

العناوين الفقهية

الحسيني المراغي ج ٢

[١]

العناوين تأليف الفقيه المحقق الاصولي المدقق السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ الجزء الثاني مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

[٢]

العناوين (ج ٢)

[٣]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين الحمد لله رب العالمين،
والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله
الطيبين الطاهرين (١).

(١) لم ترد الخطبة في المخطوطتين.

[٥]

فصل في (١) عناوين المعاملات [العنوان السابع والعشرون] [في بيان أصالة الصحة في العقود] (هامش) * (١) لم يرد في المخطوطتين.

[٦]

عنوان [٢٧] قد تقرر: أن الأصل في المعاملات - كالعبادات - الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر شرعا، لأن ترتبه عليه أمر توقيفي يحتاج إلى ثبوته من الشرع، فما لم يثبت فالأصل عدمه. والظاهر: أن كون البناء على أصالة الفساد في كل ما شك في ورود دليل على صحته مجمع عليه فيما بينهم، وإنما البحث في أنه هل يثبت قاعدة كلية تدل على الصحة أم لا؟ فنقول: الشك في الصحة والفساد تارة يكون في نفس الحكم الشرعي، كالشك في صحة الصرف من دون قبض، والوقف بدون قصد القرية، ونحو ذلك، وإليه يرجع الشك في الموضوع المستنبط، لأنه راجع إلى معرفة مفاد الدليل، فيكون الشك في شمول اللفظ لذلك الفرد المشكوك مؤديا إلى الشك في حكمه، لا بمعنى كون الشك مسيئا عنه، بل بمعنى بقائه على ما كان سابقا قبل (١) قوله تعالى: وأحل الله البيع (٢) وشككنا في أن البيع

هل يعم ما وقع بلفظ (ملكيت) أو ما وقع بالمعاطاة، أم لا؟ ولازم ذلك بقاؤهما مشكوكي الحكم كما كانا قبل ورود الدليل،

(١) في النسخ بدل (قبل): مثل، والصواب ما أثبتناه، علما بالتصحيح. (٢) البقرة: ٢٧٥.

[٧]

لعدم وجود دليل واضح يدل على صحتها، فيرجعان إلى أصالة الفساد لو لم يثبت قاعدة أخرى. وبالجملة: الشبهة في الموضوع المستنبط راجع إلى الشك في الحكم. وتارة يكون في الموضوع الصرف، كما إذا وقعت معاملة في الخارج ونحن نعلم أنها لو وقعت على الطريق الفلاني لكان صحيحا شرعا، ولو وقعت على طريق آخر - مثلا - كانت فاسدة، ولكن لا ندري أنها وقعت بأي الطريقين، فهنا مقامان: المقام الأول (١) في شبهة الحكم والظاهر: البناء في المشكوك في العقود على الصحة - وبأتي الكلام في الأبقاعات - والوجه في ذلك يتخرج من أمور عديدة: الأول: أنه لا ريب أن المعاملات إنما هي أمور ضرورية للتعيش، وليس من مخترعات الشرع، بل لا ريب في أن المكلفين يحتاجون إلى نقل الأعيان بعوض أو بدونه، وكذلك المنافع بعوض أو بدونه. ويحتاجون إلى الشركة والاسترباح والاستئمان والنيابات والتناكح، ونحو ذلك، ويتولد من ذلك البيع والصلح والهبة والأجارة والعارية والوكالة والشركة والمضاربة والنكاح والمزارعة والمساقاة والجعالة، وغير ذلك من العقود. ولا يخفى على كل من له درية: أن هذه كلها من الأمور المتداولة بين الناس على اختلاف الأنواع والأشخاص، بل قد تداول بينهم ما ليس داخلا تحت هذه العقود المعنونة في الفقه، فإنهم يستعملونها (٢) على حسب حاجاتهم، وبعضها يمكن

(١) في غير (م): أحدهما. ولا يخفى أن المؤلف قدس سره لم يبحث عن عدله - المقام الثاني - في هذا العنوان، وأخر البحث عنه إلى العنوان التالي، يجئ في ص: ٣١. (٢) كذا، والمناسب: تذكير الضمير، لرجوعه إلى (ما) وهكذا فيما يأتي من الضمائر في هذه الفقرة.

[٨]

تخريجها بحيث يدخل تحت أحد المذكورات، وبعضها مما لا يمكن. فيعلم من ذلك تداول هذه الأمور في زمن الشارع أيضا، فلو كان المشكوك فيه حراما وفاسدا لم يقرر الشارع لهم على ذلك، مع أن ظاهر اتصال هذا التداول إلى زمن الشرع كون الشارع قد قرره على ذلك، وتقديره دال على صحته وامضاء الشارع له، وهو معنى ترتب الأثر. الثاني: أن نقول: إن المشكوك فيه بعد ثبوت تداوله لو كان فاسدا لاشتهر وتواتر، لعموم البلوى وشدة الحاجة، والفرض أنه لم يشتهر ولم يظهر، فدل على عدم كونه فاسدا في نفس الأمر. فإن قلت: إنه لو كان صحيحا لاشتهر وتواتر، مع أنه لم يظهر، فعلم أنه فاسد. قلت: حيث إن هذا شئ متداول عند الناس، ومن المعلوم أنه لم يكن طريقتهم السؤال عن كل ما هو بأيديهم، سيما مع علم الشارع به، وكانوا يبنون فيما فعلوه على الموافقة للواقع حتى يظهر من الشارع المنع عنه وبيان عدم صحته، فالمحتاج إلى البيان إنما هو الفساد، فما لم يبين علم عدمه، وعدم المنع بيان لصحته. فإن قلت: إذا كان (١) مقتضى الأصل الأولي الفساد، فلعل سكوت

الشارع من باب الاتكال على أن المكلفين يبنون على الفساد، لأنهم يعرفون ذلك بعقولهم، فتكون الصحة هي (٢) المحتاج إلى البيان منه. قلت: هذا إذا لم يعلم الشارع بارتكاب المكلفين به، فإذا علم به علم أن بناءهم ليس على الفساد ما لم يظهر من الشرع (٣) منع، فعدم ظهور منعه مع ذلك دليل على الأمضاء، وهو المطلوب. الثالث: أن عموم قوله عليه السلام في الرواية المشهورة: (الناس مسلطون على أموالهم) (٤) يقتضي صحة العقود المتفرعة عليها في الجملة وإن لم يدل على ترتب

(١) في (ف، م): قد عرفت أن مقتضى الأصل. (٢) في غير (م، هو). (٣) في (ف): الشارع. (٤) عوالي اللالي ١: ٢٢٢، ح ٩٩.

[٩]

تفاصيل الأحكام. وبيان ذلك: أن المولى إذا أعطى لعبده كل واحد منهم شيئاً من الأمتعة والأموال ثم قال: (كل واحد منكم مسلط على ما أعطيته إياه) ولم يفيد التسلط بشيء دون شيء، يفهم أنه لو باعه أو ملكه غيره أو أجره أو شرك فيه - أو نحو ذلك - فكلها مقبولة عند المولى، فيصير المعنى في عموم تسلط الناس على أموالهم: أن كل ما يتصرفون فيه بحسب ما يريدون مقبول عند الشارع، بمعنى: أنه جعل لهم هذه التصرفات وأمضى لهم ذلك. واحتمال أن يراد: تسلطهم على أموالهم في الأكل والشرب واللبس والركوب - ونظائر ذلك من التصرفات والانتفاعات - لا يساعد عليه الإطلاق، إذ ليس هناك تشكيك حتى ينصرف إلى ما ذكر، ولا قرينة صارفة عن الإطلاق. ولأرباب أن البيع ونحوه أيضاً من طرق الانتفاع بالمال والتصرف فيه، وقد سلطه (١) الشارع على ذلك على الإطلاق. ودعوى التسلط مع بقاء المال على ما ليته له، مدفوعة بأنه خلاف الظاهر. كما أنه لو قيل: بأن الظاهر من الرواية ورودها في بيان أصل التسلط في الجملة وليس وارداً في مقام بيان الأذن في التصرفات حتى يتمسك بإطلاقه، فالمراد منه: تسلطهم على ما لهم على نحو ما قرره الشارع من أنواع التصرفات وطرقها، فلا يكون عموم التسلط مثباً لصحة معاملة مشكوكة، بل معناه: أن كل طريق قررناه للتصرفات وأمضيها في ترتب الآثار فالناس مسلطون في أموالهم بالتصرف على تلك الطرق ولا حرج عليهم في ذلك. أجبنا عنه: بأن انصراف التسلط على الطرق المقررة غير ظاهر من اللفظ، ولم يقر على ذلك قرينة، بل الظاهر عند التأمل كون مثل هذه العبارة إنشاءً للأمضاء تصرف المالك أي نحو أراد، فمقتضاه: أن كل نحو تصرفوا فيه فهو مقبول عندي وممضى، وليس معنى الصحة إلا ذلك.

(١) في (ن، د): سلط.

[١٠]

مضافاً إلى أن الفقهاء يستدلون به في كون الأسقاط موجباً للسقوط، وفي كون الأذن مبيحاً للتصرف، ونحو ذلك من المقامات، بتقريب: أنه ماله والشارع سلطه عليه، فإذا أسقطه فلا كلام فيه، ونظير ذلك يذكرونه في الحقوق، والظاهر عدم الفرق. فنقول: إذا ملكه لغيره فهو (١) مسلط، وليس معنى تسلطه (٢) إلا وقوع ما فعله عند الشارع، وتقييده بكونه على نحو قرره الشارع حتى يحتاج في ذلك إلى إثبات الصحة من خارج دعوى بلا بيان، والفهم العرفي

بانصرافه غير ظاهر. فإذا ثبتت القاعدة في الماليات تثبت في غيره أيضا بعدم القول بالفصل، فإن من قال بأصالة الصحة في بعض العقود قال به في الجميع، فتدبر. الرابع: قوله تعالى في سورة المائدة: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (٣). وتحرير الدلالة على المدعى بأن يقال: إن الأيجاب والقبول الواقعيين بين المكلفين لاربيب أنه داخل في العقود، لأن معناه الربط، والأيجاب والقبول ربط شئ بآخر، فيشملة ذلك. أو بأن (٤) معناه: العهد أو العهد المؤكد، فيشمل الأيجابين أيضا، لأنه عهد من المتعاقدين ومؤكد كذلك، لبناء العقود على الدوام والثبات - كما يقرر (٥) في محلها - فيدخل تحت العموم، وظاهر الأمر وجوب الوفاء بكل ما هو عقد، وكل ما وجب الوفاء به من المكلفين فهو صحيح، إذ ليست الصحة إلا ترتب الأثر شرعا، فإذا أمضى الشارع ما وقع بالوفاء به والعمل بمقتضاه فعلم كونه مؤثرا في ذلك. وبعبارة أخرى: لا نريد من الصحة إلا قبول أثره المقصود عند الشارع، وهو حاصل من الأمر بالوفاء وملخص كلام أهل اللغة والتفسير في هذه الآية الشريفة: أن صاحب الكشاف.

(٢) في غير (م): فنقول هو. (٣) في (م): السلطة. (٣) المائدة: ١. (٤) في (ن): بيان معناه. (٥) في (م): تقرر.

[١١]

قال: إن العقد العهد الموثق، لشبهه بعقد الحبل ونحوه، وهي عقود الله التي عقدها على عباده وألزمها إياهم، وقيل: هي ما يعقدون بينهم من عقود الأمانات والمبايعات ونحوهما، والظاهر أنها عقود الله عليهم في دينه من تحليل حلاله وتحريم حرامه، وأنه كلام قدم مجملا ثم عقب بالتفصيل، وهو قوله: احلت لكم (١). وقال الطبرسي: إن العقد أوكد العقود، واختلف في هذه العقود على أقوال: أحدها: أنها عقود أهل الجاهلية بينهم على النصره والموازرة والمظاهرة. وثانيها: أنها عقود الله في حلاله وحرامه. وثالثها: العقود التي يتعاقدها الناس بينهم ويعقدها المرء على نفسه، كعقد الأيمان. ورابعها: أمر أهل الكتاب بالوفاء بما أخذ به ميثاقهم بالعمل بما في التوراة والإنجيل في تصديق نبينا صلى الله عليه وآله وما جاء به من عند الله. وأقواها القول الثاني كما رواه ابن عباس، ويدخل فيه جميع الأقوال الأخر (٢). وقال البيضاوي: ولعل المراد بالعقود ما يعم العقود التي عقد الله سبحانه وتعالى على عباده وألزمها إياهم من التكليف، وما يعتقدون بينهم من عقود الأمانات والمعاملات (٣). ونقل عن الراغب: أن العقود (٤) ثلاثة أضرب: عقد بين الله وبين عباده، وعقد بين المرء ونفسه، وعقد بينه وبين غيره من البشر (٥). وظاهر الآية يقتضي كل عقد، سوى ما كان تركه واجبا

(١) الكشاف ١: ٦٠٠ - ٦٠١. (٢) مجمع البيان ٣: ١٥١. (٣) تفسير البيضاوي (أنوار التنزيل) ١: ٣٦٠. (٤) في سوى (م): العقد. (٥) لا يوجد ما نقل في ما دة (عقد) من مفردات الراغب، قال المحقق النراقي: وقال الراغب على ما نقل عنه: العقود... عوائد الأيام: ٣.

[١٢]

وفي الصافي عممه كذلك (١). والمقدس الأردبيلي في آيات الأحكام قال: يحتمل كون المراد العقود الشرعية الفقهية، ولعل المراد أعم من التكليف والعقود التي بين الناس وغيرها، كالأيمان (٢). وفي

الخبر في الصافي: أن رسول الله صلى الله عليه وآله عقد عليهم لعلي عليه السلام بالخلافة في عشرة مواطن، ثم أنزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين عليه السلام (٣). والحاصل من ذلك: أن المراد هنا إما مطلق العهود، أو عهود أمير المؤمنين عليه السلام، أو عهود الجاهلية، أو عهود الله على عباده، وهي التكليف، أو العقود التي بين الناس، سواء خصناها بالمتداولة، أو عمناها بالمخترة، أو جميع ذلك. ولاريب أن الآية الشريفة بظاهر الأمر بالوفاء تدل على الصحة فيما دخل تحت عموم العقود وإن بقي الأشكال في الجواز واللزوم، وسنذكر في عنوان آخر (٤) إن شاء الله تعالى. فالمهم هنا: بيان ما يدخل تحت العموم حتى يثبت الصحة في المشكوك منه. فنقول: أما اختصاصها (٥) بعهود أمير المؤمنين عليه السلام: فهو خلاف الظاهر، والخبر الواحد لا يكفي في الاختصاص على فرض تسليم الدلالة، مع أنه لدلالة فيه (٦) غايته أنه مورد نزول الآية، والمورد لا يخص العام من هذه الجهة وإن بقي فيه شبهة إرادة العهد، وسيجئ الكلام فيه. مضافا إلى أن العهد لأمير المؤمنين عليه السلام إنما هو داخل في باطن الآية، كما يعلم ذلك من ملاحظة تفسير أكثر الآيات المذكور فيها (٧) مثل العهد والأمانة

(١) تفسير الصافي ١: ٤١٧. (٢) زبدة البيان: ٤٦٢. (٣) يأتي في العنوان ٢٩. (٤) يأتي في العنوان ٢٩. (٥) في غير (م): اختصاصه. (٦) في سوى (م): (١) في غير (م): المذكورة فيها.

[١٣]

ونظائر ذلك، بل بعد التتبع يعلم أن غالب آيات القرآن مؤول إلى علي عليه السلام وأولاد الطاهرين، وهو لا ينافي الاستدلال بالظواهر. مع أنه يمكن أن يقال: إن الميثاق لأمير المؤمنين عليه السلام عبارة عن وجوب إطاعته وثبوت ولايته، وقبوله مستلزما للآتيان بالتكليف كملا، لكون التخلف عنه تخلفا عن إطاعته في ذلك الجزء المتخلف عنه. وبالجملة: لا قدح في الآية من هذه الجهة. وأما إرادة عهود الجاهلية: فلم يرق على تخصيصها (١) بها قرينة، ولم يذكره أكثر أهل اللغة والتفسير، مع بعده عن سياق الآية جدا ومخالفته لما رجحه أكثر أهل التفسير بل كلهم. وأما إرادة التكليف خاصة: فهو أيضا تخصيص من دون مخصص، إذ في اللغة والعرف تعمر تلك وغيرها، وقد عممها (٢) جماعة من أهل التفسير واللغة. وكلام صاحب الكشف وإن كان ظاهرا في اختصاصها (٣) بها، لكنه غير مسموع، بلا شاهد (٤) بل هو اجتهاد صرف معارض بكلام غيره (٥) مع احتمال (٦) إرادة ما يعمر عقود الناس أيضا من الحلال والحرام، كما مر في كلام الطبرسي أنه رجح قول ابن عباس ثم (٧) قال: ويدخل فيه جميع الأقوال الآخر (كما ذكرناه أنفا) (٨) فالظاهر من ذلك حينئذ إرادة العقود والعهود والتكليف كلها، أو الأولى خاصة، أو مع الثاني. وعلى كل تقدير: فتعمر عقود الناس، كما هو محل البحث، فكل ما يسمى عقدا لو شك في صحته وفساده - لفقد ما يحتمل كونه شرطا، أو وجود ما يحتمل كونه مانعا، أو للشك في كون شئ شرطا، أو كونه مانعا - يحكم بالصحة،

(١) في سوى (م): تخصيصه. (٢) كذا في (م) والعبارة في غيرها هكذا: إذ اللغة والعرف يعمر ذلك وغيره، وقد عممه... (٣) في غير (م): اختصاصه. (٤) في (م): إذ لا شاهد له. (٥) في (م) زيادة: على أنه غير صريح فيه. (٦) في (م): لاحتمال. (٨) في (م): فانه بعد أن رجح قول ابن عباس قال. (٨) لم يرد في (م).

لدخوله تحت العموم. نعم، بقي هنا كلام، وهو أن المراد بالعقود بعد شموله لمحل البحث هل العقود المتعارفة في زمن الشارع، أو كل عقد مخترع أو متعارف؟ وتظهر الثمرة فيما لو أريد تشريع عقد جديد لثمرة مقصودة، فهل يمكن التمسك في صحته بالاية أو لا؟ (١). فعلى الأول: لا يمكن، لانصرافها إلى المتعارفة، فيحتاج في دخول المشكوك فيه في الاية إلى العلم بأنه من العقود المتعارفة، والفرض أنه مخترع. وعلى الثاني: نعم (٢)، لصدق أنه عقد، فيدخل. رجع جماعة كون المراد: المتعارفة، ولعل السر في ذلك: أن الجمع المحلي باللام وإن كان يفيد العموم بالوضع إلا أنه محتاج إلى عدم وجود قرينة العهد أو مجاز آخر، وهنا ليس كذلك، كما ذكروا نظيره في الاستغراق العرفي، ومثلوا له بقولهم: جمع الأمير الصاغة. وتوضيحه: أنه لا ريب في كون العقود معروفة بين الناس على حسب ما يحتاجون إليه (٣) في أمر معاشهم، فإذا كان متداولاً هذا التداول فلا ينصرف هذا الخطاب إلا إلى ما هو المتداول، فيكون الاستغراق عرفياً، بمعنى كونه منصرفاً إلى المعهود من العقود، فإذا ثبت كون عقد متعارفاً في ذلك الزمان وصح دخوله تحت العموم ينفى شرطية المشكوك فيه أو مانعيته بالأصل وبإطلاق الاية، لإدراك شك في الصحة والفساد من جهة الشك في كونه متعارفاً داخلاً تحت الاية أم لا. ويبقى الكلام حينئذ في معرفة المتعارف وغيره، فنقول: الميزان في ذلك (٤) حصول التعارف الآن وعدمه، فإنه كاشف عن الزمان السابق بأصالة التشابه وعدم التغيير (٥).

(١) العبارة في (م) هكذا: وتظهر الثمرة في إمكان التمسك بالاية لصحة عقد جديد وعدمه. (٢) في (م): يمكن. (٣) في (م): إليها. (٤) العبارة في (م) هكذا: والميزان في معرفة المتعارف وغيره حصول.... (٥) في (ن): التغيير.

ولا يبعد منع الانصراف إلى المتعارف، نظراً إلى أن العموم الاستغراقي إنما هو مفيد لعموم الأفراد - لا الأنواع - على مقتضى الوضع والعرف، وحمله على استغراق الأنواع مما لا شاهد له، فإذا اشتمل (١) الأفراد عموماً، فإما أن يراد منه الأفراد المتعارفة، أو مطلقاً. فعلى الثاني: يلزم العموم مطلقاً، وهو المطلوب. وعلى الأول: فاللازم عدم إمكان التمسك بها في الأفراد القليلة الوقوع من البيع والصلح وغير ذلك من الأنواع المتعارفة أيضاً، لأنها غير داخلية، فتنتفي ثمره الاية في الاستدلال، إذ لا يقع الشك الموجب للتمسك بها إلا في فرد له نوع ندرية. مضافاً إلى إطباق الأصحاب على التمسك بها في الأفراد النادرة من الأنواع الغالبة، بل في الأفراد التي هي أشد ندرة بحيث لا يكاد يقع، وليس هذا إلا لعدم الانصراف إلى المتعارف. مع أننا نقول: إن عدم تعارف الوجود لا يضر في دلالة العام، لأنه يشمل النادر أيضاً، وإنما ذلك يمنع في المطلق، مضافاً إلى أن المانع غلبة الأطلاق، وأما غلبة الوجود إذا لم يكن في إطلاق اللفظ عليه شبهة فنمنع الانصراف. وما يقال: إنه لا منافاة بين التعميم في الأفراد للندرة (٢) وفي الأنواع إلى الغالبة. قلت: نعم، لا منافاة في ذلك، لكن الحمل يحتاج إلى دليل، إذ الحمل إما أن يكون للغلبة فلاوجه لأدخال الأفراد النادرة، بل ينبغي عدم إدخالها، لأن الفرد إنما هو مورد العموم، فلاوجه لأن يقال بخروج النوع النادر دون الفرد. وإن كان احتمال (٣) إرادة العهد من العام فلاقرينة له سوى غلبة الوقوع، وهو مشترك بين النوع والفرد. والحاصل: لم أجد وجهاً في إخراج الأنواع النادرة دون الأفراد النادرة من

[١٦]

الأنواع الشائعة. واحتمال: أن يكون السبب وجود الأفراد النادرة مع شيوع النوع في الجملة، بخلاف النوع النادر الغير المتعارف، فإنه غير واقع أصلا مدفوع بمنع وجود جميع أفراد النوع الشائع التي يختلف باختلافها الحكم، ومنع عدم وجود النوع النادر. والقائلون بحمل الآية على المتعارفة يقولون بعدم شمولها للعقود الموجودة إذا لم تكن متعارفة بحيث يكشف عن تداولها في زمن الشرع، فلاوجه لاعتبار عدم الوجود أصلا. فلو عممنا الآية الشريفة لكل ما يسمى عقدا وقلنا بشموله لنادر الأنواع والأفراد - إلا إذا انجرت الندرة إلي حد يشك في كونه عقدا، فلا يشمل - لكان أوفق بظاهر الآية، وأوسع في الاستدلال. نعم، شمولها للأفراد الشائعة من الأنواع المتعارفة واضح، وللندرة منها أيضا لإشكال فيه، وللأنواع النادرة محل خفاء. ولكن الظاهر العموم، فلا يفترق الحال بين الشك في النوع أو الفرد بعد العلم بتعارفه أم لا في إدراجه تحت الآية والحكم بالصحة بعد ثبوت كونه عقدا. ويمكن أن يقال: إن المتعارف عند الناس لما كان إطلاق العقد على البيع والأجارة والنكاح والمسابقة ونحو ذلك، فكأنهم يعدون هذه الأنواع أفرادا للعقد، بل لا يسبق إلى النظر من قولك: (كل عقد) إلا البيع والصلح ونحوهما، دون هذا البيع وذلك (١) ونحو ذلك، فينصرف إلي الغالب في الأفراد الإضافية المركوزة في الأذهان، ويصير بمنزلة (أوفوا بالبيع والصلح) ويعم حينئذ كل فرد من الأنواع المتعارفة وإن كان نادرا، لتعلق الحكم بالطبيعة السارية في جميع أفرادها، والندرة لا تقدر في ذلك.

(١) في (م): دون هذا البيع وذلك وذلك.

[١٧]

وهذا الكلام له وجه تخريج، إلا أن الآية على المختار شاملة لكل عهد بظاهر لفظ العموم (١) وكلمة المفسرين، فينبغي (٢) ارتكاب هذا الكلام في التكليف أيضا بوجوب الوفاء بالأنواع الشائعة - كالصلاة وحرمة الزنا - وإن كان في أفرادها (٣) النادرة، دون الأنواع النادرة، وهو خلاف ظاهر الآية وظاهر أهل التفسير، بل ظاهرهم الأطباق على إرادة الحلال والحرام مطلقا، فكذلك في العقود، فتدبر. فلاوجه لرمي الآية الشريفة بالأجمال - كما يتراءى من بعض المتفهمة - ولا حملها على الأنواع المتعارفة كما طفحت به كلمة طائفة من المدققين، والله العالم. وهنا إشكالات: أحدها: أنه لا ريب في خروج كثير من العهود عن الآية، لعدم لزوم الوفاء بها، سواء كان في الأحكام الألهية، أو في العهود بين الناس، أو نحو ذلك، فاللازم على هذا إما ارتكاب تخصيص الأكثر، وهو غير جائز أو نادر. وإما حمل العموم على المعهود، وهو مخرج عن الدلالة على ما هو المراد من التمسك به في كل مشكوك، بل يختص إلى المتعارف (٤) فردا أو نوعا. والجواب عنه: أن المراد - كما ذكرناه - هو العموم الأفرادي، ولا ريب أن أفراد العقود الصحيحة أكثر وجودا من أفراد الفاسدة، وكذا أفراد الواجب في التكليف أكثر وقوعا وترك الحرام شائع تحققا، فالعهود اللازمة الوفاء أكثر أفرادا من غيرها. مضافا إلى أن استهجان تخصيص الأكثر إنما هو مع عدم بقاء كثرة يعتد بها، وهنا ليس كذلك، حتى لو أريد الأنواع (٥) لأن الأنواع اللازمة الوفاء أيضا كثيرة، فتدبر.

وثانيها: أن الحمل على العموم إنما هو مع عدم وجود قرينة على خلافه أو

(١) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف (العقود). (٢) في (ف، م): ينبغي. (٣) في (م) أفراد. (٤) كذا، والصواب: بالمتعارف. (٥) في (م) زيادة: أيضا.

[١٨]

وجود شئ صالح لأن يكون قرينة، فإنهما يرفعان الظهور المعتبر في الحمل على الحقيقة، ولأرب أن سبق ذكر أفراد معهودة سابقا يوجب صرف العموم إليها، أو هو صالح للصرف، بمعنى أنه يحتمل كونه صارفا، كما لو قال المولى المالك لعشرين بيتا وعشرين ثوبا لعبده: (اغسل كل يوم الثوب الفلاني والفلاني) - مثلا - إلى خمسة، (واكنس البيت الفلاني والفلاني) إلى خمسة أيضا معينة من البيوت والثياب، ثم قال بعد مضي أيام في يوم: (اكنس البيوت، واغسل الثياب، واذهب إلى السوق) لانصرف إلى ما هو المعهود من ذلك، لآلى العموم. ولأرب أن سورة المائدة من أواخر السور المنزلة، ولاشك أن قبل نزولها قد علم من الشارع عهود وأحكام معلومة من الواجبات والمحرمات وصحة بعض العقود وبعض الأيقاعات، فهذا يوجب كون الخطاب منصرفا إلى ما سبق دون العموم. مضافا إلى كون قوله تعالى: احلت لكم بهيمة الأنعام (١) تفسيراً للعقود، كما في كلام بعض أهل التفسير (٢) وهو مما يضعف الحمل على العموم. وهذا الأشكال (٣) مع صدوره عن الفاضل المعاصر في عوائده (٤) مما لا ينبغي أن يصغى إليه من وجوه: أما أولا: فلأن سورة المائدة إذا كانت آخر السور في قول، أو في أواخر عهد النبي صلى الله عليه وآله فلا ريب في انتشار الأحكام وبيان الحلال والحرام في ذلك، فيحمل حينئذ على العموم، ولم يبق شئ من العهود حتى لا يدخل تحت الآية الشريفة. وثانيا: أن كون ما سلف قرينة لأرادة العهد لا يكفي فيه السبق فقط في الجملة

(١) المائدة: ١. (٢) قاله الزمخشري في الكشاف، كما تقدم في ص: ١١. (٤) العبارة في (م) هكذا: وهذا الأشكال قد صدر من الفاضل المعاصر في عوائده، وهو مما... (٤) عوائد الأيام: ٧، العائدة الأولى. (٥) في (ف، م): آخر.

[١٩]

بل لا بد من علم المخاطبين بذلك، ولانسلم ان المشافهين بخطاب (أوفوا بالعهود) الحاضرين في مجلس الوحي كانوا كلهم عالمين بما سبق من العهود، سيما على القول بشمول خطابات القرآن للغائبين أيضا وإن لم نقل بالمعدومين. ومجرد سبق الذكر بالنسبة إلى بعض لا يوجب صارفا بالنسبة إلى الكل، وتوجه الخطاب بالنسبة إلى الملتفت إلى القرينة وغيره (١) يكشف عن إرادة الحقيقة، كما أن توجه الخطاب المطلق إلى الواجد للشرط والفاقد يدل على عدم الشرطية. وثالثا: أن سبق الذكر لو سلم في الجميع لا يكفي أيضا إلا مع بقائه في الذهن إلى حين الخطاب، وإلا فلا يكفي في كونه قرينة - كما هو واضح - وهو غير ثابت هنا، وإثبات مثل ذلك بالاستصحاب ونحوه كما ترى! ورابعا: أن استدلال الأصحاب إنما هو في العقود بين الناس، ولأرب في وجودها بين العهود السابقة المعهودة، ولا يحتاج إلى العموم، إذ ليس لأحد أن يقول: كان بعض من هذه العقود غير متعارفة إلى وقت نزول سورة المائدة، فلو أريد العهود السابقة

المعهودة - سواء كان من الله تعالى أو من الناس - لدخل محل بحث الأصحاب فيه. وخامسا: أن المراد بسبق الذكر الموجب للعهد في ظاهر كلام المورّد إنما هو بيان حكمه من الله تعالى، كاحل الله البيع (٢) ونحوه، ويحتمل بقاء بعض من العقود غير معلوم الحكم فعلم بعد سورة المائدة، فلا يشملها الآية. وهذا مناقض لكلامه، لأنه سلم إرادة العموم من الآية في التكليف والأحكام الوضعية والعقود بين الناس ونحو ذلك. وهذا الأشكال ناظر إلى عدم كون العقود الفقهية داخلا في العهود، بل أحكامها الثابتة من الله تعالى - من الحلية والصحة ونحو ذلك - داخلة فيها، وهو خلاف الفرض

(١) في غير (م): على القرينة وعدمه. (٢) البقرة: ٣٧٥.

[٢٠]

وسادسا: أن احتمال العهد إنما هو مع مطابقة الحكم في السابق واللاحق، - كما في مثال البيت والثوب الذي ذكره - وأما مع اختلاف الحكم فلا نسلم الانصراف، كما لو قال: (يجوز لك غسل الأتواب الخمسة) ثم ذكر بعد ذلك (يجب غسل الأتواب) ونظير (١) ذلك، ولم يثبت عندنا سبق الحكم بالعقود الفقهية ونحو ذلك من التكليف بالأمر بالوفاء حتى ينصرف هذا الأمر إليه، وإنما سبق كونه حلالا وحرما أو صحيحا وفاسدا ونحو ذلك، ووجوب الوفاء حكم جديد وإن كان مستلزما لبعض ما سبق، وهذا غير ما ذكره من المثال، وبينهما فرق. وسابعا: أن إرادة العهد من الآية بعد بيان الحكم سابقا يصير تأكيدا لما مضى من الأدلة على الأحكام، ويحتاج إلى ارتكاب التناسي وغير ذلك، ولأريب أن التأسيس أولى من التأكيد، وهذا مما يؤيد عدم الاختصاص بالعهود الألهية - كما أشعر به كلام المورّد - إذ العهود الألهية يعرف لزومها وعدمها من دليلها المثبت للأحكام وجوبا وتحريما، ولا يحتاج إلى قوله: (أوفوا بالعهود). وثامنا: أن ظاهر كلام أهل التفسير عدم إرادة العهد - كما ذكرناها آنفا - وهذا من عمدة القرائن على ذلك، فإنهم وإن اختلفوا في تفسيره ومعناه، لكنهم لم يختلفوا من حيثية إرادة ما سبق قبل سورة المائدة، أو الأعم. وتاسعا: أن إطباق الأصحاب على التمسك بها يكشف عن عموم الآية وعدم كون ما يتخيل كونه صارفا صارفا، فلاوجه للتمسك والانجماد بمجرد الاحتمال البارد. وما ذكره: من كون ما بعد الآية مضعفا لعمومه، إن اعتمد في ذلك على مقتضى العرف واللغة فأى قاعدة تدل على ذلك؟ إذ ذكر بعض أفراد العموم بعده لا يوجب انحصاره فيها، بل يدل على دخولها فيه جزما، كما لا يخفى على من لاحظ العرف. مضافا إلى أن ظاهر كلامه احتمال الحمل على ما سبق، بل ظهوره، فكيف يعقل انحصاره فيما ذكر بعده من الأحكام القليلة؟ وهذا مما يدل على ضعف الكلام

(١) في هامش (ن): نظائر، صح.

[٢١]

السابق، فإنه مخرج عن إرادة العهد بما سبق، لدلالة ذكر هذه الأحكام بعده على دخولها في العموم جزما، وإذا تعدينا عن المعهود إلى غير المعهود كشف عن عدم إرادة العهد، ولافارق بين أفراد غير المعهود، فتبصر. وإن استند في ذلك إلى كلام صاحب الكشف (١)

فهو غير مفيد للانحصار - فلاحظ - ثم معارض بكلام أهل التفسير المعممين للعقود، مع ما فيه من الأجوبة التي لانطيل الكلام بذكرها مع وضوح المدعى. ودفع دلالة الآية الكريمة الظاهرة بمثل هذه الاحتمالات الواهية مما لا ينبغي صدوره عن متفقه، فضلا عن فقيه! ولا يعد أمثال ذلك دقة في الفهم ولاغورا في المطلب، وإنما هو إنحراف عن جادة الذوق السليم بعروض التخيلات التي لا تليق بشأن أصحاب الفنون، سيما مع إطباق أصحابنا الأعلام خلفا بعد سلف على التمسك بها من دون التفات إلى هذه المناقشات. ولاريب [في] (٢) أن نظرهم ثاقب وتاملهم غالب. وثالثها (٣): أنه لو حمل الآية الشريفة على العموم لزم الجمع فيها بين إرادة التأكيد والتأسيس، إذ لاريب في كون بعض أفراد العقود كان وجوب الوفاء به معلوما قبل نزول الآية، فيصير بالنسبة إلى ذلك البعض تأكيدا وبالنسبة إلى ما عداه تأسيسا، وهو غير جائز، إذ ما دل على عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى يدل على عدم جواز هذا أيضا، فلا بد إما من الحمل على التأكيد أو التأسيس فلاعموم. وحمله على باب التناسي أيضا خلاف الأصل - كالتخصيص - فالترجيح يحتاج إلى دليل. وأنت خبير بأن هذا أوهن من سابقه، إذ ما دل على المنع في المشترك إما عدم ثبوت الاستعمال وهو فيما نحن فيه ثابت ولا يمكن إنكاره ظاهرا، وإما لزوم التناقض لو أدخلنا (الوحدة) وهو هنا غير موجود، وليس كون شئ تأكيدا

(١) وهو كون قوله تعالى: احلت لكم تفسيرها للعقود، راجع ص... (٢) لم يرد في (ن)، د. (٣) أي: ثالث الأشكال على دلالة الآية.

[٢٢]

وتأسيسا منحلا إلى معينين حتى يمنع منه، ولم نجد مانعا من ذلك، فعلى المستدل البيان، ووقوعه عند أهل العرف كاف في صحته، ولا يصغى إلى قيام الدليل بعدم جوازه. مع أنا نقول: نحمله على التأكيد بقربنة ما مر من كلامه: من سبق أكثر الأحكام، وندعي دخول محل بحث الأصحاب تحته، للعلم بغلبة وقوع العقود وعدم إمكان تأخير حكمه إلى آخر أيام النبي صلى الله عليه وآله حتى يعلم بسورة المائدة، فيصير المشكوك فيه داخلا تحت الدليل مرتين. أو نقول: غاية الأمر الأجمال في كونه تأكيدا أو تأسيسا ابتداء، فنقول: هذا لا يضر في إثبات صحة العقود المشكوك، لأننا نقول: إن كان (١) هذا المشكوك فيه مما علم وجوب الوفاء به قبل هذه الآية فهو صحيح، وإن كان لم يعلم قبل ذلك فهو داخل في الآية، لأنها تأسيس على الظاهر، وهو أولى من التأكيد، فيكون المشكوك فيه معلوم الصحة، إما بالآية أو قبلها، وهو المطلوب. مضافا إلى أن الحمل على التناسي يترجح بظاهر كلام أهل اللغة والتفسير وبفتاوى الأصحاب، وكما (٢) بعد الحمل على غير ما علم أو ما علم خاصة، كما لا يخفى على الفطن. ورابعها: أن العقد هو العهد الموثق، فعلى فرض العموم يدل على صحة كل عهد موثق، والعقد الفقهي ما لم يثبت صحته ولزومه فهو غير موثق، واللازم من ذلك حينئذ الدور، لتوقف إثبات الصحة شرعا بالآية على ثبوت الاستيثاق في العقد المشكوك، وتوقف ثبوته على ثبوت الصحة واللزوم الشرعي، إذ ما عداه غير موثق. ولو سلم حصول التوثيق بالعرف أيضا من دون حاجة إلى شرع نقول أيضا: هذا لا ينفع في مقام الاستدلال، إذ المقصود إثبات صحة كل عقد معروف أو غيره،

(١) العبارة في (م) هكذا: وهذا لا يضر... إذ لو كان... (٢) كذا في النسخ.

وليس في شئ من ذلك استيثاق. ومجرد بناء المتعاقدين على عدم الفسخ لا يجعل ذلك موثقا، لأن ذلك إنما هو معنى أصل العهد، فإن المراد به العزم على الأتيان دون الفسخ، فما لم يثبت استيثاق لا يدخل في الآية، وأنى للمستدل باثباته؟ والجواب أولا: بأن من فسر العقد بالعهد المؤكد صرح بدخول عقود الناس فيه، وهو كاشف عن إرادته من التوثيق معني هو موجود فيها، وإلا لم يصرح بدخولها (١). وثانيا: أنه معارض بذكر أهل التفسير وكثير من أهل اللغة دخول البيع ونظائر ذلك تحت العقد، من دون إشارة إلى كون الدخول من جهة لزومه الموجب للتوثيق. وثالثا: بأن تصريح أهل التفسير على العموم قرينة على عدم إرادة التوثيق بما ذكر. ورابعا: بأنه قد ذكر في الأخبار إطلاق العقد على هذه العقود المعروفة غالبا (٢) وهو كاشف عن دخولها تحت العقود في الآية، من دون حاجة إلى اعتبار معنى التوثيق، أو كفاية ما هو المعتبر في العقد في حصوله، فلا تذهل. وخامسا: بأن العهد لما كان يتحقق من جانب واحد فيكون حصوله من الجانبين وثوقا عرفا، إذ لا ريب أن ما هو من الطرفين أوثق مما هو من الواحد، وهو موجود في العقود كلها. وإلى هذا المعنى يشير قول بعض أهل اللغة: إن العهد يصير من جانب، والعقد لا يكون إلا بين اثنين (٣). وسادسا: بأن التوثيق ليس إلا التأكيد والمبالغة، ولا ريب أن حقيقة العهد ليس إلا الالتزام، وهو يوجد بعقد القلب من دون حاجة إلى شئ آخر، والعقود الفقهية

(١) في نسخة من (م): بدخوله. (٢) لم نظفر عليه، إلا في بعض الأخبار الواردة في النكاح والطلاق، مثل ما رواه في الوسائل ١٤: ٣٩٥، الباب ٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١، و ١٥: ٤٢١، الباب ١٠ من أبواب العدد، ح ٢. (٣) معجم الفروق اللغوية: ٣٦٦، مجمع البحرين ٢: ١٠٣.

يزاد فيها الألفاظ، بل الصيغ الخاصة الجامعة لصراحة الدلالة وغيرها مما اعتبر فيها، وإن هذا إلا توثيق للعهد الصادق بمجرد النية بلاشبهة، فالمناقشة في كون العقود الفقهية عقدا لغة موهون جدا، سيما مع إطلاق بعض أهل اللغة كونه بمعنى العهد، أو الربط بين الشئيين (١)، فتدبر. وخامسها (٢): أن العقد إذا صار بمعنى العهد، فنقول: للعهد معان كثيرة: منها: الوصية والأمر واليمين وغير ذلك، وما نحن بصدد إثباته ليس داخلا في شئ من ذلك، ولو سلم أن يكون للعهد معنى يشمل المبحوث عنه، فأرادته منه في الآية غير معلوم، فيمكن أن يراد الوصايا الألهية الموثقة أو التكاليف اللازمة، أو يراد مطلق الوصايا، أو يراد الأوامر والإيمان والضمانات. وأنت خبير بأن هذا الكلام من الوهن بمكان. أما أولا: فلأن تفسير أهل اللغة (العقد) بمعنى (العهد) لا يجعله قابلا لهذه الشقوق، إذ هذا الكلام إنما هو فيما لو أطلق لفظ (العهد) وبينهما فرق عميق. وأما ثانيا: فلأن المفسرين له بمعنى العهد أدخلوا فيه العقود الفقهية - كما ذكر في عبارات أهل اللغة وعبارت أهل التفسير - فلاوجه للرمي بالأجمال. وثالثا: أن عد هذه الأمور معاني للعهد ممنوع، إذ كلها مندرج تحت معنى عام هو المسمى بالعهد. وليس مشتركا لفظيا حتى يقع الأجمال، ولا يخفى كونه مشتركا معنويا على من له ربط بطريقة أهل اللغة والعرف وانس بصواب أهل الاشتقاق. فاللائق إرادة كل ما هو عهد والزام والتزام وتوطئة وتمهيد، وهو شامل لسائر ما ذكره، كما يشمل كل العقود. هذا مع ما في كلام أهل التفسير كلمات (٣) الأصحاب من الشهادة على دخول العقود الفقهية في الآية المرجح

لهذا الاحتمال المخرج عن الأجمال. وسادسها: أن العقد - على ما علم من اللغة - هو الجمع بين الشئتين بحيث

(١) انظر مجمع البحرين ٣: ١٠٣. (٢) أي: خامس الأشكال على دلالة الآية. (٣) في (ف، م): كلمة.

[٢٥]

يعسر الانفصال، فإذا كان هو المعنى الحقيقي فيكون المراد في الآية معناه المجازي، فيتسع دائرة الكلام ومجال الجدل في الآية، كما لا يخفى. وفيه: أن العقد في كلامهم إنما هو العهد - كما عرفت - أو مطلق الربط بحيث يشمل المحسوس وغيره. ولو فرض اختصاصه بما ذكره، فنقول: لا ريب أن الآية لا يراد بها أن الأشياء التي جمعتم بينها وأوصلتم بعضها ببعض لا تفصلوا بينها، إذ هذا لإربط له بمنصب الشرع، وليس مراد الله: أن من وصل حبلا بحبل أو بعيرا بحمار أو خشبا بجدار يحرم أن يفصل بينهما، فليس إلا أن يراد به أقرب المجازات، وليس إلا ارتباط المعاملات والشروط - ونحو ذلك - وما قبله العباد من الالتزام بالتكاليف الإلهية والروابط المعجولة بين الصانع وبين مخلوقاته، وهو شامل لمحل البحث، ويؤيده إطباق كلمة المفسرين على هذا المعنى في الجملة. فلا مجال للتكلم في الآية بما يوجب نقضا (١) في الدلالة والله أعلم (٢). الخامس (٣): عموم ما دل من الروايات على أن المؤمنين أو المسلمين عند شروطهم (٤) - كما سيذكر إن شاء الله تعالى في بحث الشروط - بتقريب دلالتها على أن كل شرط لازم، والشرط عبارة عن الالتزام، وهو مفيد للصحة فيما هو كذلك، والعقود كلها فيها (٥) إلزام والتزام، لأنها نوع عهد، كما قرر. أو يراد من الشرط الربط وتعليق شيء بشئ - كما يأتي ذكره إن شاء الله تعالى - فيشمل العقود أيضا، لأنها ربط وتعليق لأحد الطرفين، وحيث ثبت إمضاء الشارع لكل (٦) شرط فيشمل محل البحث. وخروج ما خرج بالدليل لا يقدر في كون العام حجة في الباقي، ويجئ في المقام زيادة توضيح.

(١) في (ن): نقصانا، وفي (د): نقضا. (٢) في (م): والله العالم. (٣) أي: الأمر الخامس من الامور الدالة على أصالة الصحة في العقود. (٤) راجع الوسائل ١٢: ٢٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ١، و ٥، وعوالي اللالائي ١: ٢١٨، ح ٨٤. (٥) في (ف، م): فيه. (٦) في (ن، د): كل.

[٢٧]

[العنوان الثامن والعشرون] [في بيان أصالة الصحة في الأيقاعات]

[٢٨]

عنوان [٢٨] هل في الأيقاعات أيضا أصل يدل على الصحة فيما شك في حكمه من جهة شرط أو مانع، أو شكنا في مشروعية أصله أم لا؟ وقد يتمسك في ذلك بأمور: أحدها: عموم (المؤمنون عند شروطهم) (١) لو اريد منه الألتزام والالتزام، ولا ريب أن الأيقاعات - كالطلاق والطهار والعتق والأذن ونظائر ذلك - التزمامات لمقتضياتها، فتدخل تحت العموم ويثبت كونها ممضاة (٢) من الشارع. ويجئ هنا

البحث السابق في الحمل على المتعارف وعدمه، ويجئ (٣) الكلام السابق في التعميم للأفراد والأنواع، ويتمسك به، حتى في الشك في مشروعية إيقاع من الأيقاعات من أصله، كإخراج مال عن ملك مالكة بقوله: (أخرجته عن ملكي) ونظائر ذلك. لكن يمكن أن يقال: إن الظاهر من كون المؤمنين عند شروطهم الشروط الواقعة بينهم، فلا يشمل غير ما هو بين اثنين، والأيقاعات كلها أو أغلبها التزامات (٤) بين المكلف وبين الله، لا شرط بينه وبين آخر.

(١) عوالي اللالي ١: ٢١٨، ح ٨٤، والوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ١ و ٥ بلفظ: المسلمون. (٢) في غير (م): ماضي. (٣) في (م): كما أنه يجئ. (١) في غير (م): التزام.

[٢٩]

ويمكن المنع بأن المراد: كل مؤمن لا بد أن يقف عند شرطه ولا يتجاوزه، ولا دلالة فيها على الوقوع بين الاثنين، ولا انصراف أيضا، وبعد ما ثبت عدم المنع من جانب الشارع بل أمره بالوقوف عنده تثبت صحته، إلا ما دل الدليل على خروجه، فيخرج. والمناقشات مع أجوبتها مما لا يخفى، خصوصا بعد ما ذكرنا في العقود. وثانيها: عموم أوفوا بالعقود (١) لما مر أن المراد بالعقد هو العهد، وهو شامل للأيقاعات، بل بعضها دخوله مصرح به في كلام أهل اللغة والتفسير - كالنذر واليمين والعهد وغير ذلك - وبذلك يسقط اعتبار الوقوع فيما بين الاثنين في معنى العقد، لأطباق أهل اللغة والتفسير - كما عرفت - على دخول اليمين تحت العقد لغة وعرفا، أو دخوله في المراد من الآية الشريفة، ولا بدع (٢) في دخول الأيقاعات كافة تحت العقد، سيما (٣) بقريئة ما ذكر، وبمعونة كلام الراغب (٤) وغيره من أهل اللغة. ودخول مثل (٥) الشفعة والخلع ونظائرها أوضح من غيره. ولا مانع [منه] (٦) سوى ما يستفاد من كلمات (٧) الأصحاب من كون العقد عبارة عما يحتاج إلى الطرفين، وهو (٨) كاشف عن فهمهم من الآية ذلك، وهو يصير موهنا للعموم في الآية إلى هذا الحد، ويؤيد كلام من اعتبر وقوعه بين اثنين، والجرأة على مخالفتهم من الأمور المشككة، ولكن لو ادعى ذلك لم يكن بعيدا جدا (٩). ولقد رأيت في كلام بعض من تأخر التنبيه على هذا التعميم، أطن (١٠) أنه السيد

(١) المائدة: ١. (٢) في (م): ولا بعد. (٣) في (م): ولو. (٤) المفردات: ٣٤١. (٥) العبارة في (م): سيما مثل، ولم يرد فيها - في آخر الفقرة - (أوضح من غيره). (٦) من (م). (٧) في (ف، م): كلمة الأصحاب. (٨) في (م): إذ هو. (٩) العبارة في (م) هكذا: فيصير موهنا لعمومها، لكن مع ذلك ما ذكرناه لم يكن بعيدا. (١٠) في (م): وطني.

[٢٠]

السند المعاصر السيد محمد باقر الرشتي أطال الله بقاءه (١) ولا بأس به (٢). وثالثها: قوله عليه السلام: (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (٣). بتقريب: أن الرواية دلت على أن المحرم والمحلل هو الكلام لا غيره، والأيقاعات إنما هي من مقولة الألفاظ والكلام، فينبغي أن يكون محلا ومحرمًا، إلا إذا دل دليل على خلافه. ولكن لفائل أن يقول: إن مدلول الرواية: أن غير الكلام لا يحلل ولا يحرم، لأن كل كلام محلل ومحرم. ودعوى: أن الرواية أسندت الحكمين إلى جنس الكلام ونفى عن غيره ومقتضاه ثبوت هذا الحكم في كل فرد من

أفراده بالعموم الجنسي، مدفوعة بأن ذلك فرع كون الكلام مسوقاً لبيان حكم الكلام، وهنا ليس كذلك، بل هو مسوق لنفي الحكم عن غير الكلام، كما لا يخفى. ومن هنا يندفع احتمال عموم الحكمة، لابتناؤه على عدم الفائدة في الكلام لو لم يحمل على العموم، وهنا ليس كذلك، إذ ليس فائدة الرواية إثبات الحكم للكلام حتى يقال: إن الفرد المنتشر منه غير مفيد للفائدة والمعهود غير متحقق (٤) فثبت العموم، بل فائدة الخبر نفي الحكم عن غيره وإن كان في طرف الأثبات مجملاً بحسب الكلية والجزئية، فتدبر. وهذا كله بالنسبة إلى تأسيس القاعدة في نوع العقد والأيقاع، وإلا ففيما دل على مشروعية العقود والأيقاعات المعنونة في الفقه من الأدلة الخاصة عموماً أو إطلاقاً كفاية في مقام الشك في جزء أو شرط أو مانع. نعم، لو أريد إحداث عقد أو إيقاع جديد غير منصوص بالخصوص فلا بد من تأسيس هذا الأصل بحيث لا ينحصر على الأنواع المتعارفة، حتى يثمر في هذا،

(١) صاحب مطالع الأنوار - في شرح الشرائع - ومؤلفات أخرى، المتوفى: ١٢٦٠. (٢) ولا بأس به: لم يرد في (م). (٣) الوسائل ١٢: ٢٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ج ٤. (٤) في (ن، د): غير محقق.

[٢١]

المقام. وهذا الفرض مع إشكاله - وإن قويناه سابقاً - قليل الثمرة. المقام الثاني في شبهة الموضوع: (١) من عقد أو إيقاع صادر في الخارج لا يعلم أنه من النوع الصحيح أو من النوع الفاسد مع العلم بالصحيح والفاسد من الأدلة، فهل يمكن أن يقال: إن الأصل هنا أيضاً كونه صحيحاً أم لا؟ وجهان: يحتمل أن يقال: إن عموم أوفوا بالعقود و (المؤمنون عند شروطهم) ونظائر ذلك مما دل على الصحة عام شامل لهذا الفرد قطعاً، ولم يخرج من ذلك قطعاً إلا ما علمنا فساداً، وما شك فيه فهو داخل تحت العموم، لعدم العلم بالخروج. ويحتمل أن يقال: إنا إذا علمنا بخروج نكاح الشغار - مثلاً - وعقد المغارسة وبيع الربوي (٢) وبيع المجهول والطلاق بغير شاهدين - ونحو ذلك عن عموم العقود والشروط، ثم شككنا في الفرد الموجود في الخارج عن مكلف هل أوقعه مجهولاً أو معلوماً؟ فيرجع هذا إلى عدم العلم بأن هذا الفرد داخل في المخصص، أو داخل في العام، نظير قولنا: أكرم بني تميم إلا الطوال، وشككنا في زيد - مثلاً - من بني تميم أنه طويل أو قصير، فيرجع الشك إلى كونه تحت العام أو المخصص، وفيه للاصوليين قولان: قول بأنه داخل تحت العام - كما ذكر في الاحتمال الأول - ولهم على ذلك وجوه: أحدها: أن الظاهر من أهل العرف إلحاق هذا الفرد بالعام، إذ لو قال قائل: (كل رمانة إلا ما هومن البستان الفلاني) فإذا وجد رمانة وشك في أنه من

(١) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: وثانيهما. وقد تقدم عدله - المقام الأول - في العنوان السابق في ص: ٧ فراجع. (٢) في (ن، د): وعقد الربوي، والصواب: البيع الربوي.

[٢٢]

ذلك البستان أو من غيره يأكله، ولا يفهمون من هذا الخطاب في هذا المقام إلا كونه مقيداً بالعلم وأن الخارج ما علم كونه من ذلك البستان لآماهو كذلك واقعا، وطريقة أهل العرف حجة، إذ ليس إلا

من فهمهم من الخطاب ذلك، وثانيها: أن إخراج نوع خاص أو صنف خاص من ذلك العام يدل على كون ذلك الوصف المأخوذ في المخصص من الموانع. بعبارة أخرى: يعلم من ذلك أن الدخول تحت العام وكونه من أفراد مقتض لهذا الحكم، وإنما المانع هو هذا الوصف المأخوذ في العنوان، وإذا صار كذلك، فلو شك في كونه من ذلك البستان - مثلا - وعدمه في المثال السابق يصير الشك في وجود المانع مع العلم بالمقتضي، ولاريب أن الأصل عدم المانع فيثبت الحكم. واحتمال: أن كونه من غير ذلك البستان مقتضى فالشك حينئذ موجب للشك في المقتضي، خلاف الظاهر من الأدخال والأخراج المفهومين من العموم والتخصيص ظاهرا، إذ ليس ظاهرها عرفا إلا أن المقتضي عبارة عن كونه من أفراد العام، والمانع ليس إلا اتصافه بما اخذ في المخصص، فتدبر. وثالثها: أن العام أكثر أفرادا من المخصص، بمعنى أن الخارج غالبا بل مطلقا أقل من الداخل، فإذا شك في كون هذا الفرد من أحدهما فالظن يلحقه بالعام ترجيحاً لجانب الغلبة، وإن كان يرد عليه: أن هذا ليس ظنا حاصلًا من الخطاب، فإن الظن بكون المشكوك من غير ذلك البستان للغلبة لا يوجب الظن بإرادته في العموم من حيث اللفظ وإن أوجب الظن بأنه من أفراد ما هو [من] (١) مظنون الأرادة، فتدبر. وبالجملة: الكلام هنا لا يخلو عن نوع دقة، والاعتماد على فهم الفطن اللبيب. ورابعها: أن الفرد المشتبه وإن كان يحتمل كونه من أفراد العام والمخصص في الحكم واقعا، واللفظان وإن كانا منصرفين إلى الواقع، لكن بعد طريان الاحتمال والأجمال في دخوله تحت أحدهما في الواقع يصير حكمه الواقعي مجهولا،

(١) لم يرد في (م).

[٣٢]

فيرجع إلى الظاهر، ولاريب أنه في الظاهر دخوله تحت العام متيقن، لصدق لفظه عليه قطعا، وصدق المخصص عليه مشكوك، ولا يترك اليقين بالشك، فيحكم فيه بحكم العام عملا بالظاهر مع اشتباه الواقع، وهو المدعى. وقول (١) بأن الرجوع في ذلك الفرد المشتبه إلى الأصل، فإن كان حكم العام موافقا للأصل كقوله: (كلوا مما في الأرض جميعا إلا الخبيث) فشك في كون شئ من الخبيث وعدمه على طريق اشتباه الموضوع الصرف بعد معرفة مفهوم اللفظين وكان الأمر للأباحة، ألحقناه بالعام. وإن كان حكم الخاص موافقا للأصل كقوله: (اقتلوا المشركين سوى اليهود) فشك في واحد أنه من اليهود (٢) أم لا، فالأصل البراءة عن وجوب القتل، أو الأصل حرمة قتل كل نفس سوى ما ثبت، وهذا غير معلوم الدخول تحت أحد الأمرين. وأما القول بأنه يدخل تحت المخصص مطلقا فلا قائل به على الظاهر، لأنه مخالف للأصل على الظاهر، وحيث يكون مطابقا له فليس دخوله تحته، بل تحت الأصل، بمعنى الألتحاق حكما. والوجه فيه: أن اشتباه الموضوع مع العلم القطعي بعدم خلوه في الواقع عن أحد الأمرين لا يوجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ، إذ قد علم عدم إرادة ظاهره من العام فكيف يعمل بظاهره؟ ولا يمكن إدخاله تحته بمعونة أصالة عدم التخصيص، إذ ليس هذا لو اخرج عنه تخصيصا آخر، بل إنما هو فرد من أفراد ما خرج بنوعه، فليس هذا حادثا جديدا حتى ينفى بالأصل. وكثرة أفراد ما هو خارج بنوعه لا يوجب زيادة في التخصيص. وغلبة العام أو (٣) أفراده غير موجب للظن بالموضوع الصرف في كونه مرادا من اللفظ حتى يندرج تحت ظواهر الألفاظ. وإقدام أهل العرف على إلحاقه بالعام في غير ما كان موافقا للأصل محل نظر، بل ممنوع، وإن شئت فلاحظه (٤) فيما خالف الأصل حتى يتضح الأمر، فيكون

(١) معطوف على قوله: (قول بأنه داخل تحت العام) تقدم في ص: ٣١. (٢) في (ف)، (م): أنه يهودي. (٣) في غير (ن): وأفراده. (٤) في (ن، د): فلاحظ.

[٢٤]

الأقدام اتكالا على الأصل لافهما من الخطاب ذلك. ولانسلم كون المتبادر من الوصف المأخوذ في المخصص المانع حتى ينحل الشك إلى الشك في وجود المانع ويلزم منه التمسك بالمقتضى، بل الظاهر دخول نوع وخروج آخر، وليس كون وصف الخارج مانعا أولى من كون عدمه جزءا للمقتضى، فتدبر. هذا غاية الكلام في هذا المرام، والذي يترجح في النظر القاصر إنما هو الأدخال تحت العام للوجوه الماضية وإن كان خلاف ظاهر الأكثر، بل ربما يدعى (١) اتفاقهم على الثاني. ولكن يمكن دعوى الأجماع على كون طريقة الأصحاب وطريقة الشرع على كون المشكوك فيه داخلا في العام. فإذا فكلمنا شك في صحته وفساده من الأيقاعات والعقود من باب الموضوع الصرف فيحكم بالصحة حتى يظهر فساده، فيكون مقتضى الأصل الصحة، ويثمر في الدعوى وغير ذلك. وعلى هذا الوجه الذي قررناه لا يفترق الحال بين صدور تلك المعاملة من مسلم أو كافر لو لم نقل ببطلان معاملات الكافر سنخا - كما قد يتخيل - لأن الميزان على ما قررناه صدق العمومات، وهو آت في الجميع. وهنا أصل آخر: وهو حمل فعل المسلم وقوله على الصحة، فلو صدر منه عقد أو إيقاع وشككنا في أنه هل وقع على وجه صحيح أو فاسد فالأصل يقضي بالصحة وإن لم نقل بأصل الصحة في مطلق الموضوع الصرف، وهذا أصالة الصحة التي ينهون عليها (٢) في مقام الدعوى وغيره أنه يقدم قول مدعي الصحة، ونحن في غنى عن ذلك، ولكنه مدلول عليه (٣) بالأجماع والأخبار الكثيرة. ويأتي تأسيسها وذكر أدلتها ورفع الأشكال الوارد عليها في عناوين الكفر والأسلام إن شاء الله، فانتظر.

(١) في (ف، م): ادعي. (٢) في (ف، م): عليه. (٣) في (م): وإن دل عليه.

[٢٥]

[العنوان التاسع والعشرون] [في بيان أصالة اللزوم في العقد والأيقاع]

[٢٦]

عنوان [٩٢] لاريب أن الأسباب في المعاملات - وهي العقود والأيقاعات - يمكن أن تكون لازمة بحيث لا يمكن رفع آثارها بعد تحققها مطلقا، بمعنى أن يكون شأنها من دون عروض عارض عدم جواز الفسخ والإبطال، وهو المسمى بـ (اللزوم). ويمكن أن تكون بذاتها قابلة للفسخ وإبطال الأثر وإن لم يكن هناك ما يوجب فسخا، بمعنى كون المعاملة بنفسها كذلك، وهو المعبر عنه بـ (الجواز). ولاريب أن واحدا منهما قد يصير معلوما شرعا، وقد يقع الشك في كون العقد جائزا أو لازما، فهل الأصل اللزوم، أو الجواز، أو لأصل في البين؟ والحق أن الأصل في كل عقد وإيقاع عدم جواز رفع آثاره وفسخه إلا بدليل، وذلك لوجوه: الأول: أن العقد أو الأيقاع إذا تحقق

يوجب ترتب أثر شرعي عليه: من حصول ملك لعين أو منفعة، أو انتفاع أو نيابة أو ولاية، أو فسخ لأثر عقد أو إيقاع، أو نحو ذلك. وبالجملة: لا ريب أن الأسباب الشرعية بعد تحققها يترتب عليها آثارها، فإذا شك في اللزوم والجواز فلازمه الشك في أنه لو فسخ هذا السبب هل يبطل ذلك المسبب الثابت أم لا بل هو باق على حاله؟ ولا شك أن قضية الاستصحاب عدم

[٢٧]

زوال الأثر من ملك أو نحوه إلا بمزيل شرعي، وهو معنى اللزوم، فالعقد بنفسه لا يكون قابلاً لرفع آثاره بعد حكم الأصل الاستصحابي ببقائها، إلا أن يلحقه ما يوجب تلك الأهلية بنص من الشرع. لا يقال: إن الاستصحاب لا ينافي جواز العقد ولا ينافي إمكان الفسخ، إذ الاستصحاب عبارة عن بقاء ما كان على ما كان، وليس الجواز في العقد عبارة عن عدم بقاءه على ما كان، بل هو عبارة عن إمكان ارتفاعه، والأمكان غير ملازم للفعالية، بل هو أعم منها، فالاستصحاب غير منافي لجواز العقد بالمعنى المعروف، وإنما هو منافي لفعالية الفسخ، والكلام في إمكانه. لأننا نقول: ليس المراد بالجواز إلا الأمكان الشرعي بحيث لو أريد الفسخ ورفع الأثر لوقع، والفرض أن الاستصحاب يقضي بعدم نقض اليقين بوجود الأثر إلا بما يوجب اليقين بزواله، والفرض أنك شك في أن الفسخ والرفع هل هو رافع لهذا الأثر أم لا؟ فاللازم شرعاً بالحكم بالبقاء وعدم الارتفاع، وهو شأن اللازم من العقد، إذ لا نريد به إلا ما لو فسخته لم يفسخ شرعاً، والفرض أن المشكوك فيه لو فسخته لا يفسخ، للاستصحاب. وبعبارة أخرى: الاستصحاب منافي لأمكان الفسخ شرعاً، بمعنى أنه قاض بأنه لو فسخ لم يفسخ، وهو معنى الامتناع شرعاً المعبر عنه بـ (اللزوم) وذلك واضح. لا يقال: إذا علمنا أن السبب في هذا الأثر إنما هو ذلك العقد جزماً، وليس ذلك مجرد علة في الحدوث حتى يستصحب بعد زواله لاحتمال العلة المبقية، بل من المعلوم هنا أن هذا السبب علة في الحدوث بحيث لو ارتفع هذا لارتفع الأثر جزماً، والفرض أن السبب قد أسقطه الفسخ والرجوع، فلاوجه للاستصحاب. لأننا نقول: ليس الغرض الاستصحاب لاحتمال علة أخرى مبقية، بل المراد إبقاء الأثر للشك في زوال علته المحدثة والمبقية، بمعنى أن بعد الفسخ نشك في زوال هذا السبب وعدمه، فنستصحب السبب ونستصحب الأحكام اللاحقة له معاً،

[٢٨]

وذلك واضح. نعم، لو ثبت شرطية شئ أو مانعيته لعقد أو إيقاع - سواء تأخر أو تقدم عن المشروط - ثم فقد الشرط في زمانه المتوقع أو وجد المانع كذلك بعد وقوع العقد أو شك في وجود الشرط وعدمه، فلا يمكن استصحاب حكم هذا العقد، لسريان هذا الشك إلى ترتب الأثر من أصله وكونه سبباً وعدمه، وذلك غير محل الفرض، وهذا هو مسألة الشرط المتأخر. وبالجملة: مقتضى الاستصحاب لزوم العقد والإيقاع مطلقاً إلا مع دليل على خلافه. الثاني: ظاهر أن الصيغ المأخوذة في عقد أو إيقاع هو الدوام وعدم البطلان، بمعنى أن الظاهر من قولك: (بعت) أو (زوجتني طالق) كون المالك للمبيع أو للبضع مخرجاً له عن سلطنته على الدوام بحيث لو أراد إرجاعه لم يرجع، فإذا صار المعنى ذلك فيصير العقد إنشاءً للملكية الدائمة والارتفاع للزوجية دائماً، وجواز الفسخ منافي لهذا المعنى المأخوذ في الأنشاء، فيصير الحاصل: أن معنى اللزوم وعدم الانحلال مأخوذ في إطلاق تلك الصيغ بحيث تقضى عرفاً بكون المنشأ دائماً مطلقاً، كما في قولهم: إطلاق العقد يقضي بكون الثمن حالا وكونه من نقد

البلد ونحو ذلك، فإطلاق كل إنشاء يوجب كونه دائما، فالفسخ مناف لأصل الأنشاء، وهو معنى اللزوم، إلا أن يجئ دليل من تقييد (١) ونحوه - كالباع بخيار - حتى يخرج عن ذلك. لا يقال: إن في الأجرة نظائرها تملك للمنفعة سنة، وأنت تدعي كون التملكيات على الدوام. لأننا نقول: قولنا: (سنة) في الأجرة ليس تحديدا للتمليك، بمعنى أن تملك إلى سنة، بل هو تحديد للمنفعة المملوكة، فيصير المعنى أن منفعة سنة واحدة

(١) في (ن، د): تقييده.

[٣٩]

ملكك دائما، وذلك واضح، فلو أراد الفسخ بعد مضي سنة - مثلا - وأراد الرجوع إلى اجرة المثل للمنفعة فهو غير مسلط على ذلك، لأنه ملكه هذه المنفعة دائما بحيث لا يقدر على فسخه، فتدبر. وبتحرير آخر: أن معنى الصيغ بإطلاقها إذا صار الدوام، فيصير الدليل الدال على صحة البيع وغيره من العقود دالا على تأثيره كذلك، ولا نحتاج إلى دليل آخر على اللزوم، بل مجرد ما دل على صحة العقود بعد كون معنى العقد والأيقاع بإطلاقهما قصد الأثر الدائم يدل على كونه لازما شرعا، لأن صحته قد ثبت على ما هو عليه، وليس إلا الدوام وعدم قابلية (١) الفسخ، فيصير كذلك شرعا. الثالث: أنه لو لم يكن في صيغ الأنشاءات دلالة على المعنى المدعى، فنقول: إن حال المتعاقدين يدل على إرادة اللزوم وعدم إمكان الفسخ. ولكن يمكن القول هنا بأنه ليس كذلك مطلقا، بل لابد على هذا من تتبع العقود وملاحظتها في العرف، فإن كان الناس بانين في إيقاعه على الدوام فالأصل فيه أن يكون لازما شرعا إلا ما خرج، وإن كانوا غير بانين على الدوام فلا يمكن التمسك بهذا الوجه، فتدبر. الرابع: عموم قوله تعالى: أوفوا بالعقود (٢) فإن ذلك دل على أن كل عقد يجب الوفاء به، والمراد بالوفاء: العمل بمقتضاه، ومقتضى العقد إما تملك أو نحو ه، ومقتضى لزوم الوفاء البقاء على هذا الأثر وإبقاؤه وجوبا، فلا رخصة في إبطاله، وهو المدعى من اللزوم. والأشكال الوارد على دلالة الآية من جهة عموم العقود انصرافها إلى المتعارفة (٣) وعدمه، واعتبار التوثيق وعدمه، وشمولها للأيقاع وعدمه - ونظائر ذلك - قد عرفت دفعه في العنوانين السابقين. وقد تلخص مما ذكرناه هناك: دلالة الآية على أن كل عقد وكل إيقاع متعارف

(١) في ظاهر (ن): عدم قابليته. (٢) المائدة: ١. (٣) في غير (م): انصرافه إلى المتعارف... وشموله.

[٤٠]

أو غيره يجب الوفاء به بظاهر الأمر، ومسألة التخصيص ونحوها قد عرفت دفعه. وإنما البحث في أن هذا يدل على اللزوم أم لا؟ إذ يحتمل أن يكون المراد: اللزوم. ويحتمل أن يكون المراد: لزوم العمل بمقتضاه إن جائزا فجائزا وإن لازما فلازما، بمعنى أن يتبع في ذلك العرف، فأبى عقد بني في العرف على اللزوم بين الناس بحيث لا يرجعون المال ونحوه بعد وقوع العقد أو الأيقاع، فيحكم فيها (١) باللزوم، لأن مقتضاه ذلك، والعمل بمقتضاه واجب بظاهر الآية. وما بني في العرف على الجواز، بمعنى أن طريقة الناس فيه على الرد والدفع - كالعارية والوديعة - فيحكم فيه (٢) بالجواز، لأنه مقتضاه،

فيجب العمل به، وجعل الجائز واجبا ليس عملا بمقتضاه، بل هو إخراج للعقد عن مقتضاه. أو يتبع في ذلك الشرع بأن يراد: أن الوفاء بمقتضى العقد لازم، فإن علم من الشرع أنه من العقود اللازمة فيجب الوفاء به على لزومه، وإن علم أنه من الجائزة فيجب الوفاء على جوازه، والمراد بالوفاء حينئذ لزوم العمل بأحكامه وإجراء كل حكم يترتب على أحدهما شرعا عليه. ويحتمل أن يكون المراد من (الوفاء): الاعتقاد، بمعنى أنه يلزم عليكم اعتقاد لزوم اللازم وجواز الجائز، على بعد. والظاهر رجوعه إلى ما ذكرناه قبله، وهو البناء (٣) على إجراء الأحكام، فإن الاعتقاد لادخل له في ذلك. وتظهر الثمرة في العقد الذي لم يظهر من الشرع ولا من العرف كونه مبنيا على اللزوم، فإنه يثبت لزومه من الآية (٤) على الأول، دون الأخيرين. ولو كان ظاهرا من العرف لزومه يثبت على الأولين، دون الثالث. ولو كان ثابتا من الشرع أنه مبني على اللزوم يظهر لزومه على الأول والثالث

(١) العبارة في (م) هكذا: بحيث لا يرجعون فيه بعد وقوعه، فنحكم فيه باللزوم. (٢) في غير (م): فيها. (٣) في (م): ما ذكرناه من البناء. (٤) يعني: قوله تعالى: أوفوا بالعقود المائدة: ١.

[٤١]

من الآية، ولا يثبت على الثاني من هذه الآية، وإن فرض ثبوت اللزوم بغيره. والذي يقتضيه النظر هو الأول (١) وليس الاستدلال من هيئة الأمر المفيد للوجوب، بل المدرك إنما هو مادة (الوفاء) فإن الوفاء على شئ البقاء على ما هو مؤداه أولا، ولاريب أن مؤدى العقد - مثلا - هو التملك أو نحوه، والوفاء بهذا المؤدى البقاء على هذا الأثر وإبقاؤه أو عدم ازالته، وهو معنى اللزوم. والظاهر: أن كونه لازما أو جائزا ليس إلا وجوب الأبقاء والوفاء وعدمه، لأن الوفاء واجب في الجائز واللازم. ومن تأمل في دلالة لفظ (الوفاء) لا يجد ريبا فيما ذكرناه، وكيفي في قوة هذا المعنى ووضوحه فهم الأصحاب منها (٢) ذلك واستدلوا لهم قديما وحديثا بها عليه. ولم يصدر هذا الاحتمال إلا من آية الله العلامة - أعلى الله مقامه - في بعض كتبه (٣) مع أنه وافق الأصحاب في الاستدلال به في سائر كتبه. وغير خفى أن غرضه من ذكر هذا مجرد بيان ذكر ما يمكن أن يذكر، وذكره منجزا يقوم مقام الاحتمال، لأنه في فتاويه غالبا يستوفي الاحتمالات تقوية للنظر واستعمالا لقوة التخريج، فمجرد قوله: بأن الوفاء هو العمل بمقتضاه إن جائزا فجائزا وإن لازما فلازما (٤) لا ينبغي أن يجعل موجبا للأجماع في الآية مع ما أوضحناه من السبيل، فتدبر. وبقي هنا كلام، وهو أن العقد قد يكون لازما من الطرفين، كالبيع والصلح والأجارة والضمان والحوالة. وقد يكون جائزا من الطرفين، كالوكالة والمضاربة والشركة والعارية والوديعة والجعالة ونحو ذلك. وقد يكون جائزا من طرف ولازما من آخر، كالرهن، فإنهم يقولون: إنه جائز من قبل المرتهن لازم من طرف

(١) أي: الاحتمال الأول. (٢) في (ف، م) بدل (منها): هنا. (٣) قاله في المختلف: ٤٨٤ في جواب من استدلك بالآية على لزوم عقد السبق. (٤) في (ن، د): ان جائزا فجائز وإن لازما فلازم.

[٤٢]

الراهن، والهيئة، فإنه لازم من طرف المتهب وجائز من طرف الواهب في غير المعوض وذی الرحم والزوجين على الأصح، فهل اللازم من طرف دون آخر لازم أو جائز أو مركب؟ وجوه: قيل: بأنه مركب كما هو المشهور في الألسنة من أهل العلم (١) والوجه فيه: أنه وجد فيه الجواز واللزوم معا، فإنه باعتبار أحد طرفيه ممتنع (٢) الفسخ، وباعتبار طرفه الآخر جائز، وهو معنى الواسطة. وقيل: بأن هذا جائز إذ التناقض بين الجائز واللازم واضح، ومعنى اللزوم يرجع إلى سالبية كلية، وهو عدم إمكان الفسخ مطلقا، ومعنى الجواز هو الأيجاب بمعنى إمكان الفسخ، ولا ريب أن الفسخ من أحد الطرفين فسخ من الآخر، لعدم معقولية التفكيك، فيصير هذا العقد قابلا للفسخ شرعا، وأما أن الفاسخ هو المتعاقدان أو أحدهما أو أجنبي، فلاربط له في كون العقد في ذاته لازما أو جائزا. ويؤيد هذا الوجه أنهم يجرون في صيغة الرهن والهيئة أحكام الجائز من صحته بأي لفظ وقع حتى بالجملة الاسمية في الرهن، ولا يستعملون فيهما ما يداقونه في العقود اللازمة. ويؤيد عدم كونهما من الجائز عدم بطلانهما بموت أو جنون أو نحو ذلك مما يبطل العقد الجائز. وأما احتمال إلحاقهما باللازم فهو من المستبعد جدا، ويحتاج إلى جعل الجائز بمعنى إمكان فسخه من كل أحد أو (٣) من المتعاقدين، واللازم ما ليس كذلك، وهو خلاف ظاهر. والتحقيق: أنه لو لوحظ الجواز واللزوم بالنظر إلى نفس العقد - كما هو الظاهر من التوصيف - فيلحقان بالجائز، لأنهما في نفسيهما جائزان قابلان للانفساخ، ولا دخل لتعدد الفاسخ ووحدته في ذلك.

(١) في (ن): أهل العرف. (٢) في (ن): يمتنع. (٣) في (م): ومن.

[٤٢]

ولو اريد الجواز واللزوم بمعنى الرخصة وعدمه في الفسخ بالنسبة إلى المكلفين فيمكن القول بالتلفيق، ولكنه يلزم على هذا أن يكون كل عقد كذلك، إذ غايته جواز الفسخ للمتعاقدين وليس لسائر الناس فسخه، فيكون لازما من وجه وجازا من وجه آخر. واحتمال أن المراد إنما هو الجواز والعدم بالنسبة إلى المتعاقدين - إذ لا ربط لغيرهما بذلك - بعيد مستلزم للتخصيص في عموم أوفوا بالعقود الدال على لزوم العقد. وبيان ذلك: أن عموم أوفوا بالعقود إنما دل على أن كل أحد من المكلفين لعموم الخطاب مأمورون بالوفاء بكل عقد عقد من أي شخص صدر، ومن المعلوم: أن صدور العقد الواحد من ألف أو جميع المكلفين محال، فيصير المعنى: كل أحد مكلف بالوفاء بكل عقد من أي منهم صدر، وتخصيص هذا بالمتعاقدين يحتاج إلى دليل، إذ لا إشعار في الآية على أن الوفاء لازم على المتعاقدين دون غيرهما، ومقتضى ذلك ثبوت لزوم العقد بالنسبة إلى كل أحد، فلو كان جائزا في حق المتعاقدين غير جائز من غيرهما فينبغي أن يكون ملفقا خارجا بالدليل بالنسبة إلى خصوص المتعاقدين، ويبقى على لزومه بالنسبة إلى الغير، فلا وجه لعهده جائزا مطلقا. لا يقال: ليس المراد وجوب الوفاء على كل عقد (١) بل المراد منها (٢) وجوب وفاء كل أحد بعقده، فيصير التقدير: أوفوا بعقودكم، ويظهر منه في العرف التوزيع، بمعنى أن كل أحد يفي بما هو عقده، لا أن زيدا يفي بعقد عمرو ونحو ذلك، إذ وفاء الغير بعقد الغير غير معقول، إذ ليس بيده شئ حتى يفي بذلك، وليس الأمر إلا فرع الاختيار والتسلط، فتدبر. لأننا نقول: صرف الآية على هذا المعنى إن كان بدعوى الفهم العرفي فهو

[٤٤]

ممنوع، وإضمار المضاف إليه وإن كان يوجب فهم هذا المعنى في الظاهر لكن هو غير ثابت، وفرضه غير وجوده، وعموم اللفظ محكم، وليس ذلك من قبيل الرجال قوامون على النساء (١) بل إنما هو من قبيل (وأمرؤا بالمعروف وإنهوا عن المنكر). وإن كان من جهة عدم إمكان الوفاء من الغير فهو ممنوع، إذ يجب على كل أحد إجراء هذه الآثار على هذا العقد، بمعنى أنه ليس لأحد أن ينتزعه من يد المشتري، لأنه ملكه، ولا أن يعطيه البائع، لأنه خرج عنه، ويجب جعله ميراثا للمالك لو مات وصرفه في الديون، ونظائر ذلك مما يتعلق بكون الشيء مملوكا، فإن كل أحد مكلف بأن يجري على هذا المال أحكام ملكية المشتري، ولا بأس بذلك مطلقا، فلا تذهل. وهنا كلام آخر، وهو: أن العقد الجائز ما أمكن فسخه، واللازم مالا يمكن فسخه شرعا، وقد اتفق كلمة الأصحاب ظاهرا على أن الفسخ موجب لرجوع كل عوض إلى مالكه لو كان معاوضة، وبطلان الأثر المترتب عليه لو لم يكن كذلك، كالرجعة التي هي فسخ الطلاق، والفئة التي هي إبطال للأبلاء، والرجوع الذي هو إبطال للعارية والوديعة، ونحو ذلك. وبالجملة: معنى الفسخ رفع الأثر، ولازم ذلك رجوع العوضين في المعاوضة على ما كانا قبل المعاوضة، فإن بقي عيناها فبعينيهما، وإلا فعلى ما نبينه في عناوين الأحكام من كيفية الضمان، ولكنهم حكموا في باب القرض بأن العقد جائز ليس بلازم، وللمقرض المطالبة متى شاء، وذكروا أن المقرض يملك بالقرض (٢) وله رد المثل والقيمة مع مطالبة المقرض وإن بقي العين وهما مما (٣) يتناقضان. وهذا مما قد استشكل (٤) على جماعة من فحول المتأخرين والمعاصرين، فلذلك ذهبوا إلى أن القرض عقد لازم، وخالفوا ظاهر كلمة الفقهاء في ذلك،

(١) النساء: ٣٤. (٢) في (ف، م): بالقبض. (٣) مما: لم ترد في (م). (٤) في (د): مما قد اشكل.

[٤٥]

وزعموا أن الحكمين يتنافيان، ولازم الجواز رجوع العوض بعينه، مع أنه ليس كذلك في القرض، وأنت خبير بأن القول بلزوم القرض مما تشتمئز منه النفس، فإن القرض الذي للمقرض مطالبته وللمقرض أدأؤه متى شاء كيف يعقل كونه عقدا لازما؟ وهذا مما هو مركز في أذهان المتشرعة ركوزا ظاهرا. والذي يخالجنى في المقام في حل الأشكال وإن لم أحد من يساعدي عليه من كلام فقيه أو غيره أن يقال: إنه ليس عقد القرض - مثلا - إلا معاوضة، فإنه تملك للمال بإزاء عوض، لأمجانا، فإذا بذل المقرض أحد العوضين فله أن يطالب بالعوض الآخر كما في سائر المعاوضات، وليس لأحد أن يقول: إن مطالبة البائع الثمن ومطالبة المشتري المبيع فسخ لببيع، فإن ذلك إمضاء لمقتضاه، ومقتضى عقد القرض أن قبض المال يوجب ثبوت مثله أو قيمته في ذمة المقرض، وليس هذا إلا كالبيع بالمثل أو القيمة، فإذا طالب العوض فقد طالب المثل والقيمة، ولزم المقرض الدفع إتيانا بمقتضى المعاوضة، فليس هذا فسخا حتى يجب دفع العين، بل إنما هو طلب لما لزم بالمعاوضة، وهو مؤكد لبقاء العقد لافسوخ. نعم، إذا قال المقرض: فسخت القرض - بمعنى الأبطال وعدم الأذن في التصرف - وكان العين باقيا فاللازم على المقرض دفع العين، لأنه أبطل الملك بإبطال سببه، فرجع إلى ملك المالك

الأول وسقط عن ذمة المقترض العوض، كما أن المقترض لو قال: فسخت القرض لا يجوز له التصرف بعد ذلك بالعين الموجود، لبطلان ما أوجب التملك، وزوال الأذن بزواله - على ما هو التحقيق - فالذي تلخص من ذلك: أن العقد الجائز ما كان قابلا للفسخ الموجب لرجوع كل عوض إلى مالكة وبطالان الأثار المترتبة عليه، وليس عقد القرض من اللازم على ما تخيله بعض المتأخرين، للأجماع على خلافه ظاهرا، ولا جائزا بهذا المعنى، إذ لا يكاد يظهر على ظاهر كلامهم فرق بين بقاءه وانفساخه، بل الحق: أن كلامهم في عدم وجوب دفع العين منزل على مطالبة المقرض العوض، لافسحه للعقد. هكذا ينبغي أن يحقق المقام، وله نظائر كثيرة.

[٤٧]

(العنوان الثلاثون) (العقود تابعة للقصد)

[٤٨]

عنوان [٣٠] العقد تابع للقصد مطلقا، وهذه من القواعد المعروفة الكثيرة الفروع، والبحث في معناها تارة، وفي مدركها اخرى، فهنا مقامان: الأول: في بيان المراد منه وهو محتمل لأمرين، ليس بينهما منع جمع. أحدهما: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أنه لا يتحقق إلا بالقصد، كما ذكره الفقهاء رحمهم الله في شرائط العقود مع الشرائط الاخر، بمعنى أنه لا عبرة بعقد الغافل والنائم والناسي والغالط والهازل والسكران الذي لا قصد له ونحو ذلك، فتكون القاعدة إشارة إلى شرطية كون العاقد قاصدا في مقامات العقود كلها، ويكون معنى التبعية: عدم تحققه بدونه، إذ لا وجود للتابع بدون متبوعه. وهل العكس كذلك؟ بمعنى أنه كلما تحقق القصد تحقق العقد أم لا، فنقول: له معنيان: أحدهما: أن جنس القصد مستلزم للعقد، وهو معلوم الانتفاء. وثانيهما: أن القصد في العقد إذا تعلق بشئ فهو متحقق لا محالة، بمعنى أن العقد يؤثر في ذلك المقصود ويوجب تحققه، ويصير المعنى: أن كل ما هو مقصود

[٤٩]

في العقد فالعقد يتبعه، بمعنى أنه يتعلق به العقد (١) وينعقد. وهذا الوجه له تفصيل، نذكره بعيد هذا. وثانيهما: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أن العقد شئ يحتاج إلى موجب وقابل وعوض ومعوض، وبعد حصول هذه الأركان لكل عقد أثر خاص: من تملك أو نحوه، وللأثار كفييات واعتبارات: من فورية وتراخ ولزوم وجواز تنجيز وتعليق وإطلاق وتقييد واتصال وانفصال وأحكام ولوازم، وهو في هذه الامور كلها تابع للقصد، بمعنى أنه لا يقع ما لم يقصد، وما هو المقصود يقع مطلقا. الثاني (٢): في بيان المدرك والبحث هنا في مقامات ثلاث: (٣) أحدها: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أنه شرط في صحته، بل في ماهيته، بمعنى أن ما لا يقصد فيه ليس بعقد، والمراد من القصد هنا: إرادة اللفظ والمعنى. فالعقد الذي لم يقصد لفظه - كما في النائم والساهي والغالط، وهو من يريد لفظا (٤) فيذكر غيره، كما لو أراد كلمة (بعت) فقال: (وهبت) غلطا فإن (وهبت) غير مقصود، وكذا الغافل وهو الذي يصدر عنه اللفظ من دون التفات، والسكران الذي يتكلم بلا قصد إلى الألفاظ، بل يصدر عنه للعادة من دون شعور وإرادة للخصوصية، وكذا العقد الذي لم يقصد معناه كما في الهازل، فإنه

قاصد لذكر لفظ (بعث) مثلا، لكنه غير قاصد لوقوع معناه بهذا اللفظ، وينحل هذا إلى عدم إرادة الأنشاء، أو إرادة الأنشاء الذي لا يترتب عليه المنشأ، وبالجملة غير قاصد لوقوع المسبب - فاسد (٥)، بل ليس بعقد، وهذه قاعدة كلية سارية في العقود والأيقاعات كافة. والوجه في ذلك أمران:

(١) في (د): القصد. (٢) في (ف، م): والثاني. (٣) كذا، والظاهر: مقامات أربع، لما يأتي في ص ٥٧: ورابعها، فلاحظ. (٤) في عدا (م) زيادة: آخر. (٥) هذا خبر لقوله: فالعقد الذي...

[٥٠]

أحدهما: إجماع الأصحاب على عدم ترتب الآثار على الخالي عن القصد، كما هو صريح كلامهم في طي أبواب الفقه بحيث لا يشك فيه مشكك. وثانيهما: أن مقتضى الأصل الأولي عدم ترتب الآثار المجعولة لهذه الأسباب شرعا إلا بدليل، ومن المعلوم أن أحكام العقود والأيقاعات وأثارها كلها مخالفة للأصل، فلا بد في ترتيب هذه الآثار من الاستناد إلى حجة شرعية، وليس إلا أدلة العقود عموما وخصوصا. ولا يخفى أن أدلة العقود العامة - كما ذكرناه في أصالة الصحة واللزوم - قد اعتبر فيها لفظ العقد والشرط ونحو ذلك، ولأربب أن العقد معناه: العهد أو الربط، وما لا قصد فيه لا يعد عهدا ولا يعد ربطا، لالغة ولا عرفا، وكذا الكلام في لفظ الشرط. وأما الأدلة الخاصة فقد اعتبر فيها لفظ البيع والأجارة والنكاح والطلاق والأقرار والعنق ونحو ذلك، ولأربب أن كل ذلك ينصرف إلى ما هو المقصود، واللفظ الخالي عن القصد لا يسمى بهذه الأسماء قط (١) فإذا لم تشمله الأدلة عموما وخصوصا فيبقى تحت الأصل الأولي، ولا تترتب عليه الثمرة وهو المراد. ويمكن أن يتمسك في هذا المقام بمثل قوله عليه السلام: (لاعمل إلا بنية) (٢) و (إنما الأعمال بالنيات) (٣) فإن ظاهر الروايتين: أن ماهية العمل من دون نية غير متحققة، فإذا أن يحمل على معناه الحقيقي الظاهر وتكون الأعمال التي تتحقق (٤) بغير قصد خارجة عن العموم، وإما أن يحمل على نفي الصحة لأنه أقرب المجازات، فيكون المراد عدم الصحة إلا بالنية، ولأربب أن عموم (الأعمال) إنما (٥) يشمل العقود والأيقاعات أيضا، فيدل على أنها لا تصح بدون القصد وهو المدعى، وحملهما

(١) في (ف): قطعا. (٢) راجع الوسائل ١: ٣٣، الباب ٥ من أبواب مقدمة العبادات. (٣) راجع الوسائل ١: ٣٣، الباب ٥ من أبواب مقدمة العبادات. (٤) في (ن، د): تحقق. (٥) إنما: لم يرد في (م).

[٥١]

على نفي الكمال أو رميها بالأجمال - كما صدر عن بعضهم - لوجه له، إذ الأول بعيد عن الحقيقة، والثاني فرع تعذر الحقيقة وعدم وجود المجاز القريب، وهنا ليس كذلك. فإن قلت: إن المتبادر من النية المطلقة في الروايات ليس القصد، بل الظاهر منها قصد التقرب، ولذلك تمسك الفقهاء بها في اشتراط قصد التقرب في العبادات، ولا يمكن هذا الاستدلال إلا مع ظهور إرادة قصد التقرب، وليس الكلام في العبادات في اشتراط القصد المطلق، إذ هو مما لا ينفك عن الفاعل المختار كما نصوا عليه - وقد مر ذلك في عناوين العبادات (١) - فإذا لا دلالة في هذه الروايات على ما ذكرته. قلت: يمكن أن يقال

(٢): إن النية بمعنى القصد، وتخصيصه بقصد التقرب لادليل عليه، وثبوت الحقيقة الشرعية ممنوع، بل معلوم العدم، فالاستدلال هنا في محله. نعم، يرد الأشكال في الاستدلال بها على نية العبادات، ولسنا نحن بصدده. وثانياً يمكن أن يقال: إن المراد من النية هنا قصد جهة ذلك العمل، وبعبارة أخرى: أن القصد وإن كان معنى النية، لكنه بقرينة ذكر العمل بل الأعمال المفيدتين للعموم في الخبرين يفهم أن المراد بالنية قصد غاية العمل والجهة المقصودة منه، فيصير المعنى: لا عمل، أي: لا يكون عمل صحيحاً إلا بنية ما هو المقصود منه، أي: جعل العمل لأجله، فيدل على أن صحة كل عمل مشروط بقصد غايته المجعولة له شرعاً أو عقلاً أو عادة، فعلى هذا فلا بد في العبادة من قصد التقرب، إذ الغاية التي شرعت لها العبادات هو التقرب، إما بأن نعلم ذلك، أو نشك في الغاية (٣) والمتيقن هو التقرب اللازم للطلب - كما أسسناه في بحث كون المأمور به عبادة (٤) - وفي المعاملة لا بد من قصد النقل أو الفك أو نحو ذلك من الآثار والغايات التي شرعت المعاملة لأجلها.

(١) راجع الجزء الأول، العنوان: ١٢. (٢) في (م): قلت أولاً. (٣) كذا في النسخ، والعبارة قاصرة. (٤) راجع الجزء الأول، العنوان: ١٢.

[٥٢]

فليس المراد من النية خصوص قصد التقرب ولا مطلق القصد، ومن العمل خصوص العبادة، بل الظاهر من العمل الأعم، ومن النية قصد الجهة المقصودة والعلة الغائية، فيكون تصور الأثر وإرادته من العمل شرطاً في ترتب ذلك الأثر شرعاً، وهو كاف في إثبات المدعى، فتأمل فإنه من مطارح الأفهام. فاعتبار القصد في المعاملات بهذا المعنى مما لا شبهة فيه. نعم، بقي الكلام (١) في أن هذا القصد في الأيقاع يعتبر في الموقع حال إيقاعه، وذلك واضح، وفي العقد أيضاً، يعتبر في حال تكلم كل من الموجب والقابل بما هو من جانبه، ولكن هل يعتبر بقاء هذا القصد والشعور بهذا المعنى للفظ والمعنى في كل من المتعاقدين في كل من الأيجابين - بحيث لو قال البائع: (بعث) قاصداً ففعل أو نسي أو زال قصده بطور آخر، فقال القابل: (قبلت) لم يصح أولاً، بل المعتبر كون كل منهما قاصداً فيما هو من جانبه؟ وجهان. والأقوى: اعتبار القصد مطلقاً، لما ذكرناه من الأدلة، فإن المتبادر من أدلة العقود إنما هو ما كان المتعاقدان قاصدين في مجموع الأيجاب والقبول. مضافاً إلى أن العقد هو المركب من الأيجاب والقبول، فلا بد من كونهما قاصدين في المجموع حتى يكون العقد منهما مع القصد. والتوزيع - بكون أحدهما قاصداً في الأيجاب والآخر في القبول، أو كليهما قاصداً في أحدهما، أو أحدهما قاصداً في أحدهما - خلاف الظاهر من النصوص والفتاوى. وبقي هنا إشكال (٢)، وهو أن ظاهر ما ذكرناه اعتبار قصد اللفظ والمعنى، ولذلك أخرجنا الهازل، فيشكل الأمر في (٣) صحة عقد المكره، مع أن الأصحاب في باب العقود أطبقوا على صحة عقود المكره لو لحقه الرضا وإن لم يقولوا بصحة الأيقاعات من المكره وإن رضي (٤) بعد ذلك، بناءً منهم على أن الأيقاع لا يكون

(١) في (ن): كلام. (٢) في (م): ثم إن هاهنا إشكال. (٣) في (م): وعليه متجه عدم صحة عقد المكره. (٤) في (م): بصحة الأيقاعات منه حتى مع رضائه.

[٥٣]

موقوفا على أمر متأخر، ويجئ تحقيقه في باب التعليق إن شاء الله تعالى. ولاريب أن المكروه كالهزل قاصد للفظ دون المعنى، فكيف يصح عقد المكروه بلحوق الرضا ولا يصح عقد الهزل وإن رضي بعد ذلك وأجاز؟ وهذا الأشكال مما ذكره شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في شرحي الشرائع واللمعة (١) ولم يتخلص عنه. ولكن الأشكال غير وارد والجواب بين والأمر سهل، إلا أنه لما كان محتاجا إلى بيان معنى الأكره وتحقيق أن المكروه قاصد للفظ والمعنى معا لكنه فاقد للرضا، وهو غير قصد المعنى، بخلاف الهزل فإنه غير قاصد للمعنى، أخرنا بيانه إلى مسألة الأكره والاختيار الآتي في الشرائط العامة إن شاء الله تعالى (٢). وبالجملة: القصد للفظ والمعنى شرط في صحة العقود بالمعنى الأعم، بل في عقديته، وهذا أحد وجهي قولهم: العقود تابعة للقصد. وثانيها (٣): أن العقد تابع للقصد في أركانه ولوازمه وأحكامه، بمعنى أنه ما لم يقصد شئ منها لم يقع. كما أن أصل العقد لا يتحقق إلا بقصد الأيجاب والقبول، ومعناهما كذلك لا يصح إلا بقصد متعلقه من العوض والمعوض والموجب والقابل، بمعنى أنه لا بد في العقد من قصد المبيع والثمن في البيع، والزوجين في النكاح - ونظائر ذلك - ومن قصد المخاطب بالخطاب، فلا يمكن قصد بيع مطلق بعوض مطلق وإن عين بعد ذلك. وكذا لا يصح لو قال: (بعت) ولم يقصد مخاطبا معينا هو القابل وإن قال بعد ذلك أحد: (قبلت). كما لا يصح لو لم يقصد القابل بقوله ذلك الأيجاب الصادر من الرجل المعين، فلو سمع قائلا يقول: (بعت) فقال: (قبلت) لم يصح وإن صادف الواقع

(١) المسالك ٣: ١٥٧، والروضة البهية ٣: ٢٢٧. (٢) العبارة بعد قوله: (ولم يتخلص عنه) إلى آخر الفقرة في (م) كما يلي: ويندفع بأن المكروه قاصد للفظ والمعنى معا، لكنه فاقد للرضا، وهو غير قصد المعنى، بخلاف الهزل فإنه غير قاصد للمعنى، وسيأتي تفصيل ذلك في عنوان الأكره والاختيار من عناوين الشرائط العامة إن شاء الله. (٣) أي: ثاني المقامات، تقدم أولها في ص: ٤٩.

[٥٤]

وبعبارة أخرى: العقد له أركان، وهي: المتعاقدان والعوضان، وقد لا يكون عوض، وقد يكون. وبعبارة أخرى: كلما هو من ضروريات ذلك العقد أو الإيقاع من المحل ونحوه لا بد أن يكون مقصودا في حالته، وإلا لبطل. وأما الأحكام واللوازم: فإن كانت من مقتضيات ذات العقد ومفهومه - بمعنى عدم تحققه إلا بحصولها - فهي داخلة في قصد المعنى والغاية الذي مر في المقام الأول. وإن كانت من الأحكام اللاحقة شرعا - كنفقة الزوجة ونحو ذلك - فسيأتي الكلام فيها. والوجه في اعتبار القصد بهذا المعنى - بمعنى انتفاء الصحة بدونه - ما مر من الوجوه السابقة من الأجماع والأصل الأولي. وعدم انصراف أدلة الصحة في عقد أو إيقاع عاما أو خاصا إلى ما لم يعين فيه الأركان، فيبقى تحت أصالة الفساد، بل يمكن أن يدعى في بعض صور المسألة عدم صدق العقدية والعهدية أصلا. والأخبار الدالة على عدم وقوع شئ إلا بالقصد بالتقريب الذي ذكرناه، فإنك لو لم تقصد من قولك: (بعت) مشتريا معينا هو زيد - مثلا - ولا فرسا معينا بتعيين (١) معتبر كليا أو جزئيا، ولا ثمنا معينا - من درهم أو دينار أو غيرهما - فلا ينفع بعد ذلك أن تعينه، لأنه شئ لم يقصد، فلا يتحقق بمقتضى الأخبار (٢). فإن قلت: إنا لانقول: إنه يقع بلا قصد، بل نقول: إنه يقع بعد القصد وإن لم يعين عند العقد، فلا يكون بلا قصد. قلت: إن وقوع هذه (٣) الآثار بعد العقد والقصد إنما هو للعقد، بمعنى أنه السبب في حصول ملك هذا المال - مثلا - لهذا المشتري (٤) والمفروض أن هذا لم يكن

(١) في (ن، د): يتعين، وفي (ف): لتعيين، والصواب ما أثبتناه. (٢) من قوله: فانك لو لم تقصد... إلى آخر الفقرة لم يرد في (م). (٣) هذه: لم ترد في (م). (٤) العبارة في (م) هكذا: في حصول ملك المال المخصوص - مثلا - للمشتري المخصوص بالثمن المخصوص.

[٥٥]

مقصودا في ذلك السبب، ومجرد القصد العاري عن السبب غير مملك، فلاوجه لحصوله، فتدبر. مضافا إلى متعلقات العقود إنما هي محال لآثارها، بمعنى أنها مورد للملك والطلاق والنكاح والعقود ونحو ذلك، ولأريب أن هذه الأمور تحتاج إلى محال مقررة في نفس الأمر على حسب ما هو المعتبر في المفهوم، فإن كان شيئا يتقوم بالكلي والعين فلا بد من تعيينه على طريق الكلية أو العينية، وإن كان مما لا يتقرر إلا بشخص - كالعقود والطلاق والنكاح على أحد الوجهين، وهو الأصح - فلا بد من تعيينه الشخصي حتى يتحقق الأثر فما لم يتعين هذه المحال في نظر المتعاقدين بحيث يكون قابلا لورود الآثار المطلوبة عليها لا يتحقق للأثر محل، فيستلزم الفساد، لتخلف الأثر عن المؤثر، وليس الفساد إلا ذلك، وتعيين المحل بعد فساد المؤثر غير مجد. وكذلك الكلام في المتعاقدين، فإنهما اللذان يعقدان ويتعاهدان ويربطان، فلو صدر من أحدهما الأيجاب بدون تعيين الآخر لم يتحقق هنا ربط من هذا الجانب، ولا عهد مع أحد، وتعين أحد بعد الصدور لا يجعل العهد السابق له، وذلك واضح جدا. وفي كلامنا السابق في خصوص تعيين المتعلق إفادات تنبئ عليها بعد تأمل غامض وتبين أنه صادر عن طبيعة ماهرة في الفن ويندفع بالغور في أطراف ذلك الكلام إشكالات (١) مركوزة في أذهان القاصرين في جواز بيع الكلي وعدم جواز نكاحه وطلاقه - كما هو الأصح - ونظائر ذلك. وليس هذا من جهة عدم اشتراط قصد المتعلق، بل الحق أن قصد الأركان لازم في العقود كافة، وإنما البحث في أن متعلق كل عقد أي شئ حتى نعرف ما هو لازم القصد دون غيره؟ وأي سبب لعدم تعلق النكاح بالكلي دون البيع؟ وهذا كلام سنحقيقه لك إن شاء الله تعالى في ضبط متعلقات العقود.

(١) وردت العبارة في (م) مختصرا، كما يلي: إفادات تندفع بالغور في أطرافها إشكالات.

[٥٦]

وثالثها (١): أن العقد تابع للقصد في سائر الأحكام، بمعنى أنها لا تترتب إلا مع كونها مقصودة. فمن لم يقصد النفقة في النكاح لانفقة عليه، ومن لم يقصد ضمان الدرك في البيع فلا ضمان عليه، ومن لم يقصد خيار المجلس أو الشفعة أو خيار الحيوان أو توابع المبيع - كتياب الجارية ومفتاح الدار - أو المهر في مفوضة البضع أو لحوق الولد أو عدم جواز جمع الاختين أو نكاح الخامسة - أو نظائر ذلك من الأحكام غير المتناهية اللاحقة للعقود بعد تحقق أركانها وصحتها - لا يتعلق فيه هذه الأحكام بالنسبة إليه. وتبعية العقد للقصد بهذا المعنى لم يقم دليل على اعتباره، بل يرد أمور: أحدها: الأجماع القطعي من الأصحاب على عدم اعتبار القصد في ذلك كله، كما لا يخفى على من راجع كلامهم. فإن قلت: كيف تدعي الأجماع على ذلك مع أن قولهم: (العقود تابعة للقصد) مطلق يشمل المقام؟ قلت: ليس كذلك، بل معنى كلامهم: (أن العقد تابع للقصد) بمعنى أن النكاح والبيع لا يصح إلا بقصد اللفظ والمعنى والأركان - على ما قرناه - إذ لفظ (العقد) اسم لمجموع الأيجاب والقبول

المتقوم بهذه الأركان، والأثر اللازم له ما هو المقصود منه الداخل في معنى (٢) الأيجابين - كما قررناه - وأما الأحكام اللاحقة للعقد بعد وجوده وفرض صحته فهي ليست داخلة تحت اسم العقد ولا مقدمة لتحقيقه، ولا وجه لكونها تابعة للقصد، فهذه العبارة منهم (٢) دالة على اعتبار القصد في ماهية العقد وأركانه، دون أحكامه. وثانيها: قيام السيرة القطعية من المسلمين قديما وحديثا على عدم قصد الأحكام في العقود والأيقاعات، بل هي غير محصورة لا يكاد يطلع عليها فقيه،

(١) أي: ثالث المقامات. (٢) في (ن، د): في معناه. (٣) في (ف، م): عنهم.

[٥٧]

فضلا عن عامي! فكيف يمكن القول بعدم جريان هذه الأحكام مع عدم القصد؟ وثالثها: إطلاق ما دل على ترتب هذه الأحكام لهذه العقود من دون تقييد بالعلم والقصد، ولاريب أن اسم العقد واسم البيع والطلاق والعتق ونحو ذلك يتحقق بقصد الأركان، فاللازم شمول الأدلة الدالة على ترتب الأحكام على هذه الأسامي عموما وخصوصا لما نحن فيه، فلاوجه لهذه الشرطية. وبالجملة: لم يعرف من نص ولافتوى اعتباره في ذلك، ولو عرض شبهة في ذلك من جهة هذه القاعدة المطلقة فإنما هو من قصور الفهم أو قلة التدبر، فإنه لاربط لها بمسألة الأحكام واللوازم. ورابعها: أن يكون العقد تابعا للقصد، بمعنى أن يكون كل ما قصد من العقد فينبغي تأثير العقد فيه، وهذا لو اتفق في الأركان من العوضين أو الأيجابين أو المتعاقدين فلا شبهة فيه، فإن كل ما تعلق فيه القصد فهو مورد العقد دون ما عداه، ويلزمه التأثير مع اجتماع سائر الشرائط. وأما لو تعلق بأمور خارجية، فإن كان قصد ما يترتب على العقد بحكم الشرع من الآثار واللوازم الخارجية - كما مثلناه - فلا بحث في صحته وحصوله، لكن من حيث أصل الشرع، لامن حيث هذا القصد، بمعنى أنه لو لم يكن قاصدا أيضا لكان ذلك كذلك، وليس العقد فيه تابعا للقصد، بل بالعكس. وإن كان قصد ما لا يترتب على العقد لو خلي ونفسه فهل يتبعه العقد، بمعنى أنه يؤثر فيه باعتبار هذا القصد أولا؟ وفيه قسمان: أحدهما: أن يقصد عدم ترتب ما يترتب لو خلي ونفسه، كقصده عدم النفقة في النكاح الدائم، أو عدم الشفعة في محلها، أو نظائر ذلك. وبعبارة أخرى: أنه يقصد في المعاملة أو في الأيقاع عدم ترتب بعض أحكامه الشرعية التي لو لم يقصد عدمه لترتب جزما. وثانيهما: أن يقصد ترتب ما لا يترتب لو خلي بلا قصد، كقصده النفقة والأرث في المنقطع، وقصد خيار الفسخ في النكاح بغير أسبابه المعهودة، وقصد الخدمة في

[٥٨]

العتق، وقصد الخروج من الأصل في الوصية، ونظائر ذلك. وكل من القسمين: قد يكون مع لفظ دال على ذلك القصد، بمعنى اعتبار هذا المقصود الخارجي شرطا في ضمن العقد. وقد يكون من دون لفظ واقع في ضمن العقد، بل مع المقابلة قبل العقد وبناء المتعاقدين على ذلك. وقد يكون بالمقابلة بعد العقد مع وجود القصد حال العقد. وقد يكون مجرد قصد وتواطؤ، بحيث يعلم أحدهما بأن الآخر قاصد ذلك. وقد يكون مجرد قصد من دون علم من الآخر به ولا توافق عليه. فهنا صور، ولا يخفى على الفطن العارف أن صورة جعله شرطا في ضمن العقد أو قبله أو بعده وصورة العلم والتواطؤ كلها داخلة في باب

الشروط التي نبحت (١) عنها في اللواحق، ونبين هنالك اعتبار اللفظ والعدم، والمقارنة أو التقدم أو العدم، وكفاية مجرد التواطؤ وعدمه، وتام الكلام في ضبط الشروط الضمنية وما يلحقها. وليس ذلك كله من مسألة تبعية العقد للقصد وإن كان من فروعها، لكنه في الحقيقة لو قلنا بصيرورة هذه الأقسام شرطا يصير في الحقيقة داخلا في الأركان، لأنه في حكم العوضين وكالجزء منهما (٢) فلا بد من تنقيح ما هو الصحيح منه والفاقد، فما صح منه يتقيد به العقد، وما فسد - لأحد الوجوه الآتية في فساد الشرط - يفسد به العقد، فانه (٣) مستلزم لتعلق العقد بما لا يصح تعلقه به، وفوات الشرط كفوات الأركان. وإنما البحث في مجرد كون أحد هذه الأمور مقصودا للعاقدين من دون شرطية وتواطؤ، فهل يكون هذا القصد ملغى ولا يترتب عليه تأثير العقد ولا يتقيد به، فما

(١) في (ن، د): يبحث. (٢) في (ف، م): منها. (٣) في (ف، م): لأنه.

[٥٩]

ينبغي أن يترتب فهو يترتب (١) وإن قصد عدمه وما لا يترتب لا يترتب وإن قصد وجوده، أم لا بل يتبع العقد القصد؟ لا بمعنى أنه يقع ما قصد لا محالة، لأنه مخالف للأجماع، بل بمعنى أنه إن صادف القصد في الوجود والعدم شيئا لم يمنع منه الشرع وليس مخالفا للدين ولا يلزم منه محذور يؤثر فيه العقد، فيكون هذا تأثيرا ثانويا للعقد باعتبار انضمام هذا القصد، وإن لم يصادف ذلك بل اتفق قصد ما دل الدليل على خلافه بحيث لم يبق للمكلف تسلط فيه بطل القصد، فيبطل العقد بتبعيته. وبعبارة أخرى: هل مجرد القصد من دون تواطؤ وذكر لفظ يقوم مقام الشرط ويوجب تقيد العقد به صحة وفسادا أم لا؟ يحتل القول بالتبعية لأمور: أحدها: عموم ما دل على نفي الضرر، فإنه لو لم يتحقق ما قصده - سواء كان قصده وجود ما لولاه لم يوجد أو عدم ما لولاه لوجد - لتضرر بذلك، لأنه قد فعل هذا الفعل على أن يكون الأمر على ما قصده ولم يقدم على ما سوى ذلك، فالزامه بالحكم الذي قصد خلافه إضرار من دون سبب. وثانيها: أنه وإن لم يذكر ما قصده في ضمن العقد ولم يعلق الحكم عليه، لكن بنى على ذلك وفعل، فينحل على أنه لو لم يكن كذلك لم يفعل. فمن قصد عدم النفقة من النكاح أو قصد كون الزوجة خادمة وهو خال الذهن عن أنه لا يقع على ما قصده - بمعنى أنه لا يعلم بطلان قصده - يرجع الأمر فيه إلى أنه لو لم يكن كذلك لم يعقد، فيصير ذلك من خصوصيات الأركان وكيفياته، فيجئ قاعدة التبعية. وثالثها: أن عموم ما دل على لزوم الشروط شامل لذلك، فإنه في الحقيقة ينحل إلى شرط ضمنى وإن لم يلحظ بعنوان التعليق والربط. والحق أنه لا ثمره لهذا القصد، لأن أدلة الشروط (٢) إنما يراد بها ما هو الالتزام المعهود بين المتعاقدين لو قلنا بأن الشرط بنفسه لازم - كما هو أحد الوجهين - ولو

(١) في (ن، د): مترتب. (٢) في " ف، م ": الشرط.

[٦٠]

قلنا بأن لزوم الشرط إنما هو بدخوله في العقد وانحلاله إلى الكيفية وصيرورته كالجزم من الأركان، فيدخل في الوفاء بالعقد، فلا ريب أن

هذا المقصود لم يذكر في العقد ولم يكن من كفياته، وليس مجرد تخيل وقوع شيء أو انتفائه قيما في المعاملة، إذ مجرد كونه داعيا بحيث لو لم يكن كذلك باعتقاده لم يفعل لا يصير قيما حتى يكون داخلا في الكيفية، بل هو مورد باعتقاده الفاسد. وأما كون ذلك ضرا عليه، فمدفوع بأنه ضرر أقدم عليه بنفسه، لأنه لم ينشأ إلا بفعله لا بفعل الغير، وتقصيره في فهم الأحكام الشرعية إن لم يوجب زيادة الحرج والتكليف عليه فلا ينبغي ما هو لازم لطبيعة ما فعله من الأحكام. وهذا وجه واضح، وإلا للزم عدم ترتب الضمان ونظائر ذلك على من أوجد أسبابها باعتقاد عدم الترتب، فتدبر. مع أن إطلاق ما دل على ترتب ما يترتب وعدم ترتب ما لا يترتب شامل لصورة ما قصده أو لم يقصده أو قصد خلافه، وليس في الأدلة ما يعارضه، إذ ليس هذا داخلا تحت دليل شرط، ولا دليل ضرر، ولا دليل عقد. نعم، قد يقال: إنه يدل على ذلك عموم قوله عليه السلام: (لكل امرئ ما نوى) (١) فإن ظاهره: أن المرء إذا نوى شيئا فهو يحصل، والفرض أن العاقد قاصد - مثلا - عدم الخيار للمجلس، أو قاصد عدم نفقة الزوجة - أو نحو ذلك - فينبغي أن يحصل هذا له بمقتضى العموم، وخروج بعض الأشياء عن تحت العام بالدليل لا يقضي بعدم الحجية في الباقي، فلا وجه لأسقاط هذا القصد بالمرة وإلحاقه بالعدم. ولكن نقول: إن هذه الرواية تعارض ما دل على عدم ترتب هذه الأحكام وجودا وعدما على العقود سواء نوى أو لم ينو بالعموم من وجه - وذلك واضح - والترجيح مع الأدلة النافية، لكثرتها وقوتها وفتوى الأصحاب بها وكون خارج هذه الرواية أكثر من داخلها وانصرافها إلى غير العموم المدعى منها، ولو فرض عدم الترجيح فالمرجع الأصل، والأصل عدم تأثير هذا القصد. (هامش) * (١) الوسائل ١: ٣٤، الباب ٥ من أبواب مقدمة العبادات، ح ١٠.

[٦١]

مضافا إلى أن استقراء الفقه القطعي قد دل على عدم العبرة بمجرد النية من دون قيام لفظ أو فعل دال عليه، والفرض هنا عدمه، إذ العقد لا يدل عليه، وليس في المقام غيره، فتبصر جدا. ومن هنا علم: أنه لو تحقق المقابلة بعد العقد أيضا لم ينفذ في ذلك، إذ العقد مضى على إطلاقه وأثر، إلا على القول بأن الشرط بنفسه لازم لا حاجة إلى كونه في ضمن عقد، وكذلك ما كان فيه المقابلة قبل العقد، فإن القول السابق لا يلزم بنفسه ولا يقيد العقد اللاحق، لاحتمال الرجوع، ومع العلم بالبقاء يرجع إلى مجرد القصد الخالي عن الأمانة، فلا ينفذ من جهة العقدية لو لم يلزم من جهة الشرطية مستقلا. وأسوأ حالا منهما صورة العلم بالقصد ومجرد التواطؤ من دون مقابلة قبل العقد ولا بعده ولا في أثناءه، لأنه قصد صرف، ومجرد العلم بأنه معتقد غير قادح، فتدبر. نعم، يجئ في هذه الصورة (١) البحث من جهة احتمال أنه شرط كالمذكور في ضمن العقد، فيبحث في صحته وفساده باعتبار ذلك، ويجئ الكلام في كونه قيما للعقد مفسدا أولا. وأما لو قطع النظر عن كونه شرطا، فلاريب أن مجرد هذه القصد لا يتبعها العقود، لا بمعنى تأثيرها فيما تعلق القصد به وجودا وعدما، ولا بمعنى توقفها على صحته وفساده، فتبصر. مع أنا نقول: المراد من تبعية العقد للقصد كونه تابعا لما قصد منه، وهذه القصد والاعتقادات الخارجية التي توهمها المتعاقدان ليس (٢) قصدا متعلقا بالعقد، بمعنى أن القائل: (بعت) معتقدا عدم ضمان المبيع عليه قبل قبضه، أو قوله: (اشتريت) معتقدا عدم ثبوت الشفعة، لا يقصد من قوله: (بعت) عدم الضمان،

(١) في (ف، م): الصور. (٢) كذا، والمناسب: ليست.

ولامن قوله: (اشترت) أن لا يكون شفعة، بل يقصدان من العقد معناه المتعارف ويتخيلان أن الحكم فيه كذلك، وهذا ليس قصدا متعلقا بالعقد حتى يتبعه وإن كان لو اعتقد خلافه لم يفعل. نعم، لا يجزئ هذا الكلام في صورة المقابلة قبل العقد أو في أثرائه، فإنهما يرجعان إلى الشرط، بمعنى كونهما قاصدين للعقد على هذا النحو، فينبغي التقييد. والكلام فيه من حيث كونه مقيدا للعقد قد عرفته، وسيوضح حكمه في باب الشروط. فتلخص من ذلك: أن قصد الأحكام واللوازم المترتبة على العقد غير لازم، وعدم قصدتها غير مضر، وقصد عدم ترتب ما يترتب أو ترتب ما لا يترتب غير نافع ولا مضر، وإنما اللازم قصد اللفظ والمعنى المقصود مع كفيئاته: من تنجيز أو تعليق، إطلاق أو تقييد، اتصال أو انفصال، فوري أو متراخ، لازم أو جائز - على كفيئاتها المقررة - وقصد الأركان من المتعاقدين والعوضين وما يقوم مقامها، على حسب اختلاف العقود والأيقاعات. نعم، بقي هنا كلامان: أحدهما: أنه متى ما لزم قصد الكيفيات المقصودة حتى يقع على نحوها لا بد من ذكر ما يدل عليها أيضا، إذ قد تقرر أن القصد الخالي عن الأمانة لا عبرة به، وسنحققه في شرائط العقود إن شاء الله. أما لو قصد واحدا من الكيفيات ولم يأت بما يدل عليه - كما لو قصد التزلزل والجواز وأتى بلفظ مطلق، أو عكس فأتى بلفظ دال على التزلزل وقصد اللزوم - فهل القاعدة في هذا المقام البطالان لعدم الدال في الأول وعدم القصد في الثاني وكلاهما شرطان، أو الصحة فيهما اكتفاء بأحد الأمرين في أصل الكيفية بخلاف الأحكام الخارجية بتبعية اللفظ في المقامين أو بتبعية القصد في المقامين؟ وجوه. والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن القصد العاري عن اللفظ لا عبرة به، فإن كان قاصدا للنوع وقاصدا لوقوعه جائزا من هذا اللفظ مع أنه بظاهره مفيد للزوم

فيلحقه حكم ظاهر اللفظ، ولا عبرة بالقصد كذلك، وما يعتبر من القصد إلى أصل المعاملة فقد حصل. وأما اللفظ العاري عن القصد فباطل ملغى لا أثر له، وليس إلا كقوله: (وهبت) وهو قاصد للبيع، إذ اللفظ المعتبر ما وافق المقصود لاشيئا آخر، فتدبر. وثانيهما: أن مقتضى شرطية قصد الأركان وقصد الغاية أن لا يحكم بالصحة إلا مع العلم بحصول القصد، إذ الشك في الشرط يوجب الشك في المشروع. فنقول: لا ريب أن العاقد لو أقر أنه كان قاصدا لما ذكره وعقده يثبت بذلك، لأن القصد شئ لا يعلم إلا من قبله - وسيجئ في المثبتات (١) بيان الوجه فيه - وإن كان ذلك نافعا بالنسبة إليه، إذ ليس قبوله من حيث الأقرار به (٢) بل من حيث (٣) انحصار الطريق. ولو أنكر، بمعنى أنه ذكر في اللفظ شيئا وقال: لم أكن قاصدا معناه بل قاصدا شيئا آخر، أو لم أكن قاصدا بالمرّة، فهل يحكم هنا بالفساد؟ لأصالة عدم قصد هذا المراد ولأنه شئ لا يعلم إلا من قبله فقوله فيه حجة ولأن الشك في حصول الشرط يوجب الشك في المشروع فيرجع إلى الفساد، أو يحكم بالصحة ولا يقبل إنكاره القصد؟ لأن الظاهر من حاله حين أقدم على المعاملة كونه قاصدا لمعناها، فإنكاره بعد ذلك غير مسموع، وقبول قوله فرع الشك في المقام، وفعله السابق بظاهره حجة في وجود القصد - كما لو أقر بالقصد ثم أنكر - وأصالة عدم القصد مدفوع بتقدم هذا الظاهر عليه - كما يأتي في صحة فعل المسلم (٤) - مضافا إلى الأجماع على أن الشارع جعل ظواهر الألفاظ حجة كاشفة عن القصد (٥) فيستدل بها عليه، ولا يسمع بعد ذلك إنكار القصد إلا مع قيام دليل يدل عليه، وهو المعتمد (٦).

(١) كذا، والظاهر: السياسات، انظر العنوان: ٧٩. (٢) في (ف، م): الأقرارية. (٣) حيث: لم يرد في (ف، م). (٤) يأتي في العنوان ٩٤ (آخر العناوين). (٥) في (ن): المقصود. (٦) في (ف، م): المتعمد.

[٦٤]

تنبيه: قد ذكر بعض الفقهاء - منهم المحقق الثاني (١) - أنه لو دفع المشتري عين مال لغيره ثمنا عن مبيع وقصد الشراء لنفسه، أو دفع البائع عين مبيع لغيره وقصد البيع وتملك الثمن لنفسه، أو عكس بأن دفع عين مال لنفسه (٢) واشترى لغيره مبيعا، فإنه تصير المعاوضة على مالكي العوضين دون ذلك الغير المقصود، فإن كان المالك مباشرا فبنفس العقد، وإن كان المباشر غيره فبالإجازة. ومقتضى هذا الكلام عدم تبعية العقد للقصد حتى في الأركان، وذلك خلاف ما قررناه، فإن زيدا لو دفع دينارا هو عين ماله ليشتري لعمرو ثوبا فإنه يصير الثوب ملكا لزيد لا لعمرو، مع أن المقصود أن يكون الثوب لعمرو. وكذا لو دفع الغاصب المغضوب على أن يشتري شيئا لنفسه فيصير المبيع لمالك المغضوب مع إجازته، لا للغاصب. وعلله المحقق الثاني رحمه الله بأن قاعدة المعاوضة انتقل كل من العوضين إلى مالك العوض الآخر لا إلى غيره، وإلا لخرج عن كونه معاوضة (٣). فحينئذ نقول: لا ريب أن تبعية العقود للقصد يقتضي أن يقع الملك لمن قصد في ضمن العقد، لأنه الركن الملحوظ وغيره ليس بمقصود، فلاوجه لتأثير العقد فيه، إذ لو قلنا: (بعث المال لزيد) لا يكون الملك لعمرو بالبدية، والقاعدة التي أشار إليها المحقق الثاني رحمه الله - من اقتضاء المعاوضة انتقال كل عوض إلى من انتقل منه العوض الآخر - يقتضي كون الملك لمالك العوض دون ما قصد، فيتعارضان، والمنتج حينئذ البطلان، لفوات شرط القصد بالنسبة إلى المالك، وفوات وجود العوض بالنسبة إلى المقصود، فالحكم بالصحة ووقوعه للمالك لاوجه له. لا يقال: إن صحة المعاملة للمالك إنما هو بحسب الظاهر وعدم سماع دعوى

(١) لم نعثر على فرض المسألة في جامع المقاصد، لافي بيع الفضولي ولا في كتاب الغصب. (٢) في غير (ن) عين مال نفسه. (٣) لم نقف عليه أيضا.

[٦٥]

كونه قاصدا لشخص آخر، كما ذكرته سابقا. لأنا نقول: ليس الكلام في صورة التنازع، بل المراد بيان الحكم الواقعة، فنفرض أن المالك قال: إنني أدفع هذا المال وأشتري لزيد، فباع البائع بهذا الوجه، فهل الملك صار للمالك أو لزيد؟ ظاهر كلام المحقق الثاني: أنه للمالك، سيما أن هذا الفرض ينعكس في بيع الغاصب وشراؤه، فإن الثمن أو المثلث بعدما صار ملكا لغيره فإنه وإن قصد كون العوض الآخر له لا يترتب عليه الأثر، بل يصير لمالك العوض مع إجازته، لقاعدة المعاوضة. وبالجملة: ليس مسألتنا هذه من باب الحكم الظاهري، كما ذكره فيما لو ادعى المشتري: أنني كنت اشتريته لزيد فلم يرض، لا يسمع منه، أو ادعى الوكالة في الشراء فأنكره الموكل، فإن البيع يصير له ويستحق البائع الثمن ظاهرا. والحاصل: كلامنا فيما تغاير المقصود في التملك مع مالك العوض وكان هذا مع علم من المتعاقدين، فظاهر كلام المحقق الشيخ علي رحمه الله وغيره وقوع المعاملة لمالك العوض بلا إجازة أو معها - كما في بيع الغاصب ونحوه - لقاعدة ذكرها، ومقتضى القصد ووقوعه للمقصود دون غيره، ومع

التعارض فينبغي البطلان، لتخلف أحد الشرطين في كل منهما، فما معنى الحكم بالصحة؟ والتخلص من هذا الأشكال بأحد وجوه: أحدها أن يقال: قاعدة التبعية للأصل إنما هي من باب الظواهر التي يمكن الخروج عنها بدليل كما في النكاح بمهر أو شرط فاسدين، فإن النكاح يصح والمهر والشرط يفسدان في بعض المقامات. فنقول هنا أيضا: ظاهر اتفاقهم على صحة بيع الغاصب وشرائه - إلا من زعم بطلان الفضولي - يدل على عدم اعتبار القصد هنا، ونظيره من دفع مبيعا ليكون الثمن لغيره، أو دفع ثمننا ليكون المبيع لغيره، إذ الفارق غير موجود. وثانيها أن يقال: ليس كلامهم في صحة بيع الغاصب وشرائه فيما لو كان مقصوده انتقال العوض الاخر شرعا إليه، بل في مقام يكون مقصوده انتقاله العرفي

[٦٦]

إليه حتى يتصرف فيه وينتفع به. وبعبارة اخرى: بائع فرس الغير لا يريد بالمعاملة أن يكون الثمن ملكا له شرعا، لأنه لا يمكن ذلك، بل غرضه أن يدفع ويأخذ الثمن بالبيع وينتفع به وإن كان في الواقع يكون ملكا لمالك الفرس إن أجاز وللمشتري إن لم يجز، وكذلك دافع المبيع أو الثمن من نفسه حتى يكون الثمن لزيد أو المثلث له، لا يريد بذلك الانتقال إليه بالمعاملة، بل هو الداعي إلى هذه المعاملة، بمعنى أنه يريد أن يملك فيعطيه إياه، فليس قصده ملكية الغير من هذه المعاملة، بل من أمر آخر. وبالجملة نقول: إن هذه الصور ليس فيها قصد في المعاملة مغاير لما ينبغي أن يقع عليه، وإنما المنافي قصود خارجية لا عبرة بها في العقد مع تحقق أركانه. وثالثها أن يقال: إن القصد الذي يتبعه (١) العقد ما كان له دال في ظاهر العقد من شرط أو نحوه، دون القصد الخالي عن اللفظ، ولأرب أن قصد الغاصب كون العوض له لم يذكر في العقد، وكذا قصد الدافع كون العوض للغير لم يذكر في اللفظ، بل إنما هو مجرد قصد من دون دال، فلا عبرة بهذا القصد. فإن قلت: لم يذكر في العقد ما يدل عليه؟ فإن قول الغاصب: (اشترت) أو قول البائع له: (بعتك) يدل على أن الانتقال إليه، وهو المقصود من اللفظ، فإذا وقع خلافه لزم منفاة القصد. قلت: لا نسلم أن مجرد جعل المخاطب هو الغاصب يدل على قصد الانتقال إليه، فإن الوكيل يخاطب بقوله: (بعتك) مع أن الانتقال ليس إليه، ولذلك صرحوا في باب النكاح بلزوم تسمية الزوجين، ولا يخاطب الوكيل بـ (أنكحتك) بخلاف الوكيل في البيع. وبالجملة: كون ظاهر العقد معه لا يدل على كونه مقصودا من الانتقال، لاحتمال الفضولية والغاصبية والوكيلية ونحو ذلك.

(١) في (ن، د): تبعه.

[٦٧]

فإن قلت: فلازم كلامك أن تقول بالبطلان لو قال الغاصب: (بعتك على أن يكون ثمنه ملكا لي) أو قال دافع المبيع من ماله: (بعتك على أن يكون الثمن منتقلا إلى زيد). قلت: نعم، نقول بالبطلان حيث قصد ما هو خلاف قاعدة المعاوضة ونص عليه في ضمن العقد، لأنه حينئذ كالشرط الفاسد، بل هو من أفرادها، وليس في كلام المحقق الثاني وغيره ما يشمل هذه الصورة، فتدبر. ورابعها: أن نجيب في الغاصب بأحد الطرق السابقة، وأما في دافع ماله ثمننا أو مثلثنا نمنع عدم وقوع العوض للمقصود - كما زعمه المحقق الثاني - بل ندعي أنه ينتقل العوض الاخر إلى من قصده المالك دون من ملك العوض

المقابل، فلا ينافي ما ذكرناه من قاعدة التبعية للقصد. وأما قاعدة المعاوضة - المشار إليها في كلامه - فيمكن التفصي عنها بأن مقامنا غير مناف لها، فإن قصد المالك دفع الثمن على أن يكون المبيع لزيد ينحل إلى أحد أمرين: إما على كون هذا الثمن قرضا لزيد فيملكه زيد، وإما هبة بالنسبة إليه فيملكه مجانا، غاية أن يكون المالك موجبا قابلا من طرفه، وينحل قوله: (اشترت بهذا المال الفرس لزيد) إلى قوله: أقرضت، أو وهبت هذا المال لزيد فصار ملكا له وقبلة من جانبه ثم اشترت به فرسا له، فيصير من باب العقد الضمني في قولهم: (أعتق عبدك عني) ونظائر ذلك وإن كان مخالفا للقاعدة، فتدبر. وخامسها أن نقول: إن عقود المعاوضات ليس الركن فيها إلا العوضان والأيجابان والمتعاقدان، والمراد بالمتعاقدين: من صدر منه الأيجاب والقبول، سواء كانا مالكيين أم وكيلين أو وليين أو فضوليين أو غاصيين أو ملفقين، والمعتبر قصدهما بالعقدية والتخاطب، مع قصد المعاوضة بالعوضين المعهودين في كل باب بسببية الأيجابين، وأما أن هذه المعاوضة ممن تصير؟ وأن مالك هذا العوض

[٦٨]

من هو؟ وأن الانتقال إلى من يتحقق؟ فليس من أركان المعاوضة. وبعبارة أخرى: المراد بالمتعاقدين من صدر منه الأيجاب والقبول، لا مستحق العوضين، والعلم بمستحق العوضين غير شرط، فقصد خلافهما غير مضر، لأن من انتقل إليه أو عنه العوض لا يربط له بالمعاوضة، بل المدار على المتعاقدين والأيجابين والعوضين. هكذا ينبغي أن يحقق المقام، والله الهادي.

[٦٩]

[العنوان الحادي والثلاثون] [انحلال العقد إلى عقود]

[٧٠]

عنوان [٣١] من جملة القواعد المتداولة قولهم: العقد ينحل إلى عقود. والبحث هنا في أمور: أحدها: أن المراد من العقد هنا أعم من الأيقاع، فكما أن البيع والصلح والهبة والأجارة والوقف والوصية والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والرهن والقرض والنكاح ونحو ذلك ينحل إلى عقود، فكذلك الطلاق والظهار واللعان والأبلاء والأقرار والعتق، والشفعة بناء على أنها إيقاع، والأذن - في وجه قوي - تنحل إلى إيقاعات، على نحو ما يذكر في العقد كيفية ودليلا، كما سيفصل، وإن كان (العقد) في عبائهم ظاهرا فيما عدا الأيقاع، إلا أن الوجه في المسألة واحد. ولو استثنينا على القاعدة بإجماع الأصحاب لأمكن المنع في الأيقاعات بعدم دخولها تحت هذه العبارة، فتدبر. وثانيها: أنه ليس المراد من انحلالها إلى العقود عدها عقودا متعددة قطعا، بحيث يعد من أتى ببيع واحد متعلق بأمور أو بأمر مركب أو طلاق واحد متعلق بثلاث نسوة ممتثلا لنزله أن يبيع ثلاث بيوع أو يطلق ثلاث طلاقات، لأن الحكم فيه تابع للاسم.

[٧١]

والغرض من الانحلال إنما هو انحلال الحكم، فيكون العقد الواحد في حكم العقود المتعددة بالنظر إلى الأحكام اللاحقة. والمراد من الانحلال إلى العقود: انحلاله إلى عقود من جنسه لامن غيره. فالبيع بمنزلة بيع، والطلاق بمنزلة طلاقات، وهكذا... ولا يخفى أن الانحلال لما كان إلى جنسه فلا بد أن يعتبر انحلاله في مورد، فلا يمكن حل البيع الناقل للعين إلى بيع وإجارة، وإن كانت المنافع تابعة للأعيان في الانتقال، لكنه ليس مورداً لبيع المنفعة، ولا بد حينئذ اعتبار الانحلال إلى حد يمكن وقوع عقد مستقل بالنسبة إليه، فيمكن انحلال البيع إلى بيع بمقدار أجزاء المبيع القابلة للانفراد بالبيع، وانحلال الإجارة إلى إجازات بمقدار الأجزاء المفروضة في العين المستأجرة القابلة للإجارة المستقلة. ومن هنا علم: أنه لا ينحل طلاق امرأة واحدة أو الأيلاء والظهار منها أو نكاح امرأة واحدة إلى عقود وإيقاعات، لعدم إمكان نكاح نصف امرأة، وكذا طلاقه وما شابهه، فبطلان النكاح لو ظهر نصف الزوجة ملك النكاح لعدم إمكان الحل إلى عقدين، وكذا لو كان نصفها مملوكة للغير ولم يرض مالكها، فلا تذهل. وثالثها: أن المستند في هذه القاعدة أمور: الأول: ظهور إجماعهم على هذا الانحلال كما نشير إليه في فروع كثيرة، فإنهم يبنون على التبعيض ونحوه ويتمسكون بهذه القاعدة من غير تكبر منهم كما لا يخفى على المتتبع، وهو الحجة. والثاني: الاستقراء، فإننا قد تتبعنا موارد العقود والإيقاعات فوجدنا انحلالها إلى عقود غالباً بإجماع أو نص، فكذا فيما لا دليل عليه. كما أننا وجدنا أنهم يقولون: لو تلف بعض المبيع أو ظهر مستحقاً صح البيع في الباقي، وكذا لو كان بعضه مما لا يملك، كالخمر والخنزير. وكذلك في الإجارة. ولو عقد على امرأتين فظهرت إحداهما اخته صح في الأجنبية، ولو طلق أو ظاهر أو آلى عن امرأتين فظهرت إحداهما فاقدة للشرط مضى الأيقاع في

[٧٢]

الأخرى، وكذا لو أقر بأمرين وظهر فساده في أحدهما. ونظائر ذلك في المزارعة والشركة وغير ذلك من العقود كثيرة، فإنهم لا يقولون ببطلان العقد من رأسه بسبب فوات بعض أجزاء المتعلق، وفي بعض المقامات قد علم إجماعهم على ذلك، وفي مقامات أخرى دل النص عليه. ومقتضى هذا الاستقراء إلحاق ما عداهما بهما ما لم يعلم (١) فيه الخلاف. الثالث: أن ظاهر هذه الأسباب الشرعية أنها أسباب للنقل أو الفك أو الحبس - أو نحو ذلك - في كل شيء جعله الشارع قابلاً لتعلق ذلك السبب به وتحقق ذلك الأثر فيه، فكل عقد أو إيقاع تعلق بمورد من الموارد فيؤثر في ذلك المتعلق بجميع أجزائه القابلة لتعلق ذلك السبب كما يؤثر في المجموع المركب، فإذا كان كذلك فتخلف بعض هذه الأجزاء لتلف أو كونه فاقداً لشرط التأثير أو وجود مانع فيه لا يضر بالآخر. وبعبارة أخرى: الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية، فكلما وجد مورد قابلاً للتأثير يؤثر، وإذا لم يكن قابلاً لفقد شرط أو وجود مانع فلا يؤثر فيه ويصير بمنزلة العقود المتعددة التي لا يلزم من بطلان بعضها بطلان غيره. فإن قلت: ظاهر التعلق بالأمر المجموعي يمنع من الانحلال إلى العقود والإيقاعات. قلت: ما ندرى أن هذا التعلق بهذه الأمور ارتباطي - بمعنى أن تعلق البيع والطلاق مثلاً بهذا المتعدد موقوف على صحة جزء جزء - أم لا؟ والأصل عدم الارتباط، ورخصة الشارع في إجراء صيغة واحدة لهذا المجموع وإجراء صيغ متعددة للأجزاء القابلة للانفراد يدل على عدم ارتباط بعضها ببعض. وبعبارة أخرى: لا ريب في جواز انفرد الأجزاء بالبيع والطلاق - كما هو المفروض - وجمعها في صيغة واحدة لا يوجب الارتباط، بل إنما يؤثر السبب في

[٧٣]

كل من الامور القابلة للانفكاك دفعة واحدة، فلافرق في الاجتماع والانفراد سوى كفاية الصيغة الواحدة وعدمها، لارتباط الأجزاء بعضها ببعض. ولو فرض عدم كون بعضها قابلا للتأثير فلا يفترق الحال أيضا بين كونه منفردا أو مجتمعا، لأنه غير قابل للمسيبية فلا يتأثر. الرابع: أن معاوضة المجموع بالمجموع يقتضي كون الأجزاء أيضا متقابلة، بمعنى أن يكون كل جزء من أحدهما في مقابل جزء من الآخر نسبته إلى المجموع كنسبة الآخر إلى مجموع، وهذا أمر في العرف واضح، فتصير المعاوضة الواحدة المتعلقة بالمجموع في قوة معاوضات، بل معاوضات حقيقية لو لوحظ في العرف، ولازم ذلك ترتب الأحكام الشرعية اللاحقة على العقود المتعددة عليه. وهنا إشكال، وهو: أنه قد تقرر في العنوان السابق أن العقد يتبع القصد، فلو سلم مقابلة الأجزاء بالأجزاء وكون الأسباب مؤثرة حيثما وجد القابل لكن قد تقيد ذلك بالقصد فلا تأثير ما لم يقصد، ولاريب أن قصد مقابلة المجموع بالمجموع لا يستلزم قصد مقابلة الأجزاء بالأجزاء، ولذا نرى أن كثيرا من الناس لا يرضون بمعاملة الجزء بالجزء، بل يرضون بمعاملة الكل بالكل، فالقصد في العقد والأيقاع إنما تعلق بهذا المجموع دون كل جزء، فإذا فات بعض الأجزاء بتلف ونحوه فكيف يعقل صحة الباقي مع أنه غير مقصود؟ فكلامنا في هذا المقام ينافي قاعدة التبعية للقصد على إطلاقه، فلا بد إما من التفصيل، أو تخريج الجواب عن الأشكال. فنقول، يمكن أن يقال: أولا: إنا لا نسلم تعلق القصد بالمجموع المركب، بل ظاهر معاوضة الكل بالكل قصد مقابلة الأجزاء بالأجزاء، ومسألة التبعية والاستقلال لا دخل لها فيما نحن فيه، إذ الكلام في أن معاوضة الأجزاء بالأجزاء مقصود أم لا. فنقول: ظاهر المقابلة - خصوصا بعد ملاحظة المالية وكون المقصود القيمة - قصد المعاوضة كيف كانت، وما يرى في بعض الصور أنه يرضى بالمجموع ولا يرضى بالأبعض فرد نادر محتاج إلى تعلق الغرض بخصوصية الهيئة دون

[٧٤]

أصل المعاملة. وكذا الكلام في الأيقاع، فإن كلامنا أعم، فإن من طلق امرأتين بطلاق واحد وصادف كون إحداهما فاقدة للشرائط، فنقول: ظاهر طلاقهما كون كل منهما مقصودا في الفراق، لا أن المجموع المركب كذلك، وإن كان قد يصير غرضه طلاقهما معا بحيث لا يرضى بكون إحداهما مطلقة دون الأخرى، لكنه يحتاج إلى قصد زائد على قصد طلاق المرأتين، فتدبر. وبالجمل: قصد الارتباط شئ زائد لا ندري حصوله، والكلام فيما لم يصرح بذلك. فإن قلت: قصد الاستغراق أيضا كذلك. قلت: نحن لانحتاج في صحة بيع الأجزاء إلى قصد الاستغراق، بل يتحقق ذلك بقصد الاستغراق أيضا ويقصد الارتباط ويقصد المجموع خاليا عن الأمرين، فإن هذه القصد لا تنافي صحة البيع، وينتقل الأجزاء. نعم، الكلام في مانعية فوات بعض الأجزاء للبعض الآخر أو شرطية وجوده للآخر، وهو فرع جعل من الشارع ولم يحصل بل ورد خلافه، أو جعل من المتعاقدين والفرض عدم العلم به، لانا قد ذكرنا أنه محتاج إلى قصد الارتباط والتعليق، وهو غير محقق. نعم، لو صرح بذلك وقال: (بعثك هذه الدار بشرط ارتباط الأجزاء بحيث لو خرج بعضها مستحقا أو تلف بحيث انفسخ البيع أو ظهر بطلانه بنحو آخر لم أرض ببيع الباقي) لكان الحكم كذلك، لأنه شرط مقيد، ولامانع من اشتراط مثل ذلك، فتأمل جيدا. وثانيا: ما ذكر من تعلق القصد بالمجموع وعدم الرضا بالتبويض لو سلم وجوده فليس قصدا

من العقد، وإنما هو قصد خارجي وإن كان داعياً. وبعبارة أخرى: ليس المراد من قولك (١): (بعثك المال) أنني لأرضى (٢)

(١) في (ف، م): قوله. (٢) في غير (م): لارضى.

[٧٥]

بالتعويض، إذ هو معنى غير هذا المعنى، وذلك نظير ما إذا بنى البائع على أن للبيع كل منهما فرسه بالآخر وتواطنا عليه، فقال أحدهما: بعثك فرسي بخمسة فقبل الآخر، ثم امتنع الآخر عن البيع، وهذا لا يضر بصحة البيع الأول وإن كان قاصداً أنه أيضاً يبيع، لكن لم يكن من قوله: (بعث) قاصداً بشرط أن تبيع. وثالثاً: أنه لو سلم كون ذلك هو المقصود قد ذكرنا: أن المراد بالقصود هي القصود المدلول عليها بظاهر عبارة، لا القصد المحض، بمعنى أن اللفظ بلا قصد لا يكفي، لأن كل قصد بغير دال يمضي، وقد ذكرنا: أن التعلق بالمجموع في اللفظ ليس دالاً على قصد عدم الانفكاك، بل هو لو لم يكن ظاهراً في قصد كل جزء - كما قررناه - فليس ظاهراً في قصد الارتباط قطعاً، ولو صرح به في اللفظ دخل تحت الشرط، ونحن نلتزم بذلك حيث صرح كما مر، فلاتذهل (١). ورابعاً: نفرض الكلام في صورة ما كان قاصداً للاستقراء وبحيث لا يكون هناك قصد مناف، فإنه لا ريب في انحلاله حينئذ إلى العقود بمقتضى الأدلة السابقة، ولا يعارضه قاعدة القصد - وإن كان فيه كلام من جهة أخرى تأتي - فإذا تم انحلاله في هذه الصورة لوجود المقتضي وانتفاء المانع لزم الانحلال في غيره بعدم القول بالفرق، إذ كل من قال بالانحلال لم يفرق بين ما كان قاصداً للعموم أو لم يكن، فتبصر. الخامس: أنه لا ريب أن العقد مقتضى لانتقال هذا المتعلق بجميع أجزائه وليس له مانع، فإذا كشف عن عدم انتقال بعض الأجزاء لمانع يقع الشك في أن انضمام هذه الأجزاء شرط أو فقدان بعضها مانع؟ فنقول: الأصل عدم المانعية وعدم الشرطية، إذ ذلك إما من جعل الشارع ابتداءً ولا دليل عليه بل الدليل على خلافه موجود، وإما من جعل المكلف المستلزم لأمضاء الشرع وهو أيضاً فرع الاشتراط أو دلالة ظاهر اللفظ، وقد عرفت انتفاء الثاني وفرض عدم الأول.

(١) في غير (م): فلاتذهل كما مر.

[٧٦]

فإن قلت: ليس هذا شكاً في الشرطية والمانعية بل شك في اقتضاء المقتضي، بمعنى أنه بعد عدم التأثير في بعض الأجزاء نشك في أن هذا العقد موثر في الانتقال أم لا والأصل عدمه. قلت: لا ريب في أن هذا العقد داخل في عموم أوفوا بالعقود والوفاء به إمضاء المقتضيات كافة، فإذا جاء مانع من بعض المقتضيات فلا يوجب الشك في الآخر، لشمول العموم من دون معارض، فلاتذهل. وهنا إشكال، وهو: أنه لو انحل العقد إلى عقود يصير في المعاوضات معناه معاوضة كل جزء بنسبته من العوض الآخر، وهذا يستلزم جهالة المعوض والعوض، مع أن أغلب المعاوضات قد اعتبر فيها العلم في أعيان كانت أو منافع، فهذه القاعدة ينافيها اشتراط العلم. نعم، هذا في الأيقاعات - كالعتق والطلاق ونحوه - وفي العقود التي لا معاوضة فيها - كالهبة الخالية عنه والوقف والوصية ونظائر ذلك - غير وارد، لتعلق القصد هناك

بالمجموع، وعدم صحة البعض غير مانع من الآخر، وليس هذا كمسألة عتق عبد من عبيدين أو طلاق امرأة من امرأتين، لعدم القصد هناك بالمعين أصلاً، لكن في عتق العبيدين تعلق بكل واحد بعينه، وبطلان أحدهما لا يحدث جهالة في الآخر، وذلك واضح، ولكن في المعاوضات - كالبيع والأجارة - وما في حكمها - كالرهن ونحوه - إذا ظهر بطلان العقد في البعض ترجع المعاوضة إلى البقية من الطرفين بعد ملاحظة النسبة، وذلك لم يكن معلوماً عند المعاوضة. والجواب: بأن الانحلال إذا صح في البعض صح في الباقي، لما أشرنا إليه من عدم الفارق. وثانياً: بأن مثل هذه الجهالة غير مانعة في البيع الذي هو أدق المعاوضات، فضلاً عن غيره، لجواز المعاوضة على الأجزاء المشاعة ثمناً ومثماً بعد معلومية المجموع.

[٧٧]

ولاريب أن معنى انحلال بيع الدار إلى مائة (١) عقود: أن يكون نصفها بنصفها وثلثها بثلثها، وهكذا إلى ما لا نهاية له. ولاريب أن ذلك معلوم عند البيع بهذا العنوان، ولهذا لو بيع ابتداءً بهذا النحو لكان البيع صحيحاً، فذلك سائر المعاوضات. فإن قلت: هناك ليس نصف معين، وإنما هو كلي، وتعيينه باعتبار كلية (٢) وفيما نحن فيه ليس كذلك، إذ لو بيع شاتان بخمسة فظهر إحداهما مستحقاً للغير وقوم بائنين والباقي بثلاثة، فلاريب أن الشاة الباقية لم تلاحظ بأنها شاة معينة، ولم يعلم كونها مبيعة (٣) كذلك، وكون النصف والعشر ونحوهما ملحوظاً معلوماً لا ينفذ في معلومية الأجزاء المعينة. قلت: هذا كلام متين، ولكن الجواب أمتن منه، لأننا نقول: إن تبعض (٤) الصفقة الموجب للانحلال لا يختص بفوات أجزاء معينة، بل قد يصير بفوات الأجزاء المشاعة، كما لو خرج نصفه مشاعاً ملكاً للغير ولم يرض مالكه، ولاريب أن هناك لا يجري هذا الكلام لمعلومية ذلك من خارج، لما ذكرنا من وضوح كون النصف بالنصف. وأما لو كان بفوات جزء معين، فنقول: إنه لو قلنا فيه بأنه يقوم الباقي ويؤخذ قيمته لكان ذلك مجهولاً، لكن قلنا هناك أيضاً بملاحظة النسبة، ولاريب أن النسبة لا تلاحظ إلا بلاحاظ قيمة الباقي إلى المجموع حتى يعلم أنه نصف أو ثلث أو ربع أو خمس أو نحو ذلك، فيرجع إلى الثمن بتلك النسبة، فيرجع المال هنا أيضاً إلى كون النصف بالنصف والعشر بالعشر. فإن قلت: هذا مسلم، ولكن كون النصف بالنصف لا يقتضي كون هذا النصف الباقي للمشتري، لاحتمال النصف الآخر، ولا يستلزم كون (٥) الشاة الباقية لي

(١) في (م): بيع الدار بمائة إلى عقود. (٢) كذا في النسخ، وفي هامش (م): كليته، خ ل. (٣) في عدا (م): لم يلاحظ بأنه شاة معين ولم يعلم كونه مبيعاً. (٤) في (ن)، (د): تبعض. (٥) في (ف، م) زيادة: هذا.

[٧٨]

بنصف الثمن، لاحتمال الشاة التالفة، إذ لا بد حينئذ من إجراء حكم ما لو اشترى النصف بالنصف. قلت: هذا اشتباه، إذ لو كان مشترياً لنصف واحد لكان الحكم كما تقول، لكن اشترى كل واحد من النصفين بإزاء النصفين من الثمن، فإذا تلف واحد فالباقي للمشتري أي نحو فرض، والمثال المطابق ما إذا قال: (بعت النصف بالنصف والنصف الآخر بالنصف الآخر) فيصير كل من النصفين - يعني مجموع الشاتين - للمشتري، فإذا تلف منه شيء كان الباقي للمشتري لا محالة، غايته: ضمان البائع للمعاوضة، فيسقط من الثمن بحسابه،

هكذا ينبغي أن يحقق هذا المقام. وثالثاً: فعلى تسليم كون هذا جهالة لا نسلم كون هذه الجهالة مانعة لأولها إلى العلم، وقد جوز نظير ذلك في مقامات. وهنا كلام، وهو: أن الفقهاء ذكروا أن تبعض الصفقة في المعاوضات موجب للخيار حيث يرتفع بذلك ضرر، ولو كان العقد ينحل إلى عقود للزم من ذلك كون حكم كل من الأبعاض للزوم، لعموم دليبه، ولأريب أن بطلان عقد لا يوجب الخيار في عقد آخر، فينبغي أن تكون الأجزاء كذلك. أقول: هذا من المؤيدات لانحلال العقد إلى عقود، وإلا للزم من بطلان العقد في البعض بطلانه في الكل، لأن العقد الواحد لا يجتمع فيه الصحة والفساد. فقد علم: أن الفقهاء بنوا على عدم الارتباط، وأما قولهم بالخيار فليس لذلك، بل من جهة أن البائع - مثلاً - أو المشتري أو نحو ذلك إذا أتى بالعوض المعين فتخيل الآخر أنه يحصل له بهذه المعاوضة، لدلالة ظاهر حال المعاوض عليه، لأنه يريد الدفع والتمكين، فإذا انكشف خلافه ظهر الغرور الموجب للضرر ويندفع بالخيار، لا لأن الرجل يقصد الارتباط وحصول تمام الأجزاء، وإلا للزم البطلان قهراً، لا الخيار، وفيما ذكرناه سابقاً كفاية، فراجع، ورابعها (١): أن الظاهر أن انحلال العقد إلى العقود في جميع الأحكام إلا ما دل

(١) أي: رابع الامور المبحوث عنها في هذا العنوان، تقدم ثالثها في ص: ٧١.

[٧٩]

دليل على خلافه، ومقتضاه: أن كل عقد أو إيقاع متعلق بأمر مجموعي متى ما فقد شرط أو وجد مانع في البعض بطل ذلك وضح الباقي، فلو كان بعض المبيع غير مقدور على تسليمه أو غير مملوك أو العاقد بالنسبة إلى بعضه غير مالك ولأولي ولإمجاز فسد، دون الباقي، ولو تحقق الأجازة في بعض المبيع فضولاً أو غيره من العقود الفضولية فينبغي الصحة في المجاز بالنسبة، وإن تأمل فيه بعض مشائخنا (١) ولعله لعدم عده إجازة. وبالجملة: فكلامنا من حيث القاعدة، وينبغي [أن يقال، خ ل] (٢): إن ما يشترط بالقبض - كالهبة والوقف والسكنى وتوابعه والرهن والصرف والسلم - إذا حصل القبض في بعضه صح بالنسبة إلى المقبوض وإن بطل الباقي أو بقي مراعى لتوسع وقته، وكذلك ثبوت الخيار لو كان بعض المعقود عليه فيه خيار، كشتراء شينين أحدهما حيوان، أو نكاح امرأتين في عقد أحدهما مجنونة أو بها قرن، ولزوم انعقاد الباقي لو كان ممن يعتق على الممتلك وإن بطل الباقي، وثبوت الشفعة فيما صح لو كان مشفوعاً، فانه (٣) كالمبيع المستقل، ونحو ذلك ضمان الأبعاض، لأن المبيع قبل القبض مضمون، ولحقوق مقتضيات العقد من تعجيل وتقباض ولواحقه من التوابع اللاحقة لكل شئ بحسبه، ومسائل التنازع في عوض أو معوض أو إطلاق أو اشتراط أو نحو ذلك، ومنها أيضاً شرعية الأقالة، فإنها كما يجوز في تمام العقد يجوز في الأبعاض بالنسبة، لأنه بمنزلة عقود مستقلة يشرع فيها الأقالة. وأما عدم جريان الخيار في الأبعاض في غيب ونحوه، لأن دليل الخيار على خلاف القاعدة، ولم يثبت إلا في العقد من حيث هو مجموع واقع كذلك، ولو لم يكن مانع لقلنا بثبوته في الأبعاض، لكن لادليل عليه. وبالجملة: بعد ما ذكرنا الانحلال فاللازم إجراء حكم العقود المستقلة على الأبعاض ما لم يعارضه معارض.

(١) لم نقف عليه. (٢) من هامش (م). (٣) في (م): لأنه.

نعم، قد أفتى الشهيد (١) رحمه الله وغيره (٢) بأنه لو أجل بعض الثمن في السلم بطل الكل، وعللوه بأن بطلان المؤجل لاشتراط التقابض وبطلان الحال لعدم معلومية التفسير، إذ ما بإزاء الحال أزيد مما بإزاء المؤجل. قلت: الذي تقتضيه القاعدة الصحة في ذلك، لما قررناه، وهذه الجهالة غير قاذحة، وقد أفتى جماعة بالصحة أيضا (٣) - على ما في بالي - فإن كان لهم دليل على البطلان قبلناه، وإلا فلا. وبملاحظة ما نبهنا عليه من الفروع يتنبه البصير على فروع لا تتناهى، وقد أشرنا إلى الأنواع إجمالاً، وتفصيل الكلام يحتاج إلى مجال تام، ونحن من السرعة والعجالة بمقام. وخامسها (٤): أنه قد أشرنا أن انحلال العقد إلى عقود إنما هو بعد ملاحظة متعلقاتها، فإن البيع ينحل إلى العقود البيعية فيما تعلق به عقده وإن كانت المنافع أيضا تنتقل بالبيع تبعاً، فلا يقال: إن البيع ينحل إلى بيع وإجارة. إذا عرفت هذا تعرف أن الانحلال يتوقف على معرفة متعلقات العقود، حتى يعرف أن أي شئ داخل وأي شئ خارج؟ ونحن نذكر - إن شاء الله - ضبط متعلقات العقود في اللواحق. ومن هنا وقع الخلاف في أن الأرش للعيب هل هو على القاعدة لأنه عوض ما فات من أحد العوضين، أم لا؟ وتنقيحه يحتاج إلى بيان أن الأوصاف داخلة في الأعراض - عينا كانت (٥) أو منفعة - أو ليست بداخلة فيهما (٦) مطلقاً، أو فرق بين

(١) أفتى به في الدروس ٣: ٢٥٦، إلا أنه احتمل الصحة أيضاً. (٢) مثل العلامة في القواعد ١: ١٣٦، والتذكرة ١: ٥٥٧. (٣) لم نقف على من أفتى بالصحة، نعم احتملها الشهيد في الدروس ٣: ٢٥٦، وقال الشهيد الثاني: (وربما قيل بالصحة) ولم يذكر قائله، انظر الروضة البهية ٣: ٤١٧. (٤) أي: خامس الأمور المبحوث عنها. (٥) في غير (م): كان. (٦) كذا، ولعل تنبيه الضمير باعتبار رجوعه إلى العوضين.

وصف الصحة وسائر الأوصاف والأول داخل دون الباقي؟ وجوه ثلاثة، وحيث إن المسألة من فروع ما يتعلق به العقود فنؤخر بيانها (١) إلى محله ونوضحه (٢) هناك إن شاء الله تعالى. فإن قلنا بدخول وصف الصحة في العوض صار الأرش على القاعدة يجري في كل معاوضة. وإن لم نقل بدخوله (٣) - كما هو الأقوى - فلا يكون على القاعدة، دل عليها (٤) الدليل في البيع، فيقتصر عليه أو يتسرى إلى غيره بتنقيح مناط ونحوه لا مطلقاً، فانتظر لتنقيح المقام بعون الملك العلام. وينبغي أن نشير هنا إلى فائدة مهمة هي كالتتمة لهذا العنوان. وهي: أن التبعض للصفقة الذي يترتب عليه في أبواب الفقه أحكام كثيرة من خيار ونحوه وقد يجوز وقد لا يجوز - كما يستفاد من مباحث الصفقة وغيرها - فرع كون الصفقة واحدة حتى تبعض، إذ لو كانت العقود متعددة لا يقال ببطلان أحدها؛ إنه تبعض الصفقة، فلا بد من بيان الضابط في وحدة الصفقة وتعددتها حتى تتفرع عليه مسألة التبعض وأحكامها. فنقول: لأرب أن المعاوضة تشتمل على أركان ستة: العوضان، والمتعاقدان، والأيجابان، وكل منها (٥) قابل للوحدة والتعدد، إذ يمكن تعدد الأيجاب ووحدة القبول وبالعكس، وكذا في غيرهما، وذلك واضح. فالمدار في وحدة الصفقة وتعددتها: إما على الموجب أو القابل، أو الأيجاب أو القبول، أو المعوض أو العوض، بمعنى أن يكون تعدده موجبا للتعدد ووحده موجبة للوحدة، وإنما عبرنا بهذه العبارات حتى يعم البيع وغيره.

(١) العبارة في غير (م) هكذا: من فروع بيان ما يتعلق به العقود فنؤخره إلى محله.
(٢) كذا في النسخ، والمناسب: نوضحها. (٣) في غير (م): بدخولها. (٤) في (ن، د):
عليه. (٥) في (ن): منهما.

[٨٢]

وأما على المركب من الاثنين (١) بصوره أو الثلاثة بصوره أو الأربعة أو الخمسة أو الستة، وتمام الصور المحتملة من الاحادي والثنائي والثلاثي والرابعي والخماسي والسداسي (٢) تنتهي إلى نيف وستين صورة، ولا بد من التأمل في أن المدار على أي شيء؟ فنقول: لا ريب أن تعدد الثمن يستلزم تعدد الصفقة، ولا يمكن فرض اتحادها مع تعدده، سواء كان المتعاقدان والأيجابان واحدا أو أكثر، إذ كل ثمن بعد فرض التعدد يقتضي معوضا منفردا يقابله بحيث لا يكون شيء من أحد الثمنين في إزاء ما في مقابل الآخر ولو على الأشاعة، والوحدة تقتضي كون العوض بإزاء تمام المعوض مشاعا، ولا يمكن مع الاتحاد اختصاص حصة من الثمن بحصة معينة من المثلث، بخلاف ما لو جعل الثمن متعددا، فإن تعدده يقتضي أن يكون ما بإزاء كل منهما ممتازا عن الآخر، وهو معني تعدد الصفقة، ولا ينفذ فرض اتحاد الأيجاب والقبول والمتعاقدين. وأما تعدد المثلث: فإن كان تعدده بالعدد - كدار و فرس وكتاب ونحو ذلك فهذا بمجرد لا يقضي بتعدد الصفقة. وإن كان التعدد من حيث المثلثية بأن يكون كل منهما معوضا على حدة فلا يتحقق إلا بامتياز الثمن، فيرجع إلى تعدد الثمن، إذ لو قيل: (بعث دارا وكتابا بخمسة) فهو صفقة واحدة، ولو قال: (دارا بثلاثة وكتابا باثنين) فهما صفقتان وإن اتحد الأيجابان. وهذا الكلام يجري في الثمن أيضا، فإن تعدده بالعدد لا يقضي بتعدد الصفقة، كما لو باع دارا بفرس وكتاب، وتعدده في المثلثية يقتضي امتياز المعوض، إذا الثمن لا يكون مستقلا بالمثلثية إلا بكون معوضه مستقلا. فيرجع مآل الكلام إلى أن مالكي العوضين لا عبرة بتعددتهما واتحادهما، كما أن الأيجاب والقبول كذلك، بل إنما المدار على وحدة الثمن والمثلث من حيث إنهما ثمن ومثلث.

(١) في (ن، د): من اثنين. (٢) في (ن، د) زيادة: حتى.

[٨٣]

وبعبارة أخرى: إن لوحظ مقابلة واحدة بين العوضين بحيث يلزم من ذلك مقابلة كل جزء من أحدهما بجزء من الآخر على الأشاعة عينا ومفهوما فهذا يعد صفقة واحدة، وإن لوحظ مقابلتان بحيث يلزم عدم إمكان مقابلة تمام الأجزاء كذلك فهو تعدد للصفقة. وإنما عمنا الأشاعة على العين والمفهوم حذرا من قولنا: (بعث نصف الدار بنصف المائة، والنصف الآخر بالنصف الآخر) فإنه تعدد للصفقة، مع أنه غير مانع عن احتمال مقابلة كل من العوضين لكل جزء من المعوضين بحسب العين الخارجي، لبقاء الأشاعة في الخارج، لكنه مانع عن المقابلة في المفهوم، فإن مفهوم النصف المجمعول عوضا في الأول غير قابل لأن يكون في مقابل النصف المجمعول معوضا في الثاني، فتأمل جيدا فإنه من مطارح الأفهام (١). ومن هنا تتنبه على الفرق بين دعوى النصف المشاع والنصف المعين من أحد شخصين ودعوى الكل من الآخر مع كونهما ذا يدين في المال، وإن تنظر في الفرق ثاني الشهيدين (٢) وليس في محله. وأما وحدة المشتري والبائع والأيجاب والقبول فلا يدور مدارهما حكم، كما حققناه. نعم، هنا كلام للعلامة - أعلى الله مقامه - في بحث الشفعة، قال: لو باع الشريك حصة من بستان وحصة من دار - مثلا - فللشفيع أخذهما معا وأخذ

كل واحد (٣). وربما يستفاد منه: أنه لا يلزم تبعض الصفقة للمشتري، لتعددتها بتعدد المثلثين. وقرره المحقق الثاني ولم يتعرض له برد في الحكم (٤). ونقل في شرح القواعد عنه في التذكرة: أنه لوبيع دار مع طريق مشترك قابل للقسمة فللشريك أخذ الطريق خاصة بالشفعة إن شاء، وإن شاء أخذ المجموع (٥).

(١) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مطارح الأعلام. (٢) الروضة البهية ٣: ١١٠. (٣) لم نعثر عليه. (٤) لم نعثر عليه أيضا. (٥) جامع المقاصد ٦: ٣٥٠، التذكرة ١: ٥٩٠.

[٨٤]

وظاهر هذه العبارة أيضا أنه لم يقل هنا يلزم تبعض الصفقة، وإلا فيرد عليه ما أورده المحقق الثاني: من أن المجموع إن لم يكن متعلق الشفعة فلاشفعة له فيما سوى الطريق فكيف يأخذ المجموع؟ وإن كان متعلقها فكيف يجوز له التبعض للشفعة (١)؟ والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن تعدد المبيع لا يوجب تبعض الصفقة، ولايجوز للشفيع أيضا تبعض الصفقة. وما ذكره في الفرض الأول من التخيير ليس لأنهما صفتان ولالآن التبعض جائز، بل لأن هناك شفعتين، لتعدد السبب وهو الشركة، فبشركته في البستان له شفعة وبشركته في الدار له شفعة، فهما حقان متغايران يجوز أخذ واحد وإسقاط الآخر، كما يجوز أخذهما وإسقاطهما وإن كانت الصفقة واحدة، وعدم جواز التبعض إنما هو في الشفعة الواحدة، وقد أشار إلى ذلك المحقق الثاني في شرح القواعد (٢). والظاهر أن ما ذكره في التذكرة أيضا ناظر إلى اعتبار تعدد الشفعة وإن رده المحقق الثاني بما ذكر، لكن في اعتبار التعدد فيه نوع خفاء. وبالجملة: الضابط في وحدة الصفقة وتعددتها ما ذكرناه، فتأمل جيدا.

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٥٢. (٢) لم نقف عليه.

[٨٥]

[العنوان الثاني والثلاثون] [عدم ترتب حكم شرعي على مجرد النية والرضا والتمني في العقود والأيقاعات]

[٨٦]

[٢٣] لا عبرة في شئ من العقود والأيقاعات بالنية والرضا والتمني، بمعنى أنه لا يترتب عليه حكم شرعي يترتب على الصيغ، فلا يكون العبد حرا بالنية، ولا الزوجة مطلقة. ومرادنا في هذا المقام من (النية) هو القصد إلى الأيقاع أو (١) الوفوع، و (الرضا) هو عدم كراهة النفس من وقوعه، (والتمني) هو طلب وقوع ذلك في الخارج. ولا خلاف لأحد فيما ذكرناه، وهو الحججة القاطعة، مضافا إلى أصالة عدم ترتب الآثار إلا على ما جعله الشرع سببا. وأدلة العقود والأيقاعات لا تشمل ذلك، سواء كان من العمومات أو خصوص مادل على نحو البيع والطلاق وغيره. وما يتخيل: أن العهد الذي يترتب عليه الآثار - كما ذكر (٢) في الفقه - يكفي فيه القصد، لأنه يسمى عهدا، فيدخل في عموم مادل على الوفاء بالعهود والذم على نقضه.

مدفوع بأن مرادنا هنا بالقصد هو قصد وقوع العهد أو إيقاعه، وهو ليس عهداً

(١) في (ن، د): والوقوع. (٢) في غير (م): ذكره.

[٨٧]

حزماً، سيما مع اعتبار الميثاق في الآية (١). ومجرد ترتب الثواب على قصد العبادات والعزم عليها - كما دل عليه قوله صلى الله عليه وآله: (نية المومن خير من عمله) (٢) - لا يدل على كونه كذلك في المعاملات، والحمل على ذلك مجرد قياس، ولأمانع من كون العزم على عبادة عبادة تترتب عليه الثواب، ولا يكون العزم على عقد أو إيقاع عقداً أو إيقاعاً يترتب عليه الأثر، بل الفرق بين المقامين مما لا يخفى على ذي بصيرة. وكما أنه لا عبرة بما ذكر، لا عبرة بالعقد القلبي أيضاً، بمعنى إنشاء العقد والأيقاع (٣) في القلب، لوجوه: أحدها: أصالة عدم ترتب الأثر بسبب شرعي، وهو فرع الدليل، ولأرب أن ما دل على الصحة غير شامل له، كما نبينه. وثانيها: أن القصد وإنشاء المعاني في القلب وإن كان في الأيقاعات يمكن ترتب الأثر عليه حيث لا يحتاج إلى طرف آخر، لكن في العقود المحتاجة إلى الجانبين لا يكاد يعلم وجود العقد القلبي للمتعاقدين، بل هو غير ممكن، ولأرب أن إناطة الشارع الحكم بمثل هذا الأمر المخفي بعيد جداً. وثالثها: أن حقيقة السبب لو كان هو عقد القلب للزم العلم بحصول هذا السبب، وهو متعذر وإن كان يلزم ذلك لو كان ذلك شرطاً للفظ أيضاً، لكن الاهتمام في الشرع في أصل المقتضيات أقوى من التوابع، وهو أحد معاني قولنا: يغتفر في الثواني مالا يغتفر في الأوائل. ورابعها: أن المعلوم من الشرع أن جعل هذه المعاملات إنما هو لقطع التجاذب والتنازع، وهو لا يتحقق إلا بإنطائه بشئ محسوس يعرفه كل أحد. وخامسها: الاتفاق على مشروعية العقود، ولا ريب أنه لو كان (٤) عقد القلب

(١) البقرة: ٢٧، الرعد: ٢٠ و ٢٥. (٢) الوسائل ١: ٣٥، الباب ٦ من أبواب مقدمة العبادات، ح ٣ و ١٥. (٣) والأيقاع: ليس في (ن، د). (٤) في غير (م): ولا ريب أن كون.

[٨٨]

ناقلاً ومؤثراً لكان مشروعيتها لغوا بالمرة. وسادسها: الخبر المشهور السابق (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (١) الدال على حصر السبب باللفظ، خرج ما خرج وبقي الباقي تحت النفي. والمناقشة سندا مدفوعة بالانجبار، ومنع دلالة (إنما) على الحصر ليس في محله. والذي يمكن أن يتخيل وجهاً لكفايته (٢) أمور: الأول: عموم قوله عليه السلام: (لكل امرئ ما نوى) (٣) ولا ريب أن من عقد بقلبه نكاحاً أو طلاقاً أو بيعاً فقد نوى حصول هذا الأثر بهذا القصد، فينبغي أن يحصل ذلك له شرعاً، للرواية، وهو المدعى، غايته خروج القصد المتعلقة بالأمور الغير الشرعية، لعدم إمكان حمل الخبر على الأخبار، لاستلزامه الكذب، بل يراد به الأنشاء، ولا يكون إلا إنشاءاً للحكم، وهو المدعى. والجواب: أن الظاهر من هذا الخبر بقربته غيره من الأخبار من قوله: (لا عمل إلا بنية) (٤) ونحو ذلك حصول ما نوى من عمل يأتي به أو قول يتكلم به، لا حصول ما نواه بمجرد، مع أن الظاهر منه أنه ما لم ينوه فلا يحصل له، كما هو قضية كون تقديم الخبر مفيداً للحصر، وليس في مقام بيان حصول المنوي مطلقاً.

مضافا إلى معارضته لقوله تعالى: ليس للإنسان إلا ما سعى (٥) ولا ريب أن المتبادر من السعي هو العمل، فمجرد (٦) المنوي لا ينبغي حصوله، إذ ليس مما سعى فيه، والترجيح مع الآية، مضافا إلى مصادمة الشهرة، بل الأجماع والأدلة المتقدمة. والثاني: أنه وإن لم يشمل العقد القلبي خصوص أدلة العقود، لكنه يشمل

(١) الوسائل: ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤. (٢) في غير (م): بكفايته. (٣) راجع الوسائل ١: ٣٤، الباب ٥ من أبواب مقدمة العبادات. (٤) راجع المصدر السابق. (٥) النجم: ٣٩. (٦) في (ن): بمجرد.

[٨٩]

عموم أوفوا بالعقود (١) إذ العقد إن كان بمعنى العهد فالقلبي أيضا عهد، وإن كان بمعنى الربط فهو أيضا ربط. والجواب: أن العقد - كما مر - هو العهد المؤكد، وما لم يفترن النية بما يدل عليه لم يكن مؤكدا، مع إمكان منع تسميته عهدا، مضافا إلى كون ما ذكرناه من الأدلة موجبا للشك في دخوله تحت العموم، بل مخرجا عنه. وأما على تقدير انصراف العقد إلى المتعارف فالجواب واضح. والثالث: أن الألفاظ لا ريب أنها (٢) كاشفة عن المقصود ومبينة للمعاني، وليست معتبرة إلا من باب المقدمة، ففي الحقيقة ليس السبب إلا المعاني، والألفاظ لا دخل لها في السببية، فإذا علم حصول ما هو المؤثر حقيقة فلا حاجة إلى ما عداه. والجواب: أنا لا نسلم كون المؤثر (٣) حقيقة هو القصد، والمسلم إنما هو كونه العمدة في التأثير والركن الأعظم، وهو غير مانع من انضمام جزء آخر إليه. وإن شئت مراعاة التنظير والتشبيه الذي يرشدك إلى هذا المعنى - حيث إن الاستدلال مبني على نحو من الاستحسان - فنقول معارضة له بمثله: إنا نرى أن الشارع في العبادات اعتبر مباشرة البدن بقول أو فعل ولم يكتف بمجرد القصد وعقد القلب إلا مع تعذر البدن، كالأخرس العاجز عن التكلم والمريض الذي لا يقدر إلا على محض الأخطار بالبال، وفيما عدا ذلك اعتبر انضمام القول والفعل بالنية (٤) حتى في الاعتقادات وأصول الدين التي لا دخل لها بالعمل الظاهري لم يكتف بمجرد الاعتقاد القلبي، وإلا فهو حاصل لكل جاحد ومعاند، بل أراد ضم القول والفعل، فلا شبهة في أن الشارع لم يعتبر مجرد الأنشاء القلبي العاري عما يدل عليه من لفظ أو فعل علامة وسببا لشيء. ففي المعاملات ينبغي أن يكون الاهتمام أزيد، لا يتأثرها على المغالبة

(١) المائدة: ١. (٢) في (م): أنه لا ريب في أن الألفاظ. (٣) في (ن، د): المؤكد. (٤) في (م): إلى النية.

[٩٠]

والتشاجر والتنازع، فينبغي أن لا يكتفي فيها إلا بشئ ظاهر لكل أحد، وهو اللفظ الكاشف عن القصد كما في سائر مطالب العقلاء، أو الفعل الدال عليه على تفصيل يذكر بعد ذلك. فإن قلت: إن هذا الكلام إنما يتم في العقود، وأما في الأيقاعات التي لا ترتبط بالغير ولا سيما في الأيقاع الذي هو بين الله وبين عبده - كالنذر والعهد واليمين - فإن الله تبارك وتعالى عالم بما تخفي الصدور، ولا يحتاج إلى لفظ دال، ولا إلى شئ آخر، فمجرد ما عقد قلبه على شئ يتحقق التأثير بذلك، بل ربما يمكن دعوى صدق لفظ النذر والعهد

واليمين على مجرد العقد القلبي، فيشملة عموم قوله تعالى: وليوفوا نذورهم (١) وأفوا بعهدى (٢) واحفظوا أيمانكم (٣) ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان (٤) ونحو ذلك، فلا وجه لاشتراط الدال عليه. ومن هنا ذهب شيخ الطائفة - على ما نقله جماعة عنه - إلى (٥) انعقاد النذر بمجرد عقد القلب (٦) ويحتمل إرادته من النذر المعنى الشامل للعهد واليمين، لأنهما في الحقيقة نوع نذر، كما أن النذر عهد، سيما مع ملاحظة ما استدل به مما ذكرناه من علم الله تعالى بالسرائر، وعدم الحاجة إلى اللفظ إلا لكونه كاشفاً ومن كلام الشيخ رحمه الله واستدلالة يمكن أن يقال بأنه يلتزم بانعقاد سائر العقود أيضاً بالعقد القلبي إذا علم وإن كان نادراً، وكذا سائر الأيقاعات من عتق وتديبير ونحو ذلك، فإن مقتضى هذا الاستدلال: أنه متى ما علم تحقق السبب - وهو القصد - كفى، وهو في الأيقاع معلوم لمن أوقعه. قلت أولاً: إن ظاهر هذا الكلام يدل على أن المعترض تخيل أنا اعتبرنا اللفظ كاشفاً وقلنا بأن السبب هو عقد القلب، وليس كذلك، بل قلنا: إن القصد لما كان شيئاً مخفياً لا يطلع عليه غالباً ومبنى الشرع على قطع التشاجر فينبغي إناطة

(١) الحج: ٣٩. (٢) البقرة: ٤٠. (٣ و ٤) المائدة: ٨٩. (٥) في غير (م): على. (٦) النهاية: ٥٦٢.

[٩١]

الأحكام بأمر ظاهر لا خفي. ومن هنا يعلم: أنه لا فرق بين الأيقاع والعقد، إذ الظاهر أنهما من واد واحد، ومجرد علم الله تبارك وتعالى لا يكفي في كون السبب هو عقد القلب بعد دلالة ما مر من الأدلة على اعتبار اللفظ، مضافاً إلى أن الظاهر عدم القول بالفرق. والشيخ وإن خالف في مقام لكنه وافق في مقام آخر. وأما دعوى: صدق النذر والعهد على عقد القلب، فليست بمسلمة حقيقة وإن أطلق مجازاً، ولو سلم إطلاقه حقيقة نقول: إن الفرد الظاهر هو ما دل عليه دال من فعل أو قول، فينصرف إليه الدليل وإن كان عاماً. وبالجملة: فاتفق الأصحاب على اشتراط الدال وكون المؤثر والسبب هو القول أو الفعل - على نحو سيذكر - وردهم للشيخ يدل على اعتباره، فلا حاجة إلى التطويل في ذلك.

[٩٢]

[العنوان الثالث والثلاثون] [في بيان حكم المعاطاة في العقود والأيقاعات]

[٩٤]

عنوان [٣٣] قد قررنا: أن مجرد عقد القلب غير كاف، بل لا بد من دال عليه، والدال إما الفعل أو القول، والكلام إنما هو في الفعل. فنقول: الفعل الدال على المعاملة إما في حالة الاضطرار وعدم القدرة على الكلام - كما في الأخرس ونحوه - وإما في الاختيار (١). وعلى التقديرين: إما صريح الدلالة على المراد بحيث لا يبقى فيه شك عادة، وإما مظنون الدلالة، وإما مشكوك، فهنا أقسام: الأول: في الفعل الاختياري المظنون الدلالة - كما في الملامسة والمنايذة ورمي الحصا ونحو ذلك (٢) أو الدفع القابل للهبه والبيع والعارية

والأجارة ونحو ذلك (٣) - مع حصول الظن بالمراد بالقرائن. والحق عدم الاكتفاء به، لوجوه: أحدها: ظهور الاتفاق (٤) المعلوم من تتبع كلماتهم في المقامات، حيث يشترطون اللفظ أو اللفظ أو الفعل الصريحين:

(١) في غير (م): المختار. (٢) في (م): ونحوها. (٣) في (م): وغيرها. (٤) في (م) زيادة: عليه.

[٩٥]

وثانيها: أن ذلك مناف لمشروعية الدوال واعتبارها، إذ الغرض منها - كما مر - قطع التجاذب والتنازع، ولا ريب أنه لا يرفع بالفعل الظني. وثالثها: أنه لا ريب في أن الأصل في كل معاملة الفساد إلا ما دل عليه الدليل، ولا ريب أن أدلة العقود والأيقاعات بأجمعها لا تنصرف إلا إلى ما هو المدلول عليه بشئ صريح الدلالة، بل لا يعد ما هو مظنون الدلالة بيعا وصلحا وطلاقا ونحو ذلك، فيبقى تحت الأصل الأولي من الفساد، وذلك واضح. الثاني: في الفعل المشكوك، ولا ريب أن الوجوه الدالة على عدم كفاية المظنون تدل عليه، بل بالأولوية، ومقتضى الأصل عدم ترتب الآثار إلا بمؤثر، وليس المشكوك فيه منه (١) بل كل ما ذكرناه من الأدلة على اعتبار الدال على العقد القلبي يدل على عدم كفاية المشكوك، لأنه (٢) ليس دالا في الحقيقة، لأنه مجمل. الثالث: في الفعل الصريح الدال على المطلوب، ويعبرون عنه في الفقه بالمعاطاة، وهو قد يكون من جانب مع القول من آخر، وقد يكون من الجانبين (٣) ويكون في عقود المعاوضات وغيرها، ويكون في الأيقاعات، إذ المناط حصول الفعل الدال على النكاح والطلاق والعتق والأقرار أو البيع (٤) والرهن ونحوه، فتذكر في الأقسام حتى تكون على بصيرة. والغرض من ذكر الأمثلة مراعاتها، ليعلم انطباق الدليل عليها. فنقول: إن البحث في المعاطاة يقع في مقامات: بالنظر إلى ملاحظتها في الأيقاعات والعقود المجانية والمعاوضة وغيرها. وبالنظر إلى ملاحظتها إفادتها الإباحة أو الملك لزوما أو جوازا. وبالنظر إلى وقوعها من أحد الجانبين أو منهما معا. وبالنظر إلى كونها عقدا مستقلا أو ملحقا بكل باب من العقود.

(١) في غير (م): منها. (٢) في (م): إذ. (٣) في (ن): جانبين. (٤) في (م): والبيع.

[٩٦]

المقام الأول في جريانها (١) في الأيقاعات والحق عدم كونها (٢) سببا في الأيقاعات المعروفة: من الطلاق والظهار واللعان والأيلاء والعتق والأقرار، لوجوه: أحدها: اتفاق الأصحاب في ذلك كله (٣) على اعتبار اللفظ الصريح، بل في بعضها على صيغ خاصة. وظاهرهم عدم الخلاف في كون ذلك شرطا وعدم إفادة الفعل في ذلك تأثيرا وإن كان منويا به الأيقاع، فإن إخراج المرأة - مثلا - عن البيت أو إطلاق العبد عن الخدمة لا يعد طلاقا وعتقا ولا يؤثر فيهما. وثانيها: أصالة عدم الترتب للأثر المقصود عليه، والأصل هو الفساد، واستصحاب بقاء المرأة على الحلية والعبد - مثلا - على المملوكية. وبعبارة أخرى: استصحاب ما كان قبل هذا الفعل سواء كان عدم وجود الأثر الجديد أو بقاء الحالة السابقة، فإن الاستصحاب حجة فيهما. ولم يدل هنا دليل على كون المعاطاة قاطعا للاستصحاب، إذ الأدلة الدالة على صحة هذه الأيقاعات إما النصوص الخاصة المتعلقة

للكم على اسم الطلاق والعتق ونحو ذلك (٤) غيرهما، ولا ريب أن شيئا من ذلك لا يصدق على مجرد الفعل وإن قصد به ما يقصد من اللفظ. وإما ما ذكرناه من شمول أوفوا بالعقود (٥) بناء على أعميته من الأيقاع والعقد المصطلح، ولا ريب أن الظاهر منه بعد شموله للأيقاع إنما هو القول أو العهد المؤكد، ولا يكون مؤكدا إلا بالقول. وأما عموم (المؤمنون عند شروطهم) (٦) فنقول: إن الشرط إن كان بمعنى الربط فلا ربط له بالأيقاعات إلا على تكلف مخرج له عن الأطلاق والعموم، وإن

(١) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: جريانه، ولعله باعتبار رجوعه إلى الفعل. (٢) في غير (م): كونه. (٣) في (م): فيها، بدل (في ذلك كله). (٤) نحو ذلك: لم يرد في (م). (٥) المائدة: ١. (٦) عوالي اللالي ٢: ٢٥٧ ح ٧.

