

الفوائد
الجعفرية

كاشف الخطاء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفوائد الجعفرية

كاتب:

عباس بن حسن بن جعفر نجفي (آل كاشف الغطاء)

نشرت في الطباعة:

مؤسسة كاشف الغطاء

رقم الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	الفوائد الجعفرية
١٢	اشاره
١٢	الفوائد الجعفرية
١٢	ترجمه المؤلف
١٢	اشاره
١٢	مولده:
١٣	مقامه العلمى:
١٣	آثاره العلميه:
١٤	وفاته:
١٦	الفائده الأولى (فى الواجب التوصلى):
٢٠	الفائده الثانيه: تشتمل على مسائل:
٢٠	المسأله الأولى: أصله الوجوب النفسى:
٢٢	المسأله الثانيه: دوران الأمر بين النفسى و الغيرى
٢٣	المسأله الثالثه: جواز نيه الندب فى الواجب الغيرى بعد دخول الوقت:
٢٤	الفائده الثالثه: أصله التعديده فى الواجب و عدمه:
٢٤	[أما الآيه]
٣٠	و أما السنه:
٣١	لفائده الرابعه (المضايقه و الموسعه):
٣١	اشاره
٣٢	أما الأول: و هو وجوب المقدمه
٣٢	و أما الثانى: و هو منع اقتضاء الأمر النهى عن ضده مطلقاً أو خصوص المقدمه
٣٩	الفائده الخامسه: وجوب المقدمه التعديده
٣٩	الفائده السادسه: تبدل رأى المجتهد
٤٤	الفائده السابعه: التقليد
٤٨	الفائده الثامنه (الموافقه للاحتياط العباده):

- ٤٩ الفائده التاسعه: حكم الجاهل بالموضوع -
- ٤٩ اشاره
- ٤٩ تنبيه: عدم عقاب الجاهل القاصر: -
- ٥١ تنبيه: العاجز عن معرفه الأحكام: -
- ٥٣ الفائده العاشره (عدم جواز تقليد الميت ابتداء): -
- ٦٤ الفائده الحاديه عشر: بقاء تقليد الميت و حكمه -
- ٦٤ اشاره
- ٦٤ التنبيه الأول: على تقدير تعارض دليلى البقاء و العدول عن الميت و لا مرجح و تساقطهما -
- ٦٥ التنبيه الثانى: إن مسأله العدول لو أوجبها الأول ثم قلد العامى من يقول بوجوب البقاء لا تدخل هذه المسأله بفتوى الثانى جزما -
- ٦٥ التنبيه الثالث: لو تثلت تقليده فعدل بأمر الثانى عن الأول: -
- ٦٥ التنبيه الرابع: إن وجوب البقاء بعد الموت تابع لحرمة العدول قبله -
- ٦٥ التنبيه الخامس: إن الحى و الميت لو تخالفا فى موضوع التقليد أنه الأخذ أو العمل -
- ٦٥ التنبيه السادس: لو أفتى الحى بوجوب البقاء و وجوب تقليد الأعلم و وجوب العدول إلى الأعلم حال الحياه -
- ٦٧ التنبيه السابع: إذا تعذر تقليد الحى أو تعسر رجع المقلد إلى تقليد أفضل الأموات -
- ٦٧ التنبيه الثامن: حكم البقاء يثبت جزما فى غير الفتوى -
- ٦٨ التنبيه التاسع (فى لزوم تقليد الأعلم): -
- ٩١ الفائده الثانيه عشر (عداله المفتى): -
- ٩٣ الفائده الثالثه عشره: (ظهور الوجوب فى الواجب النفسى): -
- ٩٦ الفائده الرابعه عشر (امتزاج العين المغصوبه): -
- ٩٦ الفائده الخامسه عشره (نائب الإمام): -
- ١٠٠ الفائده السادسه عشره (قبول ولايه الجائر): -
- ١١٧ الفائده السابعه عشره: (حكم الأرض الخراجيه): -
- ١٢١ الفائده الثامنه عشره (الشك فى أرض الخراج): -
- ١٢٢ الفائده التاسعه عشره (حكم ما تحت يد السلطان): -
- ١٢٢ الفائده العشرون (الضروره المجوزه للحرام): -
- ١٣١ الفائده الحاديه و العشرون: (جواز و الظلمه): -
- ١٣٦ الفائده الثانيه و العشرون: (العلم بغصبيه الجائزه): -

- ١٣٨ الفائده الثالثه و العشرون (عدم إلحاق مظالم الظالم بالديون):
- ١٣٩ الفائده الرابعه و العشرون: (بيع الخيار):
- ١٤٥ الفائده الخامسه و العشرون: (سريان خيار الشرط فى المعاملات):
- ١٤٧ الفائده السادسه و العشرون: (دخول خيار الشرط فى سائر المعاوضات):
- ١٤٨ الفائده السابعه و العشرون: (الغبين):
- ١٥٠ الفائده الثامنه و العشرون: (أخذ الأجره على الواجب):
- ١٥٦ فوائد الرضاع
- ١٥٦ الفائده التاسعه و العشرون فى النسب:
- ١٥٦ الفائده الثلاثون: تحريم النكاح بالنسب الشرعى
- ١٥٦ الفائده الواحده و الثلاثون فى النسب الزناى:
- ١٥٨ الفائده الثانيه و الثلاثون ما يثبت به النسب:
- ١٥٨ الفائده الثالثه و الثلاثون فى لحمه الرضاع كالنسب:
- ١٥٨ الفائده الرابعه و الثلاثون فى الرضاع المحرم:
- ١٦٠ الفائده الخامسه و الثلاثون فى اللبن المحرم:
- ١٦٠ اشاره
- ١٦٠ تنبيه: فى الرضاع المحرم:
- ١٦٣ تنبيه: فى حولى الرضاع:
- ١٦٣ الفائده السادسه و الثلاثون أمور مهمه فى الرضاع:
- ١٦٣ اشاره
- ١٦٤ تنبيه: الأخ الرضاع
- ١٦٦ الفائده السابعه و الثلاثون: أمور مهمه فى الرضاع
- ١٦٦ اشاره
- ١٦٦ تنبيه: الارتباط الحاصل الموجب لتحريم الحلال و حليه المحرم بين بنى آدم على قسمين:
- ١٦٩ الفائده الثامنه و الثلاثون مسائل فى الرضاع:
- ١٦٩ اشاره
- ١٦٩ المسأله الأولى: أنه لا ريب فى تحريم المرتضع على المرضعه
- ١٦٩ المسأله الثانيه: أن أصول المرتضع من أبيه أو جده لأبيه أو لأمه لا تحرم على المرضعه من جهه نفس إرضاعها إياه

المسألة الثالثة: لا ريب في حرمه فروع المرتضع نسبا على المرضعه

- ١٦٩
- المسألة الرابعة: حواشي المرتضع أعنى أخوته لا يحرمون على المرتضعه ----- ١٦٩
- المسألة الخامسة: يحرم المرتضع على أصول المرضعه من النساء ----- ١٧٠
- المسألة السادسة: لا تحرم أصول المرتضع مطلقا على أصول المرضعه؛ ----- ١٧١
- المسألة السابعة: يحرم فروع المرتضع على أصول المرضعه ----- ١٧١
- المسألة الثامنة: لا يحرم حواشي المرتضع و فروعهم على أصول المرضعه و حواشيهم، ----- ١٧١
- المسألة التاسعة: لا ريب في حرمه المرتضع على فروع المرضعه نسبا كابنتها و بنتها فنانزالا ----- ١٧١
- المسألة العاشرة: مما خالف الضابط الذي ذكرناه في صور المسألة أن المعظم بل و عليه الفتوى حكموا بحرمه أصول المرتضع من أبويه و أجداده على فروع المرضعه من النسب ١٧١
- المسألة الحادية عشر: أولاد المرضعه الصليبين و الرضاعيين في المرتبه الأولى بعد نشر الحرمه من الرضاع بينهم ----- ١٧٣
- المسألة الثانيه عشر: أخو المرتضع و أخته نسبا أو رضاعا لا يحرمون على ابن المرتضعه و بنتها رضاعا ----- ١٧٣
- المسألة الثالثه عشر: يحرم المرتضع على من في حاشيه المرضعه ----- ١٧٥
- المسألة الرابعه عشر: يجوز لأباء المرتضع - و أن علوا- التزويج في أخوات المرضعه ----- ١٧٥
- المسألة الخامسه عشر: لا يجوز لأولاد المرتضع التزويج بأخوات المرضعه و إخوتها من النسب و الرضاع ----- ١٧٥
- المسألة السادسه عشر: يجوز لأخوه المرتضع، التزويج بأخوات المرضعه ----- ١٧٥
- المسألة السابعه عشر: تحرم المرتضعه على الفحل ----- ١٧٥
- المسألة الثامنه عشر: أمهات المرتضع، و إن علون لا تحرم على الفحل ----- ١٧٥
- المسألة التاسعه عشر: لا يجوز إجماعا لأب المرتضع أن ينكح فروع الرضيع ----- ١٧٥
- المسألة العشرون: أخوات المرتضع لا تحرم على الفحل في المشهور ----- ١٧٦
- المسألة الحاديه و العشرون: يحرم المرتضع على أصول صاحب اللبن من أبأوه و أمهاته ----- ١٧٦
- المسألة الثانيه و العشرون: يجوز لأباء المرتضع و هم أصوله مطلقا التزويج بأصول الفحل ----- ١٧٦
- المسألة الثالثه و العشرون: إن فروع المرتضع- أى أبنائه حرام على آباء الفحل ----- ١٧٧
- المسألة الرابعه و العشرون: يجوز لأخوه المرتضع التزويج في أصول الفحل ----- ١٧٧
- المسألة الخامسه و العشرون: المرتضع حرام على أبناء صاحب اللبن نسبا و رضاعا ----- ١٧٧
- المسألة السادسه و العشرون: اشتهر بينهم لروايه عيسى بن جعفر على خلاف القاعده القول (بعدم جواز تزويج آباء المرتضع و عدم حليتهم على أبناء الفحل ----- ١٧٧
- المسألة السابعه و العشرون: لا يصلح لأبناء المرتضع- و إن نزلوا- أن يتزوجوا بأبناء صاحب اللبن في المرتبه الأولى ----- ١٧٧
- المسألة الثامنه و العشرون: لا يحرم أخوه المرتضع و أخواته الذين يعبر عنهم بحاشيه نسبه على أبناء الفحل ----- ١٧٧
- المسألة الثلاثون: آباء المرتضع مطلقا لا يحرمون على أخوه الفحل ----- ١٧٨

- ١٧٩ ----- الفائده التاسعه و الثلاثون (مسائل خلافه في الرضاع):
- ١٨٢ ----- الفوائد الإرثيه
- ١٨٢ ----- اشاره
- ١٨٢ ----- الفائده الأربعون (في ضبط طريقه أهل السنه في الإرث):
- ١٨٥ ----- الفائده الواحده و الأربعون (في العول):
- ١٨٥ ----- الفائده الثانيه و الأربعون (في التعصيب):
- ١٨٥ ----- الفائده الثالثه و الأربعون (في توارث الزوج و الزوجه):
- ١٩٢ ----- الفائده الرابعه و الأربعون (في إرث الديه):
- ١٩٣ ----- الفائده الخامسه و الأربعين (في مفهوم الحجب):
- ١٩٥ ----- الفائده السادسه و الأربعون (في الدين المستوعب التركه):
- ١٩٦ ----- الفائده السابعه و الأربعون (في كيفيه الإرث):
- ١٩٦ ----- اشاره
- ١٩٦ ----- و فيه مسائل.
- ١٩٦ ----- المسأله الأولى: المال كله للأب مع انفراده بلا كلام،
- ١٩٨ ----- المسأله الثانيه: المشهور أن أولاد الأولاد يرثون مع الأبوين نصيب آبائهم معهما و أن نزلوا
- ٢٠٠ ----- المسأله الثالثه: في قيام الأولاد مقام آبائهم:
- ٢٠١ ----- المسأله الرابعه: أولاد البنت كأولاد الابن في التفاوت في نصيبهم على المشهور،
- ٢٠١ ----- المسأله الخامسه: في حجب النقصان للأولاد:
- ٢٠١ ----- المسأله السادسه: في الحيوه:
- ٢٠٥ ----- و ينبغي التنبيه على أمور:
- ٢٠٥ ----- التنبيه الأول: الأنثى لا تحبى
- ٢٠٥ ----- التنبيه الثاني لا حيوه للحمل:
- ٢٠٥ ----- التنبيه الثالث الحيوه للسابق ولاده أم علوقا:
- ٢٠٧ ----- التنبيه الرابع فساد الرأى في المحبو أو الميت:
- ٢٠٧ ----- التنبيه الخامس عدم اشتراط الحباء مال غير الحيوه:
- ٢٠٧ ----- التنبيه السادس أن يكون مال للميت غير الحيوه:

٢٠٩	التنبيه السابع في كونه أعيان الحبوه مرهونه:
٢٠٩	التنبيه الثامن: الحبوه عما فات الميت من عبادات
٢٠٩	التنبيه التاسع في اختلاف المجتهدين في الحبوه:
٢٠٩	اشاره
٢٠٩	المسأله الأولى ميراث الأخوه:
٢١٠	المسأله الثانيه في ميراث الزوج و الزوجه:
٢١٠	المسأله الثالثه في الرد:
٢١١	المسأله الرابعه في حجب الجد:
٢١٢	المسأله الخامسه في ميراث الجد:
٢١٢	المسأله السادسه في اجتماع الأجداد و الأخوه:
٢١٦	المسأله السابعه في منع الأقرب الأبعد:
٢١٦	المسأله الثامنه في حجب الأخ لأولاد الأخ:
٢١٩	المسأله التاسعه في أولاد الأخوه:
٢١٩	اشاره
٢١٩	الفصل الأول ميراث الأخوال و الأعمام
٢٢٠	الفصل الثاني في أرث الأخوال و الخالات
٢٢١	الفصل الثالث في اجتماع الأعمام و الأخوال و انفرادهم
٢٢٣	الفائده الثامنه و الأربعون (في أرث الزوجه):
٢٢٤	الفائده التاسعه و الأربعون (في اشتباه البائنه بغيرها):
٢٢٥	الفائده الخمسون (في العقد على الصغير):
٢٢٦	الفائده الحاديه و الخمسون (في انحصار الوارث):
٢٢٦	الفائده الثانيه و الخمسون (في نفوذ الوصيه في الثلث):
٢٢٦	الفائده الثالثه و الخمسون (في إرث ولد الزنا):
٢٢٨	الفائده الرابعه و الخمسون في ولايه الإمام (عليه السلام):
٢٢٨	اشاره
٢٢٩	الفريق الأول: في ولايه الفقيه:
٢٣٤	الفريق الثاني: في ولايه الأب و الجد:

٢٣٦-----الفصل الأول: فى أولياء النكاح:-----

٢٤٢-----الفائده الخامسه و الخمسون (فى مشاركه الأب للجد فى الولايه):-----

٢٤٥-----الفائده السادسه و الخمسون (فى ولايه الجد و الأب على أموال الصغير):-----

٢٤٥-----اشاره-----

٢٤٥-----الفريق الثالث: فى ولايه عدول المؤمنين:-----

٢٥٠-----الفائده السابعه و الخمسون (فى عداله الوصى):-----

٢٥٠-----اشاره-----

٢٥٦-----الفريق الرابع الوصى:-----

٢٦٠-----الفائده الثامنه و الخمسون (فى عداله الوصى):-----

٢٦٠-----اشاره-----

٢٦٤-----الفريق الخامس: المالك الكامل:-----

٢٦٤-----الفائده التاسعه و الخمسون (تصرفات المريض):-----

٢٧٣-----الفائده الستون (ما يخرج من أصل التركه):-----

٢٧٥-----الفائده الحاديه و الستون (فى كلام القواعد فى المنجزات):-----

٢٧٥-----الفائده الثانيه و الستون (فى عدم مزاحمه المنجزات للدين):-----

٢٧٦-----الفائده الثالثه و الستون (فى إقرار المريض):-----

٢٨٢-----الفائده الرابعه و الستون (فى المعاطاه):-----

٣٠١-----الفائده الخامسه و الستون (فى جواز التراد فى المعاطاه):-----

٣٠٢-----الفائده السادسه و الستون (فى إجراء المعاطاه فى غير البيع العقدى):-----

٣٠٣-----الفائده السابعه و الستون (فى بيع الوقف):-----

٣٠٨-----الفائده الثامنه و الستون (فى عمومات الوقف):-----

٣١٢-----تعريف مركز-----

نام كتاب: الفوائد الجعفرية موضوع: فقه استدلالى نويسنده: نجفى، كاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر تاريخ وفات مؤلف: ١٣٢٣ هـ ق زبان: عربى قطع: وزيرى تعداد جلد: ١ ناشر: مؤسسه كاشف الغطاء تاريخ نشر: هـ ق

ص: ١

الفوائد الجعفرية

ترجمه المؤلف

اشاره

الحمد لله الذى زين شوارق معالم شريعتنا المحمديه بمشارك أنوار عظمته القدسيه، و أودع برائع حكمه الجليه فى محكمات أحكامه المرضيه و قيض لها من العلماء العاملين من كشفوا عن مخدرات عقائلها الغطاء فأسفر سنا عقودها الجوهرية و لا إسفار ذكاء، و الصلاه و السلام على سيد أنبيائه و خاتم سفرائه، و على الأئمه الطاهرين من عترته سدنه الدين الحنيف و أمنائه.

و بعد: فهذه لمحه خاطفه من ترجمه غيث العلوم المدرار و عيلم الفقاهه الزخار الفقيه الكبير و المحقق النحرير فخر الطائفه الجعفرية و واسطه عقد محاسنها السنيه مؤلف هذا الكتاب المستطاب فنقول و بالله التوفيق:

هو الإمام المجتهد الفقيه الأصولى الأواحد الشيخ عباس نجل الفقيه حسن صاحب كتاب أنوار الفقاهه، بن شيخ الطائفه الجعفرية الشيخ الأكبر الشيخ جعفر صاحب كتاب (كشف الغطاء عن مبهمات الشريعه الغراء) قدست أسرارهم.

مولده:

ولد فى النجف الأشرف سنه ١٢٥٣ هـ، و لما شب عن الطوق و بلغ سن التلقى، و نزع عرقه الأصيل - و العرق دساس إلى العروج فى مدارج الترقى قرأ علوم الآله و المبادئ من نحو و صرف و بلاغه كما قرأ الباب الحادى عشر على الشيخ إبراهيم قفطان. و قرأ المعالم و الشرائع على الشيخ محمد حسين الأعسم ثم حضر خارجا على ابن عمه آيه الله العظمى الشيخ مهدى ابن الشيخ على كاشف الغطاء و على الفقيه الأصولى المحقق الشيخ مرتضى الأنصارى، و السيد المجدد الميرزا حسن الشيرازى و كان من أبرز تلامذتهم و المشار إليه بالبنان من حضار بحوثهم، و عاصر كثيرا من العلماء الأعلام و استفاد منهم كالسيد مهدى القزوينى و الميرزا حبيب الله الرشتى و الحاج الملا - على الخليلى و الشيخ محمد الزريجى و غيرهم، حتى استغنى بعدهم عن الحضور و آلت إلى سده حضرته جميع الأمور.

مقامه العلمى:

كان (قدس سره) فقيها محققا و أصوليا بارعا قوى العارضه فى محاكمه الآراء و مناقشه الأدله حاضر البديهه، حسن الذهن متوقد الفطنه قوى الحافظه، و كان مضافا إلى مكانته العلميه و رتبته الساميه فى الفقه و الأصول أدبيا شاعرا تنهذى المعانى بين يديه، و تلقى كرائم الألفاظ مقاليدها إليه، هذا إلى نفس توشحت بالإباء و اكست بأخلاق أصحاب الكساء، و لا عجب فهو سليل دوحه العلم الشماء التى بجدها عن مبهمات الشريعة كشف الغطاء، و أضاءت ب " أنوار الفقاهه " محافل الفضلاء.

آثاره العلميه:

دبح يراعه المبارك جملة من المصنفات الرائقة و المؤلفات الشائقة فى علوم الإسلام و معارفه، و هذا ما حضرنا من أسمائها:
 " منهل الغمام فى شرح شرائع الإسلام " فى المعاملات تعرض فيه لكلمات أستاذه علم الهدى الثانى الشيخ مرتضى الأنصارى (رحمه الله).

" منظومه فى الصوم و الخمس و الحج " حذا فيها حذو السيد بحر العلوم الطباطبائى و هى منظومه وافيه المبانى محكمه المعانى بليغه التحرير مليحه التحبير دلت على ما وهبه الله تعالى من ملكه راسخه فى علوم الأدب و العربيه.

" الفوائد الجعفرية ": يحتوى مائه فائده فى الأصول و الفقه و هو الكتاب الذى بين يديك.

و قد وجدنا على وجه الصفحه الأولى من مخطوطه الكتاب أبيات فى تقريله منها:

فوائد حقتها من كل فنّ دروس كجنه الخلد فيها ما تشتهيه النفوس

و قد ذكر فى هذه الفوائد آراء أساتذته و آراء المعاصرين من أقرانه من أمثال الفقيه الكبير السيد حسين الكوه كمرى و الفقيه المجدد الميرزا محمد حسن الشيرازى و الفقيه الأصولى المؤسس الشيخ مرتضى الأنصارى و المحقق القمى و غيرهم.

" رساله فى الإمامه ": و قد أوفى فيها على الغايه فى تقرير مباحث الإمامه و تحرير مواضع النزاع و نصره مدارك أهل النص على الشبهات غيرهم بأبلغ عباره و أسنى بيان.

" الرد على الرساله اللاهوريه " لمفتى بغداد السيد أبو الثناء محمود أفندى شهاب الدين الألوسى المتوفى سنة (١٢٧٠ هـ)، عاد بها قول (الأفندى) مفندا دليل شيعه أهل البيت على قواعد العقائد الحقه مشيدا.

" شرح اللمعه الدمشقيه " من كتاب الطهاره و بعض الصلاه.

" رساله فى الاجتهاد و التقليد ".

" رساله فى مواليد الأئمه و وفياتهم "

" رساله فى الاختلاف و المواعظ "

" كتاب فى المسائل الأصوليه " أطنب فيها الكلام لمسأله الضد و مقدمه الواجب و إجماع الأمر و النهى و غيرهما.

وفاته:

توفى فى الثامن عشر من رجب سنه (١٣٢٣ هـ) و شيع تشيعا حافلا و دفن فى مقبره آباءه فى النجف الأشرف، و أرخ وفاته ولده
العلامه الشيخ مرتضى بقوله:

يا له من مرقد قد خصه بسحاب الرحمه الله طاب للعباس أرخه بجنان الخلد مثواه

بِسْمِ اللَّهِ تَعَالَى شَأْنَهُ

قال الجاني على نفسه القادم إلى ضيق رسمه العباس بن الحسن بن جعفر كاشف الغطاء النجفي هذه عدّه فوائد مما تعم به البلوى منها رسمتها لتكون لى ذخرا فى العقبى و أجرا، و استأذنت الولى المطلق فيها و الله الموفق و المعين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ و به نستعين و صلى الله تعالى على محمد و آله

الفائدة الأولى (فى الواجب التوصلى):

قال المحقق (رحمه الله) فى " الشرائع " (و الوضوء الواجب ما كان للصلاه الواجبه و الطواف الواجب) انتهى.

الظاهر من هذه العبارة القول بوجوب الوضوء و ان لم يقصد المكلف فعل الصلاه أو الطواف و مرجع هذه المسأله إلى إن المكلف، هل يجوز له أن يأتى بالواجب الغيرى التعبدى بنيه الوجوب مع عدم قصد.

التوصل إلى ما وجب له أم لا؟ و الواجب التعبدى الغيرى هو ما اشترط فيه النيه مثل الوضوء و الغسل يظهر من غير واحد من أصحابنا الجواز و صحه الوضوء- و ان نوى الوجوب فيه- و لم يلتفت إلى ما وجب لأجله و ظاهر الفاضل و الفخر عليه حسب ما حكاه الكركى (رحمه الله) أيضا حيث سأل العلامة (طاب ثراه) عن الغسل قبل الوقت بنيه الوجوب فأجاب: أن أعد كل صلاه تصلى بهذا الغسل، فخرج السائل، و استقبل الفخر، و سأله فأجاب بأنه اعد أول صلاه صليتها فقط فرجع السائل إلى أبيه و اخبره بجواب الفخر فاستجوده قال الكركى (رحمه الله) و بداهته أى الفاضل أحسن من ترويه و مرجع الصحه إلى كفايه أن يجب على المكلف أحد العبادات المتوقفه على الغسل أو الوضوء و ان لم يقصدها و لا-التفت إليها فان الصلاه الأولى لما بطلت ثبت قضائها فى الذمه فصحت نيه الوجوب فى مقدمتها التعبديه و ان لم يلتفت أو قصد عدمها فضلا عن الإتيان بها فقصد التوصل عنده غير لازم فى الواجب الغيرى بل وجوب ما يرتب عليه اكسبه الوجوب و ان لم يقصد التوصل به إليه. و ذهب جمع من الفقهاء إلى عدم الصحه و يظهر ذلك من جواب الكركى أيضا و إليه مال جمع من مشايخنا المتأخرين و هو الأجود و الفهم العرفى يساعد عليه فان الواجب الغيرى إنما نشأ وجوبه من وجوب ما وجب له سواء نشأ وجوبه من تحريك العقل أو كان بخطاب شرعى فالخطاب به على وجه الإلزام إنما توجه من جهه وجوب ما توقف عليه فكيف يكون المكلف بنفس إتيانه مع عدم ملاحظه ما وجب له ممثلا و مطبعا فلا وجه للصحه مع عدم قصد التوصل.

نعم الواجب التوصلى يسقط بفعل المكلف له و بفعل غيره مطلقا لحصول المطلوب للأمر و عدم اشتراط التعبده فيه كإزاله النجاسه عن الثوب و البدن المتوقف عليها الصلاه و غيرها و معنى بطلان الواجب الغيرى التعبدى من جهه عدم صدق الامتثال المشترك فى التعبديات و إلا فصفه الوجوب لاحقه له و يترتب عليه إنه من نذر أن يدفع لمن صنع واجبا غيريا درهما تبرأ ذمته لمن توطأ لا بقصد التوصل لأنه فعل واجبا غيريا و هو واضح، و زاد بعض متأخرى المتأخرين و هو صاحب الفصول فشرط فى صحه الواجب التعبدى

الغيرى ترتب ما وجب لأجله عليه و ان مجرد ذلك الغير لا يكفى فى الصحه و حينئذ أن ترتب عليه فعل الغير كشف عن صحته و إلا- كان لغوا و لم يتصف بالصحه فلا- يجوز الدخول فيه بعباده أخرى، و وجه ذلك بان وقوع مقدمه الفعل على الوجه المطلوب منوطا بحصول الواجب فلو وقعت مجردة عنه تجردت عن وصف الوجوب و المطلوبيه فان وجوب المقدمه لما كان من باب الملازمه العقليه فالعقل لا يدل على اكثر من ذلك و الوجدان يقضى بان من يؤيد شيئا لحصول شىء آخر لا يريد ان يقع مجردا عنه و يلزم أن يكون وجوده على الوجه المطلوب منوطا بحصوله.

و فيه أن ذلك يتم فى العله التامه لا- فى جزء العله و العقل و العرف قاضيان بان من أتى ببعض المقدمات عازما على الإتيان بالباقي خرج عن العهده فيما جاء فيه منها و لم يكن حالها كباقي المقدمات التى لم يأت بها أصلا.

توضيح الحال: أن الفعل المتوقع على مقدمات عديده حال كل واحد منها بالنسبه إلى الواجب كحال الكل و ما اقترن بفعل المأموريه منها كالذى لم يقترن

وإن آله كلامه إلى التفصيل في وجوب مقدمه بين الموصلة وغيرها، وإن الواجب منها التي يحصل معها الواجب فهو تفصيل في المقدمات لم يسبق إليه وليس له موافق فيه على أن اللام في الواجب لأجل غيره يلزم على مدعاه أن تكون تعليقه وحينئذ يكون دورا و عساه تصيد ذلك في قول (صاحب المعالم) إن حجية القول بوجوب مقدمه على تقدير تسليمها إنما ينهض دليلا على الوجوب في حال كون المكلف مريدا للفعل المتوقع عليها و عازما عليه، و محط نظره إن الباعث لإيجاب مقدمه و الحكمه فيه هو التمكن من فعل الواجب و الإيصال إليه فلو عزم المكلف على تركه انتفت تلك الحكمه الباعثه على وجوبه فظن أن (صاحب المعالم) يقول: بوجوب الواجب الغيرى الذى يترتب عليه الواجب النفسى دون غيره فحكم به و هو كسابقه لا يحصل له للزوم التفكيك بين وجوب مقدمه و ذيهما فيما لو قصد عدم الإتيان بنذى مقدمه فانه يرتفع بذلك وجوبه على مدعاه و الملازمه عقليه فان بقى على صفه الوجوب كيف تكون مقدمته غير واجبه و وجوبها إنما نشأ من وجوبه؟ ثم كيف يكون وجوب الواجب بالإراداه و عدمها؟ و الحاصل عود هذا إلى التفصيل بين العله التامه و ما قبلها من المقدمات كما ترى ممنوع كالثمرات التى ذكرها مثل الدخول فى المغصوب ثم اتفق إنقاذ غريق لذلك الداخلى فإنه زعم انكشاف وجوب الدخول عليه و ان أثم بحرمة التجرى و هو لا وجه له بل فعل حراما واقعيا بدخوله و واجبا آخر لا دخل له بتلك الحرمة، و أيضا فرع على ذلك أن المستأجر للحج إن عزم فى أثناء الطريق على عدمه ثم صد لم يستحق أجره على ما قطعه من المسافه و ان لم يعزم على تركه لكنه اضطر إليه استحق الأجره على ما قطع من المسافه فان التفصيل بين الاختيار و الاضطرار لا يوافق ما تقدم من مذهبه بل الواجب على مذهبه أن لا يستحق المستأجر الأجره مطلقا لاعتباره الإيصال المفقود و لو عن قهر على انه لم نعثر على مفصل كذلك مع أن استحقاق الأجره منوط باحترام العمل و عدمه و لا دخل له بما نحن فيه.

و الحاصل أن ليس للقصد و عدمه دخل فى الوجوب الغيرى المتوقع عليه غيره. نعم الامتثال فيما كان منه عباده متوقف على القصد لكن ذكر فى يقال قولاً (بان من توطأ فلم يصل و ان قصد الصلاه بوضوئه فوضوؤه غير مجز) و لم يعلم أن منشأ ذلك ما زعمه فى "الفصول" أو غير ذلك، و مما ذكرنا يظهر انه لا- ثواب و لا عقاب مستحق على ترك الواجب الغيرى و فعله- و ان كان بخطاب أصلى- كما هو الملحوظ فى المقام لكن يلو حينئذ فى [القمى فى سادس مقدماته] و غيره (ترتب الثواب و العقاب على فعله و تركه لكن المتجه خلافه لان الحاكم بالترتب أما العقل و هو لا يدل على أزيد من انه مطلوب للغير فلا يقضى بثبوت مدح أو ذم على تركه كما يقضى بذلك فى المطلوب له إذ الثواب و العقاب منحصر بما يقرب العبد إلى مالكة و ما يبعده عنه، و الواجب الغيرى مقرب إلى أوامر المولى لا- إلى ما أمر به و ان قصد به الامتثال فان قصد به الامتثال لا يلزمه الثواب و لا يلزم تركه العقاب لأنه إن ترتب عليه المراد اختص به الثواب و ان لزم من تركه تركه اختص العقاب بالواجب المتروك فقصد التقرب لا يلزم قصد الامتثال و بالعكس).

و أما النقل فانه و إن أوهمت بعض الآيات و الأخيار ذلك مثل (أن الله لا يضيع أجر عمل عامل) "وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ" و قوله تعالى "وَلَا يَطُورَنَّ مَوْطِئًا يَغِيظُ" إلى آخره "إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ" و ما ورد فى ثواب المتهيبى للحج و ثواب من زار بان له بكل خطوه حسنه، إلا إن المتدبر فيها يرى أن ذلك الثواب على فعل ذيه لا عليها نفسها و ان تفريق الشارع الثواب على المقدمات من باب الترغيب و يومى إليه ما ورد

المؤمنين " عليه السلام " له بكل خطوه حسنه ذاهبا و إيابا

" إذ الإياب ليس من المقدمات فالأخبار بثواب ذى المقدمه قد يكون عنه نفسه و قد يخبر عنه بمقدماته و الله العالم.

الفائده الثانيه: تشتمل على مسائل:

المسأله الأولى: أصله الوجوب النفسى:

إن ظهور الواجب فى الوجوب النفسى من الماده أو ما يؤدى مؤداها من الصيغ هل هو من جهه الوضع أم غيره من إطلاق أو انصراف؟ زعم بعض الأصوليين أنه من جهه الوضع فيكون مجازا فى الغيرى، و الأوجه خلافه بل هى موضوعه للقدر المشترك لصحه إطلاق الواجب على الغيرى و المتبادر و عدم صحه سلب الواجب عنه. نعم يمكن فيه دعوى ظهور الواجب فى النفسى حيث يطلق و لعل منشأه أما الانصراف أى أن المطلق ينصرف عرفا إلى اكمل أفراده أو الإطلاق فيكون ظهورا

إطلاقاً بمعنى أنه لو كان غيراً لقيد و اللفظ مطلق و تظهر ثمره هذه الاحتمالات في المفاهيم، فان قلنا بكون الأمر حقيقة بالوجوب النفسى ماده و هيئه يكون المنفى فى جانب المفهوم هو النفسى دون الغيرى و هو مسكوت عنه، و إن حكمتنا بالاشتراك كان المنفى فى المفهوم كلاً-القسمين، لأن المفهوم نفى ما ثبت منطوقاً، فمفهوم (إن جاء زيد فأكرم) نفى الإكرام عند عدم المجيء لنفسه و لغيره، و ان كان منشى الظهور الانصراف لا أنه اكمل أفراد الواجب كان المنفى هو النفسى أيضاً فى المفهوم لأنه ثبت منطوقاً بدلاله لفظيه من جهة الانصراف. و قد توهم بعضهم بأنه و ان قيل بالانصراف غير إن مفهوم قولنا (يجب الإكرام عند المجيء، و لا يجب الإكرام عند عدمه) فالإكرام نكره فى سياق النفى و هى تقتضى بالعموم و مثله (أكرم الرجل إن أتاك) فانه منصرف لذا ألحقوا الواحد و مفهوم النفى عن مطلقه. و رده البعض بأن الانصراف أفاد الوجوب النفسى فهو بمنزله القيد و ما كان قيدياً فى المنطوق ينفى مفهوماً. و فيه أن المنفى فى المفهوم على ما تحرر فى بابه مفاد ذلك اللفظ لا القيد الذى يقيده نفس اللفظ، فالأحرى فى الجواب أن المفهوم نفى ما ثبت فى منطوقه و المفروض أن الثابت هو الوجوب النفسى فينتفى و ليس عندنا قضيه مشتمله على ألفاظ يلاحظ فيها ألفاظها بل هو معنى يعبر عنه بأى عبارته تكون فلا نكره و لا عموم. و أما لو كان مستفاداً فى الإطلاق و عدم ذكر القيد لا من دلالة لفظيه بل دليل عقلى لبي حينئذ يكون المنفى فى المفهوم القدر المشترك لأنه مؤدى اللفظ و استفاده النفسيه منه إنما كان من جهة إهمال القيد مثل ما لو قيل (أكرم زيدا إن أهان عمروا) فان مفهومه نفى الإكرام مع الإهانة و عدمها. و ربما اشتبه إلى بعض المحصلين الفرق بين استفاده الوجوب النفسى من الانصراف أو من جهة إهمال القيد فلم يفرق بينهما و لم يلتفت إلى قيام الانصراف مقام الوضع و انه يجرى فيه حكمه بخلاف الظهور الإطلاقي فانه خارج عن اللفظ فلا يعتبر فى المفهوم ثم لا فرق بين استفاده الإطلاق فى المنطوق من جهة الشمول لجميع الأحوال و الكيفيات و هى المسمى بالإطلاق الأحوالى أو من جهة ماده لقابليه صدقها على الوجوبين من حيث الوضع لكن حيث لم يذكر القيد فالحكمه تقتضى إهمال المقيد فيحكم بالوجوب النفسى و ينفى فى المفهوم القدر المشترك لأنه الذى وضع اللفظ بإزائه بخلاف ما لو كان موضوعاً للنفسى أو منصرفاً إليه فان المنفى هو النفسى لأنه الثابت فى المنطوق فليفهم. بل عسى أن يقال إن استفاده الوجوب النفسى من القضيه الشرطيه بالنسبه إلى المنطوق لازمه على كل حال.

و تقريره أنا لو لم نحكم بان المستفاد من (إذا أحدثت فتوضاً) هو الوجوب النفسى للزم أن يكون الحدث غير عله تامه للوضوء و هو خلاف المتفق عليه فى القضيه الشرطيه من كونها تفيد السببيه التامه ضروره أن الوضوء فى المثال قد علق على الحدث فلو فرض أن الوجوب اعم من الغيرى لزم أن يكون الوضوء معلقاً على الحدث و غيره (كقيام زيد) مثلاً حيث أن المنطوق لا يفيد اشتراطه بالحدث فقط بل يلزم خلوها من السببيه لو لم يظهر منها الوجوب النفسى إذ لو احتمل فيها الوجوب الغيرى لكان المعلق عليه الوجوب فيها معروفاً و داعياً لذلك الغير و يكون الغير هو السبب التام فى الوجوب لا المعلق عليه فى اللفظ و المعلق عليه جزء العله و هو خلاف ما نصوا عليه فى الجملة الشرطيه فكل مقام يعلق عليه الوجوب فيها يلزم أن يكون هو السبب التام فى تنجزه إلا إذا قامت قرينه على إرادته غيره مثل (إذا زالت الشمس فتوضاً) إذ الوضوء لم يعلق على الزوال و إنما علق على الصلاه و لو لا القرينه لحكمتنا بتعليقه على الزوال، و كذا (إن حضرت الجنازه فصل عليها) و (إذا أفطرت فصم شهرين) فإنه لو لا معلوميه الكفائيه و التخيير لحكمتنا بالنفسيه

و العينيه فيهما بمقتضى السببيه و إطلاق الوجوب المعلق بالنسبه إلى سائر الأحوال و الكيفيات فتفيد الجمله النفسيه و العينيه، فلو قامت قرينه على صرف الوجوب عن ذلك كان استعماله فى الكفائى و التخييرى مجازيا و لا فرق فى ذلك بين الماده و الهيئه.

المسأله الثانيه: دوران الأمر بين النفسى و الغيرى

أنه لو دار الأمر فى غير الجمله الشرطيه بين النفسى أو الغيرى أو هما و الاستحباب نفسيا أو غيريا أو النفسى العينى أو الكفائى أو هو و التخييرى و كان الوجوب مستفادا من دليل لفظى يحمل على النفسيه فى الأول و على العينيه فى الأخيرين و يحمل على الغيريه دون الاستحباب النفسى لو دار الأمر بينهما لقرب الغيرى إلى معنى الوجوب و ان كان الاستحباب نفسيا و يحكم بالاستحباب النفسى مقدا على الغيرى منه و يجرى ذلك منه حتى فى الأوامر الإرشاديه على إشكال من

حيث احتمال أنها بمنزلة الخبر و أن ترجح عندنا أن فيها نوع طلب، و ليست هي أخبار محضه فيجرى فيها ذلك و أما لو استفيد الوجوب من أمر لبي كالعقل و نحوه و تردد بين النفسى و الغيرى لا- يمكن حمله على أحدهما لأن العقل حيث الزم مهمل بالنسبه إليهما لا- يعين فردا منهما إلا- بمقدمه خارجيه من إطلاق و غيره من الأدله الاجتهاديه فلو حصل إطلاق انصرف إلى النفسى فان عدم ذكر القيد يكفى فى حمله عليه. و توهم بعض متأخر المتأخرين بأن الإطلاق فى الوجوب الناشئ من اللب لو اقتضى الحمل على النفسى لدخل فى الأصول المثبتة الممنوع الأخذ بها و هو كما ترى لان أصاله الإطلاق من الأصول اللفظيه أو ما بحكمها فهى من الأدله الاجتهاديه لا من الأصول التعبديه الشرعيه.

توضيح المطلب: انه إن كان هناك دليل اجتهادى لفظى اتبع و إلا- فصور الدوران لا- يخلو من تردد الوجوب بين الغيرى و النفسى بلا مرجح لأحدهما أو النفسى مع احتمال أن يكون غيريا أو العكس ثم الشك أما قبل دخول وقت العمل أو بعده و لا ريب فى إجراء البراءه قبل دخول الوقت فى الأول و أما بعده فمرجع الشك إلى الشك فى الشرطيه و الجزئيه لظهور أن الوجوب للغير من أجزاء الواجب أو شروطه فان استقوبنا أصاله الشك حكما بالغيريه فيكون [أصاله الشغل] وارده على البراءه و إن لم نحكم [بأصاله الشغل] و رجعنا إلى البراءه كما هو المتجه نفينا بها الغيرى و النفسى لكن يلزم أداء المطلوب بنيه منطبقه عليهما فرارا عن المخالفه الواقعيه من حيث العلم الإجمالى بالوجوب و فى ترك الوجوب النفسى يحصل عدم الامتثال إما لكون المشكوك فيه نفسيا و أما لأدائه إلى ترك واجب نفسى. نعم نفى الآثار المترتب على أحدهما بالأصل فلا يجب على المكلف شيئا منها. و أما لو كان نفسيا و شك بكونه غيريا فأصاله الشغل تحكم بالغيريه و أصاله البراءه تنفى الغيريه فيبقى الوجوب النفسى سليما عن المعارض. و أما لو كان غيريا و شك بكونه نفسيا أم لا فتجرى فيه البراءه قولا واحدا و لا تجرى أصاله الشغل فى مثل هذا الشك بالاتفاق و يحكم حينئذ بالوجوب الغيرى و حيث حكما بعدم ترتب الآثار فى الصوره الأولى مع وجوب الإتيان بالذى وجب يلزمه القول بعدم اشتراط صحه ذلك الغيريه و ان احتملت فيه الغيريه و لزم الإتيان به كما لو شك فى واجب نفسى أنه غيرى بعد مضى زمان ما احتمال أنه واجب لأجله فإنه يجب على المكلف الإتيان به لاستصحاب الوجوب و ان مضى وقت ذلك الغير. و أما لو اشتبه حكم واجبين و لم يميز الواجب النفسى منهما عن الغيرى وجب الجمع بينهما قبل دخول الوقت لاحتمال الغيريه فى كل منهما و فيه لاحتمال النفسيه و بعد دخول الوقت ما لم يأت بها فيه و أن أتى بأحدهما على تأمل لكن الاحتياط كذلك.

المسأله الثالثه: جواز نيه الندب فى الواجب الغيرى بعد دخول الوقت:

جزم الشهيد و جماعه إن الواجب الغيرى التعبدى بعد دخول الوقت لا يجوز أن ينوى به الاستحباب، و ذهب آخرون إلى الجواز و ركن المانع إلى عدم مجامعه الندب للوجوب و إن تغيرت الغايه لأن رجحانيه المنع من الترك تفوق الرجحانيه التى يجمعها الترك فكيف يبقى الندب مع وجود الوجوب؟ و كيف يجوز الأمر بالترك مع إرادته عدمه؟ فإذا لم يكن نيه الاستحباب فيه و قد عملت مما سبق بعدم صحه المقدمه مع عدم قصد التوصل بها إلى ذبيها فينتج أنه مع عدم إرادته ذى المقدمه بعد دخول الوقت لا يمكن الإتيان بالوضوء أو الغسل لا واجبا و لا مندوبا مع أن المشهور صحه الوضوء بين من تأخر و لعل وجهه أن صحه الفعل و إيقاعه على الوجه الصحيح و عدمه ليس بتابع للأمر به و إنما يدور مدار

المبغوضيه و عدمها فرجحانه الذاتى كاف فى صحته و الإتيان به بنيه القربه المطلقه و إن نوى المكلف عدم التوصل أو قيل بعدم استحبابه بعد الوقت لكن جريان ذلك فى التيمم مشكل إلا على القول بالبدليه مطلقا و مع ذلك لا يخلو من نظر فتدبر.

الفائدة الثالثة: أصله التعبدية فى الواجب و عدمه:

[أما الآيه]

استدل المحقق فى المعتمد و الفاضل فى المنتهى على لزوم نيه القربه فى الوضوء بآيه [وَأْمُرُوا بِالْعِبَادَةِ إِلَى اللَّهِ مَخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ] و يظهر منهما أصله التعبدية فى الأوامر مطلقا فى مقام الشك. و تنقيح المقام أن الواجب التعبدى ما لزم فيه قصد القربه و لا يسقط وجوبه بشىء غير مباشره المكلف له أو ذهاب موضوعه، و التوصلى، هو ما لم يعتبر فيه ذلك، فكل واجب سقط بفعل غير المكلف فهو توصلى كالدين المأمور بأدائه و كتوجيه الميت و كإزاله النجاسه عن الثوب و البدن، و كلما لا يسقط إلا بمباشره المأمور مع التفاته إلى العبوديه و التقرب فهو تعبدى كالصلاه و الصوم من الواجبات الأصلية و الوضوء و الغسل مما وجب بالتبعيه و لا واسطه بينهما فى الأوامر الشرعيه سواء كان الأمر مستقلا أو مستفادا من خطاب آخر كالمفاهيم و الملازمات و الأولويه المنصوصه و اللحن و الفحوى. و أما الواجب بغير الخطاب أو ما لزمه كان واجب بدليل لبي فهو تابع لدليله و كيف كان فلو أوجب الشارع فعلا بخطاب مستقل و اشتبه أمره بين أن يكون توصليا لا يراد منه إلا نفس إيجاده خارجا فلو وجد بأى أنحاء الإيجاد سقط الأمر به، أو تعبديا لا يسقط إلا مع نيه العبوديه و التقرب و لا يسقط الأمر به مطلقا إلا ممن أمر به بعنوان العبوديه فقيل أن الأصل فيه أن يكون تعبديا و يظهر ذلك من غير واحد و أولهم صاحب الشرائع و هى المنتهى و قيل بأصالة التوصليه فيه فيحمل عليها فى مقام الشك و هو الأوفق بالأصول و الأقوى بالنظر إذ الأصل لا يخلو من أن يكون ناشئ من الظهور اللفظى أو الأصل العملى أو العقل أو بمعنى القاعده المستفاده من خصوص آيات أو نصوص.

فالأول: قد لا ينكر أن ظهور إطلاق الأمر يقتضى إيجاده خارجا مباشره و جميع الأوامر العرفيه على ذلك و نيه القربه و التعبد و الامتثال و قصد العنوان لا إشكال بخروجهما عن ظاهر الأمر و لم تعتبر فيه لا شرطا و لا شطرا إذ لو كانت من أجزائه أو شروطه لزم الدور لتوقف الواجب على حصولها إذ المفروض أنها أجزاء أو شرائط و هى لا تحصل إلا بعد الأمر بالفعل المراد فلا بد أن تكون معتبره فيه فإذا كانت نيه التقرب خارجه عن مفهوم الواجب و مشخصه للتعبدى منه بمعنى أنها من الدواعى إليه فلو صدر الأمر بشىء من أفعال المكلفين لا ريب أن الأمر يريد إيجاده فى الخارج ممن أمره به مباشره و هو القاضى به ظهوره لكن لو وجد فى الخارج من غير المأمور به و لو فى ضمن محرم سقط الأمر لحصول المطلوب إذ لو كان نفس وجود المطلوب فى الخارج لا يفيد فى سقوط الأمر لزم على الأمر البيان فلو قال لعبده (افعل كذا و كذا) ثم حصل المراد من غير العبد سقط الأمر به و اجتزئ الأمر بوجوده غايته أن المباشره لم تحصل من العبد و ذلك لا يقتضى عدم السقوط فظاهر الأمر يقضى بان المراد إيجاده و قد وجد كون المراد إيجاده على نحو خاص فما كان ظاهر الخطاب و الأمر ليدل عليه ليقال أن وجوده خارجا لا يسقط معه الأمر فإذا اعتبره الأمر على نحو خاص فى كونه منويا به القربه أو فى مكان خاص أو زمان كذلك لم يكتف بوجوده فى الخارج فلا يدل عليه ظاهر أمره أبدا بل يحتاج إلى ذكر ذلك مضافا إلى الأمر به. و مما حررنا تعرف اشتباه كثير من الأصوليين فى هذه المسأله حيث أن جماعه منهم ذهبوا إلى اجتماع الواجب مع الحرام فى مثل الغسل

المأمور به للثوب أو البدن بالماء المغصوب و لم يلتفتوا إلى إن الأمر و النهى لا يعقل اجتماعهما و ان الحرمة لا تجامع الأمر غايه ما فى الباب بان المأمور به وجد فى الخارج فسقط الأمر و لا داعى إلى الطلب ثانيا و ما ذلك إلا كإلقاء الريح للثوب مثلا فى الماء أو لتزول الغيث عليه أو غير ذلك مما هو غير مقدور للمكلف و قد حصل المأمور به فى الخارج به أنزى يصلح الأمر بغير المقدور من المقدمات أو ما توقف عليها؟ فكيف سقط الأمر بغير المقدور؟ بل لو أمر الأمر بالمقدور و غيره انصرف للمقدور جزما فسبب سقوطه ليس إلا وجوده فى الخارج فلم يبق للطلب موضوعا.

و الحاصل إن حاق الأمر و طبعه لا يقضى إلا بحصول المأمور به فى الخارج من المكلف حيث أمر فالمباشرة يقتضيه حاق الأمر فى التوصلى و التعبدى و كذا الامتثال فلا وجه لما فرق به البعض بين القسمين بالمباشرة و عدمها فحكم أن كل ما لزم فيه المباشرة هو تعبدى لمنعه بان ظاهر الأمر يقضى بالمباشرة مطلقا. نعم لا يقضى بعدم سقوطه عن المكلف لو أوجد لا بعنوان التقرب و الامتثال لان ذلك من الدواعى التى يلزم بيانها للأمر مضافا إلى الأمر، و أما كون حاق الأمر يدل عليها فلا، و من هنا اشتبه الحال على بعض العلماء فأوجب القصد للفعل المأمور به بدعوى أن المتبادر من الأمر بفعل هو كون عنوان ذلك الأمر مقصودا ملتفتا إلى انه واجب أو مندوب فان أراد بكون المتبادر منه ذلك بمعنى عدم صحه إرادته عدم الالتفات من المكلف لعنوان فى الأمر فهو كذلك بل يقتضيه الأمر بحاقه إلا أن ظاهر أمره بالفعل هو إرادته إيجادها فى الخارج بأى نحو اتفق و ان لم يدل الأمر عليه كأجزاء غير المقدور لو أمر بمشترك بين المقدور و غيره مع أن الأمر لا يدل عليه جزما.

و الحاصل أن التعبدى لو أريد من حاق اللفظ الدال على الأمر لزم الإغراء بالجهل لان حاقه لا يقتضيه كما يقتضى المباشرة و الامتثال من المأمور فى المأمور به و عدم المباشرة لو أجزى الأمر به فهو لدليله فى التعبدى و التوصلى فيصرف ظاهر الأمر عما اقتضاه لقرينه قامت عليه مثل العاجز عن الوضوء اللازم أن يوضئه غيره فعدم التمكن صرف الأمر عن ظاهره كما ورد فى المسح على الجبيره فقال " عليه السلام ":

نعم مَا جَعَلَ اللهُ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ

" و ربما كانت الإيماره عامه كما فى الإجازات على عمل فان ظاهر الإجاره إرادته العمل كيف ما اتفق لا من المستأجر الخاص إلا فى الاستتجار على العباده فعسى أن يكون للأجير خصوصيه يلاحظها المستأجر خصوصا إذا اشتمل الأجير على الأوصاف التى ترغب فيها النفوس مثل الورع و العلم و الوثوق بالتأديه.

و أما الثانى: و هو الأصل العملى لو فرض عدم ظهور اللفظ فى أحدهما مع القول بوضع الأمر للقدر الجامع بينهما كما هو الحق فلو أرجعنا الشك بينهما إلى الشك فى الشرطيه جرى فيه حكم الشك فى المتباينين لعود الشك إلى الإتيان بهذا الفرد فقط أو هو مع قصد الامتثال فان الأصل العملى لا يعين أحدهما و المرجع حينئذ لقاعده الاحتياط و يلزم الإتيان بالفعل بقصد القربه المطلقه و ان أجرينا الأصل فى الشروط و الأجزاء المشكوكه فالمقام من مجارى البراءه لكن الشك فى مثل ذلك يرجع إلى الشك فى المتباينين و ان أجرينا البراءه فى الشروط و الأجزاء لأن الشك هنا فى داعى الأمر و ان الداعى له الامتثال كالأوامر الابتلايه أو مجرد حصوله فالمرجع لأصالة الشغل لا البراءه و فيه تأمل انهينا القول فيه بمحلّه مستوفى.

و أما الثالث: و هو القاعده ربما يقال أو قيل بوجود الأصل في المقام بمعنى القاعده و هو متصيد من خصوص الكتاب أو السنه أو الإجماع فمن الأول قوله تعالى [وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ] و [إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ] إلى غير ذلك مما يدل على قصد الامتثال و الانقياد في الواجبات الشرعيه، و أضاف بعض المتأخرين إلى ذلك آيات الإطاعه مثل: [أَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ*] و لعل الاستدلال بمطلق مثل هذه الآيات لا وجه له. أما آيات الإطاعه فتقريب الاستدلال بها أن الإطاعه لازمه في أوامر الله تعالى فهي شرط في الأمر، و معنى الإطاعه هو الإتيان بالمأمور به على وجه الانقياد و الامتثال لعدم تحققها بدون ذلك و ذاك مفاديته القربه في الأوامر.

و فيه إن آيات الإطاعه و ما بمعناها مقرره لحكومته العقل بلزوم الانقياد و الامتثال و لا تفيد شيئاً زائداً عليه فهي غايه ما تحكم بوجود الإتيان بمطلوب المولى ما دام مريداً له و أما كون وجوبها يثبت حكماً وضعياً و هو عدم سقوط الأمر و ارتفاع التكليف بدونها فلا، فلو ارتفع بوجوده في الخارج حسب ما أراد فلا- إطاعه إذ لا- طلب و لا- ثبتت مقاله الخصم إلا بكون المطلوب لو حصل بدونها لم يرتفع الأمر و يجب تداركه إن أمكن و هذا شىء خارج عن معناها و لا يفهم منها ذلك جزماً.

و الحاصل أن قصد الإطاعه و التقرب واجب و الإتيان بالمأمور به واجب آخر فلو حصل المأمور به من المأمور أو غيره طبق الأمر سقط التكليفان لارتفاع الأمر بحصول موضوعه و ارتفاع الأمر بالإطاعه التي تدور مدار وجوده بل يحتمل أن تكون الإطاعه هنا بمعنى عدم العصيان على حد إطاعه الوالدين و لا يعتبر قصد القربه في أمرهما إجماعاً، و يؤيده الفهم العرفي فان المتبادر من أمرته فلم يطع أى انه عصى لكن لا- ريب بمجازيه هذا المعنى فالأحرى ما حررنا فإن الأمر الوارد على المكلف لا يخلو من إن يعلم تعبديته بدليل يقضى به أولاً.

و الأول: لا ريب في وجوب التعبدية زائداً على الإطاعه المؤكده لحكم العقل.

و الثانى: إما أن يعلم بكونه توصلياً أو يشك فيه.

و الأول لا- شبهه في عدم لزوم ذلك المعنى الزائد فيه على معنى الإطاعه بل المكلف متى أتى به بعنوان انه مراد منه حصلت الإطاعه و ارتفع الطلب و ان جاء به لا بهذا العنوان أيضاً يرتفع الطلب و لم تحصل الإطاعه.

و الثانى و هو المشكوك يرجع فيه إلى ما يقتضيه الظهور اللفظى. و أما تعيين تعبديته بهذه الآيه و ما بمعناها عند الشك فلا، إذ التعبد و التقرب لا- يفيد لفظها لما عرفت. و زعم بعض المتأخرين ممن قارب عصرنا إن وجوب الإطاعه فيما ورد الأمر بفعله يجرى مجرى قول الأمر (أكرم كل عالم) بعد محروزيه عدم إرادته إكرام العالم الذى هو عدو للأمر المطاع و خروجه عن الكليه فلو شك في عالم مخصوص بأنه عدو أو صديق للمولى و جب الأخذ بالكليه و لزم إكرامه حتى يظهر انه معاد بخيال إن مفاد الآيه هو وجوب الإطاعه في جميع أوامره فيعمل بالعموم فالمردد من الأوامر بين القسمين لا بد من القول بأنه تعبدى لما عرفت من عموم لفظ الإطاعه و ان معنى العبوديه لازم لها و لا يمكن حصولها بسوى الأمر التعبدى.

و فيه وضوح الفرق بين المقاس و المقاس عليه كيف و الحكم في (إكرام كل عالم) معلق على موضوع العالم و الصداقه و

العداوه من لوازم الموضوع و الشك في اللازم لا يخصص

العام بعد إحراز موضوعه و لا- يوجب خروجه عنه كما تقرر في محله بخلاف ما نحن فيه لتعلق الشك بالموضوع نفسه إذ موضوع الإطاعة هو موافقه الأمر فالأمر مأخوذ في مفهومها ومعناها أن المأمور لو أتى بما أمر به من يلزمه نفوذ أمره بعنوان انه مراد منه فقد حصلت الإطاعة بالمأمور بها في الخارج و حينئذ فالشك بان هذا الفعل الذي وجب عليه أن يفعله يجب فيه نيه القربه ليحصل بها مفهوم الإطاعة أولاً يجب فهو شك في الموضوع لا في لازمه بعد إحرازه و الشك في الموضوع لا يثبت ما وضع له فيقال انه يجب الإطاعة في هذا الأمر. نعم لو أتى به المكلف بعنوان انه مأمور به فقد أطاع و أما لو أتى به لا بهذا العنوان فهل يسقط؟ الأمر عنه أم لا يسقط فالآيه ساكته عنه و أغرب من هذا التوهم، توهم أن أصله عدم التوصليه يضم إلى الآيه فيثبت المدعى فان المقصود في الاستدلال بالآيه كونها بنفسها دليلاً على المدعى لا بضميمه شىء آخر و الأصل أن تم فهو دليل بنفسه على أصله التعبدية لا- يحتاج إلى ضم غيره معه كالآيه لو تمت. و أما العقل فغايه ما يحكم به هو رفع العقاب الحاصل بالمخالفة بأى نحو يكون فلا- دلالة فيه على لزوم التعبدية و ان ارتفع بها العقاب و لم يتحقق بغيرها كما هو ظاهر، و مثل آيات الإطاعة الآيات التي أمر الله بها بعبادته مثل: [فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصاً] و [قُلْ إِنِّي أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ اللَّهَ مُخْلِصاً لَهُ الدِّينَ] لظهور أن الأمر بالعباده لا- يلزم منه شرطيتها في سقوط كل أمر أمر به و انه لا يرتفع بدونها بل مفادها إن إطاعه العبد يحصل بالعبوديه و أداء الفعل الذي أمر به بقصد الامتثال فيسقط حينئذ الأمر عنه أما عدم سقوطه بغير ذلك حتى بإيجاده أو وجوده في الخارج بدون ذلك فلا دلالة في الآيات عليه.

و أما آيه: [وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ] فغايه ما بها يستدل أن حذف المتعلق يقضى بالعموم و ان اللام فيها للغايه و المعنى ما أمروا بأمر في جميع الأمور إلا لغرض التعبد مع الإخلاص و مرجع الضمير إلى أهل الكتاب فلا إجمال فيه و كون اختصاص هذا الحكم بأهل الكتاب فلا- يعم واجبات شريعتنا لا- معنى له و لا- محصل لان سوقها و إن كان الإخبار عن أهل الكتاب إلا- انه من باب (إياك اعنى و اسمعى يا جاره) و ان شريعتنا مثل شرائعهم في خصوص ذلك مضافاً إلى أصله عدم النسخ و لزومه بالقاعده المستفاده من الآيه و لأجله استند إليها [المحقق في المعبر] [و الفاضل في المنتهى] على لزوم قصد القربه في الضوء قبلاً- لأبى حنيفه الذاهب إلى العدم لكن الوجه عدم دلالتها على المدعى لابتناء الاستناد إليها على أن لام (ليعبدوا) فيها للتعليل و الغايه و ليس كذلك، بل اللام بعد إرادته و الأمر للتقويه و الصله حسبما ذكروا فهي بمعنى الباء أى ما أمروا بشىء إلا بالعباده حال كونهم مخلصين أى موحدين و نحوها: [إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ] أى إنما يريد ذهابه مع أن عطف يقيموا الصلاه و يؤتوا الزكاه على (يعبدوا) قرينه على أن اللام غير تعليليه لظهور أن الصلاه و الزكاه ليس بغايه و سبب لجميع ما أمروا به، سلمنا أن اللام للتعليل فغايه مفادها أن أوامر الله تعالى خواصها و غايتها هى العباده على وجه الإخلاص و هو التوحيد هنا بقرينه قوله تعالى: [أَلَا لِلَّهِ الدِّينُ الْخَالِصُ] فقد فسر بالتوحيد فى "مجمع البحرين" فغايه ما أمروا به هو التوحيد "أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ*" فلا- يلتفت إلى ما زعم من أن الإخلاص هو نيه القربه فالمأمور محصور بها فالآيه تقضى بان الغرض الداعى للعباده محصور بنيه القربه أو إن المأمور به محصور بها فلا فرق بين أن تكون هى الداعى للأمر أو أن المأمور به محصور بها و يثبت الاشتراط على التقديرين من عدم تمام المأمور به إلا بها أو أنها الداعى لذلك و وجه عدم الالتفات سبق من كون الإخلاص

في الدين هو التوحيد الخالص لاستعمال الدين في الكتاب المختوم في غيرها مثل [فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ] و مثل [أَلَا لِلَّهِ الدِّينُ الْخَالِصُ] لورود مثل هذه الآيات في مقام النهي عن الشرك على إن الإخلاص لغه هو الخالص الصفى الذى لم يشب بشىء فليست القربه من معناه، و لو سلمنا إن الإخلاص في الدين الأعمال المرتب

عليها الجزاء و هي التي تقرن بالقربه نقول (نعم) لا- ينكر أن استحقاق الثواب مشروطا بالتقرب بالعمل في الواجب مطلقا لكن سقوط الأمر أيضا شرط بذلك أول الدعوى فليست الآية ناظره إلى أن قصد القربه شرطا لوقوع الواجب على وجه الصحة و مع ذلك فالآيه لا تخل من إشعار.

و أما السنه:

فهى كثيره منها)

لا عمل إلا بنيه

(و)

إنما الأعمال بالنيات

(و وجه الركون إليها ظاهر إذ لا- معنى لنفى العمل من دون نيه إلا- نفى صحته إذ نفى ذاته مع وقوعه فى الخارج غير متصور فيلزم أن يسلط النفى على صحته أو كماله مثل)

لا صلاه إلا بفاتحه الكتاب

(كذا قيل. و فيه أن ذلك مسلم و لا ينفع إلا بضم إن النيه هى نيه القربه لا العمل الذى لا عن سهو أو غفله و الحكم بذلك خروج عن معنى النيه لغه و لم يثبت أنها حقيقه شرعيه و لا- قرينه على المجازيه فياذ لم يمكن حمل النيه لغه و لم يثبت أنها حقيقه شرعيه و لا قرينه على المجازيه على قصد القربه فاستعمالها بمعناها لا يفيد الخصم، لان العمل الموجود من الخارج فى غير قصد و شعور لا يوصف بالصحه و ان كان مع قصد عنوانه وصف بها و لا دخل له بنيه القربه و لو أريد بالعمل فى الروايه خصوص الطاعات و العبادات كما هو الشائع من استعمال مثل: (هلك الناس إلا العالمين) (و هلك العالمون إلا العالمين)، و فى الأدعيه كثيرا ما يستعمل فى ذلك مثل دعاء الأمير (ع):)

اللهم لا عمل لى أستحق به الجنه

(و غيره فأیضا لا يفيد المعبر لها شيئا ضروره أن العباده الواقعه فى الخارج لا تتحقق أنها عباده إلا مع القصد إليها فالطاعات و العبادات الصادره عن غير اختيار و قصد لا توصف بالصحه و أيضا لو تصرف بها فاعتبرت بالمعنى المذكور يلزم خروج الأكثر من الواجبات التوصليه التى تصح بلا- قصد القربه أو حمل النفى على نفى الكمال أو الثواب غير الصحة و لو قلنا به سقط الاستدلال بها من أصله، فغاياته أن يقال فى معنى هذه النصوص إن قصد القربه معتبر فى حقيقه العباده و صحتها و هو لا ينفع حاله الشك فى كون المأمور به من أى القسمين لأنها لا تثبت الشرطيه فى التعبديات إلا بعد إحراز كون الواجب تعبدى و لا تشخص الأمر عند الإطلاق حسب ما هو مدعى و مثل ذلك قوله " عليه السلام ":)

، فإن معناها أن الثواب بقدر النية و هذا المعنى يتأتى بإظهار العبودية حتى فى الواجب التوصلى بل فى المباح و دعوى أن المراد بالعمل المنفى هو الواجب مطلقا و النية يراد بها قصد القربه ممنوع لاحتياج ذلك إلى القرينه المفقوده فالمتجه الحمل فى كل واجب مشكوك على التوصلية حتى يظهر من دليل أو نص أنه تعبدى و الله العالم.

لفائده الرابعه (المضايقه و المواسعه):

اشاره

حكم جماعه من أساطين أصحابنا بالمضايقه و وجوب تأخير الحاضره إلى آخر الوقت لمن عليه القضاء اشتغل به أو لم يشتغل و اشتهر النزاع فى هذه المسأله، و قرن الصحه و الفساد بعضهم بالمسأله الأصوليه و هى اقتضاء الأمر للنهى عن ضده الخاص و عدمه و إن هذه المسأله فرع من تلك القاعده فبناء على فوريه القضاء يلزم فساد الحاضره للنهى عنها و كذلك كل ما ينافى الوجوب الفورى من العبادات بناء على الاقتضاء و لا كذلك بناء على عدمه و لأجل أن فروع المسأله عامه البلوى ذهب الآراء فى ذلك كل مذهب فمنهم من أنكر وجوب المقدمه مطلقا و منهم من منع الاقتضاء و حكم بعدم اقتضاء الأمر النهى عن ضده أما مطلقا أو فى الوجوب المقدمى، و منهم من أنكر كون ترك الضد مقدمه لفعل

الواجب و منهم من فصل فى وجوب المقدمه بين الموصله و غيرها و منهم من أنكر اقتضاء النهى الفساد مطلقا و منهم من فصل بين النهى الأصلى و التبعى و منهم من اعترف بوجوب المقدمه مطلقا و إن ترك الضد مقدمه و إن النهى موجب للفساد فى العباده مطلقا و إن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و خرج صحه الواجب الموسع بترك المضيق على تقدير عدم إرادته المضيق و حصول الصارف عنه بفعل الموسع و حيث أن الأ-كثر حكما بصحه بعض الفروع فى الواجب التبعدى مع حصول الإثم بترك ضده المضيق لزمتنا تحقيق هذا المطلب على الوجه الذى يصل نظرنا القاصر إليه فنقول.

أما الأول: و هو وجوب المقدمه

بمعنى أن المرید لفعل لا-ريب فى أنه بتلك الإراده لا يريد تفويت ذلك الفعل بذلك الأمر فليس له إنشاءان أحدهما تعلق بالمقدمه و الآخر بذبيها، و إنما هو إنشاء واحد للأمرين كطلب الجزء بالأمر بالكل و كطلب مجموع أجزاء اللفظ البسيط عند إرادته فإن طلب الركوع هو عين الإيراده المتعلقة بالصلاه و طلب (عين زيد و يده هو طلب عين زيد) و لا فرق فى ذلك بين سائر المقدمات أفعالا أو تروكا و لا أظن أن أحدا ينكر وجوبها بهذا المعنى لأنه لازم للخطاب عند صدوره لا يمكن لا يمكن انفكاكه عنه عقلا فإنكار وجوب المقدمه مطلقا غير وجيه بل باطل و لذلك حكم الأكثر بتعارض وجوب ذى المقدمه و حرمتها أو استحبابها أو إباحتها و جزموا بلزوم رفع اليد عن حكمها أو حكم ذبيها.

و أما الثانى: و هو منع اقتضاء الأمر النهى عن ضده مطلقا أو خصوص المقدمه

فهو أيضا بمكان من المنع لحكومته العقل بأن ضد المقدمه مفوت للواجب و مفوت الواجب لا يريده الأمر و لا يرضى به جزما و إلا لما أوجب ذلك. نعم هناك شبهه لسُلطان العلماء (رحمه الله) فى خصوص ما لو كان ترك الواجب مقدمه للفعل المأمور به أيضا فى مسألتنا و تبعه السيزوارى و قبله البهائى قال (رحمه الله) بحاشيه العضدى (لو كان ترك الضد مقدمه لفعل ضده فكون فعل الضد مقدمه لترك ضده أولى بالإذعان و لما كان منشأ توهم التوقف هو المقارنه الاتفاقيه حصل ذلك الاشتباه فى المقامين مع أنه محال) و مراده بالاشتباهاين هو اشتباه المشهور فى مقدميه الترك للفعل و اشتباه الكعبى فى نفى المباح و أراد بالأولويه لزوم اجتماع الضدين لو قيل بأن الفعل ليس بمقدمه للترك و فى القوانين و قوله (مع أنه محال) الظاهر أنه أراد منه لزوم الدور و هو أغرب من سابقه لأن المقامان متغايران، و أورد عليه بعض المتأخرين بعد أن تعجب فى استغرابه (أن الإيراد عليه بتغاير المقامين مما يقضى بعدم وقوعه على مطلبه) انتهى.

أقول عبارته سلطان العلماء محتمله لأن يكون اللام فى الضد الثانى للعهد فمراده من الضد فى المقامين هو المقدمه المتروكه و عليه فلا-دور، و إن أراد توقف الفعل على الترك و الترك عليه فالدور ظاهر. و توضيحه: أنه لو وجبت الإزاله للنجاسه عند المسجد و المشهد فتركها من وجبت عليه و صلى فلا ريب أن فعل الإزاله موقوف على ترك الصلاه و فعلها سبب لعدم الإزاله فتوقف فعل الإزاله على ترك الصلاه و تركها موقوف على ترك الصلاه فلا-دور بخلاف ما لو توقف الفعل على الترك و الترك عليه كذلك. و أجاب المشهور عن شبهه مطلقا بأن الوجدان و الضروره تقضى بتوقف فعل الواجب على ترك الضد لمناعيه الضد و عدم المانع من أجزاء العله التامه بخلاف العكس فإنه لازم فاشتبه عليه التوقف بالاستلزام و قوله (أن ذلك من

المقارنات الاتفاقيه) لا يفهم له معنى لأنه إن أراد بذلك جواز

الانفكاك فهو غير معقول إذ وجود البياض ملازم لرفع السواد البتة بالضرورة حتى في المعلولين لعله ثالثه، وإن أراد بالمقارنه و إن لم يحصل الانفكاك و مع ذلك ينكر المقدميه فهو عار عن الوجه. و الحاصل الضدان متمانعان بالذات و لولاه لكان الوجود و العدم معلولين لعله ثالثه و بعد انعدام كل موجود الذى من جملته تلك العله نرى أن التضاد كما هو فلا جرم أن يكون وجود أحدهما متوقف على دفع الآخر إلا أن يلتزم بأن رفع المانع ليس من أجزاء العله. التامه و أما توقف الترك على الفعل فيكفى فيه الصارف فلا يلزم التارك الاشتغال بفعل بل يكفى فيه عدم الإراده فى أول أزمنه الترك. و أما مسأله الإيصال فقد سبق فيه القول فى الوجوب النفسى و الغيرى و ملخصه: إن العقل حاكم بوجود ماله مدخله فى الوجود و فى العدم سواء ترتب الغير عليه أو لم يترتب فإن ترتب الغير لا يخرج المقدميه عن كونها مقدمه، و تقصى (صاحب المعالم) على ما يظهر من مجموع كلماته بأن وجوب ما لا يتم الواجب إلا به ليس على حد غيره من الواجبات الأصلية التعبدية لاجتماعه مع الحرام فيخالف سائر الواجبات و يتجه أن يقال بعدم اقتضاء الأمر النهى عن ضده، و إن قلنا بوجود المقدمه إذ كون وجوبه للتوصل يقتضى اختصاصه بحاله إمكانه و لا-ريب بأنه مع وجود الصارف عن الفعل الواجب لا يمكن التوصل انتهى و هو كلام مشوش الأطراف لأن الوجوب حاله عدم الإمكان لا يدعيه أحد و كون الواجب من المقدمات هو الذى يؤدى تركها ترك ذبيها كما يظهر منه لا مطلقا كما ترى لعوده إلى إنكار المقدمه رأسا غير الإراده على أنا لم نجد التفصيل المذكور فى كلماتهم ثم إذا كان دليل مدع الكليه هو العقل فما كان العقل ليحكم بوجود مقدمه دون أخرى بل كلما توقف الفعل على شىء و لذلك الشىء دخل أو شأنه لعدم ذلك الفعل اتصف بالمقدميه البتة، و تخلص بعضهم أيضا بأن عدم صحه الواجب الموسع فى مثالنا ليس إلا من جهه وجود النهى و لا مانع من اجتماع الأمر و النهى هنا و ليس هو بأقل من الصلاه فى الدار المغصوبه فقد قيل بالصحه كما هو مفصل فى بابيه.

و فيه إن الاجتماع على القول المذكور بجوازه فى غير الاجتماع الأمري فى مشخص واحد من شخص واحد فإن ذلك مما أجمع على عدم جوازه بل ضروره العقل تقضى بعدمه. نعم قيل به فى الأمر بطبيعته و النهى عن أخرى و المكلف بسوء اختياره يجمع الماهيتين فى مشخص واحد فالمأمور به إذا كان ماهيه الصلاه و المنهى عنه ماهيه الغصب و لا مانع من اجتماع الماهيتين فى واحد صار مصداقا للكلى الواجب و هو يكفى فى الامتثال إذ الصحه متوقفه على كون هذا الفرد الخاص مأمور به أو كونه مصداقا للمأمور به فإذا صار للمأمور به فردان فرد محلل و آخر محرم فاختيار المكلف للمحرم منه لا ينافى الصحه إذ التخيير عقلى و هو لا-يمنع من الاجتماع فهو عاص من جهه مطيع من أخرى بخلاف ما إذا كان الفرد المخصوص مأمور به و منهى عنه و ما نحن فيه هو من الاجتماع الأمري الذى اجتمع فيه الأمر و النهى بواحد شخصى و وجهه أن الصلاه لا ريب فى أنها موقته بوقت يزيد عليها مثلا فالزمان من مشخصات الموضوع فالمأمور به الفرد المشخص لا خصوص الكلى إذ التخيير الزمانى جاء من طرف الشارع و إذنه فكل جزء من أجزاء ذلك الزمان يكون المكلف مأمور بالصلاه فيه منهى عنها. نعم لو كان التخيير فى الزمان عقليا تم ما ذكر.

و خلاصته أن الزمان ظرف للمأمور به لا ممنوع له كالمكان فليس للفرد بالنسبه إليه فردان بل هو فرد واحد مظروف بظرف واسع و لو أن الزمان ممنوع لبطلت حجيه الاستصحاب رأسا لجهه تبدل الموضوع لو كان الزمان من القيود المشخصه المفرده

للماهيه و ليس كذلك فالطلب يمتد بامتداده و لو كان لآخر العمر كبعض ما وجب فى العمر مره و الذى يقضى بالظرفيه الفهم العرفى إذ لا شك بأن الزمان ليس كالإيمان فإذا اجتمع الأمر و النهى بالنسبه إلى الصلاه فى سعه الوقت فضيق الأمر بالإزاله لا جرم من رفع اليد عن أحدهما لا- يمكن الثانى لأن الترك مقدمه فلا بد من وجوبها فتعين الأول و سببه عدم ملاحظه القدر المشترك بين الأزمينه من جهه الظرفيه بخلاف الأمكنه فالقدر المشترك ملاحظ فيها، و رفع (الفاضل القمى (رحمه الله)) الأشكال (بأن النهى الموجب للفساد فى خصوص الأمر المقتضى له هو ما لو كان الأمر بخطاب مستقل من الشارع لا ما إذا كان وجوبه تبعيا مثل المقدمه فإن وجوبها تبعى فالنهي عن ضدها كذلك، و النهى التبعى للوجوب التبعى لا يورث الفساد كالنهي المستفاد من الوجوب الأصلي فإنه يورثه) نبه على ذلك فى سادس مقدماته عند قوله (فلا معنى للثمرات التى أخذوها).

و فيه أن النهى عقلا مانع من الأمر سواء كان الأمر أصليا أو تبعيا بل لو قيل بعدم وجوب المقدمه تبعا فللأبدية العقلية كافيته فى ارتفاع الأمر بما ينافيها، و لذلك ذهبوا إلى أنه لو دل دليل على عدم وجوب المقدمه يحصل التعارض بينه و بين الواجب فلا بد من التصرف فى أحدهما لعدم معقوليه إرادته الفعل و لا إرادته مقدمته فمع الاعتراف بقيام إرادته للمقدمه فى نفس المولى لا بد أن تمنع من الأمر بما ينافيها و أن كانت تلك الإراده لا عقاب على تركها إذ لا ملازمه بين القول بالفساد و القول بعدم العقاب على ترك المقدمه فكلا النهيين مانعين من الأمر على حد سواء عقلا.

و ذهب غير واحد من أساطين أصحابنا بعد الاعتراف بالأمر المذكوره إلى الصحه على تقدير الإ-ثم، و أولهم على الظاهر المحقق الكركى فى باب الحج و الدين من المقاصد و الفاضل الهندي و بعدهما الشهيد الثانى فى الجهر و الإخفات فى روض الجنان، و بعدهم العلامة الأكبر جدنا كاشف الغطاء فى مقدمه كشفه، و سيد الرياض فى باب الغسل المجامع للوضوء، و هؤلاء اعترفوا بالإ-ثم و الصحه على تقدير ترك المقدمه المأمور بها فيكون الأمر بذيتها منجزا على تقدير العصيان المتأخر بمنزله الموجود فلا- مانع من توجه الأمر و لا- يلزم منه اجتماع مبغوضيه المقدمه مع الأمر بذيتها فالشرط فى تحقق الأمر فرض كون العصيان المتأخر موجودا و هو المعنى المنتزع من التقدير به و لا استحاله فى ذلك ضروره أن الشارع لم يكلف بشىء مع طلبه لترك مقدمته الوجوديه فيكون طلبه مستحيلا بل كلف على تقدير فعله المعصيه أى حصول مقدمه ذلك الشىء عصيانا فيكون وجوب ذى المقدمه على تقدير حصول المقدمه و من حرمه المقدمه هو أن تركها مطلوب لا- على تقدير شىء و فعل ذيتها مطلوب على حصولها و حاصل نظرهم أن الشارع لما أطلق الأمر بذى المقدمه يعلم منه أنه أراد فعله على كل حال و على جميع التقادير فلو لم يتمكن المكلف من فعل المقدمه لعذر شرعى أو عقلى كتحریمها أو امتناعها و عدم تعلق القدره بها فيلزم تقييد الإطلاق فى الأمر على القدر المقرون بالعذر و هو عدم الأمر بذى المقدمه مع فرض حرمتها و متى تحقق من حال المكلف ارتكاب المعصيه بفعل المقدمه فإطلاق الأمر بذيتها على حياله لارتفاع المانع فكأنهم يرون عدم المانع فى اشتراط وجوب الواجب بحصول مقدمه وجوده كما يشترط فى التكاليف بقاء المكلف إلى انتهاء التكليف الذى لا يمنع من تنجيز الخطاب عليه و مثله تكليف الحائض بالصوم بعد الحيض، و نحو ذلك من الشرائط المحققه الوقوع أو المقدر وقوعها فإن الحج مشروط بطى المسافه و هو مأمور به عند الاستطاعه فلو انحصر طى المسافه بالمغصوب و بنى المكلف على ارتكابه فلا مانع فى

تنجيز التكليف على هذا التقدير فما ذلك إلا كالشرط المتأخر و رده شيخنا (رحمه الله) بأن تقدير المعصيه إن أسقطت النهى بمعنى أنه لا نهى كمن كلف بعد تمام ارتكاب المحرم و إن نيه فعلها كالخلاص من ارتكابها فهو مخالف للبداهه لأن المكلف و إن جزم بفعل الحرام فالجزم كذلك كيف يرفع النهى؟ و مع بقائه عاد المحذور.

و ملخصه أن النهى لا يرتفع ما دام المحل قابلا له فلو صلى و ترك إزالة النجاسه فلسان الأمر أترك الصلاة و هو مستمر فكيف تصح و الحال أن المكلف يقدر على إزالتها فى كل آن من أناتها! فارتفاع النهى على تقدير عدمها لا يفهم له معنى محصل. و وافق الجماعه على أصل الدعوى و القول بالصحه (صاحب هدايه المسترشدين) (و صاحب الفصول) لكن بتقرير آخر يؤول إلى ما قررناه بالتأمل، قال الأول: فى حاشيته على المعالم (إن دلالة النهى على الفساد لم يكن من جهه وضعه له بل لما دل على التحريم لزم الفساد لخلو العباده عن الأمر و على هذا فاستفادته فى المقام إنما هو من أحد أمرين إما لكونه مقيدا للمرجوحه التى تنافى الرجحان المعتبر فى حقيقه العباده أو لجهته إن تعلق الطلب بالفعل بعد تعلقه بتركه يستلزم المحال فلا بد من القول بالفساد. ثم أورد على كلا الأمرين بما حاصله: إن منافاه المرجوحه للرجحان غير مسلم لأن مرجوحه هذا الفعل إنما هو بالنظر إلى الغير و لو كانت المرجوحه بالنظر إلى الغير توجب الفساد للزم أن يكون الواجب أفضل العبادات الذى لم يكن مرجوحا بالنظر إلى غيره و الرجحان فى العباده هو رجحان الفعل على الترك لا رجحانه على غيره مطلقا). و مراده أن الصلاة راجحه على عدمها و هو يكفى فى صحتها و تعلق الأمر بها و إن كانت مرجوحه بالنسبه إلى الإزاله.

و فيه إنه خلط بين المرجوحه بملا-حظه الغير و المرجوحه بسبب الغير و المانع منع الثانى لا- الأول و لا- ملازمه بينهما فلعل الخصم يقول بأحدهما و ينكر الآخر، فرده بما ذكر لا يرفع مقالته مطلقا. و بالجمله الرجحان و المرجوحه قد يجتمعان فى مثل صوم العبد و لم يستأذن مولاه و صوم المدعو و قد يكونان بالقصد نحو ضرب اليتيم للتأديب و عدمه فإن أراد الاجتماع بهذا المعنى فلا ضير فيه لكن لا فرق فى ذلك بين القسمين فإن المرجوح للغير مع المرجوح بملاحظه الغير قد يجتمعان و قد يفارق كل واحد صاحبه فيجتمعان بالسلام إذا توقف الجهاد مثلا على تركه و ينفرد المرجوح للغير بإنقاذ أحد الغريقين المتساويين فإن المتروك مرجوح للغير لا بملاحظه الغير و ينفرد الثانى بالسلام مثلا بالنسبه إلى الجهاد فى غير صورته توقف أحدهما على الآخر فإن أراد بصوره الاجتماع باعتبار أن الفعل الراجح قد يفوت رجحان غيره أو كان غير جامع لوصف يترجح به غيره عليه فهو مسلم و لا- يفرق الحال بين الصورتين إذ لا يلزم أن يكون فى الفعل جميع ما فى غيره من الأوصاف أو كان مفوتا لها و إن زعم أن الراجح الذى أراد المولى عدمه يجتمع مع المرجوحه فلا- يعقل لأن رجحانه قد ذهب بإرادته تركه كإنقاذ الإمام المتوقف على ترك الاشتغال براجح فإنه بقاء الرجحان يجتمع الضدان و لو زعم أن فى المرجوح خاصيه لا تزول و إن كرهه الأمر فهو قول باجتماع الأمر و النهى مطلقا مع أنه لا يدعيه فى الأمر النفسى و النهى الغيرى أو النفسى و إن كان محط نظره أن الواجب إذ صار تركه مقدمه لواجب فرجحان الترك من جهه عنوان المقدميه، و هذا العنوان هو الذى أكسبه الرجحان فلا ينافى الرجحان الذاتى للمكروه فكأنه يرى أن النهى الغيرى العارض للفعل لا- يسلب الرجحانيه الذاتيه و لا يوجب كونه مرجوحا ذاتا و إنما مرجوحيته باعتبار فقدته للمزيه

الموجوده فى الآخر و تفويته لها فهو حسن موافق للاعتبار و لو كانت تلك المرجوحه لا تلزم بالترك و أما لو ألزمت به فلا بقاء لذلك الرجحان ذاتيا كان أو عرضيا و الحق أن هذا الكلام لا يبتنى عليه حكم البته و هو خارج عما نحن فيه لأن البحث هنا فى التكليف و أن الأمر هل يمكنه أن يكلف متكلفين متمانعين أم لا؟ و كأنه (رحمه الله) تنبه لذلك فجعل المسأله شقين و قال فى ثانيهما أن تعلق التكليف بالفعل ينافى تعلقه بالترك من باب اجتماع الأمر و النهى و حيث كان النهى غيريا لم يكن هناك مانع من اجتماعه مع الواجب فإن حرمه الشىء لتوقف الواجب الأهم على تركه لا ينافى وجوبه و حرمه تركه على فرض ترك ذلك الأهم بأن يكون ترك ذلك الأهم شرطا فى وجوبه حتى قال (رحمه الله) فظهر مما ذكرنا لا مانع من تعلق التكليفين بالفعلين المتضادين على الوجه المذكور و لا مجال لتوهم كونه تكليفا بالمحال إذ تعلق الطلب بالمتضادين إنما يكون من قبيل التكليف بالمحال إذا كانا فى مرتبه واحده بأن يكون للأمر إيقاعهما مستحيلا نظرا إلى استحاله اجتماعهما فى الوجود بالنسبه إلى الزمان المفروض و أما إذا كانا مطلوبين على سبيل الترتيب بأن يكون المطلوب أولا هو الإتيان بالأهم و يكون الثانى مطلوبا على فرض عصيانه للأول و عدم إتيانه بالفعل فلا مانع منه أصلا إلى آخر ما رام بيانه، و هذا الكلام بمنزله الشرح لعباره جدنا كاشف الغطاء حيث قال: لأن اشتغال المقدمه بالحرام بعد شغل الذمه لا ينافى الصحه و إن استلزم المعصيه، و أى مانع من أن يقول الأمر المطاع لمأموره (إذا عصيتنى فى ترك كذا فافعل كذا فإنه طاعه لى) كما هو أقوى الوجوه فى حكم الجاهل بالقصر و الإتمام فاستفادته من مقتضى الخطاب لا من الدخول تحت الخطاب فالقول بالاقضاء و عدم الفساد أقرب إلى السداد. و فيه ما قد عرفت سابقا غير أنه (رحمه الله) ادعى دلالة الاقتضاء على المطلوب فإن تمت هذه الدلاله لا جرم بوجود المصير إلى مقاتله إذ مرجعها إلى تصريح الأمر بالفعل مع العزم على العصيان فى ترك الأهم فيلزم اتباعه و حينئذ فيسقط ذلك الأهم إما بالعزم أو بالتلبس بالأدون و لا تبقى فى نفس الأمر إرادته للمتروك و أمره ممثلا فيعاقب و يثبت على الأمرين فحينئذ يسقط جميع ما مر من الرد عليه من شيخنا و غيره لمعلوميه أن دلالة الاقتضاء من المنطوق، و ذكر القمى (رحمه الله) (أنها مختصه بالمجاز فى الإعراب أو ما يكون قرينته العقل) بناء عليه فالمناقشه فى الصغرى و ليست من شيمه المحصلين و من يرى هذه الدلاله من جمع الخطابين بقرائن عقلية لا يعترض عليه بما ذكر و العجب أنهم لم يلتفتوا إلى ذلك فأخذوا يتعلقون بكل رطب و يابس تصحيحا وردا و يعتذر لهم أن هذا الكلام لا يعرفه إلا أهله، و خرج (صاحب الفصول) بعد إيراد كلام طويل و زعم أنه لم يسبقه إليه أحد قال: (و نحن لا نقول بشىء من ذلك كله و إنما يجوز اجتماع النهى الغيرى بمعنى طلب الترك المقيد بقيد كالتوصل به إلى فعل الغير مع الأمر النفسى المشروط بكون المكلف لا يأتى بذلك النهى المقيد فحصل الفرق بين مقاتلنا و مقاتلهم من وجوه عديده و بالجملة فلا مدخل للنفسيه و الغيريه عندنا فى ذلك كما زعموه، و إنما العبره بتقييد الترك فى النهى و تقييد الأمر بتقدير عدمه فحيث يتحقق الأمران يجوز الاجتماع من غير فرق بين النفسيين و الغيريين و الملقق منهما و حيث ينتفى أحدهما أو كلاهما يمتنع الاجتماع مطلقا) انتهى، ه لصحمو أن المطلوب فى النهى عن الضد الترك الموصول إلى فعل الواجب لا مطلقا بناء على أصله فى وجوب المقدمه الموصله فحينئذ الأمر المتعلق بفعل الضد و هو الصلاه فى المثال إنما يتعلق على تقدير عدم التوصل بتركه إليه دون ما فرض فيه

التوصل فيكون فعل الضد مبغوضا مع التوصل بمقدمته محبوبا بدونها فيجتمع الحكمان و لا منافاه بينهما.

و فيه أن مرجعه بالآخره إلى أن مطلوبه فعل الضد الذى تركه مقدمه مشروط بتقدير عدم الإتيان بفعل ضده و لا يمنع العقل ذلك و حال هذا الشرط كحال الشروط المتأخره و هذا عين كلام أخيه و يلوح من الجد (رحمه الله) أيضا فأما بناء ذلك على وجوب المقدمه الموصله و عدمها فقد عرفت فسادها بما لا مزيد عليه و أما التقديره فقد ظهر عدم تعلقها لخلو العباده عن الأمر و لا يتحقق له زمان إن أرادوا بالترتب الترتب الزمانى و إن أرادوا به الاعتبارى فكذلك فإن بقاء الأمر بالموسع بتقدير العصيان فى المضيق يلزم منه اجتماع تكليفين فى آن واحد ضروره أن العصيان لا- يوجب سقوط التكليف فى ثانى زمانه لأن الامتناع بالاختيار لا- ينافى الاختيار و لو تعلق المدعى لذلك بكفايه رجحان الضد فى الصحه و لا يحتاج إلى وجود الأمر. ففيه أن المحبويه التى كانت قبل تنجز الأمر بالمضيق ارتفعت بمجرد الأمر به لعدم اجتماع المحبويتين فى آن واحد.

و الحاصل أن إطلاقات أوامر الوضوء و الصلاه لا تقتضى مطلوبيتها مطلقا و لو عارضها ضد مضيق أو توقفت على مقدمه محرمه مع الانحصار و لا يجدى خيال أن التقيد الواقع للأمر إذا لم يكن لفظيا لا يرفع مقتضى الصحه بل يرفع تنجز التكليف من حيث عدم القدره على امتثال التكليفين مثل إنقاذ الغريقين و نحوه فلو ارتفعت الاستحاله باختيار واحد منهما ارتفع المحذور فالتكليف بالضد المضيق موجب لعدم الامتثال بالموسع ما دام المكلف لا يختار تركه و عند الاختيار لأحدهما يرتفع مانع الصحه إذ قد عرفت فساد ذلك و عدم قابليه اختيار الموسع لرفع الأمر بالمضيق و استحاله اجتماع تكليفين فى زمن متحد مضافا إلى أن ظاهر المشهور القول بالاقضاء و الفساد بل يظهر من (الحلى) الإجماع عليه و لذلك ترى أرباب المضايقه [كالشيخين و السديدن و القاضى و الحلى] و غيرهم استندوا فى الفساد إلى كون الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و النهى يقتضى الفساد و لم يناقش من ذهب إلى الموسعه بالمقدمات المزبوره بل ناقشوا فى فوريه القضاء و عدمه و المثبت لها منهم لم يلتفت إلى إثبات تلك المقدمات بل بمجرد إثباتها حكم بالفساد فيما ينافيها كما أن أهل الموسعه لم يتعلقوا فى الحكم بها بعدم الاقتضاء أو عدم الفساد بل ركنوا إلى الحرج و إلى بعض الأخبار و لكن مع ذلك كله فقد حكم الأكثر بصحه بعض العبادات مع وجود الإثم فى عده من المسائل، فمنها ما جزم به (الكركى) و وافقه غير واحد من صحه الصلاه مع المطالبه بالدين للمتمكن من الأداء مع سعه الوقت مستشهدا بحكم المعظم بالصحه، و منها ما لو خالف الترتيب المشروع فى مناسك منى، و منها ما حكم به المشهور بصحه صلاه المأموم إذا سبق الإمام بالرکوع عمدا مع الإثم لوجوب المتابعه و التقدم ضدها، و منها الجهر و الإخفات و القصر و الإتمام و صحه المخالفه مع الجهل مع أن الجاهل غير معذور و لم يوجبون القضاء فى الإتمام بموضع القصر يقينا و فى العكس على تأمل، و منها وجوب تقديم الوضوء على الغسل فى المجامع له و لو خالف فقدم المؤخر أثم و صح المقدم و المؤخر إلى غير ذلك و الذى يختلج بالبال فى مثل هذه الفروع هو البطلان مطلقا لأنه مستند إلى الحكم العقلى الذى لا يقبل التخصيص و كون الأ- كثر صحوها لا- يضر بعدم حكومه العقل بقبحها نعم خرج (شيخنا) فى مجلس المذاكره بعض هذه الفروع بأن الفعلين الرافعين فى الخارج قد لا- يكونا متضادين و متمنعين ذاتا كما لو أمر الشارع بأمرين مستقلين الإتيان بأحدهما لا يزاحم الآخر بأمرين نفسيين كأن

قال (اذبح و ارم و ادفع الزكاه للمستحق و ادفعها للإمام) و لم يكن أحدهما أهم من الآخر كالصلاه و الإزاله مثلا مما يكون الأمر و النهى فيهما فى عرض واحد لأن امتثال الأمر بالذبح ممكن فى حق المكلف و إن لم يرم فموضوع الأمر أولا هو الفعل ثم يرد أمر آخر بأن إطاعه هذا الأمر مؤخرا عن ذلك أو إن إطاعه هذا الأمر أريدها بكذا بحيث أن الأمر الثانى لا يقضى بالشرطيه و التقييد مثل ما لو نذر ناذر بأن يأتى بفعلين ثم نذر أن يقدم أحدهما على الآخر فإن الأمر من النذر الثانى لا يرفع إداره الأمر الأول و حينئذ لو فعل أحد الأمرين امتثل ذلك الأمر المطلق فكان صحيحا موافقا له أو إن فعله حيث لم يكن منها عنه و أن كان غير مأمور به و لما أتى بالمقدم بعد سقوط الأمر به تفضلا.

و الحاصل النهى فى غير المتضادين ذاتا لا يقضى بالفساد فكان الأمر الأولى طوى عليه أمر آخر و لم يقيده نظير النهى عن ماهيه الغضب و الأمر بماهيه الصلاه كذا أفاد (رحمه الله) و لكنه كما ترى لا- يبيل الغله فإن تم ما يقوله جدنا (رحمه الله) من دلالة الاقتضاء كان عليه المدار و إلا فإن تمت مقاله مطلقا بأن ذلك من المقارنات الاتفاقيه فذاك و إلا فالقول بالفساد هو الأقرب و الله العالم.

الفائده الخامسة: وجوب مقدمه التعبدية

حكم الكثير من أصحابنا بوجوب الغسل قبل دخول الوقت فى الصوم، و بوجوب تعلم المسائل كذلك و بوجوب الحج على المستطيع قبل طى المسافه، و وجوب حفظ الماء للطهاره لمن تمكن منه قبل الوقت مع علمه أو ظنه بعدم التمكن منه بعده و هو مشكل من جهه إن شرط تنجز الوجوب لم يحصل و لا تجب المقدمه قبل وجوب ذبيها للزوم مزيه الفرع على الأصل فلا بد من التصرف فى الواجب بأن تجعل هذه الأمور من مقدمات وجوده لا وجوبه إن أمكن، أو التصرف فى المقدمه بأن يجعل الوجوب فيهما نفسيا و إلا فمقدمات وجوب الواجب المشروط قبل حصول شرطه ممتنع عقلا، و لو قيل بالفرق بين تحقق حصول الشرط و عدمه و وجوب المقدمه فى الأول دون الثانى و إن الشرط المتحقق الوقوع يصير الواجب مطلقا كاشتراط مطلق الواجبات بالشرائط الأربعة، و لا- ينافى إطلاق وجوبها لم يكن ذلك بعيدا. و لا بد للفقيه من ملاحظه الموارد و الحكم فيها بما تقتضيه الضوابط الشرعيه. و الجماعه الماضون صححوا ذلك بالتقديريه التى تقدمت، و ترقى بعضهم فحكم بترتب الآثار على المبيع فضولا- قبل لحوق الإجازة على تقدير لحوقها، و لم يلتفت إلى عدم حليه مال الغير بدون طيب نفسه الثابت عقلا و نقلا و لانتقاضه بالنكاح المتفق على عدم جواز الوطء و النظر قبل لحوق الإجازة فافهم.

الفائده السادسة: تبدل رأى المجتهد

ذهب جماعه من أصحابنا إلى عدم القضاء و الإعادة فى العبادات لو تبدل رأى المجتهد و الوقت باق فضلا عن خروجه، و ذهب آخرون إلى نقض الآثار مطلقا فى الحكم و الموضوع المستنبط و فصل الجد و الوالد و أخوته و بنو أخيه بين ما يكون التبدل إلى الحكم الواقعي فتقضى الآثار فى المستقبل و يصح ما مضى و بين ما يكون التبدل لظاهري آخر فلا ينقض من الآثار ما بنى على الدوام دون ما لم بين عليه فمثل البيع معاطاه، و نكاح الراضعه عشرا متواليه، و بيع أم الولد فى غير المستثنى و الوقف فى بعض مواضعه و دفع الزكاه للمستحق مع عدم الإذن من الحاكم أو مع طلبه لها و فى مجهول المالك و اللقطه فى

بعض الفروض و غير ذلك لا يجوز نقضه عند تغير الرأى و أما ما لم يبين على الدوام كبعض العبادات فاستقوى بعضهم النقض فيه فى المستقبل، و جزم بعضهم بعدم النقض مطلقا و منه يظهر أن الأخذ بالأمارات و الطرق الشرعيه المنصوبه من الشارع و كذا الأصول العمليه هل هو من باب الطريقيه المحضه بحيث أن الطريق لو تخلف بقى الحكم على ما كان عليه قبل نصبه فالطرق الشرعيه فى عرض سائر الطرق الموصله التى لا يخرج سالكها عن العهده إلا بأن لا يظهر خلافها أو ينكشف له إيصالها غايته إن الفرق بين الطرق الشرعيه و غيرها إنه فى الشرعيات يجزى العمل على ما وافق الطريق ما لم ينكشف الخلاف و فى غيرها يلزم إحراز الوصول فيها إلى الغايه المراده و لا- يكفى استمرار الجهل بالوصول فيها أو أنها من باب الموضوعيه بمعنى أن الإماره موضوع للحكم الذى تضمنته و لو تخلف عن الواقع مثل السفر و المرض فإن الحكم إما اختيارى أو اضطرارى و كل منهما إما واقعى أو ظاهرى، و الظاهرى إما ظاهرى: عقلى أو شرعى و محل الخلاف فى الظاهرى الشرعى للمختار و المضطر و هو المأخوذ من الإمارات الشرعيه و الأصول العمليه. ذهب جماعه إلى الأجزاء فيها و أنها مسقطه للأمر بالواقع- و إن انكشف الخلاف- و فصل بعضهم بين انكشاف الخلاف فى الوقت فأثبت الإعادة إلا ما نص الشارع على عدم الإعادة، و بين خارجه فلا قضاء و سقط الأمر بالواقع. و ذهب جماعه إلى أنها من باب المرآتية و الكاشفيه و لاحظ لها إلا- الطريقيه و لا مصلحه فيها وراء مصلحه الوصول إلى المطلوب و غير الموصل منها لا- ثواب و لا- عقاب له و عليه فعلا- و تركا سوى الانقياد المقابل للتجربى للقائل بالأجزاء إن أغلب العبادات تشتمل على أجزاء و شرائط و لا يمكن إحراز العلم الوجدانى فى الجميع فلو لم يبين على الأجزاء لزم فوات المصلحه الواقعيه التى شرعت الأحكام فكل فاقده للأوصاف المعتره فيه أو لبعضها غير واقعيه لأن المركب من الداخل و الخارج خارج و ما بعضه ظنى فليس بقطعى كله فينحصر الحكم الواقعى بالمعصوم فلا بد من المصير إلى الأجزاء فى الموضوع فضلا عن الحكم بل لا- بد من الامتزام ببعض أقسام التصويب، و يظهر من (القمى) ذلك لحكمه بسقوط الأمر الواقعى و إن الظاهرى يقتضى سقوطه ما لم يقيم الدليل على خلافه محتجا عليه بالأصل و هو البراءه و الاستصحاب و بأن الظاهر من الأمر الثانى عدم إرادته الأول بشهادته العرف و اللغه و للقائل بعدمه كما نسب للذريعه و الفاضل و الشهيدين و غيرهم، و إليه مال شيخنا (رحمه الله) و إن أدله اعتبار الأماره لا- تقضى بالموضوعيه و إثباتها يحتاج إلى دليل آخر بعد كون الأمر الواقعى عام لجميع المكلفين غايته خروج من جهل الحكم الواقعى بالعمل على الطريق و متى ارتفع الجهل عاد الحكم الأولى كالضروره التى بعثت على جواز أكل الميتة فبارتفاعها تعود الحرمة كما هى، و لا مسرح لاستصحاب الجواز حاله الاضطرار و لا وقع لما يتخيل من أن أدله الإمارات حاكمه و مخصصه لأدله العمل طبق الحكم الواقعى فالجاهل خارج عن العموم لارتفاع التكليف عنه بالعمل على طبق الإماره و إن بقى الوقت و ارتفع الجهل لكون التخصيص خلاف الأصل و أدله الإماره لا تصلح للحكومه فإن منها ما هو عقلى كالانسداد القاضى باعتبار مطلق الظن عند أربابه، و ليس حاله عند الانسداد إلا كحال القطع عند الانفتاح لا يفيد إلا مجرد الطريقيه كما لو كان من قبيل الجهل المركب و حكومه العقل به لأجل إطاعه الأحكام الواقعيه ليس إلا. و منها ما اعتبر لأجل بناء العرف و العقلاء كالأصول اللفظيه مثل أصاله الحقيقه. و أصاله عدم التخصيص و أصاله العدم و مطلق الاستصحاب فى رأى فإن اعتبارها من باب الكشف

و المرآتيه و لا- تصرف للشارع فيها إلا- بالإمضاء فقط. و منها الإمارات الشرعيه المعبر عنها بالظنون الخاصه كخبر الواحد و أضرابه و الأمر به لا- يخل أما من جهه الوثوق بالصدور و الاطمئنان به فحال الوثوق بصدور الخبر الموجب لقبوله كحال العلم بالطريقه و هو من مجعولات الشارع فمتى أحرز الصدور و الدلاله التي أمضاها الشارع بالوثوق المعبر في طريق الإطاعه و جب العمل به و لا- يلتفت إلى حال الراوى من فسق أو عداله و لا- عبره بالخلل في السند إذا لم يؤثر بالوثوق أثراً، و أما من جهه وصف الراوى فالقبول و الحجيه يدور مدار تحقق الوصف لا الروايه كاعتبار الخبر للآيه حتى مع عدم حصول الوثوق أو الظن بالصدور فهو- و إن ظن الجعل فيه- من الشارع لأمره باتباع خبر العادل تعبدا فيكون حكما ظاهريا و لازمه أجزاء العمل الواقع على مضمون ذلك الخبر و إصابه المجتهد فيه مطلقا لكنه يمكن إلحاقه بالأول من جهه أن الشارع أمر باتباعه لأغلبه إيصاله إلى الواقع و نهى عن القياس لعدم الغلبه فيه لا- أقل من الشك في أن الأمر باتباعه كان بالجعل أو بالإمضاء و هو يكفى في عدم ثبوت الجعل و الشك في التكليف سبب تام لعدمه، بل أقول أن الطرق لا تميز سوى موضوع الحكم الواقعي؛ لأنها تثبت حكما غيره فكأنها تقول هذا الحكم الواقعي فرتب عليه آثاره فيطلب الأمر وجوده قبله و تبرأ الذمه منه بعده. و يجوز استتجاره على عمل طول ذلك الزمان لفرغ ذمه العامل و لا- نفهم من جعل الطرق إلا- هذا و هو تمييز الحكم الواقعي و صيروره المكلف مشمولاً لخطابه، لا أنها ميزت بدله و جعلت ما سواه مكانه فإذا تبدل الجهل بالعلم و ظهرت المطابقه لذلك الحكم برئت ذمه المحكوم عليه و إن تخلفت مع سعه زمان الحكم لم تبرأ ذمه العامل و يلزمه امتثال الأمر.

ثانيا: فحال الأماره الشرعيه كحال الجهل المركب في عدم أجزاء ما يعمل به خيال أنه هو المأمور به غير أن الفرق بينهما هو الرخصه من قبل الأمر في تطبيق العمل عليها و عدم الرخصه و تظهر الثمره في سقوط الأمر بعد الوقت لو قلنا به فلو قال لك الأمر اتباع لي شهد اليمن في هذا الشهر أو مطلقا فإن جهلت طريقها فاسلك طريق الحجاز فإنه يوصلك فإن سلكه المأمور و لم يوصله الطريق ثم انكشف له طريق آخر متيقن الإيصال لم يرتفع الأمر جزما و للأمر أن يعاقب على الترك و توهم البدليه و سقوط التكليف به مدفوعا بأن لسان الإماره أن هذا هو الواقع ما دمت جاهلا من باب التسهيل لا دائما لخلو الدوام عن الدليل. نعم لا نكر أن امتثال سلوك الإماره المخصوصه مشتمل على مصلحه لم تصل إليها عقولنا فلا مانع من ترتب الثواب عليها بإجماعهم على نقض الآثار في الموضوعات فإن المزوجه بثبوت موت الزوج الغائب المأذون شرعا في نكاحها و قسمه أمواله و قضاء الولي ما فاته من الصلاه فلو تبين الخلاف انتقض كل ذلك بلا إشكال. و التفصيل محتاج إلى الدليل. و كيف كان فالقول باشمال مؤدى الاماره على مصلحه تساوق مصلحه الواقع أو تفوق عليها في غايه الصعوبه لعوده إلى زوال مصلحه الواقع أو إلى اجتماع المصلحتين و الأخذ بالأرجح منهما و هما كما ترى فلا محيص عن القول بأن المصلحه قائمه بسلوك الإماره لغلبه الإيصال لا في مؤداها، و إنها في الطلب لا في المطلوب و إن الإماره لم تحدث مصلحه في الفعل في قبال مصلحه الواقع، و لا يظهر من مدلول آيه النبأ و هو وجوب العمل بما تضمنته عليه، و إن قلنا بتبعيه الأحكام للمصالح الكامنه النفس الأمريه لكون المولى لما لاحظ غلبه الإيصال في الإماره و لاحظ عدم التمكّن من العلم الوجداني بالنسبه إلى واقع الحكم أمر بسلوك الإماره للتسهيل و البناء على أنه هو الواقع من مؤداها و إن تخلف أو كان المتخلف مبعوضا له، و أين هذا من إحداث الإماره مصلحه في الفعل؟ نعم لا بد من اشمال الإماره على مصلحه يتدارك بها ما يفوت من الواقع إذا

استند العمل بها إلى الشارع حال الانفتاح و إلا كان تفويتا للواقع - و هو قبيح - و من هنا ذهب بعضهم إلى الإجزاء في الحكم الظاهري بل أسنده إلى الأصحاب، و ببالي أن صاحب هداية المسترشدين - و إن كنا لا نرتضيه - لأن فوات مصلحه الواقع بعد الوقت مستند إلى الشارع بلا جبران و قبله إلى المكلف لا يرد على الشارع من عدم الجبران شىء .

تنبيه: بناء على المختار في عدم الإجزاء في الظاهري الشرعى إنه لو دل دليل على الإجزاء و الوقت باق في مؤدى الإماره قضى ذلك بأن مؤدى الإماره هو الحكم الواقعى و إن الشرط الذى فات كان شرطاً علمياً و هو غير عزيز في الشرعيات، فلا يجب التدارك و يشكل على القول بالإجزاء إذا دل على الإعادة دليل فإنه يقضى بعدم جواز الرخصه فى العمل على طبق الإماره مثلاً إذا أجاز الصلاه الأمر لمستصحب الطهاره مع قيام الدليل على الإعادة و لو تبين الخلاف فحينئذ أى ثمره فى نصب هذا الطريق للأمر فلا بد للقائل بالإجزاء فى الأخذ بالأمارات أن يمنع الأخذ بمثل هذه الإماره التى توجب الإعادة فى انكشاف الخلاف - و هو باطل - أو يقول بأن الإعادة تكليف آخر و أنه من باب تعدد التكليف و لا قائل به أو يرى بقاء الأمر الأولى و هو كاف فى الإعادة فهو المطلوب أو لا يرى جواز الأخذ بخصوص الإماره التى ينكشف فيها الخلاف فنطالبه بالفرق بينها و بين ما سواها من الإمارات بعد اتحاد المناط بل القول بالإجزاء مع القول بالإعادة لا يمكن اجتماعهما و بينهما مضاده و مناقضه لأن العمل على طبق الإماره إما لغوا و مفوت لمصلحه الواقع مع التمكن منه حتى على مذهب الأشاعره لخلو مقتضاها عن الأمر، أو أنه لغوا و لا كذلك على ما اخترناه لأن الأمر بالعمل على طبقها من باب التسهيل فلو تبدل الأمر بانكشاف الخلاف أعاد ما أوقعه فى الوقت هذا على تقدير عدم الانسداد و على تقدير وجوده فالقول بعدم الإجزاء فيه بطريق أولى فإن المكلف لما عسر عليه الواقع و اختفى من غير تقصير جعل الأمر له طريقاً يتدارك به ما رتبته على الأمر الواقعى من الآثار ثواباً و غيره من باب التفضل و الامتنان فلو انكشف الخطأ أعاد و حصل الرضا بالامثالين و إلا اجتزأ بما فعل هذا فى الإعادة، و أما القضاء فهو تابع لدليله و الاجزاء و عدمه يدور مدار صدق الفوت و عدمه فإن قيل أنه يصدق بمجرد الترك و عدم إيجاده فى الخارج أو وجوده فالقضاء كالإعادة من غير فرق و إن قيل أن تدارك المصلحه حصل بخروج وقت العمل و سقط التكليف من المكلف و القضاء بعد سقوطه يحتاج إلى الدليل و خلاصته أن المكلف إما أن يكون بالعمل على طبق الإماره صار حاله حال المتيمم بعد خروج وقت العمل فلا قضاء و إن كان كالتارك للفعل أصلاً بعد الانكشاف فالقضاء لازم كإعادة فيلزم ملاحظه أدله القضاء فاتضح إلى هنا بأن الحكم إما واقعى اختياري و لا إعاده فيه أصلاً و إما اضطرارى لا يمنع العقل من صدور الأمر بإعادته فيه و لكنه غير واقع و إما ظاهري غير شرعى بأن عمل على طبقه جهلاً مركباً فلا يعقل الإجزاء فيه أن نخيله بعضهم حيث اشتبه عليه حكم العقل بالإطاعه و حسب تحققها فى مقام تخيل الأمر و نحن لا ننكر حسن عمل العامل باعتقاد الأمر و ذمه لو اعتقد الحرمة و ظهر الخلاف فيهما إلا- أن ذلك لا دخل له بمسأله الإجزاء و الاكتفاء بما صنع فإن سقوط التكليف تابع لحصول المكلف به فى الخارج لا لحسن عمل العامل فلم يبق من الأقسام للحكم إلا الظاهري الشرعى الذى قضت به الأماره و هو من الممكن فيه الإعادة و قد وقع أيضاً ذلك فى الشرع إنما الإشكال فى بعض ما اجتزئ به الشارع فى كثير من المقامات فى الظاهري العقلى و إن انكشف الخلاف كحكمه بصحه صلاه الناسى لبعض الأجزاء و الشرائط و وجهه جماعه بالمسامحه

و اللطف و الامتنان و سقوط الأمر بغير المأمور به لطفًا و كرما (و شيخنا) في مجلس المذاكره احتتمل خروج هذه الفروع عن مسألتنا قال: إن المكلفين على ضربين ناس و ملتفت لا بأس بالقول بأن هذا الفعل على هذه الكيفيه مراد للأمر و إن نقص منه ما نقص و تتدارك مصلحه الواقع بالإرادته من خصوص هذا النوع و لو لا- قصوره لتوجه الأمر إليه فالفعل و إن خلى عن الأمر لقصور في المأمور لكنه لم يخل عن المحبويه. و فيه أن الصحه موقوفه على الأمر و هو كاشف عن المحبويه فلا معنى لاجزاء غير المأمور به عن المأمور به اللهم إلا- أن يكون الاجتزاء دليل على الإراده و فيه تأمل، و الحاصل لا ينكر أن الشارع اجتراً بما فقد بعض الأجزاء و الشرائط نسيانا بحمل الشرائط فيها على العلميه و يكون الناسى بالخصوص حكمه ذلك فهو واقعي ثانوى في حقه لقصوره و الأكثر حكما بنديه صلاحه المميز مع خلوها عن الأمر فما هو إلا لجبهه المحبويه المجامعه لنيه القربه و يتفرع على ذلك أن المكلف لو اعتقد أن المراد منه صلاه بلا- سوره و تركها لا- يعاقب على ترك الصلاتين لخلوهما عن الأمر و المحبويه من دون أمر لا- يوجب تركها العقاب و إن حسن الذم إلا- على القول بعقاب المتجرب و القادم على المعصيه و أما التارك الجاهل بالحكم جهلا مركبا بأن يعتقد أن حكمه ذلك ففي جريان ما ذكرنا فيه به نوع غموض لعدم إمكان أن يقال بأن ذلك شرط علمي فإن جاهل القصر و الإتمام و الجهر و الإخفات إنما جهل حكمه لا شرط الواجب أو جزئه فالاجتزاء بالصلاه التامه في موضع القصر مشكل جدا، فإما أن قلنا بمحبوبيتها و إنها مشتمله على مصلحه ملزمه لا بد أن نعترف بالتصويب الممنوع عند الإماميه (رحمه الله) فإنهم ذكروا أن الجهل و العلم لا يغير واقعي الحكم و لو كان مناط الأحكام هو العلم للزم التصويب لأن الجاهل غير مخطئ فيشكل علينا حينئذ حكم الجد الأكبر بكشفه فإنه بعد أن اختار إمكان الأمر على تقدير و حكم بالصحه كما سبق قال: (و هو أقوى الوجوه في حكم جاهل القصر و الإتمام و الجهر و الإخفات) انتهى. فإن فيه مضافا إلى ما سبق أن العلماء قد استثنوا من عدم معذوريه الجاهل خصوص هذين الحكمين إذا انكشف الخلاف في الوقت و لولاه لم يتم ما ذكره من مبنى الصحه لأن قول الأمر (إذا عصيتني في كذا فافعل كذا) إن كان في الوقت فهو لغو إذ للمكلف أن يرفع عصيانه بالإتيان به ثانيا مع عدم المزاحم، و لا يسوغ للأمر مع كون زمان التكليف باق أن يقول: أنى اجتزأت بذلك و إن تحقق منك عصياني لأن في ذلك حمل العبد على العقوق و العصيان بلا داع و لا سبب، و أما بعد خروج الوقت و ارتفاع الأمر فيمكن أن يكون له وجه لكن القضاء يتبع دليله، فعسى أن تكون هذه الصلاه كصلاه العيد لا- قضاء لها. و الحاصل أن الاجماع إن تم على الأجزاء مع بقاء الوقت فهو المتبع و إلا فالقاعده تقتضى عدم الاجزاء و تكرار العمل و لا ينفع تخريج جدنا (رحمه الله) لذلك بما ذكر لأن ذلك التخريج في خصوص الواجبين الذي تضيف أحدهما ربما يكون له وجه فيقال أن الموسع لم يخل عن الأمر و أما في مثل المقام فلا- نعم يمكن أن يجرى ما ذكر فيمن صلى تماما في آخر الوقت في السفر إن أمكن أن تكون تلك الصلاه مأمورا بها فإن المتجه خلوها عن الأمر حال السفر من حيث تعدد التكليف و انقسام نوع المكلف و محض الاجتزاء لا يورث الأمر بها إلا لزوم الحرج الذي لم نتحقق موضوعه فالحق الذهاب إلى عدم الأجزاء بتكلف لاحتمال سقوط التكليف عن المأمور به و الاجتزاء عنه بغيره كما في بعض التوصليات و مما ذكرناه مفصلا تعرف سقوط ما تمسك به البعض للأجزاء مطلقا أو في بعض الموارد بالبراءه مع أن العمومات القاضيه

بالتكليف حاكمه عليها و إن كان الدليل لثبوت كالأجماع و غيره لعدم تعقل الشك فيه و مثلها الاستصحاب لتبدل الموضوع إذ المتذكر غير الناسي و إلا لجرى في حق النائم أيضا، و كذا ما قيل من لشمول العمومات و الأدله القاضيه بالتكليف لهذا المكلف جزما و بعد الإحاطه بما حررنا تقرر على تخريج ما يرد عليك من الأمثله المتعلقه بالمقام مثل خلافهم أن المجتهد في القبله هل يجب عليه الإعادة إذا ظهر الخطأ أم لا؟ و مثل ترتب الآثار على فتوى المجتهد و إن عدل و غير ذلك.

