لم يكونوا مالكين للرقبه إلّا أنّه لمّا كان جميع شئون السلطنه و المولويّه ثابتة لهم، و يكفي ذلك لصدق أنّهم الموالى، فينطبق عليهم كبرى أنّ القصاص بيد المولى.

و لو سلّمنا عدمه للمناقشه فيه بدعوى انصراف الأدله إلى مالك الرقبه، فلا بدّ من الالتزام بكون الاقتصاص بيد الحاكم، نظرا إلى عموم ولايته و أنّه لا يطلّ (١) دم المسلم.

نعم، على هذا المبني قد يستشكل في مسأله الأرش و الديه لو انتهى الأمر إليهما، حيث إنّهما بدل المائيه و الملكيه، و المفروض أنّ الموقوف عليهم ليسوا مالكين للمجنّي عليه، و أنّ هذه الاضافه مفقوده بالنسبه إليهما.

و لكّنك خبير بأنّ ذلك مبني على باب الضمان، و أنّ مورد قاعده الإلتلاف إنّما يكون إذا كان للتالف علقه و إضافه للغير، و إلّا فلا يصدق قوله: «من أتلف

مال الغير فهو له ضامن» (١).

مع أنّ هذا المبنى فاسد، لأنّه نعلم بالوجدان أنّ الضمان إنّما جعل بإزاء احترام المال و إن لم يكن له إضافه إلى الغير، و أنّ التعبير بلفظ «الغير» في الحديث بلحاظ ما هو الغالب، و حينئذ في المقام لا إشكال أنّ العبد الموقوف و إن لم تكن إضافه لرقبته للغير و هو الموقوف عليه، و لكنّهم مالكون لمنافعه فأصل ماليته و احترامها محفوظه، فيتحقق موضوع الضمان، و لهم الأرش أو الدية حتّى على المبنى المزبور كما لا يخفى.

الجهه الثالثه: قد عرفت أنّه على كلّ تقدير للموقوف عليهم الموجودين القصاص عن الجاني قتلا كان أو دونه، و أخذ الأرش و الدية في محلّهما، فالأمر بيدهم لكون الحكم ثابتا لطبيعه المولى.

بقي الكلام في أنّه: إذا عرضوا عن حقّهم و أسقطوا القصاص و الدية فهل يسقط رأسا أو يبقى الحق للطبقات اللاحقه؟

التحقيق أنّه لا- يبقى موضوع لهم، و ذلك لما هو المقرّر من أنّ الفارق بين الحق و الحكم هو أنّ الثاني مثل السلطنه، و الملكيه غير قابل للاسقاط و رفع اليد، و الأوّل قابل له.

و معنى قابليته؛ أنّ زمام أمره إبقاء و إعداما بيد ذى الحقّ، و على هذا إذا فرضنا أنّ الحقّ للموالى الموجودين الذين هم الموقوف عليهم فعلا لكونهم مصداق الطبيعه، فإذا أسقطوا لا يبقى بعد محلّ للطبقات اللاحقه بالمناط المزبور.

الثالثة: (١) فى حكم الديه التى تؤخذ للجنايه على العبد الموقوف، قد تقدّم الكلام فى مسأله الأرش و أنه لا بدّ و أن يلحق بالوقف و يصير جزء، نظرا إلى كونه بدلا عن النقص الوارد على الوقف، فهكذا حال الديه، بل بالنسبه إليها يمكن دعوى الأولويّه من الجهه المذكوره، إذ بدليتها أظهر، غايته أنها بدل مقدّر شرعا و لا يختلف، بخلاف الأرش.

فعلى هذا؛ تقوم الديه مقام الوقف بنفسها بلا احتياج إلى وقف جديد، بل لا بدّ و أن يشتري بها ما هو المماثل للوقف الأصلي و يجعل فى محلّه.

هذا؛ و لكنّه يتمّ بناء على عدم الاستظهار من أدلّه الديه أنها جزء نقدى و بدل عن نفس الجانى، بل بدل عن المجنىّ عليه و أنه أحد فردى التخيير بينه و بين القصاص، و إلاّ فيصير حالها حال القصاص، و الحقّ يختص بالموقوف عليهم الحاضرين و لا يتعدى عنهم، بل ينتقل إلى ورثتهم مع عدم استيفائهم، و حينئذ يصير الأرش حكمه أظهر و أولى من الديه فى صيرورته جزء للوقف، عكس ما ينسب إلى جماعه أو المشهور، و الله العالم.

ثمّ إنّه إن لم يستوف الموجودون حقّهم و ما أسقطوه بقى على حاله إلى أن انتهت النوبه إلى الطبقات اللاحقه، فحينئذ مع بقاء الموضوع و العبد إلى عصرهم، لكون الجنايه عليه دون النفس، فهل ينتقل الحقّ إلى ورثه الموجودين فى وقت الجنايه أو الطبقات اللاحقه تسقط رأسا؟ و جوه مبتيه على أن يكون الموضوع و العنوان الثابت لهم الحقّ هو ذوات الموالى طبقه الاولى لكونهم موالى، و لازمه الانتقال إلى ورثتهم أو نفس عنوان المولى الموجود فى وقت الجنايه لازمه

السقوط بموتهم، أو عنوان المولى المطلق و لازمه الوجه الثانى، و الأقوى هو الأخير كما هو واضح، فتأمل جيدا!

المسألة الرابعة: قال فى «الشرائع»: إذا وقف مسجدا فخرّب أو خربت القرية (١) .. إلى آخره.

الظاهر؛ أنه لا إشكال فى أنّ المسجد لا يجوز التصرف فيه بوجه أصلا فى جميع الأحوال و لو خرب بناؤه و لم يبق من آثاره شىء، أو خرب المحل الذى هو فيه، بل هو على حاله باق و لو لم يبق منه إلّا عرصته.

و لا كلام لأحد فى ذلك إلّا فى المساجد التى فى الأراضى المفتوحة عنوه، و أمّا بالنسبة إلى غيرها، فالظاهر؛ أنّ المتسالم بين الأصحاب قد تمّ أنّ أرض المسجد لا تخرج عن المسجديّة مطلقا، و لو أخذها الماء أو تصير آجاما و نحوهما، بل يرون أحكام المسجديّة عليها مترتبة من عدم جواز تنجيسها، أو عدم دخول الجنب فيها، و كلماتهم فى جواز بيع الوقف عند الخراب و غيره منصرف عن المسجد مطلقا، بل مخصوصه و مقصوره على عنوان الوقف لا ما يزيد عليه، مثل عنوان المسجديّة، فإنّه من قبيل العنوان الطارئ على عنوان آخر، الذى لا يزول حكمه فى حال كما يوافق الاستصحاب، بخلاف أصل عنوان الوقف.

و إنّما الكلام فى المسألة الثانية التى ذكرها فى «الشرائع» من خراب الدار و نحوها، و أنّه يجوز حينئذ بيع أرضها أم لا؟ و لما كان ذلك من صغريات مسأله جواز بيع الوقف و مستثياته فلا بأس بصرف الكلام إلى أصل تلك المسألة، و تحريرها فى الجمله.

فنعول بعونه تعالى: إن تنقيح البحث في ذلك، و أنه كيف يجوز الخروج عن حرمة بيع الوقف يقتضى ذكر مقدمه أولاً و هى: أنه أولاً هل الأدلة الدالة على حرمة بيع الوقف تدل عليها مطلقاً بمعنى أنها تنفى جوازه و لو مع طرؤ أى عنوان عليه من الخراب وغيره من العناوين، أو ليست ناظره إلى هذه الجهة، بل غايتها أنه لا يجوز بيع الوقف لعدم المقتضى فيه كما يكون فى سائر الأملاك و الأموال؟

ثم بناء على الأول؛ أى مقدار من الدلالة لها هل تكون مطلقه أو مختصه؟

فهذا أصل مبنى المسألة، بحيث لو ثبت الأول ففى موارد الشك لا يجوز التمسك بأدلة الأسباب مثل عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) لعدم كونها متكفله لبيان قابليته المحل بل سقوطها عن صلاحية التمسك بها مطلقاً حتى الثانى.

نعم؛ عليه الظاهر أنه لا بأس بالتمسك بأدلة المسببات مثل أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٢) إذا فرضنا صدق البيع عرفاً، بل بإطلاق الدليل و عموم الإمضاء يمكن إحراز الصدق و استكشافه، نعم؛ على الأول لا مجال للتمسك بهذه الأدلة أيضاً، إذ عليه تصير ما دل على عدم جواز شراء البيع حاكماً على أدلة المسببات، فلا طريق للإحراز.

ثم إن العناوين الطارئة التى يمكن صلاحيتها لترخيص البيع لا تخلو من امور:

منها: مسألة الخراب و له مراتب، فتاره يحصل الخراب بحيث يلحق الوقف بالمعدوم فعلاً و يصدق عليه التلف مثل الحصر و الجذوع البالية للمسجد و غيره.

١- المائدة (٥): ١.

٢- البقرة (٢): ٢٧٥.

و اخرى: لا- يصل بهذه الدرجه، بل يقرب بها لانتفاع معظم منافعه، كما لو فرضنا أن تنتزل المنافع البالغه ألف تومان إلى مائه تومانًا.

و ثالثه: ما لا- يصل تلك الدرجه أيضا، بل تقلّ منافعه، و لا يبعد أن يكون هذا القسم من مصاديق ما يكون التبديل أعود، و هكذا سائر العناوين مثل الحاجه، و مسأله المزاحمه بين حفظ الوقف و تلف الأموال الكثيره أو النفوس، فلها مراتب يختلف بالنسبه إليها لسان الأدله اللفظيه و الاصول العمليه، فإنه يمكن المناقشه في صدق عنوان الوقف و بقائه بالنسبه إلى بعض مراتب الخراب كما سيأتي تفصيلها في طيّ البحث إن شاء الله تعالى.

حكم بيع الوقف

إذا عرفت ذلك فنقول: ينبغى البحث أولاً- في ما يقتضيه طبع الوقف، و أن ارتكاز الواقف أى شىء يكون حين الوقف؟ و الاحتمالات فيه ثلاثه أو أربعه:

فأما أن يكون نظره إلى حبس العين بماليتها ما دامت باقيه بلا نظر إلى خصوصيه العين بحيث يكون مقتضى طبعه الانتفاع من ماليتها.

و إما أن يكون نظره منبسطا على الأمرين على نحو الضمّيه بلا قصر على أحدهما.

ثم على كلّ من هذين التقديرين. إما أن يكون منظور الواقف حبس العين بقول مطلق، بأن لا يتطرق عليه قلب و انقلاب أصلا، أى و لو مع طرؤ أى عنوان.

و إما أن لا- يكون كذلك؛ بل ارتكازه عدم طرؤ القلب و الانقلاب ما دامت العين أو هى و المالىه تصلحان للبقاء، بمعنى أنّ معنى الحبس هو عدم اقتضاء

الأمرين في الوقف بنفسه، كما يكون في سائر الأموال بلا نظر إلى طرّو العناوين الآخر عليه.

ثم إنّه لا خفاء في أنّ كلّ واحد من الاحتمالات يختلف بحسب اللوازم؛ إذ على الأوّل يصير مفاد الأدلّه الشرعيّه المانعه عن بيع الوقف و نحوه حكماً تعديداً محضاً و ليس فيه إمضاء؛ إذ المفروض قصر نظر الواقف إلى المائيه فقط و حفظها في أيّ صوره، فحينئذ الوقف من حيث نفسه لا- مانع من نقل عينه و انتقالها اختياراً مع حفظ مائيتها في ضمن أيّ تشخّص أمكن، كما يكون لازم ذلك أيضاً ورود البيع على الوقف لا بطلانه في الرتبه السابقه عليه، بل العنوان محفوظ و إنّما يبطل الوقف بعد ورود البيع عليه، و عليه يتمّ ما اختاره الشيخ قدّس سرّه في مكاسبه في المسأله (١).

و على الثاني؛ تصير الأدلّه و قوله عليه السّلام: «لا تباع و لا تورث و لا توهب» (٢) .. إلى آخره، حكماً إمضاء ورد على ما عليه ارتكاز الواقف و ليس فيه إعمال تعديداً، و هكذا عليه يصحّ ما اختاره صاحب «الجواهر» قدّس سرّه من بطلان الوقف في صوره جواز بيعه في الرتبه السابقه عليه ثمّ يطرأ البيع على العين (٣)؛ إذ على هذا المبني الوقف يباين جواز البيع ذاتاً، فما لم يخرج عن عنوانه لا يصحّ بيعه.

ثمّ لا- خفاء في أنّه على الاحتمالين الأخيرين يجري الأمران بعينهما مع اختلاف يسير، حيث إنّ بناء على أن يكون نظر الواقف أعلى درجات الحبس

١- المكاسب: ٨٦ / ٤.

٢- وسائل الشيعه: ١٨٦ / ١٩ الحديث ٢٤٤٠٦.

٣- جواهر الكلام: ١٠٩ / ٢٨ و ١١٠.

- بحيث يزاحم كل عنوان الأدلة المانعه من البيع وغيره- يصير حكما إمضائيا، كما أنه على الثاني بأن يكون نظره إلى مرتبه خاصه من الحبس، و هي أنه ما دامت العين قابله للبقاء أيضا ليست الأدله تعبدية.

نعم؛ على الأول الأدله المرخصه لجواز البيع في بعض المقامات بطرؤ بعض العناوين مطلقا تصير تعبدية حاكمه على الأدله المانعه، و على الثاني يختلف من حيث العناوين، فمثل عنوان الخراب و ما يلحق به؛ فجواز البيع حينئذ من أحكام نفس الوقف و بيان لحقيقته و ليس تعبد في البين.

و أميا مثل عنوان الأعوديه و الأنفعيه، و هكذا الاضطرار و حاجه الموقوف عليهم إلى البيع أو تأدى بقاء الوقف إلى الخلف بين أربابه بحيث يوجب قتل النفوس و أمثاله من المفاسد، فهي أحكام تعبدية من طرف الشارع ما تعلق بها غرض الواقف أصلا، فلا بد أن يلتزم أن الشارع في أمثال هذه الموارد من باب ولايته على الواقف و الموقوف عليهم لعلمه بالمصالح رخص في البيع، بناء على جوازه فيها.

ثم إنه لا خفاء في أن رفع المحذور في الموارد المذكوره تاره يكون برفع اليد عن شخص الوقف مع بقاء مالئته و تبديلها إلى مثله، و اخرى يتوقف على إسقاطها و إتلافها أيضا، و ثالثه، يتوقف على تبديل المماثل بغيره، و هكذا من المراتب التي يفرض، فالوقف إنما يبطل بالنسبه إلى مرتبه يتوقف رفع المحذور برفع اليد عنها و الدرجات اللاحقه التي كان الوقف يشملها ضمنا، باقيه على حالها، و لذلك لا يحتاج إلى عقد جديد أصلا، إذ المفروض أن البدل هو بعينه الوقف الأول مع تغير بعض عوارضه، و هي خصوصية العين فليس وقفا جديدا

حتّى يحتاج إلى أساس على حده.

و بالجمله؛ فهكذا كلّ بالنسبه إلى عالم التصوّر، و أمّا تحقيق الأمر؛ فلمّا كان مرجع النزاع فى الحقيقه إلى أنّه نظر الواقف و ارتكازه هل يكون مقصورا إلى حبس العين بشخصها، أو هى و ماليتها، بلا- نظر إلى كونها مقدّمه للتسييل أم لا، بل يكون مركزه حبس العين لأن يتسبّل ثمرتها، و تكون مقدّمه لانتفاع الموقوف عليه عنها؟

و من المعلوم وجدانا أنّ منظور الواقف هو الثانى، فيتعيّن من كلّ من الاحتمالين ثانيهما، أى ليس نظر الواقف مقصورا على العين فقط، بل هى بما لها من المائيه، كما أنّ المتبادر منه أنّ الوقف إنّما يكون ما دامت العين قابله للبقاء، و أنّه فى نفسه ليس فيه مقتضى القلب و الانقلاب لا مطلقا، أى و لو مع طرؤ كلّ عنوان عليه.

ضروره؛ أنّ الثانى ينافى كون الوقف مقدّمه لتسييل الثمره حسبما هو الارتكاز، بل مفاد الأدلّه (١) أيضا، فعلى هذا يصير مفاد الأدلّه المانع عن بيع الوقف حكما إمضائيا: و بيانا لحقيقه الوقف، كما هو ظاهر قول علىّ عليه السّلام فى وقفه: «صدقه لا تباع و لا توهب» (٢) .. إلى آخره، و أنّه بنوعه لا- مقتضى فيه للبيع و غيره من أنواع النقل، و أيضا ظاهره الإجراء على ما هو مرتكز الواقف من أنّه لا- قلب و انقلاب فيه ما دام الوقف قابلا للبقاء، و ليس للأدلّه الشرعيّه أزيد من ذلك دلالة حتّى يعارض جواز بيعه عند طرؤ العناوين المجوّزه له فتأمل!

١- حيث تقول: حبس الأصل و سبّل الثمره، «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٨٧ الحديث ٢٤٤٠٨.

نعم، قد أشرنا إلى أنه عليه أيضا لا يجوز بيع الوقف إلّا إذا خرب أو نقصت منافعه بحيث يلحق بالعدم إمّا بنفسه أو لخلف بين أربابه، و أمّا في غير هذه الصورة (١) من العناوين، فالبيع يكون خلاف مقتضى طبع الوقف بل الأدلّه الشرعيّه أيضا، و يحتاج إلى دليل خاص حاكم أو عامّ كذلك، كما يمكن أن يدعى بوجوده في مثل ما إذا كان الوقف يزاحم تلف النفوس أو هتك الأعراس، بل تلف الأموال الكثيره أيضا مع إشكال فيه، حيث إنّ الظاهر أنّ الشارع رجّح حفظ هذه الامور على كلّ شىء و يرى مصلحتها أهمّ من مفسده بيع الوقف، و سائر المحاذير.

ثم إنّ هذا كلّه مقتضى القواعد الأوليه؛ على ما هو التحقيق من أنّ حقيقه الوقف هو التحسيس و الإيقاف، و ليس فيه تمليك، بل عليه أيضا- بناء على أن يكون حسبا- يفيد التمليك، فهو لا يختلف أيضا مع الإيقاف في ما ذكر.

و أمّا بناء على كونها تمليكا محضا للطبقات فقد يقال أيضا: مقتضاه ما ذكر؛ إذ المفروض أنّ التمليك ليس للموجودين فقط، بل لهم و لما يلحقهم من الطبقات، فالحقّ لجميعها فلا سلطنه للطبقه السابقه حتّى يكون له القلب و الانقلاب و لو كان مالكا له.

و فيه: أنّه على هذا لا بدّ و أن يكون للولّى العامّ ذلك، حيث إنّ الحاكم كما أنّه وليّ على الغائب و كلّ قاصر، كذلك له الولايه على المعدومين، فلا بدّ أن

١- حتّى الشرط- أى اشتراط بيع الوقف الحاجه إليه- حيث إنّ الشرط إنّما يؤثّر إذا لم يكن فى البين مؤثّر و مقتضى زيادته فى الرتبه السابقه، و قد ظهر أنّ مقتضى طبع الوقف و ما هو الظاهر من الأدلّه جواز بيعه مطلقا، فتأمل! «منه رحمه الله».

يجوز له القلب و انقلاب الوقف مع الموقوف عليهم الموجودين إلى ما يكون أعود و أنفع، و كذلك عند اضطرار الموقوف عليهم و نحوه من مقتضيات التغيير، إذ المفروض أنّ عدم جواز القلب و الانقلاب ليس بنقص فى العين الموقوف، بل هو ملك لهم و إنّما المنع من جهة قصور سلطنه الموجودين و تعلّق حقّ البطون اللاحقه بها، و إذا [كان] لهم وليّ فى البين فيرتفع المحذور من جهته أيضا.

نعم؛ لو لم يكن الحاكم و انتهت النوبه إلى ولايه عدول المؤمنين، يمكن منع ذلك، حيث إنّ ولايتهم مقصوره على الامور الحسيّه و هى التى يقطع بعدم رضا الشارع على تعطيلها، و الموارد المذكوره التى محلّ النقص ليست منها.

و بالجمله؛ فعلى المبنى المذكور يترتب عليه ما عرفت من الفساد، فهو يختلف من هذه الجبهه أيضا، مع المسلكين الأولين، فتأمل!

مقتضى قواعد الباب فى بيع الوقف

ثمّ إنّ ما ذكرنا من عدم جواز بيع الوقف حسبما تقتضيه قواعد الباب إلّا فى صوره خرابه و ما يلحق به، هل يعمّ بدله أيضا فيما إذا بدّل، أم لا، بل مخصوص بنفس العين الموقوفه أولا، و إلّا فبالنسبه إلى بدلها يجوز القلب و الانقلاب فيها بالتبديل بالأحسن و نحوه؟

الأقوى؛ اختصاص الحكم بنفس العين الموقوفه أولا، و ذلك لأنّ الحكم العدى بنينا عليه إنّما استفدناه من عقد الوقف، و أنّ مقتضى لفظه من حيث ارتكاز الواقف بقاء العين مطلقا ما دامت قابله له، إلّا أن تصل إلى درجه التلف أو تنقص منافعه بحيث لا يعدّ عند العرف أنّه منافع الوقف، و لا يصدق أنّها الثمره التى

سبيلها الواقف، و من المعلوم أنّ ذلك مقصور على العين، و أمّا بدلها فلا؛ حيث إنّ اللفظ لا يشملها، و الالتزام به و جعله وقفا من جهة تعلق غرض الواقف بحفظ ماليّتها.

و بعبارة اخرى؛ صيروره البديل وقفا لاستكشاف المناط و غرض الواقف، فليس فى البين لفظ يكون مقتضاه المنع عن القلب و انقلاب البديل كما بالنسبه إلى المبدل منه.

فعلى هذا؛ لا مانع فى البديل من جواز التصرفات فيه ما لم ينته إلى تلفه فيلزم نقض غرض (١) الواقف هكذا أفاد دام ظلّه.

و لكن للتأمل فيه مجال حسبما أفاد سابقا فى تقريب صيروره البديل بنفسه وقفا بلا احتياج إلى عقد جديد، مع أنّ الذى أفاد هنا خلاف الاحتياط، و المسألة تحتاج إلى المراجعة، و الله العالم.

هذا كلّه؛ حسبما تقتضيه قواعد الباب و الأدلّه العامّه، و أمّا الأخبار الخاصّه الّتى قد يتوهم دلالتها على خلاف ما تقتضيه القواعد، و أنّه يجوز بيع الوقف فى الموارد الاخر غير ما تقدّم، كما إذا احتاج الموقوف عليه إلى بيعه و نحوه، فالإنصاف أنّها قاصره عن إثباته.

و الخروج عما يقتضيه الأصل و القواعد لأحد الامور الثلاثة: من جهة ضعف السند، أو الدلالة، أو كليهما، و قد أورد فى «الجواهر» قدس سرّه فى بحث بيع

١- كان تأريخ تحرير هذه الورقة عصر يوم الثالث عشر من ذى القعدة و اشتدّ مرض والدتى حينئذ فماتت غدا قريب الساعة الثامنة من النهار فى النجف الأشرف رحمها الله و إيانا، «منه رحمه الله».

الوقف جميع ما يصلح أن يتمسك بها للخروج عن الأصل المذكور (١)، فراجع و تأمل فيها! فهى بين ما هو ضعيف سندا من حيث إعراض الأصحاب، وإن كان من حيث الدلالة واضحة، كالخبر المشتمل على وقف على عليه السلام و جعل أمره بيد ولده الحسن عليه السلام و أنّ له أن يبيعه إذا احتاج إليه (٢) فإنّ الظاهر أنّه غير معمول به.

و بين ما هو غير واضح الدلالة، كما يكون كذلك مكاتبه على بن مهزيار (٣)، حيث إنّه لم يتّضح أن يكون السؤال ناظرا إلى صورته تمام الوقف من حيث القبض و نحوه، و هكذا من طرف الجواب فيمكن أن يكون كلاهما ناظرا إلى بيان حال الوقف قبل لزومه.

و مثله البعض الآخر؛ مع احتمال أن يكون أصل إطلاق لفظ الوقف فى جملة منها مجازا عنى به الوصية لمشابهتهما (٤) من حيث الإخراج لزوما، كما لا يبعد أن يكون فى اصطلاح العرف العامّ و إطلاقاتهم كذلك.

و بين ما هو جامع الجهتين، كما يظهر للمتأمل فيها.

فعلى هذا؛ لا- ينبغى الخروج عن الأصل المذكور لفقد الدليل، مضافا إلى كونه خلاف الاحتياط الذى هو سبيل النجاه، و الله العالم، و الهادى إلى سبيل الرشاد.

هذه جملة من الكلام فى جهات باب الوقف، و قد معنى تشّتت البال و ضيق المجال عن استيفاء تمام إفاداته- مدّ ظله- فى هذا المبحث، أرجو من الله

١- جواهر الكلام: ٢٨ / ١٠٩ - ١١٢.

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٩٩ الحديث ٢٤٤٢٦.

٣- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٨٠ الحديث ٢٤٣٩٧.

٤- انظر! وسائل الشيعه: ١٩ / ١٨٨ الحديث ٢٤٤١٠.

التوفيق و الرشاد لاحتواء سائر إفاداته فى سائر الأبواب، بمحمد و آله الأملجاد، و كان اختتام ذلك فى العشر الآخر من ذى القعدة الحرام سنة ١٣٤٧ فى النجف الأشرف على ساكنها ألف الصلاة و السلام.

ص: ٣٥٧

رسالة الإجاره

اشاره

بسم الله خير الأسماء

التنازع بين المؤجر والمستأجر

الكلام فى التنازع فى الإجاره بعد تسليم أصل الإجاره يتوقف على بيان تصوير أقسامه، فنقول: فى مورد النزاع إما أن تكون الإجاره متّحده أو متعدّده.

فعلى الأوّل؛ لا بدّ أن يكون الشىء المستأجر متعدّدا فإمّا أن يكون الأقلّ و الأكثر، أو يكون مورد الإجاره متباينين، كأن يقول: آجرتك الدار بمائه درهم، فيقول: بل استأجرت ذلك الثوب معها بمائه درهم.

أو يقول فى دعوى الإيجاب المذكور: بل استأجرت تلك الدار غير ما تدّعيه بمائه درهم.

و على الثانى؛ إمّا أن يكون من قبيل الأقلّ و الأ-كثر، أو من قبيل المتباينين، و على كلّ منهما، إمّا أن يكون الشىء المستأجر متّحدا- أى مسلّم الاتّحاد- أو متعدّدا، أى النزاع واقع فيه أيضا، كما هو واقع فى الأجره.

فالمصور أربع، مضافا إلى الصورتين المذكورتين، فمجموعها ستّ.

و على فرض التعدّد من الطرفين، إمّا أن تكون الاجرتان إذا كانتا من قبيل الأقلّ و الأكثر بطريق التوزيع على الشئتين المتنازع فى كونهما موردا لها، أو لا يكون كذلك.

فإذا كانت الاجره المتعدّده من قبيل الأقلّ و الأكثر، و المستأجر- بالفتح-

متّحدا، كأن يقول: آجرتك هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل بخمسين درهما، أو كانت الاجره من قبيل المتباينين، و المستأجر كالسابق، كأن يقول: آجرتك الدار بمائه درهم، فيقول: بل بمائه دينار، أو بخمسين دينارا، فإنّ الاعتبار بالمتعلّق لا بنفس العدد.

و أمّا إذا كانت الاجره المتعدّده من قبيل الأوّل، و الشىء المستأجر متعدّدا، فإنّما أن يكون من قبيل الأقلّ و الأكثر، مثل أن يقول: آجرتك هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل استأجرت هاتين الدارين بمائه و خمسين درهما.

و إمّا أن يكون من قبيل المتباينين؛ مثل أن يقول: آجرتك هذه الدار بخمسين درهما، فيقول: بل هذه الدار غير ما تدّعيه بمائه درهم، أو بالعكس فى طرف الاجره، و إن كانت الاجره المتعدّده من قبيل المتباينين، فالشىء المستأجر المتعدّد كذلك، إمّا أن يكون من مثل الاجره، مثل أن يقول: آجرتك هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل هذا الثوب بمائه دينار [أو] غيرها، بل يكون من قبيل الأقلّ و الأكثر، مثل أن يقول: آجرتك هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل هذه و هذه بمائه دينار.

ففى جميع صور التباين؛ سواء كان فى الطرفين أو فى طرف واحد، فالحكم هو التخالف، لعدم اتّفاقها على أمر جامع، إذ حصول الاتّفاق على طرف كالعوض، مع الاختلاف فى الطرف الآخر غير مفيد فى سقوط الدعوى من طرف.

و فى غيرها يتوجه الحلف على المنكر بالنسبه إلى الزائد، و لا يسقط شىء من الاجره لو كان الاختلاف فى طرف الشىء المستأجر، فسقوط الزائد

لأتفاقيهما على استحقاق المؤجر إياه أجمع و انتقالها إليه.

و كذا لا تسقط من إجاره العين المستأجره لو كان الاختلاف فى الاجره إلّا فى صورته كون الاجره و العين متعدّتين مطلقاً، فإنّ الحكم هنا التحالف أيضاً مع احتمال التفصيل على ما حكى عن العلّامة (١) بل رأيناه فى «قواعده» (٢) بين صورتى التوزيع، فالحلف لاجتماعهما على أمر جامع و عدمه، فالتحالف لو كان النزاع فى المدّة زياده و نقصاناً مع كون الاجره متّحده أو متعدّده، فافهم!

و ضابطه التحالف إن كان مورد النزاع أمراً واحداً ذا جهتين يترتب على كلّ منهما أثر مالى أو عرضى أو حقّ، كالعقد على الثوب أو الجارية، و أمّا إن كان مورد النزاع أمرين مختلفين، فهنا توجهت الدعويان، كما لو ادعى عليه عبد أو ادعت عليه جاريه من غير أن يكون النزاع فى العقد.

ثم اعلم! أنّ الحكم المذكور فى صورته كون الاجره من قبيل الأقلّ و الأكثر مع عدم التباين فى الطرف الآخر من كون القول قول منكر الزيادة بيمينه إنّما هو إذا كانتا كلتاها مضمونتين.

و أمّا لو كانتا متعيّنتين فالحكم التحالف، و إن كان أقلّ و أكثر، لعدم اتّفاقيهما على أمر جامع لتشخص العقد بتشخص المتعلّق.

و كذا الكلام فى العين المستأجره؛ فإنّها لو كانت مضمونه و كان مورد النزاع منها أقلّ و أكثر فالحلف بوجود قدر جامع.

١- حكاها عنه فى الحدائق الناضرة: ٢١ / ٦٣٩.

٢- قواعد الأحكام: ١ / ٢٣٦ و ٢٣٧.

و أمّا إن كانتا متعيّنتين فالتحالف، و فى بعض تحقيقات العلّامة رحمه الله (١): أنّ ما ذكرنا من أحكام صور الأقلّ و الأكثر من الحلف لا التحالف، إنّما هو إذا كان الغرض من النزاع هو المال، أمّا لو كان محلّ النزاع نفس العقدين و الغرض ترتيب آثار كلّ من العقدين غير مسأله الاجره أو العين المستأجره، كما لو كان العقد المتشخّص بالاجره الّتى يدّعيها أحدهما مشروطا فى عقد آخر، فالغرض هنا إثبات الخيار بالنسبه إلى العقد المشروط و نفيه.

فلا يقال: إنّ القول هنا قول منكر الزيادة، كما لا يخفى.

ثمّ لّمّا كان فى الغالب العين المستأجره فى الإجاره كونها متعيّنه و النزاع مالىّ؛ أطلقوا الحكم، لكون القول قول المالك، كما أنّ الغالب لّمّا كان فى طرف الاجره كونها فى الذمه أطلقوا الحكم بكون القول قول المستأجر فى نفي الزيادة، و لو كانت الإجاره بالنسبه إلى العين مضمونه، أو كانت الاجرتان المتنازعتين فى نفي الزيادة، و لو كانت الإجاره فى المقامين.

موارد القرعه عند التنازع بين المؤجر و المستأجر

و لّمّا ذكر فى المقام فى بعض صور المسأله بالقرعه، فلا بدّ من بيان موردها حتّى يعلم وجه ترجيحها عند القائل بها و عدمه عند الجماعه (٢).

فنقول: إنّ القرعه لبيان موضوع الحكم، أو لتعيين الأماره، أو لترجيح إحدى الأمارتين.

١- تذكّره الفقهاء: ٢ / ٣٣٠ ط. ق.

٢- لاحظ! الحدائق الناضره: ٢١ / ٦٣٧ و ٦٣٨.

فالأوّل: مثل القرعه فى تعيين المطلّقه، و تعيين العين الموصى بها، لتردّها بين اثنتين أو أزيد، كما لو أوصى بعق ثلث عبده أو عدد منهم.

و الثانى: مثل ما ذكروا فى تعيين ذى اليد فيما لو تنازعا فى سقف البيت.

و الثالث: مثل ما ذكروا من تعارض البيّتين بعد عدم المرجّح من الأعدّيه و الأكثرّيه، فلعلّ نظر القائل بالقرعه فى مسأله التنازع فى قدر الاجره و أنّه من خرج اسمه حلف، إلى أنّ قول كلّ منهما مخالف للأصل فلا بدّ من تعيين المنكر، و فيه نظر.

و الحاصل؛ أنّ القضاء شرّع لإقامه المعروف، فإنّه من أفراد الأمر بالمعروف، و لدفع النزاع و انتظام العالم، و ذلك يتحقّق بإثبات المطلب و الواقع إمّا واقعا أو تعبداً و بحكم الشارع كالبيّنه و القرعه، فتأمّل!

و إمّا أن تفصل الخصومه باليمين، و لذلك عمل الأصحاب فى بعض الموارد بما يقتضى رفع النزاع و الخصومات، و إن كان أمرا استحسائيا كمسأله تخليد المدعى للتلف فى الحبس لو لم يقبل قوله فى دعواه، و مسأله الوديعه حيث حكم بقبول قول المدعى للردّ، لكون الوديعه مبيته على الإخفاء.

فلذا لو لم يشهد فى الردّ [إلى] الوكيل فى الوديعه لمال شخص عند آخر لم يضمن، و لذا لو أنكرها من غير الودعى مع سؤال الودعى عنه لم يضمن، مع أنّ الإنكار من أسباب الضمان لصيروره المنكر بذلك خائنا (١).

ص: ٣٦٥

رسالة الوكالة

إشارة

بسم الله تعالى

أقسام الوكاله

اعلم! أنّ العقود إما تمليكيه أو غير تمليكيه.

و الأول إما معاوضيه، أو شبه معاوضيه، بأن كان فيها شائبه عباده، بمعنى أن يكون الحقّ فيها بحيث يورد (١) المتعاضين، و لذا لا تقبل التقايل كالنكاح، فإنّ فيه حقًا لغير المتعاقدين، أعنى لله، و هو أمر النسب، و لذا لو تصادقا على عدم النكاح بعد الإقرار لم يسمع و لا يرتفع النسب، بخلاف المال، أو غير معاوضيه، مجائيه أو لابشرطيّه، كالقرض!

و المعاوضيه إما لازمه أو جائزه.

قيل: و كذا الثانيه، كالخلع و المباراه، لا كالنكاح المشروط فيه بعض الامور الموجب تخلفها للخيار، إلّا أنّ جواز الرجوع حكم شرعى غير موجب لكونها جائزه، فتأمل!

و العقود الغير التمليكيه إمّا إذنيه، و إمّا مثبتة للحقّ، كالرهن و العاريه، و الاهتمام فى الألفاظ فى العقود التمليكيه المعاوضيه الشبيهه بالعباده أكثر منها من غير الشبيهه لها و مطلق، و المعاوضيه أكثر من غيرها، و مطلق التمليكيه أكثر من غيرها، و المثبتة للحقّ من غيرها أكثر من الإذنيه.

و أحسن العقود الإذنيه الوكاله، لعدم كفايه الفعل أو الإشاره مع عدم العجز فى إيجاب عقد من العقود مطلقا غيرها، و نعى بالاهتمام المذكور بالألفاظ من حيث الصراحه و الفوريه و الفعليه أو الاسميّه، و أما التعليق فمبطل فى العقود مطلقا، لعموم دليله على ما حَقَّق فى محلّه.

نعم؛ فى كلِّ عقد مبناه و حقيقته على التعليق، كالوصيه صحَّ التعليق فيه، كما أنّ كلَّ شرط يشترط فى العقود مطلقا فى غير العقود الّتى مبناه على خلاف ذلك الشرط، كالسكنى و العمرى بالنسبه إلى المدّه المجهوله المضروبه فيها، و كالثمار فى بيعها حيث جاز مطلقا أو على بعض الوجوه.

و سيأتى دليل بطلان التعليق فيها.

اشتراط فوريه القبول فى الوكاله و عدمها

و اعلم! أنّه ذكروا فى الوكاله عدم اشتراط الفوريه معللا- بأنَّ حكمه جعلها هو تسهيل الامور للغائبين فى قضاء و طرهم بها، فاعتبارها فيها منافع لأصل الحكمه، كما أنّ مفاد الوصيه هو التملك الحاصل بعد الموت، فبطلان صحّه الإيجاب التأهليه به مخالف لوضعها و إن كان مبطلا للصحيح التأهلى، و الإيجاب قبل القبول كذلك، و هذا مع قول المحقّق و الشهيد الأولين فى بيان عدم اشتراطها، فإنّ الغائب يوكل (١)، فلا دور و لا مناقشه كما توهم، فافهم!

و هل يشترط فى الوكاله عدم ردّ القابل للإيجاب؟ الأقوى نعم، لأنّ أثر العقد تابع لتحققه، و الإيجاب قبل القبول صحيح تأهلى يبطل تأهله بالردّ، إذ

١- المختصر النافع: ١٧٨، اللمعه الدمشقيه: ٩٧.

معنى التأهيل كونه بحيث لو تعقّبه القبول لأثر، و لو تعقّبه الردّ بطل، فمع الردّ لا عقد، كما لا يخفى، فكيف لو ردّ بعد القبول، و أمّا جواز القبول بعد الردّ في حياه الموصى فلما مرّ من كون وضع الوصيّه على التمليك بعد الموت، و المتأخّر لم يقع بعد، و هذا على القول باعتبار تأخّر القبول عن الحياه، فلا اعتبار لردّه السابق.

أمّا على تقدير جواز تقديمه في حال الحياه، فينبغي القول بمثل الوكاله من تأثير الردّ كالهبه، فيبطل الإيجاب السابق، و لو قبل بعد الحياه.

و لو قيل: إنّ عدم اشتراط المقارنه في الوصيّه اتفاقاً مانع هناك بخلاف الهبه، قلنا مثل ذلك في الوكاله.

و الحاصل؛ أنّ الوكاله و الهبه و الوصيّه و غيرها سواء في بطلان الإيجاب بالردّ لو قلنا بجواز تقديم القبول على الوفاء، كما هو مذهب الشهيد الأول (١).

و أمّا على القول في الوصيّه باشتراط مقارنته للوفاه فعدم تأثير الردّ متوجه، لأنّ الإيجاب فيها يتعلّق بعد الوفاء، فلو قبل قبله لم يطابق الإيجاب، فلا أثر لردّه و ليس هذا الاحتمال في غيرها، فالقول ببطلان الأثر العقديّ متّجه، و لذا قيل في انتقال حقّ القبول إلى الوارث مطلقاً بأنّ ذلك للنصّ (٢)، و لولاه لما تمّ؛ لأنّه في صورته عدم موت الموصى قبل الموصى له يمكن القول بذلك؛ لما ذكر في تعليل المشهور لاشتراط القبول بعد الوفاء.

و أمّا لو مات الموصى له بعد موت الموصى و لم يقبل بعد، فقد بطل صحّه

١- اللعه الدمشقيّه: ٩٧ و ١٠٤، الدروس الشرعيّه: ٢ / ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٣٢٦.

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ٣٣٣ الحديث ٢٤٧١٦، لاحظ! الحدائق الناصره: ٢٢ / ٣٩٥.

الإيجاب التأهليته بموت الموصى له، و ليس موته مثل موت الموصى محققاً لموضوع الوصية، فافهم!

و القول المذكور هو المشهور، و إن كان الأقوى هو التفصيل بين ما لو تعلق غرضه بشخص الموصى له و عدمه، وفاقا لثانى الشهيدين (١)، خصوصا لو كان موته بعد موت الموصى، لإمكان القول بأن سكوت الموصى مع علمه بموته إمضاء لوصيته بالنسبة إلى الوارث أو قرينه على عدم تعلق غرضه بشخص، فافهم.

و أما جواز التصرف بالعقد السابق، فلكفايه كل كاشف للإذن في جواز التصرف، بل العلم به كاف، بخلاف العقود.

نعم؛ في إيقاع العقد يكفي العلم بالرضا به، لا- بالنسبة إلى أثر العقد، فلا- يجوز البيع و الإقراض بالعلم برضاه، و يجوز إيقاع عقدهما به، فتدبر!

فلو لم يحصل من الإيجاب السابق إذن، و حصل بشاهد الحال، كفى، و هذا نظير الإذن الحاصل في الوكالة الباطلة، فإن الإذن ليس إلّا من جهة كفايه الكاشف الفاسد لحصول المناط.

و كذا المضاربه الفاسده و غيرها، لأن حقيقة الوكالة هي الاستتابة في التصرف المستلزم لجوازه، فالإذن الحاصل فيها حاصل في ضمن الاستتابة و ليس استتابة و إذن.

و كذا في القراض، بل حقيقتها لغيرها ليست إلّا أمرا مستلزما للإذن، فمتى بطلت الاستتابة بطل الإذن الحاصل في ضمنها، و الفصل محصل للجنس، و كيف

يبقى بدونه و ليس ذلك مثل مشخّصات زيد التي لا يوجب ذهابها ذهاب الإنسانيّه أو ليست المشخّصات محصّله لها، مع أنّ ذلك أيضا غير معقول، كما لا يخفى، فتأمل!

و لكن ذلك العقد الباطل بالنسبه إلى الاستنابه، كاشف عن الإذن.

وكاله المتبرّع

نعم؛ بالنسبه إلى الوديعة المنضمّه لها في الوكاله و القراض ليست حقيقتهما جنسا، و لذا لو تعدّى فيهما ضمن، مع عدم بطلانهما، قال المحقّق في «المختصر»: (و لا حكم لوكاله المتبرّع) (١).

أقول: أى و لا- أثر للوكاله لو تبرّع الوكيل في وكالته، و هذا ردّ على العامّه حيث جوّزوا أن يتوكّل متبرّع عن الغائب في الخصومات حسبّه، بيان ذلك أنّهم يقولون: إنّ الامور الشرعيّه على ثلاثه أقسام:

قسم؛ أراد الشارع حصوله من مباشر معيّن بحيث لا تترتب الآثار المختصّه به إلّا مع صدورّها من مباشر معيّن كالصلاه و الطهاره.

و قسم؛ أراد حصوله من المكلف أو من نائبه سابقا أو لاحقا لتشمل الإجازة بصيروره الفضولى بها و كيلا بحيث يترتب الأثر الشرعى على حصوله منه أو من نائبه، و ذلك كالبيع و غيره من العقود القابله للنيابه، فإنّ رضى المالك معتبر فى ترتيب آثارها فمتى حصل [يترتب الأثر الشرعى عليه]، سواء قام بها بنفسه أو بنائبه.

و قسم؛ أراد الشارع حصوله فى الخارج بأى نحو كان و رتب الأثر الشرعى عليه، و ذلك كإزاله النجاسه عن الثوب أو البدن، كما أنّ حصول الحرج أو التهمه موجب لنقض الحكم، سواء قام بهما المدعى عليه أو غيره، و لو بغير إذنه، أو علم الحاكم بنفسه.

فكذا قيام الغير بالنسبه إلى استماع بينه المدعى و جرحها و غيرها، إذ المقصود ثبوت الحقّ و إبطال الباطل بالبينه أو اليمين حيث أمكنت كالمردوده، كما يجوز للحاكم ذلك بطلب المدعى مع غيبه المدعى، و الحكم مع إبقاء الحجّه للغائب، فالوكيل المتبرّع إذا استمع حسبه تسقط حجّته، كما يجوز ذلك فى بعض الامور الحسيّيه، كحفظ مال اليتيم.

فذكر المحقّق أنّ تلك الوكاله لا أثر لها (١).

و بيان ذلك؛ أنّ الوكيل إمّا أن يتوكّل فى إتمام حكم المدعى أو فى رفع دعواه، و حكم الحاكم فإن كان فى استماع الدعوى و إتمام حكمه كما كان للحاكم نفسه ذلك، فلا يسقط ذلك حجّه الغائب، كما لا يخفى. مع وجود التهمه، مع عدم اطلاع الغائب فى كونه وكيلا.

و إن كان فى رفع الحكم - كما هو الظاهر من كلماتهم كما قيل - فهو مبنى على أنّه هل يجوز للحاكم مطالبه المدعى أو المنكر بالبينه أو اليمين مع عدم مطالبه المقابل حيث كان عالما بوجود البينه أو اليمين لأنّ ذلك وظيفته، أم لا لانحصار الحقّ له، فليس له التبرّع؛ لآتهامه لو فعل مع عدم المطالبه؟

و لعلّ هذا أقوى وفاقا لجماعه، كالعلامة و غيره (١).

فإن قلنا بذلك، فلا يجوز له استماع ما يقيمه الوكيل المتبرع من الجرح أو البيّنه لكون ذلك حقًا للمدعى عليه و لم يطالب، فلم يمكن الحكم، فتدبر!

و إن قلنا بنقيض ذلك، فلا نقول به في الجرح، لكونه هتكًا لحرمة المؤمن الغير الجائر أو مطالب لماليه المدعى المثبتة للحقّ أو المردوده بالنسبه إلى غير ذى الحقّ.

نعم؛ لو قام الوكيل بأمر لو حصل من المدعى عليه أو الوكيل كالشركه لتهمه مثلا جاز، لكن هذا لا ربط له بالوكاله، و لا يسقط حجّه الغائب في نفى حجّه لو صدر الحكم بها، فلا أثر للوكاله التبرعيه مطلقا عنه.

تعليق الوكاله و تنجيزها

قالوا: و يجوز تنجيز الوكاله و تعليق التصرف إلى أمد (٢).

الفرق بين التعليق في الوكاله و التعليق في التصرف؛ أنّ النيباه في الأوّل بعد العقد و قبل حصول المعلق عليه غير حاصله بعد، و في الثانى هى حاصله بعده و قبله، و لكنّ الإذن في التصرف غير حاصل و يختلف بالتعبير، فلو قال:

وكلتك في بيع دارى؛ فالبطلان، و لو قال: و كلتك في بيع دارى غدا؛ فالصحّه.

نعم؛ لو شرط أو نهى عن التصرف دائما بطلب الوكاله، لاشتراطها لما ينافى مقتضاها، كما لو شرط في البيع عدم التصرف في الجملة أو دائما [فيطل]،

١- تذكرة الفقهاء: ١١٤ / ٢ و ١١٥ ط. ق، شرائع الإسلام: ١٩٣ / ٢، الحدائق الناضره: ١٠ / ٢٢.

٢- المختصر النافع: ١٧٨.

فقد اتضح الفرق بين التعليقين، فدعوى كون تعليق التصرف في معنى تعليق الوكالة غير واضحة، بل الواضح خلافها.

فكما أنّ عدم جواز التصرف في بعض الأوقات قد يكون لمنع شرعيّ منه، أو لعدم قابليته المتعلّق للتصرف حال العقد، كما لو وكلّ المفلس في بيع متاعه بعد زوال الحجر أو وكلّ رجلاً جنباً في إيقاع عقد في المسجد، أو إدخال شيء فيه، أو وكلّ في طلاق امرأته الحائض، ولا يمنع ذلك من جواز الوكالة، كذلك لو أذن وعلّق التصرف على وقت أو حصول شرط، ولم يدلّ دليل اشتراط التنجيز في العقود على اشتراطه في مطلق الإذن، إذ هو إمّا الإجماع، فهو ظاهر، وإمّا ما ذكره جماعة من المحقّقين كالشيخ صاحب «الجواهر» من أنّه كما لا يجوز التعليق في الأسباب العقلية والعادية، كأن يقال: النار محرقة إن جاء زيد، وإلّا لزم خروج السبب والعلة عن السببية والعلية، بل يكون هو مع الشرط سبباً، كذلك الأسباب الشرعية، وإن كانت معرّفات لو كانت معلّقه (١).

فإن قلنا بترتب آثارها الشرعية قبل حصول المعلق عليه فلا أثر للتعليق، وإن رتب الآثار بعد حصوله فقد خرج السبب عن السببية والمعرّفة، إذ هو مع حصول غيره صار سبباً ومعرّفاً.

مثلاً- قولك: إن جاء زيد أو طلع الشمس فقد بعته، البيع والمجىء أو الطلوع سبب للنقل لا نفس البيع، مع عدم جعل الشارع سبباً له إلّا البيع.

وإلى هذا أشار الشهيد الثاني في مسأله كاشفیه الإجازة لا ناقلتيها أنّ

الشارع جعل العقد سببا (١).

فلو قلنا بعدم حصول النقل إلّا بعد حصولها، لزم خروج السبب عن كونه سببا.

نعم؛ لو شرط الشارع أمرا في حصول النقل كالقبض في الصرف و الهبه و الوقف، لم يكن العقد بنفسه سببا، بخلاف الإجازة، و كان هذا هو السرّ في ما ذكره جماعه من كون الإجازة شرطا للزوم، مع قولهم بأنّ مثل القبض شرط في الصّحّه و إن كان ترتيب آثار الصّحّه في زمان الإجازة من زمان الإجازة.

و أمّا التمسك ب «الناس مسلّطون على أموالهم» (٢) و حلّيه مال امرئ (٣) في جواز العقد التعليقي بعد تخصيصها بالعقود التي هي سبب النقل لا جريانها مطلقا - كما هو ظاهر - فغير صحيح جدّا، إذ مجرّد ذلك غير مجد و إلّا لجاز التملك بغيرها، و لذا قالوا: إنّ التعليق على أمر معلق عليه العقد عند الشارع غير مضرّ، لكون العقد مع ذلك المعلق عليه مؤثرا في الواقع، و كذا لا يضرّ في العبادات تعليقها على ما هو شرط فيها عند الشارع، كأن يشترط في نيّة الصلاه عدم الحيض أو الحياه أو عدم الجنون، لعدم منافاتها للجزم في التّيه.

و أمّا التعليق بعدم حصول الرضا عند حصول المعلق عليه، و حصولها بمضمون العقد عنده غير مجد، فكلام ظاهر، إذ الرضا في التعلّق بأمر مستقبل، و لو كان المعلق عليه مشكوك الحصول عند العاقد حينه، متحقّق الوجود حال

١- الروضة البهية: ٣ / ٢٢٩.

٢- عوالي اللآلي: ١ / ٢٢٢ الحديث ٩٩.

٣- عوالي اللآلي: ٣ / ٤٧٣ الحديث ٣.

العقد، لم يصح أيضا، لتخلييل قصد العاقد إلى أنّ العقد مع الشرط سبب، و لعدم الرضا منجزا حاله، كما ذكره الشهيد في «قواعده» (١)، فتأمل!

و تمام الكلام في باب البيع، و ليس هذا يقتضى بطلان تعليق الإذن.

نعم؛ لو لم يكن الآذن مالكا للتصرف حين العقد و أوجد الوكالة و إن نجّرها و علّق التصرف على زمان حصول التصرف له بطلت الوكالة و الإذن، كما لو وُكّل في طلاق امرأه سينكحها، أو كان محرما، أو وُكّل محرما أو محلا في شراء الصيد، أو العقد بعد إحرام الموكّل، لعدم أهليته الموكّل للتوكيل.

كما لو وُكّل العبد غيره في التصرف في ماله بعد عتقه، لعدم أهليته الموكّل للتصرف في ما وُكّل غيره بنفسه، أو غيره أو وُكّله في بيع فاسد، فإنّه لا- يملكه الوكيل، كما لم يكن الموكّل مالكا له، بخلاف ما لو وُكّلت المرأة الحائض غيرها في إيقاع عقد في المسجد، لكونها مالكا له غيره، و كما يمنع عدم أهليته الموكّل، كذلك يمنع عدم أهليته الوكيل، كما لو كان محرما أو وُكّل في عقد النكاح أو شراء العبيد.

هذا؛ ثمّ إنّ الاستنابه على قسمين:

قسم؛ يوجب الولاية للنائب، بعد سقوط ولاية الموكّل في ما وُكّله، فلا تثبت ولايته ما دام ولاية الموكّل كالإيضاء، فإنّ ولاية الموصى ما دامت ثابتة لم تثبت ولاية الوصى و تسقط ولايته إذا مات و تثبت للوصى.

و قسم؛ توجبها له مع بقائها للموكّل، و ذلك في وكاله الأحرار.

و أمّا استنابه العبيد؛ فليست إثبات الولاية، لا لعدم قابليتها لها، لجواز

الإيضاء إليه بإذن مولاه، بل لكونها بمنزله الآله.

ولذا قالوا: إنّه لا يحمل إذن العبد في التصرف على كونه وكاله، لأنّه استخدام وإن كان قابلاً لها، فإذا وقع عقد الوكالة بلفظها كالاستنابه أو الوكاله حملت عليها مطلقاً.

و لو وقع بلفظ الإذن؛ فإن كان المخاطب حرّاً يحمل عليها أيضاً إلّا مع القرينه على إرادته الإذن المجرد، لا الولايه، وإن كان المخاطب عبداً فهو استخدام لا ولايه.

فإذا وقع التعليق أو أمر آخر موجب لبطلان الوكاله، فإن كان الواقع لفظ الوكاله، فبطلانها يبطل الإذن المستلزم له، إلّا أن يقال: إنّ التصرف يكفي فيه رضا المالك، فمتى حصل - و لو حصل بكاشف فاسد بالنسبه إلى أمر آخر - جاز التصرف.

نعم؛ لو كان الموكل جاهلاً بفساد الوكاله و لم يكشف الرضا بأمر آخر غير لفظ «وكّلتك» لم يجز التصرف، بخلاف ما لو كان عالماً، وإن كان الواقع بلفظ الإذن و كان المخاطب حرّاً، بطلت الوكاله الظاهر فيها، بقرينه المخاطب.

و أمّا جواز التصرف؛ فإن اكتفينا في حصول الرضا بكاشف فاسد أو حصل من غير لفظ الإذن، فلا إشكال في جوازه و إن كانت الوكاله الظاهره من هذا اللفظ باطله، و كذا الإذن المستلزمه هي له.

و يحتمل أن يقال بحمل كلام المتكلم على الصحيح: إنّ المراد من هذا اللفظ الإذن لا الوكاله، فحمل الكلام على الصحيح قرينه على صرف الكلام عن الوكاله الظاهر فيها، كما يفعل ذلك في باب الإقرار و البيع، كما لا يخفى على الفقيه المتتبع.

و لو كان المخاطب عبدا صحح بلا إشكال لظهور الإذن معه في غير الوكالة، وقد مرَّ أنَّ التعليق غير مضرٍّ في مطلق الإذن، كما لا يخفى على الفقيه المتفطن.

ثمَّ إنَّ بعض العقود ما هو معاوضيّه، وبعضها غير معاوضيّه، وإن ذكر فيها العوض كالنكاح و الخلع، وبعضها محتمل للأمرين كالصلح، فافهم!

و ليست الوكالة باعتبار اشتراط الجعل فيها و عدمه من هذا القسم، بل هي معه من العقود التضمينيّه لا المعاوضيّه، كالجعله و النكاح في قول.

و لذا لو فسد الجعل في الوكالة المشروط فيها الجعل لم تفسد الوكالة، و إن كانت موجه للضمان لو كانت فاسده بقاعده «ما يضمن» كالهبة المشروط فيها العوض، و العاريه المشروط فيها الضمان.

مع أنّهما ليستا من العقود المعاوضيّه، و ليست القاعده كلّ عقد معاوضي يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فتدبر!

أقسام الاستنابه

فقد علم أنّ الإذن و الاستنابه على ثلاثة أقسام:

قسم؛ يفيد إثبات الولاية و تفويضها بعد سقوطها عن نفسه.

و هذا القسم إنّما يكفي إذا لم يكن هناك ولاية مقدّمه على ولاية هذا المستناب، كما لو كان هناك جدّ و أوصى إلى أحد على صغاره.

و أمّا ولاية الحاكم؛ فهي متأخره عن جميع الولايات كإرثه، و ذلك لأنّ جعل الولاية له لعدم تعطيل الامور و الأحكام، كما أنّ إرثه لعدم كون المال بلا مالك، و لذا لا يرث إن أمكن تحصيل الوارث، و لو بأن يشتري و يعتق و يرث،

فكما أنّ ولاية الأب أو الجدّ مقدّم على ولايته، كذلك ولاية الوالى منهما- و هو الوصى - مقدّم عليه.

و قسم؛ يفيد إثبات الولاية له مع بقاء ولايته، بل ما دامت ولايته ثابتة تثبت له، و هذه هي الوكالة، فحيث إنّها ولاية عمّن له الولاية على أمر فيشترط كونهما قابلا للولاية بمعنى كون الموكل مالكا للتعالي بنفسه و لغيره، و الوكيل قابلا للتعالي و إن لم يكن قابلا للتعالي لنفسه، فإنّ السفيه يتوكل، فلو لم يكن أحدهما قابلا لها بطلت الوكالة.

و كذا لو عرض بعد القابليته ما يمنع منها، كما لو جنّ أو مات أو اغمى على أحدهما، ثمّ لو عرض الموكل، صار تصرّف الوكيل فضوليا موقوفا على إجازة الوليّ الفعليّ لذلك التصرّف أو إجازته بعد زوال المانع، و لو عرض الوكيل فتصرّفه حيث أمكن كان لغوا، للغويّ عبارته المجنون و المغمى عليه إلّا في مثل العاربه ممّا يصحّ كون المجنون آله كالصبيّ.

فقد عرفت من ذلك أنّ كلّ عقد مشتمل على مثل هذه الولاية و هي الوكالة تبطل بما يبطل بمثل ما ذكر، بل و إن كان لازما، كأن كان مشروطا في عقد لازم، فإنّ الوكالة المشروطة في البيع تبطل بالموت و الجنون و الإغماء من كلّ منهما، فالمناط في البطلان بالامور المذكوره بعروضها في العقود الإذنيه مطلقا، لا مطلق العقود الجائزه، فإنّ الهبه جائزه، و كذا القرض، و لا تبطل بها.

نعم؛ لو عرض مانع من التصرّف في مدّه، سواء كان في المتعلّق كحيض المرأه الموكّله في طلاقها، أو في الوكيل أو الموكل، كأن صار الموكل محرما، أو الوكيل، بعد ما وّكّله في عقد نكاح أو شراء صيد.

و أما كون الإحرام فى حال الوكالة مانعا من تحقق الوكالة، فلعله من جهه حرمة الاستمتاع بالنساء لكل وجه حتى الشهاده عليه، و لعدم قابليته المحرم للملك للصيد، فتأمل!

ثم اعلم! أنّ الإذن و الاستنابه حيث أفادت الولايه تكون عقدا يفتقر إلى إيجاب و قبول قولى أو فعلى، و أما مسأله لزوم الإيضاء حيث لم يعلم الوصى إلا بعد الموت، أو ردّ و لما يبلغ الردّ، و كذا عدم انزال الوكيل بعزل الموكل فأمر ثابت بالدليل القطعى الاعتبار، مثل النصوص (١) و الإجماعات.

و أما القسم الثالث من الإذن، فهو إيقاع لو كان بلفظ الأمر، مثل بع، و اشتر، أو افعل، و لذا يجب على العبد القبول، و كذا يجب الحجّ بالبذل لا الهبه.

و أما البيع فى الوكالة بمجرّد الأمر أو الإيجاب - بعد الغض عن عدم كون مثله إيجاب و كاله، كما صرح به فى «التذكرة» (٢)، بل مجرد إذن، و تسليم كونه إيجاب و كاله - فلأنّه و كذا كل عقد يحصل، ممّا يجوز فى إيقاعه بمجرّد الرضا من المالك و لو بشاهد الحال.

و أمّا تحقق الانتقال، فلمّا كان موقوفا على رضا المالك و إنشائه أو من هو وليّ عنه، منه أو من الشارع فهنا إنشاء الوكيل؛ فوكالته و ولايته حين البيع و لو بنفس البيع، فلا يقال: إنّ الوكالة و الاستنابه عقد، فما لم يتحقق لم يتحقق، إلا أن يقال: إنه يصير بإرادته البيع - مثلا - و كيلا - و يجرى العقد، نظير بيع الواهب و وطء المطلق، أو قبلته زوجته المطلقة رجعيًا، و لذا كل تصرف موقوف على الإذن

١- وسائل الشيعة: ١٩ / ١٦٢ الباب ٢ من كتاب الوكالة.

٢- تذكرة الفقهاء: ٢ / ١١٤ ط. ق.

يكفى الإذن هناك إيقاعا.

كلّ ذا بالنسبه إلى الموت و الجنون و الإغماء، و كذا عدم البلوغ العذى يرجع إلى عدم المقتضى للعقد لسلب العبارة من متّصفيهم، و لا يختصّ بالوكاله بل فى جميع العقود و الإيقاعات من العبادات و المعاملات.

و أمّا غيرها ممّا يرجع إلى وجود المانع كالفلس و الفلس و الإحرام و المرض و الرقّ و وجود المانع فى متعلّق الوكاله كالحيض و الخمرية فى الموكّل و عدم المالكية لما يوكل فيه فيهما- أى فى الموكّل و الوكيل- فوجودها على ما ذكر فى حال العقد، مع وجودها زمان التصرف.

و أمّا إن علّق التصرف بزمان يرفع المانع فى ذلك الزمان؛ فإن ثبت من دليل كون المانع مانعا ارتفاع المالكية و التأهليه به، فمن هو فيه لم تصحّ الوكاله كالإحرام، فإنّ النساء حرام عليه بكلّ استمتاع، و هو غير قابل لملك الصيد، فليس المحرم مالكا لها و للصيد، فليس لها التوكيل و التوكّل، لما عرفت من معنى الوكاله من كونه إثبات ولاية لغيره فى أمر للموكّل الولاية فيه بنفسه و لغيره، و للوكيل التولّى فيه بنفسه و لو لغيره، و الإحرام مانع من الولاية، و إن لم يثبت ذلك كسائر الموانع.

و لعلّ الرقّ من قبيل الإحرام، كما هو الأقوى، فتصحّ الوكاله، بل و لو كان مانعا فى الموكّل دون الوكيل كما لو وكلّ الجنب أو الكافر غيره الطاهر أو المسلم فى إيقاع عقد فى المسجد، و أمّا عروض الموانع فى الأثناء- أى بعد الوكاله الواقعه صحيحه- فالظاهر عدم الفرق بين الموانع فى عدم بطلانها إلى أن يزول المانع حتّى الإحرام حتّى فى زمان الإحرام إذا كان الموكّل مالكا له، كالنائى عن

بلد الصيد، فإنّ وكاله وكيه في بلده لا تبطل بإحرامه.

و أمّا وجود المحرّمات بالنسبه إلى الحكم الوضعي أو الحكم التكليفي المسبّب عن حصول سبب في المباشر يوجب ذلك الحكم - كالأثم و الضمان - فغير قابله لو كاله.

و أمّا لو كان لأحدهما بالنسبه إلى الموكّل أثر، كما لو وكلّ الناذر لعدم بيعه عبده - مثلاً - غيره في بيعه، فإنّ الإثم و الحنث يحصل بالنسبه إلى الموكّل، لكن هذا المثال غير صالح للنقض، كما قيل، لتعلّق حقّ الله بالعبد الموجب لبطلان البيع (١).

و المسأله غير مستحضره عندي، فليفرض فيما كان كذلك، و هو ما إذا حلف على نفى البيع و قصد النقل و الانتقال لا المعنى العرفي و هو العقد، و كما لو وكلّ الراهن أو الواهب في إقباض المشاع، فإنّ الإثم و إن اختصّ بالمباشر لكن صحّحه العقد و لزومه بالنسبه إلى الموكّل أثر شرعي للإقباض على القول بكفايه قبض الشريك الراهن بغير إذن شريكه في الحكم الوضعي.

و أمّا الفرق بين ما لو قال: وكلّتك في طلاق امرأه سأنكحها، و بين ما لو قال: وكلّتك في تزويج امرأه و طلاقها، أو شراء عبد و عتقه، فلأنّ العقود المترتبه في كلّ عقد لو جازت لوجب أن لا يشرط في العقود المترتبه بالشرط في الاستقلال، و منها العقود المترتبه عليها عقود اخر، و إلّا فلا معنى لتشريع مثل تلك العقود.

مثلاً إذا صحّ الوقف المؤبّد على أشخاص بالدليل المستلزم لكون بعض

الموقوف عليهم في بعض الطبقات غير موجودين حال العقد، اقتضى ذلك الدليل سقوط اشتراط الوجود في الموقوف عليهم لو كان أصلاً في الموقوف عليهم تبعاً وكذا القبول والقبض، وكذا إذا اقتضى الدليل صحه البيع و رهن المبيع بعقد واحد، كقوله: بعثك الدار و أرهنتكها فلا بد من الاكتفاء بتقدم ملك المرتهن للرهن بحسب الذات و إن كان مقارناً للرهن زماناً، فافهم!

و كذا الوكالة المترتبة، و إن كانت معلقه بل غير مملوك للوكيل متعلق الوكالة، فعلى هذا لو وكل في أمر يصح فيه الوكالة و وكل في أمور آخر مترتبة عليه، و إن لم يكن له ذلك لو كانت الأمور غير مترتبة.

فهذا هو الفرق في الوقف بين الوقف على المعدوم ابتداءً و الوصية و بينها عليه تبعاً، و في الوكالة بين التوكيل في طلاق امرأه سينكحها و التوكيل في التزويج و الطلاق أو الشراء و العتق.

ما تصح الوكالة فيه

إشاره

قالوا: و كل أمر لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معين تصح الوكالة فيه (١).

أقول: كل أمر يقع في الخارج، إمّا فعل من أفعال الجوارح، و إمّا إنشاء و نية، فإن كان فعلاً؛ فإمّا أن يكون الأثر المترتب عليه شرعاً أو عرفاً مترتباً على فاعله من حيث صدوره منه، بحيث لا يكفي في ترتبه عليه انتسابه إليه، فذلك لا تصح الوكالة فيه، و ذلك واضح وجهه.

و إما أن يكفى فى ترتبه عليه انتسابه إليه، فهذا تصح فيه الوكاله، وكذا التيه و الإنشاء، منها ما يترتب عليه الأثر المترتب عليه من حيث صدورها من المنشئ و الناوى، و منها ما يترتب على المنتسب إليه الإنشاء و التيه.

فالطهاره فعل يرتب الأثر الشرعى، و هو استباحه الصلاه أو الطهاره من القذاره على الصادر منه هذه، لا المنتسب إليه.

و كذا الصلاه الواجبه حال الحياه، فإن الأثر الذى يترتب عليها و هو التذلل و الانقياد و حصول الكمال و التقرب إنما هو على الصادره منه، يعنى أن مباشره الصلاه يوجب التذلل و الكمال.

و كذا الصلاه المندوبه، كصلاه الليل - مثلا - فالتقرب لازم لفعله بنفسه، بخلاف الزكاه مطلقا، فإن الغرض منها ارتفاع شح النفس و ارتفاع الفقراء و المستحقين لها، فيحصل هذان الأثران بمجرد حصول الفعل، و هو التركيز و لو من الغير، لحصول الارتفاق و ارتفاع الشح من المالك، و لو أخرج زكاته غيره.

و أما التيه و قصد التقرب، فحيث إن التقرب أثر يترتب على المنتسب إليه التركيز و هو المالك، فيجزى قصد الوكيل تقربه حين دفعه إلى مستحقه.

و من ذلك؛ الوقف و العتق، فيجزى قصد الوكيل تقرب الواقف و المعتق.

نعم؛ لو لم يكن مأذونا منه، بل واليا عليه من قبل الشارع، كمن وقع مال غيره فى يده غير مزكى و هو ممتنع فزكى منه ما يجب على المالك، فيترتب على قصده بها تقرب المالك تقربه إلى الله تعالى أيضا.

و من هذا القبيل الجهاد، حيث جازت الاستنابه فيه، فإن الغرض من تكليفه على العباد إقامه الإسلام و إظهار شعائره، فيحصل هذا الغرض من

المباشر وإقامه غيره مقامه و ينوى فى ذلك تقرب المنوب عنه كالزكاه، لكن يشترط أن لا يكون واجبا على النائب و لو كفايئا، و إلا لم يجز التوكيل فيه.

وقيل: إن الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر من هذا القبيل لو لم يكن واجبا على النائب، لكنه محل نظر، لأن هذا التوكيل نوع من الأمر بالمعروف لا استنابه فيه، فتدبر!

و أمّا الحجّ الواجب، فالمقصود و الأثر المترتب عليه هو إنفاق المال فى هذه الجهة و إذلال النفس و الانقياد بإتيان الواجب بنفسه، فلا تجزى الاستنابه؛ لعدم حصول الغرض بتمامه فيها، و قصد القربه من النائب، بعد ما كان التقرب غير حاصل إلا من المباشر، غير مفيد له.

نعم؛ لو عجز بنفسه سقط الغرض الأخير، فيحصل التقرب و لو بفعل غيره، و يترتب عليه الغرض الأول، فينوى النائب القربه فى حجّه و يترتب عليه تقرب المنوب عنه عكس الزكاه، إذ التقرب بهذه الأفعال تابعه لصدورها أولا و إلى السبب المنتسبه إليه هذه الأفعال و يشير إلى هذا ما ورد من أن للنائب تسعه أعشار أجر الحجّ و ثوابه، و للمنوب عنه و السبب أجر (١).

و أمّا الحجّ المندوب، فلما كان أصل الحجّ هو زياره بيت الله جاز التوكيل فيه كسائر الزيارات المستحبه، و السرّ فى ذلك أن الزياره مرّكبه من امور: طى الطريق، و إبلاغ السلام، و الإهداء.

فأما طى الطريق؛ فحيث إن الغرض منه التوصل إلى الأمرين الأخيرين كان مقتضى الأصل جواز الاستنابه فيه، إلا أن تكون أصل الزياره واجبا،

فيلاحظ فيها مباشرة طي المسافه لتبادرها من الواجب، كما في الحجّ الواجب، لوجود غرض في تعلق الوجوب بها الموجب لمباشرتها بتمام أجزائها.

و أمّا الغرضان الآخران فمما يحصل بالنيابه مطلقا، كما هو معمول الآن في تفقد الأكاير من أحوال أمثالهم، أو ممن هو دونهم بإرسال خادمهم و تبليغ السلام و سؤال أحوالهم، فهذا النائب للزياره يبلغ سلامه إليه.

و أمّا صلواته المهدى بها فينوى بها لنفسه و يقصد تقرب نفسه بها لحصول زيارته لنفسه أيضا بنيابته للغير لكنه يهدى بهذا الفعل المتقرب به عن المنوب عنه، و يمكن أن ينوى النائب جميع أفعاله و سلامه لنفسه و يهدى ثواب المجموع إليه أى إلى المنوب عنه.

و يستفاد من الأخبار (١) كلا القسمين في الاستنايه للزياره لقبور الأئمه عليهم السلام و بيت الله لكن ما ورد من جواز أن يستنيب جماعه شخصا واحدا للحجّ المندوب (٢) منزل على القسم الثاني؛ لعدم جواز استنايه شخص إلا عن واحد، فتدبر! فيجوز في الحجّ المندوب الاستنايه فينوى في جميع الأفعال تقرب نفسه و يترتب عليه تقرب المنوب عنه، فيستأجره لأن يفعل هذه الأفعال لنفسه متقربا بها إلى الله بتقرب هذا الشخص إليه، أو ليفعلها و يفوض ثوابها إليه.

و أمّا في الواجب لما كان التذلل مسببا عن مباشرة طي الطريق و إتيان الأفعال بنفسها لم يجز التوكيل فيه، و كذا لو نذر الزياره- مثلا- اشترطت المباشره قطعاً، إلا أن يكون متعلق النذر أعم.

١- وسائل الشيعه: ١٤ / ٤٤٢ الباب ٤٢ من أبواب المزار و ما يناسبه.

٢- وسائل الشيعه: ١١ / ٢٠٢ الباب ٢٨ من أبواب النيايه في الحجّ.

و ممّا ذكرنا فى صلاه الإهداء أتضح جواز الصلاه المندوبه بقصد الثواب الدينوى كتوسعه الرزق و صلاه الحاجه، فإنّ هذا الأمر إنّما هو على الفعل المتقرّب به، لا على المطلق، فهو ينوى ترتّب الأثر الدينوى و يطلبه من الله بهذا الفعل الذى يتقرّب به، و كذا مثل الجنّه و النار اللتين ادّعى الشهيد الأوّل فى قواعده- على ما قيل - (١) الإجماع على بطلان العباده بجعلها غايه لها، فإنّ قصدهما- على ما قلنا- غير مضرّ إجماعا، و مراده قدّس سرّه قصدهما على وجه يجعلهما غايه للعباده بلا توسّط القربه، بأن يصلّى للجنّه لا لله، و يقصد بهذه الصلاه المتقرّب بها الجنّه أو الخلاص من النار، فافهم!

و أمّا الحجّ الواجب عن الميت و كذا الصلاه الواجبه بعد الحياه؛ فالاستيجار و التوكيل غير مناف لقصد قربه الفاعل، فإنّ الفعل بعد ما كان مشروعا مطلوبا للشارع و هو إتيان واجب الغير بعد حياهه، و رتبّ الشارع عليه الأثر الذى كان يترتبّ على المفعول له لو كان فاعلا على فعل هذا النائب و هو البراءه جاز أخذ الاجره على هذا الفعل.

فكما أنّه قبل الاستيجار لو ينوى بفعله له تقرّبه و تقرّب غيره مترتبا و كان يبرئ ذمّته لو كان واجبا عليه، فكذا يجوز أخذ الاجره عليه، كما أنّ متعلّق النذر قبل النذر لا بدّ أن يكون مطلوبا و مشروعا و به يصير واجبا، فكلّ قيد كان فيه قبله فهو باق بعده حتّى الوجوب و الندب.

و هل يجب فى نذر الواجب و المندوب حين فعلهما أن ينوى وجوبهما النذرى غير الوجوب أو الندب الأصلى؟ قولان، و لعلّ الاكتفاء بالفعل لو كان

غافلا حينه أقوى، أما لو كان ملتفتا به حينه فغير شرط جزما.

فالحاصل؛ أنّ الأجره على هذا الفعل المتقرب به الذى يأتى به بقصد النياه و براءه ذمه المنوب عنه، فهذا معنى قولهم: إنّ الأجره على جعله نفسه نائبا لا- على أصل الفعل، لكن لو كان هذا الفاعل الذى يجعل نفسه نائبا ممن يجب عليه ذلك لم يجز أخذ الأجره عليه كالولّى، لكنّه يجوز استيجار غيره.

و أما الغرض الذى كان فى الحجّ و الصلاه الواجين حال الحياه، فقد انتفى بعدها، حيث إنّ الشارع حكم بوجوبهما على الولّى عنهما، و منفعه هذه الأفعال التى واجبه على الولّى و إن كان غير راجعه إليه حقيقه، لكنّها راجعه إليه حكما، لسقوطها عنه بفعله.

و هذا المقدار كاف فى تملك المستأجر للمنفعه و رجوعها إليه، كما لو استأجر شخص من شخص داره ليسكن المؤجر فيها، فإنّها بمنزله العاريه من مالك المنفعه، إلّا أن يشترط فيها ذلك- فتأمل- و أمره ببناء دار غيره لا ببناء دار نفسه، فافهم!

و أما الأذان و الإقامه و الصلاه المندوبه؛ فلما لم يكن أصلها عن الغير مشروعا لم يجز الاستنابه فيها و لو على نحو ما ينوى فى الصلاه عن الميّت و زياره قبور الأئمه عليهم السلام، فلا تغفل! فإنّ ضابطه الاستنابه ما كان للمنوب عنه التولّى بنفسه و بغيره، و للنائب أن يتولاه عن غيره، و لم يثبت و لم يدلّ دليل على ذلك فى ما نحن فيه، كما فى الواجبات بعد حياه المنوب عنه.

فروع

من العبادات ما يثبت من الشرع الإتيان بها و إهداء ثوابها إلى الغير، و من

ذلك تلاوه كلام الله المجيد و الحجاج المندوب على أحد الوجهين، و لا- يجوز في مثل التلاوه النيايه، لعدم قيام دليل على مشروعيته و جواز التولى في القراءه.

و أما صلاه ليله الدفن و إن كان المكلف بها جميع المسلمين سوى الولي، لكن حيث شرع ذلك بقصد الإهداء لا بقصد النيايه عن الولي- فافهم- جاز أخذ الاجره من الولي لهذا الفعل المتقرب به على نحو ما حققناه في صلاه الاستيجار.

و أمّا النذر فغير قابل للنيايه، إذ الأثر و قصد القربه مترتب على الفعل من حيث صدوره، لا- من حيث الانتساب كما في المعاملات، فإن حقيقه البيع- مثلا- إدخال المبيع في ملك الغير بإزاء الثمن، و هذا لا يشترط فيه صدور الإيجاب من المالك، بل يكفي إنشاء الوكيل و لو لم يقصد النيايه، بخلاف النذر، فإنه لا يمكن أن يقصد الوكيل تقرب الموكل بهذا اللفظ الذي صدر منه و يحصل به تقرب اللافظ.

و أما الظهار فلما كان معصيه- و قد مرّ عدم جواز التوكيل في المعاصي- لكنه حيث يكون هذا الفعل من الوكيل أيضا معصيه، و ليس كذلك الظهار.

و أما حرمة الطلاق للحائض من الوكيل، القول بوقوعه و إن أثم المطلق- كما هو مذهب العامه (١)- فلايجاده هذا الفعل المحرم و إعانته على الإثم.

و أما الظهار؛ فلما لم يصح التوكيل فيه و لم يترتب عليه أثره بالنسبه إلى الزوج لم يكن هذا الفعل من الوكيل محرّما، فتأمل!

و لكنّ التحقيق أنّه لو لا- الإجماع على عدم جواز التوكيل فيه لأمكن المناقشه فيه، و المناقضه بمثل طلاق الحائض على مذاهب العامه حيث يقولون

١- الأم: ٥ / ١٨١، المغنى لابن قدامه: ٨ / ٢٣٧ و ٢٣٨، الشرح الكبير: ٨ / ٢٥٣ و ٢٥٤.

بانعقاده مع كونه محرّما (١).

فمقتضى ذلك تأثير التوكيل هنا و إن كان محرّما بالنسبة إلى الموكل بل هنا أولى، لما ذكرنا من عدم المعصية بالنسبة إلى الوكيل بخلافه هناك، إلّا أن يقال:

إنّ الحكم الوضعي للظهار تابع لحرمة، بمعنى أنّ الظهار المحرّم موجب للفراق و وجوب الكفّاره، و ليس الظهار الواقع من الوكيل محرّما.

و هذا أيضا ضعيف، لكونه بالنسبة إلى الموكل محرّما لو جاز التوكيل فيه، و وجوب الكفّاره لازم له لا للوكيل.

فالعمده هو الإجماع في المسألة.

و بالجملة؛ المسألة محتاجة إلى التأمل و ليس مجال لنا الآن.

و أمّا اللعان؛ فمبنى على أنّه شهادة أم يمين، فينبغي التكلّم أولا في الشهاده، فنقول: إنّ الإخبار إن كان عن حقّ للغير على نفسه، فهو إقرار، و إن كان عن حقّ له على غيره، فهو ادّعاء، و إن كان عن حقّ الغير على الغير، فهو شهاده، و لا يمكن التوكيل في الإخبار، لأنّ كاشفيّه الخبر عن الواقع أمر قائم بصدور الخبر، فالتوكيل في الإخبار غير مفيد، لعدم حصول الكشف في إخبار الوكيل.

نعم؛ إخباره يكشف عن أنّ المخبر قد أخبر بذلك، لأنّ المخبر به للوكيل هو إخبار الموكل.

و أمّا شهادة الفرع، فهي من هذا القسم، و لكن لما كان حضور الشاهد عند الحاكم شرطا لم يجز التوكيل إلّا عند الضروره، فتدبر! حتّى يتضح أن ليس ذلك توكيلا، لأنّ الشهاده نوع من الإخبار، و لا يصحّ التوكيل فيه حسب ما مرّ.

و أمّا التوكيل فى الدعوى؛ فهو توكيل فى الخصومه و الترافع و إقامة الشهود و جرحهم، و هذه امور يكون له التولى بنفسه و غيره، لأنّ هذه ولايه فله إرجاعها إلى غيره، بخلاف أصل تحرير الدعوى فقط، إلّا أن يكون من باب المقدمه، فيصحّ التوكيل فيه تبعاً للامور المذكوره.

فلو و كلّه فيه لا- فيها بطلت قطعاً، لأنّه إن حرّر الدعوى من قبل نفسه، بأن يقول: فلان يدعى عليك كذا، فهذه الدعوى غير مسموعه، لعدم الخصومه معه.

و إن قال: أنا و كليل فى هذه الدعوى فقد عرفت بطلانه، لعدم ولايه للمخبر فى الإخبار حتّى يفوضها إلى غيره، و أمّا الإقرار فكذلك غير قابل لها إجماعاً، و إنّما النزاع فى أنّ التوكيل فيه إقرار أم لا؟

و لعلّه من باب الإقرار المعلق، كأن يقول: إن جاء رأس الشهر فله على كذا.

فنقول: إنّّه إذا قال: اذهب و أقرّ عنى لفلان، معناه: إنّّه إذا أقرّ الوكيل بكذا، فله على كذا، فافهم.

فلعلّ هذا مراد الشيخ رحمه الله حيث حكم بأنّ التوكيل فيه إقرار (١)، قال العلّامه فى «القواعد»: و فى التوكيل على الإقرار إشكال، فإن أبطلناه ففى جعله مقرّاً بنفس التوكيل نظر (٢)، انتهى.

و الحاصل؛ إنّ التوكيل غير معقول فى الإخبارات، بل مختصّ بالإنشاءات، إذ لا- ولايه للموكل فى الإخبارات حتّى يوكلها و يفوضها إلى غيره،

١- المبسوط: ٣ / ٣٢.

٢- قواعد الأحكام: ١ / ٢٥٤.

لأنّ الإخبار إن كان عن حقّ للغير على غيره و هي الشهاده، فأخبار الشهاده فيه قد اخذ على وجه الموضوعيّه للحكم و حضور الشاهد جزء الموضوع، فلا يمكن التوكيل فيها.

أمّا شهاده الفرع فعلى ثلاثه أقسام:

أعلاها: الاستدعاء (١)، و هو أن يقول: اشهد عني عند الحاكم بكذا.

و ثانيها: أن يسمع شهادته عند الحاكم فينقلها عند غيره.

و ثالثها: أن يكون التقاؤل و الشهاده بين الشاهد و السامع.

و هذان القسمان و إن كانا أخفض من الأوّل، لكنّهما معتبران إلّا القسم الأخير، إذ لم يشتمل على ذكر السبب، مثل أن يقول عن ثمن ثوب أو عقار، و كذا القسم الأوّل لكن إن كان مقام الاضطرار، فليس من باب التوكيل، لأنّ حجّيه الإخبار من جهه كاشفيّه الخبر عن الواقع، و هذه الصفه غير قائمه بخبر الوكيل.

نعم، يكشف خبره عن خبره الكاشف عن الواقع، و ليس هذا توكيلا- في شيء، و إن كان عن حقّ لازم على نفسه للغير و هو الإقرار، فهو و إن كان إنشاء في وجه لكن حجّيته باعتبار كاشفيته عن الواقع، فلا يمكن التوكيل فيه.

و أمّا شاهد الإقرار؛ فهو كاشف بنفسه عن إقراره لا عن الواقع، فتدبر!

و الحاصل؛ أنّ إخبار الوكيل بإقرار الموكّل إمّا إخبار عن حقّ الغير على الغير، و إمّا إخبار عن حقّ لازم للغير على المخبر، و الأوّل شهاده، و بطلان الثاني بين، و بطلان اجتماعهما أبين.

١- لا لتمام الشاهد الأصل رعايه شهادته و الشهاده بها «منه رحمه الله».

فلو قال: اشهد عني أنّ لفلان عليّ كذا، لا يدلّ على الإقرار، لأنّ التوكيل إنشاء و هو إخبار حقيقه إلّا أن يقال بدلالته عليه التزاما، حيث إنه يضمّ الإخبار فيكون إقرارا.

قال المحقق الثاني في شرح قول العلّامة المتقدّم ذكره بعد ما ذكر وجهي الإشكال: وفيه نظر، أي في دليل كونه إقرارا بما أشرنا إليه أخيرا من أنّ التوكيل يتضمّن الإخبار.

قال: لأنّ ما تضمّنه التوكيل هو صورته الإخبار، وليس إخبارا حقيقه، للعلم بأنّ قوله: لزيد عندى كذا، في قوله: وكلتك بأن تقرّ عني بأنّ لزيد عندى كذا، لم يأت به للإخبار، بل لبيان اللفظ الذي يخبر به، فهو في الحقيقه من تتمّه بيان الموكل فيه، والأصحّ أنّه لا يكون إقرارا (١)، انتهى.

قد سبق أنّه يحتمل أن يكون هذا من باب الإقرار المعلق، وسيجيء ما يدلّ عليه وإن كان في إطلاقه نظر، وإن كان الإخبار ادّعاء فقد ظهر وجهه - أي وجه عدم التوكيل فيه - ممّا ذكر في الإقرار والشهادة، بل في مطلق الإخبار (٢).

١- جامع المقاصد: ٨ / ٢٢٠.