[٩٧]

كان بمعنى الالتزام فلا ريب أن الظاهر من الالتزام ما وقع بالقول، لا مجرد الفعل والنية. مضافا إلى أن الظاهر من الرواية هو الشرط الواقع بين المؤمنين بعضهم مع بعض، لا بينه وبين الله، ولا ريب أن الطلاق والعتق ونحوهما (١) ليس شرطا واقعا بين الزوج والزوجة والمولى والعبد. وبالجملة: فإدخال مجرد الفعل تحته مشكل، مع أنه يعارضها (٢) عموم (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (٣) وبعد التعارض فإما أن يترجح عليه أو يتساقطان، والأصل الفساد، سيما مع (٤) أن أدلة الشرط مفيدة بعدم مخالفة الكتاب والسنة، فبعد (٥) دلالة الأجماع والرواية على عدم كون الفعل مؤثرا يكون هذا الالتزام مما خالف الكتاب والسنة في (٦) كونه التزاما وإن لم يخالفه في كون الملتزم به مشروعاً. وثالثها: عموم الرواية المعروفة المذكورة سابقا (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) ولا ريب أن الأيقاعات لها أحكام تحريرية وتحليلية، وقد دل النص على أن المحلل والمحرّم هو الكلام لا غيره مطلقاً، ومجرد وجود التخصيص في بعض المقامات لا ينافي كونه حجة في الباقي، وإخراج الحصر عن ظاهره غير متجه، لأنه خلاف السياق ومناف لفهم العرف، والتخصيص أولى منه بمراتب. وليس الغرض من الرواية حصر المجموع المركب من التحليل والتحرير حتى يقال: إنه لا ينافي كون الفعل محللا فقط أو محرما فقط، بل الظاهر أن المراد حصر كل منهما في الكلام، والمعنى (٧): لا يحلل غير الكلام ولا يحرم غير الكلام.

(١) العبارة في (م) هكذا: ولا ريب أن كلا من الطلاق والعتق مثلا. (٢) في (ن)، (د): يعارضهما. (٣) الوسائل ١٣: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤. (٤) في (م): سيما وأن. (٥) في سوى (م): بعد. (٦) في (ن)، (د): وفي. (٧) في (ن): أو المعنى.

[٩٨]

مضافا إلى أن هذه الأيقاعات فيها تحليل وتحرير، وليس شئ منها تحليلا فقط أو تحريما فقط، فإذا كان الفعل كافيا لزم اجتماع الأمرين فيه، والتبعيض بترتيب آثار الأمرين - إما التحليل أو التحريم - مناف للأجماع، بل الضرورة، ومثل ما مر في هذا الحكم النذر والعهد واليمين. نعم، إنما البحث في جملة من الأيقاعات التي هي تشبه العقود، كالوقف على الجهات العامة والوصية لها، وكالأذن الموجب لأباحة التصرف وسقوط الضمان، وغير ذلك من أحكامه، ومثله (١) الأجازة وبذل الزاد والراحلة الموجب لوجوب الحج على المبدول له،

والأخذ بالشفعة بناء على أنه إيقاع، والتدبير بناء على أنه وصية لا عتق، كما عليه الأكثر. والحق عدم الجواز في التدبير، لما مر من الوجوه السابقة. نعم، في غيره مما ذكرنا يقوى في النظر كونه منشأ للأثر لوجهين: أحدهما: أنه يصدق البذل والأذن والوصية والوقف بالفعل المقصود به ذلك، كما نشاهد في العرف أن من بنى مسجداً يقال: إنه وقف الأمة (٢)، ومن أتى بحصير ففرشه فيه أو أتى بقنديل أو بساط فوضعه في مشهد إمام أو مسجد أو نحو ذلك وكذلك لو أتى بالمال وأعطاه يقال: إنه بذله، ولو فعل فعلاً دالاً على الرخصة يقال: أذن فيه، فيعد صدق هذه الألفاظ (٣) التي علق عليها الحكم بثبت الصحة وترتب الآثار. ونحو ذلك الأجازة، فإنه بمعنى الأذن، لكنه مصطلح في اللاحق دون السابق، فإن من باع مال غيره لشخص فجاء المالك فأخذ الثمن وسلم المبيع إلى المشتري يصدق أنه أجاز عرفاً. وكذلك من جاء بالثمن وأعطاه إلى المشتري فأخذ المشفوع يقال: إنه أخذ

(١) في (ن، د): ومثل. (٢) كذا في ظاهر (م) والكلمة غير واضحة في (ن، ف). (٣) في (م): الأسماء.

[٩٩]

بالشفعة إن جعلناها من الأيقاعات. ومثل ذلك الفسخ، فإنه كما يصدق بقوله: (فسخت) يصدق بإعطائه العوض وأخذه المعوض. وكذلك إسقاط الحقوق، فإنه كما يتحقق (١) بلفظ الأسقاط يتحقق (٢) بالفعل الدال عليه. ويؤيده ما دل على أن التعريض للبيع مسقط للخيار. وبالجمل: الميزان في صحة هذه الأيقاعات بالفعل إنما هو صدق الأسامي التي علق عليها الحكم على هذه الأفعال، كما يصدق على الألفاظ، فيصير إطلاق الأدلة الدالة على ترتب الحكم عليها مخرجاً عن الأصل ومخصصاً لعموم الخبر الدال على أن غير الكلام لا يحلل ولا يحرم، فتدبر. وأما الأبراء، ففي صدقه بالفعل مشكل، والظاهر أنه لو صدر الفعل بحيث دل على الأسقاط كفى - كما في سائر الحقوق - وإن كان بقريئة سؤال وجواب، فتذكر. بل يمكن أن يقال: إنه متى ما حصل منه ما يدل على أنه أسقط حقه كيف كان يكتفى به. وثانيهما: أن سيرة المسلمين قديماً وحديثاً على كون الوقف (٣) والأذن والأجازة والبذل والأخذ بالشفعة والفسخ والأسقاط بالأفعال كما يكون بالأقوال (٤). ولا يمكن المبادرة إلى الحكم بالبطلان في ذلك كله، لأنه راجع إلى إفساد طريقة المسلمين كافة، ولا ريب أن هذه طريقة مستمرة (٥) من قديم الزمان إلى زماننا هذا، لبعدها احتمال تجدها، فتكشف عن تقرير المعصوم الكاشف عن الحكم الألهي، وهو الحجة في السببية.

(٢ و ٣) في غير (م): بصير. (٣) في (م): على الوقف. (٤) في (م): كالأقوال، بدل: كما يكون بالأقوال. (٥) العبارة في (م) هكذا: بالبطلان في تلك المواضع كلها، إذ فيه إفساد طريقة المسلمين كافة مع أنها مستمرة.

[١٠٠]

بل لنا أن نقول: لو لم يكن هذا كافياً في هذه المقامات لاشتبه وتواتر، لعموم البلوى وشدة الحاجة، مع أن الأمر بالعكس (١). فصار كفاية الفعل في هذه المقامات وعدم الحاجة إلى القول من الواضحات، وهو من الأدلة القوية على صحة الفعل في ذلك وترتب

الاثار عليه. المقام الثاني في سببته (٢) بالنسبة إلى العقود المجانية كالوقف الخاص والصدقة والعطية والسكنى والتحبس والهبة الغير المعوضة والوديعة والعارية والشركة الاختيارية والوكالة بغير جعل والوصية للجهة الخاصة والوصاية والكفالة والضمان، ونحو ذلك. فنقول: لا ريب أن مقتضى أصالة عدم ترتب الأثر إلا بما جعله الشارع سببا لعدم الترتب إلا بدليل يدل على كفاية الفعل في ذلك، وليس الدليل في هذا إلا أمران لا بد من ملاحظة دلالتهما بالنسبة إلى هذه الموارد، لعدم عموم يدل على الصحة مطلقا: أحدهما: جريان السيرة المستمرة التي هي العمدة في إثبات سببية المعاطاة. فنقول: لا ريب في جريانها بالصدقة بالفعل، وكذا العطية، بل لا يكاد يتحقق بالقول إلا نادرا، وكذلك الهبة، فإن وجود الهبة بالفعل والاقباض مما لا ينكر شيوعه بين المسلمين، وكذلك الوديعة والعارية والشركة، فإن الناس دائما يعيرون أموالهم ويودعونها ويتشاركون بمجرد وضع المال والبضاعة، ولا يحتاجون إلى شئ آخر من صيغة خاصة أو مطلقة. فتحقق الأثر بالفعل في هذه العقود مما لا ينبغي أن يشك (٣) فيه.

(١) كذا في (م)، وفي (ف): مع أنه قد انعكس الأمر، وفي (ن، د): مع أنه قد يخفى الأمر. (٢) كذا في النسخ، والمناسب: سببته، ولعله باعتبار رجوعه إلى الفعل. (٣) في (ف): يشكك.

[١٠١]

وأما الوقف والسكنى ونحوه: فربما يمنع [فيه] (١) السيرة على الاكتفاء بالفعل فيه (٢)، إذ مجرد إقباض الدار - مثلا - لا يكتفى به في الوقفية عندهم. وكذلك في الأسكان، بل لابد فيه من صيغة خاصة، كما نرى من عاداتهم. وكذلك الأشكال في إثبات السيرة في الوصية والوصاية والكفالة والضمان، فإنها ليست (٣) على حد ما ذكرناه من العقود. لكن الحق: أن الوصاية والوكالة تكونان (٤) بالفعل بين الناس، بمعنى أنهم يوكلون أحدا في بيع شئ بإعطائهم إياه مع جريان العادة بكون الأخذ معتادا لذلك - كما في الدلال ونظائره - أو مع قيام (٥) أخرى عليه. وكذلك في الوصاية بتسليم المال المصروف للديون الخالقية أو المخلوقية، أو غير ذلك مما يريد التولية إليه، فالسيرة في ذلك أيضا لا تنكر. وأما الوقف والكفالة والضمان: فالظاهر أن عدم وجود السيرة فيها لعدم كون الفعل مفيدا ذلك المعنى، فإنه أمر لم تجر عليه عادة ولم تدل عليه قرينة، ولا يبعد أن المسلمين لا يمتنعون من وقوع شئ منها بالفعل إذا أمكن هناك الفعل (٦) على نحو يدل على المدعى صريحا كما في غيرها، غاية عدم الوقوع، وهو لا يدل على عدم الجواز بعد فرض معلومية المناط. وثانيهما: صدق ما دل على هذه العقود وصحته (٧) على الفعل كما يصدق على القول، ولا ريب أن الصدقة والعطية والهبة والوديعة والعارية والشركة والوكالة والوصاية تصدق بالأفعال أيضا في العرف، فإذا صدق عليه فما دل على صحة هذه العقود يشمل الفعل كما يشمل القول. ودعوى: أن هذه الألفاظ حقيقة في العقود والصيغ كما نطقت به كلمة

(١) لم يرد في (م). (٢) في (م): فيها. (٣) في سوى (م): فانه ليس. (٤) كذا في (م) وفي سائر النسخ: نصير. (٥) في (م) زياده: قرينة. (٦) في (م): إذا كان الفعل. (٧) كذا في النسخ، والمناسب: صحتها.

الأصحاب - حيث اشترطوا في أغلب ذلك الصيغ وكيفيةها - فكيف يدعى شمولها للفعل أيضا؟ غير مسموعة، فإن هذه الألفاظ لم يثبت لها حقائق شرعية - كما قرر في محله - وليس لها حقيقة جديدة عند المتشعبة أيضا، بل لو كان لها حقيقة جديدة (١) عند المتشعبة لا يقتضي حمل خطابات الشارع عليه بعد إمكان الحمل على المعنى اللغوي والعرفي، فعموم ما دل على صحة هذه العقود من الأدلة المشتملة على لفظ الهبة والصدقة والوديعة ونحو ذلك يدل على سببية الفعل أيضا كالقول. فإن قلت: هذا ينافي إجماع الأصحاب، فإنهم يذكرون في كتبهم الصيغ الخاصة أو مطلق الصيغة، ولو كان الفعل كافيا في ذلك لم يكن لذلك معنى. قلت: سيأتي تفصيل جواب هذا الاعتراض في كفاية الفعل في عقود المعاوضة، والغرض الإشارة إلى وجوه الكلام وتعميم العنوان المعروف في المعاوضة (٢) لأمثال ذلك، والأجمال: أن الفقهاء حيث عقدوا الباب في العقود وذكروا هذه المباحث والصيغ في طي العقود، ولا ريب أن كون شئ من هذه المذكورات عقدا يتوقف على الصيغة القولية، وهذا لا ينافي إطلاق لفظ الوديعة والعارية على الفعل، فغرضهم من ذلك جعله عقدا حتي يدخل في طي العقود، وهو لا يفيد الانحصار في السبب. وثانيا: أنا نراهم يذكرون الصيغة في مقامات يقرون بكفاية الفعل فيه أيضا، كما في العارية، فإنه لا يشترط فيه (أعرتك) ولا غير ذلك، ونظائرها كثيرة. وثالثا نقول: إن غرضهم من (٣) ذكر هذه العناوين وذكر الصيغ بيان الأحكام المتعلقة بها، ولا ريب أن للعقود أحكاما آخر كما سيتضح لك إن شاء الله تعالى بعد ذلك، فجعلوا العنوان اخص حتى ينطبق على جميع أحكامه، وذلك لا ينافي ترتب

(١) في (ن): حقيقة شرعية. (٢) كذا في النسخ، والظاهر: بالمعاطة. (٣) في (ف)، م: في. ترتب

الأثر على غير الصيغ أيضا ودخوله في اسم الوكالة والشركة ونحو ذلك. ورابعا: لا يخفى على من تتبع كلماتهم (١) اكتفاؤهم بالفعل في القبول في كثير من هذه الموارد، مع أن العقد عبارة عن الربط اللفظي دون الفعلي، وكون أحد الطرفين قولاً لا يكفي في صدق العقدية عليه، مع أنهم يجرون عليه أحكام العقد في الأغلب، وليس ذلك إلا لدخوله تحت اسم الوديعة ونحوه المعلق عليه الحكم، فلا مانع من كونه في الأيجاب والقبول كذلك إذا شمل الاسم الموجب للحكم، فتدبر جدا. نعم، هنا كلام، وهو أن الدخول تحت الاسم وإن كان قاضيا بترتب الأحكام، لكنه مسلم في العقود المذكورة إذا لم يكن فيها تمليك، بل إباحة في التصرف ونحو ذلك، كما في الوديعة والعارية والشركة والوكالة، وأما في العقود المملكة - كالهبة والوقف الخاص والسكنى ونحوه والصدقة والعطية - فلا نسلم فيه ذلك، كيف! والأصحاب قد اشترطوا في التمليك القول بل القول الخاص، وذهبوا إلى أن المعاوضة إنما تفيد الإباحة في التصرف، لأنه رخصة من مالكة، وقد تقدم كفاية الفعل في مقام الأذن بالإجماع والسيرة، فيكون الفرق حاصلًا بين العقود المملكة وغيرها، وهذا إما من جهة عدم وجود السيرة في العقود المملكة بالتمليك وعدم دخوله تحت الاسم الموجب للحقوق الأحكام - كما هو ظاهر الفقهاء - وإما أنه مع فرض تسليم الدخول تحت الاسم وجريان السيرة منع منه اتفاق الأصحاب على عدم كفاية المعاوضة في التمليك، فيكون مقيدا للأطلاقات بوجود الصيغة وممانعا عن حجية السيرة، لأن طريقة العوام لا تكون كاشفة بعد مخالفة حملة الشريعة. وتمام الكلام يأتي - إن شاء الله تعالى - مع توضيح جوابه في البحث عن كون المعاوضة

مملكا أو مفيدا للأباحة، حيث إن الفرق بين عقود المعاوضة وغيرها غير محققة، بل لو ثبت كونه مملكا في المعاوضات لكان في غيرها بالأولوية، فتدبر وانتظر.

(١) في (ف، م): كلامهم.

[١٠٤]

ونحو ذلك في كفاية المعاظة عقد الرهن، فإنه يجئ فيه الكلام السابق في العقود المجانية حرفا بحرف. المقام الثالث في كون الفعل سببا في عقود المعاوضة وفيه بحثان: أحدهما: بالنسبة إلى النكاح الدائم والمنقطع. والحق فيهما عدم كون المعاظة كافية لوجوه: أحدها: إجماع الأصحاب خلفا وسلفا على اشتراط الصيغة الخاصة فيه إيجابا وقبولا، ولم يعهد في ذلك عنهم مخالف، كما لا يخفى. وثانيها: جريان طريقة المسلمين على اعتبار العقد بحيث تعرف النساء والصبيان ذلك، فهذا في الحقيقة ضروري لا يحتاج إلى الاستدلال، بل كان هذا كذلك قبل شرعنا، فإنهم كانوا لا يتناكحون إلا بعقد صريح، كما هو الظاهر عند أرباب الأديان كافة. وثالثها: لزوم الهرج والمرج لو بني أمر النكاح على مجرد التراضي والتعاطي، نظرا إلى أن النكاح أمر مقصود للنسل والنسب، ومطلوب لاستقرار أمر المعاش والمعاد به (١) وذلك يناسب إناطته (٢) بأمر ظاهر لازم. ورابعها: أن المعاظة - سواء قلنا بأنها إباحة أو تملك - سيقدر في محله أنه جائز يمكن فيه التفاسخ، والنكاح لا فسخ فيه إلا بأحد أسباب خاصة إجماعا. وخامسها: أصالة التحريم في الفروج، ولا ينتقل عنه بالأباحة إلا بدليل، والوجه في المعاظة إما جريان السيرة عليه وهو (٣) في المقام غير محقق بل المعلوم خلافه، وإما دخوله في إطلاقات النكاح، ولا ريب أن الفقهاء اتفقوا على

(٢) به: ليس في (ن). (٢) اناطته: ليست في (ن، د). (٣) في (ن) زيادة: حكم.

[١٠٥]

أن النكاح حقيقة في العقد أو في الوطئ، والأكثر على أنه حقيقة في العقد فلا يشمل المعاظة، ولو كان مشتركا أيضا لزم فيه الأجمال الموجب، لعدم تيقن الدخول تحته، بل لو سلم كونه حقيقة في الوطئ لا يعقل دخول المعاظة، إذ الفرض (١) كون السبب مفيدا لأباحة الوطئ، المحرم بدون السبب، ولا وجه لكون الشيء المحرم سببا لأباحة نفسه، وهذا (٢) واضح لمن له أدنى مسكة، سيما بعد التنبيه عليه، فلا يراد من عمومات أدلة النكاح إلا العقد، والمعاظة ليست منه. ولنا هنا كلام حاسم لمادة الاشكال، رافع للقول والقال، وهو: أن ما ذكرناه من الأدلة على عدم المعاظة في النكاح كلها يدور مدار أمرين: إما دعوى عدم دخول المعاظة تحت الأدلة فيبقى (٣) تحت أصالة الفساد، وإما لقيام الدليل المخرج له (٤) عن تحت الأدلة لو كان عموم في الباب يشمله، منها: ما ذكرناه سابقا، ومنها: أنه لو كان المعاظة كافة في النكاح لم يتحقق الزنا إلا في صورتين: إحداها صورة الاكراه. وثانيتهما: كون الفاعلين غير قاصدين الحلية بذلك الفعل، بل قاصدين لمخالفة الله، مع أن ضرورة المسلمين قضت بوقوع الزنا ولو مع التراضي والتعاطي بالعرض المعين أو بدونه، بل هو الفرد الشائع من الزنا، فكيف يعقل كون المعاظة بمجرد مبيحا؟

والكلام الأتم أن يقال: لو سلم عموم دليل دال بظاهرة على كفاية المعاظة في التحليل في الفروج ولم يقر أيضا دليل دال على إخراج (٥) عن القاعدة لكنا أيضا نقطع بعدم كفايته (١). وبيان ذلك: أن المراد من السبب المحلل للتصرف أو المملك - على أحد القولين في المعاظة - أن يكون السبب واقعا قبل المسبب، فيفيد إباحته أو تملكه * ((هامش) * (١) كذا في ظاهر (د)، وفي سائر النسخ: الغرض. (٢) في (ن، د): وهو. (٣) كذا، والمناسب: فتبقى. (٤) كذا، والمناسب: لها. (٥ و ٦) كذا، والمناسب تأنيث الضميرين.

[١٠٦]

فإذا كان المعاظة إنما هو السبب في ذلك، فنقول: لا ريب أن النكاح إنما هو تملك للانتفاع بالبيع، أو تملك للمنفعة على أحد الوجهين، ولا ريب أنه كما يحقق بعد ذلك أن المعاظة لا تحقق قبض العوضين أو قبض العوض المقصود من تلك المعاملة - كالمبيع في البيع والعين المستأجرة في الأجرة ونحو ذلك - فلا تتحقق المعاظة في النكاح إلا بإعطائه المهر وقبض منفعة البيع، وبعد ذلك لا شيء هنا حتى يفيد المعاظة إباحته أو تملكه، ولازم ذلك وقوع الوطئ أو الاستمتاع الأول محرما، لأنه من دون سبب محلل، والمعاظة تحصل بعد ذلك فإين السبب المحلل للانتفاع بالبيع؟ لا يقال: وكيف تقول في سائر أنواع المعاظة في سائر المعاوضات فإن هناك أيضا تتحقق المعاظة بعد الأخذ؟ لأنا نقول: إن هناك تعلقت المعاوضة بالأموال وهي قابلة للتسليط، فإن للمالك أن يقبض ماله لغيره، سواء كان هنا معاظة أم لا، فإذا قبضه فهو قبض سائغ لا مانع منه، ويتحقق بذلك الأباحة في التصرف بعد ذلك، أو التملك - على أحد الوجهين - بخلاف النكاح، فإنه ليس للمرأة تملك نفسها وتقبض بضعها إلا بسبب محلل، فإذا توقف التقبض على محلل كيف يكون بنفسه؟ ولا يمكن أن يقال: إن التقابض يوجب تحليل التصرفات اللاحقة، فإن الكلام في كون الوطئ حلالا أو لا؟ وكيف يعقل كون الحرام محللا لشيء، آخر؟ فإن قلت: ليس النكاح إلا كسائر عقود المنافع - كالأجرة ونحوه (١) - إذ لا ريب أن المعاظة فيها لا تستلزم استيفاء المنفعة بتمامها، بل القبض للعين قبض للمنفعة، فليكن هنا أيضا قبض الزوجة قبضا للبيع، فيكون معاظة محللا للانتفاع. قلت أولا: إن قبض العين قبض المنفعة فيما لو كان العين من الأمور التي تدخل تحت اليد كالحيوان أو الدار (٢) ونحو ذلك. وأما في ما لا يدخل تحت اليد - كما في الأجير - فليس قبض عينه قبضا للمنفعة، ولذلك لا يجب إقباض الأجرة

(١) كذا، والمناسب: ونحوها. (٢) في (ن): والدار.

[١٠٧]

إلا بعد إتمام العمل واستيفائه، بخلاف سائر الأعيان المستأجرة، فإن قبض العين فيها قام مقام قبض المنفعة في خصوص جهة التقابض بالدليل وإن لم يكن قبضا حقيقة، ولذلك يترتب الضمان لو تلف على المؤجر، وفيما نحن فيه مثل الأجير، فإن الزوجة لا تدخل تحت اليد، مع أن المقام تملك انتفاع، لا تملك منفعة، وكونه كالأجرة محل منع. وثانيا نقول: الكلام في حليه قبض الزوجة أيضا، فإن القبض عبارة عن التسليط، ولا يتحقق إلا بتمكين الزوجة ورفعها الموانع، وليس للزوجة ذلك إلا بمحلل شرعى، إذ لا ريب في تحريم التمكين أيضا ما لم يقع هناك محلل. وبالجملة: فالمعاظة في النكاح مما لا

يمكن فرضه، لأنها: إما تملك أو إباحة، وليس للزوجة إباحة نفسها ولا تملكها إلا بمحلل شرعي، فلو توقف التحليل أيضا على التمكين والأباحة والتسليط لزم الدور. وهذا كلام لا يخفى على من اطلع على الضوابط وورد مشرب الفقه، فلا يحتاج إلى منع دلالة العمومات أو إثبات دليل دال على إخراج المعاطاة في النكاح عن تحتها (١). هكذا ينبغي أن يحقق المقام بحيث لا يبقى شبهة في المرام. وثانيهما (٢) بالنسبة إلى سائر المعاضات، كالبيع والصلح والأجارة والهيئة المعوضة والمزارعة والمساقاة والمضاربة، ونحو ذلك. والحق فيها أيضا كون المعاطاة مفيدة للأثر، وهو الأباحة في التصرف أو التملك على الوجه الآخر، كما سيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى، والوجه في ذلك أمور: أحدها: فتوى الأصحاب - خلفا وسلفا - على أن المعاطاة مفيدة للأثر في هذه العقود وإن لم يجر عليه أحكام العقود بتامها، ولم يعهد في ذلك عنهم مخالف إلا نادر منهم كما سيذكر، والمخالف أيضا وإفقتنا في مقامات آخر. وسيظهر لك ضعف ما تخيله وجها لعدم التأثير، فالإجماع على ذلك محصل في الجملة.

(١) في (م): عنها. (٢) أي: ثاني الباحثين من بحثي المقام الثالث.

[١٠٨]

وثانيها: قيام سيرة المسلمين - قديما وحديثا - على ذلك، بحيث صار من جملة الضروريات يعرفه الصبيان والنساء، وهذه طريقة قديمة متصلة بزمن المعصومين [عليهم السلام] فتكشف عن تقرير صاحب الشريعة، لبعد عدم اطلاعهم على ذلك مع انتشار المعاطاة في البلدان في مدة مائتي سنة، بل أزيد ولم يصدر في ذلك منع عن صاحب الشريعة، ولم يكن هذا مقام تقية، ولا شئ آخر يوجب عدم الردع، وهذه أمارة لا تنكر. وثالثها: أن الأدلة الواردة على حلية البيع والأجارة ونحوهما من العقود السابقة ربما يدعى شمولها للمعاطاة، فيندرج (١) تحت الأدلة الخاصة أيضا، ويفيد (٢) الفائدة كالعقد اللفظي وإن افترق (٣) في أحكام آخر بإجماع أو غيره من الأدلة، كما سيفصل إن شاء الله تعالى. وبالجملة: مشروعية المعاطاة في الجملة مما لا يمكن إنكاره. نعم، هنا كلام، وهو أن عمدة الأدلة في المعاطاة إنما هو السيرة، والقدر الثابت منها إنما هو في المحقرات دون الأمور الجليلة، فكيف تدعى الشرعية على العموم؟ والجواب أولا: أنه لا قائل بالفرق بين أصحابنا وإن قال به بعض العامة (٤) بل إجماع الأصحاب على أنه متمم للثمر مطلقا، فلا وجه للتخصيص بالمحقر. وثانيا: نمنع اختصاص السيرة بالمحقرات، بل نقول: إن السيرة محققة في الأشياء الجليلة - كبيع الحيوان وغير ذلك - ومجرد التزام الناس بإجراء العقد في بعض الأشياء - كالعقارات ونحوه - لا يقتضي عدم اعتبارهم المعاطاة، بل الظاهر أن الالتزام بالصيغة في ذلك إنما هو لفائدة اللزوم أو التملك (٥) لو قلنا بأن المعاطاة لا تفيد، لا من جهة أن المعاطاة لا تتمم في التصرف (٦) أو التملك، فتدبر.

(١) و (٢) و (٣) كذا في النسخ، والمناسب: فتندرج، وتفيد، وإن افتقرت. (٤) راجع المجموع ٩: ١٦٢. (٥) في (ن): التملك. (٦) في (م): لا تتمم جواز التصرف.

[١٠٩]

ولم يخالف في إفادة المعاطاة إباحة التصرف بقول مجمل - بمعنى كونه أعم من التمليك والإباحة المصطلحة - سوى آية الله الفاضل العلامة أعلى الله مقامه في النهاية (١). واستدل على ذلك بوجهين: أحدهما: أن الإباحة في المعاطاة مقصودة في ضمن (٢) التمليك - كما عليه سيرة الناس - فإن المتعاطيين لا يريدان بذلك إلا التمليك كما لا يخفى، فيكون التمليك قيذا للإباحة، بمعنى أن المالك لا يرخص إلا بعنوان أن الأخذ مملك، فمتى ما صار قيذا فمقتضى القاعدة: أن انتفاء القيد يقضي بانتفاء المقيد، لأن الجنس لا يباء له بدون الفصل، وليس التمليك مجرد علة وموردا للإباحة حتى لا يضر عدم حصوله بالإباحة، وحيث إنا نقول: إن المعاطاة لا تفيد التمليك بل تفيد الإباحة - كما عليه فتوى المشهور بل الكل إلا من ندر - فيكون الإباحة بعد عدم حصول التمليك خاليا عن القصد، لتقيده به الموجب لزواله بانتفائه، فإذا لم يكن مقصودا كان أكلا للمال بالباطل، وهو منهي عنه بالنص والأجماع. وثانيهما: أن المعاطاة لو صحت لدخلت تحت أسماء العقود على حسب مواردها، إذ ليس عندنا معاملة جديدة غير ما ذكره الأصحاب، فإن الظاهر منهم انحصار المعاملات المشروعة فيما عنونوه، فيكون الحصر إجماعيا، ولازم ذلك كون الخارج عن ذلك باطلا بالاتفاق، فلو صحت المعاطاة لزم اندراجها تحت هذه العقود بالاسم أو الحكم، بل الظاهر لزوم دخولها تحت الاسم، فإذا صار كذلك لزم كونها مملكة كسائر عقود الأبواب، وللأبواب باطل باتفاقنا، لأنه لا يفيد التمليك، فلزم كونها من العقود الفاسدة، والفساد مستلزم لعدم جواز التصرف، كما أن في سائر البيوع الفاسدة لا يجوز التصرف بالاتفاق. والجواب عن الأول: أنا لا نسلم كون الملكية قيذا للرخصة، بل لو ثبت أن

(١) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩، ولا يخفى أن الاستدلال بالوجهين الاتيين لا يوجد في النهاية، والظاهر أنه تبرعي. (٢) كلمة (ضمن): لم ترد في (ن، د).

[١١٠]

الناس في معاطاتهم يقصدون التملك، نقول: إنه مورد لا قيد، بمعنى أنهم يرخصون في التصرف في العوض مع كون العوض الآخر سليما لهم، ولا يتفاوت الحال عندهم بين كون ذلك على طريقة الملك أو الإباحة بعوض، كما أن ذلك يظهر من طريقتهم. مضافا إلى أن بعد فتوى المشهور بأنه لا يفيد الملك وسماع المسلمين هذه الفتوى كيف يعقل كونهم قاصدين ما لا يقع شرعا؟ فإن ذلك في غاية البعد، ولو كان فيهم من يقصد الملك فلعله ممن يذهب إلى أن المعاطاة مفيدة للملك، لأن القول به أيضا غير نادر، فإذا لم يكن مقصودا أو كان مقصودا بالموردية فلا وجه لزوال الإباحة بعدم التملك. ولو فرض كونهم قاصدين للتملك أيضا نقول: إن بعد فرض أن مشروعية هذه المعاملة إنما هو لأفادة الإباحة دون التمليك - كما هو المشهور - فيصير قصد التملك من القصد الزائدة على أصل المراد، وليس إلا كقصد الزوجة النفقة في النكاح المنقطع أو الأثر، أو نحو ذلك من الأمور الزائدة التي لم يجعل الشارع المعاملة مؤثرة فيها، وهذا القصد لو كان داعيا إلى إبطال العقود بعدم الترتب للقصد عليها (١) لزم من ذلك بطلان العقود لأكثر الناس، لأنهم من جهة عدم علمهم باللوازم يقصدون ما لا يترتب عليه شرعا، وقد مر تحقيق المحل في قاعدة تبعية العقود للقصد، فراجع (٢). نعم، لو لم يكن لمشروعية المعاطاة دليل غير إدخالها في الأذن المفيد للإباحة لتوجه كلام العلامة على المشهور (٣) لانتفاء الأذن هنا بسبب عدم تحقق القيد المأخوذ في القصد والرخصة، ولكن بعد قيام الدليل على أن هذه المعاملة مشروعة من سيرة أو إجماع وأنها مفيدة للإباحة فلا موقع لهذا الكلام. ولعل نظر الفاضل على أن ذلك لا يفيد الإباحة إلا من جهة الرخصة من

(١) في (ن، د): للمقصود عليه. (٢) راجع العنوان: ٣٠. (٣) العبارة في غير (م): يمكن توجه كلام العلامة إلى المشهور.

[١١١]

المالك كما في الأذن في سائر المقامات، والأذن هنا مفيد ينتفي بانتفاء قيده. والظاهر أن المشهور يدعون شرعية هذا المعاملة بالأدلة المتقدمة، ويقولون: إنها مفيدة للأباحة دون التملك، لا أن إباحتها من جهة الأذن، بمعنى أنه لا خصوصية للمعاطاة في ذلك. وبالجملة: وإن لم أجد لهذا المطلب في كلامهم شاهدا واضحا، لكن اللاتج من كلام المشهور هو ذلك، فتدبر جدا ولا تبادر إلى الرد والأنكار، وبهذا يندفع كلام الفاضل ويرتفع الأشكال، ولا يحتاج إلى الوجوه السابقة في الجواب. وعن الثاني: بأننا لا نسلم دخولها تحت أدلة العقود حتى يلزم من ذلك إفادتها الملك، بل نقول: إنها معاملة مستقلة ليست داخلة في الأبواب الأخر، كما يراه جماعة من المتأخرين (١) وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى. فعلى القول بذلك ودعوى الحصر في الأبواب المذكورة - كما هو ظاهر كلام الفاضل (٢) - إن أريد منها حصر العقود المملكة فغير مضر، إذ لا نجعل المعاطاة مملكة حتى ينتقض بذلك الحصر. وإن أريد حصر كلما يفيد إباحة التصرف ولو بالأباحة فلا نسلم الانحصار، كيف! مع أن الأصحاب حصروا (٣) الأسباب في الأبواب المذكورة نصوا على أن المعاطاة تفيد الأباحة، وهو تصريح منهم على عدم انحصار ما يفيد (٤) التصرف في العقود المعروفة، فلا تذهل. هذا كله بناء على عدم القول بأن المعاطاة الواقعة في عقود التمليك تفيد الملك، كما يستفاد من ظاهر كلام المشهور. وإن قلنا بأنها تفيد التمليك كما قواه

(١) حكى عن الشهيد الأول في الحواشي التصريح بأنها معاوضة مستقلة (الجواهر ٢٢: ٢٢٦) واحتملها الشهيد الثاني في المسالك ٢: ١٥١. (٢) لا يوجد فيما أفاده في النهاية كلام ظاهر في الحصر راجع نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩. ولعل نظر المؤلف إلى ثاني الوجهين اللذين استدل بهما لفتوى العلامة في النهاية، راجع ص: ١٠٩. (٣) في (م): كيف وأن الأصحاب مع حصر الأسباب. (٤) في غير (م): عدم الانحصار فيما يفيد.

[١١٢]

بعض المعاصرين (١) والمقاربيين لعصرنا (٢) ممن تقدم (٣) بل ربما ينزل كلام المشهور أيضا على ما لا ينافيه - كما سنحققه - فلا موقع للأيراد الثاني بالمرّة، ولعل الغرض هو الرد على المشهور القائلين بالأباحة، وقد عرفت المدفع بناءً عليه أيضا. فقد تنفح من ذلك: أن المعاطاة تفيد الأباحة في غير العقود المملكة بلا كلام، لأنه لا يتوجه عليه إيراد الفاضل بوجهيه (٤). وأما في المملكة فتفيد الأباحة في التصرف أيضا بالأجماع من الأصحاب حتى من الفاضل، لأنه رجع عما أفتى به في النهاية (٥) والوجوه الواردة رداً عليه قد عرفت دفعها، وبالتأمل فيما ذكرنا تقدر على دفع الاعتراضات الأخر لو تخيل ورودها هنا. والظاهر من كلمة الأصحاب: أن الناقص من حيثية الصيغة ليس كالناقص من جهة سائر الشرائط، فلو سلم كونه مملكا فلا بحث، ولو فرض أنه غير مملك أيضا فنقول: لا يكون هذا كسائر العقود الفاسدة، بل هو يفيد الأباحة، كما نصوا عليه. المقام الرابع في أنه هل يفيد اللزوم لو وقع في مقام العقد اللازم من المملكات أو لا يفيد اللزوم؟ ذهب إلى الأول من قدماتنا الشيخ الأجل المفيد (٦) ومن المتأخرين المولى الورع المقدس الأردبيلي (٧).

(١) لعل المراد به: المحقق النراقي قدس سره، انظر المستند ٢: ٣٦١، (٢) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: والمقارئين لنا. (٣) راجع الحدائق ١٨: ٣٥٠، (٤) قد تقدم أن الاستدلال بالوجهين ليس من العلامة، راجع ص: ١٠٩، الهامش ١، (٥) قال في التحرير (١: ١٦٤): والأقوى عندي أن المعاطاة غير لازم... ولا يحرم على كل واحد منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد. (٦) المقنعة: ٥٩١، (٧) مجمع الفائدة ٨: ١٤٠ - ١٤١.

[١١٣]

وذهب إلى الثاني المشهور، بل لا يكاد يعرف مخالف في ذلك سواهما، بل الظاهر - كما حكاه بعضهم - (١) عدم مخالفة المفيد أيضا، وهو الأرجح في النقل، لعدم معرفة هذا النقل عن المفيد في كلام القدماء، ولو كان لبان. وبالجملة: فالمخالف الصريح إنما هو المقدس الأردبيلي، والذي يمكن أن يكون دليلا على ما ذهب إليه من كفاية التقابض مع التراضي في اللزوم امور: أحدها: أن المعاطاة داخل تحت البيع والصلح والأجارة وغيرها من العقود بحيث يصدق عليه الاسم، ومتى ما دخل تحت الأسامي فما دل على لزوم هذه العقود يدل على لزومها من قبيل: (البيعان بالخيار) (٢) وغيره. وثانيها: أنه يشملها عموم أوفوا بالعقود (٣) الدال على اللزوم، إما بكونه داخلا في اسم البيع ونحوه فتندرج تحت العقود، وإما لأن العقد عبارة عن العهد أو (٤) الربط ولا ريب في كون المعاطاة داخلة فيها، فإذا كان كذلك فأخراجها يحتاج إلى دليل. وثالثها: الاستصحاب، فإنه بعد ما أفاد جواز التصرف والملك فيشك في أنه هل يرد العوضان بالفسخ أم لا؟ فالأصل بقاءه كما كان، وهو معنى اللزوم. وقد تقدم تحقيق دلالة الاستصحاب على اللزوم في أصالة اللزوم، فراجع (٥). ورابعها: جريان السيرة على أن بعد المعاطاة لا يرضون بالفسخ لو أراد أحد المتعاقدين الفسخ، وهو أمانة اللزوم، للكشف عن كونه في زمن الشرع كذلك، فكما أن السيرة أثبتت الشرعية تثبت اللزوم أيضا. وخامسها: تعلق قصد المتعاقدين والمتعاطيين على اللزوم والدوام، ولا ريب أن العقد يتبع القصد، ومقتضاه كون العقد لازما.

(١) الحاكي هو الفاضل الابي قدس سره في كشف الرموز ١: ٤٤٦، (٢) الوسائل ١٢: ٢٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، ١ و ٢ و ٣، (٣) المائدة: ١، (٤) في (ن): والربط. (٥) راجع العنوان: ٣٩ ص: ٣٧.

[١١٤]

وسادسها: أن هذه لو لم تغد اللزوم لزم من ذلك لزوم التكلف في اجراء الصيغ الخاصة في إفادة اللزوم، وهو مما فيه العسر الشديد والجرح الوكيد المنفيان بالاية والرواية (١) سيما على غير العربي [من الألسنة المتفرقة] (٢) وسابعها: أنه لو لم تكن هذه المعاطاة لازمة مع كثرة تداولها وانتشارها بين الناس لجاز لكل أحد أن يأخذ بالمعاطاة ويرد إلى صاحبه بعد ذلك، وهو موجب للهرج والمرج الذي ليس مبنى الشرع إلا لقطعه، فتدبر. وثامنها: أن المعاطاة لو لم تكن كافية في اللزوم للزم عدم خلو الأخبار عن تعليم صيغ العقود الملزمة، لأن مقصود الناس غالبا اللزوم، ومثل هذا الأمر مع عموم البلوى لا ينبغي أن يخفى، مع أنه لم ينقل في زمن الأئمة [عليهم السلام] كونهم يعلمون الناس كيفية اجراء الصيغ، ولم يرد في الروايات كذلك، وهو من أقوى الشواهد على أن المعاطاة كافية في اللزوم. وللقائلين بعدم اللزوم: أصالة عدمه، والأجماع المنقول المستفيض، وفي عبارات جماعة منهم: دعوى الأجماع المحصل (٣)

لعدم مخالفة المفيد حقيقة (٤) وعدم كون خلاف المقدس قادحا، ونهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الملامسة والمنايذة ورمي الحصة (٥) مع اشتغالها على المعاطاة، وليس إلا لنفي اللزوم. مضافا إلى أن المعاطاة لو أفادت اللزوم لنافت مشروعية العقود ولزمت اللغوية فيها (٦) وهذا في قوة التخطنة لجميع الأصحاب الذين ذكروا العقود ونصوا على عدم كفاية المعاطاة، وليس لهذا الكلام مورد سوى نفي اللزوم لو قلنا بأنه يفيد الملك، وهذا مما يقطع بفساده.

(١) راجع الجزء الأول، العنوان: ٩. (٢) لم يرد في (م). (٣) منهم ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٢٤، وقال الشهيد الثاني: (كاد أن يكون إجماعا) المسالك ٣: ١٤٧، ومثله المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٢٤٨. (٤) في (م) لعدم معلومية خلاف المفيد. (٥) الوسائل ١٣: ٣٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١٢. (٦) في (ن، ف): ولزوم اللغوية في ذلك.

[١١٥]

والحق أن يقال: إن دخول المعاطاة تحت أسامي العقود غير مقبول (١) عند المشهور، وإلا لأفادت الملك، ولا يقولون به، بل صريحهم عدم دخولها فيها، فالأدلة الدالة على لزوم البيع ونحوه لا تشملها. ولو سلم دخولها تحت الاسم أيضا فنقول: انصراف تلك الأدلة إلى العقد اللفظي يمنع من إفادتها لزوم المعاطاة، وبذلك يظهر الجواب عن عموم أوفوا بالعقود بالأولية، لانصرافها إلى العقد اللفظي جزما. ولو سلم دخولها تحتها أيضا فإجماع الأصحاب - محصلا ومنقولا - مع ما ذكرناه من المؤيد والشاهد يخصصها جزما، ولا أقل من إفادته الشك في شمول العمومات المانع عن التمسك بها. وأما الاستصحاب: فإن لم نقل بكونها مفيدة (٢) للملك - كما هو ظاهر المشهور - فلا وجه لاستصحاب الأباحة، لأن ميزانها إذن الملك، فإذا فسح فيرتفع الأذن والأباحة، ولو قيل بإفادتها (٣) الملك أيضا يصير الكلام فيه كالعمومات، فينقطع بمعارضة الأجماع. ونمنع كون السيرة على عدم جواز الفسخ، بل ندعي أن السيرة على جواز الفسخ، فإننا نرى أن أحد المتعاطيين ما لم يتصرف في العوض إذا أراد أن يرده ليس لأحد أن يقول: إن هذا قد لزم وليس لك أن تفسخ، وهذا مما يدل على أن مبنى هذه المعاملة ليس على اللزوم. لا يقال: لعل هذا من جهة المسامحة في الأمور الجزئية، ولو كان في الأمور الكلية لا يرضون بالفسخ (٤) والتراد. لأننا نقول: الظاهر من طريقتهم عدم كون ذلك لمحض المسامحة، إذ لو كان كذلك لم يرض بالتراد من لا مسامحة له، فإننا نرى أن بعض الناس له المدافعة في كل جزئي جزئي وليس ممن يدعو نفسه إلى الأقالة والأحسان في معاملاته ومع ذلك

(١) في (ن): غير معقول. (٢) في (ن، ف): بكونه مفيدا. (٣) في (ن، ف): إفادته. (٤) في (م): لما جوزوا الفسخ.

[١١٦]

في مقام المعاطاة لا يمتنع من التراد (١). ومن ذلك يعلم بطلان دعوى قصد المتعاقدين للزوم إن أريد بقصد الدوام قصد اللزوم، وإن أريد قصد دوام الملك فهو مما لا يستلزم اللزوم، إذ معنى العقود كلها - لازما أو جائزا - قصد التأييد والدوام، وهو غير مانع من الفسخ، كما

في البيع بخيار ونحوه. وأما لزوم العسر والجرح في إجراء الصيغ والتعبد بها وتعلمها. فنقول أولاً: إن ذلك يلزم لو لم نقل بأن المعاوضة مفيدة للأثر وجواز التصرف، وأما لو قلنا بذلك، غايته عدم إفادته للزوم فلا يلزم من ذلك (٢) عسر وجرح، لأن الناس لا يلتفتون غالباً إلى اللزوم، وإنما غرضهم جواز التصرف أو الملك، وهو حاصل بالمعاوضة على أحد الوجهين، فلا حاجة إلى الصيغة. مع أننا لو سلمنا الحاجة إلى الصيغة نقول: لا يلزم الجرح في ذلك، إذ لعلنا نقول بكفاية مطلق اللفظ ولا نعتبر الصيغ الخاصة، مع إمكان منع العسر والجرح لو اشترط الصيغ الخاصة أيضاً، فتدبر. ولا نسلم عدم ورود الأخبار في كيفية الصيغ، لورودها في النكاح والبيع والمزارعة وغير ذلك (٣) من العقود، كما لا يخفى على من تتبعها، بل الظاهر من تلك الأخبار: أن ذلك كان متعارفاً في زمن الأئمة عليهم السلام بحيث كانوا يسألون عن كيفية الصيغ (٤) في المعاملات. مضافاً إلى أننا نقول: لعل عدم ورود الأخبار في تعليم الصيغ إنما هو من جهة علم الناس في ذلك الزمان بها، لأن العقود ليست من الأمور المخترعة من الشارع، بل كان الناس يعرفونها ويعاملون معها، فلم تكن حاجة لبيان الصيغ والمبالغة في

(١) العبارة في (م) هكذا: مع أننا نرى من له مذاقة في كل جزئي وليس ممن يرغب إلى الأقالمة والأحسان في معاملاته لا يمتنع من التراد في مقام المعاوضة. (٢) العبارة في (م) هكذا: وأما لو قلنا بإفادتها لذلك وإن لم تكن على وجه اللزوم فلا يلزم منه. (٣) في (م): وغيرها. (٤) في (ف، م): الصيغة.

[١١٧]

توضيحها وضبطها، مع أن ذلك كله في مقابلة الأجماع القطعي من الأصحاب على أن المعاوضة لا تفيد (١) اللزوم غير مسموع. نعم، قد تنتهي إلى اللزوم بالأسباب التي نذكرها عن قريب إن شاء الله. المقام الخامس في أن المعاوضة هل تفيد الملك أم لا، بل الإباحة في التصرف؟ ظاهر كلام المشهور - حيث إنهم صرحوا بعد ذكر الصيغة بأنه لا تكفي المعاوضة، بل يباح التصرف بها - عدم كونها مملكة، بل تفيد (٢) إباحة صرفة. وذهب جماعة من المعاصرين - منهم الشيخ الأجل الأكبر الشيخ جعفر الغروي في شرح القواعد (٣) - إلى أنها تفيد الملك، والمسألة من المعضلات. وللقائلين بعدم إفادتها الملك وجوه: أحدها: أن الأصل عدم حصول النقل والانتقال إلا بما دل الدليل على سببته، وهو العقد اللفظي، وأما المعاوضة فلا دليل على كونها ناقلة. وثانيها: ظهور اتفاق الأصحاب على أنها لا تفيد سوى الإباحة، كما نطقت به كلماتهم، بحيث يعرفها كل من راجعها، وهو من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى النقل والبيان. وثالثها: أنه لو كانت المعاوضة مملكة لزم كونها ملزمة أيضاً، لأنها تدخل تحت عمومات العقود وأنواعها، فيلزم إذا وقع في موضع العقد اللازم والتالي باطل لما مر من الأجماع على أنها غير ملزمة، فكذا المقدم. ورابعها: أن ما ورد من الأخبار الدالة في العقود على اعتبار الألفاظ، بل الكيفيات الخاصة (٤) يدل على أنها ليست بمملكة، وإلا لزم كون الصيغ المذكورة

(١) في (ن، ف): على أنه لا يفيد. (٢) تفيد: لم ترد في (ن، ف). (٣) شرح القواعد (مخطوط الورقة: ٥٠. (٤) مثل قوله عليه السلام: (إنما يحل الكلام ويحرم الكلام) الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب =

لغوا لا حاجة إليها، وهو خلاف ظاهر الأدلة والفتاوى. واحتج بعض من ذهب إلى كونها مفيدة للملك من أساطين من تأخر (١) بوجه: الأول: أن المعاطاة داخلية تحت لفظ (البيع) و (الصلح) و (الأجارة) ونحوها من عقود التمليك، فينبغي كونها مملكة، للاتفاق على أن البيع مملك، ونحوه غيره، مضافا إلى دلالة الأدلة الواردة في خصوصيات العقود على كونها مملكة. ومنع دخول المعاطاة تحت هذه الأدلة مما لا يمكن ارتكابه، لأن المعاطاة من الأفراد الشائعة الظاهرة، بل يمكن دعوى انصراف الأدلة إليها، فكيف يمكن منع شمولها لها؟ وما يقال: من أن البيع يطلق على مطلق التقابض القابل لأن يكون بيعا أو صلحا أو هبة، مع أن هذا ليس من باب الحقيقة، بل قد يطلق مع معلومية كونه صلحا، فليكن المعاطاة كذلك، وهذا لا يدل على دخوله تحت البيع ونحوه حقيقة (٢) مدفوع: أولا: بأننا نمنع إطلاق البيع على ما هو المحتمل لهذه الأمور، بل لا يطلق البيع على التقابض إلا مع قصد البيعية، فإن من اطلع على أنهما (٣) قصدا الهبة أو الصلح

أحكام العقود، ح ٤، قوله عليه السلام: (لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والورق والدفنين، وقل: اشتري منك هذا لكذا وكذا) الوسائل ١٢: ١١٤، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢ و...، وعد منها أيضا ما ورد في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب، راجع الوسائل ١٢: ٢٧٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه. (١) لم نتحققه جزما، ولعل المراد به الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره، انظر شرح القواعد (مخطوط) الورقة: ٥٠. (٢) العبارة في (م) بعد قوله: (أو هبة) هكذا: بل على المعلوم كونه صلحا، ومن البين الواضح أن ذلك الإطلاق ليس على وجه الحقيقة، فليكن إطلاقه على المعاطاة كذلك. (٣) في (م): أن المتقابين.

لا يقول: إنه (١) باع والاخر اشترى قطعا. وما ترى أنه يطلق (٢) البيع على التقابض الصرف من دون اطلاع بأنهما قاصدان للبيع، وإنما هو مبني على كون الأصل في ناقل الأعيان أن يكون بيعا، وفي ناقل المنافع أن يكون إجارة (٣) نظرا إلى الغالب في الوقوع، بإطلاق البيع والأجارة على المشكوك إنما هو لهذه القاعدة، فلا وجه لأنكار دخول المعاطاة تحت أسامي العقود. الثاني: أن قصد المتعاملين إنما هو التمليك، والمعاملة تابعة للقصد، فمتى ما كان المقصود ذلك فينبغي وقوعه، وإلا لزم عدم جواز التصرف أيضا، لأن الأباحة إنما هي للتمليك، ولو لم يكن هناك ملك لا تتحقق إباحة، فكيف يقال بجواز التصرف دون حصول الملك؟ وبعبارة أخرى: أن طريقة الناس في المعاطاة قصد التمليك، وهم معتقدون بحصول الملك بذلك، والدليل الدال على أصل مشروعية المعاطاة - وهو السيرة - إنما يدل على مشروعيتها على النحو المتعارف بين الناس، وهو كونها مفيدة (٤) للملك، لبناء الناس عليه (٥) فيكشف عن تقرير المعصوم بذلك. لا يقال: إنها كانت تفيد إباحة التصرف وهو الأمر المهم المقصود منها فلا مانع حينئذ من عدم الردع عنها (٦). لأننا نقول: بعد اطلاع المعصوم على أنهم يعتقدون الملك وبينون على ذلك،

(١) في (م): إن أحدهما. (٢) في (م): وما يرى من إطلاق البيع. (٣) العبارة في (م) هكذا: فانما هو مبني على أصالة البيع في نقل الأعيان، والأجارة في نقل المنافع. (٤) العبارة في (ن)، (ف) هكذا: فالأدلة الدالة على أصل المعاطاة وهو السيرة إنما تدل على مشروعيتها على النحو المتعارف بين الناس، وهو كونه مفيدا للملك. (٥) لبناء الناس عليه: لم يرد في (م). (٦) العبارة في (ن)، (ف) هكذا: ولا يمكن أن يقال: إنه لما كان يفيد إباحة التصرف وهو الأمر المهم المقصود، فلا مانع من عدم الردع، لأننا نقول...

ولا ريب أن للملك أحكاما شرعية تترتب عليه، فلو لم تكن هذه المعاملة مفيدة للملك فلا بد من بيانه عليه السلام لهم ذلك. ولو اكتفى في عدم الردع بمجرد إفادة الأباحة لجرى نظير هذا الكلام في سائر العقود المملكة أيضا، لاحتمال أن يقال فيها أيضا: بأنها تفيد الأباحة لا الملك، والتمسك في ذلك بالأجماع وغيره بعيد. وبالجملة: فلا وجه لهذا الأيراد بعد ثبوت قصدهم (١) التملك. نعم، لو نوقش بأنهم غير قاصدين للتملك لكان لذلك وجه - كما مرت إليه الإشارة - فينبغي الرجوع في ذلك إلى عامة الناس حتى يعرف الحال، والظاهر أنهم يقصدون الملك، كما لا يخفى على من تتبع. الثالث: أن طريقة المسلمين قديما وحديثا إجراء أحكام الأملاك على المقبوض بالمعاطاة، إذ لا ريب في كونه ميراثا بعد موت القابض، وموجبا للخمس والزكاة وسائر الحقوق بعد اجتماع شرائطها، ويتعلق به الوصية، ويحصل به استطاعة الحج، ولا يلتزمون في ذلك بالفحص عن العوض المقابل بأنه هل هو باق حتى يبقى المال على إباحته أو هو تالف في يد الآخر حتى يحصل التملك بالتلف؟ - كما هو أحد الوجوه - مع أنه لا ريب أن مقتضى الاستصحاب بقاء العوض الآخر على ما هو عليه من دون تغيير (٢) وتلف، وكذلك نرى جريان طريقتهم على التصرف فيه بما لا يصح إلا في الملك - كالبيع والوقف والعق والوطئ والتحليل - فلو لم يكن مجرد التقاض مع التراضي مفيدا للملك فأى يوجبه بعد ذلك؟ (٣) وبعد استمرار الطريقة على ذلك، فاللازم على المشهور ارتكاب أحد أمور: أحدها: منع استقرار الطريقة على ذلك، وعدم تسليم إجراء أحكام الملك عليه، وهذا لا يسعهم بعد وضوح الأمر

(١) في (ن، ف) زيادة: إلى. (٢) في (ن): تغيير. (٣) في (م): فأى شئ يوجبه؟

وثانيها: القول بجواز هذه التصرفات بالتعبد الصرف، من دون ملاحظة تبعية المعاملة للقصد وعدم المنافاة في ثبوت الأباحة مع أنهم غير قاصدين لها، ولا مانع من جريان أحكام الملك من الحقوق والمعاضات وغير ذلك على المباحات، سواء كان هناك علم بعدم التصرف في العوض الآخر أو شك في حصول التصرف. ولا ريب أن حصول ما لم يقصد وقصد ما لا يقع غير واقع في المعاملات، وخروج المعاطاة عنها بعيد غاية (١) مفتقر إلى الدليل، وجريان حكم الملك على المباح مخالف للقاعدة، وجميع ما دل في الأبواب المذكورة على اعتبار الملكية ومثل ذلك (٢) لا يمكن الاقتحام عليه من دون مستند ظاهر. والقول: بأن احتمال التلف في العوض الآخر أو التصرف فيه كاف في ذلك لأنه موجب للملكية، مدفوع بأن الاحتمال غير كاف في الأثبات، مضافا إلى أن الاحتمال المذكور مدفوع باستصحاب عدم حصول التلف والتغيير (٣) فيبقى العوضان على الأباحة بدليل الاستصحاب المعتضد باستصحاب الأباحة وعدم حصول الملك. وثالثها: القول بأن العقود الناقلة - كالبيع والوقف الخاص ونحو ذلك - تستتبع حصول الملك لصاحب اليد ضمنا، ثم ينتقل منه إلى المنقول إليه، فيقع التصرف بعد حصول الملك، إما بمعنى مقارنتهما في الزمان مع تقدم الملك على التصرف بالذات كتقدم العلة على المعلول، أو بمعنى حصول الملك قبل التصرف بزمان يسير، وأيا ما كان يكفي في حل الأشكال وعدم (٤) لزوم جريان حكم الملك في المباح، وقد وقع نظير ذلك في مقامات من أبواب الفقه تشير إلى

بعضها: منها: الوطئ في العدة الرجعية فإنه يتضمن الرجوع، بمعنى أنه يقع به الرجوع أولاً ثم يتحقق الوطئ، إذ لو لم يتقدم الرجوع كان في حكم الأجنبية

(١) كذا، والصواب: غايته. (٢) في (م): ونحوها. (٣) في (ن): التغيير. (٤) في (ف، م): في عدم.

[١٢٢]

فلا يجوز وطؤها. ومنها: كون العتق مستتبعا للملك في قوله (١): (أعتق عبدك عني) فإن العتق لا يكون إلا في الملك، فبقول المالك: (أنت حر) ينتقل العبد إلى الأمر بالعتق فيكون ملكا له، ثم يعتق عنه. وحاصل هذا الكلام: جعل مثل ذلك قاعدة كلية تشمل المقامات كلها، فلا مانع من كون هذه التصرفات في المعاطاة متضمنة لحصول الملك، ثم بعد ذلك يقع الأثر في الملك، ولا يلزم من ذلك محذور. وهو مدفوع بوجه: (٢) منها: أن هذا الملك الضمني لو قلنا به فإنما هو شئ ثابت بالدليل في بعض المقامات فيقتصر عليه، ويحتاج في التسري إلى غيره إلى دليل، وهو غير متحقق، فالأصول حينئذ سليمة عن المعارض. ومنها: أن ذلك مستلزم لكون التصرف مملكا للعوذين والتصرف من جانب مملكا للعرض الآخر، وهذا غير معهود، مع أنه إن اقتصرنا على إفادته الملكية فيما يكون المقصود منه التملك لزم من ذلك المخالفة للسيرة وكلام الأصحاب، إذ لم يعتبر أحد في ذلك قصد التملك. وإن قلنا بأنه مفيد للملك مطلقا حتى لو لم ينبو به التملك بل نوى عدمه فلا ريب أن الدخول في الملك قهرا غير معهود في الأحكام والحدود إلا في بعض المقامات التي ليس هذا منها. فإن قلت: إنا لو لم نقل بأنه مفيد للملك فلا إشكال في أنه مفيد للزوم كما يأتي بيانه، فعلى القول بأن المعاطاة بنفسها تفيد الملك يلزم الأشكال في إفادة التصرف للزوم، كما ذكرته في إفادة الملك من اختصاصه بقصد للزوم وأعميته منه (٣). قلت: يظهر من كلام الأصحاب في غير هذا الباب أن التصرف ملزم مطلقا

(١) في (ن): قولك. (٢) في (ن، ف): من وجه. (٣) في (ن، ف): عنه.

[١٢٣]

- كما ذكره (١) في الخيارات وغيرها - ولا مانع منه. وقياس إفادة الملك على إفادة اللزوم - مع أنه قياس - مردود لا وجه له، لوجود الفارق، فإن الملك القهري غير معهود، بخلاف اللزوم، فإنه مفتى به في مقامات كثيرة. ومنها: استلزامه لكون تلف العوضين معينا للعوض المسمى من الطرفين ومن أحدهما معينا للجانب الآخر، مع أن مقتضى قاعدة الأتلاف الحكم بالضمان بالمثل والقيمة لا لما وقع عليه التراضي. فإن قلت: إنهما بعد ما تراضيا على جعل العوضين ما هو المسمى من الجانبين فلا وجه للمثل والقيمة، لأنهما إن زادا على قيمة المسمى فقد أسقطه صاحبه بإقدامه على العوض المقابل، وإن نقصا عنه فقد أدم المتلف على دفع ما هو أزيد، فلا يجوز له المراجعة على الزائد. قلت: لا نسلم كون مجرد التراضي على ذلك كافيا في تغيير حكم القاعدة، فإن من قال لأحد، (أتلف هذا المال الذي قيمته عشرون وعليك عشرة) فأتلفه المخاطب يلزمه العشرون بحكم الضمان، لأن المالك لم يأذن على الأتلاف مجانا، بل بعوض، ومتى ما تحقق الضمان فالقاعدة تقضي بأداء تمام

القيمة، ولا عبرة بقول المالك: (وعليك عشرة) حتى يجعل ذلك مسقطا للعشرة. لا يقال: إنه كما (٢) لو أذن بالأتلاف مجانا أسقط جميع العوض، فكذا في قوله: (وعليك عشرة) أسقط نصف العوض، لأنه في الحقيقة إسقاط لما لم يجب، فإن قوله: (إذا أتلفت هذا بصير عليك عشرون وأنا أسقطت منه عشرة) لا ينفذ في شيء، إذ الأسقاط فرع اشتغال الذمة، وليس هذا إلا كقول الزوجة: (أسقطت نفقتي شهرا) فإنه لا يسقط بذلك. فإن قلت: لم لا يكون قوله: (أتلف المال عليك عشرة) بمنزلة قوله: أتلف النصف مجانا والنصف مع العوض.

(١) في (م): ذكرناه. (٢) في (ن، ف): ويقال كما أنه.

[١٢٤]

قلت: ظاهر قوله: (أتلفه عليك عشرة) كون العشرة عوض الجميع وعدم رضاه بالمجانية، غايته أنه رضي بالعوض الأقل ورضاه بذلك قبل حصول الضمان غير كاف، مع أنه لا معاملة هنا توجب الانتقال إلى الملك بالعوض المسمى - كما هو المفروض - فيبقى تحت قاعدة الضمان الحاكمة بتمام المثل أو القيمة. مضافا إلى أن هذا في صورة فرض الزيادة لا يكاد يتم، إذ لو قال: (أتلفه عليك عشرون) مع أن قيمته عشرة فكيف يضمن العشرين؟ ومجرد قوله كذلك ورضا المتلف بذلك لا يجعل ذمته مشغولة به، بل يضمن ما تقتضيه قاعدة الأتلاف من المثل والقيمة (١). وبالجمل: مع كون الملك باقيا على ملك مالكة لا يكون الأتلاف إلا موجبا للمثل والقيمة دون ما سمي في مقام المعاطاة والأباحة. فإن قلت: فكيف صح ذلك قبل التلف؟ إذ كل من المتعاطيين يكتفي بما أخذه من العوض، فلم لا يكون بعد التلف كذلك؟ قلت: الفرق بينهما واضح، إذ العين ما لم تتلف فهي مباحة للقباض بإزاء عوض يتصرف فيه، فإذا صار كذلك فلا مانع منه، وأما بعد التلف فالمرجع إلى القواعد، وهي تقتضي اعتبار المثل والقيمة. مضافا إلى أن ذلك لو صح يختص بصورة الأقدام على الأتلاف، وأما لو وقع التلف بأفة سماوية فلا داعي في ذلك إلى الالتزام بالعوض المقابل، إذ لم يقدم على إتلافه بذلك العوض حتى يلتزم به، فتدبر. الرابع: (٢) أن مقتضى مقالة المشهور حصول الملك بالتلف، مع أن التالف حال تلفه لا استقرار له حتى يتحقق الملك، وبعد حصول التلف غير موجود حتى يملك، والقول بأنه يحصل الملك قبل التلف ثم يتلف تقديم للمسبب على السبب وترجيح من دون مرجح. ولا ريب أن حصول الملك مع التعاطي - الذي هو معاملة على

(١) في (ن، ف): بل يضمن ما هو قاعدة المتلف مثلا أو قيمة. (٢) أي: الوجه الرابع من وجوه الاستدلال على كون المعاطاة مفيدة للملك.

[١٢٥]

العوضين ومقصود به الملك - أولى من كونه حاصلًا بالتلف وأقرب، غايته أن جواز الفسخ والتراد إنما هو مع بقاء العينين، فمتى ما تحقق التلف من الجانبين أو من أحدهما يرتفع الجواز وينتهي إلى اللزوم، لكن الملك لا يتحقق إلا بناقل، والتلف ليس منه. الخامس: أن الأباحة لو تحققت في الأصل لا يستلزم تحققها في النماء، مع جريان سيرة الناس على إجراء حكم الأصل على النماء. واحتمال أن يقال: إن النماء يكون ملكا مع كون الأصل غير مملوك لصاحب اليد -

مع أن ذلك (١) خلاف ظاهر المشهور - مخالف للقواعد، ولا دليل عليه، كاحتمال كون حصول النماء مملكا لنفسه وللأصل، فإن هذا من الغرابة بمكان! إذا عرفت هذا فاعلم: أن أصالة عدم النقل والانتقال يمكن دفعها بما ذكرناه من الأدلة. وأما الاتفاق على الأباحة فمع منعه - لمصير المفيد (٢) والأردبيلي (٣) وطائفة من المتأخرين (٤) على إفادته الملك - ثم تسليمه، يمكن إرادتهم من الأباحة الملك الغير اللازم، نظير ما أطلقوه في إباحة المناكح والمساکن للشبيعة في باب الخمس، وحكي هذا الحمل والأرادة (٥) عن المحقق الثاني (٦). وحينئذ فلا إشكال في المقام. ويؤيد هذا الحمل: أنهم بعد ما يذكرون عدم كفاية المعاطاة وإفادتها إباحة التصرف أنها تلزم بحصول التصرف أو بالتلف، وهذا مما يدل على أنهم يريدون

(١) في (م): مع أنه. (٢) المقنعة: ٥٩١. (٣) مجمع الفائدة ٨: ١٤٠ - ١٤١. (٤) منهم المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣: ٤٨، والمحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٥٠، ونفى عنه البعد بل اختاره المحقق السبزواري في الكفاية: ٨٨، ولا يخفى أن المفيد والأردبيلي وهؤلاء الأعلام الذين أشار إليهم المؤلف قدس سره هم القائلون بإفادة المعاطاة الملك اللازم، وإلا فالمحقق الثاني ذهب إلى إفادتها الملك المتزول ونسبه إلى كل من قال بالأباحة، كما تأتي الإشارة إليه. (٦) والأرادة: لم ترد في (م). (٦) جامع المقاصد: ٤: ٥٨.

[١٣٦]

بالأباحة مقابل اللزوم الذي هو وظيفة العقد - كالبيع ونحوه - لا ما يقابل الملك، ولو كان مرادهم من الأباحة مقابل الملك للزم أن يقولوا: (ويملك بكذا أو بكذا) مع أنهم لم يتعرضوا لحصول الملك بالمرة، مع أن المعاطاة هي الغالب بين الناس. ولا ريب أن الأحكام المترتبة على الملك مما لا يعد ولا يحصى، فكيف يغفلون عن هذا الأمر العام ويبينون مسألة اللزوم؟ واحتمال كون بنائهم على أن المقبوض بالمعاطاة لا يملك في حال إلى أن يتلف وينعدم، مخالف للضرورة ولقولهم: (يلزم بكذا) لاستلزامه عدم ترتب حكم الملك عليه في حال من الأحوال، وهذا مما يخرب (١) نظام العالم، فتبصر. وأما كون الملك مستلزما للزوم، فنقول: قام الأجماع على أنها لا تفيد (٢) اللزوم، ومخالفة الأردبيلي فقط (٣) غير قاذحة، ولولاه لقلنا باللزوم أيضا، ولا يلزم من ذلك لغوية العقود، إذ اعتبارها يصير لأفادة اللزوم، كما أن عادة الناس أيضا على ذلك، لأنهم كلما أرادوا انضباط الأمر بنوا على إجراء العقد. فالقول بإفادتها الملك مما لا مهرب عنه، حذرا عن لزوم المكابرة مع العيان، أو ارتكاب تكلفات خالية عن البيان. هذا هو مقتضى الأنصاف صحيح النظر (٤)، وإن كان يمكن المناقشة في أدلة القول بالملكية أيضا بما لا يخفى على الفطن المتدرب، أعرضنا عن ذكرها وذكر أجوبتها مخافة التطويل، والغرض التنبيه على جهات الكلام للعارف الفقيه. المقام السادس في بيان ماهية المعاطاة التي اعتبرناها لا ريب أن المعاطاة لا تتحقق إلا مع قبض، فلو لم يكن هناك قبض أصلا

(١) في (م): يفسد. (٢) في (ن، ف): أنه لا يفيد. (٣) قد تقدمت أنفا نسبة القول باللزوم إلى المفيد وطائفة من المتأخرين أيضا. (٤) في (م): النظر الصحيح.

[١٣٧]

- كما لو تراضيا بمعاوضة ما في يد أحدهما بما في يد الآخر من دون قبض - فلا يتحقق اسم المعاوضة ولا حكمها، ولا تشملها الأدلة، بل السيرة هنا على عدم اعتبارها. وإنما البحث في أنه يعتبر القبض الابتدائي ولا تكفي الاستدامة، أم تكفي الاستدامة كالاتدائي؟ فلو كان مال زيد أمانة في يد عمرو ومال عمرو أمانة في يد زيد فتراضيا على المعاوضة فهل يجري مجرى المعاوضة أم لا؟ مقتضى الأصل وظاهر لفظ (المعاوضة) عدم ترتب الأثر على ذلك والأدلة السابقة من سيرة وغيرها لا تشمل هذا الفرض، بل يمكن دعوى السيرة هنا على عدم الكفاية، ومجرد قيام استدامة القبض مقام الفعلية في سائر ما يشترط فيه القبض - كالصرف والسلف والرهن والوقف وغير ذلك على القول به كما هو الأقوى، لا يوجب قيامه مقامه هنا، لأن المدار هنا: إما على صدق اسم المعاوضة للاجماع على اعتباره وكونه معقد الاجماع، وهو غير صادق عليه على الظاهر أو يشك في صدقه عليه، وإما على شمول الأدلة وهي غير شاملة للفرض. فعلى هذا فلا يكتفى باستدامة القبض، ولا بالقبض في الذمة من الجانبين وإن قلنا بجواز بيع الدين بالدين أو قلنا: إن المعاوضة معاوضة مستقلة لا بأس فيها بكون العوضين دينين، لكنه لا يصح من جهة عدم صدق المعاوضة وإن قلنا بأن الذمة قبض بل أقوى منه، لما عرفت من الوجه آنفا. ولا يكتفى أيضا بمجرد التولية فيما لا ينقل، فإن ذلك لا يحقق اسم المعاوضة وإن كانت كافية في قبض البيع بالنسبة إلى أحكامه ولوازمه. وهل يشترط [حصول] (١) القبض الفعلي من الجانبين، أم يكفي حصوله من أحدهما مطلقا، أم يكفي حصول القبض من جانب المعوض دون العوض فيعتبر

(١) لم يرد في (ن).

[١٢٨]

في البيع قبض المبيع وفي الأجرة قبض العين المستأجرة ونحو ذلك؟ وجوه ثلاثة: مقتضى الأصل وظاهر لفظ (المعاوضة) اعتبار الجانبين، ويؤيده تفسير الاصحاح لها بأنها: اعطاء كل من المتعاملين ما في يده عوضا عما في الآخر. وحيث إن العمدة في إثبات شرعية هذه المعاملة هو السيرة، ولا ريب في جريانها في صورة قبض المعوض فقط أيضا، إذ حصول النسيئة في المعاوضة أيضا مما لا يخفى انتشاره بين الناس، فلا مناص عن القول بأنه أيضا كقبض الجانبين، إذ لا يمكن الحكم بفساد ذلك كله وعدم ترتب الأحكام عليه، فتدبر. نعم، يبقى الأشكال في صورة قبض العوض خاصة، والظاهر عدم كونه من باب المعاوضة، والعادة غير جارية بصدق اسم المعاملة عليه، بل الظاهر حينئذ بقاء العوض في يد البائع - مثلا - أمانة أو قرضا حتى تقع المعاملة بعد ذلك، ولا يضر ما ذكرناه سابقا من عدم كفاية القبض المستدام، لأن إسقاط ذلك إنما هو لو فرض في الجانبين، أما في جانب العوض فلا مانع منه، ويكفي حصول قبض المعوض مطلقا، مع احتمال القول بأن قبض العوض أيضا مع قصد المعاوضة كاف في المعاوضة، ويكون ذلك نظير السلف، لكنه خلاف الغالب والمعتاد بلا ريب. المقام السابع في أن المعاوضة هل هي ملحقة في كل باب بالعقد الذي هو أصل لها؟ فيكون في مقام البيع بيعا وفي مقام الأجرة إجارة وفي مقام الصلح صلحا وفي مقام الهبة هبة ونحو ذلك، أو هي معاملة مستقلة؟ مقتضى حصر الأصحاب أبواب المعاملات في الأمور المخصوصة وعدم ذكرهم للمعاوضة عنوانا آخر دخولها فيها، كما أن صدق لفظ (البيع) و (الأجرة) ونحو ذلك من ألفاظ المعاملات أيضا يقتضي كون المعاوضة داخلة فيها. وما يقال: إن الفقهاء فسروا البيع ونحوه وصرحوا بأن المعاوضة ليست منه،

فكيف يمكن إدخالها تحت هذه الأسماء؟ مدفوع: أولاً: بأن الغرض إدخالها تحتها بالصدق العرفي لأجراء الأحكام المتعلقة بهذه الأسماء عليها، ولا ريب أن المتبادر من هذه الأسماء أعم من العقد القولي والفعلي، بل المتبادر منها النقل والانتقال، وهو موجود (١) هنا. وثانياً نقول: لا ريب في عدم صحة [سلب] (٢) هذه الأسماء عن المعاطاة. وثالثاً نقول: إن تفسير الأصحاب إنما هو لعقود هذه المعاملات دون أنفسها، فما ذكره معنى عقد البيع دون البيع نفسه، مضافاً إلى أن هذه الاستفادة من كلامهم بناء على قولهم بأنها تفيد الأباحة، وأما على ما ذكرناه من التملك ونزلنا كلامهم عليه يصير غرضهم من عدم كونها منها عدم إفادتها للزوم، لا خروجها عن الاسم، مضافاً إلى بعد كون هذه معاملة مستقلة جداً، مع أن أهل العرف البانين على المعاملة بالمعاطاة يعدونها من العقود المبوبة، ولا يجعلونها خارجة عنها. ومجرد تخلف بعض الأحكام - كعدم اعتبار ضبط الأجل في النسيئة منها (٣) وعدم المداقة في معلومية العوضين، وعدم ملاحظة بلوغ المتعاقدين، وعدم الالتزام بالتقاضي في الصرف منها ونظير ذلك مما يختلف به أحكامها مع العقد الفظي - لا يجعلها معاوضة (٤) مستقلة، كما قيل (٥). وحيث قلنا باندرجها (٦) تحت اسمي العقود، فالظاهر جريان جميع الأحكام المذكورة في أبواب العقود من الشرائط في المتعاقدين أو العوضين، وغير ذلك من أحكام الخيارات والضمان والشروط ونحو ذلك من التوابع وغيرها آتية في المعاطاة. واحتمال تقسيم البيع ونحوه إلى القولي والفعلي وصرف الأدلة والشروط

(١) في (م): هما موجودان. (٢) أثبتناه علماً بالسقوط. (٣) في (ن، ف): فيه. (٤) في (ن) معاملة. (٥) قاله الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره انظر شرح القواعد (مخطوط) الورقة: ٥١. (٦) في (ن، ف): باندرجها، ثم لا يخفى أن غالب الضمان الرجعة إلى (المعاطاة) في هذا العنوان قد وردت في غير (م) بلفظ المذكور، والمناسب ما أثبتناه من (م).

والأحكام كلها إلى اللفظي والرجوع في الفعلي مطلقاً إلى الأصل والقاعدة، خلاف الظاهر إذ لو لم يكن الفعلي هو الفرد الشائع فلا أقل من التساوي، فلا وجه لصرف الأدلة إلى اللفظي. نعم، لو كان هناك حكم ثبت بإجماع الأصحاب ولم يكن هناك دليل لفظي يمكن التشكيك في إجرائه في المعاطاة بأن الأصحاب حيث لم يدخلوا المعاطاة تحت العقود، والبيع والصلح ونحوهما في كلامهم ينصرف إلى العقد اللفظي، فإجماعهم على حكم في البيع لا يدل على كون المعاطاة كذلك، وأما سائر المقامات فالأحكام التي علقوها على لفظ (من باع) أو (من اشتري) أو نحو ذلك كلها آتية في المعاطاة. وهذا كلام موجه لو لم نقل بأن بناء الأصحاب إخراج المعاطاة عن اللزوم، وأما لو قلنا به - كما هو الظاهر - فلا يفترق الحال بين الحكم الثابت بالنص أو الأجماع، إلا مع تصريحهم اختصاصه بالعقد اللفظي، وإلا فمقتضى القاعدة هو العموم. وينشعب من هذا الكلام فروع لا تكاد تنتهي إلى حد، لا يعجز الفقيه البصير عن تخريج الكلام فيها (١) والمشى فيها على هذه القاعدة إلا مع دليل مخرج. وحيث إن وضع الكتاب ليس إلا للإشارة إلى الضوابط أعرضنا عن الكلام فيها بحسب كل مقام (٢) ومن أرادها فليرجع فيها (٣) إلى ما كتبناه في الفروع. كما أن أسباب اللزوم في المعاطاة لها عرض عريض وشحن بها ما كتبناه في شرح النافع في هذا المقام. ولا ريب أن القاعدة في كل

تصرف أو تغيير شك في كونه ملزماً أم لا هو البقاء على الجواز حتى يثبت اللزوم، والله العالم.

(١) العبارة في (م) هكذا: لكن الفقيه البصير لا يعجز عن تخريجها. (٢) بحسب كل مقام: لم ترد في (م). (٣) فيها: لم ترد في (م).

[١٣١]

[العنوان الرابع والثلاثون] [إشارة الأخرس قائمة مقام اللفظ في جميع أبواب الفقه]

[١٣٢]

عنوان [٤٣] لا يقوم ما عدا المعاطاة من سائر الأفعال مقام العقد اللفظي في حال الاختيار بلا كلام، للأصل والأجماع، حتى الكتابة والأشارة أيضاً. نعم، يلزم من ذلك إباحة التصرف لو كان كاشفاً عن الرضا، وكذا في حال الاضطرار أيضاً مطلقاً بالأصل والأجماع، إلا في الإشارة للأخرس أو لمطلق العاجز عن التكلم - كما سيأتي - فإنه قائم (١) مقام الألفاظ. وبعبارة أخرى: إشارة الأخرس قائمة مقام اللفظ في جميع أبواب الفقه، كما في قراءته وتلاوته وذكره في صلاته (٢) وفي غيرها، وتلبينه وعقوده وإيقاعاته من إقرار أو طلاق أو غير ذلك. وبالجملة: كل مقام يعتبر فيه اللفظ يقوم في الأخرس الإشارة مقامه، والوجه في ذلك أمور: أحدها أن يقال: إن الأحكام غالباً تعلقت في الأسباب الشرعية لكل قوم بمقتضى لسانهم، بمعنى أن الألفاظ اعتبرت في بعض المقامات تبعاً - كما في الصلاة ونحوها - وفي بعض آخر للسببية أو الشرطية، ففي ما اعتبر [اللفظ] (٣)

(١) كذا في النسخ، والمناسب: فإنها قائمة. (٢) في (ف)، م: صلواته. (٣) لم يرد في (ن، ف).

[١٣٣]

تبعاً لا ريب في سقوطه عن الأخرس، لاستلزامه التكليف بما لا يطاق، فإما أن لا يلزم فيه شئ آخر، أو يجب الإشارة، وعلى التقديرين فالإشارة كافية، والغرض: إثبات كفايتها لا لزومها (١) ولزومها إنما هو بالنص (٢) أو بقاعدة الميسور، وتحقيقه في الفروع. وفيما اعتبر سبباً أو شرطاً نقول: قد اعتبر فيه الشارع لسان كل قوم بحسبه، ولا ريب أن طريقة نطق الأخرس إنما هي ذلك، وإن لم يكن من مقولة الأصوات. فنقول: لأفراد الأخرس أيضاً لسان خاص واصطلاح جديد. وثانيها: أن يقال: إن إطلاق (يقراً) و (يقر) أو (بيع) أو (لا عن) أو (ظاهر) أو (طلق) أو نحو ذلك من الألفاظ الموضوعية لهذه الأسباب يصدق على إشارة الأخرس أيضاً، إذ يصدق عرفاً بعد إشارته المفهومة للمراد أنه (طلق) - مثلاً - أو (قرأ) أو نحو ذلك [فمتى ما اندرج أدلة الوضع والتكليف فيكون] (٣). لا يقال: (٤) إن الظاهر من هذه الألفاظ إطلاقها على الألفاظ دون الإشارة. قلت: إن هذا الكلام أما في مثل التكليف - كقوله: (يقول كذا) أو (يقراً كذا) أو نحو ذلك - له وجه،

ولكن هنا أيضا نقول: لعل القول والقراءة والذكر ونحو ذلك (٥) أعم من النطق باللسان لمن كان قادرا عليه والأشارة لمن كان عاجزا عنه. وأما في الوضعيات فنمنع انصراف الأدلة إليه (٦)، بل نقول: يصدق الطلاق والبيع

(١) لا يخفى أن غالب الضمائر العائدة إلى (الأشارة) في هذا العنوان قد وردت بلفظ المذكر في غير نسخة (م)، والمناسب ما أثبتناه من (م)، (٢) يعني: الأخبار الواردة في قراءة الأخرس وطلاقه. (٣) ما بين المعقوفتين لم يرد في (م)، وفي هامش (ف) تعليقا على العبارة: (هكذا وجدت في نسخة الأصل) وفي هامش (م) أيضا: (هكذا وجدت في نسخة الأصل، والعبارة صحيحة لا غير عليها) لكن لم يتيسر لنا تعيين موضع التعليق فيها. (٤) في (م): فإن قيل. (٥) العبارة في (م) هكذا: قلت: إن سلمنا ذلك في مثل التكليف، كقوله: يقول كذا أو يقرأ كذا، أو نحو ذلك، ولم ندع أن القول والقراءة والذكر ونحوها أعم... (٦) أي: إلى اللفظ، والعبارة في (م) هكذا: لكن في الوضعيات نمنع انصراف الأدلة عنها.

[١٣٤]

ونحوهما على إشارة الأخرس، فتندرج تحت العمومات. وثالثها: إجماع الأصحاب - خلفا وسلفا - على كفاية الإشارة من (١) الأخرس في هذه المقامات، كما يظهر ذلك من تتبع كلماتهم. ورابعها: الأجماعات المحكية حد الاستفاضة بل التواتر في هذا المقام. وخامسها: أنه لو لم تكن إشارته كافية للزم من ذلك العسر الشديد والجرح الوكيد، وهما منفيان في الدين بالنص والأجماع. وسادسها: ورود النص بكفاية الإشارة للأخرس في بعض المقامات كقراءة الصلاة (٢) وغير ذلك (٣) ويلحق ما عداه به، لعدم القول بالفرق قطعا. فلا شبهة في الأخرس من هذه الجهة، وإنما البحث في أمور: الأول: أن الإشارة هل يعتبر فيها الدلالة على المراد قطعا، أو يكفي فيها الظن المستند إلى الغالب المعتاد كما في الألفاظ؟ قيد جماعة من الفقهاء في بعض الأبواب بالقطع، كما قيده (٤) الشهيد الثاني رحمه الله في الوصية قال: (وتكفي الإشارة الدالة على المراد قطعا) (٥)، وظاهر سياق كلامه كون (قطعا) قيدا للدلالة - فراجع - ولازم ذلك عدم كفاية ما هو الظاهر في المدعى بالغبية. وقيد آخرون بكون الإشارة منبئة عن القصد (٦). وظاهره أعم من كونه بطريق القطع أو الظن. والحق أن يقال: إن الإشارة كاللفظ يكتفى فيها بما هو الظاهر في المعنى

(١) في (ن، ف): في الأخرس. (٢) راجع الوسائل ٤: ٨٠١، الباب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة، والوسائل ١٥: ٢٩٩، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق. (٣) في (م): وغيرها. (٤) في (م): منهم الشهيد الثاني. (٥) الروضة البهية ٥: ١٨. والأولى الاستشهاد بكلام الشهيد الأول في الدروس ٢: ٢٩٥، حيث قال: (وصية الأخرس ومن عجز عن النطق بالأشارة المقطوع بها) وهذا كما ترى صريح في المطلوب، بخلاف كلام الشهيد الثاني، حيث إنه يحتمل فيه كون (قطعا) قيدا للكفاية. (٦) راجع النهاية للشيخ: ٦٣١، القواعد ١: ٢٩١، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٤.

[١٣٥]

بمعونة العادة عند أهل الخرس، ولا يعتبر فيها القطع بالمراد، لأن الأدلة السابقة كما تشمل مفيد القطع تشمل مفيد الظن، ولاستلزام اشتراط إفادتها العلم العسر والجرح، بل التعذر غالبا، كما لا يخفى على من تأمل. نعم، يختص هذا الكلام بمن هو من أهل الإشارة المعتادة كالأخرس أو نحوه مما طال العذر فيه، بحيث صار تكلمه بالأشارة كمقطوع اللسان، وأما من كان عروضا العذر فيه نادرا

- كاعتقال اللسان بالمرض ونحو ذلك بحيث لا يصير الشخص بذلك ممن عاداته الكلام بالأشارة - فالأفوى اعتبار حصول القطع من إشارته بالقرائن، ولا يكفي الظن، لأن الاعتياد على الإشارة يجعل الأشارات (١) بمنزلة الألفاظ الموضوعية فيصير الاستناد إليها كالاعتماد في الألفاظ على قانون الوضع، بخلاف غير المعتاد فإن إشارته ليس بأمور خاصة على المراد كالوضع، بل إنما هو بالأشارة العامة القابلة لكل شيء، والظن غير كاف في مثله ما لم يحصل القطع، فتدبر. الثاني: أنه هل يعتبر في إشارة الأخرس أن يكون على طبق إشارة الأخرسين، بمعنى أن يكون استعماله الإشارة على نحو ما هو عند سائر أفراد الأخرس كاللفظ بالنسبة إلى سائر المتكلمين من أهل ذلك اللسان، أم لا يعتبر ذلك؟ وعلى الثاني: هل يعتبر كون تلك الإشارة معتادة عند نفسه ولو كانت مغايرة لأشارة سائر الأخرسين في هذا المقام - كما لو اخترع الأخرس لنفسه إشارة لكل مطلب واعتاد ذلك وإن لم يكن على طبق إشارات (٢) سائر الأخرسين - أم لا يعتبر، بل يكفي مطلق إشارته المفهومة للمراد ظناً وإن لم تكن تلك الإشارة معتادة؟ الظاهر: أن كون إشارته معتادة للأفراد (٣) الأخرس مما لا دليل على اعتباره، وقياسه على الألفاظ لا وجه له، لأن مبنى الألفاظ إنما هو على التعلم والتعليم، بخلاف الأشارات فإنها إلهامية له من الله - سبحانه وتعالى - على حسب ما يخطر

(١) في (ن): الأشارة. (٢) في (ن): إشارة. (٣) في (ن): لأفراد.

[١٣٦]

بإله من الكيفيات، ولا يمكن تطابق أخرسين في ذلك، فضلاً عن الكل، مع أن أدلة الأشارة مطلقة تعم المعتاد لكل وغيره. وأما كونها معتادة عند نفسه فالظاهر اعتباره، بمعنى أنه لا يتوق بإفادة المراد (١) مع كون إشارته بذلك الوضع معتادة له حتى يقوم مقام اللفظ، وأما غير المعتاد فلا عبرة به إلا مع حصول القطع بالمراد، لكن في مقام لم يكن للخصوصية مدخلية، كما في الأقرار والوصية ونحو ذلك. الثالث: أن الأخرس لو أتى في مقام عقد أو إيقاع بإشارة غير معتادة له على ذلك وقصد بها المعنى، فقد ذكرنا أن بالنسبة إلى الغير لا عبرة بها، وأما بينه وبين الله فهل يجب عليه أن يلتزم بذلك (٢) لأطلاق ما دل على سببية الأشارة من النص والأجماع، أو لا يجب أن يلتزم به؟ (٣) لانصرافها إلى الأشارة المعتادة، ولأن الأشارات (٤) للأخرس كالألفاظ لصاحب النطق، فكما أنه لو تكلم الناطق بلفظ البيع وقصد الأجارة أو بلفظ الطلاق وقصد الطهار أو بلفظ مهمل وقصد أحد الأسباب لم يصح لمكان العبرة بخصوصية الألفاظ، فكذلك الأشارة قد اعتبرت خصوصيتها. ومن ذلك يعلم: أنه يجيء في الأشارة ما في بحث الألفاظ: من الحقيقة والمجاز والكناية، والمحرف والملحون والغلط، والصريح والظاهر، ونحو ذلك، فكل ما نتعرض له في الأسباب القولية من الأحكام والشرائط كلها آتية في الأشارة. وعليك بتطبيق هذا البحث على ما سيأتي، وتنزيل الأشارة منزلة اللفظ، فإن هذا هو الصابط في المقام، ولقلة الفائدة لا نطيل الكلام. الرابع: أنه هل يشترط في الأخرس لوك اللسان في جميع المقامات، أم لا؟

(١) كذا، والظاهر سقوط كلمة (إلا) من هنا. (٢ و ٣) في (م): بها. (٤) في (ن): الأشارة.

ظاهر النص الوارد في كتاب الصلاة في القراءة (١) اعتباره. ويدل عليه أيضا قاعدة الميسور، فإن اللازم على الأخرس تحريك اللسان والتكلم بالألفاظ الخاصة، فإذا سقط الثاني للتعذر فيبقى الأول بحاله، ولا يفترق الحال بين التكليف والوضعية في ذلك، ويجئ أيضا احتمال عدم القول بالفرق بين الصلاة وغيرها، مضافا إلى أن الأصل عدم تحقق الأثر إلا بسبب متيقن، والأشارة مع لوك اللسان متيقنة في التأثير دون ما عداها، فيبقى في حكم الأصل. ويمكن أن يقال: إن ظاهر الفتوى في العقود والأيقاعات كون إشارته كالقول، ولم يشترطوا لوك اللسان، وقاعدة الميسور إنما تأتي في المركبات الخارجية دون العقلية، وما نحن فيه من الثانية دون الأولى، وعدم القول بالفرق ممنوع، إذ ظاهر إطلاق الأئمة عدم اشتراطه في الأسباب وإن اشترطوه في الصلاة للنص. والذي يقوى في النظر: أن إشارة الأخرس نازلة منزلة الكلام، ولا عبرة بلوك اللسان أصلا، نعم، قام الدليل عليه في الصلاة، وهو ليس من أجزاء الإشارة ولا من مقوماتها، بل هو تكليف آخر. نعم، لو كان المعتاد في الإشارة لوك اللسان بحيث أن الأخرس إذا أراد تفهيم معنى يلوك لسانه بحيث أنه لولاه لا يعتمد أنه أراد هذا المعنى، فلا بد من تحققه بخلاف ما لو لم يكن له مدخلية. وربما تبنى المسألة على أن إشارة الأخرس هل هي إشارة إلى الألفاظ أو إلى نفس المعنى؟ فعلى الأول يعتبر لوك اللسان، إذ غاية ما قام الدليل عليه هو قيام الإشارة مقام دلالة الصوت وتقطيع الحروف، وأما قيامها مقام حركات اللسان فلا. وعلى الثاني لا يعتبر، لأن السبب إنما هو المعنى، وقد اعتبر اللفظ للكشف

(١) الوسائل ٤: ٨٠١ - ٨٠٢، الباب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة، ح ١.

عنه، والأشارة (١) في الأخرس كاشفة عن ذلك، فلا ربط لتحريك اللسان، لأنه مقدمة للفظ، وحيث لا لفظ فلا وجه للتحريك، وذلك نظير تحريك الرجلين في السفينة لمن نذر المشي في الطريق. مع أنه لو لزم ذلك للزم إظهار الصوت أيضا، لأنه أيضا لا بدل له وهو مقدور. ومن هنا يمكن أن يقال بالفرق بين العبادات والمعاملات، إذ العبرة في العبادات بنفس الألفاظ تعبدا، إذ لا ريب في عدم جواز إفادة ذلك المعنى بلفظ آخر. وبالجملية: لخصوصية الألفاظ فيها مدخلية وإن كان المعنى أيضا مطلوبا في الجملة، أو كاللفظ في بعض المقامات. وأما المعاملات فالعبرة فيها بالمعاني، ولذلك لا يصح مع عدم العلم بمعنى اللفظ أو مع عدم قصد الأنشاء ونحو ذلك، والألفاظ قد اعتبرت فيها للكشف. فاللازم على الأخرس لوك اللسان في العبادة مع الإشارة، لنلا يصير أجنبيا عن عالم اللفظ بالمرّة. وأما المعاملات: فيكفي فيها الإشارة الدالة على المدعى، لأن كشف الإشارة قائم مقام كشف اللفظ، ولا خصوصية للوك اللسان، وهذا الوجه عندي غير بعيد. الخامس: أنه يعتبر في الإشارة أن تكون (٢) بالأصبع، أو يكفي كونها بأي الأعضاء كانت (٣) من دون فرق، أو خصوص الأعضاء المعدة للإشارة؟ ظاهر النص في بحث الإشارة في القراءة وإنصرف المطلق إلى الغالب من كونها بالأصبع وأصالة عدم تحقق الأثر في غيره اعتبار الأصبع. وظاهر كلام بعض

(١) العبارة في (ن، ف) كما يلي: فعلى الأول يعتبر لوك اللسان، وعلى الثاني لا يعتبر، والوجه فيه: أنه لو كان إشارة إلى اللفظ، فنقول: غاية ما قام الدليل على قيام الإشارة مقام دلالة الصوت وتقطيع الحروف، وأما قيامه مقام حركات اللسان، فلا. ولو

كان المقصد المعنى، فنقول: إن المسبب إنما هو المعنى، وقد اعتبر اللفظ كاشفة عنه، ويكون الإشارة... (٢) في (ن، ف): أن تصير. (٣) في (ن، ف): كان.

[١٣٩]

الأصحاب (١) وعدم ظهور خصوصية في الأصبع عدم اشتراطه. والحق أن يقال: إن الأخرس الذي له عادة بالأشارة باليد أو بالأصبع أو بالأصابع أو باليدين أو بالحاجب أو بالعين أو بالشفقتين أو بالرأس أو بالرجل أو بالمركب من الاثنين أو الثلاثة أو الأربعة أو الخمسة أو الأزيد أو المجموع فالعبارة على معناه كيف كان، ودلالة النص على الأصبع (٢) إنما هو مبني على الغالب. وأما في الأخرس الذي لا عادة له - كالعرضي ونحو ذلك - فإن ألقناه بالأخرس فالظاهر فيه اعتبار الأصبع، لأنه الأصل في الإشارة والتميقن في الدلالة. ويحتمل اعتبار خصوص السبابة، وإن لم تكن فيغيرها مراعيًا للأقرب، وإن لم تكن فيالكف، ثم بالزند، ثم بالمرفق، ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: يلاحظ الأقرب إلى ما هو المعتاد في الإشارة. السادس: أنه هل يعتبر في الأخرس استحضار الألفاظ في باله على الترتيب أو المعاني أو كليهما، أو لا يعتبر شئ منهما؟ وتفصيل الكلام أن يقال: إن الأخرس إما أن يكون الأبيكم الأصم الذي لا يعرف الألفاظ ولا كيفيتها ولا ترتيبها ولا معانيها. وإما أن يكون ممن يعرف ترتيب المعاني ولا يعرف الألفاظ. وإما أن يكون ممن يعرف الألفاظ وترتيبها، كما لو كان قارئًا يسمع ويحفظ، لكن عرض له عارض فصار أخرس، ولكن لا يعرف معاني الألفاظ، لعدم اطلاعه بالعربية (٣) أو بمعنى خصوص الألفاظ المقصودة.

(١) مثل المحقق في الشرائع ١: ٨١، والعلامة في القواعد ١: ٢٧٣، والشهيد في الدروس ١: ١٧٣، وغيرهم ممن اكتفى في قراءة الأخرس بتحريك اللسان وعقد القلب بمعناها. (٢) الوسائل ٤: ٨٠١ - ٨٠٢، الباب ٥٩ من ابواب القراءة، ح ١. (٣) في (ن، د): على العربية.

[١٤٠]

وإما أن يكون ممن يعرف الأمرين. وعلى التقادير: إما أن يكون البحث بالنسبة إلى ما اعتبر فيه اللفظ دون المعنى، كما في الأذكار والقراءة الواجبة، فإن العمدة في صحة العبادة فيها اللفظ، ولا عبارة بالعلم بالمعنى وعدمه ولا استحضاره وعدمه. أو بالنسبة إلى ما اعتبر فيه المعنى دون اللفظ الخاص، كالأقرار والوصية ونظائرها (١). وأما بالنسبة إلى مقام اعتبر فيه الأمران - كالطلاق والعتق والنكاح ونحو ذلك (٢) مما يعتبر فيه خصوص الألفاظ وقصد المعاني معا - فنقول: لا ريب في سقوط ذلك كله عمن لا يعرف ترتيب الألفاظ ولا المعاني، بل يعرف المدعى إجمالًا كالأبيكم الأصم الأصلي، فالمعتبر فيه: الإشارة إلى النتيجة المجملة مع القصد إليها وإن لم يستحضر الألفاظ ولا معانيها الخاصة، لعدم إمكان ذلك في حقه. وأما من يعرف المعاني المترتبة دون ألفاظها (٣) فإن كان في مقام اعتبر فيه خصوص اللفظ - كالقراءة - فيحتمل فيه لزوم استحضار المعنى حتى يقوم مقام الألفاظ، ويحتمل عدم اللزوم، لقيام الإشارة مقام اللفظ وبعد عدم وجوب استحضار المعاني على صاحب اللسان ووجوبه على الأخرس، وهو المنجى. وأما في مقام اعتبر فيه المعاني والألفاظ، - كالطلاق ونحوه - فيحتمل فيه أيضًا عدم اللزوم، لأن المعاني المترتبة إنما اعتبرت من جهة خصوصية الألفاظ، وأما لو لم يعتبر هناك لفظ - لتعذره - فلا وجه لاعتبار استحضار معنى اللفظ ترتيبًا، بل يكفي الإشارة وقصد الغاية. ويحتمل اللزوم، لعدم سقوط

الميسور بالمعسور، ومنع الارتباط بينهما. وهذا هو الأقوى، فعلى هذا يقصد المعاني مرتبا في الذهن، ويشير إلى هذه المعاني المترتبة لتكون الإشارة كاللفظ، ولا يمكن إشارته إلى الالفاظ لرفض عدم معرفتها. وأما في مقام اعتبرت فيه المعاني ولا عبرة بخصوص لفظ، فالظاهر كفاية

(١) في غير (م): ونظائر ذلك. (٢) في (م): ونحوها. (٣) في (ن): دون الألفاظ.

[١٤١]

قصد ذلك المعنى إجمالاً وإن لم يكن كقصد معنى الألفاظ على الترتيب، إذ العمدة هو المدعى. وأما من يعرف الألفاظ دون المعاني، ففي مقام اعتبار الألفاظ - كالقراءة - يحتتمل لزوم استحضار الألفاظ ترتيباً في الذهن مع الإشارة. وهو الأصح الأقوى. ويحتمل الاكتفاء بالإشارة وإن لم يرتب في الذهن لو أمكن تصوير ذلك، إذ الظاهر أن الإشارة إلى اللفظ لا يعقل بدون تصويره، اللهم إلا أن يقال: يمكن القول بالإشارة إلى المعنى المعلوم إجمالاً، وهو بعيد. وفي مقام اعتبار المعنى لا عبرة بتصوره للألفاظ وإشارته، كما أنه لو تصور لفظ (لزبد علي ثلاثة دراهم) وأشار إليها ولم يعرف معناه، فلا شك في عدم الثمرة فيه، بل الميزان إشارته على أصل المعنى بحيث يفهم منه إرادة المدعى من الأقرار وإن لم تكن إشارته على طبق الألفاظ. وفي صورة اعتبار اللفظ والمعنى - كالطلاق - فاللازم عليه إحضار صيغة (أنت طالق) - مثلاً - بلفظها وإشارته إليها وإرادته معنى انقطاع علقه النكاح وإن لم يدرك خصوص معنى (أنت طالق) بالترتيب المعهود. وأما من يعرفهما معاً، ففي مقام اعتبار اللفظ خاصة - كالقراءة - يستحضره، ولا يجب استحضار المعنى وإن عرفه، وفي صورة الاعتبار بالمعنى فالمعتبر قصد ذلك المعنى والإشارة المفهومة له وإن لم يقصد المعنى على ترتيب يحصل بتكريب الألفاظ، وفي صورة اعتبارهما معاً - كما في النكاح والطلاق - يستحضر اللفظ بالترتيب ومعناه على طبقه، ويشير إشارة مفهومة إلى المجموع بالمعتاد إن كان، وإلا فبما هو الأقرب إلى الصراحة. هكذا ينبغي أن يحقق المقام. السابع: أن الظاهر أن العاجز عن النطق لمرض في العضو أو اعتقال لسان أو قطع - أو غير ذلك من العوارض المستمرة بما يعتد به بحيث يوجب سلب قدرة النطق - كالأخرس في هذه الأحكام، إذ العلة المستفادة من كلام الشارع هو،

[١٤٢]

العجز، وظاهر الأصحاب أيضاً ذلك. ويمكن دعوى عدم الفارق، وتنقيح المناط، والتمسك بلزوم العسر والحرج، وأصالة عدم وجوب التوكيل، ونحو ذلك. نعم، يبقى الأشكال في المكروه الممنوع عن التكلم خوفاً، ففي إلحاقه بالأخرس مطلقاً، أو عدمه كذلك، أو الفرق بين طول الزمان الموجب لتفويت الأغراض المقصودة له وبين قصره الموجب للزوال بسرعة بحيث لا يفوت من الغرض ما يعتد به، أو الفرق بين كون الأكره يحق أو يبطل - لو أمكن فرضه - وجوه. والأقوى: الألفاق (١).

(١) كذا في (ن، د)، لكن في (ف، م): والأقوى: عدم الألفاق.

[١٤٣]

[العنوان الخامس والثلاثون] [هل تعتبر العربية في صيغ العقود والايقاعات؟]

[١٤٤]

عنوان [٣٥] هل يعتبر في العقود والايقاعات العربية، أو يقع لأهل كل لسان بلسانه، أو يصح لأهل كل لسان بكل لسان، أو يصح (١) بالملق من اللغات أيضا؟ ظاهر الأكثر اشتراط العربية، وقد نص على ذلك المحقق الثاني والشهيد الثاني (٢) إلا فيما نصوا على صحته بكل لغة، كالأقرار والوصية ونحوهما. وقد يستفاد من جماعة من المتأخرين ومن مشايخنا المعاصرين الاكتفاء بكل لغة فيما عدا النكاح، بل جوزه في النكاح أيضا بعض من فارب عصرنا (٣) منهم: السيد الأجل الاستاذ (السيد محمد الطباطبائي) قدس سره (٤)، والظاهر: عدم الخلاف في جواز نحو الأقرار والوصية والوديعة والعارية والوكالة ونحو ذلك من العقود الجائزة بأي لغة كان، كما هو المصريح به في كلامهم، ويدل على ذلك سيرة الناس كافة، مضافا إلى صدق هذه الألفاظ أيضا (٥) بالنسبة إلى ما وقع بغير العربية (٦).

(١) في (ن) زيادة: لكل. (٢) جامع المقاصد ٤: ٥٩ - ٦٠، الروضة البهية ٢: ٢٢٥. (٣) في غير (م): بعض من قاربنا. (٤) لم يعنون المسألة في نكاح المناهل. (٥) في (ن)، (د): نسا. (٦) في (ن): القرينة.

[١٤٥]

وإنما البحث في العقود اللازمة وما شاكلها من الايقاعات، كالطلاق والعتق والظهار واللعان والأيلاء، ونظائر ذلك (١) وبالجملة: البحث في غير ما اجمع فيه على جوازه بكل لغة. احتج القائلون باشتراط العربية بوجوه: أحدها: الأصل، والمراد: عدم حصول النقل والاثار الاخر المترتبة على الأيقاع أو العقود الغير المملكة إلا بما دل الدليل على سببته، والذي دل الدليل عليه هو ما وقع بالعربية، وما عداه لا دليل عليه. وثانيها: أن أدلة العقود عموما وخصوصا إنما تنصرف إلى ما هو المعتاد الشائع في زمن الخطاب، ولا ريب أن المتعارف في ذلك إنما كانت (٢) الصيغ العربية، وهذا ليس إرجاعا لما عداها إلى الأصل، بل الغرض هو ظهور الانحصار، إذ لو كان غير العربي جائزا لبيان في الشرع. وثالثها: لزوم التأسى بصاحب الشرع، إذ لا ريب في كون معاملاته إنما هي باللغة العربية، خرج عن ذلك ما خرج بالدليل وبقي الباقي. ويمكن التمسك أيضا بوجه آخر، وهو: أن ألفاظ العقود إنما نقلت عن معنى الأخبار (٣) إلى معنى الأنشاء، فالذي استفيد من الشرع كون السبب هو اللفظ الموضوع لأنشاء المعاملة، ولا ريب أن في سائر اللغات لم يعهد كون معاني هذه الألفاظ - بمعنى ما يرادفها في المعنى - موضوعا للأنشاء، بل هو (٤) باق على معنى الأخبار، وكون ما هو موضوع للأخبار سببا في مقام ما هو موضوع للأنشاء أول الكلام. ويمكن التمسك أيضا بظاهر اتفاق الأصحاب، فإنهم لم يذكروا في شئ من العقود والايقاعات - غير ما خرج بتصريحاتهم - سوى الصيغة العربية، وسكوتهم

(١) في (م): نظائرها. (٢) في (م): إنما هي. (٣) في غير (م): الاختيارية. (٤) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: هي، والمناسب في العبارة: موضوعة للأنشاء، بل هي باقية.

[١٤٦]

في مقام البيان قاض بالحصر، ويلوح من ذلك إجماعهم على عدم الصحة بغيرها. مضافا إلى أن الشارع في باب العبادات كافة قد اعتبر الألفاظ العربية في القراءة والذكر والتلبية ونحو ذلك (١) من الأدعية، ولم يقل أحد بإجزاء ما يرادفها من الألسنة الأخر، مع أن الأجماع منقول على عدم جواز عقد النكاح بغير الصيغة العربية، ولا يكاد يظهر فرق بينه وبين غيره، بل الظاهر منهم أيضا عدم ترتب الأثر على اللعان والأبلاء والظهار والنذر والعهد واليمين إلا بما ذكره من الألفاظ العربية، وأي فرق بينها وبين غيرها؟ والقول بانعقاد اليمين ونحوها (٢) بغير العربية مما لم أعثر على مصرح به، وهذا في الحقيقة يقرب من الاستقراء المفيد للقطع بالحكم. والمناقشة في التأسّي من جهة كونه من الطبيعيات في هذا المقام، من كون لسان الشارع من لسان العرب (٣) غير مسموعة، إذ غاية ما في الباب وقوع الشك في كون هذا من الشارع لأجل كون لسانه كذلك، أو من جهة كون مقتضى الشرع ذلك. ولا ريب أن الظاهر في مثل هذا المقام الحمل على كونه من حيثية الشرع مراعاة لمنصب الشارع فيما يرتبط بالأحكام، ولو كان ذلك جائزا لصدر منه ما يدل على مشروعية غيره، كما ورد في المقامات الأخر. لا يقال: لعل عدول أهل كل لسان من لسانه إلى غيره غير جائز، فلعله لم يعدل عن العربية لأجل ذلك. لأننا نقول: الظاهر قيام الأجماع المركب على جواز ذلك، إذ كل من جوز بكل لغة لم يخصص الجواز لأهل كل لغة بلغته، بل جوز بكل لغة لكل أحد مع فهم المعنى. واحتج القائلون بالتعميم بأمور: أحدها: صدق الاطلاقات الدالة على المعاملات أو الايقاعات على الواقع

(١) في (م): ونحوها. (٢) في (ن، د): وغيره. (٣) العبارة في (م) هكذا: ضرورة أن لسان الشارع أحد ألسنة العرب.

[١٤٧]

بأي لغة كانت، والأصل عدم الشرطية. وفيه: أن هذه الاطلاقات تنصرف إلى ما هو الشائع المعتاد، وهو إما العقد بالعربية أو المعاطاة، وأما العقد باللغات الأخر فغير شائع، بل نادر جدا. بل يمكن دعوى القول بأن أهل الألسنة من المسلمين لم يلتفتوا إلى الان على وقوع الصيغة بلسانهم، إلا بعض قليل منهم اعتمادا على فتوى بعض المتأخرين بالصحة، بل طريقتهم المعاطاة أو إجراء الصيغة بالعربية إن أرادوا الاهتمام، وذلك واضح، فلا إطلاق حتى يتمسك بأصالة عدم التقييد. وثانيها: أن العقد بأي لسان اتفق فهو عقد، وكذلك الطلاق ونحو ذلك، فيشملة عموم ما دل على الوفاء بالعقود (١)، (والمؤمنون عند شروطهم) (٢). والجواب: بمنع شمول هذه العمومات إلا على ما هو المعروف المعهود بين الناس من الكيفية المقررة، بل يمكن الشك في كون الواقع باللغة العجمية ونحوها عقدا أم لا، إذ معناه: العهد المؤكد، والتأكيد إنما هو بما جرى عليه طريقة الشارع. وبالجملة: ندرة الوقوع والأطلاق كافية في ذلك، مضافا إلى عدم صلاحية مثل هذه العمومات الضعيفة الدلالة على المقام، لما أسلفناه من الوجوه القوية الدلالة. وثالثها: عموم قوله عليه السلام: (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (٣) فإنه دال على كون السبب المؤثر هو الكلام، وهو دال على الطبيعة، فاشتراط كونه عربيا خلاف

الظاهر. وفيه: أن الظاهر منه عدم كون ما عداه محللا ومحرمًا: من القصد المحض والتمني واللامسة ونظائرها، لا أن كل كلام محلل ومحرم. وبعبارة أخرى: يراد به: حصر السببية في (٤) الكلام دون غيره، وليس فيه

(١) المائدة: ١. (٢) عوالي اللالي ٣: ٢١٧، ح ٧٧. (٣) الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤. (٤) في غير (م): إلى.

[١٤٨]

إطلاق من جهة كفيات الكلام وشرائطه حتى يتمسك به، وذلك واضح. ورابعها: ما دل من الأدلة على أن (لكل قوم عقد) (١) ونحو ذلك، فإن الظاهر كونه لكل قوم بلسانهم. وفيه: أن ظاهره بيان مشروعيته لكل قوم، معني: أن لكل طائفة من الناس عقودا على حسب ما يحتاجونه في أمكنتهم، لا أن كل عقد عقده قوم بأي لسان كان فهو صحيح. مضافا إلى أنه ورد أيضا (لكل قوم نكاح) (٢) بل الظاهر عدم ثبوته إلا بهذه العبارة، وأما (لكل قوم عقد) فلم أفهم عليه، ولازمه: جواز النكاح أيضا بأي لسان كان، مع أن ظاهر أصحابنا - إلا من شذ منهم - عدم جوازه إلا بالعربية. وخامسها: جريان سيرة الناس على الاكتفاء بكل لسان. وفيه: منع واضح، لأن بناءهم: إما على المعاطاة، أو على الصيغة العربية. وسادسها: لزوم العسر والجرح في تعيين الأتيان بالصيغة العربية لكل أحد، مع انتشار الألسنة، وتناهي البلدان، ومشقة التعلم. وفيه: منع العسر بعد انفتاح باب المعاطاة، وليس غرض الناس غالبا إلا حصول الملك، وهو حاصل بالمعاطاة، أو غرضهم الأباحة بعوض الراجعة إلى الملك بالتصرف، وهو مع المعاطاة متحقق (٣) مضافا إلى منع حصول العسر بتعلم ألفاظ الصيغ، فإنها كلمات قليلة يقدر عليها كل أحد، مع أن القادر بتعلم أفعال الصلاة والأذكار والعبادات قادر على العقد والأيقاع بلا إشكال، مضافا إلى أن تعلم الصيغ في جنب تعلم الأحكام كالقطرة في جنب البحر، مضافا إلى أن جواز التوكيل يرفع العسر والجرح بالمرّة. وسابعها: أن العربية لو كانت شرطا لانتشر في الأخبار تعليم (٤) الصيغ العربية

(١) الظاهر عدم ورود ذلك في لسان دليل، وسيأتي من المؤلف قدس سره عدم وقوفه عليه. (٢) الوسائل ١١: ٦٠، الباب ٢٦ من أبواب جهاد العدو، ح ٢. و ١٤: ٥٨٨، الباب ٨٣ من أبواب نكاح العبيد والأماء، ح ٢. (٣) في (م): وهي مع المعاطاة متحققة. (٤) في (ن): تعلم.

[١٤٩]

[على الناس] (١) وذ شتهر بين المسلمين ذلك. وفيه: أن في زمن الشارع كان أغلب المتشرعين عالما بالعربية والصيغ فلا حاجة إلى التعليم، مضافا إلى أن هذا الانتشار في العبادات دون المعاملات لوجهين: أحدهما: وجود البدل في المعاملات دون العبادات، وهو المعاطاة. وثانيهما: جواز التوكيل في المعاملات دون العبادات، فصار سبب المبالغة في ذلك دون المقام من جهة ذلك، وهذا (٢) واضح لمن راجع طريقة الناس. ومن أطلق الجواز حتى في النكاح لاحظ هذه الأدلة، ومنع الأجماع المدعى على المنع فيه، وتسرى إلى ما هو اللازم الاحتياط من أمر الفروج، وجعل الباب مفتوحا لكل داخل (٣). وأدلة القول باشتراط العربية أيضا وإن أمكن (٤) المناقشة فيها:

بأن استفادة الحصر ممنوعة. والأصل مندفع بما ذكر من أدلة التعميم. والتأسي إنما هو فيما علم وجهه، مع أن الكلام إنما هو في الصحة والبطلان بغير العربي، لا في لزوم الأتيان بالعربي أو صحته، والترك لا يدل على عدم الجواز والصحة، بل دلالة إنما هو على عدم اللزوم بغير العربي. ومجرد عدم كون الألفاظ في غير العربي منقولة إلى الأنشاء غير قاذح، لمنع النقل في العربي أيضا، لتبادر الأخبار عنه مع الخلو عن القرينة، وكونه في مقام العقد قرينة على الأنشاء. ودعوى: صيرورتها حقائق في خصوص مقام العقد، بعيدة جدا. كما أن دعوى: كونها حقيقة في الأنشاء مطلقا ويفهم منها الأخبار في المقامات الاخر، أبعد، بل مقطوع العدم (٥). ولو سلم النقل فإنما هو في الألفاظ المشتقة من موارد (٦) العقود والأيقاعات،

(١) لم يرد في (م). (٢) في (ن، د): وهو. (٣) قوله: وجعل... الخ: لم يرد في (م). (٤) كذا، والمناسب للسياق: يمكن، بدل (وإن أمكن). (٥) في (م): مقطوعة العدم. (٦) في (ف): مواد، وفي (ن): أيضا شطب على الراء.

[١٥٠]

كلفظ (بعث) و (أنت طالق) ونحو ذلك، مع أن العقد العربي لا ينحصر في هذه الألفاظ، كما يأتي. ودعوى: كون كل ما هو موضوع للأنشاء صحيحا وكل ما ليس كذلك باطلا، مخالف للأجماع القطعي، ولو سلم ذلك أيضا فيصير هذا نزاعا في عدم وجود المرادف في الأئسنه الاخر، لا منعا لجوازه لو وجد اللفظ الموضوع للأنشاء. مضافا إلى أن هذا البحث يصير قولنا بعدم الجواز من باب أنه مجاز، لا من جهة أنه غير عربي، وكلامنا في حيثية العربية وعدمها، لا في الحقيقة والمجاز. والاستقراء المفيد للقطع ممنوع، والمفيد للظن أيضا مشكل، إذ العبادات لا تدخل لها في هذا المقام، لأنها تعبديات محضة، بخلاف المعاملات، فإن العبرة فيها بالمعاني والألفاظ كواشف، ومجرد مسألة الطلاق أو اللعان أو اليمين ونحو ذلك لو ثبت فيها الاقتصار على العربية في ترتب آثارها لا يستلزم كون سائر العقود كذلك، سيما مع المعارضة بوجود طائفة منها جائزة بكل لغة، كما أشرنا إليه. وإجماع الأصحاب بعد وجود المخالف ممنوع، بل نسب إلى الأكثر الأطلاق الدال على الجواز بالعربية وغيرها. وبالجملة: مقتضى الاقتصار على المتيقن من العربية عدم ترتب الأحكام من اللزوم وغيره على ما وقع بغير العربية، وإن كان القول بالجواز بكل لغة غير بعيد بعد التأمل، إلا في النكاح الدائم، بل المنقطع أيضا، لشبهة الأجماع والسيره والاحتياط في أمر الفروج. والظاهر أن بعد الجواز بكل لغة لا يختص لأهل لسان بلسانه، بل يجوز بكل لسان. وفي الملفق من اللغتين وجه بعدم الجواز، لعدم التعارف، لكن بعد القول بصدق العقدية والجواز بأي لغة كانت فالأقوى فيه أيضا الجواز.

[١٥١]

[العنوان السادس والثلاثون] [في ضبط ألفاظ العقود والأيقاعات]

[١٥٢]

عنوان [٣٦] اختلفت كلمة الأصحاب في ضبط ألفاظ العقود اختلافا فاحشا. فمنهم: من اقتصر على لفظ واحد، ومن اقتصر على لفظين،

ومن اقتصر على ألفاظ. ومنهم: من اعتبر خصوص ما يشتق من مواد أسامي العقود. ومنهم: من ذكر ما يفيد معناه أيضا. ومنهم: من اعتبر الحقائق. ومنهم: من تسرى إلى المجاز القريب. ومنهم: من اعتبر المجازات مطلقا. ومنهم: من اعتبر الصراحة كيف كان. ومنهم: من ذكر الافتقار إلى الأيجاب والقبول وإطلاق. ومنهم: من مثل بأمتلة. ومنهم: من ذكر الصيغة الخاصة أيضا. ومنهم: من ذكر الأيجاب والقبول، ثم قال: والصيغة الصريحة هذا. ولا يخفى كل ذلك على من راجع كلماتهم، أعرضنا عن النقل مخافة التطويل. ومجمل الكلام أن المحتملات هنا بحسب الوجوه الفقهية أمور: أحدها: الاقتصار على ما يشتق من مواد العقود خاصة، كبعت، وصالحت،

[١٥٣]

وأجرت، ووكلت، وأودعت، وأوصيت، وأنت طالق، ونحو ذلك غيرها. وثانيها: اعتبار كل ما يفيد هذا المعنى حقيقة، مثل (شريت) مع القرينة المعينة، بناء على اشتراكه بين البيع والشراء (١)، و (ملكك العين) أو (المنفعة) على أحد الوجهين، وبالجملة كل لفظ يفيد ذلك المعنى (٢) بالوضع. وثالثها: التسري إلى المجازات القريبة أيضا. ورابعها: اعتبار مطلق المجاز المفهم للمعنى. وخامسها: اعتبار الصراحة في الدلالة، سواء كان (٣) حقيقة أو مجازا مانوسا. وعبارة أخرى (٤): لفظ يكون فهم ذلك المعنى منه سريع الحصول: إما لأجل أصل وضعه، أو كثرة استعماله وتعارفه ولو مجازا، أو لقرب علاقته ومعناه. والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن الميزان هو صراحة اللفظ في إفادة المراد بجوهره أو بالقرائن، والوجه في ذلك أمور: الأول: ظهور إجماع الأصحاب على هذا المعنى بعد التأمل في كلماتهم على اختلافها، فإن الظاهر من اختلافهم بهذه المثابة أن خصوصية هذه الألفاظ ليس معيار الحكم، بل الميزان: عدم بقاء الاشتباه، ولذلك أن أغلبهم اقتصروا على الحقائق والمجازات القريبة المأنوسة، بل صرحوا في بعض المقامات بالتعميم بما شاكل ذلك. والظاهر أن اقتصار بعضهم على الصيغ المأخوذة من المواد أو (٥) المخصوصة الآخر في الذكر مثال، ويرشد إليه ذكرهم كاف التشبيه (٦) غالبا، مضافا إلى أن مثل العلامة والمحقق والشهيد ونظائرهم اختلفوا في كتبهم المشهورة في تعداد الصيغ، بل كل واحد منهم اختلف كلامه في كتبه. وحمل ذلك كله على تجدد الرأي والعدول وإرجاع اختلافاتهم إلى النفي والأثبات ودعوى الحصر بعيد غاية البعد.

(١) في غير (ن): الاشتراء. (٢) في غير (م): يفيد معانيها. (٣) في (م) زيادة: اللفظ. (٤) في (م) زيادة: كل. (٥) أو: لم ترد في (ن، د). (٦) في (م): ذكرهم لها بكاف التشبيه.

[١٥٤]

الثاني: تعليل جماعة منهم جواز بعض الألفاظ بأنه صريح في هذا المعنى، وعدم جواز بعض بعده عن إفادة المراد وعدم كونه مانوسا، وذكر جماعة منهم - بعد ذكر الأيجاب والقبول - وصيغتها الصريحة كذا مثلا، الدال على أن المعيار الصراحة. الثالث: ما هو المعلوم من طريقة الشرع: أن المعيار في المعاملات ليس على خصوص الألفاظ، بل المدار فيها على المراد، والألفاظ قد اعتبرت كواشف، فلا وجه للاقتصار على ما يشتق من أصل المواد، ولا على خصوص الحقيقة، مع شذوذ القول بالاقتصار بهما - كما سنذكر - فينبغي أن يكون المدار على تفهيم المعنى، لكن حيث إن بناء الشرع غالبا إنما هو

على قطع التشاجر والتنازع، والعقود ونحوها من الايقاعات لما كانت مثار الفتن، فالحكمة تقتضي أن يكون المعيار في السببية على اللفظ المتعارف الواضح الدلالة، لا على ما كان فهمه يحتاج إلى تخريج بعيد. وبعبارة أخرى: تتبع الشرع قاض بكون العلائم والأمارات في كل مقام مبنية على الامور الواضحة، دون الخفية على الأفهام. الرابع: أن الأدلة الخاصة - مثل: (أحل الله البيع) (١) و (الصلح جائز) (٢) ونحو ذلك (٣) - تشمل كل ما وقع بلفظ صريح، دون ما عداه. أما الثاني: فلأنها إطلاقات تنصرف إلى المعهود المتعارف، وهو ما وقع بالصريح قطعاً وأما الأول (٤) إذ ليس المراد من هذه الألفاظ خصوص لفظ (بعت) و (صالحت) مع اجتماعهما للشرائط، وإلا لم يمكن (٥) التمسك في مقام الشك في شرطية شئ بهذه الإطلاقات بل المراد (٦) منها ما يسمى بيعاً في العرف وصلحاً ومزارعة، ونحو

(١) البقرة: ٢٧٥. (٢) راجع الوسائل ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح. (٣) في (م): ونحوهما. (٤) في (م): وأما الأول: فلأنه بعد معلومية أن ليس... (٥) في (م): ضرورة صحة التمسك. (٦) في (م): بدل (بل المراد): بكون المقصود.

[١٥٥]

ذلك، ولا ريب في صدقها بما يقع بكل لفظ صريح. والخامس: أن عمومات العقود أيضاً إنما تنصرف إلى ما هو المتعارف بالنوع أو الشخص، ولا يراد به الجامع للشرائط حتى يوجب الأجمال المسقط للاستدلال، ولازم ذلك شمولها للعقود الصريحة مطلقاً، دون غيرها. لا يقال: إن المتبادر هو العقود المتعارفة في زمن الخطاب، والفرد المعلوم من ذلك ما هو المأخوذ من مواد الصيغ، وما عداها لم يعلم تعارفها في ذلك الوقت فكيف تتسرى (١) إلى كل متعارف صريح؟ لأننا نقول أولاً: الظاهر تشابه الزمانين، وكون لفظ متعارفاً في هذا الزمان في العقود دون ذلك الزمان بعيد. وثانياً نقول: إن المدار بمقتضى ما ذكرنا إنما هو على كونه متعارفاً، بمعنى: أنا فهمنا أن المتعبر في ألفاظ العقود الصراحة، وهي تتحقق في المتعارفة، فكل عقد متعارف صريح معتبر في زمان تعارفه، دون ما إذا هجر، والمهجور إذا تعارف في زمان صار صريحاً. وثالثاً: أن بعد ما عرفنا مصير الأصحاب إلى اعتبار الصريح يكشف (٢) ذلك عن دخوله تحت العمومات والأطلاقات، وما عداه نشك في دخوله (٣). ومن اقتصر على الحقائق تمسك بالأصل وعدم ثبوت ما عداه من الأدلة - وقد عرفت دفعه - و (٤) بالأجماع الذي نقلوه على [عدم] (٥) جواز العقد بالمجاز. ويندفع بمنعه أولاً، وياحتمال إرادة المجاز البعيد عنه ثانياً، وبمعارضته بالأجماع المحكي - بل المحصل - على جواز (ملكيت) في البيع مع أنه مجاز. فإن قلت: إن (ملكيت) حقيقة في البيع، لأنه مشترك معنوي اطلق على الفرد

(١) في (م): يتسرى. (٢) في غير (م) يصير. (٣) العبارة في (م) هكذا: وثالثاً: أن مصير الأصحاب إلى اعتبار الصريح - كما ذكرناه - يكشف عن دخول ذلك تحت العمومات والأطلاقات دون غيره. (٤) و: لم يرد في (د). (٥) لم يرد في غير (م).

[١٥٦]

مع الإرشاد إلى الخصوصية من الخارج، أو أن قيد الإطلاق يصرفه إلى البيع، أو مشترك لفظي بين مطلق التملك والبيع، أو منقول عن الأول إلى الثاني، أو أنه وضع بالوضع الحرفي لهما، فلا مجاز. قلت:

كونه حقيقة بالاشتراك لفظاً أو بالنقل أو بالوضع الحرفي واضح الفساد، مناف للامارات ونص أهل اللغة وأما كونه من باب إطلاق الكلّي على الفرد، فهو وإن كان يحتمل في بادئ النظر، إلا أنه فاسد بعد التأمل، إذ لا ريب أن المقصود منه في مقام العقد إنما هو إنشاء التمليك، ولا ريب أن التمليك الكلّي غير معتبر إلا في ضمن أحد الأنواع: من بيع أو صلح أو هبة أو نحو ذلك، فإنشاء التمليك الكلّي غير مشروع قطعاً، فلا بد من قصد إحدى الخصوصيات في الأنشاء، وهو مستلزم لأرادة البيع - مثلاً - من التمليك، وهو عين المجاز، فتدبر جيداً. واحتمال: أن أصالة البيعية تصرفه إلى البيع فلا يحتاج إلى قصد الخصوصية من اللفظ، واضح الفساد، إذ الأصل لا يوجب انصراف اللفظ وصراحته، وللأمر وقوع قصد الأنشاء على التمليك الخاص فلا مناص عن المجازية. واحتج بعض من ذهب من المتأخرين (١) إلى كفاية أي لفظ كان، من دون اعتبار خصوصية فيه مطلقاً: بأصالة عدم الشرطية، وعموم (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (٢) وبخلو الأخبار عن ذكر الصيغ المخصوصة بالعقود، ولو كان معتبراً فيه الخصوصية لاشتهر وتواتر، مع أنه لم يثبت بل انعكس الأمر، وبأن الأخبار الواردة في أبواب العقود منتشرة غاية الانتشار على اختلاف في الألفاظ

(١) لم نقف عليه بشخصه مع ما ذكره من الأدلة، نعم ذهب إلى كفاية مطلق اللفظ جماعة، منهم المحقق، على ما حكاه عنه تلميذه الفاضل الابي في كشف الرموز (٤٤٦: ١) واختاره أيضاً، ومنهم بعض مشايخ الشهيد الثاني المعاصر له، على ما حكاه عنه في المسالك (٣: ١٤٧). ومال إليه جملة من محققي متأخري المتأخرين، وبه جزم المحقق الأردبيلي، والمحقق الكاشاني والفاضل الخراساني، على ما حكاه عنهم المحدث البحراني في الحدائق (١٨: ٣٥٠) ثم قال: وهو الظاهر عندي من أخبار العترة الأطهار التي عليها المدار في الأيراد والأصدار. (٢) الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٣٧٦.

[١٥٧]

والكيفيات، وليس ذلك إلا من جهة كفاية كل ما يسمى لفظاً وعقداً. ولا ريب أن هذه الأدلة كلها (١) لا تثبت أزيد من اعتبار الألفاظ الصريحة، إذ ليس في الأخبار الواردة في الأبواب ما دل على الجواز (٢) وليس فيه (٣) صراحة إلا نادراً. مع أن في إزائها أيضاً بعض الأخبار الدالة على عدم الجواز ببعض الألفاظ (٤) الكاشفة عن عدم كفاية كل لفظ، ولا يخفى ذلك على من لا حظ الروايات الواردة في أبواب العقود، وربما نشير إلى بعضها في البحث الآتي إن شاء الله تعالى. وخلو الأخبار عن الصيغ ممنوع، بل فيها ما يدل على أن الصيغ كانت معلومة عندهم (٥) بحيث لو خرج واحد منها إلى غيرها لاحتجوا إلى السؤال عن حكمها. وعموم تحليل الكلام وتحريمه ممنوع. والظاهر نفي الحكم عما عداه، لا إثباته لكل كلام. وقد تقدم البحث فيه (٦). وليس في الأدلة عموم أو إطلاق يشمل كل لفظ حتى يتمسك في اشتراط الصراحة بالأصل. والذي يظن كونه داعياً إلى المصير إلى كفاية كل لفظ - مع عدم الدليل عليه ومخالفته لظاهر اتفاق الأئمة - أنهم لما رأوا ما يرد من الاعتراض على باب المعاطاة من جريان أحكام الملك على المقبوض بالمعاطاة، مع فتوى المشهور بأن التقاوض بنفسه لا يملك بل يفيد الأباحة أرادوا التخلص عن ذلك بالقول بكون كل لفظ كافياً في التمليك، وحيث إن المعاطاة لا تخلو من لفظ إلا نادراً، بل لا

(١) لم نتحقق المقصود من الأدلة المشار إليها، ولا يخفى ما في هذه الفقرة من عدم وضوح الارتباط. (٢) كذا في النسخ، ولم يتضح لنا معناه. (٣) كذا في النسخ. (٤) مثل ما ورد من النهي عن المنايذة واللامسة وبيع الحصة، انظر الوسائل ١٢: ٣٦٦،

[١٥٨]

، تخلو أصلاً، فيصير داخلا تحت العقد المملك ويرتفع الأشكال من البين. ولكنه مما لا يسمن ولا يغني من جوع! أما أولاً، فلأن فتوى المشهور بالأباحة إنما هي (١) في المعاطاة المعروفة الغير الخالية عن اللفظ غالباً، فلا ينفع ذلك في وضع التناقض والأشكال لو اريد من ذلك رفع التناقض من كلامهم. وأما ثانياً: فلأنه لو قلنا أيضاً بأن كل لفظ مملك فإنما نقول به لو قصد النقل والانتقال باللفظ وجعل سبباً في المعاملة، ولا ريب أن اللفظ الصادر من الناس في المعاطاة لا يريدون به سوى المقابلة، وأما التملك فإنما يحصل بالفعل عندهم لو قصد التملك كما قلنا، أو الأباحة على ظاهر المشهور، وأما اللفظ فلا مدخلية له في شئ منهما، كما لا يخفى على المتأمل.

(١) في غير (م): هو.

[١٥٩]

[العنوان السابع والثلاثون] [في اشتراط الماضوية في العقود وعدمه]

[١٦٠]

عنوان [٣٧] اختلفوا في اعتبار الماضوية في العقود، أو كفاية الجملة الاسمية أيضاً، أو المستقبل كذلك، أو صيغة الأمر أيضاً، أو صحتها بالاستفهام ونحوه مع الجواب بنعم ونحوه - وكذلك في القبول - أو كفاية ما هو الصريح في المدعى بأي عبارة كانت، أو الدوران مدار الدليل الخاص فيما دخل أو خرج، على وجوه، بل أقوال. احتج من اعتبر الماضوية بأمور: أحدها: أن الصراحة معتبرة بتقريب ما أسلفناه من الأدلة (١) وهي كما تعتبر في المادة تعتبر في الهيئة، ولا ريب أن الأمر بعيد عن مقاصد العقود جداً، والمستقبل محتمل لأن يراد به الاستفهام أو يراد به مجرد الوعد، فلا صراحة فيه في الوقوع والأنشاء والجملة الاسمية صريحة في الأخبار، فانحصر في الماضي، لبعدهما عن ذلك عن المدعى بكثير. وثانيها: أن الماضي دال بأصل الوضع على وقوع ذلك الفعل في الزمن الماضي، فيصير الوقوع في أن التملك الذي هو المقصود بالعقد أقرب إلى مدلوله اللغوي، فإن قلنا بأنه منقول عن معناه الأخباري فلا كلام فيه، وإن قلنا بالمجازية

(١) راجع العنوان السابق.

[١٦١]

فهو أقرب من غيره إلى قصد هذا المعنى المجازي جدا. وثالثها: أن أدلة العقود بعمومها وإطلاقها لا تشمل غير ما هو المعهود بين الناس، ولا ريب في كون المعهود الماضي فقط دون ما عداه، فيصير الماضي مما ثبت سببته، وما عداه باق تحت الأصل. ورابعها: مصير أكثر الأصحاب إلى اعتبار الماضوية، بل الظاهر اتفاهم على ذلك إلا فيما خرج بالدليل. وخامسها: حكاية الأجماع عن جماعة على عدم الجواز بغير الماضي من سائر الهيئات (١) المجبور بشهرة العمل، المعتضد بالأصل، مع تأييده بطريقة الاحتياط. واحتج من عمم بأن الصراحة هو المعيار، فأينما تحققت صحت، وتمثيل الأصحاب بالماضي غير دال على الانحصار، سيما مع تصريحهم في مقامات آخر بجواز الأمر والجملة الاسمىة والمستقبل ونحو ذلك، ولا يفترق الحال في قصد الأنشاء بين هذه الهيئات بعد كونها مجازات، مضافا إلى إطلاق أدلة العقود وعموماتها، وإصالة عدم الشرطية إلا فيما ثبت، وليست الماضوية منها، مع أن العقود الجائزه قد نصوا على حوازها بأي هيئة كانت، ولا فارق بين العقود من هذه الجهة. وتفصيل البحث أن يقال: [أما] (٢) العقود الجائزة - كالهبة والقرض والشركة والمضاربة والوديعة والغارية والوكالة - لا يشترط فيها الماضوية، ولا خصوصية هيئة أخرى، بل المدار فيها على إفادة المعنى كيف كان، وقد نص عليها الأصحاب (٣) بل يكفي فيها الملق من القول والفعل، ويكفي الفعل من الجانبين.

(١) منهم العلامة في التذكرة ١: ٤٦٢، ولم نظفر على ادعاء الأجماع في غيرها، نعم ربما يظهر من كلام المحقق السيزوري أنه مما لا خلاف فيه، حيث قال: (قالوا: ولا ينعقد إلا بلفظ الماضي) ولم يحك خلافا عن أحد، انظر الكفاية: ٨٨. (٢) لم يرد في (ن، د). (٣) نص بذلك الشهيد الثاني قدس سره في قرص الروضة البهية ٤: ١٢ وهكذا المحدث البحراني في الحدائق ٢٠: ١٠٩، والسيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥٧٦.

[١٦٢]

وبدل على ذلك كله سيرة الناس، وإطلاق الأدلة في مشروعية ذلك كله يشمل هذه الصور كافة. وإنما البحث في العقود اللازمة التي لا تكفي في لزومها المعاطاة ولا كل لفظ، هل يعتبر في ذلك الماضوية أم لا؟ فنقول: قد ورد الاكتفاء في المزارعة بصيغة الأمر في النص (١)، وأفتى به الأكثر (٢) وأفتى جماعة في المساقاة أيضا بذلك (٣) مع عدم النص (٤). وأفتى الأصحاب بجواز الجملة الاسمىة في الرهن (٥) وهو من العقود اللازمة من وجه وإن جازت من آخر، والقاعدة على ما زعموا تبعيته لأخس الطرفين وهو اللزوم، للأصل مع أنهم جوزوها فيه، ومجرد تعليلهم بجوازه من طرف المرتهن - الذي هو العمدة - لا يكفي في ذلك، إذ المدار على صدق أدلة الرهن وعدمها، ولم يرد دليل على الجواز في الجائز والعدم في اللازم حتى تتبع في ذلك صدق اللازم والجائز، ونلحق الملق بأحد الطرفين بالترجيح. وأفتوا في القرض بالجواز بأي لفظ يؤدي المعنى من دون ظهور خلاف بينهم في ذلك، مع أنهم اختلفوا في كونه عقدا جائزا أو لازما، وإن قلنا بأنه جائز وحققناه في بحث أصالة اللزوم، فراجع (٦). وجوزوا في الهبة بقوله: (هذا لك) (٧) ونحوه، حتى الشهيد الثاني (٨) الذي يرى

(١) الوسائل ١٢: ٢٠٠، الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة، ح ٥. (٢) منهم المحقق في الشرائع ٢: ١٤٩، والعلامة في التحرير ١: ٢٥٦ وغيره، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٩٦. (٣) منهم العلامة في التذكرة ٢: ٢٤٢، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ١٢٢. (٤) يمكن أن يكون مستندهم خير يعقوب بن شعيب، انظر الوسائل ١٢: ٢٠٢، الباب ٩ من أبواب المزارعة والمساقاة، ح

٢. (٥) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١٢، والشهيد الثاني في المسالك ٤: ٨. (٦) راجع العنوان ٢٩. (٧) منهم العلامة في القواعد ١: ٢٧٤، والشهيد في الدروس ٢: ٢٨٥. (٨) الروضة ٣: ١٩٢.

[١٦٣]

شرطية الماضية ويبالغ فيه، ورد النص في بحث المزارعة خلودا إلى القاعدة على ما اختاره، وقال: الخروج بهذا النص الضعيف عن قاعدة نظائره مشكل (١) مع أن الهبة قد تكون لازمة، كما في هبة ذي الرحم والزوجين، كما أفتى به هو (٢) ودل عليه صحيحة زرارة (٣). وقد نص في أول عقد الهبة - في الروضة (٤) - بكفاية قوله: (هذا لك) من دون تفصيل بين كونه لازما أو جائزا. وورد في رواية سهل الساعدي في النكاح الجواز بصيغة الأمر (٥) وافتى (٦) به. وفي رواية في المتعة الجواز بلفظ المستقبل (٧)، وقد أفتى بجوازه في مطلق النكاح أيضا جماعة (٨). وقد وردت أيضا روايات متفرقة في باب البيع وغيره، وقد جمعها صاحب الحدائق في أوائل البيع (٩) على اختلاف فيها (١٠) بالجملة الاسمية والمضارع والأمر، وغير ذلك. فإما أن نقول بأن كل ذلك مطروح والمعتمد هو الماضي عملا بالمتيقن من الأدلة، والرجوع فيما سواه إلى أصالة عدم الصحة واللزوم. وإما أن نقول: إن هذه كلها ما ورد فيها دليل معتبر تقتصر على مورده ولا تنتسرى إلى المقامات الأخرى، وما ليس دليله معتبرا فهو غير مسموع في قبال

(١) راجع المسالك ٥: ٨، والروضة ٤: ٢٧٦ و ٢١٠. (٢) الروضة ٢: ١٩٥. (٣) الوسائل ١٢: ٣٣٩، الباب ٧ من أبواب أحكام الهبات، ح ١. (٤) الروضة ٢: ١٩٢. (٥) عوالي اللآلي ٢: ٢٦٢، ح ٨، ورواه في الكافي (٥: ٢٨٠ ح ٥) عن أبي جعفر عليه السلام. (٦) ظاهر السياق ما أثبتناه - بصيغة الماضي المجهول - ويحتمل أن تكون بصيغة المعلوم يرجوع الضمير إلى الشهيد الثاني قدس سره راجع المسالك ٧: ٩٠ - ٩١. (٧) بل ورد في روايات، راجع الوسائل ١٤: ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعة. (٨) منهم المحقق في الشرائع ٢: ٢٧٢، والعلامة في القواعد (٢: ٤) على رأي، وقواه صاحب المدارك في نهاية المرام ١: ٣٦. (٩) الحدائق ١٨: ٢٥١. (١٠) في (ف، م): فيه.

[١٦٤]

الأصل والقاعدة. وإما أن نقول بأن هذه كلها محمولة على المقابلة، ولا تدل على عدم كون عقد بعد ذلك، فلعل في هذه الوقائع صدر عقد أيضا، والمنقول في الروايات نفس المعاملة، ولا أقل من وقوع المعاطاة في أكثرها. وإما أن نقول بعدم اعتبار هيئة خاصة، بل نقول: إن الميزان الصراحة كيف كانت (١). فهذه احتمالات أربع، أجودها الاحتمال الأخير، لبعد الحمل على المقابلة جدا، لظهور كل ذلك في كونه عقدا بنفسه، فراجعها. والطرح بعيد جدا، لانجبار بعضها بالعمل وكثرتها وانتشارها المقطوع صدور بعضها عن الأئمة عليهم السلام وبعد الافتصار إلى محالها، لعدم ظهور تفرقة بين العقود من تلك (٢) الجهة. ولتفصيل الكلام محل آخر. وفي اشتراط صحة الألفاظ وسلامتها عن التحريف واللحن وجهان: أفواهما الاشتراط مع الاختيار، وعدم جواز ما يفسد المعنى، لعدم انصراف الأدلة إليه وإن قصد المعاملة، وأصالة عدم النقل ونحو ذلك من الأدلة. وفي صورة عدم كونه مغيرا للمعنى ينبغي الحكم بالصحة، وإلا لبطل كلمات أهل اللسان كلهم، فإنهم يتكلمون بتحريف ولحن غالبا، مع أنه صحيح، واشتراط عدمهما في العبادات (٣) للدليل. وأما مع العذر فالواجب الأتيان بالمقدور، لعموم قاعدة الميسور وللأجماع الظاهر من الأصحاب - وفي كلام بعضهم: أنه مشهور (٤) - ولاستلزام التكليف

بالتوكيل العسر والجرح الشديدين. وسقوط العقد عنه بالمرة أيضا مخالف للأصل والقاعدة، فانحصر في لزوم اعتبار ما أمكن.

(١) في (ذ، م): كيف كان. (٢) في غير (م): في ذلك الجهة. (٣) في غير (ن): في العبادة. (٤) لم نعثر عليه.

[١٦٥]

ولو اختلفت جهات الصحة والفساد واللحن والتغيير بحركة أو حرف إعرابي أو بنائي - في العربي كان ذلك أو في غيره من الألسنة - فهل اللازم اعتبار الأصح فالأصح في كل مرتبة من المراتب ملاحظة للأقرب فالأقرب؟ فما لا يقدر على تتميم حركاته أولى مما لا يقدر على تتميم حروفه، وما ينقص فيه حركة الأعراب أولى من حركة البناء، وكذا بالنسبة إلى الحرف الواحد والمتعدد والحركة الواحدة والمتعددة ونظائر ذلك (١) كل ذلك للأصل. وإذا تعارض الوجهان من الجانبين - كحرف من جانب وحركتين من جانب آخر - فالرجوع إلى المرجحات الآخر، أو التخيير بين هذه الصور، إذ بعد نقصان الكل لا يتفاوت الحال فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر. أو القول (٢) بتقديم اللفظ الصريح على المدعى أي نحو كان؟ وجوه واحتمالات. ولا يبعد [أن يقال] (٣): إن اللفظ الصريح لابد من اعتباره، ولا عبرة بغير الصريح، لا في محرف ولا في صحيح. وإذا تعارض فيه جهات التحريف، فالأقرب الالتزام بما هو أقرب للصحة، وإن تعارضا فالتخيير، ولا يبعد القول بالتخيير أيضا من أول الأمر، حذرا من لزوم العسر والجرح.

(١) في (م): ونظائرها. (٢) عطف على قوله: فهل اللازم اعتبار الأصح فالأصح. (٣) من هامش (م).

[١٦٧]

[العنوان الثامن والثلاثون] [اشتراط الترتيب والتطابق في الأيجاب والقبول]

[١٦٨]

عنوان [٢٨] في اشتراط الترتيب والتطابق، وفيه بحثان: الأول في الترتيب وهو عبارة عن تقديم الأيجاب على القبول. ذهب جماعة من الأصحاب إلى لزومه في العقود كافة (١) ولو انعكس لم تصح. وذهب الأكثرون إلى عدم لزومه (٢) فيصح تقديم كل منهما على الآخر. وذهب بعضهم إلى التفصيل بين النكاح وغيره (٣) فيجوزه فيه دون غيره.

(١) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٦٠ و ١٢: ٧٤، ولم نظفر على غيره ممن قال بلزوم تقديم الأيجاب مطلقا، إلا أن العلامة في التذكرة صرح في البيع باشتراط تقديم الأيجاب على الأقوى، وفي النكاح بعد أن نقل عن أحمد - من العامة - المنع من تقديم القبول نفى عنه البأس، انظر التذكرة ١: ٤٦٢ و ٢: ٥٨٣. (٢) منهم

المحقق في الشرائع ٢: ١٢ و ٢٧٢، والعلامة في التحرير ١: ١٦٤ و ٢: ٤، والشهيد في اللمعة: ١٠٩ و ١٨٤. (٣) منهم ابن حمزة، فإنه صرح في البيع بلزوم تقديم الأيجاب على القبول، وقال في النكاح: ويجوز تقديم القبول، راجع الوسيلة: ٢٣٧، ٢٩١، ويستفاد التفصيل من كلام فخر المحققين أيضا، انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٣، وفي شرح النافع - لصاحب المدارك - نسبة عدم اشتراط تقديم الأيجاب في النكاح إلى المشهور بين الأصحاب، نهاية المرام ١: ٢٦.

[١٦٩]

وفصل بعضهم بين القبول بلفظ (قبلت) ونحوه وغيره (١) فجوز التقديم في الثاني دون الأول. احتج الفائلون بالترتيب بامور: أحدها: أصالة عدم النقل والانتقال إلا بما ثبت من الأدلة، وليس إلا ما قدم فيه الأيجاب. وثانيها: أن أدلة العقود كلها تنصرف إلى ما رتب (٢) فيه القبول على الأيجاب، فالعكس ليس مشمولا لأدلة العقود، فلا يصح، وقد تقدم ما يوجب كونه فارقا بين الدليلين. وثالثها: أن القبول عبارة عن الانفعال، وهو مبني على كون فعل صادرا من آخر حتى يتحقق هناك انفعال، فلو قدم على الأيجاب لزم البناء على أمر لم يقع. واحتج من جوز التقديم على أنه قبول مقدم (٣) بوجهين: أحدهما: مصير المعظم - بل الكل - على ذلك. وثانيهما: إطلاق أدلة العقود الشامل لصورتي التقديم والتأخير، والأصل عدم التقييد. ويمكن أن يتمسك بدلالة النصوص في النكاح على تقديم القبول من جانب الزوج، ففي ما عداه بالأولوية، إذ الاحتياط في أمر الفروج أزيد (٤) أو في ما عداه بعدم القائل بالفرق، استضعافا لقول من فرق بينهما. ومن فصل بين النكاح وغيره اعتمد في النكاح على النص (٥) الدال على

(١) انظر المسالك ٣: ١٥٤، ومجمع الفائدة ٨: ١٤٦. (٢) في (ن، د): ترتب. (٣) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: احتج من جوز التقديم بالتقديم. (٤) في (م): أشد. (٥) راجع الوسائل ١٤: ١٩٤، الباب ١ من أبواب عقد النكاح، وص ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعة.

[١٧٠]

التقديم (١) وفي غيره بالأصل، ومنع الأجماع المركب، ومنع الأولوية أيضا بأن الأيجاب في النكاح إنما هو في طرف المرأة وهي تستحيي غالبا فناسب تقديم القبول، فلعل السر مراعاة الحياء، وهو غير موجود في الأبواب الأخر. ومن فرق في أفراد القبول بين (قبلت) ونحوه وبين غيره - (ك تزوجت) و (إشتريت) و (إبتعت) ونحو ذلك (٢) - بأن كلمة (القبول) وما بمعناه صريحة في البناء على أمر سابق، فاستعمالها فيما لم يقع بعد مستبعد راجع إلى استعمال المجاز البعيد، بل ولو ابقى معناه على ما هو عليه لزم إرادة المحال - وذلك واضح - فأمره دائر بين إرادة المحال أو المجاز البعيد المفرط في البعد، وكلاهما مما لا يصح، فلا يجوز تقديمه. وأما ما عداه (٣) فلا صراحة فيه في هذا المآل (٤)، فلو ابقى على معناه صار كالأيجاب، ولو صرف عن معناه - أيضا - إلى القبول لم يكن بعيدا عن معناه، فتدبر جدا. والتحقيق يقتضي رسم الكلام في بيان أمرين: أحدهما: في معنى الأيجاب والقبول، وتفرقتهما. فنقول: كما أن لفظ (الأيجاب) لا مدخل للتسمية فكذلك لفظ (القبول) بمعنى: أنا لم نجد عقدا يقال فيه: (أوجبت) ومع ذلك يسمون مثل (بعت) إيجابا، فكذلك القبول ينبغي أن لا يدور مدار لفظ (قبلت) بل قد يكون ب: (نعم) و (بلى) و (تزوجت) و (إشتريت) ونحو ذلك من الألفاظ الأخر، فالميزان في معرفة الأيجاب والقبول أي شئ؟ فنقول: يدور الفرق بينهما بين أشياء: [١] أما أن يكون الفرق بينهما بالتقدم والتأخر (٦) بمعنى:

أن كل جزء من جزئي العقد تقدم على الآخر في الوجود الخارجي فهو يسمى إيجاباً بأي عبارة كانت

(١) في (ف، م): التقدم. (٢) في (م): ونحوها. (٣) يعني: ما عدا (قبلت). (٤) في هذا المال: لم يرد في (م). (٥) في (ن، ذ): بالتقديم والتأخير.

[١٧١]

وما تأخر في الوجود الخارجي يسمى قبولاً بأي نحو وعبارة كان. [٢]
[وأما أن يكون الفرق بينهما يكون ما يصدر من الجانب الذي هو العمدة في هذه المعاملة إيجاباً، وما يصدر من الجانب الآخر قبولاً، سواء تقدم أو تأخر بلفظ (القبول) أو غيره، فما يصدر من البائع إيجاب وإن قال: (قبلت الاشتراء) وما يصدر من المشتري فهو قبول وإن قال: (ابتعت المال). وكون الموجب هو العمدة: إما أن يكون من جهة كون العوض الذي هو موضوع العقد من جانبه - كالمراة في النكاح، والعين في البيع، والمنفعة في الأجرة، ونظائر ذلك (١) من الوقف والصدقة والهبة والسكنى والقرض والرهن والضمان ونحوها - أو من جهة كون المتعاقدين قاصدين لكونه العمدة، كما في الشركة مع البذل من الجانبين، أو المسابقة مع البذل من الجانبين، ونحوه (٢). وبالجملة: كل من هو العمدة في هذا العقد (٣) يسمى موجباً والآخر قابلاً، ولا عبرة بالتقدم والتأخر ولا الألفاظ في ذلك. [٣] [وأما أن يكون الفرق بينهما يأمر معنوي، وهو أن يقال: أن الإيجاب عبارة عن الابتداء بإحداث أثر بحيث يكون هو المقتضي في الحصول وهو الذي يستند إليه الفعل، والقبول عبارة عن الانفعال الذي هو بمنزلة رفع المانع عن ذلك المقتضي، فلو قال الزوج - مثلاً - : (تزوجتك) فقالت المرأة: (قبلت) أو (رضيت) أو (زوجتك نفسي) فالأول الإيجاب وإن صدر عن الزوج، لأنه الذي أحدث الأثر وأوجد المقتضي في المعنى، وما وقع (٤) من طرف المرأة هو رفع المانع والانفعال لذلك الفعل، وهذا مع كون الرجل قاصداً لإنشاء الزوجية لنفسه، أي: جعل نفسه زوجاً والمرأة زوجة، ولو قالت المرأة أولاً: (زوجتك نفسي) منشئة لكون نفسها زوجة والرجل زوجاً، فهي موجبة، والرجل قابل لو قصد الانفعال من ذلك الفعل وإن قدم

(١) في (م): نظائرها. (٢) كذا، والمناسب: نحوهما. (٣) في (ف، م): القصد. (٤) في غير (م): صار. ولعله في الأصل: صدر.

[١٧٢]

قوله: (تزوجت). وعبارة أخرى: لو قال الزوج: (تزوجت) وهو يريد الانفعال من ذلك التزويج [الذي] (١) تحدته المرأة بعد ذلك فهو قبول وإن تقدم، وإن أراد إحداث النكاح فهو موجب، والمرأة أيضاً تعلم بالقياس. ونحوه لو قال المشتري: (ابتعت) أو (اشترت) قاصداً لنقل الثمن من جانبه إلى البائع ونقل المبيع إليه فهو موجب، ولو أراد قبول ما يحدثه البائع بعد ذلك من البيع - بمعنى: أنني ملتزم بما تنشؤه (٢) بعد ذلك من التملك والتملك وليست (٣) من ذلك - فهو قبول وإن تقدم. ومن هنا يعلم وجه التسمية بالقبول، لأنه متمحض في إرادة الانفعال، وغير قابل لإرادة الأحداث والتأثير، وبالإيجاب (٤) لأنه صريح في إرادة الفعل. ومن ذلك ظهر أنه لا يمكن النزاع في لفظ (قبلت) أنه يقدم أو يؤخر، إذ لا يمكن استعماله في معنى الأيجاد والأحداث، لأنه مجاز بعيد، بل غلط، فهو متى ما وقع فلا بد من تأخره

وهو متمحض في القبولية. وثانيهما (٥): أن النزاع لا يعقل وقوعه على الفرق الأول بين الأيجاب والقبول، إذ لو بنينا على أن كل ما تأخر فهو القبول فكيف يعقل تقدمه؟ وإن بنينا على الفرق الأخير فكذا، إذ بعد فرض أن القبول عبارة عن الانفعال ينحل إلى أن إنشاء القبول موقوف على كون الأيجاب منشأ قبله، وقبول الفعل الذي لم يقع بعد مستلزم لتقدم الانفعال على الفعل وهو محال، فلو كان القبول على حقيقته، لا يمكن تقدمه، وتصير (٦) الألفاظ الأخر التي تقع موقع لفظ (قبلت) ونحوه إذا أريد منها حقيقة القبول كلفظ القبول الذي لا يعقل معناه إلا بعد

(١) من هامش (م). بمانع (٣) في (م): أنه ملتزم بما ينشؤه. (٣) في (م): ليس. (٤) أي: وجه التسمية بالأيجاب. (٥) أي: ثاني الأمرين، تقدم أولهما في ص: ١٧٠. (٦) العبارة في (م) هكذا: فلا يمكن تقدم القبول وهو باق على حقيقته، بل الألفاظ الأخر....

[١٧٣]

وقوع مقبول، فالمانع حينئذ يصير عقليا. لا يقال: أي مانع من إنشاء قبول ما يقع بعده؟ سواء كان بلفظ القبول أو غيره، فيقصد المتكلم كونه راضيا وملتزما بما سيقع من مضمون الأيجاب. لأننا نقول: إن أراد من ذلك إنشاء الالتزام والرضا فهو أيضا إيجاب وإحداث لشيء، وهو خارج عن حقيقة القبول. وإن أريد به حقيقة القبول فلا يتحقق إلا بعد المقبول - والفرض: أن الأنشاء لا يتخلف عن المنشأ - فتقدم القبول بهذا المعنى: إما مستلزم لخروجه عن القبولية بل هو إنشاء لأذن (١) وهو خارج عما نحن فيه، وإما لتخلف وجود القبول عن وجود المقبول، وإما لتخلف الأنشاء عن المنشأ، وكل ذلك باطل، وسيأتي تحقيق ذلك في باب التعليق في العقود إن شاء الله تعالى. وبالجملة فحقيقة القبول مع كونه قبولا (٢) يمتنع تقدمه على المقبول، ولذلك نص الشهيد الثاني في جواز تقدم القبول على الأيجاب في مقامات عديدة: أن هذا القبول حينئذ يكون في معنى الأيجاب (٣). فانحصر النزاع فيما هو بصورة القبول في العقد، سواء كان عده قبولا من جهة كون لفظه كذلك - كلفظ (ابتعت) ونحوه - أو كونه من الطرف الغير المقصود في العقود، فلفظ (اشترت) (٤) من المشتري قبول، ومن البائع إيجاب، لأنه العمدة، ونحو ذلك غيره. ولا ريب حينئذ في جواز تقدمه، لأنه يصير كالأيجاب، بل هو إيجاب حقيقة وإن كان لفظه فيه معنى القبول، لأن كلا من المتعاقدين متساويان في إحداث الأثر، فكل من بدأ بالأحداث فاصداً ذلك صح، سواء سميته (٥) قبولا أو إيجابا لأن القبول بهذا المعنى إيجاب، وعموم أدلة العقود يشملها.

(١) في (ن): إنشاء الأذن. (٢) العبارة في (م) هكذا: وبالجملة فالقبول مع كونه قبولا على وجه الحقيقة يمتنع... (٣) راجع المسالك ٣: ١٥٤، وج ٧: ٩٥، والروضة ٥: ١١٠. (٤) في سوى (ن): شريت. (٥) في (م): سمي.

[١٧٤]

ولا تشكيك في الأطلاقات بحيث يوجب خروج ذلك عنها (١). ولا يلزم البناء على أمر لم يقع، إذ ليس هذا بناء، بل هو ابتداء، ولا مانع من استعمال لفظ هو في صورة القبول في الأيجاب وقصد إحداث الأثر. نعم، لما كان لفظ (القبول) مما هو صريح في هذا المعنى غير قابل لصرفه إلى المعنى الإيجابي منعنا عنه لمانع لفظي، لا لمانع

عقلي، إذ لو أمكن إرادة الأيجاب منه لغة وعرفا لم يكن من تقديمه أيضا مانع. ولو أريد من لفظ (ابتعت) وغيره ما هو حقيقة معنى القبول فهو أيضا غير جازم التقدم، لامتناع إنشاء هذا المعنى قبل وجود مقبولة، فتأمل جدا. واحتمال: أن القائلين بالجواز يريدون ذلك مع كون القبول على حقيقته والمنكرون ينكرونه - مع كونه مخالفا لتصريحهم بأنه إذا تقدم بصير في معنى الأيجاب - مستبعد عنهم (٢) جدا. وتفصيل الكلام أزيد من ذلك مما لا يناسب المقام وإن كانت المسألة مما يليق بها التفصيل.

(١) في غير (م): عن تحتة. (٢) في (م): منهم.

[١٧٥]

[البحث] الثناط في التطابق والمراد أحد امور، أو المجموع (١): الأول: اتصال القبول بالأيجاب، وعدم تخلل الفاصل بينهما. والفاصل: إما الرد والأبطال، كما إذا قال: (أنكحتك) أو (بعثك) - مثلا - فقال: (ما أريد) أو (ما أرضى) ثم قال: (قبلت). وإما الكلام الأجنبي، كما إذا قال بعد (بعثك): (فلان جاء) أو (فلان مات) سواء كان صدوره من الموجب أو من القابل. وإما الكلام المتعلق بالعقد، كالشرط المأخوذ في ضمن العقد، أو ذكر المبيع والتمن أو وصفهما، أو ذكر المشتري ونحو ذلك. وإما السكوت من الجانبين. وهذه الثلاثة الأخيرة: إما أن يكون الفصل فيه (٢) طويلا بحيث يخرج عرفا عن الاتصال وبصير أجزاء (٣) العقد أجنبيا عن الآخر، أو يكون فضلا لا يعتد به عرفا ولا يخرج به العقد عن الاتصال والتعارف، فهنا مباحث: أحدها: في تخلل الرد بين الأيجاب والقبول، [والحق: أنه مبطل للأيجاب] (٤)

(١) في (م): مجموعها. (٢) في (د) ونسخة من (ن): فيها. (٣) في (م): جزء. (٤) لم يرد في (ن، د).

[١٧٦]

فلا ينفع القبول بعده، لوجوه: منها: أن الأصل في كل عقد الفساد، خرج ما دل عليه الدليل والفرض ليس منه، نظرا إلى: المتبادر من عموم أدلة العقود وإطلاقها عدم تخلل الرد، فلا يشمل الفرض (١). ومنها أن هذا الفرض لا يسمى عقدا ولا بيعا ولا صلحا، وبعبارة أخرى: ألفاظ العقود أجناسا وأنواعا لا تشمل مثل ذلك، إذ المراد بها العهد والربط والنقل والانتقال، ومع تخلل الرد لا يكون هذا ربطا ولا عهدا، والقبول بعد ذلك فرع بقاء الأيجاب السابق وهو قد زال بالرد. فإن قلت: نشك في بطلانه بالرد والأصل بقاء صحته، بمعنى أهليته للتأثير إذا لحقه القبول. قلت: الظاهر أن الأهلية فيه إنما هو بتوقع لحوق القبول، فإذا جاء الرد تبين أنه لا أهلية، فلا وجه للاستصحاب. فإن قلت: زوال الأهلية أو انكشاف عدمها بالرد ممنوع، بل نقول (٢) بعد ثبوت الأهلية أولا للصحة بلحوق القبول لا وجه لارتفاعها إلا بعدم القبول بالمرّة، والفرض أن القبول قد لحق، فيبقى إلى أن القبول. قلت: إن أردت ثبوت الأهلية للصحة بلحوق القبول من دون تخلل رد فهو مسلم، لكنه زال بتخلل الرد. وإن أردت ثبوت الأهلية للصحة ولو تأخر القبول عن الرد فهي غير ثابتة أولا حتى تستصحب، فتدبر جدا. وبالجملة: الشك اللاحق هنا موجب للشك في أول الأمر. ومنها: إجماع الأصحاب المحصل من كلامهم في أبواب العقود بشرطية (٣)

(١) العبارة في (م) هكذا: أن الأصل في كل عقد الفساد، إلا ما دل الدليل على صحته، ولا دليل يشمل المقام ولو من عموم أو إطلاق، نظرا إلى أن المتبادر من عموم أدلة العقود وإطلاقها عدم تخلل الرد، (٢) في (م): بدل (بل نقول): إذ، (٣) في (م): من شرطية، والأصح: على شرطية.

[١٧٧]

عدم تخلل الرد - كما لا يخفى على من راجعها - مع الأجماع المحكي المستفيض على ذلك، ومنها: ما أطبقوا عليه في عقد الفضولي في كل مقام (١): أن من له السلطان والأجازة متى ما رد أو أبطل العقد، ولا ينفعه الأجازة بعد ذلك مع تمامية الأيجاب والقبول، فكيف بمجرد الأيجاب وحده! فاللازم بطلانه بالأولوية. ومنها: أن ما دل على شرطية الرضا والقصد في العقد مثل قوله: (تجارة عن تراض) (٢) ونحو ذلك من النصوص قد دل على شرطيته للعقد بمجموعه، فمتى ما تخلل الرد في الأثناء فإت شرط الرضا في أثناء العقد، مع أن ظاهر الدليل شرطيته في مجموع العقد، ودعوى: أنه يكفي في ذلك صدور الأيجاب والقبول عن الرضا، مدفوعة بأنه خلاف ظاهر الأدلة والفتوى، تنبيه: لا فرق في إبطال الرد للعقد بين صدوره عن نفس الموجب قبل القبول بأن قال: (ما أرضى) أو (ندمت) أو (بطلت) ونحو ذلك (٣) وبين صدوره عن القابل أو هما معا، فلا ينفع بعد ذلك تراضيهما على القبول، ولا فرق أيضا بين العقود الجائزة واللازمة، لاتحاد الدليل في ذلك كله، فكلما تخلل الرد بين الأيجاب والقبول بطل العقد، نعم، لهم كلام في الوصية، فإن المشهور ذهبوا على أن الموصى له لو رد الوصية في حياة الموصي فله أن يقبل بعد وفاته (٤) وهذا ينافي ما ذكرناه من

(١) في (م) زيادة: من. (٢) إشارة إلى قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض النساء: ٢٩، (٣) في (م): ونحوهما. وهذا بملاحظة عدم ورود (أو بطلت) فيها. (٤) كما في المبسوط ٤: ٣٣، والشرائع ٢: ٢٤٣، والقواعد ١: ٢٩٠، ونسبه في الدروس (٢: ٢٩٦) إلى المشهور.

[١٧٨]

القاعدة منافاة ظاهرة، فنقول: لا شك أن الرد لو صدر من الموصي فلا ينفع القبول والتراضي، اللهم إلا أن يجعل وصية جديدة، فهو على القاعدة. وأما الموصى له، فنقول: هل عدم تأثير الرد هنا خرج بنص أو إجماع، أو أنه جار على القاعدة؟ أو عدم تأثيره ممنوع، فندعي بطلان الوصية بالرد في حال الحياة - كما أن بالرد بعد وفاة الموصي قبل القبول تبطل إجماعا - وجوه ثلاثة: ومقتضى التحقيق أن يقال: إن النص لم نقف فيه على ما يدل على ذلك، وأما الأجماع فهو غير محقق أيضا (١) بل ظاهر كلام الشهيد الثاني في الروضة أنه يختار البطلان بالرد، وظاهره (٢) أيضا عدم الأجماع حيث نسب الحكم إلى المشهور (٣). وأما القاعدة: فيمكن تقريرها بأن يقال: إن إبطال الرد للأيجاب إنما هو في موضع لو وقع القبول لكفى، وحيث إن قبول الوصية يعتبر فيما بعد وفاة الموصي على المشهور، ولا عبرة بالقبول في حال الحياة، فكان حال حياة الموصي لا عبرة بالرد أيضا كما لا عبرة بالقبول، بل لا يسمى هذا ردا في الحقيقة، وبشكل: بأن من اعتبر القبول في الحياة أيضا أفتى بعدم إبطال الرد في الحياة - كالشهيد في اللمعة (٤) - فلو كانت المسألة مبنية على اعتبار القبول وتبعية الرد له لكان ينبغي أن لا يقول به. وثانيا: أنه لا ملازمة بين عدم اعتبار القبول وعدم إبطال الرد، إذ لنا أن نقول: إن في حياة

الموصي لا عبرة بالقبول - للوجوه المذكورة في محله - ولكن نقول: إن أهلية الأيجاب تزول بتخلل الرد على ما ذكرناه من الأدلة. وما يقال: (٥) إنه لعل عدم رجوع الموصي وإن رد الموصى له يصير بمنزلة وصية جديدة ولا عبرة فيها بخصوص لفظ (٦) مدفوع بأن بعد بطلان الأيجاب لم

(١) العبارة في (م) هكذا: والتحقيق أنا لم نقف على نص يدل على ذلك، ولا على إجماع محقق. (٢) في (م): كما أن ظاهره. (٣) الروضة ٥: ١٥ - ١٦. (٤) للعبة: ١٧٦. (٥) في (م) زيادة: من. (٦) في (ف): لفظه.

[١٧٩]

يبقى إلا السكوت، وهو لا يكون وصية جديدة، وإلا لزم ذلك في العقود الآخر أيضا، وعدم رجوع الموصي إنما ينفع مع بقاء الأيجاب لا مع بطلانه بسبب. وبالجملة: إن قام إجماع (١) على عدم إبطال الرد هنا فهو الحجة، وإلا فمقتضى القاعدة البطلان لو اعتبرنا القبول في الحياة. ولو لم نعتبر في الحياة ففيه وجهان، ولعل الوجه فيه أيضا البطلان لو لا ظهور إطباق الأصحاب، فراجع. تنمिम: كما أن الرد يبطل بتخلله بين الأيجاب والقبول أو في أثناء الأيجاب أو في أثناء القبول، كذلك يبطل بتخلله بين العقد والقبض أيضا في كل عقد يشترط فيه القبض، كالوقف والسكنى والتحبس والهبة والصرف والسلم، والرهن - على قول - والقرض والصدقة، والوجه فيه: عدم حصول التمليك ما لم يتحقق القبض، فالرجل (٢) مسلط على ماله، فله أن لا يقبض ويبطل، كما أن للآخر أن يمتنع من القبض، لعدم لزومه عليه. وعموم أوفوا بالعقود (٣) إنما دل على الوفاء بمقتضياته، وليس القبض منها، بل هو شرط، بمعنى أنه ما لم يتحقق لم يصح، لا أن كل من أتى بعقد يشترط فيه القبض يجب عليه القبض والأقباض، وذلك واضح. فمتى ما رد ولم يرض بطل العقد السابق، لانتفاء التراضي قبل حصول الملك، ولا ينفع القبض بعده. وبالجملة: الكلام في الشرط كالقوله في الجزء، وهذه قاعدة نفيسة. والظاهر أن إبطال الرد بتخلله بين العقد والقبض - حيث يشترط - محل إجماع بين الأصحاب، ولذلك فرعوا بطلان الوصية مع الرد بعد القبول وقبل القبض على شرطيتها في الوصية، وظاهره: أنه على فرض الشرطية لا كلام في البطلان. وثانيتها (٤): تخلل الكلام الأجنبي وما في حكمه من الشرط الفاسد ونحوه.

(١) في (ن، د): الأجماع. (٢) في (م): فالمرء. (٣) المائدة: ١. (٤) أي: ثاني المباحث من مباحث تخلل الفاصل بين الأيجاب والقبول.

[١٨٠]

فنقول: إما أن يكون قصد من تكلم به الأعراض عن الأيجاب أو لا، فإن كان الأول فهو يرجع إلى الرد بالالتزام، إذ لا فرق في الرد بين أن يكون بالفعل أو بالقول بالمطابقة أو غيرها من الدلالات، والميزان زوال الرضا مع وجود ما يدل عليه، ووجود الدال هو المعتبر في الكشف عن البواطن شرعا، كما قررناه في تبعية العقد للقصد (١). وإن لم يقصد الأعراض، فإن كان بحيث يوجب الفصل العرفي وينقطع به اتصال العقد فيبطل أيضا، لعدم شمول أدلة العقود لمثله، ولظاهر اتفاق الأصحاب على ذلك. وإن لم يكن مما يضر بصدق العقد عرفا، ففيه وجهان: من الشك في المانع، ومن شمول العمومات.

والأقوى الصحة. وهذا هو الكلام من حيثية الفصل، وأما إبطال الشرط الفاسد ونحوه من حيثية الشرطية والتعليق وتقييد (٢) القصد فتلك مسألة أخرى. وينبغي أن يعلم: أن الاتصال بهذا المعنى إنما يشترط في العقود اللازمة من دون شبهة، وكذا ما في حكمها كالرهن، لأنه لازم من طرف. وأما مثل الشركة والمضاربة والوديعة والغارية والوكالة والجهالة والوصية فلا يضر فيه تخلل الكلام الأجنبي مع عدم الأعراض والرد، وذلك للأجماع عليه، والسيرة، وعدم القدر في شمول أدلته لمثل ذلك. وثالثها: تخلل ما هو من لواحق العقد، كقوله: بعثك الشئ الفلاني بالمبلغ الفلاني بشرط كذا أو (٣) بشرط الخيار ونحو ذلك. وهذا غير قاذح في الصحة، لا في العقود الجائزة، ولا في اللازمة، لشمول العمومات، وأصالة عدم المانع، وظاهر إجماع الأصحاب. نعم، لو طال الكلام بحيث خرج عن العقدية عرفاً، ففيه إشكال. والأقرب البطلان، لزوال الاسم الموجب لزوال الحكم.

(١) تقدم تقريره في العنوان ٣٠ ص: ٦٢. (٢) في (ف، م): تقييد. (٣) في غير (ن): و.

[١٨١]

ورابعها: تخلل السكوت، وهو في العقد الجائر لا بأس به، لما مر من الأدلة في تخلل الكلام الأجنبي، بل عدم البطلان هنا بالأولية. وأما العقد اللازم فالحق فيه البطلان بتخلل السكوت الخارج عن معتاد العقود، لظاهر اتفاق الأصحاب على فورية القبول فيها فورية عرفية، وللأصل، وعدم شمول دليل العقود بأنواعها وأجناسها على العقد الواقع (١) في أثنائه، إما بكون ذلك خارجاً عن اسم العقد، إذ لا يكون حينئذ ربط (٢) بين الأيجابين، فيصير كل منهما كالكلام المستقل. وإما من جهة عدم انصراف الدليل إليه وعدم شموله له، وعلى التقديرين يبقى (٣) تحت أصالة الفساد. الثاني من معاني التطابق (٤): ورود القبول على ما ورد عليه الأيجاب كلا وبعضاً بحيث لا يكون بينهما فرق من هذه الجهة، فيلزم اتحاد العوض والمعوض والشرط والزمان والمكان، وبسائر القيود المأخوذة في العقد في الأيجاب. فلو قال: بعث أو أجزت أو صالحت الدار - مثلاً - بعشرة بشرط الخيار إلي يومين وتأخير الثمن والعوض إلى سنة، فقال: قبلت نصفه بعشرة أو كله بخمسة أو هي مع الدابة بعشرة أو بخمسة أو بشرط عدم الخيار أو كونه إلى يوم أو إلى ثلاثة أو بشرط فورية العوض أو تأخيره إلى شهر - أو غير ذلك من التغيرات - بطل. وكذا لو قال: وهبتك بكذا، فيقول (٥) قبلت بلا عوض، أو (٦) أنكحتك بشرط أن لا تخرجها من البلد، فقال: قبلت بلا شرط أو لا بشرط، أو قال: وكلتك في البيع اليوم أو في البلد الفلاني أو بالقيمة الفلانية، فقال: قبلت الوكالة في بيع عدا أو إجارة اليوم أو في البلد الآخر أو بالقيمة الأخرى أزيد من الأول أو أنقص، بطل، وكذلك غيره من العقود

(١) كذا في ما عدا (م)، وفيه: للعقد المتخلل بذلك. (٢) في (ن، د): ربطاً. (٣) في غير (م): فيبقى. (٤) أولها: اتصال القبول بالأيجاب، تقدم في ص: ١٧٥. (٥) في غير (م): فيكون. (٦) في (ن، د): و.

[١٨٢]

وبالجملة: كل عوض ومعوض وزمان ومكان وشرط ونوع ووصف وإطلاق وتقييد وتعميم وتخصيص وجهة ووضع معتبر في الأيجاب، فلا بد من ورود القبول عليه، وإلا لبطل، ولا يفترق الحال في ذلك أيضاً

بين العقد اللازم والجائز. ووجه البطلان - مع عدم صدق العقدية (١) وقاعدة التبعية للقصد وإجماع الأصحاب على ذلك - عدم شمول الأدلة لمثل ذلك بأحسانها وأنواعها، وعدم تحقق التراخي بالشئ الواحد، وذلك واضح. الثالث (٢): تطابق الأيجابين في الهيئة أيضا، بمعنى: أنه وإن لم يكن اختلاف في قيد أو عوض أو نحو ذلك، لكنه لا بد أن يكون ورود القبول على المعاوضة كهيئة ما ورد عليها الأيجاب. فلو قال: بعث الدار بعشرة، فقال قبلت النصف والنصف الآخر بالنصف الآخر، أو قال بعثك الفرس والسيف بعشرين، فقال: قبلت الفرس بعشرة والسيف بعشرة أو الفرس بخمسة والسيف بخمسة عشر، أو قال: أجرتك الدار والداية في سنة بخمسين، فقال: قبلت الدار بالثلث والداية بالثلثين أو قبلتهما في ستة أشهر بخمسة وعشرين وفي ستة أخرى بخمسة وعشرين، ونظائر ذلك كقوله: وكلتك في بيع الفرس والعبد بثمانين، فقال: قبلت الوكالة في الفرس بعشرين وفي العبد بستين - إلى غير ذلك من الفروض المختلفة بحسب الصورة (٣) من جهة التفكيك العائد (٤) من حيث المجموع إلى المجموع - بطل [العقد في جميع ذلك] (٥) من دون فرق بين التفكيك بالأجزاء المشاعة في الطرفين أو بالمعين فيهما أو بالمشاع من جانب والمعين في آخر، فإن ذلك كله موجب للبطلان، من دون فرق في ذلك بين العقد الجائز واللازم. والوجه في ذلك: عدم ورود القبول على الأيجاب، فيلزم من ذلك عدم

(١) في (م): العقد به. (٢) من معاني التطابق. (٣) في (ن)، (د): الصور. (٤) في غير (م): العائدة. (٥) من (م).

[١٨٣]

اندارجة تحت عموم العقود وأنواعها، وظهور كلام الأصحاب في اعتبار ورود القبول على الأيجاب بهيئته لا بطور آخر. فإن قلت: مقتضى انحلال العقد إلى العقود كون كل من أجزاء المبيع - مثلا - مبيعا كل جزء من أجزاء الثمن مقابل (١) له، فللمشتري أن يقبل البعض ويرد الباقي، كالعقود المستقلة. قلت: قد تقدم تحقيق ذلك في قاعدة انحلال العقد على العقود (٢) ومجمل البحث: أن للهيئة الاجتماعية مدخلية في تعلق القصد، فلا يلزم من قصد الموجب المجموع المركب قصده لكل جزء بانفراده حتى يصير كالعقد المستقل، سيما مع كون التعدد له أحكام وأثار - كالشفعة والخيار وغير ذلك - وفي مثل الوكالة ونحوها من الأمثلة السابقة فالتفاوت واضح. وليس هذا مجرد اختلاف بالصورة، بل لهذا الاختلاف الصوري أحكام حقيقية تترتب عليها، وهي لا تستفاد من إيجاب المجموع من حيث هو مجموع، مضافا إلى أن هذا لو تم لصح في صورة التبعض على الأشاعة، وأما لو تبعض في القبول بطريق التعيين فذلك غير مقصود. وله أحكام لا تنهاى (٣) لا تخفى على من له درية (٤) في الفن في الجملة، فضلا عن الفقيه الماهر، فتدبر.

(١) في (م): مقابلا. (٢) راجع العنوان: ٣١. (٣) في (م) زيادة: و. (٤) في (ف): درية.

[١٨٥]

[العنوان التاسع والثلاثون] [شرائط العقد من حيث كونه لفظا ومن حيث كونه خطابا]

عنوان [٣٩] من جملة الشرائط المعتبرة في العقود: هي الشرائط باعتبار كونها لفظاً وكونها خطاباً، كما أن لها شرائط باعتبار كونها عقداً. وتوضيح ذلك: أن للعقد جهات ثلاث: أحدها: ملاحظته باعتبار أنه لفظ من الألفاظ، ولا ريب أن اللفظ إنما يعتبر في كل مقام - سواء كان مقام عقد أو غيره - بشروط. منها: صدوره من الالفاظ بقصد، فلو تكلم ساهياً أو ناسياً لا عبرة به، وقد قدمنا ذلك في تبعية العقود للقصد (١). وكذلك يعتبر صدوره بقصد ذلك اللفظ بعينه، فلا عبرة بلفظ الغالط، بمعنى كونه قاصداً لغيره فصدر من لسانه غير ما هو مقصوده تبعاً، وقد مر ذلك أيضاً. ومنها أيضاً: صدور اللفظ مع قصد المعنى، فلا عبرة بلفظ الهازل وقد مر كذلك (٢). ومنها: قصده المعنى المقصود، وهو الأنشاء وإيقاع الأثر بذلك اللفظ، فلو قصد الأخبار أو معنى آخر لم يقع، وسيأتي تحقيق ذلك في شرطية التنجيز وكون التعليق مبطلاً.

(١) تقدم في العنوان ٣٠. (٢) في (م): وكذلك قد مر.