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين

يقول من لا يتبرأ من العيوب و قد أقعدته الخطايا و الذنوب عن النهوض إلى الكمال و اجتناء محاسن الخصال العباس بن الحسن بن جعفر الغروي كاشف الغطاء سألتني من أوده أن أرسم بعض الفوائد في مباحث التقليد بما ينتفع به العالم و العامي لاضطراب الأمر في سنته الثالثه عشر بعد الثلاثمائه، و كثره المدعين ممن لا يبالي في الدين و لا يجتهد فيما يعنيه و كأنه ممن يتبع قول أمه و أبيه فأجبت مسأله و استخرت الله و رسمت ما أدين الله تعالى به و أسأل من وقف عليه الدعاء و الترحم للمشايخ المرحومين من آل شيخ جعفر (قدس الله أرواحهم).

الفائده السابعه: التقليد

العمل بما وراء العلم حرام بالعقل و النقل و التقليد نوع منه فيحتاج في جوازه مطلقا أو في الجملة إلى قاطع يقضى به قال ابن زهره في غنيته: (لا يجوز للمستفتي تقليد المفتي لأن التقليد قبيح و لأن الطائفه مجتمعه على أنه لا يجوز العمل إلا بعلم و ليس لأحد أن يقول أن قيام الدليل و هو إجماع الطائفه على وجوب رجوع العامي إلى المفتي و العمل بقوله مع جواز الخطأ عليه تؤمنه من الإقدام على القبيح و يقتضى استناد عمله إلى العلم لأننا لا نسلم إجماعهم على العمل بقوله مع جواز الخطأ عليه و هو موضع خلاف) انتهى. و تبعه غير واحد من الخاصه و العامه و نسبه في الذكرى إلى القميين و هو صريح كلام بعض الإخباريين أو جلهم و المشهور بين أصحابنا وجوبه على من لا يتمكن من الوصول إلى أحكام الله سبحانه و لو بالاجتهاد حتى كأنه صار من الضروريات التي لا تحتاج إلى الدليل غير أنهم اختلفوا في تأخير رتبته عن الاحتياط للمتمكن منه أو تقديمها عليه أو التخيير بينهما للمتمكن منهما. و منشأ الاختلاف أن التقليد متمحض للطريقيه فيساوي باقي الطرق أو فيه شائبه التعبدية و ليس هو في عرض الطرق التي ينكشف بها الواقع و إلى إن الاحتياط يورث العلم و لو إجمالا و لكل وجه، ثم أن الاستدلال قد وقع على شرعيته بالأدله الأربعة من الإجماع المحصل فضلا عن المنقول ففي "العهده" ذهب إلى جوازه البصريون و الفقهاء بأسرهم، و في "المبادئ" جوزة الإماميه، و في "المنيه" المحققون على الجواز، و في "المعالم" عليه الأكثر و من الكتاب مثل آيتي النفر و السؤال، و من السنه منطوقا خبر أبان و عمر بن حنظله و صحيحه أبي خديجه، و خبر "البحار" قال "عليه السلام" ()

و لقول العلماء فأتبعوا

(و خبر "الاحتجاج"، و مفهومه كخبري ابن شبرمه و الغوالي، و خبري أبي عبيده " و الكافي" عن عبد الله بن الحجاج و مضمون

الجميع حرمه الإفتاء بغير علم.

و أما العقل فقررره الشريف المتأخر الشيرازى أن العامى لا عبره بالأخذ برأيه فى الأحكام الشرعيه التى كلف بها لعدم وصوله قطعاً و وجود ما هو أقرب منه فينحصر الأمر

بين سقوط التكليف عنه أو الأخذ ممن يظن في حقه الوصول، و السقوط لا- قائل به إلا في البهائم في الأول فيتعين الأخذ من المجتهد. و المعتمد من بينها الإجماع لأن ظهور الأمر بالسؤال في آيته إنما هو لرفع الجهل لا للعمل فهي تفيد حكماً إرشادياً و بانصراف الآيه إلى سؤال العالم مطلقاً فلا تشمل المعتمد على الظن مطلقاً و على بعضه كالمجتهد و من عدم شمول آيه الإنذار للإنذار الظنى إذ لو لم يكن المنذر عالماً بإنذاره كيف يجوز له الإنذار الموجب للحدز؟ فلو سلمنا أن الآيه تدل على حذر السامع مطلقاً و لو جهل صدق المنذر فما كانت لتدل على إنذار من لم يحرز العلم الشرعى من مقدماته العلميه فينحصر قبول الإنذار ممن يعلم و لا- تشمل المظنونيات و لا- مسرح لعدم القول بالفصل، و نص المفسرون على أن النفر الواجب هو ما كان للجهاد بقرينه قوله تعالى: [وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَآفَّةً] لكن النفر للنفقه جهاد في الدين أيضا فهما بحكم واحد. و الحاصل أنها غير صريحه على المدعى.

و أما الأخبار فهي معارضة لما دل على حرمه العمل بغير علم و لا- يبعد رجحانها عليها ثم غايه ما تفيد لزوم بلوغ الحق إلى الجاهل لينقلب جهله علماً. و إما أنها تفيد حكماً ثانوياً و هو وجوب عمل الجاهل بما علمه من قولهم فلا، بل يحتاج ذلك إلى مقدمه خارجيه عن النصوص المزبوره و لأجله لم يعتمد جماعه من محققى أصحابنا كصاحب المعالم و غيره في جواز التقليد إلا على الإجماع و الضروره.

و أما العقل فأقصى ما يدل من رفع الضرر و العلم الإجمالى بوجود التكليف هو الأخذ بالأقرب إلى الواقع، و هو لا ينحصر بالمجتهد المصطلح بل يعمه و المتجزئ بل كل من يعلم الحكم الشرعى و يظن القرب فيه: و الحق أن الاجتهاد و التقليد طريقتان منصوبان من الشارع للجاهل بالحكم الواقعى و النصب على ما يظهر من المشهور منحصرهما للمكلف و وجوبها من باب المقدمه المأمور بها بالخصوص فهما من الظنون المعبره عند الشارع. نعم لو حصل الواقع سقط الأمر بهما فسقط قول من يرى التخيير بينهما و الاحتياط للمتمكن من الجميع لعدم كفايه التخيير العقلى فإنه لا يخص طريقاً بعينه و لعدم تحقق الشرعى منه بل العدول منهما إليه فيه إشكال و إن أجزأ لو صادف به الواقع لكونهما فيهما شائبه التعديه، و عليه فيجترئ المكلف بإيقاع العمل على طبق أحدهما و إن تفتن له بعد إيقاعه فى الخارج فيكون من قبيل الإجازة فى فضولى العقد و لا تجب على العامل الإعادته، و يتفرع عليه صحه الاقتداء بغير المقلد و المجتهد الذى يوافق عمله رأى أحد المجتهدين الأحياء و إن كان من الإخباريه بشرط العداله و فى الأخبار إيماء لذلك كما ورد فى براء لما استنجدى بالماء من حسن عمله حتى نزل به قرآنا [إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَ يُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ] و لا- فرق بين العباده و غيرها من العقود و الإيقاعات فلا وقع لما يتخيل من عدم صحه العمل الماضى و إن حصلت المطابقه مطلقاً أو فى خصوص المعاملات أو فى بعضها لعدم ما يصح أن يستدل به على ذلك. نعم يلزم فى العباده عدم التردد فى نيه القربه و لا- يجزى على الظاهر التصرف فيما يرجع أمره إلى الإمام أو نائبه العام و إن وافق الصرف ما يراه فيه فلا يجزى إعطاء حق الإمام للساده و إن كان المجتهد يرى صرفه فيهم علم المعطى بذلك أم لا لحرمة التصرف بمال الغير بغير إذنه و لا تنفع فيه نفس الموافقه و فى إجازته للصرف كذلك إشكال و براءه ذمه الدافع أقرب لكن مع ذلك كله فقد حكم أكثر المتقدمين و شرذمه من المتأخرين بفساد عبادته الجاهل و إن طابق الواقع حتى ترقى بعضهم فحكم أن الاجتهاد و التقليد من أجزاء المأمور به أو شرائطه و أطلق الكثير أن الجاهل بالحكم الشرعى غير معذور و حجتهم على ذلك أمور:

أولها: الإجماع المنقول المعتضد بالشهره بين من تقدم حكاه في " السرائر " و " الرياض " و الكاظمي في محصوله، و صريحهم بطلان عبادته تارك الطريقتين و إن صادف الواقع.

ثانيها: الأصل القاضى بشغل الذمه إلا بأحد الطريقتين، و أما غيرها فلا دليل على الصحه فيه لا أقل من الشك و الشغل اليقيني يستدعى البراءه اليقنيه.

ثالثها: توقف العمل على العلم أو ما يقوم مقامه، و مع الجهل يفسد العمل لعدم إحراز شرطه. و معلوم أن ظنون المجتهد صارت بالإمضاء بمنزله معلوماته.

رابعها: اعتبار نيه الوجه أو القصد إلى الوجه، و هو لا يحرز إلا بمعلوميه الوجوب عند المقلد، و لا يعلم إلا بالأخذ من المجتهد الذى أوجب المعصوم الأخذ بقوله و لذلك حكم الفاضل بوجوب استعمال الوجه بالاجتهاد أو التقليد، و نوقش فيها بأن شهره المتقدمين و إجماعهم ما لم يصححه المتأخرون لا يفيد شيئا. ثم إن المسأله عقليه لا مسرح للإجماع فيها و بأن شغل الذمه و الشرطيه مع حصول الإطاعه العرفيه لا يفيدان الفائده و على أن غايته أن الرجوع إلى الطريقتين يورث صحه العمل، أما أن العمل بدونهما فاسد مطلقا فما كانا ليفيدان ذلك. و أما اعتبار نيه الوجه فلا ملازمه بينها و بين حصول العباده على أحد الطريقتين فلو سمع العامى و جزم من غير المجتهد بأن هذا العمل مشروط بالنيه ثم أداه على وجهه كفى. نعم اعتبار نيه الوجه لا- تجامع الاحتياط فلا بد من قيام الدليل على عدم اعتبارها.

و ملخصه: أن الشك إن أعاد إلى شرطيتها فى الفعل المأمور به و عدمه لا شك أن الأصل عدم الشرطيه، و هو من مجارى أصل البراءه و إن رجع الشك فى اعتبار الرجوع إلى المجتهد أو اعتبار الوجه أو قصده إلى طريق الإطاعه لا مجرى بعد البراءه، و لا يفيد العمومات فى صحه المأتى به فإن الشارع لو أمر بمركب خارجى كالصلاه و نحوها بمثل " أقيموا الصلاه " ثم عرض الشك فيما يقيد ماده القاضيه بإطلاق الأمر فحينئذ يمكن التمسك بإطلاقه لرفع ذلك المقيد كسائر الأجزاء و الشروط التى يشك فيها فإن باعتبارها قصر لذلك المطلق على بعض أفراده، و أما لو حصل الشك بأمر خارج عن ذلك المركب و لا يشمل بإطلاقه يلزم الإتيان به لعدم منافاته لإطلاق ماده و ركن من حرم صلاه الجمع من الغيبه إلى هذا، و هو أن إطلاق الأمر بها لا يشمل صورته الشك فى إطاعه هذا الأمر بكونه مشروطا بحال الحضور أم لا. فالشك فى طريق الإطاعه و معه لا يجرى الأصل فالعلم التفصيلى بالإطاعه و تحققها غير ممكن إلا بإحراز أحد الطريقتين، و مرجعه إلى عدم أجزاء العباده الموافقه للواقع بدون أحدهما و هو المطلوب. و رده أنه ليس للشارع إطاعه خاصه يلزم تحريمها و عند الشك فى تحصيلها يؤخذ بالمتيقن. بل و كل الإطاعه تنصرف إلى ما هو المتعارف من إطاعه الموالى لمواليهم و لم يكن لها عنده معنى جديد أو إنه حدها بتحديد، و لا تتوقف شرعا على غير ما توقفت عليه عقلا. و قد سلف منا أن الإطاعه فى الواجب التعبدى كمثل الإطاعه فى التوصلى من دون فرق. ثم أن العقلاء الذين أمضى حكمهم الشارع لا- يشكون فى حصول الإطاعه إذا أتى العبد بجميع المحتملات التى يتحقق بها أمر المولى و إن لم يرجع فيما تعبد به إلى أحد الطريقتين أو أتى بالفعل جازما بالإراداه فصادف الواقع عد مطيعا لكن فيه أن ظاهرهم أنهم فهموا أن الشارع لم يكتف بما عليه العقلاء من الإطاعه بل اعتبر إطاعه خاصه و فهمهم لذلك و هم نقده الأخبار و لسان الشارع حجه و أى حجه ففى " النهايه " و يجب إيقاع الواجب لوجوبه

و المندوب لندبه أو لوجههما و فى " البيان " لو نوى مشغول الذمه بواجب الندب لم يجز و كذا العكس مع أن الشارع اعتبر إطاعه خاصه فى بعض الموارد مثل من يتمكن من العلم التفصيلى بل الظن الاطمئنانى بالقبله لا- يجوز له الصلاه إلى سائر المحتملات التى يعلم إجمالاً- بوجود قبله فيها و فى تمكن من سؤال المعصوم أيضاً لا- يسوغ له الإتيان بمحتملات يقطع بحصول إدراك الواقع فى جملتها و يترك السؤال و يمكن الذب عنه بأن فهمهم لا يعارض الدليل العقلى و يحتمل أن يريدوا بالجاهل هو الذى لا- يطابق الواقع عمله أو أن مطلق المطابقه لا تلازم الإطاعه كالتائم و الغافل و لو سقط الأمر معهما فهو ليس للإطاعه بل لارتفاع الموضوع و قد تقدم مساواه الواجبات مطلقاً فى تحقق الإطاعه و لعل المثالين من هذا القبيل و العقلاء كالشارع فيهما و لو أبيت المساواه قصرنا لزوم الإطاعه الخاصه على موردها لا مطلقاً لعدم النص الوافى على إرادته الإطلاق و لا يفيد فيها لعل و عسى فينفى اعتبار الزائد على الإطاعه التى تعتبرها العقلاء بالأصل لإحراز القدر المتيقن منها لكن مع ذلك ففى النفس منه شىء و لا يبعد أن المقام من مجارى قاعده الاشتغال و كيف كان فالظاهر عدم اعتبار قصد الوجه فى العباده و عليه فلو نوى المكلف الوجوب فى المندوب أو العكس صح فى حال الجهل لتحقيق إتيان الفعل من حيث أنه مطلوب و محبوب و ذلك كاف فى الصحه، و مثله ما لو نوى الندب عند الشك فى دخول الوقت أو الوجوب حاله الشك فى خروجه لأجل الاستصحاب فبان الخلاف صح لظاهرى الأمر خلافاً للفاضل، فإنه أوجب الإعادة مع التمكن من تحصيل الظن حتى فى المستصحب لإطلاق فتواه و لم يكتف بالصحه فى المظنون مع التمكن من العلم لو ظهر الخطأ فى الظن و الثانى حسن و الأول مشكل. و أقصى ما يتحمل له أن العمل بالاستصحاب لا ينافى الإعادة من حيث إمكان الفحص كما فى مستصحب الليل و هو صائم هذا مع الجهل.

أما لو تعمد الخلاف فقد أطلق المحقق (رحمه الله) أن الإخلال بنيته لا يؤثر فى فساد الوضوء و حملوه على الجاهل أما لو تعمد نيه الوجوب فبان أن المنوى واجبا فوجهان و الأقرب الصحه و فى " الذكري " أن قصد الخلاف عمداً صحيح بناء على عدم اعتبار نيه الوجه فكأنه ينفى حرمه التجرى أو أن النهى عنه لا يقضى بفساد العباده- و هو مشكل- لو دخل بالشرع، و منه يظهر صحه المعامله المطابقه للواقع حتى مع تعمد ترك الأخذ من المجتهد و لم أعر على مخالف فى ذلك. و الحاصل: أن الفساد فرع إثبات شرطيه الأخذ من المجتهد مطلقاً أو فى العبادات فى صحه العمل و الشرطيه كذلك لا دليل على اعتبارها جزماً.

الفائده الثامنه (الموافقه للاحتياط العباده):

حكم غير واحد بصحه العباده الموافقه للاحتياط بل يظهر من كثير التخيير بينه و بين الطريقتين و فى الدرر و ليس بين المسلكين واسطه يسلكها السالك إلا الحائطه و هذا الحكم فى غايه الإشكال على إطلاقه، بل الأخرى فيه أن يقال أن الأخذ به مشروط بعدم التمكن من الاجتهاد أو التقليد و كونه عن مستند شرعى فى حق المجتهد و المقلد و المستند إن كان مما يتساويان فيه كالإجماع أو العقل فعملهما عليه على السواء و إلا تعين على العامى تقليد المجتهد فى أصل جوازه و فى تشخيص موارد حتى لو كان عارفاً لكن لم يبلغ رتبه الاجتهاد إذ الأخذ بالاحتياط من الفروع التى يلزم فيها التقليد و ليست هى كأصول الدين.

نعم إن قطع المقلد بالحكم و لو بسبب الاحتياط أو علم أنه من موارد بعد الرخصه فى أصله صح عمله و يندرج فىمن أدى الواجب بغير طريق شرعى فوافق الواقع، و لا- يرد بأن الاحتياط من المسائل الأصوليه لأنه من مباني الأحكام التى ينتفع بها المجتهد فقط فهو كالبراءه فإننا ننكر أنه من مسائل الأصول أولا و كليه عدم جواز التقليد فى جميع مسائل الأصول ممنوع ثانيا فإن كثيرا من المسائل له جنبتان كمسأله تداخل الأسباب بل البراءه فى وجهه. و بالجمله هو كسائر المسائل تعرضه الأحكام الخمسه و لا يجوز العمل عليه إلا بعد استفراغ الوسع من المجتهد فى جوازه فمن جعله واسطه أن جوز العمل به مطلقا و لو عن غير مستند فهو ممنوع و إن كان عنه فهو رجوع إلى الطريقتين و عن شروط العمل به أن يميز العامل مع التمكن ما يؤديه مما وجب عليه سواء فى ذلك الأجزاء و الشرائط أو الفعل المردد بين أفعال خلافا لبعضهم فخصه بالصوره الأولى، و وجهه أن التعبد بالمأتى به لتحصيل الفراغ إنما يصح مع العجز عن تحصيل الواقع مطلقا كالصلاه فى المشتبهين أو إلى الجوانب الأربع و مع إمكان تمييز الظاهر و الجبهه لا يصح يقينا لاحتمال المخالفه القطعيه.

الفائده التاسعه: حكم الجاهل بالموضوع

اشاره

حكم الجاهل بالموضوع كحكم الجاهل بالحكم إذا تفرع الجهل بالموضوع عن الجهل بالحكم كالتصرف بالعوض أو المعوض باعتقاد الملكيه لأحدهما فانكشف الخلاف إما بالطريق المقرر أو بغيره، أما لو جهل الطريق المقرر كمن قامت عنده البيئه على نجاسه ثوبه فصلى لجهله بأن ذلك يثبت النجاسه فصلى فيه و انكشف الخلاف، قرب الوالد فى أنواره الصحه لعدم تكليفه غافلا و مصادفه العمل الواقع بل لو كان الانكشاف على مؤدى الطريق فإنه كانكشف الواقع و لا إعادته و لا قضاء عليه كذلك إذا لم يطابق عمله الطريق فى قول الوالد خلافا لشيخنا فإن الوالد كأبيه فصلوا بين انكشاف الخطأ مطلقا فى صحه الآثار السابقه بين ما كان المنكشف خلاف الواقع أو خلاف الطريق و خصوا النقض بالسابق و مثله تبدل رأى المجتهد و له وجهه، و أما إذا لم يتفرع الجهل بالموضوع عن الجهل بالحكم فالمكلف حال الغفله لا- تكليف عليه و لا- إثم و لكن ذلك لا- يثمر فى ترتب الحكم الوضعى على العمل من الصحه أو الفساد إلا إذا كان الفساد مرتبا على التحريم مثل الصلاه فى الثوب أو المكان المغصوبين دون لبس ما لا يؤكل لحمه فى الصلاه جهلا، و أما فى حال عدم الغفله كأن يكون مرددا فى الموضوع فإن أمكنه تحصيل الواقع و لو بالاحتياط لزمه ذلك و إلا أخذ بالطريق المقرر شرعا فى تشخيص الموضوع و متى لم يصادف الواقع بعد الانكشاف فإن كان عدم الموضوع شرطا واقعا للعباده لا تصح مطلقا كالصلاه فى جلد غير المأكول اللحم و إن تفرع الفساد على التحريم كالغصب حكم بالصحه فيها. و لو ترك الأخذ بالطريق عمدا فصادف العمل الواقع فإن كان من المعاملات لحقه حكمه الوضعى و هو الصحه و إن كان عباده و لم يتردد فيه بنيه القربه فوجهان الصحه فى كونه جاء بالعمل على طبق الواقع و إن خالف الشرعى فى تشخيص الطريق و الفساد لنهيه عن الأخذ بغير الطريق و الأقرب الصحه للأمر بالواقع لا بمؤدى الطريق.

تنبيه: عدم عقاب الجاهل القاصر:

لا شبهه فى عدم عقاب الجاهل القاصر و إن لم يصادف عمله الواقع، و العقل قاض به، و أما القاصر التارك للفحص و الاستعلام

مع الالتفات إليه فلا يعاقب أيضا على إيقاع

معامله لم يترتب عليها أثرا شرعيا. و أما لو رتب فلا- قبح في عقابه عقلا و إن صادف الواقع لأمره بالرجوع إلى الطريق المقرر شرعا- و قد خالف- و أما لو رتب آثار عقد لا يعلم صحته من فساده أو قامت بينه على فساد عقده شرعا أو شخصت له موضوعا فرتب الآثار على خلاف ما قامت عليه البينه فاتفق صحة العقد عند مجتهد الوقت و اشتباه الشهود في الموضوع، و الظاهر أن تجويز العقل لا- يورث الجزم بالعقاب شرعا و إن رجحه الأستاذ الشريف نظرا إلى أن الطرق الشرعية كالواقع فالمخالفة فيهما سواء و لو فيما لا- يشترط فيه النيه و هو كما ترى لأن ما يستحسنه العقل لا- يجب أن يحكم به الشرع إلا- إذا وصل إلى حد الإيجاب و لا موجب للعقاب في التخلف عن الطريق إلا على القول بحرمة التجري أو أن الرجوع إلى المجتهد من شرائط العمل و كلاهما ممنوعان. و أما العبادة فلا يعذر الجاهل في ترك الاستعلام عنها مع إمكانه و يعاقب قطعا على الترك لحكم العقل بالواحد و للنصوص القاضيه به إلى حد الاستفاضه، و يكفي فيه حسنه الكناسى و الصحيحه في المتزوجه في العده و أوامر الإطاعه و غير ذلك كما لا يخفى.

تنبيه: العاجز عن معرفه الأحكام:

حكم أكثر الفقهاء بأن العاجز عن معرفه الحكم مطلقا يجب عليه أن يأتي بما يقطع أو يظن بأنه الحكم من سائر الاحتمالات و إلا رجع إلى الأعلام من الأموات و يظهر من الفصول بأن حكم العاجز الاحتياط، و لا- يجوز مع إمكانه الرجوع إلى الأموات و إن اشتملت الاحتمالات على مظنون الحرمة و مظنون الوجوب أو مقطوعهما و مظنونه ما لم يؤثر فعل أحدهما الفساد كما لو احتمل صحة الوضوء بمضاف الماء أو مغصوبه أو نجسه عند العجز عن تحصيل مطلقه أو جواز التيمم بالمعادن المحظور بها ذلك عند فقد التراب فتميم و توضأ؟ في الأول و تيمم في الثانى و أعاد لاحتمال أنه فاقد للظهورين بناء على وجوب التدارك، و هكذا فمرجع قوله إلى تقديم العمل بالاحتياط على الأخذ بقول الأموات عند العجز فإن ظهر الخلاف جرى فيه ما مر من الإعادة و القضاء و عدمهما أو الأخير. و ربما يظهر في بعض كلماته أن الاحتياط من الأحكام الواقعيه فإن أعياه الاحتياط عمل بظنه و قطعه، و مال بعض المحققين إلى التخيير بين الأخذ بقول الأموات أو الاحتياط.

أقول أما على قول المشهور لا يصح العمل بقول الأموات مطلقا لأنه في أى حال يمكنه العمل على طبق الأصول المقدم عندهم على الأخذ بقول الأموات، و أما على باقى الاحتمالات فالعمل بكل منها موقوف على دليل يدل عليه لعدم تحقق الإلزام بشىء بلا- قاطع فإن العمل بالظن محرم إلا- ما استثنى و ليس من المستثنى ما نحن فيه، و انسداد باب العلم يوجب العمل بالظن في الجملة لا- مطلقا، و كذا التخيير فإنه حكم شرعى محتاج إلى الدليل، و لعله مقصور على ما تعارض فيه النصان، و دعوى أن التخيير عقلى في مقامنا لثبوت التكليف في الجملة و عدم معلوميه المكلف به فيلزم إما التخيير أو الترجيح من دون مرجح موهونه بأن المبتلى به إما أن يرجع إلى الشك في التكليف فهو من مجارى البراءه و إن علم أن هناك تكليف لكنه لم يعلم تنجز الخطاب به عليه بل لو علم أن الله تعالى في هذه الوقعه حكما إلا أنه لم يعلم أنه حكم حتى في حال عجزه عن تحصيله فلا دليل على لزوم إتيانه بكل محتمل "

و ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم

" فإن مفاده أنه لو ارتفع تكليفه عن الحكم المعين ارتفع أصل التكليف لأنه فصله و الكلى ينتفى بانتفاء فصله و تحققه فى ضمن فصل آخر و هو التخيير محتاج إلى الدليل، نعم لا يبعد القول بالتخيير فيما لو علم التكليف و جهل

المكلف به مثل ما لو علم بوجود الساتر في الصلاة المراده ثم أعوزه المباح منه فدار أمره بين الستر بالحرير و نحوه أو أن يصلى عريانا أو أعوز الكافور في التغميل و تردد في بدليه القراح عنه أو التيمم تخير أيضا إذ لا بديه فعل أحدهما تقضى به و ذلك مفاد الناس في سعه ما لم يعلموا إذ السعه لا تتحقق بغير التخيير لكن ذلك إذا لم يترجح أحد الأمرين بمرجح و لو بموافقه أحد الأصول فإن الذى لا يقطع بضرر الماء لو شك بينه و بين التيمم عند عروض داء توشأ قطعا هذا فى حكم العاجز قطعا مطلقا أما لو دخل غير العاجز بعمل لا يجوز له قطعه كالصلاه مثلا مع التمكن من الاستعلام ثم عرض له شك فى أثائه فهل يجوز له قطعه أم لا؟ الظاهر لا فإن وافق الواقع مضى و إلا جرى عليه ما سبق و لم أعر على فتوى لهم فى هذا الفرع و الله العالم.

الفائدة العاشرة (عدم جواز تقليد الميت ابتداء):

يكفى فى عدم جواز تقليد الميت ابتداء إجماع علماء العصر عليه بحيث لم يظهر منهم مخالف فضلا عن الإجماعات المنقوله و الشهره المحققه بين السابقين و اللاحقين، و أما البقاء على تقليد الحى الجامع للأوصاف بعد موته فقد اشتهر الخلاف فيه بين علماء عصرنا و من قاربنا عصره و لم نعثر على تحرير لهذه المسأله قبل السيد الصدر و نسب القول به إلى البعض، و جزم به جدنا الأكبر كاشف الغطاء فهو أول من تصدى لها و حكم بوجود البقاء على التقليد و عدم جواز العدول بالموت و تبعه على ذلك أولاده و أحفاده و حواشيه و حواشيه و من قرأ عليه و عليهم، منهم السيد العاملى صاحب مفتاح الكرامه، و الشيخ قاسم العاملى محى الدين، و الفاضل التستري صاحب المقاييس و الشيخ محمد تقى صاحب هدايه المسترشدين، و غيرهم من تلامذته. و أوجب العدول جماعه منهم شيخنا المرتضى تحريرا و تقريرا و تلامذته كالسيدى الكومرى و الشيرازى و حبيب الله الرشتى و غيرهم من فحول من قرأ عليه. و خير بين العدول و البقاء جماعه منهم سيد المفاتيح و صاحب الفصول و شيخنا صاحب الجواهر و تبعه أساطين تلامذته و المسأله عامه البلوى فى غايه الإشكال لعدم النص و لا مسرح للعقل فيها و لعدم تحقق الإجماع على أحد الحكمين و الكتاب ساكت من ذلك فلا بأس بالتعرض لها و يظهر من الجد (رحمه الله) الاستدلال لذلك بأمور:

أولها: أن الأخذ بقول المجتهد و الالتزام به فى أحكام الله سبحانه لا شك بأنه خلاف الأصل لأنه عمل بما وراء العلم الممنوع عقلا و نقلا و حيث قضى الدليل فى اعتبار مضموناته فى حق غيره شرعا كان من الطرق المنصوبه لعمل الجاهل بأحكام الله تعالى من قبل الشارع ففيه نوع تعبدية كما أنه طريق إلى الواقع يلزم المكلف الأخذ به و الرجوع فى الحكم إليه و التدين به و يلزمه أيضا التدين بمضموناته و لا- يخرج أحد عن العهد بغير ذلك و تبرأ ذمه العامل به لأنه مقتضى وجوب الرجوع إليه فتكون مضموناته من الأحكام الظاهرية فى حقه و حق مقلديه، و يجرى فيها ما فصل فى الحكم الظاهرى الشرعى فى أنه يقتضى الاجزاء مع عدم تبين الخلاف أو مطلقا و حينئذ لو رجع العامى للمفتى و عمل على قوله و جوبا كان ذلك الحكم حكما ظاهريا فى حق العامى و العالم لا- يجوز نقضه إلا- إذا ظهر الخلاف، و ظهور الخلاف إما لجهه إدراك الواقع و إما لجهه فساد المبنى فيعدل لظاهرى أقوى دليلا مما عمل به، و لا تضر المخالفه القطعيه إذا قضى بها الدليل بناء عليه أن المفتى لو مات فرجع المستفتى عن حكمه الظاهرى الذى وجب العمل عليه قبل

الموت إلى ظاهري آخر لا بد له من دليل و مرجح و ليست حياه الثانى من موهنات ما حكم به الأول، كما أن موته لم يورث و هنا فى حكمه إذ لم يعلم الواقع مع أيهما، و لم يعلم فساد مقدمات أحد الحكمين و عند التخالف بين الميت و الحى يلزم المستفتى تعمد المخالفه القطعيه من حيث وحده الحكم فهو من قبيل ارتكاب أحد أطراف الشبهه المحصوره، إذ لا ريب أن العقل يمنع من ارتكاب الطرف الآخر للزوم المخالفه القطعيه لحكم الله تعالى، أما فى السابق أو فى اللاحق إذ المفروض تساوى الظاهرين من كل وجه عدا موت المفتى و هو لا يقضى بفساد مبنى ذلك الحكم الظاهري الذى عمل به المقلد. نعم لو كانت الحياه شرطاً فى لزوم العمل يدور معها الحكم نفيًا و إثباتاً لتم المدعى و لا قائل بالشرطيه كذلك و هذا الكلام يقضى بجواز الأخذ بمظنونات المجتهد و لو بعد موته لنفوذه فى حق المقلد، لكن لما قام الإجماع على عدم الجواز فى الابتداء أخذنا به و لا نقيس عليه مطلق الموت إذ ليس من لوازم عدم الأخذ بمظنوناته ابتداء سقوط قوله مطلقاً و إلا- لما قبلت رواياته و أجزت شهاداته و حكوماته- و إن كانت بعلمه لا- بالبينه- ثم العدول من حكم ظاهري بعد العمل به إلى ظاهري مثله يورث التخيير الاستمراري فى الأحكام الظاهريه المتساويه و لا قائل به من الأحياء بل هو ملعبه إذ لا داع إلى نقضه بلا مرجح من فساد مقدماته أو معلوميه أن الواقع بخلافه و الطريق لا يخرج عن طريقته. لا يقال أن هذا الدليل يجرى بعينه فى التقليد الابتدائي فلم منعه؟ لأننا نقول أنه لو لا الإجماع لقلنا به و لا إجماع فى المقام و لا يشمل ذاك ما نحن فيه، و الحكمه فى حرمه التقليد الابتدائي هو عدم إحراز مظنونات الميت عند موته غالباً لما شاهدنا من رجوعهم عن الفتوى فى كل كتاب بل يتفق ذلك فى كتاب واحد و لهذه الحكمه طردوا المقالَه فحرموه ابتداء كالعده للمطلقه أو المتوفى عنها زوجها من جهه اختلاط الأنساب فإن احراز عدم رجوع المفتى إلى حين موته عن مظنوناته مما يعسر على المقلد و يلزمه الفحص لأغلبه الرجوع فيهم و لا كذلك ما نحن فيه على أن الإجماع كاف فى التفريق و ليس عروض الموت للمفتى إلا كالنوم بل هم أحياء عند ربهم يرزقون ثم اللازم على القول بوجوب العدول هو الحكم بتزلزل جميع ما استند إلى مظنوناته من أعماله بل إلى مقطوعاته إذا كانت مظنونات بنظر الثانى فيجب على الولي قضاء ما فاتته من كل صلاه صلاها بملاقاه ماء قليل لاقى نجاسه أو بإصابه ماء الاستنجاء لثوبه لو بنى على طهارتهما، و الثانى قال بالنجاسه و فسخ كل معامله وقعت منه، و الثانى لا يرى صحتها كبيع وقف أو أم ولد أو ملك غائب أو صغير و أداء كل مال أنفقه مما ذهب إلى أنه صدقه أو قسمه ميراث على مذهبه كتوريث الزوجه من رقبه الأرض و عدمها و كمسائل الرد المختلف فيها، و العقد الفارسى، و بيع الفضولى، و غير ذلك، و خالفه الثانى و هكذا بناء على ما هو المشهور من نقض الآثار فى مسأله تبدل الرأى، و هنا لاتحاد المناط و الالتزام بذلك خارج عن مذاق الفقاهه لأنه حرج فى الدين و لم يعهد من أصحابنا ذلك بل نراهم يعاملون المجتهد معاملة الإمام " عليه السلام " فى إمضاء أعماله و نفوذ تصرفاته و لا يكون ذلك إلى مسأله الأجزاء فى الأمر الظاهري الشرعى و عدمه و لا يدرجوا ذلك فى مسأله الحكومه إذ ليس كلما تصرف فيه مما حكم به ليرتب على عدم جواز نقض الحكم مطلقاً بل يظهر من عمل العلماء كفر الراد عليه و ارتداده و إن كان المردود من مظنونات الحى القائل بوجوب العدول فإمضاء تصرفاته فى الحى الذى يعلم بمسئلتها و يخالفه من ذلك و لا يجوز البقاء على تقليده متمانعاً، و هما واقعان كثيراً و خروج مثل ذلك بالدليل و إلحاقه بأحكامه يعارض لدليل فما هو إلا لكون الاجتهاد من المناصب العليه و فيه نوع

خصوصيه و إنه مأذون من الإمام بالعمل بما يؤديه إليه نظره، و إن حكمه فى ذلك. حكمه و إن الموت لا يسقطه عن درجه الاعتبار كما لا يسقط الإمام ذلك فنقض آثار مزنوناته و إبطال العمل بالموت ليس إلا بعيد عن الاعتبار لا تقبله الفطره السليمه و مناف لجلاله قدره.

ثانيها: الاستصحاب مع عدم المداقه فى الموضوع و أصاله عدم طرو المانع. قال الوالد (رحمه الله) و هو المسمى باستصحاب حال الإجماع، و دليل الاستصحاب شامل له، و خلاصته أن ارتفاع حكم و جوب التقليد الثابت فى ذمه المكلف بموت المجتهد غير معلوم فيستصحب بقاءه أو بقاء الاعتماد على قول المجتهد حتى يعلم المزيل أو بقاء و جوب السوره وقت الصلاه إلى ما بعد الموت و مثله بقاء الملكيه و الزوجيه و هكذا فى الأحكام مطلقا. و نوقش فى الدليلين:

ففى الأول: أن أدله جواز العمل بظنون المجتهد أو وجوبه ظاهرها أن الحكم يدور مدار تحقق وجوده، و وجوده فى الفرض مشكوك فيعود الشك إلى وجود سبب العمل فيما خرج عن قاعده الحرمة و القدر المتيقن فى عليه الحكم هو بقاء الحكم بقاء الظن أما لو ارتفع أو شك فى ارتفاعه و عدمه انتفت عليه و إثبات بقاءه بعد الموت من الأصول المثبتة كاستصحاب سائر الموضوعات التى لا يعول عليها و لزوم المخالفه القطعيه لو عدل لا مانع منه فيما لو تدرج تقليده فإن عمله الأول موافق للحكم الظاهري و لم يقطع بخلاف الواقع فى الثانى فالشبهه بالنسبه إلى التقليد الثانى بدويه لعدم ملاحظته لعلمه الأول كى تكون الشبهه محصوره تمنع من الارتكاب للمخالفه إذ بعد إعراضه عن الأول خرج عن محل الابتلاء نظير ما لو قامت البيئه على طهاره أحد الإناءين فعمل عليها ثم تعقبها العلم الإجمالى بعروض النجاسه لأحدهما فإنه لا يضر بالنسبه إلى عمله السابق لخروجه عن محل الابتلاء و لا اللاحق لأن الشبهه بالنسبه إليه بدويه. نعم يلزم العلم بالمخالفه إذا استعمل الآخر أو قلد ثانيا و لم يثبت حرمة ذلك كى يجب تحصيل العلم من باب المقدمه لظهور أن المكلف لا يقطع بأن الحرام هذا الإناء أو هذا التقليد و إن علم بالحرمة ابتداء فتنطبق العمل الذى سبب جوازه حصول الظن بعد القطع أو الشك فى ارتفاعه فى غايه الصعوبه اللهم إلا أن يدعى بأن الظن سبب للحدوث لا للبقاء و الاستمرار فيستمر الحكم و إن ارتفع السبب و هو خلاف ما يظهر من كلماتهم على أن السببيه ظاهره فى أن المسبب لا يوجد إلا بوجود سببه و كون السبب سبب لحدوث المسبب فقط فيستمر بقاءه و إن عدم السبب فهو أيضا واقع لكنه يحتاج إلى دليل يقضى به خصوصا فى مثل المقام الذى ثبتت الحرمة فيه فيقتصر فى الخارج عنها و إن لم يرفع بارتفاعها خصوصا فى الأسباب الشرعيه و يكفى فى حصول السبب وجوده أنا ما لا أقل أن ارتفاع المسبب موقوف على القطع بارتفاع السبب لا باحتمال ارتفاعه لكن السببيه فى مثل المقام إنصافا ظاهرها بقاء الحكم بقاء الظن المقرون بالحياه لأن الموت عالم آخر لا ربط له بالحياه البتة فتدبر جيدا.

و نوقش فى الثانى: بما هو ظاهر من شرطيه الاستصحاب بقاء الموضوع و عدم تغيره و موضوع الحكم كان الحى و يكفى فى عدم جريانه حصول الشك فى تبدل موضوعه فحرمة العصير مثلا- إذا أفتى بها الحى إنما ثبتت لكونها من مزنوناته لا لأنه متصف بالعصيريه، و قولك العصير كان حراما و شككنا فى ارتفاع حرمة فتبقى حرمة، نقول إن أردت حرمة من حيث الذات فقد أبطلت لعدم معلوميه حكمه الواقعي و إنما وجب اجتنابه لأنه من جزئيات ظنون المجتهد الذى لزم اتباعه، و إن قلت بالحرمة من حيث تعلق ظن

المجتهد الحى به فمسلم و لا- ريب بتيقنه فى الزمن السابق لكن الموت يغير الموضوع لفقده لبعض أوصاف الموضوع حين الحكم و هو الحياه فكيف يثبت حكم موضوع الآ-خر بسبب استصحاب الحكم فإن استصحابه لا يثبت موضوعه جزما؟ وردت هذه المناقشه بأمر:

منها: أن الموضوع قول المفتى يعنى إخباره عن الواقع كالروايه التى هى موضوع لوجوب عمل المجتهد و الإخبار عن حكم الله تعالى لا يتغير بالموت و الحياه إلا إذا رجع المجتهد عن قوله، و فيه مطالبه الدليل على أنه القول دون الظن و النافى لا يحتاج إلى إقامه الدليل على النفى بعد تسالمهم على أن موضوع الحكم الظاهرى هو الظن و هو حكم ثانوى للمكلف فليس للمدعى أنه القول أن يقلب الدليل علينا.

و منها: دعوى بقاء الظن بعد الموت و هو كما ترى محتاج إلى الاطلاع على العالم الثانى أو النص عليها بالخصوص و نحن بعد التى و اللتيا رجحنا جواز الاعتماد على ظن الحى و أخرجناه عن الحرمة المحققة و ألا فنفى الاعتماد مطلقا هو الموافق للعقل و النقل.

و منها: التسامح فى الموضوع و الرجوع فيما أبهم منه إلى العرف و هم يجرون الاستصحاب فى مثال المقام فيحكمون بنجاسه الكلب المستحيل ملحا مع أنه متغير الموضوع و حكم الكثير من محققى أصحابنا بجواز نظر الزوجه إلى عوره الزوج بعد مماته باستصحاب ذلك حال الحياه فما هو إلا لأن الموت لا يغير الموضوع. و الجواب أن القائل بذلك مع الدغدغه فيه لا يقول به مطلقا حتى فى مثل المقام الذى حرم فيه تقليد الحى و الميت خرج الأول و بقى الثانى محتاجا إلى المخرج و التسامح العرفى لو قيل به فهو فى غير ما علم قبل حرمة.

و منها: كفايه عدم العلم بتغيير الموضوع فى الاستصحاب فيجامع وجود الشك فى الموضوع و منعه ظاهر للزومه القول بوجود المحمول حدوثا و بقاء من دون موضوع و كيف يحكم بقيام زيد بلا- إحراز وجوده؟ إلا- على حجه الأصل المثبت فيثبت باستصحاب الحكم بقاء الموضوع فتخرج المسأله إلى عنوان آخر مع أن الأصل كذلك لا يعول عليه عندنا فإن جواز استصحاب الحكم، ليس من أحكام الموضوع شرعا فالقول بجواز استصحابه يلزمه القول باستصحاب موضوعه ليرتب الحكم، إذ الحكم المستصحب إن وجد الموضوع كما هو لحقه و إلا بطل نعم هو من الأحكام العقلية لأن المحمول بلا موضوع لا يمكن وجوده خارجا و لذلك استشكل شيخنا فى صحه الوضوء لو غسلت اليسرى و شك فى الغسل أنه اثنان أو ثلاث بناء على أن الثالثه بدعه، فإن المشهور حكموا بصحته مع أن المسح بغير بله الوضوء ممنوع و إثبات كونها كذلك لا يكون إلا بأصالة عدم كونها ثالثه و هو لا- يثبت أنها ثانيه ليرتب عليه حكمه الشرعى و هو جواز المسح إلا- على الأصل المثبت و نحن نقول بصحته و لا نقيس عليه المقام توضيحه: أن الفاضل التونى (رحمه الله) و غيره ممن حكم بجريان الاستصحاب فى تقليد الميت ابتداء و استمرارا و وجهه بأن القاطع للاستصحاب العلم بتغيير الموضوع لا مطلقا حتى مع الشك محط نظره إلى أنه لا قاطع للاستصحاب هنا من الأدله إلا- أصالة حرمة التقليد و الحال أن استصحاب وجود الموضوع وارد عليه فاستصحاب حكم ذلك الموضوع لا غائله فيه و أظن أن الأمر اختلط عليهم و ما التفتوا إلى أن قضيه أن اليقين لا ينقض بالشك لا بد فيه من ملاحظه القضية اليقينية و اتصافها باليقين متوقف على التبصر فى دليل الموضوع الذى هو عله للحكم و مقدار استعداده و النظر فى مشخصاته و تمييز ما

يتسامح فيه من المشخصات عما لا يتسامح ثمّ الثاني هل هو مما لا يخل عنه الحكم؟ بمعنى أنه عله للحدوث و البقاء أو

للحدوث فقط فيستمر الحكم و إن زال المشخص و حينئذ لو فرض أن دليل نجاسه الماء المتغير من قبيل قوله: ينجس الماء إذا تغير، فإن الموضوع في هذه القضية الماء المتغير لا خصوص الماء فالمحمول يتبعه و مفاد القضية أن الماء قبل تغيره كان طاهراً فنجس لعروض المنجس و لم يعلم أنه بزواله يزول ما أثره من النجاسة أم لا- فإنه يحكم بالزوال حال وجوده لا- مطلقاً فأصالة الطهاره بحالها بعد زوال التغير، و أما لو كان الموضوع في القضية هو الماء نحو الماء المتغير نجس فهو من أول الأمر محكوم بنجاسته- حمل هو- فنستصحب و إن ارتفع التغير لانقطاع الأصل بالحكم بالنجاسة فيبقى هذا الحكم حتى يدل دليل على ارتفاعه لقيام احتمال كون التغير عله مبقية لها لا محدثه، و ما نحن فيه من قبيل الأخير فكأن القضية الحى يجوز تقليده فحمل الجواز على الحى حمل هو هو و بزوال الحياه لا- يستصحب الجواز لاحتمال أن الحياه عله مبقية بذهابها ينتقى الحكم و مرجع ذلك إلى عدم إجراء الاستصحاب مع الشك في المقتضى إلا إذا كان مسبباً عن الشك في عليه الحكم و لذلك حكم غير واحد باستصحاب وجوب العقود في المكان المأمور به فيه في الزمن الثانى بناء منه أن الزمان لا يصلح أن يكون قيماً و إنما هو ظرف و هو كذلك و إن تم ما يدعيه من عدم صلاحيته للقيديه و إلا فهو كغيره و يعضد احتمال القيديه فيما نحن بصدده عدم الحياه من شروط المفتى و المطلوب يحتاج إلى دقه النظر و الله الهادى.

ثالثها: نقل الإجماع فى المنية على حرمة العدول الشامل بإطلاقه لما هنا و إن جوازه يستلزم التفكيك فى الوقائع و نقض الحكم الثابت فى حقه كيف و حكم الله تعالى واحد أخذ به المكلف، ورد الإجماع شيخنا بأنه محكى و لم نعر على من حكاه غير السيد فى منيته فلو فرض يقتصر فيه على مورده لكثره الخارج منه و بان التفكيك فى الوقائع إذ نهض بها الدليل لا بأس بذلك لكن الظاهر أن الإجماع محقق على عدم النقض للآثار السابقه فى مسأله العدول عن الميت إلى الحى و هو يقضى بحرمة العدول لأن العدول لازمه النقض للآثار، و لذا حكم به الجبل فى مسأله تبدل رأى المجتهد لو قطع بفساد اجتهاده. و الأكثر حكموا به إذا ظن به ظنا اجتهادياً بل يلوح من شيخنا الميل إلى أن عدم النقض مطلقاً هو الموافق للقاعده مع جزمه بعدم الأجزاء بالأمر الظاهرى الشرعى، و قال فى وجهه: أن شمول دليل الحكم لماضى الأعمال مبنى على اعتبار أصاله الحقيقه لكى يشمل الدليل بضميمتها الوقائع الماضيه و الآتيه و دليل اعتبارها محصور ببناء العقلاء و الإجماع و الثانى لم يثبت على أكثر من اعتبارها بالنسبه إلى الوقائع المستقله، و مشهور العلماء على عدم النقض فى مسأله العدول يكشف عن عدم إجزائهم لأصاله الحقيقه فى الماضيه فكان الأصل عدم النقض مطلقاً لأن نفس العدول لا يقتضى النقض بل يحتاج إلى دليل غيره، و الإجماع أخرج مسأله تغير الرأى عن مسأله العدول خروجاً حكماً ثم احتمل الفرق بينهما بأن استناد العدول عن الرأى السابق للمفتى إلى الظن الاجتهادى بفساده بخلاف العدول عن الميت لأن القاضى به الأصل الفقاهتى و هو يقين فراغ الذمه بتقليد الحى فالأول منشؤه العلم الشرعى بعدم اعتبار الرأى السابق و الثانى ناشئ من عدم العلم باعتباره فالمقتضى للنقض بوجود فى الأول مفقود فى الأخير و هو كما ترى لا يخرج عن أحد أمور لا يقول هو بأحدها فإن لازم ذلك إما أن اعتبار الطرق الشرعيه و الظنون الاجتهاديه من باب الموضوعيه و هو مع لزوم التصويب لم يصرح أحد بعدم نقض الآثار عند تبدل الاجتهاد إلا القمى (رحمه الله) و أما القول بالأجزاء فى الأمر الظاهرى الشرعى و هو خلاف مذهبه، و أما التفكيك فى أصاله الحقيقه بلا داع إذ لو دار الأمر بين الخروج

الموضوعى أو الحكمى فالثانى أولى فلو حكم بعدم الجواز و جعل الإجماع على عدم نقض الآثار دليلا- عليه لدفع لزوم التخصيص فى عموم الدليل لكان أولى لأن ترتيب اللوازم و الآثار لا ريب فى أنه على الأحكام الواقعيه و إن ظن المجتهد لا يؤثر حسنا و لا- قبحا فى المظنون و إنما هو طريق ليس إلا و هو منصوب شرعا فلو انكشف الخطأ و لو اجتهدا يلزم العمل بظنه الآخر و وجب نقض الآثار لثبوت الأحكام الشرعيه لموضوعاتها الواقعيه لا الاعتباريه فهذا حال تبدل الرأى و العدول أيضا كذلك إذ المفروض جعل الميت كالمعدوم و الأخذ بقول الحى فلو خالفه الميت كيف يجتمع مع حقيه فتوى الميت و الحكم واحدا؟ فمرجع العدول إلى الحى هو انكشاف خطأ الميت فالحى ظان للعدم لا أنه لم يعلم كيف حكم الميت فيكون بمنزله لا أدرى و أدرى فما هو إلا دليل على عدم العدول فإن تم كفى القائل بوجوب البقاء.

رابعها: لزوم العسر و الحرج فى العدول لتقارب آجال المجتهدين و قاعده (نفى العسر و الحرج) حاكمه على كلما أثبت التكليف من عموم أو قاعده: و فيه أنها فى غير مورد الاختلال قاعده ظنيه قابله للتخصيص بالأدله الخاصه مطلقا و لا ريب أن التكليف بالتقليد ثابت، و قول الميت مشكوك الحجيّه فهو بحكم المعدوم للأصل، و لو أن مثل هذا العسر ينفى التكليف لنفاه فيمن نسى فتوى مجتهدة بعد موته فإنه يرجع إلى الحى بلا إشكال فالعسر الذى لا يلزمه اختلال النظام غير معلوم باعتباره سلمنا، لكن العسر:- شخصى، و نوعى.

و الأول: لا يرفع التكليف رأسا بل يرفعه بمقدار زمن العسر؛ و لذا حكموا بعدم حرمة الاجتناب فى الشبهه المحصوره إذا أوجب ارتكابها الحرج و أثبتوا الحرمة لمن لا حرج عليه بالارتكاب، و الثانى كطهاره الحديد و الإتمام على المسافر فإن حكمه جوازه الحرج النوعى، و لا شبهه بأن أدله الحرج بنفسها لو أوجبت شيئا فإنما هو الحرج الشخصى و هو يختلف باختلاف الأشخاص و الأحوال و الأزمان فالدليل أخص من الدعوى إن تم على أن الحرج يلزمه العسر بالنسبه إلى نقض الآثار الماضيه عند اختلاف المرجع فلو قلنا بعدم النقض للحرج أو للأجزاء فى الأمر الظاهرى فلا يتأتى فى المستقبل لعوده إلى التقليد الابتدائى فلا يتم به وجوب البقاء و كون سبب العسر تقارب الآجال ممنوع لعوده إلى ترك واجب لاحتمال العسر و دوران الحكم مدار شىء متوهم لكنهم أفتوا بوجوب النكاح لمن خاف الوقوع فى الزنا، و فى الخبر)

لا تخالطوا أولاد التجار فإن أول القتل اللطام

(فيمكن أن يكون من هذا الباب و يكفى فى وجوبه خوف الوقوع فيه خصوصا بعد تجربه فتأمل.

خامسها: الآيات فإنها بإطلاقها تشمل الأحياء و الأموات كآيه الكتمان و نفر و السؤال خرج التقليد الابتدائى بالإجماع و بقى ما سواه إذ حرمة الكتمان يستلزم وجوب القبول بالإظهار و وجوب الحذر عند الإنذار لا يختص بإنذار الأحياء و أهل الذكر لا يختصوا بالأحياء. و فيه أن حرمة الكتمان القاضى التزاما بوجوب القبول عند الإظهار لا إطلاق فيه بالنسبه إلى جميع الأحياء. فضلا عن الأموات سلمنا الإطلاق و لا بد من تخصيصه بما يقطع السامع بأنه حكم الله لا مطلقا فليس فيها إشعار بمشروعيه أصل التقليد التعبدى فضلا عن البقاء التعبد المدعى و الإنذار فى الثانيه من صفات الحى و إسناده للميت مجاز و لا قرينه له فى المقام على أن شمولها للفتوى خلاف ما يتبادر منها، كما أنه لا ريب بظهور آيه السؤال فى الأحياء بل هى نص فيهم لكن الإنصاف أن

مسألنا لو أءءلناها بءقلنا الأءنا ففى (آىى النفر و السؤل) نوع ءلاله على المءلوب إء المنءر ءال ءناىه يلزم الءءر منه و
لءب على السائل بقول المسؤل و إن ماى بعء السؤل فلاءظ.

سادسها: الأخبار و هي ضروب منها ما ورد في الرجوع إلى أناس مخصوصين في الفتوى و الروايه كجوابه " عليه السلام " للعرقوفى لما سأله عمن يرجع إليه قال (عليه السلام): (

عليك بالأسدى يعنى أبا بصير

(و قال " عليه السلام " لابن المسيب:)

عليك بزكريا بن آدم فإنه المأمون على الدنيا و الدين

(و جوابه " عليه السلام " لعبد العزيز بن المهدي حين سأله أن يونس بن عبد الرحمن ثقه اخذ منه معالم دينى قال " عليه السلام ":)

نعم

(، و منها و إن كان في خصوص الروايه إلا أن ظاهرها عدم الفرق بينها و الفتوى كقوله " عليه السلام ":)

فما منعك عن الثقفى ج يعنى محمد بن مسلم ج فإنه قد سمع من حديث أبى " عليه السلام " أحاديثا و كان عنده وجيها

(و قال " عليه السلام " فى حق أبان:)

آت أبان فإنه قد سمع منى حديثا كثيرا فما رواه عنى فاروه عنى

(، و قال أبو محمد " عليه السلام " فى حق العمرى و ابنه مخاطبا لأحمد بن إسحاق:)

أنهما ثقتان مرضيان فما روي إليك عنى فعنى يؤديان و ما قال لك فعنى يقولان، فاسمع منهما و أطعهما فإنهما الثقتان المأمونان

(و منها ما هو خاص بالفتوى، و ذلك كلما ورد من النهى عن الإفتاء بغير علم قال الباقر " عليه السلام " لأبان:)

اجلس فى المسجد وافت الناس فإنى أحب أن يرى فى شيعتى مثلك

(، و منها ما يدل على الرجوع إلى العلماء مطلقا بلا تقييد كقول الحجه " عليه السلام ":)

و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجه الله تعالى

(، رواه الصدوق و الطبرسى فى " الإكمال " و " الاحتجاج " و كخبر الآخر المنصوص فيه على جواز الرجوع إلى الفقيه فى

موضعين من تصديده " عليه السلام " للفرق بين تقليد الإماميه لعلمائهم و بين تقليد أهل الكتاب لمن يرجعون إليه و تصحيحه

للأول دون الأخير و من قوله " عليه السلام ": ()

فأما من كان من الفقهاء صائنا لنفسه حافظا لدينه متبعا لأمر مولاه فللعوام أن يقلدوه

(، و منها ما قضى بقبول الحكم عند الترافع كخبرى ابن حنظله المعروف بالمقبوله و أبى خديجه فإن قبول الحكم يستلزم قبول الفتوى بالأولويه على أن الترافع ربما يكون للاختلاف فى الفتوى الذى يختلف حكم الحاكم باختلافها فيكون قبول حكمه موقوف على اعتبار فتواه. و هذه النصوص تقضى باعتبار قول المجتهد مطلقا و إن كان ميتا لا أقل من شمولها لبقاء حجيه قول الحى بعد الأخذ منه و إن مات، و فى الوافيه كصريح غيرها أن المستفاد من ظواهر المعترضه أن قول الفقيه حكم ثانوى فى حق المقلد باق مده الأبد لأن حلال محمد (ص) حلال إلى يوم القيامة و يؤيده جعل العلماء مثل الأنبياء فى حجيه أقوالهم مطلقا فى النبوى المشهور، و قال الفاضل التونى أيضا روى الكشى فى ترجمه يونس بن عبد الرحمن بعننه عن أبى خلف قال: كنت مريضا فدخل أبو جعفر " عليه السلام " يعودنى و عند رأسى كتاب " يوم و ليله " و جعل " عليه السلام " يتصفح حتى أتى عليه و جعل يقول: ()

رحم الله يونس

(، و الظاهر أن الكتاب كتاب فتوى فحصل تقرير الإمام على تقليد يونس بعد موته، و أيضا بسنده عن داود بن القاسم أن أبا جعفر الجعفرى قال: داخلت كتاب " يوم و ليله " الذى ألفه يونس على أبى الحسن العسكرى فتصفح كله ثم قال: ()

هذا دينى و دين آبائى و هو الحق كله

(و الحق أن هذه الأخبار لا تخلو من إشعار غير أنه لا يفيد فى تقييد ما

قضى بحرمه العمل بدون علم حتى فى حق الميت ابتداء أو استدامه و لقد طعن فى الاستدلال بها شيخنا (رحمه الله) و قال شفاها أن أكثرها بمعزل عن أصل تشريع التقليد للحى فضلا عن الميت فإن الأخبار التى أمر فيها بالرجوع إلى بعض الأفراد مع وجوده " عليه السلام " فهم وسائل كوسائل المجتهدين بينهم و بين المقلدين يؤدون ما أمروا بتأديته و أين هذا من الاجتهاد المبحوث عنه؟ و أما خبر التوقيع و ما شابهه فموقوف على حمل اللام فيه على الاستغراق دون العهد و على فرضه أيضا لا يجدى كغيرها لأن أظهر أفراد المرجع فيها هو الحى و كيف كان فالاستدلال بها كلا لا يتم إلا إذا أفاده أن قول المجتهد كالرواية من حيث الكشف عن الحكم الواقع النفسى الأمرى فحينئذ لا يفرق الحال بين الحياه و الموت و أدله الرجوع إلى المجتهد لا تقضى بأزيد من الرخصة فى تطبيق العمل على ما يراه من الحكم لا أن المقلد علم بالحكم و الفرق بينه و بين الرواية أنها حجه مطلقا بالنسبه إلى المجتهد حتى إذا لم يعلم بها حال الحياه و لا كذلك قول المجتهد إذ بمجرد لا حجه فيه إلا بالأخذ أو العمل و تطبيق عمل المقلد فى الوقائع على بقاء رأيه تعبدا و ذلك لا يفيد أن حكم الله الواقعى هو مؤدى رأيه فيكون اعتبار التقليد من باب الموضوعيه و هذا هو الفرق بين حجيه قوله و حجيه قول الإمام " عليه السلام " فإن تطبيق العمل على قول النبى (ص) و الإمام من جهه حصول العلم للسائل بالحكم فلا يفرق الحال فيه بين الموت و الحياه و ليس قول المجتهد كذلك بالبدهه فالإطاعه فى مثل أخذ المجتهد بظنه و المقلد به أيضا تقوم لظفا و كرما مقام الإطاعه العلميه بالحكم الشرعى لأنهما طريقان إلى الواقع المجهول فهما من المقدمات لا يجبان إلا عند حلول وقت العمل لعدم وجوب مقدمه قبل وجوب ذيها و عليه فيلزم أن يكون التقليد فى كل حادثه ابتدائيا بالنسبه إلى المكلف، و يجب فيه إحراز أنه ظن المجتهد ليطبق عمله عليه و إحراز ذلك إما بسؤاله عن كل عمل يأتى به و لا يكفيه السؤال الماضى عن العمل الماضى إلا إذا أحرز بقاءه باستصحاب و غيره و ظن الميت غير محرز بقاءه ليطبق أعماله عليه، و الرخصة فى المطلقات إنما هى فى التطبيق لا أنه كجبريل فى الأخبار عن الحكم.

و الحاصل المطلقات تفيد أن المقلد و المجتهد يعملان بالحكم ما دام مظنونا للمجتهد فلو تبدل لغيره تعبدا بالبدل فإحراز بقاءه عند العمل لا يزم عليهما و لا يكفى فيه عدم العلم بالتبدل بل يجب فيه العلم بالبقاء و لو بالاستصحاب بالنسبه إلى المقلد و الالتفات بالنسبه إلى المجتهد و مع الموت يكفى فى لزوم العدول انعدام الحواس و ذهاب ذلك الإدراك و عدم انكشاف الحكم الواقعى بقوله حال الحياه فكان الطريق الموصل انتهى قبل الوصول إلى المقصود فلا بد لمن يريد الوصول أن يتحرى غير هذا الطريق حذرا من تقصيره فى الطلب. نعم لو ثبت بغير أدله الرجوع إلى المجتهد بأن رأيه ليس بقيد لموضوع حكم الرجوع إليه بل هو سبب لعروض الحكم أى لحدوثه لا لبقائه لثم ذلك و هذا لا يظهر من الأدله كما ذكرنا سابقا فقوله " عليه السلام ": (

ارجعوا إلى رواه أحاديثنا

(يجرى مجرى قوله:)

الماء المتغير نجس

(من كون الموضوع للنجاسه هو المتغير فتدور مدار وجوده و عدمه هذا ما استفدناه من شيخنا المرتضى (رحمه الله).

لكن الحق أنها لا تخل من إشعار بعدم سقوط قول العالم بعد موته عن درجه الاعتبار و هو (رحمه الله) التفت إلى ذلك فقال: و تنزل بأن الإجماع على عدم الرجوع إلى الموتى مطلقا يقيد المطلق من الأخبار الذى يستشم منه رائحه الإطلاق فإن إطلاق الإجماع بعد الحجية كإطلاق الروايه فى صحه الاستناد إليها و هى تشمل البقاء كالاتداء و دعوى انصرافها للأخير أو ظهورها فيه لا تسمع بعد تصريح الشهيد (رحمه الله) بأنه لا قائل من أصحابنا السابقين بجواز تقليد الميت مع فقد سبب الانصراف من غلبه استعمال أو وجود، و لا- يفيد قول المنكر أنه إجماع فى المسأله الأصوليه أو أن مخالفه موجود فإن مثل هذه الردود ساقطه عن الاعتبار فإن الإجماع و إن لم يكن حجه فلا- أقل من كشفه عن دليل معتبر، و معه تتجه الدعوى المزبوره مضافا إلى أصاله الحرمة بالعمل بما وراء العلم إلا ما قطع بجوازه و المقام مشكوك فلا يدخل بالمستثنى و إلى أصاله الشغل و الخروج عن العهده فيما لو تساوى الحى و الميت من جميع الجهات و إلى الشك فى الطريقه المنصوبه من الشارع و غير ذلك مما يتصيد من كلامنا، و استدل سيد المفاتيح على التخيير بالاستصحاب و هو كما ترى فإنه لو قضى لقضى بوجوب البقاء لا بجوازه و تفصيل المسأله أن الحوادث المستقبله من جنس تلك المسأله التى قلد فيها الشخص لفرد معين هل يجوز له العدول إلى مثله سواء كان الأول حيا أو ميتا أم لا- يجوز ذلك مطلقا و ما دام حيا؟ يظهر الجواز من حى لمثله من النهايه للفاضل و ثانى المحققين و الشهيدين فى الجعفرية و المقاصد العليه و يظهر عدمه من "تهذيب الأحكام" و "الذكري" و "المنيه" و يظهر وجوب العدول إلى الحى عند الموت من ظاهر من منع من تقليد الميت ابتداء و حرمة من الجماعه المذكورين، و جوازه ممن ذكرنا و نحن نتكلم أولا فى العدول من حى إلى مثله و يرجح عدمه عندنا لأصاله عدم حجيته قول الثانى فى حق من قلد و الشك فى حجيه الشىء عله تامه لعدمها لا تثبت إلا بدليل و لا استصحاب الحكم المختار المقدم على استصحاب التخيير و استصحاب الصحه و الفساد فيستصحب المقلد ما تعلق به من الأحكام من وجوب، أو حرمة، أو صحه، أو فساد، و قال سيد المفاتيح: الأصل صحه تقليد الأول إذ الرجوع يقتضى فساده و لدوران الأمر بين التعيين و البقاء الموجب للبراءه اليقنيه و بين التخيير و العدول المحتمل معه عدمها و الشغل يقتضى الأول و للزوم المخالفه القطعيه فى الحكم و لو تدريجا و لإجماع المختصر و العضدى و الأحكام و المنيه و لزوم الهرج لاختلاف الدواعى فيحرم شيئا ثم يجوزه أو يوجهه و للامتنال عقبيه و لأن التقليد شرع للجاهل و المقلد صار عالما بتقليد الأول فيحرم حينئذ العدول، و لكن السيد خير بينهما بعد موت الأول نظرا إلى أن استصحاب التخيير مزيل لكل استصحاب غيره و قد ظهر لك ما فيه فلا حاجه إلى الإطاله.

الفائده الحاديه عشر: بقاء تقليد الميت و حكمه

اشاره

تتضمن على تنبيهات:

التنبيه الأول: على تقدير تعارض دليلى البقاء و العدول عن الميت و لا مرجح و تساقطهما

فقيل بالتخيير- و هو معتمد شيخنا صاحب الجواهر (رحمه الله)- للقاءه فى كل متعارضين لكن الأوفق عدمه لوجوب الرجوع بعد التساقت لمعلوم الحجية و هو قول الحى دون مشكوكها لكونه شكا فى طريق الإطاعه فيرجع فيه إلى ما تبرأ به الذمه قطعاً.

التنبيه الثانى: إن مسألة العدول لو أوجبها الأول ثم قلد العامى من يقول بوجوب البقاء لا تدخل هذه المسأله بفتوى الثانى جزما

لأن البقاء على وجوب العدول يلزمه العدول فى جميع المسائل إلى القائل بوجوب البقاء و هو مناف لفتواه فلا جرم أنها قتلت نفسها.

التنبيه الثالث: لو تثلث تقليده فعدل بأمر الثانى عن الأول:

لأنه يوجب العدول ثم ابتلى بمن يوجب البقاء. فهل يبقى على التقليد الثانى؟ أم يرجع للسابق رجح العم (رحمه الله) و الوالد (رحمه الله) الرجوع إلى السابق لأن التقليد الثانى باطل بنظر الثالث ففتاوى الثانى مخالفه للواقع حسب اعتقاد الثالث المأمور بتقليده فعلا و فى نقض آثار التقليد الثانى عند الثالث أيضا محتمل من جهه قوله بفساده. و يحتمل الصحه بناء على اختصاص نقض الآثار بتبدل رأى فقط، و رجح بعض مشايخنا البقاء على تقليد الثانى لأن التقليد الصحيح أعم من الواقعى و الظاهرى و تقليد الثانى و إن اقتضى نظر الثالث فساده إلا أنه حال حياته كان صحيحا ظاهرا منظما إليه إمضاء الشارع و لا بد أن يثبه على الانقياد حتى لو أخطأ الواقع، و تترتب عليه الآثار فى المشهور، و إن حكم الثالث بفساده فلا يحرم على الثالث، و لا على مقلديه شراء ما باعه الثانى بالمعاطاه و إن كانت باطله بنظره.

التنبيه الرابع: إن وجوب البقاء بعد الموت تابع لحرمة العدول قبله

فلو قلد المميز بناء على شرعيه عباداته من مات قبل بلوغه لا يجب عليه البقاء و إن أفتى الثانى به بل يحرم عليه ذلك لعوده إلى تقليد الميت ابتداء و عسى أن يكون التقليد فى المندوب كذلك لو خالفه الثانى لعدم حرمة العدول فيه على إشكال.

التنبيه الخامس: إن الحى و الميت لو تخالفا فى موضوع التقليد أنه الأخذ أو العمل

و قد قلد العامى فى الموضوع للميت بقى عليه فإن هذه المسأله كسائر المسائل الخلافيه التى أوجب الحى البقاء عليها لأنه من الموضوعات المستنبطه، أما لو يقلد العامى فى موضوع التقليد و قلد فى غيره للميت و هو و الحى تخالفا فى موضوعه أنه الأخذ أو العمل فقد أخذ المقلد مسائل من الميت لم يعمل بها فهل يلزمه البقاء و العمل بها أو يقتصر على ما عمل به من المسائل و رأى الميت أن التقليد هو الأخذ؟ وجهان أو جههما البقاء على ما عمل به من المسائل و إن رأى مجتهد السابق أنه الأخذ مع كون المقلد لم يقلده فيه لأن التقليد الصحيح مرآته اعتقاد المجتهد و علم المقلد بذلك فلا يكفى فيه نفس اعتقاده من دون علم المقلد و إن أخذ المقلد المسائل منه لأن هذا الأخذ بلا تقليد لا يفيد فائده و إن صححنا العمل إذا طابق رأى المجتهد لكن غير مسأله موضوع التقليد، و ذهب بعض علماء العصر إلى وجوب البقاء على كل ما سمعه من مفتيه و إن لم يعمل به و لا قلده فى موضوع التقليد؛ لأن هذا الأخذ تقليد عند الميت واقعا و الحى قد أبقاه عليه و فيه من الوهن مما لا يخفى.

التنبيه السادس: لو أفتى الحى بوجوب البقاء و وجوب تقليد الأعم و وجوب العدول إلى الأعم حال الحياه

انحل حكمه إلى وجوب البقاء على تقليد الميت إذا كان أعلما و إلا عدل لكون وجوب البقاء مشروطا عنده بعدم أعلميه الحى

نعم إذا لم يجوز العدول من المفضول إلى الفاضل حال الحياه لو علم المقلد بالأفضليه بعد التقليد يلزمه الحكم بالبقاء على تقليد الميت و إن كان مفضولاً، و لو قلد الميت في وجوب تقليد الأفضل و أوجب الثاني البقاء تحرى المقلد أفضل الأحياء في غير هذه المسأله، و عمل بقوله و عدل عن الميت في

مطلق ما عمل بقوله غير هذه المسأله و كذا إن رأى الميت جواز تقليد المفضول مطلقا و قلده الحى فيها، و أفتى الثانى بالبقاء رجع إليه فى غيرها من المسائل.

التنبه السابع: إذا تعذر تقليد الحى أو تعسر رجع المقلد إلى تقليد أفضل الأموات

و إلا تخير فى قول الفاضل و الأردبيلي (رحمه الله) نظرا إلى إن اطلاقات أدله التقليد يشمل الأحياء كشموله للأموات و اشتراط الحياه مختصه بحال التمكن فإذا ارتفع رجع إلى الأموات. و فيه أن اعتبار قول الميت من جهه عدم المقتضى لا وجود المانع و لم يقيم دليل خارجى غير اطلاقات التقليد يقضى بأن وظيفه المقلد الرجوع إلى الحى حال التمكن منه و إلا رجع إلى الأموات و الإطلاقات قاصره عن إفاده ذلك و حكم شيخنا (رحمه الله) برجوعه حينئذ إلى الاحتياط و قصر عمله عليه لأنه طريق إلى العلم بالبراءه عند انسداد بابه و تعذر العمل بالظن الخاص و الإطاعه العلميه إجمالا مقدمه على الظنيه تفصيلا فلو تعذر ذلك عليه أخذ بالمشهور ثم بالأمارات الظنيه مراعيًا للأقوى من الظنون و آخر المراتب العمل بقول الأموات، و يلزم اتباعه للإماره التى عينها المجتهد للأقوى بحسب نظره من الأمارات لعدم أهليته لذلك و لو أمكنه العمل بالظن أو الاحتياط قدم العمل بالظن عليه فى نظرنا إذ ليس للاحتياط أثر فى كلمات السلف خلافا لشيخنا فقد قدم الاحتياط عليه.

التنبه الثامن: حكم البقاء يثبت جزما فى غير الفتوى

فلو استتاب المجتهد على ما بيده من التوكيل فى القضاء، و حفظ مال الغائب، و الصغير، و قبض الزكاه، و مجهول المالك، و اللقطه، و حق الإمام "عليه السلام"، و دفعها إلى من عينه، لكن ذلك إن لم يكن من باب الوكاله فللغائب لحاظان فإن ظهر من استتابته التوكيل انعزل بموت موكله و إن كان حكم الحى وجوب البقاء إن علم أن النائب بمنزله نفسه بحيث يفهم من خطابه إعطائه لتلك السلطنه لغيره و استخلافه التى هى فوق رتبه الوكاله فيكون حاله حال المنصوب من قبل الأب و الجد على ما لهما الولايه عليه فإنه بموتهما لا ينعزل و إن المجتهد ناظر فى المصالح العامه و منها استتابه الغير فيبقى أثر ذلك بعد الموت كإذنه فى إحياء الموات، و إجارته للأوقاف العامه، و بيعه للوقف مطلقا، أو لخاصه و نحوها و القائل بوجوب العدول يلزمه الحكم بعزل هذا النائب لأن المناط فى اعتبار قول المجتهد عنده الرأى و بموته إما يزول أو هو مشكوك الزوال و ولايته العامه ثابتة من جهه ذلك فإذا قضى نجه انعزل لفقد المناط و نوابه فروعهم فيعزلوا بعزله و يظهر من جماعه عدم عزلهم و إن قال الحى بوجوب العدول قياسا على الوصايه. و فيه أنه قياس و إن متعلقها الإذن لا الرأى و إنها خارجه بالنص، و الإجماع، و لا ينافى ذلك بقاء إجازته، و إذنه بعد موته؛ إذ هو كالأثر للعمل السابق الثابت فى حياته كحكمه فى قضيه شخصيه و لا دخل لذلك فى المتجدد بتجدد الزمان، كذا قرر شيخنا (رحمه الله) لكن الظاهر عدم العزل مطلقا و لا دخل لهذه المسأله بالبقاء و العدول لأن ولايه الحاكم على ما ذكر من قبل الإمام "عليه السلام" فاستناد ولايه النائب إلى الإمام "عليه السلام" بواسطه المجتهد كبقاء وكيل الوكيل بعد موت الأول إذا كان وكيلا حتى على التوكيل من المالك للتوكيل الأصلى، نعم إذن المجتهد كذلك لا بد فيها من ملاحظه أدله و كالتة فإن ظهر منها المساواه بينه و بين الإمام و خروج ما امتاز به الإمام "عليه السلام" يحتاج إلى الدليل فلا إشكال فى البقاء بعد الموت على القولين و إن منعنا العموم كما لعله نظر

شيخنا (رحمه الله) لأصالة عدم ولايه أحد على أحد خرج الإمام " عليه السلام " و المجتهد فيما أذن له فيه و بقى ما سواه تحت الأصل و حيثئذ لا شبهه في العزل بموته للشك في الإذن على الوجه الذي قلناه و عليه فتخص ولايه المجتهد بما كان المطلوب وقوعه في الخارج بأي نحو اتفق و لو من المسلمين غايته تقديم قول المجتهد عند التزاحم مع غيره و حيثئذ فله التصرف بمال الغائب و اليتيم و حق الإمام " عليه السلام " و الزكاه و مجهول المالک و غير ذلك مما ورد النص به أو قام الإجماع عليه و ليس له الأخذ بالشفعه و الفسخ بالخيار و غير ذلك مما شك في شمول ولايته له، و هذا هو الأوفق بالقواعد و له مزيد بيان في بعض الفوائد الآتية و توضيح لاختيارنا لولاياه الحاكم زمن الغيبه و الله العالم.

التنبيه التاسع (في لزوم تقليد الأعلّم):

ذهب المشهور إلى لزوم تقليد الأعلّم بل نقل عليه الاتفاق، و مال آخرون إلى التخيير بينه و بين المفضول ممن أحرز رتبه الاجتهاد و المراد بالأفضل من كان أقوى ملكه و أشد استنباطا بحسب القواعد بارعا في فهم الأخبار و جمع متعارضاتها مراعيًا للعرف مشخصًا لمظان الأَصُول اللفظيه و العمليه، و هذا هو معنى افعال التفضيل في خصوص العلم إذ هو لإفاده الزيادة في الاتصاف بالمبدأ و ليست الزيادة في العلم إلا ما ذكر في المقام، و قيل أن الأعلّميه ما كانت بحسب الكم فمن زادت معلوماته على معلومات غيره فهو الأعلّم و هو كما ترى لأن الأعلّم من الموضوعات العرفيه فيقال على الأمل و الأخير في كل صناعه على أن زياده المعلومات مع التساوى في الملكه و قوه الاستنباط سيان في خصوص المورد الواحد الذي علم الاثنان به من حيث القرب إلى الواقع بل كثره المعلومات ربما تضعف الملكه عن قوه الاستنباط، و في الخبر (أنتم أفتقه الناس إذا عرفتم معاني كلامنا) ففيه دلالة على أن الأفتقيه جوده الذهن.

ثم إنه لا ريب بتوقف الفقه على الأصول و النحو و الرجال و المنطق و البيان و غيرها فيترجح العالم بأحدها. على غيره الأدون منه إذ قد يتفاوت الحال بين كون التابع صفة أو عطف بيان لكن إذا وقعت المعارضه بين الأعلّميه في النحو مثلا مع الأعلّميه في الهيئه أو الرجال روعى ما هو الأدخل في الاستنباط فيقدم النحو على غيره و الأصول كذلك و لو تبعضت الأعلّميه و كان المقلد عارفاً أو معتمداً على عارف قلد كل واحد منهما بما يتعلق بذلك العلم من المسائل.

و الحاصل يتبع ما يورث قوه الاستنباط فلو تساوا العلماء في القوه لكن أحدهما أعلم بالنحو لا تكون تلك الزيادة مرجحه لعدم مدخليتهما فيما يتأكد به الظن، و أضاف الفاضل و الشهيدان إلى الأعلّميه الأورعيه فالأعلم الأورع مقدم على غيره و له وجه لأنها توجب الاطمئنان عن الإخبار بالحكم الظاهري الذي لا يعلم إلا من قبله و القرب إلى الحكم الواقعي لإفادتها زياده الفحص و في المقبوله ما يدل على الترجيح بها؛ و لأجل ذلك خير الفاضل المازندراني بين من اتصف بالديانه و الورع و بين من كان أعلم منه بالفقه و الأصول و لعله لأجل اشتمال المقبوله على كل من الوصفين فهما في عرض واحد و لكنه مخدوش بأن زياده العلم توجب كثره الإصابه فهي أدخل في إفاده الظن، و في خبر داود و كتاب الأشتر تقديم الأعلّم الأفقه على الأورع و ذكره مقدما مع إطلاقه يكفي في المقام الذي سبق الخبر فيه لبيان المرجحات عند التعارض، و إن المقبوله مسوقه لبيان مرجحات كل من الصفات الأربعة المذكور فيها حال انفراده و ساكنه عن حال التعارض.

هذا و لكن التخيير لا- يخلو من قوه و الورع مرتبه و راء العداله و عرفيه معروف إذا تبين لك معنى الأ-علم فالأ-كثر على تعيين الرجوع إليه و عدم جواز الرجوع إلى الأدون مع وجوده لأمر:

أولها: إن الخارج عن حرمه العمل بما وراء العلم قول الأعلم لأنه الفرد المتيقن من حيث أن كل من أجاز تقليد المفضول قال برجحانه، و الاحتياط أيضا قاض به فأصالة الشغل تقتضيه. و نوقش فيه بمعارضته بأصالة البراءه عن التكليف بتقليد الأعلم للزوم الضيق فى الجملة، و جوابه أن البراءه إنما تجرى عند دوران الأمرين التعيين و التخيير فتنفى التعيين فيما إذا كان ذلك فى الحكم الذى وظيفه الشارع بيانه و ليس للعقل مسرح فيه لا فى الطريق الذى يجهل الوصول إلى المطلوب فيه فإن العقل حاكم بالأخذ بالموصل منها أو الأقرب بينها و لا يجوز العدول لغيره.

ثانيها: النصوص القاضيه بذلك فمنها كتاب على " عليه السلام " للأشتر: (

اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك مما لا تضيق به الأمور و أفهم فى الشبهات ... الخ

(و منها مقبوله ابن حنظله رواها المشايخ الثلاثة و فيها قال " عليه السلام ": (

الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما فى الحديث و أورعهما و لا يلتفت إلى ما حكم به الآخر

(و منها خبر موسى بن أكيل عن أبى عبد الله " عليه السلام " قال: (

ينظران إلى أعدلهما و أفقههما فى دين الله فيمضى حكمه ... الخ

(و المقبوله من بينها هى العمده لصحة سندها و لذا وصفت بالقبول، و مناقشه الشهيد فى طريقها لا يلتفت إليها. و صرح ثانى الشهيد بأن نص فى المدعى و استند إليها الفاضل الهندى و غيره و دلالتها على المدعى ظاهره بعد ضميمه عدم حمل الحكم فيها على ما هو المصطلح عليه فى لسان الفقهاء و عدم صلاحية الدين و الميراث فيها قرينه على ذلك لأن الاصطلاح الخاص لا يعارض المعنى اللغوى بل يلزم تقديم المعنى اللغوى حيث لا- قرينه على أن الحكم استعمل فى لسان الشارع بما هو أعم من الفتوى مثل قوله تعالى: [وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ*] فاحتمال اختصاصها بالقضاء فقط و لعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فى لفظ الحكم لصراحه دلالة قول الراوى على عدمه لقوله و كلاهما اختلفا فى حديثكم فإن الاختلاف فى القضاء ليس اختلافا فى الحديث و حملها أيضا على الترجيح فى الحديث فتسقط عن الدلالة موهون بأن منازعه الحكمين فى الروايه لا يوجب حمل الحكم على القضاء فيها إذ ربما كان النزاع للاشتباه فى الحكم الشرعى فيرجعان إلى من يحكم بينهما فى الفتوى دون القضاء و صريحها أن الحكمين حكما لا- أن أحدهما حكم و الآخر أمضى و نفذ حكومته أو الآخر ناظر فى حكمه للتحرز من الخطأ و عدمه لتحمل على ورودها فى القضاء، و لو حملت على أن جمع الحكمين ليحكما معا فمع بعده يلزم أن يؤخذ بأسبق الحكمين إن لم يترجح أحدهما بما ذكر فى الروايه و لو فرض صدور الحكمين دفعه واحده تساقطا و الحكم التخيير فلا جرم من حملها على المعنى اللغوى الشامل للفتوى أو اختصاصها بترجيح الأخبار المتعارضه. سلمنا ورودها فى القضاء لكن لا مفصل بينه و بين

الإفتاء بل لا قائل بوجوب الرجوع إلى الأعلّم في القضاء فقط و به نص الشهيد (رحمه الله) في المسالك فلا بأس بالركون إليها و بمعناها ما سواها، و الإنصاف أن دلالتها لا تخلو من ضعف فأما الأول فيظهر منه تقديم الأفضل حتى في بعض العلوم التي لا مدخل للفقّه فيها مما هو في مكملاته و هو غير لازم فتحمل على الاستحباب. و أما المقبوله و التي بعدها فظاهره في ترجيح الحديث ظهورا بينا و هو من

خصائص المجتهد إذ لا يلزم المقلد لحاظ مستند فتوى المتخالفين و الترجيح لأحدهما بما تضمنته الرواية و لا قائل به من الأصوليين و الإخباريين فهي واردة في بيان ترجيح الأخبار التي منها الفتاوى في زمن الحضور لأنهم لا يفتون إلا بلفظ الخبر أو بمعناه و ليس هم كمجتهدين هذا الوقت فإن مستند فتواهم أمور لمية من حدس و ظن و فحوى و لحن. قال الأستاذ الشريف الحسن الشيرازي (رحمه الله) الترجيح بالرواية ثابت و لا ذكر للمجتهد فيها فتعم المقلد غايته إن تكليف كل واحد منهما على حسب حاله و لا يمكن المقلد في هذه المرجحات إلا الترجيح بالأعلمية فيتعين ذلك عليه لشمول الخبر له، و أما غيرها من المرجحات فيسقط تكليفه بها لتعذرها عليه و الميسور لا يسقط بالمعسور. و فيه أن التكليف بالطرق يسقط ميسورها بمعسورها و لذلك وجب على المجتهد العاجز عن الترجيح ببعض المرجحات أن يقلد و لم يجروا فيه القاعده المزبوره. نعم لو كان المقام من قبيل التكاليف المستقلة لوجب فيه ذلك و لذا لو اعتبرت عداله الراوى و تعذر ذلك على المجتهد لا يقوم الظن بها مقام العلم جزما و كيف يسوغ للمقلد الترجيح بالأعلمية مع أنها بنفسها لا تفيد الأرجحية عند التعارض لاحتمال تقديم بعض المرجحات عليها كما ذكر في الأورعيه و إن كان نوعها مقدما على غيرها، و احتمال أن العامى يعتمد على مرجح واحد في مقام التعارض مناف لسياق الرواية لأن المرجحات فيها من واد واحد فاستعمال البعض للبعض و استعمال الكل لفريق آخر تحكّم. ثم منع كون المقلد لا يتمكن من باقى المرجحات بل كما يسأل عن الأعلمية يمكنه السؤال عن أن فتوى مجتهد موافقه للمشهور أم لا- و إن كان عارفا هو أخرج ذلك من الكتب و لا قائل به كما لا قائل بأخذه بما يوافق ظنه من فتوى المجتهدين فإن الرواية من أدله من فتح باب مطلق الظن لأنه يرى استفاده الظن من لميات هذه المرجحات مع أن الرواية صريحها تقديم الأفقه و المجمع عليه على المشهور، و الأصحاب أكثرهم على خلافها لأنهم يقدمون المشهور الذى تضمنته المرفوعه على الاثني فلو عملنا على المقبوله و جب أخذ المجتهد و المقلد بقول الأعلم فى الحديث و الفتوى لكن الأخير مخدوش بأن ما يقدم من الشهره هو الشهره فى الفتوى التى توهن العمل بالخبر و إن اشتهر و كان فى أقصى مراتب الصحه، و المذكور فى الخبرين هو الشهره فى الرواية لا الفتوى فإن الأعلم مقدم فيها جزما لأنه أعرف بلسان الأئمه فإن الخبر قد يتضمن التوريه أو يكون من موارد التقيه أو يوكله على أصل أو يكتفى به عن معنى آخر أو يكون عاما أو خاصا مما لم يفهمه الراوى و فهمه من خصائص العالم و إليه يومئ (رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه) فيقدم فهمه من معناه على من اشتهرت بينهم الفاضله فأخذوا بظاهرها فكما أن إنشاء الأحكام مخزونه عند أهلها فكذا فهم كلماتهم (ع) لكن الرد الأول متين.

أقول الرواية لا تخلو من إشعار لفهم الشهيد (رحمه الله) منها ذلك و لظهور صدرها و ذيلها بالقضاء و الحكم مجمل القضاء فى صدرها بأنه فى زمن الحضور كان من قبيل الفتوى فيحمل التخاصم فى الحكم إن المتخاصمين جهلاه فتعارضوا فيه فأرجعه الإمام إلى الترجيحات و ذلك يجرى فى المجتهدين المتخالفين لكن فيه تمحل.

ثالثها: طريقه العقلاء و استقراء أحوالهم فإنهم يقدمون الأعراف على غيره فى كل أمر اشتبه عليهم خصوصا فى الموضوعات التى يترتب عليها حكم شرعى كالغبن و العيب فى المبيع و تقويم مال الغائب و الطفل و غيرها فلا يتخلف ذلك فى المقام. و فيه أن ذلك

كذلك فيما لو كان المطلوب منه الوصول إلى الواقع لا في الأمور التعبدية الغير المنوطه بالواقع، و التقليد لم يثبت أنه طريق إلى الواقع بل فيه نوع تعبدية كالبينه و بعض الإمارات المعتمده في الموضوعات فأحراز الكبرى مع عدم ثبوت الصغرى لا يجدى في النتيجة و دعوى طريقته الصرفه لعلها ممنوعه فإن اعتبار غير العلم مما لم يكن حجه بنفسه في الموضوع و الحكم على أنواع.

منها: الطريقه المحضه كالظن من برهان الانسداد عند معتمده أو لحمل التبين في الآيه على الأعم من العلم.

و منها: أن يعتبر طريقا مع جهه تعبدية فيه كالخبر لا اعتبار الوثوق و الاطمئنان به فهو طريق من جهه ملاحظه الواقع تعبدى لعدم اعتبار غيره من الظنون. نعم يلاحظ الترجيح بين متعارضاته أما مطلقا أو بالمنصوص.

و منها: أن يلاحظ فيه جهه التعبدية و الطريقه معا أكثر من ملاحظه التعبدية في الخبر كما لو اعتبر الشارع في الأماره أوصاف لم تعتبر في الخير مثل ما نحن فيه فإن قول المجتهد طريق للواقع لكن اعتبر الشارع فيه قيودا كثيره.

و منها: تعبدى محض و هو مثل الأصول في مجاريها و الامارات المعتمده في الموضوعات كالبينه و اليد و لذلك لا تفيد كثره الامارات في الترجيح لو زاحمت أصلا واحدا و البينه كذلك فلا- مسرح للعقل في الوسطين لأن المدار في الخبر و إن كان الأقربيه إلى الواقع بالمرجحات المنصوصه و غيرها إلا أنها منحصره بأن تكون من نفس الخبر أو من أمر خارجي يتعلق به، و أما غيره من الظنون لا يفيد فهو أوسع دائره من الإماره و لا كذلك قول المجتهد فإنه يلاحظ فيه المرجحات الداخليه فالتمسك ببناء العقلاء موقوف على طريقته المحضه الثابته من أدلته و هى منحصره بالإجماع و العقل و ما كان الإجماع ليقضى بالطريقه و العقل و أن قضى بها غير أنه يلاحظ الظن الفعلى لاستحاله اجتماع ظنين عنده و العمومات علمت حالها و عرفت عدم شمولها للتقليد الاصطلاحى المبحوث عنه.

خامسها: أن القول بالجواز لازمه ترجيح المرجوح و هو باطل.

سادسها: إن ظن الأعم أقوى فيلزم اتباعه و مرجع الدليلين إلى قوه الظن في جانب الأعم و منعا بعدم كون ظن الفاضل أقوى أبدا إذ قد يتساوى الظنان و قد يكون ظن المفضول أقوى بالنظر إلى بعض الأمور الخارجيه و لو سلم بمنع لزوم الرجوع إلى أقوى الظنين في المقام و المنعان كما ترى. أما الأول فهو و إن ظهر من الشهيد و الأردبيلي و القمى و التراقى و صاحب الفصول باختلاف تعبير فيه أن القوه التى ادعوها إن كان مع قطع النظر عن الأمور الخارجيه فلا يسلم ذلك لأن الفاضل و المفضول إذا تمحضا فلا- ريب في رجحان الفاضل و إن ضم إليهما بعض الأمور الخارجيه فلا يمنع اقتضائها في بعض الأوقات لترجيح قول المفضول غير أن مبنى التقليد على كونه من الظنون الخاصه الثابت حجيتها من الأدله الشرعيه و حينئذ فلو تساوى الفاضل و المفضول في المرجحات الداخليه لا- شك أن لزياده العلم مدخليه في الرجحان و رجحان المفضول و إن أمكن بمرجحات خارجيه لكنها لا أثر لها لأنه لم يكن طريقا محضا و إلا فقد تكون تلك المرجحات في بعض العوام أو من يستخرج الحكم من غير الأدله الشرعيه كالجفار و الرمال. نعم لو كان التقليد من الظنون المطلقه الناشئه من دليل الانسداد ثم هذا الكلام.

و الحاصل أن موافقه قول المفضول لأقوال باقى علماء العصر و الأفضل على خلافهم أو ترجيه بأمارات خارجيه أو موافقه لقول

الأموات أو غير ذلك مما لم يكن منصوصا

لا يفيد فائده في تقديم قوله و الأخذ برأيه- و إن أفاد بالنسبه إلى الأخبار- ذلك لأن طريقتها تخالف طريقه التقليد المبني على حصول الظن من نفس الخبر. نعم لو حصل الظن بقرب المفضول إلى الواقع من جهة بعض الأوصاف الداخليه المعتبره شرعا فحينئذ ينظر فإن فاقت زياده العلم في الأفضل أخذ بها، و إن ساوته لزم التخيير و إن نقصت عنه لزم الرجوع إلى الأعلّم، و يتضح ذلك بقياس الأورعيه أو زياده فحص المفضول إلى زياده معلومات الأعلّم و قيل بأن كل زياده على قدر الواجب فيما يترجح بها الأعلّم لا تفيد في تقديم قول المفضول من المرجحات الداخليه كزياده الفحص و غيره إذا زاد على قدر الواجب و له وجه ما لم يحصل منه الوثوق للمقلد من تلك الإمارة. و أما الثاني فمبناه على أن التقليد متمحض للتبعديه و ليس فيه شائبه الطريقيه و الظن في التبعديات لا- يفيد فائده و ليس له أثر و رده بما مر من أنه طريق مرآه للواقع من جهة و تبعدى من جهة أخرى على حد الخبر. بل يفوق عليه بالتبعديه فليس بناء التقليد على السببيه المحضه و التبعد الذي لا يلاحظ فيه تفاوت الظنون و مراتبها. بل هو من الطرق المعتبره من حيث إفادتها الظن نوعا لا شخصا فيجب مراعاة أقوى الظنون فيه فلا وقع لما ذكره القمى من كون التقليد أحد الظنون الشخصيه التي يتجه الأخذ حينئذ بقول الميت و المفضول بل غير المجتهد- إذا وافق الظن الأقوى- قولهم كما لا وجه لرده بأنه تعبد محض بل هو أمر بين الأمرين و الله العالم.

حجه القائلين بجواز الرجوع إلى المفضول في صورته الاختلاف أو مطلقا أمور:

الأول: استصحاب التخيير الثابت عند تساوى المجتهدين علما و غيره و زواله بحدوث الفضل في أحدهما غير ثابت لدوران عله الحكم بين كونها محدثه أو مبقية و لم يعلم أحد الأمرين فعمل التساوى عله لحدوث الحكم فيستصحب بقاءه و جوازه في هذه الصوره يجوزه في باقى الصور؛ إذ لا- قائل بالفصل و لو عورض بتقليد مجتهد مع الانحصار ثم وجد المفضول و لم يعلم أن الانحصار من أى العلتين فيستصحب قوله و يتم في الباقي بمركب الإجماع و لا- مزيه لأحدهما على صاحبه، لأن ضميمه كل منهما الاستصحاب فمنعه أن عدم العدول من جهة حرمة لا من جهة استصحاب قوله حتى لو كان المجتهد الأول مفضولا فحرمة العدول تأتي فيه- إن فرض بعد التقليد- و إن فرض قبله فوجوبه مقدمى لا يستصحب فإن المقدمه إذا تعددت لا يبقى الوجوب الانفرادى لها فإن وجوب أحد المقدمات المتمكن منها، عقلى يرفع بوجود الأخرى و المتمكن منها و ليس لها خصوصيه في نظر، الأمر و إن انفردت فكيف يستصحب وجوبها المنتفى عينا بوجود الأخرى؟ كذا قرره شيخنا و غيره. و فيه أن التخيير المستصحب إما دليله العقل أو الشرع و الثانى إما لى أو لفظى.

و الثانى: إما مبين للتخيير مطلقا أو مختص بصوره التساوى، و إما مجمل مهمل فإن كان الحاكم بالتساوى العقل، فما كان ليستصحب حكمه، لأن الاستصحاب لا- يجرى فى الأحكام العقليه من جهة توقف حكمه فى الآن اللا-حق على إحراز جميع قيودات الموضوع و عناينه فيدور مدار وجودها بالبدهاه و يفقد التساوى ترتفع حكومه العقل جزما و إذا كان الموضوع كما هو بعد لا حاجه إلى الاستصحاب بل احتمال المدخلية يكفى فى رفع الحكم العقلى، و استصحاب حال العقل المسمى باستصحاب النفسى، و البراءه الثابته حال الصغر و الجنون الراجع إلى استصحاب أحكام العقل العدميه و إن المقام من موارد فيستصحب البراءه من التكليف الزائد على التكليف الأولى- لو قيل به مردودا- بأنه

استصحاب حال مطابقه العقل لا المستند إليه و توضيحه في الاستصحاب. و هذه مسأله من أشكال مسائله، و نحن نفضلها ليعم نفعها.

اعلم أن وجود الشئ ع متوقف على المقتضى و رفع المانع، و أما عدمه فيحصل بفقد المقتضى أو أحد أجزائه أو وجود المانع و لا يحصل الرفع من جهة وجود المانع إلا بعد إحراز المقتضى و إلا استند العدم إليه و إن كان لوجود المانع شأنه لكن مع عدم إحراز المقتضى يستند عدم الشئ ع إلى فقد مقتضيه لا إلى وجود مانعه بل احتمال عدم المقتضى يكفي في العدم وجد المانع ارتفاع أم لم يوجد فأسباب عدم الشئ ع ثلاثه: عدم وجود المقتضى أو وجود المانع مع وجود المقتضى أو احتمال وجوده أو حكومه العقل بالعدم التي هي اعم منهما إذ قد يقارناها، و قد يفارقاها مثل حكومه العقل بنفى الشريك، و مثل ما نحن فيه فإن التخيير بين المتساويين من كل جهة حكم عقلي لا- محيص عنه و لا- يمكن اختيار أحدهما من دون مزيه فيه، فإن نقص أو زاد أحدهما ارتفع ذلك الحكم العقلي فكيف يستصحب! لكن لا- ينافي ورود دليل يقضى بالتخيير عند الزيادة و النقصان في أحدهما لسكوته عن ذلك و منه يظهر معارضة الدليل القاضى بعدم التخيير في المتساويين لحكومه العقل بخلاف ما لو رجح أحدهما فلا يعارض حكومه العقل لو دل على التخيير دليل غيره و أما لو استند العدم إلى نفي المقتضى أو وجود المانع و طابقه العقل في ذلك فلا يمكن أيضا استصحاب ذلك الحال الذي طابقه العقل إلى ما بعد وجود المقتضى أو بعد ارتفاع المانع إذ الاستصحاب لا يمنع المقتضى من تأثيره و يشهد له عدم تجويزهم لاستصحاب عدم وجوب السوره المسبب له النسيان بعد التذكر في المحل، و ما هو إلا وجود المقتضى للطلب منع منه النسيان و قد ارتفع فآثر المقتضى أثره و أخطأ القائل بالأجزاء في مثل هذه الصوره من الأعذار المسقطه للتكليف مع حدوث مقتضاها. نعم يجري الاستصحاب في صوره وجود المانع و لو شك بأن العدم مستند له أو إلى عدم المقتضى فلو ارتفع المانع لا ضير من بقاء عدم التكليف الذي جامع وجوده إذ يكفي في رفع التكليف حصول الشك في مقتضيه فمثل الصغر المانع من التكليف- لو ارتفع- فإن تحقق مقتضى التكليف فلا مجرى حينئذ للاستصحاب و أن لم يوجد حتى لو شك في وجوده و عدمه أمكن استصحاب تلك الحاله إلى يحرز المقتضى للتكليف بدليله، و هذا ليس من استصحاب الأحكام العقلية. بل هو استصحاب حاله طابقها العقل؛ و لذلك لو أن العقل و البلوغ يلازمان التكليف حيث جدا بعد جزما لا مجرى للاستصحاب في رفع التكليف فاتضح أن القضايا العقلية لا تقبل الاستصحاب وجوديه كانت أو عدميه، و إن استصحاب حال العقل ليس من استصحاب حكم العقل العدمي، مضافا إلى أنا ندعى أن التخيير في كل متماثلين و متساويين من كل الجهات هو من آثار الأمر الوجودى و هو التساوى لا من آثار الأمر العدمي و هو عدم الترجيح فلا بد من إحراز التساوى ليرتب عليه أثره و هو التخيير و إحرازه بعد فقد لا يثبت باستصحاب العدم فإن نفي أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه آثار وجوده فلو دار الأمر بين الوجوب و الندب، و نفينا الوجوب بالبراءه لا يثبت الاستصحاب بالأصل، بل يحتاج إلى دليل آخر نعم لو كان جواز التخيير من أحكام استصحاب البراءه بالفرد الخاص تم ذلك مثل كون غير المذكى ميته فإن استصحاب عدم التذكيه يرتب عليها أحكام الميته لا يقال إن المستصحب الجواز الشرعى حال التخيير بين المجتهدين المتساويين لأننا نقول ليس هذا جواز إباحي مقابل لباقي الأحكام بل هو رخصه إلى بدل نحو خصال الكفار فهو في الحقيقه وجوب تخييري، هذا إذا كان التخيير عقليا، أما لو كان القاضى به الشرع بدليل لبي مثل الإجماع فعدم جريانه

أظهر إذ لا- يستصحب حال الإجماع لغير ما وقع عليه بالبدايه. و إن كان الحكم بالتخير من دليل لفظي فهو إما خاص بصورة التساوى فلا يستصحب إلى غيرها و إما عام لها و لصوره التفاضل أغنى ذلك عن كل أصل و لا يحتاج إلى استصحاب، و أما لو كان دليل التخير لفظيا أو أجمل بحيث دار الأمر بين أن يكون التساوى قيذا يدور الحكم مداره أو عله لعروضه فلا مجرى للاستصحاب أيضا للشك في الموضوع في أنه مقيد أو مطلق.

الثالث: أن الشك دائر هنا بين التعيين و التخيير فيما علم وجوبه في الجملة فيرجع فيه إلى البراءة نظير ما لو شك عند وجوب العتق في تعيين من يجب عتقه، هل هو المؤمنه أو ما يعمها؟ و الكافره و مرجعه أن الأمر تعلق بالطبيعه في مسأله العتق، و التخيير بين أفرادها عقلي، فلو شككنا في اختصاص الحكم بفرد منها دون بقيه الأفراد أجرينا البراءة و قلنا الأصل عدم الاختصاص حتى ينهض به الدليل. و كذا إذا كان الشك في التخيير الشرعى نحو خصال الكفار و شككنا في تعيين أحدها نجري البراءة كذلك لأن الخروج عن العهده في كل فرد مما نص الشارع عليه فتعينه في واحد منها دون الباقي يحتاج إلى أمر آخر و الأصل البراءة، و مقامنا كذلك فإن اشتغال الذمه لم يثبت إلا بالقدر المشترك بين الفاضل و المفضول المتحقق في ضمن الأدون فتبرأ الذمه في الأخذ بقول المفضول و إلى ذلك ذهب القمى (رحمه الله). و لكن الحق عدم إجراء البراءة هنا إذ كل من قول المجتهدين واجب عينا على المكلف الأخذ به من حيث أن كل منهما طريق منصوب إلى الواقع، و إنما حصل التخيير في التزام و إلا فكل واحد منهما واجب مستقل لكن حيث لم يرجح أحدهما على الآخر خير العقل بينهما فحصول الشك في أحدهما ليس من حيث الوجوب العيني و عدمه ليدفع بالأصل من حيث المزاحمه، فلو ذهبت بقى ذلك الواجب على حياله فلو امتاز أحدهما بالرجحان لا تبرأ الذمه بارتكاب الآخر لارتفاع المزاحمه عند العقل و يكون، من مجارى الاشتغال نظير الغريقين الذى ظهر أن أحدهما نيا أو أبا أو مالكا للمنفذ فإن المملوك يلزمه إنقاذ من ملكه لا الغريق الآخر و لا يمكنه العذر بأنى كنت مخيرا فليس الواجب القدر المشترك بينهما و إلا لزم خلو كل واحد منهما عن الواجب العيني حال المزاحمه و البدايه على خلافه بل التعارض حقيقه هنا بين أمارتين لأن قول المجتهد طريق تعبدى إلى الواقع في كل منهما فيحصل التعارض بين حكيمين ظاهريين من أمارتين و لا جامع لهما إذ لو وجد كان هو الإمارة و الطريق و حيث لا مرجح لأحدهما يلزم على القاعده التوقف كما هو الشأن في تعارض الإمارات لكن لما قام الإجماع على عدمه في المقام اضطر العقل إلى الحكم بالتخير حيث لا مناص فإذا ترجح بموافقه شهره أو غيرها انتفى حكمه بالتخير و الوجوب الناشئ من تعارض الإماراتين لا- تجرى فيه البراءة قطعا فلم يشتمل كل واحد من المتزاحمين على مصلحه التكليف كإنقاذ الغريقين و إلا لما حصل القطع بإصابه الواقع في إنقاذ أحدهما مع حصوله قطعا و ليس بحاصل في الأخذ قول أحد المجتهدين عند التخيير إلا- على القول بالتصويب فالمأمور به الواقعى في المتزاحمين هو الفرد المردد، و فى مؤدى الطرق هو مؤدى أحدهما خالف الواقع أم لا. كل ذلك جريا على مذاق من يرجح أحد المتعارضين بمطلق الظن سواء خصه بالتخير الشرعى أو عممه له و للعقل. و أما بناء على عدمه فالشك الطارئ إما فى ثبوت التكليف أو فى ارتفاعه بعد ثبوته و البراءة لو أجريناها فهى فى الأول دون الثانى لرجوع الشك فيه إلى الشك فى طرو التخصيص على دليل ذلك التكليف و الأصل عدمه و لما حصل التكليف بحرمة الأخذ بما وراء العلم و ترددنا فى الخارج منه اقتصرنا على الأعلم لأنه المتيقن فمن

ادعى خروج غيره فعليه الدليل و لا- يفيدته أصاله براه الذمه من التعيين بعد أن احتاج إخراج غير المتيقن عن حكم العام إلى الدليل. و الحاصل أن متابعه الراوى للروايه و المقلد للمجتهد سيان و هما طريقتان إلى الواقع فإذا تعارض الفتويان اشبهه الطريق و الحجه بغيره و الأصل يوجب التوقف، و هنا لا يمكن للإجماع فأنحصر الأمر بالأخذ بالأرجح و لو احتمالاً ثم التخيير بناء على ما ذكرنا أن استناد الجواز إلى الأصل مطلقاً غير ممكن بل و لا معقول.

الرابع: الإطلاقات القاضيه بأصل مشروعيه التقليد من آيه أو خبر؛ إذ ليس فيها للأخذ بقول الأعلّم عين و لا اثر مع معلوميه تفاوت الآراء و تفاوت العلماء مضافاً إلى الأمر بالرجوع إلى مثل زراره و أبان و الثقفى و العمرى و يونس و زكريا بن آدم و عبد الحميد و أضرابهم و من البعيد تساويهم فى الفضل و العلم فيخرج بهذه الإطلاقات عن حرمة العمل بما وراء العلم.

و فيه أن الشرط فى التمسك بإطلاق المطلق كونه متواطئاً لا- مشككاً و لا- كذلك فى المقام لحصول الظن الاطمئنانى بأن أصحاب الأئمه (ع) زمن الحضور كمن ينقل عن المجتهد فى نوابه لا اختلاف بينهم فى الفتوى و لا معارضه؛ فإن حصل اشتباها رجعوا إلى الإمام " عليه السلام " فينصرف المطلق إلى الفرد الغالب و هم المفتون، و أين هم ممن لم يدرك زمن الحضور؟! لكثرة الاختلاف الواقع بينهم حتى أن المجتهد الواحد تعدد فتاويه بتعدد كتبه، و سره البعد عن زمن الأئمه " عليهم السلام " و تشويش النصوص بالتحريف و الوضع و السقط و هو مفقود فى عهد الأئمه (ع)؛ و لذا لم يحتاجوا إلى الفحص عن المعارضات، و من هنا اشتبه الأمر على الصدر العلوى فحكم بعدم لزوم الفحص. لا يقال أن الاستفادة من الأخبار العلاجيه خلاف ذلك لأننا نقول: إنا لم نجعله مستحيلاً لكن حكمنا بندرتة قبل و كثرته بعد، ثم لا ملازمه بين الاختلاف فى الروايه و بين الاختلاف فى الحكم و الفتوى و لو لا- ذلك لما ادعى علم الهدى انفتاح باب العلم و لم يكذبه أحد فما هو إلا لقربه من زمن الأئمه (ع) و إمكان معرفه أقوالهم و تمييز موارد التقيه فأصحابهم بطريق أولى، و أين هذا من الزمن المتعوس الذى خلا منهم ظاهراً؟! بحيث لا يمكن استنباط الحكم إلا بإعمال تمام النظر فى اللوازم الخفيه فإن ذلك قرينه واضح على تنزيل المطلقات على فرض الدلاله على صورته الاتفاق فى الفتوى و عليه فشمولها للمفضول مع تمام الجراه للأخذ بقوله حيث لا يعلم بالخلاف مع أنه يحتمل قويا أن سياق هذه المطلقات لبيان أصل المرجع للعامى، و إنه أهل الذكر و ساكته عن بيان كيفيه الرجوع و تفاصيله عند تعارض المجتهدين و عدمه فإن آيه السؤال و ما جرى مجراها غايه مفادها أن الجاهل يرجع إلى العالم، فالأمر فيها إرشادى كأوامر الطبيب فإنها لا- تفيد إلا رفع التحير فى المرجع لا رفع التحير الناشئ من الاختلاف و كيفيه الترجيح أو التخيير فإن ذلك حكم آخر يحتاج إلى أمر آخر غير أمر مطلق الرجوع و كذا غيرها من المطلقات التى أفادت حجيه قول المجتهد و لزوم الأخذ بها فإنها تجرى مجرى أمره " عليه السلام " بالعمل بالبينه أو خبر العادل فإنها لا تفيد إلا الحجيه؛ و لذا لم يحكم الأكثر بالتخيير عند تعارض البيّنات، و من حكم به خصه بالدعاوى المالىه عند عدم الترجيح و التخيير الثابت فى الخبرين المتعارضين ليس مفاد آيه النبأ فيكون مفادها حكمين الحجيه و التخيير بل هو مفاد الأخبار العلاجيه و من هذا الباب أكثر الإطلاقات

كأقيموا الصلاة و نحوها فإنه لا يثبت به المساواه بين جميع الأفراد المتعارفه لا أقل من الاحتمال و الشك في ورودها لبيان كيفية التعارض و معه لا- يتمسك بإطلاقها لأن شرط التمسك بالإطلاق بعد إحراز أن يكون المطلق مسوقا في مقام البيان ليصح الاستدلال ببرهان الحكمة على إفادته العموم كما ذكره في " المعالم " في [أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] مع الشك فيه لا يجىء ذلك فلا يتمسك بالاطلاقات حتى على مذهب المشهور.