٢- قال في محكي «الخلافا» يصحّ إقراره و يلزم الموكل بالمقرّ به إذا كان معلوما، و بتفسيره إن كان مجهولا، لعدم المانع منه و الأصل جوازه. مضافا إلى عموم «المؤمنون عند شروطهم» الخلافا: ٣ / ٣٤٤ المسألة ٥، و هذا شرط أنّه يلزم ما يقربه الوكيل. أقول: الظاهر أنّ مراده من الأصل هو الصحّح و الجواز المستفاد من عمومات الوكاله، فمعارضته بأصله البراءة - كما قيل - في غير محلّه، لما حقّق في محلّه من ورود الأدلّه الاجتهاديّه على الفقاهتيّه، لأنّها دليل حيث لا دليل، إذ موضوعها - و هو المشكوك - يرتفع بها. - و قول السيّد صاحب «الرياض»: إنّ في هذا الأصل نظرا، لعدم الدليل عليه رياض المسائل: ٦ / ٦٤ لعلّه من جهه أنّه فهم منه أصل الجواز الغير المستفاد من العمومات. و أنت خير بأنّ الحكم التكليفي الّذى يستنبط منه الحكم الوضعي كإباحه التصرف و حلّيته و تسلّط الناس على أموالهم إنّما هو في الحكم المستفاد من دليل اجتهاديّ، لا من دليل فقاهتيّ، فتدبر! فلا ينبغي للشيخ البناء في الصحّح على مثل هذا الأصل الفقاهتي الّذى فهمه هذا السيّد السند مع ظهور قوله و لا مانع من إرادته المقتضى من الأصل، و إن كان استدلال الشيخ محلّ نظر، و بيانه موقوف على مقدّمه، و هي: المخصّص المجمل، إمّا مجمل من حيث المصداق، و إمّا من حيث المفهوم. ففي الأوّل؛ قيل: يتميّك بالعموم، كما هو منقول بناء القدماء، إذ لا يرفع اليد من العموم إلّا بمخصّص متيقّن، فكأنّه قال مثلا: أكرم العلماء إلّا زيدا المعلوم، أو كقولك: أكرم العلماء لا تكرم الفساق، فشكّ في أنّ زيدا - مثلا - فاسق أم غير فاسق؟ فالمشكوك أنّه زيد أو لا، غير مخرج عن العموم، بل الأصل عدم كونه زيدا. و الّذى بنى عليه المحقّقون من المتأخّرين هو الوقف، لأنّ الكبرى لا يثبت الصغرى - فتأمل - و لأنّ مرجع هذا التخصيص إلى تنويع العامّ، فكأنّه قال: لا تكرم زيدا العالم، و أكرم العلماء غير زيد، فأصله عدم كونه زيدا معارض بعدم كونه غير زيد، لكونهما أمرين وجوديين. و أمّا المشكوك بالمخصّص المجمل المفهومي فالتحقيق فيه - كما عليه أهله - هو الأخذ في التخصيص، و العمل بالعموم بالمتيقّن، و الوقف في المشكوك، لأنّ إجمال المخصّص يوجب الإجمال في العامّ، فلا مجال للتمسك به، فافهم، و تمام الكلام في محلّه. فإذا تمهّدت هذه فنقول: مع أنّه لا - عموم و لا - إطلاق في باب الوكاله، بل مشروعيتها تثبت من موارد

خاصه ورد من الشارع إمضاؤها فعلا أو قولاً أو تقريراً لو سلمنا العموم، و لو من عموم الحكمه فى بعض الإطلاقات- كما قيل- لا- شك فى تخصيصها بما لا يقبل النيابة لترتب الشارع الغرض و الأثر على المباشرة، فهذا أمر مجمل مفهوماً أو مصداقاً، فلا يجوز فى ما شك أنه ممّا يقبلها أو ممّا لا يقبلها التمسك بالعموم. و هذا نظير أنه لو شك- مثلاً- فى أن بعض الأشياء مال أم لا؟- فلا يجوز التمسك لجواز بيعه بعموماته، لأنّ بالكبرى لا يثبت الصغرى. نعم؛ عند الشك فى شرطيه شىء أو مانعيته يجوز التمسك بالعموم، لأنه شك فى المخصّص رأساً، لا عند الشك فى وجود ركن العقد و عدمه، فالإقرار مشكوك فى قابليته لها، فلا يجوز التمسك بعموماتها، لأنّ الموضوع غير محرز، فإجراء الحكم غير مقدور، فلا أصل يقتضى الجواز، لا أن المانع محتمل حتى يدفعه عموم المقتضى. و أمّا التمسك بالشرط؛ فالشرط هو الالتزام فى عقد لازم كالبيع و نحوه لو اريد ظاهر هذا الكلام، و هو الأخذ بالوجوب، لعدم وجوب الوفاء بمطلق الشرط إلّا ما ذكرنا. و لو قيل: إنه العهد و الالتزام لوجب حمل الخبر (الاستبصار: ٣ / ٢٣٢ الحديث ٨٣٥) على مطلق الرجحان، أو طرحه؛ للإجماع على عدم بقائه على عمومه بخروج أكثر أفراد الموهن للتمسك به، مع بناء العلماء على التمسك به للوجوب، فنحو هذا الشرط غير لازم الوفاء قطعاً، لعدم كونه مشروطاً فى ضمن عقد لازم، و لا يلزم من استحباب الوفاء التزامه بذلك، و عدم وجود الإجماع على الوجوب فى المقام الموجب لتخصّصه لو لم يحمل على الوجوب بالوجه الذى ذكرنا من حمل الشرط على المعنى المذكور، و هو الالتزام فى ضمن عقد لازم كالبيع و نحوه «منه رحمه الله».

هذا، و أما النذور و الأيمان و العهود فهى من العبادات غير قابله للتوكيل، و تحقيق المقام يقتضى بيان حقائقها، فنقول: إنَّ النذر هو الالتزام و إلزام أمر على النفس من قبل الله تعالى، فمعنى «لله على كذا»: أنه بعد ما أذن الشارع بأدله تشريعيه النذر أن يلتزم عنه تعالى بأمر، و يلزمه عنه على نفسه، مثل: أن فوض تشريع بعض العبادات على الناس إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو على نفسه، فإذا أوجب النبي صلى الله عليه و آله و سلم أمرا عليهم عنه تعالى فقد فعل هذا بأمره و صار هذا واجبا يكون أمره صلى الله عليه و آله و سلم أمره تعالى.

فكما أن أحدا لو فوض تعيين أمر إلى غيره فعين، يقال: إنه معين، فكذلك ما شرعه النبي صلى الله عليه و آله و سلم يأذنه تعالى الكللى كان تشريعا من الله، فانظر إلى ما يشرعه النبي صلى الله عليه و آله و سلم و يقول مثلا: من فعل كذا فله أجر كذا، فهذا إنشاء منه فى جعل الحكم و فى جعل الثواب المعين، و ليس إخبارا قطعاً، إذ لو لا تشريعه ذلك الحكم لم

يكن الثواب مترتباً على فاعله.

و هذان الإنشاء ان بعد إذنه تعالى له فى التشريع، فكأنه قال: اجعل عني كل حكم تريد و تراه صلاحاً، و اجعل ثواباً تراه عليه، فما جعله هو ما جعله الله تعالى، فهذا الناذر قد أذن الله تعالى أن يجعل، و يوجب عنه عليه أمراً لكن لا مطلقاً بل ما لم يكن محرماً و كان مأذوناً عني مع قطع النظر عن التزامك به، فهذا يقول: قد أوجبت عن الله على نفسى كذا، المستفاد هذا من قوله: لله على كذا، كما يقال: لك على أن أفعل كذا.

فكما أنه لو أمرك شخص بأن تفعل كذا بكذا فقلت: لك على أن أفعل كذا بكذا، يصير هذا التزاماً منك عنه، لكنّه بالأخره التزام منه عليك، فكذلك ما نحن فيه بعد تشريع أن يلتزم الإنسان أمراً راجحاً على نفسه يكون ذلك الأمر الملتزم ملتزماً من الله تعالى، غايه الأمر بلسانه و اختياره، حيث إن معنى قوله: لله، هو امتثال أوامر تشريع النذر، فلا احتياج إلى قصد القربه، إذ دليل اشتراطها لم يدلّ إلا على كون الفعل لله تعالى غير محتاج إلى اللفظ بالتقرب أو إخطار هذا المعنى، بل المحتاج إليه فى حصولها هو إتيان الأمر فى خاطر حين الفعل و قصده امتثاله.

و هذا أمر حاصل بقوله: لله، كما يقول: أصلى صلاه الصبح لأنّ الشارع أمرنى بها، و لهذا لم يذكر جماعه فى النذر اشتراطها غايه، كالشهيد الأوّل فى «اللمعه» (١) مع كونها شرطاً فيه فى الجملة إجماعاً، و استقر بهما الشهيدان فى «الدروس» و «الروضه» (٢)، لكنّه قد يقال: بأنّ قوله: لله، لبيان أن الالتزام من قبل

١- اللمعه الدمشقيّة: ٩٧.

٢- الدروس الشرعيّة: ٢ / ١٥٠ و ١٥٤، الروضه البهيّة: ٣ / ٣٦.

الله و ياذنه، و أمّا أنّ هذا الالتزام للتقرّب إليه تعالى أو لغيره فأمر آخر لا بدّ منه.

فلو نوى في صلاته الصبح - مثلا - كونه مأمورا به غير ناو بفعله التقرّب، لم تكن صحيحه.

أقول: إنّما الكلام في انفكاك حصول التقرّب عن قصد الامتثال للأمر و إتيان الفعل بعنوان أنّه مأمور به، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ (١) و لم يقل إلّا ليقصدوا التقرّب و الإخلاص في الأوامر.

نعم؛ حصول الإخلاص متوقّف على إتيان المأمور به بعنوان أنّه مأمور به.

و بالجمله؛ المسأله غير خاليه عن الإشكال و لم يحصل الترجيح لنا الآن فلا بدّ من ملاحظه الاحتياط حين النذر و بعده، فتأمّل!

فحيث قد حَقّق كون النذر عباده و مأمورا به فقد يناقش فيه، بناء على كونه مكروها مع عدم اجتماع الكراهه مع العباده؛ لكونها راجحه في ذاتها، و معنى الكراهه هو المرجوحية في حدّ ذاتها، و الكراهه في بعض العبادات كالصلاه في الأرض السبخه - مثلا - معناها المرجوحية بالنسبه المعبّر عنها بالأقلّيّه ثوبا، فالصلاه فيها مرجوحه بالنسبه إليها في غيرها، عكس الاستجاب في الواجب.

فنقول: إنّ معنى كراهه النذر معناها مرجوحية الالتزام و فعل الملتزم به بالنسبه إلى عدم الالتزام، و فعله بأمره الندبي و أرجحيه المندوب على الواجب في نظر الشارع غير مستبعد، كما يومي إلى ذلك ما ورد من أنّ ثواب زياره قبر

الحسين عليه السلام أضعاف ثواب الحجّ و العمره (١).

و إن قيل فى جواب الإشكال الوارد فى المقام من أنّ ثواب المندوب كيف يكون أضعاف ثواب الواجب، مع كون الأوامر و النواهي تابعه للمصالح و المفسد النفس الأمرية؟ فلو كان مصلحة المندوب أكثر لوجب أن يكون هو الواجب بأنّ المراد من الحجّ، الحجّ المندوب لا الواجب؟

لكنّ المحقّقين أعرضوا عن هذا الجواب، وقالوا: إنّ وجود المفسده فى ترك أمر مع وجود مصلحة فيه كافيّه فى الوجوب، مع كون بعض الأفعال المندوبه غير مشتمل على الفساد فى تركها ذا مصالح متعدّده متكرّره، توجب أضعاف ثواب الواجب المترتب على مصله.

و هذا ممّا يشهد به العقل أيضا، فإنّ إتيان الفعل المأمور به غير إلزامى، بل غير مأمور به، لكنّه مرضىّ للأمر، يدلّ على أطوعيته المأمور الفاعل للأمر من إتيانه المأمور به الإلزامى، و قد ورد فى الأخبار أنّه تعالى يباهى ملائكته إذا صلّى العبد صلاه الليل، فيقول: انظروا إلى عبدى مع أنّى ما أوجبت عليه كيف يقوم فى هذه الظلمه و البرد و يحرم على نفسه النوم و يلزمها بالسهر (٢).

و قد ورد فيها وجه و معنى آخر للكراهه، و هو مرجوحية من جهه تضيقه الأمر على نفسه، و احتمال أن لا يفعل و يعصى و لم تكن المعصيه حاصله لو لا الالتزام.

و هذا نظير الأوامر بإقامه المعروف و كراهه الالتقاط و نظير الأعمال

١- وسائل الشيعه: ١٤ / ٤٤٥ الباب ٤٥ من أبواب المزار و ما يناسبه.

٢- وسائل الشيعه: ٨ / ١٥١ الحديث ١٠٢٧٧ و ١٥٧ الحديث ١٠٢٩٧، نقله بالمضمون.

و الصناعات المكروهه، مع كونها واجبه كفايئه و توهم كونها واجبه توصيليئه فلا منافاه لها مع الكراهه، لعدم كونها عباده، فاسد، كيف لا؟ و عدم اجتماعها معها من جهه اشتمالها على مصلحه راجحه و الكراهه حاصله من مفسده راجحه غير ملزمه.

و هاتان الجهتان قد حصلتا من الأمر و النهى و التوصلات المكروهه من هذا القبيل، و مجرد اشتراط القربه فيها دونها غير فارق، فتدبر!

و أمّا العهد؛ فمعناه الجعل بينه و بينه تعالى، فكأنه بعد ما أذنه تعالى فى أن يعاهد معه تعالى، صار و كيلا عنه تعالى، فيقول: عاهدت و أوجبت له على أن أفعل كذا، قالوا: و لا يشترط فيه و فى اليمين القربه و لا كون متعلقهما طاعه.

و ممّا يدلّ على كفايه قوله: لله على كذا فى النذر و عدم لزوم قصد القربه غايه للفعل، هذا الذى ذكره من اشتراطهم كونه فى النذر طاعه، بخلافه فيهما، إذ لا يمكن أن يلزم على نفسه عنه شيئاً إلا و كان مرضياً له و راجحاً عنده، و ليس الراجح و المرضي عنده إلا ما يقرب العبد و ما أمروا إلا ليغيبوا الله مخلصين له الدين (١) و ممّا لأخيد عنده من نعمه تجزى* إلا ابتغاء وجه ربه الأعلى (٢).

و اليمين على أمر مستقبل معناه فقدان الله (٣) لو تخلف عن المحلوف عليه، لأن معنى القسم فى قوله: أقسم بالله أفعل كذا هو فقدان (٤)، و المراد منه هنا هو البعد عنه تعالى.

١- اليينه (٩٨): ٥.

٢- الليل (٩٢): ١٩ و ٢٠.

٣- كذا فى النسخه.

٤- كذا فى النسخه.

و أما اليمين و الدعاوى؛ فهي إخبار لا إنشاء، لأنها حلف على أمر ماض.

إذا تحقّق ما ذكر فنقول: إنّ الالتزام و المعاهده و الحلف أمر ربطىّ بينه تعالى و بين الناذر و امتثال للأوامر الإذنيّه و التشريعيّه، و ظاهر الأمر هو المباشرة، و لذا قلنا: إنّ الأصل فى العبادات عدم جواز الاستنابه حتّى يستفاد من الدليل إلغاء جهه المباشرة، كما أمر الشارع عليه السّلام الوليّ بإيجاد الحجّ من مال الميّت بالاستيجار و قضاء صلواته الفائته حتّى أنّا مع أنّه جوّزنا فى الحجّ المندوب و الزيارات المندوبه الاستئجار ابتداءً، بخلاف الواجبه بالنذر، فإنّها تجب فيها المباشرة.

و إن أردت توضيح المطلب فانظر إلى حال النّبىّ صلّى الله عليه و آله و سلم المأذون له التشريع فى الأحكام هل له أن يوكل غيره فى امتثال أمر الله الذى مفاده الإذن فى التشريع؟

و قصد الوكيل قربه الموكل غير ممكن لعدم حصول امتثال أوامر النذر منه.

و الحاصل؛ أنّ الإذن و الأمر لشخص فى فعل، ظاهر فى المباشرة، و لذا حكموا بعدم جواز التوكيل من الوكيل إلّا بالإذن من الموكل، أو قيام القرينه، لأنّ الإذن نوع و لايه مطلقا و إثبات و لايه خصوصا فى غير العبد و لا يثبت إلّا لمن نصّ له بذلك.

التوكيل فى المباحات

و أما التوكيل فى المباحات؛ فمنها ما هو مباح الأصل.

و منها ما هو مسبوق بملك الغير كالالتقاط و الإحياء.

فالقسم الأوّل قد وقع فيه الخلاف من جهه دلالة أدلّه الإباحه مثل: «من

حاز شيئاً فهو له» (١) على اشتراط صدور الحيازه من الشخص أو يكفى الانتساب، و من أنّ التملك بالحيازه مفتقر إلى تيه التملك أو عدم تيه عدمه، أو كونه ملكاً للغير.

لكنّ الذى يقوى الإذن فى النظر هو جواز التوكيل فيه، و اشتراط تيه التملك بالحيازه محلّ تأمل، إذ ليس الدليل عليه إلاّ الإجماع المتوهم، و الإجماع مظنون عدمه، كما فى «الجواهر» (٢)، أو دعوى التبادر من النصوص و لا- أقلّ من الشكّ و هى واضحة المنع، بل قيل: المتبادر خلافه و هو سببىه الفعل من غير شرط.

نعم؛ القدر المتيقن أن لا يكون لاغياً فى فعله، و قوله عليه السلام: «من حاز» (٣) مباح الأصل المستظهر منه قصد الحيازه.

و أمّا تملك المحوز فلا، و حصول التملك و الملك من غير قصد إليه يفعله بعد كونه من الأسباب المملّكه غير مستبعد، إلاّ أن يقال بأنّ الأسباب الاختيارية للملك منوط بالقصد بالاستقراء و بالاعتبار، و الثابت من الدليل كون الفعل مقتضياً جزء سبب له، كما أنّ ألفاظ العقود أو أفعالها كذلك، إذ الثابت كونها مقتضيات لما ترتب عليها، و اشتراط القصد هناك ضرورى فكذا هنا.

و الحاصل؛ أنّ الدليل على اشتراط تيه التملك بالحيازه هنا هو الدليل على اشتراطها فى العقود بالألفاظ، و توهم كون الحيازه من الأسباب المملّكه قهراً

١- القواعد الفقهية: ١٧٤ / ٤، مع اختلاف يسير، و انظر! جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٩١.

٢- جواهر الكلام: ٢٧ / ٣٨١.

٣- مرّ آنفاً.

كالموت فى الإرث ضعيف جداً، و إلا لوجب ثبوته مع نيّ عدمه، مع أنه ليس كذلك، كمن حوّل ترابا عن طريق أو حجرا أو نحو ذلك مريدا التمكن من عبوره أو غير ذلك ممّا لا يريد إدخال المباح تحت اليد، مع كون مثل هذا اليد موجبا للضمان فى مواردّه.

قال الشيخ فى محكّي «المبسوط»: و لو نزل قوم أرضا من الموات فحفروا بها بئرا ليشربوا منها و يسقوا غنمهم و مواشيهم مدّه مقامهم بها، و لم يقصدوا التملّك بالإحياء، فإنّهم لا يملكون بالإحياء، بل إنّما يملكون بها إذا قصدوا التملّك، انتهى (١).

و هذا و إن دلّ على أنّ عدم التملّك من جهه عدم قصد التملّك، لكنّه يدلّ على عدمه مع نيّ عدمه بطريق أولى، فافهم!

بل دعوى الأولويّه [فى] المحيز بما حازه مع عدم القصد بحيث يكون لاغيا فى فعله ممنوعه، كما صرّح به الشهيد فى «الروضه» (٢).

نعم؛ صدر من بعض المحقّقين فى المقام كلام لا يخلو من متانه، فنذكره مزجا بما عندنا من التحقيق، و أنه بعد ما يستظهر من الأدلّه مثل قوله تعالى:

خَلَقَ لَكُمْ مِمَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً (٣) خرج المملوك للغير المسبوق بالملك، و ظاهر اللام هو التملك و قوله عليه السّلام: «الناس شركاء فى ثلاثه: النار و الكلاؤ و الماء» (٤) إنّ المباحات ملك لكافه الناس، فتكون الحيازه نظير أخذ الفقير

١- المبسوط: ٣ / ٢٨١، و حكى عنه فى مسالك الإفهام: ١٢ / ٤٤٥، و فى جواهر الكلام: ٣٨ / ١١٧.

٢- الروضه البيهيه: ٧ / ١٦٠.

٣- البقره (٢): ٢٩.

٤- انظر! وسائل الشيعه: ٢٥ / ٤١٧ الباب ٥ من أبواب إحياء الموات.

الزكاه، فكما أنّها ملك للفقراء و يملكه الآخذ، بمعنى أنّه يكون أولى بها من غيرها، و معنى الأولويّه ثبوت الملكيه الغير المتزاحمه كما كانت قبله، و لا يشترط فى آخذه قصده ذلك، أى الآخذ من حيث إنّه مال الزكاه و يقصد التملك، بل لا يشترط نيته أصلاً.

نعم؛ يشترط قصده أو الوكيل إلى أصل الفعل، فكذلك إثبات اليد على المباحات المملوكة المشتركة بقيد أولويته بالمعنى المذكور، لكن بشرط القصد بالحيازه أو إدخال المحوز تحت الحوز و السلطنه العرفيه على نحو أخذ المستحقّ الزكاه، حيث إنّه يجب أن يقصد بالأخذ الدخول تحت اليد، بحيث يتصرّف فيها كيف يشاء فيتبعها الملك الشرعى.

و لعلّ هذا المقدار من القصد مراد القائلين باشتراط النيّه، كما قيل (١)، لكنّ الأمر على خلافه كما سمعت من كلام الشيخ و كلام غيره منهم كذلك (٢).

نعم؛ عبارته «اللمعه» فى باب الإحياء: و من حفر بئراً ملك الماء بوصوله إليه، و لو قصد الانتفاع و المفارقة فهو أولى به ما دام نازلاً عليه (٣).

و مثلها عبارته «القواعد» لكن بزايده: لا للتملك (٤) قبل «قصد الانتفاع» ظاهر فى ما ذكره، فتأمل!

و أمّا قصد تملكها كما فى الملتقط؛ فممنوع اشتراطه، و لو سلّم اشتراطه فالوكيل يقصد تملك موكله بحيازته، فنيته التملك موجوده، و خصوصاً على ما

١- جواهر الكلام: ٢٧ / ٤٠٤.

٢- مرّ آنفاً.

٣- اللعه الدمشقيّه: ١٤٧.

٤- قواعد الأحكام: ١ / ٢٢٢.

سبق من تحقيق كونها للناس كافه، و ثبوت الأولويّه بالحيازه مع قصد المحيز الإدخال تحت اليد و السلطنه، و قد قصد هنا دخولها تحت يده التي هي يد الموكل بقصده له.

بل يمكن دعوى السيره من العلماء و غيرهم بذلك، حيث يرى أنهم يأمرن خدامهم فى الأسفار فى الأراضي المباحه بحفر البئر و حيازه المباحات لهم، و لا فرق على ذلك بين ما يثبت بالحيازه أو لسبق الأولويّه بالمعنى المذكور و بين ما يثبت بهما الأولويّه بالمعنى الأعم، كما فى غير المملوكات كالمساجد أو المملوكات التي لا يوجب السبق الملك كالرباط و المدارس، فحيث ثبت الوكاله ثبت جواز الاستيجار، و [ثبت العقد] الفضولى بعد الإجازة.

و إن توهم الفرق بين الاستيجار و بينها من جهه أنها فى الاستيجار يكون منفعه المؤجر للمستأجر فيكون يده يده، بخلاف الوكيل و إن كان بجعل، فإنها حينئذ جعله و هى من العقود التضمينيّه - كما حقق فى محلّه - لا تملك المنفعه.

و هذا التوهم ضعيف بعد الإحاطه بما حققنا، لتوهم الفرق بينهما و بين الفضولى من جهه أنّ الثابت من جوازه فى العقود و بعض الإيقاعات، لأن مقتضى السببيّه، كما هو شأنها ترتب مسبباتها عليها من غير توقّف على شىء إلا أن يثبت بدليل تعقيب ترتيبها عليها بطريق الكشف الحكمى و هو غير موجود فى المقام و اللقطه.

و ضعف هذا من جهه أنّ الفضولى منطبق على القواعد غير خارج عنها بالإجماع أو بغيره على ما توهم، كما عليه أهل التحقيق، فيكون فعله و يده بعد الإجازة فعل المجيز و يده.

فقد ظهر أنّ في مسأله الحيازه أقوالا أربعه- كما قيل (١)-: جواز النيابه مطلقا (٢)، و عدمه كذلك، و التفصيل- و هو مختار المحقق في «الشرائع» (٣) بين الاستيجار، فالأول، و غيره، فالثاني، و بين الفضولي فالثاني، و بين غيره فالأول.

و أمّا الكلام في الالتقاط و الإحياء و هو القسم الثاني، و إن كان الثاني من القسم الأول من وجه، فالظاهر من بعضهم عدم الجواز، و لعله من جهه استظهار اعتبار المباشره من أدلتهمما إلّا أنّه قيل بأنّه لا يخفى ما فيه إن لم يكن إجماعيا (٤).

أقول: في الالتقاط و في الإحياء أمر زائد على ما ذكر في الحيازه للمنع، و هو اشتراط التيه للتملك، كما حكى المحقق الثاني (٥) و ذلك للمنع و ظهور اعتبار المباشره، و الأمر هو أنّه في المقام إثبات ولايه من الشارع وراء الإذن و هو مختصّ بذي اليد، و لذا لو التقط العبد وجب أن يعرّفه بنفسه أو بنائبه، و ليس للمولى تكليف في المقام، و الموات ملك للإمام و قد أذن للناس في إحيائها، لكن إلحاقها بالحيازه أقوى، كما أنّ المنع في الالتقاط أقوى، و إن كان بنحو الاستيجار.

و أمّا الاختيار و الرجعه فجواز التوكيل فيهما مبنّى على أنّ الملحوظ في نظر الشارع هو الجهه الرجعه إلى الشهوات النفسائيه و الاستمتاع أم لا؟ مثل النكاح، فإنّه و إن كان متضمّنا للاستمتاع إلّا أنّ الملحوظ الأصلي فيه ليس

١- لاحظ! مفتاح الكرامه: ٧ / ٥٥٩ و ٥٦٠.

٢- و هو ما اخترناه، و خيره «الجواهر» و غيره (جواهر الكلام: ٢٧ / ٣٨٠ و ٣٨١، جامع المقاصد: ٨ / ٢١٨) «منه رحمه الله».

٣- شرائع الإسلام: ٢ / ١٩٥.

٤- جواهر الكلام: ٢٧ / ٣٨١.

٥- جامع المقاصد: ٨ / ٢١٨.

منحصرا فيه، فلو وُكِّل في الاختيار أو الرجعه بمعنى إيقاع صيغتهما كان هذا اللفظ رجعه و اختيارا؛ لكفايه ما يدلّ عليهما التراما مع عدم الاحتياج إلى اللفظ.

و إن قيل: أنت مختار في الرجوع و اختيار أيتهما شئت، كما لو فوّض تعيين المطلّقه المبهمه- لو قلنا بجواز الطلاق مع عدم تعيين المطلّقه كالشيخ رحمه الله (١)- و لو قلنا بعدم جواز الاستنابه فيهما لا يجوز ان من الولي أيضا.

إلّا أن يقال- بل قيل- بأنّ الاختيار فيه يكون منوطا بالمصلحه، كسقوط النفقه من الغير المختاره فيمكن صدوره من الولي بخلاف الرجعه، بل الأمر و المصلحه فيهما على الخلاف.

و لا يحضرني كلماتهم في المقام الآن.

طلاق الغائب

و قال الشيخ رحمه الله: لا يجوز طلاق الغائب، و استدّل له بقوله: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢).

أقول: يحتمل هذا الكلام لمعان ثلاث:

الأوّل: أنّ مباشره الطلاق بيد من أخذ بالساق فلا يجوز من غيره، و كيلا كان أو وليا أو فضوليا، و لذا حكم الشيخ رحمه الله بعدم جواز طلاق الولي عن المجنون المطبق، خلافا للمشهور (٣)، بل المجمع عليه، كما عن فخر المحقّقين (٤)، و إن

١- نقله عنه في الحدايق الناضره: ٢٥ / ١٨١، و جواهر الكلام: ٣٢ / ٤٦.

٢- النهايه للشيخ الطوسي: ٥١١، الخلاف: ٤ / ٤٢٤، عوالي اللآلي: ١ / ٢٣٤ الحديث ١٣٧.

٣- الخلاف: ٤ / ٤٤٢ المسأله ٢٩.

٤- إيضاح الفوائد: ٣ / ٢٩٢.

ادّعى الشيخ أيضا في «الخلافة» - على ما فى الروضة (١) - الإجماع على عدم جوازه، لكنّه موهون بما لا يخفى.

و الثانى: أنّ أمره و اختياره بيد من أخذ بالساق نظير: «لا بيع إلّا فى ملك» (٢) و «لا- عتق إلّا [فى] ملك» (٣)، حيث إنّ المراد هناك أنّ أمرهما بيد المالك، فيخرج الفضولى و يدخل الوكيل و الوليّ من باب حكومه أدلّه الولايه و الوكاله عليه، كحكومتها على أدلّه اشتراط وقوع البيع و العتق من المالك، و إن قام الدليل على جواز الفضولى بحيث يكون حاكما على هذا الكلام، و يوجب حمل الأمر و الاختيار على اللزوم و ترتيب الأثر، كما ثبت فى نظيره و هو البيع، اتّبع، و إلّا كما هو المفروض فى المقام و العتق فيبطل الفضولى.

و حاصل هذا المعنى أنّ الطلاق و كذا العتق فى قوله: «لا- عتق إلّا فى ملك» لا- يصدران إلّا من الزوج و المالك أو من قام مقامهما، و قد ثبت بأدلّه الولايه و عموم أدلّه الوكاله قيام الوليّ و الوكيل مقام المولّى عليه و الموكّل، لكن على هذا المعنى يكون طلاق الوليّ عن المجنون بمقتضى القاعده و عن الصبّى خارجا عنه بدليل كالإجماع و بعض الملاحظات فى النكاح، فتأمل! فيبطل الفضولى.

قيل: عدم القول بالطلاق الفضولى، لكونه إيقاعا كالعتق (٤).

و فيه النقض ببعض أفراد الوقف كالمسجد و ما شابهه، سواء كان تحريرا و هو المتفق على عدم احتياج الإيجاب فيه إلى القبول، أو غيره، كأن كان وقفا

١- الروضة البهية: ١٨ / ٦.

٢- عوالى اللآلى: ٢ / ٢٤٧ الحديث ١٦، مع اختلاف يسير.

٣- عوالى اللآلى: ٢ / ٢٩٩ الحديث ٤.

٤- لاحظ! جواهر الكلام: ١٦ / ٣٢.

عامًا كالمدراس و الرباط على المشهور فيه، بل قيل: مجمع عليه أيضا.

و إن توهم كون القول فى الأوّل هو الأدلّه الآذنه لمثل هذا الوقف، و فى الثانى مثله و قبول وليه يقينا، و هو الإمام.

و ضعف هذا التوهم غير محتاج إلى البيان، بل المناط فى جواز الفضولى و عدمه أنّ كلّ عقد لا يدخله الخيار بنحو لا يقع الفضولى فيه، و كلّ عقد يدخله الخيار و يمكن وقوعه مترزلا صحّ الفضولى فيه، لأنّه قيل: الإجازة مترزله، فما لم يقبله كيف يصحّ الفضولى فيه، فتدبر!

و الثالث: أنّ ولاية الطلاق لمن أخذ بالساق، فيثبت بهذا الدليل ولاية الآخذ فيه، فالصبي لا يجوز له الطلاق فعلا، لكون أفعاله ملغاه عند الشارع كأقواله و عباراته، لكنّه أخذ بالساق، فولايته فيه غير منافية لعدم نفوذه منه، كالمفلس و المريض و الراهن، فافهم!

فطلاق الوكيل صحيح، و كذا الفضولى بعد الإجازة؛ لكونه صادرا عن الوليّ الفعلى بتوسط تفويض الوليّ ولايته فيه إليه سابقا أو لاحقا، بخلاف الوليّ، فإنّ طلاقه لم يصدر عمّن هو وليّ فعلا، و هذا الدليل حاكم على أدلّه الولاية، كما لا يخفى، لاعتبار المباشرة أو صدوره عن أمره على هذا المعنى لا عنه أو عمّن هو قائم مقامه، فتدبر!

و هذا هو المعروف فى معناه - كما قيل - فليس للمولى طلاق زوجته عبده إلّا ما خرج بالدليل، فجواز طلاقه عن المجنون لقاعده لا ضرر (١) أو الإجماع

المدعى و المنقول فى كلام جماعه (١).

و اعلم! أنه لو أتى الموكل فى كلامه [شيئا] من حيث المتعلق أو الزمان أو المكان فما علم كونه قيذا لجهه المعامله و التصرف فيكون الغرض مترتبا على خصوص المعامله فغيره فضولى غير مأمور به، و ما علم كونه قيذا لجهه الحفظ، أو علم ذكره من باب المثال من غير تعلق غرض به من جهه الحفظ، أو من جهه المعامله [فليس كذلك].

قالوا: لو عين زمانا للمعامله لم يكن للوكيل التجاوز إلى غيره، و يكون الواقع فى غير ذلك الزمان فضوليا، لدلاله العرف على كونه قيذا للرضا بالمعامله بحيث يفهم منه أن الغرض المتعلق به من حيث المعامله، فالمعامله الواقعه فيه مأذون فيها لا غيره، و كذا لو عين زيدا أو غيره أو عين النقد أو التأجيل، إلا أن يكون هناك غرض يتعلق بالتأجيل، كما لو كان زمان غرق أو نهب.

و لو عين المكان لم يكن له التجاوز، و يقع العقد فى غيره للموكل لازما، لكنه مضمون على الوكيل قبل العقد بالتخلف، كما لو خالف فى الوديعه عن موضع الحفظ الذى عينه المالك مع عدم خوف التلف فيه، و عدم كون المنقول إليه أحفظ أو مساويا، لو قلنا بجواز النقل فيهما، و إلا- كما هو الأقوى فى الأخير- لم يجر النقل مطلقا، فيسقط الضمان بالتصرف المأذون فيه و لا ينتقل إلى البدل؛ لكونه أمرا مسببا من امور خاصه عارضه لمتعلقه كإثبات اليد عليه عدوانا أو الإلتلاف مباشره أو تسببا ليس من قبيل الشركه، و تعلق الحق به كالرهن أو الوقف، فحيث كان مأذونا فى نقله و قبض سببه فيده على العوض غير عدوان بل

١- إيضاح الفوائد: ٣/ ٢٩٢، الروضه البهيه: ٦/ ١٨.

مأذون فيه، و لو كان مقيداً لجهه المعامله أو لجهه الحفظ، بل ما كان من باب المثال من غير تعلق غرض به صح العقد و لا ضمان فيه.

و من هنا أتضح ما ذكره الأصحاب و ورد عليه النصوص (١) في باب المضاربه من أنه لو خالف طريقاً عينه المالك إلى غيره ضمن، و الربح على الشرط (٢).

هذا؛ و قد يقرّر المطلب بوجه آخر و هو أنه قد حقق في محلّه أنّ الأمر بالشىء على القول باقتضائه النهى عن ضده لا ينافى القول بصحة الضدّ، لجواز أن يكون مطلوباً للشارع مترتباً على عصيان العبد و مخالفته للنهى، مثلاً النهى عن الصلاه مع وجوب الإزالة، لا يوجب رفع الأمر و المحبوبيّته عنها.

غايه الأمر أنّها غير محبوبه الآن لأمره بشىء آخر فورى غير ممكن الاجتماع، فالمبغوضيه عرضيه لها غير ذاتيه، فلو عصى ذلك الأمر كان ذلك الفعل محبوباً فعلاً، كما كان محبوباً ذاتاً قبل العصيان.

و نظير ذلك فى العرف أن يقول المولى لعبده: اسكن الدار و لا- تدخل السوق، فإن عصيت و دخلته فاشتر الشىء الفلانى، فتأمل! فذلك أمر بجبهه، فيقتضى النهى عن غيرها، لكن [إن] عصى و خالف ثبت الضمان من جهه، لكن أصل المعامله محبوب فعلاً، حيث وجد البازل لأزيد ممّا عليه المالك أو ثمن المثل فيما لو كان قد أطلق، فليس هذا التصرف مبغوضاً له غير مأذون فيه، و إن كان محبوبيّته مترتباً على عصيانه.

١- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٥ الباب ١ من كتاب المضاربه.

٢- الحدائق الناضره: ٢١ / ٢٠٥، جواهر الكلام: ٢٦ / ٣٥٣.

و هذا التقرير إن رجع إلى ما ذكرنا، و إلا فمحلّ مناقشه.

و قد يقرّر بوجه آخر؛ و هو أنّ ذلك نظير الخوف للضرر الذي لم يجز معه الصوم أو الحجّ أو مطلق العباده، فكما أنّ النهى عن ارتكاب المخوف ظاهريّ لاحتمال الضرر، فلو فعل المأمور به المخصّص بهذا النهى الظاهر، و تبين أنّ لم يكن هنا ضرر، تبين أنّ لم يكن نهى و مخصّص، فالأمر يقتضى الإجزاء و سقوط القضاء، فكذلك النهى عن الجبهه لاحتمال الضرر و الحظر فيها، فلما خالف هذا النهى و لم يترتب عليه ضرر تبين أنّ لم يكن نهى.

و أنت خير بأنّ الخوف و احتمال الضرر فى أمثال المقام مأخوذ فى النهى على وجه الموضوعيّه لا على وجه الطريقيّه، و هذا الموضوع قد كان فى زمان ارتكاب المنهى موجودا و إن تبين عدم الضرر، و لذا لا يجوز الارتكاب، لأنّ الموضوع المنهى هو محتمل الضرر أو المظنون لا الضرر المقطوع الواقع.

و لذا قالوا بعدم إمكان قصد التقرب.

نعم؛ لو لم يلتفت إلى النهى صحّ الفعل مع حصول التقرب، و ذلك إنّما هو من جهه عدم توجه النهى الظاهريّ إليه فعلا كالمصلّى الجاهل بالغصب.

فإن قلت: إنّ الجاهل بالموضوع معذور؛ لعدم وجوب الفحص عليه بخلاف الجاهل بالحكم، و لذا حكموا ببطان صلاه العالم بالغصب الجاهل بالحكم، و فى ما نحن فيه - أعنى إتيان العباده مع الخوف - الجهل من جهه الحكم كما هو المفروض.

نعم؛ لو لم يحتمل الضرر و لا ظنّ، و أتى بالمأمور به صحّ، بلا إشكال، و إن ترّتب عليه الضرر واقعا.

قلت: إنَّ الجهل بأمثال هذا الحكم الظاهري مثل الجهل بالموضوع، لأنَّ هذا الحكم إرشاديّ و توصيليّ إلى عدم الوقوع في الضرر لا تعديّ، و الجاهل بالأحكام الإلزاميّة التعبدية غير معذور، و لذا قالوا بأنَّ الجاهل بالخيار في العيوب في النكاح معذور بالنسبة إلى سقوطه بالتأخير.

و كذا في الأئمة المعتبرة المزوّجة، فإنَّ خيارها في النكاح فوريّ، و الجاهل بفوريّتها كالجاهل بأصل الخيار معذوره، مع أنّ الجاهل بالفوريّ أو بأصل الحكم في أمثال الصلاة غير معذور.

فقد اتّضح أنّ النهي الصادر من المالك صريحا أو اقتضاء من جهة الحفظ و احتمال تلف المال نهى إلزامي، فلا يجوز التعديّ.

و توهم تبين عدم الضرر و التلف يكشف عن عدم ضعف جدا بين بطلانه قطعاً. و لذا لو تلف بأفه سماويّه غير مسببه عن أمر في ذلك الطريق المخالف كان مضمونا قطعاً، فتدبر!

قالوا: و يشترط في الموكل أن يكون مكلفاً إلّا في الطلاق و الوصية و الوقف، فيصحّ من البالغ عشراً، لأنّه بعد ما ثبت له الولاية في الامور المذكوره دخل في ما تقبل النيابة (١).

و قد مرّ أنّ الأصل في خطابات الشرع غير العبادات أن [يكون] قابلاً للنيابة، لأنّ الظاهر من إرادته فعل حصوله في الخارج من غير مدخلية للمباشرة، و كذا الخطابات العرفية إلّا ما كان العرف على خلافه، كالوكالة و الاستيجار للحجّ أو غيره من العباده.

مع أنّ الوليّ المأمور من الشارع بإيقاعها عن الميّت مخيّر بين المباشرة و الاستنابه، فلا إشكال في المقام بعد جوازها.

و توهم اختصاص الجواز في المباشرة ضعيف جدّا.

نعم؛ ذهب جماعه كالمحقّق في «الشرائع» (١) و شارحه صاحب «الجواهر» و غيرهما (٢) إلى جواز توكيل مثله في الامور المذكوره، و لعلّه من جهه أنّ هذه الامور قد ثبت التولّي فيها من الصبّي البالغ عشرا، فاحتمال اختصاص اعتبار لفظه فيه لنفسه بعيد عن مذاق الفقه، بل لو كان الصبّي البالغ عشرا و كيلا من البالغ الرشيد فيها جاز أيضا، كما صرح بذلك الجماعه (٣).

لكنّه قد يقال بأنّ اعتبار لفظه و توكيله و عدم لغويه عبارته تبعا لنفوذ التصرفات المذكوره، فاعتبار مباشرته خارج عن القانون المذكور و عن مذاق الفقه، كما قيل (٤)، إلّا أنّ إثبات جواز التولّي فيها و لو لغيره من تلك الأدلّه يحتاج إلى التأمل.

ألا ترى أنّه لم يعتبر قوله مطلقا، بل في المذكورات، فليس ذلك إلّا من جهه تبعيّة الأدلّه المجوّزه لها، إذ لا مجال من الإنشاء لها بنفسه أو بغيره، فالقول بجواز توكله لغيره فيها بالاستنباط موجب للقول باعتبار ألفاظه في غيرها، و لو كان لنفسه.

١- شرائع الإسلام: ١٩٧ / ٢.

٢- جواهر الكلام: ٣٨٧ / ٢٧، جامع المقاصد: ١٨٤ / ٨، الحدائق الناضره: ٤٧ / ٢٢.

٣- جواهر الكلام: ٣٨٧ / ٢٧، الحدائق الناضره: ٤٧ / ٢٢.

٤- تذكرة الفقهاء: ١١٦ / ٢ ط. ق، جامع المقاصد: ١٨٤ / ٨.

توكيل الوكيل غيره

قالوا: و لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره (١).

أقول: إِمَّا من جهه أَنَّ الأصل في إرادته الأفعال المباشرة فيها إِمَّا مطلقا أو في خصوص الخطابات العرفية إِلَّا ما خرج بالتصريح أو دليل خارج، و إِمَّا من جهه أَنَّهُ و إن كان مقتضى الأصل إرادته الإتيان بها من غير تعلق غرض بإيقاعها مباشرة مطلقا إِلَّا ما خرج، إِلَّا أَنَّهُ العرف مستقر على إرادته المباشرة في أوامرهم.

و إِمَّا من جهه أَنَّ توكيل الوكيل إِمَّا عن الموكل و لا إشكال في عدم جوازه لعدم دلالة «وكلتك في بيع داري» على «وكلتك في التوكيل»، لاختلاف المتعلقين مع عدم قرينه في المقام كعجزه عنه، أو ترفع شأنه عن المباشرة.

و أمَّا عن الوكيل؛ فيمنع إِمَّا من جهه ظهور قوله: «في بيع داري» في المباشرة، كما سبق، لعدم دخول هذا النوع من التصرف في المأذون، و إِمَّا من جهه عدم جواز التوكيل عن الوكيل أصلا، لأنَّ الولاية التبعية غير قابلة للانتقال و التفويض، فلو صرح بالإذن في التوكيل انصرف إلى أخذه عن الموكل، لأنَّ الإنشاء اللفظي العدى فوض ولايته فيه إليه غير مملوك للوكيل إِلَّا من إذن المالك، فلا يمكن تفويضه إلى غيره.

و بعبارة اخرى: الولاية تابعة للملك و ليس الوكيل مالكا، و لذا يقولون: إنَّ للأولياء أن يوكلوا عمَّن لهم الولاية عليهم، فالوكيل يتصرف عن المالكين بإذن الأولياء لا عنهم، كما أَنَّهُم يتصرفون عنهم بإذن الله تعالى.

١- المختصر النافع: ١٧٨، تذكره الفقهاء: ١١٦/٢ ط. ق.

فهذا قرينه على أنّ الولاية و تفويضها تابعه للملك، و الوكيل ليس مالكا فليس له التوكيل عن نفسه.

و بالجمله؛ قيل: على القول بجواز التوكيل عن الوكيل - و كما هو المشهور- فإمّا أن يصرح الموكل بالتوكيل عنه، أو عن الوكيل، أو يطلق، فإمّا أن يحمل الإطلاق على التوكيل عنه أو عن الوكيل، أو على التخيير.

لكنه لا يخفى أنّه لو قلنا بجواز التوكيل عن الوكيل لا يحمل الإطلاق إلّا على التوكيل عن الموكل، لأنّه المتبادر منه و المنصرف إليه إطلاق توكيل الأولياء، فتدبر!

و أمّا ما توهم من أنّه لو كان الإذن فيه مستفادا من الفحوى كان احتمال كون الوكيل وكيلا عن الوكيل أقوى؛ فضعيف؛ لأنّ الفحوى راجعه إلى اللفظ، فترفع الوكيل أو عجزه أو اتّساع متعلّقها قرينه على إرادته من قوله: أنت و كيل فى هذه الامور، التوكيل فيها بنفسه أو بغيره، فلا يزيد هذا على التصريح مع الإطلاق.

و قد عرفت أنّ الوليّ المأذون فى التصرف مطلقا يوكل غيره عمّن له الولاية عليه.

ثمّ على التقادير المذكوره فى التوكيل الأوّل مع جواز توكيل الغير، فهل يحمل توكيل الوكيل لو أطلق على التوكيل عن الموكل، أو عن الوكيل؟ وجهان، من أنّ الظاهر من استنابته عن نفسه، و من التبادر، مضافا إلى ما مرّ من تبعيّة الولاية للملك، فتكون الولاية الثابته له عن المالك.

ألا ترى أنّ وكيل الوصى إنّما يبيع عن الميت مع عدم قابليته للولاية حينه،

لكن بإذن الولي، لا عن الوصي، لأنه ليس مالكا حتى يبيع عنه.

و بالجمله؛ المسأله معنويه، فإن المقصود أن هذه الولاية الثابته له بتوكيل الوكيل ولايه عنه، أو عن الموكل حتى يترتب على كل أثره، لا لفظيه، فلا يحتاج إلى التصريح.

نعم؛ يمكن أن يقال: لو صرح الموكل بأحدهما و خالف الوكيل في اللفظ بأن قال الموكل: خذ عني وكيلا فقال له: أنت وكيلى فى هذا الأمر، بطل هذا.

و لو قلنا بأن إطلاق الوكيل ينصرف إلى الوكاله عن الموكل قطعاً فصريح بكونه وكيلا عنه لا عن الموكل بطل أيضاً، لأن ما وقع لم يصح، و ما صح لم يقع، كما لو صرح الولي بالوكاله عن نفسه، فتأمل (١)!

قال المحقق فى «المختصر»: و لا يوكل العبد إلا بإذن مولاه و لا الوكيل إلا أن يؤذن له (٢) و فيه يذكر - تقريباً تنظيراً لما ذكر من تبعية الولاية فى التصرف للمال - ما حقق فى محله من أن خيار المجلس حق مالى تابع للمالك لا للعامة فلو عقد الوكيلان فالمعتبر مفارقه المالكين لا هما.

نعم؛ لو كان وكيلا عنه فى جميع الامور كالعامل أو لم يكن المالك حاضراً فى مجلس العقد، فالمعتبر مفارقه لا مطلقاً، و ذلك بخلاف تفرق المتعاقدين فى الصرف و التقابض فيه كالخيار فيعتبر تقابض المالكين إما بنفسه أو وكيله، فتأمل!

و لذلك تراهم لا يتعرضون فى الوكيل فى البيع أنه [هل] له إسقاط خيار

١- لكن التحقيق أنه بعد كون المسأله معنويه و جواز الولاية له عن الموكل لو صرح فضلاً عما لو أطلق بكونه وكيلا عنه صار وكيلا عن الموكل، فتدبر! «منه رحمه الله».

٢- المختصر النافع: ١٧٨.

المجلس أم لا، وليس ذلك إلّا لعدمه له أصلا و عدم دلالة التوكيل فى البيع على جعل الخيار لنفسه عنه، كما يتعرّضون أنّ له القبض أم لا، و يتعرّضون أنّ للمضارب إسقاط الخيار فى البيع و غيره مع المصلحه أو ظهور الربح.

و قول المحقق فى «المختصر»: و لا يوكل العبد إلّا بإذن مولاه و لا الوكيل إلّا أن يؤذن له (١).

احتمل فى العبارة أن يقرأ الفعل فى المقامين مجهولا، فالمعنى إثبات الحكم التكليفى للموكل بأن لا يجوز توكيل عبد الغير إلّا بإذن مولاه، لأنّه تصرّف و إعمال لمال الغير بغير إذنه، لكنّه لو فعل عصى العبد لتصرّفه فى لسانه الّذى مال الغير لكنّه صحّ التصرّف، لأنّ النهى فى المعاملات إن كان راجعا إلى ترتيب آثارها فيوجب فسادها لامتناع وجود المؤثر بدون الآثار، و إن لم يكن كذلك، بل لقبح فى نفس ذلك التصرّف و التلفّظ مع قطع النظر عن الآثار، أو لانطباق أمر محرّم عليه كالبيع وقت النداء، فلا يوجب الفساد و إن عصى، فبيع العبد لغير مولاه كالبيع فى الدار المغصوبه.

ثمّ إن كان الفعل الصادر من العبد ممّا له اجره بطل المسمّى إن كان، و يثبت للمالك اجره المثل مطلقا، و يختير فى الرجوع بأيّهما شاء، فإن رجع على الموكل رجع فى الحال.

و أمّا الوكيل فإن كان وكيلا خاصّا أو عامّا بغير جعل فلا إشكال فى جواز توكيله، و يكفى فى الأوّل إبطال التوكيل الأوّل، و إن كان خاصّا لازما إمّا بجعل أو بغيره، فإن كان الفعل ممّا لا ينافى العمل الموكل فيه صحّ التوكيل الثانى و يستحقّ

الاجره إن كان حاله ذلك، لكن لو قيل بأنّ تمام منفعه المتصوّره للغير، أو فرض كذلك بأن وقع العقد الأوّل كذلك، أمكن القول بثبوت الاجره له لا للوكيل، أو الخيار، و إن كان منافيا له فلا يجوز ذلك من حيث الحكم التكليفي.

و أمّا الحكم الوضعي فكما مرّ في العبد، لكن سياق كلام الفقهاء في مثل هذا المقام في الإجاره و هنا هكذا، و يجوز للمستأجر و الوكيل أن يعملوا لغير المؤجر و الموكل إلّا أن يكونا خاصّا.

و قد سبق أنّه من جهه ظهورهما في عدم تعيين المباشره و المدّه و إن كان لهما المطالبه فورا إلّا في ما يلاحظ فيه بعض الخصوصيات في المستأجر، كما لو كان العمل عباده لملاحظه العدالة و الديانه و علمه بالأفعال و المسائل و غيرها.

و إن احتمل في المسأله وجه آخر، و هو التفصيل بين ما لو وقع العقد بلفظ يدلّ على المباشره أو على الأعمّ كاستأجرتك، أو تقبّلت.

توكيل الحاكم عن السفهاء و المجانين و البله

قالوا: و للحاكم أن يوكل عن السفهاء و المجانين و البله من يتولّى (١).

لا شبهه في جواز ذلك لهم بعد ما قرّر من ظهور الإذن و تفويض الولايه في أمر في حصول ذلك، سواء كان بطريق المباشره أو بالاستنابه، فلا حاجه إلى الاستدلال بالإجماع.

نعم؛ لو قلنا بظهور ذلك في المباشره احتجنا في الخروج عن مقتضى هذا الأصل إلى الدليل، لكن لا يخفى أنّ أخذ الوكيل في الفعل بطريق يكون النظر

إليهم لا إلى الوكيل إلا أن يكون الفعل خاصًا.

و الحاصل؛ أن في أخذهم الوكيل تفصيلاً يأتي في توكيل الوصي.

قالوا: يشترط في الوصي أن لا يمنعه الموصى من التوكيل، فيتبع مآبته في العموم والخصوص، والتفصيل الموعود: أن الوصي إمّا أن يفوض الولاية والأمر إلى الغير في نفس الأفعال وفي النظر - أي يفوض التصرف مطلقاً والنظر - وإمّا أن يفوض التصرف مطلقاً دون النظر مطلقاً، وإمّا أن يفوض التصرف في بعض الأمور والنظر، أو دون النظر.

و ينبغي بيان مدرك جوازه أو عدمه، فنقول: إن قلنا: إن الوصاية تفويض ولايته الدائمة المنقطعة بالموت لو لم يفوض، فكما كان للموصى التوكيل مطلقاً فكذلك للوصي، و لو قلنا: إن الوصاية تفويض الولاية مع اشتراط نظره بحيث كان هذا الوصف ملحوظاً عنده، كما هو الأقوى، و صرح به العلامة في محكي بعض كتبه (١)، فلا يجوز توكيل الأمور إلى الغير مع تفويض النظر، و يجوز توكيله في التصرفات مطلقاً من غير تفويض النظر إليه، بل كان النظر في كل أمر لنفسه، و أولى بالجواز ما لو فوض بعض الأمور دون النظر.

و إمّا لو فوض التصرف والنظر في بعض الأمور؛ فلا يبعد القول به حتى على ما اخترناه، لأنّ تفويض النظر إلى الغير قد يكون مصلحه.

فإن قلت: فيجوز التوكيل في التصرف والنظر مطلقاً، لأنّ تفويض النظر مصلحه، فلو رأى غيره أبصر في الأمور مطلقاً من نفسه جاز.

قلت: إن العلم الإجمالي بأصلحيته نظره في الأمور غير كاف في تحقّق

١- تبصره المتعلمين: ١٢٩، تذكره الفقهاء: ٥٠٨/٢، ط. ق.

المصلحة في جميع الامور، فلعلّ في بعض الامور يرى المصلحة على خلاف ما يراه الوكيل مصلحة.

و أما إذا كان الأمر معينا كبيع دار معينه يمكن أن يكون الوكيل أبصر بالغبطه، و يعلم بذلك الوصى فيفوض النظر إليه.

فمن ذلك كله ينقذح حكم توكيل الحاكم و سائر الأولياء في أنه لا ريب في اعتبار الشارع نظرهم في ذلك من غير إرادته مجرد حصول أفعال القصر في الخارج بمباشرتهم أو بإذنهم، فيجىء في توكيلهم التفصيل المذكور، فتأمل جيّدا.

أقسام التوكيل من الحاكم

و أما التوكيل من الحاكم في الخصومات فعلى أقسام:

منها: التوكيل في المرافعات و استماع الشهود و جرحهم، و الإحلاف و الحكم.

و منها: التوكيل في استماع الشهود.

و منها: التوكيل في التحليف.

و منها: التوكيل في الحكم.

و منها: التوكيل في استماع الإقرار.

و ليعلم أولا- أنه لا يجوز توكيل الحاكم لمثله إلّا في زمان الحضور مع وجود التصريح من الإمام أو قرينه على الإذن من الإمام و لو فحوى، كاتّساع المتعلّق، و أما في زمان الغيبه فالجميع سواء، فليس أحدهما أولى من الآخر حتّى يستحلف غيره.

نعم؛ قد يتصوّر ذلك بناء على عدم اشتراط بعض الشروط الثمانية فيه،

كالكتابة أو البصر، فيأخذ حاكما جامعا له.

وقد يتصور على القول بإمكان التجزى، و عدم حججه لدلاله دليل حججه قول المجتهد على المطلق، لظهور قوله عليه السلام: «عرف أحكامنا» (١) فى العموم، و كذا سائر سياقاتها، فيأخذ المطلق المتجزى فى المسأله المجتهد فيها، فتأمل!

و أمّا استحلاف المقلد فى نفس [الأمر]؛ فغير صحيح إجماعا، لكونه من وظائف الإمامه فلا يجوز من غير إمام و من نصبه لذلك، و أذن له عموما أو خصوصا.

و أمّا فى استماع البيئه بعد علمه بشرائطها، لأنّ المناط قيامها بعد التماس المدعى و إذن الحاكم، و كذا الحلف إذا تعذر حضور الحالف.

و أمّا التوكيل فى الإقرار؛ فغير جائز، لأنّ أثر الإقرار ليس مترتبا على سماعه حتى يوكل فيه، بل على ثبوته عنده و لو بغير الشاهد بخلاف البيئه، فإنّ المناط فيها هو استماعها، فلا يكفى علم الحاكم بشهادتها.

نعم؛ لو عيّن شاهدين على استماع إقراره ثبت إقراره بشهادتهما، و لا يثبت بشهاده الواحد، لأنّ المناط ثبوته و هو به غير ممكن، فتدبر!

و تمام الكلام فى باب القضاء و الشهادات.

اشتراط العقل فى الوكيل و الموكل

قالوا: و يشترط فى كلّ من الوكيل و الموكل كمال العقل (٢).

١- بحار الأنوار: ٢ / ٢٢٠ و ٢٢١.

٢- المختصر النافع: ١٧٩.

توضيح الفرق بين المجنون و السفيه و المغفل و المغصوب الذى حكموا ببطلان بعض الألفاظ الصادر منه فى ذلك الحال، كالظهار و الإيلاء، و يتوقف على رسم مقدمه، و هى أنّ الأفعال الصادره عن الإنسان على ثلاثه أقسام- كما حكى عن الغزالي:- اضطرارى، و إرادى، و اختيارى.

فالاضطرارى: ما لا يستند الفعل إليه، كوقوع النازل من شاقق- مثلا-.

و الإرادى: ما يصدر عن إرادته و مقتضى طبيعه من غير سبق بالاختيار، كحركه الأجفان عند وصول سهم إليها، أو إرادته إهراق شىء فى العين.

فالتكليف بالنسبه إلى الأفعال الاضطراريه قبيح، لأنه تكليف بالمحال، و بالنسبه إلى الثانى إن كان ممّا يمكن إزالته و لو بالرياضات أو غيرها من الامور القاهره على مقتضى طبيعه فليس التكليف به محالا، و إلّا فلا.

و الفعل الاختيارى ما يصدر منه باختيار و تروؤ و الالتفات إليه.

و توضيح ذلك: أنّ كلّ فعل غير اضطرارى إنّما يصدر من الشخص الملتفت بعد الالتفات إليه و العلم به، ثمّ الالتفات و العلم بآثاره المحبوه عنده، ثمّ توجب ذلك الأثر المحبوب المرضى عنده إرادته إلى الفعل الموجب له، بمعنى العزم عليه، فإن كان ذلك الفعل محتاجا حصوله إلى مقدمات فيشتغل الإنسان بإيجادها ثمّ بعدها لا بدّ من حصولها من إرادته مقارنة له، ليخرج بها عن الغافل و الساهى، فإنّ الاعتبار بالغفله و عدم الغفله بالفعل بتلك النسبه و القصد و الإراده بالفعل، لا الإراده الأوّليه الداعيه إلى تحصيل الفعل بمقدماته.

و لا- ينافى ذلك ما بنينا عليه فى العبادات من كون التيه فيها هو الداعى لا الإخطار، فإنّ المقصود الالتفات إلى الغرض و الأثر الموجب للإرادته عند الفعل،

كما عرّفوها بأنّها الإرادة المنبعثة المؤثّره في إيجاد الفعل المنبعثة عمّا في نفسه من الغايات على وجه يخرج بها عن الساهى و الغافل، ففي الحقيقه مقارنه تلك الإراده المذكوره للفعل موجب لإيجاد نفس [التيه] بها يكون الفاعل قاصدا، و لذا اعتبروا المقارنه فيها بعد اعتبار التيه، و ليس هي إلّا القصد.

و أمّا الإراده المنبعثة على تحصيل مقدّمات الفعل المسبوق بالعلم إلى الغايه فهو من لوازم العقل و عدم صدور الفعل من العاقل من غير ملاحظه فائده، و وجود ذلك غير مقارن لنفس الفعل حين وجوده لا يخرج الفاعل عن الساهى و الغافل إلى القاصد.

لكنّ المراد بالتية في العبادات أمر مركّب من القصد إلى الفعل - كما فصّلناه- و إلى التقرب لاشتراط تحقّق العباده بقصد إتيانها على وجه الامتثال؛ لأنّها ما يتوقّف على قصد القربه.

و أمّا تيه المأمور به و أوصافه فلم يدلّ دليل على وجوبها، كما صرّح به الشهيد الثاني في «الروضه» (١).

نعم؛ لو كان المأمور به متعدّدا اشترط التعيين؛ لتوقّف الامتثال عليه، و لذا ذكر صاحب «الجواهر» في شرح «الجواهر» المسّمى ب «نجاه العباد» في كتاب الصوم و غيره: بعد ما ذكرنا أنّه لو نوى شيئا من الأوصاف في محلّ ضده على وجه لا ينافى التعيين و لا يقتضى تغيير النوع صحّ، حتّى لو كان مشرّعا و إن أثم بتشريعه (٢).

١- الروضه البهيه: ٧٢ / ١.

٢- نجاه العباد في يوم المعاد: ٤٢ و ١١١ و ١٩٠.

و صدر عن بعض المحسّنين عليه من الفحول كالشيخ الراضى و المرتضى ما أوجب إشكالا فى العبارة، و إن كان كلامهما أيضا محلّ إشكال، لكنّ المقصود ذكر كلامه قدّس سرّه تقريبا لما ذكرنا، و إن اتفق مجال تحرّر إن شاء الله كلاما مبسوطا لشرح كلامهم، و ليس الآن [مجاله].

و أمّا الاستداده الحكميّه فمعناها أن لا يقصد فى جزء من العباده غير التقرب الّذى هو أحد أجزاءها، و أن لا يقصد بفعله فعلا يغيّر تلك الإراده المنبعثه، لكنّ الالتفات إليها فى كلّ جزء منها غير لازم، لعدم الإمكان، و [لزوم] العسر و الحرج، بل يكفى وجود تلك الإراده حكما، بحيث لو سئل لقال بها، و لذا لو غفل بحيث خرج عن ذلك بطل.

و كذا لا يقصد بفعله غير الأمر الأوّل الذى نوى امتثاله أوّلا و هذا مراد قولهم: أن لا يقصد فى بعض أفعاله ما ينافيها أو خلافها.

و ممّا ذكرنا فى معنى التيه للأفعال و المقارنه ظهر أنّه لو نوى الجنب الغسل و ذهب إلى الحّمّام و نسى حين الغسل التيه لم يجز ذلك الغسل.

هذا كلّه فى العبادات، و أمّا المعاملات؛ فاللازم فيها كسائر الأفعال الصادره عن التفات لا بدّ فيها من العلم بالشىء، ثمّ بغرضه ثمّ الإراده و العزم عليه الموجب للاشتغال بمقدّماته، فإن كان مقدّمته فعلا- كاشفا عنه اعتبر الالتفات إلى ذلك الفعل الدالّ الكاشف، كلفظ البيع و نحوه، فلو صدر من غير التفات كالمساهى لغى، و الالتفات إلى المعنى المكشوف عنه فلو لم يلتفت إليه لغى أيضا كالهازل و كون اللفظ كاشفا- أى صريحا- فى المعنى المراد.

ثمّ إنّ الأثر و الغرض الداعى إلى الفعل، و لو حصل من أمر غير مرضى- أى

صار أمر غير مرضي سببا و داعيا لمحبوبيه أثر ذلك الفعل - كأن يجبر على إعطاء مال لظالم فيبيع داره من غير [أن] يجبر عليه، فهذا النوع من البيع صحيح، لأن الإكراه على مقدمات الفعل لا على نفسه.

و قد صرحوا بأن مثل هذا الإكراه خارج عن بيع المكره المنعقد على بطلانه الإجماع (١)، و النص (٢)، و لو لم يحصل الغرض و الداعي و لو من أمر غير مرضي على بيع ماله بل أوجد الفعل بغير داع فهذا هو المكره الذي باطل عقده.

ثم إن كان الإكراه لحق كأن يجبر المحتكر على بيع الطعام، و الممتنع عن إنفاق واجبي النفقه أو المملوك أو قضاء الدين مع يساره، صح هذا البيع بلا إشكال، لأن المعتبر في الأفعال الإرادة و القصد إليها بحيث يخرج بها عن الساهى و اللاغى و لم يثبت من الأدله العامه غير ذلك.

و أما لزوم كون ذلك لداع و غرض، فلم يثبت دليل عليه.

نعم؛ يثبت في المكره لغير حق بالنص و الإجماع عدم إضاء الشارع لعقده، فهو يريد في قوله: بعتك، النقل و الانتقال بهذا اللفظ الكاشف، لكن لا يريد ترتيب الأثر عليه، لعدم داع له إلا الإكراه، فلم يمض الشارع إلا أن يرضى به و لو بعد ذلك، فهو حين العقد كالفضولي، فإنه أيضا قاصد إلى اللفظ و المعنى باللفظ الكاشف.

و هذا من شروط العاقد لا المالك، لكن الرضا بالاشترط لا بد أن يصدر من المالك، فحيث حصل أثر العقد أثره، فمقتضى إرادته المعنى باللفظ الكاشف

١- جواهر الكلام: ٢٣ / ١٠.

٢- وسائل الشيعه: ١٧ / ٣٣٣ الباب ١ من أبواب عقد البيع.

فأثره في الانتقال، لكنّ الشارع اعتبر الرضا و طيب النفس بأثر الفعل في بعض الموارد.

فظهر أنّ بيع المكره جوازه خارج عن مقتضى القاعده بالإجماع و النصّ (١)، و لولاه لما كان للرضا بعده و تأثيره معنى، و تمام الكلام في البيع قد حرّناه.

و إذ قد ظهر معنى الفعل الاختياري بأنّه الصادر عن عمد و قصد سواء كان بداع أو بغير داع، فالفاعل لا عن قصد غير عاقل، فإن كان بحيث يكون في جميع أفعاله التكليفيه و المتعلّقه بالأموال و غيرها و أقواله غير قاصد إلى ما يصدر منه، و لو كان في بعض أفعاله أو أقواله مميّزا، فهذا هو المجنون المحجور عليه المرفوع عنه القلم في العبادات و غيرها، و إن كان في بعض أفعاله المتعلّقه بالعبادات ككثير السهو، فهذا معفو عنه قلم السهو و حكمه، فلا حكم فيه في العبادات دون غيرها لأنّه قاصد في أفعاله.

و لو كان قاصدا في ما يصدر عنه لكنّه لغير داع أو لداع غير الدواعي التي توجب صدور الأفعال من العقلاء، فهذا نوع من الجنون، فإن كان في خصوص الأموال و ما يتعلّق بها كذلك دون ما يتعلّق بالبدن أو بغيره كالسفيه، فإنّه قاصد في أفعاله و أقواله مطلقا، لكن قصده في ما يتعلّق بالمال غير مقترن بداع عقلائي دون ما يتعلّق بالبدن، فهذا محجور في ماله، لأنّه نوع من الجنون، و غير محجور في ما يتعلّق بالبدن، فهو مكلف في الأحكام البدنيه دون المائيه.

لكن لو استلزم الأحكام البدنيه على المال تصرّف الولي في المال.

نعم؛ لو أوجب أمرا يوجب أمرا بدنيا أو ماليا مخيرا كالنذر فحنت، كفر بما

يتعلق بالبدن، و ليس الولي مكلفا بإخراج المال عنه، فحيث إنّ المانع فيه عدم الداعي العقلاني في أمواله و كان محجورا عليه، فلا مانع من توكله فيما يتعلق بها لغيره، أو في ماله بإذن الولي.

لكن على تفصيل في مال الغير، و هو أنه إن فوّض إيقاع العقد دون النظر، فلا ريب في صحته، و إن فوّض النظر مع ذلك فخلاف، أقرب ذلك، لأنّ الموكل عاقل قاصد، فلعله رأى مصلحة في ذلك لنفسه أو لغيره و لا أقلّ من إتلاف ماله لمصلحه عقلانيه، و السفهيه كان ممنوعا من التصرف في ماله لعدم مبالاته في إتلافه لغير غرض عقلائي. و هذا التفصيل جار بعينه في ماله بالنسبه إلى إذن الولي.

قال في «القواعد»: و لو أذن له الولي فإن عين صح؛ لعدم تفويض النظر إليه أو فوّض و رأى المصلحة في ذلك و إلّا فلغو إلّا أنّ الولي غير مأذون في إتلاف ماله (١)، فتأمل!

نعم؛ لو فرض أنّ هذا التوكيل منه سفاهه و ليس فيه مصلحة بطل التوكيل، لأنّه داخل في المعاملات السفهيه التي لا يجوز التوكيل فيها لعدم الولاية للموكل في متعلق الوكاله.

و الفرق بين معاملة السفهيه و المعامله السفهيه أنّ السفهيه لكونه غير قاصد في فعله لغرض عقلائي صار محجورا عليه كلياً، و لو اتفق في قضيه شخصيه إن كانت المعامله عقلائيه، و المعامله السفهيه ما كانت لغير داع و مصلحة في تلك المعامله الخاصه و إن كان المعامل عاقلا، و الدليل على بطلانها عدم شمول الأدله

لها، فالبيع المحاباتي إن اشتمل على مصلحه صحّ وإلا فلا.

فمن هذا البيع الخاص لا يحكم بسففه، وإن حكم بطلانه، إلا أن يحرز ذهاب الملكة المعتره في الرشد، كما أنه لا يحكم في معامله السفه- المشتمله على الإصلاح و المصلحه في تلك المعامله الشخصيه- برشده، إلا أن يحرز كشفه عن الملكة فيتبعه صحه المعامله و عدمها.

لكن الفرق بين العقل و السفه ثابت في ابتداء البلوغ، فيحكم بالعقل مع الشك، دون السفه، و ذلك لأن الأصل في الإنسان العقل، و ذلك من جهه الغلبه أو من جهه أنه بمقتضى الآيات فطرت الله التي فطر الناس عليها (١) و غيرها (٢) و الأخبار (٣) لتخمير الإنسان من العقل، قد ثبت أن الاستعداد ثابت في كل إنسان، فكل إنسان عاقل، إلا أن الصبي المميز قد الغيت أفعاله و إن كان عاقلا، فإذا بلغ ارتفع الحجر عنه مع وجود المقتضى فيه، و الشك في الرفع هل اختص ذلك الاستعداد أم لا؟ و الأصل عدمه.

و أما السفه، و إن كان مقتضى القاعده كذلك، إلا أن الشارع أوجب إحراز عدم المانع قبل البلوغ، فقال و ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (٤) فقبل الإحراز لا يجوز، فهو بالنسبه إلى التكاليف بعد البلوغ غير متوقف على إحراز عقله، فيجيزه الولي، لكنه بالنسبه إلى التكاليف الماليه محجور لا- يجوز للولي إيكال اموره إلى نفسه إلا أن يحرز إصلاحه في ماله.

١- الروم (٣٠): ٣٠.

٢- البقره (٢): ١٣٨.

٣- انظر! بحار الأنوار: ١/ ٨٦ الحديث ٨، و ٩٦ الباب ٢، و ٣/ ٢٧٦ الباب ١١.

٤- النساء (٤): ٦.

ثمَّ إنَّه لا فرق في وجوب كون صدور الأفعال مسبوقة بتعقل داع، بين ما يكون الداعي أمرا مباحا أو أمرا محرّما، فالعاصي ليس بسفيه، لأنَّه يلاحظ في أفعاله غرضا و مصلحة يرتب عليه أمثاله من العقلاء أفعالا، و لو كانت المصلحة معصيه أو كان نفس الفعل معصيه كالزنا، فإنَّ المقصود منه استلذاذ النفس و إن كان محرّما على هذا الوجه لكنَّه يترتب على مثله من الأغراض النفسانيه أفعال.

نعم؛ لو كان البالغ في أوّل بلوغه صارفا ماله في الجبهه المحرّمه ينكشف عن عدم الملكه- فتأمل!- لو لم يكشف الملكه تغيّره، و لو عرض للإنسان أحيانا حاله أوجبت صدور فعل عنه بغير قصد أو بغير داع كالمغضب بقسميه لهيجان سودائه و غلبته، فهذا بالنسبه إلى الأفعال الصادره منه في تلك الحاله محجور عليه مرفوع القلم [عنه] غير مترتب عليها الأحكام الوضعيه، فلو طلق أو ظاهر أو آلى، بطل، لكنَّه لا يخرج عن حدود التكليف.

فمعنى كمال العقل أن يكون قاصدا في أقواله و أفعاله مطلقا، صادره عنه لداع و غرض عقلائي رافعا عنه الحجر، ممضى منه تلك الأفعال و الأقوال و هو البالغ العاقل الرشيد.

فأئده

قالوا: و لا يضمن صاحب الحمام الثياب (١).

أقول: توضيح المطلب يتوقّف على مقدّمتين:

الأولى: بما أن عدم كون ما في الحمام داخلا تحت يد الحمامي ما دام

١- النهايه للشيخ الطوسي: ٤٤٩، السرائر: ٢ / ٤٧٠، المختصر النافع: ١٧٧، شرائع الإسلام: ٢ / ١٨٨.

الناس فيه شرعا في كونهم مأذونين في دخوله و خروجه، بحيث يكون كالشارع لهم لا- إذا منعهم أو أقفل باب الحمام، و لذا ذكروا: إنّ ما يوجد في الحمام كاللقطه لا يملكه الحمامي كما يملكه غيره في ملكه.

و الضابطه أنّ ما يوجد في صندوق المالك أو داره أو غيرهما من أملاكه و لا يعرفه فهو لقطه، مع مشاركته الغير و لا معه حاصل له، فما يوجد في الحمام لقطه ما دام المشاركه، لا بدونها.

الثانيه: لا يكفي في العقود اللازمه و غيرها الإذنيه و التمليكيه شاهد الحال، بل لا بدّ فيها من كاشف قوليّ أو فعليّ، و لذا لو علم شخص رضا أخيه بأن يكون ماله ملكا له بعوض أو لا معه؛ لم يصحّ له التصرف فيه بنقل أو غيره.

نعم؛ يكفي شاهد الحال في جواز التصرف، بحيث يستند الإذن إليه في غير ما تضمّنته الآيه، و فيه حتّى مع جهل الحال بالرضا و عدمه؛ للإذن شرعا، كالأكل ممّا يمرّ به من ثمره النخل و الفواكه و الزرع مع عدم الإفساد و الحمل، حيث إنّ الإذن من الشارع في صورته الجهل بالحال جوّز التصرف، بخلاف ما لو علم حال المالك في المقامين، فإنّه غير صحيح فيه التصرف، و لما ذكرنا لو طرح شيئا عنده لم تصر وديعه و إن قصد الدافع الوديعة، بل [و لو] أوقع الإيجاب؛ لعدم حصول القبول و لو فعلا من المدفوع عنده.

نعم؛ لو طرحها في ملكه عنده بحيث يكون تحت يده، يجب حفظه لو غاب المالك و خيف عليها التلف من باب المعاونه على البرّ، لكن لا- ضمان عليه، لكونه مستأمنا من جانب الشارع و لا- يصير بقبضه بعد وجوبه وديعه لعدم الكاشف لقبول ذلك الإيجاب الذي حصل بعد غياب الموجب، فافهم.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إنّه لا- يجب على الحَمَامِي حفظ ما وضعه السالخ من الثياب و لا ما وجد فيه بل يكون لقطه، بل يكره أخذها، بل يكون هو و غيره شرعا في ذلك.

أمّا الأوّل، فلعدم كون الحَمَام كالمملك العامّ، فلم يدخل الثياب تحت يده حتّى يجب عليه الحفظ من باب المعاونه، فلا يتوجّه دعوى التفريط من المالك إليه، لو لم يحصل منه إيجاب ك (احفظها) و لا- يضمن بترك الحفظ، فلا يقال: إنّ طرح الثياب عنده إيجاب للوديعة عنده مع سكوته، و مشاهدته قبول منه، فيجب عليه الحفظ لما ذكر إن لم نقل بصيرورتها وديعه بذلك، أى بسبب طرحها في ملكه مع عدم الردّ.

فإن قلت: كما أنّ إلقاء الإزار في الحَمَام ردّ للأمانه التي وقع إيجابها بالإعطاء أو الطرح، كذلك إلقاء الثياب عند الحَمَامِي كاف في الإيجاب، و سكوت الحَمَامِي كاف في قبوله.

قلت: إنّ سكوته مع اطلاعه و عدم مطالبته قرينه على الرضا بذلك و إسقاط لحقّه، بخلاف السكوت عند نزع الثياب، فإنّه لا يكفي في ثبوت الحقّ على نفسه و تحقّق القبول منه.

و الحاصل؛ إنّه يكفي عن الإسقاط السكوت مع المشاهده، نعم؛ لو لم يشاهد الإزار حال إلقائه توجه ضمانه له حتّى يثبت الردّ.

ضابطه في تعيين المنكر والمدعى

و المشهور في بيان الضابط أنّ المدعى من خالف قوله الظاهر أو الأصل، و مقابله المنكر، فوقعوا من ذلك في موارد اليمين المتفق عليها فيها لتوجيهها عليها، في تكلفات غير مرضيه و لا محصله.

و التحقيق على ما حصّيناه من مواردها و الأخبار في ميزان المنكر، أنّ [المنكر] من وافق قوله الأصل أو الظاهر أو أماره، كاليد، أو قاعدتي الإحسان، و الأمانه، و تخليد الحبس، و كون أمر المدعى أمرا لا يعلم إلّا من قبله، أو غيرها لتعدّر إقامه البيئه الشرعيه (١).

فمثال الأول: ما لو ادعى شخص على أحد ديناً.

و الثاني: كما لو ادعى الزوج عدم الدخول و الزوجه تدعيه، فالقول قولها مع الخلوه التامه على ما استقر به الشهيد في «اللمعه» (٢) عملاً بالظاهر مع ورود الأخبار الداله على وجوب المهر بالخلوه التامه (٣) بحملها على كونه دخل بشهاده الظاهر، و إن كان الأشهر تقديم قوله مطلقاً ترجيحاً للأصل، إلّا أنّ المقصود بيان توجه اليمين على من وافق قوله الظاهر مع مخالفته للأصل في الجملة.

و من هذا القبيل: ما لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت اختها عليه الزوجيه مع الدخول بالمدعيه فيما لو لم يكن بينه لأحدهما، أو مع تعارض البيئه مع عدم

١- قيل: و يجمع ما ذكرنا تعريف المشهور المدعى بالذى يترك لو ترك الخصومه، و المنكر مقابله، «منه رحمه الله».

٢- اللعه دمشقيه: ١١٧.

٣- لاحظ! وسائل الشيعه: ٣٢١ / ٢١، الحديث ٢٧١٩١، و ٣٢٢ الحديث ٢٧١٩٢ و ٢٧١٩٣.

تقدّم تأريخ بينه، فإنّ الحكم تقديم قول المدّعيه بالظاهر على ما هو المشهور، و ما ذكروا في بيان اشتراط تعيين الزوج و الزوجه أنّه لو كانت له بنات و زوجه واحده و أبهم و عين في نفسه و اختلفا في المعقود عليها حلف الأب، إلّا إذا كان الزوج رآهنّ و إلّا بطل العقد (١).

و الثالث: كما لو ثبت كون العين مثلا- في يد عمرو سابقا مع كونها في حال في يد زيد، فإنّ الحكم هو أنّ استصحاب اليد الحائيه مقدّم على استصحاب اليد القديمه، فليثبت ذو اليد القديمه غصبيّتها، سواء قلنا بكونها من الأمارات المنصوبه دليلا على الملكيه؛ لغلبه كون ذى اليد في موارد مالكا أو نائبا عنه، و قلّه اليد الغير المستقلّه بالنسبه إليها، و أنّ الشارع اعتبرها- أى الغلبه- تسهيلا على العباد و قد حَقّق في الأصول أنّ أدلّه الأمارات حاكمه على أدلّه الاستصحاب و ليس تخصيصا، و لا متخصّصه و لا مخصّصه بها.

أو قلنا بأنّ اليد غير كاشفه بنفسها عن الملكيه، أو كاشفه لكن اعتبارها ليس من باب الكشف بل جعلها في موارد الشكّ تعبدا لتوقف الانتظام و استقامه امور العباد على اعتبارها، نظير أصاله الطهاره، كما يشير إليه قوله في ذيل روايه حفص بن غياث الدالّه على الحكم بالملكيه على ما بيد المسلمين «و لو لا ذلك لما قام للمسلمين سوق» (٢).

و لذا لو لم يكن لدى اليد مدّع حكم بها له و يترتب عليه آثار الملكيه، و إن علم سبق ملكيه الغير.

١- النهايه للشيخ الطوسى: ٤٦٨، المهذب لابن البراج: ٢/١٩٦، المختصر النافع: ١٩٤.

٢- وسائل الشيعه: ٢٧/٢٩٢ الحديث ٣٣٧٨٠، مع اختلاف يسير.

نعم؛ لو اعترف بسبق الملك له انتزعت العين من يده حتّى يثبت الناقل، و ذلك ليس من باب تقديم الاستصحاب على اليد، بل من جهة أنّه باعترافه بذلك صار مدّعيًا و المدّعى منكرًا فعليه البيّنه.

ألا ترى أنّه لو لم يعترف بذلك و تمسّك في ملكيته باليد لم تنقض اليد و إن علم الحاكم سبق يد المدّعى عليه، فافهم!

و بالجمله؛ فكون ذى اليد منكرًا و توجّه اليمين عليه مع كون قوله مخالفًا للأصل في مورد العلم بسبق ملك الغير، لمكان اليد، و لو قيل: إنّ دليل اعتبارها أبطل الأصل السابق فليس هناك أصل حتّى يلزم مخالفه الأصل المعترف.

ففيه مع أنّه كلام ظاهرى إلّا أن يرجع إلى ما حقّقناه من الحكومه فيه ثبوت المطلوب على أىّ تقدير؛ إذ هو كون المنكر متوجّها عليه اليمين لوجود اليد، سواء كان هناك مخالفه أصل أم لم يكن أصل هناك أصلاً، فافهم!

و من الرابع: تقديم قول الودعيّ في الردّ، توضيحه: إن أخذه لمجرّد مصلحه الدافع فهو محسن محض، و **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١)**، مع أنّ بناء الوديعه على الإخفاء، و لذا لو لم يشهد في الردّ لم يضمن، فلو لم يقبل قوله في ذلك لسدّ باب هذا المعروف.

و من الخامس: تقديم قول الأمين في الأمانات الشرعيّه و المالكيه في التلف، مع أنّ الأصل عدمه فإنّ ذلك لمكان الأمانه، و ليس على الأمين ضمان، فتأمل.

و من السادس: تقديم قول الغاصب في التلف مع كون الأصل عدمه، و ذلك لأنّه لو لم يقدّم قوله في دعواه ذلك و كلف برّد العين و كان في الواقع صادقًا، لزم

تخليده في الحبس و كذا في دعوى الإعسار إذا كان الدعوى بغير مال.

و من السابع: تقديم قول الدائن الّذى عليه دينان مرهون بهما، أو مرهون بأحدهما دون الآخر، فدفع إلى المديون أحدهما و أطلق في ما قصده، و ذلك لكون الأمر ممّا لا يعلم إلّا من قبله، مع كون الأصل خلافه، و إن كان معارضا بمثله.

و كذا تقديم قول الزوج في ما لو دفع إليها شيئا من جنس مهرها أنّه قصد به مهرها.

و بالجملة؛ تقديم قول الدافع على الآخذ فيما قصده غير عزيز في أبواب الفقه مع كون الأصل بخلافه و هو أصالة اشتغال ذمّه الدافع فيما لو كان، و أمّا كون الأصل خلاف ما يدّعيه الدافع فمعارض بمثله دائما، و كسماح دعوى المعير في دعواه الإعسار لو كان أصل الدعوى بغير مال و القناعه بحلف فتأمل! مع كون الأصل عدم الإعسار، فتأمل!

و أمّا غير المذكورات من أسباب الإنكار فلم يحضرني الآن مثاله كأصالة الصّحّه في الأحكام و الموضوعات و كتقديم قول المشتري في قدر الثمن لو اختلف هو و الشفيح للقهر عليه بإزاله الملك من يده قهرا عليه، فافهم. و كما في اختلاف المعق نصيبه من العبد المشترك بينه و بين غيره معه في قيمته.

تذنيب

معنى قوله عليه السّلام: «البينه على المدّعى و اليمين على من أنكر» (١) إلزام المدّعى

على إقامتها و رخصه المنكر فى رفع الاحتمال و سقوط المخاصمه بيمينه، و السبب فى ذلك أنّ المدعى دائما يدعى أمرا على خلاف الدليل و المنكر يدعى أمرا مع دليل أو أماره أو أصل أو ظاهر يكون حجّه بورود الأخبار على تقديمه لا مطلقا، و لذا يقدم الأصل على الظاهر فى غير ما ورد من الشرع حجّيته - فافهم - فالزم المدعى على دليل رافع لدليل المنكر الظاهرى المستند إليه دعواه و قنع من المنكر لاحتمال كون الواقع خلاف ما يقتضيه دليله فى الظاهر لو ردّ دليل المدعى عليه، و لذا يقدم قوله مع البينه بلا إشكال، مع كون المنكر مستندا إلى دليل.

فلو أقام المنكر بينه سمع منه، و لذا ذكر فى «الدروس» أنّه لو التمس ذو اليد من الحاكم أن يستمع لشهوده للتسجيل جاز له ذلك، و إن لم يكن هناك مدّع بالفعل (١).

و بالجمله؛ معنى الروايه: أنّ من كان معه أصل - أى دليل اجتهادى أو فقاھتى - سواء كان دليلا لفظيا أو غيره، أو كان قوله حجّه لحكم الشارع بها، أو استلزم سماع دعوى مقابله محذورا، كتخليد الحبس فى باب الغصب و غيره، أو عدم إمكان صدق دعواه، كما لو كان المدعى به أمرا لا يعلم إلّا من قبل الفاعل و لم يدّع إقراره بما يدّعيه من قصده (٢).

١- الدروس الشرعيّه: ٧٧ / ٢.

٢- هنا بياض فى الأصل.

التنازع بين الوكيل و الموكّل

قال المحقّق في «المختصر النافع»: و لو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه (١).

أقول: إمّا أن يكون النزاع قبل استيفاء شىء من المنفعة أو بعده أو بعد استيفاء الجميع، و في كلّ من التقادير إمّا أن يكون المدّعى المالك أو المستأجر، و يتصوّر النزاع في كلّ من الصور السّت، إمّا لو كان المدّعى المالك فقبل الاستيفاء يدّعى استحقاق الاجره بانتقال المنفعة إليه، فهنا إذا حلف، حكم بانفساخها ظاهرا و يتصرّف فيها قصاصا، إلّا أنّها لو كانت اجره مثلها أزيد من المسمّى و جب عليه- لو كان صادقا- أن يدسّ الزائد في مال المستأجر، و إن كانت الاجره أنقص من المسمّى فله أخذ الناقص متى تمكّن مقاصّه، هذا على القول بالانفساخ ظاهرا.

لكنّ التحقيق هو الانفساخ واقعا، كما سيّجى ء.

و إن كان بعد استيفائها أجمع فكذلك المالك يدّعى الاجره و المستأجر ينفىها، فإن ادّعى مع ذلك جواز تصرّفه فيها مجانا إمّا عاريه أو غيرها، بأن كان جوابه لدعوى المالك أنّها عاريه أو سكنى، و نعى بها الجائزه لا اللازمه فإنّها مورد التحالف، كما لا يخفى.

فقد قيل: إنّ المشهور بعد حلفه سقوط الاجره، لأصالة براءة ذمّته، كما هو ظاهر إطلاقهم لحلف الراكب و سقوط الاجره فيما لو قال الراكب: أعرتنيها، و قال

المالك: آجرتكها (١).

وقيل في مثل المقام كالمثال المفروض في كلماتهم: بل يحلف المالك، لأن المنافع أموال كالأعيان، فهي بالأصالة للمالك، فادعاء غيره لها بغير عوض على خلاف الأصل (٢)، فيوجه الحلف عليه في عدم إذنه للتصرف والاستيفاء و عدم الانتقال إليه مجاناً - مثلاً - فافهم.

وقواه الشهيد الأول مع إباته له أجره المثل إلا أن تزيد على ما ادّعاه (٣).

وفيه نظر؛ إذ النزاع في السبب وهو الإجاره و العاريه، و يتفرّع على كلّ منهما أثر شرعيّ، فأصالة العدم جاريه بالنسبه إلى كلّ منهما إلّا أنّ أصالة عدم العاريه التي هي مع المالك لا- يترتب عليه أثر إلّا بعد ثبوت الإجاره، أو تكون المنفعه مالا محترماً لمالك العين، كما قرره الشهيد الثاني في وجه تقوية الشهيد الأول (٤)، وهذا أصل مثبت غير معتبر عند أكثر الاصوليين، كما هو المحقق في محلّه.