وثانيها: ملاحظته باعتبار كونه خطاباً من الخطابات، يعني كلاماً متوجهاً إلى الغير، فيعتبر في ذلك تعيين المتكلم والمخاطب والأسماع والاستماع والسماع، بمعنى: أنه لو قال واحد من الجالسين في مجلس لمخاطب معين: (بعثك الشئ الفلاني بكذا) أو (وكلتك) - ونحو ذلك - ولم يعرف المخاطب ذلك المتكلم - إما من جهة كونه أعمى، أو من جهة عدم التفاته إلى المتكلم، فلم يدر أن القائل من هو - فقال: (قبلت) بطل. وكذا لو انعكس فقال المتكلم المعين: (بعثك) غير موجه كلامه إلى شخص معين، فقال واحد منهم: (قبلت) أو قال: (بعث أحدكم) فبادر واحد منهم بالقبول، أو قال: (بعث) من دون خطاب، فقال واحد: (قبلت) بطل. أو قال لزيد: (بعثك) فقال عمرو: (قبلت) بطل أيضاً. وكذا لو قال لزيد: (بعثك) ولم يسمع زيد لكن علم بعد ذلك بصدور الأيجاب من خارج فقال: (قبلت) أو لم يقصد المتكلم الأسماع فكذلك. وبالجملة: تعين (١) الموجب والقابل قبل العقد وتوجه الكلام إليه وسماعه لذلك واستماعه له شرط في العقود كافة، عدا ما نستثنيه عن قريب، ولم يتعرض جماعة من الفقهاء - بل كلهم - لذلك اتكالا على أن هذه ليست من شرائط العقد من حيث إنه عقد، بل من شرائط التخاطب والألفاظ. نعم، يظهر اعتبارهم ذلك مما ذكره في الجعالة: ولا يشترط تعيين العامل، ولا سماعه للأيجاب الصادر من الجاعل، فيصح أن يقول: (من رد عبدي فله كذا) فلا عبرة بالتعيين، ويجوز أن يفعل واحد العمل بعد اطلاعه على صدور هذا الجعل وإن لم يسمع به عند صدوره، بل جماعة احتملوا، بل أفتوا (٢) بأنه لو لم يطلع على صدور الجعل أيضاً لو أتى بالعمل غير قاصد للتبرع أو ناوياً للعرض وصادف

(١) في (ن): تعيين. (٢) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ١٦٢، والشهيد في الدروس ٣: ٩٨، والمحقق الثاني في صورة عدم علم العامل بأن العمل بدون الجعل تبرع، جامع المقاصد ٦: ١٩٠.

صدور الجعل في نفس الأمر كفى في استحقاق الجعل. وظاهر كلامهم هذا في الجعالة أن هذا من مختصات باب الجعالة، فالتعيين للمتكلم والمخاطب والسماع والأسماع في سائر العقود شرط اتفاقاً من الأصحاب، ظاهراً من (١) ذكرهم ذلك في الجعالة مقتصرًا عليه، لدلالته على اعتباره في سائر العقود، وهو كذلك، وقد قررنا أن الدليل على ذلك - مضافاً إلى إطباق الاءصحاب على ذلك - اقتضاء قواعد التخاطب ذلك، فلا يحتاج إلى ذكر ذلك في الشروط. مضافاً إلى أن العقود أمور عادية ليست مجعولة من الشرع - كما قررناه مراراً - وليس من الشارح إلا الأمضاء والتقريب وزيادة بعض الشروط ونحو ذلك، ولا ريب أن المتعارف بين الناس في العقود كلها تعيين ذلك كله والسماع وغير ذلك (فالأدلة الدالة على العقود إنما تنصرف إلى أوضاعها المعهودة في العرف، وهو على ما ذكرناه، بل يمكن دعوى عدم صدق العقد لمثل ذلك، إذ ليس العقد إلا المعاهدة، وهي لا تتحقق إلا بمعين مع السماع والاستماع، فلا تذهل. وبالجملة: فلا كلام في ذلك حتى في العقود التي يتأخر فيها القبول - كالوكالة والوديعة والوصية ونحو ذلك (٣) - فإنه لا ريب في اعتبار كون المتكلم معيناً عند القابل وقاصداً للقابل المعين، وسماع القابل لذلك الأيجاب ولو بوسائط وبالنقل، فلا ينافي كون الغائب بوكلاً ويوصى له ما ذكرناه من القاعدة. نعم، لا يجوز ذلك في العقود اللازمة من جهة الانفصال والتراخي. والحاصل: في الوصية أيضاً لو قبل لواحد: (أوصي لك بكذا) ولم يعرف الموصي، فقال: (قبلت) ففي صحته نظر، بل القاعدة تقتضي بالبطلان، إلا في الجهات العامة ونحو ذلك الذي لا عبرة فيه بالقبول، وكذا لو أوصى لشخص مجهول في الظاهر بطلت الوصية. نعم، لو أوصى لرجل أو لفقير أو نحو ذلك أو لمن دخل الدار، فهذا في الحقيقة رجوع إلى تعيين

(١) في سوى (م): عن. (٢) في (م): وغيره. (٣) في (م): نحوها.

الكلية، ولا بأس به، لأنه يتعين في ضمن الفرد ويقبل. ولو اتفق في بعض هذه العقود شئ خرج عن هذه القاعدة بإجماع ونحوه فيصير كالجعالة في هذا الحكم، حيث لم يشترط فيه معلومية العامل ولا السماع ونحو ذلك، كما قررناه وهو مصرح به في كلامهم. وهذه قاعدة نفيسة برهن عليها (١) بالاصول والقواعد وظاهر اتفاق الأصحاب، وقضاء الأدلة الأخر أيضاً به، تظهر ثمرتها في فروع كثيرة، والاستعجال يمنعنا عن بسط المقال. نعم، هنا كلام، وهو: أنا قد أشرنا أن تعيين المتكلم والمخاطب والأسماع من شرائط التخاطب، مع أن التخاطب يمكن مع عدم معلومية المخاطب بعينه، كما في قول القائل: (ليفعل أحدكم كذا) مثلاً، نظير الواجبات الكفائية، وكذلك يمكن لأحد الاستماع لكلام من يتكلم مع أنه لا يعرفه. والحق أن [يقال] (٢): أما في الأخبارات في المجالس فلا ريب في كون المخاطب هو الشخص المعين أو الكل، وكذلك في الأوامر وإن علق بواحد لا بعينه، لكن الحق: أن الطلب على واحد (٣) لا بعينه، بل يتعلق بالكل، فالمخاطب هو الجميع، لكن إتيان الواحد يسقط عن الباقي، فالواحد إنما هو المئتمر المعتبر في السقوط، لا في أصل التخاطب. وقصد الجميع في مقام المعاملة وإنشاء العقد غير متصور، إذ لو أريد تعلق الأنشاء على الجميع فلزمه الاشتراك، أو الاستقلال مع التوزيع أو بدونه، مع أن الفرض، أن القابل واحد والعقد معه، وهو لم يكن مخاطباً بعينه، فلم يكن النقل مقصوداً إليه. ولو قصد كل واحد

واحد فهو موجب لاستقرار الملك الواحد للمتعدد، وهو غير معقول
أولا، وغير مقصود ثانيا.

(١) في (م): مبرهن عليها. (٢) من (م). (٣) في (م): لواحد. والظاهر سقوط شئ
عن العبارة، ولعلها في الأصل: أن الطلب لا يتعلق على واحد لا بعينه.

[١٩٠]

وإن اريد الواحد لا بعينه فالكلي لا يكون مالكا إلا في مثل مصارف
الزكاة ونحوها على أحد الوجوه، فلا بد من قصد المعين بالخصوص،
وليس غرضنا بالمعين هو خصوص الفرد، بل غرضنا التعيين (١) على
نحو لا يكون فيه اشتباه بغيره ويكون قابلا لموضوع العقد. فلو وكل كل
من هو لا بس للعباء - مثلا - جاز، لأنه معين غير مشتبه، وموضوع
الوكالة شئ قابل للتحقق في الأشخاص المتعددين، بخلاف بيع
الكتاب الواحد، فإنه غير قابل للنقل إلا إلى واحد أو متعدد بالتشريك.
وأما سماع الأخبار من المخبر الذي لا يعرف فهو من جهة عدم تعلق
غرض للسامع في ذلك غير سماع كلامه، بخلاف العقد، فإن
المقصود فيه للمخاطب أيضا العقد والعهد معه، وهو فرع تعيينه. ومن
هنا ظهر لهذا الشرط وجهان آخران: أحدهما: لزوم الغرر، لاختلاف
الأغراض بتعدد الأشخاص واختلافهم، فلا بد من التعيين كما نشترطه
في العوضين. وثانيهما: عدم قابلية العقود للعهد مع الشخص (٢)
الغير المعين من جهة مقتضياتها، كالعقود المملكة الغير القابلة
للتمليك إلى شخص لا بعينه في الطرفين، أو إلى أشخاص متعددين
في الملك الواحد، فلا تذهل. ولعل جواز ذلك في الجعالة من جهة
كون المقصود حصول ذلك العمل من أي شخص كان، ولا عبرة
لخصوصية الشخص. وبالجمله: مقتضى انصراف الأدلة وظاهر
الأصحاب اعتبار هذه الشرائط، إلا ما خرج بنص أو إجماع. وبقي في
شرائط العقود مثل البلوغ والعقل والرشد والاختيار والأسلام في
بعض المقامات والعدالة في بعضها أيضا نذكرها في عناوين الشرائط
العامه - إن شاء الله تعالى - إذ لا اختصاص لها بالعقود والأيقاعات.

(١) في (ن، ف): التعيين. (٢) في (م): المشخص.

[١٩١]

[العنوان الأربعون] [شرطية التنجيز في العقود والأيقاعات]

[١٩٢]

[٤٠] في شرطية التنجيز في العقود والأيقاعات. وتحقيق القول فيه
يتوقف على بيان أمور: أحدها: أن مفاد العقود والأيقاعات من تمليك
أو فك أو تسليط - أو نحو ذلك (١) - قد يكون معلقا في نفسه على
بعض أشياء بحيث لا يتحقق المعنى بدونه، كشرطية الوجود، فإن
تمليك الشئ - مثلا - عينا كان أو منفعة موقوف على وجود تلك
العين أو المنفعة في الخارج على حسب وجوده (٢) المقرر، بمعنى
وجود العين في زمان تعلق الغرض في العقد بوجودها، والمنفعة في
زمان قصد فيه الانتفاع، فإنه لو لم يكن كذلك لم تتحقق ماهية العقد

والإيقاع، فلو قال: بعث أو صالحت أو وهبت أو وقفت الدار أو الدابة - مثلا - ولم تكونا [موجودين] (٣) في الخارج بطل، بل لا يتحقق له معنى. وكذا في عقود المنافع - كالأجرة والمزارعة والمساقاة ونحو ذلك (٤) إذ لو كانت المنفعة غير متحققة - بمعنى عدم وجود تلك العين التي يقصد منها تلك المنفعة - لم يكن للعقد معنى، ونحوه في النكاح، فلو قال: (أنكحتك بنتي) ولا بنت

(١) في (م): نحوها. (٢) كذا، والمناسب: وجودها. (٣) لم يرد في (ن)، والمناسب: موجودتين. (٤) في (م): نحوها.

[١٩٣]

له من أصله أو كانت ولكن كانت ميتا في حال النكاح، فلا عقد. ونحوه في الطلاق، فلو قال: (امرأتي طالق) مع أنه قد ماتت امرأته قبل الطلاق فلا طلاق ونحوه سائر الأيقاعات من عتق ونحوه. وكذا يبطل العقد بارتفاع العين المقصود منها المنفعة في الأثناء، فلو قال: (أجرتك نفسي اليوم) ومات في أثناء اليوم بطل العقد فيما بقي. فعلم من ذلك: أن كل عقد وإيقاع معلق تحققه على وجود العين أو المنفعة الوارد عليهما العقد ابتداء أو بواسطة التعلق، كما في الوكالة لو وكله في بيع فرسه وقد تلف قبل الوكالة، وكذا الأيقاع. فنقول: لا فرق في هذا المقام بين أن يوقع العقد والأيقاع منجزا، فيقول مثلا: (زوجتي طالق) أو يعلقه على شرط الوجود ويقول: (إن كانت موجودة) فإن الطلاق معلق على وجود المرأة في نفس الأمر، سواء علقه المطلق عليه أم لا. والظاهر: أن التنجيز بهذا المعنى ليس شرطا في شئ من المعاملات، لأنه غير منافي لمقتضاه لو علق، بل هو بيان للواقع، فلو أريد من اعتبار التنجيز أنه لا يعلق على ذلك فهو باطل قطعاً، ولو أريد تجريد الصيغة عن ذلك في اللفظ وإن كان معلقاً بمعنى فلا دليل عليه، بل هذا مؤكد لما هو قضية المعاملة. اللهم إلا أن يقال: يعتبر العلم بوجود ما هو متعلق العقد بواسطة أو بدونها، فما لم يعلم لم يصح عليه عقد ولا إيقاع. وهو في غاية الظهور من الوهن، للقطع بجواز توكيل الغائب، أو توكيل الحاضر في أمر غائب، وطلاق المرأة الغائبة، ونكاح الولي الصغير من الغائبين (١) ونحو ذلك. نعم، يمكن أن يقال: إن هذه كلها مقطوعة الوجود (٢) شرعاً، لقضاء الاستصحاب في ذلك كله بالبقاء، فهذا في الحقيقة موجود، فيصير التنجيز للعلم بالوجود شرعاً، وهذا المقدار كاف في التنجيز وإن لم يحصل القطع الوجداني. ولذلك يفرق بين مستحصب الوجود ومستحصب العدم، فإنه لو كان لشخص

(١) في (ف)، (م): الصغيرين الغائبين. (٢) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مقطوع الوجود.

[١٩٤]

بنت صغيرة لا يعلم أنها قد ماتت أم لا يجوز أن يزوجه لشخص، وأما لو لم يكن له بنت لكن يحتمل أنه قد ولدت له بنت قبل هذا بعد غيبته عن زوجته الحامل فلا يجوز أن يعقد عقد النكاح، ويبطل عقده وإن صادف وجود البنت في الخارج، وكذلك لو طلق امرأته التي يحتمل تزويج وكيله له إياها بعد غيبته عن وكيله فإنه لا يقع الطلاق وإن صادف التزويج في نفس الأمر، ونحو ذلك في المعاملات المالية أصالة أو تبعاً، فإن كل مستحصب الوجود يصح فيه العقد إن صادف

الواقع، وكل مستصحب العدم يبطل وإن صادف وجوده في الواقع. لكن لمانع أن يمنع ذلك ويقول لا فرق بين مستصحب الوجود والعدم في عدم حصول القطع بالوجود والترديد بين الوجود والعدم، والتنجيز عبارة عن إيقاع هذه المعاملة على كل حال، مع أنه في الواقع لا يتحقق على فرض العدم، فينحل الكلام إلى قصد الوقوع على تقدير الوجود، فإن كان هذا يعد تنجيزاً بمعنى كونه مقصود الوقوع على أحد التقديرين - كما يذكره الفقهاء في بعض المقامات - فليكن في المقامين كذلك، وإن كان هذا تعليقا لكن هذا التعليق غير قاذح - لأن التعليق عبارة عن جعل العاقد الأثر معلقا على شئ آخر لا كون الأثر معلقا في نفسه على ذلك فإنه تعلق لا تعليق - فليكن في المقامين كذلك. فدعوى: أن مستصحب الوجود منجز ومستصحب العدم معلق، لا وجه لها، ولم يقدّم دليل على اعتبار وجود متعلق العقد مطلقا حتى نقول: إن المستصحب موجود فيدخل تحت الدليل دون غيره، بل في بيع الثمار ونحوه دلالة على جواز بيع مستصحب العدم، إذ ليس المبيع هو نفس الموجود، وكذا التوكيل في بيع فرس سيشتريه أو دار سيملكها، مع أن جماعة قالوا بصحته (١) وهو الأصح، وأوضح منه التوكيل في شراء عبد وعتقه، وشراء دار ووقفه. وبالجملة: لو قام دليل كلي على اعتبار الوجود في متعلقات العقود ابتداءً أو

(١) لم نظفر على القائل بالصحة، بل استظهر المحقق الثاني اتفاقنا على شرطية كون متعلق الوكالة مملوكا للموكل، ونسب الخلاف إلى الشافعية، راجع جامع المقاصد ٨: ٢٠٧، وإن شئت مزيد تحقيق في المسألة انظر مفتاح الكرامة ٧: ٥٥٢.

[١٩٥]

مع الوساطة - كما ذكرناه - فيمكن إدراج مستصحب الوجود تحته ومستصحب العدم يكون خارجا عنه، وتصير مسألة التنجيز عبارة عن قصد وقوع الأثر على الإطلاق، لكن هذا الدليل لم يثبت، فكلاهما في جواز تعلق العقد سواء بعد شمول عمومات العقود وعدم وجود مانع آخر من غير ونحوه من المبطلات. فمتى ما صار كذلك لم يبق عندنا إلا فوات التنجيز، فنقول: لا فرق فيهما في عدم حصول الأثر إن لم يصادف الواقع والوجود، فهو في ذاته معلق، والتصريح بذلك في اللفظ لا يعرف وجهها لمانعته أو شرطية تركه، بل هو بيان للواقع، فلا ينبغي اشتراط عدمه. ولو قلنا بأن ذلك معناه تنجيز (١) على أحد التقديرين - كما في النية وغيرها - وهو كاف في ذلك، فيرتفع الأشكال بالمرّة. والمسألة من المعضلات (٢) وربما نبسط الكلام فيها في المبطلات إن شاء الله. ومن هنا يظهر: أن تعليق الوصية بالموت وتعليق التدبير به كذلك أيضا ليس من منافيات التنجيز في شئ، لأن ذلك تحقيق لمفهوم الوصية والتدبير، إذ ليس معنى الوصية التملك المطلق، بل التملك الخاص، وكذلك الوصاية. وليس معنى التدبير العتق، بل الوصية بالعتق - كما أفتى به الأكثر (٣) - لا عتقا معلقا بشرط أو بصفة - كما يراه بعضهم (٤) - فإن ذلك باطل. وثانيها: أنه قد يتوقف صحة العقد والأيقاع شرعا على بعض أشياء، كما أن صحة الطلاق مشروطة بعدم كونها حائضا أو في طهر الموافعة أو بسماع العدلين،

(١) في (ن): التنجيز. (٢) في (ن، د): المفصلات. (٣) أفتى به المحقق في المختصر النافع: ٢٣٠، ومال إليه الشهيد الثاني بعد أن نسبه إلى الأشهر، انظر المسالك ٢: ١٢٧. (٤) كذا عرفه ابن إدريس واعتبر فيه نية التقرب، وفرع عليها عدم جواز تدبير الكافر، راجع السرائر ٢: ٢٠، وهو ظاهر عبارة المحقق في الشرائع، حيث قال: (التدبير هو عتق للعبد بعد وفاة المولى) الشرائع ٣: ١١٧.

وبيع الأمة مشروط بعدم كونها ام الولد، وبيع العصير الموجود في الحب (١) - مثلا - موقوف على عدم صيرورته خمرا، والتوكيل في عمل مشروط بعدم كونه مشروطا بالمباشرة، والأخذ بالشفعة موقوف على القدرة على الثمن، والبيع موقوف على القدرة على التسليم، والمزارعة موقوفة على وجود الماء، والنكاح موقوف على عدم كونها في عدة أو ذات بعل، ولا يخفى شرائط الصحة على من لاحظ الفقه إجمالا فضلا عن التفصيل. فعلى هذا فقد يكون وجود هذه الشرائط معلوما فلا إشكال في التنجيز، ومرة يكون معلوم العدم (٢) فلا إشكال في البطلان، ومرة (٣) يكون مشكوكا. فنقول: لا ريب أن هذه الشرائط - كما قرر في محله - ليست شرائط علمية - بمعنى اشتراط معلوميتها حين العقد والأيقاع - بل هي شرائط واقعية، فإن اتفق وجودها في نفس الأمر صحت المعاملة، وإن اتفق عدمها بطلت، فمرة يوقع العقد أو الأيقاع مطلقا، فيقول (٤): (أنت طالق) أو (زارعتك) أو (بعتك هذا العصير في الحب) ومرة (٥) يعلقهما (٦) بشرائط الصحة، فيقول: (أنت طالق إن كنت طاهرة) و (زارعتك إن كان الماء موجودا) و (بعتك هذا إن لم ينقلب خمرا) وغير ذلك (٧) كقوله: أنكحتك إن لم تكن المرأة في عدة. وبعبارة أخرى: في كل مقام شك في وجود شرط من شرائط الصحة مرة تقع المعاملة مطلقة، ثم يلاحظ الواقع، فإن صادف وجود الشرط وفقد المانع ولو بدليل شرعي - من أصل أو غيره - فيحكم بالصحة، وإلا فبالبطلان. ومرة [أخرى] (٨) يعلق بوجود ذلك الشرك أو فقد ذلك المانع، فينحل أما الى بيان الواقع كما في شرط الماهية، وإما إلى التنجيز على أحد التقديرين، نظير ما ذكرناه في

(١) في (م): الدن. (٢) في غير (م): معلومة العدم. (٣) في (م): وإخرى. (٤) في (ن، د): فيقال. (٥) في (م): في الدن، وإخرى. (٦) في سوى (م): يعلقها. (٧) في (م): وغيرها.

الأمر الأول. ويجئ هنا أيضا الكلام في أنه قد يكون الشرط والمانع مستصحب الوجود، وقد يكون مستصحب العدم، فلو كان الأصل على طبق الصحة من وجود الشرط وفقد المانع فهو يكون في حكم مقطوع الوجود فيتحقق التنجيز، ولو كان الأصل على خلافه - كاستصحاب فقد شرط أو وجود مانع - فذلك بمنزلة المعلوم البطلان فلا وجه لايقاع المعاملة. ويمكن أن يقال: إن مجرد الأصل لا يوجب التنجيز، بل يكون معنى المعاملة أيضا قصد إيقاع الأثر على تقدير مصادفة الشرط وفقد المانع، وهو في صورتين متحقق. وإن لم يكن هذا تعليقا، بل هو تعلق كما ذكرناه، ففي المقامين لا بأس به أيضا، مع أنه لا يكون الأصل على طبق أحد الأمرين، إما لعدم العلم بالحالة السابقة أو للتعارض أو نحو ذلك. والتزام البطلان ما لم يعلم وجود الشرط وفقد المانع حين المعاملة، ولا يكفي انكشافها بعد ذلك مما لا يحوم حوله فقيه، بل من له أدنى درية. فمقتضى القاعدة أن يقال: إن هذه المعاملة معلقة في الواقع في صحتها على ذلك الشئ، ولا يكون ذكره في اللفظ أيضا إلا بيانا للواقع، بمعنى كون الجزم والتنجيز على الأيقاع على ذلك التقدير، ولا يكون هذا منافيا للتنجيز في شئ، فذكره في اللفظ وعدمه سواء، إذ على تقدير ذكره في اللفظ أيضا ليس فيدا على قصد المعامل، بل هو قيد للمتعلق، بمعنى أنه أوقعت (١) الأثر على ذلك التقدير، وهذا مما لا بأس به. وثالثها: أن ما يعلق عليه المعاملة ما عدا ما يعتبر في صحتها أو ماهيتها -

وبعبارة اخرى: ما يعلق عليه المعامل وإن لم يكن له مدخلة في التحقق ولا الصحة - أقسام، باعتبار كونه شرطاً أو صفة بطريق الالتزام أو التعليق والعلم بوجوده وعدمه وكونه في الحال أو الاستقبال، أو من الامور المتعلقة الممكنة في

(١) كذا.

[١٩٨]

أحد طرفي المعاملة من العوضين أو المتعاضين أو ما هو بمنزلة في مثل الطلاق والعتق ونحوهما (١)، أو من الامور الخارجية. فهنا مباحث: الأول: في الشرط الاختياري المأخوذ في ضمن العقود الجائزة أو اللازمة المدلول عليه بعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢) وهذا القسم - كما سيفصل في بحث اللواحق - ليس مضراً بالتنجيز، وليس من التعليق المضر في شئ. وليس الوجه فيه ما تخيله بعضهم أن المراد من قولنا: (بشرط كذا) أو (وأشترط عليك كذا) ونحو ذلك (٣) هو الالتزام والالتزام، فإن الشرط في اللغة بهذا المعنى، فتكون هذه المعاملة بمنزلة معاملتين: بيع وشرط، وليس من التعليق في شئ، بل هنا أيضاً يراد بالشرط: التعليق، لكن التعليق ليس بالنسبة إلى الأثناء والصيغة، بل تعليق لمتعلق العقد وربط بين مورد العقد وبين الشئ المشروط، أو بيان وصف للأثناء (٤) والمعاملة، كما في شرط الخيار ونحوه. وبالجملة: كلامنا في التنجيز والتعليق بالنسبة إلى نفس الأثناء، دون الربط والتعليق في الموضوع، فإنه جائز لا يضر بالعقد، وسيأتي في اللواحق لذلك مزيد تحقيق وتوضيح بما لا مزيد عليه. الثاني: التعليق الواقع في المتعلقات الراجعة إلى كفيات الموضوع المأخوذ في العقد، كما في قولك: (وكلتلك في بيع الفرس إن اشتراه زيد) أو (إن كان بالقيمة الفلانية) أو (إن جاء الحاج) وهذا الذي يذكره الفقهاء ويقولون: إنه ليس تعليقاً للعقد بل هو قيد للتصرف، والمراد: أنه لا يقول: إن التوكيل معلق بكذا، بل وكلتلك الآن في العمل الواقع في الوقت الفلاني أو بالوضع الفلاني، فيصير هذه (٥) قيوداً للتصرف، إن تحققت نفذ، وإلا فلا، بل يكون فضولياً.

(١) في غيره (م): نحوه. (٢) عوالي اللالي ٣: ٢١٧، ح ٧٧. (٣) في (م): نحوها. (٤) في (ن، د): الأثناء. (٥) في غير (م): هذا.

[١٩٩]

ومن هذا الباب الوصية إن مات في سفر كذا أو في سنة كذا، وليس معناه: أن الآن لا ينشئ الوصية، بل غرضه أنه ينشئ التملك في الموت الكذائي، فإن صادف فقد وقع في محله، وإلا فلا وصية، وكذلك الوصاية إن مات الوصي أو عجز عن الوصية، ونحو ذلك شرط الاشتراك والانفراد والانضمام على بعض الفروض، فإن كل ذلك تسليط على التصرف بالفعل من حيث الوصاية في الفرض المذكور، وليس من التعليق في الأثناء. وكذا مثل قوله: (من رد عيدي فله كذا إن جاء به يوم الجمعة) فإنه قيد للعمل المجعول له. وبالجملة الفقيه يكفيه في ذلك أدنى تنبيه، ولا يحتاج إلى استيفاء الأمثلة، فكل مقام رجع الشرط والتعليق إلى قيد في متعلق موضوع العقد فهو خارج عن المسألة وغير مضر في التنجيز. الثالث: التعليق الراجع إلى أوصاف الموضوع، كالعين في العقود المملوكة لها، كقوله: صالحت أو بعثت أو

وهبت لك هذه الحنطة إن كانت حمراء، والمنفعة - مثلا - في العقود المملكة أو المتعلقة بها، كقوله: وقفت أو حبست أو أسكنتك أو آجرتك أو زارعتك هذه الأرض إن كان فيها بئر أو نهر، أو نحو ذلك (١). والتعليق الراجع إلى الأمور الخارجية، كالتعليق على طلوع الشمس أو قدوم الحاج أو نحو ذلك (٢). ومن قبيل الأول: أنت طالق إن كنت بنت فلان، أو زوجتك إن كنت ابن زيد ونحو ذلك (٣). وهذه الأمور المأخوذة شرطا في العقد قد تكون بلفظ الشرط، وقد تكون بأدوات الشرط مثل (إن) و (إذا) ونحوهما، وعلى التقديرين فقد يكون أمرا متعلقا بالماضي، وقد يكون أمرا متعلقا بالحال، وقد يكون أمرا متعلقا بالمستقبل

(١) في (م): نحوهما. (٢) في (م): غيرهما. (٣) في (م): نحوهما.

[٢٠٠]

وكل من ذلك: إما أن يكون معلوم الوقوع، أو يكون معلوم العدم، أو يكون مظنون الوجود، أو مظنون العدم، أو مشكوكا في وجوده وعدمه، فهذه أقسام التعليق. وقد جرى اصطلاح الفقهاء بتسمية الأمر المستقبل المقطوع المترتب (١) صفة، كقوله: (إن طلعت الشمس) والأمر المستقبل المشكوك في وجوده وعدمه - أعم من الظن والشك الاصطلاحيين - شرطا، كقوله: إن جاء زيد أو قدم الحاج. ولا بد من الكلام على هذه الأقسام نفيا وإثباتا، توضيحا للمسألة، ودفع بعض الشبهات الواردة على المطلب في بعضها. أحدها: التعليق بوصف للموضوع أو بأمر خارج اعتبر في زمن الماضي بلفظ الشرط مع العلم بحصوله، كقوله: (أنكحتك بشرط كونك قد حججت) أو (بشرط كون الحجاج جائين أمس) مع العلم بأنه حج أو الحجاج جاؤوا. وهذا أيضا مما لا يضر في صحة التنجيز والعقد، لأن المعلق على شئ حاصل لا توقف في حصوله، فهو بعد علمه بوقوع الشرط قاصد لتنجيز العقد، وليس هذا إلا تعليقا صوريا، فالعقد قد وقع والأنشاء قد صدر منه جزما وبنا من دون توقف، ومجرد الاشتراط اللفظي غير مانع منه غايته: اللغوية، ومثل ذلك لا ينافي عقدية العقد. الثاني: هو الفرض السابق مع كونه بأدوات الشرط، كقولك: (إن كنت حججت) أو (إن جاء الحجاج أمس) والظاهر أيضا أن هذا كالأول، لعدم التعليق معنا وتحقق القصد (٢) المنجز، ولا منافاة بين ذكر هذا اللفظ وصحة العقد. نعم، قد يتوهم: أن أدوات الشرط لصراحتها في إفادة معنى التعليق ليست كلفظ (بشرط) لأنه قابل للسببية والتعليل بخلاف الأدوات، فيصير لهذا اللفظ صراحة على خلاف ما هو المقصود، وقد اعتبر في دوال العقود الصراحة في المدعى وهو الأنشاء الفعلي للمعنى المقصود. لكنه مدفوع بأن أصل الأيجاب والقبول صريحان في المدعى، وهذا إن

(١) كذا في النسخ، والظاهر أن الصواب: المقطوع الترتب. (٢) في (د): العقد.

[٢٠١]

كان (١) تعليقا في المعنى لنافي الأنشاء وورد عليه ما نذكره في إبطال التعليق. لكن هذا مجرد عبارة لا يوجب عدم إرادة معنى الأءنشاء البتة، غايته منافاة الصورة، وهو مرتفع بالعلم بالوقوع الذي يجعلها تنجيذا في المعنى، ولا يلزم أن يكون كل لفظ مذكور في أثناء

العقد صريحا في معناه حقيقة في المدعى، بل العمدة في ذلك (٢) أصل الايجابيين. ودعوى: أن هذا التعليق الصوري يخرج الايجابيين عن صراحتهما، في محل المنع بعد العلم بوقوع الشرط. لا يقال: إطلاق الأصحاب البطلان بالتعليق يشمل المقام. لأننا نقول: الظاهر من أمثلتهم ومن استدلالاتهم إرادة خصوص المستقبل، سلمنا، لكن كلامهم في صورة [التعليق] (٣) في المعنى، وهو لا يجتمع مع العلم بالوقوع. والثالث: هو الفرض الأول مع العلم بعدم الوقوع. والرابع: هو الفرض الثاني مع العلم بعدم الوقوع كقولك: (بعتك إن جاء زيد أمس) مع علمك بأنه لم يجرى، أو (بشروط موت عمرو أمس) مع العلم بأنه لم يموت، وهذان القسمان باطلان في أي عقد أو إيقاع فرض، فلو قال: (أنت طالق إن كنت خرجت من البيت أمس) مع العلم بأنها لم تخرج [لكان باطلا] (٤). والوجه في البطلان: الأجماع، وعدم قصد الأنشاء حينئذ قطعا، ومناقضته لوضع العقد والأيقاع، وليس هذا إلا نظير الوعد والوعيد، بل لا يصدق (٥) عليه اسم عقد وإيقاع أصلا، وهذا - أيضا - ليس من محل البحث في شئ. والخامس والسادس والسابع والثامن والتاسع والعاشر: هو فرض التعليق على أمر فيما مضى بأداة الشرط أو بلفظه مع الظن بالوجود، أو بالعدم، أو الشك

(١) في (ن): إذا كان. (٢) في سوى (م) زيادة: إلى. (٣) من هامش (م). (٤) من هامش (م). (٥) في غير (م): بل يصدق.

[٢٠٢]

في الوجود والعدم كقوله: (أنكحتك إن مات أبي أمس) أو (بشروط موت أبي أمس) مع الشك فيه، أو الظن بأحد الطرفين. وينبغي أن يعلم: أن مرادنا من (العلم) هو العلم العادي الذي يحصل به الاطمئنان ويرتفع به التزلزل، لا العلم البرهاني الذي لا يحتمل فيه الخلاف عقلا. ومرادنا بـ (الظن) ما يحتمل فيه الخلاف احتمالا واضحا يعتني به العقلاء، فلا يجمع هذا الظن مع الاطمئنان في حال، فيصير حكمه حكم الشك، فلذا جعلنا الكل في محل واحد. ولك أن تفرض العلم بمعنى: القطع الذي لا يحتمل فيه الخلاف أصلا، والظن: ما يحتمل فيه وإن كان بعيدا لا يلتفت، لكن لا يكون حكمه إذا حكم الشك، فينبغي التفصيل في أفراد الظن، إن كان مما يوثق به ولا يتزلزل فيه النفس ولا يلتفت إلى احتمال الخلاف فهو كالعلم في حصول التنجيز ولا يضر بالعقد في شئ، وإن لم يكن كذلك فهو كالشك، فتدبر. وبالجملة: هذه الصور التي ذكرناها هي مما هو مورد كلام الفقهاء في مسألة التنجيز والتعليق، وما نذكره من الأدلة على شرطية التنجيز وممانعية خلافه شامل لهذه الصور. والأربعة الأخر: هو التعليق على أمر في الموضوع أو في الخارج مقارن للعقد مع العلم بوجوده أو مع العلم بعدمه، بلفظ الشرط أو بالأدوات، كقولك: (بعتك إن كانت الحنطة حمراء) أو (بشروط كونها حمراء) أو (أنكحتك إن كنت ابن فلان) أو (إن كانت الشمس طالعة الآن) أو بشرط ذلك، مع العلم بأن ذلك الأمر المعلق عليه حاصل، أو مع العلم بأنه ليس بحاصل. والكلام في هذه الصور كالكلام في الماضي بعينه، فإن مع العلم بالحصول يصح العقد، ولا يعد هذا تعليقا، بل ينحل إلى بيان واقع وبيان صفة، ومجرد التعليق اللفظي قد بينا أنه لا ينافي التنجيز المشترك، وقد عرفت ورود الأشكال في الأدوات والجواب فيما سبق.

[٢٠٢]

ومع العلم بعدم الحصول لا كلام في البطلان، لأن هذا لا يكون إنشاء وإيقاعاً للأثر، ومجرد إرجاع الشرط إلى الوصف لا ينفذ في كون ذلك صحيحاً، إذ ليس غرضه (بعتك الحنطة الحمراء) حتى يقال: إنية غاية ما في الباب فوات الوصف وهو لا يستلزم البطلان، بل غرضه: أن هذه الحنطة إن كانت حمراء فقد بعتك إياها، والفرض: أنه يعلم ليست بحمراء، فلم يوقع العقد والتملك أصلاً، لأنه أوقعه على تقدير غير موجود وهو لا يقع ولا يؤثر، وذلك واضح. والستة الآخر: التعليق على أمر مقارن بالشرط أو بأدواته، مع الشك أو الظن بالوجود أو بعدم، كقولك: (أنت طالق إن كنت عدواً (١) لي) أو (إن كان أبوك عدواً لي) مع عدم العلم بالحصول والعدم. وهذه أيضاً من الصور المبطلّة - كالستة السابقة - لو أردنا من الظن ما يقابل العلم العادي، وما نذكره من الأدلة أيضاً في الشرطية آتية (٢) هنا أيضاً. والقسمان الآخران أيضاً: التعليق على أمر في المستقبل بالأداة أو بالشرط مع القطع بعدم وقوعه، كما لو قال: (أنت طالق إن جمعت بين النقيضين) أو (بعتك الفرس إن طلعت الشمس من المغرب غداً) أو (إن طار زيد في السماء) أو بشرط أحد هذه الأمور. ولا ريب في بطلانه، لعدم القصد، وعدم صدق العقد والإيقاع، ولزوم تخلف المعلول عن علته من جهتين لو صح، مضافاً إلى الأجماع على ذلك، بل المسألة واضحة. والقسمان الآخران: هما السابقان مع العلم بأنه يقع، كقوله: (بعتك إن طلعت الشمس غداً) أو (بشرط أن تطلع كذلك) فهل هذا صحيح لأن هذا ليس تعليقا لأنه عالم بالوقوع فيصير جازماً بالأشياء، أو هذا أيضاً باطل؟ والحق أن هذا أيضاً من صور فوات التنجيز [الذي] (٣) نذكر الأدلة على بطلانه.

(١) في (ن): عدوة. و (العدو) للواحد والجمع والذكر والانثى، وقد يثنى ويجمع ويؤنث. (٢) في (م): أت. (٣) من هامش (م).

[٢٠٤]

والستة الآخر: التعليق على أمر خارج أو ملحوظ في الموضوع المستقبل بالشرط أو بأدواته مع الشك في أنه يحصل أم لا، أو مع الظن بحصوله أو بعدمه. وهذه الستة أيضاً لا تخفى أمثلتها بعد ملاحظة ما سبق، وهي من الصور التي أقيم الدليل على بطلانها في العقد والإيقاع. فالتنجيز الذي هو شرط في المعاملات عبارة: عن عدم كونه معلقاً بأمر في الماضي أو في الحال مع عدم العلم بوقوعه أو بعدمه، أو في المستقبل مع عدم العلم بعدمه، بشرط عدم كون ذلك الأمر من شرائط الماهية - بمعنى عدم تحقق ماهية العقد والإيقاع بدونها - ومن شرائط الصحة شرعاً، ومن الأمور الراجعة إلى متعلقات موضوع العقد والإيقاع، وغرضنا من هذه القيود: أن بعض هذه الصور الخارجة بالقيود صحيح بلا كلام، وليس من فوات التنجيز في شئ وإن كان في اللفظ مشروطاً، وبعضها باطل بلا كلام، لعدم تحقق القصد واسم العقد، ولا حاجة إلى إبطالها (١) بفوات التنجيز وإن كان التنجيز أيضاً فائتاً فيه، فانحصر البحث فيما ضبطناه من الصور تفصيلاً سابقاً، وإجمالاً أنفاً. فنقول: إن الوجه في اشتراط التنجيز بالمعنى الذي ذكرناه أمور: أحدها: الأجماع المحصل من كلمة الأصحاب قديماً وحديثاً بحيث لا يكاد يعرف منهم مخالف في هذا الباب. وما قد يتفق في كلامهم من التصحيح مع التعليق، فهو إما من شرائط الماهية، أو الصحة، أو من التعليق في متعلقات موضوع العقد دون نفسه، وقد بينا خروجها عن البحث وإن كان تميز هذه الصور يحتاج إلى فقيه نبيه (٢) فإن جماعة من المتفقهة قد اشتبه عليهم الأمر في هذا الباب. وقد نقل على ذلك إجماع الأصحاب أيضاً جماعة (٣) فالأجماع محصلاً

(١) في (م): إبطاله. (٢) في (م): إلى إمعان النظر. (٣) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١١٤ (في باب الوكالة) وفخر المحققين في شرح الأرشاد على ما نقله عنه في مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٦، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ١٨٠ (في باب الوكالة) والشهيد الثاني في تمهيد القواعد: ٥٢٣، والمسالك ٥: ٢٥٧.

[٢٠٥]

ومنقولاً دال عليه وحجة فيه. وثانيها: أنه مناف لوضع العقود والايقاعات، فإن أدلة العقود بأنواعها وأصنافها تنصرف إلى ما هو وضع العقد عند الناس كافة، ولا ريب أن التعليق بهذا المعنى مفوت لما هو طريقة العقد والايقاع عرفاً فلا تشمل ذلك، فيبطل بالأصل. وثالثها: ما علل به جماعة: من أن العقود إنما يراد بها معنى الأنشاء، سواء قلنا بأنها حقيقة في هذا المعنى أو مجاز، وكذلك في الأيقاع ولا ريب أن الأنشاء عبارة عن إحداث ذلك الأثر المقصود - بمعنى كون تلك اللفظة علة تامة في حصوله - فمتى ما علق على شئ آخر، فإما أن يقع ذلك الأثر من دون حصول المعلق عليه فيصير منافياً لما قصد في العقد، وإما أن يقع بعد تحققه، فيلزم من ذلك تخلف المعلول عن علته التامة. فإن قلت: إن بعد (١) التقييد لا يكون علة تامة، بل يكون هو مع ذلك القيد علة تامة. قلت: هذا مناف للأدلة، فإن مقتضاها إنما هو كون الصيغة سبباً تاماً في ذلك. فإن قلت: لا مانع من كون الشروط والتعليقات قيوداً لزمان التأثير - كما ذكرت نظيره في الوصية والتدبير - فنقول: أما على كون المعلق عليه في الماضي أو الحال مع عدم العلم بحصوله يصير معناه: أنني جازم وعازم بالتمليك - مثلاً - على ذلك التقدير لا على التقدير الآخر، وأما على فرض كونه في المستقبل فمعناه: إنشاء التمليك - مثلاً - من ذلك الوقت، فإذا قلت: (بعث إن جاء زيد) يكون معناه: أنني الآن أوجدت التمليك الحاصل وقت مجيء زيد، وهذا لا يكون قيوداً في الأنشاء، بل يكون قيوداً في المنشأ، ولا مانع عن ذلك. قلت: هذا ينافي ماهية العقود، فإن البيع هو التمليك الفعلي لا الشأني (٢)، وكذا غيره من العقود والايقاعات، فإن ألقاها موضوعة للمعاني الكائنة بالفعل،

(١) في (ف) زيادة: حصول. (٢) في (ن): الفعلي الأنشائي، وفي (د): الفعلي لا الأنشائي.

[٢٠٦]

فإنشاؤها عبارة عن إحداث ذلك الأثر بالفعل، وأما بالقوة فهو ليس بيعاً وصلحاً ونحوهما (١). ولا ينتقض بمثل عقد الفضولي ونحوه، إذ ليس غرضنا من التمليك هو ما جعله الشارع مملوكاً صحيحاً، بل غرضنا المفهوم العرفي الذي يتحقق في ضمن البيع الفاسد، فالمراد: قصد (٢) هذا الأثر من نفس المتعاقدين بالفعل، سواء كان هذا ممضى عند الشارع أم لا. وتام الكلام في هذا المقام إنما يأتي في بيان الموانع والمبطلات، ونذكر هنا (٣) - إن شاء الله تعالى - التعليق، ونذكر أن منشأ كونه مبطلاً هل هو أمر شرعي أو أمر لفظي أو أمر عقلي؟ ونذكر في ذلك البحث تحرير المسألة بما لا مزيد عليه نقضاً وحلاً. وبالجملة: كون التنجيز شرطاً وفواته مبطلاً مما قد انعقد عليه الأجماع.

(١) في (ن، د): ونحوه. (٣) في (م) زيادة: أن. (٣) في (ف، م): منها، والعبارة في (م) هكذا: ونذكر أن منها التعليق وأن منشأ كونه مبطلا هل هو أمر شرعي أو أمر لفظي أو أمر عقلي؟ ونحذر المسألة....

[٢٠٧]

عناوين اللواحق في عقد أو إيقاع [العنوان الحادي والاربعون] []
تحقيق الضابط في متعلقات العقود []

[٢٠٨]

عنوان [٤١] في بيان الضابط في متعلقات العقود والايقاعات. لاريب أن متعلق العقود إما عين، أو منفعة، أو حق، أو انتفاع. فالعين تتحقق في البيع والصدقة والهبة والقرض والرهن والصلح والشركة والوصية. والمنفعة تتحقق في الوقف والسكنى والتجيبس والصلح والمضاربة والوديعة والعارية والمزارعة والمساقاة والأجارة والوكالة والجعالة والسبق والرماية والوصاية. ويتحقق الحق في (١) الصلح والضمان والحوالة والكفالة في وجهه. ويتحقق الانتفاع في النكاح الدائم والمنقطع، فإن العقد فيه ليس مملكا للمنفعة، بل للانتفاع. وقد يكون هذه الأشياء في عقد معاوضة أو في عقد مجاني، وقد يكون العوض من جنسه وقد يكون من مغايره، فالصور من ملاحظة كل من الأربعة عوضا ومعوضا بانفراده وإجتماعه مع مجانسه أو مغايره كثيرة، بعضها ممتنع الوقوع - بمعنى أنه ليس (٢) عقد قابل لذلك كله - وبعضها يوجد في عقد دون

(١) في غير (م): الحق والصلح. (٢) في (م): بمعنى أن ليس هناك عقد.

[٢٠٩]

آخر، وأعم العقود هو الصلح، فإنه ليس عقد (١) أشمل منه وأكثر موردا (٢) منه. ولا بد من بيان الضابط الأجمالي أولا في ذلك حتى يجعل معيارا في كل باب ويلاحظ (٣) بالنسبة إليه. فنقول: قد تقدم مرارا، أن العقود ليست من المخترعات الشرعية، بل إنما هي أمور مجعولة مقررة عند العقلاء على نحو ما يحتاجون إليه في أمور معاشهم ونظام امورهم، وهذا كله كان موجودا في زمن صاحب الشريعة، لكنه قرر طائفة من ذلك ومنع عن طائفة اخرى، وقيد بعضها وأطلق اخرى، فالمعيار حينئذ بعد ذلك في ضبط المتعلقات والموارد إنما هو ما جرت عليه طريقة الناس في كل باب، إلا ما دل الدليل على إخراجهم. وما خرج عن القانون العرفي فهو ليس بمشمول للأدلة، فيحتاج في صحته إلى دليل خاص، ولذلك جعل الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - في كل باب ضابطا بحسب ما وجدوه متعارفا بين الناس في ذلك النوع. فمن العقود: ما هو لتمليك الانتفاع - كالنكاح - ومنها: ما هو للتسليط على التصرف، ومنها: ما هو لتمليك عين، ومنها: ما هو يتعلق بالمنافع، ومنها: ما يتعلق بالحقوق، ومنها: ما يتعلق بالاثنين أو الثلاثة. ثم قد يكون المتعلق شيئا موجودا في الخارج معينا، وقد يكون [موجودا] (٤) في الخارج كليا مشاعا، وقد يكون معدوما معينا، وقد يكون معدوما كليا ونحو ذلك من التقسيمات، فلا بد في الضبط من رسم مباحث. الأول: كل عقد فيه جهة مالية لا يصح أن يكون متعلقا بما لا مالية له. والمراد بالمال أخص من الملك، إذ المملوك كل ما كان للإنسان تسلط عليه

شرعا في التصرفات، والمال عبارة عما له قيمة في العادة، فحبة الحنطة وقشر الجوز ونحو ذلك من الأشياء الحقيمة وإن كانت مملوكة لمالكها لا يجوز غضبها وإتلافها إلا

(١) في (م): لا عقد. (٢) في (ن، د): موارد. (٣) في (ف، م): يلاحظه. (٤) لم يرد في (ن، د).

[٢١٠]

بالأذن، لكن لا مالية لها، فلا يجوز وقوع مثل ذلك في عقود المعاوضات كالبيع والصلح والنكاح ونحو ذلك. وبالجملة: كل شئ لا مالية له لا يكون عوضا في المعاوضات، وأما وقوعه في العقود المجانية - كالهبة والعطية ونحو ذلك - فربما قيل بأنه يصير واقعا في هذه العقود ما لا يقع في باب المعاوضة. وليس ببعيد، إذ التملك المطلق يتعلق بحبة الحنطة كما يقع الغصب فيه ونحو ذلك، وإن كان في شمول أدلة الهبة ونحوها لمثله نظر ظاهر. الثاني: أن عقود الأعمال - كالأجرة والوكالة ونحوها - إنما تدور مدار كون العمل مقصودا للعقلاء، وليس كل عمل يتعلق به هذه العقود، فما يعيثر به الجهال من الأعمال الغير المقصودة للعقلاء - كالذهاب إلى الأماكن الخطرة ورفع صخرة ونحو ذلك - لا تتعلق به المعاملات، لعدم وجود نفع يعتد به، ولهذا لو فرض في هذه الأفعال ما يخرجها عن اللغو ولو بالعارض يصير (١) كباب السبق والرمية الذي رخص الشارع فيه لمصلحة نظام الجهاد، مع أنه في الحقيقة نوع من القمار. الثالث: أن العقد المتعلق بما في الذمة - كالرهن والضمان والحوالة - لا بد من تعلقه (٢) بشئ ثابت في الذمة حين العقد، بخلاف ما يتعلق بالذمة بعد ذلك بسبب - كدية العاقلة قبل حلول النجم، أو نفقة الزوجة، أو نظائر ذلك - فإنه مما لم يتعلق بعد بالذمة، فلا وجه لتعلق العقد بها، لأنها معدومة صرفة. وأما التفصيل، فنقول: لا كلام في أن البيع لا يتعلق إلا بالأعيان، ولذا يقولون: أن البيع ناقل الأعيان، فلا يقع المبيع منفعة ولا حقا ولا انتفاعا. وأما الثمن فلا يكون أيضا حقا، لأن البيع من عقود الأموال، والحق ليس مالا في نفسه وإن تعلق بالمال في بعض الأفراد، ولا يكون انتفاعا أيضا بالأولوية، لأنه من عقود التملك، ولا ملك حقيقة في الانتفاع، بل هو نوع تسلط.

(١) في (م): لصارت. (٢) في غير (م) تعلقها.

[٢١١]

نعم، الكلام في أن الثمن هل يكون منفعة أم لا؟ ظاهر إطلاق الأصحاب العوض في البيع وعموم أدلته جواز كون المنفعة ثمنا، ولم نقف على من منع منه صريحا. نعم، نسب المنع الشيخ الأكبر (الشيخ جعفر الغروي) في شرح القواعد إلى بعض الأعيان (١) - وكأنه من معاصريه - ونحن لم نقف على منع لفقهاءنا (٢) في ذلك، فكل عين لها مالية قابل لأن يكون مبيعا، إلا ما أخرجه الدليل بحسب طريان أوصاف مانعة، وسيوضح الموانع والمبطلات في بحثها إن شاء الله تعالى. وكذا كل عين مالي أو منفعة مقصودة لها مالية يقبل أن يكون ثمنا، إلا إذا منع عنه مانع. ولا بحث أيضا في أن الوجود بالفعل غير معتبر، بل كما تتحقق المعاوضة بالوجود كذلك تتحقق بالمعدوم، وهو الكلي الثابت في الذمة باعتبار وجود أفراد (٣) بحيث

يمكن تحصيله (٤) في ضمن الأفراد. نعم، هنا كلام معروف جار في البيع وسائر عقود المعاوضة في الأعيان والمنافع، وهو: أن الملكية عرض من الأعراض المعروفة، ولا ريب أن العرض لا يتحقق إلا بمحل موجود فكيف يعقل تعلق الملك بالمنفعة المعدومة أو بالعين المعدومة؟ ولا ريب أن عقود التمليكات كلها موضوعة لحصول الملك، وهو لا يتحقق إلا مع وجود موضوع، فيكون مقتضى القاعدة اشتراط كل ما يكون فيه تمليك من العقود بوجود المتعلق، ويكون ما عداه خارجا بالدليل، وهذا أصل ينفع في أكثر الموارد، فلا يجوز أن يكون العوض ولا المعوض كليا، ولا فردا مرددا، ولا شيئا معيناً معدوماً، وما ورد في الشرع من هذا الباب فقد أخرجه الدليل. ويبقى البحث في أن الملك إذا امتنع تعلقه بمعدوم، فكيف يجوزه الشارع؟

(١) شرح القواعد (مخطوط) الورقة: ٤٨. (٢) العبارة في غير (م) هكذا: وإلا لم نقف لمنع من فقهاؤنا. (٣ و ٤) في غير (م): أفرادها... تحصيلها.

[٢١٢]

فقيل: إن المنفعة - مثلا - موجودة بوجود العين، والثمار - مثلا - موجودة بوجود الأشجار، والكلبيات موجودة بوجود ما يفرض من أفرادها، وهذا المقدار يكفي في تعلق الملكية (١). وهذا الكلام ساقط، إذ المنفعة لا توجد إلا بوجود أجزائها جميعا في الخارج، وكذا الثمار، ووجود الشجرة ليس وجودا للثمرة كما لا يخفى، وكذلك في الكلبي: فإن أريد منه الموجود في ضمن هذه الأفراد فيرجع إلى الفرد المشاع، وإن أريد نفس الكلبي - ولو كان وجوده مثلا بعد ذلك ولو في ضمن أفراد - فهذا ليس إلا بيع معدوم، ومجرد تعيين ماهية وتقررهما في نفس الأمر ليس موجبا للوجود، غايته: الخروج عن الجهالة، وليس كلامنا في ذلك. وقيل: إن المراد: تمليك القابلية والاستعداد في هذه الأمور المعدومة، والقابلية موجودة في العين، أي: في مثل الدار والشجرة ونحو ذلك. وهذا مع منافاتها للأدلة ولكلام الأصحاب وكون قصد المتعاقدين خلافه مما لا يصغى إليه. وقيل: إن المراد من التمليك: التعليق، بمعنى: أنه إذا وجد ذلك يكون ملكا، وبعبارة أخرى: العقود المملوكة إنما دلت على النقل على النحو الذي هو للمالك، فالمنفعة والنماء والكلبي المعدوم، كما أنه ليس ملكا للمالك الناقل بالفعل فكذلك للمنفوق إليه، بل يراد به نقل الملك الكذائي، ومعنى كونه تمليكا إحداث هذا الوضع الذي للمالك - وهو كون الشيء بحيث إذا حصل كان ملكا له - للمشتري والمستأجر، يعني يجعله بحيث إذا وجد ذلك النماء والمنفعة يكون ملكا لك، وهذا (٢) ليس من تعلق العرض بالمعدوم. وهذا أيضا مناف لظاهر الأدلة وقصد المتعاقدين ولكلام الأصحاب، بل الظاهر أنه يملك الان الشيء المعدوم ويجري عليه جميع آثار الملك.

(١) لم نظفر على قائله، وهكذا الأقوال الآتية. (٢) في (م): هو.

[٢١٣]

ويمكن أن يقال: إن هذا ليس ملكا حقيقة، بل هو ملك حكمي رتب الشارع [الأثر] (١) على ذلك، وهو جعل والاعتبار لا يقتضى الوجود في التاريخ بل إنما يلزم ذلك في الملكية العرفية الحقيقية، فيكون تنزيلا للمعدوم منزلة الموجود وترتبيا لحكم الملك عليه تعبدا. وعلى كل حال: فالأصل في كل ما جعل متعلقا في العقود أن يكون

موجودا، خرج ما دل الدليل عليه - من السلم ونحوه - عن القاعدة وبقي ما عداه. وحكم الصدقة والعطية والهبة والقرض حكم البيع في اعتبار كون المتعلق عينا ماليا لا منفعة ولا عينا غير متمولة (٢) لأنه خلاف وضع هذه العقود، وخلاف ما هو المستفاد من أدلتها (٣). وأما الوقف والسكنى والتحبس والعارية والأجرة فالضابط في متعلقاتها: كل عين يصح الانتفاع منها مع بقائها (٤) إذ المقصود في ذلك كله هو المنفعة، وهي لا تستوفى إلا شيئا فشيئا، فما لم يكن الشيء قابلا للانتفاع به من دون تلف للعين (٥) لا يمكن فرض هذه العقود فيه، فلا يصح تعلق هذه العقود بمثل المطبوعات وسائر المأكولات التي لا انتفاع بها مع بقاء عينها، وهذا هو مقتضى القاعدة، وقد خرج عنها أشياء نذكرها في ذيل البحث. وحكم عوض الأجرة حكم ثمن المبيع في كفاية كل ما هو عوض متمول. والرهن لا يتعلق إلا بما يمكن استيفاء الدين منه، لأنه في الحقيقة وثيقة للدين فلا يكون إلا مالا، لأن غيره غير قابل للاستيفاء، ولا يكون منفعة لفواتها شيئا فشيئا وعدم اجتماع أجزائها، وعدم إمكان القبض الحقيقي فيها إلا بعد إتلافها، والرهن مبني على البقاء، وفي اشتراط كونها (٦) مما فيه الدوام وعدم سرعة الفساد وجهان مذكوران في كتب الفروع، والذي تقتضيه القاعدة التي اجملناها،

(١) من (م). (٢) في سوى (م): غير متمول. (٣) في (ن): الأدلة، وفي (د): أدلته. (٤) في غير (م): يصح الانتفاع منه مع بقاء عينه. (٥) في (ن): العين. (٦) أي: العين المرهونة.

[٢١٤]

أولا عدم الجواز إلا بعد دليل خاص، فتدبر. والمضاربة: المعاملة على العمل المتعلق بمال التجارة بحصة من الربح والمضاربة: معاملة على الأرض بحصة من النماء والمساقاة تتعلق على الأصول الثابتة بحصة من الثمرة وما في حكمها، مع كون الأصول باقية. والوصية تتعلق بالمال عينا كان أو منفعة، لعموم دليلها وكون وضعها في العرف كذلك. وبالجملة: العمدة للفقهاء ملاحظة نوع المعاملة ووضعها المعهود في العرف المدلول عليه بالأدلة والاطلاقات، وكل ما هو منافي لوضعها فهو مما لا يمكن تعلقها به. وهذا تفصيل ما اجملناه في أول العنوان، ولكن النبيه بعد ملاحظة هذه القاعدة يقدر على استخراج الفروع التي ذكرها الفقهاء في متعلقات العقود، وحكموا في بعضها بالصحة وفي بعضها بالعدم واستشكلوا في البعض الآخر، وكلها مبنية على معرفة ماهية المعاملة من العرف أو من عموم الدليل. ولا يخفى أن ذلك كله إنما هو بحسب أصل المورد في الجملة وقد يكون لهذه الموارد قيود باعتبار الشرائط من قبض ونحوه، والموانع من الغرر والجهالة ونحو ذلك توجب خروج بعض الأفراد، وذلك يتضح بعد ملاحظة ما نذكره من القواعد الآتية، وكلامنا الآن إنما هو في جهة المقتضي، فتدبر. نعم، هنا مباحث شريفة وقواعد متقنة متعلقة بضبط موارد العقود في بعضها (٢) لمكان الأشكال والأجمال نشير إليها حتى يصير تنميما لهذا المقام. قاعدة: قد مر أن البيع مورده العين، ولا ريب أن العين تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم، فهل المعاوضة على ذات العين المبيعة بحيث لا مدخل في الصفات في العوض، أو على المجموع المركب من الذات (هامش) * (١) أي: العين المرهونة. (٢) كذا في النسخ، والظاهر حصول تقديم وتأخير في العبارة، ولعلها في الأصل: ولمكان الأشكال والأجمال في بعضها نشير إليها....

[٢١٥]

والوصف؟ وبعبارة أخرى: هل الأوصاف تقابل بالاعراض أم لا؟ ولا يختص الكلام بالبيع، بل يعم سائر المعاوضات العينية وغيرها، حتى أن المنفعة أيضا قد تلاحظ بذاتها - كالسكنى والركوب ونحو ذلك - وقد تلاحظ بالنسبة إلى أوصاف المنفعة - كالاختبارات التي بها تزيد الرغبة على المنفعة وتنقص - فيصير النزاع في أن كل معوض من عين أو منفعة في العقد هل المقابل بالعرض أصله ومادته، أم هو مع أوصافه؟ وهنا بحثان: أحدهما: بالنسبة إلى سائر الصفات غير وصف الصحة. وثانيهما: بالنسبة إلى وصف الصحة. فنقول في الأول: لاريب أن الصفات مما يوجب زيادة في القيمة ونقصا فيها، فإن الحنطة - مثلا - إذا كانت حمراء لها قيمة، وإذا كانت صفراء فلها قيمة أخرى، وقس على ذلك غيرها من الأعيان الأخرى، فإنها تتفاوت قيمتها بملاحظة كونها في مكان دون آخر، أو في زمان دون آخر، وفي الأعيان المعمولة بالنسبة إلى كون عاملها الشخص الفلاني أو غيره. فكون الأوصاف مما تختلف بها القيم مما لا شبهة فيه، ومن هنا يعتبر في التخلص عن الغرر والجهالة ذكر الأوصاف التي تتفاوت بها الرغبات - كما نذكرها في مسألة الغرر - وإذا خرج المعوض على خلاف الوصف يتسلط العاقد على الفسخ - كما ذكره في خيار الوصف - اعتمادا على أدلة نفي الضرر، كما نهينا عليه في تلك القاعدة. لكن الظاهر من الأصحاب الاتفاق على أن الأوصاف بأنفسها غير مقابلة بالعرض بحيث يكون قسط من الثمن بإزائها، بل المعوض عبارة عن جوهر الشئ ومادته، وأما اعتباراته وأوصافه فهي موجبة لزيادة القيمة ونقصانها، لا أنها أيضا جزء من المعوض، ولذلك نصوا على أن فوات الأوصاف لا يوجب التبعض في الصفقة، بل يوجب الخيار نظرا إلى لزوم الضرر، لكنه لم يفت من المعوض جزء حتى يسقط من العوض شئ في مقابله، ومجرد اختلاف القيمة

[٢١٦]

باختلافها لا يوجب كونها جزءا من العوض، فلا تذهل. والمراد بالأوصاف التي نذكرها هنا ليست أوصاف النوع المميزة بين الأنواع (١) بحيث يختلف باختلافها الماهيات - كما في الحنطة والشعير والبقر والغنم - فإنها داخلة في الماهية ملحوظة في صدق الاسم، وبفواتها يختلف الجنس ويوجب بطلان المعاملة، وبالجملة: الكلام في أوصاف الأصناف، دون أوصاف الأنواع التي يعبر عنها بالفصول المنوعة. فإن قيل: إن المبيع إذا كان - مثلا - هي الحنطة الحمراء ثم بانت على خلاف الوصف، فلا ريب أن الوصف وإن لم يكن ذاتيا للحنطة لكن بعد اعتبار قديته في المبيع يصير جزءا صوريا من المبيع كالنوع، فإما أن يكون فواتها مبطلا للمعاملة كما [لو] (٢) خرج من غير الجنس، وإما أن يكون موجبا لتبعض الصفقة، إذ العوض إنما بذل في مقابل هذا المجموع المركب. قلنا: اعتبار ذلك قيدا في المبيع لا يقتضي كونه جزءا من المعوض، فإن من المعلوم أن المعوض عبارة عن الحنطة وكون الوصف المأخوذ فيه نظير الشرط، والوجه فيه احتمال انفكاك الوصف عنه، وهذا ميزانه العرف، فإذا لم يكن في نظر أهل العرف جزءا للمبيع فلا يكون شئ من العوض في مقابله، والقيود الاعتبارية في المفاهيم وإن كانت كالأجزاء [منها] (٣) في المفهوم لكنها لا يقع عليها المعاملة، فإن قولنا: (بعت الحنطة الحمراء) معناه: بعت الحنطة الموصوفة، لا بعت الحنطة والوصف، فتدبر. وبالجملة: في المعاوضات كلها - من البيع والصلح والمزارعة والمساقاة والأجارة وغير ذلك - لا عبرة بالأوصاف (٤) في مقابلة العوض بمعنى: أنه لا يسقط من العوض شئ في مقابل فوات الوصف، بل: إما أن يقبل كذلك أو يترك،

(١) في (م): المميّزة له من الأنواع الأخرى. (٢) من (م). (٣) من (م). (٤) وردت العبارة في (م) مختصراً، هكذا: وبالجملة لا عبرة في المعاوضات كلها بالأوصاف.

[٢١٧]

وكما لا ينقص بفواته شئ لا يزيد بزيادته أيضاً شئ آخر. ومن هنا أيضاً نقول: لو دفع إلى القابل ما هو على وصف أحسن وأعلى مما ذكر في المعاملة وجب القبول وإن لم يكن هذا عين ذلك الوصف المشروط، لأن الوصف ليس معوضاً حتى تبطل المعاوضة بتغييره، واعتباره إنما هو لعدم الضرر، ومتى ما دفع إليه الدافع ما هو أعلى فلا ضرر، والعين المبيّعة قد وجدت فوجب القبول. وثانيهما (١): في وصف الصحة. لا ريب أن الصحة في الأعيان الخارجية هي الأصل، والفساد على خلافه: إما لأن الغالب في المخلوقات الصحة فالمشكوك فيه يلحق بها، وإما لأن خلقه الله تعالى إنما هي على نهج مقتضى الطبيعة، ولا ريب أن الصحة عبارة عن كون الشئ على ما هو مجرى الخلقة الأصلية، والعيب شئ (٢) يطرأ على الشئ بالعارض، والأصل عدم عروض ذلك العارض المخرج للشئ عما هو مقتضى خلقته وعادته، ولذلك أن سائر الأوصاف لا بد من ذكرها في المعاملة، لاختلاف الرغبات، بخلاف وصف الصحة، فإن عدم ذكرها غير مانع لأقدام الناس على المعاملة بانها (٣) على كون الشئ صحيحاً على طبق الأصل، فكان عدم ذكره بمنزلة ذكره (٤) ولهذا لو فات وصف الصحة وظهر معيباً تخير العاقد أيضاً وإن لم يقيد به في العقد، لأن الصحة بعد قيام هذا الأصل تصير كالشرط الضمني، وفواته يوجب الخيار. إذا عرفت هذا، فنقول: قد علم من ذلك (٥): أن الصحة عبارة عن كون الشئ

(١) أي: ثاني الباحثين، تقدم أولهما في ص: ٢١٥. (٢) شئ: لم يرد في (م). (٣) في (م): بناءً منها. (٤) في (م): (فكان عدم ذكر الصحة بمنزلة ذكرها). (٥) في (م): فقد علم مما ذكرنا. والجملة التي قبلها - إذا عرفت... - وردت بعد قوله: كما ورد في الرواية.

[٢١٨]

على الخلقة الأصلية، ولازمه ترتب الثمرات المقصودة من ذلك النوع أو الصنف عليه، والعيب عبارة عن الخروج عن الخلقة الأصلية بزيادة أو نقيصة، كما ورد في الرواية (١). فنقول: هل وصف الصحة في المعاوضات جزء من المعوض أو كالجزء؟ بمعنى: أنه مقابل بالعوض بحيث لو فات الصحة يلزم من ذلك سقوط جزء من العوض بإزائه (٢) أم لا؟ تخيل بعضهم أنه جزء، وذلك لوجوه: أحدها: أن الصحة من الأوصاف الداخلية، بمعنى: أنها عبارة عن كون الشئ على مقتضى خلقته، فهي بمنزلة الفصول المتنوعة الداخلة تحت الاسم. وفيه: أن الأسماء لا ريب في وضعها للأعم من الصحيح والفاقد، لعدم صحة السلب (٣) وتبادر القدر المشترك، وسبق الصحيح إلى الذهن إنما هو لانصراف الإطلاق، كما لا يخفى، فالاسم [لما هو] (٤) أعم من كونه صحيحاً وفاقداً. وعلى فرض كونه منوعاً أيضاً لا يلزم انقسام العوض بالنسبة إليه، إذ لو كان منوعاً للزم بطلان المعاوضة لو خرج معيباً، لأنه من غير الجنس بناءً على هذا التقرير، مع أنه ليس كذلك. وثانيها: أن الصحة من الأوصاف التي يتزايد بها القيمة، فلو لم يكن شئ من العوض في مقابلها لما كان زيادة القيمة بسببها ونقصانها بفواتها. وفيه: أن هذا لو كان سبباً لكونها جزءاً من المعوض مقابلاً بالعوض للزم ذلك في سائر الأوصاف أيضاً، إذ الأوصاف كلها تختلف بها القيم وتتفاوت بها الرغبات، مع أن الأجماع قام فيها على

عدم كونها مقابلة (٥) بالعرض. ودعوى: أن ذلك لعله خرج بالدليل
وإلا كان مقتضى القاعدة تبعض العوض،

(١) الوسائل ١٣: ٤١٠، الباب ١ من أبواب أحكام العيوب. (٢) في غير (م): المعوض
في إزائه. (٣) في غير (م): لعدم الصحة للسلب. (٤) من (م). (٥) في غير (م):
مقابلا.

[٢١٩]

ليست بأولى من القول بأن زيادة القيمة ونقصانها بسببها أعم من
كونها مقابلة بالعرض. فالقاعدة عدم التبعض إلا فيما ثبت بالدليل،
ولم يثبت، مع أن العرف شاهد على ما قلنا. وثالثها: أن الأجماع قام
على أن المبيع إذا خرج معييا فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين
الأرش، وهو تفاوت ما بين القيمتين من الثمن، وهذا ليس إلا تبعضا
للمصفة، كما أنه إذا تلف بعض المبيع أو ظهر مستحقا تبعضت،
بمعنى: أن المشتري له الخيار بين أخذ الباقي بالنسبة من الثمن
وبين فسخ الكل، وليس الأرش إلا عبارة أخرى عن ذلك، فصار
المعلوم (١) أن وصف الصحة يعد (٢) في مقابل العوض، ولذلك لم
يعتبر [في] (٣) التفاوت في باقي الأوصاف، بخلاف وصف الصحة،
مضافا إلى جريان بعض أحكام الجزئية (٤) فيه في باب الصرف وغيره،
كما ذكره الفقهاء، ولا يخفى [ذلك] (٥) على من راجع. وفيه: أن
قيام الأجماع على ذلك في البيع لا يجعلها كاشفا عن كونها مقابلة
بعوض، بل هو حكم ثبت بالدليل، وأيضا لو كان الأرش على القاعدة -
بمعنى كونه استرجاعا لجزء من الثمن بإزاء (٦) جزء من المبيع -
للزم كون الأرش من الثمن بعينه، مع أن الفقهاء بنوا (٧) على أن
الأرش إنما يعتبر من النقد الغالب فهو يدل على أن ذلك غرامة
جديدة لا ربط لها بالمعاملة دفعا لضرر المشتري. وبالجملة: كما أن
جريان هذه الأمور لا يدل على عدم الجزئية، فما ذكرته من الأرش
أيضا لا يدل على الجزئية والمقابلة (٨) بعوض. والمدار في ذلك على

(١) في (م): فعلم. (٢) في (م): يكون. (٣) من (م). (٤) في غير (م): بعض الأحكام
للجزئية. (٥) من (م). (٦) في غير (م): في إزاء. (٧) في (م): بناء الفقهاء. (٨) العبارة
في (م) هكذا: وبالجملة: إن لم تكن في هذه الأمور دلالة على عدم الجزئية فكذلك
ما ذكر سابقا، فإنه ليس فيه ما يدل على الجزئية وكونه مقابلة بعوض.

[٢٢٠]

العرف، ولا ريب (١) أن المقصود في المعاملة ليس إلا الماهية،
والصحة مقصودة من الخارج توجب زيادة القيمة وشدة الرغبة، فإذا
خرجت معيبة فلا ريب في وجود المبيع بتمام أجزائه، وهذا وصف
مقصود قد فات، وبالجملة: لا أعرف (٢) لجعل الأرش على القاعدة
وجها يعتمد عليه. والحق: أن وصف الصحة أيضا كسائر الأوصاف،
وثبوت حكم الأرش في البيع إنما هو بالدليل، فإن تعدينا إلى سائر
المعاوضات - كالصلح والأجارة ونحوهما - فإنما هو بالمناط المنفج، أو
بشئ آخر. كما أنا قد تعدينا من المثلث إلى الثمن للأجماع على
اتحاد حكمهما. ولو لم يكن هناك دليل معتمد فيقتصر على محل
الدليل في ثبوت الأرش، وغاية ما يثبت في المقامات الأخرى الخيار -
كخيار الوصف - ويختص الأرش بالبيع. ويخطر بالبال هنا كلام في
تطبيق الأرش على القاعدة - ولعله من إفادات شيخنا (الشيخ
موسى) ابن الشيخ جعفر الغروي (٣) عند قرائتنا عليه في خيار

العيب - وهو أن المقرر عندنا: أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، ولا فرق بين تلف الكل وتلف البعض، فلو تلف البعض سقط بحسابه من الثمن، فلو اختار الأبقاء فقد رجع في الحقيقة إلى عوض الجزء التالف وهو ما يخصه من الثمن بالنسبة، وإلا لزم (٤) الجمع بين العوض والمعوض، فالأرش في الحقيقة ضمان التالف، غايته في هذا المقام يسمى بالأرش، وفي مقام آخر بالمثل والقيمة، وفي مقام باحرة المثل، والمعنى في الجميع: ضمان التالف. وهذا الكلام لا أرى له نفعاً فيما أردناه من تطبيق الأرش على القاعدة حتى يتسرى إلى سائر العقود، [و] (٥) يجعل الصحة من موارد العقد ومن متعلقاته في كل

(١) العبارة في (م) هكذا: فالمدار في ذلك حينئذ على العرف ومن المعلوم لديهم.
(٢) العبارة في (م) هكذا: فإذا خرج المبيع مثلاً معيباً يحكمون بوجوده بتمام أجزائه أن الفاتت وصفه المقصود، والحاصل لا أرى... (٣) في (ف)، م: شيخنا موسى بن جعفر الغروي. (٤) في (ف)، م: للزم. (٥) لم يرد في (ن)، د.

[٢٢١]

معاوضة، بل في كل عقد. أما أولاً: فلأن هذه القاعدة وهو الضمان قبل القبض إنما هو مختص (١) بالمبيع وما يلحقه حكمه من العقود بإجماع ونحوه - كالأجارة - ولم يدل دليل عام على أن كل عوض ومعوض في معاوضة فهو مضمون على صاحب اليد ولو كان بإذن المالك الجديد ما لم يحصل القبض، وذلك واضح، فلو سلم هذا المطلب أيضاً لم ينفع في التسري إلى الأبواب الأخرى في إثبات حكم الأرش وجعل الصحة كالجزء. وأما ثانياً: فلأن هذا متى ما دخل تحت باب الأتلاف فلا معنى لكون ذلك مختصاً بالعيب، إذ كل وصف وكل جزء إذا تصرف فيه البائع أو غيره أو أتلفه يضمن ذلك للمشتري، وكذلك في سائر المعاوضات، وهذا ليس إثباتاً للأرش على حكم المعاوضة، بل هو [بعبارة أخرى يصير] (٢) أن المال قد صار مال المشتري متى ما لم يفسخ، وحيث إن البائع أتلف منه شيئاً فهو ضامن له، وهذا يجرى لو غير البائع تركيب المبيع أو غيره إلى صفة أخرى أدنى قيمة منه، فهو أيضاً ضامن، ولم يكن للعيب في ذلك مدخلية، ولم يكن ثبوت الأرش على قاعدة المعاوضة. وأما ثالثاً: فلأن الضمان إنما هو مع الأتلاف، وأما مع التلف السماوي فلا معنى لتغريم البائع، فإن قلت: إنه من جهة أنه مضمون عليه كيف كان، رجع إلى قاعدة ضمان المبيع، لا إلى قاعدة الأتلاف، وقد ذكرنا أنه يختص بالمبيع، فكيف يتسرى إلى غيره إلا بدليل؟ مضافاً إلى أن ضمان المبيع على البائع إنما هو على حسب ما كان حال البيع، فغاية ما ذكرت تفيد (٣) انطباق الأرش على القاعدة إذا كانت العيوب حادثة بين العقد والقبض، وأما لو كان العيب موجوداً فيه قبل العقد فلا ربط لذلك في ضمان

(١) في (م): هذه القاعدة - أي الضمان قبل القبض - مختصة. (٢) لم يرد في (م).
(٣) في غير (ن): يفيد.

[٢٢٢]

البائع للمبيع، لأن المبيع قد صار مبيعاً على حالة كونه معيباً، ولم ينقص من ذلك شئ ولم يتلف من ذاته ولا من صفته شئ في يده حتى يكون ضامناً له. فلو لم يثبت حكم الأرش مطلقاً من الدليل فلا

تنفع قاعدة ضمان المبيع في ذلك، بل يكون حكمه كسائر الأوصاف التي أقدم عليها المشتري وانكشف خلافها، ولا ريب أن ذلك ليس إلتافاً من البائع للوصف، وإلا للزمك أن تقول بغرامة الأوصاف - كما لو غير البائع الوصف بعد البيع وقبل القبض بل إنما هو خروج للمبيع على غير الوصف ولازمه خيار الرد دفعا للضرر، وأين ذلك من تطبيق الأرش على القاعدة؟ وبالجملة: من له نظر ثاقب في الفن لا يغفل عن ملاحظة الجهات بأجمعها في تميم المدعى، ولم أجد شيئاً يركن إليه في جعل الصحة في حكم الجزء حتى ينطبق باب الأرش على القاعدة كما زعمه (١) طائفة. وليس كلام شيخنا المذكور (٢) على الظاهر إلا في خصوص انطباق الأرش على القاعدة في بعض الصور وفي خصوص البيع، وإلا فهو (٣) أجل عن الاعتماد على أمثال هذه الكلمات الموهونة في النظر، وإلا فاللازم علي العود على النظر ثم العود حتى يتضح الأمر، والله الهادي. قاعدة: لا ريب أن مورد الصلح يكون منفعة وحقا كما يكون عينا، وقد نص على ذلك الأصحاب في كتاب الصلح، ولا يكاد يظهر بينهم في ذلك خلاف، وقد ذكروا: أن الصلح يقوم مقام البيع والهبة والأجارة والعارية والأبراء. نعم، لهم كلام في أنه يختص بصورة سبق النزاع أم لا؟ وقد أطبق أصحابنا على التعميم.

(١) في (ن، د): يزعمه. (٢) يعني: الشيخ موسى ابن كاشف الغطاء قدس سرهما المتقدم ذكره في ص: ٢٢٠. (٣) في (م): وإلا فهو لا يتم كما عرفت، والله الهادي. (والاختصار من مصححها، كما لا يخفى).

[٢٢٢]

ولهم كلام أيضا في كونه فرعا للعقود المذكورة - بمعنى كون الصلح في الحقيقة عبارة عما يقوم مقامه من العقد، غايته اختلاف العبارة، ولازمه جريان جميع أحكام المنوب عنه عليه، كما نسبوه إلى شيخ الطائفة (١) وفرعوا عليه في أبواب الفقه تفرعات كثيرة لا تخفى على المتتبع - أو كونه أصلا برأسه، كما ذهب إليه المشهور بل لا يكاد يظهر في ذلك خلاف بعد الشيخ، لعموم أدلته، وأصالة عدم جريان حكم غيره فيه، وعدم دخوله تحت أسامي تلك العقود. وهنا كلام آخر مسكوت عنه في كلام الأصحاب، وهو أن العين المصالح عنها والمنفعة لا إشكال فيهما، من جهة أن ذلك قد تنفج في كتاب البيع والأجارة المنافع والأعيان القابلة للمعاوضة (٢). وأما الحق: فلم يتبين مراد الأصحاب من ذلك، ولم يعلم أن مرادهم جواز الصلح على كل حق إلا ما قام قاطع (٣) على عدم الجواز فيه أو جواز الصلح على الحق في الجملة، بمعنى كون مورد أعم من العين والمنفعة، وليس غرضهم بيان أن أي حق يصير موردا للصلح، وأي حق لا يصير. وبالجملة (٤): نقول: لا ريب أن من الأعيان والمنافع والحقوق ما هو قابل لأن يكون (٥) موردا للعقود الأخر غير الصلح، وما هو غير قابل لشيئ منها، وما هو مشكوك فيه، فما هو قابل للبيع والأجارة والأبراء من الأعيان والمنافع والحقوق فلا كلام في أن الصلح أيضا يتعلق به، لعموم (الصلح) جائز بين المسلمين، إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا (٦) والظاهر أن هذا مما لا بحث فيه، وإنما الكلام في

(١) صرح بذلك في المبسوط ٢: ٢٨٨. (٢) كذا وردت هذه الفقرة في غير (م) ولا يخفى ما فيها، ولذا غيرها واختصرها مصحح (م) بما يلي: ثم إنه لا إشكال في جواز الصلح على المنافع والأعيان القابلة للمعاوضة. (٣) في (م): دليل. (٤) من قوله: بمعنى كون مورد... إلى هنا لم يرد في (م)، مع تبديل (نقول) ب (فنقول). (٥) في غير (م): (ما هي قابلة لأن تكون) وهكذا فيما يأتي في هذه الفقرة. (٦) الوسائل ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح، ح ٢، وفيه: إلا صلحا أحل حراما...

الأشياء التي لا تقع موردا للعقود الاخر، ولا كلام فيها أيضا في خصوص أعمية الصلح في الجملة، بمعنى: أن من الأعيان والمنافع ما هو غير قابل للبيع والأجارة، وهو قابل للصلح، لكن لا ريب أن ذلك ليس فيما هو مطمح نظرنا من ملاحظة أصل القابلية، بل ذلك بحسب العوارض، كالمجهول ونحوه. وبعبارة اخرى: أعمية الصلح في الأعيان والمنافع عنهما إنما هي في اختلاف الصفات، لا أن شيئا غير قابل للبيع بالذات قد يكون قابلا للصلح، وقد أشرنا سابقا في الضابط (١): أن عقود المعاوضات كلها مبنية على اعتبار عوض مالي له قيمة مع وجود النفع المحلل المقصود عند العقلاء، كما أشار إلى هذا الضابط المحقق الثاني في شرح القواعد في كتاب البيع (٢) ويوافقه التتبع. والصلح من عقود المعاوضات، كما نص عليه المحقق الثاني (٣) حتى أن قيامه مقام الأبراء أيضا لا يكون إلا بصورة معاوضة، كقولك: صالحتك عن عشرة بخمسة. وأما في الحقوق: فهل هو أيضا كذلك - بمعنى: أن كل حق ثبت جواز إسقاطه والأبراء عنه يجوز كونه موردا للصلح - أو لا، بل يجوز أن يكون من الحقوق ما لا يسقط بالأسقاط، ولكن يمكن الصلح عليه ويلزم؟ وتفصيل الكلام: أن الحقوق، منها: ما علم بالأجماع والضرورة أنه غير قابل للسقوط، لا بصلح ولا بغيره، كحق استمتاع الزوج عن الزوجة، فإنه لا يسقط بإسقاطه، وكذا لو صالح عنه، بل له الاستمتاع متى شاء. وكذا حتى السبق في باب الرماية، فإنه إذا أصاب أحدهما أزيد من الآخر ولم يتم النضال فلا يجوز الصلح على إسقاط الزائد - كما نص عليه في الروضة (٤) - لمنافاته لمشروعية المعاملة، أو للأجماع.

(١) في (ن): الضابطة. (٢) جامع المقاصد: كتاب البيع الفصل الثالث في العوضين ج ٤ ص ٩٠. (٣) جامع المقاصد ٥: ٤١١. (٤) بل نص بذلك في اللمعة، وقرره في الروضة ٤: ٤٣٤.

ومنها: ما علم قبوله للأسقاط بلا عوض، أو بصلح، كالحقوق المالية، من حق خيار، أو حق شفعة، أو حق قصاص، أو حق رهانة - أو نحو ذلك - فإنها قابلة للأسقاط، وقد نص على ذلك الفقهاء في أبواب الفقه، كما لا يخفى على الممارس. ومنها: ما هو مشكوك السقوط والعدم، أو معلوم عدم السقوط بالأسقاط المجاني، ومشكوك السقوط بالصلح، وله موارد في النظر الان ويظهر أكثرها بعد التأمل، ونشير إلى ما هو في النظر حتى يكون عنوانا للبحث (١). أحدها: الصلح على مثل حق الابوة. وثانيها: الصلح على حق الحضنة. وثالثها: الصلح على حق الولاية لو كان الولي اثنين - كالأب والجد - إذا صالح أحدهما حق الآخر بشئ. ورابعها: صلح حق القسمة للزوجات، وكذا حتى المضاجعة والمواقعة، ولعل المسألة مفروضة في كتب الفروع (٢). وخامسها: الصلح على حق رجوع الزوج، فيما إذا طلق رجعيًا بأن تصالحه (٣) الزوجة عن ذلك بشئ حتى لا يبقى له بعد ذلك رجوع. وسادسها: الصلح على الحقوق الثابتة في العقود الجائزة كحق الفسخ في نحو الشركة والمضاربة ونحوها (٤) وحق العزل في الوكالة، وحق المطالبة في القرض والوديعة والعارية - ونظائر ذلك - فهل يجوز الصلح على شئ من ذلك حتى يلزم وبسقط الحق أم لا؟ وسابعها: الصلح على مثل حق السبق في إمامة الجماعة، أو في المسجد، أو نحو ذلك. وثامنها: الصلح على حق التولية الذي يجعل في مثل الوفاء ونحوه.

(١) وردت العبارة في (م): مختصرا، هكذا؛ وله موارد نشير إليها حتى تكون عنوانا للبحث. (٢) قوله: ولعل المسألة... لم يرد في (م). (٣) في غير (م): يصلح. (٤) في (م): في الشركة والمضاربة ونحوهما.

[٢٣٦]

وتوسعها: الصلح على حق النفقات في مثل الأبوين ونحوه. وعاشرها: الصلح على حق الفسخ في النكاح بسبب أحد العيوب. والحاصل: الغرض من هذا البحث أن الصلح هل هو صحيح في كل حق على مقتضى القاعدة إلا ما أخرجه الدليل - سواء كان من الحقوق المعلوم جواز إسقاطها (١) مجانا أو المعلوم عدم جواز إسقاطها (٢) كذلك أو شك في جواز إسقاطها (٣) وعدمه - أم لا، بل لا يصح الصلح إلا على ما يصح الأبراء عنه والأسقاط؟ وينبغي أن يعلم: أن هذه المسألة ليست هي المسألة الفرعية المعهودة في كتب القوم، لأنها مبنية على أن حكم الصلح في الخيار ونحوه هل هو حكم العقود الخمسة (٤) أم لا؟ وهذه المسألة مبنية على أن مورد الصلح هل هو عبارة عما يمكن أن يكون موردا لأحد الأمور الخمسة - من إسقاط أو عارية أو نحو ذلك - أم مورده أعم من ذلك؟ فيمكن صحة الصلح على شئ ليس قابلا لشئ من المعاملات الخمسة، وهذا الفرق لا يكاد يشتهه على من له خبرة بمذاق الفن. إذا عرفت محل البحث، فنقول: المسألة ذات وجهين، بل ذات قولين: ظاهر بعض عبائر الفقهاء كون الأصل في كل ما شك فيه جواز الصلح، ولذلك ينصون في المقامات التي لا يقبل الصلح عليه (٥) - وهو ظاهر بعض المعاصرين (٦) أيضا - بل قد تداول الصلح على حق الرجعة وعلى حق الفسخ في العقود الجائزة في بلاد العجم على ما نقلوا عنهم (٧) وهو لا ينشأ إلا من فتوى من يعتمدون عليه من العلماء. وظاهر طائفة من المعاصرين ومن قاربنا (٨) من السلف - منهم الشيخ الفقيه

(١ و ٢) في (ف، م): إسقاطه. (٣) كذا في النسخ، والمناسب: إسقاطها. (٤) المراد من (العقود الخمسة) هو البيع والأجارة والعارية والهبة والأبراء. (٥) في (م): لا يصح الصلح عليها. (٦) لم نغف عليه. (٧) العبارة في (م) هكذا: في جملة من الأمصار على ما حكى. (٨) في (م): قاربهم.

[٢٣٧]

المحقق (موسى بن جعفر الغروي) قدس الله تعالى سرهما، حيث نص عليه في الدرس عند قراءتنا عليه - عدم جواز الصلح إلا على ما يقبل الأسقاط وعبارة أخرى: ليس الصلح مشرعا، بل إنما هو ملزم، ويريدون من هذه العبارة عدم جواز الصلح على حق لم يثبت جواز إسقاطه بغيره. ومنشأ الخلاف: أن عموم ما دل على أن (الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا) (١) هل يشمل مثل ذلك أم لا؟ فيمكن أن يقال: إن الصلح أمر عرفي، وهو قطع النزاع، أو إسقاط المطالبات، أو تملك ما يقصد تملكه في الأعيان والمنافع، وليس له حقيقة جديدة توجب الأجمال، ولا ريب أن المفرد المحلي باللام إما موضوع للطبيعة - كما عليه المحققون - والأحكام تتعلق بالطبائع على المختار، فيكون حكم الجواز ثابتا على الطبيعة المستلزمة لسريانه إلى الأفراد كافة، سيما مع حذف المتعلق القاضي بالعموم في أغلب المقامات. وإما أنه ليس موضوعا لها، أو لا يجوز تعلق الأحكام بالطبائع، فإما (٢) أن يراد منه جميع الأفراد فهو

المطلوب، أو الفرد المعين ولا قرينة عليه، أو الفرد المنتشر وهو مستقيح في كلام الحكيم في مقام البيان، لعدم الفائدة، فلا إشكال في إفادته العموم. والمراد بالجواز: إما الحكم التكليفي بمعنى الأباحة، فيكون مفيدا للصحة، إذ لا شئ من العقد الفاسد بمباح. وإما الحكم الوضعي بمعنى الصحة والمضي فلا كلام في دلالة على المدعى. وليس في اللفظ ما يفيد تقييده ببعض الأفراد أو الأحوال، والأصل عدم التخصيص. لا يقال: قد خرج منه بعض الأفراد جزما، لأننا نقول، خروج البعض غير قادح في الحجية في الباقي، وليس فيما بين المشكوكات في الدخول والخروج علم

(١) الوسائل ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح، ح ٢. (٢) في (م): وحينئذ إما.

[٢٢٨]

إجمالي بخروج البعض حتى يسري إجماله إلى العام، مع أن ذلك ينافي احتياج العلماء بهذا العموم في كل مقام. وأما التخصيص (ب) ما أحل حراما أو حرم حلالا) ففي معناه إجمال، وتفصيل نذكره (١) مشروحا ومبسوطا في مبحث الشروط، إذ هما من هذه الحيثية سواء، ولا دخل له فيما نحن بصدده. فنقول: كل مقام شك في جواز الصلح عليه وعدمه نتمسك بعموم جواز الصلح، إلا ما أخرجه الدليل. فإن قيل: الظاهر من ذلك بيان مشروعية الصلح في الجملة، فلا عموم فيه ولا إطلاق. قلت أولا: إن هذا ينافي استدلال الفقهاء به في موارد الشك في شرط أو مانع، ولا فرق بين الأفراد والأحوال. وثانيا: أن وجود الاستثناء في الرواية دليل العموم وأنه هو المراد، فيصير المعنى: أن كل ما هو غير المستثنى فهو جائز. وثالثا: أن هذا يرد على سائر عمومات أبواب الفقه من قبيل (أحل الله البيع) ونحو ذلك، مع أنه لم يشك فيه مشكك في إفادته العموم، ولا ريب في التمسك بها (٢) في موارد الشك. فإن قلت: إن الظاهر منه (٣) جواز الإصلاح ورفع الشقاق، ولا دخل له فيما أردته من العموم. قلت: هذا رجوع عن عقديّة الصلح، ومصير إلى ما ذهب إليه العامة من اختصاص الصلح بمقام النزاع. فإن قلت: نقول: إنه عقد بلفظ (صالح) لكنه على حسب ما يجوز في غيره من العقود، بمعنى: أنه يتعلق بكل ما يتعلق به العقود: من أعيان أو منافع أو حقوق

(١) في (م): إجمال، وسنذكر تفصيله. (٢) في (م): به. (٣) يعني قوله صلى الله عليه وآله: الصلح جائز بين المسلمين...

[٢٢٩]

ولا يلزم من ذلك التعميم إلى ما (١) لم يثبت المعاملة فيه بغير الصلح. قلت: هذا في الحقيقة إرجاع إلى قول الشيخ بالفرعية (٢) من جهة وإن لم يكن عين ذلك القول، بل هو أحد الاحتمالات في كلام الشيخ، فإن في بيان مراده لنا كلاما طويلا ليس هذا موضع ذكره، ويحتاج الإرجاع إلى ذلك إلى وجود مخصص ومقيد، مع أن ذلك يجيء في (أحل الله البيع) إذ لقائل أن يقول: ينصرف إلى ما يجوز فيه الهبة مثلا، والهبة تنصرف إلى ما يجوز فيه البيع، والأجارة تنصرف إلى ما يجوز فيه العارية والجعالة وبالعكس. وبالجملة: صرف العمومات إلى ما ثبت قيام نظائره من العقود مقامه محل إشكال محتاج إلى الدليل، مع أننا نتمسك في الصلح على المجهول أو على ما لا يقدر على تسليمه - أو نحو ذلك من الأمور التي لا يقع عليها

بيع وغيره - بعموم (الصلح جائز) فلو بني على الانصراف إلى موارد البيع والأجرة والأبراء ونحوها لما كان لهذا الاستدلال موقع أصلا. فإن قلت: إنا لا نريد صرفه إلى خصوصيات ما يصح فيه العقود الأخر، بل إلى نوع ذلك - كما ذكر في تحرير محل النزاع - بمعنى: أن كل ما هو قابل بنوعه وبذاته لتعلق أحد العقود الخمسة عليه فهو قابل لوقوع الصلح عليه، مع قطع النظر عن أحواله من جهالة أو معلومية ونحوهما، ولا ملازمة بين المقامين. قلت: نعم، ولكن الصرف إلى ذلك أيضا مفتقر إلى دليل يدل على ذلك، ولم نجد ما يقتضي ذلك، والعموم شامل. ويمكن أن يقال: لاريب في انصراف الأدلة في أجناسها وأنواعها إلى المتعارف، خصوصا في المطلقات، وأن الصلح من باب المطلق لا العام، فينصرف إلى ما هو المتعارف بين الناس في زمن الخطاب ولا شبهة في أن الصلح على * (الأعيان والمنافع والحقوق القابلة للأسقاط المجاني - كالماليات ونحوها - هامش) * (١) في (م): لما. (٢) تقدمت الإشارة إلى موضع كلامه في ذيل ص: ٢٢٢، الهامش ١.

[٢٢٠]

متعارف شائع، كما يكشف عنه العرف اليوم، ويدل عليه ملاحظة السير والتواريخ، فإنها تشتمل على وقوع الصلح في الأزمنة السابقة على الحقوق المذكورة. وأما ما هو غير قابل للأسقاط فليس الصلح عليه متعارفا جزما، بل ما شك في إمكان إسقاطه وعدمه فلا يشمل الأدلة، ولا يمكن التسري من جواز الصلح ومشروعيته في الأفراد الشائعة إلى غيرها، لوجود القدر المتيقن (١). نعم، يبقى الكلام (٢) في أن كل ما شك في أنه قابل للأسقاط بالأبراء ونحوه، هل الأصل أن يكون قابلا للأسقاط أم لا؟ والذي يقتضيه النظر أن الأصل عدم السقوط، لأصالة البقاء ما لم يدل دليل على السقوط. نعم، يمكن تحصيل الأجماع على أن الناس مسلطون على حقوقهم في الأسقاط، والتمسك بعموم ما دل على التجاوز والعفو، وهو مقام آخر. وبالجملة: الافتصار في الصلح على ما يقبل الأسقاط أشبه وإن كان التعميم لا يخلو من وجه معتمد، ومن ذلك الباب: الصلح على اليمين في المنازعات لأسقاط أو دفع أو أخذ بصورها المتشعبة كما تداوله بعض المتفقهة، والله العالم. قاعدة: قد عرفت أن مورد الأجرة إنما هو المنافع ولا تعلق لها بالأعيان، فلا ينبغي للمستأجر أن يتصرف في عين المال المستأجر في شيء، ولا ينبغي أن يتلف عين في الأجرة بذلك، وقد وقع الأشكال في موارد: منها: الاستئجار للرضاع، فإن المرأة المستأجرة للرضاع لا ريب أنه يتلف بذلك اللبن منها، بل هو المقصود بالأجرة، وهذا مخالف لما هو وضع الأجرة من تعلق الغرض فيها بالمنافع دون الأعيان. ومنها: الاستحمام في الحمام، فإنه يتلف فيه الماء كثيرا، بل العمدة في ذلك هو الماء، فكيف يكون ذلك من باب الأجرة؟

(١) في النسخ: العقد المتيقن، وما أثبتناه من هامش (ن). (٢) في (ن، د): كلام.

[٢٢١]

ومنها: ما ذكره الشهيد الثاني في كتاب الزكاة من الروضة من استئجار الأرض للرعي (١) وذكر أنه من باب السوم دون العلف، فلا يفقد به شرط وجوب الزكاة. ومنها: استئجار البئر للسقي فإنه يستفاد صحته من بعض العبائر، مع أنه لا ينطبق على مقتضى الأجرة، ونظائر ذلك مما لا يخفى على المتتبع. والوجه المتخيلة

في أمثال ذلك أمور: أحدها: أن يكون كل ذلك معاملة مستقلة غير داخلية في عنوان الأجرة قد ثبت صحتها بالأجماع أو السيرة المستمرة الكاشفة عن تقرير المعصوم، وليس من هذا الباب (٢) حتى يورد به الأشكال على المقام. وثانيها: أن يكون من باب الأجرة لكنها خرجت عن القاعدة بالدليل، وسر مشروعيتها أمثال ذلك - وإن كانت على خلاف القاعدة - توفر الدواعي ومسيب الحاجة ولزوم العسر والجرح لو لم يكن ذلك مشروعاً. وثالثها: أن يقال: إن الأجرة موضوعة لتمليك المنافع، والمنفعة أمر عرفي لا ضابط لها شرعاً حتى تختص بما يقابل العين، ويكون معناها: مجرد الأمر الحكمي الانتزاعي كالسكنى والركوب، بل منفعة كل شئ إنما هو بحسبه، والمدار على ما يعد في العرف منفعة، ولا ريب أن اللبن منفعة للمرضعة كالخدمة والحضانة، والماء منفعة للبئر والحمام، والعلف منفعة للأرض، ونحو ذلك، وإن كانت كل من هذه المنافع أعياناً لو لوحظت بأنفسها، لكن باعتبار نسبتها إلى موضوعاتها تعد منافع في العرف، فلم يخرج عن قاعدة الأجرة، بل هي باقية على وضعها من كونها ناقلة للمنفعة دون العين والمراد بالعين: ما قصد بذاته واستقل في اللحاظ، ولا ريب في هذه الفروض [أن] (٣) ليس العين المستأجرة إلا البئر والحمام والمرضعة والأرض، وهي باقية على حالها لم يتلف منها شئ، والتالف إنما هو

(١) الروضة ٢: ٣٣. (٢) أي: من باب الأجرة. (٣) من (ن).

[٢٣٢]

، منافعها عرفاً، فلا مخالفة فيها للقاعدة أصلاً. ومجمل (١) الكلام أن المنفعة لا تكال بمكيال منضبط، بل تدور مدار العرف. فإن قلت: لارباب أن الثمرة بالنسبة إلى البستان أيضاً تعد منفعة، والصوف والحليب بل السخال أيضاً تعد منافع للغنم، فينبغي أن يجوز استئجار الغنم لذلك، مع أنه لا يجوز. قلت: بعد تسليم عدم الجواز أن العرف يفرق بين ما ذكرت وبين ما نحن فيه، إذ الثمرة لها وجود مستقل ومالية مستقلة، فإن الميزان في ذلك هو العرف، ولا ريب أن ماء البئر والحمام لا يعد ملكاً على حدة، بخلاف ثمرة البستان ونحوها. وبالجملة: فلا مانع من إرجاع المنفعة إلى العرف، وجعل كل ذلك من باب المنافع التي تتعلق بها الأجرة. ورابعها: أن يقال: إن المنفعة المقصودة في هذه المقامات إنما هي المنفعة المصطلحة عند الفقهاء: من الخدمة في المرضعة، والاستئقاء في البئر، ودوران الأغنام في الأرض والدخول والخروج، والكون في الحمام، وليس المقصود في ذلك الأعيان، بل هذه الأعيان كلها توابع - كما سنذكرها في توابع متعلقات العقود - فإن التوابع لا عبرة بها، كما ماء البئر في إجارة الدار للسكنى، فإن الدار المستأجرة للسكنى لا يراد منها إلا هذه المنفعة، لكن يستعمل الماء من باب التبعية، كما أن الكش (٢) في الاستئجار للتلقيح والمداد للكتابة ونحو ذلك، فيجعل جميع الأعيان التابعة في هذا المقام من قبيل التوابع اللاحقة. والتحقيق: أن جعل هذه المعاملات من باب العقد المستقل غير ظاهر وإن أمكن، خصوصاً الرضاع، فإن الفقهاء ذكروه في باب الأجرة. وصحة استئجار البئر للاستئقاء والأرض للرعي ممنوع وإن ذكره الشهيد الثاني (٣) وإن أمكن أن يقال بصحته عقداً مستقلاً للسيرة، لكن ذكر الرضاع في الكتاب بطريق الأجرة

(١) في (ف، م) زيادة: هذا. (٢) الكش: ما يلحق به النخل. (٣) ذكره في كتاب الزكاة من الروضة، كما تقدم في ص ٣٣١.

يدل على كون الاسترضاع من باب الأجاره، وكذلك في روايات الاسترضاع (١) فإنها كلها عبرت بلفظ الأجاره، فلا وجه لجعلها عقدا مستقلا، وكذا البئر للاستقاء والأرض للرعي فإنهما أيضا يسميان في العرف واللغة إجاره. وتسمية المتعة أيضا (٢) إجاره (٣) لا تنافي، لأنه أيضا إجاره بالمعنى الأعم وإن جعل لها الشارع أحكاما خاصة، أو نقول: ثبت مجازية الأطلاق هنا بالدليل، ولا يلزم من ذلك مجازية إطلاقها على الرضاع. وأما جعل هذه الأعيان من التوابع والمقدمات فلا وجه [له] أيضا، لأن التوابع ليست أمورا جعلية اعتبارية، بمعنى: أن كلما فرضته تابعا يصير تابعا، بل المراد بها ما هو تابع داخل في الأطلاق عرفا - كما سنحققه في بحثه - واللبن ليس من توابع المرضعة والخدمة، ولا العلف من توابع الأرض، سيما أن التابع يعتبر فيه مع كون ذاته تابعا للغير عدم كونه مقصودا بالذات وكون المقصود ما سواه، وهنا ليس كذلك، إذ ليس المقصود من الحمام إلا الماء، ومن المرضعة إلا اللبن كما لا يخفى، فكيف يمكن جعل هذا تابعا؟ مع أن ذلك مستلزم لجواز استئجار الشاة للحلب ونحو ذلك مع أنه خلاف الأجماع، وليس المنشأ إلا ذهاب العين. وأما جعلها من باب الأجاره بتعميم المنفعة إلى كل ما يعد في العرف منفعة، فضعيف. أولا: يطابق الأصحاب على أن المنفعة المقصودة في الأجاره هي المنفعة الحكمية دون كل ما يعد نماء ومنفعة بالمعنى الأعم. وثانيا: بأن صحة الأجاره على كل منفعة بهذا المعنى تستلزم صحة الاستئجار للأرض لجمع علفها، والبستان لثمرته، والغنم ونحوه لحليبه أو لصوفه، أو نحو ذلك، فإن كل ذلك يعد منفعة في العرف، فتصير دائرة الأجاره أوسع من ذلك كله

(١) الوسائل ١٥: ١٨٩، الباب ٨٠ من أبواب أحكام الأولاد، ح ١ و ٢. (٢) أيضا: لم ترد في (ن). (٣) راجع الوسائل ١٤: ٤٤٦، الباب ٤ من أبواب المتعة، ح ٢ و ٤ و ١٤.

مع أنه خلاف الضرورة، فكيف يعقل التعميم كذلك؟ ولو لم يعم (١) فاي فارق في هذه المقامات؟ وأقرب الوجوه في ذلك: جعل مثل الرضاع خارجا عن قاعدة الأجاره بنص الكتاب والسنة والأجماع، وكذا الحمام، للسيرة القطعية على ذلك، والسر في مشروعيتها (٢) كذلك لزوم العسر والجرح لو لم يشرع ذلك، وما عدا ذلك (٣) مما يتخيل كونه من هذا الباب - كاستئجار الحيوان لحليبه أو لصوفه أو نحو ذلك - فكلها باطلة، ونظير ذلك من المعاملات الفاسدة بين الناس مما لا يتناهى. وليس السيرة عامة حتى نقول بثبوت صحته بالسيرة - كما في الحمام - بل أصحاب التدين المتشرعين يتجنبون عن ذلك. فالحكم فيما لا دليل يعتد به على مشروعيتها بالبطلان وفيما عليه دليل بالصحة - سواء جعلته من باب الأجاره أو معاملة مستقلة - أوفق في النظر القاصر، وإن كان الفقيه لا يعجز عن تخريج الوجوه المصححة. قاعدة: لا ريب أن مورد الوكالة ما تصح النيابة فيه - كما نص عليه المعظم - وكل ما لا تصح النيابة فيه لا تصح الوكالة فيه. وقرر المحقق الثاني والشهيد الثاني تبعا للعلامة والشهيد (٤): أن كل ما لم يتعلق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين جاز فيه التوكيل، وكل ما يتعلق الغرض بصدوره من مباشر بعينه لا يجوز فيه التوكيل. وهنا أمور علم كونها من قبيل القسم الأول، كالبيع والحوالة والضمان

(١) في (م): لم يعمم. (٢) في غير (م): مشروعيتها. (٣) العبارة في (م) هكذا: لزوم العسر والخرج لو لم تصح، وما عداهما... (٤) انظر القواعد ١: ٢٥٤، جامع المقاصد ٨: ٢١٥، اللمعة وشرحها (الروضة) ٤: ٣٧٢، لكن الشهيد الثاني قال: ولا قاعدة له لا تنخرم.

[٢٣٥]

والشركة والفراض والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والرهن وقبض الثمن والوكالة والعارية والأخذ بالشفعة والأبراء والوديعة وقسمة الصدقات واستيفاء القصاص والحدود وقبض الديات وإثبات حدود الأدميين وعقد السبق والرمي والعتق والكتابة والتدبير والدعوى وإثبات الحجة والحقوق والخصومة - سواء رضي الخصم أو لم يرض - وسائر العقود، وأنواع الفسخ من (١) وقف وهبة وحبس وعمري والرقبي والوصية من الجانبين، وفعل ما يتعلق به الوصية ما لم يمنع مانع. وأمور علم كونها من قبيل القسم الثاني، كالطهارة والصلاة الواجبة مادام الحياة، والصوم والاعتكاف كذلك، والحج الواجب مع القدرة، والنذر واليمين والعهد، والمعاصي من سرقة وغصب وقتل - فإن أحكامها تتعلق بالمباشر دون الموكل -، والقسم بين الزوجات والظهار واللعان والعدة، ونحو ذلك إثبات حدود الله تعالى. ومنها: أمور لم يعلم كونها من أي الجانبين: كالتوكيل في السلام أو في جوابه، وفي الجهاد والواجبات الكفائية، وفي إثبات اليد على المباحات: من اصطیاد أو احتشاش أو حيازة أو غير ذلك، وفي الالتقاط والشهادة على احتمال، وفي القضاء على بعض الصور، والتوكيل على الأقرار مطلقاً، وفي النوافل والمستحبات من الأدعية وغيرها من الزيارات، وفي أداء الزكاة والخمس والكفارات ونحوها في وجهه. فقول: هل الأصل في كل مقام شك في جواز النيابة وعدمه جوازها ويترتب عليه الوكالة وما بمعناها من جعالة وإجارة ونحو ذلك، أم الأصل في ذلك عدم الجواز حتى يثبت بالدليل؟ ولم يعهد من الفقهاء في ذلك الباب كلام، فإنهم ذكروا بعض ما تجوز فيه النيابة وبعض ما لا يجوز فيه تلك (٢) ثم أحالوا معرفة ذلك إلى

(١) لا يخفى عدم ارتباط ما بعد (من) بما قبلها. (٢) في غير (م): ذلك.

[٢٣٦]

التتبع والاستقراء والدليل التفصيلي، وربما يفهم من ذلك أنه لا يرجح أحد الجانبين ما لم يكن هناك دليل يدل على أحدهما، ولو كان هناك ضابط لبنيوه، سيما مع ما نراه من التردد في بعض المقامات من جهة ترددهم في كون هذا الأمر مما يشترط فيه المباشرة، أم لا، ولا يذكرون أن الأصل والقاعدة مع أحد الجانبين. ويمكن أن يقال: إن الأصل عدم الجواز، لوجوه: أحدها: أصالة عدم ترتب الأثر الشرعي عليه في عبادة أو معاملة أو عقد أو إيقاع، فإن ذلك المشكوك لو صدر من المباشر قطع بدخوله تحت الأدلة وترتب (١) عليه الأثر المعجولة في الدنيا أو في الآخرة، بخلاف ما لو فعل غيره، فإن ذلك مشكوك فيه، والأصل عدم الترتب. وثانيها: استصحاب بقاء شغل الذمة، أو بقاء الأمر المتعلق بذلك الفعل على ما كان عليه سابقاً، وهو بمنزلة ما ذكرناه من أصالة عدم ترتب الأثر. وثالثها: أن الوكالة من العقود المعروفة، والأصل الأولي فيه الفساد حتى يثبت بالدليل، ولم يرقم على صحته دليل في سوى ما علم جواز النيابة فيه، فما لم يعلم ذلك لا دليل على صحته، فيبقى تحت أصالة الفساد. ورابعها: أن الظاهر من فتاوى الأصحاب إنما هو الأجماع على عدم الجواز إلا فيما كان هناك دليل، ولذلك يحتاجون في إثبات الجواز إلى دليل،

ومن هنا ذكروا موارد الجواز وعللوها بتعليقات موجبة للصحة، وظاهر ذلك أن ما لم يثبت الجواز فهم بانون في ذلك على العدم (٢). وخامسها: أن الظاهر من الأوامر الشرعية - كما ذكرناه في العبادات - هو المباشرة بمقتضى اللغة والعرف، فيكون ذلك قيّداً، وما لم يعمل مباشرة لم يتحقق به الامتثال في المطلوبات الشرعية، واجبة كانت أو مستحبة، عينية أو كفائية.

(١) في (ن): تترتب. (٢) من قوله: وظاهر ذلك... إلى هنا لم يرد في (م).

[٢٣٧]

وبعبارة أخرى: كل ما هو مطلوب شرعاً مأمور به يكون مقتضى القاعدة فيه اشتراط المباشرة وعدم جواز النيابة والوكالة إلا فيما دل عليه الدليل، كما دل فيما ذكرناه من الموارد، وفي أكثر العبادات عن الميت (١) كما هو المتعارف عند النا س. ويمكن القول بأصالة الجواز، لوجوه: أحدها: أن الوكالة عقد من العقود وكل ما شك في صحته وفساده فيرجع فيه إلى ما قررناه سابقاً من أصالة الصحة. لا يقال: إن ذلك إنما هو فيما اشتبه الحكم في العقد مع العلم بالموضوع، لا فيما اشتبه الموضوع، وما نحن فيه من اشتباه الموضوع، لأن ما لا تجوز فيه النيابة لا تجوز فيه الوكالة إجماعاً، وما تجوز فيه النيابة تجوز فيه الوكالة بلا كلام، وهذا مصرح به في كلام الفقهاء، حيث ذكروا أنه يشترط في الوكالة أن يكون المورد مما تجوز فيه النيابة، وموارد الاشتباه الذي هو محل بحثنا إنما هو من شبهة الموضوع، لأننا لا نعلم أنه مما يقبل النيابة حتى تجوز فيه الوكالة، أو مما لا يقبل فلا تجوز، ولا ريب أن الأصل في شبهة الموضوع ليس هو الصحة، لأنه قد خرج عن عموم (أوفوا بالعقود) خصوص الوكالة فيما (٢) لا يقبل النيابة، ولا ندري أن ما نحن فيه داخل في المستثنى أو المستثنى منه، فكيف يتمسك في ذلك أيضاً بالعموم؟ ومن هنا يعلم: أن وجود دليل عام في خصوص باب الوكالة أيضاً لا ينفذ في أصالة الجواز، فضلاً عن عموم (أوفوا بالعقود) لأنه لو فرض دليل دل على أن الوكالة جائزة بين المسلمين - كما في الصلح - نقول: لا ريب في خروج ما لا يقبل النيابة عنه، فيصير المشكوك فيه من باب الشبهة في الموضوع، فلا يمكن التمسك بالعام في هذا المقام، فتدبر. لأننا نقول أولاً: قد بينا أن الأصل في شبهة الموضوع أيضاً الصحة كما ذكرناه سابقاً، فراجع. وثانياً نقول: إننا لا نسلم خروج ما لا يقبل النيابة عن أدلة الوكالة بل

(١) في غير (م): في الميت. (٢) العبارة في غير (م) هكذا: في خصوص الوكالة ما لا يقبل...

[٢٣٨]

كل ما خرج عن دليل الوكالة صار مما لا يقبل النيابة. نعم، لو ورد مخصص بلفظ (ما لا يقبل النيابة) لكان موجباً للأجمال، لكنه ليس كذلك، ولو كان مثل ذلك مما يضر بالتمسك بالعمومات في مورد الشك لم يصح التمسك بعام مطلقاً، فإن (كل شئ - أو كل ماء - طاهر) مخصص بالنجس النفس الأمري قطعاً، فكل ما شك فيه فيصير مما شك في دخوله تحت العام أو المخصص. والجواب كما ذكرناه: من أن ما خرج هو النجس، لا أن (١) النجس قد خرج، وكذلك في العمومات الأخر، فتدبر. لا يقال: إن أصالة صحة العقد لا توجب

فراغ الذمة فيما (٢) كان المكلف مأمورا بالأتيان. لأننا نقول: ليس معنى صحة الوكالة إلا تأثير عمل الوكيل ما (٣) أثر فيه عمل الموكل، فيكون عمله قائما مقام عمله في الأثر، واللازم ترتب آثار الدين والدنيا عليه، وإلا فلا معنى لصحة الوكالة. وثانيها: أن النائب إن كان في باب المعاملات وما لا يشترط فيه نية التقرب، فلا شك في أن العمل متى ما وقع يصير مشمولاً لما دل عليه من أدلة أحكام الوضع، فيكون بيعاً وصلحاً أو غسلاً أو نظائر ذلك (٤) من الأفعال، فيلزم ترتب آثارها عليه. وإن كان في عبادة، فلا ريب أن النائب والوكيل متى ما نوى كون العمل للمنوب عنه والموكل فيمقتضى عموم (لكل امرئ ما نوى) (٥) حصول هذا المقصود لازم، فيكون العمل للموكل ويترتب عليه الآثار المترتبة عليه، ولا يفترق صدوره من الموكل أو من الوكيل. وإلى هذا المعنى يرجع ما يقال: إن المباشرة مورد في الطليبات لا قيد، وقد ذكرناها في أصالة التعبدية، فراجع ثمة (٦).

(١) في (ن): لأن. وعلى أي حال العبارة لا تخلو عن قصور. (٢) في (ن، د): فيما لو كان. (٣) كذا في النسخ، والظاهر: فيما. (٤) في (م): ونظائرها. (٥) الوسائل ١: ٣٤، الباب ٥ من أبواب مقدمة العبادات، ح ١٠٠. (٦) راجع الجزء الأول، العنوان ١٢.

[٢٣٩]

وثالثها: الاستقراء، وهو أنا بعد ما تتبعنا وجدنا أن الغالب في الأفعال جواز الاستنباط والوكالة، كما علم ذلك مما ذكرناه من الموارد، فمتى ما شك في كون الفرد المبحوث عنه مما يجوز فيه ذلك أو لا يجوز فالظن يلحقه بالغالب من الجواز. ولكن الظاهر من كلام الأصحاب الاتفاق على أن ما شك فيه لا يحكم بجواز النيابة والوكالة، لأصالة عدم ترتب الأثر، وهو مقتضى ما قررناه سابقاً: من أن الأصل في الأوامر المباشرة وهي قيد لا مورد، خلافاً للبعض، وقد قام الأجماع على أن ما لا تجوز فيه النيابة لا تجوز فيه الوكالة فتصير هذه العبارة - التي هي مورد الأجماع - بمنزلة الخبر المخصص لعموم (أوفوا بالعقود) إن قلنا بدلالته على مثل هذا المقام، وإن لم ترد هذه العبارة في نص. ولو كان في أدلة الوكالة دليل عام أيضاً ينصرف إلى ما تجوز فيه النيابة أو يتخصص بالأجماع المذكور والاستقراء بنفسه - بعد البناء على هذا الأجماع - لا ينفذ في شيء، مع أن الغلبة المعتد بها بحيث يندر مقابلها غير معلومة. فالمصير إلى عدم الجواز إلا فيما علم جواز النيابة فيه أشبه. ويبقى الكلام في بيان أن ذلك في أي مقام ثبت وفي أي مقام لم يثبت، وهو كلام آخر.

[٢٤١]

[العنوان الثاني والاربعون] [في توابع العقود] [وبيان المراد منها]

[٢٤٢]

عنوان [٤٢] في توابع العقود: ومجمل الكلام فيه: أن كل عقد له تعلق بما هو موافق لموضوعه الثابت له ذلك عرفاً و (١) عادة أو شرعاً، وهو الذي يقصد في المعاملة ولا يكون ما عداه مراداً بالذات. ولكن قد يكون لمتعلقات العقود أمور يتبعها (٢) في نظر العرف، بحيث إن إطلاق اللفظ في المتعلق أو إطلاق المعاملة يقتضي انضمام ذلك التابع في العرف. وقد يكون التبعية ثابتة بحكم الشرع،

بمعنى: أن الشارع يحكم بلزوم إلحاق شئ على المقصود وإن لم يكن ذلك الملحق مقصودا، وهذه الامور نسميها بالتوايع. فالذي يكون تابعا شرعا يحتاج في إثبات ذلك إلى وجود دليل شرعي معتبر على التبعية، كما ذكره الفقهاء فيما لو أوصى بإعطاء صندوقه لزيد اعطي بما فيه، أو بإعطاء سفينة له اعطي بما فيها، نظرا إلى ما ورد في الرواية (٣) فبعضهم عمل بها على الإطلاق، وبعضهم قيدها بعدم القرينة على الخلاف، وبعضهم لم يعمل بها منعاً

(١) في (ف): أو. (٢) كذا، والمناسب: تتبعها. (٣) راجع الوسائل ١٣: ٤٥٢، الباب ٥٨ و ٥٩ من ابواب أحكام الوصايا.

[٢٤٢]

للتبعية وطرحا للرواية واعتمد على وجود القرينة على الدخول حيث تحققت (١) وكما (٢) في دخول الطلع الذي لم يؤبر في بيع النخل بالنص. والتابع العرفي يحتاج إلى دلالة العرف على التبعية، فإن كان المتعاقدان من أهل العرف العام فيدخل ما هو تابع عرفا، وإن كان من أهل اصطلاح خاص فيدخل ما هو تابع في اصطلاحهم. ويحتمل في ذلك مسألة تعارض العرفين والعرف واللغة، وتحقيقه بقول مجمل ما يحكم القاعدة بأنه المراد، أو الأقرب إليه. وقد ذكر الفقهاء لذلك أمثلة في بحث التوايع، كمفتاح الدار وأساس الحائط والغلق والسلم المثبت والأوتاد ومزارع القرية ومرافقها وثياب العبد والأمة، وهذه المذكورات لعله تجيء في سائر العقود الناقلة للأعيان: من هبة وصلاح وإصداق وعوض وإجارة ونحو ذلك، إذ الميزان دخول هذه الامور تحت اللفظ عرفا وإن ذكرها الفقهاء في باب البيع، وذكروا في باب الأجارة مثل القتب والزمارة والحزام والسرج والبرذعة [ورفع الأجمال (٣) والمحمل والمداد في الكتابة وكش التلقيح وخيوط الخياطة والصيغ في الصباغة ونظير ذلك. وأنت بعد التأمل في ذلك تقدر على ملاحظة التوايع في جميع ما يمكن جريانها فيه: من عقود الأعيان والمنافع، عوضا كان أو معوضا، أو بدون المعاوضة، فإن المدار على دخول ذلك تحت إطلاق اللفظ في عرف التخاطب مطلقا. وإذا عرفت معنى التابع لا تبقى لك شبهة في إتباع ذلك التابع والحكم لدخوله تحت مفاد الأدلة في الأبواب كلها، وهو المتبع. وخلاف الفقهاء في دخول بعض وعدم آخر ليس نزاعا في حكم شرعي

(١) إن أردت تفصيل الكلام في المسألة وتسمية قائل كل من تلك الأقوال راجع مفتاح الكرامة ٩: ٥٤١. (٢) عطف على قوله فيما تقدم: كما ذكره الفقهاء فيما لو أوصى.... (٣) ما جعلناه من المعقوفتين لم نتحقق معناه، وأسقطه مصحح (م). (٤) كذا، ولعله مصحف: بدخوله.

[٢٤٤]

ابتداء، بل هو بحث في شمول اللفظ عرفا وعدمه، كما اختلفوا في أصل اجزاء المبيع (١) ومقوماته أيضا من جهة الخلاف في معاني الألفاظ. والظاهر: أن اختلاف كلامهم في هذا الباب لا ينزل على البحث في الحكم، وإنما هو نزاع في الموضوع، ويمكن حمله على اختلاف العرف بحسب كل مكان وزمان، فلا نزاع. وهنا امور: أحدها: أن التوايع لا يشترط فيها ما هو شرط في أصل متعلقات العقود، فيجوز أن يكون (٢) التابع في الأجارة عينا، كما البئر في إجارة الدار، والعلف في إجارة الأرض للرعى في وجه مر إليه الاشارة (٣) ويجوز

أن يكون التابع مجهولا مع كون أصل العقد يشترط في عوضه المعلوماتية، وقس على ذلك سائر الشرائط، وإلى هذا المعنى ينزل قولهم: (يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل) على أحد الوجوه. وثانيها: أن التوابع إذا وجدت تبعت، وإذا لم توجد لم يجب إيجادها والأتيان بها، فلو لم يكن للدار مفتاح لم يجب على البائع أو المؤجر تسوية المفتاح، وكذا لو لم يكن للدابة سرج أو لجام في الأجرة ونحو ذلك. وكذا لو تلف شيء من التوابع قبل القبض لا يوجب تبعض صفقة، لأنها غير مقابلة بالاعواض، ولا يوجب الخيار أيضا، إذ لم يكن ذلك مقصودا حتى يلزم بفواته الضرر. وثالثها: أنه قد ذكرنا أن التوابع ما يتبعه في نظر أهل العرف، فلا يكون ذلك بقصد المتعاقدين، فلو جعل شيئا متبوعا وآخر تابعا بالقصد لا يصح ما لم يتحقق التبعية في الخارج، فلو باع شيئا من الحنطة - مثلا - مكيلا أو موزونا بثمن وجعل مقدارا آخر مجهول الوزن والكيل تابعا لم يصح، لأن كلا منهما مستقل في

(١) في (ن، د): إجراء البيع. (٢) في غير (م): أن يجوز. (٣) قد مرت الإشارة إليه في العنوان السابق، ص: ٣٣٢.

[٢٤٥]

المقصودية، وليس أحدهما تابعا للآخر، والقصد لا ينفع في ذلك. وذكر الشهيد الثاني في الروضة في باب البيع في شرط المعلوماتية: أن بيع اللبن في الضرع غير جائز وإن ضم إليه شيئا معلوما، وعلله بأن ضم المعلوم إلى المجهول يصير المعلوم مجهولا، ثم قال: وبإلغ الشيخ فجوز ضميمة ما في الضرع إلى ما يتجدد مدة معلومة - إلى أن قال -: وفصل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم وكون المجهول تابعا، والبطلان مع العكس وتساويهما في القصد، وهو حسن، وكذا القول في كل مجهول ضم إلى معلوم (١) انتهى. وأنت خبير بأن جعل القصد هو الميزان في الأصلية والتبعية بعيد عن طريقة الفقه وعن الأدلة، والأقوى ما ذكرناه من: أن قصد التبعية لا يجعل الشيء تابعا، بل لابد من شرع أو عرف عام أو خاص. ولا يخفى عليك أن مسألة بيع الأبق مع الضميمة - أو إجارتها أيضا على قول - ليس من باب التبعية - كما قد يتخيل - بمعنى: أن يجعل المقصود الضميمة والأبق تابعا ولهذا لا يعتبر فيه القدرة على التسليم، وإلا للزم جواز ذلك في كل مبيع لا يقدر على تسليمه. ودعوى: أنه مع قصد التبعية يجوز في كل مقام، غير مسموعة، بل ساقطة جدا، بل هو (٢) لدلالة النص. ومن العجب! أن الشهيد الثاني ذكر ذلك في باب العلم والجهل (٣) ولم يذكر في سائر الشرائط، مع أنه على كلامه: يجوز جعل الوقف تابعا للطلق، وما لا منفعة فيه تابعا لذي المنفعة، وغير المقدر تابعا للمقدور، وما حرم بيعه تابعا لما لا يحرم، فلم اكتفى بخصوص مسألة المعلوم والمجهول؟ وليس ذلك إلا لأدائه إلى مخالفة الضرورة والوجدان. فالمدار في التابع هو ما ذكرناه من الميزان، ويجري عليه أحكامه التي ذكرناها من دون إشكال.

(١) الروضة ٣: ٢٨٢. (٢) يعني: جواز بيع العبد الأبق مع الضميمة. (٣) يعني: معلومية المبيع ومجهوليته.

[٢٤٧]

[٢٤٨]

عنوان [٤٣] في بيان مقتضيات العقود: اعلم أن للعقد مقتضيات باعتبار ذاته، وله مقتضيات باعتبار إطلاقه، ويترتب على ذلك في الفقه فروع كثيرة نبه عليها الأصحاب في كل باب، ويترتب على ذلك أيضا بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد، كما ذكره الأصحاب، ويأتي (١) تنقيحه في باب الشروط إن شاء الله تعالى. والمراد بمقتضيات ذات العقد: ما تتحقق ماهية العقد وصحته بها، وبانتفائها تفوت الماهية، سواء كان ذلك من الأركان الداخلية، أو من اللوازم والآثار الخارجية. والمرجع في معرفة هذه الأشياء العرف في بعض المقامات بل أكثرها، والشرع في بعضها، من جهة أن المدار في المعاملات على ما هو طريقة الناس غالبا، ولم يصدر من الشارع في هذا الباب سوى جعل شروط وبيان موانع. فماهية المعاملات تقتضي في الخارج أجزاء وأثارا لو لم تتحقق تلك المقومات واللوازم لارتفع الاسم ولم توجد الماهية في العرف والعادة وهذا

(١) في (ن): سيأتي.

[٢٤٩]

يرجع إلى ملاحظة مفاهيم العقود، فإن الوقف - مثلا - تمليك المنفعة أو تسيلها مع حبس العين، وهذا مفهومه العرفي الذي يفوت لو لم يكن هناك عين أو منفعة، أو لم تكن العين مما من شأنه البقاء، أو كان ذلك كله ولم يتحقق التمليك أو لم يتحقق التحبيس، أو جعل موقتا أو منقطعا، فإن كل ذلك مما يخالف مقتضى ذات عقد الوقف ويشاركة في الأغلب السكنى والتحبيس. ويشترك البيع والأجارة والصلح والجعالة والسبق والرماية في اقتضاء ذاتها المعاوضة، فلو كان بدون العوض أو بدون التمليك - على فرض تحقق المقصود - لم يتحقق اسم المعاملة. ومثل ذلك: كون المضاربة المعاملة (١) بحصة من الربح، والمزارعة معاملة على الأرض بحصة من النماء، والمساقاة معاملة على الاصول بحصة من الثمرة، فإن كل ما يقتضيه ماهية العقد وتحقق اسمه يسمى (مقتضيات الذات) كما ذكرناه. ومنها: الاستمتاع في النكاح، والنفقة في الدائم منه في وجه. ومن هذه الأمثلة قد عرفت (٢) كون مقتضى الذات شرعيا بمعنى كونه مجعولا للشرع وإن لم يحكم به العرف، وعرفيا بمعنى حكم العرف به وإن لحقه الشرع، كالتسليط على التصرف في التملكيات، فإنه من اللوازم التي تكشف انتفاؤها عن انتفاء الملك ما لم يمنع مانع. ولا ريب في اعتبار هذا النوع من المقتضيات، لعدم شمول الأدلة بدونها، وفي بطلان (٣) اشتراط ما خالفها - كما نذكر في بحث الشرط - لعدم العبرة بالشرط مع عدم تحقق المشروط فيوجب صحته بطلانه، وذلك واضح. والمراد بمقتضيات الأطلاق: كل ما يقتضيه العقد بحسب إطلاقه، بمعنى عدم ذكر ما يقيد بوصف أو وقت أو مكان أو نحو ذلك، سواء كان من جهة العرف الخاص أو العام أو اللغة. والميزان: ما ينصرف إليه لفظ المعاملة، أو يحكم بأنه

(١) في (م): معاملة. (٢) في (م) زيادة: أن. (٣) عطف على قوله: في اعتبار.

المقصود منها ما لم ينكشف خلافه، وهذا أيضا ينكشف بتتبع العرف غالبا، وقلما يتفق أن يكون تعديدا. وقد ذكر الفقهاء من هذه القاعدة العرفية فروعاً نشير إليها إجمالاً: منها: مسألة انصراف إطلاق الوقف والوصية على جماعة إلى (١) التسوية بينهم وإن اختلفوا بالذكورية والانوثية. ومنها: اقتضاء إطلاق الوصية لدفع مال إلى أحد جواز تصرفه فيه كيف شاء. ومنها: انصراف إطلاقات العقود إلى الدوام في مثل الوقف والسكنى والعارية ونحو ذلك. ومنها: انصراف إطلاق السكنى إلى كون سكناه بنفسه ومن جرت عادته به. ومنها: اقتضاء إطلاق المعاوضة بصلح أو إجارة أو بيع - أو نحو ذلك - كون العوض والمعوض حاليين، لأنه مقتضى العادة، وأدلة لزوم الرد إلى المالك، ومقتضى حال المتعاقدين في هذا الفرض. ومنها: اقتضاء الأطلاق في العوض كونه من النقد الغالب حيث لا يحتاج إلى التعيين. ومنها: انصراف إطلاق الكيل والوزن إلى المعتاد عند المتعاقدين، أو عند أهل البلد. ومنها: انصراف إطلاق نحو القرض وغيره من المعاوضات إلى المطالبة أو التسليم في بلد العقد، على تفصيل طويل في ذلك المذكور في باب السلم. ومنها: اقتضاء إطلاق الرهن تسلط المرتهن في الاستيفاء من دون مدخلية شئ آخر. ومنها: اقتضاء إطلاق المضاربة إنفاق العامل كمال نفقته من المال، و (٢) انصراف إطلاق الوديعة إلى لزوم الحفظ على المتعارف، بمعنى لزوم جعل كل

(١) في غير (م): على. (٢) في هامش (م) زيادة: منها، خ ل.

شئ في مكانه اللائق. ومنها: اقتضاء إطلاق المزارعة جواز زرع ما شاء العامل. ومنها: اقتضاء إطلاق المساقاة لزوم كل عمد (١) متجدد في السنة على العامل مع ما يقتضيه من المقدمات. ومنها: اقتضاء إطلاق الأجارة جواز عمل الأجير بنفسه أو غيره، وجواز تسليمه العين المستأجرة إلى غيره في وجه، وتمليكه المنفعة لشخص آخر. ومنها: اقتضاء إطلاق الوكالة التصرف في البيع بثمن المثل فما زاد، والشراء بثمن المثل وما دون. ومنها: اقتضاء إطلاق عقد الرمي المحاطة في قول، والمبادرة على قول آخر. ومنها: إقتضاء إطلاق عقود المعاوضات - وإن كان نكاحاً - توقف القبض من جانب على القبض من آخر، فلكل منهما الامتناع عن التقدم، لأن ذلك وظيفة المعاوضة، والمخالف شاذ، فإن امتنعا تقابضا، وإن امتنعا أو أحدهما أجبرهما الحاكم على التقابض. وغير ذلك مما يطالع عليه الممارس (٢) كثير. والمدار في ذلك كله اقتضاء العقد في العرف ذلك، بمعنى: أن مفاده عند الناس ما ذكرناه، فتكون هذه الأمور على فرض الأطلاق بمنزلة المصرح به، وهذه تسمى: مقتضيات إطلاق العقد. والدليل على اعتبار هذه الأمور إنما هو ما دل على الأمر بالوفاء بالعقود، فإن الوفاء بها العمل بمؤداها، ومؤداها موكول إلى العرف، فإذا كان في العرف يفيد هذه المعاني فيجب الوفاء بها بحكم الآية (٣) وغيرها من الأدلة. كما أن مقتضيات الذات مما دل (٤) عليها ألقاظ العقود من لفظ (البيع) ونحوه، فإنها لو تخلفت انتفت الماهية.

(١) كذا في النسخ، وفي هامش (م): عمل، خ ل. (٢) في (م) زيادة: وهو. (٣) قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود، المائدة: ١. (٤) كذا في النسخ، والمناسب للسياق: مادل.

والفرق بين هذه المقتضيات: أن ما يقتضيه الماهية مستحيل الانفكاك والتخلف، حتى لو صرح بخلافها بطريق شرط أو غيره لا ينفذ في شيء، لأن ذلك مخرج للعقد عن موضوعه، ولا عبرة بالتابع بعد بطلان متبوعه، وسيوضح ذلك في بحث الشروط. وما يقتضيه الأطلاق قابل للتغيير بشرط أو قيد أو نحو ذلك، والوجه فيه: أن العلة في اعتبارها دلالة العقد عليها بإطلاقه، فإذا قيد دل على خلافه، ويلزم الوفاء بمقتضى القيد، لما مر من الدليل، ولا يلزم من ذلك محذور أيضا، لأن الفرض أن هذه الامور ليست مقومة، بل العقد قابل لها ولغيرها، فبالتقييد لا يخرج العقد عن موضوعه، ولا يضر ذلك في الاندراج تحت الأدلة. ومن هنا يظهر لك السبيل في كلام الفقهاء في معرفة مآخذ الفروع التي ذكروها في مقتضيات العقود، والفروع التي ذكروها على طريق التقييد، كتقييد الموصي أو الواقف بالتفاوت بين الموصي لهم والموقوف عليهم، وتقييد الموصي للمال بجهة معينة، وتقييد الأذن والرخصة بأوقات مخصوصة، وشرط الأجل في العوض والمعوض أو (١) أحدهما، وتعيين الأعواض من غير النقد الغالب، والكيل والوزن على غير معتاد البلد أو غير معتاد الصنف، أو تقييد الراهن الاستيفاء بوكالة شخص أو بنظارة آخر ونحو ذلك، أو تقييد التسليم أو المطالبة في الدين ونحوه بغير بلد العقد، أو اشتراط كون نفقة العامل على نفسه أو التيعيض، أو تقييد حفظ الوديعة بمكان غير معتاد سواء كان أحفظ أو أدنى أو مساويا، وتعيين الزرع في جنس أو نوع أو صنف أو شخص أو وصف، وتعيين كون بعض الأعمال على مالك البستان في المساقاة، أو بعض مقدماته من النواضح والدوالي عليه، وإشتراط مباشرة الأجير بنفسه، أو استيفاء المستاجر العمل بنفسه، أو تقييد الوكالة بكيفية أو بزمان أو بمكان، أو اشتراط تقدم أحد المتعاضين في الأقباض على الآخر ونحو،

(١) في (م) زيادة: في.

ذلك، أو تقييد كونه وصيا بزمان أو مكان أو جهة انفراد أو اجتماع أو استقلال في البعض دون الآخر، أو في زمان دون آخر، وغير ذلك من الفروع التي لا تتناهى [ذكروها في كلامهم] (١). ومرجع ذلك كله إلى اقتضاء الأطلاق شيئا والتقييد شيئا آخر، واستلزام الوفاء بالعقد العمل بذلك كله، فعليك بالتتبع والتأمل. ويبقى في بعض المقامات الأشكال في أن هذا الحكم من مقتضيات الأطلاق أو من مقتضيات الذات؟ ومن جهة ذلك يصير الأشكال في صحة التقييد والشرط بخلافه وعدمها، وسنشير إلى موارد وأحكامها في باب الشروط إن شاء الله تعالى، فارتقب.

(١) لم يرد في (م).

[٢٥٦]

عنوان [٤٤] في القبض وموارده وأحكامه، وفيه مباحث: الأول: أن القبض قد يتعلق بالعين، وقد يتعلق بالمنفعة، وقد يكون العين شخصيا، وقد يكون كليا - كالقبض لما في الذمة - ويكون العين منقولا وغير منقول، وقد يكون القبض ابتدائيا، وقد يكون بطريق الاستدامة. ويختلف باعتبار هذه الأقسام كيفية القبض وصدق مفهومه، كما يختلف أحكامه أيضا بذلك. وهو قد يكون شرطا في صحة عقد - بمعنى كونه جزءا من المؤثر - فلا يترتب الأثر بدونه، وقد يكون شرطا في تعيين الكلي، وقد يكون سببا للضمان، وقد يكون سببا لارتفاعه، وقد يكون موجبا لأحكام آخر، فلا بد من تنقيح القول في هذه المباحث حتى يكون هو المعيار في المقامات كلها. الثاني: أن القبض شرط في صحة كثير من العقود. منها: الوقف، فإنه لا يترتب عليه الأثر إلا به - ولم ينقلوا في ذلك خلافا عن سوى الحلبي (١) - لما دل من الروايات (٢) على شرطيته وعدم حصول الملك بدونه.

(١) قد عده السيد المجاهد قدس سره من القائلين بأن القبض شرط للزوم لا الصحة، نقل عبارة الكافي، ثم نقل وجه دلالتها عن بعض الأجلة. انظر الكافي: ٣٢٥، المناهل: ٤٧١. (٢) انظر الوسائل ١٣: ٣٩٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

[٢٥٧]

نعم، هنا صورة، وهي: كون الواقف هو المتولي وكون الوقف على جهة عامة - كالمدارس ونحوها - ففي كون القبض هنا أيضا شرطا وعدمه بحث، منشؤه عموم ما دل على اشتراط القبض من الأدلة والفتوى، وعدم انصراف ذلك كله إلى هذا الغرض، وتتمام البحث في الفروع. ومنها: الصدقة، فإنها أيضا لا تصح بدون القبض وإن وقع الأيجاب والقبول بإجماع الأصحاب. ومنها: الهبة، سواء كانت معوضة أو بدونها، في مقام اللزوم أو الجواز، والمسألة مما لا بحث فيه. ومنها: العمرى والرقيبي في المسكون أو غيره، فإن الحكم فيهما في ذلك كالوقف. ومنها: التحبيس، وهو من لواحق الوقف. ومنها: الصرف، فإنه يشترط في صحته التقابض في المجلس المعترف شرعا بإجماع الأصحاب. ومنها: السلف، فإنه مشروط بقبض الثمن خاصة في المجلس المصطلح بلا خلاف أجده. ومنها: القرض، فإنه لا كلام في توقف حصول الملك فيه بالقبض، وإن قيل باعتبار التصرف مضافا إلى ذلك. ومنها: الرهن، فإنه لا يتم إلا بقبض المرهون لولاية الشريفة (١) والرواية المعروفة، عن محمد بن قيس، عن الباقر عليه السلام: (لا رهن إلا مقبوضا) (٢)، وضعفها منجبر بشهرة العمل بين الأصحاب وبظاهر الكتاب. ولا وجه للمناقشة: بأنه دال بمفهوم الوصف وهو ضعيف لا عبرة به وسياق الآية يدل على كونه للأرشاد، فإن ذلك غير مضر بعد الظهور المعتضد بالفتوى وبناء

(١) قوله تعالى: وإن كنتم على سفير ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة، البقرة: ٢٨٣.
(٢) الوسائل ١٣: ١٢٣، الباب ٢ من أبواب أحكام الرهن، ح ١.

الشرع على اعتبار ما يقطع الغرر والخصومات، ولا يحصل هنا إلا بشرطية القبض. فتلخص من ذلك: أن القبض شرط في صحة تسعة من العقود، بل عشرة وفي حكمها (١) القبض الفعلي القائم مقام الأيجاب والقبول في نحو المعاطاة، أو في قبول مثل العارية والوديعة والوكالة ونحو ذلك، فإنه أيضا مما تبطل بفواته هذه العقود، غاية أنه هنا يصير جزءا من العقد، وفي العقود السابقة شرطا لتأثيره، وقد بينا في بحث العقد الفعلي ما يمكن أن يقع الفعل فيه مقام القول، فراجع (٢). الثالث: أن القبض يقع معينا للكليات الثابتة في الذمة في نحو الكفارات والنذور والديون الحاصلة من قرض أو عقد معاوضة أو إتلاف أو غير ذلك من أسباب اشتغال الذمة. ويصير معينا للأموال المشاعة في مثل دفع عين الزكاة والخمس - على القول بتعلقها بالعين - وفي سائر الأموال المشاعة بعد قبض صاحب الحصة لها، كالأرطال من ثمرة البستان والقفيز من الصبرة. ويصير موجبا لبراءة الذمة متى ما قبض المستحق للأخذ وصاحب السلطنة على المال. ويصير موجبا لانتقال الضمان إلى القابض في عقود المغابنة من قبيل البيع والأجارة، فإن المبيع والمنفعة مضمونان على البائع والمؤجر وإن كانا في ملك المشتري والمستأجر ما لم يقبضا، والقبض ينتقل منهما إليهما، ونقرر مدرك هذه القاعدة إن شاء الله تعالى في أسباب الضمان. ويكون القبض موجبا للضمان إذا تعلق بمال الغير من دون إذن مسقط له، لأنه اثبات يد داخل تحت الروايات. ويصير سببا للملك في مثل الحيازة للمباحات: من اصطياح واحتشاش، ونحو ذلك. الرابع: أن القبض إذا كان مقدما لواجب - كأداء الحقوق اللازمة والأموال

(١) أي: الصور المذكورة. (٢) راجع العنوان ٣٣.

المغضوبة أو المأذونة بعد طلب المالك، ونحو ذلك - يجب بلا شبهة، وإذا كان مقدما لمباح - كما في الحيازة ونحوها - فيكون مباحا، وإذا كان متعلقا بمال الغير على غير وجه شرعي يكون حراما، وإنما البحث في القبض الذي تقتضيه العقود، فإن ظاهر كلامهم أن إطلاق العقد يقتضي التقابض، وقد أشرنا إلى ذلك في مقتضيات العقود. فنقول: لا ريب أن العقد المملك وما شاكلة - كالرهن - يقتضي القبض في الجملة حالا أو مؤجلا لو قيد بالأجل، ولا يختص اقتضاء العقد ذلك بصورة الإطلاق. نعم، إطلاقه يقتضي الفورية. ولكن ينبغي [أن يعلم] (١) أن اقتضاء العقد للقبض ليس عبارة عن وجوب القبض، بل المراد: أن العقد يقتضيه، أعم من كونه مصححا له، أو من آثاره اللازمة له شرعا. وتوضيحه: أن العقود التي تصير سببا للملك من دون حاجة إلى القبض لا بد فيها من القبض، لأن المال متى ما صار ملكا لغيره وجب الدفع إلى مالكه، لعدم جواز وضع اليد ابتداء واستدامة على مال الغير إلا بإذنه. ولا يمكن أن يقال: إن هذا لا يجب إلا بالمطالبة. لأننا نقول: إن ذلك لو كان المال في اليد بإذن المالك أولا حتى يصير (٢) من الامانات المالكية، أما لو لم يكن هناك إذن سابق - كما هو الفرض، فإن المال قد انتقل بالعقد ولم يرخص المالك الجديد بالبقاء في يد الأول - فلا بد من الدفع. نعم، لو عرض عليه فرخص في البقاء فلا يجب الدفع بعده إلا عند المطالبة. وأما العقود التي لا تتم إلا بالقبض - كالرهن ونحوه من العقود العشرة السابقة - فلا يجب فيها القبض، لأن الوجه السابق لا ينسحب فيه، لأن الملك لم يحصل، والقبض ليس وجوبه بنفس العقد حتى يجب بذلك، بل هو من باب دفع الملك إلى

(١) لم يرد في غير (م). (٢) في (م): حتى يكون.

[٣٦٠]

مالكه وقولهم: (إنه من مقتضيات العقد) أعم من ذلك، فلا عبرة بما سرى إلى بعض الأذهان: من وجوب القبض هنا، لأنه من مقتضيات العقد فيجب الوفاء بها، فتدبر جدا. وبقي الكلام في أن القبض من أحد الجانبين إذا وجب بعد الملك لا يتوقف على القبض من الجانب الآخر - بمعنى: أنه يجب (١) على أحدهما القبض مع امتناع الآخر - فإن عصيان أحدهما لا يرخص الآخر (٢) في المعصية، مع أنهم حكموا بالتوقف، وفي بالي: أن المولى المقدس الاردبيلي منع ذلك، وحكم بوجوب الأقباض وإن عصى الآخر وامتنع (٣). ولعله نظر إلى إطلاق الأمر وأصالة عدم الاشتراط. ويمكن القول بأن الظاهر من أدلة المعاوضات كون القبض بإزاء القبض، كما أن الملك بإزاء الملك، ولذلك شواهد كثيرة في أحكام خيار التأخير وغيره، ولا إطلاق في الأدلة يقضي بلزوم الأقباض كيف كان. ويحتمل أن يكون من باب جواز ضبط مال الغير وعدم دفعه إياه حتى يدفع هو أيضا ما عنده في أي مقام كان، فإن هذا أيضا له وجه. ويمكن الاستدلال عليه بمثل قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (٥) ومقتضاه جواز منعه من ماله حتى يدفع مالك عنده، لكن لم أقف في كلمة الأصحاب على شيء يفيد هذه القضية الكلية. وبالجملة: فتوقف وجوب القبض من كل جانب على القبض من الآخر من المسلمات في المعاوضات، هذا مع كون العوضين حاليين، أو متوافقين في الأجل [كما يصير في الصلح ونحوه] (٥) أما مع كون أحدهما حالا والآخر مؤجلا فاللازم

(١) العبارة في غير (م) هكذا: فلم يتوقف على القبض من الجانب الآخر في الوجوب، بمعنى أنه لا يجب... (٢) في غير (م): للآخر. (٣) مجمع الفائدة ٨: ٥٠٤. (٤) في غير (م): حفظ. (٥) البقرة: ١٩٤. (٦) لم يرد في (م).

[٣٦١]

على جانب الحلول القبض، ولكن لو عصى وامتنع إلى أن حل الأجل من الجانب الآخر فهل يتوقف الوجوب بعد ذلك على (١) قبض العوض الآخر لأن كليهما صارا حاليين، أو لا لأن التقايب الذي كان مقتضى المعاوضة قد ارتفع بالتقييد، وليس بعد ذلك دليل على منع حق الآخر بعصيانه؟ لا يبعد أن يقال بلزوم الأقباض، ولا يتوقف على القبض من الآخر، لارتفاع اقتضاء العقد بالتأجيل، ولا مقتضى للتوقف غيره. نعم، لو قلنا بأن التقايب للقاعدة التي ذكرناها كلية من الاعتداء بمثل ما اعتدى ينبغي التوقف حينئذ أيضا وإن عصى الممتنع أولا قبل الحلول، ولعل حكم الفقهاء بعدم جواز امتناع الزوجة عن التمكين وتسليم نفسها للزوج إذا كان الصداق مؤجلا وإن عصت ولم تمكن إلى أن حل الأجل - مع أنه كان لها الامتناع لو كان الصداق حالا ابتداء - يرشد إلى الأول، وعدم الالتفات إلى ما ذكرناه من عموم الآية، فتبصر. الخامس: أن القبض لم يثبت له حقيقة شرعية، بل هو باق على معناه اللغوي والعرفي، فكل مقام ذكر فيه لفظ (القبض) في كتاب أو سنة أو مورد إجماع فالظاهر الرجوع فيه إلى العرف ما لم تكن هناك قرينة صارفة، والشك يلحقها بالعدم. ولا ريب أن القبض في العرف المطابق للغة: الأخذ باليد، ولذلك لو حلف ليقبض أو لا يقبض يحث بقبض اليد في الثاني ويمثل به في الأول لا بما عداه، وكون القبض

في هذا المعنى مما لا شبهة فيه. نعم، قد ورد في الكتاب والسنة اشتراط القبض أو سببته في المقامات المشار إليها سابقا، مع أنها أعم مما يكون قابلا للأخذ باليد وغير قابل له، فلا يمكن حمل القبض مع هذا التعميم على معناه الحقيقي، ولا ريب في بعد حمله

(١) في النسخ: إلى.

[٣٦٢]

على الحقيقي والمجازي، بأن يراد اعتبار القبض باليد فيما يمكن فيه ذلك، والمعنى القريب منه في التسلسل فيما لا يمكن فيه، بل الظاهر إرادة عموم المجاز، وهو مطلق اليد المعتبر في الدلالة على الملكية، بمعنى الاستيلاء عرفا والاستقلال، سواء قبضه بيده أو حطه (١) بجيبه أو كفه، أو لبسه أو ركبه، أو قعد عليه، أو جعله في بيته، أو تسلط عليه بغير ما ذكر بحيث يعد متسلطا عليه كل من رآه. وإلى ذلك يرجع كلام محققي الأصحاب أن القبض في المنقول: نقله، وفي غيره: التخلية والتمكين التام، وإن كان في أداء هذه العبارة لما ذكرناه نوع خفاء، سيما في الأول، لكن غرضهم في ذلك واضح. وهنا أقوال آخر أيضا، وليس ذلك اختلافا في المعنى العرفي، بل الغرض بيان ما هو المعتبر شرعا بحسب المقامات، ولكل واحد منها وجوه وجيهة لا حاجة لنا في ذكرها. ومما ذكرنا ظهر: أن مصير المتأخرين إلى أن القبض هو التخلية مطلقا - لأن إرادة النقل في مقام والتخلية في آخر موجبة لأرادة مجازين، وإرادة المجاز الواحد الجاري في كل مقام أولى [أو] (٢) لأن القبض لما وقع الأحكام في معناه فيؤخذ فيه بما هو المتيقن في الشرطية وهو التخلية وما عداه ينفي بالأصل - ليس على ما ينبغي، مع ما فيه من أبحاث آخر. السادس: أن القبض بهذا المعنى لا ريب أنه يصدق في الأعيان الخارجية بالتسلط والاستيلاء في كل شئ بحسبه إذا كان ابتداء، بمعنى تحقق ماهيته بذلك مع عدم كون الشئ مقبوضا قبل ذلك. وأما القبض بالاستدامة - كما لو كان المال بيد المشتري أو بيد المرتهن أو نحو ذلك - ففي قيامه مقام القبض الابتدائي وترتب الأحكام عليه وعدمه وجهان، بل قولان، منشأهما: أن القبض الذي اعتبر مناطا لتعلق الأحكام - من صحة عقد أو ضمان أو غير ذلك - إنما يتبادر منه القبض

(١) في (م): وضعه. (٢) من (م).

[٣٦٣]

الابتدائي، وأما كونه بالاستدامة وكونه على حالة المقبوضة فإما لا يعد قبضا حقيقة، أو لا ينصرف إليه الأطلاق، فيشك في ترتب الآثار (١) عليه، والأصل عدم ترتب الآثار (٢) عليه. وأن (٣) المعلوم من اعتبار القبض إنما هو الوصول إلى يد من اعتبر قبضه وكونه في سلطنته حذرا من لزوم المشاجرة والمنازعة، بمعنى: أنه ندري أن العلة لاعتبار القبض حصول هذا التسلسل له، والدفع والأخذ إنما هو مقدمة لحصول هذا المعنى، فإذا حصل فلا وجه لاعتبار الأخذ والدفع الصوريين، أو يقال إن القبض ليس إلا كون هذا المال في يد القابض وسلطنته ولا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة. وربما تبنى المسألة على بقاء الأكوان وعدمه، فعلى الأول لم يتحقق هنا قبض، إذ ليس

هذا إلا ما حصل سابقا من القبض. وعلى الثاني فكل آن قبض جديد فيندرج تحت الأدلة وإن انصرفت إلى القبض الجديد. والحق: أن المسألة عرفية لا يبتني (٤) على بقاء الأكوان وعدمه، إذ (٥) على القول بانصراف القبض إلى الابتدائي لا يشمل المبحوث عنه، سواء قلنا ببقاء الكون أو لم نقل، وعلى القول بكون القبض أعم من الابتدائي والاستدامة، فيشمل المقام من دون حاجة إلى اعتبار تجدد الأكوان. والحق أن القبض الاستدامتي إذا كان بإذن ممن له الأقباض يكفي في ترتب الأحكام عليه، إما لأنه قبض حقيقة - كما قيل (٦) - وإما لأن العلة منقحة وهي هنا موجودة، وإما لأن الكون لا بقاء له، وإما لأن الأدلة الدالة على اعتبار القبض الابتدائي بانصراف الأقباض، وبعبارة أخرى: أدلة القبض على اختلاف أنواعها وأصنافها: من إجماع أو كتاب أو سنة في أي باب وردت - سواء كان في شرط صحة أو لزوم أو ضمان أو غير ذلك - لا يشمل صورة ما إذا كان المال المعتبر فيه

(١ و ٢) في (ن، د): الأثر. (٣) منشأ الوجه الثاني. (٤) في (ن): لا تبنى. (٥) في سوكي (م): أو على القول. (٦) قاله المحقق الأردبيلي قدس سره في مجمع الفائدة: ٥١٣: ٨.

[٣٦٤]

القبض مقبوضة في يد من يعتبر قبضه، فإن لزوم القبض الابتدائي في مثل هذا المقام ممنوع، ولا دليل يدل على اعتباره هنا، وأدلة القبض تنصرف إلى صورة عدم كون المال مقبوضا، فتبصر. وقد يرشد إلى هذا المعنى كلام من اعتبر كون الوقف في يد المتولي مع كون الموقوف عليه صغارا (١) أو جهة - كما نقل عن بعض الفقهاء (٢) - ولعله لعدم انصراف أدلة القبض إلى مثل هذا المقام، ونظير ذلك في المقامات المعتبر فيها القبض كثير. ومن هنا ظهر: أن القبض بالاستدامة لا يحتاج إلى صدور إذن جديد، ولا إلى مضي زمان يقع فيه القبض، نظرا إلى أن القبض الجديد كان يحتاج إلى الأمرين. [لا يقال] (٣) ومتى ما سقط الاخذ والدفع لعدم الفائدة فلا وجه لسقوط اعتبار [الزمان والأذن، إذ لا مسقط لهما. لأننا نقول: ليس الأذن ولا مضي الزمان إلا لتحقق ماهية القبض والاستيلاء المعتبر في المقام، فإذا كان أصل القبض حاصلًا فلا وجه لاعتبار المقدمية بعد حصول ذي المقدمية، خصوصا على ما وجهناه: من أن القبض لا نسلم شرطيته في مثل المقام حتى يحتاج إلى حصول مقدماته في الخارج، وقاعدة (الميسور) لا دخل لها بما نحن فيه، إذ لم يكن هنا أمور متعددة ولا أمر واحد مركب، بل كان هنا مقدمة وذو مقدمة، فإذا حصل الثاني على بعض الوجوه أو لم يعتبر من أصله - كما هو مقتضى الوجه الأخير - فلا ريب في سقوط المقدمات، فتأمل. ومن هنا ظهر أيضا وجه فساد اعتبار الزمان دون الأذن أو بالعكس، فإن شيئا منهما لا يشترط حصوله، كالتفصيل بين ما كان القبض أولا بإذن المالك فلا يحتاج إلى إذن، وما كان بغير إذنه - كالغاصب - فإنه يحتاج إلى إذن، إذ الفرض فيما كان مقبوضا بطريق شرعي يوجب اليد عليه شرعا لا مجرد كون المال في يده، ولذلك

(٢) في (م): صغيرا. (٣) انظر الشرائع ٢: ٢١٧، التحرير ١: ٢٨٥، الدروس ٢: ٣٦٦. (٢) أتيتناه من هامش (م).

[٣٦٥]

عبر الفقهاء هنا بأنه هل يحتاج إلى إذن جديد؟ فإن تجديد الأذن لا يعقل إلا مع وجود الأذن السابق. وبالجملية: التفصيل في ذلك لا ربط له باعتبار القبض المستدام وعدمه ومسألة بقاء اعتبار الأذن والزمان وعدمه، فإن من اعتبر الأذن هنا ليس لعدم كون المال بيده مأذونا في قبضه، بل لأن القبض الجديد مركب من أمور ثلاثة، فإذا فات أحدها لزم اعتبار الباقي، وأما أصل اعتبار الأذن في تحقق القبض الشرعي فهو كلام آخر. السايغ: أن الظاهر من كلمة الأصحاب: أن ما في الذمة مقبوض، وقد نصوا على ذلك في باب الحقوق المالية، وفي باب الصدقات، وفي باب الصرف والسلم، وهبة ما في الذمة على القول بصحتها، ولأرب أن القبض لو سلمنا صدقه على القبض بالاستدامة لا نسلم صدقه على ما في الذمة، لصحة السلب وتبادر غيره ونص أهل اللغة بخلافه، ولا شبهة في عدم كونه معنا حقيقيا للقبض، فالمراد من كونه مقبوضا: جريان أحكام القبض عليه في هذه المقامات، والوجه في ذلك أحد أمور: أحدها: ورود النص بذلك في كتاب الزكاة، فإنه قد ورد في احتساب الدين على الحي وعلى (١) الميت زكاة (٢) فإنه يصير بذلك زكاة ويتعين، وليس إلا لكون ما في ذمته (٣) كمقبوضه، فيلحق به ما عداه لعدم القول بالفرق، أو لأن الزكاة أصل لسائر الحقوق المالية الألفية فيتسرى إليها، ويحتمل بعد ذلك عدم القول بالفرق في الباقي. وثانيها: أن المعلوم من أدلة القبض اعتبار كون المال في تسلط القابض، ولا شك في كون ما في الذمة في تسلط صاحب الذمة، بل هو أولى من العين المقبوضة

(٢) على: لم ترد في (ف، م). (٢) الوسائل ٦: ٢٠٥، الباب ٤٦ من أبواب المستحقين للزكاة. (٣) في (ن): ما في الذمة.

[٣٦٦]

وأشد في الأستيلاء والسلطنة، فيكون في حكم القبض الظاهري الفعلي بالاولوية. وثالثها: ظهور إجماع الأصحاب على الأحاق الحكمي، وليس مقصورا على خصوص مورد الأجماع، بل الظاهر منهم البناء على ذلك على طريق القاعدة، بمعنى: أن الاستفادة منهم: الأجماع على أن ما في الذمة كالمقبوض في سائر الأحكام إلا ما خرج بالدليل. ورابعها: أن يقال: إن الأدلة الدالة على اعتبار القبض لا نسلم شمولها لصورة كون الشيء في ذمة من يعتبر قبضه، بل المنساق منها إلى الذهن صورة كون الشيء عينا أو كليا في ذمة غير القابض حتى يعتبر إقباضه، وأما لو كان في ذمة القابض فالأدلة لا تنهض على اشتراط القبض في هذه الصورة، وهو غير بعيد، ولعله السر في عدم اعتبار الأصحاب القبض الصوري في مثل (١) هذا المقام. الثامن: أن القبض - سواء كان ابتدائيا أو بطريق الاستدامة، اسميا كان أو حكما - يعتبر فيه إذن من يعتبر إذنه في الأقباض: من مالك أو وكيل أو ولي أو وصي أو حاكم في مقام الأخبار للمتنع عن الأقباض، أو عدم وجود الولي. وبالجملية: يعتبر فيه الأذن ممن له السلطان على المال كيف كان. وقد أجمع الأصحاب على اعتبار ذلك في صحة القبض وترتب آثاره عليه وإن كان القبض في نفسه أعم من ذلك، ولعل الظاهر من اعتبار القبض أيضا ذلك، فإن المتبادر من قوله [تعالى]: فرهان مقبوضة (٢) كونها مقبوضة بإقباض الراهن ومن قام مقامه، لا بدون إذنه، والأجماع كاف في المقام، مضافا إلى الأدلة الخاصة الدالة في كتاب الوقف وغيره على اشتراط الأذن (٣). مع أنا نقول: إن القبض بدون الأذن غير مشروع، فيكون منهيا عنه، والرخص لا تناط بالمعاصي، وسيأتي تحقيق أن النهي في المعاملة قاض بالفساد شرعا وإن

[٣٦٧]

لم يدل عليه حقيقة لغة، والقبض من جملة أفراد المعاملة. وهل القبض بالأذن الشرعي من دون إذن المالك قائم مقام إذن المالك في ترتب الأحكام أم لا؟ الظاهر ذلك، لأن كل من قبض مالا بإذن شرعي فهو ولي ذلك المال وهو صاحب السلطنة عليه. لكن يشكل الاكتفاء بذلك بدون إذن المالك، فإن من عنده مال لأحد بطريق الأمانة الشرعية - كثوب أطارته الريح - ثم أراد المالك هبة ذلك المال له وهو لا يدري بكونه في يده وهو في الواقع في يده بإذن شرعي فوهبه وهو مقبوض فالظاهر عدم الاكتفاء به حينئذ، بل لابد من إذن المالك، لكن يبقى البحث في أن هبته مع علمه بأنه في يده إذن في الأقباض أو يحتاج إلى إذن صريح؟ وبالجملة: القبض بدون إذن المالك ومن بحكمه غير معتبر في شئ من المقامات، إلا فيما دل الدليل عليه، كتسليم المشتري المبيع بغير تسليم من البائع وإطلاعه، فإنه موجب لدخوله في ضمانه. وبقي البحث في أنه لو كان القبض بطريق الاستدانة أو بكونه في الذمة، فهل مجرد الهبة أو البيع أو نحو ذلك مع علم المالك بكونه مقبوضا عنده أو كليا في ذمته يكفي في حصول الأذن وإن كان القبض السابق على العقد بطريق الغصب، أم لا يكفي مطلقا، بل يحتاج إلى إذن بالفعل، أو يفصل بين كون القبض السابق بالأذن فيستصحب السابق وإن لم يدل العقد الجديد على الأذن فيتحقق القبض بإذن مستصحب فيكفي، وبين كونه مقبوضا بدون الأذن فيعتبر الأذن الجديد، لعدم وجود إذن سابق حتى يستصحب، وعدم دلالة العقد على الأذن في القبض، إذ رضا المالك بالعقد غير مستلزم لرضاه بالقبض، بل ربما يتفق أنه يرضى بالعقد ولا يرضى بالقبض؟ فإن قلت: لا ريب أن حين العقد إذا رضي به فقد رضي بالقبض ما لم يعرض بعد ذلك امتناعا وندامة، فإن بعد ذلك يعرض عدم الرضا وينكشف بامتناعه عن القبض، وفيما نحن فيه لما كان المال بيد القابض ورضي المالك بهبته أو رهنه أو

[٣٦٨]

وقفه فقد رضي في هذا الحين بقبضه أيضا، فلما تحقق العقد تحقق القبض أيضا - بلا تأمل - جامعا للشرائط وإن كان قبل ذلك مغصوبا. قلت: لا ملازمة بين الرضا بالعقد وعدم الرضا بالقبض، خصوصا فيما كان القبض شرطا للملك، إذ قد يجعل العقد وصلة إلى غرض من الأغراض مع عدم رضاه بالقبض، فاعتبار الأذن ما لم يكن مستصحبا أقوى. هذا مجمل الكلام في هذا المقام بحيث ينطبق على الموارد ويوضح المرام والله الهادي. التاسع: أن القبض في المنفعة لا يتحقق إلا بالاستيفاء، فما استوفى فهو مقبوض، وما لم يستوف فهو ليس بمقبوض، إما لأن القبض الحقيقي - وهو الأخذ باليد - يتفاوت بحسب المقامات ويكون في كل شئ بحسبه، وأخذ المنفعة استيفاؤها. وإما لأن المعنى القريب إلى المعنى الحقيقي في المنفعة إنما هو هذا المعنى المذكور، وذلك واضح عرفا. ولكن هنا إشكال وهو: أن الفقهاء ذكروا في باب الأجرة وغيرها مما يملك به المنفعة - من صلح أو ثمن مبيع أو صداق أو نحو ذلك - أن قبض العين قبض للمنفعة، وفرعوا على ذلك لزوم دفع العوض الآخر بقبض العين من جانب المنفعة، وظاهرهم كون ذلك على قاعدة التفاضل الذي ذكرناه من عدم لزوم قبض أحد العوضين إلا بقبض الآخر، مع أن قبض العين ليس قبضا لمنفعتها، بل إنما هو شئ يحصل به قبضها بعد ذلك بالاستيفاء، فهو من مقدمات قبضها على بعض الوجوه، فكيف عدوا

ذلك قبضا للمنفعة؟ سيما مع أنهم في مسأله الضمان لو تلفت المنفعة كلا أو بعضا ذكروا: أنه مضمون على المؤجر، لأنه تلف قبل القبض. فإن كان قبض العين قبضا للمنفعة، فكيف يكون الضمان بعد ذلك لتلف أو عيب أو نحو ذلك على المؤجر؟ وليس إلا كالتلف للمبيع أو التعيب له بعد قبضه، وهما مضمونان على المشتري إذا لم يكن هناك خيار للمشتري. وإن لم يكن هذا قبضا للمنفعة، فكيف يجب إقباض الاجرة بقبض العين؟ مع

[٢٦٩]

أن القاعدة تقضي بعدم لزوم الأقباض إلا بقبض الآخر، كما قررناه. ويؤكد الأشكال مصيرهم في باب إجارة الأعمال (١) إلى عدم لزوم تسليم الاجرة إلى العامل إلا بإتمامه العمل وإن ملكها بالعقد، نظرا إلى عدم لزوم قبض أحد العوضين قبل الآخر، وأي فارق بين الإجارة على الأعمال والأجارة على الأعيان، مثل الدابة والدار؟ وبالجملة: هذان الكلامان مما لا ينطبقان على المدعى. والذي يقتضيه النظر الصحيح أن يقال: إن القبض في المنفعة لا يتحقق إلا بالاستيفاء، وقبض العين لا يعد قبضا للمنفعة، وكلامهم في باب الأجير وضمان النافع قبل الاستيفاء ونحو ذلك جار على القاعدة، لكن حكمهم في بحث التقابض بلزوم الدفع للاجرة بمجرد قبض العين المستأجرة، لأنه لا يمكن القبض للمنفعة والاستيفاء غالبا دفعة، لأن المنفعة توجد تدريجا، ولا يمكن وجودها دفعة، فحكموا بأن قبض العين قائم مقام قبض المنفعة في ذلك، دفعا للعسر والجرح، ودفعا للغرر والضرر عن مالك المنفعة، فإنه لو صبر إلى حين استيفاء المنفعة بتمامها لزمه الضرر. وبالجملة: مسألة التقابض خارجة عن القاعدة في المنفعة بالأجماع، وما ذكرناه هو المقرب للدليل. ويمكن أن يقال: إن توقف قبض أحد العوضين على الآخر ليس إلا لجريان قانون المعاوضة في العادة على ذلك - كما أشرنا إليه سابقا - وطريقة إجارة الأعيان إنما هي على قبض العين وإقباض الاجرة وهو المدار في الفتوى، فتصير المسألتان كلاهما على القاعدة، فتدبر.

(١) في غير (م): الأجارة إلى الأعمال.

[٢٧١]

[العنوان الخامس والاربعون] [في تحقيق معنى الشرط، وبيان حكم الشروط في ضمن العقود]

[٢٧٢]

عنوان [٤٥] في حكم الشروط في ضمن العقود وتميز السائغ منها من غيره. اعلم: أن لفظ (الشرط) يطلق على معان: فعند الاصوليين يراد منه: ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده، وهو بهذا الاعتبار حكم وضعي يسند إلى شيء دائما. وعند النحاة: ما يدخله أداة الشرط، ويفيد معنى السببية غالبا. وفي اللغة: ما يلزم به الغير أو يلتزم به، فيكون معنى قولك: (شرطت عليه كذا) أي: ألزمته به. واقتصر على هذا المعنى بعضهم، ولم يذكر معنى التعليق والربط، مع أن معنى الربط هو المعنى الذي يتبادر منه، وإطلاق النحاة الشرط على ما دخله الأداة أيضا من جهة تحقق

معنى الربط فيه، كما أن تسميتهم لأداة الشرط به لأفادتها معنى الربط، وكذلك إطلاق الأصوليين الشرط على ما ذكر مأخوذ من هذا المعنى. وأما معنى الألتزام والالتزام الذي ذكره بعض المدققين (١) وجعله المعنى الحقيقي فلم نقف على مأخذ له، وليس بمبتادر من اللفظ، ولا يساعده كلام أهل اللغة أيضا، فإن المذكور في كلامهم أيضا الألتزام والالتزام في بيع ونحوه.

(١) لعل المراد به المحقق النراقي قدس سره، انظر عوائد الأيام: ٤٢، العائدة ١٥.

[٢٧٣]

وبالجملة: لو كان بمعنى الألتزام أيضا ليس إلزاما مطلقا، بل إلزام مرتبط بشئ. وبعبارة أخرى: الزام يحصل بواسطة ربطه بلازم آخر، وما لم يكن فيه ربط بالمرء فلا يطلق عليه لفظ (الشرط) بل يصح سلبه عنه، ولا يطلق عند العرف (شرطت عليك أو عليه كذا) إلا بعد وقوع فعل ومعاملة بين المتشارطين يكون الشرط مرتبطا به، كما لا يخفى على من تتبع طريقة العرف (١) وأهل اللسان. ومطلق الألتزام والألتزام لا يطلق عليه الشرط، بل هو العهد أو التعاقد ونحو ذلك. وأما الشرط في ضمن العقد: فمن زعم أن الشرط معناه: الألتزام أو العدم عند العدم - كما ذكره أهل الأصول - احتمل كونه مأخوذا من كل منهما، وقال: إن قلنا بأن الشرط لو امتنع المشتري من وفائه يجبر عليه فيكون أخذ الشرط هنا من معنى الألتزام. وإن قلنا: إنه يتسلط الشارط على الفسخ فهو مأخوذ من معنى العدم عند العدم. ولا يتوهم أنه حينئذ على هذا المعنى يلزم انتفاء العقد عند انتفاء الشرط كما هو مقتضى الشرطية، لأن ذلك لو كان شرطا لأصل العقد وليس كذلك، لأنه لو كان شرطا له لزم التعليق وهو مفسد إجماعا، بل هو شرط للاستمرار، فإذا انتفى الشرط انتفى الاستمرار. وهذا المعنى هو الذي أفاده المعاصر المدقق النراقي في عوائده (٢). وهذا الكلام مما لا يخفى على المتدرب في الفن كونه أجنبيا عن الفقه، لأن الشرط لو كان بمعنى العدم عند العدم فلا يفترق الحال بين كونه شرطا لأصل العقد أو لاستمراره، إذ كما أن التعليق يبطل في أصل العقد يبطل في دوامه أيضا، إذ قصد الدوام لازم في العقود كما بيناه في أصالة اللزوم. ولا فرق بين قوله: (إن جاء زيد بعتك) بمعنى عدم إيقاع البيع لو انتفى الشرط، وبين قوله: (بعتك في الجملة ودوامه مشروط بمجيئ زيد) بل لابد من إنشاء البيع والتعليق الدائم منجزا، وطريان البطلان أو الفسخ شئ آخر لا يمكن تقييده في القصد من أول الأمر، إذ

(١) في (ن): العرب. (٢) عوائد الأيام: ٤٢، العائدة ١٥.

[٢٧٤]

لا شبهة في البطلان لو علق الدوام من أول الأمر على شئ متزلزل الحصول. مضافا إلى أن الشرط لو كان للاستمرار للزم من ذلك ارتفاع الاستمرار باستمرار (١) الشرط، فلا وجه لثبوت الخيار فإنه غير الاستمرار، فينبغي أن يقول: هذا شرط للزوم، ولا ريب في فساده، إذ للزوم حكم شرعي منوط بجعل الشرع، وليس في يد المتعاقدين أن يجعلوا شئنا شرطا للزوم، فلا يمكن أن يكون معنى قوله: (وشرطت كذا) أنني علقته لزوم العقد عليه، وبالجملة: فهذا الكلام

مما لا يخفى سقوطه عند من له قوة النظر. والتحقيق: أن الشرط في العقد إنما هو بمعنى الربط وإحداث العلاقة بين العقد وما شرط، وهو المعنى اللغوي للشرط، ولا يطلق الشرط على الأزام المستقل الذي لا ربط له بشئ آخر. والمراد من قولهم: (بعتك وشرطت عليك كذا) أني أنشأت البيع والتملك، وربطته بالأمر الفلاني، أي: جعلتهما مرتبطا في الأنشاء والاحداث: بمعنى إرادة وقوعهما معا مرتبطا، فيصير الشرط كأجزاء العوض والمعوض، فمن قال: (بعتك السيف والفرس) يريد وقوع التملك فيهما معا، بمعنى تعلق الغرض بالمجموع المركب من حيث هو كذلك، ومثله الشرط، والغرض ارتباط الشرط والمشروط في المقصودية والأنشاء، لا أن ذلك تعليق لأصل العقد بمعنى (أنني بعت إن كان كذلك) ولا تعليق للدوام بمعنى (أنني بعت ولكن إن وقع هذا الشرط فدائما، وإلا فلا) ولا بمعنى (أنني بعت ولكن لا أرضى باللزوم إلا بذلك الشرط) فإن كل ذلك غير صحيح، إذ الأولان مبطلان، والأخير لا دخل له بالمتعاقدين، وإنما المقصود: ما ذكرناه، ولا يخفى ظهور هذا المعنى عند من راجع وجدانه. وليس فوات الشرط إلا كتبعض الصفة، وإنما الفرق بالدخول في الماهية والأركان والخروج والتبعية، وإلا فكل منهما بمعنى واحد، والغرض تعلق الأنشاء بالمجموع المركب على نحو الارتباط الحاصل في الهيئة التركيبية، فينحل إلى

(١) كذا، والظاهر: بارتفاع.

[٢٧٥]

تركب المقصود، وهذا المعنى هو الذي يقتضيه النظر الصحيح. إذا عرفت هذا فنقول: أصل العقود قد ثبت صحتها بما دل عليها من عموم وجوب (١) الوفاء، وكذا لزومها على حسب ما قررناه. وأما الشروط: فلا ريب أنها خارجة عن اسم العقد، وإنما هو أمر لاحق يربطه العاقد بالعقد ويقصدهما معا على نحو التركيب، فيحتاج في إثبات صحة هذا الربط ولزومه إلى دليل، والوجه في ذلك أمور: أحدها: ظهور الأجماع من الأصحاب على صحة الشرط في ضمن العقد، إلا فيما نذكره من الشروط الأربعة الباطلة، فإنهم في سائر المقامات يحكمون بصحة الشروط ولزومها من دون نكير منهم في ذلك، كما لا يخفى على من راجع كلامهم. وثانيها: الاجماع المحكية على ذلك حد الا ستفاضة. وثالثها: ما ذكرناه في إثبات صحة العقود من: أن المعاملات ليست مبنية على التعبد والاختراع، وإنما هي أمور مجعولة عند العقلاء على نحو يتم به النظام والشارع قررهم على ذلك، فكل معاملة شائعة بين الناس يحكم بصحتها لكشفه عن تقرير الشارع إلا ما ورد المنع عنه. فنقول: لو كان ورد من الشرع منع عن أخذ الشروط في ضمن العقود بهذا العنوان لاشتهر وتواتر كسائر المعاملات الفاسدة، لعموم البلوى وشدة الحاجة، مع أنه قد انعكس الأمر، وهذا يكشف عن رضا الشارع به، وهو المدعى. ورابعها: أن ما دل على لزوم الوفاء بالعقود يدل على صحة الشرط الواقع في ضمن العقد. إما لأن ذلك كالجزم من العقد والقيود منه، فإذا وقع الارتباط بينه وبين العقد في قصد المتعاقدين فالوفاء بالعقد يقتضي الوفاء به، لأنه من كفيات العقد، ولا فرق بين ما اعتبر في الأركان أو لوحظ من الخارج، بل هذا في الحقيقة يرجع إلى صفة في أركان العقد، فيكون المبيع الفرس المرتبط بكذا والثمن السيف المرتبط

(١) في سوى (م): عموم دليل الوفاء.

بكذا، فلا بد من الوفاء بالشرط حتى يحصل الوفاء بالعقد. وإما لأن الشرط بنفسه عهد من العهود وقد دلت الآية على لزوم الوفاء بالعهود (١) ولا يضر الانصراف إلى المتعارف هنا، لأن الشرط في ضمن العقد من العهود المتعارفة الشائعة، فكما يشمل العقد الأصلي يشمل الشرط، ولا يحتاج إلى إثبات كون الوفاء بالعقد مستلزما للوفاء بالشرط، فتدبر. وقد مر بيان أن المراد بالعقود العهود (٢). وخامسها: ما ورد من النصوص الكثيرة الدالة على الوفاء بالشرط. [ففي أربع روايات] (٣) منها صحيحتان وموثقتان: [عن أبي عبد الله عليه السلام] قال: المسلمون إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز (٤) وفي الموثق: أن عليا عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما (٥). وفي رواية: المسلمون عند شروطهم إلا من عصى الله (٦). وهذه الروايات دالة على صحة الشرط ولزومه، ووجه الدلالة: إن المتبادر من (المسلمون عند شروطهم): الوقوف عند الشرط، وظاهره تحتم ذلك وعدم جواز المخالفة. ولا يمكن أن يحمل الكلام على الأخبار، لأنه مدفوع بامور: منها: أن ذلك مستلزم للكذب، إذ رب مؤمن ومسلم لا يقف عند شرطه.

(١) الأسراء: ٢٤. (٢) راجع العنوان: ٣٧، ص: ١٠. (٣) لم يرد في (م). (٤) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ٢. (٥) الوسائل ١٢: ٢٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ٥. (٦) مستدرک الوسائل ١٢: ٣٠٠، الباب ٥ من أبواب الخيار، ح ٣، بلفظ (إلا شرطا فيه معصية) أقول: المصنف قدس سره لم يستوف الروايات الواردة في الباب، واكتفى بذكر صحيحة وموثقة ورواية مرسله، وقد استقصاها المحقق النراقي قدس سره في عوائده، راجع عوائد الأيام: ٤٢، العائدة ١٥.

ودعوى: أن ذلك بيان للمؤمن والمسلم، فإن من لا يقف عند شرطه فليس بمسلم ولا مؤمن، فهي مع بعدها عن سياق النصوص ومذاق الشرع ومخالفتها للأدلة القاطعة غير مضرّة بالاستدلال، فإن الأمام عليه السلام إذا حكم بأن من لا يقف (على شرطه) خرج عن الإسلام والأيمان كشف عن وجوب الوقوف بمقتضى الذم والتهديد. ومنها: فهم الأصحاب ذلك خلفا وسلفا، وذلك كاشف عن كونه معناه، أو وجود قرينة دالة. ومنها: استثناء (من عصى الله) فإنه دال على أن من لم يقف عصي. ومنها: استدلال الأمام بذلك في لزوم الوفاء بشرط المرأة، فإنه لو كان إخبارا لم يكن دليلا على ذلك. وهذان الأخيران كما يدلان على الانشائية يدلان على الوجوب أيضا لا الرجحان، مضافا إلى أن المتبادر منه الوجوب، وأن أقرب المعاني إلى الجملة الخبرية المنصرفة إلى الأنشاء إفادة الوجوب، لقربه إلى معنى الوقوع، فتدبر. مضافا إلى أن ما دل - من الموثق وغيره - على لزوم الوفاء بالشرط في المقامات الخاصة يثبت المدعى بعدم القول بالفصل. فثبوت أصالة الصحة في الشروط - إلا فيما دل الدليل على بطلانه - مما لا بحث فيه. لا يقال: لعل المراد بهذه الشروط ما ألزمه أو التزمه بسبب من الأسباب الملزمة، فلا يدل على أن نفس الشرط أيضا من الملزمات. لأننا نقول: إن الظاهر من الوقوف عند الشرط (٣) كل ما حصل به الربط والألزام، والتقييد بما دل عليه دليل من الشرع خلاف الظاهر، مع أن ذلك يصير تأكيدا حينئذ، لأن بعد ثبوت الملزم الشرعي لا شبهة في وجوب الوقوف، فلا يحتاج إلى

البيان بقوله: (المسلمون عند شروطهم) فظهر أن المراد: تأسيس قاعدة

(١) (١) في (ف، م): لم يقف. (٢) في (د): الشروط.

[٢٧٨]

في صحة كل ما يصدق عليه أنه شرط. مضافا إلي أن في الروايات قد استثنى منها (ما خالف كتاب الله تعالى) و (ما أحل حراما) ونحوه، ولو كان المراد بـ (الشروط) ما دل عليه دليل من الشرح فكيف يعقل كونه مخالفا لكتاب الله أو محللا للحرام أو محرما للحلال؟ فلا تذهل. مضافا إلي أن الأمام عليه السلام استدل على لزوم الوفاء بالشرط للمرأة (١) بقوله: (المسلمين (٢) عند شروطهم) فلو كان المراد بالشرط ما ثبت (٣) لزومه وصحته من دليل شرعي فكيف يجعل هذا دليلا لصحة شرط المرأة؟ فتدبر. قال المدقق النراقي في عوائده: فإن قيل: فيجب الوفاء بكل ما تعهد به فلم خصوه بما في ضمن العقد؟ قلت: لتعلقه بباب المكاسب، وإلا فالجميع كذلك (٤). وهذا مبني على أصله الفاسد من كون الشرط بمعنى: مطلق الأزام حتى تكون الأخبار دالة على أن كل إزام والتزام يجب الوفاء به، وقد عرفت أن الشرط بمعنى (الربط) (٥) ولا يطلق على التعهد المستقل أنه شرط، بل لا يقولون: (فلان شرط على فلان كذا) إلا إذا كان مرتبطا بعمل أو بإجارة أو بقرض أو نحو ذلك، كما لا يخفى، فحينئذ لا تدل عمومات الشروط إلا على الوقوف في الشرط الواقع في ضمن معاملة ونحو ذلك، وليس تخصيص الوفاء بذلك من جهة التعلق بالمكاسب، ولا من جهة ورود تخصيص، بل الظاهر أنهم لم يفهموا من دليل الشروط إلا ذلك. فما يقال: (إن مقتضى العمومات وجوب الوفاء بالشرط حتى لو لم يكن عقدا) لا وجه له بعد ما ذكرناه، ولذلك أن الأصحاب مع ورود الروايات في باب النكاح على أن الشرط الواقع بعد العقد لا بد من الوفاء به (٦) لم يلتفتوا إليه، بل إما

(١) في (ن، د): بشرط المرأة. (٢) في (م): فإن المسلمين. (٣) في (ن): ما يثبت. (٤) عوائد الأيام: ٤٤، العائدة ١٥. (٥) راجع ص: ٢٧٤. (٦) راجع الوسائل ١٤: ٤٦٨، الباب ١٩ من أبواب المتعة.

