

قَالَ عَالِمٌ
فَقُلْتُ مَجَاسِدُ

قَالَ
آيَةُ اللَّهِ السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ وَالْهَادِي الْقَاهِرُ رُودِي

الْبَيْتِ الْبَاقِي

مُؤَسَّسَةُ دَائِرَةِ مَعْلُوفِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ
طَبْعُ الْمَدِينَةِ أَهْلُ الْبَيْتِ (ع)

قراءات فقهية معاصرة

الجزء الثاني

آية الله السيد محمود الهاشمي



جميع حقوق الطبع محفوظة للناسر

هوية الكتاب

الكتاب :	قراءات فقهية معاصرة (٢)
تأليف:	آية الله السيد محمود الهاشمي
الناشر :	مركز أهل البيت <small>عليه السلام</small> للفقہ والمعارف الإسلامية
الطبعة الأولى :	١٤٣٣ هـ - ٢٠١١ م
الكمية :	٣٠٠٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله على آلائه وله الشكر على نعمائه وأفضل صلواته وتحياته على سيد رسله وخاتم أنبيائه محمد وعلى آله الطاهرين خلفائه وأوصيائه المعصومين عليهم أفضل صلوات المصلين إلى قيام يوم الدين .
وبعد .

فإن هذه البحوث مجموعة معالجات فقهية لمسائل مستحدثة تمثل قراءات اجتهادية للواقع المعاصر على ضوء الشريعة الإسلامية وطبقاً لمناهج الاستدلال المتبعة في حوزاتنا العلمية، كنت قد أعددتها بشكل مقالات علمية نشرت في مجلّتنا (مجلة فقه أهل البيت عليه السلام) التابعة لمؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليه السلام خلال سنوات عديدة .

وقد رأينا جمعها وإعدادها ضمن كتب ومدونات فقهية مستقلة عسى أن ينتفع بها فضلاؤنا الأعلام . والله سبحانه وتعالى أسأل أن يتقبلها بأحسن قبوله ويجعلها ذخراً ليوم لا ينفع فيه مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، أنه خير موفق ومعين .

قم المقدّسة

السيد محمود الهاشمي

١٤٢٣ هـ . ق

المحتويات

١ - الذبح بالمكائن الحديثة	١١ - ٦٢
٢ - بحث في قاعدة « لا تعاد »	٦٥ - ١٣٤
٣ - ملكية الخمس ومصرفه	١٣٧ - ١٦٦
٤ - في ضمان انخفاض قيمة النقد	١٦٩ - ١٩٨
٥ - قاعدة بطلان ربح ما لم يضمن	٢٠١ - ٢٤٦
٦ - الاستصناع	٢٤٩ - ٢٦٨
٧ - العربون	٢٧١ - ٢٨٦
٨ - بحث حول حقيقة الإباحة المعوّضة	٢٨٩ - ٣٢٠
٩ - مقدار ما يضمنه الجاني من خسائر	٣٢٣ - ٣٧٤

الذبح بالمكائن الحديثة

تعدّ اليوم مسألة استخدام الماكنة في الذباجة ضرورة حياتية بحيث يصعب الاستغناء عنها بالذبح اليدوي . . والمتبادر في أوّل وهلة أنّ ذلك ممّا يصعب تبريره شرعاً للإشكال فيه من عدّة جهات سنوافيك بها بالتفصيل . . وقد يتصوّر في البدء عدم تحقّق الشرائط المعتمدة شرعاً في التذكية . . وفي هذا المقال وضعت هذه الإشكالات مع ما لها من المدارك والأدلة على طاولة البحث والتحقيق فلم تسلم من الخدشة . . ولم تصمد أمام النقد . . واستطاع الباحث إثبات حلّية ما يُذبح بالآلات الحديثة وفي هذا البحث يلمس قارئنا الكريم المعالجة العلمية الدقيقة للموضوع من كافّة جوانبه . . ويحسّ بقدرة الذهن الفقهية على الإبداع وقابليّتها على بحث القضايا المستجدة مع الحفاظ في الوقت نفسه على المتانة في الاستدلال والأصالة في المنهجية . (التحرير)

الذبح بالمكائن الحديثة

من الواضح أنّ البحث ليس عن حكم نفس هذا العنوان بنحو الشبهة الحكمية ، بأن يتوهم حرمة استخدام الماكينة في الذبح ، وإنّما المقصود البحث عن مدى تحقّق الشرائط المعتمدة في حلّية الذبيحة شرعاً فيما يذبح اليوم بهذه المكائن المتطوّرة السريعة الذبح ؛ حيث وقع الإشكال فيه من قبل بعض الأعلام . وما يمكن أن يكون منشأً للإشكال أحد أمور :
الأمر الأوّل : (انتساب الذبح لغير الإنسان) :

فقد يرد الإشكال من ناحية عدم انتساب الذبح إلى الإنسان ، بل إلى الآلة ، ويشترط في حلّية الذبيحة أن تكون ذبيحة الإنسان ، بمقتضى قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ... إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ ^(١) الظاهر في اشتراط أن تكون التذكية - وهو الذبح الشرعي . كما يدلّ عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصَبِ ﴾ ^(٢) - تذكية الإنسان ، والذبيحة ذبيحته ؛ لأنّه مقتضى إضافتها إلى الإنسان ، خصوصاً مع كونه استثناء عن المنخقة والموقوذة والمتردّية والنطيحة وما أكل السبع ، ممّا يكون زهاق الروح فيه لا بفعل الإنسان - سواء كان استثناء عنها جميعاً أو عن خصوص

(١) المائدة : ٣ .

(٢) المصدر السابق .

ما أكل السبع - فإنه يدلّ على أنّ ذلك ليس حلالاً ما لم تصدر التذكية من الإنسان ، ولو بأن يدرك الحيوان حيّاً فيذكيّه .

ولعلّه المراد أيضاً بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) الظاهر في أن يكون إمساك الكلب للصيد من جهة تعليمه وإرساله - لا لنفسه - فيكون الصيد مستنداً إليكم .

وقد دلّت على ذلك أيضاً جملة من الروايات الدالة على أنّه لا يكفي زهاق روح الحيوان من نفسه أو بفعل حيوان آخر - ولو بخروج دمه أو قطع مذبحه - ما لم يدركه الإنسان فيذكيّه ^(٢) .

بل لعلّ اشتراط كون الذبح أو الصيد بفعل الإنسان ومستنداً إليه ممّا لا يقبل الشكّ ، فإنّ التذكية لا تكون إلّا بفعله .

فإذا قيل بأنّ الذبح بالماكنة فعل الآلة لا فعل الإنسان كان المذبوح بها ميتة كالنطيحة والمتردية .

الجواب :

إنّ هذا الإشكال يندفع بأنّه يكفي في انتساب فعل أو نتيجته إلى الفاعل المختار أن لا يتخلّل بين عمله وبين حصول تلك النتيجة إرادة أخرى ، بحيث يكون حصول تلك النتيجة بفعله قهريّاً وترتبه عليه طبيعياً ، وإن تأخّر عنه زماناً أو كان بينه وبين تلك النتيجة وسائط تكوينية . ومن هنا لا يستشكل أحد في صدق القتل وانتسابه إلى الإنسان إذا ما قتل شخصاً آخر بالآلة ، فحكم الآلة الحديثة المتطورة من هذه الناحية حكم الآلة البسيطة كالسكين والمديّة من حيث صدق عنوان (ذبيحة الإنسان) على المذبوح بها ، فلا تكون ميتة .

(١) المائدة : ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٢ ، الباب ١٩ من أبواب الذبائح / ط . طهران ، المكتبة الإسلامية .

ودعوى : التفكيك بين عنوان (القتل وزهاق الروح) وعنوان (الذبح) ، بأنّ الأوّل يكفي فيه مطلق الآلة بخلاف الثاني ؛ لأنّ عنوان الذبح يتقوّم بفري الأوداج وإمرار السكّين على مذبح الحيوان ، فلا بدّ فيه من مباشرة الإنسان ذلك بيده .

مدفوعة : بأنّ الذبح ليس إلّا عبارة عن إزهاق روح الحيوان عن طريق قطع مذبحه - وهو الحلقوم - وفري الأوداج ، سواء كان ذلك بآلة بسيطة كالسكّين أو بالماكنة والآلة المتطورة التي تقوم بنفس النتيجة ، أي تفري أوداج الحيوان من مذبحه ، فيكون الذبح مستنداً إلى الإنسان ، وتكون الذبيحة ذبيحته بلا إشكال .

وقد يقال : بانصراف الإطلاق إلى الذبح باليد ونحوه ؛ لعدم وجود غيره حين صدور الأدلّة ، أو يقال : بعدم الإطلاق في الأدلّة ، واحتمال دخل المباشرة باليد ونحوه في التذكية .

والجواب : أمّا عن الانصراف ؛ فإنّ غلبة الوجود لا توجب الانصراف على ما حقّق في محلّه ، وأمّا على الثاني ، فإنّ الإطلاق ثابت في كثير من الروايات التي رتّب الحكم على عنوان الذبح أو ذبيحة المسلم ، بل وفي الآية المباركة ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ... ﴾ إذا كانت بمعنى ذبحتهم .

نعم ، لو قيل : بأنّ المأخوذ في مادة التذكية أو هيئته ﴿ ذَكَّيْتُمْ ﴾ أن يكون إيجاد صفة المذبوحية والذكاة في الحيوان بيد الذابح المذكّي مباشرة وبلا واسطة مهمّة كالماكنة أو تسخير حيوان أو إرادة إنسان آخر يذبح بلا إرادة حرّة بل بأمر أو بسلطة شخص آخر ، لم يتمّ الإطلاق عندئذٍ .

إلّا أنّ استفادة هذا القيد من مادة أو هيئته ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ خلاف الإطلاق المتبادر منها .

الأمر الثاني : (عدم تحقّق التسمية) :

الإشكال من ناحية التسمية ، بأنّ يقال : إنّ الذبح بالماكنة يؤدّي إلى حصول الفاصل بين ذبح الحيوان وفري أوداجه الأربعة وبين زمان تشغيل الماكنة أو ربط

الحيوان بها من قبل الإنسان المستخدم للماكنة ، فلا تكون تسميته - حين التشغيل أو حين ربط الحيوان بها - مجزية في التذكية :

- ١ - إمّا لأنّ حال هذه التسمية حال تسمية الواقف على الذبيحة التي يذبحها الغير ، فكما أنّه لا تجزي تسميته ما لم يسمّ الذابح نفسه ، فكذلك الحال في المقام ، فيقع الإشكال في حلّية الذبيحة من ناحية التسمية المعتبرة فيها .
- ٢ - وإمّا لوجود الفاصل بينها وبين زمان تحقّق الذبح وفري الأوداج .

الجواب :

أما عن الأوّل : فبمنع كون تسميته كتسمية الأجنبي عن الذبح ، كيف ! وهو الذابح بالآلة ، ومجرّد كونه حين تحقّق فري الأوداج ساكناً لا يجعله أجنبياً عن الذبح بعد أن كان فري الآلة للأوداج بحركته وبسببه وفعله ، وقد أشرنا إلى أنّ كون الآلة معقّدة أو متطوّرة لا يمنع عن استناد الفعل إلى الإنسان ، فهو الذابح وتكون تسميته تسمية الذابح ، إلّا أنّ طريقة الذبح بالآلة تكون بتحريك الآلة وربط الحيوان به للذبح ، فيشمّله إطلاق ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(١) ؛ لا من جهة كفاية ذكر الاسم - ولو من غير الذابح - ليمنع عنه بظهور الآية في إرادة ذكر الاسم على الذبيحة بما هي ذبيحة تذبح ، الظاهر في أنّ من يذبح لا بدّ وأن يذكر اسم الله ، وكذلك ظهور الروايات الكثيرة في اشتراط تسمية الذابح ، كصحيح محدّد ابن مسلم ^(٢) وصحيح سليمان بن خالد ^(٣) وموثق ابن قيس ^(٤) وموثق الحلبي ^(٥) وفحوى صحيح محدّد

(١) الأنعام : ١١٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٨ ، باب ٢٣ من أبواب الذبائح ، ح ٥ .

(٣) المصدر السابق : ح ٧ .

(٤) المصدر السابق : ٣٥٦ ، الباب ٢٨ ، ح ١ .

(٥) المصدر السابق : ٣٢٧ ، الباب ١٥ ، ح ٦ .

ابن مسلم^(١) ، وغيرها من الروايات .

بل من جهة كون المحرّك للآلة ذابحاً بها حقيقة ، فيشمله العنوان المذكور في الآيّة والروايات .

وأما عن الثاني - وهو تحقّق الفاصل الزمني بين زماني التسمية والذبح - فهذا ما يمكن تلافيه :

- أولاً : بافتراض تكرار الذبح - وهو المحرّك للآلة أو الذي يربط الحيوانات بها للذبح - للتسمية إلى زمان حصول الذبح بها .

- وثانياً : بأنّ الفاصل الزمني إذا كان قصيراً بحيث يعدّ عرفاً بحكم المتّصل بزمان الذبح شمله إطلاق ذكر اسم الله في الآيّة والروايات .

- وثالثاً : أنّ زمان الذبح بكلّ شيء يكون بحسبه ، فإذا كان الذبح باليد فزمانه مثلاً زمان وضع السكين على مذبح الحيوان للفري ، وأما إذا كان بالآلة فزمانه زمان تشغيلها وتوجيهها على الحيوان بحيث يتحقّق الذبح ويترتب عليه قهراً .

وإن شئت قلت : إنّ في المسيّبات التوليدية ينطبق عنوان المسيّب على فعل السبب التوليدي من حينه وإن كان بينهما فاصل زمني .

أو يقال : بأنّ المستظهر من أدلّة شرطية التسمية اشتراطها حين الشروع في الذبح والعمل الاختياري المستند إلى الفاعل المختار ، وإن فرض تحقّق الذبح في الحيوان - بحيث يتّصف به فعلاً - متأخراً عن ذلك زماناً .

وهذا نظير التسمية في الصيد ، حيث يتحقّق عنوان الصيد من حين رمي السهم أو إرسال الكلب ، ولهذا يجب التسمية عنده ، وإن كانت إصابة الحيوان الذي يراد صيده بالسهم أو بالكلب المعلم متأخراً زماناً .

بل لعلّ ظاهر روايات اشتراط التسمية في الصيد لزوم التسمية عند إرسال

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٧١ ، الباب ١٣ من أبواب الصيد ، ح ١ .

الكلب أو تسديد السهم ورميه . ومن هنا أفنتى بعضهم بعدم الاجتزاء بالتسمية بعد ذلك إذا لم يسم حين الإرسال عمداً وإن كان قبل إصابة الصيد .

ففي صحيح سليمان بن خالد « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كلب المجوسي يأخذه الرجل المسلم فيسمي حين يرسله يأكل ممّا أمسك عليه ؟ قال : نعم ؛ لأنّه مكّلب وذكر اسم الله عليه » ^(١) وظاهر جواب الإمام بيان التعليل والضابطة وانطباقها على ما فرضه السائل من التسمية حين الإرسال ، والذي يكون عادة قبل إمساك الكلب للصيد .

وموثق الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : سألته عن الصيد يرميه الرجل بسهم فيصيبه معترضاً فيقتله ، وقد كان سمّي حين رمى ولم تصبه الحديدية قال : إن كان السهم الذي أصابه هو الذي قتله فإذا رآه فليأكل » ^(٢) .

وأوضح منه دلالة موثقه الآخر « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصيد يصبه السهم معترضاً ولم يصبه بحديدية وقد سمّي حين رمى ، قال : يأكل إذا أصابه وهو يراه . وعن صيد المعراض ، قال : إن لم يكن له نبل غيره وكان قد سمّي حين رمى فليأكل منه ، وإن كان له نبل غيره فلا » ^(٣) ؛ لأنّه قد ورد فيه قيد التسمية حين الرمي في كلام الإمام عليه السلام بخلاف الأوّل حيث ورد ذلك في كلام السائل فيحتاج فيه إلى دعوى ظهور الجواب في إمضاء ارتكاز السائل شرطية التسمية حين الرمي . فلا إشكال من هاتين الناحيتين .

٣ - وإنما الإشكال في إمكان الاكتفاء بتسمية واحدة حين تشغيل الماكينة مثلاً .

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٧٢ ، الباب ١٥ ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٢٨١ ، الباب ٢٢ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٢٨١ ، الباب ٢٢ ، ح ٣ .

٤ - بل الإشكال أيضاً في تشخيص مَنْ هو الذابح الذي تجب تسميته إذا افترض وجود عمّال عديدين لتشغيل الماكينة .

والتحقيق : أنّ الذابح هو الشخص الذي يتحقّق على يده الجزء الأخير من سبب الذبح ، فإذا فرض أنّ الماكينة كانت في حالة التشغيل ويأخذ العامل الحيوان ويربطه بها الواحد تلو الآخر ليذبح اتوماتيكياً كان الذابح من يقوم بربط الحيوان لا محالة ؛ لأنّه المحقّق للجزء الأخير ويكون الذبح بعد ذلك بمثابة الفعل التوليدي الصادر منه فيجب التسمية عليه .

وعندئذٍ يمكن أن يقال : بكفاية التسمية عند ربط كلّ حيوان بالآلة أو وضعه على المذبح ؛ لأنّه شروع في الذبح بها ، وكفي التسمية عنده ؛ لصدق عنوان ﴿ فُكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(١) . نعم ، لو كان ربطه لأجل أن يذبح فيما بعد بالآلة لا الآن لم يجزىء التسمية عنده .

وقد ينعكس الأمر بأن يفرض ربط الحيوان بالآلة أولاً ثمّ تشغيلها ، أو يكون المسؤول عن تشغيلها شخص آخر غير من يربط الحيوان بها ، كما لعله كذلك في ذبح الدجاج بالماكينة حيث يربط بشريط دائري ثم يجعل الشريط على الماكينة لتدور بها على المذبح سريعاً ، ففي مثل ذلك يكون تشغيل الماكينة أو وضع الشريط عليها هو الجزء الأخير من السبب ، فيكون المسؤول والمتصدّي لذلك هو الذابح فيجب تسميته . ولو كان بفعل أكثر من واحد كفى تسمية واحد منهم في صدق ذكر اسم الله على الذبيحة ، وما تقدّم من عدم كفاية تسمية غير الذابح لا يخرج إلّا ما إذا كانت التسمية من الأجنبي لا المشارك في الذبح الذي يكون ذابحاً أيضاً .

وهل يمكن الاكتفاء بتسمية واحدة حين تشغيل الماكينة على الشريط أو يجب تكرارها إلى حين انتهاء الشريط وذبح جميع الذبائح المربوطة به ؟

(١) الأنعام : ١١٨ .

يمكن تقريب جواز الاكتفاء بالتسمية الواحدة بأنّ تشغيل الماكنة على الشريط شروع في ذبح جميع ما هو مربوط به عرفاً ، فيصدق على الجميع أنّه ممّا ذكر اسم الله عليه ، وما أهلّ به الله .

ويؤيّده كفاية التسمية في الصيد حين الإرسال وعدم الحاجة إلى تكرارها حتى إصابة الصيد مهما طال الفاصل بينهما . فإذا قصد الذابح بالآلة ذبح جميع ما على الشريط من الدجاج مثلاً بحركة تشغيل الآلة وذكر اسم الله بهذا القصد والنية فقد ذكر اسم الله عليها جميعاً وإن كان ترتّب الذبح تدريجياً ؛ لأنّ السبب والفعل الاختياري الصادر من الذابح في ذبح جميعها كان بتشغيل الآلة لا غير ، ويكفي هذا المقدار في صدق التسمية بمعنى ذكر اسم الله عليه ، ولا يشترط الذكر حين تحقّق فري الأوداج ، وقد طبق هذا العنوان على الصيد وإرسال الكلب المعلم الذي يكون التسمية والذكر فيه متقدّماً زماناً على تحقّق إمساك الصيد عادة .

وعلى هذا ، قد يقال في المقام : بكفاية التسمية حين تشغيل الآلة بالنسبة لما ربط بها من الحيوانات من أجل الذبح . بل يمكن أن يقال : بعدم الاجتزاء بالتسمية حين الذبح إذا تركها عمداً حين التشغيل ، نظير ما قيل في الصيد ؛ لأنّ فعل الذبح إنّما يصدر منه بذلك ، ولا فعل آخر له بعد ذلك لتكون التسمية عنده تسمية عند ذبحه .

إلا أنّ هذا إنّما يصحّ فيما إذا كان مجرد تشغيل الآلة أو ربط الحيوان بها علّة تامة لترتّب الذبح ، بحيث لا يمكنه الحيلولة دونه بإيقاف الآلة ، كما في الأسباب التوليدية كالإلقاء في النار أو رمي السهم للصيد .

وأما إذا كان بحيث يمكنه إيقاف العمل والحيلولة دون تحقّق الذبح في مرحلة البقاء ، فليس الفعل سبباً توليدياً إلّا بضمّ عدم المنع بقاء ، فيكون الاستناد في ذلك الزمان لا قبله ، فقد لا تكفي التسمية عند تشغيل الآلة في مثل ذلك إذا كان الفاصل طويلاً ، بل لا بدّ منها حين تحقّق الذبح .

وعلى كل تقدير ، فلا إشكال في الحلّية إذا فرض تكرار الذابح بالآلة لاسم الله تعالى حتى تحقّق الذبح بها .

ولا ينبغي توهم الاجتزاء بكتابة اسم الله على الآلة أو وضع مسجّلة تردّد اسم الله حين تشغيلها ، فإنّه - مضافاً لما تقدّم من اشتراط تسمية الإنسان الذابح - أنّ عنوان ذكر الله أو التسمية متقوم بقصد المعنى والالتفات إليه ، ولهذا لو تلفّظ به الذابح غير قاصد لمعناه أصلاً لم يكن مجزياً ؛ لعدم كونه ذكراً لاسم الله ، وهذا واضح .

الأمر الثالث : (عدم تحقّق الاستقبال) :

كما أنّه قد يرد الإشكال من ناحية الإخلال بشرطية الاستقبال ، حيث يقال : بأنّ المستظهر من الروايات والذي عليه الفتوى في مذهبنا اشتراط الاستقبال بالذبيحة ، بأنّ تُوجّه مقاديمها حين الذبح للقبلة أو وضعها على الجهة اليمنى أو اليسرى إلى القبلة ، وهذا لا يتحقّق بالذبح مع المكائن الحديثة عادة .

الجواب :

أنّه لا بأس ببحث كبرى هذه الشرطية أولاً ، ثمّ البحث عن كيفية تطبيقها في المقام ثانياً .

أولاً (البحث الكبروي) :

فنقول : لقد استدلّ على شرطية الاستقبال في الجملة بدليلين :

(أولهما) الإجماع بقسميه ، كما في الجواهر وغيره من الكتب . و (ثانيهما) الأخبار الخاصّة .

وقبل البحث عن هذين الدليلين لا بدّ من تشخيص ما هو مقتضى القاعدة إذا لم يثبت شيء منهما ، فهل هو الحلّية أو الحرمة ؟

ظاهر بعض القدماء كالسيد المرتضى رحمته الله في الانتصار الثاني ، وأنّه ما لم يثبت دليل على التذكية في فرض عدم الاستقبال يحكم بكونه ميتة ، ويقتصر في المذكي على المتيقّن وهو ما إذا استقبل بذبيحته القبلة .

فقد ذكر في الانتصار « وأيضاً فإنّ الذكاة حكم شرعي وقد علمنا أنّه إذا استقبل القبلة وسمّى اسم الله تعالى يكون مذكياً باتّفاق ، وإذا خالف ذلك لم يتيقن كونه مذكياً ، فيجب الاستقبال والتسمية ليكون يتيقن مذكياً »^(١) . وتابعه على هذا الاستدلال جملة من الفقهاء .

والصحيح هو الأوّل أي الحكم بالحليّة وعدم اشتراط الاستقبال إذا شكّ في الدليل على شرطيّته .

وذلك لأنّ مقتضى الأصل العملي وإن كان هو استصحاب عدم التذكية عند الشكّ في حصولها - بناءً على جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية وجريان أصالة عدم التذكية على ما حقّق في محلّه من علم الأصول - إلّا أنّ مقتضى الدليل الاجتهادي حصول التذكية بغير الاستقبال أيضاً إذا تحقّقت سائر الشرائط المعبرة ، وذلك بالرجوع إلى عمومات التذكية في الكتاب الكريم والروايات .

أمّا الإطلاق الكتاب الكريم في فيمكن استفادته من آيات عديدة منها :

١ - قوله تعالى في سورة الأنعام : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُمْ بِآيَاتِهِ مُؤْمِنِينَ ﴾ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنْ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنْ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾^(٢) .
وتقريب الدلالة : أنّ الأمر بالأكل في الآية الأولى إرشاد إلى الإباحة أو حليّة الذبيحة وذكاتها ؛ وذلك لمقام توهم الحظر ، وبداهة عدم وجوب الأكل ، والآية الثانية قرينة على ذلك أيضاً . ومقتضى إطلاقها كفاية ذكر اسم الله في الحليّة والتذكية ، بلا حاجة إلى شرط آخر من الاستقبال أو طهارة الذابح أو غير ذلك ، بل الآية الثانية - بقرينة قوله تعالى فيها : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ - كالصريحة

(١) الانتصار : ١٩١ / ط . منشورات الشريف الرضي - قم .

(٢) الأنعام : ١١٨ - ١١٩ .

في العموم ، وأنّ غير ما فضّله وحكم بحرّمته بالآيات الأخرى - وهو الميتة والمنخنقة والمتردية ونحوها وما أهلّ لغير الله وما ذبح على النصب - يكون حلالاً .
لا يقال : إنّ الآية ليست في مقام بيان أكثر من شرطية ذكر اسم الله ، وأنّ ما لم يذكر عليه اسم الله يكون حراماً ، كما أكّد ذلك بعد آيتين بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ... ﴾ (١) فلا يمكن أن يستفاد منها نفي الشروط الأخرى ، ومن هنا لم تذكر في الآية الشرائط المعتبرة في الذبح ، بل لم يذكر فيها أصل الذبح ، مع أنّه لا إشكال في عدم كفاية مجرد ذكر الاسم في حلّية ما زهقت روحه بغير الذبح كالنطيحة والمتردية أو كان الحيوان ممّا لا يقبل التذكية أصلاً .

فإنّه يقال : فرق واضح بين الآيتين ، فتارة يقال : لا تأكلوا ممّا لم يذكر اسم الله عليه فهذا ظاهر في الشرطية ، وأخرى يقال : كُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ فهذا ظاهر في أنّ ما ذكر عليه اسم الله حلال مذكّى ، فيصحّ التمسك بإطلاقه لنفي شرط آخر في الحلّية ، خصوصاً مع القرينة التي ذكرناها من تفصيل ما حرّم عليكم . والآية المذكورة بعد آيتين أيضاً قرينة على أنّ المراد من الأمر بالأكل ممّا ذُكِرَ اسم الله عليه حلّية كلّ ما يذكر اسم الله عليه وجواز أكله ، لا مجرد شرطية ذكر اسم الله وإلا كان تكراراً محضاً وركيكاً .

نعم ، لا إطلاق في الآية لغير المذبوح والمنحور ؛ لأنّ ذلك مذكور تقديرًا ، لانصراف عنوان ما ذكر اسم الله عليه على المذبوح ونحوه ، لأنّ ما ذكر اسم الله عليه عنوان مقابل لما كان يصنعه المشركون من الذبح للأصنام والآلهة ، فأصل الذبح مفروغ عنه في الكلام ، كما ذكره المفسّرون ؛ لأنّ ذكر الاسم إنّما يكون فيه لا في النطيحة والمتردية والموت حتف الأنف .

فلا إطلاق في الآية من هذه الناحية ، كيف ! والميتة بأقسامها المذكورة في

(١) الأنعام : ١٢١ .

الآيات الأخرى من المتيقن والواضح دخولها فيما فصل القرآن تحريمه ، والذي أخرجته الآية الثانية .

كما لا إطلاق في الآية من ناحية قابلية المحل - وهو الحيوان - للتذكية كما إذا شك في قبول السباع أو الحيوان الجلال للتذكية ؛ لعدم النظر فيها إلى الحلية والحرمة النفسية في الحيوانات ، وإنما النظر إلى الحلية والحرمة الناشئة من التذكية والذبح بعد الفراغ عن حلية لحم الحيوان في نفسه .

وإن شئت قلت : إن تلك الحلية والحرمة تضاف إلى نفس الحيوان بقطع النظر عن ذبحه ، بينما هذه الآية ناظرة إلى حلية الأكل من ناحية الذبح ، ولهذا نجد ذلك في آية أخرى وهي قوله تعالى في سورة الحج : ﴿ وَأُحِلَّتْ لَكُمُ الْأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ ﴾ (١) .

بل يمكن دعوى عدم إطلاق الآية أيضاً بالنسبة للشرائط المادية المحتمل اعتبارها في الذبح من حيث هو ذبح ، كشروط آلة الذبح أو مذبح الحيوان ؛ لأن كل ذلك مفروض مفروغاً عنه في الآية ، وليست الآية بصدد بيانه ، وإنما هي بصدد بيان ما يشترط زائداً على أصل الذبح - الذي هو فعل تكويني خاص - من الشروط المعنوية المربوطة بالذبح بما هو نسك كالتسمية أو الاستقبال أو أن يكون الذابح مسلماً أو متطهراً ونحو ذلك . وإن كان قد وقع التمسك بإطلاق الكتاب في كلمات الأصحاب من كلتا الجهتين ، فهذا صاحب الجواهر رحمته الله يتمسك في مسألة عدم حرمة الذبيحة بإبانه رأسها عمداً بإطلاق الآيات ، حيث قال : « وعلى كل حال ، فالظاهر عدم حرمة الذبيحة بذلك ، كما صرح به كثير ، ومنهم جملة من القائلين بالحرمة ، بل عن بعض نفي الخلاف فيه ؛ لإطلاق الأدلة كتاباً وسنة » (٢) .

(١) الحج : ٣٠ .

(٢) جواهر الكلام ٣٦ : ١٢٢ ، وانظر : ١٢٣ ، ١٤٧ .

وأياً ما كان ، فالإطلاق في الآية بالنسبة لما نحن بصدده تام ، ولا وجه لدعوى كونها في مقام البيان من ناحية شرطية التسمية فقط ، وأنّ المراد الأمر بالأكل إذا تحققت سائر شروط التذكية ، فإنّ هذا لازمه أنّ الأمر بالأكل لا يكون إرشاداً إلى التذكية والحلّة من ناحيتها ، وهذا خلاف الظاهر جدّاً ، بل غير محتمل في نفسه ؛ إذ لا يحتمل التكليف النفسي بالأكل ، فإذا كان إرشاداً إلى الحلّة من ناحية التذكية ، فلا محالة تكون الآية في مقام البيان من ناحية الحلّة بملاك التذكية ، فيصحّ التمسك بإطلاقها ، إذ لا يشترط في الإطلاق أكثر من هذا المقدار .

نعم ، لو كان لسان الخطاب أنّ التسمية شرط في حلّة الأكل كان غير نافي لوجود شرائط أخرى له إلّا أنّ هذا لم يرد فيه ، بل الوارد الأمر بالأكل الذي هو إرشاد إلى الحلّة لا الشرطية ، ومقتضى إطلاقه لا محالة نفي دخالة غيره في الحلّة وإلّا لم تكن متحققة بذكر الاسم ولم يكن يجوز الأكل ، وهذا نظير قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) في إثبات حصول التذكية بالإمسك مع ذكر اسم الله بلا احتياج إلى شرط آخر ، وقد ورد التمسك به في صحيح جميل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فيأخذه ولا يكون معه سكّين فيذكيه بها ، أفيدعه حتى يقتله ويأكل منه ؟ قال : لا بأس . قال الله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ » ^(٢) .

وممّا يشهد على صحّة التمسك بإطلاق الآية في المقام تمسك الإمام عليه السلام في بعض الروايات بذلك ، كرواية الورد [أبي الورد] بن زيد قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : حدّثني حديثاً وأمله عليّ حتى أكتبه فقال : أين حفظكم يا أهل الكوفة ؟ قال : قلت : حتى لا يرده عليّ أحد . ما تقول في مجوسي قال بسم الله

(١) المائدة : ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ١٦ : ٢٦٢ ، الباب ٨ من أبواب الصيد ، ح ١ .

ثم ذبح ؟ فقال : كل . قلت : مسلم ذبح ولم يسم ؟ فقال : لا تأكله . إن الله يقول : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ و ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (١) فقد استدلل الإمام عليه السلام على نفي شرطية إسلام الذابح - مع فرض تسميته - بإطلاق الأمر بالأكل ممّا ذكر اسم الله عليه .

وقد استدلل المفيد في المقنعة (٢) على حلّية ذبيحة الكتابي إذا سمى بإطلاق الآيات ، كما استدلل العلامة في المختلف بإطلاق الآيات لإثبات حلّية ما يذبحه كلّ منتحل للإسلام ولو لم يكن من أهل الحق ، كما استدلل الشيخ في الخلاف (٣) بإطلاقها لإثبات الحلّية والتذكية إذا قطع رأسها بالذبح ، كما استدلل بها ابن إدريس (٤) - ووافقه العلامة في المختلف (٥) - على عدم حرمة الذبيحة بسلخها قبل بردها أو قبل موتها . فراجع كلماتهم ليظهر لك ثبوت الإطلاق في الكتاب من هذه الناحية جزماً ، وإن شككنا فيه من ناحية كيفية فعل الذبح الخارجي .

٢ - قوله تعالى في سورة المائدة : ﴿ . فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ﴾ (٦) .

وهي وإن كانت متعرّضة بصدرها للصيد لا للذباحة ، ولا يشترط فيه الاستقبال جزماً ، إلّا أنّه يمكن دعوى إطلاق قوله تعالى : ﴿ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ في الذيل وشموله للصيد ولما يذبح منه إذا أدركه الصياد حيّاً ولما يذبح ابتداءً المبين في

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٥٣ ، الباب ٢٧ من أبواب الذبائح ، ح ٣٧ .

(٢) المقنعة : ٥٧٩ / ط . جامعة المدرسين - قم .

(٣) الخلاف ٣ : ٢٥٨ ، المسألة ١٣ / ط . دار الكتب العلمية - قم .

(٤) السرائر ١ : ١١٠ / ط . جامعة المدرسين - قم .

(٥) المختلف - كتاب الذبائح .

(٦) المائدة : ٤ .

الآية السابقة لها ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ... إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ ^(١) فالذيل جملة مستقلة مطلقة ترجع إلى كل ما يراد تذكيتة سواء في ذلك ما يذبح أو ما يصاد من دون إدراكه حيّاً أو مع إدراكه حيّاً.

ولعل القرينة على هذا الإطلاق تأخير ذكره ، فإنه لو كان النظر إلى التسمية في الصيد خاصة كان المناسب ذكره حين إرسال الجوارح ، والذي هو قبل تحقق الإمساك منهن عادة ، فالحاصل ظاهر هذه الجملة في ذيل هذه الآية النظر إلى مجموع ما بين في الآيتين الآية الأولى المتعرضة للذبح والآية الثانية المتعرضة للصيد وأن التذكية منهما معاً يكون بذكر اسم الله عليه كل بحسبه وما عداه حرام ، فيمكن التمسك بإطلاقه لنفي شرطية الاستقبال زائداً على ذلك ، وإلا كان يلزم ذكره أيضاً .

٣ - قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ﴾ * إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَن اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة : أنها وإن ذكرت بالمطابقة حرمة ما أھل به لغير الله - أي نودي عليه لغير الله - ولكن حيث ذكرت ذلك بأدوات الحصر المستفاد من صدر الآية وذيلها ومن السياق والأمر بأكل الطيبات في الآية الأولى ، فلا محالة يستفاد منها حلية ما عدا ذلك ممّا لم يذكر ، ومنه ما أھل به لله من الذبائح ولو لم يستقبل به القبلة ؛ لأنّه ليس ممّا أھل به لغير الله ولا الميتة ولا لحم الخنزير . وما أھل به لغير الله يراد به الذبيحة التي لم يذكر اسم الله عليها ؛ أمّا لأنّه ما لم يذكر اسم الله عليها فقد أھل بها

(١) المائدة : ٣ .

(٢) البقرة : ١٧٢ - ١٧٣ .

لغير الله ، أو من باب التقييد أو القرينة القرآنية المنفصلة على إرادته حيث ورد في آية أخرى : أن ما لم يذكر اسم الله عليه فسق ^(١) .

ودعوى : أن الآية ليست في مقام الحصر الحقيقي ، كيف ! وإلا لزم التخصيص الكثير أو الأكثر المستهجن .

مدفوعة : بالمنع عن ذلك ؛ لأن ما ثبتت حرمة يمكن أن يكون خروجه عن إطلاق الحصر بعنوان كلي كالمنسوخ أو السباع ، بل يحتمل أن ما ثبت حرمة لم يكن محرماً بعد عند نزول الآية ، وإنما شرع تحريمه فيما بعد ، أو شرع النبي ﷺ ذلك بإذن من الله سبحانه ، فلا خلل في الإطلاق القرآني المذكور كما لا يخفى .
نعم ، قد يقال : بعدم النظر فيها إلى ما يتحقق به الذبح ؛ لأنه مفروض فيما يهل به ، كما ذكرنا في الآيات السابقة .

٤ - قوله تعالى في سورة الحج : ﴿ لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا أَمْرَ اللَّهِ وَالْإِنْسَانِ ﴾ ^(٢) .
وأوضح منها قوله تعالى في السورة نفسها : ﴿ وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا حَبِيرٌ فَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ كَذَلِكَ سَخَّرْنَاهَا لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ ^(٣) .

وجه الدلالة : أنهما دلّتا على اشتراط ذكر اسم الله على البهيمة ، وفرعتا الأكل والإطعام على ذلك ، ولم تذكر الاستقبال ، فيكون مقتضى إطلاقهما كفاية التسمية في حصول التذكية فيما يذبح من بهيمة الأنعام ، وعدم اشتراط شيء آخر من القيود المعنوية التعبدية كالاستقبال .

(١) الأنعام : ١٢١ .

(٢) الحج : ٢٨ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦ .

وقد يناقش في الاستدلال بالأولى منهما : بأنها أجنبية عن المقام ؛ إذ الظاهر - أو المحتمل على الأقل - أن يكون المراد من ذكر اسم الله في أيام معدودات ذكر الله في أيام منى ، ويكون حينئذٍ المراد بقوله تعالى : ﴿ عَلَيَّ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ﴾ المقابلة ، أي يكون ذكر الله في مقابل ما رزقهم من الأنعام في تلك الأيام ، فلا ربط لها بالتسمية على الذبح .

وفيه : أنه خلاف الظاهر جدًّا ؛ ولذلك لم يشر إليه أكثر المفسرين للآية ، بل فسروها بذكر اسم الله على الذبيحة وأرسلوا ذلك إرسال المسلم ، والوجه في ذلك - مضافاً إلى أن الذكر لاسم الله غير ذكر الله ، فلو كان المقصود ما قيل كان ينبغي أن يقال : فاذكروا الله ، كما ورد في قوله تعالى : ﴿ وَادْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا ﴾ ^(١) وقوله تعالى : ﴿ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ ﴾ ^(٢) وغيرهما من الآيات ، بخلاف ذكر الاسم ، فإنه يناسب الإهلال والافتتاح ، ومضافاً إلى أن الذكر لا يناسب أن يكون في قبالة شيء ، وعليه فلا يقال ذكر الله على ما أعطاه ، وإنما يقال شكره أو حمده على ما أعطاه - أن سياق هذه الآيات وما ورد بعد هذه الآية من قوله تعالى : ﴿ وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنْسَكًا لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ﴾ ^(٣) والآية الثانية قرينة قاطعة على أن النظر إلى ذكر الاسم على الذبيحة .

وقد يناقش في الاستدلال بالآيتين معاً :

تارة : بما نسب إلى الزمخشري من أن الأمر بذكر الاسم كناية عن الذبح فكأنه قيل فاذبحوها وأطعموا البائس الفقير ، فلا يكون النظر فيها إلى نفس التسمية واشترائها في التذكية ، فضلاً عن غيرها من الشروط .

(١) البقرة : ٢٠٠ .

(٢) الحج : ٢٨ .

(٣) المصدر السابق : ٣٤ .

وفيه: أنَّ الآيات صريحة في النظر إلى حيثية ذكر الاسم والعناية به لا الذبح، وفي الكناية تكون العناية للمكني عنه لا المكني به. نعم، يستفاد بالملازمة من الأمر بذكر الاسم في مقام الذبح الأمر بالذبح أيضاً لمن ساق معه البدن، لا أنَّ الأمر بذكر الاسم كناية عنه، ولعلَّ هذا مقصود الزمخشري أيضاً.

وأخرى: بأنَّ هذه الآيات وإن كانت ناظرة إلى حيثية ذكر الاسم في مقام الذبح، ولهذا يفهم منه اشتراط التسمية في التذكية، إلا أنَّ ذلك ورد فيها بعنوان أنه منسك وشعار للمسلمين في قبال الكفار ولو في مقام الذبح بمنى في الحج، كما في قوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنْسَكًا لِّيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾، فيكون الأمر بذكر الاسم فيها أمراً بإقامة هذا الشعار، لا لبيان ما تتحقّق به التذكية، وإن كان يفهم منه بالالتزام شرطية التسمية في الذبح إلا أنَّ هذه دلالة التزامية وليست الآية في مقام بيانها لیتمسك بإطلاقها لنفي شرطية شرط آخر في التذكية.

وفيه: أنَّ هذا إن صحَّ في الآية الأولى فلا يصحَّ في الثانية؛ لأنَّها ناظرة إلى حيثية حلية اللحم وما يتوقّف على جواز أكله وإطعامه، بقرينة ما فيها من الترتيب والتفريع، وأنَّه لا بدّ من ذكر الاسم عليها وهي صواف، فإذا وجبت جنوبها أكل منها وأطعم، وهذا ظاهر في التصدي لبيان ما يتوقّف عليه حلية اللحم، فإذا سكت عن غير التسمية دلّ ذلك على عدم اشتراطه فيها، خصوصاً وأنَّ الاستقبال لو كان واجباً فهو أيضاً كالنسيئة شعار آخر في قبال الكفار كان ينبغي ذكره، بل لعلَّ صدر الآية الثانية تدلّ على أنَّ الشعار نفس الأضحية وتقديم البدن، وأمّا ذكر الاسم على البهيمة فهو مربوط بحليتها وجواز أكلها والإطعام، كما أنَّ الآية الثلاثين من هذه الآيات ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظَمْ حُرْمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَأُحِلَّتْ لَكُمْ الْأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ...﴾^(١) ظاهرة في النظر إلى حيثية الحرمة والحلية في اللحم.

(١) الحج: ٣٠.

وثالثة : بأنَّ حيثية التذكية وحلية اللحم حيث إنه لم يتعرّض لها مستقلاً بل عرضاً وضمناً ، فلا يمكن إجراء الإطلاق ومقدمات الحكمة فيها لنفي وجود شرط آخر غير التسمية بمجرّد السكوت عن ذكرها .

وفيه : أنّه لا يشترط في تمامية مقدمات الحكمة أكثر من أصل التعرّض والتصدي لبيان حيثية سواء كان ذلك مستقلاً أو في ضمن جهات أخرى ، كما إذا تعرّض خطاب لبيان حكيمين أو أكثر .

وإن شئت قلت : إنّ جملة ﴿ فَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا... ﴾ في مقام بيان ما يتوقّف عليه حلية اللحم ، وسائر الجمل في مقام بيان المناسك والشعائر في الحجّ ، وكلّ منهما مستقلّ عن الآخر ، وإنّما جمع بينهما لابتلاء المكلف بهما معاً في الحجّ .

ورابعة : بأنّ الآية أساساً ليست في مقام بيان أكثر من شرطية التسمية دون سائر الشرائط فإنّها حيثيات أخرى مسكوت عنها .

وهذا إشكال عام في هذه الآية وغيرها وله جواب عامّ أشرنا إليه إجمالاً فيما سبق ، وتفصيله : أنّ الخطاب لو كان بلسان الإخبار عن الشرطية كما إذا قال : « التسمية شرط في حلية الذبيحة » ، أو بلسان النهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه ، فمن الواضح أنّ هذا لا ينافي ثبوت ألف شرط آخر ، إلّا أنّ هذا اللسان لم يرد هنا ، وإنّما الوارد لسان الأمر بالأكل أو الإطعام الدالّ على الحلية إرشاداً أو بالملازمة ، وحمل ذلك على النهي أو الشرطية خلاف ظاهر الأمر جدّاً ، وإنّما ظاهر الأمر بالأكل أو الإطعام حلية الذبيحة فعلاً ، فإذا علّق ذلك على ذكر الاسم كان مفاد الآية حلية الذبيحة إذا ذكر اسم الله عليها ، فكأنّه قال إذا ذكر اسم الله عليها ووجبت جنوبها حلّ أكلها وإطعامها ، فيتمّ الإطلاق فيه عندئذٍ لنفي دخل قيد وشرط آخر في ثبوت تلك الحلية وجواز الأكل ؛ إذ ثبوت شرط آخر يستلزم أمّا تقييد إطلاق ترتّب الحلية وجواز الأكل على التسمية بقيد من قبيل إذا تحقّقت سائر الشروط ، أو

حمل الأمر بالأكل والحلّية على الحكم الحيثي لا الفعلي الحقيقي ، وكلاهما خلاف الظاهر ؛ إذ الأوّل خلاف إطلاق الترتّب والتفريع ، والثاني خلاف ظاهر ما يدلّ على الحكم وهو الأمر ، فإنّ ظاهره الحلّية الحقيقية الفعلية ، لا الحيثية ومن ناحية ذلك الشرط فقط ، فإنّها ليست حلّية حقيقية لا جعلاً ولا مجعولاً ؛ إذ الحكم لا ينحلّ ولا يتعدّد بتعدد قيود موضوعه .

نعم ، لو كانت هناك حلّيتان مستقلّتان جعلاً وموضوعاً ، كالحلّية من ناحية التذكية والحلّية من ناحية الطهارة لم يكن الإطلاق من ناحية إحداهما نافياً للأخرى ، وبهذا ظهر الفرق بين المقام وبين ما هو المقرّر من عدم الإطلاق في قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ لنفي نجاسة موضع الإمساك والحلّية من ناحيتها .

٥ - قوله تعالى في سورة الأنعام : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعُمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(١) .

٦ - وقوله تعالى في سورة النحل : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَلَالًا طَيِّبًا وَاشْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ﴾ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٢) .

وهما كالآية المتقدّمة من سورة البقرة ، فإنّ هذه الآيات الثلاث بمضمون واحد وألفاظ واحدة ، وهي ظاهرة في الحصر ، بل آية الأنعام صريحة فيه ؛ لأنّ عدم وجدان النبيّ للمحرّم فيما أوحى إليه مساوق لعدم وجوده ، فتكون دلالة هذه الآيات على عدم حرمة غير العناوين المذكورة فيها - ومنها ما ذبح وأهّل به لله من

(١) الأنعام : ١٤٥ .

(٢) النحل : ١١٤ - ١١٥ .

الذباح من غير استقبال للقبلة - تامة . ودعوى لزوم تخصيص الأكثر قد عرفت جوابه .

هذا مضافاً إلى تمسك الفقهاء بهذه الآيات وما فيها من الحصر ، خصوصاً آية الأنعام لإثبات حلّية الأطعمة المحلّلة كثيراً ، بل ورد ذلك في جملة من الروايات الصحيحة ، منها صحيح محمد بن مسلم ^(١) المنقول في العلل والتهديب ، مع شيء من الاختلاف .

ويظهر من عدّة روايات أنّ جملة ممّا حرّم بعد ذلك كان ينهي النبي ﷺ وتحريمه فلعله من تشريعاته ، فلا ينافي دلالة الآية على الحصر ؛ لأنّ تشريع النبي ﷺ بعدها بمثابة النسخ لتلك الحلّية الثابتة أولاً بمقتضى الآية كما لا يخفى ، فالإطلاق في الآيات تامّ في نفسه .

وأما الإطلاق في الروايات فيمكن استفادته من عدّة طوائف منها :

١ - معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : « قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : ذبيحة من دان بكلمة الإسلام وصام وصلى لكم حلال إذا ذكر اسم الله تعالى عليه » ^(٢) .

فإنّها لم تشترط في الذبح وحلّية الذبيحة غير إسلام الذابح وذكر اسم الله تعالى عليه ، فلو كان يجب أيضاً الاستقبال مطلقاً أو في صورة العلم والعمد للزم ذكره ، فيدلّ السكوت عنه مع كونها في مقام البيان على عدم الاشتراط .

ودعوى : أنّ الرواية ليست في مقام البيان من هذه الناحية ؛ لكونها ناظرة إلى حيثية إسلام الذابح فقط .

مدفوعة : بأنّ نظر الرواية إلى حيثية إسلام الذابح لا ينافي إطلاقها من ناحية

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٩٤ ، الباب ٥ من أبواب الأطعمة والأشربة ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ٣٥٦ ، الباب ٢٨ ، ح ١ .

سائر الشروط إذا كان في مقام البيان من ناحيتها أيضاً ، وفي المقام بقريته ذيل الرواية حيث تعرّض لشرطية التسمية يفهم أنها أرادت أن تعطي الكبرى الكلية للذبيحة المحللة لنا ، فكأنها قالت كلما كان الذابح مسلماً وذكر اسم الله تعالى على الذبيحة فهي حلال ، ومثل هذه الجملة لا إشكال في إطلاقها .

نعم ، لا تكون الرواية ناظرة إلى شرائط عمل الذبح وما به يتحقّق ، كما تقدّم نظيره في الآيات الشريفة السابقة ؛ لأنّ تلك حيثية أخرى لا نظر إليها ، بل تحقّق الذبح مفروغ عنه .

٢ - الروايات الواردة في حلّية ذبيحة المرأة والغلام ، كصحيح سليمان بن خالد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذبيحة الغلام والمرأة هل تؤكل ؟ فقال : إذا كانت المرأة مسلمة فذكرت اسم الله على ذبيحتها حلّت ذبيحتها وكذلك الغلام إذا قوي على الذبيحة فذكر اسم الله وذلك إذا خيف فوت الذبيحة ولم يوجد من يذبح غيرهما » ^(١) .

وصحيح عمر بن أذينة عن غير واحد رواه عنهما عليه السلام : « إنّ ذبيحة المرأة إذا أجادت الذبح سمّت فلا بأس بأكله ، وكذلك الصبي ، وكذلك الأعمى إذا سدّد » ^(٢) .

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : « أنّه سأله عن ذبيحة المرأة فقال : إذا كان نساء ليس معهنّ رجل فلتذبح أعقلهنّ ولتذكر اسم الله عليه » ^(٣) .

ورواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : « أنّه سئل عن ذبيحة

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٨ ، الباب ٢٣ ، ح ٧ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣٩ ، الباب ٢٣ ، ح ٨ .

(٣) المصدر السابق : ٣٣٨ ، ح ٥ .

المرأة فقال : إذا كانت مسلمة فذكرت اسم الله عليها فكل « (١) .

وروايته الأخرى في الغلام : « إذا قوي على الذبح وكان يحسن أن يذبح وذكر اسم الله عليها فكل » (٢) .

ورواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن ذبيحة المرأة والغلام هل تؤكل ؟ قال : نعم ، إذا كانت المرأة مسلمة وذكرت اسم الله حلت ذبيحتها وإذا كان الغلام قوياً على الذبح وذكر اسم الله حلت ذبيحته » (٣) .

والسؤال في هذه الروايات وإن كان عن شرطية البلوغ والرجولة إلا أن جواب الإمام عليه السلام فيه تعرّض للكبرى وما يعتبر في الذابح والذبح - بقطع النظر عما يتحقّق به فعل الذبح خارجاً - ، بقرينة ذكر التسمية وإسلام الذابح ونحو ذلك ، فينعقد فيه إطلاق يمكن الاستناد إليه في نفي شرطية شرط آخر كالاستقبال ، وإلا كان يذكره أيضاً .

٣ - بعض الروايات الواردة في ذبائح أهل الكتاب والتي تنهى عنه معللة بأنّ الذبيحة بالاسم ولا يؤمن عليها إلا مسلم وأهل التوحيد ، ففي صحيح الحسين بن المنذر قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنا قوم نختلف إلى الجبل والطريق بعيد بيننا وبين الجبل فراسخ ، فنشتري القطيع والاثنين والثلاثة ويكون في القطيع ألف وخمسمئة شاة وألف وستمئة شاة وألف وسبعمئة شاة ، فتقع الشاة والاثنان والثلاثة ، فنسأل الرعاة الذين يجيئون بها عن أديانهم ، قال : فيقولون : نصارى ، قال : فقلت : أيّ شيء قولك في ذبائح اليهود والنصارى ؟ فقال : يا حسين الذبيحة

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٨ ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣٦ ، الباب ٢٢ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٣٣٩ ، الباب ٢٣ ، ح ١١ .

بالاسم ، ولا يؤمن عليها إلا أهل التوحيد» ^(١).

فقد جعل الميزان في حلية الذبيحة بالاسم ، أي التسمية ، وإنّ إسلام الذابح إنّما يشترط لكي يحرز به ذلك ، حيث لا يؤمن عليه لو كان الذابح غير مسلم ، أمّا لعدم ذكره وتسميته أصلاً ، أو لأنّه حتى إذا سمّي فهو غير قاصد لمعناه حقيقة .
والمستفاد من هذه الآية وغيرها أنّ شرطية إسلام الذابح ليس في عرض سائر الشروط وإنّما في طولها ، أي لأجل إحراز التسمية التامة فلو أحرز صدورهما من الكتابي كان مذكّي ، وبه يقيّد إطلاق ما دلّ على شرطية إسلام الذابح ، وهذا بحث آخر لا ندخل فيه فعلاً .

وعندئذٍ يقال : إنّ مقتضى إطلاق ذلك عدم اشتراط شيء آخر غير التسمية وما يحرزها وهو إسلام الذابح زائداً على أصل الذبح بخصوصياته الرجعة إلى تحقّق الذبح ، فلو كان الاستقبال شرطاً أيضاً كان ينبغي ذكره ، خصوصاً وإنّ النصراني واليهودي لا يذبح إلى الكعبة يقيناً حتى إذا سمّي ، بل التعبير بأنّ الذبيحة بالاسم يفيد الحصر وعدم وجود شرط آخر فيه عدا ما يرتبط بالذبح كما أشرنا .

وقد يقال : بأنّ شرطية الاستقبال حيث إنّها خاصّة بصورة العلم والعمد على ما سيأتي ، فلا يقدح عدمه من الجاهل حتى بالشبهة الحكمية كغير الشيعي وأهل الكتاب ، وحيث إنّ السؤال في هذه الروايات قد وقع عن ذبائهم وهم جاهلون بذلك فلا يكون سكوت الرواية عن ذكر هذه الشرطية دليلاً على عدمها لتحقّق الشرط في حقّهم وهو عدم التعمّد ، وهذا بخلاف الأدلّة الأخرى المتعرّضة لبيان شرائط التذكية في نفسها في حقّ المسلم .

والجواب : إنّ هذا الإشكال قابل للدفع بأنّ مساق هذه الروايات أيضاً مساق

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٤٢ ، الباب ٢٦ ، ح ٢ .

غيرها من الروايات الظاهرة في التعرّض لبيان شرائط التذكية والسؤال عن اشتراط إسلام الذابح وعدمه غاية الأمر قد صيغ ذلك بفرض السؤال عن ذبيحة النصراني واليهودي ، فيكون الاقتصار على شرطية التسمية ، بل حصر المطلب فيها دالاً على نفي غيرها . وإن شئت قلت : إنّ السؤال والجواب في هذه الروايات محمول أيضاً على القضية الحقيقية لا الخارجية ، وبنحو القضية الحقيقية يمكن فرض تعدّد مخالفة القبلة حتى من أهل الكتاب ، فلو كان شرطاً كان ينبغي ذكره .

وهكذا يتّضح أنّ مقتضى إطلاق الأدلّة الأولية كتاباً وسُنّة نفي هذه الشرطية فيكون هو المرجع عند الشكّ وعدم ثبوت دليل عليها مطلقاً أو في حالة معيّنة . وينبغي حينئذٍ على مدّعي الشرطية إقامة الدليل ، وقد ذكرنا أنّهم استدّلوا على ذلك بالإجماع وبجملة من الروايات .

أمّا الإجماع : والذي جعله في المستند هو العمدة ففيه - مضافاً إلى أنّه في مثل هذه المسألة التي تتوفر فيها روايات عديدة تأمر بالاستقبال بالذبيحة لا يكون تعديلاً ، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ عبائر الفقهاء في كتبهم هي نفس تعبيرات الروايات - أنّ أصل حصول الإجماع غير ثابت ، وإنّما الثابت عدم التصريح بالخلاف من قبل أحد .

بل نلاحظ أنّ الشيخ المفيد في المقنعة ^(١) يذكر الاستقبال في سياق عدم قطع رأس الذبيحة قبل البرد ونحو ذلك ممّا لا يكون شرطاً في التذكية ، بل المشهور عدم حرمة ، وإنّما هو أدب من آداب الذبح ، فلعله كان يرى أنّ هذا أيضاً من آدابه ، أو أنّه أمر تكليفي وليس شرطاً في الحلّية . كما أنّ الشيخ رحمه الله لم يذكر الاستقبال أصلاً في مبسوطه ولا في خلافه ، مع أنّه ألفه لبيان ما يخالف فيه مع الجمهور ، وإنّما ذكره

(١) المقنعة : ٥٨٠ .

في النهاية بعنوان وينبغي أن يستقبل بذبيحته القبلة المشعر بعدم الوجوب ، وإن كان قد ذيله بعد ذلك بأنه « فمن لم يستقبل بها القبلة متعمداً لم يجز أكل ذبيحته » (١) .

كما أن عبائر السيد المرتضى رحمته الله في الانتصار (٢) ظاهرها عدم الإجماع في المسألة ؛ لأنه استدلل على ذلك بالأصل والقاعدة .
وأيما ما كان فتحصيل إجماع تعدي على شرطية الاستقبال في التذكية وحلية الذبيحة من مثل هذه التعبيرات مشكل أيضاً .

وأما الروايات الخاصة :

فهي العمدة والمهم في الاستدلال على شرطية الاستقبال ، وهي على ثلاث طوائف :

طائفة : تأمر بالاستقبال بالذبيحة إلى القبلة مطلقاً ، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن الذبيحة فقال : استقبل بذبيحتك القبلة » . ومثله صحيحه الآخر « إذا أردت أن تذبح فاستقبل بذبيحتك القبلة » (٣) .

وهناك روايتان معتبرتان أيضاً دللتا على نفس المضمون ، هما صحيح الحلبي (٤) وموثق معاوية بن عمار (٥) . إلا أنهما واردتان في الأضحية والذبح بمنى ، فيحتمل فيهما أن يكون ذلك من آداب أو شرائط الأضحية .

وطائفة أخرى من الروايات : تقيد ذلك بصورة العمد وتنفي البأس عن أكل

(١) النهاية : ٥٨٣ / ط . انتشارات قدس محمدى - قم .

(٢) الانتصار : ١٩٠ .

(٣) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٢٤ ، الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح ١ - ٢ .

(٤) المصدر السابق ١٠ : ١٣٦ ، الباب ٣٦ من أبواب الذبح من الحج ، ح ١ .

(٥) المصدر السابق ١٠ : ١٣٧ ، الباب ٣٧ من أبواب الذبح من الحج ، ح ١ .

ذبيحة لم يستقبل بها القبلة إذا لم يكن عن عمد ، كصحيح محمد بن مسلم أيضاً
 « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذبيحة ذبحت لغير القبلة فقال : كل ولا بأس بذلك
 ما لم يتعمده » ^(١) .

ومثله صحيح الحلبي ومعتبرة علي بن جعفر في كتابه ^(٢) .

وطائفة ثالثة : جمع فيها الأمر والنهي معاً ، وهي صحيح محمد بن مسلم « قال :
 سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ذبح ذبيحة فجهل أن يوجهها إلى القبلة قال : كل منها .
 فقلت له : فإنه لم يوجهها ؟ قال : فلا تأكل منها ، ولا تأكل من ذبيحة ما لم يذكر اسم
 الله عليها » ^(٣) .

والمشهور قيّدوا إطلاق الطائفة الأولى بالثانية ، وحملوا الرواية الثالثة على أن
 المراد بالنهي فيها صورة عدم توجيه الذبيحة إلى القبلة عمداً ، بينما المراد بالإباحة
 والأمر بالأكل في صدرها صورة الجهل ، كما هو فرض السائل فيها . فتكون النتيجة
 اشتراط الاستقبال في صورة العلم وإمكان الاستقبال ، فلو جهل بالقبلة أو جهل
 بالشرطية أو كان لا يمكن ذلك ولو من جهة خوف موت الذبيحة لم يقدر في
 التذكية ؛ لعدم تحقق العمد في تمام هذه الموارد ، والمدار على صدقه بمقتضى
 الجمع بين الروايات المذكورة .

مناقشة النراقي رحمته الله للمشهور :

وقد ناقش في الاستدلال بالروايات على شرطية الاستقبال المحقق النراقي ^(٤) :
 بأن مفادها غير ظاهر في ذلك ؛ إذ الأمر بالاستقبال في مثل قوله عليه السلام « استقبل

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٢٥ الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح ٣ .

(٢) المصدر السابق : ٣٢٥ ، الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح ٥ .

(٣) المصدر السابق : ٣٢٤ ، الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح ٢ .

(٤) مستند الشيعة للمحقق النراقي ٢ : ٤٥٥ المكتبة المرتضوية - طهران .

بذبيحتك القبلة» ، وكذلك نفى البأس في قوله ﷺ في صحيح الحلبي « لا بأس إذا لم يتعمّد » يناسب التكليف النفسي بأن يجب الاستقبال حين الذبح في نفسه من دون أن يلزم من عدمه حرمة الذبيحة وصيرورته ميتة . وما ورد في صحيح محمد بن مسلم من قوله ﷺ « كل ولا بأس بذلك ما لم يتعمّده » مجمل من هذه الناحية ؛ لأن اسم الإشارة إذا كان راجعاً إلى الذبح لغير القبلة لا إلى الذبيحة كان ظاهراً في نفى البأس تكليفاً مع عدم التعمّد ، ومفهوماً ثبوته كذلك مع التعمّد .

ردّ هذه المناقشة :

وقد يناقش فيما أفاده هذا المحقّق :

- أولاً : أن الأمر في مثل هذه الموارد إرشاد إلى الشرطية لا التكليف النفسي ؛ لاستبعاده في نفسه عرفاً ومتشريعاً ، ولأنّ المهم في باب الذبيحة والذي ينصرف النظر إليه ارتكازاً إنّما هو حكم أكل الذبيحة وتذكيته ، فإذا أمر بشيء فيها كان ظاهره أنّ ذلك الغرض المهم لا يتحقّق إلّا بما أمر به ، نظير حمل الأمر بالغسل مرّة أو مرّتين على الإرشاد إلى أنّ التطهير لا يتحقّق إلّا بذلك لا الوجوب النفسي . إلّا أنّ هذا النقاش إنّما يتّجه إذا فرض عدم تناسب الموضوع المنهي عنه مع التكليف أو الآداب التكليفية ، وهو ممنوع في المقام ؛ إذ لا إشكال أنّ للذبح آداباً تكليفية كالنهي عن إيذاء الحيوان والأمر بكون الشفرة حادة والأمر بسقيه قبل الذبح ، فليكن منها الاستقبال للقبلة .

- وثانياً : وجود قرائن في ألسنة الروايات تجعلها كالصريح في النظر إلى حكم الذبيحة لا فعل الذبح ، منها - ورود السؤال عن الذبيحة حيث قيل في أكثرها « سألته عن الذبيحة تذبّح لغير القبلة » ممّا يدلّ على أنّ النظر إلى حكم الذبيحة لا حكم الذبح تكليفاً .

ومنها - ورود الأمر بالأكل في جواب الإمام في أكثرها ممّا يعني أنّ النظر إلى

حَلْيَةُ الذبيحة لا الحكم التكليفي للاستقبال . وما ذكره المحقق النراقي رحمته الله من احتمال رجوع اسم الإشارة إلى الذبح خلاف الظاهر جداً ؛ لأنّ لازمه أنّ ذيل جواب الإمام أجنبي عن صدره ، وأنّ المراد من الأمر بالأكل حَلْيَةُ الذبيحة ، بينما المراد من نفي البأس عن ذلك جواز فعل الذبح لغير القبلة في نفسه ، وهذا ليس عرفياً ؛ إذ العرف يرى أنّ الجملتين في قوله رحمته الله « كل ، ولا بأس بذلك » لبيان مطلب واحد وأنّ الثاني تعليل للأوّل ، لا مطلبان مستقلّان أحدهما غير الآخر .

وفي صحيح علي بن جعفر ورد الأمر بالأكل بعد التعبير بنفي البأس . وفي صحيح محمّد بن مسلم الآخر ورد التصريح بالنهاي عن الأكل . ومنها - التعبير بقوله رحمته الله « إذا لم يتعمّد » أو « ما لم يتعمّد » فإنّه أيضاً يناسب النظر إلى حكم الذبيحة لا فعل الذبح ؛ إذ لو كان النظر إلى فعل الذبح لغير القبلة وحرمة تكليفاً كان ما فيه بأس قد وقع ، غاية الأمر قد يكون معذوراً مع عدم العمد ، فلا يناسب التعبير عنه بـ « لا بأس إذا لم يتعمّد » ، كما يظهر بملاحظة أدلّة المحرّمات النفسية التكليفية . وإن شئت قلت : إنّ هذا القيد يناسب النظر إلى ما يترتّب على الفعل من الآثار والنتائج الوضعية الأخرى لا حكم نفس الفعل الذي فرض وقوعه كذلك .

وثالثاً : لو سلّمنا إجمال الروايات الواردة في الاستقبال مع ذلك كانت النتيجة حرمة أكل الذبيحة التي لم يستقبل بها القبلة ؛ وذلك لتشكّل علم إجمالي إمّا بحرمة أكلها لكونها غير مذكاة - بناءً على استفادة الشرطية - أو حرمة عمل الذبح إلى غير القبلة - بناءً على النفسية - وهذا علم إجمالي منجز يوجب الاحتياط باجتناّب طرفيه ، بل تكفي أصالة عدم التذكية حينئذٍ لإثبات الحرمة ؛ بناءً على ما هو الصحيح من جريانها لإثبات الحرمة والممانعة وإن قلنا بعدم جريانها لإثبات النجاسة .

ولا يتوهم محكوميتها للعمومات المتقدمة ، إذ المفروض إجمالها بإجمال المخصّص لها ، وهو الروايات المذكورة ؛ لأنّ تلك العمومات كما تنفي الوجوب الشرطي للاستقبال حين الذبح كذلك تنفي - ولو بإطلاق مقامي فيها - الوجوب النفسي التكليفي له ، وإلاّ لكان ينبغي ذكره ؛ لأنّه تكليف تعبدي يغفل عنه العرف ، فيكون المقام من موارد إجمال المخصّص ودورانه بين المتباينين ، الذي يسري إجماله إلى العام إذا كان متصلاً به ، ويوجب تعارض إطلاقه إذا كان منفصلاً . وعلى كلا التقديرين لا يصحّ الرجوع إلى العام لنفي شرطية الاستقبال في حليّة الذبيحة ، كما هو مقرّر في سائر موارد المخصّص للمجمل الدائر بين المتباينين .

نعم ، لا يتمّ الإطلاق المقامي في بعض الآيات من قبيل قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ . . . ﴾ (١) .

وهكذا يتّضح أنّ ما استشكل به المحقّق النراقي رحمه الله على المشهور قابل للدفع .

مناقشة المشهور :

وأما ما صنعه المشهور في فهم الروايات - حيث فسّروا العمد فيها بما يقابل السهو وما يقابل الجهل ولو بالحكم ولو عن تقصير - فهذا خلاف الظاهر ومغاير مع ما مشوا عليه في سائر الأبواب ؛ إذ العمد معناه القصد ، والعمد إلى فعل لا يتوقّف على العلم بحكمه ، فلو قصد الأكل - مثلاً - كان متعمّداً سواء علم بحرمة أم لا ، ومن قصد الذبح لغير القبلة كان متعمّداً سواء علم بشرطيّة الاستقبال أم لا . نعم ، الجاهل بالموضوع ، أي بعنوان الفعل لا يكون متعمّداً ؛ لأنّ القصد والعمد إلى فعل فرع الالتفات والعلم أو الاحتمال له على الأقلّ ، كما أنّ المأخوذ لو كان عنوان تعمد

(١) الأنعام : ١٤٥ .

مخالفة السُّنة أو المعصية لم يصدق مع الجهل بالحكم ؛ لأنَّ عنوان المخالفة والمعصية يكون مجهولاً عندئذٍ ، فيكون من الجهل بالموضوع ، إلاَّ أنَّ العمد أضيف في هذه الروايات إلى نفس الذبح لغير القبلة . نعم ، ورد في مرسله الدعائم عنوان مخالفة السُّنة على ما سنشير إليه . وهذا يعني أنَّ مقتضى الصناعة تقييد الطائفة الأولى بالثانية التي ورد فيها أنَّ البأس ثابت في صورة العمد ويراد به صورة القصد إلى الفعل وهو الذبح لغير القبلة ، سواء علم بحكمه أم لا .

إلاَّ أنَّ هذا على خلاف ما هو المسلّم من حليّة ذبائح المسلمين من سائر المذاهب مع صدق العمد إلى الفعل في حقّهم ، بل وعلى خلاف صحيحة محمّد ابن مسلم الأخيرة فإنّها صريحة بصدورها في جواز الأكل مع الجهل بالحكم ، لأنَّ السؤال فيها عن حكم الجاهل بالحكم لا بالموضوع ، حيث ذكر « فجعل أن يوجهها إلى القبلة » ، ولم يقل « وجهل القبلة » .

وما صنعه المشهور في تفسيرها من حمل صدرها على صورة عدم العمد وذيلها على صورة العمد واضح البطلان ؛ إذ مضافاً إلى ما تقدّم من أنَّ الجهل بالحكم لا يرفع العمد ، صريح الرواية أنَّ الفقرتين فيهما تسأل عن فرضية واحدة لا فرضيتين . وعليه ، فلو حملنا ذيلها على النهي عن الأكل لا الإخبار كان المتعيّن حمله على الكراهة والتنزّه ، لأنَّ الأمر بالأكل في صدرها صريح في الحليّة ، بينما النهي ظاهر في الحرمة ، فيحمل على التنزّه لا محالة ، فيكون مفاد الصحيحة الكراهة وعدم الحرمة ، وعندئذٍ لا بدّ إمّا من تقييد روايات الطائفة الأولى والثانية بصورة العلم بالحكم ، أو حمل الأمر فيها على الاستحباب .

ونحن لو لم نقل بتعيّن النحو الثاني للجمع - إمّا لاستحالة التقييد بذلك ؛ لأنّه يلزم أخذ العلم بالحكم في موضوعه ، أو لاستبعاده في نفسه وعدم عرفيته ، أو لأنّه يوجب إلغاء عنوان العمد وإرادة العلم منه ، وهو ليس من التقييد بل مخالفة لظهور

وضعي - فلا أقل من تساوي الاحتمالين من حيث المؤونة العرفية ، بحيث لا مرجح لأحدهما على الآخر فيكون مجملاً .

هذا ، ويمكن أن يقال : إنَّ عنوان تعمّد الذبح لغير القبلة يساق عرفاً التعمّد لحيثية الذبح لغير القبلة ؛ وذلك بأن يكون الذابح قاصداً مجانية القبلة في الذبح ، نظير ما ورد في مسألة خلود من قتل مؤمناً متعمداً في النار من أن المراد منه من تعمّد قتله بما هو مؤمن لحيثية إيمانه .