و الذاهبين إلى العموم الوضعي في المطلقات فهم و أن خالفوا سلطان العلماء لفظا، لكنهم وافقوه عملا- و فعلا- فتراهم لا يحكمون بورود المطلقات للبيان في جميع الجهات إلا- إذا ثبت ذلك من غير الإطلاقات نفسه فلا يعم المطلقات الأخبار صوره التخالف و التفاضل إذ ليست هذه الصوره من اللوازم الغالبه بالنسبه إلى أصل المرجعيه التي هي مفاد الأخبار لكي يشملها إطلاقها لا عقلا و لا عاده و لا شرعا و حصول الشك كاف في منع الإطلاق أ ترى لو ورد كل غنم طاهر، فهل يكون دليلا على طهاره المشكوك منها من حيث التذكيه و عدمها فقله " عليه السلام ": ()

فارجعوا إلى رواه أحاديثنا

(لا- يمكن هو و نظائره أن يكون دليلا- على الرجوع إلى المفضول مضافا إلى توقف ذلك على إرادته الاستغراق منها- و هو مشكل- بل غير صحيح لعدم وجوب الرجوع إلى الجميع جزما فلا بد أن يراد بها جنس الفرد فتحذو حذو المطلقات التي عرفت مع أن تماميه التمسك بها موقوف على كون الحجج و الأمارات الشرعيه من باب السببيه فيصير حال المتعارضين منها حال الواجبين المتراحمين المحكوم بالتخير فيها- و هو باطل- بل هي إما طريق محض على رأى من فتح باب الظن أو فيها نوع تعبيديه مضافه إلى طريقتها، و التعبيديه تجعلها من الظنون الخاصه و أهلها لا- يتعدون منها لغيرها من الظنون- و إن حكموا بطريقتها- ثم أن هذه المطلقات لو شملت الرجوع إلى كل فرد من المتفقين و قضت بالتخير بين المختلفين يلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى- و هو باطل- عند الأكثر، اللهم إلا أن يقال أن أصل الرجوع إلى طبيعه العلماء وجوبه شرعى و التخير وجوبه عقلى و يكفى في المطلق إتيانه في ضمن أحد أفراده و الوجوب الشرعى لا- يمكن إثباته بمثل هذه النصوص، و أعلاها خبر الاحتجاج المأخوذ من تفسير العسكري " عليه السلام " الذى لا يعتمد الأخباريون منا و الباقي منها ما يفضى لجعل طائفه من العلماء مرجعا للجهال و أما أن كل واحد منهم حجه، أو عند فقد المعارض فهي بمعزل عن ذلك. و منها ما دل على وجوب الرجوع إلى كل واحد عينا على قياس العام الأصولي فيظهر منها أن كل واحد حجه منفردا و أما لو عارضه مثله فهي ساكنه عن حكمه لامتناع شمول الأمر حتى للمعارضين بالأخذ من كل واحد و تعيين أحد الفردين لا مرجح له و الرجوع إلى الحكم العقلى يعين الأفضل لرجحانه، و لو تخيل أو سلمنا حكمه بالتخير فهو خروج عن التمسك بالإطلاقات و من هذا الباب آيتى النفر و الكتمان و خبر التوقيع.

و منها: ما هو وارد لبيان حكم آخر فيمنع ذلك عن إفادته لحكم التخير الشرعى كخبر الاحتجاج و المقبوله و روايه أبى خديجه فهي- و إن كان لها أهليه الدلاله على المراد من حيث أن إطلاقها يندرج فيه كل واحد من المتعارضين. فإن امتثال الأوامر المطلقه يحصل بإتيان بعض الأفراد مخيرا لقبح الإغراء بالجهل و لقاعده الإطلاق فلا بد من البناء على التخير في مقام الامتثال و شرعيته لا تنافى تسميته تخيرا عقليا متى استند إلى الإطلاق و قبح الإغراء، و لكنها كقله " عليه السلام ": ()

اعتمدا فى دينكما على من فى حينا كثير القدم فى

(مساقها النهى عن الرجوع إلى علماء المخالفين و روااتهم و لبيان المرجع للإماميه علمائهم و ليست بوارده لبيان الحجه الفعلية حتى يستند إلى إطلاقها و وقوع السؤال فى المقبوله عن حكم التعارض مما يؤيد أنه لا إطلاق فيها يشمل هذه الصوره و جواب الإمام " عليه السلام " ينبغى أن يكون مخصصا لإطلاقها و لم يزعمه أحد.

و منها: ما أشار إليه ثانى الشهيدين فى اشتراك الجميع فى الأهليه و من أن ترجيح العامى للأعلم متعسر جدا، و هما كما ترى فإننا لم نمنع الأهليه الشائيه و هى غير كافيه لفعليه التقليد حتى مع عروض المانع إذ فتوى الأرحح مانع عن الأخذ بفتوى المرجوح و إن كان له أهليه ذلك و مثله المرجحات السنديه فإن لزوم الأخذ بقول الأوثق لا ينافى أهليه الأخذ بقول الثقة و كذا الأخذ بأقوى الظنين عند من يعتمده فى الأحكام و عسر تشخيص الأعلم كعسر تعيين المجتهد فينبغى أن يسقط التكليف بالأخذ منهما و ليس هو إلا- موضوع من الموضوعات يحرز بالرجوع إلى أهل الخبره خصوصا عند من اكتفى بالظن فى تعيينه، و أما الرجوع إليه لو استلزم العسر سقط التكليف به و رجع التكليف إلى الأ-علم الإضافى لا- أفضل الكل و هكذا فالمدار حينئذ على العذر الشخصى فى تمييز الأ-علم و الرجوع إليه، و اعتمد صاحب الفصول على ما ذهب إليه من جواز تقليد المفضول مطلقا بأنه لولاه لما جاز الرجوع إلى أصحاب الإمام بحضوره، و التالى باطل لتصريح روايه أبان به و المعهود من أصحاب الإمام انهم يفتون بالرأى لا- يتلون الروايه على المستفتى، و فيه أنا أوجبنا الرجوع إلى الأفضل مع العلم بالخلاف لا مطلقا و هو لا يتصور فى حق الإمام و قد وقع ذلك أيضا فى كثير من الأحكام و كون لازم ذلك العمل بالروايه زمن الحضور لا منع منه لمن له أهليه ذلك فهذا الكلام مختل الأطراف على الظاهر، لأن قياس الأفضل على الإمام فيه ما فيه. و اعتمد بعض المحققين على أن اعتبار التقليد إما تعبدى محض فليس فى النصوص تعيين الأعلم فيه. و أما من جهة حصول الظن بحكم الله تعالى الواقع فقد يوافق الظن قول المفضول و فيه أيضا أن المدار فى التقليد على الظن النوعى كما أشرنا، و إلا- لزم الهرج و المرج فى الدين و هو موجود فى الأعلم مع أن هذا قول آخر فى المسأله إذ هو لا يفيد التخيير بين الأعلم و غيره بل لازمه اتباع الظن مطلقا و تقليد المفضول ربما لا- يوافق الظن أبدا. هذا كله فى صورته الخلاف و أما فى صورته الوفاق فى الفتوى، و الاختلاف فى العلم، أو العكس، أو كان الاتفاق مشكوكا، أو علم بالاختلاف إجمالا أما بالفتوى بعد معلوميه الأفضل أو بأفضليه أحد المفتين على الآخر فتشعب الصور، و الظاهر عدم وجوب تعيين الأفضل مع اتفاهه و غيره من هو دونه فى الفتوى بل و مع الاختلاف فيها و المساواه فى الفضيله، أما الأول فقد حكى الاتفاق عليه كثير من الأعاظم، و نسبه فى المفاتيح غير واحد من الكتب لكن بعد أن نسبه نظر فيه و جعل تعيين المجتهد هو المطابق للاحتياط و الاعتبار و أقصى ما تصورنا من الدليل على ذلك أحد أمرين: إما لجهه أن تعيين المجتهد على المقلد مطلقا مما يقضى به لفظ التقليد، و العمل بقول الغير فيكون واجبا يطل العمل بدونه أو لكونه شرطا فى صحه التقليد و لو فى صورته الأفضليه فيجب على المقلد تطبيق عمله على قوله لأنه المتيقن بعد اشتغال الذمه. و فيها منع واضح فإننا بعد فرض المماشاه و الجمود على لفظ التقليد.

نقول: أن الغرض من شرعيه التقليد الوصول إلى الحكم المراد بتوسط رأى المجتهد فيه بعد سد باب العلم به فإذا طابق العمل لرأيه فقد حصل الغرض المقصود من وجوبه غايته أن المقلد لم يسلك الطريق المنسوب و لا- ضير فيه بعد الوصول إلى ما

الواقع لعدم العبره بالطريق بعد الوصول كمن صلى إلى القبلة و لم يلاحظ الجدى مثلا بنفس الظن بها ثم ظهرت الموافقه نعم، لو قيل بكونه شرطاً تعديداً لصحة العمل فله وجه لكنه ممنوع أشد المنع و لو سلم لا ينفع إلا فى مقام يؤدى المقلد العمل بدون التفات إلى التقليد فلو كان ملتفتاً و لو إلى تقليد المفضول و كان العمل موافقاً لقول الأعلى صار كأنه تقليداً لهما و الاشتراك غير مضر جزماً إذ لا دليل على عدمه فإن مسماه لو حصل كفى فى صحة العمل فالأخذ بقول الميت و الحى أو الأعلى و الأنقص بل العامى و الأفضل مع الموافقه أخذ بقول الحى و الأفضل. و الحاصل أن الفرديه المشخصه لم يقم دليل على اعتبارها إذ غايه الإطلاقات أن العلماء مرجع و المرجعيه تحصل بأخذ جنس القول و ما قضى بتعيين الأعلى فهو مع الاختلاف من جهه الظن النوعى بقربه إلى الواقع و الأخذ بغير الأرجح الذى معه يحصل الشك بالبراءه، و به صرح المقلوبه و بناء العقلاء لا يقضى بأكثر من ذلك و الإجماع، و إن كان ربما يشمل إطلاق معقده لصوره الوفاق. لكن مع ملحوظيه القرب إلى الواقع فى معقده يقصر أيضاً على صورته الخلاف، و أما الأصل فلا يجرى مع وجود الأدله الاجتهاديه بخلافه، و لا يتوهم أننا عدلنا عما حكمنا به فى أن الإطلاقات لا- يصح التمسك بها فى جزئيات المسأله لورودها فى بيان أصل المرجع، و إنها لا تنافى جريان الأصل و لا تنهض حجه على صحة التقليد الاستمرارى أو المفضول مثلاً، فكيف ترجع لها هنا؟ بل مقتضى لزوم الأخذ بالتعيين فى دوران الأمر بينه و بين التخيير فى الطرق هو تعيين قول الأعلى فأصالة الشغل محكمه لدفعه أن المطلقات لا ريب فى أنها تفيد إن حكم العلماء هو حكم الله تعالى، و إلا لما كانوا هم المرجع فى صريحها و هذا المقدار كاف هنا فإن المكلف أخذ بحكم الله تعالى جزماً غايته أنه أخذ من طريق آخر لم يلحظه الأمر فيلزم سقوط التكليف عنه إلا على الشرطيه التى تقدم فسادها.

و أما الثانى: فالمشهور التخيير، و قيل بالبراءه، و قيل بلزوم الأخذ بالأثقل - و هو قد يفارق الاحتياط - مثل الأخذ بالتمام بالنسبه إلى القصر لو اختلف فيه المجتهدون المتساوون علماً و ورعاً فإن الاحتياط هو الجمع و قد يجامعه، كما لو اختلف المفتيان بين الوجوب و الاستحباب، فإن الأخذ بالوجوب أثقل و أحوط. و ردهما بمخالفه البراءه للإجماع بل للضرورة من الدين مع أن الإمارات لا- يجرى فيها أصالة التساقط عند التعارض، كما بينا و إن الأثقل لا معنى له إذ القواعد فى مثله تقتضى إما البراءه أو الاحتياط، و لعل التخيير بين الفتويين لا يخلو من وجه و إن قلنا بالتوقف أو التساقط فى تعارض الإمارات إنما الإشكال فى بقيه الصور و هى صورته الشك فى الاتفاق أو العلم الإجمالى بالاختلاف مع معلوميه الأفضل أو الشك بالأفضليه مع وجود الاختلاف فى الفتوى. أما الأولى فقد اختار لشيخنا (رحمه الله) عدم وجوب الفحص خلافاً لعننا فى رساله فجزز الأول العمل بقول المفضول حتى يتبين الخلاف و عكس الثانى و ألزم بالفحص و أظن أن ظاهر الأكثر ممن يوجب تقليد الأعلى عليه فيلزم إحراز العلم بموافقه الأفضل و إلا- رجع إليه، و مبنى القولين أن تقليد الأعلى على القول به واجب مطلق أو مشروط بصوره العلم بالاختلاف، ذهب شيخنا إلى الثانى بدعوى حكومه السيره الكاشفه عن تقرير المعصوم فى الرجوع إلى المفضول مع الجهل بالاختلاف على الأصل الموجب للإطلاق من أصالة عدم حجيه قول المفضول و من استصحاب الشغل و قاعدته و كذا حكومه الأخبار العامه و الخاصه التى شرعت التقليد على الأصل المزبور إذ غايه ما يخرج من إطلاقها صورته العلم بالخلاف و سهوله الشرعيه أيضاً تقضى به. و أورد عليه سيدنا و أستاذنا الشيرازى (سلمه الله تعالى)

بأن ظاهرهم اشتراط عدم مخالفه الأَعلم فى جواز التقليد فيلزم أن يحرز شبه الشروط الباقية مثل البلوغ وغيره التى هى من الشروط الواقعية التى تحرز عند العمل، و هو موقوف على الفحص فالفحص جزء لموضوع الحججه فلا يجرى العمل بدونه لعدم المقتضى و ليس هو من قبيل المانع لينفى بالأصل بل لا بد من إحراز موضوع الحججه ثم العمل بفتوى واجده و لا ينفع أصاله عدم المعارض بخيال أن نفس وجود الأَفضل ليس من موانع التقليد للمفضول و إنما المانع قوله المخالف فلو شككنا فى وجوده نحكم بأصاله عدمه فيبقى حججه قول المفضول سليما عن المعارض لو هنه بتوقفه على أمور.

منها: إحراز موضوع حججه قول الشائنيه.

و منها: أن عدم جواز العمل لوجود المانع لا لفقد المقتضى.

و منها: كون العمل بعدم المعارض جائز قبل الفحص مطلقا أو حيث ينتفى العلم الإجمالى.

و منها: أن لا يكون له معارض من الأصول كى لا يسقط عن الاعتبار و إلا كان الأخذ به دون معارضه بلا مرجح و الالتزام بها محل تأمل لقيام الاحتمال باشتراط حججه قول المجتهد بعدم معارضته لقول الأَعلم فيلزم إحراز عدم المعارضه بالعلم أو بما يقوم مقامه فيمنع دعوى حججه الشائنيه لو لا وجود قول الأَفضل و إلا لكان المدعى للزوم تقليد الأَعلم يخصه بصوره العلم بالخلاف و ليس كذلك جزما لما مر من الأصل و الإجماع الشامل بإطلاقه لصوره الجهل بالخلاف و للنصوص فقوله (ع))

ما حكم به أعلمهما و أفقهما عند اختلاف الحكمين

(يظهر منه أن حكم الله تعالى الواقعى فى تلك الحاله متابعه قول الأَعلم و هو فى الخبر مطلق بالنسبه إلى غير صوره العلم بالموافق و أما هى فمسكوت عنها و عن حكمها فتشمل صورتى العلم و الجهل باختلاف الأَعلم مع غيره كذا قرر و هو متين غير أن اشتراط عدم المعارضه فى الأمور العدميه التى يمكن إحرازها بالأصل نحو عدم المانع فقول المفضول حينئذ لا بأس بحججه و لا فرق ظاهرا بين المعارض مانعا أو كون عدمه شرطا فكيف يدفع الأول بالأصل دون الأخير على أن الثابت من نحو المقبوله كون الأَعلميه عند الاختلاف مرجحه لو اجدها كمرجحات الخبر عند التعارض و هو غير موجب لتقييد اطلاقات الأدله كما، فى الخبر إذ تقديم الأَرجح فى مقام العمل لا يسقط المرجوح عن الحججه الشائنيه، و مثله الرجوع إلى الأَعلم فإن موضوع الحججه باق فى غيره، و قول الأَعلم المخالف لا يسقطها، و لو وجب تقديمه أشبه شىء بالأَهميه الموجهه لترجيح أحد المتراحمين بناء عليه أن شرط الأَعلميه فى المفتى يجمع سائر الشروط فى الحياه و العداله و غيرهما فى كونه شرطا واقعا، و يفارقها من جهه أنه اختيارى مقرون بحال التمكن لا مطلقا فيسقط اعتباره عند تعذر تحصيله إما كونه واقعا لا علميا فيدل عليه أن الأَفقه المحكوم بتقديمه فى المقبوله هو الأَعلم الواقعى؛ لأن الأصل فى الشرط المأخوذ فى اللفظ أن يكون واقعا لوضع الألفاظ للمعانى بنفس الأمر به بحاقها إلا أن يدل على العدم دليل و بناء العقلاء و الاحتياط أيضا يقضى به فهى كاشتراط الطهاره من الحدث و الخبث فى الصلاه و حينئذ فلو قلد العامى من قطع بأَعلميته و انكشف العدم و مخالفه أعماله لفتوى الأَعلم لزمه العدول فى مستقبل أعماله و القضاء لما صنعه بناء على عدم الإجزاء بخلاف ما لو كان الشرط علميا فإنه لا يلزمه الإعادة و القضاء لانحصار مورد

الإجزاء بالشروط الواقعيه عند التخلف و لا دخل لمخالفه الشروط العلميه فى مسأله الإجزاء أصلاً، بل هى من باب تبدل العنوان كالسفر و الحضر و لا ريب فى صحه ما سبق

من الأعمال. نعم عسى أن يتصيد من كلمات العلماء هنا أنهم يقولون بالاجزاء هنا للخرج لو أعاد و قضى أعماله السابقة التي لم توافق فتوى الأعلام غب انكشافه و ليس هو كالمجتهد عند ظهور تخلف الإيماره، و لكنه منظور فيه بما سلف في كون العسر المنفى في الشريعة هو شخصيه لا نوعيه و إنه لا يشرع حكما كلياً بل يمكن أن يدعى أن الحكم بالاجزاء عند مدعيه لو تخلف الطريق مقصورا على الأحكام فقط لا- ما يعمها و الموضوعات، و به صرح الفاضل في " تهذيب الأحكام " و " نهایه الأحكام " حيث فرغ مسأله الاجزاء و عدمه على مسأله التصويب و التخطئه و الحال أن العامه و الخاصه على حصر النزاع في تلك المسأله في الأحكام دون الموضوعات، و خطأ الشهيد من بعده على تفريره على النزاع في التصويب و التخطئه خطأ المجتهد في القبله و إزمه بالقضاء و عدمه بأن ذلك في الموضوعات المتفق على التخطئه فيها و لا ينافي ذلك الحكم بصحة صلاه من لم يصل إلى حد الاستدبار على القول به لأنه مبنى على تعميم موضوع القبله لما بين المشرق و المغرب لا لاجزاء الأمر الظاهري الشرعي، و الدغدغه بأن الأعلاميه ليست من الموضوعات لا يلتفت إليها بعد الحكم بثبوتها بالبينه المنحصر موردها بالموضوعات و ليس حالها إلا- حال ثبوت الموت بالبينه مع قيام الاتفاق على ترتب آثار الحياه لو انكشف الخلاف من رد ماله و زوجته إليه و آثار انكشاف الخطأ في المقام هو القضاء و الإعاده، اللهم إلا أن يقال بأن ما نحن فيه من الموضوعات المتفرعه عليها الأحكام الكليه مثل الحائر الحسيني، و مثل موضوع علم الرجال في باب التعديل و تمييز المشترك فإن حاله حال الأحكام في الاجزاء و عدمه و له وجه قوى و الأوفق في النظر عدم الاجزاء إذا أحرز شرط الأعلاميه بطريق شرعي كالبينه و نحوها و مثلها سائر شروط الإفتاء فلو قلده على أنه حتى باستصحاب أو بينه فبان موته انتقض عمله بأسره، و أما كونه اختياريا فلدخول فاقد الأعلاميه إذا جهل المكلف وجودها في الإطلاقات لأن الخارج منها الذي قضى به الدليل الخارجى هو مانعيتها من الرجوع إلى فاقدها مع العلم بها أو مع إمكان الوصول إلى الأعلام لا مطلقا فيسقط اعتبارها فيما عداها فتخالف باقى الشروط فإن فاقدها لا تشملها الأدله أصلا و مع تعذرهما على العامى يرجع إلى القواعد المقرره من الأخذ بمورد الإجماع أو الشهره، و أما عدم وجوب الفحص الذى رجحه شيخنا خلافا لعمنا (طاب ثراهما) فالذى أراه موافقه العم فى ذلك، لأن العمل قبل الفحص حال وجود العلم الإجمالى بالمعارض لا دليل عليه فإن قول المجتهد و إن ثبت حجتيه الشائنيه فى حق المقلد لكنه لا يزيد على الخبر المعترف فى حق المجتهد فيجب الفحص عن معارضة أولا، ثم إجراء الأصل فإن العمل بالأصول مشروط به و ليس هو من الموضوع الصريف المشتبه كى تجرى فيه الأصول، و لا- يشترط الفحص فيه بل ما آل الشبهه فيه إلى الشبهه فى الحكم الكلى فإن مرجع الشك فى دليل الحكم إلى الشك فى أصله و لا- يتفاوت الحال بين كون اعتباره من باب الطريقيه أو الموضوعيه فلا محيص عن الفحص، إما لجهه إحراز المقتضى أو لاحتمال وجود المانع إذ لا تتم الحججه بدونهما، و أما لزوم الفحص مع العلم الإجمالى فى غير محل الابتلاء، فربما قيل بلزومه أيضا بخيال أن مدركه استقرار طريقه العقلاء على الامتناع من العمل بالدليل قبل التفتيش مع احتمال الاختلاف أو كان الاختلاف معلوما لكنه خارجا عن محل الابتلاء و دفعه أن مجرد العلم الإجمالى فى المخالفه فى جميع المسائل من حيث هو لا ينفع بعد خروج أكثر المسائل عن محل الابتلاء إذ لا تجب ملاحظه ما هو خارج.

و الإنصاف أن الفرق بين المقامين بعد وجود العلم الإجمالى لا ينفع فإن ارتفاعه مطلقا شرط فى العمل بالظواهر فالأحرى سقوط الفحص عن المسائل التى لم يبتل بها المكلف

مطلقا إذا حصل الشك في اختلاف الفاضل و المفضول، و أما ما كان منها محلا للابتلاء فإن لم تبلغ حد الشبهه المحصوره كأن حصر العامى الاختلاف فى مسائل عشر، أو شك فى المبتلى به فى أنه منها لا عبره قطعا بهذا العلم الإجمالى إذ وجوده كعدمه بخلاف ما لو حصر العشر فى مسائل الطهاره و شك فى كفايه المره فى التطهير فإنه يلزمه الفحص فإن العلم الإجمالى كالتفصيلى حينئذ فى الأحكام و الآثار فيلزمه الفحص عن فتوى الأعلم مهما أمكن و لو بالأمارات سواء علم بمخالفه المفضول له أم لا- فإن تعذر عليه ذلك أخذ برأى المفضول إن علمه ما لم يظن الخلاف فإن ظنه و قلنا باعتبار الظن فى حقه لزمه ترك العمل بقول المفضول فيما ابتلى به و الرجوع لغيره من الطرق كالاختياط و شبهه، و إن حكمنا بعدم اعتباره أخذ بقول المفضول من جهه حجتى الشأنيه التى لا- يعارضها اشتراط حجيه قوله بعدم المعارض أو حجيه الظن بوجود المعارض مع ضميمه جريان أصاله العدم بعد الفحص بل الحق سقوط ما تخيله صاحب الفصول من إن الظن بالفتوى من جمله الظنون المعتره التى يرجع لها المقلد كيف و ظنه ساقط عن درجه الاعتبار و لا يجوز للمقلد قطعا الاعتماد على ظنه فى فتوى من يقلده عند العجز عن تحصيله لفتواه بغير الظن بل لا بد من رجوعه حينئذ إلى الشهره و غيرها من الإمارات فإن فتوى المجتهد مؤداها الظن بحكم الله الظاهرى و ما سواها من الإمارات تكشف عن الحكم الواقعى مثل الشهره و شبهها، فالعمل بما يحصل به الظن بواقعى الحكم مقدم على ما يحصل معه الظن بظاهريه غايته تقديمه مع العلم تسهيلا و أما قيام الظن مقامه فلا و منه يظهر أن فتوى المفضول كالأفضل إذا لم يكن أحدهما قطعيا بل كانا مضمونين معا لم يجز له تقليد أحدهما و قول العدلين أو الواحد أو الشهره من طرق القطع المفيده له نوعا و أما شخصا فلا تنهاهى.

بقى الكلام فى الشك فى أفضليه أحد المفتين على الآخر مع الخلاف فى الفتوى و هى آخر الصور و ينتهى القول فيها فى مقامات.

المقام الأول: فى وجوب الفحص و عدمه.

المقام الثانى: فيما يثبت به الأعلميه بعد الفحص.

المقام الثالث: فى أنه هل يتخير المقلد بينهما فى التقليد بعد العجز عن تشخيص الأعلم أم يرجع إلى غير التقليد من الطرق؟.

المقام الرابع: أنه على فرض التخيير فهل هو بدوى أو استمرارى؟.

فنقول: ظاهر الجماعه هو وجوب الفحص من باب المقدمه لإحراز العلم بالأعلميه إذ ليس الذى يجب تقليده هو الأعلم المعلوم بل هو الأعلم الواقعى المستلزم لكون العلم مقدمه وجوديه له فيجب تحصيلها على حد سائر الواجبات المطلقه أو لأن تعدد المجتهد يورث تعدد الطريق و لا يجوز العمل بواحد من هذين الطريقين أو الأكثر إلا بعد المرجح أو لأن التخيير فى مثل المقام من الأصول العمليه و إن لم يكن كذلك فى تعارض الأخبار و لا يجوز العمل بالأصل قبل الفحص عن المعارض فهو من باب اشتباه الواجب بالحرام أو لأن حجيه كل واحد منها قبل الفحص مشكوكه و بعده معينه فلا تجرى فيها أصاله عدم الحجيه أو لأن التخيير حكم عقلى نشأ من فقد المرجح و العقل لا يحكم به مع احتمال أن يكون لأحد الفردين أو الأفراد مرجح فيجب الفحص

لنفى المرجح أو لوجوده.

و الحاصل أن احتمال الأعلمية في أحدهما توجب دوران الشك بين التعيين، و التخيير في تكليف النفس الأمرى و مقتضى الأصل هو التعيين، و احتمال سيدنا الشيرازى دخول

صوره الشك في العمومات القاضيه بالتخيير فإن القدر الخارج منها صورته العلم بالأعلميه. وفيه ما عرفت في منع من تمسك بإطلاقها على عدم وجوب تقليد الأعلّم، واحتمل بعض مشايخنا إجراء أصاله عدم الأعلميه. وفيه أيضا أنها لا تكون بنفسها موضوعا للحكم الشرعي بعد كون المستفاد من الأدله ثبوت التخيير للعنوان الوجودي وهو معلوميه التساوي لا للأعم منه ومن الأمر العدمي، ولو فرضنا إثبات التساوي به فيحتاج ثبوت التخيير إلى دليل آخر غير مجرد التساوي الثابت بأصاله عدم الأعلميه على فرض الثبوت فإنه ليس من أحكامه العقليه ولا يترتب على المستصحب إلا- الأحكام الشرعيه. نعم لو ثبت أن التخيير هنا كهو في الأخبار مستفاد من الأدله الشرعيه كان له وجه وعلى أي حال فمن المحقق الثابت أن الأصول التعبدية الشرعيه لا تثبت أكثر من الآثار المجعوله للشارع فلا يمكن إثبات التخيير بأصاله عدم الأعلميه إلا بواسطه أمر عادي وهو لزوم التساوي لها فيعود إلى الأصل المثبت اللهم إلا- أن يدعى أن موضوع التخيير الأمر العدمي وهو عدم التفاضل لا الوجودي وهو التساوي ولعله مرضى يقضى به ظاهر المقبوله حيث ذكر السائل بعد بيان الإمام "عليه السلام" للمرجحات: (أنهما عدلان مرضيان لا يفضل أحدهما على صاحبه) فكأنه فهم أن الترجيح من أحكام التفاضل وإن عدمه بنفسه لا يوجب الترجيح والتعيين، فأصاله عدم الأعلميه تكفي في إثباته لكونها تنفي موجب التعيين ولا يلزم إحراز عنوان التساوي مثل: (أكرم العلماء ولا تكرم الفساق) فأحراز عدم الفسق يكفي في لحوق حكم العام، ولا يلزم إحراز العداله فإن مجرد أخذ عنوان في المخصص لا يقتضى أخذ ضده في المخصص بل يكفي في نفي حكمه عدم كون المشكوك من أفراده إلا- أن قيام ظن عدم التساوي يكفي في لزوم الفحص كما في غير المقام من الشبهات الموضوعيه التي لا يجري الأصل فيها إلا بعد التفتيش مثل مستصحب الليل وعساه لغلبه المخالفه. ومنه ما نحن فيه فالأحرى الحكم بلزوم الفحص مع العلم بالمخالفه سواء علم المقلد إجمالا- بالأعلميه أم لا وعدم لزومه إذا لم يعلم الاختلاف بالفتوى والأعلميه، ولا ريب في الحكم بالتخيير بعد الفحص أو قبله حيث لا نوجه لانهصار طريق العامي به على قول مشهور، والأحرى عندنا هو التخيير بين العمل بقول المجتهدين مع مساواتهم وبين الأخذ بغيره من الطرق المقطوع بإيصالها إلى الواقع وفي وجوب تقديم ما يقطع المكلف بإيصاله إلى الواقع على الأخذ بقول المجتهد المظنون إيصاله إشكال. نعم ينبغي القطع بعدم جواز تقديم ما يظن بإيصاله إلى الواقع على قول المجتهد والله العالم وأما كون التخيير استمرارى أو ابتدائي فيتوقف الحكم به على بيان صور تبعض التقليد وهي ثلاثه:

الصوره الأولى: تبعضه في المسائل المختلفه التي لا ربط لأحدها بالأخرى ولا ريب فيه ولا إشكال في جوازه.

الصوره الثانيه: أن يقلد في الحادثه الشخصيه شخصا معينا فإنه لا يجوز له الرجوع إلى غيره فيها وعليه المعظم وظاهرهم ذلك حتى لو فضل الثاني إذ لم يثبت أن أفضليه الأخر من النواقص لكي يتفرع عليه الجواز بالمعنى الأعم وهو مشكل.

الصوره الثالثه: أن يرجع إلى الثاني في الحوادث المستقبليه من جنس تلك المسأله مثل ما لو قلد من يرى صحه الوضوء بماء الورد وعمل به برهه أو في صلاه وبعد ذلك هل يجوز له تقليد من يرى الحرمة أم لا؟ ذهب إلى الجواز الفاضل في "النهايه" و ثاني المحققين والشهيدين في "الجعفرية" و "المقاصد العليه" و جزم بالعدم الأكثر "كالتهديب" و "الذكري" و "المنيه" و غيرها. بل لم نجد القول به من متأخري المتأخرين وهو الأنسب

بالفقاهه، و يدل عليه أصاله عدم حجيه قول الثانى فى حق المقلد بعد أن كان مشكوك الجواز فإن الشك فى حجيه شىء عله تامه لعدمها و ما ذهب إليه القمى من البراءه سبق منعه مضافا إلى أن استصحاب الحكم المختار مقدم على استصحاب التخيير و مثله استصحاب الصحه أو الفساد، و قال سيد المفاتيح بأصاله صحه تقليد الأول إذ الرجوع يقتضى فساده و يقضى به أيضا أصاله الشغل لدوران الأمر بين البقاء الموجب للبراءه و بين العدول أو التخيير المحتمل به عدمها و شغل الذمه يمنع من المصير إلى ما لا- يعلم منه براءه الذمه و للزوم المخالفه القطعيه فى الحكم الواقعى التى لا- يرتفع قبورها فى الوقائع المتدرجه و إن كان العلم إجماليا، و لا- يقدح مخالفه العلم الإجمالى فى بعض الموارد لقصره على الموضوعات دون الأحكام و إليه ينظر اتفاقهم على عدم جواز خرق الإجماع المركب لأن فى إحداث القول الثالث مخالفه قطعيه، و زاد بعضهم فى الاستدلال عليه بإجماع المختصر و العضى و الأحكام و المنيه و بلزوم الهرج و المرج و بحصول الامتثال عقيبه لأن الامتثال حصل بتقليد الأول؛ و بان التقليد شرع للجاهل و المقلد بتقليد الأول صار عالما إلى غير ذلك من الأدله التى سطروها و نوقش فى جميعها. أما الأول فبان عموم أدله التقليد أو استصحاب التخيير قبل الرجوع إلى الأول أو استصحاب حجيه قول الآخر مما نرده لكن ذلك موقوف على أن يكون الرجوع إلى المجتهد فى كل واقعه مماثله أو مغايره تقليد ابتدائى و إلا فما كانت أدله التقليد لتقتضى ذلك بعد دفعها للتخيير الابتدائى و هذا تحير آخر يحتاج رفعه إلى دليل آخر و أما الاستصحاب بتقاديره فلا مسرح له هنا لعدم إحراز موضوعه، و هو مقرون بالتخيير المرتفع هنا لا أقل من الشك فى موضوعه و أما الثانى فيتقدم استصحاب التخيير عليه الذى يلزمه إلغاء هذا الاستصحاب لأنه حاكم عليه إذ لا مانع من استصحاب التخيير المشكوك به فى الزمن الثانى بعد العمل بواحد من أفراد التخيير فهو من باب المزيل و المزال و من هنا حكموا بتقديم الاستصحابات الموضوعيه على الحكميه و استصحابات الأصول على استصحابات الفروع من جهه عدم وجود الشك فى الحكم و فى المسأله الفرعيه بعد زواله عن الموضوع و منه ما لو شك فى الطهاره الصغرى بعد مجىء البول لأجل الشك فى نسخ ناقضيته و عدمه فباستصحاب عدم نسخ الناقضيه لا يبقى شك فى عدم بقاء الوضوء و ليس منه حكم الأصحاب بتقديم قول المشتري لو اختلف البائع معه فى الخيار بعد العقد لزوال سلطنه البائع بالعقد فكيف تستصحب و فى الباقي بما مر عليك من الأدله و العمده فى الدليل على المطلوب هو الأول و إن جوازه كذلك مستلزم للتفكيك بين الوقائع و ليس التزام المقلد بالحكم إلا كالتزام المجتهد بما يؤدى إليه ظنه فلا يجوز حينئذ أن يرجع إلى الآخر إلا على التصويب المعلوم بطلانه فعلم من ذلك كله أنه ابتدائى لا استمرارى، ثم أنه لا فرق فى عدم جواز العدول فى مماثل الواقعه بين كون التقليد هو نفس الأخذ أو الأخذ و العمل، قال شيخنا فى جواب سؤاله لا يجوز للمقلد العدول بنفس الأخذ قبل العمل، و إن قلنا أن التقليد هو العمل و وجهه هو طريان الشك بمجرد أخذ الحكم فى جواز تقليد الآخر لأن المتيقن من تخييره هو ما كان قبل الأخذ، و أما بعده بكون التخيير بالنسبه إلى الثانى مشكوك فلا يجوز الاتكال على قوله لأصاله عدم حجيه المشكوك فإن الشك فى الحجيه عله تامه لعدمها إذ الشك فى شرطيه الطرق معتبره كالشك فى الشرط المعلوم فى الأحكام فى لزوم الاحتياط بالإتيان به و مرجعه إلى دوران الأمر بين التعيين و التخيير فى الطريق و المقدم التعيين، كذا قرر و الأنسب بمذاق الفقاهه هو إناطه عدم جواز العدول بالتقليد و لا إجمال فى معناه فإن العلماء فيه على قولين فمن يرى أنه العمل لم يعبا بالأخذ فيجوز العدول به دون من يرى أن الأخذ، و يحتمل جواز

العدول و لو قيل أنه الأخذ به لا بالعمل للإطلاقات القاضيه بالتخيير الشامله لصورتى التقليد خرج العمل للوافق على عدم العدول به و بقى الأخذ بلا- مخرج و لعله الظاهر من الفاضل حيث قيد عدم الجواز بالعمل فقط فتأمل و على فرضه فالعمل يتحقق بما يرتفع به الحكم الشرعى و لو وضعيا أفعالا- و تروكا بل يكفى مجرد الالتزام فى باب التروك و كذلك الحكم الوضعى سواء كان من إنشاء الخلق كالبيع و الصلح و الطلاق و العتق أو من إنشاء الخالق المعبر عنه بالتسبب الشرعى كموجبات الضوء و الغسل و التذكيه المجموله سببا للطهاره و ليس العمل فى الأول سواء إنشاء الصيغه من العاقد فيترتب عليه الأمر بالوفاء و تشمله الآيه و يحصل الملمزم العملى و إن لم يترتب على العقد إثاره من نقل المبيع و أخذ الثمن، و فى الثانى يمكن أن يكون المحقق للتقليد هو نفس إيجاد السبب فإذا أجنب أو بال يلزمه إيجاد المسبب على النحو المأخوذ حكمه و لكن الأولى أن التقليد لا يلحق إلا- بهما لأن المناط فى العمل معروض الحكم الشرعى و لا يعرض إلا بعد فعل المسبب على ما يراه جماعه من عدم الجعل للأحكام الوضعيه، و أما على المختار من الجعل يحصل الملمزم العملى بنفس إيجاد السبب لأنه يصدق عليه أنه فعل رتب الشارع عليه حكما و هو السببيه فلو أخذ المكلف ممن قلده أن الجنابه سبب للغسل كان مجرد إيقاعها عمل بقوله، و يظهر مما ذكرنا جواز العدول فى الأعمال التى وقعت باطله عن جهل أو نسيان أو سهوا أو غيرها مما ظن المقلد المطابقه فيها، و كذا له العدول لو عمل بلا تقليد بناء على أنه العمل و إن صادف العمل رأى المجتهد و له وجه أن لم يدخل بالتقليد. المصطلح. و الميزان فى معرفه المتماثل من المسائل دون غيرها العنوانات الوارده فى الكتاب و السنه فكل واقعتان اندرجتا فى شىء من موضوعات الأحكام الشرعيه يحكم بالمماثله فيهما بحيث يقطع من خارج عدم الفصل بينهما كما لو حكم المجتهد بنجاسه ماء العنب بعد العلم بأنه ليس لخصوصه حكم فى الشريعة بل لأنه مسكر فيشمل حينئذ كل ما أسكر، فلو علم أنه ليس كل مسكر نجس مثلا بل ما كان منه خمر و ليس كل كافر كذلك فيخرج الناصبى مثلا- جاز له الأخذ من غيره فى المختلف فيه من حيث أن لبعض الأفراد عنوانا غير كلي و خروجها عنه إخراجا حكما فالموضوعى بطريق أولى، و به يفرق بين نجاسه الكافر أو المسكر و بين حليه البيع فإن العنوان فيها هو الكلى و لا كذلك البيع لتعدد العنوان فيه فإن لبيع الصرف عنوان غير السلم فلا يكفى التقليد فى أحدها بالنسبه إلى الباقى و حينئذ فوحده الدليل لا تكون مناطا للمماثله و إلا فلزوم الوفاء لجميع العقود و لا يمكن سرايه التقليد فى البيع إلى غيره من العقود حتى لبعض أفراده مما له عنوان بالخصوص، و الظاهر أن لوازم الواجب حكمها حكم الواجب فلو قصر فى الأربع بحكم مجتهد أفطر و لا- يجوز له التبعض فى المسافه فيقصر فى أربعة، و يفطر بثمان. نعم المماثله التى لا تعلم إلا من قبل المفتى لا من حيث الإفتاء بل من حيث أنه من أهل الخبره يجب على المقلد الاتباع و إن شك بالمماثله هذا كله فى الأحكام و أما الموضوعات المستنبطه التى شرع التقليد فيها غير الصرفه أو هى إذا كانت منشأ لأحكام كليه شرعيه مثل الحائز الحسينى و موضوع الغناء و الكافر و الركعتان فى باب شكوك الصلاه، و الركعه، و ما شاكلها مما اختلف فيه و فى حكمه و الظاهر عدم جواز التقليد فى تشخيص الحائز لشخص و فى حكمه لآخر من تحتم القصر أو التخيير، و كذا فى موضوع الغناء لواحد و فى حكمه لآخر مع الاختلاف، و كذا فى موضوع الكافر و فى حكمه و وجهه أن الحكم ترتب على ما أعتقده المفتى من الموضوع لا على الموضوع الواقعى ليجوز

للمقلد إحرازه و لو من غير مجتهده لو قطع فيه فإن الحكم مع موضوعه كالقيد و المقيد و الله العالم.

الفائدة الثانية عشر (عداله المفتى):

عداله المفتى و القاضى و إمام الجماعة و الجمعه و الشهود خصوصا على الطلاق منصوص عليها بل الإجماع المحقق على ذلك لكن هل هى على سبيل الطريقيه أو الموضوعيه فى جميع ما اشترطت فيه؟ الظاهر من كلماتهم فى الموارد أنها قسمان:

منها: ما كان طريقا إلى الواقع بمعنى أن الواقع لو أحرز بغيرها صح العمل و إن اشترطت فيه.

منها: ما كان اعتبارها على جهه الموضوعيه.

و القسم الأول: (أمور)

أحدها: اشتراطها فى قبول الخبر فلو علم صدق المخبر لزم قبول خبره و إن لم يكن عادلا و لأجله جاز له التحمل مع علمه بنفسقه.

الثانى: اشتراطها فى نائب الحج و سائر العبادات عن حى أو ميت إذ صحه العباده لا تشترط بالعداله فلو حصل الوثوق بأداء النائب على الوجه الصحيح صح استنجاره و إن كان فاسقا.

الثالث: أمين الحاكم على مال الأيتام أو قبض الحقوق فإنه قد اشترطت فيه العداله إذا أنس منه الحاكم عدم الخيانه صح استئمانه.

و القسم الثانى: اعتبارها فى وجه قوى فى إمام الجماعة و الجمعه فلا- يجوز الائتمام بالفاسق- و إن قطع بصحه عمله- و فى شاهدهى الطلاق فإن الأدله تقضى باعتبارها على جهه الموضوعيه، و فى القاضى و المفتى أيضا كذلك و إن علم بعدم حكمه بالبطل و عدم إفتائه بغير ما أدى إليه نظره بعد الجد و الاستفراغ فإن ذلك لا يكفى فى جواز الرجوع إليهما فى القضاء و الإفتاء. نعم المفتى يجوز له أن يعول على ظنه و إن علم الفسق من نفسه لعدم حجيه ظن الغير فى حقه كما أنه لا- يجوز له الفتوى حتى لمن قطع بعدالته إلا- بما قطع به من الأحكام لعدم مدخلية وصف العداله بالخبر عن الواقع، و لو شك فى عداله نفسه لجهله بالعداله موضوعا لزمه معرفتها أو لشكه فى ثبوتها استصحاب الحاله السابقه و استظهر فى الفصول جواز إفتائه بمظنوناته مع علمه بفسق نفسه زعما منه أن آيه النبأ تدل على عدم قبول نبأ الفاسق لا عدم جواز الإنباء، و يؤيده أن ليس فى الأخبار الخاصه مثل قوله " عليه السلام " لعلى بن المسيب:

عليك بزكريا بن آدم المأمون على الدين و الدنيا

" و لا فى الأخبار العامه المطلقه نحو قوله " عليه السلام ":

من أفتى بغير علم لحقه وزر من عمل بفتياه

" و كالمقبوله و غيرها مما يقضى بعدم جواز إفتاء الفاسق غيره فيما ظنه. و فيه أن الأصل هو الحرمة لجهه الإغراء بالجهل فالجواز محتاج إلى الدليل و الآيه و الأخبار ساكته عن إفاده الجواز، و لأن اعتبار العدالة فيما أخذت فيه موضوعا كله من واد واحد يلزم القول بعدم الجواز فى الفرض المزبور و لو شك فى العدالة أنها اعتبرت على جهه الموضوعيه أو الطريقيه لزم القول بالأول فلو رتب الشارع الحكم على موضوع و اعتبر العدالة فيه دار الحكم مدارها وجودا و عدما لحصول الشك فى الإطاعه مع عدمها فلا يمكن الحكم بكونها طريقا إلا إذا ثبت فى الخارج حصول

مراد الشارع بدونها و ذلك كاعتبارها فيمن يتولى المصالح عند فقد الحاكم على الأظهر إذا حصل المطلوب من غير العدل و خالف في ذلك جماعه حتى لو كان المتولى مأمونا و المولى لا حظ فيه الغبطه و المصلحه و لكنه خلاف ما يظهر من النصوص مثل صحيحه على بن رباب و فيها:"

لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم ... إلى آخره

" لكن الاحتياط لا يترك و على كل حال يلزم غير المباشر لمال القصير و الغائب إحراز صحه البيع لو اشتراه ممن تصرف فيه إما بمعلوميه اشتماله على المصلحه و إما بإحراز عداله المتصرف التي تمنعه عن المحاباه، و الظاهر أنه لا واسطه بين الفاسق و العادل و لو قيل بها لحق الفاسق غير العادل مطلقا فيما اعتبرت العداله فيه على جهه الموضوعيه و الله العالم.

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين

و صلى الله تعالى على محمد و آله

الفائدة الثالثة عشره: (ظهور الوجوب في الواجب النفسى):

ظهور الوجوب في الواجب النفسى عند الإطلاق مما لا يكاد ينكر ماده و هيئته، لكن هذا الظهور ليس من جهه الوضع البتة إذ الثابت اشتراك الواجب بين النفسى و الغيرى وضعا لإطلاق الواجب على الغيرى و عدم صحه سلبه عنه و للتبادر فلا جرم أن يكون منشأ هذا الظهور إما من باب الانصراف إلى أكمل الأفراد أو ظهورا إطلاقيا من جهه الخلو عن القيد فيما يحتاج إليه فالنسبه من جهه دليل الحكمه و إهمال القيد للآمر، و تظهر الثمره فى المفاهيم فإن المنفى فى المفهوم على تقدير كون ماده الأمر أو هيئته موضوعه للوجوب النفسى أو منصرفه إليه هو الوجوب النفسى لأنه الثابت فى المنطوق بخلاف ما لو كان الأمر موضوعا للقدر المشترك أو كان مشتركا لفظيا بينهما فإن المنفى فى المفهوم مطلق الوجوب. نعم يتم ذلك فيما لو كان الانصراف إطلاقيا من جهه إهمال القيد فالمنطوق يفيد النفسيه و ينفى فى المفهوم مطلق الوجوب الشامل لهما لأنه الثابت منطوقا و إنما حكم بالنفسيه منطوقا لأمر هو خارج عن اللفظ و هو إهمال القيد مثلا لو قال المطاع: (أكرم الجائى بشرط إهانه الذاهب) فمفهومه عدم الإكرام عند عدم المجىء أهنت الذاهب، أو لم تهنه، فالمفهوم رفع وجوب الإكرام مطلقا لأن المذكور فى المنطوق الإيجاب من الجمله فالمفهوم رفعه مطلقا لا فى الجمله. و لا فرق بين أن يكون الإطلاق من جهه الشمول لجميع الأحوال و الكيفيات و هو المسمى (بالإطلاق الأحوالى) و بين أن يكون ناشئ من ماده الصادقه على الوجوب النفسى و الغيرى، بل ربما يفرق بين المفاهيم فيحكم باستفاده الوجوب النفسى من القضييه الشرطيه دون غيرها من المناطق من جهه العليه فقولنا: (إذا أحدثت فتوضاً) يظهر منه بل صريحه، أن الحدث عله تامه للوضوء لا أنه جزء عله و الحدث فى المثال معرف لذلك الغير فلو شملت القضييه الشرطيه أو احتمل منها الوجوب الغيرى انتفت السببيه منها، و كذلك الحال فى العينى و الكفائى و التخيرى، فقول الأمر: (صل على الميت إن حضر) أو (إذا أفطرت فصم شهرين متتابعين) إن الصلاه و الصيام مطلوبان على كل حال سواء

صلى غيرك أم لا، و سواء عتقت أو أطعمت أم لا.

و الحاصل أن مفاد القضييه الشرطيه أن يكون الوجوب نفسيا عينيا و إلا تنتفى السببيه التي اشتملت عليها إلا إذا قامت قرينه على الخلاف كما في المثالين و حينئذ فلو دار الأمر بين الوجوب النفسى أو الغيرى فى القضييه الشرطيه يحمل على النفسى لا محاله، كما أنه لو دار الأمر بين الوجوب الغيرى أو الاستحباب، يقدم الغيرى لأنه أقرب المجازات بالنسبه إلى مطلق الوجوب الشامل لهما و لا يضر كون الاستحباب مطلوباً لنفسه فإن هذه الرجحانيه لا توجب تقديمه فى مقام الدوران لأقربيه الوجوب الغيرى من حيث المنع من الترك فيه إلى لفظ الوجوب من الاستحباب، و يحمل لفظ الوجوب أيضا على العينى لو دار الأمر بينه و بين الكفائى و التخييرى، و كذا القول فى الأوامر الإرشاديه لأن فيها نوع إلزام. و مما ذكرنا يظهر أنه لو شك بين أن يكون النكاح متعه أو دواما يحمل على الدوام لإطلاق العقد المنصرف لذلك. لكن يشكل الحال فى ترتب آثار العقد الدائم عليه لأصالة عدم ترتبها. و قد يفرق بين مقام الترافع و غيره فلو شك فى غير مقام الترافع بين كون النكاح منقطعاً أو دائماً يحكم بالدوام و يترتب عليه الآثار إما لكونه مشتركاً بينهما و إما للانصراف القائم مقام الوضع. و أما فى مقام الترافع فالأصل عدم الدوام من جهه النفقه و الإرث و القسم. فتخلص ثبوت الحكم بالوجوب النفسى فى مقام الدوران للدليل الاجتهادى، و منه أصالة الإطلاق المحكوم بأنها من الأصول اللفظيه أو مما هى بحكمها لا من الأصول التعبديه الشرعيه ليقال أنها من الأصول المثبتة، و أما لو كان القاضى بالوجوب دليلاً لثبوت و شك بكونه نفسياً أم غيرياً فصور الدوران ثلاثه تنشأ من تحقق أحدهما و احتمال الآخر و عدمه، و على التقادير فالشك إما أن يكون قبل دخول الوقت أو بعده، و الأول لا ريب فى جريان أصالة البراءة فيه و يعود الشك فى الثانى إلى الشك فى الشرطيه و الجزئيه ضروره أن وجوب الغير من أجزاء الواجب أو شروطه و كل على مذهبه فإن قيل بأصالة الشغل فيه لزم الجزم بكون الوجوب غيرياً لأصالة البراءة من الوجوب النفسى الحاكمه أصالة الشغل عليها، و إن قيل بالبراءة انتفياً معاً و لزم الإتيان بذلك الواجب المشكوك لثبوت التكليف به فى الجملة و يلزم المكلف عند تركه واجب نفسى إذ هو إن كان غيرياً و تركه ترك فقد فوت ما توقف عليه، و إن كان نفسياً فقد تركه فيلزمه أن يؤدى ذلك الفعل بنيه القربه المطلقه المشتركه بين النفسيه و الغيريه. و أما الآثار المرتبه على أحدهما فهى منفيه بالأصل هذا إذا كان الشك بينهما متواطئاً فلو كان الواجب نفسياً و شك فى غيريته فأصالة الشغل تحكم بالغيريه و أصالة البراءة تنفيها إن حكمتنا بجريانها فى الشرائط و الأجزاء فيسلم الوجوب النفسى عن المعارض بعد جريان البراءة فى الغيرى، و أما لو كان غيرياً و شك بنفسيته فلا ريب بجريان البراءة و نفى الوجوب النفسى بها و لا مجرى لأصالة الشغل بالنسبه إلى الشك فى الوجوب النفسى و عدمه بالاتفاق فيحكم حينئذ بالوجوب الغيرى نعم يبقى الإشكال فى الصوره الأولى و هى الإتيان بالفعل المردد بين الوجوب الغيرى و النفسى لجريان أصالة البراءة فيهما و وجوب إتيانه على المكلف لثبوت التكليف فى الجملة، فهل يشترط صحه ذلك الغير به لاحتمال الغيريه فيه كما لو شك فى الوضوء أنه واجب لنفسه أو لغيره كالصلاه مثلاً فلو أراد المكلف فعلها يلزمه الإتيان بالوضوء المشكوك فى مقدميته أم لا؟

الظاهر عدم اشتراط ذلك الغير به فلو أتى بالصلاه مثلاً قبل الإتيان به لا يحكم بفسادها و إن كان الإتيان به واجباً مثلما لو شك المكلف بعد فوات وقت ذى مقدمه بمطلوبيه الواجب فى جميع الأوقات الذى هو مقدمه للفائت و قته أو هو غيرى مطلوب فى وقت وجوب ذلك الغير فإن الحكم حينئذ بقاء التكليف و استصحاب الوجوب و إن مضى

وقت ذلك الغير أما لو اشتبه حكم واجبين لعدم معلوميه أن أحدهما نفسى و الآخر غيرى مع العلم الإجمالى باشتمالهما على النفسى و الغيرى فالظاهر لزوم الجمع بينهما قبل دخول الوقت لاحتمال الغيريه فى كل منهما و فى الوقت لاحتمال النفسيه، و بعد الوقت إن لم يأت بها فيه سواء جاء بأحدهما أو لم يأت به و الله العالم.

الفائدة الرابعة عشر (امتزاج العين المغصوبه):

العين المغصوبه إذا امتزجت بمال المالك و المازج لها الغاصب بقيت على ملك الغاصب بلا إشكال، و يجب ردها إليه إلا فى بعض الصور:

منها: عدم زيادتها فى العين المغصوبه و إن لم يسقط أثرها.

و منها: نقصان العين المملوكه بامتزاجها بها، و لا يبعد غرامه الغاصب للنقصان و إرجاع عينه إليه فى هذه الصوره.

و منها: عدم إمكان انفصالها عن العين المملوكه مع سقوط أثرها كما لو صبغ غاصب الثوب ذلك الثوب فالصبغ يزيل أثر عين الغاصب و لا يمكن نزعها فحينئذ ليس للغاصب شىء و إن زادت قيمه المغصوب به فى وجه قوى لعوده بمنزله التالف لسقوط أثره و عدم إمكان انفصاله. و خالف فيه بعض المعاصرين فادعى بقاء المالىه و إن سقط الأثر، و لا دليل على انتقال هذا المال إلى مالك الثوب، و العدوان ليس من النواقل و المال لا ينتقل بلا ناقل. و فيه أن سقوط الأثر و عدم إمكان الانتزاع يصير تلك العين معدومه فكأن الغاصب أقدم على تلف ماله، و زياده القيمه لا أثر لها كمن ينقل مال الغير من غير إذنه إلى مكان ترتفع فيه قيمته فليس لذلك النقل من أثر. و المسأله لا تخل من إشكال لكن الأقوى فى النظر ما حررناه و الله العالم.

و بالجملة فرق بين امتزاج العين بمثلها كالماء به و بين امتزاجها بغيرها بحيث يسقط أثرها مع عدم إمكان نزعها كالصبغ فيحكم بتلف الثانى دون الأول و العرف يساعد على ذلك فتدبر.

الفائدة الخامسة عشره (نائب الإمام):

شريعته النبى (ص) آخر الشرائع، و الأحكام التى أوحى الله إليه بها على لسان جبرائيل لا تتغير إلى قيام الساعة جزماً، و بمقتضى اللطف أن تكون تلك الأحكام مخزونه عند من يقوم مقام النبى (ص) فى التبليغ بحيث لا يعزب عنه منها شىء و بذلك أوجبنا نصب الإمام على النبى (ص) عن الله تعالى كى لا تذهب فائده التكليف؛ فإن التكليف مع عدم معلوميه المكلف به قبح مناف للطف و الامتتان، و بحمد الله و لطفه و توفيقه عرفنا المنصوب لذلك بعد النبى (ص) و هو على "عليه السلام" و ولده (الذين طهرهم الله من الرجس) ثم إنا أثبتنا بالدليل العقلى و النقلى على عدم خلو الأرض ممن عنده علم الكتاب كما أن الموجود بين أظهرنا الحججه عجل الله فرجه و لولاه و لولا- وجوده لساخت الأرض بمن عليها، و لم يبق لله تعالى حجه على العباد، لكن من المحقق أنه لا- يلزم عقلا- رفع العوائق عنه و عدم وصول ما يمنعه مما أمر به إليه إذ الحكمة الإلهيه جرت أن يكون المبلغ على نهج ما عليه البشر من الموالى و العبيد و الأمراء و الرعيه، و لو أراد الله تعالى أن يعبد على ما أراد لكان و لكن مشيئته اقتضت

العقاب و الثواب و الإطاعة و العصيان لأنه أبلغ في السلطنة و أتم في

الربوبية؛ لذلك كان الإمام المنصوب يلزمه إظهار الدين بأى نوع اتفق له و يمكن منه ما لم يمنع مانع و أن يكون حاله بالنسبه إلى الأكل و الشرب و اليقظه و النوم و ورود العوائق، و الحذر من العدو، و الجهاد بالجد و غير ذلك كما عليه البشر. نعم هو أكمل أفراد النوع الإنساني الذى لا- يمكن أن يكون أكمل منه فى هذا النوع و لما عرض لإمامنا الموجود الخوف من العدو المتغلب اختفى عنه، و فى اختفائه و بقائه و انتظار ظهوره حكم لا تنهاهى و فوائد للعباد لا تحصى و ليس هذا موضع بيانها، و حيث اختفى عن الأبصار لا القلوب لزم أن ينصب من ترجع له العباد و تأخذ معالم دينها منه كما يلزمه وقت ظهوره أن يستناب فى البلدان من يعرف الناس أحكامه إذ ليس من أحكام النبى (ص) و وصيه أن يطوف الدنيا و يصل إلى جميع المخلوقين بل يلزمه التبليغ على نحو خاص يوافق ما عليه الناس من إرسال الرسل إلى الأطراف و دعوه الناس إليه و إلى التصديق به و الاستنابه و التوكيل فيما يقبل ذلك، و كتابه الكتب و بيان ما يريد فيها و إرشادهم إلى شخص معين و الالتزام بقوله و إرشادهم إلى غير معين متصف بأوصاف معلومه فكل من حصلت فيه تلك الأوصاف جاز الرجوع إليه و أخذ معالم الدين منه، و لقد تحقق بالبرهان القطعى أن المنصوب من قبل الحجة " عليه السلام " هم العلماء الحاملون لحديثهم العاملون بما أمر " عليه السلام " فهم الحجة على الخلق ممن لا تصل أيديهم إلى الإمام، و لما كانت رواه أحاديث أهل البيت مختلفه أشد الاختلاف فى فهم الأخبار، فمنهم يحفظها نقوشا، و منهم من يعرف بعض معانيها، و منهم من يصرف معانيها إلى غير المراد منها و المعوج السليقه، و منهم من لا- يعرف اللغه و لا- يفهم الإعراب- و هى من أعلى الكلام بعد الكتاب- فيلزم الاجتهاد فى معرفه ما أراد الله من كلامه و ما أراد الإمام من هذا النص لكى يؤخذ به، و هذا يتوقف على عده علوم يلزم أن يعرف محل الحاجه منها، فإذا أحاط من وفقه الله تعالى بما يتوقف عليه فهم ما تضمنته النصوص من الأحكام حسب الإمكان؛ بأن عرف أهل الخبره منه ذلك و جب الرجوع إليه و الأخذ بقوله لأنه المنصوب فمتى أحرز تلك الصفات التى قرن الإمام الرجوع إليه بها و جب العمل على قوله و صار هو المشار إليه و لا تجوز مخالفته و لا الرد عليه فهو بدل له حكم المبدل، فمقتضى اللطف فى التكليف و عدم بقاء الناس فى ظنك الجهل جعل هذا البديل حجه تعدد أو اتحد و يلزم التفحص مهما أمكن عن الأعرف و إن نقصت معلوماته عن غيره لأن المدار على معرفه لسانهم و الإحاطه باصطلاحاتهم، و التدبر فى تورياتهم و كناههم و مجازاتهم و عموماتهم و إطلاقاتهم و تطبيق الفروع على ما أصلوه و يرشد إلى ذلك (رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه) فإذا تحققت الاستنابه و التوكيل و البدليه عن صاحب الدار و الأمر كان موت من قوله حجه و حياته كموت مبدله، و حياته لا يجوز لمن و جب عليه الاعتماد على قوله و الأخذ برأيه أن يعدل عنه إلى غيره فى حياته و بعد موته إلا- إذا قطع بخطئه و إلا- لجرى ذلك فيمن استنابه و لا تقول به الفرقه المحقه، بناء عليه أن الأخذ بقوله ليس من حيث طريقيته إلى الواقع بل هو أمر تعبدى جاء به النص من جهه تنصيبه من المنصوب الذى له التنصيب. نعم إذا فقد أحد أوصاف التنصيب تحقق عزله عن المنصب و ليس الحياه من جمله الأوصاف التى يفقدها ليخرج عن الأهليه فيعزل و تبطل جميع ما أمر باتباعه فيه؛ فإن المرام من الخلق كلى الإطاعه إما بأداء الحكم الواقعى أو بسلوك الطريق المنصوب إليه و متى لم ينكشف عدم إيصاله للمطلوب تحصل الإطاعه و يسقط الأمر بالمطلوب و التعبد به و يكون كمن

أدرك الحكم، و على العلامت أن دليلنا على المطلب ثبوت استخلاف الإمام للحاكم الشرعى فى مجارى الأمور و مصادرهما، و فى التصرف أخذاً و إنفاقاً فيما يرجع إلى الإمام و فى أداء الأحكام إلى العباد حسب اجتهاده فهو نائبه و خليفته فيما هو وظيفته مطلقاً و من أحكامه حينئذ عدم تبدل ذلك بموته فيلحق المجتهد المستخلف من قبله هذا الحكم، و يحتاج النقض إلى دليل. نعم لو ثبت عن الإمام أن قيام المجتهد بتأديه الأحكام منوط بحياته تم المدعى، أو أن الاستنابه و الاستخلاف لا إطلاق فى أدلتهم و لا- عموم فكل واقعه ينوب الحاكم فيها محتاجه إلى دليل خاص لكان لنقض الآثار بالموت وجه بل الدليل قضى أن حياته كحياته و موته كموته و غيبته و نومه، بالنسبه إلى ما كان أمره رجعا إليه كغيبته و نومه و لو لا الإجماع المحقق على عدم جواز تقليد الميت ابتداء و الأخذ بقوله لكان الصواب أن نقول به.

و بالجمله من المسقطات للأمر الواقع فتوى المجتهد فى حق غيره و إن أخطأ الواقع كسقوط التكليف بعمل الغير أو بارتفاع الموضوع أو بالتقيه أو بغير ذلك فإن انكشف الواقع لغى هذا المسقط و لا قضاء له و لا إعادته فى الوقت و خارجه و عمل على الحكم الواقعى فى المستقبل و إن لم ينكشف فهو باق على إسقاطه و الامتثال حاصل به و إما أن يكون الإسقاط مقرون بالحياه فلا نسلم ذلك و إنه يدور مدارها، و إلا لجرى فى جميع تصرفاته من حكوماته و تصرفه فى الأموال و الأبدان و العقود الذى أوقعها العامى على رأيه.

أ ترى أن احتمال التقيه فى أغلب الأخبار موجود؟ فينبغى أن تسقط عن درجه الاعتبار و نفس مخالفه الحى له لا- تنفى حجه قوله و لا- سقوط أثره بقول الحى و إلا- لجرى فى حق الحيين و للزم القول باستمرار التخير فى أخذ الحكم من المجتهدين المتساويين حيث لا- يمكن الجمع.- و كيف كان؟- فنحن فى غنى عن التمسك لوجوب البقاء على التقليد بعد موت المقلد بالآيات و الأخبار و الاستصحاب، و غير ذلك، مما للمناقشه فيه مجال و مسرح بل المعتمد فى ذلك عموم المنزل المنصوص عليها و إن الأخذ منه كالأخذ من المستخلف له، و إن إطاعته كإطاعته.

و خلاصته أن الأحكام الواقعيه التى جاء بها جبرائيل مراده من العباد على كل حال و مطلوبه و لكن الله من لطفه و ترحمه اجتراً بغيرها عنها لو تعذر أو تعسر تحصيلها بشرط حصول الإطاعه العرفيه فاجتري بغيرها فى مقام التقيه و إن علم المتقى الخلاف و اجتراً بالعمل بالمنسوخ مع عدم ظهور نسخه بالعام و المطلق قبل ظهور التخصيص و التقييد و كذا نعم لم يجتري فى بعض الموارد بالأداء على طبق الطريق و ذلك مقصود و على مورد، و من جمله ما اجتري به الأخذ بما أدى إليه رأى المجتهد المنسوب من قبل من نصبه علما فجعل موته كارتفاع التقيه أو كمعلوميه تخلف الطريق المجعول و تبنى الخلاف لا دليل عليه. و عليك بالتأمل فى هذه المسأله لأنها من مزال الأقدام و الله الهادى.

يقول الجانى على نفسه القادم إلى رمسه العباس نجل الحسن آل جعفر النجفى كاشف الغطاء، سألتنى من أرشدنى إلى نيل المعارف و الثواب أن أرسم بعض الفوائد فى المعاملات فاستعنت بالله تعالى و بالأئمه و استأذنت من الحجه " عليه السلام " فرسمت هذه " الفوائد "، و أرجو أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم.

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين

و صلى الله على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المرضيين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

الفائدة السادسة عشره (قبول ولاية الجائر):

نفوذ ولاية الجائر في الجملة بمعنى إمضاء الشارع لتصرفاته و حليه المأخوذ منه في الأراضي الخراجية: و هي المفتوحة عنوه الموجف عليها بخيل و ركاب بالإذن من الإمام العادل أو الأعم منها و من المصالح عليها على أن تكون للمسلمين قاطبه، و يحتمل إدخال الأنفال في حكمها زمن الغيبة كما قيل، و الأوفق عدمه إنما الكلام في المتصرف فيها و تشخيصه و في صرف نمائها و تعيين المستحق له جنسا و نوعا.

أما الأول فذهب بعض المتأخرين إلى جواز ذلك التصرف للشيعة مطلقا و ادعى أن عليه ظاهر "التهديب" و "الكفايه" و فيه: " و أما أراضي الخراج و الأنفال التي انجلى أهلها عنها فإننا قد أبخنا التصرف فيها أيضا ما دام الإمام مستتر مطلقا " انتهى. (و يحتمل جواز التصرف) و الأصل فيه صحيحه عمر بن يزيد و فيها: "

و كل ما في أيدي شيعتنا من الأرض منهم يحللون كل ذلك حتى يقوم قائمنا ... إلى آخره

"، و روايه المعلى و فيها: "

ما كان لنا فهو لشيعتنا

"، و روايه المغيره و فيها: "

و كل من والى آبائي فهم في حل مما في أيديهم من حقنا

" و روايه الرقى: "

الناس كلهم يعيشون من فضل مظلمتنا إلا أنا أحللتنا شيعتنا من ذلك

"، و لو لا شذوذ هذا القول و إعراض الأصحاب عنه حتى قال في "المسالك" (إني لم أقف على قائل به لكان له وجه من جهه التصرف و التقييل لا-ريب في أنه من حقوق الإمام فيكون له الإذن فيه و قد أحله للشيعة مطلقا) فلا وقع لما في المسالك من قوله: " و ليس هذا من باب الأنفال التي أذنوا لشيعتهم في التصرف فيها حال الغيبة لأن ذلك حقهم فلم الإذن فيه مطلقا بخلاف المفتوحة عنوه فإنها للمسلمين قاطبه و لم ينقل عنهم الإذن في هذا النوع " انتهى. إذ المخصوص بالمسلمين منافع هذه الأرض أو

مع رقبتها. و أما التصرف و التقييل فلا ريب فى أنه من حقوقهم فلهم الإذن فيه مطلقا و هو ثابت بهذه العمومات و إن لم ينقل فى خصوص الخراجيه. نعم لو ادعى وجود المعارض أو أن هذه العمومات الظاهر منها الإذن فى حليه الأموال الرجعه إليهم لا مطلقا ليشمل التصرف و غيره من الحقوق فله وجه وجيه، و على كل حال لا يخلو القول به عن ضعف.

و ذهب الكثير من أصحابنا بأن التصرف فيها للإمام مع وجوده و استقلاله و مع عدمهما فالتصرف للسلطان الجائر و لا يجوز، بغير إذنه و إن أمكن ذلك. و نقل الاتفاق على ذلك و خص السلطان الجائر بعضهم بالمخالف لا مطلقا و بعضهم عمم الحكم حتى للمتغلب من الشيعة و الأصل فيه المعتبره الوارده فى حل ما يأخذ الجائر باسم المقاسمه و الخراج و جواز المعامله عليه و إن كان حراما عليه، و فى جواز تقبل الأرض المذكوره منه بالنصف أو الثلث أو غيرهما و هى كثيره متفرقه فى أبواب الفقه كخبر الجذا الذى نفى البأس فيه الباقر " عليه السلام " عن الشراء من القاسم فإن ظاهره ذلك و إن نوقش فيه، و الحسن الظاهر فى جواز أخذ شباب الشيعة ما يعطيه الحاكم و من جملة الخراج و أخذ الراوى من بيت المال الذى لا يخلو من الخراج، و الموثق فى جواز الشراء من الظالم ما لم يكن بظلم من دون استفعال و المراد (بالظلم) فى الخبر ليس مطلقه بل الزائد على المتعارف عرفا، و يؤيده الإذن بجواز الشراء من الظلمه من دون اشتراط عدم الظلم، مثل ما فى الصحيح

(أشترى من العامل الشيء و أعلم أنه يظلم) قال اشتر منه و الموثق كذا فلا جرم أنه مع عدم الظلم فى نفس المبيع أو زيادته عرفا يجوز الشراء من الظالم فيجمع بين الصحيح و الموثق و بين الموثق السابق بإرادته الظلم الزائد فيه و عدمه فيهما، و صحيح إسماعيل بن الفضل و موثقه الظاهران فى جواز الشراء مع علم المشتري بأن ما يشتريه يدرك قبل أن يدرك ممن يؤجر الأرض و كأن جواز تقبل ما عليه الضريبه و الخراج أمر مفروغ منه عند السائل و مثله الصحيح عنه:)

لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان

(، و عن مزارعه أهل الخراج بالربع و النصف و الثلث، قال: "

نعم، لا بأس

" مستشهدا بتقبل النبي (ص) خيبرا و إعطائها لليهود فإنه كالصريح فى مساواة الجائر للعدل فى الحكم، و صحيح ابن الفضل أيضا فيمن استأجر من السلطان أرض الخراج و أجرها بطبق معين و شرط له النصف أو غيره قال " عليه السلام: "

نعم إذا عمل لهم شيئا يعينهم بذلك فله ذلك

"، و خبر العيص قال قلت لأبي عبد الله " عليه السلام: " (الأرض أتقبلها من السلطان ثم أؤجرها أكرتى؟ على أن يكون لى من ما أخرجه الله منها النصف أو أقل أو أكثر بعد حق السلطان) قال: "

لا بأس به، كذلك أعامل أكرتى

"، و خبر زراره فى خبر شراء الأرز من هبيرة، و أخبار حل جوائز السلطان الشامله بإطلاقها لما كان من الخراج و أخبار احتساب ما يأخذه المصدق من الزكاه، و بعض أخبار أحياء الموات و هذه النصوص و إن أمكن المناقشه فيها دلالة و سندا غير أنها لا تخلو من إشعار بالحكم فضلا عن معلوميته منها مضافا إلى الإجماع المحكى فى " التنقيح " و " جامع المقاصد " و " المسالك "، و نفى الخلاف فى " المفاتيح " و فى " الرياض " استفاض نقل الإجماع عليه، و فى الجواهر لعل المسألة من الضروريات و الوالدين فى الكشف و أنوار الفقاهه أرسلوا ذلك إرسال المسلمات.

و الحاصل كأن حليه ما يؤخذ من الجائر المتغلب من الخراج و جواز أن تتقبل الأرض منه بحصه أو نقد أو عوض أو غيرها مما لا شبهه فيه، فلا ينبغى التصدى لرد من يشكك فى ذلك لو هونه و انقراضه إنما الإشكال فى أن التصرف فى الأرض المذكوره بعد ضرب الجائر عليها الطبق هل يحتاج من تقبلها بضربيتها منه إلى إذن غير الجائر الذى أخذها منه أو لا؟ و على فرض الاحتياج، هل لذلك فرد منصوب من طرف الأئمه (ع) أم لا؟ و فى أن الحصه المسماه التى هى أجره الأرض مطلقا لمن تدفع فى زمن الغيبه و من المستحق لها؟ فهل هو الجائر الذى أخذت منه أم غيره؟ و من ذلك الغير المستحق الذى تدفع له؟ و هل يجوز الاستبداد به للمستأجر بأن يصرف ذلك فى مواضعه مع التمكن أم لا؟ ذهبت الآراء فى ذلك كل مذهب:

أقول لا ريب في أن المتصرف في الخراج والأراضي وجزية الرؤوس و الزكاه من الولاه و غيرهم غير ولاء الحق غاصب يجرى عليه حكم الغصب من الحرمة و غيرها لكن لما قام القاطع الذي لا محيص عن قبوله بأن الشارع قد أمضى سلطنه الجائر المتغلب مطلقا فحينئذ أمر الخراج له و طريق التقييل بيده لا يشاركه فيه مشارك و يتفرع على ذلك حرمة جحوده عليه، و حرمة منعه عنه أو عن بدله المعوض عنه في العقد معه، فكان المفهوم من ظواهر النصوص و عمل الأئمة (ع) و العلماء بعدهم و حفظ النظام و بيضه الإسلام بأن مرجع خراج الأرض هو السلطان الجائر المتغلب بجنوده و أتباعه ذا طبل و جمعه و عيد مؤمنا أو مخالفا مستحلا أو لا. فمن جمع هذه الأوصاف أمضى الشارع

سلطنته و حليه ما يؤخذ منه و دفع الضريبه إليه دون غيره و عدم توقف الحليه على إذن غيره مطلقا و عدم جواز الدفع لغيره من دون إذنه و إن حرم عليه التصرف و قبض الخراج غير أنه بعد أن أحرز السلطنه و دفع بالقوه القاهره الحق عن أهله بسوء اختياره أمضى الشارع تصرفه و انقلب الحكم و صار ذلك إليه، و إن كان حراما عليه يحاسب به حسابا نكرا، و لأجل ظهور النصوص و كلمات الأصحاب فى ذلك ترقى البعض فحكم بحليه ما يأخذه السلطان لأنه كالجعل على حمايه بيضه الإسلام.

و بالجمله التدبر فى النصوص و الفتوى و كلمات الأصحاب فى أبواب متفرقه يشرف الفطن على الجزم بأن أمر الخراج و تقبيل الأرض الراجع أمرها إلى ولى الأمر هو السلطان الحافظ بجنوده الإسلام سواء فى ذلك سلطان الحق و غيره المخالف و المؤلف و إن كان هو من مناصب الأول و حقا من حقوقه لكن بعد غصبه أمضى الشارع تصرف الغاصب المتغلب الحافظ للثغور، الحامى للإسلام عن الكفره، الذى يخطب باسمه فى الجمعه على المنابر، و فى معاملة الأمير " عليه السلام " مع الخليفين و الحسن " عليه السلام " مع معاويه و الأئمه (ع) مع الأمويين و العباسيين فى القبض من الخراج و مداعتهم بحقوقهم من بيت المال كما أن صحابه النبى (ص) و من بعدهم من الشيعة و المخالفين فى زمن الأئمه (ع) إلى زماننا يتقبلون الأراضى من الحكام و يدفعون لهم المسمى مما كانوا وضعوه على الأرض و مثل الخراج الزكاه فى بعض الأخبار و الفتاوى، لكن لعل بينهما فرق لمعوميه من يستحق الزكاه من أصناف الناس دون الخراج الذى أمره إلى الوالى و لا اعتراض لأحد عليه فى القسمة و لا فى تعيين المأخوذ و لا فى كيفية التقبيل و لا بدع و لا غضاضة فى إمضاء الشارع لتصرف الجائر فى الأراضى و إرجاع أمر الخراج إليه بعد ما ثبت توليه أمير المؤمنين " عليه السلام " لمثل زياد و شريح و ابن عباس و غيرهم من عماله الذين أمضى صنيعهم و أذن لهم و استعملهم و فوض أمر الخراج إليهم لمصلحه حفظ الرعيه و سياسه الملك فلا مانع عقلا و لا شرعا من إمضاء الشارع معاملة هذا المتغلب بسلطانه و إن عذبه عليه و على غيره و ليس هؤلاء إلا- كولايه الأب و الجد على الصغير و ماله مع عدم إحراز أنهما يتصرفان بما يعود نفعه إلى الصغير أو بما يوافق الدين و الحكم الواقعى حتى مع عدم عدالتهم فإن الشارع نهى عن التصرف فيما يعود إلى المولى عليه بدون إذنهما و إن كان الحاكم و مثله ولايه الكتابى على ما له الولايه عليه و عدم جواز التصرف فى ذلك إلا بإذنه، و هكذا و بعد التدبر فى أحوال السلف الغابر يتضح لك ذلك أكمل الوضوح فلا وقع حينئذ لما يدعى من أن الشارع لم يمتص من هذه المعامله إلا- حل ذلك للمنتقل إليه من الجائر لا- لزوم الدفع له و ما أحسن ما عبر به الجدل الكاشف غطاء الأحكام حيث قال: (و يقوى حرمه سرقة الحصه و خيانتها و الامتناع عن تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر و إن حرمت عليه و دخل تسليمها فى الإعانه على الإثم فى البدايه أو الغايه لنص الأصحاب على ذلك و الإجماع عليه) انتهى.

و اقتفاه الوالد فى " أنوار فقاوته " و أخواه و أحفادهما أفتوا به و لعله الأوفق بمذاق الفقاهه إذ لا ريب فى عدم جواز التصرف بمثل هذه الأراضى بلا أجره إذ هى ملك للمسلمين فلا بد لها من منفعة تصرف فى مصالحهم و اشتغال ذمه المتصرف بمثل هذه المنفعة لا شبهه فيه، و براهه ذمته موقوفه على حصول الرخصه من ولاه الأمر فى دفع تلك الأجره إلى فرد خاص فيدور الأمر بين دفعها للجائر الذى تقبل المستأجر الأرض منه المتغلب عليها

عدوانا و بين دفعها إلى نائب العادل العام. و دفعها إلى الأول لا ريب في أنه مبرأ للذمه ممضى عند الولي العادل، و قد صرح غير واحد من الأصحاب، و منهم المحقق الكركي في " قاطعه اللجاج " بحل ما يأخذه الجائر من الخراج و المقاسمه لأنه قد وردت به النصوص و أجمع عليه الأصحاب بل و المسلمون قاطبه فتسليمه إليه سائغا شرعا. و أما دفعه إلى النائب العام بعد غيبته " عليه السلام " فبراه ذمه الدافع إليه مشكوكه لأن ولايه الفقيه ليست كولايه الإمام " عليه السلام " بحيث أن جميع ما للإمام العادل التصرف فيه فالمجتهد مثله و ليس بينهما فرق، فإن أدله ولايه الفقيه لا توجب ذلك، و على فرض أنها نص بالمماثلة من كل وجه فلا- يبعد القول بخروج المفروض بالنصوص و الإجماع و السيره القطعيه عن تلك العمومات التي تقتضى النيابة من كل وجه. ثم إذا كان المناط في وجوب الدفع إليه إيصال الحق إلى أهله و دفعه لمستحقه فهو موقوف على حصول العلم بمعرفه ذلك المدفوع له في كيفية القسمه و تحصيل الحصص و التوفير لبعض المصارف دون بعض، و ذاك مما لا يحصل العلم به للدافع غالبا من جهه عدم ممارسه المجتهد لهايتك المصارف و عدم معرفته بالعساكر، و حفظه الثغور، و عدم تمييزه للرئيس من المرءوس، بخلاف الجائر الذي تبرأ الذمه بمجرد الدفع إليه سواء أحرز فيه الإيصال إلى المستحق أم لا. و لم يقد عندنا برهان قاطع في أن مراد الشارع هو إيصال مال الخراج إلى مستحقه و صرفه في مصارفه فيلزم من استولى عليه أن يوصله إلى أهله على أى نحو حصل له سواء في ذلك الفقيه و غيره و لا- دخل للمدفع له في الحكم و لا حظ له إلا الطريقه فلو أمكن المستولى ذلك تعين في حقه و لا يباح له دفعه لا للجائر و لا لغيره، و إن تعذر عليه ذلك تحرى اقرب الطرق الموصله إلى الواقع سواء في ذلك الجائر و غيره، بل يجزيه و إن دفعه إلى الكافر الذي يقطع بأنه يوصله إلى أهله و يصرفه في مصارفه فإن ذلك لم يقل به أحد، بل الثابت إن ذلك من خصائص الإمام و لا تبرأ الذمه إلا بدفعه إليه و إن أمكن المستولى صرفه في مواضعه و الإمام " عليه السلام " رخص في دفعه للجائر المتغلب الذي يصدق عليه اسم السلطان.

و أما دفعه لغيره من حيث النيابة العامه فلم يقد عليه دليل لا- أقل من الشك في براه الذمه معه. قال الكركي في رسالته: (فإن قلت هل يجوز أن يتولى من له النيابة حال الغيبه ذلك اعنى الفقيه الجامع للشرائط قلنا: لا تعرف للأصحاب في ذلك تصريح) انتهى. فلو كان ذلك ثابت لنبهوا عليه و أعلنوا به فإنه مما تعم به البلوى و تراهم يسطرون ما هو دونه. و إذا تدبرت ما ذكرناه تعرف سقوط مقاله شيخنا في " مكاسبه " في الرد على الجد (رحمه الله) في قوله: (و إن أريد منعها من خصوص الجائر فلا دليل على حرمة، لأن اشتغال ذمه مستعمل الأرض بالأجره لا يوجب دفعها إلى الجائر بل يمكن القول بأنه لا يجوز مع التمكن لأنه غير مستحق فيسلم إلى العادل أو نائبه الخاص أو العام و مع العذر يتولى صرفه في المصالح حسبه) انتهى. قلت أما اشتغال ذمه من بيده الأرض و يقبض حاصلها بالحصه المعينه أو بالخراج المضروب عليها من الإمام أو من الجائر فلا ريب فيه، و أما كون تلك الحصه و المال لقاطبه المسلمين فأیضا لا شبهه فيه، و أما براه ذمه الدافع إلى الجائر في الجملة فكذلك لا كلام فيه كشاء ما بيده من ذلك و اتهابه و معاوضه عليه و ترتب أحكام حليه ذلك المال و ملكيته للمشتري و جواز نقله بأى أنواع النقل له سواء أخذه الظالم بالقهر أو تعذر على الدافع الدفع للإمام و نائبه أو صرفه في مواضعه، و هذا من

المتفق عليه ظاهراً إنما التشكيك في أن هذه الضريبه زمن الغيبه، هل يجب أدائها إلى الحاكم الشرعى؟ أو إن تعذر أدائها إلى الإمام "عليه السلام" يكفى في لزوم دفعها للجائر و تعينه و إن أمكن الدافع الدفع للحاكم أو الصرف بنفسه للحصه فى مواضعها لأن دفعها إلى الفقيه الجامع للشرائط لم تثبت الرخصه فيه من إمام الأصل بخصوصه من نص و لا- وقع الإفتاء به ممن فتواهم بمنزله النصوص و مثله استبداد من بيده من الأفراد و صرفه فى مواقعه فلم يبق إلا لزوم دفعه إلى الجائر لجهه النصوص و الفتاوى الظاهره فيه الحاكمه على عمومات ولايه الفقيه لكثره الخارج منها ففى صحيحه الحذاء "

أما الإبل و الغنم إلا مثل الحنطه و الشعير لا بأس به

، " و قوله "عليه السلام":

إذا كان قد أخذها و عزلها فلا بأس

، و قال فيها:

إذا كان ما قبضه بكيلى و وزن فلا بأس

"، و قريب منها حسنه الحضرمى، و روايه الهاشمى و غيرها. و التصرف فيها يأباه ظاهرها و سياقها، كالتصرف فى حمل عبارات العلماء على غير ذلك، و مثله جار فى كل نص و عباره، فينتق علينا فتقاً لا يلتئم و ليس ذلك إلا لمحض استبعاد إمضاء الشارع لولايه الجائر الفاسق و هو كذلك حيث لا مصلحه تقتضيه و ما ذكره شيخنا فى مكاسبه من إن فى بعض الأخبار ظهور فى جواز الامتناع مثل صحيحه زراره فى الأرز ففيه:

أولاً: إمكان أن يكون الأرز من مال الناصبى أو بعض بنى أميه كما فى يقال فتكون الروايه وارده مورد حكم آخر.

و ثانياً: أن محل كلامنا ما كان فى زمن الغيبه إذ لا شك بأنه مع وجود إمام الأصل "عليه السلام" يلزم الرجوع إليه فى مثل هذا الأمر مهما أمكن، و لا أظن أن لأحد مناقشه فى ذلك إذ هو الولى المطلق و منه يظهر الجواب عن أمر الإمام "عليه السلام" على بن يقطين بقوله "عليه السلام":

إن كنت فاعلاً فائق أموال الشيعه

"، فإنه "عليه السلام" أمر بدفع خراج الشيعى إليه لطفاً و مرحمه فيقتصر على مورده إذ مطلق من بيده الأرض الخراجيه من الشيعه لا قائل بأنه يستحق خراجها دون بقيه المسلمين أو دون ما هو أهم من دفعه لمن بيده تلك القطعه من الشيعه مع احتمال جريان احتمال المحقق الكركى بأن ذلك من وجوه الظلم المحرمه و لو كان من مفروض المسأله فلا نزاع لنا فيه بعد أمر الإمام "عليه السلام" به. و أما أخبار الزكاه مثل ما فى صحيحه العيص:

ما أخذ منكم بنو أميه فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم

"، و صحیحہ الشحام فی من يأخذ الصدقه من المصدقين و إجزائها عنهم قال:"

لا، إنها الصدقه لأهلها

"، و إيماء صحیحہ سليمان إلى المنع و إن جاز ما أخذ منهم فإنها معارضه لصحیحہ يعقوب بن شعيب عن العشور (أ يحتسب من زكاته) قال "عليه السلام" قال:"

نعم إن شاء الله

" إن شاء و الحلبي و فيها:"

لا آمرک أن تعيد

"، و مرسله النهایه عن الرجل يأخذ منه هؤلاء زكاه ماله أو خمس غنيمته و معدنه أ يحسب ذلك من زكاته و خمسہ قال: (

نعم

،) و بعد التكافؤ يرجع إلى ما عليه مشهور الأصحاب من نقده الأخبار، فلعلنا نقول بعدم بجواز ذلك في الزكاه من جهه معلوميه المصرف و إمكان ذلك لأغلب من يؤخذ منهم، و ليس سبيله سبيل مال الخراج أو ندعى أيضا جريان حكم الخراج فيه إلا في تعيين دفعه للجائر فيورث ذلك إمضاء تصرف الجائر في الجملة بما يعود أمره إلى الإمام و يحكم بعدم فراغ الذمه بالدفع لغيره في الخراج لأدلته من الأخبار و الإجماع و السيره على أنه لا إشكال بأن

الجائر غاصب فبمقتضى الأصل الأولى أن ما يأخذه باسم المقاسمه و الخراج و الزكاه باق على ملك المأخوذ منه، إذ هو غير مستحق لأخذه فتراضيه مع من عليه الحقوق المذكوره فى تعيين شىء من ماله بدلها فاسد قطعاً، و مع القهر فساده أوضح لكن دلت النصوص و الاجماعات بجواز أن يقبض ذلك منه مجاناً أو بعوض، و لا خلاف يعتد به فى عدم الجواز فإذا فرضنا أن من بيده الأرض دفع للجائر خراجها فى الصورة المسلم جوازها، و هى مع عدم التمكن من الإمام و نائبه، و عدم إمكان صرف المال فى مواضعه حسبه لمن بيده أو مع قهر الجائر له ثم تعاقبت الأيدى على عين ذلك المال بمعاوضه و غيرها، و بعد التعاقب ارتفع المحذور فينبغى أنه يجب على من بيده عين ذلك المأخوذ أن يدفعه إلى الحاكم أو أن يصرفه فى مواضعه لأن من له الولاية عليه قد أمكن فيلزم رده و يجرى فيه حكم المال المغصوب، و لم يقل به أحد كما قالوه فى تكرير الزكاه فى الدفع لغير مستحقه، فإذا تحقق الإمضاء فى هذه الصورة من الإمام " عليه السلام " فيكشف ذلك عن إمضائه مطلقاً و لو مع التمكن من الحاكم الشرعى لأن تعاقب الأيدى ليس سبباً فى حليه هذا المال، و الفرق بين الابتداء و الاستمرار معدوم الدليل، و القائل مع أن هذا المال و إن كان مستحقاً لأناس معلومين أو معيناً فى مواضع مخصوصه ظاهر الأدله أنه لا يجوز الاستبداد به لمن هو فى يده حتى مع تعذر الولي، و لا تجرى فيه أدله الحسبه بل ظاهرها أنه مشترط فيه الدفع للسلطان، و لا تبرأ الذمه بوضعه فى مواضعه سواء أمكن الدفع إلى السلطان أم لا- أشبه شىء بحق الإمام- روحى فداه- فإنه و إن علم فتوى المقلد فى تعيين مصرفه لا يجوز للمقلد أن يصرفه فى ذلك إلا بإذنه، و لو صرفه لا يحتسب له بل الإمضاء المتأخر عسى أن لا يفيد فى براءه الذمه إلا إذا أدرج فى الدين أو إذن الحاكم باحتسابه، فقول شيخنا بمكاسبه: (و مع العذر يتولى صرفه فى المصالح حسبه كما ترى إذ لا شك بأن الحكم الواقعى ليس مجرد صرفه فى مواضعه لكى تتساوى الطرق و يكون دفعه للإمام أو نائبه من باب الأولويه، و مع التعذر يسقط اعتباره كالزكاه فى قول أو أن مراد الشارع صرفه فى مواضعه كيف اتفق بل الظاهر أن حكم هذا المال أن يدفع إلى السلطان العادل فإن تعذر فللجائر المتغلب الصادق عليه اسم السلطنه، فالسلطنه مأخوذه فى الحكم شرطاً أو شرطاً و لا يفرق الحال بين من يصدق عليه الاسم مطلقاً من المخالفين أو الشيعة فلا- وقع لما يتوهم أو توهم من كون ذلك على القول به مختص بالسلطان المخالف الذى يعتقد حليه ذلك لأن المناط فى إمضاء هذه المعامله و لزوم الدفع إلى السلطان أما الحرج، أو وصول الحق إلى مستحقه أو بعضهم أو لجهه انتظام أمر المسلمين من حفظ الثغور، و حمايه بيضه الإسلام، و قتل الباغى، و قطع شأفه السراق و غيرهم ممن يسعى فى الأرض الفساد لقدرة الجائر المتغلب مطلقاً على ذلك كله، و للأخذ المنهى و عليه الوزر فإذا كان المناط ذلك لا فرق بين الظلمه المتغلبين بغير حق من أن يكونوا مؤمنين أم لا. أخذاً بإطلاق النص و الفتوى أو عمومهما من كفايه إذن الجائر فى حل الخراج و إن تصرفه بالإعطاء و المعاوضه و الإسقاط و غير ذلك نافذاً فى صحيحه الحلبي:

لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان

" و صحيحه ابن مسلم "

كل أرض دفعها إليك سلطان فعليك مما أخرج الله تعالى منها الذى قاطعك عليه

" و غيرهما لكن شيخنا فى مكاسبه تبعاً لظاهر الشهيد و غيره حكم بعدم لزوم استئذان المتغلب من الشيعة بل حرمة و إن كان واسع المملكه بالأوصاف التى ذكرناها للسلطان مثل شاه إيران و الهند، و إن المرجع فى ذلك الحاكم فى زمن الغيبه أو الصرف

لمن بيده حسيه و لم يذكر الحكم مع تعذرهما و وجود

السلطان من الشيعة و خلاصه ما ذكر بعد أن حكم باختصاص مورد الأخبار بالمخالف فيقتصر على مورده أن العموم إما للخرج أو لإطلاق بعض النصوص ورد الحرج بلزومه في الخراج وغيره مما يأخذه الجائر من وجوه الظلم، و ليس الخراج عندهم ممتازا و لا- قائل بالجواز مطلقا و الاطلاقات بإمكان انصرافها إلى الغالب- و هو المخالف- و بورودها لبيان حكم آخر مثل إدخال الأرض فيها كما في صحيحه الحلبي، أو لجواز أخذ أكثر ما تقبل فيه كما في روايه المختار أو لغير ذلك من أنواع التقبيل و الاستتجار كما في غيرهما و أيد عدم الشمول بعناوين الأصحاب للمسألة بأن ما يأخذه الجائر باسم الخراج و المقاسمه أو لشبهه الخراج يلزم أن يكون مورد المخالف، لأنه هو الذى يأخذ بشبهه الخراج على معتقده أنه حقه كأخذه لغير ما يستحق عندنا و هو يرى استحقاقه، و لا- ريب أن الخراج غير مستحق له لرجوعه إلى الإمام " عليه السلام " أو نائبه عند الشيعة بخلاف الموافق من السلاطين فإنه يدري بأن الحق ليس له فى الأخذ، و عروض شبهه الاستحقاق لبعضهم لو فرض غير داخل فى عناوين الأصحاب، لأن المراد من الشبهه من حيث المذهب التى أمضاها الشارع للشيعة لا هى فى نظر الشخص الخاص لكون الشبهه صحيحه- إن كانت عن مستند شرعى-، و باطله إن كانت عن غيره لا تنفذ فى حق أحد، و عطف الزكاه عليها فى كلامهم مؤيد آخر لأن الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولايه جبايه الصدقات إلى آخر ما سطر، و ختم المقال بقوله: (فينبغى فى الأرض التى بيد الموافق فى المعامله على عينها و على ما يأخذ منها مراجعه الحاكم الشرعى) انتهى. و حكم أيضا بهذا الحكم فى الجائر المخالف الذى يعتقد عدم استحقاقه لجبايه الخراج وغيره، و فيه أن الأصل عدم ترتب فعل الغير على إذن غيره فى كل فعل خرج عن الأصل ولايه النبى (ص) و الأئمه (ع) لأنهم أولى بالناس من أنفسهم، و أما غيرهم فهو على الأصل حتى يثبت حينئذ من الشارع ولايته و لزوم استثنائه فى خصوص الموارد أو مطلقا و ليس المجتهد فى خروجه عن الأصل إلا كالأب، و الجد، و الوصى، و القيم على الصغير، و المالك على ما تحت يده، و أما أن للفقيه جميع ما للإمام من السلطنه فغير مسلم و لا تنهض الأدله به كما حقق فى محله، و فى مكاسب شيخنا بعد ذكر أدله ولايه الفقيه (لكن الإنصاف بعد ملاحظه سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيه، لا- كونهم كالنبى (ص) و الأئمه (ع) فلو طلب الفقيه الزكاه و الخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعا) انتهى. و استحسن إشكال المحقق فى جواز أخذ الفقيه أجره الأرض من الأنفال من المخالفين (كما يكون ذلك للإمام " عليه السلام " إذا ظهر للشك فى عموم النيابة قال، و هو بمحله) انتهى. و حينئذ حيث ليس للفقيه عين و لا- أثر فى خصوص و الخراج و الأنفال بالنصوص و لا- فى كلمات الأصحاب، و إنما قرن ذلك بالسلطنه و الرئاسة العامه فالحكم يدور مدارها وجودا و عدما فمن تحقق فيه الوصف لزم الرجوع إليه و استثنائه سواء فى ذلك المجتهد و غيره مطلقا و لا يظهر من الأخبار غير ذلك.

نعم ذلك المرجع إذا كان مخالفا أو كافرا يعاقب على ذلك كعقابه على سائر الفروع و التصرفات و الحكمه فى ذلك حفظ النظام، و إمكان وصول الحق إلى بعض أهله حتى يظهر صاحبه- (عجل الله فرجه)- فيجربى الأمور على مجراها، و ليس ذلك بأعظم من جواز المعامله على ثمن الكلب و الخنزير عند مستحلهما و عدم جواز التصرف بمال

الصغير مع وجود الأب و الجد المخالف بل الكافر الذمى و ليس العموم للحرج ليرد بما ذكر و لا بنفس المطلقات ليرد بانصرافها بل لأن المفهوم من النصوص و العبارات التى تنزل منزلتها، و بعض القرائن الداخلة و الخارجة أن مرجع أمر الأراضى الخراجيه إلى من تحققت فيه السلطنه و صدق عليه هذا الاسم و إن كان ظالما غاصبا لها، و منع الإمام " عليه السلام " الدفع لبنى أميه لا يظهر منه إطلاق الحكم حتى فى زمن الغيبه فإنه مع وجوده ليس لغيره ولاية أبدا، و لذلك تراه يأمر و ينهى حسب ما تقتضيه المصلحه الواقعيه. نعم مع الحكم بعموم نيابه الفقيه لا- محيص لنا عن التزام ذلك، و تفسير شيخنا عبارته " المنتهى " فى قوله: " ما يأخذ الجائر لشبهه المقاسمه و الخراج بالشبهه لا بالشبهه " بمعنى المثال كما ترى فإنه يجرى مجرى مقاله غيره من التعبير بالاسم يعنى بأخذ الجائر ما يسميه هو خراج و مقاسمه أو بما يماثل الخراج أو يشابهه لا شبهه استحقاقه و بين الشبه بالمعنى الذى فسره شيخنا (رحمه الله) و الشبه بمعنى المماثله فرق و سياق العبارة تقتضى الثانى، بل هو المتعين لمصادفته لعنوان غيره ممن عبر باسم المقاسمه فإن الجائر لا يؤخذ لحقيقه المقاسمه و الخراج المأمور بها شرعا بل بما يسميه بذلك أو بما يشابهه و يشاكله فتم إلى هنا جواز تصرف غير الحاكم الشرعى و عدم جواز الركون فى ذلك لغير السلطان المتغلب، و عدم التفرقه بين السلاطين، و عدم التوقف على إذن الحاكم الشرعى و عدم جواز السرقة و الجحود على الجائر، و إمضاء هذه المعامله فى الأراضى الخراجيه تبعا للمشهور، و الاحتياط ساحل لبحر الهلكه فلا- مانع من الرجوع للحاكم الشرعى احتياطاً من حيث شبهه الخلاف، و نصبه من الإمام " عليه السلام " فى كل أمر يتوقف على الرئيس فى الجملة، و ربما استدلل على المقام بعموم قوله " عليه السلام ":

السلطان ولى من لا ولى له

" و فيه تأمل، و منه يظهر حل المأخوذ من الجائر مطلقاً للأخذ مطلقاً من الخراج و التقييل، و إن خالف بعض الشروط المعتبره فى صرف ارتفاع الأرض، كما أنه ليس للخراج فى لسان الشارع قدر معين بل الممضى هو ما تراضى فيه المؤجر و المستأجر و للسلطان أجره المثل مع مستعمل الأرض قبل تعيين المسمى، و للمستعمل أن يمتنع مما زاد عليها لو أراد الجائر، لأنه ضرر منفى، و لصريح مرسله حماد بن عيسى و فى ذيلها و لا " يضر بهم " و التحقيق أن مستعمل الأرض المزبوره مع عدم الإذن أو مع النهى يكون حكمها حكم الأرض المغصوبه من مال كها و مع الإذن فى الاستعمال عموماً أو خصوصاً للسلطان أجره المثل لا ما زاد عليه، و مع الجحد و الخيانه يبقى المسمى أو ما نقص عنه بذمه المستعمل حتى لو كان من مصارف الخراج لشرطيه الإذن كما سبق فلا بد أن يدفعه لسلطان الوقت سواء فى ذلك من تقبل منه أو غيره، و تبرأ الذمه بالإبراء منه أو من و كي له إنما الإشكال فى جواز أخذ غير المستحق من السلطان بهبه أو جائزه أو إقطاع أو عفو عن الخراج عمن يبيده، و ظاهر جماعه جوازه بإذن الجائر مطلقاً، و آخرون حكموا بالجواز مع اعتقاد الجائر استحقاق الأخذ، و حكم غير واحد بعدم الجواز مطلقاً حتى مع الإذن و يكون الأخذ غاصباً سواء كان المال مما أخذ باسم المقاسمه و الخراج، أو باسم الزكاه، و مناط المسأله أن السلطان المتصرف بالأرض الخراجيه هل يكون سييله سبيل المالك فى الأحكام أو سبيل المؤمن الذى يوصل الحق إلى أهله؟ فإن كان الأول تنفذ جميع تصرفاته، و يحل الخراج المأخوذ منه مطلقاً، و إن كان الثانى لا يحل منه إلا بعد (عليهم السلام) الأخذ أنه من مصارفه، يرجح الأول إطلاق الأصحاب بالجواز من دون استفعال، و يومئ إليه إطلاق ما دل على حل جوائز السلطان

و عماله مع كونها غالبا من عين بيت المال أو من الضياع وغيرها من أملاك السلطان التي يعلم أن ثمنها من بيت المال، و يرجح الثانى عدم الدليل على حله لأن الملكيه للمأخوذ فرع الاستحقاق، و هو لا يثبت بمجرد دفع الجائر له بعد معلومه المصرف و لزوم الدفع إليه و عدم التصرف بغير إذنه لا- يوجب حليه ما يدفعه لغير المستحق، لأن يده يد أمانه لا- ملكيه حتى لو قطع باستحقاق الأخذ جهلا مركبا و حكم هذا المال حكم المال المأخوذ من المجتهد المعلوم أنه من الوجوه التي لها مصرف خاص ليس الأخذ من مصارفها، و أخبار الجوائز وردت فى مخصوصين فعمل لهم حق فى بيت المال و لم يرد خبر مطلق فى حل هباته و إقطاعه مطلقا و نفس حليه الشراء منه و التقييل لا- يورث جواز هبته له و براءه ذمته إذا أبرأه من ارتفاع الأرض من دون استحقاق لذلك، و ربما استند إلى عدم الجواز بقوله " عليه السلام " فى خبر الحضرمى:

أما علم أن لك نصيبا من بيت المال

" . و فيه أن مفاده حليه الأخذ ممن له فى بيت المال نصيب لا حرمة من ليس له نصيب إلا بمفهوم ضعيف، و كذا قول الفاضل و غيره (بأن الخراج مال الله أخذه غير مستحقه إذ ذلك لا ينافى إمضاء الشارع لبذل الجائر إياه كيف شاء) بناء عليه يمضى تصرف الجائر و ينفذ على الإطلاق بالقبض و الأخذ و المعاملة و لا ينفذ من حيث البذل و التفريق لكن مع ذلك كله هو مشكل لظاهر كلمات الأصحاب بحيث نسب الجواز إلى مشهورهم فعساهم فهموا من النصوص أن الشارع- لطفًا و مرحمه- أمضى تصرف السلطان مطلقا تسهيلا للأمر فإنه بعد أن كان معاقبا على تصرفه مطلقا حتى ما كان منه لحق مثل صرف الخراج فى مواضعه و جعله حلالا- للأخذ، فلا- يفرق الحال بينه و بين غيره- فلنا المهنى و عليه الوزر- و يكون يده العاديه باعته لحليه المأخوذ إذ بعد الإعراض عن أنه غاصب لحق الغير و ظالم له و إن التقييل منه معاونه على الإثم، و إن الأدله اقتضت خروج هذا الفرد من الغصب عن حكمه و من معاونه عن حكمها، و لا قرنه الشارع بالتقييه كما توهم فيدور الحكم مدار وجودها بل أنفذ تصرف السلطان و قرن الحكم بصدق الاسم فإن كان بيد من ولاه أمر الرعيه أو بيد نائبه الخاص أو العام لا ريب بنفوذ تصرفاته مطلقا و حليه المأخوذ منه مطلقا و إن غصب منه حقه فإما أن يكون الغاصب له سلطان أو لا.

و الأول أيضا أنفذ تصرفاته تسهيلا لأمر الرعيه و حكم بحليه ما أخذ منه مما كان أمره و صرفه بيد العادل، و الثانى حكمه حكم الغاصب فكان ما كان للسلطان العادل مما هى وظيفته راجع لما تسمى بالسلطان. هذا هو المفهوم من النصوص، و ظاهر كلمات الأصحاب، فلا يبعد الحكم بالجواز و إن كان الأخذ و الموهب من غير الخراج غير مستحق له، و ليس من مصرفه فيكون إثم الأخذ من غير حق مضافا لعقابه و حلالا- للأخذ. نعم هذه الأحكام و الأخذ بالمتيقن من الصرف و التقييل و حليه المال تلزم الحاكم الشرعى لما عرفت من أن ولايته ليست كولاية الإمام " عليه السلام " بقول مطلقا فيلزم أن يتحرى ما وردت به الآثار من بيان كيفية التصرف بعين الأرض و بارتماعها، و يلزم الموهوب أو المعطى للأرض إقطاعا أو غيرهما أيضا أن يأخذ بقول من قلده لجميع ذلك فلا يلتفت حيثئذ إلى ما أظن به شيخنا فى جواهره (بأن عله صحه معامله الجائر و إمضائها هو التقييه فيدور الحكم مدارها، و تكون كسائر الأحكام التي شرعت لها لمنافاته لما حققه أولا من إمضاء الشارع معامله الجائر، و جواز تقبل الأرض منه بالحصه المضروبه مدعيا عليه الضروره، و لو كان ذلك الجواز يدور مدار التقييه لكانت كسائر ما تشرعه من الأحكام، و لما جاز شىء من هذه المعامله إلا مع الخوف الشخصى فى تركها و انقلب الحكم، و فسدت معامله حين

ارتفاع الخوف و لو فى أثنائها و لم يزعمه أحد، و ليس له فى الأخبار عين و لا أثر لمنافاته أيضا لما اختاره فى عموم السلطان للمخالف و الموافق مع أن الرجوع للحاكم فى تسلط الموافق لا- تقيه فيه و لا حذر. نعم فى الخوف منه على النفس أو العرض تجرى على الخائف أحكام الخوف و ليس هو من التقيه التى تشرع الحكم كما أن الظاهر فى ابتداء المسأله أن التقيه التى شرعت الحكم نوعيه لا شخصيه، و هنا حكم بشخصيتها قال و منشأها أن الأئمه لما علموا انتفاء تسلط السلطان العادل إلى زمن القائم " عليه السلام " و علموا أن للمسلمين حقوقا فى الأراضى المفتوحه عنوه، و علموا أنه لا يتيسر لهم الوصول إلى حقوقهم فى تلك المده المتطاوله إلا- بالتوصل و التوسل إلى السلاطين و الأمراء حكموا بجواز الأخذ منهم إذ فى تحريم ذلك حرج و غضاضه عليهم و تفويت لحقوقهم بل قد عرفت أنه لا يمكن التعيش مع إطلاق التعرض له) انتهى. فكأنه جعل العله هى الحرج المنفى لا- التقيه و هو الخوف الشخصى على أنه لو قرن الحليه بوجودها اختل النظام لإمكان ارتفاعها فى الأثناء و عروضها بعد الارتفاع قد يتكرر الارتفاع و العروض فلا يبقى للزارع و لا للمتقبل و لا للمشتري و ثوق بالحليه و الجواز على وجه الجزم به، و فى " مفتاح الكرامه " (اختصاص جواز الدفع فى الخراج و نحوه بالجائر ملا- حظه للتقيه إلزاما و إن الأصل عدم الإذن منهم فى الدفع إلى غيره و لاقتصار النص فى المقام و نظائره على بيان حكمه فى يد الجائر) انتهى. - و هو متن -، و قال جدنا فى شرحه (و مع عدم السلطان الجائر فالمرجع إلى الفقيه المأمون فيما يتعلق بأمور المسلمين) انتهى. و هو كذلك.

و الحاصل أنه لو كان كما ذكر من اقتصار الأصحاب على الحكم فى يد الجائر لمعلوميه حاله فى يد الفقيه لما قال المحقق الكركى لا نعرف للأصحاب فى ذلك تصريحاً ثم حكم بجواز تناول الفقيه لمن يقول بنيابته عن الإمام " عليه السلام " فى مطلق ما للإمام و لم يظهر منه أن هذا الجواز مع وجود الجائر و تغلبه أو مع فقدته و دوران الأمر بين جواز تصرف كل من يصرف ارتفاعها فى مصارفه و بين توقفه على إذن الحاكم الشرعى و إنه أحق بها من غيره و لم يظهر منه أن ذلك يجوز مع وجود السلطان الجائر بل ظاهره الترتب كعبارة الجيد (قدس سره): فاستظهار الجواهر منها الموافقه لا يخلو عن إبهام و كيف كان؟ فالظاهر من الأخبار و الأصحاب هو الذى قلناه من أن للسلطان دخل فى حل المقاسمه و الخراج و التقييل بحق أو بباطل، و إن ذلك من لوازمها حيث تكون على حد ضرب السكه و تسعير المسكوك بما يزيد على أصل معدنه أو ينقص فإن الشارع أمضى المعامله فيه مع أن حكمه الواقعى أن يكون بأمر الإمام " عليه السلام " لأنه من وظائفه، إذ هو من أجزاء السلطنه و قد أمضى الشارع المعامله فيه حسب ما يسعره الجائر أو العادل، و لا- يخلو فى بعض فروضه عن الربا فيما لو عوض بمثل معدنه و زاد المعوض فإنه لا- مانع من بيعه صرفاً و إن كان بجنسه لأن للسكه السلطانيه قسط من الثمن و قد أمضى الشارع ذلك إلى غير ذلك مما جعله الشارع من لوازم السلطنه غايته أنه معاقب على النقيير و الفتيل، لكن بعد أن غصب و تسمى نفذ تصرفه بأمر الشارع و احتاج الرجوع إلى غيره إن أمكن إلى الإذن هذا مع اقتداره و نفوذ أمره، أما لو تغلب عليه غيره أو ضعف بهيجان الرعيه بحيث لم ينفذ أمره سقط اعتبار إذنه، و فى تعيين الرجوع إلى الحاكم الشرعى و إعطاء ارتفاع الأراضى له أو صرف الضريبه فى مواضعها لمن بيده الأرض إن عرف ذلك و أمكنه، و مثله تعيين حق المسلمين منها بالثلث أو الربع أو غيرهما و جهان فى عموم نيابه الحاكم فيما يحتاج فيه

إلى الرئيس فتبرأ الذمه بالدفع إليه، و من اعتبار ولايته في الموارد الخاصه المأذون فيها شرعا فساوى غيره و لا يبعد براءة الذمه بالدفع له مع العلم بإيصال المدفوع إلى مستحقه و صرفه في مصارفه فيكون كأحد الطرق الموصلة لما يريد الشارع وجوده في الخارج و هو الأقوى. نعم لو أحرز السلطنه و جب الرجوع إليه جزما فيما كان تحت يده و لا يعتبر العلم بإيصاله و عدمه، و أما المأخوذ باسم الزكاه فهو إما بعد عزل المالك لها أو قبله و هما إما بالاختيار بعد الطلب أو قبله أو بالقهر مع عدم إمكان التخلص، أما المأخوذ بالقهر مع العزل فحكمه حكم المتلوف من دون تفريط، و الظاهر براءة ذمه المزكى بذلك و أما المأخوذ اختيارا و لو بعد الطلب مع إمكان دفعه للحاكم أو لأهله فليل و نسب إلى المعظم بأن حكمه حكم الخراج على الخلاف فيه و فى تفصيله فلا يجب إعادته على أربابه و إن عرف بعينه و اشترط الشهيد فى حليته المأخوذ منه أن يكون أخذه و صرفه حسب ما يقتضيه مذهبهم، و احتمال الجواز مطلقا و هو الأوفق بالأدله و كذلك المأخوذ بالقهر قبل العزل و أحلوا تملكه ببيع أو شراء أو هبه أو غيرها من أنواع النقل و حكموا بأنها تكون زكاه بقبض الجائر و البراءه من أدائها أخرى كالخراج، قال المحقق الثانى (أن ظاهر الأخبار و العبارات جواز أخذها لكل أحد و إن كان غنيا إلى آخره) فبنوى المالك عند الدفع إليه و يجتزأ به، و إن كان غير نائب عن المستحقين فيكون بحكم العازل لها المغصوبه منه أو كحصه الشريك المغصوبه مع نيابه شريكه فى القسمه عنه، و خلاف ذلك ضرر منفي، و ترقى بعض فحكم بجواز احتساب ما يأخذه الجائر من الخراج بدل الزكاه لحديث رده الأكثر و حكموا بشذوذ- و إن صح-، و الأصل فى المسأله الأخبار، و هى بين ما يدل على جواز الاحتساب مطلقا و بين ما يقضى بعدم الاجزاء مطلقا مثل قوله " عليه السلام ":

لا إنما هؤلاء قوم غصبوكم إنما الصدقه لأهلها

"، و بين ما يظهر منها الاجزاء مع الإكراه و مع عدمه، و استطاعه أن لا يعطوهم فلا مثل (لا تعطوا منها شيئا ما استطعتم و أمرت أن لا- تعيد) و لا- ريب أن الأصل عدم براءة ذمه الدافع لها لغير مستحقها مطلقا خرج عن الأصل صورته العزل و الإكراه، و أما غيرها من إكراه المالك مع عدم العزل أو دفعها بالاختيار للجائر فالظاهر أنه لا يجزيه ذلك و لا تبرأ ذمته. نعم إذا أخذ الجائر من الأنعام و غيرها باسم الزكاه قهرا من مجموع المال يلاحظ الباقي فإن بلغ النصاب لزم المالك دفع الزكاه لأربابها منه و إن نقص ارتفع الحكم بارتفاع موضوعه، و يكون حال المأخوذ كحال باقى المؤمن، و أما لو دفع الزكاه اختيارا من دون خوف و إلقاء فلا يحتسب له قطعا و لا ينافيه قوله " عليه السلام ":

فإن المال لا ينبغى على هذا أن يزكاه مرتين

" و الظاهر الفرق بين الزكاه و الخراج و المقاسمه و إن اشتركا فى كون كل منهما لأشخاص معلومين و فى عدم استحقاق الأخذ لهما، و عدم جواز دفعهما إليه لكن المستأنس بالنصوص الممارس لها يفهم أن للسلطنه و الولايه دخل فى خراج الأرض كما بينا بخلاف الزكاه التى يسوغ دفعها لمستحقها مطلقا إلا- إذا طلبها الإمام- و لو عصى المالك و دفعها لمستحقها- فالظاهر الاجزاء و الإثم فليس حكمها حكم الخراج و لا حكم حق الإمام كما بين بمحلّه، فظهر إلى هنا أن براءة ذمه المالك لا تكون إلا مع العزل، و أخذ الجائر لها مع الإكراه لا بالاختيار، و فى جواز شراء عين المأخوذ من الجائر، أو قبول هبته لمن لا يستحقها ممن يمكنه إيصالها لأهلها إشكال من أن ظاهر النص و الفتوى الجواز، و من الأصل و من أنه مال مغصوب و عينه باقيه فيدفع إلى

أهله. نعم من يجعلها كالخراج حكما و موضوعا يلزمه الحكم بجواز الشراء من الجائر و الاتهاب و غيرهما من النوافل و لتحقيق
المقام محل آخر

و عليه يختص الحكم بالمخالف الجائر و لا- يعم غيره من غير إشكال لأين الشارع لم يمض ذلك في غير من يخشى منه من المخالفين و إن قرن في كلمات الأصحاب بالمقاسمه و الخراج فهو من جهة اشتراكهما في بعض الأحكام لا مطلقا و مع ذلك يظهر من غير واحد من المحققين أن المأخوذ باسم الزكاه مبرأ لذمه الدافع و جاز أخذها من الجائر مطلقا و سقطت حقوق أربابها و لعله لظاهر الأخبار و عبائر الأختيار و له وجه غير أن اجزاء حكم المال المغصوب على العين الواجب دفعه لأهله لا يبعد و يلحق بالزكاه كلما يأخذ الجائر بعنوان الاستحقاق غير الخراج و المقاسمه من الأنفال و من المحيي للموات من الأراضي إذ لا حق على الزراع فيهما و لو اعتقد الآخذ أن له فيهما حق لو أنهما خراجيه إذ هو من الجهل المركب و إليه يومئ قولهم: (أن تصرف الجائر في الأراضي الخراجيه من قبيل تصرف الفضولي مع إجازة المالك و هذا هو الأوفق بالقواعد و الأصول) لكن عموم الأخبار و عبائر القدماء في حليه ما يؤخذ من الجائر مما يندرج بسلك الخراج و المقاسمه بل و الزكاه مما لا ينكر مضافا إلى السيره القطعيه فإن من يشتري من الجائر و يتهب أعم من العارف العالم من الفرقة المحقه و غيره، و لم يظهر لنا التوقف في ذلك مع عدم اجتماع شرائط المفتوحه عنوه في الخراج المأخوذ من الأراضي فليس ذلك إلا أنهم فهموا من النصوص إطلاق حل ما يأخذ الجائر لحكمه دفع. الحرج و المسأله مشكله و العمل بساحل بحر الهلكه أولى، و على كل حال فكون الأراضي خراجيه يجرى في ارتفاعها الحكم المذكور موقوف على أن تكون مفتوحه عنوه بأمر الإمام و محياه حال الفتح أو مصالح عليها بأن تكون للمسلمين قاطبه دون غيرهما من الأنفال أو المحياه ابتداء و يثبت ذلك بما يثبت به النسب و الوقف و الملك المطلق من الشيعه حتى المفيد للظن نوعا منه بل و غير ذلك من الأمارات الظنيه بالظن الاطمئنانى. و قد ذكر المؤرخون و اهل السير بعض الأراضي المفتوحه عنوه المملوكه لسائر المسلمين و كأنه في خصوص العراق متواتر بحيث يفيد الظن المتأخم للعلم في كونه من المفتوح عنوه، المملوك لسائر المسلمين المحيا حال الفتح كالمحدود عرضا و طولا بما بين منقطع جبال حلوان إلى طرف القادسيه و من تخوم الموصل إلى ساحل البحر، و مساحه بسته و ثلاثين ألف ألف جريب. و يظهر من الفاضل و غيره العمل بذلك و أما غيره من الأراضي مما ذكروا فهو من مشتبه الموضوع أو الحكم فتجرى فيه الأصول و لا ينفع يد الجائر في إحراز موضوعها بعد أن كانت يده عاديه، و معلوم أن المشتبه موضوعا لا- يحكم فيه بالإباحه إلا- إذا لم يكن هناك أصل موضوعى يقضى بالحرمة، و لو اشتبهت الخراجيه بغيرها من الأنفال و الموات فالأصل عدم كونها خراجيه و عدم كونها من المفتوحه عنوه أو محياه حال الفتح الذى لا يعارضه أصاله عدم كونها غير خراجيه لعدم ترتب حكم شرعى عليه و حينئذ يحرم دفع شىء من انتفاعها إليه، و لا- يلزم استئذانه فى التصرف بها، و العلم الإجمالى بأن فى جملة ما تحت يده من الأراضي ما كانت خراجيه لا يفيد فى حرمة التصرف و لا يقطع الأصل لأنه من قبيل الشبهه غير المحصوره، و الأولى الرجوع فى التصرف بمطلق الأراضي غير ما يتقن أنها خراجيه محياه حال الفتح إلى الفقيه الأفضل المتصدى للمصالح العامه، و يجوز من غير إشكال المعامله على خراجها المعين قبل أن يقبضه صاحبه و الحواله عليه و أدائه من غير نماءها إلا إذا عينه و أرادته و خالف البعض فى ذلك و هو موهون.