[٢٧٩]

حملوه على الوقوع بين الأيجاب والقبول، وإما طرحوه (١) في مقابل القاعدة، وهي: أصالة عدم اللزوم إلا في ضمن العقد، وأعرضوا عن النص الخاص مع عدم المعارض، ولو كان العموم قاضيا بالصحة والخصوص مؤكدا له لم يكن للعدول عن ذلك وجه بالمرّة. ويؤيد عدم العموم ما ورد من النصوص الدالة على أن كل شرط قبل عقد النكاح لا يلتفت إليه ولا يجب الوفاء به (٢) وقام الأجماع على ذلك. ولو كان العمومات دالة على الصحة لاستشكلوا في ذلك مع اختلاف النصوص الخاصة، ومما يدل على عدم العموم إجماع الأصحاب - على الظاهر - على أن ما تقدم على العقد وما تأخر عنه غير لازم، وليس ذلك إلا لعدم فهمهم من الأدلة العموم، ومنع هذا الأجماع لا يصدر إلا ممن ليس له انس بالفن، كما لا يخفى، ولو كان الدليل عاما للزمهم القول بأن كل وعد يجب الوفاء به ومخالفته معصية، مع أن المعهود من مذهب الأصحاب عدم اللزوم، بل لعله وصل إلى حد الضرورة، وعليه طريقة المسلمين في الأعصار والأمصار. وبالجملة: هذا الاحتمال

مبني على كون الشرط بمعنى مطلق الأزام والالتزام، وقد عرفت بطلانه. إذا عرفت هذا فهنا أبحاث: الأول في الشرط المأخوذ في ضمن العقد الجائز ولا ريب أن الشرط حينئذ لا يكون لازماً، لأن الوجه في لزوم الشرط إن كان

(١) العبارة لا تخلو عن تسامح، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: ولذلك لم يلتفت الأصحاب إلى الروايات الواردة في باب النكاح الدالة على أن الشرط الواقع بعد العقد لايد من الوفاء به، بل حملوها على الواقع بين الأيجاب والقبول، أو طرحوها... (٢) راجع الوسائل ١٤: ٤٦٨، الباب ١٩ من أبواب المتعة.

[٢٨٠]

عموم دليل العقود فلا ريب أن العقد الجائز خارج عنه بالدليل، فلا يشمل المقام. وإن كان شمول أوفوا بالعقود لنفس الشرط الواقع في ضمن العقد، فنقول حينئذ مقتضاه الوفاء به على ما هو عليه، ولا ريب أن معنى الشرط حينئذ ربط [الشئ] (١) الشرط بالعقد الجائز، ومقتضاه: أن العقد لو ارتفع يرتفع الشرط، بمعنى أنهما منشآن على طريق واحد، فإذا تسلط المتعاقدان على فسخ العقد فالشرط في ضمنه، ولو استقل الشرط بالبقاء خرج من معنى الشرط والربط. ومن هنا يظهر الجواب عن عمومات الشروط، فإن مؤداها أيضاً الوفاء بالشرط ومفهومه الربط، فإذا تسلط العاقد على فسخ أصل العقد فكذا ما يرتبط به كما نبينه (٢) في العكس: من أنه متى لم يجب الوفاء بالشرط لعذر فلا يجب الوفاء بالعقد - كما سيأتي تحقيقه - وهو ثمرة الارتباط. فإذا لم يلزم الشرط في ضمن العقد الجائز فيصير فائدته التقييد في التصرف، فإن الشركة والمضاربة والوديعة والعارية ونحو ذلك إذا شرطت (٣) بشئ معناه، عدم جواز تصرف العامل والمستعير، والوكيل ونحوه (٤) إلا بذلك الشرط، فيصير الربط بين مدلول أصل العقد والشرط، فإما أن يحصل معاً أو لم يحصل معاً، وذلك واضح. والوجه: أن العاقد مسلط في ماله وما هو بمنزله، فكما أن له التسليط مطلقاً فله التسليط المرتبط بشئ خاص لو انتفى لا يتحقق التسليط، لا بمعنى البطلان بالتعليق، بل لفوات المتعلق، فإن من وكل بشرط أن يفعل الوكيل كذا يريد كون مورد الوكالة هذه الحالة، فإذا فات الشرط فقد ارتفعت الوكالة بفوات متعلقها (٥) أنه وقع أصل التوكيل معلقاً، فتدبر.

(١) الزيادة من (م)، والظاهر أن كلمة (الشرط) مصحفة هذه. (٢) في (ن): بنيه. (٣) في (ن، د): اشترطت، وفي (م): اشترطت لشيئ. (٤) في (م): نحوهما. (٥) في غير (م): متعلقه.

[٢٨١]

الثاني في الشرط المأخوذ في ضمن العقد اللازم مع إمكان الأتيان به وأما صورة التعذر فيأتي البحث فيه. ولا كلام في صحة الشرط لما مر من الأدلة، وإنما البحث في الثمرة، وللأصحاب هنا أقوال: أحدها: أن الشرط يجب الوفاء به كأصل العقد، ويجبر الممتنع عنه عليه كما في أصل العوضين. والظاهر أن ذلك هو مذهب الأكثر، بل المشهور، وحكي على ذلك الأجماع عن ابن زهرة في الغنية (١) وابن إدريس في السرائر (٢) وهما الحجة في ذلك، مع اعتقادهما بفتوى الأكثر، مضافاً إلى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، وخصوص الموثق (٣) مع عدم القول بالفرق من هذه الجهة، وعموم أوفوا بالعقود الدال

على وجوب الوفاء بالعقد المقيد بالشرط المرتبط به، المستلزم للوفاء بالشرط، مضافا إلى دلالاته على لزوم نفس الشروط بالتقرير السابق (٤). فإن وفى به المشتري فلا بحث، وإلا فيجبره الحاكم، لأنه ولي الممتنع. نعم، لو تراضيا على الفسخ فلا بحث. وبالجملة: حكمه حكم أصل العوضين من هذه الجهة، والشبهة المتخيلة مدفوعة جدا. وثانيها: أن الشرط يجب الوفاء به، ومع الامتناع من المشتري يتخير الشارط بين الأجير والفسخ. ولعل الوجه فيه: أن فوات الشرط يوجب الضرر على صاحبه، وجبره إما بإجباره على الأداء، وإما بفسخ العقد المشروط فيه، وحيث لا دليل على تعيين

(١) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٢٤. (٢) السرائر ٢: ٣٢٦. (٣) يعني موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة في ص: ٢٧٦. (٤) سبق تقريره في ص...

[٢٨٢]

أحدهما يتخير في ذلك. ولا يخفى ضعفه، لأنه إن كان له الأجير على أخذ حقه فلا وجه لفسخ العقد المحكوم شرعا بلزومه، إذ لا معارض له الآن، فإما أن لا يلتزم بجواز الأجير، وإما أن لا يقول بجواز الفسخ، لأنه بعد إمكان الأجير عقلا وشرعا فهو فوت على نفسه الشرط، مضافا إلى ما دل على لزوم الوفاء الموجب للأجير لو امتنع. ومن هنا يظهر: أنه لو أمكن للشارط أخذ الشرط من دون توسط دفع المشتري فله ذلك، كما لو تسلط المشتري على المبيع، فإن له أخذه وإن لم يرض البائع في غير ما يشترط في صحته القبض، فلو لم يأخذ فليس له فسخ العقد، لأنه فوته على نفسه مادام باقيا على إمكانه. وثالثها: ما حكى عن الدروس: من أن فوات الشرط - بمعنى: امتناع المشتري عن الأداء - يوجب الخيار لا الأجير (١). إذ ليس فائدة الشرط إلا جعل العقد عرضة للزوال، فيصير معنى الشرط: أنه إذا لم يحصل فله الفسخ. وهذا مناف لما دل على وجوب الوفاء بالشرط مما مر، وقاعدة إجبار الممتنع، ومرجعه إلى منع لزوم الوفاء بالشرط وإفادة الشرط التعليق بهذا المعنى. وقد عرفت أنه خال عن الوجه، والغرض من الاشتراط: إيجاب العقد والشرط معا على سبيل الربط فيكون كالجزء، والعقد محكوم بلزومه، والشارط مسلط على المطالبة بالشرط مادام ممكنا بمقتضى ما أوجبه في ضمن العقد، فلا يلائم القول بالخيار مع القول بوجوب الوفاء، مع أنه يقول بوجوب الوفاء فلا وجه للخيار. واحتمال: أن وجوب الوفاء تكليف على المشتري لا حق للشارط فيه حتى يطالبه، بعيد عن باب المعاملة، ومن المعلوم: أن وجوب الوفاء عليه لحق الشارط، فإنه لو عفى عنه لم يجب، فمتى ما صار حقا له يجئ عموم التسلط على المطالبة في الحقوق، والعقد لا دخل له في ذلك حتى يتزلزل مع إمكان الاستيفاء. ورابعها: عدم وجوب الوفاء، وإنما فائدته التسلط على الخيار، وهذا أوجه

(١) الدروس ٣: ٢١٤، وفيه: فإن أخل به فللمشتري الفسخ، وهل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر.

[٢٨٢]

من السابق، ولكنه مناف لطاهر ما قدمناه من الأدلة، ويتم هذا الوجه لو كان الشرط تعليقا للزوم العقد، وهو ليس في يد المتعاقدين حتى يجعله كذلك على ما بيناه. والمراد من الشرط: إلزام ما شرط مرتبطا

بأصل العوض المأخوذ في العقد اللازم بواسطته دون مجرد التعليق، سواء جعلته للعقد أو لدوامه أو للزومه، كما بيناه. وخامسها: الفرق بين الشروط التي يكفي العقد في تحققها كشرط الوكالة في الرهن ونحوه، فإنه لا يلزم لا يجوز الأخلال به، لأنه واقع بوقوع العقد وليس شيئاً متوقفاً أو متوقفاً يعلق (١) عليه العقد حتى يوجب التزلزل، وبين ما لا يكفي فيه ذلك كشرط العتق، فإنه شئ لا يكفي في حصوله عقد البيع مثلاً، بل يحتاج وقوعه إلى صيغة أخرى بعد ذلك، وهو شئ ممكن الحصول والعدم، والعقد قد علق عليه، والمعلق على الممكن ممكن. وهذا التفصيل نسبة الشهيد الثاني إلى الشهيد (٢) وهو أيضاً مبني على اعتبار معنى التعليق في الشرط بالمعنى المتقدم، وقد عرفت أن الشرط ليس إلا كنفس المعاوضة في الأنشاء والألزام، وتسميته شرطاً باعتبار كونه أمراً خارجاً مرتبطاً، فحكمه حكم أصل المعاوضة في الألزام والأجبار الثالث في تعذر الشرط وقد حكم الأصحاب فيه بالخيار، والظاهر أنه إجماعي، وهو الذي يعبرون عنه بـ (خيار الاشتراط) بمعنى أنه خيار ناش عن اشتراط شئ إذا فات على مشترطه. و (خيار الشرط) من (٣) الخيار الحاصل من شرطه، بمعنى اشتراط الخيار في العقد، فيكون خيار الشرط معناه: ما يحصل من شرط الخيار. ولو كان التسمية بالعكس - بمعنى كون خيار الشرط خيار فوات الشرط،

(١) في (ن، د): يتعلق. (٢) الروضة ٣: ٥٠٧. (٣) في (ن، د): عن.

[٢٨٤]

وخيار الاشتراط اشتراط الخيار - لكان له أيضاً وجه. وبالجملة: فوات الشرط يوجب الخيار، وعللوه بأمور: أحدها: أن ثبوت ذلك إنما هو مقتضى الشرط، فإن معناه أنه لو انتفى فلا عقد. وأورد عليه الفاضل المعاصر النراقي: إن الشرط هنا لغوي، بمعنى الألزام - على ما يراه من معنى الشرط - ولا ربط لذلك بالخيار في العقد عند انتفائه، نعم. يتم هذا لو كان الشرط اصولياً، بمعنى الانتفاء عند الانتفاء (١). قلت: لعل معنى كلامهم: أن مقتضى الشرط هو الربط، فالألزام والواجب وقع على أمرين مع الارتباط، فإذا فات أحدهما فقد دخل الضرر فيتسلط على الخيار دفعا له، وليس هذا كتبعيض الصفقة حتى يقسط العوض، لأن الشرط ليس جزءاً وإن كان له قسط من الثمن، وإنما هو كالوصف، وقد حققنا سابقاً - في ضبط موارد العقود - أن الأوصاف لا تقابل بالأعواض وإن تفاوتت بها القيم (٢). وقولهم: (قسط من الثمن) معناه: أن له دخلاً في ذلك، لا أنه مقابل بالعوض، وقد قررنا سابقاً أن الضرر موجب للخيار، وبرهن على ذلك في مبطلات العقود إن شاء الله تعالى. وظاهر كلامه (٣): أن الشرط لو كان اصولياً لثم هذا الكلام على ما فهمه. وأنت خبير بأن العاقد إذا شرط: فإما أن يريد به الانتفاء عند الانتفاء لأصل العقد فلا وجه للخيار ولازمه البطلان، وإن كان لدوامه فكذلك، لارتفاع المشروط بارتفاع شرطه، وإن كان للزومه فلا وجه لقول العاقد: (شرطت في لزوم العقد) فإن ذلك حكم وضعي توقيفي، فلا وجه لاحتمال أن الشرط اصولي ينتفي بانتفائه. وثانيها: أن التراضي حصل معه، فإذا تعذر الرجوع إليه. وأورد عليه النراقي: أن ظاهر المتعاقدين النقل والألزام، وأما الانتفات إلى العدم عند العدم فالأصل عدمه. ولا يعتبر احتمال عدم التراضي في أمثاله، وإلا لزم ذلك في أكثر العقود التي غفل عن لوازمها أكثر الناس، بحيث أنه لو علم بها لم يرض. وأصالة عدم الرضا إلا بالشرط مدفوعة بظاهر لفظهما، فالأصل عدم الخيار

[٢٨٥]

حتى يثبت (١). قلت: لعل مراد كلامهم: (أن التراضي وقع مع الشرط) أنهما أوقعا العقد على هذا النحو، فإذا تعذر ذلك فلا بد من مدفع لفوات هذا المقصود، وليس إلا الخيار. وليس في كلامهم الالتفات إلى العدم عند العدم حتى يمنع أو ينفى بالأصل. ولا يحتاج إلى احتمال عدم التراضي، بل المدعى: أنه من المعلوم أنهما قاصدان لهذا المركب وقد فات، ولا ريب أن احتمال أنهما راضيان بالعقد كيف كان مقطوع العدم. وأي فرق بين فوات المركب من العقد والشرط وفوات العقد على المركب بفوات بعض أجزائه؟ وليس في ظاهر لفظهما الرضا بالعقد كيف كان حتى يتمسك به في عدم الخيار، إذ ظاهر العقد الرضا بالمجموع المركب، وأبين الظاهر الدال على الرضا كيف كان؟ وبالجملة: بعد الأجماع على الخيار وكونه على قاعدة خيار فوات الوصف فالأمر سهل، وهذه الكلمات مما لا يلتفت إليها. الرابع أن الشرط - كأصل العقد - يعتبر فيه دال صريح فلا عبرة فيه بالنية ولا بالتواطئ مع عدم الذكر حال العقد، وحيث إنه مرتبط بالعقد لا بد من وقوعه بحيث لا يتم العقد قبله، ولا يقع الشرط قبل العقد، لأن كلا منهما مستلزم للاستقلال، وهو خلاف موضوع الشرط على ما حققناه فما تقدم على العقد وما تأخر عنه لا عبرة به، لفوات الارتباط وإن كان مقصودا حال العقد، إذ القصد الحالي عن الدلالة لا عبرة به. وما ورد في الشرط المتأخر في عقد النكاح قد عرفت جوابه (٢)، وقد مر تحقيق الأقسام في قاعدة تبعية العقود للقصور (٣)، والحكم يتضح مما أشرنا إليه، والعمدة ملاحظة الارتباط وأن القصد من دون دال لا عبرة به، فتدبر وتبصر.

[٢٨٧]

[العنوان السادس والاربعون] [في بيان الشروط الأربعة الفاسدة]

[٢٨٨]

عنوان [٤٦] في الشروط الخارجة عن القاعدة بنص أو قاعدة، وهي أربعة أقسام: الأول: ما يؤدي إلى جهالة في أحد العوضين. والمراد منه: أن الشرط لما كان مرتبطا بالعقد فيكون بمنزلة وصف مأخوذ في أحد العوضين من جهة المعاوضة، وحكمه بمنزلة أصل العوضين، فكما أن العوض لو كان مجهول الوصف يبطل المعاملة للزوم الغرر، فكذلك الشرط إذا تجهل بنفسه أو شرط على نحو يوجب تزلزلا وترددا في العوض قابلا للنقص والزيادة يبطل، لأن ذلك راجع إلى أصل العوض. ولا فرق في الجهالة بين كونها في أصل المفهوم أو العين وبين كونها في المجموع المركب المقصود ولو باعتبار الاعتبار والمعتبر وقصد القاصد، ولكن هذا الشرط يكون باطلا حيث كان ذلك العقد مما لا يقبل الجهالة، لأن إبطال هذا الشرط للعقد وكونه باعنا لتخلف شرطه (١) صار سببا لبطلانه، فيدور مدار ذلك، فإن كان العقد مما يداق فيه - كالبيع والأجارة ونحو ذلك - يبطل فيه اشتراط ما يؤدي إلى الجهالة.

وإن كان مما يتحمل الجهالة - كالصلح مثلا - فلا بأس فيه بذلك. ولكن ذلك يتبع مقدار التحمل، فإن كان يتحمل الجهالة الأثلة إلى العلم كما

(١) في (ن، د): شرط.

[٢٨٩]

في الصلح - على ما نختاره - فكذلك في الشرط فيجوز اشتراط ما يوجب جهالة كذلك. وإن كان يتحمل الجهالة مطلقا فيجوز اشتراط ما يوجب الجهالة كيف كان. ومن هذا الباب بطلان كثير من الشروط التي حكموا فيها بالبطلان، لا حاجة إلى ذكرها، وفرض ذلك في سائر الأبواب مما لا يخفى على المتدرب، ومن هنا ظهر وجه بطلان هذا النوع من الشرط، وذلك واضح. الثاني: هو الشرط المخالف لمقتضى العقد. وهذا الشرط يحتاج معرفته إلى معرفة مقتضيات العقود، وقد حققناها في العناوين السابقة (١) فينبغي الرجوع إليها حتى يتضح الأمر. ومجمل المقال: أن مقتضى العقد: إما مقتضى ذاته، بمعنى: أن ماهيته لا تتحقق إلا بذلك، كالتملك في العقود المملكة للعين أو المنفعة أو الانتفاع، فإن فواته موجب لانتفاء العقد، وكالهيئات المعتمدة في العقود مثل كون الربح والنماء مشتركا بالأشاعة بين العامل والمالك في المضاربة والمزارعة والمساقاة، وكون السبق في المسابقة للسابق ونحو ذلك، فإن هذه أمور لو انتفت لم يكن العقد على ما شرع في الأصل، وهذه الأمور لو شرط ما ينافيها بطل. والوجه في ذلك: أن الشرط يتبع في الصحة للعقد، فإذا لم يترتب على العقد ما هو مقوم لماهيته فلا عقد حتى يرتبط به الشرط، فلا يكون حينئذ للشرط موقع. وكذا لو شرط ما يخرج العقد عن هيئته، فإن الأمر حينئذ يدور بين أمرين: إما كون العقد على الهيئة المشروطة، وإما بطلان الشرط وصحة العقد وانصرافه إلى ما هو المقرر من قاعدته في الشرع، فعلى الأول لزم البطلان في العقد ابتداء، لخروجه عن موضوعه الذي دل عموم أدلة العقود أو خصوصها على صحته، فيبقى تحت أصالة الفساد الأولية فيبطل، لعدم دليل على صحته بهذه الهيئة، فيبطل الشرط أيضا، لأنه مرتبط بالعدم، فيصير وجود الشرط وصحته حينئذ مبطلا لنفسه، وما يستلزم صحته بطلانه فهو باطل. وعلى الثاني فيبطل الشرط أولا،

(١) راجع العنوان: ٤٣.

[٢٩٠]

ويجئ البحث السابق في العقد، وعلى كل حال: فالشرط باطل. مضافا إلى أن ما دل من الأدلة على اعتبار الآثار الخاصة لهذه العقود والهيئات الخاصة لها يفترض ثبوتها وعدم جواز تخلفها، سواء شرط عدمها أم لا، وأدلة الشروط قاضية بنفوذها سواء كانت في ذلك أم [في] (١) غيرها، فيتعارضان بالعموم من وجه، والترجيح لدليل العقود، إما للكثرة أو لأصالة العقد، وعلى فرض عدم الترجيح فأصالة الفساد في هذا الشرط كافية بعد تساقط الدليلين. ويمكن إدراج هذا القسم من الشرط - بل القسم السابق أيضا - في عنوان (الشرط المخالف للكتاب والسنة) باعتبار أن الشرط المقتضى لتغير هيئة العقد أو لعدم ترتب آثاره اللازمة عليه أو لجهالة العوض المشروط فيه

العلم شرعا يكون مخالفا لما دل من الأدلة على اعتبار ذلك كله من الكتاب والسنة. ولكن المتبادر من مخالفة الكتاب والسنة ما كان الشرط مخالفا لما ثبت منهما بالخصوص، لا ما يؤول إلى المخالفة بالملازمة وملاحظة الامور البعيدة والعناوين الكلية، نظير موافقة الكتاب ومخالفته المعتبر في تراجع الأخبار، فتدبر. وأما الامور المترتبة على العقد التي ليس لها مدخلة في قوامه بحيث لو لم يكن هنا كذلك لكان العقد على موضوعه داخلا تحت الأدلة - كعدم الأثر والنفقة في المتعة وخيار المجلس في البيع ونحو ذلك - فلا مانع من اشتراط ما ينافيها عملا بعموم دليل الشرط، ولا مانع من ذلك، وهي التي نسميها بمقتضيات الأطلاق، وقد مر تفصيل المقتضيات في بحثها (٢). ومعرفة الشرط المنافي لها والموافق إنما يعرف بعد الأحاطة بها، والتتبع في مظان العقود وما ذكره الفقهاء في كل باب من الشروط. الثالث: هو الشرط المخالف للكتاب والسنة. ويدل على فساده: إجماع الأصحاب حيث استثنوا ذلك من جواز الشرط حيث تعرضوا له، ونصوص الباب حيث اشتملت على أن المسلمين عند شروطهم

(١) من (م). (٢) راجع العنوان: ٤٣.

[٢٩١]

إلا ما خالف الكتاب والسنة (١) وهي روايات متعددة معمول بها معول عليها، فلا بحث في بطلان ما خالف الكتاب والسنة من الشروط. الرابع: ما كان محرما لحلال أو محللا لحرام، فإنه أيضا باطل بإجماع الأصحاب، حيث استثنوا هذا القسم أيضا بهذه العبارة، ودل على استثنائه أيضا النص الموثق السابق لأن فيه: (إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) (٢) فهذا في البطلان كالسابق من دون إشكال. وإنما البحث في بيان المراد من هاتين العبارتين، نظرا إلى أن المخالفة للكتاب والسنة: إن كان المراد به: منافاته لما دل على ذلك من عموم الكتاب والسنة وإطلاقاتهما، فيلزم على هذا أن يكون كل شرط مخالفا للكتاب والسنة، فإن من شرط في البيع أن يعطيه دينارا زائدا على الثمن فقد خالف عموم الكتاب والسنة الدالين على عدم وجوب ذلك، وكذلك من شرط عليه عتق المبيع أو بيعه لزيد أو شرط خيارا في البيع - ونحو ذلك - فقد شرط ما يخالف ما دل من الكتاب أو السنة على عدم لزوم العتق والبيع ولزوم العقد، فأين الشرط الغير المخالف لهما؟ ولازم ذلك هو الاستثناء المستغرق الموجب للبطلان. وإن كان المراد من المخالفة: مخالفة الأحكام المنجزة في الكتاب والسنة التي لا يصح فيها اشتراط خلافها، فيكون المعنى: إلا ما خالف ما دل من الكتاب والسنة على حكم غير قابل لاشتراط خلافه، ولازمه أن كل مقام لا ندري أن هذا مما يمكن اشتراطه أو لا يمكن لا يجوز لنا التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٣) لأن عموم الشروط إنما هو في مقام لم يكن إطلاق الكتاب والسنة قاضيا بعدم جواز شرط خلافه، ونحن لا نعلم ذلك إلا بعد العلم بصحة اشتراط

(١) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، والمعيار في نطاق هذه الروايات هو موافقة الكتاب ومخالفته، ولم نقف فيها التصريح بالسنة، فراجع. (٢) راجع العنوان السابق، ص: ٢٧٦. (٣) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

[٢٩٢]

خلافه، والفرض أنه أيضا يتوقف على شمول هذه العمومات، فيلزم الدور، وإن علم من خارج جواز اشتراط خلافه أو عدم جوازه فلا بحث فيه، ولازم هذا الكلام سقوط هذه العمومات من الحجية بالمرّة، فتدبر. مضافا إلى أن المعيار في معرفة المنجز من حكم الكتاب والسنة وما يجوز فيه اشتراط الخيار غير موجود، فإن ظاهر ما اقتضاه الكتاب تسلط الناس على مالهم وبراءة ذمتهم من التكليف، ولزوم العقود ونحو ذلك، ومن أين يعلم أن هذا مقيد بما إذا لم يشترط خلافه أو مطلق قابل للتقييد أو غير قابل؟ وغاية ما في الباب: تعارض عمومات مع ما دل من الكتاب والسنة على الحكم بالعموم من وجه، وكما يمكن تقديم جانب الكتاب يمكن ترجيح جانب الشروط. فإن قلت: هذا لا يكون منشأ للأشكال، فإن الأدلة الدالة على الأحكام مطلقات، وعمومات الشروط مقيدة بعدم المخالفة للكتاب والسنة، فأى مقام وقع التعارض يسقط دليل الشرط، لأنه من موارد المخالفة، فلا يقع حينئذ إشكال حتى يتوقف. قلت: هذا يدبر الكلام السابق من أن كل شرط حينئذ مخالف للكتاب والسنة (١) بعموم أو خصوص، ولازم ذلك سقوط عمومات الشروط من أصلها (٢): فإما أن يرمى بالأحمال الموجب لسقوط الاستدلال، وإما أن يحمل على معنى يرفع هذا المقال. قال المحقق المعاصر في عوائده: والمراد من مخالفته: أن يثبت حكم في كتاب أو سنة (٣) وهو يشترط ضده طلبية أو وضعية، كما أنه قد ثبت أن المرأة أمرها ليس بيدها فيشترط خلافه، والطلاق بيد الزوج فيشترط كونه بيدها، أو يشترط عدم تسلطه على ماله، أو يشترط أن يكون الخمر [حلالا والماء]

(٤)

(١) في غير (ن): لكتاب وسنة. (٢) من أصلها: لم يرد في (م). (٣) كذا، والأولى التعبير ب(الكتاب والسنة) كما في العوائد. (٤) من مصححة (م).

[٢٩٣]

حراما. وأما اشتراط عدم التصرف فليس من هذا الباب، لأنه لم يثبت منهما التصرف بل جوازه، والمخالف عدم الجواز لا عدم التصرف. فإن قلت: اشتراطه يوجب عدم جوازه. قلت: الشرط لا يقتضي ذلك، بل إلزام الشارع بالشرط يقتضيه. فإن قلت: قوله: (إلا شرط خالف) ليس بمعنى المشروط بل بمعنى الألزام وفي ما نحن فيه كذلك. قلت: التزام عدم التصرف لا ينافي جوازه ما لم يكن له ملزم، وكذلك شرط فعل ما ثبت (١) حرمة وترك ما ثبت وجوبه ليس مخالفا للكتاب والسنة إلا أنه يتعارض أدلتها مع أدلة الشرط (٢). وفي هذا الكلام بحث من وجوه: أحدها: أن تفسير المخالفة بثبوت حكم بهما فيشترط ضده، إن أريد بذلك ثبوت الحكم بهما على نحو لا يمكن اشتراط خلافه، يعني: علم أن الشرط لا يغيره - كما هو ظاهر الأمثلة من الطلاق ونحوه - فذلك يوجب عدم جواز التمسك بعموم الشروط في مقام، إذ المعنى حينئذ صحة الشرط فيما ليس كذلك في نفس الأمر، فما لم يعلم جواز الشرط لا يمكن الاشتراط، ومعه فلا نفع للعمومات. واحتمال إرادة إخراج ما علم مخالفته للكتاب والسنة، فالمشكوك فيه يصح اشتراطه وإن دل على خلافه ظاهر كتاب أو سنة لاحتمال تقيدهما (٣) بعدم اشتراط الخلاف بعيد عن ظاهر الدليل، مضافا إلى كمال بعد فهم الحكم المنجز من الكتاب والسنة بحيث لا يقبل التقييد باشتراط الخلاف، فإنه لا يكاد يتحقق، لتوقفه على التصريح، فإن الإطلاق ونحو ذلك لا يفيد هذا المعنى. وإن أريد ثبوت الحكم في ظاهر (٤) الكتاب والسنة وإن كانت قابلة للتقييد فأخراج ما خالف مثل ذلك استثناء مستغرق.

(١) في (ن) زيادة: معرفة. (٢) عوائد الأيام: ٤٧، العائدة ١٥، (٣) في (ن، د): تقييدهما. (٤) في (ن، د): ظواهر.

[٢٩٤]

وثانيها: أن اشتراط كون الخمر حلالا والماء حراما - ونحو ذلك - لا دخل له في الشروط في ضمن العقود، فإن ذلك مبني على غرض المتعاقدين، وتغير الأحكام، لا غرض للمتعاقدين، وفهم اشتراط تغير الأحكام من قوله: (إلا ما خالف الكتاب والسنة) في غاية البعد. وسيجئ لهذا الكلام تتميم بعيد ذلك. وثالثها: أن ظاهر كلامه أن المراد من المخالفة هو المخالفة بالمطابقة دون ما يخالفهما بالتلازم ونحو ذلك، ولا ريب أن اشتراط عدم التصرف في المال أيضا مخالف للكتاب والسنة، فإن مقتضاهما تصرف المالك في ملكه. وقوله: إن عدم التصرف غير مناف. قلت (١): فيه إن عدم تصرفه بطريق اللزوم مناف لذلك، والمقصود بالشرط إلزام عدم التصرف لاعدم التصرف ولو اختيارا. ولا وجه لقوله: فإن إلزام الشارع يقتضيه، لأن كل حكم ثابت بالشرط إنما يقتضيه إلزام الشرع (٢)، وإلا فالشرط لا يثبت حكما، فلو قال: بشرط أن لا يبطأ الزوجة أو لا يتسرى عليها - أو نحو ذلك - لكان الحكم المنافي هنا أيضا لالزام الشرع، فإن ما ثبت من الشرع هو جواز الوطئ والتسري، وعدمهما لا ينافي جوازهما، مع أنهم عدوهما من الشرط المخالف للكتاب والسنة. ورابعها: أن إخراج شرط ترك الواجب أو فعل المحرم من مخالف الكتاب والسنة بديهي الفساد، لأن الواجب والمحرم إن كان دليهما اقتضى الوجوب والحرمة مطلقا بحيث لا يمكن اشتراط خلافة - بمعنى عدم تبدل الحكم به - فيصير الشرط مخالفا للكتاب والسنة - مثل الطلاق - قطعاً، وإن لم يكن كذلك فيتعارض الدليلان كما ذكره، لكن الفرض: أن دليل الشرط مقيد بعدم مخالفتهما، فكيف يعقل التعارض؟ فأينما وقع التعارض ابتداءً ظهر بطلان الشرط، لأنه داخل في مخالف الكتاب. نعم، لو كان عموم الأمر والنهي أيضا مقيدا بما إذا لم يشترط في البيع خلافة لزم التكافؤ بين المتخالفين، والفرض أنه ليس كذلك،

(١) لم يرد (قلت) في (م). (٢) لا يخفى ما في العبارة من قصورها عن تأدية المراد.

[٢٩٥]

فكيف يمكن أن يقال بتعارض دليل الشرط مع إطلاق الكتاب والسنة القاضيين بالوجوب والتحريم؟ وعلى فرض الامكان فقد يتفق فيهما أيضا ما ثبت عدم جواز تبدله بالشرط، فلم لا يكون داخلا في مخالف الكتاب؟ فتبصر. والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن المتبادر من مخالفة الكتاب والسنة: مخالفة ما ثبت منهما بالخصوص على نحو نعلم أن الحكم كذلك من دون تعلقه واشتراطه بشئ آخر، وهذه العبارة ليست إلا كقوله: (أطع أبك إلا فيما خالف الشرع) أو قول الرجل لصديقه: (إنني أطيعك وأسمع قولك إلا فيما خالف أمر الله) فإن معناه: أن أمر الأب أو المولى أو الصديق مثلا أيضا من الملزمات، سواء كان بإلزام الشرع أو بالتزام المكلف بنفسه، ويكون المراد: أن مع قطع النظر عن أمر الامر ونهيه يلاحظ الشرع، فإن كان للشارع أمر ونهي وجعل في هذه الواقعة فالمتبع ذلك، وإن كان الشارع رخص في ذلك أو سكت ولم يحكم بأحد الطرفين فالمتبع في ذلك أمرك، فكذا في الشرط، فإن مقتضى الدليل أن الشرط أيضا من الملزمات لأحد الطرفين، إما الفعل أو الترك، فإن كان هناك للشارع حكم بأحد الطرفين إلزاما فلا عبرة بالشرط لو خالفه (١) كتعارض إطاعة المولى والأب مع إطاعة الشارع، وإن لم يكن كذلك فالمتبع الشرط، وهذا

واضح لا إشكال فيه. فنقول: أما الأحكام الشرعية وضعية أو تكليفية لو اشترط تغييرها عما هي عليها - كاشتراط حرمة الماء، أو حل شرب [خمر] (٢) أو عدم ضمان الغاصب، أو عدم كون البيع مملكا ونحو ذلك - فلا ريب في بطلانه، ولا يحتاج إلى إدراجه في مخالفة الكتاب والسنة، بل ليس معنى المخالفة مثل ذلك، إذ الأحكام ليست في قدرة المكلفين، وشرط أمر غير مقدور باطل، إذ الشرط يجب الوفاء به كالعقد، ولا يشمل دليل الشرط مثل ذلك حتى يحتاج إلى الاستثناء، وهذا مما لا يتفوه به أجنبي عن الفن فضلا عن فقيهه (٣). وأي معنى لقولك: (بعثك وشرطت أن لا تكون

(١) في (ن، د): لو خالف. (٢) من (م). (٣) في (ن، د): الفقيه.

[٢٩٦]

الصلاة واجبة أو الجنابة عمدا غير موجب للقصاص؟ إذ المقصود من الشروط الوفاء، وهذا غير مقدور حتى يؤتى به (١) وكون المراد بمخالفة الكتاب ذلك كلام تضحك منه الثكلى! وحيث إن الشرط إنما هو في الأمور المقدورة فيرجع المآل إلى اشتراط الفعل أو الترك، لا تغير نفس الحكم، فإذا صار كذلك فنقول: شرط الفعل يوجب إلزامه، وشرط الترك يوجب لزوم الترك، فإن كان الفعل المشروط حراما - كشراب الخمر ونكاح الخامسة - فالشرط مخالف للسنة أو الكتاب، وكذلك لو كان الترك المشروط ممنوعا منه، كشرط أن لا تصلي أو لا تصوم أو لا تطأ زوجتك الدائمة سنة، ونحو ذلك. وأما لو كان الفعل والترك مما رخص فيه - كطلاق الزوجة وبيع الدار وأكل الرمان والقعود يوم الجمعة في الدار والمسير إلى مكان، ونحو ذلك مما لا أمر فيه للشارع ولا نهى - فيجوز اشتراط فعله وتركه من دون إشكال، وليس داخلا في مخالف (٢) الكتاب والسنة. وقولنا: إن اشتراط عدم التسري ونحو ذلك مما خالف السنة، إنما هو للنص الخاص. وبالجملة فحاصل المراد: أن كل شرط لو قطع النظر عن لزوم الشرط ولوحظ الشرع لم يرد فيه ما يدل على الأضرار فيه بفعل أو ترك فلا مانع من اشتراطه، كما لا مانع من اشتراط ما يوافق الشرع في لزوم الفعل أو الترك، فيكون كالنذر على فعل الواجب أو ترك الحرام فيصح، لما حققناه في بحث الأسباب أن علل الشرع معرفات لا مانع من اجتماعها (٣) فتدبر وتبصر. ومثل اشتراط عدم التصرف في المال ونحو ذلك ليس من جهة المخالفة للكتاب والسنة، بل إنما هو لمخالفة مقتضى العقد لو شرط في عقد التمليك عدم التصرف فيما يملك به، أو لمانع آخر، يأتي التنبيه عليه في آخر العنوان. ونظير هذا الكلام أت فيما أحل حراما أو حرم حلالا، بتقريب: أن كل شرط

(١) في (ف، م): يوفى به. (٢) في (م): مخالفة. (٣) راجع العنوان: ٨.

[٢٩٧]

ملزم لأحد الطرفين، ولازم ذلك كون كل شرط محرما لحلال أو محلالا لحرام، ولازمه الاستثناء المستغرق، فلا بد من بيان هذه العبارة على نحو ينطبق على المدعى. ومثل ذلك، الخبر الوارد في الصلح: (أن الصلح جائز بين المسلمين، إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا) (١) وكلاهما من باب واحد، وهذا ما وعدناك في بحث موارد العقود في ضبط مورد الصلح. والفاضل المدقق النراقي أبدع هنا أيضا - نظير ما

أشار إليه في ضمن أمثلة المخالف للكتاب والسنة - من أن فاعل (أحل) و (حرم) هو الشرط، وهذا إنما يتم مع اشتراطه حرمة حلال أو حلية حرام، لا مع اشتراط عدم فعل حلال. فلو قال: (بعتك بشرط حرمة التصرف في المبيع أو حلية النظر إلى وجه زوجتك) يكون من هذا الباب، بخلاف ما لو قال: (شرطت عدم التصرف) نعم، لو أجاز الشارع هذا الشرط فإيجابه الوفاء به يحرم الحلال. وبعبارة أخرى: أن نفس الشرط يحلل ويحرم، لا أن إيجاب الشارع ذلك الشرط يحلل ويحرم، لأنه محتاج إلى التقدير في الرواية، ومناقض لما استشهد به الأمام عليه السلام في موثقة منصور على عدم حلية الطلاق والتزويج (٣) بل يلزم كون الأطلاق لغوا، وينحصر مورد الخبر في اشتراط الواجبات واجتناب المحرمات، فالحكم بوجوب ذلك بل تعليقه بالوصف المشعر بالعلية لغو جدا. فإن قيل: إذا اشترط عدم الفعل فيجعله حراما عليه. قلنا: ليس المراد مجرد طلب الترك، بل جعله حراما واقعا حتى يكون المشروط حرمة الفعل في نفس الأمر شرعا. فإن قيل: الشرط مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا ولا تحريما. قلنا: إن أريد حصولهما واقعا فكذلك، وإن أريد بحكم الشرط فليس كذلك، بل حكم الشرط ذلك،

(١) الوسائل ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح، ح ٢. (٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٣٠ من أبواب المهور، ح ٤.

[٢٩٨]

فالشرط كالنذر في التعلق بالمباح والمحظور (١). هذا مجمل ما أفاده وأنت خبير بأن أدلة الشروط - كما أشرنا إليه (٢) - لا تدل على الشروط الغير المقدورة، ومن المعلوم: أن تغير الأحكام ليس في قدرة المتشارطين، ولا معنى لقوله: (بعت بشرط أن يكون الخمر حلالا) فإن ذلك شئ لا يحتمل دخوله تحت الأدلة حتى يحتاج إلى استثنائه. وبالجملة: بطلان مثل هذا الشرط مما لا خفاء فيه، ولكن ليس معنى قولنا (٣): (ما أحل حراما أو حرم حلالا) ذلك، لأنه خلاف المتبادر قطعاً. ودعوى: أن ما عدا ذلك يوجب التقدير ممنوع، فإنه لو شرط ترك فعل واجب أو فعل شئ محرم فلا ريب أن الشرط أوجب تحليل الحرام، بل هو حلل حراما. ومن العجب! أنه ذكر في شرط ترك الواجب أو المباح أو شرط فعل الحرام أن الشرط - حينئذ لا يكون محللا ومحرمًا، بل إيجاب الشارع الوفاء يوجب ذلك فلا يسند (٤) ذلك إلى الشرط وقال في آخر العبارة فيما فرضه من شرط كون الخمر حلالا - بعد ما أورد على نفسه أن الشرط لا يوجب شيئا ما لم يوجبه الشارع -: إنك إن أردت ذلك واقعا فكذلك، وإن أردت بحكم الشرط فليس كذلك (٥). فنقول: إن شرط شرب الخمر كذلك، فإنك إن أردت أن يكون ذلك حلالا واقعا فلا يقتضي الشرط ذلك، وإن أردت أن حكم الشرط ذلك فهو كذلك، لأن الشرط معناه إلزامه بالشرب، وهو تحليل للحرام عليه مع عدم رضا الشارع به، فالفرق بين المقامين وإن كان يتخيل في بادئ النظر، لكنه في الحقيقة لا يعد فرقا، مضافا إلى أن المتبادر من هذه العبارة: ما ذكر من مثال شرب الخمر، لا كون الخمر حلالا. بل نقول: إن معنى العبارة: أن يكون الشرط والألزام محللا للحرام الواقعي، لا

(١) عوائد الأيام: ٤٨، العائدة ١٥. (٢) في (م): إليها. (٣) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف: قوله: إلا... (٤) في (م): فلا يستند. (٥) عوائد الأيام: ٤٩.

أن يبدل الحكم بالحرمة على الحكم بالحلية. وبعبارة أخرى: أن الظاهر من ذلك: أن تحليل الحرام عبارة عن تحليله مع بقائه على حرمة (١) واقعا وظاهرا، وتحريم الحلال عبارة عن تحريمه مع كونه حلالا كذلك، وليس معناه إلا الألتزام بالفعل في الأول وبالترك في الثاني. وأما تغيير الحكم بأن يجعل الحرام حلالا في أصل الواقع وبالعكس فلا يسمى تحليلا للحرام، بل هو تبديل حكم الحرمة بالحل، وهذا المعنى الذي ذكرناه واضح عند العرف. وبالجمللة: كون المراد من هذه العبارة ما ذكره مما يقطع بخلافه بالنظر إلى العرف. وقيل: إن هذه العبارة مجمللة (٢) ولازم هذا الكلام أن عمومات الشروط أيضا ساقطة عن الحجية، لأنها مخصصة بالمجمل على هذا الفرض، فلا بد في إثبات صحة كل شرط إلى دليل خاص من نص أو إجماع. وقيل: إن المراد بالحلال والحرام هنا: ما كان كذلك بأصل الشرع لا بتوسط العقد (٣) بمعنى: أن حلية الشيء قد تكون بعد حصول العقد، كحلية التصرف والانتفاع ونحو ذلك في المبيع ونحوه، وكذلك الحرمة، كعدم جواز فسخ العقد وعدم جواز استرجاع العوض ونحو ذلك. وقد يكون الحل والحرمة في شيء ثابتا على وجه لا دخل له بالعقد، كحلية الماء وحرمة الخمر ونظائر ذلك. فإن كان من قبيل الأول فجاز تحريم الحلال وتحليل الحرام فيه، وإن كان من قبيل الثاني فليس ذلك فيه بجائز. ولعل نظره إلى أن الحل والحرمة الحاصلين (١) بالعقد بعد لم يحصلوا فلو وقع العقد خاليا عن الشرط أوجب هذا الحل والحرمة، وأما لو وقع مقيدا بالشرط

(١) في (ن): الحرمة. (٢) نقله المحقق النراقي قدس سره في العوائد: ٤٧ ولم يسم قائله. (٣) نقله المحقق النراقي قدس سره في العوائد: ٤٢ ولم يعين قائله. (٤) في (ن، د): الحاصلتين.

فليس فيه تحليل لحرام ولا تحريم لحلال، لأن الحكم يقع حينئذ من أول الأمر على الحل أو الحرمة، ولا يكون هناك شيء محرم يحل بالشرط، بل يصير هو حلالا ابتداء. نعم، لو لم يكن هناك شرط والعقد وقع على إطلاقه لكان حراما، وهو لا ينفع في ذلك، وكذلك في تحريم الحلال، فإن من شرط في إجارة الدار (١) مثلا أن لا يسكنها غيره لم يحرم حلالا، لأن حلية إسكان الغير إنما هي (٢) فرع وجود الأجارة مطلقا غير مقيدة بالشرط، والفرض أنها وقعت مقيدة من الأصل، فوقع الأسكان غير مأذون فيه حتى يحرم بالشرط، فتدبر. بخلاف ما لا ربط له بالعقد، فإن الحلال حينئذ حلال لا ربط له بالعقد، وكذا الحرام، فاشتراط ترك الأول وفعل الثاني موجب للتحليل والتحريم المبطلين للشرط، فتأمل. وهذا الكلام لا غبار عليه من هذه الجهة، وليس بهذا المعنى تقييدا للدليل كما زعمه [الفاضل المعاصر] النراقي (٣)، بل هذا تقييد (٤)، إذ ليس هذا إلا عبارة عن تحقيق كون الشيء حلالا وحراما، وهو في الشرط المرتبط بالعقد لا يتحقق إلا به، فاشتراط خلافه ليس اشتراطا لخلاف ما هو ثابت من الحكم، بل إنما [هو] (٥) دفع (٦) لثبوت ما يقتضيه الأطلاق. وأورد (٧) عليه أيضا بأن ذلك موجب للتفرقة بين اشتراط سكنى الدار المبيعة للبتاع وبين اشتراط سكنى دار غيرها للمشتري لها (٨) فينبغي جواز الأول لأنه أحل حراما بالعقد، دون الثاني لأنه أحل ما هو حرام بأصل الشرع. ويمكن القول بأن تحريم الثاني إنما هو بدون الأذن وأما معه فلا، والشرط حينئذ محصل للأذن فلا يكون محلا لحرام، بل ملزما لما هو حلال مع الأذن بدون الشرط، وسيأتي لذلك مزيد توضيح في مقام التحقيق للمدعى.

(١) في غير (م): في الأجرة. (٢) في غير (م): هو. (٣) عوائد الأيام: ٤٨. (٤) كذا في النسخ: والصواب: تقيد. (٥) من (م). (٦) في (ن، د): وقع. (٧) أي: النراقي قدس سره، انظر العوائد: ٤٨. (٨) في (ن، ف): له.

[٢٠١]

وقيل: إن المراد (-) ما أحل حراما أو حرم حلالا) ما كان تأسيسا لقاعدة كلية، كما أن الحل والحرم في الشرع متعلقان بالماهية (١) فالشرط المحرم للحلال شرط حرمة أكل خبز - مثلا - ونحوه، وشرط جعل اختيار الطلاق والجماع بيد الزوجة، وقد قال الله تعالى: الرجال قوامون على النساء (٢). وعلى قياس ذلك الشرط المحلل للحرام، وفيما لو اشترطت أن لا يتزوج عليها فلانة أو لا يتسرى بفلانة إشكال (٣). ولعل نظره إلى أنه ليس تأسيسا كليا، وإنما هو إخراج فرد عن تحت القاعدة الكلية، فلا تشمل الرواية مثل ذلك. وهذا القول أيضا راجع إلى ما ذكره الفاضل المعاصر النراقي في وجه يظهر بعد التأمل في أطراف كلاميهما (٤). ولا ريب أن دعوى ظهور ذلك من العبارة ساقطة، و [لفظ] (٥) (حلالا وحراما) وقع في الرواية على طريق التنكير، وهو يشمل الكلي والجزئي أيضا، وتخصيص الخبر بأحدهما لا وجه له، والعمدة في المقام تحقيق المرام على نحو ينطبق على المدعى ويكون مستفادا من الرواية، لا مجرد التخريج العقلي والاحتمال وإن بعد. فنقول: لا ريب أن (تحليل الحرام وتحريم الحلال) ليس المتبادر منه (٦) تغيير الأحكام الألهية - كما زعمه المعاصر النراقي وجعله الظاهر من الرواية كما بيناه - بل المراد منه (٧) المنع عما هو حلال شرعا والألزام بما هو محرم شرعا، ولا شبهة أن ما كان حرمة وحليته منوطا (٨) بحصول العقد بعد لم يتحقق، فاشتراط المنع عما لو كان العقد مطلقا لاقتضى جوازه أو الرخصة فيما لو كان العقد مطلقا لاقتضى المنع عنه ليس من هذا الباب كما بيناه في كلام القائل السابق، وهو من

(١) في (ن، د): بالماهيات. (٢) النساء: ٣٤. (٣) نقله المحقق النراقي قدس سره ولم يسم قائله، انظر العوائد: ٤٨. (٤) في (د، م): كلامهما. (٥) من (م). (٦) في (م): منهما. (٧) في (م): منهما. (٨) في (م): منوطة، والمناسب: منوطتان.

[٢٠٢]

هذه الجهة تام ليس عليه غبار، فتدبر. وأما ما هو محلل ومحرم بأصل الشرع، فنقول: إذا شرط المنع من الأول والألزام بالثاني، فمرة يكون الرخصة في فعل المحلل معلومة بحيث لا يقبل المنع بأمر آخر - كالصلاة الواجبة ونحو ذلك - وكذا المنع عن فعل المحرم - كشرب الخمر - وهذا القسم لا بحث في دخوله تحت الرواية، وعدم جواز مثل هذا الشرط. ومرة يكون الرخصة والمنع مطلقين لا يعلم أنهما هل قابلان للتقييد بأمر آخر ملزم أم لا؟ فحينئذ يتعارض ما دل من الشرط على إلزامه أو منعه وما دل من الشرع على تحريمه أو جوازه. مثلا: إذا قال: (بعتك وشرطت عليك أن تعتق عبدك) نقول: عدم العتق كان حلالا له بأصل الشرع، والشرط قد حرمه عليه، ولو قال: (بعتك وشرطت أن يكون سكني دارك لي سنة) فقد جلت لنفسه ما كان حراما عليه، ونظائر ذلك أيضا مما يحرم ويحلل من أحد الجانبين فعلا وتركيا ما لم يكن كذلك على هذا القياس، وهذا الذي أوقع الأشكال. وحله: أن عدم العتق كان حلالا عليه مطلقا أو بشرط عدم وجود ملزم للعتق، فإن كان من الأول فلا بحث لنا فيه - وقد

ذكرنا أن بعد معلومية ذلك فلا بحث في بطلان الشرط - وإن كان من الثاني فنعلم أن وجود ملزم للعتق ممكن شرعا، وعدم العتق ليس حلالا مطلقا بل في بعض الصور. فنقول: لا ريب أن مع قطع النظر عن الاستثناء يقضي دليل الشرط بلزوم العتق جاءنا (١) عدم جواز اشتراط ما يحرم الحلال، فنقول: لا نسلم كون عدم العتق بعد الاشتراط حلالا حتى يكون الشرط محرما له. وبعبارة أخرى: احتمال كون الشرط ملزما وعدمه يوجب الشك في أن الترك للعتق حلال أم لا؟ لأن ذلك من تغاير الموضوع، ومتى ما لم يعلم ثبوت الحل والحرمة على الموضوع بقول مطلق لا يكون تخلف ذلك تحريما للحلال أو عكسه، فالمسلم إنما هو حلية عدم العتق

(١) في (م) بدل (جاءنا): ولا ينافيه.

[٣٠٣]

ما لم يكن هناك ملزم، فإذا جاء دليل الشرط وكان ملزما فقد خرج الحلال عن موضوعه الذي كان فيه حلالا وتبدل إلى موضوع آخر، فلم يكن الحلال حراما بهذا الشرط أبدا. وكذلك نقول: إن حرمة سكنى الدار التي للغير لي (١) ليست على إطلاقها، بل حيث لا يكون هناك أمر محلل من إذن ونحوه وأخذ الشرط ذلك مع قبول الآخر يخرج ذلك عن كونه سكنى دار الغير بدون إذنه. وبعبارة أخرى: يبدل الموضوع المحرم إلى موضوع محلل بأصل الشرع ويلزمه، لا أنه يحلل الحرام، فإن الحرام والحلال لا يتبدلان بذلك. وبالجمل: عمدة الأشكال أن كل شرط محلل لما هو حرام بدونه ومحرّم لما هو حلال بدونه، فكيف يمكن استثناء القسمين؟ والحل: أن المراد منهما كون الشرط محللا لما هو حرام، بمعنى اقتضائه الرخصة فيما منعه الشارع، ومحرما لحلال، بمعنى اقتضائه المنع عما (٢) رخص فيه الشرع، وهذا لا يكون إلا مع بقاء موضوع الحكمين بحاله، كالحلال المطلق الذي لا يمكن تحريمه بوجه، والحرام كذلك. وأما الأمور التي لها حلية وحرمة قابلتين (٣) للزوال بتغير وصف أو حالة أو نحو ذلك، فلو جاء شئ حلل الحرام أو حرم الحلال - بمعنى تغييره له من حالته السابقة إلى حالة أخرى مغايرة لها في الحكم - فإن ذلك لا يعد تحليلا للحرام، بل هو تحليل للحلال، كإقلاب سائر الموضوعات الخارجية، إذ لا شبهة أن مال الغير ينقلب من الحرمة إلى الحل بإذن المالك، كإقلاب الخمر خلا، فتبصر. فيصير الحاصل: أن الشرط الممنوع منه ما كان مرخصا لحرام لا يمكن تقليبه حلالا بهذا الشرط ونحوه، وما كان مانعا عن حلال لا يمكن المنع عنه بملزم من الملزمات، وهذه العبارة لو اطلقت في العرف لكان معناها ذلك، فإن الرجل إذا قال

(١) كلمة (لي) لم ترد في (م). (٢) في (ن، د): مما. (٣) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: قابلة، والمناسب: قابلتان.

[٣٠٤]

لصديقه: (أطيعك في كل أمر ما لم تحلل علي حراما ولم تحرم علي حلالا) لا يستفاد منه إلا ما كان حلالا وحراما لا يمكن التخلف والتجاوز عنهما (١). ولو أمره الصديق بأكل خبز خاص أو نهاء عن شرب ماء بالخصوص لم يكن منافيا لكلام ذلك [القائل] (٢) أصلا. وأما مثل عدم جواز اشتراط عدم التسري أو عدم التزويج عليها، فليس بطلانه بمجرد ما دل على عدم جواز تحريم الحلال، إذ لنا أن

نقول: لا نسلم حلية التسري والتزويج بقول مطلق، بل ما لم يكن هناك ملزم بالترك، ولكن الدليل دل (٣) على عدم جواز مثل ذلك وعدم مشروعية إلزام ترك ذلك. والحاصل: أن موارد النصوص شاهدة على أن المراد بالتحريم والتحليل: عبارة عن ورود الحكم بعد الشرط على ما كان يرد عليه مخالفه قبل الشرط من دون لزوم تغير موضوع وتبدل ممكن شرعا وإن كان كل شرط مغيرا للموضوع في الجملة في كل مقام، لكن غرضي كون ذلك تغييرا قابلا لتغيير الحكم، كما أوضحناه. تنبيه: للشروط مباحث متعلقة بها كأصل العقد، والكلام فيها طويل الذيل، ولكن الأنسب أن نشير إليها إجمالا حتى يتنبه بذلك الفطن المتدرب، ولتفصيل الكلام محل آخر. أحدها: أن الشرط لا بد أن يكون من الامور المقدورة - كما أشرنا إليه سابقا - لعدم إمكان الوفاء بغير المقدور مع أن الشرط يجب الوفاء به، فاشتراط الأمر الواقع في الماضي ونحو ذلك غير جائز (٤). وثانيها: أن الشرط ليس تعليقا للعقد، ولا لدوامه، ولا للزومه، وإنما هو إلزام

(١) في غير (م): عنه. (٢) من (م). (٣) في (ن): دال. (٤) في (ف، م): غير جاز.

[٣٠٥]

آخر مرتبط بالعقد كما ذكرناه، فلا يفترق الحال بين ذكره بلفظ الشرط أو بأدواته مع قصد عدم التعليق. لكن الأصحاب يظهر منهم عدم الجواز بالأداة واعتبار كونه بلفظ الشرط. ولعل ذلك لصراحة الأداة في التعليق مع أنه غير مقصود، ومطابقة الدال للمدلول معتبرة في العقود، والشرط يرجع إلى كيفية في العقد. وثالثها: أن الشرط يمكن أن يكون من باب الالزامات الشرعية - كالنذر ونحوه - فيصح اشتراط كل ما يمكن إلزامه، حتى الواجبات بناء على جواز تعلق النذر بها. وتظهر الثمرة في الترك، فإنه موجب للعقاب وموجب لتزلزل العقد، كما أن في النذر موجب للكفارة. وكذلك المباحات التي لا نفع للمشتري فيها، كالبيع بشرط أن ينام أو يأكل ونحو ذلك مما لا فائدة فيه لمن شرط. وكذلك التروك: كالبيع بشرط أن لا يضرب زيدا أو لا يعطي عمروا. وبالجملة: يصح حينئذ اشتراط كل مقدور، عينا كان أو فعلا، مباحا أو راجحا، وجوديا أو عدميا، فيه نفع للشارط أم لا [قابلا للملك أم لا] (١) قابلا للملك أم لا، قابلا للمعاوضة أم لا. ويمكن أن يكون الشرط من باب التمليك - كالعقود - وله قسط من الثمن، فيشترط كونه مقدورا مملوكا قابلا للتمليك إن كان في عقد تمليك، قابلا للمعاوضة إن كان في عقد معاوضة، ومنه يلزم كونه وجوديا فيه نفع للشارط، إذ الأعدام لا تملك ولا تملك، وتروك الشخص غير قابلة للمعاوضة، بل ليست مملوكة وإن قلنا: إنها مقدورة للمكلف باعتبار قدرته على رفع استمرارها. ظاهر بعض الأصحاب أنه من باب الألزام، والذي يعطيه كلمة الأصحاب في الأبواب كونه كالتملكيات، ورجحه شيخنا الأجل: الشيخ موسى رحمه الله ابن الشيخ جعفر الغروي عند قراءتنا عليه في خيار الاشتراط على ما في البالي، فليتدبر. ورابعها: أن بعد البناء على أنه من باب التمليك يصير الشرط في كل عقد تابعا

(١) لم يرد في (ن).

[٣٠٦]

له في شرائط الصحة، ويكون حكمه حكم العوضين في المقدورية والمعلومية ونحو ذلك. وخامسها: أن حكم الشرط كالصلح فيما ذكرنا في ضبط موارد العقود: من أن كل شئ يجوز الصلح عليه واشترائه، أو نقول: إن الشرط والصلح ملزم (١) لما أمكن إثباته وإسقاطه بدونهما، وقد تقدم ذلك، فراجع (٢). وسادسها: أنه قد ذكرنا أن من حملة الشروط الباطلة: هو الشرط المنافى لمقتضى العقد، على نحو ما بيناه. وقد ذكر بعضهم: أن اشتراط عدم تصرف المشتري وما في حكمه في العقود المملكة منافى لمقتضى العقد، إذ الملكية قاضية بالتسلط، والشرط مانع عنه. وكذلك اشتراط عدم تصرف خاص من التصرفات، كاشتراط أن لا يبيع أو لا يهب أو لا يعطي زيدا أو لا يؤجره ونحو ذلك، فإن اشتراط عدم تصرف خاص كالمنع من مطلق التصرف في المنافاة لمقتضى العقد. بخلاف اشتراط الأتيان بأحد التصرفات الخاصة، فإنه غير مناف بل مؤكد للسلطنة، فكما أن قوله: (يعت بشرط أن تتصرف فيه أي نحو شئت) مؤكد لما هو مقتضى العقد والتملك، وكذلك لو قال: (بعتك بشرط أن تعتق أو تهب، أو بشرط أن تؤجره لزيد) ونحو ذلك، فإنه أيضا مؤكد لسلطنة المشتري ونحوه وإن كان مستلزما للمنع عن سائر التصرفات غير التصرف المشروط. وقد قوى هذا الكلام شيخنا: الشيخ موسى ابن الشيخ جعفر الغروي عند قراءتنا عليه، وكذلك غيره من مشايخنا المعاصرين. وفي ذلك إشكال واضح، وهو: أنه لا ريب أن منافاة مقتضى العقد ليس أمرا لفظيا حتى يختلف باختلاف التعبيرات، بل هو أمر لبي معنوي، والمراد به: كون الشرط بحيث يلزم منه خلاف ما يقتضيه العقد، فكما أن اشتراط عدم البيع منافى لمقتضى العقد ومانع من التسلط اللازم للملك، فكذلك اشتراط العتق، فإنه مانع من

(١) كذا، والمناسب: ملزمان. (٢) راجع العنوان: ٤١، القاعدة الثانية.

[٢٠٧]

سائر التصرفات غير العتق، فالشرط منافى للتمليك الموجب للتسلط كيف شاء، بل هذا أولى بالمنافاة، لفيه كثيرا من التصرفات، فعد الأول مما ينافى مقتضى العقد دون الثاني خال عن الوجه، فإما أن يقال بأن نفي التصرف الخاص غير منافى سواء كان بالمطابقة أو بالالتزام بخلاف نفي التصرف مطلقا، أو يقال: نفي الخاص كالعام سواء كان بالمطابقة أو بالالتزام. وبالجملة: لا وجه للفرق بينهما يركن إليه، بل يمكن أن يقال: إن اشتراط عدم البيع معناه تعيين سائر التصرفات، كما أن اشتراط البيع معناه نفي غيره. والذي يمكن أن يقال في تصحيح الفرق: إن منافاة مقتضى العقد مبطل حيث كان نفس الشرط كذلك كاشتراط عدم البيع، فإن مقتضى العقد تسلطه على البيع والشرط ينفيه، والتابع لا يعارض المتبوع. بخلاف ما لو لم يكن الشرط بنفسه كذلك، فإن اشتراط البيع مثلا إلزام له على المشتري، ومدلول الشرط لو خلي وطبعه مؤكد للسلطنة، إذ بدونه فالبيع جائز ومعه متحتم، وهذا بنفسه غير منافى للملك، وكون لازم ذلك عدم جواز غيره من التصرفات غير قاذح، لأنه بمنزلة ما إذا اختار المشتري بنفسه البيع، فإنه مانع عن غيره، إذ لا يجتمع معه سائر التصرفات الاخرى. وبعبارة اخرى: الألتزام بالبيع واشترائه لا يقتضي المنع عن سائر التصرفات، وإنما المانع عدم إمكان الاجتماع، بتقريب: أنه لو فرض أن من التصرفات ما يمكن اجتماعه مع البيع لم يكن ذلك مانعا منه كما لو باعه وشرط أن يؤجره فإنه غير مانع عن بيعه ووقفه ونحو ذلك، فنفس الشرط ليس مانعا عن التصرفات، وإنما هو مقتضى لأتيان تصرف خاص، وهو مؤكد للسلطنة، وتعذر سائر التصرفات لعدم إمكان اجتماعه مع التصرف المشروط لا يقضي بكون الشرط مانعا منه، فالمتبع في المنافاة وعدمها إنما هو مفهوم الشرط، لا لوازمه

المرتبة عليه في الخارج. وبعبارة أخرى: المعترف في المناقاة مدلول الشرط ولو التزاما، لا لوازمه في تحققه في الخارج، والوصول إلى حقيقة هذا الفرق يحتاج إلى غور تام.

[٢٠٩]

عناوين المبطلات للعقود ابتداء أو استدامة [العنوان السابع والاربعون] [قاعدة الغرر]

[٢١٠]

عنوان [٤٧] من جملة المبطلات: الغرر، وقد تمسك بذلك الفقهاء في بطلان جملة من العقود: فقد تمسك به (١) المحقق الثاني في بيع النصف من الصبرة المجهولة المقدار (٢). والظاهر منه أن الصاع والقفيز منه ليس فيه غرر. وتمسك به (٣) فخر المحققين في بيع ما يراد طعمه إذا لم يعتبر ويختبر، وحكى ذلك عن ابن البراج وأبي الصلاح، وسيلار أيضا (٤). والشهيد الثاني استدل به في بيع البعير الشارد والفرس الغائر (٥) واعتمد عليه الصدوق في بطلان بيع الملامسة والمنايذة ورمي الحصة (٦). وابن إدريس في بيع الحليب مع ما في الضرع (٧). وعن خلاف الشيخ التمسك به في بيع

(١) في (م): منهم المحقق الثاني. (٢) جامع المقاصد ٤: ١٠٥. (٣) في (م): ومنهم فخر المحققين. (٤) لم يتمسك به الفخر، بل نقل احتجاج القائلين بعدم صحة بيع المطعوم قبل الاختيار به، واختار نفسه الصحة مثل والده العلامة، ولم يحك أيضا عن ابن البراج، انظر إيضاح الفوائد ١: ٤٢٦. (٥) المسالك ٣: ١٧٢، في الطبعة الحديثة منه: (الفرس الغائر) - بالعين المهملة - وهو الصواب ظاهرا. (٦) معاني الأخبار: ٢٧٨. (٧) السرائر ٢: ٣٢٢.

[٢١١]

أحد العبدین (١). وعن تذكرة العلامة في باب القدرة على التسليم والعلم بالعوضين (٢). وبالجملة: يدور على هذه القاعدة بطلان كثير من العقود، كما لا يخفى على المتتبع. ومما مثلنا به (٣) يتنبه الفقيه على نظائره. ويتضح من هذه القاعدة اشتراط العلم بوجود العوضين والوثوق به، ولذا اشترطوا في السلم أن يكون المبيع عام الوجود في رأس الأجل حتى يوثق بوجوده، واشترطوا عدم كون العوض مما أشرف على التلف والهلاك، لعدم الاعتماد على وجوده، ونظائر ذلك. وكذا اشتراط القدرة على التسليم أو التسلم في وجه قوي، بمعنى لزوم كون العوضين مما يمكن عادة حصوله لجانب (٤) الطالب، سواء كان بتسليم المالك الأول له إياه أو بتسلمه بنفسه وإن ورد على (٥) هذا الشرط روايات أيضا كما (٦) على [عدم] (٧) جواز بيع ما ليس عنده (٨) لكن لا حاجة إليها بعد تمامية القاعدة. وكذا اشتراط العلم بالعوضين قدرا وجنسا ووضعاً، كما ذكره وبعبارة أخرى: العلم بما تختلف به الراغبات وتتفاوت به القيم. فإن هذه الشروط الثلاثة العامة البلوى الكثيرة الدوران مأخوذة من قاعدة إبطال الغرر، وفروع ذلك مما لا يخفى على المتتبع، لا حاجة إلي أن نشير إليها (٩) وإنما نشير إلى مباحث نافعة في هذا المقام. أحدها: أن كون الغرر مبطلا للعقود قد اخذ من باب البيع، وبيانه: أنه قد قام

(١) الخلاف ٢: ٩٥ (كتاب السلم، المسألة ٢٨). (٢) التذكرة ١: ٤٦٦، ٤٦٧. (٣) في (م): ومما حكيناه. (٤) في (ف، م): للجانب. دل (٥) في (م): في. (٦) في (م): نحو ما. (٧) من (م) وهامش (ن). (٨) انظر الوسائل ١٣: ٣٧٤ و ٣٧٥، الباب ٧ و ٨ من أبواب أحكام العقود. (٩) في (م): بدل هذه العبارة: فلا نطيل بذكرها الكلام.

[٢١٢]

الأجماع على أن بيع الغرر فاسد، ونقل هذا الأجماع حد الاستفاضة، ونقل (١) عن الشهيد في شرحه للأرشاد أن بطلان بيع الغرر ضروري (٢). وقد دل على ذلك الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله في قواعد الشهيد (٣) ومجمع الطريحي (٤). وحكى رواية أيضا في الانتصار (٥). والسرائر (٦). والتذكرة (٧). والأبضاح (٨). والصحاح (٩). والنهية الأثرية (١٠). ومختصر الحاجبي (١١) وغير ذلك أيضا. وبالجملة: شهرة الخبر في السنة الفقهاء تغني عن تتبع سنده، وهو قوله عليه السلام: (نهى النبي عن بيع الغرر) (١٢)، فبطلان بيع الغرر مما لا كلام فيه. وأما سائر العقود: فالتمسك في بطلانها بالغرر على أحد أمرين: أحدهما: أن الغرر في هذه الرواية يشعر إلى أن ذلك هو العلة في البطلان، ولا خصوصية للبيع في ذلك، وبعبارة أخرى: يعلم من الرواية: أن منع النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر إنما هو للغرر، لا لأنه بيع غرر، فإذا كانت العلة الغرر (١٣) فاللزام كون كل ما اشتمل عليه من العقود مثل البيع إلا فيما دل الدليل على جوازه - كما في الصلح على المجهول (١٤) ونحوه - وفهم العلية من هذه الرواية غير بعيد، ويؤيده استدلال الفقهاء في سائر العقود اللازمة - بل في بعض العقود الجائزة أيضا - بذلك في البطلان، مع عدم ورود دليل خاص به، وليس إلا لفهمهم العلية من هذه الرواية.

(١) في (م): ونقل هذا الأجماع مستفيض، وحكى... (٢) غاية المراد: (مخطوط). (٣) القواعد والفوائد ٢: ٦١، القاعدة ١٦٤. (٤) مجمع البحرين ٣: ٤٢٣. (٥) الانتصار: ٢٠٩. (٦) السرائر ٢: ٣٢٢. (٧) التذكرة ١: ٤٨٥. (٨) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٦. (٩) الصحاح ٢: ٧٦٨. (١٠) النهاية لابن الأثير ٣: ٢٥٥. (١١) حكاة عنه المحقق النراقي في العوائد: ٣٩، العائدة ٨. (١٢) الوسائل ١٣: ٣٣٠، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، ح ٢، عوالي اللآلي ٢: ٣٤٨، ح ١٧. (١٣) في (م): فإذا كان الغرر هو العلة. (١٤) راجع الوسائل ١٣: ١٦٥، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح.

[٢١٢]

والشبهة في عدم العلية المستفادة من الرواية أو عدم حجيتها ضعيفة. وثانيهما: ما روي عن العلامة رحمه الله في المختلف أنه ذكر الرواية بقوله: (نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر) (١) ولم يذكر لفظ (البيع) فيكون المنع عن الغرر عاما، فيعم سائر العقود، وإن كان يحتمل السقوط أو المسامحة في النقل وكون الرواية واحدة. لكن الأصل خلاف ذلك. وبهذا المقدار يمكن التمسك به في سائر العقود، مع الجبر بفتوى الأصحاب، كما ذكرناه. مضافا إلى أنه يمكن أن يقال: إن المدار في صحة العقود - كما ذكرناه في أصالة الصحة (٢) - ليس إلا شمول العمومات لها، ويمكن القول بأن العمومات والاطلاقات كلها منصبة على ما هو المتعارف بين الناس، ولا ريب أن الغرر مما لا يقدم عليه العقلاء، وليس من المعاملات المتعارفة، فلا تصرف إليه الأدلة، فيكون باقيا تحت أصالة الفساد الأولى ولا يكون له دليل صحة حتى نحتاج في الأخراج إلى تأسيس قاعدة الغرر بالنص والأجماع. مضافا إلى أن الظاهر من طريقة الشرع: أن بناءه على قطع التشاجر والتجاذب بين الناس، ولا ريب أن الغرر مما يوجب التشاجر، فطريقة الحكمة قاضية بسد هذا الباب حسما لمادة النزاع، ونظائر ذلك

كثيرة. وسيرة المسلمين في الأعصار والامصار عن التجنب عما فيه
الخطر والغرر كاشفة عن ذلك، بل هي دليل برأسه وحجة بانفراده
(٣). فالذي تلخص من ذلك: أن الغرر مفسد في المعاملات كلها ما
لم يكن هناك دليل مصحح خاص، وهذا النوع خارج عن عمومات
الصحة بطريق التخصيص أو بطريق التخصص. وثانيها (٤): إنه قد
حكى عن الأزهري: أن بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا

(١) المختلف ٥: ٢٤٥. (٢) راجع العنوان: ٣٧. (٣) في (م): بانفرادها (٤) أي: ثاني
المباحث، تقدم أولها في ص: ٣١١.

[٣١٤]

ثقة (١). وفي القاموس: غره غرا وغرورا وغيرة - بالكسر - فهو مغرور
وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل فاعتز، والاسم: الغرر (٢). وحكى عن
ابن السكيت: أن غره يغره بمعنى: أخدعه (٣). وعن النهاية الأثرية:
بيع الغرر ما كان له ظاهر يغر المشتري، وباطن مجهول (٤) وعن
الصحاح: رجل غر وغرير: أي غير مجرب، والغيرة: الغفلة، والغار:
الغافل، واعتز بالشئ: أي خدع به، والغرر: الخطر (٥). والمحصل من
هذه العبائر: أن ما فيه الخطر داخل في معاملة الغرر، والخطر: عبارة
عن احتمال الضرر المجتنب عنه عند العقلاء، لا الاحتمال الضعيف
الذي لا يبالي به (٦) الناس. وهذا الاحتمال: إما ينشأ من عدم
الاعتماد والاطمئنان بوجود المال ونحوه، وإما ينشأ من عدم الوثوق
بإمكان التسليم أو التسلم والقبض أو الأقباض وإن كان معلوم
الوجود، وإما ينشأ من عدم الاعتماد بقابليته للمعاوضة بهذا العوض
لجهالة قدره أو جنسه أو وصفه ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: الخطر
عبارة عن عدم وثوق المتعاقدين أو أحدهما بأن ما يحصل له هل هو
قابل لهذه المعاوضة أم لا؟ أو الشئ القابل هل يحصل أم لا؟ ولا مانع
من الاجتماع، إذ قد يكون الشك في وجوده، ثم في إمكان قبضه، ثم
في أهليته لهذا العوض المبدول في نظر البازل بحيث يقدم عليه.
ومما ذكرنا ظهر: أن الغرر لا يتحقق بعد وجود العوض وإمكان قبضه
ومعلومية مقداره وإن كان قليلا ما لم يؤد إلى السفه بالمعنى
السابق، إذ الخطر بمعنى الاحتمال، ولا احتمال هنا، فإن البازل مع
علمه بنقصان المقابل ببذل العوض، ولا غرر في ذلك. هامش) * (١)
تهذيب اللغة ١٦ (القسم الساقط بين الجزئين: السابع والثامن): ٨٣.
(٢) قاموس اللغة ٢: ١٠٠ - ١٠١. (٣) لم نقف على مأخذها، نعم
في الصحاح: ابن السكيت: الغرور: الشيطان ومنه قوله تعالى: ولا
يغرنكم بالله الغرور. (٤) النهاية ٣: ٣٥٥. (٥) الصحاح ٢: ٧٦٨ (٦) في
غير (م): عنه.

[٣١٥]

نعم، يجئ الأشكال من جهة أن الغرر متى ما كان احتمال الضرر
المجتنب عنه والشارع نهى عن ذلك لأنه محتمل للضرر، ولازم ذلك
كون المعاملة التي قطع فيها بالضرر مع علم المتعاقدين أيضا فاسدة
منها عنها مع أنهم لا يقولون (١) به، فإما أن المعاملة الغررية
صحيحة لو أقدم عليها المتعاقدان كيف كانت (٢) - كما لو رضي
بالمجهول أي شئ فرض، أو رضي بما لا يقدر على تسليمه، أو بما
لا يوثق بوجوده - وإما أن المعاملة المقطوع فيها بتفاوت العوضين
والضرر فيها (٣) مع علم المتعاقدين به أيضا فاسدة كما في الغررية،
مع أن البناء على بطلان الأول دون الثاني. ووجه الدفع أن يقال: إن
مع العلم بوجود الضرر والتفاوت إذا أقدم عليه المتعاقدان فقد أقدم

على ضرر نفسه وأسقط احترام ما له، فيكون الزائد بمنزلة الهبة ولا مانع منه، ويشمله عموم أدلة البيع، إلا أن يؤدي إلى السفه - كما قررناه - فيبطل. وأما في صورة الجهالة أو عدم الوثوق بالوجود أو القبض فليس كذلك، لأنه لم يقدم على فرض عدم الوجود وعدم القبض، بل قد أقدم على أنه يقبضه، لكنه غير واثق بحصوله، وهو بيع الخطر. ولو فرض إقدام شخص على ذلك بأن يقول: (إني أبذل هذا (٤) الثمن بإزاء هذا المال سواء كان زائداً أو ناقصاً ممكن القبض أم لا) فهو فرد نادر (٥) لا يدور مداره الحكم الشرعي، بل الميزان في الضوابط الشرعية إنما هو بناء الأغلب، ولا ريب أن الناس لو أقدموا على بيع مجهول أو ما لا يوثق بقبضه أيضاً قاصدون للحصول، فحكم الشارع بأن قصد مثل هذا الشيء غير ممضى، بخلاف ما لو كان معلوم الزيادة والنقيصة، فإنه ليس فيه احتمال الأقدام على ما لا ضرر فيه، بل معلوم أن المال ليس بإزائه ما يقابله ويساويه.

(١) في غير (م): مع أنكم لا تقولون به. (٢) في غير (م): كيف كان. (٣) لم ترد (فيها) في (ن، د). (٤) لم يرد (هذا) في (ف، م). (٥) في (ن، د) زيادة: و.

[٣١٦]

وبالجملة: فرق بين كون الأفراد الغالبة مما لا يقدم فيه (١) إلا على الحصول وعدم ضرر وبين ما لا يقدم فيه إلا على الضرر، فإن الناس مسلطون على أموالهم، فإن بني على هبة ماله أو المعاوضة بما هو معلوم النقصان الفاحش فلا بحث، لأنه مقدم على بذل ماله على كل حال، بخلاف صور الغرر فإن الأقدام فيها (٢) غالباً على الحصول وإن كان غير موثوق به، فتدبر جدا. ومن هنا علم: أن الغرر متى ما تحقق لزم منه البطلان، ولا ينفع في ذلك إقدام المتعاقدين، تعدياً بحكم الشرع المجهول لسد الباب وقطع التجاذب والتنازع الحاصلين من دعوى المشتري - مثلاً - الأقدام على أنه يحصل ودعوى البائع أنك أقدمت (٣) عليه كيف كان، ومطالبة المشتري الأقباض، ودعوى البائع إقدامه على ما لا يمكن فيه ذلك فيسقط. ونظير ذلك (٤). ولا بعد في عدم تجويز الشارع ذلك وإن رضي المتعاقدان، إذ هو غير عادم النظر، فإن الأسراف ممنوع منه وإن رضي المالك، مضافاً إلى أن الفرق بين الباب وبين مثل الهبة ونحوها واضح مما ذكرناه، فلا إشكال. وثالثها: أن الشهيد رحمه الله قال في القواعد: إن الغرر عبارة عن جهل الحصول، وأما المجهول فمعلوم الحصول مجهول الصفة، وبينهما عموم من وجه (٥). وظاهر كلامه: أن ما لا يوثق بحصوله ووجوده يصير (٦) من باب الغرر، وأما ما علم وجوده في الجملة - بمعنى كونه موجوداً خارجياً معيناً في الواقع غير معين عند المتعاقدين أو أحدهما، أو كلياً موصوفاً بما لا يرتفع (٧) به الغرر، بل يبقى تحته أفراد متفاوتة في القيمة والرغبة متفاوتة معتداً به مع عموم وجود أفرادها، فإن

(١) في (م) بدل فيه: على. (٢) في (م): عليها. (٣) في (م): أنه أقدم. (٤) لم يرد (فيسقط) في (م)، وفيه بدل (ونظير ذلك): وأمثالهما. (٥) القواعد والفوائد ٢: ١٢٧، القاعدة ١٩٩. (٦) في (م): يكون. (٧) في (ف، م): لا يرفع.

[٣١٧]

كلا منهما معلوم الحصول لكنه مجهول الصفة - فليس هذا من باب الغرر، بل هو جهالة، فيصير (١) باب بيع المجهول مندرجاً تحت عنوان

آخر، ويثبت بطلانه باشتراط العلم المجمع عليه في عقود المغابنة، ويبقى تحت دليل الغرر ما لا يوثق بوجوده وحصوله، ولكنه أيضا قسمان، أحدهما: ما لا يوثق بوجوده في الخارج، كالمبالغة في وصف المبيع في السلم ونحوه بما يؤدي إلى عزة الوجود بحيث لا يوثق بوجوده في الخارج. وثانيهما: ما يعلم وجوده ووصفه، ولكن لا يوثق بإمكان قبضه عادة، كالطير في الهواء مع عدم اعتياد العود، والسمك في الماء، كما مثلوا به في باب القدرة على التسليم. فان كان مراد الشهيد رحمه الله من قوله: (ما جهل حصوله) الجهل بأصل الوجود فيشمل (٢) القسم الأول دون الثاني، لأنه معلوم الوجود كالقسم الثالث الذي عبر عنه بالمجهول، فيكون الغرر منحصرًا في أحد الأقسام الثلاثة. وإن كان مراده جهل الحصول في يد المشتري ونحوه، فيعم الأمرين، لأن الجهل بحصوله في اليد أعم من كون ذلك بسبب الجهل بأصل الوجود أو بسبب العلم بالوجود والجهل بإمكان القبض، فيصير الخارج عن الغرر هو المجهول بحسب الأوصاف فقط. وعلى كل حال، فظاهر كلامه عدم عموم الغرر للصور كلها، وليس كذلك، بل الظاهر من العرف واللغة أن الغرر يعم الجميع، وكل ما فيه جهالة ففيه غرر وخطر على الظاهر، ولا وجه لدعوى العموم من وجه. نعم، على ما ذكره من الوجه بصير (٣) المجهول المعلوم الحصول خارجًا عن الغرر، والمعلوم المجهول الحصول خارجًا عن المجهول، والمجهول المجهول الحصول مورد اجتماع الأمرين. وقد سبقنا إلى هذا الاعتراض في الجملة بعض المدققين (٤) ولكن الأشكال

(١) في (م): فعلى ذلك يكون باب... (٣) في (ن، د): فيشمله. (٢) في (م): يكون. (٤) المراد به - ظاهرا - هو المحقق النراقي قدس سره، انظر العوائد: ٣٣.

[٣١٨]

في أن الشهيد رحمه الله ذكر بعد ذلك: أن الغرر قد يكون بماله دخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع إجماعًا، وقد يكون بما يتسامح - كاس الجدار واشتراط الحمل - وهو معفو إجماعًا، وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجزاف في مال الأجرة والمضاربة (١). وظاهر كلامه هذا: أن هذه الثلاثة من أفراد الغرر، مع أن الجزاف في مال الأجرة ومال المضاربة عبارة عن عدم العلم بالمقدار، وهو عبارة عن المجهولية، وقد ذكر أن الغرر عبارة عن الجهل بالحصول لا الجهل بالصفة، فكيف عد من أفراد الغرر ما هو من المجهول؟ فبين كلاميه تدافع واضح لو كان المراد ما ذكرناه. وبعد التأمل يظهر: أن مراد الشهيد رحمه الله من عد المجهول خارجًا عن الغرر ليس بالمعنى الذي ذكرناه، بل الظاهر أنه يريد اعتبار الحيثيات، بمعنى: أن الغرر لما كان عبارة عن الخطر فيكون معناه عبارة عن الأقدام على شئ لا يعلم منه حصول المقصود، إذ الخطر معناه حصول النقص والضرر وعدم تمامية المطلوب، والمجهول عبارة عما لا يعلم كما أو كيفًا أو معًا، ولا ريب أن الجهل بهذا المعنى مغاير للغرر مباين له، ولكن بينهما عموم وخصوص من وجه بحسب المورد، فالمجهولية شئ والغرر شئ آخر، غاية ما في الباب: أنه قد يجتمع في الشئ غرر مع جهالة، وأما بيان مادة يتحقق فيها الجهالة ولا يتحقق فيها الغرر حتى يثبت به العموم من وجه بحسب المورد فربما يمثل له بما لو إشتري - مثلا - شيئًا مجهولًا بأخس الاحتمالات في المالية - بمعنى أن يبذل في مقابله ما لا يمكن النقصان عنه في المالية - فإنه لا غرر هنا، إذ لا يحتمل هنا عدم حصول ما يقابل العوض، إذ كل ما كان فهو يقابل العوض المبدول، والجهالة في المقام موجودة. وما مثل به الشهيد رحمه الله من مال المضاربة من موارد اجتماع الغرر والجهالة. ولا مانع منه، إذ إطلاق الغرر عليه من جهة كونه مجهول الحصول

بالمقدار المقصود، بمعنى: أن كل مجهول في المعاملة لا يعلم كونه بمقدار هو مقصود للعاقب،

(١) القواعد والفوائد ٢: ١٣٨، القاعدة ١٩٩.

[٣١٩]

فهو باعتبار المقصود مجهول الحصول وإن كان معلوم الحصول في الجملة، ويعد حمل الكلام في جهل الحصول على هذا المعنى اتضح (١) اندراج المجهول تحته، إلا في نحو المثال المتقدم. ولكن الظاهر: أن الغرر عبارة عن احتمال الزيادة والنقصان اللذين لا يتسامح بهما (٢) عادة، من دون فرق بين أن يحصل الوثوق بحصول ما يقابل العوض أم لا، فإن الفرس المجهول (٣) في أوصافه إذا علم أنه يساوي مائة درهم على أي نحو فرض، فعلى ما ذكرناه من المثال السابق لا غرر في ذلك إذا اشترى بمائة، للقطع بحصول ما يقابل الثمن كيف كان، فلا يصدق هنا الجهل بالحصول. لكن الظاهر دخوله تحت دليل الغرر باعتبار عدم الوثوق بحصول ما يحتمل في نظر المشتري، ولا دخل لمساواة الثمن في ذلك، إذ لا يكون غرض المشتري حصول ما يوازي الثمن في العادة، بل المقصود غالبا الاسترباح والأخذ بما يساوي الأزيد من الثمن، فمتى ما كان مجهولا فيحتمل المشتري فيه الزيادة ويطلبها على مجرى العادة، فالأقدام على المجهول مع كون المطلوب ذلك غالبا إقدام على ما لا يوثق بحصوله بالنظر إلى المقصود، وهو معنى الخطر والغرر، فكل ما هو مجهول داخل تحت دليل الغرر وإن حصل العلم بحصول ما يوازي العوض المبدول، فتدبر. ولا نحتاج في إبطال معاملة المجهول إلى دليل آخر من إجماع أو نص. ورابعها: أنه حكى عن الشيخ رحمه الله أن بيع صبرة بصيرة مجهولة إن ظهر مصادفة الواقع والتماثل فهو جائز (٤) وظاهر كلامه يقتضي أن الغرر عبارة عن الخطر الواقعي، بمعنى لزوم النقصان والزيادة عما أقدم عليه في نفس الأمر، فلو ظهر موافقة المقصود وعدم الخطر فلا بأس به

(١) في (م): يتضح. (٢) في غير (م): الذي لا يتسامح به. (٣) في (م): المجهولة، وقد أنث مصحح (م) في هذه الفقرة جميع ما هو عائد إلى (الفرس) من الضمير والصفة والفعل، ولم نعلم وجهه. (٤) المبسوط ٢: ١١٩.

[٣٢٠]

هذا (١) لو أريد من كلامه هذا المثالية حتى يطرد الحكم في جميع المقامات، أما لو أراد ذلك في خصوص المثال المفروض لدليل دل على ذلك في نظره - من نص ونحوه - فلا بحث على فرض وجود الدليل (٢) ولم نقف على ما يفيد جواز ذلك بالخصوص. وأما قاعدة الغرر فالظاهر أن المراد بها كون المعاملة بحسب الظاهر عند المعاملة خطرا، ومصادفة الواقع لا دخل لها في ارتفاع الغرر، فلا يفترق الحال في البطلان بين ما ظهر موافقته للواقع من مساواة العوضين وعدمها. وخامسها: أن الغرر والخطر بعد ما عرفت معناه أمر عرفي يختلف بحسب الموارد، ولذلك اكتفى الفقهاء في المعلوماتية بالمشاهدة مرة، وبالكيل والوزن أخرى، فإن طرق الاختبار والامتحان تختلف بحسب المقامات، والتفاوت أيضا يختلف في الأعيان، فقد يكون مما يتسامح في شئ دون شئ، وذلك واضح. وليس الغرر كالسفه الذي يرتفع بتعلق غرض آخر به، لأن موضوع السفه يتبدل

بتبدل الأغراض، والغرر متى ما تحقق فلا ينفذ في الصحة انضمام المصلحة، فلو رأى العاقد في بيع ما لا يقدر على تسلمه (٣) أو شرائه مصلحة لنفسه لا يرتفع الغرر بذلك، بل هو محكوم (٤) بالبطلان، لشمول الدليل وصدق الغرر. وكما يرتفع الغرر في مسألة المعلوماتية بما جرت به العادة من طرق الاختبار والامتحان، وكذلك يرتفع في مسألة القدرة على التسليم، وفي مسألة معرفة الوجود بما جرت به عادة الناس، فما وثق في العادة بوجوده وبإمكان تسليمه لا غرر فيه، والميزان في ذلك مجاري العادات، ولا ضابط له في الشرع إلا ذلك. ولا يعتبر القطع بالوجود والقطع بإمكان القبض، كما أن الشك في ذلك غير كاف، لعدم الوثوق، فتدبر. ومن هنا علم: أن بيع الغاصب والمكره ونحو ذلك لا يعد غرراً، لأن إمكان التسليم عرفي ولا دخل للمالك في ذلك، وترقب (٥) الأجازة لا يعد خطراً

(١) في غير (م): وهذا. (٢) في (م) زيادة: لكن. (٣) في (ف، م): تسليمه. (٤) في (ن، د) زيادة: عليه. (٦) في (ن، د): وترتب... كترتب.

[٣٣١]

كترقب (١) الرضا في المكره وإن توهم ذلك بعضهم في المقامين. وبالجملة: الضابط في القدرة على التسليم والعلم بالوجود والمقدار هو العرف، ولا مدخل للشرع في ذلك، ومتى ما تحقق ذلك عرفاً فقد ارتفع الغرر والخطر، فالحكم بالبطلان لا وجه له. وسادسها: أنه قد ظهر مما ذكر: أن المعاملة على الكلي لا تعد غرراً، والمعاملة على أحد الشبثين أو الأشياء غرر. وبيان ذلك: أن الكلي أمر موجود على نحو وجود الكلي لا بكليته، بمعنى: أن الشخص له وجود بوجود الأشخاص، والكلي له وجود بوجود الكليات وإن كان كيفية الوجود في كل منهما على نحو مغاير للآخر، ووجود كل شيء بحسبه، فلا يفترق الحال بين المعاملة على الشخص والكلي من حيثية كون كل منهما موثوقاً بوجوده. ومسألة عدم وجود الكلي الطبيعي لا دخل لها (٢) في المقام، إذ اعتبار الوجود في المبيع - مثلاً - إنما هو لحصول المقصود منه وعدم ضياع الثمن على باذله، والكلي بهذا المعنى موجود، إذ أهل العرف يعدون وجود الفرد وجود الكلي، ولا يقصدون من المعاملة على الكلي إلا تحصيله في ضمن الفرد، ولا يلتفتون إلى أنه حقيقة موجود أم لا، وهذا المقدار كاف في رفع الغرر. وكذلك في باب القدرة على التسليم، فإن الكلي مقدور على تسليمه بهذا المعنى، بمعنى إعطاء الفرد مقدماً له، وهذا هو مقصودهم في الأقباض وإن قيل بأن الكلي الطبيعي غير موجود. وبعبارة أخرى لا يريدون من المعاملة على الكلي إلا تسليم أحد أفرادها مقدماً له، وهو ممكن. وكذلك في باب المعلوماتية، فإن الكلي في عالم كليته إذا وصف بأوصاف مميزة إلى أن ينتهي إلى حد لا يقع الاختلاف في أفرادها بما تختلف به الراغبات وتتفاوت به القيم عد معلوماً، ويرتفع بذلك الغرر، ولا نحتاج في إثبات المعاملة

(١) في (ن، د): وترتب... كترتب. (٢) في غير (م): له.

[٣٣٢]

على الكلي إلى (١) التمسك بإجماع أو نص، بل هو جار على القاعدة. وأما الشبهة في أن المعاملة قاضية بالتملك، والملكية صفة لا تقوم إلا بمحل موجود، والكلي لا يعقل وجوده بما هو كذلك.

فوجه دفعها: أن الملكية أيضا كسائر الأحكام الشرعية تحتاج إلى موضوع في نفس الأمر، ولا تحتاج إلى الوجود الخارجي، فإن قولنا: (لحم الغنم حلال) حكم شرعي يتعلق بالموضوع النفس الأمري وإن لم يكن الغنم موجودا في الخارج، وينحل في المعنى إلى أن هذا الحكم ثابت له في الخارج على تقدير وجوده في الخارج، كما أنه ثابت له في نفس الأمر على تقدير ثبوته في نفس الأمر. وبالجملة: فلا مانع من تعلق المعاملة بالكلية من حيثية الغرر أو من حيثية الملك لو لم يمنع مانع آخر، كالكلية الغير الموجود، أو غير المقذور على تسليمه كسمنك موصوف في البحر، أو غير معين ككلية مجهول أو موصوف بما لا يرفع الغرر، فإن ذلك كله ليس من جهة الكلية، وإنما هي أمور تفرض في الفرد والشخص كما تفرض في الكل. وأما الفرد المردد: فإن كان في القيميات - كعبد من عبيد وشاة من قطيع - فلا بحث في تحقق الغرر فيه، لتفاوت الفردين بما لا يتسامح به فيتحقق الجهالة ولازمها الغرر، ولذلك نصوا على عدم جوازها. وأما في المثليات - كصاع من صاعين من الحنطة ممتازين مع اتحاد الأوصاف نوعا وصنفا - فالظاهر من الأصحاب أيضا عدم جوازها. قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: لو قال: (بعتك صاعا من هذه) وهو صاعان صح، ولو فرقهما وقال: (بعتك أحدهما) لم يصح. والفرق أن المبيع في الثانية واحد غير معين فهو غرر، وفي الأولى كلي غير متشخص ويتميز (٢) بنفسه،

(١) في غير (م): على. (٢) كذا في النسخ، والصواب: (ولا متميز) كما في المصدر.

[٢٢٢]

ولو قسم الأرباع وباع أحدها لم يصح، ولو باعه قبل القسمة صح (١). وهنا إشكالان: أحدهما: أن الغرر قد ذكرنا أنه عبارة عن الخطر، وهو لا يتحقق إلا بعدم الوثوق بالوجود أو بالتسليم أو بعدم الوثوق بحصول المقصود للجهالة، وفي بيع الفرد المردد من المثليات مع اتحاد الأوصاف - كما فرضه المحقق الثاني - ليس شئ من ذلك موجودا لأنه أمر موجود في الخارج مقدور على تسليمه معلوم الأوصاف بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلا وجه لتسمية ذلك غررا. وثانيهما: أن الفرق بين أحد الأرباع المقسومة وبين الربع من المجموع المركب غير واضح، لأن كلا منهما كلي (٢) قابل للمعاملة مضبوط بالأوصاف، فما الوجه في جواز الثاني دون الأول؟ ويمكن أن يقال: إن الأمر الدائر من الأمرين ليس كليا ثابتا في نفس الأمر كسائر الكليات المتأصلة الموجودة في ضمن الأفراد حتى يتعلق به (٣) المعاملة، بل هو أمر اعتباري صرف لا ثبوت له في نفس الأمر ولا وجود له في الخارج، فلا يتعلق به (٤) التمليك، فإن أريد من الكلي في أحد الأمرين مفهوم (أحدهما) فهو غير قابل، وإن أريد الكلي المتأصل الموجود في ضمنهما - كالحنطة الموصوفة بالأوصاف المفروضة مثلا - فذلك يقتضي عدم الانحصار بذينك الفردين، بل مقتضاه جواز الأخطاء من أي فرد كان. فإن قلت: فلم جاز ذلك في ربع المجموع؟ فإن المراد به أيضا كلي من هذه الحنطة لا يجوز الدفع من غيرها بمقدار الربع (٥) وإن كان بتلك الأوصاف، فكذلك فيما نحن فيه نقول: المراد هو الكلي الحاصل في ضمن هذه الحنطة لا غيرها

(١) جامع المقاصد ٤: ١٠٣، والمؤلف قدس سره قد غير العبارة، وخلط أيضا بين المتن والشرح. (٢) كلي: لم يرد في (ن، د). (٣ و ٤) في غير (م): بها. (٥) في غير (م): من غيره بمقدار ريعه.

قلت: لو كان المراد كلي الحنطة الموصوفة لجاز أخذ نصف من هذا الفرد ونصف من ذلك الفرد حتى يصير صاعا من هذين الصاعين، مع أنه في الفرض غير مراد فإن صاعا من صاعين مقسومين لا يمكن إلا بدفع ذلك أو هذا، ولو لم يكن لخصوصية المقسومين مدخلية وكان المراد صاعا من هذا المجموع جاز أخذ بعض من هذا وبعض من ذلك، فيرجع (١) إلى بيع الكلي دون الفرد المردد، وهو غير الفرض. والفرق بين الكلي المتأصل في الوجود والكلي الاعتباري: أن الأول متحقق في الخارج ثابت في نفس الأمر وإن لم يلاحظه ملاحظ ولم يعتبره معتبر، بخلاف الفرضي، فإنه يدور مدار الاعتبار للمعتبر، فتدبر. وبالجملة: أحد الأمرين ليس كليا مقررًا حتى يتعلق به التملك، والكلي المتأصل الحاصل في ضمنهما غير مراد - كما قررناه - فيرجع الحاصل إلى مدخلية الفرد في ذلك، بمعنى: كون المطلوب إحدى الخصوصيتين، ولا ريب أن المعاملة حينئذ لا تقع (٢) على شئ معين يحصل تملكه من حين المعاملة، لأن مفهوم (أحدهما) غير قابل للملك، لعدم تأصله، والكلي المتأصل غير مقصود، والخصوصية مرددة، فلم يحصل للمشتري ملك شئ بهذه المعاملة، مع أن الأنشاء لا بد من تأثيره من حين العقد. ولا يحتاج في جواز المعاملة على الكليات دون الفرد المردد إلى فارق من نص أو إجماع، بل كلاهما جاريان على القاعدة. وهذا هو الوجه في عدم الجواز في الفرد المردد في أي باب كان، حتى في العقود التي لا بأس فيها بالغرر والجهالة كالصلح، فإنه يجوز على المجهول ولا يجوز على الفرد المردد بلا كلام، ولو كان ذلك للجهالة لجاز في الصلح. وبالجملة: هذا الوجه في عدم جواز المعاملة على الفرد المردد - مثليا كان أو قيميا - جار في جميع الأبواب، ويرجع ذلك إلى فرع من فروع ضبط متعلقات

(١) في (ف، م): فرجع. (٢) في (م): لم تقع.

العقود - وقد أشرنا إلى ذلك في بحث المتعلقات (١) - وإن كان يمكن أن يقال: إن كون ذلك من باب الغرر لا يستلزم جوازه في الصلح، إذ الغرر منهى عنه مطلقا، خرج في الصلح الغرر والجهالة التي تؤول إلى العلم بمعنى: المعلوم واقعا المجهول ظاهرا، وأما الجهالة التي لا تؤول إلى العلم - كالفرد المردد الذي لا واقع له معين - فهو غير جائز في الصلح أيضا. وبعبارة أخرى: عدم جوازه في الصلح لا يدل على أن العلة في بطلانه ليس كونه غرريا، إذ لعل ذلك للغرر وهذا الغرر غير جائز في الصلح أيضا، وهذا كلام موجه. ولكن البحث في بيان كيفية الغرر في ذلك، وقد مر أن في القيمي لا كلام في كونه غرريا لاختلاف القيم وأما في المثلي: فنقول أيضا كذلك، لأنه بعد ما أثبتنا أن الكلي المتأصل غير ملحوظ حتى يتعين بكليته ومفهوم (أحدهما) غير قابل للتمليك، فيرجع الفرض إلى الخصوصية وهي وإن فرضت متماثلة لا يتفاوت بالمالية، لكن تخير (٢) البائع - مثلا - في دفع أي منهما شاء خطر على المشتري، لأنه لا يدري أن أي منهما حصل له في إزاء عوضه، وليس غرضه الكلي حتى لا يلتفت إلى الفرد ويقول: إن أي منهما حصل لا بأس به لأنني أطلب منه الكلي، بل غرضه الخصوصية، ولا يدري ما حصل له منهما، فهو إقدام على أمر غير معين، مضافا إلى أن مدخلية الخصوصية تؤدي إلى اختلاف الرغبة، فإن الأغراض لا تنضبط، ولا ينحصر الغرض في مراعاة المالية، فقد يؤدي غرض البائع إلى دفع أحدهما ويؤدي غرض المشتري إلى أخذ الآخر، ولا يرد هذا البحث في الكلي، إذ المشتري بإقدامه على الكلي بنفسه قطع النظر عن الخصوصية،

بخلاف المقام. وبالجملة: الفرق بين المقام وبين الكلبي في المثلي بحيث يوجب صدق الغرر والخطر هنا دون بيع الكلبي خفي يحتاج إلى تأمل تام.

(١) لم نقف على موضع الإشارة في البحث المذكور، راجع العنوان: ٤١. (٣) كذا في (د)، وفي (ن): بتخيير، وفي (ف، م): تخيير.

[٢٣٦]

والانصاف: أن الغرر صادق والفارق فارق، ولذا علل المحقق الثاني الغرر بتعلق الغرض في الفرد (١). وأما بناء على ما ذكرناه في الوجه الأول فدفع الأشكال واضح. وسابعا: أن الأصحاب مع بنائهم على عدم جواز المعاملة على الفرد المردد في سائر الأبواب - إما للغرر كما في عبارة كثير منهم، وإما لما ذكرناه من الوجه: من اعتبار كون المحل قابلا لتعلق الملك ونحوه كليا كان أو جزئيا والمفهوم الاعتراري غير قابل لذلك - ذكروا في بحث الأجرة جواز الاستئجار باجرتين على تقديرين، كنقل المتاع المعين في يوم الجمعة بدرهم ونقله في يوم الخميس بدرهمين، وخياطة الثوب روميا بدرهمين وخياطته فارسيا بدرهم، فإن كان ذلك لاجتماع منهم على الجواز هنا بالخصوص فلا بحث مع أنه غير ثابت وإن كان لنص في الباب كما نقلوه فلا بحث أيضا، مع أن النص المعتبر غير ذال والدال غير معتبر، وكلاهما غير قابلين لتخصيص القاعدة، كما أورده الشهيد الثاني رحمه الله وقال: أنه لا فرق بين المقام وبين البيع بثمانين إلى أجلين، فكما حكموا ببطلان ذلك فليحكموا بالبطلان هنا أيضا (٢) وبالجملة ليس هنا دليل يدل على الجواز حتى نخرج (٣) به عن القاعدة. وهذا البحث وارد عليهم لو جعلنا معاملة الفرد المردد فاسدة من جهة كونها غررا كما نقلناه عنهم، فإن المقام أيضا داخل تحت الغرر، ولا فرق بينه وبين البيع بثمانين إلى أجلين، وكذا لو جعلنا البطلان من جهة عدم قابلية الفرد المردد للتملك، فإن المقام أيضا منه، فالفرق غير واضح. والذي يختلج بالبال هنا أن يقال: إن البيع بثمانين إلى أجلين غير جائز من جهة أن المبيع الواحد لا يمكن أن يكون له ثمان، فليس الغرض البيع بكل من

(١) راجع ص: ٢٢٣. (٢) الروضة ٤: ٢٣٤، المسالك ٥: ١٨٢، والعبارة منقولة بالمعنى. (٣) في (ن، د): يخرج.

[٢٣٧]

الثمانين، وإلا لزم على المشتري دفعهما معا مع أنه ليس كذلك، وليس الغرض واحدا معينا، فلزم فيه الغرر، لعدم العلم بما يحصل في إزاء المبيع وهو الخطر، وليس ذلك إلا كالبيع بعشرة دراهم أو دينار، ويجئ فيه أيضا الوجه السابق: من أن التملك يحتاج إلى محل معين كلي أو جزئي، وهو هنا منتف، فلم يؤثر العقد في تملك شئ، أصلا، ولازمه البطلان. ولكن في الأجرة ليس كذلك، فإنهما عمالان مستقلان جعل بإزائهما اجرتان، وكلاهما مورد للأجرة. فنقول: أن الغرض (١) الاستئجار بكل من العاملين بكل من الاجرتين فيكون (٢) إجارتين مستقلتين، وليس هنا فرد مردد حتى لا يكون قابلا للأجرة، إذ المقصود: كل منهما، لا أحدهما، ولا يلزم غررا أيضا، إذ المعلوم من ذلك تملك كلتا المنفعتين بكلتا الاجرتين، غاية ما في الباب: أن باتيان أحد العاملين تبطل الأجرة على الآخر لفوات المحل، لعدم

إمكان خياطين لثوب واحد، ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: قصد كل منهما وإن فات أحدهما بعد إتيان الآخر لفوات المحل. ولا يرد هذا البحث في بيع شيئين بثمنين كما لو قال: (بعتك الفرس بدرهم أو السيف بدينار) فإنه غير جائز، لأنه إن قصد كلا منهما فلا بد من وقوعهما وحصولهما لعدم منع الجمع، فلا بد من إرادة أحدهما، ولازمه البلان. وبالجملة: فوات أحدهما في الأجرة ليس من قصد المتعاقدين، بل للتعذر الخارجي بحيث لو فرض الأتيان بكلا العملين لاستحق الاجرتين بمقتضى الأجرة، لكن ذلك في الخارج غير ممكن، لا أن الأجرة تعلقت بواحد لا بعينه. وهذا وجه ملبح وإن لم يتعرض له أحد من الأصحاب فيما أعلم، والله العالم بالحقائق. وهنا أبحاث آخر أعرضنا عنها اشتغالا بالأهم، واتكالا على تنبه الفقيه المتدرب في الفن، فتدبر.

(١) في (ن): الفرض. (٢) في (ن، د): فتكون.

[٣٢٩]

[العنوان الثامن والاربعون] [في أن التعليق من المبطلات في العقود والايقاعات]

[٣٣٠]

عنوان [٤٨] من جملة المبطلات للمعاملات ابتداء - عقدا كانت أو إيقاعا - التعليق، ولا ريب في كونه مبطلا، وقد اتضح ذلك مما ذكرناه في بحث اشتراط التنجيز (١) وإنما البحث في أن إبطال التعليق هل هو لمانع عقلي أو شرعي؟ والمسألة تحتاج إلى رسم مقدمات: الأولى: أن الأنشاء بمعنى الأحداث والأيجاد، والمراد به علة تكون واسطة بين الفاعل المختار وأثاره، سواء كان [الفعل] (٢) من أفعاله القلبية أو الخارجية. وتوضيحه: أن القيام هيئة للشخص مخصوصة، فإذا أراد أن يوجده يقتضي حركة تكون علة لوجود القيام وهي المسماة بالأيجاد والأنشاء، فإذا جعل يتحرك يقال: (إنه يوجده وينشؤه) فإذا حصل القيام يقال: (أنشأه وأوجده) وما لم يحصل يقال: (لم ينشئ) وإن أوجد بعض العلة، وكذا في الأفعال القلبية، فإن العزم على شئ، لا يحصل إلا بانبعث النفس إليه به يعزم وبه يتحقق العزم، فيقال: (عزم) نظير (قام). الثانية: أن في كل لفظ (٣) يتكلم به المتكلم - كاضرب أو زيد قائم - امورا

(١) راجع العنوان: ٤٠. (٢) من (م). (٣) في (م): كلام.

[٣٣١]

عديدة: أحدها: اللفظ. وثانيها: معناه الذي وضع الواضع اللفظ بإزائه. وثالثها: دلالته التي هي أثر من أثاره، وهو جلبه للمعنى من طرف نفس الأمر إلى ذهن المخاطب. ورابعها: نفس الصورة المجلوبة التي هي أثر جلب اللفظ الموضوع عند العالم بالوضع. ولا ريب أن المتكلم ينشئ بحركة لسانه ويحدث اللفظ، ويتبعه الدلالة والصورة الحاصلة في ذهن المخاطب تبع المعلول لعلته التامة، فإنشاء اللفظ والدلالة

والمعنى مشترك بين الأخبار والأنشاء، وإنما الفرق بين (اضرب) و (زيد قام) - حيث يقولون: أن الأول إنشاء والثاني اخبار - في الأمر الثاني، وهو الذي وضع الواضع هيئة (اضرب) وتركيب الجملة بإزائه، ووجه الفرق: أن معنى الأول: الطلب القائم بنفس المتكلم، ومعنى الثاني: النسبة الثبوتية بين زيد والقيام في الخارج، وحيث إن معنى الأول يحدث (١) به سمي إنشاء، ومعنى الثاني يوجد لا به سمي إخبارا، لأنه حكاية عن موجود، لا أنه إيجاد وإحداث. وكذلك في صيغ العقود، فإن معنى كونه إنشاء كونه موجدا لمعناه وهو النقل والتملك وإذا كان إخبارا كان حاكيا عن وجود نقل سابق أو لا حق (٢). الثالثة: أن الطلب بمقتضى فهم العرف وطريقة اللسان هو فعل قلبي أو (٣) ظاهري ينشأ من الميل ليؤدي إلى المطلوب، فمجرد كون الشئ محبوبا عند أحد لا يستلزم طلبه له، فإن التمني والترجي والاستفهام والنداء والأمر والنهي كلها أمور زائدة على المحبة والكراهة (٤) وهما داعيان إلى طلب الفعل أو الترك بالتفات قلب أو قول أو إشارة أو غير ذلك، ومعنى الأمر ليس ماهية الطلب، لكون الدال هيئة موضوعة بالوضع العام لخصوصيات الطلبات (٥) فمعنى الأمر: الطلب الخاص،

(١) في (ن، د): الحديث به. (٢) حيث كانت العبارة غير خالية عن مسامحات أدبية، غيرها مصحح (م) بما يلي: فإن معنى كونها إنشاء أنها موجهة لمعانيها، وإذا كانت إخبارا كانت حاكية عن وجودها سابقا أو لاحقا. (٣) في (ف، م) بدل (أ): و. (٤) في غير (م): العداوة. (٥) في (م): للخصوصيات، يحذف (الطلبات).

[٢٢٢]

لا مفهوم الطلب، وكذلك النقل [والتملك] (١) الذي هو معنى (بعت) إنما هو النقل العرفي، وهو خلع علامة المتكلم عن المال وجعلها للمشتري، وهو معنى معقول قبل الشرع وبعده، ويلزمه الانتقال بحيث يمتنع انفكاكه في الوجود عنه، وهو ظاهر، غايته: أن الشارع قد يمضي هذا المعنى من حينه، كقولك: (بعت الفرس بدينار) فيقول المشتري: (قبلت) حيث يكونان وليين، وقد لا يمضي مطلقا كما في بيع المجهول (٢) وقد يمضيه بعد زمان كما في الصرف، فإنه [يمضي] (٣) بعد القبض، وحيث إن الأنشاء فيه معنى الهيئة يرجع أيضا إلى خصوصيات النقل العرفي، لا مفهومه. الرابعة: أن [كلا من] (٤) الوجوب والاستحباب الحاصلين من الأمر ليس عين الطلب، وإنما هو صفة للمطلوب من حيث كونه مطلوبا، وظرف حصوله إنما هو ظرف حصول المطلوب، لترتبه على الطلب وصحة سلبه عنه، ولخلفه (٥) عنه في الواجب من دون طلب (فتأمل) والطلب من دون وجوب، وكونه مدلولا التزاميا دون الطلب، فإذا كان المطلوب في ظرف اليوم فوجوبه فيه، وإن كان في الغد فوجوبه أيضا في الغد، وكذلك المملوكية في العقد صفة للعوضين، وظرف وجوده إنما هو ظرف وجود موضوعة، فالمنفعة المنفصلة عن العقد مملوكة في ظرفها، وإن حصل السلطنة الآن، فالمستأجر مسلط ومالك في ظرف وجوده، والمنفعة مملوكة ومسلط عليها في ظرفها، فتدبر. إذا تمهدت هذه المقدمات. فنقول: الأنشاء بنفسه لا يقبل التعليق، لما عرفت أنه الأيجاد، ومعنى تعلقه بشئ مترقب: عدمه عند عدمه، فمتى ما علق فلا إنشاء مطلقا، وحيث وجد فلا

(١) لم يرد في (م). (٢) جاءت العبارة في (م) مختصرا، هكذا: غايته أن الشارع قد لا يمضيه لفقد ما اعتبر فيه، وقد يمضيه من حينه... (٣) من (م). (٤) من (م). (٥) في (ن، د): وتخلفه.

تعليق أصلاً، وحيث قد تقرر أنه علة للمنشأ لا يتخلف وجوده عن وجوده، فحيث لا منشأ فلا إنشاء، كما هو الواضح عند الوجدان والمعلوم من معناه عرفاً ولغة، وقد ثبت أيضاً بالاتفاق أن معنى الأمر - مثلاً - وصيغ العقود هو الأنشاء، وقد مر أن تسميته بذلك باعتبار حصول معناه به، ظهر أنه لا بد من حصول الطلب عند قولك: (اضرب) والنقل والملكية عند قولك: (بعث) عرفاً، وإلا لزم إما عدم الأنشاء، أو تخلف المعلول عن العلة التامة، والأول خلاف الفرض، والثاني ممتنع عقلاً بعد فرض كونه علة. وما يقال: إنه لا ريب في صحة قولنا: (أكرم زيداً إن جاءك) فكيف علق الطلب على المجيء؟ وهم، لأن الطلب لا ريب في حصوله عند الخطاب، وإنما المجيء قيد للمطلوب وظرف له وهو الأكرام، فالطلب مطلق والمطلوب مقيد، مثل قولك: (أريد منك مجيئك غداً) فالطالب طالب الآن والمطلوب مفروض غداً لأنه ظرفه، والمخاطب مطلوب منه الآن مجيئه غداً، كما هو ظاهر العرف. قيل: يلزم عدم الفرق بين (أكرم إن جاءك) و (أكرم وقت مجيئه إياك). قلنا: كذلك بحسب المعنى، والفرق صوري، وكلاهما يراد به الأكرام المقيد، لا تقييد الأرادة، ولو فهم منه الثاني كان بمنزلة الخبر عن إرادته ذلك الوقت، وضرورة اللسان قاضية بالفرق. قيل: المفهوم عرفاً من المثال تعليق التكليف لا المكلف به، وهو الحجة. قلنا: إن أردت من التكليف الطلب فهو ممنوع جداً، إذ لا يقال في العرف: إنه ليس بطالب لأكرام وقت المجيء، بل يقال: إنه طالب له، وإن أردت الوجوب فهو مسلم ولا نزاع فيه، لأنه صفة للمطلوب يتقيد بتقيده، كما قررناه من أنه في المثال يحصل طلب وطالب ومطلوب منه حالاً لمطلوب في زمانه، كما أن في الأجرة المفروضة يحصل تسليط وتسلسل بالفعل لمنفعة في ظرف وجودها. قيل: يلزمه سقوط التكليف عند عدم وجود الشرط، مع أن الوجدان قاض بأنه عدم ثبوت لا سقوط.

قلنا: إن أريد الطلب فهو ساقط، وإن أريد الوجوب فهو غير ثابت، كما قررناه آنفاً. قيل: إن أردت إنشاء الطلب الفعلي فممنوع جداً، وإن أردت اللابشرط أو التعليقي فلا يجدي، والأمر حقيقة في إنشاء التكليف اللابشرط، وينصرف إلى الفعل بقريئة الأطلاق وإلى الثاني بقريئة التقييد، والقسمان لا ينفكان عن إنشائهما، لاستحالة تخلف المعلول عن العلة، لكن التكليف الفعلي ينفك عن المعلق، لأنه ليس بإنشاء له وعلة، بل علة ناقصة، فحيث وجد الشرط صار سبباً تاماً وحصل الطلب بالفعل، نظير الملك في باب الصرف، فإن العقد هنا إنشاء الملكية معلقة (لأنه علة تامة لها دون الفعلية، فإذا تحقق القبض صار الملكية فعلية لوجود علتها التامة بالإنشاء السابق والشرط اللاحق، فكذلك في الطلب حرفاً بحرف. وبالجملة: فهنا إنشاءان ومنشأان معلولان لهما على التوزيع، وليس تخلف المنشأ الفعلي عن إنشاء المعلق تخلف المعلول عن علته التامة. قلنا أولاً: إنه لا وجه لمنع الطلب الفعلي، مع أن ظاهر العرف حصوله لما قررناه، وإنما الثاني هو الوجوب لتبعيته لظرف موضوعه. وثانياً: أن الطلب المعلق على المعدوم معدوم قطعاً، فلا معنى لإنشائه، إذ إعدام العدم ممتنع، والأيجاد من غير وجود لا يعقل، غايته: يصير هناك أهلية للطلب كما هو ظاهر، وهو كان ثابتاً قبل قولك: (اضرب). وليس مرادهم من إنشاء الطلب إحداث الماهية (٢) جزماً. فعدم وجود الطلب يسري إلى عدم الأنشاء وهو خلاف الفرض، أو الأحداث المعلق وهو كذلك، إذ هو ليس بإنشاء كما قررناه. والتنظير بمسألة الصرف فاسد، لأن المنشأ هنا النقل العرفي وهو من حين العقد،

غايته: إمضاء الشارع بعد القبض، فليس هنا منشأ معلق، بل المعلق الملك

(١) في (م): فإن العقد فيه إنشاء لملكية معلقة. (٢) في (ف)، (م): إحداث اهليته.

[٢٣٥]

الشرعي، وهو غير المعنى. قيل: الملك العرفي أيضا ينقسم إلى منجز ومعلق، والفرق بينهما كالطلب التنجيزي والتعليقي، فإذا قيل: (يعتك بشرط أن تعطيني الكتاب) فهنا: لفظ، وملكية معلقة، وإنشاء هذه المعلقة، وملكية فعلية، وإنشاء هذه الفعلية. فالثلاثة الأولى مقارنة (١) في الوجود، وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة، والآخران (٢) عند حصول إعطاء الكتاب، بمعنى: أن الأنشاء السابق كاف في فعليته عند حصول الشرط، فيلزمه فعلية الملك، لا أن الأنشاء السابق علة تامة، وإلا لزم التخلف، بل هو بضميمة حصول الشرط، فثبت أن ذلك ممكن عقلا، وكفى في إثباته وقوعه في الصرف والسلم، إذ الشارع لا يجعل الممتنع ممكنا. قلنا: لا يقبل الملك العرفي بعد إنشائه التعليق، لأن الأنشاء هو الأحداث - كما مر - فإما هو إيجاد للملكية فلزم وجودها قطعا، وإلا فليس ذلك إنشاء للملكية، بل هو شئ آخر وهو خلاف الفرض، ونفس الأنشاء غير قابل للشأنية (٣) إذ هو حينئذ لا إنشاء كما قرر، والكلام في حصول المنشأ الفعلي المتأخر بالأنشاء المتقدم، وحصول الأهلية به غير الفرض، وباب الصرف قد عرفت أنه لم يجعل أثر الأنشاء متأخرا عنه حتى يلزم جعل الممتنع ممكنا، وإنما الأثر - وهو النقل العرفي - حاصل من حين الأنشاء، لكن الشارع أمضاه من زمان القبض وألزمه (٤)، ولا دخل له في المقام. ومع ذلك كله نقول: إن قابل التعليق لو كان إنما هو كلي الطلب، كما في (اطلب) منجزا، و (٥) (اطلب إن جاء زيد) على سبيل الوعد، ومدلول الهيئة إنما هو الطلب الخاص الحاصل باللفظ (٦) فكيف يعقل فيه التعليق؟ إذ الموجود لا يعلق

(١) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مقارن. والمناسب: مقارنات. (٢) في غير (م): والآخران. (٣) كذا في ظاهر (م)، وفي سائر النسخ: للثانية. (٤) في عدا (م): ألزم. (٥) في (ف)، (م) بدل (و): أو. (٦) باللفظ: لم يرد في (ن)، (د).

[٢٣٦]

بشئ قطعا، حتى بظرف وجوده. قيل: يلزم امتناع التعليق في معنى صيغ العقود لو سلم أن الملك هنا بمنزلة الطلب في الأمر، وليس كذلك، بل هو التملك والملك بمنزلة الأكرام المتأخر، فإنشاء التملك الآن، وحصول الملك بعد سنة مثلا أو عند مجئ زيد. قلنا: هذا اشتباه، فإن إنشاء التملك إيجاد له بالفعل، والمالكية التي هي عبارة عن ثبوت صفة الملك معلول للتملك، فلو تخلف عنه تخلف المعلول عن علته، إذ لا يعقل التسليط بالفعل من دون حصول التسليط، لأن الانفعال ممتنع الانفكاك عن الفعل، ومجرد إتيان فعل للتملك مع عدم الأثر لا يقال: إنه تملك. وكذا الحال في جميع المصادر، كما قررناه في المقدمة الأولى. قيل: فيلزم أن يكون المملوكية أيضا بالفعل، مع أن موضوعها في المنفعة المنفصلة معدومة. وكيف يوجد العرض بدون الموضوع؟ قلنا أولا: لا يلزمنا ذلك، وإنما هو نظير الوجوب المتحقق في ظرف وجود المأمور به، فبالسليط الآن يحصل تسلط كذلك على شئ متأخر مسلط عليه

في ظرف وجوده. وثانيا: يرد هذا قبل النقل، فلا ريب أن المؤجر مالك ومسلط عليه في ظرف وجوده على المنفعة، وكذا البائع للثمار مسلط عليها ومسلط عليها في ظرف وجودها، فتأمل. فظهر: أن امتناع التعليق في العقود على الشرط المتأخر عقلي بعد ثبوت كونها إنشاءات. وأما التعليق في متعلق المنشأ - كالضرب (١) وثمره السنة الآتية أو منفعتها - فلا بأس به على ما قررناه، وهو واقع عقلا وشرعا وعادة. والحاصل: أن الأنشاء القلبي كالفعل الظاهري، فكما يمتنع نقل كتاب من مكان إلى مكان اليوم غدا وكذلك يمتنع نقل ملك من مالك إلى آخر اليوم غدا، وإن أريد الأهلية فهو خارج عن البحث.

(١) في (د): كالصرف، وعلى كلا اللفظين لا يستقيم المعنى.

[٢٣٧]

وأما التعليق بالشرط المقارن مع عدم العلم بوجوده، كقولك: (بعتك الحنطة إن كانت حمراء) أو (وكلتك في بيعها إن كانت حمراء) فهل هذا أيضا ممتنع عقلا فلا بد في بيان جواز ما جاز فيه ذلك إلى تخريج، أو هو جائز، وليس كالتعليق على الشرط المتأخر، فلا بد في بيان عدم جوازه حيث ثبت من دليل؟ ومنشأ البحث: ما يظهر من أصحاب البطلان في مثال البيع والصحة في مثال الوكالة، بل حكى عن العلامة الأجماع على بطلان الأول وصحة الثاني (١). فنقول: الذي يقتضيه النظر أن التعليق على الشرط المقارن غير ممتنع في حد ذاته في الانشاءات وإن امتنع في بعض المواضع بالعرض كما نبينه (٢) إذ غاية ما يمكن أن يقال: إن الأنشاء قد علم أن معناه الأيجاد، ويمتنع تخلف الوجود عنه، فإذا قال: (بعتك) يلزمه حصول الملك والتملك، ومتى علق بكونه حمراء (٣) مع الجهل بالصفة فيحتمل وجودها حتى يتحقق الملك ويحتمل العدم فلا يحصل، مع أن الأنشاء حاصل جزما، والمنشأ حينئذ محتمل قطعا، وإن هو إلا تخلف المعلول عن العلة. قلت: أولا: نجيب بالنقض بالوكالة، فإن إنشاء الوكالة علة تامة لحصولها ومتى جهل كون العبد الموكف في بيعه مثلا في البلد حيث شرط ذلك يحتمل تحقق المنشأ وهو الوكالة، لكونه على أحد التقديرين، وإن هذا إلا التخلف مع الأجماع على صحته، والعقل لو ثبت لا يخصص. قيل: فرق بين الانشاءات، فإن بعضها ليس علة تامة مطلقا، بل يعلق على أحد التقديرين كما في قولك: (نعم الرجل زيد إن ركب أمس) فإنه إنشاء للمدح على ذلك التقدير والوكالة من هذا القبيل. قلت: هذا تحكم صرف، إذ البيع ليس إلا تسليط المشتري على المبيع، كما أن الوكالة كذلك إن كانت مطلقة، غايته: الفرق بالأصلية والنيابة، وهو لا يصلح فارقا

(١) كذا! وقد صرح العلامة بأنه لا يصح عقد الوكالة معلقا بشرط أو وصف، ونسب البطلان إلى علمائنا، انظر التذكرة ٣: ١١٤. ولعل العلامة قال ذلك في مورد التعليق على الشرط المقارن فقط. (٢) في (ن): كما يبينه. (٣) في (م): ومتى علق بحمراء.

[٢٣٨]

فإذا جاز التسليط على التصرف بعنوان الوكالة على أحد التقديرين فلم لا يجوز التسليط بعنوان الملكية على أحد التقديرين؟ وهكذا الكلام في (نعم الرجل) وليس الوكالة في (وكلت) إلا كالتملك في (ملكك) أو كالمملك (١) وأنت معترف بأنه حصل الوكالة جزما لكنه

على أحد الاحتمالين، فلنا أن نقول: الملكية حاصلة لكنه على أحد الفرضين. قيل: مثل النذر والعهد واليمين مثلا إذا علق فمعناه يرجع إلى إخبار ما - كباب نعم - فإن معنى النذر: الوعد بشرط، وهو إخبار. قلنا: قد تقرر أن الأنشاء ما يحصل معناه به، ولا ريب أن الالتزام في النذر بقولك: (لله علي كذا) لا بالعلم بالشرط ككون المولود ابنا، فإن العلم به لا يؤثر في الالتزام، وإنما السبب التام هو الصيغة، لكنه على تقديره لا مطلقا. وثانيا (٣): بالحل، وهو بيان مقدمة، هي: أن في البحث السابق - وهو التعليق بالمتأخر - شيئين: أحدهما: تردد الشرط بين الوقوع والعدم، فيردد الملك بين الوجود والعدم. وثانيهما: أنه على تقدير وجود الشرط يكون الملك من حين حصول الشرط لا من حال العقد، فإن موضوع البحث هناك كان في إيجاد الملكية بعد سنة بالأنشاء الحال، وليس منشأ الامتناع الوجه الأول، وإنما هو الثاني بشهادة أنه لو قطعنا بأن الشرط سيقع لا يكون صحيحا أيضا، لتأخر المعلول عن العلة، وهو العقد الموضوع لأيجاد الملك اتفاقا، ولو لم يكن كذلك لما حكمنا بالامتناع بمجرد التردد، إذ العقل لا يمنع منه كما في الشرط المقارن المجهول. وتوضيحه: أن الشرط حينئذ ينحل إلى الوصف، ويقصد بقوله: (بعتك هذه الحنطة إن كانت حمراء) نقل هذه الحنطة الحمراء، ومن المعلوم: أن العقد إنشاء للمقصود، وعلة تامة لنقل متعلقه، فإذا قال: (بعتك الفرس) لا ينتقل الحمار بدهاءة، ولا يلزم تخلف معلول عن علة أصلا، فإذا كان المقصود من العبارة ذلك، فإن كان

(١) كذا في النسخ. (٢) أي ثانيا نجيب بالحل، تقدم أوله بقوله: نجيب بالنقض.

[٣٣٩]

في الواقع حمراء فقد ورد العلة على معلوله (١) ومضى (٢) من غير تخلف، وإن لم يكن كذلك لم يكن هنا علة، بل يكون مثل قولك: (بعتك) مكان (انكحتك) أو (بعتك الفرس) مكان (بعتك البقر)، فكما أن تخلف ذلك عن هذا لا يمتنع - إذ ليس معلولا له فليس العلة علة بالنسبة إليه - فكذلك بيع الحنطة إن كانت حمراء علة لانتقال الحنطة الحمراء، فإذا انتفى الموضوع انتفى العلية، ولا يلزم التخلف، وإذا وجد وجد بالعلة، غايته أنك لاتعلم بأن العلة والمعلول تحققا جزما أو بطلا جزما، فهنا أمور ثلاثة: تحققهما في الواقع وهو ممكن، وبطلانهما في الواقع وهو ممكن، وجهلك بالواقع وهو ممكن أيضا بل واقع، فالممتنع العقلي هنا أي شئ؟ قيل: إن النقل معنى نفساني، فإذا لم يعلم أنه يقع أم لا يقع، فكيف يجعله النفس؟ قلت: لا ريب أن النفس ينقل المقصود جزما وهو الحنطة الموجودة الحمراء، فإذا علم خلافه سقط العلية، فإن النقل ليس إلا التسليط، وهو مسلط له على هذه الحنطة الحمراء جزما، كما أن التوكيل تسليط على المال جزما لو كان كذا، وليس ظهور خلافه إلا الكشف عن عدم (٣) العلية بالنسبة إلى ما هو الموجود، لا تخلف المعلول عن علته. قيل: فلم لا تقول (٤) في البحث السابق كذلك؟ فإن (بعتك إن جاء زيد) علة للنقل الموجود حالة المجئ، لا أن العقد لأنه المقصود (٥) والمفروض - كما اعترفت (٦) به - وقوع صيغ العقود على المقصود، فعدمه الآن ليس من تخلف المعلول، بل لعدم العلية. قلنا: فرق بين المقامين، لأنه قد ثبت علية الصيغة لأنشاء معناه (٧) وهو النقل

(١) كذا، والظاهر أن المناسب: وردت العلة على معلولها. (٢) الظاهر، فاعله: العقد. (٣) كلمة (عدم) لم ترد في (ف، م). (٤) في (ن، د): لا نقول. (٥) كذا في النسخ، والعبارة لا تخلو من قصور. (٦) في (ن، د): اعترف. (٧) الظاهر تذكير الضمير باعتبار رجوعه إلى البيع.

وقيد المجئ ليس من معناه، فقد يؤتى به وقد لا يؤتى، فثبت أن معناه نفس النقل، وهو معلول للصيغة، للاتفاق على أنها لانشائه، فتخلفه عنه تخلف المعلول، بخلاف المنقول فإنه محتمل لوجوده (١) والصيغة وضعت لأحداث النقل الفعلي لما قصد نقله للتبعية القصد إجماعاً، وحيث انتفى، المقصود انتفى الانشاء بفوت المنشأ، ولا تخلف، كما أنه لو وجد أثر من حينه بلا فصل، بخلاف البحث السابق، فإنه لو لم نقل بما مر لزم القول ببقاء الانشاء والعلة وتأخر المعلول وهو النقل، وإن هذا إلا عين المجال. ونظير ما نحن فيه شبح تريد ضربه بسيف ولا تدري أنه إنسان أو شجر، فإذا ضربت رأسه بالسيف القاطع فقد أتيت بعلة القتل على تقدير كونه إنساناً، مع أنه لو انكشف أنه شجر لم يلزم التخلف، لعدم تحقق فرض العلية، فأنت قاتل لو كان إنساناً جزماً، ومجرد الجهل بالواقع لا يوجب عدم إمكان صدور العلة التامة من الفاعل المختار، وقد اعترف الخصم بكون النقل النفساني كالأفعال الخارجية لا يجوز تأخر أثره عنه، ونرى بالعيان صدور العلة من الفاعل المختار مع الشك في أنه موردها أم لا، نظراً إلى كونه جازماً بالتأثير على أحد التقديرين، وإن هذا إلا كما نحن فيه. وربما يتوهم أن الانشاء جزم بالنقل فمتى ما تردد بين احتمالين: أحدهما قابل للنقل والآخر غير قابل يمتنع الانشاء والجزم، وما يترأى من وقوعه في الوكالة والنذر فمن جهة أنهما ليسا على حد سائر الانشاءات، لرجوعهما إلى نوع وعد وإخبار. ولكن نقول: قد بينا أنه لا يلزم من القول بالامتناع في البحث السابق القول به هنا، لأن المناط لم يكن تردد الحصول، بل من جهة تأخر المعلول، وهو هنا منتف، لأنه على أحد التقديرين أثر ومؤثر متقارنان، وعلى الآخر لا أثر ولا مؤثر بمعونة ما قررنا: أن الانشاء علة لما قصد نقله لا مطلقاً، والغرض انتفاؤه، فما ألزمتنا به

(١) في (ن، د): لوجه.

الخصم من أنه يلزمك من القول به هناك القول به هنا فاسد جداً. فبقي الكلام فيما ذكره وجهاً للامتناع، وهو عدم حصول الجزم مع احتمال فقد المقصود، وقد سبق فيه بعض الكلام. فنقول: نفرض المسألة في صيغة البيع الاحتياطي والنكاح الاحتياطي وهكذا... مع أنه لم يقل أحد بامتناعه، فإذا جرت الصيغة أولاً ثم شك في صحته فلا ريب أن الشك لا يستلزم فساده، بل يحتمل كونه في الواقع صحيحاً مملوكاً للمشتري، وكذا في النكاح، مع أن الأصل وقوعه صحيحاً بعد الفراغ، للقاعدة السابقة في محلها (١) فإذا أريد إجراء الصيغة ثانياً احتياطاً فمعناه: أنه جازم للنقل لو لم ينقل بالعقد السابق، لاستحالة تحصيل الحاصل. فإما أن نقول: بأنه لا جزم على النقل والانشاء - فمع أنك كبرت الوجدان - يرد عليك: أنه كيف يكون احتياطاً؟ لأنه باطل حينئذ. وإن قلت: بأنه إخبار كما في النذر، قلنا: هذا بيع فإذا كان إخباراً كان الكل كذلك، فأى فرق بين الصيغة الأولى والثانية؟ وإن قلت: إنه غير معقول خالفت ضرورة أهل العقول، ومن قال بعدم جوازها - لو كان - لم يقل من جهة الامتناع العقلي، بل من جهة الشرع. وإما أن نقول: بأنه جزم فقد أصبت الحق وثبت المدعى. وكذلك في الطلاق مع الشك في بقاء الزوجة (٢) مع أنه لا كلام في صحته فضلاً عن تعقله (٣). فإن قلت: هذا بالاستصحاب. قلت: لو حصل الظن بالموت أيضاً يصح. فإن قلت: لا يضر، لأن الحجية بطريق

التعبد لا من باب الوصف، وهو الظن، قلت: الجزم على الإنشاء أمر
نفساني واقعي لا يباط تحققه بالشرع، والاستصحاب وإن أفاد الظن
لا يرفع الاحتمال، والنفس متردد (٤) محتمل للوجود والعدم، فإن كان
الجزم معه غير معقول فالشرع لا يجعله ممكنا.

(١) راجع ج ١، العنوان: هـ. (٢) في نسخة بدل (م): الزوجية. (٣) في (ن، د): تعلقه.
(٤) في (ن، د): مردد.

[٢٤٢]

فظهر أن الشرط المقارن لا مانع من التعليق به إذا أمكن التعليق في
المقام، ولا منافاة فيه نوعا، وإنما البحث في أن فساد قولك: (بعثك
الحنطة إن كانت حمراء) هل هو من جهة دليل تعبدي ومانع شرعي،
أم لا؟ فنقول: الظاهر أن التعليق فيه ممتنع عقلا وإن جاز في
الوكالة، وبعبارة أخرى نقول: التعليق بالشرط المقارن غير مناف
للإنشاء كالماتر وإن كان يمتنع لوجه آخر، وبيان امتناعه هنا يتحقق
ببيان أمور: أحدها: أن التعليق توقف شئ على شئ، وذات الأمور
الخارجية والنفس الأمرية ولو معدومة لا يعلق بشئ، وإنما المعلق
وجوده (١) لا نفس الماهية، وليس في ذلك فرق بين الأعيان
والمنافع والأعمال الاختيارية والاضطرارية. وبالجملة: كل ماهية
معقولة يمتنع توقفها بنفسها على شئ، بل وجودها، وإذا كان
موجودا فلا يقبل التعليق حينئذ أصلا، إذ الموجود ما حصل وجوده،
والحاصل لا يعلق، وتوقف الاستمرار على شئ آخر غير ما نحن فيه.
وثانيها: أن الفعل الصادر عن الفاعل ما لم يصدر عنه قابل للتعليق
والتنجيز، وبهذا الاعتبار يتعلق به الأحكام الوضعية والتكليفية، كما
يجوز للمولى أن يقول لعبده: (أطلب منك بيع هذا الشئ) يصح أن
يقول: (أطلب منك بيعه في اليوم الفلاني) ومتى ما صدر عن الفاعل
فغير قابل للتعليق مطلقا، والمراد بكون اليوم قيما للبيع: كون وجوده
المطلوب في ذلك اليوم، فإن الماهية بنفسها لا تعلق. وثالثها: أن
أسماء الأفعال - كالقيام والضرب والتملك - المعبر عنها بالمصادر لا
تطلق إلا بعد وجود الماهية الموضوع لها في الخارج بوجود المقتضي
ورفع الموانع، فلو أتى زيد بشئ مقتض لحصول الضرب فحجب عنه
مانع لا يقال: (ضرب) وكذا نظائره، فإنها اسم (٢) للأفعال، لا للملكات
والاستعدادات، سواء كانت صرف قابلية كالضرب قبل وجود المقتضي
سنخا، أو استعدادا قريبا كما لو وجد

(١) كذا في النسخ، والمناسب: لا تعلق بشئ وإنما المعلق وجودها. (٢) كذا،
والظاهر: أسماء.

[٢٤٣]

المقتضي ولم يرتفع المانع، فإن له حينئذ أهلية للوجود أشد من
الأول بحيث لو ارتفع المانع لحصل، فكما أنه لو كان بيد شخص نار
فحرك يده ولم يلقها إلى البساط لا يقال: أحرقه، وكذا لو ألقاها ولم
تقع عليه، وكذا لو وقعت عليه ولكنه مبلول بالغيث بحيث يمنع من
تأثير النار لا يقال: هذا إحراق، ولا أنه أحرقه فتوهم إطلاق هذه
الألفاظ على إرادتها أو على مقتضياتها - بالكسر - فاسد جدا
واشتباه مطلقا. ورابعها: أنه قد يوجد لفظ وضع لمعنى الاستعداد
والقابلية كهذين (١) اللفظين، أو لقابلية مخصوصة كأسماء الملكات
الخاصة من الصناعات ونحوها، ومثله كون العبد مدبرا - أي: مستعدا

للعق - بعد الوفاة، ووجود هذه الملكات إنما هو بنحو وجودها الخاص، وهو الأهلية، وإيجادها إنما هو إيجاد الأهلية، ولا تطلق ألفاظها أيضا إلا على معناها (٢) بعد وجودها، وإن كان ملكة، فإن الصياغة لا تطلق إلا على القوة الراسخة الحاصلة، لا على الواسطة بين حصولها وعدمها، كوجود المقتضي مع المانع. ولفظ (الأهلية) يطلق على الأهلية الحاصلة، لا على أهلية الأهلية. وخامسها: أن إيجاد الأفعال إن كان متعديا يكون بنفسه، فإن إيجاد الضرب هو الضرب لاعتبار معنى الأيجاد في مفهومها، فإن القتل إيجاد شيء يزهد الروح، والذبح، إيجاد شيء يوجب فري الأوداج، ومجموع الأيجاد والموجد هو القتل والذبح. وإن كانت لازمة يكون بأمر وراء مفاهيمها، فإن القيام ليس إلا الهيئة المخصوصة، وليس في معناه الأيجاد، وإيجادها حركة توجب حصولها في الخارج تحقق القيام، وقس عليه في نظائره. وسادسها: أن الأنشاء قد ذكر أنه الأيجاد، فلو تعلق بالأفعال اللازمة فقلت: (أنشاء القيام) معناه: تحرك حركة تترتب عليها هذه الهيئة، ولو لم تترتب هذه الهيئة على تلك الحركة لا يسمى إنشاء قيام، لأن الأنشاء المعين أيضا من المتعديات التي لا يتحقق مفهومها إلا بحصول أثرها المقصود، كما مر في الأحراق. ولو تعلق بالأفعال المتعدية فإنشاؤها نفس حصولها في الخارج، فإنشاء

(١) في (ن): لهذين، وفي (د): بهذين. (٢) في (ن، د): معانيها.

[٣٤٤]

البيع بحصوله، وإنشاء التملك بحصوله، والوجه ما مر. وكذلك تعلقه بالنسبة إلى الأمور الشأنية، فمعناه: إحداث الشأنية بحيث يحصل به الأهلية. وتعلقه بالأمر الفعلي: إحداث الفعل، وذلك كما مر في اللازم والمتعدي. إذا عرفت هذا، فنقول: ينبغي على هذا ملاحظة الصيغ الموضوعية للأنشاء طلبية وغيرها، إذ بعد ما علم أن الصيغة موضوعية للأنشاء فيمتنع تخلف مدلوله عنه، ولا يقبل بنفسه التعليق، فلا بد أن يلاحظ أن المراد من معانيها الأمور الشأنية أو الفعلية، فيحكم على كل بمقتضى ما قرر في المقدمات. وكذا لا بد أن يلاحظ متعلقات المنشآت أنها أعيان أو منافع أو أفعال حتى يعلم أنها تقبل التعليق أم لا. فنقول: إن معنى صيغة البيع وكذا الصلح وكذا الهبة وكذا الأجرة - ونحوها من العقود الناقلة لعين أو منفعة - هو إنشاء النقل، فيمتنع انفكاك النقل عنه بحسب معناه، كما قررناه. فلو قال: بعثك أو صالحتك أو وهبتك الحنطة إن كانت حمراء أو أجزت هذا العبد سنة إن كانت منفعة خياطة وهو لا يعلم بالأمرين، فإما أن يعود هذا التعليق على نفس النقل الذي هو المنشأ فهو ضروري الاستحالة، لأن النقل وجد بقولك: (بعث) عرفا، لأن إنشاءه بوجوده كما في الضرب، فالنقل حصل وحصل الجزم به. وإن عاد إلى الحنطة، فنقول: قد قررنا أن الماهية بنفسها لا تعلق، ووجودها أيضا بعد حصوله كذلك، والمفروض أن الحنطة موجودة إما حمراء أو غيرها في الواقع، وعلى التقديرين يستحيل تقييد الحنطة الموجودة بوصفها وتعليقها به، والأجماع على بطلانها من جهة ذلك. فإن قلت: فلم لا يستحيل التعليق بالعين في قولك: (أثنتي بهذا الماء، إن كان باردا)، إذ هو تقييد للماء لا للأمر؟ قلت: هنا أشياء ثلاثة: الطلب (١) الذي أنشأته (٢) وهو موجود يمتنع تعليقه،

(١) في (م): القلب. (٢) في (ن): انشائه.

والماء وهو كذلك، وإتيان المخاطب الذي هو المطلوب، والقيد إنما هو له وهو بعد لم يوجد، وهو قابل للتعليق، فحاصل المعنى: طلب بالفعل لأتيان المخاطب المعلق ببرودة هذا الماء، وقس عليه كل الطلبات والواجبات المشروطة بالشرط المقارن أو المتأخر، وليس في شئ تعليق في المنشأ ولا في الشئ الموجود، وإنما هو في فعل المخاطب الذي لم يحصل حين الطلب، وكذلك الكلام في (أجرتك المنفعة إن كانت خياطة) مثل البيع، إذ ليس هنا إلا شيان: المنشأ وهو نقل المنفعة الغير القابل للتعليق، والمنفعة كذلك، وليس شئ ثالث قابل له، فيمتنع هذا التعليق. فإن قلت: فما تقول في البيع الاحتياطي والنكاح والطلاق؟ إذ ليس هنا شئ كذلك. قلت: لا ريب أن معنى البيع والطلاق يحصل بذلك عرفاً وهو النقل والخلع، لأنه كيفية نفسية ومعنى عرفي، واحتمال الانتقال بالعقد السابق غير مضر في تحققه، إذ هو يتحقق (١) مع عدم المتعلق أيضاً، فإذا باع شخصاً معدوماً فقال: (لي فرس في البيت أبيعك إياه) فقال: (بعث) (٢) وقال الآخر: (قبلت) فعلم بعد ذلك عدمه يصدق النقل العرفي النفساني، ولهذا يقال: إنه باع الفرس ثم علم أن الفرس غير موجود، غايته: أنه لا يترتب عليه أثر على ذلك التقدير، لا أنه لا يحصل (٣) المعنى العرفي أصلاً. وبالجملة: يتعقل هذا المعنى (٤) في المعدوم فضلاً عن المشكوك، فتأمل. ولو قصد بقوله: (طالق) قيد الوجود أو قال: (هي طالق إن كانت موجودة) فلا يمكن كونه للطلاق الذي أنشأه المطلق، لأنه أمر نفساني يوجد بقوله: (هي طالق) ولا يمكن أن يعلق بشئ. نعم، هو قيد لترتب الأثر في الواقع، ولا يفترق الحال بين ذكره وعدمه، بل ذكره مبطل موهم لخلاف (٥) المدعى.

(١) في (ن، د): متحقق. (٢) في (ن، د): بعثك. (٣) في (م، ن): لم يحصل. (٤) العبارة في (ف، م): يتعلق هذا في المعدوم. (٥) في (ن، د): بخلاف.

فإن قلت: فما تقول في الوكالة؟ قلت: نظير الأوامر، لأن فيه أيضاً ثلاثة أشياء: التسليط، والتسلط، وهما حاصلان غير قابلين للتعليق، والتصرف الذي هو متعلق التسليط، وهو بعد لم يحصل، فيمكن تقييده وتعليقه، ويكون المراد: وكلتك، أي: سلطتك على التصرف في الحنطة إن كانت حمراء، فهو قيد للتصرف: كالأكرام في أكرم زيدا إن جاءك. ولذا قال الشهيد رحمه الله في اللمعة: ولو جعله قيدا للتصرف صح (١) مع اشتراطه التنجيز في الوكالة. فإن قلت: ما تقول في النذر والتدبير والظهار والأبلاء والمكاتبة واللعان؟ فإنها تصح بالشرط والتعليق، ويتأخر الأثر أو يقوم الاحتمال، مع أن القول بالصحة في بعضها إجماعي، وفي بعضها قول بها معروف، كما نص عليه في اللمعتين (٢). قلت: قد سبق منا في المقدمات: أن الأنشاء يمتنع تخلف المنشأ عنه، لكن المنشأ له أقسام. فنقول: النذر إنشاء التزام بإتيان شئ أو إعطاء شئ، فالمنشأ - وهو الالتزام - قطعي الحصول بالأنشاء غير معلق، وإنما المعلق هو الأمر الثالث وهو الملتزم به. وكذلك اليمين، فإن فيهما (٣) شيئاً ثالثاً هو متعلق المنشأ غير موجود قابل للتعليق. وكذلك التدبير ليس معناه إنشاء العتق حتى يقال: أنه كيف يتأخر إلى ما بعد الوفاة؟ بل هو إنشاء الأهلية، وهو كون العبد مستحقاً للعتق بعدها، إذ هو معنى المنشأ في صيغة التدبير، وهو حاصل من حين العقد ولا تعليق، إلا ترى أن العتق

(١) اللمعة: ١٦٦ (اوائل كتاب الوكالة). (٢) في نسبة التنصيص بذلك إلى اللمعتين في الموارد المذكورة تأمل، خصوصا في مسألة اللعان، مع أنه لا ربط لها بمسألة التعليق في الأنشاء أصلا انظر اللمعة وشرحها (الروضة البهية) ٣: ٢٩ كتاب النذر. و ٦: ٢٢٠ كتاب التدبير، و ١٢٨ كتاب الظهار، و ١٥٥ كتاب الأيلاء، و ٢٤٧ كتاب المكاتب، و ٢٠٢ كتاب اللعان. (٣) كذا، والظاهر: (فيها) لرجوع الضمير إلى اليمين فقط.

[٢٤٧]

بنفسه لا يعلق إجماعا؟ فإنه فك ملك كالوقف في بعض الوجوه، وهو كالعقود الناقلة، وليس فيها شئ ثالث قابل للتعليق، ولا نفس معناه أمر شأني حتى يؤخر، بل هو كسائر الأفعال معنى فعلي لا بد من تحققه في إنشائه كما مر في المقدمات. وكذا الأيلاء: إنشاء الحلف، والتعليق في متعلقه من فعل أو ترك غير موجود قابل للتعليق. وكذا المكاتب: إيجاد الأهلية، وهي حاصلة غير معلقة، وإنما المعلق الفك، وهو غير المنشأ بالعقد. وكذا اللعان: دعاء على اللعنة، وهي معلقة على الصدق والكذب، لأصل الطلب. فتلخص من ذلك: بيان معرفة ما هو قابل للتعليق وما هو غير قابل، ومعرفة ما ينبغي أن يعلق عليه وما لا ينبغي، واتضح أن عدم الجواز في أي مقام كان إنما هو لعدم الأمكان، وليس لخصوص دليل تعدي. وفي المقام مباحث متعلقة بالكلمات السابقة أعرضنا عنها مخافة الأطناب، والغرض من ذلك كله: إبداء ما يتخيل من طرق الكلام في الباب، والنبية لا يخفى عليه شئ بعد التنبيه.

[٢٤٩]

[العنوان التاسع والاربعون] [قاعدة نفي السبيل]

[٢٥٠]

عنوان [٤٩] من جملة المبطلات للعقود: قاعدة نفي السبيل للكافر على المسلم، وهذه القاعدة كثيرة الفروع، ولا تنحصر في إبطال بعض العقود، بل لها فروع آخر تترتب عليها. والبحث هنا يقع في أمور: أحدها: الإشارة إلى ما يترتب على هذه القاعدة من الفروع المذكورة في أبواب الفقه حتى يكون الباحث على بصيرة. منها: عدم ثبوت الولاية للكافر، حيث ترجع الولاية على مسلم والتحكم عليه، فلا عبرة بإذنه في أحكام الأموات، لأنه لا ولاية له، ولا أولوية له في الميراث. وعدم ثبوت حق له في ذمة المسلم من جانب الله تعالى - من زكاة أو خمس أو كفارة أو نحو ذلك من الحقوق - ما لم يصدر سبب الضمان من نفس المكلف من استدانة أو وصية أو وقف أو نحو ذلك، وهذا سر اشتراط الإسلام في المستحقين. وعدم اشتراط صحة نذر الولد ونحوه من العهد واليمين على إذن الوالد الكافر في وجهه، وكذا كل من يشترط إذنه في عبادة - كالزوج ونحوه - وفي الماليات مسألة أخرى. وعدم لزوم إطاعة الكافر في مقامات لو كان مسلما لوجب. وعدم نفوذ قضاء الكافر وإن جمع سائر الشرائط.

[٢٥١]

وعدم جواز توليه (١) للوقف المتعلق بالمسلمين. وعدم جواز تملكه للمسلم بشراء أو صلح وهبة وإصداق، أو نحو ذلك من دفع عوض

دين أو ضمان. وبعبارة أخرى: كل سبب اختياري ناقل للملك إلى الكافر، فإنه غير صحيح. كما أنه لو ملك بسبب قهري - كالأرث لو قلنا به - أو كان المملوك كافراً عند كافر فأسلم المملوك يباع على مالكه قهراً ولا يقرب يده عليه. وعدم جواز إعارة المسلم للكافر ورهنه عنده ولا إيداعه له في وجه ميني (٢) على أن الاستنابة في الحفظ سبيل. وعدم جواز حوالة الكافر على المسلم في وجه وإن ضعف. وعدم ولايته على صغير أو مجنون أو سفیه في نكاح أو مال. وعدم جواز استتجاره للمسلم في عينه وإن جاز في ذمته. وعدم جواز إجارة العبد المسلم له. وعدم جواز وكالته على مسلم لكافر أو مسلم. وعدم جواز وكالته في بيع عبد مسلم مرهون أو غيره. وعدم ثبوت شفعة له إذا كان المشتري مسلماً وإن كان البائع كافراً. وعدم جواز وصايته على مال مسلم أو مولى عليه محكوم بإسلامه ولو بالاشترک. وعدم جواز نكاحه للمسلمة ابتداءً وكذا استدامة، فإن بإسلامها يبطل النكاح لو لم يسلم الزوج في العده. وعدم العبرة بالتقاطه إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه بأحد الطرق المذكورة في محلها. وفي عدم استحقاقه الأثر مع الوارث المسلم وعدم جواز القصاص من المسلم بالكافر من هذا الباب إشكال. وغير ذلك من المواضع التي لم نذكرها يتنبه عليها المتدرب في الفن بمعونة ما ذكرناه.

(١) في (م): تولىته. (٢) في (ف، م): بينى.

[٢٥٢]

ومن ذلك ظهر: أن قاعدة نفي السبيل من مبطلات العقود في بعض فروعها وإن كان لها فروع أخرى، وبهذا الاعتبار أدرجناها في المبطلات. وثانيها: بيان ما يمكن أن يكون مستنداً لهذه القاعدة، والوجه في ذلك أمور: أحدها: الأجماع المحصل القطعي الحاصل من تتبع كلمة الأصحاب في المقامات التي ذكرناها في الباب، فإنهم متسالمون (١) على عدم وجود السبيل للكافر على المسلم ويرسلونه إرسال المسلمين من دون نكير، وهذا كاشف عن رضا الشرع بذلك وحكمه به. وثانيها: الاجماع المنقولة حد الاستنفاضة، بل التواتر من الأصحاب - كما لا يخفى على المتتبع - المؤيدة بالشهرة العظيمة البالغة (٢) حد الضرورة. وثالثها: الاعتبار العقلي، فإن شرف الإسلام قاض بأن لا يكون صاحبه مقهوراً تحت يد الكافر ما لم ينشأ السبب من نفسه، فإنه حينئذ أسقط احترام نفسه. وهذا وإن لم يكن في حد ذاته دليلاً، لكنه مؤيد قوي مستند إلى فحوى ما ورد في الشرع. ورابعها: ما دل من الأدلة الخاصة في بعض الموارد، كباب النكاح، فإن النصوص قضت بعدم جواز تزويج المؤمنة للكافر (٣). وغير ذلك مما دل على اشتراط الأسلام في الولي على المسلم، فإن الاستفادة منها: أن العلة في ذلك كله عدم رضا الشارع بتسلط الكافر على المسلم فيتسرى إلى سائر المقامات بتنقيح المناط، أو بالعلة المنصوصة الاستفادة من كلام الشرع وإن كان من حيثية تعليق الحكم على الوصف. وأظن ورود التعليق صريحاً في روايات النكاح، فينبغي الرجوع إليها (٤). وخامسها: الخبر المشهور في السنة الفقهاء المتلقى بالقبول بحيث يغني عن

(١) في (ن): يتسالمون، وفي هامشها: يتسلمون، ح. (٢) في (ف، م) زيادة: إلى. (٣) الأخبار الواردة لا تختص بعدم جواز تزويج المؤمنة بالكافر، بل أكثرها في عدم جواز تزويج المسلم للكافرة، انظر الوسائل ١٤: ٤١٠ أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه. (٤) راجعها ولم نقف على التعليق المذكور.

ملاحظة سنده، وهو قوله صلى الله عليه وآله (١): (الأسلام يعلو ولا يعلى عليه) (٢) فإنه من الكلمات الجارية مجرى القاعدة، ك(لاضرر ولا ضرار) ونحوه، فلا وجه للبحث في سنده، وإنما الكلام في الدلالة. فإن قلنا: إن دلالتة على نفي السبيل مما يكشف عنها فهم الفقهاء - لأنهم يستدلون به في هذه المقامات من دون نكير، وهو من أعظم القرائن على معرفة المراد - فلا بحث، إذ مقتضاه كون المراد من الخبر: عدم تسلط الكافر على المسلم. وإن بنينا على تتميم الدلالة على قواعد الألفاظ، فنقول: إن الخبر دل على أن الأسلام يعلو على غيره، لأن المتعلق محذوف، فيما أن يراد مطلق الغير، سواء كان كفرا أو واسطة بين الكفر والأسلام لو قلنا بالواسطة، أو يراد به الكفر بخصوصه بقربنة المقابلة، فيكون المراد، الأسلام يعلو على الكفر والكفر لا يعلو عليه وقوله: (ولا يعلى عليه) تأكيد لبعض ما استفيد من العبارة الأولى، فإن المستفاد من الأولى أنه يعلو، وهو ناف لعلو الكفر وناف لمساواته أيضا، فإن علو الأسلام قاض بانحطاط الكفر، والجزء الثاني ناف لعلو غيره عليه أو لعلو الكفر عليه - على الوجهين - وهو أحد جزئي العبارة الأولى، وورود التأكيد لأحد الجزئين لا يدل على أن المراد بالعبارة الأولى أيضا ذلك حتى يقال إن الرواية إنما قضت بأن الأسلام لا يعلو عليه غيره، ولم تدل على عدم المساواة. وبالجملة: دل الخبر بجزئيه على عدم علو الكفر، وجزئه الأول على عدم مساواة الكفر معه، فلم يبقى إلا علو الأسلام. فنقول: إن كان المراد بالعلو: علو الشرف والرتبة لأنه سبيل للنجاة دون سائر الأديان، فلا ريب أن هذا خلاف ظاهر لفظ (العلو) فإن المتبادر منه العلو الحسي، أو ما يقرب منه الاستيلاء والتسلط، مضافا إلى أنه ينبغي على هذا أن يقال: (الأسلام عال) ولا ينبغي أن يقول: (يعلو) مع أن ذلك في الحقيقة يصير بيانا لما

(١) في (ن، د): عليه السلام. (٢) الوسائل ١٧: ٣٧٦، الباب ١ من أبواب موانع الأثر، ح ١١.

هو أوضح (١) الأمور عند المسلمين، فإن من البيدهي أن دين الله أشرف من الأديان الباطلة، مع منافرتة للتأكيد بقوله: (ولا يعلى عليه). وإن كان المراد: الأخبار عن أن الأسلام تزيد شوكتة وقوته بحيث يعلو على سائر الأديان بكثرة المتدينين والأعوان، فلا ريب أن الأخبار عن هذا المعنى ليس مما هو وظيفة للشارع من حيث هو كذلك، مع أن نرى علو سائر الأديان وكثرة الكفر والشرك، ومقهورية المسلمين. واحتمال إرادة أنه يعلو في أواخر الأزمنة بحيث يضمحل الكفر، والأخبار (٢) عن هذا المعنى مما لا ريب في بعده من الخبر عند الأنصاف، سيما مع التأكيد بقوله: (ولا يعلى عليه) فإن الظاهر من إثبات العلو للأسلام في المستقبل وإن كان أعم من كونه عاليا دائما أو في زمان من الأزمنة المستقبلية، لكن نفي علو غيره في المستقبل مع حذف المتعلق والزمان ظاهر في النفي دائما، يعني: أن الأسلام لا يعلو عليه غيره في زمان من الأزمنة المستقبلية كما هو قاعدة الألفاظ. فالفقرة الأولى مجملة في إثبات العلو من هذه الجهة والتميقن منه بعض الأزمنة، لكنه غير ناف للعلو في الجميع، والفقرة الثانية دالة على عدم علو غيره مطلقا، فإن المتبادر من قولنا: (لا يضرب زيد) نفي ضربه بالمرة، لا في وقت دون وقت. والسر فيه: أن المصدر في ضمن الفعل نكرة، فإذا دخل عليه أداة النفي اقتضى العموم المستلزم لنفي جميع أفرادها، ونفي جميع أفراد العلو

في الزمن المستقبل قاض بعدم علو غيره عليه في وقت أصلا، وهذا مدلول لا معارض له في الفقرة الأولى، غاية الأمر دوران الأمر بين علو الأسلام في بعض الأوقات ومساواته مع الكفر في بعض آخر، أو علوه دائما، لأن العبارة الثانية نفت العلو عن غيره، وهو أعم من المساواة وعلو الأسلام، والأولى أثبتت العلو للأسلام في الجملة، فيدور الأمر بين احتمالين ذكرناهما، فلو لم نقل بأن العبارة الأولى قرينة على أن المراد من عدم علو غيره علوه دائما بقرينة المقابلة وعدم ملحوظية المساواة في المقام بالمرّة - كما

(١) العبارة في (م) هكذا: في الحقيقة بيان لأوضح الامور. (٢) كذا في النسخ والمناسب: فالأخبار.

[٢٥٥]

هو الواضح عند من تدبر - فلا أقل من المساواة في بعض وعلو الأسلام في آخر، فالخير دل على الأخبار عن عدم علو الكفر على الأسلام في وقت من الأوقات، ولازمه الكذب، لأننا نرى في زماننا هذا وما قبله قوة الكفار ومقهورية المسلمين. فلا وجه لحمل هذا الخبر على الأخبار بعد ما ذكرناه من وجه الدلالة. كما لا وجه لحمله على علو الشرف بالقرائن التي ذكرناها، فانحصر الطريق في حمل الخبر على الأنشاء المطابق لمنصب الشارع وجعله لبيان الحكم وإرادته أن الأسلام حكمه العلو وتسليط على غيره، وليس لغيره التسلط عليه، ولا ريب أن علو الأسلام عبارة عن علو المسلمين، فيكون المراد: أن المسلم يتسلط على الكافر والكافر لا يتسلط عليه في الشرع، بمعنى: أن الحكم الشرعي ذلك. ومن هنا يظهر لمن تدبر: أن الفقرة الثانية ليست تأكيدا صرفا، لأن الأولى لم تدل على الدوام، والثانية دلت على ذلك، ويكون السبب في هذا التعبير: أن المسلمين يتسلطون على الكفار في الشرع، لكن لا كلية، بل على حسب ما قرر من قواعد الشرع، ولكن الكفار لا يتسلطون على المسلم في شئ من المقامات أصلا بحكم الشرع. هكذا ينبغي أن يحقق المقام، وإن خلع في بالك احتمالات آخر رافعة للأشكال الذي أوردناه على الرواية على المعنى الأخباري فلسنا غافلين عن ذلك (١) لكن أعرضنا عنها لوضوح المرام، وقرب ما ذكرناه إلى الفهم من بين تلك الاحتمالات وسلامتها عن التفكيك والتخريج، وإنطباقه على المدعى أشد انطباق كما بيناه، فتدبر جدا، وإنما الأشكال في تخريج وجه الدلالة في أول الأمر، والصرف عن علو غيره علوه دائما بقرينة المقابلة وعدم ملحوظية المساواة في المقام بالمرّة - الظاهر، وقد أوضحنا لك سبيله (٢) وأسسنا بنيانه. وهنا بحثان: أحدهما: أن يقال: إنه يحتمل أن يكون المراد بالرواية: أن الأسلام يعلو في الحجة والبرهان، بمعنى: أن أهل الملل لو أرادوا إبطال دين الأسلام بالحجج والبراهين يعلو عليهم المسلمون في إقامة الحجة وإثبات الأسلام ولا يعلو عليهم

(١) في (م): عن تلك. (٢) في (م): بدل (سبيله): بيانه.

[٢٥٦]

غيرهم في ذلك. وهذا مما لا يرد عليه شئ مما سبق، فلو لم يكن هذا الاحتمال أظهر فلا أقل من المساواة، وإذا جاء المساوي من الاحتمال بطل الاستدلال ورمي بالأجمال. والجواب: أن الظاهر من

(العلو) التسلط والغلبة بالحجة دفع (١) للخصم، وليس تسلطا عليه، فالحمل عليه خلاف ظاهر (العلو) مع أن علو الإسلام بالحجة إنما هو أمر دائم وليس في بعض، دون بعض، مع أن إثبات العلو له لا يدل على الدوام وإن كان نفي علو غيره دالا على عدم العلو دائما، فلا يستفاد من الرواية صريحا علو الإسلام دائما، مع أن الحجة قائمة عليه دائما، فلا تنطبق العبارة على المدعى، بخلاف ما لو حملناه على المعنى السابق من نفي التسلط الشرعي، فإنه ينطبق على المدعى بكل جزئية، وهو عدم تسلط الكافر دائما وتسلط المسلم في بعض الأوقات على حسب حكم الشرع، فتدبر. وثانيهما: أن ظاهر الخبر عدم تسلط الكافر مطلقا، مع أنه قد يتسلط بقرض أو ضمان أو نحو ذلك من المطالبات، فلا بد من الأخراج عن الظاهر، وطرق الأخراج مختلفة متعددة، فيجئ الأجمال. والجواب أولا: أن التخصيص أولى من سائر المجازات مطلقا، سيما مع قلة الخارج وكثرة الداخل، فلا بأس بنفي تسلط الكافر إلا فيما أخرجه الدليل. وثانيا نقول: أن الخبر لا يحتاج إلى تخصيص، بل لا يشمل هذه الفروض حتى يحتاج إلى ذلك، فإن المتبادر من قولنا: (الإسلام يعلو ولا يعلو عليه) يعني: بأصل الشرع، بمعنى: أن الشارع لم يسلب الكافر على المسلم ابتداء، وأما إذا فعل المسلم فعلا سلطه على نفسه فلا دخل لذلك بالإسلام وعلوه، وإنما هو أمر خارجي، ويجئ لهذا الكلام توضيح في دلالة الآية. (٢) وسادسها: - أي الأدلة على القاعدة - ما أسلفناه في عناوين العبادات مما علو غيره علوه دائما بقرينة المقابلة وعدم ملحوظية المساواة في المقام بالمرة - ما دل على وجوب التعظيم للشعائر وحرمة الأهانة من العقل والنقل، فإن الشارع

(١) في (م): رفع. والعبارة على أي من اللفظتين مختلة. (٢) في (م): توضيح، فانظر.

[٢٥٧]

متى ما حرم على الناس إهانة الشعائر - ومنها المؤمن - فكيف يرضى بتسلط الكافر عليه؟ مع أن فيه من الأهانة ما لا يخفى، وهذا كما يدل على عدم مجعولية حكم يوجب تسلط الكافر على المؤمن - بالتقرير الذي ذكرناه - يدل على عدم جواز إتيان المكلفين بعمل يوجب إهانة المؤمن وتسلط الكافر عليه بنحو أولى وأوضح (١) فأى معاملة تستلزم ذلك فهو غير صحيح، لأنه إهانة محرمة. وسابعها: قوله تعالى: لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢) وجه الدلالة: أن الله تعالى نفى جعل السبيل لهم عليهم (٣) على سبيل العموم، وبين أنه لم يجعل لهم سبيلا عليهم، فكل ما يكون سبيلا لتسلط الكافر على المسلم من الأمور السابقة فهو غير مجعول لله، وكل ما هو غير مجعول له فهو باطل، إذ ليس الصحيح إلا ما أمضاه ورضي به، وحيث إن السبيل عام يعم أنواع التسلطات التي ذكرناها في بيان الموارد، كما لا يخفى. وهنا إشكالات: أحدها: أن الآية بعد ملاحظة ما قبلها وما بعدها يعلم منها: أنه ليس في مقام بيان الحكم الشرعي، بل هو بيان لحكم آخر وهو: الامتنان وبيان شرف الأيمان. والجواب: أن العموم لا يصرف عن ظاهره بهذا الأمر، والفرض نفي السبيل من الشارع كيف كان، ومنه الأحكام الشرعية، فدللت على أن الحكم الموجب للسبيل غير مجعول من الشرع. وثانيها: أنه قد ورد في تفسير الآية: أن المراد نفي سبيل الحجة (٤) فيكون المعنى: أن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيل حجة، بل يثبت الدين ويظهر الحق بحيث لا يبقى لكافر حجة بعد ذلك. وهذا لا دخل له لما أردته. والجواب أولا: أن السبيل المنفي عام شامل للحجة وغيرها، والخبر لم يدل على الانحصار فنقول بدخوله في العموم، غايته: أن ذلك هو المورد وهو لا

(١) العبارة في (م) هكذا: وتسليط الكافر عليه بطريق أولى. (٢) النساء: ١٤١. (٣) في غير (م): له عليه. وهكذا في الجملة التالية. (٤) أورده المولى الفاساني في تفسيره الصافي ذيل الآية الكريمة عن عيون أخبار الرضا عليه السلام.

[٢٥٨]

يخصص، مع أن في تخصيص الكتاب بخبر الواحد ألف كلام، مضافا إلى أن هذا التخصيص موجب لخروج الأكثر وهو مستهجن، وجعله قرينة للمجاز بأن يراد من السبيل (الحجة) خلاف الظاهر جدا، مع أن الخبر لم يدل عليه فحمل الخبر على بيان أحد أفرادها (١) أجد، كما هو الغالب في أخبار التفاسير. مضافا إلى أنا نقول: إن الكافر لو كان مالكا للمسلم ونحو ذلك من طرق السبيل التي (٢) نفيها بالقاعدة لكان ذلك أيضا من أعظم الحجج للكافر على المسلم، فإن حجة الملك والولاية من أعظمها، فالخبر الدال على نفي الحجة دال على ذلك أيضا، فلا تذهل. وثالثها: أن الكافرين والمؤمنين في الآية جمعان محلين باللام مفيدان للعموم، فيكون دالا على أنه تعالى لم يجعل سبيلا لكل فرد من أفراد الكافر على كل فرد من أفراد المسلم، فيفيد سلب العموم لا عموم السلب، ولا ينافي جعل السبيل لكل فرد من الكافر على بعض أفراد المسلم، أو لبعض أفراد الكافر على كل فرد من المسلم، أو لبعض منه على بعض منه، وهذا لا يثبت المدعى. والجواب: أن الظاهر من الآية بقرينة المقابلة والتعليق على الوصف: إرادة الجنس المفرد، فإنه من معاني الجمع المحلى باللام، فيكون المعنى: لن يجعل الله سبيلا للكافر على مؤمن، وهذا هو الظاهر من الآية. مع أنه متى ما ثبت عدم السبيل لبعض على كل، أو لكل على بعض، أو لبعض على بعض، فيثبت العموم، لعموم ما دل على الاشتراك في التكليف والأحكام، إذ الآية ليست نافية للعموم وإن لم تكن مثبتة أيضا، والكافر والمؤمن جعل عنوانا في (٣) هذا الحكم، والحكم الثابت على بعض أفراد العنوان - كالمسافر والحاضر والمريض ونحو ذلك من عناوين الأحكام - يعم سائر أفرادها ما لم يدل على التخصيص دليل شرعي - بمقتضى ما قررناه في أول الكتاب من قاعدة الاشتراك - أو يعم الباقيين بعدم القول بالفصل. ورابعها: أنا نرى تسلط الكفار على المسلمين في قتل ونهب وغير ذلك من

(١) في غير (م): أفرادها. (٢) في سوى (م): الذي. (٣) في (م) بدل (جعل عنوانا): عنوان.

[٢٥٩]

الطرق والسبيل، فلا بد من إرادة سبيل الحجة، وإلا لزم الكذب على هذا الكلام الممتنع على الواجب تعالى. والجواب: أن ما نفاه الآية هو السبيل المجعول من جانب الله تعالى وهذه كلها سبيل الشيطان، والمراد: أن الطريق الحق الذي جعله الله تعالى للكافر على المسلم غير موجود (١)، والطرق الباطلة لا دخل لها في المقام. وخامسها: أن (المؤمن) أخص من (المسلم) إذ المراد من الأيمان: إما الأسلام المستقر الراسخ، أو الاعتقاد بالولاية أيضا، كما يدل على ذلك قوله تعالى: قل لم تؤمنوا ولكن قولوا أسلمنا ولما يدخل الأيمان في قلوبكم (٢) فلا يدل على عدم السبيل على مطلق المسلم. والجواب: أن الأيمان ليس (٣) الأنقياد والأطاعة، وهو حاصل (٤) مع الأسلام، وكلاهما بمعنى واحد، وحيث يتغايران فإنما هو بالقرينة، والحمل على المعنى العرفي واللغوي لازم، والمعنى المصطلح لم

يثبت في خطابات القرآن حتى ينصرف إليه. مع أن فيما مر من عموم دليل الإسلام شهادة على العموم، مضافا على عدم القول بالفرق. وهنا إشكالات وأبحاث لا حاجة لنا في ذكرها (٥) يعتد بها. تنبيهان: أحدهما: أنه لا فرق في هذا الحكم بين أفراد الكفار وأنواع الكفر، ولا فرق بين من انتحل الإسلام وغيره، فإن كل [من هو] (٦) محكوم بكفره فالحكم فيه ذلك، لعموم الآية (٧) وضعف الشبهة في عدم شمول العموم لمن انتحل الإسلام، ولظاهر إطلاق الاصحاب في فتاويهم ومعاهد إجماعهم

(١) كذا في النسخ، وفي التعبير ما لا يخفى من المسامحة. (٢) الحجرات: ١٤. (٣) في (م) زيادة: (إلا). وهي من اشتباه مصححها في فهم العبارة. (٤) في (م): (وهما حاصلان) وهذا أيضا من اشتباهات المصحح. (٥) في (م) زيادة: (إذ لا). (٦) من (م). (٧) في " ف، م ": الهيئية.

[٣٦٠]

وثانيهما: أن حكم المخالفين ليس حكم الكفار بالعنوان الكلي، وإن كان في نكاح المؤمنة للمنافق لهم كلام، لكنه من جهة النصوص الخاصة (١) لأنهم داخلون في اسم المسلم، خارجون عن عموم الكافر في ظاهر اللفظ، والباطن لا مدخل له. وما دل من الروايات على كفرهم (٢) محمول على كونهم في حكم الكافر في الآخرة، دون الدنيا، لمنافاة إجراء حكم الكافر عليهم التقية، ولزوم العسر والحر [والنصوص الدالة على جواز معاشرتهم والاكل معهم وغير ذلك] (٣) وبالجملة: للمسألة محل آخر، واشتراط الأيمان في المقامات الكثيرة ليس من باب عموم نفي السبيل، بل هو من باب آخر. وأما من يقول بكفرهم من الأصحاب فيأتي على مذهبه (٤) دخول المنافقين في هذا الحكم أيضا (٥)، والله العالم. وهنا بحث، وهو أن [كلا من] (٦) المؤمن والكافر لا يشمل غير البالغين (٧)، فلا تنفي الآية سبيل الكافر على صغير لمسلم أو نحوه. والجواب: أولا: بأن ما دل على التبعية يجعلها في حكم المسلم، ومن حملته: عدم السبيل. وثانيا: بأن عدم دخول الأطفال في صورة الجمع ممنوع، فإنه إذا قيل: (الكافرون) أو (المؤمنون) يعم أطفالهم عرفا. وثالثا نقول: إن ثبوت السبيل على أطفال المسلمين سبيل على نفس المسلمين، فإن الأولاد أهم من المال، فكما لا سبيل له على مال المسلم فكذا على أولاده وتوابعه.

(١) راجع الوسائل ١٤: ٤٣٤، الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه. (٢) قد جمع هذه الروايات المحدث البحراني قدس سره في الحقائق ٥: ١٨١، فراجع. (٣) ما بين المعقوفتين لم يرد في غير (ن). (٤) في غير (م): مذهبه. (٥) كذا، ولم تعلم الوجه في فساد الالتزام بتلك الملازمة. (٦) من (م). (٧) في (م): غير البالغ.

[٣٦١]

[العنوان الخمسون] [في بيان أن الشرط الفاسد مفسد للعقد]

[٣٦٢]

عنوان [٥٠] من جملة المبطلات للعقود: اشتراط الشرط الفاسد فيها، فإنه مفسد للعقد. والشرط الفاسد: هو المنافي لمقتضى العقد، أو (١) المؤدي إلى جهالة العوضين، أو المخالف للكتاب والسنة، أو شرط حرم حلالاً أو أحل حراماً، وقد مر بيان هذه الأقسام في بحث الشروط ووجه دفع الأشكال عن معانيها وتحقيق موردها. وما عدا ذلك فهو سائغ. والغرض هنا: بيان أن العقد متى اشترط فيه شرط فاسد، فهل يبطل العقد بفساد الشرط أو يفسد الشرط فقط دون العقد؟ والمحكي عن أكثر الأصحاب بطلان العقد أيضاً، وذهب بعضهم إلى بطلان الشرط خاصة (٢). والحق ما ذهب إليه الأكثر، نظراً إلى أن المقرر في العناوين السابقة: أن العقد تابع للقصد بالتحقيق الذي مضى في محله (٣) ولا ريب أن الشرط المأخوذ في ضمن العقد بمنزلة الجزء من العوضين وقيد به العوضان وتعلق القصد بالمقيد، وقد

(١) كذا في (د)، وفي (ف)، وفي (م): والمؤدي، وفي (ن): المؤدي - بدون الواو - (٢) منهم الشيخ في المبسوط وابن الجنيد وابن البراج، على ما حكى عنهم العلامة في المختلف ٥: ٢٩٨، (٣) راجع العنوان: ٣٠.

[٣٦٣]

مر في بحث الشروط: أن المراد بالشرط الواقع في ضمن العقد ربط المعاملة به، لا التزام خارجي لنفسه، فمتى تحقق الربط وفسد الشرط فما وقع عليه القصد من المركب لم يقع، والمطلق لم يتعلق به القصد فلا وجه لوقوعه. وليس العقد دالاً على وقوع المعاملة وإن انتفى الشرط، بل هو دال على عدمه بدونه، فالتمسك بعموم أوفوا بالعقود لا ينفذ في بقاء الصحة، لأن هذا العقد المخصوص كان مقتضياً للأثر بهذا القيد، ومقتضاه عدمه عند عدم القيد، فيمكن دعوى: أن عموم أوفوا بالعقود (١) و (المؤمنون عند شروطهم) (٢) يدل على البطلان، لا الصحة بأحد الاعتبارات، فتدبر. ولو فرض أن العقد بظاهره اقتضى الوقوع بدون الشرط أيضاً نقول: لا وجه لبقاء الصحة، لعدم القصد على ذلك. ولو كان قاصداً للوقوع بدون الشرط أيضاً لا يصح، لعدم الدال حينئذ عليه، والقصد الخالي عن الدال قد مر أنه لا عبرة به، واللفظ بعد التقييد بالشرط دال على الربط، فتدبر. وقد تمسك بهذه القاعدة كثير من الفقهاء في كثير من الأبواب، كشرط عدم إشاعة الحصة في المزارعة أو في المساقاة أو في المضاربة، أو شرط عدم تزويج عليها في النكاح، أو شرط عدم التصرف في المبيع، ونظائر ذلك، وكلها مبنية على إبطال الشرط الفاسد للعقد، وقد عرفت الوجه في ذلك. والشرط الفاسد لا يخلو من أحد الأقسام الأربعة، فكل مقام حكم الفقهاء ببطلان شرط في العقود لابد من إرجاعه إلى أحد الأمور الأربعة حتى يوجب البطلان في نفسه (٣) في العقد، لما ذكرناه. وقد مر الوجه في وجه فساد هذه الأربعة في نفسها مستوفى، فراجع (٤).

(١) المائدة: ١. (٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٣٠ من أبواب المهور، ح ٤. (٣) في (ن): نفسها. وفي (ف)، (م) بعد هذه الكلمة زيادة: و (٤) راجع العنوان: ٤٦.

[٣٦٤]

وهذه القاعدة قد تنخرم في بعض المقامات لدليل خاص من الشرع، كما ورد في النكاح في بعض المقامات: أن الشرط يبطل والعقد لا

يبطل (١)، وأفتى به بعض الأصحاب (٢). وبالجملة: كل ما حكمتنا بفساد الشرط لأحد الامور الأربعة حكمتنا بفساد العقد، إلا بدليل دل عليه. ويمكن الاستدلال على البطلان - مضافا إلى ما مر - بأن بطلان الشرط يوجب جهالة في أحد العوضين، لأن له قسطا من العوض، ولازمه البطلان، ومن ثم لا يجري في النكاح، لأنه ليس معاوضة صرفة، فتدبر.

(١) راجع الوسائل ١٥: ٤٦، الباب ٢٨ من أبواب المهور، والباب ٣٩ منه، ح ٣. (٢) منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٧٥.

[٣٦٥]

[العنوان الحادي والخمسون] [في بطلان المعاملة السفهية، وبيان المراد منها]

[٣٦٦]

عنوان [٥١] من جملة ما ينبغي أن يجعل قاعدة كلية مخرجة عن قاعدة أصالة الصحة المتقدمة قاضية بالبطلان ابتداء: كون المعاملة سفهية. وقد أشار إلى هذه القاعدة الشهيد رحمه الله في اللمعة، قال: (ولا حرج في زيادة الثمن ونقصانه ما لم يؤد إلى السفه) (١) وهذه العبارة دالة على أن السفهية من جملة المبطلات الابتدائية. والبحث هنا يقع في مقامات، باعتبار بيان موضوع السفهية، ومواردها، والوجه الدال على بطلان المعاملة بها. الأول: في بيان معنى كون المعاملة سفهية. فنقول: لا ريب أن السفه في المعاملات أو في مطلق العقد ليس عبارة عن كون المتعاقدين سفيهين أو أحدهما سفيها، بل المراد كون المعاملة من شأنها أن تصدر من سفيه، وحيث إن المسألة تتفرع على بيان أصل معنى (السفه) المقابل للرشد، يتوقف معرفتها على ما نبينه في الشرائط العامة إن شاء الله، ولكن حيث إن السفه عبارة عن نقصان العقل المخرج أفعال صاحبه عن طريقة العقلاء وما عليه عادة أغلب الناس - وإن كان توضيح هذا المطلب يحتاج إلى بسط - فتكون المعاملة السفهية عبارة عن نوع لا يصدر عن غالب الناس، ولا يقع عند العقلاء

(١) اللمعة: ١٣٦، الفصل العاشر من كتاب المتاجر.