وإن شئت قلت : إنَّ عنوان العمد قد يضاف إلى ذات المقيّد بقيد ، وقد يضاف إلى المقيّد بما هو مقيّد ، أي إلى حيثية التقيد ، وتشخيص ذلك يكون بالقرائن والمناسبات .

وفي المقام الظاهر هو الثاني ، فليس المقصود إضافة العمد إلى ذات الذبح لغير القبلة ، بل المقصود من يتعمّد مجانية القبلة في الذبح بأن يتقصّد أن لا يذبح إليها ، بل يذبح إلى غيرها ، وهذا لا يكون إلا ممّن في قلبه مرض كالكفار والمنافقين ، أي من ليس بمسلم لبّاً وواقعاً ، كالكفار الذين يتعمّدون الإهلال بذبائهم لغير الله من الأصنام ونحوها ، وإلا فهو لا يصدر عن المسلم الواقعي .

فخروج ذبائح المسلمين - من أبناء المذاهب الأخرى - عن عنوان العمد في الروايات ليس بملاك أن جهلهم بشرطية الاستقبال يجعلهم غير عامدين للذبح إلى غير القبلة ، ليقال بأنّ الجهل بالحكم لا يرفع عنوان العمد إلى الموضوع ، بل لعدم قصدهم مجانية القبلة ، أي عدم عمدهم لحيثية القيد ، فإنّ هذا لا يكون عادة إلاّ فيمن لا يعتقد بأصل القبلة ، لا المسلم فإنّه إذا ذبح لغير القبلة فلغرض له في ذات المقيّد لا حيثية القيد ، فلا يصدق عليه العمد بالمعنى المذكور .

وهذا يعني أن هذه الروايات ليست بحسب الحقيقة دالة على شرطية الاستقبال ، بل على أن لا يكون الذابح متعمداً مجانية القبلة في ذبحه ، والذي قد يكشف عن

عدم صحّة اعتقاده وعدم إسلامه . وبهذا لا يكون مفاد هذه الروايات شرطاً زائداً على اشتراط إسلام الذابح وحسن اعتقاده .

وقد يؤيّد ما نجده في ذيل صحيح محمّد بن مسلم الأخير ، حيث عطف على النهي عن أكل ذلك بقوله عليه السلام : « ولا تأكل من ذبيحة ما لم يذكر اسم الله عليها » فإنّ بيان هذه الكبرى الكلية عقيب ذلك مع أنّه لم يرد سؤال عنه لعلّه لبيان نكته ذلك النهي ، وأنّ من يتعمّد أن لا يوجّه الذبيحة إلى القبلة بالمعنى المتقدّم حيث يشكّ في اعتقاده وإسلامه يشكّ في تسميته وإهلاله بالذبيحة لله أيضاً .

وممّا يمكن أن يستدلّ أو يستأنس به على الأقلّ لما ذكرناه عدم ورود هذا الشرط في شيء من عمومات الكتاب والسنة ، حتى المتعرّضة لتفاصيل الذبح وآدابه ، كقوله عليه السلام : « ولا ينزع ولا يكسر الرقبة حتى تبرد الذبيحة » ^(١) فلو كان الاستقبال شرطاً أيضاً فلماذا لم يذكر؟! وهذه وإن كانت عمومات قابلة للتقييد في نفسها ، إلّا أنّ خلوّ مجموعها عن ذكر هذا الشرط - خصوصاً ما يتعرّض فيها لذكر الشروط والآداب المستحبّة أو غير الموجبة لحرمة الذبيحة - قد يشكّل دلالة قوية على نفي الشرطية بحيث تجعلها كالمعارض مع الروايات الدالّة على الشرطية .

وإن شئت قلت : إنّ التقييد في مثل المقام قد يكون أكثر مؤونة من حمل الروايات الآمرة بالاستقبال على الاستحباب ، وأنّه سنّة وأدب إسلامي في مقام الذبح والإهلال بالذبيحة لله عزّ وجل - كما صرّحت بذلك رواية الدعائم « عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام : أنّهما قالا فيمن ذبح لغير القبلة إن كان خطأ أو نسي أو جهل فلا شيء عليه وتوكل ذبيحته ، وإن تعمد ذلك فقد أساء ولا يجب [ولا نحب] أن تؤكل

(١) وسائل الشيعة ١٦ ، ٣٢٦ ، الباب ١٥ من أبواب الذبائح ، ح ٣ .

ذبيحته تلك إذا تعمّد خلاف السُّنة» ^(١) وظاهرها عدم الوجوب كما لا يخفى ، كما أنّها أضافت التعمّد إلى مخالفة السُّنة ، وهو الحكم الشرعي ، لا مجرد الفعل الخارجي .

هذا كلّ مضافاً إلى استبعاد مثل هذه الشرطية الزومية في نفسها بأن يكون الاستقبال شرطاً في التذكية ولكن ترتفع شرطيته بالجهل ولو بالحكم ولو عن تقصير ، بحيث تكون شرطيته خاصّة بالشيعي العالم بالحكم ، فإنّ هذا يناسب الأحكام التكليفية لا الوضعية كالطهارة والتذكية ونحو ذلك .

وهذه المناسبة قد تشكّل قرينة لبّية أيضاً لصرف مفاد الروايات إلى التكليف النفسي في مقام الذبح أو إلى ما ذكرناه من الكاشفية عن حسن إسلام الذابح وإهلاله بالذبيحة لله حقيقة وجداً .

ثم إنّ عبارة الشيخ رحمته الله في الخلاف ^(٢) في مسألة الاستقبال قد تدلّ على عدم إجماع في المسألة ، وإلا كان يصرّح به ويستدلّ به ، فقد ذكر في المسألة (١١) من كتاب الأضحية « لا يجوز أكل ذبيحة تذبح لغير القبلة مع العمد والإمكان ، وقال جميع الفقهاء : إنّ ذلك مستحب ، وروي عن ابن عمر أنّه قال : أكره ذبيحة تذبح لغير القبلة . دليلنا : أنّ ما اعتبرناه مجمع على جواز التذكية به ، وليس على ما قالوه دليل ، وأيضاً روى جابر قال : ضحى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بكبشين أقرنين فلمّا وجههما قرأ وجّهت وجهي ، الآيتين » .

ومّا قد يدلّ على ذلك أيضاً أنّه لم يذكره في كتاب الصيد والذباحة وشرائطهما ، بل ذكره في كتاب الضحايا ومستحبّاتها .

(١) مستدرک الوسائل ١٦ : ١٣٨ الباب ١٢ من أبواب الذبائح ح ٢ .

(٢) الخلاف ٣ : ٢٥٧ .

كما أنَّ عبائر السيّد المرتضى عليه السلام في الانتصار ^(١) قد توحى بعدم وجود إجماع واضح في المسألة ، حيث إنّه استدل على ذلك بالأصل العملي ، فراجع كلماته .
 وأمّا كلام المفيد عليه السلام في المقنعة ^(٢) فقد ذكر فيه الاستقبال في سياق غيره من الشروط المستحبّة أو الواجبة نفسياً أي غير الموجبة لحرمة الذبيحة ، كعدم قطع رأس الذبيحة وعدم سلخها حتى تبرد ، فراجع وتأمل .
 هذا كلّ في أصل شرطية الاستقبال كبروياً .

ثانياً (البحث الصغروي) :

ثمّ لو فرغنا عن الشرطية ، فهل الشرط استقبال الذابح أو الذبيحة أو كلاهما ؟
 وجوه والمشهور الثاني منهما . وقد استدلّوا عليه بأنّ ظاهر الدليل ذلك ، حيث ورد « استقبل بذبيحتك القبلة » ، والباء للتعدية ، نظير قوله تعالى : ﴿ ذهب الله بنورهم ﴾ ^(٣) أي أذهب الله نورهم ، فيكون ظاهره جعل الذبيحة مستقبلة للقبلة .
 نعم ، ورد في مرسل الدعائم عن أبي جعفر عليه السلام « إذا أردت أن تذبح ذبيحة فلا تعذب الذبيحة أحد الشفرة واستقبل القبلة » ^(٤) ، ولكنّه مع إرساله لا ظهور فيه على الخلاف ؛ لاحتمال إرادة الاستقبال بالبهيمة ^(٥) .

ولكن الظاهر أنّ الباء في مثل هذه الموارد وإن أفادت التعدية ، إلّا أنّ ذلك ليس بمعنى سلخ الفاعل عن إسناد الفعل إليه ، بل هو مع بقاء الفعل مسنداً إلى فاعله ، فقولنا : « ذهب بزيد » معناه أنّي ذهبت وأذهبت معي زيداً ، وكذلك معنى

(١) الانتصار : ١٩٠ .

(٢) المقنعة : ٥٨٠ .

(٣) البقرة : ١٧ .

(٤) مستدرک الوسائل ١٦ : ١٣٧ الباب ١٢ من أبواب الذبائح ح ١ .

(٥) راجع جواهر الكلام ٣٦ : ١١٢ .

« استقبل بذبيحتك القبلة » أن تستقبل أنت القبلة وتجعل ذبيحتك كذلك معك ، فيكون ظاهر هذا اللسان اشتراط استقبال الذابح أيضاً حين الذبح وعدم كفاية استقبال الذبيحة وحدها .

إلا أن هذا الظهور يمكن رفع اليد عنه بما ورد في سائر الروايات من التعبير بقوله « لم يوجهها »^(١) أو التعبير بقوله : « تذبح لغير القبلة »^(٢) ممّا ظاهره أن ما هو شرط أن تكون الذبيحة إلى جهة القبلة ، وظاهر هذا العنوان كفاية أن يكون مذبحها حين الذبح مواجهاً للقبلة ، فإنه ذبح لجهة القبلة ، فلا يشترط أن تكون جميع مقاديمها إلى القبلة ، فضلاً عن أن تكون مضطجعة على يمينها أو شمالها ، فإن كل هذا منفي بالإطلاق .

لا يقال : ظاهر الأمر بالاستقبال بالذبيحة إلى القبلة وكذلك توجيه الذبيحة إليها حين الذبح أن تكون مقاديم الذبيحة إليها .

فإنه يقال : بل ظاهره توجيه الذبيحة والاستقبال بها بما هي ذبيحة ، أي بلحاظ حيثية ذبحها ، وإلا فوجه الذبيحة لا يمكن أن يكون إلى القبلة حال الذبح فتكون المواجهة والاستقبال بلحاظ محلّ الذبح ، وهو مذبحها ، لا الأمور الأخرى .

ثم لو فرض لزوم توجيه مقاديمها إلى القبلة حين الذبح ، فلا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط أن يكون ذلك في حال الاضطجاع .

بل لو كان يذبح بشكل عمودي إلى القبلة ، كما في ذبح الدجاجة بالماكنة حيث تعلّق من رجلها أيضاً كان الاستقبال محفوظاً ، فلا ينبغي الإشكال من هذه الناحية .

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٢٤ الباب ١٤ من أبواب الذبائح ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ٣٢٥ ، ح ٣ ، ٤ ، ٥ .

وبالإمكان في الذبح بالماكنة التخلص عن مشكلة الاستقبال بجعل من لا يرى وجوب الاستقبال عليها من سائر المذاهب الإسلامية ، فتكون الذبيحة محللة ؛ لما تقدّم من عدم الشكّ في حليّة ذبيحتهم لنا ، وقد استفدناه من صحيح ابن مسلم ، واستفاده المشهور أيضاً من روايات عدم التعمّد ، فمن ناحية الاستقبال لا مشكلة في الذبح بالمكائن .

الأمر الرابع : (كون آلة الذبح حديداً) :

وقد يستشكل في الذبح بالماكنة وغيرها من ناحية آلة الذبح ، حيث ادّعي اشتراط أن يكون الذبح بالحديد ، ففي النهاية « ولا يجوز الذبابة إلا بالحديد فإن لم توجد حديدة وخيف فوت الذبيحة أو اضطرّ إلى ذباحتها جاز له أن يذبح بما يفري الأوداج من ليطة أو قصبه أو زجاجة أو حجارة حادة الأطراف » (١) .

وذكر الشيخ رحمه الله في الخلاف (كتاب الصيد والذبابة) : « لا تحلّ التذكية بالسنّ ولا بالظفر ، سواء كان متصلاً أو منفصلاً بلا خلاف ، وإن خالف وذبح به لم يحلّ أكله ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن كان الظفر والسن متّصلين كما قلناه ، وإن كانا منفصلين حلّ أكله . دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم وطريقة الاحتياط ، وروى رافع بن خديج أنّ النبي ﷺ قال : « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا إلا ما كان من سن أو ظفر ، وسأحدثكم عن ذلك : أمّا السنّ فعظم من الإنسان وأمّا الظفر فمدى الحبشية » . ولم يفصل بين أن يكون متصلاً أو منفصلاً » (٢) .

(١) النهاية : ٥٣٨ .

(٢) الخلاف ٣ : ٢٤٩ .

وذكر في المبسوط « كل محدّد يتأتّى الذبح به ينظر فيه ، فإن كان من حديد أو صفر أو خشب أو ليطة - وهو القصب - أو مروة وهي الحجارة الحادة حلّت الذكاة بكل هذا ، إلا ما كان من سنّ أو ظفر ، فإنه لا يحلّ الذكاة بواحد منهما ، فإن خالف وفعل به لم يحلّ أكلهما ، سواء كان متّصلاً أو منفصلاً . وقال بعضهم في السن والظفر المنفصلين إن خالف وفعل حلّ أكله وإن كان متّصلاً لم يحلّ ، والأوّل مذهبننا ، غير أنّه لا يجوز عندنا أن يعدل عن الحديد إلى غيره مع القدرة عليه » (١) .

وقال القاضي في مهذبّه : « والذباحة لا يجوز إلاّ بالحديد فمن خاف من موت الذبيحة ولم يقدر على الحديد جاز أن يذبح بشيء له حدة مثل الزجاج والحجر الحادّ أو القصب ، والحديد أفضل وأولى من جميع ذلك » (٢) .

وفي الغنية : « مع التمكن من ذلك بالحديد أو ما يقوم مقامه في القطع عند فقده من زجاج أو حجر أو قصب » (٣) .

وفي الوسيلة : « والذبح يجب أن يكون حالة الاختيار بالحديدة ويجوز حالة الضرورة بما يفري الأوداج من الليطة والمروة والخشبة » (٤) .

وفي الشرائع : « وأمّا الآلة فلا يصحّ التذكية إلاّ بالحديد ، ولو لم يوجد وخيف فوت الذبيحة جاز بما يفري أعضاء الذبح ولو كان ليطة أو خشبة أو مروة حادة أو زجاجة » (٥) .

(١) المبسوط ٦ : ٢٦٣ .

(٢) الينابيع الفقهية ٢١ : ٩٨ (المهذب) كتاب الصيد والذباحة .

(٣) المصدر السابق : ١٤٥ (الغنية) .

(٤) المصدر السابق : ١٥٤ (الوسيلة) .

(٥) المصدر السابق : ٢٣٤ (الشرائع) .

وفي المختصر النافع : « ولا تصحّ إلا بالحديد مع القدرة ، ويجوز بغيره ممّا يفري الأوداج عند الضرورة ولو مروءة أو ليطة أو زجاجة ، وفي الظفر والسنّ مع الضرورة تردّد » (١) .

وفي الجامع للشرائع : « ويحلّ الذكاة بكل محدّد من حديد أو صفر أو خشب أو مروءة أو زجاج مع تعذّر الحديد ، ويكره بالسنّ والظفر ... » (٢) .

وفي القواعد : « ولا يصحّ التذكية إلا بالحديد ، فإن تعذّر وخيف فوت الذبيحة جاز بكل ما يفري الأعضاء كالزجاجة والليطة والخشبة والمروءة الحادة » (٣) .

وفي اللمعة : « أن يكون بالحديد ، فإن خيف فوت الذبيحة وتعذّر الحديد جاز بما يفري الأعضاء من ليطة أو مروءة حادة أو زجاجة ، وفي السن والظفر للضرورة قول بالجواز » (٤) .

وفي الجواهر : « وأمّا الآلة فلا تصحّ التذكية ذبحاً أو نحرّاً إلا بالحديد مع القدرة عليه ، وإن كان من المعادن المنطبعة كالنحاس والصفر والرصاص والذهب وغيرها ، بلا خلاف فيه بيننا كما في الرياض ، بل في المسالك (عندنا) مشعراً بدعوى الإجماع عليه كما عن غيره ، بل في كشف اللثام اتفاقاً كما يظهر » (٥) .

وقد جرى على الفتوى ذاتها الأعلام المتأخرون في رسائلهم العملية . واستدلّوا عليه بأنّه مقتضى الأصل وبالإجماع وبالروايات الخاصّة ، كصحيح محدّد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذبيحة بالليطة والمروءة فقال : لا ذكاة إلا

(١) الإنابيع الفقهية ٢١ : ٢٤٥ (المختصر النافع) .

(٢) المصدر السابق : ٢٥٨ (الجامع للشرائع) .

(٣) المصدر السابق : ٢٧٤ (القواعد) .

(٤) المصدر السابق : ٢٩٠ (اللمعة) .

(٥) جواهر الكلام ٣٦ : ٩٩ - ١٠٠ .

بحديدة» (١).

وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن ذبيحة العود والحجر والقصة فقال: قال علي عليه السلام: لا يصلح إلا بالحديدة» (٢).

ومعتبرة الحضرمي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «لا يؤكل ما لم يذبح بحديدة» (٣).

ومعتبرة سماعة قال: «سألته عن الزكاة فقال: لا تذك إلا بحديدة، نهى عن ذلك أمير المؤمنين عليه السلام» (٤).

ويخرج عن إطلاق هذه الروايات خصوص صورة الضرورة؛ لما دلّ على حصول التذكية بغير الحديد فيها، وهي روايات عديدة ومعتبرة.

أما الأصل: فإن أريد به أصالة عدم التذكية فهو صحيح في نفسه، ولكنه محكوم للمطلقات في بعض الروايات المتقدمة وروايات قادمة سنشير إليها.

وأما الإجماع: فالمنقول منه ليس بحجة، والمحصل منه غير حاصل، فإنه لا يظهر من كلمات القدماء وجود إجماع في المسألة، بل لا نجد ذكر هذه الخصوصية حتى في مثل كتاب الانتصار بعنوان ما انفرد به الإمامية، وأما الفتاوى التي ذكرناها ونقلناها عن الكتب فهي متطابقة مع تعابير الروايات مما يوجب الاطمئنان بأن الإفتاء بها باعتبار ورودها في الروايات لا على أساس إجماع تعبدية في المسألة، ومن هنا يحتمل في أكثرها خصوصاً كلمات القدماء منها ما سيأتي في معنى الروايات.

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٣٠٧، الباب ١ من أبواب الذبائح، ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ٣.

(٤) المصدر السابق: ٣٠٨، الباب ١ من أبواب الذبائح، ح ٤.

وأما الروايات الخاصة التي استدلت بها على شرطية الحديد ، فلا دلالة لها على ذلك ، وذلك :

أما أولاً : فلأنّ الوارد في لسانها عنوان الحديد ، والحديد هي القطعة من الفلز الصعب الذي غالباً يكون من جنس الحديد ، والذي يحدّد ويعدّ للقطع والذبح ، فيكون المراد من الحديد السكّين والمديّة والسيّف والشفرة ونحوها ، ويكون الملحوظ فيها كونها قطعة حادّة معدّة لذلك ، لا جنسها وكونها من فلز الحديد في قبال سائر الفلزات المنطبعة كالنحاس والصفّر ، فيكون قوله ﷺ : « لا ذكاة إلاّ بحديدة » بمعنى لا ذكاة إلاّ بالسكّين والسيّف ونحوهما في قبال الذبح بالليطة والحجر والعود والقصبه ممّا ليس معدّاً لذلك .

وليس المراد اشتراط كون آلة الذبح من جنس الحديد لا من جنس آخر ، فلو كان الحديد على شكل عصا أو هراوة أيضاً لا يصلح الذكاة به لأنّها ليست بحديدة بالمعنى المتقدّم .

وممّا يشهد على إرادة هذا المعنى ما نجده في هذه الروايات وغيرها من جعل المقابلة بين الحديد وبين العود والحجر والقصبه والليطة ، مع أنّه لو كان النظر إلى خصوصية الجنس كان اللازم أن يجعل المقابلة بين الحديد وبين النحاس والصفّر والذهب ونحوها من الأجناس الأخرى ، في حين أنّه لم يرد ذلك في شيء من الروايات ولا أسئلة الرواة .

وأيضاً قد ورد في روايات أخرى التعبير بدلاً عن الحديد بالسكّين ، ففي صحيح عبدالرحمان بن الحجّاج قال : « سألت أبا إبراهيم ﷺ عن المروة والقصبه والعود يذبح بهنّ الإنسان إذا لم يجد سكّيناً ، فقال : ... » الخ ^(١) .

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ١ .

ومعتبرة زيد الشحام ، قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لم يكن بحضرته سكّين أذيب بقصبة ؟ فقال : اذيب بالحجر وبالعظم وبالقصبة والعود إذا لم تصب الحديد » ^(١) .

مع وضوح أنّ السؤال واحد في جميع هذه الروايات ، فالمراد بالحديدة السكّين ونحوه ممّا هو معدّ للقطع والذبح والقتل في قبال ما لم يعدّ لذلك كالحجر والعصا والقصبة ممّا قد يمكن الذبح بها مع العناية والمشقة للمذبوح .

لا يقال : لا مانع من أخذ كلتا الخصوصيتين شرطاً في آلة الذبح ، أي كونها من جنس الحديد وأن تكون محدّدة معدّة للقطع والذبح كالسكّين ونحوه ، فيراد بالحديدة ما يكون سكّيناً من جنس الحديد .

فإنّه يقال : بين المعنيين تباين في المفهوم ، فلا يصحّ أخذهما معاً في مادة الحديد ؛ إذ الحديد بمعنى الفلزّ المعروف غير الحديد بمعنى الحادّ القاطع ، كما أنّ بينهما عموم من وجه في الصدق ، فالحديدة إمّا أن يراد بها القطعة الحادّة المعدّة للقطع والذبح كالسكّين والمدية وإن كان من غير جنس الحديد ، وأمّا أن يراد بها القطعة من الفلزّ المخصوص وإن لم تكن حادّة وقاطعة للحم .

أمّا الجمع بينهما فهو أشبه باستعمال المادة المشتقّ منها الكلمة في كلا المعنيين ، وحيث إنّ الحيثيّة الثانية أعني المحددية والقاطعية ملحوظة هنا جزماً - بل هو المعنى الأصلي للمادة - فيتعيّن إرادة المعنى الثاني ، بل قد عرفت تعيّن إرادة ذلك أيضاً بالقرائن الداخلية والخارجية في لسان الروايات ، فيتمسك بإطلاقه من حيث كونه من جنس الحديد أم لا ، فيكون مفاد الروايات اشتراط كون الذبح بالآلة المحدّدة المعدّة للذبح والقطع بحدّها ، فيكون الذبح بها بسهولة ويسر وإراحة

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، ح ٣ .

للمذبوح وإن لم يكن من جنس الفلز المخصوص ، في قبال ما لا يكون كذلك وإن كان من جنس ذاك الفلز كالحجر والقصب والعصا .

ومما يشهد على ما ذكرناه مراجعة روايات الجمهور المنقولة عن النبي ﷺ وفتاواهم^(١) ، فإنه لم يرد فيها التعبير بالحديد ، بل الذبح بالمدينة والسكين في قبال الذبح بالعصا والقصب والليظة ممّا يكون ظهوره فيما ذكرناه أوضح ، كما أنّ عنوان الحديد الوارد في كلمات فقهاءهم أرادوا به ما يكون محدّداً يقطع ويخرق لا الفلز المخصوص ، حيث ذكروا أنّه يشترط في آلة الذبح شرطان : أن تكون محدّدة تقطع أو تخرق بحدها لا بثقلها ، وأن لا تكون سنّاً ولا ظفراً .

ولا شك أنّ رواياتنا الصادرة عن الأئمة المعصومين عليهم السلام ، وكذلك كلمات فقهاءنا القدامى لا بدّ وأن نفهمها في ضوء الجوّ الفقهي السائد عند الجمهور والوارد في رواياتهم لا مفصولة عن ذلك ، وهذه نكتة مهمّة لا بدّ من مراعاتها في فهم الأخبار وكلمات الفقهاء .

ومما يمكن أن يؤيّد هذا الفهم أيضاً ، ما ورد في رواياتنا ورواياتهم من التأكيد على لزوم تحديد الشفرة - وهي السكين الحادّ - وإراحة الذبيحة وعدم تعذيبها في مقام الذبح وعدم نخعها أو سلخها ونحو ذلك ممّا يؤيّد أنّ المقصود من الأمر بالذكاة بالحديدة المعنى الثاني لها لا الأوّل .

ثمّ إنّ رواية أبي بكر الحضرمي واردة في الكافي والتهذيب بلفظ « ما لم يذبح بحديدة »^(٢) ولكن الشيخ رحمته الله نقلها في الاستبصار بلفظ « ما لم يذبح بالحديد »^(٣) ، إلّا أنّ المراد به نفس المعنى ، على أنّ المطمأن به صحّة

(١) راجع سنن البيهقي ٩ : ٢٨ ، ٢٤٥ . المغني لابن قدامة ١ : ٤٣ .

(٢) الكافي ٦ : ٢٢٧ . التهذيب ٩ : ٥١ .

(٣) الاستبصار ٤ : ٧٩ ، باب ٥١ ، ح ١ .

نسخة الكافي والتهذيب . وكذلك رواية الشَّحَام واردة في الكافي بتعبير « إذا لم تصب الحديد » ^(١) ، وفي التهذيب والاستبصار بتعبير : « إذا لم تصب الحديد » ^(٢) وهو أيضاً بنفس المعنى ، خصوصاً مع وقوع السؤال فيها عمّن ليس بحضرته سكّين ، بل قد عرفت أنّ المعنى الأصلي للحديد القطعة الحادّة القاطعة ، لا المعدن المخصوص ، ولعلّه إنّما سمّي بذلك لكونه حادّاً وصلباً .

إيضاح :

إنّ الحديد مؤنّث الحديد ، وهو فعيل بمعنى فاعل ، أي الحادّ ، وقد سمّي المعدن المخصوص حديداً لصلابته ومنعته ، كما ذكر ذلك أرباب اللغة ، فإنّ الحدّ في الأصل له معنيان :

١ - المنع وطرف الشيء ، وهذا يعني أنّ الحديد أصبح له معنيان معنى لغوي اشتقاقى هو الحادّ ومؤنّثه حديدة ، أي القطعة الحادّة القاطعة بحدّتها ، وقد شاع استعمالها في السلاح ، أي آلة الذبح والقتل والقطع ، وهي ما يعدّ ويصنع من المعادن الصلبة على شكل سكّين أو سيف أو مدية أو شفرة لذلك .

٢ - والمعنى الآخر المعدن الخاصّ المعروف ، وهو معنى جامد ، كما أنّه معنى ثانوي لا أصلي كما أشرنا ، ومؤنّثه حديدة أيضاً ، بمعنى قطعة من ذلك المعدن ، وهذا المعنى مبين مع الأوّل ، من حيث الجمود والاشتقاق ، ومن حيث عدم أخذ خصوصية المحدّدية في المعنى الثاني ، بخلاف الأوّل فالحديدة بالمعنى الأوّل أعني مؤنّث الحديد بمعنى الحادّ قد لوحظ فيه خصوصية المحدّدية وجعل الشيء أو المعدن محدّداً بحيث يستعمل للقطع والقتل والفري بحدّته وهو السلاح ، بينما

(١) الكافي ٦ : ٢٢٨ ، ح ٣ .

(٢) التهذيب ٩ : ٥١ . الاستبصار ٤ : ٨٠ ، باب ٥١ ، ح ٥ .

الحديدة بالمعنى الثاني قطعة من المعدن بأي شكل وكيفية كانت ، وإرادة كلا المعنيين من الحديدة الواردة في روايات « لا ذكاة إلاً بحديدة » غير صحيح جزماً ؛ لأنه مستلزم لاستعمال اللفظ في المعنيين الجامد والمشتق ، فيدور الأمر بين أن يكون المراد المعنى الأول الذي هو المعنى الأصلي الاشتقاقي للكلمة أو المعنى الثاني في الجامد .

وعلى الأول يدلّ قوله ﷺ : « لا ذكاة إلاً بحديدة » على أنّ آلة الذبح لا بدّ وأن تكون سلاحاً أي آلة محدّدة معدّة للذبح بحدّها ، ولا يكفي مطلق ما يمكن أن يقطع الحلقوم أو تفرى به الأوداج .

وعلى الثاني يدلّ على أنّ آلة الذبح لا بدّ وأن تكون قطعة من الحديد أي من المعدن الخاصّ ، فلا يصحّ الذبح بغير ذلك من الأجناس ، ولا يمكن الجمع بين المعنيين كما هو ظاهر كلمات الأصحاب ، إلاً إذا قلنا : بأنّ الحديدة صارت خاصّة بالآلة المحدّدة المعدّة للقطع والفري من جنس الحديد بالخصوص .

وهذه الدعوى - مضافاً إلى أنّه لا شاهد عليها - خلاف كلمات جملة من اللغويين ، حيث ذكروا للحديدة معنيين ، أحدهما القطعة من معدن الحديد ، والآخر مؤنث حديد بمعنى الحادّ ، بل من يراجع الاستعمالات يجد أنّه كان يطلق كثيراً على سيف الرجل ومديته ونحوهما أنّه حديدته بلحاظ كونه سلاحاً ومحدّداً معدّاً للقتل والقطع ، من دون فرق بين كونه من جنس معدن الحديد بالخصوص أو من جنس آخر أو مجموع جنسين .

فلا بدّ من إرادة أحد المعنيين في استعمال كلمة الحديدة لا كليهما ولا مجمعهما ؛ إذ الأول من الاستعمال في معنيين والثاني ليس معنى اللفظ . وعندئذٍ يقال : يتعيّن إرادة المعنى الأول لا الثاني ؛ لأنه مضافاً إلى أنّه المعنى الأصلي للكلمة ، صراحة نظر الروايات إلى حيثيّة المحدّدية ، بقرينة المقابلة - في الأسئلة والأجوبة معاً - بين

الحديدية وبين العصا والعود والحجر ممّا ليس بحسب طبعه محدّداً ولا معدّاً للقطع والفري وإن كان يمكن القطع بها أيضاً مع العناية والمشقة ، وبقرينة ذكر ذلك مقابل السكّين والمديّة - كما في روايات الجمهور - وبالقرائن الأخرى التي ذكرناها ، بل قد عرفت أنّ الأصحاب أيضاً فهموا دلالة هذه الروايات ، بل نظروا إلى حيثيّة المحدّدية ولم يستشكلوا في ذلك ، وإنّما حاولوا استفادة مجمع الحيثيتين ، والذي عرفت أنّه إمّا ممتنع أو خلاف الظاهر .

لا يقال : يمكن استفادة اشتراط المحدّدية من فرض الذبح في الروايات ، والذي لا يكون عادة إلّا بالشيء المحدّد الذي يفري الأوداج ، وإلّا لم يكن يذبح به بل يقطع ، وأمّا اشتراط معدن الحديد وجنسه فيستفاد من قوله ﷺ : « لا ذكاة إلّا بحديدة » بإرادة المعنى الجامد منها ، فلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين وتكون النتيجة ما ذهب إليه المشهور من الجمع بين الحيثيتين .

فإنّه يقال : ليس مفهوم الذبح إلّا قطع الحلقوم والأوداج ، كما تشهد به معتبرة الشحّام ، فلا يمكن أن يستفاد من مجرّد ذكر الذبح اشتراط المحدّدية ، على أنّ الوارد في الروايات لا ذكاة إلّا بحديدة ، ولم يرد لا ذبح إلّا بحديدة لكي يتوهم استفادة المحدّدية من الذبح ، على أنّه من المقطوع به الواضح جداً أنّ الحديدية في الروايات قد لوحظ فيها جنبه المحدّدية جزماً ولو بقريضة المقابلة مع العصا والقصبه والعود التي لا تكون كذلك عادة ، بل لو كان المراد المعنى الجامد لجيء بالمذكّر أي قيل : إلّا بحديد ، لا الحديدية ؛ إذ لا دخالة لكون الحديد قطعة عندئذ في التذكية جزماً ، بخلاف الحديدية بالمعنى المشتق فإنّها تشبه اسم الآلة ، فحمل عنوان الحديدية في الروايات على إرادة القطعة من الحديد - أعني المعدن المخصوص - غير ممكن .

لا يقال : إذا كان المقصود اشتراط المحدّدية في آلة الذبح وإرادة ذلك من عنوان

الحديدة ، فلماذا وقع النهي عن الذبح بالعصا والعود والحجر مطلقاً ، بل كان اللازم أن يقال : اذبح بها إذا كانت محدّدة .

فإنّه يقال : ليست الحديدة بمعنى كلّ محدّد ، بل خصوص السلاح المحدّد ، أي ما يصنع من الفلزات الصعبة عادة على شكل سيف أو خنجر أو سكّين ليستعمل في القطع والقتل والفري بحدّته ، فإذا كانت الروايات تدلّ على الخصوصية ، فالخصوصية في الحديدة بهذا المعنى ، والتي تكون مقابل العصا والعود والقصة وإن كانت محدّدة .

فلا ينبغي الإشكال في أنّ روايات الحديدة تدلّ على اشتراط الحديد بهذا المعنى لا بالمعنى الجامد ، فيمكن التمسك بإطلاقها لما إذا كانت الحديدة مصنوعة من معدن آخر غير الحديد أو من مجموع معدنين أو أكثر ، ويكفي الشكّ واحتمال إرادة هذا المعنى للإجمال والرجوع إلى المطلقات .

وأما ثانياً : أنّ مقتضى الصناعة حمل الروايات الناهية على صورة عدم خروج الدم أو عدم فري الأوداج الذي لا إشكال في عدم التذكية فيه . وتوضيح ذلك : أنّ الروايات على طوائف أربع :

- الطائفة الأولى : ما دلّ على النهي عن الذبح بغير الحديدة مطلقاً ، أي من غير تقييد بصورة الاختيار والاضطرار إلى الذبح ، وهي الروايات التي ذكرناها .

- الطائفة الثانية : ما دلّ على الجواز مطلقاً ، وهي معتبرة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام أنّه كان يقول : « لا بأس بذبيحة المروءة والعود وأشباههما ما خلا السن والعظم » ^(١) .

- الطائفة الثالثة : ما دلّ على التفصيل بين صورة عدم وجدان الحديدة فيجوز

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٩ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ٥٠ .

الذبح بغيرها وصورة وجدانها فلا ، من قبيل صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس أن تأكل ما ذبح بحجر إذا لم تجد حديدة » ^(١) ، ومعتبرة زيد الشحام قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لم يكن بحضرته سكين أيذبح بقصبة ؟ فقال : اذبح بالحجر وبالعظم وبالقصبة والعود إذا لم تصب الحديدية ... » إلخ ^(٢) ، وصحيح ابن الحجاج قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المروءة والقصبة والعود يذبح بهن الإنسان إذا لم يجد سكيناً فقال : إذا فرى الأوداج فلا بأس » ^(٣) .

- الطائفة الرابعة : ما دلّ على تقييد الجواز في صورة عدم وجدان السكين بما إذا كان مضطراً إلى الذبح ، وهي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الذبيحة بغير حديدة قال : « إذا اضطرت إليها فإن لم تجد حديدة فاذبحها بحجر » ^(٤) .

والطائفتان الأولى والثانية وإن كانتا متعارضتين في نفسيهما ، إلا أن الطائفتين الثالثة والرابعة تكونان شاهدي جمع وتفصيل بينهما ، والمشهور قد فصلوا بين صورة خوف موت الذبيحة وصورة عدمه فأجازوا الذبح بغير الحديدية في الأولى دون الثانية . إلا أنه من الواضح عدم ورود عنوان خوف موت الذبيحة في شيء من هذه الروايات ، ومن هنا أفتى جملة من المحققين بالتفصيل بين صورة القدرة على الذبح بالحديدة فلا يجوز بغيرها وصورة عدم القدرة فيجوز . والظاهر استفادة هذا القيد من الطائفة الرابعة ، فإنها لكونها أخص من الثالثة تقييد جواز الذبح في صورة عدم وجود السكين بالاضطرار إلى الذبيحة ، فمن يكون مضطراً إلى الذبح إن لم

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٣٠٨ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ٣٠٨ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق ١٦ : ٣٠٩ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ٤ .

يجد سكيناً يذبح بغيره ، وهذا هو المقصود من عدم القدرة على السكين ، فإنه إنما يصدق فيمن لا يجد سكيناً مع لزوم أصل الذبح واضطراره إليه ، فيقال : إن مقتضى الصناعة هذا التفصيل . ولعل من عبّر من القدماء بفوت الذبيحة كالشيخ في النهاية ^(١) والمحقق في الشرائع ^(٢) والعلامة في القواعد ^(٣) أراد ذكر مصداق الاضطرار ، ولهذا عطف الشيخ على ذلك في النهاية قوله : « أو اضطر إلى ذباحتها » .

ولكن أصل هذا النحو من الجمع بين الروايات محل تأمل ؛ إذ توجد في روايات الطائفة الثالثة ما يكون ظاهراً في بيان ملاك الحكم بالحلية وضابطته ، حيث ورد في معتبرة الشحام قوله عليه السلام : « اذبح بالحجر وبالعظم والقصبه والعود إذا لم تصب الحديد إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس » .

ومن الواضح أن هذا الكلام مشتمل على شرطين مستقلين (اذبح بالحجر ... إذا لم تصب الحديد) و (إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس) ، فلو لم تكن الشرطية الثانية موجودة أو لم تكن شرطية مستقلة ، كما إذا لم تكن كلمة فلا بأس موجودة وكانت هكذا (اذبح بالحجر .. إذا لم تصب الحديد إذا قطع الحلقوم وخرج الدم) صح الاستظهار المذكور ؛ لأن ظاهرها عندئذ تقييد الحكم بالجواز في صورة عدم إصابة الحديد بما إذا قطع الحلقوم وخرج الدم ، وأمّا حيث وردت هذه الشرطية بشكل تامّ وبنحو جملة مستقلة فظاهرها عندئذ بيان الضابطة الكلية وأن الذبح بالحجر والعود أو غيرهما لا خصوصية فيه ، وإنما الميزان أن يتحقق

(١) النهاية : ٥٨٣ .

(٢) الينابيع الفقهية ٢١ : ٢٣٤ (شرائع الإسلام) .

(٣) المصدر السابق : ٢٧٤ (القواعد) .

قطع الحلقوم وخروج الدم المتعارف ، الأمر الثابت لزومه في تحقق الذبح شرعاً ، ولعلّه عرفاً أيضاً .

والمعنى نفسه مستظهر من صحيح ابن الحجاج بدرجة أخف ، حيث إنّ جواب الإمام عليه السلام فيه ظاهر في إعطاء الضابطة والكبرى الكلية ، وهي أنّه إذا فريت الأوداج فلا بأس ، فيكون ظاهر هاتين الروایتين أنّ الأمر يدور مدار فري الأوداج وخروج الدم ، وفي موارد الذبح بغير الحديدية من القصب والحجر والعود يخشى عدم تحقق ذلك ، ويكون التقييد بالاضطرار إلى الذبيحة في خبر محمد بن مسلم في الطائفة الرابعة محمولاً على إرادة التحذير من الوقوع في محذور عدم فري الأوداج وعدم خروج الدم المتعارف ، كما هو في معرض ذلك إذا لم تكن آلة الذبح حادة كالسكين ونحوه ، لا تقييد الحكم بالتذكية بذلك .

وقد وقع هذا التعبير ذاته وجاء هذا القيد نفسه في روايات ذبيحة الصبي والمرأة وأنّه لا بأس بها إذا اضطر إلى ذلك أو إذا لم يكن غيرهما أو خيف فوت الذبيحة ^(١) ، مع أنّ المشهور لم يفهموا منها التقييد هناك ، بل حملوا ذلك على الخشية من عدم قدرة الصبي أو المرأة على الذبح الصحيح وتسديده ، فكذلك في المقام ، فإنّ ما جاء في روايتي الشحام وابن الحجاج - مضافاً إلى مناسبة الحكم في نفسه - يوجب أن يفهم العرف من التقييد بالاضطرار أو عدم وجدان السكين أو الحديدية هنا الخشية من عدم تحقق الذبح الصحيح ، الذي يكون بخروج الدم المتعارف وفري الأوداج ، لا أنّ ذلك تقييد زائد للذبح الصحيح .

وهذا المعنى إن استظهرناه من هذه الروايات المفصلة كانت دليلاً على هذا التفصيل ، أي حمل الطائفة الناهية عن الذبح بغير الحديدية على صورة عدم تحقق

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٣٧ ، الباب ٢٣ من أبواب الذبائح .

فري الأوداج أو خروج الدم أو احتمال ذلك ، فإنّها مطلقة من هذه الناحية ، كما تتقيّد الطائفة الثانية المجوّزة بما إذا حصل ذلك بالذبح بالقصبة والعود ونحوها .

وإن لم نجزم بالاستظهار المذكور فلا أقلّ من احتمال له عرْفياً لا يبقى معه ظهور في الروايات المفصّلة فيما ذكره المشهور ، أي لا يثبت كون الاضطراب وعدم القدرة على الحديد قيدا في الذبح الصحيح ، فلعله من باب إحراز ما هو القيد الثابت في الذبح ، وهو خروج الدم المتعارف وفري الأوداج ، فلا يمكن أن تثبت بها حرمة الذبيحة بغير الحديد إذا خرج الدم المتعارف وفريت الأوداج .

نعم ، في فرض عدم تحقّق ذلك تكون الذبيحة محرّمة ، وهو ثابت في نفسه بأدلة أخرى أيضاً ، فتبقى الطائفتان الأولى والثانية على حالهما من التعارض ، وعندئذ يتعيّن الجمع بينهما بتقييد الطائفة الثانية الدالة على نفي البأس بذيبة المروّة والعود وأشباههما بصورة خروج الدم وفري الأوداج بهما ؛ لأنّ هذا ثابت بأدلة أخرى وبنفس صحيح ابن الحجاج ومعتبرة الشّام ، لأنّهما تدلّان على كل حال على لزوم ذلك في حلّية الذبيحة وشرطيّته في الذبح الصحيح ، وإنّما الشكّ والإجمال في دلالتهما على قيد زائد على ذلك ، وهو كون ذلك بالحديدة لا غيرها ، وبعد هذا التقييد تصبح الطائفة الثانية أخصّ مطلقاً من الأولى ، فتقيدها بصورة عدم إحراز خروج الدم وفري الأوداج تطبيقاً لمبنى انقلاب النسبة . هذا لو لم نقل بأنّ الطائفة الثانية في نفسها لا إطلاق لها لصورة عدم تحقّق فري الأوداج وخروج الدم المتعارف ، وإلا كانت أخصّ بلا حاجة إلى مبنى انقلاب النسبة ، كما هو واضح .

والمتلخّص من مجموع ما تقدّم في هذا الأمر الرابع : أنّ ما ذهب إليه المشهور

من اشتراط كون الذبيح بجنس الحديد لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأمرين :

١ - أنَّ المراد بالحديدة في الروايات ليس جنس الحديد في قبال غيره من الأجناس ، بل القطعة الحادة المعدة للذبح والقطع السريع كالسكين والسيوف والشفرة سواء كان مصنوعاً من الفلز المخصوص المسمى بالحديد أم لا ، فإنَّ هذا هو المعنى العرفي واللغوي للحديد ، بل لعلَّه إنما سمي ذلك الفلز بالحديد لصلابته وحدّته ، فلو ثبت من الروايات تفصيل في الذبح بالآلة ، فلا بدَّ أن يكون بين الذبح بالحديدة بهذا المعنى وغيره ، لا بين معدن الحديد وغيره .

٢ - أنَّ أصل التفصيل بين فرض القدرة على الحديدة وغيره في آلة الذبح لا يمكن إثباته بهذه الروايات ؛ لأنَّ المستفاد منها ليس بأكثر ممَّا هو ثابت بروايات أخرى من اشتراط أن تكون كَيْفِيَّة الذبح بفري الأوداج وخروج الدم المتعارف ، وأنَّ تقييد الذبح بغير الحديدة فيها بصورة الاضطرار إلى الذبيحة أو عدم وجدان السكين للتحرز عن الوقوع في خلاف ذلك ؛ لأنَّ الذبح بمثل العصا والعود والقصبه وأشباهها في معرض ذلك ، نظير نفس التقييد الوارد في روايات ذبيحة الصبي والمرأة ، فراجع وتأمل .

ويكفي لثبوت هذا التفصيل إجمال الروايات من هذه الناحية أيضاً ، بل مع سقوط رواية محمد بن مسلم سنداً لا يبقى إلَّا ما دلَّ على التفصيل بين من يكون بحضرته سكين ومن لا يكون ولو لم يكن مضطراً إلى أصل الذبح ، ومن الواضح أنَّ مثل هذا التفصيل لا يكون بحسب مناسبات الحكم والموضوع دخیلاً في التذكية ، وإنَّما هو لتسهيل الذبح وإجادته وإتقانه .

بحث في

قاعدة « لا تعاد »

بحث في قاعدة «لا تعاد»

البحث في قاعدة « لا تعاد » نوره ضمن مقدمة وفصلين وخاتمة :

مُكَلِّمًا

أما المقدمة فتتعرّض فيها إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول :

لا إشكال في اختصاص القاعدة بباب الصلاة حيث إنّها واردة لتصحيح الصلاة ونفي لزوم إعادتها إذا كان الخلل الواقع فيها من ناحية غير الخمسة - أي : الطهور ، والوقت ، والقبلة ، والركوع ، والسجود - كما أنّه لا شك في كونها قاعدة واقعية لا ظاهرية ؛ لأنّها تصح الصلاة وتنفي لزوم إعادتها واقعاً مع العلم بوقوع الخلل فيها ، لا ظاهراً عند الشك في ذلك ؛ فإنّه موضوع لقاعدة التجاوز أو الفراغ الظاهرية .
نعم ، هي قاعدة إثباتية لا ثبوتية بمعنى أنّها مجرد تعبير جامع لموارد صحة الصلاة وعدم قدح الخلل الواقع فيها إذا كان في غير الأركان ، فتكون ثبوتاً نحو تقييد في دليل اعتبار ذلك الشرط أو الجزء ، لا قاعدة وجعلاً مستقلاً .

وإن شئت قلت : إنّ القواعد الفقهية قد تكون ذات نكتة ثبوتية مستقلة فتكون قاعدة ثبوتية خطاباً وملاكاً ، أو ملاكاً فقط بحيث يكون تقييد أدلّة الاحكام الأخرى في موردّها على أساس ذلك الملاك الوجداني والنكتة الواحدة الثبوتية سواء كانت قاعدة واقعية أو ظاهرية كقاعدة الجبّ والضمان باليد والاتلاف أو قاعدة التجاوز

والفراغ أو غير ذلك ، وقد لا يكون إلا تعبيراً وحدانياً في مقام الاثبات بحيث لا يعدو أن يكون مجرد لسان يكشف عن تقييد خطاب آخر كالأمر بالصلاة من دون أن يكون وراء ذلك جعل مستقل أو نكتة مستقلة ثبوتية للتقييد كما في سائر القواعد ، حتى مثل قاعدة لا حرج ولا ضرر الكاشفة عن تقييد الاحكام الأولية فإن لها حيثية ونكتة ثبوتية مستقلة ولو ملاكاً وهي رافعية الحرج أو الضرر للاحكام الأولية واقتضاؤه لتقييد إطلاقاتها ورفع اقتضاءاتها ، وهذا بخلاف المقام ؛ فإن قاعدة « لاتعاد » ليست إلا لساناً إثباتياً لبيان عدم إطلاق الجزئية أو الشرطية في حالات النسيان على حد سائر أدلة التقييد ، غاية الأمر قد جمع ذلك بلسان : « لاتعاد الصلاة من غير الأركان » ، نعم ما ورد في تعليلها بالفرض والسنة يمكن أن يكون نكتة مشتركة واحدة للتقييد .

وأياً ما كان فلا ينبغي الشك في أن قاعدة « لاتعاد » من القواعد الفقهية لا الأصولية ؛ لأنها بنفسها حكم فرعي عملي ، وقد بينا في موضعه ميزان الفرق بين القواعد الفقهية والأصولية ، فلا نعيده في هذه الرسالة .

الأمر الثاني :

مجال إجراء هذه القاعدة موارد الخلل الواقع في الصلاة والتي بقطع النظر عنها يحكم فيها بالفساد وبوجوب الاعادة على القاعدة ، وهذا إنما يكون في الأجزاء والشرائط الثابتة بدليل لفظي بحيث يمكن التمسك بإطلاقه لحالة الجهل والنسيان ، وأما إذا كان المدرك دليلاً لبيئاً قدره المتيقن صورة العمد مثلاً ، فالصحة حينئذ ثابتة على القاعدة ولو لم تتم قاعدة « لاتعاد » ، ومثله ما إذا كان الدليل على اعتبار ذلك القيد نكتة عقلية تكون مخصوصة بحال العلم والعمد من قبيل شرطية إباحة مكان المصلي بناءً على القول بجواز اجتماع الأمر والنهي حيث إنه يوجب دخول مورد الاجتماع في باب التزاحم لا التعارض ، فيكون العمل صحيحاً لولا عدم تأتّي قصد القربة من المكلف بالفعل الحرام ، فإذا فرض الجهل بالحرمة وعدم تنجزها كان

العمل صحيحاً لا محالة لاستيفاء العمل تمام أجزائه وشرائطه ، فلا يحتاج في مثله الى القاعدة .

وهذا أحد الوجوه التي ذكرناها في محله لتخريج الفتوى المشهورة من التفصيل بين العلم بغصبية المكان وحرمة فتبطل الصلاة فيه ، وبين الجهل بها فتصح .
قد يقال : بأنّ موارد النسيان والسهو والتي هي القدر المتيقن من مفاد القاعدة - على ما سوف يأتي الإشارة إليه - يكون الحكم بالصحة ثابتاً فيها أيضاً بلا حاجة إلى قاعدة « لا تعاد » ؛ وذلك بأحد تقريبين :

التقريب الأول : إنّ النسيان والسهو يوجب سقوط التكليف بالجزء أو الشرط المنسي ؛ لأنّه فرع الالتفات إليه ، فيسقط اعتبار الجزء أو الشرط المنسي ويحكم بصحة ما أتى به من العمل الناقص إمّا تمسكاً باطلاق الأمر بأصل الواجب في حقه - لو فرض إمكان خطاب الناسي بالأقل - أو بمقتضى الأصل العملي القاضي بالبراءة لو فرض عدم إمكان خطاب الناسي حتى بالأقل كما ذهب إليه مشهور المتأخرين ، فلا نحتاج إلى قاعدة « لا تعاد » .

وفيه : أولاً : لو سلّمنا الأصل الموضوعي المبتني عليه هذا التقريب فهو لا يتم إلّا في المورد الذي يستوعب فيه النسيان تمام الوقت لا ما إذا تذكّر في أثناءه ؛ إذ لا إشكال في إمكان إيجاب الأكثر عليه ؛ لأنّ الواجب إنّما هو الأكثر ما بين الحدين وهو متمكن من إتيانه بمجرد ارتفاع النسيان في الاثناء ، فيشمله إطلاق الأمر بالأكثر المقتضي لوجوب الاعادة كما هو واضح .

وثانياً : إنّّه مبني على كون الأوامر المتعلقة بالأجزاء والشرائط مولوية لا إرشادية لبيان اعتبارها في المركّب الشرعي كما هو الظاهر منها ، وهو مقتضى فهم الأصحاب لها أيضاً حيث يتمسكون باطلاق أدلّة الجزئية والشرطية لحالات التعذّر وبه يثبتون سقوط الأمر ؛ فإنّه بناءً على هذا يكون إطلاق دليل اعتبار ذلك القيد بنفسه مقتضياً للاعادة والقضاء لا محالة .

وثالثاً: إنه مبني على الأصل المفترض من عدم إمكان فعلية الأمر في موارد النسيان ، وهو ممنوع ؛ فإنه إن كان ذلك من جهة مساوقته للعجز عن الامتثال فيخرج عن إطلاق الخطاب بقيد القدرة فهو واضح البطلان ؛ لأنّ النسيان والغفلة غير العجز ، ومن هنا قد يصدر منه الفعل في حال النسيان والغفلة أيضاً وإن كان بلا التفات وقصد .

وإن شئت قلت : إنّ المقيد اللبي المذكور لا يقتضي التقييد بأكثر من إخراج حالات العجز وعدم القدرة حقيقة حتى إذا وصل التكليف إلى المكلف ، وأما العجز الناشئ في طول عدم وصول التكليف كموارد الجهل المركب أو عدم الالتفات إلى التكليف كموارد السهو والنسيان فلا مانع من إطلاق التكليف وشموله لها وإن فرضنا صدور الفعل فيها بما هو ناسٍ غير اختياري ؛ لأنّ اللازم هو المحرّكية على تقدير الوصول والالتفات لا المحرّكية بالفعل أي كل عدم محرّكية يمكن أن يرفعها إطلاق الخطاب لا يكون قيداً فيه وإن كان صدور الفعل فيه لا يسمى عمداً عرفاً ؛ إذ ليس هذا المقيد لفظياً على ما حققناه مفصلاً في محله من علم الأصول ، فراجع وتأمل .

وإن كان ذلك من جهة حديث الرفع ودلالته على الرفع الواقعي للتكليف في مورد الخطأ والنسيان فهو أيضاً بلا موجب ؛ لأن مفاد هذا الحديث ليس بأكثر من رفع المؤاخذه والتبعية والكلفة على ما حققناه في محله ، فتجتمع مع فعلية الحكم الواقعي الثابت بمقتضى إطلاق دليله .

التقريب الثاني : التمسك بحديث الرفع وتطبيقه على الجزء أو الشرط المنسي بلحاظ حكمه الوضعي ، فنرفع به جزئية الجزء المنسي أو شرطيته ، وحيث إنّ الرفع فيه واقعي بلحاظ النسيان ، فيكون هذا الحديث بمثابة المقيد والاستثناء عن إطلاق دليل الواجب ، فيثبت بضمّه إليه أنّ الواجب ملاكاً أو ملاكاً وخطاباً - بناءً على إمكان تكليف الناسي بالأقل - في حق الناسي هو الأقل الذي جاء به ، فيكون صحيحاً .

وفيه : أولاً : ما تقدّم في نقد التقريب الأول أيضاً من عدم تماميته فيما إذا لم يكن النسيان مستوعباً لتمام الوقت ؛ لأنّ الاتيان بالأكثر بين الحدين الذي هو متعلّق التكليف ليس منسياً ، وإنّما المنسي الاتيان به في خصوص جزء من الوقت ، وليس ذلك موضوعاً لحكم شرعي حتى يرفع بالحديث .

وثانياً : عدم صحة أصل التمسك بالحديث بلحاظ الجزئية والشرطية ونحوها من الاحكام الوضعية ، لا لعدم كونها شرعية ، فلا يكون أمر رفعها بيد الشارع ليقال بأنّ الرفع ظاهري ، أو يقال بأن منشأ وضعها بيده ، بل لأنّ ما فيه الثقل والكلفة إنّما هو الحكم التكليفي والأمر بالجزء لا الحكم الوضعي بالجزئية والشرطية ، والذي يعني الملازمة بين إيجاب الكل وإيجاب الجزء ، والحكم التكليفي لا يكون رفعه في حق الناسي حتى واقعاً - لو سلم - مقتضياً لوجوب الأقل عليه الذي لا بد من إثباته في تصحيح عمله ، فلا يمكن إثبات الأمر بالأقل ، بل يكون إطلاق دليل الجزئية أو الشرطية كحكم وضعي ثابت محكماً ومثبتاً للاعادة والقضاء كما هو واضح .

وثالثاً : ما تقدّم أيضاً من المنع عن دلالة الحديث على الرفع الواقعي في مورد النسيان ، بل غايته رفع التبعة والعقوبة ، فلا مانع من التمسك بإطلاق دليل الأمر الفعلي بالاكثر في حق الناسي وإن كان غير منجز عليه حال نسيانه . وهكذا يتضح عدم صحة شيء من التقريبين وأنّ مقتضى الأصل والقاعدة الاولى في موارد السهو والنسيان ما هو ثابت في غيره من موارد الاخلال من وجوب الاعادة في داخل الوقت والقضاء خارجه لولا قاعدة « لا تعاد » . وبهذا يظهر أهمية هذه القاعدة من الناحية الفقهية .

الأمر الثالث :

إنّ نفي الاعادة المفاد بهذه القاعدة يتصور ثبوتاً - مع قطع النظر عما يستفاد من القاعدة - بأحد نحوين :

النحو الأول : أن تكون الجزئية أو الشرطية مقيدة بغير حال النسيان ، وهذا يعني

استيفاء الأقل في تلك الحالة لتمام الملاك كالأكثر في حال العمد تمسكاً بأدلة سائر الأجزاء والشرائط ، فيقع صحيحاً لا محالة ومجزياً ، فلا تجب الاعادة عليه ، هذا بلحاظ الملاك وروح الحكم .

وأما بلحاظ الخطاب فقد يقال بأنه لا يمكن تصحيح الأقل في حال النسيان بالأمر ، وإنما يتعين تصحيحه بالملاك مع تعلّق الأمر بالاكتر بخصوصه ؛ لأنّه يستحيل تخصيص خطاب بالأقل للناسي ، إذ يستحيل وصوله إليه ؛ فإنّ الناسي لا يمكن أن يتصور نفسه ناسياً وموضوعاً لهذا الخطاب ، بل هو يتصور نفسه متذكّراً دائماً ومنبعثاً عن الأمر الأول ، وبمجرّد التفاته إلى كونه ناسياً يخرج عن ذلك ، فجعل مثل هذا الخطاب لغو محض ، ولعل هذا هو منشأ القول بأنّ الأقل المأتي به في حال النسيان رغم كونه وافياً بتمام الملاك لا يكون مأموراً به ، بل هو غير مأمور به ولكنه مسقط للخطاب ؛ لتحقيقه تمام الملاك المطلوب للمولى ، وإنما لم يشمل الأمر مع أنّه تابع إطلاقاً وتقييداً للملاك ، باعتبار استحالة تكليف الناسي حيث لا يمكن تكليفه هنا : لا بالأكثر ؛ لعدم دخل الزائد في الملاك في حقه ، ولا بالأقل لاستحالة . وبهذا يميز بين المقام وبين موارد تعذّر الجزء أو الشرط ؛ فإنّ صحة الأقل فيها كاشف عن كون الواجب هو الجامع ، فيرجع إلى تقييد الجزئية والشرطية خطاباً أيضاً ؛ لعدم استحالة جعل التكليف بالأقل في حال التعذّر بخلاف المقام . فما ذكره البعض : من أنّ وفاء الأقل بالملاك في المقام لا بد وأن يرجع إلى الحكومة والتقييد في مرحلة الجعل غير تام مالم يحل إشكال استحالة تكليف الناسي .

إلا أنّ الصحيح أنّه يمكن تصحيح عمل الناسي بالأمر بالأقل ، فيكون التقييد راجعاً إلى مرحلة الجعل أيضاً ؛ وذلك بجعل الأمر بالجامع بين الأكثر في حال العمد والأقل المقيد بحال النسيان ، وهو أمر واحد شخصي على طبعي المكلف ، غاية الأمر أنّ الناسي يرى نفسه متذكّراً دائماً وممثلاً لأفضل الحصتين من هذا الجامع مع أنّه يقع منه أقلهما ولا محذور فيه ، فهو من قبيل أن يأمر المولى بالجامع بين

الصلاة في المسجد والصلاة في البيت ويصلي المكلف في البيت بتصور أنه مسجد ؛ فإنه على كل حال منبعث عن شخص ذلك الأمر بالجامع .

وإن شئت قلت : إن كل مكلف مأمور بالاتيان بما يتذكر من الأجزاء ، وهذا عنوان جامع ينطبق في حق الناسي على الأقل وفي حق المتذكر على الأكثر . فلا يتوقف تصوير الأمر في حق الناسي بالأقل على فرض تكليف مخصوص به .

النحو الثاني : أن تكون الجزئية أو الشرطية ثابتة في حال النسيان أيضاً ، ولكنه مع ذلك لا تجب الاعادة ؛ لعدم إمكان استيفاء ملاك الأكثر بعد الاتيان بالأقل في تلك الحالة ، وهذا الملاك لا يلزم صحة العمل المأتي به في نفسه ، كما أنه بناءً عليه لا يمكن التمسك بأدلة الأجزاء والشرائط الأخرى ، ولا دليل الأمر بالصلاة ؛ لأن إطلاق دليل جزئية الجزء أو الشرط المنسي يمنع عن ذلك كما هو واضح ، فلا بد من الحكم بالصحة وعدم القضاء لو فرض من التماس دليل آخر ولو ظهور نفس القاعدة في ذلك ، فيحكم بصحة الأقل ؛ لكونه محققاً لمقدار من الملاك في تلك الحال ، وبعدم الاعادة ؛ لعدم إمكان استيفاء المقدار الزائد الذي يتحقق بالأكثر ، ولازم هذه الفرضية إمكان الجمع بين نفي الاعادة والعقوبة على ترك الأكثر إذا كان الإخلال نسياناً أو جهلاً عن تقصير ؛ لفعلية الملاك في حقه . وهل يمكن تصحيح الأقل الذي جاء به الناسي باستكشاف الأمر به في هذا التقدير ؟

قد يقال بعدم لأن الأمر بالجامع بين الأكثر في حال العمد والذكر والأقل في حال النسيان كما كان في الفرض السابق يستلزم تقييد الجزئية بحال الذكر والعمد ، وهو خلف .

وإن شئت قلت : لازم ذلك عدم التقصير فيما إذا ترك التعلم فوق في الجهل والنسيان والغفلة ، فالأمر بالجامع المذكور إنما يناسب الفرضية السابقة .

وقد يحاول تصحيح الأمر بالأقل بافتراض أن الأمر بالأجزاء غير الركنية من قبيل الواجب في الواجب ، فهناك أمر بالأركان وأمر آخر بسائر الأجزاء يؤتى بها

ضمن الفريضة . وقد نسب ذلك في بعض الكلمات إلى الميرزا رحمته الله ، ولعله استظهر من بعض الروايات الدالة على أنَّ سائر الأجزاء من السنَّة في الفريضة .

إلا أنَّ هذا الوجه يستلزم صحة الاتيان بالأقل - وهو الأركان - في حال العمد أيضاً ، وهو خلاف الفتوى بل والنص الدال على الاعادة في صورة الاخلال بها عمداً الظاهر في عدم تحقق الفريضة في تلك الحال ، وأنه ليست بصلاة أصلاً .

وقد يحاول تصحيح الأمر بالأقل المأتي به نسياناً بفرض أمرين أحدهما على طبيعي المكلفين ومتعلِّقه الأقل ، والآخر على الذاكر غير الناسي بالخصوص ومتعلِّقه الاتيان بالأقل ضمن الأكثر ، أي تقييد متعلِّق الأمر الأول بالقيّد الزائد ، فلا يصح منه الاتيان بالأقل من دون أن يلزم خطاب الناسي بالخصوص بالأقل .

وفيه : إذا كان الأمر الثاني على الذاكر مقيداً للأمر بالأقل مطلقاً - أي في حق الذاكر والناسي معاً - لزم بطلان الأقل حتى من الناسي ، وإن كان مقيداً لمتعلِّقه في حق الذاكر بالخصوص لزم أن يكون الامر بطبيعي الأقل مختصاً بالناسي موضوعاً ، وهو محال بحسب الفرض ، وإن كان الأمر الأوّل مطلقاً غير مقيد به أصلاً لزم تحقق الامتثال وصحة الاتيان بالأقل ولو في حال التذكر ، وإن كان مهماً لا مطلقاً ولا مقيداً كان مستحيلاً أيضاً ؛ لاستحالة الاهمال في عالم الثبوت .

هذا ، والصحيح إمكان الأمر بالجامع بين الأقل المقيد بحال النسيان والأكثر المجعول على طبيعي المكلفين في هذه الفرضية أيضاً كأمر ثانٍ غير الأمر بالأكثر تعييناً إمّا مطلقاً - بناءً على ماهو الصحيح من أنَّ النسيان رافع للتنجز لا لفعلية الأمر - أو لخصوص العامد مع فعلية ملاكه حتى في حق الناسي - بناءً على مسلك المشهور من رافعية النسيان لفعلية التكليف والخطاب - ، وبذلك يصح الأقل من الناسي بالخصوص باعتبار الأمر بالجامع المذكور رغم إطلاق الجزئية أو الشرطية في حقه بحيث يكون عاصياً إذا كان التفويت بتقصيره وسوء اختياره ؛ لفعلية الأمر التعيني أو الملاك التعيني بالأكثر في حق تمام المكلفين . وقد حققنا في الأصول

إمكان جعل أمرين أحدهما بالجامع تخييراً والآخر بالفرد والحصة الخاصة منه تعييناً في أمثال هذه الموارد .

وهكذا يتضح إمكان تصحيح الأقل في حال النسيان خطاباً وبالامر فضلاً عن تصحيحه ملاكاً على كلتا الفرضيتين للأجزاء ونفي الاعادة ، كما أنه ظهر أن الأجزاء وعدم الاعادة بملاك تفويت الملاك كما يمكن أن يكون على أساس تعدد الأمر وكون الأجزاء غير الركنية من قبيل الواجب في الواجب - كما هو ظاهر من يرى إطلاق القاعدة للعامد - كذلك يمكن أن يكون على أساس وحدة الأمر وفوات مقدار لزومي من ملاكه في خصوص صورة الاتيان بالناقص نسياناً .

هذا كله إذا كان نفي الاعادة خاصاً بصورة النسيان ، وأمّا إذا قيل به في صورة الجهل أيضاً ، فأيضاً يتصور فيه كلتا الفرضيتين ، إلا أن إشكال استحالة جعل الخطاب على الناسي لا يرد هنا إذا فرض تصحيح الأقل بالأمر ؛ إذ لا يكون الخطاب بالاقل خاصاً بالناسي ، بل بغير العالم ، وهذا قابل للوصول والانبعث منه ولو في حق الجاهل الملتفت المتردد .

إلا أنه هنا قد يبرز محذور آخر في الفرضية الاولى بالخصوص ، وهو استحالة تخصيص الجزئية والشرطية أو الأمر بهما لصورة العلم والعمد ؛ لاستلزامه أخذ العلم بالحكم في موضوع شخصه ، وهو محال بل تصويب مجمع على بطلانه .

وفيه : ماتقدم في محله من إمكان أخذ العلم بالحكم بمعنى الجعل ، والكبرى في موضوع شخص الحكم بمعنى المفعول الفعلي ، فلا محذور ، كما أن التصويب المجمع على خلافه إنما هو في أصل الأحكام والتكاليف لا في بعض قيود المركبات الشرعية كالصلاة ، كيف ! وقد صرح الفقهاء بوجود قيود ذكرية مشروطة بالعلم بها كالجهر والاختفات ووجوب القصر على المسافر العالم بوجوبه وهذا واضح .

وبهذا ينتهي البحث عن المقدمة .

الفصل الأول

في الدليل على القاعدة ، والبحث فيها نوره في جهتين :
 الأولى : في الروايات التي يمكن أن يستدل بها على القاعدة .
 والثانية : في فقه هذه الروايات وتشخيص القاعدة المستفادة منها .
 أما البحث في الجهة الأولى :

فما يمكن أن يستدل به على هذه القاعدة طوائف ثلاث من الروايات :
 الطائفة الأولى :

ما استدل به المشهور ، وهي صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لاتعاد الصلاة إلا من خمسة : الطهور والوقت والقبلة والركوع والسجود - ثم قال : - القراءة سنّة والتشهد سنّة والتكبير سنّة ، ولا تنقص السنّة الفريضة » ^(١) .
 وقد رواها الصدوق في الخصال : عن أبيه ، عن سعد بن عبد الله ، عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن الحسين بن سعيد ، عن حماد بن عيسى ، عن زرارة . وفي الفقيه أسندها إلى زرارة ، وسنده إليه في المشيخة (عن أبيه ، عن عبد الله بن جعفر الحميري ، عن محمد بن عيسى بن عبيد والحسن بن ظريف وعلي بن إسماعيل بن عيسى ، كلّهم عن حماد بن عيسى ، عن حريز بن عبد الله ، عن زرارة) ^(٢) . وكلا السندين صحيحان .
 وقد نقلها أيضاً الشيخ في التهذيب مرسلأ لها عن زرارة ؛ ولعلّه لوضوحها وشهرتها .

(١) الوسائل ٤ : ٧٧٠ و ٩٣٤ و ٩٨٧ و ٩٩٥ و ١٢٤١ ومواضع أخرى .

(٢) الخصال : ٢٨٤ . الوسائل ٤ : ٦٨٣ ، ب ١ من أفعال الصلاة ، ح ١٤ .

والذيل الوارد فيها قرينة على أنّ علة الاعادة وعدمها كون الجزء أو الشرط فرضاً من الله تعالى أو سنة .

ومن جملة روايات هذه الطائفة ما ورد في روايات متفرقة من التمييز بين ما فرضه الله تعالى من الحدود للصلاة في القرآن وما ليس في القرآن وإنما ثبت من قبل النبي ﷺ ، وتعليل نفي الاعادة في الاخلال بما هو من السنة بذلك ، كصحيح زرارة في القراءة « إنّ الله تبارك وتعالى فرض الركوع والسجود ، والقراءة سنة ، فمن ترك القراءة متعمداً أعاد الصلاة ، ومن نسي فلا شيء عليه » ^(١) ومثلها صحيحة محمد بن مسلم ^(٢) .

فإنّ تفريع نفي الاعادة في القراءة على تقسيم الأجزاء في الصدر أولاً الى ما هو فرض من الله وما هو سنة ظاهر في التعليل وبيان أنّ نكتة ذلك كون القراءة من السنة لا الفريضة .

وورد في التشهد صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام ، في الرجل يفرغ من صلاته وقد نسي التشهد حتى ينصرف ، فقال : « إن كان قريباً رجع إلى مكانه فتشهد وإلا طلب مكاناً نظيفاً فتشهد فيه ، وقال : إنّما التشهد سنة في الصلاة » ^(٣) فيكون سياق التعليل فيه ظاهراً في إعطاء كبرى كلية وهي : إنّ ما ثبت في الصلاة بالسنة لا ينقض الصلاة إذا أخلّ به لا عن عمد .

بل نفس التعبير بالسنة في قبال الفريضة أيضاً بحسب المناسبة والمتفاهم العرفي ظاهر في التخفيف من حيث المرتبة والأهمية ، وبالتالي عدم نقض الصلاة بالاخلال به في صورتتي السهو والنسيان على الأقل .

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٦ ، ب ٢٧ من القراءة بعد الصلاة ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٧٦٧ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٩٩٥ ، ب ٧ من التشهد ، ح ٢ .

ومن جملة روايات هذه الطائفة صحيح زرارة الذي ينقله الشيخ والكليني ، قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الفرض في الصلاة ؟ قال : « الوقت ، والطهور ، والقبلة ، والتوجه ، والركوع ، والسجود ، والدعاء » ، قلت : ماسوى ذلك ؟ فقال : « سنة في فريضة » ^(١) .

ومثلها رواية الأعمش التي ينقلها الصدوق في الخصال في حديث (شرائع الدين) عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : « هذه شرائع الدين لمن أراد أن يتمسك بها وأراد الله هداه : إسباغ الوضوء كما أمر الله عز وجل ... وفرائض الصلاة سبع : الوقت ، والطهور ، والتوجه ، والقبلة ، والركوع ، والسجود ، والدعاء ... » ^(٢) .