و أمّا أصالة عدم الإجاره التي مع المنكر للإجاره فالأثر المترتب عليها بلا واسطه و هو عدم الضمان لها، إلّا أن يقال: إنّ مجرد نفي الإجاره لا- يستلزم نفيه، إلّا أن يثبت كونها مجاناً و هو غير معلوم، بل المعلوم هنا خلافه، لاستيفائها مع كونها للمالك و أصالة البراءه موروده بالنسبه إلى الدليل الاجتهادي، و هو أصالة ضمان الأموال التي منها المنافع.

١- الخلاف: ٣/ ٣٨٨ المسأله ٢.

٢- مسالك الإفهام: ٥/ ١٦٤، الروضه البهيّه: ٤/ ٢٦٩.

٣- اللعه دمشقيّه: ٩١.

٤- الروضه البهيّه: ٤/ ٢٧٠ - ٢٧١.

أو يقال بأن الأصل المثبت معتبر عند المشهور، كما يظهر من فروعهم المذكوره في أبواب الفقه في آخرها في مسأله التنازع.

أو يقال بأن الأصل المثبت إذا كانت الواسطه خفيه فلا شبهه في اعتبارها، و الواسطه بين أصاله عدم العاربه و الضمان خفيه، فتأمل!

و الحاصل؛ أنّ الأصلين متماثلان، لكونهما أصليين مثبتين إمّا معتبرين أو غير معتبرين، فيتساقتان، فيرجع إلى الأصل الموجود في المقام إن لم يكن دليل فيه، وإلا فهو المرجح، كما في ما نحن فيه، فيتمّ كلام الشهيد و من تابعه.

و ظنّي أنّ مراد المشهور من إطلاقهم لتلك المسأله إنّما هو صوره عدم استيفاء المنفعه أو بعد استيفاء شىء منها، لكن بالنسبه إلى ما بعد، لا بالنسبه إلى ما قبل، فتأمل جيّدا!

و إن لم يكن جواب المستأجر ما يوجب المجاتيّه توجّه اليمين عليه و يحكم بعدم وقوع العقد، فإن كان قبض اجره المسمّى المتعيّنه وجب عليه ردّها إن كان مغايرا لاجر المثل، لأنّ اليمين ذهبت بما فيه و طالبه اجره المثل، و إن كان من جنسه لزم المالك أخذه إن أذن له المستأجر أو لم يكن قبضها فدفعها إليه، و إن لم يقبضها جاز له التصرف فيه مقاضه.

و من هاتين الصورتين يتّضح حكم الصوره الثالثه، و هو ما لو كان النزاع في الأثناء، فبالنسبه إلى المدّاه الماضيه يأتي حكم الصوره الثانيه، و بالنسبه إلى المدّاه الباقيه يأتي حكم الاولى، و لكن بحلف واحد يستحقّ اجره مثل المدّاه الماضيه و يفسخ بالنسبه إلى الباقيه.

و لو كان المدّعى المستأجر و كان قبل الاستيفاء كان مقصوده المنفعه فإذا

حلف المؤجر رجعت الأجره إلى المستأجر، فيتصرف فيها مقاصه.

فإن قلت: إن المقاصه بعد اليمين غير جائزه لذهابها بما فيها.

قلت: ليس هذه المقاصه من التي تحرم بعدها، إذ ليس الواجب بعد الحلف و لا وجوب التصديق و ترتيب آثار الصدق عليه، فإذا حلف المديون على عدم اشتغال ذمته لزيد مثلا، فلا يجوز له المقاصه و الأخذ من مال المديون لوجوب تصديقه المنافي لذلك، و أخذ المستأجر الاجره لا ينافي صدق المؤجر الحالف على عدم استحقاق المستأجر للمنفعه، و إن كان بعد استيفاء المنفعه.

فإن أنكر المؤجر لادعائه اجره المثل، و ذلك حيث أنكر الإذن في التصرف فتوجه الدعوى ظاهر، و إن اعترف بالإذن فإن لم يترتب على الدعوى أثر، مثل أن يقول المالك: أعرتكها، فيقول المستأجر: بل آجرتنيها، لم يسمع الدعوى، لعدم كونها ملزمه لشيء، و إن ترتب عليها أثر مثل أن كانت الإجاره مشروطه فى عقد لازم على المستأجر، فيقول المستأجر: وفيت بالشرط، فينكره المؤجر، فمقصود المستأجر عدم ثبوت الخيار للمؤجر و هو يثبته.

و لذا لو كان النزاع بعد انقضاء مدّه، لكن المنفعه غير مستوفاه للمستأجر و كانت العين فى تلك المدّه فى يده توجهت الدعوى أيضا مع اعترافه بالإذن إن رتب عليها أثر، مثل أن كان جواب المؤجر كونها سكنى و قد شرطت تلك على المؤجر فى عقد لازم، فيقول المستأجر: ما وفيت بشرطك فلى الخيار، لكون العين مستأجره، فيقول المؤجر: كانت هى سكنى فلا خيار.

و من الصورتين يعلم حكم النزاع بعد استيفاء شىء من المنفعه، فليتأمل!

لكن ليعلم أن انفساخ العقد بعد الحلف لو كان هنا فى الواقع من أى سبب

هو أ واقعى أم ظاهرى، و الذى ينبغى أن يقال- و هو المستظهر من كلماتهم و المصرّح من بعضهم (١)- هو الانفساخ الواقعى، و ذلك لتنزّل تعذّر العوض بعد الحلف منزله التلف، بل التعذّر الشرعى أقوى من التعذّر الواقعى، فينفسخ العقد.

و قيل: بل يتخيّر غير الحالف، لتعذّر تسليم العوض بالحلف بين الفسخ و الإمضاء (٢)، و على هذا يتوجّه جميع ما سبق من وجوب الدسّ و جواز المقاصّه فى صورته الزيادة و النقيصه لو لم يفسخ.

و أمّا لو فسخ- أو قلنا بالانفساخ- فمقتضاهما رجوع كلّ عوض إلى مالكة.

ثمّ اعلم! أنّ الإنكار فى باب الوديعه و الأمانه موجب للضمان، لكون المنكر به خائناً، فلا يسمع دعواه بعد ذلك التلف أو الردّ، لكنّه إذا كان متعلّق الإنكار موضوع الأمانه، بأن يقول: ليس عندى شىء و أمّا إن كان متعلّق الأمانتيه فليس الإنكار موجبا لضمانه، و لذا لو أنكر الإجاره لم يضمن؛ لإنكاره الأمانتيه الثابته بالإجاره لا نفس العين المستأجره.

ثمّ إنّه فى جميع صور إنكار المالك للإجاره و الإذن تكون العين مضمونه لعموم «على اليد» (٣) من غير استيمان من المالك أو غيره.

و فى جميع صور إنكار المستأجر و ادّعاء المؤجر لها لا- يحكم بضمانها، لاعتراف المالك بكونها أمانه، إلّا أن يدعى إجاره مضمونه، و قلنا بصحّتها- كما

١- المهذب لابن البرّاج: ١/ ٤٧٤.

٢- جواهر الكلام: ٢٧/ ٢٠٦.

٣- عوالى اللآلى: ١/ ٢٢٤ الحديث ١٠٦، و ٣٨٩ الحديث ٢٢، و ٣٤٥ الحديث ١٠، و ٢٤٦ الحديث ٢، و ٢٥١ الحديث ٣.

اختارها السيد صاحب «الرياض» (١) - فتكون أيضا مضمونه.

واعلم أيضا! أنّ الحكم بالانفساخ في الصور الممكن فيها ذلك بعد الحلف أو التحالف؛ لتعدّر تسلّم العوض إنّما هو في ما إذا كان النزاع قبل الاستيفاء لا بعده، فإنّ الانفساخ بالنسبة إلى المدّة الماضيه المستوفاه غير متصوّر، ولذا لو كانت الاجره المسّماه المدعى بها معيّنه لم ترجع بعد الحلف إلى المستأجر، و لم يحكم أحد بذلك، بل أجروا عليها حكم مجهول المالك مع ثبوت اجره المثل عليه للمنافع و لدخولها تحتها بتبعيه العين - فتأمل! - و لقاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» (٢)، فكما أنّ المنفعه كانت مضمونه على المستأجر لو كانت الإجاره صحيحه و إن لم يستوفها، كذلك مضمونه عليه مع فسادها.

هذا لو قلنا بأنّ تلك القاعده من باب الإقدام، كما يستظهر من الشيخ رحمه الله (٣).

و أمّا إن قلنا بها من باب اليد أو احترام الأموال - كما هو الظاهر المبيّن في محلّه - فالدليل هو عموم «على اليد» (٤) إن قلنا بشمولها للمنافع، و قوله صلّى الله عليه و آله و سلم:

«لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» (٥) بناء على صدق المال على المنفعه، كما هو الأقوى.

فإن قيل: إنّ المنافع المستوفاه في البيع الفاسد لقاعده «على اليد» (٦) أو الإتلاف، و في الإجاره الفاسده مضمونه لقاعده الإتلاف، بل و لو فرض عدم

١- رياض المسائل: ١٨ / ٦.

٢- المكاسب: ١٨٢ / ٣.

٣- المبسوط: ٦٥ / ٣.

٤- مرّ آنفا.

٥- عوالي اللآلي: ١ / ٢٢٢ الحديث ٩٨، مع اختلاف يسير.

٦- مرّ آنفا.

ثبوت اليد على العين الموجهه لضمانها فلو لم يجر فيها قاعده «ما يضمن» (١) سواء قلنا بها من باب اليد أو من باب الإقدام كفى في ضمانها قاعده الإتلاف.

لكن المنافع الغير المستوفاه فى المبيع داخله فى ما لا يضمن لو قلنا بها من باب الإقدام أو من باب اليد. فلو قلنا بعدم ضمانها هناك ينبغى القول به هنا أيضا.

قلنا: المنفعه هنا نفسها مورد للإجاره، فلا يتوهم كونها ممّا لا يضمن، فهى كنفس العين فى باب البيع.

و أمّا حكم الإجاره الواقعه على عمل الحرّ فاسده، فإن استوفاهما المستأجر [و كان المؤجر و المستأجر] عالمين [بالفساد] أو جاهلين - كما فى الصوره السابقه من الإجاره الفاسده- فلا إشكال فى ضمان ذلك العمل الواقع فى الخارج بأمر المستأجر، و الأمر بالعمل من جمله الأسباب المقتضيه لضمانه، لاحترام عمل المسلم بناء على كون الأمر المستفاد من لفظ الإجاره الفاسده لم يحصل من غيره- سابقا عليه أو لاحقا- كافيا فى تحقّق السبب و إن بطلت الإجاره.

كما قالوا فى عدم بطلان الإذن فى الوكاله الباطله بطلانها (٢)، فيستحقّ اجره المثل لو جعل فيها أجر و ترتّب عليه جميع تصرّفاتة الموقوفه على الإذن.

مع أنّ قاعده «ما يضمن» جاريه فى أمثال المقام، إلّا أنّه لو قلنا بالضمان

١- مرّ آنفا.

٢- تذكره الفقهاء: ١١٤ / ٢ ط. ق، جامع المقاصد: ١٨١ / ٨، الروضه البهيّته: ٣٦٩ / ٤، مسالك الإفهام: ٢٤٠ / ٥.

فى الفاسد من باب اليد، فهنا فى فاسده هو الأمر، و أمّا لو قلنا بها من باب الإقدام، فلا فرق بين هذا و ما سبق، فافهم! و حيث قد حقّقنا سابقا أنّ أسباب الضمان منحصره فى الثلاثه: اليد و المباشرة و التسبب، و دليل اليد مطلق، و كذا دليل المباشرة بقاعده «من أتلّف» (١) المجمع عليها الوارده فى مواردّها الجزئيه الأخبار المتكثّره، مثل تغريم شاهد الزور (٢) و غيره (٣) [و المسبّب] و إن كان سببا إلّا أنّ دليل السبب هو دليل المباشرة، حيث إنّ السبب ما لم يضعف، المباشر بإكراهه أو غروره لا يضمن، لعدم صدق المتلف عليه حقيقه، فقد ظهر دليل ضمان السبب فى مورده.

ثمّ لا فرق فى الغرور بين كون الغارّ عالما أو جاهلا، و لذا حكموا بوجوب الديه على الشهود لو رجعوا بعد الحكم و الاستيفاء، بأن قالوا: أخطأنا فى الشهاده (٤)، و كذا فى صورته اغترام المشتري بالبيع الفضولى للمالك مع جهله أطلقوا الحكم بجواز رجوعه على البائع، لقاعده الغرور (٥).

نعم؛ يجب كون ما يوجب غروره ممّا يجوز للمغرور ترتّب الأثر عليه، مثل أن كان- فى البيع الفضولى- البائع ذا اليد للمبيع، سواء سكت أو ادعى إذنه من المالك، و السرّ فى ذلك ما كررناه فى تضاعيف تحريراتنا من أنّ هذه القاعده مجعوله من الشارع لتدارك الحكم الضررى الناشئ منه، فحيث جعل قول ذى

-
- ١- انظر! جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٤٦، القواعد الفقهيّه: ٢ / ٢٨ و ٢٩.
 - ٢- وسائل الشيعه: ٢٧ / ٣٢٧ الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.
 - ٣- لاحظ! وسائل الشيعه: ١٨ / ٣٨٩ الباب ٦ و ٧ من أبواب كتاب الرهن.
 - ٤- المبسوط: ٨ / ٢٤٦، شرائع الإسلام: ٤ / ١٤٣، اللعه الدمشقيه: ٥٦، مسالك الإفهام: ١٤ / ٣٠٠.
 - ٥- انظر! المكاسب: ٣ / ٢٩٢ و ٤٩٣.

اليد حَجَّه فلو تضرَّر منه تداركه بأن حكم برجوعه عليه.

و كما فى ضمان الطيب الحاذق حيث إنَّه لو لم يكن حاذقا لا يضمن ما ترتب على قوله، لعدم جعله حَجَّه، فلم يحصل التضرَّر من الشارع، بل إنَّما حصل لسوء اختيار المكلف حيث عمل بقوله.

و أنت إذا راجعت موارد هذه القاعده تجد صدق قولنا فى الإطلاق، و كذا السرَّ الذى استنبطناه من موارد الحكم.

و الحاصل؛ أنَّ الغارَّ سبب للإتلاف فهو المتلف حقيقه لضعف المباشر.

و قد خرجنا بطول الكلام عمَّا قصدناه فلنرجع إليه، فنقول: إنَّ الأمر بالعمل ممَّا جعله الشارع سببا لضمان العمل دون الأعيان، إلَّا فى مثل مسأله:

ألق متاعك فى البحر و علىَّ ضمانه، لمسيس الحاجه، لعدم صحَّه ضمان ما لم يجب، و إنَّما الكلام فى صورته بذل العين المتعلقه بها المنفعه المطلقه أو المقيده بوقت معيَّن و عدم قبض المستأجر لها، و فى صورته وقوع الإجاره على عمل الحرِّ فبذل نفسه له و لم يستوفها، و لا بدَّ من تأسيس أصل فى باب الضمانات لكونه هو المعوَّل فى مواردنا.

فنقول: أسباب الضمان فى الأعيان ثلاثه: اليد، و المباشرة، و التسبيب.

و أمَّا الضمان العقدى فليس فيه سبب إلَّا اليد إلَّا أنَّ العقد مشخَّص للمضمون و المتدارك به، و لذا لا يثبت الضمان فى القرض إلَّا بالقبض إجماعا، و كذا يكون الضمان عوضا فى البيع و نحوه من العقود المعاوضيه، بل العقود الشبيهه بالمعاوضه مثل النكاح و الخلع بالنسبه إلى العوض المسمّى على من انتقل عنه مع حصول العقد الموجب لكون الضمان على من انتقل إليه.

و ليس ذلك إلا لكون يده يد ضمان و العقد إن عيّن المضمون به و هو البديل الذي تواطأ عليه المتعاقدان و أمضاه الشارع، و لولاه لكان المضمون به ما عيّنه الشارع في موارد الضمانات على وجه الكليته.

و أما المباشرة فهو الإلتلاف.

و أما التسيب؛ فإن كان بحيث يوجب استناد الإلتلاف شرعا أو عرفا إلى السبب، بأن لم يكن هناك مباشر، أو كان و لكنّه معذور إمّا لكونه مكرها أو جاهلا، فالضمان عليه، و إن لم يكن كذلك كان الضمان على المباشر إن كان، و إلا فلا يكون الضمان على أحد، و أمّا عقد الضمان فلكون الضامن سببا لسقوط حقّ المضمون عنه، و لذا لو لم يكن حقه موجودا في زمان العقد بطل العقد.

نعم؛ قد يجب في بعض الموارد تداركه من الشارع إمّا من بيت المال أو من غيره، كما لو حفر بئرا في ملكه فوقع فيه غيره من غير مباشره من أحد.

و أمّا أسباب الضمان في المنافع و الأوصاف أيضا ثلاثة: اليد، إذا دخل متعلقها تحت اليد، فتدخل المنافع و الأوصاف تحتها بتبعها، و المباشرة، و التسيب.

و قد تصوّر اليد في الأوصاف إذا لم تكن اليد بالنسبة إلى متعلقها غصبا، كما إذا كانت العين لشخص و الوصف لآخر فتصرف فيها صاحبها من دون إذن صاحب الوصف، و إن كان قد يتصوّر مثل هذا في المنفعة، كما إذا امتنع المؤجر من قبض العين المستأجره لكنّها بالسبب أشبه.

و لذا قيل فيها بالخيار، و من قال بالبطلان نظر إلى كون المنفعة متلفه تحت يده الضامن، نظير تلف المبيع قبل قبضه مع امتناع البائع من قبضه.

و أما المباشرة فالمراد منها في المنافع هو الاستيفاء و في الأوصاف

الإتلاف كالأعيان والأعمال، و سبب ضمان المنافع فيما إذا كان هناك يد هو اليد، و إن كان ذو اليد العاديه سببا في التلف أيضا، و كذا في الأوصاف.

و أمّا إذا لم يكن هناك يد فالسبب هو الإتلاف، و دليله هو قاعده «من أتلف مال غيره» (١) الشامل للمنافع والأوصاف.

و أمّا التسبب؛ فإن كان بحيث يصدق على السبب أنه متلف صحّ الضمان و إلّا فلا.

و الكلام في ضمانها بالعقد، كما ذكر في الأعيان، و أمّا الأعمال فسبب الضمان إمّا المباشره و الاستيفاء أو التسبب، و لا يتصوّر اليد هنا، لعدم دخولها تحتها لا أصله و لا تبعاً، لأنها صادرة من الحرّ و هو لا يدخل تحت اليد.

و أمّا عمل العبد؛ فداخل تحت المنافع، و يكفي في السبب الأمر، بل الإذن كاف في السبب، و السرّ في ذلك أنّ احترام عمل المسلم أوجب ضمانها إذا لم يقصد التبرّع أو لم يكن ذلك العمل بغير إذن المعمول له.

ثمّ لا- فرق في كفايه الإذن بالعمل في السبب بين استيفائه له، كما لو كشف رأسه بين يدي الحلاق فحلق رأسه، و بين عدم استيفائها، كما لو كشف رأس غيره بين يدي الحلاق فحلق، و لا بين أن يكون العمل راجعاً إلى السبب أم لا يرجع إليه بعد كون العمل ممّا له اجره في العاده.

نعم؛ لو رجع إلى نفس العامل فقط بحيث لا يرجع نفع إلى السبب أصلاً لا يوجب الضمان، حتّى لو أمر، لعدم صدق الإتلاف الموجب لذهابه من كيسه المنافى لاحترامه كاحترام ماله و دمه، كما لو أمره ببناء دار العامل.

١- انظر! جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٤٦، القواعد الفقهيّه: ٢ / ٢٨ و ٢٩.

و من هنا يظهر وجه حكم المحقق و الشيخ في المسابقة الفاسده- و المشهور في المضاربه الفاسده- اجره المثل للسابق و العامل (١).

و يظهر أيضا فساد ما أورده الشهيد الثاني هناك بأنّ الحكم في المضاربه موجّه لحصول الأمر من المالك بالعمل فيها (٢)، بخلاف المسابقه، إذ لم يحصل من المسبوق إلّا العقد المتضمّن للعوض الغير السالم من غير أمر.

و ذلك لما قلنا من كفايه الإذن في ضمان الأعمال، و إن كان غير راجع نفعها إلى الضامن بعد صدق ذهاب العمل من كيس المضمون، و المفروض في ما نحن فيه كذلك، بخلاف ما لو أذن أو أمر غيره ببناء داره، فإنّ مقابل عمله أمر موجود قابل للماليه، فتأمل جيّدا!

تنبيه:

لا يجوز إسقاط الضمان ما لم يكن مستقرّاً فلا يجوز إسقاط ضمان اليد لكونه تعليقياً، و توهم كون متعلّقها هو الضمان التعليقي أيضا فاسد، إذ ليس هناك أمر ثابت يسقطه، إذ ليس حق ماليّ، و لذا لا يجوز المعاوضه عليه، بل حكم شرعيّ، و لذا قلنا بعدم جواز اشتراط هذا النوع من الضمان في العقود كالإجاره و نحوها بحيث يكون الضمان من جهه الشرط.

فإن قلت: لعلّ عدم جواز إسقاطه عدم فائدته تعدّد سببه بعد الإسقاط، نظير تملك الابن الأب الكافر بعد السبي.

١- شرائع الإسلام: ٢/ ٢٤٠، و ١٤٣، المبسوط: ٦/ ٣٠٢، النهايه للشيخ الطوسي: ٤٢٨.

٢- الروضه البهيه: ٤/ ٢١٣.

قلت: بل لو فرض في مورد لا يكون اليد المتجدّده يد ضمان، كما لو أسقطه بعد إرهانه فيما لو كان الرهن بيد المرتهن قبله عدوانا.

هذا؛ و التحقيق هناك أن يقال: إن قلنا بانقلاب اليد بعد الرهن يد أمانه فيسقط الضمان التعليقي بنفس العقد، وإلا فلا يثمر الإسقاط السبب أنا فأنا، فتأمل!

كما حكم بذلك المحقق و العلّامة أى بصحّ الرهن مع إبقاء الضمان (١)، فإذا تحققت هذه المذكورات فنقول: لا شبهه في عدم ضمان العمل الغير المتلف المستوفى بالإجاره الفاسده، سواء كانت متشخصه بالوقت أو بغيره، لما عرفت من أن سبب ضمان الأعمال إما الاستيفاء و ليس، و إما الأمر، و إن كان هناك إلا الأمر الغير المتعقب بالعمل لا يوجب الضمان.

نعم؛ لو فرض في المتشخص بالوقت اعتقاد المستأجر له؛ كان له وجه، لكنّه ضعيف في غايته.

فروع:

بقي الكلام في بعض فروع الإجاره الفاسده.

منها: ما ذكره بعض (٢)، و استشكله آخر كالعلّامة (٣)، من أنّه لو كانت الاجره أنقص من اجره المثل، فإنّ إقدام المؤجر على الأقلّ مع علمه بالفساد إسقاط للضمان بالنسبه إلى الزائد.

١- شرائع الإسلام: ٨٢ / ٢، مختلف الشيعة: ٤٢٥ / ٥.

٢- جامع المقاصد: ٢٨٨ / ٧ - ٢٩١.

٣- قواعد الأحكام: ٢٣٦ / ١ ط. ق.

و بعبارة اخرى: المستأجر إن كان جاهلا فهو مغرور بالنسبة إلى الزائد من المسمى عن اجره المثل، كما يرجع المشتري المغرور المغترم للقيمة للمالك على البائع الفضولى بالزائد منها عن الثمن، و إن كان عالما فالمؤجر العالم قد أقدم على عدم الضمان بالنسبة إلى الزائد.

و فيه؛ أنّ علمه بذلك يشبه بالوعد لبذل الزائد من اجره المثل عن المسمّاه، و ليس الغرور هنا متصوّر لاستناده إلى جهله لا إلى المؤجر، كذا قيل (١).

و لكن التحقيق أن يقال: إنّ العالم بالفساد في المعاملة مقدم على أن يكون المال مضمونا على الآخر، و كذا الآخر مقدم على ذلك قاصدا، جاهلا كان أو عالما، و تواطئا على أن يكون المضمون و المتدارك به هو المسمى، فقد أقدم على الضمان فإن أمضى الشارع ما تواطئا عليه من المضمون به فهو، و إلّا رجع إلى المضمون به العامّ الثابت في موارد الضمانات.

و أمّا مسأله الغرور؛ فقد حرّنا في تضاعيف كلماتنا مرارا أنّ هذه القاعده مجعوله من الشارع، لتدارك الحكم الضررى الناشئ منه مع كون الغارّ سببا لتضرّره بحيث يستند الفعل إليه، مع كون المباشر غيره، سواء علم الغارّ أو لم يعلم، فلو فرض كون السبب هو الجهل مع عدم العذر من الشارع فلا معنى لرجوع المغرور على الغارّ، مثلا إذا جعل اليد حجّجه في سماع قول ذيها فالمشتري الجاهل إذا اشترى من ذى اليد شيئا و تبين فساده باستحقاقه للغير، أو بإخباره بأنّه خلّ - مثلا - فبان خمرا، فالجاهل المغرور يرجع على البائع بغروره، سواء كان عالما أو جاهلا، إذ لا مدخلية للعلم و الجهل في سببته الضمان.

و فى مسأله الإجاره جهل المستأجر بالفساد سبب لتضرره من غير استناد إلى المؤجر لعدم كونه معذورا.

فتبين من هذا التحقيق أن لا غرور فى مثل المقام من المؤجر، وقاعده «ما يضمن» جاريه فى المقام، لوجود الإقدام على الضمان.

وأما التواطؤ على المضمون به فلم يسلم لهما، و لم يكن له دخل فى القاعده، و لذا قلنا: إن القاعده ليس فيها تفكيك بالنسبه إلى جزأى القضيه، حيث إن المضمون به فى الجزء الأول هو المسمى، و المضمون به فى الآخر هو المثل، و ذلك لأن المراد أن يكون فى صحيحه ضمان يكون فى فساده أيضا ضمان من غير تعرض للمضمون به فيها.

و الحاصل؛ أن الإقدام على الضمان فى الصحيح ثابت فى الفاسد فالتلازم فى الشرطيه بسبب معلوليه الطرفين لأمر ثالث و هو الإقدام، و نظير ذلك فى البيع ما لو باع المالك بالبيع الفاسد بأقل من ثمن المثل، فإنه يرجع به لا بالمسمى، و أما البائع الفضولى إذا وقع العقد أوجب الضمان صحيحا أو فاسدا بالنسبه إلى المالك، فلذا لا يرجع المشتري على البائع مع عدم الإجازة و تلف العين بقدر المسمى من ثمن المثل الذى دفعه إلى المالك؛ لإقدامه على الضمان، مع أن الرجوع إلى الزائد عن ثمن المثل محل كلام، لما ذكرنا من إقدامه على الضمان للمالك و دفعه المسمى إلى البائع بتوهم كونه مالكا، و ذكر غير واحد من الجماعه كالكركى (١) و الشهيد الأول فى محكى حواشيه (٢) و الشهيد الثانى (٣) بعدم ضمان

١- جامع المقاصد: ٧ / ٢٩٠ و ٢٩١.

٢- لم نعثر عليه.

٣- مسالك الإفهام: ٥ / ١٨٣ و ١٨٤.

المستأجر باجره المثل للمؤجر العالم بالفساد من حيث اشتراط عدم الاجره، و استحسنة السيد صاحب «الرياض» (١).

فإن قلت: إنهم ذكروا أن المشتري لو كان عالما بالاستحقاق و أن البائع غاصب و دفع الثمن إليه، لا يرجع به عليه مع التلف إجماعاً، كما في «التذكرة» (٢) و إن استبعده في صورته توقع الإجازة الشهيد في «اللمعة» (٣)، فقاعده «ما يضمن» جاريه بالنسبه إليه.

و توهم المشتري كونه البائع غير قاذح في ذلك، فافهم! مع عدم التلف على قول (٤)، و ذكروا في بيع غير المملوك مع علم المشتري بذلك كالخمر و الخنزير أن له الرجوع على البائع بالثمن عالماً كان أو جاهلاً تالفاً كان الثمن أم باقياً (٥)، فما الفرق بين المقامين؟ مع أنه لعلمه بذلك سلطه على التلف و دفعه مجاناً، ضروره لغويته قصده إلى العوض، و لذا حكم الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه في حكم المشهور بتبعض الصفقه و تقسيط الثمن في بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله، بأن هذا الحكم مقيّد بجهل المشتري بعين المبيع و حكمه، و إلا لكان البدل بإزاء المملوك، ضروره أن القصد إلى الممتنع كالا قصد (٦).

قلت: إن المشتري في بيع الفضولي أقدم على ضمانين: للمالك الواقعي

١- رياض المسائل: ٦ / ٣٩.

٢- تذكرة الفقهاء: ١ / ٤٦٣ ط. ق.

٣- اللمعة دمشقيّة: ٦٢.

٤- رياض المسائل: ٦ / ٤٠.

٥- لاحظ! مسالك الإفهام: ٣ / ١٦٣.

٦- نسب القول إلى البعض في جواهر الكلام: ٢٢ / ٣١٥.

و للمالك الجعلى الذى تبانيا عليه، و هو الغاصب، فدفعه الثمن إليه لذلك هبه و تسليط منه له على الثمن، فكأنه قال: اشتريته بهذا الثمن فتصرف فيه إن أجازته المالك، و إلّا فعلى ضمانه و إن حرم عليه أكله، لكونه خبيثا حيث إن كل مال دفع إلى شخص لداع محرّم، فإنّه حرام أكله خبيث غير مضمون، كالطعام الذى يطعمه الزانى للزانية، فإنّه حرام عليها أكله، لكن غير مضمون عليها، ففى الحقيقه لم يقدم المشتري على أن يكون الثمن مضمونا عليه إلّا فى صورته إجازته المالك للبيع و القبض، بل أقدم على كونه مجّانا له فى غير الصورة المذكوره.

و أمّا فى مسأله بيع الخمر أقدمنا على الضمان بهذا الشىء الذى جعلها مملوكا و تبانيا على كونها مضمونا أيضا، فلم يدفع المشتري العالم الثمن مجّانا بل بإزاء هذا المملوك الجعلى فلم يحصل منه استيمان و إباحه مجّانيه، فلا مقتضى لسقوط الضمان الثابت باليد، إذ لا مانع هنا، كما كان فى المسأله السابقه و هو إقدام المشتري على أن يكون له مجّانا، و هذه القاعده جاريه فى جميع العقود الفاسده المعاوضيه الموجهه للإعطاء على وجه الضمان، فاجره الزانية مضمونه، و الرشوه مضمونه، و مطعوم الحاكم لداعى الحكم حرام خبيث غير مضمون.

ففى القسم الأوّل وقع العقد مع المالك و المضمون له الجعلى الذى جعله كذلك، و فى الثانى وقع العقد على المملوك و المضمون الجعلى، فدقق النظر.

فلو آجر الفضولى مع علم المستأجر و دفع الاجره، فلا- يجوز له الرجوع مع التلف، لعين ما مرّ فى البيع مع كون الموجر ذا اليد للعين المستأجره، و لو آجر مع عمله بالفساد و علم المستأجر أيضا بالفساد لم يكن الموجر متبرّعا بالمنفعه

و لا المستأجر واهبا بالنسبه إلى دفع الاجره؛ لإقدامهما على ضمان كل من المنفعه و الاجره بمضمون جعلى غير سالم ممضى من الشارع، إمّا لعدم قابليه أحد الطرفين للعقد، أو لعدم تحقّق شرائط العوضين، أو لعدم تحقّق شرائط العقد كالعربيّه و الصراحه فلم يقدم على عدم الضمان حقيقه.

نعم؛ يشترط فى ضمان الإجاره الفاسده بالاستيفاء- لو كان علّه الفساد عدم قابليّه أحد الطرفين- أن لا يكون بحيث يستند التلف إلى المؤجر كأن يكون غير بالغ، بحيث يكون هو آله فى الاستيفاء، فتأجيل! و لا- يكون العقد إذا كان جهه فساده عدم تحقّق شرائط العقد مع وجوب سائر الشرائط معاطاه بالتسليم، كما توهم (١)، لأنّه فرق بين هذا التسليم و بين تسليم المعاطاه، حيث إنّ التسليم فى المعاطاه إنشاء فعلىّ دالّ على الرضا و تملكك فعلىّ.

و أمّا التسليم هنا؛ فهو على أنّه ملك للمستأجر و لو جعلاً، فلم يصدر عن المالك إنشاء فعلىّ أو قوليّ صحيح.

و لذا لم يفصل أحد فى البيع الفاسد بين ما يكون من هذا القسم و بين غيره، [و] يكون البيع على القسم الأوّل معاطاه دون الثانى.

فقد ظهر من تحقيقاتنا فى بيان مراد المشهور ضعف تقويه الشهيد الثانى القول بجواز رجوع المشتري بالثمن، باقيا كان أو تالفاً، إن لم يثبت الإجماع على خلافه متعجباً من تحريم تصرّفه على البائع؛ لأنّه أكل مال بالباطل مع عدم رجوع المشتري عليه لما ذكر فى دفع المال لداع محرّم كمطعوم الزانيه (٢)، و كذا

١- مرّ آنفاً.

٢- الروضه البهيه: ٣٤٠ / ٤ و ٣٤١، مسالك الإفهام: ١٨٦ / ٥.

ضعف استبعاد الشهيد الأوّل مع توقّع الإجازة (١)، لأنّ دفع الثمن مع توقّع الإجازة إن كان على وجه النهي عن التصرّف فيه بحيث يكون عنده أمانه إلى وقت الإجازة فهذا متّجه مسلّم، وليس مراد الفقهاء هذه الصورة، وإن كان توقّع الإجازة مع الإذن في التصرّف، فالكلام الكلام.

و ضعّف محكّي الحواشى المنسوبة إليه (٢)، وكذا ضعّف مختار السيّد صاحب «الرياض» (٣) في الإجاره الفاسده المستوفاه للمنفعه مع علم المؤجر من عدم استحقاقه للاجره، لكونه متبرّعا مع علمه و مع علم المستأجر من عدم وجوب دفع الاجره، و أنّه لو دفع كان هبه و ليس له على ذلك موافق من الأصحاب في المنفعه - على ما قيل - مع أنّ ظهور كلامه شامل لها و للعمل (٤)، لكن احتمال إرادته صوره الإجاره على العمل ممكن بقرائن في كلامه صالحه لذلك.

قيل: و له وجه لكون الأجير العامل العالم بالفساد مباشر الإلتلاف مع علمه بعدم سببّه الغير بخلاف المنفعه، فإنّ المباشر لإلتلافها هو المستأجر (٥).

و هذا الوجه غير وجيه بعد الإحاطه بما أسلفناه؛ إذ إقدامه على الإلتلاف على كونه مضمونا على المستأجر أمر تشريعي جعلي، لا تبرّعي، و فرق بين وقوع أمر على عنوان التبرّع و وقوعه بعنوان معامله فاسده تشريعيه.

١- اللعه دمشقيّه: ٩٥، غايه المراد: ٣١٨ / ٢ و ٣١٩.

٢- نقله صاحب مفتاح الكرامه: ١٧٤ / ٧، جواهر الكلام: ٣١٢ / ٢٧.

٣- رياض المسائل: ٢٦ / ٦ و ٢٧.

٤- جواهر الكلام: ٣٣٦ / ٢٧.

٥- انظر! مسالك الإفهام: ٢٢٣ / ٥.

و كذا ظهر ضعف توهم بعض كون الإجاره الفاسده بعدم ذكر الاجره عاريه، أو بشرط عدمها و إن كان القول بها فى الثانى أوجه، لوجود القرينه فيها دون الاولى إلّا عدم الذكر المحتمل للغفله (١).

وجه الضعف؛ أنّا لو قلنا بكفايه كلّ لفظ فى العقود الجائزه الإذنيه، بل مطلق العقود فى الجملة، فإنّما المراد الألفاظ المجازيه الغير المستهجنه المشتمله على العنوانات الدائره على لسان الشارع فى كلّ عقد.

وقد صرّح بذلك غير واحد من الأصحاب و لذا ترى كثيرا من المسامحين فى ألفاظ بعض العقود يتأملون فى بعضها، كما لا يخفى على المتتبع، و ليس لى مجال حتّى أنقل كلماتهم لصدق مقالتي، و لكن راجع «مكاسب» شيخ أساتيدنا الشيخ المرتضى (٢).

فلو استعملت اللفظ الموضوع فى عقد فى آخر لم يصحّ، لكونه مجازا مستهجنا كالبيع فى الإجاره و الهبه فى المتعه، فلو قال: خذه قراضا و الربح لى، لم يكن بضاعه أو قال: و الربح لك، لم يكن قراضا، مع كفايه كلّ لفظ فى البضاعه و القرض، و من هذا القبيل: آجرتك بلا اجره فى العاريه، نعم لّما يكفى فيها كلّ ما دلّ على إباحه التصرّف و الإذن فيه لم يبعد القول بها بعد تعقّبه بالقبض بإذنه، فافهم!

فإن قلت: فقد حكم جماعه كالعلّامه و الشهيد الثانى فى مسأله البيع بلا

١- جواهر الكلام: ٢٧ / ٣٢٦.

٢- المكاسب: ١١ / ٦.

ثمن بعدم الضمان، و أنّها هبه (١).

قلت: ليس المقصود تنزيلها عليها بقريته المجانيه.

قالوا: و لو باع الوكيل بثمان فأنكر الموكل بهذا القدر حلف، و تستعاد العين إن كانت موجوده، و إلّا فمثلها أو قيمتها (٢).

أقول: إمّا أن يقول الموكل في مقام تحرير النزاع: ما وكتت بخمسه - مثلا - بل وكتت بعشره و بعت بعشره فيعترف بوقوع البيع عليها، لكنّه يقول: ما أذنت و لا - أجزت؛ فالوكيل غاصب لها، و كذا المشتري إن كان حاضرا، و إمّا أن لا يعترف بوقوع البيع عليها، بل يعتقد أنّه باعه بعشره لكنّه لو اعترف بأنّه باع كذلك لصار النزاع في تصرّف الوكيل فيكون القول قوله، فلذلك يقول: ما وكتتك إلّا بخمسه.

و على الأوّل؛ فإمّا أن يكون قيمه العين أزيد من العشره المبيعه بها كعشرين - مثلا - و إمّا أن يكون أنقص كسبعه - مثلا -.

و على التقادير الثلاثة: إمّا أن يكون النزاع مع الوكيل، أو مع المشتري، فإن كان الترافع مع المشتري و قال: اشتريتها بخمسه ممّن هو وكيل في هذا القدر، فيقول: إنّما وكتته بعشره، فإن قال: ما أدري بكم اشتريت بعشره أو خمسه! أو اعترف بوقوعه بخمسه، فيحلف على عدم توكيله في خمسه و تستعاد العين أو بدلها، و إن قال: بل اشتريته بعشره، كان القول قول الموكل، لأنّ الموكل يقول: إنّ الثمن عشره، و المشتري يقول: إنّ خمسه.

١- مختلف الشيعة: ٥/ ٦٨، مسالك الإفهام: ٣/ ٢٣٩.

٢- انظر! المختصر النافع: ١٧٨.

و قد قالوا: إنه لو تنازع البائع و المشتري في قدر الثمن، فالقول قول البائع فيه مع بقاء العين، لأصالة عدم وقوع البيع إلا بما يعترف [به] البائع، و مع بقاء العين لا إشكال، و مع تلفها قالوا: إن القول قول المشتري.

فيشكل الحكم هنا، مع أن هذا من أفراد ذاك، و للتأمل مجال واسع.

و لو كان قبض الثمن - أعنى الخمسه - ردها عليه، و إلا ارتجعها المشتري من الوكيل.

و لو كان النزاع مع الوكيل، و قال: بعته بخمسه، فقال المالك: ما وكتكك فيها بل بعشره، فيحلف على عدمه، فيصير الوكيل بحكم الغاصب، فيلزمه ما يلزمه، و ليس للموكل استعادة العين من المشتري، لعدم كون النزاع معه، و لا - يرفع يده منها بيمينه لغيره، لاختلاف المدعين، كما لو وقع النزاع من المالك مع واحد من ذوى الأيدي المتعاقبه و انفصلت الخصومه من واحد باليمين فلا تسقط دعواه مع آخرين.

نعم؛ لو أقام المالك البيئه على وقوع البيع بخمسه بمحضر المشتري أو باستماع الوكيل يامضائه، بحيث يكون قد أسقط حقه و صدر الحكم من غير توقف على شىء نفذ فتستعاد العين من المشتري، لكن المكلف بها الوكيل لاعترافه بكونها فى يده بحق، بل يطالب هو بالبدل لثبوت يده عليه غصبا، و المطالب بها هو المشتري، لكن يكون دركها على الوكيل لو كان عند العقد [و] لم يخبر بكونه وكيلا، و إن كان قد أخبر أو كان المشتري عالما بوكالته، فهو غير مطالب بالثمن المدفوع، بل المالك، لاعتقاده وصوله إليه و إلى وكيله الذى يده يده.

و لو كان عالما بعدم وكالته و لم يخبر بذلك و باع، فالكلام فى الثمن هو ما حَقَّق فى باب الفضولى و بيع الغاصب، و لما ذكرنا قَيِّد بعض الشَّرَاح إطلاق المتون فى استعادته العين من المشتري بعد حلف المالك بفرض اعتراف المشتري بالوكالة أو حلف المالك له اليمين المردوده منه أو ادعى عليه العلم (١).

و لو أقام المالك اليئنه بغييه المشتري و عدم اطلاعه و إمضائه لاستماع الوكيل، و صدر الحكم، لكن نفوذه من جهه الرجوع على الوكيل بالبدل؛ لثبوت كون يده يد غضب غير متوقّف على أمر، و أمّا نفوذه على المشتري متوقّف على حجّيته.

و لو كان المالك معترفا بوقوع العقد بعشره لا بخمسه، و يقول الوكيل وقع بخمسه، لكن يعتبر الموكل النزاع بعدم توكيله فيها لئلا يكون القول قول الوكيل فى تصرّفه فتذهب الخمسه الزائده بيئنه، فالقول قوله، و يحلف على عدم ما يدّعيه الوكيل و يرجع عليه بالبدل على ما هو ظاهر إطلاق كلامهم فى المقام، و لا- يكلف بردّ العين مع بقائها فى يد المشتري لتوهم أن اليمين قد أبطلت الوكالة، لأنّ هذا التوهم ضعيف من أصله كما سبق، خصوصا هنا، لأنّ صورته الدعوى هنا أن يقول الوكيل: و كلتني بخمسه و بعثها بها، و الموكل يقول: و كلتك بعشره، و قد بعثها بعشره فهو غير مطالب فى الحقيقة للعين أصلا، بل إنّما يطالب العشره فلو حصل فى يده العين لم يكن له التصرف إلّا أن يعلم بعدم قبض الوكيل الثمن بتمامه، فيأخذها مقاصه.

لكن لو اعتقد أو اعترف بعد هذا الجواب بقبضه تمامه فالمطالب به هو

الوكيل فيحلف على عدم توكيله بخمسه فيبطل استيمانه الموجب لتقدّم قوله فى قدر الثمن فيطالب باعترافه وقوع العقد. و لو فضولنا بعشره فيطالبه بإتمام الخمسه المقرّ بها من الوكيل إلى العشره.

و لعلّ هذا مراد الشيخ حيث حكم بوجوب الإتمام على الوكيل بما يقوله الموكل و حلف عليه بل قوله: يجب إتمام ما حلف عليه المالك، قرينه على كون متعلّق حلفه أمرا مثبتا للزياده، إذ [فى] غير هذه الصوره إنّما يحلف المالك على نفي توكيله بخمسه و ثبوت البديل الشرعى من الحكم بغصبيته اليد بعد الحلف (١).

فهنا لا بدّ أن يحلف يمينا جامعا بين النفي و الإثبات هكذا فيحلف على عدم توكيله بخمسه و يبعه بعشره، كما أنّ حمل إطلاق كلامهم أيضا على غير هذه الصوره متعيّن.

و من هنا يعلم حكم الصور المحتمله فى مسأله دعوى الوكاله.

قالوا: و لو اختلفا فى الوكاله، حلف المنكر لها، فإنّ الدعوى إمّا بين الموكل و الوكيل، و المنكر إمّا الوكيل كما لو كانت الوكاله مشروطه فى عقد لازم فعلا- لا نتيجة، فافهم! فالغرض من إنكارها ثبوت الخيار لنفسه إن قلنا به بتخلّف الشرط فيما لم يمكن تلافيا.

و لا فرق على هذا بين وقوع الفعل المدعى فيه الوكاله و عدمه بعد عدم إمكان التلافى.

و إمّا الموكل؛ فيريد إثبات عدوانيته يد الوكيل الموجه لغرامه القيمه إن تلفت العين أو تصرف فيها بإيقاع الفعل المدعى فيه الوكاله فيثبت بحلفه ذلك

فيأخذ قيمه المتلف، أو بدله مع وجوده عند المشتري لثبوت حيلولته بالتصرّف بحلف الموكل.

و ليس للموكل أن يرجع على المشتري بحلفه للوكيل ما لم يكن طرفاً للدعوى، إذ لا يثبت بحلف أحد مال على غير من حلف له، ثم يرجع الوكيل على المشتري بما دفع إلى المالك إن كان أقلّ من الثمن أو قيمه، و لا يرجع بالزائد عمّا دفعه من الثمن، لأنّه كان ضامناً لبدل الحيلولة للمالك عن المشتري، لأنّ استقرار البديل الحيلولي عليه، و هذا يغرم عنه.

و من هنا يرجع الغاصب الغارم للمالك على الغاصب منه، لأنّه غرم البديل الّذى كان بدلاً عن البديل الّذى كان مستقرّاً عند الغاصب من الغاصب، فيرجع بالمبدل و هو بدل البديل لا نفس العين لبقائها على ملك مالكةا، فتدبر!

و إن كان ما دفعه إلى الموكل أزيد لم يرجع إلّا بالقيمة أو الثمن و إن كانا أقلّ، و يتصوّر ذلك في القيمة أو اختلف زمان الغرامه و زمان تصرّف المشتري، أو زمان تصرّف الوكيل و المشتري قيمته؛ لاعترافه بأخذ الموكل البديل ظلماً.

ثمّ إنّه لو كان الدعوى المذكوره بينهما قبل الفعل إذا ترتّب عليه الأثر سمعت، و إلّا فلا.

و إمّا أن يكون بين المشتري و الموكل، و المنكر الموكل، فيريد العين أو البديل تغريماً لا تعويضاً، فيحلف الموكل و يأخذ ما كان يريد من دعواه.

ثمّ إن كان دفع الثمن إلى الوكيل و كان معترفاً بوكالته و بوصوله إلى يد الموكل لم يرجع على الوكيل، لاعترافه بأخذ الموكل ما أخذه ثانياً بالحلف ظلماً.

و لو لم يكن عالما بوكالته و كان عالما بكون العين للغير و لم يدّع الوكيل الوكالة و الإذن، لم يرجع على الوكيل بالثمن مع التلف.

و مع البقاء على التفصيل المذكور فى الفضولى و إن ادّعى الوكالة حيث كان قوله حجّجه و ذلك إذا كان ذا يد على العين المدّعى وكالته فى التصرف فيها، على المشهور، لا إذا لم يكن كذلك، فلم يغرم الوكيل له بل فيه التفصيل المذكور فى صورته اعترافه بوكالته.

و إن لم يدّع و لم يكن عالما بها رجع عليه بما اغترم، لأنّ المغرور يرجع على من غرّ و إن كان جاهلا بعد فرض سببته له فى الغرم، و قد قصر الوكيل فى عدم ذكره وكالته، و إن كان المنكر المشتري، فإن كان غرض الموكل مطالبته بالعوض المسّمى، سواء كان المعوّض موجودا أو تالفا، أو دفع الضمان عن نفسه لكون التلف - مثلا - بعد القبض، فهو من المشتري، فيحلف المشتري و يدفع العين أو البدل الواقعى أو يبرأ من الضمان.

قالوا: و لو اختلفا فى العزل و الإعلام و التفريط، حلف الوكيل لو تصوّر فى النزاع (العزل و الإعلام) أثر، كغرامه الوكيل إذا كان الموكل فيه مالا سمع الدعوى و إلّا فلا، كما لو كان النزاع فى النكاح.

نعم؛ بين الزوجين هذا النزاع فى عزل الوكيل و إعلامه متصوّر، لكن لو قلنا بغرامه نصف المهر على الوكيل فيما لو ادّعى الوكالة عن الزوج و أنكرت المنصوصه الظاهره فى كون الدعوى بين الزوجين فيحلف الزوج على عدم التوكيل فيحصل الفراق به ظاهرا، فيغرم الوكيل.

و سيأتى تفصيل هذا- إن شاء الله- و قلنا بها فى عكسها، و هو ما لو ادّعى

الوكيل الوكاله عن الزوجه فأنكرت و حلف الزوج لو كان النزاع بينهما أمكن ترتب الأثر على نزاعها مع الوكيل، فيثبت بحلف الزوجه المردود عليها أو بيئتها ما ذكر، لكن الأصل محلّ تأمل، و لمخالفته للقواعد طرح بعض الأصحاب العمل به.

و لو سلم فهو من الدليل و هو النصّ، فلا يتعدّى إلى غيره؛ فالضابط ما ذكرنا فى دعوى الموكل و الوكيل فيهما.

فما ورد فى امرأه و كلت أخاها ليزوجها (١) إلى آخر ما ذكر فى «الرياض» و غيره (٢)، من مطالبه الإمام الشهود من المدعيه للعزل و الإعلام؛ لثبوت الزوجيه، لا لثبوت الوكاله فى العقد، فتأمل!

و أمّا فى دعوى التفريط، فتقديم قول الوكيل من جهه أنه كان أميناً، و الأمين ليس عليه إلّا اليمين، و إن لم يقبل الموكل أمانته حين النزاع، بل يدعى كونه خائناً، لكن أمانته الشائيه مانعه من توجه غير اليمين عليه.

و إن شئت قلت: إنه يدعى عليه صدور ما يوجب التفريط عنه و الأصل عدمه، فيقدم قوله لذلك.

و لو اختلفا فى التلف و لا- بيته، حلف الوكيل، للإجماع على تقديم قول مدعى التلف إذا كان أميناً، مع أنه ليس عليه اليمين، قيل: و لتعدّر إقامه البيئه نوعاً فاقتنع بقوله.

و لعلّه إشاره إلى ما ذكروا فى باب الغصب من قبول قول الغاصب فى التلف

١- تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٤٠ الحديث ١٣٠، وسائل الشيعة: ١٩/ ١٦٣ الحديث ٢٤٣٦٩.

٢- رياض المسائل: ٦/ ٧٣.

لأننا يخلد في الحبس، لاحتمال كونه صادقا (١). ولما كان هذا الاحتمال هناك متوجها نوعا و إن احتمل إمكانها في بعض الأوقات.

و لو اختلفا في الردّ فالقول قول الموكل مع يمينه، وقيل: قول الوكيل، إلا أن يكون بجعل (٢)، و وجه القول الأول أصاله عدم الردّ، و الوكيل مدّع له فعليه البيّنه، و ليس معنى الوكالة على الإخفاء كالوديعة حتّى لا يجب عليه الإشهاد.

ولذا حكموا بضمنان الوكيل في قضاء الدين و تسليم المبيع أو الثمن من غير إشهاد، و لم يكن في الحكم المذكور سدّ لباب المعروف، كما ذكر هذا وجهها في باب الوديعة (٣)، فعموم «البيّنه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٤) يشملها.

ولذا قيل بتخصيصها بالإجماع على قبول قول الودعيّ في الردّ (٥)، و في التلف به و بما ذكرنا فيه سابقا.

و هذه القاعده شرعت لقطع النزاع و التشاجر و [رعايه] النظام، فتعميمها بالنسبه إليهما ينافى ذلك، كما أن تكثير تخصيصها كذلك، فليس المناط في الوديعة قبضها لمحض مصلحه المالك حتّى يقال بالتفصيل في المقام.

و لو قيل بأنّ الجعل في باب الوكالة ليس للقبض و الحفظ، بل للعمل، و لذا لو يفعل المأمور به لم يستحقّ الجعل، و لو ظهر فساد لم يحكم بفسادها، لكنّه غير تامّ، إذ لا ريب أنّه بعد الجعل يكون القبض لمصلحتهما كما أنّ العين في

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٢٣٥ المسأله الخامسه.

٢- جواهر الكلام: ٢٧ / ٤٣٢.

٣- جواهر الكلام: ٢٧ / ٤٢٨.

٤- مستدرک الوسائل: ١٧ / ٣٦٨ الحديث ٢١٦٠١.

٥- جواهر الكلام: ٢٧ / ١٢٢ و ١٢٣.

المستأجر المحكوم يكون القول قول المالك في الردّ إجماعاً مقبوض لمصلحه القابض أيضاً، مع كون العوض للمنفعه لا لها.
و أما كون الوكيل أمينا فغير مستلزم لذلك، وإلا لما توجه التفصيل، لأنّ النزاع بين المالك و القابض قد يكون في أصل الأمانه،
و قد يكون بعد تسليم المالك الأمانه الشائئيه، و قد يكون بعد تسليم الأمانه الفعلئيه أيضا.

فالأوّل: مثل ما لو ادعى المالك غصبيته و المنكر يدعى أمانته.

و الثاني: مثل أنه ادعى تفريطه بعد اعترافه بكونه أمانه عنده عند القبض.

و الثالث: مثل ما ادعى القابض تلفه بعد كونه أمينا باعتراف المالك.

ففى القسم الأوّل؛ لا- شبهه فى تقديم قول المالك، كما أنه لا شبهه فى تقديم قول القابض فى القسم الثانى، لكونه أمينا، مع
أصالة عدم التفريط.

و فى الثالث كذلك، للأمانه و لتعدّر إقامه البيئه أحيانا فافتنع بقوله، و مسأله الردّ من القسم الأوّل، لأنّ المالك يدعى عليه مالا
كان عنده أمانه، و القابض ينكره، و لمّا كان القابض معترفا بقبضه الزم بالبيئه، كما لو ائتمنه المالك فى زمان على مال و قبضه
ثم ادعى عليه بذلك المال و اعترف بقبضه ثانيا لم يوجب الاستيمان الأوّل قبول قوله فى هذه الدعوى.

و قد يقال: إنّ المالك فى مسأله التلف يدعى خيائه بدعواه التلف، فكما أنّ أمانته أوجبت قبول قوله، فكذلك فى مسأله الردّ
يدعى المالك خيائه، لصيرورته بذلك خائنا كالإنكار، و لذا لو ادعى الردّ فيما يقبل قوله فى مكان أو حصره بمعين و أشهد
المالك البيئه على عدمه أو على كونه عنده حين الدعوى، ثبت إقراره بذلك ضمن قطعاً، لأنّه بمعنى المنكر، فأمانته فى هذا
المال باعتراف

مالكه يوجب قبول قوله.

و فيه نظر؛ لأنّ الخيانه تثبت بنفس جواب المالك في دعوى المال و طلبه بخلاف التفريط، فتبصر و لاحظ.

فالتحقيق أن يقال: إنّ مسأله الردّ مثل مسأله التلف في كون الدعوى بعد تسليم المالك و اعترافه بكونه أميناً، و مقتضاه قبول قوله لقاعده الأمانه، لكنّ الأمين يقدّم قوله في ما يتعلّق بفعله، فالقابض في مسأله التلف يدعى تلفه عنده و هو ينكره، و كذا في التفريط، و في دعوى المالك إنكاره في زمان يوجب الضمان، لأنّه كما يكون بالتفريط خائناً فيكون يده يد ضمان، كذلك بإنكاره أيضاً يصير خائناً، كما أنّه بتأخير التسليم مع المطالبه ضامن حيث لم يكن التأخير لحقّ، كإرادته الإشهاد، و لم يكن منافياً للفورى العرفى، و إن كان منافياً للفورى الحقيقى، كما لو كان في حمّام أو مطعم أو غيره، فإنّه يقضى حاجته ثمّ يرده فوراً.

و أمّا لو كان ممّا لا يتعلّق بفعله، بل بفعال غيره فلا يوجب أمانته قبول قوله، و هنا يدعى القابض فعل غيره، و هو قبض مالكه.

نعم؛ لو ادعى: أنّى أقبضته و لم تقبض أنت فتلف، فيتوجّه قبول قوله بغير إشكال.

و من هنا قلنا: إنّ مسأله الردّ في باب الوديعه خرجت من عموم «البيّنه [على من ادعى]» (١) .. إلى آخره بالإجماع لا بغيره بل تمسك جماعه هناك بمسأله الأمانه مع أنّ الودعيّ مدّع بكلّ وجه، فتدبّر!

فإن قلت: كما أنّ الودعيّ يدعى فعل غيره في مسألة الردّ، كذلك في مسألة التلف إذا كان سببه فعل غيره كالسرقة أو غيرها ممّا يرجع إلى دعواه إتلاف غيره له لا- التلف بنفسه، فالمتّجه حينئذ التفصيل فيهما، فلا يقبل قوله في دعواه الإتلاف، لعدم منافاته مسألة الأمانه، كما ذكرت، و يقبل قوله في دعوى التلف لا بفعل الغير.

قلت: مقصود الودعيّ في التلف و في الردّ براءة ذمّته، و ذلك يحصل في الأوّل بنفس التلف، فإن ذكر متلفا فهو من باب المثال، و لا- يتعلّق به غرض أصلي، و في الثاني لا- يحصل إلّا بقبض المالك، و إن ذكر فعل نفسه فهو من باب المثال و المقدمه، لحصول قبضه.

فالمدعى في الأوّل هو حصول الفعل عنده الموجب لبراءته، و إن استلزم فعل غيره في بعض الموارد، كما لو ادّعاه بإتلاف متلف يصدّق في ذلك، لكونه منتسبا إليه، بخلاف الثاني، فإنّ المدعى فيه نفس فعل الغير، سواء استلزم فعله أم لا، كما لو ادعى وصولها إليه و لو لم يدع إقباضه، فتدبّر! (١)

ص: ٤٦٩

رسالة الوصايا

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

تصرّفات المريض

بعد الحمد و الصلاة فنقول: إنّ تصرّفات الإنسان في مرض موته في أمواله على قسمين: معلقه و منجزه، و الغرض الآن البحث عن الثانيه، إلّا أنّه لا بأس للتعرّض لجمله من الكلام في الاولى، و لعلّه تفيد في تنقيح ما هو الغرض المهمّ.

اعلم! أنّ تصرّفات المعلقه المسّماه بالوصيه على نحوين، لأنّها إمّا أن تكون مشتمله على التمليك و نقل مال إلى آخر، و إمّا أن لم تكن كذلك، بل هي جعل ولاية و وكالة للغير في تصرّفاتة بعد وفاه الموصى في أمواله و غيرها، فهي الوصيه العهديه، كما أنّ الاولى تمليكيه.

أمّا العهديه المعبر عنها بالإيضاء فهي في الحقيقه بمنزله التوكيل في حال الحياه، فكما أنّ الوكيل له التصرف في ما وكلّ فيه كيفما شاء مع رعايه المصلحه، فكذلك للوصي التصرف في المتعلّق بنحو ما ذكر، فهو بدل تنزيلي للموصى أقامه الموصى مقامه، بأن جعل له ما لنفسه من التصرف في المأذون فيه.

فالفرق بينهما أنّ ولاية الموصى على أمواله و غيرها ذاتيه مجعوله من قبل الله تعالى، بخلاف الوصي فولايته عرضيه، و لذلك تحدّ الثانيه في الجمله بما لا تحدّ الاولى.

و أمّا التمليكيه؛ فإنّما أن تكون الوصيه على نفس التمليك، أو على سببه، كما

فى باب الشرط، و قد اصطلح فىه بشرط النتىجه و الفعل، فكذلك الوصىه إماء هى بالتملك المطلق الغير المحتاج إلى السبب الخاص، و إماء أن يكون محتاجا إليه، و التملك إماء هو بغير عوض أو مع العوض، و لذلك ربما يقال: إن الوصىه يمكن أن تفيد ما يفيد كل واحد من المعاملات، فقد تكون ثمرتها مثل البيع، و قد تكون مثل الصلح، و قد تكون مثل الإجاره و غيرها على حسب اختلاف أنحاء الوصىه التملكيه.

ثم إنه لو أحرزنا كون الموصى به مماء هو محتاج إلى السبب الخاص بحيث لا تؤثر الوصىه بنفسها فى تحققه، فلا إشكال أن الوصىه بالنتىجه باطله، و إماء لو لم نحرز و شكنا فىه، فهو- أى الشك- إماء هو راجع إلى الموضوع العرفى أو الشرعى.

بيان ذلك: أن الشك فى تحقق الموصى به بلا سبب خاص؛ إماء أن يكون فى احتياجه إليه عرفا و عدم وقوعه بدون إجراء صيغه خاصه عندهم. ضروره؛ أنه قد تحقق فى باب المعاملات أنه كما ثبت فى الشرعيه كونها محتاجه إلى أسباب خاصه بعناوينها الخاصه كالبيع و الهبه و الإجاره و نحوها دون التملكيات المطلقه، فكذلك ربما يكون جملة منها محتاجه إليها عرفا أيضا، بحيث لو لم يتحقق لم يوجد أصل موضوع المعامله عند العرف، فلا يعقل أن يترتب النتىجه، كما لا يخفى.

فعلى ذلك؛ لو شك فى تحقق الموصى به بلا- سبب خاص عرفا مع قطع النظر عن الاحتياج إليه شرعا فلما يرجع الشك إلى الشك فى تحقق الموضوع و المصداق، فلا يبقى مجال للتمسك بالعمومات و الإطلاقات إلا على مذهب من

جَوَّز التَّمَسُّكُ بِهَا فِي إِحْرَازِ شَرْطِ الصَّحَّةِ عِنْدَ الشُّكِّ فِيهَا، كَمَا فِي بَابِ النَّذْرِ إِذَا شُكَّ فِي مَوْضِعٍ كَوْنَهُ رَاجِحًا - حَتَّى يَصِحَّ تَعَلُّقُ النَّذْرِ بِهِ - أَمْ لَا، قَدْ تَمَسَّكَ بَعْضُ (١) فِي صَحِّهِ مِثْلَهُ بَعْمَوْمٍ: يُوفُونَ بِالنَّذْرِ (٢).

و هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْعَامُّ - مِضَافًا إِلَى كَوْنِهِ مُتَكَفِّلاً لِبَيَانِ الْحُكْمِ الْكُلِّيِّ أَيْضًا - مُشْتَمِلًا عَلَى بَيَانِ الصَّغْرَى.

و بَعْبَارِهِ أُخْرَى؛ عَلَى بَيَانِ كَوْنِ الْمَحَلِّ قَابِلًا لِتَعَلُّقِ هَذَا الْحُكْمِ الْكُلِّيِّ مِنَ النَّذْرِ وَ غَيْرِهِ بِهِ، فَكَذَلِكَ فِي الْمَقَامِ يَتَمَسَّكُ لِصَحِّهِ مِثْلَ الْوَصِيَّةِ الْمَذْكُورَةِ بِعَمُومَاتِ الْوَصِيَّةِ، وَ أَمَّا لَوْ قَلْنَا بِعَدَمِ جَوَازِ التَّمَسُّكِ بِالْعَمُومَاتِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَوَارِدِ - كَمَا هُوَ التَّحْقِيقُ - فَلَا مَحِيصَ عَنِ الْحُكْمِ بِبَطْلَانِ الْوَصِيَّةِ الْمَذْكُورَةِ، لَمَا عَرَفْت.

وَ أَقْبَى إِنْ لَمْ يَرْجِعِ الشُّكُّ إِلَى الْمَعْنَى الْعَرْفِيَّةِ، بَلْ أَحْرَزَ عَدَمَ احْتِيَاجِ تَحَقُّقِ الْمَوْصِيِّ بِهِ عِنْدَ الْعَرَفِ إِلَى السَّبَبِ الْخَاصِّ، وَ لَكِنْ شُكُّ فِي احْتِيَاجِهِ إِلَيْهِ شَرْعًا فَالظَّاهِرُ أَنَّه لَا مَانِعَ مِنَ الْحُكْمِ بِالصَّحَّةِ تَمَسُّكًا بِأَصَالِهِ عَدَمَ احْتِيَاجِهِ، كَمَا تَمَسَّكُوا فِي بَابِ الشَّرْطِ عِنْدَ الشُّكِّ فِي صَحِّتِهِ مِنْ جِهَةِ كَوْنِهِ مُخَالَفًا لِلْكِتَابِ وَ السُّنَّةِ بِأَصَالِهِ عَدَمَ الْمَخَالَفَةِ (٣).

وَ لَمَّا يَرْجِعُ الشُّكُّ فِي مَا نَحْنُ فِيهِ أَيْضًا إِلَى كَوْنِ الْوَصِيَّةِ الْمَعْهُودَةِ مُخَالَفَةً لِهَمَا؛ لِاحْتِيَاجِ تَحَقُّقِ الْمَوْصِيِّ بِهِ إِلَى السَّبَبِ الْخَاصِّ وَ عَدَمِ تَحَقُّقِهِ بِصَرَفِ الْوَصِيَّةِ، فَكَذَلِكَ لَا بَأْسَ بِالتَّمَسُّكِ بِأَصَالِهِ عَدَمَ الْمَخَالَفَةِ فِيهِ، كَمَا لَا يَخْفَى.

١- جواهر الكلام: ٣٥ / ٣٥٦.

٢- الإنسان (٧٦): ٧.

٣- على الإشكال المعروف فيه، «منه رحمه الله».

ثم اعلم! أنّ حال النذر المتعلّق بالفعل أو النتيجة كحال الوصيّيه في ما ذكر، إلّا أنّه فيه إشكال من جهة اخرى، و هو أنّه لا شبهه في أنّ التمليكات القصدية الاختيارية لا تتحقّق بدون القبول، و إن كان التملّك القهري يقع بدونها، كما في الإرث، فعلى ذلك؛ كيف يلتزم بتحقق النذر المتعلّق بالتمليك المطلق؟ و لو كان غير محتاج إلى السبب الخاصّ إلّا أنّ تحقق أصل التمليك موقوف على قبول التملّك، فلا بدّ في الحكم بصحّه النذر المفيد للتمليك إمّا بالالتزام باشتراط النذر المذكور و صحّته بالقبول، أو عدم احتياج التملّك الاختياري إلى القبول، و لا ريب أنّ كليهما مخالف للارتكاز و الإجماع.

فمن ذلك ظهر أنّ الإشكال سار في باب الوصية التمليكية أيضا بناء على القول بعدم احتياجها إلى القبول، و كونها من مقوله الإيقاع، إلّا أنّ الذي يسهّل الأمر فيها احتياجها إلى القبول إجماعا، إمّا بعنوان الشرطية أو الجزئية، و إن كانت الاولى أقوى، لأنّ الظاهر كون الوصية من سنخ الإيقاعات لا العقود.

أقول: أوّلا- في انقسام الوصية التمليكية إلى ما ذكر نظر، و ذلك لأنّ الوصية التمليكية على ما يستفاد من أدلتها، و يظهر من كلمات الأصحاب هي ما تفيد نقل الشيء بلا عوض، فالمأخوذ في موضوعها هو التبرّع، و لذلك جعل بعض الأساطين من جملة أجزاء تعريفها قيد التبرّع (١).

فعلى ذلك كيف يلتزم بإفادتها في بعض الموارد الانتقال مع العوض، إلّا أنّ يرجع ذلك إلى أقسام الوصية العهديّة، فيكون مرجعها إلى جعل الولاية للوصي على تبديل بعض أمواله بأحد عناوين المعاملات إلى شيء آخر.

و ثانيا: أنه قد اتضح في باب الشرط و نحوه أنّ الالتزام بأمر يحتاج وقوع الملتزم به إلى إقدام شخصين و قيامهما عليه، يكون مرجع التزام أحد بإيجاد مثل هذا الأمر إلى الالتزام بإيجاد المقتضى من قبل نفسه و رفعه مانع وجوده، فمثل الالتزام بالبيع يكون مفاده الالتزام بإنشائه الإيجاب - مثلا - و كذلك غيره من الامور المتوقف تحققها على قيام شخصين على إيجادها، فعليه يرتفع إشكال النذر المتعلق بالتمليك، لأنّ مرجعه إلى الالتزام بإيجاد ما هو تحت اختياره، و أمّا تملك الغير و قبوله فليس متعلقا للنذر رأسا.

مضافا إلى أنه يمكن الدعوى بأنّ مفاد مثل هذه النذور و كذلك الوصية بناء على عدم احتياجها إلى القبول مطلقا إنّما هو الالتزام بالبدل و الإباحه، غاية ما فيه أنّه بذل معلق، فبناء على عدم الإشكال من هذه الجبهه فعليه يرتفع الإشكال أيضا، لعدم احتياج البدل إلى القبول، فافهم!

متعلق الوصية

ثمّ إنّ متعلق الوصية التمليكيه إمّا تبرّعى أو واجب، و لا- إشكال في خروج الأوّل من الثلث، و أمّا الثاني فيظهر حاله بعد ذكر أقسامه.

فنقول: إنّ له أقساما أربعة، و ذلك لأنّ متعلقها إمّا واجب مالى و حقوق خلقية، مثل الدين، و كذلك الوصية بالزكاه و الخمس و نحوها، ممّا هي أموال مستقرّه على الذمه المنتزعه عن ثبوتها على العهده الحكم التكليفى، بحيث يكون الأثر الثابت أولا و بالذات اشتغال العهده بالمال و تحقّق الحكم الوضعى، ثمّ يترتب عليه وجوب الردّ و تحصيل البراءه عمّا اشتغلت الذمه به، فقد يكون

متعلق الوصية مثل هذه الامور.

و إما أن يكون الدين الثابت على الذمه العمل الذي يبذل بإزائه المال فيوصى بأداء مثل هذا الدين، كما إذا أوصى بخياطه ثوب مشخّص المشتغل بها في حياته، و نحوها من الأعمال المتعلّق بها الإجاره الموجب لاشتغال الذمه لصاحب العمل.

و إما أن يكون متعلّق الوصية التطبيق، كما إذا أوصى بأداء دينه من ماله الخاصّ، مثل داره أو بستانه و غيرهما.

و إما أن متعلّقها مثل أداء الكفّارات الواجبه على الموصى، أو إكرام من أمره والداه بإكرامه، أو تأديه الصدقه المنذوره، و نحوها ممّا ليس الثابت بها على الذمه أولاً و بالذات مال، بل إنّما أثرها الحكم التكليفيّ المحض لا أن يثبت على عهده لأحد حقّ حتّى يدخل في الواجبات الماليه بمعنى الديون، كما في الأمثله المذكوره، فإنّ التحقيق أنّ في مثل الكفّارات بل و كذلك النذر و غيره و لو كان مورد النذر شخصياً معيناً، لا يثبت بسبب وجوب الكفّاره و النذر حقّ لأحد على المكفّر و الناذر، و لذلك ليس للفقير و لا للمنذور له مطالبتهما الكفّاره و المال المتعلّق للنذر.

و بالجملة؛ فليس هذه الأصناف من الواجبات الماليه من سنخ الديون، بل إنّما هي واجبات و تكاليف شرعيه نشأت من أسبابها، فتثبت على عهده المكلف بلا إحداث حقّ ماليّ لأحد عليه.

نعم؛ لَمّا يتوقّف امتثال مثل هذه التكاليف على صرف المال فصار مقدّمه له، فعُدّ من الواجبات الماليه، لا أن يكون حقيقتها متقومه بالمال حتّى يكون

التكليف منتزعا من الوضع، كما فى القسمين الأولين، فهذه أصناف متعلق الوصية التمليكية.

موارد إخراج الدين من الأصل أو الثلث

ثم لا خفاء فى كون الدين مخرجا من أصل المال فى الجملة، و لكن لما كان بعض الصور مشكوكه فلا بد من تأسيس الأصل أولا فى أن الأصل يقتضى إخراج الموصى به من الأصل أو الثلث، حتى يرجع إليه عند الشك.

فنقول: إن الأصل فى الباب هو ما ذكروا فى باب الدين من أن الدين [هل هو] مانع عن أصل انتقال مال المورث إلى الورثة بمقدار الدين، أم لا، بل المال ينتقل إلى الورثة، وإنما الدين مانع عن التسليم؟

فإن بنينا على الأول فلما كان حال الوصية حال الدين ولازمه عدم انتقال المال إلى الورثة رأسا إلا ما زاد عن الوصية، فمقتضى القاعدة خروج الموارد المشكوكه عن الأصل، لأن الشك - فيما لو أوصى بتطبيق الدين على مال خاص للموصى، مثلا: الذى كان نفوذ مثله فى ما زاد عن الثلث من الموارد المشكوكه - هو فى أصل انتقال عين المال إلى الورثة، و لا خفاء أن الأصل (١) عدمه إلا ما زاد عن الوصية.

هذا؛ بناء على عدم تمامية الأدلة الاجتهادية، مع أن الظاهر أنه لا قصور فيها، حيث إنه و لو نوقش فى آية الإرث (٢) من جهة كونها مقيدة بعدم الوصية

١- بمعنى استصحاب عدم الانتقال الثابت حال حياة الموصى، «منه رحمه الله».

٢- النساء (٤): ١١ و ١٢.

و الدين، إلا أنه لا قصور في عموم «ما تركه الميت فهو لوارثه» (١).

و أما إن بنى على الثاني - كما هو التحقيق - فمقتضى ذلك خروج المشكوك عن الثلث؛ إذ المفروض أن أعيان المال انتقل إلى الورثه فثبت كونها مالا لهم، فقاعده السلطنه لما كانت محكمه فلا يجوز الخروج عنها إلا بالمقدار المتيقن و هو الثلث، كما لا يخفى، هذا ما يقتضيه الأصل.

و أما الحكم بحسب الدليل؛ فنقول: إن الحكم في الواجبات المائيه - أى التكاليف التى مآلها يكون إلى الالتزام بصرف المال فى مثل الكفارات و نحوها من القسم الرابع فى الوصيه بخروجها من صلب المال أو ثلثه - لما كان تابعا لصدق الدين عليها (٢) و عدمه، فلا بد من البحث فى ذلك.

فنقول: إن الدين عبارته عن اشتغال الذمه بالمال، بحيث إذا تحقق الدين فالعهده يفرض عند العرف بمنزله وعاء فى الخارج موضوع عليها الشىء الموجود فيه، بحيث يوجد أولا علقه بين المال و العهده، فىكون أثر ذلك ثبوت الحق للغير على الذمه، ثم يترتب على ذلك الحكم الشرعى التكليفى بالأداء.

و لا ريب أن هذا المعنى لا يعقل فى الأحكام التكليفيه لأنه قد أوضحنا فى محلّه أن التكاليف إنما يتعلّق بالأمر المعدوم لا بالموجود، و إلا يلزم تحصيل الحاصل، فالمتعلّق به التكليف و إن لم يكن معدوما مطلقا؛ لأنه إنما يتعلّق بالصورة الذهنيه الثابته فى ذهن المكلف فىأمر بإيجادها فى الخارج، إلا أن ذلك

١- مسند أحمد: ٢/٤٥٣، سنن ابن ماجه: ٢/٩١٤ الحديث ٢٧٣٨، مع اختلاف يسير.

٢- الّذى وقع فى كلمات الأصحاب و معاقد الإجماعات هو إنما يخرج من صلب المال الواجبات المائيه، و عليه يمكن أن يختلف مع ما فى لسان الأدله، و لكن الظاهر رجوع كلماتهم إليها أيضا، فراجع!، «منه رحمه الله».

لا يوجب تحقّقه فى الخارج قبل إيجاده المكلف [به]، فالخارج ظرف لسقوط المأمور به لا لثبوته، فإذا امتنع وجود المأمور به فى الخارج قبل إيجاده فلا يتصوّر فى الأحكام التكليفيّة ما هو الملاك فى معنى الدين و صدقه، بل هو مختصّ بالوضعيات الّتى لها نحو ثبوت و اعتبار وجود فى الخارج، بخلاف التكاليف الّتى لا يعقل الوجود لها فى الخارج لا فى الذمّه و لا فى غيرها.

بل بعد تعلق التكليف من طرف الشارع بها و حكم العقل حينئذ بلزوم الإطاعة، فحينئذ يعتبر أمر كلّى ليس له مساس بالغير لا تكليفا و لا- وضعا، فلا يطلق الدين إلّا على المال الثابت فى الذمّه- الّذى قد عرفت أنّ الحكم التكليفى يكون تابعا له- لا فى الواجبات الّتى يكون بذل المال مقدّمه لامثالها بلا أن تكون الذمّه مشتغله بالمال فى الحقيقة، كما فى الديون.

أقول: يمكن الدعوى بأنّه كما أنّه عند تعلق حقّ الغير على الذمّه بسبب أخذ ماله أو التصرّف فى حقّه يرى عند العرف اشتغال العهده بالمأخوذ بحيث يرى لذلك بعنايه نقلا على العهده فى الخارج؛ كذلك بتلك العنايه أيضا يرى ثبوت شىء على العهده عند تعلق التكليف الشرعى بالشخص، خصوصا إذا كان متعلق التكليف هو بذل المال، و لذلك يعبر عند تعلق الطلب؛ بالتكليف المشتقّ من الكلفه المساوق مع النقل.

و إن أجاب عن ذلك- دام ظلّه- بأنّ التكليف عباره عن إلزام العقل فى أثر إلزام الشرع.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ إلزامه بالامثال ليس إلّا أنّه يرى عهده العبد مشتغلا بالمأمور به عند تعلق طلب الشارع، فالتعبير عن التكليف أيضا هو بهذه العنايه.

و أمّا أنّ التكليف لا يتعلّق إلّا بما ليس بموجود؛ فلا ينافى ذلك ما ادّعيناه، لأنّ امتناع تحقّق المكلف به فى الخارج لا يستلزم عدم اعتبار وجوده (لا يمنع عن اعتبار وجود) على العهده، ضروره أنّ تحقّقها فى الخارج يوجب تعلّق الطلب بالموجود، لا فى الذمّه، كما لا يخفى.

ثمّ أفاد- دام ظلّه- بأنّه بعد أن اتّضح حال الدين و حقيقته، و أنّ سنخ وجوده غير سنخ التكليف و الواجبات، فظهر ذلك أنّ الذى تقتضيه القاعده من الحكم بخروج الواجب المالى من الأصل فى الأقسام الأربعه من الوصيّه، هو فى القسمين الأوّلين؛ لما عرفت من تطبيق معنى الدين عليهما، و أمّا غيرهما محلّ إشكال، بل الأقوى الحكم فى القسم الرابع من الواجبات التى تؤول إلى صرف المال بخروجها من الثلث، و لذلك لو لم يوص بالأوّلين أيضا يجب تأديتهما و إخراجهما من أصل المال، بخلاف الآخرين.

و أمّا الكلام فى النذر فيما لو كان واجبا عليه عتق رقبه، فأوصى بإعتاقه- مثلا- أو نذر أن يهب شيئا لأحد، فأوصى بالهبة.

و بالجمله؛ فيما لو كان النذر متعلّقا بالفعل فإن قلنا بأنّه يعتبر لنفس هذا الفعل - أى الهبه مثلا- المائيه العرفيه، كما قيل بمثله فى بعض الأعمال أيضا و لو لم تكن بصيغه، فتصير حكم نذر مثل هذه الأفعال حكم القسم الثانى.

و إن لم نقل بذلك، بل بنى على كون اعتبار المائيه فى نتيجه، لا- فى أصل العمل، فحكمه حكم سائر الواجبات التى مآلها يكون إلى صرف المال.

بقى الكلام فى تحقيق ما يظهر من بعض الأخبار من إطلاق الدين على

مطلق الواجبات (١)، فإنه قد يتوهم أنه يستفاد منها كون حكمها حكم الدين، مثل ما ورد في أخبار الحج من أنه دين الله ودين الله أحق أن يقضى (٢).

وقد يجاب عن ذلك بأن تنزيل الحج منزله الدين لا يدل على كون مطلق الواجبات حالها حال الدين وكونها بمنزلة، فيمكن أن يكون له نحو خصوصيته، بحيث صار لذلك من الوضعيات حتى يكون الوجوب التكليفي له منتزعا من الوضع، ولذلك أجمعوا على كونه مخرجا من صلب المال.

وفيه: أنه ورد في باب أخبار الصلاة أيضا ما يستفاد منه هذا المضمون، مثل قوله عليه السلام: «لا تؤخر الصلاة فإنها دين الله» (٣)، ومن جهة عدم القول بالفصل يتم المدعى في سائر الواجبات.

فحق الجواب أن يقال: أولا؛ بأنه إنما يتم المدعى إذا ثبت عموم المنزلة، بمعنى أن يكون التكليف الإلهي مثل الدين في جميع الآثار (٤)، أى حتى من حيث اعتبار الوجود لها في الذمه، حتى يكون لازم ذلك تأديته من أصل المال.

ومن المعلوم؛ أنه لم يثبت ذلك، إذ يحتمل أن يكون التنزيل بلحاظ وجوب القضاء فقط، كما يمكن أن يكون تنزيل الصلاة أيضا بلحاظ عدم جواز تأخيرها، لا من جميع الجهات، إذ لا يستفاد من التنزيلين عموم أو إطلاق.

١- لاحظ! وسائل الشيعه: ١٩ / ٤٢٦ الباب ٩١ من أبواب الوصايا.

٢- كنز العمال: ٨ / ٤٩٥ الحديث ٢٣٨٠٤، تذكره الفقهاء: ٧ / ٩٩.

٣- الكافي: ٨ / ٣٤٨ الحديث ٥٤٧، مع اختلاف في الألفاظ.

٤- ويشهد على ذلك أنهم ما التزموا بمطلق الآثار التي للديون العبادية؛ للديون الإلهية كخروج المستثنيات (كعدم خروج المستثنيات في مثل الكفارات) في الكفارات وغيرها؛ للانصراف وغيره، كما هو الظاهر، والمسألة تحتاج إلى المراجعة، والله ولي التوفيق، «منه رحمه الله».

و ثانيا: مع تسليم استفاده عموم التنزيل، يمكن أن يكون ذلك فى خصوص الحجّ، بالبيان الذى احتمله كلام المجيب، كما يؤيد ذلك ورود الأخبار المتظافره فى وجوب إخراجها من صلب المال (١) فتأمل!

و ثالثا: أنه لا بد أن يعلم المراد من أنّ المفضّل عليه المستفاد من لفظ «أحقّ أن يقضى» (٢) أى شىء؟ فإن كان المراد تفضيلها على مطلق الديون حتّى حقوق الناس و ديون العباد فهو ليس بمراد قطاعا، للإجماع على تقدّم الدين على الحجّ، فتعيّن أنّ المراد به إمّا التجريد من معنى التفضيل مطلقا، أو الترجيح على التبرّعات، فيكون المراد: أنه إذا أوصى بثلث ماله لصرفها فى التبرّعات و الحجّ، و لم يف ثلث المال بالمجموع، فالحجّ مقدّم، فعلى ذلك يسقط الاستدلال بمثل هذه فقره على وجوب إخراج الواجب المالى من الأصل، إذ ليس ناظرا إليه.

أقول: و فيه ما لا يخفى، لأنّه أولا من قال بتقدّم الدين على الحجّ؟ بل الحجّ مشارك مع الغرماء على ما عليه الأصحاب، و ثانيا إنّ الحجّ لا يزاحم التبرّعات لو أوصى بصرف ثلث المال فيها، بل الحجّ عند ذلك يستخرج من الأصل لو لم يف الثلث بهما، فظهر من ذلك إشكال ثالث، و هو: أنه لا- مجال لتنزيل هذه فقره على مورد الثلث لا- الأصل، مضافا إلى تظافر الأخبار فى إطلاق الدين على الحجّ (٣) عند الحكم بوجوب إخراجها من أصل المال، و لا يختصّ التعبير به بالمضمون المتقدّم، كما يظهر ذلك لمن راجع أخبار باب الحجّ.

١- وسائل الشيعه: ١٩/ ٣٥٧ الباب ٤١ من أبواب الوصايا.

٢- مرّ آنفا.

٣- مرّ آنفا.

فرع: لو أوصى أحد بإعطاء زيد ديناراً و تردّد أمر ذلك بين كونه إعطاء تبرعياً أو ديناً واجباً عليه أداؤه، و لم يظهر منه ما يدلّ على أحدهما، هل الأصل يقتضى كونه تبرعياً، و لازمه الخروج من الثلث، أو ديناً واجباً، حتّى يستخرج من الأصل؟

قد يقال بالثاني، نظراً إلى أنّ عمومات الوصية تقتضى خروج الوصية من الأصل مطلقاً، ثمّ خصّص ذلك بالتبرعات، فإذا ارتفع كونها تبرعياً بالأصل فتصير عمومات الوصية محكمه.

و لكن ذلك خلاف التحقيق، و ذلك لأنه لا إشكال فى أنّ لنا عمومات اخرى فى مقابل عمومات الوصية، و هى ما يدلّ على ردّ الوصية إلى الثلث التى أوجبت تخصيص عمومات الوصية، ثمّ خصّصت هذه العمومات أيضاً بما دلّ على وجوب إخراج الزكاة من صلب المال، لكونها واجباً مالياً، فلما تصير نتيجة الطوائف الثلاثة من العمومات أنّ الوصية تستخرج من الثلث إلّا ما هى واجب مالى، فيصير تمام الموضوع للحكم بالخروج من الصلب هو كون الوصية على الواجب المالى، فلا يبقى أثر للتبرع به و عدمها، فيصير مقتضى القاعده الخروج من الثلث حتّى يثبت كونها واجباً مالياً، و من المعلوم؛ أنّ الأصل موافق مع عدمه.

و بالجملة؛ فيصير المرجع عند الشكّ هو العمومات الداله على ردّ الوصية إلى الثلث؛ لسقوط عمومات الوصية عن المرجعية بعد ثبوت التخصيص.

أقول: يظهر من السيد قدّس سرّه فى المقام عدم جواز التمسك بالعمومات مطلقاً فى المقام، لكونها من باب التمسك بالعامّ فى الشبهات المصادقيه، و لذلك جعل

المرجع هي الأصول العمليّة عند الشكّ، فجعل الأصل في المقام هي أصاله عدم النفوذ و الإنفاذ و عدم انتقال الموصى به إلى الموصى له.

و أنت خبير بأنّ الرجوع إلى العمومات ليس من جهه تعيين المصدق، لما ظهر لك من أنّ المشكوك فيه لَمّا كان أمره مردّدا بين أن يكون من أفراد المخصّص ص بالفتح أو المخصّص ص بالكسر، ثمّ بالأصل أثبتنا عدم كونه من أفراد الثاني، فجعل بعد ذلك المرجع [هي] العمومات الدالّة على الرّد بالثلث، ففي الحقيقه تعيين الموضوع إنّما يثبت بمؤونه الأصل، و التمسك بالعامّ إنّما هو لإثبات الحكم كما هو الدأب في كلّ ما لو كان منشأ الشكّ هو احتمال كون الفرد المشكوك فيه من مصاديق المخصّص ص و أمكننا نفيه عنها بالأصل، فتأمّل! (١).

ثمّ إنّ جعل - دام ظلّه - خاتمه البحث في الوصيّه التكلّم في سائر أنواع التصرّفات المعلّقه على الموت مثل العتق المعلّق عليه المسمّى بالتدبير، أو النذر المعلّق عليه أيضا، و صار محضّ إفادته كونهما من أفراد الوصيّه في الجملة أيضا، بشرط ما لو كان النذر معلّقا على موت الناذر لا مطلقا، فافهم!

معنى التنجيز

فلنصرف الكلام إلى ما هو المقصد بالبحث فنقول: جهات من البحث في المنجزات ينبغي التكلّم فيها، فقولهم: و في منع المريض من التبرّع المنجز .. إلى آخره (٢).