الفائدة السابعة عشره: (حكم الأرض الخراجيه):

اشتهر بينهم في أن الأراضي الخراجيه للمسلمين قاطبه و ظاهرهم أعميه المسلم للمؤمن في هذه المسأله فيصرف نمائها في مصالحهم العامه بنظر المتولى، و كونها للمسلمين يقتضى أنها لهم على سبيل الملكيه لظهور الإضاافه و اللام فيها، لكن ليست على حد سائر الأملاك من كونه مشاعا ينقسم حصصا لكل واحد حصه معينه المقدار من عين الأرض و إن قلت، و لذلك لا يتعلق بها بعض الأحكام من الإيرث أو القسمة أو نقل حصه الشريك و لا- يملكون الارتفاع أيضا على الإشاعه شبه الوقف الخاص أو العام إذا انحصر في جماعه مثل الهاشميين أو القرشيين و لا كتملك الفقراء للخمس و الزكاه الحاصل بالقبض، لأنهم من مصارفه، بل ملكيتها بمعنى صرف نمائها في المصالح العامه الراجعه لعموم المسلمين كما نطقت به الأخبار فموضوعها هي كل أرض عمرها الكفار في دارهم و أوجف عليها بخيل و ركاب من المسلمين فرفعت يدهم عنها قهرا و عنوه فهي و ما لا ينتقل مما اشتملت عليه من الأشجار و المعادن للمسلمين كافه؛ فخرجت الميتة بالأصله التي لم تسبق بعمارها فإنها للإمام إجماعا، و يطلق عليها الأنفال و هي حل لمعمرها من الشيعة و ليس عليها طبق لا للإمام و لا لثائبه الخاص قبل الطلب، و أما العام فليس له طلب الأجره من المعمر لأن نيابته ليست على الإطلاق كما ذكرنا، و بذلك يجمع بين ما قضى بدفع الأجره كما في صحيحه الكاهلى، و مصححه عمرو بن يزيد و بين ما صرحه الحل للشيعة مثل "

ما كان لنا فهو لشيعتنا

" و بمضمونه أخبار آخر، و خرج أيضا ما تعاقب عليه الموت و الحياه- و هي من أملاك من أحياء- و خالف البعض في ذلك فادعوا أنها بالموت يكون حكمها حكم الميت ابتداء و الوجه عدمه، و خرج ثالثا ما كان منها عامرا بالأصله لا من معمر خاص، و الظاهر أن دخولها في الأنفال هو المشهور و يقتضيه عموم (كل أرض لا رب لها فهي للإمام) و يعارضه التقيد بالموات في بعضها لأن الوصف كهو في [وَرَبِّائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ] ليس بمسبوق للاحتراز بل وارد مورد الغالب في موت الأرض بالأصله لأن المعمر بالأصله اقل قليل و تملك بالحيازه و إن كانت قبلها ملكا للإمام بعموم النبوى من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به فتأمل. و خرج رابعا ما عرض له الموت بعد العماره الأصلية لكونه للإمام كأصله و بعد العماره من معمر خاص من المسلمين فيه خلاف لاختلاف الوارد و مختارنا فيه أنها لا- تخرج عن ملك المعمر، لكن القول برجوعها للإمام " عليه السلام " معروف سواء كان المعمر مسلما أو كافرا في دار الإسلام و قيل بعدم اعتبار كونه في دار الإسلام و له وجه و خرج أيضا ما كان معمورا بدار الكفر و اسلم أهلها عليها طوعا أو صالحهم الإمام أو نائبه الخاص عليها بأن تكون لهم لا للمسلمين قاطبه، و في اجزاء مصالحه الفقيه الكلام المتقدم في كونه من وظائفه أم لا، و كذا ما انجلى عنها أهلها أو ماتوا فإنها أنفال أيضا فلم يبق إلا ما حددناه و هو الذى تقتضيه مرسله حماد: " و الأرض التي أخذت بخيل و ركاب هي موقوفه متروكه بيد من يعمرها على ما صالحهم الوالى من الخراج " حتى قال: " عليه السلام "

فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى و بين شركائه

" إلى أن قال " عليه السلام "

فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله و في مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام و تقويه الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحه العامه ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير إلى آخره

"

و صحيحه الحلبي و روايه ابن شريح و غيرهما مما مر، و مقتضى هذه النصوص هو عدم جواز نقل رقبته بشي ء من النواقل مطلقا و لو تبعا لآثار التصرف ففي روايه إسماعيل الهاشمي و سأله عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبني بها و لم بين غير أن أناما من أهل الذمه نزلوها له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رء و سهم، قال:

يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال

"، و في خبر أبي الربيع و غيره"

لا تشتت من أرض السواد شيئا فإنما هي في ء للمسلمين

" كما أن إطلاق كلمات بعض العلماء تفيد ذلك " كالمبسوط " قال: " لا يجوز التصرف فيها ببيع، و لا شراء و لا هبه و لا معاوضه، و لا يصح أن يبني دورا أو منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، و متى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا- و هو على حكم الأصل " انتهى. و ظاهر الأكثر جواز التصرف فيها زمن الغيبه تبعا للآثار و ظاهرهم أنها تملك كذلك تبعا و هو نوع من التملك، و حمل غير واحد مقاله الشيخ (رحمه الله) على زمن الحضور لا الغيبه، و لا ريب في أن زمن الحضور أمرها إليه " عليه السلام " هو الولي المطلق يفعل ما يشاء. و أما زمن الغيبه فلا يجوز التصرف بشي ء منها إلا ما أعطاه السلطان الذي حل قبول الخراج و المقاسمه منه على ما سبق و الظاهر المتجه هو رجوعها إلى من أحرز وصف السلطنه كما سبق، و جواز التصرف فيها مجانا أو بعوض، و جواز تناول من لم يكن من مصارفها و مستحقها لارتفاعها بإذنه و عدم الجواز من غير إذنه و إمضائه، و لو قيل بجوازه مطلقا نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة فله وجه، الأوفق عدمه.

تنبيه: إن لم نقل بالملكيه تبعا للآثار من حيث أنه لا- دليل عليه فلا- ريب في ثبوت حق الاختصاص في الأرض المزبوره لمن قبلها فلا يجوز مزاحمه من يتقبل الأرض من السلطان و لو نقل الآثار بنا قل إلى الغير كان للغير الولايه أيضا على نهج البائع، و يجوز وقف الآثار أيضا. نعم لو ذهب ما هو قابل للنقل من الآثار ذهب سلطان المعمر عليها و عادت للمسلمين قاطبه و تقبيلها بيد السلطان و إن كانت مسجدا أو غيره، و في لحوق الحكم لمثل المساجد الموجوده حال الحضور إذا انهدمت إشكال الأقرب عدمه لأن إمضاء الإمام لمسجديته يكفي في دوامه لترتب الصحه على أفعاله كما لو أقطع منها شيئا فإنه يكون خارجا عن حكمها من جهه سلطنته المطلقه إلا إذا علم منه بقرينه أن النقل لآثارها أو لإمضاء كذلك فمسجد الكوفه و السهله و حرم الله تعالى بناء على أن مكه فتحت عنوه لا يلحقها الحكم، و هكذا ما ضاهاها و منه يعلم أن ما أقطعه الجائر في زماننا لأحد فلا يجوز مزاحمه الغير له إن كان من مصارفها جزما و إن لم يكن فكذلك في وجه قوى. و حاصلها له و كذا ما دفعه إلى الغير بحصه معينه و مثله المنقول بطريق الطابو، و الاحتياط يقتضى أن يكون المتصرف بمن يستحق ارتفاعها الذي يضره السلطان عليها مما هي له قابله فلو حابا هو أو وكيله يلزم المتصرف أن يدفع أجره المثل و ما عدا ذلك فهو عليه حلال، لكن ظاهر الإطلاق أن السلطان مختار في ضرب الخراج، و للتأمل فيه مجال من جهه حرمة التصرف بمال الغير إلا ما تحققت الرخصه فيه فأخذ من لا يستحق من أجره الأرض الخراجيه في غايه الإشكال و لو بإذن الجائر أو الحاكم الشرعي لأنه خيانه لعدم دخول الأخذ في

المصارف المعهودة من الشارع، و حكم ما انفصل منها مما اشتملت عليه مختلف فإن كان من غيرها كورق الأشجار المغروسة بها و الأخشاب و الحديد المثبت فيها و غيرها فهي لمالكها الأصلي، و إن كان من أجزائها كالأحجار و الخزف المأخوذ منها و ما اشتملت عليه من المعادن مثل الحجر الصلد المعمول للأرحية و القير و النفط و الفضة و الذهب

و الفيروزج و الأحجار التي في بحرهما لو كان فيقتفى الآثار في الملكيه لمن بيده إذا كان مما شأنه أن ينقل و هل يجب؟ فيه الخمس بعد دفع الضريبه ممن بيده أو لا يجب الظاهر الوجوب و ربما يترجح لزوم إخراج الخمس من الجميع و الضريبه بعده و لكن العمومات من النصوص و الفتاوى ناطقه بأن المتقبل للأرض الخراجيه بعد دفع خراجها فالباقى له، فينبغى التأمل في الأدله و الحكم بما يبدان الله به و حينئذ لا وقع لما يتوهم من أن الأمور المنقوله منها بعد الفتح بحكمها و هى للمسلمين قاطبه و إن صح ظهر ذلك من الفاضل و الشهيد و المحقق الثانى من جهه تقييدهم رهن الآثار التي فيها بما لم يكن من أجزائها و القاعده تقتضيه لكن إطلاق الآثار و عمل الناس عليه يقضى بأن المنقول منها بعد انفصاله عنها من أملاك من بيده فلأجزاء حكمان حكم مع ثبوته و آخر في انفصاله، و الآثار أعم من المنفصل من أجزائها و احتمال أنه بحكم المباحات الأصليه لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به بعيدا جدا لاحتياجه إلى الدليل بخصوصه و لذلك لمتقبل الأرض أن يمنع الغير من نقل ما ينقل من أجزائها و إن سبق.

و الحاصل أن الأجزاء التي تنفصل منها مما تمول و لا تضر برقيبتها تحسب من نمائها التي هى حق للمستأجر كسائر الأراضي التي تستأجر من ملاكها فلأشجار الموجوده فيها قبل الإيجار و ليست مغروسه للغير متى استؤجرت فثمرها و الخشب الذى لا يضر انتزاعه من ذلك الشجر أو ما يضر بقاءه فيه مثل ما ينتزع من النخيل من سعف و غيره كل ذلك من النماء التي هى من حقوق المستأجر، نعم قلع ما يضر برقيبتها فهو تابع للأرض و له حكمها كما ذهب إليه من تقدم و لا يمكن جعله من المباحات بعد كون أصله من الأملاك فليفهم.

الفائده الثامنه عشره (الشك في أرض الخراج):

الأراضي التي تحت يد الجائر - في زماننا هذا- إن علم أنها خراجيه أو ملحقه بها حكما لحقها حكمها، و إن اشتبهت بغيرها كانت من مشتبه الموضوع فيرجع فيها إلى النصوص أو إلى الأصول و القواعد الممهده، فلو زارع أحدا مثله في أرض خراجيه، قيل تبطل المزارعه لعدم تملك رقبه الأرض للجائر المأخوذ في حقيقه المزارعه من كون المعقود عليه الأرض المملوكه المنتفع بها فلا- تشرع إذا لم يكن ملكا لأحدهما، فلا- بد من استعمال الحيل الشرعيه في تسلط العامل و المزارع على الحصتين من الاشتراك في البذر و غير ذلك، و قيل لا تبطل إذا أخذها أحدهما ممن له الولايه و السلطنه على الأرض بأجره، فإن الولي سلطه على الانتفاع بها و على المنفعه و هو يكفى في صحه المزارعه بالحصه و إن لم تكن الأرض مملوكه للمزارع فلا- يحتاج إلى الحيل، و كون المعاوضات التملكيه لا يتصور فيها عدم ملكيه العوضين لا ينافى ذلك فإن أرض الخراج و إن لم تملك عينها لكن قد تملك منفعتها بالإيجار و غيره ممن أمرها إليه فيكون لأحدهما حق فيها، و هذه الأحقيه قابله لأن تكون ثمنا لمبيع كحق التحجير و غيره من الحقوق الماليه فيصح حينئذ لمن له الحق أن يزارع غيره بحصته كمن استأجر أرضا من مالكها و زارع آخر عليها، و على ذلك تخرج الصحاح في جواز مزارعه أرض الخراج كصحيحه الحلبي و المختار و غيرهما مما سبق.

نعم مقتضى عقد المزارعه عدم استحقاق المزارع الحصه في الأرض المستعاره و لو للزراعه و رجوعها إلى المالك لا- إلى المستعير، فأرض الخراج التي يفوض أمرها الولي إلى أحد لو زارع عليها بحصته لا يملك تلك الحصه، بل هى للمسلمين تابعه لأصلها لعدم

ملكه العين و المنفعه و الانتفاع بنفس تفويض الجائر أو العادل عليها، فأما أن تبطل المزارعه من رأس، و إما أن تعود للمسلمين لو صحت على بعض الوجوه لكون المزارع كالوكيل أو كالفضولي، و لو استمر الولي على إباحته لها للمزارع إلى الحاصل ملك المزارع الحصه بالإباحه لا بالمزارعه.

الفائدة التاسعه عشره (حكم ما تحت يد السلطان):

جميع ما تحت يد سلطاني الإسلام من الأراضي و العقارات و المسقفات و الدور في زماننا، إن علمت جهته من حل أو حرمه لزم العمل على مقتضى تلك الجبهه، و إن كانت من بيت مال المسلمين بمعنى أنها عمرت من نماء الخراج أو الجزية أو الزكوات على وجه يصح قبولها منه أو من الحاكم أو منهما، و يحل التصرف بها عينا أو منفعه بعد أن تقبلها الآخذ، و لو بالإقطاع أو غيره، و في جواز شرائها بمعنى حصول ملكيتها للمشتري إذ علم أن مصرفها مما يملكه المسلمون من سلطان الروم أو العجم و جوازاتها بها منه و جهان أسبق الأوجه منهما و هو الجواز، و إن كانت العين مغصوبه و الرجوع للحاكمين في ذلك أولى، و أما ما كان من غير ذلك من أنواع ما يأخذه السلطان و وكلائه أو مما تلقاه من السلطان السابق و دفع عنه ورثه السابق بمعنى أن بعض العقارات و العروض و النقود التي في الخزانه كان المتسالم عليها أنها لكل من تسربل بالسلطنه توارث السلطانان أو لا، فهذه الأشياء يشكل تقبلها من السلطان أو من وكلائه و إجراء أحكام ملكيتها للمتقبل عينا أو منفعه و تبطل الصلاه فيها و غيرها من العبادات مع الاختيار خصوصا في المشتري من الجزاءات أو المبرات، أو ما اجتمع بصندوق البلديه، و كذا ما يطلق عليه الخالصه من المسماه بلغه الفرس (ديهه) و هي الأراضي المختصه بسلطانهم التي لا يعلم أنها من أى قسم من أقسامها، و من الأراضي التي كانت في يد وكلائهم و وزراءهم و بعد عزلهم أو موتهم أخذها السلطان قهرا، و وضع يده عليها، و كذا ما اشتهر أنها وقف لجبهه مخصوصه من الحضرات و المساجد و الرباطات و أخذها السلطان، و كذا ما يدفعه إلى الناس مما يسمى بالمواجب الذي يشتهر مأخذه مع معلوميه أنه من المشتبه- و لا زلنا نسأل عن ذلك- و الوجه فيه أن يخمس أولا، و بعد أن يخمس يعطى حكم مجهول المالك و لا بد في الرجوع فيه و في أمثاله إلى الحاكم الشرعي فإن نيابته في مثل ذلك معلومه، مجمع عليها فإن تعذر لزم دفع ذلك إلى الساده و الفقراء من المؤمنين الأ-حوج فالأ-حوج، و توهم ملكه ذلك للسلطان و أعوانه بمجرد وضع يدهم عليها و تصرفهم فيها كما يسبق إلى الأذهان لا معنى له لمعلوميه مورده و مصدره و من أى باب أخذ، و أى مكان جمع؟ حتى ما يهدى لهم فإنه لا يخلو عن الرشوه، فالدخول إلى مضاربهم و الأخذ منهم مطلقا و المعامله معهم، و التولى من قبلهم اختيارا و إن تعقبه القهر و جمع المال لهم من الأراضي و غيرها غير المستثنى يلزم فيه الرجوع إلى الحاكم الشرعي، و يجب على من يرجع أن يفصل له جميع ما اقترف و حوى و لا يغربه بالجهل و لا يحمل له المطلب فيأخذ الحكم مفصلا و يدين الله به.

الفائدة العشرون (الضرورة المجوزه للحرام):

ذكروا أن الضروره و الخوف المتعارف مما يبيح ما هو محذور و محرم شرعا مثل الكذب، و قبول الولايه من الجائر، و ارتكاب المحرمات و إعانه الظلمه فيما عدا الدماء، و قد يوجب ذلك و هو على إطلاقه في غايه الإشكال إذ الخائف لا يخلو من أن يمكنه

التخلص بأنواع الحيل من ذلك، أو لا يمكنه. و الثاني فهو تقدر الضروره بقدرها أو هي عله لرفع الحرمه و متى ارتفعت يحتاج العود إلى دليل؟ ثمّ الخوف و الحذر قد يتعلق بالشخص نفسه أو ماله أو عرضه أو بمن يعنيه أمره مثل العمودين و الأبناء أو بما يلحقه العار بسببه من الأقارب رجالا أو نساء أو بمن لا يعنيه أمره مثل حراسه بعض المؤمنين عن الوقوع في الهلكه و حفظهم عن إتلاف أموالهم أو رفع ضرر يصيبهم في أعراضهم، بمعنى أنه لا فرق بين من يتعلق الضرر به أو بغيره ممن يتدين بدينه أو بين الضررين فرق فيباح المحرم من الدخول في أعمال أهل الجور و المحرم من الكذب و ارتكاب الحرام من الأموال في مطلق الخوف و الضرر أو في بعضه لا مطلقا، ثمّ أن الارتكاب للخوف و الضروره المبيحان إذا استلزم ذلك ضرر الغير طبعاً أو ترتب على فعله بحسب العاده إضرار الغير فهل الإباحه مقصوره على ما يلزم فيه إضرار غيره أو أنه يباح و إن ترتب عليه ذلك، فلو طلب الجائر خمسه غير معينين لأمر فيه إضرارهم من جماعه مخصوصين فأمكن أحدهم التخلص منه برشوه أو بكذب أو بدخول في عمله، و يعلم بأن الخمسه لا تنقص و متى خلص هو أو أنجى ولده أو غيرهما يصيب الضرر آخر مثله فهل يباح له ذلك أم لا؟ و لو فرض أيضا تعيين الخمسه بأسمائهم. فهل يباح له شرعا أن يرفع عن نفسه الضرر، و يعلم أن المأمور يقيم مقامه آخر و يظهر للأمر أن هذا ذاك؟ إلى غير ذلك من الصور التي اختلفت في بعضها كلام الأصحاب للاختلاف في معاني الأخبار الوارده في خصوصيات المقامات و هي أنواع منها:

ما ورد في خصوص النهى عن الإعانه مطلقا ففي كتاب الشيخ ورام قال "عليه السلام": (

من مشى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم فقد خرج عن الإسلام

)، و قال: (

يجتمعون أعوان الظلمه حتى من برى لهم قلما أو لاق لهم دواه في تابوت من حديد ثمّ يرمى بهم في جهنم

)، الخبر مضافا إلى آيتي: [وَلَا تَرْكَبُوا] أو [لَا تَعَاوَنُوا] و قوله: "عليه السلام": (

ما اقترب عبد من سلطان إلا تباعد من الله

)، و قوله (ص): (

إياكم و أبواب السلطان و حواشها

) و في حسنه أبي بصير عن أعمالهم قال "عليه السلام": (

لا و لا مده بقلم إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيء إلا أصابوا من دينه مثله

)، و موثقه يونس: (

لا تعنهم على بناء مسجد

(، وقوله "عليه السلام" في روايه ابن أبي يعفور:)

ما أحب أنى عقدت لهم عقده أو و كيت لهم وكاء و إن لى ما بين لابتها إلا و لا مده بقلم إن أعوان الظلمه يوم القيامه سرادق من نار

(، و موثقه عمار عن الرجل يخرج بأعمال السلطان قال "عليه السلام":)

لا إلا أن لا يقدر على شىء و لا يقدر على حيله

(، و روايه عذاف:)

ما حالك إذا نودى بك فى أعوان الظلمه

(، و روايه أبى حمزه:)

إياكم و صحبه الظالمين و معونتهم

(، و روايه طلحه:)

العامل بالظلم و المعين له و الراضى به شركاء

(و فى تفسير العياشى، عن الرضا "عليه السلام" قال:)

العون لهم و السعى فى حوائجهم عديل الكفر، و النظر إليهم على العمد من الكبائر

(، و روايه صفوان الجمال:)

قال يا صفوان أيقع كراءك عليهم، قلت: نعم جعلت فداك، قال: أ تحب بقاءهم حتى تخرج كراك، قلت: نعم، قال: من أحب بقاءهم فهو منهم و من كان منهم كان ورده إلى النار

(، إلى غير ذلك مما ورد بهذا المضمون من الصحاح، و هذه الأخبار بعد التدبر فيها تفيد حرمه إعانتهم على الظلم و إن لم يطلق على المعين لفظ الإعانه و حرمه جعل الشخص

نفسه معاونا بحيث يطلق عليه لفظ المعين و إن لم يكن على ظلم فيقال له من الأعوان مثل من يقتصر بعمله على خدمته و إليه يومئ قوله " عليه السلام " فى روايه الكاهلي:)

من سود اسمه فى ديوان ولد سبع حشره الله يوم القيامه خنزير

(، غير أن عنوان أصحابنا، أن المحرم المعونه فى الظلم حملا لمطلق الأخبار على مقيدها و توفيقا من الآيه الكريمة و الإعانه على المحرم تشمل من أعد نفسه لذلك، و إن لم يكن الظالم متلبسا بالمبدإ كمن علق سوطا بين يد سلطان جائر، ففى الخبر)

يكون ثعبانا يعذب به فى نار جهنم

(و أما غير ذلك من الخياطه و الحياكه و الملاحه و البناء و غيرها فلا بأس فيه، لكن جماعه من المتأخرين استوجهاوا التحريم مطلقا و عللوه باستفاضه النصوص بحرمة إعانتهم فى المباحات فضلا عن غيرها لأنها قد يترتب عليها أو تفضى إلى المحرم مستشهدا بقوله " عليه السلام ":)

لولا أن بنى أميه وجدوا من يكتب لهم و يجبى لهم الفى ء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا و لو تركهم الناس و ما فى أيديهم لما وجدوا شيئا إلا ما فى أيديهم

(، و ردهم بعض المحققين بأن السيره على خلاف ذلك مع منافاه ذلك لسهوله المله و إرادته اليسر مع ما قضى من النصوص على مجامعتهم و حسن معاشرتهم و الملق لهم، و جلب محبتهم، و ميل قلوبهم كى يقولوا)

رحم الله جعفر بن محمد ما كان أحسن ما يؤدب به أصحابه

(. أقول: كأنه يشير إلى حصول الحرج أو الخوف فى ترك ذلك و مع تحققهما أو أحدهما لا ريب فى الجواز، إنما الإشكال فيما يعمل لهم من المباحات من غير حرج و لا- خوف و لعل المتجه حرمة مطلقا للظالم مطلقا، و منه يظهر الدليل على حرمة الولاية من قبلهم فى بلده أو صقع لأنه إعانه و زياده و إغراء بالجهل مع اشتغالها على مفسد جمه لا يأمن الداخل فيها منها، و وقوعه فى الحرام من حيث لا- يشعر مضافا إلى النصوص الواردة فى حرمتها خصوصا و عموما و إلى أنها من أعظم الإعانه لهم لاستلزامها طبعاً علو كلمتهم، و أن يخطب باسمهم و جباته الأموال لهم و مساعده عساكرهم، و قراءه أوامرهم على الناس و العمل بطواميرهم، و غير ذلك. مما هو مشاهد معلوم فى مشايخ الأ-عراب و بعض حكام البلاد، و منه قبول الولاية منهم على الأوقاف و الرباطات و قبور الأئمه (ع) لاستلزام ذلك أمورا مشاهده بالعيان كلها محرمة عقلا و نقلا، و كذا الجلوس فى مجالس شورايم و إمضاء الجالس لأعمالهم و استخدامهم له، و من ذلك رئاسه البلديه و المختاربه فإنها نوع من الولاية التى لا تنفك عن ظلم المؤمنين جزما فإن هذه الولايات أشد على ولى الأمر من محاربه يزيد لمولانا الحسين " عليه السلام " - أعاذنا الله تعالى من ذلك- ففى خبر زياد بن أبى سلمه:)

أهون ما يصنع الله لمن تولى لهم عملا أن يضرب الله عليه سرادقا من نار

، و مع ذلك فقد استثنى الأصحاب (رحمهم الله) من حرمة الولايه مواضع بل قسمها بعضهم إلى الأحكام الخمسه فأوجبها كوجوب غيرها من المحرمات مثل الميتة و الكذب و غيرها عند الخوف و عدم إمكان التخلص و مما يضر بحاله من النفس و المال و العرض لو توعدده الجائر على الترك و إباحه ذلك لا ريب فيها. و يكفي فيه الاستثناء من [لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاهُ] و حديث الرفع و قولهم (ع):

ما من شيء إلا وقد أحله الله لمن اضطر إليه

، لكن القدر المتيقن من الإكراه هو ما لحق الضرر نفسه و ما هو كنفسه كالأب و الولد و الزوجه، و أما لو لحق الضرر مطلق الشيعة لو لم يفعل ما أمر به فالظاهر عدم دخوله في الإكراه و عدم

تحقيقه مع عدم لحوق ضرر بالمكره أو بمن هو كنفسه، و لا- تجرى أدله الحرج فيه لكن صريح جماعه إباحه قبول الولايه أن تترتب على الترك الإضرار بأحد المؤمنين ففي " المسالك " (ضابط الإ-كراه المسوغ للولايه الأخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين) انتهى، و هو مشكل لأن الولايه نوعان: منها من لا- يلحق المتولى من لوازمها إلا المعاونه فقط، و منها ما يلحقه لوازمها من غضب الغير و الإضرار به، و مع الثانى لا تجوز الولايه قطعا للزوم الضرر على كل حال، فلا يجوز نهب مال مؤمن لسلامه آخر إلا فى الدماء فتجوز حفظا لدمه و إن استلزم ذلك إضرار الغير، و الأول أيضا مشكل لأن المعاونه محرمة كما بينا، فهى إضرار بالشخص نفسه و ارتكابه لدفع ضرر الغير أول الكلام، لكن يظهر من بعض الأخبار جوازه، ففي الاحتجاج عن على " عليه السلام " فى كلام له و منه: (

و إياك ثم إياك أن تترك التقيه التى أمرتك بها فإنك شائط بدمك و دماء إخوانك معرض بنعمتك و نعمتهم للزوال فإنك إن خالفت وصيتى كان ضررك على إخوانك و نفسك أشد من ضرر الناصب لنا الكافر بنا

(انتهى، غير أنه يظهر منه الجواز عند الاشتراك بالضرر لا عند تمحض الضرر بغيره من المؤمنين.

و الحاصل أن قبول الولايه و حليه لوازمها دفعا لضرر الغير فى غير النفس و العرض مشكل جدا و معهما أيضا فيه تأمل، و لو جاز فعليه ضمان ما غضب من مال و غيره بأمر من و لاه فإنه لا ينافى الجواز، و يشكل أيضا قبول الولايه و الأخذ بلوازمها مع الضرر المالى اليسير الذى لا يضر بالحال بل لا يبعد إن تركها عزيمة لا الدخول بها رخصه فإن دفع المفسده خير من جلب المصلحه و قد رخص فى بذل المال بل و جب لتحصيل الطهاره المائيه و ليس ذلك من القياس، ثم إن الضروره تقدر بقدرها فإذا أمكن التخلص عن جميع لوازمها و جب و إن أمكن عن بعض دون بعض تحتم، و أما هى نفسها فيظهر من بعض أصحابنا أن العجز عن الخلاص منها غير معتبر فمع الضرر يجوز قبولها، و التفصيل عار عن الدليل لأن الجميع من واد واحد، و الظاهر لزوم التخلص على من دعى إلى الولايه بماله الذى لا- يضر بحاله و حسابه من المؤمن فإن الناس مسيطون على أموالهم، و ليس ذلك من الإسراف أو بارتكابه لغيرها مما يحتاجه الجائر لكن من استظهر نوعيه التقيه من (

التقيه دينى و دين آباى

(و من)

لا إيمان لمن لا تقيه له

(يسقط عنه حكم إمكان الخلاص و عدمه لحكمه بشرعيتها مطلقا بعد إحراز موضوعها فتدبر. فاشتهر أنه لا يباح بالإكراه قتل المؤمن، و الأصل فيه ما صح عنهم (ع) أنه إنما شرعت التقيه لتحقق بها الدماء فإذا بلغت الدم فلا تقيه و ينبغى تقييد الدم بالمحقون دون المأمور بإهراقه لكل أحد، و أما الجائر إهراقه لمخصوص مثل من عليه القصاص، أو من يتولى قتله الحاكم دون غيره فهو من المحقون و دم المخالف أيضا من المحقون، و إن اختصت الروايه بدم الإمامى من حيث وجود لفظ التقيه إلا إذا أخذت بمعنى الخوف فى قوله " عليه السلام " فى روايه: (

، فإن ارتفاع مشروعيتها بدم الإمامى محققه فىكون غيره مسكوتا عنه مندرجا فى دفع الضرر فىجوز لكن المستنبط أن أدله حقن الدم مطلقا وارده و حاكمه على أدله رفع الضرر فىتساوى حىئذ الإمامى و غيره ممن حقن الشرع دمه حتى الذمى، و استظهر شىخنا بمكاسبه أن الخارج من عموم دفع الضرر إهراق دم الإمامى المحترم بالذات دون غيره و له وجه، و لا ىشمل المخالف الناصبى و لا المخالف المفتى بجواز إهراق دماء الشيعه و لا متابعيه فى وجه قوى. و الحرج المؤدى إلى القتل بحكمه و غيره فىه إشكال من

جهه إطلاق الدم و هو محكى عن الشيخ و القواعد تقتضى عدمه- و إليه ذهب بعض المتأخرين- و من المواضع التى سوغ فيها قبول الولايه من الجائر إمكان القيام بمصالح العباد، و قطع الفساد، و أمن الطرق و إيصال المال إلى مستحقه، و حفظ المؤمنين من التعدى فإن كل واحد من الأمور المذكوره يسوغها فضلا عن جميعها خصوصا مع الأمن من ارتكاب محرم غير قبولها، بل قيل بوجوبها لو أمكن المتولى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجبين على كل متمكن منهما قوه لا فعلا مع قبول الولايه كذلك فإن ما يتوقف على الواجب واجب من باب المقدمه لكن ذلك متوقف على إباحه الولايه بالأصل إلا المشتمل منها على محرم و إلا- يكون من قبيل توقف الواجب على الحرام الذى علمت الحال فيه من باب المقدمه فالأحرى أن يكون من باب التزاحم فيلاحظ ما هو الأهم فى نظر الشارع أو التخيير لو تساويا، و على كل حال فقد حكى الإجماع على جواز قبول الولايه مع إمكان القيام بمصالح المسلمين، و مضامين النصوص مختلفه لكن الأكثر فهم من مجموعها أن الولايه و إن كانت محرمه لذاتها لكن ارتكابها للتمكن من صنع الخير فيها و بسببها مقدم و أهم فى نظر الشارع من عداد الشخص من أعوان الظلمه، و مما يرشد إليه ما ورد عنهم (ع) ففى روايه الصدوق فى حديث المناهى: (

فإن قام أى الوالى فيهم بأمر الله أطلقه و إن كان ظالما يهوى به فى نار جهنم

)، و فى عقاب الأعمال مثله. و فى صحيحه الشحام عن أبى عبد الله " عليه السلام": (

من تولى أمور الناس فعدل فيهم حتى قال: كان حقا على الله أن يؤمن روعته

(انتهى، و روايه زياد بعد النهى عن قبولها قال: (

إلا لتفريج كربه مؤمن

(انتهى، و روايه ابن يقطين: (

إن لله تعالى مع السلطان من يدفع بهم عن أوليائه

(و فى آخر (

أولئك عتقاء الله من النار

)، و قال أيضا: (

كفاره عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان

(و فى المقنع فيمن قتل تحت رايتهم من المحبين لمحمد (ص) قال أبو عبد الله " عليه السلام": (

يحشره الله على نيته

(، و عن رجال الكشي:)

إن لله فى أبواب الظلمه من نور الله به البرهان

(و فيه)

و إليهم مرجع ذوى الحاجه من شيعتنا

(و فيه)

أولئك من نورهم تضىء القيامه خلقوا و الله للجنه و خلقت لهم

(انتهى، إلى غير ذلك مما يقضى بحسن الدخول فى الولاية الممكن فيها ما ذكر و حملها على صورته ما لو لم تشمل على محرم مع الإذن فيها من قبل الإمام مثل الولاية على جباية الخراج أو مع الضروره الباعثه على الرخصه مستهجن و إن أمكن لكن مع ذلك كله فأدله حرمتها المؤكده عقلا- و نقلا- مما يوهن جواز ارتكابها و إن وقع فى النصوص التى يمكن حملها على بعض الصور المأذون فيها، و من حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه فإننا قد شاهدنا أن المتولى من قبلهم فى بدأ الأمر يجتهد فى أمر إصلاح الشيعه فإذا تمادى به الزمان صار من أعوانهم على الشيعه، فإن عزل عنها استوحش و رشى و بذل ماله حتى يعود إليها فيرجع ظلما على المسلمين بما بذله عليها، و يظلمهم أكثر من ظلم من سلمه الولاية و قد لا تعود فيحرم من الدنيا و الآخرة، فالأحرى التجنب عنهم و عن ولايتهم و مخالطتهم و قبول جوائزهم.

و اعلم أن الأخبار و كلمات الأصحاب و إن كان مصيها المخالف لكن الحكم يعم المؤلف لذى ليس له حاجز عن المعاصى فرب شيعى تولى فصار أدهى من المخالف و أمر. نعم لا بأس بل يرجح مواصلتهم بمقدار ما تقتضى به حوائج المؤمنين، و يحسن مدحهم و عياده مرضاهم لأجل ذلك لكن لا إلى حد يورث القسوه و تميل معه النفوس إليهم، و أحسن السيره سيره أسرتى (رحمهم الله) معهم فالسعيد من حذا حذوهم فكم نفسوا من

كرب، و رفعوا من بلاء عام و خاص و لو لم يكن فى صحائف حسناتهم إلا ذلك لكان حريا على الله تعالى أن يدخلهم به الجنة و أن يعفو عنهم و الوالد (رحمه الله) فى واقعه كربلاء فى سنة ١٢٥٨ هـ عمل مع الوالى ما سلم به النجف و فك به أسرى كربلاء و غير ذلك من تنفيس الكرب التى صنعها- سلك بنا البارى مسلكه- و كيف كان فلوازم الولاية المكره عليها و ما يتفق خلالها مما يأمر به السلطان تباح أيضا كالولاية غير إراقه الدماء.

كما تقدم و يشكل الأمر إذا كان الضرر المتوقع عليه المتولى أهون من ضرر الغير كأن يكون المتوقع عليه القول السيئ فيه، أو فى عرضه فهل تباح به أموال الناس الخطيره و أعراضهم أو يلاحظ الضرران و يتحمل الأخرى منهما؟ يرجح الجواز إطلاق الأدله، و (إن الضرورات تبيح المحظورات) و يرجح عدمه عدم جواز دفع ضرره بضرر غيره و إن نقص عنه فكيف إذا كان أشد؟ و الأقوى الأول لتوجيه الضرر فيه إلى الغير، فلا يجب على الشخص دفع ضرر غيره بإضراره، و إن نسب الإضرار بالغير إليه فإنما هو آله. نعم لو توجه الضرر إليه فدفعه بإضرار غيره كان ذلك حراما غاية أنه الإضرار بالغير من المحرمات فكما يجوز له ترك الصلاة و الصيام فى الإكراه عليهما كذلك يجوز له إضرار الغير و وجوب التخلص بهما أمكن لا يعم إضرار نفسه و إلا لم يبق مورد من المحرمات التى يكره عليها لا يمكن التخلص منها مضافا إلى عموم (

إذا بلغ الدم فلا تقيه فيه

(مشروعه لما عدا الدم، و منه الإضرار بالغير لكن الإنصاف أن تحمل السير من الضرر لدفع الضرر الكثير المتوجه إلى الغير مما يحسنه العقل و العرف و من مقامات الأولياء و إن لم يوجه الشارع، و أما ضمان المتلوف من أموال الغير فالظاهر عدم ضمان المباشر؛ لأن السبب أقوى و (حديث الرفع) ينفيه و إن كان الحكم وضعيا و الضمان لا ينافى جواز الارتكاب لعدم شمول (على اليد) و (من أتلّف) لمثل المكره جزما و الله العالم. الموضوع (الثالث) مما تجوز الولاية عليه من السلطان الأراضى الخراجيه و قد مر تفصيلها فراجع.

الفائده الحاديه و العشرون: (جوائز و الظلمه):

اشتهر جواز قبول جوائز الظلمه و هداياهم، و جواز الجلوس على بساطهم و تناول من موائدهم و غير ذلك من المال المأخوذ منهم مجانا لا عوضا، و المستند فيه بعد ما تواتر من قبول الحسينين (عليهما السلام) لجوائز معاويه و غيرهما من الأئمه (ع) لجوائز حكام وقتهم النصوص الخاصه الوارده فى المقام كصحيحه أبى ولاد عن الأخذ من عامل السلطان الذى لا مكسب له سواه قال " عليه السلام " لى: (

خذ و كل لك المهنى و عليه الوزر

، و صحيحه أبى المعز قال: (

نعم و حجج بها

، و صحيح ابن مسلم و زرارہ قالا سمعناہ يقول: (

جوائز السلطان ليس بها بأس

، و خبر الاحتجاج عن الحميرى عن الحجہ " عليه السلام": في سؤاله عما تحت يد و كلاء الوقف المستحلين لها في الأخذ منهم فأجاب " عليه السلام": (

إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكل من طعامه و اقبل بره و إلا فلا

، و الإشكال في المشتبه المحصور من أمواله و إلا فالمعلوم حرمة و حليته لا إشكال في اجتنابه و جواز تناوله، و مثلهما المشتبه بغير المحصور الذي ليس أحد طرفي الشبهه من المبتلى فيه للمتناول لإلحاقه في الحكم بغير المحصور من المشتبه كالاشتباه بين حرمة هذا المال، أو ما في الخارج من أمواله التي لم تختلط بهذا المال، فلم يبق من الصور إلا المشتبه المحصور

الذى هو محل للابتلاء كالإنياءين الذى أحدهما طاهر و جواز تناول عند من يجرى الأصل فى الشبهه المحصوره، و لا يرى تنجز التكليف مع العلم الإجمالى بأحد المشتبهين أيضا لا شك فيه، و أما من يرى وجوب الاجتناب فى الشبهه المحصوره كما هو الأوفق فيشكل عليه الحال فى المقام، و لا بد للقائل بالجواز من دليل وارد على أدله الاحتياط، يظهر من بعضهم خروج هذه المسأله عن حكم الشبهه المحصوره و إن حكم بالاجتناب فيها، و لعله المفهوم من إطلاق "الشرائع" و "نهايه الأحكام" و "الدروس" إن جوائز الظالم إن علمت حراما بعينها فهى حرام، و فى "المسالك" (أن التقييد بالعين إشاره إلى جواز أخذها و إن علم أن فى ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم، و ليس حكمه حكم المال المختلط بالحرام فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك) انتهى، و لكن الجد الأكبر و شيخنا بمكاسبه حكما (بأن الجائر كغيره).

و ليس فى إخبار الباب ما يكون حاكما على قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره قال الجد (رحمه الله) فى شرحه جوائز الجائر (إن علمت علما يقينا غصبا أو مأخوذه بغير حق على أى نحو كان متميزه أو ممتزجه أو فى ضمن محصور حرمت عقلا و شرعا كتابا و سنه و إجماعا) انتهى. و وجه شيخنا الحرمه بأن الأخبار المستدل بها على ذلك لا تخلو إما أن تكون من قبيل كل شىء فيه حرام و حلال فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه فهو إن تم كان دليلا على جواز الارتكاب فى مطلق الشبهه المحصوره و لا خصوصيه للمقام، و إن كان المقام خارجا بنص خاص فليس فى نصوصه ما يفيد هذا مما مر كصحيحه أبى و لاد السابقه و ما بعدها.

و ملخص ما ذكره بعد التدبر فى كلماته أن مساق روايه أبى و لاد إن كان حل ما بيد الجائر فهو خلاف ما يظهر من هذه الروايه و غيرها من حرمه ما يأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم فلا بد من صرف الحكم بالحل إلى أن ما أعطاه ليس من أعيان ما أخذه، أو أنه من الخراج المحكوم بحليته فلا يشمل العلم الإجمالى بوجود الحرام فيه و لو شمل فهو فى الشبهه الغير المحصوره و لو شملها أيضا لا يجدى لأن الحل من جهه تصرف الجائر المحمول على الصحيح و لو رده بعدم جريان أصله الصحه من حيث اعتقاد العامل الحل و إن كان المالك معلوما فضلا عن المشتبه المحصور فالحل المذكور من جهه أن المشتبه مردد بين ما ابتلى به المكلف و ما لم يتل به و لا يجب الاجتناب حينئذ عن شىء منها، و لا فرق بين ما نحن فيه و غيره ما ابتلى المكلف فيه بأحد المشتبهين دون الآخر و إن كان الحكم بالحل لورود النص المطلق مثل جوائز السلطان ليس بها بأس فهو يجرى مجرى المطلقات المتقدمه مثل كل شىء لك حلال و لا حكومه لها على قاعده الاحتياط، و نزل إطلاق من قال بالإباحه الشامل بإطلاقه للشبهه المحصوره بأن ذلك إما من جهه حمل تصرف المعطى على الصحيح أو من جهه أن المشتبه و إن انحصر إلا أن الانحصار بين ما ابتلى فيه و بين غير المبتلى به لا من أجل أن هذه المسأله خارجة بالنص. ثم ناقش فى حمل مثل هذا التصرف على الصحيح بما مر، ورد المناقشه بأن الأصحاب لا يعتبرون بالحمل على الصحيح احتمال تورع المتصرف عن التصرف بالحرام لكونه حراما بل يكتفون باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواع أخرى، و أما عدم الحمل فيما إذا تصرف بالشبهه المحصوره الواقعه تحت يده فلفساد تصرفه فى ظاهر الشىء فلا يحمل على الصحيح الواقعى حتى قال (رحمه الله): (لم يثبت من النص و الفتوى عدم العمل بقاعده الاحتياط فى المقام) انتهى.

أقول: لا- يخلو كلامه من تأمل إذ أقصاه التصرف في الأخبار التي ظاهرها بل صريحها كفايه عدم العلم بالحرام في تناول من عمله السلاطين، و الفتوى المطلقة و تحكيم قاعده الاحتياط بلا- داع يوجب ذلك فإن مخالفه العلم الإجمالى فى الشبهات الموضوعيه فوق حد الإحصاء، و ليس التصرف فى هذه الأخبار بأولى من الحكم بمخالفه العلم الإجمالى و عدم الاجتناب فى الشبهه المحصوره فى المقام و خروجها بالنص، و مثل ذلك فى الفتوى مضافا إلى فهم الأصحاب و نقده النصوص من كفايه عدم العلم بالحرام فى جوائز الجائر و عملته من الأخبار حتى أفتوا به، و ليس ذلك بأعظم من الخراج المغصوب من صاحبه الذى أبيع لنا التصرف فيه مطلقا على أنه بعد إجراء قاعده الاحتياط يكون حكم هذا المال، إما مال اختلط حرامه بحلاله، أو بحكم مجهول المالك فإن كان الأول طهره الخمس، و إن كان الثانى فمرجعه الإمام و هو أباحه بهذه النصوص لشيئته كما أباح الصلاه فى الأرض التى اشتملت على الغصب من الصحارى، و إليه ذهب علم الهدى و جماعه و لعل فى قوله " عليه السلام" فى روايه:)

ابعث إلى بخمسه

(إيماء إلى ذلك، على أنه لا ينكر صراحه موثقه سماعه فى جواز الأخذ قال: سألت أبا عبد الله " عليه السلام" عن رجل أصاب مالا من عمال بنى أميه يتصدق منه و يصل قرابته و يحج ليغفر له ما اكتسب و يقول: [إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُدْهَبْنَ السَّيِّئَاتِ]، فقال " عليه السلام":)

إن الخطيئة لا تكفر الخطيئة و إن الحسنه تحبط الخطيئة

(ثم، قال " عليه السلام":)

إن كان خلط الحرام حلالا فاختلفا جميعا فلم يعرف الحرام من الحلال فلا بأس

(، فقد أذن " عليه السلام" بترك بعض المقدمات العلميه و الأخذ به و العمل عليه تجويز منه لمخالفه العلم الإجمالى، و لعل حكمته كثره ابتلاء الشيعه بما شابه ذلك، و يرشد إلى ذلك النصوص الوارده بحليه الربا الذى لا- يميز بعينه، و قد عمل بمضمونها الأكثر و التزموا بخروجها عن قاعده الشبهه المحصوره.

و الحاصل أن فهم الأصحاب من النصوص هو فى نفسه حجه و لا- ينكر استظهارهم لما ذكرنا فى خصوص المقام. نعم تناول جميع ما تحت يد العامل و عدم إبقاء ما يتحمل أنه يساوى الحرام بحيث يفضى إلى العلم التفصيلى بارتكاب المحرم لعله لا يخلو من إشكال، و إن كان الدليل أعم لأن لا نزم ما ذكرنا إلغاء العلم الإجمالى و الرخصه فى تناول المشتبه كالرخصه فى تصنيف العين بين متداعيين يعلم بكذب أحدهما لا- بعينه، و على كل حال ظاهر الأخبار و الفتاوى و عبارات الأكثر و فهم الأصحاب مما يخرج المقام عن قاعده الشبهه المحصوره و يخصص موردها و خلاصه رفع المؤاخذه الحاكم بها العقل عن الارتكاب و جعلها كارتكاب بعض المحتملات فيما كانت الشبهه فيه غير محصوره، فإن حكومه العقل فيهما سواء سواء كان الارتكاب دفعه أو تدريجا حتى قيل بجواز ارتكاب الجميع، و لا يخفى أن دليل الجواز فى غير المحصور ليس بأقوى من أدله

المقام، و لا بد من الاقتصار فى المأخوذ عما ورد به النص من الجائزه و الأكل و الهديه، و أما غيرها من المأخوذ بدلا و عوضا من السلطان و عماله غير ما أخذ باسم الخراج و المقاسمه يجرى فيه حكم الشبهه المحصوره، و لا تخصص قاعده الاحتياط إلا أن يفهم من النصوص أن ما يؤخذ من الجائز و عماله مطلقا ما لم يعلم أنها من الحرام لا تجتنب و تخرج عن قاعده الاحتياط فيكون للسلطان و أعوانه موضوعيه دون غيرهم.

الفائدة الثانية والعشرون: (العلم بغصبيه الجائزه):

متى علمت غصبيه عين الجائزه تفصيلا وجب ردها إلى مالكها أو إلى وكيله العام أو الخاص، فإن تلفت لزم التدارك ما لم ينو الأخذ لها حين قبضها الرد إلى صاحبها فتكون أمانه بيده لا يضمنها من دون تفريط، و لو حدث العلم بغصبيتها بعد أخذه لها احتل الضمان لأن أخذها كان بنيه التملك لا بنيه الرد، و احتمال عدمه لأنها بحكم الأمانه، و قيل بعدم الضمان فى مطلق القبض مع الجهل لأن يده يد أمانه، و المعروف فى تعاقب الأيدي على مغصوب ضمان الجميع، و يرجع الجاهل إلى العالم. و حكموا أيضا بجواز رجوع المالك ببدل العين لو تلفت على المتب الجاهل المستمر جهله إلى حين التلف.

و الحاصل القبض بغير نيه الرد مطلقا موجب للضمان و لا يسقط إلا بإعلام المالك و تخليتها له أو ردها عليه، و ظاهرهم عدم تكليف الأيمن، بإقباض المالك و كفايه التخليه و رفع يد القابض عنها حتى قيل بالضمان بحملها إلى المالك بغير إذنه إلا إذا كان الحمل أحفظ، و يلزم الفحص مع جهل المالك لتوقف وصولها إليه عليه، و يحتمل عدم الوجوب و على الوجوب يكلف بالمتعارف منه كاللقطه، و لو احتاج من وقع فى يده إلى دلال لم يجب عليه تحصيله، و يحتمل الوجوب لتوقف الواجب عليه، و الأجره على القابض لو وجب، و من المالك أو العين لو تولاه الحاكم و الفحص يلزم إلى اليأس، و لا حد له زمانا و إن حدد فى غيره، و ذهب جماعه إلى التحديد بالسنة أو أن يحصل البأس و به روايه حفص بن غياث و إن وردت فى اللص لكنهم تعدوا إلى مطلق الغاصب، و التحديد باليأس أقرب، و هو الذى يحصل به البراءه اليقينييه إلا فى غير المقام من مورد الروايه و الضائعه لخروجها بالدليل فإن وجد المالك مكنه الغاصب أو القابض منه، و إن حصل اليأس تصدق به عنه و الحكم به فى خصوص جوائز الظلمه مشهور فإن التصدق أقرب طرق الإيصال بعد اليأس، و عليه الأكثر، و ذهب بعض إلى إبقائه أمانه و الوصيه به و هو غير وجيه و يؤمى إليه قوله " عليه السلام " :

أخرج من جميع ما اكتسبت من ديوانهم فمن عرف منهم رددت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به

(و الأمر بالتصدق فيما تجمع الصاغه يومئ إليه، و كذا ما ورد من الأمر بالصدقه لم يدفع إليه تمام أجرته و لا سبيل إليه و عن مال الوقف المجهول أربابه، و سأل فى مصححه يونس عن متاع حمل لأناس فى طريق مكه ذهبوا و لا سبيل إلى معرفتهم أو معرفه أوطانهم فقال " عليه السلام " :)

بعه و أعط ثمنه أصحابك

(، لكن يظهر من جمله من المعتبره أن مجهول المالك للإمام كروايه داود بن أبى زيد و فيها، قال أبو عبد الله " عليه السلام " :)

لو أصبت صاحبها كنت تدفعها إليه

(، فقال الرجل: (إى و الله تعالى)، فقال " عليه السلام " :)

ما له صاحب غيرى

، قال: (فاستحلفه أن يدفعه لمن قال اذهب و قسمه بين إخوانك و لك الأمن مما خفته)، و حينئذ يلزم أن يدفع إلى الإمام عند اليأس أو إلى الحاكم الشرعي و هو يرى رأيه فيه. و أما استبداد من وقع في يده بالتصدق و إن ورد به النص خلاف الاحتياط، و الظاهر أن الحاكم يتبع شهاده حال المالك من التصديق و الإمساك، و لو شك برضاه في الصدقه و عدمه جنح إلى الإمساك- و هو الأحوط- لأن الشك في صحه التصديق و الموقوف على رضاه المالك الذي لم يحرز يورث بطلانه لأصالة الفساد، و قد يقال بحرمة الإمساك لعدم إذن المالك و لا الشارع به فاللزام إما الدفع إلى الحاكم أو التصديق، و استشكل البعض في الدفع إلى الحاكم لعدم ولايته المطلقة و لظهور النصوص

الوارده فى تعيين الصدقه. نعم معرفته بمواقع الصدقه و ولايته على من يستحقها مما يسوغ الدفع إليه فالأوفق مراجعه الحاكم و لا يبعد وجوبه لورود أن مجهول المالك من مال الإمام و حكمه حكم مال من لا- وارث له إن حكمنا بالنيايه العامه للحاكم، و يستحق هذه الصدقه الفقير هاشميا و غيره عن الغير مطلقا حتى لو كان المالك غير هاشمى و تعذر الوصول إليه لأنها صدقه مستحبه و إن وجبت على المتصدق و لو ظهر المالك بعد التصديق لا رجوع له على المتصدق قصد التملك أم أخذ المال حسبه لأصالة براءة ذمته و أصالة لزوم الصدقه و عدم تبدل موضوعها الذى وقعت عليه. و قال جماعه بالضمان لعموم (من أتلف) الذى لا ينافيه إذن الشارع لاجتماع الضمان مع الإذن فى اللقطه و بما استودع من الغاصب فكأنه أذن بالتصدق على تقدير الضمان. و فيه أن الموجب للضمان يقول بعدمه مع إجازة المالك و إيجابه مراعى بالإجازة و عدمها يحتاج إلى الدليل مع أن حديث (من أتلف) مختص بالإتلاف على المالك لا- بالإيصال له كما سبق من أن الصدقه أقرب طرق الإيصال، ثم لو تم القول بالضمان لكان المتصدق كالفصولى فيجوز حينئذ الرجوع على الفقير بالعين مع وجودها و لا- قائل به فحينئذ و لا- داعى و لا موجب للضمان و لا- لعدمه لعدم الدليل على أحدهما فالرجوع إلى الأصل لازم محتتم و هو يقتضى براءة الذمه، لكن يتم هذا فى المأخوذ حسبه، و أما غيره فاليد عند أخذه يد ضمان فيستصحب بالتفصيل متوجه لو لا أن الاستصحاب محكم حيث يعارض البراءة ثم لا- قائل بالفصل، فالجارى على القواعد الحكم بالضمان مطلقا فى ظهور المالك و رده للصدقه، و لو مات قام وارثه مقامه لأن ذلك من الحقوق الموروثة من حيث تعلقها بالأموال، و قيل بعدم لزوم التصديق، و لو لا قيام الدليل على رجوع المالك بالقيمة لما قلنا به، و أما غيره فمحتاج إلى الدليل و هو وجيه و أما لو مات المتصدق ورد المالك كان كالدين يخرج من تركته، مثل ما لو لم يتصدق لأن الرد من قبيل الفسخ عند تحقق الخيار هذا فى غير الحاكم. و أما هو فلا ريب أنه بدفعه إليه تبرأ ذمه الدافع، و إن خرج المالك لأن، الحاكم و كيله و الدفع إلى الوكيل مبرأ للذمه، و لا إشكال فى أن الحاكم ولى الغائب و تصرف الولى كتصرف المولى عليه مبرأ للذمه، و احتمال شيخنا الضمان لأن الغرامه هنا ليست من جهه التصرف بالمال لأنه مأذون فيه و نافذ؛ و لذا لا يرجع المالك على الفقير بل هى حكم شرعى يلحق المتصدق بالمال فإن كان المالك هو المأمور بالتصدق و الحاكم تصدق بوكالته عنه كانت الغرامه على الموكل، و إن كان المتصدق بعد فحص المكلف به الحاكم دون من وقعت بيده كان الضمان عليه و الدفع من بيت المال له وجه.

الفائده الثالثه و العشرون (عدم إلحاق مظالم الظالم بالديون):

قال الجدل الأ- كبر فى شرحه (أن ما فى يد الظالم من المظالم تالفا لا يلحقه حكم الديون فى التقديم على الوصايا و الموارث لعدم انصراف الدين إليه و إن كان منه و بقاء عموم الوصيه و الميراث على ماله و للسيره المأخوذه يدا بيد من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلف خرجت من الثلث) انتهى. و اعترضه شيخنا تبعا للجواهر بعدم الشك فى أن ما فى ذمته من قيم المتلفات غصبا من جمله ديونه، و يجب على الحاكم و غيره استنقاذ الحقوق الرجوعه للحق جل شأنه و للناس منه مثل حقوق الساده و الفقراء و لو مقاصه من أربابها و غيرهم، فلو مات قبل أن يدفع ذلك كانت من جمله ديونه فتقدم على

الوصيه و الميراث حسب قواعد الدين و الانصراف المدعى ممنوع لعدم الفرق بين ما يتلفه هذا الظالم من المظالم و غيرها، و لا أحد ينكر جريان أحكام الدين على المتلوف حال حياته فى جواز المقاصه من ماله كما هو المنصوص، و من تعلق الخمس و الاستطاعه و غير ذلك فلو تم الانصراف لزم إهمال الأحكام المنوطه بالدين وجودا و عدما من غير فرق بين حياته و موته و منع السيره بقله المبالاه من الناس و ذلك موجود بأكثر السير، و نراهم لا يفرقون بين الظلمه و غيرهم ممن بدممهم حقوق الناس إلى آخر ما ذكر، و هو بظاهره لا- ريب فى وروده و لا أظن، أن ذلك يخفى على الشيخ الأكبر غير أن نظره إلى أن يد الظالم كيد الجائر القابض للخراج فى عدم إجراء أحكام الدين على ما يقبضه من الخراج، فكذا المظالم المتلوفه التى هى من مجهول المالك الراجع إلى الإمام أيضا كما فى الخبر المتقدم.

و بعباره أخرى إن الجائر لا يخلو إما أن يغصب أموال الناس أو مال الإمام " عليه السلام " فإن كان الأول لحقه حكم الدين، و إن كان الثانى لا يلحقه، و اعتراض شيخنا عليه بعدم الفرق بين الحياه و الموت كما ترى لعدم ظهور كلامه (رحمه الله) بان ذلك بعد الموت، و معنى (عدم انصراف الدين إليه) يعنى أن المال المتعدد مستحقوه الراجع أمره إلى وليهم- و إن عمه لفظ (الدين)- لكن لا- تلحقه أحكامه فلا يفرق (رحمه الله) بين الخراج و بين مجهول المالك فى عدم لحوق أحكام الدين، و مثله من تصرف بالخراج بلا إذن من الحاكمين أيضا لا يلحقه حكم الدين و كذلك الاستدلال بالسيره يعنى أن العمل ممن عملهم يكشف عن رضاء رئيسهم ينفى أن يجرى عليه حكم الدين فلا جرم أن يقال أن هذا الدين من حيث رجوعه إلى الإمام لم تجر عليه أحكام الدين تالفا لعدم معلوميه الإذن من صاحبه فى التوكيل على قبضه، و الدين بلا ديان غير معقول. و لم يستفد من أدله ولايه الحاكم شمولها لمثل قبض هذا الدين خصوصا بعد الاختلاف فى المتصدق حين اليأس بهذا المال فاستغراب ذلك من حكم الجدل لعله فى غير محله و الله العالم.

الفائده الرابعه و العشرون: (بيع الخيار):

بيع الخيار جائز عندنا للمعتبره المستفيضه، و نماء المبيع للمشتري بلا شبهه و به صرح موثقه إسحاق بن عمار، و روايه معاويه بن ميسره و سعيد بن يسار بأن يبيع و يشترط رد المبيع إليه برد الثمن عينه أو بدله فى مده معلومه فلو جهلت المده أو لم يكن له مده أصلا ففسد البيع و مبدأ الخيار فى الإطلاق من حين العقد أو من أول ساعه من المده فى المتصل و المنفصل فلو شرط له الخيار غدا كان مبدأه من طلوع الفجر، و يصح جعل الخيار لأجنبى عن البائع و المشتري منهما، و يصح لمتعدد. و لو اختلفوا فى الفسخ و الإجازة قدم الفاسخ لأن مرجع الإجازة إلى إسقاط حق المجيز لا إلى ذهاب حق الفاسخ، و يصح توكيل جماعه فى الخيار لكن من سبق منهم إلى الإجازة أو الفسخ سقط حق الباقي لفوات محل الوكاله بعد ذلك كل ذلك لا شبهه فيه.

إنما الكلام فى أن رد الثمن بمجرد سبب لرد المبيع إلى بائعه الأصلي، أو أنه لا يكفى بل يحتاج من له الخيار أن يفسخ، و إن رد الثمن أو مثله ظاهر الأكثر الثانى قيل، و يجوز أن يشترط البائع على المشتري بأنه إن رد الثمن و استقاله أقاله، و يلزم الشرط، و منعه، بعضهم بأن مثل هذا الشرط مخالف للكتاب و السنه لجهه أن انفساخ البيع بنفسه من دون إنشاء فعلى أو قولى يخالف المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعيه. و الظاهر كفايه رد الثمن فى الفسخ لأنه يفهم منه عرفا إرادته الفسخ و كون الإراده لا تكفى لأنها غير

المراد مندفع بأنه لا يعتبر في الفسخ أكثر من ذلك، بل ظاهر النص الكفاية، قال: ابن ميسره سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله " عليه السلام " عن رجل باع دارا من رجل، و كان بينه و بين الذى اشترى الدار خلطه، فشرط أنك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتى له بماله، قال " عليه السلام ": ()

له شرطه

(، قال له: فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين، قال " عليه السلام ":)

هو ماله

(، و قال " عليه السلام ":)

رأيت لو أن الدار أحرقت من مال من كانت؟ يكون الدار دار المشتري

(فحينئذ يتحقق الفسخ الفعلى به عينا أو بدلا عند إطلاق رد الثمن، و لا يلتفت إلى أن الخيار لا يتحقق إلا بعد الرد فلا يفيد الرد لأنه موجب للخيار إذ لا مانع من تحقق الفسخ، و الخيار به عقلا و شرعا مع أن شهاده الحال و قصد الفسخ كاف، و لو شرط رد عينه توقف الفسخ عليه و إن حصل الرد و لم يحصل القبض حتى مضى زمن الخيار فالمعروف لزوم البيع و الأظهر العدم لأن اشتراط الرد بمنزله اشتراط القبض قبله، نعم لو انقضت مده الخيار سقط قولاً واحدا كسقوطه بقول البائع أسقطت خيارى أو يكون المردود من غير الجنس لو اشترط. و لا يسقط بحصول العيب فى الثمن، بل يكفى فى الرد و له الاستبدال، و تسقط أيضا بالتصرف فالمعروف فى جميع الخيارات سقوطها بالتصرف، لأنه كاشف عن الرضا بالعقد، لكن ذهب بعض المدققين إلى عدم السقوط فى غير العين المدفوعه مع الشرط سواء أ كان الثمن كليا بالذمه أم شخصيا، و لا ريب أن الأصل عدم سقوط الخيار بالتصرف فى غير المنصوص و كون مطلقه دليلا على الرضا بلزوم العقد أول الكلام إذ لا منافاه بين صحه التصرف و فسخ العقد فإن السقوط بالتصرف ليس بتعبدى بحيث يدور لزوم العقد مداره لكن المستفاد من النص و الفتوى فى المقام كون التصرف مسقطا فعليا كالقولى الذى يسقط به الخيار قبل الرد من ذى الخيار، نعم يشكل ذلك فيما لو جعل الرد و الفسخ فى يوم معين فإسقاطه بالقول أو التصرف قبل تحققه مبنى على أن إيجاد سببه يكفى أو هو تابع لجعل المتعاقدين. و فى سقوط خيار البائع بتلف العين عند المشتري وجهان من الشك فى رفعه فيسترد البائع المثل أو القيمة مطلقا أو عند تعذر المثل إذا فسخ، و من أن ظاهر اشتراط البائع الخيار و هو رغبته فى العين الذى يفيد اعتبار بقاء المبيع فلا خيار مع تلفه. و حكم غير واحد بأن التلف قبل الرد الذى هو ليس بزمان خيار مسقط لخيار البائع مطلقا إلا بالشرط بناء على صحته هنا، و بدونه لا خيار مع التلف حتى لو تصرف فيه المشتري تصرفا ناقلا-فضلا عن التلف بآفه سماويه للأصل و ظاهر الصحيح و الموثق. و فيه ما عرفت من كون رد الثمن فى هذا الخيار قيذا للفسخ لا للخيار بل قيل و الأكثر عليه بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ، و كلامهم لا يخلو عن اضطراب فى كثير من أبواب الفقه فى مطلق الخيارات، و المتيقن فى منع التصرف إلا ممن له الخيار هو فى زمان تحقق الخيار فعلا، فلو قلنا بحدوث الخيار بعد الرد حينئذ لا مانع من التصرف قبله بخلاف ما إذا كان قيذا

للفسخ على ما حررنا.

و الحاصل إن سقوط الخيار هنا بنقل المشتري و تصرفه ربما يشكل إذ الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين حتى يرجع كل إلى صاحبه بحل العقد فالحق متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز التصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها لآخر، و حكمهم إن بالفسخ عند التلف يلزم الرجوع إلى البدل لا يظهر منه جواز الإتلاف لتعلق الحق بالعين فإتلافها إتلاف لهذا الحق، و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، و نظيره

رجوع المرتهن على الراهن ببدل العين المرهونه عند تلفها فإنه لا يقضى بجواز إتلافها على ذى الحق، و فى الإيضاح استوجه بطلان العتق فى زمن الخيار، و علله بوجوب صيانته حق البائع فى العين المعينه فإنه يبطل و يرشد إليه أن التصرف الناقل بإذن من له الخيار يسقط خياره بالاتفاق فإذا لم يكن له حق فى العين كيف يوجب إذنه سقوط خياره؟ إذ لا منافاه بين تلف العين، و بقاء الخيار و انتقال الحق بالتصرف المتلف إلى البدل، و مع ذلك لا وثوق لنا بعدم سقوطه فإن ثبوت الخيار فى حاله وجود العين و فقدها لو قيل به لا يدل على حكم التلف جوازا و منعاً بل المرجع فى التلف إلى أن المتلف مسلط عليه شرعاً أم لا. فلا بد للقائل بعدم الجواز أن يقيده سلطنه الناس على أموالهم بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنه المالك و التقيده كذلك عار عن الدليل، فالجواز لا يخلو من قوه.

أقول خيار البائع أو المشتري أو هما منه ما يكون فى الخيارات الأصلية، و منه ما هو فى الخيارات المجعوله بالشرط و هى ضربان بحسب الزمان فمنه ما يشترط فيه الخيار مستمرا و هو ما لم يتجز فيه الخيار فعلا، أما لعدم تحقق سببه مثل خيار التأخير إذا كان سببه تضرر البائع أكثر من ثلاث، و أما لعدم تحقق شرطه و الأول كخيار الحيوان و المجلس و الثانى كالزمان المشترط فيه الخيار مستمرا و الثالث كاشتراط الخيار بالرد مطلقا، كما فى بيع الخيار بمقتضى حكم الأكثر من كون الرد شرطا للخيار و عدم تنجزه قبله و الرابع اشتراطه فى زمن متأخر فأما الأولان فجواز التصرف فيهما، و كون المبيع من أملاك المشتري، و ذى الخيار يرجع بالمثل أو بالقيمة نفاه الأكثر، و استقوى جوازه شيخنا، و خلاصه دليل الجواز عموم السلطنه على المال المنقول، و إن وجود الخيار لا يرفع تلك السلطنه لا أقل من الشك و معه يرجع إلى الأصل و خلاصه دليل المنع إن الظاهر من الجعل و الاشتراط إرادته إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ بل الحكم فى أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد العين و إن أمكن فى الخيار الأصلى بقاء الخيار مع التلف كما ذكرنا و الرجوع إلى البدل بنوع ما، و أما فى المشتري فلا ينكر إرادته بقاء المالك للرد و لا ينكر أيضا جواز التصرف لمن له الخيار فينبغى إبقاء العين و لو فى يد المشتري الثانى إلا فى المانع العقلى فينتقل إلى البدل، و أما الشرعى مثل الاستيلاء فلا يبعد إلحاقه بالعقلى، و يحتمل تقديم حق الخيار لسبقه و كذا لو نقله عن ملكه فالوجهان إذ فرع جواز التصرف تسلط العاقد الثانى على ما ملكه فينتقل إلى البدل و لا يضر فيه أن الثانى فرع صحه الأول و بقائه فإذا انفسخ انفسخ المبني عليه فإذا فرض انعدام الاشتراء الأول و الثانى قد تلقى الملك منه فإذا رجع الملك إلى مالك العين قبل البيع بالفسخ ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى، و خلاصه دفعه أن العاقد الثانى قد تلقى المبيع من مالكه و لو آنا ما و مقتضى سلطنته فى ذلك إلا أن صحه تصرفاته فى العين المملوكه له بذلك الزمن و اقتضاء الفسخ صيروره ذلك العقد معدوما كأن لم يكن إنما هو بالنسبه إلى الزمن المتأخر لأنه هو الذى ارتفع فيه ذلك العقد، و قد ذهب المعظم فى باب تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد نقل العوض الأمر إلى انفساخ البيع الأول دون الثانى و استحق البائع بدل المبيع ثانيا، و لا فرق فيما نحن بصدده بين كون تزلزل البيع لأمر اختيارى أو اضطرارى لتلف عوضه، هذا إذا كان المنقول بعقد لازم، و أما إذا كان بعقد جائز فالظاهر أنه كذلك فإن السلطنه على فسخ الجائر من العقود إنما هو بيد العاقد لا الأجنبى و المالك السابق أجنبى بالنسبه إلى هذا العقد و إزامه للعاقد بفسخ العقد لا وجه له إن لم يستنبط الفقيه أن عله الانتقال إلى البدل هو الحيلولة المانعه و مع ارتفاعها بجواز الفسخ يتجه الإلزام به لكن هذا إن تم فهو تعذر المبدل و البدل باق على ملك صاحبه لم ينتقل إلى غيره كالمملوك إذا غصب ثم أبق، و دفع

الغاصب بدله للمالك ثم وجد الغاصب الآبق و أما ما نحن فيه فلا يجرى فيه ذلك إذ العين انتقلت للعاقد الثاني و حال المشتري الثالث بينها و بين الثاني بانتقالها إليه فاستحق الأول البطل، و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل بعد خروجه من يده بوجه شرعى و دخوله فى ملك الثالث و لا يختص هذا الحكم بخيار الشرط فقط بل ينسحب أيضا لخيار الغبن و العيب إذ تصرف الغابن مثلا- لا- يسقط خيار المغبون فلو فسخ و العين خارجه عن ملك الغابن فلا يخلو الخروج بين أن يكون لازما كالتق و الوقف و بيع الغير بلا خيار و الهبه المعوضه مع تعذر العوض و غير المعوضه مع نقل الواهب العين بأحد النواقل و الأخذ بالشفعه من الغابن و غير ذلك و حينئذ فلو فسخ المغبون بطل ما سبق لكن هذا البطلان هل هو من الأصل أو من حين الفسخ؟ لكل وجه فمن أجل أن عقد الغابن وقع فيما للغير تعلق حق فيه فإن حق المغبون و إن لم يظهر حين نقل الغابن إلا- أنه ثابت فى أصل المعامله الغبنه فلو ظهر السبب كان له الخيار فى رد العين و إن نقلها الغابن بعقد لازم، و عدم بطلانه من رأس لوجه وقوع العقد الحادث فى ملك الغابن و من أن وقوع العقد فى عين للغير تعلق حق فيها موجب لتزلزل العقد من رأس كما فى بيع الرهن على الأقوى، فالفاسخ يغنيه بتلقى الملك من الغابن لا من المشتري منه أو أنه لا بطلان و ليس للمغبون رد العين بأحد الأمرين و إنما يستحق البطل، و وجهه أن التصرف صحيح لازم، و إن كان للغير الخيار فيترتب عليه أثره و ليس للفاسخ إلا البطل بل المتجه عدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن على وجه يمنع من تصرف الغابن فإن الأكثر، و إن حكموا بالمنع من تصرف غير ذى الخيار بدون إذنه لكنهم حكموا بلزوم العقود الواقعه قبل ظهور ما يوجب الخيار كالغبن و العيب، و لم يفرقوا بين العقد اللازم و الجائز، و دليله أن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه لا الأجنبى الذى هو المغبون بعد فرض وقوع العقد صحيحا إذ فسخه إما لدخول العين فى ملكه أو بدلها، و لا حاجه إلى الفسخ فى الأول لدخول العين فى ملكه من غير فسخ، و لا وجه للعدول لغير البطل الذى استحقه إلى غيره على الثانى، و ليس البطل المستحق للمغبون لوجهه الحيلولة حتى يقال بأنه متى ارتفعت و أمكن رد العين و جب على الغابن تحصيلها فإن تملك المغبون للبطل بالفرض و عدم ملكيته للعين مما يرفع و جوب تحصيل العين على الغابن بل لو عادت العين إلى الغابن بعد فسخ المغبون بخيار أو غيره لا- يجب ردها إليه لتملكه للبطل فيحتاج عودها إليه و انسلاخ ملكيته للبطل إلى دليل. نعم إن عادت قبل فسخ المغبون ثم فسخ لا يبعد أنه يستحقها إن لم يكن العود بعقد جديد و إلا فلا يستحقها مطلقا لأنه ملك للغابن قد تلقاه من مالكة و الفاسخ لا يملك إلا بعد ارتفاع السبب الناقل فظهر مما ذكرنا قوه منع تصرف من له الخيار مطلقا فى لازم العقد و جائزه فى زمن الخيار، و أما الصورتان الأخيرتان فعدم المنع أولى، و يظهر وجهه مما سبق إذ الخيار غير منجز إما لعدم تحقق سببه أو شرطه و إن أمكن التفصيل بين ما يتوقف تنجزه فعلا على ظهور أمر كالعيب و الغبن و نحوهما، و ما يتوقف على مجىء زمان كالخيار فى الزمان فيمنع من التصرف المتلف فى الثانى لمعلومية ثبوت الحق و إن لم يحضر زمانه فيفرض كأنه موجودا و يكون العقد فى معرض الارتفاع لكن ذلك لا يقيد سلطنه المالك و لا يحجر به عليه إذ لا- حق بالفعل لذى الخيار و إن كان زمن وجوده متحقق. فتلخص من جميع ما ذكرنا أنه يجوز لغير ذى الخيار التصرف فى زمن الخيار فى العين المبيعه و فى الثمن بمقتضى القاعده إلا ما دل الدليل التبعدى على عدم الجواز فى بعض المقامات و لذى الخيار الرجوع بالعين مع وجودها و بالبطل فى الحيلولة بما يمنع عقلا أو شرعا من عودها إليه، و المشتري و البائع سواء فى ذلك إنما الإشكال فى أن ذا الخيار يرجع بالبطل لو تلفت

العين في الزمن الذي لا خيار له فيه بمعنى تأخر خياره إما للرد أو لوقت معين سواء أ كان التلف ممن لا خيار له بآفه سماويه أم كان هو المسبب للتلف بنقل أو غيره أطلق الفاضل في " القواعد " عدم سقوط الخيار بتلف العين، وقال المحقق الثاني: (هذا الكلام ليس على إطلاقه لخروج خيار التأخير عنه بل مطلق الخيار قبل القبض أو الخيار المختص بعده) و من المعلوم أن تلف العين موجب لانفساخ العقد فلا يبقى خيار فيكون المراد عدم ذهاب العقد بالتلف و اجتماع بقاءه بعده و هو كذلك و وجهه أن العقد بعد التلف لا يخرج عن قابليته للفسخ و الخيار عبارته عن ملك فسخ العقد و من هنا تشرع فيه الإقاله فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا- مقيد له بصوره البقاء لكن تأمل غير واحد في بقاءه في بعض الموارد مع التلف مثل ما لو ظهر كذب البائع بعد تلف المبيع في قدر رأس المال في البيع مرابحه بل جزم بعضهم بالعدم من حيث أن الرد لا- يتحقق إلا- بوجود العين و قال آخرون ببقاء الخيار لثبوت المقتضى و عدم المانع و كذا تردد المحقق (رحمه الله) في سقوط خيار الغبن مع التلف للمغبون به و علل الفاضل سقوط الخيار لو نقل المغبون العين عن ملكه بعدم الاستدراك للعين المنقوله، و حيث كان الموجب للخيار نفى الضرر بعد، لا يفرق الحال بين بقاء العين و عدمه، إنما الإشكال في أن الغرض من الخيار و الباعث عليه بين المتعاقدين إذا كان هو الرد و الاسترداد كيف يحكم ببقاءه مع عدم التمكن من ذلك فلا يبعد سقوطه بمقتضى الضوابط الشرعيه فتخصص به قاعده نفى الضرر بل لا موضوع لها بعد جعله منوطاً بذلك فيتجه القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن في البيع الخيارى عند تلف المبيع عند المشتري لأن الثابت من شرطيته هو التمكن لا من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن لا التسلط على مطلق الفسخ المشروط مطلقاً و لو عند التلف، و في الجواهر في باب بيع الخيار فإنه بعد أن حكم بضمان العين المتلوفه من المشتري بعد الرد من البائع و لزوم إعطاء البديل على المشتري في زمن الخيار قال (رحمه الله): (بخلاف التلف قبل الرد الذي هو ليس زمان خيار كى يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ بل المتجه فيه سقوط الخيار إلا أن يشترط عليه الرجوع به عينا أو قيمه فيلزم بناء على صحه هذا الشرط و بدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفاً ناقلاً فضلاً عن التلف السماوى للأصل و ظاهر الصحيح و الموثق)، و في مكاسب شيخنا (لم أجد من التزم بذلك أو تعرض له). و قال أيضاً (و من هنا يمكن أن يقال في هذا المقام و إن كان مخالفاً للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلا في مواضع دل الدليل عليه) إذ لم يدل أدله الخيار من الأخبار و الإجماع إلا على التسلط على الرد و الاسترداد و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضاً، و إرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعينه في كلمات الشارع، حتى قال: (نعم لو دل الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصوره التلف أو جعل المتبايعان منهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضاً).

أقول يمكن أن الزمان، و إن كان لا خيار فيه فعلاً، و الخيار يتجدد إما بالرد أو لمجىء وقت له لكن له حكم زمن الخيار و لا يظهر من كلماتهم إلا- ذلك مضافاً إلى عموم الرد و الاسترداد في الثمن و المثلث للعين و البديل فلا يسقط إلا بعد تعذرهما. نعم استرداد العين من المشتري الثاني إذا كانت مبيعه عليه قبل حدوث الخيار مشكل جداً إلا أن يقوم إجماع على وجوب إبقائها إلى حين الخيار، و لعل الاستقراء يفيد ذلك مع إيماء بعض النصوص إليه، و لا- بد من التأمل في كلماتهم في هذا المقام و في أحكام الأخيار مطلقاً.

تنبيه: إذا تعذر الرد إلى المشتري لغيبته أو لجنونه أو لصغره فسخ البائع إذا أحضر الثمن و دفعه لو كيله أو وليه خصوصاً أو عموماً فيتولى القبض الحاكم الذى هو ولى الغائب. و يسلم المبيع إلى البائع بعد فسخه فإن تعذر الحاكم فعدول المؤمنين حسبه، و كأنه لا إشكال فى ذلك مع التصريح به أو مع الإطلاق أو التصريح برده إلى المشتري، و توقف فى الأخيرين جماعه بل مال بعضهم إلى عدم جواز الرد إلى الحاكم و بقاءه أمانه عند البائع حتى يحضر المشتري لو فسخ أو عدم جواز الفسخ إلى أن يحضر و هو مع التصريح باشتراط الرد إلى خصوص المشتري يمكن أن يقال بعدم جواز الرد لغيره لاشتراط الخصوصية و مع عروض ما يخاف منه من تلف الثمن ربما تلغى الخصوصية أيضاً، و أيضاً الصبر إلى حضور المشتري و بقاء نماء المبيع له ربما يكون ضرراً على البائع مع حصول الثمن عنده و هو منقضى، و أما مع الإطلاق فالأقرب قيام الولى مقامه فإن ظاهر الرد إلى المشتري هو حصوله عنده كى لا يبقى فى ذمه البائع شىء، و لذا قام الوارث مقامه، و المتعاقدين فى الرد، و دفع العين مع أن المصرح به فى العقد رد البائع و قبض المشتري، و ما ذاك إلا لأجل إرثه للخيار و عدم مدخلية خصوص أحدهما و احتمال أن تصرف الحاكم بمال الغائب منوطاً بالمصلحة الظاهره، و خروج المبيع عن ملك المشتري قد لا يصادف المصلحة للغائب و شبهه فتنتفى ولايته فلا يؤثر الفسخ أثره موهون بأن ما يناط بالمصلحة على القول به هو تصرف الحاكم استبداداً و اختياراً و المقام ليس منه إذ البائع لما فقد المشتري تحرى الإيصال إليه الكافى فى تسلطه على الفسخ لمن هو المنصوب لحفظ مال الغائب مطلقاً و لا يعتبر القبول من المشتري أو من وليه كى يقال أن قبوله متوقف على ظهور المصلحة بل المعتبر دفع المال إلى المشتري أو إلى من ينوب عنه من وكيل أو ولى ليمكن البائع من الفسخ، و العله تسرى حتى فى الدفع لعدول المؤمنين أشبه شىء بدفع حق الفقير المشترك فى أمواله إلى من ينوب عنه و يوصله إليه عند التعذر، و لو تعدد الأولياء تحرى الأفضل الأورع أو تخير، و لا يجب الدفع على الظاهر للمباشر من الأولياء لشراء عين لصغير أو شبهه لأن المباشرة لا تخصص الدفع إليه فيجوز الدفع للجد و إن كان المشتري الأب تعذر الدفع إليه أم لأن و كذا للحاكم الآخر الذى لم يشتر إن لم يكن ذلك من باب المزاحمة للحاكم الأول فلا يجوز القبول من الدافع بل و لا الدفع من المشتري.

الفائدة الخامسة و العشرون: (سريان خيار الشرط فى المعاملات):

يصح الاشتراط و يجرى الخيار فى كل معاوضه لازمه دون الجائزه، لأن جعل الخيار بالشرط تحصيل حاصل مثل الوكاله و الجعاله و القراض و العاربه و الوديعه، و دليل الجواز (عموم المؤمنين عند شروطهم) و كذا يجرى فى العقود اللازمه أيضاً بلا خلاف يعتد به فى الطرفين لصحيحه ابن سنان المتقدمه، و لا يجرى على الظاهر المصرح به فى الإيقاعات كالطلاق و العتق و الإبراء و الوقف و النكاح لا لأن الإيقاع لا يتقوم إلا بواحد، و المفهوم من الشرط قيامه بين اثنين كما قيل لمنعه بأن الشرط إنما يقتضى مشروط و مشروط عليه أى لا بد له من شخصين و إن صدر من واحد لا أنه يتوقف على إيجاب و قبول لنا على عدم جريانه فى الإيقاعات إجماع الشيخ فى "المبسوط" و نفى خلاف "السرائر" و إجماع "المسالك" بل لم نقف على من جوزه من المعبرين مضافاً إلى أن الفسخ و التسلط عليه لا بد لمشروعيته من دليل إذ لا عموم يقتضى مشروعيته مطلقاً، و قد

ثبت مشروعيته في المعاوضات و جملة من العقود اللازمة فجاز اشتراطه، و أما في الإيقاعات لم يثبت ذلك لكي يجوز الاشتراط و الرجوع في العده ليس فسحا للطلاق ليقال بثبوته في الإيقاعات بل هو حكم شرعى في بعض أقسام الطلاق مقصور على مورده لا يقبل الثبوت في غيره و لا السقوط فيه، و من هنا أنكر المحققون وقوع الصلح على سقوطه مع أن الصلح صالح لكل شىء .

و الحاصل نقض أثر الإيقاعات لم يعهد من الشارع بعد وقوعها لكي يصح اشتراط الفسخ فيها، فالفسخ لا يكون سببا لارتفاع الإيقاع لأن اللزوم فيها حكم شرعى كالجواز في العقود الجائزه فلا يمكن أن يبدله الشرط و يكون سببا للتسلط عليه في متن الإيقاع، و نحن إنما جوزناه في العقود لثبوت خيار المجلس و الحيوان و مشروعيه الإقالة فيها، بل ترقى الفاضل (رحمه الله) فمنع الخيار في العقد الذى يتضمن الإيقاع فأثبتته في الصلح و نفاه عن بعض أفراده و تبعه غيره، قال في غايه المرام (أن الصلح إن وقع معاوضه دخله خيار الشرط و إن وقع عما فى الذمه مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعه فقط و اشتراط الخيار لغو، و الخصومه ينافى مشروعيته و كل شرط ينافى مشروعيه العقد غير لازم) انتهى. على أنه يكفى في الحكم الشك في سببيه الفسخ لرفع الإيقاع و إن أمكن حصولها بالشرط فاندراجه و تصحيحه بعموم المؤمنين فيترتب عليه أثره من الفسخ لا- وقع له كما بينا. و أما العقود فلا ريب في دخوله و صحته في البيع مطلقا إلا الصرف على تأمل و مطلق الإجاره و المزارعه و المساقاه و كل ما شرع فيه التقايل بعد العقد من العقود كذلك يشرع فيه التراضى قبل وقوعه على سلطنه أحدهما أو كلاهما على الفسخ دون العكس ضروره أنه إذا لم يثبت إن التراضى بعد العقد على الفسخ مؤثر و لا يحصل و إن رضيا المتعاقدان بذلك فالالتزام حين العقد لسلطنه أحدهما عليه لا يحدث له أثرا فإن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائده الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه بل لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا. و بالجملة أن صحه التقايل بعد العقد عن اختيار إذا كان مثلها حين شروط العقد أمضاه الشارع عن اختيار و بنى العقد عليه فيلزم إمضاهه و العمل به بعد العقد و إن لم يحصل الرضا، و لذلك اتفقوا على عدم دخوله في النكاح لأنه لا يمكن التقايل فيه بعد العقد من حيث توقفه على الطلاق. نعم اختلفوا في دخول الشرط في بعض العقود و لكن الضابط ما ذكرناه و ما خرج عنه فبدليله مثل الوقف، و اشتهر عدم قبوله لشرط به يفسخ عقده و علل باشتراط القربه فيه و إنه فك ملك بلا عوض ورد بمنع الكبرى فى الصغرىين فليس كلما اشترط فيه القربه لا يبطل بالشرط و لا كل فك ملك بلا عوض يأبى عن الاشتراط، و قيل بقبوله للشرط و ربما يستأنس له بالموثقه، و بخبر إسماعيل بن الفضل (فيما لو شرط الواقف الرجوع بالوقف عند الحاجه ثم مات الواقف و جواب الإمام " عليه السلام ": (برجوع ما أوقف ميراثا و فى دلاله الخبرين تأمل لاحتمال إرادته الوقف المنقطع منهما من حيث أن الإمام " عليه السلام " فيهما حكم بالرجوع ميراثا)، فقط و ليس فيه إيماء إلى صحه الشرط و فساده، و الحق الأكثر بالوقف الصدقه مطلقا لعموم ما قضى بأنه لا يرجع بما كان لله تعالى واجبا أم جائزا.

و إما لو تبين الخلاف مثل التصديق بمجهول المالك و اللقطه أو حق ظن المتصدق وجوبه عليه فهو و إن كان لله تعالى لكن عارضه حق الغير أو عدم تحقق موضوعه فلذلك قيل برجوع المالك على المتصدق و جواز رجوعه بالصدقه فى الثانى فهو غير ما نحن فيه

على أن القول بعدم الرجوع مطلقا عسى أن يخرج على القواعد و لا- ينافى ضمان المتصدق في الأول و الحكم في اللقطة كذلك، و لو قيل: بأن اللزوم حكما شرعيا للصدقة كالجواز للعقود الجائزه كفى ذلك في عدم جواز اشتراط الفسخ لا أقل من الشك و هو يكفى في عدم سببيه الفسخ التي يتوقف صحه اشتراط الخيار عليها اللهم إلا أن يقال بثبوت سببيه بنفس دليل الشرط و هو واضح الاندفاع إذ لا منافاه بين لزوم العقد و عدم الوفاء بالشرط و ليس عدم الوفاء موجب لتزلزل العقد بل هو أمر آخر له أحكام آخر و ألحق أيضا الأكثر بهما بعض أنواع الصلح و هو الذي يحصل به الإبراء كما سبق و أثبتوه في جميع أقسامه و لا يخلو عن وجه لما مر من حصول الشك في رفع الإبراء، و ما أفاد فائدته بالفسخ و في إلحاق الضمان بهذا القسم من الصلح خلاف للشك في سببيه الفسخ له، فلا يدخله الخيار و لدخوله في الضابط الذي قدمناه فيدخله و الثاني أوفق لقبوله للتقاييل، و مثله القول في الرهن فمن جهه أنه وثيقه للدين و الخيار للراهن فيه ينافى الاستيثاق فلا يصح فيه، و من أن التراضى على الخيار بين الراهن و المرتهن لا- ينافى كون وضعه على اللزوم فلا مانع من الخيار فيه، و هو أوجه، و كذا الصرف فقد صرح بعضهم بعدم دخول خيار الشرط فيه، بل ادعى جماعه عليه الإجماع و علل ببقاء العلقه بين الافتراق لو دخله الخيار و بعد الافتراق و التقابض لا- تبقى علقه في بيع الصرف كما ذكروا ذلك فيه و فى السلم و جوزه الأكثر، و منعوا الملازمه لعدم الدليل عليها و شمول الضابط، و أما دخوله في القسمه مطلقا و المعاطاه غير متجه في التراضى الفعلى من القسمه بعد تعديل السهام، و كذا في الإنشاء الفعلى في المعاطاه لأن الظاهر في خيار الشرط لزوم ذكر الشرط في متن العقد و إن الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى و للشك في تحقق السبب بقى دخوله في الصداق فقد ذكره في التذكره و عساه لا- مكان فسخه في بعض الفروض كما لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو دون مهر السنه فإذا أمكن الفسخ فيه لا مانع من اشتراط شىء فيه على الزوج، و تنظر فيه الوالد و شيخنا و عساه لخروج ما ذكر بدليله و للشك في سببيه الفسخ فيه و الله العالم.

الفائده السادسة و العشرون: (دخول خيار الشرط في سائر المعاوضات):

لا- يدخل في سائر المعاوضات عدا البيع من الخيارات غير خيار الشرط، كما نبه عليه غير واحد من أصحابنا، بل المرجع إلى أصاله اللزوم لأن الخارج بالنص و الإجماع خيار الشرط في المعاوضات اللازمه و أما غيره فلا. لكن حدث لبعض المتأخرين القول بدخول خيار الغبن و العيب في سائر العقود التي يدخلها خيار الشرط بتقرير أن ثبوت كل خيار في البيع لجبهه نفى الضرر لا- لجبهه الإجماع لكى يرجع فيما سوى البيع إلى أصاله اللزوم، و هذه العله ساريه في جميع المعاوضات الماليه، بل حكى الجريان مطلقا عن شرح "الإرشاد" و "التنقيح" و "إيضاح النافع". نعم استحسن المحقق الثاني جريان خيار الغبن في الإجاره، و عله بكون عقدها في توابع المعاوضات فيظهر منه العموم، و بعضهم استثنى الصلح و حكم بعدم دخولهما فيه بخيال أن الغرض منه قطع الخصومه فلا يشرع الفسخ فيه.

و فيه أن لا- ملازمه بين قطع الخصومه و ثبوت الخيار، و ليس كل خيار يوجب المنازعه و لا كل صلح شرع لذلك، و لذلك فصل بعضهم بينما وقع من الصلح على جهه

المعاوضه و ما وقع على إسقاط الدعوى التى لم تثبت فأجرى الخيار فى القسم الأول و نفاه فى الثانى، إذا ظهر حقيه ما يدعيه و كان مغبونا فيما صالح فيه و الصلح الواقع على ما فى الذمم و كان مجهولا ثم ظهر بعد الصلح غبن أحد المتعاقدين لأن الإقدام على هذين مع احتمال الضرر إقدام عليه فلا تجرى فيه العله فكان المصالح و المصالح تركا ما صالحا عنه كائنا ما كان.

و الحق أن قاعده الضرر نفى مقدمه على أصاله اللزوم فى كل ما تعارضا فيه فحيثما يحصل الضرر يثبت الخيار إنما الكلام فى الذى يقدم على الضرر فى المال محتملا أو مظنونا فهل يثبت له الخيار. إذا انكشف الضرر أم إقدامه عليه يرفع خياره؟ الظاهر الثانى فإن مسيس الحاجه إلى بعض العقاقير و اليسير من الأشياء لا إشكال فى جواز ابتياعها و إن ظن فيها الضرر و ليس ذلك من أكل المال بالباطل، و كثير ما يقدم الإنسان على شراء ما يعلم بعدم مساواته للثمن المدفوع بإزائه و مع ذلك فسقوط الخيار محل إشكال لأن الإقدام على الضرر لا- ينفيه و الفرض دوران الخيار مداره وجودا و عدما. نعم إذا استظهر بذلك إسقاط المشتري لخياره مثل التصرف المسقط فله وجه يخرج على القواعد.

الفائدة السابعه و العشرون: (الغبن):

المغبون و غيره ممن له الخيار سواء كان البائع أم المشتري سقوط خيار الغبن مع التأخير إذا كان عالما بالخيار غير جاهل به و لا ناس له مختارا كاملا و أخره عمدا سقط خياره فى المشهور، و كذلك الشفيع فى الأقوى و الباعث على سقوطه أن التأخير فيه إماره الرضا بالمبيع أو بالثمن أن تحقق فى أحدهما المغبونية، أو العيب مع علم المغبون، لأن الصبر مع عدم الرضا على الضرر من دون موجب له مع التمكن من الفسخ لا يرتكبه العاقل المختار، و هذا هو الدليل على فوريه الخيار متى ثبت لأحد المتعاقدين فخرج بالعالم الجاهل سواء كان الجهل بالموضوع أو الحكم أو الفوريه و ترك الفحص عن الحكم غير مناف لمعدوريته. نعم ربما يستشكل بالنسبه إلى الجهل بالفوريه من حيث عدم المبادره لدفع ضرره لكون الجهل عذرا مطلقا و مثله خيار التأخير و إن حكم البعض بعدم المعدوريه فيه، و يقبل قول مدعى الجهل مطلقا إلا- أن تقوم إماره على كذبه كأن يكون من العلماء أو العارفين، و لا يخفى عليه مثل هذا الحكم فى غير الجهل بالفوريه لإمكان خفائه، و لذلك حكم الفاضل بعدم قبول قول العارف إن ادعى الجهل بحق الشفعه أو فوريته ما لم يكن قريب عهد بالإسلام أو فى مكان لا تعرف فيه الأحكام فيكون هذا الظهور فى حقه موافقا للأصل، لاحتمال انقطاع الأصل بما انقطع به فى الجاهل المقصر فلا وقع لدغدغه شيخنا فى كلامه (و الناسى بحكم الجاهل) و يقبل قوله فيه لأنه لا- يعلم إلا- من قبله و الشاك فى أن له الخيار أم لا لتعذر الفحص عليه، يفسخ و يفحص لعدم توقف الفسخ على الفحص و رفع الشك و يحتمل القول بمعدوريته و خرج بالمختار المكره على عدم إظهاره أو المبادره إليه و لو ادعى كتمانته للإكراه سمع قوله إن تحقق أنه مصدود و بالكامل غيره من صبى أو مجنون إذا عدم الولى الذى اشترى لهما قبل تحقق الغبن أو بعده قبل العلم و لم يعلم أيضا ما ناب منابه من الحاكم و غيره فلو صحى المجنون أو بائع الصبى لهما الفسخ و لوليها إذا علم كل ذلك لا شبهه فيه لكن مع هذا فقد اختلف العلماء فى فوريه هذا الخيار و تراخيه فجنح القائل بالأول إلى أنه القدر المتيقن بعدم خروج الخيار عن الأصل و لاندفاع الضرر بالزمن الأول، و زعم مدعى الثانى بأنه لا رافع لحكم الخيار بعد ثبوته فيستصحب و لم يذكر أحد بأن من مسقطات الخيار طول الزمان فسقوطه يحتاج إلى الدليل.

و اعترض شيخنا دليل الفوريه بأن القدر المتيقن لا- يزاحم الاستصحاب و لا- يرد عليه، و اعترض المحقق الثاني (رحمه الله) الموجه للقدر المتيقن (بأن العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمته، و إلا- لم ينفع بعمومه) انتهى، و معناه أن الحكم المخالف للأصل إذا ثبت فى زمن عمل به دون الزمن الذى بعده فىبقى العام على عمومته فيه و يلحقه حكم العام و توضيح ما رام بيانه. بأن الزمان هل هو ظرف للفرد الخارج من العموم أو أنه مكثر لأفراد العام؟ فالفرد فى الزمن السابق غيره فى اللاحق ثم العموم الزمانى أما من دليل الحكمه القاضى باستمراره فى جميع الأزمته، و أما لغويا فإن كان الأولان و تحقق خروج فرد من أفراد العام فلا- يفرق خروجه بين أن يكون دائما أو فى وقت إذ ليس خروجه دائما زياده تخصيص فى العام حتى يقتصر على المتيقن منه بل الفرد الخارج بالنسبه إلى الأزمته كالعام بالنسبه إليها، و دليل الحكمه فيهما سواء فإذا قال الشارع: (اجتنب الخمر إلا- الجامد منه بالأصل) لا يقال بحرمة اجتنابه فى الزمن الأول فقط، بل لو ذاب و شك فى اندراجه فى حكم الخمر أو بالجامد منه يلحقه حكم الجامد إذ بعد فرض خروج الفرد عن العام، و الحكم عليه بغير حكم العام لا- موجب لرفع حكمه من جهه استمرار الزمان بل حكمه على الدوام لأن العموم الزمانى تابع للعموم الإفرادى، نعم إذا قامت قرينه لفظيه على أن موضوع الحكم إرادته الفعل فى كل يوم من الزمان أو جزء منه.

و ورد مخصص بخروج فرد عن حكمه العام و شك بخروجه عن كلى الأيام أم لأن فىخص الخارج بالقدر المتيقن منه، و لا إشكال فى الرجوع إلى حكم العام فى الزمن المشكوك لأن دفعه فى الزمن المتيقن لا- يقضى برفعه عن الزمن المتأخر المشكوك رفعه فيه، فلو قال المولى لعبده: (أزل فى كل يوم قمامه البيت) ثم قال: (أذهب لكذا و لا تزل القمامه) فلو شك العبد فى الثانى بوجوب الإزاله و عدمه لزمه حكم العام لأن كل يوم ملحوظ لمولاه فى الأمر و موضوع للحكم فمتى زال اقتصر على الفرد المتيقن فيه الزوال و لا- ينفع استصحاب عدم الوجوب فى الزمن الخاص بل يلزم الرجوع لحكم العام بل لو ثبت الحكم بدليل لبي فى الأزمته، و خرج من الحكم فرد فى بعضها أيضا و شك فى لحوق الحكم له لزم الرجوع فيه إلى أصل آخر، و لا ينفع الاستصحاب لقصر موضوعه على ذلك الزمن كما لو فرضنا أن الزمان ظرف و الاستصحاب غير حجه لا يمكن الرجوع إلى العموم لعدم كون الزمن موضوعا له و الحكم معلقا عليه. ثم ذكر (رحمه الله) أن الفرق بين الصورتين من جهه ظرفيه الزمان و عدمها لا- من جهه الفرق بين العموم الإطلاقى الناشئ من دليل الحكمه و العموم اللغوى فحيثما ثبتت ظرفيه الزمان سواء كان العموم إطلاقىا أم لغويا، فالحكم مما ذكرنا من بقاء حكم الفحص فيما كان الزمان ظرفا، و للرجوع للعام حيث كان مكثرا للأفراد العام ثم أفسد مقاله المحقق الثانى (رحمه الله) بأن آيه: "أَوْفُوا*" مطلقه لا عامه فلا تنافى الاستصحاب بأنه إذا كان الملحوظ فى العموم الحكمى تكثر أفراد العام لا الظرفيه فى الزمان لا معنى بعد للاستصحاب إلا أن يدعى بأن كل عموم اطلاقى بالنسبه إلى الزمان لا- يكون إلا- على الوجه الأول و عليه فلا- معنى للقول بأن الاستصحاب يخص العموم فى ما كان الزمان فيه لمحض الظرفيه كما توهم فى الأصول بل العموم لا يشمل بعد خروجه و إن فقد الاستصحاب كما أن الاستصحاب لا يجرى فى الصوره الثانیه و إن فقد العموم فليس شىء منهما ممنوعا بالأخر بل كل جار فى مورده و ما نحن فيه من قبيل الأول فإذا خرج العقد الغبنى من عموم وجوب الوفاء، فلا فرق بين استمرار خروجه

و انقطاعه و لا قدر متيقن للفرد الخارج و يكون مهملا بالنسبه إلى الزمان و لا يرجع فى الزمن الثانى إلى العموم بل يتمسك فيه بأصالة اللزوم، ثم ذكر أن التمسك للقبول بالتراخى، بالاستصحاب كما وقع لسيد الرياض حسن أن بنى على المسامحه فى تشخيص موضوع المستصحب الذى لم يشخص بالأدله اللفظيه مع الشك فى بقاء الحكم و عدمه، و أما على ما هو التحقيق من اعتبار جميع القيود الموضوع فى زمان الشك فلا- مجرى للاستصحاب هنا لأن مورد الحكم فى الخيار لمن لا يتمكن من رفع ضرره فيتداركه بالفسخ فانسحابه إلى الآن الذى لم يتدارك به المغبون ضرره مع إمكان الفسخ فى الزمن السابق موضوع آخر، و قياسه على الأول محرم- عندنا- فلا يجرى الاستصحاب إلا فى موضوع تشخص بالدليل اللفظى، أو كان الشك فى رافع الحكم، ورد ما فى "الرياض": (بأن المدرك لهذا الخيار إن كان الاجماع أو قاعده الضرر فيجرى الاستصحاب مع المسامحه فى الموضوع بلا تفاوت و إن بنينا على المداقه فيه لا يجرى سواء فيهما) انتهى. موضحا.

أقول ثبوت خيار الغبن بالإجماع المحكى المعترض بالشهره المحققه فقط لا آيه التراضى، و لا التى قبلها، و لا حديث الضرر لما فيها من المنع و لا نص عليه بخصوصه سوى قوله "عليه السلام": (

غير المسترسل سحت

)، على احتمال فلم يبق إلا- الإجماع، و المحقق من ورود الإجماع، و الشهره أن موضوعه تمليك المالك المال بما يزيد عن قيمته، و يسمون الأول غابنا، و الثانى مغبونا سواء ثبت خدع فى المعامله أم لا فحينئذ حيثما يتحقق الغبن بهذا المعنى يلحقه اسم الخيار لعدم جواز تحقق الموضوع و نفى الحكم فمن ترك الخيار متراخيا فيه إن لم يلحقه حكم المغبون فلا- خيار له لارتفاع موضوع الحكم، و إن لحقه و صدق عليه المغبونه فعدم ثبوت الخيار له كوسج طويل اللحيه، و لذا حكمنا بأنه إذا قامت قرينه من المتراخى على الرضا بالمبيع سقط الخيار. و الحاصل الغبن بمعناه باعث على تزلزل العقد- حيث وجد- و لم يثبت أن التراخى فيه مسقط للخيار على حد غيره من المسقطات فهو الأقوى إلا- أن يكون فاحشا لا يتسامح فيه على إشكال و حينئذ فيسقط هذا البحث من أصله، و لا يجنح إلى نفى الضرر أو الاستصحاب أو آيه: "أَوْفُوا" أو أصالة اللزوم. فإنه تطويل بلا فائده، فمن قال بالفوريه قطع برضاء المغبون بالعقد مع التراخى و هو من المسقطات لخياره، و من قال بعدمها لم يتجه عنده أن التراخى موجب للرضاء المسقط فلعل ذلك لأمر آخر فإن الدواعى لا تنحصر و هو الأوفق.

و بالجمله لزوم العقد بعد الحكم بتزلزله يحتاج إلى دليل عليه- و عليك بمراجعته الفضولى فإن فيه ما يتعلق بالمقام فى مسأله الشك فى لحوق الإجازة- و عدمها و الله العالم.

الفائده الثامنه و العشرون: (أخذ الأجره على الواجب)

اشتهر بينهم جواز أخذ الأجره على طى المسافه، و إن وجب الحج على الأجير، و كذا للبيع و الشراء بل الظاهر أنه مجمع عليه، و كذا قالوا للوصى أن يأخذ الأجر على عمله، و إن وجب عليه العمل من مال الطفل و غيره، و جوزوا أيضا الاستتابه عن الميت و الحى الذى يمتنع فى حقه الحج بعد وجوبه عليهما، و كذا أجازوا أخذ الأجره على ما فات الميت من صلاه أو صوم أو غيرهما من العبادات القابله للنيابه كصلاه الطواف و غيرها من أفعال الحج و غيره، بل رخصوا فى بعض أفعال الحج الواجبه مما هو

مشروط بالقربه أن يستنيب بالإجاره الحى فيها غيره فى عامه إذا أعجله المسير. و فى العام القابل، لكنهم اختلفوا فى جواز أخذ الأجره على القضاء الواجب مطلقا أو غير ما وجب عينا كما فى

"الشرائع" المختلف"، و في الإيضاح اختيار جواز أخذ الأجره على الواجبات التوصليه مطلقا دون التعدييه، و أطلق غير واحد من المتقدمين و المتأخرين، جواز أخذ الأجره على مطلق الواجبات و ظاهرهم أن صفه الوجوب تنافى المعارض، و نقل على ذلك الإجماع المحقق الثانی، و طعن فيه شيخنا بمكاسبه بوجود اعترافه مع اعتراف في غير المقام بضبطه، و استثنى الدفن من الواجبات التوصليه كل من أجاز أخذ الأجره عليها و كذا الأجره على إرضاع اللبن و إن وجب على المرضعه، و الذى ترجح فى النظر القاصر إن الواجب منه ما هو مقدمى غيرى، و من ما هو نفسى أصلى، و هما؛ إما مشروط بنيه القربه عينى تعيينى، و إما غير مشروط بها، و هما أيضا إما كفائى أو عينى، و إما تخيبرى أو تعيينى، و التخيير إما عقلى أو شرعى، ثم الوجوب قد يتعلق بالمؤجر فقط أو به و بالأجير أو بالأجير خاصه، ثم الواجب قد يكون المقصود من وجوبه إيجاده فى الخارج بأى نحو اتفق، و قد يراعى فيه خصوصيه المؤجر فلا-يجزى عن وجوده من غيره، ثم منه ما هو قابل للمعاوضه بمعنى وصول نفع بإيجاده إلى الغير و لو لجهه سقوط الواجب عن المستأجر المشترك وجوبه بينه و بين الأجير، و منه ما لا-يصل نفعه للغير، أما الوجوب إذا كان مختصا بالمستأجر فقط فقد ذكروا أن الواجبات القابله للنيابه يجوز أن يستأجر على أدائها من لم يتعلق به الوجوب، و يكون الأجير بمنزله المستأجر فكأنه هو لدخوله فى كل ما قضى بجواز الاستنابه و الاستئجار فى كل عمل محلل قابل للمعاوضه و إن وجب على الشخص فعله، و ينتقل التكليف بأداء الواجب من المستأجر إلى الأجير فيتعلق الخطاب به و تبرأ ذمه المستأجر بمجرد الإجاره مع ظن التأديه فى الأجير و من ذلك الإجاره على العبادات عن الميت، و إجاره الحى غيره للحج حيث يقطع بعدم إمكانه منه لمرض و غيره، و إجاره الولى غيره على تجهيز الميت. لو قلنا بوجوبه عليه دون غيره- كما هو مذهب السيد، و فى حكم الإجاره الجعاله، و التبرع فالممثل فى الحقيقه هو المستأجر، و الأجير بدل عنه و الثواب له دونه بناء عليه أن كل واجب خوطب به شخص خاصا يجوز الاستنابه فيه و استئجار الغير عليه كسائر المباحات إلا ما دل الدليل على لزوم المباشره فيه، و ما شك فيه أيضا يشمله عموم الجواز و يظهر، ذلك من فحوى كلمات شيخنا فى مكاسبه فى حصره النزاع فى الإجاره على الواجبات بما وجب على الأجير فعله دون المستأجر، و يمكن الخدش فيه بأن المباشره فى فعل الأمور به مما يقضى به الأمر، و إلا عاد لغوا فاعتبر أوامر الموالى للعبيد و السقوط مع عدم المباشره إما لارتفاع الموضوع أو لحصول الغرض مع عدم الامتثال، و إما أن الاستنابه بالجعل أو مجانا من الامتثال للأمر بحيث يكون المستناب ممتثلا بغير واضح الدليل، نعم إذا فهم ذلك من حال الأمر بالقول أو القرينه القطعيه فهو خارج عن محل الفرض. و عمومات التوكيل و أدله الإجاره و الجعاله لا تشخص موضوعا و لا تعارض ما دل على وجوب مباشره العمل الذى توجه الأمر به إلى المكلف الخاص و حينئذ العمل المحلل الذى ينتفع الغير به تجوز المعاوضه عليه إلا ما وجبه المباشره فيه، و المفروض أن وجوب المباشره مما يقضى به الأمر مطلقا فلا يجوز استنابه من وجب عليه فعل من الأفعال غيره بإجاره أو غيرها إلا-بالإذن من الأمر وجب على الأجير فكل فعل ما استأجر عليه أم لا فصفه الوجوب تمنع من الاستئجار على ما وجب مطلقا. نعم من ينكر أصاله المباشره فى الأوامر له أن يقول بصحه الاستئجار و الاستنابه على ما وجب على المستأجر دون الأجير مما يصل نفعه إليه فتتخصر صحه الإجاره فى الواجب الذى لا يلزم المستأجر المباشره فيه، و ليس بواجب على الأجير فعله و أما ما وجب فعله على المستأجر فلا يكون موضوعا لعقد الإجاره و إن سقط بفعل الغير

لكون العامل بعد فساد عقد الإجاره متبرعا فلا احترام لعمله إلا أن يكون جاهلا بوجوب مباشره ما استأجر عليه على المستأجر فيجزى فيه قاعده (ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده) إن عممناها لمثل الإجاره و إلا استحق، أجره المثل، لاحترام عمله و غروره من قبل المستأجر فالنزاع فى حرمه الأجره على الواجب. نعم و إن كان على المستأجر دون الأجير- كما قرنا- و أما إذا اشترك الواجب بأقسامه بين الأجير و المستأجر أو اختص بالأجير وحده فهل يجوز استئجار من وجب عليه الفعل الذى استأجر عليه أم لا مما يعود نفعه إلى الغير؟ فيه كلام لأصحابنا، و ملخص ما استفدناه من مشايخنا و اعتمدناه من أسلافنا هو عدم جواز أخذ الأجره على ما وجب على المكلف فعله مطلقا، و عمدته ما ركنوا إليه فى المنع أن العمل متى كان مملوكا للغير منفعه أو عينا فلا يجوز تملكه لآخر فيقع العقد لغوا لأنه تحصيل، حاصل فإن الشخص متى كان مقهورا على العمل و ليس تراجع إلى طيب نفسه فقهره أخرى عليه لا يفيد فائده، و لا يصل إلى القاهر منفعه لأن المنفعه التى تصل إليه بفعل هذا العمل لو كان له منفعه تصل إلى الغير بفعله هى واصلته على كل حال فلا تصح المعاوضه على منفعه تحصل بالمعاوضه و يتركها فإن تحصيل مثل هذه المنفعه، و بذل العوض عليها سفه فالعمل الواجب على كل مكلف يصل نفعه إلى الغير بفعله بمجرد الإلزام به صارت تلك المنفعه محرز وجودها و لا- بد من وصولها إلى الغير، فالمعامله عليها معامله سفهيه بل أكل مال بالباطل لو جهل المستأجر ذلك، و علم به الأجير بناء عليه لو استأجر شخص شخصا على عمل له منفعه محله قابله للمعاوضه و العمل مباح لكن فى ضمنه عمل واجب على الأجير، و المنفعه مشتركه بين المباح و الواجب تبعضت الصفقه و قسقت الإجاره و رجع المستأجر بما يخص ذلك الواجب منها على الأجير سواء علم بذلك فى مبدأ الإجاره أم تجدد علمه بعدها، و وجب على الأجير دفع ما يخصها لو لم يعلم المستأجر أو أستمتر جهله، و أفتى بعض من عاصرناه ممن يرى عدم جواز الأجره على الواجب بعدم التقسيط، و ان الإجاره، تكون على المباح و العوض يكون بدل المنفعه المباحه، و وجهه غير ظاهر و هذه العله تسرى فى الواجبات مطلقا و ان كانت كفائيه أو توصيله و إما الواجب التخييري عقليا كان التخيير أم شرعيا و تعديا كان الواجب أم توصليا فلا تجرى هذه العله فيه إذا فرض أن فى بعض أفراده منفعه تصل إلى الغير قابله للمعاوضه لعدم مقهوريه الأجير على أحد فردى الواجب أو افراده فلو ألزم بعقد الإجاره على الفرد المشتمل على تلك المنفعه. فلا- بأس به لعدم جريان تلك العله فيه، و لا بد من ابداء مانع آخر لمن عمم المنع، و كذا الاجاره على مقدمات الواجب التى لم تنحصر بل و مع الانحصار بمقدمه عن سوء اختيار المكلف بأن كان هو السبب فى انحصارها بالمقدمه المأجور عليها. نعم لو انحصرت- و لو عن سوء الاختيار- قبل الاستئجار كأن ترك المكلف المسير إلى الحج الواجب عليه فى ذلك العام فى سائر الطرق حتى انحصر بطريق واحد لا بد له من سلوكه ففى جواز استئجاره على طى تلك المسافه مع مقهوريته شرعا على سلوك الطريق المخصوص اشكال، و إن كان فى سلوكه نفع للغير قابله للمعاوضه لجريان عله المنع المذكوره فيه لكن العلماء أطلقوا الجواز إما لبنائهم على اختصاص المنع بالواجب الأصلي دون التبعية أو لبنائهم على عدم وجوب المقدمه لو عمموا العنوان، لكن العله المذكوره تجرى فى المقدمه المحصوره و إن كانت غير واجبه إذ لزوم الاتيان بها يكفى فى عدم صحه الإجاره، فلا فرق بين القول بوجوب المقدمه و عدمها.