ولكن في سندها في الخصال عدة مجاهيل . وأياً ما كان : فيقتنص من مجموع هذه الطائفة قاعدة كلية هي عدم إعادة الصلاة إذا وقع النقص والخلل فيها في غير الفرائض من غير عمد ، نعم صحيحة زرارة الاولى أوضح دلالة على القاعدة بكليتها . وأما الروايات الأخرى فربما يدعى اختصاصها بالسهو في الموضوع ، فلا يشمل الجهل بالحكم على ماسوف يظهر خلال البحوث القادمة .

الطائفة الثانية :

ماورد بعنوان أن من حفظ الركوع والسجود فقد تمت صلاته ، كمعتبرة الحسين بن حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت له : أسهو عن القراءة في الركعة الأولى ؟ قال : « اقرأ في الثانية » . قلت : أسهو في الثانية ؟ قال : « اقرأ في الثالثة » . قلت : أسهو في صلاتي كلها ؟ قال : « إذا حفظت الركوع والسجود فقد تمت صلاتك » ^(٣) . فإن ذيلها ظاهر في إعطاء قاعدة كلية دالة على أن السهو في داخل

(١) الوسائل ٣ : ٢١٤ ، ب ١ من القبلة ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق ٤ : ٦٨٣ ، ب ١ من أفعال الصلاة ، ح ١٥ . الخصال : ٦٠٣ - ٦٠٤ .

(٣) المصدر السابق : ٧٧١ ، ب ٣٠ من القراءة في الصلاة ، ح ٣ .

الصلاة كلها لا يوجب الاعادة إذا كان قد حفظ الركوع والسجود ، وحيث إنها ناظرة إلى الأفعال في داخل الصلاة ، اقتصر فيها على ذكر الركوع والسجود فقط .
ومثلها معتبرة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت : الرجل يسهو عن القراءة في الركعتين الاوليتين فيذكر في الركعتين الآخرتين أنه لم يقرأ ؟ قال : « أتم الركوع والسجود ؟ » قلت : نعم ، قال : « إنني أكره أن أجعل آخر صلاتي أولها » ^(١) .

ومثلها رواية منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنني صليت المكتوبة فنسيت أن أقرأ في صلاتي كلها ؟ فقال : « أليس قد أتممت الركوع والسجود ؟ ! قلت : بلى ، قال : وقد تمت صلاتك إذا كان نسياناً » ^(٢) فإن ظاهرها إعطاء نفس الكبرى الكلية ، فتكون هذه الطائفة أيضاً دليلاً على القاعدة في أجزاء الصلاة غير الركنية على الأقل .

الطائفة الثالثة :

ماورد بلسان التثليث وتقسيم الصلاة إلى أثلاث ثلاثة ، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الصلاة ثلاثة أثلاث : ثلث طهور ، وثلث ركوع ، وثلث سجود » ^(٣) .

فإن التثليث الوارد فيها ظاهر في اكتمال الصلاة بهذه الاثلاث ونقصها بنقص شيء منها ، وهذا لا محالة يكون كناية عن كفايتها في الجملة ، والذي يكون قدره المتيقن حالات النسيان والسهو لا محالة ، وإلا لم تكن هذه الثلاثة بمجموعها تمام الصلاة ، بل هذا النسيان عرفاً أحد السنة الالهية والركنية للأمر الثلاثة دون غيرها

(١) الوسائل ٤ : ٧٧٠ ، ب ٣٠ من القراءة في الصلاة ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٧٦٩ ، ب ٢٩ من القراءة في الصلاة ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٩٣١ ، ب ٩ من الركوع ، ح ١ .

بعد أن كان مركزاً ثبوت أفعال أخرى في الصلاة أيضاً ، فيكون المتفاهم منه عرفاً عدم قدح الاخلال بغيرها من أفعال الصلاة إذا حفظها المصلي بنحو القضية المهمة - على الأقل - والتي قدرها المتيقن صورة السهو والنسيان .

نعم ، هي ساكتة عن الوقت والقبلة ؛ ولعله باعتبار نظرها إلى السهو والاخلال بما هو فعل عبادي يقوم بايجاده المكلف مستقلاً .

وهكذا تثبت القاعدة بهذه الطوائف الثلاث من الروايات .

ومما يؤكد ثبوت هذه القاعدة أيضاً أننا بمراجعة الروايات البيانية التفصيلية الصادرة عنهم عليهم السلام في أجزاء الصلاة وقبورها نلاحظ أن ماورد منها في الأركان تأمر بالاعادة من الاخلال بها ولو كان سهواً ، بخلاف ماورد منها في غير الأركان - باستثناء ما سوف يأتي البحث عنه في الخاتمة - فإنها تنفي الاعادة إذا كان الاخلال لا عن عمد ، غاية الأمر قد تأمر بالقضاء أو سجود السهو عنه مما يدل على صحة الصلاة في نفسها .

هذا تمام الكلام في هذه الجهة .

الجهة الثانية :

في فقه هذه الروايات ، ولا ينبغي الاشكال في أن المستفاد منها كبرى كلية ، هي أن الصلاة مشتملة على صنفين من القيود : صنف منها قيود مهمة خطيرة يعبر عنها بالفرض ، تكون مفروضة من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم ولا بد من حفظها وعدم الاخلال بها حتى سهواً ، وصنف آخر قيود أقل أهمية وركنية يعبر عنها بالسنة .

والسنة تطلق تارة بمعنى المستحب في قبال الواجب ، وأخرى بمعنى ما جعله النبي وفرضه قولاً أو عملاً في قبال ما فرضه الله سبحانه في القرآن الكريم .

والظاهر أن هذا هو المراد بها في المقام برغم عطف التكبير في ذيل صحيح زرارة على التشهد والقراءة في سياق بيان السنة ، وظاهره غير تكبيرة الاحرام ،

وهو مستحب ، إلا أنه مع ذلك يناسب مع كلا المعنيين كما هو واضح ، فيكون المعنى الثاني هو الظاهر ؛ لتصريح جملة من الروايات السابقة وغيرها بلزوم سائر الأجزاء غير الركنية في الصلاة ، بل ووجوب الاعادة إذا ترك شيئاً منها متعمداً ، فهي واجبة كالاركان إلا أنه لأجل متابعة النبي أو أمره ، لا من جهة فرض الله سبحانه وتعالى في القرآن ، ومن هنا لم تجب الاعادة بالاخلال بها لا عن عمد ، بل لعل المعنى الأول للسنة اصطلاح متأخر .

وعلى هذا الأساس يستفاد من هذه الروايات قضيتان كبيرتان :
إحدهما : أنَّ ما فرضه الله سبحانه في الصلاة من القيود تبطل الصلاة بالاخلال بها ولو سهواً .

الثانية : أنَّ ما هو سنة في الصلاة من القيود المعتبرة فيها لا تبطل الصلاة بالاخلال بها لا عن عمد . ولا إشكال في استفادة هاتين القضيتين من الروايات السابقة .

وإنما الكلام والبحث في تحديد ماهي الفرائض ؛ فإنَّ بعض الطوائف السابقة من الروايات المتقدمة ذكرت ثلاثة أثلاث للصلاة : الطهور والركوع والسجود ، وبعضها ذكرت اثنين هما : الركوع والسجود فقط ، وبعضها ذكرت خمسة بإضافة القبلة والوقت ، وبعضها ذكرت سبعة بإضافة التوجه والدعاء ، فقد يقال بالتهافت بين الروايات من هذه الناحية .

إلا أنَّ الانصاف عدم التهافت فيما بينها ؛ لأنَّ الطائفة الثالثة كصحيح الحلبي التي ذكرت الاثلاث الثلاثة للصلاة لم تذكر ذلك بعنوان الفرائض لكي يتنافى مع الخمسة أو السبعة ، فلعلَّها ناظرة إلى الافعال المستقلة العبادية التي يقوم بها المكلف ، لا مطلق القيود حتى التي تكون وصفاً وحالة للصلاة ، أو يكون المراد منها إبراز أهمية الأركان الثلاثة بالخصوص وعدم قبول أي إخلال بها بخلاف الركنين الآخرين حيث سوف يأتي في الخاتمة ثبوت نحو توسعة فيهما ، والطائفة الثانية

التي ذكرت الركوع والسجود فقط ناظرة إلى الاجزاء والسهو الواقع داخل الصلاة لا مطلق القيود المعتبرة حتى التي محلها قبل الدخول في الصلاة كما أشرنا سابقاً .

وأما الخمسة والسبعة الواردتان في صحيحي زرارة في الطائفة الأولى في مقام تعداد ما فرضه الله في الصلاة فأيضاً لا تنافي بينهما ؛ لأنّ التوجّه يراد به النية وقصد الصلاة ، والتوجه إلى الله سبحانه والدعاء يراد به ذكر الله سبحانه ، وهما مقوّمان لعنوان الصلاة ومفهومها لغة وعرفاً ، فعدم ذكرهما في صحيحة زرارة المتعرّضة لقاعدة « لا تعاد » لا ينافي ركنيتهما ولزوم الاعادة من الاخلال بهما ؛ لأنّ نظر الصحيحة إلى ما اعتبر من القيود في الصلاة بفرض الله بعد الفراغ عن تحقق أصل الصلاة خارجاً ، ومما يدل على ذلك أن التعبير ورد فيها بعنوان « لا تعاد الصلاة » وهو لا يكون إلّا مع فرض تحقق الصلاة أولاً المتوقف على تحقق التوجه والنية والذكر ، وإلّا لم يكن صلاة في الخارج حقيقة ليصدق الاعادة ، وهذا واضح .

ثم إنه يجدر البحث في فقه هذه القاعدة من ناحيتين أخريين :
إحدهما : في المراد من الطهور فيها وأنّه خصوص الطهارة الحديثة أو الخبثية أو كلاهما .

الثانية : أنّ مفادها هل يكون نفي الاعادة بالملاك والتصور الأوّل من التصورين المتقدم بيانهما في الأمر الثالث من المقدمة ، أو بالتصور الثاني وبأية كيفية ؟ وهذان البحثان مهمان ، ويترتب عليهما ثمرات عملية كما سوف يظهر .

أما البحث عن الناحية الأولى :

فالمشهور استظهروا من الطهور الذي هو أحد الخمسة التي تعاد الصلاة منها : خصوص الطهارة من الحدث . والسيد الشهيد الصدر رحمته أثار شبهة الاجمال في الرواية ، واحتمال أن يراد بالطهور فيها الطهارة من الخبث الذي هو شرط في الصلاة

ومذكور في القرآن أيضاً بقوله تعالى: ﴿ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾ ^(١) ، فلا يمكن التمسك بإطلاق القاعدة للاخلال بالطهارة الخبثية باعتبار سريان إجمال المستثنى إلى المستثنى منه لا محالة .

إلا أن الانصاف : أن ما فهمه المشهور من اختصاص الطهور في القاعدة بالطهارة من الحدث هو الاوفق والظاهر ؛ وذلك بأحد وجوه :

١ - إن من يراجع السنة الروايات واستعمالات كلمة الطهور فيها يلاحظ أنها تطلق على الطهارة المضافة إلى المكلف بما هو إنسان ، لا الطهارة الخبثية التي هي صفة للشوب أو الجسد ويعبر عنه غالباً بالنظافة أو الطهارة في الروايات لا الطهور ، نعم ورد في حديث الأربعمئة في الخصال : « وغسل الثياب يذهب الهم والحزن ، وهو طهور للصلاة » ^(٢) إلا أنه نادر جداً ، فلا يبعد دعوى الاطمئنان بانصراف كلمة الطهور في استعمالات الشارع خصوصاً في باب الصلاة إلى الطهارات الثلاث التي صرح بها القرآن الكريم في آيات عديدة جعلتها شرطاً للقيام إلى الصلاة ، فشروع استعمال الطهور في الطهارة الحديثة بالخصوص - التي اعتبرت حالة باقية للإنسان ، ولهذا يقال هو على طهور - وارتكازية أمر القرآن الكريم بذلك في آيات واضحة صريحة يوجب انصراف عنوان الطهور في هذه الروايات إلى خصوص الطهارة الحديثة وانسباقها منه .

٢ - إن الطهور مردد بين معانٍ أقربها المطهر ، ولهذا أطلق على الماء عنوان الطهور ، قال تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾ ^(٣) والتراب أحد الطهورين ، وإطلاقه في باب الطهارة الحديثة ليس بلحاظ الطهارة الحاصلة ، بل على الأفعال

(١) المدثر : ٤ .

(٢) الخصال : ٦١٢ ، وفي السند القاسم بن يحيى ، وهو لم يوثق .

(٣) الفرقان : ٤٨ .

المحققّة للطهارة من الغسل أو الوضوء أو التيمم ، حيث إنّ هذه الأفعال تكون مطهّرة للإنسان ، فمعنى الطهور والكون على طهور كالكون على الوضوء والغسل اعتبار شرعي لبقاء نفس ذلك المطهّر .

وعلى هذا يقال : إرادة الطهارة الخبثية من الطهور في هذه الروايات إن كان على أساس التمسك باطلاق الطهور بمعنى استعماله في الطهارة فقد عرفت أنه خلاف معناه الأصلي ، وإن كان على أساس شرطية مطلق المطهّر الأعم من الغسل أو الوضوء أو التيمم في رفع الحدث والغسل في رفع الخبث ، حيث إنّ فعل الغسل مطهّر أيضاً ، ولهذا أطلق الطهور عليه في رواية الخصال ، فمن الواضح أنّ الشرط في الصلاة في باب الحدث نفس الفعل المطهر بخلاف الشرط في الصلاة في باب الخبث ؛ فإنّ الشرط طهارة الثوب والبدن لا الغسل ، ولهذا لو تحقق ذلك كان مجزياً أيضاً .

والحاصل فعل التطهّر ليس شرطاً في باب الخبث للمصلي ، وإنّما الشرط طهارة الثوب بخلاف الحدث ، فإذا كان الطهور بمعنى المطهّر لم يكن شاملاً للطهارة الخبثية .

وأما حمله على إرادة الماء كناية عن شرطية استعماله في الصلاة في رفع الحدث والخبث معاً فبعيد غايته ، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ الطهارة من الحدث قد تكون بالتراب لا الماء .

وهكذا يعرف أنّ عنوان الطهور بمعناه الظاهر فيه - وهو المطهّر - لا يكون جامعاً بين الطهارتين ، بل يمكن أن يقال أنه لو كان الطهور بمعنى الطهارة أيضاً لم يكن جامعاً للطهارتين باعتبار تباينهما عرفاً ؛ فإنّ اعتبار الطهارة من الخبث مبين مع اعتبار الطهارة من الحدث وإن كانا معاً اعتبارين شرعيين ، فالأوّل اعتبار معنوي عبادي للإنسان ، والثاني اعتبار مادي للثوب أو الجسد ، وكم فرق بينهما ، فإذا فرض انسباق المعنى الاعتباري من مثل هذه الألفاظ - كما هو الصحيح - وكان

اعتبار الطهارة من الحدث أمراً مبيناً مع اعتبار الطهارة من الخبث فاستفادة المعنيين من لفظ الطهور يكون أشبه باستعماله في معنيين الذي لا يكون عرفياً .

والحاصل سواء كان الطهور بمعنى المطهر أو الطهارة لا يكون المراد منه في الروايات إلا الطهارة الحديثة ؛ لأنّ الأوّل لا يناسب إلا الطهارات الثلاث ؛ فإنّها طهور للانسان أي مطهر له ، وأمّا الطهارة الخبثية المعتبرة في الصلاة فهي ليست معتبرة بما هي مطهر ، بل بما هي صفة للثوب والبدن .

وعلى الثاني أيضاً لا يصح التمسك باطلاق الطهور للطهارتين معاً ؛ لأنّ الطهارة الحديثة اعتبار شرعي مبين عرفاً أيضاً مع الطهارة الخبثية ، فليس التشابه بينهما إلا في التسمية ، فاستعمال اللفظ فيهما معاً أشبه باستعماله في معنيين .

٣ - بقرينة ما ورد في ذيل القاعدة وفي الروايات الأخرى التي استدللنا بها فيما تقدم يظهر أنّ الكبرى المقصودة هي لزوم إعادة الصلاة في الاخلال بما يكون مفروضاً في الصلاة من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم دون ما يكون سنّة . ومن الواضح أنّ الطهارة من الخبث لا شاهد على اعتبارها في الصلاة من الكتاب الكريم عدا ما يتوهم في مثل قوله تعالى : ﴿ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾ إلا أنّ الظاهر إرادة تقصير الثياب وتشميرها من التطهير في الآية كما ورد ذلك في تفسيرها في حديث الاربعمئة ، كما أنّه فسّر بتزكية النفس والافعال من الرذائل ، ولو فرض إرادة الطهارة من الخبث فلا دليل على النظر فيها إلى الصلاة ليكون دليلاً على كون الطهارة من الخبث مما فرضه الله في الصلاة ، ومجرّد ذكر التكبير لله قبلها لا يدلّ على إرادة الصلاة ، خصوصاً وأنّ النظر لو كان إلى ذلك لكان اللازم بيان ذلك بنحو الشرطية كما ورد في الطهارة الحديثة .

فالانصاف أنّ استفادة ذلك من مثل هذه الآية بعيد غايته . ومعه لا موجب لاحتمال إرادتها من الطهور في صحيح زرارة وإن فرض شمول لفظ الطهور لها أيضاً لغة وعرفاً ؛ فإنّ ذيل الصحيحة وسائر الروايات تكون بمثابة المقيد له حينئذٍ

بالطهور المفروض من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم ، وهو الطهارات الثلاث بالخصوص . فيبقى الاخلال بالطهارة من الخبث مشمولاً لاطلاق المستثنى منه في القاعدة ، فلا يجب الاعادة فيها ولا القضاء في حال النسيان لولا النص الخاص على التفصيل بين النسيان والجهل على ما هو مقرر في محله .

هذا كله في الناحية الاولى من البحث .

وأما البحث عن الناحية الثانية :

فقد يقال إنّ الظاهر الأولي من روايات القاعدة أن تكون الأجزاء غير الركنية من قبيل الواجب في الواجب ؛ لأنه قد عبّر في صحيحة زرارة بأنّ ما سوى ذلك سنّة في الفريضة ^(١) . وهذا ظاهره الواجب في ضمن الفريضة ، بل التعليل بأنّ السنّة لا تنقض الفريضة أيضاً يناسب هذا المعنى ؛ فإنّ السنّة كما لا تنتقض الفريضة بالاخلال بها سهواً كذلك يقتضي أن لا تنتقض الفريضة بالاخلال بها عمداً أيضاً ؛ إذ ليس كونها سنّة في فريضة يختلف من حال إلى حال ، فالتعليل بنفسه يقتضي صحة الاتيان بالأقل حتى في صورة العمد والعلم ، غاية الأمر يكون عاصياً ومعاقباً لتركه ومخالفته لامتنال الأمر بتلك الاجزاء الظاهر في وجوبها ، فيكون مقتضى الجمع بين الدليلين أنها واجبة بنحو الواجب في الواجب ، خصوصاً لمثل صحيحة زرارة التي صرّحت بأنّ ما سوى ذلك سنّة في فريضة .

ولعل هذا الوجه هو الذي دعا مثل الشيخ محمد تقي الشيرازي رحمته الله أن يلتزم باطلاق القاعدة لصورة الاخلال العمدي أيضاً ، فحكم بصحة الصلاة وعدم الاعادة لو تركها عمداً رغم وجوب الاتيان بها ضمن الفريضة وكونه عاصياً بذلك مستحقاً للعقوبة ، بل لعل ظاهر الشيخ رحمته الله في النهاية في مبحث وجوب السورة في الصلاة ذلك أيضاً . ومثله أيضاً ما ثبت في الحج من وجوب بعض الاعمال فيه رغم عدم

(١) انظر : الوسائل ٤ : ٩٣٢ ، ب ٩ من الركوع ، ح ٥ .

بطلان الحج بتركه ولو عمداً ، كطواف النساء والرمي والمبيت بمنى .
 وبهذا البيان ظهر وجه الاشكال فيما يقال من أنّ شمول حديث « لا تعاد » لصورة
 العمد والعلم يستوجب المناقضة مع أدلة الجزئية والشرطية ؛ فإنّ هذا فرع أن يكون
 هناك أمر واحد لا أمران بنحو الواجب في الواجب ، وهو فرع عدم الاستظهار
 المتقدم من التعليل الوارد في روايات الباب ، وإلا كان الظهور المذكور بنفسه بياناً
 على أنّ الأمر بالاجزاء غير الركنية من الواجب في واجب ، لا الجزئية لأمر واحد .
 والصحيح في دفع هذا الوجه الفتى أن يقال بأنّ جملة من الروايات المبيّنة
 للاجزاء غير الركنية والمعبرة عنها بالسنة قد ورد الأمر بالاعادة فيها إذا أخلّ بها
 عمداً ، من قبيل صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم الواردتين في القراءة ، وهذا
 كالصريح في عدم كون القراءة من قبيل الواجب في الواجب ، وإلا لم يكن مجال
 للاعادة ، بل ظاهرها بطلان العمل المأتي به أولاً بتمامه وهو يلزم وحدة الأمر
 بالمركب في صورة العمد ، لا أنّ هناك أمرين حتى إذا فرض إمكان تحقيق ملاك
 الأمر الثاني بإعادة العمل مع القراءة كما إذا كان واجباً ضمن الصلاة المشروعة لا
 خصوص الواجبة . فيكون مقتضى هذا اللسان وحدة الأمر عرفاً وأن الاجزاء
 والشرائط المذكورة قيود في ذلك الأمر الواحد ، كما هو مقتضى الظاهر الاولي
 لدليل وجوب الصلاة والأدلة البيانية في الاجزاء والشرائط ؛ فإنّه لا ينبغي الاشكال
 في أنّ مقتضى ظاهرها الاولي ذلك أيضاً .

وعندئذ يكون إطلاق نفي الاعادة حتى لحالات العلم والعمد مناقضاً مع الأمر
 بتلك الاجزاء والقيود بعد فرض وحدة الأمر ، فضلاً عما دلّ على لزوم الاعادة ، فلا
 محالة يختص مفاد هذه القاعدة بغير موارد العلم والعمد حتى إذا فرض إطلاق لسان
 دليلها لفظاً ، كيف ! وسوف يأتي المنع عن هذا الاطلاق أيضاً ، فيكون مفاد التعليل
 بالسنة فيها أن أهمية هذه الاجزاء أقل ؛ لكونها غير مشرّعة من قبل الله سبحانه
 وغير مفروضة في الكتاب الكريم ، فلا محذور في الاخلال غير العمدي بها .

والانصاف أنّ التعبير بالسنة يناسب مع هذا المعنى أي قلة الأهمية في الجملة ، لا الواجب في الواجب .

وبما أنّ القاعدة تتكفل المستثنى والمستثنى منه معاً ، أي تدلّ على صحة الصلاة إذا كان الخلل في غير الأركان وتحقق الواجب بها وأنّ ذلك الخلل لكونه فيما هو ليس بفرض من الله لا يقدح في صحتها ، فيكون ظاهرها أنّ نفي الاعادة إنّما هو بالملاك الأوّل - أي تقيّد الجزئية أو الشرطية للقيد المنسي والأمر به بصورة العمد والعلم - لا الثاني ، أي ظاهر في النظر إلى دليل الجزئية وتقييدها ، لا ثبوتها ولكن تسقط الاعادة لعدم إمكان استيفاء ملاكها .

هذا ، مضافاً إلى أنّ سياق الامتنان والتخفيف فيها أيضاً لا يناسب إلا هذا الملاك ، وعليه فيكون مفاد القاعدة ثبوتاً تقييداً اعتبار القيود غير الركنية بغير الحالات التي تشملها القاعدة .

ويترتب على ذلك صحة العمل المأتي به ، لكونه مأموراً به تمسكاً باطلاقات الأمر بأصل الصلاة - بالنحو المتقدم شرحه في المقدمة - وعدم العقوبة على الاخلال بالقيد غير الركني في مورد شمول القاعدة حتى إذا كان ذلك بتقصير من قبل المكلف في المقدمات أدّى إلى نسيانه أو جهله المستلزم لتركه ذلك القيد إذا قلنا باطلاق دليل القاعدة للجهل عن تقصير .

ومنه يعرف أنّ ثبوت التقصير والعقوبة متوقف على تحقيق مدى إطلاق القاعدة وحدود ما يستفاد منها ، لا العكس كما هو ظاهر تعبيرات القوم ، حيث منعوا عن إطلاق الحديث في القاعدة لحالات التقصير ؛ فإن هذا إنّما يناسب مع الملاك الثاني لنفي الاعادة ، أي أن يكون ذلك من جهة عدم إمكان استيفاء الملاك ، وأما بعد فرض استظهار حكومة القاعدة على دليل الأمر بالاجزاء والشرائط ، وظهورها في تقييد إطلاقاتها بصور العمد ، فكل مورد شملته القاعدة كان خارجاً عن دليل الأمر ، وحيث إنّ الأمر واحد فيستكشف لا محالة أنّ الواجب هو الجامع بين الأكثر في

حال العمد والأقل في غير تلك الحال ، ومعه لا موضوع للتقصير من ناحية ذلك الجزء أو الشرط المنسي أصلاً كما هو واضح .

وقد يتوهم أنّ القاعدة تقيد دليل الجزئية والشرطية لا دليل الأمر بالمركب ، بل لابدّ من سقوط الأمر بالمركب في المرتبة السابقة ولو بالعصيان - كما في موارد التقصير - لتأتي القاعدة وتنفي الجزئية والشرطية ؛ لأنها تنفي الاعادة ، فلا بدّ من فرض أنّ الأمر يكون بالاعادة في ذلك المورد ، ومع فرض بقاء الأمر الأوّل لا أمر بالاعادة .

وفيه : أنّ الاعادة دائماً تكون من جهة بقاء الأمر الاول المتعلّق بالجامع بين الحدّين لا بأمر جديد ، وأنّ تقييد الجزئية والشرطية بحال العمد عبارة اخرى عن تقييد الأمر بهما بحال العمد لا محالة وأنّ المأمور به هو الجامع بين الأقل في غير حال العمد والأكثر في حال العمد ، وسوف يأتي مزيد توضيح لهذه النقطة في الفصل القادم .

الفصل الثاني

في حدود مفاد القاعدة وموارد جريانها ، والبحث عن ذلك نوره في جهات عديدة :

الجهة الأولى :

في حدود جريانها بلحاظ حالات العمد والجهل والنسيان ، وتفصيل ذلك : أنّ الاخلال قد يكون مع العلم والعمد ، وقد يكون مع الجهل بمعنى التردّد المحكوم بلزوم الاحتياط والالتيان كالشك قبل الفحص ، وقد يكون مع الجهل بمعنى العلم بعدم لزوم الالتيان والاجتزاء بالناقص وجداناً أو تعبدّاً ولو ظاهراً ، وقد يكون مع النسيان بمعنى الغفلة ، وكل ذلك تارة يكون في الموضوع بأن يسهو أو يشتبه في

إتيانه بالجزء ، واخرى في حكمه وهو الوجوب .
ولا إشكال في أن مقتضى الظهور اللفظي لعنوان « لا تعاد » شمول حالات العلم
والعمد أيضاً - كما تقدم - ولكنه غير تام لأكثر من وجه .
من هذه الوجوه : لزوم المناقضة ثبوتاً بعد فرض وحدة الأمر وعدم كونه من
قبيل الواجب في واجب ، كما تقدم وجهه .
ومنها : ظهور القاعدة في وجود أصل المقتضي للإعادة الذي هو الجزئية
والشرطية ، وكذلك ظهور ذيلها في لزوم الاجزاء غير الركنية في الصلاة ولو من باب
كونها سنة .
ومنها : أن لسان نفي الإعادة في القاعدة يناسب النظر إلى من يريد تصحيح
صلاته بعد الاتيان بها وكونه في مقام الامتثال لأوامر المولى وقد ابتلي بذلك بعد
أدائها ، لا من أول الأمر ، وإلا كان الأنسب التعبير بعدم أصل الجزئية أو الشرطية بعد
فرض وحدة الواجب .
ومنها : أن سياق الامتنان والتخفيف أيضاً لا يناسب الاطلاق لحالات العلم
والعمد عرفاً .
والحاصل من مجموع هذه النكات وغيرها يستفاد أن القاعدة علاج لتصحيح ما
وقع ممن يريد الامتثال ، لا ما يراد إيقاعه أو ما وقع من العاصي العامد .
فتكون صورة العلم والعمد خارجة عن القاعدة جزماً ، لا من جهة عدم صدق
الإعادة في موردها ليمنع ذلك ويقال باطلاقتها في مورد العمد في لسان نفس
الروايات البيانية كثيراً ، بل بالنكات الثبوتية والاثباتية المذكورة .
وأما صورة التردد المنجز على المكلف - لولا القاعدة - كما إذا شك في وجوب
السورة قبل الفحص ، أو الشك المقرون بالعلم الاجمالي بنجاسة ثوبه ، أو كونه مما
لا يؤكل لحمه فصلّى فيه رجاءً . فالانصاف أنه أيضاً ملحق بالعلم والعمد من حيث
عدم شمول القاعدة له لتمامية النكته الإثباتية فيه على الأقل كما لا يخفى .

كما لا إشكال في أنّ القدر المتيقن شمول القاعدة لموارد السهو أو النسيان في الموضوع ، وأمّا نسيان الحكم فقد ألحقه بعضهم بالجهل ؛ لأنه نحو جهل بالحكم فعلاً وإن كان يرتفع بمجرد الالتفات ، وأمّا الجهل بالحكم أو الموضوع بمعنى العلم بالصحة واقعاً أو ظاهراً على أساس أصل أو أمانة ثم ينكشف الخلاف فقد حكم المشهور بعدم جريان القاعدة فيه ، وفصل بعض أساتذتنا العظام ﷺ في الجاهل بين المقصّر فلا يجري في حقه القاعدة ، والقاصر فتجري في حقه .

والظاهر أنّ مقصوده من الجاهل المقصّر الأعم من التردد والشك المنجز أو العلم بالصحة نتيجة الإهمال والتقصير في المقدمات .

وما يمكن أن يذكر في المنع من التمسك باطلاق القاعدة لحالات الجهل أحد

وجوه :

الوجه الأول : أنّ النسبة بين القاعدة وبين إطلاق أدلة الجزئية والشرطية للقيود غير الركنية العموم من وجه بعد فرض خروج صورة العمد عن القاعدة تخصصاً وخروج النسيان عن أدلة الجزئية والشرطية بتعذر الامتثال ، فلا وجه لتقديم القاعدة عليها .

وفيه :

أولاً : النسبة بينهما عموم وخصوص مطلق ؛ لأنّ أدلة الجزئية والشرطية لها إطلاق لتمام الحالات ؛ لكونها أحكام وضعية يمكن أن تثبت حتى في حالات التعذر فضلاً عن الجهل والنسيان ، بل حتى إذا كان مفادها التكليف قد عرفت أنّ الصحيح فعليته في موارد النسيان كالجهل ، وإطلاق الخاص مقدّم على إطلاق العام .

وثانياً : حكومة دليل القاعدة على أدلة الاجزاء والشرائط ؛ لكونها ناظرة إلى ما ثبت اعتباره من قيود الصلاة لتفصل بين ما هو فرض منها وما هو سنّة ، وإطلاق الحاكم مقدّم على إطلاق المحكوم ولو كان بالعموم من وجه .

وثالثاً: لو فرض التعارض والتساقط في صورة الجهل ، كان المرجع فيه الأصول العملية المؤمّنة أيضاً بناءً على جريانها في الواجبات الارتباطية حيث يشك في ثبوت الجزئية والشرطية في حقه وعدمه .

الوجه الثاني: المنع عن إطلاق القاعدة بلحاظ عقد المستثنى منه ؛ لأنها متعرّضة لبيان أهمية الأركان الخمسة في المستثنى ، نعم يكون صورة السهو والنسيان هو القدر المتيقن من عقد المستثنى منه ، فتشمله القاعدة جزماً بخلاف حالات الجهل .

وفيه : منع ظاهر ؛ فإنّ القاعدة متعرّضة لنفي الاعادة أولاً عمّا عدا الخمسة ، بل تقييدها لأدلة الجزئية والشرطية إنّما يكون بلحاظ عقد المستثنى منه ، وأمّا عقد المستثنى فيه فهو تأكيد لما ثبت بأدلتها من إطلاق الاعتبار ، فدعوى العكس هو الأولى .

الوجه الثالث : استظهار لحوق الجهل بصورة العمد في لزوم الاعادة من بعض الروايات المتقدمة نفسها ؛ فإنّ بعضها بعد أن بيّنت التفصيل في اعتبار قيود الصلاة بين ما يكون فرضاً وما يكون سنّة ، رتبت على ذلك التفصيل بين من ترك ذلك متعمّداً فتجب عليه الاعادة ، ومن نسي فلا شيء عليه كما في صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم المتقدمتين .

وورد في معتبرة منصور بن حازم في من صلّى المكتوبة فنسي أن يقرأ : « أليس قد أتممت الركوع والسجود ؟ » قلت : بلى ، قال : « قد تمّت صلاتك إذا كان نسياناً (ناسياً) » ^(١) وغيرها من الروايات .

والاستدلال بها قارة يكون بالتمسك باطلاق العمد فيها لصورة الجهل حيث يكون الترك فيها عمدياً ؛ إذ العمد لغة هو الفعل أو الترك مع الالتفات إليهما وإن كان

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٩ ، ب ٢٩ من القراءة في الصلاة ، ح ٢ .

منشأه الجهل بالحكم ، فيكون العمد بنفسه شاملاً للجهل أيضاً خصوصاً مع جعله مقابل النسيان .

هذا في صحيح زرارة ، وأما رواية منصور فبإطلاق المفهوم فيها ، وحيث إن هذه الروايات واردة في الاجزاء غير الركنية التي هي سنة في الفريضة وناظرة إليها ، فتكون بحكم الأخص من المطلقات كصحيح زرارة « لاتعاد الصلاة إلا من خمس » ولو فرض التعارض بنحو العموم من وجه كان المرجع أيضاً إطلاقات الشرطية والجزئية .

وأخرى يكون بتقريب آخر لا يتوقف على إطلاق العمد لحالات الجهل ولا إطلاق المفهوم في رواية منصور ، وحاصله : إن ورود عنوان النسيان في لسان هذه الروايات مع وضوح وحدة الجعل وكونها كروايات القاعدة ناظرة إلى مطلب واحد بحكم التعليل فيهما معاً يوجب حمل المطلقات عليها ، وأن المقصود من نفي الاعادة في هذه الأخبار جميعاً إنما هو نفيها في حالة الاخلال بها نسياناً وإلا يلزم إلغاء قيد النسيان والسهو الوارد فيها .

وقد يجاب عن الاول بأن الظاهر من عنوان العمد هو العلم ، فلا يشمل صورة الجهل . وقد يستشهد لذلك بما ورد في صحيح زرارة في الجهر في موضع الاخفات وبالعكس من نفس التعبير ، أي من فعل ذلك متعمداً فقد نقض صلاته وعليه الاعادة ، فإن فعل ذلك ناسياً أو ساهياً أو لا يدري فلا شيء عليه ، وقد تمت صلاته ^(١) مما يعني أن صورة عدم العلم والجهل مقابل للعمد ، وكذلك صورة النسيان الشامل لنسيان الحكم مع الالتفات إلى ترك الموضوع .

هذا ، ولكن الصحيح أن العمد إذا اضيف إلى عنوان الفعل أو الترك فظاهره صدور ذلك الفعل أو الترك عنه بالالتفات والاختيار سواء كان حكمه معلوماً أم مجهولاً ،

(١) راجع : الوسائل ٤ : ٧٦٦ ، ب ٢٦ من القراءة في الصلاة ، ح ١ و ٢ .

فالعلم بالعنوان شرط في تحقق العمدية دون العلم بالحكم . نعم ، لا يصدق تعمّد الحرام أو ترك الواجب إذا كان جاهلاً بالحكم ، وأما تعمّد ترك القراءة مثلاً أو الاخفات فيها فلا يتوقف صدقه على العلم بوجوبهما ، والحديث المذكور لا يكون شاهداً على ارادة ذلك في سائر الموارد .

وقد يجاب عن مثل صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم بحمل العمد فيهما على مطلق مايقابل العذر ، وعن معتبرة منصور بن حازم بانكار المفهوم فيها ؛ لأن فرض النسيان جاء في كلام السائل ، فيكون جواب الامام عليه السلام عن خصوص تلك الفرضية ، فالشرطية مسوقة لبيان الموضوع المفروض في السؤال لا المفهوم . ويرد عليه : أمّا بالنسبة إلى معتبرة منصور فبأنّ ظاهر جواب الامام بيان كبرى كلية وقضية حقيقية ، فتكون الشرطية ظاهرة في المفهوم لا محالة .

هذا ، مضافاً إلى أنّه بالامكان تبديلها بمعتبرة علي بن جعفر : « ... وإن كان نسي فلا بأس » ^(١) الوارد فيه الشرطية في كلام الامام عليه السلام .

وأما بالنسبة إلى عنوان العمد فبأن الحمل المذكور بحاجة إلى قرينة ودليل ، وإلا كان ترك فعل عن التفات إليه عمدياً وإن لم يعلم حكمه وكان معذوراً في الترك ، ومن هنا يكون من أفطر بتخيّل دخول المغرب متعمّداً في إفطاره وإن كان معذوراً ، فيجب عليه القضاء .

والانصاف إنّ المستفاد من مجموع روايات الباب بحسب المتفاهم العرفي منها ومن التعبير فيها بأن القراءة أو ماعدا الأركان سنّة أو سنّة في الفريضة أنّ الاخلال غير العمدي بها بمعنى السهو عن الاتيان به أو نسيانه الشامل لصورة نسيان حكمه أو الجهل بمعنى عدم العلم والدراية به من دون تعمّد وتقصير في ذلك يكون معفوّاً عنه ، فكأنها تجعل الميزان أن لا يعتمد ترك السنّة ومخالفتها كما أنّها لا تريد ما

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٧ ، ب ٢٧ من القراءة في الصلاة ، ح ٥ .

يؤدّي إلى المنع عن لزوم تعلّمها بحيث تشمل الجهل عن تقصير ، فإنّ هذا خارج عن مساقها وما فرض فيها من المفروغية عن ثبوت أصل الجزئية ولزوم الاتيان بالسنة كالفريضة .

وعليه فلا إطلاق لحديث « لا تعاد » لصورة الجهل عن تقصير بملاحظة مجموع الروايات والتعابير فيها ، كما لا إطلاق للتعبير بالترك العمدي في هذه الروايات للجاهل بالحكم الملتفت إلى ترك الفعل والموضوع إذا كان معذوراً ولا يدري بالحكم .

وقد يشهد له صحيح زرارة المتقدم حيث عطف عدم العلم والدراية على النسيان والسهو ، بل عطف النسيان على السهو أيضاً في جملة من الروايات مما يعني أنه لا خصوصية للنسيان أو السهو . ومنه يعرف عدم صحة التقريب الثاني المتقدم من لزوم حمل المطلق على المقيد ؛ فإنّ ذكر السهو والنسيان خصوصاً بقرينة المقابلة بينها وبين التعمّد يناسب ما ذكر لا الموضوعية .

وقد يؤيد أو يشهد على ما ذكرناه أيضاً ما ورد في صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : « إنّ الله فرض من الصلاة الركوع والسجود ، ألا ترى لو أنّ رجلاً دخل في الاسلام لا يحسن أن يقرأ القرآن أجزاءه أن يكبر ويسبح ويصلي » ^(١) .

فإنّ لسان هذه الرواية نفس لسان صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم - الطائفة الثانية من أخبار الباب - من حيث الدلالة على أنّ الركن المفروض من قبل الله في الصلاة إنّما هو الركوع والسجود وسائر الاجزاء ستّة في الفريضة ، ومن هنا كان الاخلال بها لعذر غير قادح في صحة الصلاة . وموردها وإن كان الجاهل بالقراءة بنحو يوجب عجزه عن الاتيان بها إلا أنّ المستفاد منها بقرينة الصدر الوارد في سائر روايات القاعدة أيضاً وبحسب السياق إعطاء القاعدة الكلية ، وهي عدم قدح

(١) الوسائل ٤ : ٧٣٥ ، ب ٣ من القراءة في الصلاة ، ح ١ .

الاخلال بغير ما فرضه الله إذا كان عن عذر ، فتكون الرواية بنفسها من أدلة قاعدة « لاتعاد » في الاجزاء إذا ضممناها إلى سائر روايات القاعدة ، فهذا الوجه لا ينفي شمول القاعدة لحالات الجهل بالحكم لا عن تقصير .

الوجه الرابع : ما ذكره الميرزا رحمته في وجه اختصاص القاعدة بصورة السهو والنسيان وعدم شمولها لصورة الجهل ، وقد اختلفت تعبيرات الاصحاب في تقرير مقصوده ، ومن هنا فنحن نحتمل في كلامه احتمالين ، فهذا الوجه يمكن تقريره بأحد بيانين :

البيان الأول :

إن القاعدة باعتبار نفيها للاعادة تكون ظاهرة في النظر إلى المورد الذي يكون الأمر فيه - لولا القاعدة - متعلقاً بإعادة الصلاة ، وهذا لا يكون إلا بعد فرض سقوط الأمر الأول عن المكلف ، والأمر كان بنفسه مقتضياً للامتنال بلا نشوء أمر بالاعادة وفي موارد الجهل كالعمد حيث يكون التكليف بالاكتر فعلياً ، فيجب عليه الاكتر بالأمر الاول وبعنوانه ، لا بعنوان الاعادة فإنها لازم عقلي لبقاء الأمر ، فلا موضوع للأمر بالاعادة فيه لنفيها بالقاعدة ، وهذا بخلاف موارد النسيان والسهو حيث لا يعقل الأمر فيها بالفعل المنسي ، فإذا كان له أمر باعتبار دخل الجزء المنسي في الفرض كان لا محالة أمراً بالاعادة .

وفيه :

أولاً : لا نسلم ظهور القاعدة في إرادة نفي الأمر بالاعادة بعنوانها أي تأسيساً ، بل مقتضى إطلاقها نفي الاعادة مطلقاً سواء كان من جهة أمر تأسيسي بها أو من جهة بقاء الأمر الأول المستلزم لصدق الاعادة على الامتنال ، بل الأمر الجديد أيضاً لا يلزم أن يكون بعنوان الاعادة ؛ إذ يمكن أن يكون بعنوان الأكثر ، فالقاعدة تنفي لزوم الاعادة سواء كان من جهة بقاء الأمر الاول بالاكتر أو من جهة أمر جديد به ، ولازمه ارتفاع الجزئية والشرطية في الحالتين .

هذا ، مضافاً إلى أنّ نفي الاعادة ابتداءً إرشاد إلى نفي الجزئية والشرطية لا نفي الأمر ، والجزئية أو الشرطية إطلاقاً لموارد الجهل والنسيان على حدّ واحد .

وثانياً : إنّ الأمر بالاعادة تأسيساً لأمعنى له في نفسه حتى في موارد النسيان والتعذر ، وإنّما هو إرشاد إلى بقاء الأمر الأول وعدم سقوطه ، أمّا إذا قلنا بأنّ النسيان غير رافع للتكليف واقعاً وأنّ حاله حال الجهل المركّب كما هو الصحيح فواضح ، وأمّا على القول الآخر فأيضاً كذلك ؛ لأنّ متعلّق التكليف إنّما هو جامع الفعل بين الحدين ، وهو مقدور للمكلّف وإن فرض طرو النسيان أو العجز في جزء الوقت ، لأنّ القدرة على بعض أفراد الجامع قدرة على الجامع من غير فرق بين الأفراد الطولية أو العرضية ، كما أنّ التكليف بالجامع بين الأفراد الطولية يعقل فعليته وتوجهه إلى المكلّف من أول الأمر كما في الواجب المعلّق ، نعم لو قيل باستحالة الواجب المعلّق فلا بدّ من سقوط التكليف في زمان العجز ثم نشوئه بعد ارتفاع العذر ، ولكنه لا موجب له كما هو مقرّر في الأصول .

البيان الثاني :

إنّ أدلّة الجزئية والشرطية كما لها إطلاق لموارد العمد والقدرة كذلك لها إطلاق لموارد العجز والتعذر ، غاية الأمر إطلاقها الأول يثبت تعلّق الأمر بذلك الجزء أو الشرط وفعلية الأمر بالاكتر عليه ، بينما الاطلاق الثاني يثبت سقوط الأمر بأصل الفعل وعدم وجوبه حتى ضمن الأقل على المكلّف ، وإنّما قد يجب عليه عندئذٍ الاعادة أو القضاء بعد ارتفاع العذر ، وقاعدة « لا تعاد » ناظرة إلى الاطلاق الثاني في أدلّة الاجزاء والشرائط لا الاطلاق الأول ، فهي تدل على عدم دخل الجزء أو الشرط المتعذر أو المنسي في هذا الحال ، وأنّ الأقل صحيح ووافٍ بالغرض .

والوجه في دعوى الميرزا رحمته اختصاص القاعدة بتقييد الاطلاق الثاني في أدلّة الجزئية والشرطية إمّا يكون باعتبار أنّ لسان القاعدة وإن كان بعنوان نفي الاعادة إلّا أنّ هذا إرشاد إلى رفع الجزئية باعتبار لزوم ثبوتها للاعادة ، فيكون من قبيل

الكنايات التي يطلق فيها اسم المسبب ويراد به السبب ، وهذا إنما يصح إذا كان المسبب معلولاً مباشراً لذلك السبب ، وهذا إنما يكون في مورد الإطلاق الثاني لدليل الجزئية لا الأول ، أي في مورد لا يكون إطلاق الأمر بالجزء فعلياً وإلا كانت الاعادة فيه من جهة عدم الامتثال المستلزم لبقاء الأمر الأول ، وليس مسبباً مباشرة من إطلاق الجزئية .

وإن شئت قلت : إنَّ العلة والسبب التام للاعادة في مورد الإطلاق الأول مجموع أمرين : إطلاق الجزئية وعدم الامتثال ؛ لأن المفروض القدرة على الامتثال فيه ، فإطلاق الجزئية فيه ليس إلا جزء السبب ، فلا يكون مساوياً مع الاعادة وسبباً تاماً لها ليصح إطلاق اسم المسبب وإرادة السبب إثباتاً أو نفياً ، وهذا بخلاف موارد النسيان والعذر ، فإنَّ الاعادة فيها مسبب من إطلاق الجزئية مستقلاً بلا حاجة إلى ضمنية لعدم التمكن من الاتيان بالاكتر وعدم الأمر به ، فتكون الجزئية أو الشرطية وحدها سبباً تاماً للاعادة ، فيمكن إرادة نفيها بلسان نفي مسببها المباشر .

أو يكون الوجه في الاختصاص أنَّ أدلة القاعدة حيث تفترض بنفسها الأمر بالاجزاء غير الركنية واعتبارها في الصلاة ولو بعنوان كونها سنة ، فلا يمكن أن يكون النظر فيها إلى نفي الجزئية في مورد فعلية الأمر بها وإمكان امتثالها ؛ لأنَّها تفترض ذلك وتأمّر به ، فكيف تنفيه ؟ ! وهل هذا إلا شبه تناقض عرفاً ؟ ! فلا بدَّ وأن يكون نظرها مصروفاً إلى نفي الجزئية في مورد لو ثبتت لسقط الأمر بأصل العمل وهو مورد النسيان والعذر حيث يدور الأمر فيه بين سقوط أصل التكليف أو الاكتفاء بالأقل لوفائه بالملاك وعدم دخل المنسي فيه في هذا الحال ، فتكون القاعدة مثبتة لذلك من دون مناقضة مع كون ذلك الجزء أو الشرط واجباً لا بدَّ من الاتيان به في حالات التمكن .

وهكذا تكون القاعدة مقيدة لإطلاق الجزئية أو الشرطية لحالات العذر وعدم الأمر باتيانها بحيث تكون نتيجة الإطلاق المذكور سقوط أصل الواجب ، لا إطلاقها

لحالات عدم العذر وإمكان الأمر بالجزء أو الشرط ، والذي تكون نتيجته فعلية التكليف بهما .

ويرد عليه :

أولاً : ما تقدم من أنه مبني على القول بسقوط التكليف بالجزء المنسي في حال النسيان مع أنه ممنوع إمّا مطلقاً كما هو الصحيح ، أو في خصوص موارد ارتفاع العذر في أثناء الوقت ؛ لأن الواجب إمّا هو الجامع بين الافراد الطولية ، وهو مقدور للمكلف ، ولا يشترط في تكليفه بالجامع إمكان تمام الافراد في حقه ، من دون فرق في ذلك بين الافراد الطولية في عمود الزمان أو العرضية في زمان واحد ، فإذا كان المكلف غير قادر على فعل في أول الوقت ولكنه ارتفع عذره في أثناؤه كان مكلفاً بالفريضة من أول الأمر ، لا أنه يكلف به بعد ارتفاع العذر ، فلا موضوع لأصل هذا التفصيل بين الاطلاقين في المقام .

وثانياً : لو سلمنا ذلك مع ذلك لا وجه لدعوى اختصاص القاعدة بنفي الاطلاق الثاني لأدلة الجزئية ؛ للمنع عن كلتا الدعويين المتقدمتين ، حيث إنّ نفي الاعادة إرشاد إلى نفي منشأها الشرعي ، وهو إطلاق الجزئية والشرطية كلّما كانت الاعادة مستندة إليه ، وهذا يكون في المورد الذي قد أتى المكلف بالفعل ناقصاً ، فأصل الامتنال متحقق منه ، فلا محالة تكون الاعادة مستندة إلى إطلاق الجزئية والشرطية في حقه ، فهذا هو مصحح الارشادية أو الكناية المذكورة ، وهي محفوظة في حالتي السهو والجهل على حدّ سواء .

وما قيل من أنّ الاعادة مترتبة على إطلاق الجزئية لحالات النسيان أو العذر وحده بخلاف حالات العمد والجهل فغير تام ؛ إذ الاعادة في كلتا الحالتين مترتبة على إطلاق الجزئية وعدم الاتيان بالجزء ، غاية الأمر ، هذا متحقق في حالات العذر قهراً وبلا اختيار ، بخلافه في حالات الجهل ؛ فإنه متحقق بالاختيار ، ثم ليعلم أنّ صدق الاعادة متوقف على ضمّ شيء آخر أيضاً في الحالتين ، وهو الاتيان

بالأقل ، وإلا لم يكن أمر بالاعادة ولم يكن الاتيان بالأكثر بعد ارتفاع الجهل أو النسيان يسمى إعادة ، فالمصحح لاطلاق الاعادة إثباتاً ونفيّاً وإرادة سببها وهو الجزئية ، تحقق الأقل دون الأكثر حيث يكون سبب الاعادة عندئذٍ إطلاق الجزئية ، فيمكن أن تنفي بلسان نفي الاعادة ، وهذا نسبته إلى حالات النسيان والجهل بل والعمد أيضاً على حدّ واحد .

كما أنّ ما ذكر من لزوم التناقض عرفاً من إطلاق القاعدة لموارد فعلية الأمر بالجزء أو الشرط التي تدل القاعدة بنفسها على فعلية الأمر فيها وثبوت الجزئية ممنوع ؛ فإنّ ما تفترضه القاعدة ليس بأكثر من ثبوت الجزئية في الجملة لنفي إطلاقها لتمام الحالات حتى حالات التوجّه إلى العمل بعد الاتيان به بانياً على الصحة ، فالحاصل فرض الصحيحة للجزئية في غير الخمسة ولو من باب السنّة فرض لها في الجملة من أجل تحديدها وتقييدها بحالات العمد وما يلحق به ، وليس في هذا أي تناقض لا عقلاً ولا عرفاً .

نعم ، هذا التناقض العرفي قد يدّعى على القول باطلاق القاعدة لموارد الجهل ، بمعنى التردّد وتنجّز الواقع ، والذي تقدم إلحاقها بصورة العلم والعمد .

الوجه الخامس : ما ذكره بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله من أنّ القاعدة في نفسها وإن كانت مطلقة وشاملة لصورتي الجهل والنسيان معاً ، ولكنه لا بدّ من تقييد إطلاقها وإخراج خصوص صورة الاخلال بالجهل عن تقصير عنها ؛ وذلك لدليلين :

١ - الاجماع القطعي القائم على إلحاق المقصر بالعامد والمؤيّد بإطلاق ما ورد في أخبار التعلّم من أنّه يقال للعبد يوم القيامة هلّا عملت ؟ فيقول : ما علمت ، فيقال : هلّا تعلّمت ؟ ^(١) .

٢ - إنّ عدم إخراج صورة الجهل عن تقصير يستلزم لغوية أدلّة اعتبار الاجزاء

(١) انظر : أمالي الطوسي : ٩ ، المجلس الأوّل ، ح ١٠ .

والشرائط غير الركنية وما فيها من الأمر بالاعادة ؛ لندرة صورة الترك والاخلال عن علم وعمد .

وكلا الوجهين قابل للمناقشة ؛ إذ تحصيل الاجماع التعبدي في مثل هذه المسألة التي فيها روايات مختلف في تفسيرها مشكل ، ولو فرض فقدرة المتيقن الجاهل المتردد الذي يكون محكوماً عليه بالاحتياط حين العمل كما ذكرنا ، لا من كان يبنى على صحة عمله ولو لجهله وعدم تعلّمه ، كما أنّ إطلاق أخبار التعلّم فرع تنجّز التكليف نتيجة جهله ، وهو فرع عدم الاطلاق في دليل القاعدة لحالات الجهل وإلاّ كان بنفسه دليلاً على شرطية العلم بالجزئية في فعليتها ، فمع عدمه لا موضوع للتكليف والتنجّز والتقصير ، وهذا يعني أنّ إطلاق تلك الاخبار يستحيل أن يكون مقيداً للقاعدة ومانعاً عنها للزوم الدور ، بل الأمر بالعكس ؛ فإنّ إطلاق القاعدة وارد عليها ورافع لموضوعها .

نعم ، لو فرض ورود الأمر بالتعلّم في مورد الاجزاء والشرائط غير الركنية للصلاة فقد يشكل دلالة الاقتضاء على لزوم تعلّمها حتى في حال الجهل ، ولكن تلك الاخبار واردة بشكل عام في التكليف الشرعية كما هو واضح .

كما أنّ الوجه الثاني وهو دعوى ندرة الاخلال عن علم وعمد يرد عليه :
 أولاً : منع الصغرى لكثرة موارد الاخلال العمدي لعجلة ونحوها خصوصاً بناءً على ماتقدم من أنّ موارد الجهل والتردد المنجّز شرعاً أو عقلاً ملحقه بالعلم والعمد .
 وثانياً : لو فرض فلا يمنع عن التمسك بإطلاق القاعدة وتقييد دليل الجزئية ؛ لأنّها تكشف عن شرطية العلم بالمخالفة في جزئيتها ، وليس مثل هذا التقييد مستهجناً ولا بعزير في أدلّة الاجزاء والشرائط المبيّنة للحكم الوضعي ، وليس الميزان في استهجان التقييد قلة أفراد المقيد في الخارج بل معقولة ذلك التقييد ، وهذا في باب الجزئية والشرطية ونحوها من الاحكام الوضعية لا استهجان فيه ؛ لأنّ مقتضى الجمع بين الدليلين عندئذٍ شرطية العلم في الجزئية والشرطية .

وإن شئت قلت : إن ندرة الافراد قد يفرض مانعاً في باب الاوامر التكليفية التي يكون المراد منها البعث والتحريك نحو العمل ، لا في باب الاحكام الوضعية التي لها إطلاق حتى لموارد التعذر والعجز .

وثالثاً : لو سلم عدم إمكان تقييد دليل الجزئية بصورة الترك العمدي - أي عن علم - فهذا يوجب وقوع التعارض بين القاعدة وأدلة الجزئية ؛ لأنها تستلزم الغاءها ، والحاكم المستلزم لإلغاء المحكوم معارض معه ، وعندئذ لا وجه لتقديم دليل القاعدة على دليل الجزئية حتى في صورة النسيان أو الجهل القصورى ، بل لابد إما من تقديم دليل الجزئية على القاعدة لو قيل بعدم شموله لحالات النسيان ، فتختص القاعدة بصورة النسيان فقط ، أو لزوم التعارض والتساقط والرجوع في غير مورد العلم بالجزئية إلى الأصل المؤمن ، وأما تقييد دليل الجزئية بغير صورة الجهل القصورى والنسيان وتقييد دليل القاعدة بغير صورة الجهل التقصيري ، فهذا يكون من قبيل الجمع التبرعي بين الدليلين المتعارضين ، ومجرد كون أحدهما حاكماً على الآخر بحسب لسانه لا يصحح الجمع التبرعي بينهما إذا فرض التعارض بينهما ؛ لكون الحاكم يوجب إلغاء المحكوم ، وهذا واضح .

نعم ، لو كان المقصود المنع عن إطلاق دليل القاعدة لموارد الجهل عن تقصير بعد فرض ظهورها في عدم إلغاء أصل الجزئية رأساً لم يرد هذا الاشكال .
وأوضح بطلاناً من الوجهين ما ذكره بعض الباحثين للقاعدة من أن إطلاقها لموارد التقصير يوجب التعجيز أو التفويت للمصلحة على المكلف ، وهو قبيح .
هذا بناءً على استفادة العزيمة من نفي الاعادة ، وإلا بأن استفدنا الرخصة لزم التخيير بين الاجتزاء بالناقص مع رضاه بالعقاب وبين الاعادة فراراً عن المؤاخذة ، وهو تخيير مستهجن للغاية ، بل ليس تخييراً ، وإنما هو أمر بالاعادة ، وهو خلف مفاد القاعدة ^(١) .

(١) انظر : حديث «لا تعاد» بقلم محمد هادي معرفة : ٤٣ - ٤٤ .

فإنّه يرد عليه :

أولاً: قد عرفت أنّه لو فرض إطلاق الحديث لحالة الجهل كان معناه تقييد الجزئية بصورة العلم بها ، فلا موضوع للتقصير والعقوبة كسائر الشرائط المشروطة بالعلم ؛ لأن ظاهر القاعدة تقييد أدلة الجزئية بالملاك الأول من الملاكين المتقدمين في المقدمة .

وثانياً: لو افترضنا أنّ مفادها نفي الاعادة الأعم من كونه بملاك تقييد الجزئية أو عدم إمكان استيفاء تمام الملاك ، فهذا التفويت ناشئ من المكلف نفسه في حالة تقصيره ، وهو معذور في حالة قصوره ، وأي محذور في ذلك ثبوتاً أو إثباتاً ؟ ! كيف ! وقد حكم المشهور بذلك في الجهر والتمام .

ودعوى أنّه خلاف الامتنان مدفوعة بأنّ الامتنان في نفي الاعادة عليه بعد أن فرض عدم إمكان استيفاء الملاك بسوء اختياره ، وهذا واضح ، على أنّ الامتنان أساساً يناسب الملاك الأول لا الثاني كما لا يخفى .

وثالثاً: لا ربط لمسألة العزيمة والرخصة بالمقام ، بل المسألة مربوطّة بتشخيص ملاك نفي الاعادة كما ذكرنا ، فلو كان بالملاك الأول فلا موضوع للتقصير والعقوبة ، ولو كان بالملاك الثاني فالمكلف معاقب على تركه للجزء جهلاً بسوء اختياره رغم عدم وجوب الاعادة عليه ، والرخصة في الاعادة ليست بمعنى استيفائه لتمام الملاك لكي يلزم منه ارتفاع العقوبة كما توهم ، وإنّما تعني مشروعية الاعادة رغم عدم استيفائها للملاك الفائق بتمامه ، كما أنّ القاعدة لا دلالة لها لا على الرخصة ولا العزيمة ؛ لما تقدّم من أنّها تدلّ على الارشاد إلى تقييد إطلاق الجزئية والشرطية وتخصيصها بحالات العمد . وأمّا مشروعية الاعادة مع صحة الصلاة المأتي بها فبحاجة إلى دليل آخر ، فحال هذه القاعدة حال سائر أدلة الاجزاء والشرائط إثباتاً أو نفيّاً .

وهكذا يتّضح أنّ الصحيح ما تقدم في التعليق على الوجه الثالث من أنّ المستفاد

من ملاحظة مجموع روايات الباب اختصاص القاعدة بموارد العذر في ترك الجزء غير الركني ، سواء كان لنسيان أو سهو أو جهل بالموضوع أو الحكم بنحو يكون معذوراً ، فلا يشمل الجاهل المقصّر بترك تعلّم الصلاة وأحكامها .

الجهة الثانية :

في شمول القاعدة للاخلال بغير الاجزاء والشرائط بعد وضوح شمولها لهما قطعاً ولو من جهة كون الخمسة المذكورة بعضها من الاجزاء وبعضها من الشرائط ، فالبحث في غيرها كالاخلال بالزيادة أو بأحد الموانع الأخرى ، وهي ما اعتبر وجوده مانعاً عن صحة الصلاة ، أو الاخلال بشرائط الاجزاء - كشرائط الركوع والسجود - أو بالقواطع ، أمّا الزيادة فالبحث عنها مبني على فرض قاذبية الزيادة وإبطالها للصلاة المستفادة إمّا من بعض الاحاديث الدالة على أنّ « من زاد في صلاته فعليه الاعادة » - كما في موثقة أبي بصير - أو المستفادة من نفس الاخبار البيانية المحددة للاجزاء والشرائط ؛ فإنّه قد تتشكل فيها دلالة عرفية مقامية على لزومها بحدّها وعدم صحة الاضافة عليها كما في الركوع والسجودتين ، فإنّ دليل لزوم ركوع واحد وسجودتين في كل ركعة قد يقال بدلائلها على مانعية الزيادة على ذلك وإلا لم يكن وجه للتحديد المذكور .

وعلى كل حال البحث هنا حول عموم القاعدة للموانع بمعنى شمول إطلاق المستثنى منه لها كالزيادة في المورد الذي يثبت دليل على قاذبيتها ، فيكون مقتضاها عدم إعادة الصلاة من الزيادة في أجزائها مطلقاً إلا ما ثبت بدليل آخر خروجه عنه ، كما في زيادة الركعة أو الركوع أو مجموع سجودتين من ركعة على ما سوف يأتي الحديث عنه .

فقد يقال بعدم شمول القاعدة للخلل من ناحية الزيادة وغيرها من الموانع أصلاً حتى في غير الأركان ؛ لظهورها في نفي الاعادة من ناحية نقصان جزء أو شرط معتبر في الصلاة ، لأنها ذكرت ما فرضه الله سبحانه في الصلاة وما هو سنّة فرضه

النبي ﷺ ، فهي تنظر إلى الاتيان بالامور اللازمة في الصلاة والخلل الحاصل من عدم الاتيان ببعضها ؛ ولهذا فرّع في بعض الروايات على ذلك بقوله ﷺ : « فمن ترك القراءة متعمداً أعاد الصلاة ، ومن نسي فلا شيء عليه » ^(١) فالمقدّر هو الشيء الذي أخلّ به المكلف ، فلم يأت به ، فلا يشمل الاخلال الناشئ من الاتيان بالزيادة أو أي مانع آخر .

وقد يقال بالاطلاق وشمول الخلل من ناحية الزيادة والنقيصة معاً ؛ لأنّ المقدّر في القاعدة مطلق الخلل ، فكأنه قال : لاتعاد الصلاة من الخلل الواقع فيها إلا من ناحية الاخلال بأحد الخمسة ؛ إمّا لاستظهار ذلك ابتداءً أو بالاطلاق بملاك أنّ حذف المتعلّق يفيد العموم .

وقد يفصل بين زيادة أحد الخمسة - والمعقول فيه الزيادة منها خصوص الركوع والسجود - وبين الزيادة في غيرها ، فالأول مشمول لعقد المستثنى في الحديث لا المستثنى منه ، بل قد يجعل إطلاق المستثنى دالاً على مبطلية الزيادة في الأركان أيضاً كالأدلة الخاصة الدالة على ذلك ، إلا أنه متوقف على كون الحديث في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى أيضاً ، والثاني مشمول للقاعدة ، لأننا إذا استظهرنا أنّ المقدّر هو مطلق الخلل من ناحية الأجزاء والشرائط فما يكون منه مربوطاً بالاركان الخمسة يدخل في عقد المستثنى الذي تعاد الصلاة منه بخلاف ما يكون داخلاً في عقد المستثنى منه ، والمقدّر في العقدين لابد وأن يكون أمراً واحداً ، فإذا كان مطلق الاخلال حتى بالزيادة فكذلك في المستثنى أيضاً .

وقد يقال بالاجمال وعدم تعيين أن يكون المقدّر الشيء أو مطلق الخلل ، والاطلاق بملاك حذف المتعلّق ممنوع كبرى على ماحققناه في محله ؛ لأنّ الاطلاق ينفي أخذ القيد مع المفهوم ولا يعين ماهو المفهوم المأخوذ في موضوع

(١) الوسائل ٤ : ٧٦٦ ، ب ٢٧ من القراءة في الصلاة ، ح ١ .

الحكم ، بل بالاطلاق لا يمكن إثبات التعميم للشروط أيضاً لولا كون بعض الخمسة من الشروط كالطهور والوقت والقبلة ، ومن هنا يقتصر على الاخلال بالاجزاء والشروط فقط . بل قد يقال بأن الاطلاق في المقام غير معقول ؛ لأن عقد المستثنى أضيف فيه الاعادة إلى نفس الخمس ، فقليل : لاتعاد إلا من خمسة ، فيكون المستثنى منه أيضاً نفي الاعادة من غير الخمس ، ومقتضى الأصل عدم التقدير وعدم أخذ مفهوم اسمي زائد على نفس الخمس وغيرها من الاجزاء ، بل لابد وأن يؤخذ الوجود الذي هو مفهوم حرفي كما هو ظاهر هذه التراكيب أو العدم إذا لم يمكن أخذ الوجود كما في المقام حيث لا معنى لفرض الاعادة من الخمس بمعنى وجودها ، وحيث لا جامع بين الوجود والعدم ، فيتعين إرادة العدم بنحو المعنى الحرفي ، فتختص القاعدة بالنقيصة .

والتحقيق شمول القاعدة للاخلال بكل ما هو معتبر في الصلاة سواء كان من قبل النقيصة أو من قبل الزيادة وسواء سمي المعتبر جزءاً أو شرطاً أو عدم مانع ، وذلك ما يمكن تقريبه بأحد بيانات :

البيان الأول :

دعوى الفهم العرفي بحسب المناسبات وإلغاء العرف لكيفية الاعتبار وصيغته الوضعية ودخلها في مثل هذا الحكم ؛ لأنّ المهم بحسب نظره إتيان الوظيفة وتفريغ الذمة من ناحية الصلاة المأمور بها ، فيكون تمام همه ونظره عدم الاخلال بما هو معتبر فيها ، وهذا يجعل المتفاهم من « لاتعاد » نفي الاعادة من ناحية الاخلال بكل ما هو معتبر في الصلاة غير الأركان الخمسة ، وهذا يعني أنّ المقدّر مطلق الخلل فيما يعتبر في الصلاة ، فكأنه قال : لاتعاد الصلاة من الخلل فيما يعتبر فيها إلا إذا كان الخلل في أحد الخمسة أو يكون التقدير كل ما يوجب الاعادة ، فكأنه قال : لاتعاد الصلاة مما يوجب الاعادة والبطلان إلا ما يوجب بطلان أحد الخمسة ، وليس المقدّر الترك ولا العدم ولا الوجود فضلاً عن مفهوم الجزء والشرط .

البيان الثاني :

إنّ مفاد القاعدة المطابقي وإن كان هو نفي الاعادة إلا أنّ ذلك كناية أو إرشاد إلى مدلول آخر تصوري أو تصديقي على الأقل هو المقصود بالافهام عرفاً ، وهو صحة العمل المأتي به إذا كان تاماً من ناحية الأركان الخمسة ، وهذا لازمه العقلي انتفاء الجزئية أو الشرطية أو المانعية لسائر الاجزاء ، وهذا يعني أنّ المقدّر بحسب المدلول التصوري والاستعمالي للفظ وإن كان عبارة عن مفهوم الشيء - لكون الاستثناء مفرّغاً بحاجة إلى تقدير - إلا أنّ ذلك كناية وإرشاد إلى صحة العمل المأتي به إذا كان حافظاً للأركان الخمسة ، فلا نحتاج إلى إجراء الاطلاق في مفهوم الشيء وإرادة الجزئية منها تارة أو هي مع الشرطية اخرى أو هما مع المانعية ثالثة ليقال بأن الاطلاق لا يمكن أن يفي بذلك ، وإنّما الاطلاق نجريه في المدلول الآخر ، وهو صحة العمل المحفوظ فيه الأركان الخمسة ؛ لأنه المقصود التصديقي الكنائي أو الارشادي من الكلام بحسب الحقيقة ، ومقتضى إطلاقه نفي كل مايعتبر في الصلاة لامحالة سواء كان جزءاً أو شرطاً أو عدم مانع ، وأمّا المقدّر في المدلول التصوري الأولي فليس إلا مفهوم الشيء ، وبهذا لا يكون هناك تقدير بالدقة في مجرى الاطلاق .

البيان الثالث :

إننا ذكرنا فيما سبق بأنّ القاعدة معلّلة في أكثر رواياتها بأنّ غير الخمسة إنّما لا تعاد الصلاة منها ؛ لكونها سنّة وليست بفرض الله بخلاف الخمسة ، وهذا يعني أنّ الميزان في الاعادة وعدمها كون الخلل فرضاً أو غير فرض ، فما لا يكون فرضاً سواء كان اعتباره بنحو الجزئية أو الشرطية أو عدم المانع مشمول لنكتة هذا التعليل وعمومه حتى لو فرض اجمال عنوان « لا تعاد » أو عدم شموله له ، فإنّ العلّة تعمّم الحكم لأوسع من مورد التعليل .

وهكذا بأحد هذه البيانات الثلاثة يتضح أنّه لا ينبغي التشكيك في عموم القاعدة

للاخلال بترك جزء أو شرط أو زيادة ما يكون مانعاً ، أي عمومته للاجزاء والشرائط والموانع ومنها الزيادة .

هذا كله مضافاً إلى أن المانعية ترجع إلى شرطية العدم ، فإن استيفيد من ذكر بعض الشروط في عقد المستثنى شمول القاعدة للاخلال بنقصانها مطلقاً وبلا احتمال فرق بين شرط وشرط ، رجع الاخلال بفعل المانع إلى الاخلال بنقصان الشرط دائماً ، نعم لو كان منشأ توهم الاختصاص أخذ مفهوم الترك أو النقصان المضاف إلى الاجزاء والشرائط الوجودية في التقدير فقد لا يشمل المستثنى منه للاخلال بالزيادة إلا أن هذا التقدير لا موجب له كما عرفت .

ومما ذكرنا ظهر وجه الضعف فيما ذكره البعض من أن عدم ذكر غير الاجزاء والشرائط في الخمسة المستثناة وكذلك في التعليل الوارد في ذيل القاعدة ، قرينة على عدم شمول المستثنى منه للزيادة وللموانع الاخرى للزوم كون المستثنى من سنخ المستثنى منه وإلا كان منقطعاً وهو خلاف الظاهر .

فإنه يرد عليه :

أولاً : أن الانقطاع إنما يحصل لو كان المستثنى منه غير شامل للمستثنى ، لا ما إذا كان عنواناً عاماً شاملاً له ولغيره ، وهو عنوان كل ما يعتبر في الصلاة سواء كان جزءاً أو شرطاً أو عدم مانع ، وهذا واضح ، ولعل المستدل تصور أن المقدّر مفهوم الجزئية والشرطية ، وهو واضح الفساد ، كيف ! وهذه انتزاعات عقلية وليست شرعية أصلاً ، وإنما الشرعي الأمر بالاجزاء والقيود سواء كانت وجودية أو عدمية .