١- و ذلك مبنيّ على دفع الإشكال المعروف في مثل أصاله عدم القرشيّه و نحوها، «منه رحمه الله».

٢- تذكره الفقهاء: ٢ / ٤٨٧، جواهر الكلام: ٢٨ / ٤٦٨.

الجهة الاولى؛ فى تحقيق المراد من ألفاظ هذا العنوان، فهل المراد من التنجيز هو المنجّز بقول مطلق، بحيث لم يكن فى التصرف الواقع فى حال المرض تعليق من جهة أصلا، حتّى فيما لو نذر فعلقه على أمر واقع فى حال حياته يخرج عن المنجّز و عن محلّ الخلاف، أم لا، بل المراد من المنجّز أن لا يكون التصرف معلقا على الموت؟

الظاهر؛ أنّه لا- ينبغى التأمل (١) فى أنّ ملاك المنجّز هو المعنى الثانى، لا- الأوّل، فالنذر المذكور ليس داخلا فى التصرفات المعلقة حتّى يدخل فى عنوان الوصية، بل التحقيق [أنّه] من مصاديق المنجّزات، و داخل فى محلّ الخلاف.

و إنّما الكلام فى بعض الأفراد، مثل ما لو نذر و علقه على موت نفسه، ففى مثله يقع الإشكال فى كونه وصية معلقه، أو معدوده من المنجّزه، إذ الوصية عبارته عن التصرفات المعلقة على الموت بحيث يقع الموصى به بعده، لا ما إذا كان الموت مشروطا عليه، إذ المفروض أنّه نذر أنّه لو مات فى المحلّ الفلانى - مثلا- فيكون مقدار من ماله لزيد، لا أن يكون المال المعين لزيد بعد موته، بحيث يكون «بعد الموت» ظرفا لوقوع التصرف و أثره فى الخارج.

و لا ريب أنّ المنساق من أدلّة الوصية هذا المعنى، لا ما إذا كان الموت شرطا له بالمعنى المذكور، فلذلك يستشكل فى كونه وصية، و كذلك ليس منجّزا، إذ المستفاد من دليله أيضا غير هذا المعنى، إذ التصرف و إن لم يكن معلقا وقوعه على بعد الموت، إلّا أنّه ليس واقعا قبل الموت أيضا، كما هو الظاهر من معنى التنجيز.

١- كما يظهر ذلك بالمراجعته فى أدلّة الباب و كلمات الأصحاب، «منه رحمه الله».

و لكن لا ريب أنّ مناط المنجّز هو كون مثل هذا التصرّف في حال مرض الموت إضرارا على الورثه، و كذلك يشمله ما يدلّ على أنّ المريض محجور عن التصرّف في ما زاد عن الثلث، و إن لم تشمله العناوين الخاصّه للمنجّزات، مثل الهبه و العتق و الصلح و نحوها، و كذلك فيما لو نذر و علّقه على موته، كما لو نذر أن يكون مقدار من ماله لزيد بعد موته، أيضا في كونه من مصاديق التصرّف المعلّق أو المنجّز غموض، إذ قد عرفت أنّ الوصيّه عباره عن الإنشاء الفعلي المعلّق على الموت.

و أمّا النذر بأن يكون ماله الفلاني موهوبا لزيد بعد وفاته؛ فهذا يرجع في الحقيقه إلى النذر بالوصيّه، لا أن يكون وصيّه، و كذلك ليس منجّزا؛ لعدم انطباق أدلّته الخاصّه له و إن شملته أدلّته العامّه، و كذلك فيما نذر هبه شيء لأحد و علّقه على أمر اتّفق وقوعه بعد موته، و أيضا فيما لو نذر و تحقّق المعلّق عليه في حياته و حال مرضه الذي هو محلّ الكلام في جميع الأمثله.

و كيف كان؛ فعدم كونهما من التصرّف المعلّق حتّى يدخل في الوصيّه معلوم، و كذلك دخولهما في مصاديق المنجّز إشكال.

ففي جميع هذه الصور، و كذلك مثلها، فإن بنينا على كونها من أفراد المنجّز فيدخل في محلّ الخلاف، و إن بنينا على كونها شقّا ثالثا، فالتحقيق هو الحكم بالنفوذ مطلقا و خروجها من الأصل؛ لجريان الأصول المقتضيه لذلك في جميع الأفراد المشكوكه من قاعده «السلطنه» لو كان منشأ الشكّ قصور السلطنه، و كذلك أصاله عدم تعلّق حقّ الغير، لو كان المنشأ تعلّق حقّ الورثه،

و أدلّه المعاملات و نحوها من العمومات مثل: «أوفوا بالنذر» (١)، و غيره (٢)، لو كان المنشأ تحقّق المسبّب، و سيأتي البحث عن كلّ واحد من هذه الاصول إن شاء الله تعالى.

معنى الحجر

اشاره

و أمّا المراد من التصرّف الممنوع؛ فلا خلاف في كون التبرّعات مطلقاً منه، و كذلك المعاملات المحاباته، أى ما يكون الثمن المسمّى فيها أقلّ من ثمن المثل، و إنّما الإشكال في بعض أنواع التصرّف من إسقاط بعض الحقوق و غيرها، و لكنّ الضابط المستفاد من أدلّه الباب الّذى هو الجامع للمصاديق هو التصرّف المستلزم للإضرار على الورثه مع انطباقه على العناوين الخاصّه في الباب، فافهم!

و أمّا المراد بالمرض؛ فقد وقع الخلاف فيه من جهتين، بل جهات، الاولى: في أنّه هل المناط في الحجر و عدمه هو المرض أم لا، بل الإنسان عند موته مطلقاً محجور عن التصرّف في ما زاد عن الثلث؟

الثانية: بعد البناء على الأوّل، هل المرض مطلقاً مناط، أم المخوف منه؟

الثالثة: هل الحكم مختصّ بأواخر المرض ممّا هو قريب بالموت، أم يكون أعمّ منه و أوائله و إن طال المرض.

و تنقيح البحث يظهر بعد التكلّم في المنساق من أدلّه الباب.

١- إشاره إلى قوله تعالى: يُوفُونَ بِالنَّذْرِ الإنسان (٧٦): ٧.

٢- و لعلّه إشاره إلى قوله تعالى: وَ لِيُوفُوا نُدُورَهُمْ الْحَيِّج (٢٢): ٢٩.

فنقول: إن أخبار الباب بين طوائف ثلاث:

إحداها: ما استفاد منها حجر المريض عمّا زاد عن الثلث.

أخرها: المستفاد من سؤال الراوى و جواب الإمام عليه السلام أنّ الرجل إذا حضره الموت فمحجور عمّا زاد عن الثلث.

ثالثها: قريب ذلك من قبيل «عند موته» أو «عند وفاته» (١).

ثمّ إنّ كلّ واحد من هذه العناوين الواقع فى لسان طائفه خاصّه من الأخبار مطلقه، بمعنى أنّه ليس أحدها مقيداً بالآخر، ولا ريب أنّ النسبه بينها عموم من وجه، فلا وجه لحمل أحدها على الآخر بحسب المدلول اللفظى، وإنّما الإجماع قائم على كون المراد بالمرض، ليس مطلقاً، بل هو المرض المتصل بالموت، وإن أمكن استفاده ذلك من اللفظ بعنايه أيضاً، و أمّا العنوان الآخر- و هو حضور الموت أو عند الوفاه- وإن كان أيضاً مطلقاً يشمل مثل المحكوم بالقتل بالقصاص أو الحدّ، أو من كان فى مرماه، فلازم ظهوره عدم نفوذ وصيتهم فى ما زاد عن الثلث أيضاً.

و لكنّ المذى يبيد كون الإطلاق مراداً دعوى الانصراف فى هذه الألفاظ و غلبه إطلاق «من حضره الوفاه» و كذلك لفظ «عند الموت» على المريض، و ندره تلك الموجبات وجوداً و إطلاقاً، و من ذلك ظهر أمر آخر، و هو عدم كون المرض بإطلاقه مناطاً، بل لا- بدّ و أن يكون مخوفاً منه حتّى يؤثّر فى الحجر؛ إذ قول السائل: (حضره الوفاه) (٢) لا- يسأل إلّا عن حال مريض يكون مخوفاً منه،

١- وسائل الشيعه: ١٨ / ٤١٢ الباب ٣ من أبواب الحجر.

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ٢٧٦ الحديث ٢٤٥٨٢ و ٢٤٥٨٣ و ٣٠١ الحديث ٢٤٦٤٧.

فظهر السؤال مع الجواب المنزّل عليه دالّ على ذلك، فمرجع هذا يكون إلى دعوى انصراف آخر.

فانقدح ممّا ذكرنا؛ أنّ التحقيق هو ما ذهب إليه الشيخ قدّس سرّه (١) من اشتراط مخوفيه المرض، و أيضا عدم كون حضور الموت علّه مستقلّه للحجر كما زعمه بعض (٢)؛ نظرا بالإطلاق الصورى - لما عرفت من الأدلّه - غفله عن القرينه الحالتيه التي احتفّ الكلام به الموجب لانصراف اللفظ إلى الوجه الأخصّ، فالموضوع لعنوان المسأله - الّذى هو محلّ للخلاف - هو المرض المتّصل بالوفاه، لا المرض المطلق، بلا خلاف، و لا مطلق حضور الموت؛ لعدم مساعدته الدليل عليه، كما أوضحنا.

بقى الكلام فى أنّه بناء على الحجر، هل الحكم ثابت لمطلق أيّام المرض، أم مختصّ بآخره القريب بالوفاه؟ فمثل مرض الدقّ و نحوه الّذى يمكن أن يطول مدّه من الزمان، فلو أوصى فى أوائله، فحكمه مثل حمى العفن الّذى لو انتهى إلى الموت لا يطول غالبا، أم لا، بل الحجر فى مرض الدقّ و أمثاله منحصر بالأواخر الّذى يقال عرفا: إنّ قرب موته؟ فهذه المسأله أيضا صارت منشأ للإشكال و الخلاف.

ثمّ لا يخفى أوّلا أنّ مقتضى ظواهر الأدلّه أيضا الإطلاق، و لا مجال لدعوى الانصراف و نحوه للاختصاص من اقتضاء الإطلاق و التقييد ذلك، إذ قد يتوهم أنّه بعد البناء على كون المراد من حضور الموت و الوفاه هو المرض الّذى

١- حكى عنه فى جواهر الكلام: ٧٤ / ٢٦ و فى جامع المقاصد: ٩٦ / ١١.

٢- نقل عن القواعد فى جواهر الكلام: ٧٤ / ٢٦.

انتهى إليهما، فعلى ذلك؛ لا- يستفاد منها إلّا ثبوت الحكم للمريض المذى قرب موته، فلا- بدّ لذلك من رفع اليد عن ظهور الإطلاق في سائر الأدلّة الدالّة على الحجر في مطلق المرض.

و دفع ذلك؛ هو أنّه إنّما يصار إلى التقييد إذا ثبتت وحده المطلوب، و أمّا إذا لم يثبت تلك كما في ما نحن فيه؛ بل أمكن أن يكون كلّ واحد من المرض بإطلاقه- أى و لو كان أوائله التي بعيده عن الموت، و آخره المتّصل بالوفاه- موجبا للحجر [فلا يصار إلى التقييد].

و بالجملة؛ فإن لم نلتزم بالمفهوم في ظواهر الأدلّة، مثل ما يعبر فيه «بحضور الموت» (١) أو «عند الوفاة» قلنا: إنّها من قبيل اللقب و لا مفهوم لها، فلا تعارض بين الأدلّة أصلا، أو يصير- على ذلك- مناط الحكم هو المرض المتّصل بالموت بجميع أحواله.

و إن قلنا بأنّ هذه الألفاظ لمّا كانت واردة في مقام التحديد فلا بدّ من الالتزام بالمفهوم فيها الموجب لإثبات خصوصيّة في التعبير «بحين الموت» و لكن مع ذلك أيضا لا- موجب للحمل؛ لعدم ثبوت وحده المطلوب، و لكن؛ لمّا كان مناط وحده المطلوب ثابتا في المقام، فلا بدّ من الحمل.

و توضيح ذلك: هو أنّه لو أخذنا بإطلاق ما يدلّ على كون المرض موجبا للحجر، و لو كان أوائله، فلا يبقى محلّ لكون المرض مقيدا بحال الوفاة- الذي يدلّ عليه الطائفة الاخرى- سببا للحجر أيضا؛ بحيث يكون ذلك سببا آخر.

١- أى: عدم الالتزام بخصوصيّة في هذه الألفاظ، بل هي عبارة عن المرض المقارن للموت، فتدبر! «منه رحمه الله».

ضروره؛ أنه بعد أن كان المرض بإطلاقه مؤثراً في ذلك، فلا يعقل أن يؤثر حين الموت منه بخصوصيته في الرتبة المتأخره في ما أوجهه أوائل المرض، لعدم إمكان توارد العلتين المستقلتين الذي هو محلّ النزاع في ذلك، فلا بدّ و أن يكون أحدهما ملغى عن التأثير.

و لا يتوهم أنّ تأثير الثاني إنّما هو إذا لم يكن مسبقاً بالأول، إذ مع ذلك لا يعقل أن يؤثر الخصوصيه المدّعا، ضروره أنّ محلّ البحث إنّما هو الواقع لا-الخارج، فإنّنا [إذا قلنا] بأنّه لا بدّ و أن يكون أحد المقتضيين مؤثراً في الوجود، فإنّه بناء على الالتزام يكون المرض مطلقاً علّه للحجر، ففي الفرض المذكور فهو أوجب الحجر لا-خصوصيته حين الموت، فسقوطه عن التأثير ليس مختصاً بما لو كانت الوصيه حين الموت مسبوقة في الخارج بالوصيه أوّل المرض.

و بالجملة؛ فيدور الأمر- على ذلك- بين رفع اليد عن إطلاق المرض و تقييده بالحاله المقارنه للموت، أو الأخذ بإطلاقه و رفع اليد عن سائر الأدله و إلغائها، و لا ريب أنه عند ذلك، الأول متعين؛ لصيرورته موجبا للعمل بالدليلين في الجملة.

فالتحقيق: هو البناء على كون الموجب للحجر آخر المرض الذي يقال عرفاً: إنه قريب بالموت و حضرت وفاته، و في كلّ ما إذا شكّ فالمرجع هو الاصول التي سنحرّها لأصل المسأله.

هذا؛ و هل يكون مطلق الموت الواقع في حال المرض موجبا للحجر بناء عليه، و إن لم يكن مستندا إلى ذلك المرض، أم لا، بل المناط هو كون المرض مستندا إليه الموت، و إلّا ففيما لو قتل المريض قاتل أو لدغته الحيه فمات،

و نحوه كل ما لم يكن الموت مستندا إلى المرض بحيث يكون هو سببه، لم يوجب مثل ذلك الحجر؟

قد يقال بالثاني بدعوى انصراف الأدلة إليه، بمعنى أنه لا يقال: مرض الموت إلا لما كان الموت مستندا إلى نفس المرض لا إلى أمر خارجي، و لكن لا يتم هذا الكلام بإطلاقه، فإن إنكار الاستناد في مثل ما لو لم يكن المرض مهلكا، و لكن انتهى إليه، كما لو أخطأ الطبيب في العلاج و الدواء حتى أوجب ذلك انقلاب المرض إلى المرض المهلك، باطل، إذ لا يخفى أن في مثله الموت مستند إلى كلا الأمرين؛ أي المرض الأول و المرض الثاني، فإن المرض الأول هو بمنزلة المقتضى لإيجاب الثاني الموت، حتى لو لم يكن لم يوجب الأمر الخارجي تحقق المرض الثاني.

فالإنصاف؛ أن في مثله لما يستند الموت إلى كلا المرضين فالحكم جار فيهما، حتى لو أوصى في المرض الأول يدخل في محل النزاع.

أقول: لا يخلو ذلك عن تأمل؛ إذ كون المرض الأول مقتضيا لتحقيق الثاني لم يوجب استناد الموت إليهما؛ إذ الشيء يستند إلى الجزء الأخير من علته، و ما قبلها إنما هو المعدّات التي لا تطلق عليها العلة، و لا يراها العرف سببا، فعلى ذلك ضم المرض الأول إلى الثاني هو كالحجر الموضوع في جنب الإنسان لا أثر له في الاستناد، كيف و لو كان مستندا إليه، لا بد و أن يكون كذلك عند التفكيك أيضا، فتأمل!

إذا تبين ذلك؛ فلا بد من البحث في أصل المسألة و لنقدم أولا- ما يقتضيه الأصل في المقام، بحيث يكون هو المرجع عند تعارض الأدلة، و هذه [هي]

الجهة الثانيه من البحث.

فقول: لا إشكال في أنّ الاصول تختلف بحسب اختلاف الاحتمالات ممّا يحتمل كونه مانعا عن تأثير الوصية و نفوذها في ما هو المتنازع فيه، و الاحتمالات الموجهه لعدم النفوذ عن أحد امور ثلاثه:

أحدها: هو ثبوت إضافه بين المال و الورثه بحيث أوجب ذلك قصر سلطنه المالك المتصرف، و منع عن استقلاله فيه الذي كان له قبل أن يمرض، و كان له أن يفعل به كيف شاء، فالآن- أي عند عروض المرض- لما انقلبت إضافته التامه؛ لتحقق إضافه بين المال و الورثه أيضا فانقطعت سلطنته التامه، فلا تنفذ تصرفاته في ما زاد عن الثلث، كما لو كان أوصى بها.

و بالجملة؛ العلقه الحادثه بين الورثه و أعيان الأموال- المسماه هذه العلقه بالحق- منعت عن نفوذ التصرف في ما زاد عن الثلث.

ثم لا يخفى أنّ لازم هذه الكيفيه من العلقه التي يعبر عنها بالحق قابليتها للسقوط بإسقاط الورثه و قابليتها للرد أيضا كلاهما في حياه المالك المتصرف.

ثانيها: ثبوت هذه العلقه و الإضافه أيضا، و لكن لا بحيث يوجب ثبوت الحق القابل للإسقاط، بل يدعى الاستفاده من أدله المنع حدوث العلاقه الموجهه لإخراج المال عن الطلقه، و منع صاحب المال عن الاستقلال في التصرف المسمى ذلك بالحكم، و لازم هذه الكيفيه من الإضافه قابليتها لإمضاء التصرف [و] عدم قابليتها للإسقاط، كما في مطلق الأحكام، مثل حجر الصغير و المجنون الموجب لثبوت إضافه و علاقته بين أمواله و وليه، و هذه الولايه حكم شرعي غير قابل للسقوط.

ثالثها: كون المرض مانعا تعديدا، بلا- أن يحدث الحجر علاقته و إضافه بين المال و الورثه، بل يكون المرض العارض القريب بالموت حاجزا عن استقلال المالك في تصرفاته.

ثم إن المنشأ إن كان الأخير؛ فيمكن التمسك بالأصول بأنواعها لإثبات نفوذ التصرف و ارتفاع مانعيه ما يحتمل كونه مانعا من قاعده سلطنه الناس على أموالهم، فإن من شأنها رفع المانع عن نفوذ التصرفات الصادره عن المالك على ماله التام المائيه، و كذلك عمومات المعاملات، فإن المفروض صدور عقد الهبه أو البيع- مثلا- من أهله مع كونه مجتمعا للشرائط الشرعيه، فاحتمل كون حال خاص من أحوال المتعاقدين مانعا عن تأثير العقد، فما لم يثبت مانعيته فأدله و جوب الوفاء بالعقد تقتضى لزومه المترتب عليه النفوذ و صحه التصرف، و كذلك استصحاب حال صحته من بقاء سلطنته و نفوذ تصرفاته لو كان ناقلا لما له في تلك الحاله- مثلا- الذي يرجع ذلك إلى الاستصحاب التعليق على إشكال فيه سنشير إليه.

و أما على الاحتمال الثاني و كذا الأول، فلما يرجع الشك إلى تعلق حق الغير بالمال و خروج المال عن الطلقيه، فلا يبقى المجال للتمسك بالاصول السابقه.

ضروره؛ أن قاعده السلطنه محلها ما إذا ثبت المائيه التامه حتى تجرى هي فيثبت بها نفوذ التصرفات الوارده على المال، و أما على الفرض المزبور فأصل الموضوع مشكوك فيه، فكيف يمكن التمسك بها؟ لأن الناس مسلطون على أموالهم، لازم ذلك كون المال طلقا، لا على مال الغير، و كذلك أدله العقود

ليس لها مجرى عموماً و خصوصاً، و ذلك لانصرافها إلى ما يكون موضوعها الأموال التي سلطنه المتعاقدين عليها تامه، بل ينحصر الأصل على هذين الاحتمالين بالأصل الموضوعى و استصحاب عدم تعلق حق الغير الثابت للمال فى زمن صحه المالك، و استصحاب سلطنه المالك كذلك، الموجبان لرفع الشك و إثبات النفوذ.

نعم؛ قد يستشكل هذا الاستصحاب الذى مرجعه إلى استصحاب القدره التامه للصحيح لإثباتها فى حال المرض بما لو كان المريض مسبقاً بالصغر أو الجنون، فإنه ليس له سلطنه فى الزمان السابق على الزمن المشكوك فيه السلطنه حتى يستصحب تلك السلطنه الثابته، فكيف يمكن جعل ذلك أصلاً كلياً يرجع إليه مطلقاً؟

و أما الفرق بين المريض الذى كان مسبقاً بأحد الحالىين، و من كان مسبقاً بالبلوغ و العقل فهو باطل؛ ضروره أننا نعلم أن حكم المريض ليس مختلفاً إجماعاً، بل إما محجور عن الزائد على الثلث مطلقاً، أو ليس كذلك مطلقاً.

و لكن يمكن دفع ذلك أولاً، بأن يقال: إن عدم التفصيل فى الحكم الواقعى لو كان موجبا لقيام الإجماع على عدم التفصيل فى الحكم الظاهرى أيضاً، فلا ريب أن الإشكال لا مدفع له من هذه الجبهه، و أما لو منعنا ذلك و قلنا بأن الإجماع على عدم التفصيل فى الحكم الواقعى لا يلازم عدم جواز التفصيل فى الحكم الظاهرى، فلا مانع من إجراء الأصلين على حسب المقامين.

و لكن ذلك بهذا المقدار لا يتم، بل هو مبنى على أن نقول: إنه لا مانع من إجراء الاصول فى أطراف العلم الإجمالى ما لم ينته إلى المخالفه العمليه، و أما لو

بنى على المنع عنه مطلقاً، فلا.

بيان ذلك: أنه إنا نعلم إجمالاً بأن تصرفات المريض فى ما زاد عن الثلث إما نافذ مطلقاً، أو ليس بنافذ كذلك، فىكون من باب العلم الإجمالى بدوران الأمر بين المحذورين، وقد ظهر أن إجراء أصله عدم النفوذ فى المريض المسبوق بالصغر و الجنون، و أصله النفوذ فى المسبوق بالبلوغ و العقل، يوجب مخالفه هذا المعلوم بالإجمال.

و لكن لَمَّا كان التحقيق فى إجراء الأصل فى أطراف العلم الإجمالى هو الاحتمال الأول، فبعد تماميّه المقدمه الاولى و هذه الأخيره أيضاً فلا بدّ من الرجوع إلى الأصلين على ما يقتضيه المقامان، لعدم لزوم المخالفه العمليّه، و عدم ابتلاء أحد الموردین بالآخر.

نظير ما لو توضعاً بالماء المشته بالبول، فبنوا على إجراء أصله طهاره البدن و استصحاب بقاء الحدث بلا محذور، مع أن مقتضى العلم الإجمالى عدم جواز التفكيك فيه، بل لا بدّ من البناء إما على طهاره البدن و ارتفاع الحدث، و إما على نجاسته و بقاءه، و لكن لجريان الملاك المذكور و عدم لزوم المخالفه العمليّه تعدم المعارضه.

جریان الاستصحاب فى المقام

و ثانياً بإجراء استصحاب القدره و السلطنه فى كلتا صورتين بتقريب أن يجرى الاستصحاب فى الموضوع الكلى - و هو بقاء سلطنه العاقل البالغ التى تكون له حين صحته إلى حين مرضه - ثم ينطبق ذلك على المورد، لأن التحقيق

هو ثبوت الأحكام للطبائع الكليه ثم منها يسرى إلى الأفراد، ففي ما نحن فيه لما كان الحكم - وهو السلطنه - ثابتة لطبيعه العاقل البالغ فإذا شك في بقاء سلطنه هذه الطبيعه في حال من أحوالها فلا بأس باستصحابها في تلك الحاله، فإذا أجرينا الاستصحاب في الطبيعه و أثبتنا الحكم لها في الحاله اللاحقه فيتبين حال الفرد المشكوك فيه قهرا، لانطباق تلك الطبيعه له حسب الفرض.

ولا ريب أنه يكفي في الاستصحاب انطباق الحكم على الموضوع في أحد جزئي الزمان، فلا يتوهم أنه إذا لم تكن السلطنه لشخص المريض المشكوك فيه في الحاله السابقه رأسا موجوده [لا يجرى الاستصحاب]، لأن المفروض أنه لم يكن قابلا لها، إذ يكفي انطباقه عليه في الآن اللاحق، بعد كون المفروض كون الحكم في الحقيقه ثابتا للطبيعه، و هي في كلا الزمانين مورد للحكم.

نظير ذلك ما لو أمر بإكرام العلماء ثم شكنا بعد زمان في تقيده بالعدول، و لذلك ارتفع الحكم عن العالم المطلق، و لذا نشك في إكرام زيد الذي لم يكن بعالم في سابق الزمان و الآن صار عالما مع اتصافه بالفسق، فلا إشكال أن مقتضى «لا تنتقض اليقين» (١) عدم جواز رفع اليد عن الحكم الثابت أولا و عدم الاعتناء باحتمال التقييد المذكور فيجب إكرام مطلق العلماء فيستكشف حال زيد.

نعم؛ قد يردّ هذا الاستصحاب لمعارضته باستصحاب الحاله السابقه لشخص المستصحب لأن المفروض أن شخص هذا المريض الذي مسبوق بالصغر أو الجنون كان قبل مرضه محجورا عن التصرف، و ممنوعا عن

١- تهذيب الأحكام: ٧/١ الحديث ١١، وسائل الشيعه: ١/٢٤٥ الحديث ٦٣١.

الاستقلال، فبعد بلوغه مع اتّصافه بالمرض يشكّ في ارتفاع حجره و عدمه، و لا ريب أنّ المتيقن منه هو ارتفاعه في الثلث و الباقي مشكوك فيه فيستصحب الحكم الثابت فيه له قبل مرضه.

و أنت خبير بضعف ذلك؛ لأنّ الشكّ في شخص المريض و تصرّفاته إنّما هو ناشئ عن الشكّ في الحكم الكلّي المتعلّق بطبيعته العاقل البالغ الذي عرضه المرض، بحيث لو ارتفع الشكّ عن ذاك الموضوع الكلّي لا يبقى الشكّ في هذا الشخص أبداً.

ضروره؛ أنّ مفروض الكلام عدم كون أفراد المريض مختلف الحكم حتّى يوجب ذلك خصوصيّة في الشخص، فإذا كان ارتفاع الشكّ عن الفرد يرتفع بتبيّن حكم الموضوع الكلّي، فالاستصحاب فيه يكون حاكماً على الاستصحاب الجارى في الفرد، لكونه رافعاً للشكّ عنه و متكفلاً لبيان حكم استصحاب حال الفرد.

فانقذ من ذلك؛ صحّحه استصحاب الحكم الكلّي الثابت لطبيعته العاقل البالغ، و عدم المانع عنه، حتّى لاستظهار حكم المريض العدى غير مسبوق باستقلال التصرف في أمواله، و عدم انطباق هذا الحكم الكلّي للموضوع المشكوك فيه سابقاً لا- يضرّ بالاستصحاب إذا كان منطبقاً عليه في الزمان اللاحق، إذ قد أشرنا إلى أنّه ثبت في محله أنّه يكفي في الاستصحاب انطباق الحكم على الموضوع في أحد عمودى الزمان فثبت من ذلك؛ أنّ الأصل نفوذ تصرّفات المريض مطلقاً في مرضه، لو كانت منجزه.

و قد يتمسك لدفع الإشكال بالاستصحاب التعليقي، كما أنّه تمسك به

لإثبات الحكم في أصل المسألة أى استصحاب حكم حال الصحه مطلقا، و تنقيح المقام موقوف على ذكر جملة من الكلام في أصل الاستصحاب التعليقي.

فقول: إن المستصحب كذلك إما هو حكم تكليفي أو وضعي، أمّا في الأوّل؛ فالاستصحاب التعليقي و جوازه فيه موقوف على ما هو التحقيق عندنا من كون الحكم و الإراده فيها متعلّقه بالصوره الذهنيه دون الخارجيه، إذ قد سبق أنّ تعلّق الإراده بالخارجيات يكون تحصيلًا للحاصل، بل إنّما المتعلّق به في الأحكام التكليفيه هو الخارج الزعمي.

فعلى ذلك؛ لما كان الموضوع فيها كذلك محققًا دائمًا، و لذلك بنينا في محله على عدم صحه ما هو المعروف من أنّ الواجبات المشروطه بعد تحقّق شرطها تنقلب و تصير مطلقه، و ليس ذلك إلّا توهم كون متعلّق الأحكام هو الخارجيات، و منها المتعلّق عليه في الواجبات المشروطه، و هذا توهم فاسد، بل الإراده فيها، سنخها غير سنخ الإيرادات المطلقه، إذ هي في الواجبات المشروطه إنّما هي الإراده المنوطه، بمعنى أنّه قد يتعلّق الطلب المطلق بالصلاه، و قد يكون الطلب مقيدًا بشي ء أو حال متعلّقًا [بشي ء]، مثل الطلب المتعلّق بالصلاه عند دلوك الشمس، لا بأن لا تكون الإراده قبل الدلوك محققه، و لا بأن يكون المتعلّق به، الدلوك الخارجى، بل الإراده من أوّل الإنشاء محققه بحيث يرى الدلوك موجودا فعلا، ففي ظرف وجوده تطلب الصلاه عنده.

فلما كانت هذه الإراده من حين تحقّقها موجوده بلا أن تنقلب عن كيفيتها من الإناطه و ردّ المنوط عليه في ظرف الإناطه- و هي عالم الإنشاء- مفروض الوجود، ففي مثل هذه الأحكام و الإيرادات لا بأس باستصحابها، و لو لم يكن

معلق عليه الإرادة موجودا في صفحه الخارج.

نعم؛ تحقّقه في الخارج موجب للتنجّز و بعث العقل إلى العمل، و هذا لا- ربط له بمقام الإرادة، حتّى لا- تكون لها الفعلية إلّا بذلك، كما توهم، بحيث تكون- قبل تحقّق المعلق عليه في الخارج- الإرادة شأنيّه محضه.

فانقدح مميّا ذكرنا أنّ الاستصحاب التعليقي في الأحكام التكليفيّه على ما هو التحقيق من كيفيه الطلب فيهما لا محذور، و أمّا على القول بكون المتعلّق للطلب فيها الخارجيّات بحيث لا- تكون فعليّه للطلب ما دام لم يوجد المتعلّق عليه في الخارج حتّى يكون الخارج ظرفا للتنجّز أو البعث العقلي، بل الخارج ظرف لتحقّق الطلب فتكون الأحكام التكليفيّه حكمها مثل الوضعيه على ما سيجيء.

و أمّا الأحكام الوضعيه فلا- إشكال في كون متعلقاتها إنّما هي الخارجيّات أو السلطنه ثابتة للشخص على المال الموجود في الخارج، و كذلك النجاسه ثابتة للعصير الغالي الخارجى، و كذلك الوفاء متعلّق بالعقد الموجود في الخارج و نحوها من الوضعيات.

فنقول: إنّما يصحّ الاستصحاب التعليقي فيها على القول بكون المراد من «لا تنقض اليقين» هو المتيقّن، فيكون مفاد الاستصحاب هو التنزيل و جعل المتيقّن.

فعلى ذلك؛ فبعد أن أوضحنا بأنّه لا بأس بتصرّف الشارع في الامور العقليه رفعا و وضعها إذا كان منشأ الأمر الشرعى، فلا مانع من استصحاب الملازمه الثابته بين العصير المغليّ و النجاسه، و كذلك وجوب الوفاء بالعقد الواقع

فى حال الصّحه أو البلوغ.

فمن ذلك تثبت نجاسه عصير الزبيب المغلى باستصحاب الأوّل بعد فرض كون الزبيبيّه من الأعراض الغير المغيّره لحقيقه العنييه، و كذلك يستصحب فى المغلى فيحكم بوجوب الوفاء بالعقد الواقع من المريض، و ذلك؛ لأنّ أثر الاستصحاب، إذا كان جعل تلك الملازمه الثابته عند اليقين فى ظرف الشكّ حقيقه. و من المعلوم؛ أنّ من آثاره العلم الحاصل من جهه الاستصحاب بالملازمه العلم بالمزوم، و هو الغليان مثلا، فإذا ثبت المزوم فاللازم يثبت بذلك، فيكون استصحاب الملازمه الثابته بين العنب المغلى و النجاسه من قبيل استصحاب ما ثبت أحد جزأى الموضوع بالوجدان، و هو العنييه، بناء على المسامحه، و الآخر بالاستصحاب.

و بالجمله؛ فعلى هذا المسلك فى باب الاستصحاب؛ فلا مانع من الاستصحاب التعليقى أبدا، و أمّا على المسلك؛ التحقيق فيه من كون الاستصحاب من باب الأمر بالمعامله، لا جعلاً و تنزيلاً، فلا يبقى المجال للاستصحاب التعليقى، إذ قد ظهر أنّه موقوف على العلم بوجود المزوم الحاصل على التقدير الأوّل من جعل الملازمه، و أمّا على هذا التقدير فليست الملازمه فى نفسها ثابتة حتّى يثبت المزوم بتبعها، بل الثابت إنّما هو اليقين التنزيلي.

و من المعلوم؛ أنّه لا- ملازمه بين ذلك و إثبات الملازمه أو المزوم لا عقلا و لا شرعا إلّا على القول بالأصل المثبت، بخلاف الفرض الأوّل؛ إذ الملازمه الحقيقه التى كانت ثابتة بجعل التنازع ملازما لوجود المزوم، فإذا لم يكن المزوم هنا ثابتا فلا يثبت اللازم و هو الحكم، فلا يبقى الموقع للاستصحاب.

مقتضى الأخبار في المقام

فإذا تمّ البحث في ما يقتضيه الأصل في المسألة فلنشرع في ذكر ما [هو] مقتضى الأدلّة الخاصّة في الباب من الأخبار، فنقول [أولاً-]: لا- يخفى أنّ أخبار الباب بحسب اللحاظ الأولى و النظر البدويّ متعارضه، و لذلك اختلفت أقوال العلماء قدس الله أسرارهم في المسألة، فاختار كلّ فريق طائفه منها و رجّحها على الاخرى سندا أو دلاله، فأفتى بمفاد الراجحه بنظره.

فالمشهور بين القدماء (١)، بل نقل في كلماتهم الإجماع على خروج المنجزات من الأصل (٢)، و أمّا الشهره المتأخره فقد استقرت على خلافه (٣).

أمّا الأخبار الدالّه على الأوّل فهي القريبه بحدّ الاستفاضه.

منها: حديث صفوان (٤)، فهي و إن لم تكن صريحه في الدلاله على الخروج من الأصل؛ إذ يحتمل أن يكون المراد من المرض غير مرض الوفاه، فيكون السؤال عن غيره؛ لكون حال المرض غالبا يوجب قلّه الحرص و انقطاع العلاقه من المال، و لذلك يعمل بأمواله- أي المريض- في حاله هذا ما لا يعمل به في صحّته.

و الجواب لا بدّ و أن يكون ناظرا إليه؛ فلذلك لا يصير صريحا في المطلوب، نعم؛ بمقدمات ترك الاستفصال يدلّ عليه أيضا، إلّا أنّ ذلك لا يزيد عن الإطلاق

١- و كذلك طائفه من متأخري الأخباريين، «منه رحمه الله».

٢- الحدائق الناضره: ٢٢ / ٥٩٩.

٣- مسالك الإفهام: ٦ / ٣٠٥، و نقله صاحب الحدائق الناضره: ٢٢ / ٥٩٩.

٤- وسائل الشيعه: ١٩ / ٢٩١ الحديث ٢٤٦٢١.

و لا يوجب صيرورته نصًا، كما لا يخفى.

و منها: حديث أبي بصير (١) و دلالة على المطلوب تامه و قريب من الصراحة.

و منها: حديث سماعه (٢) و دلالة على المدعى إنما هو بالإطلاق (٣).

و منها: الموثقات الأربع لعَمَّار (٤)، فهي و إن كانت من حيث السند تامه إلّا أنّ في دلالتها جهات من الكلام، إذ يحتمل أن يكون المراد من الإبانة هي الإبانة الخارجيه لا الاعتباريه المراد بها المنجز الواقع بأحد عناوين المعاملات، فعلى الاحتمال الأول لا- يتم المدعى بها، إذ يكون المراد بها عليه أنه إذا كانت الإبانة الخارجيه في المنجز واقعه، بمعنى أن يكون أقبضه إلى المنتقل إليه في حياته الكاشف ذلك عن إمضاء الورثه و عدم ردّهم، و إلّا كان لهم المنع، فلا يكون فيها دلالة على المطلوب، فتأمل!

نعم؛ تتم دلالة بناء على استظهار الاحتمال الثاني.

و ثانيا: اختلف نقل متن أحدها من كونه «تعدى» أو «بعدي»، و لا ريب أنه على إحدى النسختين لا دلالة فيها على المطلوب أيضا، و على ذلك تصير

١- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٧ الحديث ٢٤٦٣٦.

٢- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٦ الحديث ٢٤٦٣٥.

٣- لا- يخفى ضعف دلالة إذ يحتمل أن يكون [«ما» في] قوله عليه السّلام: «ماله»؛ «ما» الموصولة، فتكون كناية عن ثلث ماله الذي هو له، فأجاب الإمام عليه السّلام: «هو ماله» أى الثلث ماله يصنع به ما شاء، و على فرض التسليم فدلالته إنما هو بالإطلاق القابل للتقييد جدًا، «منه رحمه الله».

٤- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٧٨ الحديث ٢٤٥٩١ و ٢٩٨ الحديث ٢٤٦٣٩ و ٢٩٩ الحديث ٢٤٦٤١ و ٣٠٠ الحديث ٢٤٦٤٤.

الروايه (١) بحكم المجمع، إذ على تقدير الأول بناء على أن يكون الغرض من التعدى التجاوز عن الثلث، لا الحياه لَمَا يصير الكلام مَمَّا يصلح للقريبته الصارفه للفظ عن معناه الظاهر فيه، فيصير طرفا للعلم الإجمالى، فلا يمكن الأخذ بالطرف الآخر.

و ثالثا: يحتمل قويا كون الموثقات الأربع- التى يكون ناقلها شخصا واحدا، و كذا المنقول عنه- موثقه واحده، و إنما نقلها مكرره، فلا يحصل الوثوق بكل واحد منها الذى هو مناط الاعتبار.

ثم إذا احتمل كونها منحصره بواحد، و بعد أن يحتمل كون تلك الواحد هي التى قد اختلفت نسخه، الموجب ذلك لسقوطها عن الاعتبار، فكيف يمكن التمسك بهذه الموثقات و الركون إليها؟

و منها: ما رواه المحمّدون الثلاثة (٢).

و منها: صحيح إبراهيم بن هاشم (٣).

و منها: خبر ابن أبى السّمّاك (٤)، و دلالة هذه الطائفة أيضا تكون بالإطلاق، مع جريان احتمال التفكيك فى لفظ «ماله» أيضا فيها.

نعم؛ هذا الاحتمال فى بعض هذه الروايات، و هي ما كانت فى ذيلها لفظ «فإن أوصى» (٥) و نحوه؛ بعيد بل فى غاية الضعف، و أمّا فى هذه الروايات

١- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٧٨ الحديث ٢٤٥٩١.

٢- وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٣٣ الحديث ٢٤٧١٦، جواهر الكلام: ٢٨ / ٢٥٩.

٣- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٩ الحديث ٢٤٦٤٢.

٤- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٧ الحديث ٢٤٦٣٧.

٥- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٩ الحديث ٢٤٦٤١.

الأخيره فقريبه بل قويّه مع لحاظها مع ما يدلّ من الروايات الآتية على حرمان الشخص في مرض موته عن الزائد عن الثلث.

و منها: الأحاديث الثلاثة المشتمله على العتق و لما كان تقريب دلالة هذه الطائفة على المطلوب حكم الإمام عليه السّلام بكونه نافذا مطلقا، مع احتمال كونه زائدا عن الثلث، و أيضا يحتمل كونه مؤخرا عن الوصايا، مع ذلك يحكم عليه السّلام بكونه نافذا مطلقا و لا يتمّ ذلك إلّا لكونه من التصرفات المنجزه.

فيمكن أن يجاب عن ذلك أولا بأنّ الحكم بنفوذ العتق مطلقا لكون بنائه على التغليب.

و ثانيا: يحتمل كونه مقدّما على سائر الوصايا بحسب الوصية فلذلك حكم الإمام عليه السّلام بكونه نافذا.

و ثالثا: و لو فرض كون العتق من التصرفات المنجزه، مع ذلك حكم الإمام عليه السّلام بنفوذ مطلقا لا يستكشف كونه من الأصل، بل يجتمع ذلك- أى تقديمه و تنفيذه- مع كونه من الثلث أيضا، و ذلك لأنّه يمكن أن يكون وجه التقديم هو دوران الأمر بين المقتضى التنجيزي- و هو العتق- و التعليق و هو الوصية، و لما كان المقتضى التنجيزي يؤثر في الرتبة السابقه فلا تصل النوبه إلى الوصية، لعدم بقاء المحلّ له، إذ الثلث الذي هو مصرفه إنّما صرف في العتق لما عرفت.

و أما الأخبار الدالّة على الثاني فبين طوائف (١)، الاولى: ما تدلّ بإطلاقها

١- قد ادّعى تواترها «صاحب الجواهر» نقلا عن «جامع المقاصد» (جواهر الكلام: ٢٨ / ٤٦٨ و لاحظ! جامع المقاصد: ١١ / ٩٦ و ١٠٩-١١١) و إن لم تتحقّق هذه الدعوى عن «جامع المقاصد» على حسب الفحص في أطراف كلماته، كما اعترف بذلك بعض من كتب في المسألة رساله.

على حرمان الرجل عمّا زاد عن الثلث (١).

منها: صحيح يعقوب بن شعيب (٢).

و منها: صحيحه ابن يقطين (٣).

و منها: خبر عبد الله بن سنان (٤)، و غير ذلك ممّا لا يسع هذا المختصر لنقلها.

أمّا الكلام فى سند هذه الأخبار فلا ينبغى البحث فيه؛ لاشتمالها على الصحيح و نحوه، و أمّا دلالتها فلمّا كان مضمون غالبها هو: «رجل يموت» أو «ماله عند موته» و من هذا القبيل، فالنفي الوارد على هذه المضامين إمّا أن يكون المراد به نفي السلطنة فى ما زاد عن الثلث، و إمّا أن يكون هو نفي المائيه رأسا.

أمّا الأول: فهو موقوف أن يكون المراد من مجموع السؤال و الجواب هو سلب السلطنة فى زمن الحياه المتعلّقه بالتصرّف المنجز و المعلق كليهما.

و على هذا التقدير؛ قد يتوهم كونها حاكمه على الأخبار الدالّة على خروج المنجز من الأصل؛ لكون دلالتها بالإطلاق فيقيد قوله عليه السلام: «الإنسان أحقّ بماله ما دام فيه شىء من الروح» (٥) بتصرّفه المتعلّق بثلاث ماله دون زائده، و لكن هذا مردود.

أو فيها يكون ما ليس يقبل ذلك، مثل حديث أبى بصير الدالّ على نفوذ

١- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٧١ الباب ١٠ من أبواب الوصايا.

٢- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٧٢ الحديث ٢٤٥٧١.

٣- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٧٤ الحديث ٢٤٥٧٧.

٤- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٧٣ الحديث ٢٤٥٧٦.

٥- وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٩ الحديث ٢٤٦٤٢.

تصرّفات الشخص مطلقاً، و في ذيله: «فإن أوصى فليس له إلّا الثلث» (١)، و قد أشرنا إلى كون مضمون هذا الحديث نصّاً في المدّعى، فكيف يمكن تقييده بنحو ما ذكر؟ و لذلك قد يتوهّم حكومه تلك الأخبار على هذه الطائفة و تقييدها بالتصرّفات المعلقة على الموت، فهي التي نفت السلطنة عمّا زاد عن الثلث فيها.

و لكن هذا أيضا فاسد؛ و ذلك؛ لأنّه إذا كان وقوع متعلّق الوصيّة و تحقّقه بعد موت الموصى لا في حياته، فمرجع سلب السلطنة عن الإنسان و إثباتها له في ثلث ماله يكون إلى إثبات السلطنة له في ثلث ماله بعد موته، و هذا لغو غير معقول، بل لا بدّ أن يلاحظ النفي و الإثبات بالنسبة إلى زمن الحياه، كما لا يخفى.

فإذا انتهى الأمر إلى ذلك فيقع التعارض الحقيقي بين الطائفتين على هذا التقدير، إذ يكون مفاد أخبار الأصل إثبات السلطنة الكليّه ما دامت الروح في بدن الإنسان، و مفاد هذه الأخبار هي السلطنة عنه في ما زاد عن الثلث كذلك.

و أمّا على التقدير الثاني- و هو أن يكون المراد من النفي في هذه الأخبار نفي المائيّه- و لا ريب أنّ ذلك إنّما هو مبنيّ على أن يكون المراد من قوله عليه السّلام:

«عند الموت» أو قوله عليه السّلام: «يموت» و غير ذلك من هذه المضامين بعد الموت، إذ فيه إنّما تنقطع يد الإنسان عن ماله فيصحّ نفيه عنه، و أمّا قبله فالظاهر أنّ بقاء المال على ملك صاحبه و عدم تعلق حقّ الورثه به إجماعى، فعلى ذلك يبقى النفي بحاله على معناه الأصلي من نفي حقيقه المائيّه لا- نفي السلطنة باعتبار نفي الآثار، و يرتفع التعارض أيضا، إذ يختلف موضوع الإثبات المستفاد من أخبار الأصل و النفي الدالّ عليه هذه الأدلّه، فيدور الأمر بين أن يرفع اليد من ظاهر

أخبار الأصل بحملها على غير مرض الموت و تقييد السلطنة المستفاده منها بالثلث، و بين التصرف في بعض هذه الأخبار، مثل قوله عليه السّلام: «عند موته» و حمله على بعد الموت، و إلّا فمثل قوله عليه السّلام: «يموت» لا يحتاج إلى التصرف؛ إذ هو ظاهر في ذلك.

و لا إشكال أنّ الثاني أولى، بل متعين؛ إذ عليه يبقى النفي أولاً على معناه الظاهر، و في هذه الأخبار يكون ما يدلّ على كون المراد، التصرفات المعلقة على الموت مثل قوله عليه السّلام: «فإذا أوصى بأكثر من الثلث» (١) .. إلى آخره، و كذلك قوله عليه السّلام: «فإن لم يوص» (٢) .. إلى آخره.

ثانياً: و الجمود على ظواهرها يوجب تخصيص الأكثر أو الالتزام بما هو المخالف للسيره القطعيه، و منع المالك عن تصرفه في مرضه عن مطلق التصرفات إلّا بمقدار الثلث و حجره عن إعطائه أجره الطبيب أو بعض النذور، أو صرفه لنفسه و لعياله، و غير ذلك ممّا هو مرغوب عنه عند الكلّ ثالثاً.

فالتحقيق الالتزام بظهور أخبار الأصل، لعدم كون هذه الأخبار قابله لمعارضتها كما عرفت، و أمّا بقيه الطوائف فلا ريب في عدم قابليتها للمعارضه أيضا كما يظهر للمتدبر فيها، و قد تعرّض لذكرها و الجواب عنها السيد المحشّي قدّس سرّه (٣) بما لا مزيد عنه فراجع!

و لكن لا يخفى؛ أنّه بعد ما أشرنا إلى ما في أخبار الأصل أيضا هي غير

١- وسائل الشيعه: ٢٨٤ / ١٩ الحديث ٢٤٦٠٢.

٢- لاحظ! وسائل الشيعه: ٢٧٣ / ١٩ الحديث ٢٤٥٧٦.

٣- لم نعثر على هذا القول.

تامه الدلاله أو السند، و إن استقر رأي الأستاذ- مد ظله- على تقويتها مؤيدا بغيرها مما أشرنا إليها قبل التعرض لذكر الأخبار، و الله العالم، و هو الموفق و المعين.

قد وقع الفراغ من هذا البحث في أخير عشر الثاني من [شهر] رمضان المبارك ١٣٤٤ الهجريه.

ص: ٥١١

رسالة الغصب

اشاره

غصب المسجد

[و لا يخفى أنه إذا كان الشيء متعلقاً بحق الانتفاع لشخص أو جماعه و لم يكن مملوكاً لهم لا عيناً و لا منفعه فهل يكون غصبه كغصب المملوك عيناً أو منفعه بحيث تبطل صلاه الغاصب فى ذلك المكان مطلقاً، و صلاه غيره إذا لم يكن جاهلاً بالغصب، أو ناسياً، أو لا يكون كغصب المملوك؟ فإنه معرکه الآراء، فقليل بعدم الفرق، و قيل بالفرق و أنّ الصلاه لا تبطل إلّا فيما إذا كان مملوكاً عيناً أو منفعه فلا تبطل الصلاه فيما لم يكن ملكاً] (١) عيناً أم منفعه، بل إنّما تعلق حق انتفاعهم عنها بلا أن يثبت لهم ماله فيها أصلاً، و لذلك قالوا فى مسأله من سبق إلى مكان من المسجد و نحوه فهو أولى به (٢)، بأنّه لو أزعجه آخر عن مكانه فصلّى فيه تكون صلاته صحيحه، و ليس ذلك إلّا لأنّ للسابق حق انتفاع من الأرض بلا ثبوت ماله له فيها، و لا ثبوت حكم وضعى لهذه الأرض بالنسبه إلى السابق، بل إنّما أولويته حكم تكليفى صرف، و هو حرمة إزعاجه الغير الذى نشأ ذلك من جهه جعل الشارع له أولويّه الانتفاع.

نعم؛ هل يتوقف صدق عنوان الغصب على أن تكون يد الغاصب موضوعه على المال و الملك، بحيث لو لم تكن اليد العاديه وارده على ما ليس بمال لأحد

١- ما بين المعقوفتين أوردناه لتتميم البحث.

٢- ليست المسأله اتّفاقيه بل خلافيه، بل المشهور بطلان الصلاه، «منه رحمه الله».

لم يتحقّق الغضب، أم لا- بل لا- يتوقّف على ذلك، بل ما يصدق عليه أعمّ من أن يكون مالا أو شيئا فيه نحو اختصاص بالغير، بحيث للغير أن يرفع اليد العاديه و يمنعه عن التصرّف فيه لا بعنوان الأمر بالمعروف بل بعنوان أنّ حقّه تعلق به فهو ذو حقّ فيه و له إضافه خاصّه إلى الشئ الذى وردت عليه اليد العاديه.

و لا يخفى؛ أنّه ما اعتبر أحد فى مفهوم الغضب المعنى الأوّل، بل معناه اللغوى و كذلك كلماتهم ظاهره فى المعنى الأعمّ، و لا ريب أنّ العرف أيضا مساعد معه، فيصدق على من تصرّف فى المسجد عمّا هو عليه، و لو لم يكن فيه ماله لأحد أى مال للناس، أنّه غضبه، لما يرون فيه للناس حقّ اختصاص به.

و بعبارة اخرى: أنّ الأوقاف العامه ليست كالمباحات الأصليّه التى ليس لأحد أن يمنع المتصرّف فيها عن التصرّف، بل لهم لما يكون للناس جميعا فيها حقّ و سلطنه أن يمنعوا المانع عن استنقاذ حقّهم، و كذلك ليس كمنفعه الحرّ التى ليست ملكا و لا متعلّقا لحدّ أحد، بل إنّما سلطنته على نفسه حكم محض بلا اعتبار ماله أو حقّ فيه، و لذلك لا يضمن منافع الحرّ، و ليس ذلك إلّا لاختلاف نحو العلقه الحاصله بين الناس و بين المباحات، و بين العلقه الثابته بين الأوقاف العامه و الموقوف عليهم؛ لأنّ العلقه الثابته بينهم و بين المباحات إنّما تكون نحو اختصاص، بحيث لو سبق إليها كلّ شخص تكون تلك المباح له، و له أن يقلّبه كيف شاء؛ لصيرورته ملكا له، بخلاف الأوقاف العامه فإنّ الناس فيها شرع سواء، و إن كانت علقه الاختصاص هنا أيضا بتحقيق للسابق إلّا نحوها تكون بحيث له الانتفاع منها فقط، بلا أن يكون له تقلّبها بأى نحو شاء بعنوان الملكيه، بل لو تصرّف هكذا لما كان يتصرّف فى متعلّق حقّ الغير، فللغير أن يمنعه و يرفع

يده عن الزائد عمّا له الحقّ أن يتصرّف فيه كغيره من الموقوف عليهم.

و أمّا الفرق بينها وبين منافع الحرّ؛ فلما عرفت من أنّ العقلاء لا يعتبرون لمنافعها المائيه، ولا العلقه الحاصله بينه وبين منفعه العلقه الملكيه و المالكيه، كما أنّ الشارع ما اعتبر لمنفعه إلّا حكما تكليفيّا محضاً، بمعنى أنّ سلطنه الحرّ على نفسه و منفعه (١) ليست إلّا قدره محضه بلا اعتبار حكم وضعي له و لمنفعه.

و ممّا ذكرنا ظهر لك أنّه يكفي في حرمه التصرفات الزائده على مصرف الوقف أو المعتبره له، ما دلّ على أنّ الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، فلو لم يكن لنا دليل الغصب، أو لم يصدق العنوان على المقام، ما يكون من قبيل هذه الأدلّه كافيه لإثبات عدم جواز التعدّي في الأوقاف العامه و منع اليد العاديه عنه، كيف و قد أوضحنا صدق عنوان القضيّه عليها، و عدم توقّف ذلك على أن يكون الوقف تمليكا كما زعمه بعض (٢)، بل و لو قلنا بكون الأوقاف العامه تحريرا و إيقافا يصدق عنوان الغصبيه أيضا؛ لصيرورتها بذلك - أي بالتحرير - متعلّقا لحقّ الناس، و لو لم يكن ملكا لهم، كما أنّ ظاهر معاهد الإجماعات قد عبّر فيها عن الحقّ، أي: للناس حقّ الصلاه في المساجد أو حقّ السكنى في الخانات.

فلا- يتوهم أنّ إضافتهم بها يكون كإضافتهم بالمباحات قبل تصرّفهم فيها، حتّى يكون حكما محضاً بلا ثبوت حقّ ليس الأمر كذلك، بل يعتبرون للناس في الأوقاف العامه الحقوق و نحو اختصاص و إضافه مائيه بحيث لو منعهم أحد عنها

١- و إن كان ظاهرهم اعتبار المائيه لمنفعه بعد صيرورتها مصبّا للمعامله و الإجاره، حتّى جوّز بعض جعلها بدلا و عوضا في البيع، و بالجملة؛ اعتبر فيها جميع اعتبارات المائيه، فراجع أول البيع! «منه رحمه الله».

٢- المكاسب: ٥٤/٤.

يصدق عليه أنه غضب حقوقهم.

بل هكذا القول في الأوقاف الخاصه، أى لا- نلتزم فيها بالتمليك، مع ذلك نلتزم فيها بصدق عنوان الغصبيّه، كما أنّ ظاهر الحديث و كذلك عبارات الفقهاء فى حقيقه الوقف هو أنّه تحببب الأصل و تسبيل الثمره، فينكشف من ذلك أنّهم اعتبروا للتمليك مراتب.

منها: تمليك العين بجميع تشخّصات وجودها و مراتب وجودها، كما فى التملك فى البيع و الهبه و نحوهما.

[و] منها: تمليكها بجهه من وجودها؛ مثل تملك منافعها مثل الإجاره، و الأوقاف الخاصه، فهذه الحيثيه من وجود العين فيهما يصير ملكا للمستأجر و الموقوف عليهم، و لذلك لهم القلب و الانقلاب فى هذه الحيثيه من الوجود بأى نحو شاءوا، و لكن بحيث لم يتعدّ عن المنافع و يصل التصرف بالعين.

و لعلّه لئلا رأوا أنّ للموقوف عليهم فى الأوقاف الخاصه التصرف فيها- أى فى منافعها- بأى نحو شاءوا فالتزموا بالتمليك فيها، فأشكل عليهم الأمر، و وردت عليهم الإشكالات المذكوره فى محلّها.

و قد تبين أنّه لا- داعى لذلك، و لا- ضروره تقتضيه، مع أنّه يلزم أن نجعل للواقف حقائق مختلفه، فى الأوقاف العامه نلتزم بالتحريم و الإيقاف، و فى الخاصه بالتمليك.

و منها: ما يكون تملك لجهه من وجود العين أضعف من الجهه الثانيه، و هى جهه الانتفاع من العين كما فى العاريه و الأوقاف العامه، فى مثلها ليس تملك للمنفعه و لا العين، و لذلك ليس للمستعير و لا الموقوف عليهم القلب

و الانقلاب فيهما بل يكون أثر هذا التمليك صرف جعل حق الانتفاع لهم، فيستحقون أن يعملوا في العين العمل الذي اعير العين و اوقف له، فلا- يتوقف استحقاقهم ذلك أن يكون العين أو المنفعة ملكا لهم، بل فيه تسبيل الانتفاع و تمليكه، و هذا أمر اعتبره العقلاء، و الشارع أيضا أمضاه.

و أمّا جهة الضمان- أي ضمان العين- فقد تبين لك صدق عنوان الغصب على تغليب الأوقاف العامه و تغييرها عن هيئتها الموقوفه عليها، و قد ذكرنا في صدر الباب أنّ الغصب مساوق لليد، و لا يخفى أنّه بعد لحاظ العلقه المذكوره بين الأوقاف المذكوره و الموقوف عليهم، فيصدق أيضا على اليد العاديه فيها قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) و لا إشكال أنّ أخذ كل شىء بحسبه، فأخذ العين يكون بوضع اليد عليها، و أخذ الانتفاع يكون بوضع اليد على ما ينتفع منه، و منع المستحقين عن انتفاعهم [منه].

هذا اعتبار الأخذ، و أمّا اعتبار الأداء فيها؛ فإنّما يكون بردّ ما ينتفع به إليهم، فإن كان بدله أو جعله محلّا للانتفاع شخصه فيردّه إلى ذوى الحقوق، و يجعله فى محلّه حتى يستفيد ذوو الحقوق منها كما عيّن بحسب ما أوقفها أهلها لمصرفها، هذا بخلاف مثل منافع الحرّ؛ فإنّه و إن كان يتصوّر الاستيلاء بالنسبه إلى الحرّ، إلّا أنّه لا يصدق الضمان على منافع الفائته زمن الاستيلاء عليه و حسبه، و علّه ذلك أنّ الإضافه الاختصاصيّة التي تكون فى الأوقاف، بحيث يكون منشأ تلك الإضافه الحكم الوضعى الذى اعتبر فيها باعتبار حقوق الموقوف عليهم المتعلّقه بالأعيان الموقوفه التي صارت تلك الإضافه منشأ

١- عوالى اللآلى: ١/ ٢٢٤ الحديث ١٠٦، مستدرک الوسائل: ١٧/ ٨٨ الحديث ٢٠٨١٩.

لاعتبار نحو ماله فيها لهم تلك الإضافة، ما اعتبر بين الحرّ و منافع، و لذلك قلنا:

إنّ سلطنته على نفسه ليست إلّا قدره محضه و حكما صرفا، فلذلك؛ و إن صدق الأخذ على الاستيلاء على الحرّ بوضع اليد عليه، إلّا أنّ غايه قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «على اليد» و هى «حتّى تؤدّى» لا يصدق، لأنّ التأديبه موقوفه على أن يكون المؤدّى مالا أو حقّا حتّى يردّ، فيتحقّق الأداء، و قد أوضحنا: لا اعتبار ماله أصلا بالنسبه إلى منافع الحرّ، فتأمّل! (١)

فانقدح بما ذكرنا تحقيق الضمان باستيلاء اليد على الأوقاف العامه، و صدق الغصبيّه عليها عند ذلك، فللموقوف عليهم إلزام الغاصب على ردّ الأعيان الموقوفه و أخذها منه؛ لصدق قاعده «اليد» على عمله ذلك.

و من البديهيّه أنّ الضمان لا يتوقّف على مئونه أزيد من ذلك، و كذلك يضمن العادى و الغاصب منافعها المستوفاه بالملاك الّذى بيّنا فى ضمانه أصل العين الموقوفه؛ لأنّه و إن لم يكن منافع المسجد- مثلا- ملكا للمسلمين، بل لهم فيه حقّ الانتفاع، إلّا أنّ تلك الإضافة الّتى تعتبر عند العقلاء بين العين و الموقوف عليهم، كذلك تعتبر بينهم و بين منافع.

فإنّ أجر الغاصب المسجد- مثلا- و أخذ مال الإجاره يجب عليه، بمعنى أنّه ضامن أن يصرفها فى الأعيان الموقوفه، بل للمسلمين إلزامه، بأن يأخذوا عنه المنافع، لا لكونها مالا لهم بل لكونها متعلّقا لحقوقهم، فيصرفوها فى العين الموقوفه من حصير المسجد أو تعميره و غير ذلك، و لكن لهم ذلك بعنوان الأمر بالمعروف، أو يكون منعهم بعنوان النهى عن المنكر، بل فوق ذلك، بمعنى أنّهم

١- الالتزام بالفرق فى غايه الإشكال، «منه رحمه الله».

يمنعونه عن التصرف في حقوقهم و يأخذون منه كذلك حقوقهم التي لا- تتحقق تلك إلا بأخذ ما ينشأ منه هذه الحقوق، عينا كان أم منفعة، أما العين فهو واضح كيف يكون منشأ لحقوقهم و أما المنافع؛ فلأن السنه التي آجر فيها المسجد الغاصب- مثلا- كان للموقوف عليهم في هذه السنه الانتفاع من المسجد، فقد منعهم الغاصب عن ذلك، فاستوفى تلك [المنافع] من متعلق حقوقهم، ففي الحقيقه هذه المنفعه نشأت من منع حقوقهم و اختصاص الانتفاع بنفسه، الذي يكون غيره شريكا [معه] فيه، فغير الغاصب يأخذ منه هذه المنافع و يصرفها في الوقف؛ لكونها أيضا متعلقه لحقه، فتأمل!

و أمّا لحاظ الإلتلاف فيها؛ و إن كان المعروف أنه «من أتلّف مال الغير فهو له ضامن» (١) و المفروض أنّ الموقوفات العامه ليست ملكا (مالا-) لأحد و لكن لا- إشكال في أنّ هذه القضيّه ليست حديثا ماثورا حتى نلتزم في تطبيقها على الموارد برعايه ألفاظها و مدلولها الظاهره فيه، و لا نتجاوز عن ظاهرها أصلا، بل هي قاعده مستفاده من تطبيقها على الموارد الخاصه التي منها قوله عليه السلام: «من أضّر بطريق المسلمين فهو ضامن» (٢).

و لا ريب أنّ هذا ملاكه بعينه متحقق في مثل إضرارهم بإتلاف مطلق متعلق حقوقهم، كالمسجد و الرباط و الخان و غيرها، فمن خرب مسجدا أو نحوه فهو ضامن له، و للمسلمين إلزامه على بنائه ثانيا و تعميره؛ لجريان قاعده الإلتلاف هنا أيضا، كما يجرى في مثل الإضرار بطريق المسلمين و جريان ملاكه في مثل

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٦٠، و لاحظ! القواعد الفقهيّه: ٢٨ / ٢.

٢- وسائل الشيعه: ٢٩ / ٢٤١ الحديث ٣٥٥٤٠.

المسجد أيضا، لأنَّ الطريق مع أنَّه ليس مالا- لهم بل فقط متعلِّق لحقِّهم، وإضافه بينه وبينهم، وقد اعتبروا فيه المائيه حتَّى استفادوا القاعده المعروفه عن مثله، كذلك قد عرفت أنَّ هذه الإضافه و العلقه متحقِّقه بين الأوقاف العامه و الموقوف عليهم، مع أنَّه لا ريب في أنَّ في لفظ «المال المأخوذ» في القاعده توسعه تشمل الحقوق أيضا، بل يعتبر عند العرف و العقلاء في الحقوق اعتبار المائيه، بحيث يستفاد منه تسامحهم في لفظ المال كلِّ المسامحه، و عليك بالتتبع في الموارد.

فكيف كان؛ فقد ظهر لك من مطاوى ما ذكرنا حال الرهن و أمثاله كلِّ ما يكون متعلِّقا لحقِّ الغير و له مساس بالغير و لو على نحو الوثيقه، فالراهن إذا أخذ العين المرهونه عن المرتهن قبل تأديه الدين عدوانا يصدق على عمله ذلك عنوان الغصب و الأخذ، فهو ضامن له و عليه أن يؤدِّيه، و كذلك لو أُلِف العين المرهونه يجب عليه التدارك، و للمرتهن إزماءه على ذلك لجريان جميع الاعتبارات المذكوره و التقريبات السابقه فيه.

تعاقب الأيدي في الغصب

اشاره

الأمر الخامس: في تعاقب الأيدي، قال في «الشرائع»: (و لو تعاقبت الأيدي الغاصبه على المغصوب تخيّر المالك في إزماءهم شاء، أو إزماء الجميع بدلا واحدا) (١).

نقول: في المقام إشكالات ثلاثه لا بدّ من تنقيح البحث بنحو ترتفع الإشكالات، حتَّى نخرج عن المسأله فارغا عن الشبهات كلّها.

أما الإشكال الأول؛ فهو أنه كيف يتصور للمال الواحد أبدال متعدده، فتشتغل بكل واحد منها ذمه مستقله، مع أنه ما خرج عن كيس المالك إلا مال واحد، و ما قطع عنه إلا سلطنه واحده؟ فلا بد أن لا تشتغل إلا ذمه واحده المترته عليها للمالك سلطنه واحده.

و المفروض أن بناء على ضمان جميع الأيدى المتعاقبه لازمه أن تثبت له أملاك متعدده بالنسبه إلى الأبدال المفروضه على الذم المتعدده، و لذلك التزم صاحب «الجواهر» قدس سره بأن اشتغال الذمه ليس إلا لمن استقر الضمان عليه، و هو من يكون المال عنده أو تلف في يده، و أميا غيره فليس له اشتغال ذمه، بل إنما ضمانه شرعي ناشئ عن حكم تكليفي محض بوجوب الأداء (١).

أميا الثاني؛ و هو أن البديل المذمى يكون على ذمه كل واحد معلق على تلف العين، بحيث لو انقطعت سلطنه المالك عن أصل العين لتلفها فتوجد له سلطنه جديده على بدلها المستقر على ذمه الضامن، و ما دام لم يتلف العين و تكون في يد اللاحق فكيف يستقر ضامن البديل على ذمه ذى اليد السابق؟ مع أن القضييه التعليقيه المتعلقة بالبديل - بمعنى أن مضمونه البديل كانت موقفه على تلف المال - لم تنتج بعد؛ لأن عين المال موجوده في اليد اللاحقه، فكيف يجوز للمالك أن يرجع إلى اليد السابقه؟ مع أن العين ليست عنده، و سلطنته لم تكن إلا بالنسبه إليها ما دامت باقيه (٢)، و المفروض أن ذمته لم تشتغل بالبديل بعد.

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٣٤.

٢- و لذلك التزم بعض في حاشيته على «المكاسب» بتصوير ضمان الأيدى المتعاقبه في نفس العين بتقريب له (انظر! حاشيه المكاسب للسيد كاظم اليزدى: ١ / ١٨٤)، «منه رحمه الله».

و أما الثالث؛ و هو أنّ الأصحاب بنوا على أنّ استقرار الضمان إنّما يكون على من تلف المال في يده، بمعنى أنّه لو رجع المالك إلى غيره، للغير أن يرجع إلى من تلف المال في يده و يأخذ عنه بدل ما أعطاه للمالك، بخلاف ما لو رجع المالك إلى من تلف في يده، فليس له أن يرجع إلى غيره.

مع أنّ بعد التلف تستقرّ ذمم الجميع بالنسبة إلى البدل دفعه واحده بلا تعاقب و ترتّب بين الأيدي، فأى ترجيح للبدل المتلفه عند صاحب المال حتّى يقال: باستقرار الضمان عليه؟ و الحال أنّ الكلّ متساوون بالنسبة إلى التعهّد و اشتغال الذمّه؛ لأنّ القضيّه التعليقيّه المتصوّره، على كلّ من الأيدي، و هي: أنّه عين وضع اليد العاديه على مال الغير.

قلنا بأنّه من آثار هذا اليد هو أنّه تتحقّق قضيّه، و هي: أنّه لو تلفت العين تشتغل ذمّه ذى اليد على البدل، و هذه القضيّه التعليقيّه التي انتزعت عن الآثار المترتبه على كلّ واحد من الأيدي بعد التلف تنتجّز في آن واحد بالنسبة إلى جميعها، بلا سبق لأحد من الأيدي على الاخرى، فكيف الالتزام باستقرار الضمان على من تلف المال عنده؟

و لذلك منع بعض - كالسيد المحشّي «المكاسب» على ما نقل (١) - عن ذلك رأساً، و أنكر استقرار الضمان عليه، و جعل من تلف المال عنده كغيره، هذه ملخص الإشكالات الثلاثه، و قد تعرّض كلّ إلى دفعها بنحو سنشير إليه.

١- لاحظ! حاشيه المكاسب للسيد كاظم اليزدي: ١٧٧/١.

قاعده اليد

و أما نحن فنتعرّض أولاً بشرح «قاعده اليد» بمالها ربط بالمقام؛ لأنك عرفت أنّ العمده من الدليل في باب الضمان هي هذه القاعده، و أنّ الغصب الذي عرّفناه في صدر الباب أيضا مساوق له، ثمّ نتعرّض لدفع الإشكالات و تثبيت حكم الضمان بما أفتى به المشهور في المقام.

فاعلم! أنّ الذي يستفاد من ظاهر هذه القاعده أنّ اليد الغاصبه إذا ترد على شىء و تأخذه من مال الغير، فمن آثار هذا الورود و وضع اليد على مال الغير أنّه يثبت - مضافا إلى ما سيجىء في اليد - شىء آخر فوق اليد، و هذا الذي يثبت فوق اليد ليس إلّا بدل هذا الشىء الذي يكون في اليد، بحيث لو تلف فعلى اليد العاديه أن تردّ إلى صاحب المال بدلا عمّا كان في يده، هذا الذي يثبت له بحكم الشارع فوق يده و على يده.

و هذا الذي ادّعيناه إنّما يستفاد من عنايه لفظ «على» المشتمل عليها الحديث (١)، لأنّ المال الذي أخذه الغاصب يكون في يده و تحت يده لا - فوق يده، المستفاد ذلك من كلمه «على» الدالّه على الاستعلاء، فكأنّ الشارع أزمه على فعله ذلك، بأن جعل لصاحب المال على عهده الغاصب بدلا (٢) لماله المترتب على ذلك سلطنه اخرى له عليه، مضافا إلى سلطنته على عين ماله، بحيث لو

١- عوالى اللآلى: ١/ ٢٢٤ الحديث ١٠٦، مستدرک الوسائل: ١٧/ ٨٨ الحديث ٢٠٨١٩.

٢- لا بدلا بل وسّع في دائره تملكه و جعل وجودا له، مضافا إلى الوجود العينى للملك على عهده الغاصب، «منه رحمه الله».

تلف عين ماله فى يده فانقطعت سلطته عنه، تكون له سلطنه اخرى على بدله الذى يكون موجودا فوق يد الغاصب الذى قد اعتبره الشارع، فالشارع فى عالم التشريع فعل ما له أن يفعل فى عالم التكوين، فكما أن له إذا يأخذ الغاصب مالا للغير فى يده أن يوجد - مثلا- له فوق يده، يكون ذلك أيضا لصاحب ما فى اليد بدلا له.

و بالجمله؛ فعلى ما يستفاد من ظاهر القاعده أنه إذا وضع الغاصب يده على مال الغير يترتب على فعله ذلك امور: أخذ الغاصب المال، و سلطنه للمالك على المال المغصوبه التى كانت قبل خارجه عما فى يد الغاصب، فإذا انتقل المال إلى يده لا ريب أن سلطته الخارجيه التى كانت تابعه للمال قد انتقلت إلى ما فى يد الغاصب.

بمعنى أنه لما كانت اليد فى المقام كناية عن العهد، فإذا تصرف الغاصب فى مال الغير فلما يترتب على ذلك اشتغال ذمته بعين المال أولا فيحدث للمالك سلطنه على عهده المالك و عنقه، تبعا لسلطنته على ماله، فتأمل.

و أيضا؛ يترتب على فعل الغاصب بأن يثبت وجود للمال المأخوذ على الغاصب، بحيث إذا يأخذ الغاصب المال فى يده فكأنه ينعكس منه مال آخر ظهر اليد، و يكون ذلك من الآثار الوضعيه للتصرف فى مال الغير المعبر عن ذلك بالضمان، فالمال الذى يكون فى اليد علّه لحدوث مال آخر فوق اليد بدلا عن الذى يكون فى اليد المستتبعه حدوث هذه المرتبه الاخرى من الوجود لشيء آخر، و هو الأمر الرابع الذى يترتب على التصرف فى مال الغير، و هو ثبوت سلطنه اخرى للمالك على هذا البديل عند تعذر العين، أو تلفها.

و لا يخفى؛ أن ثبوت هذا البديل الذى قد عرفت أنه وجود تنزيلي للعين، إنما يثبت على ذمه الغاصب من أول ما يضع يده على العين فى عرض ثبوت العين، إنما أن سلطنته على العين فعلى تنجيزي، بخلاف سلطنته على المنعكس عنه، فمعلقه على تلف العين، و أما أثر هذا ثبوت البديل فوق اليد أى شىء يكون؛ فنشير إليه.

و الآن نكون فى مقام ما يستفاد من ظاهر لفظ «على اليد» فكيف كان هاهنا يفترق بين يد الضمان و يد الأمانة، فإن فيها ليس يثبت على عهده الأمين سوى نفس العين، و لذلك لو تلفت بلا تفريطه و تعديه ليس عليه شىء إلا إذا صارت يده أيضا متعديه. هذا كله؛ بالنسبة إلى اليد الأولى العادية، و كذلك يترتب هذه الامور الأربعة أيضا على اليد الثانية، و كذلك الثالثه إلى أن ينتهى، و يستقر الضمان على الآخره.

فالذى تقتضيه القاعده؛ هو ترتب الأبدال على الأيدى المتعاقبه العادية، بحيث تكون سلطنته للمالك على كل واحد من الأبدال بمجموعها، مضافا إلى سلطنته على عين ماله عند كل من تكون، لو لم تكن تابعه.

ثم من آثار ثبوت هذه الأبدال على ذمتهم ثبوت حق للمالك أن يرجع إلى كل واحد منهم و يطالب عن كل منهم ماله، فعليه يحكم «على اليد» أن ترد إليه عين ماله إن أمكنت و لو بأن يرجع إلى غيره و يأخذ منه العين، و إلا فالأقرب إليها حتى ينتهى إلى قيمه، و من المعلوم أنه لا ينتهى إليها إلا بعد العجز عن العين أو ما هو أقرب إليها من قيمه، كما أنه ليس للمالك أيضا إزماءه على رد قيمه مع

تسليمه العين أو مثله، لأنّ نحو ثبوته على يده المكتنى بها عن العهده ليس إلّا بهذا النحو؛ لأنّه سنذكر أنّ هذا البديل ليس بدلا معاوضيًا، كما يثبت في المعاملات بالتراضى، بل هو غرامه من الشارع ألزمها على الغاصب تداركا عن العين المغصوبه، و طبيعه الضمان تقتضى ردّ العين، كما أنّ طبيعه الغرامه تقتضى ردّ ما هو أقرب إليها، و لا مدخلية لرضاء المالك فيها، و سنشير إلى توضيح ذلك في بحث القيمي و المثلى إن شاء الله.

ثمّ إنّّه يتولّد هنا الإشكال الأوّل، و أنّ ذمهم المتعدّده كيف يمكن أن تشتغل لتلف مال واحد و عين فارده؟

فنقول في دفعه: إنّّه لو التزمنا بثبوت أموال متعدّده الّذى يكون مرجع ذلك إلى الامتزام بثبوت كلّ واحد من الأبدال على العهدهات تعيّنًا، فلا ريب أنّ الإشكال يكون واردا، و أمّا لو لم نقل إلّا بثبوت بدل واحد على الجميع، و مرجع ذلك يكون إلى ثبوت جامع من الأبدال على المجموع، إلّا أنّه لَمّا فرض لهذا الجامع مصاديق متعدّده تكون كلّ واحد منها على أحد الذمم، و لكن لا- بكونه وجودا شخصيًا معيّنًا في مقابل الأفراد الاخر، بل لكونه أحد مصاديق الجامع، فإذا يرجع المالك إلى كلّ واحد منهم و يطالب عنه ماله، ففي الحقيقه لا يطالب عنه إلّا الجامع المنتزع من هذه المصاديق الّذى اعتبرها الشارع، و لذلك لو أذى أحدهم العين أو البديل تبرأ ذمّه الآخرين، و ليس للمالك مطالبتهم بعد بشىء أصلا.

و لمزيد التوضيح؛ نفرض هذه الذمم بمنزله أعيان خارجيه، منها ضدّ وجوداتها، و كأنّه قد تعلّق [حقّ] المالك بأحدها لا على التعيين كتملّكه صاعا من الصبره، بمعنى أنّ ملكه شخص أحدها بنحو ذلك، و لا ريب أنّه يصير مالكا

لجميعها، و لكن لا- بمجموعها، بل بنحو الطبيعه الساريه يصير أحدها ملكا له و متعلّقا لحقّه كلّه، بحيث له أن يختار كلّ واحد منها، فإذا اختار أحدها ينقطع حقّه عن الباقي، و ما دام لم يختار يكون غيره ممنوعا عن التصرف في جميعها.

و يمكن أن يعتبر عن ذلك بما لو أخذ المبهم نظير الشبهه المحصوره، و يكون حقّ رجوع المالك إلى كلّ واحد منهم، نظير وجوب الاجتناب و الاحتياط في أطراف الشبهه المحصوره، فتأمل!

و لا شبهه أنّ ذلك بمكان من الإمكان؛ و لا يتوقّف تملكه كذلك على أن يكون مالكا لكلّ واحد منها تعيينا، بل يكفي و إن كان تملكه على نحو البديل الذي قد عرفت أنّ ذلك يرجع إلى تملكه الجامع.

و نظير ذلك في التكاليف هو الواجب الكفائي، فإنّ التكليف فيه ليس إلّا تكليفا واحدا نشأ عن مصلحه واحده، و مع ذلك يتعلّق هذا الواحد البسيط إلى متعدّده كثيره غايه الكثره، و لا ريب أنّ هناك العهدات بجميعها أيضا مشغوله ما لم يقدّم أحد أن يؤدّي التكليف، ففيه أيضا لا- يتصوّر ذلك إلّا أن يكون هذا التكليف الواحد متعلّقا بمجموع المكلّفين على نحو البدليه، و نعبّر عن ذلك بالجامع في الخارج الحاكي عن نحو تعلّق التكليف و كفيته الحقيقيه، و هذا الجامع يتحقّق بأول الوجودات، فكذلك نفرض الحكم الوضعي و لا استحاله فيه.

فإذا أمكن ذلك في عالم الاعتبار، و لم يستحله العقل- لأنّ أمر الاعتبار سهل، و لا يحتاج إلى زياده مؤونه- فنحمل كلام الشارع عليه بلا- أن نحمله على المسامحه، فيكون معنى قاعده «على اليد» بعنايه لفظ «على» ما عرفت، و أعظم شاهد عليه فهم أساطين الفقهاء ذلك من القاعده، كما يستكشف ذلك من

فتاويهم، و لا داعى على حملة على خلاف ظاهره، فتأمل.

فإن قلت: هكذا دفعت الإشكال الأوّل فما تقول فى وجه أصل جواز رجوع المالك إلى اليد السابقة، مع كون عين ماله موجوده فى اليد اللاحقه، و المفروض أنّ ضمان السابق البديل كان موقوفا على تلف ماله، فكيف يجوز له الرجوع إليه مع بقاء عين ماله عند غير من يرجع إليه الآن؟

قلت: قد أشرنا فى طيّ الكلام إلى أنّ ثبوت البديل على الضامن إنّما يكون من أوّل وضع يده على مال الغير، ففى عرض ثبوت العين فى اليد يحدث بدلها أيضا فوق اليد، بحيث يكون ما فى اليد علّه لثبوت بدله، فوَقَه بدل له فوق اليد العاديه.

و لكن لا يخفى؛ أنّه علّه له حدودا لا بقاء، بمعنى أنّ وجود البديل ليس دائرا مدار وجود العين تحت اليد، بل و لو خرجت عن اليد بتلف أو غيره فالبديل ثابت، و لا يسقط إلّا برّد العين أو الأقرب بها كلّ ما يكون.

و على كلّ حال؛ فمن أوّل أخذ الغاصب مال الغير يتوسّع دائره سلطنه المالك و تتبدّل من العين يقينا إلى سلطنه مردّده كونها على نفس العين و بدلها، و لا ينافى ذلك كون وجوب ردّ البديل معلقا على تلف العين، لأنّ الرد إنّما هو من آثار الضمان، و أمّا نفس الضمان فتتجزئ قد عرفت ظاهر «على اليد» يقتضيه، مع أنّه لو كان معلقا فهذا المقدار من الأثر- و هو ثبوت السلطنه للمالك- على الآخذ، بأن يرجع إلى شخصه و يطالب عنه ماله، و لو كانت عينه باقيه فى يد غير الآخذ الأوّل، فهذا الأثر ثابت للقضيّه التعليقيه.

و الدليل عليه هو ظاهر قاعده «على اليد» فإنّ لسانها حاكمه بأنّ على

عده الآخذ سلطنه المالك ثابتة ما لم يؤدّ ماله إليه، و ذمّته مشغوله ما لم يصل مال المالك إليه، و لا يتصوّر ذلك مع بقاء عين ماله في يد الغير و عدم انقطاع سلطنته عنه، مع أنّ السلطنه مستتبعه للملك، فمع بقاء ملكيته على العين كيف يتجاوز عنها إلّا بنحو ما قلناه في دفع الإشكال الأوّل، و هو أن نلتزم بأنّ معنى توسعه ملكيه المالك و تجاوزه عن العين إلى البدل حتّى في ظرف وجود العين، هو أنّه انتقل بحكم الشارع ملكيته عن العين تعيّننا إلى الجامع بينها و بين البدل من يوم الغصب و تسلّط الغير على ماله، بأن يكون كلّ منهما على البدل ملكا له و مصداقا للجامع.

فهنا قد يتوهّم بأنّه يلزم من ذلك أن يكون المالك الّذى قد خرج المال الواحد عن كيسه، أن يصير مالكا لشيئين، و يكون مسلّطا على أمرين، لأنّ لازم تملكه البدل و المبدل منه من يوم الغصب و ثبوت سلطنته على كليهما ليس إلّا أن يكون كلاهما مملوكا له.

فنقول في دفعه - بعد كون ذلك هو الإشكال الثانی - : إنّ الإبدال و جعل الشئ ع عوضا عن شئ ع يتصوّر على وجه، أوضحها هو التبادل الّذى يقع بين العوضين في أبواب المعاملات، فإنّ في باب البيع؛ إذا خرج البائع المبيع عن ملكه بإزاء ما يقبله عوضا عنه من الثمن و غيره فهو لئما يكون بانيا على أن يكون دخول العوض في ملكه مشروطا و موقوفا على خروج المعوّض عن ملكه، بأن يتبدّل تشخّصات العوض و المعوّض، فكأنّه اعتبر بأن يتلوّن المبيع بألوان الثمن، فيتلوّن ماله بألوان مال الطرف الآخر، و كذلك يبني المشتري على ذلك بعينه، و هذا هو معنى البدليّه حقيقه، و لذلك نقول بأنّه يستحيل أن يجمع بين العوض

و المعوض؛ لاعتبار البدليه فيهما.

و منها؛ أن يعتبر هذا المعنى بعينه في قاعده «على اليد» باعتبار الشارع، بأن يقال بأن الشارع اعتبر حين أخذ الغاصب مال الغير و جعله توجّهه إليه و استيلاءه عليه، بأن يكون مال الغير في يده تبدّل ما في يده إلى مال اعتبر الشارع وجوده فوق اليد، بأن يكون ذلك عوضاً عنه فيجرى فيهما جميع ما هو من لوازم المعاوضات الحقيقيه، فعلى ذلك أيضاً يستحيل أن تبقى العين الثابته في اليد العاديه في ملك المالك و تحت سلطنته، مع أن يكون البدل الذي يثبت بحكم الشارع فوق اليد يصير ملكاً للمالك و يجىء تحت سلطنته، لما عرفت من برهان الاستحاله.

و منها؛ أن لا يعتبر كذلك، بل تعتبر الملكيه و البدليه بالمعنى الذي قلنا، و هو أن يوسّع الشارع دائره الملكيه المنحصره بالعين الشخصيه و يسريها منها إلى بدل الملك المفروض وجوده على اليد، بمعنى أنه كما أنّ للشارع في عالم التكوين أن يجعل الجسم الصغير كبيراً و يطوّل ما هو نصف الذراع - مثلاً - إلى ذراع أو أزيد، فكذلك في عالم التشريع، فكأنّه بسّط العين (1) المغصوبه عمّا في يد الغاصب و أتاه إلى فوق يده، و نعبر عن هذا الوجود البسيط بالجامع.

و بالجملة؛ فليس في هذا الفرض عنوان التبديل حتّى يقال بأنّه كيف يجمع بين البدل و المبدل منه؟ بل ثبوت البدل الجائى في الحقيقه من قبل بسط دائره

١- و نظير ذلك في باب الاستصحاب، فكما أنّ فيه الحياه الحقيقه الثابته لزيد في طرف العلم بها، الشارع، يعتبرها أيضاً في طرف الشكّ، و مرجع ذلك يكون في الحقيقه إلى جزّ الحياه من طرف العلم إلى طرف الشكّ، المعبر عن ذلك بجعل المماثل، فيصير أحكام الحياه للجامع بين الحقيقى و الاعتبارى، كذلك هذا الاعتبار ثابت في ما نحن فيه، «منه رحمه الله».

الملكيه إنما هو غرامه و ثبوت تدارك عن عين ماله بحيث لو كان عين ماله في يد اللاحق و رجع إلى السابق و لم يمكن وصول عين ماله فأخذ عنه غرامه ماله، لم تخرج تلك العين عن ملكه و سلطنته، بل هي بما لها من التشخيصات باقيه على ملكه، و يكون البدل المأخوذ نظير بدل الحيلولة، فكما أنّ فيه لَمَّا لم يكن تأديه مال المالك بما له من جميع التشخيصات بعينها، فيتدارك مرتبه منها، و هي مرتبه ماليتها و لا يلزم [من] ذلك خروج مائه العين عن ملكه لوصول بدله من جهه بدل الحيلولة،- و عدم لزومه يأتي إن شاء الله- و كيف كان؛ فكذلك يكون حال بدل المال المأخوذ من اليد السابقه مع بقاء عين ماله الموجود في اليد اللاحقه تحت سلطنته.