و الحاصل أن كل عمل يقهر الشخص على فعله و لا بد من حصوله منه سواء كان القاهر المالك الحقيقي أم غيره لا تصح فيه الإجاره، و لا إعطاء الجعالة لخلو العوض عن المعوض و لا يجرى ذلك بما يتخير فيه المكلف لقابليه أحد أفراد الواجب الذى يعود منه نفع للغير للمعاوضه، و هذا المطلب يجرى فى التعدييات و التوصليات، لكن فى التعبدى لا يمكن من حيث منافاه ذلك للإخلاص كما ذكروا فلا يكون العمل المقرون بنيه القربه موضوعا لعقد الإجاره و وجهه عدم اشتراك العبد مع المعبود فى اداء الفعل الذى أراه المعبود إلا على جهه النيايه، فيخرج عن مفروض البحث و إن سقط عن النائب فعله لمحض الامتنان و التفضل و إلا- فمقتضى الدليل عدم السقوط و بقاءه فى الذمه، و عليه فلا- تجوز النيايه فيما يشك فى جوازها فيه من العبادات لأصاله المباشره، و عدم اقتضاء أدله النيايه للسقوط فى غير المتيقن حتى فى المنذوبات و لا كذلك التوصلى التخييرى أو الكفائى فيمكن أخذ الأجره فيهما، و يكون العامل هو الباذل للأجره و يسقط عن المباشر بفعله للعمل المستأجر عليه من حيث عدم إرادته بعد وجوده. نعم لو كان الواجب من حقوق المخلوق و إن استفيد ذلك من أدله وجوبه لا يجوز أخذ الأجره عليه لأن بذل ماله على حقه أكل للمال بالباطل بالنسبه للمبدول له، و لا يبعد أن من ذلك وجوب تجهيز الميت فإنه يستحقه على الحى فيكون بمنزله الدين الذى يجب دفعه إليه فلا يحسن أخذ الأجره عليه كالمستأجر لعمل فإنه لا يجوز أخذ الأجره من آخر عليه، و لا- يحتسب له إن وجب عليه فإنهم ذكروا أن المستأجر على حمل غيره يملك الحركه فإن طاف، به مع وجوبه عليهما لا يحتسب للحامل لأن حركته مملوكه للمستأجر بخلاف ما لو استأجره لأن يحمله فى الطواف فإنه يستحق الحمل لا يستحق الإطافه فيكون كالاستئجار لحمل متاع فيه لكن خيره المحقق (رحمه الله) أنه يحتسب لهما مطلقا و ظاهر القواعد ذلك الدروس لكنه استثنى صورته استئجاره لحمله فى غير طوافه و فرق فى المختلف بين الاستئجار للطواف به ففى الاحتساب لهما، و بين أن لحمله فى الطواف و فى "الإيضاح" أن الاستئجار للحمل مطلقا و ضم نيه احتسابه للحامل كضم نيه التبرد إلى الوضوء و كأنه يستظهر الصحه، و على كل حال فالواجب المخير إذا كان على الأجير خاصه لا إشكال فى جواز استئجار الغير له على بعض أفرادها إذا كان للمستأجر منفعه فى الفرد المخصوص، و أما الاستئجار على إيجاد مطلقا فمشكل و أن تعلق فى مجرد وجوده غرض للمستأجر إذ الإيجاد المطلق مقرر عليه الأجير، و من ذلك أجره القاضى على القضاء حيث لا يجب على المستأجر ذلك فإنه مخير بين أفرادها من حيث الزمان و المكان فيصح استئجاره ممن يجب عليه على إيقاعه فى زمان مخصوص أو مكان كذلك و هذا نظر من سوغ أخذ الأجره على القضاء لكن هذه العله تجرى فيما لو تعين القضاء على الأجير أيضا و أظنهم لا يلتزمون به.

و أما إذا كان الواجب توصليا كفائيا فالحقه شيخنا (رحمه الله) فى مكاسبه بالتخييرى الكفائى، و استظهر جواز أخذ الأجره عليه فيسقط عن المستأجر الوجوب لكن ينبغى التأمل فى إن هذه الفائده العائده إلى المستأجر هل تحصل فيسقط عنه الأمر بمجرد عقد الإجاره أو بحصول الفعل فى الخارج؟ فإن كان بمجرد العقد و إن لم يحصل الفعل المعلوم حصوله لدى المستأجر فنعم الفائده، و إن كان السقوط منوطا بحصول الفعل و معلومته و لا يكفى نفس الاستئجار فى سقوط التكليف بل التكليف بحاله حتى يعلم المستأجر بصدور ما كلف به من الأجير، و لا يكفى إيجابه على الاجير بعقد الإجاره فى فراغ ذمه المستأجر منه و إن احتمل أو ظن وقوعه من الأجير فحينئذ لا فائده فى الإجاره لأن الواجب قبلها كهو بعدها،

و الظاهر أنهم لا يقولون بسقوط التكليف عن المستأجر بمجرد العقد ما لم يعلم بصدور الفعل من الأجير. نعم للمستأجر أن يجبر الأجير على أداء العمل إذا صح عقد الإجاره كما لو استأجره على غسل السائر الواجب عليه تطهيره مقدمه و لم يجب على الأجير ذلك فإن له جبره على الفعل فيكون من باب الاستنابه الخارجه عن محل البحث و لا- تجرى البدليه و الاستنابه فى كفائى الواجب جزما لأن موضوع عقد الإجاره إيقاع ما وجب على الأجير فلا تفيد الإجاره إلا جواز جبر المستأجر الأجير على إيقاع ما وجب عليه لتفرغ ذمه المستأجر، و هذه السلطنه إذا كانت تكفى فى صحه عقد الإجاره فلا مانع منها، و إن كانت لا تكفى من جهه مقهوريه الشارع للأجير فى إيقاع العمل أشكل الأمر.

و الحاصل إن كانت البدليه و الاستنابه تتصور فى الواجب الكفائى صحت الإجاره و خرج ذلك عن مفروض المسأله فيأتى الأجير بالعمل بدلا عن غيره و لا يحصل له امتثال الأمر الذى توجه إليه فى خصوص ما استأجر عليه، فإن سقط عنه لدليل و إلا بقى فى ذمته و حينئذ مرجع جواز الإجاره على الواجب الكفائى إلى جواز الاستنابه فيه و عدمها فإن أجزنا الاستنابه فيه جرى حتى فى التعبديات- و إن لم نجز ذلك- و حصرنا جواز الاستنابه فيما لم يجب على الأجير فعله أشكل جواز الإجاره على الواجب الكفائى التوصلى لعدم حصول الفائده فى العقد المزبور إلا جبر الأجير على العمل، و هو أيضا محل كلام- فتأمل جيدا- و الذى ينساق إليه النظر هو عدم جواز الاستجاره على الواجبات مطلقا إلا على طريق النياه فيما يصلح فيه ذلك مما لا يجب على الأجير فعله فيلزم بعقد الإجاره، و أما المقدمات فيجوز الاستجار على غير المقدمه المحصوره، و أما لو استأجر من لا يجب عليه الفعل غيره على واجب كفائى بينه و بين غيره أن كان توصليا و فيه نفع يعود إلى المستأجر فلا- مانع من الإجاره و بفعله يسقط عن الغير لا- بمجرد الإجاره فما لم ينكشف للغير فعله لا يسقط التكليف به عن من وجب عليه نعم لو استأجر من ينوب عن الميت فيما فاته من العباده برأت ذمه المستأجر و لا يلزم الولى إلا القضاء و لا المستأجر إذا كان وصيا شيئا آخر بل بمجرد وقوع العقد لا- تكليف عليهما، و لا- يجب عليهما تحصيل العلم أو الظن بقيام الأجير بالعمل. نعم لو ظهر لهما فواته فيمكن أن ينتقل فرض قضاء ما فات الميت إلى الولى قضاء للأصل و العمومات السليمه عن المعارض، و يمكن أن يقال أنه بمجرد الاستجار سقط الوجوب عن الولى فلا- يعود. بقى الإشكال فى الإجاره على الصناعات التى تجب كفايه مع أن الطريقه من عهد صاحب الشريعه (ص) إلى يومنا على جواز الاستجار عليها و هو كذلك لأنها من المقدمات لحفظ النظام و يجوز الإجاره على أدائها و إن كان الوجوب مطلقا كما فى طى المسافه للحج على من وجب عليه خصوصا إذا كانت المقدمه غير محصوره و كان الواجب توصليا كفائيا إلا- أن يكون حقا لمخلوق فيجب إيصاله إليه، و من تجهيز الميت فلا يجوز الإجاره عليه لأن الأجير مقهور على الفعل من جهه المخلوق فإن من عليه الخمس أو الزكاه أو غيرها من الحقوق لا يجوز له استجاره على إخراجة أو إيصاله لأهله مع التمكن، و لا- فرق بين الكفائيه و العينيه فى حقوق الناس، لكن ينبغى التدبر فى بعض الواجبات أنها من حقوق الخالق أو المخلوق و بملاحظه ما حررنا تقدر على تخريج ما أجازوا أخذ الأجره عليه من الواجبات مثل أخذ المرضعه الأجره على إرضاع اللبن لو قيل بوجوبه عليها، و مثل أخذ الوصى الأجره من مال الطفل الموصى عليه الشامل بإطلاقه بصوره تعيين العمل عليه و مثل بذل المال للمضطر فإن له الرجوع بقيمه

المبذول لا أجره البذل و مثل أخذ الطيب الأجره على حضوره عند المريض إذا تعين عليه العلاج و غير ذلك مما ذكروا جواز الاستئجار عليه من الواجبات الغير قابله للنياه، و أما القابله لها بأى نوع من أنواع الواجب يجوز استئجار الغير و استنابته بجعاله أو تبرعا عليه و هو خارج عن هذه المسأله و الله العالم.

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين

و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

يقول الخاطئ المذنب المقصر و العبد الآثم القادم إلى رسمه، و الجاني على نفسه العباس بن الحسن بن العلامه الأكبر جعفر كاشف الغطاء النخعي سألتني من لا بد لي من إجابته أن ارسم بعض الفوائد الفقهيه عند تدريسي فأجبتة مستعينا بتسديد الحجه عليه و على آباءه أفضل التحيه و السلام.

فوائد الرضاع

الفائده التاسعه و العشرون فى النسب:

لا- ريب فى تحريم كل قريب إلى الإنسان إلا بنات العم أو الخال على بنى عمومتهما أو بنى أخوالها فالآباء و الأمهات و البنات و البنون و الأخوه و الأخوات علوا و نزولا حرام بالضروره من الدين و أما الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات فان كانوا له أو لآبائه و أمهاته فكذلك و إلا فلا فعمه العمه و خاله الخاله لا تسرى إليهما الحرمه.

الفائده الثلاثون: تحريم النكاح بالنسب الشرعى

تحريم النكاح بالنسب الشرعى لا ريب فيه من نكاح أو ملك يمين أو تحليل أو شبهه وطى، و لا ينافيه عروض التحريم حيا و نفاسا أو صياما أو إحراما فانه ينشر الحرمه أيضا بالضروره، و وطى المجنون و النائم و السكران و المميز على الظاهر و يدخل بوطء الشبهه حكما و لو اختصت الشبهه بأحدهما اختص الولد به و انتفى عن غيره من غير أشكال فلا تلحق العالم سائر الأحكام إلا النكاح فتعم الحرمه على الأظهر.

الفائده الواحده و الثلاثون فى النسب الزنائى:

النسب الزنائى فى النكاح يلحق النسب الشرعى فى الحرمه فتحرم بنت المزنى بها و أمها عليه و على أصوله و فروعه، و الظاهر أنه لا- خلاف فيه و حكى الإجماع عليه الشيخ فى الخلاف و الفاضل فى التذكره و ثانى المحققين و الهندى فى شرح القواعد و غيرهم، و لا- ينافى ذلك عدم ثبوت أحكام النسب شرعا مطلقا كالتوارث و إباحه النظر و النفقه على الولد و الانعتاق و ارتفاع القصاص و عدم تحريم حليله الابن لو زنى بها الأب، و الجمع بين الأختين و غير ذلك لأنه خارج بدليله، و بعض العلماء نفى

التحریم لقصر دلیله علی الإجماع- و هو محکی- ه لصحمو غیر ثابت، و لكن الاكتفاء بالنسبه العرفیه أو اللغویه یقتضی ترتب عموم أحكام النسب، و قد علمت الخارج منها و لا یبعد أن نظر الفقهاء فی ترتب أحكام النسب إلی النسب العرفی و اللغوی، و لا أظن أنهم یقولون بالحقیقه الشرعیه فی مثل لفظ الأم و البنت و غیرهما، و لا ریب فی صدق النسب مع الزنا فتترتب علیه جمیع الأحكام، و یتحتاج الخارج إلی الدلیل القاطع لكن نسبه التزام ذلك إلی العلماء مشكل، فیدور

الأمر بين إدخاله موضوعا فى النسب و عدم ترتب بعض أثار النسب للدليل و بين إلحاقه حكما فى خصوص النكاح و إنكار حصول النسب بالزنا و هو الأوفق.

الفائده الثانيه و الثلاثون ما يثبت به النسب:

يثبت النسب لمن أمكن فى حقه أن يجمع بين أقصى الحمل و الولاده لسته أشهر، فلو تعاقب اثنان على وطئ امرأه و ولدت بعد مضى أقصى الحمل أو دون سته أشهر من نكاحهما، لا يلحق الولد بهما شرعا فى نكاح الشبهه، و ان تبعض بان ولدت لدون سته أشهر من نكاح أحدهما و أكثر من نكاح الأخر لحق الولد الثانى، و كذا إن ولدت لدون أقصى الحمل من أحدهما و أكثر منه للأخر، و أما لو أمكن النكاح فى حقهما بان غشياها فولدت بين الحدين بان أجهضت لدون أقصى الحمل من واحد و فوق السته أشهر من آخر فقيل بالقرعه و نسب للطوسى و قيل لمن تعقب فراشه و نسب للأكثر و هو الأظهر للأخبار الناصه عليه التى لا تعارض بالأخبار الظاهره فى القرعه مع ضعفها و ضعف العموم فى شرعيه القرعه بأنها لكل أمر مجهول.

الفائده الثالثه و الثلاثون فى لحمه الرضاع كالنسب:

الرضاع لحمه كحلمه النسب مفاده أن العلاقات و القرب الحاصل بالنسب يحصل بالرضاع فيكون كأنه هو و النسب الإنائيه تسع الأمهات و الجدات و البنات و بنات الأولاد و الأخوات و بنات الأخوه و بنات الأخت و العمات و الخالات، و هذه النسب تحصل بالرضاع كحصولها فى الولاده، فإذا أرضعت الامراه ولدا أو بنتا صارت المرضعه أما و زوجها أبا و الرضيع معه أبا أو أختا و أم المرضعه جده و أختها خاله و أخوها خالا- و أخو الزوج عما و أخته عمه و بنات من رضع معه بنات أخ أو أخت و تتشعب الحرمه فتحرم على الرضيع مثلا أمه التى أرضعته و أمها من الرضاعه و النسب و أن علت و تحرم على الزوج الرضيعه و بنتها نسبا و رضاعا- و أن نزلت- و كذلك تحرم أخت الرضيع عليه رضاعا و نسبا و أن تسافلت و خالته و عمته بالنسب أو الرضاع و هكذا بالنسبه إلى الذكور نعم لو ثبت الأخوه فى الرضاع خاصه دون الولاده فله صورتان أحدهما أن ترضع مع ابنها النسبى اثنى فهما بالنسبه إلى الأم و الأب إلى آخر النسب حكمها واضح و كذلك بالنسبه إلى من رضعا معه و بناته و أخواته و عماته و خالاته و أما بالنسبه إليهما فالظاهر الحرمه أيضا مع اتحاد الفحل كأن أرضعت ثلاثه أحدهما ابنها ولاده و معه ولد و بنت كل واحد من واحد فالظاهر حرمه الولد على البنت و نشر الحرمه مطلقا لكل من رضع من ذلك اللبن متقدما أو متأخرا أم مقارنا فيحرم على الأب بنت الرضيع فنازلا- و بنت أخيه و على الرضيع الأم الرضاعيه و غيرها إلى آخر السبعه مما يتعلق بها و بالأب من الأقرباء المحرمه و الأخوه بعضهم على بعض مطلقا و بناتهم كذلك و أما أمهاتهم و جداتهم و خالاتهم و عماتهم ففيه تفصيل سيجى ء ذكره و أما إذا كانوا أخوه من طرف الأم فقط كأن أرضعت جماعه كل واحد من لبن فحل فلا يؤثر حرمه فى المشهور مطلقا لاختلاف الفحل و سيجى ء فى طى الفوائد تفصيله.

الفائده الرابعه و الثلاثون فى الرضاع المحرم:

لا- ريب فى حصول التحريم بواسطه الارضاع فى الجمله للأقارب النسبيه و الرضاعيه للمرتضع أو لمن ارتضع منه و تفصيله: إن الرضاعه تكون أما للرضيع و آبائها النسيان و الرضاعيان أجداده و صاحب اللبن يكون أبا له و آبائه النسيان و الرضاعيان أيضا

فيحصل للأجداد ثمان شعب فحينئذ يحرم على الرضيع أمه النسبية و أمه الرضاعية و أم أبيه نسبه و رضاعا و أمه كذلك و هكذا سواء خلا عن الواسطه أو كان الرضاع بواسطه أو وسائط، و لا فرق في الواسطه بين النسبيه و الرضاعيه فيحرم عليه كذلك من رضعت أحد أجداده و أن على و هكذا. و الملخص أن الأمهات النسبيه للأم الرضاعيه و الأمهات الرضاعيه لها أو لأحد أجدادها الحرمه سواء، و لو كان الرضاع بواسطه أو وسائط و مثله للأمهات الرضاعيه للأب الرضاعى أو لأبيه أو لجدده و كذلك الأمهات الرضاعيه للأب النسبى أو أحد آبائه أو أجداده، و مثله القول في البنت و الابن النسبيين و الرضاعيين فبناته هي التي رضعت من دره و بنات أولاده التي رضعت من لبنهم بواسطه أو بلا واسطه، و مطلق البنت الرضاعيه على بنت الابن و البنت و هكذا و إن نزلن و الأخوات؛ الرضاعيه هن بنات أبويه أو أحدهما، و الأبوان اعم من يكونا نسبيين أو رضاعيين و هكذا بنت الأخ و الأخت و العمات أخوات الأب الرضاعى و الخالات أخوات الأم الرضاعيه فتخرج من جميع من ذكرنا الشعب النسبيه و يبقى فيها الرضاعيه فتحرم هذه القربات السبع على الرجل و نظائرهن على الامراه.

الفائده الخامسه و الثلاثون في اللبن المحرم:

اشاره

يشترط في اللبن المحرم أن يكون عن نكاح محلل شرعا و منه نكاح الشبهه، و تردد فيه البعض، و الأصل يساعده و الدليل معاضده، و الاحتياط يقضى بنشر الحرمه في نكاح الشبهه لإلحاقها بالنكاح الصحيح حكما و لميل الأكثر إلى ذلك نعم لا ريب في شمول النكاح للمتعه و ملك اليمين. و التحليل كما أنه لا شبهه بخروج النكاح عن الزنا فلا ينشر حرمه و أن ألحقه البعض في صحيح النكاح فيكفى فيه الشذوذ و المشهور في المحرم من اللبن هو ما كان بعد انفصال الولد فلا يحرم حاله الحمل و لا ما در من غير نكاح و الثانى مشهور و الأول مختلف فيه و الدليل يساعد القول بعدم الحرمه فيهما فلا يحرم إلا بعد الانفصال و لو كان سقطا بشرط ولوج الروح فيه، و تمام خلقته، و لو دار اللبن بين اثنين كما في نكاح الشبهه و بعض أفراد الحامل لحقت الحرمه من لحق به الولد في الأولى و أقوى السببين في الثانى و يستصحب لبن الفحل حتى يقطع بانقطاعه أو تبدله بفحل آخر كما لو تزوجت بعد طلاقها و وضعها فحملت من الثانى و ولدت و هي ترضع الأول فزاد بالولاده اللبن كما أنه لا فرق بين طول الزمان و قصره في اللبن المحرم و حينئذ يلزم أن يكون اللبن عن نكاح مع الولاده فلو لم يكن عن نكاح لا يحرم، و كذا لو كان من نكاح و لا-ولاده أو عن نكاح و ولاده زنائيه فكذلك لا يجرى فيه حكم الرضاع، كل ذلك اقتصارا على المتيقن فيه و نفى ما عداه بالأصل، و خلاف من خالف لا يفيد، إلا الاحتياط الذى لا يلزم مع أن الالتزام به هنا خلاف الاحتياط لدخوله في تحريم الحلال بلا حجه قاطعه فتأمل و يعتبر حياه المرضعه مطلقا و أن ماتت قبل إكمال الرضاع المحرم فأكملة بعد الموت فإنه لا يحرم. و زعم بعض التحريم للاستصحاب و لم يلتفت إلى تغير الموضوع في الموت.

تنبيه: في الرضاع المحرم:

لا أشكال في أن مسمى الرضاع لا يحرم و أن صدق الاسم سواء حصل المسمى برضعه أو أكثر مما لا يعتبر فلو أرضعت ألف رضعه و فصل بينهما قبل العشره برضاع أخرى لا ينشر حرمه إجماعا و المخالف فيه منقرض أو من غيرنا و الشارع جعل للمحرم

منه حدودا إنبات اللحم و شد العظم أو رضاع يوم و ليله أو عشر رضعات أو خمسة عشر على الخلاف إنما الأشكال في أن الأثر
الزمانى و التقديرى كاشفان عن إنبات اللحم و شد

العظم أو كل واحد منهما يكفى فى التحريم و ان لم تحصل تلك الفائده، فالكل كوزنى الكر، ظاهر الجمع بين الأخبار بأن المناط هو الإنبات و الاشتداد، و ان نشر الحرمة تدور مدارهما و عليه يتفرع بأنه لو حصل العلم دون اليوم و الليله و دون العشر رضعات بهما جاءت الحرمة و أن لم يحصل فلا حرمة و أن تحقق أحد التقديرين فهما طريقان للوصول إلى الإنبات و الاشتداد لا أن كل واحد منهما عله مستقلة يدور الحكم مدارها وجودا و عدما و عليه فلو شك فى الإنبات و الاشتداد مع رضاع اليوم و الليله، و العدد يقتضى عدم الحكم بالحرمة لأصالة عدمها مع عدم تحقق موضوعها. و ظاهر كثير من الفقهاء بأن كل واحد من هذه الأمور سبب تام فى نشر الحرمة و ان وقع فى الأخبار حصول الإنبات و الاشتداد برضاع يوم و ليله أو العدد المخصوص، سلمنا أنها طرق و لكنها مجعوله فيلزم أن يكون العمل عليها فى مقام الشك فتقل الفائده بين القول بأنها طرق أو أن كل واحد منهما سبب تام يدور الحكم مداره، فلو قطع بعدم الإنبات و الاشتداد مع حصول أحدهما يحكم بنشر الحرمة لأن الحكم يدور مدارهما وجودا و عدما، و ربما جعل بعضهم المناط هو العدد، و الأثر و الزمان يعتبران من حيث الكشف عنه لا أن كل منهما عله تامه فى الحكم. و يظهر من جماعه الاكتفاء بأحد الأثرين، و ترقى بعض فاكنتى بالتحريم برضعه واحده و الأخبار، مضطربه و الأقوال متشعبه و علاج الأخبار بالتخصيص و التقييد لا يكاد يتم، و إرجاع بعضها إلى بعض مشكل غايه الأشكال، فالأوفق المصير إلى ما عليه الأكثر من الاكتفاء فى نشر الحرمة بأى واحد من الثلاثة حصل و تشخيص موضوع الإنبات و الاشتداد يرجع فيه إلى أهل الخبرة، و يكفى فيه العدل الواحد- و أن أفاد ظنا- و لا يكفى فيه الظن و أن تعدد غير العدل ما لم يحصل القطع من خبرهم و لا- يكفى الأثر الشائى التقديرى بل المدار على الأثر الفعلى لأنه المتيقن فى مخالفه الأصل، و لا يلزم تحقق العدد فى رضاع اليوم و الليله بل يحرم و أن نقص، نعم يلزم أن الطفل كلما احتاج الرضاع، رضع حتى يرتوى لنفسه و لا فرق بين قصر الليل و طوله، و فى الملق البالغ مقدار اليوم و الليله أشكال و الأقوى عدم نشر الحرمة معه كما أن الأقوى اعتبار الخمسه عشر فى التحريم و الأوفق الجمع بين الأثر و الزمان و التقدير فى مقام الاشتباه بمعنى أن لو شك فى العدد يفحص عن اليوم و الليله فلو شك فيها اعتبر الأثر و يكفى فى التحريم العلم الإجمالى بتحقيق أحدها الغير المعين و لا يجرى معه الأصل و لا يلزم الفحص و ان أمكن و تتحقق الحرمة أن تعقب العلم الإجمالى فى مقام الشك، فلو شك فى حصول كل واحد منها و نفاه بالأصل و رتب آثار الحليه بأن تزوج المشكوك فى رضاعها مثلا ثم تجدد له العلم الإجمالى بوقوع النكاح المحرم فارق الزوجه و لا ينفع فيه استصحاب صحه عقد النكاح لانقطاعه به كما بين فى الأصول و حيث كان المعبر فى العدد إكمال الرضعات و عدم الفصل بينها برضاع أخرى و عدم نقص أحدها عن ارتواء الطفل فيعلم أنه مع الفصل أو النقص لا يلحقه حكم التحريم لكن لو أرضعته خمسه ثم نقصت السادسة مثلا من دون فصل ثم أرضعته خمسه أخرى كاملات نشر الحرمة على القول بال عشر، و كذا لو صنعت على القول الآخر لأن هذا النقص لا ينافى الاتصال إذا اتحد الفحل و مع الاختلاف لا حرمة و أن اتحد المرضعه فلو أرضعته تسعا من لبن فحل و واحده من لبن أخر فلا حرمة و أن اتصلا إلا إذا تحقق الأثران فى أحدهما. فالظاهر الحرمة فيمن تحققت ذلك منه على ما أشرنا.

تنبيه: في حولى الرضاع:

الرضاع المحرم و هو ما إذا وقع فى حولى الطفل و لو بعد الفطام أو بعد انقضاء حولى المرضعه لولدها فالحولان يعتبران فيه فقط فلا عبره برضاعه بعد مضى حولى فى الحرمة، و تعتبر الحرمة و النشر فى قول الأكثر و أن مضى لطفلها النسبى حولان و المعتبر لذلك فيها دليله قاصر و أن كان ذلك صريح موقوف ابن أبى بكير لرجوعه إلى اجتهاده لا إلى صريح قول الامام و لا إلى الإرضاع بعد فطام، و لو لا مصير مشهور الأصحاب إليه لكان فى النفس منه شىء باعتبار الشك فى الحرمة بعد مضى حولى طفلها و هو يكفى فى عدم نشر الحرمة و لا- وقع لأصالة بقاء الحرمة السابقه على المناكحه لجريانه فى كل ما شك فيه مما لا يلتزمونه و لانقطاعه لو كان بالتبدل، و يعتبر الارضاع من الخلف بمصه منه دون ما سواه من الإيجار بحلقه أو سعوطه به أو حقنه أو أكله جنباً و أن تحقق فيه الأثران من الإنبات و الشد فإن القدر المتيقن أنهما يحرمان على وجه مخصوص أو مطلقاً كالعلتين الباقيتين باعتبار ما أصلناه من الاكتفاء بنفى الحرمة بمجرد الشك فيها المستند إلى الموضوع أو إلى تعميم الحكم إذ نشر الحرمة فى الرضاع، طارئة مشترطه قطعاً بشروط عديده فمع الشك فى شرط منها لا يبقى للحرمة أثر، و لو لا ذلك لحكمتنا بالحرمة بمجرد تحقق الرضاعيه و لا يزعمه أحد، و احتمال التعميم مع خروج الخارج بدليل احتمال واه، بل إثبات الحرمة و نشرها يحتاج إلى الدليل بعد الحكم بجواز العقد و النكاح على مطلق النساء إلا ما استثنى فى الكتاب و النص القطعيين من المحرمات فيلزم فى كل امرأه يحرم عقدها أو نكاحها أن تدخلها فى المستثنى بدليل قاطع و ألا بقيت على إصالة جواز العقد و حليه النكاح و لا ينافى ذلك أصالة الحرمة فى النكاح لانقطاعه و زواله بالقاعده المستنبطه من جواز العقد و النكاح بأسبابه فى حق كل امرأه و تحقيقه فى غير المقام فتلخص أن المعتبر فى التحريم كمال الرضعه و امتصاصها من الثدي، و ان يكون المرتضع فى الحولين و أن لا- يفصل بين الرضاعات برضاع غير المرضعه إلا أن يتحقق الأثران حتى بالمأكول و المشروب إلا فى الزمانيه خاصه و أن يتحد الفحل و أن تعددت المرضعه من زوجاته و ان تتحد المرضعه مع اختلاف الفحل، و يتحد فحلها- على تفصيل يأتى-، و أن لا- يكون عن زنا، و لا- يكفى المص مع عدم تحقق اللبن و وجوده فإذا أكملت الشرائط بأسرها جرى على المرتضع حكم الولد و صار الفحل أباً و المرضعه أما و آبائهم أجدادا و الراضع معه و غيره من أولاد الفحل أخوه و أبنائها أبناء أخوه و أخو الفحل و المرضعه عما و خالا فتحرم هذه كلها كما كانت تحرم نسباً.

الفائده السادسة و الثلاثون أمور مهمه فى الرضاع:**إشاره**

تشتمل على أمور:

أولها: أن المرتضع لو أكمل الرضاع المحرم من زوجات فحل واحد بأن رضع من كل زوجه قدراً بملاحظه الباقي يؤثر الإنبات و الاشتداد أو رضع من كل واحده عدداً يتم بلحوق باقى الزوجات العدد المحرم أو رضع بعض اليوم و الليله من كل واحده حتى أكمل يومه و ليلته برضاع الجميع فهل ينشر حرمة أم لا ظاهر اشتراطهم اتحاد الفحل فقط يقتضى أن يكون الفحل أبوه فتحرم عليه جميع أقاربه

النسبى و الرضاعيه من بناته و بنات بناته و أمهاته و أخواته- أن كان المرتضع ذكرا- و الفحل و أبوه و أخوه و أولاده- أن كان أنثى- لكن بالنسبه إلى تحريم الأم و متعلقاتها إشكال لتعدد المرضعه من زوجات الفحل و لا- يمكن جعل الجميع أمهاته فيقتضى أن تتبعض الحرمه فى الأمومه فلا- تحرم عليه أمهات الزوجات و لا أخواتها فيختص التحريم بطرف الأب فقط و يكون المرتضع بلا- أم و لا- خاله و لا جده من طرف الأم من الرضاع بل يجوز له أخذ جميع من رضع منها بعد مفارقه أبوه لها أن لم نقل بأن زوجه الأب من الرضاعه كزوجه الأب النسبى، و كذلك أم الأخ و ظاهر اشتراط نشر الحرمه باتحاد المرضعه يوجب عدمها و أن اتحد الفحل- و هو الأقوى- فيقتضى إمعان النظر فيها، و الظاهر المفهوم من النصوص أن توالى الرضعات المحرمه لا يكفى فيها عدم اتحاد المرضعه فالأجود عدم الحرمه مضافا إلى.

الأصل الثانى: ان الحرمه تتبعض فيما لو تعدد الفحل و اتحدت المرضعه، فلو رضعت ولدا من فحل و رضعت بنتا من آخر حل الولد على البنت و لا- عبره بالأخوه الرضاعيه من طرف الأم كما يعتبر إذا كانت من طرف الأب- و هو المشهور- و خالف فيه بعض لأخبار مضطربه لا تصلح للحجيه.

الثالث: لا حرمه من طرف الفحل إذا تعدد بأن رضع المرتضع نصف المده من لبن واحد و نصفها من لبن الآخر لو أمكن كما لو فارقها الفحل حين الولاده فتزوجت و حملت و مكثت ترضع الطفل الأول إلى حين ولاده الثانى، و رضعت طفلا قبل الولاده خمس رضعات و أكملت بعد ولاده الثانى الخمس الباقية بلا فاصل و تيقن بتجدد اللبن للثانى فالظاهر أن هذا الرضاع لا ينشر حرمه بالنسبه إلى الفحلين، و أما بالنسبه إلى الأم فوجهان من كون الأمومه لا تحصل إلا برضاع تام من فحل واحد فلا حرمه و من صدق الرضاع فتحرم دون حواشيها فتأمل.

الرابع: يجوز استرضاع الذميه مع عدم المرضعه المسلمه، و الظاهر جواز ذلك اختيارا- و لو ولدت منه متعه- فالظاهر أنها أحق برضاع ولدها فلا يجب أن يطلب له مرضعه بعد طلبها للحضانه، و فى تحريم أقاربها نسبا أو رضاعا على الرضيع و أقاربه نسبا أو رضاعا فى استرضاعها لغير ولدها حتى من كان منهم حربيا إشكال، و التحريم لا يخلو من قوه و لو ملك المرتضع الحربى من أحد أصولها و مثلها الأمه المسترضعه و فى حرمتها لو ملكها المرتضع و يكون سبيلها سبيل أمه بجميع أنواع النقل من بيع أو هبه أو أرث وجهان. و الحاصل أن الذميه و الأمه و الكافره غير الكتاييه إذا استرضعن فهل يجرى عليهن حكم المسترضعه من المسلمين بالنسبه إلى أصولها و فروعها النسبى و الرضاعيه مطلقا أو يفصل بين النسبى و الرضاعيه أو لا مطلقا إذا كان المرتضع مسلما سواء كان اللبن لفحل مسلم أو مطلقا يلزم تدقيق النظر فى جزئيات المقام و تطبيقها على الأصول الشرعيه.

تنبيه: الأخ الرضاع

الأخ الرضاعى النسبى يحرم على المرتضعه و أن تعدد الفحل و كذلك العكس و عدم الحرمه المذكوره هى فى الأخوين الراضعين الذين كل واحد منهما من فحل، و أما هما بالنسبه إلى الأخ النسبى فلا ريب بالحرمه إجماعا فإن اعتبار اتحاد الفحل أمر مخالف لإطلاق الكتاب و الأدله المثبتة له مختصه بالولدين الرضاعيين و أن ظهر من بعض عدم الحرمه مطلقا مستدلا بصحيحه صفوان عن أبى الحسن " عليه السلام " و فيها قلت:)

جارية بمنى قال: هي أختك من الرضاعة قلت: فتحل لأخ لى من أمى لم ترضعه أمى بلبنى قال: الفحل واحد؟ قلت: نعم هو أخى لأبى و أمى، قال اللبن للفحل صار أبوك أبوها و أمك أمها

(فإن استفصال الامام " عليه السلام " عن اتحاد الفحل مع تصريح السائل يكون الأخ ولد المرضعه نسبا يقضى بتغاير حكمه حكم صورته تعدد الفحل، و لكنها موهومه الدلاله و معارضه بأخبار مصرحه بالمطلوب، فالأظهر ما عليه الأكثر.

الفائده السابعه و الثلاثون: أمور مهمه فى الرضاع

اشاره

يظهر من الفاضل فى القواعد أن ما قضى باعتبار اتحاد الفحل يقتضى عدم تحريم أم المرضعه و أختها و بنات أخيها من الرضاع على المرتضع لاختلاف الفحل فإن الرضاع الحاصل بين المرضعه و المرتضع بلبن فحل. و الحاصل بينها و بين أمها الرضاعيه أو أختها أو أخيها بلبن فحل آخر فلا- نشر لشرطيه اتحاد الفحل فى الرضاع، و زاد المحقق على فروضه فحكم بعدم تحريم عمه المرضعه و خالتها من الرضاع على المرتضع و نسب التحريم إلى القيل و رد التمسك بعموم الكتاب و السنه بتخصيص عموماتها بما دل على اشتراط اتحاد الفحل و فيه أن ما دل على اعتبار اتحاد الفحل إنما هو فى مورد خاص و هو عدم تحقق الأخوه الرضاعيه بين أجنبيين مع اختلاف صاحب اللبن كما تقدم و قاعده خصوص المورد لا يخصص الوارد لا تجرى فى مثل المقام لأنه يوجب تخصيص العمومات بلا مخصص مضافا إلى التصريح بتحريم أخت المرضعه من الرضاع على المرتضع فى صحيحه الحلبي و إلى الإيماء به فى موثقه عمار الساباطى من التعليل فإنه علل حرمة أخت المرضعه بأنهما رضعتا من امرأه واحده بلبن فحل واحد إلا- أن توهن بدلالاتها على اتحاد المرضعه التى لا يعتبر بالإجماع، و الظاهر أنه لا يضر فى الاستدلال بالتعليل فحينئذ الأقوى ما عليه الأشهر.

تنبيه: الارتباط الحاصل للموجب لتحريم الحلال و حليه المحرم بين بنى آدم على قسمين:

الأول: النسب.

و الثانى: المصاهره و الله سبحانه و تعالى لطفاً منه مرحمه فى عباده لحكم خفيه ألحق الرضاع بالنسب و ورد من حفظه الأحكام [عليهم السلام]:]

أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أو من القرابه

[و معناه: أن كل عنوان قد حمل عليه الشارع التحريم من جهه العلاقه النسبيه فهو بعينه يحرم من جهه العلاقه الرضاعيه فكأنه ساوى بين المنى و اللبن فى أن كل واحد منهما يورث علاقه يلحقها حكم التحريم، فلذا صارت المرضعه و الفحل أبوين للمرتضع كما أن الزوج و الزوجه أبوين للمتولد منهما و كما أن فروع المتولد النسبى لهما أحفاد و أصولهما له أجداد و جداتا و

فروعهما له أخوه و أولاد أخوه و من فى حاشيتهما عمومه و خئوله فكذلك فى الرضاع بشرائطه حرفا بحرف و الشارع قد حصر العنوانات التى تحرم فى النسب فلا بد من أن تلاحظ تلك العنوانات أيضا فى الرضاع؛ لأنه أحال الحرمة الرضاعية إليها، و أما العنوان المستلزم لأحد هذه النسب التى حرّمها الله تعالى فهو أن دخل بأحد هذه المحرمات بحيث أطلق عليه أحدها حرم لجهه اندراجة فيما حرّمه لا من جهه استلزامه لما حرّمه مثلا أم الأخ للأبوين لم تحرم من جهه أنها أم أخ إذ ليس لحرمة أم الأخ نص فى محرّمات الكتاب و إنما حرمت من جهه إطلاق الأم عليها و كذلك أم السبط المستلزمه لكونها بنتا و أختا لأخ للأبوين المستلزم لكونها أختا فمن حيث كونهما أم سبط أو

أخت أخ لا- يقال لعزمتها إذ أم السبط و أخت الأخ لم تحرم حتى يشملها أحد المحرمات المنصوصه إذ لا- نسب بين المذكورات من حيث هذا العنوان و بين المحرم عليه و لا- ريب أن المستفاد من قوله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ] أن جهة التحريم أمومه الأم للشخص و أما كونها أم أخيه أو بنت جدته أو أنها أخت خاليه فلم يكن ليشملها العموم و لم نستفد من دليل أن ذلك من أسباب التحريم النسبيه و حينئذ فإذا أرضعت امرأه أخاك لا ينبغي أن يقال أنها تحرم عليك لأن حرمه أم الأخ من جهة أنها أم أخ لم يحكم بها الشرع فى النسب فكيف يكون فى الرضاع إذ لا نسب بينك و بينها من جهة كونها أم أخيك بل النسب بينها و بين نسبيك من حيث الأ-خوه و النسب بين شخص و بين نسبيه لا- يقتضى التحريم و لم يثبت كونه سببا للحرمه فظهر فساد ما يتخيل من عموم المنزله بدعوى أن الموصول فى الحديث يعم النسبيه و ما يستلزمها فكما أن الراضعه لبتك محرمة عليك لأنها بالرضاع دخلت تحت العنوان النسبى فثبت به بنوتها لك فكذلك من أرضعت بنت بنتك حيث حصل برضاعها أنها أمها و أم بنت بنت بنت- و هى محرمة نسبا- فتحرم رضاعا لما ذكرناه من (أن الحديث حرم من جهة الرضاع ما حرم من جهة النسب) و أم ولد البنت ليس لها عنوان فى الشريعة غايته أن النسب بينها و بين نسب الشخص و ما كان كذلك لا جهة فيه للتحريم مع أنك لو عممت الموصول فى الحديث لكل عنوان ذكر فى لسان الشارع بخصوصه و لما يستلزم ذلك العنوان من العناوين التى لا- حصر لها يلزم التكرار لأن البتية مثلا تلازم عناوين عديده فتتكرر مشمولات العام و هو عزيز فى العمومات بل لا يكاد يوجد.

و الحاصل أن المستفاد من الحديث بعد التدبر فيه أن ما يحرم من النسب يحرم نظيره من الرضاع، و المستلزم ليس نظيرا له إلا بضم مقدمه أخرى و هى (أن اللوازم عين الملزومات) بدلاله لحن الخطاب فإذا صارت عينها حرم النظر فتكون كأنها هى، و هو ممنوع فى الخطابات بعد اختصاص الحكم بعنوان مبين فيها يدور الحكم مداره فلا يصلح أن يكون العنوان الآخر نظيرا له من حيث الاستلزام فظهر مما ذكرنا أن الضابط فى حصول الحرمة بالرضاع ملاحظه الرابطه النسبيه التى علق عليها التحريم فإن حصل فى الرضاع نظيرها ثبت الحرمة و هى أعم من أن تكون بين المحرم و المحرم عليه كما فى المحرمات السبع النسبيه و بين المحرم عليه و هو المحرم لأجل المصاهرة، فالحرمة هنا أيضا لوحظ فيها الرابطه النسبيه و هى أمومه الزوجه فحرمتها لم تتعلق فى الكتاب و السنه على علاقته المصاهرة التى بينها و بين الزوج و إنما علقت على الرابطه النسبيه التى بينها و بين أم الزوج- و هى الأمومه- فهى حرام على الزوج لجهه أنها أم زوجته فيحرم بالرضاع مثلها، و كذلك أختها جمعا، و هكذا ألحق بالزوجه مثل المزنى بها و الموطوءه بشبهه و الغلام الموطوء و نحو ذلك فخيال عدم شمول الحديث لمثل ما حرم بالمصاهرة بزعم أن الحديث قضى بأن الحرام فى الرضاع هو نظير ما حرم بالنسب، و لا ريب أن المحرمات بالمصاهرة غير المحرمات بالنسب فلا يشملها الحديث مردود بما مر بأنه ليس المراد من النسب فى الحديث خصوص النسب الحاصل بين المحرم و المحرم عليه ليختص بالمحرمات السبع النسبيه بل المراد أن كل ما يحرم على شخص من جهة نسب حاصل بينهما أو من جهة نسب حاصل بين أحدهما و زوجه الأخر و من فى حكمه محرمة عليه فيثبت نظيره فى الرضاع و بتقرير آخر أن كل رابطه نسبيه ثبت من جهتها تحريم شخص على آخر فالرابطه الرضاعيه مثلها و جعل المصاهرة قسيما للنسب فى بعض العبارات فيه مسامحه

فالتحريم فى آيتى [أُمَّهَاتُكُمْ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ] علق على الأمومه النسبىه فالموضوع فى كل من الحكمن معنون بعنوان الأمومه لكننه فى الأول بين المحرم والمحرمة عليه و فى الآخر بين المحرم وزوج المحرم عليه- فليفهم-

الفائده الثامنه و الثلاثون مسائل فى الرضاع:

اشاره

بعد ما عرفت العنوان المحرم فى الرضاع والضابط لذلك لا بأس بذكر مسائل ذكرها العلماء فى كتب متفرقه و تطبيقها على العنوان المزبور و ذكر ما خرج عنه منها ليتضح الحال فى أحكام الرضاع و كفيته و الخلاف فى بعض أفراده و الجهه التى ظهر الخلاف منها:

المسأله الأولى: أنه لا ريب فى تحريم المرتضع على المرضعه

كتابا و سنه و إجماعا لأن الشارع جعلها أمه.

المسأله الثانيه: أن أصول المرتضع من أبيه أو جده لأبيه أو لأمه لا تحرم على المرضعه من جهه نفس إرضاعها إياه

أما على أبيه فظاهر إذ غايته أن المرتضعه صارت أم ولده و أم الولد حلال على أبيه و أما على أجداده للأب فلأنها و أن كانت أما لولد ابنه لكن حرمه أم و ولد الابن على الجد ليس عنوانها كونها أم و ولد ابنه بل لكونها زوجته ابنه و بالرضاع لا تثبت زوجيه المرضعه لابنه من حيث أنها أرضعت ابن ابنه، و أما أجداده لأمه فكذلك إذ المرضعه أرضعت ولد بنته فصارت أم و ولد البنت و أم و ولد البنت إنما تحرم إذا كانت بنتا نسبا أو رضاعا و هذه ليست بابنه نسبيه و لا رضاعيه بل أجنبيه عنها و قد مر أن رضاع الابن لا يورث بنوه المرتضعه لأب المرتضع فإن غايه دلالة الحديث أنه يحرم ما صدق عليه العنوان المحرم بعلاقه الرضاع و هو مفقود فى المسأله و حيث لا حرمه لأصول المرتضع نسبا لا تحرم أصوله الرضاعيه بطريق أولى.

المسأله الثالثه: لا ريب فى حرمه فروع المرتضع نسبا على المرضعه

لأنهم أحفادها و أما فروع الرضاعيه فتحرم فى المشهور و قد عرفت فتوى الفاضل المحقق (رحمه الله) فى الشرائع و القواعد من عدم تحريم فروع المرتضع الرضاعيه على المرضعه و عرفت ضعفه و لا بد أن يلتزم بعدم الحرمه فى المثال حيث حكما بأن مرضعه المرضعه لا تحرم على، المرتضع و لا شبهه أن المرتضع من الفروع الرضاعيه للمرضعه من المرضعه.

المسأله الرابعه: حواشى المرتضع أختوه لا يحرمون على المرتضعه

من جهه ارتضاع أخيه منها إذ غايه الأمر أن المرتضعه صارت أما رضاعيه لأخيه و لا دليل على تحريم أم الأخ الرضاعيه و إما حرمتها فى النسب فلأنها أما أم أو زوجة أب، و لم يحصل بالرضاع أحد الأمرين و أما أختوه من الرضاع حيث رضعوا أمه

النسيه فهم بعدم التحريم أحق مضافا إلى أن أمومه الأـخ غير ملازمه للأمومه لتفارقهما فى زوجه الأب و توهم الحرمة بعض بخيال أن الأم النسبه للأخ من الأبوين يلزمه أن تكون أما لكليهما فالأم الرضاعيه للأخ منهما كذلك و قد تقدم ما يوهن هذا الأمر من أنه لا يثبت برضاع أحد الأخوين للأبوين أمومه الثانى الذى لم يرضع و أن ثبت فى النسب من حيث الملازمه.

المسأله الخامسه: يحرم المرتضع على أصول المرضعه من النساء

أى أمها وجدتها و كذلك المرتضعه تحرم على أصول المرضعه من الذكور كأبيها و أجدادها لأن المرتضع

مطلقا من أحفادهم و لا فرق فى الأصول بين كونهم من النسب أو الرضاع و كذلك حواشى الأصول نسبا أو رضاعا كالعومومه و الخئوله بلا أشكال فى ذلك.

المسأله السادسه: لا تحرم أصول المرتضع مطلقا على أصول المرضعه؛

إذ هم إذا لم يحرموا عليها كما تقدم فكيف يحرمون على أصولها؟.

المسأله السابعه: يحرم فروع المرتضع على أصول المرضعه

لأنهم صاروا أجدادا.

المسأله الثامنه: لا يحرم حواشى المرتضع و فروعهم على أصول المرضعه و حواشيه،

لأن حواشى المرتضع مثل أخوته إذا لم يحرموا على المرتضعه كما مر فى المسأله الرابعه فعدم حرمتهم و حرمة فروعهم على أصول المرتضعه و حواشيهم بطريق أولى.

المسأله التاسعه: لا ريب فى حرمة المرتضع على فروع المرضعه نسبا كابنها و بنتها فنازلا

سواء كان الفحل واحدا أم لا- و سواء رضع من لبن أحد الفحلين أم منها لثبوت الأ-خوه من طرف الأم بينه و بينهم من جهه الرضاع و فى الحرمة و عدم اشتراط اتحاد الفحل فيها مضافا إلى الشهره المحققه بل و الإجماع و نص معتبر موثق بأحمد بن الحسن بن فضال و أما فروع المرتضعه من الرضاع و هم أولادها منه فإن كانوا لفحل واحد حرم بعضهم على بعض و أن تعدد الفحل فلا حرمة كما تقدم خلافا للطبرسى (قدس سره) و قد حررنا ضعف دليله بالصحيح و ما فى حكمه الناص على عدم الحرمة.

المسأله العاشره: مما خالف الضابط الذى ذكرناه فى صور المسأله أن المعظم بل و عليه الفتوى حكموا بحرمة أصول المرتضع من أبويه و أجداده على فروع المرضعه من النسب

مع أن القاعده لا تقتضى ذلك من جهه أن فروع المرضعه لا تزيد على أن تكون أخوه لولد أصول المرتضع و نفس الاخوه لا توجب تحريما إلا من حيث كونه ولدا أو كونه ولدا لأحد الزوجين و لذلك نسب لجماعه و منهم الطبرسى عدم الحرمة هنا إلا أن الأكثر عليها و الأخبار مصرحه بها و عليه لو أرضعت الجده للأم ولدا بلبن جده أو غيره حرمت أم ولد ذلك الولد على أبيه لان أمه من أولاد المرضعه و لا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن. هذا كله فى فروع المرضعه نسبا و أما فروعها رضاعا فأما أن يختلف الفحل أو لا فان اختلف بأن كان ولدها الرضاعى ارتضع بلبن فحل غير فحل ولد أب المرتضع فلا ريب بعدم الحرمة لأن الأخوه تكون من طرف الأم و قد عرفت عدم التحريم فيها إلا على قول الطبرسى فان كون ولد المرضعه بمنزله ولد

أبى المرتضع فرع الأخوه الرضاعيه للمرتضع المفقوده مع تعدد الفحل و أما إذا لم يختلف الفحل فقد يقال أو قيل بحدوث الأخوه بين ذلك الولد و بين المرتضع و هى منشأ التحريم لصيروره هذا الولد المرتضع من أولاد الفحل رضاعا و حينئذ فإن قلنا بأن الوالد و البنت فى الأخبار الناصه على التحريم المراد بهما النسيين- و لو انصرافا- اختصت الحرمة بالولد النسبى فقط و أن استظهرنا العموم عمت و الظاهر عموم التحريم للنسبى و الرضاعى و أن كانت النصوص ظاهره فى النسبى إذ بعد ما ثبت التحريم فى الولد النسبى للمرضعه ثبت فى الرضاعى أيضا للحديث فى)

أن ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع

(و خيال أن تحريم فروع المرضعه على أبى المرتضع إنما هو لأجل كونها بمنزله فروع أبى المرتضع لا من جهة انه ولدها حتى يحرم ولدها الرضاعى و كونها بمنزله ولد أبى المرتضع لا يتأتى فى ولدها الرضاعى بل هو مخصوص بولدها النسبى موهون قطعاً بأن ذلك دعوى لا دليل عليها مع أنه و أن سلمنا أن الحرمة لكونهم بمنزله ولد أبى المرتضع فلا نسلم

الاختصاص فالوجه الحرمة ثم أن النصوص و إطلاق كلام الأصحاب و أن كان المصرح فيها هو تحريم أولاد المرضعه على أبى المرتضع و لم تذكر الأم فيها لكن الظاهر عدم الفرق بين الأب و الأم فى الحرمة فتحرم أولاد المرضعه أيضا على أم المرتضع؛ إذ كونهم بمنزله ولد أبيه يستلزم كونهم بمنزله ولد أمه بلا فرق- بقى الكلام فى تحريم أصول المرتضع على فروع الفحل و سيجى ء ذكره-.

المسألة الحادية عشر: أولاد المرضعه الصليبين و الرضاعيين فى المرتبة الأولى بعد نشر الحرمة من الرضاع بينهم

و بين نفس المرتضع أحوال أو أعمام لفروع المرتضع نسبا و رضاعا فيحرمون عليهم و أما أولاد أولاد المرضعه و أن نزلوا لا يحرمون على فروع المرتضع مطلقا لأنهم أولاد خثوله لهم أو عمومه.

المسألة الثانية عشر: أخو المرتضع و أخته نسبا أو رضاعا لا يحرمون على ابن المرتضعه و بنتها رضاعا

إذ غاية أن ابن المرتضعه صار أبا لأخيهم أو ولدا لأم أخيهم و لم يتعلق التحريم شرعا بأحد العنوانين و هكذا أبناء المرضعه النسبية لا- يحرمون على أخوه المرتضع الرضاعيه لعين ما ذكر إنما الخلاف فى تحريم حواشى المرتضع النسبية أعنى أخوته و أخواته لأب و أم أو لأب على فروع المرضعه النسبية أعنى أبنائها و بناتها فليل بالتحريم و قيل بعدمه و نسب الثانى إلى الشهره و دليله ما مر من عدم تعلق التحريم بأحد العنوانين الجارين فى المقام و استدلال من قال بالحرمة بان أولاد المرضعه صاروا بمنزله أبناء أبوى المرتضع فأبوه أبوهم و أمه أمهم فهم أخوه لأولادهمما و الأخوه محرمه. و رده جماعه بأن ذلك مبنى على ثبوت الملازمة بين كونهم بمنزله أولاد الأبوين و بين كونهم أخوه لأولادهمما و هو ممنوع فإن أقصاه ملازمه عنوانى البنوه للأبوين مع الأخوه للأخوين- و هو مسلم- إذا حدثت بالرضاع نفس البنوه للأبوين كما إذا ارتضع طفل بلبنهما فإن صيرورتها أبوان و هو ابن لهما مستلزم لأخوته لأولادهمما و أما إذا حدثت الأبوه من شىء آخر غير ما ذكرنا و حكم الشارع بأن الطفل المرتضع صار بمنزله ابنهما فى الأحكام الشرعية فلا يلزم من ذلك ثبوت الأخوه و إجراء أحكامها الشرعية لما ذكرناه من الاختصاص بتلك الصورة و توضيح الرد أنه إذا ارتضع ولد من امرأه ذات أولاد صار أولادها أخوه لذلك الولد من غير شبهه، لكن مجرد الأخوه الثابتة لا- تحرم هؤلاء الأولاد على أبوى المرتضع فيقال أنهما حراما لكونهم أخوه ابنهما و لا على أخوه المرتضع فيقال أنهم حرموا لكونهم أخوه أخيهم و ليس العنوان الحاصل من هذا الرضاع إلا كون أولاد المرضعه أخوه أخيهم لكن حيث قام القاطع على كون أولاد المرضعه بمنزله أولاد أبوى المرتضع فى جميع الأحكام الشرعية التى من جملتها تحريمهم عليهما حكم به و هو لا يستلزم أنهم بهذا قد صاروا بمنزله الأخوه لأولادهمما حتى يحرمون على الأخوه كذا ليس من الأحكام الشرعية لأولاد الأبوين تحريم بعضهم على بعض لتعلق التحريم فى الآيه على الأخت و الأخت لا- على أولاد الأبوين أو أحدهما فظهر بهذا وجه عدم التحريم لكن خالف فى ذلك جماعه و مال إليه فى الكفايه مستدلا (بأن كونهم بمنزله الولد يقتضى أن يثبت لهم جميع الأحكام الثابتة للولد من حيث الولادة) و من جملة أحكامهم تحريم أولاد الأب عليه و فيه أن تحريم أولاد الأب على الولد لو كان من حيث الولديه للأب لثم ما ذكر لكنه من حيث الأخوه للأولاد و لم يثبت هنا و الإنصاف أن الأخوه التى نيظت بها الحرمة فى الآيه و الروايه لا يفهم منها أحد إلا كون الشخصين ابنا و احد فكونهما ولدين لأمه و أبيه عين كونهما أخوين له لا أنه

عنوان آخر ملازم له.

و الحاصل إذا ثبت أبوه الرجل لشخص و أمومه المرأه له ثبت أخوه أولادهما له فيحرمون عليه من هذه الجهه المتحده فى الوجود مع الأبنیه فالأوفق القول بالتحريم و هو الأقوى و أن كان القول بعدمها جار على أصول المذهب.

المسأله الثالثه عشر: يحرم المرتضع على من فى حاشيه المرضعه

و فى حاشيه رضاعها و هم إخوتها و أخواتها بلا أشكال مع اتحاد الفحل من غير شبهه و فروعهم كذلك فى حكمهم.

المسأله الرابعه عشر: يجوز لآباء المرتضع - و أن علوا - التزويج فى أخوات المرضعه

و يجوز لأخوه المرضعه تزويج أمهات المرتضع لأن المرضعه فى الأول ليست بحكم الزوجه جزما حتى لا يصح العقد عليها جمعا إذ الزوجيه لا تثبت بالرضاع و لا يتخيل فى الثانى بأن أم المرتضع صارت أما لولد أخت أخوه المرضعه و أم ولد الأخت محرمة لثبوت الاختيه لأن عنوان الحرمة تعلق بالأخت لا بأم ولدها. نعم فى النسب لا يمنع التلازم لكن لا يتعدى فيه إلى الرضاع.

المسأله الخامسه عشر: لا يجوز لأولاد المرتضع التزويج بأخوات المرضعه و إخوتها من النسب و الرضاع

لتحقق الخؤوله بينهم.

المسأله السادسه عشر: يجوز لأخوه المرتضع، التزويج بأخوات المرضعه

و يجوز لأخوه المرتضع أن ينكحوا نفس المرضعه و حواشيه من جهه أنه لم يحدث بينهم عنوان يتعلق بالتحريم به فى النسب.

المسأله السابعه عشر: تحرم المرتضعه على الفحل

بلا ريب لأنها بنته.

المسأله الثامنه عشر: أمهات المرتضع. و إن علون لا تحرم على الفحل

و هو أبوه من الرضاعه، إما نفس المرضعه، فواضح، و أما أمهاتها أى جدات المرتضع فهو و أن حدث بالرضاع صدق اسم الجدات عليها لولده فإن جدات الولد يحرم من لأنهن جدات لنفس الأب أو أمهات أزواجه و لم يحصل الأمران هنا.

و خالف الحلى فحكم بتحريم جده المرتضع على الفحل، و منه يظهر عدم حرمة فروع تلك الأصول على أب المرتضع مثل عمه المرتضع و خالته فالفرع لا يزيد على أصله.

المسأله التاسعه عشر: لا يجوز إجماعا لأب المرتضع أن ينكح فروع الرضيع

لكونهم بمنزله الأحفاد، و أن كانوا من الرضاع.

المسألة العشرون: أخوات المرتضع لا تحرم على الفحل في المشهور

و كونهن أخوات ولده من الرضاعه لم يتعلق به عنوان محرم و أنما تعلق التحريم بالبنت أو الربيبه- أعنى بنت الزوجه- الذى لا ينفك أحدهما عن الأخره لولده فى النسب و نسب التحريم هنا إلى غير واحد و منهم الشيخ فى الخلاف و الحلى فحكموا بتحريم أخت المرتضع على صاحب اللبن و لعل له وجه.

المسألة الحادية و العشرون: يحرم المرتضع على أصول صاحب اللبن من آباءه و أمهاته

لأنهم جدوده.

المسألة الثانية و العشرون: يجوز لآباء المرتضع و هم أصوله مطلقا التزويج بأصول الفحل

و هم آباءه كذلك العكس، و لا يحرم أحد منهم على أحد و قيل أن أمهات الفحل بمنزله جدات المرتضع فتحرم على أبيه و على بعض أجداده، و كذا أمهات المرتضع بالنسبه إلى آباء الفحل و فى القول ضعف.

المسألة الثالثة والعشرون: إن فروع المرتضع - أي أبنائه حرام على آباء الفحل

أي صاحب اللبن - لأنهم جدوده و هم أحفاده بلا شبهة في الحرمة.

المسألة الرابعة والعشرون: يجوز لأخوه المرتضع التزويج في أصول الفحل

لأنهم إذ لم يحرموا على نفس الفحل فكيف يحرمون على آباءه؟ و خلاف الحلى السابق يجرى هنا.

المسألة الخامسة والعشرون: المرتضع حرام على أبناء صاحب اللبن نسبا و رضاعا

لثبوت الأخوة بين الجميع، و إن نزلوا لكونهم أما أخوه أو أولاد أخوه من غير فرق بين أن يكونوا من المرضعه أم من غيرها فمن كان عنده أربعون أمراه بنكاح - و لو متعه - أو ملك يمين أو تحليل و رضع من كل واحد منها أنثى و ذكر، و كان عند كل واحد منها ابن و بنت و اللبن واحد حرم ذكورهم على إناثهم بلا ريب.

المسألة السادسة والعشرون: اشتهر بينهم لروايه عيسى بن جعفر على خلاف القاعده القول (بعدم جواز تزويج آباء المرتضع و عدم

حليتهم على أبناء الفحل

أي فروعه مطلقا و لو رضاعا - و إن نزلوا - لأن فروع صاحب اللبن و أن سبق منا أنه لا دليل على تحريم أخوه الولد من حيث أنهم أخوه له.

و الظاهر عدم الفرق بين الأم و الأب هنا للإجماع المركب و أن اختصت الحرمة في الروايه بالثاني.

و الحاصل أن ولد صاحب اللبن نسبا و رضاعا يحرم على آباء المرتضع و إن كانوا عن رضاع لأن المناط كونهم قد صاروا أخوه و الأخوة نسبا و رضاعا حرام.

المسألة السابعة والعشرون: لا يصلح لأبناء المرتضع - و إن نزلوا - أن يتزوجوا بأبناء صاحب اللبن في المرتبه الأولى

لجهه العموم فأنهم أعمام ولد المرتضع من غير فرق بين كونهم نسبا أو رضاعا، و أما أبناء أبناء صاحب اللبن أعنى المرتبه الثانيه - و إن نزلوا - لا يحرمون على فروع المرتضع بالبداهه لا نسبا و لا رضاعا.

المسألة الثامنة والعشرون: لا يحرم أخوه المرتضع و أخواته الذين يعبر عنهم بحاشيه نسبه على أبناء الفحل

لأنهم لم يزيدوا إن صاروا بالرضاع أخوه لأخ أولئك و أخوه الأخ لم توجب التحريم فقد يتزوج أخ الرجل لأبيه أخته لأمه و لو قيد بالأخ بالأبوين أيضا لا - يوجب تحريما لأن المحرم أخوه للأبوين من جهه الأخوه و لم يحصل بالرضاع ذلك فإن ما

حصل بالرضاع غير موجب للتحريم، و ما يحرم لم يحصل بالرضاع إلا إن صيروره أولاد الفحل بمنزله أولاد أبي المرتضع يستلزم أن يكونوا أخوه لأخوه المرتضع بحكم الصحيحه فيحرمون قطعاً. المسأله التاسعه و العشرون: لا يجوز للمرتضع تزويج أخت الفحل للعمومه و لو رضاعاً و كذا بالنسبه إلى المرتضعه.

المسأله الثلاثون: آباء المرتضع مطلقاً لا يحرمون على أخوه الفحل

أى صاحب اللبن و لو رضاعاً لعدم حدوث عنوان محرم بينهم.

المسأله الإحدى و الثلاثون: الوجه تحريم فروع المرتضع و لو رضاعاً

- و إن نزلوا- على أخوه الفحل و لو رضاعاً لجهه العمومه لأبيهم و يحل جميع فروع تلك الحواشى و لا يحرم اخوه المرتضع على اخوه الفحل لأن أخوه المرتضع لا تحرم على نفس الفحل كما مر فكيف تحرم على حواشيه؟ لكن الحلى حيث حرم أخت المرتضع على صاحب اللبن يلزمه تحريمها على أخوته.

تنبيه: كل رضاع يبطل النكاح يبطله مطلقا بلا- أشكال- و أن تأخر عنه- و المعتبره به مستفيضه و مما يتفرع على ذلك أن المرتضعه لبعض نساء الآباء أى الأصول- و إن علوا- أو الأولاد- و إن نزلوا- أو الأخوه بلبنهم أو الأخوات تحرم على من أنتسب إليهم بالبنوه و الأبوه و الأخوه و كذا لو ارتضعت من زوجته الكبيره بلبنه و لو كانت بحباله صغيره و ارتضعت عند أحد المذكورين حرمت بلا- شبهه و لو تزوج الصغيره التى رضعت من زوجته الكبيره و لو من لبن غيره حرمت الكبيره مؤبدا، فإن دخل بها حرمت الصغيره أيضا مؤبدا، و إن لم يدخل بالكبيره حرمت الصغيره جمعا بمعنى جواز العقد عليها ثانيا بعد أن انفسخ نكاحها، و وجه بطلان النكاحين عدم جواز الحكم بصحتها و لا بصحة نكاح أحدهما لأنه ترجيح بلا مرجح و لو أرضعت إحدى زوجتيه الكبيرتين ثم أرضعتها الأخرى حرمن كلهن و قال الشيخ: (تحرم الصغيره و إحدى الكبيرتين التى رضعتها أولا لانفساخ عقد الصغيره بالرضاع الأول فالثانيه لم ترضع زوجته لكى تحرم و إنما أرضعت أجنبيه و لم يجتمع الرضاع و الزوجيه فى زمن واحد و كونها كانت زوجه لا عبره به و لا بأس بالعمل بهذا القول لورود النص به و جريانه على القواعد).

و ملخصه أن البنتيه و الزوجيه فى رضاع الثانيه لم يجتمعا زمن الرضاع و يسقط مهر الصغيره إذا كان الرضاع بسبب حصل منها و الأقوى عدم السقوط لثبوته بالعقد و عدم سقوطه بالرضاع من غير قصد و إن كان الرضاع مستندا إلى فعل الكبرى بأن تولت إرضاع

الصغيره فيغرم الزوج المسمى أن كان للصغيره مهرا و قيل يغرم نصفه كالطلاق قبل الدخول و يضعفه قصر ذلك على الطلاق فلا يلحق به غيره و لا يبعد عدم رجوع الغارم على المرضعه فى الرضاع الواجب لو وجب عليها إرضاع الصغيره و فى رجوعه فى غير الواجب أشكال لنفى الضرر.

الفائده التاسعه و الثلاثون (مسائل خلافيه فى الرضاع):

تشتمل على مسائل اختلف فيها:

منها: أن ترضع المرأه بلبن فحلها التى هى فى نكاحه حين إرضاع أختها لأبويها أو أخاها كذلك، فليل، تحرم المرضعه على زوجها لأن زوجها يكون أبا لأخيها و أختها و زوجته قد كانت أختا لأحدهما فيحصل برضاعها أن تكون أخت و ولد الفحل و أخت الولد محرمة لأنها تكون بمنزله ولده، و قد سلف فيما تقدم فى المسأله العشرين من عدم حرمة من فى حاشيه نسب المرضع الذى هم الأخ و الأخت على الفحل فى وجه و إن المشهور عليه إلا الحل كما مر فراجع.

و منها: أن ترضع المرأه ولد أخيها أو أختها لبن فحل هى فى نكاحه فصارت المرأه عمت الولد من النسب و أمه من الرضاع أو أمه و خالته كذلك و صار الفحل أبا رضاعيا لولد أخ المرأه فى الغرض الأول فكما أن الأب النسبى لولد الأخ محرمة عليها لأنه أخوها فكذا الرضاعى و لكونها عمه لولد الفحل من الرضاع لأن ابن أخيها عاد أخا لابن الفحل فهى عمته، و كذا ابن الأخت فهى خالته و لا يخفى فساد التوهمين لأن عمه الولد تحرم من جهة تحقق علاقته بالرضاع و كذا الأب النسبى لولد الأخ فإنه لا يحرم إلا لأجل عنوان الأخوه و قد عرفت أن عنوان الأخوه لا يتحقق بالرضاع كما غير. نعم يصدق على هذه المرضعه أنها أم لولده و خاله له، و الجمع بين الأختين المحرم أن يجمع بين امرأتين

يصدق على أحدهما أنها أم ولده و على الأخرى أنها خاله ولده لا أن يكون له امرأه واحده يصدق عليها أنها أم ولده و خاله ولده.

و منها: أن ترضع الزوجه ولد ولدها أو ترضع أحد زوجاته ولد ولد الأخرى من الفحل و هى بنكاحه فليل هنا بتحريم المرضعه و تحريم ضررتها على الزوج حيث أنها صارت جده ولده و جده الولد محرمه على الأب لأنها لا- تخلو من أن تكون أما أو أم الزوجه و هما محرمتان.

و الحق أن أصول المرتضع لا- تحرم على الفحل كما مر و لو قيل بصيروره المرضعه بنت الزوج لو رضعت ابن بنته لأن أم ولد البنت من النسب حرام لأنها بنت فكذا من الرضاع ففيه ما قد مر فى ثانيه المسائل.

و منها: أن ترضع الزوجه عمها أو عمتها و خالها أو خالتها فتكون بالإرضاع أما لأحدهما و أم عم الزوج أو أم خالها حرام على الزوج لأنها جده الزوجه لأمها أو لأبيها أو لأن الزوج بالإرضاع يكون أبا لهم و الزوجه تحرم على أبيهم نسبا فتحرم رضاعا.

و منها: ما لو رضعت عمها أو عمتها أو خالها أو خالتها أو هم بتقرير أن الزوج يكون أبا لهم فى الرضاع و أبو الخاله و العمه جدا لولدها من النسب، و كذا من الرضاع، و جوابه أن الحرمة متفرعه على ثبوت الجديه و هى لا تحصل بالرضاع.

و منها: أن ترضع ولد عمها أو ولد خالها فيكون الزوج أبا لأحدهما و أبو ولد العم عم و هو حرام و كذا أبو ولد الخال و رده واضح.

و منها: أن ترضع أخو الزوج أو أخته فتحرم من جهه أمومتها، و رده مر من أن الأمومه لا تثبت بالرضاع للزوج و أم أخيه ليس لها عنوان.

و منها: أن ترضع ابن ابن الزوج فتكون أم ولد ولده و أم ابن الابن محرمه لأنها إما زوجت ابن أو بنت، و فيه أن الزوجيه المزبوره المعلق عليها التحريم لم تثبت بالرضاع و نظائر هذه الأمثله كثيره يعرف ردها المتدبر فى أن الرضاع فرع النسب و لا يزيد الفرع على أصله فالعلاقه الحاصله بالنسب إذا حصل مثلها فى الرضاع حرم و فى أغلب هذه الصور لم يحصل بالرضاع سوى أن المرضعه أم لعمومه الزوج أو خئولته، و أم العم النسبيه أو الخاله لا- توجب التحريم من جهه العمومه أو الخؤوله بل من حيث العلاقه الجديه فلا جرم أن يكون فى الرضاع كذلك، و كون العلاقه الجديه مستلزمه لذلك فى النسب لا يوجب أن الرضاع مثله و أنه يثبت به جميع الاستلزامات، و بعبارة أخرى يثبت بالرضاع أنى أبو المرتضع و لا- يثبت أنى عم ابن أخيه النسبى، و لا خال ابن أخته كذلك.

و هكذا القول فيما لو انضمت القرابه إلى المصاهره فإن القرابه قد تكون رضاعيه و المصاهره حقيقه و قد يكونا معا رضاعيه و قد تكون المصاهره رضاعيه حينئذ الأم الرضاعيه للزوجه الحقيقه محرمه على الزوج و الزوجه الحقيقه تحرم الابن الرضاعى بخلاف أم الزوجه الرضاعيه هى مرضعه ولد الزوج فإن أمها لا تحرم على الزوج إذ الزوجيه لم تثبت مشابها فى الرضاع فلم

يُثبت زوجه رضاعيه و عليك بتميز الصور و ترتيب أحكامها.

لجناب الشيخ عباس بن الشيخ حسن النجفى كاشف الغطاء (قدس الله سره).

(الفوائد الإرثية) بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

الفائده الأربعون (فى ضبط طريقه أهل السنه فى الإرث):

فى بيان طريقه أهل السنه و الجماعه فى الإرث و اختلافهم مع الإماميه، فنقول الورثه عندهم على ضربين:

القسم الأول الرجال: و يورثون منهم جماعه و يحرمون آخريين ممن تورثهم الإماميه، فالذى يرث منهم عندهم عشره لا غير الأب و أبوه- و إن علا- و الابن و ابنه- و إن نزل- و الأخ مطلقا و ابن الأخ للأبوين أو للأب مع فقده و العم و ابنه للأبوين أو للأب و الزوج و المعتق و بيت المال فلا- يرث ابن البنت- و لو أنفرد- ما دام لبيت المال وجود و لا أب الأم و لا ابن الأخت و ابن الأخ من الأم و الخال و ابن الخاله و العم من الأم.

القسم الثانى النساء: و الوارث عندهم منهن سبعة الأم و بنت الابن- و أن سفلت- و الجده، و الأخت، و الزوجه، و المعتقه و لا- يرث غيرهن ممن تورثه الإماميه من النساء فلا- ترث بنت البنت و لا- بنت الأخ و لا بنت أخت و بنت عم و عمه و خاله على النحو السابق ثم يقسمون الجميع إلى أصحاب فروض و عصبات فمن كان له سهم فى كتاب الله فهو من أصحاب الفروض و من لم يكن له سهم فهو من العصبات و من كان له سهم فى حاله و لم يكن له سهم فى أخرى فهو ذو الحاليتين، و الرجال كلهم من العصبات عندهم إلا الأب و الجد؛ فإن لهما حالتان و إلا الأخ من الأم و الزوج فإنهما من أهل الفروض دائما.

و أما النساء فثلاثه منهن عندهم ذوات فرض دائما الأم، و الزوجه، و الأخت من الأم و واحده عصبه دائما و هى المعتقه و البواقي ذات فرض مره و عصبات أخرى فالبنت عصبه- إن كان لها أخ- و ذات فرض أن لم يكن و كذا بنت الابن و الجده عصبه مع الجد أو الأخ و ذات فرض منفردة و الأخت من الأب عصبه مع البنت أو الأخ و ذات فرض بدونهما.

و قالوا إن هؤلاء النساء لسن بعصبه بل يعصبن بغيرهن فالابن يعصب البنت و ابن البنت بنت الابن و الجد أو الأخ الجده و البنت و الأخ يعصب الأخت فالعصبات عندهم أقسام ثلاثه: العصبات بأنفسهم؛ و هو الذكور من العصبات مطلقا و العصبه، بواسطه عصبه، و مطلقون عليه العصبه بغيره.

و هم أربعه من النساء: البنت، و بنت الابن، و الأخت من الأبوين، و الأخت من الأب، و العصبه بواسطه غير عصبه: و يسمونه العصبه مع غيره و هى اثنتان منهن الأخت من الأبوين و الأخت من الأب و أما طريق تورثهم فذو الفرض يأخذ فرضه الأقرب

مقدم على الأبعد و هو مقدم على جميع العصبات فإن ساوى فرضه التركه أو نقصت التركه عن فرضه أخذ الجميع و أن زادت على فرضه دفعوا الزائد للعصبه الأقرب مقدم على الأبعد ذكرنا كان العاصب أم أنثى و لا- يعطونه ذا فرض آخر و أن لم يكن عصبه نقلوا الزائد إلى

بيت المال فإن لم يكن بيت مال يردونه إلى ذوى الفروض على نسبه فروضهم ما عدا الزوجين، و إذا لم يكن ذا فرض يدفعون التركة إلى العصابات الأقرب فالأقرب فيبدءون بالابن إذا انفرد و يحرمون من هو أبعد منه أو هو و البنت ثم ابن الابن أو هو و أخته ثم أبوه، أو هو و الجد و الأخوه مع الأخوات أو بدونها ثم الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب كلاهما مع الأخت العصبه أو بدونها. ثم ابن الأخ من الأبوين ثم ابن الأخ من الأب ثم العم من الأبوين، ثم العم من الأب، ثم ابن العم من الأبوين، ثم العم من الأب، ثم ابن العم من الأبوين، ثم من الأب- و إن سفل- ثم عم الأب من الأبوين، ثم من الأب، و هكذا ثم المعتق أو المعتقه، ثم بيت المال؛ فإن لم يكن فأولو الأرحام الذين هم ليسوا بأهل فرض و لا عصبه.

هذا طريق التوريث المعروف فيما بينهم و أن اختلفوا فى بعض جزئياته، و خلاصته أن ما كان عصبه بنفسه يرث المال إذ انفرد و يرث الزائد لو أجمع مع ذى فرض، و هذا القسم الأول و هو كل ذكر تدلى إلى الميت بلا واسطه أو بواسطه الذكور فلو خلف بنتا و معها ابن ابن أو خالا، أو عما أو ابن عم كان للبنت النصف و الباقي للأدنى من الباقيين و هذا هو العصبه بنفسه و أما العصبه بغيره مطلقا كالبنات و بنات الابن و الأخوات مطلقا فإنهن لا يرثن بالتعصب إلا باجتماعهن مع الذكور فى درجاتهن أو غير درجاتهن فلو خلف بنتين و بنت ابن لم ترث بنت الابن شيئا إلا إذا كان معها أخوا أو ابن ابن أو ابن أخ مثلا و هكذا.

و ظهر بما ذكر انهم يخالفون الإماميه فى مسائل عديده:

منها: إعطاء الميراث للعصبه و أصحاب الفروض و حرمان غيرهم من الأقربين ذكورا و إناثا من التركة مطلقا و يسمى بالتعصيب، و الأماميه لا يحرموا أحدا من الأقرباء بل يورثون الجميع- و أن حجب بعضهم بعضا- بلحاظ الأقربيه.

و منها: دفع الزائد إلى أهل الفروض على نسبه سهامهم، و منها العول إذا انقضت الفريضه فأنهم لا يخصوا النقص بوارث دون آخر و الأماميه تدخل النقص على وراث مخصوصين لا مطلقا و كلها باطله بالإجماع و الضروره من الدين و لقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون إلى آخره فانه ورث الأقرب مطلقا و أن لم يكن عصبه. نعم ربما يقال بإجمال معنى الأقرب لأنه أن أريد به ما كان أقل واسطه يلزم أن لا يورث أولاد الابن مع الأب لأنه أقل واسطه و كذا أولاد الأخوه مع الجد و ابن ابن الأخ مع العم، و إن كان المراد بالأقرب العرفى يلزم أن لا يورث المتقرب بالأب فقط مع التقرب بالأبوين، و لا تورث الطبقة الثالثه من أولاد الأخ مع العم، و لا- الثالثه أيضا من أولاد العم معه، و لا يمكن أن يراد به الأقرب شرعا لفقد الحقيقه الشرعيه، و الظاهر أن المراد بالأقرب أحد الأمرين الأولين و حينئذ يقال: بأن العام خص بعدم حجب بعض الأبعدين للأقرب، أو أنه لما ثبت بدليله أن الأولاد يقومون مقام آباؤهم و الأب كمن ذكرنا أما أقرب، و إما مساو و ولده بمنزلته فيحصل القرب بهذه الواسطه، أو يقال أن أولاد كل صنف يرثون آباؤهم لا الميت و أن أنتقل منه إليهم؛ و احتج المخالفون بحجج استحسانيه لا ترجع إلى محصل كمقالتهم بأنه لو شرع توريث ذوى الفروض أكثر من فروضهم و جاز إعطاء الجميع عند الانحصار و عدم القصر على الفرض لكانوا كغيرهم و لبطلت فائده القصر مع أن الله فرض و قصر فدل على عدم جواز التعدى عنه إلى غير ذلك مما يرد بأدنى تأمل، فإن الفائدة لا تنحصر بعدم جواز الزيادة بل

تظهر في عدم جواز النقص مهما أمكن، و أما مسأله العول فمع أن جماعه منهم قال به هم محججون بما ذكره الأصحاب مما لا مزيد عليه.

الفائده الواحده و الأربعون (في العول):

يلزم من يقول بالعول أن يكون المخرج سته إلى عشره شفعا وترا كأختين و زوج يعطى الزوج نصف ثلاثه و الأختان ثلثان أربعه فيحصل سبعة، و تقسم الستة سبع حصص هذا إذا لم يكن ربع أو ثمن في الفريضة فإن كان فيها ربع لزم أن يكون المخرج اثنا عشر و الزائد عليه وترا إلى سبعة عشر كأبوين و زوج و بنتين يعطى الأبوان أربعه سدسهما و البنتان ثمانية ثلثاهما و الزوج ثلاثه ربع لا- اثني عشر فيحصل خمسة عشر تقسم الاثني عشر إليها فيعال بتلك الثلاثه على الاثني عشر و أن كان ثمنًا في الفريضة فالمخرج أربعه و عشرين إلى سبعة و عشرين كابتين و أبوين و زوجة فإن للزوجه ثلاثه من أربعه و عشرين ثمنها تزيد على الفريضة فحصل بها العول فترفع الأربعة و العشرين إلى سبعة و عشرين حصه و المخرج هي و هو ظاهر و أما عندنا فقد ضبط بعض أصحابنا بأن النقص لا- يدخل إلا- على ذى الفريضتين ممن يرث مما عدا الزوج و الزوجه و لا يحصل إلا بمزاحمتها و الظاهر أن كلاله الأم يدخل عليها النقص بالمزاحمه المزبوره مع أنها ذات فريضة واحده و هي الثلث إلا- أن تجعل بحسب الاعتبار ذات فريضتين.

الفائده الثانيه و الأربعون (في التعصيب):

يلزم من يقول بالتعصيب أن الابن الصلبي في بعض الفروض أضعف سببا من ابن العم كميث خلف ابنا و ثمان بنات فإن للابن جزءين من عشره فلو خلف ابن عم ثمان بنات أخذ ابن العم ثلث العشره و هو ثلاثه، و ثلث عشره أجزاء الواحد و هكذا، و إن الأخت عصبه مع الأخ دون الأب مع أن الأب أولى بالتعصيب، و كذا التزامهم اشتراط توريث وارث بوجود وارث آخر كمن خلف بنتين و بنت ابن عم و عم فأنهم يعطون العم، الثلث فإن كان مع البنت ذكرا في درجتها ورثت مع من في درجتها أو دونها الثلث و أحرم العم، و يلزم من يقول بالعول تفضيل النساء على الرجال في بعض الفروض كما لو خلفت المرأه زوجا و أبوين و ابنا فللزوج الربع و للأبوين السدسان و الباقي للولد، أو خلفت زوجا و أختين لأم و أخا لأب فإن للزوج النصف و لكلاله الام الثلث و الباقي للأخ من الأب فإن اثنان و نصف من سته للولد في الأول و واحد للأخ في الثاني، فلو جعل عوض الابن بنتا و عوض الأخ أختا في المثاليين كان للبنت ثلاثه و جزء واحد من سته و اثنان للأخت في الثاني فيزيدا على الابن و الأخ فأفهم و لاحظ الفروض.

الفائده الثالثه و الأربعون (في توارث الزوج و الزوجه):

الزوج و الزوجه يتوارثان من غير إشكال قبل الدخول و بعده و الخلاف وقع في مسائل.

المسأله الأولى: في استقرار المهر بمجرد العقد قبل الدخول و عدم تنصيفه بالموت فيهما معا.

المسأله الثانيه: في حرمان الزوجه من بعض ما تركه الزوج و عدمه.

المسأله الثالثه: فى نكاح المريض فى عقدها فى المرض و موته قبل الدخول و البرء أو موتها قبلهما و موته بعدها بذلك المرض فهل ترثه و يرثها أم لا؟، أما الأولى: فالأشهر الاستقرار و المدعى للشهره جماعه من المتقدمين و المتأخرين بل ربما يدعى أن عليه الفتوى فى زماننا و خالف فيه مطلقا غير واحد من أفاضل أصحابنا فجعلوا الموت قبل

الدخول كالطلاق قبله من غير فرق بين الزوج و الزوجه و فصل آخرون فخصوا التنصيف بموت الزوجه و ركن الفريقان فى ذلك إلى عده أخبار تفى بالمقصود بل صريحه فيه و حملها الباقون على محامل أوقعها فى النفس، إعراض معظم الأصحاب عنها على وجه لا يحصل الظن من النصوص المزبوره التى يبعد خفاء حالها على نقتها بالحكم بعدم الاستقرار، و عدم الفرق بين الموت و الطلاق فلا جرم من طرحها أو تأويلها؛ إذ لا ريب فى أنها تملك المهر بالعقد و التنصيف لم يثبت فى غير الطلاق و كون الموت مثله فلا- لأن الأخبار به متعارضة فلا أقل من تساقطها فيرجع إلى حكم آيه [وَآتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ] مضافا إلى ترجيح أخبار الاستقرار و إن الموت كالدخول بالإجماع المحكى و الشهره المحققه فى الموتين فلا بعد بالحكم به، و أن مال إليه أو قواه عده من أصحابنا و الرياض من متأخرى المتأخرين قواه تبعاً لهم. نعم الكلىنى (رحمه الله): لم يورد غير نصوص التنصيف و المقنع جزم به فى خصوص الزوج و الشيخ فى التهذيب جزم به و فى النهايه مال إليه فى الزوجه، فالمسأله محل إشكال، و علاج هذا الأشكال بالصلح أو الإبراء أو غير ذلك أوفق مع التمكن منه و مع عدمه حيث يورث الاضرار بالوارث الصغير يلزم الحكم بالاستقرار و إجراء الأثر عليه و لو اختلف المجتهدان يعمل بقول الأفضل و أن قلد أحد الطرفين المفضل و مع التساوى و الترافع ينفذ حكم من ترافعا عنده و أن اختلفا فى التقليد و أن كان الحاكم مفضولاً و رضياً بالتراجع عنده و حكم نفذ حكمه و ليس للفاضل نقضه فى وجه قوى.

و أما الثانيه فلا شبهه فى أن علاقه الزوجيه توجب الأثر فى كل ما ترك الزوج و أن الكتاب على ذلك فمنع الزوجه عن بعض المتروك يحتاج إلى قاطع يقضى به فيخص به عموم الكتاب و السنه القاضيه بالإرث على الإطلاق، و قد أشتهر و صرحت السنه بأن الزوجه لا ترث من رقبه الأرض فى الدور و المساكن و البساتين و الطواحين و غيرها شيئاً بل ينحصر إرثها بجميع ما اشتملت عليه الأرض من الأخشاب و الشجر و الأجر و غيرها- ثابتاً كان ذلك فيها أو غير ثابت- و أن كان طين الأحجار منها لكنه انفصل عنها و كذا مياهها الجارية فيها سواء خرجت منها أم أتمتها من غيرها بشراء و نحوه و كأن عدم إرثها من رقبه الأرض فقط مما لا كلام فيه- و لم يخالف به إلا شاذ من أصحابنا- قيل أنه مسبوق بالإجماع و ملحوق به أما ملحوقيته به فالظاهر أنها محققه، و أما مسبوقيته فلم نتحققها لإطلاق عبارة السابقين بإرث الزوجه من جميع ما ترك الزوج من دون استثناء لكن على كل حال فالظاهر أن الحكم لا- خلاف فيه و أنها لا- ترث من رقبه الأرض مطلقاً عينا و لا- قيمه و ترث من الآلات مطلقاً و الأصل فيه " صحیحہ مؤمن الطاق " المرويه فى " الفقيه " عن أبى عبد الله " عليه السلام " قال: (

سمعتہ يقول لا يرث النساء من العقار شيئاً، و لهن قيمه البناء و الشجر و النخل

(و عنى بالنساء- الزوجه- و بالبناء الدور و ليس فى السند إلا محمد بن موسى المتوكل ممن قيل أو يقال فيه شىء، و هو و أن لم يحك عن الشيخ و النجاشى توثيقه إلا أنه كان من مشايخ الصدوق و وثقه الفاضل و ابن داود و لا يقصر حاله عن إبراهيم بن هاشم المقبول روايته و يكفى فى الروايه أن عمل الأكثر عليها نعم ظاهر أكثر من أفتى بحرمانها من رقبه الأرض عدم التفرقه بين كونها ذات ولد أم لا. و فصل آخرون و اقتصروا فى الحرمان على غير ذات الولد من الزوج، و أما هى فترث من جميع التركة بلا استثناء، و ظاهرهم كونها حين القسمه غير ذات ولد فلا عبره أن ولدت و مات ولدها قبل فوت الزوج أو قبل القسمه بعده و أن كان الأخير مشكل على الاستثناء، و إلى

عدم حرمان ذات الولد ذهب جمع من أفاضل أصحابنا، و الظاهر أن مستندهم في ذلك الجمع بين "صحيحه بن يعفور" الناصه على أرث الزوجه مطلقا من المتروك مطلقا و بين الصحاح التى نصت على حرمانها مطلقا و بين مقطوعه ابن اذنيه المفصله ورد هذا الجمع الموجب للتفصيل غير واحد بأنه لا شاهد له لأن المقطوعه لا تصلح للتخصيص و الصحيحه لم يعمل بها الأكثر و حملوها على التقيه فالأوفق بمذاق الفقاهه هو الحرمان مطلقا، أو عدمه مطلقا، و حيث أن الثانى كما ترى يخالف قول المعظم من نقده الأخبار فالمتعين هو الأول و عليه فهل لها قيمه الآلات الثابته أو هى بالخيار بين أخذ القيمه أو العين أو لها أخذ العين حيث لا ضرر و معه ليس لها ذلك؟ و على فرض منعها من العين مطلقا، أو مع عدم الضرر فهل لها إبقاء حقها و أخذ منافعه بأجره مثله أم ليس لها ذلك أوجه و احتمالات و أقوال أقواهما حرمانها مع الولد و غيره من الأرض عينا و قيمه. إما عينا فلما مر و إما قيمه فلاذن التوريث من القيمه ليس أمر وراء التوريث من العين، و إنما هو مرتب عليه فيكفى فى عدمه الإجماع على عدم الأرث من العين فلم يثبت هنا أمران وقع الإجماع على أحدهما فيبقى الآخر بحاله بل يذهب أحدهما بذهاب الآخر، فإن حكم التوريث حكم وضعى مرتب على الموت بجعل الشارع، و حكم تبعيه القيمه للعين حكم مرتب على مالكيه العين سواء كانت بالتوريث أم غيره. ثابت قبل الموت المورث كما أنه يقوى أيضا إعطاؤها حقها من قيمه الآلات و الأبنيه وفاقا للمشهور و دفعا للضرر و لو لا ذلك لكان القول بأخذها العين متجها و ليس لها أيضا إبقاء حقها و أخذ منافعه- لو اختارته- كل ذلك لوجوب العمل بما لم تعرض الأصحاب عن العمل به من الأخبار.

و اعلم أنه لا فرق فى الدور بين ما يسكنه الزوج منها و غيره، ثم المرجع بين الآلات المثبته و غيرها إلى العرف فما حكمت بأنه من الآلات حكم به و إلا تأخذ حقها من عينه فمثل أوانى الصباغ المعده لحانوته و المسبك، و الحمام من القدور، و الحبال، و بعض الأخشاب التى لا- تنفك عنها، و ليس للعين قوام بلا- وجودها و أن كانت مفصوله يحتمل إجراء حكم الآلات عليها، و يحتمل العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على الثابت من التوابع و الآلات لا مطلقا و مثله حجر الطاحونه و الشاذروان الذى فى الحياض، و ما انفصل من الآلات بعد الموت بانهدام و غيره، و الاحتياط مطلوب فى الجميع و لا يدخل فى الشجر الزرع و لا ثمار الشجر و النخل لو كان يانعا عند الموت بل تأخذ حقها من عينه و أن حصل عليها الضرر قبل بلوغه و ليس لها إبقاؤه بلا أجره إلى حين البلوغ و أما المياه التى فى المصانع و القنوات و الثلوج المدخره لبعض المنافع فى الأراضى قبل موت المورث فلا يدخل بالآلات المثبته قطعاً فتأخذ إرثها و أما ما يخرج بعد موت المورث فلا حق لها فيه لأنه من توابع الأرض الذى لا يملكه الميت قبل خروجه منها، و هل إعطاء الورثه للقيمه على سبيل الرخصه أم لا؟ بل يلزمهم إعطاؤها و يلزمها القبول و جهان و تظهر الفائده فيما لو سمح لها الوارث بالغير فامتنعت و أرادت القيمه، فذهب جماعه إلى وجوب إعطاء القيمه عليهم و استقرب آخرون العدم فلو امتنعوا من دفع القيمه لهم ذلك، و الظاهر من الأخبار أن حقها هو القيمه فلو لم ترض بالبدل لها ذلك لأن المستفاد من اللام الظاهره فى الاختصاص و التملك فى بعضها مثل لهن و للمرأه و لأنه المفهوم من الحصر بالاستثناء و الاستدراك ب (لكن) فى قوله [ع]]

إلا أن يقوم

[و القيمه)

إلا قيمه فلان

(و)

لكن يقوم

(ولأن حمل المجمل على المبين لو منع من الظهور قاعده ذكرها الأصوليون و ركن المخالف إلى أن الباعث و العله فى الحكم هو عدم تضرر الورثه فلو حصل منهم الرضا أو

كان فى القيمه ضررا عليهم فلا يستفاد حكمه من النصوص و بان ورود أخبار الحرمان فى مقام تعيين العين فلا تفيد سوى إباحه القيمه فهى كالأمر الوارد مع توهم الحظر و بأن ذلك يوجب العمل بعمومات الأثر بالنسبه إلى الأبنيه و الآلات من دون تخصيص أو تقييد لها فيكون الرخصه فى التقويم حكما أخرا ثابتا غير مناف للأول كالأذن للمالك للنصاب فى الغلات بجواز شرائه قدر الزكاه منها و إعطاء القيمه فإنه لا ينافى تعلق حق الفقراء بالعين، و لا يوجب تخصيص ما قضى به فكأن الشارع ورثها من العين و لكنه جوز الابتياح القهرى و إعطاء القيمه لها لحكمه.

و نوقش فى الجميع بخلو أكثر الأخبار عن التعليل بالضرر و أن تخلف العله فى النادر لا- يورث خلا- فى التعليل القاضى بالوجوب لابتناء الحكم على الغالب مثل تعليل مشروعيه العده من جهه عدم اختلاط الأنساب المفقود ذلك فى بعض النساء قطعا. و بأن ورود الأخبار مع عدم القرينه يلزم أن تكون فى مقام بيان الحكم. بل الظاهر ورودها فى مقام توهم المنع عن القيمه أيضا و بأن التخصيص للعمومات أكثر من عدمه مع أنه لا مفر منه فى مثل قوله [ع]:]

لا يرثن من العقار

[الشامل عرفا للأبنيه على أن الرخصه لو سلمنا أنها لا توجب التخصيص و لكنها توجب ابتياح القهرى- و هو خلاف الأصل- و لو لم نقل به فأى معنى لعدم ارتكاب التخصيص فى العمومات إذ لا مخصص و لا مخصص، فيكون حكم الزوجه حكم باقى الورثه لا- حكم الديان لو تعلق حقه بالعين و الوارث أراد دفع القيمه لكنك قد عرفت بأن الزوجه لا خيار لها و أن حقه أنتقل إلى القيمه فلا يمكن جبرها على أخذ العين التى لا تعلق لها به من قبيل تعلق حق الشريك فى العبد الذى أعتق أحد الشريكين حصته فيه و كان موسرا فإنه ليس له إلا القيمه.

و أما طريق التقويم هو أن تقوم الأرض فارغه ثم يفرض اشتغالها بما يريد تقويمه من الشجر و البناء إلى أن يفنى و يدفع للمراه حقه من قيمه ما عدا الأرض من ذلك أو تقوم الأرض على تقدير فراغها مما فيها من الشجر و غيره ثم تقوم هى مع ما فيها بقيمه واحده و يطرح القيمه الآلى من المجموع و تعطى الزوجه نصيبها من الباقى و الأول أوفق لإمكان أن تزيد قيمه الأرض باعتبار شغلها فتأخذ أكثر من حقه. فظهر مما ذكرنا من كون الزوجه لا حق لها فى العين أنه بمجرد الموت يتعلق حقه بزمه الورثه بالقيمه لتعلقها بدممهم و لا تعلق لها بالتركة أصلا و بالمره لوجوب الإعطاء لها الذى لا بد من تعلقه بمكلف و ليس سوى الوارث و الأصل عدم وجوبه من مال معين أو من متروكات الميت و القول قول الورثه فى مقدار القيمه لا قولها على الظاهر و لو لم يملك المورث سوى آلات أرض موقوفه أو مغروسه فى ملك الغير فلها القيمه أيضا و كذا لو لم يملك الوارث سوى الآلات و الأرض المشغوله بها و تعذر البيع تأخذ حقه منها و ليس ذلك من باب الأثر بل من باب الاستيفاء.

و اعلم أنا لو حكمنا بالتفصيل بين أم الولد و غيرها فى الحرمان و عدمه و قصرنا الأول على الثانيه و الثانى على الأولى و اجتمعتا فقيل؛ أن ذات الولد تعطى الثمن من الأبنيه و الأشجار و الأرض بأسره و تمامه و أن ضررتها ترجع عليها بنصف ثمن قيمه الآلات لا على الورثه كذا قيل و الظاهر أن رجوع غير ذات الولد على ذات الولد دون الورثه عادم للدليل فالأحرى أن تأخذ ذات الولد الثمن من جميع المتروكات، و تأخذ الثانيه حقه و هو القيمه من الورثه جميعا، و منهم ذات الولد إذ الثابت بالآيه و الروايه

للزوجه الثمن فيقتضى أن يتعدد بتعدد الزوجات لكن حيث قام القاطع على اشتراك الزوجات في الربع أو الثمن

علمنا به غير أن شموله لمثل ما نحن فيه ممنوع فيبقى على أصل المقتضى فلا يكون به شركه و حينئذ لذات الولد ثمن غير الأبنيه و الأشجار، و للأخرى قيمتها و ترجع فيها على الورثه مطلقا لعدم الدليل على الاختصاص، و لتبادر تعلق قيمه على من يجوزه المقوم و يختص به، و الفرض أن الذى حازه جميع الورثه فترجع عليهم لا خصوص ذات الولد فليفهم.

الثالثه قد استثنى أكثر الأصحاب من عموم التوارث بين الزوجين صورته ما لو عقد المريض على امرأه و لم يدخل بها، ثم مات فى مرضه بأنها لا- ترث و ظاهر جماعه التردد فى الحكم لا- الجزم بعدمه و الأصل فيه الأخبار المصرحه بتوقف الأثر على الدخول و التصرف المدعى بالدخول بأن المراد منه أن تدخل عليه و تضاعفه و تخدمه خروج عن ظاهر معناه على أن الأصحاب لم يحتملوا هذا فى النصوص- و هم أدري بها من المحتمل- و حيث أن هذه الأخبار ناصه على الحكم و معمول بها يلزم تقديمها على عمومات أرث الزوجه و لا وجه للتعارض و أن قال به فى الكفايه. نعم ربما يدعى أن بين هذه الأخبار و بين بعض ما أوجب أرث الزوجه على الإطلاق عموم من وجه فيحصل التعارض فى الموجه الجزئيه لكن المرجح موجود على فرضه و لا يضر وقوع بطلان العقد فى بعضها لأن المراد ببطلان العقد فيها طرو المزيل عليه فيكون فى حكم المترزل المشروط لزومه بالدخول أو البرء أو فى حكم اللانزم الطارئ عليه الفسخ لا- البطلان و عدم صحه العقد حقيقه و إلا لما جاز وطؤها له، و هو خلاف المصرح فيه بالنصوص. و أما لو ماتت هى فى مرضه فهل له المطالبه بإرثها حين المرض أو ينتظر برأه أو موته؟ و على فرض الموت هل يرثها أم لا؟ وجهان و لا يخلو أرثه لها من قوه على التقديرين لأصالة اللزوم فى عقد النكاح الصحيح فتترتب عليه أحكامه و لا- يفسخ إلا- بالموت المنصوص عليه و لو سلم التزلزل فإنما هو باعتبار موت الزوج فى مرضه قبل الزوجه لا مطلقا و هو منفي فيما نحن فيه بل تحققه مستحيل لعدم موت الزوج الكاشف عن بطلانه قبل الزوجه فيلزم، و تترتب عليه فائدته.

و جزم شيخنا فى الجواهر: بعدم الأثر؛ لأن المعلوم من قاعده العقود كفايه البطلان من أحد الطرفين فى فسادها و هو كذلك أن استفيدت تلك القاعده من الأخبار بحيث يلزم العمل عليها. نعم لا إشكال فى أنه يرثها إذا تزوجها مريضه فماتت بذلك المرض قبل الدخول لعدم المانع و بطلان القياس كما أن الظاهر فى لفظه (فى) الأخبار هو السببيه فلو صادفه قتل أو غيره غير المرض الذى هو فيه فماتت به ورثته قضاء للعليه، و يحتمل إرادته الزمانيه من (فى) فلا ترثه و المتجه الأول، و فى الثانى قوه لأن الجار حقيقه فى الظرفيه و لو مات فى مرض آخر بعد برئه من الأول قبل الدخول فالوجه صحه النكاح و الإرث، و المطلق من الأخبار يقدر فيه القيد أخذا بالمتيقن إلا أن يدعى قيام القرينه بورود المقيد لبيان ذكر الفرد لا دوران الحكم يدور مداره، و فى اشتراط كون المرض مهلكا أو لا- أو حصل مرض بالآخر أو زاد أو اشتركا فى الهلاك أو تمحض الموت بالآخر أو بالزياده وجهان و عدم الأثر لا يخلو من قوه.

الفائده الرابعه و الأربعون (فى إرث الديه):

الديه فى حكم مال الميت يقضى بها ديونه مطلقا للخلاق و المخلوق، و ينفذ منها وصاياه مطلقا سواء كانت فى قتل العمد أو الخطأ نعم ليس للوارث منع مساويه من القصاص و جبره على أخذ الديه و كذا الديان، و يرثها فى العمد و الخطأ كل من يرث غيرها من أمواله

بلا- شبهه في ذلك، و الأخبار مصرحه به، و استثنى من ذلك الأخوه و الأخوه للأُم في أخبار صحيحه معمول بها و ألحق غير واحد بهما سائر من يتقرب بالأُم و الوجه الاقتصار على موضع النص، و في منع الزوجين، منها روايه ضعيفه بالسكوني- لم يعمل بها الأ-كثر- و لو قتل أحد مورثه و قتله وارثهما ورث الاثنين، لكون القتل بحق، و يحرم الصبي و المجنون من الإرث لو قتلا و ألحقهما بعض بالقاتل خطأ، و النائم كالعامد صرح به " القواعد"، و الضارب ضربا يحصل به الموت إن أثبتته مشروعا ورث و إلا لا يرث.

الفائدة الخامسة و الأربعين (في مفهوم الحجب):

مفهوم الحجب لا يختص بمواضع معينه لثبوته في حق كل وارث لولاه لورث الآخر لكنهم خصوه في الإرث بمواضع:

منها: حجب الولد- و إن نزل- فإنه يحجب الأبوين عما زاد عن السدسين أو أحدهما عما زاد عن السدس إلا في البنت الواحده العاريه عن الأخوه الحاجبه للأُم مطلقا أو أكثر من الواحده مع أحدهما. ففيه خلاف للاسكافي لروايه، و المشهور أن الزائد من الفريضه يرد على الجميع لا خصوص البنت أو البنيتين.

و منها: حجه للزوج و الزوجه من النصف إلى الربع و منه إلى الثمن في الزوجه.

و منها: حجب الأخوه فأنهم يحجبون الأم- عما زاد عن السدس بالفرض و الرد في القول إذا كان للميت أخوه فلو مات ولد له أخوه أخذت أمه السدس، و ورث أبوه الباقي على المشهور لكن بشرط أن لا تكون الأخوه أقل من ذكرين أو ذكر و اثنيين، و أن لا- يكونوا أرقاء و لا- كفره و لا- قتله على قول مشهور في الأ-خير، و لولاه لكان الأخرى الحجب لإطلاق الأخوه في الآيه و الروايه عليها، و كونها لا- عموم فيها لأنه جمع منكر في سياق الإثبات فهو مطلق، و شموله للقتله غير معلوم لا- يجدى لقول الصادق " عليه السلام" في روايه ابن بكير: (

إلا مع الولد و الأخوه

(فعبر بالجمع المعرف المفيد للعموم على أن الإطلاق كاف و تعلق الحكم بالماهييه المطلقه و إن كان لا يفيد لحوقه للمطلق في جميع أوقات وجوده لكن لمكان (إذا) في الصحيحه و الموثقه الظاهره في العموم يثبت المطلوب، و دعوى دخول القتل في الأرقاء و الكفره حكما لا دليل عليه و أن توافقا في بعض الأحكام كخيال عدم صدق الأخوه شرعا على القتل، و يشترط أيضا حياه الأب، و نقل الاتفاق عليه و لم ينقل الخلاف إلا عن بعض الأصحاب و ظاهر الصدوق، و يقضى به ظاهرا الآيه و صريح الروايه، و إنكار ظهور الآيه التي هي الأصل في هذا الحكم؛ بأن غايه ما يستفاد منها هو الحكم في صورته وجوده و أما كونه شرطا فليس غير مسلم لأنها و أن لم تكن نصا في حياه الأب لكن الحكم في صورته وجوده فيبقى غيره على إطلاق ما دل على أن لها الثلث على أن لفظه إلفاء في الجملة الشرطيه أما رباطه الجزاء بالشرط على أن يكون مجموع جملتي الشرط و الجزاء جزء للشرط المحذوف الذي يدل عليه الأول، و هو قوله تعالى: [فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَّرِثَهُ أَبَوَاهُ] و أما عاطفه فعلى الأول يحتمل اشتراطها بانتفاء الولد فقط أو مع أن يرثه أبواه فلا يثبت إلا طلاق و على الثاني تكون معطوفه على الشرطيه المذكوره فحينئذ

يحتمل أن يكون التقدير فإن كان له أخوه و ورثه أبواه فتكون مخصوصه أيضا، و يحتمل عدم تقدير المعطوف فتكون مطلقه و هو أظهر من التقدير.

و على كل حال فلا- ينكر ظهورها فى الا-شتراط بضميمه الأخبار الناصه عليه، قيل و لا فائده مهمه فى هذا النزاع لأن الأم مع وجود الأب لها السدس بالاتفاق و مع فقده تحوز جميع المال فرضا وردا.

أقول تظهر الفائده فيما لو نقلت فرضها بأحد النواقل أو نذرته لأحد أو لجماعه فهل يستحق المنتقل إليه سدس المال أو ثلثه؟ و هى فائده جسيمه و هل تحجب الاخوه الرد عما زاد عن السدس لو خلف الميت أبوان و بنت بنت و أخوه؟ فيختصر الرد بالأب الظاهر العدم، و عليه الاتفاق و سننبه عليه، و يشترط رابعا أن يكونوا لأب و أم فلا تحجب كلاله الأم بلا مخالف عدا المخالف.

و خامسا انفصالهم فلا يحجب الحمل و إن كان متمما للعدد مطلقا فى المشهور و تردد فيه " المحقق " و جعل " الشهيد " عدم حجته قولاً و لعله لأصالة عدم اشتراط الانفصال و عموم أدله الحجب و الأول موقوف على ثبوت المقتضى و الشك فيه و العموم ممنوع فيقتصر فى الحجب على القدر اليقيني، و منه يعلم اشتراط حياتهم عند موته و عدم قيام أولاد الأخوه مقام آبائهم، نعم يحجب الغائب إذ لم يقض بموته، فلو بان موته قيل يرجع بالزائد، و لو حكم الحاكم بموته فى مقام التأجيل كان بحكم الميت فى عدم الحجب و أن تبين الخلاف فى الرجوع بالزائد أشكال، و فى مقام الاشتباه فى تقدم الموت و عدمه مطلقا حتى فى الغرقى لا- يحكم بالحجب لأن المتيقن فيه حيث أنه على خلاف الأصل هو العلم بحياتهم فيكفى الشك فى عدم الحجب، و توقف فى الدروس فى الغرقى من جهه أن فرض موت كل منهما يستدعى كون الآخر حيا و الأظهر ما قلنا.

الفائده السادسة و الأربعون (فى الدين المستوعب التركه):

لو كان على الميت دين يستوعب التركه، قيل أن التركه لا تنتقل إلى الوارث بل تبقى على حكم مال الميت و عليه غير واحد من أفاضل أصحابنا، و قال آخرون بالانتقال إلى الوارث و أتفق الفريقان على عدم جواز القسمة قبل وفاء الدين و إن كان الدين بذمه الوارث و ظاهر الآيه و صريح بعض الأخبار عدم الانتقال و أن كانت نصوصه المستدل بها تقضى بعدمه و لو لم يستوعب الدين- و هو خلاف المشهور- لكن ذلك لا يوهن الاستدلال بها، و لا يتوجه على ظاهر الآيه حيث أن المقيد فيها بالتأخر هو تملك الورثه سهامهم من مجموع ما ترك، و لا- ريب فى توقفه على عدم الدين و أن لم يستوعب لكن يمكن دعوى ظهور الآيات فى تأخر قسمة الأثر عن الوصيه و الدين لدفع توهم مزاحمته لهما فتقسط التركه على الثلاث فمساق الآيه مساق ما ورد من أنه يبدأ فى الكفن، ثم الدين، ثم الوصيه، ثم الأثر، و ليست فى مقام حكم تملك الورثه حتى يفيد بأنه بعد الوصيه و الدين، و كيف كان فقد جنح كل من الفريقين إلى أدله يمكن الذب عنها كاعتناق بعض أقارب الوارث عليه، كما لو قيل بالانتقال إليه و لا تقوله الأكثر، و كالتفكيك بين النماء و الأصل فى جواز تصرف الوارث به دونه، و جنح من قال بالانتقال إلى إطلاق آيه الأثر و سببه الهلاك للانتقال فى قوله تعالى: [إِنَّ امْرَأَتَهُ هَلَكَتْ] و بان الميت لو مات عن ولدين و مات أحدهما بعده و له ولد لم يرث الولد و لم يشارك عمه لو أبرأ الديان بعد موته ذمه الميت أو تبرع بوفاء دينه الأجنبى أو الوارث من ماله، و بأن يمين الوارث لا يمكن إذا لمورثه دين عند أحد، و عند الوارث شاهد واحدا و لا يمين لإثبات مال الغير و بأنه لو لم ينتقل للزمه أحد محاذير باطله بالعقل و النقل أما خروج التركه عن الملك أو بقاء المتروك بلا مالك أو كون الميت مالكا له و انتقاله لغير الورثه إلى غير، ذلك مما استدل به المتخصصان و رد كل دليل

الأخر بما لا فائده في ذكره، و الأوفق في النظر الالتزام بالانتقال إلى الوارث مع التحجير عليه إلى وفاء الدين إن أمكن أو يبعه له و إعطاء الدين، إذ لا ريب في تحقق الوراثه الفعلية شرعا و عرفا لجميع التركة بعد إيفاء الدين من الخارج أو إبراء الديان أو تبرع الأجنبي، و ليس معنى الوراثه إلا- انتقال المال من المورث إلى الوارث فلو خرج المال بموت المورث عن الملكيه لم يتحقق إذ الوراثه هو الانتقال بلا واسطه، و لذا لو باع الوصى شيئا من الموصى به إلى الوارث لا يسمى وراثه، و مع ذلك فالمسأله مشكله و تظهر الفائده في النماء فإنه ليس للديان فيه حق لو قيل بالانتقال إلى الوارث، و في مستثنيات الدين لو ملك الوارث منها شيئا من تركه أبية بعد موته فلا- يتعلق بها حق للديان، و في أخذ الوارث التركة و أداء الدين من غيرها و غير ذلك فقط أن عمدته أدله الانتقال هو محذور لزوم بقاء الملك بلا- مالك و امتناعه و هذا الامتناع المذكور و لا ريب في كونه غير عقلي و كونه شرعا لا يثبت إلا بدليل شرعى و ليس على الاستحاله المطلقة نص و لا إجماع، و حمل الآيه على الملك المستقر بعد الوصيه و الدين فلا ينافى الملك المترزل إنما يصح بعد ثبوت الناقل للمال المتروك على وجه التزلزل و هو غير ثابت، و ظهور اللزوم في الملك المستقر لا يفيد لانتفاء ما يدل على المترزل، فلا مانع من بقاء المال على حكم مال الميت و لا محذور فيه. و منه يظهر عدم جواز التصرف فيما قابل الدين من التركة و وجوب عزله حتى يقضى و عليه جماعه و هو الأوفق بالاعتبار، و قيل بعدم جواز التصرف في جميع المال، و أن وفي بالدين بعضه. و قيل بالعكس و التزام الوارث بالدين لكن لو عزل من المال ما قابل الدين فتلف بآفه سماويه لا يمنع ذلك من ضمان الوارث له، و لا يكون سبيله سبيل الأمانه لوجوب التعجيل في أداء الدين و إيصاله إلى صاحبه أو وكيله و لو للحاكم الشرعى.