وثانياً : ما عرفت من أن هذا اللسان كناية أو إرشاد إلى صحة الصلاة المأتي بها والمحفوظ فيها الأركان الخمسة التي فرضها الله تعالى ، ولازم إطلاق ذلك نفي كل أمر آخر معتبر في الصلاة في حال السهو ، ومجرد ذكر التشهد أو القراءة أو التكبير - وظاهره التكبير المستحب لا الواجب كما ذكرنا سابقاً - كأمثلة لا يكون دليلاً على الاختصاص بذلك ، وهذا واضح .

ثم إنَّ الزيادة للاركان هل تكون داخلية في عقد المستثنى منه أو المستثنى أو غير داخل في شيء منهما ؟ وجوه :

ذكر بعض الأعلام أنَّ المقدّر إذا كان خصوص الاخلال بالنقيصة فلا تدخل الزيادة للاركان وغيرها لا في عقد المستثنى ولا المستثنى منه ، وإن كان المقدّر هو الاخلال بالنقيصة أو الزيادة في طرف المستثنى منه فقط دون المستثنى ، حيث قد يستظهر منه أن الصلاة تعاد من عدم حفظ أحد الخمسة ونقصانها لا زيادتها ، فيدخل ذلك في عقد المستثنى منه ، ومعه تكون القاعدة دالّة على نفي الاعادة منها لولا الأدلّة الخاصة ، إلّا أن هذا التفكيك بلا موجب ؛ فإنّه إذا كان المقدّر مطلق الاخلال في طرف المستثنى منه كان هو المقدّر في طرف المستثنى أيضاً ، فتكون الزيادة في الأركان مشمولة لعقد المستثنى دون المستثنى منه ، فتجب الاعادة منها ^(١) .

وهذا الكلام غير تام ؛ فإنَّ المقدّر في عقد المستثنى منه ليس عنوان النقيصة والزيادة المضافين إلى ذوات الاجزاء غير الركنية ، بل المقدّر - على تقدير القول به - مطلق الاخلال بما يعتبر في الصلاة أو مطلق ما يوجب الاعادة ، فزيادة الجزء إخلالها ليس من ناحية الاخلال بذلك الجزء المعتبر فيها ، بل من ناحية إخلال الزيادة بأصل الصلاة وأخذ عدمها قيداً فيها ، وهكذا الحال بالنسبة إلى زيادة الركن ؛ فإنّها مخلّة بالصلاة لا بذلك الركن من دون أن يلزم عدم تطابق المقدّر في طرف المستثنى والمستثنى منه ليقال بأنّه خلاف الظاهر .

هذا لو فرض أخذ التقدير في المدلول التصديقي ، وأمّا بناءً على البيان المتقدم ممّا فالأمر أوضح حيث يكون مفاد القاعدة أنّه كلّما حفظت الصلاة من ناحية الأركان بأن جاء المكلف بما فرضه الله ولم يخلّ بها فالصلاة صحيحة ، وهذا لازمه

(١) انظر : مستند العروة الوثقى (للسيد الخوئي) ٦ : ٥١ .

نفي قاذحية كل خلل آخر مأخوذ عدمه في الصلاة ، ومنها الزيادة سواء كانت من الاجزاء الركنية أو غير الركنية أو من غيرها .

ومما ذكرنا ظهر أنّ هذه النقطة غير مربوطة بكون القاعدة في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى ؛ فإنها حتى إذا كانت في مقام البيان ، فهي في مقام البيان من ناحية لزوم إعادة الصلاة إذا وقع إخلال بالركن المأمور به لا إخلال بالصلاة من ناحية الزيادة فيها المأخوذ عدمها شرطاً في صحتها ، فإنّ هذا داخل في عقد المستثنى كسائر ما يعتبر عدمه شرطاً في صحتها .

نعم ، لو كان المدعى تقدير مفهومي النقيصة والزيادة في طرفي المستثنى والمستثنى منه كان مقتضى إطلاق المستثنى مبطلية زيادة الركوع والسجود ، إلّا أنّ هذا بلا موجب ، ومجرد كون الاستثناء مفرغاً لا يقتضي ذلك ، كما أنّ تقدير الوجود أو العدم المضافين إلى ذوات الخمسة بلا إضافة أي مفهوم اسمي إليه يستوجب أن يكون المقدّر إمّا العدم أو الوجود ؛ لاستحالة الجمع بينهما معاً بلا ضمّ مفهوم آخر ، وحيث إنّ الإخلال بالعدم مندرج ومشمول للقاعدة فلا يكون لها إطلاق لأصل الزيادة لا في عقد المستثنى ولا المستثنى منه ، فيكون هذا موجباً آخر لاختصاص القاعدة بالإخلال بالنقيصة فقط كما ذكرنا ، وقد فرغنا عن بطلانه وإن العرف حتى بناءً على فرض التقدير في لسان القاعدة يتوسّع ويرى المقدّر مطلق الإخلال بما يعتبر في الصلاة أو مطلق ما يوجب الاعادة في نفسه ، فلا تعاد الصلاة ممّا يوجب إبطال الصلاة إلّا ما يوجب إبطال أحد الخمسة ، أو لاتعاد الصلاة من الإخلال بما يعتبر في الصلاة إلّا الإخلال بأحد الخمسة ، وعلى كلا التقديرين تدخل الزيادة حتّى للركن في عقد المستثنى ؛ لأنها مائعة عن صحة أصل الصلاة لا الركن .

نعم ، ينبغي في المقام تفصيل آخر سوف نشير إليه بعد قليل ، هذا كله في عموم القاعدة للزيادة والموانع كالاخلال بالاجزاء والشرائط .

وأما الإخلال بأجزاء الأجزاء أو شرائطها أو ما يعتبر فيها فالظاهر شمول القاعدة

لها أيضاً فيما هو معتبر في غير الأركان مطلقاً ، وأمّا الأركان فإذا كان ما يعتبر فيه غير دخیل في صحة ذلك الركن ، أي كان من قبیل الواجب في ضمنه كالذكر حال الركوع والسجود أو الطمأنينة حال الذكر فهذا بحسب الحقيقة ليس شرطاً للركن ولا جزءاً له ، وإنّما هو ممّا يعتبر في الصلاة ولكن موضعه ومحلّه الركن ، فيكون الاخلال به لا عن عمد مشمولاً لعقد المستثنى منه في القاعدة . وأمّا ما يكون شرطاً أو مقوماً لنفس الركن كوضع الجبهة على الأرض في السجود أو كون موضعه ممّا يصح السجود عليه فلا تجري القاعدة في الاخلال به ولو كان سهواً ؛ لأنه داخل في عقد المستثنى ، فلا يشمل المستثنى منه ؛ إذ المقصود من القاعدة - كما أشرنا - أنّه كلّما حفظت الصلاة من ناحية الأركان الخمسة فلا إعادة ، فلا بدّ من انحفاظ الأركان الخمسة لا بمسمياتها اللغوية ، بل بما هي فرائض مأمور بها شرعاً ، أي لا بدّ من صحة الصلاة من ناحيتها ، فإذا كان شيء معتبراً في صحتها وأخلّ بها المكلف ولو سهواً لم تكن محفوظة ولا الصلاة صحيحة من ناحية أمر الركن ، فلا تشملها القاعدة ؛ لأنها تصحيح للصلاة من ناحية غير الأركان كما هو واضح .

وبهذا ظهر وجه ما أفتى به بعض المحققين المتأخرين ^(١) خلافاً للمشهور بطلان الصلاة بالاخلال ولو سهواً بالسجود على ما لا يصح السجود عليه بخلاف الاخلال سهواً بالذكر في السجود والركوع أو الطمأنينة حال السجود والركوع أو الذكر .

كما أنّه ظهر ممّا بيّناه أنّ زيادة الركن أو الترتيب بين الركنين إذا اعتبر شرطاً في صحة الركن بأن كان المأمور به كفرض في الصلاة الركوع الواحد في كل ركعة بقيد الوحدة أو السجدين كذلك وأن يكون الركوع قبل السجود كان داخلاً في عقد

(١) انظر : المنهاج (للسيد الخوئي) ١ : ١٤٦ و ٢٢٦ - ٢٢٧ . المنهاج (للسيد الحكيم) ١ : ٢٠٢ ،

م ٢٣ و ٣١٦ - ٣١٧ ، وراجع التعليقات .

المستثنى لا المستثنى منه ؛ لأنّ الاخلال بذلك ولو سهواً إخلال بأحد الخمسة لا محالة ، فالزيادة للأركان إن كان عدمها قيداً في الركن نفسه ومن شرائط صحته كان داخلاً في المستثنى من القاعدة وإلا بأن كان قيداً في أصل الصلاة وصحتها كان داخلاً في عقد المستثنى منه ، ولا إشكال أنّ عنوان من زاد في صلاته فعليه الاعادة يكون ظاهراً في أخذ عدم الزيادة شرطاً في صحة الصلاة لا أكثر . ولا أقل من الاجمال ، فلا يثبت شرطيته في نفس الاجزاء والأركان ، فيكون مقتضى إطلاق أدلة الجزئية تحقق ذلك الجزء الركني أو غيره ولو كان معه زيادة ، فيكون الاخلال في الصلاة من ناحية الزيادة لا نقيصة ذلك الجزء .

وهذا المطلب تترتب عليه ثمرات عملية منها المقام ، وسوف نعود إلى هذه النقطة في بعض الابحاث القادمة ، وهذا هو التفصيل الذي قلنا إنّهُ سوف يأتي في زيادة الركوع والسجود .

وممّا ذكرنا ظهر وجه الفساد فيما ذكره بعض في المقام من التفصيل بين ما إذا كان الاخلال بشرائط الأركان غير الدخيلة في قوامها وصدق حقيقتها فيدخل في عقد المستثنى منه فلا تعاد منه الصلاة ، وبين ما يكون دخيلاً في قوامها كوضع الجبهة على الارض في السجود فإنه لا سجود بدون ذلك حقيقة فيدخل في عقد المستثنى وتعاد منه الصلاة^(١) .

فإنّ هذا التفصيل لا مبرّر له بعد أن كانت أدلة القاعدة واضحة ، بل بعضها صريح في لزوم حفظ الصلاة من ناحية الركوع والسجود وعدم الاخلال بما فرضه الله الذي لا يكون إلا بحفظ شرائط صحة الركن أيضاً سواء كانت دخيلة في قوامه وصدق مسماه أم لم تكن ، وليس المقصود تصحيح الصلاة بمجرد الركوع والسجود ولو لم يكن كما أمره الله تعالى .

(١) القواعد الفقهية ١ : ٨٤ .

وإن شئت قلت : إنها ليست في مقام بيان أن الفرض مطلق الركوع أو السجود وأنه لا يعتبر فيهما شيء آخر ، وإنما هي في مقام بيان عدم رافعية النسيان أو الجهل لجزئيهما ولزومهما في الصلاة ، وهذا واضح .
ومثله في الضعف دعوى أن مقتضى عموم التعليل « السنة لا تنقض الفريضة » شمول المستثنى منه للاخلال بشرائط الركوع والسجود ؛ لأنها مجعولة بالسنة لا بالكتاب ^(١) .

فإنه يرد عليه : أن المراد بالفرض ما فرضه الله الذي هو أمر ثبوتي ، وبالسنة ما فرضه النبي ﷺ ، وليس المراد وروده في الكتاب أو الحديث كأمرين إثباتيين ، وأدلة شرائط الركوع والسجود تكون مفسرة لما هو فرض الله فلا تكون سنة .
هذا كله مضافاً إلى كفاية احتمال ذلك في الاجمال وعدم إمكان التمسك باطلاق المستثنى منه في القاعدة لما يكون من شرائط أحد الأركان الخمسة ، فيكون مقتضى القاعدة لزوم الاعادة .

ومن مجموع ما تقدم يتضح أن القاعدة تشمل الاخلال غير العمدي بالأجزاء والشرائط غير الركنية وكذلك بالموانع ، ومنها الزيادة المأخوذ عدمها في الصلاة أو في جزء غير ركني ، كما تشمل الاخلال غير العمدي بشرائط الاجزاء غير الركنية وبالأجزاء الواجبة ضمن الأركان من دون أن تكون شرطاً في صحة ذلك الركن .

نعم ، نستثنى من الشرائط خصوص الشرط الذي ثبت اعتباره في الصلاة أو في الاجزاء غير الركنية بقاعدة الامتناع العقلية كما في شرطية إباحة مكان المصلي حتى إذا فرض عدم رجوعها إلى إباحة محل السجود التي تكون شرطاً في الركن ؛ وذلك لأن مثل هذا الشرط دليله كما يقتضي تقييد إطلاق الجزئية والشرطية

(١) انظر : كتاب الخلل (للسيد الامام) : ٢٩ .

والأمر بهما بخصوص الفرد المباح كذلك يقتضي تقييد إطلاق القاعدة بذلك ؛ لما تقدّم من أنّ ظاهر القاعدة تقييد أدلة الجزئية والشرطية بخصوص حال العمد والكشف عن أنّ متعلّق الأمر هو الجامع بين الواجد للشرط في حال العمد وفاقده في غيره ، والمفروض أنّ هذا ممتنع مع فقد هذا الشرط ، أي في المكان المغصوب ، فمثل هذه الشروط الثابتة عقلاً في متعلّقات الأوامر الشرعية بقاعدة امتناع الاجتماع لا يمكن تصحيح الصلاة من ناحيتها حتى بالقاعدة .

نعم ، لو فرض ارتفاع الحرمة صحت الصلاة من ناحية هذا الشرط ، إلاّ أنّه من الواضح أنّ لسان القاعدة لا يمكن أن يستفاد منه رفع الحرمة عن المكان المغصوب ؛ لكونها ناظرة إلى التكليف بالصلاة لا غيره من التكاليف ، اللهم إلاّ بناءً على مبنى المشهور في مورد نسيان الغصب بالخصوص ، حيث تكون الحرمة مرتفعة واقعاً ، فتصح الصلاة للإباحة الواقعية ، ولكنك عرفت الاشكال فيه .

كما أنّه لو فرض أنّنا لم نستظهر من دليل القاعدة تقييد الجزئية والشرطية وبالتالي توسعة الأمر لمورد الاخلال بل مجرد نفي الاعادة في موارد الخلل ولو من باب تحقق الملاك واستيفائه أمكن التمسك باطلاقه لموارد الصلاة في المغصوب جهلاً أو نسياناً ؛ لأنّ النكتة العقلية للامتناع إنّما تمنع عن تعلّق الأمر به لا اشتماله على الملاك ، ولكنه خلاف الظاهر ؛ لما تقدّم من أنّ مفاد القاعدة النظر إلى مفاد خطاب الأمر بالصلاة فهي تدلّ على صحة المأتي به الناقص لبعض القيود غير الركنية من باب كونه مصداقاً للمأمور به وأن الجزئية أو الشرطية للقيود المنسي أو المجهول مقيدة بحال الذكر ، ومثل هذا المفاد كإطلاق أصل الأمر بالصلاة مقيد لبّاً بأن لا يكون ضمن الفرد المحرم بناءً على الامتناع .

ومنه يظهر ما في فتوى السيد الاستاذ الخوئي رحمته الله من الحكم بصحة الصلاة في السائر المغصوب جهلاً بعد فرض الاتحاد وبطلان الصلاة فيه مع العلم بالغصب مما يظهر أنّ مدركه التمسك بالقاعدة .

لا يقال : لا مانع من إطلاق القاعدة لهذه الموارد والشروط ويكون مفادها رفع شرطية اللباس والأمر الضمني به ، لا شرطية إباحته مع فعلية الأمر به لكي يلزم الامتناع .

فإنه يقال : هذا وإن كان ممكناً ثبوتاً ، ولكنه لا يمكن استفادته من إطلاق القاعدة إثباتاً ؛ لأنها تنفي جزئية أو شرطية ما يكون منسياً أو مجهولاً لا أكثر ، وفي المقام شرطية اللباس أو الأمر الضمني به ليس منسياً أو مجهولاً ، وإنما المنسي أو المجهول شرطية إباحته بنحو الشبهة الحكمية أو الموضوعية ، وهي لا يمكن رفعها عقلاً مع فعلية الأمر باللباس ، فتدبر .

وأما القواطع فالمراد بها إن كان ما أخذ عدمه شرطاً أو وجوده مانعاً رجع إلى المانع والشرط فتشمله القاعدة ، وإن أريد به ما يكون ماحياً لصورة الصلاة ومخرجاً للمكلف عنها كالفعل الكثير والفصل الطويل ونحو ذلك فلا تشمله القاعدة ولو حصل سهواً ؛ لأنها ناظرة إلى فروض الاخلال بما يعتبر في الصلاة بعد فرض تحقق أصلها وعنوانها .

وإن شئت قلت : إن الاخلال ولو السهوي بما يكون ماحياً لصورة الصلاة والاتصال بين الأجزاء اللاحقة والأجزاء السابقة يوجب الخلل في شرط صحة الأجزاء الركنية المتأخرة لا محالة ؛ لأن المأمور به هو الركوع أو السجود في الصلاة لا خارجها ، فيوجب الخلل في الأركان ، وهو غير داخل في عقد المستثنى منه كما تقدم .

الجهة الثالثة :

في شمول القاعدة لموارد الاضطرار والاكراه على ترك جزء أو شرط :
فظاهر كلمات الميرزا رحمته شمول القاعدة لذلك أيضاً ، بل تقدم منه أن القاعدة ناظرة إلى نفي إطلاق الجزئية والشرطية في موارد استلزامه لسقوط التكليف والأمر الأول ، وهي تمام حالات العذر .

واعترض على ذلك بعض الباحثين^(١) بأن: « هذا كلام غريب ؛ لأن المقصود من شمول الحديث للمضطر هل هو شموله قبل شروعه في العمل المضطر إلى ترك جزء منه أو شرطه ، أم بعد عمله ذاك ؟ فإن كان الثاني فكيف صح له الدخول في العمل وهو يعلم بأنه عاجز عن الاتيان به تاماً وفق المأمور به ؟ ! فلا بد له من مستند آخر مثل قوله « لا تترك الصلاة بحال » الذي جَوَّز له الدخول في العمل الناقص ، وبما أنَّ التكليف الاضطراري لو كان فهو تكليف واقعي ثانوي ، فالاجتزاء به في مقام الامتثال يكون وفق القاعدة من دون حاجة إلى التمسك - في مقام الاجتزاء - بحديث « لا تعاد » . وإن كان الأول - أي شموله قبل شروعه في العمل - فهذا بعيد عن متناول دلالة ظاهر الحديث غاية البعد ، وذلك لأنَّ ظاهره كونه علاجاً للعمل بعد الالتفات إلى إتيانه ناقصاً والاكتفاء به في مقام الامتثال بدلاً عن الكامل الذي غفل عنه ، ومن ثم لم يشمل الملتفت قبل العمل كالعائد بالترك مع علمه بالاعتبار » .

ثم أضاف : « ولم نعهد فقيهاً تمسك بحديث « لا تعاد » تصحيحاً لصلاة من يكون مضطراً إلى ترك القيام أو السجدة أو عارياً . . . ونحو ذلك ، بل مستمسكهم في ذلك حديث « لا تترك الصلاة بحال » وبالأدلة الخاصة الواردة بشأن بعض هذه الأحوال ، ومن ثم استغربنا تعبير من عبّر بشمول حديث « لا تعاد » للمضطر ! »^(٢) .

والظاهر أنه وقع خلط للباحث المذكور فالمرزا رحمته الله لا يريد التمسك بالقاعدة لإثبات الأمر بالأقل في موارد تعذر جزء أو شرط في حال التعذر والاضطرار أو الاكراه ، وإنما يريد التمسك بها لنفي الاعادة فيما إذا ارتفع العذر في أثناء الوقت بعد

(١) حديث « لا تعاد » بقلم محمد هادي معرفت : ٤٦ - ٤٧ .

(٢) المصدر السابق : ٤٧ .

ما كان يعتقد صاحبه عدم زواله أو يعتقد جواز البدار وصحة عمله وأنّ وظيفته حين العذر هو الأقل ؛ فإنّ مقتضى إطلاق أدلة اعتبار ذلك الجزء أو الشرط في حق مثل هذا المكلف إذا زال عذره لزوم الاعادة بعد ذلك ، فيقال بأنّ مقتضى إطلاق القاعدة صحة العمل حتى بعد زوال العذر وعدم لزوم الاعادة إذا لم يكن الناقص ركناً ، وهذا قد أفتى به جملة من الفقهاء والمحققين في رسائلهم العملية .

والحاصل : ليس المقصود إثبات الأمر بالأقل في حق العاجز عن أداء بعض الأجزاء أو الشروط ؛ فإنّه لا إشكال في أنّ مدرّكه حديث « لا تترك الصلاة بحال » أو قاعدة الميسور أو الأدلة الخاصة ، وإنّما المقصود التمسك بالقاعدة لنفي الاعادة في مورد الاتيان بالفعل الاضطراري باعتقاد أنّه تكليفه الواقعي ولو من جهة توهم استمرار العذر الى آخر الوقت ثم انكشف خلافه وارتفاعه في أثناء الوقت ، فإنّه عندئذ تجري القاعدة لنفي الاعادة - التي يقتضيها إطلاق جزئية أو شرطية الأمر المتروك اضطراراً - إذا كان الناقص من غير الأركان ، وهذا بالدقة تمسك بالقاعدة بلحاظ الجهل واعتقاد أنّ وظيفته وظيفة المضطر ، لا بلحاظ الاضطرار .

ومثله ما إذا اعتقد أنّه مضطر أو مريض لا يمكنه القيام كثيراً لقراءة الحمد فكبر حال القيام ثم جلس للقراءة ثم قام للركوع وبعد ذلك انكشف له أنّه مشتبّه وكان متمكناً من القيام ، وهذا من الجهل بالموضوع بحسب الحقيقة .

ولعل الذي أوجب هذا الخلط ظهور كلمات بعض مقرري بحث الميرزا رحمته في الاطلاق وأنّه كلما لزم سقوط الأمر من إطلاق الجزئية في مورد أمكن رفعها باطلاق القاعدة ، مع أنّ المفروغ عنه في كلمات الميرزا رحمته أنّ كل إطلاق للجزئية يستلزم منه سقوط الأمر الأول ونشوء أمر بالاعادة يكون هو المنفي بالقاعدة ، وهذا إنّما يكون في خصوص مورد ارتفاع العذر في الانتفاء والالتفات بعد الاتيان بالناقص ، فليس النظر الى أصل الاضطرار جزءاً .

ثم إنّّه لو فرض الاتيان بأحد الخمسة بنحو الوظيفة الاضطرارية ثم تبين عدم

الاضطرار أو ارتفاع العذر في الإثناء لزم الإعادة ، ولا يمكن تصحيح ما أوقعه القاعدة ؛ لأن الإخلال هنا بحسب الحقيقة بأحد الخمسة بعد فرض التمسك باطلاق دليل الأمر الاختياري بالخمسة ، فدخل في عقد المستثنى لا المستثنى منه ؛ لأنه لم يحفظ ماهو وظيفته من ناحية الخمسة ، لأننا ذكرنا بأن القاعدة ليست في مقام بيان ماهو الركن وما هو شرائطه في نفسه ليمسك باطلاق المسمى في عقد المستثنى ، وهذا واضح .

الجهة الرابعة :

لا يشترط في جريان القاعدة الفراغ عن الصلاة ، بل يكفي تجاوز محل التدارك ، وذلك بالدخول في الركن أو انتهاء الفعل الذي يجب فيه المنسي ، كمن نسي الذكر في الركوع أو السجود حتى رفع رأسه ، لأن الإعادة تصدق في ذلك أيضاً ؛ إذ لا يشترط فيها أن يكون العمل السابق كاملاً ، بل قد عرفت أن المدلول التصديقي للقاعدة نفي الجزئية أو الشرطية في حال الإخلال غير العمدي به إذا كان تداركه مستلزماً لبطلان العمل المأتي به المعبر عنه كناية بالازمه وهو الإعادة ، فالإطلاق للخلل الواقع في الإثناء المستلزم تداركه لإعادة العمل لا غبار عليه .

لا يقال : غاية ما تقتضيه القاعدة صحة العمل وعدم وجوب الاستئناف لاسقوط جزئية ذلك الجزء المنسي كالقراءة ، فيجب الاتيان بها بمقتضى دليل جزئيته ، غاية الأمر يكون الساقط هو الترتيب بينه وبين الركن الذي دخل فيه ، فيجب الاتيان بالقراءة لمن نسيها بعد الركوع .

فإنه يقال : إنما يصح ذلك فيما إذا لم نستظهر أن موضع القراءة ومحلها قبل الركوع كالذكر حاله وإلا لم يصح التمسك باطلاق جزئية ذات القراءة في الصلاة ؛ لأن الدليل إنما دلّ على جزئيتها في موضع مخصوص لا جزئيتها وشرطية الترتيب بينها وبين سائر الاجزاء كما ثبت ذلك في مثل التشهد والسلام ، ولعله لأجل ذلك كان فيهما قضاء بخلاف القراءة والذكر .

وإن شئت قلت : إنَّ دليل جزئية القراءة لا يدلُّ على جزئية ذات القراءة للصلاة أينما وقعت لئتمسك باطلاقه .

ومنه يظهر وجه عدم شمول القاعدة للخلل الواقع في الاثناء مع إمكان تداركه ؛ لعدم تجاوز المحل ، فإنَّ إطلاق دليل اعتباره يقتضي جزئيته ولا تنفيها القاعدة ولا لزوم الترتيب والاكتفاء بما جيء به - كالسورة قبل القراءة - لاختصاصها بنفي ما يلزم من اعتباره إعادة العمل ، وهو غير لازم إذا لم يلزم زيادة ركن ، فيجب التدارك لا محالة وبعد ذلك يجب الاتيان بما جيء به قبله من الاجزاء المترتبة عليه كالسورة في المثال ويكون ما أتى به من السورة قبل الحمد زيادة غير عمدية .

لا يقال : لماذا لا يحكم بسقوط شرطية الترتيب والاكتفاء بالسورة التي جيء بها أولاً ، وبذلك يرتفع موضوع الزيادة ، فلا تكون تلك السورة زيادة أصلاً .
فالحاصل كون السورة المأتي بها أولاً زيادة غير عمدية فرع بقاء الأمر بإتيان السورة بعد الحمد ، وهو فرع عدم سقوط شرطية الترتيب ، وإلا لم تكن زيادة ، فيقع التعارض بين إطلاق شرطية الترتيب وإطلاق مانعية الزيادة ، حيث إنَّ ثبوتها معاً يستلزم منه بطلان العمل المذكور ، والقاعدة نسبتها الى الاطلاقين على حدِّ واحد ، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق مانعية الزيادة بدليل القاعدة دون العكس ، وبعد التساقط لا يبقى دليل على وجوب إعادة السورة .

فإنَّه يقال : إطلاق دليل مانعية الزيادة في المقام متعيّن للسقوط ؛ لأنَّ أمره دائر بين التخصيص والتخصص ، فلا يمكن التمسك به لإيقاع المعارضة مع إطلاق دليل شرطية الترتيب ، وهذا واضح .

الجهة الخامسة :

في عموم القاعدة لنفي القضاء حين الاخلال بغير الخمسة كالاعادة :
وقد استدلل على ذلك بعض المحققين تارة : بحمل الاعادة في القاعدة على

المعنى اللغوي لا الاصطلاحي الفقهي المقابل للقضاء ، فيشمل مطلق تكرار العمل ولو بعد الوقت .

وأخرى : بالفحوى العرفية والفقهية فإنه إذا كانت الاعادة في الوقت منفية بالاخلاق بالاجزاء غير الركنية فالقضاء خارج الوقت منفي بالاولوية .
وثالثة : بأن نفي الاعادة في داخل الوقت يوجب ارتفاع موضوع القضاء خارجه (١) .

ونلاحظ على ذلك بأنه تارة يفرض البحث في من التفت في الانتفاء إلى الخلل في صلاته فلم يعدها عملاً بالقاعدة ولكنه يحتمل أنه إذا خرج الوقت وجب عليه القضاء ، وأخرى يفرض أنه التفت إلى الخلل خارج الوقت .

والوجوه الثلاثة المذكورة تختلف من حيث مورد الحاجة إلى كل منها بين الفرضيتين ، فالوجه الثالث إنما يتم في خصوص الفرض الأول حيث يقال بعد أن جرت القاعدة في الوقت تثبت صحة الصلاة واقعاً ، ومعه لا موضوع للأمر القضائي ؛ لأنه متفرع على عدم الاتيان بالفريضة صحيحة ، فالقاعدة تكون رافعة لموضوع القضاء . ولا مجال في هذه الفرضية للوجهين الاولين ؛ لأن التمسك بالمداول المطابق للقاعدة وبلحاظ الاعادة بمعناها الاصطلاحي الخاص . وإنما يحتاج إليهما في الفرضية الثانية أي من يلتفت إلى الخلل في صلاته بعد الوقت ، والذي هو المهم في المقام ؛ إذ الفرضية الاولى هي القدر المتيقن من دليل القاعدة ، والتي لا إشكال في أن القاعدة مصححة فيها للعمل ونافية لأية تبعة فيها على المكلف إعادة أو قضاء .

وعندئذ لا يتم الوجه الثالث ؛ لأن انتفاء موضوع الأمر بالقضاء فرع تصحيح الصلاة الواقعة في الوقت ، فإذا لم تكن القاعدة دالة إلا على صحة الصلاة الملتفت

(١) انظر : العلامة الأملي في رسالته من تقريرات الصلاة ٢ : ٤٢٠ ، ط - مؤسسة آل البيت عليه السلام .

إلى خللها داخل الوقت ولو باعتبار ظهور الاعادة على لسان الشارع في معناها الشرعي لا اللغوي العام أو إجماله على الأقل فلا رافع لموضوع الأمر بالقضاء كما هو واضح .

وأما الفحوى العرفية فدعواها في مثل هذه الاحكام التعبدية التوقيفية عهدتها على مدّعيها .

ودعوى : إنّ القاعدة مصحّح واقعي للعمل ؛ لكونها مقيدة لأطلاق أدلة الجزئية والشرطية .

مدفوعة : بأنّ هذا لا ينافي عدم شمول القضاء ، فإنّها تصحح وتقيّد بمقدار مفادها لا أكثر ، فإذا كان مفادها التصحيح في المورد الذي يلزم من إطلاق الجزئية والشرطية الأمر بالاعادة شرعاً لا الأمر بالقضاء ، فلا يشمل الملتفت إلى نقصان عمله بعد خروج الوقت ؛ لأنّ إطلاق الجزئية والشرطية في حق مثله لا يلزم منه الأمر بالاعادة بل بالقضاء .

وهذا واضح خصوصاً على مبنى القوم من ارتفاع التكليف في مورد النسيان واقعاً لا ظاهراً .

والصحيح في مقام الجواب عن هذه الشبهة أن يقال إذا أنكرنا رافعية النسيان للتكليف واقعاً فالأمر واضح ، حيث إنّ التكليف بالجزء المنسي فعلي في الوقت لولا القاعدة ، فيكون مكلفاً بالاعادة كالجاهل ، فتشمله القاعدة ؛ لكونها نافية للإعادة الواقعية لا الظاهرية التي تصل إلى المكلف ، فإنّه خلف كونها قاعدة تصحيحية واقعية .

وأما على القول الآخر فأيضاً كذلك ؛ لأنّ نفي الاعادة في القاعدة مدلول كنائي - على ما تقدم - لمدلول تصديقي آخر هو المقصود بالذات ، وهو صحة العمل المأتي به واقعاً ، فيكون موضوع القاعدة العمل الناقص المأتي به ، وهذا عرفاً موضوع واحد لا يتكثّر ولا يتعدّد بكون الالتفات إلى نقصانه في أثناء الوقت أو بعد انقضائه ،

فليس المقصود نفي الامر بالاعادة ليقال بأنّ نفيه لا يلزم نفي الأمر بالقضاء ، وإنّما المقصود الإرشاد إلى صحة العمل الناقص إذا لم يكن عن عمد ، وهذا موضوع واحد لا يتعدّد بتعدّد الالتفات إليه بعد الوقت أو أثناؤه ، وليس التفات المكلف إلّا طريقاً لأحراز ذلك .

والحاصل حال هذه القاعدة حال سائر أدلّة بيان الجزئية والشرطية أو نفيها مطلقاً أو في حال السهو والنسيان بلسان الاعادة أو نفيها من حيث كونها ناظرة إلى تحديد ما هو الفريضة في نفسها ، فتكون واردة على أدلّة القضاء على كلّ حال ، فتدبر جيداً .

الخاتمة

فيما توهم منافاته مع القاعدة ممّا هو ثابت فقهياً وبأدلة خاصة والبحث عن ذلك في مقامين :

المقام الأول :

فيما قد يدّعى منافاته مع عقد المستثنى منه في القاعدة حيث إنّّه يدلّ على نفي الاعادة للصلاة كلّما حفظت الأركان الخمسة فيها وإن وقع خلل في غيرها بلا تعمّد .

وإن شئت قلت : إنّ القاعدة تدلّ على انحصار أركان الصلاة في الخمسة المذكورة مع أنّ الثابت فقهياً وجود أركان أربعة أخرى للصلاة ، هي النية وتكبيره الاحرام والقيام حالها والقيام المتصل بالركوع ، فإنّه تبطل الصلاة بنقيصتها ولو سهواً ، وأمّا زيادتها السهوية - فيما يتصور فيه الزيادة السهوية منها - ففيه كلام بين المحققين ، وقد نشير إلى مدركه .

ومن هنا التزم بعض بلزوم تخصيص إطلاق المستثنى منه في القاعدة بالأدلة

الخاصة الدالة على ركنية هذه الأجزاء في الصلاة أيضاً ، والتخصيص باب واسع .
والانصاف أن إطلاق القاعدة من هذه الناحية قد يكون آيباً عن التخصيص ؛ لقوة
لسان الحصر فيها في العموم ، بل التعليل الوارد لذلك في كل الروايات المتقدمة
التي استدللنا بها على القاعدة يستوجب قوة العموم ، فيصعب التخصيص ؛ لأن
الوارد في التعليل التصريح بأنّ السنّة لا تنقض الفريضة ، فكيف نقضتها في هذه
الأربع ؟ !

وما قيل من أنّ هذا العموم ليس عقلياً لكي لا يقبل التخصيص .
جوابه : إنّ إباء العام عن التخصيص لا يتوقف على أن يكون عمومه عقلياً ،
وكأنه وقع خلط بين إباء العام عن التخصيص وبين قاعدة أخرى هي عدم إمكان
تخصيص حكم العقل ، بل كلّما كان العام صريحاً في العموم أو مبيناً لخصوصية
وعلة في موضوع الحكم لا يحتمل التفكيك بين مورد منها ومورد بحيث كان
التخصيص موجباً لالغاء تلك الصراحة أو تلك النكته والخصوصية المعلّل بها كان
مثل هذا الخاص معارضاً مع العام ، لا مخصصاً له على ما تنقح ذلك في محله من
علم الأصول ، إلّا أن الشأن في بلوغ لسان القاعدة هذه الدرجة من الصراحة في
العموم بحيث لا يقبل التخصيص .

والصحيح في حلّ هذا الاشكال أن يقال : بأنّ ثبوت الركنية في هذه الأربع
لا يستلزم تخصيصاً في عقد المستثنى منه في القاعدة أصلاً ؛ لأنّ خروجها عنه
تخصّصي .

أما خروج النية وتكبيرة الاحرام فباعتبار أنّه من دونهما لم يتحقق فعل الصلاة
والشروع فيها بعد ، والقاعدة ناظرة إلى نفي الاعادة بعد الفراغ عن تحقق أصل
الصلاة خارجاً وشروع المكلف فيها ، ولهذا عبّر بـ « لا تعاد » ، وليس المقصود
عدم تحقق الشروع في الصلاة الصحيحة لكي يقال بأنّ القاعدة هي المصححة ، فلا
معنى لأن تؤخذ الصحة في موضوعها ، بل المقصود أنّ المسمى أيضاً من دون النية

والقصد والافتتاح لا يكون متحققاً ، فإنّ الصلاة من المركّبات الاعتبارية المتقوّمة بالقصد والتي جعل الشارع افتتاحها ومبدأها تكبيرة الاحرام ، ومن هنا حملنا التوجّه والدعاء الوارد في بعض الروايات المتقدمة على إرادة هذا المعنى ، أي النية وتكبيرة الاحرام ، فبهما يتحقق أصل المركّب الاعتباري الشرعي المأمور به .

ومما يدلّ على ذلك أيضاً أنّهما مما فرضه الله تعالى وليستا من السنّة كما دلّت على ذلك الروايات المتقدمة . ومن الواضح أنّ قاعدة « لاتعاد » حتى التي ذكرت الخمسة من رواياتها ذكرت عنوان كونها من الفرض كما يدلّ عليه التعليل في الذيل ، وإنّما اقتضرت على الخمسة ؛ لأنها ناظرة إلى الأركان بعد فرض تحقق أصل المركّب الشرعي خارجاً ، فإذا ثبت أن تحققها لا يكون إلّا بالنية والتكبيرة كما أنّهما ممّا فرضه الله ؛ لأنّهما دخيلان في تحقق المسمى أو شروع الصلاة المفروضة وافتتاحها كان وجوب الإعادة من الاخلال بتركهما سهواً خارجاً عن موضوع عقد المستثنى منه في القاعدة لا محالة .

نعم ، لو فرض السهو في طرف الزيادة بأن كبر للاحرام ثانياً - وأمّا النية فلا يعقل فيها الزيادة للزوم استمراريتها - فلا محذور في التمسك باطلاق القاعدة لتصحيح صلاته كما أفتى به بعض المحققين ؛ لتحقيق أصل الصلاة وتكون التكبيرة الزائدة سهواً زيادة منفية بالقاعدة ، ولا دليل خاص على خلاف ذلك وإن اشتهر البطلان في زيادة تكبيرة الاحرام سهواً أيضاً .

ودعوى : أنّ زيادة تكبيرة الاحرام تستبطن قطع السابقة والانصراف عنها ، والصلاة مركّب اعتباري لاحققي ، فيعقل انتفاؤه وإبطاله بذلك .

ممنوعة : خصوصاً في مورد السهو ، ولو سلّم لم يقدح بعموم القاعدة ؛ لأن معناه عدم تحقق الصلاة الصحيحة بذلك ، وقد ذكرنا بأنّ منظور القاعدة تصحيح الصلاة بعد فرض تحقق مسماها الاعتباري خارجاً ، فلا تخصيص للقاعدة على كلّ حال .

وأما القيام فهو ركن حين تكبيرة الاحرام وقبل الركوع - أي المتصل بالركوع - فليس القيام مستقلاً ركناً ، وإنما هو شرط في الركنين المذكورين ، ومن هنا لا يعقل الزيادة فيهما مستقلاً ، وإنما يعقل النقيصة بأن يكبر للاحرام جالساً أو يركع عن جلوس بأن يقوم إلى حد الانحناء ، وبطلان الصلاة بذلك ولو كان عن سهو إنما يكون من جهة بطلان الركن ؛ فإن المستفاد من بعض الروايات - كموتقة عمار عن الصادق عليه السلام : « ... » وكذلك إن وجبت عليه الصلاة من قيام فنسي حتى افتتح الصلاة وهو قاعد ، فعليه أن يقطع صلاته ويقوم فيفتتح الصلاة وهو قائم ، ولا يعتد بافتتاحه وهو قاعد « ^(١) فإن ظاهرها شرطية القيام في الافتتاح - أن القيام حال التكبير شرط في التكبيرة لمن وظيفته الصلاة من قيام ، فإذا أخل به أخل بالتكبيرة المعتبر في افتتاح الصلاة ، فلا صلاة للقائم من دون التكبيرة قائماً ، وقد ذكرنا أن القاعدة لا نظر لها إلى من لم يفتتح الصلاة المفروضة بعد .

وأما القيام المتصل بالركوع فلا دليل على ركنيته إلا الاجماع ، والظاهر أنه من جهة تقوّم مفهوم الركوع بذلك لمن وظيفته القيام ، فيكون الاخلاص به إخلالاً بالركوع الذي هو أحد الخمسة ، وقد تقدم أن القاعدة لا تشمل شرائط الأركان الخمسة خصوصاً ما كان منها دخيلاً في صدق مسماها .

وهكذا يظهر عدم وجود ما ينافي إطلاق عقد المستثنى منه في القاعدة وأن ما ثبت فقهيّاً من الأركان الاخرى منسجم مع إطلاقها تماماً .

نعم ، ما ثبت من لزوم إعادة الصلاة في النجاسة الخبثية إذا كان عن نسيان يكون تقييداً لإطلاق عقد المستثنى منه بناءً على ما استظهرناه من عدم شمول الطهور في المستثنى للطهارة من الخبث .

إلا أن دليل هذا الحكم حيث فصل بين الجهل بالنجاسة ونسيانها فحكم بالصحة

(١) الوسائل ٤ : ٧٠٤ ، ب ١٣ من القيام ، ح ١ .

في الأول دون الثاني يكون مقيداً لإطلاق القاعدة بلحاظ عقد المستثنى منه لا مخصصاً ، بمعنى أنّ الطهارة من الخبث أيضاً سنّة لا تنقض الفريضة إذا خولفت لا عن عمد إلا إذا كان نسياناً لها بعد العلم بأصلها .

المقام الثاني :

فيما يدّعى منافاته مع عقد المستثنى في القاعدة ، حيث ثبت في الفقه صحة الصلاة وعدم لزوم الاعادة إذا أخلّ بالوقت أو القبلة في الجملة مع أنّهما من الخمسة ، كما ثبت عدم البطلان بالاخلال بسجدة واحدة زيادة أو نقيصة ، وهو المسمى عند بعضهم بـ « لا تعاد » الصغير .

ولتوضيح الحال نعقد البحث في نقاط عديدة :

النقطة الأولى :

في أنّ القاعدة هل تكون في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى كالمستثنى منه أم لا ؟

والصحيح : أنّها ليست في مقام البيان من ناحية المستثنى ، بل في مقام بيان المستثنى منه ، أعني تقييد إطلاق الجزئية أو الشرطية لغير الأركان ؛ لأنّ هذا هو المنظور إليه في مثل هذه التراكيب والألسنة لغة وعرفاً بعد ملاحظة تصدير الكلام بنفي الاعادة عمّا عدا الخمس وكون ما هو خلاف القاعدة مفاد عقد المستثنى منه لا المستثنى ؛ فإنّ الاعادة هي الأصل في كلّ إخلال بحيث لا يحتاج إلى جعل أو بيان جديد ، بل ظهور التعليل في أنّ المقصود بيان عدم نقض السنّة للفريضة إذا وقع الاخلال بها ، وهذا واضح .

لا يقال : لو فرض أنّ الاخلال بأحد الخمسة سهواً أيضاً غير موجب لبطلان الصلاة ، فأيّ معنى لاستثنائها ؟ ! بل دلالة القاعدة على البطلان بالاخلال بأحد الخمسة تكون بالوضع الذي هو أقوى من الإطلاق .

فإنّه يقال : ذكر الخمسة إنّما هو من باب المصاديق لما هو فرض من الله في

الصلاة كما اتضح في البحوث السابقة ، وقد ذكرنا أنّ مفاد القاعدة معنى أوسع ، محصّله أنّ ما لم يفرض من قبل الله تعالى في أصل تشريع الصلاة بل يكون سنّة لاتعاد الصلاة من الاخلال به لا عن عمد . وهذا وإن كان يدلّ بالدلالة الالتزامية الاقتضائية على أنّ الاخلال بالفرض يوجب بطلان الصلاة إلا أنّ هذه الدلالة ليست بأكثر من القضية الاجمالية والموجبة الجزئية ، أي إنّ الاخلال بالاركان يوجب البطلان في الجملة ، أمّا حدود ذلك وكيفيته فلا تكون هذه القاعدة في مقام البيان من ناحيتها بحيث لو فرض أنّ دليل اعتبار أحد الأركان المفروضة من قبل الله سبحانه كان قد قيد اعتباره بحال مخصوص كحال الذكر مثلاً لم يكن معارضاً مع إطلاق المستثنى في القاعدة - كما توهمه البعض - وهذا هو معنى أنّ القاعدة ليست في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى ، وهذا يعني أنّ حدود اعتبار كل ركن من الأركان وكذلك خصوصيات وشروط صحته لا بدّ فيه من مراجعة أدلّتها وما يثبت باطلاقها .

النقطة الثانية :

لو فرض أنّ القاعدة كانت في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى أيضاً ، فهذا غايته الاطلاق ، بمعنى دلالتها على اعتبار الأركان الخمسة وعدم سقوط جزئيتها أو شرطيتها حتى في مورد النسيان والجهل ، لا الدلالة على شروط كلّ ركن وخصوصياته المعتبرة فيه ؛ فإنّ هذه القاعدة كما ذكرنا فيما سبق ليست من أدلّة بيان نفس الاجزاء والشرائط ، بل تفترض ذلك وتنظر إلى الاخبار البيانية لتحديد وتقيد اعتبارها بحال العمد ، وعندئذٍ يقال بأنّه لا ينبغي الاشكال في أنّ هذا الاطلاق قابل للتقييد ، وليس من قبيل إطلاق المستثنى منه وعمومه الذي قيل فيه بعدم قابليته للتخصيص ؛ لأنّ ما هو منظور القاعدة ابتداءً والذي يكون التعليل بلحاظه إنّما هو عقد المستثنى منه لا المستثنى كما أشرنا ، فحتى إذا كان في المستثنى إطلاق فهو ليس بتلك الصراحة والقوة التي تأبى عن التقييد .

هذا ، فضلاً عما إذا كان التقييد راجعاً إلى التوسعة في نفس الركن كما إذا دلّ دليل على أنّ ما بين المشرق والمغرب قبلة ، والذي لا يكون دالّاً على إلغاء أصل شرطية القبلة .

النقطة الثالثة :

على ضوء ما تقدم في النقطتين السابقتين يظهر أنّ ما ثبت في باب القبلة أو الوقت من التوسعة مطلقاً أو في حق غير العامد ، ليس معارضاً مع مفاد القاعدة أصلاً ؛ إمّا لأنّها ليست في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى - كما هو الأظهر - أو لرجوع ذلك الى نحو توسعة وتصرف في الركن نفسه أو للتقييد لو فرض إطلاق في القاعدة .

النقطة الرابعة :

تقدم فيما سبق أنّ الاخلال بشرائط أحد الأركان أيضاً يوجب بطلان الصلاة ولزوم إعادتها ولو كان ذلك الشرط غير دخيل في صدق مسمى الركن كالركوع والسجود ؛ لأنّ المستثنى هو الأركان الصحيحة ، لا ذات مسمياتها ، كما تقدم أيضاً أنّ إطلاق عقد المستثنى منه يشمل مطلق الزيادة في الصلاة حتى لمثل الركوع والسجود اللذين هما من الأركان إذا كان عدم الزيادة شرطاً في صحة الصلاة لا في صحة الركن ، وأنّ هذا غير مربوط بكون القاعدة في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى وعدمه . وعلى هذا الاساس قلنا إنّنا لو كنا والقاعدة مع قطع النظر عن الروايات الخاصة كنا نفصل بين زيادة ركوع أو سجود وبين نقيصتهما ، فنحكم بالصحة في الأوّل وبالبطلان في الثاني إلّا أنّه قد دلت الروايات الخاصة على أنّ زيادة ركعة أو ركوع أو سجدتين توجب البطلان مطلقاً ، فتكون بحسب الحقيقة إمّا مقيدة لهذا الإطلاق في عقد المستثنى منه أو دالّة على شرطية عدم تكرار الركوع والسجدتين في الركعة الواحدة ، فالمفروض من قبل الله سبحانه في كل ركعة ركوع واحد وسجدتين بقيد عدم التعدّد والتكرار ، فلو جاء بركوعين أو أربع سجّدات كان

الاخلال بنقص الركن بحسب الحقيقة ، فيدخل في المستثنى ويكون تخصصاً لا تخصيصاً للقاعدة ، وهذا كله قد تقدم .

وإنما البحث في هذه النقطة عن فرض زيادة أو نقيصة سجدة واحدة ، والتي دلت الروايات الخاصة على عدم بطلان الصلاة بها إذا لم يكن عن عمد ، فهل يمكن تخريج ذلك على القاعدة بحيث لو كنا نحن وقاعدة « لا تعاد » من دون الروايات الخاصة أيضاً كنا نحكم بذلك أم لا ؟ !

قد يقال بأن مقتضى ورود عنوان السجود ضمن عقد المستثنى في القاعدة تطبيق ما ذكر آنفاً من التفصيل بين نسيان سجدة وزيادتها ، فيحكم في الثاني بالصحة لدخولها في عقد المستثنى منه ، والروايات الخاصة دلت على مبطلية زيادة الركن أي مجموع سجدتين لا سجدة واحدة ، ويحكم في الأول بالبطلان لدخول نقيصة السجود ولو سجدة واحدة في المستثنى لا المستثنى منه ، فإن إطلاق السجود فيه يشمل السجدة الثانية أيضاً خصوصاً على ضوء ما تقدم من أن المستثنى هو الأركان بشرائطها وخصوصياتها لا مجرد مسماها ، ومن المعلوم اشتراط تعدد السجود مرتين في كل ركعة ، فيرجع الاخلال إلى الركن المفروض من قبل الله تعالى في الصلاة .

إلا أنه يمكن أن يقال : بأن مفاد القاعدة على ما تقدم لزوم حفظ ما هو فرض من قبل الله سبحانه ، فالأركان الخمسة المذكورة إنما ذكرت باعتبارها مما فرضه الله سبحانه كما دل عليه التعليل ، فالمعيار ملاحظة ما هو المفروض من قبله ، وعندئذ يمكن أن يقال : إن ما ثبت بالفرض الالهي في القرآن الكريم ليس بأكثر من الأمر بأصل الركوع والسجود وصرف وجودهما المتحقق بالواحدة ، فيكون مقتضى إطلاقه انحفاظ الفرض الالهي بزيادة سجدة واحدة أو نقيصتها ما لم يدل دليل على دخالة السجدة الثانية في الفرض الالهي أو مانعية زيادة سجدة عن صحتها ، ودليل وجوب سجدة ثانية في كل ركعة لا دلالة لها على أكثر من

لزومها لا كونها بفرض الله تعالى ، فيكون مقتضى إطلاق الأمر الإلهي بالسجود وشموله لمورد نقصان سجدة أو زيادتها تحقق ما هو الفرض من ناحية هذا الركن وانحفاظه في الصلاة ، وبالتالي يثبت بالملازمة أن الخلل المذكور ليس من ناحية فرض الله ، بل من ناحية السنّة ، فيدخل في إطلاق عقد المستثنى منه للقاعدة ، فلا تجب عليه الاعادة .

وهذه من ثمرات إرجاع القاعدة إلى تلك الكبرى التي استفدناها من التعليل ، وإلا لو كنا والعناوين الخمسة في القاعدة بحيث كان مفاد القاعدة الاعادة منها وعدم الاعادة من غيرها لم يكن يمكن التمسك بإطلاق عقد المستثنى لنقصان سجدة واحدة كنقصان سجدتين ؛ إذ لا أقل من احتمال إرادة مجموع السجدتين ، أي السجود الواجب من عقد المستثنى الموجب للاجمال .

وبهذا البيان يظهر أن ما دلت عليه الروايات الخاصة من عدم قرح زيادة سجدة واحدة أو نقيصتها وأن الصلاة لاتعاد من سجدة واحدة بل من سجدتين حكم على طبق القاعدة ، وأن ما سمي بقاعدة « لاتعاد » الصغير ليست قاعدة أخرى ، بل هو تطبيق من تطبيقات « لاتعاد » الكبير ، فتدبر جيداً .

ثم إنه قد ذهب بعض المحققين إلى أن القاعدة تثبت بمقتضى إطلاق عقد المستثنى فيها بطلان الصلاة بزيادة سجدة واحدة فيها ولو سهواً ، وإنما خرجنا عن ذلك بما دلّ عليه بعض الروايات الخاصة من عدم قاحية زيادة سجدة واحدة سهواً في الصلاة . إلا أن هذا لابد وأن يقتصر فيه على مورد ومقدار تخصيصه للقاعدة لا أكثر ، وهو ما إذا زاد سجدة واحدة سهواً دون ما إذا نسي الركوع حتى سجد قبل الدخول في السجدة الثانية ؛ فإنه في مثل ذلك وإن كان يمكنه الرجوع وتدارك الركوع ثم الاتيان بسجدتين ولا يلزم منه إلا زيادة السجدة السابقة ، إلا أن هذا خارج عن مورد الرواية ؛ لعدم كون السجدة في أصلها سهوية ، بل أصل الاتيان بها عمدى ، وإنما نشأ زيادتها عن السهو في أمر آخر ، وهو نسيان الركوع ، فيبقى مثل

هذا تحت إطلاق عقد المستثنى في القاعدة ، فيجب الاعادة ^(١) .

وهذا الكلام غير تام :

أولاً : لأنّ الوارد في لسان صحيح منصور بن حازم - : سألته عن رجل صلّى فذكر أنّه زاد سجدة ؟ قال ﷺ : « لا يعيد الصلاة من سجدة ، ويعيدها من ركعة » - ^(٢) بإطلاقه يشمل ما إذا كانت الزيادة بالنحو المذكور ؛ فإنّ السهو والذكر مضافان إلى الزيادة لا إلى ذات السجدة . وما جاء به أولاً بعد أن كان محل التدارك للجزء المنسي باقياً يكون زيادة لا محالة ؛ لبقاء الأمر بالجزء المنسي ولزوم الاتيان به ، والميزان في مبطلية الزيادة أن تكون بما هي زيادة عمدية ، وهو فرع الالتفات إلى عنوان الزيادة ، فلا تصدق في مورد كان الاتيان بها باعتقاد كونها هي المأمور به في محله ، وهذا واضح ، فلا فرق في شمول الرواية المذكورة بين نحوي الزيادة السهوية .

وثانياً : لو فرض عدم الاطلاق في تلك الروايات كفانا إطلاق عقد المستثنى منه في حديث « لا تعاد » لدخوله فيه لا في عقد المستثنى ؛ فإنّه لا إشكال في التمسك بها في موارد السهو بهذا النحو ، لعدم ورود عنوان السهو فيها ، بل هي بحسب لفظها مطلق تشمل العمد أيضاً لولا المقيّد اللبّي ، وهو لا يقتضي أكثر من إخراج صورة العمد بأصل الزيادة ؛ ولهذا لم يستشكل أحد في تطبيقها على زيادة غير الركن بهذا النحو كمن أتى بالسورة قبل الحمد أو التسليم قبل التشهد ، فإنّه يأتي بالحمد ثم سورة اخرى وبالتشهد ثم التسليم ، ويكون ما جاء به أولاً زيادة سهوية لا تعاد الصلاة منها .

(١) انظر : العلامة الآملي في رسالته من تقريرات الصلاة ٢ : ٤٢٥ .

(٢) الوسائل ٤ : ٩٣٨ ، باب ١٤ من الركوع ، ح ٢ .

النقطة الخامسة :

لو التفت إلى تركه للركوع بعد الدخول في السجدة الثانية فالمشهور بل المجمع عليه بطلان الصلاة بذلك ؛ لتحقق الركن - وهو مجموع السجدين - وعدم إمكان تدارك الركن المنسي - وهو الركوع - وقد دلّ على ذلك بعض الروايات المعتبرة سنداً الواضحة دلالة^(١).

وقد تمسك الفقهاء في ذلك بحديث « لا تعاد » حيث إنّ الركوع ورد فيها ضمن الخمسة التي تعاد الصلاة من الاخلال بنقصانها حتى سهواً .

وقد نوقش في ذلك بأنّ الفأنت في المقام إنّما هو الترتيب بين الركنين لا أصل الركن ، فلولا النصوص الخاصة كان يمكن الاتيان بالركوع المنسي بعد السجدين ، ويكون الخلل في شرطية الترتيب ، وهو مشمول كسائر شرائط الصلاة لعقد المستثنى منه الذي لاتعاد الصلاة من الاخلال به .

وهذا الاشكال غير تام ؛ لما عرفت من أنّ الاخلال بشرائط الخمسة أيضاً يوجب بطلان الصلاة والاعادة ؛ لكون المستثنى في القاعدة الخمسة الصحيحة المأمور بها لا ذواتها . والمستفاد من الروايات أنّ السجود الواجب بفرض الله هو السجود بعد الركوع لا قبله .

وقد يقال : حتى إذا فرضنا عموم القاعدة للاخلال بشرائط الأركان غير الدخيلة في المسمى كالترتيب ، مع ذلك لا يصح التمسك به في المقام ؛ لأنه سوف تكون السجدة المأتي بهما قبل الركوع زيادة ركن باعتبار عدم كونهما في محلها ، فلا تكونان مصداقاً للمأمور به حتى إذا جاء بالركوع المنسي ، فيكون الابطال من تلك الناحية ؛ ولهذا في غير الاجزاء الركنية إذا قرأ السورة قبل الحمد نسياناً

(١) راجع : الوسائل ٤ : ٩٣٣ ، باب ١٠ من الركوع .

ثم تذكر وجب الاتيان بالحمد ثم السورة بعده ، ويحكم بكون السورة الاولى زيادة سهوية .

إلا أن هذا الكلام غير تام ؛ لأننا إذا فرضنا شمول القاعدة للاخلال بالترتيب بين الركوع والسجود فسوف لا تكون السجدة زيادة في حال السهو ، بل هو المأمور به بحكم القاعدة الرافعة لشرطية الترتيب واقعاً في هذا الحال ، فتكون القاعدة حاکمة على دليل الزيادة في المقام .

لا يقال : إذا ، لماذا لا نقول بذلك في الاخلال بترتيب الاجزاء غير الركنية ؟ ! فإنه يقال : حيث إن محل التدارك هناك باقٍ ، فلا يكون مشمولاً للقاعدة ، لأنها إنما تصحح الصلاة من الاخلال بجزء أو شرط يلزم منه إعادة أصل الصلاة ، فلا يشمل موارد إمكان تدارك الجزء الواجب بلا إعادة لأصل الصلاة ، فيبقى دليل الجزئية على حاله ، فيجب الاتيان بالسورة بعد الحمد ، وتكون السورة المتقدمة على الحمد على تقدير الاتيان بها بقصد الجزئية زيادة لا محالة ، فيكون الخلل السهوي من ناحيتها لا من ناحية فقدان الترتيب ، وقد تقدم بيان ذلك سابقاً أيضاً .

النقطة السادسة :

ذكر بعض أساتذتنا الأعلام أن مقتضى إطلاق القاعدة صحة الصلاة بإيقاع المنافي المبطل للصلاة حتى سهواً - كالحديث أو زيادة ركن أو الاستدبار أو الفعل الكثير - إذا كان ذلك قبل السلام بل قبل التشهد والسجدة الثانية أيضاً^(١) . والوجه في ذلك أن مقتضى إطلاق القاعدة نفي جزئية هذه الامور في ظرف السهو والنسيان سواء كان السهو فيها ابتداءً كمن نسي التشهد أو التسليم أو سجدة

(١) انظر : مستند العروة الوثقى (للسيد الخوئي) ٦ : ٣٨ .

واحدة ، أو كان السهو من جهة وقوع المنافي سهواً بحيث لا يمكن بعد ذلك تدارك الاجزاء المذكورة ، فإنه في هذه الحالة أيضاً يكون تركها غير عمدي بحسب النتيجة ، وحيث إنها ليست من الأركان ، فتشمله القاعدة ، وبشمول القاعدة لذلك تكون المنافيات المذكورة واقعة خارج الصلاة ، فلا تكون مبطلّة ؛ لأن مبطليتها فرع وقوعها في الصلاة .

نعم ، قد يدلّ دليل خاص على البطلان في بعض الموارد كما في الحدث قبل التشهد ؛ فإنه قد ورد في بعض الروايات المعتبرة أنه موجب لإعادة ولو كان سهواً ، وكما في زيادة ركعة .

وقد يناقش في ذلك بالفرق بين نسيان الجزء غير الركني كالتشهد أو التسليم حتى صدر منه المنافي ، فإنه يصدق عليه أنه سها في غير الأركان ، فتشمله القاعدة ، وبين ما إذا كان السهو في صدور المنافي ، فإنه لا يوجب صدق السهو على ترك الاجزاء المتبقية ، بل السهو في ذلك المنافي ، والمفروض مبطليته ولو سهواً .

إلا أن هذا النقاش يمكن أن يجاب عليه بأن عنوان السهو لم يرد في القاعدة ولم يضاف إلى الاجزاء غير الركنية ليمنع من صدقه في المقام ، وإنما الوارد فيها نفي الاعادة عن خلل غير عمدي في غير الأركان ، وفي المقام لا خلل في هذه الصلاة إلا من ناحية ترك الاجزاء المتبقية وعدم إمكان إلحاقها بالاجزاء السابقة بعد فصل المنافي بينهما ، وهذا المنشأ للخلل لم يكن عن عمد جزماً ، فيشملة إطلاق القاعدة ، وبنفي جزئية الاجزاء الباقية يرتفع موضوع المنافي .

وإن شئتم قلتم : إن مفاد القاعدة صحة الصلاة التي حفظ فيها الأركان من الركوع والسجود مع الشرائط الركنية ، وهذا متحقق في المقام أيضاً ، فتكون الصلاة صحيحة تامة ، والمنافي واقعاً خارجها .

وهذا البيان تام لولا أن يستظهر من دليل مبطلية وقوع المنافي ولو سهواً أثناء الصلاة إرادة أثناء ما هو صلاة العائد العالم ، أي ماهي الوظيفة الاولى ، فإنه حينئذ يكون مقتضى إطلاقها البطلان ، وهو إما مقدم على القاعدة - لو فرض نظره إليها أو أخصيته منها - أو معارض معها بنحو العموم من وجه ، فيرجع بعد ذلك إلى مقتضى القاعدة ، وهو يقتضي الاعادة ، إلا أن هذا الاستظهار لا وجه له بعد وضوح اختلاف الوظيفة في الصلاة باختلاف الحالات ، كما أنه لا موضوع له في المنافي الثابت بالأدلة اللبية كالفعل الكثير الماحي لصورة الصلاة ونحو ذلك ، فما أفاده الاستاذ تام صناعياً .

النقطة السابعة :

قد يقال بالتعارض بين عقد المستثنى في القاعدة وبين إطلاق حديث رفع النسيان لنسيان أحد الأركان بناءً على أنه رفع واقعي لا ظاهري - كما هو المشهور - وتطبيق ذلك على الجزئية والشرطية ، وإثبات صحة الناقص بأدلة سائر الاجزاء والشرائط ؛ لكون الحديث بمثابة الاستثناء لأدلة الاجزاء والشرائط ، والتعارض بنحو العموم من وجه ؛ لعدم شمول حديث الرفع لصورة الاخلال العمدي بالركن بخلاف إطلاق المستثنى في القاعدة .

وفيه :

أولاً : ماتقدم في الاصول من عدم صحة تطبيق حديث الرفع بلحاظ الاحكام الوضعية من الجزئية أو الشرطية ، وقد أشرنا إلى ذلك في المقدمة .

وثانياً : لو فرض صحة التطبيق المذكور فإنما يصح فيما إذا كان النسيان مستوعباً ، وإلا لم يكن الواجب أو الجزء منسياً ؛ لأنه عبارة عن جامع الفعل في الوقت لا في خصوص زمن النسيان ، فلا يصح التمسك بحديث الرفع لرفع الجزئية أو الشرطية لمن لا يكون نسيانه مستوعباً . كما لا يصح التمسك به لرفع

الأمر والتكليف بالأكثر أيضاً بناءً على ما هو الصحيح من كونه رفعاً للتنجز لا للفعلية .

وثالثاً : القاعدة أخص مطلقاً من حديث الرفع ؛ إما لاختصاصها في نفسها بغير العمد كما ذكرنا وجهه في الأبحاث السابقة ، أو لعدم إمكان تخصيصها بصورة العمد ، بخلاف حديث الرفع فإنه يمكن تخصيصه بغير الأركان من سائر الواجبات المشكوكة ، بل سائر التكاليف .

ودعوى : إنَّ ما لا يمكن تخصيصه بصورة العمد إنما هو عقد المستثنى منه أي « لا تعاد » دون عقد المستثنى أي الاعادة من الخمسة .

مدفوعة : - مضافاً إلى أنَّ موضوع العقدين لا بدَّ وأن يكون واحداً - أنَّ هذا يوجب إلغاء التفصيل في القاعدة بين الأركان وغيرها ؛ لأنَّ غيرها أيضاً تعاد الصلاة من الاخلال بها عن عمد .

ملكية الخمس ومصرفه

ملكية الخمس ومصرفه

لا إشكال في اشتغال الخمس على سهام ستة - بالمعنى الأعم من كونها مصرفاً أو جهة مالكة - بعدد العناوين المصرّح بها في الآية المباركة ، وهي قوله تعالى : ﴿ وَعَلِّمُوا أَنْمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ ^(١) . وفي الروايات الكثيرة التي يمكن دعوى القطع أو الاطمئنان بصدور بعضها إجمالاً ، بل لعل هناك ارتكازاً وإجماعاً ، لا من قبل أصحابنا فحسب بل من قبل فقهاء المسلمين جميعاً في أنّ الخمس بالأصل وحين تشريعه قد جعل على السهام الستة المذكورة ، فأصل تسديس سهام الخمس مما لا إشكال فيه في الجملة ، وإنما وقع البحث في نقطتين :

النقطة الأولى - إنّ السهام هل تكون على نحو الملك ؛ فيكون الخمس مشاعاً بين أصحاب السهام من حيث الملك في عرض واحد ، أم أنّ الخمس ملك لجهة واحدة والعناوين المذكورة بيان للمصارف المقررة في كيفية صرف الخمس لا أكثر ؟

النقطة الثانية - ما هو المراد من ذي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ؟

(١) الأنفال : ٤١ .

البحث في النقطة الأولى :

المعروف بين المتأخرين من فقهاءنا أنّ الخمس ينقسم بحسب الملك إلى ستة أقسام ؛ ثلاثة منها لله والرسول والإمام ، وهي المعبر عنها بـ « سهم الإمام ﷺ » ، وهي اليوم للإمام الحجة (عج) ، وثلاثة منها للأيتام والمساكين وأبناء السبيل من بني هاشم ، وهي المعبر عنها بـ « سهم الفقراء السادة » . وهذا يعني أنّ المشهور من فقهاءنا يرون في النقطة الأولى عرضية التقسيم ، وفي النقطة الثانية تقييد الأصناف الثلاثة بخصوص السادة من بني هاشم ، وإرادة الإمام المعصوم (عج) من ذي القربى ، وهو اليوم مالك السهام الثلاثة الأولى . ونُسب إلى ابن الجنيّد ^(١) في النقطة الأولى أنّ السهام خمسة بحذف سهم الله تعالى ؛ استناداً إلى صحيح ربعي ^(٢) الذي سوف يأتي الحديث عنه ، كما نُسب إليه في النقطة الثانية إرادة المطلق من الأصناف الثلاثة ، وإرادة مطلق القرابة من ذي القربى لا خصوص المعصومين عليه السلام .

وقد اختلفت كلمات العامة في ذلك أيضاً ؛ فمنهم من ألغى السهام الثلاثة الأولى ، وقد نسب ذلك إلى أبي حنيفة ^(٣) ؛ لأنّ سهم الله يصرف على الفقراء والمساكين ، وسهم الرسول سقط بوفاته ، وكذلك سهم أقربائه ، فلا تبقى إلّا السهام الثلاثة لليتامى والمساكين وأبناء السبيل . ومنهم من قال ببقاء سهم ذوي القربى لبني هاشم في عرض السهام الثلاثة ، ويصرف سهم الرسول على مصالح المسلمين كسهم الله ، فتكون السهام خمسة ، ولعل هذا هو المشهور بينهم . وذهب بعضهم إلى أنّ الخمس مفوّض إلى اجتهاد الحاكم ليصرفه إلى من يرى صرفه إليه ^(٤) .

(١) انظر : المختلف ٣ : ٣٢٥ - ٣٢٦ . جواهر الكلام ١٦ : ٨٧ و ٨٩ .

(٢) الوسائل ٦ : ٣٥٦ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٣ .

(٣) المغني (لابن قدامة) ٧ : ٣٠١ ، باب تقسيم خمس الفيء والغنيمة .

(٤) المصدر السابق . وانظر : كتاب الام ٤ : ٢٥٦ .

أدلة المشهور :

لقد استدلل للمشهور بدليلين :

الأول : ظهور الآية في تقسيم الخمس إلى ستة أسهم ، والغنيمة إذا فسّرت بمطلق الفائدة كانت الآية بنفسها دليلاً على قسمة الخمس في تمام أصنافه إلى السهام المذكورة ، وإذا خصّصت بالغنيمة الحربية أو الفائدة المحضّة مع ذلك أمكن تعميم هذا الحكم إلى غيره من أصناف الخمس ، بظهور أدلة الخمس من سائر الأصناف بمقتضى إطلاقها المقامي في أنّ مصرفه نفس المصرف المقرر بالآية الشريفة في خمس الغنيمة .

بل يمكن أن يقال : إنّ عنوان الخمس أصبح عنواناً للفريضة المالية المجعولة في آية الخمس لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، فليس إطلاق الخمس في تلك الأدلة بمعناه اللغوي وهو الكسر المخصوص ، بل بمعناه الاصطلاحي ؛ أي ما هو حصة الله والرسول وذو القربى ، فدليل جعل الخمس في كل صنف مدلوله العرفي والمتشعري جعل خمس ذلك المال للسهم الستة ابتداءً .

الثاني : الروايات الخاصة الدالة على تقسيم الخمس إلى السهام الستة المذكورة - والتي تكون الثلاثة الأولى منها اليوم للإمام (ع) ، والثلاثة الأخيرة منها لطبيعي الفقير واليتيم وابن السبيل من بني هاشم - وظاهرها أنّ التقسيم المذكور يكون بنحو الملكية .

وهذه الروايات - وإن كان أكثرها ، بل كلها ما عدا صحيح ربعي الدال على تقسيم الخمس إلى خمسة سهام ، وسوف يأتي الحديث عنه - ضعيفة السند ، إلّا أنّه قد يدعى الاطمئنان بصدور بعضها عن المعصوم عليه السلام ؛ لتعددتها واشتهار العمل بها .

مناقشة دليلي المشهور :

إنّ الاستدلال الذي ذكره المشهور مما لا يمكن المساعدة عليه ؛ فإنّه بعد التأمل

في دلالات آية الخمس وملاحظة مجموع الروايات الواردة في المقام ، يظهر أنّ الخمس ملك لمنصب الإمامة ؛ أي للإمام بما هو إمام ، وحيث إنّ هذا المنصب يكون لله أولاً وبالذات ، ثمّ منه للرسول ومنه للإمام ﷺ ، فجاء التعبير عن ذلك بأنّ الخمس لله وللرسول ولذي القربى ؛ ليكون في ذلك إشارة إلى مصداق هذا المنصب ومن ينحصر فيه ، وأنّه ينتقل بنحوٍ طولي بين العناوين الثلاثة ، فهو ملك وحداني لهذا المنصب الذي يكون طوياً بين العناوين الثلاثة الأولى . وأمّا الأصناف الثلاثة الأخرى - أعني اليتامى والمساكين وابن السبيل - فقد ذكرت لبيان مصارف هذا الحق ، وأنّ جعله للإمام ليس من جهة الاستئثار والنفع الشخصي له ، بل من أجل الصرف في شؤون الولاية والحاكمية ، والتي ترجع إلى المحتاجين والمعوزين من الناس .

ولتوضيح هذا المدعى وإثبات إمكان استفادته من الآية والروايات ، نتكلم تارة في مفاد الآية الشريفة ، وأخرى في مفاد الروايات المتعرضة لقسمه الخمس .