فمحصل البحث في رفع الإشكالين صار بأنّه لا استحاله عقلا أبدا أن يثبت للمال الواحد أبدال متعدده على نحو ما عرفت، الذي صار مرجع ذلك إلى إثبات غرامه واحده على الذمم المتعدده، و كذلك لا استحاله أن يثبت بدل المال الواحد ما هو الجامع بين العين و بدلها مع بقاء العين، بأن تكون الذمه مشغوله بهما على البدليّه، و قد أشرنا إلى أنّ إبقاء كلام الشارع على ظاهره لا يحتاج إلى مزيد من عدم استحاله المعنى المستفاد من ظاهر لفظه عقلا، كما لا يخفى.

فيترتب على كلّ من الأيادي الغاصبه و على جميعها لوازمها من أحكام الضمان، كما فهم الأصحاب من جواز الرجوع للمالك على كل واحد منها، سواء كانت العين باقيه أم تالفه، و سواء كان المطالب منه ذا يد على العين أو تمكّن من أخذها عن الآخر و لو لم يكن ذا اليد، أو لم يكن كذلك.

و كذلك له الرجوع إلى كلّ واحد منهم بمقدار، و على الآخر بمقدار آخر،

و كذلك جميعهم حتى يحصل له البديل من المجموع، فكل مقدار أعطى أحدهم تبرأ ذمه الآخرين و نفسه عن المالك بهذا المقدار، لأنه إذا كانت الذمم مشغولة بالكل، و يجوز له الرجوع إلى كل [واحد] منهم و مطالبه تمام البديل، فالرجوع ببعضه يجوز بطريق أولى.

كل ذلك لما عرفت أن اشتغال ذمه الجميع يرجع إلى اشتغالهم مجموعا بالجامع بين الأبدال المنتزع من الذمم المتعدده، فكل منهم يؤدي شيئا من البديل يؤدي مقدارا من الجامع.

ثم هذا كله؛ حكم المالك و بيان كيفية حقه و سلطنته، أما حكم الغاصب و تكليفه فلا يخفى أن تسليمه العين المغصوبه إنما يتحقق برفع يده عنها و تخليتها، و لا يحتاج إلى أزيد من ذلك، كما بنينا عليه في باب قبض المبيع بأن قبضه يتحقق برفع البائع يده عنه، و أما الإيصال و الأداء أو النقل و الإقباض في المنقول فهي امور زائده على القبض، و لا يتوقف عليها، فكذلك في ما نحن فيه قبض العين يحصل برفع الغاصب يده عما في يده، و لكن بدل العين الذي قلنا:

اعتبره الشارع من يوم قبض العين فوق اليد، فقبضه متوقف على الأداء و إيصال العين بأداء الأقرب منه فالأقرب إلى المالك.

و الدليل عليه هو ذيل قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١) فإن قبض ما على اليد معنيا بغايه، و هي الأداء، و لئلا كان يجب عليه أولا تسليم العين التي هي أحد مصاديق الجامع بينها و بدله الثابت على ذمته من يوم غصبه، فيجب عليه أولا تسليم العين إن أمكنت، و لذلك يجب عليه الرجوع إلى من

١- عوالمى اللآلى: ١/ ٢٢٤ الحديث ١٠٦، مستدرک الوسائل: ١٧/ ٨٨ الحديث ٢٠٨١٩.

كانت عنده، بل و لو كان أخذه منه متوقفا على مقدمات يجب تحصيلها، فإن لم يمكن فعله أن يؤدى ما هو الأقرب إليها حتى ينتهى إلى قيمه، وبالجملة؛ فلا يحصل له براءة الذمه إلا أن يعمل بهذا الترتيب و يوصل مال الغير إلى صاحبه.

تنبيه: إنَّ العدى أشرنا [إليه] فى مطاوى الكلمات من تعبير عنوان البدليته عمّا يثبت على اليد، فقد وقعت مسامحه فى التعبير، ضروره أن البدليته تقتضى أن يكون للبدل وجود مستقلّ فى مقابل المبدل منه الذى يكون تحت اليد، و مثل ذلك لا يستفاد من القاعده، مع لزوم محذور آخر، و هو عدم فرض جامع بين الوجود الحقيقى و الوجود الاعتبارى الذى جعلنا ذلك منشأ لجواز رجوع المالك إلى غير ذى اليد؛ لثبوت بدل المال عليه من يوم أخذه مال الغير، فيتردد أمره بين ضمان أحد الأمرين من العين أو البدل.

فحقّ التعبير أن يقال: يستفاد من لفظ «على» فى قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «على اليد» مع أنّ المال يكون تحت اليد بالبيان العدى أسلفنا أنّ الشارع وسّع وجود العين حتى جعلها على اليد، فأتى بما هو موجود تحت اليد إلى فوق اليد التى هى عباره عن العهده، فهذا الوجود الذى يثبت على العهده ليس فى قبال العين، بل إنّما هى نفسها بمرتبته من مراتب وجودها التى لو لا اعتبار الشارع لها لم يكن لها وجود سوى وجودها العينى، فباعتبار الشارع الذى قلنا: له أن يوسّع فى الوجود فى عالم التكوين، فكذلك وسّع فيه فى عالم التشريع بأنّ هذا الوجود الخارجى الذى يكون مالا للغير مفروض الوجود على اليد، و نقله ثابت على العهده حتى يردّها إلى صاحبها.

بمعنى أنّه اعتبر الشارع بأنّ العين المغصوبه و لو تلفت بحرق أو غرق، أو

صارت بحكم التلف، بمعنى أنّها خرجت [من] تحت سلطنه الغاصب و دخلت تحت سلطنه الغير لا تخرج بذلك عن العهد، و سلطنه المالك على عهده ثابتة باقيه، و لا- تنقطع سلطنته هذه عليها حتّى يردّ إليه ماله بخصوصياته إن أمكن، و إلّا الأقرب فالأقرب.

و لذلك قلنا بأنّ للمالك الرجوع إلى كلّ من ذوى الأيدي، بجريان هذا الملاك فى جميعها، و قد دفعنا الإشكال الأوّل بأنّ لازم ذلك مع كون المال التالف واحدا هو اشتغال الجامع بين الذمم، و الجامع بين المراتب الثابته على كلّ من ذوى الأيدي، و يندفع بذلك أيضا الإشكال الّذى أشرنا إليه من عدم التصوير الجامع بين الوجود العيني و الاعتباري، لما عرفت من أنّ ما اعتبره الشارع على الذمّه ليس وجودا على حده فى مقابل العين حتّى يفرض جامع بينهما، بل إنّما هو عينه بسعه وجودها الّتى اعتبرها الشارع.

ثمّ إنّّه أشرنا إلى أنّه كما أنّ سلطنه المالك عن العين لا تنقطع ما دامت موجوده و لو لم تصل يده إليها، كذلك عند الأداء يجب على الغاصب أدائها بحيث لو كانت موجوده عند غيره يجب عليه تحصيلها، و كما أنّه يجب عليه من باب المقدّمه أخذ العين عن الغير يجب على الغير تسليمه إليه (١)، فتأمّل!

ثمّ إنّّه إن أمكنه أخذ العين عن الغير و تسليمها، فيجب، و إلّا فللمالك أن يطالب عنه بدله، و هذا البديل الّذى يأخذه منه ليس بدلا حقيقيا عن المال من قبيل

١- و قد قال- دام ظلّه:- إنّ وجه وجوب ردّ الغير به هو أنّ المقام يكون من قبيل أنّه كما يجب على النساء عدم كتمان ما خلق فى أرحامهنّ، كذلك يجب على السائلين القبول عنهنّ ذلك، و لكن لا يخلو ذلك عن التأمل، كما لا يخفى، «منه رحمه الله».

الأبدال في باب المعاوضات حتّى يوجب خروج العين عن سلطنته، بل إنّما هو غرامه و جبران عمّا فات منه من المائيه.

و توضيح ذلك: أنّه لما قلنا: إنّ حسب ما يستفاد من قاعده اليد أنّ المال المغصوب عهدته على الغاصب بجميع خصوصياته حتّى يرده كذلك إلى صاحبه، فإذا لم يمكنه كذلك فطبيعة الضمان تقتضى أن يردّ إليه ما أمكنه من مراتب وجود ما أخذه، فإذا لم يمكن ردّ الملك بخصوصياته و أمكنه ردّ مائته يجب عليه أن يدفع كذلك، فكأنّ هذه المائيه يكون خلاصه وجود العين التي لم يمكن ردّها الآن، و ليس بدلا عنه حتّى يوجب خروج العين عن ملكه و سلطنته، بل هي بخصوصيتها باقيه تحت سلطنته، و لكن مائته مسلوبه عنه، لأنّ المائيه أمر عرفي إنّما يعتبر وجودها إذا كان المال منشأ للآثار ممّا يتوقّع عن المال من الأكل و الشرب و القلب و الانقلاب و غيرها.

و من المعلوم؛ أنّ هذه الآثار مسلوبه عن المال المغصوب الذي لم يمكن التصرف فيه الآن، بخلاف الملكيه فإنّها ليست مترتبه على شيء، بل إنّما يعتبرها العرف، و لو لم يكن تحت التصرف و السلطنه، و لذلك لا يجوز له التصرفات المتوقّفه على المائيه، مثل البيع و غيره و إن كان بناء المشهور على جواز بيعه للغاصب أو غيره، أو لو أمكن له القبض و إخراج العين عن تحت يد الغاصب، و كذلك يجوز عتق العبد المغصوب، و لكنّه لا ينافي ذلك ما أفاده - دام ظلّه - أو الأوّل مبنى على كفايه القدره على التسليم في صحّه البيع كما هو المشهور، و الثاني [ليس كذلك] لأنّ العتق من آثار الملك و لا يعتبر فيه المائيه أصلا بخلاف البيع فإنّه و إن كان هو مبادله مال بمال إلّا أنّ قدره التسليم يكفي في اعتبار المائيه.

و بالجمله؛ فإذا صارت العين بالنسبه إلى المالك مسلوبه المائيه فما يأخذه من الغاصب إنما هو قائم مقام مائيه عين ماله و تدارك عنه، لا أن يكون تداركا و بدلا عن العين بجميع مراتب وجودها و تشخصاتها لأن ملكيه العين بخصوصيتها باقيه على ملكه و سلطته، و إنما مائيتها فقط خرجت عن سلطته و لذلك تدارك.

فظهر من ذلك؛ أن باب الضمان إنما يكون من قبيل باب قاعده الميسور في التكليف، فكما أن فيها لَمَّا لم يمكن امتثال التكليف بنحو المطلوب كاملا فيكتفى بقدر المقدور منه، فكذلك باب الضمان.

و أما ظاهر المشهور- كما يستفاد من كلام الشيخ قدس سره أيضا في مبحث البيع الفاسد و ضمان تلف المبيع فيه- كون ما يعطيه الضامن تداركا عن المائيه المسلوبه الآن إنما هو بدل عنها و عوض عن الانتفاعات الفائته من المالك عن ملكه لكونه ممنوع التصرف عنه، و إن كان قد سُمح في عبارته الشيخ رحمه الله هنا من كون التدارك بدلا عن السلطنه الفائته، مع أن التدارك إنما يقع عن نفس الانتفاعات الفائته عن السلطنه عليها، و إن كانت هي تدارك تبعا أيضا.

و كيف كان؛ و على كل حال فالترموا في باب بدل الحيلولة كونه بدلا عن المائيه، و قالوا بأنه حسب ما تقتضيه قاعده تسلط الناس على أموالهم ثبوت حق مطالبه المالك لمائيته، و لا يمنعه عن ذلك عدم تمكن الغاصب أن يعطيه مائيته بشخصه إليه، بل عليه أن يرد إليه بدله، فما يعطيه من البديل يصير بدلا عن مائيته، فلا يصير ملكا؛ لعدم خروج عين ماله عن ملكه، فلما يلزم بالنسبه إلى الملكيه الجمع بين البديل [و المبدل منه] فلا يصير ما يأخذه بدلا عن مائيته ملكا، بل يكون من قبيل ما يباح له التصرف فيه.

نعم؛ في ما يكون تصرّفه فيه و استفادته من ماله متوقفاً على الملكيه مثل البيع و نحوه، فيلتزمون بتملكه على نحو تملك المبيع في المعاطاه.

فالمحصّل؛ أنّ ظاهرهم في باب الضمانات أنّهم ملتزمون بصفتين من البدل: أحدهما الطولى و الآخر العرضى، أمّا البدل الطولى؛ فهو الذى يقع عوضاً عن مال الغير بعد تلفه تحت اليد العاديه، و أمّا البدل العرضى فهو ما يقع عوضاً عن ماله ملك الغير مع بقاء عين ماله و بقاء سلطنته، فهذا لمّا يكون جيراناً عن المائيه الفائته الآن مع بقاء الملكيه، فكأنّه بدل في عرض المبدل منه، ففي الأول تملكه البدل متوقّف على تلف المبدل منه، بخلاف الثانى فإنّه يجوز التصرّف فيه و إن كانت العين باقيه، فتأمل!

هكذا استفاد من ظاهر كلام شيخنا رحمه الله و البعض الآخر (١)، و لكن لا يخفى أنّ البدل يقوم مقام المبدل منه على نحو وجود المبدل منه، فلو كانت المائيه الفائته على الإطلاق، بل أمكن استفاده بعض أنحاء المائيه عن العين المغصوبه، فلا بدّ على حسب ما تقتضيه قاعده البدليه أن يكون المالك ممنوعاً عن التصرّف فى بدل الحيلوله بقدر ما أمكنه تصرّف المائيه فى ملكه المغصوب، مثل ما لو أمكنه أن يبيعه على الغاصب بناء على الاكتفاء فى اشتراط تسليم المبيع تمكّن المشتري عن الاستيفاء، و كذلك يمكنه عتقه، فلازم البدليه أن يكون المالك ممنوعاً عن التصرّف فى البدل بمثل هذه التصرفات، مع أنّهم لم يلتزموا بذلك، بل ظاهرهم الاتفاق على جواز تصرّفه فيه بأيّ نحو شاء.

و انقدح بذلك؛ أنّ التحقيق فى باب الضمان و بدل الحيلوله هو ما قلناه من

كونه نظير قاعده «الميسور» في باب التكاليف، من كون ما يأخذه المالك عوضا عن مائه ملكه ليس عنوانه عنوان البدليه، بل هي غرامه و جبران عن ماله، بحيث لما لم يمكن استيفاء ملكه و ماله بماله من الخصوصيات بجميع مراتب وجوده، فيتداركه و يأخذه بقدر الميسور منه، و هو خلاصه مائه، فالمأخوذ الآن بتمام حيثيات وجوده مرتبطه من عين ماله بنفسه، فهذا الذي يقبضه الآن يملكه بتمام وجوده (١)، لا ماله فقط؛ لما عرفت أنّ عنوانه ليس عنوان البدليه، حتّى يفكّك بين جهه الملكيه و الماليه، بل المأخوذ مرتبه من نفس وجود المال المغصوب، و قد قرّنا سابقا أنّ الماليه ليست أمرا قابلا- للتملك، بل هي تتملك تبعاً للملك، فذلك بشرائش وجوده مملوك لصاحب المال، لما عرفت من أنّه بحيثيه وجوده جبران للماليه الفائته.

نعم؛ لما لم تكن ملكيته ملكيه مستقره، بل إنّما المأخوذ جبران لما فات من الماليه ما دامت فائته، فإذا تمكّن [من] تسليم المال و ارتفع المانع فعليه أن يسلم عين ماله، فلما يسلم ففي ضمن تسليم العين تلك المرتبطه الفائته أيضا تسلم، فلذلك إلى الغاصب يرجع أيضا ما تدارك به الفائت، على التفصيل المذكور في باب بدل الحيلولة.

و أما الجواب عن الإشكال الثالث فيظهر بعد ذكر مقدّمتين:

١- و لذلك يجوز له التصرف فيه جميع أنحاء التصرفات، و لا يتوهم أنّه حينئذ يلزم الجمع بين العوض و المعوض؛ إذ المفروض بقاء خصوصيه العين المغصوبه على ملكه أيضا، و رفعه: أنّ الممنوع من الجمع بينهما إنّما هو فيما له الماليه، و المفروض لا يعتبر الماليه للعين المغصوبه، للحجر عن التصرف، فالخصوصيه إنّما هي ملك محض، و الملكيه المحضه ليست محلّا لاعتبار العقلاء، و إلّا فمن هذه الجهه الإشكال بين المشهور و مسلكتنا مشترك، فتدبر! «منه رحمه الله».

الاولى: أنه بعد أن استفدنا من ظهور لفظ «على اليد» بأن الشارع اعتبر على يد الغاصب وجود العين المغصوبه المذى هو ثابت على ذمته حتى يردّ المال إلى صاحبه، كما أنّ ظاهر القاعدة أيضا كان مقتضيا لثبوت هذا الوجود الاعتبارى المذى كان مرجعه إلى توسعه الوجود فى ما أخذه الغاصب على كلّ من الأيدى المتعاقبه الوارده على العين المغصوبه، و قلنا: إنّ لازم ذلك كون الجامع بين هذه الوجودات الاعتباريّه متعلّقا لحقّ صاحب العين لا كلّ واحد من العهديات تعيّنا.

و بالجمله؛ فهذا الوجود العينى إذا يأخذه الغاصب فاعتبر الشارع له وجودا سوى وجوده الخارجى على عهده الغاصب، فيصير هذا الوجود الاعتبارى من شئون العين و لوازمه الغير المنفكّه عنها، إذ قد عرفت أنه من مراتبها لا أمر خارج عنها، فيكون بمنزله جسم كان له نصف ذراع من الطول، فبعد اعتبار الشارع اضعيف إليه نصف ذراع آخر، فصار بمجموعه ذراعا واحدا، فكلمّا انتقل هذا الجسم بعد ذلك ما لم يصل إلى يد مالكة يكون مقداره ذراعا، بل كلّما يتوارد عليه اليد يضاف إليه حسب ما اعتبر لكلّ واحد من الأيدى نصف ذراع آخر زائدا على المقدار السابق حتى يستقرّ فى يد، فالعهده السابقه و إن كانت مشغوله إلا أنّ ما فيها من الوجود الاعتبارى لما كان من شئون العين فينتقل إلى اليد اللاحقه و عهده ذبيها.

و لا يتوهم هنا أنه بعد أن كان الوجود الاعتبارى السابق من شئون العين و تبعاتها، فبعد انتقال نفس العين إلى اليد اللاحقه فلا ريب أنّها منتقله بتبعاتها، فلازمه أن لا يبقى على اليد السابقه شىء و تخلص عهده و تشتغل ذمّه ذى اليد

الثانيه اللاحقه، و كذلك تنتقل الوجودات و تبدل العهدهات بتوارد الأيادي على المال إلى أن استقر في يد.

و دفع؛ أنه لا نقول: كما أن العين الخارجيه التي تكون تحت اليد السابقه تبدل عن مكانها و تجي ء تحت اليد اللاحقه فيتبدل التولي و الاستيلاء على العين، كذلك العهده السابقه أيضا تبدل، لا بل هي بحالها باقيه و الذمه مشغوله بمقتضى «على اليد» حتى يصل المال إلى صاحبه، و إنما المتبدل و ما يجي ء في اليد اللاحقه هو ما على العهده، بمعنى أنه كما أن العهده بعد استيلاء اليد على مال الغير تصير مشغوله و يعتبر على اليد المكنى عنها باليد وجود مثالي لنفس العين، كذلك يعتبر أيضا وجود لوجودها الاعتباري المفروض على العهده السابقه، لما أوضحنا من أن الوجود الاعتباري صار من شئون العين و مراتب وجودها، و هذا الوجود الاعتباري لما لم يكن اعتباريا محضا بحيث لم يكن منشأ لآثار، ليس كذلك بل هو منشأ للآثار الشرعيه الخارجيه، فهذا الوجود الاعتباري ثابت للعين غير منفك عنه حتى يرجع المال إلى يد صاحبه، و لذلك هذه العين إذا تدخلت تحت سلطنه كل أحد غير مالكة فتدخل مع وجودها الاعتباريه المعتمره لها بحسب توارد الأيادي عليها.

و بالجملة؛ صدق الاستيلاء و اليد على العين الخارجيه بجميع مراتب وجودها لا يتوقف على أن تكون العين كذلك تحت اليد الخارجيه حتى يصدق الاستيلاء عليها، بل الاستيلاء عليها يكون كالأستيلاء على ما إذا كان جسم خارجي له خمس أذرع، فوضع أحد يده عليه بعنوان المالكه و السلطنه، فيصدق على الواضع عرفا أنه مستول عليه، مع أنه ما وقع من الوجود الخارجيه

لهذا الجسم تحت يده إلّا شبر منه - مثلا - فكذلك استيلاء اليد اللاحقه على العين المغصوبه بجميع مراتب وجودها الحقيقيه و الاعتباريّه لا يتوقف على خروج المال عن اليد السابقه بوجودها العيني، و كذلك عن عهدها بوجودها الاعتباري، بل يصدق عرفا بصرف وضع اليد على وجودها الخارجى و إدخالها كذلك تحت الاستيلاء، كما عرفت.

الثانيه: لا- إشكال أنه يمكن أن يكون متعلق الحقّ و المائيه كليًا خارجيًا جامعا بين الخصوصيات بلا أن تكون الخصوصيات بوجوداتها ملكا لذى الحقّ كما فى بيع الصبره فإنّ التحقيق فيه: أنّ من يشتري صاعا من صبره إنّما يصحّ ذلك إذا لم يكن مراده و كذا [مراد] البائع فرد من الصيعان على نحو التنكير، و إلّا فيبطل كما حقّق فى محلّه، و إنّما المناط فى الصحّه هو ما إذا كان المبيع كليًا و صاعا مشاعا، و لذلك بنوا على أنّ اختيار التعيين إنّما هو بيد البائع، و ليس ذلك إلّا أنّ المائيه للمشتري لم يتعلّق إلّا بصرف الجامع، و لازم ذلك أنّ ما يسلمه البائع و يعين ماله و مبيعه فى كلّ فرد، إنّما يسلم الفرد و الخصوصيه إلى المشتري من باب المقدّمه و توطئه لإيصال مائيه به، و إلّا فلو كان أمكن التفكيك بينهما لما كان عليه ردّ الخصوصيه.

ثمّ إنّّه لا- خفاء فى أنّ ما نحن فيه يكون من قبيل ذلك، ضروره أنّه لمّا لم يكن متعلق حقّ المغصوب عنه إلّا إحدى الذمم و الأيادى معيّنه فليس إلّا الجامع بينها، كما أشرنا إلى ذلك فى دفع الإشكال الأوّل، فعلى ذلك إذا رجع المالك بعد تلف ماله إلى كلّ واحد من ذوى الأيادى فليس عليه أن يؤدّى إليه خصوصيه من ماله، و كذلك ليس له أخذ خصوصيه ماله.

نعم؛ لما لم يمكن قبض ماله و حقه إلّا في ضمن إحدى الخصوصيات - كما أشرنا- فيجب عليه تسليم الخصوصيه أيضا تبعا و مقدّمه، و من المعلوم، أنّه إذا رجع المالك إلى اليد السابقه مع انتقال المال من يده إلى غيره فيأخذ عنه بدل ماله مع عدم تلف المال في يده، فما يعطيه من الخصوصيه هي الخصوصيه التي ضمنها اليد اللاحقه و انتقل إلى ذمته تبعا للوجود العيني.

الكلام في تعاقب الأيدي في الغصب

إذا عرفت هاتين المقدمتين فنقول: إنّ غير ذى اليد إذا يرجع إليه بعد تلف المال فما يؤدّيه إلى المالك، و إن كان حقا له، و له الرجوع إليه و لو كان المال تالفا عند غيره بمقتضى «على اليد» و لذلك يجب عليه أيضا الأداء، و لكن لما تكون الخصوصيه المؤداه إلى المالك ليست حقا له، و إنّما يؤدّيهها مقدّمه لإيصال ماله إليه و تبعا لما له، تصير الخصوصيه أيضا ملكا له، و لا تخرج أيضا عن كيس المؤدى، بل تكون خسارتها على من أخذ المال ثانيا من يده سواء إن استقرّ المال بالتلف عليه أو انتقل إلى يد آخر، و هكذا، لأنّ هذه الخصوصيه هي الوجود الاعتبارى الذى استقرّ على يد الغاصب بحكم الشارع و تضمينه إياه، فإذا انتقل أصل المال من يده إلى غيره قد عرفت بحكم المقدمه الأولى أنّ العين بجميع شئونها تنتقل إلى يد الغير، فاليد الثانيه كما تصير بمقتضى «على اليد» ضامنا لنفس العين، كذلك تصير متعهده لشئونها الاعتباريه أيضا بمقتضى «على اليد» فإنّ فى لسان هذه القاعده و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «ما أخذت» عناية يستكشف منها مزيد اعتبار الشارع بكون جميع خصوصيات العين المردوده محفوظه و مرعيه حين الرد.

مع أنّ الشارع أيضا بنفسه اعتبر ذاك الوجود الاعتباري، و قد قلنا: إنّه ليس اعتباريّا محضاً- كأنياب الأغوال- و كذلك لا ينفكّ هذا الوجود الاعتباري عن العيني، و نظير هذا الوجود الاعتباري- الذي يكون منشأً للآثار الشرعيّة، بل العرف أيضا يراه موجوداً- إنّما هو مسأله المنافع الغير المستوفاه و ضمانها على من كان ضامناً للعين، فإنّ في ضمان هذه المنافع أقوال، ذهب بعض إلى العدم (١).

و العمده في استدلالهم هي أنّ المنافع أمر متصرّم الحدوث، فما لم يوجد منها من حيث عدم انقضاء زمان فأمر معدوم، و كذلك ما انقضى زمانها، و المفروض أنّ ذا اليد على العين ما استوفى شيئاً فصار معدوماً، و الضمان لا بدّ و أن يتعلّق بأمر موجود.

و ذهب الآخرون إلى ضمانها، مستدلّين بأنّها في ذاتها و إن كانت معدومه إلّا أنّه باعتبار قابليّه وجودها و المفروض؛ أنّ قابليّه وجودها فعليّه، فيراها العرف بهذا الاعتبار أمراً موجوداً، و يكفي في وجود الامور المتصرّمه اعتبار الوجود كذلك، أي تحقّق قابليّه نفسها و وجود منشأ انتزاعها فعلاً (٢).

و لذلك ترى العرف مع مثل هذه الامور الاعتباريه يعاملون معاملتهم مع الموجود الحقيقي الخارجي، و الشارع أيضا أمضى معاملتهم كذلك، فإنّه يجوز لصاحب الأملاءك أن يؤجر أو يهب منافع أملاءك إذا كان الآن مهجوراً عن منافعها إلى سنين متتاديه، منافعها المحدثه لها بعد هذه السنوات، ليس ذلك إلّا أنّ العرف يراها الآن موجوده بوجود قابليتها، و كون منشأ اعتبار وجودها الآن ملكاً و مالا للمؤجر و الموهب.

١- لاحظ! جواهر الكلام: ٣٧ / ١٦٨.

٢- جامع المقاصد: ٦ / ٢٧٣.

و بالجمله؛ فيستكشف من نظائر الباب أنّ ترتيب آثار الوجود (١)؛ في الامور الاعتبارية لا يحتاج إلى زياده مؤونه، بل يكفي فيها قابليته وجودها، خصوصا إذا كان معتبرا الشارع كما في ما نحن فيه، فالخصوصية المنتقلة إلى عهده اليد اللاحقه إذا لم تكن ملكا لمالك العين، بل إنّما الشارع اعتبر وجودها على اليد العادية، لأنّ تعيين المالك ماله فيها لو تلفت العين المغصوبه بلا أن تصير هذه الخصوصية المعتره على العهده الأوليه ملكا للمالك بحكم المقدمه الثانيه، نعم هي متعلقه لحقه فيجوز له مطالبه ماله عن تلك العهده فلا تخرج هذه الخصوصية المائيه التي اعتبرها الشارع على عهده الآخذ عن كونها مالا له، و وجوب ردّها إلى المالك مقدمه لإيصال حقه لا يوجب ذلك، كما أوضحنا ذلك عند بيان المقدمه.

فالحاصل؛ أنّ الخصوصية المائيه إذا كانت باقيه على ملك الآخذ الأول، و قد كانت هذه الخصوصية المنتزعه عن العهده منتقله إلى يد الآخذ الثاني و على عهده تبعاً للعين، فالعهده الثانيه صارت مضمّناً لأمرين على البدل؛ إمّا نفس العين المأخوذه، و إمّا مرتبتها المعتره وجودها على العهده الاولى، و لذلك فإن رجع مالك العين و أخذ منه عين ماله، و إلّا فبدلها و المرتبه الاخرى التي هي عينها بالاعتبار، فليس للأول الرجوع إلى الثاني؛ لعدم خروج شىء عن كيسه، و إلّا فإن رجع إلى الأول و أخذ منه ماله التالف في اليد الثانيه أو غيرها فللأول الرجوع إلى الثانيه لأدائه خصوصية ماله، مع كون الثاني ضامنا لهذه الخصوصية أيضا مضافا إلى ضمانه العين.

١- شرعيته كانت أم عرفيه، «منه رحمه الله».

نعم؛ للثانى أيضا الرجوع إلى لاحقه لجريان عين ما جرى بينه و بين سابقه، بينه و بين لاحقه كذلك، إلى أن يستقرّ الضمان فى يد من تلف المال بيده، فليس له الرجوع إلى غيره لعدم عهده مضمّنه له لاحقه عليه حتّى يرجع إليه، فهذا سرّ ما ذهب إليه المشهور من كون قرار الضمان بيد من تلفت العين المغصوبه فى يده، فافهم!

و قد يشكل الأمر؛ فى مثل ما لو استقرّ الضمان فى يد أحد، بمعنى أنّه ما أخذ المال عن يده آخر، بل انتهى التعاقب إليه، ثم أتلفه أحد الأيادى السابقه التى يكون بسبب أخذه سابقا الآن ضامنا، ففى مثل هذه الصوره؛ فلو رجع المالك إلى من استقرّ الضمان فى يده، فعلى ما بيّنا من وجه رجوع السابق إلى اللاحق كون اللاحق ضامنا لما فى العهده السابقه، فليس لليد الآخره التى استقرّ الضمان عليها الرجوع إلى المتلف؛ لعدم كونه بضمانه الأوّل ضامنا له، بل هو ضامن لسابقه و صاحب المال، و بسبب الإلتلاف لا يعقل أن يصير ضامنا ثانيا، لكونه تحصيليا للحاصل بالنسبه إلى المالك.

و أمّا بالنسبه إلى من استقرّ الضمان فى يده فأیضا لا أثر له، بمعنى أنّه لا يصير بذلك عهده مشغوله باللاحقه؛ لأنّ المفروض أنّ اليد اللاحقه أيضا ضامن للمتلف؛ لكون يده سابقا عليه، فالمتلف بإتلافه و إن صار ضامنا له إلّا أن اليد اللاحقه و قد كانت ضامنا له لترتب يده على يده، فتهاتر العهدهتان و يتساقط الضمان من الطرفين، فلا حقّ لأحدهما على الآخر، لما عرفت من كون كلّ منهما متعهّدا للخصوصيّة التى تكون على الذمّه الاخرى التى هى منشأ ضمانهما للمالك و كلّ منهما للآخر.

و لكنك خبير بأن الإشكال إنما نشأ من المغالطة في تهاتر العهدين، وجعل عهده كل من المتلف و من استقرّ عليه الضمان و اشتغال ذمتهما بالنسبة إلى الآخر متساويا، مع أنّ الأمر ليس كذلك، ضروره أنّ الإلتلاف بنفسه سبب للضمان، و يجعل العهده مشغوله، فالعهده لمن استقرّ عليه الضمان و إن كانت مشغوله لما اشتغلت به عهده المتلف، فتصير عهده المستقرّ عليه الضمان مشغوله بأداء خصوصيتين: خصوصيته نشأت من وضع يده على العين المغصوبه، و الاخرى من أخذه عن اليد السابقه الذى صار ذلك منشأ لاشتغال ذمته باليد السابقه.

و لكن لا ريب أنّ المتلف بإتلافه اشتغلت ذمته بهاتين الخصوصيتين أيضا، و إن لم تشتغل ذمته ثانيا بذلك بالنسبة إلى المالك لكونه تحصيليا للحاصل، و لكن بالنسبة إلى من استقرّ عليه الضمان ليس كذلك؛ لأنّه بالنسبة إليه لم تكن ذمه المتلف مسبوقة باشتغال ذمته له، بل يصير الآن عهده مشغوله به.

و أمّا التهاتر؛ إنما يلزم إذا كانت العهدهتان متساويتين فى الاشتغال، مع أنّ عهده من استقرّ عليه الضمان لم تكن مشغوله إلّا بخصوصيتين، و المتلف بإتلافه يصير عهده مشغوله بهاتين الخصوصيتين، مضافا إلى اشتغال ذمته الآن بخصوصيته زائده عليهما بالنسبة إلى مجموع ما اشتغلت به ذمه المستقرّ عليه الضمان.

و بالجمله؛ قاعده الإلتلاف تكون كقاعده اليد، فكما أنّها تلاحظ بالنسبة إلى العين بجميع شئونها، كذلك تلاحظ الإلتلاف بالنسبة إلى المال بجميع شئونه، فالالتزام بضمان المتلف و إن كان بالنسبة إلى العين تحصيليا للحاصل إلّا أنّه بالنسبة إلى مرتبه من المال الذى اعتبر فى ذمه من استقرّ عليه الضمان ليس تحصيليا للحاصل.

مثال ذلك: أنه إذا كان المال في يد المستقرّ عليه الضمان كان كجسم له ذراعان، ثمّ بإتلاف ذى اليد السابقه صار بمنزله جسم يكون له ثلاثه أذرع، فهذه الخصوصيّه الزائده الّتي نشأت من قبل الإِتلاف و تعهّد المتلف ما استقرّ عليه ذمّه المستقرّ عليه الضمان، للمستقرّ عليه الضمان الرجوع على المتلف، فتأمل!

ثمّ إنّ جملة ما استفدنا من كلامه - دام ظلّه - إلى هنا من أوّل هذه المسأله و إن كان اعتبارات و تصوّرات يجوّز العقل وقوعها في الخارج فقط، و ما قام برهان عقليّ عليها، إلّا أنّه أشرنا في طيّ الكلام إلى أنّه يكفي في إثبات الأحكام الشرعيّه ما يستفاد من ظواهر أدلّتها ما لم يتم برهان عقليّ على استحاله ما يستفاد من الأدلّه، و لا ريب أنّ كلّ ما أفاده - دام ظلّه - يستفاد من قوله صليّ الله عليه و آله و سلم:

«على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (١) لمن أمعن النظر فيه.

هكذا ينبغي أن يحزّر المقام حتّى تندفع به الإشكالات، لا كما أفاده شيخنا قدّس سرّه في مكاسبه من اعتبار البدل لما أحدث على عهده الآخذ (٢)، حتّى يرد عليه ما أورده المحشّون (٣) فراجع!

هذا كلّه؛ فيما لو كان الآخذ عالما بالغصبيّه، أمّا لو لم يكن كذلك، بل كان مغرورا و إن كان للمالك الرجوع إليه؛ لظاهر قوله: «على اليد» و كذلك: «من أتلف مال الغير» ... إلى آخره (٤)، و لكن لو أخذ المالك عنه البدل و الغرامه فله

١- مستدرک الوسائل: ١٧ / ٨٨ الحديث ٢٠٨١٩.

٢- لاحظ! المكاسب: ٣ / ٥٠٧.

٣- حاشيه المكاسب للسيد كاظم اليزدي: ١٧٧.

٤- جواهر الكلام: ٣٧ / ٦٠، انظر! القواعد الفقهيّه: ٢ / ٢٨.

الرجوع إلى الغار، فلا يتوهم أنّ قاعده الغرور تمنع عن رجوع المالك إليه؛ لعدم التنافى بينهما، فتدبر!

ضمان منافع الحرّ و عدمه

الأمر السادس: قال في «الشرائع»: (و الحرّ لا يضمن بالغصب و لو كان صغيراً) (١).

اعلم! أنّ في هذه المسألة جهات من البحث:

الأولى: في ضمان نفس الحرّ.

الثانية: في منافعه، و هي تتصوّر على وجوه؛ لأنّ الحرّ المأخوذ إمّا أن يكون صانعاً أو غير صانع، ففي كلّ منهما إمّا أن يستوفي الآخذ منافعه أو لم يستوف.

ثمّ إنّ في كلّ من الصور الأربع: إمّا أن يكون المأخوذ أجيراً، أو ليس كذلك.

أمّا الكلام في غضب الحرّ نفسه فنقول: إنّ أخذ الحرّ و السلطنه عليه يكون على نحوين:

أحدهما: أن يأخذه و يحبسه بحيث لا يقصر في الإقامه بأداء وظائف بقائه و إمرار حياته شيئاً، حتّى لو تلف لم يستند عرفاً بالآخذ و الحابس؛ و لو بسبب حبسه في مكان مظلم حتّى يستوحش فيموت لأجله، بل كان من هذه الجهة أيضاً مأموناً، ففي مثل هذه الصورة؛ لو تلف الحرّ لم يكن الحابس ضامناً، سواء

كان المحبوس صغيرا أم كبيرا مجنونا أو عاقلا، ولكن لا لعدم صدق معنى الغصبيّ على أخذه أو عدم صدق اليد عليه، لما حَقَّقنا من أنّ الغصبيّ لا يتوقّف صدقها إلّا على استيلاء اليد على الشىء و هو صادق على حبس الحرّ و أخذه، فإنّ من كان له عبد فأعتقه، ولكن لم يخل سبيله بل حبسه، فالعرف لا يرى فرقا بين استيلائه السابق المذموم كان له عليه حين كونه عبدا و بين استيلائه عليه الآن بعد ما صار حرّا، و كذلك يصدق على فعله ذلك و حبسه الحرّ أنّه ذو يد عليه، و أنّه أخذه و استولى عليه، بل لأنّ مناط الضمان فى باب الغصب على ما بيّنا من كونه مساوقا لقاعده اليد أنّه لا يوجب أخذ شىء و الاستيلاء عليه الضمان إلّا أن تصدق هذه القاعده عليه صدرا و ذيلا، و فى حبس الحرّ و الاستيلاء عليه و إن كان يصدق الأخذ إلّا أنّه يصدق ذيل القاعده و هو الأداء، فإنّه يتوقّف على أن يكون المأخوذ غير المأخوذ منه حتّى يؤدّى إليه.

و أمّا الكلام فى منافعه ففيما إذا لم يكن صانعا، و ما استوفى الأخذ منه شيئا، فالأمر فيه واضح، و يظهر حكمه ممّا قلنا فى عدم الضمان.

و ثانيهما: هو أن يأخذه و يستولى عليه و يحبسه فى محلّ مخطور من مسبعه أو غيرها بحيث يكون ذاك المحلّ غير مأمون عادة، أو يحبسه و يقصّر فى القيام بأداء وظائف المحبوس ممّا يتوقّف عليه حياته عادة، و هذا يختلف باختلاف الأشخاص صغرا و كبيرا، قوّه و ضعفا أو غيرها.

و بالجملة؛ فلو لم يرقم الحابس على أداء ما يتوقّف عليه تعيّن المحبوس و إمرار حياته، بحيث لو مات لم يستند عند العرف إلى موته حتف أنفه، فلا ريب فى كون الحابس فى هذه الصورة ضامنا للحرّ لو تلف، و يدخل فى باب القصاص و الديات، فتأمل!

و أما الكلام فى ضمان منفعه، و فيما إذا لم يكن الحرّ صاحب صنعه، و ما استوفى الحابس و الآخذ منه شيئاً، فيظهر حكمه ممّا قلنا من عدم الضمان بالنسبه إلى نفسه، و ليس سبب عدم الضمان أيضا بعدم صدق الآخذ و اليد بالنسبه إلى الحرّ حتّى يقال بأنّه إذا لا يصدقان على أصله فالمنافع تابعه له، لما عرفت من بطلان هذا الكلام، بل المناط فى عدم الضمان هو عدم صدق الأداء بالنسبه إلى منفعه أيضا؛ لأنّ الأداء إنّما يتوقّف بأن يكون المؤدّى غير المؤدّى إليه، و لا يصدق ذلك فى أداء منافع الشخص بالنسبه إلى نفسه، مع أنّه سابقا أشرنا إلى أنّه لا تعتبر المائيه لمنافع الحرّ، و إنّما سلطته على نفسه حكم شرعى، و قدره محضه بلا اعتبار حكم وضعى يورث الضمان أصلا.

و أمّا فيما إذا استوفى منه منافع، فالظاهر ضمانه اجره منفعه المستوفاه منه، لأنّ عدم اعتبار المائيه لمنافعها و عدم الضمان بالنسبه إليها تبعاً لعدم ضمان نفسه إنّما كان ما لم تجئ المنافع فى عالم الوجود، و إلّا فبعد تحقّقها فى الخارج فكما يبذل بإزائها المال فكذلك يعتبر لها المائيه، فيدخل فى باب الإلتاف مضافاً إلى احترام عمل المسلم.

و أمّا لو كان المحبوس ذا صنعه و لم يستوف الحابس منه شيئاً، فقد يتوهم لكونه ذا صنعه و قد منعه عن استيفائه من منفعه، و ليست منفعه كمن ليس ذا صنعه؛ لأنّه لا يفرض له منافع فعليّه، بل هو على قابليّته الصرفه لأن يوجد له المنافع، فيصير ذا مال باق، فمنافع الحرّ الّذى ليس صاحب صنعه فعلا- هى قوّه محضه، و لذلك لا- يعتبر لمثلها عند العرف المائيه، بخلاف الحرّ الّذى صاحب صنعه بحيث لو خلّى سبيله لكان يستفيد من صنعه كلّ يوم مقدارا من المال،

و الحال أنّه منعه الحابس عن ذلك، فكأنّه أتلّف منه مالا فعليا موجودا الآن في الخارج.

هذا؛ و لكنّك خبير بأنّ ذلك و هم باطل؛ ضروره؛ أنّ الإتلاف يتوقّف صدقه على إعدام أمر موجود أو استيفاء الموجود، و منع الغير عن استيفائه عن منفعه القابله لأن يوجد، إنّما هو منع إيجاد المعدوم، لا إعدام لأمر موجود حتّى يصدق الإتلاف، و إنّما يكون ذلك كمن كان له رأس مال فممنع صاحبه عن اكتسابه به بحبس أو غيره، بحيث لو خلى سبيله لكان يستفيد من رأس ماله هذا العدى ليس إلّا مائه تومان في كلّ سنه ألف تومان، فكما أنّ حبس مالكه و منعه من استفادته من رأس ماله لا يقال: إنّ الحابس و المانع أتلّف من المحبوس شيئا، كذلك منع ذى الصنعه من استيفائه من صنعه إتلافا لشيء.

و بالجمله؛ فلا إشكال في عدم الضمان في هذه الصوره أيضا؛ لعدم المقتضى له أصلا ممّا هو قابل لأن يصير مقتضيا، و لذلك ذهب إليه المشهور، بل كادت أن تكون المسأله إجماعية، و ما جعله بعض في المقام مقتضيا للضمان - و قد نقله في «الجواهر» (١) - فلا يسمن و لا يغنى من جوع، فراجع!

ضمان منافع الأجير

و أمّا فيما إذا حبس الأجير و منعه عن استيفاء مستأجره عنه، و هذا يتصوّر على أقسام، لأنّ زمان العمل إمّا محدود فيمنعه الحابس عن عمله في زمان الإجاره، أو لا يكون له زمان معيّن، و في كلّ منهما إمّا أن يكون المستأجر

الحابس نفسه، أو غيره.

أمّا فيما إذا كان زمان العمل معيّنا وحبسه الغاصب في ذاك، بحيث لم يقدر الأجير أن يعمل في الحبس، ففي هذه الصورة لمّا كان الامتناع نشأ من قبل الحابس، والمؤجر كان حاضرا للوفاء بعقد الإجاره و تسليم ما يؤجر له، فالظاهر أنّ الأجير يستحقّ الاجره، و إنّما ضمانها على الحابس، و ذلك لأنّ الأجير تملك الاجره بعقد الإجاره و العقد بحاله باق، لأنّ المفروض أنّ المؤجر ما امتنع عن الوفاء حتّى يفسخ العقد، فإذا استحقّ الاجره فأخذها من مؤجره، فإن كان هو نفس الحابس فليس له شىء؛ لأنّه بنفسه أقدم على منع نفسه عن استيفاء حقّه، و إن كان غيره فهو يرجع على الحابس.

فكيف كان؛ المؤجر يستحقّ الاجره لما يقتضيه عقد الإجاره، لا للإتلاف حتّى يقال بأنّه لم يتحقّق شىء في الخارج من العمل حتّى يصدق أنّ الحابس أتلفه، فتأمل!

و أمّا فيما لم يكن للعمل زمان محدود، بل إنّما استأجره المستأجر لخياطه ثوب - مثلا - بلا أن يشترطه في زمان خاص، ففيه لا إشكال أنّه بالحبس لا يستحقّ من الاجره شيئا؛ لعدم إيجاده العمل المؤجر له، و عدم انقضاء زمانه أيضا، و العقد ما وقع على العمل إلّا على نحو الإطلاق، فهو بعد قادر على تسليم العمل، و ما لم يسلمه لا يستحقّ الاجره، و لا يملكه مستقرّا.

و بالجمله؛ فبالحبس لا تشتغل ذمّه الحابس بشىء؛ لأنّ اشتغال ذمّته فرع استحقاق المؤجر شيئا، و المفروض أنّه ما لم يف بالعقد لم يستحقّ شيئا و في الصورة السابقه إنّما كان ممنوعا عن الوفاء بالعقد، و لذلك كان يستحقّ الاجره،

و لا فرق فى ذلك أيضا بين أن يكون الحابس هو المستأجر أو غيره.

ثم إنه ظهر ممّا ذكرنا حكم ما لو حبسه فى الصورة السابقه مقدارا من الزمان، بحيث يتضيق زمان العمل و يسقط عن العمل مقدار منه لا كآله، ففيه تستحقّ من الاجره مقدار ما حبس بالنسبه إلى مجموع العمل لا كآله، و أمّا استحقاقه بقيتها فموقوف على تسليم العمل بمقدار ما بقى من الوقت و حرمان خيار التبعض هنا و عدمه، فيستفاد حكمه من محلّه.

ضمان منافع الدابّه

و فى «الشرائع»: (و لا كذلك لو استأجر دابّه فحبسها بقدر الانتفاع) (١).

بمعنى أنّه و لو كانت الدابّه استأجرت لعمل على الإطلاق- أى فى غير زمان معين- إلّا أنّه لو حبسها المستأجر بمقدار زمان العمل الذى استؤجرت له فيضمن بذلك الحابس الاجره و مؤجرها يستحقّ الاجره، و إن لم يستوف المستأجر منها العمل، و لو كان زمان الإجاره مطلقا.

و الفرق بين ذلك و سابقه- أى فيما كان المؤجر حرّا- أنّه لمّا لم تكن اليد الوارده على الحرّ يدا مضمّنه فالحرّ بسبب حبسه- أى صيرورته محبوسا- قد عرفت أنّه لا يستحقّ شيئا، بخلاف المملوك، فإنّ اليد الوارده عليه لمّا كانت مضمّنه لنفسه و كذلك لمنافعه تبعا له فعلى ذلك؛ فالحابس إذا كان يحبس الدابّه التى استأجرها لعمل فبسبب الحبس تشتغل ذمّته بمنافعها بمقدار زمان الحبس فيستحقّها صاحب الدابّه، فلو كان الحابس يستحقّ على صاحبه بمقدار ما يتعلّق

بذمته الاجره لحبسها استيفاء المنافع منها فذمه صاحب الدابته مشغوله بأداء تلك المنافع من دابته، فتهاترت العهدتان تهاترا قهرا لو كان ما يستحق كل منهما على الآخر مساويا لما يستحقه الآخر وإلا فبالنسبه.

ضمان الخمر و عدمه

الأمر السابع: قال في «الشرائع»: (و لا يضمن الخمر إذا غصبت من مسلم) (١) .. إلى آخره.

اعلم! أنّ صور هذه المسأله أربعه، لأنّ الغاصب و المغصوب منه إمّا أن يكون كلاهما مسلما أو كلاهما كافرا، أو يكون الغاصب مسلما و المغصوب منه كافرا، أو بالعكس.

أمّا الصوره الاولى؛ فلا إشكال في أنّه لا يستحقّ المغصوب منه شيئا، لأنّ استحقاقه شيئا من قيمه المغصوب منه أو مثله فرع لكون المغصوب منه ملكا و مالا له حتّى يصدق بسبب أخذه عنه «على اليد» (٢) فيشتغل عهده الآخذ بما أخذ، كما عرفت، و بعد أنّ الشارع قد حرّم جميع منافع الخمر، بحيث لو كان بقى له منافع تكون من قبيل النادر، فلا يبقى لها ماله لأن يرى ماله الشىء باعتبار منفعه، فإذا لم يفرض للشىء منافع لسلبها الشارع عنه، فلا يعتبر له ماله حتّى يترتب عليها ما لها من الآثار، و هذا واضح لا ستره فيه.

مع أنّ المسأله إجماعية؛ إنّما الكلام في الخمر المتخذة للتخليل، فظاهر

١- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٣٦.

٢- مستدرک الوسائل: ١٧ / ٨٨ الحديث ٢٠٨١٩.

«الجواهر»- بل ادعى الإجماع- أنّ غضبها أيضا لا يوجب الضمان (١).

نقول: إنّ الخمر المتّخذة للتخلييل و إن لم يكن لها الآن ماله إلا أنه باعتبار بقائها و صيرورتها خلًا لا يبعد الدعوى بأنّ العرف لذلك يعتبر لها الماله، و لا يراها مثل ما ليست لذلك، بل إنّما أعدت للخمرية، بل لقابليتها لأنّ ينتفع منها بعد في زمان قريب يكون كاعتبار العرف الماله لمنافع العين التي لم توجد تتحقّق تلك المنافع بعد لمالك العين، و ليس ذلك إلاّ لأنّه لمّا كانت العين قابله لأنّ تبقى و تصير صاحبه تلك المنافع فيرونها كأنّها الآن موجوده، فكذلك الخمر المتّخذة للتخلييل و إن كانت مسلوبه المنافع الآن من جميع الجهات فعلا، إلاّ أنّه لا ريب أنّه إذا كانت قريبه لأنّ تنقلب و تصير خلًا مثل نصف الساعه مثلا، فالعرف يراها الآن باعتبار انقلابها، مالا و ذات منفعه، و أنّ حكم الشارع بحرمه جميع الانتفاعات عنها فعلا لا يوجب سلب ماله مطلقا، مع كونها كذلك، و إذا استكشفنا كون العرف مساعدا في اعتبار الماله لها في مثل هذا الحال- أي، فيما كان بين حال الخمرية و انقلابها خلًا زمان قليل- فيستكشف من ذلك اعتبار الماله للخمر المعدّه للتخلييل، لأنّ الظاهر عدم خصوصية لذلك، بل المناط التهيؤ و كونها مادّه قريبه قابله لأنّ تصير شيئا ينتفع به، فيصير لذلك مالا.

و بالجملة؛ فسلب الماله عن مطلق الخمر حتّى المتّخذة للخلّ مشكل جدّا؛ لعدم المقتضى له ظاهرا، فالحكم بعدم الضمان مطلقا بعيد.

نعم، لو تمّ الإجماع المدعى في المقام على عدمه- و إن لم يكن نظر المجمعين في ما نحن فيه و كذلك في البيع إلى ما يزعمون من عدم اعتبار الماله

لها، فلذلك لا يجوز بيعها ولا يضمن غاصبها، بل كان إجماعاً تعديداً لو تمت دلالة روايه «تحف العقول» (١) و سندها؛ يتم الحكم بعدم الضمان، وإلا فالأولى الحكم بالضمان، كما لا يخفى، فتأمل!

أمّا فيما لو كان المغصوب منه ذمياً و الغاصب مسلماً، فهنا بحسب ما تقتضيه القاعده- لما عرفت- سلب المائيه عن الخمر، بل يجب إراقتها (٢) و إن كان لا بدّ و أن يحكم بعدم الضمان، إلا أنّ الظاهر أنّه لا خلاف في ضمان الغاصب في هذه الصوره، و العله في ذهاب الأصحاب في المسأله إلى خلاف الأصل هي ما ذكروه في باب الجهاد من استفادتهم من آيه الجزيه المعنّيه بقوله تعالى: حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ (٣) بأنّ محاربه الكفار و نهب أموالهم إنّما تجب ما دام كونهم محاربين، و بعد انعدام هذا العنوان عنهم بإعطائهم الجزيه و العمل بشرائطها، فكما يحفظ بذلك دماؤهم و أموالهم كذلك يعامل معهم و دينهم [معامله] دين الحقّ، بمعنى أنّ كلّ ما يرونه من شريعتهم و يرون أنّه من أحكامهم مثل أنّهم يستحلّون الانتفاع من الخمر- مثلاً- و لذلك يكون لها عندهم المائيه، نحن ملتزمون بأن نعامل معهم بالنسبه إلى أنفسهم في ذلك كلّ كما يعاملون أنفسهم فيما بينهم، فيترتب على ذلك الالتزام بالأحكام الوضعيه على حسب أحكامهم.

و مرجع ذلك يكون إلى أنّ الشارع نزل أحكامهم الباطله منزله الأحكام

١- تحف العقول: ٣٣١، وسائل الشيعه: ١٧/٨٣ الحديث ٢٢٠٤٧.

٢- و لأنّهم معاقبون على الفروع كما يعاقبون على الأصول، فالاشتراك في الأحكام التكليفيه يقتضى الاشتراك في الوضعيه، سواء كانت مستتبعه أم لم تكن كذلك، فتدبر! «منه رحمه الله».

٣- التوبه (٩): ٢٩.

الحقّه فى الجملة بالنسبه إلى بعض الامور الدينويّه؛ لما تقتضيه السياسه الشرعيّه، فلذلك لو غضب المسلم خمرا من الذمى و كذلك الخنزير فهو ضامن.

إنّما الكلام فى أنّ جريان قاعده اليد فى المسأله المترتبّه على هذا التنزيل أى مقدار يقتضى من ضمان المثل أو قيمه؟ لأنّ الخمر مثلى و ضمان المثلى لا ينقلب إلى قيمه إلا بعد العجز عن أداء المثل، فالقاعده تقتضى الحكم بضمان المثل.

و لكن يشكل الالتزام بذلك من جهه اخرى، و هى أنّ العهده تشتغل بما له مالىّه، و المفروض أنّ الخمر لا مالىّه لها بالنسبه إلى المسلم.

و بعباره اخرى: أنّه قد بينا أنّه عند وضع اليد على مال الغير اعتبر الشارع لهذا المال وجودا اعتباريا على يد الغاصب، بحسب أنّ هذا الوجود الاعتبارى على يده باق حتّى يردّ المال بنفسه إلى صاحبه أو مرتبه منه عند تلفه، و يكون لهذا الوجود الاعتبارى إضافه ملكيه إلى الغاصب، و إضافه اخرى إلى المالك، فلو ردّ عين ماله إليه ليس له حقّ بعده بالنسبه [إلى] ذاك الوجود الاعتبارى، و لذلك نقول: إنّ لهذا الوجود من أول؛ إضافه ملكيه إلى الغاصب، و بعد أن عرفت أنّه لا اعتبار ملكيه و لا مالىّه للخمر بالنسبه إلى المسلم، فكيف يعقل أن يعتبر على يده وجودا اعتباريا له فيشتغل به ذمته؟!

فألذى يسهّل الخطب؛ هو أنّه لا بدّ أن يلاحظ ذاك الدليل للتنزيل من أنّه أى مقدار يقتضى؟ فإذا نزلت الخمر التى لا مالىّه لها منزله المال لا اعتبار المالىّه لها عند الكفار؛ بل التنزيل يقتضى اعتبار جميع خصوصيات المالىّه لها حتّى لو غضبها المسلم يشتغل ذمته بمثلها، أم ليس يقتضى ذلك؟ و لا إشكال أنّه لا

إطلاق و لا عموم للدليل التنزيل حتى يقتضى ذلك، بل استفاده الأصحاب من الآيه المباركه و غيرها فى الجملة (١).

ولما يكون الحكم على ما عرفت مخالفا للقاعده؛ لأن ما ثبت من أصل الشريعة أنه لا مائيه للخمر خرجنا عن الأصل لقيام الدليل الخاص على اعتبار المائيه لها بالنسبه إلى الذمى، فلا بد أن [يكون] بالقدر المتيقن من الدليل و القدر المتيقن فى المقام هو القيمه.

بمعنى أن يبنى أن القدر المتيقن مما اعتبر من الوجود للخمر المغصوبه على اليد اعتبار وجود القيمه لها، و لا ينافى ذلك ما بيننا عليه، من أن ما يجىء على اليد حين وضعها على مال الغير هو نفس العين، فاعتبر الشارع وجودها بنفسها على اليد، لأنك عرفت أن للعين اعتبرت مراتب من الوجود، فإذا امتنع اعتبار وجود نفسها على اليد لما ظهر من اقتضاء الأصل و الدليل الخاص أيضا ما اقتضى إلا اعتبار مرتبه ضعيفه منها، و هى القيمه، فلا محيص عن الالتزام بضمان قيمه الخمر المغصوبه من الذمى لا مثلها، فيجب رد عينها إليه ما دامت باقيه، - لعدم انقطاع سلطنته عنها- و (٢) قيمتها إن كانت تالفه، فتأمل!

و قد ظهر من هذه الصوره حكم ما لو كان الغاصب و المغصوب منه ذميين و تحاكما عندنا.

و أما الصوره الرابعه؛ و هو ما لو كان المغصوب منه مسلما و الغاصب ذميا و إن كان - دام ظلّه - أجرى دليلا فيها أيضا، بمعنى أنه أفاد - دام ظلّه - بأن الذمى

١- لاحظ! جواهر الكلام: ٣٧ / ٤٤ - ٤٥.

٢- كذا، و الأصح: أو.

لَمَّا غَضِبَ مِنَ الْمُسْلِمِ مَا هُوَ مَالٌ عِنْدَهُ، وَالشَّارِعُ أَيْضًا أَمْضَى وَاعْتَبَرَ مَالِيَّتَهُ وَنَزَلَ الْخَمْرُ عِنْدَهُمْ مِنْزِلَهُ الْمَالِ، فَلِذَلِكَ يَلْزَمُ بِضْمَانَهُ لِلْمُسْلِمِ لِأَخْذِهِ مِنْهُ مَا يَعْتَقِدُهُ مَالًا لَهُ، فَيَجْرَى عَلَيْهِ قَاعِدَةُ الْيَدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا إِشْكَالَ هُنَا فِي ضْمَانِهِ الْقِيَمَةَ دُونَ الْمَثَلِ.

وَالْأَمْرُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَوْضَحُ مِنَ الثَّانِيَةِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ، لِأَنَّ ارْتِفَاعَ ضْمَانِ الْغَاصِبِ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَدَاءِ مَا غَضِبَ إِلَى الْمَالِكِ وَقَبْضِهِ إِتْيَاهُ دُونَ التَّخْلِيهِ فَقَطْ، كَمَا أَشْرْنَا سَابِقًا، وَالْمَفْرُوضُ أَنَّ الْخَمْرَ لَا تَصِيرُ مَقْبُوضًا لِلْمُسْلِمِ وَلَا تَجِيءُ تَحْتَ يَدِهِ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِهَا سُلْطَنَتُهُ لِعَدَمِ كَوْنِهَا مَالًا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ.

أَقُولُ: وَلَا يَخْلُو مَا أَفَادَهُ - مَدَّ ظِلَّهُ - مِنَ النَّظَرِ الْوَاضِحِ، لِأَنَّهُ مَضَافًا إِلَى كَوْنِ مَا أَفَادَهُ مُخَالَفًا لِلْإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ ظَاهِرًا فِي عَدَمِ تَعَلُّقِ الضَّمَانِ بِالْخَمْرِ مُطْلَقًا إِذَا كَانَ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ مُسْلِمًا، أَنَّ التَّنْزِيلَ إِنَّمَا يَفِيدُ فِي اعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَغْضُوبِ مِنْهُ لَا الْغَاصِبِ، بِمَعْنَى أَنَّ تَنْزِيلَ مَا لَيْسَ بِمَالٍ لِلْمُسْلِمِ مَالًا لِلذَّمِّ كَيْفَ يَثْمُرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُسْلِمِ الَّذِي هُوَ الْمَأْخُودُ مِنْهُ؟ وَالتَّنْزِيلُ عِنْدَ الْغَاصِبِ أَيْ رَبَطَ لَهُ بِالْمَغْضُوبِ مِنْهُ؟ وَالمَوْجِبُ لِلضَّمَانِ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الْمَغْضُوبُ مَالًا حَقِيقِيًّا لَهُ، أَوْ تَنْزِيلِيًّا عِنْدَهُ، كَمَا لَا يَخْفَى، وَ يُؤَيِّدُ ذَلِكَ مَا أَفَادَهُ آخِرًا مِنْ عَدَمِ صِحَّةِ قَبْضِ الْخَمْرِ لَوْ كَانَ الْقَابِضُ مُسْلِمًا، فَافْهَمْ!

المباشرة والتسبب

إشارة

الجهة الثانية من البحث: في سائر موجبات الضمان سوى اليد و عنوان الغصبيته.

الأول منها: مباشره الإلتلاف، و إن لم يكن المتلف تحت اليد.

الثانى: التسبيب، والكلام فيه يتوقف على تمهيد مقدمه، وهى: أنه لا إشكال فى أنه ما وقع عنوان السبب أو المباشر فى حديث و لا- نصّ من أخبار الباب، وكذلك ما ورد نصّ خاصّ يدلّ على القاعده المعروفه، وهى: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» (١) بمعنى أن يكون متكفلاً- لذكر القاعده بألفاظها، بل أشرنا سابقاً بأن هذه إنّما وقعت فى معاهد الإجماعات و استفادها الأصحاب من الموارد الخاصه الوارده فيها النصوص التى تستخرج منها بالمناط القطعى هذه القاعده؛ و إن كان قد يصدق عنوان الإلتلاف فى بعض الموارد لمساعدته العرف، و إن لم ينطبق على ما ورد فيه النصّ، كما سنشير إليه.

و كيف كان؛ ليس الإلتلاف موضوعاً شرعياً و عنواناً معبراً به فى لسان الشريعه، حتّى نبحت عن معناه، لكونه من العرف الخاصّ، و كذلك ليس للفظ السبب أيضاً معنى اصطلاحياً شرعياً حتّى ندور مداره، و أنّ ما ورد فى لسان الأخبار عناوين خاصه أو عامه قد تنطبق على هذه العناوين اللغويه و العرفيه، و قد لا تنطبق، فإنّ ما ورد فى الأخبار التى ذكرها فى «الجواهر» عند تنقيح هذا البحث (٢) هو أنّ:

منها؛ قوله عليه السّلام: «من أضّرّ بطريق المسلمين فهو له ضامن» (٣).

و منها؛ صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم من أخرج ميزاباً أو كنيفاً، أو أوتد و تدا، أو أوثق دابّه، أو حفر شيئاً فى طريق

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٦٠، انظر! القواعد الفقهيّه: ٢ / ٢٨.

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ٤٦.

٣- وسائل الشيعه: ٢٩ / ٢٤١ الحديث ٣٥٥٤٠.

المسلمين فأصاب شيئا فعطب، فهو له ضامن» (١).

و منها؛ لسانها كذلك: «من حفر بئرا في غير ملكه كان عليه الضمان» (٢).

ضروره؛ أنّ «من حفر بئرا في غير ملكه» مثل بئر أو فلاة لم يتوقع مرور أحد فيهما، بحيث كان اتفاق عبور أحد فيهما خلاف العادة، فاتفق أنّه مرّ أحد منها فوقه فيه فهلك، فإنّه لا إشكال ظاهرا في عدم صدق نسبه الإلتلاف إلى الحافر عرفا، فلا يرويه في مثله ضامنا، كما أنّ من حفر بئرا في ملكه ألّذى اعتاد العبور عليه، و لو كان داره فمرّ أحد فوقه فيه، أو لم يكن المعمول العبور عليه و لكن اذن أحد بالدخول في داره بحيث لا يصدق عنوان الغرور، بل جعل اختيار الورود بيده، أو كان معمولا دخول غنم جاره في داره لو كان بابها مفتوحه و لم يكن راعيه معه فدخل المأذون في الدار، أو الغنم فيها كذلك مع مسامحته في سدّ بابه فوقعا في البئر، فإنّه يصدق عرفا في هذه الصورة أنّ صاحب الدار الحافر أتلّفهما.

مع أنّه لا ينطبق عليه ما وقع في الحديث من كون الضمان معلقا على حفر البئر في ملك الغير، و قد يتصادق الإلتلاف عرفا مع ما يستفاد من الأخبار من التحديد مثل ما لو حفر بئرا في غير ملكه مع كونه من الطرق المعتاده العبور عليه، فوقه فيه أحد من العابرين (٣)، و غير ذلك من الموارد التي قد يجتمعان و قد يختلفان.

فمن ذلك؛ ظهر أنّ النسبه بين ما يراه العرف تلفا و المعنى الذي يكون ملاكا لاستناد التلف عند العقلاء، و [بين] ما يستفاد من التحديد من الأخبار، عموما

١- وسائل الشيعه: ٢٩ / ٢٤٥ الحديث ٣٥٥٤٧.

٢- وسائل الشيعه: ٢٩ / ٢٤١ الحديث ٣٥٥٣٩.

٣- وسائل الشيعه: ٢٩ / ٢٤١ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان.

من وجه لو أبقيناها على ظهورهما، فيقع التعارض بين الجمود على ظواهر الأخبار- مع أنّ جملة منها ظاهره في كون المحدث في غير الملك قابلا لصحّ استناد التلف إلى المحدث- و الأخذ بها (١) و [بين] ما يراه العرف و العقلاء ملاكا لصحّ استناد التلف، و لو كان الموجب له في ملك نفسه بحيث لا يصدق المباشره.

فيدور الأمر بين حمل ما يظهر من بعض الأخبار من بيان الحدّ على التنظير و التمثيل، و تعيين المصداق العرفي مقدّمه لبيان الحكم لا للتحديد، أو حملها على تعيين الضابط و ردع العقلاء عمّا هو ملاك صدق الإلتلاف عندهم.

و لا- إشكال في أنّه لمّا كان الإلتلاف معنى عرفيّاً و موضوعاً عقلياً لا ربط له بالشارع، و لا مدخلية لتصرّفه فيه، لكونه مفهوما ارتكازياً، فلا بدّ من حمل الأخبار الظاهره في خلاف المعنى الارتكازي، مثل ما يستفاد منها كون ملاك الضمان في حفر البئر هو أن يكون البئر في غير الملك، على ما لو كان ذلك موجبا لصحّ استناد التلف إلى الحافر و لو كان المباشر غيره، إلّا أنّه يقع بحيث يرى اختيار المباشر الذي هو سبب قريب تحت اختيار السبب البعيد و هو الحافر، لا ما إذا لم يكن كذلك مثل ما مثلنا به من حفر البئر في بئر غير معتاد العبور منه أصلاً، أو كان في طريق المسلمين، و لكن كان ذلك لأن ينتفعوا به، بمعنى أنّ الحفر يرجع إلى مصالحهم، مع عدم تقصير الحافر في ما هو من لوازم إيجاد البئر في الطريق بحيث يكون الناس مأمونين عن الوقوع فيه، و غير ذلك من الموارد التي لا ينطبق عليها المعنى الارتكازي العرفي للإلتلاف، بحيث يصحّ الاستناد إلى محدث البئر.

فانقدح بما ذكرنا؛ أنّ الإِتلاف معنى عرفيّ ليس فيه اصطلاح؛ صدقه متوقّف على نظر العرف، و صحّه الاستناد عند أهله و مصاديقه مختلفه، فقد يصحّ الاستناد بإيجاد شرطه، و قد يستند بإيجاد سببه، كما أنّه يصحّ الاستناد بمباشره الإِتلاف، فهذه كلّها مصاديق للإِتلاف يتوقّف صدق النسبه بها على مساعده العرف بلا- أن يكون لأحدهما اصطلاح شرعيّ حتّى يكون لها موضوعيّة، فيبحث عنها لاستكشاف المعنى الاصطلاحيّ لها، كما لا- يخفى، بل إنّما الباحث عنها إنّما يبحث لتعيين مصداق الإِتلاف و تحديده عرفاً.

فمن ذلك كلّه؛ ظهر النظر في ما في كلام صاحب «الجواهر» قدّس سرّه في المقام (١)، حيث اعترض على الأصحاب لتعرّضهم في تعيين معنى السبب بأنّه لا- فائده في هذا التعرّض؛ لعدم ورود هذا اللفظ في النصّ، و لا- ثمره في تحديد الضابط به، بل الضابط إنّما هو استفاد من الأخبار.

وجه النظر؛ أنّه قد عرفت أنّه ليس تعرّض الأصحاب لتحديد السبب بلحاظ معناه الشرعيّ و التزامهم بموضوعيّة، بل لأنّه كما أنّه لم يرد به نصّ، كذلك لم يقع لفظ المباشر و التلف أيضاً في نصّ، و لما رأوا إنّما هو ملاك للضمان في كلمات السلف و معاهد الإجماعات ليس إلّا عنوان التلف، و لا ينطبق على معناه العرفيّ ما استفاد من ملاك الضمان من ظواهر بعض الأخبار (٢)، مع عدم كون هذه الأخبار صريحه في تحديد ضابط الضمان مختصّاً بما لهجت به، فبمقدّمات عدم الردع استفادوا كون الملاك عنوان الإِتلاف و ما استقرّ عليه بناء

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٥٠.

٢- لاحظ! وسائل الشيعه: ٢٩ / ٢٤١ الباب ٨ و ٩ من أبواب الضمان.

العقلاء من المعنى لهذا العنوان، فتعرضوا لتعيين مصاديقه التي منها عنوان السبب، فتأمل!

ثم إن الظاهر؛ أن مرادهم من السبب هو معناه الاصطلاحي، أي ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، و ضابطه الكلي لهذا المعنى أن سبب الإتلاف هو ما ينتهي إليه موجب التلف، بمعنى أن يكون هو مستندا إلى اختياره بحيث و لو كان للغير دخلا- في التلف، إلا أن اختياره يكون تحت اختياره، بأن يفعل عملا يستند التلف إلى عمله عادة، كأن يحدث بئرا في طريق معتاد من غير أن [يكون العابرون محفوظين عن الوقوع فيه] أو بالوعدة من غير أن تجعلها بحيث يكون العابرون محفوظين عن الوقوع فيها، و غير ذلك من الموارد التي لو وقع تلف يكون المحدث موجبا له عادة (١).

إذا عرفت ذلك؛ فهنا فروع لا بد من أن نتعرضها. الأول: ذكر في «الجواهر» أن إحداث البئر في غير الملك مطلقا- سواء كان عدوانا محضا أو يكون فيه صلاح للمسلمين- هل يوجب الضمان لو وقع به تلف، أم لا؟ و نقل فيه التفصيل عن بعض بين ما كان صلاحا للمسلمين و أحدث في طريقهم، و ما لم يكن كذلك (٢).

و الهدى هو بنفسه قواه هو الضمان، بناء على مسلكه قدس سره من الجمود على ظاهر النص، لكونه محدثا في ملك الغير، أو لكونه مضرًا بطريق المسلمين، بناء

١- و من المعلوم؛ أنه لا يتوقف في ذلك قصد وقوع التلف، بل تمام المناط انتهاء الأمر إلى الشخص عادة، «منه رحمه الله».

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ٥٢ و ٥٣.

على كون المراد به أحدث شيئا بسببه أضرّ المسلمين، فتأمل!

و بالجمله؛ فقد استظهر الضمان مطلقا فيه و في الملك المشترك في الجمله.

و لكن العدى ينبغى أن يقال: هو التفصيل، كما أفاده (استحسنه) المحقق و أفتى به جماعه من الأعاظم غيرهم - قدّس سرّهم - (١)، لأنه إذا أحدث البئر لمصلحه المسلمين في طريقهم مع عدم تقصيره في شىء مما يوقع الناس في الهلكه فاتفق على خلاف العاده أنه وقع فيه أحد فتلف، فبمقتضى قوله تعالى:

﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ (٢) عدم ضمانه؛ لعدم كون عمله ذلك مشتملا على عدوان و تعدّ أصلا، بل هو محسن فيه فقط بلا أن يكون تصرّفه ظلما على أحد، فهو إحسان محض، فلا موجب للضمان، بخلاف ما لو أحدثه فيه لصلاح نفسه، أو أحدثه لا لذلك و لكن قصير في الأداء بوظائفه من طمّ فم البئر و غيره، فإنه لما لم يكن عمله ذلك مشتملا على الإحسان فليس شىء يمنع عن الضمان، حسب ما يقتضيه أصل هذا العمل.

و من ذلك ظهر؛ أنّ إحداث البئر في ملكه لا يوجب الضمان لو وقع فيه أحد كان داخلا فيه بغير إذنه، فإنه يكون بمنزله إحداث البئر في طريق المسلمين و إحاطته بحائط فصعد عليه أحد فوقع فيه، فإنّ الحافر ليس ضامنا؛ لعدم كون التلف مستندا إليه عاده، و كذلك دار الشخص و ملكه لَمَّا كان تسلط عليه و عدم جواز دخول أحد فيه بغير إذنه فيه بمنزله ذلك الحائط المحيط بالبئر الواقع، فمن دخل فيه بغير إذنه فوقع في البئر فيكون كمن ألقى نفسه في البئر بلا توجه ضمان

١- شرائع الإسلام: ٣/ ٢٣٧، جواهر الكلام: ٣٧/ ٥٣.

٢- التوبه (٩): ٩١.

على الغير و لو كان الغير سببا، و لكن لَمَّا كانت جهه السببِيه في مثل هذه الصوره ملغاه في نظر العرف و لذلك يكون التلف مستندا إلى المباشر نفسه.

و بالجمله؛ فلَمَّا بنينا على كون المراد من السبب في المقام هو بمعناه الاصطلاحى من كون المناط (١) في استناد الضمان صحه نسبه الإلتلاف إلى السبب، بأن يكون بحيث يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، و لكن لا- بالنسبه إلى مادّه التلف بل بالنسبه إلى هيئه الإلتلاف، بمعنى أنّه و لو كان يصحّ استناد المادّه إلى غيره كما إذا قدّم أحد طعاما مسموما إلى غيره و أمره بأكله مع كون الأكل جاهلا به رأسا، فإنّه و إن لم يكن التلف مستندا إلى الأمر إلّا أنّه لا إشكال في أنّ الإلتلاف مستند إليه، ففي الصوره المذكوره لَمَّا كان الإلتلاف أيضا مستندا إلى الداخِل بغير إذن المالك فيصير من المقامات التي يكون المباشر أقوى من السبب هذا.

تقديم المباشر على السبب و بالعكس

الفرع الثانى: قال فى «الشرائع»: (لكن إذا اجتمع السبب و المباشر قدّم المباشر فى الضمان على ذى السبب) (٢) .. إلى آخره.

اعلم! أنّ هنا صورا أربعا نتعرّضها،

١- فالمناط فى صدق النسبه و صحته هو أن يصحّ استناد هيئه الإلتلاف به بالسبب، و إن كان بالنسبه إلى المادّه، و هى و التلف شرطا أو مقتضيا كحفر البئر فى الطريق المعموره عدوانا، فإنّ الحفر لا يلزم من وجوده الوقوع فى البئر، و من عدمه عدمه، بل هو شرط أو مقتض بالنسبه إلى التلف، و لكنّه بالنسبه إلى الإلتلاف عرفا يكون يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم «منه رحمه الله».

٢- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٣٧.

الأول: هو أن يكون المباشر مقدّمًا على السبب، كما إذا حفر أحد بئرا في غير ملكه عدوانا فألقى آخر أحدا فيه، فإنّه لما يكون التلّف، وكذلك الإِتلاف مستندا إلى الملقى، وإن كان الحفر شرطا بالنسبة إلى التلّف، مع ذلك يكون الملقى لقوّته ضامنا، لما عرفت من أنّ الشرط و المقتضى لا يؤثّران بالنسبة إلى الضمان، بل هو تابع لصدق عنوان الإِتلاف المتحقّق بالمباشره أو التسبب بلا أن يكون لهما موضوعيّة، وقد أوضحنا مناط صدق التسبب، و من المعلوم أنّه بمعناه في الصوره المفروضه لقوّه المباشر لا يصدق، فلا مقتضى لضمان غير المباشر استقلالًا و لا اشتراكًا.

و من ذلك؛ ظهر النظر في ما مال إليه في المقام صاحب «الرياض» قدّس سرّه خلافا للمشهور، فإنّه قدّس سرّه لما زعم كون التسبب عنوانا مستقلاً في عرض عنوان الإِتلاف فمال هنا إلى اشتراك الحافر و الملقى في الضمان (١)، و قد عرفت ضعف ذلك بما لا مزيد عليه، بل قد ظهر من ذلك أيضا حكم ما لو صدق على فعله - أي المسبّب - الإعانه، ففيه أيضا يكون المباشر هو الضامن؛ لأنّ الإعانه مثل نصب السكّين و نحوه لا يخرج عن كونه مقتضيا أو شرطا (٢) و قد قلنا: إنّ لا مدخلية لهما في الضمان.

و بالجملة؛ فما لم يصدق عنوان الإِتلاف استقلالًا أو اشتراكًا فلا يوجب الضمان، فعلى فعل المعين إن صدق الاشتراك فيصير شريكا في الضمان، و إلّا

١- رياض المسائل: ٨ / ٣٣٥.

٢- بعد صدق الإِتلاف على المباشر، «منه رحمه الله».

فلا، فانقدح أنه لا وجه لتأمل صاحب «الجواهر» في المقام (١)، فتأمل!

الثانية: هي ما يقدم السبب في الضمان، كمن حفر بئرا في طريق المسلمين فوقه فيه أحد من العابرين فعطب، فهنا وإن كان مباشر التلف نفس العابر؛ لاستناد مادّة التلف إلى حركته باختياره، ولكن اختياره هذا بالنسبة إلى الإلتلاف كلا اختيار في جنب اختيار الحافر؛ لانطباق ما هو مناط السبب على فعله ذلك، وعدم تأثير لحركه المباشر بالنسبة إلى الإلتلاف، بل هو مستند عند العرف على الحافر، مع كون ذلك من مصاديق ما يستفاد من أخبار الضمان.

اجتماع السببين

الثالثة: هي ما لو اجتمع السببان، كما إذا حفر أحد بئرا ووضع آخر عنده حجرا فعثر به إنسان فوقه في البئر إنسان فهلك، بحيث يكون الهلاك مستندا إليهما، ويكون كلّ منهما دخيلا في التأثير، بمعنى أنه لو لم يكن المعثر لما كان يقع أحد في البئر، و كذلك لو لم يكن البئر فالمعثر لا يوجب الهلاك.

فقد اشكل الأمر في هذه الصورة، وكذلك الصورة الآتية في صدق الاستناد، وصحّته بهما جميعا، أو بالسابق في التأثير، أو بالسابق زمانا، ونشير أولا إلى توضيح عبارته وقعت في المقام من «المسالك» و «التذكرة» ثم نذكر ما هو التحقيق من الحكم في المسألة.

قال في «المسالك»: (فإن اتفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان لعدم

الترجيح، و إن تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير لاستقلاله أولاً (١) .. إلى آخره (٢). و قريب [من] ذلك عبارته «التذكرة» (٣).

نقول: إن كان مرادهما من «اتّفقا» هو اتّفاق حدوث السببين زمانا، بأن يكون حفر البئر مع وضع الحجر في زمان واحد، فأى معنى لقولهما في صورته التعاقب: كون الضمان على المتقدم في التأثير؟ ضروره أنه كما يكون أحدهما في صورته التعاقب في الأحداث متقدّما في التأثير، كذلك يكون في صورته الاتّفاق في الحدوث، إذ لا ملازمه بين اتّفاق زمان إحداث السببين و اتّفاقهما في التأثير كما لا يخفى، و إن كان مرادهما - قدس سرهما - من «الاتّفاق»، اتّفاقهما في التأثير، فلا معنى لتقابل عبارته بقولهما: (و إن تعاقبا) .. إلى آخره، إذ قد عرفت أنه كما يمكن أن يترتبا في التأثير عند التعاقب في الحدوث كذلك أمكن عند اتّفاق زمان الحدوث الترتيب أيضا.

و بالجملة؛ إن كان المناط في الاختصاص بالضمان عند اجتماع السببين هو الأسبقية من حيث الزمان فلا مجال للقول بالاختصاص في صورته التعاقب المتقدم في التأثير، و إن كان المناط هو الأسبقية في التأثير فلا مجال لإطلاق القول باشتراكهما في الضمان عند اتّفاق السببين من حيث زمان حدوثهما.

أقول: الظاهر أنه استشكل - دام ظلّه - (٤) على عبارته هكذا، و لكن الظاهر أنّ مرادهما من «اتّفقا» هو اتّفاق السببين في التأثير بلا أن يكون أحدهما مقدّما

١- في المصدر: لا اشتغاله بالضمان.

٢- مسالك الإفهام: ١٢ / ١٦٤.

٣- تذكرة الفقهاء: ٢ / ٣٧٤ ط. ق.

٤- الظاهر أنّ استشكله في عبارته هو ما ذكرنا. «منه رحمه الله».

على الآخر، و لذلك حكما باشتراكهما فى الضمان، و من التعاقب أيضا التعاقب فى التأثير، و لذا أشرنا باختصاص الضمان بالمتقدم تأثيرا، و الشاهد على ذلك هو استدلالهما بعد ذلك بما يؤيد ما ذكرنا.

و عليه؛ لا إشكال فى العبارة و إن لم يخل أصل ما فرضنا من إشكال، و كأنه يستظهر من هذه العبارة فى ذيل ما نقلنا و هو قوله: (فالضمان على المتقدم فى التأثير) كون المراد من الاتفاق و التعاقب فى كلامهما إنما هما من حيث الزمان، فيستشكل عليهما، فتأمل!

و أما حكم أصل المسألة؛ فقد يحتمل أن يكون الضمان على مسبب السبب الأول، و هو واضح الحجر فى المثال، لأنه و إن كان الوقوع فى البئر أيضا سببا للهلاك فموجد البئر أيضا دخيل فى الوقوع و الهلكه، إلا أنه لما كانت السببىة الثانية مستنده إلى الأولى، بحيث لو لم يكن الحجر الموجب للعثور لما يتحقق الوقوع فى البئر الموجب للعطب، ففي الحقيقة التلف مستند إلى السبب الأول فهو ضامن.

و قد يحتمل ضعيفا أن يكون الضمان على السبب الثانى - الذى هو البئر فى المثال - لأن العثور و إن أوجب الوقوع فى البئر إلا أنه لما كان منشأ التلف هو الحركة المتحققه من أول العثور إلى الوقوع تحت البئر، و الهلكه إنما تقع حين الوقوع فى البئر و القرار فيه، فهو الجزء الأخير للعلله التامه، و من المعلوم أن الشئ يستند إلى الجزء الأخير من علته، ففي الحقيقة البئر أوجب العطب، و لذلك يستقر الضمان على حافره.

و لكن التحقيق؛ يقتضى الاشتراك فى الضمان، ضروره أنه بعد أن عرفت

كيفية تأثير كل من السببين في التلف، بمعنى أنه لو لم يكن الحجر موضوعا لم يتحقق الوقوع، وكذلك لو لم يكن البئر لم يكن العثور موجبا للعطب فيصير كل من أجزاء العله من قبيل المعدّات، ولا- شبهه أنه في المعدّات يكون المعلول المترتب عليها مستندا بالجامع بينها، ولا يلاحظ تقدّم وجود بعضها خارجا حتّى يستند لتقدّمها كذلك إليها المعلول، وكذلك بالنسبة إلى الأخير.

ففي المقام؛ لما كان في الحقيقة سبب الوقوع في البئر، وكذلك العثور هو حركة العابر و سيره من الجانب الذي هما واقعان فيه، فالسبب الحقيقي للتلف هو نفس الحركة المتحقّقه من حين ابتداء العثور إلى الوقوع في البئر المستنده هذه الحركة إلى اختيار العابر، إلا أنه لما كان مطلق الحركة لا يوجب الهلكه، بل إنّما الموجب لها هو الحركة الخاصّه المكيفه بكيفية الوقوع في البئر، و الموجب لصيروره الحركة المطلقه هذه الحركة الخاصّه المتلفه هو كون الحجر في طريقه و هكذا البئر، فالحجر الموجب للعثور و البئر المحفور هما شرطان بالنسبه إلى التلف و مقتضيان لتحقق هذه الحركة، و لا ترجيح لأحد الشرطين على الآخر، بل هما متساويان في التأثير، فيكون الجامع بينهما هو شرطا و مقتضيا، فسبب السبب مستنده إلى هذا الجامع و لذلك يسمّى الشرطان بالسبب، فتصير نتيجة ذلك هو اشتراك الحافر و واضع الحجر في الضمان، لما اتّضح من تساوى العثور و الوقوع في صدق تسببهما بالإتلاف بهما.

ثمّ إنّه؛ بعد أن انقده مّا ذكرنا اشتراك السببين في الضمان- كما قوّاه صاحب «الجواهر» قدّس سرّه (١) أيضا- فلا بدّ من البحث في كيفية الاشتراك، هل يكون

كلّ منهما ضامنا للتالف مستقلا، أو يشتركان في تضمّنها بشىء واحد شخصيا (١) أم بدلا كليتا للتالف؟

و الأقوى الأخير؛ لعدم مقتضى لغيره، أمّا استقلالهما في الضمان فلاّنه تابع للاستقلال في الإلتلاف، و قد عرفت أنّهما محدثان للجامع بين مقتضى السبب، فالجامع هاهنا يكون سببا بعد عدم تعقل استقلالهما في التأثير، فلا دليل و لا موجب لاستقلالهما في الضمان.

و أمّا عدم ضمانهما لشخص التالف فلاّنه قد التزمنا بذلك في باب اليد- خلافا للمشهور- و اعتبرنا وجودا اعتباريا على اليد، لما كان يقتضيه ظاهر قاعده اليد، و أمّا في باب الإلتلاف فلا داعى لذلك، مع أنّه لا منشأ لانتزاع ذلك الوجود الاعتبارى في المقام، بل هنا حسب ما تقتضيه القضيّه التعليقيه الّتي هي معنى الضمان في باب الإلتلاف- كما فهمها الأصحاب من لفظ الضمان- هو اشتغال ذمّه بكليّ في الذمّه بدلا عن التالف عند التلف، إلّا أنّه إذا كان المتلف لمال الغير شخصا واحدا فتكون ذمّته منفردا مشغوله بذلك الكليّ، و إذا كان التلف من شخصين أو أزيد ناشئا فذمّتهم مجموعا مشغوله بذاك الكليّ، فظهر من ذلك عدم دليل للاحتمال الثانى أيضا، فيتعيّن الثالث.

هذا؛ و لكن ما أفاده- دام ظلّه- بعد لا- يخلو عن تأمل، أمّا في أصل المسأله؛ فلاّنه لّمّا كان تأثير السبب الثانى ناشئا عن تأثير الأوّل بحيث تستند شرطيه البئر للتلف إلى تحقّق شرطيه العثور، فالعرف يرى العثور بنفسه سببا تامّا لإسنادهم الشىء إلى السبب الأوّل، و لا يرونهما من قبيل المعدّات، فالحقّ هو ما

١- حسب ما قلنا في قاعده اليد، «منه رحمه الله».

أفتى به العلامة في «التذكرة» و كذلك غيره (١).

و أما في كيفية الضمان؛ فلأن ظاهر القاعده المسلّمه المستفاده من أخبار الأئمه عليهم السلام و هي «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» (٢) لرجوع ضمير «له» إلى المال المتلف يقتضى هنا أيضا اعتبار وجود للعين على العهده، و اشتغال الذمه بنفس العين كان تقتضيه لفظه «ما الموصول» و غيرها في قاعده «على اليد»، فما وجه الفرق (٣) بين المقامين؟ فتأمل!