[٣٦٧]

عادة بحيث لو صدر عن واحد منهم يعلم أن هذا على خلاف طريقة العقلاء. وربما يستفاد من بعض العبارات: أن المعاملة السفهية ما دل على سفه فاعله، فتكون السفهية عبارة عن كون فاعله سفيها، ويكون وجه الامتياز بين المقام وبين عموم أدلة اعتبار الرشد في الماليات: أن المتعاقدين مرة يعلم سفيهما أو سفه أحدهما قبل المعاملة بطرق الاختيار، ثم تصدر عنهما المعاملة، فهذه معاملة سفيه تتوقف على إجازة الولي على المشهور المنصور. ومرة يعلم سفيهما بنفس المعاملة، بمعنى: أن بصدور مثل هذه المعاملة يعلم

كونهما سفيهين وإن لم يكونا سفيهين قبل ذلك، فلا يرد عليه: أن هذه المعاملة لو كانت معاملة سفيه انكشف سفيه بهذه المعاملة، فلا وجه للتقييد في زيادة الثمن ونقصانه بعدم أدائه إلي السفه، فإن اشتراط الرشد من الأمور الواضحة المذكورة في أول الشرائط، فينبغي أن يقال: إلا أن يكون المتعاقدان أو أحدهما سفيهاً ووجه الدفع ما ذكرناه من الفرق بين كون السفه معلوماً قبل المعاملة أو بنفس المعاملة. ولكن هذا الكلام مختل النظام، لوجه واضحة: أحدها: أن معاملة السفيه لا تقع باطلة، بل يمكن أن تكون صحيحة بإذن الولي، لأن عبارة السفيه ليست [كعبارة] (١) المجنون والطفل، ولهذا يجوز أن يكون وكيلاً عن الغير. نعم، هو محجور عن التصرف في ماله، فإذا أذن الولي في تصرف خاص يكون كالوكيل عن الغير أو الفضولي مع الأجازة، ولا مانع من صحته. بخلاف المقام، فإن المعاملة السفيهية باطلة بالمرّة من أصلها، وليس له وجه صحة مطلقاً، فإدراج المقام تحت معاملة السفيه لا وجه له. وثانيها: أن السفه والرشد كسائر الصفات المتقابلة من الموضوعات الخارجية التي تعلم بأماراتها المعتادة، ولا ريب أن الرجل البصير بالأمور الناقد في جميع ماله وما عليه لا يعد سفيهاً قطعاً، مع أنه يمكن صدور هذه المعاملة عنه اقتراحاً،

(١) من (م).

[٣٦٨]

بمعنى: أنه يشتهي نفسه أن يبيع ما يسوي ألفاً بعشرة دراهم من دون تعلق غرض به، ولا ريب أن صدور هذه المعاملة بنفسها لا يصير الرجل سفيهاً، لأن السفه نقصان العقل كما ذكرناه، وهذا لا يدل على نقصان العقل. نعم، لو تكرر منه مثل هذا العمل وعلم أنه غير مصلح لماله بل مضيع له عد سفيهاً، ولكن ذلك غير الفرض، فبين (معاملة السفيه) و (المعاملة السفيهية) عموم من وجه، فتجتمعان في صورة كون العاقد سفيهاً مع كون معاملته أيضاً مما لا تصدر عن العقلاء كبيع ما يسوي بألف بعشر واحد (١)، ويفترق الأول فيما لو فعل السفيه (٢) معاملة جارية على طريقة العقلاء كبيع المال بثمن المثل وزيادة، ويفترق الثاني في صورة كون المباشر رشيداً في العرف والعادة له ملكة إصلاح المال وضبطه وصرفه في الوجوه اللائقة له مع صدور معاملة عنه غير جارية على مقتضى الرشد بل جارية على عادة السفهاء، فإن فعل الغير العاقل يجوز صدوره عن العاقل فضلاً عن ناقص العقل. وبالجملة: المعاملة السفيهية المبحوث عنها على هذا التحرير ما كان شأنها الصدور من سفيه لا من تام العقل. وثالثها: أن مجرد صدور مثل هذا العقد لو كان قاضياً بسفاهة فاعله للزم بعد ذلك حجره (٣) عن التصرفات المالية - كما هو قاعدة السفهاء - مع أن الرجل بمحض صدور ذلك لا يحجر عليه بلا كلام، بل الميزان في ثبوت السفه إنما هو انكشاف عدم وجود ملكة الإصلاح فيه، وأنى له الانكشاف بذلك؟ ورابعها: أن العمدة في إثبات أحكام السفيه من الحجر وغيره إنما هو النصوص الكتابية وغيرها الدالة على عدم إيتاء الأموال للسفهاء وعدم نفاذ معاملاتهم، ولا ريب أن هذه الأدلة لا تشمل مثل هذا الرجل بمجرد هذا الفعل حتى تدخل معاملته في معاملة السفيه. واحتمال: أنه في حالة صدور هذا العقد عنه سفيه وقبله وبعده رشيد - لأن

(١) في (م): ألفاً بعشر. (٢) في (م): لو وقع من السفيه. (٣) في (ف، م): للزم من ذلك حجره بعد ذلك.

صدر مثل هذا العقد الخارج عن طريقة العقلاء في تلك الحالة يكشف عن زوال العقل التام عنه في تلك الحالة - في كمال البعد. أما أولاً: فلأن نقصان العقل وتمامه في آن واحد مما هو خارج عن المعتاد، بل هو من المحالات عادة. وأما ثانياً: فلأن المفروض عدم تغيير (١) فيه يوجب نقصان عقله وتمامه، بل هو على حاله الأول. وأما ثالثاً: فلأن الغرض إذا تعلق بصدور فعل من الإنسان غير ملائم لفعل العقلاء فلا يخرج الإنسان عن كونه عاقلاً، لأننا نرى أن الناس يتعمدون الأتيان بأفعال المجانين، بل أفعال البهائم، ومع ذلك هم عقلاء ممتازون بالعقل، فكذا في ما نحن فيه، وليس تعلق غرض ما مخرجاً عن السفهية، إذ لا ريب أن صدور الفعل من دون ملاحظة غاية ممتنع عن الفاعل المختار، بل المخرج عن السفهية ملاحظة غاية معتد بها عند العقلاء، أما ملاحظة غاية لا يعتنى بها فلا يخرج الفعل عن السفهية، فيمكن ملاحظة غاية غير معتد بها وصدور الفعل لأجلها تعمداً في ذلك، وهذا غير قاذح في العقل والرشد، فتدبر. وبالجملة: فالمسألة واضحة، فحاصل المراد من المعاملة السفهية: كونه على نحو لا يعتد به العقلاء وينبغي صدوره عن السفهاء (٢). الثاني: (٣) أن السفهية وإن فرض (٤) في كلام الشهيد رحمه الله وغيره في البيع، لكنه لا

(١) في (م): تغير. (٢) العبارة لا تخلو عن مسامحات، فلذا غيرها مصحح (م) بما يلي: كونها على نحو لا يعتد به العقلاء وشأنها أن تصدر من السفهاء. (٣) أي: المقام الثاني من المقامات الثلاثة، تقدم أولها في ص: ٣٦٦. (٤) من هنا إلى آخر العنوان كما ترى العبارة لا تخلو عن مسامحات أدبية، وقد غيرها مصحح (م) تغييراً فاحشاً، ولا حاجة إليه بعد وضوح المراد، ونحن رجحنا إثبات ما في أصول النسخ إلا ما كان غلطاً بيننا نشأ من سهو القلم أو من اشتباه النسخ. وفي العناوين الأتية أيضاً ننهج هذا المنهج تحفظاً - بحسب الأماكن - لما جرى على قلم المؤلف قدس سره وتحرزنا عما لا طائل تحته، ولا نشير أيضاً إلى الاختلافات بين نسخة (م) وسائر النسخ إلا فيما لا بد منها.

يختص به، بل يعم سائر المعاوضات: من إجارة وصلاح ونكاح ومساواة وجعالة ومزارعة ومساواة ومضاربة ونحو ذلك، بل يعم غير ما فيه المعاوضة أيضاً كالوكالة ونحوها، والوجه فيه: أنك قد عرفت أن الميزان في كون العقد سفهياً صدوره على نحو لا يعتد به عند الناس، وهذا معقول في سائر العقود، بل هذا جار في الشروط أيضاً، فإن الشرط قد يكون سفهياً، وتوضيح ذلك بالأمثلة في الجملة أن يقال: مثلاً لو زاد في عوض الأجرة وغيرها من المعاوضات ما لا يقدم عليه إلا سفهية أو نقص كذلك فيصير كالبيع، أو جعل أحد العوضين مما لا ينتفع به عقلاً أو شرعاً كبيع الحشاش والديبان (١) والمزارعة على أرض لا ماء لها بالمرّة ولو بالغيث في العادة، أو على أرض لا يتمكن من زرعها، أو زارعه على أن يزرع فيه شيئاً من الحبوب لا يؤكل، أو جعل عوض الجعالة ما لا نفع فيه، أو جعل العوض لما لا نفع فيه كرفع صخرة أو ذهاب إلى أرض مظلمة أو نحو ذلك، وكالمضاربة بشرط أن يشتري بزائد ويبيع بناقص ونظائر ذلك، ونحوه الرهن الذي اشترط الراهن لنفسه الخيار في فك الرهن وفسخ العقد وإن لم يؤد المال، والوكالة على أمر جزئي كأخذ حبة حنطة أو حفظها ونحو ذلك. وبالجملة: قد قدمنا في ضبط موارد العقود أن المعتبر في أغلب المعاملات إنما هو ما عليه طريقة أغلب الناس وعادة أكثر العقلاء، وما خرج عن ذلك فمما لا يعتد به عندهم، ويندرج تحت أفعال السفهاء بحسب الشأن، وهذه تعد معاملة سفهية في أي عقد من

العقود اتفقت، وفي أي باب كانت، ويندرج في هذا المقام فروع كثيرة حكم فيها الأصحاب بالفساد، وليس شئ منها فاسدا إلا لأجل كونه معاملة سفهية. ومما أشرنا إليه في الأمثلة تتبته على استخراج الفروع المسطورة في كلمة الأصحاب وتنتقل إلى استنباط ما أغفلوه.

(١) في (ن، د) بدل (الديان): الدالي. ولا يخفى ما في أصل المثال، لأن الكلام في غير البيع.

[٢٧١]

الثالث: (١): أن الوجه في بطلان هذه المعاملة: أن عمدة العماد في إثبات الصحة الرافعة لأصالة الفساد إنما هو جريان المعاملات في زمن الشارع على هذا المنوال وعدم تعرضه في ذلك بالقدح والبطلان، فيكون تقريراً منه في ذلك - كما بيناه - ولا ريب أن تقريره لا يكون إلا بما هو معتاد أغلب الناس، وهؤلاء يكون سفهية. ولو فرض أن في ذلك الزمان كان يصدر منهم أيضاً معاملات غير مقصودة للعقلاء - كما هو المتعارف بين الجهال والأراذل في زماننا أيضاً - فلا نسلم اطلاع المعصوم عليها في ذلك الوقت، وليس صدور الفعل عادة كافياً في التقرير، بل المعتبر صدور الفعل بمرئى منه ومسمع، ولا ريب أن أمثال هذه الأمور لا يؤتى بها في حضور المعصوم عليه السلام ولو فرض الاطلاع عليها فمنع التمكن في ذلك الوقت عن الردع، ولو سلم ذلك كله فمنع عدم الردع. وإطابق الأصحاب على البطلان - مع أنه حجة برأسه في هذا المقام - كاشف عن صدور الردع والمنع عن ذلك كله. مضافاً إلى أن عموم قوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (٢) شامل لذلك، لأن الباطل في العرف ليس إلا ما لا نفع فيه، والأطلاق منزل على العرف، ولا يراد منه الباطل شرعاً، للزوم الدور، فتأمل، ولأن إثبات البطلان شرعاً إنما يتحقق بهذه الآية في غير المستثنى، فكيف يعقل إرادة الباطل شرعاً مع أن البطلان ليس له حقيقة شرعية جزماً حتى يحمل عليها اللفظ؟ ويكشف عن ذلك تمسك الأصحاب به في إبطال أكثر المعاملات الفاسدة، ولو أريد منه الباطل شرعاً فلا وجه للتمسك به، مع أن استثناء (تجارة عن تراض) يدل على أن ما عدا ذلك محكوم ببطلانه وداخل تحت أكل المال بالباطل، وما نحن فيه ليس من باب (تجارة عن تراض). فإن قلت: إن البحث في صورة المعاوضة، فيكون داخلاً تحت (تجارة عن تراض) فهذا يدل على صحته، لا فساد. قلت: أما أولاً: إن التجارة يراد بها ما هو وصلة إلى تحصيل المال، ولا ريب

(١) أي: المقام الثالث. (٢) النساء: ٢٩.

[٢٧٢]

أن المعاملة إذا كانت سفهية، فإما أن يكون طرفاه أو أحدهما مما لا يعد مالا كالحشرات ونحوها، أو مما يعد مالا لكنه لا فائدة فيه، بل هو محض تضييع للمال، وعلى التقديرين فهو خارج عن اسم التجارة. ولو سلم شمول لفظ (التجارة) على مطلق المعاوضة أي نحو كانت بحسب الوضع اللغوي، نقول: إن لفظ (التجارة) هنا ليس عاماً حتى يندرج فيه مطلق الأفراد، بل هو مطلق ينصرف إلى الأفراد الشائعة المعتادة، ولا ريب أن السفهية خارجة عن المعتاد الغالب فلا تدخل

تحت المستثنى، فتبقى تحت عموم الأكل بالباطل، ولازمه الفساد. وأما عموم أوفوا بالعقود و (المؤمنون عند شروطهم) ونحو ذلك من العمومات، كاحل الله البيع و (الصلح جائز) وغير ذلك من الأدلة المطلقة في أبواب الفقه التي يتمسك بها في إثبات الصحة فغير شامل للمقام، نظرا إلى انصرافها أيضا إلى المتعارف الشائع وما عليه طريقة الناس، وما لا يقصد للعقلاء غير مندرج تحت ذلك، مضافا إلى أن المعلوم من طريق الشرع المنع عما لا يعتد به ديننا وديننا، وما نحن فيه من ذلك القبيل. ومما يؤيد المقام بل يكون حجة في الباب: أدلة حجر السفه عن التصرف المالي، إذ ليس الحجر عليه إلا من حجة صدور مثل هذه المعاملة عنه غالبا، وهو مما لا يرضى الشارع به، وهو من أقوى الامارات على أن هذه المعاملة غير مرضي عنها عند الشارع وغير ممضاة في نظره. فإن قلت: إن المعاملة السفهية تكون نافعة في أحد طرفيها وإن لم يكن فيها نفع بالنسبة إلى الجانب الآخر كما علم ذلك من الأمثلة، فبالنسبة إلى أحد الجانبين تدخل تحت أدلة التجارة والعقود ويتم في الجانب الآخر أيضا بعدم إمكان التفكيك. قلت أولا: إن خروجه عن الأدلة قد مر أنه لأجل عدم التعارف وكون أحد الجانبين ينتفع به لا يجعله متعارفا.

[٢٧٢]

وثانيا نقول: إنا ثبت البطلان بالنسبة إلى الجانب الغير المنتفع، وثبت البطلان في الجانب الآخر بعدم التفكيك، مع أن الدخول تحت دليل التجارة بمجرد ذلك محل نظر، لأن التجارة ما قصد فيه الانتفاع من الجانبين، وما نحن فيه ليس من هذا الباب على كل حال. تنبيهان: أحدهما: أن السفهية تختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والأجناس والاعواض وغير ذلك، مثلا شراء الماء على الشط من دون مانع عن تناول الماء عقلا وعرفا سفه وفي الفلاة ليس كذلك، وإعطاء الأجرة على شئ يستظل به في الشتاء مع البرد الشديد المحوج إلى الشمس سفه، واستئجار الدابة للركوب في السفينة كذلك. والحاصل: للخصوصيات مدخلية في المقام وإن كان بعض أنواع المعاملة كما مثلنا بها سفها على كل حال، لكن لا ينحصر في ذلك، بل المعاملات المعتادة نوعا قد تكون سفها في خصوص زمان أو مكان، أو بالنسبة إلى شخص خاص، فتدبر. وثانيهما: أن المعاملة السفهية نوعا - كإعطاء كرور (١) بدرهم - قد تخرج عن السفهية إذا تعلق بها غرض صحيح هو من مقاصد العقلاء، ولا بد من كون الغرض بحيث لا يحصل بدونها، وليس مطلق الغرض المعتد به مخرجا عن السفهية. وكلام الشهيد الثاني رحمه الله في الباب حيث قال: (ويرتفع السفه بتعلق غرض صحيح) (٢) منزل على ذلك، بل يمكن دعوى: أن الغرض معناه: ما لا يحصل في نظر الفاعل إلا به، وما أمكن حصوله بدونه أو بأقل منه لا يعد غرضا لذلك، ويوضحه ما مثل به بقوله: (كالصبر بدين حال ونحوه) (٣) فتبصر.

(١) لغة... عند الإيرانيين بمعنى: خمسمائة ألف راجع (فرهنگ معین) ج ٣ ص: ٢٩٥٩.
(٢) الروضة ٣: ٥٢١. (٣) نفس المصدر.

[٢٧٥]

[العنوان الثاني والخمسون] [تعلق النهي بأركان المعاملة مبطل لها]

عنوان [٥٢] من جملة المبطلات للمعاملة: تعلق نهى الشارع بها. وقد تمسك بذلك كثير من الأصحاب في كثير من المقامات، والمسألة محررة في الأصول، لكن البحث في الأصول من جهة دلالة النهي على الفساد وعدمها، وما نحن فيه أعم من ذلك، والغرض: إثبات أن المعاملة المنهي عنها فاسدة، سواء كان ذلك من دلالة النهي على الفساد أو من جهة قرينة أخرى، أو قاعدة شرعية، كما نقررها في تحرير الأدلة. والمشهور بين الأصوليين: أن النهي لا يدل على الفساد في المعاملات، وذهب المرتضى وجماعة إلى أن النهي يدل عليه (١) وظاهر جمع من فقهاءنا: التفصيل بين النهي المتعلق بأركان المعاملة وبين غيره، فيدل الأول على الفساد دون الثاني، وهنا مذاهب آخر لا حاجة لنا إلى ذكرها، وقد نبه على ذلك التفصيل المحقق الثاني رحمه الله في حاشية القواعد، حيث ذكر جملة من المعاملات المحرمة في أول المكاسب - إلى أن قال :- وهذه المعاملات كلها فاسدة، لرجوع النهي إما إلى

(١) كذا في النسخ، والسيد المرتضى قدس سره قال: إن النهي من حيث اللغة وعرف أهلها لا يقتضي فسادا ولا صحة وإنما نعلم في متعلقه الفساد بدليل منفصل (الذريعة إلى أصول الشريعة ١: ١٨٠) ولذا زاد مصحح (م) كلمة (لا) قبل (يدل) غفلة عن أنها لا تلائم السياق.

أحد العوضين، أو أحد المتعاقدين (١). وهذا التعليل يشير إلى هذا التفصيل وإن كان العبارة أعم. وبالجملة: الظاهر من تتبع طريقة الفقهاء: حكمهم بالفساد بتعلق (٢) النهي إلى أحد الأركان كيف كان. وقد يمنعون أيضا الفساد في بعض المقامات تمسكا بأن النهي في المعاملات لا يدل على الفساد. ثم إن النهي قد يتعلق بالمعاملة لنفسها، وقد يتعلق لجزئها، وقد يتعلق لوصفها اللازم، وقد يتعلق لوصفها المفارق، وقد يتعلق لأمر خارج، والمسألة مبسطة في كتب الأصول لا غرض لنا في ذكرها، والعمدة بيان الوجه في الفساد في المحل المقصود. فنقول لفظ (النهي) بنفسه من دون ملاحظة أمر خارجي لا يدل على فساد المعاملة بأي نحو تعلق، لا بالمطابقة ولا بالتضمن، والوجه واضح، ولا بالالتزام، لعدم اللزوم، ومدلول النهي إنما هو التحريم في المنهي عنه والعقاب على فعله، وترتب الأثر لا دخل له في ذلك، لجواز ترتبه على أمر نهى عنه أيضا كما في صورة النهي لأمر خارج، كالبيع وقت النداء فإنه حرام موجب للعقاب بالنهي، ومع ذلك ذهب المشهور - بل الكل - على عدم فساد البيع بذلك. وبالجملة: لا ملازمة بين التحريم والفساد، فلا دلالة، لأنها فرع اللزوم. نعم، نقول: بأن النهي متى ما تعلق بصير المعاملة (٣) فاسدة إذا كان النهي متعلقا بأحد الأركان لوجه: الأول: مصير معظم الأصحاب عليه، بل لم يزل الفقهاء كافة يستدلون في أبواب الفقه بالنهي على الفساد كما ذكره المرتضى رحمه الله (٤) وهو واضح لمن تتبع، ولا نقول بأنه دال (٥) على الفساد شرعا كما ادعاه المرتضى (٦) حتى يستلزم النقل

(١) جامع المقاصد ٤: ١٧. (٢) في (ن): حيث يتعلق. (٣) في (م): متى ما تعلق بالمعاملة تكون فاسدة. (٤) الذريعة إلى أصول الشريعة ١: ١٨٤. (٥) في (ن، د): دل. (٦) الذريعة إلى أصول الشريعة ١: ١٨٠.

مدلول النهي، بل الظاهر أنه على معناه اللغوي والعرفي، لكن هذا التمسك [والاجماع] (١) كاشف إما عن وجود قرينة عندهم على ذلك، أو وجود دليل دال على كون المنهي عنه فاسداً، فيكون النهي أمانة محققة للموضوع، ويحیی الفساد من نفس القاعدة المقررة. وقد وجدنا الفقهاء في صورة تعلق النهي بالأركان متسالمين على هذا المعنى وإن منعوا في صورة تعلق النهي لأمر خارج، فعليك بالتبعية. الثاني: الأجماع الذي نقله المرتضى رحمه الله وغيره على ذلك - كما هو مذكور في علم الاصول - وجعله حجة على الدلالة شرعا، مع اعتضاده بفتوى كثير من الأصحاب متقدما عليه ومتأخرا عنه. الثالث: الاستقراء، فإننا قد وجدنا كثيرا من المعاملات المنهي عنها لركنها فاسدة، بحيث علم فسادها من إجماع أو شئ آخر بحيث لم يبق لنا بحث في فسادها، فإذا صار الغالب فيها ذلك يحمل المشكوك فيه على الغالب من الفساد وإن لم يدل فيه شئ على فسادها. الرابع: ما ورد في الرواية في نكاح العبد بغير إذن سيده أنه يصح لأنه ما عصى الله بل عصى سيده (٢) وهذا التعليل يدل على أن العقد لو كان فيه معصية الله لكان فاسداً. لا يقال: إن معصية السيد أيضا معصية الله تعالى، فينبغي على هذا أيضا أن يكون فاسداً. لأننا نقول: إن الظاهر من الرواية: أن معصية الله ابتداءً مبطله (٣) بمعنى: أنه لو كان العقد محرما بأصل الشرع لوقع فاسداً، بخلاف ما لو كان التحريم لأمر خارج، فإنه غير مبطل، وهذا يدل على التفصيل الذي أشرنا إليه: من أن التحريم إن كان

(١) لم يرد في (م). (٢) الوسائل ١٤: ٥٢٢، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والأماء، ح ١ و ٢. (٣) في غير (م): مبطل.

ناشئا عن أصل المعاملة - بمعنى كون سببه أحد أركان العقد - لزمه الفساد وإن كان من أمر خارج فلا، ونكاح العبد بغير إذن سيده ليس فيه تحريم من جهة نفس العقد ولا من أجزائه وأركانه، وإنما هو لمخالفة المولى. فإن قلت: إن هذه الرواية تدل على كون العقد المنذور تركه أيضا باطلا كما لو حلف أن لا يبيع أو نذر ونحو ذلك، لأن العقد حينئذ معصية الله. قلت: ليس كذلك، بل الظاهر من الرواية كون نفس العقد معصية لله لو خلى ونفسه من دون انضمام أمر خارج إليه، وليس النذر والعهد بالنسبة إلى العقد إلا كإذن المولى في العبد، وإن كان المنع في النذر عن الله تعالى، لكن بواسطة إلزام العبد نفسه به، كما أن منع الشارع عن عقد العبد بواسطة منع سيده. وبالجملة: ظاهر الخبر: أن كون العقد بنفسه معصية لله يوجب بطلانه. والمناقشة في سند الرواية أو في حجيتها في المقام خالية عن الوجه، لأن سندها معتبر وحجيتها في المقام لا ريب فيها، إذ ليس الغرض إلا تأسيس قاعدة شرعية في أن المعاملة المنهي عنها فاسدة، وليست المسألة اصولية، لأننا لا نتكلم في دلالة النهي على الفساد، بل نجعله أمانة محققة للموضوع، فتدبر. ولا يعارضه ظهور النواهي في الأعمية عن البطلان والعدم، لعدم التناهي. نعم، لو ادعينا دلالة الرواية على أن النهي يقضي بالفساد للزم هذا المحذور. ولو سلم المنافاة والمعارضة، فنقول: ورود الخبر على مدلول النواهي ورجحانه عليها (١) واضح، وليس إلا كما لو قال المولى لعبده: (كل ما نهيتك عنه لو فعلته كان فاسداً، بلا ثمرة) بعد صدور نواه كثيرة عنه، وقد مر نظير هذا الكلام في تأسيس أصالة التعبد في الأوامر، فراجع (٢) وفي الخبر أبحاث كثيرة موكولة إلى ما حرر في الاصول، وهذا المقدار كاف فيما نحن بصدده بعد وضوح المرام. الخامس: أن النهي وإن لم يدل على الفساد بالوضع، ولكن

تعلق المنع بأحد الأركان يقتضي كون المراد به الفساد، فيكون بمنزلة القرينة، نظرا إلى أن الأمر أو

(١) في (م): عليه. (٢) راجع ج ١، العنوان: ١٢.

[٢٨٠]

النهي المتعلق بشئ ينساق منه إلى الذهن جهته المقصودة بالذات، ولا ريب أن المقصود الذاتي في المعاملات ترتب الاثار عليها، وأما الأباحة والتحرير فهما من التكاليف التي لا ربط لها بالمعاملة من حيث هي كذلك، فإذا تعلق النهي بها يدل على عدم وجود ما هو المقصود من المعاملة فيه، وهو ترتب الأثر، لا عدم الثواب أو وجود العقاب. وبالجملة: تعلق نهى الشارع على شئ يدل على أن الاثار المطلوبة منه من حيث هو كذلك غير مترتبة عليه وهو الفساد، ولا فرق في ذلك بين العبادة والمعاملة. وما يقال: إنه على هذا لا يختص بصورة التعلق بالأركان، بل يعم المنهي عنه كيف كان، مدفوع بوجود الفرق، إذ لو كان التعلق بأحد الأركان فيكون المعاملة منها عنها. وأما لو كان لغير ذلك كان المنهي عنه أمرا خارجيا، وإن وجد في ضمن المعاملة فلا يصير الحيثية المذكورة آتية فيه، بل يلاحظ فيه حيثية اخرى، فلا تذهل. السادس: أن وظيفة الشرع إنما هو الإرشاد إلى ما هو المصلحة والمفسدة، كأوامر الطبيب في وجه، وهما يلاحظان من جهات شتى، وظاهر النهي كون الشئ ذا مفسدة مطلقا، ومنها عدم ترتب الاثار، وإن أمكن أن يقال: يكفي في ذلك وجود المفسدة الكامنة الموجبة للعقاب وإن لم يكن المفسدة هو عدم ترتب الأثر. لكن يمكن القول بأن الشئ الذي فيه مفسدة ذاتية توجب العقاب لا يجوز على الشارع الحكيم إمضاء آثاره ولوازمه المقصودة منه، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي. وفيه نظر، إلا أنه [فيه] (١) نوع تأييد، ولعله إلى ما ذكرنا ينظر قول من قال: إن المنهي عنه لو كان صحيحا لزم من صحته حكمة تدل عليها الصحة ومن تحريره حكمة يدل عليها النهي، وهما إما متساويان أو أحدهما يزيد على الآخر، فيلزم ارتفاعهما على الأول أو الصحة، إذ بعد التسايق يبقى على أصالة الأباحة كسائر

(١) من (م).

[٢٨١]

المعاملات وعلى الثاني يلزم ارتفاع الناقص بصورتيه (١). والمقصود: أن الصحة وترتب الأثر كاشف عن مصلحة فيه والتحرير كاشف عن مفسدة، فإما أن يتكافئا فيلزم الصحة، وإما أن يختلفا فاللازم عدم الصحة لو رجحت المفسدة وعدم التحريم لو رجحت المصلحة. وهذا كلام جيد جدا وإن زيفه كثير من الاصوليين. وما يقال: إن هذا لا يدل على الفساد - إذ غايته دوران الأمر بين بقاء الصحة أو التحريم، ولعل التحريم مرتفع - خطأ محض، إذ لو فرض ارتفاع التحريم خرج عن محل البحث، إذ الفرض كونها معاملة منهي عنها، ومنى ثبت التحريم لزم البطلان، لعدم إمكان الاجتماع. وهنا كلام في النقض والحل موكول إلى ما حرر في الاصول في بحث النهي في العبادات واجتماع الأمر والنهي. السابع: ما ورد في الروايات عن الأئمة عليهم السلام في بيان بطلان بعض المعاملات من التمسك بالنهي (٢)

كما في (حرم الربا) و (نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر) ونظائر ذلك مما لا يخفى على المتتبع، فإن ظاهر هذه الأخبار أن المنهي عنه فاسد، وذلك واضح. والثامن: ما ذكره بعضهم: من أن النهي متى ما دل على التحريم خصص ما دل على صحة العقود من قبيل: أحل الله البيع و (الصلح جائز) وأوفوا بالعقود) و (النكاح من سنتي) ونحو ذلك، للتعارض بينهما بالعموم والخصوص المطلقين، فيخرج المنهي عنه عن عموم أدلة الجواز والأباحة. والصحة وإن كانت من الأحكام الوضعية، لكنها تابعة في هذه الأدلة للحكم التكليفي، بمعنى: أن الصحة قد استفيدت من أدلة الأباحة ولزوم الوفاء، فمتى ما زال الحل بالنهي فلا

(١) ذكره المحقق القمي قدس سره في عداد أدلة القائلين بدلالة النهي على الفساد شرعا، وأجاب عنه، راجع القوانين ١: ١٦١، وهكذا صاحب الفصول قدس سره، انظر الفصول: ١٤٢. (٢) لم نعثر في الروايات على تمسك الأئمة عليهم السلام في بطلان بعض المعاملات بما ذكره، وهو قدس سره أعلم بما قال.

[٢٨٢]

وجه لبقاء الصحة، وذلك نظير تبعية المفهوم للمنطوق، إذ لو جاء ما يعارض المنطوق وأسقطه عن الاعتبار فلا يلتفت بعد ذلك إلى المفهوم. وبالجملة: المنهي عنه بخروجه عن أدلة الصحة يرجع إلى أصله الفساد الأولي، ولذلك نقول: إن المنهي عنه فاسد، لا أن النهي يدل على الفساد. وما يقال: إن هذا الكلام يتجه فيما لو كان دليل الصحة منحصرا في العمومات التكليفية، وأما العمومات الوضعية: كقوله: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) (١) ونحو ذلك فلا يتخصص بالنهي، ويكفي ذلك في إثبات الصحة مع عدم المناقاة بينها وبين التحريم - فتدبر - مدفوع بأن الأدلة الوضعية مع عدم وجودها في كثير من الأبواب وأخصيتها من المدعى لو كانت إنما هي مسوقة لبيان حكم آخر، ولا دلالة فيها على إثبات الصحة حتى يتمسك بها في مقابل النهي. وبالجملة المعاملة المنهي عنها لركنها فاسدة بما مر من الوجوه، وعليه طريقة الأصحاب في كل باب.

(١) الوسائل ١٢: ٢٤٦، الباب ١ من أبواب الخيار، ح ٣.

[٢٨٣]

[العنوان الثالث والخمسون] [الأقالة وما يتعلق بها من المباحث]

[٢٨٤]

عنوان [٥٣] من جملة المبطلات استدامة: الأقالة، وهي (١) عبارة عن فسخ المتعاقدين للعقد بتراضيهما على ذلك، والبحث فيها يقع من جهات: أحدها: (٢) في أنها فسخ، أو بيع، أو عقد جديد مطلقا، أو مع التفصيل بين لفظ (أقلت) و (فسخت)؟ والمعتمد: أنها فسخ مطلقا. وثانيها: أنها في حق المتعاقدين والشفيع فسخ أو في حق الأول دون الثاني، أو بالعكس؟ والحق أنها فسخ مطلقا. وثالثها: أنه إذا تحقق الأقالة فهل العوضان يضمنان بالمثل مطلقا، أو بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي في صورة التلف، وأما مع الوجود فلا

بأس. ورابعها: في حكم الزيادة الحاصلة في العينين بطريق النماء متصلا أو منفصلا أو (٣) بطريق إحداث أحد المتعاقدين، وفي حكم النقصان الطارئ عليهما بفعل

(١) لا يخفى أن الضمائر الراجعة إلى (الأقالة) في هذا العنوان وردت في اصول النسخ غالبا بلفظ المذكور، وقد أنثها مصحح (م)، ونحن اقتفينا أثره في هذا الأمر، وأما فيما غير ه من بعض العبارات والألفاظ راعينا ما ورد في سائر النسخ - وإن كان في بعض العبارات ما لا يخفى - ولم نشر إلى الاختلافات لكثرتها وعدم الفائدة فيها. (٢) كذا، والمناسب: إحداها، وهكذا في الأعداد الاتية. (٣) في (ف، م) بدل (أو): و.

[٢٨٥]

الله تعالى أو المتعاقدين أو الاجنبي، وهذا هو الحكم المشترك بينه وبين سائر الفواسخ. وخامسها: أن الأقالة يعتبر فيها الأيجاب والقبول، أو يعتبر فيها اللفظ من الجانبين كيف كان، أو يكفي فسخ الواحد مع رضا الآخر به أو التماسه قبله؟ وسادسها: أن الأقالة هل تجري في أبعاض العقود عليه كالمجموع أم لا؟ وسابعها: أن الأقالة هل هي جارية في العقود كافة سوى مثل النكاح الذي أخرجه الأجماع، أو مختصة بالبيع؟ وثامنها: أن الأقالة على تقدير التعميم أو التخصيص هل هي على القاعدة، أو شئ أثبتته الدليل، وإلا فهي منافية لأدلة العقود؟ وتفصيل الكلام في كثير من ذلك موكول إلى كتب الفروع، وإن أجمل فيه الأصحاب في تفصيل الباب. وملخص المطلب: أن كونها فسخا مطلقا إنما هو من جهة صدق الفسخ وعدم صدق شئ من العقود عليها وكون فصد المتعاقدين من ذلك رفع أثر المقتضى الأول، لا إحداث مقتضى جديد، ولا فرق في هذا المعنى بين الألفاظ ولا بين الأشخاص. وأما الضمان فهو على القواعد الاتية في محلها في الأحكام، ومثله: أحكام الزيادة والنقصان فإنها على القواعد العامة لا دخل لها بباب الأقالة، وإنما اللائق بالبحث لنا بالنسبة إلى موضوع الكتاب: الكلام في الجهات الباقية، فهنا أبحاث: الأول: في بيان مقتضى القاعدة. فنقول: لا ريب أن الأصل الأولي بعد ثبوت العقد وترتب الأثر بفاؤه على هذه الحالة ولزوم الوفاء به، ولا يرتفع هذا الحكم إلا بمزيل شرعي قام عليه الدليل، وليس مجرد تراضي المتعاقدين على الفسخ وتفاسخهما مزيلا فحرا، كما أنه لا يكون مزيلا في النكاح، فلا بد في إثبات البطلان بالأقالة ورجوع كل عوض إلى مالكة عن دليل معتبر، فهي على خلاف القاعدة. وما يقال: إن العقد إنما هو للمتعاقدين ولا دخل لأحد في ذلك، والحق

[٢٨٦]

منحصر فيهما، وكل أحد مسلط على حقه فإذا جاز كل منهما عن حقه فلا يعارضهما أحد في ذلك. مدفوع: بأن كون الحق لهما لا يقتضي تسلطهما على رفع السبب الشرعي إلا بشئ جعله الشارع رافعا كما في النكاح، فإنه لا ريب أن الحق للزوجين لا يعارضهما فيه معارض، ومع ذلك لو تقايلا وتفاسخا لا ينفعهما في إبطال أثر النكاح، فلا بد من إثبات كون الفسخ والتراضي مزيلا لهذا الأثر، وهو على خلاف القاعدة. ويمكن أن يقال: إن العمدة في أدلة لزوم العقد وعدم ارتفاعه بالفسخ، إنما هو عموم أوفوا بالعقود فإنه دال على اللزوم الذي لا يرتفع بفسخهما أو أحدهما، ولا ريب أن الظاهر من هذه الآية بعد كون الارتباط مأخوذا في مفهوم العقد كون لزوم الوفاء من أحد الجانبين مرتبطا بالآخر كما ذكرناه في باب التقابض مع الامتناع، فإذا جاء الارتباط نقول: إذا بنينا (١) على عدم الوفاء فلا يجب على أحد منهما الوفاء، لأن الوجوب على البائع فرع

وفاء المشتري وبالعكس، فإذا بنى البائع على الفسخ لا يجب الوفاء على المشتري، وإذا بنى المشتري على الفسخ لا يجب الوفاء على البائع، فإذا تراضيا على الفسخ لا يجب الوفاء على أحد منهما، فلا وجه لبقاء اللزوم فتصير الأقالة فاسخة في العقود كلها إلا ما أخرجته الدليل. أو نقول: إن الظاهر من عموم أوفوا بالعقود أن لزوم الوفاء على أحدهما إنما هو لحق الآخر. وبعبارة أخرى: الظاهر أن هذا الأمر توصلي والغرض منه عدم ضياع حق المتعاقدين فإنهما مع تراضيهما على العقد لكل منهما جهة مقصودة منه يريد حصولها، ولا وجه لتضييع ذلك، ولذلك أمر الشارع بالعمل بمتقاضه حتى لا يضيع حق أحد منهما، ولكنه بعد تراضيهما على التقايل والتفاسخ فقد رفع اليد كل منهما عن حقه، والناس مسلطون على حقوقهم، فلا وجه لبقاء اللزوم. وبعبارة أخرى:

(١) في (ن) ونسخة بدل (م): بنينا.

[٢٨٧]

المتبادر من أدلة اللزوم كونه لأجل مصلحة المتعاقدين لا للتعبد المحض، فيعد تراضيهما لا مانع من الفسخ. الثاني: في جريانها في سائر العقود، أو اختصاصها بالبيع. ومنشأ البحث: أن الأقالة على خلاف القاعدة وقد دل عليها النص والأجماع في البيع، فيبقى سائر العقود على القاعدة، والخبر المروي في هذا الباب قول الصادق عليه السلام: (أبما عيد مسلم أقال مسلما في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة) (١) وهذا الخبر مختص بالمسلم وبالبيع. ولكن الحق جريانها في مطلق العقود إلا ما أخرجته الدليل، أما بناء على كونها على القاعدة - كما ذكرناه - فلا بحث في التعميم، وهذا الخبر أيضا يكون مؤكدا في بعض الموارد. وأما لو قلنا بأنها على خلاف القاعدة - كما حررناه - فنقول أيضا بالتعميم، نظرا إلى أن الرواية دلت على أن الأقالة إنما هي في يد المتعاقدين وفي اختيارهما. وبعبارة أخرى: الخبر مشعر بل دال على أن اللزوم ليس إلا لحق المتعاقدين، وإذا أراد التفاسخ فلا مانع من جهة الشارع، ولهذا نسب الأقالة إلى العاقد وذكر له الاجر الأخرى، ولو كان هذا شيئا مجعولا من الشرع في مورد خاص لما ناسب هذا التعبير. وبعبارة ثالثة: جعل الصادق عليه السلام العلة في ترتيب الثواب الأخرى رفع اليد عن الحق والأقالة، وهو يعم الأبواب كلها، وذكر البيع بالخصوص لا يدل على التخصيص، بل ذكره إما باعتبار كون الغالب ذلك، أو لأن لفظ (الأقالة) يطلق في البيع دون غيره، ولعل الأول أوجه، لأنه العقد المبني على المغابنة والمداقعة، وعليه المدار في المعاييش والمكاسب غالبا. ويشعر بما ذكرناه تعليل معظم الأصحاب - كالعلامة والمحقق الثاني والشهيدين رحمهم الله - في باب التقايل في العقد بأنه معاوضة

(١) الوسائل ١٣: ٢٨٦، الباب ٣ من أبواب آداب التجارة، ح ٢.

[٢٨٨]

محضة فتجري فيه الأقالة (١) وظاهرهم أنه متى ما لم يكن فيه جهة تعبدية - كالنكاح الذي دل عليه الدليل - فلا مانع من الأقالة، وهو يرشد إلى أن المناط منقح بين البيع وغيره من المعاوضات، حتى في مثل الشفعة أيضا، وإن كان في جريانها في مثل الضمان

نظر فإن ذمة الضامن متى ما أشتغلت فيشكل الحكم بانتقال الحق من ذمته إلى ذمة المضمون عنه إلا بضمان جديد، وكون الأقالة فيه أيضا موجبا لذلك محل نظر، لكن في باب المعاوضات العينية أو غيرها فالمناط منقح. ويمكن التمسك بظهور الأجماع أيضا على ذلك، فإن الأصحاب في كل عقد لازم سوى ما خرج ذكروا: أنه يبطل بالتقابل، ولم يستندوا في ذلك إلى دليل خاص أو عام، وظاهرهم أن القاعدة الأولية (٢) أو المؤسسة من دلالة الرواية قاضية بجواز التقابل وبطلان العقد به فيما لم يثبت فيه جهة تعبد، فتدبر. وسيرة المسلمين قديما وحديثا على الأقالة والفسخ مع التراخي في سائر العقود كاشفة عن ذلك. الثالث: أن الأقالة كما تجري في تمام العقد تجري في البعض أيضا، فيصير البطلان بالنسبة إلى ما وقع فيه التقابل وتصير المسألة نظير البطلان في بعض العقد من أول الأمر، كما في بيع ما يملك وما لا يملك - نحو شاة والخنزير، والخل والخمر - فكما أن فقد الشرط لبعض المبيع يكون مبطلا للعقد بالنسبة إليه ابتداء فكذلك طريان المانع قد يكون مبطلا بالنسبة إلى البعض دون الباقي. والوجه في ذلك: أن العقد - كما قررناه سابقا - ينحل إلى عقود، فكل جزء من أجزاء العقد عقد برأسه، والمراد بأجزاء العقد: أبعاض المتعلق القابل لتعلق ذلك العقد عليه - كما

(١) لم نعثر على موضع تعرضهم لمسألة تميم الأقالة في سائر العقود أو اختصاصها بالمبيع، فضلا عن التعليل المذكور، نعم قد عنونا الأقالة في خانة كتاب البيع وذكرنا بعض أحكامها، انظر الدروس ٣: ٢٤٤، جامع المقاصد ٤: ٤٥٤، الروضة ٣: ٥٤٦. (٢) في (ن، د): الأولية.

[٢٨٩]

بيناه في محله - ومع الانحلال يجئ باب الأقالة، وليس غرضنا من ذلك أن، أبعاض البيع بيع حتى يشمل قوله: (من أقال مسلما في بيع) بل الغرض أنه كما تسرينا من البيع إلى سائر المعاوضات نتسري من الكل إلى الأبعاض، إذ العلة ليست إلا تسلط المتعاقدين على الفسخ، ومتى ما كان العقد قابلا للتفكيك وصحة البعض وبطلان الباقي فالمقتضي لجواز الأقالة موجود والمانع مفقود. والقول بأن بطلان البعض دون الباقي مختص بصورة كون البعض مما لا يملك ونظائره، وجرئانه في الأقالة ممنوع، والدليل دل على الجواز في البيع والظاهر منه المجموع، كلام قشري، إذ بعد ما جاز في العقد بقاء البعض دون الآخر وثبت التسلط على الفسخ للمتعاقدين، فأى محذور في ذلك؟ ولا خصوصية لمسألة الشاة والخنزير في ذلك، بل الظاهر أن السر كون العقد قابلا للتبويض، كما أوضحناه في مسألة الانحلال إلى العقود (١). بل لنا أن نقول: إن الأقالة في الأبعاض يصدق عليها أنها إقالة في بيع، لأن كلمة (في) للظرفية الحكمية هنا، والأقالة في البعض إقالة في الكل. ومتى ما ثبت في أبعاض المبيع ثبت في أبعاض سائر العقود بعدم القول بالفصل، ولعله يشير إلى ما ذكرناه عبارة المسالك: وإطلاق الأذن في الأقالة يشمل الكل والبعض (٢)، فتدبر. مضافا إلى إجماع الأصحاب على جواز التبويض. ومنع بعض العامة في السلم متمسكا بأنه يصير سلما وبيعا (٣) - وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه - (٤) مبني على كون الأقالة بيعا، ولا نقول به مع ما فيه من أبحاث آخر. الرابع: قال الشهيد الثاني رحمه الله: وصيغتها: أن يقول كل منهما: (تقابلنا) أو (تفاسخنا) أو يقول أحدهما: (أقلتك) فيقبل الآخر، ولا يكفي التماس أحدهما

(١) راجع العنوان: ٣١، (٢) المسالك ٣: ٤٣٧، (٣) منهم ابن حزم في المحلى ٩: ١١٥، المسألة ١٦٢٣، لكنه تمسك بنهي النبي صلى الله على هوسمى عن بيع ما لم يقبض وعن بيع المجهول، لانه غرر. (٤) الوسائل ١٢: ٣٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١٢.

[٢٩٠]

عن قبوله (١). وظاهر كلامه: أن الصيغة معتبرة في ذلك ولا يكفى فيه (٢) الفعل. والذي يقتضيه النظر الصحيح أنهما لو تقابضا مع قصدهما الفسخ ودلالة المقام عليه من مقابلة ونحوها كفى (٣) في الفسخ، إذ المعتبر صدق الأقالة عرفا وهي تصدق بذلك كما لا يخفى على من راجع العرف. ومن هنا ظهر أنه لو قال أحدهما: (أقلتك) وقيل الآخر قبولا فعليا دالا على الرضا كفى بالأولية. ولو قال أحدهما: (أقلني) فقال الآخر: (أقلتك) فظاهر كلامه عدم الاكتفاء به، بل لابد من قبول الأمر بعد ذلك، ولا ريب أنه لو قبله بالفعل - كالقبض - يصدق عليه الأقالة، فيصير داخلا تحت الأدلة. وأما لو اكتفى بالأمر السابق وسكت بعد قول الآخر: (أقلتك) ولم يحصل هناك تقابض ففي كون ذلك إقالة نظر، من أصالة بقاء حكم العقد، ومن أن الأقالة تصدق عرفا عليه بحسب الظاهر، ولا ريب أن الثاني في غاية القوة، خصوصا بعد ما ورد في باب النكاح في الرواية من قوله: (زوجتك) بعد قوله: (زوجني) (٤) ونظائره. وبالجمله: الميزان صدق الأقالة والتفاسخ عرفا، ولا يشترط العربية والماضوية، ونحو ذلك مما يشترط في العقود.

(١) المسالك ٣: ٤٣٦، (٢) العبارة في (م): معتبرة فيها ولا يكفى الفعل. (٣) في (ن)، (د): لكفى. (٤) انظر الوسائل ١٤: ١٩٤، الباب ١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

[٢٩١]

[العنوان الرابع والخمسون] [الفسخ وذكر أسبابه وبيان الضابط في ذلك]

[٢٩٢]

عنوان [٥٤] من جملة المبطلات استدامة: الفسخ بأصل جواز العقد - كما في العقود الجائزة - أو بسبب من الأسباب المسلطة على الفسخ. وبعد ثبوت جواز الفسخ لا كلام في أنه مبطل، وإنما البحث هنا في أمرين: أحدهما: في ذكر الأسباب التي ذكرها الفقهاء للفسخ في العقود اللازمة. وثانيهما: في بيان الضابط في ذلك والوجه في كون هذه الأسباب موجبة لجواز الفسخ، مع أن أصل العقد مبني على اللزوم. فنقول: قد ذكر الفقهاء من أسباب الفسخ: المجلس في البيع، وكون أحد العوضين حيوانا إلى ثلاثة أيام، وشروط الخيار لأحد المتعاقدين أو لهما أو لأجنبي، وأمر من شرط له المؤامرة في بيع كان أو غيره، وتأخير أحد العوضين عن ثلاثة أيام (وبمنزلته غصب أحد العوضين مع فوت المنفعة وعدم سرعة العود) وخيار ما يفسد ليومه، والغبن في البيع وسائر المعاوضات، والعيب الموجود قبل العقد أو المتجدد قبل القبض في البيع والأجارة ونحوهما (ومنه امتزاج اللقطات في بيع الخضر لأن الشركة عيب) والتدليس بنحو تحمير الوجه ووصل الشعر (ومنه التصرية في بيع الأنعام والكذب في رأس المال والخلط (١) في العوض

[٢٩٣]

كشوب اللبن بالماء، والحنطة بالتراب ونحوه) وفوات الشرط على المتشرط، وتبعض الصفقة في متاع واحد أو متعدد - وإن دخل الأول تحت الشركة المعدودة من العيوب أيضا - وفلس المشتري مع بقاء الثمن في ذمته ووجود العين، وظهور إفسار الضامن بعد الضمان (وكذا الحوالة والكفالة في وجه) وزرع عامل المزارعة ما هو أشد ضرا مما عين في العقد، وانقطاع الماء في أثناء مدة المزارعة، وعروض العذر الشرعي أو العقلي للأجير، أو طرو مانع من استيفاء المنفعة عام لكل أو خاص بالمؤجر، والجنون والخصا، والجب والغبن والجذام والبرص والرض - على خلاف في البعض - في الزوج، والجنون والجذام والبرص والعمى والأفعاد والقرن والعفل والرتق والعرج وكونها زانية أو محدودة بالزنا - على أشكال في الثلاثة الأخيرة - في الزوجة، وظهور الزوجة أمة أو مبعوضة مع إقدامه على أنها حرة، وظهور الزوج عبدا أو مبعوضا مع إقدامها على أنه حر، وظهورها ثيبا مع إقدامه وشرطه أنها بكر، وعجز المكاتب عن أداء مال الكتابة، وغير ذلك مما يطلع عليه المتتبع. ولكن جملة من هذه الخيارات منصوصة، وكثير منها غير منصوصة بالخصوص، فمثل خيار المجلس دل عليه الأجماع، والخبر المعروف: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) و (خيار الحيوان ثلاثة أيام للمشتري) كما في النص (١) وشرط الخيار ثابت بعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢) وخيار التفليس بقوله: (من وجد عين ماله فهو أحق به) (٣) وخيار عيوب النكاح بقوله: (إنما يرد النكاح من الجنون والجذام والبرص والعفل) (٤) ونحو ذلك.

(١) الوسائل ١٢: ٣٤٦، الباب ١ من أبواب الخيار، ح ٣ و ٥. (٢) الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ١ و ٢ بلفظ (المسلمون عند شروطهم) وقد ورد بلفظ (المؤمنون عند شروطهم) في الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤. (٣) عوالي اللالي ٢: ٣٥٦، ح ٢، وفيه: أحق بها. (٤) الوسائل ١٤: ٥٩٤، الباب ١ من أبواب العيوب والتفليس، ح ٦ و ١٠.

[٢٩٤]

ولكن العمدة في فتح هذا الباب وإثبات الخيار في هذه المقامات الكثيرة - مع أن العقد لازم بالأصل - إنما هو عموم ما دل على نفي الضرر والضرار، كما حققناه في بحثه (١). وبيان ذلك: أن عموم أدلة اللزوم من قبيل أوفوا بالعقود ونحوه دل على لزوم الوفاء مطلقا، سواء كان هناك ضرر أم لا، وأدلة نفي الضرر والضرار دلت على أن الحكم الذي ينشأ منه الضرر والضرار منفي في الشرع، كما أن الضرر الواقع من العباد بعضهم إلى بعض منهي، سواء كان من جهة لزوم العقد أو من جهة أخرى، فالتعارض بينهما بالعموم والخصوص من وجه، ومورد الاجتماع ما إذا لزم الضرر والضرار من لزوم العقد، فأدلة الضرر تنفي الضرر وأدلة اللزوم تثبت اللزوم المستلزم للضرر، فيقدم قاعدة نفي الضرر هنا لوجوه: أحدها: أن الأضرار محرمة والوفاء بالعقد واجب، فيصير هذا من باب اجتماع الحلال والحرام (٢) مع عدم إمكان الجمع، ولا ريب أن في هذه الصورة يحكم العقل بتقديم جانب النهي، لأن دفع المفسدة أولى من جلب المنفعة. فإن قلت: كما أن فعل الحرام مفسدة فكذلك ترك الواجب، فلا وجه لجعل الثاني جلبا (٣) للمنفعة،

بل هو أيضا مفسدة لا بد من دفعها فيتعارضان. قلت: المفسدة اللازمة في ترك الواجب تبعية، وفي فعل الحرام (٤) أصلية، والثاني يقدم على الأول. بل نقول: ليس غرضنا من المفسدة العقاب، بل المراد بالمفسدة ما هو كامن في ماهية الحرام موجب لتعلق حكم التحريم، فالواجب والحرام بالنسبة إلى العقاب سواء، وأما بالنسبة إلى المفسدة الكامنة والتأثير الذاتي فما في الواجب نفع لا يجوز تركه وما في الحرام ضرر يجب دفعه، ودفع المضرة أولى من جلب

(١) تقدم تحقيقه في ج ١، العنوان: ١٠ ص: ٣٣٤. (٢) في غير (م): اجتماع الحلال بالحرام. (٣) في غير (م): دفعا. (٤) في (ف، م): المحرم.

[٢٩٥]

المنفعة (١) ومن اعترض على هذه القاعدة غفل عن هذه الدقيقة، فتأمل حتى يتضح الأمر. وثانيها: أن الأصحاب في مقام تعارض الواجب والحرام وعدم إمكان القول بهما بنوا على تقديم جانب التحريم كما ذكروا في مسألة اجتماع الأمر والنهي، وكل من قال بعدم جواز اجتماعهما قدم النهي. وثالثها: ما ورد في الخبر أنه: (ما اجتمع الحرام والحلال إلا وغلب الحرام الحلال) (٢) ومقتضاه: أن جانب التحريم يقوى على مقابله، والمراد بمقابلة ما يعم الوجوب، بقريته ذكر الحلال في مقابل الحرام. ورابعها: مصير الأكثر، بل الكل هنا على تقديم جانب الضرر، كما لا يخفى على المتتبع. وخامسها: ما قررناه في مبحث نفي الضرر: أن هذه القاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص، وما ذكرناه من وقوع بعض أفراد الضرر قد أجبن عنه بما لا مزيد عليه، فراجع ما حققنا في ذلك البحث (٣). وبالجملة: تقديم أدلة نفي الضرر على دليل لزوم العقد مما لا بحث فيه، وهذه الخيارات - إلا ما شذ منها - داخلية تحت دليل الضرر، كما يظهر بعد التأمل، ولا حاجة فيها إلى أدلة خاصة وإن وردت في بعضها، فتدبر. نعم، هنا إشكال، وهو أن أدلة نفي الضرر تدل على أنه منفي في الشرع، فلا وجه لتعيين الخيار لذلك، إذ غاية ما أفاده الدليل من لزوم طريق يرتفع به الضرر، وأما أن ذلك هو الخيار، فلا دلالة فيها على ذلك (٤) وقد أشرنا إلى هذا الكلام في بحث الضرر فراجع، فمثل الغبن أو العيب الذي أثبتوا به الخيار يمكن دفع الضرر فيه (٥) بدفع ما به التفاوت أيضا من صاحب المال، أو من بيت المال، أو نحو ذلك.

(١) في مصححة (ن): النفع. (٢) عوالي اللالي ٣: ٤٦٦، ج ١٧. (٣) راجع ج ١، العنوان: ١٠، ص: ٣١٢. (٤) في غير (م): لذلك. (٥) في " م ": اللذين أثبتوا بهما... فيهما.

[٢٩٦]

ويندفع بأن اندفاع الضرر وإن كان له طرق متعددة، لكنه بأي نحو فرض يلزم منه ضرر آخر سوى الخيار، وتفصيله قد مر في بحث الضرر فلا نعيده، وعليك بالتدبر. مضافا إلى أن الأدلة تنصرف إلى ما هو المعتاد عند الناس في دفع ذلك الضرر حيث لم يعين الشارع له طريقا معينا، ولا ريب أن طريقة الناس في المعاملات إذا فعل واحد منهم خدعة أو تدليسا أضر بهما الآخر إذا أرادوا دفع ذلك يقولون: (خذ مالك وأعطني مالي) وأما (أنك ادفع ما به التفاوت) ونحو ذلك فهذه أمور مستلزمة (١) لتكلفت كثيرة وأحكام مخالفة للأصل من جهات، سيما أن الضرر الناشئ من المعاملة إنما يرتفع لو خلي وطبعه

بارتفاعها، ولا يلزم البطلان، لعدم الحاجة في رفع (٢) الضرر إليه، بل يكفي في ذلك الخيار، فتدبر. وهنا إشكال آخر، وهو أنا لو بنينا على إثبات الخيار بمجرد الضرر لزم من ذلك فتح باب عظيم، إذ ليس هناك معاملة، إلا ويتحقق فيها ضرر على أحد المتعاقدين غالباً، إذ جهات لزوم الضرر مما لا تنضبط كما لا يخفى، فكيف يعقل القول بأن أدلة نفي الضرر تثبت الخيار؟ ويندفع بأن الضرر الموجب للخيار يعتبر فيه أمور ثلاثة: أحدها: أن يكون مما لا يتسامح به عادة ولا يتحمل في طريقة الناس مثله، وهذا القيد قد استفيد من إطلاق لفظ (الضرر) فإنه ينصرف إلى ما يعتد به، بل يمكن أن يقال: إن ما يتسامح به في العادة لا يعد ضرراً أصلاً. وثانيها: أن يكون الضرر ناشئاً عن المعاملة وعن المتعاقدين، لا عن سبب سماوي، ولا عن أجنبي، وبعبارة أخرى: يشترط أن يكون الضرر ناشئاً عن حيثية المتعاقدين في جهة العوضين، فلا يرد أن انقطاع الماء في المزارعة موجب للخيار، مع أنه ليس من جانب المتعاقدين. ووجه الدفع: أن انقطاع الماء يوجب كون الأرض المعامل عليها مما لا ينتفع بها، فأعطائها في مقابل العمل على

(١) في العبارة ما لا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: وأما إلزام دفع ما به التفاوت ونحوه فهو مستلزم. (٢) في (ن، د): دفع.

[٢٩٧]

العامل مع كون عمله مما يتقوم ومطالبة العمل منه إضرار عليه من المالك، فتدبر جداً. وهذا أيضاً مستفاد من أن الضرر الذي يجب رفعه على أحد من المكلفين ما كان لزومه من جهته، لا من جهة شخص آخر أو شئ آخر، إذ (لا تزر وازرة وزر أخرى) فالضرر اللازم الاندفاع بالخيار الذي يوجب نقضا على الجانب الآخر ما كان ناشئاً من جهته. وثالثها: أن لا يكون الضرر مما أقدم عليه المتضرر بنفسه، إذ لو كان هذا الضرر بإقدامه عليه - كما لو اشترى مع علمه بالعيب أو الغبن أو نحو ذلك - فقد أسقط احترام ماله، والجانب الآخر أيضاً وإن كان سبباً للضرر، لكن المباشر أقوى منه، والمقدم على ضرر نفسه لا حق له على غيره. ومتى ما تحقق الضرر بهذه الشرائط فنقول بثبوت الخيار ما لم يدل دليل على ارتفاعه بطريق آخر، ولا يلزم من ذلك محذور أصلاً، فتدبر.

[٢٩٩]

[العنوان الخامس والخمسون] [تعذر الوفاء بالعقد مبطل له]

[٤٠٠]

عنوان [٥٥] من جملة المبطلات استدامة. تعذر الوفاء بالعقد، وهذا يتحقق بتلف العوض المعين، عينا كان أو منفعة أو حقا من أي الجانبين كان. ومن هذا الباب ما ذكره الفقهاء في أبواب العقود: أن تلف المنفعة في السكنى والتحبيس والأجارة والعارية والصلح لو كان على منفعة يوجب البطلان مع التعيين، وكذا تلف الثمن المعين المبيع المعين قبل القبض، وقس على ذلك سائر العقود. ونحوه فوات متعلق الوكالة، كموت العبد الموكل في بيعه أو انقطاعه، وموت الدابة المشروطة في عقد المسابقة كون السبق عليها، أو تلف الآلة

المعينة في الرماية، والضابط في ذلك كله: تعذر الوفاء بالعقد. ووجه البطلان بذلك: أن الصحة تستلزم العمل بمقتضاها، فلو عمل بمقتضى العقد في غير ما تعلق به فهو عمل بخلاف مقتضاه، مع أن الغرض العمل بمقتضى العقد، ولو أريد العمل بمقتضاه في متعلقه فالغرض تلفه أو ما في حكمه بحيث لا يمكن الوفاء به، فالتكليف بذلك تكليف بما لا يطاق، وهو منفي، ونفي اللازم قاض بنفي الملزوم فيبطل، وهذا في غير باب المعاوضات أو المعاوضات التي لا سبيل فيها إلى القول بالضمان والغرامة - كالمزارعة والمساقاة - واضح. وأما في مثل البيع والأجارة والصلح فيمكن أن يقال: لا مانع من القول بأن

[٤٠١]

العوض أو المعوض المعين إذا تلف فنقول ببقاء العقد على لزومه، ونقول بلزوم المثل والقيمة على قاعدة الضمان، كما لو كان مال شخص في يد أحد مبنية على الضمان فتلف، إذ لا ريب في وجوب دفع المثل والقيمة فهنا كذلك، فلا وجه للبطلان كما في صورة ما إذا كان التلف من البائع مثلا أو المؤجر أو من قبل أجنبي، فإنهم ذكروا: أن [كلا من] (١) المشتري والمستأجر يتخير بين الفسخ - لفوات عين ماله والضرر - وبين الرجوع بالمثل والقيمة على المتلف، فلم لا يجوز ذلك فيما لو كان بأفة سماوية لتساوي الصور في أصل الضمان ويكون التلف من مال البائع والمؤجر؟ بل احتمال الشهيد الثاني رحمه الله في إجارة الروضة الرجوع إلى المؤجر باجرة المثل لو تلفت المنفعة قبل القبض متمسكا بقاعدة الضمان (٢) كما له الرجوع على الغاصب وعلى المؤجر إذا أتلفها بنفسه، مضافا إلى أنه لا فرق في الضمان بين الكل والأبعض والجزء والوصف. فكما لو تعيب العين أو المنفعة في يد المؤجر أو البائع فللمشتري والمستأجر الرجوع عليه بالأرش، سواء كان التعيب بفعل الله أو بفعله أو بفعل أجنبي، فكذا في ضمان الكل والبعض فما الفرق بين صورة الأتلاف والتلف؟ وما الفرق بين الأوصاف وأصل العوض (٣) كلا أو بعضا حيث حكموا في تلفه بالبطلان؟ وهذا الأشكال وارد على من ادعى كون المسائل المفروضة على القاعدة. وأما لو قيل بأن في صورة التلف الحكم بالبطلان إنما هو لدليل خاص من إجماع أو نص وإلا كان مقتضى القاعدة الصحة والضمان، أو أن الضمان في غير هذه الصورة ثبت (٤) بالدليل وإلا كان مقتضى القاعدة البطلان، لا يرد هذا الأشكال بوجه. والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن أدلة الوفاء بالعقد قاضية بلزوم إبقاء العقد على مقتضاه من الملك والتملك وإجراء الأحكام اللاحقة عليه، ففي صورة كون

(١) من (م). (٢) الروضة ٤: ٣٥٢. (٣) في (ن): العوضين. (٤) في (ن): بثت.

[٤٠٢]

التلف بفعل البائع - مثلا - أو بفعل أجنبي: فلا مانع من بقاء العقد على مقتضاه، نظرا إلى أن العين التالفة كانت ملكا للمشتري في يد البائع وقد أتلفها متلف يلزمه الغرامة والضمان، فيبقى العقد على مقتضاه من الملكية، ويرجع المشتري على عوض ماله المتلف بحيث يوجب الضمان، غايته: لما كان للعين خصوصية وقد فانت ولا يمكن استدراكها جبر هذا الضرر بالخيار، فإن شاء فسخ واسترجع الثمن إن كان دفعه، وإن شاء رضي بالبقاء على ملكه ويرجع على متلفه بمثله (١) أو قيمته. وأما في صورة كون التلف بأفة سماوية: فالذي

يجب على البائع دفعه بأصل العقد إنما هو عين المبيع وقد تلفت ولا وجه للتكليف بما لا يطاق، وأما المثل والقيمة فلا وجه لدفعهما فيبطل العقد. وبعبارة أخرى: المبيع في يد البائع قبل القبض مضمون عليه بالنص والأجماع وإن كان بإذن المشتري بحيث لم تكن يده يد عادية بل يد مأذون فيها، ولكن هذه القاعدة إنما دلت على ضمان العين دون غير. وبعبارة أخرى: المبيع مضمون على البائع - بمعنى: أن تلفه من ماله كما لو لم يبيع - وليس في ذلك تغريم بشئ زائد. وهناك سبب آخر للضمان، وهو الأتلاف الموجب للمثل والقيمة، لما دل على أنه (من أتلّف مال مسلم فهو له ضامن) (٢) ففي صورة الأتلاف هنا اجتمع سببان للضمان: قاعدة ضمان المبيع التي دل عليها النص وانعقد عليها الأجماع، وقاعدة الأتلاف التي قضت بها أدلة العقل والنقل، فالمشتري بالخيار: بين قطع النظر عن قاعدة الأتلاف والرجوع إلى ضمان أصل المبيع وهو الفسخ، لأن ضمانه إنما هو بعينه - بمعنى كونه من مال بائعه - فيلزمه البطلان ورجوع الثمن، وليس وراء ذلك شئ، ولذلك صرح من قال بأن المبيع قبل القبض

(١) في (ن): ويرجع على مثله. (٢) لا توجد هذه العبارة في كتب الاحاديث، بل هي قاعدة مصطادة من بعض الآيات والروايات الواردة في موارد خاصة.

[٤٠٢]

مضمون على البائع بأن معناه: كون تلفه من ماله، لا بمعنى: إلزامه بالمثل والقيمة، ولو لا الأجماع على الضمان بهذا المعنى لم يكن له وجه، لأنه مال المشتري في يد غيره مع إذنه، فينبغي كونه كسائر الامانات المالكية في عدم الضمان، مع أنه يضمن للنص والأجماع، لكن بالمعنى السابق. وبين قطع النظر عن ذلك والرجوع إلى قاعدة الأتلاف ومطالبة المتلف بالمثل والقيمة، بائعا كان أو غيره. بخلاف صورة التلف السماوي، فإن فيه لا وجه للضمان سوى قاعدة البيع، وقد قررنا أن ضمانه عبارة عن كون التلف من مال بائعه كما دل عليه النص (١) ولا وجه للضمان المثل والقيمة حتى يكون للمشتري تسلط عليه، وليس عنده إلا دليل الوفاء بالعقد، وهو ذال على ذلك في خصوص ما تعلق به العقد وقد امتنع بتلف المال، ولا تكليف إلا مع القدرة، ولا دلالة في دليل الوفاء على دفع المثل والقيمة أبداً، وذلك واضح. ومما قررناه ظهر: أن التلف السماوي في يد البائع أيضا ليس على إطلاقه موجبا للبطلان، بل إنما هو في صورة عدم وجود سبب آخر للضمان غير قاعدة البيع، فلو فرض أن البائع غصب المبيع ومنعه عن ملكه عدوانا فصارت يده عادية ضامنة للعين أو المثل والقيمة كسائر الغصاب فحينئذ لو تلفت العين في يد البائع بأفة سماوية فالمشتري بالخيار أيضا: بين فسخ العقد واسترجاع الثمن، وبين مطالبة الغاصب بالمثل والقيمة. وملخص الكلام: أن تعذر الوفاء بالعقد عبارة عن فوات ما تعلق به العقد بعينه، ومتى ما حصل ذلك ولم يكن هناك سبيل آخر يقوم مقامه بسبب شرعي لزمه البطلان، لانحصار الأمر في ذلك، وعدم جريان دليل الصحة في هذا الفرض، وهو كصورة التلف بأفة سماوية مع عدم كون يد البائع يد عدوان، كما قررناه. ولو كان هناك سبيل آخر لصاحب المال المتضرر بتلفه فيتخير بين الطريقين، فإن شاء أخذ

(١) عوالي اللالي ٣: ٢١٢، ح ٥٩.

[٤٠٤]

بقاعدة ضمان المبيع وبنى على كون التلف من مال بائعه واسترجع (١) عوضه، وإن شاء بنى على الأخذ بقاعدة اخرى موجبة للضمان - كالاتلاف من بائع أو أجنبي أو غصب حيث تكون اليد المتصرفه عاديه - فيأخذ المثل والقيمة، وي طرح جهة الوفاء هنا، لأغماض المشتري عن ذلك، فتدبر في المقام فإنه من مطارح الافهام. وأما الحكم بالأرش في صورة التعيب وإن كان من قبل الله فلا يرد نقضا على ما نحن فيه، لأننا إن قلنا بأن الأرش على القاعدة - بمعنى: أنه جزء من الثمن يسترجع في مقابل جزء من المبيع فائت - فلا بحث، لأنه ينطبق على ما ذكرناه هنا، إذ كما أن تعذر الوفاء بالكل يبطل للكل فكذا تعذر الوفاء بالجزء يبطل للجزء، فيسترجع ما يباؤه من الثمن. وإن قلنا بأنه ليس على القاعدة، بل هو من (٢) ضمان الوصف والوصف غير مقابل بالعوض، ولا فرق بين وصف الصحة وغيره، بل (٣) إنما هو شئ قضى به النص والأجماع - إذ لا سبب له غيرهما، إذ الفرض أن التعيب لم يقع من البائع حتى يضمنه بقاعدة الأتلاف أو أدلة الضرر، وليس مقابلا بعوض حقيقة حتى يتبعض بفواته، فليس إلا أنه شئ تعبدي - فلا بحث أيضا، لأنه خرج بالدليل، وبقي ما نحن فيه على القاعدة من لزوم البطلان، وقد مر تحقيق القول في انطباق الأرش على القاعدة وعدمه في ضبط متعلقات العقود بما لا مزيد عليه، فراجع (٤). وللمسألة فروع منتشرة تتنبه عليها بالتتبع في كلمة الأصحاب، وبالله التوفيق.

(١) في غير (ن): يسترجع. (٢) كلمة (من) لم ترد في (ف، م) والأولى في العبارة: لكونه من ضمان الوصف. (٣) في (ف، م): بدل (بل): و. (٤) راجع العنوان: ٤١.

[٤٠٥]

[العنوان السادس والخمسون] [الموت والجنون والأغماء من مبطلات العقود الجائزة]

[٤٠٦]

عنوان [٥٦] من جملة مبطلات استدامة: الموت والجنون والأغماء - سواء طال زمانهما أم قصر - لكن البطلان بها إنما هو في العقود الجائزة دون اللازمة. وجعل الشهيد الثاني رحمه الله البطلان بها من أحكام العقود الجائزة. قال المحقق في الشرائع في باب الوديعة: وهي عقد جائز من طرفيه يبطل بموت كل واحد منهما (١). وقال في المسالك: لا خلاف في كون الوديعة من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من فسخها وخروج كل منهما عن أهلية التكليف بموت أو جنون أو إغماء (٢). وقال في المضاربة في المسالك: لما كان هذا العقد من العقود الجائزة يبطل بما يبطل به من موت كل منهما وحنونه وأغماؤه (٣). وقال في الوكالة: وتبطل الوكالة بالموت والجنون والأغماء من كل واحد منهما هذا موضع وفاق، ولأن من أحكام العقود الجائزة ذلك (٤). وبالجملة: من تتبع كلمة الأصحاب [علم] (٥) أن العقد الجائز يبطل بأحد

(١) الشرائع ٢: ١٦٢. (٢) المسالك ٥: ٨٤. (٣) المسالك ٤: ٢٥٣. (٤) المسالك ٥: ٢٤٧. (٥) من هامش (م).

[٤٠٧]

الامور الثلاثة من أي الطرفين كان. وأما العقد اللازم - كالبيع والصلح والأجارة والحوالة والضمان والكفالة والصلح والمسابقة والمزارعة والمساقاة ونحو ذلك - فلا تبطل بالثلاثة وإن كان يبطل بالموت في بعضها لا من جهة الموت، بل من جهة تعذر الوفاء وغير ذلك. وبالجملة: الكلام هنا في أن هذه الامور الثلاثة لو لم تكن هناك حيثية اخرى لا تبطل العقد اللازم. نعم، لو كان هناك جهة اخرى كما في صورة اشتراط المباشرة على الأجير وعلى العامل في المزارعة والمساقاة والمسابقة فيبطل العقد بموت العامل خاصة، كما نصوا عليه في كتب الفروع، وذلك لتعذر الوفاء بالعقد على ما هو عليه. ووجه عدم البطلان واضح: من استصحاب بقاء حكم العقد، وإطلاق ما دل على الصحة الشامل لصورة الموت والجنون والأغماء أيضا. ودعوى: أن أدلة الصحة أمور تكليفية - كأوفوا بالعقود ونحوه - وهي غير آتية مع الخروج عن أهلية التكليف، مدفوعة: بأن المقصود إثبات الصحة، ولا تلازم بين الحكم التكليفي والوضعي، فكما تثبت الصحة بمجرد العقد، كذلك يبقى بعد ذلك أيضا صحيحا ما لم يتحقق هناك مبطل متيقن، والموت والجنون ونحوه (١) لم يثبت كونها مبطله (٢) لعدم الدليل عليه. وأما العقد المركب من الجواز واللزوم - كالرهن - فهو أيضا في حكم العقد اللازم، لاستصحاب حكم العقد وعدم مدخلية الجنون في ذلك. وأما الهيئة: فهي إن كانت لازمة - كهيئة ذي الرحم والزوجين والهيئة المعوضة - فهي كغيرها من العقود اللازمة، والوجه ما مر. وأما لو كانت مركبة - كغيرها من الهيئات التي للواهب الرجوع فيها ما لم يتلف العين عقلا أو شرعا، أو ما لم يتصرف أيضا على قول معروف - فهي ملحقة باللازم أيضا (٣) في عدم البطلان بالموت

(١) في (م): نحوهما. (٢) في غير (م): كونه مبطلا. (٣) كلمة (أيضا) لم ترد في (ن)، (د).

[٤٠٨]

والجنون والأغماء، بل هي بالموت تصير لازمة، والوجه في ذلك كله واضح مما مر. وقد دل على عدم البطلان بالموت ونحوه في بعض هذه العقود أدلة خاصة كما في الأجارة وغيرها، فيمكن التمسك في ذلك بعدم القول بالفصل أيضا، مضافا إلى القاعدة. وأما العقود الجائزة - كالوديعة والعارية والشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والسكنى المطلقة والقرض في قول معروف، والوصية - فظاهر كلام معظم (١) الأصحاب حيث جعلوا البطلان بها من أحكام العقود الجائزة بطلان تلك كلها (٢) بأحد الثلاثة وإن تركوا ذكره في بعض الأبواب، وأكثرهم ذكره (٣) في الوديعة والمضاربة والوكالة، لكن التعليل قاض بالعموم، وقد مر ما يرشدك إليه. والوجه في المسألة إن كان هو الأجماع، فهو في الثلاثة المذكورة من العقود محقق ومنقول في كلامهم، والشركة كالمضاربة أو كالوديعة، والجعالة كالوكالة بعوض، والسكنى كالعارية بل فرد منها، - سيما على القول بأنها تمليك - وهما كالوديعة فتصير هذه العقود السبعة موردا للأجماع، والظاهر أنه كذلك، وإرسال الشهيد الثاني رحمه الله وغيره المسألة ارسال المسلمين دال على ذلك، ودعوى عدم القول بالفصل بعد تحقق الأجماع في بعضها أيضا موجهة، كدعوى الأجماع البسيط على الجميع. وأما القرض: فعلى القول بأنه عقد لازم لا بحث فيه، وعلى القول بالجواز نقول: هو أيضا كذلك يبطل بموت المقرض ويجنونه وإغمائه، وكذلك في جانب المقترض لدخوله تحت التعليل وعدم

القول بالفصل، وسيجئ تفصيل الكلام في تحقيق حكم البطلان في تحرير القاعدة. وأما الوصية: فهي لا تبطل بموت الموصي، نظرا إلى أن وقت تحققها إنما هو ما بعد الموت، فحصول موته بمنزلة شرط تحقق الوصية. وأما موت الموصى له

(١) معظم: لم يرد في (ن). (٢) في غير (م): ذلك كله. (٣) في غير (م): ذكروها.

[٤٠٩]

ففي بطلانها به وعدمه أقوال، ومقتضى ما ذكرناه البطلان مع حياة الموصي أو وفاته مع عدم تحقق القبول، وورد في النص انتقال حق القبول إلى الوارث (١) وعمل به جماعة، وحمله آخرون على عدم إرادة الموصي الخصوصية، يعني: خصوص الموصى له، وجمعوا بذلك بين الأخبار. وبالجملة: لو قيل بعدم بطلانها فإنما هو للدليل، وهو غير قادح فيما أردناه. وأما الجنون والأغماء: فيعد الانتفاء إلى اللزوم - من تحقق القبول وموت الموصي - غير قادحين (٢). ومع عدمه - كما في حياة الموصى وإن قبل الموصى له أو بعد وفاته ما لم يقبل فانفق جنون أحدهما أو إغمائه في الأول أو الموصى له في الثاني - ففي البطلان وجهان، والظاهر البطلان بجنون الموصي أو إغمائه لما نحرره من القاعدة - على إشكال يأتي - وإن اشكل دعوى الأجماع. وأما الموصى له فلا، سواء كان في حياة الموصي أو بعد وفاته، لعدم قضاء الدليل به من اجماع أو نص، ولا اقتضاء قاعدة لذلك، ولعل هذه الأحكام من جهة عدم كون الوصية عقدا جائزا وإنما هي عقد لازم وإن كان للمتعاقدين فيه الفسخ في بعض الأزمنة كخيار المجلس في البيع. وبطلانها بجنون الموصي أو إغمائه ليس من حيثية كونها عقدا جائزا، بل من جهة طريان الحجر المبطل للتصرف، مع أن منع البطلان بهما أيضا ممكن، لعدم وجه دال عليه وطريان الحجر لا يمنع من صحة ما مضى من التصرف. وبالجملة: فحكم الوصية خارج عما نحن فيه. وإن كان منشأ البطلان القاعدة (٣) فلا بد من التأمل فيها. فنقول: يمكن تحرير القاعدة هنا بما أشار إليه الأصحاب: من أن البطلان من جهة خروج أحد المتعاقدين عن أهلية التكليف والتصرف. والظاهر أنه ليس المراد من ذلك: أن بخروجهما عن أهلية التكليف لا يشمل خطاب أوفوا

(١) الوسائل ١٣: ٤٠٩، الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١ و ٢ و ٣. (٢) في غير (م): غير قادح. (٣) عطف على قوله: والوجه في المسألة إن كان هو الأجماع، راجع ص: ٤٠٨.

[٤١٠]

بالعقود ذلك فيبطل من هذه الجهة، لأن الأدلة الوضعية الدالة على صحة هذه العقود موجودة، وهي لا تتقيد بشرائط التكليف، ولأن الحكم التكليفي متى ما تعلق في أول الأمر به فلحقه الحكم الوضعي فيستصحب كما في العقود اللازمة. بل المراد: أن الخروج عن أهلية التكليف يخرج عن أهلية التصرف في المال للحجر عليه وثبوت الولاية عليه، فلا يمضي ما بنى عليه من التصرفات استدامة، كما لا يمضي لو تصرف ابتداء. وتوضيحه: أن تسليط المالك مثلا الأجنبي على ماله أو حقه في الوديعة والمضاربة والوكالة والجعالة والعارية والسكنى والشركة إنما هو لثبوت ولايته في ماله وجواز تصرفه كيف شاء، فمتى مات انتقل إلى الوارث فلا يمضي أمره بعد

ذلك، فيصير البقاء بعد ذلك لو أراد الوارث بعقد جديد، لبطلان العقد الأول بارتفاع تسلط الميت، وكذا لو جن أو اغمي عليه، لأنسلاخ الولاية عنه بهما وكونه مولى عليه كماله، فالاختيار يكون بيد الولي، إن شاء أمضى بعقد جديد وإن شاء لم يفعل. وأما البطلان بموت العامل: فهو واضح، نظرا إلى أن الغرض تعلق العقد به، فإذا مات فات المحل، فلا وجه لبقاء العقد، وهذا فرع من فروع تعذر الوفاء. وأما جنونه وإغمائه: فلأن العامل بحصولهما يخرج عن أهلية التصرف فتثبت الولاية عليه وبقاء هذه العقود يحتاج بل يقتضي أهلية التصرف، إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة في ذلك، فيرتفع الأثر في زمان الجنون والأغماء، وعوده بعد ذلك يحتاج إلى وجود مقتض جديد، وليس بموجود، وهو معنى البطلان. ولا يمكن أن يقال: إن بعد جنون المالك أو إغمائه يتصرف العامل أيضا لوجود الولي، لأن الأذن الحاصل من المالك يعتبر مع كون أهلية التصرف له، ومتى زالت لا عبرة بإذنه، لعدم علمه بالمصالح في ذلك الوقت، وقوة احتمال عدم رضاه بالتصرف لو كان في ذلك الوقت عاقلا رشيدا، وإذن الولي لم يحصل، فالصحة لا وجه لها.

[٤١١]

كما أنه لا يمكن أن يقال: إن جنون العامل وإغمائه لا يوجبان (١) البطلان، إذ لا مانع من جواز تصرفه بعد زوال المانع، لوجود المقتضي وهو العقد. لانا نقول: إن العقد قد أقتضى كون هذا الرجل العامل - مثلا - جازئ التصرف مادام له أهلية التصرف، بمعنى: أن العقد إنما كان تعلقه على البالغ العاقل المكلف، فإذا زال الوصف خرج عن كونه متعلق العقد كالميت، وعوده إلى صفات الكمال بعد بطلان العقد لا ينفع ذلك في شئ (٢) وتوضيح المسألة يحتاج إلى بسط في الكلام وتنقيح في المقام، وفي الحقيقة تؤول المسألة إلى فرع من فروع التعليق التي ذكرنا أنه من المبطلات. وبيان ذلك: أن تسليط شخص ممن له أهلية التسليط وولايته على مال ونحوه يتصور على وجوه ثلاثة: أحدها: طريق الأذن الذي (٣) يحصل بإنشاء الولي في ضمن أحد العقود أو الأيقاعات، بمعنى: أنه يستند المتصرف بهذا الأذن في تصرفه إلى الولي الأصلي ويكون تصرفه قائما مقام تصرفه ونياية عنه، فيكون في الحقيقة يده يد الولي الأصلي، وليس له استقلال في وجه من الوجوه. ومن لوازم هذا الغرض أنه يعزل بعزله وبانعزاله وطريان مانع من التصرف له أو للولي المسلط له على ذلك. ويسمى هذا القسم (نيابة) لكونه فرع المنوب عنه، تابعا له في الأمضاء والعدم. وثانيها: طريق حدوث (٤) الولاية لذلك المتصرف بجعل ولي الأمر، بمعنى: أن تصرفه مستند إلى جعله، وليس له شئ من التصرف لا في الواقع ولا في الظاهر إلا بجعله، فيإنشائه يكون الثاني أهلا للتصرف، لكن بالولاية لا بالنيابة، فيكون تصريح الولي الأصلي موجبا لحدوث ولايته وأماره له، فيتسلط على التصرف وإن كان الولي الأصلي خارجا عن أهلية التصرف، ولا يكون في ذلك تابعا لأصله. وثالثها: طريق بيان الحكم، بأن يبين المنشئ للتسليط حكم الشرع في ذلك

(١) في غير (م): لا يوجب. (٢) في غير (م): لا ينفع في ذلك شئ. (٣) في غير (م): الأذن والرخصة التي. (٤) في (ف، م) زيادة: حصول.

[٤١٢]

حتى ينكشف الواقع، فالحكم في الواقع ثابت لذلك الموضوع الذي جعل مسلطا على المال ونحوه، لكنه لا يعلم إلا ببيان من الشرع، وهو لا يكون إلا من الشارع ومن قام مقامه في بيان الأحكام الشرعية، ولا ربط لذلك الحكم بالبيان، بمعنى: أن النصب والأنشاء ليس محدثا للحكم وعلة له، بل الحكم في الواقع ثابت لوجود المصلحة الكامنة والشارع مبين له. إذا عرفت هذه الوجوه، فنقول: المسلمون (١) على المال ونحوه على ما استفيد من استقراء موارد الشرع أشخاص محصورة يعبر عنها بالاولياء، وهم النبي صلى الله عليه وآله و خاصة، ووكيل الحاكم، والوصي المنصوب من المالك أو الولي الخاص أو العام، والمالك، والأب والجد ووكيلهما، والمقاص، والمأذون في التصرف ممن له أهلية الأذن والولاية، سواء كان [الأذن] (٢) بطريق الأباحة أو بطريق عقد من شركة ومضاربة ووديعة وجعالة وعارية ونحو ذلك. وهذه الأشخاص بعضها من قبيل الوجه الأول، كالوكيل والمأذون مطلقا فيهما. وبعضها من قبيل الوجه الثاني، كالوصي في المال أو في الصغار والمجانين ونحو ذلك، سواء كان نصبه من الأب أو الجد أو من وصي أحدهما - حيث يجوز [له] (٣) ذلك - أو من الحاكم. وبعضها من قبيل الوجه الثالث، كالمالك والأب والجد والنبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام بالنسبة إلى الولاية العامة وبعضها محل بحث وإشكال، كالحاكم المنصوب من الأمام خاصا أو عاما، وتحقيق ذلك كله يأتي إن شاء الله في بحث الولايات والسياسات. ومن ذلك يظهر: أن عروض الجنون والأغماء للوصي أو الحاكم لا يوجب انعزاله كالمالك والأب والجد، بناء على أن ذلك كله من باب الولاية أو بيان الحكم التابع لصدق الموضوع، فبالخروج عن الأهلية بالجنون ونحوه يخرج عن

(١) في غير (م): المسلم. (٢) من (م). (٣) لم يرد في (ف) وشطب عليه في (ن).

[٤١٣]

الولاية وبالعود إليه تعود الولاية، لوجود الاسم المستلزم للحكم. وكذلك المأذون المطلق كأن يقول المالك: (كلما كنت بالغاً عاقلاً فأنت مأذون في التصرف في مالي) فإنه بالخروج عن العقل يخرج عن الأذن وبالدخول في الصفة يلحقه الأذن بمقتضى العموم السابق في الأذن، لانحلاله إلى إذن مطلق متعدد. بخلاف الأذن الحاصل في ضمن الوكالة ونحوها من العقود السابقة، فإن العقد بطريقتي الجنون والأغماء يبطل، لقاعدة فوات الشرط، ولا عموم في الأذن حتى يشمل ما بعد العود. فإن قلت: نفرض الوكالة والشركة ونحوهما من العقود أيضا عاما بأن يقول: (كلما كنت كذلك فأنت شريكي) أو (وكيلي) أو نحو ذلك. قلت: لا بد في إنشاء العقد من التنجيز كما بيناه في الشروط، فلا بد [في عقد الوكالة مثلا] (١) من كون المخاطب وكيلا من حين العقد، وهذه الوكالات الحاصلة بتخلل الجنون والأغماء إن كانت وكالة (٢) واحدة فقد بطلت بعروض المانع، والفرض عدم صدور إنشاء جديد، ولا وجه بعد ذلك للوكالة (٣). وإن كانت وكالات متعددة يلزم التعليق في الثانية لتنجز الوكالة الأولى وتعليق الوكالة الثانية بما بعد الجنون، فيصير بمنزلة قوله: (أنت وكيلي متى ما صرت عاقلا بعد جنونك) وهو التعليق المبطل، لعدم تحقق الوكالة الآن [وكذا الكلام في غيرها من العقود السابقة] (٤) فتدبر، فإن هذا مما سنح للخاطر، ولا يكاد يسبقني إليه سابق بهذا الحل والنقض وراجع ما حققنا لك في بحث شرطية التنجيز (٥) وما ذكرناه في بحث إبطال التعليق (٦). وبالتدبر فيما ذكرناه يفتح لك باب يفتح [منه] (٧) ألف باب، وبالله العصمة والتوفيق.

(١) من (م). (٢) في غير (م) زيادة: وشركة. (٣) في غير (م): زيادة: والشركة. (٤) مابين المعقوفتين من (م). (٥) راجع العنوان: ٤٠. (٦) راجع العنوان: ٤٨. (٧) من (م).

[٤١٥]

عناوين الضمان وأسبابه ومسقطاته وأحكامه اللاحقة له [العنوان السابع والخمسون] [قاعدة الضمان باليد]

[٤١٦]

عنوان [٥٧] من جملة ما جعل في الشرع سببا للضمان: اليد والأصل في ذلك: الخبر النبوي المنجبر بالشهرة، المتلقى بالقبول عند العامة والخاصة بحيث يغني عن ملاحظة سنده وصحته، بل هو ملحق بالقطعيات في الصدور، وهو قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١). وقد تمسك بهذه القاعدة الأصحاب في كثير من مسائل الأبواب. ومن تتبع كلماتهم يظهر إجماعهم على كون اليد موجبا للضمان، إلا فيما دل الدليل على خلافه. وإنما البحث في معنى الرواية وتوضيح مفادها بحيث ينطبق على موارد الاستدلال، ومنها ظهور المالك، بعد الصدقة أو إخراج الخمس في المجهول أو المخلوط، وتلف شئ مما اخذ مقاصة قبل التملك، وضمان المقبوض بالسوم، وضمان الصانع ما تلف بيده ونحو ذلك من المقامات الظاهرة. وقد رماه بعض المتأخرين بالأجمال (٢) وزعم أنه لا دلالة فيه على الضمان.

(١) مستدرک الوسائل ١٧: ٨٨، الباب ١ من أبواب الغصب، ح ٤، نقلا عن تفسير أبي الفتوح الرازي وعوالي اللالي. (٢) قد رماه بالأجمال المحقق النراقي في عوائد الأيام: ١٠٩ - ١١٠، العائدة: ٣٣، إلا أنه من معاصري المؤلف، ويعد إرادته من لفظ (بعض المتأخرين).

[٤١٧]

فنقول: لا ريب أن كلمة (على اليد) في موضع الخبر المقدم لقوله: (ما أخذت) ومتعلق (١) الخبر نحو قولنا: (ثابت) و (لازم) في هذا المقام - كما هو القاعدة في التقدير في أمثال المقام - فأصل المعنى: أن ما أخذته اليد ثابت عليها، وقوله: (حتى تؤدى) بيان للغاية، أي: هذا الثبوت إنما هو إلى حين الأداء، فإذا أدت ارتفع ما ثبت عليها (٢)، فلو حمل هذه الرواية على المعنى الأخبائي - وهو كون ما أخذته ثابتا عليها حتى تدفع - لكان ذلك توضيحا للواضح أولا، وهو ليس من وظائف الشرع، بل هو مستهجن جدا، وكان مستلزما للكذب أيضا، لأن ما على اليد قد يرتفع بغير الأداء، كالتلف أو الوضع في مكان آخر، فلا بد من حملها على معنى إنشائي يكون بيانا لحكم شرعي، فيدور الأمر حينئذ بين إرادة الحكم التكليفي - بمعنى: أن ما أخذته اليد فعقابه عليها، أو حفظه واجب عليها، أو رده واجب عليها - أو الحكم الوضعي، بمعنى: أن ضمانه وقرانته (٣) عليها حتى تؤدى. فنقول: إن إرادة وجوب الرد بعيدة عن سياق العبارة جدا، إذ إرادة الرد (ما أخذت) مستلزما للمجاز بغير علاقة ورابطة، أو إضمار لأمر بعيد بلا قرينة ولا دلالة، ومع ذلك كله فينأفره قوله: (حتى تؤدى) لأن التناظر في قولنا: (يجب رده حتى يرد) واضح لا ستره فيه. وأما إرادة وجوب الحفظ: فهي أيضا بعيدة عن المدعى، نظرا إلى أن إرادة الحفظ (ع) ما أخذت) مجاز من دون علاقة وقرينة،

والأضمار مخالف للقاعدة، سيما مع وجود المجاز، فإن المجاز أولى منه، وسنبين ما هو الظاهر من الرواية. مضافا إلى أن كلمة (حتى تؤدي) لا تلائم إرادة وجوب الحفظ، إذ الظاهر من الدفع والأداء، التخلص عن الغرامة والضمان، لا التخلص عن الحكم التكليفي الصرف

(١) لم ترد (متعلق) في (ف، م) (٢) لا يخفى أن الضمائر الراجعة إلى (اليد) وردت في اصول النسخ غالبا بلفظ المذكور، أثبتناها مطابقا لنسخة (م). (٣) في (ن) زيادة: وعهده.

[٤١٨]

ومن ذلك ظهر بعد إرادة العقاب والمؤاخذة، لما مر من الوجه وعدم إمكان إرادته مجازا وبعد الأضمار، مضافا إلى أنه لو أريد من الخبر: الأخذ بطريق العدوان والمعصية، فيكون عقابه عليها وإن أدت، فلا وجه لكونه مغيا بغاية، مع أن [في] (١) الرواية جعل الاداء غاية. وإن أريد الأخذ أعم من كونه مباحا أو معصية فلا وجه للعقاب عليه (٢) على الإطلاق أولا، ثم لا وجه لكونه مغيا بغاية. فاتضح من ذلك كله: أن إرادة (ضمان ما أخذت) أظهر من الرواية (٣) سواء جعلته بطريق الأضمار فيكون المعنى: (على اليد ضمان ما أخذته) أو بطريق المجاز بمعنى كون المراد من الموصولة (ما يضمن) لكمال المناسبة بينه وبين الأصل المأخوذ، لأنه إما عينه أو مثله أو قيمته - كما سنذكر ذلك مفصلا - وكل ذلك قائم مقام (ما أخذت) مع أن هذا المعنى هو المتبادر عند إطلاق هذه اللفظة بحيث لا يخطر غيره بالبال حتى يحتاج في ترجيح المقام إلى ملاحظة باب تعارض الأحوال. مضافا إلى فهم الأصحاب - قديما وحديثا - ذلك واستدلّاهم به على الضمان، وهو إما كاشف عن كون المعنى العرفي ذلك - كما أوضحناه - أو كاشف عن وجود قرينة لم تصل إلينا كانت موجودة عندهم، وعلى التقديرين فهو (٤) معين للمراد من الخبر رافع للأجمال، مع أن في غنى عن ذلك كله بمعونة ما بيناه من الظهور العرفي. وهنا مباحث: أحدها: أنه لا ريب في أن المراد هنا من (اليد) ليس الجارحة، بل المراد بها حصول التسلسل والاستيلاء عرفا بحيث يصدق في العرف: أن هذا في يد فلان، وقد عبر بهذه العبارة لكون التسلسل غالبا باليد، وهذا معنى شائع في العرف. وبعبارة

(١) من (م). (٢) في (م): عليها. (٣) العبارة في (م): أن الأظهر في الرواية إرادة ضمان ما أخذت. (٤) يعني: فهم الأصحاب.

[٤١٩]

أخرى: بين قبض الجارحة وبين التسلسل عموم من وجه، إذ قد يكون الإنسان مسلطا على شئ ولا يكون مقبوضا بيده، كالتسلسل على العقارات والحيوانات ونحو ذلك. وقد يكون مقبوضا بيده ولا يكون له استيلاء عليه كما لو كان في يده مع كون المالك قاهرا قادرا بحيث يضمحل ذلك في جنبه ولا يتمكن من التصرف فيه بوجه، ولا يعد متسلطا عليه أصلا. وقد يجتمع الأمران، وذلك واضح. فنقول: أما صورة كون القابض غير مسلط: فلا بحث في خروجه (١) عن اليد، لأن المتبادر منه (٢) أنه كناية عن التسلسل، ولو كان على معناه الأصلي أيضا لكان المتبادر منه القبض باليد على نحو له إقتدار عليه، سيما بعد ملاحظة قوله: (ما أخذت) فإن له ظهورا في الاستيلاء، حتى أن جماعة ادعوا ظهوره في الغصب والعدوان - كما سيأتي -

مضافا إلى ضم قوله: (حتى تؤدي) فإن الظاهر منه كون اليد قادرة على المنع والدفع، ولا يكون ذلك إلا بالاستيلاء، ومن هنا ذكروا عدم الضمان فيما لو قبض بيده ثوبا لبسه صاحبه - ونظائر ذلك - فإنه ليس داخلا تحت دليل اليد. وأما مادة الاجتماع: فلا ريب في دخوله (٣) تحت الرواية، فإن ذلك شئ في اليد مع الاستيلاء عليه. وأما ما تحقق فيه الاستيلاء بدون قبض الجارحة: فدخوله تحت الخبر إنما هو بظهور عدم إرادة خصوص اليد في المقام، فإنه لو كان قابضا برجله أو بغمه أو بألة أخرى لكان الحكم كذلك، ويبعد الركوب في ذلك كله إلى الأجماع الخالي عن مستند لفظي، مضافا إلى كفاية فهم العرف هنا المثالية، وفهم الأصحاب كذلك، ومتى ما لم يرد خصوص المعنى الحقيقي للقطع به فلا معين لغيره من الخصوصيات، بل المعنى الشائع المتعارف في المجاز في اليد هو التسلط - كما

(١) كذا، والمناسب: خروجها. (٢) الضمير راجع إلى (اليد) فالمناسب تأنيته، وهكذا بعض الضمانات الآتية. (٣) كذا، والمناسب: دخولها.

[٤٢٠]

أشرنا إليه - فيكون هو المراد في المقام، ولذلك ترى أن الأصحاب يتعبون (١) في تنقيح موارد الضمان صدق الاستيلاء وإن لم يكن بقبض جارحة، فيعدون النقل في المنقول إثبات يد عليه، وكذا الجلوس على الفراش، والركوب للدابة، والدخول في العقار مع إزعاج المالك. ولا يعدون دخول الضعيف على القوي إثبات يد وإن قصده، ولو زاحم المالك في داره يعدونه ذا يد على النصف - ويأتي توضيح ذلك - ويعدون سوق الدابة أو المد بمقودها يدا عليها مع عدم المعارض، ومثل ذلك الحمل مع اليد على الحامل. فتلخص من ذلك: أن المراد باليد: حصول الاستيلاء عرفا، سواء كان مقبوضا بالجارحة أم لا، واليد كناية عن المستولي. ثم إن إطلاق النص يدل على ثبوت الحكم لكل من استولى، سواء كانت يده ابتدائية أو مرتبة على يد سابقة، ومن هنا حكم الأصحاب على ضمان الأيدي المتعاقبة في المغصوب، وكلامنا أعم من الغصب، فيكون ظاهر (أن كل مستول عليه الضمان حتى يؤدي) أي أنواع الاستيلاء كان، إلا ما نخرجه بإحدى القواعد الآتية في مسقطات الضمان. فقد يكون السلسلة كلها أيدي ضمان، وقد ينقطع أولها، وقد ينقطع وسطها، وقد ينقطع آخرها، وينتشر من ذلك فروع لا حاجة إلى ذكرها، لكن يقع الأشكال في إدراج هذا الفرض تحت الرواية من جهة كون ضمان اليد موجبا للزوم الأداء بمعنى عدم فراعها إلا به، فكيف يعقل في الشئ [المال] (٢) إذا تعاقبت عليه الأيدي؟ لأننا إن قلنا بأنه يلزم أن يؤدي كل منهم ما أخذ عينا أو مثلا أو قيمة لزم مخالفة الأجماع، لاجتماع الأموال الكثيرة في مقابل شئ واحد. وإن قلنا بواحد منهم فيلزم الترجيح بلا مرجح. وبالجملة: كون الضمان مغيا بالأداء يوجب خروج هذا الفرض عن دليل اليد، وإن كان اليد شاملة لذلك. فإن قلنا بأن الضامن هو الواحد لا بعينه ويتعين بتعيين المالك خرجنا عن قاعدة اليد، فإن مقتضاها كون كل منهم ضامنا، مضافا إلى أن للمالك الصلح على،

(١) في (د) ومحتمل (ن): يتبعون. (٢) لم يرد في (د)، وفي (م): المالي.

[٤٢١]

[ما في] (١) ذمة أي واحد منهم شاء، أو إبرأؤه أو بيعه، أو نحو ذلك، وذلك لا يجتمع مع الواحد لا بعينه، إلا أن يقال: بأن ذلك كله يقوم مقام تعيين ذلك الواحد الغير المعين، ويلزمه فراغ ذمة الباقيين، ويجئ على هذا الفرض مباحث لا حاجة إلى ذكرها. وإن قلنا: إن الضامن من تلف المال في يده خرجنا عن قاعدة اليد أيضا، ويلزم منه عدم جواز تضمين الباقيين، ويعارضه إجماع الأصحاب المستند إلى قاعدة اليد من دون أن يكون إجماعا من خارج. وإن قلنا بأنه لا ضامن هنا لتعارض الأيدي وعدم إمكان الجمع بينها للزوم تكرار العوض، وعدم إمكان التعيين للزوم الترجيح من غير مرجح، لزم فوات المال على مالكة مع وجود سبب الضمان المتكرر المتعدد، مضافا إلى معارضته الأجماع. والذي ينبغي أن يقال هنا: إن الحكم بظاهر دليل اليد ضمان كل واحد منهم، ولا ينافيه كون الأداء غاية، لأننا نبين بعد ذلك في معنى (الأداء) أنه أعم من المباشرة، وأن المراد منه: الوصول إلى صاحب الحق بأي نحو كان حتى الأبراء، فنقول: إذا أدى أحدهم فقد أدى عن الباقيين، لأنه حق واحد، فإذا أدى سقط الضمان كما لو تبرع الأجنبي، فيصير ذلك من باب الواجب التخيري في التكليف على ما يراه الأمامية من وجوب الكل والسقوط بفعل أحدها، ولا مانع من ذلك عقلا. فلا يتوهم أن الواجب التخيري طلب يمكن تعلقه بامور متعددة يسقط بفعل أحدها، بخلاف المقام، فإن الحق الواحد لا يعقل تعلقه بالذمم المتعددة، وليس ذلك على سبيل التبعض والتجزئة حتى يمكن. لأننا نقول: لا بأس بأن نلتزم بتعدد الحق في الذمم بظاهر دليل اليد، فإن كلا منهم مشغول الذمة على المالك (١) بالحق، فإذا أدى أحدهم جعل الله ذلك مسقطا

(١) من (م). (٢) في (م): مشغول الذمة للمالك.

[٤٢٢]

عن الباقيين. وبالجملة: كون ذلك مغيا بالأداء وامتناع تعلق الحق الواحد بالذمم المتعددة لا يمنع من دخول الفرض تحت الأدلة. وهل يعم الدليل (١) اليد المركبة؟ الظاهر ذلك، وبيانه: أن اشتراك اثنين في التسلط على مال واحد يكون قسمين: أحدهما: أن يكون كل منهما مسلطا على النصف مستقلا به، وذلك هو بحث الأشاعة، فلكل منهما يد بسيطة على النصف، وسيأتي تحقيق ذلك في البحث الاتي في بيان المأخوذ باليد. وثانيهما: أن لا يستولي أحد منهما على جزء من المال بالمرة، بل يكون استيلاء كل منهما مرتبطا بالآخر، بمعنى: أن كلا منهما لو لم يكن لم يكن للآخر استيلاء بالمرة، لا على كل ولا على بعض، فيكون استيلاء كل منهما بانضمام الآخر، فيكون المجموع المركب مستوليا على المجموع المركب من دون استيلاء بعض (٢) على بعض، وهذا هو اليد المركبة. ولا يفترق الحال في هذه الصورة والصورة الاولى في كون كل منهما ضامنا للنصف، أما في الاولى فواضح، نظرا إلى صدق عموم دليل اليد وهو الاستيلاء، وهو حاصل لكل واحد منهما في النصف. نعم، الأشكال في إدخال الثانية تحت الدليل، نظرا إلى أن يد كل منهما عارضي خال عن الاستقلال، وإنما المستقل هو المجموع المركب، فلا يصدق على أحد منهما الاستيلاء وإثبات اليد حتى يحكم بالضمان، فإذا لم يدخل شئ منهما تحت الدليل فكيف يحكم بالضمان؟ والوجه أن يقال: إن المدار في الضمان لما كان هو الاستيلاء - كما ذكرنا أنه الظاهر من النص - فيكون الضمان على كل من استولى، وهنا لما كان المجموع المركب هو المستولي فيكون الضمان على المجموع المركب فينقسم على أبعاضه، وحيث إن كلا منهما قابل للضمان ولا ترجيح فيوزع عليهما، فيصير كل منهما ضامنا للنصف، غاية ما في الباب: كون الضمان هنا على كل واحد في ضمن

[٤٢٣]

المجموع المركب، وفي الصورة السابقة بالاستقلال، وهذا مما لا يصلح فارقا. وبالجمله: لاشبهه في دخول هذا الفرض تحت الدليل عرفا. نعم، يبقى الأشكال في شموله لليد المنضمة. والمراد باليد المنضمة: هي اليد المجتمعة مع يد المالك، لا بمعنى استيلائه على النصف حتى يكون ضامنا له، بل بمعنى تركبه مع يد المالك كصورة ما ذكرناه سابقا، بحيث يكون المجموع المركب مسلطا على المال، بمعنى: أن المالك لو ارتفع لم يكن للغاصب التسلط ولو ارتفع الغاصب لم يكن للمالك تسلط، فيكون المركب منها مسلطا على المجموع، فهل تكون يد الخارج هنا داخلة في دليل اليد حتى يحكم له بضمأن النصف أو لا تكون داخلة فلا ضمان؟ وهذا من أشكال مسائل صور اليد، وهذا الذي يمكن جعله ثمرة بين صورتَي الاشتراك في اليد الذي ذكرناه سابقا، إذ يمكن أن يقال: إن اليد المركبة ليس كل واحد منهما داخلا تحت دليل اليد، وإنما الداخل هو المجموع المركب. فإذا كان المركب كله يد ضمان فيثبت الحكم على الأبعاض بالتبع كما أوضحناه. وإذا كان بعضه يد ضمان وبعضه ليس كذلك كالمثال المفروض - ونظيره تركيب يد الوكيل مع الأجنبي أو المستعير معه ونحو ذلك، وبعبارة أخرى: كل ما تركيب يد ضمان مع يد غير ضامنة - فيجئ فيه الأشكال في الحكم بضمأن يد الخارج الأجنبي، وبعبارة أخرى: اليد التي شأنها الضمان لو استقلت، نظرا إلى أن اليد الأجنبية ليست مسلطة على المال كلا ولا بعضا حتى نحكم عليه بالضمأن وندخلها تحت الدليل، والمجموع المركب أيضا ليس يد ضمان حتى يبعث على أجزائه بالتبع، لأننا نبين بعد ذلك أن المراد في الخبر من (اليد) غير يد المالك، فمقتضى الأصل هنا عدم الضمان بعد عدم شمول الدليل. ولا يتوهم: أنه يلزم من عدم الضمان هنا عدم الضمان في المركبة من الضامنين أيضا، إذ الفرق بينهما واضح بما ذكرناه، فإن دخول المجموع المركب تحت الدليل يوجب الضمان على أبعاضه، وهنا لا يمكن إدراج المجموع المركب تحته.

[٤٢٤]

ويمكن أن يقال: لا ريب في صدق اليد على المركبة، وهذا من جملة أفرادها، فيكون هذا المجموع المركب ضامنا، ولازمه التبعض على أجزائه، غاية ما في الباب: عدم الضمان على المالك أو الأمين أو نحو ذلك، وارتفاع الضمان عن الجزء بدليل لا يوجب ارتفاع الضمان عن المركب، وليس المانع ابتداء إلا كالمسقط استدامة. كما لو أبرأ المالك أحد المركبين في الفرض السابق. وبعبارة أخرى: الذي أخرج المقام عن عموم دليل اليد من قاعدة الملك أو الأمانة أو الأذن - أو نحو ذلك - إنما أخرج أحد الجزئين، وبقي الجزء الآخر تحت الدليل. ولا يتوهم أن الثبوت على الجزء بتبعية الثبوت على الكل، فإذا لم يكن الكل ضامنا فلاوجه لضمأن الجزء. لأننا نقول: المركب في المقام وإن كان من باب الكل المجموعي بالنسبة إلى المال المضمون، بمعنى: أن المجموع ضامن للمجموع، لا أن كل واحد ضامن للمجموع، لعدم شمول الدليل لكل واحد منهما، لكنه بالنسبة إلى الضامن من باب الكلّي الأفرادي والعام الاصولي، بمعنى كون كل منهما ضامنا لما وقع عليه بعد التوزيع، وليس كأجزاء المكلف الواحد، فإذا كان كذلك فلا بد من ملاحظة المخصص هل أخرج هذا القسم من اليد من عموم الدليل أو أخرج أحد جزئيه من الضمان؟ فنقول: لا ريب أنه من

قبيل القسم الثاني، فإن الفرض داخل بظاهرة في عموم دليل اليد، ومتمى دخل توجه الضمان على المجموع المركب، وهذا لا مانع منه من هذه الجهة، وبعد التوزيع وانتهاء الفرض إلى العام الاصولي فهو قابل للتخصيص لا ارتباط بينهما، فأخراج أحد الجزئين بعد ملاحظة كونه فردا بعد التوزيع لا يضر ببقاء الضمان على الآخر. هذا، ولكن المسألة في غاية الأشكال ونهاية الأعضال، فليتأمل فيها حتى يتضح الأمر. فلا فرق حينئذ بالنظر إلى الدليل بين اليد الابتدائية واليد المترتبة واليد

[٤٢٥]

المستقلة واليد المركبة واليد المنضمة، فإن كل ذلك داخل تحت دليل الضمان بمقتضى ما ذكرناه، وإن كان في ذلك كلام من جهات ذكرناها ومن جهات تركناها (١) طلبا للأهم واختصارا في المقال. واليد التابعة كالأصلية في ذلك، كيد الوكيل للغاصب، وأمين الحاكم في المال مع كونه في الواقع مغصوبا. ولا يتوهم: أن يد الوكيل يد الموكل فلا يعد في العرف يدا، ويد الأمين يد الحاكم، فإن ذلك غير مانع من صدق الاستيلاء والتسلط عرفا، فإن الوكيل مسلط على المال، وكون يده يد الموكل معناه: إجراء أحكام يد الموكل عليه في التصرفات، لا أنه ليس يدا، فلا يتوهم أن المالك لا رجوع له على الوكيل، بل على الموكل لأنه صاحب اليد، فلا فرق في اليد المترتبة على يد سابقة أن تكون تابعة له أو مستقلة كالأول، كالمشتري والمستعير ونحو ذلك. هذا تمام الكلام في معنى (اليد) وهنا مباحث تركناها مخافة التطويل. وثانيها (٢): أن المراد بالموصلة - أي الشئ المأخوذ - ما كان مملوكا، نظرا إلى أن الظاهر من الخبر هو الضمان كما بيناه، ولا ضمان في غير المملوك بمجرد اليد، ولأنه جعل غاية الضمان هو الأداء، والأداء هو الدفع إلى من يجب الدفع إليه كالمالك ونحوه، والشئ الغير المملوك لا تادية فيه، لعدم وجود المؤدى إليه، فخروجه عن الرواية واضح. ولا فرق في غير المملوك بين أن يكون غير قابل للتملك من أصله - كالحجر وخمر المسلم وخنزيره وغير ذلك، فإن ذلك كله لا يضمن باليد - أو كان قابلا ولكن لم يجر عليه ملك أحد كالمباحات، فإنه لا ضمان في أخذه. وعلل جماعة من الأصحاب في الحر بأنه لا يدخل تحت اليد (٣).

(١) كذا، ولعل الصواب في العبارة: وإن كان في ذلك كلام من جهات، تركناها... (٢) يعني: ثاني المباحث، تقدم أولها في ص: ٤١٨. (٣) جامع المقاصد ٦: ٢٢٢، الروضة ٧: ٢٨، المسالك ٢: ٢٥٦ (ط - الحجرية).

[٤٢٦]

فإن كان مرادهم من ذلك: أنه لا يدخل تحت اليد شرعا فهو كذلك، لكن المراد في الخبر بمقتضى القواعد هو الاستيلاء العرفي، ولا مدخل للشرع في ذلك، مضافا إلى أنه لو أريد اليد الشرعي لزم عدم ضمان الغاصب، لأنه لا يد له شرعا على المال، وللزم ضمان من له يد على المال شرعا كالأولياء، وهذا عكس المدعى. وبالجملة: لا شبهة في أن المراد باليد هنا: اليد العرفي. وإن كان مرادهم: أنه لا يدخل تحت اليد عرفا فهو ممنوع، إذ الحرية والرقية أمران اعتباريان لا مدخل لهما في الصدق العرفي، فإن كل من تسلط على إنسان بحيث يتصرف فيه كيف يشاء يقال: إنه مستول عليه وهو في يده، سواء كان حرا أو عبدا. ولو أريد أن الأنسان من جهة استقلاله في الامور والارادات والتصرفات فلا يدخل تحت اليد، فالعبد كذلك.

وبالجملة: لا فرق في اليد العرفي بين المملوك والحر. فالأنسب أن يقال في عدم ضمانه: إنه غير داخل تحت دليل الضمان، من جهة أن المتبادر منه المملوك، سيما بقربنة قوله: (حتى تؤدي) ونحو ذلك، فلا يشمل ما لا يقبل الملك، كالحر والخمر للمسلم. وأما خمر الكافر المسالم: فهي محترمة مملوكة له على المختار داخله (١) تحت عموم الخبر. وتقييد بعضهم له بالمستتر، إما لأن الأجهار يخرجها عن ملكه فيكون كالمسلم، وإما لأنه يسقط احتراماً وإن كانت ملكاً، فلا ضمان كمال الحربي، وهذا هو الأقوى. وبالجملة: عدم الضمان فيها - وفي مال الحربي - إنما هو لدليل من خارج، وإلا فهي داخله في عموم خبر (اليد) لأنها ملك حتى في الحربي. ولا يعتبر كونه متمولاً له قيمة، لعموم الموصولة، ولزوم تأدية غير المتمول أيضاً إلى صاحبه، كحبة الحنطة. ولا ينافيه عدم لزوم دفع القيمة في صورة التلف، إذ

(١) الصفات والضمان الرجعة إلى (الخمر) وردت في غير (م) بلفظ المذكور.

[٤٢٧]

هو (١) على فرض كونه ذا قيمة، وهو (٢) أيضاً داخل في النص كماله قيمة في لزوم التأدية، لأمكانها فيه وعدم المانع. ودعوى: كون المتبادر ما كان له قيمة ممنوعة، بل اللفظ عام. وكما يكون عينا (٣) معيناً يكون مشاعاً وكلها أيضاً، لعموم اللفظ، فمن تسلط على نصف دار بالأشاعة - كمن دخل على المالك وأزعجه - بعد ذابذ على النصف، وكذا الشريك، فإنه ذابذ على النصف [الذي] (٤) للشريك الآخر لو تصرف فيه. ودعوى: أن الاستيلاء لا يتحقق إلا على الشيء المعين ممنوعة، بل هو أمر عرفي، وهو متحقق في المشاع كالمعين. ولا ينافيه قوله: (حتى تؤدي) بتقريب: أن تأدية الكلي والمشاع لا يمكن، لعدم المنافاة وجواز التخلية والتأدية إلى صاحبه كما في العقود المتعلقة على المشاع، وكما يكون عينا يكون منفعة، فإنها أيضاً تدخل تحت اليد بدخول العين تحت اليد، لأنه طريق الاستيلاء عليها عرفاً. نعم، هنا بحثان: أحدهما: أن منافع الحر - بناء على ما ذكره من عدم دخوله تحت اليد - لا تكون داخله تحت اليد إذ اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين. وأما بناء على ما ذكرناه: من أن الحر يدخل تحت اليد عرفاً لكنه خارج عن النص بقربنة (حتى تؤدي) الدالة على كون ذلك مملوكاً، فيشكل الحكم في المنافع للحر، فإنها لو استوفيت فلا بحث في ضمانها، لدخولها تحت اليد حينئذ، وإن ثبتت قلت: للأتلاف، فإن كلامنا الآن في الضمان باليد وإن تلف المأخوذ بأمر آخر. وأما إذا لم تستوف ولكن فاتت بسبب الممانعة من ذي اليد وتسلطه، فإن مقتضى ما ذكرناه أنها داخله تحت اليد بواسطة العين، غايته: أن العين غير داخله في الرواية لأنها

(١) الظاهر رجوع الضمير إلى: لزوم دفع القيمة. (٢) الظاهر رجوع الضمير إلى: غير المتمول. (٣) في (م): شيئاً. (٤) من (م).

[٤٢٨]

غير مملوكة، وأما المنفعة فينبغي دخولها، لأنها مملوكة، مع أن الأصحاب لا يقولون بضمن منافع الحر الفائتة بالغصب تحت يده. فإن قلنا: إن منفعه أيضاً ليست مملوكة فلا يشملها (١) الخبر، يلزمنا

النقض بالاستئجار عليه (٢) والصلح ونحو ذلك، فإنها لو لم تكن مملوكة متمولة فكيف تقع في عقد المعاوضة؟ وإن قلنا: إن خروج العين من تحت الخبر يوجب خروج المنافع أيضا، يرد علينا: أنهما شيئان داخلان تحت اليد عرفا، وعدم ضمان أحدهما وخروجه بالدليل أو بالتخصص لا يوجب خروج الآخر. وإن قلنا بأن منافعه لا تدخل تحت اليد ما لم تستوف - لأن يد الحر أقدم من يد الغاصب بالنسبة إلى منافعه، وليست المنافع إلا كتياب الحر التي قد لبسها، فإن حبس الحر بثيابه لا يوجب ضمان ثيابه، لأنها تحت يد الحر عرفا لا تحت يد الغاصب، بل المنافع أولى، لأنها أمور حكمية وليست أعيانا خارجية - يرد علينا: أن هذا في العبد كذلك، فإن تسلط العبد على منافعه التي هي أمور حكمية أزيد من تسلط الغاصب، فكيف تقول: إن منافع العبد تضمن بالفوات؟ وليس اليد شرعا حتى تقول: إن العبد لا يد له، فإن المدار على التسلط. وإن قلنا: إن المتبادر من عموم (ما أخذت) غير مثل منفعة الحر الكائنة تحت يده من دون استيفاء فإن مثل ذلك لا يدخل تحت الدليل، يرد النقص بمنافع الوقف العام، فإنها أيضا تضمن بالفوات تحت يد الغاصب، وأي فرق بين الحر والوقف العام؟ إلا أن يقال: بأن الفرق عرفي والعرف يعد ذلك داخلا تحت الدليل دون المقام. وبالجملة: عدم ضمان منافع الحر بعد إمكان دخوله تحت اليد عرفا مشكل، إلا أن يقال: إن اليد أمر عرفي، وبعد ما فرض كون الشخص حرا لا يقولون - أهل العرف -: إن فلانا ذو يد على فلان، وإن كان في غاية التسلط، فلا يصدق اليد، لا

(١ و ٢) في (م): فلا يشملها... عليها. وما أثبتناه من اصول النسخ أيضا صحيح.

[٤٢٩]

على عينه ولا على منفعتيه، وفرق بينه وبين المملوك، فتدبر. ويمكن تميم ما ذكرناه من الوجوه في عدم ضمان المنافع وإن قلنا بدخول الحر تحت اليد وإن أوردنا على كل واحد منها ما أوردناه، فتبصر. وثانيهما: أنه لا ريب في إمكان اجتماع المنافع المتعددة في العين الواحدة، تفاوتت في القيمة أو تساوت، ولا ريب أن بدخول العين تحت اليد يدخل كل منها تحت اليد فيلزم ضمان الكل، وليس كذلك. وبالجملة: هل عموم (ما أخذت) يشمل جميع هذه المنافع أو يشمل ما هو أعلاها قيمة لتدخل الباقيات فيه، أو يشمل كل ما أمكن اجتماعها في الاستيفاء؟ لا ريب أن الظاهر من الخبر شموله للكل. نعم، المنافع التي لا يمكن اجتماعها في الوجود لا تدخل تحت الخبر مجتمعا، لأن الدخول تحت اليد إنما هو مع وجودها في العين، لا مع الفرض والتقدير، والموجود من المنافع في العين في حال الاستيلاء ما أمكن اجتماعها كلا (١) واحد الأمرين من المنفعتين اللتين لا تجتمعان، فكل ما أمكن وجوده دخل تحت اليد وكل ما تنافى مع الآخر فأحدهما داخل تحت اليد، فإن تساويا في العوض فلا بحث، وإن تفاوتتا يجئ الوجهان في تخيير الضامن أو الغاصب، وهذا هو مقتضى القاعدة الحاصلة من الرواية. وكما يكون المأخوذ منفعة يكون أيضا حقا من الحقوق التي من شأنها العوض والتأدية بقريئة ذيل الرواية، كحق التحجير وحق السبق على المشتركات من مثل المسجد والسوق والخان وغير ذلك من الحقوق، فإنه أيضا يدخل تحت اليد، لأنه يتحقق عليه الاستيلاء عرفا. نعم، هنا إشكال يأتي في إدخال المنافع والحقوق تحت الرواية، وهو أن قوله: (ما أخذت) الظاهر منه بعد ذكر الأخذ كونه عينا خارجيا أو كليا مشاعا، وأما مثل المنفعة والحق فلا يقال فيهما: إنه (أخذت) وهذا يدل على عدم إرادتهما من الرواية، مضافا إلى أن الظاهر من قوله (حتى تؤدي) كون المال المأخوذ قابلا

(١) كذ في (ف، م)، وفي (ن، د): كل. وعلى كلا اللفظين لا تستقيم العبارة.

[٤٢٠]

للأداء إلى صاحبه، ولا ريب أن المنفعة بنفسها غير قابلة للأداء إلى صاحبها، وكذا الحق، فلا وجه لادخالهما تحت الخبر. ووجه الدفع: أن المراد بالأخذ ليس القبض باليد كما بيناه، والاستيلاء يحصل فيهما عرفاً، والتأدية لا تنافي دخولهما، لأن تأدية كل شئ بحسبه، ويقال في العرف لدفع المثل أو القيمة: إنه تأدية للمال إلى صاحبه، وسيأتي توضيح ذلك. وثالثها: (١) أن المراد من الأخذ، - كما ذكرناه - هو الاستيلاء، ولا دخل للجارحة في ذلك، وزعم بعضهم: أن المتبادر من الأخذ هو الأخذ على طريق التسلط والقهر والعدوان، فلا يشمل غير هذا الفرض. وهو مستبعد جداً، ولا ريب في كون لفظه أعم من ذلك، فيعم سائر أنواع الأخذ ما لم يرد دليل مخصص، ولا فرق فيما أخذت بين أصل الأعيان والمنافع وبين أعضائها وبين أوصافها، فإن كلها داخلة تحت اليد مضمونة على المستولي. ومن ذلك تنجح أغلب الموارد المحكومة فيه بالضمان وإن كان بعضها بأسباب آخر يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى بعد ذلك. وانتشار فروع مسألة اليد على حد لا يحتاج إلى ذكرها والتنبيه عليها، وإنما المحتاج ما خرج من القاعدة بقاعدة أخرى، كما سيأتي إن شاء الله تعالى (٢). ورابعها: أن مقتضى الاطلاق في الرواية أن اليد موجبة للضمان، من دون فرق بين كون صاحب اليد عالماً بالحكم أو جاهلاً، ومن دون فرق بين كونه عالماً بالموضوع - ككونه مغصوباً، أو مال عمرو، أو مقبوضاً ببيع فاسد مثلاً - أو جاهلاً به، كمن زعم أنه ماله أو أنه وكيل عليه ونحو ذلك. وهو كذلك، فإنه لا فرق في الضمان من هذه الجهة ما لم يدل دليل رافع مما نذكر بعد ذلك. ولا فرق أيضاً بين كون المال المأخوذ باقياً أو مستحيلاً أو ممزوجاً أو مغيراً،

(١) أي: ثالث المباحث، تقدم أولها في ص: ٤١٨، وثانيها في ص: ٤٢٥. (٢) غير مصحح (م) هذه الفقرة بما يلي: وفروع مسألة اليد كثيرة لا حاجة لنا بذكرها، فإن المقصود تأسيس قاعدتها.

[٤٢١]

أو تالفاً كلاً أو بعضاً أو وصفاً، أو معيوباً، كل ذلك بفعل الله تعالى، أو بفعل ذي اليد، أو بفعل أجنبي، فإنه يتعلق الضمان بصاحب اليد في الصور كلها، وإن كان له أيضاً رجوع على المتلف أو الغار - أو نحو ذلك - في بعض الصور، فإن ذلك كله مقام آخر، والكلام في كون اليد موجبة للضمان كيف كان. وخامسها: أنه زعم بعضهم (١) أن الخير لا يدل إلا على ضمان العين مع بقائها، وأما على ضمان المثل والقيمة مع تلفها فلا، نظراً إلى أن ظاهر كلمة (ما أخذت) إنما هو الشئ المأخوذ بنفسه، ومفعول تؤدي محذوف راجع إلى ما أخذت، فيكون مضمون الرواية: ضمان العين حتى تؤدي إلى صاحبها، ولا دلالة فيها على شئ من المثل والقيمة لو تلفت، بل لا دلالة فيها على صورة التلف بشئ، مضافاً إلى أن دفع المثل والقيمة ليس أداءً لما أخذت فكيف يدخل تحت الرواية؟ وهذا الكلام مختل النظام وإن صدر من المعاصر النراقي (٢)، لأنه بعيد عن مذاق الفقه والعرف، لأننا إذا بنينا في فهم الخبر على ملاحظة، صرف العرف من دون التفات إلى قوانين الشرع وقرائن كلام الشارع لدل على ذلك، فضلاً عن ملاحظة القرينة، نظراً إلى أن المراد بالضمان عند الناس وعند أهل العرف

ليس إلا هذا المعنى، إذ ليس للضمان معنى جديد في الشرع، فإن أهل العرف مع قطع النظر عن الشرع إذا أرادوا تضمين مال شخص لشخص لا يريدون إلا أنه يرد عينه مع وجودها ويدفع بدلها - وهو ما يقوم مقامها - مع تلفها أو تعذر ردها ونحو ذلك، وهذا شئ واضح لا سترة فيه. بل نقول: لا يفهم من الضمان إلا دفع المثل والقيمة عند التعذر، وهو المعبر عنه بتحمل الغرامة، إذ لا يكاد يعقل لضمان العين معنى محصل، فإن دفع عين المال إلى مالكه لا يعد ضمانا ولا غرامة. إذا عرفت هذا، فنقول: إن الخبر دل على أن ضمان ما أخذته اليد ثابت عليه، ولو كان معناه: أن عينه يجب أن يدفعه إلى المالك، لم يكن لذلك محصل، وينافيه

(١) المراد به المحقق النراقي قدس سره كما سيأتي التصريح به. (٢) عوائد الأيام: ١٠٩ - ١١٠، العائدة ٣٣.

[٤٢٢]

ظاهر العبارة، إذ وجوب الدفع إلى المالك لا يعبر عنه بهذه العبارة، بل ينبغي أن يقال: (يجب دفع أموال الناس إلى ملاكها) وأين هذا من قوله: (على اليد ما أخذت؟) فإنه ظاهر بل صريح في إرادة الغرامة، وليس المعنى إلا لزوم دفع ما قام مقامه إذا لم يمكن، وهذا المعنى مما لا يشك فيه مشكك بعد ملاحظة فهم العرف، حتى من لم يتشعر بشرعنا أيضا. ولو لوحظ ما هو المعهود من الشرع أيضا في التغريم للغصاب وغير ذلك من أبواب الفقه يحصل القطع بأن المراد من الغرامة الثابتة على اليد في هذه الرواية عبارة عن دفع المثل والقيمة عند التعذر، فكيف يعقل إنكار عدم استفادة هذا المدعى من الخبر؟ كيف! ولو بنينا في فهم الأدلة على ما هو المذكور فيه صريحا لم يتم لنا من الفقه إلا عشر معشار ما هو بأيدينا، وهو أجنبي عن طريقة السلف والخلف مقطوع بفساده. وبالجملة نحن ندعي: أن ظاهر هذا الخبر الضمان والغرامة بلا شبهة، ومعناه عرفا: دفع ما يخرج به عن عهدة المال وينتفي به الضرر، وهو إما بدفع عين المال، أو ما هو أقرب إليه لو تعذر، ولاريب أن في المثلي لا يحصل الخروج عن العهدة إلا بدفع المثل عرفا، لأنه الأقرب إلى الأصل ذاتا وأوصافا وقيمة، وفي القيمي لا بد من دفع القيمة، دفعا لضرر المالية مع تعذر العين وما وافقه في الصفات. هذا تمام الكلام في تأسيس قاعدة (على اليد) ودلالاتها على الضمان عينا ومثلا أو قيمة. وأما البحث في بيان المراد من بقاء العين والتلف وكيفية التأدية وبيان معنى المثلي والقيمي وضبط كيفية التقويم فسيجيئ إن شاء الله بعد ذكر أسباب الضمان ومسقطاته.

[٤٢٣]

[العنوان الثامن والخمسون] [قاعدة الضمان بالأتلاف]

[٤٢٤]

عنوان [٥٨] من جملة أسباب الضمان: الأتلاف، فإن من أتلف شيئا ضمنه كما دل عليه الخبر (١). ولا يحتاج في إثبات كون الأتلاف موجبا للضمان إلى ذكر الأدلة، وكفى ما دل من الضرورة والأجماع والنصوص الكثيرة على كون مال المسلم وعمله وعرضه ودمه محترما مصونا لا

يجوز الاقتحام عليه والأضرار فيه دليلاً على ذلك، مضافاً إلى عموم أدلة (نفي الضرر) (٢) ونحو ذلك، ولذلك استدل به الأصحاب في إتلاف الحقوق المالية المجعولة من الشرع - كالزكوات والاحماس والأعيان التي تعلق بها النذر ونحوه - والأموال المملوكة للناس بأحد أسباب الملك، ومنافع أموالهم، ونماء أملاكهم، واستيفاء أعمالهم، أو منافع البضع للنساء الحرائر والأماء، وإتلاف النفوس أو الأطراف لحر أو عبد، أو الجراحات، أو نحو ذلك من التعيب (٣) في الأموال والأبدان، وإزالة الأوصاف المتقومة، وإتلاف الرقيق بالاعتناق بسرارية أو تمثيل، وغير ذلك، كلها بقاعدة الاتلاف. والمنشأ ما دل

(١) الوسائل ٨: ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، ح ٩ و ١٢. والمستدرک ٩: ١٢٦، الباب ١٢٨ من أبواب أحكام العشرة، ح ١. (٢) تقدم ذكر ادلته في ج ١، العنوان: ١٠. (٣) في (ن): التعيب.

[٤٣٥]

من الأدلة على احترام ذلك كله للمسلم أو المسلم الذي أفرد الشارع على دينه، إلا في مقامات دل الدليل على خلافه (١). وإنما البحث في موضوع الاتلاف بحيث يتنقح به معناه وينطبق على موارد. وذكر الأصحاب: أن الاتلاف قد يكون بالباشرة، وقد يكون بالتسبب، والمراد بالباشرة: إيجاد علة التلف، كالقتل والأكل والأحراق، والتسبب: إيجاد ما يحصل عنده التلف، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة، كحافر البئر، وفتح رأس الطرف، والمكره - بالكسر - على الاتلاف، ونحو ذلك. وقالوا: إن المباشر والسبب لو اجتمعا فالضمان على المباشر، إلا في صورة الأكره في غير النفوس، فإن الضمان فيها على المكره بالكسر، لضعف المباشر. وذكر بعضهم - كالشهيدي على ما يظهر من عبارته في اللمعة (٢) - الغرور أيضاً، وظاهره أن الضمان يصير على الغار دون المغرور. وفيه كلام يأتي. هذا محصل كلامهم في مسألة الاتلاف، وعليه يدور مدارهم في جميع مباحث الاتلافات التي ذكرناها سابقاً. والذي ينبغي أن يقال: أنه لا عبرة بكون المتلف مباشراً أو سبباً أو نحو ذلك، فإنهما لا يختصان بمرتبة، بل قد يكون سبباً وسبب سبب، وقد يتراعى السلسلة وتتبعده. ولما كان منشأ الضمان إنما هو الاتلاف - على ما يظهر من النص والفتوى - فالمدار على صدق المتلف عرفاً، وتحديداهم بالمباشر والسبب ونحو ذلك إنما هو لضبط ما يصدق عليه العرف، وإلا لم يدل دليل على المباشر والتسبب وتقدم أحدهما على الآخر عند الاجتماع، فينبغي أن يجعل المعيار الصدق العرفي، وربما يصدق على المباشر دون السبب، وربما يصدق عليهما معاً، وربما يصدق على السبب دون المباشر، وقس على ذلك تراخي سلسلة (٣) الأسباب والمباشرين. وما ذكره من الأمثلة في هذا المقام - كما نشير إليها - ليس لبيان حكم

(١) في (ن، د): خلافها. (٢) اللمعة: ٢٣٥ (كتاب الغصب). (٣) كذا في نسخة بدل (م)، وفي النسخ: مسألة.

[٤٣٦]

مختص بالواقعة، وليس خلافهم في هذه الصور والفروض لدليل دلهم على الحكم كما في سائر المسائل الخلافية، بل إنما البحث في صدق الاتلاف وعدمه، ولذلك يطلقه بعضهم ويقيده الآخر وبالعكس.

وإذا عرفت أن المدار على ذلك، فلنذكر أمثلة لتوضيح الباب مما ذكره في بحث الأموال، وفي بحث النفوس، فنقول: لو دفع غيره في بئر حفرها ثالث، فالضمان على الدافع في كلامهم. والوجه صدق أنه متلف دون الأول. وإذا أزال وكاء ظرف فسال ما فيه بحيث كان يسيل بمجرد الدفع ضمن، أو حركه على نحو يقع به فكذلك. ولو فتح رأس زق فتقاطر ما فيه حتى وقع أو ذاب بالشمس فسال ففي كلام بعضهم: فيه إشكال (١) والمنشأ الشك في صدق الأتلاف، وكذا في صورة ما إذا سقط بأمر عارض - كهبوب ريح أو زلزلة، أو نحو ذلك - بعد الفتح فإنه يشك في صدق الأتلاف في المسألة. ولو ألقى صيباً أو حيواناً عاجزاً في مسبعة، فقتله السبع ضمن. ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً، أو حبس المالك عن ضبط الدابة أو الماشية أو نحو ذلك فاتفق تلف المال، قال بعضهم: لا يضمن (٢) نظراً إلى ظاهر الفرض من عدم استناد الأتلاف إليه. وقيده بعضهم بما إذا لم يكن التلف من هذه الجهة بحيث يسند إلى فعله (٣). وأنت بعد التأمل في هذه المسائل التي أوردوها تتنبه على أن المدار على الصدق العرفي، فلا نطيل الكلام بذكر الأمثلة. ولا خصوصية للمباشرة ولا للتسبب. وهذا هو السر في جعلهم الضمان على المكروه - بالكسر - نظراً إلى أن المباشر هنا ضعف بالأكراه فصار يستند الفعل والأتلاف إلى المكروه - بالكسر - ففي الحقيقة هو الذي أتلفه، فليس هذا مخالفاً للقاعدة، بل لا وجه لجعلهم المباشر

(١) كما في التحرير ٢: ١٢٨، والقواعد ١: ٣٠١. (٢) قاله العلامة في التحرير (٢: ١٢٧) في الفرض الثاني، واستشكل في الفرض الأول. (٣) انظر المسالك ٢: ٢٥٧ ط - الحجرية).

[٤٣٧]

مقدماً إلا الصدق، وهو هنا منتف. وأما الغرور: فالذي يظهر: أن الأتلاف يستند إلى المغرور فهو ضامن، غايته: أن الغار أيضاً ضامن يرجع إليه المغرور بقاعدة أخرى تذكر بعد ذلك، ولا يخرج الشخص بكونه مغروراً عن كونه متلفاً عرفاً. والظاهر من كلام الشهيد الثاني: أن المكروه - بالفتح - أيضاً يستند إليه الأتلاف ويصير ضامناً، غايته: أنه يرجع إلى المكروه - بالكسر - بقاعدة أخرى (١). وليس كذلك، بل المرضي المختار عند المشهور: أن الضمان على المكروه - بالكسر - ولعله لفهمهم من العرف أن المكروه - بالفتح - يكون كالالة للمكروه، وهو كذلك. ولا شبهة في كون الأكراه إذا كان بالغاً حداً يسلب معه الشعور والاختيار يرفع الضمان عن المكروه - بالفتح - نعم، لو لم يكن كذلك بل كان خوفاً معتبراً في تحقق معناه - على ما نحققه أن شاء الله في الشرائط العامة - فيشكل عدم صدق الأتلاف عليه، فإما أن يقال بأنه لا يصدق عليه عرفاً، فالقاعدة تقضي بضمن الأمر، وخروج باب الأكراه على قتل النفس بالأجماع وعلى الجرح والطرف - في قول - لا ينافي، لأنه خارج بالدليل، وإما أن يقال بصدق الأتلاف والمسألان (٢) على القاعدة. وأما في الأموال فقد دل الدليل على ضمان المكروه - بالكسر - دون المكروه. وهو بعيد، إذ لا دليل على ارتفاع الضمان عن المكروه - بالفتح - بعد صدق الأتلاف عليه، ولا أستبعد عدم الصدق مع الأكراه كما يراه المشهور. ومن جملة فروعهم في باب الأتلاف: إرسال الماء أو تاجيح النار في ملك المالك فيسري إلى ملك الغير، و (٣) حيث إن المعيار هو الأتلاف، فلذلك (٤) اختلفوا في الضمان بإطلاق وتقييد ونحوه، وقد أشبعنا الكلام في هذا الفرع بالخصوص في ضمن قاعدة الضرر والضار، فراجع (٥)، وتدبر.

(١) انظر الروضة ٧: ٣٣. (٢) يعني: مسألتي الأكره على قتل النفس، والأكره على الجرح والطف. (٣) و: لم ترد في (ن، د). (٤) في (ن): ولذلك. (٥) راجع ج ١، العنوان: ١٠، ص: ٣٣٦.

[٤٣٨]

ولا يختص الأتلاف أيضا بالأعيان، بل يجئ في المنافع، فإن إتلاف منافع الأبدان والأعيان المملوكة بتفويت أو باستيفاء داخل في باب الأتلاف، وكذا تفويت منافع البضع بمعنى استيفائه، فإنه لا يضمن (١) بمحض الفوات - والوجه سيذكر - فإنه نظير منافع الحر، وقد ذكرنا أنه لا يدخل تحت اليد بالمعنى الذي ذكرناه، فإذا استوفيت منافعه فهي مضمونة، إن شئت قلت: لليد، وإن شئت قلت: للأتلاف، فإن استيفاء المنفعة كأكل الطعام. وأما مع عدم الاستيفاء فهو داخل في الأتلاف لو حبسه، لأنه تفويت. ولا ريب في ضمانه (٢) في منفعة العبد ونحوه من الحيوانات المملوكة. وأما منفعة الحر ففيها الكلام السابق في ضمان اليد، بأن نقول: هنا لم يتحقق إتلاف، لأن منافعه تحت يده، وهو أولي وأقرب إلي منفعة (٣) من غيره، وقد فاتت المنافع لنفسها (٤). أو نقول: إن أدلة الأتلاف لا تنصرف إلى مثل ذلك ونحوه. ويقوى الأشكال لو كانت منفعته زمان الحبس مملوكة لغير الغاصب بإجارة ونحوها، فإنه يقوى جدا تسلط المستاجر على الغاصب في ضمان عوض المنفعة مع كون الأجير باذلا نفسه في تلك الحالة، لأنه أتلف منفعته وملكه. ولو كان أجيرا لنفس الغاصب في ذلك الزمان المعين الذي حبسه فيه، فقد ذكروا: أن ضمان المنافع على الغاصب إذا كان المحبوس باذلا نفسه للعمل (٥) ولعله لصدق (الأتلاف) على نفس الغاصب، فكأنه أتلف مال نفسه، ويلزم على ذلك الضمان عليه في الصورة السابقة، ولم أجد لهذا الفرق في كلامهم وجها يركن إليه وإن كان الوجه المتخيل ظاهرا في النظر. وبالجملة: إتلاف منافع الحر بالغصب لو كانت مملوكة للغير بإجارة ونحوها فلا أستبعد ضمانها مع تعيين الزمان. وأما لو لم تكن مملوكة لغير الحر نفسه ففيه الكلام السابق، وينبغي التأمل فيه، فتدبر.

(١) في (م): استيفائها إذ لا تضمن... فإنها. (٢) في (م): الضمان. (٣) كذا في النسخ، والظاهر: منفعته. (٤) كذا، والظاهر: لنفسه. (٥) منهم ابن فهد الحلبي في المهذب البارع ٤: ٢٥٠، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٦: ٢٢٢، والشهيد الثاني في الروضة ٧: ٣٩.

[٤٣٩]

[العنوان التاسع والخمسون] [قاعدة الضمان بالغرور]

[٤٤٠]

عنوان [٥٩] من جملة أسباب الضمان: الغرور. فكل من غر صاحبه بشئ فهو ضامن لما غرمه المغرور، كمن أقدم طعام غير إلى ثالث فأكله، أو باع مال الغير بعنوان أنه ماله فتضرر بذلك المشتري في ثمن أو نماء، أو أعار مال الغير، أو نحو ذلك (١) من أقسام الضرر، ولهذا الغرض أمثلة كثيرة منتشرة في أبواب الفقه. ومن هذا الباب: ضمان العاقد الفضولي في المعاملات كافة بعد تغريم الآخر. وتضمن الشهود في الرجوع عن الشهادة للزوج الثاني يمكن إدراجه في هذا الباب، وكذلك تضمن مدعي الوكالة في النكاح لنصف المهر - كما

في الخبر - (٢) وتضمنين المدلس في النكاح والبيع ونحو ذلك - كما لو ظهرت أمة أو بنت أمة أو ثيبة - والكاذب في رأس المال لو قلنا بعدم الفسخ. ومن هذا الباب: دفع مال المالك إليه لا باعتبار أنه ماله، فزعم أنه عطية - ونحو ذلك - فأتلفه، فإن الدافع ضامن أيضا، ورجوع المولى على عبده المعتقد لو أخذ منه المال المقروض بغير إذنه مع الغرور لو رجع المالك إلى المولى. وبالجملة: كل غرامة وردت على جاهل بالواقع منشؤها شخص آخر بحيث

(١) في (ن، د): غير ذلك. (٢) الوسائل ١٤: ٣٢٨، الباب ٣٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

[٤٤١]

كان تدليسه سببا لذلك فهو ضامن لها وإن لم يكن الغار أثبت يده على ذلك المال ونحوه، ولم يصدق عليه عنوان كونه متلفا. ومن هنا علم: أن المغرور يعتبر فيه الجهل بالواقع حتى يكون مغرورا. وأما الغار: فلو كان عالما بالواقع وقصد التدليس والتغريب وحصل غرور المغرور بواسطته بحيث كان ذلك علة في اعتقاده وإقدامه فلا بحث في كونه غارا. وأما لو كان عالما عامدا ولكن لم يؤثر ذلك في علم المغرور واعتقاده بأن كان معتقدا ذلك المعنى سواء غره ذلك أم لا - كمن دفع مال غيره إلى ثالث بعنوان أنه مال الدافع وكان الاخذ معتقدا ذلك من خارج بحيث لم يؤثر فيه تدليس الغار - ففي كون ذلك غارا وجهان: من كون قصده ذلك، ومن جهة أن الاخذ قد أخطأ وتغرر من قبل نفسه فلا يكون مغرورا من قبل غيره. ويحتمل قويا الفرق بين ما إذا كان فعل الغار بحيث لو لم يكن المغرور معتقدا ذلك لأثر ذلك في تغريبه، وبين ما إذا لم يكن كذلك فيصدق، وهذا الفرق غير بعيد للصدق العرفي. وأما لو كان عالما ولم يكن قاصدا للتغريب لكنه أثر فعله في الغرور، فالظاهر صدق الغار عليه. وأما لو كان جاهلا بالواقع - كمن اعتقد أنه مال نفسه فبذله لغيره فتبين أنه مال الغير - فهل يصدق عليه الغار أم لا؟ احتمالان، ومثله ما لو زعم أنه مأذون في الدفع، أو اعتقد أنه وكيل - ونحو ذلك من الطرق الراجعة للضمان باعتقاده - فبان خطأه. والذي يقوى في النظر حينئذ: أن ذلك أيضا يعد غرورا، فإن فعله قد غر الاخذ الثاني أو المتلف وإن كان هو أيضا غير عالم بالواقعة، وتغرره بنفسه لا ينافي كونه غارا لغيره وإن كان في الصدق حينئذ نوع خفاء. ومتى ما تحقق الغرور بهذا المعنى تعلق ضمان ما اغترمه المغرور عليه (١)، فله أن يطالبه به، وإن كان المغرور هو المتلف ما لم يكن تسليطه على إتلافه بالضمان، فإنه لو دفعه على طريق مضمون - كبيع ونحوه - فيتحقق الضمان على المغرور

(١) العبارة في (م): تعلق به ضمان ما اغترمه المغرور.

[٤٤٢]

أيضا من وجه (١) وإن كان الغار أيضا ضامنا، كما لا يخفى على من لاحظ الفروع المندرجة تحت هذا العنوان. والوجه في ضمان الغار أمور: الأول: ما يظهر من كلمة الأصحاب: أن الغار سبب في الأتلاف، والمغرور مباشر ضعيف، والمباشر متى ما ضعف يصير الضمان على السبب. ولكن هذا الوجه محل نظر من وجهين: أحدهما: أن هذا لو تم لزم عدم تحقق الضمان على المغرور أصلا، لعدم كونه متلفا

ومتصرفا في الحقيقة - كما ذكروه في بحث الأكره، وقد أشرنا إليه سابقا - مع أنهم يقولون: إن المغرور يضمن ويرجع بما اغترمه على الغار، وهذا ينافي ضعف المباشرة. وبعبارة أخرى: لو كان السبب هو الأتلاف فسبب الضمان هنا شئ واحد، فإن كان على الغار فلا وجه لضمان المغرور، وإن كان على المغرور فلا وجه للرجوع على الغار، وإن كانا مشتركين فلا بد من التبعض كما نشير إليه في صورة التركب، فتعدد الضمان مع وحدة السبب لا وجه له. وثانيهما: أن ضعف المباشر الموجب لضمان السبب إنما هو فيما إذا كان المباشر كالالة - كالصبي الغير المميز، والمجنون، والحيوان، والمكره (بالفتح) الخالي عن الاختيار، ونحو ذلك - حتى يصدق الأتلاف على السبب، والمغرور بالغ عاقل شاعر مختار قاصد، فكيف يعقل جعله كالالة؟ فلا بد من إثبات سبب آخر غير الأتلاف يوجب ضمان الغار. الثاني: ما تقدم ذكره من (قاعدة الضرر والضرار) فإنهما منفيان في الشرع، ولا ريب أن الغار بغروره قد أضر المغرور، وقد دل الشرع على عدم الأضرار، وقد أسسنا سابقا: أن ظاهر نفي الضرر: أن من أوجب الضرر فهو ضامن له لا بد أن يرفع الضرر، كما دل عليه الخبر (من أضر بطريق المسلمين فهو ضامن) (٢)، ولا يكون

(١) العبارة في (م) هكذا: استقر الضمان على المغرور. (٢) الوسائل ١٩: ١٨١، الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان، ح ٢.

[٤٤٣]

الرفع للضرر إلا بضمان ما اغترمه المغرور، وهو المدعى، وقد مر بيان دلالة الخبر على هذا المدعى في بحث نفي الضرر، فراجع (١). الثالث: ما اشتهر بينهم من الخبر المعروف وهو: (أن المغرور يرجع إلى من غره) (٢) وإن لم نقف على ذلك في كتب الأخبار، لكن الظاهر من سياق كلامهم، أنه مروى، وحيث إن مضمونه مجمع عليه فلا يحتاج إلى ملاحظة سند ونحوه. الرابع: الأجماع المحصل من تتبع كلامهم في مقامات الغرور، حيث يحكمون برجوع المغرور على الغار، فضلا عن الأجماعات المحكية، بل يمكن تميم المرام بحكم العقل أيضا، فضلا عن الأدلة السمعية. تنبيهان: أحدهما: أن ظاهر كلام الفقهاء، أنه لو اجتمع سلسلة فيها: ذو يد ومتلف وغار، فقرار الضمان على المتلف، لا مطلق ذي اليد، لأنهم ذكروا ترتب الأيدي ونحو ذلك، وذكروا: أن الضمان يستقر على من استقر التلف بيده، وذكروا في مسألة الغرور أيضا: أنه يستقر الضمان على الغار. فنقول: إذا ترتبت الأيدي على مال مضمون، فلا ريب في كون كل منهم ضامنين (٣) سواء في ذلك المتلف والغار والمغرور وغيره (٤) فإذا رجع المالك على من لم يتلف بيده فله أن يرجع إلى من تلف بيده أو إلى اليد اللاحقة كيف كان (٥) لم يكن مغرورا منه، فإن كان مغرورا فليس له الرجوع عليه، لأنه لو كان المالك رجع على المغرور لكان هو يرجع على الغار وإن كان المغرور متلفا. ولو رجع المالك على ذي يد مسبوق بغار ملحق بمتلف، فله الخيار في

(١) راجع ج ١، العنوان: ١٠. (٢) حكى عن المحقق الثاني في حاشية الأرشاد: أنه نسب ذلك إلى النبي الأكرم صلى الله عليه وآله، راجع الجواهر ج ٣٧ ذيل الصفحة: ١٤٥. (٣) لا يخفى ما في العبارة، ولذا غيرها مصحح (م) ب: كل منها ضامنا. (٤) في (م): غيرها. والمناسب: غيرهم. ما (٥) في (م): كانت.

[٤٤٤]

الرجوع إلى الغار أو إلى المتلف، لأن كلا منهما بالنسبة إلى الرجوع سواء بعد تحقق السبب ما لم يكن هو غارا للمتلف. ولو رجع على الغار فلا رجوع له على المتلف باعتبار أنه غار للثاني، فلا رجوع له عليه فقد انقطع السلسلة. ويحتمل رجوعه على المتلف، لأنه يدفعه القيمة كأنه صار مالكا للمال التالف وقد أتلفه المتلف ولم يكن مغرورا من قبل أحد، فإن الأول غير الثاني دون الثالث. وإن رجع على المتلف فلا رجوع له على الغار، إذ الغار ليس غارا له، بل غار لذی اليد الواقع في الوسط، مع احتمال كون غروره للأول غرورا للأخير. وبالجملة: فمما ذكرنا تنبيه على استخراج صور المختلطات وتطبيقها على القاعدة. وثانيهما: أنه كما يتركب اليد الموجبة للضمان - كما مثلناه - فكذلك يتركب الأتلاف والغرور أيضا، فلو اشتركا في إتلاف شيء مباشرة (كضاربي رجل بالسيف فمات بهما) أو تسببا (كحافري البئر) اشتركا في الضمان، لصدق الأتلاف على المجموع المركب، فيتوزع، غايته: أن في قتل النفس للاشتراك أحكاما خاصة منصوصة، وبالجملة: غرضنا: إثبات الاشتراك في الضمان على أي نحو كان. ونحو ذلك: الغرور، كما إذا شهدا على مال بأنه ماله فأخذه وأتلفه ثم بان أنه ملك للغير، وبالجملة: يتركب التغرير فيما إذا كان فعل كل منهما جزء سبب في الغرور، ويشتركان حينئذ في الضمان. ويمكن فرض الاجتماع على أن يكون فعل كل منهما علة تامة في الأتلاف أو في الغرور، كما لو فرض صدور السبب من كل منهما دفعة بحيث لو لم يكن أحدهما لكفى الآخر، فيكون كل منهما علة مستقلة بهذا المعنى، ولازم ذلك أيضا الاشتراك في الضمان.

[٤٤٥]

[العنوان الستون] [قاعدة الضمان بالتعدي والتفريط]

[٤٤٦]

عنوان [٦٠] من جملة أسباب الضمان: التعدي والتفريط، ذكره (١) الفقهاء في الامانات المالكية والشرعية كلها كما يطلع عليها المتتبع، وحيث إن كل ما يسمى عندهم أمانة غير مضمونة على القابض في حد ذاتها (٢) لما سيأتي من أن الاستئمان من مسقطات الضمان، فلا تكون الأمانة مضمونة، بمحض كونها مقبوضة باليد. نعم، إذا حصل التعدي والتفريط فتصير مضمونة كسائر ما استولى عليه اليد على القاعدة، وبهذا الاعتبار يعدان سببين للضمان، ومنشأ ذلك: أن القاعدة الأولية كون المقبوض باليد مضمونا مطلقا كما قررناه. نعم، خرج منها باب الامانات - على ما يأتي تفصيل المراد منها - فإنها غير مضمونة، لكن القدر المتيقن من خروج الأمانة عن الضمان هو حالة بقاء الأمين على أمانته، أتيا بما يلزم عليه الأتيان به، تاركا لما يجب عليه الاجتناب عنه في خصوص هذه الأمانة. وأما مع خروج الأمين عن هذا الحد فيخرج عن هذا الحكم ويصير مضمونا عليه بقاعدة اليد. وبعبارة أخرى: خروج الأمانة عن قاعدة اليد تخصيص في الأحوال لا في الأفراد، فإن الأمانة غير مضمونة ما دامت كذلك، فإذا خرجت عن ذلك بالتعدي

(١) في (م): ذكرهما. (٢) في (م): غير مضمون على القابض في حد ذاته.

[٤٤٧]

والتفريط فقد دخلت تحت عموم اليد، بمعنى: أن هذه الحالة أو هذا الفرد كان داخلا تحتها غير خارج عنها. ومنشأ كون التعدي والتفريط مخرجا عن الأمانة ودليل إسقاط الضمان أنه سيأتي في محله: أن عدم ضمان الأمانة: إما من جهة النصوص الدالة على عدم ثبوت شئ على الأمين، وإما من جهة قاعدة الأذن من المالك ومن قام مقامه أو من الله - تبارك وتعالى - في الامانات الشرعية بناء على أن الأذن لا يستعقب الضمان - على تفصيل يأتي في محله - وإما من جهة إجماع الأصحاب على عدم الضمان على الأمين، وإما من جهة قاعدة نفي الضرر، وإما من جهة لزوم العسر والجرح وسد باب المعاملات والودائع لو لم يكن الحكم كذلك. وهذه الأمور كلها منتفية بعد التعدي والتفريط، لخروج الأمين بذلك عن صدق الأمين عرفا كما لا يخفى، لأن الأمانة مقابلة للخيانة، ولا ريب أن التعدي والتفريط خيانة، فإذا خرج عنه فهو داخل في عموم دليل الضمان. وأما الأذن: فلا ريب في كونه مقيدا بعدم صدور مثل ذلك عنه، سواء كان من جانب المالك ونحوه أو الشرع، حتى أن الأذن المطلق أيضا لا ينصرف إلى صورة التعدي والتفريط. وأما التصريح بعدم الضمان وإن تعدي، فهو رخصة في الأتلاف، وهو خارج عن فرض الاستئمان. وأما الأجماع: فهو في صورة التفريط أو التعدي غير محقق، بل الحق أن إجماع الأصحاب على تحقق الضمان بأحدهما - كما ذكره في الوديعة والعارية والمضاربة والأجرة والوكالة والوصية واللقطة وعامل الجعالة والمساقاة والمزارعة والشركة وغير ذلك - محقق عند من تدبر. وأما مسألة نفي الضرر: فلا تأتي في المقام، لأن الأمين قد فتح باب الضرر على نفسه بالتعدي والتفريط، مع أن تضرره بالغرامة معارض بتضرر المالك بتلف ماله، فعموم اليد سليم عن المعارض. ومثل ذلك نقول في العسر والجرح، فإن الأمين غير ضامن إلا إذا خرج عن

[٤٤٨]

الأمانة، وهذا لا يوجب انسداد باب الاستئمان أصلا. فتلخص من ذلك: أن الضمان بأحد الأمرين: من جهة الأجماع عليه ومن جهة رجوعه بذلك إلى قاعدة اليد وخروجه بذلك عن باب الامانات. ويدل على كونهما موجبين (١) للضمان النصوص الخاصة أيضا، كصححة أبي ولاد (٢) وغيرها. وإنما البحث في موضوع التعدي والتفريط، إذ الأصحاب ليس لهم في هذا الباب كلام منقح. والظاهر: أن (التعدي) عبارة عن فعل ما يجب تركه، كركوب الدابة أزيد من المسافة المستأجر عليها، أو السير بها على خلاف المعتاد، أو جعل ما لم يشترط في العقد على الدابة، أو ضربها، أو نحو ذلك. و (التفريط) عبارة عن ترك ما يجب فعله، كترك سقي الدابة وعلفها، أو عدم حفظها في المكان اللائق لها، ونحو ذلك في كل شئ مؤتمن [عليه] [(٣) بحسبه. وقد يطلق عندهم التعدي على ما يعم التفريط، ويكون المراد منه: التجاوز عما ينبغي القيام به، سواء كان فعلا لما يترك أو تركا لما يفعل. وقد يطلق التفريط على ما يعم التعدي، ويكون المراد به التقصير في حق المالك، سواء كان بترك ما يجب أو بفعل ما يحرم، والأمر في ذلك سهل. نعم، هنا أمور لا بد من التنبيه عليها: الأول: أن المعتبر في التعدي والتفريط هل هو صدورهما عنه قاصدا لذلك فلو صدر منه سهوا أو نسيانا أو في حالة النوم والسكر ونحو ذلك لا يصير ضامنا، أو هو أعم من القصد والعدم فكل ما لا ينبغي أن يفعل أو يترك إذا فعله أو تركه قاصدا أم لا فهو ضامن؟ ظاهر لفظ التعدي والتفريط يشعر باعتبار القصد، ولأن غير القاصد معذور فكيف يترتب عليه الضمان؟ ولكن ينبغي أن يقال: إن ظاهر كلام الأصحاب، مطلق، ولا خصوصية

[٤٤٩]

للفظين، إذ لم يدل دليل بهذا العنوان، إلا أنه مورد الاجماعات، والعمدة أن عموم دليل الضمان محكم، غاية ما خرجنا عنه في حالة البقاء على الأمانة، وأما بعد وقوع تصرف غير مرضي فلا يعلم دخوله تحت أدلة الأمانة، فالمرجع قاعدة الضمان، مضافا أن من صور المسألة صورة (١) استناد التلف إلى ذلك التعدي أو التفريط، فيندرج حينئذ تحت دليل الأتلاف الذي لا شك في عدم مدخلية القصد فيه، فإن المتلف ضامن وإن كان نائما أو ناسيا أو نحو ذلك، وإذا ثبت في هذه الصورة يثبت (٢) في باقي صور التلف بعد التعدي - كما نذكرها مفصلا - بعدم القول بالفصل. ولا يقال: إن قبل وقوع هذا الفعل لم يكن مضمونا على الفايض، وبعد صدور مثل ذلك بلا قصد نشك في عروض الضمان وعدمه [و] (٣) الأصل بقاء الحكم السابق على حاله، فإذا تم هذا في هذه الصورة يتم في ما فرضته أيضا بعدم القول بالفصل. لأنا نقول أولا: إن جريان الاستصحاب فرع بقاء الموضوع الذي اخذ عنوانا في أصل الحكم - كما ذكرناه في بحث تبعية الأحكام للأسماء - (٤) وهنا قد تعلق حكم عدم الضمان بالأمين والأمانة، وبعد وقوع مثل هذا الفعل نشك في كون هذا أمينا حتى نستصحب حكمه. ولم يتعلق الحكم على هذا المال ولا على الشخص حتى يستصحب ببقائهما الحكم، وذلك واضح. وثانيا: أن بعد فرض صحة الاستصحاب نقول: لا يعارض إطلاق أدلة الضمان وعموماته، نظير تعارض استصحاب الخيار مع عموم لزوم العقود، حيث ذهب الأكثر فيه إلى الفورية تقديمًا لجانب الإطلاق - وقد مر الكلام فيه سابقا - (٥) فالمعارض لدليل الضمان أدلة الأمانة، ولا يعارض الاستصحاب دليل الضمان.

(١) في غير (م): صور. (٢) في (د): يضمن، وفي (ف، م): ثبت. (٣) من (م). (٤) راجع ج ١، العنوان: ٦. (٥) راجع العنوان: ٢٩، ص: ٣٧.

[٤٥٠]

وثالثا: أنه لو سلم ذلك فلا يمكن إلحاق صورة التلف بالتعدي - للأجماع على الضمان فيه - حتى يتم لك القول باشتراط القصد في ذلك، فمتى ثبت في تلك الصورة بالدليل الاجتهادي وبالاجماع فيلحقه باقي الصور، مع أنه لو أمكن الألفاق أيضا لكننا نقول بترجيح جانب الضمان لقوة الضميمة (١) والاستناد إلى دليل اجتهادي، فتدبر. الثاني: أنه هل يعتبر كونه عالما بأن هذا تعد أو تفريط، أو يعم الحكم ما لو كان عالما بالموضوع أو جاهلا، بل ما لو كان معتقدا للخلاف أيضا - كما لو زعم ما فعله لازم الفعل فبان لازم الترك، أو ما تركه لازم الترك فبان لازم الفعل -؟ الظاهر التعميم، لعين ما ذكرناه من الوجوه السابقة، فإن السبب من الأحكام الوضعية التي لا يفرق الحال فيها بين العلم والجهل، بل متى ما قلنا بعدم اعتبار القصد فلا وجه لاعتبار العلم بالموضوع. وأما العلم بالحكم - بمعنى كون هذا التعدي أو التفريط موجبا للضمان - فغير معتبر قطعا، إذ العلم أو الجهل بالأحكام اللاحقة للموضوعات لا يؤثر في صدق ألفاظ الموضوعات عليها، ومتى ما علق الحكم على لفظ يترتب بعد صدقه، سواء علم الحكم أو جهل، مضافا إلى أن المعيار في المقام على ما ذكرنا: عموم (اليد) وهو غير مشروط بشئ من ذلك. الثالث: أنه لا يعتبر العلم بأنه مال الغير، فلو زعم أنه مال نفسه أو مأذون فيه في

التصرف كيف كان فإن خطأه فقد تحقق التعدي والتفريط وتعلق الضمان كيف كان، وعلى ما ذكرنا يكون معنى كلام الأصحاب: (فعل ما يجب تركه وترك ما يجب فعله) إرادة الواقع، بمعنى: أنه لو لم يكن هناك سهو ولا نسيان ولا جهل ولا خطأ ولا غير ذلك من الأعذار لكان ذلك واجبا، لا الوجوب بالفعل، وإلا للزم الاقتصار على صورة الوجوب الشرعي وانحصر الضمان فيما إذا فعل ما هو حرام

(١) كذا، ولم نتحقق المراد منها.

[٤٥١]

شرعا، وهو لا يتحقق [إلا] (١) بإجتماع شروط التكليف وارتفاع الأعذار المسوغة كمالا، فتدبر. الرابع: أن بعد تحقق التعدي والتفريط، فإذا أن يتحقق التلف بنفس ذلك التعدي ونحوه، أو بأفة سماوية، أو بفعل أجنبي، أو بفعل نفس المتعدي، أو بفعل المالك. أما الأخير: فيجئ بعد ذلك أنه في حكم الأداء إلى المالك. وأما الأربعة الأخرى: فالظاهر أن الضمان في كلها يتعلق بصاحب اليد وإن كان له أيضا رجوع على المتلف في إحدى الصور إذا لم يكن غارا له، والوجه في ذلك ما ذكرناه: من عموم دليل (اليد) والخروج عن باب الأمانة، فيصير مضمونا عليه بأي نحو تلف، غايته: أنه إذا كان المتلف هو ذو اليد ترتب عليه الضمان بوجهين: لليد وللأتلاف، وفي باقي الصور لليد خاصة، وذلك واضح. ولو قيل: إن دليل اليد قد تخصص بدليل الامانات المالكية، نقول: إن شمول دليل الأمانة بعد وقوع فعل غير مرضي ممنوع، ودليل الضمان عام لا شبهة فيه، وإذن المالك لم يحصل إلا مع البقاء على نحو الأمانة، فتبصر.

(١) من (م).

[٤٥٢]

[العنوان الحادي والستون] [قاعدة الضمان بالتلف قبل القبض]

[٤٥٤]

عنوان [٦١] من جملة أسباب الضمان: التلف قبل القبض. وأصل هذه القاعدة إنما هو في البيع، وهو الخبر المشهور: (أن المبيع إذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) (١) وانعقد على ذلك الأجماع أيضا كما نص عليه (٢). وتوقف بعضهم (٣) في تسري هذا الحكم إلى الثمن بمعنى كونه مضمونا على المشتري قبل الأقباض للبائع. ومن ذلك أيضا يحصل الأشكال في التسري إلى سائر المعاملات، كالصلح والأجارة والهبة المعوضة، وعمل المزارعة والمساقاة، واجرة المسابقة والرماية، ومهر النكاح، ومال الكتابة، وعوض الخلع أو الطلاق بعوض - على ما يراه بعضهم (٤) من صحته - كما هو الظاهر، وبعبارة أخرى: كل عوض تلف قبل القبض في المعاملات فهو من مال صاحب اليد وغرامته عليه لا من المالك، فإن

(١) عوالي اللالي ٢: ٢١٢، ح ٥٩، بلفظ (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه).
(٢) السرائر: ٢: ٢٧٨، التذكرة ١: ٤٧٢، كشف الرموز ١: ٤٦٠، جامع المقاصد ٤: ٢٠٨.
(٣) انظر الرياض ١: ٥٢٨. (٤) نسبه المحدث البحراني إلى الشهيد الثاني - قدس سرهما - وقال: لم يسبق إليه غيره سابق ولا لحقه فيه لا حق من أصحابنا - رضوان الله عليهم - انظر الحدائق ٣٥: ٥٦٨.

[٤٥٥]

هذه الكلية لا دليل عليها إلا ما دل من النص والأجماع في البيع في خصوص المبيع، وليس البحث فيما إذا كان التلف بإتلاف صاحب اليد، لأنه حينئذ ضامن بقاعدة الأتلاف قطعاً، ولا فيما إذا كان التلف بإتلاف المالك له وإن لم يقبض، فإنه في حكم القبض - كما نذكره في باب التأدية إن شاء الله تعالى - ولا فيما إذا كان ذو اليد معانداً غاصباً مانعاً من الدفع إلى صاحبه مع وجوبه عليه، وإلا لكان ضامناً بأدلة الغصب والعدوان قطعاً. بل إنما البحث فيما إذا تلف بأفة سماوية، أو بإتلاف أجنبي مع عدم لزوم الدفع والقبض على صاحب اليد، إما لأذن مالكة في البقاء والتأخير من دون أن يجعله وكيلاً في القبض حتى يحصل القبض، وإما لأمسাকে المال حتى يحصل التقايب من الجانبين - على ما حققناه: من عدم لزوم القبض قبل إقباض الآخر فيما يمكن فيه التقايب على المعنى الذي فصلناه بحسب تفاوت المقامات في العين والمنفعة في باب القبض، فراجع (١) - فإنه ليس في هذا الفرض من أسباب الضمان السابقة شئ، وإنما الضمان هنا مبني على تأسيس قاعدة (التلف قبل القبض). وحيث إن المدرك خفي في المقام اقتصر بعضهم على خصوص المبيع (٢) للنص والأجماع ولم يتعد إلى غيره وحكم بكون التلف في غيره - حتى في الثمن - من مال المالك، فإن كان التلف بأفة سماوية فقد تلف من ماله كما لو كان في يده، وإن كان التلف بإتلاف أجنبي فله الرجوع على المتلف، ولا دخل في ذلك لصاحب اليد. ولكن لا يخفى أن الأصحاب التزموا بضمن صاحب اليد في منفعة الأجرة،

(١) راجع العنوان: ٤٤، ص: ٢٦٠. (٢) لم نعثر على من حكم بالاقتصار جزماً، نعم استشكل في التعميم صاحب الرياض قدس سره على فرض عدم تمامية الوفاق المدعى في كلام بعض الأصحاب، انظر الرياض ١: ٥٢٨.

[٤٥٦]

بل الاجرة قبل القبض، فضلاً عن الثمن، سواء كان التلف ب كله أو ببعضه، أو بوصف من أوصافه بتعيب ونحوه، وبعد التأمل يظهر: أنهم يقولون في سائر المعاوضات بذلك، والذي يقتضيه النظر الصحيح: كون الضمان على صاحب اليد لا على المالك في المعاوضات كلها وإن لم ينص عليه الأصحاب إلا في بعض المقامات، والسر فيه: أن القبض والاقباض بعد تحقق المعاوضة والتملك واجب على المتعاقدين في مقابل العوض الآخر - على ما حققناه في باب القبض (١) - بمعنى: أنه لا يجب دفع أحد العوضين إلا بدفع الآخر بإرائه وهنا إشكالات دفعناها في باب القبض. فإذا كان كذلك (٢) فإن لم يكن الآخر دفعه ودفع الدافع ثم تلف من ذلك الجانب ولم يمكن (٣) الأقباض فهو مكلف بالاقباض حتى يتصرف ما قبضه من ذلك الجانب، وحيث تعذر بالتلف ففات الشرط فلا يمكنه التصرف فيما أخذه، فيجب أن يدفعه إلى مالكة الأول قضاءً لحق المعاوضة بعد إتيان ما قدمناه من المقدمة، وإن كان لك كلام في ذلك فراجع ما كتبناه في باب القبض تفز بحظ وافر. وليس معنى الضمان في هذا المقام إلا كون تلف هذا المال من مال صاحب اليد دون مالكة، وحيث كان عوضاً عما أخذه ففات العوض فليرجع المعوض إلى مالكة الأول، وهذا معنى:

كون ضمانه على ذي اليد، وهذا مما لا إشكال فيه. وهنا كلمات وأبحاث متفرعة على خصوص المقامات أعرضنا عنها بعد إتيان ما أردناه من القضية الكلية، فعليك بالتتبع التام في أطراف الكلام.

(١) راجع العنوان: ٤٤، ص... (٢) العبارة من هنا إلى آخر الفقرة لا تخلو عن اندماج، فلذا غيرها مصحح (م) بعبارة أخرى لا حاجة بذكرها بعد وضوح المراد. (٣) في (ن): ولم يكن.

[٤٥٧]

[العنوان الثاني والستون] [قاعدة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

[٤٥٨]

عنوان [٦٢] من جملة أسباب الضمان: القبض بالعقد الفاسد. وقد نص على ذلك الأصحاب في باب البيع، ولكنهم يذكرون في سائر المقامات: أن (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وما ذكرناه في العنوان أعم من هذه القاعدة، فإن كلامنا هو: الضمان في كل ما قبض بعقد فاسد، سواء كان صحيحه مبنيا على الضمان أم لا. لكنهم يقولون: (كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) وهذا يدل على عدم ضمان ما قبض بعقد فاسد لا ضمان في صحيحه، فيكون هذا واردا على قاعدتنا هذه مسقطا للضمان. ونذكر - إن شاء الله - قضية العكس في مسقطات الضمان مع ما يصلح أن يكون مدركا له، نظرا إلى أن ما نذكره هنا من الوجه على الضمان وجوه، بعضها يعم العقود كلها، وبعضها يختص بما بني على الضمان، فإن كان المعتمد في الضمان هو الدليل العام فلا بد من بيان قضية العكس حتى يكون واردا عليها، وإن كان المعتمد الدليل الخاص بعقود الضمان فلا يكون بينهما تدافع. ثم إن العقد الفاسد قد يكون من جهة العقد واللفظ بأن لا يكون جامع الشرائط، وقد يكون فساده من فوات شرط المتعاقدين، أو من فوات شرط العوضين، أو من فوات أصل العوض - كالبيع بلا ثمن والأجارة من دون اجرة،

[٤٥٩]

ونحو ذلك - وقد يكون المتعاقدان عالمين بالفساد، وقد يكونان جاهلين، وقد يكون أحدهما عالما والآخر جاهلا. وظاهر إطلاقهم الضمان في العقد الفاسد مطلقا، والوجه في الضمان فيما كان صحيحه مبنيا على الضمان - كالبيع والصلح والهبة المعوضة والمزارعة والمساقاة والجعالة والوكالة بعوض والمسابقة والنكاح، ومثله الخلع والطلاق بعوض - أمور: أحدها: أن كلا من المتعاقدين قد أقدم في العقد على الضمان - إذ ليس الغرض في العقود المجانية - فيثبت ما أقدم عليه. ولا يمكن أن يقال: إن إقدامهما إنما هو على تقدير الصحة، فكيف يقال بضمائهما على تقدير الفساد مع جهلهما بأنه فاسد؟ فلا يكون الإقدام على الإطلاق. لأننا نقول: إنهما لما علما الضمان في صورة الفساد بقيمة المثل واجرة المثل (١) ومهر المثل، كان قبضهما إقداما على الضمان وإن بنيا على الصحة. ولو سلم عدم إقدامهما على الضمان على تقدير الفساد، فإما أنهما قاصدان الضمان بالمسمى مطلقا، وإما أنهما ساكتان عن صورة الفساد بحيث لم يخطر ببالهما ذلك، فيكون أصل الإقدام على الضمان على

كل حال، وليس غرضنا الآن إثبات كون الضمان بالمسمى أو بغيره. كما لا يمكن أن يقال: إن في صورة العلم بالفساد فقد أقدم كل منهما على إتلاف ماله - وسيأتي في المسقطات أن الأقدام من حملتها - ولا فرق بين المقام وبين دافع الثمن إلى البائع الفضولي مع العلم بفضوليته، فإنه لا يرجع عليه لو لم يجز المالك (٢) مع تلف الثمن، وليس إلا لأقدامه، فهنا يصير بالاولوية، لأن الأقدام هناك إنما هو بتوقع الأجازة، وهنا معلوم الفساد كما هو المفروض. لأننا نقول: إن الدفع مع البناء على المعاوضة ولو صورة بطريق التشريع ليس

(١) لم يرد (واجرة المثل) في (ن، د). (٢) في غير (م): التالف.

[٤٦٠]

إتلافا للمال، وقياسه على باب الفضولي - لو سلم عدم الرجوع فيه - فاسد، لأنه دافع لماله إلى من ليس العوض الاخر له (١)، فيعلم أن صاحب المال يأخذه منه. بخلاف المقام، فإنه دافع ماله بإزاء مال الاخر، وإن كان بمعاوضة فاسدة فهو واثق بحصول العوض له كيف كان. وثانيها: الأجماع المحصل من تتبع كلام الأصحاب في هذه الأبواب، حيث يحكمون في كل موضع يفسد فيه عقد المعاوضة بثمن المثل واجرة المثل ومهر المثل كما لا يخفى، مع حكاية الأجماع على ذلك في كلامهم نقلا مستفيضا، بل متواترا على اختلاف في المورد في الجملة. وثالثها: الخبر السابق في قاعدة اليد، فإن هذا المقام فرع من فروعها. وغاية ما يمكن هنا أن يقال: إن الغرض كون هذا المال مقبوضا بإذن المالك فلا وجه لكونه مضمونا، لما سيأتي بعد ذلك من كون الأذن من مسقطات الضمان. ويمكن أن يقال: أن الأذن إنما حصل في ضمن العقد مقيدا، وهو يزول بزوال القيد، وسيأتي توضيح ذلك. ورابعها: القاعدة المشار إليها من: أن (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وهذه القاعدة في الجملة دالة على الضمان على ما يظهر من معناه، وهو المدعى. نعم، يبقى الأشكال في كونه مفيدا لضمان المسمى أو اجرة المثل وقيمة المثل، وهو كلام آخر، ويأتي في ذيل المسألة الإشارة إلى احتمالات هذه العبارة وبيان المراد منها. وهنا إشكالات بعضها عامة وبعضها خاصة: أحدها: أنه لم لا يكون العقد الفاسد - إذا كان من حيث لفظه - قائما مقام المعاوضة ويحصل به الملك؟ لما مر بيانه (٢) ويكون التلف من مال صاحب اليد لا

(١) العبارة في غير (م) هكذا: على ما ليس العوض الاخر منه. (٢) في (م): على ما مر بيانها.

[٤٦١]

دخل له بالمالك (١) الأول، فلا وجه للحكم بالضمان. وكذا لو كان الفساد من جهة هي لا تضر بالمعاوضة، كعدم ذكر أجل النسبية ونحو ذلك في وجه. والدفع: أن اللفظ لم يكن مؤثرا على ما هو المفروض، وكونه معاوضة إنما هو في صورة قصد (٢) النقل والانتقال بالتعاطي، والغرض أنهما قصدها باللفظ، فما قصد تأثيره لم يؤثر، وما لم يقصد تأثيره لا يكون مؤثرا، وهو المدعى. وثانيها: أن من جملة صور المسألة: ما لو كان الدافع عالما بالفساد والقباض جاهلا، ولا وجه في هذه الصورة لتضمين القباض، نظرا إلى أنه مغرور من قبل الدافع، وقد مر أن المغرور يرجع على الغار، فلا وجه للرجوع بالعكس.

والجواب: أن التعليم غير واجب، وذلك ليس تغريرا من الدافع، بل هو تقصير من قبل الاخذ في تعلم الأحكام، فهو قد تغرر بنفسه، بخلاف الغرور في الموضوعات، فإنه غرور، وهنا قد اغتر من تقصيره. وثالثها: أن الدفع لما كان بإذن المالك فينبغي دخوله تحت الامانات المخرجة عن الضمان. ودفعه: بأن عدم كون الفرض من الامانات الشرعية واضح، إذ هي مشروطة بعدم اطلاع المالك وإذن الشارع، وكلاهما منتفیان. وأما الأمانة المالكية: فهي فرع الأقباض على طريق الاستئمان أو الأحسان، وهما منتفیان، والأذن قد تقيد بالمعاوضة وهي قد فسدت، فيرتفع الأذن. ودعوى: أن الأذن هنا ينحل إلى إذنين: إذن على تقدير المعاوضة وإذن في التصرف كيف كان، ينافيها الوجدان حتى في صورة العلم بالفساد أيضا، فإن الأذن هناك أيضا مقيد ببقاء المعاوضة الصورية، فإذا بني الأمر على المراجعة فكل منهما يرجع إلى صاحبه من دون فرق. نعم، هنا كلام في كون الضمان بالمسمى أو بالقيمة في كل شئ بحسبه، وهو كلام آخر يأتي إن شاء الله تعالى في كيفية الضمان، فارتقب

(١) في غير (م): للمالك (٢) في غير (م): المقصود.

[٤٦٢]

ورابعها: أن من جملة صور المسألة: ما لو كان الفساد من عدم العوض، كما لو قال: أجرتك، أو زارعتك، أو بعثك، أو صالحتك، أو نحو ذلك من عقود المعاوضة بلا عوض، فإنه لا وجه حينئذ بالضمان، لأنه صريح في الدفع المجاني والرخصة في الأتلاف، وكذا إذا ذكر عوضا لا مالية له - كالحشرات - فإنه أيضا كذلك، فكيف تقولون بالضمان؟ والجواب: أن فيما إذا كان قد ذكر العوض الغير القابل، فوجه الضمان واضح، نظرا إلى أن الدفع بإزاء (١) هذا العوض وإن لم يصلح عوضا، مكان الدفع على طريق ضمان في نظره، لا على سبيل المجان حتى لو كان عالما بعدم قابلية العوض أيضا، إذ دعوى عدم تعقل تقييد (٢) الدفع بالعوض مع العلم بالفساد ممنوعة، بل ليس ذلك إلا كالتشريع في العبادات مع العلم بعدم الأمر، فيدفعه على أن يكون هذا معاوضة وإن علم بأنه لا يصير شرعا. وأما إذا لم يذكر العوض ففيه الكلام من وجهين: أحدهما: بعد العلم بقصده، وهو إما بإرادة الدفع المجاني وهو خارج عن محل البحث والعبارة لاغية، وإما بإرادة الدفع على أن يكون هذا بيعا أو إجارة أو مزارعة مثلا، لكنه بلا عوض، وحينئذ نقول: إنه لم يرخص على التلف مجانا مطلقا، بل على تقدير كون ذلك إجارة مثلا، والفرض أنه لا يتحقق، فالأتلاف غير جائز. وثانيهما: أن مع عدم العلم بقصده هل المستفاد من العبارة أي شئ؟ فإن ظاهر (أجرتك) - مثلا - يقتضي العوض، وظاهر (بلا إجارة) يقتضي كونه قصد العارية فيتعارضان، وهو خارج عن محل البحث. هذا هو الكلام في عقود المعاوضة. وأما ما عداها - كالهبة بلا عوض والوقف والسكنى والتحبيس والعارية

(١) في غير (م): في إزاء. (٢) في (ف)، (م): تقيد.