أما الحديث عن مفاد الآية : فالظاهر الأوّلي للعطف وإن كان قد يقتضي الاشتراك في الملكية المفادة بظهور اللام - فتكون هناك سهام ستة من حيث الملكية - إلّا أنّ هناك عدة نكات وقرائن لُبّية ولفظية بملاحظتها لا يتم الظهور المذكور ، بل يكون مدلول الآية وحصيلتها ما ذكرناه . فمن هذه النكات والقرائن اللبّية :

١ - إنّ المناسبة العقلية والعقلانية لا تستسيغ جعل الملكية الاعتبارية لله سبحانه بما هو ذات مقدسة واجبة الوجود في عرض سائر السهام ، فلا بد وأن يكون المتفاهم والمقصود من جعله لله إمّا جعله في سبيله ؛ أي ملكاً لجهة سبيل الله ، وهذا خلاف الظاهر جدّاً ، ولم يقل به أحد من الفقهاء ، أو جعله لحيثية وشأن من شؤون المناسبة عرفاً وعقلانياً ، وهو شأن حاكمية ومنصب ولايته الذاتية على شؤون الناس والمجتمع ؛ فإنّه لا حكم إلّا لله كما يؤكد القرآن والإسلام

على ذلك كثيراً . فيكون المالك شخصية قانونية حقوقية هي منصب الولاية لله ، لا شخصية حقيقية وهي ذات الله سبحانه وتعالى ، وهذا هو المتعين بحسب المرتكزات والمناسبات المتشريعة المستوحاة من مفاهيم القرآن الكريم والعقائد الأساسية التي يؤكد عليها الإسلام في أحكامه وتشريعاته الاجتماعية والاقتصادية دائماً .

ومما يؤيد ذلك عطف الرسول وذو القربى بمعنى المعصومين - على ما سوف يأتي البحث عنه في النقطة الثانية - على الله ؛ فإنّ هذا العطف في القرآن الكريم إنّما يكون عادةً للدلالة على الولاية والحاكمة الطولية ؛ لأنّ الرسول ومن بعده الإمام خليفة الله في أرضه وممثله في الحكم والولاية ، ولا ولاية ولا حق لحاكمية أحد على أحد من غير ناحية الله سبحانه .

فالحاصل : هذا السياق وهذا التسلسل في سائر الاستعمالات القرآنية إنّما يكون عادةً للدلالة على أنّ الحاكمية والولاية لا تكون إلاّ لله وللمبعوث المنسوب من قبله وهو الرسول والإمام ، وأنّ هناك طولية بين العناوين الثلاثة لا عرضية - وهذا ما أكّده الروايات الخاصة أيضاً التي سوف تأتي الإشارة إليها - فيكون مفاد الآية في نفسها أنّ الخمس ملك لمنصب الحاكمية والولاية ، والتي تكون أولاً وبالذات لله سبحانه ، وفي طوله لمن بعثه ونصبه وهو الرسول والإمام ، وقد يشعر تقديم « لله » في قوله سبحانه : ﴿ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ بذلك أيضاً .

وعلى ضوء هذا الفهم لصدر الآية - أي للعناوين الثلاثة الأولى فيها - سوف لا يبقى ظهور للعناوين الثلاثة الأخرى في ذيل الآية في المشاركة العرضية مع الحاكم في ملكية الخمس ، خصوصاً إذا لاحظنا حذف اللام وعدم إدخالها عليها ، بل طولية العناوين الثلاثة الأولى بنفسها تناسب مصرفية العناوين الثلاثة الأخيرة وطوليتها ، بمعنى كونها بنظر الحاكم وتشخيصه في مقام صرف الخمس .

ومما يؤكد هذا الاستظهار ورود نفس التعبير ﴿لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ في آية الأنفال وآية الفية ، مع وضوح أنَّ الأنفال والفية ملك لمنصب الحاكمية والإمامة ، كما هو ظاهر الآية وصريح الروايات ، بل في آية الفية ذكرت نفس العناوين الواردة في آية الخمس ، مع تقديم ﴿لِلَّهِ﴾ في آية الخمس على الخمس وتأخيرها عن الفية في آية الفية . ولا ينبغي الإشكال في ظهور آية الفية في بيان أنَّ الأصناف المذكورة فيها مصرف للفية لا أكثر ؛ لما في صدرها من التعبير بقوله تعالى : ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ...﴾^(١) ؛ فإنه كالصريح في أنَّ الفية مما أفاء الله وأرجعه على رسوله ، حيث إنَّ الأموال لله خلقها للمؤمنين بالأصل ، كما أنَّ التعبير بتسليط الرسول عليها أيضاً دال على أنَّها راجعة إليه ، لا إلى المقاتلين والمسلمين . فهذه النكات في صدر الآية الأولى من الفية واضحة الدلالة على أنَّ الفية لله وللرسول بالمعنى الذي ذكرناه ، فيكون ذكر الأصناف في ذيل الآية الأخرى لبيان المصارف المقررة للفية الذي جعله الله للنبي بما هو ولي وحاكم من قبل الله على الناس .

كما يشهد بذلك أيضاً ما جاء في ذيل الآية من حكمة أو علّة هذا التقسيم ، وهو قوله تعالى : ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾^(٢) ؛ فإنَّ هذا الهدف من الغايات والسياسات التي تكون من مسؤوليات الحاكم في المجتمع ، وهي تتناسب كون الأصناف مجرد موارد للصرف من أجل تحقيق هذا الهدف . وكذلك ما ورد بعد ذلك من قوله تعالى : ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ...﴾^(٣) ، ومنه يعرف أنَّ الهدف من الخمس ذلك أيضاً .

[انظر : الملحق رقم (١)]

(١) الحشر : ٦ .

(٢) الحشر : ٧ .

(٣) الحشر : ٨ .

وأما الحديث عن مفاد الروايات الخاصة : فقد استند المشهور في إثبات التقسيم إلى عدة روايات ؛ كمرسلة حماد المعروفة ^(١) ، ومرسلة ابن بكير ^(٢) ، ومرسلة أحمد بن محمد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث ^(٣) (والمظنون أنها مرسلة حماد نفسها بطريق أحمد بن محمد بن عيسى) وما جاء في تفسير النعماني في « رسالة المحكم والمتشابه » ^(٤) ، وصحيح ريعي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان رسول الله ﷺ إذا أتاه المغنم أخذ صفوه وكان ذلك له ، ثم يقسم ما بقي خمسة أخماس ويأخذ خمسه ، ثم يقسم أربعة أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه ، ثم قسم الخمس الذي أخذه خمسة أخماس ، يأخذ خمس الله عز وجل لنفسه ، ثم يقسم الأربعة أخماس بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، يعطي كل واحد منهم حقاً . وكذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول ﷺ » ^(٥) .

فاستدلوا بها على التقسيم في ملكية الخمس ، غاية الأمر أن المشهور حمل ما ورد في صحيح ريعي - من أنه يقسم إلى خمسة سهام - على أنه قضية خارجية من النبي ﷺ ، فلا ينافي كون السهام بالأصل ستة ، خصوصاً إن الوارد فيه حذف سهم الرسول ، وهو مما لم يقل به أحد .

لكن الظاهر أن هذا الاستدلال نشأ من الجمود على بعض الدلالات اللفظية في هذه الروايات مفصلاً عن ملاحظة مجموعة من القرائن اللبئية والارتكازية

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٨ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٨ .

(٢) المصدر السابق : ٣٥٦ ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٣٥٩ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٩ .

(٤) المصدر السابق : ٣٦٠ ، ح ١٢ .

(٥) المصدر السابق : ٣٥٦ ، ح ٣ .

المتصلة ، وملاحظة سائر الروايات والقرائن المنفصلة ، ونحن فيما يلي نشير إلى أهم الدلائل التي بملاحظتها لا يبقى شك في أن الاستظهار المذكور بدوي ؛ يزول بمجرد النظر في الأمور التالية :

الأمر الأول : لا إشكال في أن الروايات المذكورة ناظرة إلى الخمس المشرع في الآية المباركة ، والذي كان فريضة خطيرة وواضحة من فرائض الإسلام ، وقد تقدّم أن ظاهر القرآن الكريم هو أنه قد شرع فريضة الخمس بعنوان كونه من شؤون الولاية والحاكمية لله وللرسول ، فهو حق الإمارة ومنصب الولاية يصرفه الحاكم في الموارد التي لم يُقرّر لها شيء ثابت ، وكل ما يكون من نوائبه وشؤون الحكم والإدارة . وقد كان هذا المطلب - نتيجة تصريح الآية الشريفة به وممارسة النبي ﷺ لتنفيذه كراراً - أمراً مركزاً و واضحاً في ذهن المسلمين ، حتى إنه قد ورد التعبير في جملة من كتب الخاصة والعامة بأن الخمس حق الإمارة ، وأن السهام المذكورة والبحث عنها إثباتاً ونفيّاً إنّما كان بعنوان المصارف المقررة من قبل الشارع ، وهذه قرينة لثبوت متصلة بجميع الروايات التي تتعرض للسهام المذكورة في الآية ، تصّرف ظهورها إلى البحث عن المصرفية لا الملكية ، فهي تريد التأكيد على أن الخمس كله راجع إلى الإمام ، وأن المصارف المقررة له تكون بنظره ، وأنه ليس راجعاً إلى كل الفقراء والمساكين كما في الزكاة ، بل راجع إلى الإمام وشؤونه ، وحتى الفقراء والمساكين وأبناء السبيل المذكورة في الآية يراد بها قرابته وأهل بيته ؛ تكريماً لهم عن غيرهم ، واعتبار شأنهم من شؤونهم ومسؤولياتهم .

والحاصل : بملاحظة هذه النكتة لا يتم أصل الاستظهار الذي ذكره المشهور في روايات الباب ، بل يكون ظاهرها إمضاء نفس ما ذكرته الآية المباركة - من أن الخمس بتمامه للإمام يصرفه فيما ذكر - لا أكثر .

الأمر الثاني : السيرة القطعية المشرعية القائمة على أن الخمس كله كان يدفعه الشيعة إلى الأئمة عليهم السلام أو وكلائهم ، ولم يكن يتعاملون معه ولا مع نصفه تعامل

الزكاة ؛ من الصرف على الفقراء من بني هاشم رغم وجودهم واحتياجهم ، خصوصاً في ظروف التقية والمحنة وفي العصور المتأخرة من حياة الأئمة عليهم السلام ، فلو كان نصف الخمس ملكاً لجهة الفقراء السادة ، لانعكس هذا بشكل واضح في ارتكاز المتشريعة وعملهم ، بل لو فرض عدم الولاية للمكلف على صرف هذا الحق على الفقير - بخلاف الزكاة - وأن صرف سهم السادة يكون منوطاً بإذن الإمام عليه السلام ؛ لانعكس ذلك أيضاً في مجال العمل ، ولأصبح واضحاً أو مركزاً نتيجة الابتلاء الكثير بهذه الفريضة ، كما انعكس اليوم وفي أزمنتنا المتأخرة طبقاً لفتوى المشهور بالتنصيف ، مع أننا لا نجد ذلك حين نراجع وضع المتشريعة في زمن الأئمة عليهم السلام وبدايات عصر الغيبة ، بل نجد ارتكازاً معاكساً تماماً وأن المتشريعة كانوا يرون الخمس بتمامه حقاً للإمارة والولاية بحيث لا بد من إيصاله إلى الإمام أو وكيله وبابه ، حتى ذهب كثير من قدماء الأصحاب بعد تحقق الغيبة الكبرى إلى لزوم حفظ الخمس والإيصاء به أو كنزه ودفنه إلى أن يظهر الإمام الحجة (عج) فيسلم إليه أو يستخرج كنوز الأرض ، وهذه الفتوى وإن عدل عنها الفقهاء تدريجاً - بعد تطور الأبحاث الفقهية ، وتأمل الأصحاب في صحتها ونتائجها الباطلة ، وظهور أن هذا الحق لم يكن حقاً وملكاً شخصياً للإمام عليه السلام لكي يحفظ ، وإنما هو حق المنصب والمقام من أجل الصرف في موارده المقررة ، فاتجهت الفتاوى إلى التأكيد على لزوم صرفه في تلك المصارف ؛ إما بصرفه من قبل المكلف نفسه على السادة الفقراء والمحتاجين ، فيكون أقرب إلى تلك المصارف المقررة ، كما ذهب إليه الشيخ في بعض كتبه ^(١) ، أو بصرفه فيما يعلم ويحرز رضى الإمام (عج) به ، أو بإعطائه إلى الفقيه الجامع للشرائط باعتباره ولياً وحاكماً شرعياً في عصر الغيبة على سائر أمور الحسبة وما تحتاج إلى الإذن من الإمام ، وبهذا اندثرت تلك الفتوى الساذجة الغريبة

(١) النهاية : ٢٠١ .

التي صدرت من جملة من فقهاء بدايات عصر الغيبة الكبرى - إلا أن نفس صدورها يعكس ما نريده في مسألتنا هذه ؛ من أنه لم يكن المركز لدى الفقهاء - فضلاً عن المتشريعة - ما ذهب إليه السيد اليزدي رحمته الله وغيره من أن نصف الخمس ملك للسادة الفقراء يصرفه المكلف عليهم كالزكاة ، وإنما المرتكز رجوع الخمس بتمامه إلى الإمام وأن الصرف على فقراء السادة يكون بنظره ومتروكاً إليه كسائر المصارف والنائب ، وهذا قد نجعله دليلاً مستقلاً على أصل الحكم برجوع الخمس بتمامه إلى الإمام ملكاً ، أو ولايةً على الأقل ، وقد نجعله قرينةً لثبوت محفوفة بالروايات تجعل التقسيم الوارد فيها يراد به التقسيم في المصرف المتروك إلى نظر الإمام (عج) ، لا الملك المباشر .

ومما يؤيد هذه القرينة ويعززها التسالم الفقهي على عدم وجوب البسط على العناوين الثلاثة ، مع أنه لو كان المراد من ذكرها في الآية والروايات التقسيم في الملكية ، لزم البسط عليها على الأقل وإن لم يجب البسط على أفراد كل صنف ، على ما سوف نشير إليه في محله .

الأمر الثالث : لا إشكال في أن نصف الخمس إنما جعل لقرابة الرسول وبني هاشم - بدلاً عن الزكاة التي حُرِّمت عليهم - تكريماً لهم عمّا في أيدي الناس ، وهذا - مضافاً إلى وروده في جملة من روايات الفريقين - لعله من المسلّمات والبديهيّات الفقهية والإسلامية . وهذه الكرامة ليست مسألة اعتبارية أو مجرد تسمية ولفظ ، وإنما تعني أن قرابة الرسول لأجل هذه النسبة ولأجل تكريم الرسول صلوات الله وسلاماته عليه قد جعلوا مستغنين عمّا في أيدي الناس ، فلا يأخذ الفقير منهم المال من أيدي الناس ليكون من أوساخهم - كما جاء التعبير به في بعض الروايات - كالزكاة حيث جعلت للفقير من مال الغني ، وإنما يأخذه من الإمام ومن الله الذي هو مالك كل شيء ، فالخمس ينتقل من المستفيد للمال إلى الله والرسول والإمام ، ثم هو يصرفه على موارده والتي منها سدّ حاجات قرابة الرسول من بني هاشم ، فيكون الانتقال إليهم

من كيس الإمام وملكه لا من ملك الغني الذي عليه الخمس ، وهذا يعني أنّ حيثية التكريم المسلّمة بنفسها تعيّن أن يكون الخمس بتمامه ملكاً لمنصب الإمامة والولاية وحقاً للإمارة ، وإلا فلو كان نصفه ملكاً للفقراء من بني هاشم من كيس الغني ، كالزكاة التي هي ملك لجهة الفقراء من غير بني هاشم ؛ لم يبقَ فرق بين الفقير الهاشمي وغيره من حيث أخذه لحقه من الغني ابتداءً ، فأَيّ تكريم في البين ؟ ! وكيف لم يكن الخمس لبني هاشم من الأوساخ أو ممّا في أيدي الناس ؟ ! ومجرد تسمية أحدهما بالزكاة والآخر بالخمس لا يغيّر الواقع شيئاً ، على أنّ عنوان الزكاة أو الصدقة يطلق عليهما معاً ، كما ورد ذلك في صحيحة ابن مهزيار الطويلة وغيرها من الروايات ، وكما هو مفهومها اللغوي .

وهذا أيضاً يشكّل قرينة لبيّة وفهماً عاماً مانعاً عن استظهار التقسيم في الملكية من الروايات ، وانتقال نصف الخمس ابتداءً من كيس الغني إلى الأصناف الثلاثة من بني هاشم .

الأمر الرابع - وهو أهمّ القرائن - : دلالة طوائف عديدة من الروايات على أنّ الخمس بتمامه ملك لجهة الإمامة :

منها : أخبار التحليل المتقدمة ضمن الأبحاث السابقة ، فإنّها كانت صريحة في أنّ الخمس كله للإمام ، أو لفاطمة عليها السلام ولمن يلي أمرها من بعدها من ذريّتها الحجج ، أو لنا أهل البيت ، عليهم السلام ، ولهذا حلّلوهم لشيعتهم ، وهذا يلازم - عرفاً وعقلاً - كونهم مالكيين لتمامه ، ولهذا استشكل بعضهم في عموم التحليل ، وحملوا الأخبار على تحليل نصف الخمس فقط وهو سهمهم .

ولكنك عرفت فيما سبق أنّ هذا خلاف إطلاق بل صريح تلك الروايات ، وحمل ذلك على الرجوع إليهم من باب الولاية خلاف ظاهر التعبيرات المذكورة فيها بل صريح بعضها ؛ من التعبير بالتحليل على الشيعة والتحريم على أعدائهم ، كما لا يخفى على من راجعها .

ومنها: ما ورد في أخبار تخميس المال المختلط من التعليل بأن الله سبحانه قد رضي من الأشياء بالخمسة ، وهو ظاهر في أن الخمس ملك لله سبحانه ، بالمعنى المتقدم شرحه في الآية . وقد ورد نفس التعبير في ذيل روايات الأمر بالوصية واستحباب الإيصال بالخمسة من التركة ^(١) .

ومنها: ما ورد في بعض الروايات كمرسلة حماد ^(٢) من أن للإمام بعد الخمس الأنفال ، المشعر بأنهما من باب واحد ، ومن الواضح أن الأنفال ملك للإمام بما هو إمام .

ومنها: صحيحة ابن مهزيار ^(٣) الطويلة ، فإن ظاهرها - صدرأ وذيلأ - أن الخمس بتمامه حق للإمام ، وأن عدم دفعه تقصير من مواليتهم في حقهم ، وأنه لا بد من إيصاله بتمامه إليه ، ومن كان بعيد الشقة لابد أن يوصله إلى وكلائه .

ومنها: صحيحة البنظري عن الرضا عليه السلام ، قال : « سئل عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسته وللرسول ولذي القربى ﴾ ، فقيل له : فما كان لله فلمن هو ؟ فقال : لرسول الله ، وما كان لرسول الله فهو للإمام . فقيل له : أفرأيت إن كان صنف من الأصناف أكثر وصنف أقل ما يصنع به ؟ قال : ذاك إلى الإمام ؛ أرايت رسول الله كيف يصنع ؟ أليس إنما كان يعطي على ما يرى ؟ ! كذلك الإمام عليه السلام » ^(٤) .

فإنها ظاهرة في أن الخمس بتمامه يرجع إلى الإمام يصنع به على ما يرى ، وأن ذلك إليه حتى في أصل الصرف على الأصناف الثلاثة .

(١) انظر : الوسائل ١٣ : ٣٦٠ - ٣٦١ ، ب ٩ من أحكام الوصايا .

(٢) انظر : المصدر السابق ٦ : ٣٦٥ ، ب ١ من الأنفال ، ح ٤ .

(٣) انظر : المصدر السابق ٣٤٩ ، ب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس ، ح ٥ .

(٤) المصدر السابق ٣٦٢ ، ب ٢ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١ .

وهذه الطوائف من الروايات تكون معارضة مع الروايات المستدل بها للمشهور لو تمت دلالة شيء منها ، وهي باعتبار صراحتها ووضوح مفادها في رجوع الخمس بتمامه إلى الإمام ؛ يكون مقتضى الجمع العرفي فيما بينهما بحمل الروايات التي استند إليها المشهور على إرادة التقسيم من حيث المصرفية لا الملكية .

الأمر الخامس : أساساً يمكن أن يدعى بأن التقسيم والسهام في مثل هذه الأموال العامة في نفسه ليس له ظهور في تقسيم الملكية بل المصرفية ولو من جهة ارتكازية أن الأموال العامة ملك للعناوين الحقوقية والشخصيات القانونية ، كالدولة أو الإمام ، فيكون المنظور إليه كيفية الصرف لا بيان المالك من الناحية القانونية ؛ لأن كونها ملكاً لجهة الدولة أو جهة الفقراء والمساكين مع كون أمرها بيد ولي الأمر ؛ ليس بالمهم في مقام العمل والنتيجة النهائية المتوقعة من قبل الناس ، وإنما المهم ما ينبغي صرف المال إليه . وبنفس القرينة يمنع عن ظهور اللام في قوله عليه السلام : « لهم خاصة » في إرادة الملكية ، ويحمل على مطلق الاستحقاق والمصرفية ، وعدم الخروج عنهم إلى غيرهم نتيجة . فلا مقتضى لأصل الاستظهار المشهوري من هذه الروايات في نفسه .

الأمر السادس : إن أكثر هذه الروايات ورد فيها تعابير تدل على أن المقصود إرجاع الخمس بتمامه إلى الإمام ، وحرمة إعطاء أي مقدار منه للحكام الجائرين ، وأن هذا الحق المالي المفروض على المكلفين ليس كسائر الصدقات ممّا يمكن أن يعطيه المكلف إلى الفقير أو إلى الحكام والولاة الظالمين ، وإنما هو خاص بالإمام وأهل بيته ، من قبيل قوله : « ما كان لله وللرسول فهو للإمام عليه السلام » ، أو « إن الخمس لله وللرسول ولنا » بعد ذكر التسهيم ، أو « ما كان لليتامى والمساكين فيتمامهم ومساكينهم ، ولا يخرج منهم إلى غيرهم » ، أو « الخمس من خمسة أشياء ، فالذي لله فلرسول الله ﷺ ، فرسول الله أحق به ، فهو له خاصة ، والذي للرسول هو لذي

القربى والحجة في زمانه ، فالنصف له خاصة ، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد ﷺ .

والتعبير بـ « آل محمد » أو « أهل البيت » أو « لنا » كناية عن المعصوم ، وليس مساوفاً مع التعبير بـ « بني هاشم » كما هو واضح ، أو قوله ﷺ : « لولي الأمر من بعد رسول الله وراثته ، فله ثلاثة ؛ سهمان وراثته وسهم مقسوم له من الله ، وله نصف الخمس كمالاً ، ونصف الخمس الباقي بين أهل بيته » ، وهو اصطلاح خاص بالمعصومين عليه السلام .

فبملاحظة هذه النكات الواردة في ثنايا هذه الروايات التي استند إليها المشهور ، لا يبقى مجال للشك في أن المراد من وراء هذه التعابير هو الردع عن أخذ الآخرين للخمس ، أو الردع عن صرفه في الفقراء والمساكين كسائر الصدقات ، أو إعطائه للحكام ، والتأكيد على اختصاصه بتمامه بأهل البيت ولزوم إعطائه إلى الإمام ليصرفه حيثما يرى ويشاء ، فليس التعبير بأن نصفه لمساكين أو يتامى أهل البيت من أجل بيان أن نصف الخمس لهم في قبال الإمام المعصوم ، بل لهم في قبال غيرهم من الناس أو من الحكام ، وكم فرق بين المطلبين ! فإنه إذا كان الحصر والتخصيص بلحاظ الإمام أمكن دعوى ظهوره في التقسيم من حيث الملكية ، وأما إذا كان التخصيص باللحاظ الثاني فلا موجب للظهور المذكور أصلاً ؛ بمعنى أننا حتى إذا تحفظنا على ظهور اللام في الملكية في قوله ﷺ : « لهم خاصة » مع ذلك لا يكون المراد بمرجع الضمير الأصناف الثلاثة من بني هاشم في قبال الإمام ، بل المراد به الإمام وأهل بيته وأن الخمس فيهم خاصة ، كما ورد نفس التعبير في بعض الروايات بالنسبة لأصل الخمس والأنفال ، فلا يمكن أن يعطى لغير الإمام ، وهذا لا ينافي كون الخمس بتمامه ملكاً للإمام ، وتكون الأصناف من بني هاشم من المصارف المخصصة للصرف عليهم بإذن الإمام ونظره . وبهذا تكون الروايات على عكس مدعى المشهور أدل ، كما لا يخفى .

مناقشة أخرى مع المشهور :

ثم إن لنا كلاماً آخر مع المشهور حتى على تقدير التسليم بظهور الآية أو الروايات في التقسيم بلحاظ الملكية .

وحاصله : إنه لا إشكال في أن ملكية الأصناف الثلاثة لنصف الخمس طرفها ومالكها جهة السادة الفقراء واليتامى وأبناء السبيل لا أشخاصهم الحقيقيين ؛ أي الملكية هنا كالنصف الأول تكون للشخصية القانونية الحقوقية لا الحقيقية ، وعندئذ يكون مقتضى القاعدة الأولية - على ما سوف يأتي شرحها - ألا يكون لأحد ، حتى المكلف بالخمس ، الولاية على التصرف فيه حتى بدفعه إلى أفراد ومصاديق تلك الجهة ؛ فإن هذا تصرف في مال الغير يحتاج إلى إذن ولي ذلك المال ، وحيث لا دليل على إعطاء الولاية في ذلك إلى المكلف فلا يجوز ذلك إلا للولي العام ، وهو الإمام أو نائبه . ولا يقاس المقام بالمال الراجع إلى الأشخاص الحقيقيين .

هذا مضافاً إلى صراحة الروايات التي استند إليها المشهور في أن أمر النصفين كليهما راجع إلى الإمام يتصرف فيه كيف يشاء وبحسب ما يراه من المصلحة ، بل لعل السيرة العملية المتشعبة منعقدة على هذا المعنى ؛ فإن رجوع الشيعة في تمام الخمس وإعطائه بكامله إلى الأئمة أو وكلائهم ممّا لا يمكن إنكاره ، كما أشرنا إليه آنفاً ، وهذا يعني أننا حتى إذا استظهرنا التقسيم في الملكية لابد من المصير إلى أن كلا النصفين راجع إلى الإمام ؛ أحدهما من حيث الملك والآخر من حيث الولاية ، ولا يجوز للمكلف التصرف في شيء منهما بدون إذنه .

فمن الغريب جداً أن يفتي المشهور بأن نصف الخمس يكون حاله حال الزكاة يصرفه المكلف على السادة الفقراء ؛ فإن هذا - مضافاً إلى كونه خلاف القاعدة الأولية - خلاف صراحة هذه الروايات ، وكأن المشهور تعاملوا مع هذا المال كما يتعامل مع المال الراجع إلى الشخص الحقيقي ، والذي ترتفع عهدة المكلف عنه

بمجرد تسليمه إلى صاحبه . نعم استشكل بعضهم في المقام من ناحية كيفية إفراز نصف الخمس وتعيينه بعد أن كان مشتركاً ومشاعاً ، فاشتراط الإذن من الحاكم الشرعي في الإفراز وتعيين السهم خارجاً ، وأما إعطاؤه للمستحق فلا يحتاج إلى إذن منه على القاعدة ، مع وضوح أن قياس الأموال الراجعة إلى الجهات العامة والشخصيات القانونية - والراجعة إلى الناس عموماً - على الأموال الراجعة إلى الأشخاص الحقيقيين ، قياس مع الفارق ، وسوف يأتي مزيد توضيح لهذه النقطة في مسألة قادمة .

والحاصل : إننا لو تنزلنا وقبلنا التقسيم في الملكية أيضاً ، يكون الخمس بكلا قسميه تحت ولاية الإمام خاصة ، فلا يجوز صرف شيء منه حتى سهم السادة عليهم من قبل المكلف ، بل لابد من أن يكون الصرف من قبله أو بإذنه ، وفي عصر الغيبة - بناءً على ثبوت الولاية للفقهاء الجامع للشرائط ولو من باب الحسبة - لابد من المراجعة فيه إلى الحاكم الشرعي جزماً .

وأما البحث في النقطة الثانية :

أي البحث في المراد من السهام ؛ فقد عرفت أن المشهور إرجاع السهام الثلاثة الأولى إلى الإمام (أرواحنا فداء) ، والسهام الثلاثة الأخيرة إلى جامع فقراء السادة ، وهذا يعني تقييد ذي القربى في الآية بالإمام المعصوم عليه السلام ، وتقييد الأصناف الثلاثة بالهاشمي بالخصوص . ويمكن استفادة هذا المعنى الذي ذهب إليه مشهور فقهاءنا من مرسله حماد ومرفوعة أحمد بن محمد - المتقدمين - ومرسله ابن بكير وغيرها ، إلا أن هذه الروايات تقدم أن كلها غير نقيّة السند ، لولا دعوى الاطمئنان بصدور بعضها إجمالاً .

وقد نُسب الخلاف في ذلك إلى ابن الجنيد ، حيث ادّعي أنه يرى عموم ذي القربى في الآية لكل قرابة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، وعموم اليتامى والمساكين وابن السبيل لغير الهاشميين أيضاً . ولا إشكال في أن مقتضى الإطلاق والظهور الأولي للآية

- مع قطع النظر عن إعمال القرائن الخاصة - هو ما تُسب إلى ابن الجنيّد ، بحيث لا بدّ في مقام الخروج عنه من دليل على التقييد بلحاظ عنوان القربى والأصناف الثلاثة . وفيما يلي نتعرض إلى ما يمكن أن ثبت به دعوى التقييد في كل من العنوانين :

أما الدعوى الأولى - أعني اختصاص ذي القربى بالإمام - : فيمكن إثباتها بصراحة جملة من الروايات المتقدمة في النقطة الأولى في ذلك ، وفيها ما كان معتبراً سنداً ؛ كصحيح البنّظي ومعتبرة ريان بن الصلت ومحمّد بن مسلم ، كما يظهر لمن راجعها وتأمل فيها ، بل يمكن دعوى استفادة مجموع ما دلّ من الروايات المعتبرة على هذا التفسير للآية . هذا مضافاً إلى أنّ ظاهر التعبير بذي القربى في آية الخمس بل وفي جميع الآيات المشابهة يناسب إرادة المعنى الخاص ؛ فإنّ اصطلاح ذي القربى في الآيات الكريمة أصبح - ولو نتيجة تطبيق النبي ﷺ خارجاً - اصطلاحاً قرآنيّاً في خصوص المعصومين عليهم السلام من أهل بيت النبي ﷺ والذي قد أمرنا بمودّتهم وإطاعتهم^(١) ، وقد قرن ذكرهم في آيات عديدة مع اسم الله والرسول ، ومنها آية الخمس والفيء ، وقد أصبح عنوان ذي القربى كالحقيقة الشرعية أو الاصطلاح القرآني والنبوي في هذا المعنى ، بحيث إنّ من يتتبع التاريخ والروايات يجد أنّ اللفظ المذكور كان ينسب منه خصوص هذا المعنى إلى الذهن المتشرّعي ، بل هناك روايات كثيرة^(٢) في تفسير الآيات المشتملة على لفظة ذي القربى بأنّ المراد منه خصوص المعصومين من آل النبي - صلوات الله عليهم أجمعين - ، ولعل عنوان ذي القربى لا يناسب في الموارد المذكورة إلّا القضية الخارجية الخاصة لا الحقيقية ، بل لا يصدق قريب النبي ﷺ عرفاً على كل

(١) انظر قوله تعالى : ﴿ قل لا أسألكم عليه أجراً إلّا المودّة في القربى ﴾ الشورى : ٢٣ .

(٢) انظر : الوسائل ٩ : ٥٠٩ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس .

هاشمي جزمًا ؛ لأن عنوان « قريب » أخص من مطلق المنسوب حتى المشترك معه في الجد الأعلى فلا يقال للإنسان اليوم : إنه قريب آدم ﷺ .

هذا مضافاً إلى أن سياق عطف ذي القربى على الله والرسول وإدخال اللام عليه في آية الغنime يناسب أن يكون المقصود منه من يكون مشتركاً مع العنوانين الآخرين في الحيثية والجهة القانونية المالكة للخمس - بعد استظهار إرادة ذلك من العنوانين الأولين - وقد ذكرنا في النقطة السابقة أن تلك الجهة هي جهة الحاكمية والولاية ، وهي خاصة بالمعصومين من أهل بيت النبي - صلوات الله عليهم أجمعين - ، ولهذا أيضاً لم يقيد ذلك بالفقر ، مع أنه إذا كان المقصود منه مطلق قرابة النبي ﷺ من بني هاشم كان لابد من تقييده بالفقر ونحوه ؛ لارتكازية أن مصرف الخمس والفىء يكون مشروطاً به .

وأما الدعوى الثانية - أعني اختصاص الأصناف الثلاثة بالهاشميين - : فلا ينبغي الإشكال في عموم الأصناف الثلاثة في آية الخمس بحسب ظاهر اللفظ لغير الهاشمي ، وأوضح منها في عموم الأصناف الثلاثة في آية الفىء ؛ لما ورد في ذيلها من التعليل بقوله تعالى : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ ؛ فإن هذا يناسب إرادة عموم المساكين والفقراء لا خصوص طائفة بني هاشم ، ولما ورد في الآية الأخرى التي وردت عقب آية الفىء ، وهي قوله تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ ... ﴾ .

إلا أنه بإزاء ذلك وردت طائفتان من الروايات ؛ إحداها تدل على العموم ، والأخرى تدل على التخصيص بالهاشمي : -

أما الطائفة الأولى - فأهمها ثلاث روايات :

١ - صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة ، فإنه ورد في ذيلها أن المغنم والفىء بمنزلة واحدة ، وأن المراد باليتامى والمساكين فيها عموم الناس الفقراء ؛ حيث عبّر فيها أنهم شركاء مع الناس في الباقي .

٢ - صحيحة ربيعي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان رسول الله ﷺ إذا أتاه المغنم أخذ صفوه ، وكان ذلك له ، ثم يقسم ما بقي خمسة أخماس ويأخذ خمس ، ثم يقسم أربعة أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه ، ثم قسم الخمس الذي أخذه خمسة أخماس ؛ يأخذ خمس الله عز وجل لنفسه ، ثم يقسم الأربعة أخماس بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، يعطي كل واحد منهم حقاً . وكذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول ﷺ » (١) .

فإنها تدل على أن النبي ﷺ قد قسم خمس الغنيمة على اليتامى والمساكين وأبناء السبيل من غير ذي القربى ؛ لأنها ذكرت في قبال سهم ذي القربى وأنه أعطى كل واحد منهم حقاً . بل لا إشكال في أنه لم يكن آنذاك مصاديق لهذه الأصناف من بني هاشم في المدينة .

وهناك رواية في تحف العقول ينقلها عن الإمام الصادق عليه السلام تشبه مضمون هذه الصحيحة أيضاً (٢) .

٣ - رواية زكريا بن مالك الجعفي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سأل عن قول الله عز وجل : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمس وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ﴾ فقال : « أمّا خمس الله عز وجل فللرسول يضعه في سبيل الله ، وأمّا خمس الرسول فلاقاربه ، وخمس ذوي القربى فهم أقرباؤه وحدها ، واليتامى يتامى أهل بيته ، فجعل هذه الأربعة أسهم فيهم ، وأمّا المساكين وابن السبيل فقد عرفت أنا لا نأكل الصدقة ولا تحل لنا ، فهي للمساكين وأبناء السبيل » (٣) .

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٦ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٣ .

(٢) المستدرک ٧ : ٣٠٧ ، ب ٥ من أبواب الأنفال ، ح ٣ .

(٣) الوسائل ٦ : ٣٥٥ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١ .

والرواية منقولة في « الخصال »^(١) و « المقنع »^(٢) ، و « التهذيب »^(٣) و « الغنية »^(٤) ، وهي تناسب ما نُسب إلى ابن الجنيد من عموم القربى في الآية لكل بني هاشم ، وعموم المساكين وأبناء السبيل لغيرهم . إلا أن زكريا بن مالك الجعفي لا طريق إلى توثيقه ، كما أن ما ورد في ذيلها ظاهر في أن سهم المساكين وابن السبيل صدقة ، وهذا غريب ؛ فإن عموم المسكين وابن السبيل لغير قرابة الرسول لا تجعله صدقة ، اللهم إلا أن يكون المقصود مجرد بيان أن أخذهم للخمس ليس من باب كونهم مساكين وفقراء ، بل باعتبارهم أئمة .

وأما الطائفة الثانية - فأهمها :

١ - رسالة حماد المعروفة ، وفيها : « ونصف الخمس الباقي بين أهل بيته ؛ فسهم ليتاماهم ، وسهم لمساكينهم ، وسهم لأبناء سبيلهم ، يقسم بينهم على الكفاف والسعة . . . وإئتما جعل الله هذا الخمس لهم خاصة دون مساكين الناس وأبناء سبيلهم عوضاً لهم من صدقات الناس ؛ تنزيهاً من الله لهم لقربتهم برسول الله ﷺ ، وكرامةً من الله لهم عن أوساخ الناس ، فجعل لهم خاصة من عنده ما يغنيهم به عن أن يصيرهم في موضع الذل والمسكنة . . . »^(٥) .

٢ - رسالة عبد الله بن بكير عن بعض أصحابه عن أحدهما عليه السلام في قول الله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فإنّ لله خمسَه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ﴾ قال : « خمس الله للإمام ، وخمس الرسول للإمام ،

(١) الخصال : ٣٢٤ .

(٢) المقنع : ٥٣ ، ط - المكتبة الإسلامية .

(٣) التهذيب : ٤ : ١٢٥ ، ب ٣٦ من أبواب أهل الخمس ومستحقه ، ح ١ .

(٤) الغنية : ١٣٠ ، ط - مؤسسة الامام الصادق عليه السلام .

(٥) الوسائل : ٦ : ٣٥٨ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٨ .

وخمس ذوي القربى لقراءة الرسول : الإمام ، واليتامى : يتامى الرسول ، والمساكين منهم ، وأبناء السبيل منهم ، فلا يخرج منهم إلى غيرهم» (١).

٣ - رسالة أحمد بن محمد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال : « الخمس من خمسة أشياء . . . إلى أن قال : - فأما الخمس فيقسم على ستة أسهم : سهم لله ، وسهم للرسول ﷺ ، وسهم لذوي القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل . فالذي لله فرسول الله ؛ فرسول الله أحق به ، فهو له خاصة ، والذي للرسول هو لذوي القربى والحجة في زمانه ، فالنصف له خاصة ، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد ﷺ الذين لا تحلّ لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله مكان ذلك بالخمس» (٢).

والمظنون أنها رسالة حماد الطويلة بنقل أحمد بن محمد بن عيسى - كما أشرنا سابقاً - للتطابق بين مقاطعهما .

٤ - ما جاء في رسالة المحكم والمتشابه نقلاً عن تفسير النعماني بإسناده عن علي عليه السلام : « قال : الخمس يجري من أربعة وجوه : من الغنائم التي يصيبها المسلمون من المشركين ، ومن المعادن ، ومن الكنوز ، ومن الغوص . ويجري هذا الخمس على ستة أجزاء ؛ فيأخذ الإمام منها سهم الله وسهم الرسول وسهم ذي القربى ، ثم يقسم الثلاثة السهام الباقية بين يتامى آل محمد ومساكينهم وأبناء سبيلهم» (٣).

٥ - ما رواه العياشي في تفسيره عن محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليه السلام قال : « سألته عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا أنّما غنمتم من شيء فإنّ لله خمسّه وللرسول ولذوي القربى ﴾ قال : هم قرابة رسول الله ﷺ فسألته : منهم اليتامى والمساكين

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٦ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٣٥٩ ، ح ٩ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦٠ ، ح ١٢ .

وابن السبيل ؟ قال : نعم » ^(١) .

ومثله روايتان أخريان عن تفسيره ؛ إحداهما : عن إسحاق ، عن رجل ، عن أبي عبد الله عليه السلام - وفيها أنه جعلها الإمام في ذي القربى - والأخرى : عن المنهال بن عمرو ، عن علي بن الحسين قال : « ليتامانا ومساكيننا وأبناء سبيلنا » ^(٢) .

وهذه الروايات كلها غير نقيّة السند . نعم توجد رواية أخرى منقولة بسند معتبر عن إبراهيم بن عثمان ، عن سليم بن قيس قال : سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول : « نحن والله الذين عنى الله بذي القربى والذين قرنهم بنفسه وبنيّه ، فقال : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين ﴾ - وفي نسخة أخرى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم ﴾ - منّا خاصة ولم يجعل لنا سهماً في الصدقة ، أكرم الله نبيّه وأكرمنا أن يطعمنا أوساخ ما في أيدي الناس » ^(٣) . [انظر : الملحق رقم (٢)]

ثم إنّه ورد هذا الحديث في نقل آخر : « فينا خاصة » ، فيحتمل أن يكون النظر فيها إلى سهم ذي القربى خاصة ، لا سهام الأصناف . هذا إلا أن التعبير في الذيل بتحريم الصدقة عليهم - بعد فرض ثبوته في حق جميع بني هاشم - يكون قرينة على إرادة اختصاص الخمس بتمامه بهم ، فتكون الرواية ظاهرة في الاختصاص .

معالجة التعارض :

وبشأن التعارض بين هاتين الطائفتين ، قد يقال - انتصاراً للمشهور - بلزوم تقييد إطلاق الآية والطائفة الأولى من الروايات بما ورد في الطائفة الثانية ، من الدلالة على تقييد الأصناف الثلاثة بمن لا تحلّ له الصدقة ، كما هو الشأن في كل دليل

(١) الوسائل ٦ : ٣٦١ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١٣ .

(٢) الوسائل ٣٦٢ : ٣٦٢ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١٩ ، ٢٠ .

(٣) المصدر السابق : ٣٥٦ ، ح ٤ . التهذيب ٤ : ١٢٦ ، ب ٣٦ من أبواب قسمة الخمس ، ح ٣ .

مطلق مع ما يدل على تقييده بقيد زائد .

وفي قبال ذلك ، قد يقال بالتعارض بين الطائفتين ؛ لعدم إمكان تقييد الطائفة الأولى بخصوص الهاشمي ؛ لصراحتها في العموم ، بل حتى الآية الكريمة قد يقال بعدم إمكان تقييدها بهذه الروايات ؛ لأنها وإن كانت قضية كلية حقيقية ، إلا أنها طُبِّقَتْ خارجاً من قبل النبي ﷺ في غنائم بدر وغيرها من غزوات النبي ﷺ ، ومن المطمأن به أنه لم يكن في بداية الأمر مساكين وأبناء سبيل ويتامى من بني هاشم في المدينة ، فيكون هذا أشبه بتقييد مورد نزول الآية وتطبيقها ، فتكون الطائفة الثانية متعارضة مع القرآن الكريم لا مقيّدة له .

على أن مثل هذا الحكم ، في نفسه ، قد يقال بأنه غير عقلائي ومستبعد جداً ؛ فإنه كيف يمكن أن يجعل نصف الخمس - الذي هو مورد مالي ضخم - لخصوص فقراء بني هاشم ، مع أن المجعول لجميع الفقراء والمساكين الآخرين سهم من مجموع ثمانية أو سبعة سهام من الزكاة ، والذي نسبته أقل من الخمس بكثير ؟ ! كما أنّ مورده بعض الأموال لا جميعها ، خصوصاً مع ما هو المشهور بيننا من عدم وجوب الزكاة في مال التجارة ، وما هو المعروف عند المتأخرين من عدم الزكاة في النقود الورقية .

ودعوى : أنّ اللازم إعطاء الفقير الهاشمي بمقدار رفع فقره ، والزائد يرجع إلى الإمام وبيت المال ، فلا محذور .

مدفوعة : بأنّ الإشكال والاستبعاد كان بلحاظ أصل تخصيص نصف الخمس - الذي هو ضريبة ضخمة الحجم - بهذا العنوان الذي لا يحتاج عادةً إلى مثل هذه الضريبة الضخمة ، فإنّ هذا خلاف حكمة التشريع وعقلائيته ، ولم يكن الإشكال والاستبعاد من ناحية وصول المال إلى الفقير الهاشمي أكثر من حاجته ليدفع بأنّ الزائد عن حاجة الفقير يرجع إلى الإمام سواءً في باب الخمس أو الزكاة ، فمثل هذا الحكم قد يطمأن بعده .

والإنصاف : أنَّ هذه الاشكالات مما يصعب علاجها بناءً على ما ذهب إليه المشهور في النقطة السابقة من رجوع النصف من الخمس إلى الفقراء السادة بنحو الملك ، ومن هنا يمكن جعلها من القرائن أو المؤيدات على خلاف هذا القول . وأمّا بناءً على ما استظهرناه - من كونهم مصرفاً للخمس في عرض سائر شؤون الحكم والولاية ، بحيث لا بدّ من رفع حاجتهم منه بدلاً عن الزكاة - فلا موضوع للإشكال من أساسه ؛ إذ غاية ما يلزم من التخصيص أنَّ على الحاكم والوالي أن يرفع حاجة الفقراء ممن لا تحلّ عليهم الصدقة من الخمس ، مع كونه كسائر الأنفال ملكاً لمنصب الإمامة والحاكمية ، ولا محذور فيه لا عقلاً ولا عقلاً ، بل هذا بحسب الحقيقة شأن من شؤون الرسول والإمام الذي جعل الخمس لولايته ومولويته على أموال الناس وأنفسهم ؛ لأنّ بني هاشم منتسبون إليه ، فجعل حالهم حاله وحال أهل بيته من حيث اعتبارهم جميعاً من شؤونهم ؛ تكريماً لهذه النسبة ، فليس ذكر الأصناف إلّا لبيان سعة مصرف القربى ، حيث إنّ يتامى بني هاشم ومساكينهم وأبناء سبيلهم شأنهم شأن نفس الإمام من حيث حرمة الصرف عليهم من الزكاة ، فيصرف عليهم من وجه الإمارة وما يرجع إلى الإمام لا الصدقات ، وهذا هو المناسب - كما أشرنا إليه - مع تكريم الرسول ﷺ والمنتسبين إليه وإغنائهم عما في أيدي الناس من الصدقات ، كما جاء في الأحاديث .

والحاصل : أنّه بناءً على ما سلكناه في النقطة السابقة - من كون الأصناف الثلاثة مجرد موارد للصرف عليها من الخمس من قبل الإمام الذي يكون مالكاً لتمام الخمس - لا موضوع للإشكال في تخصيصها ببني هاشم ، أي من حرمت عليهم الصدقة ؛ لأنّ غيرهم من الأصناف المذكورة قد خصّص الله لهم الصدقات بقدر كفايتهم ، كما تصرّح بذلك مرسلة حماد من الطائفة الثانية ، فلا بدّ وأن يقصد بالأصناف الثلاثة - الذين يصرف عليهم الخمس - من بقي منهم غير مشمول للزكاة .

بل لعل هذا كان مركزاً في ذهن المتشرعة بنحو يمنع عن شمول الإطلاق في الأصناف الثلاثة في آية الخمس لمن جعلت له الزكاة ، وهذا يعني أنه إذا أُريد من دعوى التخصيص هذا المعنى - أي تشريع الخمس لمنصب الإمامة من أجل أن يصرف في نوائبه ، ومن جملتها الصرف على من حرمت عليه الصدقة والزكاة التي جعلها الله في أموال الأغنياء للفقراء بقدر الكفاية ، وهم المنتسبون إلى النبي ﷺ - فهذا لا محذور فيه ولا استهجان ؛ لا عقلاً ولا عرفاً ، بل هو مقتضى المنطق والعدل ، ومنسجم مع ظاهر الآية ، ولا يقتضي تخصيص حق ضخم كبير لمصلحة أو جهة صغيرة لا تحتاج إلى ذلك ، كما أنه لا ينافي جواز الصرف على فقراء غير بني هاشم من الخمس في حالات استثنائية قد يفرض فيها عدم كفاية الزكاة بسد حاجتهم ، فإنّ هذا أيضاً من نوائب الحكومة ومسؤوليات الحاكم الإسلامي .

وبهذا يُجمع بين الطائفتين ؛ فيحمل تطبيق النبي ﷺ في صحيح ربيعي على ذلك ، وهو لا ينافي اختصاص الأصناف المذكورة بالهاشمي في الآية بعنوان أحد المصارف المقررة للخمس بالخصوص من قبل الشارع ، بل قد يستفاد منه أولوية وأحقية صرف الخمس على الهاشمي الفقير من غير الهاشمي عند التزاحم ، فيقدم الهاشمي ؛ إمّا مطلقاً أو في حال كفاية الزكاة لغير الهاشمي على الأقل .

وهكذا يتضح أنه بناءً على ما اخترناه من كون الأصناف مجرد مصرف للخمس ، بنفسه يكون وجه جمع بين الطائفتين من الروايات ، بخلاف ما إذا قلنا بمسلك المشهور من أنّ نصف الخمس ملك لجهة الأصناف ؛ فإنه على هذا لا وجه عرفي للجمع بين الطائفتين ؛ إذ لا يصح صرف المال في غير الجهة المالكة له ، وهي الأصناف من بني هاشم بالخصوص ، حتى مع فرض عدم وجود مصداق لهم ؛ لأنّ المالك الجهة والعنوان الكلي لا المصاديق الخارجية ، فخروجه عن ملك الجهة بمجرد عدم وجود المصداق - فضلاً عن فرض وجوده وجواز دفعه لغير الهاشمي -

غير عرفي ، وإنّما يكون المتفاهم منه عرفاً عندئذٍ هو مصرفية تلك الجهة لا أكثر . ولعل مما يؤكد هذا المعنى ما ورد في رسالة حماد من أنّ ما يفضل من حاجة الأصناف يرجع إلى الإمام .

ودعوى : ظهور قوله ﷺ : « لهم خاصة » ، أو « لا يخرج منهم إلى غيرهم » في أزيد من مجرد الأولوية المذكورة ؛ لظهوره في عدم إمكان صرف شيء منه على غيرهم ، فيعارض الطائفة الأولى على كل حال .

مدفوعة : بأنّ هذه التعبيرات يراد بها التخصيص بالأئمة ﷺ في قبال غيرهم ، والتأكيد على أنّ أمر الخمس راجع إليهم ، فليس النظر إلى كيفية الصرف من قبل الإمام وتحديدده ، وإنّما النظر إلى عدم جواز إعطائه لغيرهم ، كما هو واضح .

وهكذا يتلخص : أنّ تخصيص الأصناف الثلاثة بالهاشمي بالمعنى المتقدم - وهو اختصاص الصرف على الهاشميين من الأصناف الثلاثة بالخمس ، وكونه مجعولاً لأجل مثل هذه المصارف التي لا تشملها الزكاة - أمر معقول بناءً على ما سلكناه ، إلّا أنّ هذا لا يقتضي تخصيص الأصناف الثلاثة بقيد الهاشمي بعنوانه ، بل يمكن أن يكون القيد أعمّ من ذلك ؛ وهو مطلق من لا تشمل الزكاة وتحرم عليه ، أو مطلق حالات الفقر التي لا تكفي الزكاة والحقوق المقررة ابتداءً لهم لسدّها ، ومن المحتمل أن يكون هذا هو مقصود ابن الجنيّد رحمه الله من التعميم .

وعلى هذا المعنى يمكن فهم تطبيق النبي ﷺ وإعطائه لخمس غنائم بدر وغيرها من غزواته للفقراء والمساكين من غير بني هاشم ، وكذلك على هذا يمكن أن يُحمل جعل السهام خمسةً الوارد في صحيح ربعي المتقدم ، وكذلك ما ورد في ذيل صحيح محمّد بن مسلم المتقدم من أنّه : « ليس لنا فيه غير سهمين ... ثم نحن شركاء الناس فيما بقي » ، فلا موجب لطرحه أو حمله على التقيّة أو غير ذلك ، فتدبر جيداً .

الملحق رقم [١]

وقد حاول بعض أساتذتنا العظام - دام ظلهم - (١) حمل آية الفية الثانية (٢) على إرادة الغنيمة التي أفاء الله بها على رسوله من أهل القرى ولو بالقتال وبعد الغلبة ؛ بقرينة المقابلة مع الآية الأولى ، ولم يذكر فيها أن ما يرجع إلى النبي أي مقدار مما غنمه المسلمون ، إلا أن آية الغنيمة كشفت القناع عنه وبيّنت أن ما يغنمه المسلمون خمسُهُ يرجع إلى الأصناف الستة والتي وردت في كلتا الآيتين . وقد استشهد على ذلك بما جاء في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : « الفية والأنفال : ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء ، وقوم صولحوا وأعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة ، أو بطون أودية ؛ فهو كله من الفية ، فهذا لله ولرسوله ؛ فما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء ، وهو للإمام بعد الرسول . وأمّا قوله : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ قال : ألا ترى هو هذا ؟ ! وأمّا قوله : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ﴾ (٣) فهذا بمنزلة المغنم ؛ كان أبي يقول ذلك ، وليس لنا فيه غير سهمين ؛ سهم الرسول وسهم القربى ، ثم نحن شركاء الناس فيما بقي » (٤) .

(١) مستند العروة الوثقى : ٣٥١ - ٣٥٣ ، كتاب الخمس .

(٢) آيتا الفية هما : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير ، ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى لله وللرسول ولذي القربى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب ﴾

الحشر : ٦ - ٧ .

(٣) الحشر : ٧ .

(٤) الوسائل ٦ : ٣٦٨ ، ب ١ من الأنفال ، ح ١٢ .

وفيه :

أولاً - إنَّ حمل الآية على المغنم المأخوذ بالحرب والقتال يكاد يكون خلاف صريح السياق ؛ فإنَّ التعبير بـ « ما أفاء الله » إنّما يكون للدلالة على أنّه لم يؤخذ بعمل المجاهدين والغازين ليكون لهم حق فيه ، وهذا واضح جداً . كما أنّ ذكر الفيء وتقسيمه على السهام الستة وإرادة الخمس منه أمر لا يستسيغه العرف ، فإنّ كيف يلحظ الخمس ولا يلحظ الأربعة أخماس التي هي النسبة الأكبر ؟ ! فإطلاق الفيء وإرادة خمسه ليس عرفياً جزمياً .

هذا مضافاً إلى أنّ هذا التفسير خلاف التعليل الوارد في ذيل هذه الآية نفسها : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ ؛ فإنَّ هذا إنّما يناسب إذا لم يكن الفيء راجعاً إلى المقاتلين ، بل ذكره من أجل ذلك بحسب الحقيقة ، فإذا كان المقصود من الفيء خمس المغنم كان على خلاف التعليل ، بل لا موضوع لهذا التعليل في المغنم ؛ لعدم أهميتها وخطورتها لو قسمت على المقاتلين ، لاختصاصها بالمنقول فقط والذي يستحق المقاتلون أربعة أخماسه ؛ لكونها حصلت بالقتال بجهادهم وعملهم .

فالآية كالصريح في إرادة الفيء الاصطلاحي ؛ أي ما يؤخذ من الكفار بلا حرب وقتال . وما ذكر من المقابلة وذكر التقسيم السداسي فيه لا يمكن جعله قرينة على إرادة الخمس ؛ إذ لا مقابلة في البين ، بل الأمر بالعكس ، فالآية الأولى توطئة وتمهيد للثانية ؛ حيث بيّنت أنّ ما أفاء الله على رسوله ليس راجعاً للمقاتلين ، لكونه مما لم يوجف عليه بخيل وركاب ، فمن الطبيعي أن يكون المالك له منصب الإمامة والحاكمة ، كما تبينته الآية الثانية .

فالأمر على العكس تماماً ، حيث تكون الآية الأولى ممهدة للثانية لا أنّها مقابلة لها ، كما أنّ ذكر الأصناف في الآية من جهة بيان المصارف وإن جعل هذه الأموال للإمام والحاكم ليس من أجل غرض شخصي لهم بل من أجل مصلحة الفقراء

والمحتاجين . ومجرد كونها نفس المصارف المقررة في آية الخمس لا يكون قرينة على إرادة الخمس من الفيء ، كما هو واضح .

وثانياً - الرواية لا دلالة فيها على ما أُفيد ، بل على العكس أدلّ ؛ لما ذكر في ذيلها من التعبير بقوله : « بمنزلة المغنم » الدالّ على أنّه ليس نفس المغنم ، بل ما جاء بعد ذلك في ذيلها من أنّه : « ليس لنا فيه غير سهمين ... ثمّ نحن شركاء الناس فيما بقي » منافٍ لإرادة الخمس الذي يكون كله أو نصفه - أي ثلاثة أسهم منه - للإمام ، بحيث لا بدّ من طرحها أو حملها على التقيّة - وقد يجعل التعبير بقوله عليه السلام : « كان أبي يقول ذلك » قرينة عليها - أو تأويلها ، ومن الواضح أنّه مع فرض تأويلها لا يمكن الاستدلال بها .

والظاهر أنّ مقصود الإمام عليه السلام في هذه الرواية بيان الفرق بين المنقول وغير المنقول مما أفاء الله على رسوله ، فما كان أرضاً ودياراً هو النفل الذي يبقى بيد الإمام ، ولا تحديد للمصرف فيه بصورة مشخصة ؛ فلا يوجد فيه تقسيم وسهام حتى على نحو المصرفية ، بخلاف ما يكون ثروة منقولة فإنّها بمنزلة المغنم قد حدّد لها مصارف في القرآن ، وهي نفس مصارف الخمس ، وأمّا التعبير بأنّه : « ليس لنا فيه غير سهمين ... ثمّ نحن شركاء الناس فيما بقي » فلعله من باب التنزّل والاحتجاج بما كان يقبله القوم .

وممّا يدلّ أيضاً على ما ذكرناه - من أنّ الفيء غير خمس المغنم في الآية وأنهما بمنزلة واحدة من حيث إنّهما بيد الإمام - ما جاء في رواية ريّان بن الصلت - الطويلة - عن الإمام الرضا عليه السلام ، والذي ينقله الصدوق في المجالس السنّيّة بسند صحيح فراجعه ^(١) .

(١) الوسائل ٦ : ٣٥٩ ، ب ١ من أبواب قسمة الخمس ، ح ١٠ .

الملحق رقم [٢]

وقد يناقش في السند : بأن إبراهيم بن عثمان هو أبو أيوب الخزّاز الثقة الجليل والذي هو من أصحاب الصادق عليه السلام ، فمن البعيد إدراكه لسليم بن قيس الذي بقي إلى زمان الباقر عليه السلام لا أكثر ، ولهذا لم ينقل عنه في سائر الموارد إلا بواسطة ، مما قد يوجب الاطمئنان بوقوع سقط في السند بينهما ، وبالتالي سقوطه عن الاعتبار . إلا أن المظنون أن تكون الرواية منقولة عن حماد بن عيسى ، عن إبراهيم بن عمر اليماني الثقة - رغم طعن ابن الغضائري فيه - عن سليم بن قيس ؛ لأن حماداً ينقل كتابه عنه ولا ينقل عن إبراهيم بن عثمان ، بل الأمر بالعكس ؛ فإن إبراهيم بن عثمان أبا أيوب الخزّاز هو الذي ينقل عنه في كثير من الموارد .

هذا كله مضافاً إلى أن أصل الاستبعاد المذكور لا يبلغ حد القطع أو الاطمئنان ؛ لوضوح إمكان أن ينقل إبراهيم بن عثمان عمّن توفي في زمن الباقر عليه السلام ، ولا يتوقف للنقل عن الإمام الباقر عليه السلام ، فلا يُذكر ضمن أصحابه ، فالرواية معتبرة سنداً .

في ضمان انخفاض قيمة النقد

نطالع في هذا المقال بحث إحدى المسائل الهامة التي تنعكس آثارها على أكثر من باب فقهي . . . وهو بحث الأوراق النقدية وما تواجهه من مشكلة انخفاض وارتفاع القيمة التبادلية . . . طرح فيه الباحث (دام ظلّه) - بل أسّس - منهجية فذة في تكييف هذه الظاهرة الاقتصادية فقهيّاً . . . فعند معالجته للموضوع على ضوء ما تقتضيه القاعدة الأولية طرح السيّد الأستاذ اثني عشر طريقاً سابراً غورها يقلّبها ظهراً لبطن بكل ما أوتي من حكمة وبراعة . . . من أجل الوصول إلى الحلّ الناضج واليقين أو الاطمئنان بحكم الله عزّ وجلّ . (التحرير)

في ضمان انخفاض قيمة النقد

المعروف بين الأعلام أنّ حكم النقود في الضمان حكم سائر الأموال المثلية والتي يكون ضمانها في الديون والغرامات بالمثل ، فلا يكون نقصان قيمتها حين دفعها عن زمان الأخذ أو التلف مضموناً ، ونتيجة : ذلك أنّ من كان عليه دين لأحد قبل خمسين عاماً مثلاً بمئة تومان - وكانت ذات مالية وقوّة شرائية عظيمة وقتئذٍ - يكفي أن يدفع له ورقة نقدية من فئة مئة تومان اليوم والتي لا تساوي شيئاً بالنسبة لما كانت عليه في تلك الأزمنة ! وهذا يعني عدم ضمان نقصان قيمة النقود وإنّما المضمون مثلها فقط ، وهذه مسألة مهمّة لها ثمرات وآثار فقهية في أبواب متنوّعة ، وفيما يلي نورد البحث عنها في فصلين وخاتمة :

الفصل الأوّل - فيما تقتضيه القاعدة الأولية .

الفصل الثاني - فيما يستفاد من بعض الروايات الخاصّة .

الخاتمة - في بعض المسائل والفروع الفقهية المرتبطة بهذه المسألة .

الفصل الأوّل

إنّ المعروف بل لعلّه المتسالم عليه أنّ الأموال التي يكون لها المثل وتكون أفرادها متساوية الأقدام عرفاً بالنسبة لعناوينها يكون ضمانها في باب الغرامات والديون بالمثل لا بالقيمة . ومدرك هذا الحكم هو السيرة والارتكاز العقلائي الممضى شرعاً ، ولم يرد ذلك في لسان دليل شرعي .

نعم ، حاول جملة من الفقهاء الاستدلال عليه بمثل قوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي » ^(١) بتقريب أن ظاهره اشتغال الذمة بنفس ما أخذ فتكون العين المأخوذة بنفسها في الذمة حتى بعد التلف ، وهو يقتضي دفعها بخصوصيتها العينية الشخصية عند وجودها وبخصوصيتها النوعية والمثلية عند تلفها مع وجود المثل وإمكان دفعه وبمالياتها وقيمتها عند عدم المثل ، ولازمه أن يكون بقيمة يوم الأداء عند تعذر المثل أو كونه قيمياً .

إلا أن هذا الحديث النبوي لا سند له فقد نقله العلامة في بعض كتبه مرسلًا ، كما أن استفادة المعنى المذكور منه مشكل فإن ظاهره الاختصاص بفرض وجود العين المأخوذة ووجوب ردّها ولا دلالة لفظية فيه على اشتغال الذمة بها عند التلف أصلاً ، وإنما يستفاد ذلك من السيرة والارتكاز العرفي الممضى شرعاً ، فهمم الدليل على ضمان المثل هو الدليل اللبّي المتقدّم ذكره .

والمعروف عندهم أن ضمان المثل يشمل تمام الخصوصيات الذاتية والنوعية والعرضية للشيء التي تكون دخيلة في ماليته والمرغوبة عند العقلاء فيجب على الضامن أن يدفعها إلى المضمون له . وأما القيمة السوقية فقد ذكروا أنه أمر اعتباري لا ربط له بالعين المضمونة بل هي صفة للسوق ورغبة نوعية عند الناس ترتبط بمقدار حاجتهم إلى السلعة وكمية وجودها وندرتها في السوق - عوامل العرض والطلب - وهذا أجنبي عن السلعة وليس من أوصافها ليكون مضموناً . ولهذا لا يضمن من يتسبب إلى تقليل قيمة السلعة في السوق بكثرة عرضها أو بالدعاية ضدّها أو أي سبب آخر ، ونتيجة ذلك : أن نقصان قيمة المال المضمون لا يكون مضموناً حيث يكفي دفع مثله سواء زادت قيمتها السوقية أم نقصت .

وهذا الذي ذكروه وإن كان صحيحاً في الجملة إلا أن الإشكال في إطلاقه ، وفيما

(١) مستدرک الوسائل : ١٤ : ٨ ، ح ١٢ .

يأتي عدّة محاولات لتخريج ضمان نقصان القيمة السوقية للنقود الحاصل من التضخم ، وقد يكون بعضها أوسع من باب النقود .

المحاولة الأولى : دعوى أنّ العقلاء إنّما لا يلاحظون القيمة السوقية من أوصاف المثل إذا كان الاختلاف ومقدار نقصان القيمة قليلاً أو نادراً ، وأمّا مع كونه فاحشاً خطيراً أو كونه كثير الاتفاق فالعرف يلاحظه من صفات المثل عندئذٍ ويراه مضموناً ، ويكون حاله حال ما إذا سقط المثل عن القيمة والمالية رأساً من حيث ضمان قيمته عندئذٍ للمضون له .

وإن شئت قلت : إنّ ضمان المثل عند العقلاء في المال المثلي إنّما يكون لأجل المضمون له ومزيد حفظ حقّه في الخصوصية الجنسية والمثلية لماله زائداً على ماليته ، فلا ينبغي أن يكون ذلك على حساب مالية ماله بحيث يخسر مقدراً من ماله بالنتيجة ، فإذا كان التفاوت فاحشاً أو كان كثيراً ما يقع ذلك فالعقلاء والعرف لا يكتفون في مثل ذلك بدفع المثل الأقل قيمة ممّا أخذه منه . وهذا البيان لو تمّ لم يختصّ بباب النقود بل يجري في السلع أيضاً إذا فرض نقصان قيمتها بمقدار خطير أو كان في معرض النقصان كثيراً .

ويمكن الإجابة على هذه المحاولة بأحد جوابين :

الأول : أنّ موضوع الضمان أي ما يضمنه الضامن بحسب ظاهر أدلة الضمان الشرعية والعقلانية إنّما هو المال لا المالية والقيمة ؛ لأنّها وصف وحيثية تحليلية لصيرورة الشيء مالاً فيضمنه من أتلفه أو أخذه في قبال مال آخر ، وعلى هذا يقال : لو أريد ضمان نقصان قيمة المثل بعنوان ضمان القيمة والمالية الناقصة ابتداءً فهذا خلف كون المضمون هو المال لا المالية استقلالاً . وإن أريد ضمان ذلك من باب دخله في ضمان المال فمن الواضح أنّ النظر العرفي في باب الأموال المثلية يقضي بالمثلية فإنّ ممّا من الحنطة الكذائية هي نفس ما أخذه من المالك لو ردّ عينها أو مثلها لو تلف ، ونقصان المالية السوقية ومدى تنافس السوق ورغبته في المال

لا يجعله مالا آخر غير ذلك المال المأخوذ أو التالف عرفاً فلا موجب لضمان نقصان القيمة .

الثاني : أنَّ الضمان عند تحققه يعدّ عرفاً وعقلاً نحواً من التعويض والمبادلة القهرية بين المال التالف وبين ما يمتلكه المضمون له بالضمان على ذمة الضامن من المثل أو القيمة ، ولهذا تتحقق الملكية الفعلية له في ذلك المال الذمي الاعتباري وترتب عليه آثارها ويجوز له التصرف القانوني فيه بالبيع والحوالة وغيرهما ، وهذا التعويض والمعاوضة القهرية تتحقق مرة واحدة عند تحقق موجب الضمان وهو زمان الأخذ أو التلف ولا موجب آخر له ، فيكون نقصان قيمة المثل بعد تحقق الضمان واشتغال الذمة من باب نقصان قيمة مال مالكة كما إذا كان قد دفعه إليه فنقصت قيمته عنده بعد الدفع ، فلا موجب لضمان نقصان القيمة زائداً على المثل . وهذا الجواب مبني على أن لا يعتبر العرف القيمة السوقية من صفات المثل فتتوقف صحته على تمامية الجواب الأول ، مضافاً إلى أن كون الضمان من باب المبادلة القهرية قبل الدفع والوفاء محل منع وإن قبلنا ذلك بعد دفع البدل .

المحاولة الثانية : دعوى أنَّ العرف يتعامل مع الأموال المتخذة للتجارة والمبادلة معاملة القيمي أي يلحظون فيها ما ليتها وقيمتها السوقية لا خصوصياتها الجنسية ، ومن هنا قيل بتعلق الخمس بها قبل بيعها ؛ لصدق الربح فيها بنفس ارتفاع قيمتها السوقية فيكون الضمان لقيمتها أيضاً ولو من جهة صيرورة قيمتها السوقية من صفات المثل ، والنقود تكون كمال التجارة من حيث كونها متخذة للمبادلة محضاً . وفيه : أنَّ تعلق غرض تجاري أو تبادل بالمال لا يخرج عن العرف والعقلاء عن كونه مثلياً أي له المثل بحيث إذا تلف أو ضمنه الغير اشتغلت ذمته بما هو مماثل له بحسب النظر النوعي للمال الذي هو الميزان في ضمانه ، وإن شئت قلت : إنَّ الخصوصية المذكورة من قبيل الدواعي ، ولهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يكون منضبطاً بخلاف الضمان الذي يكون بإزاء نفس المال من حيث هو مع

قطع النظر عن غرض من بيده المال ، فالحاصل : كون من بيده المال ينظر إلى حيثية ماليته فقط لا أثر له على ضمان المال من حيث هو مال .

المحاولة الثالثة : أن يقال بأنّ النقود بالخصوص ليس ضمانها مثلياً بل قيمياً ؛ لأنّها ليست سلعة ولا منفعة استهلاكية لها ، وإنّما هي مجرد وسيلة للمبادلة ، وحساب المالية المحضة للأجناس والسلع والضمان بالمثل إنّما يكون في السلع والأموال الحقيقية . نعم ، النقود الحقيقية كالذهب والفضة لا مانع من أن يكون ضمانها بالمثل لأنّها سلع حقيقية . والحاصل : موضوع ضمان المثل السلع الحقيقية ، لا النقود التي هي مجرد وسيلة للمبادلة .

وفيه : أنّ موضوع الضمان عند العقلاء وكذلك في ظاهر السنة الروايات وكلمات الفقهاء إنّما هو المال لا السلعة أو الجنس ، ولا إشكال في أنّ النقد حتى الورقي الاعتباري منه مال حقيقة وعرفاً ؛ إذ ليس المراد بالمال إلّا ما يرغب فيه العقلاء ويبدلون بإزائه مالاً آخر وهذا صادق على النقد الاعتباري في طول اعتباره ورواجه . نعم ، هناك بحث آخر في علم الاقتصاد حول اعتبار النقود من السلع أم لا ، ولكنّه من منظور آخر غير المنظور القانوني الفقهي حيث يقال هناك : إنّ مجموعة نقود البلد الواحد لا تضاف إلى السلع والثروة الحقيقية الموجودة في ذلك البلد في حساب الثروة الكلية والدخل القومي للبلد ؛ لأنّه مجرد وسيلة للتبادل والمعاملة لتلك الثروة فمجموع الثروة الكلية عبارة عن مجموعة السلع الحقيقية والخدمات الثابتة في ذلك البلد لا أكثر . إلّا أنّ هذا منظور علمي آخر لا ربط له بالمنظور الفقهي الحقوقي حيث يكون النقد الرائج المعتبر مالاً قانوناً ، فالحاصل : تعريف المال الفقهي يختلف عن تعريف المال الاقتصادي فلا ينبغي الخلط بينهما . وبناءً عليه ، يكون النقد حتى الاعتباري منه مالاً فقهاً وقانوناً ويكون كسائر الأموال موضوعاً لأحكام الأموال والتي منها ضمان مثلها إذا كان لها مثل ؛ لأنّ المفروض أنّ كلّ مال يكون فيه ضمان ، وكلّ ما يكون فيه ضمان إذا كان له مثل كان

ضمانه مثلياً أي تشتغل الذمة بمثله وتنتقل ملكية المضمون له إليه وهو معنى الضمان ، وكلتا هاتين الخصوصيتين متحققّة في النقود الاعتبارية فضلاً عن الحقيقية فيكون ضمانها بالمثل أيضاً . ومما يشهد على ذلك أنه إذا ضمن نقداً من نوع معيّن كالتومان مثلاً لا يجوز له أن يدفع له من نقد آخر بقيمته كالروبية مثلاً أو الدولار ، وليس هذا إلا من جهة ضمان الخصوصية الجنسية الثابتة في المال المضمون .