الصورة الرابعه: و هي ما لو اجتمع السببان، و لكن بحيث يكون سبب الثانيه مستنده إلى الاولى، و بمعنى أنه لم يكن السبب الثاني الذي هو مباشر الإتلاف مصداقا للسبب بالمعنى الذي قلنا، بأن يكون التلف مستندا إلى اختياره، بل كان لاختيار الغير في وقوع التلف تمام التأثير، بحيث يكون اختيار الثاني تحت اختياره إمّا بإجباره إياه أو بإغفاله، ففي الحقيقه يكون ذلك من اجتماع السبب و المباشر.

و تفصيل القول في ذلك: أما في الإغفال المسمى بالغرور ففي ضمان الغازّ أو المغرور أو كليهما احتمالات (٤)، و لا يخفى أولا أنّ المغرور على قسمين؛ لأنه إما أن يكون مغرورا في إتلاف مال الغير أو في إتلاف مال نفسه.

١- تذكرة الفقهاء: ٢/ ٣٧٤ ط. ق، جواهر الكلام: ٣٧/ ٥٦.

٢- جواهر الكلام: ٣٧/ ٦٠، انظر! القواعد الفقهيه: ٢/ ٢٨.

٣- و أما الضمان فحقيقته معنى اعتبارى تابع لكيفيته اعتباره و منشأ انتزاعه، فتأمل! «منه رحمه الله».

٤- و قد ذكر في «الشرائع» بعد عدّه فروع في مسأله بدل الحيلولة جواز الرجوع للمالك إلى كليهما و عليه المشهور، بل على ما يظهر من «الجواهر» إجماعيه و ارتضاه- دام ظلّه- أيضا فتأمل «منه رحمه الله» (شرائع الإسلام: ٣/ ٢٤٥ و ٢٤٦، جواهر الكلام: ٣٧/ ٥٧ و ٥٨).

أما في الأوّل؛ فأقوى الاحتمالات على حسب ما تقتضيه القاعده هو الاحتمال الثاني.

بيان ذلك: أنّه لا إشكال في أنّ المغرور اختياره بالنسبه إلى نفس الفعل المتحقّق به ذات التلف تامّ، و ليس من هذه الجبهه نقص في إرادته المباشر المغرور.

نعم؛ إرادته بالنسبه إلى عنوان مال الغير ناقصه، بمعنى أنّه من هذه الجبهه ليس له اختيارها، بل مقهور للغارّ فيصدق على فعله إتلاف المال، و إن لم يصدق عنوان كونه مال الغير، و يكفي الأوّل في استناد التلف إلى المغرور، فيصير ضامنا للمالك، ضروره أنّ الضمان ليس معلقا على الإتلاف المقيّد بكون المتلف مالا للغير، بل الإتلاف في ظرف كونه كذلك- أي مالا للغير يوجب الضمان، و لذلك يضمن النائب و الساهي - يوجب الضمان، فتأمل!

نعم؛ لما يصدق الإتلاف على فعل الغارّ أيضا بحيث يستند الإتلاف إلى من قدّم طعاما للغير عند إنسان و أمره بأكله بعنوان كونه مالا لنفسه، فيرى العرف المقدم ضامنا أيضا مع كون إرادته بالنسبه إلى الأكل أتمّ، بمعنى أنّه يصدق على فعل الأكل - كما بينا- إتلاف المال فقط، و لكن يصدق على فعل الغارّ المقدم إتلاف مال الغير، فمن هذه الجبهه إرادته أيضا موجوده، كما بالنسبه إلى ذات الإتلاف متحقّقه، فلتماميّة إرادته بالنسبه إلى المغرور- حتّى لا يكون له اختيار من هذه الجبهه أصلا، بل هو مقهور صرف للغارّ- فللمغرور الرجوع إلى الغارّ.

أقول: و لما لم يخل هذا البيان عن النظر، و لعلّه لذلك عدل- دام ظلّه- عن ذلك إلى بيان آخر، و هو أنّه لا إشكال أنّ الإراده إذا توجهت إلى فعل يكون

الغرض إيجاد مادّة هذا الفعل، فإذا توجّهت الإرادة إلى التلف فيكون الغرض إيجاد هذه المادّة في الخارج، فلذلك يسند الفعل إلى مريد هذا الفعل إذا أوجده، وكذلك إذا تعلقت الإرادة بالإتلاف فلمّا يكون الغرض إيجاد ذلك فيقال: إنّه أوجد الإتلاف، فذلك يستند إيجاده إلى مريده أنّه أوجد الإتلاف بعد تحقّق المادّة في الخارج.

إذا تبين ذلك فنقول: إنّ المغرور إذا توجّهت إرادته إلى أكل مال الغير فأكله بأمر الغارّ، فلمّا يصدق على فعله ذلك إتلاف مال الغير، فيصير ضامنا لصاحب المال (١)، وكذلك الغارّ بعد أمر المغرور على أكل المال وإغراه فيه، لما يصدق على عمله أنّه أوجد الإتلاف، فالحساره التي تتوجّه على المغرور لتضمين صاحب المال إياه أوجبها الغارّ، ولذلك يجب عليه تدارك خسارته، فكما أنّ المغرور أتلف مال الغير فكذلك الغارّ أتلف مال المغرور فيضمن ما يعطيه بالمالك، فيرجع إلى الغارّ بعد أدائه.

فانقدح من ذلك؛ أنّ المتلف لمال الغير حقيقه إنّما هو المغرور، ولذلك ليس لصاحب المال الرجوع إلى غيره، والغارّ إنّما هو متلف لمال المغرور، وهو ما يؤدّيه عوضا عمّا أتلف، فتتوجّه عليه الخساره، ولذلك ليس له الرجوع إلى الغارّ قبل أدائه شيئا، ففي الحقيقه ما يعطيه الغارّ إنّما هو غرامه عمّا أوجب فواته عن المغرور لا أن يكون هو ضامنا لصاحب المال.

فظهر أنّ ما يستفاد من النصّ بدلاله الالتزام، وقوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «المغرور يرجع

١- فليس اختيار المغرور في ما فعل بالنسبه إلى اختيار الغارّ كلا- اختيار، فتكون إرادته تحت إرادته الذي كان ذلك ملاكا لصحّه سلب الإتلاف عن فعل المباشر و استناده إلى السبب، فتدبّر! «منه رحمه الله».

إلى من غرّ» (١) من إثبات رجوع حقّ للمالك إلى المغرور إنّما هو موافق لما تقتضيه القاعده.

و تبين ممّا ذكرنا حكم الصورة الثانيه؛ وهى أن يصير مغرورا فى إتلاف مال نفسه فإنّه يجرى هنا أيضا ما بيناه فى ما تقدّم إذا كان مباشرته لإتلاف مال نفسه بأكله أو غيره تحت اختيار السبب الأوّل، وهو الغارّ فلتمّا يستند الإتلاف إليه فيصير ضامنا للمغرور.

ضمان المكره و عدمه

و أمّا الثانى؛ وهو ما إذا كان السبب الثانى الذى هو المباشر مكرها، فالكلام فيه فى مقامين:

الأوّل: فى الحكم التكليفى له؛ قد أشرنا عند بيان قاعده «لا ضرر» أنّ الرفع للحكم التكليفى فى باب المحرّمات ليس إلّا قاعده الحرج، فهى إذا صدقت يرتفع التكليف و يجوز ارتكاب المحرّمات، و لا إشكال أنّ مسألتنا- و هو إتلاف مال الغير- إنّما هى أيضا من المحرّمات، فارتفاع الحرمة عن عمل المكره إنّما يتوقّف على أن يكون المكره عليه حرجيا، بأن يترتب على تركه الضرر الحالى أو العرضى على المكره لا مطلق الضرر ما لم يصل إلى حدّ الحرج، هذا بالنسبه إلى المكره و عمله.

و أمّا بالنسبه إلى المكره- بالكسر- فالتحقيق أنّه لا يتوقّف كون فعله و إكراهه حراما على كون المتوعّد عليه أمرا حرجيا، بل يكون فعله حراما مطلقا،

و لو لم يوجب إكراهه و إلزامه عند ترك المكره- بالفتح- إلّا توجّه الضرر اليسير عليه، و لو بأن يكون شاغلا على عمل غير قابل الآن رفع اليد عنه من غير أن يترتب على رفع يده عنه ضررا عليه، بل أوجب ذلك صدور الفعل المكره عليه عنه عن كره فقط.

و بالجملة؛ فمناطق كلّ من الحكم الوضعي و التكليفي في المقام مختلف، فلا إشكال في أنّ إلزام الغير على إصداره فعلا بغير رضاه لا- عن طيب نفسه حرام و لو لم يقع بتركة ذلك في أمر حرجي، و لكن هذا المقدار من الإكراه لا يوجب ارتفاع الحكم الوضعي- و هو الضمان- عن المكره، و جعله على عهد المكره- بالكسر- لما هو المحقق من أنّ أدلّه الحرج هي التي تكون حاكما على أدلّه المحرّمات.

و لكن في المقام هذه القاعده أيضا لا تثمر بالنسبه إلى رفع الضمان عن المكره- بالفتح- و ذلك لأنّه قد أوضحنا سابقا أنّ القواعد التي وردت في مقام الامتنان مثل قاعده الحرج، و كذلك قاعده السلطنه و غيرها لا يتقدّم أحدها على الاخرى، و لذلك لا ترتفع و لا تسقط سلطنه المالك عن ماله المستتبعه لسلطنته على متلفه و هو المكره، لكون تركة التلف يوجب وقوعه في الأمر الحرجي.

نعم؛ قد أشرنا أنّه يسقط الحكم التكليفي عنه لحكومته أدلّه الحرج على الأحكام التكليفية، و أمّا ضمانه فقد ظهر أنّه لإتلافه ثابت، و على حسب القاعده ليس للمالك الرجوع إلى غيره لكونه باختياره أتلف مال الغير، و يصح نسبه الإتلاف إليه، فالحكم بضمان المكره- بالكسر- أو المكره في المقام تابع لصدق نسبه الإتلاف إليهما، فعلى أيّ منهما صدق نسبه الإتلاف فهو ضامن، و إلّا

فقاعده الحرج و نحوها لا تعارض الضمان المسبب عن سلطنه المالك على ماله و متلفه، و لا إشكال أنّ النسبه بين صدق الحرج و صدق الإلتلاف فى مورد المكره عموما من وجه، لأنّه ربّما يصدق الحرج بلا صدق الإلتلاف، كما إذا أوعد المكره على أمر يكون ضررا عليه من ضرر حالى و غيره، و لكن لا يصحّ سلب نسبه إلتلاف المال عنه بمعنى أن يصدر الفعل عنه عن اختيار.

و لا- يتوهم أنّ المكره مطلقا لا- يكون مختارا فى الإلتلاف و إنّما اختياره يكون تحت إرادته الغير و هو المكره- بالكسر- فمطلقا هو غير مختار فى الإلتلاف سواء كان المتوعد عليه ضررًا أم حرجيًا أو فوقهما.

و دفع ذلك هو أنّه لا خفاء أنّ صدق نسبه الإلتلاف و صحّته دائر مدار صدور الفعل عن قصد و إرادته، و من المعلوم أنّ إبعاد المكره على إلتلافه مال الغير لا- يوجب ذلك سلب الإرادة عنه مطلقا، و لو كانت إرادته تحت إرادته الغير، و ذلك لأنّه بيّننا فى محلّه أنّ المكره على أمر لكونه متوعدا على المكروه إنّما يكون فى الحقيقه مكرها على الجامع بين المكره عليه و المتوعد عليه، بحيث يكون كلّ واحد منهما فى ظرف عدم الآ-خر تحت طلب المكره و إرادته، فكلّ منهما بخصوصيته يكون تحت إرادته المكره- بالفتح- و اختياره، فإذا اختار المكره عليه لما كان بخصوصيته تحت إرادته و اختياره، و لذلك تصحّ نسبه إلتلاف المال إليه (١).

فإذا صدق ذلك و إن كان لو لم يفعل ذلك ليقع فى الضرر و الحرج، فمقتضى

١- و بذلك صحّحنا معامله مكره و قلنا بأنّ الالتزام بصحّته عند الإجازة هو الموافق للقاعده، لا العكس، فتدبّر! «منه رحمه الله».

القاعده الحكم بضمانه خاصه دون المكره، بعد ما عرفت من عدم منع قاعده الحرج عن جريان قاعده السلطنه.

و قد تصدق نسبه الإلتلاف إليه بلا لزوم الحرج عليه عند تركه الإلتلاف، و هو كما إذا كان المكره مسلوب الإراده فى الفعل حتى فى اختياره الخصوصيه، و هذا الذى نحكم بضمان المكره- بالكسر- و نلتزم به على حسب القاعده، سواء صدق الحرج أم لا، و قد لا يصدق الحرج و لا الإلتلاف، و هو ما لو كان المتوعد عليه أمرا ضروريا مطلقا بلا وصوله إلى حد الحرج، و هنا و فى الصوره الاولى لا مقتضى لضمان المكره- بالكسر- بل على القاعده إنما يكون ضمان التلف على المكره بالفتح.

فانقدح مما ذكرنا أن ما أضاف فى «المسالك» هنا فى صدق الإكراه زائدا على ما يعتبرون فى صدقه فى سائر المقامات من كون الضرر المتوعد عليه حاليا إنما يقيد ذلك (١)، بالنسبه إلى رفع الحكم التكليفى عن المكره، و إلا فبالنسبه إلى الضمان و رفعه فلا يثمر شيئا، فالتحقيق فى المقام هو الحكم بضمان المكره- بالفتح- على حسب القاعده دون المكره، كما أفاده فى «الجواهر» و قال: إن مقتضى القاعده ضمان المكره- بالفتح- دون المكره إلا أن يمنع من ذلك انعقاد الإجماع على الخلاف، فإن تحقق فهو المحكم.

نعم؛ يمكن جريان ما ذكرنا فى وجه ضمان الغازر هنا أيضا، و عليه فيتم ضمان المكره- بالكسر- لما أوجب بإكراهه إلتلاف مال المكره على القاعده. قد ذكر الأصحاب ميزان صدق الإكراه فى كتاب الطلاق، و اشترطوا فيه شرائط

ثلاثه و أشار إليها شيخنا قدس سرّه في «المكاسب» عند ذكر شرائط صحّه البيع أيضا (١)، و الفرق بين الإكراه و الاضطرار هو أنّ الثاني يكون من الدواعى غالبا، و لذلك لا يجرى دليل رفع الاضطرار فى المعاملات؛ لعدم خلوّها عن الدواعى الاضطراريّه غالبا مع عدم المدخليّه للدواعى فى المعاملات، و لكن تجرى فى التكاليف.

و أمّا الأوّل و هو الإكراه فهو إلزام على نفس الفعل، و لذلك لما يخرج الفعل عن الاختيار فيسقط عن المؤثريّه، فهو يجرى فى المعاملات و التكاليف كليهما، و إن كان يختلف من بعض الجهات، كما أشرنا إليه.

و لو أرسل فى ملكه ماء فأغرق .. إلى آخره.

هنا صور، لأنّ إرسال الماء و تأجيج النار إمّا أن يكون للحاجه و لم يتجاوز عن حدّها، أو لم يكن كذلك، و فى كلتا الصورتين إمّا أن يكون المالك- أى مرسل الماء و غيره- عالما بالتعدّى، أو ظانّا به، أو لم يكن كذلك، و الحكم الجامع لجميع الصور هو أنّ الضمان لتلف مال الغير المسبّب عن إرسال الماء فى ملك نفسه أو تأجيج النار فيه تابع لصدق الإلتلاف، و لا يختلف فى ذلك تجاوز إرسال الماء عن قدر الحاجه و عدمه، و لا العلم أو الظنّ بسببته ذلك للتلف و لا عدمهما، و ذلك لما بيّنا سابقا من أنّ الضمان الحاصل بسبب الإلتلاف ليس تابعا للعلم، بل هو من الأحكام الوضعيّة الثابته، و لو فى ظرف جهل مسبّب التلف، و كذلك لا تمنع قاعده «السلطنه» عن الضمان أيضا فيما إذا لم يتجاوز الماء أو النار عن قدر الحاجه فأوجب مع ذلك تلف مال الغير؛ لأنّه قد تحقّق فى السلف

أيضا أنّ الناس مسلّطون على أموالهم ما لم يوجب سلطنتهم و تصرّفهم فيها تلف مال الغير، فيمنع عن سلطنته على ماله الموجب لتضمينه متلف ماله.

و بالجمله إتلاف مال الغير و لو انطبق على حفظ مال نفسه، موجب للضمان، و قاعده السلطنه ليست قابله أن تمنع عن ذلك، كما لا يخفى، فافهم!

ثمّ إنّ بعد ذلك ذكر فروعاً في «الشرائع» تعرّضنا لجلّها في أوّل الباب، و لعلّه في طيّ المباحث الآتية يأتي ما ينتفع [به] و يرتبط بهذه الفروع (١) إن شاء الله أيضاً حتّى يفى ببعض ما لم نتعرّضه لوضوحه.

ردّ المغصوب

الجهة الثالثه من البحث: هي البحث عن وجوب إرجاع المال المغصوب لصاحبه عينا و عدم انقطاع سلطنه المالك عن عين ماله بتصرّف الغاصب فيه، و لا يخفى أنّه يتصوّر لهذه المسأله صور:

الاولى: أن لا يكون ردّ العين المغصوبه مستلزما لضرر على الغاصب أو غيره.

الثانيه: أن يكون مستلزما لذلك، و هذا يكون على وجوه؛ لأنّ المتضرّر إمّا أن يكون هو الغاصب أو غيره، و الغير إمّا أن يكون معيّنا للغاصب أو لم يكن كذلك، و الضرر المتوجّه إمّا نفسى أو مالى، و الضرر المالى إمّا أن يكون بنحو يستلزم تخليص العين المغصوبه؛ سقوط المال المزاحم للتخليص عن المائيه رأسا، و هذا كالأخشبه المغصوبه الموضوعه تحت بناء و جدار بنيا من الطين

١- من حيث المبنى وجهه السببيّه و غيرها، «منه رحمه الله».

و الجصّ، فإنّه بعد تخريب مثل هذا الجدار لتخليص الخشبه لا يبقى للتراب المجتمع و كذلك الجصّ قيمه و مائته، أو لم يكن كذلك، مثل ما لو كان البناء من الحجر و الآجرّ أو كالسفينه، و فى كلّ منها إما أن يكون الغاصب عالما بالغصب أو لم يكن كذلك.

أمّا الكلام فى الأوّل- و هو ما لو لم يكن ردّ العين مستلزما للضرر لكون العين باقيه على حالها- فلا شبهه فى وجوب الردّ فى هذه الصوره، و كذلك فيما إذا كان مستلزما للضرر على الغاصب، سواء كان عالما بالغصب أو جاهلا، و كان حين التصرف فى المغصوب و وضعه تحت البناء- مثلا- فى الواقع غاصبا و غير ذى حقّ.

و الدليل على ذلك هو أنّه لا إشكال فى أنّ البناء على المغصوب حرام؛ لكونه تصرفا فى مال الغير، فإذا صار أصل البناء حراما فليس له احترام، فإذا لم يبق للبناء حرمة فليس شىء يزاحم مع سلطنه المالك و صاحب العين المغصوبه المبنى عليها، فهو بمقتضى سلطنته على ماله يطالب ماله، و له أن يأخذه بأى نحو كان، و لا يبقى للغاصب سلطنه على بنائه حتّى يمنع بذلك مالك العين و يلزمه بأخذ قيمه كما توهمه أبو حنيفه (١) لأنّ السلطنه فرع لالتزام المال، بل يجب على الغاصب تخريب بنائه مقدّمه لردّ العين، و لا فرق فى ذلك بين الجاهل و العالم.

ضروره أنّ الضمان و كذلك غيره من الأحكام الوضعيّه ليس دائرا مدار العلم و الجهل، بل هو تابع للحقّ الواقعى و عدمه، و لا مدخلية للعلم و الجهل فى باب الضمان أصلا.

هذا ما تقتضيه القاعده، و النصّ أيضا مطابق معها، و هو قوله عليه السّلام: «ليس لعرق ظالم حقّ» (١) و كذلك قوله عليه السّلام: «الحجر المغصوب رهن [على خرابها]» (٢) و من المعلوم أنّ المراد من الظالم المعناه الواقعي، أى غير ذى حقّ، لا- أن يكون المراد به المأخوذ فيه العدوان الملازم لكون العادى عالما بعدم كونه ذا حقّ فتأمل!

و لا يتوهم أنّ الدليل فى المقام إنّما هو قاعده الإقدام حتّى يمنع جريانها فى صورته الجهل؛ لأنّ أصل جريان قاعده الإقدام فى ما نحن فيه دورى.

ضروره؛ أنّ صدق هذا العنوان و إقدام الغاصب على ضرره موقوف على أن يكون مالك العين المغصوبه مسلّطا على تخريب بنائه، و ذا حقّ بالنسبه على خرابه، و إثبات هذا الحقّ له بقاعده الإقدام يلزم منه الدور كما لا يخفى، فلا يجوز التمسك بقاعده الإقدام فى المقام أصلا.

هذا إذا كان حين الإحداث غير ذى حقّ، أمّا إذا لم يكن كذلك بل كان عند إحداثه البناء ذا حقّ ثمّ انقطع حقّه كما إذا اشترى أحجارا بالبيع الخيارى، ثمّ بنى عليها ففسخ بائعها فها هنا لمّا لم يكن بالنسبه إلى الحدوث غاصبا و لكن من حيث الإبقاء و البقاء يصدق عليه الغصبيّه بصيروره الأحجار المبنى عليها بعد الفسخ ملكا و متعلّقا لحقّ الغير، فإبقاء البناء عليها يكون إبقاء فى مال الغير (٣).

فيدخل هذه الصوره فى باب تزاحم الحقوق، و هذا بحث سيّال فى جملة من أبواب الفقه، و قد ذكرنا جملة من الكلام فى ذلك فى باب البيع عند البحث

١- وسائل الشيعه: ٣٨٨ / ٢٥ الحديث ٣٢١٩٤.

٢- وسائل الشيعه: ٣٨٦ / ٢٥ الحديث ٣٢١٩١، و فيه: الحجر الغصب فى الدار.

٣- مع أنّ إحداثه كان عن حقّ و لم يكن فيه عدوان و تخريب فى مال الغير «منه رحمه الله».

عن خيار الغبن، و نزيد هنا توضيحا بقدر ما يناسب المقام، و هو أنه لا إشكال في أنّ صاحب البناء الذي يصدق عليه الغاصب فعلا في نفس إبقاء بنائه، لما كان أساسه مالا للغير يصدق عليه أنه متصرف في مال الغير.

ضروره أنه ليس حقه من حيث البناء إلا هذه الهيئه الثابته على القضاء القائم بنيانه على مال الغير، و كونه في القضاء و إن لم يكن بهذه الهيئه متعلقا لحق غير الباني، بل مال لنفسه، و لكنّه لما كان جزؤه المتصل بالأرض بتوسط الحجر المغصوب- حيث هذا الجزء من هيئه البناء الذي هو حصه من الهيئه متعدّ فعلا- و صاحب البناء غاصب بهذه الهيئه. و المفروض؛ أنّ كون باقى أجزائه على الهواء لا- يثمر فى بقاءه بعد تفريق هذا الجزء منه، فلما يصدق لذلك أنّ أصل كينونته هذا البناء بروز الهيئه ثابتة فى مال الغير، فإما يكون لهذه الهيئه احترام، لأنّ احترام المال و المائيه إنّما هو باق ما دام لم يكن فى مال الغير، فيصلير المقام من قبيل ما لو فرض أنّ تكون أرض ملكا لأحد و هواؤه للآخر، فصاحب الهواء بنى فى هذه الأرض بلا إذن صاحبه، لأنّه لا فرق فى هذه الجهه بين الإحداث و الإبقاء فكما أنّ البناء حدوثا فى مال الغير يكون غصبا و لا احترام لهذا البناء و الهيئه الكائنه، كذلك لو كان عند الحدوث مأذونا فيه فانقطع الإذن بعده، بالنسبه إلى ما بعد الانقطاع و هو بقاءه، فلما يصدق الغصب، فلا احترام له أيضا بالنسبه إلى تصرف صاحب البناء.

و أما بالنسبه إلى صاحب الحجر و تصرفه بتخليص حجره فليس فى تخليصه و إخراجه حجره بعين هذا التخليص متصرفا فى مال الغير كما كان فى الأوّل، فإنّه بنفس الإبقاء كان متصرفا فى مال الغير فكان إبقاء ماله مع تصرفه فى

مال الغير متّحدا وجودا، و أمّا صاحب الحجر فليس كذلك، بل إخراج حجره تصرّف في مال نفسه.

نعم؛ تصرّفه هذا مستلزم للتصرّف في مال الغير و هو الهيئه البنائيه، و لكنّه ظهر أنّه لا احترام لهذه الهيئه في الرتبه السابقه على تخليصه ماله، فإذا يتصرّف صاحب الحجر في ماله فتصرّفه ذلك مستلزم لتصرّفه في مال الغير الساقط عن الاحترام في الرتبه السابقه على تصرّف المغضوب منه في حجره.

تزامم الحقوق

إذا تمّ ذلك و انكشف موضوع الحقّين المتزاحمين فنقول: إنّ ليس لنا قاعده بمؤنتها ترتفع الغائله و يرحّح أحد المتزاحمين على الآخر الذي هو الموجب لوقوع التزام أيضا سوى قاعده تسلّط الناس على أموالهم، و لا إشكال أنّ تطبيق هذه القاعده على مال صاحب البناء دورى.

بيان ذلك: أنّ سلطنته على ماله موقوف على عدم احترام القائم عليه البناء، و عدم احترامه موقوف على عدم السلطنته لصاحبه عليه، و نفي سلطنته صاحب الحجر على ماله و سقوط سلطنته لا بدّ أن يثبت من الخارج، و لا يعقل أن يثبت عدم سلطنته بسلطنته صاحب البناء على هيئه بنائه؛ لأنّ إثبات أحد النقيضين بالآخر دور، كما لا يخفى، و لما لم يكن في الخارج أيضا دليل على سقوط سلطنته فتثبت سلطنته، فإذا ثبتت سلطنته هذه فتسقط سلطنته صاحب البناء إذا لم يكن دليل يثبت سلطنته، و أمّا تطبيق أصل القاعده - و قد عرفت - على سلطنته دورى، هذا بالنسبه إلى صاحب البناء.

و أمّا بالنسبة إلى صاحب الحجر فلا- مانع من تطبيق القاعده عليه، ضروره أنّ سلطنته على ماله و إن كانت موقوفه على عدم احترام مال صاحب البناء، إلّا أنّ عدم احترامه قد يثبت في الرتبه السابقه بسبب كون البناء في مال الغير، فلا يتوقف إثبات سلطنته صاحب الحجر على إسقاط سلطنته صاحب البناء، بل لما كانت سلطنته على ماله ساقطه سابقا لسقوط احترامه، فتصرّف صاحب الحجر لتخليص ماله من مال الغير يقع حين سقوط سلطنته الغير من الخارج، لما سنشير من أنّ إثبات سلطنته الشخص على مال نفسه لا يوجب و لا يقتضى حفظه الناشئ من قبل سلطنته عليه أن يتصرّف في مال الغير لحفظ ماله، بل إنّما يوجب حرمة تصرّف الغير في هذا المال، و المفروض أنّ مال صاحب البناء سقط عن الحرمة، فانتفى بذلك ما كان يقتضى حرمة تصرّف صاحب الحجر فيه لو لا سقوطه عن الاحترام.

و بالجملة؛ لما كان جواز تصرّف صاحب البناء في بنائه بإبقائه مقرونا بالمانع عينا بخلاف صاحب الحجر، فيصير المقام بالنسبه إلى القاعده التي هي المرجع- و هي «الناس مسلّطون» (١) .. إلى آخره- من باب دوران الأمر بين التخصيص و التخصّص، لما عرفت من أنّ هذه القاعده بالنسبه إلى صاحب البناء بعد سقوط احترام ماله، فلا مقتضى لجريانها؛ لأنّ موضوع هذه القاعده إنّما هو المال المحترم، و أمّا بالنسبه إلى صاحب الحجر فالمقتضى لجريانها تامّ لبقاء الموضوع، و إنّما المانع المتصوّر أن يخصّص سلطنته بسلطنته صاحب البناء، و من المعلوم أنّه عند دوران الأمر بين التخصيص و التخصّص؛ الثاني متعين.

فانقدح ممّا ذكرنا؛ أنّ حكم الغاصب العرضى - أى من لم يكن غاصبا ابتداءً عند إحداث تصرّفه - حكم الغاصب الابتدائى، فيجوز للمغصوب منه أن يتصرّف فى ماله كيف شاء، ولا يزاحم تصرّفه الحقّ السابق للغاصب.

و بيان آخر: يكون المقام من باب دوران الأمر بين تأثير المقتضى التنجيزى و التعليقى، ضروره أنّ اقتضاء القاعده و سلطنه صاحب الحجر على ماله تنجيزى، بعد أن كان تصرّفه و سلطنته على ماله المستلزم للتصرّف فى مال الغير مالا لا احترام له، فإقتضاء سلطنته تامّ، و أمّا تصرّف صاحب البناء فى ماله الذى هو عين تصرّفه فى مال الغير إنّما يثبت إذا لم يكن صاحب الحجر سلطانا على ماله، فتصير سلطنته معلقه، و لا ريب أنّ المقتضى التعليقى لا يمكن أن يزاحم التنجيزى فيمنعه عن تأثيره.

هذا؛ و لقد أجاد - دام ظلّه - فى ما أفاد فى بيان سرّ المسأله، و أصل فتواه فى المسأله مطابق لفتوى الأصحاب أيضا، و لكنّ العمده فى تماميه كلا- البيانين هى ما ذكرنا من المقدّمه، و هى كون تصرّف صاحب البناء فى ماله عين تصرّفه فى مال الغير، بخلاف تصرّف صاحب الحجر فهو ليس كذلك، بل هو مستلزم للتصرّف فى مال الغير، و أنت خير بأنّ مجال المنع لهذه المقدّمه [واسع]، و قد أشرنا إلى ذلك فى بحث الخيارات.

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى جواز تصرّف المغصوب منه فى ماله، و لو كان مستلزما للتصرّف فى مال الغير المترتب ذلك على سقوط سلطنه صاحب البناء، و لكن لا يخفى أنّ صاحب البناء لمّا كان فى أصل إحداث بنائه فيما يجوز له

الإحداث عن حق، و لم يكن عاديا في أصله (١)، فليس كالمغاصب الأصلي حتى

١- قد اضطرت كلمات الأصحاب في نظائر المسألة في أبواب متفرقة من العاربه و الشفعه و الإجاره و الصلح و المفلس و خيار الغبن، و إن كان ظاهر المشهور على ما في «اللمعه» اللمعه الدمشقيّه: ١٤٢ و «الشرائع» شرائع الإسلام: ٣/ ٢٤٧ و «القواعد» قواعد الأحكام: ١/ ٢٠٦ و غيرها هو جواز الرجوع للمالك، و له إلزام صاحب الشجر و البناء و نحوهما على قلعهما و تخليص الأرض، كما أنّ ظاهر المشهور أيضا أنّ على الملتزم الأرض و إن استبعد صاحب «الجواهر» قدس سرّه جواهر الكلام: ٣٧/ ٢٠٢ الجمع بين الفتويين، و لقد أفاد قدس سرّه جواهر الكلام: ٢٦/ ٢٥٧ - ٢٥٩ في تحقيق المسألة في باب الصلح و مال إلى خلاف ما عليه المشهور، و جعل مسأله الغرس و البناء نظير استعاره الأرض للدفن أو الرهن أو الصلاة، و أنّهما من واد واحد، حيث إنه كما أنّه ليس له الرجوع بالنسبه إلى الإذن السابق فهكذا كلّ ما هو من آثاره و لوازمه، فراجع و تأمل! [و] ملخص ما أفاد في «الجواهر»: هو أنّ الأذن لَمّا كان بإذنه أوّلا و إقدامه أدخل نفسه في حكم شرعي فليس له الرجوع بعده، و بهذا التقريب أيضا- على ما بيالى- دفع الإشكال الاستاذ الأعظم النائيني كتاب الصلاة للميرزا النائيني: ٢/ ١٠ في بحث الصلاة في مسأله جواز رجوع المالك الآذن للغير بقراءه الصلاة في ملكه بعد دخوله في الصلاة، و قوّى عدم جواز الرجوع لما ذكرنا، و إن أجاب عن ذلك الاستاذ العراقي- دام ظلّه- عن ذلك حيث نقلنا عنه ما أفاده النائيني- مدّ ظلّه- بأنّ الحكم الشرعي لا يوجب منع صاحب الحقّ و حرمانه عنه، كما يكون كذلك في حقوق الناس، بل الحكم- لو سلّمنا- يوجب الإلزام فقط، و قد أشار إلى ما أفاده- دام ظلّه- شيخنا قدس سرّه في مكاسبه المكاسب: ٢/ ١٢٥ في طيّ بحث الاجره على الواجب و دفع الإشكال عنها، فراجع! هذا مضافا إلى منع دخول المالك في الحكم الشرعي و هو حرمة الإبطال و حرمة النباش و غيرهما بالإذن، لأنّ الحرمة موقوفه على عدم بقاء حقّ الرجوع له، و هو أوّل الكلام، مع أنّه لا إطلاق لدليلهما، كما لا يخفى. اللهمّ إلّا أن يرجع كلام [صاحب] «الجواهر» قدس سرّه إلى أنّه لَمّا كان الإذن في الشئ ء إذنا في لوازمه فلذلك ليس للآذن حقّ الرجوع في مسأله الإذن في الصلاة و نحوهما لهذه القاعدة العرفيه، و هكذا في مسأله العاربه للغرس و الرهن و نحوهما، حيث إنّ بناء المتعاملين على بقاء الأرض مشغوله ما دام الشجر باقيا، و هكذا بالنسبه إلى الرهن و الدفن و نظائرها، كما يكون عكس ذلك في المقامات، مثل مسأله البيع الخياري، فإنّ بناء المتعاملين في مثله بقاء العين إلى انقضاء الخيار و عدم إتلافها أو نقلها بأحد النواقل، فتدبرّ و راجع «مصباح الفقيه» للمرحوم المدقّق الهمداني مصباح الفقيه «كتاب الصلاة»: ١٧٦ ط. ق، و لقد أفاد في باب الصلاة ماله دخل في المقام، رحمه الله و إيّانا، «منه رحمه الله».

لا يكون لمالئته احترام أصلا؛ لأنه إلى حين الفسخ كان ذا حقّ و بعد الفسخ صار غير ذى حقّ، فاحترام أصل ماله باق، نعم لمّا [ثبت] حديث المزاحمه من حين الفسخ و قد رجّحنا طرف صاحب الحجر، و المفروض أنّ المزاحمه ليست إلّا بين شخصيّته البناء و الحجر المملوك للغير الموضوع تحته، لا- أن تكون مزاحمه فى أصل مالئته، فتسقط سلطنه صاحب البناء عن شخص بنائه، و تثبت السلطنه لصاحب الحجر على خصوصيّته البناء، و جواز تصرّفه فى الخصوصيّته لا فى أصل المالئته، فلذلك إذا خرب البناء لتخليص حجره فعليه أن يتدارك مالئته بنائه كلّما يكون له المالئته فعلا، فلو كان لبقائه اعتبار مالئته اخرى فليس عليه تداركها، لما عرفت من أنه ليس له من حين الفسخ حقّ الإبقاء كما قالوا ذلك فى الأرض المستعاره للغرس، فيرجع صاحب الأرض بعد غرس المستعير و صيرورته شجرا، فبعد بنائهم على ثبوت حقّ القلع للمعير قالوا بأنّ عليه أن يتدارك خساره صاحب الشجر بأن يردّ إليه تفاوت قيمه الشجر بين كونه ثابتا و كونه مقلوعا.

و بالجمله؛ فلاحظوا حال الفعلى للشجر لا كونه باقيا، و ليس ذلك إلّا لعدم ثبوت حقّ البقاء له بعد رجوع المستعير، فكذلك فى ما نحن فيه، فإنّ محلّ الكلام إنّما هو ما إذا كان صاحب البناء إذا حقّ عند إحداث بنائه ثمّ عرضه عنوان الغصبيّه، ثمّ إنّه إن سقطت هيئه البناء عن المالئته عند إحداث بنائه ثمّ عرضه عنوان الغصبيّه، ثمّ إنّه إن سقطت هيئه البناء عن المالئته دون مادّته، كما مثّلنا لذلك عند التقسيم، فعلى المغصوب منه أن يتدارك قيمتها فقط، و إن سقطت المادّه كذلك يجب تداركها قيمتها أيضا لو كانت لها قيمه فى مقابل الهيئه، و إن كان تخليص

مال الفاسخ يتوقّف على تلف نفس المفسوخ عليه أو غيره فلا يجوز التخليص، بل يجب عليه الإبقاء حتّى لو خلّص ماله، كما لو قلع خشب السفينه في لجه البحر فتلف المفسوخ عليه أو غيره للغرق و نحوه، فيكون القالع الفاسخ ضامنا، ضروره أنّه انقطعت سلطنه المفسوخ عليه عن الخشبه فعلا فلا- تراحم سلطنته المالك الفاسخ إلّا أنّ مسأله حفظ النفس و أهميته لا ربط له بباب المزاحمه، بل هو واجب في كلّ حال و على كلّ أحد، و لا يزاحمه شىء من الحقوق و الأموال، بل هو مرجح على كلّ شىء، و المفروض أنّ المفسوخ عليه ليس غاصبا أصليا حتّى يكون باغيا و عاديا فتسقط نفسه عن الاحترام، كما يحتمل أن يقال ذلك في الصوره الآتية، بل هو غاصب عرضا فنفسه و كذلك غيره على الاحترام باق، فيجب على نفسه و كذلك على الفاسخ حفظ نفسه بأيّ نحو كان، و لو أوجب تلف المال بلا إشكال.

و أمّا لو لم يكن الغاصب في الإحداث ذا حقّ، فقد أشرنا إلى جواز تخليص المغصوب منه ماله و لو أوجب تلف مال الغاصب، و أمّا لو استلزم ذلك تلف نفسه فعلى حسب ما تقتضيه قاعده باب المزاحمه أيضا جواز تخليصه، مع قطع النظر عن مسأله الأهميه الخارجيه الثابته للنفس.

بيان ذلك: إنّ السلطنه الثابته للناس على نفوسهم بالأولويه الثابته على أموالهم أو غيرها أيضا تكون هذه السلطنه ذات مراتب، كما في السلطنه على الأموال، منها ما لا ينطبق على التصرف في مال الغير، و منها ما ينطبق، فهذا الاعتبار أيضا تصير السلطنه على أنفسهم ذات مراتب، فكما قلنا: إنّ الناس مسلّطون على جميع هذه المراتب- أى مراتب أموالهم- إلّا المرتبه التي أوجب

التصرّف فيها التصرّف في مال الغير، فإنّه عند ذلك سلطنه الغير على ماله لَمّا أوجبت حرمة تصرّف الغير في ماله فلذلك تنقطع سلطنه الشخص على ماله في هذه المرتبه الموجهه للتصرّف في المال المحترم للغير، فكذلك سلطنه الناس على أنفسهم ثابتة حتّى تنتهي إلى التصرّف في المال المحترم للغير، هذا ما تقتضيه قاعده السلطنه.

تقدّم حفظ نفس الغاصب على الأموال

و أمّا مسأله أهميّه النفوس و تقدّمها على الأموال فنقول: هذه الصوره ليست في الوضوح و جريان قاعده أهميّه النفوس كالصوره السابقه؛ لأنّ في هذه الصوره لَمّا كان الغاصب غاصباً من أوّل الأمر فالقاعده المعروفه المستفاده من الأخبار- و هي ما وقعت في ألسنه الفقهاء من (أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال) (١) تجرى في هذه الصوره دون الصوره السابقه.

فإن قلنا: إنّ المراد بها أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال حتّى حال تلف نفسه، فيجوز هنا للمغصوب منه تخلص ماله و قلع الخشب من السفينه في المثال المذكور.

و إن قلنا بأنّه ليس المراد بها ذلك، بل المراد بها أنّ الغاصب في ظرف وجود نفسه و بقائه يؤخذ بأشقّ الأحوال حتّى لو أوجب تلف ماله كثيراً، أو وقوع نفسه في التعب لا- فيما أوجب تلف نفسه، فليس للمغصوب منه ذلك، بل يجب عليه الصبر حتّى يخلص عن الهلكه، و لا يجوز للغاصب ردّه لكون حفظ نفسه

واجبا على نفسه مطلقا.

ولمّا كان ظاهر سياق القاعده هو ملاحظه المشقّه بالنسبه إلى أحوال الغاصب العارضه على وجوده، و هو فرع لحفظ وجوده، فالأقوى هو الاحتمال الثانى، مضافا إلى أنّ ما يثبت من الخارج من عاده الشرع وجوب حفظ النفوس حتّى قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا تقيّه فى الدماء» (١) يصير قرينه على كون المراد من القاعده هو المعنى الثانى.

أقول: و أنت خير بأنّه لا أصل لهذه القاعده، و ما وردت بهذا المضمون روايه، بل هى وقعت فى كلام بعض و لم يعمل بها أحد من الأساطين، و قد طعنوا عليها عند التزام بعض بضمان الغاصب أعلى القيم تَمَسِّكا بهذه القاعده، فراجع كلمات «الجواهر» و شيخنا الأنصارى (٢) قدّس سرهما.

فالتحقيق فى المسأله المراجعه إلى ما تقتضيه أدلّه وجوب حفظ النفس من أنّه أى مقدار و أىّ مقام حفظ النفس و احترامه واجب، أما أصل اقتضائه فهو إنّما يكون فيما إذا كان الآدمى مضطّرا و لم يكن بنحو سقط احترامه فى الرتبه السابقه على اضطرابه، إمّا بإقدام نفسه فعلا- كالسارق اللجوج العذى لا يرفع اليد عن الإنسان إلّا بقتله، أو بإقدامه سابقا، و لو لم يكن الآن مقدّما، أو كما إذا ارتكب عملا- فاستحقّ القتل، كمن غصب خشبه فى الساحل و وصل به سفينه فغرق نفس الغاصب. المغصوب منه أخذ منه فى اللجّه، بحيث يوجب قلع خشبته من السفينه غرق نفس الغاصب.

١- المحاسن: ١/ ٢٥٩ الحديث ٣١٠، وسائل الشيعه: ١٦/ ٢٣٤ الحديث ٢١٤٤٥، مع اختلاف.

٢- جواهر الكلام: ٣٧/ ١٠٧، المكاسب: ٣/ ٢٣٠-٢٣٢.

ففى مثل هذه المقامات لا يجب على المسروق منه أو المغصوب منه رفع اليد عن ماله و بذله لحفظ نفس السارق و الغاصب، كما يدلّ على ذلك قوله تعالى:

غَيْرِ بِغٍ وَلَا عَادٍ (١) على ما هو ظاهر الآيه و التفسير المستفاد من الأخبار لها، من كون المراد بهما الخارج على الإمام و قاطع الطريق و السارق.

و قد اعترض على هذا المعنى من التفسير بأنّ حفظ النفس واجب، و هو أهمّ من المال بلا إشكال، فأجاب عنه أصحابنا بأنّ حفظ النفس و احترامه واجب ما لم يكن التالف معرّضا نفسه للتلف (٢)، و كما أنّهم تسالموا فى مسأله ما لو توقّف الخلاص من يد السارق على قتله يجوز قتله، و ظاهرهم أنّ هذا (٣) هو ما تقتضيه القاعده.

و سرّ ذلك كلّهُ هو: أنّ مسأله حفظ النفس و احترامه حكم امتنانيّ من الشرع، و من البداهه أنّه لا امتنان على نفس ألفت نفسه بإقدامه فى الهلكه، فلو لم يرد تفسير من أهل البيت عليهم السّلام للآيه من باب مناسبه الحكم و الموضوع الذى هو العادى، لكان يستفاد ذلك من الآيه، كما لا يخفى من أنّه لا يجب حفظ نفس العادى الذى من مصاديقه الغاصب المعرّض نفسه للتلف، خصوصا فيما إذا احتتمل الغاصب فى المثال المذكور قدره المغصوب منه على قلع الخشب فى اللّجه، و فعل المغصوب منه ذلك، أو لم يتمكّن المغصوب منه أخذه إلّا فى مثله - أى اللّجه - فإنّه لا إشكال فى عدم امتنان فى مثله، مع كونه مخالفا لامتنان على

١- الأنعام (٤): ١٤٥، النحل (١٦): ١١٥.

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ٧٨.

٣- فيكشف من بنائهم ذلك أنّهم لا يلتزمون بترجيح حفظ النفس على المال مطلقا و أهمّيّتها عليه دائما فتدبّر! «منه رحمه الله».

المغصوب منه، فتأمل! و من المعلوم عدم التفصيل في باب العدوان بين مثله و غيره.

و بالجمله؛ هذا سرّ عدم جريان قاعده حفظ النفس و وجوبه في مثل الغاصب، و لهذه الجبهه مال - دام ظلّه - في آخر كلامه إلى ما ذكرنا.

هذا مضافا إلى أنّ وجوب بذل المال لحفظ النفس حكم مخالف للأصل لا بدّ من الوقوف على موضع اليقين.

و أمّا إذا كان الغاصب حين التصرف جاهلا، كما إذا زعم - في المثال المذكور - كون الخشب مالا لنفسه موروثا له من أبيه، أو ظنّ الحجر كذلك فوضعه تحت البناء، أمّا إذا كان يتوقّف في هذه الصوره حفظ نفس الغاصب على إبقاء بنائه في المغصوب، فلا شبهه في أنّه لا يجوز للمغصوب منه مطالبه ماله و أخذه، لعدم كون الغاصب عاديا حتّى ينتفى احترام نفسه لإقدامه.

و أمّا حفظ ماله و احترامه بأن يقال: هل لصاحب الحجر أخذ حجره و لو أوجب تلف مال الغاصب من خراب بنائه من غير تدارك خسارته، أم ليس له ذلك، بل لما يصير سببا لتلف ماله بتخليص مال نفسه فعليه التدارك؟

أمّا ما قلناه في الصوره الاولى من عدم احترام مثل هذا المال المبنيّ في مال الغير، و لذلك تثبت السلطنه للمغصوب منه على خراب بنائه، فإنّما هو كلام بالنسبه إلى خصوصيّة العين المبنيّه لا إلى أصل المائنه.

و أمّا الكلام في أصل مائنته فقال - دام ظلّه -: فإنّما هو مبنيّ على جريان مثل «ليس لعرق ظالم حقّ» (١) و نظيره فيه و عدمه (٢)، فإن قلنا بأنّ المراد بها عدم

١- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٣٨٨ الحديث ٣٢١٩٤.

٢- كما أجريناه بالنسبه إلى أصل خصوصيّة بنائه و ماله، «منه رحمه الله».

ثبوت الحقّ المستلزم لسلب احترام المال للغاصب الواقعي، أى ما كان متعدّياً واقعا و لو كان جاهلا فى الظاهر، فلا ضمان على المغصوب منه المخلّص ماله فى تخريب بناء الغير.

و إن قلنا: إنّ المراد به هو ما كان غاصبا ظاهرا أيضا، فلازمه القول بالضمنان.

و الأقوى الثانى؛ لصحّه سلب هذا العنوان و مثله عن الجاهل المتصرّف فى مال الغير، بل لا يصدق عنوان الغاصب و الطاغى أيضا عليه، كما لا يخفى، فإذا لم تسقط ماله بنائه عن الاحترام، فلمّا كان تخريب بنائه يرجع إلى نفع صاحب الحجر ففى الحقيقه هو سبب لتلف ماله، و يستند التلف إليه، فبمقتضى قاعده الإلتلاف يكون لمالئته [ضمنان]، فيجب عليه تدارك قيمه بنائه على التفصيل الذى قلنا فيما لو كان الغاصب فى الإحداث ذا حقّ، هكذا أفاد- دام ظلّه- هنا، و فى الفرع الآتى؛ و هو ما لو خاط ثوبه بخيط مغصوب جهلا و ألزم المالك إخراج الخيط فاستلزم ذلك فساد الثوب، فالتزم فيه أيضا بضمنان صاحب الخيط المغصوب منه جهلا قيمه الثوب للغاصب الجاهل.

أقول: بعد أن بينا فى أوّل الباب أنّ مسأله الضمان الناشئ من ناحيه الغصب، و كذلك الثابت بمقتضى «على اليد» (١) ليس مختصّا بالعالم، بل حكم سار فى جميع المقامات كسائر الأحكام الوضعيه، خصوصا باب الضمان الذى لا مدخله للعلم و الجهل و كذلك البلوغ و عدمه فيه أصلا، فمقتضى ذلك؛ الحكم

١- عوالى اللآلى: ١/ ٢٢٤ الحديث ١٠٦، و ٣٨٩ الحديث ٢٢، و ٢/ ٣٤٥ الحديث ١٠، و ٣/ ٢٤٦ الحديث ٢، و ٢٥١ الحديث ٣.

بضمان الغاصب مطلقاً، و يجب عليه ردّ العين المغصوبه على صاحبه و لو استلزم ردّه ضرراً عليه، حتّى لو احتاج ذلك إلى صرف المئونه يجب عليه ذلك، و لا ربط لها بالمغصوب منه، بل و لا يوجب التعسّر، و باحتياج إيصال العين إلى مئونه زائده لا تنقلب العين إلى قيمه ما لم يرض المالك.

و بالجمله، لا- يسقط حقّ المالك عن العين ما دامت باقيه، و لو استتبع ذلك- أى الردّ- الضرر على الغاصب، و ليس على المغصوب منه تدارك ذلك أصلاً، كما لا يخفى.

و من المعلوم؛ أنه لا- فرق في هذه الجبهه بين الجاهل بالغصب و عالمه، كما بالنسبه إلى أصل الضمان، فلا وجه للتفصيل بين الجاهل و العالم في الخساره المتوجّهه إليهما المستتبعه لردّ العين إلى صاحبها.

و أمّا حديث أنّ تخريب البناء لمّا كان لنفع المغصوب منه فهو سبب للتلف و أوجب الضرر على صاحب البناء، فبمقتضى قاعده «من أتلف» (١) يجب عليه تدارك الخساره فلا- أصل له، ضروره أنّ جهاله الباني أوجبت إقدامه على البناء في مال الغير، فهو بنفسه متلف لماله بجهله، و أى ربط له بالمغصوب منه، و إنّما هو بحسب اقتضاء سلطنته على ماله يطالب ماله و يأخذه، و لو أوجب إيصال ماله إليه إتلاف مال على الغاصب الذى بناؤه هذا فى ملك الغير جهلاً كالبناء فى المسأله الموجب ذلك تلف ماله، فلا- وجه لتضمينه المغصوب منه، أو منعه عن ماله و سلطنته عليه، فإنّ إلزام المغصوب منه على أدائه الخساره يرجع إلى إلزامه بأحد الأمرين، من أخذ بدل مال أو قيمته، أو أخذ عين ماله مع ضمانه ما يستتبع

وصول ماله به الضرر المتوجّه إلى المالك.

و الأوّل منفى بالإجماع بل الضروره؛ لعدم مجوّز شرعى على منع المالك عن عين ماله و حرمانه عنه و تبديله إياه فى مثل المقام، بل ربّما لا يرضى الغاصب على ذلك أو لا يقدر، فيصير المحذور أشدّ.

و الثانى؛ أيضا منفى قهرا مع عدم المقتضى له أصلا، كما عرفت، هذا ما أدّى إليه نظرى القاصر فى المقام، و لعلّه يأتى بعد ذلك إن شاء الله من إفاداته - دام ظلّه - ما يكشف به القناع عن المرام، فإن المسأله من أهمّ المسائل، و الله العالم بحقائق الأحكام.

و أمّا معين الغاصب، فظهر حاله من الصور السابقه، فإنّه إن كان عالما بالغصب فحاله حال الغاصب فى ضمانه و عدم احترام ماله فيما إذا توقّف تخلص المال المغصوب على تلفه، و إن لم يكن كذلك فهذه الأحكام مختصّه بالغاصب، ففى مثل السفينه الجاربه فى البحر التى قد غصبت فأراد صاحبها أخذها فى لجه مع أنّه يتوقّف على أخذه إتلاف المال، فإن كان [المال] للغاصب قد عرفت أنّه لا احترام لمثل ماله هذا، فلا يمنع ذلك المغصوب منه عن مطالبه ماله و أخذه السفينه.

و إن توقّف تلف مال غير الغاصب عليه فإن لم يكن مغرورا من طرف غاصب السفينه فحاله حال الغاصب الجاهل، و إن كان مغرورا من طرفه ف ضمان تلف ماله على غارّه فيرجع إليه.

و لا يخفى أنّه لا فرق فى ما ذكرنا فى جميع الصور فيما يجوز إتلاف مال الغير و ما لا يجوز بين أن كان تلف المال رأسا بمادّته و هيئته، أو بهيئته فقط،

فضمان المتلف و عدمه تابع لمورده، بمعنى أنه إن كان يجوز له - أى المغصوب منه - تخريب البناء لتخليص ماله بلا ضمان، فيجوز له ذلك، و لو لم يبق من المادّه و لا الهيئته شىء، و إن جاز له ذلك مع الضمان فهو تابع لمقدار الخساره الوارده هيئته و مادّه، و إن لم يكن له ذلك أصلاً فمعلوم حكمه، فتأمّل!

و أمّا فيما توقّف تخليص المال على إتلاف حيوان، فيأتى حكمه و صورته فى الفرع الآتى.

حكم الخيط المغصوب فى الثوب

الفرع الثانى: قال فى «الشرائع»: (و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه فإن أمكن نزعها) .. إلى آخره (١).

إنّ لهذه المسأله صوراً؛ لأنّ الخياط إمّا أن يكون عالماً بغصبيّه الخيط أو يكون جاهلاً و فى كلّ منهما إمّا أن يكون الثوب لنفسه أو لغيره، و فى كلّ منها إخراج الخيط إمّا أنّه موجب لفساده أم لا؟

أمّا الصوره الاولى؛ و هى ما لو كان الغاصب عالماً بالغصب و كان الثوب لنفسه، فلا إشكال فى وجوب نزع الخيط و إن أوجب فساد نفسه و فساد الثوب، و لا- يتفاوت فى ذلك بين أن لا يبقى للخيط بعد الإخراج قيمه أو بقى له، فعلى كلّ حال يجب على الغاصب بذل التفاوت و ردّ نفس العين، و إن لم يبق لها بعد الإخراج ماله.

أمّا الأرش فلأنّ فعل الغاصب أولاً أوجب تلف الخيط و فساد، و إن كان

فساده فعلا إنّما هو للإخراج المستند إلى أمر المالك إلّا أنّ ذلك لا يوجب استناد التلف إليه، و ذلك لأنّه ليس يأمر بالتلف، بل إنّما هو يطالب ماله المستلزم وصوله إليه تلفه المستتب للضرر على الغاصب، و ذلك إنّما يكون كما إذا حمل الغاصب العين إلى بلاد نائيه فطالبها مالکها فيستلزم إيصالها إليه إلى صرف المئونه، فلا ريب أنّه لا يقال في مثل ذلك: إنّ أمر المالك و مطالبته ماله أوجب الخساره على الغاصب، فكذلك في ما نحن فيه.

و بالجمله، ما دامت عين ماله باقيه فللمالك مطالبته و أخذها بخصوصيتها أو بمرتبته منها بقدر الإمكان، مع تدارك باقى مراتبها التالفه منها بالأرش، و لا دليل لسقوط حقّه عنها أصلا.

و ممّا ذكرنا ظهر وجه وجوب إخراج الخيوط و ردّها إلى مالکها و لو لم يبق لها قيمه بعد الإخراج، و ذلك لما عرفت من أنّ ما دامت عين مال المالك موجوده فله مطالبته، و على الغاصب إيصالها إليه، و لا موجب لخروجها عن ملكه و دخولها في ملك الغاصب.

و أمّا ما يؤدّيه الغاصب و يلزمه من الأرش أو القيمه بعد الإخراج (١) فأوّلا؛ لا يوجب ذلك خروج عين المال الموجود فعلا عن ملك مالکة، و أمّا أنّه لّمّا يستلزم إخراج تلفه مائته بعد ذلك الموجب لسقوط العين عن الاحترام فأى ربط له بالحال الفعلى - و هو حال وجود الخيط في الثوب - فأى موجب لسقوط حقّه عن ماله الموجود؟

و ثانيا؛ إنّ باب الضمانات لا ربط له باب المعاوضات، فإنّ ما يعطيه

١- فيما لو نقصت قيمته أو تلف رأسا، «منه رحمه الله».

الضامن بدلا عن التالف إنما هو غرامه لا عوض حتى يوجب ذلك دخول ما بقى من التالف - وهو العين - في ملك الغارم، بل ما يغرمه إنما هو عوض عن مائيه العين الفائته و تدارك عنها، لا أن يكون بدلا عنها فيوجب ذلك خروج المبدل منه عن ملك المالك.

فانقذح بذلك؛ التحقيق أن للمالك مطالبه ماله المغصوب و لو انجز إيصاله إليه إلى نقص فيه، أو سقوطه عن المائيه رأسا، بل يجب على الغاصب رد ما بقى من أجزائه إليه و لو لم يكن لها قيمه كالكأس المكسور، ضروره أن السلطنه الثابته للمالك على ماله ليست دائره مدار المائيه، بل هي تابعه للملكيه، و من البديهي أنها أعتم من المائيه، فما لم يعرض المالك عن ملكه أو لم ينقل ماله بأحد النواقل الشرعيه لا يقتضى شىء انقطاع سلطنته عن ملكه و سقوط حق مطالبته ماله.

و من ذلك؛ ظهر النظر في كلام المحقق قدس سره في المقام و كذلك صاحب «الجواهر» (١) و قد أصرّ قدس سره تبعا للماتن في أنه إذا كان إخراج الخيط مستلزما لتلفه فتنقلب العين إلى قيمه؛ لأن ما يعطيه الغاصب بعد الإخراج إنما جعل ذلك بحكم الشارع عوضا عن التالف، فيكون بدلا عنه فمع ذلك لو وجب عليه الإخراج ثم رده مع قيمته، يلزم الجمع بين العوض و المعوض، ثم حكم بجواز الصلاه بعد رد قيمه الخيط في مثل هذا الثوب، و قاييس المقام رحمه الله بما لو توضحا بماء مغصوب جاهلا فالتفت إليه بعد تماميه غسله، فيجوز له المسح بالرطوبه الباقية عن هذا الماء لجريان عين مناطه، و هو عدم غضب موجود الآن يجب رده في هذا الثوب

المخيط بخيط مغصوب بعد ردّ قيمته.

و أنت خير؛ بأنه لا مجال لهذا الكلام بعد ما عرفت من أنّ باب التضمينات لا يرتبط بباب المعاوضات، و أنّ ما يلزم على الضامن ليس إلّا الغرامه و لم يعهد من الشرع أبداً أن يكون تضمين المالك من المخرجات، خصوصاً مثل المقام الذي قد عرفت أنّ عين مال المالك موجوده، فكيف يمكن أن يقال بأنّ ما على الغاصب من الغرامه بعد الإخراج عوض عن الخيط قبل أن يخرج؟

و أمّا قياسه المقام بالماء المغصوب المتوضّأ به؛ فبعد التسليم في المقيس عليه يمكن الدعوى جدّاً بالفرق بينهما، فإنّ الماء المتوضّأ به بعد الفراغ عن الغسل ليس بعد شيئاً موجوداً، بل العرف يراه معدوماً، و لذلك ينقلب إلى البدل قهراً، بخلاف الخيط في الثوب فإنّه بعد إخرجه و تقطيعه بحيث يسقط عن المائيه يراه العرف موجوداً، فكيف بحال عدم إخرجه و ثبوته بحاله في الثوب، فالحقّ عدم جواز صلاته في الثوب من هذه الجهة ما لم يرض المالك.

أقول: يمكن أن يكون نظر المحقّق قدّس سرّه و تابعيه إلى أنّه عند إخراج الخيط عن الثوب الموجب ذلك لتلفه و إن كان بمباشره الغاصب، إلّا أنّه لما يفعل ذلك بأمر المالك و إلزامه فيصير السبب أقوى، فلذلك يمكن الدعوى بأنّ التلف يستند إلى المالك الأمر، و ليس يستند إلى المباشر، لا بفعله الآن لما عرفت من أنّه ملزم و مأمور، و لا بفعله السابق لأنّ خياطته ما أوجبت تلف الخيط، و لذلك يرى الخيط الآن في الثوب بشخصيّته و مائيته موجوداً (١)، فيصير الموجب للتلف شخص المالك بأمره، فإذا صار هو بنفسه متلفاً لما له فلم يلزم المباشر بالغرامه؟

١- كما كان ذلك مبنى الحكم بوجود ردّ العين، «منه رحمه الله».

و بتقريب آخر؛ إنّ الدليل على وجوب ردّ العين إنّما هو «قاعده اليد» المقتضيه لوجوب ردّ العين ما دامت موجوده لأن تصل إلى صاحبها فهي إنّما تجرى فيما إذا أمكن ذلك.

و أمّا إذا لم يمكن ذلك، كما إذا توقّف إيصال العين إلى صاحبها على تلفها المستلزم ذلك لعدم وصولها إليه - كما في ما نحن فيه - فكيف تجرى هذه القاعده، مع أنّه بناء على إلزام الإيصال، يستلزم عدم الإيصال فيصير من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه؟ فلا - محيص من أن يلتزم بأنّ نتيجة جريان «قاعده اليد» في المقام إنّما هو ضمان الغاصب المثل أو قيمه، و لا يقاس المقام بما إذا استلزم الردّ مصارف، فكيف يكون هناك خسارتها على الغاصب حتّى تصل العين إلى صاحبها، فكذا إذا أوجب إيصال العين تلفها، و ذلك - أي وجه الفرق - هو أنّ خساره الإيصال بمعنى أنّ مقدّمه وصول المال إلى صاحبه إنّما تكون على الغاصب فيما إذا أمكن وصول المال، لا - فيما إذا كان مقدّمه إيصاله عين إتلافه، و المحذور أنّه كيف يجرى في مثله عنوان المقدّميه؟ فلا تغفل!

و بالجملة؛ فهؤلاء الأساطين كالمحقّق و العلّامه و الشهيد الأوّل قدّس الله أسرارهم، و بعض من تأخّر عنهم لمّا لم يروا في المسأله مقتضيا للحكم بضمان الغاصب قيمه الخيط بعد تلفه بإخراجه بأمر المالك، فالتزموا من أوّل الأمر بضمانه القيمه و انتقال الخيط المغصوب إلى الغاصب بالمعاوضه القهريّه (١) فكأنّهم رأوه بحكم التالف، و تعبیر صاحب «الجواهر» قدّس سرّه بالعوض و المعوّض (٢)

١- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٣٩، تذكره الفقهاء: ٢ / ٣٩٦ ط. ق، الدروس الشرعيّه: ٣ / ١٠٩ و ١١٠.

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ٨٠.

ليس مراده قدّس سرّه بعنوانهما المعاملَى، بل المراد هو ما أشرنا [إليه] من المعاوضه القهريّه.

نعم، إنّما الإشكال في أنّه مع بقاء المال بعينه و عدم صيرورته تالفا حقيقه، و لا بحكم التلف كالمال الغريق، فأىّ موجب لانتقاله إلى قيمه في ظرف وجود العين و بقاء ماليتها؟

ولما لم يكن عدم جريان قاعده لعدم المقتضى - و هو عدم وجود العين - أو عدم احترامها، بل كان للمانع، و كذلك استناد الإلتلاف لو اخرج بإلزام المغصوب منه بعد ذلك إلى المالك؛ ليس ذلك أيضا موجبا لخروج المال عن تحت سلطنه المالك فعلا و انقلابه بالقيمه، كما لا يخفى.

فلذلك لا يبعد الدعوى أنّ القاعده تقتضى الحكم بالشركه، أى شركه صاحب الخيط مع صاحب الثوب فيه بنسبه قيمه الخيط، نظير ما لو اختلط مال المغصوب منه مع مال الغاصب بحيث لا يمكن تمييزهما، و إن لم يحتمل ذلك على الظاهر.

و لكن لَمّا لم يكن في المسأله نصّ يخالفه ما احتملناه، و كذلك لم تكن المسأله إجماعيه، فلا ينبغي الوحشه عن الانفراد، بعد ما عرفت من عدم مساعده الدليل و القاعده لما أفتى به الطرفان، بل مقاله كلّ منهما مخالفه للقاعده من جهه، و لكن هذا إذا كان إيصال المال و إخراج الخيط مستلزما لسقوطه عن المائيه رأسا، حتّى لا يبقى له قيمه و لا صفه الملكيه الموجب ذلك محذورا آخر، مضافا إلى ما ذكرنا، و هو مسأله التبذير المحرّم.

و أمّا إذا لم يوجب ذلك بل يبقى له مقدار من المائيه، فالحقّ هو ما أفتى به -

دام ظلّه - وفاقا للمشهور، و وجهه يظهر ممّا ذكرنا.

و أمّا ما أفاده - دام ظلّه - من الفرق بين المقام و الماء المغصوب المتوضّأ به فلا يخلو عن التأمل أيضا، و ذلك لأنّ حكم العرف يكون الماء تالفا بعد الغسل كيف يوجب الحكم بجواز الانتفاع بما بقى من آثار المغصوب؟ لأنّ المفروض أنّ باب الضمان ليس من باب المعاوضة حتّى يجوز الانتفاع بما يبقى من العين ما لم يرض المالك به، فما المصحح لهذا الانتفاع بعد تسليم عدم انتقال العين و ما يبقى منها إلى الغاصب، و لو مع دفعه الغرامه؟ مع إمكان منع الحكم بصيرورته تالفا بقول مطلق، و إلّا لم يمكن الانتفاع منه، و لا - إشكال أنّ انتفاع كلّ شىء بحسبه و المسح نوع من الانتفاع، فيستكشف من ذلك بقاء مرتبه و درجه من العين.

هذا؛ إذا كان الغاصب عالما، و أمّا إذا كان جاهلا - فظاهر كلامهم يعطى عدم الفرق بينهما، و أمّا ما احتمله من الاشتراك و الشرکه تجرى فى هذه الصورة بطريق أولى، كما لا يخفى.

و أمّا حكم الثوب لو استلزم إخراج الخيط خرق الثوب (تخريقه) فظاهر ما استفدت من كلامه - دام ظلّه - الفرق بين ما لو كان الغاصب جاهلا و عالما، فالتزم فى الثانى بعدم ضمان صاحب الخيط لخساره الثوب، مستدلّا بقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حقّ» (١) و نظيره، من كونه بإقدامه أتلّف ماله و أضرّ بنفسه، بخلاف ما لو كان جاهلا، فلمّا يستند خرق الثوب فى صورته جهل الغاصب إلى المغصوب منه، فيكون ضامنا للخساره المتوجّهه إلى صاحب الثوب بسبب إخراج الخيط.

و هذا على مبنى كلامه السابق، و قد أوضحنا عدم تماميته هذا الكلام.

و أمّا لو كان الثوب لغير غاصب الخيط، فإن كان الغير عالماً بالغصب فحكمه حكم الغاصب، و إن كان جاهلاً فليس عليه شيء، و ضمان تخريق ثوبه لو استلزم على الخياط مع علمه، و إلّا فعلى صاحب الخيط على مبناه - دام ظلّه - و أمّا على ما بيننا من عدم ضمان المغصوب منه مطلقاً فيقع الكلام بين ضمان الخياط و عدمه، و الظاهر عدم مانع من الالتزام بضمان الخياط؛ لجريان قاعده الإلتلاف، و الله العالم.

الفرع الثالث: قال في «الشرائع»: (و كذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة) .. إلى آخره (١).

هنا أيضاً صور؛ لأنّ الحيوان إمّا أن يكون آدمياً أو غيره، و كلّ منهما إمّا أن يكون محترماً أو لم يكن كذلك، و الغاصب إمّا أن يكون عالماً أو جاهلاً، و المنخبط عليه إمّا نفس الغاصب أو حيوانه أو غيرهما، و الإخراج في جميع الصور إمّا أن يوجب التلف أو الشين و نحوه [أولاً].

أمّا إذا كان خيط به جرح الأدمى مع علمه بغصبيته الخيط فالكلام فيه هو الكلام في ما سبق، و قد عرفت أنّ مقتضى ما يظهر من بعض الأدلّة عدم وجوب حفظ نفس الغاصب، و سقوطه عن الاحترام بغصبه فلا مانع من سلطنه صاحب الخيط و إجرائها بإخراج خيطه، سوى استبعاد أنّه كيف يلتزم بجواز إلتلاف نفس لإخراج خيط.

مع إمكان الجواب عن هذا الاستبعاد بما اجيب به عن استبعاد قطع يد

السارق إذا سرق ربع دينار من أنه لا احترام لمثل هذه اليد (١)، و كذلك لا احترام للغاصب لكونهما مشتركين في العدوان، و أنه لا يتلفه أحد و إنما المتلف هو نفسه بعدوانه و غصبه، و لو كان المباشر لإخراج الخيط الموجب ذلك للتلف، إلا أنه يمكن الدعوى قريبا بأنّ السبب هنا مقدّم على المباشر.

نعم؛ لو كان مضطراً من أوّل الأمر فكما يجب على المالك بذل ماله و خيطه لحفظ نفس الغير يجوز بل يجب على الغير أيضا التصرف في ماله و لو بدون إذنه لحفظ نفسه، و ذلك لعدم سقوط نفسه عن الحرمه في الرتبة السابقة على الاضطرار.

و بالجملة؛ الاستبعاد لا يمنع عمّا تقتضيه الأحكام الشرعيّة، فإن تمّ الإجماع في المسألة فليس للمالك إخراج خيطه، و إلا فقد عرفت أنّ مقتضى القواعد له ذلك، و ليس شيء يمنع من سلطنته على ماله، و أسهل من ذلك ما لو أوجب إخراج الخيط ما تتعب به نفس الغاصب من الشين و نحوه، فعلى ما تقتضيه القاعده المعروفه المرتكزه في أذهان العرف من أنّ «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال» (٢) هو الحكم قوياً بجواز إخراج الخيط للمالك، و كون مثل ذلك موجبا لسقوط التكليف الشرعي و هو الوضوء و تبدّله بالتيّم لا ربط له؛ لأنّ المناط في الأحكام التكليفيّة غيره في الأحكام الوضعيّة، مع أنّ تشبيه المقام بباب الوضوء قياس محض، و ليس في البين مناط (٣) منقّح، بل القياس قياس مع

١- جواهر الكلام: ٤٩٥ / ٤١.

٢- جواهر الكلام: ١٠ / ٣٧.

٣- لأنّ حدّ الحرج الذي يوجب سقوط الحكم التكليفي غير الحدّ الذي يوجب سقوط الحكم الوضعي الموجب لجواز التصرف في مال الغير، فلا تغفل! «منه رحمه الله».

الفارق (١)، و لقد أجاد [صاحب] «الجواهر» في المقام فراجع (٢)!

و أمّا فيما لو كان الغاصب جاهلا فلا إشكال في عدم جواز إخراج الخيط حتّى فيما لو أوجب (٣) الشين، بل يتعيّن ردّ قيمه أو المثل؛ لعدم جريان ما سبق في هذه الصورة.

و أمّا لو كان حربيّا فيجوز الإخراج بلا إشكال، لعدم احترام لنفسه حتّى يمنع من جريان قاعده السلطنه، بخلاف ما لو كان ذميّا، فحكمه حكم المسلم جاهلا أو عالما.

و أمّا حكم الحيوان؛ فإنّما أن يكون ما يجوز ذبحه أو لا يجوز:

أمّا الأوّل؛ فإن كان إخراج الخيط موقوفا على ذبحه، فإن لم نقل بكون الذبح أمرا خارجا عن مقدّمه تخليص المال، بمعنى أن نقول: إنّه تصرّف زائد على ما يجوز التصرّف في مال الغير مقدّمه لتخليص المال، كما لا يبعد القول به، لأنّ العرف لا يرى مثل ذلك من المقدّمات، بل يراه من المقدّمات البعيده و تصرّفا زائدا على قدر الحاجه في مال الغاصب.

و بالجمله؛ فإن لم يلتزم بذلك فيجوز للمالك إخراج الخيط، و يجب على المالك الغاصب ذبح الحيوان، و أمّا إذا كان حيوانا محترما لم يجز ذبحه كالكلب المعلم، فلمّا لا يبعد أن يقال: إنّه ليس لمثل هذا الحيوان من حيث نفسه احترام و إنّما احترامه من جهه مالئته العارضه عليه بسبب التعليم و غيره، فحال مثل هذا

١- مع أنّ في باب الوضوء أيضا كلام فيما لو جعل المكلف نفسه باختياره فاقدًا للشرط، «منه رحمه الله».

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ٨٠ و ٨١.

٣- كذا، و الصحيح: لو لم يوجب.

الحيوان حال سائر أموال الغاصب، و هو تابع لجواز إتلاف ماله مقدّمه لوصول المغصوب منه إلى ماله، فمن حيث نفس الحيوان؛ لمّا لم يكن لروحه احترام لا- يلحق ذلك بما إذا خيـط بالمغصوب جرح حيوان محترم حتّى يجعل الخيـط بحكم التلف، مع وجوده عينا لمانع الإخراج.

و أمّا إذا كان الحيوان المحترم لغير الغاصب فيظهر حكمه ممّا سلف، و كذلك لو خيـط به جرح الغير نفسه أيضا مضى حكمه بجميع صورته من جهل الغير و علمه و غيره.

و أمّا إذا كان الآدمى المخيـط عليه المغصوب ميّتا، فهل يجوز إخراج الخيـط عن جسده أم لا؟ فالظاهر أنّه لا يجوز؛ لأنّ احترام ميّت الآدمى كاحترام حيّه، و إن استثنى من حرمة نبش القبور الّذى هو أيضا مخالف لاحترام الميّت الّذى لا يبعد أن يكون ما نحن فيه من قبيلها، خصوصا فيما إذا أوجب الإخراج مثله، فالقول بجواز الإخراج ليس ببعيد.

أقول: و قد استشكل الأصحاب- أى بعضهم- فيما لو دفن الميّت فى أرض مغصوبه؛ جواز نبش القبر لإخراج الميّت و تخليص الأرض مطلقا، و لو لم يوجب مثله (١) لأنّ احترام الميّت واجب على كلّ أحد الّذى منهم المغصوب منه الأرض، و ليس ذلك إلّا لكون المغصوب منه مخالفا فى ذلك النبش لتكليف نفسه فكيف يلتزم به فى المقام مع استلزام إخراج الخيـط مثله الميّت غالبا؟ إلّا أن يفرّق بين أن يكون الميّت فى حال حياته بنفسه مع علمه بكون الخيـط مغصوبا ارتكب ذلك و خاطه على جرحه، و بين ما إذا لم يكن عالما بغصبيته الخيـط و صدور ذلك

١- مجمع الفائدة و البرهان: ٢/ ٥٠٤، جواهر الكلام: ٤/ ٣٥٤.

عنه جهلًا إمّا بنفسه أو عالجه الطبيب، بأن يقال بأنّه لمّا ارتكب بنفسه في الأوّل و أقدم على ذلك فهو أوجب سقوط الاحترام عن نفسه حيًّا و ميّتًا، فلا مقتضى لاحترام جسده بعد موته، بخلاف الثاني، فإنّه لمّا أقدم على المحرّم و هو الخياطه بخيط الغير على جرحه جاهلًا- بذلك، فلا- موجب لسقوط الاحترام عن جسده بعد موته، بل يجب على كلّ أحد حفظ حرمة، فلمّا يقع التعارض بين حفظ حرمة و حرمة مال الحيّ فالجمع بينهما بعد عدم ثبوت الترجيح يقتضى الحكم بأخذ المغصوب منه قيمه خيطه من تركه الميّت أو من بيت المال، إن لم يكن له تركه، كما أفتى بذلك في «الجواهر» في باب أحكام الميّت (١) و إن أفتى بخلافه في المقام بترجيح رعايه حرمة الحيّ (٢).

و العجب؛ أنّه كيف التزم بذلك مع أنّ المقام أولى بترجيح ملاحظه حال الميّت و رعايه الجمع بين الحقيين و كذلك رعايه الاحتياط، لما أشرنا من لزوم إخراج الخيط مثله غالبًا، بخلاف إخرجه عن أرض مغصوبه، فتدبر!

و كيف كان؛ الفرق أيضا لا يخلو عن تأمل جدًّا، ضروره أنّ إقدامه على التصرف في مال الغير لخياطته جرحه في حال حياته لا ربط له بحال موته الذي خرج به عن التكليف و صار موضوعا لتكليف الأحياء، فكيف يمكن الالتزام بأنّ إقدامه في حياته أسقط احترامه بعد وفاته المستلزم ذلك سقوط التكليف عن الأحياء و جواز ارتكابهم الحرام؟ فالأولى هو رعايه حال الميّت الآدمي و احترامه لو كان محترما مطلقا- أي لم يكن حربيًا- و الجمع بين الحقيين بأخذ

١- لاحظ! جواهر الكلام: ٣٥٤ / ٤.

٢- ذكرى الشيعة: ٨١ / ٢.

المغصوب منه قيمه ماله كما هو ظاهر إطلاق كلام المحقق وغيره قدس الله أسرارهم (١).

و أمّا حكم صلاه غاصب الخيط المخيط به جرحه- و بنينا على عدم جواز الإخراج و تعين أخذ قيمه- فلا إشكال في صحه صلاته و كلّ عبادته، و ذلك لما حَقَّقنا في باب اجتماع الأمر و النهي أنّ ما يضطرّ به من التصرف في المغصوب بعد الغصب فليس منهياً عنه، لعدم كونه من الأزل تحت الاختيار، و لا ينافي ذلك كون أصل تصرفه و دخوله في الدار المغصوبه منهياً عنه، و كون تصرفه الاضطراري هذا أيضاً مصداقاً للغصب، إلّا أنّ الغصب و التصرف بحده المذموم يكون تحت الاختيار- و هو الدخول- ممنوع عنه، دون ما لم يكن كذلك كما في المقام، فإنّ في التصرف في الخيط من حيث بقاءه و عدم إخراج مضطرّ إليه من الأزل، فلا يتعلّق به النهي من الأزل أيضاً، و أمّا من حيث دخوله فلا نهى أيضاً لسقوطه بالعصيان، فلا مانع من صحه صلاته، كما لا يخفى.

ضمان المثل أو القيمة عند حدوث العيب في المغصوب

الرابع: قال في «الشرائع»: (و لو حدث في المغصوب عيب مثل تسويس التمر) .. إلى آخره (٢).

لا- يخفى؛ أولاً- أنّه لا- سبيل إلى ما التزمه الشيخ رحمه الله في المقام من سقوط حقّ المالك عن العين بسبب طرؤ العيب عليها (٣).

١- شرائع الإسلام: ٣/ ٢٣٩، جامع المقاصد: ٦/ ٣٠٤ و ٣٠٥.

٢- شرائع الإسلام: ٣/ ٢٣٩.

٣- المبسوط: ٣/ ٨٢ و ٨٣، لاحظ! جواهر الكلام: ٣٧/ ٨٣.

ضروره؛ أنه لا دليل على خروج المال عن ملك صاحبه بمثل ذلك كما لا يخفى، إنما الإشكال فى أمرين:

الأول: أنه إذا أخذ المالك قيمه العيب الفعلى الموجود فى العين هل يستحقّ أرش ما يزداد من العيب أيضا بعد ذلك أم لا؟ و الظاهر؛ أنه لا خفاء فى ذلك- أى استحقاقه الأرش بزياده العيب الحادث أيضا إذا كان مستندها فعل الغاصب و العيب الحادث عنده، و ذلك لأنّ ما يأخذه أوّلا من الأرش إنّما هو بدل عن العيب الموجود، و لا ربط له بما يحدث بعد ذلك و الآن معدوم.

و دعوى أنه يمكن بأن يقوم العيب الموجود مع ما يحدث بعد ذلك جميعا فيأخذ قيمه كذلك حتى لا يستحقّ بعد ذلك شيئا، بمعنى أنّ العيب لما كان يقوم بما هو مستتبع لما يحدث و يزيد؛ ففي الحقيقه ما يأخذه أوّلا يكون أرشا للمجموع، كما أنّ فى البيع يكون كذلك، أى لا يستحقّ المشتري أرش العيب إلّا ما هو الموجود حين العقد. مدفوعه؛ بأنّ المالك لا يستحقّ أزيد من أرش العيب الموجود، و لا- دليل على جواز ضمّ ما يحدث بعد ذلك، مع كونه مشكوكا فيه إلى الموجود فعلا، و أمّا فى باب البيع فلائذّ القدر المسلّم من الدليل المثبت لأرش العيب هو أرش العيب الموجود حين العقد و ما دام كون المبيع فى ضمان البائع، و أمّا بعد خروجه عن ضمانه فلا مقتضى للالتزام بضمان العيب الحادث بعده، بخلاف باب الغصب فإنّ المقتضى- و هو كون يد الغاصب عدوانيا و صدق نسبه الإلتلاف المستند إلى العيب إلى الغاصب- موجود، للحكم بضمانه، فتأمل!

الثانى: أنه لو تلف المغصوب من جهة تزايد العيب المحادث عند الغاصب، هل يكون ضمان التلف، و كذلك زياده العيب على الغاصب مطلقا، و لو كان من

جهه ترك العلاج المستند إلى المغصوب منه أم لا، بل فيما إذا لم يكن التلف و الزيادة من جهه ترك العلاج يكون ضمانه عليه، و إنما فلما كان التلف يستند إلى ترك العلاج الذي سببه المالك فيكون هو في الحقيقة مباشراً للتلف، فلا ضمان على الغاصب؟

ظاهر إطلاق كلماتهم، الأول، و لكن الحق التفصيل بين ما إذا كان العيب سهل العلاج و بين ما إذا لم يكن كذلك؛ بمعنى أنه لو كان العيب بحيث يكون قابلاً للعلاج فعلاً حتى لو تلف لم يستند إلى العيب المحدث، بل العرف يسند إلى ترك العلاج لا إلى نفس العيب و بطله، فلما يصدق في مثل ذلك كون تارك العلاج متلفاً، فلا موجب للالتزام بضمان الغاصب.

و أما لو لم يكن كذلك، بل كان قابلاً للعلاج و لكن تحصيل أسبابه موقوف على مقدمات بعيدة متعبه بحيث لو تلف لم يستند عرفاً إلى ترك العلاج، بل إلى بقاء المرض أو العيب و طوله، فيحكم بضمان الغاصب لكونه محدثاً للعيب المؤدى إلى ذلك، و لا ريب أن ذلك يختلف باختلاف المقامات.

و كيف كان، فلا ينبغي القول بإطلاق الضمان كما نلتزم بهذا التفصيل في باب دية الجراحات و ترك شدّ الفصد، كما لا يخفى.

الجهة الرابعة من البحث؛ في الضمان المثلى و القيمي.

في «الشرائع»: (فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً) .. إلى آخره (١).

ينبغي أن يعلم أن البحث في مقامين:

الأوّل؛ فى الدليل الدالّ على الفرق بين المثلى و القيمى، و لا- يخفى أنّ هذين اللفظين ما ورد (١) بهما نصّ، و إنّما وقعا فى معاهد الإجماعات و كلمات الأصحاب، فهم الذين التزموا بهذا الفرق، و سنشير إلى وجه استفادتهم من الأدلّه.

و كيف كان؛ معنى ضمان المثل فى المثلى و قيمه فى القيمى هو أنّ الّذى يجب على الضامن فى الأوّل بحيث ليس له تبديله، هو المثل، و كذلك ليس للمضمون له إلّا هو فليس له الإلزام بالقيمه، كما أنّه ليس الأوّل ذلك، بل إنّما التبديل موقوف على التراضى، و المراد بضمنان القيمه فى القيمى هو عكس ذلك هذا ما تقتضيه من كيفيه الضمان كلماتهم.

و أمّا ما يستفاد من ظاهر بعض ما يمكن أن يستدلّ به للمقام كآيه الاعتداء و أمثالها (٢)، فهو خلاف ما يظهر من بنائهم، فإنّ ظاهر الآيه يحكم باعتبار المماثله فى الضمان مطلقا سواء كان المضمون به مثليا أو قيميا، فيكون كيفيه اشتغال الذمه و الضمان هو ما أفتى به ابن الجنيّد بضمنان المثل فى القيمى أيضا (٣) إلّا مع التعذّر كما فى المثلى، كما لا يبعد الدعوى بأنّ الطبع أيضا يقتضى عدم الالتزام بالفرق.

و أمّا ما يقتضيه أصل القاعده الّتى هى المدرك للضمنان فى الباب- و هى قاعده اليد- فنقول: إنّ هذه القاعده بطبعها الأولى أيضا تقتضى ضمان المثل

١- و لذا قال بعض: لم يحوّل تعيين موضوعهما إلى العرف كسائر الألفاظ الواقعه موضوعا لحكم الشارع، «منه رحمه الله».

٢- البقره (٢): ١٩٤، المائده (٥): ٤٥.

٣- نقل عنه فى مختلف الشيعه: ١٣١ / ٦.

مطلقا بلا تفصيل أما على مسلكنا من أنّ المستفاد منها أنّ الثابت في الذمّه هو نفس العين فواضح، ضروره أنّه إذا كان المأخوذ بنفسه ثابتا في الذمّه فيجب تحصيل البراءه منه مع التمكن، وإلاّ فالأقرب إليه، و هو المثل.

و أما على مسلك المشهور من اشتغال الذمّه بالبدل، ففي المثلى المثل، و في القيمي قيمه، فأیضا الذمّه مشغوله بالمثل عند تلف العين حتّى يؤدّيه، فتأمل!

نعم، لما كانت القاعده مغتياه بالأداء، و أداء القيمي لا يمكن إلاّ بقيمته، فلا بدّ أن يقيد الإطلاق بذلك، بمعنى أن يقال بأنّ الذي يستقرّ على اليد و الذمّه و إن كان هو نفس المأخوذ إلاّ أنّ في المثلى يجب أداء مثله، و في القيمي لعدم إمكان المثل أداء قيمته.

إلاّ أنّه مع ذلك لا يرتفع التعارض بين مدلول هذه القاعده و معاهد الإجماعات، و ذلك لأنّ المدار في وجوب أداء المثل في المثلى عند الأصحاب التمكن من المثل نوعا، بمعنى أن يكون للتالف أفراد نوعيه و إن لم يتمكن منه الشخص المتلف، فليس المدار على تمكّنه، و أمّا لو تيسّر المثل نوعا و تمكّن المتلف من المثل و اتفق أنّه وجد عنده نظير للتالف فلا يجب عليه أدائه؛ لأنّه عند عدم التمكن من المثل نوعا يكون المضمون قيميا فلا تشتغل الذمّه إلاّ بالقيمه.

و أمّا مدلول القاعده فلما عرفت أنّ الالتزام بالقيمه في مفادها في الجملة إنّما كان ذلك لعدم التمكن من أداء المثل فيما لا مثل له، لا لاقتضاء القاعده، و لا إشكال أنّه عند تمكّن الضامن من أداء المثل فالغايه حاصله، فلا ضروره تدعو إلى صرف الأقرب ممّا اخذت، الذي كان ذلك مقتضيا باشتغال الذمّه بنفس

المأخوذ، إلى القيمة التي ليست هي أداء حقيقه، بل وفاء.

و أمّا لو لم يتمكّن الضامن من المثل، و لو تمكّن نوعا كما فى المثلئى فمقتضى قاعده اليد عدم وجوب أداء المثل لعدم حصول الغايه و عدم تمكّن اليد الآخذة عن أداء المثل.