[٤٦٣]

والوديعة والشركة والمضاربة (بالنسبة إلى رأس المال والربح) والوكالة والوصاية ونحو ذلك - فما قبض بشئ منها وكان العقد

فاسداً، فينبغي ضمان المقبوض أيضاً، لعموم ما دل على ضمان اليد وكون إذن المالك على فرض صحة العقد، وأما على فرض البطلان فلا إذن كما ذكرناه. وبالجملة: الوجه المذكور فيما قبض بالعقد الفاسد في المعاوضات يجئ في المجانيات أيضاً لو لم يكن أمر آخر يخرجها (١) عن الضمان، ولكنها قد خرجت بقولهم: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) ويجئ الوجه في ذلك في مسقطات الضمان. تنبيه: في الإشارة إلى احتمالات هذه القاعدة وبيان المراد منها تتميماً للمبحث وتعميماً للنفع، والاحتمالات فيها أمور: أحدها: أن يراد: أن كل عقد يتحقق فيه الضمان لو كان صحيحاً بالعوض يضمن فيه لو كان فاسداً إذا تلف، فيختص الأصل وهو قولنا: (كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) بعقود المعاوضات، وعكسه وهو (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) يشمل الامانات، كالوديعة، ورأس مال المضاربة، والعين المستأجرة - دون (٢) منفعتها - والعقود المجانية: كالهبة بلا عوض، فإن كل ذلك غير مضمون في الفاسد كما في الصحيح بلا فرق. الثاني: أن يراد منه: أن كل عقد يحصل الغرامة والخسارة في صحيحه لأحد - بمعنى: أنه يتلف من ماله - يحصل الخسارة في فاسده أيضاً عليه، وما لا يحصل في صحيحه كذلك لا يحصل في فاسده أيضاً، فيشمل الأصل العقود المجانية كما يشمل المعاوضات، فإن المال الموهوب كما يتلف من المتهب في الصحيح فكذلك في الفاسد، ويختص العكس بالامانات التي لا خسارة فيها صحيحاً وفاسداً.

(١) في غير (م): يخرج. (٢) في (ن، د): ما دون.

[٤٦٤]

فالمقدمة الأولى (١) على المعنى الأول أخص منها على المعنى الثاني، والمقدمة الثانية في الثاني أخص منها في الأول. الثالث: أن يراد منه بيان مقدار الضمان جنساً وقدرًا في الفاسد كالصحيح، بمعنى: أن المال الذي يضمن في الصحيح يضمن في الفاسد بما يضمن به في الصحيح، بمعنى المسمى، لا عوض المثل. الرابع: أن يكون لبيان ضمان العهدة إذا انكشف المبيع ونحوه مستحقاً للغير، ويكون معناه: أن كل عقد يضمن ويتعهد بمتعلقه في الصحيح إذا ظهر ملكاً للغير، ففي فاسده أيضاً كذلك، بمعنى: أن غرامة كونه مال الغير يتحملها الدافع وما ليس في صحيحه كذلك فليس في فاسده أيضاً. الخامس: أن يراد بذلك خصوص الثمن الذي يضمن في الصحيح فكذا في الفاسد. والسادس: أن يراد به خصوص المثل، لا غيره. والسابع: أن يراد به الأبعاض من العوض والمعوض، بمعنى: أن الأبعاض كما أنها مضمونة في الصحيح مضمونة في الفاسد، كأبعاض المبيع والثمن في البيع، وأبعاض المنفعة والأجرة في الأجرة. وأما الأبعاض التي لا تضمن بالصحيح - كأبعاض عمل الجعالة وعمل السبق والرماية - فلا تضمن بالفاسد أيضاً. والثامن: أن يكون بمعنى: المهر، فكل مهر يضمن لو كان العقد صحيحاً فكذلك في الفاسد، وما لا يضمن بالصحيح لا يضمن بالفاسد. والاحتمالات الأربعة الأخيرة بعيدة عما يفهم من العبارة عرفاً، وتخصيص وتقييد من دون مقيد ومخصص، ومناف لما يظهر من استدلالاتهم بها في مقامات أخرى غير الأربعة المذكورة، مضافاً إلى أن المحقق الثاني يظهر من كلامه: أن المراد بالموضوعة هو العقد، فإنه قال: (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده).

(١) لم ترد (الأولى) في (ن، د).

وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) (١) فلا وجه للحمل على المعاني الأخر، مع أن الحمل على أحد الأربعة الأخيرة يوجب تهاافتا في تركيب القاعدة لا يخفى على من تأملها. والحمل على المعنى الرابع أيضا غير صحيح، لظهور استدلالهم بها في غيره، وبعده عن ظاهر العبارة، ولكون القاعدة مجمعا عليها عندهم، مع اختلاف فتواهم في ضمان العهدة. والمعنى الثالث وإن كان يلائم لو عبر بالموصول لا بلفظ (العقد) من وجه، لكنه لا يلائم من وجه آخر، لأنه يبقى ضمير صحيحه وفاسده خاليا عن المرجع، كما يلزم هذا البحث في الاحتمالات السابقة أيضا، وإرجاعه إلى العقد المعلوم من السياق خال من الوجه، ويدفعه أيضا مخالفته لأطباقهم على الضمان بمهر المثل وإجرة المثل وقيمة المثل، لا بالمسمى، فلا تجتمع فتواهم بذلك مع إطباقهم على القاعدة لو كانت بهذا المعنى. فدار الأمر بين الاحتمالين الأولين، ويتعين الأول بقربه من ظاهر العبارة، وظهور لفظ (الضمان) في الدفع للعرض، لا مجرد كون ذلك تالفا من ماله، وهو لا يكون إلا في المعاوضات. واستدلالاتهم أيضا تنبئ عن المعنى الأول، فلا بد من الرجوع [إليه] (٢). قيل: ينبغي تقييد هذه القاعدة بامور: منها: أن الضمان في الفاسد مشروط بالقبض، بخلاف الصحيح. وفيه: أن القاعدة مسوقة لبيان أصل الضمان، ولا دلالة فيها على شرائطه وكيفياته حتى تقييد، مضافا إلى عدم الفرق بين ما قبل القبض وما بعده، فإن الضمان قبل القبض على المالك الأول سواء كان في صحيح أو فاسد، وبعد القبض على القابض سواء كان في صحيح أو فاسد، فهذا الكلام ناشئ عن عدم التأمل. وإن بنيت على أن ما تحقق قبل القبض من التلف لا يسمى ضمانا، ففي الصحيح

(١) جامع المقاصد ٤: ٦١، اختلاف يسير. (٢) من (م).

والفاسد كذلك، فيكون داخلا تحت قولنا: لا يضمن بفاسده كما لا يضمن بصحيحه. ومنها: أن المعاوضة بين الناقص كالمجنون والصغير وبين الكامل غير موجبة للضمان على الناقص مع أنه فاسد، ولو كان صحيحا لكان هنا ضمان. والوجه ما يأتي في مسقطات الضمان أن الأقدام مسقط له، والظاهر أن المراد بيان النوع، لا خصوصيات الأفراد حتى يحتاج إلى التقييد، مضافا إلى أن كلامهم لو حمل على عمومه أيضا يكون معناه: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لو كان على ذلك الفرض صحيحا، بمعنى عدم تغير الموضوع، وهنا لا يمكن فيه على هذا الفرض الصحة. أو نقول: إن قولهم في عكس القضية أعم من كون السالبة بانتفاء الموضوع أو المحمول، وهنا نقول: هذا شئ لا ضمان في صحيحه لأنه لا صحيح له، فلا ضمان في فاسده من هذه الجهة وإن كان في طرف الكامل فيه الضمان. ومنها: إخراج نصف المهر الذي يضمن قبل الدخول في العقد الصحيح، فإنه لا يضمن في العقد الفاسد، فلا يصدق قولهم: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. ومنها: إخراج عقد المكاتب، فإنه يضمن بصحيحها ولا يضمن بفاسدها، فلا وجه للتعميم.

[٤٦٨]

عنوان [٦٣] في سائر أسباب الضمان، وهي أمور: أحدها: الضمان الحاصل بأصل الشرع على المكلفين، بمعنى التكاليف المالية، سواء كانت مشروطة بقصد القرية أم لا. ومن هذا الباب: زكاة الأبدان، وزكاة الأموال شرائطها المقررة في الشرع والاحماس، وما يلتزمه الإنسان بنذر أو عهد أو يمين، وما يغرمه بسبب الامور الصادرة عنه من الكفارات المالية على انتشار أفرادها، ككفارة الحج وكفارات الصوم والوطئ والقتل والظهار والأبلاء وغير ذلك، ومن هذا الباب نفقات الأولاد والاباء والأزواج، والمماليك في وجه، وضمان العاقلة للدية ونحو ذلك، فإن هذه ضمانات حاصلة بخطاب الشرع ابتداءً، أو بعد عروض سبب من المكلف نفسه. وثانيها: الضمان الحاصل بأحد أسباب المعاوضة إذا جعلت في الذمة من بيع أو صلح أو اجارة أو جعالة أو قرض أو مسابقة أو نكاح أو نحو ذلك من العقود، فإنها تصير سببا لاشتغال الذمة بمقتضاها على حسب ما جعل في ضمن العقد، وذلك واضح. وثالثها: الضمان الحاصل بنفس عقد الضمان - أي التعهد - وهو أقسام ثلاثة.

[٤٦٩]

الأول: ضمان المال الثابت في ذمة الغير، وهو الذي عقدوا عليه في الفقه بابا وذكروا له شرائط وأحكاما معينة، ومن الشرائط المعتبرة فيه: كون ذمة المضمون عنه مشغولة عند الضمان، لأن حقيقته عبارة عن انتقال المال من ذمة إلى ذمة، وهو فرع الوجود في الذمة الأولى، ولذلك ذكروا: أن ضمان مال الجعالة قبل تمام الأجل والدية على العاقلة قبل حلول النجم ونحو ذلك غير صحيح، وذلك واضح. الثاني: التعهد بالمال بواسطة التعهد بالنفس كما في الكفالة، فإن العقد ابتداءً إنما هو على التعهد ببدن المكفول، ولكنه يلزمه تعهد المال لو لم يسلم المكفول - كما ذكره في باب الكفالة - وهذا الضمان أيضا ضمان مال بواسطة التعهد بالنفس. وإن شئت قلت: رجوع المكفول له على الكفيل بالمال داخل في ضمان الأتلاف، نظرا إلى أن الكفيل بكفالته وتخليته سبيل المكفول قد أتلف مال المكفول له، فإن سلم المكفول فيأخذ ماله منه، وإن لم يسلم يرجع على المتلف، فيصير تحت قاعدة الأتلاف. الثالث: التعهد بأمر خارج عنهما، وهو الذي يعبرون عنه بـ (ضمان ما لم يجب) وهو غير جائز، بمعنى لا يلزم بشئ، ولضمان ما لم يجب صور: منها: أن يقول لواحد: إن فلانا إذا جنى شيئا أو غصب مالا أو أتلف أو نحو ذلك فأنا ضامن له، مع أنه لم يفعل شيئا من ذلك في هذا الوقت، فيعلق (١) الضمان على الحصول، ويكون معناه: كل غرامة تعلق بذمة فلان فأنا ضامن لها. وهذا الضمان لا كلام في بطلانه، للأصل وظاهر الأجماع، وعدم وجود دليل دال على صحته. ومن هذا الباب ما ذكره في الفقه: من عدم صحة ضمان عهدة الثمن لو انفسخ البيع، وضمان درك ما يحدثه [المشتري] (٢) من بناء أو غرس أو ظهر العين المبيعة مستحقة للغير، وضمان عهدة الأرش لو ظهر المال معيبا، فإن ذلك كله ضمان لشئ لم يثبت في ذمة المضمون عنه عند الضمان. ونحوه ضمان مال الجعالة، وعوض السبق والرماية، ودية أرش الجناية قبل

(١) في (ن، د): فيتعلق. (٢) من (م).

استقرارها، وكذلك ضمان الأجنبي عوض الخلع، سواء كان بإذن الزوجة أو بالتبرع قبل وقوع الخلع الموجب لاشتغال ذمة الزوجة. ومنها: أن يقول لواحد: إُدفع مالك إلى فلان وعلي ضمانه، أو اتلفه، أو اعمل لفلان العمل الفلاني وعلي ضمانه، ونحو ذلك، وبعبارة أخرى: يأمر غيره بدفع أو إتلاف أو عمل لا يعود عليه شئ من ذلك، وقد ورد من هذا القسم في الخبر في قول أحد الجالسين في السفينة لآخر: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه - حيث يكون المقام مقام خوف من الغرق على النفوس - أن القائل يضمن. وأفتى بمضمونه الأصحاب (١) وجعلوه خارجا عن الباب بالنص. ولا ريب أن الأمر بعمل له اجرة عادة لغيره مع التصريح بأن علي ضمانه أيضا يصير داخلا تحت الجعالة ويلزمه الضمان، لأنها من عقود المعاوضة، ولا يشترط كون الجاعل هو المالك كما ذكره في محله. فبقي الكلام في صورة الأمر إلى الدفع إلى الغير، أو الأتلاف في غير الصورة المنصوصة. وظاهر كلامهم عدم تحقق الضمان بذلك، لأن الدافع أو المتلف قد أقدم على إتلاف ماله، ولم يكن هناك ذمة مشغولة حتى يضمن عنها، ومجرد قول (٢): (علي ضمانه) لا يثبت الضمان، إذ لم يقر دليل على سببته، والوفاء بمطلق الوعد غير لازم. ولا يقال: لم لا يكون العوض في مقابل الدفع والأتلاف؟ فيكون كالجعالة بل داخلا فيها. لأننا نقول أولا: إن المقصود ضمان المال المدفوع أو المتلف، ولو كان جعالة

(١) لم نقف في المسألة على خير، وما وقفنا عليه من فتوى الأصحاب هو ما حكاه العلامة في التحرير عن الشيخ بقوله: وقد نص الشيخ على لزوم من قال: (ألق متاعك في البحر وعلي ضمان قيمته) ويكون ذلك بدل ماله، ويكون عرضه التخفيف من السفينة وتخليص النفوس (التحرير ١: ٢٢٦) لكننا لم نعثر عليه في كتب الشيخ، ويظهر من العبارة عدم ورود خبر في هذه. (٢) في غير (م): حتى اضمن عنها ومجرد قولي: وعلي...

لكان الضمان للعمل، وهو الدفع والأتلاف، وليس البحث فيه. وثانيا: إن الجعالة لا تكون إلا لعمل مقصود محلل، ولا غرض صحيح يتعلق بإتلاف الغير ماله أو دفعه إلى غير القابل، ولو فرض تعلق غرض بذلك فلا مانع من كونه جعالة، لكن الضمان يرجع إلى اجرة المثل لهذا العمل، لا إلى المال المتلف، فتدبر. ولا يمكن التمسك في ضمانه بالغرور، بتقريب: أن القائل قد غره بالتزامه بالعوض، لأن الغرور إنما يكون في الموضوع، وهنا قد اغتر الدافع لنفسه مع عدم كونه في الشرع كذلك، لتقصيره في تعلم الحكم، مع أنه غير آت في صورة علم الدافع أو المتلف أيضا بأنه شرعا غير مضمون على القائل، والبحث أعم من صورة العلم والجهل. وأما ضمان المدفوع إليه وإن كان يقتضيه قاعدة (اليد) لكنه ساقط بالأقدام، كما يأتي في بحثه إن شاء الله. ومنها: أن يأمر بالدفع أو الأتلاف فيما يعود إلى القائل - كأمره بأداء دينه، أو إعطاء نفقة زوجته أو دابته، أو تعمیر داره، أو نحو ذلك - مع تصريحه بأن الضمان عليه. وقد نص الأصحاب في الدين والضمان بأن الأذن في الضمان وأداء الدين يوجب الرجوع على الأذن وإن لم يصرح بأنه يدفعه ويضمنه. والظاهر أن في هذه المقامات كلها يضمن، نظرا إلى قاعدة (اليد) فإن كل مال صرف في مصارفه بإذنه فقد دخل في يده، وقد أقدم البازل إلى العوض، كما أن المبدول إليه أيضا قد أقدم على ضمانه، فدخل تحت يده من دون تبرع، فمقتضى القاعدة الضمان، وهذه الأمور في الحقيقة ترجع إلى أمرين: أحدهما

كون الدافع أو المتلف وكَيْلا عن القائل في الاقتراض، ووكَيْلا (١) عنه في الصرف إلى مصارفه، فيصير بمنزلة عقدين، فتدبر. وهنا أبحاث لا حاجة إلى ذكرها. وهنا صورة وهي ما لو أمر غيره بدفع أو باتلاف أو بعمل في أي الأقسام السابقة كان من دون تصريح بالضمان على نفسه فهل يحكم بذلك على الضمان أم لا؟ ولا بحث في أنه في الصورة التي لو صرح بالضمان لم يكن ضامنا، ففي ما لو

(١) كذا، والمناسب للسياق: وثانيهما كونه وكَيْلا.

[٤٧٢]

لم يكن مصرحا (١) بالضمان لا يضمن بالاولوية. وأما لو كان صورة لو صرح بالضمان كان ضامنا، فهل بمجرد الأمر يضمن؟ وجهان: من (٢) احترام مال المسلم وعمله، ومن أصالة البراءة مع عدم التزامه بالضمان. والحق: أنه إن كان هناك قرينة من عادة أو غيرها دالة على الضمان فيثبت مع عدم قصد الدافع أو العامل التبرع. وأما لو لم يكن هناك ما يقتضي ذلك فلا ضمان وإن قصد الدافع الضمان، لأصالة البراءة، فتدبر، فإن المقام مما ينبغي أن يبسط فيه الكلام، ولكن الاستعجال قد ضيق علينا المجال.

(١) في (ف، م): ففي ما لو لم يصرح. (٢) في غير (م) بدل (من): منشأه.

[٤٧٣]

[مسقطات الضمان] [العنوان الرابع والستون] [قاعدة الاحسان]

[٤٧٤]

عنوان [٦٤] من جملة المسقطات للضمان: قاعدة الأحسان. والأصل فيها: قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل (١) بتقريب (٢): أن (السبيل) نكرة وإفعة في سياق النفي فيفيد العموم، وكلمة (على) دالة على الضرر، والجمع المحلي باللام مفيد للعموم الاستغراقي، فيكون المعنى: أن كل سبيل يوجب ضررا على فرد من أفراد المحسنين فهو منفي. ولا يتخيل: أن هذا يقتضي نفي العموم، لا عموم النفي، بتقريب: أن (السبيل) عام و (المحسنين) عام، فالإثبات يقتضي ثبوت كل سبيل على فرض عمومته على كل محسن، والنفي يفيد عدم كونه كذلك، ولا يلزم من ذلك انتفاء كل سبيل عن كل محسن، نظرا إلى [أن] (٣) المتبادر من الآية نفي جميع أفراد السبيل عن جميع أفراد المحسن، وليس هذا من باب: ليس كل حيوان إنسانا. فإن قلت: إذا كان المحسنون بمعنى: كل محسن، فيصير التقدير: لا سبيل على كل محسن، وهو لا ينافي ثبوت السبيل على بعضه. قلت: ليس كل ما هو في تقدير شئ يفيد فائدته، فإن الفهم يتفاوت بذلك،

(١) التوبة: ٩١. (٢) في (ف، م): بتقرير. (٣) من (م).

والذي يفيد هذه الفائدة المستفادة من الآية قولك: ليس على فرد من أفراد المحسنين سبيل حتى يتحقق العموم في (السبيل) وفي (المحسن) لا قولك: ليس على كل محسن سبيل. وبالجملة: لا بحث في كون الظاهر من الآية عموم السلب، ولو فرض عدم دلالة على الكلية لأمكن تميم الاستدلال أيضا بأن تعليق الحكم على وصف الأحسان يشعر بأنه العلة في ذلك، بل الظاهر أنه العلة في المقام، فيطرد الحكم في كل محسن على ما نراه من حجية العلة المستنبطة من كلام الشارع وإن لم يكن بالتصريح (١) وإن خالف فيه بعضهم، مضافا إلى أن عدم وجود فرد معهود في البين وعدم الفائدة في ترتيب الحكم على فرد غير معلوم يعين الحكم على جميع الأفراد، أو علي الطبيعة السارية فيها، وعلى التقديرين فهو مثبت للمطلوب. مع أن هذه الآية الكريمة قد سيقت مساق حكم العقل، فإنه قاض بعدم السبيل على المحسن، وقد أشار إلى هذا المعنى قوله تعالى: هل جزاء الأحياء إلا الأحياء (٢) فإن ظاهره امتناع السبيل على ضرر المحسن، بل ينبغي أن يكون جزاء عمله الأحياء إليه، فلا يكون قابلا للاختصاص بفرد، دون آخر. فإذا دلت الآية على نفي السبيل عليه عموما، فدل (٣) على عدم الضمان والغرامة عليه، لأنه في قوة الكبرى الكلية، بأن نقول: ثبوت الضمان على المحسن سبيل عليه، والسبيل عليه منفي في الشرع كلية، فينتج: أن الضمان منفي عن (٤) المحسن. ولا يمكن أن يقال: لعل المراد: سبيل الآخرة لا الدنيا، أو سبيل الاحتجاج والألزام. لأننا نقول: ظاهر الآية عام لا وجه لتخصيصه، مع أن فتح باب الضمان فتح لباب الأوامر والاحتجاج جزما، والآية نافية للجميع.

(١) ما أفاده قدس سره بظاهرة لا يلائم ما عليه الأصحاب، انظر المعالم: ٢٣٦، والوافية: ٢٣٧، ومفاتيح الأصول: ٦٧٢. (٢) الرحمن: ٦٠. (٣) أي: نفي السبيل. (٤) كذا في (د)، وفي سائر النسخ: على.

لا يقال: إن غاية ما يستفاد من الآية: عدم جعل سبيل على المحسنين من جانب الشرع ابتداء، وأما لو فتح المحسن السبيل على نفسه بإتلاف أو وضع يد أو نحو ذلك فأبي مانع من الضمان؟ نظير ما مر ذكره في نفي سبيل الكافر على المسلم. لأننا نقول: فرق بين المقامين، فإن الآية هناك قد دلت على أن الله لم يجعل سبيلا لكافر على مسلم، وهنا قد دلت على عدم السبيل من أصله، فالمحسن لا سبيل عليه مطلقا. ولا يمكن حمل الآية على الأخبار، لبعده عن طريقة الشرع، واستلزامه الكذب في غالب الموارد، بل الظاهر منها إرادة إنشاء الحكم الوضعي، وهو عدم ثبوت الغرامة والضمان عليه، وهو المدعى. ولما كان نفي السبيل معلقا على وصف الأحسان، فالمستفاد منه عدم ثبوت السبيل في محل الأحسان ومن حيثيته، بخلاف الحيثيات الأخر، فيكون المراد: أن في محل الأحسان لا ضمان على المحسن، وإن كان الضمان عليه من جهات أخرى، ولا بد من البحث في تنقيح معنى (الأحسان) حيث إنه المدار في ذلك. فنقول: هل الأحسان أعم من جلب المنفعة ودفع المضرّة، أو يختص بالاولى دون الثانية، أو بالعكس؟ لا شبهة في أن إيصال نفع إلى غير يسمى إحسانا للتبادر وعدم صحة السلب ونص أهل اللسان. وأما دفع المضرّة فالظاهر فيه أيضا ذلك وإن كان لفظ (الأحسان) يؤمّي إلى نوع من الأيجاد ومنع المضرّة ليس فيه ذلك، ولكن الظاهر أنه لا يصح سلبه، والقدر المشترك متبادر منه. فلو قلنا

بالأعم يلزم (١) عدم الضمان فيمن أثبت بدا على مال غيره لدفع مضره عنه، أو جلب نفع إليه، كأخذ المال من يد السارق، أو المنقذ من الغرق، أو المخلص من الحرق، وأخذ المال للاسترباح أو الاستئجار - ونحو ذلك - حتى

(١) في غير (م): فيلزم.

[٤٧٧]

يحصل النفع للمالك، أو نقل مناعه إلى مكان آخر لبيع بالثمن الأوفى، أو أخذ الدواب إلى المرعى، ونحو ذلك. وإن قلنا بالاختصاص فيختص بأحد القسمين دون الآخر. ويخطر بالبال أن الشيخ الوحيد الأستاذ في أثناء الدرس صرح في أثناء الكلام، أن (قاعدة الأحسان) تختص بصورة دفع المضره ولا تشمل صورة جلب المنفعة. وهذا لا ينطبق على قاعدة اللفظ، نظرا إلى أن لفظ (الأحسان) يصدق على إيصال النفع أوضح من صدقه على دفع المضره، فلا وجه للتخصيص بالثاني، ولا أقل من التساوي. والظاهر أنه ليس ذلك من جهة عدم شمول اللفظ، بل من جهة (١) استقراء الموارد، فإن المواضع التي ذكرناها للأحسان بمعنى جلب النفع كلها محل نظر في ارتفاع الضمان، بل الظاهر أن الفتوى فيها بالضمان - كما لا يخفى - فإنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا بد إما من ذكر دليل يخص قاعدة الأحسان، والظاهر أنه منتف، إذ لم نجد دليلا واردا على قاعدة الأحسان، بل الظاهر أنه كالدليل العقلي غير قابل للتخصيص. وإما من دعوى: أنه غير داخل في الأحسان بالمره، وهي مشكله (٢) إذ دعوى: أن جلب المنفعة غير داخل في الأحسان دونها خبط القناد! ويمكن أن يقال: إن كون وضع اليد على مال الغير إحسانا إنما يكون إحسانا في صورة دفع المضره، وأما في صورة جلب المنفعة فليس إثبات اليد جلب نفع، بل إيصال النفع إنما هو بشئ آخر، فيتعلق الضمان بإثبات اليد، ولا ينفع بعد ذلك الأحسان المتأخر، وفيه نظر. وهل الأحسان يدور مدار القصد أو الواقع أو هما معا؟ فلو زعم أن سقي الدابة دفع للضرر عنه وصادف كونه في الواقع كذلك صار إحسانا قطعاً، وأما لو لم يكن ذلك في الواقع دفع ضرر فهل يكون ذلك إحسانا أم لا؟ وجهان.

(١) في (ن، د) زيادة: عدم. (٢) في غير (م): وهو مشكل.

[٤٧٨]

والظاهر أن مصادفة الواقع شرط، ومجرد الاعتقاد بأنه إحسان غير كاف، بل لابد من كونه في الواقع دافعا للضرر، لأنه المتبادر من لفظ (الأحسان). ولو زعم أنه ليس دفع ضرر واتفق أنه في الواقع في ذلك الوقت كذلك فهل يسمى ذلك إحسانا أم لا؟ فيه وجهان. والذي يقتضيه النظر: اعتبار القصد أيضا في صدق لفظ (الأحسان) ومجرد كونه في الواقع دفع ضرر لا يكفي في صدق اللفظ كما يقضي به العرف، فمتى ما كان قصده الأحسان واتفق أنه صادف الواقع وكان في (١) دفع مضره فهو داخل في الآية موجب لعدم الضمان، وفي جلب المنفعة يجئ الكلام السابق. والظاهر أن بعد تحقق موضوع الأحسان لا يفترق الحال بين إمكان إعلام المالك وعدمه، فلا يضمن من أثبت اليد لدفع المضره وإن أمكن إعلام المالك، فتبصر. ثم بعد

تحقق الأحسان إن اتفق التلف بفعل المحسن - بمعنى عدم مصادفة فعله المصلحة الواقعية - فيجئ الضمان من جهة الكشف عن عدم الأحسان. وإن اتفق التلف بأفة سماوية أو بإتلاف سبب آخر فلا ضمان على المحسن وإن كان بيده، ما لم يقصر في الدفع أو الأيصال إلى صاحبه، أو إعلامه بالأخذ، فتدبر. وهنا إشكال، وهو: أنهم ذكروا في باب اللقطة ونحوها من سائر الامانات الشرعية - كالدين المجهول صاحبه، والقراضة في دكان الصائغ مع جهل أربابها (٢) ونحو ذلك من الصنائع -: أن صاحب اليد يتصدق به عن المالك، وعللوا جوازه بأنه إحسان محض إلى المالك، ومع ذلك حكموا بأنه لو ظهر مالكة فهو ضامن، وهذا لا يجتمع مع كون الأحسان مسقطا للضمان. والدفع: أن حكمهم بالضمان هناك من جهة كون التصديق إحسانا بشرط الضمان - بمعنى: أن تحقق الأحسان هناك معلق على الضمان - لأنه إن ظهر صاحبه فهو ضامن يعطيه، وإن لم يظهر فقد وصل إليه الصدقة، فبالمجموع المركب

(١) في هامش (م): فيه - ل. (٢) في غير (م): أربابه.

[٤٧٩]

صار هذا إحسانا، وأما بدون الضمان فلا إحسان، إذ لا يمكن أخذ مال الناس والتصدق به عنهم لأنه إحسان إليهم، لأن الأحسان أمر عرفي وهو غير صادق في المقام. نعم، لو كان مع الضمان مع عدم إمكان الوصول إلى المالك فلا شبهة في أنه إحسان. والظاهر من تتبع كلمات الأصحاب أيضا إجماعهم على أن المحسن لا يضمن - كما هو مدلول الآية (١) - وقد أشرنا أن العقل أيضا يدل على ذلك. ويندرج تحت هذه القاعدة: ارتفاع الضمان عن حاكم الشرع، وعن عدول المؤمنين، وعن سائر الأولياء والامناء، لأنهم محسنون، مع قطع النظر عن الأذن لهم في ذلك.

(١) قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل التوبة: ٩١.

[٤٨١]

[العنوان الخامس والستون] [قاعدة عدم ضمان الأمين]

[٤٨٢]

عنوان [٦٥] من جملة أسباب إسقاط الضمان: قاعدة الاستئمان. فإن الأمين ليس بضامن لما تلف في يده ما دام باقيا على أمانته، خاليا من (١) التعدي والتفريط، ومن هذا الباب: عدم ضمان الودعي ومن عليه الحق إذا امتنع صاحبه من قبضه ولم يمكن الوصول إلى الحاكم، وعدم ضمان الدلال، والمرتهن، والشريك، وعامل المضاربة، والمستعير، وعامل المزارعة والمساقاة، والمستأجر القابض للعين المستأجرة، والوكيل لما في يده من مال الموكل، والملتقط لما التقطه مع الشرائط. والأمانة قسمان: مالكي وشرعي، والأمانة المالكية عبارة عما كان ياذن المالك وتسليطه في إثبات اليد عليه، والشرعي ما كان ذلك ياذن من الشارع (٢) في إثبات اليد عليه

بدون اطلاع المالك، كالالتقاط، ويد الأولياء على أموال المولى عليهم - من حاكم أو وصي أو أب أو جد أو أمين لأحدهم - فإنه استئمان من الشرع، ويد المالك على الزكاة والخمس ما لم يتعد أو لم يفرط في الأداء، واليد على مجهول المالك، ومثل الثوب الذي أطارته الريح والمال المأخوذ من يد سارق أو غاصب بدون اطلاع المالك.

(١) في (م، د): عن. (٢) في (ن، د): بإذن الشارع.

[٤٨٣]

والظاهر من كلام الفقهاء، أن الضابط في الاستئمان: وجود الأذن من الشارع أو المالك في وضع اليد أو التصرف، فإن كل مقام تحقق فيه ذلك فهو داخل في باب الامانات غير مستعقب للضمان، وهذا مشكل من جهات: منها: أنهم حكموا بضمان المقبوض بالسوم على قاعدة (على اليد ما أخذت) مع أنه مقبوض بإذن المالك. ومنها: أنهم ذكروا: أن المال المقبوض بالعقد الفاسد مضمون - كما ذكرناه سابقا - مع أنه مقبوض بإذن مالكة. ومنها: أن المال التالف قبل الأقباض في عقود المعاوضات مضمون على صاحب اليد وإن كان باقيا في يده بإذن المالك. ومنها: أن الغاصب إذا أذن له المالك في البقاء في يده ولم يصرح بأنه وكيل في القبض من جانبه بقي مضمونا عليه، ومجرد الأذن في البقاء لا يرفع الضمان وإن رفع إثم (١) الغصب والعدوان. ومنها: أن في باب مجهول المالك صاحب اليد مأذون في الصدقة، مع أنه ضامن. وبالجملية: دعوى: أن كل إذن من المالك أو الشارع والتصرف موجب لعدم الضمان لا وجه لها (٢). ومنها: أن أكل المال في المخمصة مأذون في الأخذ، مع أنه ضامن. ومنها: أن [كلا من] (٣) الصائغ والطبيب ونحو ذلك مأذون في التصرف في المال، مع أنه ضامن لما تلف في يده عندهم. ونحوه الملاح والمكاري والأجير وغير ذلك، فمجرد كون الأذن مسقطا للضمان كما ترى! والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن الاستئمان عبارة عن إذن المالك أو الشارع

(١) في " م " : اسم. (٢) والاولى جعل هذه الفقرة بعد استيفاء الاشكالات. (٣) من (م).

[٤٨٤]

في قبض المال أو التصرف فيه لمصلحة المالك، لا لمصلحة القابض نفسه، ولا للمركب منهما، بل المعتبر هو كون [هذا] (١) القبض للمالك، إما لدفع ضرر عنه، أو حصول نفع له، مع كونه مأذونا من المالك أو من الشرع، فهو أخص من الأذن مطلقا، وليس كل مأذون أمينا كما أوضحناه. فنقول: في مثل الأمثلة التي ذكرناها: من الودعي والمرتهن والمستأجر والوكيل ونحو ذلك - التي (٢) حكم فيها الأصحاب بأنهم أمناء لا يضمنون إلا بالتعدي أو التفريط - ليس القبض إلا لمصلحة المالك، ومن جهة ذلك سمي أمينا (٣). وأما فيما ذكرناه أخيرا من الأمثلة فليس كذلك، ويحتاج تنقيح البحث في هذا المقام إلى بسط في الكلام. فنقول: إن الصانع والطبيب والأجير ونحو ذلك إنما يقبض المال لمصلحة نفسه وهي طلب الاجرة، والمالك إنما يدفعه إياه طلبا للأصلاح دون الأفساد، فليس للأمانة الصرفة، وكذلك من تصرف في مجهول المالك فحفظه لمصلحة المالك ولكن الصدقة أو التملك من دون الضمان لا مصلحة فيه للمالك، ومثله القابض بالسوم فإنه وإن كان فيه رخصة للمالك، لكن عمدة القبض

إنما هي لملاحظة مصلحة نفسه حتى يسلم عن الغبن والخطأ. والمال المقبوض بالعقد الفاسد لا شبهة في كونه لمصلحة القابض، لأنه بإزاء العوض الفأئت منه، وكذلك ما بقي في يد المالك قبل الأقباض، فإنه لانتظار الأقباض من الجانب الآخر أو لمصلحة غيره، ولذلك لو وكله المالك في قبضه فصار أميناً للمالك لا يضمن. وأوضح من ذلك إذن المالك للغاصب في البقاء، فإنه لرفع الضيق والمعصية والغورية عن الغاصب، لا لمصلحة المالك. نعم، لو وكله في القبض من جانبه كان كذلك وارتفع الضمان. وبالجملة: الاستئمان عبارة عن كون هذا الأذن والأقباض لمصلحة المالك، وأنت إذا تأملت في مقامات الأمانة وجدت كلها كذلك، فعدم ضمان الأمين ليس

(١) لم يرد في (ن، د). (٢) في غير (م): الذي. (٣) كذا في اصول النسخ، والصواب: سموا امناً، كما في نسخة من (م).

[٤٨٥]

من جهة الأذن، إذ هو أعم من ذلك - كما سيأتي تنقيحه إن شاء الله تعالى بعد ذلك - فالأمانة مسألة والأذن مسألة أخرى، ويختلف الكلام بالحيثيات. نعم، يعتبر الأذن في معنى الأمانة، إما من جانب المالك، أو من جانب الشرع، هكذا ينبغي أن يحقق المقام. وإذا عرفت موضوع الاستئمان، فنقول: الوجه في عدم ضمان الأمين أمور: أحدها: الخبر المعروف من أنه (ليس على الأمين إلا اليمين) (١) فإنه ناف لسائر الضمانات بعموم المستثنى منه المقدر، فأخذ الغرامة منه لما تلف بيده منافع لمدلول الخير. وثانيها: إجماع الأصحاب قديماً وحديثاً على ذلك، فإنهم يتمسكون في الموارد التي أشرنا إليها وغيرها في عدم الضمان بأنه أمين من دون نكير على ذلك، فيعلم من ذلك إطباقهم على أن الأمين ليس عليه ضمان، وهو الحجة. وثالثها: الاجماع المحكية على ذلك حد الاستفاضة، بل التواتر - على اختلاف الموارد والمقامات - . ورابعها: أن الأمين بعد كونه قابضاً للمال لمصلحة المالك فقط - على ما بيناه من معنى الاستئمان - يكون داخلاً في جملة المحسنين، وقد مر أن الأحسان يسقط الضمان في العنوان السابق بنص الكتاب (٢) وإجماع الكتاب (٣). وخامسها: أن ضمان الامناء يوجب انسداد باب الاستئمان، فيلزم من ذلك العسر والحرج العظيم المنفيان بالاية والرواية (٤) لاحتياج الناس إلى تقابض الأموال لمصلحة الملاك، فلو كان هذا مضموناً عليهم لامتنعوا عن القبض حذراً من الضرر، ويلزمه التعطيل الموجب للحرج.

(١) لم نقف على مأخذه. (٢) وهو قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل التوبة: ٩١. (٣) جمع (الكاتب) بمعنى (العالم). وقد أسقط مصحح (م) هذه العبارة. (٤) راجع ج ١، العنوان: ٩، ص: ٢٨٢ - ٢٨٣.

[٤٨٦]

وسادسها: أن الضمان على الامناء يوجب الأضرار عليهم بلا سبب في ذلك، مع أنه منفي في الشرع. اللهم إلا أن يقال: إنه بقبضه ذلك قد أقدم على ضرر نفسه، فهو قد تضرر بفعل نفسه، لا بإضرار الغير. وهذا لا يتم فيما كان مكلفاً بوضع اليد من قبل الشارع، فتأمل. وسابعها: أن الأذن على هذا النحو - بمعنى كونه لمصلحة المالك - من المالك أو من الشارع يدل على كون (١) الضمان على القابض لو

تلف فيكون كالأذن الذي صرح فيه بعدم الضمان، إذا القرينة تقوم مقام التصريح، وسيأتي أن الأذن الذي دل معه الدليل على عدم الضمان مسقط له، وفيما نحن فيه كذلك. ولا يخفى: أن الاستئمان رافع لضمان اليد، أما لو أتلفه فهو ضامن، وكذا لو تعدى أو فرط، أما لو تلف بيده من دون بنائه على الأتلاف أو أتلفه أجنبي فلا ضمان عليه، وذلك واضح.

(١) كذا، والصواب: عدم كون الضمان.

[٤٨٧]

[العنوان السادس والستون] [قاعدة الأقدام]

[٤٨٨]

عنوان [٦٦] من جملة المسقطات للضمان: هو الأقدام، بمعنى: أن المالك إذا أقدم على إسقاط احترام ماله وبنى على عدم العوضية سقط ضمانه. ومنشأ كونه مسقطا للضمان: أن السبب للضمان إنما هو احترام ماله وهو قد أسقطه بنفسه. وما دل من الخبر على أنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه (١) فإذا أقدم على عدم الضمان فقد طابت نفسه في تصرف الغير به بلا عوض، فلا وجه للضمان. وما دل من الروايات الكثيرة على جواز الأباحة والعطية والتبرع بالأعمال والأموال من دون غرامة على المتبرع إليه، ولا فارق بين ما ورد فيه النص وغيره. وما ورد في أدلة الضرر والضار من أمر النبي صلى الله عليه وآله بقلع النخلة (٢) من دون ضمان، نظرا إلى أن صاحبه أسقط احترامه وأقدم على ضرر نفسه. ومن ذلك يظهر: أن الضمان إنما هو لرفع ضرر المالك المنفي في الشرع، فإذا أقدم المالك على ضرر نفسه بنفسه فلا وجه للضمان، مضافا إلى ما يظهر من إجماع الأصحاب على ذلك، حيث يستدلون في نفي الضمان بأن المالك قد أقدم عليه [في مواضع عديدة] (٣):

(١) عوالي اللالي ١: ٢٢٢، ح ٩٨. (٢) الوسائل ١٧: ٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، ح ١. (٣) من (م).

[٤٨٩]

منها: في مسألة عدم جواز رجوع المشتري من البائع الفضولي بثمنه مع علمه بالفضولية في صورة التلف، فإنهم نقلوا الأجماع فيه على عدم تضمين الفضولي، وعللوه بأن المشتري قد أقدم على ذلك. ومنها: في إقدام المشتري مع العلم بإباق العبد ونحو ذلك من سائر العيوب، فإنه لا ضمان على البائع، لأن المشتري أسقطه بإقدامه. ومنها: في صورة معاوضة الكامل مع الناقص - كالمجنون والصغير - فإن دافع ماله للناقص قد أقدم على إتلاف ماله، فلا ضمان على القابض، ولا يختص بالمعاوضة، بل لو أودع عنده أو أعاره أو نحو ذلك، وإن كان هناك يجتمع سببان لعدم الضمان. ومنها: في صورة ما رجع المعير عن الأعاره في أرض لدفن أو بناء عليه أو غرس أو نحو ذلك، فإنه لا ضمان على المعير في هذه الغرامات، لأن من بنى أمره

على شئ مستعار قد أقدم على إتلاف ماله وضرر نفسه. ولا يصدق هنا الغرور، لأن الغرور إنما يتحقق في الموضوعات، والمستعير قد اغتر بتقصيره في تعلم الحكم الشرعي، وقد أقدم على تضرر نفسه، وفي المسألة خلاف معروف. ومنها: في ارتداد الزوجة قبل الدخول، فإنه إقدام على إبطال مهرها وإسقاطه. ومنها: إسلامها، فإنه أيضا إقدام منها على سقوط مهرها مع عدم بقاء علقه النكاح بإسلام الزوج قبل انقضاء العدة. ومنها: في نشوز الزوجة، فإنه إقدام على إسقاط نفقتها ولا احترام حينئذ لها. ومنها: إسلام الذمي المقرض للخمر لمثله، فإنه إقدام على سقوط قرضه، وليس كذلك في الخنزير. ومنها: تلف مال الغاصب يدفع المغصوب إلى مالكه من اجرة أو تخريب بنیان أو نحو ذلك، فإن ذلك قد أقدم عليه الغاصب بعمله (١) فإن الغصب التزام بذلك كله شرعا.

(١) في (ن، د): يعلمه.

[٤٩٠]

ومنها: عدم ضمان مال الغاصب المصروف في المغصوب - كالنفقة وغيرها - وإن زاد به المغصوب زيادة متصلة ووصل إلى يد المالك، لأقدامه على إتلاف مال نفسه. وكذا كل باع وعاد وظالم وسارق وغاصب - ونحو ذلك - بالنسبة إلى ما يترتب إلى أعمالهم من الغرامات وإتلافات النفوس والأطراف كلها إنما هو بإقدامهم على ذلك بأعمالهم الشنيعة، وإلا قدم المسلم وماله وعمله وعرضه محترم ما لم يسقط احترامه. ومن هذا الباب: عدم ضمان الأموال التي يعرض عنها صاحبها، فإن مسألة الأعراض معروفة عندهم يذكرونها في كتاب الصيد، والكلام في ذلك طويل يحتاج إلى عقد باب وتأسيس كتاب. وبالجملة: فهو أيضا داخل في الأقدام، فإن المالك بإعراضه قد أقدم على عدم العوض (١) وصار مباحا لكل من أخذ، وفي خروجه عن ملكه بذلك قولان معروفان. وأنت إذا تتبعت كلمة الأصحاب تطلع على موارد كثيرة لقاعدة الأقدام غير ما أشرنا إليها على الاستعجال. وبقي الكلام في قولهم: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) وقد بينا المراد منه في بحث القبض بالعقد الفاسد، ووعدناك سابقا ذكر وجه عدم الضمان في هذا الباب. فنقول: العقد الذي لا يضمن بصحيحه: إن كان من الأمانات - كالوديعة - فيمكن أن يقال: إن في فاسده أيضا كذلك، فإن القبض لمصلحة المالك، فيجئ فيه الوجوه السابقة في عدم الضمان، ولا فرق بين الصحيح والفاسد في ذلك. ولكن هذا الكلام لا يجري في الكل، فإن الهبة والوقف والسكنى والتحبس والعارية والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوكالة - ونحو ذلك - لا يمكن أن

(١) في (ن، د): المعوض.

[٤٩١]

يقال: إن كل مقبوض بذلك إنما هو لمصلحة المالك صرفا وإن كان في بعضها كذلك. وكذلك يشكل القول بأن عدم ضمان المستأجر العين المستأجرة في العقد الفاسد أيضا من جهة أنه لمصلحة المالك، وإن كان له وجه أشرنا إليه (١). وبالجملة: تتميم هذه القاعدة بقاعدة الأمانة مشكل إذ بينهما عموم من وجه، لعدم إمكان جعل الهبة

أمانة. وإن قلنا: إن عدم الضمان إنما هو من جهة إذن المالك، فيرد عليه بحثان: أحدهما ما أشرنا إليه سابقا: أن مجرد الأذن لا يسقط الضمان كما نقحناه وبيناه. وثانيهما: أن الأذن قد تقيد حينئذ بصحة العقد - كما ذكرناه في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد - نظرا إلى أن الأذن حصل - مثلا - في ضمن الهبة، فإذا فسدت فقد ارتفعت الخصوصية، ولازمه ارتفاع الكلبي، إذ لا بقاء للمقيد بدون قيده. وبالجملة: الكلام في غير عقود المعاوضة كعقود العوض من هذه الجهة، فلا يمكن القول بأن الأذن هنا مطلق، وهناك مقيد. ومن ذلك يظهر الجواب لو قيل: إنه إذن في التلف بلا عوض فلا وجه للضمان، لأننا نقول: قد أذن على ذلك التقدير - أي تقدير الصحة - ولم يعلم الأذن على تقدير الفساد. فإن قلت: مع العلم بالفساد فلا بحث في عدم الضمان، لأنه إذن على كل حال. قلت: هنا أيضا يجئ ما سبق من الكلام في عقود المعاوضة، فإنه يمكن أن يقال بتقيد (٢) الأذن بكون ذلك - مثلا - هبة أو وقفا وإن علم بفساده (٣). لكن لا مانع من قصده ذلك تشريعا كما في العبادات، فيكون الأذن على تقدير وقوع هذا المشرع، فلا يعم صورة عدم وقوعه، فتدبر جدا فإنه محل تأمل.

(١) لم نقف على موضع الإشارة، راجع العنوان: ٦٢. (٢) في (ن): بتقييد. (٣) كذا في (ن، ف)، والمناسب: بفسادهما، لكن مصحح (م) أسقط (أو وقفا) وأنت الضمير.

[٤٩٢]

وإن قلنا: إن ذلك من باب قاعدة الأقدام لاشكل أيضا بأن الأقدام إنما هو على فرض صحة العقد، وأما على فرض البطلان فلا. اللهم إلا أن يقال: إنه لا مدخل للصحة والبطلان، والمالك على كل حال بنى على أنه لو تلف في يد القابض لا ضمان عليه وليس له تسلط عليه ورضي بذلك، وهذا المقدار يكفي في سقوط الضمان. ويمكن أن يقال: إن العمدة في هذا الجزء من القاعدة - وهو (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) - إنما هو الأجماع وأن أمكن إدراجه تحت الأقدام أيضا في وجه وتحت الأذن أيضا في وجه آخر. وفي المقام أبحاث تركناها اشتغالا بالأهم، واعتمادا على فهم الفقيه النبيه المتدرب في فنه.

[٤٩٣]

[العنوان السابع والستون] [قاعدة: الإسلام يجب ما قبله]

[٤٩٤]

عنوان [٦٧] من جملة المسقطات للضمان: قاعدة جب الإسلام ما قبله. والأصل في ذلك الخبر المعروف المشهور المتلقى بالقبول، المروي عند العامة والخاصة عن النبي صلى الله عليه وآله وهو قوله: (الإسلام يجب ما قبله) (١). وروى في البحار - في ذكر قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - أنه جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال: إنني طلقت امرأتي في الشرك تطليقة وفي الإسلام تطليقتين، فما ترى؟ فسكت عمر، فقال له الرجل: ما تقول؟ قال: كما أنت حتى يجئ علي بن أبي طالب! فجاء علي عليه السلام فقال: قص عليه قصتك، فقص عليه القصة، فقال علي عليه السلام: (هدم الإسلام ما كان قبله، هي عندك على واحدة) (٢). إذا عرفت هذا فالكلام في هذا المقام يقع في مقامين: أحدهما: بالنسبة إلى كون الإسلام

يجب ويهدم ما قبله بالنسبة إلى الضمانات التي هي محل البحث. وثانيهما: بالنسبة إلى هدمه سائر الأسباب الشرعية كما استفيد من خبر البحار، المقام الأول: بالنسبة إلى الضمان فنقول: قد عرفت مما ذكرناه في أسباب الضمان: أنه قد يكون باليد، وقد

(١) عوالي اللالي ٣: ٥٤، ح ١٤٥، (٢) بحار الأنوار ٤٠: ٢٣٠، ذيل ح ٩.

[٤٩٥]

يكون بالأتلاف، وقد يكون بالتعدي والتفريط وقد يكون بالتعهد بمال أو نفس، وقد يكون بخطاب شرعي، وقد يكون بغرور، وقد يكون بعقد، وقد يكون بقبض في العقد الفاسد، وقد يكون بتلف قبل القبض، وهذه الضمانات كلها تندرج تحت أقسام ثلاثة: أحدها: ما كان حقا لله من دون مدخلية حق مخلوق فيه، كالعبادات الصرفة و (١) بعض أفراد الماليات، كالعتق في كفارة ونحوه، ونذر الوقف مسجدا ونحوه، ونظائر ذلك، وإن كان في هذه الأمثلة نوع مناقشة. وثانيها: ما كان حقا للمخلوقين، كضمان الأتلاف والجنايات والديون ونحو ذلك. وثالثها: ما كان مركبا من الأمرين، كالزكوات والاحماس والنذور وأغلب الكفارات. وعلى التقادير الثلاثة: فإما أن يكون السبب الموجب لاشتغال الذمة في دين الإسلام موجبا لاشتغال الذمة في الكفر أيضا، بمعنى: أنه شئ يعلم الكفار من دينهم أنه مضمون عليهم سواء كانوا ذميين أو حربيين. أو ليس كذلك، بمعنى: أن معتقدهم في دينهم عدم الضمان، وإن كان في شرع الإسلام موجبا للضمان، فالأقسام ستة. إذا عرفت هذا فنقول: ظاهر الأصحاب: أن الحقوق المختصة بالمخلوقين سواء كانت بضمان يد أو إتلاف أو جناية - ونحو ذلك من الطرق - لا تسقط عن الكافر بإسلامه، وأما الحقوق الإلهية وإن كان لها تعلق بالمخلوقين أيضا فتسقط عنه بالإسلام. ولم نجد في كلامهم التفصيل بين ما كان في دينهم موجبا للضمان أم لا في المقامين. وبالجملة: فهذه القاعدة في كلامهم في غاية الأجمال، ولم يتعرضوا لها إلا في فروع خاصة في أبواب الفقه، وأغلبها في العبادات، فلا بد من تنقيح القول في ذلك

(١) في (ن) زيادة: في.

[٤٩٦]

على حسب الدليل، فهنا أبحاث ستة: أحدها: في حقوق الله المختصة به مع عدم اعتقادهم به (١) في دينهم، والظاهر أن الإسلام يجبها مطلقا، للخبر ولظاهر الأجماع، فلا يجب عليه قضاء العبادات البدنية وأداء المالية التي تعلق بذمته من عتق ونحوه بحيث لا مدخل للمخلوقين فيه، وهذا القسم واضح الدخول تحت الخبر. وثانيها: حقوق الله أيضا مع اعتقادهم باشتغال الذمة بها في كفرهم، كما لو كان في دينهم أن قتل الخطأ يجب فيه عتق رقبة مثلا - ونحو ذلك - ثم أسلم، فهل الإسلام يجب ذلك أيضا أم لا؟ وجهان: من إطلاق الخبر، ومن جهة أن الظاهر من الخبر: أن الإسلام يجب ما قبله مما لو كان مسلما لاشتغل ذمته، وبعبارة أخرى: الظاهر: أن الإسلام يجب ما يلزم الأنسان من حيثية الإسلام، فإذا أسلم الكافر فالشئ الذي اشتغلت ذمته به على طريقة الإسلام من حيثية دين الإسلام يسقط عنه، لا ما اشتغل ذمته بسبب آخر. ويمكن الجواب:

بأن المقام أيضا كذلك، فإن اشتغاله بعقوبة رقبة - مثلا - في المثال المذكور إن لوحظ على مقتضى دين الكفر فلا اشتغال في الواقع، لأن الدين منسوخ، أو باطل من أصله غير مجعول من الشارع، ومجرد الاعتقاد لا يوجب الضمان، فلا ضمان من جهة غير الإسلام. وإن لو حظ ضمانه من جهة الإسلام - لأنه مكلف بالفروع - فهو يسقط بالإسلام، للخبر. وثالثها: الحقوق المشتركة بين الله وبين المخلوقين - كالزكاة والخمس ونحو ذلك - مع عدم اعتقادهم به (٢) في دينهم، والحكم في هذا الفرض كأول، وظاهر الخبر يشمل، لأن ثبوت ذلك كله من جهة دين الإسلام وكلام الأصحاب: إن الحقوق المخلوقية لا تسقط (٣) لا يريدون به العبادات المالية، فإنهم صرحوا بسقوطها عن الكافر بالإسلام.

(١ و ٢) كذا، والظاهر: بها. (٣) في (ن، د): تسقط.

[٤٩٧]

ورابعها: الحقوق المشتركة مع اعتقادهم به (١) كما لو كان معتقدا أن من نذر شيئا لفقير يجب دفعه إليه ولم يدفع، ففي سقوطه الوجهان السابقان في القسم الثاني، ويحتمل فيه الأشكال الذي سبق ذكره، ويندفع بما قرناه هناك، فتدبر. وخامسها: حقوق المخلوقين الصرفة مع اعتقادهم به (٢) في دينهم - كالديون وضمان المغصوب، ونحو ذلك - والظاهر من الأصحاب عدم السقوط، بل دخول هذا الفرض تحت قولهم بعدم سقوط حقوق المخلوقين متيقن. ولعل الوجه في ذلك: أن الرواية لا ينصرف إطلاقها إلى هذا الفرض، فإن المتبادر منه العبادات. وهو غير بعيد. مع احتمال ما ذكرناه من الوجه: من أن اشتغال الذمة بهذه الأسباب ليس من حيثية الإسلام، فإن مقتضى الأديان كلها ذلك، والظاهر من الخبر: أن الشيء الذي ثبت في دين الإسلام ولم يأت به الكافر - لأن الكفر مانع منه، أو موجب لعدم الاعتقاد به - فالإسلام يجب ذلك، لا أن كل ضمان في حالة الكفر يسقط بالإسلام وإن كان معتقدا ذلك ولم يكن الكفر مانعا من أدائه. ولا يمكن أن يقال: إن هنا أيضا يمكن أن يقال: إن دينهم إما منسوخ أو باطل من أصله، فهذه الضمانات ليست من جهة دينهم، بل من جهة دين الإسلام في الواقع، فينبغي أن تسقط. لأننا نقول: هذه الغرامات من جهة قضاء ضرورة العقل بها، وإلا لما استقام النظام، ولا دخل لحيثية الدين في ذلك، والشرع في هذه الأمور مقرر لما حكم به العقلاء وجرت به طريقتهم، والخبر يدل على سقوط ما كان للدين مدخلية في ذلك. ولا يرد هذا الاعتراض على ما ذكرناه في القسم الثاني والرابع من كون الدين الذي لهم منسوخا فلا ثبوت ولا ضمان إلا في دين الإسلام، نظرا إلى أن الفرضين السابقين إنما هما من العبادات التي لا تتعقل إلا بملاحظة الدين وخطاب الشارع.

(١ و ٢) كذا، والظاهر: بها.

[٤٩٨]

بخلاف المقام، فإنه معاملة صرفة تقتضيه ضرورة العقل إبقاء للنظام، فعدم دخول ذلك تحت الخبر لا يقضي بعدم دخول ذنك القسمين، فتدبر. وسادسها: حقوق المخلوقين مع عدم اعتقادهم به (١) في دينهم، كما لو لم يعتقدوا أن قتل العمد فيه القصاص، أو كون الدية

على العاقلة - مثلا - فأسلم أحد العقلاء بعد استقرار الدية في ذمته، فهل يسقط عنه ذلك في الإسلام أم لا؟ مقتضى عموم الخبر السقوط، وظاهر إطلاق الأصحاب (أن حق (٢) المخلوق لا يسقط) عدم السقوط. ولا يجئ هنا الوجه المتقدم في القسم الخامس: من عدم كون ذلك من جهة الإسلام والدين فلا يسقط، لأن ما لا دخل للدين فيه يعرفه أهل الأديان جميعا، وكون الدية على العاقلة شئ قضى به الشرع، وإلا فلم يكن مقتضى العقل ذلك، فليس إلا من جهة الدين، والفرض إن الكافر كان لا يعتقد ذلك، فلا وجه لعدم السقوط. والقوي (٣) عندي في هذا الفرض أيضا السقوط، لأطلاق الخبر، وكلام الأصحاب لا يعلم منه الشمول لهذا الفرض أيضا، بل الظاهر منه الفرض الخامس، فتدبر. المقام الثاني: في جب الإسلام ما قبله من سائر الأسباب كأسباب الوضوء والغسل، وأسباب الغسل - بالفتح - وأسباب تحريم النكاح: من رضاع، أو مصاهرة، أو وطئ في عدة أو لذات بعل، أو لواط بالنسبة إلى أم الموطوءة وبنته واخته، وظهار وإيلاء، وتطبيقات موجبة للتحريم المؤبد، أو التحريم حتى تنكح زوجا غيره. وأسباب الحدود الشرعية، كالزنا واللواط وشرب الخمر والقذف ونحو ذلك. وأسباب التعزير من المعاصي التي لا مقدر لها. وهكذا البحث في شرائط التكاليف الحاصلة في زمن الكفر، كانقضاء حول الزكاة ونحو

(١) كذا، والظاهر: بها. (٢) في (ن، د): حقوق. (٣) في (ن): والقول، وفي (م): وقوى.

[٤٩٩]

ذلك في حال الكفر مع إسلامه قبل تعلق الوجوب، ولو أسلم بعد تعلق الوجوب فلا بحث في السقوط. وبالجملة: سائر الأسباب التي لا تعلق لها بالأموال ولا بالعبادات الصرفة، وكذلك شرائط التكاليف بقول مطلق وأسبابها كذلك إذا حصل في حالة الكفر وأسلم قبل تعلق الوجوب في الأخيرين ومطلقا في الأول، فهل الإسلام يسقط الشرط عن التأثير، والسبب كذلك؟ فيرجع إلى الأصل المتبع في ذلك المقام، كأصل الطهارة بالنسبة إلى أسباب الحدث والخبث، وأصالة بقاء الحل بالنسبة إلى أسباب تحريم النكاح، وأصالة البراءة عن الحدود، وأصالة عدم التكليف في زكاة أو خمس أو حج، أو نحو ذلك مما قد اجتمع شرائط وجوبها حال الكفر ولكن لم يتعلق الخطاب بعد، فلا بد في الوجوب من استتفاف الشرائط من حول ونصاب ونحو ذلك. وبالجملة: يعتبر في هذه الأسباب والشرائط كلها حصولها في حالة الإسلام أم ليس كذلك، بل جب الإسلام ما قبله إنما هو بالنسبة إلى التكاليف الثابتة في حال الكفر من أصل الشرع مالية أو غيرهما، وأما الأحكام الوضعية فلا يجب الإسلام ذلك ولا يسقطها. والمحتملات هنا أمور: أحدها: القول بأنه يجب ذلك كله أيضا، لأطلاق أو عموم (يجب ما قبله). ولا يحتاج إلى جبر السند هنا بالشهرة حتى يقال: لم يعلم من فتوى الأصحاب ذلك، لأن الظاهر كون الخبر من المسلمات في الصدور، ومتى كان الصدور مسلما فلا نحتاج في خصوصيات المدلول إلى الانجبار. مضافا إلى أن السبب في ذلك هو اللطف من الشارع والترغيب إلى الإسلام وهو موجود في المقام أيضا، مع أن الشارع متى ما بنى على إسقاط حقوق الفقراء والسادة وسائر المخلوقين بعد ثبوتها وتحققها في الذمة فليسقط سائر الشرائط والأسباب بالاولوية، لأنها إما ليست حقوقا مخلوقة كما في الأسباب، وإما مخلوقة قبل تعلقها كما في شرائط

الوجوب، وكلاهما أولى بالسقوط من حق المخلوق الثابت في الذمة. مضافا إلى أن رواية البحار (١) دلت على أن التطبيقات الثلاث التي هي سبب في التحريم إذا وقعت بعضها في حال الكفر وبعضها في حال الإسلام، فيسقط ما كان في حال الكفر ويصير المدار ما وقع في حال الإسلام، ولذا قال عليه السلام: (هي عندك على واحدة) لأنه كان طلق في الإسلام تطليقتين فيقوت الواحدة، ولا عبرة بالطلقة الواقعة (٢) في أثناء الكفر، فتدبر. وإذا ثبت الجب هنا بالنص ثبت في سائر الأسباب والشرائط بعدم القول بالفرق، مع أن قوله عليه السلام: (فإن الإسلام هدم ما قبله) في قوة قضية كلية شاملة للجميع، ولا حاجة إلى التمسك بعدم القول بالفصل، فإن المورد لا يخص العام. وثانيها: القول بعدم الجب مطلقا، فإن الخبر المشهور - وهو جب الإسلام ما قبله - لم يعلم العمل به في هذه المقامات، وليس فيه عموم بحيث يشمل هذه كلها، والمتيقن منه ما ذكرناه في المقام الأول، وليس هذه المقامات إلا كحقوق الناس الصرفة في عدم السقوط، ورواية البحار ضعيفة غير مجبورة، ولم يعهد من الأصحاب الفتوى بها، ولو عمل بها لاقتصر على موردها من الواقعة الخاصة ولا يتعدى إلى غيرها، ويرجع إلى مقتضى الأدلة من استحباب الحكم الثابت في حالة الكفر، لأنهم مكلفون بالفروع على ما يراه الإمامية، ويأتي البحث فيه إن شاء الله. وثالثها: التفصيل، وله صور: الأول: الفرق بين ما ورد فيه خبر البحار وغيره، فيجب في الأول دون الثاني. والثاني: الفرق بين الحدود والتعزيرات ونحو ذلك وبين أسباب الحل والحرمة والوضوء والغسل، فيجب في الأول دون الثاني. والثالث: الفرق بين الشرائط والأسباب، فيجب في الثاني، لأنه شئ ثبت قبل الإسلام فيدخل تحت الخبر، بخلاف شرائط الوجوب - على ما مثلناه - فإن الخطاب فيه بعد الإسلام، فلم يكن قبل الإسلام شئ حتى يجبه، ولذلك أفتى

(١) تقدمت في ص: ٤٩٤. (٢) في (ن، د): الواحدة.

الأصحاب بأن الكافر إذا أسلم قبل حلول الحول بدقيقة - مثلا - وجبت عليه الزكاة، لتعلق الخطاب عليه وهو مسلم فلا يجب في الشرائط. والرابع: الفرق بين أسباب التكليف وأسباب الوضع فيجب في الأول كسبب الغسل ونحوه، ولا يجب في الثاني كسبب حرمة النكاح. والخامس: الفرق بين السبب التام في حالة الكفر، كالجنابة والحيض والحدث الأصغر والرضاع الكامل والزنا واللواط - ونحو ذلك - من حيث كونهما سببين لتحريم النكاح أو غير ذلك من الأحكام سوى الحد، وبين السبب الناقص الذي حصل بعضه في حال الكفر وبعضه في حال الإسلام، كانقسام الطلقات في خبر البحار والرضعات لو فرض إكمال النصاب في حالة الكفر والإسلام معا، فنقول: إن الإسلام يهدم الثاني عملا برواية البحار والحاقا لما عداه به مما هو نظير له، دون الأول، لاجمال الخبر العام أو عدم انصرافه إليه، وورود خبر البحار في السبب الناقص، وإشعار لفظ (الهدم) بذلك. والمسألة في غاية الأشكال تحتاج إلى تتبع كلمات الأصحاب وسعة المجال، وإن كان القول بالجب في ذلك كله غير بعيد، سيما في الحدود ونحوها. وبقي الكلام في أمور هي كالتممة للمسألة: أحدها: أن المخالف هل هو الكافر (١) في هذا الحكم؟ بمعنى: أن الاستبصار فيه أيضا يجب ما قبله، أم ليس كذلك بل لا بد من إتيان ما يجب إتيانه في حالة إيمانه؟ ولم يتعرض الأصحاب للمسألة، وإنما ذكروها في بعض المقامات، وظاهر كلامهم في المخالف يدور بين أمور: أحدها:

السقوط لو كان المخالف أتى بالتكاليف على ما هي عليه في مذهبه بحيث لم يقصر فيه باعتقاده، كما ذكره في الصلاة (٢).

(١) في (ن، د): كافر. (٢) منهم الشهيد في الذكرى: ١٢٥، والشهيد الثاني في الروض: ٢٥٦، والاردبيلي في مجمع الفائدة (٢: ٢١١) ناسبا له إلى ما هو المشهور بين الأصحاب.

[٥٠٢]

وثانيها: السقوط لو أتى به موافقا لمذهبنا في الأركان وإن خالف مذهبه، لا ما أتى مخالفا لمذهبنا وإن وافق مذهبه، وقد ذكر بعضهم ذلك في الحج (١). وثالثها: ملاحظة الأمرين، بمعنى: أنه يسقط إن وافق مذهبنا ومذهبهم، كالزكاة مع شرائطها إذا أعطاها للمؤمن الفقير. وبعبارة أخرى: وضعها في موضعها، وإلا فلا يسقط. ويحتمل السقوط مطلقا إلحاقا بالكافر أو (٢) إدخالا تحت أفراد الكفر، على ما يراه بعض من تقدم (٣) وبعض من تأخر (٤). ويحتمل عدم السقوط مطلقا، لشرطية الأيمان المانع عن حصول الأمتثال في حال المخالفة واستصحاب التكليف المانع عن السقوط بالأيمان. ويحتمل سقوط ما لم يكن معتقدا به في حال خلافه إلحاقا بالكافر، وفهما للعلة، وعدم سقوط ما كان يعتقده لما دل من الأزام بمعتقده. ويحتمل سقوط ما أتى به على معتقده مطلقا. ويحتمل سقوط ما لم يعتقده أصلا، وما اعتقده وأتى به على نحو ما اعتقد. والروايات الخاصة واردة في باب الزكاة (٥) وغيرها (٦) فإن كان في المقام دليل خاص فهو المتبع، وإلا فمقتضى القاعدة عدم السقوط، وإن كان إلحاقه بالكافر أيضا له وجه. والظاهر أن الأصحاب يقولون به في غير الزكاة، أو في غير الخمس أيضا. ولعل الكافر أشرف من المخالف في وجه، فلا ينبغي إلحاقه به في هذا الحكم الدال على اللطف بالنسبة إلى الكافر، لعدم الملازمة. وثانيها: أن الكافر المنتحل للأسلام - كالخوارج والغلاة والنواصب والمجسمة ونحو ذلك - إذا رجع إلى الأسلام، فظاهر إطلاق الأصحاب أنه أيضا كالكتابي

(١) منهم المحقق في المعبر ٢: ٧٦٥، والعلامة في المنتهى ٢: ٨٦٠، والشهيد في الدروس ١: ٣١٥. (٢) في (ن، د): بدل (أو): و. (٣ و ٤) راجع الحدائق ٥: ١٧٥ و ١٤: ١٦٢. (٥) راجع الوسائل ٦: ١٤٨، الباب ٣ من أبواب المستحقين للزكاة. (٦) راجع الوسائل ١: ٩٧، الباب ٣١ من أبواب مقدمة العبادات.

[٥٠٢]

والوثني في هذا الحكم. وهو مشكل، لأن المتبادر من الخبر إنما هو الأسلام المسبوق بكفر صرف لا تدين بالأسلام فيه. ويمكن إلحاق هذا القسم بالمخالف، سيما بالنواصب، فإنهم من جملتهم، غاية: أن تفرطهم أدخلهم في الكفار. وبالجملة: فحكم هذا القسم من الكافر محل تردد وتأمل. وثالثها: أن الكافر إذا أسلم والمخالف إذا استبصر وهو في أثناء عبادة، كما لو فرض أن المخالف توسأ وشرع في الصلاة وأمن في أثنائه، ونحوه غيره من العبادات - ويفرض في الكافر أيضا في الصوم فإنه لو أسلم في نهار رمضان وهو لم يأت بشئ من المفطرات أصلا - فعلى القول بالجب في المخالف أيضا فهل يجب هنا أيضا - بمعنى: أن هذه العبادة ساقطة عنه بالمرة - أو يجب ما مضى منه دون ما بقي فيأتي على طريق الأيمان والأسلام فيما بقي، أو لا يجب مطلقا فلا بد من الأتيان بهذا العمل من رأس

أداء أو قضاء، لأنه لم يكن قبل الإسلام والأيمان بتمامه؟ وجوه واحتمالات، والأوفق بالدليل هو الاوسط. ورابعها: أن الواجبات الموسعة إذا أسلم الكافر وقد مضى من وقتها بمقدار أدائها جامعة للشرائط خالية عن الموانع وهو لم يكن أتى بها، فهل يسقط منه هذا التكليف، أم لا يسقط؟ وجهان: من تعلق الخطاب به قبل الإسلام فيكون داخلا في عموم الخير، ومن استمرار الخطاب في آتات الوقت الموسع واستصحاب اشتغال الذمة والشك في شمول الدليل لهذا الفرض. وبشكل الثاني بأن هذا تكليف واحد فمتى سقط بالنسبة إلى الجزء الأول فقد سقط بالنسبة إلى الباقي، إذ لا تعدد فيه. واحتمال كون الإسلام كاشفا عن عدم سقوط هذا التكليف عنه أول الدعوى. والأقوى: السقوط، سيما بعد ملاحظة أن الواجبات الموسعة مادام العمر - كصلاة الزلزلة وقضاء الصلوات اليومية ونظائر ذلك من العبادات والنذور - فإنه لا ريب في سقوطها بالإسلام حتى لو لم يبق من وقتها مقدار الأداء، فإن الكافر إذا أسلم في شهر شوال فلا ريب في عدم وجوب قضاء رمضان عليه، وأي فرق بين الواجب الموسع مادام العمر وبين غيره؟ سيما بعد ملاحظة أن قضاء رمضان موسع بحسب الرخصة إلى رمضان الاتي وإن كان موسعا بحسب الأجزاء مادام العمر، فتدبر.

[٥٠٥]

[العنوان الثامن والستون] [قاعدة الأذن]

[٥٠٦]

عنوان [٦٨] من جملة مسقطات الضمان: الأذن ممن له السلطان على المال من الشارع - كالمالك والوكيل والوصي والولي والأمين ونحو ذلك - أو إذن الشارع في التصرف وإن لم يحصل من أحد منهم ذلك. والأذن: عبارة عن رخصة المالك ومن بحكمه في التصرف وإثبات اليد وهو قد يكون قبل التصرف وهو المسمى بالأذن، وقد يكون بعد ذلك ويسمى بالأجازة. وكل منهما: قد يكون صريحا، وهو ما دل عليه اللفظ بالمطابقة، كقوله: (تصرف في مالي ما شئت) أو (كل من طعامي) أو (اجلس في داري). ولم يذكروا من أقسام الصريح التضمن، مع أنه ليس من الأقسام الأخر، بل هو داخل في الصريح كما إذا أذن في التصرف في مجموع أمور كل منها جزء منه، فإن الأجزاء مأذون فيها بالتضمن حينئذ. اللهم إلا أن يقال: إن كون الأجزاء مدلولاً تضمنياً للمجموع المركب لا يستلزم دلالة لفظ (تصرف) أو (افعل) أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الأذن عليه بالتضمن، إذ الأذن على المجموع المركب ليس مركبا من إذن الأبعاض. نعم، المأذون فيه مركب من أبعاضه، لا الأذن، ونظير ذلك ما قلناه في أن دلالة الأمر بالواجب على وجوب أجزائه بالالتزام دون

[٥٠٧]

التضمن وإن كان الواجب مركبا من أجزائه، لكن وجوبه ليس مركبا من وجوبات أجزائه، فاللفظ الدال على الأذن في المركب ليس دالا على الأذن في الأجزاء بالتضمن، كما أن اللفظ الدال على وجوب المركب ليس دالا على وجوب أجزائه تضمنا، لكن يبقى شيء، وهو أن خروج ذلك عن التضمن يوجب إدراجه في الالتزام، وقد ذكروا أن الالتزام عبارة عن إذن الفحوى، فيكون هذا الفرض داخلا تحت الفحوى، مع

أنه ليس داخلا فيه، والذي أراه: أن مرادهم من الأذن الصريح: ما دل عليه منطوق اللفظ، وبعبارة أخرى: ما كان اللفظ دالا عليه في مرتبة التكلم والنطق، لا بعد ملاحظة شئ آخر بحيث يسند (١) إليه الأذن بالقول، يعني: يصح أن يقال: إن فلانا أذن بقوله وتلفظ بالأذن، سواء كان هذا من المطابقة أو التضمن، فإن المدلول التضمني داخل في الصريح. وليس مرادنا من الصراحة هنا صراحة الدلالة، وإلا لكان الالتزام أيضا قد يكون صريحا، بل المراد من الصراحة: كون المدلول مستفادا من اللفظ بمقتضى أوضاعه الأفرادية لا شيئا مفهوما مستفادا من ملاحظة التركيب، فيشمل المطابقة والتضمن دون الالتزام. وقد يكون بالفجوى (٢) وهو الأذن المستفاد من اللفظ، لكن بدلالة الالتزام العقلي أو العرفي أو العادي، وبالجملة: بحيث يفهم المأذون من ذلك الرخصة، ومثلوا له بالضيافة، فإن الرخصة في ذلك تدل على الرخصة في الصلاة في بيت المضيف بالالتزام، ونظائر ذلك. وقد يكون بشاهد الحال، والمراد به: القرينة الحالية الدالة على الرضا بالتصرف - كالصداقة والقرابة ونظائر ذلك - وبعبارة أخرى: رابطة توجب ملاحظتها الاطلاع على رضا المالك به وعدم منعه عنه.

(١) في (ف، م): يستند. (٢) عطف على قوله في الصفحة السابقة: وكل منهما قد يكون صريحا.

[٥٠٨]

ولا يخفى أن الأذن الصريح والفجوى - على ما ذكره بعضهم من اختصاصها (١) بدلالة اللفظ - لا يشملان (٢) ما وقع بالأشارة أو بالكتابة، فإنهما ليستامن أفراد اللفظ، فينبغي على ذلك دخولهما تحت شاهد الحال، مع أن تعريفهم لا يشمل ذلك. والظاهر أنهما داخلان تحت الصريح والفجوى، بمعنى: أنهما قائمان مقام اللفظ، فإن كان دلالتهما على الأذن بأصل المدلول والمنطوق - بمعنى ملاحظة الوضع الأولي الأفرادي - فهما داخلان في الصريح، وإلا فهما داخلان في الفجوى، وشاهد الحال غير ذلك في صورتين. ولا فرق في دخولهما تحت الأذن بين قدرة المشير أو الكاتب على التلفظ، أو عجزه عنه لخرس، أو اعتقال لسان أو نحو ذلك. وعلى التقادير كلها: فتارة يلاحظ الأذن بالنسبة إلى الحكم التكليفي - وهو الحل والحرمة - بمعنى كون الأذن سببا للحل، وتارة يلاحظ بالنسبة إلى الحكم الوضعي، وهو ارتفاع الضمان. وعلى التقادير كلها: فمرة يكون الأذن من هذه الأسباب مظنونا، ومرة يكون مقطوعا بالعلم العادي الذي عليه المدار في الأحكام. وعلى التقادير كلها: فمرة يصادف العلم أو الظن الواقع - بمعنى كون الواقع كما اعتقده المتصرف - أو لا يصادف الواقع، فالأقسام ستة وخمسون، والبحث في مقامين: المقام الأول: بالنسبة إلى الحكم التكليفي، فنقول: أما الأذن اللاحق للتصرف - المسمى بالأجازة - فلا ثمرة له في حكم الحلية، فإن المكلف في حال التصرف متى ما لم يكن مأذونا من المالك فقد أتى بالمحرم، والرضا المتعقب لا ينفذ في ذلك، ولا فرق بين كون الأجازة بقول أو إشارة أو كتابة، مظنونة أو مقطوعة (٣) أو غير ذلك من الأقسام، وبعبارة أخرى: الأذن اللاحق لا يرفع التحريم السابق.

(١) في غير (م): اختصاصه. (٢) في غير (م): لا يشمل. (٣) في غير (م): مظنون أو مقطوع.

[٥٠٩]

لا يقال: كما أن الأجازة بالنسبة إلى الحكم الوضعي قد تكون كاشفة وقد تكون ناقلة - كما مر تحقيقه في مباحث الكشف والنقل، ويجئ في هذا البحث أيضا - فكذا في الحكم التكليفي قد تكون كاشفة وقد تكون ناقلة، بمعنى أن المجيز في التصرف مرة يقول: (إنني كنت راضيا بما فعلت في مالي قبل ذلك) ومرة يقول: (الآن رضيت بما فعلت) فعلى الأول يكون كاشفا عن إباحة التصرف السابق، وعلى الثاني يجئ وجهان: من احتمال أن يقال: إن رضا المالك شرط في إباحة التصرف، ولم يعلم من ذلك أن كونه مقارنا شرط أم لا، والأصل عدم الشرطية بعد دلالة الدليل على أن الرضا موجب للإباحة، فيكون تصرفه من أول الأمر يبقى مراعى، فإن لحقه الأذن كشف عن الإباحة، وإن لم يلحقه كشف عن التحريم. ومن جهة (١) أن رضا المالك شرط مقارن، والأصل عدم جواز التصرف إلا في هذه الحالة، فلا يكون ذلك كاشفا عن حلية التصرفات السابقة، بل يوجب الحل في اللاحق إن شمله الأذن. وبالجملة: كفى في الكشف وجود فرض واحد، وهو قوله: (إنني كنت راضيا بما فعلت حين فعلت) فلم تقول بأن الأجازة اللاحقة لا ترفع الحرمة من الفعل السابق ولو بالكشف؟ مع أن الدليل في هذا الباب هو قوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) (٢) وطيب النفس هو الرضا، والظاهر منه الواقع، فمتى كان راضيا في الواقع فقد حل، ويكشف عنه إخباره وإجازته بعد ذلك. لأننا نقول: أما في صورة إخباره عن رضاه في ذلك الوقت فإنه وإن كان يثبت بذلك طيب نفسه ويكون داخلا في الخير، لكن العلم أيضا شرط في ذلك، فإن لحم الغنم - مثلا - حلال، ولكنك إذا لم تدري بأنه لحم غنم بل دار الأمر بين كونه لحم غنم أو خنزير فلا يجوز أكله حتى تعرف الواقع، أو يدل دليل على جواز أكل المشتبه أيضا، كما ورد في بعض الموارد (٣) وأنت متى ما لم تدري بأن المالك راض بهذا

(١) عطف على قوله: من احتمال. (٢) عوالي اللالي ١: ٢٢٢، ح ٩٨. (٣) مثل ما ورد في الجين، راجع الوسائل ١٧: ٩٠، الباب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة.

[٥١٠]

التصرف حتى يجوز لك ذلك أو ليس براض حتى لا يجوز فالمرجع القاعدة، وهي عدم جواز التصرف في أموال الناس المدلول عليها بالعقل والنقل، فمتى ما تصرفت فقد فعلت حراما، والواقع لا ينقلب، وبعبارة أخرى: الحرام حرامان: التصرف في مال الغير بدون رضاه، وهو في صورة كونه في الواقع راضيا منتف والتصرف فيما لم يعلم فيه الرضا والعدم فإنه أيضا حرام بالقاعدة حتى يثبت كونه من أفراد المحلل - فتأمل - وهذا التحريم ثابت على كل حال. هذا إذا كان المدار في الحل والحرمة على الرضا الواقعي كما هو ظاهر قوله: (إلا بطيب نفسه)، ولو قلنا: بأن المدار هو الاطلاع والعلم بالرضا - كما يستفاد من الروايات الاخر المانعة عن التصرف بدون الأذن (١) - فيصير حراما على كل حال، والرضا الواقعي لا ثمرة فيه، كما أن العلم بالواقع بعد الاقتحام على المعصية لا ثمرة فيه. وأما في صورة ما لو قال: (الآن رضيت) ولم يخبر عن رضاه في حال التصرف فالأمر أوضح. أما على التقرير السابق: فقد عرفت أن الرضا الواقعي المقارن غير كاف في الحلية ما لم تطلع عليه، وأما الرضا المتأخر مع عدم علمك عليه الان فبالاولوية، فكيف يمكن جعل الرضا المتأخر كاشفا عن عدم الحرمة في السابق؟ هذا على تقدير تسليم أنه لا فرق في الرضا بين المقارن واللاحق في كونه موجبا للإباحة، مع أننا لا نسلم ذلك، بل ندعي أن المتبادر من قوله: (إلا بطيب نفسه) أو غير ذلك من الأدلة الدالة على اعتبار الرضا كلها كون طيب النفس مقارنا للتصرف، لا الأعم من المقارن واللاحق (٢). فتلخص من ذلك كله: أن الأذن المتأخر سواء كان بطريق الاخبار أو الأنشاء لا مدخل له في الحكم

التكليفي بأقسامه المتعددة المشار إليها. وأما الأذن السابق: فما كان مقطوعا به مع مصادفة القطع للواقع، لا كلام في

(١) الوسائل ١٦: ٤٠٢، الباب ٦٣ من أبواب الأطعمة والأشربة، ح ٣، والوسائل ١٣: ١٥، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، ح ٧. (٢) في غير (م): اللحوق.

[٥١١]

أنه موجب للحلية وارتفاع التحريم، لأن الظاهر من الأدلة اعتبار الرضا في الواقع وهو حاصل، وطريقه العلم القطعي وهو موجود، والتكليف بغير ذلك تكليف بما لا يطاق. وحينئذ لا فرق بين كونه من كتابة، أو إشارة أو لفظ صريح أو دال بالفحوى أو من شاهد الحال، فإن بعد احراز القيد لا بحث في دخوله تحت الأدلة. وأما الظن بذلك مع مصادفته للواقع، فإن كان من لفظ - سواء كان صريحا أو بالفحوى - فهو كاف أيضا، لدخوله تحت ما دل على كفاية الأذن، فإن ذلك يسمى إذنا، بل لدخوله تحت أدلة طيب النفس أيضا، لوجود طيب النفس في الواقع وكون الظن اللفظي كاشفا عنه، وهو حجة بسيرة الناس، فإن الأمر القلبي لا ينكشف إلا بما أقر صاحبه بلسانه، ويدل على ذلك استقراء الفقه، فإنه قاض بحجية الألفاظ في الكشف عما في القلب. وإن كان بإشارة أو كتابة مع عدم القدرة على اللفظ، فالظاهر الكفاية، لحجيتهما في حال العجز عن اللفظ وإن كانت (١) الإشارة أولى من الكتابة، مع احتمال عدم حجية الإشارة والكتابة إلا في صورة القطع. وأما مع القدرة على اللفظ فالأشكال هنا أقوى، لعدم قيامهما مقام اللفظ مع إمكانه في سائر الأسباب والعقود والايقاعات، فيشكل الاكتفاء بهما حينئذ. اللهم إلا أن يقال: إن الأدلة دلت على اعتبار الأذن، والإشارة والكتابة تعدان من الأذن (٢) وإن حصل الظن، فتدبر، فإن اعتبار حصول القطع العادي بهما ليس ببعيد. وإن كان الظن من شاهد الحال، فهل هو أيضا معتبر كظن اللفظ والإشارة في وجه، أم ليس بمعتبر؟ إذ الأصل أن الظن ليس بحجة، وظن شاهد الحال لم يرقم دليل على اعتباره، وجريان عادة الناس عليه غير معلوم، ولا يعد الظن بشاهد الحال إذنا أيضا حتى يدخل تحت دليل الأذن، فمقتضى القاعدة: بقاء التحريم وإن كان ظواهر بعض عبائر الأصحاب في بحث المكان للصلاة وغيره يدل على أن

(١) في هامش (م) زيادة: في الكفاية - ح. (٢) في غير (م): تعد إذنا.

[٥١٢]

ظن شاهد الحال أيضا كاف في إباحة التصرف (١) ولكن جماعة منهم نصوا على اعتبار القطع (٢) وهو الأوفق بالأصل. وأما ما لم يصادف الواقع (٣) فإن كان قطعاً بالرضا فلا ريب أن صاحبه معذور لا عقاب عليه، لامتناع التكليف بما لا يطاق. وإن كان ظنا قام الدليل على حجيته - كظن اللفظ والإشارة في قول - فهو كالقطع. وأما ظن شاهد الحال فإذا لم يكن معتبرا مع مصادفة الواقع فحيث لم يصادف الواقع فبالاولوية، فتدبر. ومن ذلك كله ظهر: أن المدار في ارتفاع التحريم الدليل المعتبر الدال على طيب النفس، سواء صادف الواقع أم لا. وأما لو كان هناك لفظ، أو إشارة ونحوها (٤) دالان بحسب الوضع على الرخصة والرضا مع القطع بأنه غير راض في قلبه، فإن كان هذا عن إكراه - بمعنى: أنه علم أن كلامه هذا ناش عن إكراهه بذلك - فلا يجوز التصرف قطعاً، لعدم تحقق طيب النفس، وعدم

صدق الأذن على ذلك أيضا. وإن كان عن حياء ونحو ذلك - كما هو الغالب الوقوع بين الناس - فالحق أن ذلك إذن ورضاء، والقطع بأن ذلك لحياء - بحيث لو خلي وطبعه ما رضي - غير مضر، لأن دليل الرضا أعم من كون الرضا للناس أو للرباء أو للحياء أو لله تبارك وتعالى أو لقصد جلب نفع أو نحو ذلك. نعم، صورة الأذن الصوري مع القطع بعدم الرضا وكونه مكرها لا يجوز فيها التصرف، فتدبر. المقام الثاني: في الحكم الوضعي - وهو رفع الضمان - فنقول: أما الأذن اللاحق للتصرف، فقد يكون صريحا في الأبراء، بمعنى: أنه يقول: (أذنت لك فيما فعلت من التصرف، وتجاوزت عنك) ونحو ذلك، وقد يكون إذنا أعم من الأبراء

(١) مثل عبارة المحقق في الشرائع ١: ٧١، والشهيد في الدروس ١: ١٥٢، والشهيد الثاني في المسالك ١: ١٧١. (٢) منهم السيد السند في المدارك ٢: ٢١٦. (٣) عطف على قوله في ص: ٥١٠. وأما الأذن السابق فما كان مقطوعا به مع مصادفة القطع للواقع. (٤) كذا في (ن)، وفي (د)، وفي (ف) نحوهما.

[٥١٣]

وعدمه، ولا يفترق الحال في القسمين بين كون ذلك بطريق إخبار أو إنشاء. وكذلك الأذن السابق قد يكون مشتقاً على نفي الضمان، وقد لا يكون مشتقاً عليه. والأذن الغير المشتق على نفي الضمان قد يكون إذنا مطلقاً، وقد يكون إذنا مجملاً. إذا عرفت هذا، فاعلم: أنا قد ذكرنا في بحث الاستئمان أن الأذن بنفسه لا يرفع الضمان، نظراً إلى أن ماهيته الرخصة في التصرف وهي أعم من كونه مع ضمان أو بدونه، وأنت إذا تتبعت الموارد تجد أن الأذن كثيراً ما قد يتحقق مع وجود الضمان، كما في المقبوض بالسوم، والمقبوض بالعقد الفاسد، والتالف قبل القبض في المعاوضات، والمال المغصوب المأذون في بقائه، ومجهول المالك إذا تصدق به، والمال المأكول في المخمصة، والمال التالف في يد الصانع والطبيب والمكاري والملاح والأجير، ونحو ذلك، وكذا المال الذي يبذله الزوج قبل النكاح لزوجته ويعطيه لأبيها وامها، وغير ذلك من اللباس والمطعوم والنقد إذا تلف، فإنه مقبوض بإذن الزوج لرجاء تمامية النكاح، ويسمونه العجم (١) (شير بها) والتارك يسمونه (باشلوق) فإنه مضمون على قابضه مع تحقق الأذن، فدعوى: أن الأذن بقول مطلق مسقط للضمان ساقطة. فنقول: الأذن إذا كان مقيداً بعدم الضمان فلا بحث في كونه مسقطاً للضمان، لمكان التصريح بالعدم، وهذا مورد الأجماع والمتميقن من الأدلة، وكلامنا الآن من جهة التصريح بعدم الضمان، وليس الكلام في الجهة التي حصل الأذن منها من لفظ أو إشارة، فإنه مقام آخر يأتي البحث فيه. ولا فرق بين الأذن اللاحق والسابق في ذلك، أما اللاحق فإنه في الحقيقة يكون إبراء، لأنه لا ينحصر في لفظ، بل يقع بكل ما دل على إسقاط الحق. وأما السابق ففيه إشكال قد يتخيل: وهو أنه قد تقرر عندهم: أن إسقاط ما لم يجب لا ينفذ كما أن ضمان ما لم

(١) المراد به: الفرس، لا مطلق غير العرب.

[٥١٤]

يجب لا يضر، ولذا ذكروا: أن الزوجة إذا أسقطت نفقتها لا تسقط، لأنها تتجدد وتجب يوماً فيوماً، وليست بثابتة في ذمة الزوج حتى تكون قابلة للأسقاط، وكذا إبراء ذمة العاقلة قبل حلول النجم، فإذا

كان كذلك فنقول: تصريح المالك بعدم الضمان عليه إسقاط لما لم يجب، لأن الضمان إنما يتحقق بعد التصرف أو الأتلاف، فلا ينفذ الأسقاط قبله. ودفعه: بأن هذا ليس إسقاطا للضمان عن الذمة حتى لا ينفذ قبل الثبوت، بل لما كان الضمان إنما يترتب على الأتلاف واليد - ونحو ذلك - إذا لم يكن ذلك عن رضا المالك، للأدلة الدالة على حلية مال الغير برضاء نفسه، بمعنى كون المال الذي أباحه صاحبه كملك المتصرف في عدم الغرامة عليه، فهذا الأذن محقق لموضوع الأباحة حتى لا يتحقق الضمان، لا أنه إسقاط على فرض ثبوته، فتدبر. ومنشأ كون الأذن المقيد بعدم الضمان مسقطا له مع قطع النظر عن الأدلة اللفظية والأجماع: أن من المعلوم أن الضمان إنما هو لاحترام مال المسلم وعمله، فإذا بذل برضاه فقد أسقط احترام ماله بنفسه، فلا وجه للضمان. وأما الأذن المقيد بالضمان فلا بحث في أنه يرفع التحريم، ولكن يبقى الضمان على حاله، لعموم أدلته، وعدم رافع له، وعدم الملازمة بين الحلية وعدم الضمان. وأما الأذن العاري عن قيد الضمان وعدمه فهو الذي ينبغي أن يبحث فيه. فنقول: هل الأذن المجرد الخالي عن الأمرين يقتضي سقوط الضمان؟ فتصير الأمثلة التي ذكرناها من أنها مضمونة مع وجود الأذن: إما خارجة عن القاعدة بدليل آخر، أو يدعى أن الأذن فيها ليس مجردا، بل مقيد بالضمان وإن كان القيد مستفادا من القرينة الحالية. أو الأذن المجرد عن القيد لا يرفع الضمان؟ وما ذكر من الأمثلة على القاعدة، وما سقط فيه الضمان - كالضيافة ونحو ذلك - وإنما هو بدلالة القرينة على عدم الضمان، والمسألة مما تعارض فيها الاحتمالان وتكافأ باعتبار ملاحظة الأمثلة والموارد.

[٥١٥]

والذي يقتضيه النظر الصحيح: أنه لا ريب في عموم أدلة الضمان، والشك في كون الأذن العاري عن القيد موقفا لسقوطه يوجب الرجوع إلى أصالة الضمان، ولم يبق دليل على أن الأذن بهذا المعنى مسقط، لا من إجماع ولا من نص، والأمثلة السابقة على القاعدة. نعم، لو كان الأذن مطلقا - بمعنى: أنه يستفاد من سياقه عدم الضمان وإن لم يصرح به - فلا بحث في السقوط، والأذن المطلق في الحقيقة يرجع إلى التقييد (١) بشاهد الحال أو بقرينة أخرى، ويكون معناه: أنك مأذون في التصرف سواء أتيت بعوضه أم لا. فحاصل الأقسام أربعة، إذ الأذن الخالي عن القيد إما مطلق يستفاد منه التعميم، أو مجمل، والأول ملحق بصورة التصريح بعدم الضمان، والثاني ملحق بصورة ذكر الضمان، وذلك واضح، وأنت خير بأن المثمر في حثية الضمان إنما هو ما ذكرناه. نعم، بقي البحث في أن الأذن الصادر من الأسباب المذكورة أي منها يكون مطلقا ويكون مقيدا ويكون مجملا، فنقول: أما الأذن اللفظي فهو يكون مقيدا بأحد الطرفين، ويكون مطلقا، كقوله: (تصرف ما شئت) ويكون مجملا أيضا في بعض الصور. والأذن بالأشارة كالقول في هذه الصور، وكذا الكتابة. وشاهد الحال تابع للقرينة الحالية ودلالاتها، والغالب فيه الأجمال الموجب للضمان وإن رفع التحريم، فتدبر. هذا كله مع عدم التعارض، وقد يكون تعارض بين الأذن وغيره بأقسامه من الصريح وغيره، ولنذكر من صورته ما تعرضوا له: الأولى: تعارض الصريح مع الصريح، كما إذا قال: (كل من هو صديقي فهو مأذون في دخول داري) وقال لزيد الصديق: (لا تدخل). قال المعاصر النراقي: إن كان الأذن يعلم بصدقة زيد فيقدم المنع، للتخصيص.

(١) في (م): التقييد.

وإن لم يعلم بذلك، فإن علم أن نهيه لزعم عدم الصداقة يقدم الأذن، لانتفاء علة المنع في الواقع فينتفي المعلوم، ولتعاقد الأذن هنا بشاهد الحال، وتقيد النهي - حينئذ - بعدم الصداقة. وإن لم يعلم سبب النهي فالحكم كذلك أيضا، لأن علة النهي - لكونه حادثا - إما زعم عدم الصداقة في الواقع أو غيره، فعلى الأول لا نهى كما مر، وعلى الثاني فالنهي متحقق، وحيث لم يعلم السبب فحصل الشك في المنع، فعموم الأذن باق على حاله. لا يقال: تحقق النهي معلوم، والرفع لا دليل عليه. لأنا نقول: المعلوم: صدور لفظ النهي، وأما التعلق بزيد فلا، ولا إطلاق فيه أيضا، لأن زعم عدم الصداقة مانع من إرادة الإطلاق، أو حالة مقترنة صالحة للتقييد. وإن لم يعلم زيد بعلمه بالصداقة أو عدمها فالأصل عدم علمه، فيكون كما لو لم يعلم الصداقة، ومن هنا يعلم صورة عموم النهي وخصوص الأذن (١). أقول: صور تعارض الصريح مع مثله أربعة: أحدها: تعارض التساوي، كقوله: (ادخل في داري، ولا تدخل) أو (صديقي يدخل، صديقي لا يدخل) ولا ريب في كون المتأخر - حينئذ - ناسخا للسابق، سواء كان الأذن متقدما والمنع متأخرا أو بالعكس. وثانيها: تعارض العموم المطلق مع كون النهي أخص - كما مر مثاله - ولا ريب أن الأذن متى ما ورد على عمومها ثم ورد المنع، فيحتمل كون الثاني من باب النسخ، بمعنى كون الأذن ثابتا في الواقع للكل ثم بعد ذلك منع زيد عن ذلك. ويحتمل كونه تخصيصا كاشفا عن عدم إرادة زيد في الأول وإرادة ما عداه من العام، وتظهر ثمرة الاحتمالين في الدخول المتخلل بين صدور الأذن والمنع بالنسبة إلى الحكم الوضعي لو بني على الأذن والمنع الواقعي من دون اشتراط الاطلاع. وإثبات التخصيص بهذا المعنى يحتاج إلى فهم العرف كذلك، وهو في الاستثناء ونحوه مسلم، وفيما عدا ذلك - سيما مع تخلل (٢) الفصل الطويل - ممنوع.

(١) عوائد الأيام: ١٢، العائدة ٣. والعبارة منقولة بالمعنى. (٢) في (ن، د): عدم تخلل.

وأما بالنسبة إلى ما بعد صدور الخاص، فإن علم بأنه يعتقد صداقة زيد فلا بحث في اعتبار النهي للكشف عن حالة في نظره مانعة عن ذلك، كما مر. وإن علم أنه يعتقد عدم الصداقة وعلم كون نهيه لهذا الاعتقاد فيؤول الأمر إلى معرفة علة الأذن والمنع في نظره، فيقطع حينئذ برضاه مع كون زيد في الواقع صديقا، ويتقيد نهيه بعدم الصداقة. ولو لم يكن (١) كون النهي لهذا الاعتقاد، فظاهر كلام الفاضل المعاصر بقاء الأذن، نظرا إلى الشك في تعلق النهي باحتمال كونه بزعم عدم الصداقة، فيرجع إلى عموم الأذن (٢). وفيه نظر من وجهين: أحدهما: أن النهي إذا لم يعلم سببه فظاهره يفيد الإطلاق، أي: سواء كان صديقا أم لا، ومجرد زعمه عدم الصداقة لا يمنع من إطلاق اللفظ، إذ لو كان ذلك مانعا لكان احتمالاه أيضا كافيا، ومن هنا يفتح باب الأجمال في الألفاظ، إذ كل إطلاق في كلام شخص قابل لأن ينزل على اعتقاده، سواء علم أو شك، ومدار فهم الألفاظ إنما هو على ظواهرها. وثانيهما: أنه على فرض تسليم ذلك نقول: كما أن اعتقاد عدم صداقة زيد يوجب الشك في تعلق النهي، فكذلك يوجب الشك في إرادته من عموم الأذن، لاحتمال (٣) كون تعميمه في الأذن لكل صديق باعتبار زعمه أن زيدا خارج عنهم، بحيث لو كان اعتقد صداقته لم يعمم الأذن، والفرض: أنه لم يعلم كون الصداقة وعدمها علة في الأذن والمنع (٤) وإنما هو مورد للحكم، فمتى ما شك في أصل الأذن فينبغي المنع على مقتضى الأصل وإن لم يعلم النهي، فتدبر. وإن علم إنه لا يعتقد الصداقة ولا

عدمها فلا بحث في كون النهي موجبا للمنع، لعدم وجود ما يخرج النهي عن الإطلاق. وفي كلام الفاضل المعاصر ما يدل على كونه كصورة العلم بأنه يعتقد عدم الصداقة ولكن لم يعلم كون النهي لذلك، فإن العلم بعدم الصداقة أعم من كون النهي لذلك.

(١) كذا في النسخ، والظاهر: (ولو لم يعلم). (٢) راجع العوائد: ١٣. (٣) في (ف، م): لأجمال. (٤) لم ترد (و) في (ن، د).

[٥١٨]

وإن جهل حال الأذن علما وجهلا بالصداقة وعدمها، فجعله (١) كصورة عدم علمه بالصداقة للأصل، وحيث إنه جعل هذه الصورة قسمين: أحدهما: العلم بنهيه لزعم عدم الصداقة، وعدم العلم بسبب نهيه، فظاهر العبارة يقضي بجريان الصورتين في المشبه أيضا. مع أن العلم بكون نهيه لزعم عدم الصداقة لا يجمع الشك في كونه معتقدا بالصداقة أو عدمها مع أنه الفرض، فيصير التشبيه بالنسبة إلى القسم الثاني وهو الجهل بالسبب (٢) الذي حكم بالرجوع إلى الأذن، وقد عرفت بطلان ذلك، سواء كان في الواقع غير معتقد للأميرين أو معتقدا لعدم الصداقة ولم يعلم سبب النهي، فإن في كلا الفرضين الحق المنع على ما قررناه. فصورة الشك إن دار أمره بين هاتين الصورتين - بمعنى: أنا نقطع بأن الأذن لا يعلم بالصداقة، بل إما معتقد لخلافها أو خال عن الأمرين - فالحكم فيها المنع، لعدم خروجه عن الاحتمالين، والمختار في كل منهما المنع. ولو قطعنا بأنه غير خال عن الاعتقاد ودار الأمر بين الاعتقادين فيصير سببا للشك في سبب المنع، وقد عرفت أن المختار فيه العمل بالنهي أيضا. وإن علم أنه غير معتقد للخلاف، بل إما معتقد للصداقة أو خال عن الأمرين فالعمل فيه على النهي أيضا، والوجه واضح مما مر. وإن دار الأمر بين الصور الثلاثة فالحكم فيه المنع أيضا، لتعارض الاحتمالات وسلامة الإطلاق، مضافا إلى الوجه المتقدم. فالحاق صور (٣) الشك بقول مطلق على صورة عدم العلم بالصداقة، مع كون صورة من صور الشك صورة القطع بأنه لا يعتقد الخلاف - بل إما معتقد للصداقة أو خال عن الأمرين ولا شبهة في كون المعتمد حينئذ النهي - كما ترى! فتدبر. وثالثها: كون التعارض بالعموم المطلق مع كون الأذن أخص، ويجيء الكلام فيه أيضا من حيث النسخ والتخصيص، ومن حيث التقديم والتأخير، والكلام فيه الكلام في الصورة السابقة حذو النعل بالنعل. ولازم كلام الفاضل المعاصر المخالفة

(١) أي: المحقق النراقي قدس سره، راجع العوائد: ١٣. (٢) لم ترد (بالسبب) في (ن، د). (٣) في غير (م): صورة.

[٥١٩]

هنا أيضا (١) نظير الصور السابقة، فتدبر جدا. ورابعها: تعارض العموم من وجه، كما لو قال: (العالم يدخل في داري، وعدوي لا يدخل) فاتفق عالم هو عدو له، والمعتمد حينئذ الرجوع إلى المرجحات، مثل شاهد الحال فإنه يؤيد المنع، ويأتي على مذهب من يقدم النهي في كل تعارض العاميين من وجه أن يقدمه هنا أيضا، للوجوه التي ذكروها في اجتماع الأمر والنهي، وعلى فرض عدم المرجح فتعارض الاحتمالين وتساوقهما يوجب المنع، لخلو المقام عن الأذن، فالمرجع: أصالة عدم جواز التصرف، ويلحقه الضمان. وقد يفرض

التعارض من وجه بحيث يظهر منه رجحان الأذن، كما لو قال: (عدوي لا يدخل) ثم قال لطائفة مخصوصين: (ادخلوا أئتم) مع علمه بأن فيهم عدوا وصديقا، فالتعارض بالعموم من وجه، لكن المرجح الصراحة وقلة المورد. ولو قال: (صديقي يدخل) ثم قال: أئتم (لا تدخلوا) مع علمه بأن فيهم عدوا وصديقا ترجح جانب النهي في مورد التعارض، لما مر من الوجه. ولو لم يعلم أنه يعلم أن فيهم عدوا وصديقا، فيجئ فيه الصور السابقة في العموم المطلق، مع زيادة احتمال كونه من وجه أو مطلقا، وأنت بعد ما ذكرنا تقدر على استخراج الحكم من ذلك بعد التأمل الجيد. الثانية (٢): تعارض الصريح والفحوى، كقولك: (كن ضيفي في داري إلى غد) الدال بالفحوى على جواز صلاة الشخص، مع قوله: (لا يصل عدوي في داري) مع كونه في الواقع عدوا. وقد يكون المنع خاصا والفحوى عاما، كقوله لطائفة: (كونوا ضيفا لي إلى غد في داري) مع قوله لواحد منهم: (لا تصل في داري). وقد يكونان بالعموم من وجه، كقوله: (كونوا ضيفي) مع كون بعضهم عدوا والآخر صديقا، وقوله: (لا يصل عدوي في داري). ويجئ هنا البحث السابق في الصريحين بحذافيره.

(١) في (ن، د) زيادة: في. (٢) أي: الصورة الثانية من الصور التي تعرضوا لها، تقدم أولها في ص: ٥١٥.

[٥٢٠]

الثالثة: تعارض الصريح مع شاهد الحال، كما لو أذن لزيد العدو مع علم زيد بأنه لا يرضى بدخول عدوه، أو منع عمروا الصديق مع علمه بأنه راض بدخول صديقه. وقد يتعارضان بالعموم من وجه، كشهادة الحال بالأذن للصديق، ومنعه عن جماعة فيهم صديق وعدو. وتجئ مسألة اعتقاده (١) العداوة أو الصداقة أو خلوه عن الاعتقاد أو شك المخاطب في ذلك بصورة، فتدبر جدا، والحكم يتضح بعد ذلك. ولو فرض شهادة الحال بخصوص زيد العدو مع منعه من دخول عدوه، فإن كان شهادة الحال أعم من كونه عدوا أو صديقا - كما لو وقع حال قاض بالأذن له على كل حال - فيقدم على المنع وإن كان بينهما حينئذ عموم من وجه، لأعمية العدو أفرادا وأعمية مدلول شاهد الحال أحوالا، فإنه أعم من كونه صديقا أو عدوا، ووجه التقدم الصراحة وأخصية المورد، وكون الميزان في العموم عموم الموضوع دون المحمول، فتدبر. وإن كان شهادته على فرض الصداقة فالمنع سليم عن المعارض. وإن كان مجملا فيقدم المنع، لعدم العلم بالمعارض مع شمول المنع قطعاً، فتأمل. الرابعة: تعارض الفحوى مع مثله، ويتصور فيه أيضا الصور السابقة في الصريح بأجمعها، والحكم ما مر هناك. والخامسة: تعارض الفحوى مع شاهد الحال، وهو كتعارض الصريح مع الحال من دون فرق في الأقسام والأحكام. السادسة: تعارض شاهدي الحال، وحيث إن ذلك يقتضي كون حالة موجبة للأذن وحالة موجبة للمنع، فيكون المجموع من الأمرين أيضا حالا آخر، فإن كان مقتضاه الأذن - كما لو فهم التعميم من الحالة المرخصة - فهو المعول، وإن كان مقتضاه المنع فهو المتبع، وإن لم يعلم أحد الأمرين فالأصل عدم الأذن. وفي المقام أبحاث شريفة أعرضنا عنها مخافة التحويل واعتمادا على فهم الفطن، إذ ملاحظة ما أشرنا إليه في طي البحث يعين على استخراج ما عداه، والله الهادي.

(١) في (ن، د): اعتقاد.

[عنوان [٦٩] في ضبط معنى المثلي والقيمي، حيث إن التأدية تبتني على معرفتهما (١) حتى يتخلص عن الضمان، على ما ذكرناه في قاعدة اليد (٢). قد اختلف فيه عبائر الفقهاء اختلافا كثيرا، والذي وجدت في كلماتهم في الباب تعريفات: أحدها: ما نسب إلى الأكثر في لسان بعضهم (٣) وإلى المشهور بين الأصحاب في المسالك (٤) وهو: أن المثلي ما تساوت قيمة أجزائه، وفسروه: بما تساوى قيمة أجزاء النوع الواحد منه، كالحبوب والأدهان، فإن المقدار من النوع الواحد منه يساوى مثله في القيمة، ونصفه يساوى نصف قيمته، وهكذا... وهذا التعريف مخدوش، فإن الأجزاء لا انضباط لها، إذ الظاهر أنه أريد بها كل ما يتركب الشئ منه، فيلزم عدم كون الحبوب والأدهان مثليا أيضا، لأنها تتركب من القشور والالباب، ولا ريب في اختلاف القشر مع اللب في القيمة، فكيف يقال

(١) في (ن، د): معرفتها. (٢) في العبارة ما لا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: إذ التأدية التي بها يتخلص عن الضمان مبتنية على معرفتهما، فنقول: قد اختلف... (٣) لم نقف عليه. (٤) المسالك ٢: ٢٥٩ (ط - الحجرية).

بتساوي أجزائهما في القيمة؟ ونحو ذلك التمر، فإنه مركب من اللحم (١) والنوى، ولا ريب في اختلاف قيمتهما، وعلى هذا القياس جميع ما يقال: إنه مثلي، فإنه مركب من أجزاء لو فصلت عليها لتفاوتت في القيمة قطعا. وربما يقال في دفعه: أن المراد بالأجزاء هنا: هي الأجزاء التي يطلق عليها اسم الجملة، لا مطلق الأجزاء، وما اعترضت علينا من الأيراد وإنما هو في ما لا يبقى فيه الاسم، وهو غير الفرض. واعترض على ذلك أيضا: بأن اللازم من ذلك عدم كون الدراهم والدنانير مثلية، لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن، وفي الاستدارة والاعوجاج، وفي وضوح السكة وخفائها، وذلك مما يؤثر في القيمة. وفي أصل الجواب والاعتراض وأصل التعريف نظر. أما في التعريف: فلأن المثليات لا ريب في أن كل فرد من أفرادها متساوية في القيمة، لا أن كل جزء من أجزائها متساوية في القيمة، فلا وجه للقول بتساوي الأجزاء إلا على فرض إطلاق اللفظ على أفراد كثيرة مجتمعة منه تفرض فردا واحدا حتى تكون الأفراد الموجودة في ضمنه أبعاضا له. وإن قيل: (إن التعبير بالأجزاء ليس للنظر إلى الفرد المركب، بل إنما هو ليشمل الفرد المركب والبسيط معا، فإنه لو انقسم كل فرد من أفراد المثلي نصفين لتساوت في القيمة أيضا ولا ينحصر في تساوي الأفراد) لكان هذا وجها جيدا في سر التعبير بالأجزاء، لكن يرد الاعتراض على التعريف من وجه، وعلى ما مر من الدفع أيضا، أما على التعريف، فلأنه يرد عليه ما أورد عليه أولا من مسألة القشر واللباب والنوى واللحم، فإنهما ليسا بمتساويين في القيمة، مع أنه من أجزاء الفرد الواحد، وأنت بنيت على التساوي مطلقا. وأما على الدفع بأن المراد بالأجزاء ما يطلق عليه الاسم، فإن لازم ذلك عدم جريان مسألة الجزئية في كل مثلي، إذ ليس كل مثلي إذا وزع فرد منه يصدق على أجزائه اسمه، فإن الدرهم، إذا قسم لا يطلق

[٥٢٤]

على نصفه أنه درهم، بل لا يطلق على نصف الحنطة ونحو ذلك، فإرادة الأجزاء التي يطلق عليها الاسم توجب انحصار المراد في الفرد، ولا يناسب التعبير حينئذ بالأجزاء، فتدبر. وأما في الاعتراض على الدفع: فبأن اختلاف السكة والوزن ونحو ذلك إن كان مما يتفاوت به القيمة، فيصير من باب اختلاف النوع كسائر الصفات في المثليات، وهذا لا ينافي كون النوع الواحد منه مثليا، وإن لم يتفاوت به القيمة - كما هو الغالب - فلا بحث ولا اعتراض. وأما في الجواب والدفع: فبأن تفسير الأجزاء بما يطلق عليه اسم الجملة لا ينفذ في دفع الاعتراض، إذ يمكن تقسيم التمر والنوى بحيث يجعل في النوى مقدارا من اللحم (١) لا يوجب خروجه عن اسم التمر، ولا ريب في كون كل منهما تمرا من أجزاء نوع واحد مع اختلاف الجزئين في القيمة، فتدبر. وثانيها: ما عرفه الشهيد رحمه الله به في الدروس: من أنه ما تساوى أجزاءه ومنفعته وتقارب صفاته (٢). ويرد النقض على هذا بالثوب ونحوه، فإنه متقارب المنفعة والصفات والأجزاء، بل متساويها في النوع الواحد، مع أنه يعد قيميا، لا مثليا. وهذا الاعتراض يرد على التعريف الأول، فإن قيمة أجزائه في النوع الواحد متساوية أيضا. ويمكن دفعه بمنع تساوي قيمة أجزائه ولو في النوع الواحد، فإننا نرى أهل العرف يداقون في القطعة الواحدة بين طرفيها، ولو فرض التساوي في فرد فهو لا يوجب كونه مثليا، إذ المدار على الوجود الغالب، وإلا فالتساوي في القيمة والمنفعة يمكن في كل جنس، ومن هنا يمكن دفعه عن تعريف الدروس أيضا، فتدبر. وثالثها: ما حكى عن شرح الأرشاد للشهيد: أنه ما يتساوى أجزاءه في

[٥٢٥]

الحقيقة النوعية (١). فإن كان المراد منه ما كان اسم القليل والكثير منه واحدا لأنه التساوي في الحقيقة الموجب لأطلاق الاسم، فلاريب في انتقاضه بكثير من القيميات: كالأرض، فإن القليل والكثير منها في الاسم سواء، والأقمشة، فإن قليلها وكثيرها يتفقان (٢) في الاسم غالبا. وإن أريد أن الحقيقة النوعية هي منشأ المنفعة والقيمة والصفة، فالتساوي فيها يوجب التساوي في هذه الأمور فيرجع إلى التعريف الثاني. ولعل الأخير أوضح في الإرادة وإن جزم بعضهم بكون مرجعه إلى المعنى الأول، فتأمل (٣). ورابعها: أن المثلي ما يقدر بالكيل والوزن، كما نسب إلى بعضهم (٤). وينتقض بالمعاجين بإنها مثلية، ولاتباع بالكيل والوزن، بل بالحب ونحوه، وبالحنط فإنه مثلي وإن كان لا يباع بهما في بعض البلاد، كذا قيل. ويمكن القول بأن المعجون يباع بالوزن، وبيعه كذلك من جهة أنه مغن عن الوزن فلا يضر بمثليته، ونحو ذلك نقول في الحطب، مع احتمال منع كون الحطب مثليا. لكن ينتقض بأنه يباع غالبا بالكيل والوزن فيدخل في التعريف. ويمكن القول: بأن المعجون أيضا قيمي ويباع بالكيل أو الوزن، فيدخل في التعريف. وخامسها: أنه ما يكال أو يوزن مع جواز السلم فيه. وسادسها: أنه ما يكال أو يوزن، ويجوز بيع بعضها ببعض لتشابه الأصلين في قصد التقابل. واعترض على

التعاريف الثلاثة بالأشياء التي يجوز فيها بيع بعضها ببعض ويجوز السلم فيه مع كونها مكيلا أو موزونا، كالقاقم (١) وغيره، وربما منعوا ذلك فيه.

(١) غاية المراد: كتاب الغصب (مخطوط) الورقة: ٧١. (٢) في غير (م): يتفق. (٣) لم يرد الأمر بالتأمل في (ن، د). (٤) حكاه المحقق الثاني قدس سره عن الشافعي وأبي حنيفة وأحمد، جامع المقاصد ٦: ٢٤٤ (كتاب الغصب). (١) في (ن، د): كالقاقم.

[٥٣٦]

وسابعا: ما تساوت أجزاؤها وجزئياتها. ويرد على هذا التعريف: أنه إن كان المراد من الأجزاء ما يطلق عليه الاسم، فعاد إلى الأفراد فلا وجه لذكر الأجزاء. وإن كان المراد أجزاء الفرد - كنصف الحنطة والدرهم، ونحو ذلك - فيرد عليه ما مر من الاعتراض بالقشر واللب ونحوه، فإنه من أجزاء الفرد الواحد مع عدم تساوي القيمة. ويمكن أن يقال بملاحظة الحيثية بأن يقال: إن الأجزاء لها جهات، فمن الجهة التي هي متساوية في القيمة فهي مثلية، ومن الجهة الأخرى قيمية، فالحنطة لو اعتبرت أجزاؤها بالقشر واللب فهي قيمية، ولو لوحظت أجزاؤها بنصف الحنطة وربعا ونحو ذلك فهي مثلية - فتأمل - فيصير الأحكام في المثلية والقيمية تابعة لكيفية الضمان. وثانها: أن المثلي ما إذا جمع بعد التفريق أو فرق بعد الاجتماع عاد الأول بغير علاج. ويرد على هذا الفرض أيضا بعض ما يرد على التعاريف السابقة. والتحقيق أن يقال: إن المثلي والقيمي تحديدهما موكول إلى العرف، فإن أهل العرف يعدون بعض الأشياء مما لا تفاوت بين أفرادها ولا يدافعون في أخذ فرد دون فرد وينسبون كل من فرق بين أفرادها إلى السفاهة والبلاهة لاهتمامه فيما لا يلتفت إليه عند العقلاء، ويعدون بعض الأشياء مما يصير فيها التفاوت وإن تشابهت في الصورة ولم يتميز في الحس في بادئ النظر، بل عند الأغلب، لكن يعرفون أن الممارسين في هذا الشئ أو هذه الصنعة (١) يعرفون أن فيه جيدا وريئا وإن كان لا يطلع عليه كل ناظر، بل الغالب يتخيلون التساوي، ولذلك لا يعتنون من لم يتفحص عن ذلك، ويخرجونه عن رتبة الرشد وكمال العقل، وهذان الأمران مما يقال لهما المثلي والقيمي، وما ذكره الأصحاب كلها إشارة إلى ما هو في الواقع كذلك، وليس ذلك اختلافا منهم في الحكم، بل إنما (٢) غرضهم تحديد العرف،

(١) في غير (م): الصفة. (٢) في (ن، د) زيادة: هو.

[٥٣٧]

وليس العموم والخصوص في تعاريفهم إلا كما يقع في التعاريف اللفظية من أهل اللغة، والمراد عندهم واحد بحسب الظاهر. ثم إنه لو علم كون الشئ مثليا فلا بحث فيه، ولو علم كونه قيميا فلا بحث فيه أيضا. ولو شك في فرض أنه قيمى أو مثلى بحيث لم يتنقح (١) ذلك في العرف أيضا لاختلاف أهله في ذلك، فهل يبنى فيه على المثلية أو على القيمية؟ ربما يقال بالبناء على أنه مثلى، لأصالة عدم تفاوت القيم والرغبات، ولأن الميزان في اعتبار المثل إنما هو كونه أقرب إلى المال المضمون بحيث يعد تأديته تادية لأصل المال، ومتى ما كان الشئ يشك في أن فيه تفاوتاً أم لا صار أقرب إلى المال المضمون من القيمة قطعاً، فلا وجه للعدول إلى القيمة، فهو

وإن لم يثبت كونه مثليا في الاسم لكنه مثلي في الحكم، فتدبر. وربما يقال: إنه قيمى، لأصالة عدم تساوي الرغبات، ولكون الغالب في الشبئين الاختلاف، فالمشكوك (٢) يلحق به، ولأن القيمة دفع لما يقابل المضمون في المالية قطعا، بخلاف المثلي، لاحتمال النقيضة (٣) فلا يحصل اليقين بالبراءة. لا يقال: أن مع دفع القيمة أيضا لا يحصل اليقين، لاحتمال كونه مثليا موجبا للدفع من هذا العين، فيفوت الخصوصية على صاحبها. لأنا نقول: غاية ما في الباب تعارض احتمال فوات خصوصية العين مع احتمال فوات المالية، ولا ريب أن الثاني أهم، إذ الغالب في الماليات إنما هي جهة المالية، والخصوصية مع حصول المالية لا يعتنون بها، بخلاف العكس، فمراعاة جهة المالية توجب ترجيح دفع القيمة، لأنه أقرب إلى البراءة. وربما يقال: إنه لا ترجيح في المقام بعد كون الشك في الحادث وتعارض الاحتمالين من الجانبين، فيرجع إلى الصلح حينئذ، كالعلم باشتغال الذمة بأمر مجهول لا سبيل إلى بيانه. ويحتمل تخيير الضامن بين الاحتمالين، ويحتمل تخيير

(١) في (ن، د): لم يتضح. (٢) في (ن، د) زيادة: به. (٣) في (ف، م): النقيضة.

[٥٢٨]

المضمون له، ويحتمل وجوب أكثرهما قيمة لقاعدة الاشتغال، ويحتمل وجوب أقلهما قيمة ترجيحا للبراءة. والحق أن يقال: إن خصوص لفظ (المثلي) و (القيمي) لم يعلق عليهما الحكم في كلام الشارع، وإنما هو اصطلاح، والمتبع الدليل، ولاريب أن الدليل إنما دل على وجوب تأدية المال إلى صاحبه، ولا ريب في كون التأدية مع بقاء العين هو دفع العين، وأما مع التلف ففي المثلي يعد دفع مثله دفعا لذلك التالف، وفي القيمي لا يعد دفع مثله في الفردية دفعا لذلك، للتفاوت، فيدفع القيمة، لأن القيمة حينئذ أقرب إلى التالف من دفع ما هو من نوعه. ومع الشك في كونه من هذا أو من ذلك فلا ريب أن دفع مثله حينئذ أقرب من دفع قيمته، فليدفع ما هو مثله بحيث لا يكون تفاوت بينهما في المالية وإن كان أصل النوع لا يعلم كونه مثليا. فتدبر حتى لا يختلط عليك الأمر.

[٥٢٩]

(العنوان السبعون) (الضابط في تعيين القيمة اللازمة الدفع)

[٥٣٠]

عنوان [٧٠] في تعيين القيمة اللازمة (١) الدفع إذا وجب دفع القيمة. ووجوبها يصير على وجهين: أحدهما: وجوب قيمة أصل المال المضمون حيث يكون قيميا. وثانيهما: قيمة مثله إذا تعذر المثل، فإنه يرجع حينئذ إلى قيمة المثل، لا قيمة المال المضمون [نظرا إلى أن تلف أصل المال أوجب ضمان المثل الثابت في الذمة، فإذا تعذر ذلك عاد بالقيمة لهذا المال المضمون] (٢) في الذمة، لأنه المضمون الآن دون أصل المال. والغرض من تعيين القيمة: أنه لا ريب في اختلاف الحالات على المال التالف الموجبة لزيادة القيمة والنقصان بحسب الأيام والأزمان وتختلف الاحتمالات بالنسبة إلى أسباب الضمان، فتزيد في بعضها وتنقص في آخر، وكذلك في ضمان المثل المعوز (٣)

بقيمته، فإن فيه احتمالات أيضا، فلا بد من تعيين القيمة المضمونة شرعا على ما تقتضيه الأدلة. وهذا البحث كما يجئ في قيمة الأعيان المضمونة، وكذلك في قيمة النماءات، وفي قيمة المنافع والأعمال، وكذلك في قيمة أبعاض الأعيان، وأبعاض المنافع المذكورة في باب تبعض

(١) في (ن، د) زيادة: في. (٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في (ن، د). (٣) في (ن، د): المعوض.

[٥٢١]

الصفقة، وكذلك في قيمة الأوصاف المضمونة - كأرش العيوب ونقص الصفات المطلوبة - فإنها أيضا مضمونة بالقيمة. وبالجملة: كل مال مضمون بالقيمة، سواء كان عينا أو منفعة، أو بعضا من أحدهما، أو وصفا لأحد منهما، أو نماء للأعيان، لا بد فيه من تعيين القيمة التي تضمن من القيم المختلفة بحسب الأزمان والأمكنة والأحوال، فهنا أبحاث ثلاثة: أحدها: في تعيين القيمة بحسب الأحوال الطارئة على المال المضمون الموجبة لزيادة القيمة بزيادة في العين، كما لو كان المال المغصوب - مثلا - أو المقبوض بالعقد الفاسد قيمته عشرة لضعفه، ثم صار قيمته يوم التلف - مثلا - عشرين لسمنه أو لطوله، أو نحو ذلك. وكذلك المنافع، فإنها قد تكون عند وضع اليد عليها قيمتها خمسة فحدث في العين صفة كمال أوجبت زيادة قيمة في المنفعة. وكذلك في الأرش، فإن العيب قد يتفاوت بزيادة ونقصه ويختلف باختلافها قيمة التفاوت المسمى بالأرش، وعلى هذا القياس. والذي يقتضيه النظر في هذا الفرض: ضمان أعلى القيم في أي حالة كانت، سواء كان الأعلى آخر قيمة له بحيث تعقبه التلف، أو أول قيمة كما إذا نقصت العين بعد الغصب إلى أن تلفت، أو نقصت قيمة العيب إلى أن ارتفع. أو أوسط القيم، كما إذا كان ناقصا فزاد ثم نقص ثم تلف، بحسب (١) اختلاف العين بالزيادة والنقصان، لا بمحض السوق، نظرا إلى أن كل حالة من هذه الحالات مضمونة على صاحب اليد، لأنها (٢) فأتت تحت يده فيشمل عموم (على اليد) هذا النماء كما يشمل الأصل؛ وكذا يشمل دليل الأتلاف لكل ما أتلفه من أصل أو نماء، ولذلك لو أرجع العين إلى صاحبها بغير تلف لكنه مع نقص فيها بهزال أو تعيب - أو نحو ذلك - ضمن النقص، والوجه في ذلك كله واضح. ومن هنا علم: أنه إذا ترتبت الأيدي على مغصوب أو مطلق مال مضمون له حالات متفاوتة بزيادة ونقصه توجب اختلاف القيمة ضمن كل منهم الحالة التي

(١) كذا في (ذ)، وفي سائر النسخ: بسبب. (٢) في (ن، د): لا لأنها.

[٥٢٢]

كانت تحت يده دون ما كان تحت يد الآخر، فيشتركون في ضمان القدر الجامع، بمعنى تخيير المالك في الرجوع إلى أي منهم شاء، ويمتاز صاحب اليد على الزيادة بضمن الزيادة، فإن كان واحدا فيالاختصاص، وإن كانوا متعددين - كتلاثة من ستة كانت العين زائدة في أيديهم فنقصت في الباقيين - فيالاشتراك بالمعنى المذكور في الأصل. وإلى هذا المعنى أشار الشهيد الثاني رحمه الله في مقامات عديدة يبحث فيها عن أداء المال المضمون - كباب الغصب، والاروش المالية، واروش الجنائيات، وضمن المقبوض بالعقد الفاسد، وباب

الفضولي، والعقد المنفسخ يعيب ونحوه - بعد ذكر بحث الأصحاب في ضمان أعلى القيم أو الأسفل، أو غير ذلك من الاحتمالات الآتية في البحث الثاني. هذا إذا كان التفاوت بحسب السوق، أما لو كان بسبب اختلاف في العين فيضمن الأعلى، فتدبر. وثانيها: في تعيين القيمة بحسب الأزمان بالنسبة إلى السوق، من دون مدخلية لزيادة العين ونقصها فيه، والمحتملات في ذلك أمور: الأول: ضمان قيمته يوم الغصب، ويحتمل نظيره في سائر الأسباب في يوم وضع اليد، كما في المقبوض بالبيع الفاسد، ومنه المقبوض بالفضولي، وقس على ذلك غيره. قيل: ذهب إليه الشيخ رحمه الله في موضع من المبسوط (١) ونسبه المحقق إلى الأكثر (٢). ولعل وجهه: أن ذلك يوم تعلق ضمان المال، لأنه السبب، فينبغي أن يلاحظ قيمة ذلك الوقت. وفيه: أن مجرد كونه سبب الضمان لا يستلزم اعتبار قيمة ذلك الوقت، بل المراد بالضمان لزوم قيمته إذا تلف في ذلك الوقت، وإذا لم يتلف فهو مكلف برد العين، فلا وجه لاعتبار قيمته حينئذ.

(١) قاله المحقق الكركي في جامع المقاصد ٦: ٢٤٦، ولم نقف عليه في المبسوط.
(٢) الشرائع ٢: ٢٤٠.

[٥٢٣]

الثاني: الضمان بالقيمة يوم التلف، وهو مذهب ابن البراج (١) والعلامة في المختلف (٢) ونسبه في الدروس إلى الأكثر (٣). والوجه فيه: أن العين مادامت باقية فهو مكلف بدفع العين، ولا يضمن بالقيمة إلا إذا تلفت، فذلك اليوم تتعلق القيمة بالذمة، فينبغي اعتبارها في ذلك اليوم. كما أنه لو فرض نقص القيمة مع بقاء العين لا يحكم على الغاصب بدفع الزيادة، لأن العين باقية على حالها، وفوات قيمة السوق غير مضمون. الثالث: ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى يوم التلف، وهو منقول عن الشيخ رحمه الله في النهاية والخلاف وموضع من المبسوط (٤). واختاره ابن إدريس (واستحسنه المحقق في الشرائع (٦)). والوجه فيه: أن المال مضمون عليه في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزم ضمانه فكذا بعده، ولأن الاعتبار العقلي يقتضي ذلك، لأن الغاصب في أول زمان الغصب مكلف بإيصال المغصوب إلى المالك، فإذا لم يفعل كان عليه أن يجبر النقصان الذي حصل للمالك بسببه، وجبر ذلك النقصان: إما برد العين في زمان آخر، أو قيمتها في الزمان الأول عند تعذر ذلك، وكذلك الغاصب مكلف في الزمان الثاني بإيصال العين إلى المالك، وإذا لم يفعل كان عليه جبر النقصان كما مر، وهكذا في الزمان الثالث والرابع. فإذا فرض زيادة القيمة في بعض هذه الأيام كان عليه ردها إلى المالك عند تعذر العين. وفيه: أن كون جميع الحالات مضمونة معناه لزوم قيمته لو تلف في تلك الحالة، وإلا لزم على ذلك لزوم رد تفاوت القيمة مضافا إلى العين، ونقصان قيمته حين الرد عن بعض القيم السابقة، والحكم بخلافه مجمع عليه عند الأصحاب على الظاهر.

(١) المهذب ١: ٤٣٧. (٢) المختلف: ٤٥٥ (ط - الحجرية). (٣) الدروس ٣: ١١٣. (٤) الخلاف ٣: ٤٠٢، المسألة ١٤، المبسوط ٢: ٧٢ و ١٠٢، ولم نعتز عليه في النهاية. (٥) الشرائع ٢: ٤٨١. (٦) الشرائع ٢: ٢٤٠.

[٥٢٤]

والرابع: لزوم أعلى القيم من حين الغضب إلى حين رد القيمة، وحكي عن المحقق في أحد قوليه (١). ولعله مبني على أن القيمي أيضا مضمون بمثله، فيبقى في ذمة الغاصب مثله بعد التلف إلى وقت الأداء، وحيث إن دفع المثل متعذر فيدفع القيمة حينئذ، فيصير بمنزلة بقاء العين إلى وقت الدفع وتلفه حينئذ، فيجئ الوجه السابق في اعتبار أعلى القيم هنا من حين الغضب إلى وقت الرد، وكأن وقت الرد حينئذ هو وقت التلف في الحقيقة. ولا يخفى ضعف ذلك من الوجه السابق في ضعف القول السابق: من أن كون القيمة أعلى في وقت لا يقتضي لزوم دفعها، بل اللازم دفعها لو تلفت العين في ذلك الوقت، مضافا إلى أنه لا وجه لبقاء مثل القيمي في الذمة، إذ لو كان له مثل لوجب دفع مثله، والمفروض أنه غير موجود، ولا وجه لضمان الممتنع، إذ معنى الضمان: لزوم الدفع وهو ممتنع محال. وأضعف من ذلك احتمال كون القيمي مضمونا بعينه إلى وقت الأداء، وهنالك (٢) ينتقل إلى القيمة للتعذر، نظرا إلى امتناع ضمان الممتنع والتالف لا يمكن إعادته، فتدبر. والخامس: لزوم دفع قيمة وقت المطالبة، وهو مبني على الضمان بالمثل إلى ذلك الوقت، أو بالعين إلى ذلك الوقت حتى يصير ذلك الوقت وقت الانتقال إلى القيمة، ويجئ فيه ما ذكرناه في اعتبار قيمة يوم التلف، وقد عرفت ضعفهما في القول السابق المبني على أحدهما، على ما أشرنا إليه. والسادس: لزوم دفع أقل القيم من حين الغضب إلى وقت التلف. والسابع: لزوم أقل القيم من حين الغضب إلى وقت الأداء. والثامن: لزوم أقل القيم من حين التلف إلى وقت الأداء. والوجه في هذه الثلاثة الرجوع إلى أصالة البراءة مع الشك في اشتغال

(١) حكاه عنه الشهيد الأول، على ما نقله الشهيد الثاني في الروضة ٧: ٤٠. (٢) في (ن، د): هناك.

[٥٢٥]

الذمة بالزائد. والتاسع: التخيير، وله صور: أحدها: التخيير بين يوم الغضب والتلف. وثانيها: بين يوم الغضب والأداء. وثالثها: بين يوم التلف والأداء. ورابعها: التخيير بين الثلاثة. وخامسها: التخيير بين الأقل والأكثر في أي وقت اتفق، ومرجعه إلى لزوم ضمان الأقل. ومنشأ ذلك كله: العلم باشتغال الذمة بإحدى هذه القيم وعدم وجود الترجيح، وليس من النص في هذا الباب شئ سوى صحيحة أبي ولاد، وهي طويلة واردة في خصوص رجل اكرى بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا، فلما وصل إلى قرب قنطرة الكوفة توجه نحو النيل، وتوجه منه إلى بغداد، ورجع إلى الكوفة، وكان ذهابه ومجيئه خمسة عشر يوما، فأخبر أبا عبد الله عليه السلام بذلك، قال: له عليك مثل كرى البغل (١) ذاهبا من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة. قال: قلت: جعلت فداك! فقد علفته بدرهم فلي عليه درهم (٢)؟ قال: لا، لأنك غاصب. فقلت: أرأيت لو عطب أو (٣) نفق اليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة البغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر (٤)؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه... الحديث (٥). وفي هذا الخبر دلالة على جملة من أحكام الضمان التي حررناها في المباحث السابقة، منها: عدم احترام مال الغاصب، لأقدامه. ومنها: ضمان الأوصاف بالقيمة كالأصل. وفي قوله: (يلزمك قيمة البغل يوم خالفته) احتمالان: أحدهما: أن يكون المراد: يلزمك قيمة يوم المخالفة، فيكون دليلا على القول الأول من الأقوال

(١) في المصدر: بعل - بدون اللام - وهكذا في الفقرات الآتية. (٢) في المصدر: قد علفته بدرهم فلي عليه علفه. (٣) في المصدر: ونفق. (٥) في المصدر: غمز. (٥) الوسائل ١٣: ٢٥٥، الباب ١٧ من أبواب أحكام الأجرة، ح ١.

[٥٣٦]

المتقدمة. وثانيهما: أن يكون المراد: أن لزوم القيمة والضمان في ذلك اليوم، وأما قيمة أي من الأيام فهو مسكوت عنه. والظاهر منه هو الأول عند الانصاف وإن أعرض عنه الأكثر. وفي قوله: في صورة العيب: (يوم ترده إليه) إشارة إلى أنه يقوم في ذلك اليوم صحيحا ومعيبا ويلزمك التفاوت، ولا دلالة فيه على تقدير القيمة بالنسبة إلى أي الأزمنة، إذ هناك أيضا يجئ الوجوه، إلا أنها ضعيفة، إذ تفاوت الصحيح والمعيب في كل وقت بالنسبة، إلا أن ما به التفاوت يتفاوت بزيادة القيمة ونقصانها، فإن التفاوت لو كان بمقدار الربع فلو كان القيمة عشرين كان خمسة، ولو كان أربعين كان عشرة. وبالجملة: ففيه أيضا يجئ الكلام السابق. وأوفق الأقوال إلى القواعد ضمان قيمة يوم التلف - كما يظهر بعد التأمل - لولا ظهور هذه الصحيحة في خلافه في الجملة، إلا أنه لا يصادم الفتوى. و (١) إجراء هذه الأقوال والاحتمالات في سائر موارد الضمان - من الأروش في الماليات وديات النفوس حيث لا مقدر فيها وفي سائر الاتلافات والنماءات والمنافع - يحتاج إلى تأمل تام. وهنا أبحاث شريفة تركناها اقتصارا على ما نبهنا عليه في مطاوي الكلام. وثالثها: (٢) في تعيين القيمة بحسب المكان، وهذا البحث قد أغفله الأصحاب ولم يتعرضوا له في شئ من هذه الأبواب، مع الاختلاف الفاحش في القيمة بحسب الأمكنة كالأزمنة. فهل المراد قيمة مكان الغصب، أو قيمة مكان التلف، أو أعلى القيمتين، أو أسفل الأمرين (٣) [أو قيمة مكان المطالبة] (٤) أو قيمة مكان الأداء أي موضع كان،

(١) في النسخ زيادة (يحتاج) والظاهر أنها سهو. (٢) أي: ثالث الأبحاث، تقدم ثانيها في ص: ٥٣٢. (٤) في (ن) بدل (أو أسفل الأمرين): أو أقلهما. (٤) لم يرد في (ن، د).

[٥٣٧]

أو قيمة المكان الذي يجب الأداء فيه بمقتضى الشرع، أو تخير (١) الغاصب بين القيم، أو تخير (٢) المالك أو غير ذلك؟ فالاحتمالات هنا أيضا آتية، وأنت بعد الأحاطة بما ذكرناه في بحث الزمان تقدر على استخراج الوجوه لهذه الاحتمالات، والكلام الكلام بعينه، فتدبر. لكن السبب في ترك الأصحاب هذا العنوان هل هو من جهة تبعيته للزمان؟ بمعنى: أن كل زمان اعتبر فالمكان مكانه أيضا، فمن اعتبر يوم الغصب اعتبر مكانه أيضا، ومن اعتبر يوم التلف اعتبر مكانه أيضا وهكذا. وهذا الاحتمال بعيد جدا، نظرا إلى بعد انفعال هذا المطلب مما ذكره في الزمان، وعدم تصريح منهم في ذلك، مضافا إلى أن مكان التلف قد لا يكون للشئ قيمة معتد به، مع أن مكان الغصب له قيمة كثيرة، فلا أظن القائل بيوم التلف يعتبر قيمة مكان التلف، مع أن في كلامهم ما يدل على وجوب رد المال المغصوب إلى المالك أي مكان شاء وأراد - كما نشير (٣) إليه - إذ (٤) لا أقل من وجوب رده إلى مكان الغصب حيث شاء المالك فهو واجب، فينبغي أن يلاحظ مكان الغصب [فلا يمكن انطباق مسألة المكان على الزمان، أو أن ذلك من جهة معلومية اعتبار مكان الغصب] فإن الغاصب مكلف برد عين المال إلى محل الغصب، وكذا قيمته إذا أراد المالك، لأنه بلد القبض والضمان، فينبغي التأدية فيه، فيلاحظ قيمة ذلك المكان، والذي أراه: أن دفع القيمة بحسب المكان منوط بالمكان الذي يجب

الدفع فيه، فإن قلنا: إن الاختيار بيد المالك فأى مكان اختاره في الرد فيعتبر قيمته. وإن قلنا: ليس كذلك بل المعتبر الرد في محل الغصب إلا أن يرضى المالك بما هو أقل منه مؤنة أو المساوي فالمدار (٥) على مختار المالك، فيكون الميزان محل الغصب، وفي المقام كلام طويل يحتاج إلى بسط في المقال، ويمنع منه ما نحن عليه من الاستعجال.

(١ و ٢) في (ن، د): تخيير. (٤) في (ن): اشير. (٤) في (ف، د) بدل (ذ): أو، وفي (م): و. (٥) لم ترد (فالمدار) في (ف)، والعبارة على فرضي وجودها وعدمها لا تخلو عن إشكال.

[٥٣٩]

(العنوان الحادي والسبعون) (في بيان كيفية التقويم، والعلاج عند اختلاف المقومين)

[٥٤٠]

عنوان [٧١] في ضبط كيفية التقويم وذكر ما هو المناص عند اختلاف المقومين على حسب الأجمال، وفيه بحثان: أحدهما: في بيان كيفية التقويم: وقد تعرض لذلك الأصحاب في كثير من الأبواب، كباب إخراج الزكاة، وباب الخمس، وباب تبعض الصفقة، وباب الأروش في العقود والجنایات، وفي باب الغصب، وفي باب إخراج الوصايا من الثلث، وتعرضوا في فروع باب المزارعة والمساقاة والشفعة والبيع والأجارة والمغارسة، وغير ذلك كثيرا، وفي الحقيقة مرجعها إلى مباحث خمس: الأول: قيمة الشيء المستقل والمال المتأصل الغير المرتبط بشئ آخر، كما في الأموال المتلوفة (١) أو المغصوبة، أو المضمونة غالبا. والثاني: تقويم البعض من المال المركب المعد (٢) شيئا واحدا، سواء كان واحدا حقيقة فتلف بعضه، أو عرفا، أو بحسب حكم الشرع بورود عقد عليه من العقود، تبرعيا كان أو معاوضيا (١) وهو باب تبعض الصفقة في سائر أبواب العقود،

(١) كذا، والقياس: التالفة، أو: المتلفة. (٢) كذا، والظاهر: المعدود. * (١) في (ن): متبرعة كانت أو معاوضة، وفي (ف، د): تبرعية كانت أو معاوضة.

[٥٤١]

كما عنونه الأصحاب. وهذا قسمان: مرة يكون أجزاء المركب لها مدخلية في زيادة القيمة، والهينة التركيبية كذلك. ومرة ليس للهينة مدخلية، وإنما قيمة المجموع مجموع قيم الأجزاء. ويختلف باختلافهما (١) التقويم. والثالث: كيفية تقويم الأوصاف الفائتة المضمونة، كالصحة والتعيب المذكور في باب الأروش في مال أو جنابة. والرابع: تقويم النماءات المفروض حصولها في هذه العين وإن لم توجد، كما إذا أردت معرفة أن ثمرة هذا البستان عشر سنين أي مقدار لها من القيمة، كما يحتاج إليها في باب الوصايا ونحو ذلك. والخامس: تقويم المنافع، كمنفعة العبد والدابة عشر سنين، أو هذا العمل الخاص الصادر من الشخص في هذا المال، كما في صورة بطلان الأجارة الموجبة للرجوع إلى اجرة المثل ونحو ذلك. إذا عرفت

أن التقويمات دائرة مدار هذه المباحث الخمس، فنقول: الضابط في تقويم المال المستقل: ملاحظته على ما هو عليه من جميع الجهات: من زمانه ومكانه ووضعه وجهته وإشاعته وانقسامه، وكونه في ملك الغير أو في ملك المالك، محتاجا إلى مؤنة في الحفظ والنقل أو غير محتاج، مستحقا للأتلاف - كما في العبد المرتد - أو غير مستحق، مستحقا للتعيب بقلع ونحوه مع الأرش أو بدونه، أو (٣) مستحقا للبقاء في مال الغير - باجرة أو بدونها - موجب (لحصول المنافع أو غير موجب، صحيحا أو معيبا، سريع الفساد أو بطيئه، في معرض التلف أو في مكان محفوظ، أو نحو ذلك من الجهات التي تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم، فإنه يلاحظ ذلك كله ويقوم على مقتضاه كيف كان. وفي كلام الأصحاب في الأبواب المشار إليها إشارة إلى بعض ما ذكرناه، فراجع. وأما بعض المال عينا كان أو منفعة: فإن (٤) لم يكن الهيئة التركيبية لها مدخلية

(١) في (ن، د): باختلافها. (٢) لم ترد (أو) في (ن). (٣) في (م): موجبا، والصواب ما أثبتناه، من حيث كونه وصفا للبقاء، كما لا يخفى. (٤) في غير (ن): فإذا.

[٥٤٢]

في زيادة القيمة، فيرجع، حينئذ إلى قيمة الجزء التالف، فيصير هو كالمستقل في هذه الجهة. وإن كان للهيئة التركيبية مدخلية في القيمة - كمصراعي باب وفردتي الخف والنعل ونحو ذلك - فلا ريب أن فوات أحد الجزئين يوجب فوات قيمته وقيمة الهيئة التركيبية، لزوال الهيئة بزوال أحد طرفيها، ولا ريب في ضمان قيمة التالف في حالة اجتماعه مع ضمان نقص الجزء الآخر الحاصل بسبب فوات الاجتماع، ولا فرق في ذلك بين كون الجزئين مضمونين، كما لو كانا مغصوبين أو مقبوضين بالعقد الفاسد - ومنه الفضولي بلا إجازة قتلغ أحدهما في اليد الضامنة - وبين كون أحدهما مضمونا دون الآخر - كما لو غصب أحد الجزئين وأتلف، أو قبضهما بعقد فبان بالنسبة إلى أحدهما التالف فاسدا - نظرا إلى أن على الفرض (١) قد فات في يده أحد الجزئين وهيئة الاجتماع وهي مضمونة كالأعيان، وفي الثاني وإن لم يدخل الاجتماع تحت يده في صورة غصب الواحد لكنه بغصبه الواحد وإتلافه أتلف الهيئة الاجتماعية، فيضمن الجزء باليد أو بمباشرة الأتلاف، ويضمن هيئة الاجتماع بالتسبب في التالف (٢). وإنما البحث في معرفة التقويم، فقول: يقومان جميعا، ثم يقوم أحدهما منفردا، فما به التفاوت بين قيمته وقيمة المجموع هو قيمة التالف. وهذا هو الضابط لباب تقويم الجزء مطلقا، ولكنه في صورة كون الهيئة لها مدخلية في زيادة القيمة لا يتم قطعا، إذ لو كان المصراعان مجتمعين بخمسة وكان واحد منهما باثنين علم من ذلك أن قيمة الآخر هي الثلاثة، وليس في الواقع كذلك. ولكن هذا الضابط ليس لأفادة بيان القيمة في الحقيقة، بل إنما هو لاستعلام قيمة الفائت من الجزء والهيئة التركيبية، ولا ريب في كون هذا الطريق كافيا في ذلك، إذ ما به يتفاوت قيمة الواحد الباقي عن قيمة المجموع المركب هو قيمة ما تلف من جزء وهيئة، وذلك واضح.

(١) أي: الفرض الأول، وهو صورة كون الجزئين مضمونين. (٢) في (ف، م): التلف.

[٥٤٢]

نعم، استشكل في هذا الضابط الشهيد الثاني رحمه الله في صورة ما إذا لم يكن الجزءان من مالك واحد (١). وهذا الأشكال لا يرد في باب الغصب ونحوه، لأن ملك كل واحد منهما مستقل بانفراده، وليس هنا هيئة تركيبية مملوكة تالفة مضمونة. نعم، يرد في مثل ما لو جمعهما الفضولي أو المالك لأحدهما الفضولي في الآخر في عقد واحد، فلم يجز أحدهما كما هو مورد بحثهم في هذا التقويم غالباً، فإنه من جهة وقوع العوض في مقابل المجموع المركب لا بد من ملاحظة التركيب، لأنه أيضاً مضمون على العاقد الفضولي لفواته بفساد العقد. ووجه الأشكال: إن مالك كل منهما لا يستحق حصته إلا منفرداً، فلا وجه لقيمتها مجتمعين (٢). وذكر (٣) هنا طريقاً آخر وهو: أنه يقوم كل منهما منفرداً وينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، لا إلى قيمة المجموع حتى يندرج فيها قيمة التركيب، وذلك واضح. ولا يخفى ما في كلام الشهيد الثاني رحمه الله هنا من الاختلال، نظراً إلى أن هذا البحث إن كان في صورة غصب ونحوه فقد عرفت أنه ليس هناك هيئة، ولا يحتاج إلى نسبة أحدهما إلى المجموع، بل يقوم مال كل من المالكين على انفراده، ويكون مضموناً على الغاصب إن كان تالفاً بتلك القيمة، ولا يحتاج إلى جمع ولا إلى نسبة، وذلك واضح. وإن كان في مقام جمع بينهما بعقد ونحوه بحيث صارت المقصودة في العوض وإن لم تكن ملكاً للمالكين الجزئيين بل إنما هي شئ حصل من ضم الملكين وهو نماء لهما فكيف تقول بقيمتها (٤) منفردين؟ إذ بذل الثمن ليس في إزاء منفردين، بل في إزاء المجموع المركب، فإذا صار أحدهما غير مجاز وبطل فيه العقد، فيكون الثمن المبدول بإزاء ثلاثة أشياء حقيقة، وهي: الجزءان المنضمان والهيئة الاجتماعية، فلو رد الثمن على المشتري بقدر نسبة قيمة أحد

(١) المسالك ٣: ١٦٢ (كتاب التجارة). (٢) في غير (م): مجتمعاً. (٣) أي الشهيد الثاني قدس سره، انظر المصدر المتقدم. (٤) في (ن): بقيمتها.

[٥٤٤]

الجزئين إلى قيمتهما منفردين وأبقى الباقي (١) في يد البائع - مثلاً - لكان ذلك ظ لما على المشتري وإعطاء للبائع ما هو زائد على حقه، لأن البائع مالك لفردة قيمتها إثنان، وزيد - مثلاً - مالك لآخرى قيمتها كذلك، وقيمة المجموع خمسة وقد ضمهما (٢) البائع ودفعت المشتري الثمن - مثلاً - ستة، فلو لوحظ قيمة الواحد الذي بطل فيه البيع - لعدم إجازة زيد - منسوبة إلى القيمتين لكان بالنصف، والتفاوت إنما هو النصف، فيلزم أن يرجع المشتري بثلاثة، مع أن الفأنت منه أربعة، لأنه لم يبق في يده إلا فردة قيمتها إثنان، ويلزم أن يبقى عند البائع ثلاثة، مع أن قيمة ماله اثنان، والثالث بإزاء هيئة هي ليست ملكاً له وقد فأتت على المشتري، فكيف يأخذ البائع عوضها؟ كما أن على ما ذكره القوم لو قوم المجموع بخمسة وأحدهما بائنين يكون التفاوت ثلاثة أخماس قيمة المجموع، فلو رجع بتلك النسبة للزم أن يرجع المشتري على البائع بثلاثة وثلاثة أخماس هي حصة التالف من الثمن، ويبقى عند البائع إثنان وخمسان، يكون أيضاً ظلماً على المشتري، لاستلزام فوات الهيئة التركيبية على المشتري عدم بقاء ماله من الثمن عند المشتري إلا بمقدار قيمة ماله وقد بقى حينئذ زائداً على ماله. وهذا البحث غير وارد على القوم، نظراً إلى أن ملاحظة قيمتهما مجتمعين (٣) ثم ملاحظة ما في يد المشتري وهو مال البائع منفرداً ورجوع المشتري على البائع بما به التفاوت بين مال البائع وقيمة المجموع يكون عدلاً ليس فيه ظلم على أحد، فإن الخمسين اللذين بقيا في يد البائع حينئذ إنما هما حصة من زيادة الثمن الذي هو الستة على القيمة التي هي خمسة بواحد، فإن الواحد لو قسم أخماساً كان الاثنان

بإزاء مال البائع، والاثنان بإزاء مال المالك الآخر، والواحد بإزاء الهيئة التركيبية، لأن قيمتها نصف قيمة واحد من الجزئين، وحيث فات على المشتري ما

(١) في (ن، د): الآخر. (٢) في (ن، د): جمعهما. (٣) في غير (م): مجتمعا.

[٥٤٥]

قيمتها ثلاثة فقد ارتجع من الثمن ثلاثة وثلاثة أخماس هي مقدار القيمة، وبنسبته من زيادة الثمن، وبقي عند البائع قيمة ماله اثنان ونسبة الزيادة في الثمن وهي خمس، فتدبر (١). وإلى هذا المعنى يرجع ما تخيله بعضهم (٢) طريقا ثالثا، وهو قيمتهما مجتمعين، ثم تقويم مال البائع منفردا وإبقاء مقدار نسبة ماله إلى قيمة المجموع في يده وإرجاع التتمة إلى المشتري، فإن الظاهر أن مراد الأصحاب من تقويمهما أحدهما منفردا هو مال البائع بقربة قولهم: (فياخذ من الثمن بتلك النسبة) فلا بحث على كلمة الأصحاب في حال من الأحوال على ما أوضحنا لك المقال بعون الله الملك المتعال. وأما كيفية التقويم في الأوصاف: فطريقه - كما نص عليه الأصحاب - وورد في صحيحة أبي ولاد (٣): تقويم المال واجدا لذلك الوصف وفاقد ذلك الوصف والرجوع بالتفاوت، لأنه قيمة الوصف الفائت، وهذا طريقة استعماله. ثم إن كان الضمان في عقد معاوضة رجع من العوض بتلك النسبة، لتراضيهما على العوض المذكور وكون ذلك العوض قيمة الصحيح في نظرهم، ولو رجع إلى ما به التفاوت مطلقا لاتفق في بعض الصور الجمع بين العوض والمعووض، كما هو واضح. وإن لم يكن في عقد معاوضة: - كغصب وإتلاف بجناية ونحوه - فالرجوع على التفاوت كيف كان. وهذا الكلام جار في الأوصاف وفي الأجزاء أيضا، فإنهم في باب تبعض

(١) تدبرنا، لكن لم تتحقق الفرق بين الطرفين - يكون أحدهما ظلما والآخر عدلا - بعد كون مالهما إلى امر واحد، كما اعترف به المؤلف قدس سره. (٢) انظر الكفاية للسبزواري: ٨٩ (كتاب التجارة). (٣) تقدمت في ص: ٥٢٥.

[٥٤٦]

الصفقة يذكرون الرجوع إلى نسبة التفاوت من الثمن حذرا من لزوم الجمع بين العوض والمعووض في بعض الصور، وفي باب الغصب يحكمون في تلف الأجزاء بما به التفاوت مطلقا، ونحو ذلك كلامهم في أربش العيب في العقد، وفي أربش العيب والجناية في الغصب، فراجع. وأما كيفية تقويم النماءات: فإن كانت موجودة منفصلة فهي كالمستقل، وإن كانت موجودة متصلة فيقوم العين فاقدة لها وواجدة لها، فالتفاوت قيمة النماء. وأما في المعدوم - كثمرة البستان في السنين الآتية - فالذي تعرضوا له في باب الوصية: عبارة عن تقويم العين مسلوبة المنفعة في تلك السنين المعينة إذا أريد ذلك أو مؤبدا لو أريد ذلك، ومع منافعها، فالتفاوت قيمة المنافع والنماء. وأما التقويم في المنافع والأعمال: فإن كانت موجودة مستوفاة فالمرجع إلى ما هو المعتاد من اجرة المثل - على ما يشهد به المقومون أو يقتضية نظرهم - لو لم يكن له معتاد. وأما المعدومة - كمنفعة سنين معينة للدار أو العبد أو نحو ذلك - فيقوم (١) العين واجدة المنافع مرة ومسلوبة المنافع المقصودة أخرى، فالتفاوت هو قيمة المنفعة، فتدبر. وثانيهما: في ذكر اختلاف المقومين في قيم هذه الامور: وقد

عنونه الأصحاب في باب أرش العيب في البيع، وهو آت في كل مقام يحتاج إلى التقويم، والبحث في ذلك طويل الذيل، فنقتصر على ما هو المقصود. فنقول: إذا اختلف المقومون، فأما أن يكون بإخبارهم عن القيمة السوقية - لا بالإنشاء من أنفسهم - فذلك من باب تعارض البيّنات، ويحى فيه بحث ترجيح

(١) في (م): فتقويم.

[٥٤٧]

الأعلم والأورع والأكثر - تعبداً، أو من باب الظن - ثم القرعة. وإن كان بإنشائهم - وهو المراد بالتقويم - فالمحتملات في الحكم هنا أمور: أحدها: التزام قيمة منتزعة من المجموع، وقد ورد على هذا المعنى رواية (١) في اختلاف المقومين في الهدى، أو اختلاف قيم الهدى - ولعله في الثاني على الظاهر - عند تعذر الهدى، فيتسرى إلى سائر المقامات أيضاً بعدم الفرق وتنقيح المناط وبعدم القائل بالفرق على الظاهر بين الأصحاب أو يقال: إن في صورة اختلاف القيم أو المقومين يعد القيمة المنتزعة قيمة للشئ عرفاً، فإن قال أحدهم: إنه بخمسة والثاني: إنه بعشرة، يعد سبعة ونصف قيمة له، وكذلك ثلث القيم الثلاث وربيع القيم الأربع، ونحو ذلك. ولعل الظاهر أيضاً ذلك، فالرجوع إلى القيمة المنتزعة ليس ببعيد في سائر المقامات. وثانيها: التخيير، لعدم الترجيح. وثالثها: لزوم الأعلى، مراعاة لاشتغال الذمه. ورابعها: لزوم الأقل مراعاة للبراءة الأصلية فيما لم يتيقن به الاشتغال، وغير ذلك من الاحتمالات: كالقرعة ونحوها، فتدبر. تنبيه: حيث إن في باب الأرش لابد من قيمتين: إحداهما للصحیح، والأخرى للمعيب حتى يلاحظ ما به التفاوت والنسبة، فإذا تعددت القيم هناك يمكن الانتزاع بطريقتين: أحدهما: نسبة مجموع القيم الصحيحة إلى مجموع المعيبة وملاحظة التفاوت بينهما من الثمن بالنسبة. وثانيهما: نسبة كل من المعيبة إلى صحیحها وجمع النسب الحاصلة من الملاحظات وانتزاع نسبة من النسب، وبينهما تفاوت يسير في المقامات، فتدبر.

(١) لم نظفر عليها.

[٥٤٩]

(العنوان الثاني والسبعون) ضابط بقاء العين وتلفها، وبيان المراد من التأدية

[٥٥٠]

عنوان [٧٢] في بيان التأدية ضبط المراد من بقاء العين وتلفها على الأجمال، لما فيه من التنبيه على مباحث شريفة وفروع لطيفة. فنقول: المال المضمون: إما أن يبقى في يد الضامن كما هو عليه في يد المالك من دون تغير ولا تبدل بزيادة ولا نقصان. وإما أن يصير في يد الضامن تالفا بحيث لم يبق منه أثر. وإما أن يصير مستحيلاً من جنس إلى جنس مع بقاء أصل المادة. وإما أن يكون معيباً بجناية

أو غيرها. وإما أن يكون فائت المنافع. وإما أن يكون ممزوجا بغيره. وإما أن يكون مستهلكا في غيره. وإما أن يكون صاحبة النماء (١) في يد الضامن باستحالة أو غيرها. وإما أن يكون تصرف فيه البائع على نحو لا يمكن رده إلا بمشقة، كوضعه في بناء أو جعل اللوح في سفينة أو نحو ذلك. وإما أن يكون خارجا عن يد الضامن بما لا يتمكن من إعادته، كما إذا غصب من يده غاصب آخر ودفنه في مكان ونسي الموضوع ونحو ذلك. وهذه الصور المختلفة قد عنون فيها الأصحاب وتكلموا فيها ومن أراد التفصيل فليرجع إلى ما كتبه وبعض ما كتبناه في التعليقات، ولنقتصر هنا على بيان فوائدها (٢):
أن عدم التمكن من الرد بغصب أو نسيان محل يعد في حكم التلف

(١) كذا في غير (م)، وفيها: بدل (صاحبة النماء): نمتى. (٢) في غير (ف): أحدها.

[٥٥١]

في لزوم دفع القيمة، وهو الذي يعبر عنه بـ (ضمان الحيلولة) إذ الواجب التأدية، وليس الممكن هنا إلا القيمة، ولكن قد سبق منا أن القيمة إنما هي قيمة يوم التلف، كما عليه الأكثر. وهل هو آت في المقام أيضا؟ فتكون القيمة قيمة وقت غصب الغاصب من يد الضامن وقيمة وقت نسيان الموضوع، أو ليس كذلك؟ لعدم كون هذا تلفا في الحقيقة، إذ العين باقية وهي في ملك المالك، ودفع القيمة حينئذ دفع للضرر وهي مراعاة (١) بعدم التمكن من أصل المال، فلو عاد العين فيرجع المالك عليها، فاللازم حينئذ لزوم قيمة وقت دفع القيمة، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة للحيلولة، ولا تلف في الحقيقة حتى يتعلق القيمة بالذمة. وثانيها (٢): أن العين إذا كانت مستحيلة لا بنماء موجب لزيادة القيمة - كإنبات الحب وإفراخ البيض - بل بما يوجب النقص في القيمة - كما لو استحال ملح أو نحو ذلك مما له قيمة في الجملة - ففيه احتمالات: أحدها: وجوب ردها إلى المالك مع أرش النقص إن كان هناك نقص، وإلا فمجردا عنه بناء على أن ذلك عين ماله بالاستصحاب. وثانيها: وجوب دفعها مع الأرش وإن لم يكن نقص، لأنه بدل عن الصورة النوعية التالفة عن المالك، ولم يبق إلا الصورة الجسمية، وأما الصورة الحادثة فهي ليست مالا للغاصب حتى يقابل بدفعها الصورة النوعية الفاتنة فيسقط الأرش، بل هي نماء ملك المالك، بل لو فرض كونه من فعله وملكا له أيضا فلا احترام له حتى يثبت بذلك عوض يقابل مال المالك، فتدبر. وثالثها: وجوب دفع المستحال إليه - كالملح - من باب القيمة، ووجوب تكميله بالزائد من قيمة المستحيل، لأن الاستحالة تخرجه عن ملك المالك فيتملكه الغاصب بالحيازة، وأما وجوب دفعه قيمة، لما في ذلك من دفع ما هو أقرب إلى العين، ولأن للمالك تشبها به في الجملة.

(١) كذا في أصول النسخ، وفي (م): دفع للضرر مراعى بعدم... (٢) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: ثانيهما، وهو سهو. والمناسب: وثانيها.

[٥٥٢]

ورابعها: أنها تخرج عن ملك المالك ويملكها الضامن، ويجب عليه دفع المثل أو القيمة دون المستحال إليه، فيكون هذا بمنزلة التلف. وخامسها: وجوب دفع المثل أو القيمة، لكون ذلك تلفا، ولزوم دفع المستحال إليه أيضا لبقاء حق اختصاص للمالك به. وفي كل من الوجوه والحجج نظر ظاهر لانطيل الكلام بذكره: والغرض التنبيه، وفي

التحقيق طول. وثالثها (١): أن الامتزاز في كلامهم موجب للشركة إذا لم يمكن التمييز ولم يكن المزج بالأردأ. والظاهر في مزج الجنسين المختلفين الرجوع إلى المثل أو القيمة حتى في مثل العسل والديس وإن كان المغصوب الديس. وإن كان الاختلاط صورياً مع التعيين في الواحد (٢) والامتياز - كاشتباه الدراهم والطاقت والأواني - فالظاهر القرعة، فتدبر. ورابعها: أن التأدية إنما تحصل بنقل المال من حالته المضمونة إلى حالة أخرى ليس فيها ضمان، وهو إما بنقل المال عيناً أو مثلاً أو قيمة إلى المالك، أو إلى وكيله، أو إلى وليه العام أو الخاص. وإما بإبراء المالك ومن له الأبراء الضامن عما في ذمته. وإما بأداء متبرع أو وكيله عنه. وإما بإتلاف المالك عين المال على نحو لو كان لغيره لكان عليه ضمان، لا بالغرور - كما لو أطعمه الغاصب إياه من دون علمه بأنه ماله - فإنه لا يرفع الضمان، لا لما علله الشهيد الثاني رحمه الله بأنه ليس تسليمًا تاماً لضعفه بالغرور (٣) بل هو تام، ولكن الغرور سبب آخر للضمان فكيف يكون مسقطاً؟ فتدبر. وبعبارة أخرى: إتلاف المالك لعين المال وصول إليه ما لم يكن مغروراً من الضامن، ولو كان مغروراً من غير الضامن لكفى أيضاً في براءة ذمة الضامن وإن اشتغل ذمة الغار. وكذا استيلاء المالك على المال بقوة بدون رضا الضامن أو دفعه، فإنه رافع للضامن. والوجه في ذلك كله: أما في تأدية الضامن إلى المالك، فهو داخل في مدلول

(١) كذا، والمناسب: وثالثتها. (٢) كذا، والظاهر: في الواقع. (٣) الروضة ٧: ٥٤.

[٥٥٣]

خير (اليد) وهو المتبادر منه، لا كما زعمه المعاصر النراقي: أنه مجمل من هذه الجهة (١) بل لا ريب أن المتبادر: التأدية إلى المالك من الغاصب وذوي اليد. وأما تأدية وكيل الغاصب، فلأنه في حكمه بالدليل. وأما التأدية إلى وكيل المالك أو وليه أو نحو ذلك ممن قام مقامه، فلما دل على قيامه مقامه عموماً. وأما الأبراء، فلما دل من الأدلة على جوازه، غايته تعارض مفهوم (على اليد) مع منطوق دليل الأبراء، ويقدم المنطوق. وأداء المتبرع بعد قيام الدليل على جواز الوكالة كالوكيل في ذلك بالدليل. وإتلاف المالك موجب لرجوع الضامن إلى المالك لو رجع المالك إلى الضامن، لكون التلف بفعل المالك، وهو مستلزم للتهاتر والتساقط. واستيلاء المالك وصول إليه، لأنه تخلية قهرية من الضامن، والأجماع قام على عدم اشتراط الاختيار في أداء الحقوق بالنسبة إلى حصول البراءة وإن كان شرطاً بالنسبة إلى الثواب وغيره، والعمدة: ظهور (حتى تؤدي) في كون الغرض الوصول إلى المالك ومن بحكمه، وأما كونه باختيار الضامن فلا مدخلية له، ولنقتصر من الكلام هنا على هذا المقدار. نعم، هنا فرع، وهو أنه على تقدير ترتب الأيدي الضامنة على مال واحد لو أبرأ المالك واحداً منهم فهل تبرأ ذمة الباقيين لأن الأبراء كالدفع، أو لا تبرأ؟ وتحقيقه يرجع إلى ما ذكرناه من الاحتمالات، فإن قلنا بأن الضامن الواحد لا بعينه جاء احتمال براءة الكل، بل لزومه على ذلك. وإن قلنا بأن الضامن من تلفت العين في يده فيصير البراءة بإبرائه دون إبراء غيره. وإن قلنا بأنه كل واحد منهم - كما هو المختار - فلا يكون إبراء أحدهم موجباً لبراءة الآخرين، لتعدد الحق في الذم على ما حققناه، غاية ما قام الدليل على أن دفع الواحد يسقط عن الباقيين، ولم يبق دليل على الأبراء، وكون الأبراء في حكم الدفع مسلم بالنسبة إلى نفس المبرأ - بالفتح - لا في جميع الأحكام، فتدبر.

عناوين الولايات والسياسات وما يلحقها من بعض المباحث (العنوان الثالث والسبعون) (في ذكر الأولياء والمولى عليهم إجمالاً وبيان مراتبهم في الولاية)

عنوان [٧٣] لا ريب أن الولاية على الناس إنما هي لله تبارك وتعالى في مالهم وأنفسهم، وللنبي صلى الله عليه وآله لقوله تعالى: النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم (١) وللأئمة (٢) عليهم السلام قدس سره رحمهم الله (٣) لأن من كان النبي صلى الله عليه وآله مولاة فعلي عليه السلام مولاة بالنص المتواتر، ولا فرق بينه وبين سائر الأئمة بضرورة المذهب. ويدل على هذا المجموع قوله تعالى: إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا... (٣) الآية. وأما بعدهم فلا ريب أن الأصل الأولي عدم ثبوت ولاية أحد من الناس على غيره لتساويهم في المخلوقية والمرتبة ما لم يدل دليل على ثبوت الولاية، ولأن الولاية تقتضي أحكاماً توقيفية لا ريب في أن الأصل عدمها إلا بالدليل، وقد ورد الدليل كتاباً وسنة وإجماعاً على ولاية جملة من الناس على بعض منهم، وقد ذكره الفقهاء في البيع، وفي كتاب الحجر، وفي كتاب النكاح، وفي الطلاق، وغير ذلك من المباحث على حسب ما يقتضيه المقام، وفي بيان أحكام الأولياء وأقسامها ومواردها، والمباحث المتعلقة بها: من التعارض والترجيح واشتراط المصلحة في تصرفهم، أو عدم المفسدة، أو غير ذلك من المباحث المذكورة في

(٢) في (ن، د): والأئمة، (٣) المائة: ٥٥.

كتب الفروع، وحيث إنها مبنية على أدلة خاصة في كل مقام وغرضنا في الباب ذكر ما يجعل قاعدة كلية في الفقه طوبى الكلام في ذلك، لكن نذكر هنا أموراً حتى توجب التنبيه (١) للباقي. أحدها: أن الولي على مال الغير أو على نفسه - علي ما ظهر من استقراء الفقه وتتبع مقاماته - إنما هو الأب والجد للأب، وفي تعميمه لما كان من طرف أم الأب أيضاً أو اختصاصه بما كان من طرف أب الأب نظر، منشأه: إطلاق النص والفتوى الظاهر في التعميم، وانصرافه إلى ما كان من طرف أب الأب عند إطلاقه دون أم الأب. ولا ولاية للام وإن علت مطلقاً، لا في مال ولا في نفس في مقام من المقامات، ولا للأخ من حيث هو كذلك وإن وردت فيه رواية بالنكاح (٢) لكنها محمولة على صورة كونه وصياً، لمعارضتها بما هو أقوى، ولا لغيره من الأقارب من حيث القرابة، للأصل وعدم الدليل. والوصي (٣) للأب أو للجد - السابق - والزوج بالنسبة إلى زوجته، والموالي بالنسبة إلى ممالئهم، والحاكم الشرعي، وعدول المؤمنين، ووكيل الأب أو الجد أو الوصي أو المولى أو الحاكم أو الزوج، ووكيل الوكيل وهكذا... مع كون الوكيل مأذوناً في التوكيل، ووصي الوصي على تقدير كونه مأذوناً في التوصية، والمقاص للمال بشرائط التقاص. فأقسام الأولياء بحسب النوع تسعة، ولو أخرجنا الزوج - نظراً إلى كون البحث في ولاية المال وولاية النفس في النكاح ونحوه، ولا ولاية للزوج على

زوجته كذلك من حيث هو زوج - تكون ثمانية، ولذلك لم يذكره الفقهاء في ذكر

(١) في (ن، د): التنبيه. (٣) الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢. (٣) عطف على: الأب والجد.

[٥٥٨]

الأولياء في مقام من المقامات، فتدبر. ومرادهم من (الولي) في الفقه: ولاية المال والنفس، وهو خارج عن ذلك، ولو أريد ما يعم ولاية الأطاعة ونحوها لاتسعت الدائرة ودخلت أشخاص آخر، كالام والضيف وصاحب المنزل ونحو ذلك، للزوم إطاعتهم في بعض الأمور، فتدبر. وثانيها: أن المولى عليهم - على ما يظهر من تتبع - الصغير، ذكراً أو أنثى، عاقلاً أو مجنوناً، رشيداً أو سفيهاً. والمجنون، مطبقاً كان أو أدوارياً، بالغاً أو صغيراً. والسفيه، بالغاً أو صغيراً، ذكراً أو أنثى. والغائب في بعض الأمور. والممتنع عن أداء الحق الذي عليه. والبكر وإن كانت بالغة رشيدة على قول. فالولاية للأب على الصغير في المال والنكاح، وعلى المجنون المتصل جنونه بالصغر ومطلقاً على قول، والسفيه المتصل سفهه بصغره أو مطلقاً في قول. وولاية الجد تجتمع مع ولاية الأب في المولى عليه في النكاح، وكل من سبق منهما في العقد يمضي تصرفه ويبطل اللاحق، ومع التعارض يقدم عقد الجد هنا بالنص (١) والأجماع وإن كان [مقتضى] (٢) القاعدة البطلان، لعدم إمكان الجمع وعدم المرجح، وعلى هذه القاعدة تعارض الأولياء مطلقاً، حتى في تعارض الجد مع جد الأب، فإنه لا نص فيه، وإلحاقه بالقياس لا وجه له، فيبقى تحت القاعدة. وكذلك في المال (٣) إلا أنه مع التعارض يبطلان. والوصي لا ولاية له إلا مع فقدهما، حتى لو كان وصياً لأحد الوليين الإخباريين على الولاية على الأطفال بطل مع وجود الآخر، لأنه ولي، والوصي فرع انتفائه (٤). وكذا وصي الوصي لا يجتمع مع الولي الإخباري ومع الوصي، والوجه واضح.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٢١٧، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد. (٢) من (م). (٣) عطف على: في النكاح. (٤) في العبارة ما لا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: والوصي لا ولاية له على الأطفال إلا مع فقد الوليين الإخباريين، حتى أنه لو أوصاه أحدهما بطلت الوصية مع وجود الآخر، إذ ولاية الوصي موقوفة على انتفائهما معاً.

[٥٥٩]

والمولى يجتمع مع أب وجد، ولكن ولايتهما تسقط مع المولى وإن كانا حريين، لأن المملوك لا تسلط لأحد عليه غير مالكة. ووكيل كل واحد من الأولياء يجتمع معه، وهو تابع لمرتبة الموكل، فيجتمع مع ما يجتمع به الموكل، ولا يجتمع مع ما لا يجتمع معه. ولاية الحاكم لا تجتمع مع شيء من الأولياء السابقة، لأنه ولي من لا ولي له. وولاية العدول لا تجتمع مع الحاكم، ولا مع الأولياء الآخر على ما يجيء بيانه. وأميين الحاكم بحكم الحاكم. وولاية الوصي تابعة للتوصية وولاية الموصي. وفي التوصية على النكاح لمن (١) للموصي ولاية النكاح عليه أقوال معروفة. والمولى ولي لمملوكه في المال والنكاح وإن قلنا بأن المملوك يملك. والحاكم ولي من لا ولي له، وفي ولايته على من اتصل جنونه أو سفهه بالصغر قولان مع وجود الولي الإخباري أو وصيه، وبدونهما (٢) فهو له بلا كلام (٣) كمن تجدد

جنونه أو سفهه بعد البلوغ والرشد والعقل. والعدول ولي على ما كان الحاكم وليا عليه مع وجوده، على تفصيل يأتي. والوكيل ولي على من لموكله عليه ولاية في مال كان أو في نكاح. وهنا مباحث شريفة متعلقة بالولايات أعرضنا عنها. وثالثها: أن تصرف الولي مشروط بالمصلحة بالأجماع وظواهر الأدلة، ولأن المتيقن من أدلة الولايات إنما هو ذلك، إذ الغرض الإصلاح في النفس والمال، والمولى عليه لنقصه عاجز عن ذلك، ولو كان الأفساد سائغا لما احتج إلى ولاية. وفي كون الشرط علمية أو واقعية فيبطل التصرف مع انكشاف عدم المصلحة وإن اعتقدها عنده وجهان.

(١) في (ن، د): فيمن. (٣) في غير (م): بدون. (٣) في (ن، د): بدون كلام.

[٥٦٠]

إلا في المولى (١) فإن له التصرف كيف شاء، لأنه مسلط على ماله. وقيل في الأب والجد باشتراط عدم المفسدة وعدم اعتبار المصلحة (٢) ويرشد إلى ذلك إطلاق أدلة ولايتهما، غايته خروج المفسدة بالدليل، ولا دليل على اعتبار المصلحة. ويدل على ذلك ما ورد من النص على جواز اقتراضه مال الطفل (٣) وعلى جواز تقويم جاريته على نفسه (٤) مع عدم مصلحة في ذلك، وظاهر الوفاق على جوازهما من دون مصلحة بشرط عدم المفسدة. ولكن كلام الأصحاب في اشتراط المصلحة في تصرف الولي مطلق. نعم، ذكر عدم اشتراطها في الأجنبي الشهيد رحمه الله في قواعده (٥).

(١) استثناء عن قوله فيما تقدم: إن تصرف الولي مشروط بالمصلحة. (٢) لم نظفر على قائله. (٤) الوسائل ١٢: ١٩٢، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١. (٤) راجع الوسائل ١٤: ٥٤٣، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والأماء. (٥) قد عنون الشهيد قدس سره هذه المسألة (في القاعدة: ١٣٣) وذكر الاحتمالين ولم يرحب شيئا، ولم يفصل بين الولي الأجنبي وغيره، راجع القواعد والفوائد ١: ٣٥٢.

[٥٦١]

(العنوان الرابع والسبعون) (ولاية الحاكم الشرعي)

[٥٦٢]

عنوان [٤٧] [الأصل في كل شئ لا ولي له معين من الشرع أن يكون الحاكم وليا له، وهو المعبر عنه بعموم ولاية الحاكم الذي يشير إليه الفقهاء في كثير من المباحث، كما في وجوب دفع ما بقي من الزكاة في يد ابن السبيل بعد الوصول إلى بلده إليه، وفي وجوب دفع الزكاة ابتداء أو بعد الطلب إليه، وتخييره في أخذ خمس أرض الذمي أو منفعتها، وولايته في مال الأمام وميراث من لا وارث له، وفي توقف إخراج الودعي الحقوق على إذنه، وولايته في إجراء الحدود وفي القضاء بين الناس، وفي أداء دين الممتنع من ماله، وتوقف حلف الغريم على إذنه، وفي القبض في الوقف على الجهات العامة وفي نظارته لذلك، وتوقف التقاض من مال الغائب على إذنه ومن الحاضر في وجه، وفي بيع الوقف حيث يجوز ولا ولي له، وفي قبض الثمن إذا امتنع البائع وقبضه عن كل ممتنع عن قبض حقه، وفي الدين

المأبوس عن صاحبه، وبيع الرهن المتسارع إليه الفساد بإذنه، وتوليه (١) إجارة الرهن لو امتنعا، وتعيين عدل يقبض الرهن لو لم يرضيا، وتعيينه ما يباع به الرهن مع تعدد النقد، وفي باب الحجر على المفلس أو على السفه في قول، وفي قبض وديعة الغائب لو احتيج إلى الأخذ، وفي إجبار الوصيين على الاجتماع

(١) في (ن، د): تولية.

[٥٦٣]

الاستبدال بهما، وفي ضم المعين إلى الوصي العاجز، وفي عزل الخائن على القول بعدم انعزاله بنفسه، وفي إقامة الوصي فيمن لا وصي له أو مات وصيه أو كان وانعزل، وفي تزويج المجنون والسفيه البالغين، وفي فرض المهر لمفوضة البضع، وضرب أجل العينين، وبعث الحكامين من أهل الزوجين، وإجبار الممتنع على أداء النفقة، وفي طلاق زوجة المفقود، وفي إجبار المظاهر على أحد الأمرين، وفي إجبار المولي كذلك، واحتياج إنفاق الملتقط على اللقيط على إذنه، ونحو ذلك من المقامات الأخر التي لا تخفى على من تتبع الفقه، فإنهم يقولون بهذه الأمور، ويتمسكون بعموم ما دل على ولاية الحاكم الشرعي، ولا ريب أن النائب الخاص الذي يصير في زمن الحضور كما يكون نائبا لجهة، خاصة - كالقضاء ونحوه - يكون لجهة عامة أيضا، وذلك تابع لكيفية النصب والنيابة. وعلى هذا القياس في نائب زمن الغيبة، فإنه أيضا يمكن كون ولايته بطريق العموم أو الخصوص، فلا بد من ملاحظة ما دل من الأدلة على ولاية الحاكم حتى يعلم أنه هل يقتضي العموم أو لا؟ فنقول: الأدلة الدالة على ولاية الحاكم الشرعي أقسام: أحدها: الأجماع المحصل، وربما يتخيل أنه أمر لبي لا عموم فيه حتى يتمسك به في محل الخلاف. وهو كذلك لو أردنا بالأجماع القائم على الحكم الواقعي الغير القابل للخلاف والتخصيص. ولو أريد الأجماع على القاعدة - بمعنى كون الأجماع على أن كل مقام لا دليل فيه على ولاية غير الحاكم فالحاكم ولي له - فلا مانع من التمسك به في مقام الشك، فيكون كالأجماع على أصالة الطهارة ونحو ذلك، والفرق بين الأجماع على القاعدة والأجماع على الحكم واضح، فتدبر. وهذا الأجماع واضح لمن تتبع كلمة الأصحاب. وثانيها: منقول الأجماع في كلامهم على كون الحاكم وليا فيما لا دليل فيه على ولاية غيره، ونقل الأجماع في كلامهم على هذا المعنى لعله مستفيض في كلامهم.

[٥٦٤]

وثالثها: النصوص الواردة في هذا الباب: منها: ما ورد في الأخبار: من كون العلماء ورثة الأنبياء (١) وهذا المعنى ورد في روايات كثيرة، ولكن الكلام في دلالة (٢) على المدعى بعد الأغماض عن سنده والوثوق فيه إلى شهرة الرواية بل الصحة في بعضها. فنقول: ظاهر قولهم: (فلان وارث فلان) أن كل ما عنده قد انتقل إليه وصار عنده، ولا ريب أن الأنبياء كان لهم الولاية على الرعية مطلقا، إلا فيما كان حكم الله على عدمه، فينبغي ثبوت هذا المعنى في العلماء أيضا، وهو المدعى. ويرد على هذا القسم من الأخبار إشكالات: أحدها: أن إضافة الأثر إلى الأنبياء تقضي بكون (٣) المراد من (العلماء) الأوصياء، لأنهم ورثة الأنبياء دون العلماء، إذ الظاهر من الأضافة كونه من دون واسطة، لا مع الواسطة، ولا ريب أن لكل نبي وصيا وهو وارثه، والعلماء في كل أمة لا يكونون إلا ورثة الأوصياء وورثة النبي مع

الواسطة، فيدور الأمر بين حمل الوارثية على ما هو بالواسطة، وبين حمل (العلماء) على الأوصياء، ولا ريب أن التخصيص أولى من المجاز، غاية تساوي الاحتمال المسقط للاستدلال. بل الظاهر أن حمل (العلماء) على الأوصياء أوضح، سيما بعد ورود تفسيره بهم في بعض المقامات التي ذكر فيه اللفظ من كتاب (٤) وسنة (٥). وثانيها: أن المتبادر من كونهم ورثة الأنبياء كونهم وارثين في العلم ولا بحث في ذلك، إذ ليس العلم إلا في العلماء، ولا يتخيل حينئذ كون الخبر إفادة للبيدهي، إذ الغرض من ذلك بيان شرف العلم حتى لا يتخيل من فقر العلماء وعدم وجود

(١) الكافي ١: ٣٢، باب صفة العلم... ح ٢، وص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم، ح ١. (٢) كذا في اصول النسخ، لكن مصحح (م) قد أنث الضمائر وغير العبارة بما لا حاجة إليه. (٣) في (ن، د): يقتضي كون المراد. (٥) انظر البحار ٢٣: ١٨٨، باب أنهم عليهم السلام أهل علم القرآن. (٥) مثل ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام: (الناس يغدون على ثلاثة: عالم ومتعلم وغناء، فنحن العلماء) البحار ١: ١٨٧، ح ١ و ١٩٤، ح ٨.