المحاولة الرابعة : أن النقد عبارة عن القيمة والمالية المحضة لسائر السلع والأموال ؛ ومن هنا يكون ضمان الأموال والسلع القيمية به لكونه القيمة ، فكيف يمكن أن لا يكون ضمانها قيمياً ؟ ! فالحاصل : إذا كان ضمان القيمي قيمياً فضمان القيمة المحضة التي هي النقد قيمي لا محالة . وفرق هذه المحاولة عن سابقتها أنه في تلك المحاولة يدعى اختصاص ضمان المثل ممّا بالسلع الحقيقية والتي لها منفعة ذاتية حقيقية ، وأمّا المدعى في هذه المحاولة فنكتة أخرى هي أن حقيقة النقد هو كونه قيمة محضة للأموال الأخر فيكون ضمانها قيمياً كالأموال القيمية بل هو أولى منها ، وهذه المحاولة لو تمّت لجرت في النقد الحقيقي أيضاً بخلاف المحاولة السابقة .

وفيه : أن هذا مجرد تعبير وتلاعب بالألفاظ ، وإلا فالنقد ليس مالية وقيمة محضة ، كما أن الضمان ليس للعين بما هي قيمة ومال ، بل للمال والنقد بل هو مال أيضاً ، أي شيء له المالية والقيمة كأى مال آخر غاية الأمر باعتبار كونه مرغوباً لدى الكلّ وقابلاً للبقاء وعدم الفساد وغيره من خصائص النقدية والرواج سواء في النقود الحقيقية أو الاعتبارية أصبح هذا المال صالحاً لأن يقبل في قبال كل سلعة أخرى فتكون مرغوبته أوسع دائرة من أية سلعة أخرى ، وهذا لا يغيّر حقيقته من حيث كونه شيئاً له المالية والقيمة فإذا تلف أو ضمنه الضامن اشتغلت ذمته بمثله ؛ لأنّ له المثل في الخارج على حدّ سائر الأموال المثلية بخلاف السلع القيمية كالفرس مثلاً فإنّه عند تلفه وضمانه لا يكون له المثل عادة فيكون ضمانه قيمياً .

المحاولة الخامسة : إنّ النقد الحقيقي كالدرهم والدينار مال مثلي فيكون ضمانه مثلياً أيضاً ، وأمّا النقد الاعتباري فهو ليس إلا مجرد سند عمّا اعتبرته الجهة المصدّرة له وتعهّدت به من القيمة المعادلة والرصيد المحفوظ بإزائه عند تلك الجهة والذي يكون من الذهب عادة ، فيكون المضمون معادله من الذهب ، فلا بدّ وأن يدفع الضامن نفس ذلك المقدار من الذهب أو ما يعادله من ذلك النقد ، فيكون التضخّم ونقصان قيمة النقد مضموناً بهذا الاعتبار . وفرق هذه المحاولة عن سابقتها هو إنكار أصل المالية الاستقلالية للنقود الورقية واعتبارها مجرد سندات على الدّين والالتزامات .

وفيه : أنّ هذا ربّما كان صحيحاً في بعض الأدوار التاريخية التي مرّت على النقود الورقية وأمّا اليوم فلا أساس له من الصّحّة .

وتوضيح ذلك : أنّ النقد الورقي قد مرّ بأدوار أربعة :

الدور الأوّل : دور نيابتها عن أرصدها من ذهب وفضة التي كانت مودعة في خزانة الجهة المصدّرة لها ، ولم تكن هذه الأوراق إلا حاكية عن وجود تلك الودائع والأرصدة وسنداً محضاً عليها .

الدور الثاني : حينما أحسّ المصدّرون لتلك الأوراق بأنّهم غير مضطّرين إلى الاحتفاظ بتلك الأرصدة والودائع بمقدار الأوراق الصادرة ؛ لأنّ أصحابها سوف لن يطالبوهم جميعاً في وقت واحد بتسليمها فتبدّلت بالتدريج فكرة الاحتفاظ بالأرصدة والنقود الحقيقية كوديعة لصاحبها إلى فكرة التعهّد والضمان من قبل الجهة المصدّرة لتلك الأوراق بدفع الرصيد لمن جاء بالورقة إلى مُصدّرها فاستطاعت تلك الجهة أن تستفيد ممّا أودع عندها من الذهب والفضة أعني النقود الحقيقية ؛ لأنّها أصبحت ملكاً لها فأعطتها لآخرين في معاملات تجارية وهم بدورهم أيضاً أودعوها عند تلك الجهة في قبال إصدار سند لهم وهكذا أمكن لتلك الجهة أن تتعهّد بأضعاف ما أودع عندها من النقود الحقيقية وإصدار سندات عليها . وبذلك أصبحت

الجهة المصدرة مدينة لصاحب الورقة بمقدار رصيده وأصبحت الورقة كالشيكات اليوم سنداً على القرض ، فهي تحكي عن رصيد في الذمة لا رصيد خارجي ووديعة كما في الدور السابق.

الدور الثالث : حينما أحست الدول بأهمية وخطورة هذه الأوراق وقدرتها على نيابة النقود الحقيقية من ذهب وفضة بأكثر من واقعها فتدخلت في المنع عن إصدارها من قبل الجهات الشخصية قانوناً فأصدرت بنفسها الأوراق وسنت القوانين لحمايتها ورسميتها وتعهدت بجعل مقدار الرصيد بإزاء ما يصدر منها بالذهب أو الفضة لكي تبقى معتبرة بين الناس وسائر الدول ، وعندئذ أصبح هذا التعهد تعهداً مستقلاً عن ترجمة الورقة للرصيد بأن من أتى بشيء منها إلى الجهة المصدرة قدم له من الرصيد بقدره ، فلم تعد الورقة شيكاً أو سنداً على ذمة المتعهد ، بل أصبحت ذات مالية مستقلة وتعهد الدولة أو القانون بالرصيد لم يعد إلا حيتية تعليلية لاعتبار المالية لهذه الأوراق .

الدور الرابع : هو الدور المثبت اليوم عالمياً حيث ألغي التعهد من قبل الدول المصدرة لتلك الأوراق بدفع الرصيد أو الاحتفاظ به بمقدارها نهائياً ، وأصبح طبع تلك الأوراق المعتبرة قانوناً على أساس معادلتها مع واقع الثروة والإمكانات الحقيقية التي تمتلكها الدولة طبقاً لمعادلات وحسابات علمية دقيقة يشخصها الاقتصاد القومي .

وعلى هذا الأساس يعرف أن مفهوم الرصيد للأوراق النقدية في الوضع العالمي اليوم لم يعد ما كان سابقاً من مبلغ معين في ذمة شخص أو جهة وإنما رصيد النقود الورقية لكل دولة عبارة عن مجموعة ما تمتلكه من القدرة الاقتصادية على التعهد بسلع أو أعمال وخدمات اقتصادية لا بمعنى أن مبلغاً معيناً منها يكون محكياً بمبلغ معين من هذه الأوراق كما هو شأن السندات ، بل بمعنى أن هذه الأوراق تمكن صاحبها من امتلاك مبلغ من تلك الإمكانات وفق ما تقتضيه قاعدة العرض والطلب

ومدى ازدهار وتقدّم الوضع الاقتصادي للبلد . أي إنّ أي شيء يفترض رصيماً لهذه الأوراق فهو محكوم لنظام التضخم وصعود قيمته أو انخفاضها بالقياس إلى الأوراق في حين إنّ شيئاً ما لو كان رصيماً لهذه الأوراق - بمعنى سندية الأوراق له وحكايته عن ثبوته في ذمّة الدولة المصدّرة للأوراق - لما كان من المعقول هبوط مبلغ ذلك الشيء باستمرار أو صعوده أحياناً ، أي إنّ سنداً ما إذا كان حاكياً عن مثقال من الذهب في ذمّة أحد لكان يبقى ما في ذمّته المحكيّ بهذا السند دائماً مثقالاً من الذهب لا يزيد ولا ينقص ، والحال إنّ أرصدة الأوراق النقدية ليست كذلك ، ولهذا نجد أنّه كلّما تزدهر وتتقدّم الأوضاع الاقتصادية للبلد المصدّر لتلك الأوراق وتكثر فيه الثروات والإمكانات الاقتصادية قويت أوراقه المالية في تجارة خارجية أو داخلية وبالعكس كلّما ضعفت إمكانات البلد وثروته الاقتصادية ضعفت أوراقه المالية وانخفضت قيمتها . فلم يعدّ خافياً اليوم أنّ الأوراق النقدية الرائجة في العالم تعتبر هي الأموال بالاستقلال ولا تعتبر سندات حاكية عمّا في الذمم ، وأنّ مسألة الرصيد لها لا تعني ذلك أصلاً .

ومما يشهد أو يدل على ذلك الأحكام القانونية المرتبة على هذه الأوراق حيث إنّّه يتعامل معها بما هي أموال مستقلة لا بما هي سندات عليها فمثلاً إذا تلف أو أُلّف مقدار منها كان ذلك تلفاً للمال لا للسند فلا تبقى ذمّة الجهة المصدّرة لها مشغولة برصيدها وما يعادلها لمالكها ، كما أنّ إقباضها يكون إقباضاً للمال وليس حوالة على الجهة المصدّرة لها كما في التعامل بالسندات إلى غير ذلك من الأحكام والآثار الحقوقية المترتبة .

المحاولة السادسة : أنّ النقد وإن كان مالاً مستقلاً بل ومثلياً أيضاً أي ضمانه بالمثل إلّا أنّ حقيقة النقدية حيث إنّها تتمثل في القوّة الشرائية والقيمة التبادلية فيكون الداخل في عهدة الضامن تلك القوّة الشرائية ؛ لأنّ النقد ليس إلّا عبارة عن القوّة الشرائية المتجسّدة في الخارج فيكون المضمون مماثل لتلك القيمة والقوّة

الشرائية لا محالة .

وفيه : أولاً : أن لا يُلزمه أن لا يجب على الضامن دفع الزيادة إذا ارتفعت قيمة النقد وقوّته الشرائية ؛ لأنّ الضامن قد ضمن القوّة الشرائية المحضة المتجسّدة في الورقة لا غير .

وثانياً : أن القوّة الشرائية بهذا المعنى أمر معنوي انتزاعي لا يفهمه العرف ولا يعتبره هو المال الخارجي ، وإنّما المال الخارجي نفس الورقة النقدية والضامن يضمن مثلها لا محالة ؛ لأنّ قيمتها وماليّتها أو قل قوّتها الشرائية حيثيّة تعليليّة أجنبية عن صفات المثل كغيرها من المثليات .

المحاولة السابعة : أنّ النقود إذا كانت حقيقيّة كالدرهم والدينار فقد يقال بعدم ضمان نقصان قيمتها ؛ لأنّ ماليّتها بجنسها الحقيقي والذي هو مال مثلي كسائر الأموال المثلية ، وأمّا النقد الاعتباري فحيث إنّ لا منفعة ذاتية استهلاكية له أصلاً وإنّما منفعته بجعله للتبادل فتكون هذه الخصوصية أعني قيمته التبادلية وقوّته الشرائية ملحوظة عرفاً وعقلاً كوصف حقيقي ، فتكون مضمونة كضمان سائر صفات المثل ، بل هذه الحيثية قد تعدّ قوام النقد وحقيقته بالمقدار المرتبط باعتبار النقد نفسه لا بارتفاع أو انخفاض قيمة السلع الأخرى في السوق بتأثير عوامل العرض والطلب عليها . فإذا تغيّرت قيمة النقد من هذه الناحية كما إذا قلّ اعتبار الدولة المصدّرة له وضعفت قوّتها الاقتصادية أو نشرت الدولة كمّيات أكثر منه بلا رصيد حقيقي بإزائه كان هذا التغير كالتغير في الأوصاف العرضية للمثل كالثلج في الصيف والماء في المفازة مضموناً عرفاً ؛ لأهمّيته وخطورته وملحوظيّته عرفاً في خصوص النقود الاعتبارية فلا يكون أداء معادله الاسمي وفاءً وأداءً للمثل ، وإنّما مماثله المعادل لنفس القيمة والمالية المعتبرة له سابقاً من نفس الجنس ، فيكون هناك ضمان للخصوصيّة الجنسية وضمان للقيمة والقوّة الشرائية فيه باعتبارهما معاً من أوصاف المثل ؛ ومن هنا أيضاً لا يصحّ دفع عملة أخرى من جنس آخر كما أنّ

ارتفاع المالية والقيمة لذلك الجنس من النقد يكون للمضمون له ؛ لأنه ارتفاع لمالية جنس النقد وخصوصيته المضمونة ، فلا يجوز للضامن دفع الأقلّ منهما إذا ارتفعت ماليته ، وفي نفس الوقت يكون نقصان القيمة والقوة الشرائية مضموناً أيضاً .

وبهذا يكون ضمان النقد مثلياً أي يضمن جنسه كما يضمن سائر المثليات ولا يضمن عنوان القوة الشرائية الذي قلنا في المحاولة السابقة بأنه أمر معنوي انتزاعي ، إلا أن مثليته تتقوم بخصوصيته الجنسية وقيمته وقوته الشرائية معاً ولكن بالمقدار المرتبط به لا بقيمة السلع الأخرى من سائر النواحي أي من ناحية مقدار العرض والطلب عليها في نفسها من غير ناحية ارتباطها بقيمة النقد ، فإذا كان هبوط قيمة النقد من جهة غلاء الأجناس الأخرى أو أكثرها لندرتها أو غير ذلك من أسباب ارتفاع قيمة السلع - ومؤشّره أن أسعارها ترتفع بلحاظ جميع العملات وأنواع النقود الأخرى أيضاً لا خصوص النقد الرائج في البلد - فهذا لا يكون مضموناً لصاحب النقد ؛ لأنّ هذه المالية الزائدة لم تكن مربوطة بالمالية التي كان يمثلها النقد المضمون ، وإن كان هبوط قيمة النقد من ناحية تغيّر سعر النقد نفسه لضعف الجهة المصدّرة له اقتصادياً كان مضموناً .

نعم ، تبقى مشكلة كيفية محاسبة القوة الشرائية للنقد من تلك الناحية ، ولعلّ أفضل طريقة أن يقاس بالنسبة للعملات الأخرى الثابتة مالياتها أو الأجناس الثابتة في ماليتها نوعاً وعادة كالذهب والفضة أو بالقياس إلى متوسط سعر السلع في السوق في كل فترة من الزمن .

وهذه المحاولة وإن كانت قريبة من النفس إلا أنّ هناك إيرادات وإشكالات عليها لا بدّ من ملاحظتها وتمحيصها وهي كما يلي :

الأوّل : أنّ هذه الخصوصية كما هي ملحوظة في الأوراق النقدية كذلك ملحوظة في الدرهم والدينار من النقود الحقيقية ؛ لأنّ حيثية نقديتها كنقدية الأوراق من حيث ملاحظة العرف لقوتها الشرائية ، ومجرّد كون ذلك على أساس المنفعة

الحقيقية في جنسها لا مجرد الاعتبار لا يوجب فرقاً من هذه الناحية ، ولازم ذلك جواز أخذ الزيادة في الدرهم والدينار لدى نزول قوتها الشرائية ، ولا أظنّ التزام أحد بذلك .

ويمكن الإجابة عليه بالفرق بينهما من ناحية أنّ اعتبار العرف للقوة الشرائية في النقد من صفات المثل التي تدخل في الضمان إنّما يكون في النقد الاعتباري لا الحقيقي ؛ لأنّ نكته عرفاً ليست مربوطة بحيثيّة النقدية وكون الشيء وسيلة للتبادل ليقال باشتراكه بين النقيدين بل مربوطة بحيثيّة اعتبارية ماليّة حيث إنّ النقد الاعتباري إنّما يضرب ليكون تعبيراً عن المالية والقوة الشرائية المحضة التي يعتبرها القانون ، فتكون تلك القوة ملحوظة فيه بنحو المعنى الاسمي بخلاف النقد الحقيقي حيث يمكن أن يقال فيه بأنّ قوته الشرائية ملحوظة فيه بنحو المعنى الحرفي وبما هي من آثار خصوصيّة الجنسية الحقيقية فلا تلحظ عرفاً من صفات المثل زائداً على الجنس الحقيقي ، وإن شئت قلت : إنّ وجود المنفعة الذاتية والجنس الحقيقي في النقد الحقيقي وكونه هو الملاك الأساس في ماليّته ونقديّته يجعل العرف يتعامل معه كما يتعامل مع الأجناس الحقيقية من حيث الضمان .

الثاني : أنّ القيمة السوقية والقوة الشرائية للنقد وإن كانت حيثية تقييدية عرفاً أي قوام النقد وحقيقته بذلك حيث لا منفعة ذاتية له ، إلّا أنّ مجرد هذا لا يكفي لضمان التضخّم ونقصان قيمته السوقية من قبل الضامن له ؛ لأنّ هذه الصفة أعني القيمة السوقية للنقد من الصفات الإضافية النسبية التي لها طرف آخر وهو السوق ومدى رغبة الناس في النقد وتنافسهم عليه ، والصفات النسبية إن كان تغيرها وزوالها بتغير صفة أو منشأ لها قائم بنفس المال كما إذا قلّت رغبة الناس فيه لزوال طعمه أو لونه أو تأثيره فمثل هذا يكون مضموناً ومن صفات المثل ؛ لأنّ تلك الحيثيّة والمنشأ القائم بالمال يكون متعلّقاً لحقّ المالك أيضاً ، وأمّا إذا كان تغيرها لتغير طرف الإضافة الذي هو أجنبي عن المال وخارج عنه فلا معنى ؛ لأنّ يكون مضموناً لأنّ

ذلك الطرف لم يكن مملوكاً لمالك المال أو متعلقاً لحقه كما إذا تصرف المتصرف في الجو فأصبح بارداً فلم يرغب الناس في شراء الثلج مثلاً أو عالج الناس بلا دواء بحيث لم يرغب أحد في شراء دواء معين فإنه لا يكون ضامناً لمالية مالهم ، وكذلك الحال في القيمة السوقية للنقد فإن نقصانها يعني أن السوق والناس قلّت رغبتهم فيه ولو لضعف الجهة المصدرة له إلا أن المفروض أن تلك الجهة لا تزال متعهدة ومعتبرة للنقد كالسابق وإنما قلّت رغبة الناس في اعتبارها كما تقلّ في السلع الحقيقية ، فهذا تغيير في جهة أجنبية عن حق المالك للمال فلا وجه لأن يكون من صفات المثل ويكون مضموناً ، والشاهد عليه : أنه لو سبّب بالدعاية أو بأي سبب آخر إلى أن تقلّ رغبة الناس في تلك العملة فقلّت قيمتها ، بل حتى لو سبّب ضعف الجهة المصدرة لها لم يكن ضامناً لنقصان قيمة النقود التي بأيدي الناس جزماً مع أن هذه الصفة والخصوصية لو كانت من صفات المثل ومضمونة بضمان المثل لزم أن يكون التسبب إلى زوالها عن العين المملوكة لمالكها موجباً لضمان قيمتها أيضاً ، كما إذا تسبّب إلى فساد أموال الناس أو تغيير صفة من صفاتها الحقيقية المرغوب فيها .

فالحاصل : هناك تلازم بين الحكم بضمان وصف من أوصاف العين المضمونة من باب كونه من صفات المثل في فرض ضمان العين وبين الحكم بضمانه مع بقاء العين إذا تصرف تصرفاً مؤدياً إلى زوال الوصف فلا بدّ من الحكم بضمان نقصان القيمة في الفرض المذكور - وهو ممّا لا يلتزم به - أو الحكم بعدم ضمانه في فرض التلف أيضاً ؛ لأنّ نكتة الضمان فيهما واحدة ، وهي كون تلك الصفة في المال متعلقاً لحق المالك فإذا كان له هذا الحقّ فالضمان في الفرضين وإلا فلا ضمان فيهما أيضاً .

والجواب : بالفرق عرفاً في الأوصاف النسبية الإضافية بين التصرف في طرف الإضافة والتصرف في العين فإن الأول لا يكون موجباً للضمان ؛ لأنّه ليس من التصرف في حق الغير وملكه ، بخلاف الثاني فإنه تصرف فيه حتى بلحاظ وصفه النسبي وما يوجبه من المالية فيه ، فمثلاً إذا كان مال في سوق معين أكثر مالاية

وقيمة منه في مكان آخر فتارة يتصرّف المتصرّف في المال بأن يأخذه إلى مكان آخر ويخرجه عن ذلك السوق فيكسد فإنّه يحكم بضمانه ، وأخرى يتصرّف في السوق بأن يرغب من فيه بالانتقال إلى مكان آخر فيكسد المال بعد ذلك فإنّه لا يكون ضامناً ؛ لأنّه لم يتصرّف في مال الغير وحقّه . ومقامنا من هذا القبيل فإنّه إذا أتلّف النقد الذي له مالية وقيمة سوقية معيّنة أو أخذه من مالكة على وجه الضمان فإنّه يعدّ إتلافاً أو أخذاً لقوّته الشرائية من مالكة فيضمنه بماله من القيمة والمالية ، بخلاف ما إذ أثر على السوق فعوّث من رغبة الناس وتنافسهم على النقد أو أثر على الجهة المصدّرة له فحاربها اقتصادياً مثلاً فأثر ذلك في قوّة النقد عالمياً فإنّ هذا لا يعدّ تصرّفاً في مال مالكي ذلك النقد .

نعم ، لو غصب النقد غاصب ثمّ أرجعه بعينه إلى مالكة بعد أن نقصت قيمته وقوّته الشرائية نتيجة التضخّم الناشئ من هبوط قيمة النقد كان لازم هذا التحليل أن يكون ضامناً للنقصان ، كما إذا غصب جنساً فأرجعه فاسداً أو ناقصاً في بعض أوصافه الدخيلة في المالية ، ولا يبعد صحّة الالتزام بذلك فقهيّاً .

لا يقال : فلماذا لا يحكم بضمان نقصان القيمة السوقية في السلع والأجناس الحقيقية المثلية إذا نقصت قيمتها بعد التلّف أو الغصب ، كما إذا أتلّف منّا من حنطة فضمنها ثمّ نقصت قيمتها فإنّه لا يجب عليه أكثر من دفع منّا من تلك الحنطة ؟ !
فإنّه يقال : إنّ الحكم بعدم ضمان ذلك ليس من الجهة المذكورة في الإشكال ، بل لجهة أخرى وهي كون القيمة حيثيّة تعليليّة لمالية الأجناس الحقيقية لا تقييدية بمعنى أنّ منّا من تلك الحنطة يعدّ عرفاً نفس ذلك المال التالف لا أقلّ منه إلّا إذا فكرنا بعقلية تجارية حسابية لا تكون ميزاناً للأحكام العرفية والعقلانية ، فلو أريد ضمان نقصان قيمة السلعة زائداً على منّا من تلك الحنطة من باب دخل ذلك في المثلية فليست القيمة السوقية دخيلة في ذلك في الأجناس الحقيقية كما أشرنا ، وإن أريد ضمانه بعنوان ضمان القيمة السوقية مستقلاًّ وابتداءً فالضمان لا يتعلّق إلّا

بالمال لا بالمالية وإنما المالية حيثية تعليلية في المال المضمون فإن هذا هو المستظهر من أدلة ضمان الأموال الشرعية والعقلائية ، وهذا بخلاف النقد الاعتباري المحض فإن قيمته وقوته الشرائية تمام حقيقته وقوامه فتكون حيثية تقييدية فيه أي إن مالية النقد الاعتباري تكون بقيمته التبادلية والشرائية لا بجنسه الحقيقي ؛ إذ لا قيمة له ، ولا باعتباره ؛ لأن الاعتبار بما هو اعتبار ليس مالا وإنما المالية بما وراء ذلك الاعتبار من القوة الاقتصادية في الجهة المصدرة والتي تجعل الورقة النقدية فيها قوة شرائية تبادلية حقيقية ، وهذا يعني أن مالية هذه الأوراق إنما تكون بنفس قوتها التبادلية والشرائية لا بشيء آخر فلا محالة يكون مثل النقد المأخوذ أو التالف أولاً ما يعادله من نفس النقد في قوته الشرائية التبادلية ، وبهذا يدعى الفرق بين النقود الاعتبارية والأموال الحقيقية .

الثالث : أن ضمان نقصان قيمة النقد - التضخم - يستلزم تجويز الربا والفائدة بمقدار سعر التضخم ، فإذا أقرضه مثلاً عشرة آلاف تومان لسنة فأصبحت قيمتها الشرائية عند حلول الأجل نصف ما كانت عليه في السابق استحق الدائن على المدين عشرة آلاف أخرى إضافية ، وهذا مصداق للربا المحرم ، بل قد يكون سعر التضخم أكثر من سعر الفائدة الربوية اليوم ، فكيف يمكن الالتزام بذلك ؟ ! ويمكن الإجابة على هذا الإشكال أيضاً :

أولاً : بأنه لا بأس بالالتزام بذلك ؛ لأنه ليس ربا ، إذ ليس كل زيادة عينية أو اسمية ربا في باب القرض وإنما الربا هو الزيادة على رأس المال أي زيادة مال على أصل المال المسلف ، وهذا لا يصدق في المقام فلا يشمل إطلاق الآية أو روايات حرمة الربا ؛ إذ الزيادة إن كانت من جهة المالية والقيمة التبادلية فالمفروض مساواتها مع الأصل نتيجة التضخم وهبوط قيمة النقد ، وإن كانت من جهة الزيادة الاسمية وأن عشرين تومان أزيد من عشرة فالاسم أو الاعتبار بما هو اسم أو اعتبار ليس مالا كما أشرنا وإنما ماليته بلحاظ قوته التبادلية والشرائية وهي معادلة

للأصل ، وبهذا ظهر الفرق بين النقد الاعتباري والأجناس الأخرى فإنّ متّين من الحنطة مال أزيد من منّ واحد ولو نقصت قيمته السوقية ، فيصدق فيه الزيادة في المال على رأس المال فيكون رباً محرّماً .

فالحاصل : المستفاد من ذيل آية الربا وممّا ورد في تفسير الربا وأنّ كل شرط جرّ نفعاً فهو ربا أنّ الميزان والمقصود من الربا - الذي يعني لغة الزيادة - ليس مطلق الزيادة حتى إذا لم تكن لها مالية ونفع كما لو زاد شيئاً لا مالية له كالميتة مثلاً ، بل الزيادة في المالية وبلحاظ رأس المال وهذا يصدق في مورد الجنس الحقيقي بمجرد زيادة كمّيته عرفاً ولو نقصت قيمته كما يصدق كلّما كان الجنس مساوياً ولكن اشترط شرط زائد له مالية ونفع وأمّا إذا لم تكن الزيادة إلّا عنواناً واسماً من دون جنس حقيقي زائد كما في النقد الاعتباري فلا تصدق الزيادة في رأس المال ولا النفع ، فلا تشمله أدلّة الربا ولا دليل كلّ شرط جرّ نفعاً فهو ربا ؛ لأنّه لا يصدق عليه أنّه شرط يجرّ نفعاً له ، إذ لا نفع فيه له مع فرض التساوي في القيمة التبادلية ، وإنّما هو حفظ لنفس رأس ماله ، كيف ! وإلّا قد ينسّد باب القرض الحسن على الناس مع التضخّم المستمر اليوم في باب النقود الاعتبارية في عالمنا الثالث ؛ لأنّه يؤدّي إلى خسران أصحاب الأموال المقترضة لأصل رؤوس أموالهم عمّا أسلفوها ! وثانياً : لو تنزّلنا عن ذلك وقلنا بعدم جواز أخذ النقصان حتى بالشرط فغايبته عدم ضمان سعر التضخّم في عقد القرض لا في سائر عقود الضمان فضلاً عن ضمان الغرامة بالتلف والإتلاف . نعم ، في العقود لو جعل المقدار والمعادل الاسمي للنقد ثمناً وعوضاً أي لوحظ النقد الاعتباري بما هو نقد اعتباري لا بما هو طريق إلى قدرته الشرائية وقيّمته التبادلية لم يستحقّ المضمون له أكثر من معادله الاسمي ، فكيفية ملاحظة النقد تختلف من مقام إلى مقام ، فقد يلحظ بما هو ويجعل عوضاً في العقد فلا ضمان لنقصان قيمته ، وقد يلحظ بما هو طريق إلى القيمة التبادلية والسوقية ويجعل ثمناً فيكون مضموناً بقيّمته الشرائية لا محالة .

الرابع : أنَّ مقدار التضخم وهبوط قيمة النقد لو كان مضموناً فهذا يؤدي إلى الارتباك والتردد في مقدار الديون والأثمان في عقود الضمان ، بل وكذا في الضمانات القهرية ؛ لأنَّ التضخم في النقود الاعتبارية اليوم أمر واقع لا محالة وهو تدريجي مستمر ، فلا بدَّ للديان من محاسبة مالهم على المدينين في كلِّ يوم ويطالبونهم بمقدار أكثر حسب تغيّر سعر العملة التي تعاملوا بها ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به فقهيّاً ، ولا تلتزم به القوانين المدنية اليوم أيضاً . خصوصاً إذا لاحظنا أنَّ أسباب التضخم وأنواعه ودرجاته مختلفة ومتعدّدة فهل يحكم بالضمان فيها جميعاً أو في بعض دون بعض ؟

ويمكن الجواب على هذا الإشكال بالتفصيل بين ضمان الغرامة بالتلف والإتلاف ، وبين الضمان العقدي أي ضمان المسمّى ، ففي الأوّل يلتزم بضمان نفس القوّة الشرائية والقيمة التبادلية التي كانت للنقد في زمان تلفه ، ولا محذور فيه ويكون نظير ضمان القيميات على القول بكون الميزان فيه بقيمة يوم الأداء فتحسب القيمة والقوّة الشرائية المعادلة يوم الأداء ، وفي الثاني لا مانع من الالتزام بأنَّ النظر العرفي في الأثمان ملاحظة النقد بما هو هو أي بماله من القيمة الاسمية ، فإذا اشترى شيئاً بألف تومان نسيئة يكون ظاهر الحال أنَّ الثمن هو ألف تومان لا ما يعادله في القوّة الشرائية من التوامين إلّا إذا اشترط ذلك صريحاً أو ضمناً بنحو لا يلزم منه الجهالة في مقدار الثمن كما إذا اشترط ضمان نقصان قيمتها ، ولا يبعد وجود شرط ضمني نوعي في موارد التغيّر والنقصان الفاحش .

وأما بالنسبة إلى أسباب التضخم وأنواعه فقد أشرنا في المحاولة السابعة إلى أنّه تارة يكون التضخم ونقصان قيمة النقد لارتفاع قيمة السلع الأخرى بسبب قلّة عرضها وإنتاجها فمثل هذا لا يبعد كونه كالقيمة السوقية للسلع الحقيقية ليس من صفات المثل فلا يكون مضموناً إلّا بالشرط في ضمن عقد لازم . وأخرى يكون سببه ضعف اعتبار الجهة المصدّرة للنقد وضعف إمكاناتها الاقتصادية أو إصدارها

للقود بكميات زائدة من دون وجود قدرة حقيقية وراءها فهذا يعتبر من صفات المثل للنقد فيكون مضموناً على القاعدة .

وهكذا يتلخص من مجموع ما تقدّم أنّ ضمان نقصان قيمة النقود الاعتبارية يتوقّف على الجزم بأنّ العرف قد ينظر إلى النقد الاعتباري بما هو مال تتقوّم ماليته بماله من القوّة الشرائية والقيمة التبادلية لا بماله من القيمة الاسمية أو الاعتبار القانوني فيكون مماثله ما يعادله من نفس النقد الاعتباري في قيمته التبادلية ، فإذا تمّ ذلك ثبت الضمان على القاعدة وإلاّ كان مقتضى الأصل عدم ضمان الأكثر من معادله الاسمي . وربما يستدلّ على الضمان بطرق واستدلالات أخرى غير هذا الطريق الذي سلكناه نشير إلى بعضها بعنوان محاولات أخرى .

المحاولة الثامنة : « التمسك بقاعدة العدل والإنصاف لإثبات حقّ للمضمون له وإنّ حرمانه من القوّة والقيمة الشرائية التي كانت لنقوده سابقاً ظلم عليه .
ويلاحظ عليه : أولاً : بالنقض بالجنس إذا فرض نزول قيمته كذلك كما إذا كان قد أعطاه أو أتلف عليه ألف مثقال من فضة سابقاً حينما كانت تساوي مئة مثقال من الذهب وهي اليوم لا تساوي عشرة مثاقيل ذهب فهل يلتزم فيه أيضاً بالضمان ؟ !
وثانياً : بالحلّ وحاصله : إن أريد بقاعدة العدل والإنصاف التمسك بأدلة حرمة الظلم وسلب حقّ الغير عنه فمن الواضح أنّ هذا فرع ثبوت حقّ للمضمون له في ضمان مالية ماله من قبل الضامن في المرتبة السابقة فيكون إثباته به مصادرة ، على أنّ حرمة الظلم أو قبحه لا يثبت الضمان الذي هو حكم وضعي .

وإن أريد به ما ورد في بعض الروايات الخاصّة من الحكم بالتنصيف في موارد التردّد واشتباه مال بين اثنين وليس لأحدهما يد عليه أو حلفاً جميعاً عليه ونحو ذلك - كما في معتبرتي غياث وإسحاق بن عمّار ^(١) وخبري عبد الله بن

(١) الوسائل ٢٧ : ٢٥٠ ، الباب ١٢ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٣ و ٢ .

المغيرة^(١) والسكوني^(٢) - والتي قد يدعى استفادة كبرى كلية ارتكازية منها وأن الحكم بالتنصيف بينهما في فرض تساويهما من حيث أدلة الإثبات إنما هو بملاك العدل والإنصاف بينهما فمن الواضح أن مورد تلك الروايات وذلك الإرتكاز - لو ثبت - إنما هو الشبهة الموضوعية أي تردّد مال خارجاً ودورانه بين شخصين لا الشبهة الحكمية والشكّ في أن الضامن هل عليه أكثر من المثل أم لا فإنّ الشكّ هنا في أصل الحقّ لا في تردّده خارجاً بين اثنين فلا معنى لاستفادة هذا من ذاك المفاد ، اللهم إلا بدعوى أن العقلاء يرون هذا الحقّ للمضمون له ، وهذا رجوع إلى ضمان المالية عقلاً ابتداءً ، ولا ربط له بقاعدة العدل والإنصاف المصطلحة .

المحاولة التاسعة : إثبات ضمان نقصان مالية النقود الاعتبارية بملاك الضرر وأنّ الضامن لو لم يجب عليه أكثر من المعادل الاسمي لما أخذه من المضمون له لزم تضرّره ، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

وهذا مرجعه إلى أنا لو لم نتكّن من إثبات ضمان نقصان المالية من باب كونها من صفات المثل في خصوص النقد أمكن إثباته بقاعدة لا ضرر ، حيث يقال بأنّ العرف في باب الأجناس والسلع الحقيقية لا يرى صدق الضرر إذا ما أرجع له نفس الجنس الذي أخذه منه فمن يرجع منّا من الحنطة لمن أخذه منه لا يصدق في حقّه أنّه أضّره وأنقص ماله إذا تغيّرت قيمته زمان الأداء عن زمان الأخذ ؛ لأنّ ماليّته متقوّمة بمنفعته الاستعمالية الحقيقية الثابتة فيه بالتام كما كانت في المأخوذ منه ، إلا إذا فكرنا بعقلية وذهنية تجارية خاصّة ليست ميزاناً في صدق عنوان الضرر في الأدلّة .

وأما في باب النقد فحيث إنّ قوامه وحقيقته بقيمته التبادلية السوقية حيث

(١) الوسائل ١٨ : ٤٥٠ ، الباب ٩ من الصلح ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٤٥٢ ، الباب ١٢ من الصلح ، ح ١ .

لا منفعة أخرى فيه فيصدق الإضرار عرفاً بمجرد نقص ماليته في زمان الأداء عن زمان الأخذ .

نعم ، قد يقال :

بأنّ هذا الوجه لا يجري في موارد العقود التي أقدم فيها الشخص بنفسه على جعل مقدار معين من ذلك النقد الاعتباري إلى أجل معين في ذمة الضامن بدلاً عن ماله ، فإنه إذا نزلت قيمته مع فرض عدم التخلف من قبل الضامن في الأداء لم يكن ضامناً ؛ لأنّه ضرر قد أقدم عليه المالك بنفسه ، فيثبت ضمان نقصان المالية في غير هذه الحالة كما في حالة التلف والإتلاف - ضمان الغرامة - أو الغصب أو التأخير عن الأداء ، فيضمن النقصان الحاصل في زمان التأخير لا أكثر ؛ لكونه إضراراً منه على المالك .

المحاولة العاشرة : دعوى صدق الإتلاف للمال في مورد نقصان قيمة النقد حين الأداء عن زمان الأخذ فيما إذا كان أخذه بدون رضى المالك وإذنه كما في موارد الغصب أو الإتلاف بل والتلف بدون إذنه بل وفي موارد التأخير عن الأداء للدين مع استحقاقه فتنزل قيمته ، فإنه في كل ذلك يمكن أن يقال بصدق إتلاف مال الغير في خصوص النقود ؛ لكون القيمة والمالية فيها حيثية تقييدية لا تعليلية بخلاف سائر السلع ، فالحاصل : يدعى في هذه المحاولة أنّ عنوان إتلاف المال الذي هو موضوع ضمان الغرامة صادق في النقود إذا تحقّق موجب ؛ لكون المالية والقيمة فيها ملحوظة عرفاً كحيثية تقييدية لا تعليلية فيشملها إطلاق أدلة الضمان بالتلف أو الإتلاف .

وهذه المحاولة تتوقّف صحتّها على قبول هذه الدعوى وعرفية التفصيل بين السلع الأخرى والنقود من هذه الناحية ، وعهدتها على مدّعيتها .

المحاولة الحادية عشرة : أن يدعى ثبوت حقّ الفسخ أو التعويض في موارد هبوط قيمة النقد هبوطاً فاحشاً في العقود والالتزامات التي لم يستلم فيها الطرف

الثلث لكونه نسيئةً أو لأي سبب آخر : إمّا بملاك وجود شرط ضمني ارتكازي بحق الفسخ في مثل هذه الحالات الاستثنائية فيكون كالشروط الارتكازية الأخرى كعدم الغبن والعيب فيرجع إلى خيار الشرط ، أو بقاعدة لا ضرر بناءً على إمكان نفي اللزوم الضرري الحاصل من العقد عن الطرف المتضرر بنكته غير راجعة إلى تقصيره ، ومنه المقام فإن الضرر المذكور ليس راجعاً إليه ، ولو كان يعلم به لما كان يقدم على البيع مؤجلاً بذلك المقدار من النقد جزماً وإنما كان ذلك نتيجة عدم علمه بما سيؤول إليه النقد ، فهو إنما أقدم بانياً على بقاء المالية لذلك النقد وعدم انخفاضها الفاحش ، وهذا ليس بأقل من الغبن الذي أثبتوا فيه الخيار بقاعدة لا ضرر . وهذه المحاولة لو تمت صغراها فهي تجدي في موارد العقود والالتزامات لا الديون والضمانات ، كما هو واضح .

المحاولة الثانية عشرة : إثبات ضمان نقصان القيمة للنقد في الديون ، بل والعقود أيضاً إذا كان دفعه بعنوان إشغال ذمة المدين بحيثية مألّيته وقيمه بالقياس إلى السلع أو العملات الأخرى لا بحيثية مثليته سواءً اعتبرنا ذلك من باب إقراض المثلي بقيمته نظير قرض القيمي - بناءً على جوازه وصحته في المثلي أيضاً حيث لا دليل على المنع عنه إلا شبهة حصول الربا القرصي الذي أجبننا عليه سابقاً فيمكن أن يملكه النقد على أن تشتغل ذمته بقيمته ومألّيته وقوته الشرائية من نفس الجنس من النقد في ذمته - أو أرجعنا ذلك إلى معاملة أخرى غير القرض كالبيع مثلاً . فلا محالة يجب على المدين أداء معادله في القيمة من ذلك النقد عند الوفاء .

إلا أن هذه المحاولة بحاجة إلى أعمال مثل هذه العناية التي لا تكون ملحوظة في إقراض النقود عادة . كما أنه بناءً عليه سوف لن يستحق الدائن ارتفاع قيمة نقده أيضاً كما في قرض القيمي فإن الميزان فيه بقيمة يوم القرض . اللهم إلا إذا قلنا بجواز تضمين الجنس والقيمة معاً وإن الإقراض للمثلي يجوز فيه ذلك فتكون النتيجة ضمان النقصان والزيادة معاً .

لا يقال : على هذا يثبت الضمان أيضاً فيما إذا سبّب نقصان قيمة النقد بالدعاية ضده مثلاً في السوق أو عرض كميات كبيرة منه بحيث أوجب نقصان قيمته ، كما أنه يلزم أن تكون الدولة المصدرة للنقد ضامنة لنقصان قيمة نقدها بيد المالكين إذا سببت ما يوجب نقصان اعتبار نقدها ، وهذا ما لا يمكن الالتزام به فقهياً .

فإنه يقال : بالفرق بين هذه الموارد وبين مقامنا ؛ إذ يمكن أن يمنع صدق الإضرار فيها ؛ لأنّ تصرف الغير كان من حقه وفيما يرجع إليه لا إلى مالك النقد فلا يصدق الإضرار ، بخلاف ما إذا كان قد غصب أو أتلف عليه ماله أو أخر أداءه إليه فإنه بلا حق فيصدق عليه الإضرار عرفاً .

وهذا الوجه - لو سلّمنا ما فيه من المصادرة والدعوى العرفية - يتوقّف على إثبات أنّ ملاك الضمان وموضوعه فقهياً إنّما هو الإضرار وأنّ الضمان ضمان مقدار الضرر الواقع على الغير لا تلف المال وضمن بدله مثلاً أو قيمة ، وقد تقدّم في بحث آخر الإشكال في إمكان إثبات ذلك بقاعدة لا ضرر أو بالروايات الخاصة .

أمّا القاعدة وإثبات الضمان بها ، فالإشكال فيه إمّا من ناحية أنّها تنفي الحكم الضرري ولا تثبت حكماً يلزم من عدمه الضرر ، أو لأنّ الضمان تدارك للضرر الواقع خارجاً والقاعدة لا تثبت تدارك الضرر وإنّما تنفي الضرر بنفي منشأه وسببه التشريعي .

وأما الروايات الخاصة ، فلأنّ الوارد فيها وفي كلمات الفقهاء ضمان ما يتلفه من مال الغير ، وأمّا الإضرار بالغير فقد ورد النهي ، عنه وهو ظاهر في الحكم التكليفي لا الضمان . نعم ، ورد في بعض الروايات « من ... حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن » ^(١) وهو مجمل من هذه الناحية قابل للحمل على أنّه يضمن المال الذي يصيبه بضمان المثل إذا كان مثلياً أو القيمة إذا كان قيمياً

(١) الوسائل ٢٩ : ٢٤٥ ، الباب ١١ من موجبات الضمان ، ح ١ .

فيكون مساوياً مع إتلاف المال ، وهكذا يكون إثبات الضمان للمالية في باب النقود بملاك الضرر والإضرار مشكلاً .

هذا كله في البحث على مقتضى القاعدة ، وبه ينتهي البحث عن الفصل الأول .

الفصل الثاني

وأما البحث عن الروايات الخاصة ، فهناك عدّة روايات متعارضة في المقام فينبغي التعرّض لها :

إحداها : معتبرة يونس قال : « كتبت إلى الرضا عليه السلام أن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس ؟ قال : فكتب إلي : لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس » ^(١) .

الثانية : معتبرته الأخرى - بنقل الشيخ - قال : « كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه كان لي على رجل عشرة دراهم وأن السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من تلك الدراهم الأولى ولها اليوم وضیعة فأی شيء لي عليه الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان ؟ فكتب لك الدراهم الأولى » ^(٢) .

الثالثة : معتبرة صفوان ، قال : « سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ولا يباع بها شيء ألساحب الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس ؟ فقال : لصاحب الدراهم الدراهم الأولى » ^(٣) .

(١) الوسائل ١٨ : ٢٠٦ ، الباب ٢٠ من الصرف ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٢٠٧ ، الباب ٢٠ من الصرف ، ح ٤ .

فقد يستدلّ بالرواية الأولى على ضمان الأوصاف الانتزاعية غير الحقيقية للمال حيث دلّت على ضمان خصوصية نقدية الدرهم ورواجه للإنفاق والتعامل به وأنّ الدرهم الذي أعطاه إذا سقط عن الرواج والإنفاق كان له على المدين الدرهم الرائج ؛ لأنّه أعطاه الرائج فتكون خصوصية الرواج والنقدية تحت الضمان مع أنّها خصوصية إضافية انتزاعية وليست حقيقية ، كما أنّ هذا يستلزم عادة نقصان قيمته عن الدرهم الرائج ، فتدلّ الرواية على ضمان القيمة الزائدة التي كانت للدرهم المعطى حين رواجه .

وفيه : أنّه يقال بأنّ الرواية معارضة برواية يونس الأخرى الدالّة على أنّه ليس له إلّا الدراهم الأولى . وقد يجمع بينهما بحمل الأولى على فرض السقوط عن الرواج والنقدية نهائياً ، والثانية على مجرد نقصان القيمة والوضعية مع بقائه نقداً رائجاً حيث لم يصرّح فيها إلّا بالوضعية . إلّا أنّ هذا الجمع ممّا لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنّ ظاهر التعبير في الرواية الثانية - بأنّ السلطان قد أسقطها وأجاز غيرها - سقوط الدرهم الأوّل عن النقدية ، وما ذكر فيها من الوضعية لا يعني أنّه رائج كنقد ، بل يعني أنّ قيمته باعتباره فضّة مسكوكة ولو كانت ساقطة عن النقدية أقلّ من الدرهم الفعلي ، هذا مضافاً إلى صراحة الرواية الثالثة - مضمرة صفوان - في أنّه ليس للدائن حتى في فرض السقوط عن الرواج إلّا دراهمه الأولى حيث عبّر فيها « ولا يباع بها شيء » .

والتحقيق أن يقال :

أولاً : إنّ رواية يونس الأولى غاية ما تدلّ عليه أنّ خصوصية النقدية والرواج تدخل في الضمان ، وهذا لا يستلزم ضمان نقصان قيمة الدرهم الرائج ؛ لأنّ النقدية وإن كانت من الأوصاف الانتزاعية إلّا أنّها من الحثثات المهمّة التي تجعل الفضّة المسكوكة نقداً يتعامل به كثرمن في المبادلات والمعاملات بحيث يكون النقد عنواناً مبايناً مع ما لا يكون نقداً من الأموال فتكون هذه الخصوصية من صفات المثل

لا محالة عرفاً ، وهذا بخلاف نقصان قيمة المال فإنه لا يجعله عرفاً مالاً آخر ،
 ففرق بين زوال نقدية الفضة المسكوكة وبين نقصان قيمته من هذه الناحية ؛ ولعلّ
 نكته ما ذكرناه سابقاً من أنّ القيمة حيثيّة تعليلية في المال لا تقييدية . فالرواية
 الأولى إذن أجنبية عن بحث ضمان نقصان القيمة حتى لو لم يكن لها معارض إلاّ
 بضرب من القياس وتنقيح المناط .

وثانياً : يمكن الجمع بين الرواية الأولى والأخيرتين بما ذكره الصدوق عليه السلام
 والشيخ عليه السلام من أنّ المقصود بالرواية الأولى ما إذا دفع له الدراهم وزناً لا بما هي من
 نوع معيّن بالخصوص ، فإنّ التعامل بها على ما يظهر من الروايات أيضاً كان باعتبار
 ما فيها من المثاقيل من الفضة المسكوكة ؛ ومن هنا كانت توزن الدراهم والدنانير
 كثيراً في مقام التعامل والمحاسبة ، فإذا كان قد دفع له مقداراً من الدراهم بما هي
 فضة مسكوكة بسكّة المعاملة من دون ملاحظة خصوصية السكّة المضروبة كان له
 أن يأخذ منه في مقام الوفاء أيضاً ما يعادله وزناً - كما هو ظاهر الصدوق - أو قيمة -
 كما هو ظاهر الشيخ في الاستبصار - من الدراهم الرائجة لضمان وصف الرواج
 والنقدية ، وإن كان قد دفع له الدراهم بما هي نقد معروف معيّن أي بخصوصية تلك
 السكّة لم يكن له إلاّ الدراهم من تلك السكّة سواء كانت رائجة أو راج غيرها ؛ لأنّ
 هذا هو مقتضى اشتغال ذمّة المدين بخصوص تلك السكّة ، وهذا معناه أنّ النقد
 الحقيقي يمكن أن يلحظ تارة كسلعة فيكون مضموناً بخصوصية ، وأخرى يمكن أن
 يلحظ كنقد أي كفضة أو ذهب مسكوكين للتعامل مهما كانت سكّته ، فيكون
 المضمون ما يعادله من الفضة أو الذهب الرائجين للتعامل .

وهذا التفصيل الذي ذكره العلمان معقول جداً إلاّ أنّه لا بدّ من قيام شاهد جمع
 عليه من الروايات . ولعلّ ما يمكن أن يكون شاهداً عليه : أنّ سياق التعبير في رواية
 يونس الأولى يناسب المعنى الأوّل أي دفع الدراهم بما هي فضة مسكوكة بسكّة
 التعامل لا بخصوصيّة حيث عبّر فيها السائل بقوله : « فلي عليه تلك الدراهم

بأعيانها أو ما ينفق بين الناس» الظاهر في أنه يرى الفرق بين ما أعطاه وبين ما ينفق كالفرق بين الأعيان والمصاديق وبين كل ما ينفق بين الناس ، فكأنه إنما كان قد أعطاه ما أعطاه سابقاً بعنوان كونه ممّا ينفق بين الناس في ذلك اليوم لا لخصوصية في سكّته ، وهذا بخلاف التعبير الوارد في الروايتين الأخيرتين فإنّ ظاهر التعبير فيهما ملاحظة كلّ من الدرهمين بسكّته بالخصوص ، ولو فرض أنّهما مطلقتان تشملان صورتين فتخصّصان بالرواية الأولى بما إذا كانت خصوصية السكّة ملحوظة ومطلوبة للدائن حين التعامل .

ثمّ إنّّه يمكن أن يستدلّ أيضاً على عدم ضمان المدين لنقصان قيمة النقد بما دلّ من الروايات على أنّ الميزان بسعر يوم الوفاء لمن كان له على غيره دنانير أو دراهم ثمّ يتغيّر السعر قبل المحاسبة :

ففي صحيحة عبد الملك قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه فيأخذ مكانها ورقاً في حوائجه ، وهو يوم قبضت سبعة وسبعة ونصف بدينار وقد يطلب صاحب المال بعض الورق وليست بحاضرة فيتنازعها له من الصيرفي بهذا السعر ونحوه ثمّ يتغيّر السعر قبل أن يحتسبها حتى صارت الورق اثني عشر بدينار ، هل يصلح ذلك له ، وإنّما هي بالسعر الأوّل حين قبض كانت سبعة وسبعة ونصف بدينار ؟ قال : إذا دفع إليه الورق بقدر الدنانير فلا يضرّه كيف كان الصروف ، فلا بأس » (١) .

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يكون له الدين دراهم معلومة إلى أجل فجاء الأجل وليس عند الذي حلّ عليه دراهم ، فقال له : خذ منّي دنانير بصرف اليوم ، قال : لا بأس به » (٢) .

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٣ ، الباب ٩ من الصرف ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ١٧٢ ، الباب ٣ من الصرف ، ح ٢ .

وروايات أخرى بنفس المضمون في نفس الباب .

وفي رواية يوسف بن أيوب - شريك إبراهيم بن ميمون - عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في الرجل يكون له على رجل دراهم فيعطيه دنائير ولا يصارفه فتصير الدنائير بزيادة أو نقصان قال : له سعر يوم أعطاه » ^(١) . وهي معتبرة أيضاً ؛ لأن يوسف هذا ينقل عنه ابن أبي عمير في شخص الرواية .

وتقريب الاستدلال بها أنها جعلت الميزان والضابطة فيمن أراد وفاء ما عليه من الدينار أو الدرهم بالآخر بصرف يوم الدفع والوفاء لا يوم المحاسبة ولا يوم اشتغال ذمة المدين بالدين إذا فرض تغير أسعار الصرف بالزيادة والنقص ، وهذا لازمه أن نقصان قيمة النقد المشتغل به الذمة لا يكون مضموناً ولا يجب على المدين أن يدفع أكثر من قيمته يوم الوفاء بالنقد الآخر مهما كانت قيمته قبل ذلك .

وقد يناقش في هذا الاستدلال بأن الروايات المذكورة ناظرة إلى مسألة صرف الدينار بالدرهم وبالعكس فيكون المنظور إليه زمان تحقق بيع الصرف وما بعده ، وأما تغير قيمة النقد الذي على المدين قبل الصرف فلا ربط له بالصرف ولا يكون ملحوظاً في جواب الإمام عليه السلام في هذه الروايات ، فلا دلالة لها على حكم نقصان قيمة النقد من تلك الناحية .

والجواب : أن الروايات وإن كانت ناظرة إلى صرف الدينار بالدرهم وبالعكس إلا أنه بعد أن كان حكم صرف أحدهما بالآخر وبأي سعر يتفق عليه الطرفان واضحاً في نفسه وليس مورد السؤال في هذه الروايات ، فلا محالة يكون جهة السؤال فيها عن وفاء ما عليه من الدرهم أو الدينار بالآخر من غير مصارفة ومحاسبة على أساس أن يكون ذلك بسعره الواقعي ، وحيث أن سعره الواقعي يتغير ويختلف بحسب عمود الزمان بالزيادة والنقصان فيسأل السائل عن المعيار الذي

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٥ ، الباب ٩ من الصرف ، ح ٥ .

يمكن أن يكون عليه سعر المصارفة في المحاسبة ، والإمام عليه السلام قد أجاب بأن له سعر يوم الوفاء وأنه لا يضره كيف كان الصروف . وهذا معناه إعطاء ضابطة كلفة هي : أنه إذا أراد أن يستوفي دينه بالمصارفة فليس له إلا سعر يوم الدفع والوفاء ؛ لأن الوفاء يتحقق فيه ، وكون مورد السؤال في بعض الروايات في فرض تغيير سعر الصرف بعد زمان الوفاء لا يجعل الضابطة الكلفة المذكورة مخصوصة به دون فرض تغيير السعر قبل زمان الصرف ، فإن هذا خلاف النكتة الكلفة المستفادة من هذه الروايات ، وهي تحقق الوفاء بالدفع والعطاء ووصول المال إلى الدائن فيكون الميزان بسعر الصرف حينه ، وهذا لا فرق فيه بين تغيير سعر الصروف بعد الوفاء أو قبله . بل وهذا خلاف إطلاق صحيحة الحلبي المتقدمة وأمثالها من الروايات .

فالحاصل : لا ينبغي الإشكال في دلالة هذه الروايات على فتوى المشهور من أن النقد الذي تشتغل به ذمة المدين لو أراد الوفاء به بما يعادله من النقد الآخر فليس للدائن إلا سعر يوم الوفاء ، وهذا لازمه أن النقد المذكور لو ارتفعت قيمته فلا بد للمدين أن يدفعه بالقيمة المرتفعة عند الوفاء ، ولكن لو نقصت قيمته فلا يجب عليه إلا سعر يوم الوفاء فلا يكون نقصان القيمة مضموناً حتى في النقد .

إلا أن الروايات المذكورة كلها واردة في النقد الحقيقي أي الدرهم والدينار ، وقد ذكرنا فيما سبق بأنهما كالسلع والأموال الحقيقية الأخرى لها مالية ذاتية قائمة بخصوصيتهما الجنسية بل والنقدية الخاصة بحيث تكون هذه الخصوصية ملحوظة عرفاً ومأخوذة تحت الضمان ، فلا يمكن أن يستفاد منها حكم النقد الاعتباري المتمحّض ماله في الجنبية النقدية الاعتبارية . بل لا يمكن أن يستفاد منها عدم ضمان نقصان قيمة الدرهم والدينار أي النقد الحقيقي إذا لوحظ في مقام دفعه جنبه النقدية وقوته الشرائية محضاً بأن أقرضه مثلاً ألف درهم على أن يوفيه قيمته اليوم بالقياس إلى الدينار أو السلع الأخرى عند الوفاء بدرهم يوم الوفاء كما في قرض القيمي ، فإن هذا لا يمكن استفادة عدم صحته من الروايات المذكورة ؛ لأن هذا

النحو من التعامل القيمي لم يكن متعارفاً مع الدرهم والدينار ليتشكّل إطلاق في الروايات المذكورة لنفي جوازه . نعم ، قد يستفاد بطلانه في النقود الحقيقية على أساس صدق الربا القرضي والزيادة بلحاظ جنس الذهب والفضة الثابتين ، فيها وذاك بحث آخر تقدّم تفصيله ، كما أنّه لا يمكن أن يستفاد من هذه الروايات حكم ضمان الغرامة بالتلف والغصب ونحوها .

الحجّة الخامسة

وهي فيما يرتبط بهذه المسألة الخطيرة حيث إنّ هناك عدّة بحوث مرتبطة بمسألة التضخّم أو نقصان قيمة النقد إلّا أنّنا نقتصر على اثنتين منها :

الأوّل : أنّ للتضخّم ونقصان قيمة النقد أثراً مهماً في باب الخمس حيث يمكن أن يقال على أساسه بعدم تعلّق الخمس في مال التجارة إذا ارتفعت قيمتها وكان ذلك على أساس التضخّم فحسب ؛ لأنّه بحسب الحقيقة من نقصان قيمة النقد وهبوطه لا ارتفاع قيمة السلعة التجارية . ومن هنا تكون قيمتها بالقياس إلى سائر السلع باقية على حالها ؛ لأنّها جميعاً ارتفعت أسعارها ، وهذا يؤدّي إلى أن لا يصدق عنوان الفائدة الربح أو الغنيمة الذي هو موضوع تعلّق الخمس ، فالتاجر وإن كانت قيمة ماله التجاري آخر السنة تشكّل رقماً وعدداً أكبر بالنقد الرائج كالتومان مثلاً إلّا أنّ ذلك لو كان من جهة هبوط قيمة النقد بذلك المقدار في جميع السلع الحقيقية فلا ربح للتاجر أصلاً ؛ إذ الربح والفائدة ليس قوامه بالرقم العددي والقيمة الاسمية للنقود ، بل بواقع ماليّتها وقوّتها الشرائية ، والمفروض أنّه لا ارتفاع فيها ، كيف وإلّا قد يلزم أن يدفع التاجر بالتدريج تمام رأس ماله خمساً كلّما ازداد التضخّم واستمرّ في كل سنة ، وهذا لعله واضح ، بل هو أوضح من مسألة ضمان قيمة التضخّم .

الثاني : ومما يرتبط بهذا البحث أيضاً ويكون من تطبيقاته رأس مال المضاربة إذا كان نقداً - بناءً على صحّة المضاربة به - فإنّ نقصان قيمته نتيجة التضخّم وإن لم

يكن مضموناً على العامل لأنه أمين إلا أن البحث في ضمان الربح له وعدمه حيث أن الربح وقاية لرأس المال ، فإذا كان الملحوظ المالية والقوة الشرائية للنقد المدفوع كرأس مال كان اللازم استثناء معادله من الحاصل أولاً ، ثم اعتبار الباقي ربحاً يوزع بين العامل والمالك بالنسبة . فما جاء في مقال بعض الباحثين من أن مسألة المضاربة لا ربط لها ببحث التضخم في غير محله .

نعم ، يمكن أن يقال بأن المضاربة باعتبارها عقداً من العقود فعندما يكون النقد فيه بعدد معين محلاً للالتزام فظاهر الحال ملاحظة ذلك العدد المعين بخصوصية رأس المال فيكون الميزان بمقداره الاسمي لا بقيمته وقوته الشرائية كما هو في سائر العقود والالتزامات .

إلا أن هذا الأمر لا يصح في مثل المضاربة التي هي من العقود الإذنية لا العهدية ؛ إذ المال باقٍ فيه على ملك مالكة ولا ينتقل إلى العامل إلا بمقدار حصته مما يصدق عليه الربح ، وقد ذكرنا أنه لا يصدق الربح بازدياد عدد النقد مع التضخم ، فالصحيح أن مقدار التضخم يكون مضموناً من ربح التجارة للمالك في المضاربة ويكون ما عداه بينهما كما ذكرنا في موضوع الخمس ؛ لأن الربح لا يصدق إلا فيما زاد على رأس مال المالك بماليته وقوته الشرائية لا بمقداره الاسمي . نعم ، لو حصل التضخم قبل شروع الاتجار والشراء برأس المال أمكن أن يقال بأن رأس المال هو المدفوع في المضاربة المالية الناقصة ، فتدبر جيداً .

والله الهادي للصواب

قاعدة

« بطلان ربح ما لم يضمن »

بعد بيان مفاد القاعدة - موضوع البحث - وتشريح أدلتها بالتفصيل
عالج سماحة أستاذنا (دام ظلّه) ما يمكن أن يورد عليها من الإشكالات . .
ثمّ تطرّق لبعض التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة . . والذي شدّني كقارئ
إلى هذا البحث هو النتيجة المهمّة التي رسا عليها من حيث سعة الثمرات
العملية المترتبة عليها ومن حيث مساحة الانعكاس الفكري لها
باعتبارها تمسّ ركناً يُعدّ من مختصات النظرية الاقتصادية العامّة في
النظام الإسلامي الحنيف . . (التحرير)

قاعدة

«بطلان ربح ما لم يضمن»

إنّ البحث حول هذه القاعدة يقع في عدّة جهات :

الجهة الأولى - في تعريف القاعدة وبيان المراد منها :

وهذا يتوقّف على تقديم مقدّمة حاصلها : أنّه لا إشكال في حرمة الربا وكونه من الكبائر التي تترتب عليها مفسد كثيرة . وفي الآيات ^(١) والروايات ما يدلّ على أنّ الربا من مسّ الشيطان ، وأنّ المرابي يأذن بحرب الله ورسوله ، وأنّه أشدّ من سبعين زنية بذات محرم في المسجد الحرام ^(٢) ، إلى غير ذلك ممّا هو صريح في تشديد الشارع الأقدس في المنع عنه .

ولا إشكال في أنّ الشارع قد حرّم جملة من المعاملات التي تنتهي إلى الربا روحاً ولبّاً أيضاً ، بل وحرّم جملة من المعاملات المشابهة للربا كحريم للمنع عن الوقوع في الربا ، ولعلّ تحريمه ربا البيع من هذا القبيل .

والخصوصيّة البارزة في الربا الجاهلي الأصلي الذي كان هو ربا القرض - أعني الإقراض بزيادة في قبال الأجل - أنّ المالك للمال يستثمر ويستفيد من المقترض

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٤٢٣ ، ب ١ من أبواب الربا ، ح ١ .

زيادة على رأس ماله ظلماً وعدواناً رغم أنه قد ضمّنه رأس ماله بحيث لا تكون عليه خسارة فيه ، بل تكون الخسارة والهلكة للمال على المقرض ، ورأس المال بتمامه مضمون للمالك مردود إليه . ومن هنا اعتبرت الفائدة زيادة وربا ؛ لكونه أكلاً من مال الآخرين واسترباحاً بأموالهم بلا دفع مقابل ، ولهذا اعتبر ظلماً عند العقل والعقلاء وبصريح القرآن الكريم .

وبهذا يختلف الربح الربوي عن الربح التجاري ؛ فإنّ حصول الربح التجاري بل سائر أقسام الاسترباح برأس المال كالربح الزراعي والصناعي - الانتاج - يكون رأس المال باقياً على ملك المالك المستريح بحيث تقع كلّ خسارة ودرك وهلكة أو عيب فيه عليه ، فهو يربح بمال لو هلك وتلف كان دركه وخسارته عليه ومن كيسه ، فيحقّ أن يكون ربحه له ؛ لأنّه ربح ماله ، بخلاف المال الذي يكون مضموناً على الغير ، كما في الربا ، فإنّه بعد أن كان رأس المال مضموناً ومحفوظاً لمالكه كان الربح زيادة وربما لا يستحقّه ، بل يستحقّه الذي من يكون رأس المال من كيسه .

إذا اتضحت هذه المقدّمة عندئذٍ نقول : بأنّ الشكل الصريح والظاهر للربا والزيادة على رأس المال هو ربا القرض ، حيث يملك فيه المقرض المال بالقرض من المقرض ، فيخرج عن ملكه إلى ملك المقرض ، فإذا أراد أن يقبض منه المقرض أكثر ممّا ملكه كان ربا وزيادة على رأس ماله ، وهذا هو الربا الصريح .

إلاّ أنّه ربّما يتحايّل للوصول إلى النتيجة نفسها بأشكال أخرى من المعاملات ، لا تكون بحسب ظاهرها وشكلها وصيغتها القانونية زيادة مائيّة يأخذها من الغير ، بل ظاهرها استرباح المالك بماله الباقي على ملكه ، فيكون نماءً له يستحقّه كالأرباح التجارية الأخرى . إلاّ أنّها روحاً ولبّاً تكون من الربا ؛ لأنّها تحتوي على الخصيصة التي أشرنا إليها في الربا ، وهي أنّ رأس مال المالك يكون مضموناً على الغير رغم بقاء الملكية الشكلية للمالك ، أو كون المعاملة بيعاً لا إقراضاً وتضميناً لرأس المال على الآخر قانوناً ، ولكنّه لبّاً وروحاً تكون مائيّة لرأس المال مضمونة للمالك على

الطرف الآخر بحيث لا يتحمل المالك خسارة من ناحية رأس ماله ، أي لا يكون ضمانه على المالك في تلك المعاملة إلا أن ربحه له .

وهذا هو المقصود من النهي عن ربح ما لم يضمن ، أي ربح المالك لمال لا يكون ضمانه وبدله عليه ، فالمراد من بطلان ربح ما لا يضمن هذا المعنى ، وسيأتي مزيد تفصيل وتوضيح له . والمراد من النهي عن ربح ما لا يضمن : المنع عن الاسترباح وأخذ الزيادة والربح على مال لا يضمنه صاحبه إذا قرئ مبنياً للفاعل ، أو لا يكون ضمانه عليه إذا قرئ مبنياً للمفعول .

وهذه قاعدة شرعية لسدّ باب التوصل إلى الربا روحاً بطريق وشكل قانوني غير الإقراض بفائدة ، كما أن هناك معاملات أخرى منع عنها للهدف نفسه كالبيع بسعرين نقداً ونسيئة في بيع واحد ، وسلف وبيع ، وغير ذلك مما ستعرض لها ضمن الأبحاث القادمة .

وهذه القاعدة - أعني المنع عن الاسترباح برأس المال غير المضمون على مالكة - إذا استطعنا إثباتها بكليتها من الروايات سوف يكون لها تطبيقات مهمة في أبواب عديدة من فقه المعاملات ويكون لها دور خطير في النظرية الاقتصادية على ما سنشير إليه في محله إن شاء الله تعالى .

الجهة الثانية - في مدرك القاعدة المزبورة :

وهي طوائف عديدة من الروايات ، إلا أننا نتحدث هنا عما ورد فيه عنوان القاعدة ، والروايات الأخرى التي قد يمكن استفادة القاعدة منها - لكونها واردة في تطبيقات القاعدة - نؤجلها إلى جهة أخرى ، فنقول :

ما دلّ على النهي عن ربح ما لم يضمن بهذا العنوان - والذي منه انتزعنا عنوان القاعدة - قد ورد عن النبي الأعظم ﷺ ضمن مناهي عديدة نقلها العامة والخاصة بأسانيد صحيحة عند الطرفين . فقد ورد في سنن العامة بسند صحيح عندهم : « أن النبي ﷺ قد نهى عن سلف وبيع ، وعن بيعين في بيع ، وعن ربح ما لا يضمن ،

وعن بيع ما ليس عندك» (١).

وفي طرقنا وردت روايات عديدة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام ينقلون عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي المذكور :

ففي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف وبيع ، وعن بيعين في بيع ، وعن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن » (٢).

والسند صحيح إذا استظهرنا انصراف عنوان سليمان بن صالح إلى الجصاص المعروف والثقة ، كما لا يبعد .

وفي موطئة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أصحابه والياً فقال له : إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهيهم عن بيع ما لم يقبض ، وعن شرطين في بيع ، وعن ربح ما لم يضمن » (٣).

والسند تام .

ونقل الصدوق في حديث المناهي بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين ابن زيد عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ونهى عن بيع وسلف ، ونهى عن بيعين في بيع ، ونهى عن بيع ما ليس عندك ، ونهى عن بيع ما لم يضمن » (٤).

إلا أن السند غير تام ؛ لعدم توثيق شعيب ، على أن الوارد فيه عنوان النهي

(١) المستدرک علی الصحیحین ٢ : ٢١ . ط / دار الكتب العلمية - بيروت .

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٦٨ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٣) المصدر السابق ١٢ : ٣٨٢ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٦ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤ : ٤ ، ب ١ من مناهي النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد ورد الحديث بما يقرب من ذلك

في الوسائل ١٢ : ٣٧٤ ، ب ٧ من أحكام العقود ، ح ٥ .

عن بيع ما لم يضمن ، لا ربح ما لم يضمن ، فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما لم يقبض - الوارد في موثقة عمّار - أو يكون هناك تصحيف في نسخ الفقيه .

فالمهمّ الروايتان السابقتان .

وينبغي التعرّض لفقه هذه الطائفة وتوضيح معنى الفقرات الواردة فيها ، فنقول :

العناوين الواردة في مجموع هذه الروايات كالتالي :

١ - النهي عن بيع وسلف أو سلف وبيع .

٢ - النهي عن بيعين في بيع .

٣ - النهي عن شرطين في بيع .

٤ - النهي عن بيع ما لم يقبض .

٥ - النهي عن بيع ما ليس عندك .

٦ - النهي عن ربح ما لم يضمن .

٧ - النهي عن بيع ما لم يضمن .

وقد اتّضح لك أنّ العنوان الأخير قد ورد بسند غير تامّ ، فيبقى البحث في

العناوين الأخرى .

العنوان الأوّل :

أمّا الأوّل - وهو النهي عن بيع وسلف أو سلف وبيع - فقد فسّره بعض الفقهاء ببيع شيء نقداً بكذا ونسيئةً بأكثر .

إلا أنّ هذا التفسير خلاف الظاهر في نفسه وبقرينة الروايات الأخرى ؛ لأنّ السلف في مقابل النسيئة كالقرض ، بل هو هو ، فلا يصحّ التعبير عنها بسلف وبيع ، هذا مضافاً إلى أنّ بيع شيء نقداً بكذا ونسيئةً بكذا بيع واحد لا بيعان ، ولهذا قد عبّر عنه في الروايات بشرطين في بيع أو بيعين في بيع ، بل ورد ذلك في نفس هذه الروايات أيضاً ، مع أنّ ظاهر عنوان سلف وبيع أو سلف وجود معاملتين مستقلّتين جمع بينهما المتعاملان .