الفائده السابعه و الأربعون (في كيفية الإرث):

إشاره

اتفق الأصحاب على الترتيب في الأثر فلا- يرث مع الآباء و الأولاد و أن نزلوا أحدا من الأقارب نسبا بل المال لهم تعددوا أو اتحدوا فرضا و ردا، كما أنه لا يرث مع الأجداد و الأخوه أحد- و أن نزل- الأخوه و علت الأجداد فهم مقدمون على الأعمام و الأخوال المقدمين على ولاء المعتق المقدم على ضامن الجريره المقدم على الامام. و هذا مما لا ريب فيه و لا إشكال إنما الإشكال في بعض ما أختلف فيه و هو عدده أمور منها فيما يتعلق في الطبقة الأولى من الأثر و هم الآباء و الأبناء

و فيه مسائل.

المسأله الأولى: المال كله للأب مع انفراده بلا كلام،

و للأب مع انفرادها الثلث و الباقي يرد عليها عندنا خلافا لأهل السنه و الجماعه فأنهم يعصبون كما ذكرنا و لو أجمع الأب و الأم اختصت هي بالثلث و الباقي للأب فرضا و قرابه، و لو حجبتها الأخوه عن الثلث إلى نصفه كان السدس ردا على الأب و لا ترث الأخوه شيئا، و في روايه ابن عباس لهم السدس الذى حجبوها عنه، و هي متروكه، و لو أنفرد الابن فالمال له، و على البنت فعلى ما فرض الله، و مع التعدد هم سواء في المال، و البنت المفردة لها النصف فرضها و الباقي ردا، و كذا البنتان لهما الثلثان فرضا، و الباقي ردا، لكن الفضل بن شاذان و الحسن جعلوا البنت و البنيتين عند الانفرد كالابن في انتفاء الفرض و خصا النصف و الثلثين

بحال الاجتماع و لو اجتمع الآباء و الأولاد فعلى ما فرض الله السدسان لهما و الباقي للأولاد و لا يرث أحد من الأقارب مع وجودهم على المشهور، و يظهر من الصدوق و شذمه من

أصحابنا المخالفه حيث (شركوا الجددين و الجدتين مع الأبوين و البنت) و جعلوا لهم الفاضل من سهام الأبوين و البنت و شركوا الجد للأب معه و للأُم معها استنادا إلى بعض المعبره التي بعد فرض صراحتها يكفي في عدم العمل بها أعراض الأصحاب عنها، و تحقق الاتفاق على العدم بل أستقر عليه المذهب في زماننا.

المسأله الثانيه: المشهور أن أولاد الأولاد يرثون مع الأبوين نصيب آبائهم معهما و أن نزلوا

و خالف الصدوق و بعض من تبعه كالوافي في ذلك فحكم بعدم أرثهم إلا بفقد الجددين معا، و يكفي أحدهما في حجبهم مستدلا بصحيحه الحلبي عن الصادق " عليه السلام " قال: (

بنات الابنه يقمن مقام الابنه إذا لم يكن للميت بنات و لا وارث غيرهن و بنات الابن إلى آخره كذلك

و صحيحه الخراز:)

كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يحرمه إلا أن يكون وارث للميت أقرب منه

(دلت الأولى بعموم النكره على اشتراط قيامهن مقام الابنه و الابن على انتفاء الوارث مطلقا خرج غير الأبوين و الأولاد بالإجماع، و فيه احتمال أن يكون و لا- وارث غيرهن معطوفا على الابنه أى و لا- وارث من الصلب غيرهن أو أن المعنى أنهن يقمن مقام الابنه لا مطلقا بل إذا لم يكن ابنه للميت غير أمها لأنها تقوم مقام أمها و أن وجدت ابنه للميت من غير أمها فهو وارد لبيان حكم آخر، و كذا ابن الابن فيها أو المراد بالوارث فيها الأعم من الطبقة الثالثه يعنى أن بنت الابنه و أن كانت بنت بنت الابنه لا ترث الابنه مع وجود الأقرب أو أن المراد من (لا) لئفى الجنس لا لتأكيد النفى فيكون المعنى أنه مع فقد الابنه لا وارث للميت غيرهن فيفيد انحصار الوارث بهن و يخص بما إذا لم يكن أب و أم و زوج أو أن المعنى: أنها ترث كل المال إذا انتفى جميع من يشار كهما من الأب و الأم و الزوج، و لعل المقام يقتضى الإجمال كما نبه عليه (الحر العاملى)، و زاد فى الاستدلال بقرب الأب إلى الميت من ابن الابن لأنه بمنزله الابن، ورد بأن القرب ملحوظ حيث يكون الصنف متحدا لا مطلقا، و الأقرب من أحد الصنفين لا يمنع الأبعد، و لذا شارك الأخ الجد و أب الجد الأخ لكونها صنفان، و أن عموم تقديم الأقرب مخصص و له أيضا أن ابن الابن يساوى الجد، لأن نسبه كنسبه و الجد لا يرث مع الأبوين و أن الأبوان متساويان بالنسبه مع الولد حكما و أن الولد حجب ابنه فكذا الأب يحجب ابن ابنه. و فيهما أنه مناسب- و هو باطل عندنا- و ان التساوى فى بعض الوجوه لا- يلزم التساوى من كل وجه، و رده بعدم موافقه المعظم له أولى من التمثل فى رده لظهور الخبرين بما يدعى. نعم روايه زراره صريحه فى المطلوب و مثلها الخبر المروى عن دعائم الإسلام، و ضعفها منجبر بعمل الأصحاب. و بأن أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم فى عدّه أخبار منها)

بنات الابنه ترثن إذا لم تكن بنات كن بنات البنات

(دلت بعموم الشرط على قيام ابن الابن و البنت مقام الابن و البنت عندهما فيشمل حال وجود الأبوين و التخصيص عار عن

المخصص المتيقن، و ما قاله الصدوق (رحمه الله) من عدم توريثهما مع وجود الأبوين يستلزم عدم قيام ابن الابن مقام أبيه على أنه لو كان قيام ابن الابن أو ابن البنت مشروطا بفقد الأبوين لزم قيام غير الشرط مقام الشرط، فإن عدم الولد جزء للشرط فيكون الشرط مركبا من عدم الأبوين و الولد و جزء الشرط غيره، و القول بأن جزء الشرط يفيد فائده الشرط من اقتضائه العدم عند العدم دون الوجود عنده فلا محذور، و لا يلزم قيام غير الشرط مقامه مدفوع بأن ذلك في حكم غير ما حكم الشارع بوجوده عند وجود شرطه، و أما ما حكم بوجوده فيلزم منه الوجود عند الوجود و ما نحن فيه كذلك، فإن الشارع حكم بالقيام عند فقد الأبوين و للإرث فيدور مداره وجودا و عدما أشبه شىء بالعله على أن إطلاق قيام الأولاد

مقام آبائهم يشمل أولاد الأولاد و لو مجازا راجحا، فقد حكم جماعه بتقدمه على الحقيقه من حيث تداوله فهب أن ولد الولد يصدق عليه نفى الولد لكن شيوع استعماله فيه يكفى و على أى حال لولا الشهره و شهره العمل بروايه زواره لأمكن أن يكون لقول الصدوق وجه و الله العالم.

المسأله الثالثه: فى قيام الأولاد مقام آبائهم:

المشهور قيام أولاد الأولاد مقام آبائهم فيرث ولد الولد و أن كان بنتا حظ الولد من أبيه سهمان، و ولد البنت و أن كان ذكرا نصيبها من أبيها سهمها واحدا، و هكذا تعددوا أو انفردوا و خالف العماني و السيد و المصري و الحلى: فذهبوا إلى أنهم كآبائهم بالنسبه إلى الميت فلا اعتبار بتعدد الطبقات- و أن نزلت- فلو خلف الابن بنتا و البنت ذكرا كان للذكر مثل حظ الأنثيين قال فى المفاتيح و لا يخلو من قوه و فى الكفايه، و لا يبعد ترجيحه و قربه المقدس الأردبيلي. للمشهور عده أخبار أصرحها روايه زواره، و صحيحه ابن خالد، و فى الأولى فإن لم يكن له ولد و كان ولد الولد ذكورا كان أو إناثا فأنهم بمنزله الولد و ولد البنين بمنزله البنين يرثون ميراث البنين و ولد البنات كذلك و فى الثانيه كان على " عليه السلام ")

يجعل العمه بمنزله الأب فى الميراث و الخاله بمنزله الأم فيه إلى آخره

(، و صحيحه الخراز و فيها)

كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجربه

(إذ كونهم بمنزلتهم أى فى مقدار الأثر أو فى جميع الأحكام لا فى مطلق الأثر و لا فى الحاجبيه و المحجوبيه لخلو التفصيل عن الفائده و لعدم التنزيل فى الثانى فيتمحض ما قلناه، و بالمعتبره الناصه بأن أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم و أولاد البنات كذلك مقامهن الظاهره فى إرادته التنزيل فى أصل الأثر و كفيته و الحجب لا فى أحدها و إلا لاكتفى الإمام بذكر الأولاد فقط من دون ذكر الفريقين فإنه تطويل بلا فائده و ركن السيد و من لحقه إلى صدق اطلاق الأولاد عليهم فى [يُوصِيكُمُ اللَّهُ] و غيرها [وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ] فإن حرمة زوج الجد مما لا خلاف فيها بهذه الآيه فتقضى بأن أب الأب و الأم أب حقيقه فيكون ابن الابن ولدا حقيقه للتضاييف و كذا و حلائل أبنائكم و بناتكم فى حرمة نكاح زوجه ولد الولد من جهه الأبنيه و كذا آيه [أَبْنَاؤُهُمْ] أو [أَبْنَاؤُهُمْ] فى حليه النظر لابن الولد إلى زينه جدته و زوجه جده و مثله قوله تعالى: [فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصِّينَ بِهَا] أو [دَيْنٍ] وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ] إلى آخره فإن الولد فى كل هذه الصور شامل بإطلاقه لولد الولد و الأحكام المذكوره مرتبه عليه، و كذلك الأخبار المحرمه نكاح الأولاد على أولادهم و ركن إلى أصله الحقيقه فى الاستعمال أو إلى انقسام المال بين أولاد الأثنى بالتفاوت و الاستدلال بآيه [يُوصِيكُمُ] إلى آخره و أجاب المعظم عن جميع ذلك بأن الاستعمال أعم و القرينه موجوده، ثم أن السيد الزم المشهور بأمور:

منها: زياده نصيب البنت على ابناء الابن فى بعض الفروض- و هو ممنوع- كما نطقت به بعض الأخبار و منها لزوم توريث البنت أو البنتين الجميع خلاف ما صرحت به الآيه و منها أخذ الولد من أبناء البنت مثلى ما تأخذ الأثنى و لا دليل له سوى الآيه.

و أجاب المشهور من هذه الإلزامات بإلزامه بها أيضا في أولاد الأخوة و الأخوات مع أنه يقول هناك بخلافه هنا و كلما يجب به يكفينا في جوابه هذا، و على كل حال فالمتبع قول الأكثر، و خلاف السيد منقرض و أدلته منظور فيها و الله العالم.

المسألة الرابعة: أولاد البنت كأولاد الابن في التفاوت في نصيبهم على المشهور،

و نسب الخلاف في أولاد البنت إلى القاضى و الشيخ و غيرهما، و أنهم مثل كلاله الأم يقسمون بالسوية و أن هذه قاعده شرعيه في كل متقرب بالأنثى إلا ما خرج. قالوا: لا يكون نصيبهم نصيب آبائهم إلا إذا لم يصدق الولد على ولد الولد و حينئذ فلا تشمل الآيه و لا تصلح دليلا على القسمة بما ذكروا فتخلو القسمة عن الدليل، و يحكم بالتساوى في أولاد الأنثى لعدم المرجح، و لأن أخذه نصيب أبيه فرع عدم صدق الولد عليه، و يكفى في رد هذا القول متروكيته كما في " الشرائع " و دلالة بعض المعتمره عليه فلا ينحصر دليله بالآيه، أو نقول بالصدق و نحكم بالتخصيص في الآيه، و لعله الأوفق لوجود إطلاق الولد على ولد الولد بلا قرينه في كلام العرب، بل في كلام الأئمه " عليهم السلام " فما عليه المشهور هو الأجدر بالقبول.

المسألة الخامسة: في حجب النقصان للأولاد:

يثبت لأولاد الأولاد- و أن نزلوا- حجب النقصان للأبوين و الزوجين لثبوت أنهم يرثون نصيب من يتقربوا به و لولاه لما ورثوا ذلك، و تحجب العليا من الطبقات السفلى كحجب آبائهم لهم. و لا- يرث معهم غير الأبوين و الزوجين مطلقا في المشهور المنصور.

المسألة السادسة: في الحبوه:

يختص أكبر الولد و الولد المنفرد أو مع البنات مطلقا بالحبوه على طريق الوجوب عند أفاضل أصحابنا، بل قيل هو المشهور، و على الندب عند جماعه من المتقدمين و المتأخرين و توقف آخرون فيه، و مستند الوجوب اللام في المعتمره القاضيه بالتمليك و الاختصاص ك (هى) في ملكيه السهام للورثه بآيات الإرث و أخباره المشتمله على مجرد اللام من غير اعتضاد بشىء آخر و لاكتفائهم في الأقرارير و الوصايا و الجعائل بالقول لفلان كذا.

و احتج المنكر بالأصل و عمومه ما قضى بالإرث من آيه أو خبر و باختلاف أجناس الحبوه بالنسبه إلى المعطى من التركة التى قام الإجماع مركبا و بسيطا على عدم إعطاء بعضها و الاختلاف قرينه الندب من حيث التسامح فيه فهو كالاختلاف فى تقادير البئر فى النزح الموجب للاستحباب. ورد باندفاع الأصل بالأخبار و إنكار عموم أدله الإرث بحيث يشمل المتنازع فيه، و بعد التسليم فالتخصيص قوه المخصص أمر لا- ينكر و بأن غايه ما يلزم من الاختلاف تبعض الخبر فى العمل و هو غير عزيز فى النصوص فى أخذ بما قاله المشهور، و اتفقوا على إعطائه من التركة، و لأن من ادعى الاستحباب أيضا يلزمه ذلك فإنه لا يندب عنده غير أشياء مخصوصه من التركة لا جميع ما تضمنته الأخبار فهى مطرحه بالنسبه إلى الزائد على القولين، ثم التسامح فى مثل هذا الندب المعارض بحرمه التصرف بمال الغير ممنوع خصوصا إذا كان الوارث طفلا، فإن القائل بالاستحباب يرى أنها من

المستحب المالى كزكاه مال الطفل، و مثله لا بد له من دليل صالح لتخصيص قاعده الحرمه، و متى كانت هذه الصلاحيه موجوده حينئذ لا فرق بين الوجوب و الندب فيها لعدم التسامح فى أدله الثانى.

و اختلف الذاهبون إلى الوجوب فى استحقاق الذكر لها مجاناً و يشارك الباقى فى الباقى بقدر نصيبه أم لا؟ و المشهور على المجانيه. و ذهب السيد فى "الانتصار" و الشيخ فى

"الخلايف" و الإسكافى إلى أنها تعطى و تحسب على الولد من ميراث أبيه، و مال إليه فى "الكفايه" و ظاهر "المسالك" و نفى البأس عنه الأردبيلى، و توقف جماعه و استضعفه فى "الجواهر" و استقواه فى "المستند"، و استدل عليه بأن الاختصاص و التملك المفهوم من الأخبار يجامعان العوض عليه من مال الآخذ فمفادها نفس اختصاص أكبر الذكوريه و هذا و أن كان خلاف الأصل إلا- أن الموجب له بعض آيات الإرث فإن مما ترك و مما تركن و مما تركتم يقتضى من جهه عموم الموصول أن السدس و الربع و الثمن من كل ما تركه الميت، و عدم الاحتساب يوجب أن يكون من بعضه، و بعض النصوص مثل أن الأبوين لا- ينقصان من السدس و الزوجين من الربع و الثمن، و بأن أربعه لا يدخلهم النقص الوالدان و الزوجان، و موثقه أبى بصير مصرحه بذلك و ناصه على قسمه الأولاد للذكر ضعف الأنثى بعد السدس. و الحال أن الولد بالحباء يزيد سهمه فهذه الآيات و الأخبار عامه و لا شىء يصلح لتخصيصها سوى أخبار الحبوه و هو فرع دلالتها على عدم الاحتساب، و لا يلزمها عدمه فوجود المخصص غير معلوم. نعم إطلاق ما يفيد الملكيه و الاختصاص حيث لا يكون معارضا يقتضى بالملكيه مجانا، و الفرض أن العمومات تفيد العدم كذا قيل. و فيه أنه لا مانع من تخصيص أدله الحبوه للآيات و الأخبار الناصه (على أخذ السدس مثلا من متروكات الميت فإنها لا تزيد) بأن تدل على الآخذ من جميع المخالفات على طريق الإشاعه، فإذا علم من دليل اختصاص بعضها بأحد الورثه أو غيرهم يعلم عدم استحقاق صاحب السدس منها، فينحصر السدس فى غيرها، و لا دليل على أخذ عوض سدسها من غيرها و ليس هو إلا كإعطاء المورث شيئا من التركة لواحد مخصوص أو كعدم السدس من الكفن الواجب دفعه من مجموع المال و عدم أخذ الوارث بدله.

و يمكن المناقشه فيه، بأن الآيات و الأخبار دلت على الاشتراك- و هو أعم من الإشاعه- و الحكم بالإشاعه من جهه عدم المرجح لا من جهه دلالة الآيه و الخبر فغايه ما دلت عليه أخبار الحبوه هو أخذ تمام السدس مثلا من غيرها، سلمنا أن العمومات دلت على الإشاعه، تكون أخبار الحبوه كالمقسم لبعض التركة و هو الأقوى، لكن فى النفس منه شىء للشهره المحصله و لأن الاحتساب أمر خارج عن الاختصاص فالأصل عدمه، و لاين الإطلاق يدل على اختصاصه بها من دون شرط فلو كان شرطا بالاحتساب من سهمه لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب أو الحاجه، و لأن الوارث يختص بسهمه من دون عوض بأدله الإرث، و هذه الأدله و أن كان فى بعضها ضعف لكن ذهاب المشهور مما يعاضدها فالعمل عليه. و على القول بالاحتساب تعتبر قيمه عند الموت لأنه زمن الانتقال لا- عند العطاء أو الاحتساب إذ لو اعتبرت عند أحدهما لكانت الحبوه قبلهما أما باقيه فى حكم مال الميت أو ملكا لغير المحبوه، و الكل باطل فتعين أنها ملكه و اختصاصها دون قيمتها لا- يمكن و لو كان مترلزلا لأن الملك المترزل أيضا يعتبر قيمته عند حصوله و يشكل فيما إذا نقصت و زادت عند الدفع من أصاله براءه الذمه من الزائد فيهما و من ثبوتها بذمته عند الموت لتعلق اختصاصها به عليه، و قد تحقق، و كونها من أقسام المعاوضه و لا تعتبر قيمه المعوض إلا عند دفع العوض ممنوع بل المعتبر حين الانتقال و إن لم يدفع العوض، و ليس الانتقال مشروطا بالاحتساب ليتحقق المشروط قبل شرطه بل هو لازم فى الواقع كانتقال المبيع قبل دفع الثمن فإن دفع الثمن ليس من شروط انتقال البيع، نعم للورثه الرجوع بأعيان الحبوه لو لم يحتسب أو امتنع منه أو أتلف حقه و لو بانتقال، و هل يرجع عليه بالقيمه أو العين الأقوى الأول فلا تأخذ الورثه العين دون غيرهم لو كان مديونا، بل حكم العين حكم سائر أمواله، و لو زادت الحبوه على نصيبه دفع الزائد إلى الورثه على القول

بالاحتساب لأن الزائد لا عوض له فلا يسوغ له أخذه و جبره على أخذ قيمه الزائد من غير الإرث من أمواله لا دليل عليه، فلا بد من تخصيص أخبار الجوه بغير ما يزيد على نصيبه، و اختلفوا أيضا فيما يحبى به بعد ذهاب الأكثر إلى أن الجوه (هو السيف و المصحف و الخاتم و ثياب البدن) فزاد الإسكافي (السلاح)، و الصدوق (الكتب و الرحل و الراحله)، و لم يذكر في "الانتصار" (الثياب) و لا في "الغنيه" و غيرها من كتب المفيد (رحمه الله). و "الخلاص" لم يذكر (الخاتم) و الكافي خصص (الثياب) بما أعدت للصلاه منها، و فى النصوص جمع ذكرت الأربعة، و خلو كل واحد عن بعضها لا ينفى المذكور فى غيره إلا بمفهوم اللقب المفروغ من عدم حجيته، و ذكر ما زاد على الأربعة فى مجموعها مما لا يقل به أحد لا يقدر فى حجيتها فى الأربعة لأن عدم العمل بجزء من الحديث، لا يضر فى حجيته فى الباقي فالعمده الاستدلال على التخصيص بالأربعة مع أنها لم توجد فى خبر مجتمع به بل كل خبر اشتمل على شىء منها مشتمل على شىء آخر غيرها و كون الأربعة معلومه الإراده و غيرها مشكوك فيه فيلزم الاقتصار على موضع اليقين مشكل فى مشكل فلا بد فى الرجوع إلى الاتفاق فى الاقتصار على الأربعة و مستند هذا الاتفاق لعله خفى علينا، و لو تعددت هذه الأجناس فهل يجىء بالجميع أم لا، قيل ما كان منها بلفظ الواحد اقتصر على الواحد دون ما كان بلفظ الجمع و حكم الفاضل بعموم الثياب و توقف فى غيرها و مال فى "الكفايه" إلى عموم الجميع، لأن المفرد المعرف كالججمع المعرف فى إفاده العموم عند عدم العهد، و مثله المفرد المضاف و يلزم من (الكر) العموم فى المفرد مطلقا عدم التعدد و لو بيننا على العموم فهل يثبت فى نوع خاص منها أو كل أنواعها. الظاهر الأول فلا يدخل فى الثياب ما عد للتجاره أو للادخار أو للبس الغير المتعارف مثلا على المشهور و أخذًا بالمتيقن، و كذا الكلام فى السيف و المصحف و الخاتم، و منه يظهر عدم دخول ما شكك فيه بالكسوه المنصوصه مثل القلنسوه و الجورب، و النعال، و لباس الحرب و غيرها، بل كلما أستثنى فى الكفاره يستثنى هنا، و كذا كل ثوب قبل خياطته و تفصيله، و فى دخول غلاف المصحف، و حليه السيف، و بعض الجواهر التى خيظت فى اللباس مما يمكن نزعها منه أشكال، و الوجه فى مثله العدم. و قيل الميزان هو الصدق العرفى - و فيه - نظر لأنه يصدق السيف على السيف مجردا و مزيدا و كذا غيره فهو أما مشترك أو مجاز راجح فى المجموع، و على التقديرين لا يتم الميزان فالأحسن العدم فى المشكوك مطلقا و لو كان بعض هذه الأجناس محرم الاستعمال شرعا فظاهر بعضهم عدم الملازمه بين الحرمة و الحرمان فيعمها الحكم خصوصا عند من يستحل ذلك لصدق الاسم و الحكم معلق عليه و هو كذلك و أن ظهر من آخرين العدم لعدم معهوديته عند الشارع، و فيه تأمل. و لو تبدل موضوع هذه الأربعة قبل الموت بالكسر أو المحيى أو كان خلق بحيث انتفى صدق الاسم عليه لم يدخل فى الجوه باعتبار ما كان عليه جزما، و الأسمى و الجبان و الزمن، و مقطوع اليدين، و من لا ينتفع بالجميع، أو البعض يحبى بها و لا يضر عدم انتفاعه فى الدفع له، و لو نقص بعض هذه الأمور كأن خلف جزءا من الكتاب و بعض سيف فإن لم يصدق عليه الاسم لا يحبى، و أن صدق لحقه الحكم و تدخل ثياب التجميل و ما لا يليق بحاله منها و من غيرها فى الحكم قطعا، و فى التوأمين يحبى أولهما خروجا للروايه و أن كان المتخلف اكبر، كما ورد بالنص من كونه أول الحمل و الثانى بعده لكنه أخذ طريقه فمنعه عن

الخروج، لكن ما عليه العرف هو المتبع و لو اشتبه الأ-كبر انتفى حكم الحبوه، و قيل بالقرعه و جريانها في غير المقامات المنصوصه محل تأمل،

و ينبغي التنبيه على أمور:

التنبيه الأول: الأثني لا تحبى

إن الأثني لا تحبى مطلقا للأصل و للتقييد بالذكر فى بعض النصوص و أن كان عبر بلفظ الولد فى بعض منها الشامل للأثني لكنه محمول على المقيد، خلافا للإسكافى فحكم بعدمه لسقوط فى الفرض و لو اتحد الولد فله بالإجماع للتفضيل القاطع للشركه فى الخبرين، و لا- ينافى الاتحاد التفضيل المقتضى للشركه إذ اعتبار وجود المفضل عليه أكثرى لا كلى مع عدم الانحصار بما فيه التفصيل، و لو تعدد الأكبر سقطت فى قول و اشتركا فيها فى آخر مشهور لوقوع لفظ الأكبر على القليل و الكثير لأنه اسم جنس، و الظاهر أنها تسقط مع التعدد و ندره الفرض تغنى عن الاطاله.

التنبيه الثانى لا حبوه للحمل:

لا ينتظر فى الحبوه الحمل، و ليس حكمها حكم الأثر لعدم الحكم على الحمل غير الإرث بالذكوريه التى تدور الحبوه مدارها و إفرازها له حكم غير مطابق للواقع لعدم معلوميه الذكوريه، و بعد التولد أن حكم بها للورثه قبله لزم أن يستصحب حتى يثبت الناقل، و أن لم يحكم بها قبل الولاده يلزم بقاء الملك بلا- مالك، و ايضا استحقاقها على خلاف الأصل فيقتصر على الفرد المتيقن. و إلى ذلك ذهب غير واحد ممن عاصرناه و استجود الشهيد فى رساله الثانى، و توقف فيه الثانى فى المسالك، و لعل وجهه أن الحكم بالحبوه لا يلاحظ فيه فعلية الذكوريه بل هو معلق على الذكوريه الواقعيه فتعتبر بالكاشف فيلزم الانتظار، و لذا يحبى الولد المشكوك فى ذكوريته و يستكشف بالفحص و الاستعلام، كما لو علم أن له ولد غائب لكن شك فى ذكوريته، و لزوم عزل سهم ذكرين للحمل مع عدم معلوميه الذكوريه فضلا عن التعدد أقوى شاهد على العزل هنا و الدليل أزال الأصل المدعى لكن قد يقال بالفرق بين الحبوه و غيرها، فإن نصوص التوريث أفادت التوريث المطلق لا جميع أنواعه التى منها الحبوه إلا أن يستظهر منها العموم و قياسه على لزوم العزل للحمل قياس مع الفارق لأن استحقاق الحمل ليس من حيث الذكوريه بل من حيث كونه ولدا و هو معلوم مع بطلانه فى نفسه و كون الأحكام تدور مدار الواقع أول الكلام بل تتعلق بالظاهر، نعم لو ادعى أن تعلق الحكم بالظاهر إنما يكون بعد الانكشاف لا ما كان ظاهرا بالفعل فيكفى فى الحكم بالذكوريه تعلقها بها بعد ظهورها لكن على هذا يلزم أن يكون الحكم بعد الظهور لا قبله فما معنى العزل؟ قلنا يبقى الحكم عليها مراعى حتى يظهر الحال و حينئذ الحكم بها للورثه مشروط بعدم الولد الذكر الظاهر ذكوريته بالفعل أو بعد تحقق الكاشف، و حيث لم يتحقق يبقى الحكم بها مراعى، و يشكل الحال فى الحكم بها قبل تصوير الولد أى قبل انقضاء الأشهر الأربعة لعدم صدق الذكوريه لا واقعا و لا ظاهرا.

التنبيه الثالث الحبوه للسابق ولاده أم علوقا:

لو ترك حملين من زوجتين، و علم سبق أحدهما حملا- و ولدت المتأخره قبلها فالحبوه قيل للسبق علوقا، و قيل ولاده و عدم مدخلية تقدم العلوق و تأخره و لذا ذهب الأكثر في التوأم إلى أنها للخارج أولا، و قصر هذا الحكم على التوأم لا على الحمل المتعدد له وجه فلا يفيد في المقام، و الوجه هو الرجوع في ذلك إلى العرف في السبق و اللحق و يتبعه الحكم أو

إلى رأى المجتهد لو أدخلناه بالموضوع المستنبط فى وجهه، و لعله هو الأوجه فى هذه المسأله و الله العالم.

التنبیه الرابع فساد الرأى فى المحبو أو الميت:

لا- يشترط عدم فساد الرأى فى الميت و المحبو و أن ورد إلتزامهم بما ألتزموا به أنفسهم لعدم عمومه، و لعدم القول به فى التعصیب و العول، و قال جماعه بعدم الحباء إذا كان الولد فاسد الرأى لا مطلقا و الأصل و إطلاق النص يردده، كما إنه لا يشترط خلوه من السفه و اشتراطه جماعه و لم نعلم مأخذه و مثله اشتراط عدم جنونه، و هكذا اشتراط إيمان الأب أو إسلامه.

التنبیه الخامس عدم اشتراط الحباء مال غير الحبوه:

الظاهر عدم اشتراط الحباء بأن يكون للميت مال غير الحبوه و أن ذهب إلى الاشتراط جماعه، بل قيل أنه المشهور لنا إطلاق النصوص و فقد المقيد أحتج المشتراط بلزوم الاضرار بالورثه و بإيدان لفظ الحبوه ببقاء شىء آخر، و بالنص المشير لها بأنه من متاع البيت الظاهر فى بقاء شىء آخر، و بوجود الاقتصار فى خلاف الأصل على المتيقن و انصراف المطلق للشائع من أفراده. و رده أن الاضرار و الاجحاف لا- ينافى ثبوت الحق، و لولاه ثبت فى الدين المستغرق الإيرث و عدم حرمان الزوجه من رقبه الأرض لو أنحصر الإيرث بها و غير ذلك، و الإيدان لا يثبت حكما شرعيا و ظهور النص بحيث يقيد النصوص المطلقة مع ظهور كون من الجاره فيه بيانه لم يتضح، و وصول الشيعه بحيث يجب حمل المطلق عليه ممنوع. فالمتجه عدم الاشتراط، و لو زعم ففى بقاء أقل ما يهول كما هو مقتضى إطلاقهم أو اشتراط الكثره فيه المزيله للأضرار كما هو مقتضى التعليل احتمالا، و فى اعتبار أن يكون نصيب كل واحد من الأولاد بقدر الحبوه قولان و لعل الأوفق على الاشتراط هو صدق كون الحبوه من متاع البيت و بعض المتروك.

التنبیه السادس أن يكون مال للميت غير الحبوه:

يشترط فى الحباء خلو الميت عن دين مستغرق للتركه فى الاعرف الأشهر، بل قيل عن مطلق الدين لعدم الإيرث حينئذ و الحباء نوع منه على الأول و للحقوق الحبوه بما يخصها عند توزيع الدين على القول الآخر فتبطل بالنسبه لكن المنع عنها الواقع فى لسان الأكثر بمجرد وجود الدين المستوعب حال الوفاه عار عن الدليل إذ غايته أن البطلان مراعى بعدم دفعه أثمانها أو دفع غيره للديان أو ابراء ذمه المديون فلو وقع أحد هذه لا يمنع المحبو منها بل له منع الديان من أخذ العين مع دفع الثمن و لو لا ذلك لصح المنع منها فيما يقابل الوصيه النافذه إذا لم يعين الوصيه بعين غيرها و من مقابل الكفن الواجب و شبهه، و لا ريب فى عدم التزامه لإطلاق النص و الفتوى بثبوتها مع عدم خلو الميت غالبا عن ما ذكر كلا- أو بعضا لا- أقل من الكفن، و المتجه على القول المشهور عدم مزاحمه دين أو وصيه أو كفن للحبوه متى أمكن إخراجها من غيرها من أعيان التركه لاشتراك جميع الوراث حتى المحبو فى ذلك، و أما الدين المستغرق فالأوفق تقديمه عليها ترجيحا لإطلاق أدلته، و كذا الوصيه فيما لو أوصى بثلاث ما ترك مطلقا أو مع الاستثناء فالحباء لا يزاحم الوصيه و إنما يزاحم الوارث و أحتمل بعضهم العدم و أن الوصيه إنما تكون فى المال الذى له فيه ثلث دون غيره. و زاد آخرون بأنه ليس له الوصيه بها لتعلق حق المحبو بها تعلقا شرعيا. و الظاهر أن مزاحمه غير

الوارث لها متجه إذا توقف عليها كالكفن وغيره.

و الوصيه ببعض أعيانها أو جميعها تنفذ و الثلث فى الإطلاق يؤخذ منها و قد يتأمل فى بعض ما ذكر و الله العالم.

التنبیه السابع فى كونه أعيان الحبوه مرهونه:

لو كانت أعيان الحبوه كلا أو بعضها مرهونه أو محجر عليها قبل الموت على دين للميت قدم حق المرتهن و لا يجب فكها على الوارث، و لو فكها المحبو من ماله لا رجوع له على الورثه.

التنبیه الثامن: الحبوه عما فات الميت من عبادات

اشترط ابن حمزه فى الوسيله فى تملك الحبوه أداء ما فات الميت من صلاه و صيام لأنها عوض و لا يملك المعوض بدونها و فيه ضعف.

التنبیه التاسع فى اختلاف المجتهدين فى الحبوه:

إشاره

لو اختلف المجتهدون فى وجوب الحبوه أو فى ما يجبى به من الأنواع و نحو ذلك و قلد كل من الورثه من له الصرفه فى تقليده فإن عمل أحد المقلدين بموجب تقليده و لم يزاحمه الآخر و لو عن جهل أو عدم قدره فلا شىء على الأول و يحل له ما أخذه تقليدا لمجتهده فإن نازعه فإن عينا مجتهدا رضيا به فالحكم حكمه، و ان اختلفا فى ذلك فالمزاحم لمن تصرف فى الأعيان يكون مدعيا و يقدم من يختاره للمرافعه و ان كان قبل تصرف أحدهما فى أعيانها رجعا إلى الأفضل، و عند التساوى ينفذ حكم من تقدم الحكم له فى مطالبته، و هكذا.

و منها فى ذكر ما اختلف فيه بالنسبه إلى الطبيعه الطبقة الثانيه و هى الأجداد و الاخوه المحجوبه بالآباء و بالأبناء و الحاجبه للأحوال و الأعمام و فيها مسائل أيضا:

المسأله الأولى ميراث الأخوه:

الاخوه هم المسمون بالكلاله فى أسنه الفقهاء رضوان الله عليهم، المشهور شهره عليها العمل أن المال للأخ المنفرد مطلقا أو مع الاجتماع مع الأخ للأب فقط لكن الأخ للأم بانفراده يحوز غير السدس ردا، و إذا تعددوا يحوزون ما زاد على الثلث كذلك و القسمه فى أخوه الأب مطلقا بالتفاوت و فى أخوه الأم كذلك بالسويه فرضا و ردا و كذا من تقرب بالأب و الأم يرد عليهم غير الثلثان و ما سوى النصف بالتفاوت و مع اجتماع الكلالتين حاز كل نصيبه على ما فصل فلاخوه الأبوين الثلثان، و يمنعون الاخوه من الأب فقط عن الأثر و للإخوه من الأم الثلث مع التعدد و السدس عند الانفراد، و يقوم مقام الاخوه من الأبوين الاخوه من

الأب لو فقدوا على ما فصلنا كل ذلك متفق عليه بين الفرقه المحقه.

المسأله الثانيه فى ميراث الزوج و الزوجه:

الزوج و الزوجه لو اجتمعوا معهم أخذ كل واحد منهم نصيبه الأعلى و هم يقتسمون الباقي فرضا وردا على ما فصل.

المسأله الثالثه فى الرد:

اختلفوا فى الرد فى اجتماع الكلاطين فذهب المشهور إلى اختصاصه بالأخوه للأبوين أو للأب مع فقدهم و لا يرد على كلاله الأم مطلقا شىء من الفريضة، و ذهب آخرون و منهم العماني، و الفضل إلى الرد عليهم جميعا بالنسبه فلو ترك أخ أو أخت لأم و أختين فصاعدا للأبوين يرد الفاضل و هو السدس على الجميع أخماسا و كذا إذا ترك أخوه أو أخوات لأم و أخت لأب و يرد أرباعا إذا كان أخ أو أخت للأم و أخت للأبوين و مثله فى صوره اجتماع كلاله الأب فقط مع كلاله الأم فإن الرد فى المشهور أيضا على كلاله الأب، و فيه خلاف من بعض أساطين الأصحاب أعظم من الخلاف السابق مثل الطوسى، و العماني، و الفضل،

و الإسكافي، و ابن زهره، و الحلبي، و المحقق، و الكيدري، و التحرير و ظاهر القواعد فحكموا بالرد على الجميع بالنسبه و قال المشهور أن النقص عليهم فالزياده لهم، ورد الدليل بعدم اطراد القاعده و تخلفها بالبنت و الابن، فان الرد عليهم جميعا مع أن العول على البنت فقط. و أجب عنه بأن الأبوين يدخل النقص عليهما لاختلاف فريضتهما. و فيه نظر و عمدته الدليل ذهاب المعظم إليه و فحوى بعض النصوص الظاهره فيه من دون داع إلى التصرف فيها مثل موثقه محمد بن مسلم في ابن أخت لأب و ابن أخت لأم قال لابن الأخت للأم السدس و لابن الأخت للأب الباقي فإنها بضميمه أن كل رحم بمنزله قريبه تثبت المطلوب و هو المفهوم من روايه العبدى و الحصر المستفاد من الصحيحه، و قول أبى جعفر في صحيحه الكناسى و الله العالم.

المسأله الرابعه فى حجب الجد:

الأبوين و الأولاد و أن نزلوا يحجبون الجد مطلقا عن الإرث بلا كلام فإن انفراد الجد حاز المال أجمع لأب كان أو لأم و الجده كذلك و أن تعددوا و تساوا فى الدرجه أخذ من يتقرب بالأم الثلث أنفرد أو تعدد و لمن يتقرب بالأب الثلثان مطلقا، و لا فرق فى الحكم بين الذكور و الإناث فترتقى الصور لتسع هذا هو المعروف، و خالف الفضل و العماني (رحمه الله) فى صورته اجتماع الجدتين فحكما بأن للجده للأب النصف و لها للأم السدس و يرد الزائد عليهما بالنسبه تنزيلا لهما منزله الأختين و خلافا للصدوق (رحمه الله) فى صورته اجتماع الجد للأم مع الجد للأب فجعل السدس للجد للأم و الباقي للجد للأب كالأخوين و للقتى، و ابن زهره، و الكيدري فى جميع الصور إلا ثلاث و هى صور اجتماع الجدتين للأم مع الجدتين أو أحدهما للأب فحكموا فى الباقي بأن للمتقرب بالأم السدس مع الانفراد و الثلث مع التعدد و الباقي لمن تقرب بالأب للمشهور و وجود النص فى بعض الصور و قيام كل مقام من يتقرب به فى الجميع كما ورد و فهم المعظم منه ذلك فإذا كان لكل نصيب من يتقرب به فلجدود الأم الثلث لأنه نصيبها و هم يتقربون بها و كذلك الثلثان لجدود الأب لأنهما نصيبه فيستحقهما المتقرب اليه فى الجدوده، و لا يشكل فى ذلك بالأخوه و الأخوات الخارجين بالنص، و بأن السدس أيضا نصيب الأم فيدور الأمر بين أحد النصيين للجد و لا مرجح للثالث، و الأصل عدم رفع الزائد عن أقل النصيين فإن النصيب الأصلي لها مع عدم الولد هو الثلث فيلزم صرف الاطلاق اليه. و فيه عدم تسليم ذلك بل هما نصيبان أصليان أحدهما الثلث مع عدم الحاجب و الآخر السدس معه فلو سلم ذلك مع عدم الأخوه فلا- يسلم مع وجودهم، و كون الجد للأب بمنزلته فى الإرث باعتراف الخصم فيكون الأخوه حاجبه. و فيه أن الحجب مشروط بوجود الأب لا- فيما كان بمنزلته و عموم الخبر لا- يثبت جميع الأحكام التى للأب لما كان بمنزلته بل غاية ما يثبت المقدار لا أقل من كون الشرط مشكوكا و هو يكفى فى عدم الحكم، نعم ظاهر روايه زراره قال (

أقرانى أو أرانى أبو عبد الله " عليه السلام " صحيفه الفرائض فإذا فيها: أن الجد لا ينقص عن السدس شيئا و رأيت سهم الجد فيها مثبتا

(فإن المراد بالجد الجد الأمى إذ الجد الأبى إذا أجمع مع الأخوه كان كأحدهم فقد ينقص سهمه عن السدس، و ضعف هذا الظاهر باحتمال وروده فى طعمه الجد المنسوبه أو أراد به صورته اجتماعه مع الجده للأم فإن لكل واحد منهما السدس، و الخبر لم ينف الزيادة على السدس و إنما أثبتته فى بعض الأحيان على أن حمل الجد على الأمى دون الأبى لكونه

كأحد الأخوة إنما يصح حيث لا يكون الجد الأمي كأحد الأخوة للأُم، و الظاهر أن المخالف لا يدعيه، و عسى أن يستدل للخصم أيضا بالأخبار المنزلة للأجداد منزله الأخوة، و لا ريب أن الأخ الواحد من الأم نصيبه السدس فكذا الجد المنزل منزلته عملا بعموم المنزلة و فيه أن التنزيل المزبور مقيد بحال وجود الأخوة معه لا مطلقا، و لو سلم الإطلاق لاحتياج التقييد إلى المثبت له فعموم المنزلة ممنوع إذ التنزيل المفيد للعموم على فرض تسليمه فإنما يفيد لو لم يعلم وجه كونه بمنزلته فلو قيل هذا بمنزله هذا في كذا أختص التنزيل به و الحال أن في جميع الأخبار المنزلة مبينه لوجه المنزلة فراجع و تدبر. و لو سلم التنزيل و جب تقييده بالأدلة المقتضية له بلا شبهه.

المسألة الخامسة في ميراث الجد:

لا إشكال في قسمه الثلثين بين جدى الأب بالتفاضل و الثلث بين جدى الأم بالسوية بلا خلاف يعرف سواء اجتمعا أو لا و سواء كان معهما زوج أو زوجه أم لا. و على ذلك المذهب.

المسألة السادسة في اجتماع الأجداد و الأخوة:

في اجتماع الأجداد و الأخوة كيفية السهام و هو صور اجتماع الجدین لأبيه مع الأخوين لأبيه و أمه أو أبيه أو أحدهما مع أحد أخويه كذلك أو اجتماع جديه لأمه أو أحدهما مع أخويه لأمه أو أبيه أو أحدهما مع أحدهما أو بالتحالف، ثم المجتمع أما مع الأخوة المتعددين أو المنفرد ذكرا كان المجتمع أو أنثى من الطرفين فترتقى الصور إلى مائه و أما أحكامها فخلاصته في مواضع.

أولها: اجتماع كلاله الأم مطلقا و أن كان أنثى أو تعدد مع جدتها و الحكم المشهور القسمة بالسوية بمعنى جعل الجد ذكرا كان أو أنثى كواحد من الأخوة و إطلاق الجد في صحيحه ابن سنان محمول على الجد الأبوي للإجماع.

ثانيها: إذا أجمع الجد و الجده أيضا من قبل الأم مع كلاله الأب فإن كانت الأخوة ممن يرث بالقربا لا بالفرض كذكر و أنثى، أو ذكر منفرد أو متعدد مع أنثى منفردة أو متعددة فثلث الفريضة للجد و الجده بالسوية أو لأحدهما إذا انفرد و الثلثان للأخوة من الأب فإن انفرد الذكر كانت له، و أن تعدد قسمت بالسوية بين المتعددين من الذكور، و أن خالطهم أنثى أو إناث صار للذكر سهمان و للأنثى سهم على المشهور في أن لكل نصيب من يتقرب به و الجد من الأم أو الجدین تحوز نصيب الأم و هو الثلث، و تقسم كلاله الأب على التفاضل لأدلته من آيه و روايه، و اعتدروا عما وجد في النصوص من أن مطلق الجد كواحد من الأخوة بحمله على الجد للأب، و إما إذا كانت كلاله الأب ذات فريضة كالأخت و الأختين و ما زاد فإن تعددت الأخوات أعطيت الثلثين فرضا، و أعطى الثلث للجدین أو الجد أيضا فرضا- كما مر- و أن اتحدت أعطيت نصفا و زاد من المال سدس فالأشهر أنه يرد عليها أيضا، و ذهب جماعه إلى رده على الجميع أخماسا الكلاله و الجدان أو الجد لتساويهما في درجه أولى الأرحام التي هي سبب في الرد و عدم أولويه أحدهما فيتساويان في الرد على نسبه النصيبين. و فيه منع عدم الأولويه من جهة ظاهر أخبار الرد، و لو سلم ذلك فإيجاب الرد عليهما ممنوع، و استشكل الفاضل في غير الأخت للأبوين و أما فيها فالرد عليها. و

فيه عدم الفرق و أن تقربت بسببين لأنه استحسان بلا حجه.

ثالثها فى أجداد الأم:

اجتماع جدى الأم أيضا مع الكلالتين و المشهور فى التسهيم أن الثلث للمتقرب بالأم منهم فيشترك فيه الجدان أو الجد و الأخوه للأم و يقتسمون بالتسوية و الثلثان لكلاله الأب يقتسمونها بالتفاضل و لا يضر أن يكون نصيب المركب من ذى الفرض و غيره مساويا لنصيب ذى الفرض وحده للدليل و لا استبعاد، فيه بل قد يكون اقل كابنه و أخ و علته انتفاء الفريضة و الإرث بالقرايه فيمكن أن ترث الأخوه للأم من دون الجددين لها بالفرض و معهما بالقرايه، و الدليل عليه هنا الاتفاق و عموم قوله (ع): (

كل ذى رحم

) و لا- تعارضه اطلاق آيه [وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ] و قوله تعالى: [فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ] بدعوى أن ليس لتقييد هذا مرجح على تخصيص ذلك. قلنا المرجح قول الأكثر بل الإجماع لكن روايه ابن أذينه عن زراره، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر يصرحان (

بأن الزوج و الأخوه من الأم لا يزيدون و لا ينقصون

(الشامل لما نحن فيه فلولاً الإجماع لا شكل خروج المسأله عن عموم الحديثين، و عسى أن يكون مصب الخبرين مقصور على العول ففى الأولى، إذا أردت أن تلقى العول إلى آخره و فى الثانيه: و لا- ينقص الزوج من النصف إلى آخره مع أنه ينقص مع الولد فما ذاك إلا للإشاره للعول فتأمل.

رابعها اجتماع أم الجد مع الكلاله: إذا اجتمع مع كلاله الأم الجد أو الجده أو هما للأب فالثلث للأخوه من الأم على السواء أن كانوا من أكثر من واحد و الباقي للجددين أو الجد من الأب يقتسمون به بالتفاضل و أن اتحدت الكلاله كان للمتحد السدس، و الباقي للمتقرب بالأب و الظاهر عدم الخلاف فى ذلك و النصوص به مصرحه.

خامسها اجتماع الأخوه للأب مع الجد:

إذا اجتمعت الأخوه للأب مع الجد أو الجده أو هما كان الجد بمنزله الأخ، و الجده بمنزله الأخت و الحكم القسمة بالتفاضل فى الجميع و الأخبار بذا متظافره، و هى و أن كانت بلفظ الجد إلا أن إلحاق الجده كأنه لا شبهه فيه عندنا.

سادسها اجتماع الجد مع الكلالتين:

الجد و الجده من قبل الأب إذا اجتمعا أو أحدهما مع الكلالتين فلكلاله الأم فرضها من الثلث أو السدس و يشترك فى الباقي الأخوه و الجددين أو أحدهما مع أحدهما، و القسمة فى الفرض الأول بالسويه، و للذكر ضعف الأنثى فى الصورة الثانيه، فأنا ذكرنا أن كلاله الأب مع الجددين يرثون بالقرايه و لا- فرض لهم مطلقا فيكونون بمنزله الأب و هو يرث المال مع عدم الولد، فالمال لمن هو بمنزلته، خرج الثلث أو السدس بدليله فالباقي لمن هو بمنزلته، و لا يجرى ذلك فى كلاله الأم لأنها ذات فرض و المنزله مختصه بغير ذات الفرض.

سابعها فى الأجداد المختلفه:

اجتماع الأجداد الأربعة- أعنى جدى الأم و جدى الأب- مع كلاله الأم خاصه فالثلاثان لمن تقرب بالأب تعدد أو أنفرد و الثلث لمن تقرب بالأم من الكلاله و الأجداد فىكون كل متقرب بمنزله قريبه.

ثامنها فى اجتماع الأقسام:

إذا اجتمع الأقسام الأربعة كلاله الأم و كلاله الأب و ما أنتسب إلى الأم من الجدود أو إلى الأب فللمتقرب بالأم الثلث أو السدس بالسويه، و للمتقرب بالأب الثلثان بالتفاوت و حكم الرد فى المنفرد مر عليك.

تاسعها اجتماع الزوج و الزوجه مع الكلالتين:

الزوج و الزوجه إذا اجتمعوا مع الكلالتين و الجدود فهما النصيب الأعلى بلا شبهه، و الثلث للمتقرب بالأم من الجدوده و الكلاله بالسويه أو السدس أن لم يكن جد و لا- جده و لم يتعدوا و الباقي للمتقرب بالأب و مع عدمه فالجميع للأول، و مع عدمه فللثاني و الحججه عليه تظهر مما سبق.

المسأله السابعه فى منع الأقرب الأبعد:

لا أشكال فى منع الأقرب من الأجداد للأبعد، و المقاسم للأخوه المرتبه الدنيا منهم و أن وجد ما فوقها إجماعا فإن فقدوا كانوا آباؤهم بمنزلتهم على الأظهر فيقاسمون الأ-خوه مطلقا. و بالجمله أن للانسان أب و أم و هما أول درجه من درجات أصوله ثم لكل منهما أب و أم و هما الدرجه الثانيه من درجات الأصول، و الدرجه الأولى من الأجداد و الجدات و هم أربعة حاصله من ضرب الاثنين فى مثلهما كما أنهم فى الدرجه الثانيه ثمانية لأن لكل من الأربعة أب و أم مضروبه فى اثنين فتكون ثانيه و فى الدرجه الثالثه سته عشر و هكذا، و الظاهر فى أن قسمتهم لو وجدوا فى ثانى الدرجات و أن كان بعيدا أن ثلثى التركه للأربعة المتقربين بالأب و هم جدا أبيه و جدتاه و الثلث الباقي للأربعة من قبل أمه، ثم الثلثان اللذان للمتقربين لأب الميت ينقسم بين الأربعة أثلاثا ثلث للمتقرب بالأم، و الباقي للمتقرب بالأب ينقسم بينهما أثلاثا هذا لا إشكال فيه، و أما الثلث الذى حازه المتقرب بالأم إلى الأب من الأجداد من الثلثين و الثلث الذى كان لأجداد الأم من أصل التركه فقد اختلفوا فى قسمتها فقيل: أن ثلث الثلثين ينقسم بين الجد و الجده لأب الميت من قبل أمه بالتفاوت، و ثلث التركه ينقسم بين الأجداد الأربعة لأم الميت بالسويه، و قيل غير ذلك و لبعد الفرض لم ننه الكلام فيه.

المسأله الثامنه فى حجب الأخ لأولاد الأخ:

أولاد الأ-خ يحجبهم الأ-خ عن الأثر مطلقا على المشهور و ابن شاذان شرك ابن الأخ من الأبوين مع الأخ للأم و ابن ابن الأخ منهما مع ابن الأخ منها و خص المتقرب بالأم بالسدس و ترك الباقي للمتقرب بالأبوين، و منع الأقرب للأبعد الذى عليه الاتفاق يرد، (و لا شك فى أقربيه الأخ للأم من ابن أخيها للأبوين)، و لا ينفع كثره الأنساب مع تفاوت الدرجه.

و عسى أن يستدل للخصم أيضا بالأخبار المنزله للأجداد منزله الأخوه، و لا ريب أن الأخ الواحد من الأم نصيبه السدس فكذا الجد المنزل منزلته عملا بعموم المنزل و فيه أن التنزيل المزبور مقيد بحال وجود الأخوه معه لا مطلقا، و لو سلم الإطلاق لاحتياج التقييد إلى المثبت له فعموم المنزل ممنوع إذ التنزيل المفيد للعموم على فرض تسليمه فإنما يفيد لو لم يعلم وجه كونه بمنزلته فلو قيل هذا بمنزله هذا فى كذا أختص التنزيل به و الحال أن فى جميع الأخبار المنزل مبينه لوجه المنزل فراجع و تدبر. و لو سلم التنزيل و جب تقييده بالأدله المقتضيه له بلا شبهه.

المسألة التاسعة فى أولاد الأخوة:

إشاره

أولاد الأخوة- و أن نزلوا- يقومون مقام آبائهم فمن يتقرب منهم بالأب و الأم أو الأب مع فقدهم يحوز المال أن انفرد و يقسمونه عند التعدد بالسويه أن لم يكن أنثى و إلا فبالتفاوت، و من يتقرب بالأم يقتسمون المال بالسويه السدس بالفرض مع الانفرد و الثلث مع عدمه و الباقي بالرد و لو اجتمع الكلالات الثلث حرمت كلاله الأب، و حازت كلاله الأم السدس مع الانفرد و الثلث مع عدمه و القسمة بالسويه، و الباقي لكلاله الأبوين و القسمة فى المتعددين بالتفاوت، و يقاسمون الأجداد و تكون بنت الأخت بمنزله الأخت و ابن الأخ بمنزله الأخ حسبما مر فى المقاسمه مع الأجداد و منها فى بيان أحكام الطبقة الثالثه و هم الأخوال و الأعمام:

الفصل الأول ميراث الأخوال و الأعمام

لا يرث العم مع واحد من الأخوة و أولادهم و لا مع الأجداد و آبائهم على الأشهر، و عن يونس أنه شرك العم مع ابن الأخ و هو متروك و يحوز العم المال كله لو انفرد، و كذا العمه و أن تعددوا و كانوا من نوع واحد بان كانوا كلهم أخوه أب الميت للأب فقط أو للأم فقط أو لهما كذلك حازوا جميع المال أيضا و اقتسموه بالتفاوت على الأشهر حتى فى المتقرب بالأم عند التعدد و بالسويه فى قول بالأخير أى المتقرب بالأم. و فيه قوه لاقتضاء شركه المتعددين فى شىء تسويتهم، و أن تفرقوا سقط المتقرب بالأب مع وجود المتقرب بالأبوين فالمال ينقسم بين المتقرب بالأبوين أو بالأم فقط أو بين المتقرب بالأب خاصة و بين المتقرب بالأم- أن فقد العم- للأبوين، و اشتهر أن السدس فى الفرضين للمتقرب بالأم من الأعمام أن انفرد و الثلث إذا تعدد و الباقى للمتقرب بالأب على التفصيل المتقدم إلحاقا للعمومه بالكلاله و يقتسمون الأعمام و أن تفرقوا بالتفاضل على رأى جماعه أيضا، و قيل أن الأعمام من طرف الأم أن انفردوا اقتسموا بالتفاضل لو تعددوا، و أن اجتمعوا مع غيرهم اقتسموا ثلثهم بالسويه لعين ما مر، و الظاهر أن الاجتماع و الانفرد لا فرق بينهما و أن ذهب للفرق بينهما جماعه و لا يرث مع العم أو العمه مطلقا أحد من أولادهم مع وجودهم اتفاقا إلا- فى عم لأب و ابن عم للأبوين فأنهم قدموه على العم بالاتفاق و النص و بهما خصصوا القاعدة. نعم يقتصر على الفرد اليقيني و هو من الانحصار بهما فلا يتعدى عنه، و أن وقع الخلاف منهم فى مواضع منها: لو حصل التعدد من أحدهما مع انفرد الآخر أو منهما فذهب غير واحد و منهم الشهيدان إلى عدم تغير الحكم لاتحاد المناط و لوجود المرجح، و لأن التعدد أولى من الانفرد و لأن سبب أرث العمين فما زاد نفس العمومه و ابن العم مانع لهذا السبب، و مانع أحد السببين المتساويين مانع للآخر و لأن ابن العم أعم من المفرد و عمومه لوجهه الإضافه، و نوقش فى الجميع باحتمال اشتراط الوحده فى المقتضى و السبب فيكون التعدد منافيا له. نعم يمكن التمسك

لهذا بالرؤى الظاهر فى العموم و ببعض الأخبار الظاهره فى التعدد، فالأظهر ما عليه الشهيدان.

و منها لو كان المجتمع عمه و بنت عم أو أحدهما مع ذكر فالظاهر عدم تغير الحكم السابق، و نسب للشيخ أنه جعل العمه كالعم لاتحاد السبب، و هو متروك لا مكان أن يكون للذكوريه دخل.

و منها إذا تغير المورد بالهبوط، و الأوفق عدم جريان الحكم المخالف للأصل فيه.

و منها إذا أنضم معهما غيرهما من زوج أو زوجه أو خال أو خاله و الأظهر فيه عدم تبدل الحكم الأصلي أيضا، و أن ذهب بعضهم إلى مقاسمه ابن العم للخال، و آخرون إلى سقوط العم و ابن العم و رجوع المال إلى الخال، و قيل باختصاصه بابن العم فقط و لا دليل على شىء من ذلك بحيث يركن إليه إذ حرمان ابن العم لوجود الخال إذا انفردا مما لا كلام فيه و لا مانع له هنا و مثله عدم حرمان العم لكونه بمنزله الأب غاية أن الدليل قضى بحرمانه فى مقام فلا يتعدى عنه و توريث الخال لا مانع، له و مقاله المخالف بأن حرمان العم لوجود ابن العم على إطلاقه غير مسلم بل حرمانه مقصور على صورته واحده على أن الخال حاجب له فإن ادعى عدم صلاحيته للحجب بزعم أن الخال لا يحجب العم فلا يحجب ما هو أولى و هو ابن العم لحجبه للعم فلا يمنع بالخال، و أيضا الخال يحجب ابن العم مع عدم من هو فى درجته فيحوز المال و المفروض أنه إذا حجب ابن العم لا يحوز المال لأن الذى يحوزه هو العم فلا يتحقق الحجب فرده أن اختصاص حجب الخال لابن العم بما ذكر ممنوع، و تخصيص عموم منع الأقرب الأبعد بلا مخصص و لا ينتج من ذلك أن ابن العم حاجب للعم و أن الخال حاجب له فيختص الإرث بالخال لمنع محجوبيه العم بابن العم مع وجود الخال، و منه يظهر بطلان من زعم أن المال لابن العم فقط بدعوى تساوى العم للخال فى الحجب فإذا حجب العم حجب الخال لتساويهما فى الدرجه، لان التساوى فى الدرجه لا يوجب التساوى فى باقى الأحكام.

الفصل الثانى فى أرث الأخوال و الخالات

الخال متى انفرد حاز المال كله و كذا الخاله، و لو اجتمع الخال و الخاله أو الخالات و الأخوال لأب كانوا أو لأم أولهما كان المال كله لهم، و المشهور انهم يقتسمون المال بالسويه، و قيل بالتفاوت فيما إذا كانوا لأب أو للأبوين و هو متروك و لو اجتمعوا مع كون ما هو متقرب بالأب فقط فيهم فالمعروف سقوطه، لأن المتقرب بالأبوين اقرب إلى الميت فان فقدوا لم يسقط المتقرب بالأب، و المعروف فى قسمتهم أن للمتقرب بالأم السدس مع الوحده مطلقا و الثلث مع التعدد ينقسم بينهم بالسويه و الباقى تقرب بالأبوين أو الأب. و المشهور انهم يخصصونه بالسويه و ان اختلفوا بالذكوريه و الانوثيه، و قيل أن المتقرب بالأب من الخثوله يقتسمون بالتفاوت و مراعاة لجانب الأبوه ورد بان اصل التقرب إنما هو بالأمومه فلا عبره بوجهه القرب للام بالأب حيث يكون واسطه. و نوقش فيه فإن كان كذلك فيقتضى ان تكون القسمة بالسويه فى مطلق الخثوله و لا معنى للقسمة أسداسا أو ثلاثا فى صورته اجتماع المتقرب بالأبوين أو الأب مع المتقرب بالأم، ورد بخروج الصوره بالإجماع و الا فالتقرب يقتضيه و الأقرب للاعتبار القسمة بالتفاضل لقاعده تفضيل الرجال على النساء.

الفصل الثالث فى اجتماع الأعمام و الأخوال و انفرادهم

إذا اجتمع العم أو الأعمام و الخال أو الأـخوال فلجانب الخثوله الثلث من المتروك و الثلثان لجانب العمومه فى الأشهر تنزيلا للأخوال بمنزله الأم و للأعمام بمنزله الأب، و خالف فى ذلك جمع منهم المفيد (رحمه الله) فنزلوا الخثوله و العمومه منزله الكلايتين كلاله الأم و كلاله الأب فقالوا: أن للخثوله مع الوحده السدس و مع التعدد الثلث و للعمومه الباقي بالقرايه مع وجود الذكر و الثلثان بالفرض مع عدمه فان اتحد اخذ النصف و ألا فالثلثان و الباقي يرد على العمومه و الخثوله أو على العمومه فقط، و لم نعثر لهم على حجه واضحه و على المشهور فثلث الأخوال يقسم بينهم بالسويه مع عدم التفرق سواء اتحدوا بالذكوريه أو الأنثويه أم بالتفريق فان تفرقوا يعطى المتقرب بالأم السدس من الثلث مع الوحده و ثلثه مع التعدد و القسمة بالسويه، و الباقي للمتقرب بالأبوين أو بالأب مع فقده و قسمته بينهم بالسويه على المشهور، و بالتفاضل فى قول بعضهم و الأعمام تقسم حقها و هو الثلثان بالسويه مع عدم الاختلاف و معه بالتفاضل، و ان تفرقوا يكون تقسيم الثلثين بينهم كتقسيم جميع المال مع فقد الخثوله، و متى اجتمع الأعمام و الأـخوال أى عم الأب و عمته، و خاله، و خالته، و عم الام، و عمته، و خالها و خالته فالثلث للمتقرب بالأم بالسويه و الثلثان للمتقرب بالأب و ثلث الثلثين لخاله الميت و خاله و ثلثاهما للعم و العمه للذكر ضعف الأنثى و المسأله مركبه من حكيمين:

الحكم الأول: التقسيم بين المتقربين أثلاثا.

و الحكم الثانى: تقسيم نصيب المتقرب على نحو ما ذكر و احتمال الشهيد فى الأول أن يجعل للخثوله الأربعة الثلث و قسمتهم له بالسويه و للأعمام الثلثين و طريق قسمتهما أن يكون ثلث الثلثين لعم الأم و عمته بالسويه و ثلثاهما لعم الأب و عمته أثلاثا و احتمال (نصير المله) أن ثلث الثلث الذى للمتقرب بالأم يعطى لخالها و خالته سويه و ثلثاه لعمها و عمته كذلك و سهم الأعمام ينقسم كما قاله المشهور، و احتمال بعض المتأخرين أن يقسم ثلث المتقرب بالأم بين أخوالها و أعمامها بالمناصفه، و فيه مخالفه المشهور عند الاتحاد، و وجه هذا الاحتمال أن أبا الام و أمها يقتسمون كذلك فالمتقرب بهم مثلهم، و المسأله حيث لا نص فيها محل إشكال و الأخذ بقاعده التفاضل أو المشهور أولى بل يمكن أن يكون الأول أوفق بمذاق الفقاهه.

فائده: قيام أولاد العم و الخال مقامهم:

يقومون أولاد العمومه و الخثوله مقام آبائهم فتتزل بنت العم منزله العم و ابن الخاله منزله الخاله من الثلثين، و الثلث و هكذا، و يظهر مما ذكرنا انه إذا اجتمع للوارث سببان أو اكثر من أسباب الأثر فان كان ذو السببين معه من هو اقرب حاز التركة، و ان كان ذو سبب واحد و ان كان معه من هو اقرب منه بأحد السببين كزوج هو ابن عم مع أخ ورت بالزوجيه، و لا يرث بالعمومه لأنه ثبت ارث الزوج مع الأخ و كذا إذا اجتمع السببان، و لا- مزاحم فان المال كله له كعم هو خال و ابن خال حتى لو كان السببان المتضادان فان التضاد لا يمنع مع الانحصار، أما لو كان معه من هو مساو فيهما فأما ان يكون أحد السببين مانعا من الآخر كأخ هو ابن عم مع أخ أو لا- يكون، إما الأول فيرثان معا بالأخوه و كونه ابن عم وجوده كعدمه لا- يؤثر شيئا لأنه ثبت أن الأـخوين يقسمان المال بينهما نصفين و لم يثبت زوال هذا الحكم بكون أحدهما ابن عم، و أما الثانى كعم هو خال مع خال

فیرث ذو السبین نصیب کل سبب فللعم المفروض من

المال ثلثيه لكونه عما و سدسه لكونه خالا من غير شبهه، و قد مثل الأصحاب لاجتماع الأسباب أمثله يظهر حكمها مما قررنا.

فأئده:

إذا دخل الزوج أو الزوجه على الأعمام و الأخوال فله نصيبه الأعلى و للأخوال ثلث الأصل و الباقي للأعمام فان كانت الفريضة ستة فلزوج ثلثه، و للأخوال اثنان و واحد للأعمام و كل من الفريقين يقسم ماله على حسب ما قررنا أما لو دخل على أحد الفريقين و كانوا الأخوال مثلا- و هم متحدون- بان يكونوا إما جميعهم من الأبوين أو من الام أو الأب، و كذا بعض من طرف الام و بعض من طرف الأب فان كانوا أعماما أخذوا للمتقرب بالأم منهم بعد نصيب الزوج أو الزوجه ثلث الأصل مع التعدد، و سدسه مع الانفراد على المشهور، و الباقي للمتقرب بالأب- و ان كانوا أخوالا- فالحكم كذلك على رأى جماعه، و قيل: ان سدس الثلث بعد حصه الزوج او الزوجه للمتقرب بالأم ان انفرد و ثلثه لو تعدد و الباقي الأعمام فلزوج أو الزوجه ايضا النصيب الأعلى و الباقي لذلك الفريق و قسمتهم على ما فصلناه، أما لو كان المدخول عليهم فريق واحد و هم متفرون منه و من الفريضة للمتقرب بالأب من الختوله و استوجه هذا القول جماعه لان المتقرب بالأم له حقها و هو الثلث لأنه نصيبها و يخصصونه بينهم فللمتقرب بالأم منهم سدسه أو ثلثه لا- سدس الأصل، و مرجعه إلى تنزيل الخالين منزله الأخوين المتفريقين، و قيل أن للمتقرب بالأم سدس الباقي من حصه الزوج لا سدس الثلث و خير الوجوه ما عليه المشهور و ان قوى بعض أعظم المتأخرين إن الأخوال لهم نصيب الأم لأنهم بمنزلتها، و هو يختلف فقد يكون المال كله و قد يكون نصفه أو ثلثه أو سدسه و فى المقام لها النصف مع الزوج لو انفردت فينتقل ذلك للأخوال فيأخذ المتقرب بالأم سدس النصف أو ثلثه، لأن المتقرب بها ينزل منزله كاللثها- و هو وجيه- لو لا- أن الظاهر أن ينزل المتقرب بالأم منزله أم الام لا منزله الكلاله، و كذا المتقرب بالأب من الأعمام و الأخوال، لانه مقتضى قاعده (كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجربه) لان العمومه و الختوله ليست بمنزله الأب و الأم و إلا لحجبت الجد بل هى بمنزله أب الأب و أم الام و هما يقسمان بالسويه كما تقدم قولك للأخوال حصه الأم ممنوع بل لها حصه أم الأم و يجز الكلام بأسره فى الأعمام المتفريقين، و المسأله لخلوها من النصوص مشكله فالأرجح فيها اتباع الأكثر.

الفائده الثامنه و الأربعون (فى أرث الزوجه):

الزوجه ترث الزوج و يرثها ما دامت فى حباله و لو كانت فى العده الرجعيه، لأنها زوجه أيضا و لا إشكال فى ذلك كله، و لا فى عدم توريث المطلقه بائنا و اليائسه و ليس فى سنه من تحيض و المختلعه و المباره. نعم المتزوجه فى المرض إذا مات الزوج قبل الدخول و قبل البرء لا ترثه على الأشهر كما ان المطلقه فى المرض و لو بائنا ترث الزوج لو مات فى ذلك المرض إلى سنه، و قيل بثبوت التوارث فى العده مطلقا و لو رجعت المختلعه بالبذل أو رجعت الباذل غيرها فانقلب الطلاق رجعيًا توارثا مطلقا و ان لم يمكن الزوج الرجوع بأخذ أختها أو خامسه لانه بانقلابه رجعيًا ثبت له أحكامه، و استشكل- الفاضل- فيه التفاتا إلى استصحاب أحكام البيئونه، و الشك فى الموضوع فعسى أن يكون الموضوع هو الطلاق الرجعى لا- مطلقا، و استقوى بعض أفاضل المتأخرين دوران الإرث

و عدمه على استحقاق الرجوع فعلا و عدمه و مثله ما لو لم يمكنه الرجوع فى الرجعى لإسقاطه حق الرجوع أو لمصالحته عليه أو غير ذلك فتدبر.

الفائدة التاسعة والأربعون (فى اشتباه البائنه بغيرها):

لو اشتبهت البائنه بغيرها، فأما أن يكون البون بالطلاق أو بغيره، و على الأول فأما أن يكون الاشتباه بما فوق الأربع أو دونها، و على الثانى كذلك و المنصوص من هذه الصور هو ما لو طلق الرابعه، واخذ أخرى بمكانها، و اشتبهت المطلقه و الحكم فيها إن تأخذ الأخيره ربع الثمن، و يقسم الباقي بين الأربعه الباقية و كذا لو كان الأثر الربع، و الحلّى على اصله فحكم بالقرعه بين الأربعه و استخراج المطلقه بها، فلا ترث و لا تعتد و هو حسن أن استضعفنا العمل بالخبر، أما لسقوط العمل بأخبار الآحاد أو لاشتراك أبى بصير الراوى عن أبى جعفر " عليه السلام " بين الثقه و غيره. نعم فيه أن الأمر يدور بين القرعه و بين الصلح القهرى للحاكم، و الثانى أولى كما فى مسأله التداعى لقيام تعدد الاحتمال مقام امتزاج المال كالدرهم المختلط فى درهمين لشخصين، لكن تحتم ذلك على الحاكم أشكال فالتخير بين القرعه و الصلح لا يخلو من وجه، و لو حكمتنا بتعلق حكم عدم الإرث فى المطلقه المعلومه دون المشتبهه أو أن العلم الإجمالى لا يمنع من جريان الأصل فى كل واحده كالأوانى المشتبهه بالنجس لا وجه لعدم التوريث و على الأخير بأن بانت الزوجه بغير الطلاق، و اشتبه الأمر أو به دون الأربع، فقول: بالتعدد فى غير مورد النص مطلقا، و ان النص على عين لا يفيد التخصيص فى الحكم بل يدل على التنبيه على مأخذ الحكم و إلحاقه بكل ما حصل الاشتباه فيه و لا خصوصه ظاهره فى قله المشتبه و كثرته فيه، و استشكل آخرون بالتعدد فى المورد المخصوص فقصروا الحكم عليه،

و اما غيره من موارد الاشتباه فيرجع فيه إلى ما تقتضيه القواعد من قرعه أو صلح قهري أو غيره.

أقول و لا مانع من استصحاب الحكم السابق للمشتبهه و غيرها فيوزع الثمن أو الربع ثنائيا و ثلاثيا، بل قد يوزع أثمانا لو اشتبهت الأربعة في أربعة، و لا مانع منه سوى تساوى الحصص و ان متيقنه الزوجيه تأخذ دون حقها، و لا بأس به أن حكم الدليل بمساواه المشتبهه للمتيقنه في الاستحقاق، و أما ما استدل به على مشاركته المنصوص لغيره في الحكم، فمرجهه إلى القياس و الله العالم.

الفائده الخمسون (في العقد على الصغير):

لا ريب في حصول التوارث بين الزوجين مع صحه العقد فيدخل فيه العقد على الصغيرين ممن له ذلك كالأب و الجد، و يحكم بالزوجيه و الإرث، و هو مما لا إشكال فيه و في ثبوت المهر سواء ماتا صغيرين أو أحدهما أو لا. نعم يشترط الكفاهه في الزوج، و مهر المثل في الزوجه- عند الأكثر- فلو فقد أحدهما، و كان الثاني فالأقرب أنها ترث- و لها الخيار- أن بلغت في المهر دون العقد و لا وجه لتوقف البعض فيه، و ان كان الأول فيمكن عدم التوارث بما يفسد العقد لعدم نفوذ تصرف الولي- و لو إجباريا- مع المفسده في الظاهر، و لو قيل بصحه النكاح مع جبره و ان لها الخيار في العقد بعد البلوغ على وجه يكون كخيار العيب لكان حسنا و اتجه التوارث. و أما لو عقد على الصغيرين غير الولي سواء وجد الولي أم كان فضوليا موقوفا على الإجازة من الولي أو منهما بعد البلوغ فلو لم تحصل فسد العقد و لا- توارث و كذا لو مات أحدهما قبلهما، و ان أجاز الآخر لتوقف العقد على رضائهما أما لو أجاز أحدهما بعد رشده و بلوغه و مات و كان الآخر صغيرا عزل نصيبه من الإرث حتى يتأهل للإجازة فان أجاز اخذ نصيبه و الا بطل النكاح و لم يستحق شيئا، و النص صرح باشتراط اليمين على المجيز من انه اجاز لا لرغبه في الإرث، و هذا الحكم و ان كان مخالفا للأصل إلا أن الأكثر عليه عملا بالخبر، و للتأمل فيه مجال إنما الأشكال في جريان هذا الحكم في غير محل النص كتزويج الكاملين فضولا أو أحدهما أو الفضولي و الولي كل زوج واحد أو أحدهما صغيرا أو غير ذلك، فيحتمل الاقتصار على مورد النص في الإجازة و التوريث فلا- ينفع إجازة أحدهما لو مات بعدها قبل إجازة الآخر للزوم الاحتياط في النكاح أو رجحانه و لأصالة عدم استحقاق مال الغير بدون ناقل محقق فيكفي عروض الشك في الناقل، و يحتمل موافقه هذه الأحكام لقاعده الفضولي و حينئذ يسقط طلب اليمين من المجيز، بل و لو صرح المجيز بأنه أجاز لرغبه في الميراث، لأن الإجازة تكشف عن صحه العقد، و متى صح ترتب عليه أثره على أن المجيز مصدق فيما لا يعلم إلا من قبله فلا وجه لطلب اليمين منه و لا يبعد الأخذ بقواعد الفضولي، لأن محله المنصوص هو النكاح و غيره ملحق به لخلوه عن النص الصحيح، و هي تكشف كشفا حكيما عن صحه العقد و لا يقدح فيه عروض الموت قبل تمام السبب الناقل لوقوعه من أهله في محله غايته انه مراعى بالإجازة و ليست هي إلا كالخيار الذي لا دخل للموت و الحياه فيه فبعد الإجازة يتم العقد فيؤثر أثره و سقوط بعض الآثار لا يوجب سقوط جميعها، فلا وقع للقول بالبطلان من جهة اعتبار بقاء ما وقع عليه العقد قابلا لتعلق العقد حال الإجازة و إلا لننقض بالصغير لعدم قابليته حين إجازة الكبير قبل موته، و ليس هو كتلف المبيع فضولا بآفه سماويه قبل إجازة المشتري لعدم بقاء اثر يتعلق العقد فيه لو أجاز المشتري بخلافه هنا لكن حيث كان النص، و الفتوى توقف الزوجيه على اليمين، لا

محيص عن اعتباره في غير مورد النص لو ألحقناه به، فلو نكل سقطت و مع عروض المانع ينتظر رفعه الا مع الضرر على الوارث أو المال، و في وجوب اليمين تعبداً أو لجهه التهمه فلو ارتفعت لا يمين وجهان و التعبدية ارجح و ان وقع التصريح بالتهمه في النص لان الظاهر فيها و في أمثالها في النصوص أن ذلك حكمه الحكم لا انه عله يدور الحكم مدارها، و على التعبدية فلو كان المجيز المتأخر الزوج لا يلزمه أداء نصف المهر للوارث إلا بعد التحليف فان حلف جاز للوارث مطالبته، و وجب دفعه و إلا فلا، و يرث الزوج من المهر و يقاص فيه لو امتنع الوارث من دفع ما يستحقه من التركة إليه لو كانت، و أما على عدم التعبدية في اليمين يلزم الزوج الدفع لمجرد الرضا و ليس للوارث المطالبه به، و له أن يقاص إذا لم يكن له طمع هذا ما تقتضيه القواعد و الله العالم.

الفائدة الحادية و الخمسون (في انحصار الوارث):

لو انحصر الوارث بالزوج اخذ النصف فرضاً و الباقي رداً في الأشهر و بالزوجه أخذت نصيبها و لا يرد عليها في قول معروف بين أصحابنا حتى حال الغيبه و هو الأقرب و النص به واف.

الفائدة الثانية و الخمسون (في نفوذ الوصيه في الثلث):

لو أوصى من لا- وارث له بالثلث نفذت وصيته من دون شبهه، و ان أوصى بالزائد عليه فالقاعده تقتضى عدم نفوذ الوصيه كذلك. و يظهر من بعضهم النفوذ لروايه ضعفت بالسكوني سندا و دلالة باحتمال إرادته الثلث منها في قوله " عليه السلام": (يوصى بماله حيث شاء

(لاحتمال أن تكون ما موصوله و له جار و مجرور فيكون إشاره إلى الثلث او قصر النفوذ على ما لو أوصى للمسلمين و المساكين لا مطلقاً فيشمل غير الموجود في الروايه، أو أن الحكم مختص بحال الحضور لا مطلقاً و الله العالم.

الفائدة الثالثة و الخمسون (في إرث ولد الزنا):

ولد الزنا لا- يرث من أبيه الزانى و لا- من أقرباء والده و لا يرثون منه على الأشهر بل المتفق عليه و النصوص بعدم الإرث منه كثيره، و أما نفى الارث من الجانبين فبالإجماع المحقق و أصاله عدم التوريث خرج منه صحيح النسب، و بقى غيره و اختلفوا في التوارث بينه و بين أمه و أقاربها فالمشهور على العدم ايضاً، و يظهر من جمله من الأصحاب الحكم بالتوارث لصدق التولد الذى يتبعه الإرث و لدلاله بعض النصوص عليه و القول به لا يخلو من قوه لعمومات الإرث، و لقوله " عليه السلام" في روايه ابن عمار)

ولد الزنا و ابن الملاعنه يرث أمه و اخوته لامه إلى آخره

(و قوله)

و ميراثه كميراث الملاعنه

(فى مرسله النهايه و روايه يونس)

ميراث ولد الزنا لقرباته من قبل أمه إلى آخره

(، و نوقش فى الجميع بالضعف و عدم صراحه الدلاله و بموافقه أهل السنه فيقوى عدم الأثر لمرجوحه نصوص الإرث بالنسبه إلى نصوص عدمه: و فيه أن الرجوع إلى الترجيح هنا ساقط لان الأخبار من باب المطلق و المقيد لا من باب العموم من وجه، أو التساوى حتى يرجع إلى الترجيح، فالأظهر التوريث هذا فى العمودين. و أما أولاد ولد الزنا فيرثهم و يرثونه من غير إشكال و لا موجب للعدم و الله العالم.

الفائدة الرابعة و الخمسون فى ولاية الإمام (عليه السلام):

إشارة

لا إشكال فى ثبوت الولاية فى الأموال و النكاح و غيرهما فى الجملة لآحاد مخصوصين، و تمام ذلك يحصل برسم أمور:

الأول: الولاية على الشىء جواز التصرف فيه بأى أنواع التصرف و عدم جواز الرد عليه- و هى قد تكون عامه، و قد تكون خاصة- و عمومها للمالك المعبود (جل و علا) و خصوصها يختلف بحسب الخصوصيات فى الموارد، و الأصل يقتضى عدم ولاية أحد على أحد للترجيح بلا مرجح و هو ممنوع عقلا فى النفوس و غيرها، خرج عن هذا الأصل ولاية من ثبتت ولايته شرعا أو عقلا عموما و خصوصا، ثم الولي أما أن يكون مستقلا بالتصرف بحيث لا يجوز لغيره التصرف فيما له التصرف فيه أو يجوز لغير ذلك، و على الأول فهل يجوز له الأذن للغير بجواز التصرف فيما كان أمره بيده مطلقا أو فى بعض دون بعض أو لا يجوز مطلقا، و على الثانى فهل يلزم الغير الاستئذان فى الولي فى جميع تصرفاته، أو فى مقدار معين؟ أو لا يلزم بل له التصرف إلا مع نهى الولي عنه بخصوصه؟ و على فرض لزومه الاستئذان، فلو تصرف فضولا- أو جهلا أو نسيانا أو تعمدا بدون، الأذن ثم علم الرضا من الولي بذلك أو لحقته الإجازة منه، فهل ينفذ ذلك التصرف أو يبطل من أصله؟ فلا ترتب عليه الآثار مطلقا أو تختلف التصرفات باختلاف المقامات بحسب الأدلة و يرجع فى المشكوك فيه إلى الأصول العمليه و الإطلاقات أو غير ذلك من العلاج فى مقام الحيره.

فنقول: الاستقلال على خلاف الأصل فان ثبت عموما أو خصوصا اختص بمن ثبت له، و لا يجوز لغيره مزاحمته فيه و لو ياذنه كما انه ليس له الأذن عموما أو خصوصا لاحتياجهما إلى الدليل، و لا يجوز للغير التصرف بعد ثبوت الولاية لغيره على ما يؤيد التصرف فيه و مع الأذن يجوز بعد ان يثبت عند المستأذن جواز أذن الولي، و يقتصر على المورد المأذون فيه مطلقا أو مقيدا، و لا يحرم على الغير التصرف نسيانا أو جهلا. نعم لا ترتب الآثار لو انكشف الخلاف، و إذا تبينت الموافقة فالأصل عدم ترتب الآثار حتى يثبت كفايه الموافقة بدليل كل ذلك مما لا إشكال فيه. إذا تبين هذا فنقول: لا إشكال فى ثبوت ولاية الولي المطلق من النبي (ص) و الائمه (ع) واحدا بعد واحد مطلقا بالأدلة الأربع فى كل الأمور على سبيل الاستغراق، و لا ريب فى ولاية الولي من قبلهم فى خصوص الموارد أو فى عمومها فان من جملة الأشياء اختيارهم فى الاستنابة عنهم واحدا معينا أو غير معين كأن يقرنوا المستناب بصفه متى أحرزها ناب عنهم، كما انه لا- يشترط تصرفهم بشرط أبدا، بل ذلك راجع إليهم فلا يعترض عليهم لو استنابوا من لا تصلح له الولاية أو عينوا فى بعض الموارد فى التصرف ببعض الأشياء غيرهم حتى ممن لا يتولاهم أو يعاندهم، فكان الأصل القاضى بعدم ولاية أحد على أحد فى أمر من الأمور انقلب فى حقهم فصار الأصل جواز تصرفهم فى النفوس و الأموال و غيرها، و ولايتهم على جميع ذلك إلا ما أخرجه الدليل أو صدر الأذن منهم فى أيكال التصرف فيه للغير عموما و خصوصا فللإمام " عليه السلام " بعد النبي (ص) السلطنة المطلقة على الرعية من قبل الخالق- و قد انهينا القول فى ذلك فى رسالتنا فى الإمامة- فلا- وقع لما قد يترأى من كلمات بعض أصحابنا (رحمهم الله) من ان وجوب طاعه الامام مختص بالأوامر الشرعيه دون العرفيه فلا يلزم إطاعتهم فيها كقول آخرين (بعدم سلطنتهم على الأموال و الأنفس

مطلقاً) فانه من لغو الحديث بعد ما ثبت بالعقل و النقل خلافه المقتضى لانقلاب الأصل الأولى و حينئذ فينتج مما حررناه اشتراط تصرف الغير بإذنتهم فى كل أمر من حيث أن لهم السلطنة المطلقة على الرعية فيشمله كل ما قضى من عقل او نقل من عدم جواز التصرف بما يعود للغير بغير أذنه. نعم ثبت بالضرورة جواز تصرف الغير فى العاديات التى لا يتعلق بها حكم شرعى بدون إذنتهم بل تحققت الرخصة منهم فيه قولاً أو فعلاً من الغير بمراى منهم و مسمع، و اما ما يحتاج إلى الأذن فلا يجوز و لم تعلم الرخصة فيه منهم فيبقى على الأصل الثانوى و هو و ان كان خلاف الأصل الأولى إلا أن الدليل قضى به. و منه يظهر عدم جواز الاستقلال لغيرهم فى المصالح المطلوبه للشارع التى لم يعين للقيام بها شخصاً معيناً من الرعية مما لم يعلم ان المراد نفس وجودها فى الخارج من أى شخص اتفق، و أى سبب كان و ان وجدت و لو من الهوى فان علم بذلك، و وجدت خارجاً سقط الأمر بها جزماً و لا- يحتاج إلى الرجوع إلى الغير فى إيجادها، أما مثل الحدود و التعزيرات، و حفظ مال اليتيم، و إلزام الناس بأداء الحقوق، و رد الأمانة، و نحو ذلك فيلزم فيها و فى أمثالها و ان كان مشكوكاً فى انه هل هو من الأشياء التى يلزم فيها الرجوع إليهم أو لا- الاستئذان منهم و الرجوع إليهم؟ لأنه من جزئيات منصب الإمامه فلا حاجة إلى الاستدلال عليه بأنهم أولو الأمر و الولاية، و ما دل على وجوب الرجوع فى الحوادث إلى رواه الحديث و غير ذلك، بل يكفى الدليل العقلى الناقل للأصل الأولى فى ذلك كله، فاتضح بما حررناه ما فى مكاسب شيخنا المرتضى فى قوله: (لكن لا عموم يقتضى أصاله توقف كل تصرف على الأذن) فانه لا يجتمع مع جزمه بان لهم السلطنة على التصرف فى جميع الأمور الذى مقتضاها توقف التصرف على الأذن مطلقاً إلا- ما خرج و إلا- لتبعضت سلطنتهم و هو خلاف المفروض إذ لا مشارك لهم فى ذلك و شركه الغير معهم نقص فى الإمامه. نعم هناك تصرفات تقطع بعدم احتياجها إلى الأذن فتقتصر على المعلوم، و ندخل المشكوك فيما يجب الاستئذان فى التصرف فيه، و لا- يحتاج إلى الرجوع إلى اطلاقات أدله تلك التصرفات أن وجدت على الجواز أو المنع و لا إلى الأصول العمليه بعد إحراز أن الأمر كله لهم. و ان استقلال غيرهم فى بعض الأمور و عدم الرجوع إليهم مناف لمنصبهم الإلهى فتدبر.

الثانى: انه بعد أن ثبت أيضاً جواز استينابهم غيرهم و جعل الولاية و السلطنة منهم لما سواهم فى بعض الأشياء، و صدور الأذن منهم لنوابهم بالتصرف بحضورهم و فى غيبتهم مع اقترانه بالأوصاف التى تدور النيابة على المتصرف فيها وجوداً و عدماً، و قد ذكر الأصحاب (رحمهم الله) بملاحظه الأدله القاطعه ثبوت الولاية فى زمن الغيبه لأفراد معدودين فى أمور معدوده لا مطلقاً و ان كان فى المولى عليه عموم أو إطلاق لبعض من جعلوا له الولاية، لكن لا- بحيث يساوق ولاية الإمام أو يساويه، و هم فرق من الناس:

الفريق الأول: فى ولاية الفقيه:

الفقيه الجامع للشرائط و لا ريب فى تحقق ولايته فى الجملة فى زمن الغيبه و صدور الأذن له فى التصرف فى كثير من الأمور و نفوذ تصرفاته المرخص فيها، و عدم جواز الرد عليه و وجوب الرجوع إليه فيما له الولاية عليه ممن له السلطنة على التصرف و التسلط على أن يستتبع فى الأمور من يشاء، و قد توهم بعض كلمات أصحابنا فى أن ولايته عامه من قبل الإمام و انه بمنزلته، و قائم مقامه فى جميع ماله التصرف فيه معتمداً فى ذلك على النصوص الواردة فى حق العلماء مثل: (

(و)

إن

مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه

(و قول الحجة " عليه السلام ")

أنهم حجتى عليكم

(و المرفوعه المشهوره و المقبوله المرويّه عن ابن حنظله و غيرها و هى تقصر عن إثبات استقلالهم فى التصرف و كونهم كالنبي (ص) و أوصيائه (عليهم السلام) و انهم أولى من الناس بأموالهم، بل هى مسوقه لبيان وظيفتهم فى الرجوع إليهم فيما علموه من الأحكام التى يجب العمل بها، و توضيحه ان الأحكام الشرعيه المراده من العباد لا بد من إيصالها إليهم إذ لا تكليف إلا بعد البيان فتحتاج إلى مبلغ و هم بواسطه الرخصه ممن له التبليغ صاروا من المبلغين أو المترجمين لأوامر ذلك الواسطه الذى بين الله و بين خلقه، فكلما عرفوا العباد من ذلك الواسطه بلا واسطه شيئاً من الأحكام، أو فهموا كلامه و تدبروه لزمهم العمل به، و ان أبهم عليهم أمره رجعوا فيه إلى من يترجمه لهم و ان خفى عليهم منه شىء أيضاً رجعوا إليه فيه، و لا- تفيد تلك الأخبار إلا العمل بقولهم فى الأحكام التى يرونها عن الواسطه الذى بين الله و بين عبادته لأن العلماء اقرب إليه من غيرهم، و اعرف بفهم كلامهم، فهم بهذا المعنى مما يقضى بتعينهم العقل من دليل اللطف فضلاً عن الشرع، فان كل سلطان إذا كلف الرعيه بأوامر و تكاليف لا- جرم أن يرجع فى فهم محاوراته و معلوميه إراداته إلى أمنائه و وزرائه ممن عنده ذلك الأقرب فالأقرب، فالأخبار مسوقه لبيان ذلك، و أين هى من كونهم لهم الاستقلال فى التصرف و انهم أولى الناس بأموالهم؟ فغايتة أن يخبروا عن رئيسهم بان الله تعالى فى المال الفلانى الزكاه و له الخمس و يلزم صرفها فى كذا، فيجب على من لم يعلم ذلك تنفيذ هذا الحكم، فلو طلب ذلك المال من المكلف لا دليل على وجوب دفعه اليه بمجرد هذه الأخبار بل لا بد له من الاستناد إلى خبر آخر يرويه عن ذلك الواسطه بوجوب ذلك عليه فيخرج عما نحن بصددّه، على انه لو فرضنا العموم فى ما ذكر من الأخبار لكان الخارج منها بالنسبه إلى العلماء اكثر من الداخلى. فتلخص أن العمومات لا تفيد اكثر من كون العلماء لهم رتبة تبليغ أحكام الله (جل شأنه) الى الناس، و تعريف حلال الله من حرامه من حيث تلقيهم ذلك من الواسطه الذى بينهم و بين الله تعالى و هو أو كلهم إليهم، و أما توقف تصرف الغير المتوقع على إذن الإمام " عليه السلام " على إذهم ايضاً فلم يثبت ذلك من النصوص و لا غيرها من الأدله. نعم لو استنبط المجتهد ذلك من الأدله لزم على مقلده العمل به أن لم يقطع بفساد المأخذ أن كان من أهله، و حيث أنك قد عرفت أن جل الأمور الحسينيه و غيرها مما للشارع دخل فيها هى منوطه بنظر الإمام و تصويبه إلا- ما قطع بعدم دخوله و ان إيجادها فى الخارج بدون أذنه لا يجوز و لا يصح فحينئذ لا بد للفقيه من ملاحظه الأدله و التمييز بين الموارد، فكل معروف قام القاطع على أن وجوده فى الخارج مراد كيف ما اتفق فهو لا- يحتاج فى إيجادها إلى إذن الإمام " عليه السلام " و لا إذن نوابه و كل شىء ثبت لزوم حصول الأذن فيه من العلماء فيلزم الاستئذان فيه و لا يصح بدون الأذن، لأنه شرط فى جواز التصرف فيه فلا يصح مع فقد شرطه و أما غيره مما ثبت إناطته بنظر الإمام " عليه السلام " أو شك فى ذلك يلزم تعطيله و عدم التصرف فيه لأنه مراد من موجد خاص، و ليس المطلوب مطلق وجوده فلو تعذر ذلك الموجد فلا عموم يقضى بقيام غيره مقامه. و الملخص أن المستفاد من التوقيع المروي فى " الاحتجاج " و " الإكمال " و غيره مثل:)

أن السلطان ولى من لا ولى له

(و من جمله أخبار آخر:)

ان الفقيه منصوب فى الجملة من قبل الإمام على سائر الرعية

(ولما كانت الوقائع على أقسام.

منها ما تحتاج إلى المبلغ و لا يتوقف نظام العالم عليها فقط هي مراده للشارع و تلك كالأحكام الشرعيه البدنيه و غيرها مما فيه شائبه التعبدية، فلا ريب في وجوب الرجوع فيها الى الفقيه لتوقف التعبد فيها على الرجوع اليه واخذ حكم الله تعالى منه، و هذا مما لا ريب فيه.

و منها ما يتوقف نظام العالم عليه و للشارع تصرف فيه مثل المرافعات و قطع الخصومات و قسمه الميراث بين أربابه فيما به الخلاف، و أحلاف المنكر و غير ذلك من الأمور التي يتوقف عليها المعاش، و قد حدد الشارع لها حدودا لا يعرفها إلا الواسطه أو واسطه الواسطه فمثلها ايضا لا بد من الرجوع فيه إلى اقرب الوسائط، و ليس هو بعد الإمام إلا الفقيه فيلزم الرجوع اليه فيها ايضا عقلا- و نقلا- و منها ما يتوقف عليه انتظام أمر الأمه و لا بد له من رئيس بحيث لا يكاد ينتظم بدونه، و لكن ليس للشارع دخل فيه غير إرادته إيجاداه في العالم لا من موجد خاص. و نحن بعد التفكير في الأدله عموما و خصوصا حصل لنا اليقين منها في وجوب الرجوع فيها إلى من يدور الحق معه، و ليس هو إلا الإمام فيرجع اليه في الأمور العامه مثل، اخذ الخراج، و تنظيم العساكر و قبض الغنائم، و تسويه الطرق، و حفظ الأموال و الأعراض، و تقويه المسلمين و غير ذلك مما يتوقف عليه انتظام سلطنه النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) بعده فمثلها لا شك بأنه من وظائف الإمام " عليه السلام " و لا يجوز لأحد أن يستقل به مع وجوده إلا بإذنه، و ان أمكن قيام الغير بها أو ببعضها فلا يجوز لأحد أن يولى أحدا على الناس أو يستقل هو بالولاية، و لا يجوز له قبض ما عين لمصالح المسلمين العامه و لا وضعها بمحل دون آخر، و لا أن يخص به فردا مخصوصا و لا غير ذلك إلا بإذنه و تصويبه لأنه المنصوب من الله بعد النبي (ص) فكل ما كان للنبي (ص) من الوظائف فهي له و حينئذ فهل يكون ذلك ايضا للفقيه في زمن الغيبه فله الاستقلال في جميع ذلك كما كان للإمام و لا يجوز القيام بها، أو ببعضها لغيره، و ان كان يمكنه إجراء الأمور على مجاريها، و وضعها في محالها و مع ذلك يلزمه الاستئذان من الفقيه فان استقل بها بلا أذنه فعل حراما و ضمن ما تصرف فيه، و ان وضعه بمواضعه بحيث لو اطلع عليه الفقيه لاستحسنه. و مثله ما لو كان تصرفه بحسب الظاهر أصلح لانتظام الأمر فان هذه الصلاحيه لا- تفيد مع مخالفته أو بدون أذنه أو لا- يجب الأذن فيه مطلقا، أو مبعضا بحسب الأدله، فكلما ثبت وجوب الاستئذان فيه من إجماع، أو سنه، أو غيرهما اتبع، و كلما شك فيه جرى فيه أصاله عدمه. يظهر من غير واحد من أصحابنا ان ذلك كله من وظائف الفقيه الا ما أخرجه الدليل و انه نائبه فكأنه هو في كلما لم يعلم من الإمام جواز إيكاله لغيره أو عزله عنه، و يظهر من آخرين عدم وجوب الرجوع اليه مطلقا إلا- ما قام الدليل على الرجوع اليه فيه لان تنصيبه في مقام لا يوجب عموم الرجوع اليه و استئذانه، و ليس في الأخبار ما هو نص في ذلك بحيث لا يمكن انصرافها إلى بعض هذه الأمور و تورث المساواه من كل وجه، و متى لم تنهض بذلك و تبعضت الصفقه؟ بقي غير المنصوص عليه على الأصل الأولى فلعل في عدم توليته عليه خاصيه يعلمها الإمام ككثير من الفوائد التي حرمانها حال غيبته " عليه السلام ". نعم لا شك في انه أولى من غيره لو تساويا في الرشد، و المعرفه، و لا أظن أن هذه الأولويه توجب الرجوع اليه و استئذانه حينئذ، فيخصص الأصل فيها، لأنها ليست قطعيه، و هذا أخرى في النظر باعتبار الدليل و لكن في النفس منه شيء باعتبار فهم كثير من أصحابنا من تلك الأخبار العموم حتى انهم يلقوه إلقاء

المسلمات فى بعض المقامات الغير منصوبه، و يحتجون عليه بنـخبر " الاحتجاج " و ما ضاهاه و لا يصرفون الحوادث إلى شىء دون شىء و قضيه الاستتابه تقضى به و إلا لاقتصروا فى بدليه التيمم على المنصوص، و لما أعلنوا بأن حكم البدل حكم المبدل مطلقا فكأنه هو و قاعده الاحتياط ايضا تقضى به و الله العالم، و منها الأمور الحسينيه التى يعلم بان نفس وجودها فى الخارج مراد للمولى كإعانه المظلوم ورد الغيبه، و حفظ مال الغائب، ورد الأمانه و الوديعه إلى صاحبها و بذل الصدقه المندوبه و الرجوع إلى الظالم فى إنقاذ الحق مع الحاجه اليه و تعذر الاستنقاذ إلا به لكن لا فى مقام الترافع إلى القاضى، و اخذ اللقطه بل جواز الالتقاط و المضى إلى دار الكفر مع الأمن على الدين للتجاره و غيرها، و مخالطه أهل الذمه فى البيع و الشراء، و اشتراء المماليك المعلوم أسرهم من المسلمين.

و منها الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، بعد إحراز الشرائط غير التعزير و القتل فلا ريب فى رجوع أمرهما إلى الإمام و صرح الشهيد فى الدروس و غيره بجواز قيام الحاكم الشرعى بها من باب النيبه، و يظهر من جماعه عدم قيام الحاكم بها و من شيخنا فى مكاسبه انه من خصائص الإمام و هذه الأمور و ان كان فيها ما لا يسمونه من الأمور الحسينيه لكنها ألحقناها بها حسبه فلا يجب فيها و فى أمثالها مما يكون مشروعيه إيجاده فى الخارج مفروغا منه حتى لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفايه و لا يلزم الرجوع إلى الفقيه إلا إذا اشتبه الموضوع.

و منها الولايه على مال الغائب بالبيع و الشراء و فسخ عقده الخيارى، و كذا مال الصغير و تزويجه و المجنون مطلقا أو بعد البلوغ و الممتنع و المريض، المغمى عليه، و الميت الذى لا ولى له و غيرهم. و منه الحدود قيل، و قبض مال الخراج من الظالم و صرفه فى مصالح المسلمين، و تبديل الوقف، و التصرف فى الأعيان الموقوفه بنقلها من محلها إلى محل آخر لجهه الولايه، و التصرف فى الأوقاف العامه، و صرف نمائها فى المصالح العامه بحسب نظره و استماله المخالف بدفع مال الصدقه المفروضه إليه و يجمعها ولايته على كلما هو قابل للولايه عليه و محتاج إلى متصرف فيه، و لا شك فى ظهور بعض الأخبار بان ذلك من وظائف الفقيه و ان ولايته عليه ولايه إجبار لا من باب الإحسان، فیراعى فيه المصلحه مطلقا أو العائده إليهم بل تصرفه ماض كتصرف من ناب عنه عليه، و نفوذه كنفوذ حكمه لا ينافى بشرط غير ثبوته عنده و لو بعلمه، و قيل لا بل تصرفه فى أمثال ذلك يحتاج إلى مراعاة المصلحه، فان انكشف الخطأ انتقض و لم يترتب عليه الأثر، و ربما قيل بالضممان فيتحالف فى ذلك ولايه الإمام و تساوى ولايته ولايه غيره ممن لا ريب فى مراعاة المصلحه فى ولايته، و إليه نظر شيخنا فى مكاسبه حيث ذكر: فى معنى الروايه المرسله)

أن السلطان ولى من لا ولى له

(أن المـثبـت و المنفى فى الروايه هو الولى للشخص لا عليه بمعنى: أن احتـاج إلى معونه غيره يجوز لغيره القيام بمصالحه، و ينبغى أن يكون ذلك القائم هو السلطان فتقرن ولايته بالمصلحه من حيث قصر المتولى لا أن ولايته ولايه إجبار لا أناط بشىء كولايه المالك على ملكه و ان كان ظاهر الولى يوهم ذلك و هو حسن غير أن هذا لو جرى فى الروايه لجرى فيمن)

كنت مولاه فهذا على " عليه السلام " مولاه

، أى من كنت وليه فيما يحتاج إليه فهذا على " عليه السلام " وليه فلا تنهض حجه على ما تدعيه الإماميه من ظهور الخبر بالولاية الإجماريه على العباد المنتج للمساواه من جميع الجهات، بل ظاهره انه له الولاية على من لا ولى له لا انه كأحد القائمين بأمره فلو حصل من يقوم بأمره ليس للسلطان عزله عن الولاية على أمره مع علمه بأنه لا يفعل إلى ما يعود نفعه إليه،

كما هو مفاد ما ذكره شيخنا (رحمه الله) فانه خلاف ظاهره إذ مفاده و الله العالم أن السلطان أولى به من كل أحد و لا يجوز لأحد مزاحمته فتأمل.

الفريق الثاني: في ولاية الأب و الجد:

إشارة

ولاية الأب و الجد- و ان على- على قول، و سلطنته على بضع البنت، و تزويج الابن، و العقد لهما و على التصرف بمال الطفل بالبيع و الشراء مع وجود الحاكم الشرعى و عدمه، بل لا ولاية له مع وجودهما، و أما مع عدمهما فى النكاح و الأموال فله الولاية لكن على نحو خاص لا مطلق كما كان ذلك لهما فهنا فصول.

الفصل الأول: فى أولياء النكاح:

إن الولاية فى النكاح و غيره فيما ثبتت فيه الولاية على الصغير، و المجنون مرتبه بالاتفاق فيقدم الأب و الجد على غيره مطلقاً ثم الوصى لا مطلقاً، ثم الحاكم بشروطه، ثم عدول المؤمنين على رأى و فى المملوك تنحصر بالمولى، إما الأب و الجد فولايتهما ثابتة فى الجملة فيما يعود إلى مصلحه الولد و هم أحق به من غيرهم، ثم الولد اعم من الذكر و الانثى، و الصغير و الكبير، و الغائب، و الحاضر، و الولاية اعم من ان تكون فى مطلق المال أو فى النكاح أو فى القصاص، أو فى العفو عن المهر، أو التأديب، أو التعزير و غير ذلك. اعلم أن الأبوه لها قدر عظيم و مقام عال و شأن بليغ، و ان الله تعالى أمر بإطاعه الوالد و عدم الرد عليه و ان عقوق الوالدين من الكبائر، و هو أول العقبات و يكفى فيه [وَ إِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ بَيْتِ رَبِّكَ بِمَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا] [فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَوْفٌ وَ لَا تَنْهَرْهُمَا وَ قُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَ اخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَ قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا]، و من السنه ما لا يحصى يبراع فحينئذ ولاية الأب و فى معناه الجد على الابن و ان نزل فى جميع الأمور، و لزوم اطاعته فى غير المحرم مما لا ريب فيه بل و عقوقه ميتا كعقوقه حيا- أعاذنا الله تعالى من ذلك- و مقتضى ذلك عدم استقلال الولد مطلقاً بأمر من الأمور، و يحرم عليه مخالفه الوالد فى جميع الأحوال فهو بمنزله المالك للولد فيجرى فيه جميع ما للمملوك من الأحكام، لكن حيث ثبت الخروج عن هذا العام فى مواد مخصوصه، فيلزم ان تقتصر عليها و نجرى على غيرها أحكام المملوكيه، و لا ينافيه ما قضى (بان الحر الكامل املك بأمره من كل أحد) فانه مخصوص بما ذكرنا. نعم قام الإجماع، و وردت النصوص فى عدم سلطنه الوالد فى جملة من الأمور فيلزم الاقتصار عليها و اندراج غيرها مما اشتبه و وقع الخلاف فيه فى العموم المستفاد من الكتاب، و السنه المزيل لأصالة عدم سلطنه أحد على أحد، و وارد عليه فلا معارضه بينهما كما لا يخفى فمن الموارد عدم استقلال البكر البالغه الرشيدية فى النكاح مطلقاً من حيث ولاية الأب على الولد مطلقاً كما ذكرنا لا لاستصحاب الولاية حال الصغر و فساد العقد بدون رضاهما لتبديل موضوعه، لو قلنا به بناء على ان قيود الموضوع المستصحب لا بد من تحققها جميعاً حين الاستصحاب بل لأصالة عدم اختيارها فى النكاح مع وجود من له الولاية عليها فى الجملة، لكن مع ذلك وقع الخلاف بين أعاضم أصحابنا فى خصوص هذه المسأله، بعد ذهاب أكثرهم إلى استقلال الثيب فى النكاح و ان لا ولاية حتى للأب و الجد عليها، و الباعث على الخلاف اختلاف النصوص و الفتاوى و هو كذلك فالأصل و الاستصحاب الجاريان فى

سليمين عن المعارض لا- اقل من معارضة بعض العمومات و المطلقات السالمين لهما عن التخصيص، و من هنا ذهب جماعه و نسب للأشهر القول باستقلالها و عدم توقف نكاحها على اذن الأب و الجد للاصل و لآيتي (نفى الجناح) و آيه (نفى الفصل)، و ان المراد في ان يتراجعا التراجع في العقد، لأن الرجعه من عمل الزوج و لكثير من السنه و فيها الصحيح المعتبر، ففي روايه الفضل (رحمه الله) الموصوفه بالصحة عند الجميع المرأه من ملكت نفسها غير السفيهه، و المولى عليها ان تزويجها بغير ولى جائز و هي اصح روايات الباب و اقواها فان سلمت من الدغدغه فالحكم كذلك و وجه الاستدلال بها: ان المراد من (و المولى عليها) خصوص المال لا هو و التزويج و لا التزويج فقط، و إلا للزم لغويه المحمول لأخذ الحكم حينئذ في الموضوع لأن (غير) و ما بعده إما صفة موضحة، أو بدل، أو عطف بيان، أو لمحض الاستثناء. فلو اخذ في الموضوع ان غير المولى عليها في التزويج بعد أى فائده في ان تزويجها بغير ولى جائز، و ليس هو إلا مثل قولنا: (زيد قائم قائم) لعود المعنى حينئذ من يجوز تزويجها بغير ولى يجوز تزويجها بغير ولى و استهجانها معلوم فيلزم اختصاص من ملكت نفسها مع قيوده أن من ملكت نفسها في معاملاتها و معاشها، و لم يكن عليها ولى في ذلك يجوز تزويجها بغير ولى- و ان كانت باكره- و يرشد اليه خبر زراره و ابى مريم و موثقه البصرى، و صحيحه ابن حازم، و خبر سعد، و العراقيان مضافا الى اعتضاد ذلك كما قيل: بالشهره. و تنظر في الجميع جماعه فالأصل بأن المراد به اما أصاله عدم سلطنه الأب، و اختياره و عدم ترتب الأثر على فعله او أصاله جواز نكاح البنت و هما معارضان بثبوت الولاية له في الجملة، فخرج البكر البالغه و اختيارها في التزويج محتاج الى الدليل على رفع ولاية الأب أو انه حكم شرعى، و الأصل عدمه حتى يثبت، و أما الآيات فلا يكاد يظهر منها الإطلاق المدعى بل غايته جواز التزويج و ان توقف على شرط آخر لا مطلقا و الا لكانت معارضة لكل شرط بالنكاح على ان التقيد بالمعروف في احدها قد يستظهر منه الايماء الى الشرط للشك في التزويج بغير اذن الولى انه من المعروف مع انها وارده في المعتده، و المعتده هي المدخول بها كآيه (العضل) و آيه (حَتَّى تَنْكِحَ) و لو سلم شمولها حتى للباكر المطلقه ثلاثا فتزويجها بالمحلل ايضا مشروط، و بعد المحلل تكون مدخوله. و الحاصل لا- شمول فيها بحيث تطمئن النفس به، و أما صحيحه الفضل فالظاهر إنها لا دلالة فيها على المطلوب لانها غير مسوقه لبيان: ان البكر البالغه لا ولى عليها في النكاح بل لبيان ان من لا ولى لها يجوز نكاحها بغير ولى في قبال من ينفى النكاح بدون ولى، و لو فيمن لا ولى لها عملا بما اشتهر من النبوى)

انه لا نكاح إلا بولى

(فلا- فرق بين ان نقول ملكت نفسها في معاملاتها او في نكاحها أو الأعم و لا يلزم الاستهجان فهو لرفع توهم المخاطب ان من ملكت امرها تبقى معطله من حيث انه لا ولى لها، و لا تنكح الا بالرجوع الى ولى من لا ولى له فرفع الإمام ذلك، و جوز نكاحها بغير ولى فلا- يلزم ان يتحرى لها ولى لكى تنكح- كما هو ظاهر النبوى- فهي مسوقه لبيان حكم آخر، و يمكن ان يراد (بغير المولى) أى من ليس لها اب و لا- جد سواء كانت بالغه أو لا- لانها ممن ملكت نفسها فانه ليس ما بعد من اراده البالغه ممن ملكت نفسها لا اقل من احتمال الامرين و معه تسقط عن الحجية في خصوص المتنازع فيه، و أما باقى الأخبار فمدخوله سندا أو دلالة لكن فهم اكثر الأصحاب)

من ملكت أمرها

(أى أنها بالغه رشیده غیر مولى علیها فى سائر العقود و الإیقات، و یلزم من زوال الولایه عنها فیهما زوالها فى النکاح مما یوهن ما احتملناه فیها بقرینه روايه

زراره عن أبي جعفر " عليه السلام " وفيها:)

إذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تتزوج ان شاءت بغير ولي

إلى آخره ففسر (المالكة لامرها) بما ذكرنا و ان احتمل ان يكون (تبيع) و ما عطف عليه خبرا ثانيا، فيتعين تفسير المالكية فيها بالخلو عن الولي بالنكاح فقط لا بالبلوغ و الرشد، و ان تبيع و ما بعده للاحتراز عن السفهه مع جريان ما احتملناه في سابقتها فيها الا انه مع ذلك ففهم الأصحاب للروايه مما يرجح الاخذ بما فهموه من معناها. نعم يمكن تقييد اطلاق الصحيحه في احدهما و هو تزويج الباكره البالغه بلا ولي بالمعتبره المصرحه بأن ذات الأب الباكره لا تستقل كصحيحه محمد، و فيها:)

و ليس لها مع الأب امر فهي البالغه و الا فالصغيره ليس لها الامر المطلق حتى مع غير الأب

(فهو قرينه على المطلوب، و موثقه البقباق، و صحيحه ابن الصلت عن البكر:)

إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع ابيها امر قال: لا ما لم تثيب

(و حسنه الحلبي، و روايه عبيد و فيها:)

و اذا كانت ثيبا هي أملكك بنفسها

(و روايه ابن ميمون، و روايه أبان، و صحيحه ابن أبي يعفور:)

لا ينكح ذوات الآباء من الابكار إلا بإذن آبائهن

(فان مفهوم الاستثناء انهن ينكحن بإذن آبائهن العارى عن إذنهن و صدر روايه ابن أبي مريم، و روايه تزويج الجواد " عليه السلام " و صحيحه الحذاء، و غيرها مما يدل منطوقا و مفهوما على المطلوب مضافا الى الاستصحاب، و عدم اختيارها في التزويج و عموم [وَ أَنْكَحُوا الْأَيَامِي] و الذى بيده عقده النكاح و حينئذ يدور الامر بين تقييد الصحيحه و غيرها من أدله المشهور، أو حمل ما لا يقبل الحمل منها على الصغيره على تأكد الاستحباب أو القول بالتخير في مقام التعارض حيث لا علاج فيوهن الأول ان تقييد المطلق ارجح من حمل المقيد على الاستحباب، و الثانى بعدم القائل به، و قد يتخلص عن الوصمه فى الأول بان التقييد و ان كان ارجح لكنه مستلزم لطرح ما لا يقبل التقييد بما ذكر و لا بغيره، مثل مرسله سعد عن الصادق " عليه السلام ")

و لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها

(و مثل النبويه الذى فيها)

و لكن؟ أن أعلم الناس أن ليس للآباء فى أمور بناتهم شىء

(و مثل ما ورد في جواز التمتع في البكر بلا- إذن أبيها مع عدم القول بالفصل، بل العار في الثاني عظيم فاذا جاز فالأول بطريق أولى. و الحاصل ان هذه الصراح المنجبره ترجح ارتكاب الاستحباب في استئذان الأب على التقييد لا اقل من المساواه بينهما، فالمرجع قاعده الصحه المستفاده من العمومات إلا ان يقال (ان المعتبر منها غير آب عن التقييد و الآبي غير معتبر لكنه بعد عمل من لا يرى العمل بخير الواحد فيها كالسيد و الحلبي مع بعض المرجحات الأخر لا محيص عن حمل المعارض على الاستحباب، فظهر مما غير قوه القول بالاستقلال و ان كان الاحوط و الأولى عدم استبادهما و استئذان ابیها (و ان استقوى استقلال أبيها الشيخ الصدوق و العماني، و كثير من المتأخرين، ثم ان بعض من أعوزه الترجيح ذهب إلى التشريك في الأذن فلا يصح النكاح بإذن أحدهما دون الآخر و هو و ان وافقه الاعتبار و قضى به الاحتياط، و مال إليه بعض المحققين و فيه جمع بين بعض الأخبار مع بعض، و عليه شواهد منها مثل استشاره عبد الرحمن موسى بن جعفر " عليه السلام " في تزويج ابنته لابن أخيه فقال:)

افعل و ليكن ذلك برضائهما إلى آخره

(و غيرها لكنه لقله القائل به لم يكن لنا جرأه الإفتاء به، و على القول به الظاهر انه لا فرق بين الأب و الجد لأن الجد أولى من الأب فاعتبار اذنه يستلزم اعتبار اذن الجد فلا وقع للقول بعدمه، و ان قيل به و الانصاف انه لو لا عدم ظهور القائل بالتخيير لكان متجها لمتانه دليله، فانه المرجع في التعارض، بل

قد يقال به اذ عليه لا- تعارض بين الاخبار، لأن منها ما يدل على كفايه نكاح البالغه الرشیده من دون استئذان و لا أشعار فيها بعدم كفايه نكاح الأب. و منها ما يدل على تجويز نكاح الأب و لا دلاله فيها على عدم جواز استقلال الباكره به، و لا منافاه بين الحكمين فحالهما كحال الأب و الجدد بالنسبه الى الصغيره، و بعض الاخبار و ان ظهر منها الاستقلال لكل منهما الا انه يمكن التصرف فيها بأحسن وجه، و لو لا- ان احتمال الاجماع المركب على خلافه من حيث ان القول باحدهما لا يجتمع مع القول باستقلال الآخر بالاجماع المركب لكان القول به متجها بحسب الدليل. و يظهر مما ذكرنا ضعف القولين المفصلين بين المتعه و الدوام باختصاص الاستقلال فى المتعه دون الدوام و عكسه، اذ لا شاهد له و ما تخيل من الشاهد عليه ممنوع. ثم ان الظاهر انها لو ذهبت بكارتها بلا تزويج فحكمها حكم الباكر و لو عضلها الولي استقلت به فى المشهور و هو الحجه لالنفى الضرر و العسر و الحرج لا خصيته من المدعى، و لو رفعه بالرجوع إلى الحاكم و لو عضلها عن بعض الأكفاء دون بعض مع رغبتها فيمن منعت عنه لا خيار لها، و الغيبه المنقطعه بحكم العضل على الأقوى.