[٥٦٥]

المال عندهم حقارتهم، فأفاد أن العلم كان من صفات النبي وقد ورثه العالم، وكفى بذلك شرفا له. وثالثها: أنه على فرض عدم تبادر ذلك كفى في التقييد ما ورد في تنمة الأخبار بأن الأنبياء لا يورثون دينارا ولا درهما، وإنما يورثون علما (١) فإن الظاهر من ذلك إرادة العلم من الأثر، وحينئذ لا دلالة فيه على إثبات الولاية بوجه من الوجوه، فتدبر. ورابعها: أن المراد من الرواية لو كان كل فرد من أفراد العالم وارثا لكل فرد من أفراد النبي للزم كون العلماء أزيد علما وولاية من الأنبياء، وليس كذلك بل الظاهر التوزيع [بمعنى أن] (٢) علماء امة كل نبي ورثة ذلك (٣) النبي، فيكون علماء هذه الامة ورثة نبينا (٤) صلى الله عليه وآله، ومقتضى كون الجماعة وارثا من واحد كون كل منهم أخذًا بحصته من التركة، لا كل واحد أخذًا للكل، وإذا كان كذلك فينبغي كون الولاية منقسمة على العلماء، وأين ذلك من إثبات الولاية للكل على الكل؟ فتدبر. ويمكن (٥) أن يقال: إن الظاهر من الخبر: العموم، ولا وجه لحمله على الأوصياء، بل يمكن أن يقال: إن الأوصياء داخل في عموم (العلماء) فتكون نسبة الوارثية إلى المجموع، ولا بحث في كون ذلك حقيقة، فلا يلزم مجاز حتى يرجح التخصيص عليه، مضافا إلى أن ملاحظة صدر هذه الأخبار يدل على إرادة الأعم من هذا الخبر، بل يدل على إرادة غير الأوصياء من سائر العلماء، لأنها واردة في مقام مدحهم والثناء عليهم، فراجع. وأما انصراف إطلاق التوارث على العلم فممنوع، فكما أن النبي ولي على رعيته فكذلك وراثته، ولو سلم الانصراف أو أثبت خصوص إرادة العلم بقريته ذيل الخبر لقلنا أيضا بدلالاتها على الولاية، من جهة أنه من المعلوم أن ولاية النبي على

(١) الكافي ١: ٢٤، باب ثواب العالم والمتعلم، ذيل الحديث ١. (٢) من (م). (٣) في غير (م): وارث لذلك. (٤) في غير (م): وارثا لنبينا. (٥) في (ن): فيمكن.

[٥٦٦]

الرعية ليست إلا من جهة علمه بالأحكام والشرائع، فكل من تلقى منه الأحكام وصار عالما فهو ولي كذلك، فتأمل، فإن في تميم الجواب عن هذا البحث إشكالا جدا. وأما الأشكال من جهة كونهم

وارثين متعددين فيتبعض عليهم ما كان عند النبي ولا يدل على المدعى، مدفوع بأن المتبادر كون كل منهم وارثا لما عند النبي صلى الله عليه وآله من العلم والحكم دون تبعض ذلك. أو نقول: متى ما ثبت في البعض ثبت في الكل. وفيه نظر، لأن بعض المقامات قد دل الدليل على ولاية الحاكم فيه. أو نقول: عدم وجود الفرد المعهود وعدم إمكان إرادة الفرد الغير المعين وعدم وجود القرينة يوجب الحمل على الاستغراق إن لم يرد الأشكال بوجود القدر المتيقن المانع من ذلك. ومنها: ما ورد من أن العلماء امناء (١) أو امناء الرسل (٢) كما في بعض آخر، أو حصون الإسلام (٣) كما في قسم ثالث، بتقريب: أن كونه أمينا على الإطلاق أو أمينا للرسل ليس معناه إلا رجوع أمور الرعية إليهم، وهذا معنى الولاية، ومن ذلك يعلم معنى (الحصون). ويمكن أن يقال: إن الظاهر من كونهم امناء: كونهم امناء في الشريعة والعلم، بمعنى: أن ما جاء به من الأحكام فهو عند العلماء ينبغي أن يرجع إليهم، ولا دلالة فيه على ولايتهم في المقامات التي هي محل البحث، وكذلك كونهم (حصون الإسلام) معناه: كونهم حفظة الدين بنشر أحكامه، وأي دخل له بالولاية؟ اللهم إلا أن يقال: إن كونهم حفظة للشرع وحصنا للإسلام لا يتم إلا بالولاية، وإلا لم يمكن لهم حفظ الإسلام. وله وجه بعد التأمل، فتدبر. ومنها: ما دل على أن العلماء خلفاء رسول الله صلى الله عليه وآله (١). والوجه في الدلالة: أن

(٢) الكافي ١: ٣٣، باب صفة العلم وفضله وفضل العلماء، ح ٥٠. (٣) عوالي اللآلي ٤: ٧٧، ح ٦٥، بلفظ (الفقهاء امناء الرسل). (٣) الكافي ١: ٣٨، باب فقد العلماء، ح ٣ بلفظ (لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام). (١) الوسائل ١٨: ٦٥، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ٥٠، وص ٦٦ ح ٥٣.

[٥٦٧]

إطلاق قولنا: (فلان خليفة فلان) أن ما له من التصرف فهو ثابت للخليفة، وذلك واضح عند أهل العرف ما لم يتقيد بقيد، فقولهم: (إن العالم خليفة النبي صلى الله عليه وآله) بإطلاقه يقضي بأن كل ما للنبي صلى الله عليه وآله من التسلم والولاية على الرعية فهو وللعالم ثابت، إلا ما دل الدليل على إخراجها. ولكن تجئ فيه المناقشة السابقة من ظهور إرادة الأوصياء من (العلماء) لأنهم الخلفاء، والعلماء خلفاء الخلفاء. إلا أن يجاب بأن المراد من (العلماء) ما يعمر الأوصياء، ويصدق الخلفاء على المجموع من دون شبهة. ويبقى الأشكال في انصراف ذلك إلى الخلافة في العلم لا مطلقا. وهو مع أنه يجاب بما تقدم بعيد في المقام، بل الظاهر الإطلاق. نعم، هنا بحث يرد على هذا الخبر وعلى ما سبق وعلى ما يجئ بعد هذا من الأخبار: أن مساقها إنما هو في مقام بيان فضل العلماء، وليس في مقام إثبات الولاية لهم على الناس، فلا وجه للتمسك بها في الباب. نعم، يضعف هذا الأشكال في قسمين من هذه الروايات: أحدهما: ما اشتمل على لفظ (الخلفاء). وثانيهما: ما اشتمل على أنهم (وكلاء) (١) وأما في سائر ما ذكرناه ونذكره فهذا البحث أت فيه مع ما في دفعه من الأشكال. ومنها: ما دل على أن العلماء كسائر الأنبياء (٢) أو أنهم كسائر الأنبياء في بني إسرائيل (٣) بتقريب: أن النبي لا شبهة في ولايته كلية، ومقتضى التشبيه مع عدم تعيين وجه الشبه كونهم كالأنبياء في كل ما هو من صفات النبي إلا فيما خرج بالدليل، ومن جملة صفاتهم الولاية.

(١) لم نقف على رواية مشتملة على اللفظ المذكور. (٢) المراد به ظاهرا ما ورد في نسخة من جامع الأخبار عنه صلى الله عليه وآله بلفظ (فاني أفتخر يوم القيامة بعلماء

امتني، فأقول: علماء امتي كسائر الأنبياء قبلي) جامع الأخبار: ٤٥، الفصل العشرون.
(٢) عوالي اللالي ٤: ٧٧، ح ٦٧، بلفظ (علماء امتي كأنبياء بني إسرائيل)، وفي عوائد
النراقي قدس سره عن الفقه الرضوي أنه عليه السلام قال: (منزلة الفقيه في هذا
الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل) عوائد الأيام: ١٨٦.

[٥٦٨]

ويجئ هنا - مضافا إلى كونه مسوقا لبيان الفضل - أن الحمل على
العموم فرع عدم وجود الجهة الظاهرة في التشبيه، والظاهر هنا
التشبيه في العلم، فتدبر. ومنها: ما دل على أن العلماء خير الخلق
بعد أئمة الهدى (١) أو فضل العلماء على الناس كفضل رسول الله
صلى الله عليه وآله على أذنانهم (٢) أو أن فضلهم على سائر الناس
كفضل الآخرة على الدنيا (٣) أو أن فضلهم على سائر الناس كفضل
الشمس على سائر الكواكب (٤) أو أن الله تعالى فضلهم على
جميع خلقه بعد النبيين (٥). وهذه الروايات لا دلالة فيها على
الولاية، نظرا إلى أنها مسوقة لبيان الفضل لا لبيان الولاية، ولا نسلم
الملازمة بين الفضل والولاية، بمعنى كون كل فاضل وليا على
مفضول، سيما إثبات الولاية العامة المطلقة التي نحن بصدها. نعم،
كون كل ولي فاضلا قضى به فيج ترجيح المرجوح أو المساوي، وأما
كون كل فاضل وليا فلا دليل عليه، والأخبار لا دلالة فيها على مزيد من
التفضيل، وهو غير المدعى، وليس بمستلزم له. مضافا إلى أن الخبر
الأخير والخبر الثاني لا يمكن حملهما على العلماء، بل الظاهر أن
المراد منهما: الأئمة، لأنهم خير جميع الخلق بعد النبيين، وفضلهم
على الناس كفضل رسول الله صلى الله عليه وآله، دون سائر
العلماء، فلو حمل عليهم لزم حمل هذا الكلام على المجاز والمبالغة
والتخصيص في لفظ (جميع الخلق) كما أنه لو حمل على الأئمة لزم
تخصيص العلماء أو إرادتهم منه مجازا، وأحدهما ليس بأولى من
الأخر. إلا أن يقال في دفع الأشكال عن الأخير: بأنه لو أريد الأئمة فلا
وجه لقوله: (بعد النبيين) لأن أئمتنا أفضل من أنبياء بني إسرائيل،
كما ورد في الأخبار (١)

(١) الاحتجاج ٢: ٤٥٨ (احتجاجات الإمام الحسن العسكري عليه السلام). (٢) مجمع
البيان ٩: ٢٥٢، ذيل الآية ١١ من سورة المجادلة. (٣) و ٤ و ٥) البحار ٢: ٢٥، الباب ٨
من كتاب العلم، ح ٩١، عن منية المرید، قال مقاتل بن سليمان: وحدث في الأنجيل:
أن الله تعالى قال لعيسى عليه السلام... الخبر. (١) راجع البحار ٢٦: ٢٦٧، باب
تفضيلهم عليهم السلام على الأنبياء.

[٥٦٩]

فلا بد من إرادة العلماء هنا. ولا يمكن أن يقال: إنه لو أريد العلماء لزم
تفضيلهم على الأئمة عليهم السلام أيضا، إذ لم يستثنهم في
الرواية. لأننا نقول: استثناء النبيين إثبات (١) لهم، لأنهم بعد خاتم
الأنبياء وقبل سائر النبيين في المرتبة، والعلماء إذا كانوا بعد النبيين
فكانوا بعد الأئمة أيضا، فتدبر. نعم ما دل على كون فضلهم كفضل
رسول الله صلى الله عليه وآله يدل على إثبات الولاية بظاهر التشبيه
إن لم يجئ فيه ما مر من الأشكال سابقا. ومنها: ما دل على أن
العلماء حكام على الملوك، كما أن الملوك حكام على الناس (٢) أو
على أن العالم حجة الأمام على الناس (٣) وأنهم كالفولون لأيتام آل
محمد صلى الله عليه وآله (٤). وظاهر الخبر الأول إثبات ولاية
الحكومة لهم على من هو حاكم على الناس (٥)، وهذه العبارة تدل
على كونهم حكاما على الناس بالاولوية، بل مثل هذه العبارة يساق
في العرف لأفادة ذلك. ولكن كونهم حاكمين إنما يقتضي الولاية في
القضاء والفتوى لو سلم ذلك، وهما لا بحث فيهما، وأما في غيرهما

فلا يدل على ذلك. وكذلك كونه حجة على الناس يراد به ما يحتج به عليهم يوم القيامة بالأبلاغ والأنداز حتى لا يبقى عذر في التقصير، ولا يمكن الجواب بعدم العلم والأطلاع أو الحجّة، بمعنى كون ما يقوله العلماء حقا يجب اتباعه كالإمام، وأين ذلك من ثبوت الولاية؟ وكونهم كافرين للأيتام من آل محمد صلى الله عليه وآله كناية عن تعليمهم الأحكام والشرائع الموجب

(١) في هامش (م): استثناء - خ ل. (٣) مستدرك الوسائل ١٧: ٣١٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١٧. (٢) الوسائل ١٨: ١٠١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ٩. (٤) مستدرك الوسائل ١٧: ٣١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١٢٢. (٥) في غير (م): حاكم للناس.

[٥٧٠]

لتربيتهم في بواطنهم بعد انقطاعهم عن الأب الباطني. إلا أن يقال: إن ذلك دال على كون النبي والامام بمنزلة الأب، وكون العالم بمنزلة وصي الأب، وهذا مثبت للولاية عليهم. ولا يخفى ما في هذه الأخبار الثلاثة من الظهور في الولاية، فتدبر. ومنها: مقبولة عمر بن حنظلة، ورواية أبي خديجة (١) الدالتين على كون من عرف أحكام الأئمة أو عرف شيئا من قضاياهم حاكما أو قاضيا على الناس ويكون الرد عليه كالرد على الامام، والرد على الامام على حد الشرك بالله. وهذه الأخبار أيضا لا تقتضي (٢) الولاية إلا في الفتوى والقضاء، ولا تدل (٣) على كونه وليا مطلقا له التصرف كيف شاء. نعم تدلان على اعتبار حكمهم وفتواهم كما استدل بهما الأصحاب، مع ما فيهما من البحث والأشكال. ومنها: ما دل على أن العلماء أولياء من لا ولي له، وأن مجاري الامور والأحكام على أيدي العلماء الامناء على الحلال والحرام كما ورد في الخبر الطويل (٤). وهذا الخبر مع جبره بالفتوى وبالاجماع المنقول يكفي دليلا على كون الحاكم وليا في مقام ليس هناك من الشرع ولي بالخصوص، ويدل على كون جريان كل أمر من امور المسلمين - من نكاحهم وعقودهم وإيقاعاتهم ومرافعاتهم وسائر امورهم من الأخذ والدفع وغير ذلك، وكل حكم من أحكامهم - على أيدي العلماء خرج ما خرج بالدليل، وبقي الباقي تحت القاعدة المدلول عليها بالنص الموافق لعمل الأصحاب، فتدبر. هذا ما يمكن أن يجعل دليلا في هذا الباب من النص والفتوى. وقال الشهيد رحمه الله في قواعده في الضابط في ولاية الحاكم: إن كل قضية وقع

(١) الوسائل ١٨: ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١، وص ١٠٠، ح ٦. (٢) كذا في اصول النسخ، والمناسب: وهذان الخبران أيضا لا يقتضيان. وقد غير مصحح (م) هذه العبارة من أصلها. (٣) كذا، والمناسب: ولا تدلان. (٤) تحف العقول: ٢٢٨.

[٥٧١]

النزاع فيها في إثبات شئ أو نفيه أو كفيته، وكل أمر فيه اختلاف بين العلماء كثبوت الشفعة مع الكثرة، أو احتيج فيه إلى التقويم كالأرش وتقدير النفقات، أو إلى ضرب المدة، كالأيلاء والطهار، أو إلى الألغاء (١) كاللعان فهو إلى الحاكم، ومما يحتاج إليه أيضا القصاص نفسا وطرفا، والحدود والتعزيرات، وحفظ مال الغائب كالودائع واللقطات (٢) انتهى كلامه رفع مقامه. وجعل الفاضل المدقق المعاصر في عوائده وظيفة الحاكم كلية في أمرين: أحدهما: أن كل ما كان للنبي أو الامام فلهم ذلك، إلا ما دل الدليل على إخراجها.

وثانيهما: كل فعل متعلق بامور العباد في دينهم أو دنياهم لايد من الأتيان به ولا مفر منه إما عقلا أو عادة، من جهة توقف أمر المعاش أو المعاد لواحد أو لجماعة عليه، وإناطة انتظام امور الدين أو الدنيا به شرعا، من جهة ورود أمر به أو إجماع، أو نفي ضرر أو ضرار، أو عسر أو حرج، أو فساد على مسلم، أو ورود الأذن فيه من الشارع أو دليل عليه، ولم يجعل وظيفة لمعين واحد أو جماعة، ولا لواحد لا بعينه، بل علم لايديته والأذن فيه ولم يعلم المأمور به والمأذون، فهو وظيفة الفقيه (٣) انتهى كلامه رفع مقامه. وحاصل غرضه: ما علم من قواعد الشرع لايدية الأتيان بشئ مع عدم معلومية الاتي به من الشرع، فينبغي أن يأتي به الحاكم. واستدل عل الأمر الأول بالأجماع وقد قدمنا ذكره، وبما مر من الأخبار وقد عرفت قصور دلالتها على هذه الكلية، إلا فيما دل على الخلافة، ومثله الخبر الأخير وقد عرفت الأشكال. واستدل على الثاني بالأجماع أيضا وقد عرفت، وبأن كل أمر كان على ما فرضناه لايد أن ينصب الشارع له شخصا، والمفروض أنه غير معلوم والفقيه صالح له، وما فيه من الجلالة كاف في كونه منصوبا، مع أن كل من فرض وليا فالفقيه

(١) في (د) والمصدر: الألقاء. (٣) القواعد والفوائد ١: ٤٠٥، القاعدة ١٤٧. (٣) عوائد الأيام: ١٨٧.

[٥٧٢]

داخل فيه، وغيره مشكوك ينفي بالأصل. ويتطرق على ذلك أنه لا نسلم كون الشخص منصوبا له، إذ يمكن كونه من قبيل الواجبات الكفائية التي لا تعيين فيها، بل هو من الواجبات الكفائية قطعا، لأن سقوط هذا التكليف بفعل واحد من العلماء عن الباقيين ليس محل بحث، للأجماع عليه، فلم لا يكون واجبا كفائيا يخاطب به كل من علم وقدر عليه؟ ولا دخل في ذلك لحكام الشرع. ولو قيل في الجواب: إنا قائلون في الواجب الكفائي على تعلق الخطاب على كافة المكلفين إلا أنه يسقط بفعل البعض، فيكون هنا أيضا قد تعلق الخطاب على سائر المكلفين ومنهم الحكام، والتعلق بالعلماء مقطوع به، ولكن نشك في كون إتيان الباقيين به مسقطا عنهم وعدمه، والأصل عدم السقوط، فلايد من مباشرتهم أو قيام دليل على السقوط بفعل، لورد (١) عليه أمران: أحدهما: أن الواجب الكفائي ما علم فيه انحصار الغرض في شئ، وليس سقوطه إلا لحصول الغرض والمصلحة الواقعية ولزوم اللغو في الأتيان بعد ذلك، فلو فرض أن ما فرضناه من الأمر مما لايد منه لأمر معاد أو معاش فلايد من إتيانه ليتم النظام، وكل من أتى به فقد حصل الغرض، ويلزمه السقوط، للعلم بزوال ما كان داعيا له على ما فرضناه بعد العلم القطعي بأن المراد ليس مباشرة كل أحد. وإن قلت: إنه لا يقدر على ذلك غير الحاكم. قلت: لايد على هذا أولا: من إضافة كونه غير مقدر لغير الحاكم أيضا في الضابط. وثانيا: كل من لا يقدر لا يجب عليه، وهو لا ينافي الوجوب الكفائي على الكل، إذ هو أيضا مشروط بالعلم والقدرة كالواجب العيني. وثالثا: نمنع كونه غير مقدر إلا على الحاكم، فإن كل ما يقدر عليه الحاكم يقدر عليه عدول المسلمين، فتدبر. وثانيهما: أنه لو فرض عموم الخطاب للمكلفين فلا وجه للشك في السقوط

(١) جواب: (ولو قيل).

بفعلهم، إذ لا شبهة في كون إتيان المكلف بالمأمور به موجبا للسقوط. وإن قلت: إن غير الحاكم ليس بمكلف. قلنا: إن الفرض عدم تعيين المكلف، فمن أين علمت كونه مكلفا؟ فإن كان من عدم التعيين فذلك يوجب الكفائية الثابتة لكل أحد، وإن كان من قصد الشارع خصوص الحكام يلزم أولا: خلاف الفرض، لأن كلامنا في مقام لم نعلم من كلف به مطلقا وعلى هذا الفرض يصير المكلف معلوما. وثانيا: لا ريب أن مقتضى القواعد عدم قصد خصوصية الحاكم. ولا يمكن المعارضة بأصالة عدم قصد التعميم، إذ التعميم يكفي فيه عدم قصد الخصوصية، ولا يحتاج إلى قصد التعميم حتى يعارض بذلك. وبعبارة أخرى: متى ما كان التكليف ثابتا ولم يعلم المكلف فالظاهر تساوي الكل في ذلك، ولا يحتاج إلى دلالة على قصد التعميم. مع أن مقتضى أدلة الاشتراك بعد عدم التعيين عموم الحكم لكل مكلف، فلو فرض تعارض قصد التعميم مع قصد الخصوصية وتساوقهما تقوم أدلة الاشتراك في التكليف حجة على التعميم. ومن ذلك يندفع احتمال القول بأن الأحكام يوجب الأخذ بالمتيقن، لعدم الأحكام أولا بعد معلومية الغرض وإمكان حصوله من أي مكلف كان. ولو فرض إجمال فهو وإن اقتضى الأخذ بالمتيقن - بمعنى لزوم مباشرة الحكام للشك في سقوط فعل غيرهم عنهم - لكن ما دل على الاشتراك في التكليف يوجب كونها كفاية على الجميع المستلزم للسقوط بفعل أي منهم كان. ولو قيل: إن مقتضى الفرض ثبوت هذا الأتيان على أحد من المكلفين، ولو لم يلزم من ذلك الوجوب على الحكام فلا أقل من الجواز، إذ هو أيضا كسائر الناس وليس أقل منهم، وإذا ثبت الجواز ثبت الوجوب بالأحجام المركب. قلنا: إن أريد بذلك الأجماع الدال على الولاية، فلا وجه لتسميته بالأحجام المركب، لأنه بسيط. وإن أريد من ذلك: الملازمة بين الجواز والوجوب، قلنا: الظاهر الجواز له ولغيره، فكذا الوجوب، ومقتضاه الوجوب الكفائي وقد سلمناه،

وأين ذلك من إثبات الوجوب والتعيين على الحكام بالخصوص؟ فتدبر. مضافا إلى أن مجرد صلاحية الفقيه للنصب لا تقتضي التعيين، وجلالته لا تفيد ذلك، إذ الجلالة قد توجب التعيين على غيره، إذ ليس جميع ما فرض أشد لياقة بالجليل من غيره، بل فيه ما هو بالعكس. وبالجملة: فالعمدة: الأجماع وما مر من الأخبار على ما ذكرناه في بعضه، ولو لا ذلك لما اقتضى كون الشيء مما لا بد منه ثبوته على الفقيه، بل كان سبيله كسبيل الواجبات الكفائية. نعم، لو أريد إثبات جواز مباشرة الحكام أو وجوبها عليهم ولو كفاية - وبعبارة أخرى: عدم المنع عليهم في هذا التصرف - لأمكن إثباته على هذا الفرض، وهو ليس محل البحث، فتدبر. ويمكن التمسك في إثبات ولاية الحاكم بعموم (قاعدة الأحسان) السالفة (١). ولكنه لا يدل على الولاية أولا - بل يدل على عدم الضمان، لأن ذلك لمحض الأحسان - وعلى الانحصار ثانيا. ودعوى كون تصرف الحاكم إحسانا دون غيره تحكم. وعموم قوله تعالى: والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (٢) وهو أيضا غير دال على الانحصار. مضافا إلى أن الفرض: إثبات الولاية من جهة الحكومة، لا من جهة الأيمان والأحسان، وهما لا يدلان على المدعى. ومن ذلك ظهر: عدم إمكان التمسك بعموم أدلة الحسبة والمعاونة على البر والتقوى أيضا، إذا العمدة هنا: إثبات الولاية للحكام من حيث هم كذلك، وهذه الأدلة تقضي باشتراك الغير معهم، مع أن المدعى نفيه. نعم، بقي في الأخبار إشكال وهو: أن أغلبها إنما هو بلفظ (العلماء) والظاهر منه اعتبار العلم في ذلك، وعلمائنا يدور مدارهم على الظنون، فلا وجه لأدراجهم

[٥٧٥]

تحت الأخبار. ويمكن الجواب أولاً: بأنه يكفي في إطلاق (العلماء) عليهم كونهم عالمين بالبعض. وثانياً: بأن كل ظنونهم منتبهة إلى العلم. وثالثاً: أن متى ما ثبت في العالم بالعلم الوجداني ثبت في المجتهد بالأجماع المركب. ورابعاً: أنه لو لم يكن المراد به ما يعم المجتهدين لم يكن للأخبار مورد في مثل زماننا، مع أنه مسوق لبيان حكم هذا الزمان، إذ لا حاجة إليهم يعتد بها في زمن حضور الأمام عليه السلام، فتأمل جدا. وبقي هنا كلام، وهو أن الحاكم إذا عرض له جنون أو إغماء زالت عنه الولاية، وإذا عاد إلى الكمال عادت الولاية، مع أن أمينه لو عرض له جنون أو إغماء زالت ولايته، ولا تعود بالكمال، بل بنصب جديد، وكذلك النائب الخاص للأمام إذا زال عنه الجنون والأغماء لم تعد إليه الولاية إلا بنصب جديد من الأمام، فأبي فرق بين المقامين؟ وربما يتوهم أن الفارق هنا هو العموم والخصوص، فإن الأمام عليه السلام إذا كان عرضه نصب كل من هو بشرائط الفتوى فيذكره بلفظ عام، كقوله: (من كان على هذه الصفة فهو وكيلتي وخليفتي) ولازم هذه العبارة أنه كلما اتصف بالصفة دخل تحت الوكالة، وكلما خرج عن الصفة خرج عن الوكالة، وإذا عاد إلى الوصف عاد أيضاً، لشمول النصب والتوكيل. وإذا كان المراد نصب شخص، فيقول: (أنت وكيلتي) وهو مستجمع للشرائط، فإذا عرض له الجنون انعزل، ولا وجه لعوده بعد ذلك إلا بتوكيل جديد، لأن اللفظ الأول لم يشمل المقام، ولو كان شموله بإطلاقه فقد بطل العقد ولم يبق له أثر. ولا يمكن أن يقال: إنه اقتضى وكالة هذا الشخص دائماً خرج حالة الجنون بالدليل وبقي الباقي. لأننا نقول: دلالة على توكيل هذا الشخص دائماً فرع تعلقه بالشخص، وعروض المانع أخرجه عن أهلية التعلق، فإذا لم يتعلق بالشخص فبطل العقد

[٥٧٦]

فبطل إطلاقه ودوامه. بخلاف اللفظ العام، فإنه لم يتعلق بهذا الشخص، بل تعلق بالموصوف بهذه الأوصاف أي شخص كان، وعروض المانع لهذا الشخص لا يقدر في قابلية الكل من حيث هو كلي، فالعقد (١) والتوكيل باق على حاله، وكلما عاد الفرد إلى الاتصاف بالكلي تعلق به الوكالة، من دون فرق بين الابتداء والاستدامة. ولكن يشكل بإمكان فرض نظير ذلك في النائب الخاص، فإن أحوال الفرد كالأفراد للكلي، فيمكن القول في الوكيل الخاص: (أنت وكيلتي) كلما كنت عاقلاً رشيداً) أو (أنت وكيلتي) إلا حالة الجنون والأغماء) فيكون نصبا للشخص الموصوف بالصفة، فكلما اتصف دخل تحت اللفظ، وكلما عرض المانع خرج، ولا مدخل للكلي والجزئي في ذلك، فينبغي صحة هذا الفرض [أيضاً] (٢) مع أنه إذا عرض الجنون للنائب الخاص لا يعود إلا بالنصب، ولا ثمرة لقوله: (كلما صرت عاقلاً فأنت وكيلتي) بل هذا باطل من أصله، كما نبينه. ولا يمكن الفرق بأن الكلي أمر قابل لاعتبار الصفات فيه وملاحظة الأفراد، بخلاف الفرد، فإنه لا يمكن جعله كلياً، فإما أن تكون الوكالة متعلقة بهذا الشخص أم لا. لأننا نقول: لم لا تكون الوكالة متعلقة بالمفهوم المركب من الشخص والصفة؟ وهو قابل للوجود والعدم، فكلما وجد تعلق، وكلما عدم زال، كما في النائب العام بعينه. مضافاً إلى أن قاعدة تعلق الوكالة بالكلي كقوله: (من لبس ثوباً أبيض فهو وكيلتي) أو (من كان عنده ألف درهم فهو وكيلتي) ليس التعلق بكل ما تجدد، بل الظاهر

انحصار التعلق بكل من كان متصفا بالصفة عند الأنشاء، فلا يكون من حصل بعد الأنشاء ألف درهم أو لبس ثوبا أبيض وكيفا بالعقد السابق، فقولته: (كل من كان على وصف العلم فهو وكيل) اقتضى وكالة هو عالم في ذلك الوقت،

(١) في (م) فكل من العقد. (٢) لم يرد في (ن، د).

[٥٧٧]

ولا يسري إلى كل من حصل له العلم بعد ذلك. وسر ذلك كله: ما مضى منا في بحث إبطال التعلق للعقود (١) وفي بحث اشتراط التنجيز (٢) وفي بحث بطلان العقود الجائزة بالموت والجنون والأغماء (٣) أن العقد لا يرد من تعلقه بشئ متصل بأن العقد قابل لتعلقه به - على اختلاف أحكام العقود في ذلك - والتوكيل يقتضي كون الوكيل بالغا عاقلا، فإذا كان كذلك حال العقد تعلق به، وإذا زال بطل، لعدم شمول التوكيل إلا حال العقل، وإذا عاد العقل لا تعود الوكالة، لبطلان العقد السابق. وفرض العموم فيه بأنه (كلما صرت عاقلا فأنت وكيل) ينحل إلى وكالة معلقة، وقد عرفت أن التعلق مبطل، وليس هذا إلا كقولك: (إن جاء زيد فأنت وكيل) قاصدا تحقق الوكالة في ذلك الوقت، لا التصرف، فإن تعليقه مع تنجيز التوكيل لا بأس به. ولا فرق في لزوم التعلق بين الخاص والعام، فلو عمم أيضا لم يتعلق إلا بالمتصف حين العقد، ويصير بالنسبة إلى غير المتصف تعليقا، كما لو اريد به حالة عود العقل على هذا المتصف بعد عروض الجنون عليه صار تعليقا أيضا، إذ معناه حينئذ: أيها العاقل إذا جننت ثم عقلت فأنت وكيل، وهو باطل بالضرورة، فالوكالة الأولى زالت بالمانع، والثانية غير صحيحة للتعلق. وإذا تأملت في أطراف هذا الكلام - الذي هو من مطارح الأعلام ومزلق الأفهام - عرفت أن الفرق ليس بذلك، ولكن قد أشرنا فيما سبق أيضا - في بحث بطلان العقد الجائر بالجنون والأغماء - أن تفويض أمر إلى آخر يصير بأقسام ثلاثة: مرة: يكون من باب النيابة - كالتوكيل - ولازمه: العزل وعدم العود إلا بالنصب الجديد، وكونه تابعا للموكل معزولا بعزله وبانعزاله وبموته وحنونه وإغماثه وإن بقي الوكيل عاقلا.

(١) العنوان: ٤٨. (٢) العنوان: ٤٠. (٣) العنوان: ٥٦.

[٥٧٨]

ومرة: يكون من باب النصب، بمعنى كون التفويض موجبا للولاية - كالوصية - فإنه إحداث ولاية لا استنابة، ولذلك يبقى التصرف وإن خرج المستناب عن أهلية التصرف بالموت. ومرة: يكون بطريق بيان الحكم الشرعي، وهو: أن هذا الفرض من الموضوع حكمه الولاية، وهذا لا يتبع الأصل في البقاء والعدم، ولا يصير بالخروج عن الوصف معزولا بالمرّة، بل كلما عاد عاد، كسائر الموضوعات إذا تبدلت ثم عادت، فإن الخمر إذا صارت خلا حلت، وإذا عادت خمرا حرمت، لدوران الحكم مدار الاسم. والظاهر أن ولاية الحاكم الشرعي من قبيل بيان الحكم، وجعل المعصوم كاشف، لا من قبيل التوكيل، ولا من قبيل النصب وإن كان قوله عليه السلام في الخبر: (إنني جعلته عليكم حاكما) (١) يدل على النصب، والمقام مقام تأمل وتدبر. ويمكن القول

بالتوكيل والتمسك في عود الوكالة بالأجماع. وهو بعيد. وبالجملة:
نصب الحاكم دائر مدار هذه الامور الثلاثة، وإن كان أظهرها ما ذكرناه.

(١) الوسائل ١٨: ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

[٥٧٩]

(العنوان الخامس والسبعون) (ولاية عدول المؤمنين)

[٥٨٠]

عنوان [٧٥] إذا تعذر الأولياء أو فقدت حتى الحاكم، فهل الولاية للعدول مطلقا، أو ليس لهم مطلقا، أو فيما لا يمكن التأخير فيه لهم ولاية دون غيره؟ - ويرجع إلى الثاني في وجه - وجوه، بل أقوال، وهنا بحثان: أحدهما: في جواز تصرف العدول فيما هو وظيفة الحاكم لو كان موجودا، مع ضيق الوقت وعدم إمكان التفصي، كالصرف من مال اليتيم لنفقته بمقدار يعيش به، ونحو ذلك. وهذا مما لا كلام في جوازه على الظاهر للأصحاب، ويدل على هذا الجواز وجوه من الأدلة: الأول: أن هذا التصرف - مع عدم إمكان التأخير وعدم إمكان الوصول إلى الحاكم - داخل في باب الأحسان، إذ هو دفع مضرة لا مدفع لها إلا ذلك، وهو داخل في الأحسان من دون تشكيك، وكل إحسان جائز بالعقل والنقل، ولا ضمان عليه أيضا. والثاني: قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن (١) فإن ظاهر الاستثناء كون القرب إذا كان حسنا جائزا، وهنا كذلك. وليس الخطاب للحكام خاصة، بل ظاهره العموم، وإذا ثبت ذلك في مال اليتيم ثبت في غيره بالأولوية وبعدم القول بالفصل.

(١) الأنعام: ١٥٢، والأسراء: ٣٤.

[٥٨١]

والثالث: قوله تعالى: وتعاونوا على البر والتقوى (١) وأقله الاستحباب، فضلا عن الجواز، والمفروض: أن فرضنا هذا داخل في الأعانة على البر من دون شبهة، وغير ذلك من أدلة الحسبة والمعروف، كلها دالة على ذلك. والرابع: خصوص الخبر في باب الوصية - في من مات ولم يعين وصيا - قال عليه السلام ما معناه: (إن قام رجل ثقة فباشر ذلك، فلا بأس به) (٢) وإذا ثبت في هذا الباب فلا قائل بالفرق. ولا يرد الأشكال في أن ذلك إذن من الأمام عليه السلام والكلام فيما إذا لم يكن هنا حاكم، لأن الظاهر من الخبر كونه بيانا للحكم الشرعي، لا إذنا في واقعة خاصة، وله نظائر كثيرة، منها قوله: (من أحيا أرضا ميتة فهي له) (٣) فإنه حكم، لا إذن في الأحياء، فتبصر. والخامس: ظهور إجماع الأصحاب على الجواز من دون نكير، كما يظهر بالتتابع. السادس: أن هذه الواقعة لا بحث في كون واحد مكلفا أو مرخصا في مباشرتها من الشارع، لما قرر أن الواقعة المحتاج إليها قد جعل الشارع ما هو المخلص والمناص قطعاً فيه (٤) وحيث لا تعيين فيتخير الكل في ذلك كفاية، ومنهم عدول المؤمنين، ثم نقول: قد دل الشرع على عدم ولاية الكافر وعدم أمانة

الفاسق مطلقا، فلا يجوز كونهم (٥) مرخصين من الشرع في ذلك، فينحصر في عدول المؤمنين، وهذا مما لا كلام فيه. وثانيهما: في وجوب مباشرتهم في الصورة المذكورة. والحق ذلك، لظاهر إجماع الأصحاب على ذلك، ولظاهر آية المعاونة وإن خرج منها ما خرج، ولأن كل ما جاز وجب، وإلا لزم الحرج والمرج في النظام، سيما في أغلب البلاد الخالية عن وجود حاكم الشرع، فتدبر. وإذا عرفت هذا فنقول: هل للعدول ولاية إذا تعذر الحاكم مطلقا فلا يحتاج إلى فرض صورة اللابدية والاضطرار، أو لا؟

(١) المائدة: ٢. (٢) الوسائل ١٣: ٤٧٤، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢. (٣) الوسائل ١٧: ٢٣٧، الباب ١ من أبواب إحياء الموات، ح ٥، وفيه: أرضا مواتا. (٤) كذا في اصول النسخ، لكن مصحح (م) أسقط كلمة (قطعا) وأنت الضمير. (٥) في (م) كونهما.

[٥٨٢]

قد يستدل عليه بعموم (نفي السبيل عن المحسنين) وهذا إحسان. وفيه: أن كونه إحسانا إنما يسلم فيما كان هناك مضره لا تندفع إلا بذلك، وفي ذلك الغرض سلمنا جواز التصرف، وأما في صورة إمكان التأخير والتعطيل إلى أن يتمكن من حاكم الشرع فلا نسلم كون تصرفه إحسانا، إذ قد مر في قاعدة الأحسان: أن أخذ مال الناس بغير إذنهم والتصرف فيه للاستبراج ونحو ذلك لا يعد إحسانا، بل هو موجب للضمان مع التلف، وأموال الأيتام والغياب ونحوهم كذلك، ولو فرض صدق الأحسان فيشكل انصراف الأحسان إليه وشموله له، مضافا إلى ما يستفاد من اتفاق الأصحاب على عدم كون مثل ذلك في حكم الأحسان ولو فرض دخوله تحت اسمه، فتدبر. وقد يتمسك بعموم أدلة الحسبة والمعاونة على البر والتقوى، وهو قاصر من وجوه: أحدها: منع كون كل تصرف في مال المولى عليه معاونة على البر والتقوى، لعدم صدقها عرفا عليه. وثانيها: منع كون ذلك معاونة على البر مع التمكن من الحاكم ولو بالتأخير - كما هو الغرض - وإلا لزم جواز تصرف كل أحد في مال الغير باستبراج ونحوه لأنه معاونة على البر، مع أنه ليس كذلك، بل يدور مدار إذن المالك ومن يحكمه. وثالثها: أن الكلام في إثبات الولاية، والولاية لا تثبتها، بل تفيد الجواز أو الاستحباب أو الوجوب من جهة كونه إعانة على البر، مضافا إلى عدم الشك في شمول هذا الخطاب للكافر والمسلم، والفاسق والعادل، والمخالف والمؤمن، فيلزم جواز تصرف الفاسق أيضا، مع أنه مخالف للأجماع. فإن قلت: يتمسك في خروج الفاسق في هذا المقام بالأجماع والنص، وكذا من هو مثله، فيكون كل أحد مكلفا بالمعاونة على كل بر وتقوى، إلا الفاسق [ونحوه] (١) في أموال الغير. قلت: الظاهر أن قوله تعالى: وتعاونوا (٢) مسوق لبيان حكم العقل، بمعنى: أن بعد كون الشئ برا وتقوى فالمعاونة مطلوبة، وهذا المعنى مما يحكم به العقل، وليس قابلا للتخصيص حتى يخرج الفاسق والكافر من هذا الحكم. والظاهر أن ذلك لعدم كون ذلك معاونة على البر، بل هو ولاية تحتاج إلى دليل يدل عليها.

(١) من (م). (٢) المائدة: ٢.

[٥٨٢]

مضافا إلى أن كلمة (البر) و (التقوى) في هذه الآية مفرد محلي باللام، ولا عموم فيه حتى يشمل المقام وإن فرض كونه من البر

والتقوى، وغايته: إطلاق ينصرف إلى ما هو الشائع في إطلاق البر والتقوى عليه من المندوبات والأعمال الصالحة، وما نحن فيه ليس منه قطعاً. ولو سلم كون البر والتقوى عامين، فنقول: المعاونة ليست عامة، بل هي أيضاً مطلقة، وكل معاونة لا نسلم كونها مأموراً بها. وبالجملة: فالاستدلال بهذه الآية على ولاية العدول خال عن الوجه، ومثله ما بمعناه من أدلة الحسبية. نعم، بقي هنا شيان يمكن التمسك بهما: الأول: ما مر من خبر الوصية (١) فإن ظاهره كون ذلك بياناً لحكم شرعي، وهو جواز مباشرة العدول وتسليطهم على ذلك. ولو أورد عليه بظاهره، فإنه (٢) قاض بالجواز وإن أمكن الرجوع إلى الحاكم، أجبنا عنه بأن المطلق يقيد، بمعنى: أنه يجوز تصرف الثقة مع عدم وجود الولي العام أو الخاص مع أن سياق الخبر دال على اعتبار عدم وجود ما هو المرجع في مثل ذلك التصرف، فيكون تقيداً لا تقييداً. ولو أورد (٣) بأنه لا عموم فيه، ولعله ينزل على صورة لزوم التصرف والاضطرار إليه لنفقة ونحوها بحيث لا يمكن التأخير إلى التمكن من الحاكم، فإن ذلك لا بحث في جواز التصرف فيه، كما مر ذكره. قلت: ظاهر الخبر في مطلق الوصية، ومن البعيد جدا كون كل واحد من التصرفات فيها فوراً لا يمكن تأخيرها إلى التمكن من الحاكم، فلا شبهة في وجود المضيق والموسع في مورد السؤال عادة، وترك الاستفصال من المعصوم دال على التعميم، وهو جواز تصرف العادل مع عدم وجود من ينبغي أن يرجع إليه، سواء كان من الأمور التي لو اُخترت يمكن فيه الوصول إلى الولي - كالأمام ونحوه - أو من الأمور التي لا يجوز فيها التأخير. وبالجملة: تنزيله على ما لا يمكن التأخير فيه في كمال الصعوبة. ولو أورد بأن الخبر وارد في الوصية مع عدم وجود الوصي، وهذا مما علم عدم إمكان التمكن من الولي، لأن الأمام في ذلك الوقت لم يكن مبسوط اليد،

(١) مر في ص: ٥٨١. (٢) في (م): بأن ظاهره قاض. (٣) في (م): فإن قلت.

[٥٨٤]

وغيره لا ولاية له، وفي مثل هذا المقام الذي حصل اليأس من الوصول إلى الولي لعلنا نجوزه، وهو أعم من المدعى. أجبنا أولاً: بأن الفرض: أن ظاهر الخبر هو بيان الحكم في وصية لا وصي لها، وليس قضية في تلك الواقعة حتى نقول بأن ذلك لعله حكم صورة اليأس، ولا ريب أن فرض الوصية بدون الوصي قابل لليأس عن الحاكم وقابل الصورة إمكان الوصول بتأخير التصرف، والحكم وارد على صورتين، وهو المدعى. وإذا ثبت ذلك في باب الوصية ثبت في غيره بعدم القول بالفصل، فتدبر. الثاني: قوله تعالى: والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (١) فإن ظاهر الآية دليل على ثبوت الولاية لبعض المؤمنين على بعض آخر، خرج ما لا يكون (٢) مولى عليه - كالبالغ الرشيد الحاضر القادر مثلاً - بالدليل، وبقي ما يكون (٣) مولى عليه تحت الدليل، وكذا خرج صورة وجود الولي الخاص أو العام المانع عن ولاية العدل من حيث هو عدل بالدليل وبقي الباقي. ويرد عليه: أن مقتضى الآية ولاية بعض على بعض، وهو محتمل لأرادة البعض المعين كالأب والجد والحاكم والوصي - ونحو ذلك - وإرادة أي بعض كان ليبدل على ولاية العدل والمؤمن مطلقاً أي فرد كان، فمن أين إرادة البعض اللابعية حتى يثبت ولاية العدل. ويمكن الجواب: بأن ظاهر البعض التنكير، وإرادة البعض المعين في الواقع خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة، وهي في المقام منتفية. ويرد أيضاً: أن الظاهر من ذيل الآية الشريفة وهو قوله تعالى: يأمرن بالمعروف وينهون عن المنكر كون المراد بالبعض هنا الحاكم، فإنه الذي له ولاية الأمر والنهي. ويجاب: بأن الأمر والنهي واجب كفاً لا يختص بالحاكم، بل يجب على سائر الناس كفاية، والظاهر من الآية: أن الأمرين

بالمعروف والناهين عن المنكر المقيمين الصلاة - وهم العدول - أولياء لمن ليس كذلك، ولا يقال: إنه حينئذ لا يثبت ولاية العدول على مال الغائب مثلا، إذ يمكن

(١) التوبة: ٧١. (٢ و ٣) كذا، والمناسب: من لا يكون... من يكون.

[٥٨٥]

كون الغائب أيضا من العدول الامرين والناهين. لأننا نقول أولا: ليس في ظاهر الآية دلالة على كون العادلين أولياء على غير العدول، بل الظاهر كونهم أولياء، وحذف المتعلق يفيد العموم، وليس هنا أمر ظاهر ينصرف إليه الإطلاق. ويرد أيضا: أن الظاهر من الآية إثبات ولاية الأمر والنهي، ولانزاع فيها، إذ قوله تعالى: يأمرون في قوة التفسير للولاية، والمراد إثبات ولاية الأموال والنفوس. ويمكن التمسك بإطلاق كونهم أولياء، ومنع كون ذلك تفسيرا، بل الظاهر كونه تعليلا، وعلى تقدير كونه تفسيرا لا يلزم منه الانحصار فيه مع إمكان تميمه بعدم القول بالفصل بعد ثبوت ولاية العدول على الأمر والنهي، سيما مع إمكان إدراج التعزيرات والحدود - ونحو ذلك - أيضا في النهي عن المنكر، فإنه بعد ثبوت ولايتهم على ذلك يثبت في غيره بالأولوية، فضلا عن عدم الفرق. لا يقال: إن الظاهر من المؤمنين هو المسلم العارف بالحق كما تدل عليه الآية الأخرى: والمنافقون والمنافقات (١) وهو شامل (٢) للعادل والفاسق، فلا وجه لتخصيص العادل بالولاية. لأننا نقول: قام الأجماع والنص على أن الفاسق لا أمانة له، فكيف يجعل وليا على مال الضعيف والسفيه والغائب - ونحو ذلك - فهو خارج بالدليل. لا يقال: إن هذا مستلزم لتخصيص الأكثر، فإن الفاسق أكثر من العادل، كما يدل عليه قوله تعالى: وأكثرهم فاسقون (٣). مضافا إلى أن الوساطة بين الفاسق والعادل موجودة فهي أيضا خارجة عن العموم. ولو جعلنا (المؤمنين) شاملا للصبيان والسفهاء - ونحو ذلك - كان الخارج أكثر بمراتب، وهو قبيح، فلا بد من إرادة معنى آخر. لأننا نقول أولا: إن هذا ليس من باب التخصيص، بل قوله: المؤمنون بعضهم أولياء بعض في قوة التقسيم، فيكون تقسيما للمؤمنين قسمين: ولي، ومولى عليه، وهو كذلك ولا تعميم هنا ولا تخصيص. ولو كان الصبيان ونحوهم داخلين

(٢) التوبة: ٦٧. (٢) لا يخفى ما في هذه الفقرة من بعض المسامحات، وقد غير مصحح (م) بعض الكلمات، ولا حاجة إليه بعد وضوح المراد. (٣) التوبة: ٨.

[٥٨٦]

في الآية لكانوا تحت البعض المولى عليه، وخروج البعض الذي ليس بولي ولا مولى عليه غير قاذح، لكمال ندرة هذا الفرد. وليس غرضنا من الآية إثبات خصوص ولاية العدالة (١) بل الولاية مطلقا، فإن ثبت له (٢) خصوصية اتبعت، وإلا بقي على إطلاق ولاية العدل (٣). وثانيا: أن كون الخارج مما لا يعتنى بشأنه لسفه أو ضعف أو فسق - أو نحو ذلك - وكونه لا يعد في جنب العدول موجودا فضلا عن كونه أكثر، لا قبح في ذلك لو كان من باب التخصيص، وقبح تخصيص الأكثر إنما هو للاستهجان العرفي وهو تابع للمقامات والاعتبارات، كما لا يخفى على المتتبع. لا يقال: إنها مجملة في متعلق الولاية، ولم يبين فيها أن ولايتهم على المال أو على شيء آخر. لأننا نقول: المتبادر من إطلاق الولاية: ولي المال والنفوس، فإذا قيل: (فلان ولي

فلان) يستفاد منه أن أمره في ماله ونفسه بيده كما هو المتعارف، فتدبر. وبهذه الآية استدل الأصحاب على ولاية العدول في كل باب وتلقوه بالقبول، وهو أقوى جابر للدلالة مع قطع النظر عن التخريجات اللفظية والاحتمالات العرفية، فمقتضى ظاهر الآية - المؤيدة بخبر باب الوصية المعتضد بالفتوى - كون مقتضى القاعدة: أن كل ما كان الحاكم وليا فيه إذا فقد أو تعذر فالولاية للعدول. ولا يعتبر فيه التعدد، لأطلاق البعض في الآية الشامل للواحد، وصريح خبر الوصية، فإنه جعل الولاية للثقة، فما يوهمه بعض عبائر الأصحاب من اعتبار التعدد لتعبيرهم بلفظ (العدول) ليس مرادا جزما. ولو اقتصر في ولايتهم على صورة تعذر الحاكم وعدم إمكان تأخير التصرف إلى زمن التمكن من الحاكم أو أمينه حتى يكون مندرجا تحت أدلة الحسبة والمعاونة - مضافا إلى ظاهر الآية والخبر - لكان أحوط في النظر وأقرب إلى التقوى. ولكن المختار: أن مع تعذر الحاكم فالأصل ولاية العادل في كل ما للحاكم عليه ولاية، إلا ما أخرجه الدليل، كالقضاء والأحلاف ونحو ذلك.

(٢) كذا، والظاهر: (العدول) وأسقطها مصحح (م). (٢) كذا، والظاهر: (لها) أسقطها أيضا مصحح (م). (٣) العبارة في (م) هكذا: (والا فلا يعدل عن إطلاق ولاية العدول) ولعل الصواب: (والا يعدل....)

[٥٨٧]

(العنوان السادس والسبعون) قاعدة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر

[٥٨٨]

عنوان [٦٧] من جملة القواعد المقررة في الشرع: توجه البينة على المدعي واليمين على المنكر في مقام الدعوى. ويدل على هذه القاعدة - مضافا إلى إجماع الأصحاب - الخبر النبوي المشهور، الغني عن ملاحظة سنده بعد تلقي العامة والخاصة له بالقبول، وهو قوله صلى الله عليه وآله: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (١). فالقاعدة بحسب الدليل واضحة، وإنما البحث في بيان المراد منها. فنقول: لا ريب أن الدعوى ما لم تتحقق لا يتحقق هناك مدع ومنكر، ومعرفتهما تتوقف على معرفة الدعوى، وظاهر الأصحاب اعتبار كون الدعوى ملزمة (٢) جازمة، وفي اعتبار كونها معلومة لهم بحث، وكذا يعتبر كونها بحيث لو اعترف المنكر لكان للمدعي به نفع. وما لم يتحقق هذه الأمور فليس من مورد النص، ولا مما يلتفت إليه. فنقول: هل هذه القيود مأخوذة من لفظ (المدعي) أو من دليل خارج مقيد؟ وعلى الأول فهل هو حقيقة شرعية، أو اصطلاح للمتشعبة، أو معنى عرفي ولغوي

(١) عوالي اللالي ٢: ٣٤٥، ح ١١، وراجع الوسائل ١٨: ١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى. (٢) في (ف، م): ملتزمة.

[٥٨٩]

لا نقل فيه؟ يحتمل أن يقال: إن لفظ (المدعي) قد صار عندهم حقيقة شرعية في هذا المعنى الخاص، بمعنى كونه جامعا للقيود الأربعة المذكورة مع ما يجيء من اعتبار مخالفة الأصل أو الظاهر، أو كونه أمرا خفيا، أو كونه يخلى وسكوته مع ذلك أيضا. وهذه الحقيقة قد ثبتت من استقراء الموارد الخاصة الواردة في الروايات، حيث بين في الشرع حكمها بتوجه البينة واليمين، فعرفوا من ذلك: أن المراد بالمدعي هو ذلك. ويحتمل كون ذلك حقيقة عند المتشعبة مع استعمال الشارع مجازا. ويحتمل بقاءه على المعنى اللغوي والعرفي، لأصالة عدم النقل. والمعنى العرفي محتمل لما هو جامع لهذه القيود المذكورة فالمعنى الشرعي إنما هو على طبق العرف ولا يحتاج في إثبات ذلك كله إلى دليل خاص، ومحتمل لما هو أعم من ذلك لكنه ينصرف إلى ذلك انصراف إطلاق، ومحتمل للأعم مطلقا وإنما يثبت إرادة هذه القيود من دليل خارج من نص أو فتوى. والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن لفظ (المدعي) كلفظ (المنكر) باق على معناه اللغوي [والعرفي] (١) وليس له حقيقة شرعية ولا متشعبة، لأصالة عدم النقل، وعدم ظهور الوضع الجديد من كلمة الأصحاب، ولا من النص، مع بعد النقل في مثله مع ندرة استعماله، وإنما هذه القيود استفيدت من معناه العرفي حقيقة أو إطلاقا، أو من دليل خارج، والبحث هنا يقع في أمرين: أحدهما: بالنسبة إلى القيود الأربعة. فنقول: لا ريب في أن الدعوى والآنكار لا يتحققان (٢) إلا بنفي وإثبات وإرددين على شئ واحد، فلو نفى كل منهما أو أثبت كل منهما فلا نزاع، ولو نفى أحدهما شيئا وأثبت الآخر شيئا آخر فلا بحث أيضا، إلا إذا رجع بالتلازم إلى شئ واحد هو محل النزاع، وكذا لو أثبت كل منهما شيئا آخر، أو نفى كل منهما

(١) لم يرد في (ن، د). (٢) في غير (م): لا يتحقق.

[٥٩٠]

شيئا آخر، فإنه لا يتحقق نزاع إلا إذا رجع أحد الاثباتين إلى نفي معارض للآخر، أو أحد النفيين إلى إثبات معارض للآخر. وبالجملة: لا بد من نفي وإثبات وإرددين على شئ واحد ولو بالحيثيات، ولذا (١) لو أثبت أحدهما عاما ونفى الآخر خاصا لا يتحقق الدعوى، كما لو قيل: (اني أطلب منك عشرة دراهم) فقال: (إني لست بأخذ منك قرصا) فإنه غير مناف للدعوى، إذ لعل الدراهم ضمان إتلاف أو ثمن مبيع، أو نحو ذلك. ولو أثبت أحدهما خاصا ونفى الآخر العام تحققت الدعوى، كما لو قال: (لي عليك عشرة من ثمن مبيع) فقال: (لست بمشغول الذمه لك) لأن نفي الأعم مستلزم لنفي الأخص أيضا فيرد النفي والاثبات على موضوع واحد. ولو كان بين المثبت والمنفي عموم من وجه - كما لو قال: (لي عليك مثقال من الذهب) فقال: (ليس علي شئ مسكوك) فإن الذهب أعم من المسكوك وغيره، كما أن المسكوك أعم من الذهب - لا يتحقق أيضا دعوى، لأن النفي يمكن وروده على شئ مغاير لما أثبتته المدعي، إذ لعل مراد المدعي مما أثبتته الفرد الذي ليس مادة الاجتماع، فنفي ما هو أعم من وجه لا يستلزم نفي مثله. فتوجه النفي والاثبات على أمر واحد - ولو بالمآل - إنما هو من مقومات الدعوى عرفا ولغة، ولا يتحقق دعوى وإنكار إلا بنفي وإثبات، وكل ما هو مغاير صورة فهو راجع إليهما معنى، فتبصر. وأما اعتبار كونه بحيث لو أثبتته المنكر أيضا لكان هناك نفع للمدعي، فالظاهر أن هذا ليس من مقومات الدعوى، فإن كل من ادعى شيئا يسمى (مدعيا) ويسمى كلامه (دعوى) في العرف واللغة. فالنزاع إن وقع في مسألة علمية لا ريب في تسميتهما مدعيا ومنكرا مع عدم جريان الحكم فيه، ونحو ذلك، فلو قال قائل: (إن الحجر الغلاني وقع من المكان

[٥٩١]

الفلاني) وقال الآخر: (لم يقع) من دون غرض لهما فيه بحيث لو وقع لا ضرر على أحدهما ولا نفع وكذا لو لم يكن وقع، فهذا أيضا يسمى مدعيا ومنكرا. فاعتبار هذا القيد: إما من جهة ورود هذه الرواية في مقام السياسات المدنية المجعولة لحسم النزاع المؤدي إلى تلف ما اهتم الشرع إلى غرضه، وهو المقاصد المعروفة من المال والنفس والعرض والعقل والنسب، ونحو ذلك. وأما مجرد النفي والاثبات التي لا ثمرة فيها (١) إلا محض العلم ولا يؤول إلى ضرر ونفع في شئ (٢) من هذه الامور، فليس محط نظر الشارع. وليس هناك أمر يوجب اختلال النظام وتشويش الامور، بخلاف الدعوى المتعلقة بأحد هذه الامور، فإن حسم مادتها من الضروريات التي لا محيص عنها، ولذلك بنوا على أن هذا القانون إنما هو في هذه الدعاوي لا في غيرها. وإما من جهة انصراف إطلاق لفظ (المدعي) إلى الدعوى الكذائي دون ما لا نفع فيه، لأن الغالب الوقوع بين العقلاء إنما هو الدعوى المشتملة على نفع كذلك، وغير ذلك ليس مما يجر إلى التجاذب والتشاح، وخطابات الشارع منصفة على قانون العرف والعادة وطريقة العقلاء فلا تشمل غير ذلك. وإما من جهة القرائن الخاصة في مقامات الاستشهاد بهذا النص على الحكم على كون المراد منه ذلك، لا مجرد النفي والاثبات كيف كان. وإما من جهة إجماع الأصحاب على عدم توجه اليمين والبيينة في غير مثل ذلك. وبالجملة: فاعتبار كون الدعوى مما يقصده العقلاء للتشاجر والتنازع مما لا بحث فيه، كما أن عدم دخوله في ماهية الدعوى بحيث لا يصدق بدونه كذلك على ما يظهر من العرف، ومن ذلك أن كلام الأصحاب في توجه اليمين على المنكر يدور مدار نفع المدعي لو اعترف، فعليك بالتتابع التام.

(٢) في (م): اللذين لا ثمرة فيهما. (٢) في (ن، د) بدل (في شئ): ناشي.

[٥٩٢]

وأما اعتبار كونها ملتزمة (١) فإنما هو فرع من فروع كونها مما فيه نفع للمدعي أو ضرر على المنكر ولو بالحيثية، إذ المراد بكونها ملتزمة غير قابلة للتفصي عنه، بحيث لو أقر المنكر به لا يكون له مخرج عنه، فلو لم يكن كذلك - كدعوى هبة غير مقبوضة أو وقف كذلك فأنكرهما المنكر - لا يتوجه اليمين، إذ لو اعترف بوقوع مثل ذلك لا نفع فيه للمدعي. ولو فرض كون الأقباض مسلما ووقوع البحث في العقد توجه الدعوى، كما لو فرض تعلق غرض آخر بوقوع صيغة الهبة لأمر آخر، كما لو شرط في عقد البيع إيقاع صيغة هبة لهذا المال. وإن لم يقبضه حيث كان هناك فائدة فادعى المشتراط وقوعه ليلزم البيع وأنكره الآخر ليتسلط على فسخ البيع توجهت الدعوى. فما في كلام الشهيد الثاني رحمه الله: من اعتبار كون الدعوى ملتزمة (٢) إن اريد به ما يؤول إلى ما ذكرناه من تحقق النفع وعدم التفصي على فرض الأقرار فهو جيد، ولا ينبغي ذكره بلفظ (الملتزمة). وإن اريد خصوص الالتزام فهو مع كونه أخص من المدعي لا ينطبق الأمثلة عليه إلا بتكلف، لاحتمال فرض الالتزام في ذلك أيضا، إلا أن يتمسك بالحيثية. وبالجملة: ليس الغرض المناقشة والأيراد، وإنما البحث

لبيان المراد، واتضح أن هذا القيد ليس إلا داخلا فيما ذكرناه، فوجه
اعتباره في مفهوم الدعوى غير واضح، واعتباره في سماعه متجه.
وأما اعتبار كونها جازمة فلها معنيان: أحدهما: كون المدعي في
اعتقاده قاطعا بما يقوله، لا طانا ولا شاكا ولا متوهما. وثانيهما: إبرازه
في صورة المنجز (٣) المجزوم به وإن كان في الواقع بظن أو شك أو
توهم. فإن أريد منه المعنى الأول فلا دليل على اعتباره أولا، لصدق
الدعوى على ما أبرز في صورة القطع وإن لم يكن مقطوعا به بل كان
مقطوعا بخلافه، وعدم صحة

(١) كذا، والظاهر: ملزمة. وهكذا الكلام فيما يأتي من هذا اللفظ. (٢) الروضة ٣: ٧٨،
وفيها: ملزمة. (٣) في (م) بدل (المنجز): الخبر.

[٥٩٣]

سلبه، وتبادر الأعم منه، وعدم دليل صالح للتقييد، فكون المدعي
قاطعا بما يقوله ليس بشرط في سماع الدعوى، بل الظن كذلك، بل
الشك أيضا كذلك. وبالجملة: اعتقاد المدعي وعدمه نفيا وإثباتا لا
دخل لهما في صدق الدعوى وتوجهها، فلا دليل على اعتباره. وإن
أريد الأبراز بالجزم فله أيضا معنيان: مرة يراد تقييده بقوله: (جزما
وقطعا) كأن يقول: (لي عليك عشرة قطعا) ومرة يراد به الحكم بصورة
البت، كقوله: (لي عليك عشرة) ولا ينافيه غير التصريح بالظن أو
الشك، بمعنى: أن ما لم يصرح بأحدهما فظاهر الأخبار الجزم.
والمعنى الأول لا دليل على اعتباره، لصدق الدعوى بدونه، وتبادر
الأعم منه وعدم وجود مخصص، وقضاء سيرة الناس به. وأما المعنى
الثاني، فظاهر بعض الأصحاب اعتباره (١) ولعل الوجه فيه: أن
الدعوى لا تصدق إلا بذلك، أو لأنه ينصرف إطلاقها إليه، أو لأن
الدعوى لأبد فيها من وجود مخلص شرعي، وهو: إما البينة، أو يمين
المنكر، أو اليمين المردودة، ولعل المنكر يرد اليمين على المدعي،
ولا يمكنه الحلف عليه بعد كونه طانا أو شاكا، ولا تسمى (الدعوى)
إلا ما ترتبت عليه أحكامها، وهذا ليس كذلك، وأنكره آخرون، فقالوا
بتوجه الدعوى وإن صرح بالظن أو الوهم (٢) نظرا إلى أن الدعوى
تصدق بدون ذلك أيضا، ولا وجه مخصص لعموم النص، فلا وجه
للتقييد. والذي يترجح في النظر: أن الدعوى تصدق بالظن، لأنه
اعتقاد وينحل إلى قول المدعي: (لي عليك كذا باعتقادي). وأما
مجرد الاحتمال المساوي أو

(١) بل صرح جماعة باعتباره، منهم الحلبي في الكافي: ٤٥٠، وابن زهرة في الغنية
(الجوامع الفقهية): ٥٦٢، والمحقق في الشرائع ٤: ٨٢، ونسبه السبزواري إلى
المشهور، الكفاية: ٢٦٦. (٢) قواه فخر المحققين على ما في نسخة من الأيضاح
(انظر إيضاح الفوائد ٤: ٢٢٨) وما ل إليه المحقق الاردبيلي في مجمع الفائدة ١٢:
١٢٥.

[٥٩٤]

المرجوح ففي صدق الدعوى به نظر، لأن قول القائل: (إنني أطلبك
شاكا) معناه: ما أدري ولا أعتقد أنك مطلوب أو ليس (١) بمطلوب،
ومثل ذلك لا يسمى (دعوى) عرفا، فضلا عن صورة كون الاحتمال
مرجوحا في نظره. وظاهر كلام الشهيد الثاني وجود الوجه أو القول
بسماع الدعوى مع الشك والوهم أيضا (٢). ولا أرى لذلك وجها أصلا
بعد عدم الصدق قطعا، ولا أظن أحدا يقول به. وفصل آخرون بين

الامور الخفية التي لا يطلع عليها بالقطع غالبا - كالقتل والسرقة - دون ما لا عسر في الاطلاع عليه، وهو الذي استوجهه الشهيد الثاني (٣). ولعل ذلك ناظر الى الرجوع في صدق الدعوى إلى العرف، ولا ريب أن في مثل هذه الامور الخفية لا يحصل القطع، وطريقة الناس التنازع في ذلك بمجرد الظن والحدس. ويرد عليه: أن الأبراز في صورة القطع غير القطع الواقعي، وهو مما يعسر، والبحث في اعتبار الأبراز بصورة القطع وإن كان في الواقع ظانا، فكون الشئ مما يعسر الاطلاع عليه لا يقضي بكون الدعوى تصدق على صورة الظن أيضا. وبالجملة: إن كانت الدعوى تتحقق بالظن ففي كل مقام كذلك، ومجرد غلبة الاطلاع لا ينافي، إذ لعل في هذا الفرض لم يحصل للمدعي الاطلاع. وإن لم يتحقق بذلك - إما بالحقيقة أو بالانصراف - وقلنا: إن دليل الدعوى ينصرف إلى ما هو بصورة الجزم، فلا يسمع ما هو مع التصريح بالظن مطلقا. ويمكن القول بأن خصوص الظن والقطع لا مدخل لهما، والميزان صدق الدعوى عرفا، وهو يختلف بحسب المقامات، فالشئ الذي جرت العادة فيه بالاطلاع والعلم لو عبر فيه بالظن لا يسمى دعوى والشئ الذي يعسر الاطلاع عليه يعد دعوى وإن عبر بالظن. ولا يخفى ما فيه من التكلف، فتدبر.

(١) كذا، والظاهر: لست. (٢) المسالك ٢: ٣٦٧ (ط - الحجرية). (٣) الروضة ٣: ٨٠.

[٥٩٥]

وعلى القول بصدق الدعوى مع الظن فالمتجه العموم، إذ لا دليل على اعتبار صورة الجزم إلا شبهة انصراف الأطلاق إلى ما هو بصورة الجزم، وهو ممنوع. مضافا إلى إمكان عدم علم المدعي بدعواه قطعا، سيما في الامور الخفية، فعدم سماع هذه الدعوى يوجب بقاء التشاجر والتنازع. ولكن قد عرفت: أن هذا ليس لاعتبار صورة الجزم، بل لاعتبار الجزم الواقعي، وهو غير معتبر، ولا مانع من اعتبار صورة الجزم من هذه الجهة مع انصراف الأطلاق إليها والشك في دخول ما صرح فيه بالظن في اسم الدعوى، فاعتبار صورة الجزم في الحكم متجه وإن لم يعتبر في الاسم. ولو قام دليل على اعتبار المظنون في مثل القتل والسرقة فلا بحث لنا فيه، وإلا فمقتضى القاعدة اعتبار صورة الجزم أيضا. فمقتضى القاعدة اعتبار صورة الجزم أيضا. ولو قيل: إن اعتبار صورة الجزم ليس إلا لأمكان الحلف عليه لو رد المنكر اليمين، فهذا يقتضي كونه في الواقع مجزوما به أيضا. قلنا: ليس لأجل ذلك، غايته توقف الدعوى لو رد اليمين ولا بينة، ولا يلزم اطراد الطرق في جميع أفراد الدعوى، فكما يتعذر البينة يتعذر اليمين أيضا لمانع، بل إنما هو للشك في شمول الأطلاق لما هو في غير صورة الجزم. وأما اعتبار كون الدعوى معلومة - بمعنى كون المدعي به معلوم الجنس والوصف والقدر ونحو ذلك بحيث لا يقع بعد ذلك اختلاف فيه - فيظهر من جماعة (١) منهم الشهيد رحمه الله في الدروس (٢) معللا بعدم الفائدة، فيرجع إلى ما ذكرناه في القيد الأول، ولعل غرضه: أن المنكر إذا اعترف بالمجهول فحكم عليه الحاكم

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٨: ١٥٦، وأبو الصلاح في الكافي: ٤٤٥، وابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٦٣، وابن حمزة في الوسيلة ٢١٦، وابن إدريس في السرائر ٢: ١٧٧، والعلامة في التذكرة ٢: ١٥١. (٢) الدروس ٢: ٨٤، وليس فيه التصريح بالتعليل المذكور.

أو جاء بالبينة عليه أو نحو ذلك فلا ثمرة فيه، لعدم إمكان دفع المجهول - كالمال والثوب والفارس ونحو ذلك - من دون تعيين. ومن هنا يظهر: أن غرضه من المعلوماتية: ما يمكن به التأدية، فلو كان معينا في الواقع مجهولا في الظاهر - كالحبوان الذي في الدار ولا يعرفه بوصفه ولا بقيمته ولا بشئ آخر - توجه الدعوى فيه، لعدم ورود هذا المحذور فيه، لأنه ممكن الثبوت والتأدية. وبعبارة أخرى: المجهول الذي يؤول إلى العلم، وبعبارة ثالثة: المعين في الواقع المبهم في الظاهر يتوجه فيه الدعوى، مع احتمال إرادة الشهيد رحمه الله عدم السماع حتى في مثله. وكيف كان: فلا ريب في صدق الدعوى على المجهول الكذائي وإمكان رفعه وتأديته وإثباته والإعتراف به ونحو ذلك، ولا مخصص لعموم الدليل، فالسماع متجه. وأما المجهول واقعا وظاهرا - كثوب أو مال - فظاهر جماعة من المتأخرين سماعه أيضا (١) لصدق الدعوى، وإمكان الحكم بالمجهول كما في الأقرار، ومجرد المجهولية لا يصلح مانعا بعد شمول الأدلة، غايته: أنه بعد الثبوت لو ادعى المدعي على المدعى عليه العلم بالمقدار والوصف: فإما أن يقربه فيحبس حتى يبين، وإما أن ينكر ويحلف فيتصلحان، وليس مما لا سبيل إلى استخلاصه شرعا. ومطالبة المدعي بتحرير ما يدعيه نظرا إلى أنه محتاج لا بد من بيانه، بخلاف الأقرار فإنه لو طوّل بالبيان فرجعا ويطلب الحق، إنما يصلح فارقا لو أريد الاستدلال على المقام من باب الأقرار بأولية أو بتتقيح مناط، أما بعد وجود الأدلة العامة هنا فلا بحث، والتتمثيل بالأقرار دفع للاستبعاد، وإلا فالمتبع الدليل، ولا ريب في قوة القول بالسماع. مضافا إلى أن المدعي قد لا يكون له علم تفصيلي بما يدعيه، لنسيان أو غيره، فلو لم يسمع ذلك لزم منه سقوط أكثر دعاوى، فتدبر. وثانيهما (٢): أن بعد اعتبار هذه القيود في الدعوى يبقى الأشكال في اعتبار

(١) منهم العلامة في الأرشاد ٢: ١٤٢، والقواعد ٢: ٢٠٨، وفخر المحققين في الأيضاح ٤: ٣٢٧، والشهيد الثاني في الروضة ٣: ٧٩. (٢) أي: ثاني الأمرين، تقدم أولهما في ص: ٥٨٩.

كونها مخالفة للظاهر أو الأصل، أو كونها أمرا خفيا مطلقا، أو كون تركها موجبا لانقطاع النزاع، وهذه التعاريف ذكرها الأصحاب في المدعي، لكن لما كان هذا التعريف له من جهة صدور الدعوى منه فالعمدة معرفة الدعوى، وكل من اتصف بها يسمى مدعيا. وليس الاختلاف في الدعوى بهذه الأمور نزاعا في الحكم أو في إثبات حقيقة جديدة، بل لا بحث في كون المدعي ما (١) كان يسمى به عرفا، وهذا الاختلاف في تحديد العرف، والذي فهمناه من العرف: أن بناء العرف على اعتبار نوع خفاء في مفهوم الدعوى، ولذلك يحتاج إلى الأثبات، وإلا فالشئ الذي لا خفاء فيه لا يحتاج إلى إثبات، بل هو مجبول للطباع ما لم يمنع منه مانع، ولا ريب أن الخفاء لا يكون إلا لمخالفته لأصل أو ظاهر. نعم، يشكّل الأمر في صورة تعارضهما، ويأتي البحث فيها. ومرادهم من (الظاهر) و (الأصل) ليس بظاهر. وربما يقال: إن الظاهر إن كان مما قام دليل على اعتباره فهو خارج عن محل البحث، فإنه لا ريب في تقدمه على الأصل ولزوم إتباعه، كالبينة في الموضوعات والكتاب والسنة في الأحكام، وإنما المراد هنا بالظاهر ما لم يقم دليل على اعتباره كالظن العادي والحاصل من الغلبة ونحو ذلك، كما يتضح في ضمن الأمثلة. إذا عرفت مرادهم من (الظاهر)، فنقول: إن الظاهر من (الأصل) حينئذ هو الشئ المعتمد المعترف شرعا، سواء كان راجعا إلى النفي، كأصل البراءة،

واستصحاب العدم، وأصالة العدم بناء على كونها قاعدة. أو راجعا إلى الأثبات، كاستصحاب الوجود، وأصالة بقاء شغل الذمة، وأصالة الصحة في العقود. والأيقاعات، وأصالة الصحة في الأعيان الخارجية، وأصالة الطهارة ونظائر ذلك، فإن هذه كلها اصول يعد من خالفها مدعيًا، وعلى ذلك يدور مدار الدعاوي بين الناس غالبا، ومدار الفروض المذكورة في أبواب الفقه من صور الدعاوي

(١) كذا، والظاهر: من كان.

[٥٩٨]

والتنازعات، فيكون الأصل بمعنى الاستصحاب والقاعدة ونحو ذلك. ويمكن أن يراد من (الظاهر) أيضا ما كان ظاهرا بأصل شرعي أو عقلي. وبعبارة اخرى: (الظاهر) ما كان هو المعتمد لو لم يكن مقام الدعوى، فيرجع هذا إلى الأصل بذلك المعنى. ولو فسر المدعي بما (١) يدعي أمرا خفيا، فيمكن أن يراد بالخفاء الخفاء على حسب الشرع سواء كان كذلك عرفا أيضا أم لا، فيطبق مخالفة الأصل. وإن اريد به الخفاء عرفا سواء كان كذلك شرعا أيضا أم (٢) يشمل مخالفة الظاهر بمعناه الأول ومخالفة الأصل أيضا في أغلب أفراده، إذ الغالب فيما هو خفي شرعا كونه خفيا عرفا أيضا، كما لا يخفى. والمراد من قولهم: (هو الذي لو ترك الخصومة يترك) وبعبارة اخرى: (هو الذي يخلى وسكوته) كون المدعي هو الذي ينشأ منه التنازع، فلو سكت فلا كلام لأحد عليه، سواء كان قوله موافقا لظاهر أو أصل، أو مخالفا لهما، وسواء كان فيه خفاء أو لم يكن، ولكنه في الغالب ينطبق على مخالفة الأصل والظاهر. وربما يورد عليه: أن زيدا إذا ادعى على عمرو بعشرة فأجابه عمرو باني أدبتها لك، فلا ريب أن في هذا الفرض ليس المدعي زيد (٣) وإنما المدعي عمرو، لأنه الذي يدعي خلاف الأصل، لأن الأصل عدم التأدية وبقاء اشتغال الذمة، وخلاف الظاهر أيضا لو قلنا بأنه أعم من المعتمد شرعا وغيره، أو ادعينا أن العادة جارية بعدم الدعوى بعد قبض المال، فالظاهر من طريقة الناس: أنه لم يؤد - لو اعتبرنا السيرة والغلبة في العدميات والتروك - مع أن عمرو لو ترك ما يترك، بل يطالب بالعشرة. نعم، لو ترك زيد يترك، وهو ليس بمدع في هذا الفرض. والحق: أن هذا النقض غير وارد، لأن هنا دعويين: اشتغال ذمة عمرو في الجملة الذي ادعاه زيد، فإذا أجابه عمرو بالتأدية فقد أقر باشتغال الذمة وثبت

(١) كذا، والمناسب: بمن. (٢) كذا، والظاهر سقوط كلمة (لا). (٣) في (ن، د): زيدا.

[٥٩٩]

الدعوى ودفع هذا المال لزيد حتى تحصل البراءة، ولا (١) يكون هنا مطالبة جديدة، وهو الذي يدعيه عمرو وزيد لا يقبله، فالدعوى الأولى ارتفعت بالثبوت، وهناك كان زيد لو ترك ترك، وفي الدعوى الثانية عمرو لو ترك دعوى الدفع يترك من هذه الجهة، ولا كلام لزيد معه وإن طالبه بالحق المقر به، فيكون المراد: لو ترك يترك من هذه الجهة وإن كان يطالب بأمر آخر، كما هو قضية اعتبار الحيثيات. والظاهر أن أجود هذه التعاريف هو (مالو ترك ترك) وينطبق ما عداه من التعاريف عليه غالبا. وأما مخالفة الظاهر: فهو في كمال التشويش

والاضطراب، إذ الظواهر العرفية والعادية لا ضابط لها، ولا خصوصية لبعضها عن الآخر، ولازم ذلك حينئذ سماع قول غني ادعى على فقير كان معه في المنزل أنه أعطاه كذا، وسماع قول الزوج على زوجته، وسماع قول العدل على الفاسق، ونحو ذلك من الظواهر. ومن هذا الباب: تفرغ بعض العامة: عدم سماع دعوى خسيس أنه أقرض ملكا مالا، أو نكح ابنته، أو استأجره لسياسة دوابه، فإن منشأ عدم السماع هو مخالفته للظاهر بحسب العادة. وبالجملة: بناء مسألة المدعي على مخالفة الظاهر بهذا المعنى مما يبعد في النظر جدا، لأنه خلاف المتبادر من (المدعي) عند الأنصاف. ولأن من البعيد شرعا ابتناء هذا الأمر العظيم الذي عليه مدار نظام العالم وبقاء السياسات على أمر غير منضبط مختلف بحسب العادات والأحوال، مع أن بناء الشرع على الضبط في نظائر هذه الأمور كما يعلم من جعل اليد سببا للملك، والفراس سببا للحوق الولد ونحو ذلك. ولأن المعلوم من الشرع أن بعد تكافؤ كلامي المدعي والمنكر من سائر الجهات لا وجه (٢) لتقديم قول أحدهما ومطالبة الآخر بالبينة، إلا من جهة موافقته لما هو حجة مبني عليها شرعا، غايته: أن مقام الدعوى زاد عليه يمينا حتى يدفع

(١) كذا في النسخ، والظاهر: زيادة: لا. (٢) في غير (م): فلا وجه.

[٦٠٠]

معارضة قول المسلم المدعي، ولو بنينا على الظاهر بهذا المعنى لم يكن له وجه، لأن الشئ الذي لا يعتمد عليه بنفسه لو خلي من دون معارض كيف (١) يعتمد عليه في مقام المعارضة والدعوى؟ وذلك واضح. وما ورد من تقديم مدعي الظاهر في بعض المقامات لا يصلح موجبا لكون المدعي ما يدعي (٢) خلافا، بل لعله لدليل تعدي، ولم يبلغ في الكثرة إلى حد يوجب إستقراء مفيدا للظن كاشفا عن مفهوم لفظ (المدعي) و (المنكر) حتى يعتمد عليه في ذلك، فلا وجه لاعتبار الظاهر بهذا المعنى بالمرة. ومخالفة الأصل يوافق قولنا: (من يخلي وسكوته) والمنكر في مقابل المدعي بأي معنى فسرناه، فتدبر. تنمة: ربما يحكم الأصحاب في مقام الدعوى بالتحالف وسقوط الدعوى، أو انفساخ العقد، أو نحو ذلك. ولا يتوهم أنه أيضا يحتاج إلى دليل آخر أو (٣) مخالف للقاعدة، بل هو من فروع القاعدة السابقة، فإن الدعوى الواحدة قد تنحل إلى دعويين، فيكون كل من المدعي والمنكر مدعيًا ومنكرًا، ومقتضى القاعدة حينئذ توجه اليمين على كل منهما حتى يسقط دعوى الآخر بقاعدة: اليمين على من أنكر. وبالجملة: ضابط مورد التحالف ما كان كل من الطرفين مدعيًا ومنكرًا - وسيجئ الإشارة إلى مقاماتها - ومنشؤه: صدق (المنكر) على كل منهما فيتوجه (٤) عليهم (٥) اليمين.

(١) في غير (م): فكيف. (٢) كذا، والمناسب: من يدعي. (٣) في (ن) بدل (أ): و. (٥) في غير (م): فيجئ. (٥) كذا، والمناسب: عليهما.

[٦٠١]

(العنوان السابع والسبعون) مقتضى القاعدة عند اشتباه المدعي والمنكر، واشتباه مورد الدعوى والتداعي

[٦٠٢]

عنوان [٧٧] لاريب أن في بعض صور الدعاوي يتضح كون أحدهما مدعيا والآخر منكرًا، فيتجه الحكم باليمين على المنكر والبينة على المدعي، ويتضح أيضا في بعض الصور أن هذه من باب التداعي وكون كل منهما مدعيا ومنكرًا، فيحكم حينئذ بالتخالف، وقد يقع الشك بين هذين الفرضين. أما صور امتياز الأمرين فواضحة لمن راجع كلام الأصحاب، فإنهم ذكروا في كل واحد من العقود والأيقاعات والأحكام مسائل من التنازع تمرينا للاستخراج، وإلا فقاعدة الدعوى ما ذكرناه، وإنما الأشكال في إدراج الفروع تحت القاعدة. فبحثهم عن صور التنازع المفروضة: إما لخروجه عن القاعدة بنص أو إجماع، كما في صورة اختلاف المتبايعين في قدر الثمن، كما لو قال أحدهما: (إنه خمسة) وقال الآخر: (إنه عشرة) فإنه يحلف البائع مع قيام العين، للنص (١) المنجبر بالشبهة المعتضد بالأجماع (٢) المنقول، وإن كانت القاعدة تقضي بحلف

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٣، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود، ح ١. (٢) ادعاه الشيخ في الخلاف ٣: ١٤٧، المسألة ٣٢٦.

[٦٠٢]

المشتري مطلقا كما ذهب إليه جماعة (١) طرحا للنص لضعفه. وإما للتنبيه على إدراج الفرع تحت القاعدة وما وقع في فهم ذلك من الخلاف بينهم، كما لا يخفى، وإلا فليس هذه المسائل أمورا محتاجة إلى قاعدة غير ما قررناها، فعليك بالتأمل التام في تميز المدعي من المنكر، فإنه من مطارح الأفهام (٢) سيما في بعض الفروع الخفية. ولنشر إلى بعض الصور حتى يصير تنبيها للباقي على نحو ضابط كلي، فهنا أمور: أحدها: أنا قد أشرنا سابقا: أن المدعي من خالف قوله الأصل، والأصل: إما البراءة أو الاستصحاب أو قاعدة الشغل، وإما أصالة الصحة في العقود والأيقاعات، وإما أصالة الصحة المقابلة للغيب في الموضوعات الخارجية من عين أو منفعة، وإما أصالة العدم المطلق الأعم، وإما أصالة الملكية في اليد والنسب في الفراش. فدعوى كل شئ يوجب اشتغال ذمة شخص لم يعلم اشتغاله بذلك سابقا تحتاج إلى إثبات، ومن هذا الباب: دعوى مال في ذمته (٣) أو كونه متلفا له (٤) أو متعديا، أو مفرطا، أو غاصبا، أو جانيا، أو قابضا لماله قبض ضمان فتلف تحت يده، أو أتيا بشئ من العقود الموجبة لاشتغال الذمة بعوض. وبعبارة أخرى: لافرق بين دعوى كون الذمة مشغولة مع السكوت عن ذكر السبب، وبين ذكر السبب الموجب للشغل. وينبغي أن يعلم: أن في السبب لا بد من ذكره على نحو يستلزم الشغل بحيث لا يكون له صورة أخرى محتملة لا توجب الشغل، وإلا لم يكن دعوى للشغل.

(١) قال الشهيد الثاني قدس سره: وهذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف، وذكره العلامة في القواعد احتمالا ونقله في التذكرة عن بعض العامة وقواه، والذي يظهر أنه أقوى الأقوال إن لم يتعين العمل بالأول نظرا إلى الخبر أو الأجماع، غير أن فيهما ما قد عرفت، المسالك ٣: ٣٦٠. (٢) في (ف، م): مطارح الأعلام. (٣) كذا، والظاهر: في ذمة. (٤) في (ف، م): بدل (له): لماله.

ومن هنا سرى الشبهة لبعض المتفهمة في صورة دعوى الزوجة المهر مع اتفاهما على العقد والدخول وإنكار الزوج اشتغال ذمته. والمسألة لا تخص النكاح، بل كل عقد معاوضة إذا أقر به المتعاقدان وأنكر أحدهما وصول العوض إليه، كما لو قال البائع: هل بعثك هذا المال بعشرة؟ فقال: نعم بعثني بذلك، فقال: خذ مالك وأعطني العشرة، فقال: هذا مالي ولاحق لك علي، فإنهم توهموا أن الأقرار بالعقد والدخول يوجب شغل الذمة قطعاً، فالنزاع يصير في حصول البراءة بعد الاشتغال، لا في أصل المشغولية، وقس على ذلك سائر العقود. ولكنه ليس كذلك، إذ مجرد العقد لا يوجب شغل الذمة، وكذا مع الدخول، لاحتمال كون العقد وقع على عين هي مقبوضة في يد الزوجة أو البائع، ولا يلزم حينئذ كون ذمته مشغولة. وكذا يجوز أن يكون العقد على مال ثابت في ذمة الزوجة أو البائع، فوقع العقد أوجب سقوطه عن ذمتهما، ولم تشتغل ذمة الزوج ولا المشتري. ومن ذلك ظهر لك: أن دعوى السبب لا بد أن يكون على نحو يوجب الشغل، فهذا في الحقيقة لا يكون دعوى، لأن الدخول والعقد على فرض اتفاهما عليهما لا يثمر في شئ، فلا بد من دعوى اشتغال الذمة أو سبب يوجب الاشتغال. وكذا دعوى كل شئ يعارض الاستصحاب، كدعوى البراءة عن ذمة مشغولة، أو دعوى موت حي، أو انقضاء أجل ثابت بأصل الشرع أو مجعول معين من المكلفين، أو دعوى بلوغ، أو طريان جنون، أو عروض غفلة ونحوه (١) أو دعوى تلف مال موجود، أو نحو ذلك. وكذا دعوى كل شئ ينافي صحة العقود والأيقاعات فيما يتعلق بحق الغير، كدعوى فوات شرط من شروط المتعاقدين أو من شروط العوضين أو من شروط الأيجابين أو من شروط المعاوضة بنفسها، ودعوى ضم شرط مفسد إليه، ودعوى عدم لحوق ما هو شرط في الصحة كالقبض في بعض العقود، فإن بعد وقوع العقد

(١) كذا، والمناسب: ونحوها.

منهما وترتب الأثر عليه لا يسمع منهما بعد ذلك دعوى الفساد إلا بينة. وكذا دعوى وجود عيب في الأموال المعاوض عليها، أو المقبوضة بقبض ضمان، أو طريان العيب على نحو يوجب الضمان لغير المالك - كالحادث بين العقد والقبض في البيع والأجارة ونحوهما (١) - فإنها منافية لأصالة الصحة في الشئ. وكذا دعوى وجود شئ مسبق بالعدم معارض بأصلته، كدعوى وجود عقد من العقود، أو قبض أو إذن، أو إتلاف، أو جناية، أو تصرف، أو تعد، أو اشتراط خيار، أو شرط آخر، وتعيين أجل، أو نحو ذلك، فإن من أنكر وجوده فعليه اليمين ما لم يكن مدعياً من جهة أخرى. وكذا دعوى ملكية ما في يد الغير، أو انتساب ما في فراش الغير، فإنهما منافيان لما مر من الأصل. وهذه الأمور التي ذكرناها يدور عليها مدار المسائل المفروضة في كتب الأصحاب أو من خارج (٢). وثانيها (٣): أن الدعوى إن تعلقت بشئ في الذمة أو بشئ في الخارج، فالأخر إما أن ينفي ذلك بالمرة، أو ينفي ذلك ويثبت شيئاً آخر، سواء كان المدعى به عوض عقد من العقود، أو اشتراط شرط، أو ذكر أجل، أو كيفية للقبض - ككونه رهناً أو وديعة أو مالا مقبوضاً (٤) بقبض ضمان أو بغيره حيث تعلق به غرض كالمشروط قبضه في ضمن عقد - أو كان متعلق عقد، كالوكالة أو نحو ذلك. وبعبارة أخرى: الشئ المدعى به إما أن يكون الآخر ينفيه ويسكت، أو يثبت شيئاً آخر، فعلى الأول لا بحث في

معرفة المدعي والمنكر، وعلى الثاني: فيما أن يكون ما أثبتته داخلا تحت مانفاه بحيث لو ثبت مانفاه لثبت ذلك أيضا

(١) في (ن، د): نحوها. (٢) في (م) بدل (أو من خارج): وغير المفروضة. (٣) أي: ثاني الامور، تقدم أولها في ص: ٦٠٣. (٤) في (ن، د) مال مقبوض.

[٦٠٦]

وزيادة، فيكون من باب الأقل والأكثر، فيكون المنكر حينئذ من نفي الزائد، كما لو قال البائع: (إن المبيع من) وقال المشتري: (منان). وكذا لو اختلف الزوجان في المهر بخمسة، وعشرة من جنس واحد من وصف واحد، وقس على ذلك سائر الصور والفروض. وإن كان ما أثبتته غير داخل تحت مانفاه، إما لاختلاف جنس، كخمس من حنطة مع عشرة من شعير، أو كدبس وعسل، أو كفرش وثوب. أو وصف كخمس من حمراء مع عشرة من بيضاء، أو دار في كذا مع دار في غيره، أو فرس عربي مع خراساني (١) ونحو ذلك، ففي هذا الفرض كل منهما مدع ومنكر غالبا. وقد يكون المثبتان أيضا أحدهما مدعيا والآخر منكرا إذا وافق قول أحدهما لأصل من الاصول، لانحلالة في المعنى إلى نفي وإثبات، كدعوى الحلول والتأجيل في العقد، فإنه راجع إلى عدم التقييد ووجوده، ونحو ذلك. وثالثها: أنه على تقدير اشتباه المدعي والمنكر وعدم وضوحهما، لاريب أن المخرج الشرعي إنما هو الصلح، لعدم طريق غيره. وفي استعمال القرعة أيضا وجه بناء على عدم خلو أحدهما عن أحدهما. وأما على احتمال إمكان فرض لا يصدق على أحدهما المدعي ولا المنكر - كالخنثى في الذكور والأناث - فيمكن القرعة أيضا بناء على تعميم دليله، وقد مر سابقا (٢). ويحتمل توجه الحلف على كل منهما فيسقط كلامهما. وربما يتخيل: أن هذا مخالف للقواعد، لأصالة عدم ثبوت اليمين عليه ما لم يثبت أنه منكر أو لم يرد عليه اليمين، ولأصالة عدم ترتب الأحكام اللاحقة للتحالف على تحالفهما من فسخ أو انفساخ أو سقوط، أو نحو ذلك. ويمكن أن يقال: إن الصور الواقعية المحتملة حينئذ أربعة: فإن كلا منهما: إما

(١) بدلها مصحح (م) ب: أو فرس نجدية مع خراسانية. (٢) راجع العنوان ١١، ج ١ ص ٣٤٠.

[٦٠٧]

مدع أو منكر [أو مدعي (١) ومنكر] (٢) أو أحدهما مدع والآخر منكر، أو ليس أحد منهما بمدع ولا منكر. أما الأخير ففاسد، لوضوح التشاجر وجر كل منهما النفع إلى نفسه. وكذا الأول، إذ لا يعقل كون كل منهما مدعيا إلا مع فرض كون الآخر غير راض بما ادعاه الأول، فيكون ذلك منكرا، فكونهما مدعين بدون منكر منهما غير معقول، وكذا كون كل منهما منكرا بلا مدع، فانحصر الطريق في الواقع: إما يكون أحدهما مدعيا والآخر منكرا، أو بكونهما متداعيين، فعلى تقدير كونهما متداعيين فالتحالف في محله. وعلى الفرض الأول فنقول: لاريب في ثبوت اليمين على أحدهما، ولكنه مشتبه، فيحلفان معا فتسقط الدعوى، فتأمل. لكنه على فرض وجود البينة لأحدهما يشكل الأمر على القول بعدم سماع بينة المنكر، إذ لعله صاحب البينة، وكذا في صورة التعارض، ويحتمل فيه كونه كالتحالف فتسقط الدعويان، ويعمل على القاعدة من قسمة أو انفساخ أو نحو ذلك،

كما يظهر من موارد التحالف. ورابعها: أنه على فرض حصول الشك في أنه مورد التحالف أو مورد تعلق اليمين بأحدهما يمكن هناك صورتان: إحداهما: العلم بكون أحدهما مدعيًا والآخر منكرًا، لكن وقع الشبهة في العكس. وثانيتها: عدم العلم بوجود مدعٍ ومنكرٍ [معين (٣)] أيضًا، فيتربك الشك من أصل معرفة المدعي والمنكر، ومن معرفة كون المدعي منكرًا أيضًا والمنكر مدعيًا وعدمه. أما في الصورة الأولى: فلاربيب في توجه اليمين على المنكر المعلوم كونه كذلك وإن شك في كونه مدعيًا أيضًا. وأما توجه اليمين على المدعي المشكوك كونه منكرًا فعلى خلاف القاعدة، فيقتصر فيه على الأول، ولا يتوجه اليمين على المدعي إلا بعد تنقيح كونه مصداقًا للمنكر، وما لم يثبت فلا يمين، وتسقط الدعو

(٢) كذا، والظاهر: مدع. (٢ و ٣) لم يرد في (ن، د).

[٦٠٨]

بيمين واحدة. وهذا أغلب صور الشك كما لا يخفى على من راجع اختلاف الأصحاب في الحلف والتحالف في الدعاوي المفروضة في تنازع (١) العقود. وأما الصورة الثانية: فيعلم حكمها مما سبق. وخامسها: أنه في صورة الاختلاف في قدر العوضين كالثمن أو المثل والأجرة والمنفعة أو المهر، أو الشرائط كالاختلاف في شرط أمر أو أمرين، أو الأجل في الزيادة والنقصان. وبعبارة أخرى: كلما كان النزاع في الأقل والأكثر في باب العقود - وهي غالب الفروض المذكورة في كلمة الأصحاب - قد ذكرنا: أن اليمين على منكر الزيادة، والوجه واضح. وربما قيل في أغلب ذلك بالتحالف مدعيًا: أن العقد شئ واحد معين وقد شك في وقوعه كذلك، وهكذا... فكل منهما يدعى ما ينكره الآخر، وليس هذا كدعوى مال في الذمة ابتداءً، فيصير كل منهما مخالفًا للأصل، فيتخالفان فيرتفع المعاوضة (٢) إذا أمكنت، ويرجع إلى القاعدة في مثل النكاح، وإلى اجرة المثل في مثل الجعالة بعد العمل. وفصل الشهيد الثاني رحمه الله في النزاع في قدر الجعل في باب الجعالة بأنه إن كان الاختلاف في اللفظ بأن قال الجاعل: (إنني قلت: خمسين) وقال العامل: (قلت: مائة) فهذا موضع تحالف، لمخالفة كل من الكلامين للأصل وعدم مرجح. وإن كان النزاع في الاستحقاق كما لو قال: (أستحق عليك مائة) فقال: (لا، بل خمسين) يحلف منكر الزيادة، لأصالة البراءة (١). وهذا التفصيل يجري في سائر العقود أيضًا، مع أنه لم يذكر ذلك في الثمن والمثل والأجرة ونحو ذلك، فيكون في الاختلاف في القدر وجه ثلاثة: التحالف، وحلف منكر الزيادة، والتفصيل في صورتها النزاع.

(١) في (د): تنازع. (٢) كذا، ولعل الصواب: المعارضة. (١) انظر الروضة ٤: ٤٥٢ - ٤٥٣، فإنه قدس سره في الصورة الأولى لم يجزم بالتحالف، بل نسبه إلى قائل، وقوى تقديم قول المالك.

[٦٠٩]

والحق: أنه يحلف منكر الزيادة مطلقًا، حتى لو وقع النزاع في اللفظ أيضًا، فإن الأصل في اللفظ وإن كان معارضًا، ولكن الأصل الحكمي - وهو البراءة عن الزائد - سليم عن المعارض، وعلى ذلك يدور كلام الأصحاب في كل باب. تنبيه: مما ذكرنا ظهر: أن العمدة معرفة

المدعي والمنكر، وهو من جملة المباحث الغامضة. وفيما ذكرناه كفاية لمن تدبر، لانطباقه على جميع الموارد عند من له نظر ثاقب، ومن هنا تتنبه على حل الأشكال المعروف في نزاع المشتري والشفيع في قدر الثمن، وفي نزاع الزوج والزوجة أو الزوجة وورثة الزوج في كون نكاحها دائما أو منقطعا. ومثله في المقامات التي ينازع في إثبات الأحكام التي يقتضيها إطلاق العقود من تعجيل ونحوه، فإن البحث في أن أصالة عدم التقييد هل يثبت دوام النكاح وحلول الثمن مثلا، أم لا بل هما من لوازم الإطلاق الواقعي. وأصالة العدم لا تثبت الإطلاق؟ والذي نختاره: هو إجراء أحكام الإطلاق، فيحكم في تنازع الزوجة بالدوام وإن كان بعض مشايخنا المعاصرين (١) يمنع من ذلك، فتدبر.

(١) في هامش (د): هو الشيخ المؤتمن شيخ محمد حسن الغروي نور الله مرقده، وفي هامش (ن): الشيخ محمد حسن. والظاهر المراد به صاحب الجواهر قدس سره.

[٦١١]

(العنوان الثامن والسبعون) (كل من يسمع قوله فعليه اليمين مدعيًا كان أو منكرا)

[٦١٢]

عنوان [٨٧] كل من يسمع قوله فعليه اليمين، منكرا كان أو مدعيًا، كما في تصديق ذي اليد أحد المدعيين، وقبول قول المرتهن في الأنفاق على الرهن، وقبول قول الراهن: (إني دفعت المال عن الحق المرهون به دون غيره)، أو (عن أحد الرهنيين دون الآخر)، وقبول دعوى الشريك شراء شئ لهما أو له، ودعوى الودعي الأنفاق على الوديعة، وقول المستأجر في الأنفاق، وقول الامناء في التلف، وقبول قول الوكيل في التصرف وفي ثمن المبيع والمتاع، ودعوى المشتري كثرة الثمن في الشفعة في أحد الوجهين، ودعوى الوارث بعد إجازته ما زاد عن الثلث أنه زعم القلة، وقبول دعوى الغاصب في التلف، ودعوى الملتقط في الأنفاق، فإن كل ذلك مما قدم فيه قول المدعي، ولكنه بيمين عليه. وأما مقامات توجه اليمين على المنكر ففي الكثرة بحيث لا تعد ولا تحصى. وبالجملة: الذي يسمع قوله: إن كان منكرا فلا كلام في ثبوت اليمين عليه بعموم القاعدة السابقة، والأجماع، وخصوص ما ورد من النصوص في الباب (١). وإن كان مدعيًا: فإن كان سماع قوله بعد رد اليمين من المنكر أو من الحاكم بعد نكول المنكر، فلا بحث أيضا في ثبوت اليمين عليه، إذ لا يقدم قوله حينئذ إلا

(١) راجع العنوان: ٧٦، ص: ٥٨٨.

[٦١٣]

بحلفه اليمين المردودة، ولو نكل سقط دعواه، إلا في مقامات لا يمكن فيها رد اليمين عليه، وهي خارجة عن البحث. وإن كان سماع قوله ابتداءً من دون حاجة إلى رد اليمين أو النكول كما في المواضع

التي أشرنا إليها وغير ذلك - كما يظهر بعد التتبع - فلا بد حينئذ من اليمين أيضا، إلا في مادل الدليل على نفيه فيه، والوجه في ذلك أمور: أحدها: ظهور الأجماع من الأصحاب على أن من قدم قوله فلا بد فيه من اليمين، بحيث يحتاج (١) في نفيه إلى دليل دون إثباته، كما لا يخفى على من راجع كلامهم. وليس هذا إجماعا في الموارد الخاصة حتى لا ينفذ في مورد الشك، ولا إجماعا على الاستغراق حتى لا يقبل التخصيص بعد تحققه، بل هذا إجماع على القاعدة، بمعنى: أن البناء فيما لم يدل دليل على عدم اليمين فيه على ثبوته إجماعا، نظير أصالة الطهارة والبراءة، ونحو ذلك من القواعد المجمع عليها. وثانيها: ما حصل من الاستقراء والتتبع في هذا المقام في النصوص وكلام الأصحاب، فإن الغالب في من يقدم قوله اليمين، غلبة تكاد تبلغ حد الاستيعاب، ولم يخرج عن ذلك إلا مواضع نادرة جدا، بل هي أيضا ليست من باب الدعاوي والتنازعات في الحقيقة، ففي باب الدعوى لأظن ما خرج منه إلا في غاية الندرة، سواء كان ثبوت اليمين فيما ثبت بالنص كما هو في كثير من الموارد، أو بالأجماع كما في بعض، فمورد الشك الخالي عن نص وإجماع يلحق به بعد هذا الاستقراء المقارب للتمام، المفيد للظن المتأخر للعلم. وثالثها: أن سماع قول المنكر قد عرفت أنه بنص وإجماع محتاج إلى اليمين، مع أن كلامه إما موافق لأصل أو لظاهر، وخلافه مخالف لأصل أو لظاهر أولهما، فسماع قول المدعي لا بد أن يتوقف على اليمين بالأولوية، لأن قوله أضعف من قول المنكر، فكيف يعقل سماع قوله بلا حجة أصلا مع أن قول الأقوى لا يسمع إلا بحجة؟

(١) في (ف، م): يحتاجون.

[٦١٤]

لا يقال: إن قول المدعي من جهة ضعفه لا يسمع إلا بحجة أقوى وهي البينة، ومتى مادل الدليل على عدم الحاجة إلى البينة فلا حاجة إلى اليمين أيضا. لأننا نقول: مع وجود البينة لا حاجة إلى اليمين لأنه الحجة الأقوى، وأما مع الدليل على عدم لزومها لا يلزم سقوط اليمين، إذ لا أقل من التساوي مع المنكر، ونفي الأشد لا يستلزم نفي الأضعف. لا يقال: ظاهر التفصيل في البينة واليمين ينفي تعلق اليمين على المدعي، فإما أن قوله مسموع مع البينة، أو مسموع بلا حجة، وأما اليمين فلا. لأننا نقول: ظاهر التفصيل كذلك، لكنه في مقام التفصيل بمعنى وجود البينة أو يمين المنكر، فإن مع البينة لا عبرة بيمينه، كما لا عبرة بيمينه مع يمين المنكر أيضا، فمتى مادل الدليل على عدم اعتبار البينة في مقام فقد خرج عن التقابل وكون اليمين على المنكر، فلا بد من ثبوت اليمين على المدعي بالأولوية من المنكر في صورة التقابل، كما عرفت. ورابعها: دعوى الأولوية من صورة إنضمام اليمين مع الشاهد الواحد في المدعي، فإن قوله إذا إنضم إليه خبر العدل الواحد لا يسمع أيضا إلا بيمين كما في الماليات، فكيف يسمع هنا بلا بينة ولا يمين؟ ولأرب في إقتضاء الأولوية ثبوته مطلقا. وخامسها: دعوى تنقيح المناط والمساواة وعدم الفرق بين المنكر والمدعي في ذلك، فإذا ثبت في المنكر ففي المدعي كذلك، أو عدم الفرق بين الصور المشكوكة وبين الصور التي دل فيها النص أو (١) الأجماع على ثبوت اليمين، فتدبر. وسادسها: أن الظاهر من قوله: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (٢) أمران: أحدهما: تمييز الوظيفتين وكون كل منهما لواحد من الشخصين. وثانيهما: أنه

[٦١٥]

لا يسمع قول أحدهما بلا حجة. وبعبارة أخرى: مساق هذه العبارة يقضي بكون الاحتياج في الدعوى في تقديم قول أحدهما إلى حجة ومرجح من المسلمات والواضحات، وإنما البحث بقي في تعيين ذلك، فجعل الشارع الوظيفتين وعينهما. وأما أن أصل الحاجة إلى مرجح فهو مسلم، ونظير ذلك في العرف واضح، فإن في صورة اختلاف زيد وعمرو لو قال قائل: إن قول زيد لا يقبل إلا بتصديق بكر وقول عمرو لا يقبل إلا بتصديق خالد علم من هذه العبارة - مضافا إلى معرفة الضميتين - أن قول شئ (١) منهما لا يقبل بلا مرجح، فيصير النبوي المعروف ذا دلالتين، فيدل بسياقه على الحاجة إلى الحجة كيف كان وليست إلا البينة واليمين، فمتى مادل الدليل على نفي البينة فانحصر الطريق في اليمين، وذلك واضح. وسابعها: أن مقتضى الاعتبار العقلي أيضا كونه كذلك، فإن المتداعيين من جهة كونهما - مثلا - مسلمين مؤمنين متساويين في العبودية في نظر الشارع لوجه لترجيح قول أحدهما من دون شئ يكون حجة وكاشفا عن الواقع رادعا عن الباطل، مع تساويهما من سائر الجهات، ولأرب أن بعد تساقط كلاميهما لا مرجح سوى اليمين، لنفي البينة بالدليل، ولا ثالث بالأجماع. ولو فرض ورود دليل مطلق في سماع قول المدعي بحيث يكون نافيا لليمين في الظاهر فلا بد من التأمل فيه، فإن كان إطلاقه مسوقا لبيان سماع القول بلا بينة فلا دلالة فيه على نفي اليمين، فيثبت اليمين بقاعدة أخرى، كما ذكره الأصحاب في مقامات كثيرة مع كون النص مطلقا، ومنعوا من لزوم تأخير البيان عن وقت الحاجة، غايته لزوم تأخيره عن وقت الخطاب، وإطلاقه لا ينافي ثبوت اليمين من قاعدة أخرى. نعم، لو كان صريحا في نفي اليمين أو مطلقا بحيث يدل على نفيه كنفي البينة، فلا نتجاشى حينئذ من سقوط اليمين. وظاهر الأصحاب في باب العبادات المالية - كالزكاة والخمس ونحو ذلك -

(١) كذا، والمناسب: أحد منهما.

[٦١٦]

سماع قول المالك في الأداء، وسماع قوله في اختلال الشرائط، وسماع قول الفقير في دعوى الفقر من دون بينة ويمين. ولعلمهم استندوا في ذلك إلى نص أو إجماع في هذه المقامات، وإلا فبدونهما فالحكم لا يخلو من إشكال وإغلاق، ولذلك منعه عليهم جماعة (١) وتوقف آخرون (٢). وللمسألة مقام آخر. Z Z Z

(٢) لم نعتز على من صرح بالمنع من قبول قول مدعي الفقر إذا لم يعلم حاله، إلا أن ا لشيخ قدس سره قا (٢) لم نعتز على من صرح بالتوقف أيضا، إلا أن صاحب المدارك قدس سره قال: والمسألة محل إشكال، انظر المدارك ٥: ٢٠٢.

[٦١٧]

(العنوان التاسع والسبعون) (كل شئ لا يعلم إلا من قبل مدعيه
يسمع قوله فيه)

[٦١٨]

عنوان [٩٧] مقتضى القاعدة عدم سماع قول المدعي إلا بالبينة، ولكن هنا قاعدة اخرى، وهي: (أن كل شئ لا يعلم إلا من قبل المدعي يقبل قوله فيه)، وقد مر كثير من أمثلة هذا الباب في العنوان السابق الذي ذكرنا فيه موارد سماع قول المدعي مع اليمين، فإن أغلبها فيما لا يعلم إلا من قبله. ومن هذا الباب: قول مدعي أداء الزكاة والخمس ونحوهما، ومدعي اختلال شرائط الوجوب على أحد الوجهين. ومن هذا الباب أيضا: سماع قول الزوجة المستطية إلى الحج بحسب المال في دعوى عدم الخوف عليها وطنها السلامة مع دعوى الزوج الخوف عليها، فإن ذلك شئ لا يعلم إلا من قبل الزوجة نفسها، لأن الخوف أمر نفساني. ومن هذا الباب أيضا: سماع دعوى مجيز النكاح بعد موت الطرف الآخر في صغيرين أو كبيرين أو ملفقين: أنه ما دعاه إلى الأجازة الطمع في الميراث، كما ورد في النص (١). وكذلك دعوى إرادة الزوجة جنسا في فدية الخلع كما ذكره في بابه، وسماع قول المطلق في عدم القصد في الطلاق الرجعي، ويجئ توضيح ذلك. وكذلك سماع قول النساء في الطهر والحيض، وفي العدة، ووجود البعل وعدمه. ودعوى الصغير الاحتلام، أو الأسير استعجال الشعر على

(١) راجع الوسائل ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

[٦١٩]

العانة بالدواء حتى يسلم من القتل، ونظائر ذلك مما يطلع عليه المتتبع. والوجه في قبول قول المدعي هنا من دون بينة أمور: أحدها: ظهور الأجماع القطعي من الأصحاب على ذلك، فإنهم في هذه المقامات يحكمون بسماع قوله مع يمينه، بحيث يستفاد منهم كون ذلك من المسلمات المتفق عليها، لعدم النكير منهم في ذلك. وتعليقهم بأنه شئ لا يعلم إلا من قبله، يرشد إلى أن القاعدة مجمع عليها عندهم، كما ذكرناه في العنوان، فلا يرد البحث بعدم ثمره الأجماع في مورد الشك، أو عدم إمكان التخصيص، كما ذكرناه في البحث السابق. وفتواهم بذلك مع تعليقهم به أقوى حجة على ذلك، فإنه مع كونه دليلا برأسه كاشف عن وجود دليل آخر كذلك. وثانيها: ما علل به في مثل دعوى الغاصب أو غيره - من أصحاب أيدي الضمان أو غيره (١) - التلف، فإنه يقبل قوله، للزوم تخليده الحبس لو لم يسمع قوله حيث لا يتمكن من الأثبات، ولعله في الواقع صادق. وهذا التعليل ينطبق على كثير من الموارد، ولا فرق بينها وبين غيرها، لعدم القول بالفصل أصلا. وثالثها: أن ظاهر قوانين الشرع كون كل شئ فيه مخرج من الشرع، وإلا فوجود شئ من التنازعات لا مخرج له شرعا ولا مخلص غير معلوم، كيف! والشرع مبني على قطع الخصومات وطبي الحكومات، فإذا كان المدعي يدعي شيئا لا يمكن فيه الأثبات بالبينة، فإذا بنينا أنه لا يسمع قوله أيضا إلا أن يثبت وهو غير مخرج ولا مخرج غير ذلك لزم العجز عن قطع الخصومة وبقاء التشاجر، وينافيه وضع الشرع، وليس الدافع إلا سماع القول مع اليمين، كما لا يخفى على من تدبر، وإن احتمل غيره في بادئ النظر. ورابعها: ملاحظة الاستقراء والتتبع في أغلب هذه الموارد، فإنه مورد نص أو إجماع غالبا، والمشكوك فيه يلحق بذلك أيضا.

[٦٢٠]

وخامسها: دعوى تنفيح المناط وعدم الفرق بين ما دل فيه النص على السماع كما في حسنة زرارة في باب كون الحيض والعدة للنساء متى ادعت صدقت (١)، وبين غيره، إذ نحن نعلم أنه أن العلة ليس إلا عدم إمكان الاطلاع حتى يمكن الأثبات بالبينة، وهو موجود في غير مورد النص، والفارق ملغي. وسادسها: ما ورد صريحا في بعض روايات المسألة من التعليل بأنه لا يستطيع أن يشهد عليه - على ما رواه بعض مشايخنا المعاصرين (٢) - وإن لم أعر عليه في كتب الأخبار لقلة التتبع، فإن هذا التعليل بمنزله القضية الكلية في سماع قول المدعي في كل مقام لا يستطيع الأشهاد عليه، وهو الذي نعبر عنه بأنه (شئ لا يعلم إلا من قبله). ووجه عدول الأصحاب عن هذه العبارة بتلك العبارة (٣) أن ليس عدم استطاعة المح عي هو الداعي إلى قبول قوله، لأنه ربما تكون البينة غير موجهة من الأصل أو ميتة (٤) - أو نحو ذلك - ولا يقبل فيه قوله، بل المراد: كون الدعوى مما لا يستطيع إقامة البينة عليها أصلا في حد ذاتها، ولذلك عبروا بأنه شئ لا يعلم إلا من قبله، فكيف يطلع عليه غيره؟ فتدبر. وسابعها: أن سماع قول المنكر بيمينه ليس إلا من جهة كون دعواه راجعة إلى النفي في مقابل دعوى المدعي الأثبات، والنفي مما لا يمكن الأشهاد عليه إلا في مقام يرجع إلى الأثبات، فينبغي أن يكون المدعي أيضا إذا ادعى شيئا لا يمكن الأشهاد عليه يقبل قوله بيمينه، فتأمل. إذا عرفت هذا، فنقول: لاريب أن سماع قول المدعي فيما لا يمكن الأشهاد

(١) الوسائل ٢: ٥٩٦، الباب ٤٧ من أبواب الحيض، ح ١. (٢) في هامش (ن): الشيخ محمد حسن. والظاهر: أن المراد به صاحب الجواهر قدس سره، لكن لم نقف على الرواية في الجواهر، ولم نعثر عليها في كتب الأخبار أيضا. (٣) كذا، والظاهر: عن تلك العبارة بهذه العبارة. (٤) كذا في اصول النسخ، وغيرها مصحح (م) ب: أو ذهبت بعد.

[٦٢١]

عليه إنما هو في صورة عدم إظهار خلافه، فإن إقراره وظواهر كلامه حجة على نفسه، فلا يسمع بعد ذلك دعوى خلافه وإن لم يعلم إلا من قبله، وحيث يمكن استعلامه بإقراره أو بظاهر كلامه ذكر الأصحاب فيه اليمين، وإلا لم يتوجه دعوى المنكر خلافه حتى يحتاج إلى يمين، لأن الفرض أن المنكر لا يطلع عليه حتى يدعيه، ويشترط في توجه الدعوى كون الشئ مما يمكن كون المدعي عالما به. وكذا في صورته توجه اليمين على المنكر أيضا يشترط كون الدعوى مما يمكن الاطلاع عليه المدعي، وكفي في ذلك إمكان استعلامه بإقرار المنكر مثلا، فلا يضر كونه مما لا سبيل إليه. وبهذا المعنى علل جماعة من الأصحاب في توجه اليمين (١) في كثير من الأبواب. فنقول: لو ظهر من إقرار المدعي أو من ظاهر كلامه ما ينافي ما ادعاه ثانيا لا يقبل قوله حينئذ، لأنه مكذب لنفسه وإن كان الشئ مما لا يعلم إلا من قبله، لأن ذلك علم من قبله في الحقيقة، ولذلك لا يسمع دعوى المقر أو البائع - أو غير ذلك من العقود والأيقاعات - عدم كونه قاصدا للمعنى بعد الوقوع، فإن ظاهر ما صدر منه من العقد والأيقاع كونه قاصدا، فدعوى خلافه غير مسموعة وإن كان هذا مما لا يستطيع الأشهاد عليه، فإن عدم القصد في القلب مما لا

يطلع عليه غير المدعي ومع ذلك فهو غير مسموع، لمنافاته لظاهر ما صدر منه. وبالجملة: حيث إن ظواهر الألفاظ والأقارير حجة على القائل فلا يكون مما لا يعلم حتى يقبل قوله، بل يكون مما علم خلافه شرعا، فتدبر، فإن في ذلك فتح باب عظيم وحل إشكال عن المقام كذلك. وأما قولنا في الطلاق الرجعي لو ادعى الزوج عدم القصد أو عذرا آخر قبل خروج العدة يسمع مع أن ظاهر صدور الصيغة منه خلافه، فلا إشكال فيه، لأن هذا ليس دعوى متعلقة بالغير، لجواز رجوعه على زوجته وإن كان في الواقع طلقها،

(١) لم نعتز على التعليل المذكور في كلماتهم.

[٦٢٢]

فالزوجة لا تقدر على المعارضة. وأما كون ذلك في الواقع طلاقا ورجوعا أو بدون ذلك، فيظهر ثمرته في الطلاق الثالث المحرم ونحوه، وهو تكليف متعلق بالزوج، وهو أبصر بنفسه ويعرف تكليفه. نعم، متى ما عارض حق الغير فلا يسمع، بل يؤخذ بالظاهر كما لو ادعى ذلك في الطلاق البائن أو في الرجعي بعد خروج العدة، فإنه لا يسمع إلا بتصديق الزوجة، فتدبر. Z Z Z

[٦٢٣]

(العنوان الثمانون) (في ذكر قواعد مختصرة تتعلق بالقضاء)

[٦٢٤]

عنوان [٠٨] يذكر فيه قواعد مختصرة، أشار إلى بعضها الشهيد رحمه الله ونشير إلى ما هو الوجه فيها على سبيل الأجمال، حتى يعتمد عليها في مقاماتها. قاعدة [١] النكول ليس حجة على الناكل. للأصل. وعدم دلالته على المدعى، لجواز كون ترك اليمين للتعظيم، كما ورد من فعل الأئمة عليهم السلام كذلك تعظيما لله تبارك وتعالى (١). وظاهر النص عدم ثبوت قول أحدهما إلا بالبينة أو اليمين (٢). وما ورد في بعض الأخبار: من أن بالنكول يلزمه الحجة (٣) قضية في واقعة لا يتسرى إليها (٤) أو غير مسموعة في قبالة ما هو أقوى منها. نعم، استثنى الشهيد رحمه الله مواضع وقال: يحكم فيها بالنكول (٥).

(١) الوسائل ١٦: ١١٧، الباب ٢ من كتاب الأيمان، ح ١. (٢) راجع الوسائل ١٨: ١٦٧، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى. (٤) الوسائل ١٨: ٢٢٢، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، ح ١. (٤) كذا، والظاهر: لا يتسرى منها إلى غيرها. (٥) القواعد والفوائد ١: ٤١٢، القاعدة: ١٥٢.

[٦٢٥]

كدعوى المالك تبديل النصاب أو إخراج الزكاة لو قلنا بأنه يسمع مع اليمين ونكل. والحق أنه ليس من هذا الباب. وكصورة كون المدعي غير المالك مع تعذره - كالقاضي، وناظر المسجد والوقف، والوصي، ونحو ذلك - مع نكول المدعي عليه. والوجه في ذلك: عدم وجود مخرج للدعوى إلا يمين المنكر، أو القضاء عليه بنكوله، لعدم جواز يمين المدعي هنا، وقس على ذلك غيره. قاعدة [٢] الحلف لأثبات مال الغير غير جائز. والوجه فيه: الأجماع. وعدم إمكان الاطلاع على أفعال الغير غالباً. ولأن الحلف إنما هو لحصول الوثوق بالواقع، ولا يوجب حلف الغير، لجواز عدم اطلاعه بما اطلع عليه أصل المدعي والمنكر، والعمدة في ذلك: علمهما وإقرارهما ولا ثمرة في ذلك ليمين الغير. ولأن مقتضى الأدلة كون اليمين والبينة على المدعي والمنكر، ولم يقر دليل على جواز النياحة والوكالة والولاية فيه، ومقتضى الأصل عدم ترتب الآثار إلا بعد ثبوت كون يمينه كيمين الأصل، ولا دليل عليه. ودعوى: صدق (المنكر) على الوكيل والولي والوصي، فيتوجه عليه اليمين - كما أن (المدعي) يصدق عليهم، فيتوجه عليه (١) اليمين المردودة - مدفوعة بمنع ذلك، بل دعواه دعوى الأصل، وإنكاره كذلك، وكون دعواه وإنكاره نائباً مناب الأصل والمولى عليه لا يقتضي كون حلفه كذلك، فتدبر. وهاهنا صور اختلف فيها: كامتناع المفلس من الحلف مع وجود شاهد بدين له، أو (٢) امتناع ورثة المديون عن الحلف مع وجود شاهد بدين للميت، فإنه يحتمل فيهما جواز حلف الغرماء مع الشاهد. أو لم يكن هناك شاهد ورد المدعي عليه اليمين أو نكل، فإنه

(١) كذا، والمناسب: عليهم. (٢) في (ف، م) بدل (أ): و.

[٦٣٦]

يمكن القول بالرد على الغريم. وصورة إيجاب الراهن الجارية، ودعواه إذن المرتهن مع نكول المرتهن والراهن، فإنه يمكن إخلاف الأمة. وفي صورة الوصية لام ولد بعبد فوجد مقتولاً بعد الوفاة وهناك لوث، فإنه لو نكل الورثة عن اليمين يحتمل إخلاف ام الولد، كما ذكره الشهيد رحمه الله في قواعده (١). قاعدة [٣] الحلف: إما على إثبات، كما في ضميمة الشاهد، واليمين المردودة من المنكر أو الحاكم مع النكول، ويمين المدعي فيما لا يعلم إلا من قبله. وإما على نفي، كيمين المنكر. وعلى التقديرين: فإما على فعل نفسه، أو على فعل غيره، فهذه أقسام أربعة. والحلف في الكل على البت والقطع، إلا في الحلف على نفي فعل الغير، فإنه على نفي العلم. والوجه في ذلك: أن المتبادر من الأدلة كون الحلف إثباتاً ونفيًا على نفس المدعي، كما أن البينة عليه فقوله: (اليمين على من أنكر) يعني: على مضمون إنكاره، لا على عدم علمه بذلك، فكونه على البت إنما هو مقتضى الأدلة، مع أن الحلف على عدم العلم لا يعد عرفاً حلفاً على ذلك المدعي. وأما في صورة نفي فعل الغير، فحيث إن الحلف يعتبر فيه القطع ولو شرعاً وهو لا يمكن غالباً حصوله في نفي فعل الغير - لعدم انحصاره، وعدم جريان أصالة عدم الفعل، لمعارضته بغيره بعد القطع بصدور فعل منه - اكتفي على نفي العلم حذراً من الحلف على ما لا يعلم. ومن هنا ظهر: أن فعل الغير لا خصوصية له، فنقول: لا بد من كون اليمين على البت إلا فيما لم يمكن الاطلاع عليه غالباً، ولذلك لو كان فعل الغير راجعاً إلى نفسه بحيث يتمكن من الاطلاع لزمه الحلف على البت، كما لو ادعى عليه جنابة بهيمته (٢) وأنكر، نظراً إلى أن البهيمية لا ذمة لها والتعلق بذمة المالك فرع التفريط،

[٦٢٧]

فتصير الدعوى راجعة إلى ما يمكن الاطلاع عليه، فيعتبر القطع. ويمكن دعوى ذلك فيما لو ادعى جناية عبده لو قلنا: بأن العبد لا ذمة له أيضا. قاعدة [٤] كل ما لم يرد فيه حد من الشرع في المعاصي، ففيه التعزير. والوجه فيه: عموم ما دل على النهي عن المنكر والأمر بالمعروف، وما دل على الأعانة على البر والتقوى، ومن جملة أفرادها: تعزير العاصي. ولا يكون مجرد سكوت الشارع عن بعض المعاصي وعدم وجود تحديد فيه دالا على العفو بدون ذلك. وتحديده موكول إلى نظر الحاكم، لأنه طريقة الأمر والنهي، فيعزى بما يرى أنه يؤثر. مضافا إلى ما مر من عموم دليل ولايته (١). قاعدة [٥] فاعل الكبائر يقتل في الرابعة بالنص والأجماع مع تخلل الحد في الأول (٢). وفي الثالثة قولان معروفان مبنيان على معرفة معنى الروايات، فراجع (٣). والأحوط القتل في الرابعة، استصحابا لاحترام الدم، وإن كان في رواية يونس: أصحاب الكبائر كلها إذا اقيم عليهم الحد [مرتين] (٤) قتلوا في الثالثة (٥). قاعدة [٦] كل ما لم يرد فيه دية في الشرع من الجنايات، ففيه الحكومة.

(١) مر في العنوان: ٧٤. (٢) كذا، ولم نتحقق معنى (في الأول) وفي رواية يونس الآتية: إذا اقيم عليهم الحد مرتين... (٣) راجع الوسائل ١٨: ٣١٢، الباب ٥ من أبواب مقدمات الحدود. (٤) أثبتناه من المصدر. (٥) الوسائل ١٨: ٣١٢، الباب ٥ من أبواب مقدمات الحدود، ح ١.

[٦٢٨]

والوجه: أن قاعدة الضمان تقضي بالقيمة، خرج ما ورد من الشرع النص على اعتبار قدر معين، وبقي الباقي تحت الدليل، فيقوم صحيحا ومعيبا بالجناية، ويؤخذ ما به التفاوت. وهذه القاعدة في العبد باقية على ذلك، فإن في إتلافه قيمته، وفي أطرافه بالنسبة. نعم، لو زادت قيمته عن دية الحر زدت إليها. قيل: إلا في الغاصب، فإنه يؤخذ بأشق الأحوال (١). وفي الحر انخرمت فيما له مقدر دون غيره، فيكون العبد أصلا للحر فيما لا مقدر له، كما أن الحر أصل في المقدرات. قاعدة [٧] المملوك نصف الحر في الحدود كلها، لرواية يحيى بن أبي العلاء، عن الصادق عليه السلام: أن حد المملوك نصف حد الحر (٢) ومقتضى عمومات الأدلة في الشارب والزاني والقاذف واللاطي ونحو ذلك - مضافا إلى نصوص خاصة (٣) - المساواة في الحد. وفي رواية أبي بكر الحضرمي المساواة في حقوق المسلمين والتنصيف في حقوق الله (٤) وذكر من الأول القذف، ومن الثاني الشرب والزنا، وهذا يمكن أن يكون جمعا للأخبار والأدلة المطلقة، ولكن الأصحاب لم يظهر بناؤهم عليه. وقال الشهيد الثاني رحمه الله: إن رواية التنصيف أوضح، وأخبار المساواة أشهر، والأوفق بالأصل التنصيف (٥).

(١) انظر إيضاح الفوائد ٢: ١٧١. (٢) الوسائل ١٨: ٤٧٣، الباب ٦ من أبواب حد المسكر، ح ٩. (٣) الظاهر عدم ورود نص خاص دال على المساواة في مطلق الحدود، نعم ورد ذلك في حد القذف وحد المسكر، راجع الوسائل ١٨: ٤٢٤، الباب ٤ من أبواب حد القذف، وص ٤٧١، الباب ٦ من أبواب حد المسكر. (٤) المصدر السابق: ٤٧٢، ح ٧. (٥) لم يصرح الشهيد الثاني إلا بالفقرة الوسطى، انظر الروضة ٩: ١٧٦.

[٦٢٩]

(العنوان الحادي والثمانون) (قاعدة الأقرار)

[٦٣٠]

عنوان [١٨] [إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، كما ورد في النص النبوي (١) المنجبر بالفتوى والعمل، الغني عن اعتبار سنده بعد تلقي الأصحاب له بالقبول، بل العامة أيضا كذلك، بل ربما يدعى أن ذلك ضرورة الأديان والملل أيضا. والحجة (٢) في هذه القاعدة أمور: أحدها: الأجماع المحصل على حجية الأقرار على المقر المستفاد من تتبع كلامهم. وثانيها: منقول الأجماع على هذه القاعدة في عبارتهم فوق حد الاستفاضة. وثالثها: كون العقلة (٣) تحكم بذلك، كما يرشد إليه كون ذلك ضروري المثل، ولا جامع بينهم سوى العقل وإن كان في حكم العقلة بذلك تردد. ورابعها: جريان السيرة المستمرة قديما وحديثا في كل عصر ومصر على ذلك، الكاشف عن كونه في زمن الشارع كذلك، ولولا إمضاؤه لذلك لم يبق كذلك،

(١) عوالي اللالي ١: ٢٢٣، ح ١٠٤. وفي الوسائل (١٦: ١١١)، الباب ٣ من أبواب الأقرار، ح ٢: روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. (٢) في غير (م): فتصير الحجة. (٣) أي: القوة العقلة. وبدلها مصحح (م) بالعقل.

[٦٣١]

ولاشتهر خلافه وتواتر، مع أنه قد انعكس الأمر. وخامسها: ما ورد من النصوص الخاصة في مقامات على اعتبار الأقرار كما في باب الحدود (١) وغيره، ولا قائل بالفرق بينها وبين غيرها، أو لا فارق بين المقامات. وسادسها: عموم الخبر السابق المشهور (٢). وهو العمدة في استدلال الأصحاب به في كل باب. وليس ما ذكرناه من الأجماع - تحصيلا أو نقلا - وكذا السيرة من قبيل المجملات التي لا يتمسك بها في مورد الشك، إذ الأجماع على حجية الأقرار من حيث هو كذلك يقتضي حجيته في كل ما يصدق عليه الأقرار، ولا يلزم كونه مجمعا عليه بالخصوص، فإن الأجماع على القاعدة ليس إلا كالخبر الصحيح في العموم، فلا يلزم قطعية أفراده، ولذلك يقبل التخصيص، ويتمسك به في مورد الشك. وأوضح من ذلك منقول الأجماع، فإنه في قوة الخبر، بل هو خبر في الحقيقة، والنصوص الخاصة بعد ضمنية عدم القول بالفصل تثبت حجية الأقرار من حيث هو إقرار، فلا ينحصر الدليل النافع في مورد الشك على (٣) عموم الخبر. وقد مر نظير هذا الكلام في المقامات السابقة أيضا. وبالجملة: لا ريب أن الأقرار ليس له معنى جديد في الشرع بتصرف من الشارع أو المنتشرة، بل هو باق على معناه اللغوي والعرفي، وهو من (القرار) بمعنى الثبوت، و (الأقرار) بمعنى الأثبات. وكلمة (على) هنا ظاهرة في الضرر. و (العقلاء) جمع محلى باللام مفيد للعموم بإجماع أهل العربية. والمراد بالجواز: إن كان معنى الأباحة، فيكون معناه: أن إثبات كل عاقل شيئا

(١) راجع الوسائل ١٨: ٣٧٧، الباب ١٦ من أبواب حد الزنا. (٢) يعني قوله صلى الله عليه وآله: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. (٣) في (م): في.

[٦٣٣]

يضر على نفسه جائز ليس بمحرم، والظاهر أن المراد ليس ذلك، وإلا لم يكن لأقرار العاقل على نفسه خصوصية، فإنه يجوز على غيره أيضا، مع أن الظاهر من الخبر الاختصاص، مع أنه لا يلائم موارد الاستدلال بهذا الخبر، كما لا يخفى. وإن أريد الأباحة لجاز إقرار المجنون أيضا، لأنه مباح، إلا أن يقال: المراد الجواز الشرعي لا العقلي، وفعل المجنون وقوله لا خطاب فيه من الشرع، بل هو كأفعال البهائم. والظاهر: أن الجواز هنا بمعنى المضي والنفوذ، وهو المتبادر من سياق العبارة وإن كان لفظ (الجواز) لو خلى ونفسه لا يدل على ذلك بالخصوص، مضافا إلى بعد إرادة معنى الأباحة هنا، نظرا إلى أن الأقرار إنما هو كسائر الأقوال التي بين في الشرع ما يحرم فيه (١) وما يحل، والأقرار أيضا من ذلك، فما وافق الواقع صحيح مباح، وما خالفه فهو حرام، مع أن إباحته إنما هي على طبق الأصل، فبيانها يصير تأكيدا، بخلاف إرادة الحكم الوضعي فإنه يصير تأسيسا، وهو أولى من التأكيد. مع أن إقرار العاقل على نفسه ليس بمباح على الإطلاق، بل هو محرم فيما خالف الواقع، أو كان إضرارا على نفسه بما لا يجوز، أو كان إظهارا لما يجب عليه إخفاؤه، فالحمل على الأباحة مستلزم للتخصيص الكثير، بل تخصيص الأكثر، بخلاف ما لو حمل على معنى (النفوذ) فإنه لا تخصيص فيه أصلا. هذا كله، مع فهم الأصحاب الذي هو أقوى قرينة في الباب. وموارد ذكر هذه الرواية في لسان المعصومين والصحابة شاهدة على إرادة الحكم الوضعي، فيكون حاصل المعنى: أن ما أثبتته كل عاقل على نفسه فثبته عليه، فهو نافذ عليه ماض في حقه. ولا يحتاج صرف الجملة عن ظاهرها بتقريب: أن رب شئ مقر به ليس بثابت في الواقع فلا وجه للحكم على الكل، لأن الظاهر من الخبر كون الأقرار نافذا في حقه، ونفوذه عبارة عن البناء عليه وفرض كونه في الواقع كذلك، وهو لأ

(١) كذا، والأصح: منه.

[٦٣٣]

يقتضي كون الواقع كذلك، فإن الحكم بلزوم اتباع البينة - مثلا - لا يستلزم كون مدلولها مطابقا للواقع أيضا. والمتبادر من (النفوذ) النفوذ من (١) جهة كونه على نفسه، وإن لم يذكر المتعلق، لكنه ينصرف إلى ما سبق، فيصير: إقرار العاقل على نفسه نافذ على نفسه، لا على غيره ولا لنفع نفسه. ولو جعل قوله: (على أنفسهم) متعلقا بالجائز دون الأقرار، فيكون المعنى: إقرار العاقل مطلقا ماض في ضرر نفسه، فإن كان محض ضرر على نفسه فلا بحث، وإن كان فيه نفع وضرر مضى في ضرره دون نفعه، وإن كان نفع فقط لم يمتض أصلا، وإن كان ضرر له ولغيره مضى على نفسه دون الغير، وعلى هذا القياس. وهذا أوضح في إفادة المعنى من تعلق الجار بالأقرار، لأن معناه حينئذ يصير: الأقرار المضر بالنفس نافذ، وانصرافه إلى الحيثية يحتاج إلى تأمل، بخلاف إقرار العاقل يمضي على ضرر نفسه، فتدبره. وعلى كل حال: فهو مفيد للمراد. وليس المراد به الخبر، لأنه بعيد عن منصب الشارع، مع لزوم الكذب له لو بقي على إخباره، لأن إقرار العاقل على ضرر نفسه قد لا يمضي فيه، بل المراد: بيان إنشاء الحكم، وكون الأقرار نافذا بحسب الشرع، فيتخرج من الخبر: أن إقرار كل عاقل على نفسه نافذ في ضرره حجة في أخذه به شرعا.

ويبقى الكلام هنا في مباحث: أحدها: أن الأقرار لا يدور مدار اللفظ الصريح، ولا دلالة المطابقة، بل كل كلام دل على المدعى وعد في العرف إقرارا فهو حجة، سواء كان بإبداء الكلام أو بالتصديق بعد السؤال، أو بالجواب بما يستلزم قبول ما ذكر، كقوله: (أعطيتك) (١)

(١) في (ف، م): في، (١) كذا في اصول النسخ، وفي العبارة مالا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) ب: رددتها عليك =

[٦٣٤]

بعد قوله: (لي عليك عشرة) فإن العطاء فرع كونه كما قال، ولذلك عقد الأصحاب هنا بابا لتمييز الأقرار عن غيره. وليس اختلافهم في ألفاظ الأقرار اختلافا في الحكم، ولا مستندا إلى دليل خاص، بل الظاهر أنه نزاع في كون ذلك إقرارا وعدمه. وقد أطلت في ذكر الأمثلة جماعة من أصحابنا - كالعلامة (١) وغيره - والميزان: صدق كونه إقرارا وإثباتا بدلالة معتبرة من اللفظ، مقصودة في الظاهر. وكلما شك في صدق الأقرار عليه فالأصل عدم ترتب الحكم عليه، ولا يحتاج بعد ذلك إلى تتبع الجزئيات، إذ كيفيات الفهم وقرائن الكلام مما لا تنضبط. ولكن ينبغي أن يعلم: أن الميزان هو فهم المراد عرفا، وإن كان بلزوم عرفي، لا فهم المراد بغير ما يفهمه العرف، فإنه ليس بحجة وإن كان لازما عقلا. ومن ذلك يتضح الحكم فيما وقع بينهم من النزاع في أن المدعى عليه - مثلا - لو قال: (إن شهد علي فلان فهو صادق) فهل يكون إقرارا؟ - كما زعمه بعضهم - نظرا إلى أن هذا الكلام مستلزم لثبوت الحق في الواقع عقلا، وإقراره بهذا الكلام إثبات للحق، لأنه مستحيل الانفكاك، إذ كلما لم يكن الحق ثابتا في ذمته لم يكن فلان صادقا على تقدير الشهادة، وهذه المقدمة قطعية وجدانية، فبعكس النقيض: كلما كان صادقا على تقدير الشهادة فالحق ثابت في ذمة المقر، والمقدم ثابت بإقراره، فكذا التالي. أو لا يكون إقرارا؟ لأن العرف لا يعدون هذا إقرارا بالاشتغال، بل يستعملونه غالبا في مقام التعليق على الامتناع، ويريدون به: أنه لا يشهد على ذلك أصلا. ومن ملاحظة ذلك يظهر لك: أن المدار ما يسمى في العرف إقرارا، وما نحن فيه ليس منه، واللزوم العقلي غير نافع. وثانيها: أن الأقرار يكون بالأشارة المفهومة عند العجز عن الكلام، للصدق

= بعد قول القائل... (١) راجع القواعد ١: ٢٧٦، وأكثر منه تمثيلا الشيخ قدس سره في المبسوط ٢: ٢ - ٤٨.

[٦٣٥]

عليها عرفا فتدخل تحت العموم ولما مر من دليل قيام إشارة الأخرس مقام الكلام مطلقا، ولا فرق بينه وبين غيره. وفي كونه بالكتابة مع القدرة على الكلام لا إشكال في عدم ترتب الحكم عليه، لعدم صدق الأقرار عليه وإن علم كونه قاصدا أو شوهدا كاتبا. وأما مع العجز فالظاهر أيضا عدمه، للأصل وعدم صدق الأقرار. نعم، الإشارة كالقول. وثالثها: أن الشئ المقر به قد يكون مالا، وقد يكون حقا، وقد يكون نسبا. والمال قد يكون عينا في يده، وقد يكون كليا في ذمته. وكل ذلك داخل تحت عموم النص، لما فيه من حذف المتعلق، فإن إقرار العاقل على نفسه جائز في أي شئ كان، ولا فرق بين الأقرار بمال معلوم معين، أو مجهول، لعموم الدليل، ولأن المقر قد لا يعلم التفصيل، ويفر بالمجمل حتى يحصل البراءة بصلح ونحوه، ويرجع في

تفسيره إليه، ويفسره (١) بما يمكن انطباقه على إقراره ويمكن إرادته منه، لا بما يعلم عدم انطباقه عليه، ومن هنا انتشرت الفروع في ذلك واختلفوا في الأمثلة، والضابط ما ذكرناه. ورابعها: أن الضرر على العاقل قد يكون من إنكاره، لا من إقراره، كما لو قيل: (إن هذا مالك) فقال: (ليس هذا مالي) أو (تستحق هذا الحق علي) فقال: (لا أستحقه عليك) ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: قد يكون بلفظ النفي، كما يكون بطريق الإثبات، فهل هذا أيضا داخل في عموم الأقرار؟ أو لا، بل الأقرار ما كان إثباتا لأمر هو ضرر أو سبب للضرر؟ وأما النفي فلا يدخل تحت الأقرار، بل هذا يسمى إنكارا. أو نقول: إن النفي إذا وقع في مقابل إثبات - كما في المثال المفروض - يعد إنكارا لما أثبتته الآخر، ولو وقع مؤكدا لنفي آخر يسمى إقرارا، كما لو قيل: (أنت لا تستحق في هذا المال شيئا) قال: (لا أستحق) أو (ليس هذا لك) قال: (نعم)

(١) في (ن، د): تفسيره.

[٦٣٦]

ليس لي) ونظائر ذلك. والثمرة تظهر فيما لو رجع من النفي إلى الإثبات، كما لو قال: (هذا ليس مالي) ثم رد وقال: (مالي) فهل يدفع إليه، أو لا لأنه إنكار بعد إقرار فلا يسمع؟ والنفي أيضا قسمان: مرة يكون لازما لشيء مثبت، ومرة يكون لازما لنفي، ومرة يكون ابتداء، كما لو قال المالك: (إنني ما بعثك) وقال المشتري: (بعثني بمائة) والفرض أن العين تالفة، فيعد يمين المالك يستحق القيمة، ولو فرض أنها خمسون فالمالك ناف للخمسين الزائد بنفيه البيع. ولو أنكره المشتري وقال البائع: (بعته بمائة) فحلف المشتري وضمن القيمة وكانت مائة وخمسين، فالبائع قد نفى الخمسين الزائد بإثباته البيع بمائة. ولو قيل: (إنك تستحق علي مائة) فقال: (لا أستحق عليك شيئا) يصير النفي ابتداء، فلو فرض أن المشتري أو البائع رجع عن نفيه للزائد وقبل دعوى الآخر، فهل يعتبر ذلك، أم لا، بل هو إنكار بعد الأقرار فلا يسمع؟ ظاهر الأصحاب في هذه المقامات عدم الفرق بين النفي والإثبات. والأقرار عبارة عن تقرير شيء يضر على نفسه، سواء كان إثباتا أو نفيًا، وليس معنى الأقرار: الإثبات المصطلح حتى لا يشمل صورة النفي. وما يقال: إن بعد نفيه للعين أو للحق عن نفسه إذا رجع بعد ذلك وأراد الأخذ يأخذ، لأنه لم يخرج بالنفي عن ملكه - كما نص عليه أساطين الأصحاب في مقامات عديدة (١) - فليس من جهة عدم العبرة بالنفي، بل من جهة أن صاحب اليد أو الذمة إذا أقر لزيد بشيء وأنكره زيد وقال: (ليس مالي) والفرض أن ذا اليد أيضا غير مدع للملكية، فيبقى مجهول المالك، فإذا ادعاه من أنكره أولا بلا معارض يدفع إليه، لجواز الذكر بعد النسيان أو نحو ذلك. وما يقال في دعاوي أبواب العقود في العوض ونحوه: إنه يثبت أقل الأمرين

(١) لم نظفر على مقام من تلك المقامات.

[٦٣٧]

- مثلا - ونحو ذلك، لأن الزائد منفي بإقراره أو بإقرار الآخر أو بهما معا - كما هو الغالب - فهو على فرض بقائهما على ذلك الوضع. فلو فرض: أن من أنكر الزائد ابتداء أو من جهة إثبات شيء آخر لو رجع

وقال: (إنى أقول مثل ما تقول، فأعطني ما ذكرته أولاً) لاستحق ذلك من دون بحث وشبهة كما لو قال العامل: (جعلت لي اجرة خمسين) وأنكر الجاعل الجعل وحلف ورجع إلى اجرة المثل حيث كان العمل بالأذن. فلو كانت اجرة المثل مائة فقد نفاه العامل من نفسه بدعواه الخمسين، فلا يستحق سوى الخمسين. ولو فرض: أن العامل رجع عما كان يذكره أولاً وقال: (أستحق عليك اجرة المثل وكنت كاذباً في كلامي الأول) فهل يلزم الجاعل بدفع تمام الاجرة على مقتضى إقراره مع ارتفاع المعارض، أو أن هذا كما أقر على نفسه [فذلك أيضاً أقر على نفسه] (١) بالنفي، فليس له المطالبة وإن كان ذلك في الواقع مشغول الذمة؟ ظاهر الأصحاب: أن المقر على نفسه بالنفي يلزم بالنفي، ولو رجع عن إقراره السابق ليس له مطالبة ما نفاه وإن كان المقابل أيضاً أقر له بذلك. نعم، في صورة العين الخارجية نصوا على أنه يأخذها، والوجه ما ذكرناه. وأما ما في الذمة فليس كذلك، بل يقولون: لا يطالبه وإن وجب على المقابل الأيصال بينه وبين الله تبارك وتعالى. ولو قيل: بأن كل إقرار على نفي حق أو نفي ملك أو نفي استحقاق مال إذا رجع صاحبه عنه مع كون المقابل مقرراً له بالحق يستحق ذلك - لأنه مطالبة من دون معارض - كان وجهها، من دون فرق بين العين والدين. أما لو رجع النافي إلى الأثبات فرجع المثبت إلى النفي - كما لو قال: (لك علي كذا) فقال: (ليس لي عليك) ثم جاء وقال: (أعطني ما لي عليك الذي أقررت به فإنني مقر به) فقال الآخر: (ليس لك علي شئ) - فهل يؤخذ المقر المثبت بإقراره

(١) مابين المعقوفتين لم يرد في (م).

[٦٣٨]

السابق والنفي لا عبرة به بعد الرجوع عنه، أو بالعكس، فيؤخذ النافي بنفيه ولا يسمع بعد ذلك دعواه، أو بتعارض النفي والأثبات السابقان ويتساقطان ويصير هذا دعوى جديدة يرجع فيه إلى البينة واليمين ولا وجه للأقرار في ذلك؟ ربما يقال: إن الأقرار إذا عارضه نفي المقر له فهو ساقط، لأن عدم المعارض من شرائط النفوذ، نظراً إلى أن الجمع بينهما غير ممكن، والترجيح من دون مرجح قبيح فيتساقطان، مضافاً إلى أن اشتغال الذمة المسبب عن الأقرار في الظاهر لو اقتضى وجوب دفع المال وإقراره بالنفي أوجب الامتناع عن الأخذ وعدم جواز الأخذ، لزم من ذلك التكليف بما لا يطاق، فلا وجه لحكم الأصحاب بالثبوت وعدم جواز المطالبة، هكذا أفاده بعض المعاصرين (١). ولكن ذلك محل للنظر من وجوه: أما أولاً: فلما أشرنا إليه من الشبهة في كون النفي داخلاً في الأقرار أم لا، سيما إذا كان في مقابلة إثبات، ولا دليل على حجية الأنكار بنفسه حتى يلتزم (٢) به صاحبه. وأما ثانياً: فلأنه لو فرض كونه كذلك فلا معارضة هنا، لجواز التزام كل منهما بحكم إقراره، أما المقر بالاشتغال فبالالتزام الدفع، وأما المنكر فبعدم المطالبة. وليس معنى عدم المطالبة عدم الأخذ كما توهمه الفاضل المعاصر (٣) حتى يلزم التكليف بما لا يطاق، بل عدم التسلط على الأخذ إذا لم يعطه، فيصير محصله: أن المقر على نفسه بالثبوت يجب عليه الدفع، فإذا دفع جاز للنافي أخذه، لأنه: إما يدري أنه ماله وإما لا يدري به، وعلى كل حال فهو جازر، فإنه إذا دفع إلي أحد مالا وقال: (هذا شئ أنت تطلبه مني وحق لك علي) جاز لي أخذه وإن لم أكن عالماً بذلك بلا شبهة، وإذا لم يدفع وعصى لم يجز للثاني (٤) إلزامه بالدفع وهو

(١) المراد به - ظاهرا - هو المحقق النراقي قدس سره، انظر عوائد الأيام: ١٧٢،
العائدة: ٤٨. (٢) في (د): يلزم. (٣) هو المحقق النراقي قدس سره المتقدم ذكره
آنفا. (٤) كذا، والمظنون أنه مصحف: للنراقي.

[٦٣٩]

المطالبة، وبينه وبين الاخذ إذا أراد الاخر الدفع بون بعيد، فأى تكليف
بما لا يطاق يلزم من ذلك حتى يتعطل الأمر ويمتنع الجمع؟ وثالثا:
يمكن القول بعدم كون النفي معارضا للأثبات، غايته: أنه لا يدري أن
له حقا عليه والمقر يثبت، وهو لا ينافي عدم علم المقر له، فيمكن
الحكم بوجوب الدفع وجواز المطالبة أيضا إذا رجع المنكر عن إنكاره
وقال: (أطلب منك ما أقررت به) كما في الرجوع على العين التي
انكرها. وبالجملة: يحتاج تنقيح هذه المسألة إلى بسط مقال وشرح
حال، يمنعنا عنه الاستعجال. وخامسها: أن الأقرار في ضرر الغير لا
عبارة به لو انفرد واستقل من دون مدخلة ضرر نفسه، وأما لو تركب
من ضرر نفسه وضرر غيره: فمرة: يكون الغرض قابلا للانفكاك، كما لو
أقر أحد الشريكين في دار أن نصف هذه الدار لزيد، فيصير الضرر على
نفسه دون شريكه ويفكك الحكم، فالشريك يأخذ نصفه تماما، ويبقى
النصف الآخر بين المقر والمقر له أثلاثا أو بالتصنيف، على الوجهين
في محلها. وكذلك لو أقر ببيع حصته وحصه شريكه، فإنه يمضي
في حصة نفسه. ومرة لا يكون أصل الشئ الذي أقر به في ذاته
قابلا للانفكاك وإن كانت الآثار واللوازم قابلة للتفكيك، كالأقرار بأنني
بعت لزيد فإنه لا ينفك عن كون شئ مشتركى (١) في الواقع،
وكالأقرار بالزوجة وبالبنوة - ونحو ذلك من الأمور الارتباطية الغير
القابلة للتفكيك - وظاهر الأصحاب في ذلك أيضا إجراء أحكام الزوجة
والنسب ونحو ذلك على المقر دون المنكر، فيفككون أيضا بحسب
الأحكام. والوجه فيه: أن ترتب هذه الأحكام لا يدور مدار وجود
الموضوع في الواقع، بل المعتبر الثبوت ولو شرعا، فإن ما ثبت بالبينه
كما لو علم في الواقع، مع احتمال كذب الشهود، فمتى ما جعل
الشارع الأقرار سببا لترتب الحكم على المقر كان

(١) في (ن، د): كون الشئ مشتركيا.

[٦٤٠]

الموضوع في حقه بمنزلة الثابت واقعا، فتلزمه أحكامه. وكون
الموضوع في الواقع مما لا يقبل التفكيك - فإما ثبوت الحكم عليهما
معا، أو عدم ثبوته عليهما معا - إنما ينفك لو كان الحكم تابعا للواقع،
ولو كان بالتعبد فهو قابل للتفكيك، وظاهر الدليل كون الأقرار نافذا
على المقر تعيدا. وربما يذكر لذلك وجه آخر، وهو أن الموضوع
الواقعي تترتب أحكامه على من علم به ولا تترتب على من جهل،
فإن من علم بأن فلانة زوجته ترتب عليه أحكامه (١) فلا يجوز له
نكاح امها واختها ونكاح الخامسة - إلى غير ذلك - وإن لم تكن في
الواقع زوجة له، لأن العمل بالمعتقد واجب، ومن لم يعلم بأنها زوجته
لا يترتب عليه أحكامه (٢) وإن كان في الواقع زوجته، لأن الأحكام
مشروطة بالعلم في التكليف (٣). فصار الحاصل: أن المدار على
الاعتقاد، وافق الواقع أو خالف، فإذا كان كذلك فمن أقر بأن فلانة
زوجه فقد أخبر عن اعتقاده بذلك وأنه علم به فترتب عليه أحكام
العلم، ومن أنكر فهو غير عالم فلا حكم عليه، وهذا ليس حكم
الموضوع الواقعي ولا حكم الأقرار تعيدا بالشرع، بل إنما هو حكم
الاعتقاد اللازم الاتباع المعلوم بإقراره. وهذا الوجه منظور فيه وإن
اعتمد عليه بعض المعاصرين (٤) لأن الحكم الناشئ عن الاعتقاد لا

يلزم به في الشرع، بل يحول على الاعتقاد، والمفروض: أن في باب الأقرار يلزم المقر بما أقر به، ولو كان ذلك لاعتقاده لبيّن له التكليف على ما يعتقده، وهو أبصر بنفسه، مضافاً إلى أن الاعتقاد إذا دار الحكم مداره فينبغي أن المقر إذا رجع يقبل إنكاره، لأنه يكشف عن انقلاب اعتقاده الموجب لتغير الحكم. ولا يمكن منع ذلك، لأن الاعتقاد شئ لا يعلم إلا من قبله، فينبغي سماع دعواه فيه كيف كان، وهو شئ قابل للتبدل والتجدد، على أن الأخبار لو كان عن اعتقاده

(١) في (م): أحكام الزوجية. (٢) في (م): أحكامها. (٣) في (ن، د): بالتكاليف. (٤) المحقق النراقي قدس سره في العوائد: ١٧٢، العائدة: ٤٨.

[٦٤١]

فقال: (إني اعتقد أن فلانة زوجتي) لكان في إجراء حكم الأقرار على ذلك إشكال، لأن المتبادر من أدلة الأقرار: أن يخبر المقر عن الواقع حتى يثبت الحكم للموضوع تبعاً - بمعنى كون الموضوع المقر به كالواقعي في نظر الشرع - لا أنه يخبر عن اعتقاده فيلزم بما يعتقده، فلو قال: (هذا كذلك (١) باعتقادي) لا نسلم كونه إقراراً، ولو قال: (هذا كذا) كان إقراراً، وإن كان الإنسان غالباً لا يقول إلا ما يعتقده، ولا يلزم فيه المطابقة للواقع. وعلى فرض كون الأخبار عن الاعتقاد إقراراً فليس ترتب الحكم من جهة كونه معتقداً ذلك، بل من جهة كون الأقرار مثبتاً شرعاً، سواء كان معتقداً أو لا. وتظهر الثمرة فيما لو أقر بما ليس بمعتقد به وعلمنا أنه ليس بمعتقد، ولكن لا ندري أنه كاذب أو صادق، كما لو قال: (إني مديون لزيد عشرة) ونعلم أنه ليس بمعتقد ذلك، ولكن لا ندري أنه في الواقع مديون أو غير مديون - إذ عدم اعتقاد الفائل لا يستلزم الكذب بالمعنى المشهور - فيقبل إقراره ويلزم به وإن علمنا أنه غير معتقد، عملاً بعموم إقرار العقلاء. ودعوى: أن الأقرار إنما ينصرف إلى ما كان معتقداً للمقر أيضاً ممنوع بعد صدق اللفظ على ذلك، مع أن كون المقر معتقداً لا يعلم إلا بكون هذا الكلام دالاً عليه، إذ لا كاشف عن الاعتقاد غير الألفاظ، والفرض أن قوله: (إني مديون) يدل على الواقع بحسب الوضع، وليس دالاً على الاعتقاد، بل هو محتمل العدم كونه معتقداً. ومما ذكرنا ظهر: أنه لا موقع لما يقال: إن في مثل هذا الأقرار لا يمكن الحكم بثبوت الحق، لا في حق نفسه ولا في حق الغير، لتوقف ثبوت الحق على نفسه على ثبوت الحق على غيره، وهو ممتنع الحصول، والموقوف على الممتنع ممتنع، نظراً إلى أن ثبوت الحق على نفسه في الواقع يتوقف على ثبوت الحق على غيره لمكان الارتباط، وأما الثبوت بمحض التعبد على إشكال فيه كما أوضحناه. نعم،

(١) في (ن، د): هذا لك.

[٦٤٢]

هنا كلام، وهو: أن المتبادر من عموم (إقرار العقلاء على أنفسهم): كون الأقرار على ضرر نفسه، وأما لو كان على الضرر عليه وعلى غيره فهو غير داخل تحت العموم، إما لأنه ليس فرداً من أفراد الأقرار على النفس من جهة كونه حقيقة في صورة الانحصار، وإما لأنه ليس من أفرادها الظاهرة وإن كان اللفظ أعم، وعلى كل فشمول العموم لمثله غير معلوم حتى يحتاج إلى التفكيك والجواب والاعتراض. بل نقول: إن الأقرار متى ما كان كذلك فهو غير مسموع،

لعدم شمول الدليل. قلت: أما أولا: فعلى احتمال كون كلمة (جائز) في الخبر متعلقا للجار بصير المعنى: أن إقرار العقلاء على الإطلاق سواء كان على ضرر نفسه، أو لنفعه، أو لضرر غيره أو لنفعه، أو للمركب من الأمرين بصورة، أو الثلاثة كذلك، أو الأربعة - على ما هو ظاهر الإطلاق - جائز على ضرر نفسه، دون الجهات الأخرى، وهذا يشمل هذا الفرد كما يشمل سائره، فإن الأقرار ليس مقيدا بكونه على النفس، بل نفوذه إنما هو في تلك الجهة لا في غيرها، فقولنا: (إقرار العقلاء بضمي على ضرر أنفسهم) ليس في عمومته (١) لمثل هذا الفرض شبيهة. وأما على احتمال كون الجار متعلقا بالأقرار يكون المعنى: إقرار العقلاء القاضي بضرر أنفسهم (٢) ماض، سواء كان الضرر مختصا بالنفس أو بعمها وغيرها، وليس في ذلك انصراف إلى الأول. وقوله: (جائز) مبني على الحيثية السابقة، أي: ماض من جهة الضرر على النفس، فرجع إلى المعنى الأول. مضافا إلى أن هذه العبارة لو أريد منها الحصر - وهو كون الأقرار على الضرر فقط للنفس لا للغير - لم تشمل ما لو أقر بضرر الغير وضرر نفسه أيضا من دون ارتباط، أو نفع الغير، أو نفع نفسه، أو المركب من الاثنين مع ضرر نفسه، ونحو ذلك، مع أن عموم دليل الأقرار لمثل ذلك مما لا بحث فيه ولا شك يعتريه. وإذا لم يرد منها الحصر، فلا وجه لخروج ما اشتمل على الضررين مع الارتباط بينهما في الواقع ودخول ما عداه من الصور، فتدبر.

(١) في (م): شموله. (٢) في (ف، م): نفسه.

[٦٤٣]

وسادسها: أن الأقرار بالشئ إقرار بلوازمه على ما يظهر من كلمة الأصحاب. واللوازم قسمان: لوازم المدلول في الوجود، ولوازمه في الحكم. أما لوازم الوجود - بمعنى ما لا يتحقق المقر به إلا بتحقيقه - فكما ذكر من قولك: (رددت عليك) في جواب من قال: (إني أطلبك عشرة) فإن الأقرار بالرد بإقرار بالأخذ واشتغال الذمة، إذ لا معنى لتحقق الرد بدون تحقق الأخذ، فإن الأقرار بالرد إقرار بما لا ينفك عنه في الوجود. وربما يسمى ذلك بـ: (لوازم الدلالة) باعتبار أن الأقرار بالرد يلزمه الدلالة على الأخذ وإن لم يكن الأخذ مستلزما للرد. لكن ما ذكرناه أوجه، إذ كل ما هو من لوازم المقر به في الوجود يكون داخلا تحت الأقرار وإن لم يكن هناك دلالة عرفية في باب لوازم الوجود وإن كان في بعضها دلالة عرفية أيضا. وأما لوازمه في الحكم - بمعنى الأحكام الشرعية التي تترتب على الموضوع المقر به - فهي أيضا تثبت بسبب كون الموضوع ثابتا بالأقرار كما يثبت بالبينة وبغيرها، ومتى ما ثبت الموضوع ثبت أحكامه بمقتضى الشرع. ولا يلزم في ترتب هذه الأحكام على ذلك كون المقر عالما بالحكم أو قاصدا لذلك، والوجه واضح، لأن ترتب الأحكام ليس بالأقرار، بل بخطاب الشرع تكليفيا أو وضعيا، وإنما الأقرار مثبت للموضوع. نعم، الذي يتوهم فيه الأشكال صورة ما إذا كان الموضوع المقر به مشتركا بين اثنين على سبيل الارتباط مع إقرار أحدهما به دون الآخر - كما في الزوجية والنسب ونحو ذلك - فإن ظاهر الأصحاب حينئذ ترتب الأحكام أيضا على المقر دون المنكر. وذلك مشكل، نظرا إلى أن ترتب الحكم إن كان من جهة إقرار المقر وكونه قاصدا لاشتغال ذمته بهذه الأشياء أو ترتب الضرر عليه فهو غير لازم، لأن قوله: (فلانة زوجتي) لا يستلزم العلم بوجوب المهر والنفقة وغير ذلك من الأحكام، فضلا عن قصدتها والأقرار بها، ونحوه قوله: (فلان عبدي) وغير ذلك. وإن كان من جهة أن الأقرار مثبت للموضوع والأحكام تلحقه بحكم الشرع فهو

فرع ثبوت الموضوع، والفرض أن الزوجية والنسب لم يثبتا بالأقرار فكيف يترتب عليهما الأحكام؟ ولو قيل: بأن ثبوت الموضوع أمر إضافي يختلف باختلاف الأشخاص فلعله ثابت في حق المقر فيترتب عليه أحكامه، وليس ثابتا في حق المنكر. قلنا: إن ذلك بديهي البطلان، لعدم تعقل ثبوت الموضوع لأحد الطرفين دون الآخر، فإن الأقرار إن كان للموضوع فيثبت في حقهما معا، كالبينة ونحوها. مضافا إلى أن اللوازم والأحكام إنما تعلقت بالموضوع الواقعي من الزوجية والنسب ونحو ذلك، وهو لا يكون إلا من جهتين، ولا يكون مقامه في الظاهر إلا الثبوت من الطرفين، ولا نسلم ثبوت هذه اللوازم إلا فيما ثبت من الجانبين، فكيف يثبت بإقرار أحدهما أحكام الموضوع بالنسبة إليه؟ وهذا الأشكال مما أورده الفاضل المعاصر النراقي في عوائد (١). والذي يوجب التخلص عنه: أن الأقرار لا يثبت الموضوع، ولا يلزم في الأقرار بموضوع العلم بأحكامه ولا قصدتها، ولكن لا معنى لقولنا: (إقرار العاقل على نفسه جائز) إلا ترتب الأحكام على ما أقربه، بمعنى كون ما أقر به مفروضا في الواقع بالنسبة إلى الشرع، فإن من أقر بالزنا لا يثبت به الزنا عليه بمعنى تحقق الموضوع، لكن يفرض في حقه واقعا فيتبع (٢) حكمه، وكذلك في النسب، فإن النسب لا يثبت إلا بعدلين، ولكن الأقرار يوجب فرضه واقعا للحكم، ولو لم يكن كذلك لم يكن لقوله: (إقرار العاقل على نفسه جائز) معنى، فما فهمناه من هذه العبارة بحسب الفهم العرفي كاف في إثبات الأحكام وإن لم يثبت به الموضوع ولا قصدتها المقر، فتدبر. وأما دفعه بأن ظاهر كلام (١) المقر علمه بالموضوع فيثبت عليه أحكامه من

(١) انظر عوائد الأيام: ١٧٣، العائدة: ٤٨. (٢) في (ف، م) فيتبع. والظاهر أن الصواب: فيتبعه. (١) في (ن، د): كلمة المقر.

باب لزوم العمل بالمعتقد - كما أشرنا إليه سابقا - فهو غير خال من النظر على ما أشرنا سابقا، فراجع. وسابعها: أن ظاهر الأصحاب: أن ذكر ما ينافي الأقرار بعد تحققه غير مسموع. ووجهه: إطلاق الرواية (١) فإنه دال على النفوذ مطلقا، سواء عقبه بما ينافيه - من إنكار وتأويل - أو لم يعقبه، فيكون الضابط: أن كلما تحقق مفهوم الأقرار عرفا فلا يسمع ما ينافيه وما لم يتحقق فيسمع، لأنه مخرج للأقرار عن الأقرارية، لا أنه مناف للأقرار. وما وقع الخلاف بينهم في مسائل الاستثناء وبدل البعض والفصل والوصل وفي مثل قوله: (له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه) - ونحو ذلك - كلها مبنية على معرفة أن الأقرار يتحقق بالجزء الأول من الكلام فيكون ما بعده منافيا له، أو لا يتحقق إلا بانقطاع الكلام - بمعنى: أن عدم تعقبه بما ينافيه متصلا مأخوذ في مفهوم الأقرار، فما لم يصدق الانقطاع عرفا لم يتحقق مفهوم الأقرار - أو أن ذلك يتفاوت بحسب المقامات وبحسب القيود؟ وحيث إن المسألة عرفية فالعمدة معرفة كون هذا الكلام في العرف كلاما واحدا، أو كلامين ينافي آخرهما أولهما؟ فلا فائدة في إطالة البحث في ذلك. تنبيه: الأقرار إنما يتمسك به في مقام وجود من يدعي المقر به، وبعبارة أخرى: لا يكون الأقرار معارضا مع فعل المقر ما لم يكن هناك من يعارضه ويعتمد على إقراره (٢). فلو أقر واحد بأن هذا المال الذي في يدي ملك لزيد، أو قال: (ليس مالي) ثم قال: (وهبتك إياه) أو رجع عن إقراره وقال: (هذا ملكي) ولم يكن زيد

يدعي هذا المال فالمدار على تصرف المقر وفعله، ولا يعارضه إقراره،
وليس على

(١) يعني قوله صلى الله عليه وآله: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز). (٢) في (ن)،
د: الأقرار.

[٦٤٦]

المتهم أن يتوقع الأجازة من المقر له. وهذا في صورة إمكان تجدد الملك للمقر واضح، لاحتمال كونه وقت الأقرار ملكا لزيد ثم صار وقت التصرف ملكا للمقر، وهذا لا مانع منه. وأما في صورة عدم إمكان التجدد. إما بحسب الزمان كما لو قال: (هذا مال زيد) ثم من دون تخلل فصل بحيث لا يمكن تجدد سبب ملك في ذلك الوقت وهبه لشخص سمع هذا الأقرار منه، وإما بحسب أصل الاستعداد كما لو أقر أن هذه الدار التي في يدي وقف على الفقراء أو وقف بقول مطلق ولم يذكر الموقوف عليه، أو قال: وقف لأولادي - ونحو ذلك - ثم باع تلك الدار، أو أوصى بها، أو تصرف فيه غير ذلك (١) مما لا يجوز في الوقف، من دون وجود معارض يدعي ذلك ويتمسك بالأقرار، فهنا ربما استشكل فيه، من جهة أن الأقرار قضى بأنه ليس في ملكه، ولا يمكن تجدد ملك له بحسب الفرض، فلا يصح ما تصرف فيه. والوجه فيه أيضا: الحكم بصحة التصرف تقديمًا لما هو صريح في الملكية على ما هو ظاهر في خلافه، فإن الأقرار ربما يكون مبنيا على أغراض وهو أعلم بنيته وقصده، وفعله محمول على الصحة كيف كان. نعم، مع وجود المعارض يقدم الأقرار ويحكم ببطلان تصرفاته. وعموم (إقرار العقلاء) لا يفيد مزيد من ذلك، فتدبر.

(١) كذا في أصول النسخ، وصححت العبارة في (م) هكذا: أن يتصرف فيها إلى غير ذلك.

[٦٤٧]

(العنوان الثاني والثمانون) (عموم حجية البيعة في الموضوعات)

[٦٤٨]

عنوان [٢٨] قال الشهيد رحمه الله في القواعد: البيعة حجة شرعية (١). والمحتملات في البيعة (٢) أمور: أحدها: أن تكون حجيتها مقصورة على ما ورد فيه النص الخاص، كمقام الدعاوي والحكومات، على تفاصيل ذكرها الأصحاب في كتاب الشهادات، وذكرها في كل باب من الفقه ما يكون مثبتا له بمقتضى الأدلة الخاصة. والوجه في ذلك: أن الموضوعات التي تعلقت بها الأحكام إنما يراد بها الأمور الواقعية - كما هو مقتضى مدلولات الألفاظ - والطريق إلى الواقع هو العلم لما دل على اتباعه والنهي عن اتباع غيره، فما علم كونه في الواقع كذلك فيتعلق به الحكم وضعيا كان أو تكليفيا، وما علم عدمه فلا، وما شك فيه فالمرجع الأصل، سواء وافق الحكم المجهول أو خالف. وقيام البيعة مقام العلم بقول مطلق لا دليل عليه، والقياس باطل، فيقتصر على ما ورد فيه النص أو قام

عليه الأجماع، وأما موارد الشك فلا. وثانيها: القول بحجيتها في مقام لم يعتبر فيه العلم بدليل خاص، وبعبارة أخرى الأحكام الثابتة للموضوعات المطلقة لا يفترق الحال في ثبوتها بين كونها

(١) القواعد والفوائد ١: ٤١٦، القاعدة: ١٥٣. (٢) في (م): قلت: المحتملات فيها امور.

[٦٤٩]

معلومة، أو ثابتة بالبينة. وأما الموضوعات التي قيدت بالعلم فلا عبرة فيها بالبينة، كالطهارة والنجاسة، فإن الشارع حكم بالطهارة في الموضوع المشتبه حتى يعلم أنه نجس، وفي الحرمة والحلية حكم بالحل حتى يعرف أو يعلم أنه حرام، وفي الشئ الذي علم وجوده حكم ببقائه إلى أن يعلم خلافه ويحصل اليقين - ونحو ذلك - فإن في هذه المقامات لا عبرة بالبينة، لأنه ليس يعلم، والدليل قد قيد في المقام باعتبار العلم. والوجه في ذلك: أن البينة لو فرض لها دليل عام على حجيتها لعارضه ما دل على اعتبار العلم في ذلك بالعموم والخصوص من وجه، فإن دليل البينة قاض باعتبارها سواء كان هناك اعتبار العلم أم لا، ودليل اعتبار العلم قضى بعدم تعلق الحكم بدونه سواء كان هناك بينة أم لا، ومتى ما وقع التعارض، فإما أن يكون الترجيح لدليل اعتبار العلم لنصويته وموافقته للأصل والعمومات من الكتاب والسنة، أو يتكافئان ويتساويان فلا تثبت حجية البينة أيضا. وأما في مقام لم يعتبر فيه العلم بدليل خاص، فليس هناك ما يعارض دليل البينة إلا عموم ما دل على النهي عما وراء العلم من كتاب أو سنة، ودليل البينة أخص منه مطلقا، لعموم النواهي للموضوعات والأحكام، واختصاص البينة بالاولى. مضافا إلى عدم وجود دليل عام للبينة بحيث يشمل صورة اعتبار العلم بالخصوص أيضا. والمتيقن من فتاوى الأصحاب ومن الاستقراء أيضا، إنما هو صورة عدم اشتراط العلم بالخصوص فيقتصر عليها. فلا بد حينئذ في كل مقام من تتبع الدليل الدال على حكم ذلك الموضوع، فإن كان بلفظ مطلق منصرف إلى الواقع فتكون البينة حجة فيه، وإن كان مشروطا بالعلم فلا تكون حجة فيه. ولعل عدم اعتبار بعض المتأخرين (١) البينة في باب

(١) لعل المراد به المحدث الكاشاني - وهو من متأخري المتأخرين - حيث استظهر من الروايات عدم اعتبار ظن الملافة مطلقا، انظر مفاتيح الشرائع ١: ٧٨. نعم حكى ذلك عن القاضي وظاهر عبارة الكاتب والشيخ، راجع الجواهر ٦: ١٧٢. وقد أفنى بذلك صريحا =

[٦٥٠]

النجاسة إنما هو من هذا الباب. وثالثها: القول بحجية البينة مطلقا إلا فيما دل الدليل على اعتبار الزائد. والمراد بالبينة: شهادة العدلين، وهذا هو الذي يظهر من كلمة الأصحاب في سائر الأبواب، وعليه مشايخنا المعاصرون. والوجه في عموم حجيتها إلا فيما خرج يمكن أن يكون امورا: أحدها: الأجماع المحصل من كلمة الأصحاب على هذا المعنى من دون نكير منهم في ذلك، ويتحصل هذا الأجماع من كلامهم من جهات: منها: أنهم في كل موضوع من الموضوعات - كالطهارة والنجاسة، والأوقات، والقبلة، وكافة العقود والأيقاعات، وأسباب التحريم في النكاح من رضاع ونحوه، وأسباب الفسخ من عيب وغيره، وأسباب الضمان من إتلاف أو غصب أو جناية، ونحو ذلك إلى ما شاء الله تعالى، كلها - يحكمون بحجية البينة من دون إنكار

ولا تردد، إلا من شذ منهم في مثل مسألة النجاسة والوقت، كما لا يخفى على المتتبع في كلامهم. ومنها: أن في مقامات ذكرهم للثبوت بالبينة يعللون بأنها حجة شرعية وأنها قائمة مقام العلم، ويترددون غالبا في قبول خبر العدل الواحد، وهذا التعليل منهم دال على بنائهم على حجيتها، إلا فيما دل الدليل على خلافه. ومنها: أنه لا ريب في عدم كون أكثر هذه المقامات التي يعتمدون فيها على البينة منصوصا بالخصوص، ومع ذلك يحكمون به من دون اعتراض أحد منهم في ذلك. وبالجملة: فظهور هذا الأجماع من كلامهم واضح لمن تدبر. وثانيها: منقول الأجماع على حجيتها مطلقا في لسان بعض الأصحاب، بل الظاهر أنه بالغ حد الاستفاضة، وجماعة من مشايخنا المعاصرين صرحوا بالأجماع على ذلك، وهو الحجة، مع أن إرسال الأصحاب هذه المسألة إرسال

= المحقق النراقي - المعاصر للمؤلف - قائلا: وفاقا للقاضي بل المفيد واختاره بعض المتأخرين وغير واحد من مشايخنا المعاصرين، راجع المستند ١: ٤٢ (ط - الحجرية).

[٦٥١]

المسلمات وتعليلهم بعموم أدلة حجية البينة قاض بذلك. وثالثها: الاستقراء، وهو يقرب من الاستقراء التام، فإن أبواب الفقه قد قام النص أو الأجماع على حجية البينة في كثير منها، وليس موارد الشك في ضمنها إلا طائفة قليلة تلحق بالغالب، ويعرف ذلك بالتتبع، وكثرة الموارد تعني عن الحاجة إلى الإشارة إلى الموارد. ورابعها: أن الموضوعات لا ريب في كون أكثرها خفية على أكثر الناس، بمعنى: أن كل صنف من الناس وإن كان لهم تسلط في معرفة صنف من الموضوعات، لكن الغالب لا بصيرة له في الغالب، فلو علق تعلق الأحكام على العلم لزم تعطيل الأحكام غالبا ولزم الهرج والمرج، فلا بد من كون شئ معتبرا في الشرع يوجب الوثوق به في الموضوعات، ولا قائل بما هو أزيد من البينة من شهادة أربعة أو خمسة أو نحو ذلك. نعم، بقي البحث في حجية العدل الواحد، ويأتي البحث فيه. وخامسها: أنه لو دار ثبوت هذه الموضوعات مدار حصول العلم لكل أحد، لزم العسر والحرج الشديدين المنفيان بالنص والأجماع، فكذا المقدم، فتثبت حجية البينة بعدم القول بالفصل، لأن كل من اعتبر ما سوى العلم فقد اعتبر البينة. وسادسها: ما رواه بعض المعتمدين من علمائنا ومعاصرينا من الخبر في هذا الباب، وهو قوله عليه السلام: (إذا شهد عندكم المؤمنون فاقبلوا) (١) والظاهر على ما في بالي أنه معتبر بحسب السند أيضا، وعلى فرض عدم اعتباره أيضا تجبره الشهرة العظيمة والأجماع المنقول وما مر من الوجوه السابقة. والكلام في الدلالة، والظاهر من الشهادة: هو الأخبار عن العلم بأمر متعلق

(١) لم نظفر عليه في الكتب الروائية، ولم نقف أيضا على من رواها أو استدل بها من العلماء المعاصرين للمؤلف وغير معاصريه قدس سرهم. ولعل الأصل في ذلك ما رواه الكليني قدس سره من قول الصادق عليه السلام لابنه إسماعيل في حديث: (فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم) فرواه بعضهم باللفظ المذكور، نقلنا بالمعنى. راجع الكافي ٥: ٢٩٩، الباب ١٥٤ من كتاب المعيشة، ح ١.

[٦٥٢]

بالغير على الظاهر وما كان متعلقا بنفس الأنسان يسمى إقرارا بل الظاهر أن الأقرار على النفس أيضا إخبار عن علم ويسمى شهادة، كما يدل عليه قوله تعالى: كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم (١) وهذه الآية تدل على حجية الأقرار، وقد تمسك به بعضهم (٢) أيضا وذكره في آيات الأحكام في باب الأقرار. والحاصل: أن مقتضى اللغة والعرف - كما يأتي مفصلا - أن الشهادة هي الأخبار عما اطلع عليه الشاهد وعلمه، وحذف المتعلق في الخبر علامة العموم، فيصير المعنى: إذا أخبركم المؤمنون عما اطلعوا عليه فاقبلوا في أي باب كان، وهو المدعى. ولو قيل: إن ظاهر الخبر قبول شهادة المؤمن مطلقا وأين ذلك من البينة؟ قلنا: إن العدالة تثبت شرطيتها بالأجماع. ولو قيل: إن (المؤمنون) (٣) جمع محلي باللام وظاهره الاستغراق، فيصير المعنى: إذا شهد عندكم كل فرد من أفراد المؤمن فاقبلوا، وهذا يصير في حد الضرورة والتواتر فلا بحث فيه. وإن اريد فيه التوزيع - بمعنى كون كل من المؤمنين شاهدا لواحد من المخاطبين في مقام من المقامات - فيدل على حجية الواحد أيضا، ويكون من جملة الأدلة الدالة على حجية خير العدل الواحد، ويأتي الكلام فيه وهو خارج عن البحث. قلنا: لا ريب أن إرادة التوزيع خلاف ظاهر سياق الخبر، والتوزيع غالبا إنما يصار إليه في مقام تقابل الاستغراقين، كقوله تعالى: الرجال قوامون على النساء (٤) ونحو ذلك، وأما مثل هذا الخبر فلا توزيع فيه، لأن ضمير جمع الخطاب وما في معناه ليس من أدوات الاستغراق، بل هو تابع للمستعمل فيه بالعموم والخصوص، ولا ريب في عدم حضور كل مكلف عند الخطاب، وأدلة

(١) النساء: ١٣٥. (٢) الفاضل المقداد في كثر العرفان ٢: ٨٧، والمحقق الأردبيلي في زبدة البيان: ٤٦٧. (٣) في (ن، د): المؤمنين. (٤) النساء: ٣٤.

[٦٥٢]

الاشترار في التكليف لا تثبت عموم اللفظ، والتوزيع مبني على الاستفادة من ظاهر الآية. فلا يقال: إن ثبوت حجيته للمخاطبين يوجب اشتراط (١) الكل، فينحل إلى عموم في المخاطب حكما، لأن الاشتراك في التكليف فرع تنقيح الحكم من الخبر حتى يتسرى إلى الغير، لا إدخال الغير أولا ثم فهم الخبر، ولا ريب أن هذا الخبر من دون عموم في ضمير الخطاب لا يدل على التوزيع، ولا وجه لحمله عليه، فيبقى الكلام في إرادة الاستغراق. فنقول: لو كان المراد: أن كل مؤمن إذا شهد عندك فاقبل، فلا نسلم كون ذلك مفيدا لقبول شهادة المجموع، بل الظاهر أنه يدل على قبول شهادة كل فرد، لأن قوله: (إذا شهد عندك كل مؤمن) بمنزلة قوله (٢): (كل مؤمن إذا شهد عندك) فتدبر. ولو سلم دلالاته على اعتبار شهادة الجميع، فنقول: إن ذلك غير مراد قطعا، لعدم إمكان شهادة الكل في شئ عادة، فإما أن ينزل على الجنس المفرد، فيدل على حجية الواحد أيضا. وإما أن يراد به جنس الجمع، فيكون دالا على حجية الثلاثة وما زاد. وإما أن ينزل على الاستغراق العرفي، فيكون دالا على حجية الشياخ المعتمد به والاستفاضة والمتواتر (٣) ونحو ذلك. فعلى تقدير إرادة الاستغراق العرفي يسقط عن الحجية لو استلزم ذلك ثبوت التواتر. ولكن يمكن أن يقال: إن الاستغراق العرفي غير ملازم لحصول التواتر، وهما مفهومان بينهما عموم من وجه، فيدل على حجية الاستغراق وإن لم يبلغ حد التواتر، ويثبت بذلك حجية البينة، لأن كل من قال بحجية ما سوى العلم اعتبر البينة. وبعبارة أخرى: متى ما لم يعتبر التواتر فلا قائل باعتبار ما زاد على البينة، ولو اريد به جنس الجمع فالدلالة على المدعى بضميمة عدم القول بالفصل واضحة، ولو اريد به التوزيع أو جنس المفرد دل على حجية البينة أيضا من دون

(١) في (د): اشتراك. (٢) في (ف، م): قولك. (٣) في (ن): والتواتر.