و بالجمله؛ فمع الجمود على ظاهر لفظ قاعده اليد فيكون كلّ من معاهد الإجماعات و قاعده اليد عكس الآخر فى المدلول، ثم يترتب على ذلك وقوع التعارض بين مداليل الأدله الثلاثه، و هى الآيات التي كانت مداليلها الاعتداء بالمثل و العقاب به بقول مطلق و معاهد الإجماعات المفصّله بين المثلئى و القيمى فى الاولى روعى التماثل بخلاف الثانيه، و قاعده اليد المفصّله بين المثلئى و القيمى أيضا، إلّا أنّ المستفاد منها التمكن الشخصى فى الحكم بوجود المثل و ضمانه دون التمكن النوعى.

و لا يتوهم أنّه يمكن حمل الاعتداء بالمثل المستفاد وجوبه من الآيه على التمكن الشخصى، بلحاظ أنّ هذا الحكم الوضعى قد استفيد من الحكم التكليفى الدالّ عليه الأمر، و الأمر لا يتعلّق إلّا بالمقدور، فلا بدّ أن يكون المعتدى قادرا على الإلزام بالمثل، و قدرته فرع على تمكّن الضمان، و المفروض أنّه غير متمكّن شخصا، فلا يجوز على المعتدى إلزامه به.

دفع التوهم أنّه: لا إشكال أنّ هذا الأمر إنّما هو كسائر الأوامر التكليفيه المشروطه عقلا بالقدره إذا لم يؤخذ فى الهيئه اشتراط القدره حتّى يصير الشرط شرعيّا، فيستكشف كونها دخيله فى أصل المصلحه حتّى تفيد الماده أيضا، فلا يمكن التمسك بإطلاقها لإثبات وجوب تحصيل القدره، و لو لم يتمكّن المكلف

من الامتثال فعلا، فإذا صار الأمر مطلقا فيجوز الإلزام على المثل، و لو لم يكن الضامن قادرا شخصا بل يكفي فيه التمكن العقلي المفروض وجوده بتمكن النوع، فيجب على الضامن تحصيل المثل و لو من عند غيره، و هذا بخلاف قاعده اليد، فإنّ الأداء فعل الآخذ، فلا بدّ من تمكنه بنفسه، فتأمل!

ثم إنّه قد يجاب عن الآيه (١) لأن يرتفع التعارض بينها و بين معاهد الإجماعات و قاعده اليد، بأنّ المراد من المماثله فيها التماثل فى الاعتداء لا فى المعتدى به، بمعنى أنّ ظاهر هذه الآيه و كذلك قوله تعالى: **وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ** (٢) و غيرها (٣) لا تدلّ على أزيد من أنّه يجب أن لا يكون العقاب و القصاص أزيد ممّا تعدّى المعاقب عليه، و أمّا من حيث المعتدى به و كفيته فلا يستفاد منها شىء، فعلى ذلك لا تنافى بين الآيات و القاعده و معاهد الإجماعات المقتضيين لعدم اعتبار المماثله فى القيميات.

ضروره؛ أنّه إذا لم يكن مدلول الآيات إلّا أنّه لو أضرك أحد بمقدار عشره توأمين - مثلا- فلا يجوز لك إضراره و الإلزام بتداركه إلّا بمقدار ما أضرك به، دون الزيادة بلا أن تكون متكفله لجنس المتدارك به، فلا تعارض [بين] مدلولهما المتكفله لبيان ذلك.

و لكنك خير، بأنّ إنكار تكفّل الآيات لبيان حكم هذه الجبهه أيضا، كما بالنسبه إلى أصل حكم مقدار الضمان المستفاد كلاهما من إطلاق الآيه؛ فى غايه البعد.

١- البقره (٢): ١٩٤.

٢- النحل (١٦): ١٢٤.

٣- الشورى (٤٢): ٤٠.

و لكن مع ذلك؛ الأمر سهل، لأنه قد ظهر أنّ دلالتها على مدلولها لا يزيد عن الإطلاق فيخصّص (فيقيّد) إطلاقها بمفاد القاعده بعد ثبوت كون مفادها مفاد الإجماعات، و معاهد الإجماعات إذا خصصناها بهما و أخذنا بمدلولها في المثلى فيرتفع التعارض بين الآيات و بينهما، كما لا يخفى، و يبقى التعارض بين مدلول القاعده الّذى قد عرفت الاستفادة من ظاهرها كون مناط اشتغال الذمّه بالمثّل أو القيمه هو التمكن الشخصى فى تأديتها و معاهد الإجماعات الّذى يكون المناط هو التمكن النوعى كما نشير إليه.

و لكن؛ لَمّا كان مناط كلمات الأصحاب و مبناهم فى هذه المسأله استظهارهم من العرف و بناء العقلاء على كون مناط مثليه الشىء و قيمته هو التمكن النوعى، بمعنى أنّه لو وجد للشىء أفراد نوعيه عند غالب الناس ما يكون مماثلاً فى الشكل و الصفات الّتى لها مدخلية فى مالیه الشىء فيرون مثل ذلك مثلياً، و أمّا إذا لم يكن كذلك نوعاً، فيراه قيمياً و لو وجد للشىء التالف فرد مماثل له فى ما ذكر نادراً عند الضامن أو غيره.

فيستكشف من ذلك فهم الأصحاب أنّ الشارع أيضاً أمضى طريقه العرف فى بنائهم ذلك، و ما استفادوا من القاعده المذكوره ردعهم عمياً بنوا عليه، فلذلك لا بدّ أن تحمل القاعده أيضاً على أنّ المناط فى أداء المأخوذ التمكن النوعى فى أداء مثله لا التمكن الشخصى، و إلّا لم تستقرّ سيرتهم على ذلك لو كانت القاعده الّتى كانت بمرآهم و مسمعهم قابله للردع، فيرتفع التعارض بين مفاد القاعده و معاهد الإجماعات، فيصير المرجع فى باب ضمان القيمي و المثلى هو ما بنى عليه المشهور من نحوى الضمان دون ما التزم بعض من لا عبره بقوله من ضمان

المثلى مطلقاً إلا عند التعذر فينقلب إلى القيمه، لجموده على ظاهر الآيات (١) السابقه، مع كونه مخالفا لصريح القاعده المذكوره و بناء العرف و تفريقهم فى نحوى الضمان، مع أنّ بناءهم هو الأساس فى باب الضمانات و فهم العرف هو المرجع فى هذه المسائل لحلّ المعضلات، كما لا يخفى.

هذا؛ و لكن بناء المشهور متبع فى هذه الجبهه، أى فى اعتبار المثلى و القيمى لا مطلقاً، فلا يجوز تخطئتهم فى ذلك بأن يقال بأننا نعلم بأنه ليس لهم دليل يستفيدون منه هذا الحكم سوى قاعده اليد الظاهره فى ما ذكر من التمكن الشخصى، فهم أخطئوا فى استظهارهم منها التمكن النوعى، لما عرفت من أنّ الأساس هو مساعده العرف لما أسسوا عليه.

نعم؛ فى كيفيه اشتغال الذمه و نحو ثبوت المال المأخوذ أو المتلف على العهده الذى هو الحكم الوضعى فى مسأله الضمان، فإنّ ما ذكر هو البحث فى الحكم التكليفى، و هو إلزام المالك الغارم على الأداء، فاعتبار القيميه و المثليه كان بالنسبه إلى الأداء، و أمّا بالنسبه إلى أصل اشتغال الذمه فليس أساس ظاهر المشهور لنا متبعاً؛ إذ قد عرفت سابقاً أنّ فهم العرف إنّما هو فى هذه المسأله مساعد معناه، و لا يابون عمّا يستظهر من قاعده اليد من أنّ ما يستقرّ على الذمه بسبب وضع اليد على مال الغير ليس إلا نفس العين المأخوذه حتى بعد التلف، و ذلك بوجودها الاعتبارى دون العينى المستحيل استقرار وجودها على العهده.

و قد عرفت من أنّه لا مانع من اعتبار مثل هذا الوجود بعد مساعده العرف

١- أقول: إن كان المراد من المثل فى الآيات هو المثل العرفى لا الاصطلاحى فلا تنافى بين ما نحن فيه و بين القاعده لو قيل بأنّ أداء القيمى أداء لمثله عرفاً، فتأمل! «منه رحمه الله».

فيه و عدم كونه لغوا، بحيث لا يكون منشأ للأثر- كأنياب الأغوال- بل لهذا الاعتبار آثار، منها مسأله ضمان قيمه يوم الإقباض و غير ذلك.

و بالجمله؛ لما كان العرف مساعدا في هذه الجبهه ممّا يستفاد من ظاهر قاعده «اليد» و كذلك «الإتلاف» من أنّ الذمه مشغوله بنفس العين، سواء كان بعد التلف أو قبله حتّى تؤدّيها، إمّا بنفسها فيتحقّق الأداء، و إمّا بمثلها أو قيمتها فيتحقّق الوفاء، لا أن يكون الضمان قضيه تعلقيه، بأنّه لو تلف المال تشتغل الذمه فتصير القاعده رادعه لما عليه المشهور، و إن لم تكن من الجبهه الاولى رادعه، لما عرفت من تحقّق مانع الردع و هو استقرار سيره العرف الكاشفه إنّما من عدم قابليته القاعده له هناك بخلافه هنا، كما لا يخفى فافهم!

ضابط المثلى و القيمى

اشاره

المقام الثانى: و هو البحث عن ضابط المثلى و القيمى، لا يخفى أنّه كثر الكلام فى المقام بين الأعلام، و منشأ ذلك عدم كون هذين اللفظين كما أشرنا إليه من الموضوعات الشرعيه، بل هما من الموضوعات العرفيه، فلما لم يرد من الشارع لهما تحديد فأرادوا أن يعرّفوهما باعتبار مصاديقهما الخارجيه، فاختلاف أنواع المثلى و القيمى أوجب اختلاف التحديد.

فبعض عرّفه- أى المثلى-: بأنّه ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمه، كما هو المشهور (١)، فهؤلاء قصرُوا نظرهم بالطعام و مثله، مع أنّه بالنسبه إليه كما إلى غيره أيضا غير مطّرد، فإنّ أنواعه مختلفه.

قال بعض بأنه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته (١)، و غير ذلك من التعاريف التي لا تخلو كلها عن الإشكال، بل لا يحصل الانضباط بها.

ولمّا لم يكن خصوصية الزمان و المكان دخيله في اعتبار المماثلة، بل إنّ المدخلية للخصوصيات الموجهة لاتّحاد المائيه و اختلافها فأحسن التعاريف للمثلي هو: أنّه الذي يكون له أفراد نوعيه مماثله معه في ما له دخل في المائيه، أو ما تفاوت في أفرادها ما يوجب اختلاف الرغبات، و لمّا كان الأطلاق على ذلك موقوفاً- على أن يكون الشئ ممّا يمكن الأطلاق على ظاهره و باطنه حتّى تقاس الأفراد بعضها إلى الاخرى، فيكون مثل الحيوانات قيمياً؛ لعدم إمكان الأطلاق على بواطنها، مع أنّه لا إشكال في أنّ اختلاف الباطن موجب لاختلاف الرغبات و المائيه، فلو وجد عبد مماثل من جميع الجهات مع التالف فلا يوجب ذلك وجوب ردّه عوضاً عن التالف؛ لأنّه بصرف وجود المشابه الظاهري مع عدم إمكان الأطلاق على باطنه لا يصير الشئ مثلياً، مضافاً إلى أنّ الحيوانات غالباً في الأوصاف الظاهره أيضاً مختلفه، اختلافاً موجبا لاختلاف الرغبه، و المصنوعات فما يصنع منها باليد فقيمي، بخلاف ما يصنع مع الآلات و العجلات، فإنّ في الأول و إن كان يمكن أن يخرج عباة متعدده- مثلاً- عن تحت يد استاد واحد متماثله، إلّا أنّ ذلك نادر، فلا يعتمد عليه، بخلاف الثاني مثل الساعات و غيرها الغير المنطبق عليها تعريف الاولى؛ لأنّ نصف الساعه ليس نسبه قيمته إلى قيمه تمامها كنسبه النصف إلى ساعه صحيحه، و أمّا هذا التعريف فيصدق عليها، كما لا يخفى.

و في «الشرائع»: (فإن تعذر المثل المزبور ضمن قيمته يوم الإقباض) .. إلى آخره (١).

هنا مسائل لا بدّ من تعرّضها.

إشاره

الاولى: يظهر من عبارته «الجواهر» في المقام- و إن أنكر ذلك بعد صفحته- أنّ المناط في استقرار قيمه المثل على العهده هو وجود المثل عند استقرار الضمان أوّلا، و إن كان المثل متعذّرا حين القرار، بأن لم يكن موجودا من أوّل الأمر لا بأن يطرأ التعذّر فلا يستقرّ قيمه المثل، بل ينقلب المثلى إلى القيمي (٢).

هذا؛ و لكن لا يخفى ضعف هذا الكلام؛ إذ لا إشكال في أنّ المناط في كون الشىء مثليا إنّما هو جريان العاده أن يوجد له غالبا أفراد مماثله معه في الصفات التي لها المدخلية في المائيه كالحنطه- مثلا- و إن اتّفق أنّه لم يوجد مثله كذلك في بعض الأوقات، إذ لا إشكال أنّ الحنطه و أمثالها إذا لم يوجد في وقت من الزمان- كعام المخمسه و غيرها- لم يخرج عرفا عن كونه مثليا.

و بعباره اخرى: إنّ تشابه الأفراد و عدمه الموجب لصيروره الشىء مثليا و قيميا إنّما هو تابع لطبيعته الشىء و وجوده الغالبى في نظر العرف، و أمّا عروض هذا الوصف أو انعدامه في وقت من الأوقات لا يوجب انقلاب حكم طبيعته الشىء عند العرف.

فلو اتّفق أنّه وجد في وقت للشىء القيمي أفراد متماثله لا يوجب ذلك خروجه عن القيميّه عند العرف، كما لا يخفى، و كذلك عكسه، مع أنّ الاشتراط

١- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٣٩.

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ٩٥ و ٩٦.

المذكور ربّما يوجب اعتبار التمكن الشخصى فى صدق كون الشىء مثليا وقيميًا، وكذلك يلزم أن لا يكون للمالك حقّ مطالبه المثل ولو وجد المثل بعد التعذّر، ولو لم يكن آخذا للقيمه بعد، مع أنّه لم يلتزم بذلك أحد.

و بالجمله؛ فلا وجه للاشتراط المذكور، ولا مدخلية للزمان والمكان فى صدق المثلية والقيمية بعد تحقّق المناط المذكور وهو جريان العاده أن يوجد للتالف المثل بحسب طبيعته الأولى، فالأقوى عدم خروج التالف عن كونه مثليا ولو لم يوجد مثله عند التالف، كما عليه السلف (١) و جلّ الخلف.

الثانية: إذا تعذّر المثل هل للضامن إلزام المالك على أخذ القيمه أم لا، بل له الصبر حتّى يوجد المثل؟ أمّا على مسلكنا من استقرار نفس العين على الذمّه فتستتبعه سلطنه المالك على عهده، ومطالبته بعين ماله، وأنّ باب الضمان فى الأحكام الوضعيه كباب قاعده «الميسور» فى الأحكام التكليفيه (٢)، فما يؤدّيه الضامن عند تلف العين يكون مرتبه ممّا استقرّ على الذمّه، ولما لم يمكن أدائه بتمام مراتبه، فيوفيه ببعض مراتبه وهو مثله أو قيمته، فالأمر ظاهر، لأنّه لما استقرّت سلطنه المالك على عهده الضامن فلا تسقط سلطنته تلك إلّا برده ما على عهده أو بتجاوز المالك برضاه عن حقه، وأمّا عدم تمكّنه الآن من أداء ما فى ذمّته مع عدم مطالبه المالك حقه وعدم إلزامه على أدائه ما على عهده حتّى يصير ذلك تكليفا للضامن بما لا يطاق، لا يوجب سقوط سلطنته، فبمقتضى تسلّط الناس على أموالهم، للمالك الصبر حتّى يأخذ ما هو أقرب بماله بعد تلف

١- كما يقتضيه إطلاق كلامهم وإن لم يكن مصرّحا به فى كلماتهم، «منه رحمه الله».

٢- القواعد الفقهيّه: ١٢٧/٤.

عينه، و ليس للضامن من إزامه على إسقاط حقه بأخذه قيمه.

و أما على مسلك المشهور؛ من استقرار المثل فى المثل على العهد، فأىضا لا إشكال فى اقتضاء ذلك أن للمالك الصبر حتى يأخذ ما هو أقرب إلى ماله، و هو المثل و ليس للضامن إزامه على تجاوزه عن حقه بعد أن كان المستقر على عهده غير ما يريد أن يلزم المالك بأخذه و هو قيمه.

نعم؛ ليس للمالك الإزام فعلا على المثل مع عدم إمكانه، بل يوجب ذلك سقوط سلطنته عن مطالبه المثل؛ لأن إزامه تكليفا فى مثل هذه الصورة لما يكون تكليفا بما لا يطاق فتنقطع سلطنته؛ لأن قاعده السلطنه كغيرها من الأحكام مختصه عقلا بصوره القدره، و هذا لا ينافى إزامه وضعاً، بمعنى كون ذمته مشغوله بالمثل و لو لم يكن متمكناً من أدائه، لأنه لا محذور من اعتبار المثل أو العين على العهد مطلقاً، كما أوضحنا أن ظاهر «على اليد» (١) يقتضى ذلك، ثم تقييده وقت الأداء الذى هو ظرف التكليف بالقدره، و قد أشرنا أن إثبات قيمه فى القيميات إنما يكون ذلك بسبب ذيل قاعده اليد و هو «حتى تؤدى» دون صدره.

و كيف كان؛ فعلى مقتضى كلام المشهور أيضاً لا حق للغارم على أخذ المالك غير حقه و إزامه على إسقاطه سلطنته إذا لم يوجب أعمال سلطنته تكليفا بما لا يطاق.

ثم إنه هل للمالك إزام الغارم بإعطائه قيمه أم لا، بل عليه الصبر إلى أن يوجد المثل؟ الظاهر أنه لا إشكال فى أن له ذلك، ضروره أن اعتبار المثل فى

المثليات ليس إلّا لمصلحه المالك من أنه عند تلف ماله لَمَّا لم يمكن وصوله بماله بجميع خصوصياته الشخصيه، فاعتبر ضمان مثله حتّى يصل ببعض مراتب الخصوصيات حتّى ينتهى إلى قيمه التّى هي آخر درجه الخصوصيه المشاركه مع التالف فى المائيه، فإذا كان الحقّ له فإذا لم يمكن له الآن وصوله بماله و لو بمرتبته المائيه بأن يأخذ مثل ماله لعدم وجود المثل فعلا لتعذّره، فله أن يتجاوز عن حقّه ذلك و أخذه قيمه التّى هي أوّل مرتبه تدارك التالف، و ليس للغارم إلزامه على الصبر الراجع ذلك إلى إلزامه بعدم إسقاطه حقّه.

و لا- ينتقض ذلك بصوره وجود عين المال أو مثله، فكما أنّه ليس للمالك إسقاطه حقّه عن العين أو المثل و إلزام الغارم على إعطاء قيمه فكذلك فى صوره تعذّر المثل لَمَّا كان حقّه الثابت على العهده هو العين، فليس للمالك إلزام الغارم على تبديله بالقيمه و أخذها عنه.

وجه عدم ورود النقض ظهور الفرق بين المقامين؛ إذ عند وجود العين يرجع إسقاط الحقّ عنها، و كذلك عند وجود المثل إلى إسقاط السلطنه المتعلّقه بهما.

و من البداهه أنّ السلطنه حكم غير قابل للإسقاط، و كذلك الإعراض عن العين أو المثل حتّى يوجب ذلك إثبات حقّ على الغير لا يجوز بالإجماع، بخلاف ما إذا لم يوجد أحدهما؛ فلَمَّا كان الثابت على الذمّه حقًا محضًا فله إسقاط بعض مراتب حقّه، و هو مرتبه المائيه و الاكتفاء بمرتبته المائيه فقط، و هي القيمه.

أقول: فحاصل الفرق هو أنّ عند وجود العين جميع مراتب سلطنه المالك باقيه، فتجاوزه عنها و إلزام الغارم على القيمه، و جعل ذمّته مشغوله بالقيمه، مع

أنّ الثابت على عهده بحكم الشرع ليس إلّا نفس العين، لا- يمكن ذلك إلّا بإلزامه على تبديل ما على عهده بالقيمة بأحد عناوين المعاملات من الهبة المعوّضه و غيرها، و من المعلوم أنّه ليس للمالك هذا الإلزام، و لم يثبت له هذا الحقّ بدليل شرعى، و هكذا يكون حال المثل عند وجوده و إرادته تبديله بالقيمة، فإنّ سلطنته الفعليه على المراتب الاخر من عين المال و هو مثله باقيه، و لم يتبدّل بعد بالقيمة ما دام وجود المثل، فلم ينقطع سلطنته عنه الثابته بالدليل الشرعى.

و أمّا عند تعدّد المثل فنقول:- مضافا إلى أنّ الثابت من أدلّه وجوب ردّ المثل فى المثلى و عدم ثبوت حقّ للمالك بمطالبته القيمة، هو فى صورته وجود المثل، و أمّا عند تعدّده فلم يثبت ذلك، مع أنّ العرف أيضا يأبى عن إلزام المالك على الصبر و عدم جواز مطالبه قيمه ماله، مع أنّه ربّما لا يوجد المثل، بمعنى أنّه يطول الزمان حتّى يرتفع العذر فيوجب ذلك ضررا فاحشا- إنّ فى هذه الصوره فلما لم يكن متعلّق السلطنه- و هو العين أو المثل الذى هو بمنزله وجود العين- موجودا فى الخارج فتنحصر سلطنته بحقه الثابت على عهده الغارم.

و لا ريب أنّ إسقاط الحقّ لا يوجب المحذورات السابقه، فمتعلّق سلطنه المالك هو حقّ مطالبه مثل ماله الذى يكون متعلّقه ذمه الغارم فقط، فتجاوزه عن خصوصيّه المثليه و اكتفاؤه بالماليه يكون بمنزله إبرائه، و لا ريب أنّ الإبراء ليس كالإيهاب حتّى يحتاج إلى القبول فيدخل فى عنوان المعاملات، و لا إعراضا حتّى لا يجوز.

فالتحقيق؛ هو ما أفاده- دام ظلّه- من عدم جواز إلزام الغارم المالك فى قبول القيمة بخلاف العكس وفاقا للمشهور، بل كادت أن تكون المسأله إجماعيه

و إن لم تكن المسأله محرّره إلّا فى كلمات المتأخّرين، خصوصاً صورته العكس، فراجع!

الثالثه: اختلفوا فى تعيين ضابط التعذّر و الفقدان، فبعض جعله بأن لا يوجد المثلّى فى البلد الذى تلف المال فيه (١).

و بعض أضاف إلى ذلك ما حول البلد أيضاً من الجوانب التى اعتيد نقل مثل التالف منها إلى البلد (٢)، و بعض أطلق (٣).

و بعض جعل الضابط الضرر و الحرج، بحيث إن أوجب تحصيل المثل الحرج فيصدق حينئذ الفقدان و التعذّر (٤)، و أوكل فى «جامع المقاصد» أمر ذلك إلى العرف و تحديدهم (٥)، و الأقوى الأخير.

بيان ذلك: أنه لا يخفى أولاً أنّ للتعذّر مراتب، منها: التعذّر العقلى بأن اتّفق فى زمان لا يوجد المثل أصلاً.

و منها: دون ذلك بأن يوجد و لكن فى البلاد النائية.

و منها: أن يوجد فى المكان القريب و لكن مع ذلك كان حملة متعذّراً.

و منها: أن يكون فى البلد و لكن يكون تحصيله متعذّراً.

و الجامع لجميع المراتب هو صدق الحرج، و لمّا لا تصير إحدى هذه المراتب ضابطاً، فلقد أحسن من جعل الحدّ هو الحرج، و لكنّ الإشكال فى

١- تذكرة الفقهاء: ٢ / ٣٨٣.

٢- المبسوط: ٣ / ٧٦.

٣- المكاسب: ٣ / ٢٣٨.

٤- لاحظ! جواهر الكلام: ٣٧ / ٩٧.

٥- جامع المقاصد: ٦ / ٢٤٥.

المقام هو جريان قاعده الحرج، إذ بإجرائها يمنع عن جريان قاعده السلطنه، و قد أشرنا سابقا بأن قاعده الحرج و إن كانت من القواعد العامه الحاكمه على جميع الأحكام إلّا أنّها لمّا كانت بنفسها قاعده امتنائه فليست قابله لأن تعارض الأحكام الامتنائه الاخرى التي منها حكم السلطنه، لعدم ترجيح لأحد الحكمين إذا كان منشأهما الامتنان على الآخر.

فعلى ذلك لا تصلح هذه القاعده للمرجعيه في المقام حتّى يحكم على مقتضاها على عدم وجوب تحصيل المثل على الضامن عند صدق الحرج، فعلى ذلك لا مقتضى هنا لجريانها، لا أنّ المانع - و هو قاعده أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال (١) و مثلها - تمنع من جريانها، فتدبر!

نعم؛ يمكن أن يقال بأنّه كما أنّ في صورته عدم وجود المثل رأسا و فقدانه كلياً فلمّا لم يكن تحصيله مقدورا فعلى حسب حكم العقل بعدم جواز الإلزام في مثله لا - يكون مقتضى لقاعده السلطنه، فلا - تجرى هي بحكم العقل، فكذلك عند ما كان المثل موجودا و لكن كان تحصيله متعسّرا، بحيث يكون حرجا، فلمّا كان بنظر العرف هذه الصوره ملحقه بما إذا كان تحصيله غير مقدور رأسا، بمعنى أنّ العرف أيضا له حدّ لاعتبار القدره، ففيما إذا انجزّ تحصيل المثل إلى الضرر و الحرج يرى العرف الشخص بحكم غير المقدور العقلي، فلا - يجوزون عند صدق الحرج إلزام الغارم على إيجاد المثل فلا يبقى عند ذلك أيضا مقتضى لجريان قاعده السلطنه، فلا وجه حينئذ لجواز إلزام المالك الغارم على تحصيل

المثل بحكم العرف (١)، الذى يكون نظرهم مرجعا لمهّمات مسائل الضمان.

فالتحقيق فى المقام ما حقّقه المحقّق الثانى قدّس سرّه من إرجاع الأمر إلى العرف (٢)، فلو استقرّ بناؤهم على عدم جواز الإلزام فى مثل هذه الصورة، أى عند صدق العسر و الحرج فى تحصيل المالك المثل فيستكشف منه عدم فهمهم من قاعده السلطنه جواز الإلزام و عدم كونها قابله لردعهم، و إلّا لم تستقرّ سيرتهم على الخلاف، فلا يبقى بعد مجال فى المقام للرجوع إلى قاعده السلطنه؛ لأنّه استكشف عدم صلاحيتها للمرجعيه.

و لا- يشتهه عليك الأمر بأنّه بالأخره صار المرجع قاعده الحرج، لوضوح أنّه لو لا قصور قاعده السلطنه لقصور موضوعه عن شمولها للمقام ما كانت قاعده الحرج قابله للمنع، أى عن جواز الإلزام، كما أوضحنا ذلك.

و ممّا ذكرنا ظهر النظر فى ما فى كلام صاحب «الجواهر» فى المقام عند اعتراضه على المحقّق المذكور قدّس سرّه بأنّه ليس لنا فى المقام لفظ الفقدان و التعذّر فى نصّ من حديث و غيره حتّى يرجع فى تعيين معناه إلى العرف (٣).

إذ قد عرفت مراده قدّس سرّه من مرجعيه العرف، و أنّه ليس غرضه من الرجوع إليهم الرجوع فى معنى اللفظ، بل جعل قدّس سرّه نظرهم مرجعا لمقدار مقتضى الضمان من اقتضاء قاعده السلطنه و غيرها فافهم!

١- لا- يبعد الدعوى بأنّ السيره المستقرّه من العرف فى باب الغصب عدم اعتنائهم بالمشقّه و الحرج العارضه على الغاصب المسيبان عن أدائه المغصوب و كذلك عن إيصال بدله، و ذلك لما هو المرتكز فى الأذهان من أنّ «الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال» فتدبّر! «منه رحمه الله».

٢- جامع المقاصد: ٦ / ٢٤٥.

٣- جواهر الكلام: ٣٧ / ٩٦.

المسألة الرابعة: لو خرج المثل عن القيمة رأساً كالجمد في الشتاء فيما إذا أتلفه أحد من غيره في الصيف، فهل يلحق ذلك بالتعذر فيستحق المغصوب منه القيمة، أم لا، بل يتعين المثل؟

نقول: أمّا على ما تقتضيه قواعد الضمان في المقام هو عدم انقلاب المثل، إذ قد عرفت أنّ قاعده اليد في المثلي لا تدلّ إلّا على كون المثل في المثلي ثابتاً على الذمه حتّى يؤدّيه، و أمّا قاعده الإلتلاف فقد يتوهم كونها مقتضيه للتبديل بالقيمة.

و توضيح الوهم و دفعه؛ هو أنّ ظاهر لفظ «من أتلّف مال الغير» (١) الدالّ على ضمان مثله في المثليات يدلّ على اعتبار المائيه في التالف و ما يتداركه، و من المعلوم أنّه عند سقوط المثل عن القيمة رأساً لا يبقى له مائيه، مع أنّ المئيه للتالف إنّما اعتبرت لجهات أهمّها في المائيه، بل مناط صدق المئيه هو التشخصات المشتركة الموجبه للاستواء في المائيه، فعند عدم بقاء المائيه فمن أين تبقى المئيه؟

و دفع ذلك: هو أنّه لا إشكال في أنّ السقوط عن المائيه على نحوين:

أحدهما: ما أوجبه نقص في ذات المال، ثانيهما: ما أوجبه تبدّل الزمان أو اختلاف المكان كالجمد في الشتاء أو الماء في ساحل الشطّ، فإن أوجب نفس المال سقوطه عن المائيه بحيث صار يصحّ سلب المائيه عنه رأساً فمجال لما ذكر من الكلام، و أمّا إذا لم يكن كذلك، بل كان النقص مستنداً إلى الخارج فلا دليل على تبدّل المثل بالقيمة، و لا وجه للعدول عمّا تقتضيه ظواهر الأدلّه، إذ لا

يستفاد من الأدلة إلاً اعتبار المثليه فى المائيه على نحو يعدّ مالا فى الجملة، و إلاً فلو كان المناط المائيه المطلقه فلازمه أن يبدل ضمان المثل بالقيمه فيما إذا صارت قيمه المثل أنقص من قيمه التالف، و من البداهه أنه لم يلتزم بذلك أحد، فيستكشف من ذلك عدم كون المناط اعتبار التماثل من جميع الجهات و المراتب.

و بعباره اخرى: إنّ الأدله لا تقتضى إلاً اعتبار المائيه التقديرية، بمعنى أنه لو لم يكن الماء فى الشاطئ كان له بحسب المتعارف قيمه معتدله متوسطه كسائر الأموال، لا كما فى الوسط من برّ الحجاز حتى يعدّ ذلك من المواقع و المنافع النادره، بل فى الأمكنه المتعارفه القريبه بالماء، و لا- كما فى ساحل دجله، و كذلك الجمد ليس فى الشتاء لا يعدّ من الأموال رأسا و إلاً لم يوجب إتلافه مطلقا ضمان المائيه، بل القضيّه التعليقيه فيه أيضا صادقه.

فانقذح ممّا ذكرنا أنّ قاعده الإلتلاف أيضا كقاعده اليد لا تدلّ على انقلاب الذمه الذى هو مخالف للأصل أيضا عن المثل إلى القيمه فيما إذا سقط المثل بسبب اختلاف الأحوال عن المائيه و ليس ذلك ملحقا بالتعدّر.

هذا ما تقتضيه ظواهر أدله الضمان، إنّما الكلام فى مساعده العرف فى ذلك و لا يخفى مخالفتهم فيه.

ضروره؛ أنّ من غصب ماء فى البئر فأتلفه، و كذلك جمدا فى الصيف فأتلفه، فأتى بالمغصوب منه فى الشطّ و أدى إليه من الماء بقدر ما أتلفه، أو الجمد فى الشتاء أعطاه عوضا عن ماله، العرف ينكر ذلك أشدّ الإنكار، و يعدّ ذلك من أعلى مراتب الظلم، فيستكشف من ذلك استقرار بنائهم على عدّهم مثل

هذه الأشياء كالمساقط عن المائيه رأسا، بمعنى أنهم لا يرون الماء في الشطّ مثلا مع الماء في البئر مماثلا في المائيه، ولما كانت المماثله في المائيه شرطا في ضمان المثلي، ولا ريب أنّ اعتبار المائيه وعدمها إنّما يكون بنظر العرف وقد أشرنا أيضا إلى أنّ نظرهم في باب الضمان [له] كمال مدخلته.

فالأقوى في المسأله؛ على حسب ما يقتضيه حكم العرف الحكم بتبديل ضمان المثل بالقيمه فيما إذا سقط المثل عن المائيه رأسا بحسب الشرع أيضا، كما قوى ذلك شيخنا قدس سرّه في «المكاسب» أيضا (١)، وإن كان التحقيق بحسب القواعد هو ما قوّاه في «الجواهر» (٢)، ولكن لا يخفى أن التبدّل بالقيمه ليس على نحو الإطلاق، بل تعتبر القيمه للمثل في أقرب الأمكنه من محلّ تلف الماء إلى الشطّ، وكذلك آخر الأزمه من زمان الصيف أو مطلق الزمان من الأزمه التي يفرض للجمد قيمه إلى زمان الشتاء، وذلك لما عرفت من أنّ الحكم بالتبدّل إنّما هو مخالف للقاعده، وإنّما يكون ذلك بحكم العرف الذي منشأه عدم بقاء المماثله في المائيه بعد سقوط المثل عن المائيه رأسا، ولا إشكال أنّ ذلك لا يقتضى إلّا اعتبار أوّل درجه من القيمه له، إذ مع عدم سقوط المثل عن المائيه رأسا حتّى يصل الماء إلى الشطّ مثلا، ويفرض له في ما بين مكان التلف و نفس الشطّ مراتب من المائيه، فالالتزام بتبدّل المثل إلى القيمه من أوّل الأمر - وهو مكان التلف - لا وجه له، بل التحقيق أنّ الالتزام بالتبدّل هو [عند] أوّل زمان سقوط المثل عن القيمه رأسا، وليس هو إلّا أقرب الأمكنه إلى الشطّ حتّى لا

١- المكاسب: ٣ / ٢٣٨.

٢- لاحظ! جواهر الكلام: ٣٧ / ٩٩ و ١٠٠.

يبقى المماثله فى المائيه رأسا، و قد تحقّق أنّه لا- يعتبر التماثل فى جميع مراتب المائيه، بل يكفى التماثل فى الجملة، كما لا يخفى.

أقول: نظير هذا الفرع ما ذكره الفقهاء فى باب القرض من أنّه لو أسقط الدراهم و الدنانير فلا يتبدّلان بالقيمه، بل باقيا على مثليتهما، و بكلّ سكّه اقترضا فلا بدّ أن يردّ منها بل يستشكلون التبديل بالاختيار و التراضى للزوم الربا إلّا مع الشرط، فقد قوى جوازه صاحب «الجواهر» قدّس سرّه و إن قال: إنّ المسأله غير محرّره (١).

و كيف كان؛ فلا- بدّ أن يحمل إطلاق كلامهم على عدم تبدّل المثل بالقيمه بما إذا كان للسكّه الساقطه من حيث المادّه المسكوكه عليها قيمه، كما هو ظاهر محلّ كلامهم، لكونه الدراهم و الدنانير اللذين مادّتهما الفضّه و الذهب.

و أمّا إذا لم يكن كذلك، بل كانت المائيه للمسكوك الرائج من جهه الاعتبار فقط، كما فى الكاغذ و نحوه، فلا بدّ أن نلتزم على ما أفاده- دام ظلّه- من التبدّل بالقيمه، أى أوّل درجه من القيمه التى يفرض له، و كذلك لها نظائر اخر، كما فى باب الصرف و نحوه، فراجع!

قال فى «الشرائع»: (و إن لم يكن [المتلف] مثليا ضمن قيمته) .. إلى آخره (٢).

لا يخفى، أنّه بعد ذهاب المشهور إلى كون ضمان القيميّات بالقيمه، بل كاد

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٩٩ و ١٠٠.

٢- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤٠.

أن تكون المسألة إجماعية؛ لعدم الاعتناء بخلاف مثل ابن الجنيّد (١) - لو ثبت مخالفته - ففي المسألة من حيث وقت اعتبار قيمه أقوال، فذهب بعض - كما نسبه في «الشرائع» إلى الأكثر - إلى كونه حين الغصب (٢)، و آخرون إلى ثبوت أعلى القيم (٣)، و جماعه إلى اعتبار قيمه حين التلف (٤)، و غير ذلك من الأقوال أو الوجوه التي هي نادره.

و كيف كان؛ فينبغي أولاً البحث في معنى قاعده «اليد» التي هي المدرك للضمان بما يرتبط بالمقام، فنقول: إن في قوله صلى الله عليه وآله و سلم: «على اليد» (٥) احتمالات.

الأول؛ أن يكون المراد به في ظرف وجود العين ثبوت تكليف محض، بأن يكون المراد من لفظ «على» إثبات إلزام على الآخذ بوجوب ردّ العين ما دامت موجوده، بلا اعتبار إثبات شيء على العهده، ثم عند تلفها يعتبر إثبات مثلها أو قيمتها على العهده، و يكون ذلك هو معنى كون الضمان قضيه تعليقيه، أي لو تلفت العين المغصوبه ثبت مثله أو بدله على الذمه، و إلّا فقبل ذلك ليس على العهده شيء.

و لكن استفاده هذا المعنى من الحديث بعيده جدّاً، لأنّه يلزم على ذلك التفكيك في لفظ الحديث بالنسبه إلى زمان وجود العين، بأن المراد منه تكليفاً، و إلى زمان تلفها أن يكون المراد منه وضعاً أيضاً.

١- نقله صاحب جواهر الكلام: ٣٧ / ١٠٠.

٢- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤٠، مسالك الإفهام: ١٢ / ١٨٥.

٣- المبسوط: ٣ / ٧٢ و ٧٥، السرائر: ٢ / ٤٨١.

٤- المهذب: ١ / ٤٣٦ و ٤٣٧، الدروس الشرعية: ٣ / ١١٣.

٥- عوالي اللآلي: ١ / ٢٢٤ الحديث ١٠٦.

و أيضا؛ ظاهر هذه القضية- أى قاعده اليد- هو الحكم التنجيزى، فإنّ ظاهر قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) أنّه يستقرّ المأخوذ على العهده عند وضع اليد عليه، مع أنّك قد عرفت أنّ لازم هذا المعنى هو كون المستفاد من هذه القاعده هو الحكم التعليقى، و أيضا لازم هذا المعنى أن لا يكون لصاحب المال حقّ الرجوع على الغاصب فى صورته بقاء العين و كونها عند غيره، فيأخذ من الغاصب بدل الحيلولة.

و بالجمله؛ فظهر أنّ استناد هذا المعنى إلى المشهور بأن يكون بناؤهم فى باب الضمان ذلك بعيد فى الغايه، لاستبعاد الإسناد إليهم المعنى الذى ياباه الفهم العرفى استفادته من القاعده.

الثانى: أن يكون المراد من لفظ «على» اعتبار وجود للعين على اليد من أول الأمر و لو حين وجود العين، فإنّه يكون تحت اليد إلى حين الأداء، بأن يكون المشهور اعتبر وجودا للعين المغصوبه حين الغصب «على اليد» المكنّى بها عن «العهد» حتى يردّ العين إلى صاحبها، و لازم ذلك وجوب ردّ العين عند وجودها، و مثلها عند تلفها لو كان لها المثل فى الغالب، و إلّا قيمه، و قد أشبعنا الكلام فى تحقيق هذا المعنى سابقا، و أيضا، لازم هذا المعنى استفاده الوضع من لفظ «على» من حين الغصب، فلا يجرى فيه المحذور السابق.

ثمّ إنّه قد يتوهم أنّ لازم هذا المعنى- كما لا يبعد استناد ذلك إلى المشهور- أنّه ما دام وجود العين فهى ثابتة على الذمّه، فعند تلفها و تعذرّها يتبدّل بالمثل لو كان مثلها، و بالقيمه لو لم يكن كذلك، بمعنى أن تنقلب الذمّه إلى الذمّه الاخرى

بحيث يكون خلع و لبس، فلذلك يترتب عليه التوالى الفاسده من عدم الدليل على انقلاب الذمه و غيره.

و لكنك خبير أنه لازم لهذا المسلك مع ما ذكر، و ذلك لأنه لم لا يجوز أن تكون نفس العين بجميع خصوصياتها ثابتة على الذمه عند وجودها و بمرتبها منها، و هي مثلها لو كانت مثلثا عند تلفها، أو قيمتها لو لم تكن كذلك؟ بحيث تكون العهد من أول زمن الاشتغال مشغوله بنفس العين إلى زمان الأداء، إلا أنه في كل زمان بمرتبها منها، فبسبب تعدد العين يتبدل حد وجوده و تشخصه لا نفسها بشرائرها وجودها كما في باب القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، فبنوا على جوازه مع تبدل الشخص فيه، و قد ثبت في محله أنه لا محذور في ذلك لكون الذات التي هي موضوع الاستصحاب باقيه، إلا أنه لما اعتبر لها مراتب فبذهاب المرتبه الشديده منه لا يلزم أن ينقلب الموضوع، بل هو بنفسه في المرتبه الضعيفه أيضا موجود، فكذلك في ما نحن فيه لا بأس بأن نلتزم بمثله أبدا، و لا يمنع عنه دليل أصلا.

فعلى ذلك؛ لا يلزم التصرف في قوله: «حتى تؤدى» أيضا، كما هو لازم [على] المعنى الثالث، و ذلك لأنك عرفت أن الثابت على الذمه في كل آن إنما هو ما يتمكن من أدائه من نفس العين أو ما هو الأقرب إليها عند تعددتها، و من المعلوم أنه لا يجب الأداء إلا ما هو ثابت على الذمه، و إن كان ذلك خلاف ظاهر لفظ القاعده، فإن ظاهرها أن المؤدى يجب أن يكون نفس ما اخذ، فيحتاج على هذا المسلك تصرف في ظاهر هذه الجملة بأن يكون المراد أدائه أو مرتبه منه بقدر الممكن عليه، و لكن هذا التصرف لا يضر بهذا المسلك، لأنه ستعرف أن

هذا على كل التقادير محتاج إليه.

نعم؛ على هذا المعنى الإشكال في أمرين: أحدهما في أنه إذا اختلف نقد البلد فعند تعذر العين في القيمي أو المثلى المتعذر مثله أى واحده من النقود التي اعتبر ذلك مرتبه لنفس العين تثبت على الذمه؛ لأن أحدها المعين ترجيح بلا مرجح، و الغير المعين غير قابل للتحقق، و الجامع أيضا أنكرناه سابقا.

و يمكن أن يجاب عن ذلك بأنه يثبت أحدها بنحو التخيير على سبيل البدليه على الذمه، فتأمل!

و ثانيهما: أنه ما الدليل على تبدل مراتب العين بسبب التعذر ما لم يصل زمان الأداء، فلم لا يلتزم بثبوت نفس العين على العهده إلى زمان الأداء فتبدل المرتبه حينه، كما هو مبنى الاحتمال الثالث؟

و هذا أيضا؛ مدفوع بأن هذه الامور الاعتباريه تابعه لاعتبار العقلاء، و يمكن الدعوى قريبا بأن اعتبار العقلاء (١) وجود العين في كل زمان إنما يكون بما يمكن أداؤها، و لا إشكال أنه حين تلف العين لا يمكن إلا أداء المثل أو القيمه، و لا دليل على اعتبار العقلاء وجود العين و بقاءها عند التلف أزيد من ذلك.

الثالث: هو أن يكون المراد من لفظ القاعده اعتبار بقاء العين بجميع خصوصياتها و لو بعد التلف «على اليد [ما أخذت] حتى تؤدى» فتقلب إلى المثل أو القيمه حين الأداء، بحيث يلاحظ النقص في العين عن خصوصيتها وقت الأداء و الالتزام بذلك لعدم تأديه العين بجميع مراتبها عنده.

١- يستفاد من «جامع المقاصد» في باب الدين فيما لو أسقط السلطان الدراهم المقترضه ما يندفع به هذا الدفع، بل يقوى به الاحتمال الأخير، فراجع! «منه رحمه الله»، (جامع المقاصد: ٥ / ٤١ و ٤٢).

و هذا ما سلكه بعض أعظم المعاصرين فى معنى القاعده- كما أوضحناه فى أول الباب عند شرح القاعده- فالترزم بكيفيه ثبوت الضمان كذلك (١).

و لا يخفى؛ أن إثبات هذا المعنى موقوف أولاً على مساعده العرف و اعتبار العقلاء وجود العين بخصوصيتها على العهده و عدم تنزلها عن هذه المرتبه فى طرف التلف، فإثبات المعنى السابق، كما لا يبعد الدعوى قريباً كونه مراداً للمشهور لا تبديل الذمه، و استظهاره من الحديث أقلّ مؤونه من هذا المعنى، و بعيد مساعده العرف فى هذا الاعتبار.

و ثانياً؛ إلى الالتزام بشبه استخدام فى قوله: «حتى تؤدى» كما هو ظاهر.

هذه كلها تصوّرات و احتمالات فى الحديث، و قد عرفت عدم السبيل إلى الالتزام بالأول، و عدم الدليل لإثبات المعنى الثالث؛ لعدم ثبوت مساعده العرف له، فيتعين الاحتمال الثانى الذى بنينا على كون مسلك المشهور عليه.

فانقدح ممّا ذكرنا عدم الوجه للالتزام بضمان قيمه حين الغصب؛ لعدم اشتغال الذمه عنده إلّا بنفس العين، و عدم اعتبار قيمه وقت الغصب و الأخذ أصلاً حتى تشتغل الذمه به.

و أمّا اعتبار قيمه وقت الأداء- كما ذهب إليه بعض محشّى «المكاسب» (٢)- أيضاً فاسد، لأنّ مبناه هو الاحتمال الثانى من معنى الحديث، و قد عرفت عدم تماميته.

و أمّا اعتبار أعلى القيم فنشير إلى بطلانه أيضاً، فيقوى القول بضمان قيمه

١- راجع! الصفحه: ٥٢٣ من هذا الكتاب.

٢- حاشيه المكاسب للسيد كاظم اليزدى: ٩٦.

وقت التلف؛ لما ظهر من أنّ حين التلف تبدّل الذمّه بالمعنى الماضى من العين إلى القيمه فى القيمّات فيتعيّن اعتبار القيمه عند التلف، ضروره أنّه عند ذلك تشغل الذمّه بالقيمه، فلا وجه ولا دليل على تبدّل الذمّه عمّا اشتغلت به إلى غيره، بل الذمّه مستقرّه على ما تعلّقت به من القيمه ولا يزيلها عنها إلّا تأديتها، كما لا يخفى.

هذا ما تقتضيه القاعده فى المقام فلا بدّ من الالتزام بها ما لم يثبت من الشرع ما يوجب رفع اليد عنها من المخصّص وغيره.

وإنّما الكلام فى المخرج عن القاعده، فقد يقال: إنّ المستفاد من صحيحه أبى ولّاد المشهوره ما هو المخالف لها، فالأولى البحث عنها بذكر بعض فقراتها بما يرتبط منها بالمقام.

فأقول: إنّ منها قوله عليه السّلام فى جواب السائل: أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق أ ليس كان يلزمنى؟ «نعم قيمه بغل يوم خالفته» (١).

فقد احتمل بعض: كون لفظ «نعم» جوابا عن النفى لا عن المنفى لأنّها جواب عن النفى، فتصير معنى القضيه أنّه ليس يلزمك، كما فى قوله تعالى:

أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ (٢) فقد قيل: إنّّه لو قالوا: «نعم» لكفروا، فاللازم أن يقولوا:

«بلى» لكونه جوابا للمنفى، بخلاف «نعم»، و مرجع هذا المعنى يكون إلى سكوت الإمام عليه السّلام عن الجواب لتقيّه ونحوها.

و لكن أصل هذا المعنى مع ما يترتب عليه كما ترى، فالاحتمال القويّ فى

١- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٣٩٠ الحديث ٣٢١٩٩.

٢- الأعراف (٧): ١٧٢.

هذه الفقره سؤالاً و جواباً أمران:

الأول: أن يكون غرض السائل استنكاره لضمائه الكراء مع ضمان العين لما ارتكز في ذهنه من أن الخراج بالضمان، فكيف يجتمعان فيكون سؤاله استفهاماً إنكارياً لا حقيقياً، و غرضه الاحتجاج على الإمام عليه السلام بما يرى من التنافي بين ضمان العين و كون خراجها للمالك، بل لا بدّ و أن يكون خراجها- أى منافعها- للضمناء فلا يتعلّق عليه الكراء، و على هذا الاحتمال يكون الجواب غير مرتبط بالسؤال؛ لأنّ لازم هذا السؤال أن يكون الإمام عليه السلام مجيباً بعدم التنافي لا بثبوت الضمان، لكونه مسلماً عند السائل و عدم احتياجه إليه، فكأنّه يرجع ذلك إلى إعراض الإمام عليه السلام عن الجواب الحقيقي، فتأمل!

الثاني: أن يكون الاستفهام حقيقياً، و منشأه حكم أبي حنيفة بذلك (١)- أى بضمان المستأجر الدائمه عند مخالفته، و جعل ذلك سبباً لحكمه بعدم اشتغال ذمّه المستأجر بالكراء- فالسائل يستفهم فتوى الإمام عليه السلام و صحّه ما أفتى به أبو حنيفة من هذه الجهه أم لا-؟ بل ذلك مثل الجهه الاخرى باطله، فعلى ذلك يكون الجواب مرتبطاً بالسؤال، و يكون غرض الإمام عليه السلام رفع جهل السائل.

و الّذى يقرب هذا الاحتمال هو قول السائل: «أ رأيت لو عطب البغل» (٢) .. إلى آخره، فإنّ الظاهر منه أنّه يريد استكشاف نظر الإمام عليه السلام لا كونه في مقام الاحتجاج و الجدل.

١- بدايه المجتهد: ٢ / ٣٢١.

٢- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٣٩١ الحديث ٣٢١٩٩.

و كيف كان؛ فالذى يحتمل فى قوله عليه السّلام: «يوم خالفته» (١) وجوه:

أحدها: أن يكون الطرف قيّدا للملازمه التى سأل السائل عنها، وهى الملازمه بين التلف و كون ضمان التالف عليه، فأجاب الإمام عليه السّلام عن ثبوت هذه الملازمه التى كانت مرتكزا فى ذهن السائل يوم المخالفه، فأخبر عليه السّلام بتحقيق هذه القضيه التعليقيه يوم الغصب.

ثانيها: أن يكون متعلّقا بالجزاء فقط و هو لفظ «يلزمك» المستفاد من قوله عليه السّلام: «نعم» و يكون المعنى: أنه يلزمك يوم المخالفه قيمه التالف، و هذا يرجع إلى أن تحقّق لزوم الضمان يوم الغصب على نحو الواجب المعلّق، و لازم هذا المعنى أمران:

الأوّل؛ كون الجواب ردع السائل [عن الوهم] لأنه قد ارتكز فى ذهنه تعلّق الضمان عليه يوم التلف و قد ردعه الإمام عليه السّلام عنه بأنّه يتعلّق بك يوم المخالفه، و هذا خلاف ظاهر سياق قضيه الجواب و إن يدلّ على كونه عليه السّلام فى مقام التسليم، كما لا يخفى.

الثانى: جعل الضمان عليه مستقرّا ليوم التلف، أى من يوم الغصب يستقرّ على ذمّه الغاصب ضمان التالف، و هذا مخالف للإجماع، ضروره أنه لم يذهب أحد إلى استقرار الضمان على الغاصب بالأخذ و وضع يده على مال الغير، بل التحقيق أن القضيه التعليقيه التى هى مفاد الضمان بحالها إلى حين التلف، و لم يتعلّق بزمّه الغاصب شىء و لو معلّقا إلّا بالتلف، فظهر أن احتمال هذا المعنى بعيد فى الغايه.

ثالثها: أن يكون الظرف متعلّقا لقوله عليه السّلام: «قيمه بغل يوم خالفته» إمّا باعتبار أنّ القيمه هي بمعنى العوض و هو مصدر، أو يكون قيّدا للاختصاص المستفاد من إضافتها إلى البغل.

هذه احتمالات في معنى هذه الفقره من الحديث، و أمّا لوازمها فمعنى الأوّل لا ينافى ما قلنا من اقتضاء القاعده ضمان قيمه يوم التلف؛ إذ قد ظهر أنّ المراد بالظرف على ذاك المعنى يكون أنّ من يوم صيروره يد المستأجر يد ضمان يتعلّق بذمّته قيمه البغل، و إنّما عبّر عنه بالنكره للإشاره إلى أنّه لمّا كان البغل المستأجر ميّتا فيفرض بغل مثله فيعتبر قيمته به.

و بالجملة؛ فلا يكون مدلول الحديث أزيد من ذلك، و أمّا بالنسبه إلى اعتبار أيّ يوم للقيمه فساكت، و لا يستفاد منه شيء من هذه الجهه كما هو ظاهر، و كذلك لازم المعنى الباقي الذي قد عرفت بعده أيضا مثل ذلك.

و أمّا المعنى الأخير؛ فواضح أنّ لازمه تعيين يوم اعتبار القيمه و هو يوم الغصب أيضا، فعليه تكون الجملة الجوابيه مضافا لتعرّضها للجواب عن المسئول عنه- و هو ثبوت أصل الضمان- أيضا مشتملا على أمر زائد و هو تعيين اليوم الذي لا بدّ من اعتبار قيمه البغل فيه.

و أمّا الكلام في استظهار هذه المعاني و ترجيح بعضها على الآخر؛ فلا يبعد استظهار المعنى الأخير، فإنّ المتبادر من هذه المعاني إلى الضامن من أول الأمر خصوصا لمن كان خالي الذهن عن الاحتمالين الأخيرين، هو أنّ الضمان يتعلّق بقيمه يوم المخالفه و انسباق المعاني الآخر إلى الذهن إنصافا يحتاج إلى مثونه زائده على ما يتبادر من جملة «قيمه بغل يوم خالفته» كما لا يخفى.

و لكن الّذى يبيد هذا المعنى هو أنّ الجواب لا ينطبق على السؤال كما ينطبق عليه غيره من الاحتمالين، لأنّ السؤال إنّما هو عن أصل الضمان لا عن كَيْفِيَّتِهِ حتّى يصير هذا الجواب قابلا له.

و بالجمله؛ إنّ الجواب على هذا المعنى لا يرتبط بالسؤال كما يرتبط الاحتمال الأوّل كما لا يخفى لمن تأمل.

و لكنّ الّذى يشكل الأمر؛ هو أنّ الأصحاب ما استفادوا من الحديث ذلك، فإنّ من التزم بكون المناط فى الضمان قيمه يوم التلف- كما أنّ الشهره المتأخّره مستقرّه على ذلك- قد أفتوا على خلاف هذا المعنى، و إن كان لم يعلم كون وجه إفتائهم و مستندهم هذا الحديث، و قد عرفت أنّ مقتضى القاعده هو الفتوى بذلك و إن كان يحتمل أن يعتمدوا على هذا الحديث أيضا، لاستظهارهم المعنى الأوّل منه، و إحرازهم عدم الخصوصيّه لهذا القيد، أى «يوم المخالفه» لاختلاف التعبير فى الحديث، فقد عبّر بعد ذلك بجمله «بيوم الاكتراء» و كذلك بعده عند بيان حكم الأرش قد اعتبر «يوم الردّ» فمن هذا الاختلاف استفادوا عدم الاعتبار بقيمه ذاك اليوم، و إنّما عبّر به لعدم اختلاف قيمه غالبا من يوم الغضب إلى يوم التلف فى خمسه عشر يوما، و كذلك الذين اعتبروا قيمه يوم الغضب أيضا ما تمسّكوا بهذا الحديث، و إنّما اعتمدوا على ما توهموا من اقتضاء القاعده ذلك.

و بالجمله؛ فيدور أمر الحديث بين طرح هذه الفقره منه أو حملة على ما ذكر، و لما لم يظهر اعتماد الأصحاب عليه، فالظاهر أنّها مطرحه.

بقى الكلام فى فقه الحديث بالنسبه إلى جزأيه الآخريين، و هو قوله عليه السّلام:

«أو يحلف صاحب البغل أو يأتى بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل يوم الاكتراء

كذا» (١)، و المشكل فيهما أمران:

الأول: أن صاحب البغل مع أنه مدّع للزيادة كيف يكون القول قوله؟

و الثاني: أن الحلف و البيّنه ليسا وظيفتين لشخص واحد، فكيف أضاف كليهما الإمام عليه السّلام إلى صاحب البغل؟

أمّا الأوّل منهما؛ فقد دفعوه بحمله على فرض نزاعهما في صورته التناقض بأن اجتمع صاحب البغل و المستأجر على كون قيمته قبل المخالفه أو التلف كذا، و لكنّ المستأجر يدّعي نقصان القيمة عندهما عمّا كانت القيمة عليه قبل المخالفه أو التلف فأنكر المالك ذلك.

و أمّا الثانيه؛ فحمله شيخنا قدّس سرّه على ما لو اختلفا في القيمة قبل التلف مع توافقهما على بقائها على ما كانت عليه إلى حين التلف، فيكون الحديث متكفلاً لحكم صورتين من تنازعهما (٢).

هذا؛ و لكن حمل الحديث على بيان حكم فرضين مختلفين بعيد عن مساقه، كما لا يخفى، فالأولى إمّا حمل الحلف على المتعارف منه لإقناع المنكر، أو حمل البيّنه على إقامه الحجّه لشخص المدّعي لا لدفع الخصومه عند الحاكم حتّى قيل بأنّ إقامه البيّنه ليست وظيفه له، بل يكون المراد بالبيّنه في المقام هو ما أشير إليه في روايه مسعده من قوله عليه السّلام: «الأشياء كلّها على هذا حتّى يستبين [لك غير ذلك] (٣) أو تقوم به البيّنه» (٤).

١- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٣٩٠ ذيل الحديث ٣٢١٩٩، مع اختلاف.

٢- المكاسب: ٣ / ٢٥٢.

٣- أثبتها من المصدر.

٤- وسائل الشيعه: ١٧ / ٨٩ الحديث ٢٢٠٥٣.

و من البدايه؛ أنّ ذلك لا ينافي كون إقامه البيّنه وظيفه للمدّعى لا للمنكر، إذ هي ما تقوم عند الحاكم لا مطلق الحجّجه المستفاده من الروايه الّتي هي وظيفه عامّه لا تختصّ ببعض دون بعض، و قد خصّص ذلك بإقامه البيّنه المختصّه بالمدّعى عند الحاكم، و بالنسبه إلى غيره على عمومها باقيه، فكلّ من أقام الحجّجه الشرعيّه، منكرًا كان أم مدّعيًا في غير الصوره المفروضه يجب على غيره قبولها و ترتيب الأثر عليها.

و الشاهد على كون المراد بالبيّنه ذلك لا- القائمه عند الحاكم هو قوله عليه السّلام بعد ذلك: «يلزمك» ضروره أنّ اللزوم بمقتضى قول الشاهد في باب الخصومه مترتب على حكم الحاكم لدخول الشهود. فترتيب الإمام عليه السّلام الإلزام على الشهاده كاشف عن كون المراد بها هاهنا الحجّجه لا البيّنه عند الحاكم حتّى ينافي الوظيفه، فافهم!

ثمّ إنّه؛ تلخّص ممّا ذكرنا أنّ الأقوى في الأقوال و الاحتمالات هو اعتبار قيمه يوم التلف؛ إذ هو الّذى كانت تقتضيه القاعده، و قد عرفت أنّه لم يظهر من الحديث ما يخالفها و لا ما يصير مدركا لسائر الأقوال، فظهر ضعفها أيضا فتعيّن المصير إلى ما تقتضيه القاعده.

و أمّا احتمال اعتبار أعلى القيم؛ سواء كان من يوم الغصب إلى يوم التلف أو من يومه إلى الرّدّ فهو أضعف الأقوال، و لا يساعده الاعتبار، بل القاعده الّتي هي أصاله البراءه تردّه، فلا- وجه لهذا القول أصلا، إذ ما دامت العين باقيه لا تلاحظ القيمه حتّى لو زيدت في الأثناء فتشتغل الذمّه بالأعلى، و أمّا بعد التلف فتستقرّ على الذمّه القيمه الموجوده المفروضه للعين عنده؛ لأنّ ما تشتغل الذمّه به لا بدّ

و أن يكون متقدراً، وإلا فغير المتقدّر ليس قابلاً لاشتغال الذمّه به، و من المعلوم أنّه إذا اشتغلت الذمّه بالقيمه المتقدّره فليست قابله للتبدّل إلا بالتراضى و نحوه.

و بالجمله؛ فلا يتصوّر أن تبدّل الذمّه بنفسها عمّا اشتغلت به عند التلف إلى غيرها، و لقد أجاد في «الجواهر» في ردّ هذا القول، فراجع! (١)

فروع

ثمّ إنّ بعد ظهور الأحكام الكليّه للمثلى و القيمى و الضابط بينهما، هنا فروع جزئيه نتعرّضها، ففي «الشرائع»: (الذهب و الفضّه يضمنان بمثلها) .. (٢)

إلى آخره.

لا يخفى؛ أنّ هنا صوراً: فإنّ الذهب و الفضّه إمّا أن يكونا مسكوكين أو غير مسكوكين، و كلّ منهما إمّا أن يكون فارغاً- بمعنى أنّه لم يكن عليهما شىء من الحلّى و الصنعه- أو لم يكن فارغاً، و ما يكون عليه الصنعه إمّا أن يكون صنعه محلّله أو محرّمه.

أمّا لو كانا فارغين؛ سواء كانا مسكوكين أو غير مسكوكين فلا إشكال في كونهما مضمومنا بالمثلى دون القيمه؛ لانطباق ضابطه المثلى عليهما على ما عرّفناه من أنّه المذى يكون له أفراد نوعيه غالبه مثله فيما له المدخلية في المائيه، فمناط المثليه ذلك، لا ملاحظه النسبه المتساويه في الأجزاء، فإنّ هذا التعريف لا يتمّ طرداً و عكساً، بل أقلّ قليل من المثليات تبقى تحت هذا الضابط، و أكثرها يدخل في القيميّات كالمصنوعات بالمكائن في زماننا، و غيرها، كما أسلفنا ذلك.

١- لاحظ! جواهر الكلام: ٣٧/ ١٠٦ و ١٠٧.

٢- شرائع الإسلام: ٣/ ٢٤٠.

وإنما الإشكال هنا؛ في المسألة من حيث الربا و جريانه في باب الضمانات كما بنى عليه المحقق، و لذلك أفتى في المقام فيما لو تعذر مثلهما و انتهى الأمر إلى ردّ قيمتهما، فلا بدّ من مراعاة شرائط الربا (١) من كون القيمة التي تكون من نقد البلد مساوية مع التالف و زنا مع كونها من جنسه، و إن لم يكونا متساويين فيعطى القيمة من غير الجنس، و عدم جريانه في الضمانات لعدم كونها معامله معاوضيّة مع اختصاص أدلّه الربا بباب المعاوضات، كما مال إلى ذلك صاحب «الجواهر» قدّس سرّه (٢).

و لكن التحقيق: أنّه لو منع من جريان أدلّه الربا الوارده في باب المعاملات هنا لكان في محلّه، لاختصاصها بباب البيع، و إنّما تعدّى الأصحاب منه إلى غيره من أبواب المعاملات لتنقيح المناط الذي لا ينطبق على باب الضمانات، إنّما الكلام في جريان ما دلّ على حرمه الربا في باب القرض هنا لكونه أشبه بباب الضمانات من دون المعاملات، فكما أنّ باب الغرامات ليست معاوضه، بل إنّما هي - على ما بينا - خلاصه للماليه الفائته، و مرتبه من مراتبها نظير قاعده «الميسور» في العبادات، فليس المأخوذ غرامه عنوانه عنوان العوض و البديل عن الفائت، فكذلك باب الدين، فليس ما يأخذه الدائن بدلا عمّا أعطى، بل مرتبه من مراتبه بمعنى تجاوزه عن خصوصيّةه و أخذ ماليته في ضمن خصوصيّةه اخرى، فهو حين إعطائه الدين ليس نظره إلى تبديله بغيره، بحيث يقوم شيء آخر مقامه عند الأداء كما في المعاملات، بل في الحقيقة نظره إلى أخذ شخص

١- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤٠.

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ١٠٨ و ١٠٩.

الماليه الموجوده فى ضمن العين و إرجاعها إلى نفسه، فقول الدائن - مثلا:-

عليك عوضه، إنما هو تضمين لا أن يكون تبديلا، و لذلك إنما بنوا عليه أن عند وجود العين لو ردها المديون إليه يجب عليه القبول، هذا موافق لما تقتضيه القاعده فى باب القرض، و ذلك لما عرفت من عدم كونه مشتملا على المعاوضه، بل هو تضمين محض، بحيث لو أمكن ردّ الخصوصيه فى كلّ المقامات يجوز له ذلك و يجب عليه القبول، و لكن لما لم يمكن ذلك دائما فعليه أن يردّ المائيه المحفوظه الغير الخارجه عن ملك المالك فى ضمن خصوصيه اخرى، و هذا؛ بخلاف باب المعاملات، فإنّ فيها الخصوصيه و المائيه خارجه عن ملك كلّ واحد من الطرفين و داخله فى ملك الطرف الآخر، و يقوم مقامه بعنوان البدليه ما يخرج عن ملك كلّ واحد منهما.

فإذا ظهر من ذلك كون باب القرض من سنخ باب التضمينات، مع أنه منع فيه عن الربا، فكذلك لا بدّ من الاحتراز عنه فى باب الضمانات مطلقا، لجريان مناط المنفّح فيها كما تعدّوا عن باب البيع إلى غيره من المعاملات لذلك أيضا.

أقول: لا- يخفى أنه مع تسليم كون باب القرض من سنخ التضمينات دون المعاملات ظهور الفرق بين باب القرض و باب الغرامات، و ذلك لاشتماله على التملك الاختيارى أيضا، و لا أقلّ من تملك الخصوصيه كما عرّف بأنه عقد يفيد التملك، بخلاف باب الغرامات، فليس فيها شائبه التملك أبدا.

و بالجمله؛ فباب القرض أوّلا فيه جهه معاملتيه دونها، و ثانيا إنّ الضمان الجعلى غير الضمان الانجعالى، و من المعلوم أنّ التضمين المستلزم للربا ممنوع عنه دون ما لو استلزم ذلك الضمان القهرى المترتب على التلف، و لذلك بنى - دام ظلّه - فى خيار العيب - فيما لو كان العوضان ربويين - بجواز أخذ الأرش عند

ظهور العيب في أحدهما، وفاقا لجماعه من الأساطين (١)، و إن استشكل فيه شيخنا قدس سره (٢)، مع أنّ مستنده ما كان إلا أنّ الأرش غرامه.

فانقدح بما ذكرنا أنّ إسراء حكم باب القرض إلى المقام مشكل؛ لعدم خلوّ المسأله من القياس الذي ليس من مذهبنا، و إن دفع بعض ذلك - دام ظلّه - بما ليس بدافع (٣).

و أمّا فيما لم يكن فارغا بل كان عليهما صنعه محلّله لها قيمه، و هذا يكون على قسمين، لأنّ المغصوب الذي أضيف إليها الصنعه كليّه - سواء كان ذهباً أو فضّه أو غيرهما - إمّا يكون المصنوع انقلب حقيقته عند العرف، كالقطن المغزول الذي صار ثوبا، أو لم ينقلب حقيقته، مثل النحاس الذي يصنع كأساً، ففي الأوّل؛ لما لم ير المغصوب و ما عليها من الصنعه أمرين في نظر العرف، ففيه المجموع يعدّ شيئاً واحداً، فإن كان مثلياً فيردّ المثل عند تلفه و إلا فالقيمه.

ضروره؛ أنّ من أ تلف ثوبا أو قماشاً لم يصدق أنّه أ تلف شيئين، فبإتلافه أصل المادّه يجب ردّ المثل، بأن يردّ مقداراً من الفطن أو الصوف أو غيرهما، ثم يردّ قيمه الصنعه التي عملت فيهما.

و في الثاني: فقضيّه عدّهما أمرين لعدم تبدّل الهيئه عند العرف، بل النحاس - مثلاً - بحقيقته الآن أيضاً موجود ضمان أمرين: القيمه للصنعه، و المثل للأصل.

١- تذكره الفقهاء: ١ / ٥٣١.

٢- المكاسب: ٥ / ٣١٨.

٣- من أنّ ما ذكر من بعض الخصوصيات في باب القرض ليس مقوّماً للموضوع حتّى يضرب باستخراج المناط و غيره، فتأمل! «منه رحمه الله».

و قد يشكل هنا أيضا؛ فيما لو كان الأصل و ما يردّ من قيمه الصنعه ربويين بأن يكون نقد البلد من النحاس فلشبهه الربا قد يقال بمنع جواز ردّ الزيادة، و لكنّ الأمر هنا أسهل، بمعنى أنّه و لو منعنا فى الصورة الاولى الزيادة لجريان الربا فى باب الغرامات فلا يلزم المنع هنا؛ لضروره الفرق بينهما، و ذلك لأنّ ما يؤخذ هنا من الزيادة هو فى مقابل الصنعه التى لها قيمه عند العرف، و لا ربط لها بالأصل، بخلاف الصورة الاولى، فإنّ فيها لا يقع فى مقابل الزيادة شىء سوى الأصل.

أقول: لو قلنا بأنّ فى باب الربا المصنوع و غير المصنوع يعدّان جنسا واحدا، و غير منقلب عن أصله، بمعنى لا يعدّ الصنعه أمرا زائدا على الأصل حتّى يصحّ اعتبار قيمه لها فيشكل الأمر هنا، كما لا يخفى، إلّا أن يقال بأنّ الممنوع منه إنّما هو فى باب المعاملات فلا يجوز فيها جعل كلّ واحد منهما عوضا عن الآخر، إلّا أن يكونا متساويين بخلاف المقام، فتأمل!

تأسيس الأصل عند الشكّ فى المثلى و القيمى

بقى الكلام فى بيان تأسيس الأصل فى المثلى و القيمى فيما إذا دار الأمر بينهما عند الشكّ، و لا يخفى أنّ الأصل فى ذلك يختلف على اختلاف المسالك فى باب الضمان فى كفيّته.

أمّا على ما ينسب إلى المشهور (١) من أنّ بناءهم على أنّ ما دام بقاء العين لا تشتغل الذمّه بشىء أصلا، و إنّما الاشتغال بالمثل أو القيمه إنّما هو عند التلف،

١- و ليس مع بقائها إلّا الحكم التكليفى المحض بوجوب الردّ و الأداء، كما صرّح به فى «الجواهر» فى طيّ الكلام فى بدل الحيلولة (جواهر الكلام: ٣٧ / ١٣٠ - ١٣٣)، «منه رحمه الله».

فلا إشكال أنه لما يصير الأمر من باب دوران الأمر بين المتباينين؛ ضروره أنه لا يعلم أنّ من أول الأمر - أى حين التلف - أيهما تعلق بالذمه، فلا أصل فى البين نجعله مرجعا، فالأمر يرجع إلى الصلح، كما هو المرجع مطلقا فى حقوق الناس عند عدم الأصل، ويمكن الالتزام بالرجوع إلى القرعه، لكونه لكل أمر مشكل، لا إلى التنصيف فى المثل و القيمه إن تم دليل القرعه.

أقول: لا مانع هنا من الرجوع إلى الاحتياط لتحصيل البراءه كما هو الأصل فى دوران الأمر بين المتباينين، إلّا أنّ الفرق بين المقام و حقوق الله أنه لَمّا كان تحصيل البراءه فيها متوقفا على الجمع بين المتباينين فى الأداء فالتزم به، بخلاف المقام فهى تحصيل بأداء المثل، و إن كان يمكن أن يقال بأنّ ذلك موقوف على العلم باشتغال الذمه بما زاد على القيمه - أى المثل - حتى يكون المبرئ للذمه يقينا هو المثل، و المفروض أنّ الشكّ إنّما هو فى أنّ الذمه بأيهما اشتغلت من أول الأمر، فهذا يناسب القول باشتغال الذمه أولا بالعين ثم انقلابها بالتلف المثل أو القيمه.

و أما ما قوينا كونه مسلكا للمشهور فعليه الأصل يقتضى ردّ المثل، و ذلك لأنّ المفروض أنه اشتغلت الذمه بنفس العين بجميع مراتبها الشخصيه، فيحصل الشكّ فى أنه بسبب التلف خرجت من الذمه بجميع مراتبها سوى مرتبه قيمته أم لا، بل بقيت عليها بمرتبه مثلها؟ و لا ريب أنّ المتيقن ذهابها عن الذمه بمرتبتها الشخصيه، أما المثلّيه فمشكوك فيه فيستصحب بقاؤها بهذه المرتبه، فيتعين المثل، و يمكن التمسك بالاشتغال أيضا إذ الذمه اشتغلت أولا بالعين، و بالتلف لَمّا لم يمكن أداء نفسها فتتقلب فيشكّ فى أنه هل بردّ القيمه تحصل البراءه أم لا؟

و الأصل عدم حصولها إلّا برّد المثل.

إن قلت: إنّ قاعده الإلتلاف و إن كانت تقتضى ما ذكر من ثبوت نفس العين على الذمّه الذى لازمه عدم حصول البراءة اليقيته
إلّا برّد المثل، إلّا أنّ القاعده مخصّصه بالتعدّر بمعنى أنّه عند تعدّر المثل لا يجب إلّا ردّ القيمه.

لا يقال: إنّ التعدّر مخصّص عقلى و لا محذور من التمسك بالعامّ المخصّص بالدليل اللبى فى الشبهات المصادقيه.

لأننا نقول: مضافا إلى كون مخصّص بالدليل اللفظى أيضا كما اشير إليه سابقا، مثل صحيحه أبى ولّاد (١) و السفره المطروح فيها
اللحم (٢) و غير ذلك (٣) ممّا حكم فيه فى لسان الأخبار برّد القيمه.

قلت: ليس هذا هو التمسك بالعامّ فى الشبهه المصادقيه؛ لأنّ المصداق للعامّ انطباقه أوّلا كان محرزا مسلما، بل إنّما التمسك به
هو استصحاب العامّ الثابت أوّلا يقيتيا.

أقول: و لكن هذا يتمّ لو بنى على كون تبدّل العين الثابته على الذمّه بالغصب، و تنزّلها إلى القيمه فى القيمى بالتلف إنّما يكون
بعد تنزّلها من الخصوصيه العينيه إلى المثل أوّلا ثمّ منه إلى القيمه، بحيث يفرض لذلك درجات و مراحل فى المثلى المتعدّر، لا
بأن تكون العين فى القيميّات متبدّله و متنزّله إلى القيمه من أوّل الأمر حتّى يصير من دوران الأمر بين المتباينين و لم يبق موضوع

١- وسائل الشيعه: ٢٥ / ٣٩٠ الحديث ٣٢١٩٩.

٢- وسائل الشيعه: ٣ / ٤٩٣ الحديث ٤٢٧٠.

٣- انظر! وسائل الشيعه: ١٩ / ١١٩ الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجاره.

للاستصحاب مع أنه مجال للمنع عن ذلك.

و أمّا على المسلك الثالث؛ وهو بقاء نفس العين بهويّتها على الذمّه إلى حين الأداء، فعنده لو كانت تالفه ينقلب إلى المثل أو القيمة عند التعدّر النوعى للأوّل و عدم قدره على أدائه كذلك فلا [شكّ] في أنّ المرجع استصحاب بقاء الاشتغال إلى أن يردّ المثل.

ضروره؛ إنّما الشكّ في أنّه هل العين الثابتة على الذمّه بجميع خصوصيّاتها حتّى المثليه انقلبت إلى المرتبه المائيه الصرفه التي تتعيّن في القيمة أم لا، بل إنّما التنزّل بمرتبها الشخصيه فقط دون المثليه؟ و الاستصحاب يقتضى ذلك، أى انقلاب المرتبه الشخصيه دون المثليه؛ لأنّ المتيقّن هي لا غير.

هذا؛ فيما إذا شكّ في أصل ضمان المثل أو القيمة، أمّا فيما إذا شكّ في طرؤ التعدّر و عدمه، بمعنى أنّه كون أصل الضمان مثليا لا إشكال فيه، و إنّما الشكّ في أنّه يصدق التعدّر بعد ذلك للإعواز و مثله أم لا؟ لا يخفى أنّ الأصل في هذه المسأله يختلف باختلاف المبني في باب الاستصحاب، من أنّه عباره عن جعل المماثل أو الأمر بالمعامله.

و تفصيل ذلك؛ أنّ فرض المسأله إنّما هو فيما إذا كان ضمان المثل معلوما، أى يكون التالف ممّا يكون له نوعا ما يساويه في المائيه، و كان حين استقرار الضمان، له الأفراد الغالبه، ثمّ بعد ذلك لعلّه الوجود أو غيره شكّ في أنّه انقلب إلى القيمة لصدق عنوان التعدّر و عدمه، أم لا؟ فلا إشكال في أنّ الأصل في المقام هو الاستصحاب و يصير مثل ما لو نذر إطعام زيد في كلّ يوم فشكّ في يوم في حياته، فهل المراد باستصحاب حياته هو عمل معامله الحياه معه أو جعل

مماثل للحكم السابق و هو وجوب الإطعام فى طرف الشكّ؟

فإن بيننا على كون المراد به جعل المماثل فى المقام لما يرجع الشكّ إلى ثبوت الحكم الشرعى الذى منشأ القدره، إذ لا فرق فى الشكّ فى الحكم بين الحكم الظاهرى و الواقعى فيشكّ فى أصل توجه «لا- تنقض اليقين» (١) .. إلى آخره، فلا بدّ من الاحتياط كما فى مطلق المقامات لو شكّ فى ثبوت الحكم من جهه القدره؛ و لا يتوهم أنّ الشكّ إنّما هو فى أصل التكليف فالمرجع البراءه؛ إذ هو فى غير ما إذا نشأ الشكّ من جهه القدره، إذ المفروض أنّها شرط عقلى لا يؤثّر فى وجود الحكم، بل الحكم وجوده لتمايمه ملاكه تامّ، و إنّما الشكّ فى مسقط هذا الحكم، فلا محيص عن الاحتياط الذى قد يتحقّق بالفحص.

و بالجمله؛ فمقتضى الاحتياط على هذا هو ضمان المثل و عدم حصول البراءه اليقينيّه إلّا بأداء المثل.

و إن بيننا على كون الاستصحاب هو الأمر بالمعامله مطلقا و إن كان مقتضى ذلك أيضا ضمان المثل إلّا أنّه إنّما هو يثبت بنفس حكم الشارع، فإنّ الشكّ لما يرجع إلى بقاء القدره، و المفروض أنّ استصحابها عباره عن معامله ثبوت القدره الواقعيّه مع القدره المشكوكه عند كونها مسبوقة بحاله السابقه، فيثبتاتها بذلك يترتب نفس حكم الشارع الثابت سابقا على موضوعه، بخلاف المبني الأوّل، فإنّ ثبوت الحكم كان بحكم العقل، فتأمل!

أحكام بدل الحيلولة

هذا تمام الكلام فى بيان الاصول فى المسأله فلنشرع فى بيان جمله من أحكام بدل الحيلولة، مضافا إلى ما أسلفنا بعد ذكر جمله الفروع التى أسقطناها هنا، و لم نذكرها لوضوحها

قال فى «الشرائع»: (و إذا تعدّر تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل) (١) ..

إلى آخره.

أقول: هنا فروع لا بدّ من ذكرها.

[الفرع] الأول: لا يخفى أنّ استحقاق المالك عين ماله الذى يستحقّ بسببه البديل له موارد:

الأول؛ تلفها حقيقه.

الثانى؛ ما يكون فى حكم التلف.

الثالث؛ تعدّر الوصول فعلا إلى العين.

ففى الأول؛ فما يؤدّيه المتلف من البديل يملكه المالك مستقرّا، فيكون بمنزله دين عليه قد أذاه.

وفى الثانى؛ كما إذا غرقت العين أو سرقت، بحيث يكون عودها محالا عاده و يعدّ عند العرف بحكم التلف، فهنا أيضا يكون ما يؤدّيه أيضا كالدين المستقرّ على عهدته، و يخرج- على ما يظهر من بعض الكلمات (٢)- العين

١- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤١.

٢- مفتاح الكرامه: ٦ / ٢٥٥، و المستفاد من كلامه عدم خروج العين المغصوبه عن ملك المالك؛ بالحيلولة إجماعا.

المغصوبه عن ملكك صاحبها و يدخل في جمله المباحات، بحيث لو خرجت من الماء- مثلا- و وقعت في الساحل فاستحقاق مالکها لها ليس إلا من باب الأولويّه لا الملك.

و في الثالث؛ أمّا أوّلا فالكلام في صدق التّعذر الموجب لانقطاع سلطنه المالك فعلا عن خصوصيّه العين، بمعنى أن لا يكون له حقّ الإلزام على إحضار العين، بل ينقلب إلى البديل من المثل أو إلى قيمه ما دامت العين غائبه، المسمّى ذلك ببديل الحيلولة.

فالظاهر؛ أنّ التّعذر الموجب لسقوط التكاليف لا يكفي هذا المقدار منه لذلك، لما أشرنا مرارا من أنّ قاعده السلطنه المستفاد منها هو الحكم الإرفاقي الامتناني، فليست قاعده الحرج قابله لمنع جريانها، بل المرجع في ذلك هو العرف، بأن يكون إحضار العين عندهم متعذّرا من وصوله إلى حدّ ما لا- يطاق العرفي، و إن لم يكن ممّا لا يطاق عادة، و إلا فمطلق العسر لا يكفي في صدقه.

و ثانيا: لا إشكال ظاهرا في صيروره المغصوب منه مالكا للمأخوذ غرامه بعنوان بدل الحيلولة، و عدم خروج المأخوذ منه بذلك عن ملكه، و توهم أنّ ذلك موجب للجمع بين العوض و المعوّض، فاسد؛ لما أشرنا إلى وجهه سابقا.

و حاصله: أنّ المال المأخوذ بإزاء مال يكون على قسمين؛ لأنّه إمّا أن يكون بعنوان البدليّه و كونه قائما مقام المال الأوّل، فهذا يستحيل دخول المال الثاني في ملك المالك الأوّل بلا- خروج البديل عن ملكه، و ذلك كما في باب المعاملات و العقود المعاوضيّه.

و قد لا يكون كذلك بل المقصود أخذ عين المال بخصوصيتها الشخصيه

و لكن لَمَّا لم يمكن ذلك لعذر و نحوه فيؤخذ ما أمكن منها- و هو ماليتها المعينه في ضمن خصوصيه غيرها- فهذا المأخوذ ليس بعنوان البدليه حتى يستلزم ما ذكر، بل في الحقيقه مرتبه من مراتب نفس العين، و هي المرتبه المائيه الممكن الوصول إليها، و قد بنينا على أنّ باب الضمان إنّما هو نظير باب «الميسور» في التكليف، فقاعده اليد لَمَّا تقتضى الخروج عن عهده التكليف المتوجّه من قبل الوضع فلا بدّ من الخروج عنها بما أمكن، إمّا برّد المأخوذ بجميع مراتبه المتعينه في شخصه و إمّا برّد ماليتها إن لم يمكن الاولى و هذا أيضا في ضمن المثل أو القيمه على حسب ما تقتضيه العين عند التلف.

و بالجمله؛ فالسلطنه المستقرّه للمالك على عين ماله تقتضى جواز مطالبتها لها في كلّ آن، و المفروض أنّ ضمان العين ثابت على ذمه الغاصب بمقتضى قاعده اليد، فلازم هاتين القاعدتين استحقاق المالك مطالبه ماله في كلّ زمان، و كذلك وجوب ردّه على الغاصب إليه، إلّا أنّ الجمع بين ذلك و عدم تكليف الغاصب بما لا- يطاق يقتضى إلزامه بقدر ما أمكنه برّد ما استحقّ المالك، و هذا يكون عند عدم التمكّن من ردّ العين برّد العين بماليتها.

فهذه الماليه المردوده ليست شيئا في مقابل العين، بل هي في الحقيقه في عالم التحليل و الاعتبار بمنزله خلاصه مأخوذه من نفس العين، مثل الدهن المأخوذ من الشىء، أو كالعصير المأخوذ من العنب، فكما أنّ فيهما المالك مالك لأمرين: العصير و الشكل الباقي منه، فكذلك تعيين المائيه في شخص عين اخرى و أخذها في تلك العين لا- يوجب خروج العين المغصوبه من ملك صاحبها و دخولها في مال الغارم، لعدم اعتبار البدليه أصلا، فلا يلزم الجمع بين العوض

والمعوض؛ إذ هما أمران اعتباريان تابعان للاعتبار، و بعد أن ظهر الاعتبار في باب الغرامات و بدل الحيلولة على خلافها، بل هو اعتبار خاص لا ربط بباب المعاملات، فلا وجه للتوهم المذكور.

ثم إنَّ لازم ما ذكرنا تملك المغصوب منه بدل الحيلولة كتملكه سائر أمواله بلا نقص فيه، فيجوز له التصرفات الماليه بأقسامها فيه، و ذلك لاقتضاء عناية البيان المذكور ذلك، فكما أنَّ المأخوذ منه كان ملكا له فكذلك بدل الحيلولة لما كان بمنزله العين بمرتبها الماليه يصير ملكا تاما له بلا تفكيك في الجهات، و إن كان شيخنا قدس سره زعم أنَّ المأخوذ بدلا إنما هو عوض عن سلطنه المالك الفائته عنه دون ملكيته؛ إذ هي باقيه (١) فالترم بصححه تصرفاته المالكيه فيه من نقله و إجارته و نحو ذلك على الكشف، كما في المعاطاه، و لكن قد أشرنا إلى ضعف ذلك بأنه لو لم يصير البديل ملكا له بل كان عوضا قائما مقام سلطنته الممنوعه عنها، فلا بد أن يكون ممنوعا عن التصرف في البديل بما أمكنه التصرف في ملكه المغصوب ممَّا لا يتوقف على الماليه، بل تكفي المملوكيه في نحوه كأن يعتقه، لأنَّ المفروض أنَّ سلطنته من ماله من هذه الجهه ما انقطعت، فكيف يكون له جائزا أن يتصرف في البديل من هذه الجهه أيضا، مع أنه بالإجماع يجوز له مطلق التصرفات في البديل (٢).

ثم انقدح ممَّا ذكرنا حال العين المغصوبه فإنها باقيه على ملك صاحبها، و أمَّا ماليتها فهي تكون في حكم المباحات بالأصل إذ لا يجوز للغاصب التصرف

١- المكاسب: ٣/ ٢٦١.

٢- من عتقه، أو غير ذلك، «منه رحمه الله».

فيها حتى يتتفع من ماليتها، و المفروض أنّ المالك ممنوع عن التصرف، و لا إشكال أنّ اعتبار المالىه إنّما هو من حيث الانتفاع و مستتبع للتصرف.

و بالجمله؛ المالىه القائمه على العين المغصوبه فما دامت ممنوعه؛ حكمها حكم المباحات ترجع إلى المالك تبعا للعين عند رجوعها.