الفائده الخامسه و الخمسون (فى مشاركه الأب للجد فى الولايه):

بناء على الولايه لا يشارك الأب فى ولايته حيث تثبت أحد من الأقارب إلا الجدد بلا شبهه، كما علم فى صدر المسأله خصوصا على الصغيرين فى النكاح من دون إشكال، و به صرح المتبره بل الإجماع عليه محصلا و منقولا، و لا يضر اختصاص بعضها بالصغيره، لأنها مورد السؤال و لوجود الصغير فى غيرها و لعدم القول بالفصل، و طرد الحكم بعض فى أب الام و أب أم الأب و لكن الاحتياط بل الاصل يقضى بعدمه، و فى سقوط (ولايه الجدد بموت الأب قول معروف بين القدماء) كالصدوق و الشيخ و ابن زهره و حمزه و غيرهم لأنه القدر المتيقن مما خالف الأصل من حيث اختصاص نصوص ولايته بما اذا كان الاب حيا، و بخصوص السقوط روايه ضعيفه فى الدلاله لا فى السند و ان اشتملت على ابني سماعه، و هما واقفيان لكن و ثقهما غير واحد فلم يكن فيهما ضعف اصطلاحا و لمفهوم موثقه البقباق، و فيها:)

اذا كان بينهما

(و قال بعدم السقوط جماعه، و نسب للاكثر للاستصحاب، و كونه اقوى من الأب عند التعارض ورد المفهومين و أن كان مفهوم الشرط حجه يكون الوجه فيه التنبه على الفرد الأخرى فى الخبرين، و استدلوا ايضا بأن الذى بيده عقده النكاح هو ولى امرها كما فى صحيحه ابن سنان، و الظاهر ان المفهوم يزيل حكم الاستصحاب كالمنطوق و كونه اقوى اجتهادا و الروايه يقيدها المفهوم و فى الجميع نظر ظاهر، و كيف كان فلو زوج احد الوليين الصغيرين فلا خيار للصبيه بعد البلوغ بلا خلاف، و ما ورد مما يوهم ان لها الخيار مؤول أو مطرح، و كذا الصبى فى الأشهر، و عليه عمل الأ-كثر لأصاله الصحه فى عقده بعد طرح ما تعارض من النصوص فى ثبوت خياره و عدمه مع امكان التصرف فيها بحيث توافق الأشهر. نعم لا بد من الاقتصار على ما دل الدليل عليه فان الأصل عدمه صحه التزويج بدون الرضا مطلقا خرج منه الولي الإجبارى على الصغيرين مع المصلحه، أو مع عدم ظهور المفسده لا مطلقا و حيثئذ فالتزويج بالكفء بمهر المثل لا شك فى نفوذه، و لا خيار لهم أو لاحدهما بعد البلوغ فيه، إما لو فقد احدهما بأن زوجها بغير الكفو فاستظهر الاستاذ فى مجلس المذاكره (ان للصبيه

الاعتراض بعد البلوغ سواء كان بمهر المثل أو لا و سواء كان مع المصلحة ام لا عملا بشرطيه الكفاءة فى لزوم العقد الصادر من الولي مطلقا لانصراف ما دل من نصوص الولاية الى التزويج بالكفء بحكم الغلبة الملحقة للنادر بالمعدوم فيعود الولي فضوليا، و لها رده بعد البلوغ و لو فقد مهر المثل و حصلت الكفاءة فالظاهر ان لزوم النكاح و عدمه يناط بمراعاة المصلحة فليس لها الاعتراض مع كون الأصلح لها ذلك لا فى العقد و لا فى المهر لعموم اخبار الولاية بالنسبة إلى العقد و لجواز تصرف الولي باموالها بالنسبة إلى المهر، فاذا جاز له ابراء ذمه الغير للمصلحة من دين الصغير و العفو عن صداقها فبالأولوية القطعية يجوز له تقليل مهرها اذا ظهر الصلاح، بل و ان كان لا لمصلحة على الاقوى لما تقدم من ان ولاية الأب و الجد كولاية المولى على العبد، و لذا اجيز تزويج الأب لها و ان كرهت كما فى الخبر، و يرشد إليه جواز عفوها عن نصف المهر:)

و لانت و مالك لايبك

(فليست ولايتهما كولاية الحاكم من باب الحسبه، و يراعى فيها الغبطه فلا وقع لتوهم انصراف إطلاقات الولاية بحكم الغلبة إلى التزويج بمهر المثل لا بالأقل منه الا للمصلحة بل يمضى لمجرد خلوه عن المفسده اللهم الا ان يقال بظهور المفسده فى مثله من حيث ان الصبر على نقصان المهر ضرر على المرأة و هو منفي، و النكاح لا يخلو عن جهه المعاوضه للبضع بالمهر فيجبر هذا الضرر بثبوت الاعتراض لها فى المهر خاصه دون العقد و لا بأس بالتفكيك بينهما و ليس هما شىء واحد متى جاز لها الاعتراض فى احدهما جاز فى الآخر للتلازم بينهما، فكما إن العكس لا يمكن بان يكون لها الاعتراض فى العقد دون المهر فالطرد كذلك فعلم أنهما امر واحد شخصى لا تبعض فيه اذا تزلزل احدهما تزلزل الآخر، و نسب لثانى المحققين فى جامع المقاصد ان الأنسب فى القواعد ثبوت الخيار للولي فى العقد، أو الصداق بالنسبة إلى العبد المأذون لو تزوج بأكثر من مهر المثل أو المأذون فيه و لا يبقى الزائد فى ذمه العبد، و يصح الزواج خلافا لمن قال به فما هو إلا لعدم التفكيك بينهما و ليس الراجع من الولي فى الخارج أمرين للمرأة و لها الاعتراض فى أحدهما دون الآخر بل هو أمر واحد و الا لصح إجازة اصل العقد فى الفضولى دون المهر، و رده إلى آخر مغاير للمسمى قدرا أو عينا و منشؤه عدم قبول احد المتعاقدين لا أمر آخر. نعم يمكن ان يصح النكاح و يرجع بالمهر إلى مهر المثل فى بعض الصور فيما اذا سبب البطلان غير عدم قبول احد المتعاقدين، و أما معه فلا، و لأجل ذلك ينتفى صحه الاعتراض لها فى خصوص المهر بل ان ثبت لها الاعتراض جرى فى العقد و المهر، و إلا فلا فيهما، و هذا توهم فاسد لما عرفت من لزوم التزويج الواقع من هذا الولي من جهه سلطنته على البضع كسلطنه من لا ولي لها على بضعها، و كسلطنه المالك على بضع مملوكه لا يناط بالمصلحة كغيره ممن له الولاية من باب الحسبه و الغبطه فدليله شامل لما نحن فيه، و لا انصراف فيه لغير محل البحث لكن حيث لزم الضرر المنفى فى الصبر على الاقل من مهر المثل جبرناه بخيارها بين الرضا به أو الرجوع إلى مهر مثلها و النكاح، و ان كان فيه جهه المعاوضه لكنها ليست محضه بحيث يلزم من عدم إمضاء أحد العوضين رد الآخر بل يمكن التفكيك فيلزم النكاح دون الصداق المسمى فى العقد فى كثير من المقامات فإذا خلى التفكيك من المفسده بقى العقد على لزومه و جبرنا الضرر بجواز الرجوع لما سوى المسمى و لو كان الواقع فى الخارج امرا واحدا لاستحال التفكيك المزبور مع انه لا يستحيل فى الشرع الحكم على العقد بالزوم و على الصداق بعدم الصحه فجمعنا بين ما قضى بلزوم العقد و نفى الضرر، و لا يقاس ذلك بالفضولى لأن التفكيك هنا قضى به الدليل كما قضى فى غيره مما تصرف الشارع به من ثبوت النكاح دون المهر،

و لا- يجرى ذلك فى كل نكاح بل الوحده مسلمه فيما لا دليل على خلافه لانه انشاء واحد ان اجيز جاز و ان رد رد لكن هذه الوحده لا تورث المنع عقلا أو شرعا بعد قيام الدليل على خلافها كما هنا من جهه ادله نفى الضرر و هى لا توجب إلا ما يرتفع به فلذلك قصرنا الاعتراض لها عليه لارتفاعه به إلا ترى لو قال البائع: (بعتك هذا بهذا) فقال المشتري: (قبلت نصفه بنصفه) لا يثبت له بيع النصف، و لا يستحق البائع البدل و ما هو إلا لاجل ان القبول لا يطابق الايجاب، لان الايجاب انشاء واحد لم يحصل قبوله من القابل، و لا- كذا لو بيع الكل بالكل فتبعضت الصفقه بخروج نصفه مستحقا للغير فانه يحكم بلزوم البيع فى النصف الآخر، مع أن العقد غير قابل للتبعيض لانه انشاء واحد، و كذا فى مسأله تزويج العبد الماضيه فانهم يحكمون بأن التزويج بحاله و التعدى انما كان فى الزائد على مهر المثل، و يحتمل فى كيفيه اختيارها فى المهر امران التسلط على الفسخ و الرجوع إلى مهر المثل أو الرجوع بالزائد على المسمى فقط. و تظهر الفائده فيما لو كان المهر عينا فانها ترجع إلى المهر فى ذمه الزوج، و لا تجبر على اخذ العين على الاول و يلزمها قبول العين، و ترجع بالزائد على الثانى، نعم لو قبلت تلك العين و قنعت بها برأت ذمه الزوج كمن رضا بالمعيب المبيع من دون ارش. و الظاهر ان للزوج قهرها على اخذ العين و اعطائه ما يتم به مهر المثل، و ليس لها الامتناع من ذلك من حيث تملكها للعين- اذا كانت صداقا- على الثانى غايته ان لها الرجوع عليه فيما اشتغلت به ذمته، و هو الزائد لا تمام الصداق و عسى ان يكون له وجه، و منه يظهر انها لو عاوضت عليه أو نقلته بعد المطالبه مضى ما صنعته و لا يسقط باقى صداقها و ليس للزوج استرجاعه لو حكمنا بالثانى لا بالفسخ و على أى الامرين لو اعترضت المزوجه و ألزم الزوج بمهر مثلها فهل له الفسخ لعقد النكاح؟ لأنه انما اقدم على النكاح بالمسمى و دفع الزائد عليه مع عدم خطوره بباله ضرر منفى أيضا فيجبر بتسلطه على فسخ النكاح ام لا يسعه ذلك، و ليس له الخيار أو يفصل بين حالتى العلم و الجهل فمع علمه بالحال، و ان لها إزامه بمهر المثل لو اعترضت يغرر و لا ينفسخ النكاح، و أما مع الجهل ينفسخ لانه مغرور و فيه ضرر عليه لكل وجه من أصاله لزوم العقد و عدم الدليل على الخيار، و بذل ما يتم به مهر المثل لا يعد ضررا لانه قيمه المثل للبضع و من ان الزامه باكثر مما أقدم عليه ضرر يجبر بالخيار، و التفصيل غير بعيد مراعاة للضرر و لها الاعتراض لو زوجها بالكف ء و مهر المثل للمجنون أو الخصى أو العينين أو الغائب غيبه منقطعه للضرر و لعدم شمول ادله الولايه للمفروض و هو الحجه لا- ما تخيله البعض من ان العيب مع الجهل موجب لفسخ النكاح و فعل الولى حال الصغر بمنزله الجهل فانه ممنوع لأن الولى عالم و هو بمنزله المولى عليه اذا كان عالما فيجرى فيه حكمه من عدم الجواز مع العلم فما دل على الفسخ باحد العيوب مختص بما اذا جهل الزوج لا بما اذا علم الولى، و مع ارتفاع الضرر بما اذا حصل بالمرأه أحد العيوب أيضا و لم يحصل لها كفؤ سوى المعيب لا يبعد الصحه اذا كان التزويج أصلح لها، و اشتهر تقديم اختيار الجد لو زاحمه الاب فى الكفؤ للصحيحه و الموثقه فان عقد قدم السابق و يقدم عقد الجد فى الاقتران لصحيحه هشام، و فى تقديم أب الجد عليه وجه غير وجه لعدم النص لأن القريب اولى بحكم الآيه خرج منها الجد مع الأب و بقى غيره.

الفائدة السادسة و الخمسون (فى ولاية الجد و الأب على أموال الصغير):

إشارة

للجد و الأب الولاية على مال الصغير بالبيع و الشراء و ان كانا غير عادلين للنصوص المستفيضة و للإجماع، و لما تقدم من سلطنتهما على البضع ففحواه يدل عليها هنا كفحوى إجماع التذكرة على ولاية الفاسق فى الترويج. و اشترط العدالة فى المقام غير واحد لعدم أمانه الفاسق فلا يقبل إقراراته و أخباره عن غيره قيل، و لنص القرآن و المراد به آيه (الركون) أو آيه (النبا) و كل محتمل، و لاستحاله أن يجعل الله الفاسق امينا، و كلها محل نظر لاندفاع المفسده بمباشرة الحاكم لعزله، أو بجعل الناظر عليه و اختيار أحواله. و يشترط فى تصرفهما عدم ظهور المفسده لا مراعاة المصلحه كغيرهما، و قيل لا يعتبر فى مباشرتهما شىء. لنا المطلقات الظاهره فى سلطنه الوالد على الولد و كل ما ملك كما فى روايه ابن يسار، و النبوى المشهور، و صحيحه ابن مسلم: (

ان الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء

) و هذه و امثالها و ان قضت بظاهرها على عدم اشتراط تصرفهما بشىء و هو خلاف ما ذهبنا اليه إلا ان التدبير فيما قضى باعتبار المصلحه فى التصرف بمال اليتيم مطابقا للآيه، و فيما مر بعين المصير إلى ما قلنا و عليه شواهد لو لا ذلك لكان المصير إلى عدم مراعاة شىء أوجه لعدم صلاحية تخصيص ما دل على سلطنتهما من الآيه و الروايه الدالين على اعتبار المصلحه لعدم استفادة ذلك منها و ان ظهر من بعضها العموم مثل قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا* إِلَى آخِرِهِ) فانها عامه حتى للجد و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل، و مثل روايه الحسين بن ابى العلاء، و صحيحه الثمالى عن ابى جعفر " عليه السلام " و فيها: (

لا نحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج اليه مما لا بد منه ان الله تعالى لا يحب الفساد

) و ليس المراد من (لا نحب) الكراهه لمنافاته الاستشهاد بالآيه فهى قرينه على اراده الحرمة غير ذلك، و لأجله اطلق الحللى عدم جواز التصرف فى مال الطفل الا بما يعود فيه صلاح المال قال: (و هذا الذى يقتضيه أصول المذاهب)، و استظهر غيره الإجماع على اعتبار المصلحه من دون استثناء لكن مع ذلك كله يلزم تقييدها بغير محل النزاع و المصير إلى الوسط لظهور بعضها فيه من جواز الاقتراض الذى لا يساوى التلف، و من جواز تقويم جاريه الابن على نفسه لو لا هذا لكان المتجه استقلال الأب و الجد بالتصرف كاستقلال الولد فلا يشمل ما قضى بالمنع فى غير الإسراف المنهى عنه حتى للمالك.

ثم ان الجد يمنع اباه من التصرف و لا يضر كونهما كالأب و لان آيه (أولى الأرحام) تعين الاقرب، و ليس المراد منها يخص التفضيل مع الاشتراك فى القرب بل هو نظير ان الولد أحق بالمال من الاخ فهو المتعين و ان ذهب جماعه إلى الاشتراك و يلزمهم اعطاء حكم الأب للجد الادنى، و حكم الجد للجد الاعلى لو فقد الاب.

الفريق الثالث: فى ولاية عدول المؤمنين:

عدول المؤمنين فان لهم الولاية فى الجملة غير أن الأمور الحادثة على أنواع:

منها ما يكون ايجاده فى الخارج مطلوباً للشارع من كل احد لا بشرط.

و منها ما كان كذلك لكنه مشروط بشرط و هو ضربان:

الضرب الأول: ما يفوت بفوات شرطه.

الضرب الثانى: ما لا يفوت بفوات الشرط بل يلزم الشرط حيث يكون ممكناً و بتعذره لا يسقط المشروط. و ملخصه قيام غير الشرط مقامه عند التعذر.

و منها ما يريد ايجاده من جنس خاص أو نوع كذلك أو شخص بعينه و هو قد يكون مشروطا و غير مشروط على نحو ما سبق، و كل ذلك وارد فى الشريعة المطهره شيد الله تعالى اركانها بملاحظه حرام الله تعالى و حلاله الشامل للواجب، و المنسوب، و المكروه، و المباح. و قد سلف فى الفريق الثانى تفصيل القول فى ولايه الفقيه عموما و خصوصا، و فى أى حادثه اعتبرت و فى أى الوقائع تعينت فلو فقد أو تعسر الوصول اليه فهل يسقط الامر بجميع ماله الولايه عليه أو لا يسقط؟ و مع عدم السقوط كلا أو بعضا فهل يعود المراد للشارع المقرون بالفقيه كفاثيا؟ يلزم ان يقوم به كل احد او له من يقوم به فى مطلق ما له الولايه عليه أو فى أمور مخصوصه و ذلك القيام هل هو على جهه الوجوب المطلق أو الجواز أو يختلف ذلك بحسب المقامات؟ ينبغى التأمل فى صور المسأله و العمل على ما يطابق اصول المذهب. و بالجمله ذهب المشهور إلى جواز تولى عدول المؤمنين لما هو مقرون تنظر الحاكم و مراد ايجاده فى الخارج للشارع لا من خصوصه، لان المفروض مطلوبه وجوده للامر المطاع مطلقا و تعذر الفقيه أسقط اعتبار نظارته و اشتراط نظارته مطلقا لا فى حال عدم تعذره ينافى اراده وجوده مطلقا المعلومه لدى المكلف مطلقا و لو حين فقد شرطه. و بالجمله المعروف الذى اريد وجوده فى الخارج منه ما يستقل العقل بحسن وجوده كحفظ مال الغير خصوصا اليتيم مع خوف تلفه، فانه يلزم مباشرته بمقدار ما تندفع به الضروره على كل احد، و تسقط قطعاً مرجوحه التصرف بمال الغير بدون اذنه بل تنقلب إلى الرجحان، و أما غيره مطلقا فيحتاج التصرف فيه إلى دليل يخصص حكمه العقل و الشرع بحرمة مباشره مملوك من النفوس و العروض و النقود و غيرها بغير اذن مالكه، و لما قضى الدليل بالرجوع إلى الإمام أو نائبه الخاص أو العام فى جملة الأمور التى تنتظم معروفاً أخذنا به، و عند التعذر ينبغى عدم جواز التصرف لغيرهم من الآحاد و التولية، لأنه خلاف الأصل لكن فيما لا دليل عليه، و ما شك فيه و حيثئذ فيحتاج تصرف غير الحاكم إلى نص عقلى أو عموم شرعى، أو خصوص فى مورد جزئى، و حكم الشهيد فى القواعد و الفوائد بجواز تولى آحاد التصرفات الحكيمه عند تعذر الحكام لآحاد الناس الأعراف فالأعراف كدفع ضروره اليتيم أو السفیه و المجنون، و استند للجواز بعموم (تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى) و الخبر: (

الله تعالى فى عون العبد ما دام عوناً لآخيه

(و)

كل معروف صدقه

(و استوجه جواز اخذ غير الحاكم الزكاه و الخمس من الممتنع و تفريقها فى اربابها و كذا سائر وظائف الحكام سوى ما قام الدليل على مباشره الحاكم له بنفسه غير عمومات ولايته كقطع الخصومه و غيرها بما مر، و بانه لو منع غير الحاكم من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الاموال و هى مطلوبه لله تعالى لكن ذلك مع اليأس من الإمام أو نائبه و إلا وجب حفظها و دفعها اليه ليصرفها فى وجهها و لا يصرّفها غيره إلا مع اليأس على الفور فى مصارفها لما فى بقائها من التغرير و حرمان مستحقه من تعجيل اخذه مع الحاجه اليه إلى آخر ما رام بيانه، و لم يذكر وجه عدم الجواز، لأنه قد استضعفه أو لوضوحه فان مجرد كونها من المعروف لا يوجب قيام كل أحد بها، و لا ينافى ذلك اشتراطها باذن الإمام أو نائبه أو الأب أو الجد مثلا كما هو فى المرافعات، و اقامه الحدود، و مال الصغير و لا ريب من كون الكل معروفاً، و وجه الضعف حرمان المستحق، أو تلف المال، أو صرفه فى غير مستحقه، و كلها ممنوعه شرعا فيدور الامر بين ارتكاب التخصيص فى ولايه الحاكم و بين حرمان المستحق من حقه و

تعطيل المال و تعريضه للتلف أو دفعه لغير المستحق، و لا- شك ان اطلاقات استحقاق المال و دفعها لأربابها أو لمن يوصلها اليهم كالزكاة، و الخمس، و مجهول المالك، و اللقطة، و غيرها. و ان خصصت بكون الدفع بنظر

الحاكم و عدم استقلال من بيده فى التصرف فيه لكن القدر اليقيني هو ما اذا امكن الدفع اليه، و مع التعذر يعمل بتلك العمومات و المطلقات فيتصرف فى المال و يدفع للمستحق حتى فى حق الامام (أرواحنا له الفداء) لو تعذر الحاكم و علم الدافع ان رأى مقلده المتعذر ان يدفعه لآل عبد المطلب ممن يجب لهم الخمس، و ليس نظر الشهيد على الظاهر إلى تقييد عدم ولايه احد على مال احد أو نفسه بمجرد كون التصرف معروفًا كما يظهر من مكاسب شيخنا (رحمه الله)، بل لعل نظره إلى ذلك و إلى عموم ما قضى باستحقاق المال المتصرف فيه لأفراد معلومين الموجب لتسلطهم عليه لو لا المانع و هو توقف صرفه فيهم على نظر الحاكم مع وجوده، و ان تعذره لا يرفع ذلك الاستحقاق بحيث لا نصيب لمستحقه فيه فلا مانع من قيام غير الحاكم فيه من افراد مستحقه، لكنه لا يعم غيرهم إلا بدليل المعاونه فلا يرفع اليد من تلك الادله، و تنظير شيخنا (رحمه الله) بعدم لزوم العقد الفضولى مع انه من المعروف قياس مع الفارق لأن عدم لزومه من جهة توقع حصول مالك العقد كعدم نفوذ التصرف فيما يعود إلى الحاكم مع توقع ملاقاته كما هو صريح كلام الشهيد (رحمه الله) فهو غير المفروض من جواز ذلك عند تعذر الحاكم أو تعذر الوصول اليه، أو فوت الوقت مع الانتظار كتجهيز الميت فالمعروف الذى يجوز التصرف فى مال الغير المشترط بنظر فرد معين هو ما كان عند تعذر الشرط لا مطلقا فادله المعروف حينئذ تجعله مأذونا به من الشارع، و كون المعروف هو التصرف فى المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك، أو العقل، أو الشرع، يسلم فى قسم من المعروف لا مطلقا و العقل و ان لم يوجب ذلك لكنه لا يمنع من القيام به و بانضمام أدله المعروف اليه يحسنه، و كيف كان فليس الدليل القاضى بولايه الحاكم مع عدم وجود الامام بأقوى من الدليل القاضى بكفايه ولايه غير الحاكم مع تعذره، و امكان تصرف الغير الا فيما قضى به الدليل من دوران التصرف مدار وجوده فى امر خاص مثل المرافعات مما كان موضوع الحكم فيها هو الحاكم فتدبر. ثم لو جاز تصرف غير الامام و نائبه فيه و وقع ذلك من غيرهما لا ريب ان للحاكم نقض ذلك التصرف ان وجد و لم يوافق نظره اذ تصرف غيره وجوبا أو ندبا ليس على وجه النيابة عنه كتصرفه بأذن الامام، و لا على وجه النصب لفقده ما يدل عليه، و يتفرع على ذلك جواز مزاحمه الغير له ممن له اهليه ذلك التصرف، فلو وضع أحد يده على مال اليتيم أو غيره مما يجوز له التصرف فيه، و رأى الآخر المصلحه فى رفع يد الاول جاز له ذلك ما لم يتحقق النقل اللازم من الأول لذلك المال، بل و مع تحققه مع بقاء العين و ظهور المصلحه فى النسخ فحال الآحاد الذين لهم التصرف مع بعضهم بعضا كحال الأب و الجد من حيث جواز التصرف لكل منهما، و لا- يجرى ذلك فى الحاكم الشرعى مع مماثله، لأن ولايته غير مشروطه بعدم مزاحمه مثله له و عموم ولايه الحاكم الآخر لا تقضى بجواز المزاحمه لمثله، و ان جاز له التصرف ابتداء فليس هو الا كالواجب الكفائى الذى يسقط عن الغير بفعله و ان ساغ له فعله ابتداء، و ليس يجرى ذلك فى غير الحاكم، لأنه غير مالك للتصرف بل مأذون فيه كغيره من باب الحسبه و دفع الضرر لا من باب الموضوعيه و النصب بل كل حاكم ابتداء ينزل منزله المالك المستقل، و بعد التصرف تنحصر الملكيه فيه أما الأول فلجهه النصب، و أما الانحصار فلأنه شىء وقع من أهله فى محله فلا يصلح لغيره الاعتراض و التعرض له، فليس حال الحكام الا كحال نواب الامام مع حضوره من جهة عدم الاعتراض و المداخله لواحد فى عمل الآخر، و يؤمى اليه قوله " عليه السلام ": (

اذا كان مثلك و مثل عبد الحميد

(فان معناه نفوذ ما فعل مطلقا حتى على مماثله

سواء زاحمه الغير ام لا- فلا- فرق حيثئذ بين الاستناد فى ولايه الفقيه إلى التوقيع أو إلى عمومات النيابة، ضروره ان عموم جعله حجه لا يشمل لما قام به الحجه الآخر و الا لسرى ذلك فى الإمامين فهو و ان لم يجب ارجاع الأمر الحادث إلى خصوصه لكن لا- يجوز مباشره ما دخل فيه الآخر، لأن ذلك الارجاع لا يعم مثل هذه الصوره و الا لجاز للآخر نقض عمل الاول فى العقود اللازمه ايضا، لأن له الدخول فيه ابتداء و خيال انه قبل التصرف الملزم من الاول يعود المتصرف فيه كالاتدائى بالنسبه إلى كل منهما إلا اذا تم لا معنى له بعد صدق تصرفه بوضع يده، و تحقق بنائه على مباشرته بحسب نظره و ان لم يفعل شيئا. و عليه فلا يجوز دفع و كيله لمثله و ان لم يتصرف الوكيل و لا يصح مباشره عمل تصرف ببعضه دون بعض بل مزاحمه الاول مطلقا لا تجوز الا بالعزل لعروض احد أسبابه فان قيل ان هذا بعينه جار فى الأب و الجد مع انه قبل تصرف احدهما بالعقد الملزم يجوز دخول الثانى فيه، و مجرد دخوله لا يكفى فى منع الثانى فليكن الحاكم كذلك لان كل منهما مشترك فى الولاية على الدخول فيما عليه ولايه مع جواز مزاحمه كل من الأب و الجد للآخر، و ليست ولايه الفقيه تساوى ولايه الامام على النفس و الاموال- كما سبق- ليكون الفقيهان كالإمامين، و يؤيد ذلك جواز تصدى المرافعه للحاكم الآخر مع دخول مماثله فيها قبل الحكم فلو اقتصرنا على التوقيع فى النصب من دون ضم باقى أدله النيابة اليه لما افاد المطلوب. قلنا نعم لكن ظاهر جعله حجه يصيره بمنزله الامام فيما له الولاية عليه فدخوله فيه كدخول الإمام لا يجوز لغيره مزاحمته فيه لا قولاً و لا فعلاً فليس دعوانا انه بمنزله الإمام مطلقاً بل هو كهو فيما دخل فيه، فالعموم بالنسبه إلى المدخول فيه مما يجوز له ذلك لا- بالنسبه إلى جميع ما للإمام " عليه السلام " الدخول فيه. و بذلك يظهر الفرق بينه و بين ولايه الأب و الجد اذ لا دليل يقضى بأن أحدهما كالإمام (ع) بالنسبه إلى ما دخل، بل غايته أنه يجوز لكل واحد الدخول و مجردة لا يورث عدم جواز المزاحمه. و أما التصدى للمرافعه من الآخر مع تصدى الأول لها فخارج عن مفروض المسأله، لأن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم، فيجوز أن يسأله من غير الأول قبل حكمه، و يجوز إجابته الثانى له و ان تصدى الأول للمرافعه من حيث ان ذلك بيد المحكوم له فلا دخل له بما نحن فيه، كما ان الحاكمين ليسا كالوكيلين فى ان أحدهما لا يمنع الآخر عن تصرف بنى عليه الأول لو دخل فى مقدماته، لأن دخول الوكيل فيما و كل فيه يتبع أمر الموكل عموماً و خصوصاً فكل وكيل يحذو حذو وكيل الإمام " عليه السلام " للفقيه بحيث يكون الزام كل واحد فيما و كل فيه ممضى و لم يظهر من الموكل إلا ذلك بان جعل كل واحد منهم بمنزله نفسه كان حكمه حكم ما نحن فيه، فلا يجوز أيضاً للوكيل الآخر الدخول فيما دخل فيه الأول و إلا روعى فيه الموكل عموماً و خصوصاً كما هو واضح و حيثئذ لا يجوز مزاحمه الحاكم لمثله فى كل إلزام قولى أو فعلى يرجع فيه إلى الحاكم فلو قبض مال اليتيم أو الغائب من شخص، أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه فليس لمساويه مخالفه نظره لأنه كنظر الإمام " عليه السلام " .

الفائده السابعه و الخمسون (فى عداله الوصى):

اشاره

يشترط فى ولايه ما سوى الامام " عليه السلام " و نائبه على ما هو من وظيفتهما شروط مستفاده من الاخبار و من مطاوى كلمات الاصحاب فى بعض المقامات:

منها العدالة و الظاهر ان اشتراطها هنا لا على الموضوعيه بل على نحو الطريقيه مثل اشتراطها فى قبول الخبر، و فى المستأجر على العبادات البدنيه، و فى أمين الحاكم فمن عرف من نفسه أو تبين عند غيره انه لا- يخون و لا- يحابى فى المال المقبوض له، و يصرفه فى مواقفه جاز تصرفه فيه، و دفع الغير له ذلك و ترتب فعله عليه، لأن الواقع المتوقع عليها قد حصل بدونها و الحكم يدور مداره وجودا و عدما. و لعل ظاهر الفتاوى، و بعض الاخبار لا تنافى ذلك لكن يظهر من تعبيرهم بعدول المؤمنين، و من بعض النصوص التى تضمنت لفظ العدل الشرطيه الذى ينتفى المشروط بنفيها. و تحقيق الحال ان تصرف غير الحاكم و الأب و الجد فيما كان من وظيفتهم و أمره لهم ليس هو من باب النيبه و التنصيب، و انما هو من باب الأبدية، و دفع الضرر، و إيصال المال إلى مستحقه، و هو يحصل بتصرف العارف المأمون، و بظهور الصلاح و حينئذ فبأى طريق حصل هذا الوصف بالمتصرف جاز له ذلك، و صح ترتب فعل الغير عليه، و لما كانت معرفه المأمونيه، و تصديق خبره يتوقف غالبا على عدالته فلا جرم ان تعتبر فيه طريقا فان ظهر ذلك للغير بدونها بعد أى داع إلى اعتبارها، و لا نص يقتضى باعتبارها هنا كاعتبارها فى شهود الطلاق، أو امام الجماعة، أو غيرهما مما قضى فيه القاطع حينئذ لا فرق بين مباشره ذلك العمل بنفسه، و بين فعل الغير المتعلق بفعله بعد ظهور الصلاحيه فيما فعل، و لو اعتبرت العدالة موضوعا لحرم عليه ذلك، و على غيره كذلك و لا فرق بينهما فيقيد ما قضى باعتبارها لمطلق أدله فعل المعروف الشامله باطلاقها، أو عمومها لمطلق العامل من دون اعتبار العدالة فيه إلا ان هذا لم يتحقق فيما نحن فيه لعموم آيتى (المعاونه على البر) و (القرب إلى مال اليتيم) و لعموم الاخبار المجوزه لفعل المعروف من فاعله، و لخصوص روايه ابن رباب و محمد و فيها:)

إذا باع عليهم القيم يأمرهم الناظر فيما يصلحهم و ليس لهم إن يرجعوا فيما فعله

(و موثقه زرعه و فيها قال:)

ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله إلى آخره

(و الثقه من يوثق به و ان لم يحرز رتبه العدالة، و هما مفسران لصحيحه محمد بن اسماعيل فى قوله " عليه السلام ":)

إذا كان مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس

(فيكون المراد بالمماثله المماثله فى الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم، فيصرف بذلك كله ظهور اعتبار العدالة فى صحيحه اسماعيل بن سعد فى قوله " عليه السلام ":)

و قام عدل فى ذلك

(فيكون فيها بمعنى الثقه الذى يراعى المصلحه فحينئذ لا اشكال فى مأذونه الفاسق لمباشره هذا المعروف بنفسه مع قطعه بالقيام بها على وجهها بل هو مأجور و يسقط بهذه المأذونه الوجوب على الغير لو كان الواجب كفايا من سائر الافعال لأصاله الصحه فى عمله بعد حصول المأذونه له فيه، و لا يعارضها الا اعتبار العدالة موضوعا و قد عرفت سقوطه مثل: ما لو صلى على ميت و

شك في صحه صلاته بعد اداء فعلها باذن الولي، و مثله قبول خبره فيما له الأذن في فعله لعدم مشروعيه التبين فيما ملك الأذن فيه من الشارع مطلقا و إلا- لما قبل اقراره بالنسبه إلى ما ملكه، أو كان مولا عليه و لتنقض باخبار الولي في مسأله الصلاه على الميت اذ لم يكن عدلا، و باخبار الأب و الجد الغير العادلين فيما يتعلق بالصغير، فلا وجه للإشكال بقبول خبره كما يظهر من شيخنا في مكاسبه. و أما ما يتعلق من فعله بفعل غيره فان علم ذلك الغير يكون فعله جرى على وجه المصلحه فلا بأس، و لا مانع من ترتب فعله على عمله، و ان تبين له العدم فاشكال من اغتفار الخطأ مع المأذونيه لاشتباه العامل في صلاح ما عمل فيجرى عليه حكم العمل الصحيح فلا بأس بترتب فعل الغير عليه الا ان يثبت للمباشر الخيار عند انكشاف الخطأ فتفسخ المعامله بغبن و شبهه،

و مع عدم الانكشاف يحكم بصحة علمه، و من ان ملا-حظه الغبطه و المصلحه فى مثل هذه الامور مراده من العامل فينبغى إحرازها لمن يتعلق فعله بفعله، و احرازها بخبره لا- يمكن لعدم قبوله من جهه فسقه فى غير ما استثنى بدليله، فلا- يجوز للغير الشراء منه إلا- بعد احرازه للشرط، و احراز الغير للشرط يتوقف على العدالة فلا- جرم من اعتبارها فيه، و فى مكاسب الأستاذ (رحمه الله) ما ملخصه: (ان عموم أدله القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق فلا يرتفع عن الغير وجوب اصلاح مال اليتيم و مراعاة الغبطه لأنه موضوع الحكم فاذا شك فيه الغير بقى الوجوب بحاله عليه و لا ينفع الحكم بصحة فعل الفاسق لجهه أصاله الصحة، لأن الصحة ليست موضوعا للحكم.

توضيحه ان القيام بالمعروف مراد من كل احد فلا يسقط بفعل الغير إلا بقاطع، و سقوطه بتصدى الامام " عليه السلام "، أو نائبه مطلقا و العادل مما قضى الدليل به، و أما سقوطه عن الغير- و ان قام الفاسق به- و جاز له ذلك فمشكوك فما دل على لزوم القيام باق بحاله لا يرفعها أصاله صحة فعل الفاسق كما لو شك المشتري فى كمال البائع، مضافا إلى اعتبار العدالة فى الصحيحه.

أقول بعد عدم ظهور الفساد فى معاملته الفاسق و اذن الشارع له فى الدخول بهذا العمل يلزم ان يكون محكوما بصحته إذ الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه. نعم لو كانت المباشرة منه مرتبه على تعذر العادل لثم هذا الكلام مع ان المفروض شمول ما قضى بالقيام بذلك المعروف له، و ان كان بوجود العادل و مأذونيته فى التصرف، و ليس لذلك نظير فى الشريعة فى أن له التصرف، و يجب انتزاعه منه كما هو صريح شيخنا (رحمه الله)، بل و لا يلزم التفحص عن الصلاح فى العمل للمأذونيه كعدم لزومه فى الأب و الجد و حينئذ فاما ان تكون العدالة موضوعا للحكم، فلا تشمله أدله القيام بالمعروف بالنسبه إلى مباشرته ايضا، و أما ان تشمله فيجوز له التصرف فيحكم بصحة عمله حيث لا فساد، و إما التفكيك فلا ينهض به الدليل، ثم ان عدم وجوب أخذ الثمن منه، و إرجاعه إلى المشتري، و الحكم بصحة المعامله مشكل، و عدم العلم بأن الذى يجب حفظه من مال اليتيم هو الثمن أو المثلن لا- يكفى فى صحة المعامله بعد معلوميه احد الطرفين للعادل و الشك فى الآخر فان مال اليتيم قبل بيعه يلزم حفظه و رعايته، و كون الثمن من ماله فيلزم حفظه متوقف على صحة المعامله بين المتبايعين و هى إما معلومه العدم كبيع غير البالغ، أو السفيه أو مشكوكه الحال من جهه الجهل بالصلاح، و على الأول يبطل العقد جزما، و على الثانى لا اقل من ان يحكم بتزلزله لعدم معلوميه شرط الصحة، و عدم إحراز الصلاح فى ذلك، فيتوقف ملكيه اليتيم للثمن على الصلاح المجهول، و مع عدم معلوميته بالفحص و غيره يبقى وجوب حفظ المثلن عليه بحاله فيلزم أخذ الثمن و الفسخ مع المشتري أو استعلام الحال على حد أخذ المثلن من يده الذى حكم شيخنا بلزوم أخذه فتدبر.

و منها اشتراط الغبطه و الأصلح فى تصرف غير الأب و الجد فى مال اليتيم و غيره مما يعود للفقراء مثل نقله من مكان إلى مكان، أو اخذ قيمه دون العين مما يجوز له فيه ذلك أو ترجيح بعض أفراد المستحقين دون بعض، أو صرفه فى الأمور العامه بحيث يصل نفعه لمن لا يستحق، و غير ذلك أما ملاحظه الغبطه فى مال اليتيم فهو المشهور، و تعدى بعض فاشترط ذلك فى الأب و الجد- و هو الموافق للاعتبار- فى مطلق التصرف فى مال الغير بدون أذنه، و لأصاله عدم الولايه لأحد على مال غيره فتجرى فيما لا غبطه فيه بل

مطلقا إلا- فى ضروره توجيه فيجوز بما ترفع به، و لخصوص قوله تعالى: [وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ*] و ذكر المفسرون: إن (التي) بمعنى الخصله التي هي أحسن و (القرب) الدنو- و هو اعم من المحاذات لغه- و المراد به فى الآيه كما ذكره غير واحد ان التصرف فى مال اليتيم متى كان احسن من عدمه جاز باى انواع المباشره و ظاهرهم انه اذا تساوت افراد الأحسنه بالنسبه إلى اليتيم، و كان فى بعضها نفع للمتصرف جاز له اختيار ما فيه النفع ان لم يكن هناك أحسن منه، و إلا امتنع كما انه لو تساوت افراد تبديله ابتداء جاز ذلك استدامه، فلو باعه بنقد من النقود المختلفه مع عدم التفاوت بينها، ثم بعد ان قبض البديل جاز له تبديل ذلك النقد بغيره مما يساويه مثل ما لو باعه به ابتداء، و كذا لو كان بعرض و ان كان فى التبديل فائده للمتصرف ايضا فالمتعين حسب ما يظهر من تفسيرهم اراده رابع المعانى التي ذكرها شيخنا فى مكاسبه للقرب، و ثانى المعانى للاحسن فى الآيه- و هو ينطبق على الفتاوى- و حينئذ فكلما كان احسن من غيره يختار فى امر مال اليتيم تركا و فعلا. و على هذا المعنى يحمل حسنه الكاهلى لانه اذا اثبت من الآيه لزوم اختيار الأحسن مطلقا فى مال اليتيم يكون تركه عليه ضررا بحكم الشارع فلا يتناقض صدرها و ذيلها، و لا يحتاج إلى ارتكاب صدق النفع فيما لو دفع بازائه ما يساويه مما اتلفه من مال اليتيم، بل حيث كان النفع مأمورا به فى صدر الروايه يكون الضرر المنهى عنه هو عدم النفع، فكان ملاحظه النفع مراده، و ما سواها ضرر بالنسبه إلى هذا الصنف الخاص فيشمل النهى ما وازى المدفوع لهم ما تلف منهم و ما لو نقص، و لا ينافيه ان دفع الموازى للمتلف مطلقا مبرأ للذمه مطلقا، و ليس لليتامى حكم مخصوص بهم يلزم اعطاء ما يزيد على المتلوف منهم، لأن المرام حرمه الدخول مع قصد عدم النفع و ان بنى الداخلى على دفع الموازى، و لا مانع من اختصاص هذا الحكم بالأيتام كما لا ينافى ذلك روايه ابن المغيره فى اعطاء اليتيمه عوض المهدى لها من المطبوخ المأكول منه شيئا من ماله و فيها: فأقول يا رب هذا بهذا قال " عليه السلام "

لا بأس

لظهورها فى رفع الأصلح اليها لذهاب الزائد من المأكول على اليتيمه بلا عوض و هو الداعى لعدم استفعال الامام " عليه السلام " عن مساواه العوض أو زيادته فتأمل. و منه يظهر انه لا يكفى فى التصرف عدم المفسده بل يلزم مراعاة الأصلح فى الافعال، و التروك فلا- يختار إلا ما هو أحسن من غيره فى مال اليتيم حتى الترك فلو كان التصرف أحسن منه وجب ذلك و لا اختصاص للاختيار فى التصرفات الوجوديه كما يظهر من شيخنا (رحمه الله)، و لا- يكفى فى جواز التصرف نفي المفسده فقط لمنافاته للاعتبار، فان نفي المفسده مراد للشارع فى التصرف بكل مال لا اختصاص له باليتيم. فما ورد من الآيه و الروايه من التأكيدات بمراعاة حال اليتيم من كل جهه، و تخصيصه بالذكر دون غيره مما يشرف الفطن على اعتبار ارتكاب الأحسن فيما يعود اليه مطلقا. نعم الأصلحيه تناط بنظر المتولى كما و كيفا، و يجب على المتولى مراجعه أهل الخيره فى الثمن و المثمن، و فى النقل و عدمه و فى تقلبه من مكان إلى مكان و غير ذلك ليكون دخوله فى هذا الأمر عن اطمئنان، و ليسلم من الضمان فى بعض الموارد، و أما ملاحظه الغبطه و المصلحه فى غير مال اليتيم مما جوزنا التصرف فيه لعدول المؤمنين عند فقد الحاكم، و وكيله فالظاهر انه يصح مع نفي المفسده، و به صرح جماعه فلا يجرى فيها ما حررناه فى مال اليتيم غير إن العدول لغير الأصلح عنه مما لا يوافق الاعتبار،

و مما لا يحسنه العقل فيبقى تحرى الأصلح في كل مال للغير به أسوه و يجرى ذلك في مقام يجوز به تبديل العين فما تعلق الحق بعينه لا مطلقا بل فيما رخص الشارع في تبديله. نعم في غير المرخص فيه لا يبعد القول بجواز تحرى الأصلح لمن في يده مع ثبوت الضمان فيما تصرف فيه لو تلف و لا منافاه بين الرخصه و الضمان حتى لو كانت الرخصه شرعيه، و قيل بعدم الضمان مع الرخصه في التصرف شرعا مطلقا، و عليه الجدل-كبر كاشف الغطاء لكن العلامه و غيره حكم بعد المنافاه و للمقام محل آخر.

و منها انقطاع الولايه بالبلوغ و الرشد فعدمهما شرط في ثبوتها في المولى عليه في مطلق الاولياء فلو بلغ الصغير كاملا ارتفعت الولايه عنه، و ان جن أو سفه بعد ذلك فوليه الحاكم، و لو مع وجود الأب و الجد دون ما لو اتصل الجنون و السفه بالصغر على الأشهر فيهما و الجد الاكبر فرق في النقص المتجدد بين الجنون و السفه فحكم (بعود ولايه الأب و الجد) بتجدد الاول دون الثاني، و وافقه في النكاح و الطلاق جماعه من معتبرى اصحابنا مع ظهور بعض المعتبره به هناك من حيث ترك الاستفصال فيها.

و الظاهر مساواه النقص في الولي و المولى عليه فتعود ولايه الولي بزواله منه و تعود الولايه بتجدد الجنون في المولى عليه خلافا لجماعه فحكموا بعدم التجدد بعد الانقطاع للأب و الجد بل الولايه حينئذ كالحاكم و هو متين للاصل المعتضد باطلاق ما دل عليها غير انه معارض بكل ما قضى بولايتهما المتجدده بعد الانقطاع لا مكان جريان ادلتها في المولى عليه ايضا و الجمع بين الطرفين أولى و عند التعارض تقدم ولايه الأب و الجد إلا- مع ظهور الفساد، و لا- يلزم الاجتهاد للحاكم في احوالهما فيتبع سلوكهما و ان زعم عملا بالاطلاق، و أما السفه فذهب جماعه إلى عدم الولايه عليه بعد البلوغ الا للحاكم مطلقا و ان اتصل سفهه ببلوغه، و آخرون إلى التفصيل بين المتصل فالولايه للأب و الجد، و المنفصل فهى للحاكم و الأقوى الحاقه بالمجنون اذ كما ان عودها فيهما محتاج إلى دليل ايضا ثبوت الولايه لا بد له من قاطع في غيرهما، و ليس في الاخبار ما يفيد ذلك فان أصرحها)

السلطان ولي من لا ولي له

(و هو مع ضعفه يختص بالامام، و كون الحاكم بمنزله حتى في هذه الولايه لم يثبت، و لو ثبت فهو ولي من لا ولي له، و الأب و الجد بل و سائر الاقرباء من العصباء أولياء عرفا خرج غير الأب و ابيه بالاجماع فولايتهما العرفيه ثابتة.

نعم لو ثبت للحاكم عموم الولايه بدليل عام يلزم ان يقتصر في الخارج على دليله مثل الولايه على الصغير للأب و الجد و اثباته مشكل جدا مع أنه معارض بالأخبار القاضيه بعدم النكاح الا بأذن الولي العرفي و هو نص خبر زراره:)

ان المالكه لامرها تزويجها ما شاءت بغير امر وليها

(و الا لا يصح تزويجها الا بامر وليها فان الولي في صدرها هو الولي العرفي، و كذا في ذيلها.

و الحاصل متى فرقنا بين ولايه الامام " عليه السلام " و ولايه الحاكم فعود ولايه الاب و الجد بتجدد الجنون و السفه بعد البلوغ مطلقا اوفق بالدليل، و متى عممنا ولايه الحاكم كان عدمه اولى.

الفريق الرابع الوصى:

و هو من الأولياء فى الجملة بعد الموت على اولاد الميت الصغار إذا جعله الموصى قيما، و وليئا عليهم- و لو بعد البلوغ- مع عدم الكمال لكن بشرط عدم الولى الاجبارى من الأب أو الجد فله الولاية على مال الصغير يتصرف فيه باى أنواع التصرف مع عدم ظهور الفساد. و الحاصل ان ما كان للموصى الولاية عليه يصح ان يجعل تلك الولاية

للموصى فيكون وليا على ذلك، فتكون للموصى الولاية على الثلث، ان صرح به الموصى فيشارك الورثة حينئذ لكن ليس له تمييزه الا اذا نص عليه الموصى و لا ضرر على الوارث فى الأشهر، و كذا تكون له الولاية بنص الموصى على اخراج الحقوق عنه من دين، أو صدقه واجبه حتى لو عين لها من ماله أشياء مخصوصه فليس للوارث بعد الموت، و هكذا من غير اشكال، و يجوز شرائه من نفسه لنفسه أيضا، و التغيرات الاعتبارى كاف على الظاهر المصرح فيه، و له ان يوصى على ما أوصاه به مع الأذن من الموصى سواء فى ذلك الأطفال و الحقوق. و أما اذا لم يأذن و لم يمنع. فالأكثر على انقطاع ولايته بموته.

و الشيخ و جماعه جوزوا الايضاء له، لأن الاستنابه من جمله التصرفات التى يملكها حيا، و لأن الموصى جعله كمنفسه فيثبت له ما يثبت له الا ان يمنع و إلا لما جاز للموصى التوكيل حال الحياه و مكاتبه الصفار ظاهره فيه ورد الجميع بتوقف تصرف غير الوصى على الأذن من الميت التى لا يثبتها ما ذكر، و لا ينفع فيها عموم الايضاء لعدم شموله للايضاء بما له للغير، لأن ملحوظ الموصى تصويبه و نظره، كالوكيل الذى ليس له أن يوكل غيره لعموم الوكالة، و به يفرق بين المقام و بين الشك فى موارد العقد، و أما المكاتبه فاجمال الجواب فيها يمنع من التمسك بها. نعم لا يبعد ان الوصى لو اوصى بما هو وصى عليه يكشف ذلك عن أذن الموصى له دون ما لو اطلق فالنظر إلى الحاكم- و فيه تأمل- لميل الأكثر إلى عدم كون وصى الوصى وصى فى التركتين مطلقا إلا- مع عدم الأذن بل يتوقف على أذن الموصى الاول فى الايضاء لا- مطلقا ايضا، بل فى غير نكاح الصغير، و ان نص عليه الموصى من الأب أو الجد على الأشهر لأصالتى عدم انتقال الولاية اليه فى الاحكام و عدم صحه العقد و لزومه مع رد الصغير بعد البلوغ، و لا يفيد عموم الوفاء بالعقد، و لمفهوم صحيحه ابن مسلم بل عمومها منطوقا فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان قال " عليه السلام":)

إذا كان أبوهما اللذان زوجها، فنعم

(فان التفصيل من الإمام " عليه السلام": بعد اطلاق كلام السائل قاطع للشوكة مضافا إلى حجيه مفهوم الشرط، و مثلها صحيحه أبى حذيفه الحذاء، و صحيحه ابن بزيع و خالف فى الحكم جماعه فاثبتوا للموصى الولاية مطلقا سواء نص الموصى على ولايته فى النكاح أو طلقها بحيث يمكن شمول إطلاقه للنكاح، و منهم من خص ذلك بصدور الإذن منه، و اعتمدوا فيه على ما ورد فى تفسير من بيده عقده النكاح فانه مفسر بالأب و الأخ و من يوصى اليه، و من يجوز أمره فى مال المرأة و بحرمه التبديل للموصيه بنص الآيه، و ضعف شيخنا الاستدلال بالأول بأن المراد بذكر الأربعة فى الأخبار الذين بيدهم عقده النكاح اما التنبيه على حصر من بيده ذلك من المذكورين، و أما لبيان أغلبيه من بيده ذلك و حينئذ فجملة الصلح فى الآيه ان اريد بها مجرد الحكم الوضعى، أى ان الولاية الإجباريه أو الاعم منها. و من الاختياريه بأن يفسر من بيده عقده النكاح بمن استقل فى عقده بحيث لا يكون لغيره مدخل فيه باصل الشرع، أو بمن استقل كذلك أو تولى ذلك من قبل المرأة مثل و كيلها على النكاح، و أما ان يكون المراد بمن فى يده الحكم التكليفى الرجحانى الراجع إلى المرأة الاعم من الوجوبى، و الاستجابى، يعنى ان الاولى بنكاحها و الأحق به ممن هو الولى الشرعى، أو العرفى نحو ما ورد:)

انه ليس لها مع الأب أمر

(و يمكن ان يراد بجمله الصله مطلقا من أوقع النكاح قبل الطلاق، ثم المعقود عليها على جميع التقادير قد يراد بها خصوص الصغيره أو الاعم منها، و من الكبيره و الظاهر من بين المعانى فى التفسير المزبور إرادته الأولويه، و الأحقيه ممن بيده

العقده. و ذكر الاربعه لكون عقده النكاح غالبا بيدهم و لتعميم الولايه للإجباريه و الاختياريه لا لحصرها فيهم فلا دلالة في الروايه على أن ولايه الوصى من أى الولايتين، و لا إيماء فيها إلى ان ولايته كولايه الأب فعسى ان تكون كولايه الأخ، و كذا هى بالنسبه إلى الأب مطلقه تشمل الثيبه و الباكر. هذا و لكن فى صحيحه ابن سنان فى تفسير من بيده عقده النكاح بولى امرها و المراد (بولى امرها فى غير النكاح) و إلا لكان التفسير بمساوى المفسر و هو مرفوض لأنه مجمل لم يفد بيانا و حينئذ لا ريب ان الوصى على الصغيره ولى امرها فى ما يعود لها سوى النكاح فيكون عقده امره بيده- و الاستدلال بها وجيه- لو لم يعارض بمرسله ابن عمير المرويه فى آخر باب الوكالات قبل باب القضاء فى تفسير (من بيده العقده) بالأب أو فى توكله المرأه أو توليه امرها من أخ أو قرابه أو غيرهما فلا بد من الترجيح و ميل الاكثر مرجح للمرسله، و ضعف غير واحد من المتأخرين.

الدليل الثانى: برد عموم آيه (التبديل) بأن ضمير (بدله) راجع إلى ايضاء الوالدين و الاقربين المتقدم ذكرهما على الآيه، فلا يعم مطلق التبديل و التضعيف فى غير محله لاستدلال الامام "عليه السلام" فى غير واحد من المعتمده فى أحكام كثير من الوصايا بعموم الآيه، فالضمير على هذا راجع إلى مطلق الايضاء أو إلى المتقدم لكن مع إناطه حكم الاثم باصل تبديل الايضاء لا خصوص المورد فهو خاص و المناط عام، فالآيه بضميمه الاخبار المفسره ظاهره فى المدعى. و يمكن ان يستدل ايضا بعموم ما ورد فى توقيع الصفار عن العسكري "عليه السلام": (

جائز للميت ما اوصى على ما اوصى ان شاء الله تعالى

(و هذا العموم لخصوص المورد لا يترك، و بروايه الكافى و التهذيب فى المضاربه بمال الصغير و أخذ نصف الربح قال:)

لا بأس من جهه ان اباه قد أذن له فى ذلك و هو حى

(دلت على نفوذ ما أذن فيه أبو الصغير حال حياته مطلقا بعد مماته و هذه أذنه للوصى فى تزويج صغيره و توليته له فيه و لا يمنع عموم العله فيها اسم الاشاره المشار به إلى مال المضاربه. لأن سوق الكلام يقضى انه انما اتى به لمحض ربط العله بالمعلول فقط فتلقى تلك الخصوصيه المترائيه، و مثله كثير فى السنه و المسأله مشكله. لأن كل من الدليلين وجيه إلا ان يقال ان بين الاخبار النافيه لولايه غير الأب و الجد، و بين الآيه المعتضده بالخبرين المزبورين التباين الجزئى، و حيث لا مرجح لا بد من ترك العمل باحدهما فيرجع حينئذ إلى اصاله عدم ثبوت الولايه، و عدم صحه النكاح من دون اذن المزوج، فما عليه الاكثر احوى فى النظر، و عليه فتنفى ولايه الوصى فى النكاح مطلقا حتى على من بلغ فاسد العقل مع اضطراره، أو خوف مرضه أو وقوعه فى الزنا، و عدم زوال عذره بدون التزويج، لأن هذه الوجوه لا يثبت بها انتقال ولايه الأب و الجد إلى الوصى بايضا لهما له فانه مع عدم ثبوتها له لا- يفرق فيها بين الموارد، فما وقع من بعض من نفى ولايه الوصى من اثباتها ببعض هذه الموارد لا وجه له. نعم تثبت ولايه الحسبه و هى مختصه بالحاكم لأنها من مناصبه فيزوجه الحاكم كما يزوجه مع عدم الوصى و كما يزوجه غيره، و لا شك بولايته على المجنونين الفاقدين للاب و الجد مع الحاجه إلى النكاح للاجماع و النبوى و عموم ما دل على الرجوع اليه كما سبق فليس للمجنون بعد الإفاقه و لا لغيره قبلها، و تزويجه و فسخه بل لا بد من ترتب الآثار عليه كما مضى مفصلا.

الفائدة الثامنة و الخمسون (فى عداله الوصى):

اشاره

بعد ما أثبتنا ولايه الوصى على ما للموصى الولايه عليه مطلقا أو فى غير النكاح مع عدم الأذن أو مطلقا فهل يعتبر فيه العداله؟ فلا تجوز الوصيه لمجهول الحال فضلا عن الفاسق أولا- فتجوز الوصيه لما سوى العادل، و تثبت ولايته مطلقا إلا مع ظهور الفساد فيعزله الحاكم مطلقا المشهور بل قيل انه مجمع عليه هو الأول لأن الفاسق لا امانه له فلا يؤتمن للعله المنصوصه الموجهه للتثبت فى خبره فى الآيه فيوجب ذلك عدم الاعتماد عليه فى كل أموره مضافا إلى تعريض مال الغير للتلف من الورثه و ممن أوصى له الموصى بشىء، و من الجهات التى عين الثلث بإزائها، و نوقش فى عموم التعليل بمعارضته بقوله " عليه السلام": ()

جائز للميت ما اوصى على ما اوصى به ان شاء الله تعالى

(فانه شامل لكل ما اعتبر الموصى من القيود فى الوصيه سواء كان القيد من مقومات الوصيه أو الراجعه إلى انحاء الوصيه لو فرض ان تعيين مجهول الحال أو الفاسق من الموصى للموصى ليس من مقوماتها التى تنتفى الوصيه بانتفائه لبقاء الوصيه على تقدير موت الوصى أو عجزه فهو من القيود الراجعه إلى انحاء الوصيه، و على التقديرين فالخبر يعمه و رد:

أولا: بعدم شمول الخبر لمثل القيد المزبور، بل هو مخصوص بالقيود التى تنتفى الوصيه بانتفائه، و مثله قوله " عليه السلام": ()

الوقوف على حسب ما يقفها اهلها

(فانه لا يقضى بجواز توليه الفاسق فلا يشمل أيضا جعل الموصى له و ان جعله حقا للغير على هذا الوجه الخاص.

ثانيا: على فرض الشمول فعموم التعليل فى آيه التثبيت حاكم عليه، و من هنا لا يجوز للحاكم توليه الفاسق فى الأمور الحسينيه و مثله الأب و الجد على مال الصغير فى الأعراف فما هو إلا للحكومه المزبوره فإن عموم التعليل مانع من توليه الفاسق فى كل أمر يلزم فيه إصلاح المال شرعا، فلا يرد جواز توكيل الفاسق أو ايداعه لماله أو هبته له مما لم يجب فى مثله مراعاة المصلحه و لا يعد تبذيرا على ان القطع ببقاء الوصيه على ما اوصى و عموم تبديلها لا يحصل بتوليه الفاسق، و جواز توليته مع ضم أمين معه يجعل وجوده كعدمه من حيث عدم نفوذ تصرفه بدونه، فالمناط سلامه عموم التعليل عن الدغدغه، و متى سلم لا تنفذ وصيه الفاسق حتى مع ضم الأمين بل للأمين الاستقلال بالتصرف، و لزوم اجتماعهما لا دليل عليه بعد سقوط نظر الفاسق من أصله اذ ليس هو كالأب أو الجد الذى لولايته موضوعيه، و مع ذلك فقد ذهب إلى الجواز عصبه من أفاضل اصحابنا (رحمه الله) معتمدين فيه على أن المسلم محل للامانه و الاستيداع، و على أنها ولايه تابعه لاختيار الموصى فتحقق بتعيينه، و المناقشه فى الدليلين على ما حررنا ظاهره اذ ليس مبنى الوكاله و الاستيداع على ملاحظه المصلحه، أو عدم المفسده إلا اذا دخل فى التبذير المحرم، و معه تتحقق السفاهه فيخرج الحكم عما نحن فيه، و لذا لا يعتبر فيهما الاسلام فضلا عن العداله، و ذلك بخلاف توليه الغير على مال الغير الذى لا ريب فى ملاحظه المصلحه فيه أو عدم المفسده، كما انه ليس للموصى تعريض المال الذى اوصى به

مطلقا للتلف فإن وصيه الفاسق تكشف عن عدم تعلق نظر الموصى بوصول المال إلى اهله من الورثه و غيرهم حتى ما كان الحق فيه إليه، و لا- حق للغير فيه مثل الوصيه في صرف الثلث في النيايه، و وجوه البر المخصوصه لحبسه المال حينئذ على المصرف المذكور، و لا تسلط للميت عليه، فلا يجوز له ان يولى من لا يوثق بفعله اذ تولى الفاسق على المال انما يكون في

وقت ليس للميت سلطنه عليه فلا تعمه أدله الوصيه فان نفوذها مقصور على ماله فاذا جعله محبوبا على مصرف خاص كان هو كغيره فى عدم جواز تفويض ذلك إلى من لا وثوق بفعله.

وقد ذكر جماعه فى الوقف بأن الواقف و ان كان مسلطا على وقفه باى وجه كان إلا أنه بعد ان نفذ من يده، و أوقفه على وجه من الوجوه ليس له ان يولى امره إلى الفاسق الذى لا سبيل إلى العلم الشرعى بصرفه فى ذلك الوجه مع عدم العدالة الا بخيال ان التولية لم تكن خارجه عن الوقف لتكون بعده، و كذا الوصيه بل هى فى ضمنهما، و هو توهم لما مر من ان التولية جعل مستقل فى ضمنهما كالشرط فى ضمن العقد بل اولى بالاستقلال، و لذا لم يذهب احد ممن اشترط العدالة فى الوصيه و الوقف إلى بطلانهما بتولية الفاسق بل يقولون بلغويه التولية و صحتها و لو ان التولية شرط غير خارج لما صحا فلا وقع للدليلين المرقومين. نعم عسى ان يفرق بين الوصيه و الوقف فيما يعود إلى الميت من الأمور فان الوقف يرجع إلى التولية على مال الغير- و هو الموقوف عليهم- فلا يشبه ما يعود بالوصيه إلى نفس الميت إلا فيما لو شرط الواقف فى الوقف امورا يرجع فائدتها اليه مثل ما لو شرط اخراج مقدار خاص من نماء الوقف لعباده أو حج أو تعزیه أو غير ذلك فانه يكون كالوصيه فى صرف الثلث فيما يعود اليه فان عين له احدا جرى فيه الكلام. و الأظهر ان مراعاة المصلحه، أو عدم المفسده المتوقفه على العدالة ان سلمناها فيما يعود للغير من الوصيه، أو الوقف- فيشكل تسليم ذلك- فيما لا يرجع إلا إلى نفس الموصى من مصارف الثلث خصوصا فيما لا يتعلق بمال اصلا كالوصيه بمباشره تجهيزه و من اعتبر العدالة فى الوصى، أو متولى الوقف ممن سبرنا أفعالهم- لا يظهر منه التفصيل فى المسأله- و ان حكى قولاً و أفتى به البعض و استحسنته شيخنا. و خلاصه القول فى المسأله حسبما يترجح بنظرى القاصر أن اعتبار المصلحه و عدم المفسده فى مال الغير مطلوب للشارع من كل من له الولاية عليه، حتى ما كان بنفس الوصيه أو الوقف مالا- للغير بلا- شبهه فى ذلك. و المشهور عليه فلا يفرق الحال فيه بين سائر الاولياء من الواقف، أو الموصى، أو الحاكم، أو غيرهم لكن ذلك- ان سلم- فبعد ان يكون مالا- للغير، و إما قبله بأن يجب على من يوصى أو يوقف ان يراعى حق الموقوف عليه أو الموصى له بأن لا يجوز ان يوقف على أحد، أو يوصى لأحد إلا بان يراعى الغبطه و الحيف فيما أوصى به بعده فيلزمه ان يجعل الناظر عدلا فلا دليل عليه.

و من هنا يتضح ان العدالة معتبره فى المقام على وجه الطريقيه لا الموضوعيه فلو حصل الوثوق للواقف أو الموصى فيما لا يتعلق به حق الورثه أو الموقوف عليهم بشخص جاز له ان يجعله ناظرا أو متوليا و ان لم يكن عدلا، بل و متى حصل الوثوق للورثه بالناظر الذى عينه الموقف أو الوصى بأنه يقسم بالعدل و لا يخون و لا يحابى لا يجوز عزله لهم مع عدم الاتهام لأن المدار فيه على الواقع و قد حصل و من تصفح كلماتهم فى جواز جعل النظاره من الواقف لنفسه على الوقف مع عدم اعتبار عدالته عرف صحه ما حررناه كيف و قد صرح فى السرائر: (بانه لو جعل النظر إلى الأرشد عمل به، و ان كان فاسقا فالاقرب ضم العدل اليه) و فى التذكرة: (و لو علم فسق المتولى، و شرط التولية له فالاقرب اتباع شرطه) و حينئذ فالجعل ثابت، و يجوز لمن له الولاية ان يولى غيره مطلقا مع قابليه المولى لحفظ ما دل عليه، و معرفته بصلاحه، و لا مانع بأن يعرضه العزل باحد أسبابه المورثه لتلف المال فمتى حصل الاطمئنان بعدم تلف المال لا يصح العزل، فالعداله فيه طريق إلى الواقع- و هى أحد الطرق- و لا مرجح لها على غيرها من الطرق

فاشتراطها كاشتراطها فى الاستتابة للعبادات اللازمه فلو أحرزت التأديبه صح العمل و لو من الفاسق و استحق البدل و حينئذ فيلزم الموصى ان يوصى إلى العدل عند عدم الوثوق بمطابقه أفعاله للواقع فلا يصح ان يوصى إلى من لا يعلم عدالته و لا يثق بفعله و يصح فى غيرها مطلقا و ظاهر كلماتهم تساعد على ما حررناه، فالشرط فى الحقيقه هو وثوق الموصى، اما شرعا من حيث العدالة أو حقيقه لقطعه بعدم المخالفه و فى السرائر: (و لو اوصى إلى الخائن فالاقرب بطلان الوصيه، و كان كمن لا وصى له و لو قيل بجوازه، و ضم أمين اليه ان امكن الحفظ و إلا فلا كان وجيها) و فى المقنعه: (لا بأس بالوصيه إلى المرأه ان كانت عاقله مأمونه) و استدلالهم بان الوصيه إلى الفاسق ركون اليه فى أفعاله و هو منهي عنه ب (و لا تركنوا) و ان الوصيه أمانه، و الفاسق لا يؤتمن لوجوب التبين فى خبره فان جميع ذلك ظاهر فيما ذكرنا من صحه الوصيه مع المطابقه للفاسق، و يظهر من شيخنا فى الجواهر اعتبارها فى الموضوع عند مشروطها. و ان المشروط عدم شرطه على حد غيرها من الشروط كالعقل و نحوه و لعله لجهه عدها فى سياق الشروط الواقعيه، و قد عرفت منافاه ذلك لكلماتهم فما استغربه من الرياض غريب و كيف كان فلا يكفى وثوق الموصى فى ترتب فعل الغير من شراء و نحوه ما لم يثق ذلك الغير به اما شرعا أو واقعا، و لا تصح المعامله معه فلو كان عدلا بنظر الموصى، و غير عدل برأى الغير لا يجوز للغير ترتيب آثار الوصيه عليه، و كذا لو كان مجهول الحال عند الغير لما تقدم من ان العبره بصحه الوصيه الوثوق بتصرفات الوصى على حسب ما أوصى فيه، و ان العدالة تكفى شرعا و إن ظن الغير الخلاف، و نظير ذلك قيم الحاكم الذى نصبه باعتقاد العدالة مع فسقه واقعا أو عند غيره فينتج من ذلك إلحاق مجهول الحال بالفاسق فى المقام، لأن عدم الاعتناء بالفاسق ليس لمجرد فسقه بل لعدم الأمن، و عدم احراز ما يردعه عن غير الواقع، و هذا المعنى لا فرق فيه بين الفاسق و مجهول الحال، و لا يحتاج فيه إلى أصاله عدم الملكه مع الشك فى العدالة اذ الوثوق الشرعى معلوم الانتفاء مع عدم احراز الملكه الموجود فى مجهول الحال، و مثله طرح خبره فانه لا- يتوقف على إصاله عدم الملكه اذ ليس الفسق مانعا و إنما المانع عدم تحقق الوثوق الذى قد يلائم الفاسق، و قد يفارقه. نعم لا- يتم ذلك فيمن يرى الحاق مجهول الحال من المسلمين بالعدل موضوعا فيثبت العدالة بعدم ظهور الفسق بعد الإسلام و كلامنا منا بعد الاغماض عن هذا القول و الفراغ من فساد على ان القائل به لا يجعل نفس الفسق مانعا، و ان انضم اليه الوثوق بمطابقه عمله للواقع من الموصى أو غيره و ذلك جار فى كل مقام اعتبر فيه العدالة لاجل الوثوق، و يظهر من الشهيد فى (المسالك) كفايه عدم ظهور الفسق هنا لاشتراط العدالة بخيال ان الفسق مانع، و المانع لا يشترط العلم بعدمه فى التأثير بل يكفى عدم العلم بوجوده، و التدبر فيما سردناه لك يكفى فى رده لأن مانعيه الفسق من جهه عدم استثمانه، أو وجوب التبين فى خبره و هما موجودان فى مجهول الحال باقراره فى غير المقام على ان قوله (رحمه الله): (بكفايه عدم العلم بوجود المانع فى التأثير) لم يتضح لنا ما اراد منه لأن الاصل فى المقام الشك بمنزله العلم، و ان المانع و غيره من اجزاء العله سواء فى وجوب العلم بعدمه فان كان الشرط أو المانع وجوديين و شك فى وجود أحدهما فالأصل عدمه فينتفى المشروط بأصاله عدم الشرط، و يثبت الممنوع بأصاله عدم المانع- و ان كانا عدميين- فينعكس الأمر عند الشك فيثبت المشروط فى أصاله عدم الشرط و ينتفى الممنوع بأصاله عدم المانع، و هكذا أو مما ذكرنا

يظهر انه لو أوصى إلى عدل ففسق لا تبطل الوصيه إذا علم ان الداعى لها و الباعث عليها غير العداله من الأوصاف و لا كذلك ان علم أن الداعى، و الوصف العنوانى هو العداله فإنها تبطل فى المشهور، و أما لو جهل الحال فالعمل بالاستصحاب غير بعيد لاختلاف السبب الموجب للوصيه، و لم يعلم تغير الموضوع. نعم لو كان الباعث على الوصيه العداله فانزل الوصى بفقده لا تعود الوصيه بعود العداله، و قيل بالعود و له وجه من جهه ان تصويب رأيه حال عدالته ملحوظ للموصى مطلقا و الله العالم.

الفريق الخامس: المالك الكامل:

فانه مسلط على ما ملكه يتصرف فيه باى انواع التصرف بالضروره من المذهب، و يكفى فيه (

الناس مسلطون على أموالهم

(الموافق للعقل، و النقل، و الحكمه الآلهيه فى أمور العالم، و خرج من هذه الكليه غير الكامل قولاً- واحداً فلا- يمكن من التصرف فيما ملكه، و اختلف فى بعض افراد الكامل ممن يجوز له التصرف بما ملكه عند عروض بعض الأسباب فى خروجه عن الاصل الاولى، و عدم نفوذ تصرفه فى بعضه أو فى جمعه أو له التصرف مطلقاً ثم على القول بعدم جواز التصرف فى البعض أو فى الكل، فهل يقبل إقراره فيه أو لا- يقبل؟ فيما حجر عليه من أمواله، و هل تجرى قاعده من ملكك فيه أو لا- تجرى؟ و لقد اضطربت فى ذلك آراء اصحابنا سلفاً عن خلف و تشعبت فيه أقوالهم و منشؤه اختلاف النصوص، و صعوبه الجمع بينها، و قبول سند البعض عند جماعه، و استضعافه عند آخرين- وفقنا الله لنهج السبيل المستوى و الصراط المستقيم ان شاء الله تعالى-.

الأول من تلك الأسباب: المرض العارض للشخص الذى يتعقبه الموت إما مطلقاً أو مع ظهور ذلك بالامارات التى لا تتخلف غالباً، فقد اشتهر ان هذا العارض يمنع المالك من التصرف فى جميع ما ملكه و يمنع من نفوذ إقراره كذلك لو اقر للغير بشىء لكن بشرط ظهور إرادته حرمانه للورثه من هذا الإقرار باماراته لا مطلقاً و قيل بعدم النفوذ مطلقاً على ما سيجىء تفصيله إن شاء الله تعالى.

الفائده التاسعه و الخمسون (تصرفات المريض):

لا ريب فى نفوذ تصرف الصحيح الكامل فى جميع ما ملكه بسائر أنواع الملك و أسبابه و ان قصد الاضرار بالورثه ما لم يعد سفها فيخرج عن الكمال، و كذا تنفذ جميع تصرفاته فى المرض الذى لا يتعقبه الموت بلا كلام. و أما المرض الذى يموت به و ان انتقلت العله و كان التصرف فى السابقه مثلاً فمع الاتصال لم يفرق بين العلتين، و يحتمل الفرق كما سيتضح لك ذلك فقد ذكروا ان ليس له التصرف إلا بالثلث مما ملك فى الوصيه و التنجيز.

و الأول عليه المعظم اذا كان الموصى به معلقاً على الموت سواء دخل فى مصاديق الوصيه أو لا كالتدبير فى احد الوجهين من كونه عتقاً لا وصيه به و منه النذر المقيد بالموت فى وجه أيضاً، و به النصوص متظافره و معمول بها. نعم لو اجاز الورثه الوصيه قبل الموت أو بعده بما زاد على الثلث نفذ ذلك و استحق الموصى له الزائد سواء كانت الاجازة فى زمن الصحه و المرض و

ليس للورثه الرجوع فى ذلك على المشهور، و خالف فيه المفيد، و الديلمى، و الحللى، و قاسوه على اسقاط المرأه صداقها قبل التزويج و الشفيع قبل البيع و حجتهم واهيه، و المفلس ان اجاز زمن الحياه نفذ لعدم المانع، و أما بعد الممات فلا بناء على انتقال المال بالموت إلى الوارث و بالإجازة إلى الموصى له، و أما اذا كانت الاجازة كاشفه عن سبق ملكه كما قيل، فنعم، و هو الأعراف فيكون ذلك تنفيذًا من الوارث

لتصرف الموصى لا- أن التصرف للوارث فالإجازة لتصرف الموصى تكشف عن عدم دخول الموصى به في ملك الوارث بالموت- كما هو مقتضى الوصية- والمنجزات تلحق الوصية بالأحكام ان اخرجناها من الثلث، و لا فرق بينهما كما لا فرق بين من له وارث و بين من لا- وارث له سوى الامام فى اخراج وصاياه من الثلث فى المشهور و اطلاق النصوص و الفتاوى. و أما الثانى: و هو المنجزات فقد شاع الخلاف فيما بينهم بل لم نتحقق الأشهر فى احد القولين لاضطراب كلماتهم فى جملة الأبواب الفقهييه بعد اتفاهم ظاهرا بخروج ما كان حقا واجبا من الاصل مثل العتق عن كفاره. و النذر الذى لم يقيد بالموت سواء نذر الغايه ام السبب. و أما غير ذلك مما تبرع فيه المريض غير ما نقله بثمان المثل بما كان فيه المحاباه من هبه، أو عطيه، أو بيع بدون ثمن المثل، أو اقرار بما فيه اتهام حرمان الورثه لأحد مطلقا أو غير ذلك، فقيل، بخروجه من الاصل، و قيل، من الثلث و ان المرض سبب شرعى يمنع من تصرف المالك فى أزيد من ثلث ماله، و تزيل ولايته عليه و مرجع الخلاف إلى ان المال باق على ما كان عليه حال الصحه أو يتبدل حكمه عند المرض فيكون للورثه فيه الثلثان، و للميت الباقي، و ثبوته للورثه بالملك المترزل فان تعقبه الموت كشف عنه و ان برأ كشف عن عدم تبدل حكمه، و لذا ذهبوا إلى خروج المنجزات فى المرض بعد البرء و الموت بمرض آخر من الأصل بلا خلاف فيه، و نسب القول بالخروج من الثلث إلى المتأخرين كالفاضلين، و من تأخر عنهما.

و من الأصل إلى من تقدم و المتتبع يجد التردد فيه ايضا ممن تأخر و قضيته تسلط الناس على اموالهم التى لا يخالف فيها أحد توجب الثانى كإطلاقات تسلط الإنسان على ماله ما دام الروح فى بدنه و استقرار السيره القطعيه على عدم حساب ما يتلفه المريض فى مرضه و يحابى به من الثلث من صدقه، أو هديه، أو شراء دواء، أو أجره طيب و غير ذلك من الاشياء التى لا يحرز غالبا فيها رضاء الورثه لما يعرض لهم من غيبه أو عدم حضور و لم نشاهد ان وكلاء الإنسان و عواد المريض، و أضيافه، و من دعاهم اليه استأذنوا الوارث فى تناول شىء من ذلك، أو امتنعوا من التصرف لصغر الوارث و الانتقال و ان روعى بعدم البرء، يلزم التجنب منه ايضا لان حكمه حينئذ حكم المبيع بالخيار و الموهوب قبل ذهاب عينه اذ المفروض انتقال المال بالمرض إلى الورثه و ان كان مترزلا و لو التزم القائل بالانتقال بجميع ما ذكرناه، و حكم بضممان ما يحابى به المريض لقبضه و رجوع الورثه عليه بعد الموت بثلثى المال المقبوض فهو مع استهجانته مناف لإطلاق ما دل على ندييه الاعاده و الحضور حاله الاحتضار، و تعاهد المريض، بل قد يجب ذلك فان التصرف بامواله من لوازم ذلك و لم نعهد فى أمثاله طلب الرخصه من الوارث من زمن الأئمه (ع) إلى الآن فى شىء مما ذكرنا، مضافا إلى اطلاقات خروج الدين من الاصل الشامله لما يستدينه المريض حال مرضه المميت، و على كل حال فعلى من حكم بالانتقال بعد اعترافه بملكه، المريض للمال زمن الصحه، و تسلطه عليه لا بد له من برهان ينهض بمدعاه، و لا يحتاج المنكر إلى الدليل لظهور ان الأصل معه، و ما ورد من النصوص و الفتاوى بالخروج من الاصل مقرر للاصل المزبور، و مما يتفرع على ذلك ان الثلث لو لم يف بالدين زمن المرض بقى فى ذمه الميت، و لا يجوز مطالبه الوارث به- و هو كما ترى-، لا- اظن ان القائلين بخروج المنجزات من الثلث المعليين له بانتقال المال إلى الورثه زمن المرض يلتزمون بذلك و لو فرقوا بين المنجزات و الدين طالبناهم بالفارق مع جريان العله فى الامرين و لو اقتصروا فى ذلك على خصوص الوارد فى الاخبار تبعضت الصفقه

عليهم، و خرج من الأصل كل منجز لم يذكر في خبر وهم لا يدعون، ولا عثرنا على قائل به، و مع ذلك كله فقد ذهب غير واحد من محققي اصحابنا إلى عدم خروج المنجزات من الاصل و ان حكمها حكم الوصيه كالاسكافي و الصدوق و المبسوط في الوصيه و الغنيه في عتقه، و جمله من كتب الفاضل، و المحقق، و الشهيدين، و ثانی المحققين، و فخر الاسلام، و التنقيح بل قيل: ان عليه عامه المتأخرين و ظاهر الخلاف في عتقه دعوى اجماع الفرقه و اخبارهم به، و قال جماعه: ان النصوص به متظافره. و استدلووا عليه بأمور:

منها ما عن المحقق الثاني (ان الاصل عدم صحه معامله بالنسبه للزائد عن الثلث). و قال شيخنا: (أنى لم اتحقق معناه) و لعل وجهه من ان المرض المميت يورث انتقال ما سوى الثلث إلى الورثه انتقالا مترلزلا فتكون معامله بما يزيد على الثلث تصرف في مال الغير موقوف على الإجازة، فالأصل عدم صحتها، أى عدم لزومها كرهن المبيع بالخيار، أو إجارته من دون خيار. و الأصل بمعنى القاعده المستفاده من الأخبار في (انه ليس له الا- الثلث) و جواز تصرف المريض بأمواله، و ان قيل به لا يلزمه صحه معاملته، و لزومها في ما كشف عنه موته بانه ليس له- و هو حسن- غير انه موقوف على ثبوت الانتقال كذلك قبل الموت- و هو عين المتنازع فيه- فان ثبت ذلك لا يحتاج حينئذ إلى الاستناد إلى الاصل في صحه معامله فيما زاد على الثلث بل يكون من التصرف بمال الغير بغير اذنه الممنوع نفوذه مطلقا.

و منها ما في المختلف ان امضاء الوصيه من الثلث و القول بخروج العطايا المنجزه من الأصل مما لا يجتمعان لاشتراكهما في المقتضى لحصر الوصيه بالثلث و هو النظر في حق الورثه المنبه عليه في الأخبار مثل قوله " عليه السلام ": (

لا أبالي أضرت بولدى أم سرقتهم

) ذلك دل على التسويه بين السرقة و الإضرار بالورثه المتحقق بالوصيه فيما زاد على الثلث و بالمحاباه في ضمن العقود المنجزه مع ان خروج المنجزات من الأصل يوجب اختلال حكمه حصر الوصيه بالثلث لا مكان التجاء من يريد الزيادة في الوصيه إلى العقد المنجز فيعروض كل ماله بدرهم فرارا عن رد الوصيه اذا أوصى و لقوله " عليه السلام ": (

ان الوصيه ترد إلى المعروف عن المنكر، فمن ظلم نفسه و أتى في وصيته بالمنكر و الحيف فانها ترد إلى المعروف و تترك لاهل الميراث ميراثهم

). و منها ما دل على الاخبار على عدم استحقاق الميت من ماله غير ثلثه بحيث يستقل بالتصرف فيه.

ففي النبوى)

ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زياده في أموالكم

(. و صحيحه ابن يقطين)

سألت أبا الحسن " عليه السلام ": و قلت ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث، و الثلث كثير

(. و روايه ابن سنان عن الصادق " عليه السلام ":)

قال للرجل عند موته ثلث ماله و ان لم يوص فليس على الورثة إمضائه

(. و المروى فى البحار عن الهدايه عن الصادق " عليه السلام ":)

قال فيها ليس للميت من ماله الا الثلث فإذا أوصى بأكثر من الثلث رد إلى الثلث

(. و صحيحه شعيب عن الرجل)

يموت ما له من ماله قال الثلث و المرأه كذلك

(و ما دل على عدم نفوذ العطيه فى المرض كروايه سماعه فى عطيه الوالد لولده قال " عليه السلام ":)

إذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما يشاء، و أما فى مرضه فلا يصلح

(و فى أخرى)

إذا كان صحيحا جاز

(و روايته الأخرى عن الصادق " عليه السلام ":)

عن الرجل يكون لامرأته

عليه صداق أو بعضه ف تبرأ له و يحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً

(. و مصححه أبى بصير عن الرجل يخص بعض ولده بالعطيه قال " عليه السلام":)

ان كان موسراً فنعم، و ان كان معسراً فلا

(فكأنه لاحظ في التفرقة بين الإيسار و الإعسار إلى الثلث، و ما دل على امضاء العتق من الثلث فان لم يف به تبعض المملوك مع وجود الثلثين، و بناء العتق على التغليب، مثل خبر بن الجهم عن أبى الحسن " عليه السلام" في رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت و أشهد له بذلك و قيمته ستمائة درهم و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك غيره قال:)

يعتق منه سدسه لأنه انما له ثلاثمائة و له السدس من الجميع

(. و خبر على بن عقبه عن الصادق " عليه السلام" في رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً ليس له غيره، فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء قال:)

ما يعتق منه الا ثلثه و زاد في أخرى و سائر الورثة احق بذلك

(. و خبر أبى بصير:)

اذا اعتق رجل عند موته جاريه له ثم اوصى بوصيه اخرى الغيت الوصيه و اعتقت الجاريه من ثلثه الا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصيه

(. و روايه اسماعيل بن همام في رجل أوصى عند موته بمال لذوى قرابته و اعتق مملوكاً له و كان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث قال " عليه السلام":)

يبدأ في العتق فينفذ

(و هناك أخبار آخر استدل بها بعض المتأخرين ضعيفه الدلاله على المطلوب و ان لم تكن تخلو من اشعار. و ناقش في الجميع جماعه من المتأخرين منهم شيخنا بحلقه درسه اما الاصل فيما علمت، و أما ما في المختلف من حصر الوصيه في الثلث لعله للنظر إلى ترفيه حال الورثه فالعليه ممنوعه بل تلك حكمة و إلا- لحجر على المريض من التصرف في ماله بما يزيد على الثلث و لحسب منه و التزام ذلك و ان اقتضاه دليلهم كما قدمناه مشكل و لعلمهم لا يدعون، كما انه لا بأس من لزوم اختلال الحكمه الباعثه على حصر الوصيه في الثلث كاستعمال الحيل الشرعيه في الربا. و ورد)

نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال

(. و أما الاخبار الخمسه الأول الناطقه بعدم استقلال التصرف بما زاد على الثلث، و المناقشه فيها مبني على مقدمه و هي ان المرض الظاهر في انه يفنى المريض هل يوجب سلب ولا-يه المالك عن التصرف بماله حيث يشاء أو لا يوجب ذلك؟ بل له التصرف بماله إلى الموت فان قيل بالأول حسبما يظهر من بعض ادلتهم كانت نضا في المطلوب اذ بعد فرض خروج الإنسان عن المالكه أو الاستقلال بها عند الموت يكون الترخيص له في الثلث حقيقيا كما في النبوى، و يكون السؤال في الأربعة عن المقدار الذى يستحقه الإنسان من ماله بعد الحجر عليه فيتم المدعى حيث يكون مفروغا منه عند السائل، فمعنى ما للرجل من ماله عند موته؟ يعنى هل يبقى من المال شيئا يصح للرجل ان يجعله بحيث يصير بعد خروجه عن ملكه مصروفا فيما يريد من اعطائه لأحد أو صرفه فى وجه من الوجوه فيحسن الجواب من الامام " عليه السلام " بتشخيص الثلث من امواله لذلك و حينئذ فليس له غيره نجز أو اوصى، و ان قيل. بالعدم كما هو الاظهر، و أنه غير محجور عن التصرف بماله إلى الموت و بعده ينتقل الجميع إلى الورثه و حينئذ تكون هذه الاخبار ظاهره فى الوصيه لا- فى المنجزات فالمفروغ منه عند السائلين و غيرهم تسلط الورثه بعد الموت على المال كله فسألوا انه هل للانسان ان يعطى شيئا من ماله بحيث لا- ينتقل منه للمعطى الا بعد الموت، فاجاب الامام " عليه السلام ")

بأن له ذلك فى الثلث و ليس ذلك إلا فى الوصيه اذ فيها ينتقل المال من الموصى إلى الموصى له فى زمان لا يملكه الإنسان بل يملكه وارثه و الا فهو له ما دام حيا و ان اوصى

(.

و الحاصل انهم سألوا عما تنفذ فيه الوصيه فأجيبوا بالثلث و ليس هذا حجرا على الإنسان لاشتراك الصحيح و المريض فيه، فما يظهر منهم بأن المريض من المحجور عليه بالنسبه إلى الوصيه بأكثر من الثلث ليس له وجه، و المنصف بعد التأمل فى هذه النصوص يجزم بان السؤال فيها عما يكون للشخص بعد موته إذا أوصى فى حياته لا عما يستقل الإنسان بالتصرف فيه حال المرض كما زعم على أن حمل الموت فى هذه الروايات على مرض الموت خلاف ظاهرها و لا معنى لمجاز المشارفه هنا كما تخيل، فهى إما نص بما له قبل الموت مطلق التصرف فيه و هم لا يدعون، أو تخص بحال المرض المميت و هو لا يظهر منها، و الضديه فى بعضها لا تقتضى ذلك بل ظاهرها البعديه مؤيدا بما فى ذيل روايه ابن سنان، و خبر الهدايه من التصريح بالوصيه فهى قرينه على ارادتها فيهما و فى غيرهما لا- أقل من تساوى الاحتمالين المورث لإجمالها و لا يؤمن ذلك ان الحمل المزبور يقضى بثبوت الثلث له، و ان لم يوص و تقيدها بالايضاء خلاف الاصل، لأن التقيد بالوصيه فى كون الثلث له و قد وقع فى روايه ابن سنان من قوله " عليه السلام ")

و ليس على الورثه امضاؤه

(ففى غيرها كذلك لأن الاخبار يفسر بعضها بعضا و يكشف بعضها عن بعض. و بالجمله ان ما كان من الاخبار بغير (عند) فهى صريحه فيما بعد الموت لو اوصى و ما اشتمل على الظرف فكذلك أيضا فان قول القائل (المال يزيد عند حياته) لا ريب فى ظهوره بما قبل الموت و لو فى حاله المرض و يقابله عند مماته فى عدم شموله لحال الحياه بوجه و الا لتصادق حال المرض و لا ريب فى بطلانه، فالإنصاف عدم دلالتها على المدعى بوجه. و أما الأخبار الخمسه التى بعدها فالظاهر من لا يصلح فى خبر سماعه الكراهه من جهه تفضيل بعض الأولاد و إرادته ما يفيد المطلوب ابعده من الكراهه، و يكون المراد بالجواز فى التى بعدها رفع الكراهه لان سوقهما واحد و الحمل و ان ساوى حملهما على المطلوب غير انه يكفى فى عدم الاستناد اليهما مع ان التفصيل فى الخامسه بين الايسار و الاعسار يرشد إلى الحمل المزبور لزوال عله عدم الصلوح المفيد للكراهه بالايسار. و أما المنع من الابراء الوارد دون الهبه فقد خدش فيها بعدم صحه هبه ما فى الذمه، و ان زعم بعض من عاصرناه بان الموهوب ليس ما فى الذمه بل بمقداره من مالها يساوى ما فى الذمه فيحتسب بدلا، و قال فى روايه أبى ولاد إيماء إليه و هو تمحل بعيد مع ان جواب الإمام " عليه السلام " عن الإبراء لا بد من حمله على الكراهه لجوازه قطعا مع إمكان ان يكون الاحتساب فى روايه أبى ولاد من الاستحباب رفقا بالورثه لا انه فى الواقع من الثلث. و أما أخبار العتق فحملت على الوصيه بالعتق لا العتق المنجز و يؤمى إليه)

اعتق ثم أوص

(فى روايه ابى بصير، و كذا فى خبر ابن همام فكان جميع ما أوصى به على الثلث لكن يأتى الحمل المزبور فى الثانى الحكم بتقديم الإعتاق مع أن الحكم ملاحظه الأسبق فى المتعدد من الوصايا، و مع ذلك كله فالانصاف ان هذا القول لا يخلو عن نصوص ظاهره فيه ظهورا بينا لكن مع معارضتها لنصوص القول الآخر فان أمكن ترجيح احدهما لزم العمل عليه، و الظاهر رجحان العمل باخبار الخروج من الاصل لان الثانى مذهب من الرشد فى خلافهم فتحمل على التقيه، و ان استبعده شيخنا فى جواهره من جهه عدم الاشاره فيها على كثرتها إلى ان ذلك مذهب الجمهور كما فى غيرها لان الاخذ بها حينئذ اخذ بما يخالفهم و هو واجب لقوله " عليه السلام " :)

خذ بما خالف القوم و ان الرشد فى خلافهم

(و ليس فى اخبار العلاج لزوم وجود الاشاره فى المتعارضين إلى ان ذلك مذهباً لمخالفينا و لو فرض

التساوى فحيث ان التخيير هنا باطل يلزم الاعراض عن الجميع و الرجوع إلى الاصل، الموجب لخروج المنجزات و غيرها من الاصل و لا- يبعد القول بالحاق بعض المنجزات تعبدا بالوصيه فى الخروج من الثلث لا- مطلقا كما فى بعض افراد العتق فى المرض لمن عليه دين و قيمته ضعف الدين و لا- يتسرى لغيره كالعتق مطلقا و غيره من المنجزات كلزوم الاقتصار على المرض الذى يحقق فيه الموت لا مطلقا من دق أو سل أو استسقاء أو غيرها، و ما شكك فيه فالاصل عدمه لكن ذلك ايضا فى النفس منه شىء لان الخروج عن قواعد لزوم المعاملات بمثل هذه الاخبار فى غايه الاشكال مع وجود الاجماعين المحكيين و الشهره على الخروج من الاصل مضافا إلى الاستصحاب، و عمومات لزوم التصرفات و إطلاق ما دل على ان الميت أحق بما له ما دام فيه الروح، و إن أوصى، أو قال بعدى فليس له الا الثلث، و قال " عليه السلام " فى روايه ابى بصير (

ماله يصنع به ما شاء إلى ان يأتيه الموت

) و (

ان لصاحب المال ان يعمل به ما شاء ما دام حيا ان شاء وهبه، و ان شاء تصدق به، أو تركه إلى ان يأتيه الموت

) و حملة على غير المريض ينافيه جعل الموت غايه للحكم، و المرسله (

فى الرجل يعطى شيئا من ماله فى مرضه قال اذا بان به فهو جائز إلى آخره

) و موثقه عمار عن الرجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه قال: (

اذا ابان فهو جائز

) إلى غير ذلك مما يظهر منه المطلوب بل الأصل الماضى كاف فى المقام.

الفائده الستون (ما يخرج من أصل التركة):

الظاهر عدم الخلاف فى خروج الواجبات المالىه من الأصل، و أن أوصى الميت بها، و منها الحج لأن الشارع جعله بمنزله الدين فيشملة حكمه، و أما الواجبات البدنيه الفائته فان أوصى بها أخرجت من الثلث إن وسعها و ان لم يوص فنسب للمشهور عدم وجوب الاستئجار للواجبات البدنيه المحضه على الوارث مطلقا كالصلاه و الصوم للأصل، و عموم أدله الإرث و الوصيه فان الأخذ بمقتضاها يوجب عدم مزاحمه الواجب البدنى لها، و مال بعض الاصحاب (رحمه الله) إلى وجوب الاخراج من الأصل على من ورث الميت لإطلاق الدين فى الاخبار الكثيره عليهما الموجب لكونهما من أفراده فيثبت لهما أحكامه فهو اما ادخال موضوعى، أو حكمى، و أيدوا ذلك بتعليل الامام " عليه السلام " لا-خراج حجه الاسلام من الأصل بانها دين عليه أو بمنزله الدين، و بما ورد من (

ان دين الله أحق بالقضاء

(و فى الدليل تأمل اذ مجرد اشتغال الذمه بها و لا بديه فعلها لا يوجب ثبوت جميع أحكام المالى حتى فى الإخراج من الاصل، اذ يكفى فى التنزيل، و التشبيه الشبه فى حاله واحده لا فى جميع ما يتعلق فى المشبه به، سلمنا ان المراد بالاطلاقات الحقيقه لا التشبيهه و كون الدين موضوعا لمطلق ما ثبت فى الذمه فالكبرى ممنوعه و هى ان كل دين يخرج من صلب المال لان القدر المتيقن من المخرج من صلب المال هو ما كان من جنس المال، و الواجب البدنى خارج عنه ليس من جنسه، و إخراج أجره الاستنابه مبنى على ان الدين هو الأجره، و هو خلاف المفروض من كون الدين هو نفس الصلاه أو الصوم لأنه الواجب على الميت دون أجرته لعدم وجوب بذل الأجره، على الميت، فالدين غير قابل لإخراجه من المال، لأنه عمل بدنى، و ما هو قابل غير دين فلا- يجب. و لا- ينافى ذلك وجوب الايضاء على الميت به الذى مرجعه إلى وجوب دفع الأجره عليه لأن الموجب لصدق الدين هو وجوب البذل على الميت لا وجوب الأمر بإخراجه استنابه بل لوجوب الأمر بالبذل عليه لم يجب

إخراجه من الأصل ان لم يأمر به لسقوطه بعدم أمره، و الاستتابة عن الميت فى الصلاة و ان كانت قابله لاخراجها من مال الميت لتوقفها على بذل المال لكنها ليست واجبه على الميت بل الواجب عليه الأمر بها. نعم ينتقض ذلك بالحج، و يلزم ان نقول فيه ان الشارع جعله بمنزله الدين حكما للنص فيؤدى من أصل المال، و يخرج من الأصل فيحتاج فى إلحاق غيره به إلى دليل يقضى بأنه بمنزله الدين ايضا، و عموم أخبار الدين لا تقتضى ذلك لحملها على التشبيه دون الحقيقة فلا تفيد مع وضوح الفرق بين الحج و الصلاة و ان كان كل منهما نفس الدين لكن الحج متوقف على المال دون الصلاة و ان توقفه من باب المقدمه فتأمل، و استدل أيضا بما ورد من أداء دين المقتول عمدا من ديتة من إنه أحق بديتة من غيره، و المراد بالغير الوارث و الأحقيه تشمل أجره الصلاة و الصيام سائر ما بذمته. و فيه ما قدمنا من عدم صلاحية ما ذكر مخصصا لأدله الإرث و الوصيه فتدبر.

الفائدة الحادية و الستون (فى كلام القواعد فى المنجزات):

ضبط فى القواعد المنجزات التى تخرج من الثلث بإزاله الملك عن عين مملوكه يجرى الإرث فيها من غير لزوم، و لا- اخذ عوض بدلها. و ظاهره من قوله: (يجرى أن العين لو لا- التبرع بها مما تورث) و من قوله (رحمه الله): (من غير لزوم خروج مثل العتق عن كفاره و الوفاء بالنذر حال الصحة، و من العوض المماثل النكاح بمهر المثل). و هو جيد و ان كان التقييد بالعين يوهم خروج النماء و التبرع بالمنافع مع اطراد المسأله، و لا مفصل و مثله لو أبرئ من بذمته له دين و ضبطه الشهيد بما استلزم تفويت المال على الوارث بغير عوض، و لعله على عمومه لا- تلتزم به أهل هذا القول، و المذكور فى النصوص بعض التصرفات مثل العطيه و الابراء، و الهبه، و العتق لكن الاقتصار عليها و ان أحتمل إلا انه لم يظهر لنا من زعم الخروج من الثلث.

بل ظاهرهم أن ما يجرى مجراها ملحق بها فمن الهبه و العطيه يتسرى إلى نقل العين مطلقا و لا فرق بين نقلها أو نقل المنافع، و من الإبراء يسرى الحكم إلى فك الملك مطلقا بوقف و غيره و إلى إسقاط الحقوق الماليه التى تورث لاتحاد المناط فى الجميع و فهم معظمهم من الروايات ذلك و حينئذ فالتصرف الذى لا يكون من هذا القبيل كإتلاف المريض لماله بأكل و شرب و دواء و إن أسرف فيه لا- يحتسب من الثلث على الظاهر، و إن تأمل فيه بعضهم، و هو ظاهر من جوز للوارث منع المريض عن بعض تصرفاته و مثله تزويج المرأه نفسها بأقل من مهر المثل، و إجاره النفس كذلك و نص بعض من ادعى الخروج من الثلث بأن للمريض إسقاط بعض ما يورث من الحقوق كحقى الخيار و الشفعه و الاختصاص فى أراضى الخراج و غير ذلك مع أن الإسقاط كالإبراء.

الفائدة الثانية و الستون (فى عدم مزاحمه المنجزات للدين):

الظاهر عدم مزاحمه المنجزات للدين لو قيل بخروجها من الثلث لكونه كالوصيه و لا ثلث قبل الدين، و ينفذ قبل الدين على ما اخترنا من الخروج من الأصل لعدم الفرق بينه حينئذ و بين الصحيح، و لا يزاحم الدين تصرفات العارى من المرض، و عباره الجواهر فى حجره تعطى تقديم الدين على التنجيز فإنه بعد أن حكى عن الحلّى (رحمه الله) نفوذ عتق المريض من الأصل و سقوط الدين قال: (و أصحابه الموافقين له فى كون المنجزات من الأصل لا- يوافقونه فيما إذا زاحم تنجيز الدين بل يخصونه بالنسبه إلى الورثه بل لعل

مقابلته بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين يشهد بعدم المزاحمه) و هو مشكل لا يلتزم به أحد فإنهم ذكروا أن التنجيز لو تعدد و استوعب الواحد الثلث لغى ما تلاه من التنجيز فهو بعبارة أخرى وصيه، و العبره فيه ثلث المال حال الموت لا حين الوصيه كما قد يتوهم ذلك في الوصيه فافهم.

الفائده الثالثه و الستون (في إقرار المريض):

الإقرار الذى يتضرر به الوارث مطلقا من المريض لبعض الورثه أو الأجنبي سواء أقر بدين بعوض غير ثابت أو بغير عوض أو بدين من غير ذكر سببه أو بعين بغير عوض أو بعوض غير ثابت، أو بالتنجيز حال الصحه فإن أنفذه الورثه أو تحقق وقوعه حال الصحه عندهم نفذ بلا أشكال و إن لم يكن ذلك فقد اختلف فى خروج ما أقر به من الأصل أو من الثلث على فرض خروج المنجز منه.

و فصل غير واحد فيه بين الاتهام و عدمه و حكم بخروجه من الأصل فى الثانى، و بعض أطلق خروجه من الأصل، و قيل بخروجه من الأصل مع العدالة و عدم التهمه مطلقا و من الثلث مع عدمهما مطلقا فلا ينفع عدم الاتهام مع عدم العدالة، و به يفرق عن الأول، و اقتصر بعضهم على العدالة فقط، و قال آخرون أن الإقرار إن كان بدين فهو من الأصل مطلقا، و إن كان بعين يقبل إقراره مع العدالة و المأمونيه إن كان حين الإقرار عليه دين يستوعب التركه و إلا فلا، و قيل بنفوذه من الأصل مطلقا بدين أو عين صحيحا، أو مريضا لو ارث، و غيره إن كان مأمونا و إلا فلا حتى لو كان صحيحا و المشهور على ما قيل هو الأول، و هذه المسأله توجب تقديم مقدمه بها تتضح فوائده جمه و هى أن عندنا قواعد مستفاده من عدده نصوص و من مطاوى كلمات أصحابنا (رضوان الله تعالى عليهم) فى مقامات عديده، و هى (أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو حجه، و إن من ملك شيئا ملك الإقرار به، و إن كل ما يلزم فعله غيره يمضى إقراره بذلك الفعل، و إن قول من ائتمنه المالك بالإذن أو الشارع بالأمر يقبل و لا يجوز اتهامه فكل من هذه القواعد يوردونها فى مقام الاستدلال على ما يتفرع عليها فكأنها بنفسها دليل أو مضمون دليل و حينئذ فلا ريب و لا إشكال نصا و فتوى فى نفوذ إقرار البالغ الصحيح الكامل على نفسه، و أما غيره مطلقا فمحل كلام فينبغى لنا التكلم فى مؤدى هذه القواعد، و مقدار عمومها و تعارضها و ما دل على ثبوتها كى ينتفع بها الراغب فى المقام و غيره مع الاستعانه بتصويب الحجه (عجل الله فرجه) و حينئذ فغير الكامل الصحيح المقر بشىء لغيره لا يخلو من أن يكون من الأولياء، أو الوكلاء، أو الصغار، أو السفهاء، أو المفلس المحجر على أموالهم، أو المرضى، ثم المقر له أما الأجنبي أو القريب و المقر به أما دين، أو غيره، و الغير أما عين أو غيرها أو فك ملك مطلقا أو غير ذلك مما يصدق عليه الإقرار و يرادفه الاعتراف. و ربما استند غير واحد فى جملة من المسائل المتفرعه فى أبواب الفقه بنفوذ الإقرار مطلقا إلى القاعده المستفاده من حديث (إقرار العقلاء) و قاعده (من ملك) بل صرح بعضهم بأن مستند قاعده (من ملك) هو قاعده (إقرار العقلاء) و لكن الأوفق أن (من ملك) أعم مطلقا لعدم شمول الحديث لإقرار الصبى فيما له أن يفعله، و إقرار الولى و الوكيل على الأصيل مع شمول القاعده الثانيه لهما فهى أعم فحق لنا أن نبين معناها و إمكان ما يندرج فيها من الأحكام لوفور نفعها فنقول أن المراد بالملك فى من ملك شيئا السلطنه الفعلية على الشىء العام للأعيان و الأفعال مثل التصرفات ليدخل فى عموم القضيه بعض تصرفات

الصغير المالىه مثل الوصيه، و الوقف، و الصدقه و صحه اقراره بها فلا وجه لما يترأى من بعضهم فى حمل الملك فى القضيه على ملك الأعيان الشامل لملك الصغير لأمواله. إذ لا معنى للإقرار بالأعيان، و لا ينافيه قولهم (الإقرار اخبار بحق لازم) إذ معناه الإخبار بثبوته لا الإخبار بنفسه إذ المخبر به لا يكون عينا ثم (السلطنه) هى التسلط على التصرف و هو أعم من أن يكون أصله، أو وكاله، أو ولايه و حيثئذ يكون معنى (من ملك شيئا) أى ملك الإقرار بذلك الذى تسلط عليه، و معنى (ملك الإقرار به) هو إثبات الشىء على نفسه و على غيره لكن هذا المعنى ينافى ما هو الظاهر عند الفقهاء إن الإقرار لا يكون إلا بحق لازم على المخبر فيختص بما أخبر به على نفسه دون غيره فلا يعم دعوى الوكيل، و الولى حقا على الأصيل أو شهادته عليهما لغيره و هو خلاف صريح استنادهم إليها فى كثير من المواضع كإقرار العبد المأذون فى التجاره و الوكيل، و كل مالك للتصرف فلا يمكن إرادته غير المعنى اللغوى ثم أن ظاهر الجملة الشرطيه كون العله فى الجزاء هو نفس الشرط لا حدوثه، و إن زال، و عليه فملكه الإقرار بالشىء تابعه لملكه الشىء حال الإقرار لا مطلق الملكيه، و لذا اختار فى الشرائع عدم قبول إقرار المريض بطلاق الزوجه حال الصحه لمنعها من الميراث و نص الفاضل فى التحرير بعدم سماع إقرار العبد بعد عدم الأذن له بدين يسنده إلى زمان إذن سيده له بالتجاره قال (رحمه الله): (كل من لا يتمكن من إنشاء شىء لا ينفذ إقراره فيه، فلو أقر المريض بأنه وهب، و أقبض حال الصحه لم ينفذ من الأصل) و فى التذكرة (لو أقر الولى بالنكاح فإن كانت كامله لم يعتد بإقراره) مستندا إلى أن إقراره وقع فى زمان لا- يمكنه فيه إنشائه، و على ما ذكرنا يكون حكم من حكم بنفوذ إقرار المريض بالهبه، و الطلاق حال الصحه إن نفوذه بالنسبه إلى أصل الهبه، و الطلاق، لأنه المملوك له لا الهبه، و الطلاق المقيد بحال الصحه المؤثرين فى خروج الموهوب من الأصل و عدم إرث الزوجه منه. نعم يظهر من الشيخ فى المبسوط و تبعه الجدل-كبر فى بعض أجوبته عدم إرث الزوجه فى مسأله الطلاق و كأن وجهه عموم نفوذ إقرار المقر على ملكه و لو فى الزمان الماضى لا ما احتمله بعضهم من أن إقراره إذا قبل فى أصل الطلاق قبل فى قيوده إذ الطلاق لم يقع حال المرض باعترافه فمعنى قبوله الحكم بوقوعه فى الزمان الذى يمكن فيه ذلك، فإذا حكم بوقوعه فى ذلك الزمان ترتبت عليه أحكامه لإمكان المناقشه فيه بأن معنى (نفوذ إقراره) هو نفوذه بالنسبه إلى بعض أحكامه مثل البيئونه لا- مطلق أحكامه حتى الإرث، و ليس معنى النفوذ الحكم بوقوع الطلاق حال المرض أو إن الإقرار يثبت الطلاق حال الصحه كما لو نفى زوجه امرأته حال المرض، فإنها تبين عنه، و ترثه و لا ينفع قوله (ليست لى بزوجه) فى نفى الإرث مع ثبوت زوجيتها حال الصحه مثلا- فلا- جرم أن الشيخ لا- يعتبر فعله المملوكيه فيما أقر فيه بل يكفى ملكيته لما أعترف به أنا ما، و كذا يظهر من الفخر ذلك حيث رجح قول الولى لو اختلف مع المولى عليه بعد كماله لكنه حكم فى مقام آخر بعدم نفوذ إقرار الزوج بالرجعه بالعهده و إن اعتبره من حيث أنه إنشاء لها لا إخبارا عنها، فتم إلى هنا أن (معنى ملك الشىء) مجرد القدره على التصرف لا السلطنه المطلقه التى لا يزاحمه أحد فيها التى لا تكون إلا للولى الإيجابى و الأصيل كما قد يتوهم لأنه خلاف ما يظهر من كلماتهم من الاستناد إلى القاعده فى كثير من الموارد كما غير، فكان الأنسب بمعنى (ملك الإقرار به) أن إقراره كإقرار من ناب عنه ماض عليه حتى لا يسمع منه بينه على عدمه فضلا عن حلفه على غير ما أقر به الوكيل أو الولى فحيثئذ لا فرق بين إقرار الشخص على نفسه و بين إقراره

مطلقا على غيره فيما يملك التصرف فيه لكن هذا المعنى بعيد لا يمكن الالتزام به لتصريحهم بخلافه فلا محيص عن أن القول بأن معنى العبارة هو إما كون إقراره نافذا بالنسبة إلى الأصيل مثل نفوذ إقرار الأصل لكن لا يترتب عليه جميع آثار إقراره فيكون الوكيل أو الولي كالشاهد على الأصيل فلو أخبر بأنه قبض مال موكله، أو زوج الصغيره نفذ على موكله بحيث يكون كالشاهد للغريم و لا- فرق بين أن يكون هناك دعوى بينه وبين الأصيل، أو مع ثالث أو لا. و بالجمله قوله كقوله (و لسانه كلسانه) و أما أن يكون أخص من الأول فيخص النفوذ في مقام الدعوى بالأصيل و لا ينفذ على غيره بمعنى لا تعرض فيه لقبوله بالنسبة إلى الأصيل لو كانت الدعوى ترجع على ثالث حتى يكون كالشاهد للثالث على الأصيل فيعتبر إقراره بما له إن يفعله فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره فيقبل قول الوكيل مثلا فيما إذا ادعى الموكل المضى فيما وكل فيه، و يقدم قول الموكل فيما لو ادعى الوكيل شراء السلعه بمائه أو ادعى الموكل شراءه بالأقل منها، لأن الموكل غارم و قيل ينفذ قول الوكيل في المسألتين و منشأ الخلاف هو احتمال أن يراد بملك الإقرار السلطنه المستقله المطلقه بمعنى أنه لا يزاحمه أحد في إقراره، و إنه نافذ على كل أحد يراد به أن له مجرد الإقرار به مع إمكان أن يزاحمه فيه غيره ممن له سلطنه على الفعل فيكون ملك الإقرار بالشيء على نحو السلطنه على ذلك الشيء، فليس للمولى عليه مزاحمه الولي في إقراره إذا كان إجباريا من جهة أن ليس للمولى عليه مزاحمه في أصل الفعل بخلاف الموكل فإنه يزاحم الوكيل في إقراره في بعض الصور كما يزاحمه في أصل التصرف إذا عرفت ذلك فنقول (أنه قد ادعى جماعه الإجماع على القضييه المزبوره) بمعنى أن ركون الأصحاب إليها في كثير من الموارد يكشف عن دليل معتبر لو عثرنا عليه و جب العمل بمضمونه و إن لم يكشف عن الحكم الواقعي كيف و قد عمل بهذه القضييه في مقام الاستدلال جملة ممن يعتمد عليهم بحيث أن دليل لهم على الحكم سواها و لا يمكن أن يدعى أن دليلها الحديث النبوي المثبت لقاعده إقرار العقلاء كما غير إذ حديث الإقرار لا يدل إلا على ترتيب الآثار التي يلزم على المقر فقط دون الآثار التي تلزم غيره فلو أقر البالغ العاقل بأجره شخص فلا يترتب عليه إلا ما يلزم المقر من أحكام الأبوه، و لا يلزم الولد شيء من أحكام البنوه مطلقا نعم لو كان ذلك الابن المقر به ظاهره الرقيه للأب ترتبت أحكام لازمه على غير الأب من حيث الرقيه لا الأبنيه، فيسقط عنه النفقه الواجبه لو كان حرا و دين الغريم مثلا لأن هذه الآثار تابعه للمال حدوثا و بقاء فظهر أن الدليل الإقرار لا ينفع في حق غير المقر من ولي، أو وكيل، أو عبد بخلاف القاعده مضافا إلى أن نفوذ إقرار الصبي فيما له الإقرار به لا مستند له سواها لخروج الصبي عن حديث الإقرار لسلب عبارته بحديث (رفع القلم).