[٦٥٤]

بحث، غايته: دلالته على حجية الواحد أيضا، وهو لا يضر في المدعى. وعلى أي حال فلا بحث في عموم الخبر بحسب المورد. فعلى تقدير دلالته على حجية البيئة يثبت به عموم الحجية. وقد اعتمد على هذا الخبر طائفة من المعاصرين (١). ولكن في الدلالة ما ترى من النظر. وسابعها: ما دل من الآيات الشريفة على حجية العدلين في مقامات خاصة. منها: قوله تعالى: يحكم به ذوا عدل منكم (٢). وقوله تعالى: واستشهدوا شهودين من رجالكم (٣). وقوله تعالى: شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم (٤). وقوله تعالى: وأشهدوا ذوي عدل منكم (٥). فان هذه الآيات وما بمعناها دلت على قبول شهادة العدلين في القرض والوصية، وضمان المتلف في الأحرام (٦) ومن الواضح عدم الفرق بين هذه الموارد وغيرها. بل ربما يدعى الأولوية، فإن حقوق الناس إذا ثبتت بالعدلين فالموضوعات التي لا دخل لها في حق الغير بالأولوية، ومقدار الغرامة في الأحرام إذا ثبت بالعدلين فسائر الضمانات المالية المتعلقة بالمخلوقين بالأولوية. بل ربما يدعى أن ظاهر هذه الآيات أن شهادة العدلين في نفسها حجة لا خصوصية لهذه الموارد، بل قوله تعالى: واستشهدوا شهودين من رجالكم من والبعد خلاف الظاهر. ولا ريب أن الأمر بالاستشهاد يقتضي كونه مقبولا عند الأخبار، وإلا فلا ثمره في الاستشهاد. وثانها: ما دل من الآيات الشريفة على وجوب تحمل الشهادة وأدائها

(١) راجع ص: ٦٥١، الهامش (١). (٢) المائدة: ٩٥. (٣) البقرة: ٢٨٢. (٤) المائدة: ١٠٦. (٥) الطلاق: ٢. (٦) كذا، والأولى إن يقال: وجزاء الصيد المقتول في الأحرام.

[٦٥٥]

واقامتها، والذم على من كتمها مثل قوله تعالى: وأقيموا الشهادة لله (١) وكونوا قوامين بالقيسط شهداء لله (٢). وقوله تعالى: ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا (٣). وقوله تعالى: ومن يكتمها فإنه آثم قلبه (٤). وقوله تعالى: إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى... الآية (٥). وقوله تعالى: ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله (٦). ووجه الدلالة: أن الشهادة لغة وعرفا بمعنى الأخبار عما يطلع عليه الأنسان كما تشهد به الأمانة (٧) ومتى ما وجب إقامتها وتحملها وحرم كتمانها علم أن إظهارها نافع ومؤثر ومقبول. واحتمال لزوم الأظهار حتى يصير قطعيا متواترا في كمال البعد، فإن الشهادة في العرف واضحة المعنى، وليس ثمرتها عندهم حصول القطع، بل إتمام الحجة وحصول الوثوق. كما أن احتمال تنزيلها على موضع ثبت من الشرع فيه قبول الشهادة والبيئة خلاف الظاهر، بل الظاهر من هذه الآيات عموم حجية الشهادة، وهي تصدق على العدلين قطعيا، وعلى الواحد أيضا بمقتضى العرف واللغة، إلا أن الأجماع قام على اعتبار التعدد في الشهادة. وتاسعها: ما دل من كون البيئة على المدعي (٨) ولا ريب في صدق البيئة على العدلين، لأن البيئة ما به يتبين الشيء ويستكشف، والعدلان مما يحصل به البيان عرفا، فلا وجه لما يقال: إن هذه الرواية دلت على كون ما به البيان على المدعي، وأما أن ما به البيان أي شيء، فهو موكول إلى الشرع. بل ربما يمكن أن يقال: إن البيئة حقيقة في شهادة العدلين في زماننا

وما قبله، بل قبل الشرع أيضا كانوا يطلقون البيئنة على الشهادة،
فيكون المعنى: إقامة الشهادة على المدعي، ولا ثمرة

(١) الطلاق: ٢. (٣) النساء: ١٣٥. (٣) البقرة: ٢٨٢. (٤) البقرة: ٢٨٣. (٥) البقرة: ١٥٩.
(٦) البقرة: ١٤٠. (٧) الأمانة: لم ترد في (ف) ولعلها زائدة في سائر النسخ، والأصل
في العبارة: كما شهد به. (٨) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم
وأحكام الدعاوي.

[٦٥٦]

لذلك إلا السماع والقبول قطعا و (١) كل موضوع من الموضوعات،
فمن زعم تحققها فهو مدع له (٢) فيدخل في الخبر. ولو فرض
انصراف الدعوى إلى ما هو المتعارف بين الناس، فنقول: يمكن تعلق
شئ بأي موضوع فرض حتى (٣) يكون داخلا في الدعوى المتعارف،
ولا يخفى ذلك على المتدبر. ولو لم يمكن فرض الدعوى في بعضها
فيمكن تميمه بعدم القول بالفصل. لا يقال: إن ذلك كله لو تم لأفاد
ثبوت ذلك بالعدلين في مقام الدعوى، وأما مطلقا فلا. لأننا نقول أولا:
إن ثبوته بالعدلين في مقام الدعوى يقتضي ثبوته بهما في غيره
بالأولوية. وثانيا: إن كل من قال بثبوت الموضوع بالعدلين قال به في
المقامين، ولم يفرق بين الدعوى وغيرها. وعاشرها: ما ورد من
الروايات في وجوب تحمل الشهادة وأدائها، والذم على كتمانها - كما
دل عليه الآيات (٤) - وأكثرها واردة في التفسير، مذكورة في كتب
الفروع، من أرادها فليرجع إليها (٥) ولوضوح مداليلها ما تعرضنا
لذكرها. وبالجملة: الظاهر البناء على عموم حجية شهادة العدلين إلا
فيما خرج، وإن كان شئ من هذه الأدلة لا يخلو عن نظر، ولكن بعد
تراكم هذه الأدلة وتسليم الأصحاب لها في كل باب فلا بأس (٦) في
الحكم بذلك. وفي هذه الآيات والأخبار التي أوردناها كلام من جهات
تركناها، لعدم نفع يعتد بها فيه (٧). وأما حجية العدل الواحد ففي ما
دل عليه الدليل بالخصوص - كعزل الوكيل

(١) كذا، وفي هامش (م) بدل (و): في. (٢) كذا، والعبارة لا تخلو عن إشكال. (٣) لم
ترد (حتى) في (ن، د). (٤) تقدم ذكرها في ص: ٦٥٥. (٥) راجع الوسائل ١٨: ٢٢٥،
الباب ١ من أبواب الشهادات، وص ٢٢٧، الباب ٢ منها. (٦) في (ن): فلا بحث، وفي
(م): لا بأس. (٧) كذا في اصول النسخ، وفي العبارة مسامحة واضحة.

[٦٥٧]

بخبر الواحد (١) ونحو ذلك - فلا بحث، كما (٢) دل الدليل فيه على
اعتبار التعدد. وأما في موارد الشك فربما يتردد فيه الأصحاب، كما
اتفق ذلك من الشهيد الثاني رحمه الله غا حجية خبر الواحد. وحيث
إن (٣) العمدة عندي في قبول خبر الواحد في الأحكام الشرعية هو
الأجماع والأخبار المتواترة معنى الدالة على ذلك - مع أدلة آخر -
وكلها لاتعم الموضوعات. نعم، لو تم دلالة آية النبأ على ذلك فيمكن
التمسك بها في عموم حجية خبر الواحد كظواهر آيات الشهادة أيضا،
إلا أن الأولى محل إشكال، وآيات الشهادة مقيدة بالضميمة بنص أو
إجماع، سواء جعلته من باب التخصيص أو من باب التخصص، فتدبر.

(٢) انظر الوسائل ١٣: ٢٨٦، الباب ٢ من أبواب الوكالة، ح ١. (٣) أي: مثل ما. (٤) لم
نظف عليه. (٥) الأولى حذف (حيث إن) لتستقيم العبارة، كما أسقطهما مصحح (م).

[٦٥٩]

عناوين الشرائط العامة للمباشرين في عبادة أو عقد أو إيقاع، كالبلوغ والعقل والرشد والأسلام والأيمان والعدالة والحرية والاختيار والقصد. (العنوان الثالث والثمانون) (عدم شرطية البلوغ في الأحكام الوضعية غير الناشئة عن اللفظ)

[٦٦٠]

عنوان [٨٣] لا شبهة في عدم شرطية البلوغ في جل الأحكام، فإن المواريث والديات والضمان في الغصب والأتلاف والالتقاط ونحو ذلك يجري على الصبي كالبالغ. والوجه فيه: عموم الأدلة، وعدم وجود المخصص، فإن قوله: (من أحيى أرضاً ميتة فهي له) أو (من حاز شيئاً من المباحات فقد ملكه) أو (على اليد ما أخذت) أو (من أتلف شيئاً من مال أو نفس ضمنه) ونحو ذلك كلها عامة للصبي كالبالغ، من دون فرق، فلذا نقول: إنه يملك بالاحتطاب والاصطياد، ويضمن بسبب إتلاف أو جناية. ودعوى: أن هذه الأدلة إنما تنصرف إلى البالغين - لأنها أيضاً مسوقة كسوق سائر التكاليف الغير المتعلقة بغير البالغين - ممنوعة، فإن اللفظ لا ريب في عمومه لغة وعرفاً، مضافاً إلى فهم العلية من هذه الأدلة الموجبة لإلغاء جهة المباشر، القاضية بثبوت الحكم في أي مورد كان. ولو قيل: إن الحكم الوضعي مستلزم لحكم تكليفي غالباً أو مطلقاً، والحكم التكليفي من وجوب دفع أو من تحريم أخذ أو نحو ذلك لا يتعلق بالصبي - كما سيحقق - ونفي اللازم قاض بنفي الملزوم. قلنا: استلزام الوضعي للتكليف إن كان في الجملة - أعم من الأطلاق والتقييد -

[٦٦١]

فهو مسلم، فإن ضمان المتلف يقضي بوجوب الدفع إلى المالك مع المطالبة لكن مع اجتماع شرائط التكليف، وهذا لا مانع منه في الطفل، فإنه ضامن بالفعل يجب عليه دفعه إذا اجتمع فيه شرائط التكليف. وإن كان خصوص الحكم المطلق المنجز، فاستلزام الحكم الوضعي للتكليف بهذا المعنى ممنوع كما أشرنا إليه. مضافاً إلى أن عدم وجود الضمان في الصبي إلى حال البلوغ يوجب عدمه بعده أيضاً، لبراءة ذمته في أن البلوغ، ولا سبب بعد ذلك، وكون الأتلاف حال الصبي سبباً للضمان حال البلوغ خلاف ظاهر الدليل. وتظهر الثمرة في صحة الأبراء وغير ذلك مما لا يخفى. ومن هذا الباب سائر الأسباب، فإن أسباب الوضوء والغسل موجب في الصبي أيضاً لهما عند تعلق التكليف، والوطئ - مثلاً - سبب للتحريم في المصاهرة ولواحقها في الصبي كالبالغ، وعلى هذا النحو غيره.

[٦٦٢]

(العنوان الرابع والثمانون) (صحة عبادات الصبي المميز وعدمها)

[٦٦٤]

عنوان [٨٤] اختلفوا في شرطية البلوغ لشرعية العبادات وصحتها، بعد اتفاهم على شرطية التمييز وشرطية البلوغ في الوجوب والتحرير - بمعنى عدم العقاب على الصبي في فعله وتركه - على أقوال: أحدها: أن هذه العبادات من الأطفال تمرينية صرفة، بمعنى عدم ترتب أجر وثواب من الله تعالى على عمل الصبي وإن كان لوليه ثواب التميرين لذلك. وثانيها: أن عباداته شرعية كالبالغين، ومعنى الشرعية: كونها مندوبة للصبي مطلوبة من الشارع (١) بحيث يستحق عليها الأجر والثواب الأخرى، سواء كان فعل واجب أو مندوب، أو ترك محرر أو مكروه. وبعبارة أخرى: خطاب الندب والكرهية متعلق بأفعاله (٢) والواجب في حكم المندوب والحرام في حكم المكروه بعد رفع العقاب عنه وإن كان أمر الولي له بذلك تمرين (٣) له على العمل، لأن كون ثواب التميرين للولي غير مناف لكون الفعل مما فيه ثواب للطفل. وثالثها: أن عبادات الصبي شرعية تمرينية، لا أنها شرعية أصلية، والمراد بذلك: أن إتيان الصبي لهذه الأفعال وتركه لهذه التروك مطلوب للشارع لا لأنفسها،

(١) كذا، والظاهر: مطلوبة للشارع. (٢) في غير (م): متعلقة بأفعالها. (٣) كذا، والظاهر: تمرينا.

[٦٦٥]

بل لحصول التعود والتمير على العمل بعد البلوغ. فصلاة الصبي فيها جهتان: جهة كونها صلاة، وهذه الجهة ملغاة في الصبي، لا فرق بين كونها صلاة أو قياما أو نوما أو نحو ذلك في عدم رجحان أصلي فيها بالنسبة إليه وعدم وجود أجر في ذلك من جهة الصلاةية. وجهة كونها تعودا على شئ يكون مطلوبا بعد البلوغ وإن كان لا غيا الان في حد ذاته، وهذه الجهة مطلوبة للشارع يثاب عليها. وبعبارة أخرى: التمير مستحب دون الصلاة والصوم، فتدبر. والثمرة بين القول الأول والأخيرين تظهر في حصول الأجر للصبي وعدمه، فعلى الأول: لا أجر له، بخلاف الأخيرين. وبين الأخيرين تظهر في تعيين الأجر، فإن القول بالشرعية يقتضي حصول ثواب الصلاة والصوم بالنسبة إليه كالبالغ من دون فرق، والقول الثالث يستلزم حصول ثواب التمير، لا الصلاة والصوم، لعدم كونهما راجحين للصبي، بل الراجح هو التمير والاعتقاد. وتظهر أيضا في نية العبادات الواجبة، فعلى التمير ينوي الوجوب. وفي جواز نيابة الصبي عن ميت أو حي باجرة أو بدونها، فعلى القول بالتميرين الصرف واضح الفساد، لعدم كونه قابلا للنيابة وعدم وجود الفائدة الموجبة للصحة. وعلى القول بالشرعية فهي جائزة كالبالغ من دون فرق، فيكون نائبا ويكون منويا عنه أيضا. وعلى القول الثالث لا يجوز أيضا، لأنه رجحان تمرن لا يكون قابلا للنيابة، لعدم إمكان حصول المراد إلا بالمباشرة وهي غير مورد الوكالة والنيابة، ولعدم وجود ثواب في أصل الفعل قابل للرجوع إلى شخص آخر حتى ينوي عنه، بل الأجر على نفس التمير، وكونه للغير فرع كونه منويا عن الغير، وهو غير ممكن، لمنافاة مفهومه لذلك. والمحكي عن مشهور الأصحاب القول بالشرعية (١) وعن بعض علمائنا القول

(١) حكاة المحدث البحراني في الحدائق: ١٣: ٥٣.

[٦٦٦]

بالتمرين (١) وجماعة من المتأخرين منهم الشهيد الثاني رحمه الله (٢) وجملة من المعاصرين القول بالشرعية التمرينية (٣) وربما يظهر من بعضهم تنزيل كلام الأصحاب أيضا على ذلك (٤) لا الشرعية بالمعنى الثاني (٥) فتدبر. وأما الأدلة: فللقائلين بالتمرين: أصالة عدم ترتب الثواب إلا بالدليل، وهو منتف، وعدم شمول ما دل على الأحكام التكليفية - من الأوامر والنواهي - على (٦) الصبي، لانصرافها إلى البالغين العاقلين. وتقيد (٧) بعض الأحكام قطعاً بالبلوغ - كالواجبات والمحرمات - من حيث كونها (٨) وإجبا ومحرمًا (٩) ولا فرق بينهما وبين غيرهما في جهة العملية (١٠) والمطلوبية وإن كان هناك فرق في العقاب وعدمه. وحديث (رفع القلم عن الصبي والمجنون) (١١) المعتمد عليه عند العامة والخاصة، وظاهر معناه: أن القلم الجاري على البالغين العاقلين فهو مرفوع عن غيرهما، ولارباب أن القلم أعم من الواجب والمندوب والمحرم والمكروه، بل المباح أيضا، فيصير المعنى: أن الحكم الجاري على البالغ العاقل لا يجري على الصبي والمجنون بقول مطلق، فلا يتحقق طلب لأفعاله ولو ندبا حتى يكون شرعيا، ولو كان عمومات أدلة الأحكام شاملة للصبي أيضا لتخصصت بحديث رفع

(٢) منهم العلامة في المختلف ٣: ٢٨٦. (٣) ظاهر عبارة المتن: أن الشهيد الثاني قائل بالشرعية التمرينية، مع أنه قدس سره قال: والأصح أنه تمريني لا شرعي، راجع المسالك ٢: ١٥. (٤) لم نعثر عليه في ما وصل إلينا من كتب معاصريه ومن قارب عصره قدس سرهم. (٥) لم نقف عليه. (٦) أي ثاني الأقوال المذكورة في أول العنوان. (٧) كذا، والمناسب: للصبي. (٨) في (ن، د): تقييد. (٩) كذا في (ن، د)، وفي (ف، م): (كونهما) والصواب: (كونه) باعتبار رجوع الضمير إلى (بعض). (٩) أنهما مصحح (م). (١٠) في (ن، د): العلمية. (١١) الوسائل ١: ٣٢، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ١١.

[٦٦٧]

القلم، إذ التعارض بين العمومات وبين الخبر بالعموم والخصوص المطلق غالبا. ولو فرض بالعموم من وجه، كقوله: (من قرأ سورة الفاتحة فله كذا) فإنه شامل للصبي وغيره، وحديث (رفع القلم عن الصبي) شامل للفاتحة وغيرها من الأعمال، فنقول أيضا بتقديم حديث رفع القلم، لوروده على تلك العمومات عرفا، ولكون أخصيته باعتبار الموضوع وأعميته باعتبار المحمول، وحديث الفاتحة - مثلا - بالعكس، والعمدة في الأخصية هو الموضوع، فلا وجه بعد ذلك لترتب الثواب عليه. وكون الأولياء مأمورين بالتمرين لا يقضي بكون هذه الأفعال مطلوبة من الصبيان، بل ليس ذلك إلا كتعليم (الشاذي) (١) ونحوه، فالثواب للولي على تمرينه، لأنه عمل مأمور به، ولا جزاء لعمل الصبي مطلقا. والكلمة الجامعة بين القولين الأخيرين النافية لهذا القول أمور: أحدها: أن ما دل من العمومات على ترتب الثواب على الأفعال شامل للصبي كالبالغ - كما لا يخفى على من تتبع الآثار والأخبار والآيات - وانصرافها إلى البالغين ممنوع، بل ليس المقام إلا كباب الأسباب والضمانات، فكما أن ما دل فيها من الأدلة عام للصبي والبالغ، فكذا المقام من دون فرق، إلا إذا دل دليل على التخصيص. وثانيها: أن المستقلات العقلية - كحسن الأحسان ورد الودعة ونحو ذلك - لا ريب في كون من امتثل بها مستحقا للثواب في نظر العقل، من دون فرق بين البالغ والصبي، والعقل لا يقبل التخصيص، والجزاء لا ينفك عن العمل الحسن عقلا ونقلا، فكيف يعقل القول بعدم ترتب الثواب على ذلك مع تسليم هذه المقدمات؟ ودعوى: عدم حكم العقل بحسن رد الودعة أو الأحسان في الصبي، مما ينكره الوجدان وينفيه العيان، ولا فرق بين ما يستقل به العقل وغيره. وثالثها: أن بعد حكم الشرع بمطلوبية الأفعال الواجبة والمندوبة علمنا بوجود

[٦٦٨]

مصلحة أو مفسدة في فعله أو تركه يوجب المطلوبة - على ما تقرر عندنا من تبعية الأحكام للمصالح - ولازم ذلك كونه مطلوباً من الصبيان أيضاً، إذ لا تتخلف المصلحة الكامنة. نعم، للمباشر والحالات مدخلية في المصلحة تتغير بتغيرها (١) ولكن الكاشف عن ذلك الدليل، وحيث إن الطلب والثواب تعلق بماهية قراءة القرآن - مثلاً - ولم يدل دليل إلا على خروج الجنب والحائض مثلاً (٢) في وجهه، يعلم من ذلك أن الصبي والبلوغ لا مدخلية له في المصلحة. ورابعها: أن قضية اللطف عدم خلو هذا العمل الصادر عن الصبي من الثواب، فإن من أتى بعمل حسن قاصداً به وجه الرب الكريم فحرمته عن الجزاء والثواب مناف للطف وما دل من الكتاب والسنة على أنه تعالى يقدم ذراعاً على من أقدم عليه شبراً (٣) فتدبر. وخامسها: الاعتبار العقلي، فإن من البعيد الفرق بين ما قبل البلوغ بساعة وما بعده، فإن المراهق المقارب للبلوغ جداً لا ريب في أنه بمكان من الأخلاص والعبودية لله تعالى كما بعد البلوغ، بل في الحالة الأولى ربما يكون أشد من الحالة الثانية، فيبعد كونه ماجوراً على الثانية دون الأولى. وسادسها: ما ورد من الأخبار على أن (لكل كبد حراء أجر) (٤) فإنه عام للصبي والبالغ، بل مشير (٥) إلى أن العلة إنما هي حرارة الكبد، ولا ريب في احتراق كبد الصبيان في بعض الأوقات والأفراد شوقاً إلى الله تبارك وتعالى أزيد من كثير من البالغين. وسابعها: لزوم ترجيح المرجوح، فإننا لو فرضنا أن المراهق أتى بعبادة مشتملة على الاخلاص والشرائط والأجزاء وأتى غيره بهذا العمل، أو أتى به ذلك

(١) كذا، والظاهر: بتغيرهما. (٢) في (ن) مكان (مثلاً): به. (٣) ورد ذلك في الحديث القدسي بلفظ (من تقرب إلي شبراً تقربت إليه ذراعاً...) البحار ٨٧: ١٩٠. (٤) عوالي اللالي ٢: ٣٦٠، ح ١٥. (٥) في (ن، د): يشير.

[٦٦٩]

أيضاً بعد بلوغه غير مستجمع لتلك الصفات الكمالية، فجعل الثواب للثاني دون الأول ترجيحاً للمرجوح على الراجح. إلا أن يقال: إن الصبي لو كان معتقداً لحصول الثواب فهو خارج عن محل البحث والنزاع، إذ البحث في الحكم الواقعي وفي أنه هل هناك ثواب أم لا؟ وبعد عدم ثبوت خطاب الشارع له فلا ثمرة في جمع الشرائط والأجزاء، فتأمل. وثامنها: أنه قد ورد الأمر على الأولياء أن يأمرُوا الأطفال بالعبادة، كقوله صلى الله عليه وآله: (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع) (١). ولا ريب أن الأمر بالأمر أمر بالثالث على العمل عرفاً، كما إذا قال زيد لعمر: قل ليكر أن يفعل كذا، فإنه أمر ليكر بذلك، بحيث لو أطلع بكر على كلام زيد من دون أمر عمرو بل من خارج لزمه الامتناع، ولو خالف لاستحق العقاب، وليس معناه: أن يكر مأمور من عمرو، لا من زيد، وذلك في العرف واضح. ومثله قوله تعالى: وقل لعبادي يقولوا التي هي أحسن (٢) فإن ذلك أمر للعباد من الله تعالى - والمسألة محررة في الأصول - ويكون (٣) الصبيان أيضاً مأمورين من الشارع بالعمل، ولازمه الثواب، وهو معنى الشرعية. وأما قياس العقاب على الثواب فليس في محله، إذ سبب رفع العقاب إنما هو اللطف والرحمة مع عدم كمال العقل في الصبي،

وهو سبب في وجود الثواب لا في ارتفاعه وعدمه. وأما حديث (رفع القلم) فنقول (٤): إنه لا يدل على نفي الثواب والمطلوبية مطلقا، بل الظاهر منه: إما نفي العقاب كما هو غالب استعماله في العرف، فإن أهل العرف إذا قالوا: (فلان مرفوع القلم) لا يريدون به إلا عدم المؤاخذة عنه في أفعاله وتروكه. وإما عدم وجود جزاء على عمله المستحسن فلا دليل في (رفع)

(١) البحار ١٠٤: ٥٠، ح ١٤، بلفظ (مروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء سبع سنين).
(٢) الأسراء: ٥٣. (٣) في (ف، م): فيكون. (٤) في (ن، د): فأقول.

[٦٧٠]

القلم) على ذلك، فلا يعارض الأدلة السابقة. وإما المراد منه: نفي القلم الجاري على المكلفين حتى في المستحبات، ولا منافاة بين عدم كون الاستحباب بالمعنى الموجود في المكلفين وبين كونه مستحبا مستحقا للثواب من جهة التمرن، كما يراه أهل القول الثالث. وبالجملة: فحديث (رفع القلم) لا يدل على التمرن الصرف إلا مع فرض دلالته على ارتفاع الحكم مطلقا، وليس كذلك، ويرشد إلى هذا المعنى: عدم ارتفاع الأحكام الوضعية من حيث نفسها عن الصبيان كما ذكرناه، مع أن حديث (رفع القلم) عام، وليس إلا لانصرافه إلى المؤاخذة لا أصل الحكم، ورفع المؤاخذة رفع للوجوب والتحرير، دون سائر الأحكام. إذا عرفت هذا فيبقى تحقيق الحق بين القولين الأخيرين، فنقول: قد ظهر مما ذكرنا: أن ترتب الثواب عقلا لا مانع منه، ولو كان هناك مانع لم يكن فرق بين استحباب التمرن واستحباب الصلاة، ومتى ما انفتح باب كون الشيء مطلوبا من الصبي بحيث يؤجر عليه جاز كون كل عمل كذلك، وذلك واضح. بل قد عرفت أن مقتضى قبح ترجيح المرجوح وقاعدة اللطف وكون الأجر لكل كبد حراء وجود الثواب أيضا، فضلا عن عدم المانع عقلا، ولكن أصحاب القول الثالث يدعون: أن الثواب في الجملة اللازم من اللطف ونحوه من الأدلة نقول به، وهو ثواب الاعتياد، وأما ثواب أصل العمل - كما في البالغ - فهو فرع الدليل، وليس إلا شمول العمومات وقاعدة الأمر بالأمر، والعمومات لو فرضنا عدم انصرافها إلى البالغين، والأمر بالأمر لو سلمنا عدم كونه منصرفا إلى التمرن الذي لا يدل إلا على مطلوبية التمرن دون أصل الأفعال، نقول: إن حديث (رفع القلم) قاض بارتفاع كل ما هو جار على البالغ من الصبي، ومنه مطلوبية أصل الأفعال. نعم، على الصبي يجري ما لا يجري على البالغ وهو رجحان التمرن، فإن ما في البالغ مطلوبية أصل الفعل وهو غير متحقق في الصبي، وما في الصبي رجحان تمرن ليس في البالغ، فحديث (رفع القلم) مخصص للعمومات وموجب لارتفاع قاعدة

[٦٧١]

الأمر بالأمر هنا، بمعنى إرادة التمرن لا الأمر، فيصير الحاصل: أن هناك ثواب تمرن، لا ثواب أصل العمل. وحيث رجعت المسألة إلى دلالة حديث (رفع القلم) فالأنصاف: أنه إما الظاهر منه رفع المؤاخذة فلا يدل على ارتفاع الأحكام مطلقا، وإما أنه منصرف إليه بحيث يشك في إرادة ارتفاع سائر الأحكام، فيبقى عموم ما دل على الأجر والجزاء سليما عن المعارض وما ذكرناه من الوجوه الآخر مؤيدا له. وهنا احتمال رابع لم أجد من قال به، وهو: أن أعمال الصبي شرعية فيها ثواب أصل العمل، ولكنه عائد إلى الولي دون الطفل. ويمكن الاستناد في ذلك إلى أمرين: الأول: أن الطفل من جهة عدم كمال

عقله إنما يكون المحرك والداعي له إلى العمل تمرين الولي، وحيث إن المباشر ضعيف فيكون السبب هو العمدة ويكون العلة الأقوى الولي، ويكون الطفل كالالة، نظير ما ذكره في الجنائيات، ونذكره في المعاملات من جواز كون الطفل كالالة وإن كان عاقلا قاصدا مختارا لكنه لضعفه كالالة، وإذا كان كذلك فالفعل يسند إلى الولي، فله جزاؤه: إن خيرا فخير وإن شرا فشر. والثاني: ما ورد في الخبر - في باب الحج - في حج الولي بالطفل المميز، فإنه قال: (إن الولي إذا فعل ذلك وتمم الاعمال كان له أجر حجة) (١) والظاهر منه: أن الولي كأنه فعل حج وهذا الفعل في الحقيقة فعله، فيكون للولي في كل مقام يأتي به الصبي بعمل ثواب ذلك العمل. ولكن قضية العقل وظواهر الكتاب والسنة كون جزء كل عمل لمن باشره وفعله، فإن كان لمباشرة الطفل ثواب فيستحيل كونه لشخص آخر - إلا في النيابة ونحوها في وجه - وإن لم يكن ثواب رجوع إل التمرين، وذلك الثواب الحاصل للولي ليس ثواب فعل الصبي، بل إنما هو ثواب كونه داعيا إلى هذا العمل وممرا

(١) لم نعتز عليه.

[٦٧٣]

عليه، وقد يكون ثوابه معادلا لثواب الصلاة والحج مثلا، كما يرشد إليه قوله عليه السلام: (الدال على الخير كفاعله) (١). هذا ما سنح بالبال في هذا المجال على الاستعجال. وكيف كان: فالقول بالشرعية بالمعنى الثاني عندي أقوى، والروايات الخاصة في الصوم والصلاة لا تنافيها، وأكثرها بلفظ الأمر. وهنا وجه خامس، وهو: كونه تمرينا في الواجبات شرعيا في المندوبات. أما في الثاني فلما مر من العموم، وأما الأول فلأن انتفاء الوجوب يوجب انتفاء الرجحان الذي في ضمنه، ولا دليل على الاستحباب، والكلبي لا وجود له، فتأمل. ولا أعرف به قائلا.

(١) الفقيه ٢: ٥٥، باب فضل المعروف، ح ١٦٨٢.

[٦٧٣]

(العنوان الخامس والثمانون) (البلوغ شرط في صحة العقود والأيقاعات)

[٦٧٤]

عنوان [٨٥] عبارة الصبي ملغاة في العقود والأيقاعات كافة، وبعبارة أخرى: البلوغ شرط مطلقا، سواء كان العقد والأيقاع لنفسه أو لغيره، ولا فرق (١) بين كونه محجورا عليه في المتعلق وعدمه، وبين كونه في مقام الاختبار والامتحان وعدمه، وبين كونه مأذونا من الولي وعدمه، وبين البالغ عشرا في الذكر وعدمه، على ما نراه من عدم كونه بلوغا، وعلى القول بكون البلوغ هو العشر فيصير النزاع في الموضوع دون الحكم من حيث هو، والوجه في ذلك أمور: أحدها: الأجماع المحصل من الأصحاب الظاهر بالتتابع في كلامهم، حيث

إنهم يشترطون ذلك في جميع العقود والأبعاث، وهو الحجة. ومخالفة من يذكر بعد ذلك من الأصحاب غير قاذحة في الأجماع. وجرى السير على معاملة الصبي لا ينافي الأجماع على بطلان عقده، للفرق بينه وبين المعاطاة، مع ما نذكر فيه من الوجوه الأخر. وثانيها: منقول الأجماع حد الاستفاضة - كما حكى عن ابن حمزة (٣) والعلامة (٣) (٤) مع تأييده بشهرة محققة ومحكية، وبما يذكر بعد ذلك من الأدلة.

(١) في (ف، م): فلا فرق. (٢) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف (ابن زهرة) راجع الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٢٢. (٤) التذكرة ٢: ٧٣. (٤) في غير (م) زيادة: غيرهم.

[٦٧٥]

وربما يناقش فيه بأن الفاضل مع نقله الأجماع قال: (والوجه عندي البطلان) (١) ولو كان هذا إجماعاً لم يكن لقوله: (والوجه) وجه، ويمكن دفعه بأن كلامه يمكن كونه في قبيل رواية ضعيفة أو في قبيل فتوى العامة ونحو ذلك، فلا يدل على التردد. وثالثها: أن الأصل في العقود أولاً هو الفساد، وكذا الأيقاع، وما ثبت من الأدلة صحته إنما هو في غير عقد الصبي، فإن العمومات لا تشملها، وسيأتي توضيحه. ورابعها: أن الصبي محجور عليه في التصرفات مسلوب الأهلية، والعقد أيضاً من جملة ذلك، وإن كان يرد عليه: أن محض العقد ليس بتصرف. وينتقض بالسفيه، فإنه محجور عليه مع أن عبارته ليست مسلوقة، فيصح بالتوكيل والاستئذان. وخامسها: أن صحة العقد تستلزم ترتب الآثار والأحكام، واللوازم من الأمور الواجبة والمحرمة، وهذه الأحكام لا تثبت للصبي لرفع القلم عنه، ونفي اللوازم نفي للملزومات، ويشكل باحتمال القول بالصحة بإذن الولي أو إجازته مع كون المكلف بترتيب الأحكام هو الولي ولا محذور. وسادسها: الأخبار المستفيضة الدالة على عدم صحة معاملات الصبي وعقوده، المنجبر ضعف أسانيدها بما مر من الفتوى والعمل. منها: أن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحدود التامة، وأخذ لها بها. والگلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة، أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت قبل ذلك (٢). ومنها: الخبر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه (٣).

(١) التذكرة ٢: ٨٠. (٢) الوسائل ١٣: ١٤٢، الباب ٢ من أبواب أحكام الحجر، ح ١. (٣) المصدر: ح ٥.

[٦٧٦]

ومنها: الخبر الأخر: إذا بلغ الغلام أشده جاز له كل شيء، إلا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً (١). ووجه الاستدلال: أن جواز الأمر عبارة عن النفوذ والصحة، والشراء والبيع حقيقة في العقد والتملك، وقد علق في هذه الأخبار على البلوغ، ومفاهيمها تدل على عدم الجواز والنفوذ قبل البلوغ، وهو المدعى. وقد يقال: إن المتبادر منها: كون الحجر والمنع من التصرف في ماله، وأما كونه عبارة مسلوقة (٢) ولو بالوكالة والأذن، فلا. ولكن الظاهر من الخبر كون الصغر مانعاً عن صحة المعاملات، ولا مدخلة لماله أو غيره في ذلك، مضافاً إلى عدم القول بالفرق بين ماله ومال غيره. ولو قيل: إن المتبادر من النصوص

جواز الأمر على الاستقلال فلا يدل على عدم الصحة مع إذن الولي. قلنا: إن كان المراد من جواز أمره في البيع والشراء: نفاذه وصحته - كما ذكرناه - فنقول: هو أعم من إذن الولي وعدمه، وليس فيه انصراف إطلاق، خصوصا مع كون الغالب في معاملات الأطفال رضاء الأولياء. وإن كان المراد من جواز الأمر: جواز أمر الولي له في البيع، فوجه الدلالة واضح، لأن مفهومه أن الولي لا يجوز له أن يرخسه في المعاملة ما لم يبلغ، وليس إلا لعدم أهليته، فتدبر. وأما اختصاصها باليتيم، فلا إشكال فيه، لعموم الخبر الأخير، وعدم القول بالفرق بين اليتيم وغيره، وظهور كون العلة الصغر لا اليتيم، ولا المجموع المركب، فتأمل. وليس في الباب خلاف إلا من الشيخ رحمه الله - ونسب إلى بعض أيضا - أن من بلغ عشرا يجوز بيعه ونحو ذلك من تصرفاته مع كونه عاقلا (٣).

(١) لم نعثر عليه باللفظ المذكور، انظر ذيل الحديث السابق، ومستدرک الوسائل ١: ٨٧، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ٨. (٢) كذا في أصول النسخ، وصححها مصحح (م) هكذا: (كون عبارته مسلوقة). (٣) قال السيد المجاهد قدس سره - في عداد الأقوال -: الثاني أنه يصح بيع البالغ عشر سنين =

[٦٧]

فإن كان مستنده في ذلك المرسله الدالة على جواز تصرف الصبي إذا بلغ عشرا كما روى (١) فهو ضعيف السند مخالف للشهرة، بل الأجماع كما ذكرناه، مخالف للأصول، ومع ذلك فلا دلالة فيه، لأن جواز التصرف غير جواز كل تصرف، خصوصا البيع. ولعلنا نقول ببعض التصرفات للنص، غابته: إطلاق لا ينصرف إلى مثل العقود والأيقاعات (٢). مع إمكان حملة على الأنثى فإنها في العشر بالغة، أو على مقارنة بلوغه العشر لبلوغه الحقيقي باحتلام ونحوه. ولو سلم كل ذلك، فنقول: الخبر يكون من جملة الأخبار الدالة على أن البلوغ يصير بالعشر ولا نقول به، وهو نزاع آخر. وإن كان المستند ما رواه الصدوق والكليني في الصحيح إلى صفوان، عن موسى بن بكر - وهو واقفي غير موثق - عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز في ماله ما أعتق، أو تصدق، أو أوصى على أحد في معروف فهو جائز) (٣). وصحيحة جميل بن دراج، عن أحدهما عليهما السلام قال: (يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدفته ووصيته وإن لم يحتلم) (٤). وما في صحيحة عبد الرحمان بن أبي عبد الله، وصحيحة أبي أيوب في الغلام ابن عشر

= رشيدا، وكذا بشرأه، وهو للمحكي عن الشيخ، المناهل: ٢٨٦. وقال صاحب الجواهر في المسألة - بعد نسبة عدم الصحة إلى الأشهر بل المشهور - ما لفظه: بل لا أجد فيه خلافا عدا ما يحكى عن الشيخ، ولم نتحققه، بل صرح في المحكي عن المبسوط والخلاف بعدم صحة بيع الصبي وشرائه، أذن له الولي أو لم يأذن، نعم قال في أولهما: (وروي أنه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جائز التصرف) وظاهره عدم العمل بها، فصح حينئذ للفقهاء نفي الخلاف في المسألة على الإطلاق، الجواهر ٢٢: ٢٦٠. (١) يعني كما رواه الشيخ، راجع المبسوط ٢: ١٦٢. (٢) في (م) زيادة: كلها. (٣) الكافي ٧: ٢٨، الفقيه ٤: ١٩٧، الوسائل ١٢: ٤٢٩، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٤، والفقرة الأخيرة من الرواية في الجميع هكذا: أوصى على حد معروف وحق فهو جائز. (٤) التهذيب ٩: ١٨٢، باب وصية الصبي والمجور عليه، ح ٨.

[٦٧٨]

سنين يوصي؟ قال: (إذا أصاب موضع الوصية جازت) (١). مع ما في رواية زرارة وموثقة محمد بن مسلم من التأييد لهما (٢). ومرسلة

ابن أبي عمير الدالة على جواز طلاق من بلغ عشر سنين (٣).
والرواية الضعيفة الدالة على جواز عتقه (٤). فنقول: إن كل ذلك من
أدلة القول بحصول البلوغ في العشرة، ولا نقول به. ولو سلم فهذه
الأخبار بعضها ضعيفة، مع عدم شهرة جابرة، والصحيح منها [مهجور
] (٥) معارض بما هو أقوى منه، مضافا إلى ما مر من الأدلة هنا. ومع
ذلك كله فالقياس باطل، فلعلنا نقتصر على جواز الوصية والصدقة
والطلاق، ولا نتسرى إلى الغير. وبالجملة: هذه الأخبار مع وجود
المعارض القوي وعدم شهرة العمل بمضمونها لا يعتمد عليها. نعم،
ذهب بعض المتأخرين - وأظن أنه المولى المقدس الأردبيلي - إلى
جواز معاملات الصبي المميز مطلقا، وله على ذلك ضروب من الأدلة
(٦): الأول: ما دل على صحة العقود من العمومات أحناسا وأنواعا،
فإن العقد والبيع والأجارة - ونحو ذلك - يصدق على عقد الصبي
فيصح، وليس هنا ما يخرج عن العموم. والثاني: أن جوازه في
الوصية والتدبير والصدقات - كما هو مقتضى الأخبار السابقة - مع
كونها مجانية يقضي بجوازه في المعاوضات بطريق أولى.

(١) الوسائل ١٣: ٤٢٩، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٣، ٥، ٦. (٢) لم تتحقق
ما أرادته منهما. (٤) الوسائل ١٥: ٣٢٤، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه،
ح ٢. (٥) لم نعتز إلا على ما رواه أنفا عن الصدوق والكليني من رواية موسى بن بكر.
(٥) لم يرد في (ن، د). (٦) راجع مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٢ - ١٥٣، ولا يخفى أن
بعض الأدلة المذكورة لا يوجد في صريح كلام المحقق الأردبيلي قدس سره، ومعلوم:
أن المؤلف قدس سره لم يراجع كلامه، بدليل قوله: (وأظن أنه المولى المقدس
الأردبيلي) فما ذكره من ضروب الأدلة بعضها حدسي وبعضها تبرعي.

[٦٧٩]

والثالث: قوله تعالى: وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم
منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم (١) فإنه أمر بامتحان الأيتام قبل
البلوغ بالمعاملات، ولا يكون إلا بصحة معاملاتهم، ومنشؤه الاحتراز
عن تأخير الدفع مع وجود الاستحقاق، فيكون الدفع عند البلوغ مع
كون الابتداء قبله. والرابع: أنا نعلم: أن الحجر على الصبي في
التصرفات إنما هو من جهة أنه يتلفه ولا يصلحه، ومتى ما علم أنه لا
يتلف - كما نراه في كثير من الصبيان في زماننا، فإنهم أشد مداقة
ومماكسة من البالغين - فلا ضرر فيه، ويرشد إلى هذه العلة الأمر
بالدفع مع الرشد، وليس معناه إلا ملكة الإصلاح للمال، والخامس:
جريان السيرة على معاملة الصبيان في كل مصر وزمان ولو كان هذا
باطلا لمنع منه في كل عصر. والجواب: بأن العمومات المسوقة
مساق التكاليف (ك) أو فوا بالعقود (٢) و لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (٣) ونحو ذلك لا تشمل الصبيان،
لعدم صلاحيتهم للتكليف وخروجهم عن ذلك بما دل على شرطية
البلوغ في التكليف. وهنا بحثان: أحدهما: أن هذه العمومات تدل
على حكم تكليفي - كوجوب الوفاء ونحوه - وعلى حكم وضعي تعبر
عنه بالصحة، وما دل من المخصص على خروج الصغار إنما دل على
عدم الحكم التكليفي، وأما الحكم الوضعي فهو باق على عمومته،
فلا يلزم من ذلك عدم الصحة. وجوابه: أن الحكم الوضعي هنا تابع
للحكم التكليفي، إذ لم نفهم الصحة إلا بوجوب الوفاء، ومتى خرج
الصبي عن هذا الحكم فلا دليل على صحة معاملاته.

(١) النساء: ٦. (٢) المائدة: ١. (٣) النساء: ٣٩.

[٦٨٠]

وهذا نظير ما نقول: إن المنطوق إذا خرج عن الحجية بمعارض ونحوه فلا عبرة بالمفهوم، فتدبر. وثانيهما: أنه نفرض صدور العقد من بالغ وصبي فنتمسك بالعموم من طرف البالغ ونثبت بذلك الصحة من جانب الصبي بعدم إمكان التكفيك، ثم نثبت صحة العقد الواقع بين الصغيرين أيضا بالأجماع المركب. أو نفرض صدور عقود مترتبة على عقد الصغير من البالغين الكاملين بعد وقوع العقد من الصغير فنتمسك في العقود المترتبة اللاحقة بعموم (أوفوا بالعقود) ونثبت بذلك عقد الصغير، لعدم إمكان الصحة اللاحقة بدونه. والجواب: بمنع شمولها للبالغ العاقد للصبي (١) أولا، وبأن الواجب الوفاء بالعقد وأما الوفاء بنفس الأيجاب أو بنفس القبول فلم يدل على ذلك دليل إلا في ضمن الوفاء بالعقد، فلو كان العقد واجب الوفاء فيكون الأيجاب أيضا كذلك وكذا القبول، وهنا لم يثبت لزوم الوفاء بالمجموع المركب، إذ لا معنى لوفاء أحد الطرفين بمجموع الأيجابين. ولو سلم ذلك، فنقول: الظاهر أن المتبادر من العموم هو الارتباط، بمعنى: أن الوفاء من جانب يتوقف على الوفاء من آخر، وليس تعديبا محضا - وقد مر تحقيق هذا المطلب في بحث أصالة الصحة، وفي بحث كون الأقالة على القاعدة - فمتى كان المدلول الارتباط وعلمنا عدم لزوم الوفاء على الصبي قطعاً فلا يمكن القول بلزوم الوفاء على البالغ، فنقول: لا يجب الوفاء على الصبي بالأجماع على عدم تكليفه، فكذا البالغ، لعدم إمكان الفرق، ومن ذلك يظهر جواب باقي الأيراد، وهنا كلام يظهر بعد التأمل لا تطيل بذكره. وأما العمومات الوضعية: فإنها مسوقة لبيان حكم آخر، ولا عموم فيها حتى يشمل المقام، والظاهر انصرافها إلى الأفراد المتعارفة التي نشك في كون المقام منها، مضافا إلى أن العموم لو سلم فيخصص بما ذكرناه من النصوص والأجماع.

(١) كذا، والصواب: مع الصبي، كما في هامش (م).

[٦٨١]

مع أن تصحيح العقد يوجب التصرف في مال اليتيم لو أقبضه حال العقد وهو غير سائغ، أو لزوم الضرر الكثير غالبا لو التزم بالصبر إلى البلوغ - فتأمل - مع أن ظاهرا من قال بالتجوز عدم لزوم الصبر. وعن الأولوية: بأن المقيس عليه ممنوع أولا، والقياس باطل ثانيا، والأولوية المدعاة فاسدة جدا ثالثا، لوجود الفارق في البين من استتباع البيع أحكاما ليس الصبي محلها، بخلاف ذلك مع كون هذه الأمور المجانية معلومة الأتلاف قد أقدم فيه المالك على الأتلاف، وأما سائر المعاوضات فهي غير مبنية على البذل، بل مبنية على المغابنة والصبي ليس أهلا لها، فيؤول الأمر إلى خلو المال عن العوض دينا ودنيا، فتأمل. وعن الآية: بأنها أخص من المدعى لاختصاصها باليتامى. ولا يمكن التعميم بعدم القول بالفرق، لوجود الفائق بالفرق - على ما حكى - ولأن المناط المنقح غير محقق. وبأنها ظاهرة في الابتلاء بعد البلوغ، أو محمولة على الاختبار بصور المعاملات مع كون حقيقتها من الولي، أو محمولة على الامتحان بغير أموالهم وإن أتلّفوها، أو بالحيازة ونحوها، أو بالأباحة، أو بالسؤال والفحص والبحث، أو بما جاز لهم من الوصية ونحوها. أو تحمل على اختبار نفس البلوغ، بل هو الظاهر من خبر أبي الجارود الوارد في تفسير الآية: (فإذا أنس منه الرشيد دفع إليه المال واشهد عليه، فإن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فليمتحن بريح إبطه أو نبت عاتته، فإذا كان ذلك فقد بلغ، فيدفع إليه ماله) (١). ولو سلم كل ذلك فلا يعارض ما ذكرناه من الأدلة. وعن العلة: بمنع ثبوت علتها، إذ ليست منصوطة ولا قطعية، والمستنبطة ليست حجة عندنا. وعلى فرض كون العلة عدم الأتلاف، فنمنع حصول الاطمئنان بعدم كونه متلفا ما لم يبلغ.

(١) تفسير القمي ١: ١٣١، وفي نسبة الخبر إلى أبي الجارود تأمل، فراجع.

[٦٨٢]

وعن الخامس: بأن ما قام عليه السيرة إما المحقرات مطلقاً، أو المحقرات المتقاربة القيم الغير المحتملة للغرر، أو ما يعد الصبي فيه كالالة مع العلم أو الظن برضاء الولي ولو فقيها أو مطلق المتكفل، ونحن نسلم الصحة مع اجتماع هذه القيود ولكن لا يكون ذلك من باب العقود، بل يمكن كونه إباحة بعوض مع دلالة شاهد الحال، أو معاوضة مستقلة أو معاطاة، أو كون البالغ متولياً للمعاملة من الطرفين وكون الصغير كالالة ونحو ذلك، وهذا لا يدل على صحة معاملات الصبي وإيقاعاته. وهنا أبحاث تركناها اقتصاراً على ما هو الأهم للمقصود (١).

(١) كذا في ظاهر (ف)، وفي (ن، د): المقصود، وقد أسقطها مصحح (م).

[٦٨٣]

(العنوان السادس والثمانون) (ما يشترط فيه العقل وما لا يشترط)

[٦٨٤]

عنوان [٦٨] [الجنون كالصغير (١) والعقل كالبلوغ ليس شرطاً في الوضعيات، لما مر من عموم أدلتها من دون مخصص. ولو قيل بعدم تملك المجنون بالحيازة وإنما هو لو قيل باشتراط قصد التملك، وعلى القول بعدمه فيملك، وعدم تحقق القصد لا يوجب اختلاف حكم المجنون مع غيره، إذ هو على فرض الموضوع. وهو شرط في تحقق الأثم والعقاب بالنص والأجماع، وشرط في الصحة أيضاً في العبادات وإن لم يكن البلوغ شرطاً على ما ذكرناه، لعدم حصول القصد من المجنون حال جنونه، وقصد التقرب معتبر فيها. وأما المعاملات: فهي مشروطة بالعقل، لا يصح عقد المجنون حالته مطبقاً كان أو ذا أدوار، ولا إيقاعه، للوجوه الماضية في اشتراط البلوغ، مضافاً إلى عدم وجود مخالف هنا، مع ما مر من قاعدة تبعية العقد للقصد القاضية ببطلان ما لم يقصد، والمجنون لا قصد له، فتدبر.

(١) كذا، وفي العبارة ما لا يخفى.

[٦٨٥]

(العنوان السابع والثمانون) (الرشد شرط في التصرفات المالية)

عنوان [٧٨] ليس الرشد شرطا في الوضعيات على نحو البلوغ والعقل، والوجه ما مر. ولا شرطا في (١) التكليف، بل السفية أيضا داخل في عموم الخطابات من دون مخصص، لأنه بالغ عاقل ولا خلاف فيه. ولا شرطا في صحة العبادات ولا المعاملات من حيث هو كذلك، لعموم الأدلة وفقد المعارض. نعم، هو شرط في التصرفات المالية، وهو ما يقال: إن السفية محجور عليه في الماليات. وبعبارة أخرى: عبارته ليست ملغاة حتى لا يصح توكيله في العقد أيضا، بل إنما هو محجور عليه في التصرف في الأمر المالي، لا مطلقا. أما عدم اشتراطه في اعتبار اللفظ، فلأن عمومات العقود والأيقاعات أنواعا وأجناسا شاملة لمعاملات السفية وألفاظه الصادرة عنه من حيث هو عقد، فلا مانع من صحته، لعدم المعارض، وسيجئ تفصيل في ذلك. أما كونه شرطا في التصرف، فله ضروب من الأدلة: أحدها: الأجماع المحصل من كلام الأصحاب على كون السفية محجورا عليه، كما ذكره في كتاب الحجر، ونصوا على اشتراط الرشد في التصرفات المالية في أبواب العقود، كبيع وقرض ورهن وإجارة ومزارعة ومساقاة ومهر

(١) في (ن): شرط. وهكذا فيما سيأتي.

نكاح وعضو خلع، وغير ذلك من دون نكير في ذلك. وثانيها: منقول الأجماع حد الاستفاضة، بل التواتر المعتضد بالشهرة العظيمة. وثالثها: أن التصرف في المال إنما هو مستند إلى عموم (الناس مسلطون على أموالهم) (١) ونحو ذلك، ويمكن منع شمول ذلك للسفية، فإن المتبادر من (الناس) أشخاص مصلحون لأموالهم، فلا يشمل السفية. ورابعها: أنا نعلم أن عجز الصبي الغير البالغ والمجنون إنما هو لعدم كمال العقل الموجب لأصلاح المال، وهو موجود في السفية أيضا، فإنه ناقص العقل، فينبغي أن يحجر عليه كما يحجر على الصبي والمجنون. وخامسها: أن من المعلوم من الشرع كونه لحفظ النفس والمال والنسب، ولا ريب أن تسليط السفية على ماله تضييع للمال، وهو خلاف ما جعل له الشرع، فينبغي الحجر عليه حفظا له. وسادسها: ظواهر الآيات الشريفة، كقوله تعالى: فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم (٢) فإنه دل على عدم دفع المال مع عدم معلومية الرشد. واختصاصه باليتامى غير قاذح بعد عدم القول بالفصل ووروده مورد الغالب من كون مال اليتيم في يد غيره فيدفع إليه بعد رشده، بخلاف غير اليتيم. وحمل الرشد فيه على البلوغ خلاف ظاهر اللفظ وخلاف مقتضى سياق الآية، فإن البلوغ هو بلوغ النكاح، وهو مذكور في الآية قبل ذلك. وكقوله تعالى: ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا (٣) وهذه الآية محتملة لمعنيين: أحدهما: أن يراد بـ (أموالكم) أموال السفهاء لا أموال الأولياء، وهو الذي نسب إلى أكثر المفسرين، نظرا إلى أنه لو لم يكن كذلك لزم وجوب إنفاق السفهاء

(١) عوالي اللالئ ١: ٢٢٢، ح ٩٩. (٢) النساء: ٦. (٣) النساء: ٥.

علي الأولياء (١) لأن ضمير (وارزقوهم) راجع إلى السفهاء ولا يقول به أحد، أو لا بد من التقدير بقولنا: (وارزقوهم إن كانوا ممن يجب نفقتهم) ولا يخفى ما فيه من التكلف. مضافا إلى أن المراد من قول المعروف: أن يقال لهم: (إنكم إذا رشدتم وأصلحتكم مالكم ونحو ذلك أدفع إليكم مالكم) ونظيره مما يرغب في الرشد والأصلاح، وهذا يدل على كون الخطاب على الولي الذي بيده مال السفهاء، وأن المنع عن الدفع إنما هو في هذا المال. وإضافة الأموال إلى الأولياء حينئذ يكون لتصرفهم فيها كالملاك وكونهم قوامين عليها، وهو كاف في الأضافة. قيل: ويكون إشارة إلى لزوم حفظه كحفظ مال أنفسهم. أو يراد من (أموالكم) جنس الأموال التي بها قيام الكل كما في قوله تعالى: ولا تقتلوا أنفسكم (٢) إذ المراد به عدم قتل بعضهم بعضا، ويلتزم هذا المعنى كون الآية في سياق الكلام في خصوص أحكام الأيتام، والرشد، ومن بيده المال. وهذا المعنى صريح في كون السفية ممنوعا من التصرف في ماله إلى أن يرشد. وثانيهما: ما اشير إليه: من كون المراد أموال الأولياء فنهوا عن إعطاء ذلك للسفهاء، بل امروا بالانفاق والقول المعروف. وهذا أيضا يدل على عدم كون السفية أهلا لتسليطه على المال، وهو كاف في المدعى. أو يقال: إن حجره عن مال الغير المبدول له مجانا بحيث لا ضرر عليه في تلفه وإتلافه يدل على حجره في مال نفسه بالأولية، فتدبر. وكقوله تعالى: فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل (٣) فإنه أيضا دال على أن السفية مولى عليه، ولو لم يكن محجورا في التصرف فلا مانع من نفسه حتى يمل (٤) وليه ويملي، فتدبر. وسابعا: ظواهر الروايات الدالة على كون السفية محجورا في التصرف

(١) كذا، والظاهر: إنفاق الأولياء على السفهاء. (٢) النساء: ٢٩. (٣) البقرة: ٢٨٢. (٤) في (ن، د): يمل.

[٦٨٩]

المالي، منها: ما مر في أخبار البلوغ: (إذا بلغ الغلام أشده جاز له كل شئ، إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا) (١) فإن هذا الخبر دال على عدم نفوذ تصرف السفية وهو معنى الحجر، والمراد بالجواز هنا: النفوذ والصحة دون الأباحة والرخصة، إذ هو غير مختص بالبلوغ. ومنها: موثقة عبد الله بن سنان قال: إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة [كتبت له الحسنات، و [(٢) كتبت عليه السيئات، وجاز أمره] في كل شئ] (٣) إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا. فقال: وما السفية؟ فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه. قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله (٤). وغير ذلك من الروايات الدالة على الحجر على السفية. نعم، بقي البحث في تمييز الشئ المالي عن غيره حتى يعلم موضع الحجر. فنقول: فيما كان ماليا صرفا - كالبيع والأجارة - فلا بحث. ومثله الصلح على المال، أو على الحق المالي، كالشفعة والخيار والهبية والعارية والوديعة والمزارعة والمساقاة والشركة والقراض والسكنى والوقف والضمان والحوالة والقرض، والكفالة أيضا وإن لم يكن ماليا ابتداء، لكنه من جهة كونه مستلزما لأداء المال لو لم يتمكن من احضار المكفول أو لم يفعل فهو داخل في المالية بهذا الاعتبار، ويمكن هنا التفكيك والقول بصحة كفالته وعدم توجه ضمان المال عليه. وثمرته: إلزامه باحضار المكفول، كما في بعض الكفالات التي لا يعود إلى المال، ككفالة القاتل عمدا في القصاص. ومن ذلك ظهر: أن فيما كان هناك جهتان - مالية وغيرها - يبطل تصرفه في الأولى دون الثانية، كما في إقراره بالنسب الموجب للنفقة، فإن النفقة لا تثبت بذلك، لعدم قبول إقراره على المال، وأما في النسب فهو مقبول. وفيما ليس ماليا - كالطلاق والظهار واللعان والأبلاء والأقرار بما يوجب

(١) الوسائل ١٣: ٤٢١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١١، مع اختلاف واقتصار.
(٢) من المصدر... (٣) ليس في المصدر. (٤) الوسائل ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٨.

[٦٩٠]

القصاص والعفو عما ليس بمال، كالقصاص - يمضي تصرفه. وكون حق القصاص مما يصلح عليه بمال لا يجعله مالياً حتى يمنع منه، بخلاف ما لو كان مالياً أولاً كالخيار والشفعة فليس له عفوهما، كما ليس له ذلك في حق التحجير. وفي حق الاختصاص في المشتركات - كالمسجد والسوق والرباط - يجوز عفو، إذ ليس مالا. وفي وصيته وتدبيره خلاف معروف، ولا ريب في كونهما تصرفاً مالياً داخلاً في عموم الدليل على الظاهر. ومنشؤه: إما دليل خاص ولم نقف عليه - وصاحب الكفاية ذكر في وصية السفية أقوالاً ثلاثة (١) ولم يذكر نصاً فيه فيما عندي من النسخة - وإما أن أدلة الحجر العامة هل هي عامة لمثل الوصية والتدبير - اللذين هما في الحقيقة من جملة التصرفات أو لا؟ لأنه موجب للتصرف بعد الموت. وإلا فهو باق في الحياة على حاله، فلا مانع من نفوذ تصرفه فيه. مضافاً إلى أن الحجر إنما هو لتضييع المال ولا تضييع هنا. والحق: أن تصرفه هنا أيضاً تصرف في الحياة ممنوع عنه إلا ما أذن فيه الولي - على القول بأن إذنه رافع للحجر - لعموم دليل الحجر، وكما أن إتلاف المال على نفسه موجب لحجره فكذلك إتلافه على وارثه أو في غير الوجوه اللائقة مطلقاً. وكون ذلك بعد الوفاة غير نافع، إذ الغرض من الحجر صون المال عن التلف فيما لا يليق به، وهذا الوجه موجود في الوصية، إذ لو جوزناها مطلقاً فقد يصرفه السفية في الوصية في موضع غير لائق، فتدبر. وكأن من فصل بين وجوه البر والمعروف وغيره لاحظ هذه المعنى. وأما الاكتساب البدني - من احتطاب أو احتشاش أو كونه أجيراً للغير أو بطريق جعالة ونحوه - فلا حجر فيه، بل يملك المال ويحجر عليه بعد ذلك. ومما ذكرنا ظهر لك استنباط حكم السفية في كل باب ما لم يدل دليل خاص على خلافه.

(١) كفاية الأحكام: ١٤٥.

[٦٩١]

وبقي هنا بحث: وهو: أن حجر السفية هل يزول بإذن الولي أو إجازته؟ بمعنى: أن الولي رضي (١) بتصرفاته قبل وقوعها أو بعدها، فهل تقع صحيحة كما في حجر العبد - على ما يجئ - فإن بعد إذن المولى لا مانع عنه، أو ليس كذلك، بل هو كحجر الصبي والمجنون الذي لا ينفع فيه إذن الولي؟ وقد أشار إلى هذين الاحتمالين الشهيد رحمه الله في القواعد وفرع عليهما البطلان والصحة مع إذن الولي (٢). ومنشأ ذلك ملاحظة أدلة الحجر، فإن كان أدلة الحجر فيها عموم أو إطلاق بحيث تصير القاعدة الحجر مطلقاً بحسب ظاهر الدليل، فتصير المسألة من باب الشك في أن الحجر هل يرتفع بإذن الولي أم لا؟ ولا ريب أن قضية الأصل بقاء الحجر وعدم ارتفاعه حيث لا دليل عليه. وإن كان أدلة الحجر مجتمعة من هذه الجهة فتصير القاعدة عدم الحجر، لعموم تسلط الناس على أموالهم. غاية ما دل عليه أدلة الحجر إنما هو في صورة عدم إذن الولي، وأما مع إذنه فلم يثبت الحجر، لأن الحجر يرتفع بالأذن، فيصير الأذن وعدمه من مشخصات موضوع الحجر. لا يقال: إنه على فرض عدم العموم في

دليل الحجر أيضا نقول بالحجر، لأننا نفرض سفيها غير مأذون فيكون محجورا، ثم نفرض طريان الأذن عليه فيصير شكا في زوال الحجر السابق وإن لم نعلم ثبوت حجر على هذا الفرض، ولا يمكن منع الاستصحاب هنا بتغير الموضوع، إذ لا شبهة في عدم كون الأذن مغيرا لموضوع السفيه. كما أنه لا يمكن القول بأن الدليل قد قضى بعدم الحجر، لأن أدلة حجر السفيه ولو اختصت بصورة عدم الأذن، لكنه انصراف إطلاق لو كان، لا أنه تقييد بشرط أو وصف أو غاية حتى يدل بعد الأذن على التسلط فينافي الاستصحاب، فتصير الحالة اللاحقة موجبة للشك في البقاء ويستصحاب. وإذا ثبت

(١) كذا، والظاهر: إن رضي الولي. (٢) لم نعثر عليه.

[٦٩٣]

في الفرض، فيثبت في السفيه المقارن سفيه للأذن بحيث لم يسبق له حالة خالية عن الأذن حتى يحجر عليه قطعا بعدم القول بالفصل. لأننا نقول: إن بعد القول بعدم العموم في أدلة الحجر يصير بعد حصول الأذن التعارض بين الاستصحاب وبين عموم ما دل على تسلط الناس على أموالهم، وغير ذلك مما دل على صحة المعاملات والتصرفات. ولا ريب أن الاستصحاب لا يعارض الدليل وإن كان خاصا على ما يراه أكثر الأصحاب، وقد مر نظيره في مقامات، ومن هذا الباب فورية الخيارات القهرية. مضافا إلى أن هذا الكلام قابل للقلب، فنقول: في السفيه المأذون من أول الأمر نشك في شمول أدلة السفيه لمثل ذلك، وعموم أدلة التسلط قاض بعدم الحجر بلا معارض، وإذا ثبت فيه ففي المأذون بعد حصول الحجر بعدم القول بالفرق. وبالجملة: فالمدار على ملاحظة عموم دليل السفيه، ولا ريب أن طواهر الايات والأخبار الدالة على حجر السفيه مطلقة في المنع، بل ظاهرة في عدم جواز إذنه في المعاملة والتصرف، وهي العمدة في أدلة الحجر، فلا ريب أن الحكم بحجره ولو بعد الأذن اقوى. ولكن ينبغي: أن يعلم: أن غرضنا من الحجر بعد الأذن أيضا معناه: أن الولي إذا أذن له في التصرفات فأخذ المال بيده وبنى على التصرف كيف شاء فهو غير ماض، أما لو كان التصرف من الولي وهو كان مأذونا في إجراء العقد فلا مانع عنه. كما أنه لو تصرف مع إذن أو بدونه في أصل المال لم يقع العقد باطلا من أصله فيصير كالفصولي، لأن عبارته غير مسلوقة على ما أوضحناه، فيكون صحيحا بالأجازة وباطلا بعدمها، فتدبر.

[٦٩٣]

(العنوان الثامن والثمانون) (ما يشترط فيه الحرية وما لا يشترط)

[٦٩٤]

عنوان [٨٨] ليس الحرية شرطا في العبادات البدنية - كالطهارة والصلاة والصوم والاعتكاف - وخروج الجهاد وصلاة الجمعة إنما هو بالدليل. ووجه عدم الشرطية: أن عموم ما دل على تكليف الناس والمؤمنين شامل للعبد كالحجر، والعبودية غير مانعة عن ذلك، ولم يدل دليل على التخصيص، وظاهر عبدا مملوكا لا يقدر على شئ (١) لا يشمل العبادات البدنية، كما يأتي توضيحه. وليس شرطا في الضمان

والغرامة أيضا، بمعنى: أن كل ما هو سبب في الحر للضمان من يد أو تسبب أو إتلاف أو جناية - أو نحو ذلك - سبب في العبد أيضا وإن كان في كيفية الضمان كلام: في أنه يصير على المولى أو على ذمته يتبع به بعد العتق، أو يتعلق بكسبه أو برقبته. وبالجملة: الكلام الآن في أن السبب أيضا فيه سبب للضمان، وليس كفعل البهائم مطلقا. والوجه في عدم الشرطية: أن ما دل على ضمان اليد والأتلاف والجناية في باب الغصب وباب الديات وباب إتلاف الأعيان والمنافع كلها يشمل العبد كما يعم الحر، من دون فرق، ولا دليل يدل على التقييد. وما يتخيل أن العبد لا يد له فكيف يدخل تحت دليل الضمان؟ فاسد، لأن اليد

(١) النحل: ٧٥.

[٦٩٥]

الموجبة للضمان هو الاستيلاء العرفي دون الشرعي، وهو يحصل في العبد من دون شبهة، مضافا إلى أن عدم كون يد له معناه: كون يده يد مولاه، فهناك يد لا محالة، وأما هو يد العبد أو يد المولى ففيه البحث. وبالجملة: فلا بحث في كون العبد كالحر في ذلك. وأما العبادات المالية - كالزكاة والخمس والحج والصدقات - فلا تتعلق بالعبد، نظرا إلى أن العبد إما هو ليس مالكا - أي: لا يقدر على التملك - فلا يحصل شرط الوجوب في هذه العبادات، إذ لا تجب الزكاة إلا مع النصاب، وكذا الخمس لا يجب إلا بالملك، والحج لا يجب إلا بتملك ما به الاستطاعة، والكفارة ونحو ذلك فرع القدرة على الأداء والدفع، ومجرد حصول السبب لا يكفي في الوجوب، ومن ليس مالكا للمال غير متمكن من الكفارة المالية، فالخطاب به يصير تكليفا بما لا يطاق. وإما أن العبد ممنوع من التصرف وإن كان مالكا، ومن شرائط وجوب الزكاة ونحوه التمكن من التصرف، وفي غير ذلك لا يعقل الوجوب المطلق مع الحجر، ولو فرض الوجوب فلا بد من كونه مشروطا بإذن المولى، وعلى تقدير إذنه لا كلام فيه، والبحث في حصول التكليف الذي لا يحتاج إلى إذن المولى. وهنا إشكال، وهو: أنه أي فرق بين العبادات المالية وبين الضمان والغرامة؟ فإن كانت القدرة على الدفع شرطا بحيث ما لم يكن هناك تمكن لم يكن وجوب في المقامين، وإن لم يكن شرطا ففي المقامين. والتحقيق أن يقال: إن العبادات المالية لها جهتان: جهة تكليف، وجهة ضمان. أما جهة التكليف فلا يتعلق به من دون تمكن، والوجه ما مر من لزوم تكليف ما لا يطاق. وأما الضمان فهو ثابت على تقدير تحقق السبب والشرائط، وحكمه حكم سائر الضمانات. وعدم تعلق الزكاة والخمس والحج من جهة فوات شرط الوجوب، فهو ليس من باب اختلاف الأحكام. واشتراط الفقهاء الحرية - مثلا - في الزكاة ليس من جهة الحرية نفسها، بل من جهة عدم الملك، أو عدم التمكن من التصرف في العبد، وهذا لو كان في الحر أيضا لم تجب الزكاة.

[٦٩٦]

فصار الحاصل: أنه لا فرق بين الحر والعبد في العبادات بقول مطلق مع اجتماع شرائطه، غايته: أن بعضها لا يتحقق شرطه في العبد، وهذا لا يعد من اختلاف الحكم، بل من اختلاف الموضوع والفرض. وأما الضمان فكذلك أيضا - سواء كان في عبادة أو غيرها - بعد تحقق السبب، فحكم العبد في الكفارات حكم الحر في تعلقها به في الجملة، وعدم التمكن من الدفع ليس مانعا من ذلك كما في سائر

الضمانات. وكذلك في مثل الخمس على القول بأنه يملك. وبالجملة:
فالاختلاف لعدم الشرط لا لأصل الحكم. وأما احتمال عدم تعلق
الماليات على العبد في عبادة ومعاملة لعدم إمكان الأداء، فلا وجه له
أصلاً. كما أن الفرق بين العبادات وسائر الغرامات أيضاً بعدم تعلق
الأولى وتعلق الثانية - بأن الخطاب إن كان تكليفاً يتبعه خطاب وضع،
فإذا فات شرط التكليف فلا وجه لبقاء الضمان، بخلاف ما إذا كان أصل
الخطاب وضعياً يتبعه تكليف، فإن الضمان يثبت وإن كان التكليف بعد
ذلك يبقى موقوفاً على حصول شرطه - أيضاً بعيداً، لأنهما حكمان،
وفوات أحدهما لا يستلزم فوات الآخر، مع أنا لا نسلم كون الضمان
في مثل الكفارات ونحوها تابعاً للتكليف، وعلى فرض ذلك فنقول:
إمكان تحقق شرط التكليف ولو بعد زمان يكفي في بقاء الحكم
الوضعي، ولا يحتاج إلى اجتماع شرائط التكليف بالفعل، فتدبر. وأما
العقود والأيقاعات: فلا ريب أن عبارة العبد فيها كالحر، بمعنى: أن
العبد ليس كالصبي ولفظه معتبر لو اجتمع سائر الشرائط، وعمومات
العقود شاملة له، والأجماع قاض به، وعموم (كون العبد لا يقدر على
شئ) غير شامل لألفاظ العقود، بل هو منصرف إلى التصرفات لا
نفس الألفاظ وإن كان (شئ) نكرة واقعة في سياق النفي. وعدم
اعتبار إقرار العبد في بعض المقامات لكونه ضرراً على مولاه لا على
نفسه، فلو كان وكيلاً لشخص في عقد أو إيقاع بحيث لا ينافي حق
المولى صح، وكذا لو نافى بناءً على أنه منهى عنه لأمر خارج، وهو
غير مفسد. وأما التصرفات: فما لا مالية له ولا يستلزم تصرفاً في
مال المولى - كالطلاق

[٦٩٧]

أي أنواعه كان، والنكاح مع قطع النظر عن المهر والنفقة، والظهار
والأبلاء واللعان على الأصح - فيصح منه من دون حاجة إلى إذن
المولى، لعدم المنع مع عموم الأدلة، مضافاً إلى الأدلة الخاصة،
وعموم لا يقدر على شئ غير آت هنا أيضاً، إذ المتبادر منه ما كان
مالاً أو مالياً، فتبصر. وأما ما اقتضى التصرف في نفسه أو فيما في
يده أو في مال المولى - سواء قلنا بأنه يملك أو لم نقل - فهو غير
مسلط على ذلك بالاستقلال بالأجماع والنصوص من الكتاب والسنة.
منها: قوله تعالى: ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ (١)
فإنه تعالى وصف العبد بأنه مملوك لا يقدر على شئ، والمتبادر منه:
إن التصرف والقدرة التي للملاك ليس للعبد وهو غير قادر على ذلك،
وليس المراد القدرة عقلاً، لأن العبد قادر عقلاً، بل المراد: إما عدم
القدرة في نظر الناس وبحسب العادة، فإن طريقة الناس - وإن كان
قبل الشرع - أن العبد مسلوب الاختيار عن نفسه وعماً في يده،
يتصرف المولى فيه كيف شاء، وليس له أن يتصرف. وإما عدم القدرة
شرعاً، وعلى كل حال: فهو دال على أن حكم العبد ذلك، أما على
الثاني فواضح، وأما على الأول فلأنه تقرير لما جرت عليه عادة
العقلاء، وهو مثبت للحكم، وعموم الآية يشمل كل ما هو من باب
تصرف الملاك، فإن ذلك ليس للمملوك. ولا حاجة إلى الإشارة إلى
موارد الحجر فإنها واضحة غير محتاجة إلى البيان. نعم، هل له
التصرف بعد إذن المولى، أو ليس له ذلك؟ ظاهر الأصحاب في سائر
الأبواب أن مع إذن المولى يصح تصرفاته: من اقتراض وتجارة ووصاية،
وغير ذلك من اللواحق. ومنشأ المسألة: أن الآية هل تدل على
سلب أهلية العبد عن التصرف كالمجنون والصبي بحيث لا ينفع الأذن
فيه، أو لا، بل يدل على ممنوعيته من

[٦٩٨]

التصرف لأجل مولاة؟ وبعبارة أخرى: هل يدل على عدم المقتضي، أو وجود المانع؟ ظاهر الأصحاب الثاني، كما نصوا على الجواز مع الأذن في كثير من المقامات، كالوكالة والوصاية والقضاء وغير ذلك. وهو الذي يقوى عندي، وإن كان يتخيل أن ظاهر كلمة لا يقدر على شيء سلب مالكة، لا من جهة عدم قابلية ذاته. مضافا إلى أن أهليته للتصرف بعد العتق تدل أيضا على كون المانع تسلط الغير عليه، فتأمل. مع أن طريقة الناس - مع قطع النظر عن الآية الكريمة - كون عبيدهم غير نافذ في التصرف بدون إذنهم، وأما معه فلا مانع من ذلك، والآية لو لوحظت بالتأمل مسوقة لبيان عادة العقلاء وسيرة الناس وواردة في جهة التقرير لهذا المطلب، فينزل على ما هو المعتاد في الخارج، ولا ريب في ارتفاع الحجر عندهم بالأذن. مضافا إلى الأجماع، وورود الأدلة الخاصة المتمشقة في أبواب الفقه في خصوص العبد المأذون. مع أنه لو لم يكن العبد أهلا للتصرف حتى مع الأذن لانسد باب الانتفاع بالمماليك، إذ عمدته المعاملات، وإلا فنفس الخدمة ليس مما يطلب غالبا.

[٦٩٩]

(العنوان التاسع والثمانون) (الوجوه المحتملة في كيفية ضمان المملوك)

[٧٠٠]

عنوان [٩٨] [قد اختلف كيفية الضمان في المملوك بحسب المقامات، وقد اختلف الفتوى في ذلك، بل النصوص الخاصة أيضا مختلفة في بعض المقامات، فلا بد من تأسيس قاعدة يرجع إليها عند عدم الدليل أو التعارض، والوجوه المحتملة أمور: أحدها: أن يكون في ذمة العبد يتبع به بعد العتق. وثانيها: أن يكون في كسبه. وثالثها: أن يكون في رقبته. ورابعها: أن يكون في مال المولى مطلقا، بمعنى: أنه يؤدي من أي شيء شاء، وعلى تقدير قصور الرقبة أو الكسب يجرى أيضا وجوه. وخامسها: أن يكون في ذمة المولى لا في ماله. ومقتضى القاعدة: أن كل مقام حصل الضمان بإذن المولى على نحو يصدق السبب بالنسبة إليه - كأمره في اقتراض، أو نكاح بمهر، أو شراء بثمن، أو استئجار باجرة ونحوه ذلك - فالضمان على المولى، لأنه صاحب اليد والعبد كالوكيل في ذلك، ولذلك حكم الأصحاب بذلك في كل ما هو كذلك. وما لا يصدق فيه على المولى أنه السبب أو كان في مقام يتعلق على المباشر كالقتل ونحوه، فكونه من مال المولى - سواء كان رقبة العبد أو كسبه أو غير ذلك - أو في ذمة المولى مخالف

[٧٠١]

للقاعدة، لعدم صدق الدليل، ولأن القاعدة أنه لا تزر وازرة وزر أخرى (١) ومقتضى الأصل البراءة، فيتعلق بذمة العبد يتبع به بعد عتقه، كالكفارات التي يدفعها بعد ذلك أيضا، والمراد بذمته: كونه مطالبا بذلك عند تمكنه منه. وما دل الدليل على تعلقه برقبته ونحو ذلك في مثل أورش الجنائية ونحوه فهو خارج بالدليل، فتدبر.

[٧٠٣]

(العنوان التسعون) (قاعدة رفع التكليف عن المكروه، وبيان ما استثني منها)

[٧٠٤]

عنوان [٠٩] [الاختيار المقابل للأكراه شرط في التكليف كافة، ولا تكليف على المكروه فيما اكراه عليه، سواء كان فعل حرام أو ترك واجب، والمسألة مما لبحث فيه ولا خلاف. نعم، استثني من ذلك قتل النفس المحترمة، فإنه لا تقيّة في الدماء بالنص والأجماع. وألحق الشيخ الجرح أيضا (١). ولعله إدراجا له تحت الدماء المذكورة في النص والمشهور خلافاً، لأن المتبادر من الدم: القتل، والعموم لا يستوعب إلا ما يطلق عليه المفرد، ولما سيأتي من الوجه في ذلك. والسر في ذلك - بعد الأجماع ودلالة النصوص كتاباً وسنة على أنه لا إثم على المكروه، ولو أدرجناه تحت المضطر كما هو الظاهر اتضح كونه معذورا، لما اشتهر: من أن الضرورات تبيح المحظورات، والعقل لا يقبل التخصيص - أنه لا ريب أن حفظ النفس في نظر الشارع أقوى وأولى من غيرها، ولذلك نرى أن

(١) لم نظفر في كتب الشيخ على المسألة بعينها، إلا أنه قال في مسألة: (إذا أكره لأمر غيره على قتل من لا يجب قتله، فقال: إن قتلته وإلا قتلته، لم يحل له قتله بلا خلاف وإن خالف وقتل فأن القود على المباشر) وقال في مسألة أخرى: (الأطراف كالأنف، فكل نفسين جرى القصاص بينهما في الأنف جرى بينهما في الأطراف) انظر الخلاف ٥: ١٦٦، ١٥٤ كتاب الجنائيات، المسألة ٢٩، ١٣.

[٧٠٥]

المحرمات من قبيل شرب الخمر وأكل الميتة ونحوهما كلها تحل إذا كان المقام مقام الخوف على النفس، وكذا الواجبات من صلاة أو صوم ونحوهما تسقط بعد معارضة الخوف على النفس لمرض ونحوه. وهذا الاستقراء مع ما علم من طريقة الشرع اهتمامه بحفظ النفس يقضي بارتفاع كل عقوبة وإثم عن فعل حرام أو ترك واجب إذا عارضه الخوف على النفس، وذلك واضح، وهذا معنى قولنا: إن المكروه لا إثم عليه. وأما إذا كان الأكراه سالباً للقدرة على الشيء فلا بحث فيه، لاندراجه حينئذ تحت قبح التكليف بما لا يطاق. ومن هنا ظهر سر عدم التقيّة في الدماء إذا علم (١) أن سبب التقيّة إرادة حفظ النفس، وحيث كان المقام مقام إتلاف النفس فلا وجه للتقيّة، لأن المحذور حاصل، ولا ترجيح لأحدى النفسين في نظر الشارع، فكما يجوز قتل النفس حفظاً للأخرى فكذلك يجوز العكس، ولا وجه للترجيح، مضافاً إلى أن القتل للأولى محقق، وللتثنية محتمل إذ لعل المكروه - بالكسر - لا يفعل، فتدبر. وأما لو لم يكن الأكراه على حد الخوف على النفس فكذلك أيضاً في عدم الأثم، للأجماع، ولقوله تعالى: إلا من اكراه وقلبه مطمئن بالإيمان (٢) وقوله تعالى: ومن يكرهه فإن الله من بعد إكراهه غفور رحيم (٣) وغير ذلك من الآيات، وقوله صلى الله عليه وآله: (رفع عن امتي تسعة...) وعد منها (ما استكروها عليه) (٤) والمراد: رفع المؤاخذه، لا رفع الحقيقة، لاستلزامه الكذب. وبالجملة: فالدليل على كون الأكراه موجبا لرفع

العقاب في فعل حرام أو ترك واجب واضح لا سترة فيه. وكفى بأخبار
التقية من العامة (٥) شاهدة ومؤيدة لذلك. وأما في الضمانات
والغرامات بإتلاف أو جناية أو إثبات يد أو استيفاء منفعة

(١) في (ف، م): إذ علم مما مر أن... (٢) النحل: ١٠٦. (٣) النور: ٣٣. (٤) الوسائل ٥: ٣٤٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ح ٢. (٥) راجع الوسائل ١١: ٤٥٩، الباب ٢٤ من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما.

[٧٠٦]

أو انتفاع، فقد مر في بحث المباشر والسبب: أن الأكره رافع للضمان
عن المكروه - بالفتح - وموجب لكونه على المكروه - بالكسر - (١)
وليس ذلك كالغرور وإن كان كلام بعضهم - كعبارة الروضة (٢) -
يقضي بعدم الفرق. والوجه في ذلك: أن أسباب الضمان مع حصول
الأكره لاتصدق على المكروه - بالفتح - ولا يعد متلفا، ولا مضرا، ولا
صاحب يد ونحو ذلك، بل كل ذلك يصدق على المكروه - بالكسر -.
نعم هنا إشكال، وهو: أن السبب في عدم ضمان المكروه - بالفتح -
لو كان عدم صدق الأدلة بالنسبة إليه فلم تقولون بالضمان في قتل
النفوس؟ وإن لم يكن كذلك فلا وجه لعدم ضمان المكروه - بالفتح - بعد
صدق السبب. نعم، لو كان الأكره بحيث يسلب القصد ويكون المكروه
كالالة فهناك لا يصدق السبب ولا يصير ضمان عليه، وهو خارج عن
محل البحث، بل عن الأكره أيضا. وربما يقال: إن الوجه القول بكون
القاعدة إنما هو ضمان المكروه - بالفتح - خرج ما عدا الدم بالأجماع،
أو نقول: لم يخرج بل في غيره أيضا ضامن، ولكن يرجع إلى المكروه -
بالكسر - كالغرور، بالأجماع. والحق: أن الأكره موجب لعدم صدق
السبب بالنسبة إلى المكروه - بالفتح - ومصير المشهور إلى عدم
ضمانه في محله على القاعدة. وفي باب الدم إما أنه يصدق أنه قاتل
وإن كان مكروها كما هو الظاهر، وأما أنه قام النص والأجماع عليه
إبطالا للترجيح وسدا للباب. ووجه صدق السبب هنا عليه: أن الأكره
في العرف إنما يعتبر فيما كان المخوف منه أمرا أعظم مما أكره عليه
- كما هو الغالب - فإن من أكره بدفع ألف حذرا من دفع واحد أو من
أكره لدفع واحد حذرا من الوقوع في واحد آخر مثله لا يعد مكروها
عرفا وعادة، فهنا أيضا نقول: كونك مكروها على قتل النفس لا يكون
إلا مع كون ما تحذر منه أشد مما تقع عليه، والفرض: أن قتل نفسك
ونفسه سواء في المحذورية. إلا أن يقال: إن المدار على نظر المكروه
- بالفتح - ولعل قتل نفسه أعظم في نظره من قتل شخص آخر، بل
هو كذلك، لأن الإنسان يفر من

(١) راجع العنوان: ٥٨، ص: ٤٣٦. (٢) انظر الروضة ٧: ٣٣، كتاب الغصب.

[٧٠٧]

تلف نفسه وإن تلف غيره بذلك، وقد تقدم بعض الكلام في ضمان
المكروه، فراجع (١). وقد اتفق الكلام في رفع هذا الإشكال مع شيخنا
المحقق (الشيخ محمد حسن) أيده الله تعالى (٢) فأجاب بعد كلام
طويل (بأن الظاهر أن الفعل يسند إلى المكروه - بالفتح - في كل
مقام إلا في صورة سلب القصد، وباب الدم على القاعدة حينئذ.
ولكن نجيب عن سائر المقامات بأن قوله صلى الله عليه وآله: (رفع
ما استكرهوا عليه) يدل على رفع المؤاخذه والضمان أيضا، فيقدم
على أدلة الضمان، فيكون باب الدماء خارجا بدليل خاص على عدم

التقية فيه. وأوردت عليه بأن في الخطأ والنسيان أيضا يلزم عدم الضمان، فأجاب بأن دليل الضمان نرجحه فيهما بالأجماع والشهرة، وتقدم العكس في الأكره للشهرة. هذا غاية مراده، أيده الله تعالى. ولكن أوردت عليه أولا: بأن الظاهر من رفع (ما استكرهوا عليه) رفع المؤاخذه، فلا يدل على رفع الضمان، كما أن قوله: (لا تقية في الدم) (٣) معناه: إثبات الأثم، ولا دلالة فيه على الضمان، ولو سلم فسياق الخبر وذكر الخطأ ينافر (٤) ذلك، والتفكيك في غاية البعد، مع أن ظاهر الأصحاب عدم استنادهم في رفع ضمان المكروه إلى الرواية، فالأشكال غير منحل عند الأنصاف. وأما في الأسباب الفعلية للملك - كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد والمعاطاة ونحو ذلك - فهل يشترط الاختيار فلا يكون المكروه مالكا حينئذ بذلك مطلقا، أو لا يشترط بل يكون مالكا به مطلقا، أو يبقى مراعى فإن رضي بعد ذلك بما فعله ملكه وإلا فلا يملكه؟ وعلى هذا التقدير فيمكن كونه بطريق الكشف بمعنى كون الرضا كاشفا عن تملكه بالحيازة، أو بطريق النقل فيملك من حين الرضا. وعلى فرض عدم الملك أصلا أو إلى زمان حصول الرضا - كما هو قضية

(١) راجع العنوان: ٥٨. (٢) المراد به صاحب الجواهر قدس سره المتوفى سنة ١٢٦٦. (٣) الوسائل ١١: ٤٨٢، الباب ٢١ من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما، ح ١ و ٢. (٤) كذا، ولعله مصحف: ينافي.

[٧٠٨]

القول بالنقل - فهل المال باق على الإباحة الأصلية، أو على ملك البائع، أو لا، بل يملكه المكروه - بالكسر - لأنه في الحقيقة فاعل السبب والمكروه - بالفتح - كالألة؟ وجوه واحتمالات لا تخفى وجوهها على المتدرب في الفن، فلا حاجة إلى ذكرها، وأكثرها يعلم مما نذكرها في العقود. والعمدة في ذلك ملاحظة أدلة الأفعال. فعلى القول بأن قصد التملك معتبر في ذلك - كما يراه بعض الأصحاب (١) - قد يقال: إنه لا يملك، لعدم القصد. وسيأتي في بحث موضوع الأكره أن المعتبر في الأكره وجود القصد إلى المسبب وفوات الرضا، فلا يتفاوت الحال بين القول باشتراط قصد التملك وعدمه من هذه الجهة. فينبغي أن يقال: إن مثل قوله عليه السلام: (من حاز شيئا ملكه) (٢) أو (من أحيى أرضا ميتة فهي له) (٣) ونحو ذلك فهل هي دالة على كون هذا الفعل بالاختيار والرضا، أو أعم من ذلك؟ وهذا البحث أت في جميع الأفعال، فإن قولنا: (قام) هل معناه قام عن اختيار، أو أعم منه ومن الأكره؟ والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن الأكره إن بلغ على حد سلب الإرادة، فذلك لا بحث فيه في عدم صدقه، وهو خارج عن النزاع. وأما ما عداه فالحق: أن أصل الفعل أعم من الاختيار والأكره، لتبادر القدر المشترك، وعدم صحة السلب، ولكن ينصرف إلى الاختياري عند إطلاقه. فهذه الأدلة لا ريب أن المتبادر منها الاختياري، وكون ما صدر عن إكراه موجبا للملك يحتاج إلى دليل، والأصل قاض بالبقاء على إباحة الأصلية. وتملك المكروه - بالكسر - له أيضا غير واضح، لعدم صدق السبب - من حيازة واصطياد -

(١) منهم الشهيد قدس سره في الدروس ٢: ٦١. (٢) الظاهر عدم وروده باللفظ المذكور في روايات الخاصة والعامة، وإن كان ظاهر كلام المؤلف قدس سره أنه من أقوال المعصومين عليهم السلام، وظاهر كلام صاحب الجواهر قدس سره أيضا ذلك، راجع الجواهر ٢٦: ٢٩١، كتاب الشركة. (٣) الوسائل ١٧: ٢٢٧، الباب ١ من أبواب إحياء الموات، ح ٥ و ٦.

بالنسبة إليه بعد توسط رجل قاصد في البين، على إشكال في ذلك، سيما مع كون قصد المكروه - بالكسر - الأكره على الحيابة للمكروه - بالفتح - لا لنفسه، فإنه لا يصدق عليه أنه حاز قطعا. نعم، لو أكره للحيابة لنفسه فلا يبعد صدق دليل الحيابة بالنسبة إليه، وكون المكروه كالألة حينئذ. وبالجملة: فلا يملكه المكروه - بالفتح - بمجرد حصول الحيابة. نعم، لو حصل له الرضا بعد ذلك فالظاهر حصول الملك له، لصدق الدليل، لأنه حيابة مع الرضا، كما سيأتي توضيح ذلك في العقود. وبالجملة: يصدق عليه: أنه حاز شيئا وأحيا أرضا، وقد كان المانع من الصدق عدم الرضا وقد حصل. وليس ذلك كقام بعد القعود، حيث لا يصدق لو حصل الرضا بالقيام السابق بعد القعود أنه قام لعدم كونه سببا لشيء، مع كونه زائلا بطريان ضده، ولو كان في أثناء قيامه عن إكراه رضي بالقيام يصدق أنه قام بقول مطلق، فتدبر. والظاهر أن الرضا يكشف عن الملك بالحيابة، لأنها السبب وهو شرط، فإذا حصل أثر السبب. وأما في الأيقاعات والعقود فالاختيار شرط في صحتها أيضا في الموقع والمتعاقدين، نظرا إلى أن المتبادر من أدلة الأيقاع والعقود أيضا أنواعا واجناسا ما حصل فيه التراضي، فلا يشمل ما كان عن إكراه، ولقوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (١) وهو صريح في أن ما لا رضاء فيه فهو أكل بالباطل، ولقوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) (وغير ذلك مما دل على الأجازة في باب الفضولي، وعلى الاستئذان في غير ذلك. نعم، إنما البحث في أن مقارنة الرضا شرط، أو هو أعم من حصوله لا حقا ومقارنا، فلو لحق الرضا في صورة الأكره صح أيضا. ظاهر الأصحاب: أن الأيقاعات - كالشفعة والطلاق والظهار واللعان والأبلاء والنذر والعهد واليمين والعتق والأقرار، ونحو ذلك - لا يصير مراعى (٣) بحصول

(١) النساء: ٢٩، ٢ (٢) عوالي اللالي ١: ٢٢٢، ح ٩٨. (٣) كذا، في اصول النسخ، وفي (م): لا يكون مراعاة.

التراضي، بل متى ما وقع [شئ منها] (١) بإكراه بطل ولا ينفع الرضا به بعد ذلك، كما لا يصح فضوليا وإن لحقه الأجازة. فإن كان ذلك لاجتماع قام في ذلك فلا بحث فيه. وإن كان لنص خاص فكذلك. وإن كان على القاعدة، فيمكن البحث فيها بأن عمومات الأيقاعات كعمومات العقود إن كانت شاملة للمكروه الذي تعقب فيه الرضا، فلا وجه لبطلان الأيقاع، فإن الطلاق أو العتق على سبيل الأكره إذا لحقه الرضا فهو أيضا عتق وطلاق داخل في العموم فينبغي الصحة. وإن لم تكن شاملة فالوجه في المكروه البطلان، سواء كان في عقد أو إيقاع، فلا وجه للفرق والتفصيل. نعم، فيما كان مشروطا بنية التقرب - كما في الوقف والعتق - فالوجه فيه البطلان إذا وقع مع الأكره، لفوات الشرط، وهو مقارنة النية. وأما في ما عداه فلا وجه للبطلان في إيقاع والصحة في عقد، بل إما البطلان في الجميع أو الصحة في الجميع. وكيف كان: فالوجه في العقود أن لحق الرضا كاف في الصحة، ولا يشترط مقارنة الاختيار، نظرا إلى أن عموم أدلة العقود شامل له وانصرافه إلى المتعارف أيضا غير قادح، لأن بيع المكروه وسائر معاملاته من الأمور المتعارفة بحسب النوع، وتعارف الشخص غير معتبر، مع أن ظاهر الأصحاب إدراجهم لعقود المكروه تحت الأدلة، وفهمهم في موضوعات الألفاظ يورث الظن بالمراد، مضافا إلى الأجماع المستظهر من كلمات جماعة من الأصحاب، بل اللائح من عبارة بعض. ولو قيل: بأنه لا فرق بين المكروه وبين الصبي، فكما بطل ذلك فينبغي بطلان هذا أيضا. قلنا: إن المكروه بالغ عاقل

قاصد، غايته أنه فات الرضا منه، فمتى لحقه الرضا أثر العقد أثره من دون فرق بين المقام وبين الفضولي في هذه الجهة، وإن كان باب الفضولي قد ورد فيه نص أيضا (٢) بل الظاهر أن ما دل على صحة الفضولي يدل

(١) من (م). (٢) مثل رواية عروة البارقي، وصحيفة محمد بن قيس، راجع المستدرک ١٢: ٢٤٥، الباب ١٨ =

[٧١١]

على صحة المكره عليه بالأولوية، نظرا إلى أن رضا المالك متأخر في المقامين، ويزيد الفضولي في البعد عن الصحة بصور العقد فيه عن غير من له الولاية والسلطنة على المعقود عليه. وما يقال: إن ظاهر قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض (١) يدل على اعتبار مقارنة الرضا، لأن كلمة المجاوزة دالة على كون التجارة ناشئة عن التراضي، فيكون صورة طريان التراضي بعد العقد داخلة في الأكل بالباطل، ويثبت في سائر العقود - لو لم يكن داخلا تحت التجارة - بعدم القول بالفصل. مدفوع: بأن التجارة ليس معناها العقد حتى يلزم اعتبار كون العقد صادرا بعد الرضا، بل معناها: التمليك والتملك، فيدل على اعتبار كون الملك مع الرضا، وفي ما نحن فيه أيضا لا ملك بدون الرضا، ولذلك لو لم يرض كشف عن البطلان، ولو رضي صح وحصل الملك عن التراضي على القول بالنقل وعلى القول بالكشف بالمعنى الذي حققناه في أوائل الكتاب (٢) وكذا على القول بالمعنى الآخر أيضا، فإن الملك الواقعي أيضا ناشئ عن هذا التراضي المعلوم عند الله حصوله. ولو قيل: إن العقود تابعة للقصد وهنا لا قصد فلا يصح. قلنا: ليس البحث في الأكره السالب للقصد فإنه خارج عن الفرض، بل لا يعد إكراها بعد الوصول إلى هذه المرتبة، بل الفرض أنه قاصد، ولكنه غير راض. وما يقال: إن هذا العقد كان قبل حصول الرضا فاسدا فيستصحب الفساد حتى يقوم دليل على الصحة. مدفوع: أولا بمنع الفساد، بل هو في الواقع إما صحيح أو فاسد، والرضا وعدمه يكشف عن ذلك، فليس هناك فساد في الواقع حتى يستصحب، فإن طريان الرضا كما يوجب الشك في الصحة حينئذ يوجب الشك في أول الأمر

= من ابواب عقد البيع وشروطه، والوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من ابواب نكاح العيب والاماء، ج ١. (١) النساء: ٢٩. (٢) راجع ج ١، العنوان: ٤.

[٧١٢]

أيضا، وهو ما يقوله الأصوليون: إن الاستصحاب مع الشك الساري إلى المستصحب ليس بحجة. مع أن الاستصحاب لو سلم يدفعه شمول عموم الأدلة. وهنا إشكال أورده الشهيد الثاني رحمه الله وهو: أن المكره والهازل كلاهما قاصدان للفظ دون المدلول والمعنى، فلم يصح عقد المكره بعد حصول الرضا، ويبطل عقد الهازل مطلقا؟ مع عدم الفرق بينهما (١). وهذا الأشكال من الوهن مما لا ينبغي صدوره من مثله، نظرا إلى أن الرضا والأكره أمران مغايران لقصد اللفظ والمعنى، والهازل قاصد للفظ لا لأجل التمليك وترتب الأثر، فلا يصدق عليه أنه عقد أصلا، وقد مر تحقيق ذلك في باب تبعية العقد للقصد. وأما المكره فهو قاصد للفظ وقاصد لمعنى التمليك والأثر، ولكنه فات عنه الرضا، ولا يخفى ذلك على من تأمل في الجملة، فإن

من يبيع ماله لخوف فاصد للبيع وحصول المعاوضة قطعاً، لكنه لا عن رضاه، بل عن خوف وإكراه، ويصير في الحقيقة الأكره داعياً إلى ذلك، لا أنه غير قاصد للتمليك، فما أورده من الأيراد - بعد الفرق بصدق العقد في المكروه عرفاً دون الهازل ويكون المكروه قاصداً للمعاوضة وأثر العقد دون الهازل - غير وارد أصلاً، فتدبر. وهذا ما وعدناك سابقاً. ومن هنا يندفع ما أورده الشهيد الثاني رحمه الله تبعاً للمحقق الثاني رحمه الله (٢) الأيراد على الشهيد رحمه الله في تقييده الأكره بعدم بلوغه إلى حد سلب القصد وسيجيئ (٣) وجه الأيراد وكيفية دفعه في موضوع الأكره. وأما الأيقاعات: فقد أشرنا إلى أن خروج المكروه عن العموم فيها فلعله بالدليل، كما يظهر منهم. وهنا أبحاث آخر لا اهتمام بذكرها.

(١) المسالك ٣: ١٥٧. من (٢) راجع جامع المقاصد ٤: ٦١، والمسالك ٣: ١٥٦. (٣) يجئ في أواخر العنوان: ٩٢.

[٧١٣]

(العنوان الحادي والتسعون) (في أن الكفار والمخالفين مكلفون بالفروع)

[٧١٤]

عنوان [١٩] ليس الأسلام والأيمان شرطاً في التكليف، بل الكفار والمخالفون مكلفون بالفروع كالمؤمنين، وفاقاً للمشهور من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين، بل الظاهر من عبارة كثير من الأصحاب الأجماع على ذلك، بل كونه من ضروريات مذهب الأمامية، فإنهم يعبرون عنه بلفظ (عندنا) أو (عند علمائنا) ونحو ذلك. نعم، ربما يستفاد من بعض المحدثين من المتأخرين - كالفاساني والأمين الأسترابادي وصاحب الحدائق (١) على ما حكى (٢) - خلاف ذلك، وفاقاً لمن سبقهم على ذلك. والوجه في عدم الشرطية: ورود الخطابات على سبيل الأطلاق من دون اشتراطهما في الطلب، والأصل عدم التقييد، فالمقتضي موجود والمانع لا يصلح للمانعية، كما سنقره. وعموم الآيات والأخبار في التكليف مثل قوله تعالى: والله على الناس حج البيت (٣) وبأيهما الناس اتقوا (٤) وغير ذلك الشامل لكل بالغ عاقل. وما

(٢) راجع الوافي ٢: ٨٢، باب معرفة الأمام والرد إليه، ذيل الحديث ٢، الفوائد المدنية مدنية: ٢٢٦، الحدائق ٣: ٢٩. (٣) حكاه عنهم المحقق النراقي قدس سره في عوائد الأيام: ٩٦، العائلة: ٣٠. (٤) آل عمران: ٩٧. (٤) النساء: ١، و...

[٧١٥]

ورد بلفظ خاص - كما هو الغالب في الأخبار - فيأتي في الكافر أيضاً بعموم الاشتراك في التكليف الذي ذكرناه في أول الكتاب من الأجماع والنصوص الدالة على أن حكم الله في الأولين والآخرين سواء. وكون خصوص الفرض محل الخلاف لا ينافي الأجماع على القاعدة، كما مر في نظائره. وربما يستدل أيضاً بأنه لولا التكليف بالفروع لزم تساوي قاتل النبي صلى الله عليه وآله و على الفروع

كالاصول. ويجاب: بأن عدم تساويهما لا يستلزم كونهما مكلفين بفروع شرع الإسلام، بل لعل ذلك إنما هو لقبه في شرع الكفر أيضا. ورد بأن ثبوت الإسلام ناسخ للشرائع السابقة، فلا دين غيره حتى يكون التفاوت لأجل مخالفة ذلك الدين دون الإسلام، حتى لا يكون مكلفا بالفروع في شرعنا. ولكن يمكن أن يقال: إن نزاع التكليف بالفروع إنما هو في الفروع الثابتة بالشرع ابتداء، وأما ما يستقل به العقل - كالظلم والقتل ونحو ذلك - فلا بحث في كون الكافر مؤاخذا به ومعاقبا عليه، وما ذكرته من المثال إنما هو من الثاني دون الأول. أو يقال: إن نسخ الإسلام للشرائع السابقة فيما استقل به العقل ممنوع، بل هو باق على حكم الشرائع السابقة، فيكون العقاب لقبه في شرعهم كشرعنا. ومجرد فرض كون العقاب إنما هو لمخالفة هذا الشرع دون السابق إنما ينفع في إثبات كون شرعنا مطاعا من حيث هو كذلك، فما وافق الشرع السابق أيضا يؤخذ من حيث كونه من شرعنا، لا من حيث كونه من الشرع السابق، ولا من حيث الاجتماع، ولا ينفع في مقامنا هذا، إذ الدليل قضى بالتفاوت بين القاتل والمعين، وأما أن ذلك لجهة شرعنا أم لا فلا يقضي به ذلك. وقد يقال في الاستدلال: بأنه لا ريب في كونهم مكلفين بالإيمان، وليس الأيمان مجرد العقائد الحقة، بل هو عبارة عن العقائد والأعمال كما دل عليه طائفة

[٧١٦]

من الأخبار (١). ويمكن منعه بأن الأيمان ليس المواظبة على جميع الأحكام قطعا، والترجيح لبعض الأحكام لا وجه له، ولا ريب أن فاعل المحرمات وتارك الواجبات مع اعتقاده العقائد الحقة يسمى مؤمنا مسلما، فما ورد في الخبر يكون تعريفا للإيمان الكامل، كما في قوله [تعالى]: إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم إلا وفي الآيات ما يقضي أيضا بأنهم مكلفون بالفروع، كقوله تعالى حكاية عنهم: لم نك من المصلين ولم نك نطعم المسكين (٢) وقوله تعالى: فلا صدق ولا صلى (٣) كذا قيل (٤). ويمكن أن يقال بأن قولهم: (لم نك من المصلين) ما يدل على كونهم مكلفين بالصلاة في كفرهم، بل لعل المراد: أنا لو آمننا وصرنا مكلفين بالصلاة وصلينا لنجونا، ولكن لم نك من المصلين لعدم كوننا من المسلمين. وكذا قوله [تعالى]: فلا صدق ولا صلى لا يدل على التكليف بالصلاة في حال عدم التصديق، بل مثل هذه العبارة يقال كثيرا في المرتب، فإنه إذا قيل لزيد: (أضف عمروا (٥) وإذا أضفته فأعطه درهما) فإن الأضفاء وجوبه مشروط بالضيافة، بحيث لو لم يمكن الضيافة لا يجب الأضفاء، فإذا ترك زيد كليهما يقال: (لا أضف ولا أعطى) ولا يلزم وجوب كل منهما وجوبا مطلقا. واحتج من زعم الشرطية بأن التكاليف ممتنعة الحصول من الكافر حال كفره، إذ لا بحث في شرطية الإسلام في الصحة كما يأتي، والمشروط من دون شرط

(١) راجع الكافي ٣: ٣٣، باب أن الأيمان ميثوث لجوارح البدن كلها. (١) الأنفال: ٣. (٢) المدثر: ٤٣، ٤٤. (٣) القيامة: ٢١. (٤) احتج بهما وبغيرهما من الآيات العلامة قدس سره في المنتهى ٢: ١٨٨. (٥) في غير (م): لعمره.

[٧١٧]

ممتنع. وممتنعة بعد الإسلام أيضا، لما مر من قاعدة كون الإسلام مسقطا لما قبله (١) فإذا كان كذلك فلا يمكن صدور العمل من الكافر على وجه يوافق الأمر أصلا، بل إما الشرط منتف وإما الأمر منتف، فلا

معنى لقولنا: الكافر مكلف بالفروع، مع عدم جواز التكليف بما لا يطاق عندنا وعند أكثر العقلاء، ولو لم يكن ممتنعا على تقدير الإسلام فهو لغو قطعاً، إذ طلب الفعل على تقدير لو أريد الأتيان به على ذلك الفرض لسقط الخطاب خال عن الفائدة بالمرّة. وحله أن يقال: إن الكافر في حال كفره أيضاً لا يمتنع منه العبادة، لأن (حال الكفر) معنى مغاير لقولنا: (بشرط الكفر) وعدم إرادته الإسلام الذي هو من إحدى المقدمات يوجب امتناعه بالاختيار، وهو غير مناف لمقدورية أصل الفعل بذاته، فالكافر في حال كفره قادر على إتيان الأمور به ولو بواسطة المقدمة المقدورة وهو الإسلام، والمقدور بواسطة مقدور، كيف! ولو بنى المسألة على أن ما انتفى شرطه في الوجود الخارجي فالتكليف به ممتنع لم يكن للتكليف موقع بالمرّة، إذ ما من شئ يؤمر به إلا وشرط من شرائط وجوده منتف في الخارج، وإلا لكان موجوداً. والسقوط بعد الإسلام لا يوجب اللغوية والامتناع، لأننا نقول أولاً: في الموسعات التي قد مضى من الوقت مقدار الأداء بشرائطه وهو كافر فأسلم مع بقاء الوقت، فقد مر في بحثه أن هذا محل إشكال، فنقول: إن هذا لم يسقط فيأتي به، وهو كان مكلفاً به أيضاً في أول الوقت، وليس كل تكليف ساقطاً على فرض الإسلام في كل وقت. وثانياً: في التكاليف المالية الصرفة قد مر أن الإسلام لا يجبرها. وفي العبادات التي تسقط بالإسلام أيضاً نقول: أما في الموسعات فلا بحث، لما أشرنا إليه، والتكليف فيها في محله. وأما المضيق أو خطاب القضاء بعد الفوات، فنقول: ليس المراد بالتكليف فيه طلب الفعل حقيقة، بل المراد: الأبتلاء والامتحان

(١) مرت في العنوان: ٦٧،.

[٧١٨]

والغرض من توجيه الخطاب واسقاطه بالإسلام: إما الحث والترغيب عليه لكونه مقدمة وشرطاً للتكليف فينبغي أن لا يترك. وإما أنه لو لم يسلم ولم يأت به فيعاقب على الفروع أيضاً لمخالفته لها كالاصول. وإما أنه لو أسلم بقصد الأتيان للتكليف والامتناع يصير مثاباً من جهتين: إحداهما من جهة الإسلام المأمور به مستقلاً، وثانيتها: من جهة كونه توطيئاً للفروع، وإن سقط عنه حينئذ ما مضى من التكاليف، فلا تذهل. وما يقال: إنه لو وجب لوجب قضاؤه عليهم وليس كذلك، ممنوع بأن القضاء بالفرض الجديد على المختار، ولعل خطاب القضاء لا يشملهم، ولا ملازمة بين وجوب أصل الفعل وقضائه، ولو سلم الملازمة هنا نقول: مكلفون بالقضاء أيضاً كسائر التكاليف وسقوطه عنهم بالإسلام لأحد الوجوه السابقة. وقد اعتمد من ذهب إلى عدم التكليف بما ورد في بعض الأخبار أن التكاليف بعد الإسلام. منها: ما رواه بعض مشايخنا ووصفه بالصحة: من آمن بالله وبمحمد رسول الله صلى الله عليه وآله واتبعه وصدقته، فإن معرفة الإمام هنا (١) واجبة عليه، ومن لم يؤمن بالله ورسوله ولم يتبعه ولم يصدقته ولم يعرف حقهما فكيف يجب عليه معرفة الإمام وهو لا يؤمن بالله ورسوله ويعرف حقهما؟ (٢). وهذه الرواية لا دلالة فيها على المطلوب، لأن معرفة الإمام أولاً ليس من الفروع المبحوث عنها وإن كان مما أمر بها النبي صلى الله عليه وآله. وثانياً: أن المراد لو كان ترتيباً في الطلب لزم كون معرفة الإمام بعد سائر الأفعال والفروع، لأن اتباع النبي صلى الله عليه وآله: الأتيان بما أتى به وترك ما تركه، وليس كذلك، بل المراد منه الترتيب في المطلوب، بمعنى كون معرفة الله والرسول مطلوبة قبل معرفة الأمام، لا أن (٤)

(١) في الكافي: منا. (٢) حرف النفي لم ترد في الكافي. (٣) الكافي ١: ١٨٠، باب معرفة الأمام والرد إليه، ح ٣ (٤) في (ن، د): لأن.

[٧١٩]

معرفة الأمام عليه السلام طلبها مشروط بحصول معرفتهما. مضافا إلى أن عموم الكتاب والسنة وفتوى الأصحاب - إلا من شذ منهم - وقاعدة الاشتراك في التكليف وغير ذلك من الأدلة يعارضة ويرجح عليه (١) من جهات. واعتمدوا أيضا بأصالة عدم التكليف وعدم دليل على ثبوته، ويلزوم تكليف ما لا يطاق لو كلفوا بالفروع، لأنهم جاهلون بهذه الأوامر والنواهي، وتكليف الجاهل قبيح. وبما ورد من تخصيص الأمر بطلب العلم للمسلم والمسلمة، كقوله صلى الله عليه وآله: (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة) (٢) ولو كان الكافر أيضا مكلفا بالفروع لوجب عليه أيضا ذلك. وباختصاص الخطاب في ظواهر الآيات بالمؤمنين كقوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا فإن أغلب الخطابات كذلك، ولو فرض هناك عموم يشمل الكافر فلا بد من التقييد بالمؤمن لما ورد مقيدا أيضا. وبأنهم لو كانوا مكلفين بالفروع لكان النبي صلى الله عليه وآله يأمر كل من أسلم به الغسل، للعلم العادي بأنه جنب، مع أنه لم يكن يأمر بذلك. وهذه الوجوه كلها أوهن من بيت العنكبوت، لا حاجة إلى التعرض لأجوبتها، والدليل قد عرفته على إثبات التكليف عليهم. والنزاع إنما هو فيما اطلعوا (٣) على وجود تكليف فيه ولو بالأجمال وقصروا عن معرفته وتحصيله، فلا يلزم تكليف الجاهل والغافل، بل مجرد تكليفهم بالأسلام يكفي في علمهم إجمالا بأن هناك أحكاما لا بد من معرفتهم لها على فرض الأسلام، و ٧ هذا المقدار كاف في التكليف بالفروع، ولا يحتاج إلى العلم تفصيلا. وتخصيص الأمر بالمسلم والمسلمة لا يدل على عدم كون الكافر مكلفا، لأن مفهوم الوصف ليس بحجة، ويكفي في ذكر المسلم شرفه وكون طلب العلم بعد

(١) كذا، والمناسب: يعارضها ويرجح عليها، لرجوع الضمير إلى الرواية. (٢) الكافي ١: ٣٠، باب فرض العلم ووجوب طلبه والبحث عليه، ح ١ وذيل ٥. وليس فيهما (ومسلمة) نعم هي موجودة فيما رواه في البحار ٢: ٣٢. كتاب العلم، ح ٢٠. (٣) في (ن، د): أطلقوا.

[٧٢٠]

الأيمان بالأسلام لا قبله، مع أنه لا يقاوم ما مر من الأدلة على التعميم. ومثل ذلك نجيب في اختصاص الخطابات بالمؤمنين، مع أن في الخطابات ما يعم المؤمن والكافر، فلا وجه للتقييد، وذلك واضح، لعدم العلم بوحدة المكلف من خارج، فيجوز كون الفريقين مكلفين بذلك. وعدم أمر النبي صلى الله عليه وآله بالغسل ممنوع، بل الظاهر أن الاغتسال بعد الأسلام كان من الأمور المعتادة الواضحة، كما يكشف عنه طريقتنا في زماننا هذا، مضافا إلى كفاية الأوامر العامة في ذلك، فلا يحتاج إلى الأمر بالخصوص، فتدبر. ومما يدل على كونهم مكلفين بالفروع قوله تعالى في حم السجدة وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة الآية (١) وإن أمكن أن يقال فيه ما مر في نظائره، مضافا إلى ما ذكره في تفسير القمي، عن الصادق عليه السلام: أترى أن الله عزوجل طلب من المشركين زكاة أموالهم وهم يشركون به - وذكر الآية - قيل: جعلت فداك! فسره لي، فقال: ويل للمشركين الذين أشركوا بالأمام الأول وهم بالأئمة الآخرين كافرون، إنما دعا الله العباد إلى الأيمان، فإذا آمنوا بالله وبرسوله افترض عليهم الفرائض (٢). وبهذا الحديث استدك القاساني في

تفسيره على مذهبه (٢). ولا ريب أن ما ذكر تأويل للآية، والتعليل تقريب كما في أكثر الآيات، فلا ينافي الظاهر. ولا يبعد أن يراد بالترتيب كون الواقع كذلك، لا أن من لم يؤمن لم يكلف. أو يراد كونه شرطاً في حصول الامتثال وكون التكليف حقيقياً لا ابتلائياً. وأما العبادات: فالاسلام شرط في صحتها، وعليه إجماع الأصحاب فيما عدا الوقف والصدقة والعتق على القول باشتراط نية القرية فيها، وعلى القول بعدم اشتراط القرية فيها تكون من المعاملات الصرفة التي يجئ البحث فيها. وعللوا عدم صحة عبادة الكافر بأن العبادة مشروطة بالنية، ونية القرية لأ

(١) فصلت: ٦ و ٧. (٢) تفسير القمي ٢: ٢٦٢. (٣) الصافي ٢: ٤٩٤.

[٧٢١]

تتحقق من الكافر، وهذا في الكافر الجاحد للربوبية مطلقاً واضح. وأما الكافر المقر بالله تعالى المنكر لصفة أو ضروري أو للنبوة فيعقل فيه القرية، بمعنى قصدتها (١)، وإن لم يحصل له الثواب، فلا يمشي (٢) فيه هذا التعليل. ويمكن أن يقال: إن نية القرية لا تتحقق إلا باعتقاد كون هذه العبادة مأموراً بها من الله جزماً، والكافر غير معتقد بالنبوة حتى يعتقد كون ذلك مأموراً به (٣)، فلا يعقل قصد القرية منه. ونحو ذلك سائر أصناف الكفر، فإن مألها إلى عدم الوثوق والاعتقاد بالشرع، وهو مانع من قصد التقرب، وقصد التقرب على فرض حقية الإسلام يؤول إلى الترديد المانع من صحة العبادة، وعلى كل حال فيدل على شرطية الإسلام. مضافاً إلى ما ذكر طائفة من الآيات كقوله تعالى: إنما يتقبل الله من المتقين (٤) وأول التقوى الإسلام، وكل ما هو ليس بمقبول ليس بصحيح. وما يتخيل: أن القبول غير الصحة، فهو من البطلان بمكان، لأن الصحة عبارة عن موافقة الأمر، وكيف يعقل موافقته للأمر من دون ثواب؟ فإن الثواب لازم عقلاً لذلك لا يمكن تخلفه في الحكمة. وقوله تعالى: وما منعهم أن تقبل منهم نفقاتهم إلا أنهم كفروا بالله وبرسوله (٥) وغير ذلك من الآيات. مضافاً إلى دلالة الآيات الكثيرة على كون الكفار معذبين بالنار خالدين فيها، ولو كانت عباداتهم صحيحة لزم وصول الأجر إليهم في الآخرة، وهو منفي في حقهم بالآيات المذكورة. مع ما في الأخبار الكثيرة من الدلالة على بطلان عبادات المخالف، فضلاً عن الكافر، كما ورد من أنه: لا طاعة إلا بولاية ولي الله ودلالته إليه، وغير ذلك

(٢) في غير (م) زيادة: ذلك. (٢) في (م): فلا يأتي. (٣) كذا في اصول النسخ، وفي (م): كونها مأموراً بها. (٤) المائدة: ٢٧. (٥) التوبة: ٥٤. (١) راجع الوسائل ١: ٩٠، الباب ٢٩ من أبواب مقدمة العبادات.

[٧٢٢]

وبالجملة: فشرطية الإسلام والأيمان في صحة العبادة مما لا بحث فيها عند أصحابنا، فلا حاجة إلى ذكر الأدلة. وأما الوقف والصدقة والعتق: فبعض من اعتبر قصد القرية فيها منع من صحتها من الكافر، وجماعة منهم قالوا بصحتها، منهم الشهيد رحمه الله في اللمعة، فإنه مع اشتراطه القرية في العتق قال: والأقرب صحة العتق من الكافر (١). وخلافهم في هذه الثلاثة مع اتفاقهم على بطلان سائر العبادات منه: إما من جهة أن الدليل دل في هذه الأمور على اعتبار إرادة وجه الله تعالى وهي ممكنة من الكافر، كما في الخبر: أنه (لا

عتق إلا ما اريد به وجه الله تعالى) (٢) وليس كذلك سائر العبادات، وقد علل بذلك الشهيد الثاني رحمه الله (٣). وإما من جهة تركب هذه الثلاثة من جهة مالية وجهة عبادة، ويرجح من ذلك جانب المالية. وإما من جهة أن هذه كلها إخراج عن الملك، ومملك الكافر أضعف من ملك المسلم، فهو أولى بالفك. وإما من جهة أن الكافر ليس بمالك في الحقيقة، وإنما هو صورة ملك لبقاء النظم، فإذا أخرجه ودفعه خرج عن ملكه وإن لم يترتب عليه الآثار من الثواب ونحوه. والتحقيق: أن هذه الثلاثة أيضا ليست صحيحة من جهة كونها عبادة، ولذلك لا ثواب فيه. نعم، هي صحيحة من جهة كونها معاملة وفك ملك، غاية ما هناك: أنه يرد أن هاتين الجهتين مرتبطتان لا تنفك إحداهما عن الأخرى، ولذلك لو لم يبنو المسلم القرية لم يصح عتقه أصلا. ونجيب عن ذلك بأن الكافر أو المخالف يلزم بمعتقده، فإن اعتقاده فيه الصحة، وهذا المقدار يصير حجة عليه في الخروج عن الملك، ويدخل في عموم (الزموهم بما ألزموا به أنفسهم) (٤) فتبصر.

(١) اللمعة: ٢٢٢ (كتاب العتق). (٢) الوسائل ١٦: ٦، الباب ٤ من أبواب كتاب العتق، ح ١. (٣) الروضة ٦: ٢٤٢. (٤) الوسائل ١٥: ٢٢١، الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٥ و ٦.

[٧٢٣]

وأما الغرامات والضمانات فلا يشترط فيها الإسلام ولا الأيمان، لعموم ما دل على الضمان بأحد أسبابه، وأصالة اشتراك المكلفين في الأحكام، وهذا مما لا بحث فيه. نعم، مال الحربي ودمه [في] (١) للمسلم بالنص والأجماع. وأما العقود والأيقاعات: فمقتضى عمومات الأدلة صحتها من الكافر والمخالف والمؤمن، والأصل عدم الشرطية. كما أن الأسباب الفعلية - من حيازة وإحياء وموت ونحو ذلك - كذلك، وحرمة ذبيحته إنما دل عليها الدليل. ولا مخصص لذلك إلا ما ذكرناه سابقا من قاعدة: (نفي السبيل للكافر على المسلم) (٢) فإن كل ما هو داخل تحت القاعدة - كما أشرنا إليها في محلها - فينفرد بالصحة من المسلم، ولا يصح من الكافر، فراجع وتبصر.

(١) لم يرد في (ن، د). (٢) راجع العنوان: ٤٩.

[٧٢٥]

(العنوان الثاني والتسعون) (في ضبط الموارد التي يشترط فيها العدالة)

[٧٢٦]

عنوان [٢٩] ليس العدالة شرطا، لا في تكليف ولا في ضمان وغرامة، ولا في صحة العبادة، ولا في العقود والأيقاعات من حيث هي كذلك، لعموم ما دل على التكليف والضمانات وصحة العقود والعبادات، من دون دليل دال على الاشتراط، فأصالة الأطلاق سليمة عن المعارض، معتضدة بالفتوى. وما يتراءى من الشيخ رحمه الله أنه

اعتبر العدالة في التصرفات المالية (١) إدراجا للفاسق تحت السفه المحجور عليه فيصير اشتراط العدالة من جملة أجزاء اشتراط الرشد، فمع خروجه عن الفرض - إذ الكلام في اعتبار العدالة من حيث نفسها - يجئ ما فيه في البحث عن معنى الرشد والسفه. نعم، الظاهر من الأصحاب اشتراط العدالة في كل مقام يكون فعل شخص أو قوله مسقطا عن الغير، أو حجة عليه، أو كان مؤتمنا على مال الغير أو حقه من غير مالكة، فإن هذه المقامات قد اعتبروا فيها العدالة، وتندرج فيها عدالة الشاهد، والقاضي، والكاتب، والمترجم، وعامل الصدقة، والمقوم للمال، والمقسم، ونائب العبادات كلها عن حي أو ميت باستنابة نفس المنوب عنه أو باستنابة وكيله وغير

(١) الخلاف ٣: ٢٨٢، المسألة ٣.

[٧٢٧]

ذلك، وأمين الحاكم على مال الأيتام والغائب والمجانين وعلى قبض الحقوق المالية، ومنصوبه في نظارة وقف أو في وصاية، والوصي على مال الأطفال والمجانين، ومفرق الحقوق المالية إذا دفع إليه المالك ولو كان وكيلًا، والودعي الذي يوضع عنده مال الغير عند حصول عذر للمستودع، والمستأجر من المستأجر إذا أراد قبض العين منه لو قلنا بعدم اشتراط إذن المالك - كما هو قضية صحيحة على بن جعفر (١) - وعدالة إمام الجماعة، ونظائر ذلك. وبالجملة: فالصابط: إما كون قوله مسقطا عن الغير أو حجة عليه، أو كون فعله كذلك، أو كون يده مسلطة على مال الغير من غير مالكة، فإن هذه المقامات يشترط فيها العدالة. والمنشأ في ذلك ما دل من الآية الشريفة على أن الفاسق يجب التبين عن خبره (٢) فلا يسمع قوله ولا يكون حجة من حيث هو قوله، وحجته من جهة حصول العلم أو من جهة حصول الظن حيث يعتبر فيه الظن - كعدد الركعة والمريض المبيح للأفطار - كلام آخر. وما دل من النصوص على عدم كون الفاسق أهلا للأمانة (٣). مضافا إلى ما ورد في مذمة الفاسق بما يقضي بسقوط درجتهم، فضلا عن ائتمان الشارع لهم على مال أو نحو ذلك، وكيف ينهى الشارع عن الركون إلى الذين ظلموا (٤). ثم يرخص في الاعتماد عليهم أو يعتمد عليهم في أموال الناس وما في حكمها؟ وكل فاسق ظالم ولو لنفسه؟ فتدبر. وعدم سماع قوله وعدم جواز الركون إليه يكفي في اشتراط العدالة في هذه المقامات الثلاث الجامع للفروع السابقة كلها، فتبصر. مضافا إلى ما ورد من الأدلة

(١) الوسائل ١٣: ٢٥٥، الباب ١٦ من أبواب أحكام الأجرة، ح ١. (٢) الحجرات: ٦. (٣) انظر الوسائل ١٣: ٣٣٠، الباب ٦ من أبواب أحكام الوديعة، والباب ٩ منها. (٤) هود: ١١٣.

[٧٢٨]

الخاصة في كثير من هذه المقامات مع إشعاره باعتبار العدالة، لعدم سماع خبر الفاسق وعدم جواز الركون إليه الدال على تأسيس القاعدة، مع أن تتبع ما ورد فيه النص وقام عليه الأجماع يورث استقراء مفيدا لألحاق المشكوك فيه بالغالب، وبقي هنا كلام: وهو أن الوكيل في ما تجوز فيه الوكالة - كالعقود والأيقاعات، وتطهير الثوب، ونحو ذلك من قبض وإذن - لا يشترط عدالته، مع أن فعله

وقوله مبني على الصحة مسقط عن الموكل، بمعنى: أن كل ما فعله فهو بمنزلة ما فعله الموكل، فينبغي اشتراط عدالته أيضا، إذ لعله يخبر عما هو ليس بواقع من بيع أو نكاح أو تطهير أو غير ذلك، وأي فرق بين هذه الأمور وبين الاستنابة لعبادة كالحج ونحوه حيث يشترط فيه العدالة؟ وعللوه بعدم سماع قوله في إتيانه بالعمل على وجه صحيح، فلا يعلم براءة الذمة، وإطلاع الغير على أفعاله غير ممكن، إذ من جملة الشرائط قصد القرية ولا يطلع عليها أحد. مع أن هذا الوجه يجري في المعاملات أيضا، فإن قوله غير مسموع، وإطلاع الغير غير ممكن، إذ من جملة شرائطها القصد، وهو مما لا يمكن الإطلاع عليه، فلعله كان غير قاصد. ودفع ذلك: إما بأن يقال: إن مقتضى القاعدة كان اشتراط العدالة، ولكن خرج باب الوكالة بالأجماع وإطلاق النصوص وكون فعل الوكيل منزلا منزلة فعل الموكل مطلقا. وإما بأن يقال: إن فعل الوكيل ثبت صحته في هذه الأمور بأصالة الصحة في فعل المسلم، أو بأصالة الصحة - المشار إليها في العناوين السابقة - ويكتفى بها للموكل أيضا. ولو قيل: إن هذا الكلام يجري في العبادات أيضا، فإن النائب إذا فعل فعلا فأصالة الصحة تقضي بكون ذلك جامعا للشرائط، فيكون كافيا للمنوب عنه ولا يحتاج إلى سماع خبره كما في الواجبات الكفائية، فإذا رأيت من يشتغل بغسل الميت تكتفي بذلك في السقوط عنك بأصالة الصحة وإن لم يكن عادلا، فلم

[٧٣٩]

تشتترط في نائب العبادة العدالة؟ قلنا: الفرق بين النيابة والواجب الكفائي واضح، فإن فاعل الواجب الكفائي أت به من جهة نفسه، ولا ريب أن عمل المسلم في حق نفسه محمول على الصحة، فإذا كان كذلك فيوجب عني السقوط، لأنه فعل صحيح. وأما النائب فهو أت للفعل عن المنوب عنه وليس هناك أصالة صحة فعل مسلم عن مسلم آخر - بمعنى ترتب الآثار عليه - إذ أدلة صحة فعل المسلم لا تعم ذلك، وسيأتي - إن شاء الله - البحث في ذلك. وأما الفرق بين العبادات والمعاملات: فإن الذمة إذا اشتغلت فلا تفرغ إلا بيقين والتميقن هو نيابة العدل، وأما في المعاملة فليس هناك اشتغال ذمة بشئ، بل هو إقدام على ما لو لا قول الوكيل لما أقدم عليه، ولو لم يثبت بقول الوكيل جوازه فلا ييقى علم بتحريمه أيضا، وهو كاف في جواز الارتكاب. وفيه نظر واضح. وإما بأن يقال (١): إن سماع قول الوكيل في المعاملات إنما هو من جهة كونه ذا يد على ما أخبر عنه، وقول ذي اليد مسموع ولو كان فاسقا. وهذا لا يطرد في الأشياء التي ليست مما يدخل تحت اليد كالنكاح والطلاق، فلا بد من القول بعدم سماع قول الوكيل في ذلك إلا بعد الثبوت. وأما من جهة (٢) الفرق بين العبادة والمعاملة: بأن العبادة عمدتها النية وهي لا تعلم باطلاع، فلا بد من اعتبار كون النائب عدلا ليحصل الوثوق به. والمعاملة وإن كان يعتبر فيها القصد وهو أيضا لا يعلم، لكن الشارع جعل ألفاظ العقود كاشفة عن القصد. ومن قال: (بعت) ثم ادعى (أنني ما كنت قاصدا) لا يسمع منه ذلك، لأن ظاهر كلامه مكذب له. بخلاف العبادة، إذ ليس فيها ما يدل على وقوعها مع نيته إلا

(١) عطف على قوله: (إما بأن يقال) المتقدم في ص: ٧٣٨. (٢) كذا، والظاهر (من جهة) زائدة.

[٧٣٠]

أصالة الصحة، وأصالة الصحة لا تكون حجة على غير الفاعل. نعم،
ظاهر العقد دال على القصد وحجة، وإلا فلم يمكن المعاملة أصلاً،
لأن أحد المتعاقدين لا يدري بأن الآخر قاصد في الأيجاب أو القبول أم
لا. ولا يخفى أن في الفرق بين أدلة الوكالة وأدلة النيابة في العبادة
- بأن الأولى مطلقة شاملة لتوكيل الفاسق أيضاً فلا مناص عن اتباع
قوله فيما أخبر عنه من جهة الوكالة، والثانية مجملة دالة على جواز
الاستنابة أو وجوبها، والمتيقن هو استنابة العدل - نظراً ووضوحاً
وإشكالا لائحا، فإما الأطلاق في المقامين، أو الأجمال في المقامين.

[٧٣١]

(العنوان الثالث والتسعون) (في تنقيح بعض الموضوعات المأخوذة
في لسان الأدلة، مثل: العقل والجنون والبلوغ والصغر، والأسلام
والكفر، والعدالة والفسق، والحرية والرقية، والرشد والفسه،
والاختيار والأكراه)

[٧٣٢]

عنوان [٣٩] [العقل والجنون موضوعان معروفان. ولو شك في كون
شخص مجنوناً أو عاقلاً فالأصل أن يكون عاقلاً، لأصالة عدم العيب،
وكون الغالب ذلك. هذا إذا كان الشك ابتدائياً من دون علم بحالة
سابقة، وأما بعد العلم بكونه عاقلاً فالاستصحاب أيضاً يعاضد الأصل
السابق. وأما بعد العلم بالجنون فالأصل بقاء الجنون ما لم يحصل
العلم الشرعي بزواله وصحة العقل. وأما البلوغ والصغر: فهما وإن كانا
عرفيين بالأصل، لكنهما صاروا شرعيين بالتحديد وفي بيانهما طول،
وملخصه: أن في الذكر بلوغ خمس عشرة سنة تامة هلالية، أو
خروج المنى كيف كان، أو إنبات الشعر الخشن على العانة يسمى
بلوغاً. وفي الأنثى بلوغ تسع سنين تامة كذلك، والحيض والحمل
علامتان لسبق البلوغ. ولو شك في حصوله فالأصل عدم البلوغ وبقاء
الصغر. والكفر والأسلام أمران شرعيان، فمن أقر بالله وحده ونبوة
محمد صلى الله عليه وآله و دون فرق بين من عرف وأنكر أو لم
يعرف. نعم، لو وقع الشك في كونه كافراً أو مسلماً مع عدم إمكان
الاستعلام - كما في

[٧٣٣]

اللقيط مع عدم إمكان إلحاقه بدار الالتقاط، أو في غير ذلك، أو مع
إمكان الاستعلام ولكن قبل العلم - فهل الأصل أن يكون كافراً، أو
الأصل أن يكون مسلماً، أو لا أصل في أحد الطرفين فيتوقف إلى أن
يعلم؟ وجوه لكل منها وجه وجيه. أما أصالة الكفر: فالوجه فيه (١) أن
الأسلام أمر وجودي وهو الأقرار واعتقاد الاصول والضروريات، وبينه
وبين الكفر تقابل العدم والملكية، فالكفر عبارة عن عدم ذلك عما من
شأنه ذلك، فإذا شك في ثبوت أحدهما فلاربيب أن الحادث الوجودي
منفي بالأصل، وليس بعد ذلك إلا الكفر، إذ لا واسطة بين الكفر
والأسلام. وهذا هو الذي يظهر من طريقة أصحابنا الأمامية، كما يظهر
من تتبع كلماتهم في باب الجهاد واللقطة والميراث وفي باب الحدود
والارتداد، فإن ظاهرهم في المشكوك فيه الكفر إلا بما يدل على
إسلامه من إحدى الطرق الأربعة المعروفة: من الأقرار بالاستقلال،
وتبعية السابي، وتبعية الأبوين بكونهما مسلمين عند إنعقاده أو
إسلامهما بعده، وتبعية الدار كما في اللقيط ونحوه، وبالجملة: لا

تبقى للمتبع في كلامهم شبهة في أن الأصل الكفر حتى يثبت الإسلام. ويدل على ذلك أيضا قوله تعالى: فماذا بعد الحق إلا الضلال (٣) ولو كان ما عدا الإسلام أعم من كونه كفرا لم يكن ضلالا بقول مطلق. وأما أصالة الإسلام: فلم يعلم من الأصحاب البناء عليها، بل نسب إلى معاصر الأمامية البناء على أصالة الكفر (٣) والذي يمكن أن يكون مستندا لها (٤) امور: أحدها: قوله تعالى: فطرت الله التي فطر الناس عليها (٥) مع ما في تفسيره من: أنها فطرة الدين والإسلام والأيمان (٦) فيكون مقتضاه: أن كل فرد من الناس فطرته فطرة إسلام ومن كفر فقد غير فطرته. وثانيها: قوله تعالى: فليغيرن خلق الله (١) في ذم الكفار، فإن ظاهره أن

(١) كذا، والمناسب: فيها. (٢) يونس: ٣٢. (٤) لم نقف عليه. (٤) في (ن، د): فيه. (٥) الروم: ٣٠. (٦) راجع توحيد الصدوق: ٣٢٨، الباب ٥٣. (١) النساء: ١١٩.

[٧٣٤]

خلق الله على الإسلام، ومن كفر فقد غير ما خلقه الله عليه. وثالثها: النبوي المشهور: (كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه) الحديث (١). ولا يخفى ما فيه من الصراحة في المدعى. وهذه الوجوه مخدوشة بأن ظاهرها كون كل مخلوق ومولود مولودا على فطرة الإسلام، ولازم ذلك أنه لو كبر وبلغ وأظهر الكفر عد مرتدا وإن لم يعلم حال أبويه، مع أنه لا تجري عليه أحكام المرتد قطعا، بل اللازم أن تجري عليه أحكام المرتد الفطري، لأنه مولود على الفطرة، وحينئذ فلا يبقى للمرتد الملي مصداق أصلا، إذ كل ما فرض فهو مرتد عن فطرة، وهذا مما يحكم الأجماع والنصوص بفساده. ويعلم من ذلك: أن هذه الرواية كالأية من المتشابهات لا ينبغي اتباعها في مقابل المحكمات، ولا تعقل كون أبويه مهودين ونحو ذلك، بل المولود مولود قابل للأمرين، إن شاء قبل الإسلام وإن شاء قبل الكفر. وأحكام الارتداد عن فطرة أو ملة أمور تعبدية حكم بها الشارع، لا أن من كان أبواه مسلمين فهو مسلم، ومن كان أبواه كافرين فهو كافر. والأعتماد على مثل هذه الدلالات في إثبات الأحكام الشرعية بعيد عن مذاق الفقه. وإن كان يمكن أن يقال: إن الرواية بظاهرها دلت على أصالة الإسلام، ولا ملازمة بينه وبين كون ذلك مرتدا أو مرتدا عن فطرة، لأن لنا أن نقول: إن الارتداد عبارة عن الخروج عن إسلام ثابت بالأقرار أو بالبينة ونحو ذلك، لا بمجرد الأصل، ولأمانع من ذلك. ولو سلمنا أن الأصل قاض بإسلامه فيحكم بارتداده إذا أظهر الكفر بمنع كون إرتداده عن فطرة، نظرا إلى أن من شرطه علوقه حال إسلام أحد أبويه، والأصل لا يثبت ذلك، مضافا إلى إستلزامه عدم وجود مصداق للارتداد

(١) عوالي اللالي ١: ٣٥، ح ١٨، وراجع الكافي ٣: ١٢ (باب فطرة الخلق على التوحيد) وتوحيد الصدوق: ٣٢٨، الباب ٥٣، والعلل: ٣٧٦، الباب ١٠٤، ح ٢.

[٧٣٥]

الملي، فعلم أن المراد بأصالة الفطرة ما ذكرناه، لكونه في حكم المسلم مطلقا. ولو قيل: كما أنك لا تحكم بارتداده عن فطرة لعدم علمك بشرطه فلا تحكم بالملية أيضا، لأن من شرطه العلوق مع كفر أبويه وهو غير معلوم، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر. قلت: لا أقول بأن الملية علم شرطه، بل نقول: إن الشك في ذلك يوجب نفي

الأحكام المشكوكة بالأصل، وأحكام المرتد عن فطرة - من قتل وقسمة مال وزوال نكاح وغيرها - على خلاف الأصل، فتنفى حتى تثبت. وبالجملة: البناء على أصالة الإسلام للخبر المذكور لا يستلزم المحذور، ومع ذلك فضعفه الخالي عن الجابر (١) مع ما يظهر من الأصحاب خلافه يمنع من العمل به. وأما نفي الأصل عن البين فلأن الكفر عبارة عن الأنكار واعتقاد الخلاف، فكل منهما أمران وجوديان منفيان (٢) بالأصل، وليس شئ منهما موافقا له، فيكون هناك واسطة، كمن يبلغ نائما أو ذاهلا، أو لم يسمع صيت الحق والباطل أو كان مترددا في الترجيح - ونحو ذلك - فإن ذلك كله ليس بكافر ولا مسلم، وهذا القول هو المنسوب إلى المعتزلة. ولازم هذا القول: الرجوع في أحكام هؤلاء الوسائط إلى الأصل، فإن كان حكم الإسلام هو الأصل - كما في الطهارة مثلا - فيحكمون به فيهم، وإن كان حكم الكفر موافقا للأصل - كعدم حل ذبيحتهم - يحكمون بحكم الكفر كما هو القاعدة في الموضوع المشتبه، وهذا القول مما لا يحوم أحد من أصحابنا حوله. فالحق - حينئذ - المصير إلى أصالة الكفر، ومراعاة علائم الإسلام الأربعة المشار إليها (٣) فتدبر. وهنا كلام من جهات لا مجال في ذكره.

(١) لا يخفى أن الأخبار الواردة في المقام تبلغ حد الاستفاضة، ولا تنحصر بالنبوي المذكور، وقد أشرنا إلى المصادر في ذيل الصفحة ٧٣٤. الهامش (١). (٢) كذا في أصول النسخ، وقد غيرها مصحح (م) هكذا: فكل من الإسلام والكفر أمر وجودي منفي...، (٣) راجع ص: ٧٣٣.

[٧٣٦]

وأما الأيمان: فالحق أيضا عدمه، للأصل إلى أن يثبت وليس هنا ما يدل على خلافه إلا على القول بكون المخالف كافرا. والكلام في العدالة والفسق نظير الكلام في الإسلام والكفر، والبحث فيه طويل. والظاهر أن العدالة هي الملكة، وحسن الظاهر كاشف عنها كما قضت به صحيحة ابن أبي يعفور (١) لا أن نفس حسن الظاهر هو العدالة، ولا مجرد الإسلام مع عدم ظهور الفسق كما يراه شيخ الطائفة (٢) حتى يكون المشكوك فيه محكوما بعدلته بعد العلم بإسلامه. وقيل: إن الفسق أمر عديمي، وهو عدم العدالة عما هو قابل لها، ولا واسطة بينهما، وإعتبار الأصحاب ارتكاب الكبيرة أو الأصرار على الصغيرة في الفسق إنما هو ليكون كاشفا عن عدم الملكة (٣). وهو بعيد. والحق كون تقابلهما تقابل التضاد وثبوت الواسطة. والمشكوك فيه غير ملحق بشئ منهما، ويرجع في حكمه إلى ما وافق الأصل من حكم العادل والفاسق، نظير ما أشرنا إليه في الكفر والإسلام على قول المعتزلة، فتدبر. وأما الحرية والرقية: فالأصل في كل مقام شك فيهما الحكم بالحرية، إلا إذا ثبت الرق، لأن الملك أمر حادث والأصل عدمه، وكفى في الحرية عدم كونه مملوكا، إذ ليس معنى الحرية إلا ذلك، وليس أمرا وجوديا حتى ينفي بالأصل، فيرجع فيه أيضا في أحكامه إلى ما وافق الأصل من أحكام الحر والرق. والظاهر أن أصالة الحرية مجمع عليها بين الأصحاب، لا يخرج عنها إلا بإقرار أو بينة ونحوه (٤) حتى أنه لو كان هناك يد عرفية فادعى صاحب اليد الرقية وادعى الآخر حرية نفسه، فالظاهر تقديم قول من ادعى الحرية حتى يثبت

(١) الوسائل ١٨: ٢٨٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، ح ١. (٢) الخلاف ٦: ٢١٧، كتاب آداب القضاء المسألة ١٠. (٣) لم نظفر على قائله. (٤) كذا، والمناسب: نحوهما.

الآخر، واليد هنا لا عبرة بها، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فأصل اليد محل نزاع. وبعبارة أخرى: نزاعهم في الحرية والرقية يرجع إلى النزاع في أن له يدا عليه أم لا، فيقدم المنكر، ولذلك ذكر الأصحاب: أن الإنسان لا يملك إلا بالسبي مع الكفر الأصلي أو بملك أصوله الموجب لمملوكية الأولاد، وإلا فهو بحسب الأصل حر. وأما الرشد والسفه: فلا ريب أن المشكوك فيه من جهتهما يحكم عليه (١) بالرشد، لأن السفه عيب والأصل في الأعيان الخارجية الصحة، وإستصحاب عدم الرشد باعتبار عدم كونه رشيدا في أن الصغر غير آت، لأن السفه عبارة عن نقصان العقل، وهو غير عدم الإدراك للصغر، كما أن عدم تمييز الطفل في الامور بين الحسن والقبح (٢) لا يعد جنون. وبعبارة أخرى: عدم التمييز والاستقامة مرة يصير من عدم الاستعداد والقابلية، بحيث لو القي عليه ذلك وفهمه أيضا ليس فيه أهلية ذلك، وهذا هو الذي نسميه بالجنون عند فساد العقل، وبالسفه عند نقصانه. ومرة يصير من جهة عدم سماع الكيفية كما في الأطفال، أو من عدم المزاولة كما في الكبار أيضا في الامور التي لم يباشرها ولم يباشرها أهلها من الصنائع والحرف، وهذا لا يعد سفها ولا نقصا في العقل، وذلك واضح، فعلم أن السفه نقص وعيب، والأصل عدمه. وقد كثر القيل والقال في بيان معنى السفه، والحق: أنه أمر عرفي. وجعل الشيخ قدس سره الفاسق سفها لما ورد في الخير (أن شارب الخمر سفهه) (٣) ليس في محله، إذ هو لا يدل على معنى اللفظ، أو يراد به من أسرف ماله في المحرم، أو يراد التشبيه، أو يراد سفه عقل المعاد لاعقل التكليف والمعاش. ولنعم ما قال الشهيد الثاني رحمه الله: إن الفاسق لو كان سفها محجورا عليه لم يقم للمسلمين سوق أصلا

(١) في (ن، د): فيه. (٢) في (ف، م): القبيح. (٣) المبسوط ٢: ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٥. (٤) المسالك ٤: ١٤٩، قال قدس سره: واعلم أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال.

وذلك واضح. والضابط في بيانه: أن الرشد أن يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاح المال وتمنع إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بحال العقلاء، ومجرد الإصلاح لا يكفي فيه. والسفه ما يقابله، بمعنى عدم تلك الملكة، والأفساد في بعض الأحيان مع وجود الملكة لا يعد سفها. وطريق معرفته: الاختبار بما يلائمه، في الذكر بحسبه، وفي الانثى بحسبها، وفي أولاد كل طائفة بما يلائمهم من الحرف والصنائع والمعاملات والنفقات، كما فصلوه في كتب الفقه. وفي كلام بعضهم: أن صرف المال في وجوه البر لا يعد سفها وإن بلغ ما بلغ وخرج عن المعتاد لأمثاله، إذ لاسرف في الخير (١). وفيه نظر، والظاهر أن الخروج عن الحالة اللائقة بحاله داخل في الأسراف معدود من السفه وإن كان في وجوه البر، وفي الكتاب والسنة ما يشهد بذلك (٢) كما لا يخفى على من تتبع فيهما وفي كلام الأصحاب. وأما الأكره والاختيار: فهما أيضا موضوعان عرفيان. والأصل في محل الشك عدم الأكره، وما صدق عليه عرفا أنه إكراه فيلحقه حكمه. فلو أجبره على البيع فأجر أو صالح أو أكرهه على البيع نقدا فأسلم، أو أكرهه على البيع بخيار فالزم، أو أكرهه على شئ بشرط الانفراد فضمه إلى شئ آخر، أو أكرهه على شئ بشرط إنضمامه إلى شئ آخر فأفرده، لا يعد مكرها في شئ من ذلك، لأن المدار في الأكره على صدور ذلك الفعل المأتي به من دون الرضا، وهذا لا يصير إلا بوقوعه على مقتضى إرادة المكره - بالكسر - ورضاه،

فالمخالفة قاضية بعدم مراعاة رضاء المكره - بالكسر - فلايد من كونه
عن رضا نفسه، كما هو

(١) نسيه الشهيد الثاني قدس سره إلى المشهور، المسالك ٤: ١٥٢. (٢) لعل مراده من الكتاب: قوله تعالى: ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا الأسراء: ٣٩. وأما السنة: مثل ما رواه في الوسائل ١٥: ٣٦٣، الباب ٣٩ من أبواب النفقات، ح ٣.

[٧٣٩]

ظاهر الفعل. وليس في الصور التي فرضناها بين المكره عليه وبين المأتي به عموم وخصوص حتى نقول بأنه أحد أفراد المكره عليه، بل بينهما تباين بالذات أو بالقيود والخصوصية الاعتبارية. أما لو أكرهه على أحد الشيئين المتساويين - كإعطاء أحد الدينارين - فدفع أحدهما معينا، فربما يتخيل أن ذلك لا يعد إكراهها، لأن المكره - بالكسر - ما أراد الخصوصية. وهو ليس كذلك، لأن مدار الإكراه على صدور الفعل من دون رضاه، ولأرب أن دفع هذا الدينار ليس لأنه دينار خاص، بل من جهة أنه أحد الأمرين المطلوب منه إكراهها، والخصوصية ملغاة في نظرهما معا، والطريق في إتيان الكلبي منحصر في الفرد، وأي منهما كان يجئ فيه هذا المحذور. وأما لو كانا متفاوتين (١) فإن كان أحدهما أقل من الآخر بحيث يندرج تحته - كإعطاء دينار أو دينارين، وبيع من أو منين - فهذا لا يعد إكراهها على المنين عند الأنصاف، فلو أتى بالمن فهو مكره، لدخوله تحت فردي التخيير. وأما لو باع المنين فيحتمل أن يقال: إنه أيضا مكره عليه، لأنه أحد الفردين. ويحتمل القول بأنه لا إكراه فيه أصلا، إذ لم يتعين عليه ذلك، والمن كان كافيا فيه، والعدول إلى المنين يكشف عن رضاه ورغبته في ذلك. ويحتمل التفصيل بأنه مكره في من دون آخر، والوجه يعلم مما سبق، ولعل الأخير هو الأوسط. ولو أكرهه على بيع شئ من ماله وكان هناك أشياء متفاوتة لا يندرج الأقل تحت الأكثر، كفرس قيمته عشرة وسيف قيمته خمسة - ونحو ذلك - فإن باع الأقل فلا شبهة في كونه إكراهها، إلا على ما ذكر من احتمال عدم الإكراه في المخير. وإن باع الأكثر فالظاهر أنه أيضا كذلك، لأنه شئ أكرهه على بيعه، ولا ترجيح للأفراد المندرجة تحته. ودعوى: أن الإكراه كان يندفع ببيع الأقل فعدولك إلى الأكثر يكشف عن

(١) في (ن) متغايرين.

[٧٤٠]

الرضا، معارضة بأن الأكثر أيضا كان كافيا في امتثال الأمر، فعدولك إلى الأقل ناش عن رضاك (١). إلا أن يقال: إن الضرورة لما كانت تتقدر بقدرها فارتكاب الزائد كاشف عن عدم مدخلية الإكراه. لكن هذا في الصورة السابقة متجه، وهنا ليس كذلك، لكون الفردين متباينين، والتخيير إنما هو إلى المكره - بالفتح - ولعله لا يرى بيع الأقل مصلحة لنفسه، لخصوصية دعت الحاجة بها إلى العين، فتدبر. ويحتمل الفرق هنا بحسب المقدار - كما ذكر في الأولى - على ضعف. ولو أكرهه على بيع شيئين على الإطلاق - أي: لم يشترط الانضمام - فباع أحدهما عد مكرها، لأنه أحد احتمالي المكره عليه. أو أكرهه على بيع شئ واحد لا بشرط الانفرد بل بلفظ مطلق، فباعه منضمًا إلى آخر عد إكراهها في الجزء الأول، لأن ضمه إلى شئ

آخر لا ينافي كونه مكرها عليه. وهنا صورة عامة البلوى ظاهرة الأشكال، وهو: أنه لو أكرهه على دراهم أو دنانير - كما هو عادة الحكام والسلاطين في التوجيهات - فباع شيئا من ماله لأجل دفع ذلك فهل يعد هذا إكراها في بيع ذلك، لأنه لم يبيع هذا المال إلا من جهة الخوف على نفسه من التلف لو لم يدفع الدينانير، ولا يمكن إلا بالبيع ونحوه وهو إحدى الطرق المحصلة للدينانير؟ أو لا يعد إكراها مطلقا، لأن الأكره أمر عرفي، ولا يصدق هنا أنه يبيع المكره، والأكره على دفع الدينانير لا يستلزم الأكره على البيع عرفا؟ أو يفصل بين صورة انحصار المقدمة في بيع ذلك مثلا، فيكون إكراها - إذ الأجير على ذلك مع عدم إمكان الدفع إلا بالبيع لا معنى له إلا الأكره على البيع - وبين صورة عدم الانحصار فلا يكون إكراها؟ وجوه وإحتمالات. والأقوي في النظر القاصر أنه ليس بإكراه على البيع مطلقا. ولو أكره على أحد الشئتين تخييرا فباعهما معا، فإن باع تدريجا فلا بحث في

(١) في مصححة (ن): فعدوله... عن الرضا.

[٧٤١]

كون السابق هو ما تحقق المكره عليه في ضمنه، والثاني لا إكراه فيه. وإن باعهما دفعة، ففي كونه مكرها مطلقا وعدمه مطلقا وكونه مكرها في أحدهما دون الآخر وجوه، يظهر وجهها مما سبق. وعلى الأخير يحتمل القرعة في إخراج المكره عليه، ويحتمل تخيير المكره - بالفتح - في فسخ أحدهما. وربما يتفق صدور بعض المعاملات من الناس حياء عن أرادها - كما هو طريقة الناس غالبا - والظاهر: أن الحياء ليس من باب الأكره وإن بلغ ما بلغ، لأن طلب رضا الملتمس من المقاصد المعتد بها، ولا يرضى الفاعل بذلك إلا لغرض وداع له فيه، وهذا غير معنى الأكره. وفي كلام بعضهم: أنه عد من الأكره (١) وليس بجيد جدا.

(١) لم نظفر عليه.

[٧٤٢]

(العنوان الرابع والتسعون) (أصالة الصحة في فعل المسلم وقوله)

[٧٤٤]

عنوان [٤٩] [أفعال المسلمين وأقوالهم محمولة على الصحة والصدق، وهذا المضمون نقل عليه الأجماع حد الاستفاضة، والظاهر أنه صار من الضروريات، حيث اشتهر في السنة العوام والنساء. وليس مما يحتاج إلى إقامة الحجة، وإنما البحث في المراد منها، لما صعب على بعض المتأخرين (١) ذلك واستشكل فيه، مع أنه من الضروريات على الظاهر. ومما يدل على ذلك - مضافا إلى الأجماع - أن الغالب في فعل المسلمين وأقوالهم الصحة بلا شبهة، وكلما شك فيه فيحمل على الغالب. وما ورد في بعض المقامات من النصوص الخاصة، كالأخبار الدالة على قبول (قول ذي اليد) في باب

الطهارة والنجاسة (٢) وفي باب التذكية (٣). وما دل على أن كل ذي عمل مؤتمن (٤) وظاهره أنه كلما يقول في ذلك فقوله

(١) الظاهر أن المراد به: هو المحقق السبزواري في الكفاية: ٧٦. (٢) راجع الوسائل ١٠٦٩: ٤٧، الباب ٤٧ من أبواب النجاسات، ح ٣ و ٤، والباب ٥٠ منها. (٣) راجع الوسائل ١٦: ٣٩٤، الباب ٣٩ من الصيد والذباح، وراجع الجار ٨٠: ٨٢. (٤) لم نعث على خير بذلك المضمون، وقد عبر عنه المحقق النراقي قدس سره بـ (قاعدة كل ذي عمل مؤتمن في عمله) عوائد الأيام: ٧٤، العنوان: ٢٣.

[٧٤٥]

مسموع في حقه ولا يفعل إلا ما هو مقتضى الأمانة. وليس المراد به الأخبار، وإلا لزم الكذب، بل المراد: بيان أن البناء ينبغي أن يكون على ذلك حتى يعلم خلافه، فيكون في مقام تأسيس القاعدة وبيان الحكم الشرعي. وما دل من الآيات والأخبار وغيرها من الأدلة على حجية خبر العدل أو مطلقا بعد التبين في الأحكام الشرعية كما عليه العمل الآن. وما ورد في قبول شهادة الرجل أو المرأة في بعض المقامات منفردا أو منضما (١) كما هو الغالب. ومأمور من القاعدة المشار إليها سابقا: أن الشئ الذي لا يعلم إلا من قبله يسمع قوله فيه (٢) وما ذكرنا فيه من النص الوارد في خصوص النساء وتصديقهن في أمر العدة والحيض ونحو ذلك، فإن هذه الموارد وإن كانت موارد خاصة لكنها تؤيد سماع القول والحمل على الصحة. ويدل عليه أيضا قوله تعالى: اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم (٣) فإن ظاهره أن ظن السوء على المسلم إثم، وليس معناه إلا البناء في أفعاله وأقواله على الصحة. وما ورد من الروايات على أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يكذبه في كلامه (٤). وما ورد من الروايات على الأمر بوضع أمر الأخ المسلم على أحسنه (٥). وما دل على أن قول المسلم يجب قبوله (٦). وما دل على أن اتهام المسلم والمؤمن حرام (٧). وما دل على أن المؤمن وحده حجة يعمل بقوله (٨). وما دل على تحريم

(١) انظر الوسائل ١٨: ١٩٢، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، والباب ١٥ منها. (٢) راجع العنوان: ٧٩. (٣) الحجرات: ١٢. (٤) الوسائل ٨: ٥٤٣، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة، ح ٤ و ١٠. (٥) الوسائل ٨: ٦١٤، الباب ١٦١ من أبواب أحكام العشرة، ح ٣. (٦) لم نعث عليه. (٧) راجع الوسائل ٨: ٦١٣، الباب ١٦١ من أبواب أحكام العشرة. (٨) ما ظفرنا عليه هو ما عن النبي صلى الله عليه وآله: (المؤمن وحده حجة والمؤمن وحده جماعة) الوسائل ٥: ٣٨٠، الباب ٤ من أبواب صلاة الجماعة، ح ٥.

[٧٤٦]

إضرار السوء على الأخ المسلم (١). وما دل على أن ظن السوء واجب الترك (٢). وما دل على أن التكذيب لا يجوز (٣). قال المعاصر النراقي في عوائده: أن عدم ظن السوء وعدم التكذيب لا يفيد (٤) المدعى، لأنه أعم من الحمل على الصحة، وما دل على التصديق مع ضعفه وعدم الجابر مطلق يتقيد بما دل على المقيد فلا يبقى فيه إطلاق، ونقل رواية موثقة فيها: أن شرط أداء حق الاخوة كونه (إذا عامل لم يظلم وإذا حدث لم يكذب وإذا وعد لم يخلف) (٥) وقال: إن هذا الخبر يدل على شرطية ذلك المستلزم انتفاؤه وانتفاء وجوب أداء الحق. ونقل الصحيحة المشار إليها في بحث العدالة، وفيها: (أن يكون ساترا لجميع عيوبه، حتى يحرم على المسلمين تفتيش وراء

ذلك من عثراته وعيوبه، ويجب عليهم تزكيتته وإظهار عدالته في الناس (٦) وقال: إن هذا يدل على أن هذا لو لم يكن كذلك لم تجب تزكيتته. ونقل رواية الثمالي الدالة على عدم العبرة بالمستحق للتهمة (٧) وقال: ظاهره الفاسق أو المظنون في حقه ذلك. ونقل المرسل الدال على النهي عن مصاحبة الفاسق (٨) وأشار إلى الأخبار الدالة على نفي الأيمان والأسلام أو التشيع عن بعض الفساق (٩) بل من هو أعلى منه (١٠). ونقل

(١) الوسائل ٨: ٦١١، ١٥٩ من أبواب أحكام العشرة، ح ٢. (٢) الوسائل ٨: ٦١٤، الباب ١٦١ من أبواب أحكام العشر، ذيل ح ٢. (٣) (٤) كذا، والمناسبات: لا يفيدان. (٥) الوسائل ٨: ٥٩٧، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، ح ٢. (٦) الوسائل ١٨: ٢٨٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، ح ١. (٧) الوسائل ١١: ١٣٧، الباب ٣ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، ح ١، قوله (عليه السلام): وحق الناصح... (٨) الوسائل ٨: ٤١٩، الباب ١٧ من أبواب أحكام العشرة، ح ١. (٩) مثل ما ورد عنه (صلى الله عليه وآله): " لا يزني الزاني وهو مؤمن، ولا يسرق السارق وهو مؤمن " البحار ٦٩: ٦٢، ح ٧ و ٨. (١٠) مثل ما ورد عنه (صلى الله عليه وآله): " لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له " البحار ٧١: ١٩٨، ح ٣٦. وما ورد عن الكاظم (عليه السلام) في وصيته لهشام لا دين لمن لامرؤة له " =

[٧٤٧]

ما ورد في الخبر: أنه إذا كان الجور أغلب من الحق لا يحل لأحد أن يظن بأحد خيرا حتى يعرف ذلك منه (١). ثم قال: ولم يتحصل من ذلك كله إلا الجزئية. والأجماع على الكلية غير ثابت، للاختلاف في كثير من المقامات: كالشهادات، والروايات، والأخبار، وأقوال ذي اليد، والعمل في الطهارة والنجاسة، والمنازعات، والمطاعم، والمشارب، فيختلفون فيه ولا يتمسكون بالقاعدة إلا في قليل. ثم قال: والاستقراء معارض بمثله، والأخبار الخاصة في المقامات يعارضها أكثر منها في مقامات آخر فلا دليل على الكلية. هذا مجمل كلامه زيد في إكرامه (٢). ولا يخفى أن ظاهر الأصحاب كون حمل أفعال المسلمين على الصحة من الضروريات، ولو كان لذلك مخصص لنهوا عليه، فلا بد من التأمل في المراد حتى يرتفع هذا الأشكال. فنقول: لو كان المراد من هذا الأصل: أن المسلم إذا فعل فعلا أو ذكر قولاً فينبغي أن يبنى على أنه هو الواقع فيكون فعله مبنيا للواقع حتى يعلم خلافه وكذلك قوله، فهذا المعنى قابل لوجهين: أحدهما: أنه يبنى على كونه الواقع بالنسبة إلى نفس الفاعل، بمعنى كون الواقع عنده ذلك، فيكون غير مخطئ في فعله ولا كاذب في قوله، فيبنى في كل ذلك على أنه ذكر وفعل ما هو الواقع عنده، سواء كان واقعا في الواقع أو خطأ أو نسيانا أو غير ذلك، فيكون حملا لرفع الأثم والمعصية عن المسلم، بمعنى: أن كل ما رأيت من المسلم فعلا أو قولاً فلا تبادر إلى قده وإلى تكذيبه، بل كل ما يمكن أن يكون له احتمال صحته فابن عليه، فإن كان للموضوع قيود وخصوصيات محتملة رافعة

البحار ١: ١٤١، ح ٣٠. وراجع الكافي ٢: ٣٢٦، باب المؤمن وعلاماته وصفاته، وص ٢٤٢ باب قلة عدد المؤمنين. (١) الوسائل ١٢: ٢٣٣، الباب ٩ من أبواب أحكام الوديعه، ح ٢. (٢) عوائد الأيام: ٧٥ - ٧٨، العائدة: ٣٢.

[٧٤٨]

للمعصية والأثم فاحمل على أحدها، وإلا فعلى الخطأ في الاعتقاد، مثلا: إذا رأيت أحدا يأكل في نهار شهر رمضان فيحتمل كونه مسافرا،

وإلا فيحتمل كونه يخاف على نفسه من ضرر، وإلا فيحتمل كونه مكرها - وإن كانت امرأة يحتمل كونها حائضا - وإلا فيحتمل عدم كونه عالما بأن هذا شهر رمضان، لبعده عن البلد ونحو ذلك، وإلا فيحتمل أن لا يكون عالما بوجوب صوم شهر رمضان، كما لو كان جديد الإسلام وإحتمل ذلك منه، وإلا فيحتمل اعتقاده أن الأكل لا يفسد الصوم، أو أكل الفاكهة أو التمر مثلا، أو العلف الغير المعتاد ونحو ذلك، ويحتمل كونه ناسيا عن كونه صائما كما يتفق غالبا، أو ناسيا عن كون هذا شهر رمضان فتخيل أنه صوم مندوب، أو قضاء يجوز إفطاره قبل الزوال ونحو ذلك، فإن هذه كلها احتمالات يدفع بها ظن السوء ويبنى على الصحة. ويدل على هذا المعنى ما ذكره المجلسي رحمه الله في البحار في قضايا أمير المؤمنين عليه السلام أنه ورد عليه قوم يأكلون في نهار شهر رمضان، فسألهم عن السفر والمرض ونحو ذلك من الأعذار، فلما أقرروا بانتفاء الكل قام فحدهم (١). وهذا المعنى هو ظاهر قولنا: (يحمل فعل المسلم على الصحة) وهو الذي يتبادر منه إلى الأذهان ويدل عليه الآية (٢). وما دل على عدم التكذيب يكون معنى ذلك: أنه لا يبنى على كونه كاذبا عاصيا، وأما أنه يبنى على كون الكلام مطابقا للواقع حقا - بتقريب أن عدم التكذيب عبارة عن التصديق والقول بأن كلامك مطابق للواقع - فغير مستفاد من الخبر، بل لاريب أن الساكت والمتردد أيضا يقال له: إنه ما كذب الخبر، وإن كان لم يصدق أيضا. وإحتمال الخطأ في الخبر وعدم الوثوق به ليس تكذيبا لقائله عرفا، بل المتبادر من (التكذيب) نسبيته إلى الكذب عن عمد الذي هو المعصية، لا مجرد مخالفته للواقع ولو كان عن خطأ أو نسيان. ويدل على هذا المعنى ما دل من

(١) البحار ٤٠: ٢٨٨، ح ٦٤. (٢) قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم الحجرات: ١٢.

[٧٤٩]

الآيات والأخبار على مذمة الكذب وكون اللعنة على الكاذب، فتدبر جدا. وهو المراد أيضا من وضع أمر الأخ المسلم على أحسنه، لظهوره في الحمل على أجود المحتملات، لافرض كونه واقعا فلا بد من ترتيب كل أثر عليه، بل مجرد رفع العصيان عن الفاعل. وكذا ما دل على حرمة التهمة - وهو ظن السوء - فإن ما ظاهره الخلاف إذا وجب حمله على الصحيح فكيف بالظن من دون أمانة ظاهرة؟ وكذا المراد من عدم إضرار السوء. نعم، ما دل على وجوب العمل بقول المؤمن وأنه حجة لا يلائم هذا المعنى الذي ذكرناه، وإنما هو ملائم للمعنى الاتي، وسيأتي الكلام في اعتباره. وما ذكره (١) من المعارضات لا يرد شئ منها على هذا المعنى، لأن اشتراط أداء حق الاخوة بهذه الامور الثلاثة لا يدل على أن من كان على خلاف ذلك فلا يحرم فيه ظن السوء، بل لا يجب أداء حق الاخوة، وهو غير المراد. ولا دليل فيه على جميع الحقوق حتى نقول: إن ظن السوء منه، مضافا إلى أنه مشعر بالحيثية، فإنه إذا وعد وخالف وحدث وكذب، فلا وجه حينئذ لحمل قوله على الصدق بعد العلم بكذبه ومخالفته. ولا دلالة في الخبر (٢) على أن من كذب في حديث أو خالف في وعد فلا بأس بظن السوء فيه ولا احترام له، وذلك واضح عند من تأمل، والظاهر من سياق الخبر غير ذلك قطعا. والصحيح في العدالة (٣) إنما يدل على أن من لم يكن ساترا لجميع عيوبه لا يحرم على المسلمين التفتيش ولا يجب عليهم التزكية، والقيد إنما هو للمجموع المركب لالكل واحد، وليس يفيد أنه إذا أظهر بعض عيوبه حل للمسلمين التفتيش عن الباقي، وعدم وجوب التزكية لا يستلزم التفتيش وظن السوء، غايته: يكون مجهول الحال، أو يكون فاسقا بما أظهر من عيبه، لا أنه يسند إليه ما سواه أيضا،

(١) أي: الفاضل النراقي في كلامه المتقدم. (٢) تقدم في ص: ٧٤٦. (٣) يعني صححة ابن أبي يعفور الواردة في بيان العدالة، الوسائل ١٨: ٢٨٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، ح ١.

[٧٥٠]

وهذا لادخل له في الحمل علي الصحة أبدا عند الأنصاف. وعدم العبرة بمستحق التهمة يقضي بأن الإنسان إذا عرض نفسه للتهمة ولم يتق مواقعها فهو فاسق، لأن الاتقاء من مواقع التهمة أيضا من الواجبات التي من تركها يفسق بذلك، لا أنه يسند إليه ما لم يعلم منه، ولا منافاة بين كونه مخالفا للشرع في عدم الاتقاء عن موضع التهمة ولزوم عدم ظن السوء في حقه لغيره. وما دل على أن الفاسق ليس بمؤمن ولا مسلم لا يدل على عدم لزوم حمل فعله على الصحة، إذ لا ريب في إرادة الأيمان والأسلام الكامل، للقطع بجريان جميع أحكام الأسلام والأيمان على الفاسق. وما ورد من الآيات في حصر المؤمن على أشخاص (١) لا تتفق إلا في أحاد العدول أيضا قاض بإرادة الكامل، بل ما ورد من الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام في ذكر صفات المؤمن (٢) يقضي بعدم وجود مؤمن غير المعصوم، ومثل ذلك ليس مناط الاستنباط للفقيه في المسائل، فتبصر. وما دل من الخبر على عدم الاعتماد إلا مع معرفة الصلاح والخير، فلا يدل على جواز ظن السوء، أو عدم الحمل على الصحة في المجهول الحال، بل غايته: أنك لا تعتمد ولا تجترئ على ذمه وظن السوء به بما رأيت منه ما خالف الشرع باعتقادك، إذ لعله معذور في ذلك. وما ذكره من اختلاف الأصحاب في هذا الباب في مقامات قد عرفت أن شيئا منها لادخل لها على هذا المعنى الذي ذكرناه، إذ عدم المعصية (٣) لا يستلزم كونه في الواقع كذلك.

(١) مثل قوله تعالى: إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم... الأنفال: ٢. إلى غير ذلك من الآيات. (٢) الكافي ٢: ٢٢٦، باب المؤمن وعلاماته وصفاته، ح ١. (٣) كذا في النسخ، والصواب: عدم التمسك. وهذه إشارة إلى ما تقدم نقله عن المحقق النراقي قدس سره: من عدم ثبوت الأجماع على كلية القاعدة، راجع ص: ٧٤٧.

[٧٥١]

وثانيهما: أن يكون المراد: بناء كون قوله على وفق الواقع واقعا وفعله على طبق الشرع واقعا، ولازمه ترتيب جميع الآثار عليه في نظر الغير ما لم يعلم بعيبه تعبدا. وهذا المعنى أيضا ظاهر من بعض أخبار المقام وأدلة الباب، كما أشرنا إليه. وما ذكره (١) من المعارضات أيضا بعد معونة ما أشرنا إليه لا يعارض ذلك إلا في بعض ما مر. ولكن هذا المعنى غير معهود من الأصحاب، إذ لم يجعل أحد منهم فعل المسلم بمجرد وقوله دليل على الواقع، بمعنى: كون صدور ذلك من المسلم كافيا في الحكم فيما اشتبه حكمه في الشرع. نعم، لو كان هناك صورتان: إحداها موافقة للشرع صحيحة، والآخرى مخالفة له فاسدة، وقد علم حكمهما من الشرع ولم يعلم أن هذا الفعل الصادر عن المسلم من أي الصورتين فينبى أنه في الواقع من أفراد الصورة الصحيحة دون الفاسدة. وبعبارة أخرى: إذا فعل المسلم فعلا - كمن ترك في الصلاة جزءا، أو احتقن بالمائع في شهر رمضان، أو ابتاع مالا بمال - فإن كان هذا الفرض من مشتبه الحكم شرعا ففعل المسلم لا يكون دليلا على صحته في الواقع والتمسك بسيرة الناس لكشفه عن تقرير المعصوم. وإن كان مما اشتبه موضوعه بعد العلم بوجود

فرض صحة لهذا الفعل وفرض فساد فيبنى على الصحة، وبمعناه الحل والحرمة. وهذا لآمانع منه، والحكم بأن هذا من الفروض الصحيحة المحللة واقعا لا معارض له في شئ مما ذكره من النصوص، كما لا يخفى على من راجع. والأصحاب لم يعرضوا عن هذا المعنى إلا في باب التنارع والخلاف، وإلا ففي ما عدا ذلك عملوا به، وفي باب الشهادة دل الدليل على التعدد، أو أنهم لم يعملوا بكون القول كاشفا عن الواقع مطلقا، أو لأنهم فهموا من ذلك الخلو عن المعارض، وفي مقام التنارع يتعارض القولان ويتساقطان ويحتاج إلى شئ آخر.

(١) يعني: الفاضل التراقي قدس سره في كلامه المتقدم.

[٧٥٣]

(فائدة) (حول قاعدة: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

[٧٥٤]

فائدة نختم بها الكلام مما أفادنا شيخنا المحقق وإمامنا المدقق الشيخ علي بن جعفر الغروي - من الله علينا بطول بقائه، كما شرفنا بيمن لقائه عند قرائتنا عليه في النكاح - في قوله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١). وهي: أنه لا ريب أن النسب له أحكام كثيرة منتشرة في أبواب الفقه، كتحرير النكاح، وعدم الربا بين الوالد والولد، وعدم القود من الوالد لولده، وعدم صحة نكاح موطوءة الأب على الابن، وكذا المنظورة والملموسة - على خلاف في محله - وكذا في العكس، وتحرير الزوجة بالتشبيه بظهر الام إلى أن يجئ بما يجب عليه، ولزوم إطاعة الوالدين في السفر والجهاد وغير ذلك، وتحرير العقوق والتأفيف، ونحو ذلك من تحرير تملك الأقارب للرجال والنساء على التفصيل المذكور في محله. فهل الظاهر من قوله: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) كون الرضاع كالنسب في جميع ذلك فيكون خروج ما خرج محتاجا إلى الدليل، أو الظاهر منه خصوص باب النكاح - كما ذكره الأصحاب - فلا يسري إلى سائر المقامات؟ الظاهر عدم التعميم فيه، كما يشعر به ذكر الأصحاب له في باب النكاح وعدم

(١) الوسائل ١٤: ٢٨٠، الباب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع، ج ١، والأخبار بهذا المعنى مستفيضة.

[٧٥٥]

إجرائهم أحكام النسب على الرضاع في غير باب. ولا يبعد أن يدعى عرفا أيضا أن هذه العبارة تنصرف إلى النكاح وإن كان اللفظ أعم من ذلك، خصوصا بعد ملاحظة ما في الروايات الواردة في تحرير النكاح المذكور فيه هذه العبارة، فإنها دالة على كون المراد منها خصوص حرمة النكاح، مضافا إلى استلزام الحمل على العموم لزوم تخصيص الأكثر. ثم بعد ذلك اعترض (١) على ذلك بأن الأصحاب أفتوا بحكم الرضاع كالنسب في باب العتق، فلا يملك من الرضاع ما لا يملك من

النسب - بمعنى عدم الاستقرار - ولم يخالف منهم إلا قليل، فما الوجه في ذلك؟ وعمدة الأشكال: أنهم اعتمدوا في ذلك على أدلة خاصة وروايات، منها: روايتان مذكورتان في تحريم تملك الأقارب الرضاعية، معللا بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (٢). فلو أمكننا الجواب عن فتوى الأصحاب بأنه لعله من دليل خاص لادخل له بهذا العموم، ولو كان فيهم من تمسك بهذا العموم فإنما هو تأييد وإرشاد، لا استدلال واعتماد، فلا يمكننا الجواب عن الخبرين اللذين هما العمدة في الباب وفيهما علل بعموم الخبر، ولا ريب أن استدلال الأمام لا يخلو عن دلالة على عموم القاعدة. ولقد رأيت الروايات في المختلف نقلها في باب الرضاع في أوائل النكاح (٣) ولكن من جهة كون النسخة مغلوطة غير معتمد عليها تركت نقلها بمتنها. ثم أجاب عن ذلك: إما باحتمال كون هذا الاستدلال من الأمام عليه السلام تقريبا إلى الذهن مقصودا به التشبيه، لادخول المقام تحت العموم في الحقيقة، بل الغرض أن كما حرم في النكاح ما فيه الرضاع كالنسب فأى مانع من أن يكون في العتق كذلك؟ فالمراد به التشبيه، دفعا للاستبعاد، فلا يلزم دخول المورد تحته، فضلا عن التسري إلى

(١) بصيغة المعلوم، والمراد به هو استاذ المؤلف - قدس سرهما - المتقدم ذكره في أول البحث. (٢) الوسائل ١٤: ٣٠٧، الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالرضاع. (٣) المختلف: ٥٢١.

[٧٥٦]

مقامات اخر. وإما باحتمال أن يكون هذا حكمة لاعلة، والحكمة لا يلزم فيها الاطراد، فيكون ما نحن فيه داخلا في التحريم والعموم، ولا يلزم من ذلك كون ذلك هو العلة فيتسري إلى الأبواب الاخر أيضا. وإما بأن يقال: إن الحديث الواحد ينحل إلى أحاديث متعددة، فيؤخذ بصدر الخبرين ويترك ما فيه من التعليل، لعدم مصادفة (١) فهم العرف له، وعدم جبره بالفتوى، وعدم العلم بالصدر، لا أن كلمة المعصوم ليست حجة في فهم الخطاب، فلا تغفل وتدبر. وقد خطر بالبال في ذلك المجال كلام في حل ذلك الأشكال وقلت: إنه يمكن أن يكون باب العتق والنكاح داخليين تحت العموم وما عداهما خارجيين، وليس الطريق منحصر في اختصاصه بالنكاح أو تعميمه للكلى حتى يلزم المحذور. وبيانه بأن يقال: إن المراد ب (ما يحرم) إنما هو الأعيان الخارجية، وهي الأقارب من النسب والرضاع، وتحريم الأعيان والأشخاص يرجع إلى الصفة الظاهرة في تلك الأعيان، ولا ريب أن ذلك في النساء: النكاح، وفي المماليك: الاستخدام والملك، فلو قيل: يحرم هذه الأعيان، يفهم منه: أنهم إن كانوا نساء فيحرم نكاحهم، وإن كانوا مماليك فيحرم تملكهم واستخدامهم - على ما ذكره الاصوليون في باب المجمل والمبين في نظير المسألة - وأما تحريم زوجة الأب أو عدم القصاص أو عدم الربا أو عدم جواز السفر والجهاد - ونحو ذلك - فليس من الصفات القائمة بأعيان الأقارب وأشخاصها حتى يتعلق بها التحريم، وذلك واضح، ولذلك أن من الأصحاب في باب الظهار أيضا من قال بالتحريم بالتشبيه على الاخت أو الام من الرضاعة استدل بهذا العموم (٢) فإن ذلك أيضا مما يتعلق بأبدان هذه الأشخاص وأعيانهم، لا بأمور خارجة متعلقة بهم تعلقا بعيدا.

(١) كذا، والظاهر: مصادقة. (٢) منهم الشيخ في المبسوط ٥: ١٤٩ - ١٥٠.

فصار الحاصل: أن هذه القاعدة إنما هي في ما يتعلق بالأبدان في كل مقام بحسبه، فتدبر. وفي هذه القاعدة أبحاث من حيث الشرائط وغيرها ووجود التخصيص وعدمه، مذكورة في كتب الفروع لا حاجة إلى ذكرها. وليكن هذا آخر ما أردنا إيراده في هذه الأوراق. وقد وقع الفراغ من تصنيف هذه النسخة بيد مؤلفها المفتقر إلى رحمة الله، المتحسر على ما فرط في جنب مولاه عبد الفتاح بن علي المراغي الحسيني في عصر اليوم الثامن والعشرين من شهر رمضان المبارك، من سنة ست وأربعين بعد ألف ومائتين من الهجرة النبوية - على مهاجرها السلام والتحية - في أرض الغري مشهد أمير المؤمنين علي عليه السلام لافرق الله بيني وبينه في الدارين، ورزقني به ما تقر به العين. وحيث إن هذه الكتابة قد اتفقت مع قلة البضاعة وكثرة الأضاعة وضيق المجال واختلال البال، فالمرجو من الرب الكريم أن يبدل ما فيها من السيئات حسنات، ويجعله وسيلة إلى رفع الدرجات، إنه مقيل العثرات، راحم العبرات. ونبتمس من الأخوان الأصلاح على حسب الأماكن، والتأمل في أطراف الكلام حتى ينكشف اللثام.

(١) كذا، والظاهر: مصادقة. (٢) منهم الشيخ في الميسوط ٥: ١٢٩ - ١٥٠.

فصار الحاصل: أن هذه القاعدة إنما هي في ما يتعلق بالأبدان في كل مقام بحسبه، فتدبر. وفي هذه القاعدة أبحاث من حيث الشرائط وغيرها ووجود التخصيص وعدمه، مذكورة في كتب الفروع لا حاجة إلى ذكرها. وليكن هذا آخر ما أردنا إيراده في هذه الأوراق. وقد وقع الفراغ من تصنيف هذه النسخة بيد مؤلفها المفتقر إلى رحمة الله، المتحسر على ما فرط في جنب مولاه عبد الفتاح بن علي المراغي الحسيني في عصر اليوم الثامن والعشرين من شهر رمضان المبارك، من سنة ست وأربعين بعد ألف ومائتين من الهجرة النبوية - على مهاجرها السلام والتحية - في أرض الغري مشهد أمير المؤمنين علي عليه السلام لافرق الله بيني وبينه في الدارين، ورزقني به ما تقر به العين. وحيث إن هذه الكتابة قد اتفقت مع قلة البضاعة وكثرة الأضاعة وضيق المجال واختلال البال، فالمرجو من الرب الكريم أن يبدل ما فيها من السيئات حسنات، ويجعله وسيلة إلى رفع الدما يتعلق بالأبدان في كل مقام بحسبه، فتدبر. وفي هذه القاعدة أبحاث من حيث الشرائط وغيرها ووجود التخصيص وعدمه، مذكورة في كتب الفروع لا حاجة إلى ذكرها. وليكن هذا آخر ما أردنا إيراده في هذه الأوراق. وقد وقع الفراغ من تصنيف هذه النسخة بيد مؤلفها المفتقر إلى رحمة الله، المتحسر على ما فرط في جنب مولاه عبد الفتاح بن علي المراغي الحسيني في عصر اليوم الثامن والعشرين من شهر رمضان المبارك، من سنة ست وأربعين بعد ألف ومائتين من الهجرة النبوية - على مهاجرها السلام والتحية - في أرض الغري مشهد أمير المؤمنين علي عليه السلام لافرق الله بيني وبينه في الدارين، ورزقني به ما تقر به العين. وحيث إن هذه الكتابة قد اتفقت مع قلة البضاعة وكثرة الأضاعة وضيق المجال واختلال البال، فالمرجو من الرب الكريم أن يبدل ما فيها من السيئات حسنات، ويجعله وسيلة إلى رفع الدرجات، إنه مقيل العثرات، راحم العبرات. ونبتمس من الأخوان الأصلاح على حسب الأماكن، والتأمل في أطراف الكلام حتى ينكشف اللثام. والحمد لله حق حمده على الأنعام والصلاة على محمد وآله سادات الأنام.