وقد يفسّر السلف بشراء الشيء سلفاً ثمّ يبيعه قبل مواعده وقبل قبضه .
 إلا أنّ هذا الاحتمال - مضافاً إلى عدم صحّته فقهياً ، وقد دلّت الروايات على
 الصحّة فيه - خلاف الظاهر ؛ إذ السلف اسم لما يقبض حالاً ليؤخذ بدله مستقبلاً ،
 ولذا يصدق على القرض ، فيكون النظر إلى نفس السلف ، لا ما قد يشتري بالسلف ،
 ولهذا ورد في رواية أخرى النهي عن بيع وسلف^(١) ، بل ظاهر النهي عن سلف وبيع
 إرادة النهي عن عمل كان يحقّق بمجموع أمرين السلف والبيع ، وهذا لا يناسب أن
 يكون المراد منه بيع ما اشترى أولاً سلفاً ، وإلا كان المنهي عنه هو البيع بالخصوص
 لا السلف .

وقد يفسّر بيع شيء بأكثر سلفاً ثمّ شرائه بأقلّ نقداً أو بالعكس ، وهما حيلتان
 من حيل الربا أيضاً .

إلا أنّ هذا وإن كان باطلاً على ما يستفاد من بعض روايات العينة إلا أنّ حمل
 النهي عن سلف وبيع على ذلك خلاف الظاهر ؛ إذ هو من بيع النسيئة ثمّ الشراء
 بنقد ، ولا يسمّى النسيئة بالسلف ، بل هو مقابل له .

والظاهر بل المطمأنّ به أنّ المقصود من سلف وبيع أن يقرضه ويسلفه مالا -
 والقرض هو السلف ، يقال : أسلفه أي أقرضه^(٢) - ولكن مع التباي على أن يبيعه
 شيء آخر بأكثر من قيمته محاباة فيربحه فيه ، فيقرضه مثلاً مئة دينار ويبيعه خاتماً
 لا يسوى أكثر من دينار بعشرة دنانير ، فتشتغل ذمّة المقرض بحسب النتيجة بمئة
 وعشرة دنانير ، وهذه طريقة متّبعة في حيل الربا ، فالنهي المذكور عن النبي ﷺ
 للمنع عن ذلك .

ومنه يعرف : بطلان اشتراط الإقراض والسلف في بيع أو في أي عقد آخر مثله

(١) راجع رواية سليمان بن صالح المتقدّمة .

(٢) لسان العرب ٦ : ٣٣١ .

كالإجارة إذا كان أحدهما مشروطاً ومنوطاً بالآخر لبّاً وروحاً ؛ إذ لا خصوصية للبيع . ومنه يثبت بطلان ما تداول اليوم وأفتى المشهور بصحته من الإيجار والسلف للتحويل والتوصل إلى الربا .

ولا يقال : إنّ النهي عمّا إذا كان السلف والإقراض أولاً والبيع أو الإيجار بما يربح المقرض شرطاً فيه ، لا العكس .

فإنّه يقال : - مضافاً إلى إطلاق النهي للصورتين ؛ لأنّ المتفاهم منه النهي عن الجمع بين السلف والبيع بنحو يكون أحدهما منوطاً بالآخر ومعه ، وأنّ التقديم في ذكر السلف ليس إلّا للجمع بينهما لا للترتيب - إنّ بعض الروايات قدّم فيها البيع فقيل : نهى عن بيع وسلف .

نعم قد ورد جواز القرض والبيع المحاباتي في بعض روايات حيل الربا ، وهي على قسمين :

قسم منها ورد بعنوان صحّة القرض مع البيع المحاباتي : -

منها - رواية محمد بن إسحاق بن عمار ، قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام إنّ سلسيل طلبت مني مئة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف فأقرضها تسعين ألفاً ، وأبيعها ثوب وشيء تقوم بألف درهم بعشرة آلاف درهم ؟ قال : لا بأس » (١) . ومنها - رواية محمد بن سليمان الديلمي عن أبيه عن رجل كتب إلى العبد الصالح عليه السلام يسأله : « إني أعامل قوماً أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين إلى أجل معلوم ، وأنهم سألوني أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم ، فهل عن حيلة لا أدخل في الحرام ؟ فكتب إليه : أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تربح عليهم » (٢) .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٩ ، ب ٩ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٧ .

وقسم منها ورد في تأجيل الدين والسلف ، لا تأجيله بالبيع المحاباتي : -
 منها - رواية عبد الملك بن عتبة (عقبه) قال : « سألته عن الرجل يريد أن
 أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي
 لي عليه أيسقيم أن أزيده مالا وأبيعه لؤلؤة تسوى مئة درهم بألف درهم ، فأقول :
 أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرَكَ بثمانها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً ؟
 قال : لا بأس » (١) .

ومنها - موثقة مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل عن رجل له
 مال على رجل من قبل عينة عيَّنها إياه ، فلما حلَّ عليه المال لم يكن عنده ما
 يعطيه ، فأراد أن يقلب عليه ويربح أبيعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مئة درهم بألف
 درهم ويؤخره ؟ قال : لا بأس بذلك ، قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه ، وأمرني أن
 أفعل ذلك في شيء كان عليه » (٢) .

ومنها - موثقة محمد بن إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون
 لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا أربحك فأبيعه جُبَّةً تُقَوِّمُ عليَّ
 بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، أو قال : بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال ؟ قال :
 لا بأس » (٣) .

فيقع التعارض بين هذه الروايات وروايات النهي عن سلف وبيع .
 ويمكن أن يجاب أمّا عن القسم الأوّل :
 فأولاً : إنّ الروایتين الواردتين فيه ضعيفتان سنداً ؛ إذ في سند الأوّل علي بن
 حديد ، وفي الثاني سليمان الديلمي ، والإرسال .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٩ ، ب ٩ من أحكام العقود ، ح ٥ .

(٢) المصدر السابق : ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ح ٤ .

وثانياً: إنّ ظاهرهما إيقاع البيع مستقلاً عن السلف ، لا بنحو يكون أحدهما مشروطاً بالآخر ومنوطاً به في عالم الإنشاء . أمّا الأولى فلأنّه قد ورد في ذيلها بنقل الكافي حيث علّق عليها « وفي رواية أخرى لا بأس به أعطها مئة ألف وبعها الثوب بعشرة آلاف ، واكتب عليها كتابين » . فإنّ التعبير بـ « اكتب عليها كتابين » معناه أنّ هناك معاملتين إحداهما مستقلة عن الأخرى ، وليست شرطاً فيها ، لا أقلّ من احتمال هذا المعنى الموجب للإجمال .

وأما الثانية ، فلأنّ الظاهر منها أنّ القوم كان من قصدهم على كلّ حال شراء نصف الدقيق ، والإمام عليه السلام علم البائع طريقاً واقعياً للتوصّل إلى ربحه من دون أن يجعل ذلك شرطاً في القرض أو البيع ، كيف ! ولو أريد الشرطية كان ظاهرهما عندئذٍ اشتراط الزيادة في ثمن الدقيق ضمن عقد الإقراض ، وهو ربا قطعاً ، فالرواية غير ظاهرة في الاشتراط والإناطة أصلاً . وهذا بخلاف النهي عن سلف وبيع أو بيع وسلف ؛ فإنّ ظاهره إناطة أحدهما بالآخر واشتراطه به في مقام الإنشاء .

وأما القسم الثاني : فقد يتصوّر وقوع التعارض بينه وبين النهي عن سلف وبيع بناءً على التفسير المتقدّم له ، بل ومع سائر أدلّة الربا كالروايات الدالّة على أنّ كلّ قرض جرّ شيئاً - نفعاً - فهو ربا ، كما في صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنائير أو عشرين ديناراً ، قال : لا يصلح إذا كان قرضاً يجرّ شيئاً فلا يصلح ، قال : وسألته عن رجل يأتي حريفة وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولولا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه ، فقال : إن كان معروفاً بينهما فلا بأس ، وإن كان إنّما يقرضه من أجل أن يصيب عليه فلا يصلح » (١) .

(١) الوسائل ١٣ : ١٠٥ ، ب ١٩ من الدين والقرض ، ح ٩ .

وهذه الرواية بنفسها دليل على بطلان مثل هذه المعاملات ، أعني البيع والسلف من أجله بنحو مشروط به حتى إذا كان البيع مقدماً والإقراض شرط في البيع المحاباتي الذي يصيب فيه .

وفي موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « مَنْ أقرض رجلاً ورَقاً فلا يشترط إلا مثلها ، فإن جُوزي أجود منها فليقبل ، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورَقه » ^(١) . وفي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط » ^(٢) . وموثق إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة ، فينبيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة ، أيحل ذلك ؟ قال : لا بأس إذا لم يكن يشترط » ^(٣) . ومفهومه أنه مع الشرط لا يجوز ، وهو مطلق من حيث كون الشرط ضمن القرض أو البيع .

تفصيل المشهور :

وقد فصل المشهور في البيع المحاباتي مع القرض - بل والإجارة كذلك - بين اشتراط القرض ضمن عقد البيع أو الإجارة فيصح وبين العكس فلا يصح ؛ إما بدعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن الربا أو النهي عن سلف وبيع لما إذا كان الإقراض شرطاً في البيع ، أو لو فرض الإطلاق فيها فباعتبار ظهور الروايات الدالة على جواز البيع المحاباتي مع شرط التأجيل أو الإقراض في الجواز ، فتقيد إطلاقا الحرمة بما إذا كان الشرط ضمن عقد القرض ؛ فإنه الذي يكون ربا وشرطاً

(١) الوسائل ١٣ : ١٠٥ ب ١٩ ، من الدين والقرض ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ب ٢٠ ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق : ١٠٦ ، ب ١٩ ، ح ١٣ .

يجزّ نفعاً ؛ لأنّ شرط المحاباة نفع زائد ، إمّا بلحاظ مالّيّة نفس البيع المحاباتي أو بلحاظ ما يؤوّل إليه بالنتيجة من تملك المالّيّة الزائدة .

مناقشة المشهور :

إلا أنّ الإنصاف : عدم تمامية هذا التفصيل لا في نفسه وبلحاظ أدلّة تحريم الربا ، ولا بلحاظ الروايات الخاصّة .

أمّا الأوّل : فلأنّ الربا صادق في صورتين ، لا من جهة أنّ إنشاء البيع بشرط الإقراض نفس إنشاء القرض بشرط البيع ، والفرق بينهما باللفظ ليقال بأنّ الأمور الإنشائية حقيقتها وقوامها بالإنشاء والمنشأ الاعتباري ، ومن الواضح أنّ مضمون البيع بشرط القرض غير مضمون الإقراض بشرط البيع ، فلكلّ منهما ماهيّة اعتبارية و يترتب على كلّ منهما أحكامه الخاصّة ، ولعلّ هذا معنى الحديث «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»^(١) .

بل من جهة أنّ الربا المحرّم - بحسب مفهومه العرفي وبحسب الاستفادة من الروايات المتقدّمة وغيرها - هو الزيادة على رأس المال الذي يلزم به المدين قانونيّاً في قبال التأجيل ومن أجله ، فكلّ زيادة صدق عليها أنّها من أجل القرض وكان ملزماً قانوناً فهو ربا ، سواء ألزم بذلك في نفس عقد القرض بنحو الشرط ونحوه ، أو كان ملزماً به نتيجة عقد آخر كالبيع المحاباتي أو الإجارة بشرط الإقراض ، أو نتيجة نفس التأجيل ومرور الزمن على الدين كحكم قانوني ، فإنّه بحسب النتيجة يكون المقترض ملزماً قانوناً بأن يدفع إلى المقرض زائداً على رأس ماله مالاً آخر ، وهو ما اشتراه محاباة بأكثر من قيمته السوقية ، فإنّ كون الزيادة في مقابل البيع في البيع إنشاءً لا يمنع عن صدق أنّه في مقابل القرض إلى أجل ومن أجله .

والحاصل : ليس الربا عنواناً للزيادة في بدل القرض بنحو الجزئية أو الشرطية

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٦ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٤ .

ضمن عقد القرض بالخصوص ، بل الثابت بالآيات والروايات أن مطلق الزيادة اللزومية في مقابل الأجل يكون رباً ، فيكون هناك شرطان لصدق الربا عرفاً وشرعاً ، أحدهما الإلزام القانوني بالزيادة ، والآخر كونه من أجل الإقراض والتأجيل وإن لم يكن ضمن إنشاء عقد القرض . كما أن الروايات المتقدمة الدالة على بطلان اشتراط النفع من أجل القرض مطلقة تشمل كلتا صورتين ، خصوصاً صحيح ابن شبيب وموثقة محمد بن قيس ، إذ الأول ظاهر في أنه إنما يقرضه من أجل أن يحارفه ويجازيه بالبيع المحاباتي ونحوه الذي قد يقال بظهوره في جعل ذلك شرطاً في الإقراض ، والثاني منهما ورد فيه النهي عن الاشتراط من أجل قرض ورقه ولم يقل الاشتراط في قرض ورقه ، فهو أعم من أن يكون الاشتراط بمعنى اللزوم على المقرض من جهة الشرط في ضمن القرض أو بالعكس ، وإنما المهم أن يكون ملزماً به وأن يكون من أجل القرض ، وهذا يصدق في الحالتين ؛ لأن الإلزام حاصل فيه ولو بالعقد المحاباتي ، وكونه من أجل القرض أيضاً صادق عرفاً جزماً . وهكذا يتضح : أنه على القاعدة ومع قطع النظر عن رواية النهي عن بيع وسلف أيضاً يكون الحكم هو المنع في الحالتين .

وأما الثاني : فلأن الروايات الخاصة الناهية قد عرفت إطلاقها للحالتين ، والروايات المرخصة القسم الأول منها لم تتم سنداً ولا دلالة ، والقسم الثاني لا تدل أيضاً على صحة اشتراط المحاباة في الإقراض ، بل مفادها مفاد ما دل على أن المقرض إذا أعطى المقرض مالاً هدية ولو بقصد أن يصرفه عن المطالبة بماله فله ذلك ، كما في موثق عمّار المتقدم وغيره ؛ لورودها في البيع المحاباتي الذي يقع بعد تحقق القرض ، وفي ذلك لا يكون المقرض ملزماً بالإقدام عليه ، وليس في الروايات ما يدل على لزوم ذلك على المقرض ، فلو أقدم عليه كان حاله حال الإقدام على إعطاء هدية ومال إلى المقرض كي لا يطالبه بدينه ، فهو من دفع الزيادة الطوعية التبرعية لا اللزومية ، بخلاف ما إذا كان أصل الإقراض شرطاً في البيع

المحباتي فإنه من حين تحقق القرض يكون ملزماً بالزيادة . فالروايات المذكورة أجنبية عن باب الربا .

ومع ذلك يكون كل من الإقراض بشرط البيع أو الإيجار المحباتي أو العكس باطلاً ؛ لكونهما ربا حقيقة ، فتشمله عمومات حرمة الربا ، ولإطلاق نهى النبي ﷺ عن سلف وبيع ^(١) ، وإطلاق بل ظهور صحيح يعقوب بن شعيب ^(٢) ، وإطلاق روايات « ما لم يكن يشترط » المتقدمة ^(٣) ؛ فإن البيع أو الإيجار المحباتي إذا كان مع السلف والقرض فلا محالة كان المقترض من أول حصول القرض والاقتراض ملزماً بدفع الزيادة من أجل القرض وهذا هو الربا ، بخلاف ما إذا تحقق القرض بلا إلزام بدفع الزيادة ولكنه أراد دفع مطالبة المالك بالتبرع بهدية له أو بيع محباتي معه من أجل أن يطمع فلا يطالب من دون أن يكون المقترض ملزماً به ، فإن هذا ليس إلزاماً بالزيادة على تقدير القرض ؛ لأن القرض متحقق ولو لم يقدم على المعاملة المحباتية ، بل هو تسبب من المقترض بأن يبقي المقترض قرضه ولا يطالب بهدية أو محابة ، وهذا هو الذي ورد في رواية مسعدة أن الإمام كان يأمر به أو يصنعه في دينه نفسه ، فكم فرق بين المطلبين ! نعم هو ملزم تكويناً إذا أراد عدم مطالبة الدائن ، وهذا حقه مع عدم الإعسار في المدين .

إلا أن الربا هو الزيادة الملزمة قانوناً في قبال الأجل ، لا لزوم دفع الزيادة ليرفع الدائن يده عن حق مطالبة تكويناً ، وكون الزيادة المدفوعة كهدية أو كمحابة في مقابل الأجل وكون المقترض ملزماً بدفعه بعد عقد المحابة لا يجعله ربا طالما لا يكون إقدامه على أصل العقد المذكور إلزامياً عليه قانوناً بحيث يمكنه أن لا يقدم

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٨ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق ١٣ : ١٠٥ ، ب ١٩ من الدين والقرض ، ح ٩ .

(٣) المصدر السابق : ب ١٩ و ٢٠ من الدين والقرض ، ح ١٣ ، ١ .

عليه ويكون قرضه صحيحاً أيضاً .

ودعوى : أن المرابين يمكنهم أن يقرضوا أولاً إلى مدة ولو قصيرة ، وبعد ذلك يشترطون للتأجيل المحاباة .

مدفوعة : بأن هذا لا يحقق هدف المرابين إن لم يكن من حين القرض يشترط البيع المحاباتي فيما بعد ؛ إذ لو لم يقدم عليه المقترض كان القرض تاماً ولم يستحق المرابي شيئاً ، بل لا يستحق المطالبة أيضاً برأس ماله مع الإعسار . هذا ، ولو فرض أن مطلق الإلزام بالزيادة في مقابل التأجيل من القرض المتحقق سابقاً رباحاً أيضاً - كما قد يدعى استفادة ذلك من بعض الروايات المانعة - أمكن حمل الروايات من القسم الثاني على صورة ما إذا لم يكن شرط التأجيل بل مجرد الداعي ، وإن كان هذا لعله خلاف ظاهر بعضها .

العنوانان الثاني والثالث :

وأما العنوان الثاني - وهو النهي عن بيعين في بيع - فقد اتضح معناه ، فيكون نفس معنى النهي عن شرطين ؛ في بيع ، ولهذا نجد أنه في صحيح عمّار عبّر بدلاً عن بيعين في بيع بشرطين في بيع ، وهذا أصرح في إرادة ما ذكرناه من بيع شيء بشمين حالاً ومؤجلاً ؛ لأن الشرط يطلق على الثمن كثيراً في الروايات وفي الاستعمالات اللغوية كما يظهر بمراجعتها ، بل في معتبرة السكوني عن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه عليهم السلام : « أن عليّاً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين ، بالنقد كذا وبالنسيئة كذا ، فأخذ المتاع على ذلك الشرط ، فقال : هو بأقل الثمنين ، وأبعد الأجلين ، يقول : ليس له إلا أقلّ النقيدين إلى الأجل الذي أجّله بنسيئة » (١) .

واحتمل بعض في معنى بيعين في بيع ما يصنعه بعض من يريد الحيلة في ربا

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ٢ .

الفضل والبيع ، كمن يريد أن يبيعه متاً من حنطة بمئتين ، فيجعله يبيع أحدهما مشروط بالآخر بأن يقول : بعثك المنّ بدينار على أن تبيعني المنّ بدينار ، فيتوصل إلى غرضه بذلك .

إلا أن هذا التفسير خلاف الظاهر - وإن كان الصحيح بطلان البيعين كذلك إذا كان المبيع من الجنس الربوي - لأن الظاهر من بيعين في بيع أن تكون الصفقة والبيع واحدة حتى صورة لا متعدّدة ، على أن هذا عندئذ كان ينبغي تخصيصه بالجنس الربوي ؛ لأن ربا البيع يكون فيه بالخصوص .

وقد يفسر «البيعان في بيع» بما سيأتي في بعض الطوائف القادمة من الروايات من جعل الصفقتين صفقة واحدة ، كمن يريد أن يشتري متاعاً وليس له مال ، فيأتي من له مال فيقول له : اشتر لي المتاع من صاحبه وأزيدك نظرة ، فيشتريه له ويقع له بنفس الشراء صفقة واحدة ، فيكون من بيعين في بيع .

إلا أن هذا الاحتمال أيضاً خلاف الظاهر ؛ إذ منصرف بيعين في بيع تعدّد البيع من حيث نفسه ، لا من حيث طرفه ومن له البيع الذي بلحاظه عبّر بالصفقة . وتعدّد البيع من حيث نفسه لا يكون إلا بتعدّد الثمن في البيع الواحد ، لا تعدّد الطرف ؛ فإنّ المناسب معه أن يوجه النهي إلى الثلاثة ، فيقال لا تجعلوا صفقتكم واحدة . فالأظهر أن المراد من النهي عن بيعين في بيع نفس العنوان الثالث ، وهو النهي عن شرطين في بيع .

والوجه في بطلان هذه المعاملة ليس ما ذكره جملة من الفقهاء من أن لازمه مجهوليّة الثمن وعدم تعيينه ونحو ذلك ، وهو غرر موجب للبطلان ؛ لوضوح عدم جهالة في البين بعد أن كان المقدار على كلّ تقدير من التقديرين معلوماً ، كما أنه لا تردّد في الثمن بعد أن كان الثمن هو الجامع والكلي بين العشرة نقداً أو خمسة عشر إلى سنة مثلاً نسيئة ، فيكون نظير بيع الكلي في المعين ، ولهذا لا يحكم بالبطلان لو باعه شيئاً بالجامع بين عشرة دراهم نقداً أو نسيئة إلى مدّة مثلاً .

هذا كله ، مضافاً إلى صراحة معتبرة السكوني المتقدمة مع معتبرة أخرى هي موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : من باع سلعة فقال : إنَّ ثمنها كذا وكذا يداً بيد و ثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت واجعل صفقتها واحدة ، فليس له إلا أقلهما ، وإن كانت نظرة » ^(١) في صحة البيع ولكنّه يقع بأقل الثمنين - أي بثمان النقد - وأبعد الأجلين ، ممّا يعني أنّ المنهي عنه هو أخذ الزيادة المجعولة بإزاء التأجيل ، فهي غير مستحقة للبائع ، فتمام النظر إلى تحريم ذلك لكونه من الربا ولو لبّاً وروحاً بحسب قصد المتبايعين ، لا إلى حيثيات الصياغة وإنشاء البيع ، كما هو مقتضى التعليل المشهور لهذا الحكم ، وإلاّ لزم بطلان البيع وعدم وقوعه حتى بأقل الثمنين حالاً فضلاً عن وقوعه به مؤجلاً .

دعوى التعارض :

وقد جعل بعض الفقهاء هاتين الروايتين المعتبرتين معارضتين مع موثقة عمّار ^(٢) المتقدمة ورواية سليمان بن صالح ^(٣) بناءً على اعتبارها وإرادة نفس المعنى من فقرة النهي عن بيعين في بيع الواردة فيها ، حيث إنّ ظاهر النهي فيهما الإرشاد إلى البطلان مطلقاً ، وعندئذٍ إمّا يحمل النهي على الكراهة ، كما عن السيّد المرتضى في الناصريات ^(٤) ، أو يحكم بالتعارض والتساقط والرجوع إلى الأصل المقتضي للبطلان مثلاً على أساس الجهالة أو التردّد في الثمن .

الجواب :

إلاّ أنّ هذه الكلمات غير تامّة ؛ إذ - مضافاً إلى عدم صحة الحمل على الكراهة

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٣٨٢ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٦ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦٨ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٤) الناصريات (ضمن الجوامع الفقهية) : ٢٥٢ .

في الأوامر والنواهي الإرشادية ، خصوصاً مثل هذا النهي المؤكّد من قبل النبي ﷺ ، وعدم كون مقتضى القاعدة الفساد والبطلان ، لعدم الغرر وعدم التردّد في الثمن - أن أصل المعارضة غير تامّة ، لأنّ روايتي السكوني ومحمّد بن قيس لا تدلّان على صحّة شرطين في بيع ، بل تدلّان أيضاً على بطلانه بالنحو الذي يريده البائع وعدم تحقّق غرضه كما هو مفاد رواية النهي ، وإنّما تريد عليه أنّه يقع البيع بأقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين ، وهذا ما لا تنفيه رواية النهي ؛ لأنّها تدلّ على عدم تحقّق ما يريده البائع ويقصده من وقوع الجامع بين الأقلّ نقداً والأكثر نسيئة ثمناً للمبيع ، فلا تعارض في البين ، ولو فرضت دلالته على البطلان المطلق فمن باب السكوت والإطلاق المقامي القابل للتقييد بروايتي السكوني ومحمّد بن قيس ، بل هما كالقرينة على التفسير وبيان أنّ البطلان بلحاظ ما قصده البائع لا البطلان المطلق ، وهذا واضح .

وبهذا يظهر : أنّ النهي المذكور أيضاً يراد منه المنع عن التوصل إلى الربا بالتحايل من خلال جعل مقدار من الثمن بإزاء التأجيل ، بل هو من الربا بالتفسير المتقدم للربا ، وهو كلّ زيادة ملزم بها من عليه المال في قبال الأجل ، فإنّ البيع المذكور يجعل المشتري ملزماً إمّا بدفع الثمن الأقلّ نقداً أو دفع الزيادة في قبال الأجل ، وهذا هو حقيقة الربا ، فتشمله عمومات التحريم والبطلان أيضاً .

وإن شئت قلت : إنّ هذا من قبيل ما إذا باعه بالأقلّ مؤجّلاً مع حقّ الربا والزيادة بإزاء التأجيل ، وهذا بخلاف ما إذا باعه نسيئة فقط بزيادة .

وعلى كلّ حال ، ذيل الروايتين خير شاهد على أنّ النظر إلى محذور الربا وجريانه في المقام ، لا الجهالة والغرر أو عدم تعيّن الثمن أو عدم تنجيزيّة الإنشاء ونحو ذلك ممّا توهمه البعض وعلى أساسه طرح الرواية المعتبرة بتوهم مخالفتها للقواعد .

لا يقال : أي فرق بين أن ينشأ بيع واحد بضمن هو الجامع المذكور أو أن يساومه

أولاً ثم يبيعه نسيئة بالأكثر تعييناً ، الذي لا إشكال في صحته على القاعدة ، وقد دلت عليه ذيل موثقة محمد بن قيس المتقدمة أيضاً ؟ !

فإنه يقال : الفرق أنه في الحالة الأولى يكون قد ألزم المشتري بدفع الزيادة بإزاء التأجيل ؛ لأنه رضي بالبيع بالأقل نقداً بل باعه بذلك فعلاً بنفس هذا الإنشاء ، فلا تكون الزيادة إلا لتأجيل ما استحقه عليه نقداً تماماً ، كما إذا أسلفه ذلك إلى ذلك الأجل بتلك الزيادة . بخلاف الثاني ، فإنه نظير بيع شيء حالاً بأكثر من قيمته السوقية ، فتدبر جيداً .

العنوانان الرابع والخامس :

وأما الفقرة الرابعة - وهي النهي عن بيع ما لم يقبض - ففيها احتمالان :

١ - بيع المبيع الكلي - كما في السلف - أو الشخصي قبل أن يقبضه المشتري من البائع .

٢ - بيع كل شيء لم يقبضه البائع ، أي لا يكون تحت سلطانه وفي يده بالفعل ، فيكون خاصاً بالمبيع الشخصي ، ولا يشمل المبيع الكلي في الذمة .

والمعنى الأول مناف مع ما دلل من الروايات على صحة بيع الكلي بل الشخصي أيضاً قبل قبضه ، مضافاً إلى أنه لم يفرض في هذه الفقرة النظر إلى خصوص بيع ما يشتريه الشخص من المبيع الكلي أو الشخصي ، كما أن القبض أعم من ذلك ، فالاحتمال الثاني هو الأقرب ، فيكون مفاد هذه الفقرة مفاد الفقرة الخامسة ، وهي النهي عن بيع ما ليس عندك ، الذي ظاهره ذلك أيضاً ، وإن فسّر بما ليس تملك ، إلا أنه خلاف الظاهر وإلا لقال لا تبع ما ليس لك أو ما لا تملكه .

وقد يشهد على وحدة الفقرتين ما نجده من خلو ما ورد فيه إحداها عما ورد فيه الأخرى من الروايات المتقدمة التي نقلت منهاهي النبي ﷺ ، ففي روايتي سليمان وشعيب بن واقد وردت الفقرة الخامسة بدل الرابعة - وكذلك في نقل العامة - بينما في رواية عمار وردت الرابعة بدل الخامسة .

وعندئذٍ إما أن تحمل الفقرتان على النظر إلى شرطية إحراز القدرة على التسليم الذي هو شرط عقلائي أيضاً ، أو على اشتراط وجود المبيع تحت يد البائع زائداً على قدرته على التسليم تعبدًا ، فيقيّد بالشخصي لا محالة ؛ لما دلّ على جوازه في الكلّي ، ولعلّ الظاهر هو الأوّل ولو بمناسبة الارتكاز العقلائي .

العنوان السادس :

وأما الفقرة السادسة - وهي النهي عن ربح ما لم يضمن - : ففيها احتمالات :
 ١ - أن يراد النهي عن بيع ما لم يضمن وجوده ، فيكون نهياً عن بيع المجهول .
 ٢ - أن يراد النهي عن بيع ما لم يقبض بأن يكون الضمان كناية عن القبض ، حيث يكون من معاني الضمان الاشتمال والاحتواء على الشيء .
 وهذان الاحتمالان خلاف الظاهر جدّاً ؛ إذ - مضافاً إلى لزوم التكرار مع فقرة النهي عن بيع ما لم يقبض أو النهي عن بيع ما ليس عندك الشامل لبيع المجهول أيضاً - أنه لو كان النظر إلى هذا المعنى كان المناسب النهي عن بيع ما لم يضمن ، لا عن ربح ما لم يضمن ، إذ لا خصوصية للربح والبيع بأكثر في الحكم المذكور كما هو واضح ، وحمل النهي عن الربح على إرادة النهي عن مطلق البيع تأويل لا يساعد عليه العرف . نعم ، لو كان الوارد النهي عن بيع ما لم يضمن ، كما في الفقرة السابعة الواردة في نقل الصدوق عليه السلام ، جاء فيه الاحتمال المذكور .
 هذا كلّ مضافاً إلى أن الضمان في باب البيوع والمعاملات يراد به ضمان الثمن أو القيمة ، لا القبض أو الوجود ، فإنّها معان أخرى للضمان لا تناسب باب المعاملات .

٣ - أن يراد النهي عن بيع الدّالّ لمتاع الغير مرابحة ، وهذا هو ظاهر الشيخ الحرّ العاملي عليه السلام في الوسائل ، حيث أورد الروايات الناهية عن ربح ما لم يضمن تحت هذا العنوان ، فتكون على وزان معتبرة أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام : « أنه

سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة ، ويقولون : بع فما ازددت فلّك ، فقال : لا بأس بذلك ، ولكن لا يبيعهم مرايحة »^(١).

والمقصود من المراجعة : أن يبيع برأس ماله مع اشتراط ربح زائد عليه بنسبة كلّ عشرة دراهم مثلاً الدرهم أو الدرهمين ، فيقول أبيعك هذا المتاع برأس ماله ولي فيه بكل عشرة دراهم درهم أو درهمان ، فهذا نهى عنه ، وإنّما يصحّ مساومة ، وهو أن يبيعهم بمجموع ما يريد بلا إخبار برأس المال ولا البيع به مع نسبة من الربح . ولعلّ السرّ في ذلك لزوم الكذب في الإخبار أو التشابه بالربا أو غير ذلك ، ولهذا حمل المشهور بل الكلّ مثل هذه النواهي على الكراهة والتنزّه .

إلا أنّ هذا الاحتمال أيضاً بعيد عن الفقرة المذكورة غاية البعد ، وكأنّه نشأ من مجيء عنوان الربح في الفقرة ، فتصوّر أنّ المراد به المراجعة الذي له معنى خاصّ ، وهو نسبة الربح إلى رأس المال ، مع وضوح أنّ الربح يشمل المساومة أيضاً ولا يختصّ بالمراجعة . هذا مضافاً إلى أنّ التعبير بما لم يضمن لا يكون له معنى مع هذا التفسير .

٤ - ما ذكرناه في الجهة الأولى من أنّ المراد هو النهي عن الاسترباح بمال لا يكون ضمانه أي دركه ودفع ثمنه وبدله من كيس المستريح ، فما لم يكن المال مضموناً على الإنسان بحيث يكون ثمنه عليه لو تلف لا يستحقّ ربحه ، وهذه هي النكتة الموجودة في باب الربا ؛ لأنّ المقرض بالإقراض يضمن ماله على ذمّة المقرض ، ويصبح المال الخارجي ملكاً للمقرض ، فما يربح به في تجارة وغيرها يكون بدله على تقدير الخسران من كيسه ، لا من كيس المقرض ، فلا يستحقّ المقرض شيئاً من أرباحه .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٨٢ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٣ .

وقد ورد عكس القاعدة أيضاً ، أعني مفهومها - وهو أنّ من ضمن المال كان له خراج و ربحه - في بعض الروايات عندنا وعند العامة ، أي أنّ الربح بالضمان .
ففي رواياتنا ورد في معتبرة إبراهيم الكرخي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام إنني كنت بعت رجلاً نخلاً كذا وكذا نخلة بكذا وكذا درهماً ، والنخل فيه ثمر ، فانطلق الذي اشتراه منّي فباعه من رجل آخر بربح ، ولم يكن تقديني ولا قبضت . قال : فقال : لا بأس بذلك ، أليس كان قد ضمن لك الثمن ؟ قلت : نعم ، قال : فالربح له » (١) .

فإنّ ظاهرها أنّ ثبوت الربح له متفرّع على أنّه قد ضمن ثمن النخل لمالكه بضمان المسمّى حيث قال : « قد ضمن لك الثمن » ، فجعل الضمان ملاكاً لاستحقاق الربح ، ولم يقل لأنّه مالك للنخل . وحمله على إرادة الملك خلاف الظاهر . نعم ، هناك روايتان أخريان في نفس الباب قد يكون ظاهرهما ذلك ، فراجع (٢) .

وعند العامة ورد الخراج بالضمان في مورد من ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثمّ وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه ، فقال الرجل : « يا رسول الله قد استغلّ غلامي ، فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان » (٣) ومورده أيضاً ضمان المسمّى وإن عمّمه أبو حنيفة لضمان الغرامة أيضاً .
وهذا المعنى لا إشكال في أنّه هو ظاهر اللفظ في قبال المعاني السابقة ، إلّا أنّ هناك إیرادات عليه لا بدّ من الإجابة عليها وحلّها لتتضح حدوده وأبعاده ، وهذا ما نتحدّث عنه في الجهة القادمة .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٨٧ ، ب ١٥ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق ١٣ ، ١٣ ، ب ٧ من بيع الثمار ، ح ٢ ، ٣ .

(٣) جامع الأصول ٢ : ٢٨ ، ب ٩ من كتاب البيع ، ح ٤٤٠ .

الجهة الثالثة - في الاعتراضات الواردة على هذا المعنى . وهي مجموعة نقوض فقهية لا يمكن أن يلتزم ببطلان الاسترباح فيها ما لم يرد بالضمان في هذه الفقرة معنيً ونوعاً خاصاً من الضمان :

١ - النقض بموارد ضمان اليد ، كما إذا غصب غاصب مال شخص فأثمه سوف يكون ضامناً لتلفه فضلاً عن إتلافه ، فيلزم أن لا تكون نماءاته وأرباحه له ، وهذا مقطوع البطلان ، كيف ! وهو الذي ذهب إليه بعض العامة كأبي حنيفة في قاعدة الخراج بالضمان ، ودلت صحيحة أبي ولاد^(١) على بطلانه ، وأنه من الفتاوى التي يمنع قطر السماء عن أهل الأرض .

ويكفي في الجواب على هذا النقض : أن المراد من الربح بقريضة السياق في الفقرات المذكورة بل وفي نفسه إرادة الربح التجاري أي الحاصل بالمعاملة ، فلا يشمل النهي المذكور النموات المتولدة من نفس المال أو المنافع ، فإنها تابعة في الملكية لملكية أصل المال ، فمن يملك الأصل يكون مالكاً لها ، ولا ربط ولا نظر لهذا النهي إليها ، ويكون الغاصب ضامناً لها ؛ لأن غصبه للأصل غصب لها ، كما هو واضح .

٢ - النقض بما إذا بيع مال المالك بأكثر - أي بما فيه ربح - فضولة من قبل الغاصب ثم أذن المالك ، فإنه يربح ربحاً تجارياً من دون أن يكون ضامناً لرأس المال لو كان يتلف .

وقد يجاب : بأن النظر إذا كان إلى الربح التجاري فيكون المراد بالضمان أيضاً الضمان العقدي لا ضمان اليد ، والضمان على الغاصب باليد لا بالعقد . إلا أن هنا جواباً آخر أعمق سوف يأتي في دفع النقض القادم .

٣ - النقض بموارد الضمان العقدي أو الضمان بالشرط مع ثبوت الربح فيها

(١) الوسائل ١٧ : ٣١٣ ، ب٧ من أبواب الغصب ، ح ١ .

للمالك ، كما إذا ضمّن المالك على رأس ماله بعقد التأمين أو عقد الضمان بمعنى ضمان العهدة ، أو كان عارية بيد الغير بنحو العارية المضمونة وكان مجازاً أو أجاز الاتجار به فحصل فيه ربح ، فإنّه لا إشكال في أنّه يكون لمالكة .

والجواب : أنّ المراد بالضمان في هذه القاعدة طرداً وعكساً منطوقاً ومفهوماً هو ضمان ثمن المسمّى لا ضمان الغرامة ، بمعنى أنّ المقصود هو النهي عن الاسترباح التجاري بأموال الآخرين بأن يدخل ربح مال الغير في كيس الإنسان بلا أن يكون قد ضمن عوضه وثمرته ، وفي مورد النقضين المذكورين يكون المال المشتري برأس مال المالك قد ضمنه المالك بحيث لو تلف كانت ذمّة المالك مشغولة بثمرته لا محالة ، غاية الأمر المؤمّن أو المستعير أيضاً تشتغل ذمّته للمالك بأداء ما سيخسره للبائع بمقتضى عقد آخر هو عقد التأمين أو غيره أو شرط الضمان في عقد العارية معه ، فهذا ضمان آخر لا ربط له بضمان المسمّى الثابت على المشتري المستربح في مقابل البائع لما حصل فيه الربح ، وهذه هي الفلزّة الأساسية لهذه القاعدة .

والوجه في هذا الاستظهار - مع أنّه قد يقال بإطلاق الضمان لضمان الغرامة ، بل يدعى ظهور ضمان المال في أنّ خسارته عليه بمعنى ذهاب نفسه من كيسه لا ذهاب ثمنه المسمّى من كيسه - هو أنّه :

أولاً - أنّ الضمان بمعنى اشتغال الذمة أو العهدة بالبدل ، ولا معنى لأن يراد من ما لم يضمنه المستربح ضمان الغرامة ؛ إذ المالك لا يقال له إنّهُ ضامن لمال نفسه بضمان الغرامة ، وإنّما يعقل ذلك في حق غير المالك للمالك ، فلو كان التعبير النهي عن ربح ما ضمنه الغير أمكن إرادة هذا الضمان ، إلّا أنّ التعبير النهي عمّا لم يضمن من قبل المستربح وإنّه لا بدّ من استحقاقه للربح أن يكون ضامناً له ، وهذا لا يصدق إلّا على ضمان المسمّى ، أي اشتغال العهدة أو الذمة بدفع الثمن لما يتّجر ويؤخذ من الغير بالبيع والتجارة .

وثانياً : ظهور كلمة الربح وسيق الفقرات المذكورة في النظر إلى باب

الاسترباح بالتجارة ونحوه ، والذي يكون ضمان المستريح والتاجر له ضمان المسمّى .

وثالثاً : ما ورد في رواية الكرخي ^(١) ، فإنّها صريحة في إناطة الربح بضمان الثمن .

٤ - النقض ببيع المبيع الشخصي بأكثر قبل قبضه ؛ فإنّ ضمان تلفه وخسارته من كيس البائع ؛ لقاعدة «أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه» فلا يكون المشتري المستريح ضامناً للمسمّى فيه ، مع أنّه يجوز ذلك ، ولا يظنّ ببطالانه بل يقطع بالصحة فيه فقهياً ، وقد صرّحت روايات عديدة معتبرة بذلك ، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثمّ يبيعها قبل أن يأخذها ، قال : لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبيع » ^(٢) .

وهي إن لم تكن منصرفة إلى الثمرة المشخّصة المعيّنة في الخارج فلا أقلّ من إطلاقها ، بل من يراجع روايات المسألة يظهر له أنّ البيع كان جائزاً من هذه الناحية ، وإنّما الإشكال والنهي قد ورد في بيع الطعام بربح قبل قبضه ، والذي ذهب إلى التحريم فيه بعضهم ، إلّا أنّ بعض الروايات دلّت على الجواز فيه أيضاً ، بل الروايات الناهية والمجوّزة كلّها واضحة الظهور في أنّ المحذور من ناحية الكيل ، لا من ناحية عدم القبض وعدم ضمان المسمّى ^(٣) ، والروايات إن لم تكن منصرفة إلى المبيع الشخصي فبإطلاقها تشمله .

والجواب : أولاً : يمكن أن يقال إنّ نفس بيع المبيع قبل قبضه يخرج عنه ضمان البائع ؛ لأنّه نحو تصرف فيه كالقبض ، فلو تلف بعد البيع كان من كيس

(١) الوسائل ١٣ : ١٣ ، ب ٧ من بيع الثمار ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق ١٢ : ٣٨٨ ، ب ١٦ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٣) انظر المصدر السابق : ب ١٦ .

المشتري الأول لا البائع الأول ، والرواية الدالة على هذا الحكم - أي كون التلف قبل القبض من مال البائع - لو تمت سنداً ودلالة فلا إطلاق فيها لصورة تصرف المشتري فيه ولو كان تصرفاً معاملياً كالبيع والإيجار ؛ لأنها محمولة على القاعدة العقلانية ، وهي لا تقتضي أكثر من ذلك .

وثانياً : لو سلمنا إطلاق الرواية مع ذلك قلنا بأن الضمان في المقام يعقل أن يكون على المشتري الأول ؛ وذلك فيما إذا جاء البائع وأعطى المبيع له ولم يرض بإعطائه للغير - فإنه لا يجب عليه ذلك جزماً - فيكون التلف عندئذٍ من كيس المشتري الأول قبل إقباضه من المشتري الثاني ، وهذا يعني أن عدم ضمان المشتري الأول منشأه عدم تحقق الإقباض له من قبل البائع لا نفس المعاملة .

فالحاصل : مورد النهي في القاعدة المذكورة ما إذا لم يكن يتحقق الضمان على المستربح بنفس المعاملة ، لا ما إذا لم يكن ضمان عليه باعتبار خصوصية خارجية غير ملازمة مع طبيعة المعاملة ، وهي عدم الإقباض ، فتدبر جيداً .

وهكذا يتضح مفاد هذه القاعدة النبوية المباركة ، وهي أن الإنسان لا يصح منه الاسترباح بأموال الآخرين بأن يكون المال الذي فيه الربح له من دون أن يضمن ثمنه وقيمه على تقدير تلفه ، إما بأن لا يدخل في ملكه أصلاً كما في ربح رأس المال المدفوع قرضاً ، أو يدخل في كيسه ولكنه بنحو لا يتحمل ضمان ثمنه أصلاً ، وهذا له مصاديق كثيرة منها ما سيأتي من بيع ما لا يملكه بأكثر قبل أن يشتريه بنحو يقع بالشراء لمن أراده بأكثر نسيئة لا محالة ، فإنه هنا لا يكون المستربح ضامناً لثمن مثل هذا المتاع لا قبل الشراء ولا بعده كما هو واضح ، وسوف تأتي تطبيقات عديدة لهذه القاعدة في الروايات في الجهة القادمة .

هل إن القاعدة تقتضي بطلان المعاملة ؟

ثم إن النهي عن ربح ما لم يضمن لا يقتضي أكثر من عدم استحقاق الربح ، وأما بطلان المعاملة والبيع الحاصل أو بطلان الضمان فلا يقتضيه النهي المذكور .

نعم ، لو كانت العبارة النهي عن بيع ما لم يضمن أي بيع مبيع لم يضمنه بآئعه بضمنه دلّ ذلك على بطلان البيع بالزيادة ، إلا أنّ هذه العبارة لم تثبت بسند معتبر كما تقدّم ، وعندئذٍ لو دلّ دليل على صحّة المعاملة بلا زيادة - كما سيأتي في بعض التطبيقات في الروايات من الجهة الرابعة - فلا إشكال ، وإلا فهل يمكن تصحيحه على مقتضى القاعدة أم لا ؟ سنبحثه عند التعرّض للتطبيقات من الجهة الرابعة .

الجهة الرابعة - في تطبيقات وردت في موارد ضمن الروايات يمكن اعتبارها من مصاديق قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن بحيث لو تمّ استظهار ذلك منها أصبحت دليلاً أيضاً على صحّة هذه القاعدة .

التطبيق الأوّل : ما ورد في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام من المنع عن الاسترباح من خلال شراء شيء لشخص آخر نقداً على أن يزيده نظرة . وقد ورد ذلك ضمن موثّقتي محمد بن قيس ، أولاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر لبيتاع لهم بغيراً بنقد ويزيدونه فوق ذلك نظرة ، فابتاع لهم بغيراً ومعه بعضهم ، فمنعه أن يأخذ فوق ورقه نظرة » ^(١) .

والأخرى عن أبي جعفر عليه السلام قال : « منع أمير المؤمنين عليه السلام الثلاثة تكون صفقتهم واحدة ، يقول أحدهم لصاحبه : اشتر هذا من صاحبه وأنا أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة ، قال : فلا يعطيه إلا مثل ورقه الذي نقد نظرة ، قال : ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبع بعد ما شاء » ^(٢) .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٨ ، ب ٣ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

ما قيل في تفسير الرواية :

وقد فسّرت الرواية في كلمات بعض الفقهاء كالمجلسيين^(١) بإرادة صورة توكيله أن يشتري لهم من السوق ويدفع عنهم الثمن من ماله ثم يأخذ عنهم أزيد منه في قبال ما اشتغلت ذمتهم له ، فيكون رباً محرماً على القاعدة .

مناقشة :

وفيه : أولاً : مخالفة ذلك لظاهر الروايتين ، بل صريح الثانية منهما ؛ لأنّها صرّحت بجعل الصفقتين أي البيعين صفقة واحدة ، ممّا يدلّ على أنّ النظر إلى تحقّق بيعين أحدهما بنسيئة ونظرة بأكثر والآخر نقداً بأقلّ ، غاية الأمر تارة يشتري صاحب النقد ويوجب البيع لنفسه نقداً أولاً ثمّ يبيعه نظرة بأكثر فهذا جائز ، وأخرى يتفق على النسيئة بأكثر أولاً ثمّ يشتري بأقلّ نقداً بنحو يقع للمشتري بالأكثر نسيئة بنفس الشراء من السوق بصفقة واحدة ، فالأوّل جائز بصريح ذيل الرواية الثانية ، والثاني غير جائز بصدر الروايتين ، وهذا لا يناسب مع فرض التوكيل في الشراء ؛ لأنّ البيع والصفقة واحدة ، كما لا يخفى .

هذا ، مضافاً إلى أنّ التوكيل إن كان في الشراء لهم بالذمة فهذا خلاف ظاهر الروايتين من أنّ الشراء من السوق كان بالنقد وكون صاحب النقد هو طرفه وصاحب النسيئة يشتريه منه ، وإن كان التوكيل في الشراء لهم بالنقد بعد الاستقراض منه فهذا أبعد وأكثر مخالفة للظاهر .

وثانياً : أنّ النظر لو كان إلى التوكيل في الشراء لهم بالذمة ثمّ الوفاء عنهم أو إقراضهم النقد ثمّ الشراء لهم بنقدهم أمكن له أن يأخذ الزيادة في قبال وكالته كأجرة أو كجعالة بل وفي قبال الوفاء عنهم بناءً على صحّة أخذ الجعالة على ذلك ، فلا وجه للبطلان على القاعدة كما رامه المجلسيان .

(١) ملاذ الأخير ١٠ : ٥٨٨ . روضة المتّقين ٧ : ٢٩٥ .

فالصحيح : أنَّ الروائيتين ناظرتان إلى قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن ؛ لأنَّ الصفقتين لو جعلتا صفقة واحدة بأن يقع المتاع بنفس شرائه بالنقد لصاحب النسيئة بأكثر نظرة لزم أن يربح صاحب النقد الزيادة بلا أن يكون ضامناً لثمن المتاع ، لأنَّه قد ضمَّنه في ذمَّة صاحب النسيئة ، فهو من الاسترباح بمال الآخرين ومن ربح ما لا يضمن ؛ لأنَّ المتاع المذكور لو تلف قبل الشراء كان من مال بائعه ولو تلف أو وضع بعده كان بدله و ثمنه من كيس المشتري بالنسيئة بحسب فرض وحدة الصفقة ، ولا يفرَّق في ذلك بين أن يفترض دخول المبيع آنأ ما في ملك الواسطة ثمَّ انتقاله إلى المشتري بالنسيئة أو يفترض انتقاله ابتداءً إلى ملك صاحب النسيئة بثمن صاحب النقد ؛ بناءً على عدم منافاته مع حقيقة البيع واشتغال ذمَّة صاحب النسيئة بالثمن الأكثر الذي اتَّفقا عليه ، فإنَّ كليهما من ربح ما لا يضمن بالمعنى المتقدِّم .

ثمَّ إنَّ الروائيتين صريحتان في صحَّة المعاملة المذكورة ، وإنَّما لا يستحق صاحب النقد - وهو الواسطة في الشراء بنقده - الزيادة مع وقوع المبيع لصاحب النسيئة ، وهذا دليل على صحَّة بيع شيء قبل أن يملكه ويشتريه من السوق إذا لم يكن بأكثر ممَّا يشتريه بجعل الصفقتين صفقة واحدة ، وهذا يؤكِّد أنَّ المنظور فيهما عدم استحقاق الربح وأنَّه كالربح الربوي الذي لا يستحقُّه المقرض مع وقوع القرض ، فليس الإشكال في صحَّة البيع للغير بمال نفسه ، بل ولا في بيع ما لم يملكه بعد بجعل الصفقتين صفقة واحدة لولا حيثيَّة الربح والزيادة الحاصلة من بيع ما لم يضمن ثمنه ، فالروائيتان في الوقت الذي تدلَّان على المنع عن ربح ما لم يضمن تفسِّران ذلك بعدم استحقاق الربح مع إمكان بقاء المعاملة صحيحة ولو من جهة أنَّه جدًّا ولبَّاءً إنَّما يقصد الشراء لهم بماله ، فيقع لهم صحيحاً ، غاية الأمر لا يستحقُّ الزيادة التي هي رباً روحاً وإن لم يكن قرضاً ربوياً شكلاً .

وهذا ما يمكن أن يفسَّر لنا المراد من روايات العينة التي حمل بعضها المشهور على إرادة النهي عن بيع ما لم يملكه بعد ، وسيأتي تفصيله .

التطبيق الثاني : ما ورد في اشتراط ضمان البائع لوضيعة المال المشتري منه . وقد ورد المنع عنه في رواية عبدالملك بن عتبة قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس عليّ منه وضيعة ، هل يستقيم هذا ؟ وكيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال عليه السلام : لا ينبغي » ^(١) .

والبحث تارة في سندها ، وأخرى في دلالتها :

أما السند ، فالرواية صحيحة سنداً .

وأما الدلالة ، فقد يقال : بأنّ التعبير الوارد في كلام الإمام عليه السلام بقوله : « لا ينبغي » ليس ظاهراً في أكثر من الحزازة والكراهة لا الحرمة .

إلا أنّ الإنصاف : أنّ هذا التعبير لو فرض فيه ذلك في باب التكاليف إلا أنّه ظاهر في الإرشاد وإلى البطلان في باب الوضع والمعاملات ، خصوصاً مع صراحة السؤال في طلب وجه للصحة ؛ لأنّ يستقيم للسائل ما يريده ، فيكون ظاهره - والله العالم بحقائق الأمور - أنّ ما افترضه السائل من أن يكون ضمان الوضيعة على البائع الذي يشتري منه المتاع أو الطعام إذا باعه بأقلّ من كون الربح له إذا باعه بأكثر لا يصحّ ولا يجوز ؛ لأنّه من ربح ما لم يضمن .

تفسير آخر :

وقد يقال : بأنّ الرواية لعلّها ناظرة إلى عدم الصحة للشرط المذكور ؛ لكونه على خلاف الشرع ، إذ كما يكون النماء والربح للمالك تكون الوضيعة أيضاً عليه ، فاشتراط الخلاف في أي منهما شرط مخالف للشرع ، نظير ما يقال من أنّ عقد المضاربة على خلاف الأصل ؛ لأنّه يشترط فيه أن يكون مقدار من الربح لغير المالك ، فالرواية أجنبية عن مسألة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن .

(١) الوسائل ١٢ : ٤٠٩ ، ب ٣٥ من أحكام العقود ، ح ١ .

والجواب :

أولاً: إنّ ضمان الوضعية - كضمان التلف ، بل هو ضمان تلف المالية ، ولا فرق بينه وبين ضمان تلف المال - شرط سائغ شرعاً ؛ لما ثبت من صحّة ذلك في باب عقد الضمان ، بمعنى العهدة بضمان غرامته وقيّمته لو تلف ، وما ثبت من صحّة شرط الضمان في العارية المضمونة . بل ذكرنا في المضاربة أنّ اشتراط كون الربح والنماء لغير المالك أيضاً ليس خلاف الشرع ، فضلاً عن شرط ضمان الوضعية .

وثانياً: ظاهر التعبير بالوضعية أنّ نظر السائل إلى ما يشتريه للتجارة والاسترباح ببيعه بأكثر ؛ لأنّ الوضعية تكون بذلك ، أي ببيع ما اشتراه بأقلّ من رأس ماله الذي اشتراه به ، فلو كان نظر السائل إلى اشتراط شرط مخالف لقانون التبعية في النماء ربحاً وخسارة لم يكن وجه لافتراض ذلك على من يشتري منه المتاع بالخصوص ، ولا لخصوص ضمان الوضعية .

فالظاهر أنّ المحذور الذي كان يتصوّره السائل ومن ناحيته يحتمل عدم استقامة عمله إنّما هو الاسترباح بما ضمّنه على البائع الذي يشتري منه ، والذي ينبغي أنّه لا يضمن ثمنه بمقدار الوضعية والتلف للبائع ، ولهذا لو كان الضامن شخصاً آخر غير البائع وكان ضمانه ضمان الغرامة لما يخسره المشتري بالوضعية لم يكن به بأس ، وهذا هو ربح ما لم يضمنه بالمعنى المتقدّم ، فتدلّ الرواية على أنّه لا ينبغي للمشتري أن يفعل ذلك ، أي أن يضمن رأس ماله على البائع من ناحية الوضعية مع كون الربح له لو كان ؛ لأنّه في قوّة عدم ضمان ثمنه له . وهذا لا يدلّ على أنّه لو فعل ذلك فهل يصحّ الضمان ويكون الربح للبائع أو يبطل الضمان ويكون الربح للمشتري ؛ فإنّ الرواية من هذه الناحية ساكتة ، فيكون تطبيقاً آخر من تطبيقات قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن .

لا يقال: ظاهر النهي عن ربح ما لم يضمن أن لا يكون على المستريح ضمان أصلاً لا ضمان الوضعية ولا ضمان التلف ، فلو كان عليه أحدهما كفى في أنّه ربح ما

يضمن ، وفي مورد الرواية ضمان التلف على المشتري ، فيكون من حقّه الربح .
فإنّه يقال : تقدّم أنّ المراد من الضمان ضمان ثمن المسمّى للمال المستريح فيه ، وهذا لا يكون إلّا بأن يجب عليه دفع ثمن المسمّى على كلّ حال إلى من أخذ منه ذلك المال ، ومع كون الوضعية عليه لا يكون الثمن مضموناً على المشتري ، كما أنّ معتبرة الكرخي أيضاً كان ظاهرها ذلك ، فراجع وتأمل .

وقد يقال : بمعارضة هذه الرواية مع معتبرة رفاعه أنّه قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال : إن ربنا فيها فلك نصف الربح ، وإن كان وضعية فليس عليك شيء ، فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية » ^(١) .

وهي وإن كانت واردة في اشتراط أحد الشريكين ضمان حصّته على الشريك الآخر مع كون الربح بينهما إلّا أنّه يستفاد منها ضمناً صحّة ذلك وعدم قدحه في استحقاق الربح لو كان ، فتعارض الرواية السابقة .

ويلاحظ عليه :

أولاً : أنّ هذه المعارضة فرع أن يستفاد من جواب الإمام فيها جواز ذلك ، مع أنّه إمّا ظاهر في عدم الجواز أو مجمل على أقلّ تقدير ؛ لأنّه قد ورد فيه التقييد بقوله عليه السلام : « إذا طابت نفس صاحب الجارية » وهذا ظاهره الشرطية ، وأنّه لو لم تطب نفسه فيه بأس ، وظاهره شرطية طيب النفس بقاء لا حدوثاً وعند البيع بشرط الضمان ؛ لأنّ ذلك يلزم منه التكرار المستهجن ، إذ فرض في مورد السؤال أنّ صاحب الجارية هو المقدّم والمقترح للشرط المذكور على نفسه ، فلا معنى لإناطة الجواب بفرض طيب نفسه ورضاه بذلك ، فإنّه تحصيل حاصل ، وهذا بخلاف ما إذا أريد طيب نفسه بعد الربح أو الخسران ، فتكون الرواية دليلاً على عدم صحّة

(١) الوسائل ١٣ : ١٧٥ ، ب ١ من أحكام الشركة ، ح ٨ .

الشرط المذكور ، فإمّا لا يستحقّ الربح إلّا بطيب نفس صاحب الجارية ، لأنّ الثمن للنصف قد ضمنه له ، أو لا يصح شرط الضمان فلا يستحقّ الوضعية على صاحب الجارية إلّا بطيب نفسه ، ولا أقلّ من إجمال الرواية من هذه الناحية .

وثانياً : لو سلّمنا ظهورها في إرادة طيب النفس حدوثاً وعند الشرط مع ذلك قلنا إنّ مفادها ليس ظاهراً في أكثر من اشتراط ضمان الغرامة للوضعية على الشريك لا ضمان المسمّى ، أي يكون البيع للجارية من قبلهما ، فكلاهما ضامنان للمبيع في مقابل الثمن للمشتري ، غاية الأمر يكون أحد الشريكين على تقدير الوضعية ضامناً للشريك الآخر ما خسر به ضمان الغرامة كما في عقد التأمين ، فتدبر جيّداً ، وهذا أجنبى عن القاعدة .

التطبيق الثالث : ما ورد في المضاربة من أنّ من ضمنّ تاجراً فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء ، وهي معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - وقد نقلها الكليني والصدوق رحمهما الله بصيغة - : « أنّ أمير المؤمنين صلوات الله عليه قال : من اتّجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان ، وقال : من ضمن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء » ^(١) .

ونقلها الشيخ بصيغة « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في تاجر اتّجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان ، وقال أيضاً : من ضمن مضاربه فليس له إلّا رأس المال وليس له من الربح شيء » ^(٢) .

وسند الكليني والصدوق ، وكذلك سند الشيخ كلاهما صحيح .

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٤٤ ، ب المضاربة ، ح ٢ . وانظر الكافي ٥ : ٢٤٠ ، كتاب المعيشة ،

باب ضمان المضاربة ، ح ٣ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : باب الشركة والمضاربة ، ح ١٦ .

إشكالان :

وقد نوقش في الاستدلال بها - على ما هو ظاهرها من صحة شرط الضمان وانقلاب المضاربة كالقرض من حيث أن تمام الربح يكون للمالك - بإشكالين : أحدهما : ما عن المستمسك ^(١) بأن مفادها مشابه لما عن بعض العامة من أن الخراج بالضمان ، وهذا مقطوع البطلان في فقهاءنا .

وفيه : أن ما هو مقطوع البطلان ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن الغاصب لا يضمن منافع العين المغصوبة ؛ لأنه ضامن لرقبتها ، وقد ورد عن النبي ﷺ أن الخراج بالضمان ^(٢) . وهذا المطلب باطل حتى بناءً على صدور تلك القاعدة ؛ لأن المراد منها كما تقدّم الضمان العقدي ، أي ضمان الثمن في مقابل ربح المبيع ومنفعته كما هو مورده ، فالتعدي منه إلى ضمان اليد أجنبي عن مفاده ، كما أن المقام ليس الضمان فيه مربوطاً باليد ، بل هو من الضمان العقدي .

فلا ربط لمفاد هذه الرواية بفتوى أبي حنيفة في عدم ضمان الغاصب للمنافع أصلاً ، على أنه لو فرض ورود دليل معتبر على حكم خلاف القاعدة في مورد لا يمكن طرحه لمجرد كونه على خلاف القاعدة ، وهذا واضح ، وسيظهر أن مفاد هذه المعبرة طبق القاعدة التي استفدناها من مناهي النبي ﷺ ومن الروايات الأخرى .

الثاني : ما ذكره في مستند العروة ^(٣) من أن الرواية أجنبية عن باب المضاربة ؛ إذ المراد بالتضمن فيه الضمان من أول الأمر والذي هو الإقراض ، فيكون النظر فيها إلى من يقرض تاجراً ويريد منه الربح على قرضه ، وهو ربا محرّم . وقد استغرب

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢ : ٢٧٧ .

(٢) جامع الأصول ٢ : ٢٨ . كتاب البيع ، ب ٩ ، ح ٤٤٠ .

(٣) كتاب المضاربة : ٥١ .

من افتاء بعض المتأخرين بأن شرط الضمان في المضاربة يكون صحيحاً والمضاربة لا تكون صحيحة من أجل النص المعمول به عند الأصحاب ، خلافاً للقاعدة التي تقتضي صحة العقد وفساد الشرط ؛ بناءً على أنه مخالف لحكم الشارع بأن يد المضارب يد أمينة ولا ضمان عليه .

وقد ذكرنا في أبحاث المضاربة أن الشرط المذكور ليس على خلاف الشرع ؛ لأن أدلة نفي الضمان عن الأمين أو المضارب ناظرة إلى ضمان اليد لا الضمان بالعقد . كما ذكرنا أن الشيخ في النهاية ^(١) وابن إدريس في السرائر ^(٢) قد أفتوا بنفس النتيجة المستفادة من الرواية ، والظاهر أنه من جهة الاستناد إليها .

وأما ما ذكره في تفسير الرواية فهو ممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ؛ وذلك : أولاً : لأنه لو سلم إمكانه في الرواية بنقل الكليني والصدوق فهو غير ممكن في نقل الشيخ ؛ لما ورد فيها من التصريح بعنوان المضارب ، وحيث أنه منقول بسند آخر عن محمد بن قيس ولم ينقله الشيخ عن الكافي ، فلا يقع تهافت في النقل . وثانياً : أن الرواية بنقل الكليني والصدوق أيضاً ظاهرة في نفس المفاد والمعنى ، أي يكون النظر فيها إلى اشتراط الضمان على التاجر المضارب أو شامل له بإطلاقه ؛ لأن عنوان التضمين غير الإقراض ، ومجرد كون القرض فيه تضمين للمال على المقترض لا يؤدي إلى أن يصح أن يراد بالتضمين عقد القرض بالخصوص ، من قبيل أن يقال : من ملك مالاً لفلان ، ويراد به البيع بالخصوص ، بل يمكن أن يقال إن التعبير بقوله : « ليس له إلا رأس ماله » أو « ليس له من الربح شيء » بل سبق الجملة الأولى الصريحة في التاجر المضارب قرينة على أن النظر إلى المضاربة بشرط الضمان أو شامل لها على الأقل .

(١) النهاية : ٤٣٠ .

(٢) السرائر ٢ : ٤٠٩ .

فالصحيح: أنَّ الرواية واضحة الدلالة في النظر إلى تضمين التاجر بمال الغير ، وأنه لا يجتمع مع أن يكون له الربح ، فأما الربح ويكون الضمان على المالك ، وأما الضمان فلا حق للمالك في الربح .

مناقشات أخرى :

ثمَّ إنه يمكن أن يستشكل على الاستشهاد بهذه الرواية على القاعدة التي ذكرناها ببعض المناقشات : -

منها - ورودها في شرط المالك ضمان رأس ماله على العامل المضارب ، فلعله حكم تعبدي خاص بذلك على خلاف القاعدة .

والجواب : أنَّ ظاهر الرواية - بقرينة المقابلة بين صدرها وذيلها - التقابل بين تضمين رأس المال وبين استحقاق ربحه ، حيث وردت هذه المقابلة في كلام الإمام عليه السلام ابتداءً وبنحو الضابطة الكلية بحيث يكون المتفاهم منها عرفاً أنَّهما لا يجتمعان ، وأنَّ المالك إذا أراد الاسترباح برأس ماله فليس له أن يضمنه على التاجر ، فتكون المضاربة تطبيقاً من تطبيقات هذه الكبرى .

هذا ، مضافاً إلى أنَّ الرواية بنقل الكليني والصدوق فيها إطلاق شامل لغير المضاربة أيضاً ، حيث دلَّت على أنَّ كلَّ مَنْ ضمَّن تاجراً رأس ماله فليس له من ربحه شيء ، وليس له إلاَّ رأس ماله ، وهذا يشمل التاجر المضارب والوكيل والمتبرِّع بالاتِّجار للغير المعبرَّ عنه بالبضاعة والأجير ؛ فإنَّه في جميع موارد الاتِّجار بمال الغير لو ضمن رأس ماله على التاجر لم يجز له أن يأخذ شيئاً من الربح ، وهذا هو نفس المضمون والكبرى الكلية التي استفدناها من نهى النبي صلَّى الله عليه وآله وسلم ومن الروايات الأخرى السابقة .

ومنها - أنَّ الأخذ بإطلاق هذه الرواية يستلزم منه عدم استحقاق الربح لمن ضمَّن رأس ماله مطلقاً ولو بعقد التأمين لغير من يشتري منه المتاع المربح ، بل مورده تضمين المضارب وهو غير البائع للمتاع الذي يستريح به ، فتكون الرواية

أجنبية عن قاعدة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن ؛ إذ المراد بعدم الضمان فيه عدم ضمان الثمن المسمّى لصاحب المتاع الذي فيه الربح .

والجواب : أنّ الرواية واردة بعنوان من ضمنّ التاجر - سواء المضارب أو غيره كالأجير والوكيل ونحوه - رأس ماله والذي لا بدّ وأن يقع ثمناً لما يشتري من أجل الاتّجار والاسترباح ، وهذا معناه أنّ المالك لرأس المال لا يتعهّد بالثمن لما يشتريه التاجر من السلع والأمتعة للاتّجار ، وهذا هو معنى عدم ضمان المالك لثمن المسمّى لما يشتريه التاجر للاسترباح بحيث لو تلفت أو وضعت كان التاجر هو الضامن والمتعهّد بدفع ثمنها لمن اشترت منه ، لا المالك لرأس المال ، ولا يكون المالك طرفاً للتعهّد وضمان الثمن على تقدير الخسارة ، وهذا هو ربح ما لم يضمن ثمنه المستريح ، وهو الاسترباح بأموال الآخرين . وهذا بخلاف مورد عقد التأمين على مال ولو كان مشترياً من الغير ؛ فإنّ الضامن يضمن خسارة تلفه للمالك وهو المشتري ، ولا يكون متعهّداً إلّا في قبالة ، لا في قبالة البائع لذلك المال .

فالحاصل : ظاهر تضمين رأس المال على التاجر أنّ المالك ليس مسؤولاً ولا ضامناً أمام من يشتري منه التاجر المتاع التجاري للاسترباح وأنّ ذلك بعهدّة التاجر ، وهذا يساوق عدم ضمان المشتري بضمان المسمّى ، بخلاف ما إذا كان ضامناً للبذل من رأس ماله فكان هو التاجر والمشتري والبائع ، غاية الأمر على تقدير الخسارة يتدارك ويجبر ذلك بضمان المضارب أو الأجير ؛ فإنّ هذا لا يناسب التعبير بـ «مَنْ ضَمَّن تاجراً» الظاهر في عدم الضمان عليه أصلاً ، لا عدم استقراره عليه ، خصوصاً مع التعبير بأنّ الآخر هو التاجر ، فهذا يختلف عمّا إذا كان المالك هو الضامن والمتعهّد في قبالة البائع غاية الأمر قد أمّن على أمواله عنه شخص آخر ، فلا إطلاق في هذه الرواية لغير مورد ربح ما لم يضمن ثمنه لبائعه .

ومنها - دعوى عدم الفرق عرفاً بين المطلبين المذكورين ، بل ولا بين اشتراط

الضمان بنحو شرط النتيجة واشتراطه بنحو شرط الفعل أي اشتراط التدارك والجبران ؛ لأنّ النتيجة العرفية في الموردين واحدة خارجاً ، وليس الفرق بينهما إلاّ دقياً لا عرفياً .

والجواب : منع ذلك ؛ فإنّ الفرق بين شرط الضمان وشرط التدارك مفهوم عرفاً في باب المعاملات التي هي أمور إنشائية متأثرة بالصياغات الاعتبارية حتى عند العرف ، ومن هنا لا يكون الصلح بيعاً حتى إذا كانت نتيجتهما واحدة . هذا مضافاً إلى أنّ الآثار والنتائج مختلفة في المقام بين شرط الضمان وشرط التدارك ، حيث يكون الأوّل حقّاً عينياً بينما الثاني مجرد حقّ شخصي ووجوب تكليفي ، وكذلك بين ضمان الثمن للبائع وضمان شخص ثالث لما يخسره وبين عدم الضمان للبائع أصلاً ، بل الفرق هنا أوضح ، كما يظهر بالتأمل .

ثمّ إنّ بناءً على تفسير « ربح ما لم يضمن » وكذلك « من ضمنّ تاجراً » بما ذكرناه - من أنّ الاسترباح التجاري بمال فرع أن يكون ضمانه أي بدله وثمرته على المستربح ومن كيسه ، وعدم شموله لضمان الغرامة حيث لا يصحّ أن يقال إنّ ضمان المال على مالكة بمعنى أنّ بدل غرامته عليه - فسوف يختصّ المنع في باب المضاربة بما إذا كان ضمان العامل المضارب لرأس المال ضمان الثمن لمن يشتري منه المال التجاري أو يباع له ، وأمّا إذا كان المضارب ضامناً لرأس المال أو ما يشتري به للمالك بضمان الغرامة بحيث يكون المالك هو الضامن للثمن والمتعهد عنه أولاً لمن يشتري منه إلاّ أنّ المضارب يضمن طولياً ضمان المالك أو خسارته ، فهذا يكون جائزاً ؛ لأنّ حاله حال ضمان شخص ثالث ، كما في عقد التأمين .

ومنه يعرف : أنّ النسبة بين ربح ما لم يضمن بالمعنى الذي ذكرناه وبين تضمين المضارب بالمعنى الأعمّ عموم من وجه . كما ظهر أنّ تضمين التاجر لثمن المال التجاري بالنحو الذي يحقّق ربح ما لم يضمن لا يختصّ بالعامل المضارب ، بل

يعقل في الوكيل والأجير والشريك وغيرهم ، فعلى القول بهذه الكبرى يبطل الربح فيها جميعاً إذا كان التضمن فيه بالنحو الذي ذكرناه أي تضمين الثمن لا ضمان الغرامة ، والله العالم بحقائق الأمور .

التطبيق الرابع : ما ورد في بعض روايات بيع العينة التي استفيد منها بطلان بيع شيء قبل أن يملك ، كصحيح عبدالرحمن بن الحجاج ، قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العينة فقلت : يأتيني الرجل فيقول : اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فأروضه على الشيء من الربح فتراضى به . ثم أنطلق فأشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أرده ، ثم أتيه به فأبيعه ، فقال : ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل أن تبيعه إياه كان من مالك ، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتبه ، وإن شاء ردّه ، فليست أرى به بأساً » ^(١) .