الفرع الثانى: لا إشكال أنّه يجب على الغاصب إرجاع العين إلى المالك فورا عند رفع التعذر، و لا يجوز له حبسها حتى يأخذ البدل، و لا يقاس المقام بباب المعاملات، إذ مع كمال الفرق بين الباب و باب المعاملات أنّ الحبس فيها يثبت بالبدل و إلّا فالقاعده تقتضى فيها وجوب الردّ و عدم جواز التوقيف و إيجاب ردّ المال إلى صاحبه فورا.

الفرع الثالث: لما عرفت أنّ بدل الحيلولة عوض عما يكون و أى شىء ثمرته و خاصيته، فلا ينبغى الشكّ فى أنّه بعد رفع التعذر و إحضار العين يجب ردّ الغرامه المأخوذه إلى الغاصب، و لكن ذلك يتوقف على رفع الحيلولة المسببه للبدل، و هل يكون الارتفاع بمطلق الإحضار و رفع العذر، أم يتوقف على أداء العين و إيصالها إلى المالك؟ وجهان: الأقوى الثانى؛ إذ لا يصدق رفع الحيلولة عرفا على مطلق الإحضار (١) بل الشكّ يكفى فى الحكم بعدم وجوب الردّ لاستصحاب بقاء الحيلولة و الملكيه الثابته للمالك فى البدل عند التعذر.

الرابع: الظاهر أنّه بعد تمكّن ردّ العين برفع التعذر لا ينقلب الضمان الثابت للعين أوّلا- من كونه ليوم التلف، إذ لا- مقتضى للانقلاب، و من المعلوم أنّ التعذر فى ردّ العين مدّه من الزمان ليس أمرا قابلا لأن يبدل كيفيه الضمان، بل هو على

١- كما يقتضى ذلك قاعده اليد المغنيه بالأداء أيضا، «منه رحمه الله».

ما تقتضيه طبيعه الضمان من يوم وضع اليد على مال الغير من ضمان يوم تلفه - على ما حرّراه - باق، فظهر لك أنه لا وجه لما ذكر غير ذلك من الاحتمالات في المقام، فراجع!

الخامس: لا إشكال أن مسألة تعاقب الأيدى تجرى في باب الحيلولة أيضا، فهنا إذا رجع المالك إلى الغاصب الأول و أخذ منه بدل الحيلولة فله الرجوع إلى اليد اللاحقه، كذلك للثانيه إلى الثالثه حتى يستقرّ في يد من وقعت الحيلولة في يده، فإذا رجعت العين إلى صاحبها فتأخذ الأول البديل عنه، و كذلك كلّ يرجع إلى سابقه و يأخذ منه ما أعطى، و توهم أن ذلك مختصّ بباب التلف، فاسد كما لا يخفى.

في «الشرائع»: (على الغاصب الاجره إن كان ممّا له اجره في العاده) .. إلى آخره (١).

وقع الخلاف هنا في أن القيمة المأخوذه للاجره [هل] تجب من حين الغصب إلى أداء بدل الحيلولة، أم منه إلى حين ردّ العين؟ و لا يخفى أن إطلاق القولين بعيد.

فالتحقيق أن يقال: إنّ البديل المأخوذ قد يكون من حيث القيمة بإزاء العين المقومه مع ما لها من الاجره في كلّ شهر أو يوم بكذا، مثلا: لو كان العين في حدّ ذاتها لها عشره توامين و لو لوحظت مع ما لها من الاجره في كلّ شهر لها الخمسه عشر تومانا، فإن لوحظت العين على النحو الأول - أى تقومت العين مع ما لها من الاجره مجموعا فأخذ البديل المقابل لنفس الذات - فلا بدّ أن تؤخذ الاجره من

حين الغصب إلى حين ردّ العين؛ لأنّ المفروض أنّ البديل عن الاجره ما استوفى، و أمّا [إذا] لوحظت العين مع ما لها من الاجره فتقوّمت مجموعا فاخذ بدل الحيلولة أيضا عن العين المقوّمه بهذه الكيفيه، فعلى الغاصب الاجره من حين الغصب إلى حين تأديه البديل كما قوّاه المحقّق (١) لثبوت المقتضى كذلك بخلاف الفرض الأوّل.

فى «الشرائع»: (و لو غصب ماله اجره و بقى فى يده حتّى نقص) .. إلى آخره (٢).

لا إشكال أنّه يضمن الغاصب الاجره و ما نقص من العين كليهما؛ لعدم وجود ما يوجب سقوط قيمه النقص، و الاجره لا تصلح لذلك؛ لأنّها عوض عن المنافع، و لا ربط لها بنقص العين.

نعم؛ فى باب إجاره ما يتوقّف الانتفاع منه على استعمال شىء من العين و بتقيص منها كما فى الحمام، فإنّ الانتفاع منه متوقّف على صرف شىء من الماء، فقالوا فى مثله بعدم ضمان النقص المزبور، بل إنّ ما يأخذه من الاجره يقع عوضا عنه، و لكن لا ربط له بالمقام لكون تلك المقامات كالإجاره و نحوها مشتمله على الإذن، فيباح للمنتفع التصرف بلا ضمان، بخلاف المقام فإنّه لا إذن حتّى يصير مسقطا، و الأصل أيضا عدم التداخل فلا محيص عن الالتزام بضمان الأمرين، و الله العالم.

١- شرائع الإسلام: ٣/ ٢٤٢.

٢- شرائع الإسلام: ٣/ ٢٤٣.

البحث في اللواحق

إشاره

الجهه الخامسه فى اللواحق؛ قال فى «الشرائع»: (إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب فإن كانت أثرا) .. إلى آخره (١).

لا إشكال أولًا أن ما يحدثه الغاصب فى العين المغصوبه لو لم يزد فيها شيئًا عينا فلا يتعلق بها له حق؛ لأنه تصرف فى مال الغير بلا إذنه، فلما يكون الأمر المحدث من توابع العين فيصير مالا للمالك، و لذا فلو تصرف فيها بإزاله ما أحدث يكون ضامنا لما زيد عليها من قيمه تبعًا للأثر الحادث، لأنه أيضا تصرف فى مال الغير بتنقيص فى عينه.

إنما الكلام فى بعض فروع المسأله؛

الأول: لو أمر المالك بإزاله الزيادة الحاصله فى العين بإلزام الغاصب على إزاله الصنعه التى أوجدها فيها، كما لو صاغ النقره حليا فهل يضمن الغاصب قيمه هذه الصنعه، أم لا؟ فالمشهور على أنه لا يضمن؛ لأنها و إن تكون ملكا لصاحب العين، و لكن لما هو بنفسه أمر بإتلافها فلما يستند التلف بنفسه فلا يؤثر حينئذ ما يقتضيه الضمان اليدى للغاصب، فليس موجبا لضمانه بعد أصلا.

و أشكل عليهم بأن الأمر بإتلاف لو كان موجبا لرفع الضمان الثابت باليد للصنعه لكان اللازم أن يرتفع بذلك ضمان العيب المحدث فى العين من الكسر و غيره تبعًا لإزاله الصنعه مع أنه لا- إشكال فى ضمانه لذلك، و من هذه الجهه قيل فيها- أى الصنعه- بالضمان أيضا لأنها ليست فى الحقيقه مستندا بأمر المالك، بل

الإزالة من لوازم ردّ العين إلى حالها الأصلي.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ مقتضى قاعده اليد ضمان الكسر و نحوه و عدم ضمانه الصنعه، و ذلك لأنّ المستفاد من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (١) أنّ ارتفاع الضمان عن العين بما لها من المراتب و التوابع إنّما موقوف و معيّنا بأداء العين على حالها الّذى أخذها، فيختلف بذلك أنحاء الأداء على حسب الأوقات، و لا ينافى ذلك كون ما يزيد فى العين من حين الأخذ إلى حين الأداء مضمونا أيضا، لأنّ على هذا يكون المعنى أنّ العين مضمونه فى كلّ آن بحالها الّذى هى عليه إلى أن يؤدّيها على حالها الّذى أخذها، ففى حالها الّذى يكون عليها زياده فىجب على الغاصب أن يؤدّيها مع الزيادة، و لكن لو عصى و لم يؤدّها حتّى زالت عنها الزيادة، فإن أداها بعد ذلك على حالها الّتى كانت عليها وقت الغصب و الاستيلاء فليس عليه شىء و إلّا فعليه النقص الحاصل، و لازم ذلك أنّه لو عصى و ما أداه فتلفت فى حال يكون عليها زياده فهو ضامن للعين و الزيادة؛ لأنّ ضمان كلّ وقت إنّما هو يكون على الكيفيّة الّتى تكون العين عليها، فلتما تلفت فى هذه الحالة فمضمونه عليها و المفروض أنّه ما حصلت التأديه أيضا بحال الّذى كان عليها حين الغصب حتّى يرتفع ضمان الزيادة.

و بالجمله؛ فإن استظهر هذا المعنى من الحديث الشريف كما يشعر بذلك قوله فى «الجواهر» فى المقام: (و احتمال الفرق) .. إلى آخره (٢).

١- مستدرک الوسائل: ١٧ / ٨٨ الحديث ٢٠٨١٩.

٢- جواهر الكلام: ٣٧ / ١٥١.

فالفارق بين الكسر الحاصل في العين و الصنعه الزائله (١) واضح، و على ذلك فليس النقض الذى أوردته بعد ذلك من أن لازم هذا الاحتمال عدم الضمان أيضا، و لو تعمّد الغاصب فى إزاله الصنعه بلا إذن من المالك، فتأمل!

هذا؛ و لكن لازم هذا المبني عدم ضمان الغاصب- مثلا- للضمن الحاصل فى الغنم و نحوه عنده لو زال و لم يبق إلى حين الرد، مع أن الظاهر أن ضمانه لذلك إجماعى.

فالتحقيق؛ هو الالتزام بالفارق بين مقدّمه المأمور به، و لوازمه من مقارناته، و تفصيل ذلك هو أنه لا إشكال أن بعض الامور يكون من مقدّمات المطلوب و المأمور به كما إذا أمر الغاصب بإخراج الخشب المغصوب من مكان لا يمكن إخرجه منه إلا بكسره و تنصيفه- مثلا- حتى يخرج، و بعضها من لوازمه مثل ما لو كان المغصوب فى مكان بعيد يوجب إحضاره نقصانه من هزاله و نحوه، و بمثل ذلك بينا الضابطه بين الضدّ و المقدمه.

و كيف كان؛ ففى مثل الأول لا موجب للضمن؛ لأن المفروض كون النقصان من مقدّمات المأمور به و ما يتوقّف عليه مطلوب المالك، و من أن الأمر بالشىء أمر بمقدّماته، فإذا أمر بردّ العين إلى حالها الأول، سواء أمر بإتلاف الصنعه بالصراحه أو لا، فلمّا يكون إتلافها مقدّمه لردّ العين بحالها بحيث يرى العرف ذلك من موانع الأمر، فالنقص من الهزال و نحوه يستند إلى المالك، مثل ما لو أمر بإخراج غنمه عن مكان يتوقّف خروجه منه على إراءتها الذئب حتى يهزل

١- لأنّ الكسر يوجب تغيير العين عن حاله التي كانت عليها عند الغصب بخلاف الصنعه الزائله، «منه رحمه الله».

فيخرج فهو بنفسه متلف لماله.

و أمّا في الثانية، فالضمان على الغاصب لأنّ نقصان العين نشأ من إيجاد المأمور به، بمعنى أنّ الهزال الناشئ من جهه إحضار الغنم من المسافه البعيده إنّما هو إمّا مؤخّر عن وجود المطلوب و هو إحضاره، أو مقارنه لا أن يكون مقدّمه له حتّى ينتسب إلى الأمر من ناحيه المالك، و لا-ريب أنّ الكسر الحاصل في عين الفضة إنّما هو من هذا القبيل إذ هو متأخّر عن إتلاف الصنعه الّذى هو المأمور به دون نفس الكسر، و كذلك الهزال المتوقّف إحضاره على سيره بمسافه بعيده، بل هما متأخّران رتبه و خارجان عن موجبهما، و هما إتلاف الصنعه و سيره المسافه المترتبان هما على الأمر و طلب المالك، فظهر من ذلك أنّ ما عليه المشهور في المقام هو ما تقتضيه القاعده أيضا، كما لا يخفى.

الفرع الثاني: في حكم مطلق تغيير العين المغصوبه، ففي «الشرائع»: (إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن) .. إلى آخره (١).

لا بدّ أن يعلم أوّلا أنّ لتغيير العين بسبب الاختلاط و الامتزاج صوراً: لأنّ الاختلاط إمّا أن يكون بالجنس أو بغيره، و في الفرض الأوّل؛ إمّا أن يكون العين المغصوبه بالنسبه إلى المخلوط به بمثابة من القلّه لا يرى العرف بعد خلطه به له وجودا بحسب المادّه و الصوره، كما إذا خلط قطره من الدهن بمقدار منه الّذى يكون نسبته إليه كنسبه قطره من الماء بالنسبه إلى كثر منه.

و إمّا أن لا يكون العرف يراه كذلك، بل يرون العين المغصوبه المختلطة باقيه بمادّته و صورته، و إنّما الخلط تبدّل حدّه بحدّ، و على هذا الفرض إمّا أن

يكون مخلوطا بمماثله ذاتا ووصفا بأن لا يكون أحدهما أجود من الآخر أو أردأ، وإما أن يكون ما يماثله مغايرا معه من حيث الجوده و الرداءه، و على الفرض الثانى - يعنى الخلط بغير الجنس - فتاره يكون متميزا عنه فى الخارج كما إذا خلط الحنطه بالشعير، و إما لا يكون متميزا فى الخارج عرفا، و إن كان متميزا واقعا، و على هذا الفرض فإما أن يوجب الخلط تعبير العنوان كما لو خلط الخلّ بالسكر فصار سكنجينا، و إما أن لا يكون موجبا لذلك بل صار مستهلكا بالنسبه إلى المخلوط به، كما إذا خلط مقدارا من الزيت بكثير من الشيرج فصار شيرجا مدهونا، أو بالعكس فصار دهنا حلوا، هذا ما يتصور من أقسام الخلط.

و أما حكمها؛

ففى الصوره الاولى: فلمّا تكون العين المخلوطه فى نظر العرف بحكم التلف فيكون الغاصب ضامنا لمثله، و لا- مجال لتوهم الشركه؛ إذ مناطها هو وجود المال المشترك بحيث يكون المخلوطان أمرين موجودين بوجود واحد، و لا ريب أنّ فيما إذا صبّ مقدار قليل من الماء فى حوض الحمام ليس الأمر كذلك، أى لا يرى العرف شيئين موجودين، حتّى يكون لازم ذلك الحكم بكون ذاك الحوض بحكم المغصوب فيترتب عليه الشركه القهرية، و الظاهر أنّ مثل هذا الفرض خارج عن منصرف الكلمات من القول بالشركه فى الخلط بالجنس، بل هذا الفرض بحكم ما إذا خلط بغير الجنس على وجه صار مستهلكا، كما سيأتى.

و أمّا الصوره الثانيه؛ ففيما لو كان المخلوط به مماثلا للعين المغصوبه ذاتا ووصفا، كما إذا خلط كأسا من اللبن المغصوب بلبن نفسه، ففى مثله ينبغى عدم توهم الإشكال فى تحقّق الشركه بالنسبه إلى العين الخارجى حقيقه أو حكما،

و لا وجه لتوهم ضمان القيمة أو المثل بتخيل أنه في حكم التلف؛ لعدم إمكان رده، فلا بدّ من ردّ بدل الحيلولة، كما لا يخفى.
و أمّا إذا خلطه بالأجود أو الأورد من جنسه؛ فمقتضى القاعده أيضا هو الشركه؛ لبقاء عين المال بحاله، غايه الأمر من جهه
اختلاط أجزائه بأجزاء مال الغير و تفرّقها فيها على وجه لا يمكن الامتياز تحصل الشركه فيهما بنسبه مقدار كلّ واحد من المالين
بالنسبه إلى الآخر إمّا حقيقه أو حكما.

نعم؛ هنا كلام آخر، و هو أنه إذا كان مال المغصوب منه أجود و مال الغاصب أدون فلا إشكال في أنه لو أخذ المالك من
المخلوط ما يساوى ماله بحسب المقدار يلزم فوت مقدار من المائيه التي كانت ثابتة لعينه لوجودته، ففوت وصف الجوده صار
موجبا لفوت مقدار من المائيه، فحينئذ هل يضمن الغاصب أرش النقصان أو تحصل الشركه في المجموع على حسب المائيه؟ فلو
كانت مائيه العين المغصوبه قبل الخلط بمقدار ضعف مائيه مال الغاصب يصير بالخلط ثلث المجموع للغاصب و ثلثاه للمغصوب
منه؟

قد يحتمل تعين الوجه الثاني؛ لما أوضحناه في بعض مباحث الخيار من أنّ العين الواحده ليست لها إلّا مائيه واحد، و تلك
المائيه إذا اضيفت إلى اثنين كانت لكلّ منهما بالنسبه إلى تمام العين مائيه ضمّيته، و من لوازم كون كلّ منهما مالكا لتمام العين
ضمنا هو اعتبار الشركه في العين على حسب ما كان قائما بكلّ واحد منهما في مقدار إضافه المائيه، ففي ما نحن فيه إذا فرضنا
أنّه خلط الجيد بالردى فمقتضى الكسر و الانكسار بسط الجوده القائمه بالبعض على المجموع و الرداءه كذلك، فيكسب كلّ
من المالين عرضا من الآخر، و المفروض عدم فوت

وصف الجوده رأسا، بل كان موجودا قائما بالمجموع، فحيث لا بدّ و أن يكون مقدار المائيه الثابته لكلّ واحد من العينين قبل الخلط مضافا إلى مالكة، و لازم ذلك هو الشركه فى العين على حسب المائيه، كما لا يخفى، و ليس أخذ المالك أزيد ممّا كان ملكا له قبل الخلط و التفرّق بحسب المقدار موجبا للربا؛ لعدم كون المقام داخلا فى أقسام الربا المحرّم؛ لاختصاص أدلّته بباب المعاوضات.

و لكنّ التحقيق هو الوجه الأوّل؛ لعدم الدليل على خروج مال كلّ واحد منهما عن ملكه بحسب المقدار، و أمّا المائيه الثابته لصاحب الجيّد ليست ترى فى المجموع الآن موجوده، بل العرف يحكم ببقاء ماله فيه الآن موجودا كما لا كيفا، بحيث يرون وصف الجوده معدوما، و لذلك لا بدّ من الالتزام بأخذ المغصوب منه ماله من المجموع بمقدار ما غصب منه دون الزيادة، مع أرش وصف الجوده الزائله، كما لا يخفى.

و أمّا فيما لو اختلّطت العين المغصوبه بالأ-جود، فالظاهر هو تحقّق الشركه، فيستحقّ كلّ من الغاصب و المغصوب منه من المجموع بمقدار عين ماله، و لا-ريب أنّ وصف الجوده الحاصله للعين المغصوبه بالخلط إنّما هو بمنزله زياده وصف فيه عند الغاصب، لا أن تكون زياده عيته حتّى يقال بأنّه لا دليل على خروجها عن ملك الغاصب، كما لا يخفى.

و أمّا فى الفرض الثانى، أى الاختلاط بغير الجنس، فإن كان المغصوب بعد الخلط متميّزا فلا مجال للشركه، بل يجب التفكيك و أدائه إلى صاحبه إن أمكن، و إن لم يمكن - كما لو اختلط مقدارا من الشيرج فى السمن، بحيث يصدق عليهما بعد الخلط كلّ واحد من العنوانين، فيقال: شيرج مخلوط بالسمن عرفا-

ففى مثله لا- وجه للشركه فى العين، كما لا وجه للحكم بالتلف، بل يكون كل واحد من المالين باقيا على ملك صاحبه، و لازم ذلك الشركه فى الثمن بالنسبه إلى كل واحد من المالين بحسب المائيه، أو الحكم بضمان بدل الحيلوله.

أقول: يمكن دعوى جريان مناط الشركه فيما لو كانا- أى المالان- من جنس واحد هنا أيضا، لأن المفروض بقاء المالين و عدم إمكان تجزئتهما و بقاء الاسم و صحه إطلاق اسم كل من المالين عليهما، مع عدم إمكان التجزئه فى الخارج لا يضر بالدعوى، إلّا أن يقال: إنّ الشركه الحقيقيه خلاف الأصل، و الدليل الدالّ عليها- و هو الإجماع- إنّما يكون فيما لو اتحد الخليطان جنسا، و أمّا فى المقام فهو مفقود، فتدبر!

و إن لم يكن بعد الخلط متميزا أصلا، فحينئذ تاره تكون العين المغصوبه بالنسبه إلى عين الغاصب بمقدار من القله بحيث لا يرى العرف بعد الخلط لها بقاء لا مادّه و لا صوره، بل يراها معدوما و مستهلكا، كما إذا خلط مقدارا قليلا من الشيرج بمقدار كثير من الزيت كانت نسبه إلى الزيت نسبه المثقال إلى الأمان، ففى مثله لا- إشكال فى أنه ملحق بالتلف عرفا فلا مقتضى للشركه، فالغاصب ضامن للمثل أو القيمه.

و اخرى كانت العين المغصوبه بحيث كان الخلط موجبا لاستهلاكها بحسب الصوره لا المادّه و انقلابها إلى صوره ما خلط به، و لكن كانت مادّته باقيه فى نظر العرف بحسب الكم، كما إذا خلط منّا من الشيرج بمقدار من السمن، بحيث يصدق على المجموع أنه سمن و لكنّه زاد مقداره منّا بخلط الشيرج ففى

مثله ظاهر كلماتهم أيضا إلحاقه بالتلف للاستهلاك (١).

و لكن فيه: إنه بعد بقاء المادّة عرفا يكون من قبيل اكتساب العين المغصوبه لون المخلوط به، و من باب انقلاب الصورة بصوره اخرى، و لا إشكال أنّ المالىه و كذا الملكيه إنّما هما قائمان بنفس المادّة مع أنّ الحكم بكون مجموع العين للغاصب الذى لازم ذلك الإلزام بعدم تغيير عين ماله ترجيح بلا- مرجح، إلّا أن يقال بأنّ الغرض عدم انقلاب ماله، و إنّما حصل بالاختلاط تغيير وصفه، بحيث يقال له: دهن فيه شىء من الشيرج، بخلاف مال المغصوب منه.

فعلى ذلك، لا وجه للحكم بالتلف، بل حكمه حكم ما لو خلط أحد الجنسين بالآخر، مع كون أحدهما جيّدا زال عنه وصف الجوده، لا بدّ من القول بالشركه الحقيقيه فى العين، مع ضمان أرش النقصان للمالك لو حدث نقصان بالخلط.

و ثالثه: كان الاختلاط موجبا لزوال عنوان الخليط و المخلوط به و حدوث العنوان الثالث، فحكمه حكم الفرض المتقدّم من حصول الشركه العيئيه، لو كان العرف مساعدا لبقاء المادّة مع أرش النقصان لو كان نقص فى المالىه، و أمّا مع مساعدتهم فى ذلك فقد عرفت أنّه ملحق بالتلف، فتأمل جيّدا!

[قال فى «الشرائع»]: ([لا خلاف فى أنّ] فوائد المغصوب مضمونه بالغصب، و هى مملوكه للمغصوب منه، و إن كان قد تجددت فى يد الغاصب [أعيانا كانت] (٢) كاللبن و الشعر) .. إلى أن قال: و كذا الكلام فى منفعه كلّ ماله

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ١٦٥.

٢- أثبتناها من المصدر.

اجره فى العاده (١).

و تفصيل الكلام فى ذلك: أنّ فوائد المغصوب، إمّا أن تكون من قبيل نماءاته المتّصله أو المنفصله ممّا لها عيئته فى الخارج كاللبن و الشعر و أمثالهما، فلا إشكال فى أنّها لمّا تقع تحت اليد استقلالاً فيوجب ضمانها، سواء تلفت بآفه سماويّه أو اتلفت.

و إمّا أن لا يكون من قبيل النماءات بل كانت من قبيل المنافع، فتاره؛ لا يكون ممّا لها اجره عاده، بمعنى أنّه ليس لها ماليه بحسب العاده بحيث يبذل بإزائها المال، فلا ضمان فيها، سواء كان تلفها بيده بغير الاستيفاء، أو بالاستيفاء، لأنّ المعبر فى الضمان كون ما فى اليد أو التالف مالاً.

و اخرى؛ كانت لها الماليه عرفاً لاعتبار الاجره لها عاده، كسكنى الدار و ركوب الدابّه، فإن استوفاه الغاصب بالمباشره أو التسبب فلا إشكال أيضاً فى ضمانها، لأنّه يصدق بالاستيفاء فى حقه أخذه تلك المنافع، فتكون المنافع ممّا يصدق تعلّق اليد بها مستقلاً أيضاً، و لا يحتاج فى صدق اليد عليها اعتبار تبعيتها للعين، بأن يقال: إنّ اليد على العين يد عليها تبعاً، كما لا يخفى.

و إن تلفت المنافع فى يده من دون استيفائها، ففيه الأقوال المتعدّده، و الأقوى ضمانها، لأنّ غايه ما يمكن أن يقال فى وجه عدم الضمان: هو أنّ اليد الموجهه للضمان عبارّه عمّا تعلّق بالمال الموجود، فلو تلف مال تعلّق به اليد العاديه كانت اليد موجهه لكون ضمانه على ذى اليد، و المنافع الغير المستوفاه ليست ممّا تعلّقت بها يد، و لا تلف بعد ما تعلّقت به اليد، بل اليد ما تعلّقت على

العين، غايه الأمر تعلقها عليها كان ملازما مع عدم تحقق المنافع، أو كان مانعا عن حدوثها، فما تحققت المنافع حتى يصدق بأنها مما تعلق بها اليد.

و أنت خبير بأن نفس المنافع و إن لم تكن من الامور الموجوده القابله لوقوعها تحت اليد من دون استيفائها، و لكن لما كانت العين مما لها قابليه الانتفاع بها لتلك المنافع، و كانت نفس القابليه التي هي بمنزله المقتضى لوجودها في طرفها، فالعرف يرى و يعتبر بمجرد ذلك لها مائه فعلية، بحيث يعتبر عندهم كون نفس اليد على العين يدا على تلك المنافع بالبيع، كما لا يخفى.

و لذا كان مالك العين مالكا لها- أى للمنافع- إلى الأبد بالفعل، فله تملكها للغير، و يصير الغير مالكا لها بالفعل، فلا مانع من أن تكون اليد على العين يدا على المنافع، و لذلك يكون الغاصب ضامنا لها أيضا و إن لم يستوفها، و هذا (١) مما لا إشكال فيه.

إنما الإشكال فيما إذا تعددت المنافع، و بسط الكلام فيه: هو أن العين إذا كانت مما لها منافع متعدده، فإما أن تكون مما يمكن الجمع بينها في استيفائها، و إما أن لا تكون كذلك، بل بينها التضاد.

و الأول: كما إذا كان للعبد صنعتان يمكن اجتماعهما كالحراسه و الكتابه، و الثانى: كما إذا كان له الكتابه و الحياكه، و كالمشى مع الدابّه و الركوب على الدابّه، أو حمل المتاع معها.

١- و الظاهر؛ أن الخلاف و تعدد الأقوال إنما هو فيما إذا لم تكن اليد المستقره على العين يدا عاديه، كما فى المبيع بالبيع الفاسد، و أميا فى باب الغصب فهو- أى الضمان- اتفاقى، كما يظهر من بعض كلمات شيخنا قدس سرّه، فراجع و تأمل! «منه رحمه الله» (المكاسب: ٣ / ٢٧١).

أما إذا كان من قبيل الأول؛ فمقتضى القاعده ضمان الجميع، سواء استوفاهما بأجمعها أو بعضها أو لم يستوف شيئا منها، لما تقدّم من كون المنافع مملوكة للمالك تبعا للعين، و اليد على العين يد عليها.

و أمّا إذا كان من قبيل الثانى ففيه أقوال مختلفه، أحدها: أنه ضامن لكل واحد منها؛ لكون كل واحد منها ملكا لمالك العين و مالا له بتبعيه العين، غايه الأمر أنه ليس للمالك القدره و السلطنه على استيفاء كل واحد منها على نحو الإطلاق، بل له السلطنه بالنسبه إلى كل واحد منها على نحو التعليق، بمعنى أن له السلطنه على استيفاء كل واحد فى طرف عدم الآخر، و هذا المقدار من السلطنه يكفى لاعتبار المائيه و الملكيه بالنسبه إلى الشىء، و لم يثبت من العقلاء فى اعتبار الملكيه ثبوت السلطنه المطلقه على الشىء، بحيث يكون اللازم فيها السلطنه على كل واحد من المنافع فيه فى ما نحن فيه على الإطلاق.

و فيه: أنه بعد كون المفروض التضاد بين المنافع، بحيث لا يمكن الجمع بينها، فليس للمالك إلا سلطنه مطلقه بالنسبه إلى واحد منها على البدل، و أمّا بالنسبه إلى الأزيد من الواحد فليس له السلطنه أصلا، فإذا لم تكن له سلطنه بالنسبه إلى الأزيد من الواحد فلا يبقى المجال لاعتبار المائيه و الملكيه إلا بالنسبه إلى واحد منها على البدل.

و بالجملة؛ السلطنه الناقصه لا تصير منشأ لاعتبار الملكيه، بل لا بدّ فيها، و كذا اعتبار المائيه السلطنه المطلقه التامه، كما لا يخفى، و إلا فيلزم أن يكون مالك العين الواحده صاحب أموال كثيره عديده بالنسبه إلى منافعها، و من المعلوم عدم مساعده العرف فى ذلك، و من ذلك ظهر دليل القول الثانى، و هو أنه

ضامن لأحد المنافع دون الجميع.

ثم القائلون بهذا القول اختلفوا فى تعيين ما هو المضمون من أحد المنافع، فقيل: إنه ضامن للأعلى من تلك المنافع، سواء استوفاه أو استوفى الأدون، أو لم يستوف شيئاً منها (١).

وقيل: إن استوفى شيئاً منها فهو ضامن لما استوفى، وإن لم يستوف أصلاً فهو ضامن للقدر المتيقن، وهو الأدون (٢).

وقيل: إن استوفى الأعلى فهو ضامن للأعلى، وإلا هو ضامن للمتوسط، سواء استوفى الأدون أو المتوسط أو لم يستوف شيئاً (٣).

وقيل: إن استوفى الأعلى فهو ضامن له وإلا فهو ضامن لاجره المثل الثابت للعين المغصوبه فى نظر العرف من دون ملاحظه منفعه خاصه فيها (٤).

وأول الأقوال أحقها، وذلك، لأنّ الفرض أنّ للعين التى تعلقت اليد بها قابليه المنفعه المخصوصه أى المنفعه الأعلى، وقد تقدّم أنّ اليد على العين يد على منافعها التى كانت قابليه العين لها متحققه حين اليد، فضمان الغاصب لخصوص المنفعه الأعلى من جهه اليد لا معارض له أصلاً، بخلاف غيرها من سائر المنافع لمعارضه المنفعه الأعلى لها.

هذا لو لم يستوف شيئاً من المنافع، و أما لو استوفى فلا يضمن إلا ما استوفاه، ولو كان الأدون لا يضمن غيره، لأنّه بالاستيفاء تعلقت يده بالمنفعه

١- انظر! قواعد الأحكام: ١/ ٢٠٥، مسالك الإفهام: ١٢/ ٢١٨.

٢- انظر! جامع المقاصد: ٦/ ٣٢٥.

٣- انظر! جواهر الكلام: ٣٧/ ١٦٨.

٤- انظر! الدروس الشرعيه: ٣/ ١١١- ١١٣.

المستوفاه فصارت ملكا للمالك، و لا ريب أنه مع صيروره بعض المنافع ملكا له لا يبقى الباقي بعد تحت قابليته المملوكيه.

و بعبارة اخرى: إن الالتزام بضمان الأعلى في الأول إنما كان لأن المالك لما يكون مالكا للقدر الجامع من المنافع الّذى ينطبق ذلك بأول الوجودات، و يسقط الباقي عن القابليته، فما دام لم يتحقق ذاك الجامع في الخارج في ضمن أحد المصاديق فللمالك اختيار أى فرد منها، أى اختيار الجامع الّذى كان منشأ اعتباره تملك المالك إحدى المنافع على البدل في ضمن أى فرد من الأبدال، و أمّا في هذه الصورة- و هى عند استيفاء إحدى المنافع- فذاك الجامع الّذى كان مملوكا للمالك؛ و الغاصب أيضا ضامن له فقد انطبق على ما أوجده الغاصب في ضمن الفرد، فيصير الجامع المقيّد بتلك الخصوصية ممّا تعلقت اليد به، لأنّ بالاستيفاء كانت نفس المستوفى ممّا يجىء تحت اليد فيصير هو المأخوذ دون غيره، فلا يبقى محلّ لاختيار المالك حتّى يختار الجامع في ضمن غير الفرد المستوفاه.

فالحاصل؛ أنه إذا كانت منافع المغصوب متعدّده و مختلفه في المراتب، مثل أن يكون العبد صانعا و حمالا و كاتباً، و لم يمكن اجتماعها في الوجود و الاستيفاء، فإن لم يستوف الغاصب شيئا منها، فمقتضى القاعده ضمانه المنفعه الأعلى، أى الاختيار يكون بيد المالك، فلو اختاره يجب عليه ردّ اجره تلك المنفعه، و إلّا فإن استوفى شيئا منها فهو ضامن للمستوفى، سواء كان الأعلى أو المتوسط أو الأدون.

أقول: بعد تسليم كون المالك سلطانا على المنافع بأجمعها- أى بجامعها

القابل للانطباق على كل واحد من الأفراد التي منها الأعلى - فالقول بتبديل الحكم - أي الضمان للمنفعة الأعلى إلى المستوفاه عند الاستيفاء - مشكل، و ذلك لأن مرجع هذا القول إنما يكون بجعل الاختيار بيد الغاصب، مع أنه مناف لسلطنه المالك، إذ كما أن له عند عدم غصب ماله و كونه تحت يده إعمال جهه سلطنه في أي مرتبه من مراتب المنفعه التي منها الأعلى، فكذلك عند منعه الغير عن سلطنته و وضع اليد على ماله.

مع أن بالوضع يجىء جميع مراتب العين - أي بما لها من المنافع - تحت اليد و للمالك أيضا سلطان على العين بجميع شئونها، له أن يختار كل واحد من تلك المراتب و يعينها بمرتبها الخاصه في أي واحد منها شاء.

و اختيار الغاصب ذاك الجامع في مرتبه خاصه لا موجب لحجر المالك عن سلطنته و إزمته تعيين الجامع في ما اختاره الغاصب، و بأي دليل نلتزم بأن اختيار الغاصب الجامع في ضمن الفرد المتوسط أو الأدون موجب لسقوط حق المالك عن الفرد الأعلى.

و لعلّ لمثل هذه الشبهات مال - دام ظلّه - أخيرا إلى ما التزمه صاحب «الجواهر» قدّس سرّه في المقام من القول بمثله (١) - أي فيما كانت المنافع مختلفه المراتب - بضممان اجره المثل للعين المغصوبه؛ لأنّ ملاحظه خصوصيّة المنفعه و عدم مراعاة الاجره الكليه يوجب طلوع الأقوال المذكوره التي قد عرفت أنّ ترجيح بعضها على بعض مشكل جدّا.

فالأقوى؛ هو ما ذهب إليه قدّس سرّه في «الجواهر» من اعتبار اجره المثل في

ضمان ما إذا كانت العين المغصوبه ذات منافع مختلفه (١) مع أنّ العرف و اعتبار العقلاء مساعد معه، إذ لا يعتبرون في مثل العبد الذى يكون ذا أعمال مختلفه التى تختلف بها مراتب المنفعه إلّا اجره مثله الجامع بين خصوصيات المنافع، كما لا يخفى.

نعم؛ لو استوفى الغاصب خصوص المنفعه الأعلى فيضمنه، لأنّ المستوفى بعينه مال للمالك، فلما وقع تحت اليد يصدق عليه الأخذ فيجب ردّه.

فرعان

ثمّ إنه يتفرّع على هذه المسأله فرعان:

الأول؛ فى «الشرائع»: (إذا غصب حبًا فزرعه، أو بيضا فاستفرخه، قيل:

الزرع و الفرخ للغاصب (٢)، و قيل: للمغصوب منه (٣)، و هو أشبه (٤).

أمّا الأول؛ فقد تمسك بأنّ العين المغصوبه قد تلفت، فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها.

وفيه: إنّ الملكيه و المائيه لو كانت قائمه بالأشياء بما لها من الصور الشخصيه، كما يكون كذلك بالنسبه إلى أحكام الطهاره و النجاسه، فالدليل المذكور تامّ، لعدم بقاء الحبّ و البيض بصورتها الشخصيه الأولى بعد صيرورتها زرعاً و فرخاً، و لكن ليس الأمر كذلك بل مسأله الملكيه بالنسبه إلى الأعيان الخارجيه ساريه فيها بما لها من المادّه و لو مع تبدل صورتها الشخصيه،

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ١٦٨.

٢- المبسوط: ٣ / ١٠٥.

٣- السرائر: ٢ / ٤٨٢.

٤- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤٧.

و خلع المادّه عن صورته إلى صورته اخرى.

و توضيح ذلك موقوف على بيان أمر، و هو: أنّه لا خفاء في أنّ أنواع التغييرات في موضوعات الأحكام مختلفه، فإنّه قد يتبدّل الشىء بمادّته و صورته بحيث لا يرى العرف الجسم بمادّتها الأوّليه و لا صورتها موجوده، كالكلب الواقع في المملحه المتبدّل بالملح، و كذلك العذره المتبدّله بالتراب أو الدود على احتمال، فإنّ العرف يأبى أن يقول بكونهما الآن هو الجسم الأوّلى، بل يراهما ذاتا متغيّرا، كما لا يخفى.

و قد يتبدّل الشىء بصورته لا- بمادّته، بحيث يرى العرف المادّه هي المادّه الأوّليه، و لا يبعد أن يكون الحبّ المتبدّل بالزرع كذلك، فإنّ المادّه في حال الزرع بعينها هي الكائنه في حال الحبّ، و العرف لا يرى في مثله إلّا انقلاب صورته، و ليس المادّه الأوّليه صورته اخرى.

و قد يكون التبدّل، تبدّل الوصف و العرض فقط دون انقلاب الصوره و المادّه، مثل الماء المتغيّر إذا زال تغيّره فإنّ المادّه و الصوره على ما عليها قبل زوال التغيّر باقيه بعده أيضا، فإنّما المنقلب هو الوصف الخارجى، و كذلك الحال الزيبى و العنبى لا يبعد أن يكون مثل ذلك.

ثمّ إنّ الأحكام الشرعيّه الثابته للموضوعات- لا- يخفى أيضا- تكون على أنحاء، و ذلك لأنّه قد يكون الحكم ثابتا للشىء بصورته الخاصّه، بحيث لو ارتفعت الصوره لم يبق الحكم، مثل أحكام النجاسه و الطهاره الثابته للأشياء بصورتها الخاصّه مثل الإنسانيّه، فإنّ الطهاره الثابته للإنسان تزول بالموت، و ليس ذلك إلّا لتبدّل صورته و لو كانت المادّه باقيه، فتأمل! و كذلك نجاسه

الكلب فإنّها ثابتة له ما دامت هذه الصورة له باقيه، و أمّا بعد تبدّله بصوره الملحيّه فيصير حكم تلك المادّه- أى الكلب إن قلنا ببقاء مادّته بعد صيرورته كذلك- حكم الملح.

و قد يكون الحكم ثابتا للمادّه مع قطع النظر عن لحاظ الصورة مثل حكم الملكيه، و كذلك السلطنه فإنّها ثابتة للعين الخارجيه بذاتها، بحيث لا ملازمه بين انقلاب الصورة و ارتفاع الحكم.

و قد يكون الحكم ثابتا للمادّه- أى ذات الشىء- مع لحاظ صورته، كالنجاسه الثابته للمتنجّسات مثل الدهن النجس أو الماء المتغيّر بالنجاسه، فإنّهما لو تبدّلت صورتهما، كما إذا صارا دخانا أو بخارا، فالقاعده الأوّليه تقتضى ارتفاع حكمهما، بخلاف ما إذا تبدّل وصف التغيّر- مثلا- فإنّه لمّا كان الظاهر كونه واسطه لعروض النجاسه لا لثبوته، بمعنى أنّ الاستفادة من الدليل حدوث الحكم لذات الماء فى حال التغيّر لا للماء المتغيّر، بحيث يكون التغيّر جزءا للموضوع فيزول الحكم بزواله، هذا حال الموضوعات و أنحاء تبدّلاتها و أقسام الحكم.

إذا عرفت ذلك فظهر لك ما تمسّك فى المقام صاحب «الجواهر» قدّس سرّه بالاستصحاب لإثبات كون الحبّ بعد صيرورته زرعا أو البيض فرخا باقيا على ملك صاحبه أى المغصوب منه، يكون فى محلّه (١).

و لا مجال لتوهم عدم جريان الاستصحاب بزعم تبدّل الموضوع، إذ قد عرفت أنّ السلطنه و الملكيه هى من الأحكام التى تكون لذات الشىء أى مادّته

بحيث لا- يصير فيهما خلع المادّة من الصورة الأوّليّة و لبس صورته اخرى، بمعنى أنّ مادّة الشئ ء ما دامت باقيه فلا يرى العرف غيرا في موضوع الملكيه، و لذا فلو عرض شكّ في خروج الموضوع عن ملك صاحبه الأوّل مع انقلاب صورته، يصحّ التمسّك بالاستصحاب و إثبات الحكم الأوّلي له من إبقائه على ملك صاحب المادّة ما لم ينتقل بأحد الأسباب الشرعيّة عن ملكه، و إلّا فالتغير لا يوجب خروج الملك عن سلطنه صاحبه.

و إذا ثبت كون الملكيه من عوارض ذات الشئ ء و مادّته فانقدح أنّ كلّ ما يزداد على المادّة الأوّليه بتغيرها يكون من تبعات تلك المادّة و يحسب عند العرف من نماءاتها، فهي أيضا مملوكة لصاحب المادّة لحدوثها في ملكه بحيث تعدّ النماءات من مراتب نفس المادّة.

نعم؛ قد يقال بأنّه كما يكون للمادّة مدخليته في وجود النماءات و حدوث الترقّيات لأصل الحبّ، بأن يصير شجرا أو فواكه، و غير ذلك ممّا يكون كمال الفرق بين الأصل و توابعه من حيث الصغر و الكبر و أنحاء الانتفاع، كذلك يكون لعمل الغاصب و ما يصرف لتنمية الأصل من الماء و التراب و غيره لها مدخليته في وجود النماءات، فتكون عين مال الغاصب في النماءات أيضا موجوده بحيث تكون مرتبه منها له، فتكون نتيجة ذلك كون الغاصب و المغصوب منه شريكين في النماءات لا- أن تكون مختصّه بالمغصوب منه.

و لكنّك خبير بأنّ هذا توهم باطل؛ إذ يرده- مضافا إلى أنّ العرف لا يرى النماء إلّا من توابع الأصل و إلّا فسائر المعدّات مثل الماء و غيره يكون بالنسبه إليه

كالعدم (١) - أنّ الحديث المعروف من أنّه «ليس لعرق ظالم حقّ» (٢) الّذى قد تلقّاه الأصحاب بالقبول يرفع احترام عمله، و كذلك ماله الّذى صرف لتربيته الأصل و ترقيّاته كما لا يخفى.

مع أنّه قد بيّنا سابقا أنّ كلّ ما يعمل فى المغصوب من الصنعه و غيرها يصير ملكا للمغصوب منه، و لا يجوز للغاصب التصرف فى العين بإزالتها أو نحوه بعد ذلك أبدا، حتّى لو تصرف و أزال الصّفه الّتى زادت فى العين عنده يصير ضامنا له أيضا.

ثمّ إنّّه قد يستشكل فى مثل البيض الّذى يجعل لأن يصير فرخا؛ من أنّه لا مجال لاستصحاب الملكيه فيه، لأنّه قبل أن يصير فرخا يصير دما و علقه فيخرج بذلك عن قابليّته التملك لعدم كون الأعيان النجسه قابله للملكيه فيصير حال البيض حال العصير الّذى صار خلّا بعد صيرورته خمرا قبل الخليّته الموجب ذلك لخروج الموضوع عن تحت السلطنه، فمقتضى القاعده استصحاب بقاء عدم الملكيه فيهما أى فى البيض بعد ما صار فرخا، و كذلك الخلّ بعد صيرورته خمرا.

و لكنّه مدفوع؛ بأنّه بعد منع العموم أو الإطلاق لأدلّه المحرّمات و الأعيان

١- هذا ما أدّى إليه بدايه النظر و لكنّه ليس بتامّ، إذ ليس معنى الحديث سلب الاحترام عن عين مال الغاصب، بل المراد نفى الحقّ لإبقاء ماله فى ملك الغير. و بالجملة؛ فالاستدلال به لعدم احترام عمله تامّ، و بالنسبه إلى غيره فلا مجال للاستدلال، فالتحقيق فى الجواب هو الجواب الأوّل من عدم استناد النماء عرفا إلّا إلى الأصل لا إلى الماء و نحوه من المعدّات، فتدبّر! «منه رحمه الله».

٢- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٥٧ الحديث ٢٤٣٦٣ و ٢٥ / ٣٨٨ الحديث ٣٢١٩٤.

النجسه حتّى تشمل المقام، و على فرض الإطلاق فلا ريب فى انصرافه عن مثل المقام الذى لازم انقلاب بعض الأشياء عن حال يكون فيه طاهرا حلالا إلى حال آخر يكون قابلا للتملك أيضا هو اتّصافها بين الحالتين إلى ما يوجب صيرورتها ملحقه بالأعيان النجسه، و اختصاص الأدلّه بما ليس بقابل للتملك نوعا من حيث الذات.

فقول: إنّ فى مثلها ليس أن يكون الشىء بين الحالتين بحيث يخرج عن السلطنه و الملكيه رأسا، بل الاعتبار العرفى لتملكه فى تلك الحاله أيضا باق، غايه ما يكون أنّه ليس اعتبار الملكيه و العلقه فيها مثل ما كانت له قبل تلك الحاله و بعدها، بل تكون العلقه الملكيه الثابته لمثل البيض و كذلك العصير قبل انقلابهما علقه تامّه بينهما و بين مالكهما، و كذلك بعد صيرورتها فرخا و خلّا، السلطنه للمالك إنّما هى سلطنه ملكيه، و أمّا فى الحاله الوسطى فتلك العلقه تصير ضعيفه، و لكن لا بدّ أن يصل إلى حدّ تنعدم العلقه رأسا، بل هى بمرتبته منها على كلّ حال باقيه، إلّا أنّها تضعف من مرتبه الملكيه حتّى تصل إلى درجه يعبر عنها بالحقّ أو ملك المالك لأن يملكه، ثمّ يتقوى قليلا قليلا من هذه المرتبه حتّى تصل إلى المرتبه الملكيه و تشتدّ العلقه حتّى تصير السلطنه أيضا ثابتا تامّه.

فعلى كلّ حال؛ السلطنه المطلقه فى الجمله للمالك بالنسبه إلى تلك الأشياء باقيه، فلا مجال لتوهم استصحاب عدم سلطنه المالك، إذ قد عرفت أنّه ليس زمان يخرج البيض الذى صار فرخا و نحوه عن سلطنه صاحبه، غايه ما يكون، تختلف مراتبها على حسب اختلاف مراتب العلقه شدّه و ضعفا.

فانقدح ممّا ذكرنا؛ أنّ مقتضى القاعده بقاء البيض و العصير المغصوب على

ملك مالكهما بعينهما، فيجب على الغاصب ردّهما إلى المالك على كلّ حال، و لو صار فرخاً أو خلاً، و عدم الموجب لانقلاب إلى القيمة أو المثل، و لا- تحتاج تماميه المسأله إلى الإجماع كما صنعه في «الجواهر» (١) بزعم أنّ تلك الأشياء في الحاله الوسطى لما تخرج عن قابليه التملك، فاستصحاب عدم الملكيه فيها محكم، و قد اتضح لك أنّه لا سبيل إلى ما ذهب إليه قدس سرّه، لعدم خروجها عن الملكيه بحال، بل مرتبتها تضعف و تصل إلى ما يسمّى بالحقّ، لا أن يخرج عن السلطنه رأساً، و لذلك لا تجوز إراقه العصير بعد صيرورته خمراً، كما يظهر لمن راجع كلمات الأصحاب، فافهم!

الثاني: قال في «الشرائع»: (لو غصب أرضاً فزرعها) .. إلى آخره (٢).

لا إشكال أنّ ما تسالم عليه الأصحاب هو كون نماءات الأعيان و منافعها مطلقاً تابعاً لها، فهي ملك لمالكها كيفما كانت.

ضروره؛ أنّ انتفاع الشخص من عين ماله في ملك الغير لا يوجب خروج منافعها عن ملكه وضعا، و إن كان لو تصرّف بغير إذن مالكه يوجب الإثم و الاشتغال باجره المثل و خساره ما ورد على الغير من الضرر لهذا التصرف، فأصل هذا الحكم موافق لما يقتضيه الأصل و القاعده، مع أنّ في المقام روايات دالّله على المطلوب، فما هو المشتبه من «أنّ الزرع للزارع و لو كان غاصباً» المتخذ من روايات الباب (٣) موافق للقاعده أيضاً، و المراد به هو أنّ الزرع

١- جواهر الكلام: ٣٧ / ٢٠٠.

٢- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤٧.

٣- وسائل الشيعه: ١٩ / ١٥٦ الباب ٣٣ من كتاب الإجاره، و ٢٥ / ٣٨٧ الباب ٢ من كتاب الغصب.

للزراع (١) المراد به صاحب الأصل من الحبّ و نحوه، و لو كان غاصبا فى الزرع أى فى عمله ذلك، من أن تكون الأرض المزروع فيها مغصوبه أو بعض آلات العمل كذلك، لا- أن يكون المراد «و لو كان غاصبا» فى المزروع، و يكون المراد من الزارع العامل، كما قد يتراءى فى بادئ النظر، فإنّه عليه يكون المعنى خلاف المتسالم به (٢).

مسألتان: الاولى: قال فى «الشرائع»: (إذا حصلت دابته فى دار لا- يمكن أن تخرج إلما بهدم)- إلى أن قال:- (فإن لم يكن من أحدهما تفريط و لم يكن المالك معها) .. إلى آخره (٣).

هذه المسأله داخله فى باب تراحم الحقوق، و قد أوضحنا سابقا ما تقتضيه القاعده عنده، فهنا أيضا نقول: إنّ مقتضى القاعده الأوّليه من تسلط الناس على أموالهم عدم جواز تصرف أحدهما فى مال الآخر بلا رضا صاحبه لتخليص ماله إذا لم يكن الآخر مفرطا، لما أشرنا مرارا إلى أنّ قاعده السلطنه جاريه ما لم تراحم سلطنه الغير، و لا فرق فى هذه الجبهه بين أن يكون أحدهما أقلّ ضررا أو لم يكن كذلك؛ لأنّ قاعده الضرر ليست قابله لأن تراحم قاعده السلطنه، لأنّ كلّا منهما قاعده امتنائه.

فهنا لا يصحّ أن يقال بأنّ صاحب الدابته على مقتضى سلطنته على دابته

١- يستفاد ذلك من صريح بعض روايات الباب و إن كانت أيضا روايات معارضه لها، و لكنّها معرض عنها مع ما فى أصل نسختها من الاختلاف، فراجع! «منه رحمه الله».

٢- كما يستكشف ذلك من الفرع السابق و مدلول الأدلّه، كما لا يخفى، فتدبر!

٣- شرائع الإسلام: ٣ / ٢٤٨.

لرفع المزاحمه عن ماله، له أن يكسر القدر ثم يضمن قيمته، ولأن كسر القدر يكون أقل ضرراً من إعدام الدابته و ذبحها، مع أن الموارد بالنسبه إلى قله الضرر و عدمه مختلفه، فلا- يمكن الحكم الكلى الذى يتساوى بالنسبه إلى الموارد، فالتحقيق فى مثل المقام هو الرجوع إلى الحاكم الشرعى، فهو بمقتضى مصلحه المقام على حسب نظره يحكم، و الله العالم.

الثانيه: فى «الشرائع»: (إذا تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه) (١).

لا يخفى؛ أن الحكم فى هذه المسأله- أى القول بتقديم قول المالك أو الغاصب- مبنى على الاستفادة من قاعده اليد فإن بنى على ما هو المشهور من كفيته الضمان من عدم اعتبار وجود للعين على اليد، بل ما دام وجودها ليس على الغاصب إلا حكم تكليفى من وجوب ردّ العين، و بعد التلف بالمثل أو قيمه تشتغل الذمه.

فالتحقيق فى المقام هو ما قواه المحقق، بل عليه المشهور، من إجراء أصاله البراءه و تقديم قول الغاصب، لأن الشك يكون فى الاشتغال بالأقل و الأكثر.

و إن بنينا على ما هو التحقيق من اشتغال الذمه من حين وضع اليد بنفس العين إلى زمان الأداء فلما [كان] مرجع الشك إلى الفراغ عما اشتغلت الذمه به يقينا، و يكون الشك فى المحصل، فالمرجع هو الاحتياط كما لا يخفى.

هذه جمله ما استفدت من مقالات الاستاد دام ظلّه فى مهمّات مسائل الغصب، و قد وقع الفراغ فى العشر الآخر من شعبان من سنه ١٣٤٤ و عليه التكالان.

فهرس الآيات

□
أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ٢٨١، ٣٤٧

□
أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ ٤٣

□
أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ٦٣٨

□
إِنْ تَجَبَّبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نَكَفَرْنَا عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ ٢١٠

□
إِنَّمَا الْمَشْرُكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ ٧١

□
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ١١١، ٢٥٣، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٣، ٢٦٧، ٢٨٠، ٣٤٧

□
أُولُوا الْأَرْحَامِ ٣٠٨

□
حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ٥٥٦

□
خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ٤٠٢

□
سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ ٧٣

□
غَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ ٥٩٣

□
فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ٤٢٨

□
فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً ٤٤

□
مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ٥٦٥

□
وَ أَشْهَدُوا دَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ ٢٠٢

□
وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ ٢٢٥، ٢٣٤

□
وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ ٤٢٨

□
وَ جَحَدُوا بِهَا أَنفُسُهُمْ ٧٤

وَ مَا أُمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ۗ ٣٩٧، ٣٩٩

وَ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ٤٣٤

وَ مَا لِأَحَدٍ عِنْدَهُ مِنْ نِعْمَةٍ تُجْزَىٰ * إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِ الْأَعْلَىٰ ٣٩٩

يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لِمَ تَلْبَسُونَ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَ ... ٧٤

يُوفُونَ بِالنَّذْرِ ٤٧٣

فهرس الأحادس

- اجلس أفت الناس فأنى أحب أن ىرى فى شىعنى مثلك ٢٠١
- إذا أدرك الإمام و هو راعف فكبر الرجل و هو مقىم صلبه ١٣٤
- إذا أدركت الإمام و قد ركع فكبرت قبل أن ىرفع الإمام رأسه ١٣٤
- إذا أدركت التكبىره قبل أن ىركع الإمام فقد أدركت الصلاه ١٣٥
- إذا أمكنهم بعد مؤنتهم ٢٣٣
- إذا خفى الجدران فقصر ١٣٧
- إذا رأىت منهم ىصلون فىه ٩٦
- إذا ركع قبل أن ىرفع الإمام رأسه ١٣٨
- إذا كان الرجل لا تعرفه يؤم الناس ىقرأ القرآن فلا تقرأ خلفه ٢١٢
- أ رأىت لو عطب البغل أو أنفق ٦٣٨
- اقض ما فات كما فات ٢٨٠
- الأشياء كلها على هذا حتى ىستىن ٦٤٣
- إلا من كان بحىال الباب ١٥٧
- الإنسان أحق بماله ما دام فىه شىء من الروح ٥٠٦
- أ لىس التذكىه بالحديء؟ فىقول علىه السلام: نعم إذا علمت أنه مأكول اللحم ٩١
- أن الزرع للزارع و لو كان غاصبا ٦٨٢
- إن الله إذا حرّم شىئا حرّم ثمنه ٨٥
- أنت و مالك لأىىك ٣٣٢

إن صَلَّى قوم و بينهم و بين الإمام ما لا يتخَطَّى فليس ذلك الإمام لهم بإمام ١٤٨، ١٦١

إن كان بينهم ستره أو جدار فليس ذلك لهم بصلاه ١٥٧، ١٥٨، ١٦٠

إن كان بينهم و بين الإمام ستره أو جدار ١٦٣

إن كانت قلوبهم واحده فلا بأس ٢٠٠

إن لم تدرك القوم قبل أن يكبر الإمام للركعه فلا تدخل معهم ١٣٥

إنما جعل الإمام إماما ليؤتم به ١٧٧، ١٩٥

إنما عليك أن تغسل الظاهر دون الباطن ٦٣

إن هذه الصلاه نافله و لن يجتمع للنافله ١٢٨، ١٢٩

إنه لا دم له ٦١

أو يحلف صاحب البغل أو يأتي بشهود ٦٤٢

بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين؟ ٢٠٦

البينه على المدعى و اليمين على من أنكر ٤٣٥، ٤٦٤

التائب عن الذنب كمن لا ذنب له ٢٠٥

حبس الأصل و سبب الثمره ٣٣٨

الحجر المغصوب رهن [على خرابها] ٥٨٣

خلق الله الماء طهورا ٨١

سئل عن صلاه الأضحى و الفطر، فقال: «صلّهما ركعتين في جماعه و غير جماعه ١٣٢

سئل عليه السلام فيه عن أرباح المكاسب التي تقع في أيدي الشيعة ٢٣١

الصلوات فريضه، و ليس الاجتماع بمفروض في الصلوات كلّها و لكنّها سنّه ١٢٥

على اليد ما أخذت حتى تؤدى ٥١٧، ٥٣٢، ٥٤٧، ٦٣٤

عليكم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك ٥٨

فأجاب عنه الإمام عليه السلام أوّلاً: «بأن تعرفوه بالستر و العفاف» ٢٠٦

فإذا أوصى بأكثر من الثلث ٥٠٨

فإذا ركع فاركعوا و إذا سجد فاسجدوا ١٧٧، ١٨٠

فاركعوا حين يركع و اسجدوا إذا سجد ١٤١

فأصاب شيئا فعطب، فهو له ضامن ٥٦١

فإن أوصى فليس له إلا الثلث ٥٠٧

فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ٢٥٣

فإن كان بينه و بين الإمام ستره أو جدار ١٦٣

فظنوا به خيرا و أجزوا شهادته ٢١٢

فقال عليه السلام: «يجب عليهم الخمس» ٢٣٣

فقد أدرك الركعة ١٣٥

فقيل له: يا ابن رسول الله! ما حال شيعتكم في ما خصكم الله به ٢٣٥

فكتب عليه السلام: هكذا هو عندي ٣١٤

فما أخذت الحباله فقطعت منه شيئا فهو ميت ٥٤

في جواب سؤاله عن البختج قبل ذهاب ثلثيه: «إنه خمر» ٦٦

قال: سألته عليه السلام عن الرجل يأتي السوق، قال: نعم ليس عليكم المسأله ٥٨

قال: هي و الله الإفاده يوما فيوما ٢٣٤

قال عليه السلام: يبيته لمن يشتره ليستصبح به ٨٦

قدّموا خياركم ١٩٨

قلت: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم ٣١٤

قلت له: أمرتنى بالقيام بأمرك و أخذ حقك ٢٣٣

قول عليّ عليه السّلام في وقفه: «صدقه لاتباع ولا توهب» ٣٥١

قوله عليه السّلام في باب القنوت: «ثمّ يرفع يديه بحيال وجهه» ١٥٩

قيمه بغل يوم خالفته ٦٤١

كلّ ما أخذتم من المسلمين و شككتم فيه من هذه الجهات فلا تعتنوا به ٩٣

ص: ٦٩٠

كلّ ما غلى بالنّار فقد حرم ٦٩

كلّ ما لم يذكّ فهو ميتة ٩٠

كلّ مسكر حرام ٦٨

لا بأس بالسّنجاب ١٠٢

لا تأكلوا في آنيّتهم ولا من طعامهم الذي يطبخون، ٧٤

لا تباع ولا تورث ولا توهب ٣٤٩

لا تباع ولا توهب ولا تورث ٣٤٠

لا تتوضّوا من فضله ٧٧

لا تصلّ إلّا خلف من تتق بدينه و أمانته ١٩٨، ٢١٣، ٢١٤

لا تصلّ إلّا خلف من تتق به ١٩٩، ٢٠٢

لا تصلّ خلف ابن الزنا ١٩٧

لا تصلّ في شيء من الميتة ٩٦

لا تصلّ فيها ٩٠

لا تعتدّ بالركعة التي لم تشهد تكبيرها مع الإمام ١٣٥

لا تقيّه في الدماء ٥٩٢

لا تنتقض اليقين ٤٩٧، ٦٥٣

لا عتق إلّا في ملك ٣٤٠، ٤٠٧

لا يجلسه إلّا نبيّ أو وصيّ أو شقيّ ٢٠١

لا يجوز الصلاة في ما لا يؤكل بأنّ أكثرها المسوخ ٩٨

لا يجوز أن يصلّى تطوّع في جماعه ١٢٨

لا يحلّ لأحد أن يشتري من مال الخمس شيئاً حتّى يصل إلينا حقّنا ٢٢٧

لا يحلّ مال امرئ [مسلم] إلّا بطيب [من] نفسه ٢٤٨

لا يعذر عبد اشترى من مال الخمس شيئاً أن يقول ٢٢٧

لا يفسد الماء إلّا ما كانت له نفس سائله ٥٣

لا يكبر إلّا مع الإمام فإن كبر قبله أعاد ١٨١

ليس لعرق ظالم حقّ ٥٨٣، ٥٩٤، ٦٠٤، ٦٨٠

ما أنصفناكم إن كلفناكم ذلك اليوم ٢٣٤

ما أنصفناهم إن أخذناهم، ولا أحسنّاهم ٢٣٥

ما بعث منه فخّمسه! ٢٢٨

الماء إذا بلغ قدر كتر لم ينجسه شيء ٣٩

من أتلف مال الغير فهو له ضامن ٣٤٣، ٥٦٠

من أخرج ميزابا أو كنيفا، أو أوتد وتدا ٥٦٠

من أضرب بطريق المسلمين فهو له ضامن ٥١٩، ٥٦٠

من حفر بئرا في غير ملكه كان عليه الضمان ٥٦١

من صلّى الخمس في جماعه فظنّوا به كلّ خير ٢١٢

من يتصدّق على هذا الرجل بأن يعيد صلاته جماعه ٢١٩

الناس شركاء في ثلاثة: النار والكلاّ والماء ٤٠٢

الناس مسلّطون على أموالهم ٣٧٥، ٥٨٦

نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم عن كلّ ذي ناب و مخلب ١٠٢

و إذا قال إمامكم: الله أكبر، فقولوا: الله أكبر ١٨١

و إذا كبر فكبروا ١٧٧

و اعلموا أنّه لا جماعه في نافله ١٢٩

و أعلمهم أنّ اجتماعهم فى النوافل بدعه ١٢٨

و الدليل على ذلك كلّه أن يكون ساترا لعيوبه بحيث لا يجوز التفتيش ٢١٢

و إن صلّيت وحدك فلا بأس ١٣٢

و إن كان أرفع منهم بقدر إصبع أو أكثر أو أقلّ ١٧٤

و إن كان لم ينو السجدين في الركعه الاولى لم تجز عنه الاولى ١٤٠

و إن كانوا كبارا و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه ٢٥٢

و تعرف باجتنب الكبائر التي أوعده الله تعالى عليها النار ٢٠٧

و عليه أن يسجد ١٤٠

الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها، إن شاء الله ٣١٥

الوقوف [تكون] على حسب ما يوقفها أهلها ٣٢٩

الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ٢٦٦، ٢٨٠، ٣٣١

و لا يصلّي التطوّع في جماعه قال: ذلك بدعه ١٢٨

و لا يضمن الخمر إذا غصبت من مسلم ٥٥٤

و لكنّ الجماعه سنّه في الصلاه من تركها رغبه عنها و عن جماعه المؤمنين ١٥٣

و لو لا ذلك لما قام للمسلمين سوق ٤٣٣

و ليس لمن صلّى خلفها مقتديا بصلاه من فيها صلاه ١٦٠

و يعرف ذلك باجتنب الكبائر التي أوعده ٢١٢

و ينبغي أن تكون الصفوف تامّه متواصله ١٧٠

هل يؤمّ الرجل بأهله؟ فقال: «لا يؤمّ لهّن و لا يخرجن ١٣٢

يقرأ صلاته في عذره الإنسان ... فيقول عليه السّلام: صلاته صحيحه ١١٩

يكون قدر ذلك مسقط جسد الإنسان ١٧٠

فهرس المنابع

- ١- القرآن الكررم
- ٢- إقبال الأعمال، للسرد رضى الدين على بن موسى بن جعفر بن طاوس رحمه الله، ط / دار الكتب الإسلامفة، طهران.
- ٣- الاحتجاج، لأبى منصور أحمد بن على بن أبى طالب الطبرسى، ط / المكتبه مصطفىوى، قم، سنة ١٣٨٦ هـ.
- ٤- الأربعون، للشفخ البهائى، محمد بن الحسين بن عبد الصمد الحارثى الجبعى العاملى، الطبعة الحجرفة، سنة ١٢٧٤.
- ٥- الاستبصار، للشفخ الطوسى رحمه الله، ط / دار الكتب الإسلامفة، طهران، سنة ١٣٩٠ هـ.
- ٦- أمالى الصدوق، للشفخ الأقدم رحمه الله، ط / مؤسسه الأعلمى للمطبوعات، بيروت، سنة ١٤٠٠ هـ.
- ٧- الأم، لأبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى، ط / دار المعرفة، بيروت.
- ٨- إضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد، للشفخ أبى طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلّى، الملقب ب «فخر المحققفن»، المتوفى سنة ٧٧١ هـ. ط / المطبعة العلمفة، قم، سنة ١٣٨٧ هـ.
- ٩- بحار الأنوار، للعلامة المحقق الشفخ محمد باقر المجلسى رحمه الله، ط / المكتبه الإسلامفة، طهران، سنة ١٣٨٨ هـ.

- ١٠- بدايه المجتهد، تأليف محمّد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط/ دار المعرفه، سنه ١٤٠٢.
- ١١- البيان، للشهيد الأوّل، أبي عبد الله محمّد بن جمال الدين مكّي العاملي، ط/ مجمع الذخائر الإسلاميه، قم.
- ١٢- تبصره المتعلّمين، للعلّامه الحلّي، ط/ مجمع الذخائر الإسلاميه.
- ١٣- تذكرة الفقهاء، للعلّامه الحلّي، (الطبعة الحجرية)، ط/ المكتبة المرتضوية، قم.
- ١٤- تعليقات على منهج المقال، للمحقّق البهبهاني، (الطبعة الحجرية).
- ١٥- التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، للفقير جمال الدين بن مقداد بن عبد الله السيوري، المتوفّي سنه ٨٢٦هـ، من منشورات مكتبة آية الله المرعشي، قم، سنه ١٤٠٤هـ.
- ١٦- تنقيح المقال في أحوال الرجال، للعلّامه المحقّق الشيخ عبد الله المامقاني رحمه الله، (الطبعة الحجرية).
- ١٧- تهذيب الأحكام في شرح المقنعه، للشيخ الطوسي، ط/ مكتبة الصدوق، طهران، الطبعة الاولى، سنه ١٤١٧هـ.
- ١٨- جامع الرواه، للعلّامه الفاضل محمّد بن علي الأردبيلي الغروي، ط/ منشورات دار الأضواء، بيروت، سنه ١٤٠٣هـ.
- ١٩- جامع المقاصد في شرح القواعد، للشيخ علي بن الحسين الكركي، المعروف ب «المحقّق الثاني»، المتوفّي سنه ٩٤٠هـ، ط/ مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، سنه ١٤١٠هـ.
- ٢٠- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، للعلّامه المحقّق الشيخ محمّد حسن النجفي، المتوفّي سنه ١٢٦٦هـ، ط/ دار الكتب الإسلاميه، نجف، سنه ١٣٨١هـ.

- ٢١- حاشيه المكاسب للسيد، للعلامة المحقق السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، ط/ دار المعارف الإسلاميه، طهران، و مؤسسه دار العلم، قم، سنه ١٣٧٨ هـ.
- ٢٢- الحدائق الناضره فى أحكام العتره الطاهره، للشيخ يوسف البحرانى، المتوفى سنه ١١٨٦ هـ. ط/ مؤسسه النشر الإسلامى، قم.
- ٢٣- الخصال، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه الله، ط/ مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنه ١٤٠٣ هـ.
- ٢٤- الخلاف، للشيخ الطوسى، ط/ مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنه ١٤٠٧ هـ.
- ٢٥- الدروس الشرعيه فى فقه الإماميه، للشهيد الأول، أبى عبد الله محمد بن مكى العاملى، المستشهد سنه ٧٨٦ هـ. ط/ مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنه ١٤١٤ هـ.
- ٢٦- دعائم الإسلام، تأليف النعمان بن محمد بن منصور بن أحمد بن حيون التميمى المغربى، ط/ دار المعارف فى القاهره، سنه ١٣٨٣ هـ.
- ٢٧- ذخيره المعاد فى شرح الإرشاد، للعلامة محمد باقر بن محمد مؤمن السبزوارى، (الطبعه الحجرية)، ط/ مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم.
- ٢٨- ذكرى الشيعة، للشهيد الأول، أبى عبد الله محمد بن جمال الدين مكى العاملى، ط/ مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، سنه ١٤١٩ هـ.
- ٢٩- رجال بحر العلوم، المعروف ب «الفوائد الرجائيه»، للعلامة المحقق السيد محمد المهدي بحر العلوم الطباطبائي، من منشورات مكتبه الصادق، طهران.
- ٣٠- روضات الجنات، للعلامة المتتبع الميرزا محمد باقر الموسوى الخوانسارى، ط/ دار الإسلاميه، بيروت، سنه ١٤١١ هـ.

٣١- روض الجنان، للشهيد الثاني، زين الدين بن علي الجبعي العاملي، (الطبعة الحجرية)، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم.

٣٢- الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، للشهيد الثاني، زين الدين بن علي الجبعي العاملي، المستشهد سنة ٩٦٦ هـ، من منشورات جامعه النجف الدينية، سنة ١٣٨٧ هـ.

٣٣- رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، لآية الله المحقق السيد علي الطباطبائي، المتوفى سنة ١٢١٣، ط/ دار الهادي، بيروت، الطبعة الاولى، سنة ١٤١٢ هـ.

٣٤- السرائر، الحاوي لتحرير الفتاوى، للفتية أبي جعفر محمّد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّي، ط/ مؤسسه النشر الإسلامي، قم، سنة ١٤١٠ هـ.

٣٥- سنن ابن ماجه، للحافظ أبي عبد الله محمّد بن يزيد القزويني، ط/ دار إحياء التراث العربي، سنة ١٣٩٥ هـ.

٣٦- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، للمحقق الحلّي أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المتوفى سنة ٦٧٢ هـ، من منشورات دار الأضواء، بيروت، سنة ١٤٠٣ هـ.

٣٧- الشرح الكبير، (المطبوع مع المغني)، للشيخ محمّد بن أحمد بن قدامه.

٣٨- صحيح مسلم، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ط/ دار المعرفة، بيروت.

٣٩- العروه الوثقى، للعلامة المحقق السيد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، ط/ مؤسسه الأعلمي للمطبوعات، بيروت، سنة ١٤٠٩ هـ، و مكتبه الداوري، قم.

٤٠- علل الشرائع، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه الله ط/ المكتبة الحيدريه، النجف، سنة ١٣٥٨ ش.

- ٤١- عوالى اللآلى العزىزىة فى الأحادىث الدىنىة، لابن أبى جمهور الأحسانى، الشىخ محمّد بن على بن إبراهىم، ط/ مطبعه سىد الشهداء علىه السّلام، قم، سنة ١٤٠٥ هـ.
- ٤٢- غايه المراد، للشهيد الأوّل، ط/ مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامى، قم، سنة ١٤٢٠ هـ.
- ٤٣- غنىه النزوع، للسّيد أبى المكارم ابن زهره، المتوفّى سنة ٥٨٥ هـ، ط/ مؤسسه الإمام الصادق علىه السّلام، قم، سنة ١٤١٧ هـ.
- ٤٤- الفصول الغرويّة فى الأصول الفقهيّة، للعلّامة المحقّق الشىخ محمّد حسين بن عبد الرحيم الطهرانى الحائرى، (الطبعه الحجريّة)، قم، سنة ١٤٠٤ هـ.
- ٤٥- الفهرست، للشىخ الطوسى رحمه الله، ط/ مؤسسه الوفاء، بيروت، سنة ١٤٠٣ هـ.
- ٤٦- قرب الإسناد، لأبى العباس عبد الله بن جعفر الحميرى القمى، من أصحاب الإمام العسكرى عليه السّلام، ط/ مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، بيروت، سنة ١٤١٣ هـ.
- ٤٧- قواعد الأحكام فى معرفه الحلال و الحرام، للعلّامة الحلّى، (الطبعه الحجريّة)، ط/ الشريف الرضى، قم.
- ٤٨- القواعد الفقهيّة، للسّيد الفقيه محمّد حسن البجنوردى، من منشورات الهادى، قم، سنة ١٤١٩ هـ.
- ٤٩- قوانين الأصول، للمحقّق الفقيه الميرزا أبى القاسم القمى، الطبعه الحجريّة.
- ٥٠- الكافى، لثقه الإسلام الكلينى، أبى جعفر محمّد بن يعقوب بن إسحاق، المتوفّى سنة ٣٢٩ هـ، ط/ دار التعارف، بيروت، الطبعه الرابعه، سنة ١٤٠١ هـ.
- ٥١- الكافى فى الفقه، للفقيه الأقدم أبى الصلاح الحلبي، المتوفّى سنة ٤٤٧ هـ، ط/ مكتبه الإمام أمير المؤمنين عليه السّلام، أصفهان، سنة ١٤٠٣ هـ.

٥٢- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى، للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصارى، من منشورات مجمع الفكر الإسلامى، قم، سنه ١٤٢٠هـ.

٥٣- كتاب الصلاه للشيخ الحائرى، من تقارير مباحث العلّامه الشيخ عبد الكريم الحائرى اليزدى، للشيخ محمود الأشتيانى.

٥٤- كتاب الصلاه للميرزا النائينى، من تقارير العلّامه الميرزا محمّد حسين النائينى، للشيخ محمّد على الكاظمى الخراسانى، ط / مؤسسه النشر الإسلامى، قم، ١٤١١هـ.

٥٥- كتاب الطهاره للشيخ الأنصارى، للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصارى، من منشورات مجمع الفكر الإسلامى، قم، سنه ١٤٢٠هـ.

٥٦- كشف اللثام، لبهاء الدين محمّد بن الحسن بن محمّد الأصفهانى، المعروف ب «الفاضل الهندى»، ط / مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنه ١٤٢٠هـ.

٥٧- كفايه الأحكام، للعلّامه محمّد باقر بن محمّد مؤمن السبزوارى، المتوفى سنه ١٠٩٠هـ، (الطبعه الحجرية)، ط / مركز النشر، أصفهان.

٥٨- كنز العمّال، لعلاء الدين على المتقى الهندى، ط / مؤسسه الرساله، بيروت، سنه ١٣٩٩هـ.

٥٩- لسان العرب، لابن منظور الإفريقى، ط / دار صادر العربى، بيروت.

٦٠- اللغه الدمشقيّه، للشهيد الأوّل، ط / دار الفكر، قم، سنه ١٣٦٨ش.

٦١- المبسوط، لشمس الدين السرخسى، ط / دار المعرفه، بيروت.

٦٢- المبسوط فى فقه الإماميه، للشيخ الطوسى رحمه الله، ط / المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفريّه، سنه ١٣٨٧هـ.

٦٣- مجمع البحرين، للفقيه الشيخ فخر الدين الطريحي، المتوفى سنه ١٠٨٥هـ، ط / المكتبه الرضويه لإحياء آثار الجعفريّه، سنه ١٣٦٥هـ. ش.

٦٤- مجمع الفائده و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان، للمولى أحمد بن محمد، المعروف ب «المقدّس الأردبيلى»، المتوفى سنة ٩٩٣ هـ، ط / مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنة ١٤٠٢ هـ.

٦٥- المحاسن، للشيخ الثقة الجليل الأقدم أحمد بن محمد بن خالد البرقى، ط / دار الكتب الإسلاميه، قم.

٦٦- المختصر النافع فى فقه الإماميه، للمحقّق الحلّى، ط / دار الأضواء، بيروت، الطبعة الثالثه ١٤٠٥ هـ.

٦٧- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعة، للعلّامه الحلّى، ط / مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنة ١٤١٢ هـ.

٦٨- مدارك الأحكام فى شرح شرائع الإسلام، للفقيه المحقق السيّد محمد موسى العاملى، ط / مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم، سنة ١٤١٠ هـ.

٦٩- المراسم، لحمزه بن عبد العزيز الديلمى، من منشورات الحرمين، سنة ١٤٠٤ هـ. ق.

٧٠- مسالك الإفهام فى شرح شرائع الإسلام، للشهيد الثانى، زين الدين بن على الجبجى العاملى، المستشهد سنة ٩٦٦ هـ. ط / مؤسسه المعارف الإسلاميه، قم، سنة ١٤١٧ هـ.

٧١- مستدرک الوسائل، للميرزا حسين النورى الطبرسى، المتوفى سنة ١٣٢٠ هـ، ط / مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم، الطبعة الاولى، سنة ١٤٠٧ هـ.

٧٢- مستند الشيعه، للعلّامه الفقيه المولى أحمد النراقى، ط / مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم، سنة ١٤١٩ هـ.

٧٣- مسند أحمد، لأحمد بن حنبل، المتوفى سنة ٢٤١ هـ، من منشورات دار صادر، بيروت.

٧٤- مصباح الفقيه، للشيخ آغا رضا الهمداني، الطبعة الحجرية، و الطبعة الحديثه مؤسسه الجعفرية لإحياء التراث، قم، سنة ١٤٢٠ هـ.

٧٥- المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المتوفى سنة ٧٧٠ هـ، ط/ دار الهجرة، قم، ١٤٠٥ هـ.

٧٦- المعتبر، للمحقق الحلّي، ط/ مؤسسه سيّد الشهداء عليه السّلام، قم، سنة ١٣٦٤ ش.

٧٧- المغنى لابن قدامه، لأبي محمّد عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامه المقدسي، ط/ عالم الكتب، و دار الكتب العربي، بيروت، سنة ١٤٠٣ هـ.

٧٨- مفاتيح الشرائع، للمولى محمّد حسن، المعروف ب «الفيض الكاشاني»، المتوفى سنة ١٠٩١ هـ، ط/ مجمع الذخائر الإسلامية، قم، سنة ١٤٠١ هـ.

٧٩- مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه، للسيد محمّد جواد الحسيني العاملی، المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ. (الطبعة الحجرية)، ط/ مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم.

٨٠- المقنع، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه الله، ط/ مؤسسه الإمام الهادي عليه السّلام، قم، سنة ١٤١٥ هـ.

٨١- المقنعه، لأبي عبد الله محمّد بن محمّد بن النعمان العكبري البغدادي، الملقّب بالشيخ المفيد، المتوفى سنة ١٤١٣ هـ، ط/ مؤسسه النشر الإسلامي، قم، سنة ١٤١٧ هـ.

٨٢- المكاسب، للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري، من منشورات مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٤١٥ هـ.

٨٣- من لا يحضره الفقيه، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه الله، المتوفى سنة ٣٨١ هـ، ط/ دار الكتب الإسلامية، طهران، سنة ١٣٩٠ هـ.

٨٤- المهذب، للفقيه الأقدم القاضي عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، ط/ مؤسسه النشر الإسلامي، قم، سنة ١٤٠٦ هـ.

٨٥- الناصريات (الجوامع الفقهيّة)، للسيد الشريف المرتضى رحمه الله، ط / انتشارات جهان، طهران.

٨٦- نجاه العباد في يوم المعاد، للعلامة المحقق الشيخ محمد حسن النجفي، المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ، (الطبعة الحجرية).

٨٧- النهاية في غريب الحديث و الأثر، لمجد الدين المبارك بن الجزري، ابن الأثير، ط / المكتبة العلميّة، بيروت.

٨٨- النهاية في مجرّد الفقه و الفتاوى، للشيخ الطوسي رحمه الله، ط / دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٤٠٠ هـ.

٨٩- الوافي، للمحقق محمد حسن الفيض الكاشاني، من منشورات مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليه السّلام العامّة، اصفهان، سنة ١٤٠٦ هـ.

٩٠- وسائل الشيعه إلى تحصيل مسائل الشريعة، للشيخ محمد بن الحسن الحرّ العاملي، المتوفى سنة ١١٠٤ هـ، ط / مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم، سنة ١٤١٢ هـ.

٩١- وسيله النجاه، للسيد المحقق أبي الحسن الأصفهاني رحمه الله، ط / دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ١٣٩٧ هـ. ق.

٩٢- الوسيله إلى نيل الفضيله، لابن حمزه، ط / مكتبة آيه الله المرعشي رحمه الله، سنة ١٤٠٨ هـ.

فهرس الموضوعات

اشاره

المقدمه ٥

رساله الطهاره (٢٩-٨٦)

حكم الماء القليل ٣١

حكم شرب الماء النجس و بيعه ٣٥

حكم الغساله ٣٩

جواز البدار لذوى الأعذار و عدمه ٤٣

حكم خرق الطير و بوله ٤٧

نجاسه المنى ٥١

نجاسه الميته ٥٣

نجاسه الدم ٦١

حكم العصير العنبى ٦٥

نجاسه الكافر ٧١

تطهير الأوانى ٧٧

ما يعفى عنه فى الصلاه من النجاسات ٨٣

جواز بيع المتنجس و عدمه ٨٥

رسالة الصلاة (٨٧-٢٢٠)

لباس المصلّي ٨٩

متى تصير يد المسلم أماره؟ ٩٥

حكم الثوب الملقى عليه شعر ما لا يؤكل لحمه ١٠٤

حكم لبس المشكوك ممّا لا يؤكل لحمه ١٠٩

الصلوات المشروعه فيها الجماعه ١٢٥

الجماعه في صلاه العيدين ١٣١

ما يدرك به الجماعه ١٣٣

فروع ١٣٧

الشكّ في إدراك ركوع الإمام ١٤٤

شرائط الجماعه ١٤٧

إذا كان الحائل بحيث لا يمنع عن المشاهده ١٥١

أحكام الحائل ١٥٥

الشكّ في وجود الحائل ١٦٤

لا بأس بالحائل بين الإمام و النساء المأمومات ١٦٦

اشتراط عدم البعد بين الإمام و المأموم ١٦٨

إحرام البعيد قبل القريب في الجماعه ١٧٣

متابعه المأموم الإمام في الجماعه ١٧٦

التأخر كثيرا في الائتمام ١٨٢

ما هو مقتضى القاعده فى المتابعه؟ ١٩٣

الأفعال المختصّه بالإمام فى الجماعه ١٩٤

شرائط الإمام ١٩٧

حقيقه العداله ٢٠٣

ص: ٧٠٥

تحديد الكبائر و بيان الإصرار على الصغائر ٢٠٧

اعتبار المروءه فى العدالة ٢١٠

أحكام الجماعه ٢١٧

رساله الخمس (٢٢١-٢٤٤)

خمس أرباح المكاسب ٢٢٣

هل يتعلّق الخمس بالعين أو بالذمه؟ ٢٢٤

ما هو المراد ممّا أحلّ فيه الخمس للشيعة؟ ٢٣١

هل يجبر الخسران الوارد على المالك فى الحول من الربح؟ ٢٣٨

رساله الوقف (٢٤٥-٣٥٦)

القبض فى الوقف ٢٤٧

من هو القابض فى الوقف؟ ٢٥٩

شرائط الموقوف ٢٦١

فروع ٢٦٢

شرائط الواقف ٢٦٦

شرائط لموقوف عليهم ٢٧٢

الوقف على المملوك ٢٧٧

الوقف على الحربى ٢٨٠

الوقف على الذمى ٢٨٤

الوقف على الكنائس ٢٨٥

ص: ٧٠٦

تفسير عناوين الموقوف عليهم ٢٨٩

حكم الشكّ في عنوان من عناوين الموقوف عليهم ٢٩٧

فروع ٢٩٩

شرائط الوقف ٣١١

فرع ٣١٧

فرع آخر ٣٢٢

الوقف على النفس ٣٢٤

جريان المعاطاه في الوقف ٣٣٣

أحكام الوقف ٣٣٨

حكم بيع الوقف ٣٤٨

مقتضى قواعد الباب في بيع الوقف ٣٥٣

رساله الإجاره (٣٥٧-٣٦٤)

التنازع بين المؤجر و المستأجر ٣٥٩

موارد القرعه عند التنازع بين المؤجر و المستأجر ٣٦٢

رساله الوكاله (٣٦٥-٤٦٨)

أقسام الوكاله ٣٦٧

اشتراط فورّيّه القبول في الوكاله و عدمها ٣٦٨

وكاله المتبرّع ٣٧١

تعليق الوكاله و تنجيزها ٣٧٣

ص: ٧٠٧

ما تصحّ الوكّاله فيه ٣٨٣

التوكيل فى المباحات ٤٠٠

طلاق الغائب ٤٠٦

توكيل الوكيل غيره ٤١٤

توكيل الحاكم عن السفهاء و المجانين و البله ٤١٨

أقسام التوكيل من الحاكم ٤٢٠

اشتراط العقل فى الوكيل و الموكل ٤٢١

ضابطه فى تعيين المنكر و المدعى ٤٣٢

التنازع بين الوكيل و الموكل ٤٣٧

رساله الوصايا (٤٦٩-٥١٠)

تصرفات المريض ٤٧١

متعلق الوصيه ٤٧٥

موارد إخراج الدين من الأصل أو الثلث ٤٧٧

معنى التنجيز ٤٨٤

معنى الحجر ٤٨٧

جريان الاستصحاب فى المقام ٤٩٦

مقتضى الأخبار فى المقام ٥٠٢

رساله الغصب (٥١١-٦٨٤)

غصب المسجد ٥١٣

تعاقب الأيدي في الغضب ٥٢٠

قاعده اليد ٥٢٣

الكلام فى تعاقب الأيدى فى الغصب ٥٤٢

ضمان منافع الحرّ و عدمه ٥٤٨

ضمان منافع الأجير ٥٥١

ضمان منافع الدابّة ٥٥٣

ضمان الخمر و عدمه ٥٥٤

المباشرة و التسبب ٥٥٩

تقديم المباشر على السبب و بالعكس ٥٦٦

اجتماع السببين ٥٦٨

ضمان المكره و عدمه ٥٧٦

ردّ المغصوب ٥٨١

تزامم الحقوق ٥٨٥

تقدّم حفظ نفس الغاصب على الأموال ٥٩١

حكم الخيط المغصوب فى الثوب ٥٩٨

ضمان المثل أو قيمه عند حدوث العيب فى المغصوب ٦١٠

ضابط المثلّى و القيمى ٦١٩

فروع ٦٤٥

تأسيس الأصل عند الشكّ فى المثلّى و القيمى ٦٤٩

أحكام بدل الحيلولة ٦٥٤

البحث فى اللواحق ٦٦١

فرعان ٦٧٦

فهرس الآيات ٦٨٥

فهرس الأحاديث ٦٨٧

فهرس المنابع ٦٩٣

فهرس الموضوعات ٧٠٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