و كذا لا يمكن أن يكون مدرك القضييه كليه قبول قول من ائتمنه المالك بالإذن أو الشارع بالأمر و عدم جواز اتهامه لأن بينهما التباين الجزئي من حيث عدم شمولها أيضا لإقرار الصبي و الرجوع فيه إلى دليل آخر لا يجري في الوكيل و الولي يخرج القضييه عن كونها قاعده واحده على ما يظهر من القضييه من أن عله قبول الإقرار ملكيه التصرف للمقر به على أن قاعده الائتمان لو كانت مدركا للقضييه لما فرقوا بين كون الإقرار في زمن الائتمان أو بعده فخصوا النفوذ بالأول بالنسبه إلى القاعده (من ملك) و قالوا (أن من لا يتمكن من إنشاء شيء لا ينفذ إقراره به). فإن عدم النفوذ لا يريدون به حاله عدم التمكن إذ هو لغو لعدم ترتب أثر على المقر به بل المراد عدم نفوذ الإقرار اللاحق فيما أمكن فعله

سابقاً، فقاعده (من ملك) تشمل الصبي، وقاعده (الائتمان) لا تشملها، وقاعده (من ملك) لا تشمل ما بعد زمن الائتمان، وتلك تشملها فبينهما العموم من وجه.

نعم يمكن أن يكون مدرك من ملك ظهور اعتبار الشارع في تصديق من يملك أحداث التصرف بشىء و عدم اتهامه سواء كان ممنوعاً من التصرف لمقدمات غير حاصله يمكنه تحصيلها أو لا فإنه على كل حال مما يصدق في إقراره ولا يتهم. وهذا الظهور مما تسالم العقلاء على قبوله من المعترف بشىء على ما ولى عليه مطلقاً بل هو أقوى من ظهور حال المسلم في صحه فعله فيترجح هذا الظاهر على الأصل، وإن أمكن المناقشه في اعتبار هذا الظهور لأنه لا حجه فيه بنفسه بل هو بعد محتاج إلى قيام دليل عليه و عسى أن يتخيل بأن قاعده (أن كل ما يلزم فعله غيره يمضى إقراره بذلك الفعل على ذلك) مما يثبت عموم هذه القضيه و هو لا وجه له بعد زوال الولاية.

و الظاهر أن هذه القواعد الثلاث تجتمع في إقرار ولى الصغير ببيع ماله لأنه يمضى فعله على غيره و مؤتمن من قبل الشارع و مأذون من قبل المالك و مالك للإقرار و تنفرد قاعده الائتمان في إقرار الوكيل بعد العزل لعدم مضيه على الموكل و تنفرد قاعده (من ملك) في إقرار الصبي بماله الإقرار فيه، و تنفرد الثالثه بإقرار الولى الإجبارى و نفوذه بعد زوال الولاية.

فتلخص إلى هنا أنه لا دليل لنا على إجراء هذه القاعده و كليتها سوى الإجماع المدعى الذى يمرضه ظهور الخلاف و التردد من معشرهم من أساطين أصحابنا كالفاضل فى التذكرة و غيره حيث رجح تقديم قول الموكل عند دعوى الوكيل و المحقق (رحمه الله) تردد فى قبول إقرار العبد المأذون و فى قبول قول الولى فى تزويج بنته لو أنكرت أو جهلت ذلك بعد ارتفاع الولاية، لا يقال أن إهمالهم للقاعده فى بعض الموارد إنما هو من جهه وجود المعارض الأقوى لأننا نقول: (أن الإهمال المذكور كما يمكن أن يكون من جهه المعارض يمكن أن يكون لاختلاف تفسير تلك القضيه بما لا يشمل تلك الموارد أو لاختلافهم فى معناها بحيث لا- يقطع بمورد متفق عليه يتمسك فيه بها فلا- ينفع الاتفاق المذكور، فنرى أن المراد بالموصل عند بعضهم هو البالغ الرشيد فلا- تعم القضيه للصبي فمتى لم تعم القضيه إقرار الصبي و الاقرار على الغير اختصت بإقرار البالغ العاقل و هو داخل فى حديث (الإقرار) فلا نفع فى هذه القضيه و إن أجمع عليها فى مورد من موارد الحاجه إلا أن لا يعنى بخلاف العلامه أو المحقق (رحمهما الله) و الإنصاف أنهم كثيراً ما يستندون إلى نفس هذه القاعده مثل استنادهم فى قبول دعوى المسلم أمان الحربى و لو بعد زمان ملكه لأمانه، و ليس لمن صحح صدقه الصبي و وصيته و حكم بنفوذ إقراره فيهما مستندا لها، و اتفقوا غير المحقق (رحمه الله) على سماع إقرار كل من ملك التصرف على غيره خصوصاً فى الولى الإجبارى حيث لا- يملك المولى عليه التصرف، بل السيره مستقره على معامله كل من ملك التصرف على غيره و كيلاً كان أو ولياً أو غيرهما حتى فى الجائر على قول معروف معامله الأصيل فى الإقرار ك (ه) فى التصرف فلا جرم من أن يكون للقاعده المزبوره مدركاً غير ما ذكرنا بحيث لو اطلعنا عليه لما حصل لنا التشكيك فى التمسك بها فى مواردنا، إذا اتضح لك ما حررناه نقول: إن خروج المقر به حال المرض من الأصل هو المعروف حتى عند بعض من يرى خروج المنجزات من الثلث، و استندوا إلى عموم إقرار العقلاء، و إلى قاعده (من ملك) و فى المذهب: (إذا أقر المريض الذى كاتب عبده حال المرض بأنه قبض مال الكتابه حال الصحه صح إقراره،

و عتق العبد) لأن المريض يملك القبض فيملك الإقرار به مثل الصحيح و إلى أنه لا يمكن التوصل إلى إبراء ذمته من حق ثبت عليه حال صحته إلا بالإقرار، فلو لم يقبل بقى الحق عليه، و منع المستحق من حقه و كلاهما مفسده فالأوفق بالحكمه الآليه قبول إقراره و إلى روايه سماعه عن أقر لوارث بدين عليه و هو مريض قال " عليه السلام": يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلا) و لا مفصل بين القليل و الكثير و روايه أبى و لاد عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين عليه، قال: (

يجوز ذلك. قلت: فإن أوصى لوارث بشىء، قال جائز

(و خبر السكونى عن على " عليه السلام")

أنه كان يرد النخله فى الوصيه و ما أقر به عند موته بلا ثبت و لا بينه

(و روايته الأخرى:)

فى رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات على تلك الحال أيهما أقام البينه فله المال فإن لم يقم البينه واحد منهما فالمال بينهما نصفان

(و روايه سعد بن سعد عن مسافر حضره الموت فرفع مالا إلى رجل من التجار، فقال:)

إن هذا المال لفلان بن فلان فادفعه إليه يصرفه حيث يشاء و مات و لم يأمر صاحبه الذى جعله له و لا يدري صاحبه ما الذى حملة على ذلك كيف يصنع؟ قال " عليه السلام" يضعه حيث يشاء

(. و هذا القول هو الأقوى عندنا بعد أن اخترنا خروج المنجزات من الأصل بل و هو الأوفق بالقواعد حتى على القول الآخر لعدم خروج المال المقر به عن المالكه على القولين و لا يزاحمه شىء سوى ما ورد من أخبار الاتهام فى الإضرار بالورثه مثل)

إن كان الميت مريضا

(و مثل)

إن كانت مأمونه عنده فليحلف لهم و أن كانت متهمه فلا يحلف و يضع الأمر على ما كان فإنما لها من مالها ثلثه

(و مثل)

إذا كان مصدقا

(و فى صحيحه الحلبي:)

(فإنها مع عدم المناقشه فيها تقييد مطلقات الأخبار المقيده للنفوذ من أصل المال و تقييد الأصل أيضا فيقتصر على موردها تعبدا حتى فيما لا يفيد الإضرار بالورثه لكثيره المال المتروك أو لثروه الوارث و يحتمل السقوط مع الضرر رأسا فلا ينفذ إقراره حتى فى ثلثه بحمل الإضرار بالورثه على عموم من يصل المال إليه فلو أوصى لجماعه بوصايا، ثم أقر بما يورث نقص تلك الوصايا حصل الضرر على الموصى له فلا- ينفذ إقراره، و لكنه بعيد فى الغايه و إن كان التعبير فى النصوص بلفظ الوصيه قد يعطيه. فالمنتخب من تلك الأقوال هو الخروج من الأصل مع عدم الاتهام، و من الثلث معه و على المتهم البيئه عليه فلا يكفى احتمالاه أو ظهور القرائن عليه ما لم يثبت ذلك شرعا أو يقطع به و تكفى المأمونيه مع الشك فى الاتهام فى عدمها و حينئذ فيجتمع المأمونيه الاتهام و لا- تكفى المأمونيه فقط مع الظن بالتهمه فكان الحكم بحسب ما يظهر من نصوص الباب و كلمات العلماء يدور مدار الاتهام وجودا و عدما، و إن المأمونيه من الطرق الموصله إلى عدمه كغيرها مما يورث عدم التهمه، و يظهر من بعض المتأخرين أن المأمونيه شرط للخروج من الأصل لا أن الاتهام مانع و لم يتضح لنا دليله سوى ما ورد من كونه مأمونا أو مرضيا و هى لا- تقضى بالشرطيه و لا- تفيد الخروج من الأصل حتى مع الظن بالاتهام فليس التعبير بها إلا كسائر نظائرها من كواشف الملكه فى العداله و غيرها من الطرق التى تكشف و لو ظنا عن الواقع، و أين هذا من زعم كونها شرطا يتبع الحكم وجودها كى يتفرع عليه عدم الخروج من الأصل من عدم معلوميه الاتهام؟ مع انه ينافى ما ظاهرهم الاتفاق عليه من انفاذ الوصيه بالدين من الأصل من دون

فحص عن مأمونيه الموصى فلا وجه لهذا الاحتمال و مع عدم النفوذ مع التهمة فلو أقر بشىء فى مرضه ثم برئ منه و كان متهما قيل ينفذ من الأصل لأن البرء كشف عن عدم ثبوت حق للوارث حين صدور الإقرار فيبقى عموم الإقرار سليما.

و قيل لا ينفذ لصدوره زمان عدم النفوذ و عدم عوده حاله البرء لأنه المفروض، و الأول أقوى. هذا و لا ريب فى تقديم قول المقر له بيمينه مع تهمة الوارث عند إنكارها و يمينه على ما صرح به البعض أنها على نفى العلم لا على البت، و الأوجه أنه يحلف على عدم ظهور قرائن الاتهام من المقر عنده و هو على البت و لو تبين الاتهام بعد تصرف المقر له مع ذهاب العين و عدمه و بعد موته لا رجوع للوارث على من بيده المال بأحد النواقل من المقر له لأصالة لزوم ذلك، و لا مكان رفع الاتهام و لو كان المقر له حيا، و لا يكلف من بيده رفع ذلك. نعم عليه يمين نفى العلم أما لو كان حيا يلزمه إما رفع الاتهام أو إرجاع عين ما أخذه أو مثله إلا إذا تلف منه بلا تفریط فالظاهر أنه لا ضمان عليه و الله العالم.

الفائدة الرابعة و الستون (فى المعاطاه):

القول فى المعاطاه الواقعه بين الناس فى جميع الأجناس، و هى أخذ الشىء من مالكه و إعطاء بدله له، و كثيرا ما يأخذ الشىء بلا دفع قيمته فيكون البدل نسيئه، و ربما زاد المأخوذ على قيمه التى عينها المتعاطيان مع أن الثمن نسيئه و عين الثمن باقيه كالأب أو بعضا، و هذه من اقسام المعاطاه و هى مما يتعاطاها الناس فى الحقيق و غيره فى شرق الأرض و غربها عند جميع الملل من غير صيغه و أكثر ما يستعملها الناس فى البيع و الإجاره بحيث أن المبيع و المستأجر فى الصيغه أقل قليل، و ينتهى الكلام عليها مفصلا بذكر أمور أولها.

أولها: أن هناك عمومات وردت من الشارع لم تزل أصحابنا تركز إليها فى أغلب أبواب الفقه ك (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و (تِجَارَةٌ عَنِ تِرَاضٍ) و (

الناس مسلطون على أموالهم

(و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (

المؤمنون عند شروطهم

(و البائعان بالخيار ما لم يفترقا

(و غير ذلك. و هذه العمومات لا ريب فى ورودها من الشارع و صحه الأخذ بما تشمله و العمل عليه، بل لزوم ذلك فى بعض المقامات (فأحل الله تعالى البيع) يقضى بحليه جميع التصرفات المترتبة على البيع المفيد للملك مثل توريثه و نقله و إعطائه و عتقه و وطئه و الايصاء به له و غير ذلك مما يترتب على البيع، بل قيل أن الآيه تدل على صحه البيع لا مجرد الحكم التكليفى، و إن تردد فيه شيخنا (رحمه الله) لكنك بعد التدبر فيما وقع فى الكتاب العزيز من الآيات المتضمنه مؤدى التجاره عن تراض فى ترتيب الآثار عند تحقق المبادله من الطرفين حتى مع ضمان الثمن و مثله (عموم تسلط الناس على أموالهم) فإن مفاده إن ما

يتصرفون فيه مقبول عند الشارع فيما هم مسلطون عليه من أموالهم، ولا ريب أن البيع وشبهه كالأكل والشرب واللبس في كونه من طرق الانتفاع بالمال والتصرف فيه وقد سلطه الشارع عليه فلا- وقع لما يزعم من ورودها في بيان أصل التسلط في الجملة لا لبيان الأذن في مطلق التصرفات كي يتمسك بإطلاقه في صحه معامله مشكوكه فالمراد (بالتسلط) التسلط حسب الطرق المقرره من الشارع فإنه خلاف الظاهر ولا قرينه تصرف اللفظ إليه بل ظاهر العبارة الإنشاء لإمضاء تصرف المالك على أى نحو أراد، ولو لا ذلك لما استدلوا به في كون الإسقاط يوجب السقوط، وفي كون الأذن مبيحا للتصرف بتقريب إن الشارع سلطه على ما هو له من مال أو حق وليس معنى التسلط إلا إمضاء الشارع لفعل من له ذلك فلو

قيد تسلط المالك على ماله و سلطته على نحو ما قرره الشارع فلا يفيد ترتب الأثر على غير ما قرره الشارع بحيث يحتاج إلى دليل آخر غير القاعده في إثبات صحه ذلك التصرف لطولب المقيّد بالدليل، و كونه القدر المتيقن لا يثبت التقيّد، و أما آيه الوفاء بالعقد فظاهر الأمر فيها وجوب الوفاء بكل عقد أى الالتزام بترتيب الأثر الحاصل من العقد الواقع بين اثنين، فيعم كل عقد إنما الأشكال فى عموم الآيه للعقد الذى لم يتداول أو العقد الذى شرعه المتعاقدان لثمره مقصوده فإن عممنا الآيه لكل ما يسمى عقداً أمكن الاستدلال بها على العقد المستحدث كغيره إذا شك فى صحته و فساده لفقد ما يحتمل كونه شرطاً أو وجود ما يحتمل المانع أو فى اشتراط شىء أو مانعيته فيحكم بالصحة و ترتب الأثر، و إن صرفنا العقود إلى المتعارفه فى زمن الشارع فيحتاج فى دخول المستحدث أو المشكوك فى كونه متعارفاً إلى دليل آخر غير عموم الآيه أو إلى إثبات أنه من المتعارف ليندرج فى عمومها، رجح جدنا كاشف الغطاء و بنوه و منهم الوالد بأنواره وفاقاً لجماعه أن المراد (بالعقود) العقود المتعارفه قالوا: (أن الجمع المحلى و إن أفاد العموم بالوضع لكن ذلك فى الخالى عن العهد أو مجاز آخر، و هنا ليس كذلك، و نظيره ما ذكروا فى الاستغراق العرفى مثل: (جمع الأمير الصاغه) و لا ريب أن هناك عقود متعارفه بين الناس لتوقف أمر معاشهم عليها فلا ينصرف الخطاب إلا إليها، فكل عقد ثبت تداوله صح دخوله فى عموم العقود، و ينفى شرطيه المشكوك فيه أو مانعيته بالأصل و عموم الآيه دون ما إذا شك فى الصحة و الفساد للشك بكونه من المتعارف أم لا و هو وجيه و يعرف المتعارف بتعارفه زمن المستعمل الكاشف عن تعارفه فى الزمن السابق بأصالة التشبيه و عدم التغيير، و به طفحت كلمات كثير من المحققين، و مثلوا للأفراد المتعارفه بالبيع، و الإجاره و الصلح، لكن ينبغى أن يتأمل فى أن العقود منها جائزه و لازمه، و منها أنواع شائعه و غير شائعه و الأنواع الشائعه لها أفراد نادره، و غير نادره. و قد ألزم الشارع الوفاء بها فإن صرفناها للأنواع الشائعه و أفرادها الشائعه من العقود المعلومه اللازمه لغى التمسك بالآيه رأساً إذ لا يبقى لنا شك فى نوع، و لا فى فرد من نوع حتى يتمسك بها عليه مع أن معظم الاصحاب لم يزلوا يركنون إليها و يتمسكون بها، فالأوفق بظاهرها أن تعم كل عقد سواء كان من الأنواع أو الأفراد مما يصدق عليه اسم العقد إلا- ما يشك فى صدق الاسم عليه فلا ريب بخروجه و شمولها للأفراد مطلقاً من الأنواع الشائعه كأنه لا شبهه فيه، و أما للأنواع النادره فكذلك و إن كان شمول العام لها أخفى من الفرد و حينئذ فكلمة شك فى نوع من العقود أو فى فرد من نوع شائع أو غير شائع فى أنه هل يجب ترتيب الأثر على وقوعه أم لا؟ حكم بصحته و لزومه للآيه. نعم يخرج كثير من العهود عن الآيه من جهه عدم لزوم الوفاء بها سواء كان ذلك العهد الخارج فى الأحكام الإلهيه أو فى بين الناس و خروج الأكثر يوهن عموم العام بل صرحوا بعدم جوازه فيدور الأمر بين التزام خروج الأ-كثر أو حمل العموم على الشائع المعهود، و الأول ممنوع، و الثانى مخرج للآيه عن الدلاله على ما هو المراد من التمسك فيها بالمشكوك، و لا يبعد أن ارتكاب الأول لو فرض أولى من الحمل على المعهود الذى معه يسقط التمسك بها فى الموارد المشكوكه مضافاً إلى أننا ننكر أكثره الخارج بعد كون العموم إفرادياً، فإن أفراد العقود الصحيحه أكثر وجوداً من الفاسده كما أن أفراد الواجب فى التكاليف أكثر وقوعاً، فالعهود اللازمه الوفاء أكثر افراداً من غيرها على أن استهجان تخصيص الأكثر إنما هو مع عدم بقاء كثره يعتد بها، و هنا ليس كذلك حتى لو أريد الأنواع فإن ما يلزم الوفاء بها أيضاً كثيره، و جزم بعض من قاربنا عصره من الفضلاء فى مؤلف له بلزوم الحمل فى الآيه على المعهود قائلاً:

(أن الحمل على العموم حيث لا- قرينه لازم) و إما مع وجودها أو وجود ما يصلح أن يكون قرينه ممنوع لأنهما يرفعان الظهور المعتبر في الحمل على الحقيقة والآية في المائدة- و هي آخر السورة- وقبل نزولها قد علم من الشارع أحكام و عهود معلومه من الواجبات و غيرها، و علم صحه بعض العقود و بعض الإيقاعات فينصرف الخطاب في الآية إليها) و ضعفه لا يخفى إذ بعد الاعتراف بالسبق لا يصلح بمجرد أن يكون قرينه للتخصيص فيه بعد وجود غيره من الأفراد المندرجه تحت العموم، و لا دلالة للام العهد على ذلك ما لم يتيقن التخصيص و لم يلتزمه أحد في لفظ الفواحش و الزور و غيرها مما له أفراد متعارفه و الكتاب نسق واحد فلو كان التعارف أو المعهوديه تصرف العام لجرى ذلك في جميع العمومات الواقعه في القرآن. نعم يتم ذلك في المطلق مع غلبه الإطلاق لا غلبه الوجود إذا لم يكن شبهه في إطلاق اللفظ عليه على أن من وقفنا على كلامه من المفسرين يظهر منهم التعميم إلا الزمخشري على احتمال في كلامه. قال: (إن العقد العهد الموثق لشبهه بعقد الحبل، و هي العقود التي عقدها على عباده و ألزمها إياهم حتى قال: (و الظاهر انها عقود الله تعالى عليهم في دينه من تحليل حلاله و تحريم حرامه و انه كلام قدم مجملا- ثم عقب بالتفصيل و هو قوله تعالى: (أُحِلَّتْ لِي آخِرُهُ)) انتهى، و من أجله تردد الاردبيلي في آيات أحكامه في المراد من الآية و بالجملة فظاهر الآية تقضى بلزوم الوفاء بكل عقد، و لازم ذلك الصحه فيما يصدق عليه أنه عقد فالصغرى هذا عقد، و الكبرى كل عقد يلزم الوفاء به و تقييد الصغرى بالصحيح خلاف الظاهر كتقييده باللزوم أو بالمتداول أو بالمقرون بالصيغه أو مطلق التلفظ على اختلاف المشارب، فيخرج غير اللازم و غير الصحيح بدليله و ما يشك فيه يندرج في العموم.

و أما الأخبار الناطقه بأن (المؤمنين أو المسلمين عند شروطهم) فبان الشرط هو الالتزام- و هو مفيد- للصحه فيما هو كذلك و العقود عهود فيها إزام و التزام أو أن الشرط الربط فيشمل العقد مطلقا لأنه تعليق أحد الطرفين و الشارع أمضى كل شرط فيعم العقود، و الخارج بالدليل لا ينفي حجيه العام في الباقي و مثله دلالة قوله " عليه السلام ":

البائع بالخيار

إلى آخره) فإنه و إن اختص على لزوم مطلق البيع و إمضائه عند الشارع بعد التفرق لا مطلقا العقد لكن المعلوم عدم الفرق و إليه نظر من أجرى جميع أحكام البيع في العقود اللازمه غيره على أن التفرقه لا تضر فيما نحن بصدد بل يكفي ما تقدم، إذا تمهد ذلك فنقول: إنه لا أشكال في أن الشارع رتب أحكاما على البيع و قد اضطرت كلمات العلماء في معرفه البيع الذي ترتبت عليه تلك الأحكام، و تحديده بالجامع المانع و منشأ الاضطراب فقد النص الصريح و الإجماع على أن البيع و ما يتحقق به البيع ما هو فتراهم بين من أقتصر على ما ثبت شرعا من معناه الجامع لشرائطه مع الظن بعدم ظهور معنى لغوى أو عرفى له، و إليه يومى قول من أشرط الصيغه مع باقى الشرائط المختلفه فيها و غيرها في تحقق البيع و لزومه، و بين من ظن ظهور معناه لغه و عرفا لكن جمده على أن البيع المؤثر هو كان مع الصيغه لا- ما جمع جميع الشرائط المختلفه فيها كالأول، و بين من لم يتحقق عنده دليل على الاشتراط مطلقا مع تحقق المعنى اللغوى أو العرفى عنده فوسع الدائره، و اكتفى فيه بما يدل على الرضا من الجانبين من قول و تعدى بعضهم إلى الفعل أيضا بحيث يفهم منه نقل المالك ملكه بذلك اللفظ أو الفعل على القول الآخر إلى آخر بعوض معلوم بالطريق المعهود، كما أن الأغلب حصر المعوض بالعين و أطلق في العوض قيل و عليه استقر اصطلاح الفقهاء، و ما يظهر من بعضهم كبعض الأخبار الظاهره في نقل

بعض المنافع حملوه على المسامحة فى التعبير. نعم لا- ريب فى جواز جعل العوض عينا، أو منفعة، أو حقا و لا يضر فيه أن البيع نقل الأعيان الشامل للعوض و المعوض لظهور أنه مسوق لبيان معنى البيع مثل الإجاره لنقل المنافع. و الظاهر أن ما يقابل بالمال يصح جعله عرفا عوضا و معوضا فيشمل الحقوق و المنافع على تأمل فى الأول.

نعم لا يبعد اشتراط تحقق المالىه قبل النقل فيهما لكن فيه أيضا تأمل بالنسبه إلى المعوض لأنه خلاف ما عليه الأكثر فى شرائط العوضين فيشمل حينئذ بيع خدمه المدبر و سكنى الدار و أرض الخراج و الحقوق القابله للمعاوضه كحق التحجير و غيره و منافع الحر و بيع الدين و غيرها فإن خرج عن الكليه بعض الأفراد فبدليله، و هذا التعميم لجهه أنه لم يتحقق أن للفظ البيع حقيقه شرعيه أو متشرعيه، و الظاهر أنه باق على معناه العرفى كما حكم به جمع من المدققين و منهم شيخنا فى مكاسبه فلا مناص إلا أن نصحح البيع فى كل ما أستعمل العرف البيع فيه إلا ما استثناه الشارع و إن تداول عرفا فلا حاجه لنا فى التعرض لما ذكروا من حدود البيع لانتشار المذاهب فيه فكل بحدده مما ترجح عنده من معناه فالمهم تمييزه عن غيره من العقود لاختلاف أحكامها و الظاهر أن من البديهيّات أن ما يتحقق به البيع عرفا أمر مضبوط معلوم عند العرف مع قطع النظر عن الشرع بل عند عامه الملل بل كثيرا ما رتب الشارع و المتشرعه من الفقهاء و غيرهم أحكام البيع مطلقا على بيوعات العوام الذين لا يهتدون إلى الصيغه و لا يحسنونها و لا- غيرها فيردون المبيع بالعيب أو عدم الرؤيه أو غيرهما و يمضون المبيعه بما يدل عليها مطلقا و يسقطون خيار الحيوان بعد الثلاثه و قبلها لا يسقطوه مع حصول الظن القوى لهم بعدم جامعيه البيع لسائر الشروط، و لم نجد من يفسح حتى مع وجود العلم الإجمالى و تقبض أعظم التجار من المتدينين الأعيان الغاليه الثمن بقول البائع (هذا من نصيبك) و تبيعه من الغير، و تجرى عليه أحكام الملك إلى غير ذلك ما يقضى بتحقيق البيع العرفى قولاً فما هو إلا لأن للفظى البيع و الشراء مما يستعمله عامه الناس معنى لا يشككون و لا يترددون فيه، و لا يحتاج فهمه إلى القرينه سواء كان ذلك بقبض العوضين أو أحدهما مع ضمان الآخر بالألفاظ الداله على ذلك مطلقا و بعد تحقق البيع عرفا يثبت لغه و شرعا بضميمه الأصل فلا فرق حينئذ بين البيع معاطاه، أو بالصيغه المعهوده أو غيرهما مما يصدق عليه الاسم.

لا يقال أنه لا إشكال فى ان للشارع تصرف فى البيع فالأخذ بما جمع الشروط من افراده و الحكم عليه بالصحه أخذ بالمتيقن مما يترتب عليه الأثر عنده و كون المعهود من طريقه العرف ما ذكر ليس بحجه تامه فى أنه عند الشارع كذلك خصوصا بعد النهى عن بعض البيوع و فسادها و بعد الجزم بأصالة الفساد فى المعامله فحينئذ لا بيع ماض و ملزم إلا ما جمع الصيغه الخاصه المنويه مع القصد إلى النقل مع الإيجاب و القبول و غير ذلك مما اعتبر فيه، و إن اختلف فى اشتراطه، لأننا نقول مضافا إلى ما مر عليك من الحجه القاطعه إن النافى لصحه البيع و فى فاقد الصيغه المعهوده و أمثالها إن نفاه عرفا فلا يسلم له عدم الصدق العرفى للاستعمال المعلوم و لعدم صحه السلب و للتبادر فى فهم البيع من أسبابه حتى عند من لا يعرف الصيغه و لصحه (بعت المتاع) و لم أجز الصيغه و صحه الاستفسار عن إجراء الصيغه بعد قول البائع ذلك، و إن نفاه شرعا فممنوع أيضا بعد ما ذكروا من أن تحققه العرفى و ثبوته يثبت لغه و شرعا بضميمه الأصل، و عمومات الكتاب و السنه الداله على تحقق البيع و جوازه و الإجماع القطعى المستفاد من عمل الناس و فتاوى أكثر العلماء فى المعاطاه و إطلاق الأخبار فى جواز بيع ما ابتاعه اللازم لجواز بيع السلعه للمشتري و إن كان على طريق المعاطاه، بل فى الصحيح إيماء لذلك ففى بيع المشتري قيل

أداء الثمن قال " عليه السلام ": ()

لا بأس بذلك الشراء أ ليس قد ضمن لك الثمن؟ قلت: نعم قال: فالربح له

(و هو قاض بجواز البيع بمجرد ضمان الثمن حتى مع عدم إجراء الصيغه و جواز بيع المشتري يقضى بملكيته له إذ لا بيع إلا فى ملكك كما نطقت به الأخبار، و فى صحيحه جميل الواردة فىمن اشترى طعاما و ارتفع أو نقص و قد اکتال بعضه فأبى صاحب الطعام أن يسلم له ما بقى و قال: إن مالك ما قبضت، فقال " عليه السلام ": ()

إن كان يوم اشتراه ساعره على أنه له فله ما بقى

(و فى صحيحه العلا:)

إنى أمر بالرجل فيعرض على الطعام حتى قال فأقول له: أعزل منه خمسين كرا أو أقل أو أزيد فيزيد و ينقص و أكثر ذلك ما يزيد لمن هو؟ قال " عليه السلام ": هو لك

(الحديث. و ظهورهما فى عدم جريان الصيغه لا ينكر و لو منع فيكفى عدم الاستفصال فى العموم و لمفهوم الغايه فى المعبره القاضيه (بأن البائع بالخيار ما لم يفترقا) و لعموم الصحيحين فى أحدهما: ()

إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما

(و فى الآخر)

إذا افترقا وجب البيع

(و الخبر)

إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب خرج ما خرج و بقى ما بقى و لترك الاستفصال فى خيار الشرط و العيب

(ففى الصحيح:)

عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد فيها عيبا بعد ذلك، قال لا يردّها على صاحبها

(و فى الآخر قال:)

إن البيع لازم

(و فى الخبر)

الرجل يشتري زق زيت فيجد فيه درديا، فقال: إن كان يعلم إن الدردي يكون فى الزيت فليس له أن يرده

(و فى الموثق:)

عن الرجل باع جاريتته على أنها بكر فلم يجدها على ذلك فقال لا يردها عليه

(الخبر، و روايه ابن صدقه)

عن الرجل يشتري المتاع و الثوب فينطلق به إلى منزله و لم ينفذ شيئا فيبدو له فيرده، هل ينبغي له ذلك له؟ قال " عليه السلام " لا إلا أن تطيب نفس صاحبه

(و مكاتبه ابن عيسى)

المتاع يباع فيمن يريد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برأ من كل عيب فيه فإذا شره المشتري و رضيه و لم يبق الا بعده الثمن فربما زهد فيه و ادعى فيه عيوباً و إنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برأت فيها فيقول المشتري لم اسمع البراءه منها أ يصدق؟ فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب " عليه السلام " عليه الثمن

(إلى غير ذلك مما يلوح منه و يصرح بما ذكرنا غير أن المشهور ذهبوا إلى عدم لزوم البيع إلا بالصيغه الخاصه، و ذكروا لذلك حجج من الإجماع المنقول و من اقتضاء الأصول و من أن اللزوم يتوقف على نقل الملك بالبيع الصريح و الدال على النقل صريحا منحصر فى الصيغه المخصوصه، و من بعض الظواهر كالصحيح)

الرجل يجىء و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى قال: لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام

(، و الخبر)

رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن من القصب من انبار بعضها على بعض من أجمه واحده و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع: قد بعتهك من هذا القصب عشره آلاف طن، فقال المشتري قد قبلت و اشترت و رضيت حتى قال: و أصبحوا و قد وقع النار فى القصب عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن فقال " عليه السلام " العشره آلاف التى قد بقيت للمشتري

(. و ما ورد فى شراء الكتاب المبين قال " عليه السلام " فى الموثق)

و قل اشترت منك هذا بكذا و كذا

(و فى المرسل)

وقل أشتري منك هذا بكذا وكذا

(وفيه أيضا روايه أخرى و ظاهر الجميع يقضى أن البيع الذى لا يرد و البيع الصحيح هو ما قارن الصيغه و ضعف التمسك

بهذه الوجوه يظهر مما مر في مطاوي فوائدنا فإن حجيه منقول الإجماع منفيه على ما هو الحق وأصالة عدم صحه الملك و الانتقال أو ترتيب أحكام البيع قد عرفت زوالها بوجود الدليل القاطع لها حتى أصاله عدم اللزوم لانقلابه به بالنسبه إلى تمام العقود التي أولها البيع كما سيتضح لك ذلك على أن قبل ملك المشتري لا لزوم و لا عدمه و بعد تملكه للعين المبيعه لا يعلم المحقق منهما و ليس أحدهما أوفق بالأصل من الآخر، و أما الصراحة فلو سلمت فلا يتم معها الانحصار في الصيغه و مع عدمه تتبعض الصفقه و أيضا قد يمنع الصراحة فيها إن أريد بالصريح الدال بحسب الوضع الحقيقي و الأخبار المذكوره غير ظاهره فضلا عن كونها صريحه بالمراد (فإن إنما يحرم إلى آخره في الخبر الأول تعليلا لصدوره يعنى أن ذلك لا بأس به من جهه إذنه له في الشراء فإن المحرم لمثل ذلك عدم الإذن فقوله (اشتر) يقضى بحليه الشراء للآخر، و أما حملة على إعطاء قاعده كليه هي أن الحل و الحرمة تدور مدار الكلام وجودا و عدما و إن صدق تحقق العقد العرفي فالروايه غير ظاهره في ذلك و خياله للبعض تمحل و تصرف في الخبر بلا- موجب كما أن الباقي من النصوص المتوهم لا دلالة فيها فإن قوله (الباقي للمشتري و إن قضى باللزوم) مع الصيغه لكنه لا يفيدان الصحه و اللزوم لا يكون غيرها و أخبار شراء كتاب الله مسوقه لبيان تعيين المبيع لا لبيان ما يتحقق به البيع و أين هذا من ذاك فهي ناظره لغير هذا الحكم كما هو غير خفى على من سرد الأخبار حينئذ فإذا كان صحه البيع و لزومه تابعه لصدق البيع العرفي و تحققه يبقى الإشكال في معرفه البيع المذكور مع اختلاف العرف، و إن كان القدر الجامع مركزا في الأذهان و حيث أن الأصحاب (رضوان الله عليهم) لم ير الاكثر منهم صحه البيع و لزومه و لا غيره من العقود بمجرد صدور الفعل من دون لفظ يدل عليه مع قدره على التلفظ حتى كاد أن يكون إجماعا، بل نقل عليه الإجماع بل في بعض النصوص إيماء إليه فلا جرم أن حذوا حذوهم و لا نخالف معظمهم و إن لم يبعد الحكم بوقوع البيع بالفعل الدال عليه و ترتب أحكامه مطلقا لا مع عدم قدره و العجز عن الكلام فإنه لا إشكال في صحته بل و لزومه بمطلق الفعل الدال عليه من إشاره و غيرها، و لا- يجب على العاجز التوكيل و إن قدر عليه لفحوى ما دل على عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس مطلقا و لو حملنا إطلاقه على صورته العجز حتى عن التوكيل قصرناه على الفرد النادر، و الظاهر أنه لا خلاف فيه ثمّ اللازم أن يتحرى في العاجز أقوى الإمارات القاضيه بالرضا في صدور العقد فلا تقدم الكتابه على الإشاره مع إمكانها متى كان أحدهما أصرح في الدلاله على الرضا من الآخر، و هكذا و الذى يترجح في النظر بعد الجزم باعتبار اللفظ في البيع و غيره هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود وفاقا لجماعه من المحققين لكن يشترط في ذلك اللفظ أن يميز ذلك العقد الذى يوقعه به عن غيره من العقود الشرعيه و معنى تشخيصه إيقاعه باللفظ الدال عليه بخصوصه و ذلك لاختلاف أحكام العقود فيلزم إما أن يعبر عن العقد المراد بلفظه الصريح الوارد من الشرع أو بلفظ لا يحتمل غيره لا قريبا فلا يقع على الظاهر بالكنايه إلا إذا كانت كالصريح بحيث لا يحتمل السامع شيئا غير المكنى عنه و كذلك باللفظ المجازى و اللفظ المشترك و إن كان الاشتراك معنويا و قد ذكروا أن لا- فرق بين (بعت) و (ملك) أو (نقلته إلى ملكك) أو (جعلته ملكا لك بكذا) و جوز بعضهم البيع حالا بلفظ السلم و غير ذلك، و ذكروا في القراض بجواز انعقاده بغير لفظه مثل (تصرف فيه) أو (أنتفع به) و عليك رد عوضه أو خذه أو أقبضه بمثله، و فى الرهن أيضا صرح بعضهم بانعقاده بغير (أرهن من) الألفاظ مثل (وثيقه عندك) أو (أمسكه) أو (خذه بمالك) و كذلك جوز انعقاد الضمان بمثل (تعهدت المال

و تقلدته) و صحح غير واحد الإجاره بلفظ العاريه و حكم البعض بانعقاد الاجاره بلفظ بيع المنفعه و صحه الوقف بلفظ (حرمته) و (تصدقت) مع القرينه مثل: (لا- يباع) و (لا- يرهن) و (لا يورث)، و ذهب الأكثر إلى جواز المزارعه بكل ما يدل عليها و إلى جواز النكاح بلفظ (التمتع).

و الحاصل أن المناط ما ذكرناه و إليه يرجع تعليل الفاضل في المنع بأن المخاطب لا يدرى. بم خوطب؟ إنما الإشكال في أن المدار في ذلك على فهم المخاطب أو تبادل العقد المراد له و لغيره من ذلك اللفظ بحيث إن السامع مطلقا لا يحتمل سواه و لا يتردد بينه و بين عقد آخر، و لعل الثاني هو الأوفق فلا يكفي في تحقق العقد المراد سبق مقال أو اقتران حال يدل عليه حتى في المعاطاه على الأشهر إلا أن التزام ذلك ربما ينافيه تصريح البعض بوقوعه ببعض الكنايات و المجازات فالأحرى في الضابط هو اعتبار إفاده المقاصد بالأقوال الصريحه بذلك العقد أو النظر في الأحكام الشرعيه المرتبه عليه فإن كان الذى يظهر منها أنها مرتبه على ذلك المعنى المؤدى بهذا اللفظ بخصوصه فلا يصح العقد و لا يلزم شرعا بغيره كما ذكره في النكاح فلو وهبت المرأه بضعها لا يرتب عليه أحكام التزويج لأن اللفظ مدخليه في ذلك بخلاف ما لو كانت الأحكام المرتبه لا يظهر منها ذلك بل هي مرتبه على المعنى العرفى المؤدى بأى لفظ يكون بحيث لا- يحتمل ذلك اللفظ غير ذلك المعنى المرتب عليه تلك الأحكام الشرعيه فلا- بد حينئذ من سبر الأحكام و النظر في النصوص، و هذا شىء سار في العبادات و العقود بل في كل ما للشرع دخل فيه نظير السوره و الدعاء بالقنوت في الصلاه، كالدعاء غير التكبير في صلاه الميت و غيرها مما ليس للفظ الخاص فيه مدخليه و لا هو موضوع لذلك و ما شكك في مدخليه اللفظ المخصوص فيه و عدمه شرعا تجرى فيه الأصول، و أظن أن بهذا يجمع بين أغلب الأقوال المختلفه في المسأله، و عليه فيحصل البيع بالألفاظ التى تعينه و تميزه عن غيره غير أن بعضها يحتاج إلى القرينه أما لكونها ضدا أو لاستعمالها في غير البيع فمثل (بعث) لا تحتاج إلى القرينه و إن كانت ضدا بل صرح بعضهم بصحه البيع إن وقعت في القبول أيضا و لا- كذلك مثل (اشترت) لأنها ضد، و لم تشتهر في الإيجاب ك (بعث) و مثله (ملك) بالثديد لاستعمالها في الهبه و لا- يفيد اقترانها بذكر العوض لأن الهبه المعوضه كذلك إلا أن يقال بأن (ملك) مع اقترانها بالعوض بحسب الوضع التركيبى لا تحتمل غير البيع من الهبه المعوضه أو الصلح إلا بقرينه، و عليه فلا إشكال في صحه الإيجاب بها، و قيل أيضا إن (شريت) لا تحتاج إلى القرينه في الإيجاب و إن كانت ضدا بل تقديمها يكفي للزوم تقديم الإيجاب أو لغبه ذلك، و نوقش بعدم جواز الاعتماد على غير القرينه اللفظيه ورد بأن غير القرينه اللفظيه لا تكفى في تشخيص العقود عن بعضها. و أما في تمييز الإيجاب عن القبول الراجع إلى تمييز البائع عن غيره فلا تعتبر بل يكفي استفاده المراد و لو بقرينه المقام أو غلبته، و كذلك لا إشكال في صراحه (قبلت) في القبول ك (بعث) في الإيجاب و أما غيرها فلا، مثل (رضيت) و (اشترت) و (ابتعت) و (ملك) مخففا و ذكر الشهيدين: (أن الأصل في القبول (قبلت) و غيره بدل).

و يظهر من غيره (أن الأصل في القبول هو كل لفظ لا يمكن الابتداء به و ما سواه مما يمكن ان يبتدأ به هو البديل فلا فرق بين (اشترت) و (أمضيت) و (أجزت) و (أنفذت) إلا في غلبه الاستعمال، و لو اختلف البائعان في تعيين الموجب و القابل منهما مع عقدهما باللفظ المشترك و استقرب شيخنا التحالف ثم عدم ترتب الآثار المختصه بكل من البيع و الاثراء على واحد منهما دون ما اشتركا في حكمه و لعل له وجه يخرج على القواعد. و كيف كان

فيظهر مما غبر أن اعتبار العرييه في البيع و نحوه لا وجه له بعد تحقق معناه فيصح بكل لغة تفيده و كذا بالملفق من العري و غيره مثل (بعتك) (أين چیز را بصد) ديناراً و بدرهم، و لكن جماعه اعتبروا العرييه فيه و في كل عقد يلزم، و بعضهم أطلق إلا في الوصيه و الإقرار و الوديعه و العاربه و الوكاله و نحوها من العقود الجائزه لأصالة عدم النقل في الأعيان و المنافع و عدم الانتفاع و ترتب الأثر إلا- بالمتيقن و لانصراف العقود إلى المعهود و للتأسي، و لان العقود نقلت من الأخبار إلى الإنشاء في ألفاظها المخصوصه و لم يثبت نقل ما يرادفها في المعنى من سائر اللغات إلى الإنشاء أيضا على أن الشارع اعتبر العرييه في مواضع عديده مثل القراءه و الذكر و التلبيه و لم يجتزئ بما يرادفها مع أن المثبت و النافي لم يجوزوا ذلك في خصوص النكاح بل يظهر منهم عدم ترتب الأثر في الظهار و اللعان و الإيلاء و العهد و اليمين بغير الألفاظ العرييه، و ضعف الجميع ظاهر بممنوعيه استفاده الحصر و اندفاع الأصل بأدله التعميم من الاطلاقات الداله على صدق المعامله و الإيقاع بأى لغة كانت و الأصل عدم الشرطيه فيشملة عموم الوفاء بالعقود، و)

المؤمنون عند شروطهم

(و (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و)

إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام

(بناء على عدم ارتباطه بصدر الخبر و التأسي في غير ما علم وجهه ليس بحجه و بأن الترادف يقضى بالمساواه من كل وجه بعد الاعتراف به، و قياس المعاملات على العبادات لا نقول به مع أن المعاملات العبره فيها بالمعاني دون الألفاظ، و ليس اعتبار اللفظ فيها إلا من جهه الكشف فقط، و اعتبار العرييه في بعضها بدليله لا يقتضى التعدى لجميع العقود و إلا لجري ذلك فيما ذكروا صحته في كل لسان، فالأقرب الجواز بغير العرييه في جميع العقود و الإيقاعات إلا ما قام الإجماع على عدمه و إلا لبطلت معاملته غير العرب ممن لا- يعرف العرييه، و لا- يعسر عليه تعلمه مع أنه لا- قائل به، و عمل الصدر الأول، و ما بعده على عدمه، و على العرييه فالظاهر أنه لا عبره بالملحون و إن لم يغير المعنى و عدم كفايه عرييه الصيغه فقط بل هي و ما تتعلق بها من جميع أجزاء الإيجاب، و القبول و يلزم أن يتعلم مع التمكّن منه و في اعتبار الماضويه إشكال، و الأقوى العدم و إن أعلن به البعض للإطلاق في الآيتين، و لما دل في بيع الآبق و اللبن في الضرع بلفظ المضارع و فحوى ما قضى به في النكاح لكن حيث يكون المضارع صريحا في الإنشاء، أو تكون القرينه عليه ظاهره.

ثانيها: أنه لا- إشكال في أن جمله العقود و الإيقاعات لا تنعقد بالنيه و لا يرتب بها عليها أحكامها بل لا بد من دال يدل على العقد و هو منحصر بالفعل و القول.

و الأول إما أن يكون في حاله الاضطراب أو لا. و الأول لا إشكال في تحقق العقد به و يعتبر فيه الصراحه بالمراد بما يورث الظن الاطمئنانى.

و الثاني: إما أن يكون في الإيقاعات أو العقود المجانيه أو المعاوضه و الأرجح في الأول الأوفق بكلمات السلف عدم كونه سببا

فى الإيقاعات المعروفة من الطلاق و الظهار و اللعان و الإيلاء و العتق و الإقرار و النذر و العهد و اليمين و هكذا فيما يشبه العقود من الإيقاعات كالوقف على الجهات العامه و الوصيه لها و كالأذن الموجب لإباحه التصرف و سقوط الضمان و مثله الإجازة و بدل الزاد و الراحله الموجب لوجوب الحج و الأخذ بالشفعه و التدبير بناء على أنه وصيه لا عتق و عسى أن يقال: بل قيل بكفايه الفعل فى السبعه الأخيره إلا التدبير لتحقق العمل بين المسلمين الكاشف عن رضاء رئيسهم فإن بناء العرف استقر على أن بناء المسجد و بمجرد وضع الحصير فيه و القنديل فى المشهد يكفى فى وقفته و أن دفع المالك العين المبيعه فضولا- للمشترى يكفى فى الإجازة و كذا الثمن و مثل

ذلك قبض المشفوع للشفيح و إعطاء العوض و أخذ المعوض لمن له الفسخ، و هكذا فى اسقاط الحقوق فىكون الدليل القاضى بترتب الحكم عليها مخصصا لعموم ما دل على (أن المحلل و المحرم هو الكلام).

و الحاصل أن كفايه الفعل فى مثل ما ذكرنا كان العمل عليه. و أما الثانى و هو العقود المجانيه كالوقف الخاص و الصدقه و العطيه و السكنى و التحييس و الهبه الغير معوضه و الوديعه و العاريه و الشركه الاختياريه و الوكاله العاريه عن الجعل و الوصيه للجهات الخاصه و الوصايا و الكفاله و الضمان فحكمها الأولى عدم ترتب الأثر إلا بالسبب الشرعى لكن يمكن أن لا ينكر كفايه الفعل فى الصدقه و العطيه و عدم احتياجهما إلى اللفظ فضلا عن الصيغه الخاصه. نعم فى الهبه و الوديعه و العاريه إن أمكن تحققها بنفس الفعل فهو أيضا كذلك و أما لو لم يمكن إلا- بلفظ يدل على تمييز مفاهيمها فلا بد منه، و أما الصيغه الخاصه فهى أحد ما يتميز به المراد و لا- انحصار لها فيها، و أما الوقف و السكنى فالظاهر منهم عدم انعقادهما بالفعل و إن كشف عنهما، و كذا فى الوصيه و الوصايا و الوكاله، و الكفاله، و الضمان لكن يبقى بعد اعتبار الصيغه الخاصه أو مطلق اللفظ الدال عليها بحيث أن يتشخص به المراد و يظهر من سلفى الجعفرين (رحمهم الله) إن كل ما جرى عليه العرف و أخذت به و عملت فيه مما ذكرنا سواء كان من فعل أو قول يترتب عليه الأثر و يحكم به لدخوله تحت الاسم و هو يكفى فى صحته و ترتب الأثر عليه فحينئذ يلزم الفقيه تتبع الموارد فكل مورد يتحقق فيه ذلك و يندرج تحت واحد منها تلحقه أحكامه فلا فرق بينها، و من فرق من الأصحاب نظره إلى عدم الاندراج فى بعضها و عدم لحوق الاسم لا أن للصيغه الخاصه أو لمطلق الكلام خصوصيه فينبغى التأمل فى الاستعمال العرفى، و بعض من عاصرناهم أنكروه غاية الإنكار و شنع على من يذهب إليه، و الإنصاف عدم تماميه الفعل الكاشف فى بعضها و نفس السيره مع خلاف المتشرعه لا تفيد شيئا و لو فرض كفايه ذلك فكونه مملكا أو مبيحا يظهر وجه فى عقود المعاوضه لأنها هى محل الابتلاء فنقول: لا شبهه فى عدم كفايه الفعل، و الرضا فى خصوص النكاح مطلقا لمنافاته لحكم تشريعه و لاختلاط الزنا بالنكاح حينئذ و عدم تمييزه فهو و إن كان معاوضه و ذكرنا أن المعاوضه يكفى فيها الرضا ببذل العوض و المعوض، و قبض كل ما بذل له، و إن العمومات تقضى بالصحة لكن فى خصوص النكاح موانع جمه تمنع من إجراء هذا الحكم بل الاتفاق على عدمه، و أما بالنسبه إلى سائر المعاوضات غير البيع فالأظهر جريانها فيها لو قلنا به فى البيع، و حكم الفاضل بعدم القول بالفصل بين البيع و الرهن و يظهر منه عموم جريان حكمها فى باب المعاوضه و استشكله فى جامع المقاصد بثبوتها بالإجماع فى البيع دون ما هنا أى الرهن، و وجهه شيخنا بأن حكم المعاطاه أما إباحه أو بيع متزلزل و هما لا يأتیان فى الرهن لعدم تصور الأول و منافاه الثانى للوثوق و لزوم الملكيه التى لا تنافيه لو ادعى رجوعها إليه تحتاج إلى اللفظ لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمه على اللفظ، و لذا توقف المحقق الثانى فى إجراء المعاطاه فى الرهن و جزم بعدمه فى الإجاره و الهبه و القرض، و أما فى خصوص البيع فالأقوال فيه على ما قيل؛ سته اللزوم مطلقا و اللزوم بشرط أن يكون الدال على التراضى من الالفاظ أو ما يقوم مقامها فى مقام عدم القدره، و الملك لغير اللازم و عدمه مع إباحه جميع التصرفات، و إباحه ما لا يتوقف على الملك و عدم إباحه التصرف مطلقا و المعروف من هذه الأقوال، قولان: أشهرهما عدم ثبوت الملك بالمعاطاه و دونه فى المعروفيه ثبوتها بها، و مال إليه غير واحد من المتأخرين لمعامله الناس للمأخوذ بها معامله الملك و لعموم (أَحَلَّ اللَّهُ

الْبَيْعَ) بالتقرير الذى سبق، و كذا

(تَبَجَّازَةً عَنْ تَرَاضٍ) و)

الناس مسلطون على أموالهم

، و إن منع شيخنا من دلالة الأخير على المدعى لاختصاص سلطنه المالك بتجوز تملك ماله للغير شرعا و نفوذه لكن متى شك في أفراد التملك الشرعى بعد القطع فى حصوله بفرد خاص لا يثبت عموم التسلط إذ منعه فى الفرد العارى عن القول لا يرفع السلطنه عن النوع و إنما يرفع نفوذ تلك السلطنه و إمضاءها عند الشارع بهذا النحو فلا يقال بأن بيع المنابذه مثلا ممضى عند الشارع للخبر فيعارض عمومه ما قضى بعدم إمضاء الشارع له بل نفس الشك يكفى فى عدم نفوذه عند الشارع لأن النافذ عنده فرد خاص من المملكات و ما شك فيه لا يثبت إمضاء له التسلط المزبور لكنك بعد التفكير فيما حررناه من معنى القاعده تعرف أن لا- وقع لهذا الكلام و إمكان الاستدلال بالقاعده المزبوره و إن عمومها باعتبار أنواع السلطنه و أفرادها فكما أن التملك للمالك أحد الأنواع فمتى شك فيه شرعا يستدل عليه بها فكذلك بالنسبه إلى أفراد التملك كما قررنا فتأمل و نوقش أيضا فى العمومات المزبوره بأن أقصى دلالتها هو إباحه التصرف و إن توقف على الملك و الإباحه المزبوره بمجرد لا تثبت الملك إلا بالملازمه فى مثل البيع و الوطء و العتق و الإيضاء و تلك الملازمه لا- بد لها من دليل شرعى فى غير المقام نسلم لدليلها المجمع على قبوله، و فى المقام تمنع للخلاف فيه غاية الأمر أن التصرف المتوقع على الملك يكشف عن سبق الملك عليه قبل التصرف بلحظه متصل بزمانه و هو يكفى فلا- دليل عليه من أول الأوامر فلا- يقال أن مرجع هذه الإباحه إلى التملك لعدم حصوله بأول حصولها فالقائل بإباحه جميع التصرفات لا يلزمه القول بالملكه من أول الأمر فى المتوقع عليها بل يبيح الكل و يقول بالملكه عند التصرف و لا يلزم من لا يرى الملكه أن لا يقول بإباحه التصرفات المتوقعه على الملك.

و فيه ما ذكرناه من أن المتبادر من عموم الحل و التجاره عن تراض صحه هذه المعامله الصادق عليها البيع و الشراء مع أن الالتزام المذكور بعيد عن مذاق الفقاهه فيه تمحلات كما قال الشيخ الأكبر جدنا: (أن القول بالإباحه المجرده مع فرض قصد المتعاطين التملك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديده ثم ذكرها) و شيخنا تصدى للرد عليها ثم أنصف و قال (إنها بمحلها) و لا فائده مهمه لنا فى ذكرها تفصيلا غير أنه مما يوافق الحكم بالملكه الشهره المحققه إلى عهد المحقق (رحمه الله) و الاتفاق المدعى فى البيع و فى توقف الهبه على الإيجاب و القبول مضافا إلى إصالة عدم الملك، و أما بحسب الدليل فلا ريب أن القول بها أقوى لعدم الموجب إلى رفع اليد عن العمومات المتقدمه بالطريق السابق و عن الأخبار الخاصه و عمل الناس المتلقى يدا بيد الممضى من قوام الشريعه و جهابذه العلماء و يلحقه فى قوه الدليل القول باللزوم إذ بعد تحقق الملكه فزوالها بمجرد رجوع المالك الأصلي يحتاج إلى دليل شرعى لأن ملكيته بعينها قد انتقلت بهذا الناقل إلى الغير، فكما أن ملكه المالك الأصلي لا يزيلها إلا الأسباب التى حكم الشارع بإزالتها للملك فكذا هذه الملكيه و الشك فى تحقق وجود السبب المزول يكفى فى عدم وجوده بعد إحراز الملكيه و ليس حال المنقول للغير بأحد النواقل المرتب عليه الملكيه كالموجود فى يد شخص قد شك فيه أنه له أو لغيره للاشتباه فى موضوعه أو للشك فى سبب ملكيته أو غير ذلك لأن أصل الملكيه مردد لا أنها قد حصلت مع إمكان عدمها فإن العدم و إن أمكن إلا أنه محتاج إلى قاض به لأن الملكيه الثانيه مستقره لا مترزله فيلحقها حكم المستقر، و لا ينافيه أن الملك مردد بينهما فالمستقر مشكوك الحدوث من اول الامر فلا يترتب عليه حكمه لأن حقيقه الملك لا تنقسم بل هى أمر

واحد، و إنما يأتي التزلزل من السبب المملك فهو

المنقسم، و السبب المملك الذى لم يجعل الشارع له تزلزلا لا شك فى أن الملك معه يكون مستقرا و لا يكفى فى تزلزله مجرد احتمال أو إمكانه فالرجوع بالمبيع للبائع أو غيره من العقود الناقله و عدمه هو من أحكام السبب و لا دخل له فى حقيقه المسبب فمتى السبب عن حكم جواز الرجوع أثر الملكيه و استصحب فى الشك فيها بقائها و بقاء سببها المملك على ما هو عليه و هو معنى إصالة اللزوم فى كل عقد لأن عدمه فى الناقل و المنقول يحتاج إلى نص شرعى و يكفى الشك فى وجوده فى ترتب الأحكام على أنه لا-ريب فى أن المنقول صار من أموال المنقول إليه فهو مسلط عليه للخبر، و الرجوع فيه بلا رضاه إن جاز فهو مناف لسلطته المطلقه عليه إذ لم يثبت بأن رجوع المالك الأصلي مما يرفع تلك السلطنه و يخرجها مما كانت له إلى غيره و عدم تسليم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي بنفسه لا يفيد شيئا إذ المالك الأصلي زالت سلطنته و رجوعها برجوعه أول الدعوى ثم أى قاض بحليه هذا المال بلا رضا المنقول إليه و الحال (أنه لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه) و هو بعد رجوع المالك الأصلي لم يتحقق عدم صدق مال الغير عليه للشك فى سببه الرجوع لإخراجه عن ماله فلا يحل هذا المال إلا إذا طابت نفس المالك و المفروض أنه مالك.

و الحاصل الحل للمال و عدم الأكل بالباطل و التراضى فى التجاره لا بد فيه من الإذن إما من المالك الحقيقى و ذلك فى النواقل القهريه مثل أكل الماره بالإذن من الشارع و إن لم يتحقق رضا المالك و كذا الأخذ بالشفعه و الفسخ بالخيار. و جمله الأمر أن كل دليل أسلفناه على صحه العقود فهو يجرى فى اللزوم أيضا فى كل ما يتحقق النقل به عرفا و قد أمضاه الشارع حتى ما كان بغير لفظ فيتتج من ذلك إفاده المعاطاه الملكيه و اللزوم مطلقا لو لا ما نقل قيام الإجماع على عدم لزوم الملك فى المعاطاه و ما فى (القواعد) من أنه يعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التباع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افتراقا بالأبدان حملوه على إرادته بيان صحه العقد و تأثيره فى اللزوم إذا وقع بين اثنين فلم يظهر منه المخالفه للمشهور و يؤيده نقل الإجماع فى كشف اللثام على اعتبار اللفظ فى العقود إلا أن عدم اللزوم الجارى فى لسان الجماعه لم يتضح لنا أنه كذلك حتى عند القائلين بعدم الإباحه فى المعاطاه و إنها تفيد الملك و إن اللزوم ليس فى فروع الملكيه فلعل إجماعهم المدعى على عدمه يعنى عدم الملكيه التى يتفرع اللزوم عليها فهو عبارته ثانیه للقول بالإباحه غير أن القول بالملك المتزلزل فيها المنقول قولا فى المسأله مما ينافى الحمل المزبور، لكنك عرفت أن المعاطاه لو دخلت فى البيع و صح إطلاقه عليها فالملكيه و اللزوم لا بد من الجزم به لأنه من أحكام البيع الصحيحه التى لا تتخلف عنه إلا لدليل، و الإجماع و إن صلح أن يكون دليلا على عدم اللزوم فيحكم على استصحابه لكن تحصيله على وجه استكشاف قول الإمام " عليه السلام " على طريقه المتأخرين مشكل فالأحرى الجزم بتوقف الملكيه على اللفظ و يؤمى إليه خبر ابن أبى عمير الظاهر منه أن سبب التحريم و التحليل منحصر فى الكلام لعدم تأتى الحصر المزبور إلا- فى انحصار إيجاب البيع فى الكلام فلو وقع بغيره لم يتجه الحصر إلا أن ينفى إمكان تأتى المعاطاه فى مورد الروايه لجهه أن المبيع عند مالكة الأول مع الإعراض عن أن خصوص المورد لا يخصص الوارد فلا تخل حينئذ عن إشعار كروايه ابن الحجاج و فيها)

و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها

(فيظهر منها أن مواجهه البيع لا- يكون بنفس إعطاء العين للمشتري، و روايه العلاء- و ابن سنان و يقضى به الأصل بمعنى عدم

حصول النقل و الانتقال إلا بما قضى الدليل على سببته

و إن المعاطاه لو كانت مملكه للزم أنها ملزمه و التالى يبطل بالإجماع، و إلى هذا و نحوه ذهب المشهور إلى أنها لا تفيده إلا الإباحه لكل من العوضين و تلزم بالتلف مطلقا و المسأله فى غايه الإشكال، و قد انهى فيها و فى تصاويرها من المتأخرين جماعه خصوصا شيخنا فى مكاسبه غير أن المحقق من مورد المعاطاه هو ما قارن القبض فلو لم يكن هناك قبض فلا تتحقق معاطاه و فى تحققها بالقبض الابتدائى إشكال، كأن يكن عند محمد مال أمانه من على و عند على و كذلك فتراضيا على المعاوضه فهل يترتب الأثر على ذلك أم لا؟ الظاهر عدم كفايه القبض الاستدامتى و مجرد كفايه استدامه القبض و قيامه مقام فعليته فى بعض ما يشترط فيه القبض كالصرف و السلف و الرهن و الوقف على القول به لا يثبت فى المقام لأن المدار فى المعاطاه على صدق الاسم، و لعله لا يصدق فى الفرض المزبور و مثله القبض فى الذمه من الجانبين و أن جوزنا بيع الدين بالدين، و كذا لا يكفى فيها مجرد التخليه فيما لا ينتقل، و يكفى على الظاهر فى ترتب حكمها على القولين القبض من جانب واحد سواء كان العوض أم المعوض على تردد فى الأول فيعتبر فى البيع قبض المبيع و فى الإجاره قبض العين المستاجر و هو و إن كان ينافى لفظ المعاطاه إلا- أن السيره قاضيه به و لا دليل على صحتها غيرها لأنهم كثيرا ما يتسامحون فى القبض العوض بل الظاهر كفايه مطلق وصول العوض إلى صاحبه كما هو المتعارف فى قبض الماء من السقاء و فى دفع عوضه إلى كوزه و فى الحمامات و غيرها. نعم يعتبر تمييز البائع من المشتري فى ترتب أحكام البيع و الشراء و هو يحصل قطعا بما إذا تعارف كون أحد العوضين ثمنا كالدراهم و الدينانير فيكون صاحب الثمن هو المشتري و فى غير المتعارف يحصل بما إذا قصد بالمدفوع قيامه مقام الثمن بمعنى أن المدفوع منوبا به أن يقوم مقام الدراهم و الدينانير أما لو اشتبه البائع فى المشتري أو كان كل واحد مصداقا لهما باعتبارين، أو يكون المعطى أولا البائع و المشتري هو الآخذ فالظاهر عدم ترتب الأحكام المختصة بالبائع أو المشتري و إن صحه معامله. ثم أنه لا إشكال و لا ريب فى أن التصرفات الموقوفه على الملك لا تجوز على القول بالإباحه فإن غير المالك لا يسوغ له التصرف بالعين المملوكه بمجرد إذن المالك إذ هى ليست من النواقل المملوكه إلا- إذا دل دليل شرعى على حصول الملكيه للمباح بمجرد الإباحه فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له و هو فى المقام مفقود و عموم (تسلط الناس على أموالهم) لا يمكن الاستناد إليه فى الفرض لمعارضته لقواعد آخر مثل (لا- بيع إلا فى ملك) و غيرها الحاكم على العموم المزبور و مقاله دخول المبيع قبل بيعه فى ملكه آنا ما مثل دخول العمودين فى ملك الشخص قبل العتق فتصح مطلق التصرفات حينئذ و ذلك مقتضى الجمع بين عموم (تسلط الناس على أموالهم) و بين أدله توقف البيع و العتق على الملك موهونه بأن قاعده (التسلط) و إن شملت ما كان مباحا مطلقا لكنه لا يمكن شمولها لما لم يمضه الشارع من التصرفات المتوقفه على إمضائه، بل هى عامه للجائز من التصرفات شرعا فلا- تعارض بينها و بين ما دل على توقف البيع و غيره على الملك حتى يحتاج إلى الجمع بين الأدله بالملك القهرى بل هو من باب الحكومه فأدله عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم سلطنه الناس على أموالهم القاضى بإمضاء الإباحه المطلقه من المالك و ليس من نظيره بيع الواهب للعين الموهوبه قبل تلفها لأن البيع رجوع أو كاشف عنه ككشف لمس المرأه فى العده عن الرجوع بها، فلا ملك تقديرى كملك شراء من ينعقد وديه المقتول له بل و لا ضمنى لتوقفه على القصد المفقود و لا- ضمنى فى مثل بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق الملك فيما نحن فيه سابقا، فالحكم بالبطلان أوفق بالقواعد كذا أفاد شيخنا فى مكاسبه و فيه تأمل يظهر وجهه من (إبطال الحكومه المزبوره)

بل الظاهر فيه التزاحم و التعارض إذ بعد وجود البيع الضمني و نفوذه في كثير من المقامات شرعا و إمكان التقديره في الملك فأى داع لعدم جريانها هنا فإن إباحه التصرفات تقتضى الجواز إذ البيع من جملتها و امتناع دخول المبيع في ملكه آنا ما إن كان عقليا فلا مسرح للعقل في منعه و إن كان شرعيا فقد وقع نظيره من الشارع و ليس هو من باب القياس بل لجهه عموم (التسلط) في غير ما دل الدليل على خروجه، و إليه يومئ تجويز القطب، و الشهيد للتصرف في ثمن المغصوب و جواز شراء البائع به شيئا مع علم المشتري بالغصب لأنه سلط البائع عليه و أذن له في إتلافه، و ظاهرهما، أن البائع يملك الثمن بمجرد دفعه إليه و لا يتوقف تصرفه فيه على إذن المالك، و جوز المختلف و طء الجاربه المباحه بعين مغصوبه و إن علم البائع بغصبيته الثمن، و وجه الجواز ليس إلا تسليط المشتري للبائع على الثمن و إن أشكله غير واحد بأن لمالك العين حق تعلق بالثمن فإن له إجازة البيع و أخذ الثمن، و حقه مقدم على حق الغاصب للزوم أن يأخذ بأحسن أحواله، و منهم من بنى المسأله على النقل و الكشف في الإجازة فعلى تقدير الكشف لا- عبره بتسليط مالك الثمن للغاصب على ماله لرجوع الثمن إلى المالك الأصلي إذ الإجازة تكشف عن صحه العقد السابق و لزومه بالنسبه إلى المالك الأصلي. نعم بالرد ينكشف أن المشتري سلط الغاصب على ماله فليس أن يسترده، و أما على تقدير النقل فإجازة العقد الواقع على الثمن مشكل للزوم الدور إذ الإجازة موقوفه على ملكيه الثمن و الفرض توقف الملكيه عليها لو قيل بالنقل. و الحاصل أن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن من الغاصب مما يقضى بحصول الملكيه بمجرد التسليط و لا يجدى صرف حكمهم إلى صوره التسلط المراعى بعد الإجازة من المالك الأصلي لأن نفس التسلط عله تامه لاستحقاق الغاصب سواء في ذلك أجاز أم رد، فينحصر الحكم المخالف للقاعده القاضيه بعدم الانتقال بمجرد التسليط بالتسليط مع عدم الإجازة أخذا بالمتيقن فإنه كلام خال عن الفائده بعد تصريحهم بتملك البائع للثمن مطلقا و إن جعل بعضهم الملكيه أحد الاحتمالين فإن صرف الكلمات إلى صوره خاصه فرارا عن المحذور مع الوقوع بمحذور آخر لا طائل تحته، ثم الحكم بتملك البائع للثمن في تلك الصوره مما يشم منه بأن الإباحه و تسليط من له السلطنه على ماله في الملكيه، و هى أظهر في الإباحه بالعوض التى مبنى المعاطاه عليها فهى معاوضه ماليه تفيده الملكيه من الجانبين، فإما أن ندخلها بالصلح أو البيع بوجه ما أو نقول: بأنها معامله مستقله قضى بصحتها لزومها (عموم الناس مسلطون) و (المؤمنون عند شروطهم) و كيف كان فلزوم المعاطاه على القول بالملكيه في تلف العوضين لا- ريب فيه لارتفاع مورد التراد بالتلف و لو مع الغبن، إذ ليست هى بيع الخيار المستصحب بعد التلف ليستصحب جواز الرد فيها من حيث أن الخيار متعلق بالعقد و من عوارضه لا من عوارض العوضين قبل صدور المعامله فإن جواز الرجوع فى المعاطاه كهو فى العين الموهوبه قبل التلف و بعد تلفها يرتفع موضوع الجواز بخلاف الخيار المتعلق بنفس العقد الذى لم يرتفع موضوعه. و الحاصل إنا قد قدمنا بأن قاعده اللزوم توجب لزوم هذا العقد لكن بعد جزم المشهور بجواز تراد العينين اقتصرنا فيه القدر المتيقن من الخروج عن تلك القاعده و هو جواز الرجوع مع بقاء العوضين، و أما مع تلفهما أو تلف أحدهما فلا رجوع و لا يدل الدليل على أكثر من ذلك، و أما على تقدير الإباحه فمع تلف العوضين أيضا لا إشكال فيه لأن تلفه من مال مالكة و لا موجب لضمان كل منهما مال صاحبه، و استوجه جمع عدم اللزوم لأصاله بقاء سلطنه المالك على العين و لو بعد التلف فغايبه ثبوت المثل أو القيمه، و عورض بأصاله براءه ذمته من مثل التالف أو قيمته

لأن يده على المتلوف قبل التلف لم يكن يد ضمان، و لو أراد المالك الرجوع فى العين الموجوده اللهم إلا يدعى بأن سلطنه المالك على ماله و عمومها يشمل السلطنه على الموجود بأخذه و على التالف بالانتقال إلى بدله فتبقى سلطنته و تحكم على أصاله عدم الضمان. ثم إن القاعده مع أن الضمان ينتقل إلى البدل فى كل مضمون تلف و إن اختلفوا فى البدل بين كونه حقيقيا أو جعليا و اختصاص الضمان بالبدل الجعلي أعنى العين الموجوده لا وجه له و لو كان أحد العوضين فى الذمه فالظاهر أنه فى حكم التالف فيملكه من فى ذمته على القول بالملك و يسقط عنه و الساقط لا يعود و كذلك على القول بالإباحه لعدم جواز مطالبه المديون بالدين عند إباحه المعوض فيستصحب فلا رجوع فى الفرض المزبور مطلقا، و نقل أحد العوضين بالعقد اللازم يلحق بالتلف حكما لكن يجرى ذلك على من منع من إباحه التصرفات الناقله.

الفائده الخامسه و الستون (فى جواز التراد فى المعاطاه):

جواز التراد فى المعاطاه لا بد من قصره على القدر المتيقن و لا يؤخذ عريضه لأن أصاله اللزوم محكمه فى الفرد المشكوك و يتفرع عليه أنه لو عاد أحد العوضين بعد التصرف فيه بأحد النواقل أو عادا معا بفسخ أو إرث أو شبههما للمعاطيان لا وجه للتراد حينئذ على القولين لأن جوازه المحقق هو ما كان قبل خروج العين عن ملك مالكةا، و لا- ريب بأنها خرجت بالنقل فارتفع موضوع التراد و جوازه بعودها مشكوك فلا- يجرى الاستصحاب، و على القول بالإباحه أوضح لأن جواز التراد لم يتحقق فيها لكى يستصحب بل المحقق فى الإباحه إصاله بقاء سلطنه المالك الأول، و لا ريب فى انتفائها بملكه المباح له عند النقل فإن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملكيه فلا- تبقى للمالك الأول سلطنه، و ربما قيل بمنع كون الكاشف عن سبق المالك هو التصرف الناقل، و إنما الكاشف عنه هو العقل الناقل فمتى انفسخ رجع إلى ماله الأول من المالك و الإباحه للغير ما لم يسترد عوضه فالسلطنه بحالها و معها يحوز التراد إذا لم يمنع منه نقل العوض الآخر أو عدم فسخ عقده الناقل و أيضا لا يسلم بأن البيع يكشف عن سبق الملكيه لأن مدعى ذلك يرى توقف البيع على الملك من حيث لا بيع إلا فى ملك، و منكره يقول؛ بكفايه إباحه التصرف و الإتلاف فى جواز البيع و الثمن يملك فيه و الأول أوجه لكن الأقوى رجوعه إلى البائع إذا فسخ، و لو نقل أحد العينين بعقد جائز فليس لمالك العين الأخرى إلزام الناقل بردها ليرجع إلى عينه إذ تحصيله غير واجب على الناقل جوازا حتى مع رجوع صاحب العين الباقية فلا يتحقق التراد، و إن قيل بالإباحه لكشفها عن سبق الملك. نعم لا يجرى ذلك فى الهبه المجرده عن العوض لجواز رجوع المالك الأصلي فيما باعه بالمعاطاه فى العين الموهوبه لعدم تحقق التلف المانع من الرجوع إذ لا عوض فيكون مملوكا فيجوز التراد حينئذ مع بقاء العين الأخرى على حالها بل و مع نقلها بمثل الهبه و إلا جرى عليها حكم التلف و إن كان عقدا جائزا كما ذكرنا، و لو باع العين ثالث فضولا و أجاز المالك الأصلي فالإجازة منه رجوع على القول بالملك على احتمال، و نفوذ البيع فى إجازة الثانى لا ريب فيها، و على تقدير الإباحه يمكن كل منهما رده قبل إجازة الآخر و إن اختلفا فأجاز الثانى بعد رجوع الأول فيبنتى الحكم على تقديرى الكشف و النقل فى الإجازة فإن كان الأول لغى الرجوع، و على النقل تلغى الإجازة، و الامتراج بمال الغير مسقط للتراد على الملكيه و موجب للشركه على القول بالإباحه لبقاء السلطنه على المال إلا إذا ألحقه المزج بالإتلاف، و لو غير المشتري هيئه المبيع كأن فصل الثوب أو طحن الأرز.

فالظاهر عدم جريان استصحاب جواز التراد لتغير الموضوع و من يتسامح فيه لا يسقط عنده حكم التراد، و أما على الإباحه فلا موجب لعدم التراد و المال على ما هو عليه، و يشكل الأمر فى التغيير المتوقف على مصارف فإن جاز التراد عزم الراجع جميع المصارف؛ لأنه هو الذى سلطه على ماله، و يحتمل عدم الغرامه لعلمه بجواز رجوع المالك فهو أقدم على ضرر نفسه فلا يرجع على المالك بما غرمه لو رجع فى عينه لكن لا يبعد أن تغيير المبيع يلحق بالتلف و لو مات أحد المالكين فليس للورثه الرجوع و لا دليل على إرث مثل هذا الحق، و ليس هو نظير الفسخ فى العقود اللازمه ليورث بالموت و لا دليل على انتقاله للوارث بعد فقد من اليه الرجوع. نعم لو جن أحدهما يقوم الولي مقامه لبقاء حقه غايته منع المانع عنه.

الفائدة السادسة و الستون (فى إجراء المعاطاه فى غير البيع العدى):

كلما لم يختص بالبيع العدى تجرى به المعاطاه و يترتب عليه أحكام البيع مطلقا سواء قلنا بالملك المترزل أو بالإباحه، إما على الملكيه فظاهر، و أما على الإباحه فالأظهر أنه بيع عرفى لم يمضه الشارع إلا بعد التلف فإن تحقق التلف أو ما فى حكمه جرى عليه حكم البيع، و قال بعضهم بأنها معاوضه مستقله و له وجه غير أنه لا فائده تظهر إلا نزرا، و ما فرعه على ذلك فى المسالك من بقاء خيار الحيوان لو تلف الثمن كالا- أو بعضا و عدمه و على فرض ثبوته فالإشكال فى وقته فهو على القول بالإباحه لا بالملك و مع ذلك فلا- فائده لجريان حكم البيع على ذلك بعد التلف فتأمل. ثم إن المحقق من موضوعها الذى تترتب عليه الأحكام هو الإنشاء التمليكى أو الإباحى بالفعل الحاصل بقبض العينين للمتعاظيين أو ما فى حكمه، و أما المقبوض بالقول الذى لم يجمع شروط تلك المعامله فهو أيضا داخل فى البيع، و يترتب عليه أحكامه بناء على عدم اشتراط اللزوم بشىء زائد على اللفظ، و قد حصل ما يقضى بالنقل و الانتقال فيكفى، و إما على مقاله المشهور من اعتبار أمور زائده على اللفظ ففى تحقق المعاطاه بمجرد ذلك الإنشاء القولى مطلقا أو بشرط تحقق قبض العوضين أو لا تتحقق به مطلقا كلام فيه لبعض المتأخرين، و عسى أن يكون ميل الأكثر إلى الأول، و إلى الثانى يميل كل من يبطل الملكيه فى المقبوض بالعقد الفاسد. و التحقيق أن المال المقبوض بالعقد الفاسد أى الصيغه الفاقده لبعض الشروط إن كان بلا رضا من كل منهما بل حصر قهرا، إما على التصرف أو على العمل بذلك العقد أو على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل واحد منهما على ملكيه الآخر عن جهل بالفساد أو عن تشريع فلا ريب فى حرمه التصرف فى العوضين حينئذ لأن الرضا معتبر فى جوازه، و أما لو أعرض عن أثر العقد و تقابضا بقصد التمليك كان معاطاه صحيحه غب عقد فاسد و لا ريب فى صحته إنما الإشكال فى الرضا المقارن للعقد الفاسد الذى يعلم منه أنه بدونه أيضا يحصل لكن لم يقع، و فى أن المقصد الأسمى من المعامله التصرف واقعا هذا العقد الفاسد ليكشف عنه و لا يبعد القول بتحقيق المعاطاه فى القسمين و صحه المعامله فإن عنوان التعاطى لمجرد الدلاله على الرضا فإذا تحقق حصوله كفى بل لو لم يحصل إلا قبض العوضين لكفى فى الحكم بأنه معاطاه و لا تساعد كلماتهم إلا على ذلك و الله العالم.

الفائدة السابعة و الستون (في بيع الوقف):

لا ريب ولا إشكال في عدم صحة بيع الوقف الجامع للشرائط حتى الدوام، و أما المنقطع كالوقف على من ينقرض و ما لا يدوم فهو إما منقطع الأول أو الوسط أو الآخر و كل منها إما مع علم الواقف بالانقطاع أو جهله مع معلوميته أو مع الشك فيه أو عدمه و بعد الانقطاع مطلقا أو في بعض الصور هل يصرف في وجوه البر أو يرجع لمالك؟ و هل هو الواقف أو الموقوف عليهم؟ و على فرض جميع هذه الصور لو صححناها أو صححنا بعضها هل يجوز بيعه مطلقا أو في مقامات مخصوصه أو لا يجوز مطلقا في الجميع كلام لأصحابنا (رضوان الله تعالى عليهم) فأما منقطع الأول فلا ريب في بطلانه، و المشهور عليه لخلو الوقف عن موقوف عليه، و خالف الشيخ (رحمه الله) فحكم بالصحة و جعله كوقف الشاه، و الخنزير، و العبد، و زيد من باب تبعض الصنفه فيصح في الجامع و القابل، و يبطل في الفاقد.

و فيه وجود الفرق فإنه في المثاليين تعلق بوجود من جهة توجه القصد إليهما فيصح في النصف بخلاف ترتب القصد بالنسبه إلى المنقطع مع أن الوقف المفروض مشكوك الصحة للشك في تناول ما شرع الوقف له من الأدله لخلو الوقف عن الموقوف عليه، و لا يجزى ذلك في منقطع الوسط و الآخر لعدم الخلو في الابتداء فينقصد و إن تأخر خلوه فيكون كالمبيع بالخيار في كونه عند حصوله في البيع، و تعذره في الوقف يرتفع حكمه لكن ظاهر الوقف هو اعتبار عدم خلوه عن موقوف عليه في جميع الأزمنه فيقتضى البطلان في الثلاث، و العمده في المسأله ما عليه المعظم، و أما منقطع الوسط كالوقف على محمد، و عبده، و على فاستظهر الصحة فيه جماعه من المحققين، ثم إن البطلان بعد محمد فيبطل في المثال في (على) و يصح في (محمد) و احتمال الشهيد (رحمه الله) صحته في الطرفين، و بطلانه في الوسط، و صرف علته فيه إلى المالك، أو ورثته. و فيه أن سلسله الترتيب لم تحصل فلم يكن الوقف على حسب ما يقفه أهله، فالصحة في الأول أقرب كالبطلان في الأخيرين، و أما منقطع الآخر فصحته منسوبة إلى أكثر الأصحاب، بل قيل لم نتحقق قابلا بالبطلان، و إن استشم ذلك ممن صرح بكونه حبسا كالوسيله، و الجامع، و الإرشاد، و المختلف، و غيرها لكن يوهنه الظن بأن أرادتهم من الحبس حكمه، و يومئ إليه بعض كلماتهم بل لا تلتئم كلماتهم إلا على ما ذكرنا فقد قال غير واحد: إنه يكون (سكنى) أو (عمرى) أو (حبسا) بلفظ الوقف إذ الحبس عقد مستقل يحتاج إلى قصد مستقل و هم في صدد بيان الوقف الموجب لنقل العين إلى الموقوف عليهم، و خروجها عن ملك الواقف، و الحبس لا يقتضى ذلك فلا يمكن أن يحكموا به في المسأله المفروضه إلا على إرادته مساواتهما في الحكم. نعم من قال ببطلان الوقف المنقطع يمكنه القول بان من عبر بلفظ الوقف المنقطع، فالانقطاع قرينه على إرادته الحبس من لفظ الوقف فيدعى التصرف باللفظ و ذلك مطلب آخر عائد إلى التجوز باللفظ و عدمه و لا دخل له بانقلاب الوقف حبسا، لكن يظهر من بعضهم خلاف ما ذكرنا من المجمع حيث ثلث الأقوال في مسأله الوقف على من ينقرض و عد منها كونه حبسا عائدا إلى الواقف و ورثته.

و قد استغرب من ذلك بعض المتأخرين غايه الاستغراب قال: (و ما كنا نؤثر وقوع ذلك منه خصوصا بعد قول جماعه منهم بالانتقال إلى ورثه الموقوف عليه).

و قول آخرين (أنه يصرف في وجوه البر) و تصريح غير واحد: (بأن الأكثر على صحته وقفا) و التبعية يشهد به، بل عرفت عدم إمكان تصور القول بصحة ذلك حسبا و ما ذكر من اللازم المزبور كاد يكون صريحا بخلافه ضروره ظهور كلام بعض، و صريح آخرين (بعود ذلك إلى الواقف بعد الانتقال إلى الموقوف عليه، و هذا لا يكون في الحبس الذي لم تنتقل فيه العين إلى المالك) إلى آخر ما قال انتهى. و لقد أجاد و أفاد غير أن انقلاب الوقف حسبا أى مانع منه فإن كان عقليا فلا مسرح له فيه، و إن كان شرعيا فلا دليل عليه، و مثله انقلاب النكاح الذي قصد الانقطاع منه إلى الدوام مع عدم ذكر الأجل، و لا عبره بقصد الانقطاع فعدم إمكان القول بالصحة مع قصد الوقف لا بأس به لو انقلب بذكر الانقراض إلى الحبس بعد اشتراكهما في الحكم و عدم ترتب الثمره بل هو في النكاح أشكل منه هنا لاختلاف الحكم بين الدائم و المنقطع، فلو قلنا بعدم الانقلاب هناك كما هو الأوفق فلعلنا لا نقول به هنا إذ الوقف مشترك بين الثلاث فيتعين بمتعينه و هذا طريق آخر و مقتضاه حينئذ عدم الفرق بين ما قرن بمداه أو كان لمن ينقرض في كون الوقف حسبا لكن الإشكال أن المتلقى من كلماتهم عدم الصحة وقفا في الأول و صحته وقفا في الأخير، فما حكمنا فيه لا يخلو من نظر. و كيف كان فالظاهر عود العين و منافعها بعد تصرف المداه أو انقراض البطن أو البطون إلى الواقف أو ورثته دون ورثه الموقوف عليهم فإن الناقل عن مقتضى الملك نقل مقدارا معيننا لا نقل مطلقا، فمتى انقضى سبب الملك الذي أحدثه المالك رجع المنقول إلى حاله السابق كالعود بالإقاله أو الخيار فإنهما سبب لفسخ السبب الذي اقتضى النقل فعاد مقتضى السبب الأولى فلا وقع لما يدعى من أن الأوفق أن يرجع إلى ورثه الموقوف عليهم لأنه من ملك مورثهم لأن ملكيه المورث له على وجه الانقطاع فلا يدخل في التركة لكي تشملها أدله الإرث، و أضعف من ذلك القول بصرفه في وجوه البر لأن الصرف المزبور إما من جهه أنه مجهول المالك أو لبقائه على الوقفيه و الواقف ترك ذكر المصرف فيصرف فيما ذكر، و الثانى بعد قصر الواقف الوقف على المنقرضين لا يمكن إذ لا سبب لبقاء وقفه بعد الانقراض، و الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

و الأول لا يمكن إلا بعد إحراز إعراض المالك عن ماله و إباحته له على أن يصرف في وجوه البر و إحراز ذلك بنفس الوقف على من ينقرض لا وجه له لعدم استفادته قطعا.

نعم من استفاد أن المالك أخرج المال عن ملكه بالكلية لا ضير عليه إن صرفه في المصرف المزبور إلا أن استفاده ذلك في تمام الإشكال فلا جرم من عوده إلى ورثه الواقف حين موته لا حين انقراض الموقوف عليهم، لأن المال صار بحكم مال الميت و كونه كذلك في الزمن المتأخر لا يقضى بعوده إلى أهل ذلك الزمن من ورثته، و مثله ما لو فسخ المشتري بخياره بعد موت البائع فإن المبيع يكون للوارث الأول أو من يرثه و لا يعود إلى ورثه الميت حين الفسخ و إن افترق المشبه به عن المشبه بأخذ العوض و عدمه إلا أنهما من واد واحد، بل احتمال عوده إلى ورثه الواقف زمن الانقراض دون الوارث الأول - احتمال سخي - لم يوجد له نظير في الشريعة و لو احتمل ذلك لجري في ديه المقتول التي تأخر أخذها نصوصا في القتل العمدي التي هي بعد العفو عن القصاص أو بالمصالحة عليه مع أنه لم يحتمل ذلك أحد. بقى الكلام في جواز بيع مثل هذا الوقف المنقطع و عدم جوازه قبل الانقطاع بناء على صحته وقفا فإن قلنا بملكه للواقف امتنع بيعه للموقوف عليهم لعدم ملكيتهم له و مع كونه أكثر نفعاً للواقف أو ورثته أو مع الخوف على اضمحلاله و لم يكن في بيعه ضرر على الموقوف عليهم إما لتبديله بما هو خير منه أو لجهات آخر فليعه وجه يخرج على قواعد بيع الوقف لو جاز، و يتولاه الولي

الخصوصى أو العمومى - و سيأتى الإشارة إليه - و فى جواز البيع للواقف قبل الانقراض معلقا عليه على الموقوف عليهم أم مطلقا مع رضاء الموقوف عليه بالبيع و عدمه وجهان: و يمنع من الثانى لزوم الغرر لجهاله وقت الاستحقاق فلا يحصل التسليم التام كبيع مسكن المطلقه المعتده بالاقراء المصرح بعضهم بمنعه.

و يصححه عموم (تسلط الناس على أموالهم) غاية أنه مسلوب المنفعة فإذا أقدم المشتري على شرائه فقد أقدم على ضرر نفسه فيكون شبيها ببيع الفضولى التى لا يعلم تحقق الإجاره و الرد فيها بأى وقت بناء على الكشف الحكمى، و يؤيده روايه ابن نعيم: (و فيها

لا ينقض البيع الإجاره أو السكنى و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملكه حتى ينقضى السكنى على ما شرط

إلى آخره. و ليس لرضاء الموقوف عليهم دخل فى جواز البيع و عدمه، لأنه لا يرفع الجهاله أن بقى حقهم و لا يصح أن رفعوا اليد منه إذ المنفعة مال لهم فلا- ينتقل إلى المشتري بلا عوض و ليس من الحقوق التى يمكن إسقاطها لهم للشك فى جوازه و عدمه المحكم فيه إصالة عدم الجواز. نعم يمكن أن يكون العقد مركبا من نقل العين من جانب الواقف و المنفعة من الموقوف عليهم، و يوزع الثمن بالنسبه لكن ذلك إن صح فهو بالصلح لان غيره ليس له شأنه نقل العين و المنفعة المجهوله بل مطلقا و يصحح الأول رفع الغرر بالنسبه إليهم لكنهم يكونون بالنسبه إلى البطون اللاحقه كالواقف فيجرى فيهم حكمه لصيرورتهم بمنزلته، و يكون فائده البيع عوده إليهم لا- إليه، و أما لو قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليهم سواء استقرت ملكيتهم له أو تزلزلت بمعنى رجوعه إلى الواقف عند انقراضهم فلا يصح بيع الواقف له إذ لا بيع إلا فى ملك و لا فضلا لعدم تمكن الموقوف عليه من الإجاره من جهه ممنوعيته من البيع حتى مع إجاره الواقف ذلك لو قيل بعوده إليه من حيث اعتباره فى الوقف بقاء العين فتدبر.

و إما على القول بصرفه فى وجوه البر فحكمه حكم الوقف المؤبد كما أن الحكم فى بيع بعض البطون قبل الأخيره هو حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد، و تفصيل القول فيه أنه بعد ما تحقق المنع عن بيعه للتعبد الشرعى المكشوف عنه بالنصوص من حيث أن الوقف له تعلق بحق الله تعالى لا اعتبار نيه القربه فيه و لمنافاه البيع لغرض الواقف و لحقوق البطون المتأخره فلا- يجوز بيعه لكن متى ارتفعت هذه الموانع ساغ بيعه و يبطل الوقف حينئذ بإجراء صيغه البيع لا بمجرد جواز البيع فيبقى وقفا إلى زمن نقله، و هو لا- يكون إلا- بعد إبطال وقفيته و إجراء حكم المملوكيه على عينه كما قيل مع احتمالاه إذ لا بيع إلا فى ملك إلا أن يقال بسبق الملكيه أنا ما و محل الخلاف على ما تبين من كلماتهم فى الوقف الخاص الذى يملك الموقوف عليه منفعتة و له إجاره و أكل نمائه، و اخذ أجره المثل ممن غصبه دون ما لم يكن كذلك كما فى المساجد، و المدارس، و الرباطات؛ لأن إبطال وقفيتها أشبه شىء بفك الملك كالتحرير مثلا إذ الموقوف عليه لا يملك سوى الانتفاع فلو غصب أحد مكان أحد فى مسجد، أو رباط، أو مدرسه، أو سكن بها بغير حق فليس عليه أجره المثل و إن أحرم عليه المكث الذى تفسد بها عبادته مع احتمال انه بعد الغصب يكون أحق به من غيره و ان أثم فى نفس الفعل، لكن الأقوى عدمه و بقاء حق المغصوب فيه إلا- أن يسقط حقه منه.

و الحاصل أن مورد الخلاف فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا فيترب على ذلك عدم جواز بيع المسجد إذا تعذر الانتفاع فيه بخراب طريقه أو القرية التي هو فيها و إن أمكن صرف ثمنه في مسجد آخر أو في الخيرات و المبرات خلافا لبعض من منحه الله تعالى بقوه الفقااهه من أسلافنا (رحمهم الله) فقد جزموا بجواز بيعه أو استعماله في

غير الجبهه المقصوده للواقف عند تعذرها و صرف منافعها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما لما اتصف منها بصفه ترجحه، و التخيير إن تساوت الصفات مع اعتبار الرجحان لا مطلقا و إن تعذر المماثل صرف في غيره على النهج المذكور و لو تعارض المماثل المرجوح مع غيره الراجح فالمماثل مقدم على الظاهر أو يقرن ذلك بنظر الحاكم الموظف للمصالح، و إن تعذرا يصرف في مصالح عموم المسلمين هذا في خصوص الأرض من مسجد أو رباط أو مدرسه أو ضريح مشرف أو ما في غيرها من الآلات و الفرش و أثواب الضرائح، و ما أعد لزينه المشاهد و الفرقان الذي عاد إلى الهجر و الاضمحلال الموقوف في مكان عاد كعوده فهي تجعل في المماثل إذا تعذر الانتفاع بها في خصوص المحل و إلا فعلى الترتيب السابق، و لو تعذر الجميع أشبهت الملك المعرض عنه فيحتمل فيها العود إلى المالك و مع اليأس عن معرفته تكون بحكم مجهول المالك، و يحتمل عدم عودها إليه و رجوعها ملكا للمسلمين تصرف في مصالحهم. و هذا كله حسن و جيه لكنه متوقف على كونه ملكا للمسلمين مثل؛ أرض الخراج المفتوحه عنوه مثل الأنفال، و ما اختص بالإمام في إباحته للمسلمين على القول به و خروج هذه الأشياء من ملك المالك متيقن من جهه النقل، أما دخوله في ملك المسلمين فلا دليل عليه، و بقاء هذه الأشياء بلا مالك لا يقضى بملكيتها للمسلمين جزما مع نفيه بالأصل السالم عن المعارض، و لعل الباعث على ذلك روايه مروان بن مالك في بيع ثوب الكعبه و جوازها، و ما اشتهر من جواز بيع حصر المسجد إذا خلقت، و جذوعه إذا انكسرت و خرجت عن الانتفاع به، و له وجه لكنه يختص بما كان ملكا تطلقا مثل الأشياء المشتراه من المال المعين للمسجد أو للمشهد فمثله يجوز للنظر التصرف فيه و بيعه مع المصلحه حتى لو لم يخرج عن حيز الانتفاع، و أما الأشياء الموقوفه على المسجد أو الكعبه، أو المشهد مثل الحصر، و البوارى، و ثوب الكعبه، و غيرها من سائر الآلات فذلك ملك أيضا لا يجوز بيعها. و على كل حال ينبغي أن ينظر في جزئيات المسأله مثل أجزاء البناء الموضوع في المساجد، و المشاهد، و المقابر، و الحمامات، و المدارس، و القناطر الموقوفه عموما و غيرها من الأعيان و الآلات مثل الكتب الموقوفه على الطلبة، و العبد المحبوس في خدمه الكعبه و الأشجار الموقوفه عموما و البوارى الموضوعه و لو في غير المسجد لصلاه المصلين، و الماء المبذول في بعضها فكل ما قصد يوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم ممن لم ينحصر فيحكم عليه بحكم المباحات بالأصل اللازم بقائها على الإباحه الأصلية، و اللازم عموم جواز بيعها فيراعى فيها الأقرب فالأقرب إلى نظر الموقوف. و أما ما لم يقصد به ذلك كوقف مثل الدكاكين، و الحمامات، و نحوها على جهه عامه فإنها لو عادت إلى التلف بيعت، و صرف ثمنها في تلك الجبهه، لان المنظور فيها تحصيل المنافع و صرفها في مصارفها، نعم يقع الأشكال فيما اشتبه أمره بعد إحراز وقفه في أنه فك ملك أو تملكك ليلحق كل واحد من القسمين حكمه من إبقاء عينه حيث يمكن و من أن مرجعه إلى نظر المتولى فله بيعه، أو تبديله، أو غيرهما.

و الظاهر أن الأصل في مورد الشك في الوقف (أنه فك ملك) فلا يجوز تغييره مع إمكان بقائه مطلقا فاللازم حينئذ ملاحظه المقامات ثم ملاحظه نظر الواقف في خصوص القسم الثاني من الوقف فيعامل معاملة المسجد إذا كان ذلك ملحوظا للواقف أو قام عليه شاهد حال فعل في الدكان المخصوص المعين منافع لميراث مخصوصه الموقوف على

ذلك خصوصيه في نظر الواقف في إبقائه و لو خرب أو عاد إلى الاضمحلال فعليك في التأمل.

و منه يظهر الاشكال في جمله من التصرفات في المشاهد المشرفه من تغيير هيئه الوقف أو حجب بعض حجراته عن الموقوف عليهم أو غير ذلك على ما نشاهده في زماننا من وضع الثريات في الحضرات و التصرفات بجدرانها و حجرها القديمه و تغيير هيئه الوقف من دون خوف عليه من انهدام و غيره فإن كل ذلك مشكل في الغايه، و الواقف السابق يخاصم المتصرف بين يدي الواحد الاحد. نعم يخلص من الوصمه لو حصل الأذن فيه من الحاكم الشرعى الأعلم فالاعلم و فى التساوى يقدم الأرشد من العلماء فإنه الحجبه من قبل الحجبه (عجل الله تعالى فرجه) و له الولايه العامه حسب ما سبق بيانه، و يضمن على الظاهر من أتلّف شيئاً من هذه الموقوفات أو إجزائها مما لم يتسامح به عرفاً فيجب فى الجزء المتلوف أن يجعل مثله فى مقامه أو يرجعه إلى محله و فى الكل أن تصرف قيمته فى بدله فمن خرب شيئاً من الرباطات و الخانات بأن قلع من بنائها أو تصرف فيها تصرفاً يقبل العوض غرم مثله أو قيمته و كذلك فى إتلاف الجميع. هذا إذا لم يكن ذلك من شروط الواقف فى العين الموقوفه، أما مع الشرط فالضمان قولاً- واحداً أو قيل بعدم الضمان لان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و الاجماع على عدم ضمان المنافع فى المدرسه، أو الخان لو اتخذ مسكناً أو محرزاً أو غير ذلك، و قد منع الموقوف عليه منه فلا تجرى فيه قاعده (على اليد) لأن المراد من التأديه فى الحديث الايصال إلى المالك فيختص بأملاك الناس و هو قوى و إن كان الاحتياط فى السابق.

الفائده الثامنه و الستون (فى عمومات الوقف):

قد عرفت أن عمومات الوقف تقضى بعدم جواز بيعه مطلقاً لكن أصحابنا منهم من لم يخرج عن العموم كالحلى و الاسكافى و فخر الاسلام إلا فى آلات الوقف و اجزائه التى ينحصر طريق الانتفاع فيها بالبيع.

و منهم من خرج عن العموم و سوغ البيع فى الجملة، و اختلفوا فيما يسوغ منه فمنهم من اقتصر على غير الوقف المؤبد لا مطلقاً و عليه القاضى و نقل عن الصدوق و خصوا جوازه للطبقه الاخيريه لا- غيرها مع الخوف من فساده أو الخلف بين أربابه و رجوع الوقف إلى ورثه الموقوف عليهم دون الواقف و ورثته و إلا- عاد حسباً و لزمه حكمه، اللهم إلا أن يكون بيعهم مع تملكهم له و بقاء حق للواقف كبيع أحد البطون فى المؤبد مع بقاء حق للبطون الآتية فلا يكون بحكم الحبس.

و منهم من حكم بجوازه فى المؤبد فى الجملة و سكت عن المنقطع فيحتمل منه التعميم، و يحتمل عدمه. نعم من قال برجوع المنقطع إلى الواقف و ورثته بعد انقراض الموقوف عليه يلزمه القول بعدم جواز البيع للموقوف عليه فى المنقطع، ثم الظاهر من كلماتهم المختلفه فى جواز بيع المؤبد هو جوازه فيما لو اضمحل بحيث لا ينتفع به كمدرس الحصر و الجذع المنكسر، و فيما إذا اختلف أربابه بحيث يحصل من الخلف تلف الاموال، و المتولى للبيع أما الولى أو الحاكم لو فقد الولى و يشتري بضمنه فى الموضوعين ما يكون وقفاً و فاقدًا للمحدورين تحصيلاً لمطلب الواقف مهما امكن و فيما إذا احتاج الموقوف عليه حاجه شديده بحيث لا يكفيهم غلته، و ظاهرهم كفايه الظن الاطمئنانى بأحد الامور المزبوره و إن عبر غير واحد من المجوزين بما يؤدى إلى الأمور المزبوره الذى ظاهره القطع بالتأديه لكن مع ضم من عبر بالخوف من أن يؤدى بصرف ذلك الظهور إلى كفايه

الظن، و قرينته تعبير الفقيه الواحد بالأمرين، و الذى يترجح فى النظر هو جواز بيع الوقف الذى لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالجذع البالى، و الحيوان المذبوح، و الحصر الخلق، و تبديله بما ينتفع منه الموقوف عليه لعدم المانع من بيعه من إجماع و غيره فإن المنع من شراء الوقف الوارد فى النصوص لا يشمل هذه الحالة و مراعاة البطون اللاحقه لازم فينتج ما اخترناه، و لولاه للزم إما تعطيله حتى يتلف أو الانتفاع به بالبطن الموجود و هما منفيان، ففى الأول تضييع لحق الله تعالى، و حق الواقف، و الموقوف عليه، و هو القاطع لاستصحاب المنع مضافا إلى أن المنع من البيع علتة الانتفاع بالعين الموقوفه و بقاء الأجر و الثواب للواقف فى الانتفاعات، و مع التلف تنتفى العله فينتفى المعلول، و فى الثانى تضييع حق البطون التى أراد انتفاعها الواقف به فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى اتلافه و اختصاصهم بثمره.

و منه يظهر أن العين الموقوفه إذا تحققت تلفها بزمان متأخر إما لعارض، و لأن استعدادها لا يتجاوز مقدارا من الزمان معيناً فإن أمكن تبديلها بما يبقى و جب ذلك على أول البطون و لا يلزم تأخير تبديلها إلى مجيء ذلك الزمان ثم البدل إن كانت فيه هذه الصفه أيضا يلزم تبديله فيتسلسل لكن الظاهر أن الموقوف الذى لا يبقى بحسب استعداده إلى آخر البطون أو يعلم الواقف مده بقائه لا يجب تبديله بما يبقى لجميع البطون بل ينتهى ملكه للموجود آخر أزمه بقائه و لتبديله وجه، و البدل يجرى فيه ما يجرى فى المبدل و لا يحتاج إلى الصيغه بل نفس البدليه كاف فى كونه وقفا كالمبدل فتنتفع به البطون اللاحقه على نحو انتفاعهم فى المبدل فثمن الوقف عند جواز بيعه تجرى عليه جميع الاحكام المختصه بالوقف.

و منها أن المثلث ملك للمعدومين بالقوه و الثمن مثله و عدم تعقل ملكيه المعدوم يسلم فى ملكيته الفعلية لا الشأنيه.

و الحاصل أن الثمن بعد أن كان بدلا لا يعقل تخلف ملكيته عن المبدل بل هما سواء و لا دليل على اختصاص بدليته فيقال إنه بدل فى الملك الفعلى فقط فلا يلتفت إلى ما يقال أو قيل، أن عموم البدليه لا يثبت ترتب جميع اللوازم بحيث يثبت بها إن تعلق الحق بالمبيع و الثمن على نهج واحد، و إليه نظر من أنكر عموم البدليه فى التيمم مع وجود الدليل اللفظى فيه، و فقده فى المقام و لعدم حكمهم بوجوب إبقاء البدل كالأصل فى كونه ممنوعا من التصرف فيه إلا لعذر بل ظاهرهم جواز تبديل البدل لأى مصلحه كانت بنظرهم أو بنظر وليهم، و وجه الرد أن المنقول إلى المشتري حيث يجوز بيع الوقف إن كان الاختصاص الموجود لم يكن مستقرا لتوقيته بوجود البطن الأول فإذا تم توقيته رجع إلى البطن الآخر فحاله حال المبيع بالخيار قبل انقضاء المده فى رجوع البائع و ان تعاقب بيعه للبطون قبل انتهاء أجله، و إن كان هو الاختصاص و الملكيه المستقره الذى لا يزول عن مالكة فيلزم فيه مراعاة البطون اللاحقه على حد بدله لعدم جواز اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض و لا يشبه ما نحن فيه ديه العبد الموقوف على القول باختصاصها بالبطن الأول و عدم اشتراك البطون اللاحقه فيه، و كذا بدل الرهن لو قيل بعدم كونه رهنا لأن الحكم فى الأول متأخر عن تلف الموقوف شرعا فجاز منع البطون اللاحقه منه عقلا، و ليس هو من باب المعاوضه، و كذا الثانى فإن الرهنه تعلقت بالعين من حيث ملكيه الراهن لها فجاز أن ترتفع الرهنه بارتفاع الملكيه لا إلى بدل و إلى بدل كما هو بين، و يتفرع على ما حررناه أن المدار فى الثمن مراعاة مصلحه البطون اللاحقه و زياده الأجر و الثواب للواقف بزياده انتفاع الموقوف عليه فلا داعى لوجوب اخذ المماثل للوقف كما عساه يظهر من جماعه

معللين بكونه أقرب إلى غرض الواقف، فإن الظاهر من أن الموقوف على حسب ما يقفها أهلها هو ملاحظه مدلول كلام الواقف بالنسبة إلى الوقف كبقاء عينه، و الانتفاع بنمائه و صرفه في جهته و لو تبدل ببيعه و انتقل الثمن للموقوف عليهم كان الملاحظ مصلحتهم، و زياده الثواب، و المتولى للبيع الحاكم منظمًا إلى الموقوف عليهم، و كذا إلى الناظر المعين من جهة الواقف في الأولى؛ لأن النظارة المطلقة لا تنصرف إلى التصرف في العين في البيع، و إن اقتضت بقيه التصرفات، و في سقوط نظارته بالنسبة إلى البدل، أو بقاءها كالمبدل و جهان: من تعلق نظره بالعين الموقوفه فيقتضى تعلقه ببدلها و من انعدامها بتلفها، و لو بالمعاوضه فتفوت بفواتها و لو كان البدل نقدا لزم وضعه عند أمين حتى يمكن شراء ما ينتفع بنمائه، و لا يجوز صرفه في البطن الموجود لاشتراكه بين جميع البطون، و في لزوم الاتجار به مع الأمن من تلفه، و ظهور المصلحه في ذلك وجه لعدم الانتفاع ببقائه أمانه و كذا في لزوم تبديله إلى ما لا زكاه في عينه لأن لا تأتي عليه الزكاه فيكون باعنا إلى منافاه غرض الواقف، و يحتمل عدم تعلق حق الزكاه به لما ورد من أنه لا صدقه في صدقه أو هو كمال الصغير في وجه و لو طلب البطن الموجود شراء ما ينتفع به ببيع الخيار فالظاهر لزوم إجابته.

نعم يلزم أن يكون الخيار مستمرا لا- مؤقتا لاحتمال وجود البدل في كل وقت و لو أتجر به احتمال في النماء أن يكون كمنافع العين فيفرض أن الأصل هو العين و النماء يدفع للبطن الموجود، و يحتمل أن يكون النماء تابع للأصل لا يملكه الموجودون لأنه جزء من البيع و ليس كالنماء الحقيقي و لو كان الثمن مما له نماء كأن يكون حيوانا أو بستانا له نماء أو عينا تجرى أو غير ذلك مما لا تأييد فيه فالاحتمالان، و أما ما من شأنه التأييد و البقاء فالمتجه صرفه في الموقوف عليهم و يجوز بيع البعض مع الشروط المرقومه كبيع الكل و يجرى فيه ما يجرى في الكل، و لو احتاج البعض الباقي إلى التعمير فالظاهر وجوب صرف ثمن المبيع في عمارته إن شرط الواقف تعميره قبل القسمه بل، و لو لم يشترط لأقريبه ذلك إلى مراد الواقف فيدور الأمر بين تعمير بعض الموقوف و حراسته عن التلف، و بين شراء البدل، و خراب الباقي من العين الموقوفه، و لا شك أن الثاني أقرب، و عسى أن يقال بملاحظه المصلحه فيما ينتفع به الموقوف عليهم فإذا كان البدل أصلح يشتري و لا يصرف ثمن البعض في الباقي و إن آل إلى الخراب، و لو كان لهم وقف آخر على نحو هذا الوقف، و احتاج إلى التعمير، لا يبعد القول بصرف ثمن المبيع عليه و التخيير بينه و بين البعض الباقي أو تساويا في المصلحه، و المعتمد هو اتباع مصلحه الموقوف عليهم، و زياده الثواب للواقف في البيع و صرف الثمن، و تقديم المصلحه الباقية- و إن كانت اقل نماء على المصلحه الفانيه- و إن كثر نفعها و لو في بطون متعدده تنتهي فإن التأييد ملحوظ للواقف و لو قلت منفعه العين الموقوفه بخراب و غيره و كان في بيعها و شراء البدل نفع يساوق منفعتها الأولى فالظاهر وفاقا للأغلب عدم جواز بيعها لأن الخراب مطلقا ليس بعلة لجواز البيع، و المقيد بعدم إمكان الانتفاع لم يحصل و حمل الانتفاع المنفى على المعتد به يحتاج إلى دليل، و العمل بعموم وجوب اتباع الواقف في حبس العين، و عدم جواز بيع الوقف ينافيه، و المنع عن بيع النخله المنقلعه التي يمكن الانتفاع بها بتسقيف أو غيره يؤيد عدم الجواز.

نعم يظهر من بعض النصوص جواز البيع في المخروب مطلقا و حملها على ما يوافق المشهور أوفق بمذاق الفقاهه. و بالجملة لا يسوغ البيع إلا- بزوال جملة المنافع، و لو تبعض فالوقف بحاله إلا إذا ألحق بالمعدوم أو كان ذلك الانتفاع تلف كحرق الخشبه الموقوفه

لمنفعه ما، و لو وقف البستان أو الدار بلفظهما، و لم يقل وقفت هذه العين فذهب بعضهم إلى بطلان الوقف بذهاب العنوان كعودهما عرصه و سلب الاسم عنها، و إن أمكن الانتفاع بهما بوجه آخر إذ العرصه لم تكن أولاً، و بالذات ملحوظه فى نظر الواقف و لا- لاحظها من حيث انها جزء البستان أو الدار فإذا بطل فى بعض الاجزاء لا يبطل فى الجميع بل هى داخله فى الوقف من كونه بستاناً أو مطلقاً فهى جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه، و متى ذهب الكل لا- بقاء للجزء. نعم لو لوحظ الجزء فى الوقف لا- مجال لبطلانه و حكم أيضاً بان الوقف لا- يباع إلا- إذا بطل، و إن بيعه حال كونه وقفاً محال، و ما حكم به موافق للاعتبار غير أنه موهون بان العنوان لا يصير الوقف منقطعاً فيبطل بذهابه بل هو من قبيل العنوان الواقع فى المبيع، فإن البستانيه إذا وقعت مفعولاً فى البيع و نحوه لا يبطل البيع بانعدامها جزماً.

نعم لو نزلت العنوانيه منزله الشرط فالوقف باطل من حينه لا إذا انعدم العنوان.

و الحاصل أن دوران الملك فى العقود الناقله مدار العناوين لم يذهب إليه أحد و لا- له معنى محصل، و ليس التملك من الاحكام الجعليه ليتعلق بالعناوين و لا ينافى ذلك ما ذكروا فى الوصيه بأنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها، لأن الموصى به لم يخرج عن ملك الموصى.

نعم لو كان ذلك بعد موت الموصى و قبول الموصى له لكان مما نحن فيه و بطلان الوصيه فى الفرض هو لا من جهة تبديل العنوان بل لجهه عدم تمامها و لزومها فيستصحب بقاء ملكيه الموصى للعين الموصى بها أو لجهه أخرى و كون المقام غير ما نحن فيه يكفى فى الفارق، و يوهن ما ذكر من أن الوقف لا يباع إلا إذا بطل أيضاً بما مر عليك.

و ملخصه أن الوقف المؤبد لا- يبطل بعد تحققه و إن فات شرط الوقف المرعى و هو الانتفاع بالعين، لأن الشرط فى كل عقد ناقل يكفى فيه وجوده حال النقل فإن المبيع لا يخرج عن ملك المشتري و إن انتفت ماليته، فالاستمرار يحتاج إلى الدليل على أن نفس جواز بيع الوقف لا يورث الحكم بالبطلان و إن اقتضى خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما هو واضح.

إلى هنا وقف يراعه (قدس سره)، و الحمد لله أولاً و آخراً

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
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