وصحيح منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينه ، قال : ليس عندي هذه دراهم فخذها فاشتر بها ، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد ، ثم جاء به أيشتره منه ؟ فقال : أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم ؟ ! قلت : بلى . قال : إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس به » ^(٢) .

وفي معتبرته الأخرى قال عليه السلام : « أليس إن شاء اشترى ، وإن شاء ترك ، وإن شاء البائع باعه ، وإن شاء لم يبيع ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس » ^(٣) .

وفي معتبرة معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام يجئني الرجل يطلب مني بيع الحرير وليس عندي منه شيء ، فيقولني عليه وأقاوله في الربح والأجل

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٩ .

(٢) المصدر السابق : ح ١٢ .

(٣) المصدر السابق : ح ١١ .

حتى نجتمع على شيء ، ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه ، فقال : أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبُّ إليه ممّا عندك أيسطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ ! قلت : نعم . قال : فلا بأس » ^(١) .

وفي رواية يحيى بن الحجاج قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب وهذه الدابة ، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا ، قال : لا بأس بذلك ، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها » ^(٢) . ونفس المضمون في معتبرة إسماعيل بن عبد الخالق وغيرها ^(٣) .

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألت عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من أجله ، قال : ليس به بأس ، إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه » ^(٤) .

ما يستفاد من الروايات :

والمستفاد من مجموع هذه الروايات حيثيات ثلاث واردة فيها كتعليل أو ضابطة ونكته للحكم بالصحة :

- ١ - لو هلك وذهب المتاع قبل أن تبيعه إياه كان من مالك - أي من مال البائع بالنسيئة بأكثر - ومفهومه أنّه إن كان هلكته وذهابه من مال المشتري لم يصحّ ذلك البيع الذي هو البيع نسيئة بأكثر ، وهذا ما يستفاد من المعتبرتين الأوليين .
- ٢ - عدم الإلزام وإيجاب البيع على المشتري نسيئة بأكثر قبل أن يشتريه له من السوق نقداً ، ومفهومه أنّه لو كان ملزماً بذلك بمجرد الشراء من السوق لم يصحّ ،

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٧ .

(٢) المصدر السابق : ح ١٣ .

(٣) المصدر السابق : ح ١٤ .

(٤) المصدر السابق : ح ٨ .

وهذا ما صرح به في كل تلك الروايات المتقدمة عدا صحيح محمد بن مسلم .
 ٣ - أنه يبيعه بعد ما يملكه ، ومفهومه أنه إذا باعه قبل أن يملكه فلا يصح .
 وهذه التعبيرات أو الحيثيات الثلاث قد يحمل الثالث منها ملاكاً للحكم ، فيستفاد منه أن المقصود بطلان البيع قبل الملك ، وهذا ما فعله المشهور ، وهو قاعدة (من باع ثم ملك) ، وقد استظهره من صحيح محمد بن مسلم ، بل جعله الميرزا رحمته صريحاً في شرطية الملك لصحة البيع ^(١) .

وقد يجعل الثاني منها ملاكاً للحكم بأن يشترط أن لا يكون البيع ملزماً به على المشتري والبائع ولو بعقد سابق أو شرط في ضمن عقد وإلا كان باطلاً ، فيكون شرطاً آخر غير شرطية الملك عند العقد ، فحتى إذا كان البيع بعد الملك مع ذلك يشترط أن يكون بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر . وعندئذ إن خصصنا ذلك بما إذا لم يكن البائع مالكاً للمال حين الإلزام ، وإنما يملكه فيما بعد ثم يبيعه منه - لأن هذا هو مورد الروايات - ثبت بطلان البيع مع الإلزام المسبق في خصوص ذلك ، وإن ألغينا الخصوصية - ولو باعتبار له بعد أن كان البيع الملزم بعد الملك - عممنا الحكم إلى موارد بيع ما يملكه حين البيع أيضاً ، فيكون هناك شرطان لصحة البيع : أن يكون مالكاً حين البيع وأن لا يكون البيع ملزماً على البائع والمشتري .
 والتحقيق : أن هذه الروايات أجنبية عن كلا هذين المطلبين ، بل الجهة والمحذور المنظور إليه فيها مطلب آخر هو نفس القاعدة التي ذكرناها ونفّحناها في هذا البحث ، وتوضيح ذلك :

أن المراد بكون المشتري أو البائع بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر الوارد في كل هذه الروايات أو أكثرها ليس هو الاختيار التكليفي في قبال الإلزام التكليفي ، بل المراد منه ما يقابل اللزوم الوضعي ، بمعنى أن يكون البيع منه نسيئة

(١) منية الطالب ١ : ٢٦٩ .

ومع الربح - كما صرح به في بعضها ، وهو المستفاد عرفاً من الباقي حيث لا يقدم صاحب النقد والدراهم عادة إلا بذلك - تاماً بنفس المقابلة والاتفاق الأول بينهما قبل الشراء له من السوق ، كما هو مقتضى القصد والغرض النهائي بينهما ، وقد صرح في بعضها أنه لولا مكانه لم أردّه .

فالمقصود : أن البيع بأكثر إن كان يتحقق ويتم ويجب على الطرفين بمجرد الشراء للمتاع له من السوق ففيه محذور وبأس ، وإن كان لا يجب بذلك بحيث لا بد وأن يوجه أي يتحقق البيع والشراء ويتم بعد ذلك فلا بأس به . فالمقصود من الخيار واللزوم هذا المعنى الذي يساوق كون الصفقتين صفقة واحدة الوارد في موثقتي محمد بن قيس المتقدمتين في التطبيق الأول ، والذي تقدم أنه من تطبيقات « ربح ما لم يضمن » .

والدليل على هذا الفهم - مضافاً إلى ظهور نفس التعبير بالخيار أو بقوله : « إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر » في مثل هذه الأبواب إلى تحقق البيع وعدمه - قرائن داخلية عديدة في السنة هذه الروايات ، وقرائن خارجية منفصلة في روايات أخرى :

فمن القرائن الداخلية ما ورد في معتبرتي ابن الحجاج ومنصور بن حازم من التعبير بقوله : « لو هلك منه المتاع أو إن ذهب الثوب فمن مال صاحب الدراهم » والذي يعني أن تمام نظر الإمام إلى أن البيع بأكثر بعد لم يجب بينهما ، وأن ما تقدم من المقابلة ليس إيجاباً للبيع بحيث بمجرد أن يشتريه له من السوق بدراهمه يقع له ، فليس النظر إلى الإلزام التكليفي بالبيع منه ؛ فإنه لا يتوقف على أن لا يكون المتاع أو الثوب من مال صاحب الدراهم ، كما لا يخفى .

ومن القرائن الداخلية التعبير الوارد في رواية يحيى بن الحجاج « اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها » حيث إن الظاهر من مواجهة البيع ثبوته ولزومه الوضعي ، أي لا يكون البيع تاماً قبل الشراء من السوق بحيث يقع له المتاع

بمجرد أن تشتريه من السوق ، والذي هو معنى جعل الصفقتين صفقة واحدة . ونفس الظهور أيضاً بدرجة أخف ثابت في معتبرة معاوية بن عمار .

ومن القرائن الداخلية أيضاً التصريح بالأجل والربح في أكثر هذه الروايات ، بل ما لم يصرح فيه بذلك أيضاً منصرف إليه ؛ لأنّ هذا هو الأمر الذي كان محل البحث والسؤال في العينة ، حيث كان مقصودهم التوصل إلى ربح في مقابل الأجل أو في قبال البيع في الذمة لمن ليس فعلاً تحت يده المال دون أن يقع في محذور الربا ، فالجواب العام لهذه الأسئلة - كما يظهر ذلك بأدنى تأمل فيها - إنما هو الفرار من الوقوع في محذور الربا عن طريق البيعين ، وعندئذ سئل عن جوازه مطلقاً أو إذا كان البيع بأكثر بعد الشراء وإن كان واقع المقصود والغرض النهائي أن يشتريه له .

فمحذور النهي عن الربا بل حتى النهي عن ربح ما لم يضمن كان منظوراً إليه في كلمات السائلين ويريدون التخلص عنه بجعل المقابلة ابتداءً والبيع والشراء بأكثر بعد الشراء من السوق إنشاءً ، فلو كان النظر إلى هذا المحذور فهذا أمر عرفي ومحل الابتلاء والسؤال في الروايات كثيراً ، فهو منسجم مع الأسئلة والأجوبة في هذه الروايات جداً ، ويناسب أيضاً ذكر الربح والأجل ونحوه .

وأما محذور شرطية الملك حين إنشاء البيع فهذا - مضافاً إلى كونه غير عرفي ، وكونه غير مؤثر على قصد المتعاملين ؛ لأنّهما يقصدان تمليك من يشتري بأكثر نسيئة بعد الشراء لا قبله - غير منسجم مع تعبيرات الروايات من ذكر الربح والأجل ونحو ذلك ممّا هو كالصريح في أنّ المحذور في الاسترباح الحاصل بهذه المعاملة ، ومحذور شرطية الملك لا ربط له بذلك ، بل صرح في صحيح محمد بن مسلم بأنّه « لعلّه يشتريه منه بعد ذلك » ، فلا بدّ من فرض المحذور سنخ محذور يحتمل ثبوته حتى مع كون البيع بعد الشراء من السوق ، وليس هو إلا محذور الربا أو ربح ما لم يضمن ؛ بتوهم أنّ الغرض النهائي لو كان ذلك كان مثله في الحرمة والممنوعة .

ومن القرائن الخارجية ورود نفس التعبير في ذيل موثقة محمد بن قيس « ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبيع بعد ما شاء » فإنّ هذا نفس التعبير الوارد في السنة هذه الروايات ، خصوصاً رواية يحيى بن الحجاج ممّا يعني أنّ هذا التعبير يقابل ما هو مذكور في صدر موثقة ابن قيس من جعل الصفقتين صفقة واحدة ، والذي معناه أنّه يلزم صاحبه بالبيع بأكثر قبل أن يبتاع المتاع من السوق بنحو بحيث يقع بمجرد الشراء من السوق للأوّل ، والذي هو مقصود المتعاملين وغرضهم في هذه الموارد ، لا التملّك قبل الشراء من السوق ، كما قد يتوهم .

فالحاصل : موثقتا محمد بن قيس خصوصاً الثانية تصلح أن تكون قرينة منفصلة وشارحة للمراد والمقصود من هذه الروايات لو فرض عدم ظهورها في نفسها فيما ذكرناه .

وهذا الاستظهار واضح جدّاً في ما عدا صحيح ابن مسلم ، إلّا أنّه قد يدّعى ظهور خصوص هذا الصحيح في النظر إلى حيثية البيع قبل الملك ، وبالتالي شرطية الملك في صحّة البيع ؛ لأنّه قد ورد فيه التعبير بقوله ﷺ : « إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه » الظاهر في بيان العلة وشرطية الملك في صحّة البيع والشراء ، بحيث يكون حمله على النظر إلى شرطية أخرى تأويلاً .

إلّا أنّ الصحيح : عدم ظهور هذه الصحيحة في أكثر ممّا ذكرناه أيضاً ؛ وذلك ، لأنّ المذكور في التعليل الوارد فيها أنّ المشتري إنّما يشتري المتاع منه بعد ما يملكه البائع بالشراء من السوق ، وهذا يناسب أيضاً مع ما ذكرناه من أنّ الصفقتين لم تجعل صفقة واحدة بأن يكون النظر إلى كون أحد الشراءين بعد الآخر ، لا أنّهما يقعان معاً ، فيكون المقصود من قوله : « بعد ما يملكه » بعد ما يشتريه ، كما ورد في رواية يحيى بن الحجاج ، بل وفي غيرها أيضاً ، بل هذا هو الظاهر من التعبير بالفعل حيث لم يقل : إنّما يشتريه بعد الملك أو من المالك ، مع أنّ النظر لو كان إلى شرطية الملك كان المناسب ذلك ، بل فرض نظر الرواية إلى شرطية الملك حين الإنشاء والبيع

بعيد في نفسه ؛ لأنه غير مناسب مع ما صرح به في السؤال من التعبير بقوله : « لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئة » الصريح في فرض عدم وقوع إنشاء الشراء قبل أن يملكه ، ومع ذلك هناك محذور يخشاه السائل ؛ فإنّ هذا المحذور لا بدّ وأن يكون سنخ محذور مربوط بالنتائج لا بالصياغات والإنشاء ، وليس المناسب لذلك - خصوصاً مع ملاحظة القرائن اللبّية واللفظية المتقدّمة في سائر الروايات - إلاّ مسألة الغرض النهائي للمتعاملين ، وهو توصل صاحب الدراهم والنقد إلى ربح من خلال وساطته دون أن يكون له غرض لنفسه في شراء المتاع .

فالإنصاف : أنّ هذه الروايات ليست مربوطة بشرطية الملك في إنشاء البيع أصلاً ، وإنّما هي ناظرة إلى محذور جعل الصفقتين صفقة واحدة المصرّح به في موثقتي ابن قيس ، وليس في هذه الروايات تعرّض بالمنطوق إلى المحذور والبأس في صورة كون الصفقتين واحدة ، وإنّما يستفاد ذلك من المفهوم وشبهه ، فيكون قصارى مفادها أنّه في فرض إيجاب البيع من أوّل الأمر وصيرورة المتاع للمشتري بمجرد شرائه من السوق - والذي هو معنى اتّحاد الصفقتين في صفقة واحدة - يوجد بأس ومحذور ، وأمّا هل يكون المحذور عندئذٍ بطلان المعاملة مطلقاً أو عدم استحقاق الربح والزيادة ؟ فهذا لا يتعيّن بهذه الروايات ، وإنّما تدلّ عليه موثقتنا محمد بن قيس ، حيث تقدّم دلالتهما على وقوع البيع نظرة ، غاية الأمر لا يستحقّ الوساطة أكثر ممّا نقد ، أي لا يستحقّ الربح ، فتكون مؤكّدة لقاعدة بطلان ربح ما لم يضمن التي دلّت عليه رواية المناهي وموثقة محمد بن قيس الواردة في تضمين التاجر أو المضارب ، خصوصاً إذا استفيد منها الإطلاق لغير المضاربة أيضاً ، كما تقدّم .

وهكذا تتّضح الكبرى الكلّية من خلال مجموع هذه الروايات ، وهي عدم استحقاق الربح التجاري إلاّ مع فرض ضمان المستربح لما فيه الربح ، بمعنى أن يكون بدله وثمرته على تقدير تلفه عليه ، لا على البائع أو على شخص آخر بحيث

يكون ذلك الشخص هو طرف البائع في الضمان ، وهذه نكتة عامّة لها تطبيقات عديدة حينما تتأملها نجد أنّها كلّها من قبيل موارد التحايل على الربا وتحقيق نتيجته بصياغة اعتبارية أخرى غير ربا القرض ، فتدبّر في أطراف ما ذكرناه ، فإنّه حقيق به ، والله العالم بحقائق الأمور .

ملحق

أمّا البحث في وثاقة عبد الملك بن عتبة فقد قيل : إنّهُ مردّد بين النخعي الصيرفي الثقة أو الهاشمي الذي لم يرد توثيق بشأنه . وظاهر النجاشي أنّهما شخصان ، وأنّ الأوّل هو الذي له كتاب دون الآخر وأنّه من أصحاب الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام بينما الأوّل من أصحاب الصادق عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام ^(١) . وذكر الشيخ أنّ الثاني أيضاً له كتاب ^(٢) .

وادّعى المحقّق الخوئي رحمته الله بأنّ من ينقل عنه علي بن الحكم - كما في هذا السند - ينصرف إلى الهاشمي لا النخعي ^(٣) .

وكلا المطلبين غير تامّ ، بمعنى أنّ العنوانين لرجل واحد ، وأنّ النجاشي قد وقع عنده الخلط بين عبد الملك بن عتبة وعبد الكريم بن عتبة الهاشمي ، فإنّه الذي ليس له كتاب ، والظاهر أنّهما أخوان كما قال به الوحيد البهبهاني ^(٤) .

أمّا عبد الملك بن عتبة فهو واحد ؛ إذ لا يوجد بعنوان النخعي في الأسانيد إلّا حديث واحد في الكافي ، ويحتمل فيه تصحيف النخعي عن الهاشمي ، إذ لا يحتمل

(١) رجال النجاشي : ٢٣٩ . ط - جماعة المدرّسين .

(٢) الفهرست (للشيخ الطوسي) : ١١٠ . ط - منشورات الرضي .

(٣) معجم رجال الحديث ١٢ : ٢٧ .

(٤) تعليقة الوحيد على منهج المقال : ٢١٥ .

أنّ من له كتاب له رواية واحدة ، بينما سائر الروايات والتي تبلغ أربعين رواية تكون عن الهاشمي الذي ليس له كتاب ، كما أنّ عبد الملك بن عتبة الوارد مطلقاً أو مع لقب الهاشمي وهو الأكثر لا ينقلان إلا عن أبي الحسن عليه السلام وقليلاً عن الصادق عليه السلام ، ولا نقل ولو لمورد واحد عن الباقر عليه السلام ، وأكثرها أيضاً فيه عليّ ابن الحكم عنه عن أبي الحسن عليه السلام ، راجع المسألة على ضوء ملاحظة الأسانيد التي وقع فيها هذا العنوان تعرف ذلك ، فالرواية صحيحة سنداً .

الاستصناع

من المسائل التي سلّطت عليها الأضواء أخيراً هي مشروعية وصحّة عقد الاستصناع . . وقد عكس أستاذنا (دام ظلّه) بهذا الصدد خمس طرق لتكييف عقد الاستصناع فقهيّاً . . لكنّها لم تصمد أمام النقد . . وعليه فلم يبق ثمة وجه للزوم هذا العقد بناءً على رأي الباحث . . (التحرير)

الاستصناع

حقيقة الاستصناع :

الاستصناع هو اتفاق مع أرباب الصنائع على عمل شيء معين للمستصنع كالثوب والسرير والباب ونحوها ، ويكون العين والعمل كلاهما على الصانع ، فإذا كانت العين من المستصنع كان إجارة ، وإن كان ما يريده المستصنع جاهزاً بالفعل يأخذه منه كان بيعاً وشراءً .

وهذا يعني أنّ الاستصناع يشبه بلحاظ المادة البيع والشراء ، وبلحاظ العمل المطلوب من الصانع الإجارة . ومن هنا يقع البحث عن صحته وكيفية تخريجه . وقد اختلفت كلمات فقهاء العامة فيه ، بعد اتفاق أكثر المذاهب الأربعة على صحته ، وقد جعله أكثرهم من باب بيع السلم . والأصح عند الحنفية كونه بيعاً للمعدوم صحّ على خلاف القاعدة ، من باب تعارف الناس عليه أو من باب الاستحسان . ومن خرّجه منهم على أساس عقد السلم اشترط فيه ما يشترط في السلم من تسليم تمام الثمن في مجلس العقد ومن لزوم العقد وغير ذلك . ومن جعله بيعاً للمعدوم لم يشترط فيه تلك الشروط ، وكانت صفة العقد عنده عدم اللزوم ، فإذا صنع الصانع الشيء كان للمستصنع الخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وفسخ العقد ، لأنّه اشترى شيئاً لم يره فكان له خيار الرؤية ^(١) .

(١) الفقه الإسلامي وأدلّته ٤ : ٦٣٤ .

مع كلمات الأصحاب :

وظاهر كلمات الشيخ رحمته في الخلاف - كتاب السلم - الحكم بالبطلان عند فقهاءنا حيث قال : « استصناع الخفاف والنعال والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد لا يجوز ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز ؛ لأنّ الناس قد اتفقوا على ذلك . دليلنا على بطلانه : أنّا أجمعنا على أنّه لا يجب تسليمها وأنّه بالخيار بين التسليم وردّ الثمن ، والمشتري لا يلزمه قبضه ، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك ، ولأنّ ذلك مجهول غير معلوم بالمعينة ولا موصوف بالصفة في الذمة ، فيجب المنع منه » ^(١) .

وقال في المبسوط - كتاب السلم - : « استصناع الخفّ والنعل والأواني من خشب أو صفر أو حديد أو رصاص لا يجوز ، فإن فعل لم يصح العقد ، وكان بالخيار إن شاء سلّمه وإن شاء منعه ، فإن سلّمه كان المستصنع بالخيار إن شاء ردّه وإن شاء قبله » ^(٢) .

وأما سائر فقهاءنا بعد الشيخ رحمته فلم أجد من تعرّض للمسألة بعنوان الاستصناع ، وإن كان قد يستفاد البطلان من بعض كلماتهم في أبحاث عقد السلف وشروطه ، وما يصح فيه وما لا يصح .

ولا شك في أنّ ما يقع بين المستصنع والصانع لو كان مجرد وعد بالشراء على تقدير الصنع - كما يتفق - فليس هذا عقداً ولا أمراً واجب الوفاء ، لأنّ هذا المطلب ليس هو المطابق مع المرتكز العرفي والعقلائي ، لا أقلّ في بعض موارد الاستصناع التي يرى فيها الالتزام والتعاقد والمسؤولية بينهما بأن يصنع الصانع له ويأخذه

(١) الخلاف ٢ : ٩٣ ، مسألة ٣٣ من كتاب السلم ، دار الكتب العلمية .

(٢) المبسوط ٢ ، ١٩٤ .

المستصنع ويضمنه ، وهذا واضح في أكثر موارد ، خصوصاً مع ما اتسع اليوم من نطاق مثل هذه المعاملة ، وما فيها من الخسارة والخطورة على الصانع لو لم يلتزم المستصنع بأخذ المصنوع لكثرتة أو لكونه على ذوق وسليقة خاصة قد لا يقبلها الآخرون ، فيتضرر الصانع لو لم يكن المستصنع ملزماً بأخذه . فيقع البحث في أنه هل يمكن تخريج الاستصناع على أساس عقد من العقود الملزمة ولو في الجملة أم لا يمكن ذلك ، كما هو ظاهر كلمات الشيخ رحمته الله ؟

التخريجات الفئّية للاستصناع :

وبهذا الصدد يمكن أن نصوّر تخريجات عديدة لصحة الاستصناع :

١ - أن يكون الاستصناع عقداً مستقلاً برأسه ملزماً للطرفين على حدّ سائر العقود اللازمة .

٢ - أن يكون الاستصناع من أقسام عقد البيع .

٣ - أن يكون الاستصناع من أقسام عقد الإجارة وشبهه كالجعالة .

٤ - أن يكون الاستصناع مركّباً من أكثر من عقد .

٥ - أن لا يكون الاستصناع عقداً ، بل أمر بالصنع على وجه الضمان .

التخريج الأوّل :

أمّا التخريج الأوّل - الذي مال إليه بعض الكتّاب المحدثين ، وهو أن يكون الاستصناع عقداً مستقلاً - فيمكن تقريره بأحد نحوين :

النحو الأوّل : أن يقال بأنّ الاستصناع عقد مستقل ينشأ فيه مفهومه المميز عن البيع والإيجار ، وبموجبه يكون الصانع مسؤولاً عن إيجاد الصنعة وتسليمها للمستصنع . كما أنّ المستصنع مسؤول عن تسليم الثمن الذي اتفق عليه بينهما في قبال ما يصنعه له الصانع .

مناقشة :

ويمكن الملاحظة على هذا البيان بأن الاستصناع ليس إلا بمعنى طلب الصنع ، وهو مفهوم تكويني لا إنشائي اعتباري كالبيع أو الإيجار أو غيرهما من عناوين المعاملات ، فلا معنى لأن يكون الاستصناع بمفهومه ومعناه اللغوي هو المنشأ المعاملي في هذا العقد المستقل ، بل لابد وأن يرجع إلى إنشاء مفهوم آخر اعتباري ، وهو إماً تملك العين المصنوعة فيكون بيعاً ، أو العمل فيكون إجارة أو شبهها ، فيرجع إلى أحد الاحتمالات الأخرى .

النحو الثاني : أن يكون المنشأ المعاملي بينهما هو الاتفاق على أن يهيئ الصانع ما يريده المستصنع ويعرضه عليه ليشتريه منه في الموعد المقرر وبالقيمة المتفق عليها مسبقاً أو فيما بعد ، فيكون عقد البيع فيما بعد ، أي بعد إعداد المصنوع .

وأما عقد الاستصناع - الواقع فعلاً - فهو اتفاق بين الصانع والمستصنع على التزام كل منهما بعمل في قبال الآخر يكون فيه غرض ونفع له ، فالصانع يلتزم بإعداد الصنعة وعرضها على المستصنع في الوقت المتفق عليه ليشتريه منه ، والمستصنع يلتزم بشرائها منه بعد إعدادها وعرضها بالقيمة المتفق عليها بينهما مسبقاً أو عند الشراء .

وهذا يكفي في صدق العقد ، ولا يشترط أن يكون بيعاً أو تملكاً ؛ إذ ليس العقد إلا بالالتزام والتعهد المربوط بالتزام آخر ، أو المتفق عليه بين اثنين .
فيقال بلزوم الوفاء به تمسكاً بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) ونحوه من أدلة الصحة والنفوذ ، وأثره وجوب الصنع على الصانع ووجوب الشراء على المستصنع عند إتمام الصنع وجوباً تكليفاً .

(١) المائدة : ١ .

مناقشة :

ويمكن أن يلاحظ على هذا الوجه بأنّ العقد ليس مطلق الالتزام الجازم بفعل للآخر مطلقاً أو مع التزام في مقابله ، وإلاّ كان كل تعهّد جازم بفعل للآخر عقداً واجب الوفاء به ، كما إذا التزم أن يخرج في اليوم الفلاني في قبال أن يخرج الآخر أيضاً في نفس اليوم أو يوم آخر ، أو التزم بأن يسافر إلى زيارة صديقه أو غير ذلك ممّا لا إشكال فقهيّاً في كونه من الوعد غير الواجب .

ودعوى : خروج ذلك بالإجماع والسيرّة وإلاّ كان مشمولاً لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ، كما ترى . ولو فرض فلماذا لا يقال به في المقام أيضاً ؟ !
والذي يخطر بالبال فعلاً - وقد يأتي مزيد بحث عنه أيضاً - أنّ العقد ليس مجرد الالتزام الجازم بفعل ، وإلاّ كان كل وعد جازم بفعل عقداً . وليس الفرق بين العقد والوعد أو الشرط الابتدائي بكون الأول جزمياً والثاني مردداً ومشكوكاً . كما أنّه ليس الفرق بأنّ الأول مشتمل على التزامين والثاني التزام من طرف واحد ، كيف ! وفي العقود ما يكون الالتزام فيه - بمعنى من عليه الشيء - من طرف واحد كالهبة . وإنّما العقد هو الالتزام والتوافق بين طرفين على إيجاد حق لأحدهما أو لكليهما كالملكية والزوجية والولاية وغيرها من الحقوق الاعتبارية القانونية . فليس مجرد الالتزام بأداء فعل ولو كان بين اثنين وبنحو التوافق عليه من دون أن تحصل علاقة وضعيّة اعتباريّة في البين عقداً . وعلى هذا الأساس نقول في المقام بأنّ مجرد التزام الصانع بأن يصنع المتاع في قبال التزام المستصنع بأن يشتريه منه بعد صنعه لا يكون عقداً ما لم يرجع إلى إنشاء حق في البين من تمليك العين أو العمل أو المنفعة أو حق وضعي آخر .

فالاستصناع إن كان إنشاءً لحق متعلق بالعين المصنوعة فهذا لا بدّ وأن يرجع بحسب الروح إلى بيع السلم ، وإن كان إنشاءً لحق متعلق بعمل الصانع ومنفعته فهذا - مضافاً إلى أنّه لا يفي بغرض المستصنع حيث أنّه يريد العين المصنوعة أيضاً -

لا مجرد عمل صنع الصانع - مرجعه إلى الاجارة في فقهننا ، وإن لم يكن في البين إنشاء حق أصلاً بل مجرد وجوب الصنع على الصانع تكليفاً ووجوب الشراء على المستصنع كذلك فهذا ليس عقداً .

نعم يمكن أن يقال : بأن الحق المنشأ بالاستصناع ليس من حق الملكية للعين أو العمل ليرجع روحاً ولبناً إلى البيع أو الاجارة بحسب فقهننا ، بل هو من سنخ العهدة ، فالصانع يتعهد للمستصنع بأن يصنع أو يهيئ له العين بالنحو المتفق عليه بينهما وفي الوقت المقرّر ، في قبال أن يتعهد المستصنع بشرائه منه في ذلك الوقت بقيمته السوقية مثلاً ، فيكون نظير عقد الضمان بناءً على أنه من ضم العهدة إلى العهدة لا الذمة إلى الذمة ، ونظير عقد الكفالة بناءً على أنه تعهد بإحضار المكفول في الوقت المقرّر .

فالحاصل : ليست العلاقة الوضعية والحق المنشأ بالعقود منحصرًا في الملكية ، بل يمكن أن يكون بنحو العهدة . وإن شئت عبّرت عنه بالحق الشخصي - كما في الفقه الوضعي - وأثره أنه يمكن إلزامه به قانونياً ، بل قد يكون من آثاره تحمل الطرف المتعهد وضمانه للخسارة أو الضرر الحاصل للطرف الآخر إذا تخلف عن تعهده ولم يف به ، فكذلك يقال في المقام .

وهذا البيان قد يكون صحيحاً عرفاً وعقلاً في مورد لا يكون فيه غرض للمتعاملين بالعين المصنوعة فعلاً ، بل الغرض في توفر شيء في المستقبل قد يتعلق غرض به في حينه كما إذا فرض أن إعداد الشيء المطلوب في وقته صعب إذا لم يوفر من الآن فعند الاحتياج إليه لا يكون في متناول اليد ، ففي مثل هذه الموارد من وجود غرض آخر مستقل عن تملك الشيء المطلوب بالفعل قد يصح إنشاء حق بالمعنى المذكور .

وأما إذا كان الغرض في تملك نفس المصنوع من الآن غاية الأمر لعدم وجوده

وتوقف إيجاده على صنعه يأمر بصنعه ، ولهذا يعينان ثمنه من الآن ويتفقان عليه أيضاً ، فمثل هذا لا يمكن تخريجه على هذا الأساس .

وبعبارة أخرى : لا يوجد في باب الاستصناع غرض في تعهد آخر وراء تملك المستصنع للمصنوع الذي يريده بالثمن الذي يتفقان عليه من أول الأمر ، فهذا التخريج حتى إذا كان عقداً صحيحاً ثبوتاً في بعض الموارد لا يتطابق مع المرتكز العرفي في عقد الاستصناع ؛ فإن الاستصناع ليس الغرض منه توفير ما قد لا يتوفر في وقته ولا هذا من لوازمه ، بل الغرض منه أن يملك المستصنع ما ليس موجوداً بالفعل خارجاً ولكنه يمكن للصانع أن يصنعه له .

كما أن تلك الخصوصية والعناية المفترضة في هذا الوجه لا تختص بالمصنوعات بل قد تكون في الأعيان أو الأموال التجارية فيتفق التاجر مع آخر على أن يهيئ له في الشتاء مثلاً ما يحتاج إليه على أن يشتريه منه بقيمته في وقته ، فصحة هذا التوافق وكونه عقداً على تقدير قبوله لا ربط له بعقد الاستصناع .

دعوى ومناقشة :

ثم إنه قد يقال : بأن المستفاد من بعض الروايات الواردة في النهي عن بيع ما ليس عندك أن أية معاقدة ومقاولة على شراء متاع يحصّله البائع في المستقبل - أي غير مهياً عنده فعلاً - لا تصح شرعاً ، إلا إذا كان كل من الطرفين بعد حصول ذلك المتاع بالخيار إن شاء باعه واشتراه الآخر وإن لم يشأ لم يتعاقدا عليه ، فوجوب الشراء على المستصنع للمتاع بعد صنعه بنفس المقاولة الاولى خلاف مفاد تلك الأخبار ، ومحكوم بالفساد والبطلان .

ففي صحيح معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يجيئني الرجل يطلب (مني) بيع الحرير وليس عندي منه شيء ، فيقولني عليه وأقاوله في البيع والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه ؟ فقال :

أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك أيسطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ قلت : نعم . قال : فلا بأس » ^(١) .

وهناك غيرها من الروايات بنفس المضمون أو ما يشبهه .
وظاهرها أنّ المعيار والميزان في الصحة هو ذلك ، بحيث لو كان ملزماً كان باطلاً وفيه بأس . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الاتفاق على بيع وشراء شيء غير موجود عنده بأن يحصّله مصنوعاً من السوق أو يحصّل مادته من السوق ويصنعه ثم يكون الآخر ملزماً بأخذه .

إلا أنّ الانصاف بطلان هذا الكلام ؛ وذلك :

أولاً : بالنقض ، بما إذا كان قد اشترط في ضمن عقد لازم أن يشتري منه ما سيصنعه فلان أو يشتريه من السوق فيما بعد ، فإنّه لا إشكال في وجوب الشراء عليه إذا صنعه ، وصحة شرائه ؛ حيث لا يتوهم فقهيّاً بطلانه أو بطلان الشرط أو النذر بذلك لمجرد أنّه إلزام بشراء في المستقبل .

وثانياً : بالحلّ ، بأنّ الروايات المذكورة ناظرة إلى حالات الاسترباح لمن له المال والنقود ممّن يريد المتاع ولكنه لا يوجد لديه الثمن ليشتريه فيستعين بالأوّل ليشتريه له على أن يوفّيه الثمن فيما بعد ويجعل له الربح في ذلك .

ومن هنا كانت هذه الرواية من روايات بيع العينة . وهذه الخصوصية غير موجودة في المقام ولا في مورد النقض المتقدم بيانه ، فليس مفاد هذه الرواية ولا غيرها من روايات بيع العينة أن الإلزام بالمعاملة المستقبلية وكونها واجبة ولازمة موجبٌ لبطلانها بوجه أصلاً . وهذا واضح يطلب تفصيله من محله .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٧ .

هذا تمام الكلام في التخريج الأول .

التخريج الثاني :

أما التخريج الثاني : فهو أن يكون الاستصناع بيعاً ، وهذا له حالتان :

الحالة الأولى :

أن يكون بيعاً لشيء حالي ، وذلك فيما إذا كان هناك شيء موجود بالفعل ، إما قسم من المصنوع كمقدار من السجاد قبل إكماله أو مادة له كالحديد والخشب فيشتريه المستصنع ويشترط على الصانع أن يجعله سريراً مثلاً أو أن يكمل صنع السجاد . وهذا من البيع الشخصي ، والذي لا يشترط فيه شرائط السلم كإقباض الثمن في مجلس العقد .

ولكن هذا خلاف الارتكاز العرفي في موارد الاستصناع ؛ فإنه مضافاً إلى أنه يوجب اختصاصه بمورد وجود جزء من المصنوع وتحققه خارجاً مع أن الاستصناع أعم من ذلك ، لازمه أنه لو لم يصنع الباقي ويكمله كان المستصنع مالئاً للنقص ، غايته أن له خيار الفسخ . مع أنه ليس كذلك ، بل الباقي كالمصنوع قيد للمبيع ، وليس غرض المستصنع إلا في المصنوع النهائي بلا حاجة إلى فسخ . كما أن لازمه أن تلفه بلا تعدد أو تفريط يكون من مال المستصنع قبل إتمام الصنع لا الصانع ؛ لأنه كالأجير تكون العين في يده أمانة . وهذا أيضاً خلاف المرتكز من أن الصانع ما لم يصنع ما يريده المستصنع له لا يكون له حق عليه .

الحالة الثانية :

أن يكون بيعاً كلياً في الذمة ، فيشتري المستصنع من الصانع متاعاً كلياً بمواصفات معينة ولتكن إحداها أنه من صنعه لا صنع غيره . وهذا هو الغالب في موارد الاستصناع ؛ إذ قد لا يكون هناك عين بالفعل لدى الصانع . وهذا هو التخريج الذي ذكره بعض العامة ، وعلى أساسه يكون من السلم ،

واشترطوا فيه ما يشترط في السلم كقبض الثمن في مجلس العقد .
وهذا بنفسه يوجب محدودية عقد الاستصناع خارجاً ، حيث لا يسلم فيه شيء
من الثمن أو أكثره عادة ، فلو كان من السلم كان اللازم فساد .

محاولة للتصحيح :

وقد يحاول دفع ذلك بأنه لا دليل على اشتراط تسليم الثمن في مجلس بيع
السلم ؛ وذلك :

أ - لو كان مدركه عدم صدق عنوان السلم عليه من دون إقباض الثمن - فإنّ
السلم والسلف مقابل للنسيئة لغة وعرفاً فلا تشمله روايات السلم - فهذا لا يوجب
بطلان بيع الكلي في الذمة نسيئة أو بلا إقباض الثمن ؛ إذ غايته عدم صدق بيع السلم
عليه وعدم شمول تلك الروايات له لا عدم صحته ، فحينئذٍ تكفي لإثبات الصحة
عمومات ﴿ أحل الله البيع ﴾ ^(١) و ﴿ وتجارة عن تراض ﴾ ^(٢) ونحو ذلك .

هذا مضافاً إلى منع تقوّم التسليف بذلك لغة أو عرفاً ، وإنما صدقه بلحاظ
التسليف في المبيع ، كما أنّ روايات السلف لا تدل على ذلك . نعم قد يظهر من
بعضها أنّ ثمن السلف لم يكن ديناً في ذمة المشتري ، بل كان مدفوعاً للبائع إلاّ أنّه
أعم من الإقباض في المجلس .

ب - وإن كان مدركه ما ذكره في التذكرة ^(٣) من شمول النهي عن بيع الدين
بالدين ^(٤) إذا أجل الثمن ولم يقبض في المجلس ، ففيه :

أولاً : الدين غير عدم الإقباض وبينهما عموم من وجه ، إذ قد يكون الثمن مالاً

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) التذكرة ١ : ٣٧٤ ، ط . الحجرية .

(٤) الوسائل ١٣ : ٩٩ ، ب ١٥ من الدين والقرض ، ح ١ .

خارجياً من دون إقباض في المجلس بل يقبضه بعد ذلك ، وقد يكون الثمن ديناً ويقبضه في المجلس ، فكيف يصح الاستدلال على شرطية إقباض الثمن في صحة السلف بالنهي عن بيع الدين بالدين .

وثانياً: قد يكون ظاهر بيع الدين بالدين ما إذا كان المبيع والثمن أو المبيع على الأقل ديناً بقطع النظر عن ذلك البيع ، فلا يشمل ما يصبح ديناً بنفس البيع كما في المقام ، ولا أقل من الإجمال كما يظهر من كلمات الفقهاء وفتاواهم في مسألة بيع الدين بالدين ، على أن في روايات السلم ما قد يستظهر منه صحة السلف بالدين ، فراجع ^(١) وتأمل .

ج - وإن كان مدركه نهى النبي ﷺ عن بيع الكالي بالكالي ^(٢) ، فهذا لم يثبت بطرقنا ، بل في طرق العامة ، على أن المراد بالكالي لعله الدين لا مطلق المبيع المتأخر بالثمن المتأخر عن مجلس العقد . والكالي من الكلاءة بمعنى الحفظ والمراقبة ، والكالي - كما ذكره في المسالك - « اسم فاعل ، فكأن كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه أي يراقبه لأجل ماله الذي في ذمته ، وفيه حينئذٍ إضمار أي بيع مال الكالي بمال الكالي ، أو اسم مفعول كالدافع فلا إضمار » ^(٣) فيرجع هذا الحديث الى ما هو منقول عندنا من النهي عن بيع الدين بالدين .

د - وإن كان مدركه الإجماع الذي ذكره أكثر الفقهاء ، فيحتمل فيه المدركة واستناد المجمعين إلى بعض الوجوه المتقدمة ، فلا يمكن أن يكشف عن قول المعصوم عليه السلام .

وعليه ، فلا يشترط في صحة بيع المبيع الكلي في الذمة - أي السلم - أن يكون

(١) سنن البيهقي ٥ : ٢٩٠ . المستدرک علی الصحيحین ٢ : ٦٥ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) مسالك الافهام ٣ : ٢٢٢ ، ط . مؤسسة المعارف الإسلامية .

ثمنه مقبوضاً في مجلس العقد ، وعليه فيصح شراء المصنوع في مورد الاستصناع بنحو السلف ولو لم يسلم فيه ثمنه إلا بعد تسليمه بعنوان كونه بيعاً ولو لم يسلم سلفاً .

مناقشة هذه المحاولة :

والإنصاف : أن هذه المحاولة غير تامة ؛ لأن الإجماع المذكور بدرجة من الوضوح عند فقهاء الإمامية والعامة بحيث لا يحتمل استناد كل المجمعين فيه الى مثل تلك الوجوه التي لم ترد إلا في بعض إشارات العلامة وتعبيراته .

بل يمكن دعوى قيام سيرة المتسرعة بل سيرة المسلمين عملاً على ذلك ، وأن ارتكازهم العملي كان على أن من يشتري شيئاً سلفاً في ذمة الغير لا يصح منه ذلك ما لم يقبضه ثمنه في المجلس .

بل لعل سيرة العقلاء أيضاً لا تساعد على تحقق البيع والمعاوضة إذا كان كلا العوضين في الذمة أو مؤجلين ، فكأنه مواعد على البيع فيما بعد عند تحقق أحد العوضين وقبضه ، وأما البيع عند العرف فعلاً فلا بد فيه من فعلية وجود أحد العوضين من الثمن أو المثل .

نعم ، قد يصح أن يقال : إن القدر المتيقن من مثل هذا الدليل اللبّي شرطية فعلية أحد العوضين في تحقق المعاوضة وعدم كونهما معاً مؤجلين ، وهو أعم من شرطية الإقباض في المجلس . وتام الكلام في ذلك موكول الى محله .

وهكذا يظهر : أن تخريج الاستصناع على أساس السلم يوجب تحديد عقد الاستصناع بخصوص ما إذا كان الثمن مقبوضاً في المجلس أو نحوه .

نعم ، يمكن تخريجه لا على أساس السلم وبيع الكلّي ، بل بيع الشخصي حتى في الحالة الثانية على أساس بيع المعدوم - كما نقل عن أكثر الأحناف من العامة - بأن لا يكون المبيع كلياً في ذمة الصانع ، بل المبيع شخصي ، أي يشتري المصنوع

الذي سيصنعه الصانع خارجاً والذي هو متعين خارجاً إذا كان واحداً ، أو بنحو الكلي في المعين الذي هو خارجي أيضاً إذا كان ما يصنعه أكثر مما يريده المستصنع ، وباعتبار تعارفه والاطمئنان بتحقيقه من جهة التزام الصانع بالصنع لا يكون باطلاً ، فإن وجه البطلان ليس عقلياً ، بل هو لزوم الغرر ونحو ذلك مما يرتفع بالتعارف المذكور والاطمئنان بالصنع .

وبهذا يخرج عن السلف ؛ لاختصاصه بما إذا كان المبيع كلياً في الذمة . كما أنه لا تشمله روايات بطلان بيع المعدوم كالعبد الآبق ونحوه ؛ لانصرافها الى موارد عدم التعارف الخارجي وعدم الاطمئنان بتحقيقه في ظرفه بنحو يرتفع الغرر والخطر . إلا أن هذا الترخيع لو تم - وكذلك الترخيع على أساس بيع السلم - لم يكن وجه لإلزام الصانع بالصنع ما لم يرجع إلى شرط ضمني عليه ، كما هو واضح . كما أن لازم أصل تخريج الاستصناع على أساس البيع أنه لو ظهر بطلان البيع بعد أن صنع الصانع ما عليه لا يكون المستصنع مسؤولاً عن خسارته إذا كسدت السلعة المصنوعة في يده نتيجة كونها قد صنعت حسب رغبة المستصنع وذوقه ، مع أنه في العرف الخارجي يعتبر المستصنع مسؤولاً عن ذلك . وهذا يناسب مع تخريج الإجارة وشبهها لا البيع وأن عمل الصانع كأنه مضمون على المستصنع حيث كان بأمره ، وهذا ماسنبحته في الترخيع القادم .

التخريج الثالث :

أما الترخيع الثالث فهو أن يكون الاستصناع إيجاراً للصانع من قبل المستصنع ، أو شبه الإيجار كالجعالة في قبال ما يتفق عليه بينهما ، ويكون المصنوع عندئذ للمستصنع تبعاً لتملكه عمل الصانع وصنعه بالإجارة .

وامتياز هذا الترخيع أنه يخرج لنا وجه ضمان المستصنع لعمل الصانع إذا ظهر بطلان العقد ، وأن المصنوع يكون للمستصنع ، ويضمن للصانع أجره مثل عمله

التي تساوي قيمة ذلك المصنوع بخصوصياته لا محالة . ولعلّه لهذا جعله بعضهم من عقود الاجارات (١) .

وقد يقال : إنّ لازم ذلك أن يكون تلف المصنوع قبل تسليمه من مال المستصنع لا الصانع ، وهو خلاف الارتكاز في باب الاستصناع .
والجواب : أنّه يمكن اعتبار تسليم مثل هذا العمل بتسليم المصنوع لا مجرد الصنع ، فمع عدم تسليمه تنفسخ الإجارة .
إلا أن الإشكال عندئذٍ في وجه تملك المصنوع الذي هو عين خارجية ، مع أن الإجارة تملك للمنافع لا الأعيان ، فإنّها بحاجة إلى البيع بشروطه .
ويمكن في المقام أن يُذكر وجهان لتقريب تملك المستصنع الذي هو المستأجر للعين المصنوعة بالإجارة أو شبهها تبعاً :

الوجه الأوّل :

أن يقال بأن العين المصنوعة تعتبر بمثابة نتيجة العمل وثمرته ونمائه ، فتكون ملكاً لمالك العمل بقانون التبعية وأن من ملك الأصل ملك النماء ، نظير ما يقال في الأجبر على الحيازة من أن ما يحوزه يكون ملكاً للمستأجر ، أو في ثمار البستان والشجرة المستأجرة والتي تكون للمستأجر تبعاً لملك منفعة البستان .

ويلاحظ على هذا الوجه :

بأن التبعية لا دليل لفظي فيه لئتمسك بإطلاقه ، وإنّما يثبت بالسيرة العقلانية والارتكاز العرفي الممضى شرعاً في مثل الثمر والشجر ونحو ذلك مما يكون أحد المالكين متولداً من الآخر ذاتاً وامتداداً له . وفي المقام ليست المادة المصنوعة متولدة من العمل جزماً ، وأمّا الهيئة المصنوعة فهي حيثية تعليلية في العين والمادة عرفاً وشرعاً ، ولهذا لا تكون مالاً مستقلاً في قبال المادة .

(١) راجع شرح مجلّة الأحكام العدلية : ٢١٩ .

وعدم التبعية في المقام أولى منه في مورد الحيازة ، وإن كان الصحيح فيها أيضاً عدم التبعية على ما حققناه في محلّه ، ووجه الأولوية أنّ المادة المصنوعة هنا كانت مالا مملوكاً للصانع في المرتبة السابقة ، فيحتاج انتقالها في الملكية من الصانع إلى المستصنع إلى سبب ناقل لا محالة ، وهذا بخلاف المال المحاز الذي لا يكون مملوكاً إلا بعمل الحيازة نفسه .

وأما تملك الثمرة لمن يستأجر الشجرة فهو على أساس عناية أخرى عرفية غير التبعية ، وهي أنّ الثمرة تعتبر بالنسبة للشجرة منفعة لها أيضاً ، فيكون إيجارها بمعنى تمليك منفعتها والتي منها ثمرتها . ومن هنا اشترط بعضهم أن يكون ذلك قبل حصول الثمرة .

وأما في المقام فليست العين المصنوعة منفعة لا لعين أخرى ولا لعمل الصانع . نعم الهيئة المصنوعة قد تلحظ منفعة لعمل العامل إلا أنّها ليست مالا مستقلاً في العين ، بل هي حيثية تعليلية لازدياد مالية العين المصنوعة كما ذكرنا ، فيحتاج انتقال ملكيتها من الصانع إلى المستصنع إلى سبب ناقل غير إجارة العمل .

الوجه الثاني :

أن يكون تملك المادة المصنوعة بالتبع ، بمعنى الشرط الضمني على الأجير أن يعطيها للمستصنع ، نظير ما يقال من تملك المستأجر ضمناً الخيوط التي يستخدمها الخياط في عمله أو الصبغ الذي يستخدمه الصبّاغ مقدّمة لعمل الصباغة ونحو ذلك ، حيث إنّها تكون على الأجير ما لم يشترط خلافه .

ويلاحظ على هذا الوجه :

أنّ هذا قد يصح في مثل الخيوط والصبغ ونحوه مما يستهلك ويتلف مقدّمة للعمل الواقع على مال الغير بحيث لا يكون له بقاء معتدّ به مستقلاً عمّا هو مال المستأجر عنده ، وإلا كان بحاجة إلى سبب آخر غير الإجارة كالتوكيل في الشراء له مثلاً . فيكون هناك عقدان ، بيع وإجارة ، ومثاله ما يحتاجه الخياط من قماش آخر

(البطانة) فيشترية الخياط للمالك وكالة .

هذا ، مضافاً إلى أن هذا إنما يصحّ فيما إذا فرض وجود عين أخرى زائداً على العمل الذي يصبّه الأجير على مال المستأجر كالبطانة للقماش .

وأما في المقام فالعين المصنوعة بتمامها للصانع ، وليس شيء منها للمستصنع ، وعندئذٍ يكون عمل إيجادها مقدّمة لها ، وليس للمستصنع غرض في إيجادها بقطع النظر عنها ، بل ولا مالية لإيجادها مع قطع النظر عنها ، فلا يوجد مالان أحدهما عمل الصانع والآخر الشيء المصنوع ، بل هناك مال واحد إمّا هو المصنوع أو هو العمل والإيجاد بلحاظ ما له من نتيجة ونماء وفائدة .

فلا يصحّ أن يتحقق سببان وإنشاءان معامليان أحدهما تمليك عمل الإيجاد بالإجارة والآخر تمليك المصنوع الناتج منه بالشرط . بل إمّا أن يكون المصنوع بمثابة النماء والمنفعة للعمل فيصحّ إيجار العمل على أساس الوجه السابق ، وإلا - كما هو كذلك - فلا تصحّ الإجارة على الإيجاد وتمليك المصنوع بالشرط ؛ لعدم تعدّد المال ، بل وعدم صحة الإجارة على ما لا مالية له ، وهو الإيجاد بعد أن لم يكن مستتبعاً لتملك المال المصنوع ، فترجع المعاملة لبّاً وروحاً إلى تمليك المصنوع بصيغة الشرط .

ومنه يظهر أيضاً بطلان تخريج الاستصناع على أساس الإجارة أو الجعالة في قبال تمليك المصنوع للمستصنع ، فإنّ عمل التمليك لا مالية له مستقلاً عن العين المملّكة وإلا أمكن إرجاع كل بيع إلى إجارة .

التخريج الرابع :

وأما التخريج الرابع فهو أن يكون الاستصناع مركّباً من أكثر من عقد واحد . وتصويره المتعارف بأن يكون مشتملاً على توكيل الصانع بشراء مادة الصنع له ، فيشتمل على وكالة أولاً ثمّ شراء للمادة بالوكالة للمستصنع ثانياً ، ثمّ هو أجير على صنعها بالنحو الذي يريده المستصنع بالأجرة المتفق عليها بينهما .

إلا أن هذا الترخيع وإن كان معقولاً في بعض الموارد ، كمورد الخياطة ونحوها مما يحتاج العمل في مال المستأجر إلى بعض التوايع الأخرى ، ولكنه ليس تخريجاً للاستصناع كعقد مستقل ولا ما يريده القائل بالصحة في موارد الاستصناع ؛ حيث لا يريد مجموعة عقدين أو أكثر لكل منها حكمه ؛ فإن هذا لا بحث فيه ، كما أن من لوازم ذلك أن تكون المادة المشتراة قبل الصنع ملكاً للمستصنع وعليه تلفها وخسارتها ، وأن المستصنع لو رجع عن قصده قبل بدء الصانع بالصنع لزمه أن يأخذ المادة التي اشتراها الصانع لأنها اشترت له ، وأن لا يحق للصانع التصرف فيها بدون إذنه وإعطائها للغير وصنع فرد آخر للمستصنع ، وغير ذلك من الأمور .

التخريج الخامس :

أما التخريج الخامس فهو أن يكون الاستصناع أمراً بالصنع على وجه الضمان للمصنوع ، نظير الأمر بالعمل على وجه الضمان ، أو الأمر بإتلاف المال كذلك ، فيكون الصانع مأموراً بأن يصنع له على وجه الضمان بما يتفقان عليه ، فإذا صنعه للمستصنع كان ضامناً لتلك القيمة في قبال تملك المصنوع .

إلا أن هذا الترخيع يتوقف صحته على أن يدعى توسعة في باب الضمان بالأمر . وتوضيح ذلك : أنه لا إشكال في ضمان الأمر للعمل ، كما إذا أمره بأن يخط ثوبه ، وكذلك لا إشكال في الضمان بالأمر بالإتلاف ، كما إذا قال له : ألق مالك في البحر وعليّ ضمانه ، أو أعطه الحيوان ليأكله وعليّ ضمانه .

كما لا إشكال عقلاً في تعيين ضمان المسمى إذا اتفقا عليه ، ولعل من هذا الباب الجعالة أيضاً .

إلا أن هذه الموارد كلها من باب الإتلاف للعمل بصبه على مال الغير أو المال بإعطائه لمن يأكله أو إلقائه في البحر ، فيكون الأمر بالإتلاف على وجه الضمان موجباً للضمان ، إما ضمان الغرامة أو المسمى الذي يتفقان عليه .

وفي المقام لا يوجد إتلاف للمال المصنوع ، وإنما نقل للمال وتمليك للعين

المصنوعة ، وعندئذٍ قد يقال : بأنّ ضمان الأمر توسعة لقاعدة ضمان الإلتلاف ، فلا تشمل إلا موارد الإلتلاف لمال الغير بالأمر ، وأمّا التملك والتملك فبحاجة إلى سبب ناقل من بيع أو إيجار ، فلا يتم هذا التخرج في المقام .

إلا أنّه يمكن أن يقال : بأنّ القاعدة المذكورة أوسع من ذلك عند العقلاء ، فتشمل موارد الإلتلاف على المالك ولو لم يكن إلتافاً للمال . وهذه التوسعة لها تطبيقان : أحدهما : ما إذا كان إلتافاً للملكية وسيطرة المالك على المال ، إمّا حقيقة وشرعاً كما إذا قال له أوقف أو تصدّق بمالك أو اعتق عبدك وعليّ ضمانه ، أو عرفاً كما إذا أمره بأن يري ماله للسلطان فأخذه منه غضباً ، فإنّه يضمن الأمر قيمة ماله جزماً ؛ لأنّه أتلفه عليه عرفاً .

الثاني : ما إذا لم يكن إلتافاً حتى للملكية وسيطرة المالك على ماله ، ولكنّه كان إلتافاً للهيئة التي كان عليها المال ومتعلّقة لغرض مالكة التي كان يريد بها ، كما إذا قال لبائع اللحم : اشو هذا اللحم لي فشواه له ، فإنّه خرج بذلك عن كونه لحماً ، فيكون ضامناً لقيمة اللحم أو ما اتّفقا عليه ، ويكون المشوي له ولو بعد دفع بدله ، وليس للآمر أن يتركه ويذهب .

وهذا قد نقوله في مورد الغصب أيضاً ، فمن أخذ مال الغير غضباً وغيّره ولم تنزل قيمته السوقية بذلك ولكنّه كان بنحو لا يفيد مالكة كان من حق المالك المطالبة بقيمة أصل ماله أو بمثله في قبال ما غيّر عليه . بل قال الفقهاء - في مثل حمل متاع الغير ونقله إلى مكان آخر - : إنّ الغاصب ضامن لنقله إلى مكانه الأوّل لو أراد المالك فيه ولو لم تتغيّر قيمة المتاع في المكانين ، فضمان ما يتغيّر من خصوصيات المال المطلوبة عقلاً ولو لم تكن مؤثرة في المالية بالتصرّف أو بالأمر مطابق مع الارتكاز العقلائي .

نعم ، يبقى هنا لمالك اللحم الحق في إبقاء المشوي لنفسه ؛ لأنّ تملك الأمر له إنّما كان من باب الضمان للوصف المطلوب ، لا المبادلة والتمليك الفعلي . وهذا هو

الذي يفسر لنا وجه بقاء الاختيار بيد الصانع ما لم يعط العين المصنوعة للمستصنع أن يعطيه لغيره أو يأخذه لنفسه ما لم يلزم منه إضرار على المستصنع وانتظاره ، وإلاّ أمكن أن يقال بضمانه له من باب التغرير في نفس الوقت الذي لو كان من أجله وأعطاه له كان المستصنع ضامناً لقيمته ، فلا يمكنه التخلف بعد الصنع وإعداده له ، لأنّه يكون من إتلاف العمل والمادة عمّا كان غرض المالك عليه بأمره على وجه ضمان المادة والعمل معاً .

إشكال وردّ :

لا يقال : لو سلّمنا هذه التوسعة مع ذلك لا يمكن تفسير كل المرتكزات العرفية في باب الاستصناع ، فإنّ لازم ما ذكر أنّه لو صنعه الصانع على وجه الضمان أصبح المصنوع ملكاً للمستصنع وأصبحت ذمّته مشغولة بقيمته للصانع ، فلو تلف قبل إيصاله إلى المستصنع بلا تعدّد وتفريط كان من مال المستصنع ، مع أنّ المرتكز العرفي أنّه من مال الصانع ، بخلاف ما إذا كان من باب المعاملة كالبيع أو الإجارة حيث يكون عدم التسليم موجباً للانفساخ .

فإنّه يقال : يمكن تفسير عدم ضمان المستصنع في المقام على أساس أنّ الأمر كان مقيّداً من أول الأمر بصنعه وتسليمه له ، فإذا لم يسلمه له ولو لتلفه عنده لم يكن وجه للضمان .

والإنصاف : أنّ التخريج المذكور ممّا لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنّ ضمان الأمر لا يكون أكثر من ضمان ما أتلّف وأهدر بالأمر من المال أو العمل المصوب خارجاً ، ولا يتضمن بوجه من الوجوه ضمان الأعيان الموجودة غير التالفة وإن حصل تغيير في أوصافها المطلوبة ما لم يكن بحيث يعدّ عرفاً إتلافاً للمال الأوّل ، وفي مثال الأمر بطبخ اللحم لا نقبل أكثر من ضمان عمل الشوي بعد فرض تملك المادة وهو اللحم من قبل المشتري أولاً ولو بالمعاطاة والمراعاة ، فيكون من ضمان العمل بالأمر بعد تملك العين والمادة مسبقاً بناقل آخر .

وهذا يعني أنّ المادة المصنوعة تبقى في المقام ملكاً للصانع ما لم يتسبّب إلى تملكها للمستصنع بعقد ناقل كالبيع ونحوه ، ولا يكفي مجرد الأمر بصنعها له لتمليكها .

نعم ، يمكن قبول أنّ الأمر بالصنع قد يوجب ضمان قيمة عمل الصانع ؛ لأنّ عمله ولو صبّ في ماله إلّا أنّه كان بأمر المستصنع على وجه الضمان لقيّمته كما إذا أمره أن يخيّط ثوب شخص ثالث على وجه الضمان . وهذا يعني أنّ الاستصناع لا يمكن تخريجه على أساس ضمان الأمر بلا عقد في البين . كما أنّه لا يرجع إلى عقد مستقل ، بل إمّا أن يرجع إلى بيع السلم بشروطه وأحكامه أو إلى التجميع بين عقدين : شراء للمادة للمستصنع من قبل الصانع ثمّ استتجاره لصنعه من قبل المستصنع والذي لا بحث في جواز ذلك بلا تداخل أو تردّد بين البيع والايجار .

العربون

العربون

قد تعورف في أزمئتنا أن يتفق الطرفان على البيع أو الايجار ولكن بنحو التواعد والاقرار الابتدائي لا النهائي لبيتان في ذلك فيما بعد . وقد يدفع المستأجر أو المشتري ضمن هذا القرار الابتدائي مقداراً من المال يسمّى بالعربون ^(١) ، فما هو حكم هذا القرار المعاملي ؟ وهل هو مجرد وعد ابتدائي غير ملزم أو إنشاء للايجار والعربون جزء من الأجرة أو هو عقد آخر مستقل ؟

ولتوضيح حكم هذه المسألة المبتلى بها كثيراً ينبغي البحث في جهتين :
الأولى : في حكم التوافق على البيع أو الايجار ، وأنه هل يكون ملزماً أم لا ؟
الثانية : في حكم العربون المعطى وكيفية تخريجه .

الجهة الأولى - في حكم التوافق على البيع أو الايجار :

فقد جاء في الفقه الوضعي ^(٢) أن التوافق على البيع أو الايجار في المستقبل بنفسه عقد والتزام ، فاذا كان من الطرفين كان ملزماً لهما - وقد سمّاه الفقه الوضعي بالاتفاق الابتدائي - واذا كان من أحد الطرفين بأن التزم أن لا يبيعه إلى رأس الشهر مثلاً من أجله كان ملزماً لذلك الطرف - وقد سمّاه بالوعد بالتعاقد - فاعتبر ذلك عقداً صحيحاً يترتب عليه الآثار ، إلا أن الأثر ليس هو حصول الحق العيني والنقل

(١) انظر : النهاية ٣ : ٢٠٢ (مادة : عرب) . القاموس المحيط ١ : ١٠٣ .

(٢) راجع : الوسيط على شرح القانون المدني ٤ : ٥٥ ، وكذلك ١ : ٢٤٩ .

والانتقال في المال ، بل أثره لزوم الوفاء بما التزم به ، وهو إجراء البيع أو الإيجار في المستقبل ، ولهذا يمكن إجباره على ذلك لو امتنع ، ومن هنا تجري فيه شروط صحة العقد والالتزام من الأهلية والتراضي وفقدان عيوب الإرادة وغير ذلك من الشروط العامة لانعقاد العقود أو صحتها .

بل يظهر من كلمات بعض الباحثين للفقه الوضعي أنَّ العقد المذكور بنفسه يصبح عقداً نهائياً بمجرد حلول موعد الاتفاق على العقد النهائي - في مورد الاتفاق الابتدائي الملزم للطرفين - أو ظهور الرغبة والتصرف الخارجي من الموعود له - في الوعد بالعقد الملزم لطرف واحد - بلا حاجة إلى تجديد العقد والتراضي من جديد .
والصحيح أنَّ يقال :

تارة : يفترض تحقق الاتفاق العقدي على البيع أو الإيجار من أول الأمر ، ولكن يجعل لكل واحد من الطرفين أو أحدهما حق عدم التسليم وحق الفسخ إلى زمان معين كزمان الإثبات الرسمي للعقد أو غيره ، وهذا لا إشكال في صحته ونفوذه ، إلا أن هذا يؤدي إلى أن يكون حصول عقد الإيجار أو البيع من حين الاتفاق الأول ، فيتحقق النقل والانتقال وتترتب الحقوق العينية كلها من حينه ، كما أنه لا بد من توفر تمام شروط الصحة اللازمة في ذلك ، وإذا فسخ يكون الفسخ من حينه لا من حين العقد .

وأخرى : يفترض أن عقد البيع أو الإيجار بعد لم يتحقق ، فإن كان مجرد وعد أو قول ابتدائي بالبيع أو الإيجار من دون التزام وتبانٍ على ذلك أصلاً فهذا لا شك في عدم كونه عقداً ولا ملزماً ؛ إذ لا دليل عليه ، بل ذكر الفقهاء الإجماع على عدم لزوم الوعد الابتدائي - والوعد مجرد القصد والميل ولو أبرز من دون إنشاء التزام وتعهد - وإن كان التوافق على البيع أو الإيجار في المستقبل ، بأن التزماً معاً بأن يبيع أو يؤجر الدار منه في ذلك الوقت وتبانياً على ذلك ، فهذا لا شك في أنه نحو قرار وتعهد أي التزام وإنشاء وتحمل للمسؤولية مع التوافق عليه .

وهذا يتصور تارة: بأن يلتزم ويتعهد بالملكية - أي التمليك - من الآن في ذلك الوقت ، فهذا في البيع عقد تعليلي باطل ، بخلاف الاجارة كما تقدّم . وأخرى : بأن يلتزم بأن يبيع أو يؤجر منه في الوقت المقرر ، وهذا هو محل البحث .

ولا ينبغي الاشكال في الفرق بين هذه الحالة ومجرد الوعد والقول الابتدائي ؛ إذ ليس الوعد والقول تعهداً والتزاماً ، بل مجرد بيان وإظهار أنه سوف يفعل ، ولو فرض أنّ الوعد أعم من ذلك بحيث يشمل موارد القول مع الالتزام والتعهد مع ذلك نقول : إنّ الدليل على عدم لزومه دليل لبيّ قدره المتيقّن ما إذا لم يكن تبيان من الطرفين على نحو الالتزام والتعهد ، فلا يمكن التمسك بالاجماع لاثبات بطلان مثل هذا القرار والتعهد المتفق عليه .

فلا بدّ من البحث عمّا يمكن أن يكون دليلاً على نفوذ هذا التعهد كما يراه الفقه الوضعي فاذا ثبت وتم دليل على ذلك ثبت وجوب الوفاء به ، فيجب تكليفاً ، ولو امتنع كان للحاكم إجباره على البيع وإلاّ باع من قبله لانه ولي الممتنع ، نعم لا يتحقق البيع من دون إنشاء عقد منه ولا من الحاكم ، فلا تترتب الحقوق العينية من النقل والانتقال .

وما يمكن أن يستدل به على ذلك أحد وجوه :

الوجه الأوّل : التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » ^(١) لأنّ الشرط هو الالتزام .

ويلاحظ عليه :

أولاً - أنّ الشرط ظاهر في ما يكون تحقق الشيء منوطاً به ، ومن هنا يكون ظاهره الشروط والالتزامات في ضمن العقود الصحيحة والتي يناط بها الالتزام العقدي ، فلا يمكن أن تثبت به صحة نفس الالتزام العقدي ، ولعل هذا هو منشأ

(١) انظر : الوسائل ١٥ : ٣٠ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

ماشتهر بينهم من ان هذه القاعدة خاصة بالشروط الضمنية ولا تشمل الشروط الابتدائية ، وفي المقام الالتزام المذكور بنفسه قرار والتزام يشك في صحته ونفوذه ، لا أنه شرط في ضمن عقد صحيح .

وثانياً - أن لسان هذه الروايات وسياقها سياق إثبات لزوم الوفاء بالشروط المفروغ في المرحلة السابقة عن صحتها ومشروعيتها ، فلا يمكن أن يستفاد منها أصل المشروعية والصحة .

الوجه الثاني : التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) لإثبات صحة مثل هذا التعهد ولزومه ، باعتبار أن العقد هو التعهد والالتزام المبرم كما يذكره اللغويون^(٢) ، ويشهد عليه ما جاء في رواية ابن سنان المفسرة للآية بالعهد^(٣) ، فتشمل الآية كل تعاقد والتزام مبرم ومتفق عليه بين الطرفين ، سواء كان متعلقه التملك ، أو عملاً من الأعمال ومنها الايجار أو البيع منه دون غيره ، فيجب الوفاء به ويمكن اجباره عليه .

نعم هذا وحده لا يكفي لتحقيق الانتقال والملكية للعوضين ، بل لابد من إنشاء عقد البيع أو الايجار بينهما ليتحقق ذلك ، فما لم ينشأ ذلك لا انتقال في الملكية ولا ينشأ أي حق عيني . ويمكن للحاكم إجباره أو إجراء العقد عنه اذا امتنع ، كما تقدم .

ويلاحظ عليه :

أن هذا الوجه إنما يتم لو كان العقد بمعنى مطلق الالتزام ، وليس كذلك ، والرواية المذكورة - مضافاً إلى ضعفها سنداً - ظاهرة في إرادة العهود بمعنى المواثيق

(١) المائدة : ١ .

(٢) راجع : لسان العرب ٩ : ٣٠٩ ، (مادة : عقد) .

(٣) الوسائل ١٢ : ٢٠٦ ، ب ٢٥ من النذر والعهد ، ح ٣ .

والالتزامات الثابتة على الانسان والتي تشمل أحكام الله سبحانه وتعالى وهذا معنى أوسع من المنشأ المعاملي ويوجب عدم إمكان الاستدلال بالآية على الصحة والنفوذ أصلاً بل تكون على وزان أوفوا بالعهد انّ العهد كان مسؤولاً على ما سيأتي الحديث عنه .

بل العقد هو شئ بشيء وإبرامه به ، وهذا في الأمور الاعتبارية الانشائية يكون بشئ التزام وإنشاء بالتزام وإنشاء آخر ، وهذا الشئ بين الانشائيين والالتزامين لا يتحقق إلا إذا كان المنشأ والملتزم به له نحو وجود وتحقيق اعتباري انشائي ، أي يكون حقاً من الحقوق العينية أو الشخصية ، وأما مجرد الالتزام بعمل من دون إنشاء علاقة وحق في البين لا يكون عقداً وإن كان في قبال التزام الآخر وبنحو التوافق . وقد تقدّم بيان ذلك في بحث الاستصناع أيضاً .

ولعلّ السر في ذلك أن عنوان العقد ليس دالاً بنفسه على التعهد والالتزام ، وإنما استفيد ذلك من الأمر بالوفاء ، فحيث وجب الوفاء بالعقد كان عهداً على الانسان ملزماً به ، وأما العقد فيدل على حيثية العقدية والمعقودية ، وهي في الأمور المعنوية غير الحسية - أعني باب المعاملات - إنما تكون بلحاظ الحقوق المنشأة والملتزم بها ضمن العقود ، لأنّها التي تربط بين الطرفين وليس مجرد تعلق الالتزام والتعهد بفعل أو عمل للآخر عقداً ، وعلى هذا الأساس لو لم يكن الالتزام متضمناً لذلك فلا يصدق عليه العقد ، وفي المقام مجرد الالتزام بالبيع أو الإيجار منه ما لم يتضمن إنشاء علاقة بين الطرفين وحقاً في البين لا يكون عقداً .

نعم ، قد يفرض حصول حق في نفس العين بلحاظ بيعه أو إيجارته ، نظير حق السرقفية - بناءً على تخريجها على هذا الأساس - فيبيعه المالك هذا الحق فيكون عقداً بل بيعاً ، إلا أنّ متعلقه ليس نفس العين بل حق تولية بيعه أو إيجاره وهو من الحقوق والاعتبارات التي يكون نقلها عقداً بل بيعاً ، وليس مجرد التزام بفعل أو ترك ، فلو أراد المالك أن يعطي للمستأجر أو المشتري الحق المذكور في قبال بدل

يدفع له صح وكان ملزماً ، ونتيجته أن المالك لا يحق له البيع أو الايجار ، بل ذلك للمشتري وإن كانت الرقبة للمالك ، ومن هنا تكون له الأجرة أو الثمن المتفق عليه . إلا أن هذا هو السرقفلية التي قد يأتي الحديث عنها في مجال آخر ، وليس المراد بالوعد بالايجار أو البيع أو الاتفاق الابتدائي ذلك جزماً .

نعم لو تصوّرنا في المقام ملكية نفس عمل البيع أو الايجار أو قل ملكية حق البيع والايجار امكن ان يقال بصدق العقد في المقام ، حيث يكون تمليكاً للالتزام فيملك المتعهد له التزام المالك أن يؤجر أو يبيع منه ، وتكون نتيجته أنه لا يصح بيعه من غيره .

إلا ان هذا التخريج غير تام أيضاً ؛ إذ لو أريد تمليك حق التصرف والسلطنة الثابتة للمالك على ماله بحيث يصبح مسلوب السلطنة عليه فهذه السلطنة والحق حكم شرعي قانوني لا معنى لنقله الى الغير ، وأدلة صحة العقود ليست مشرّعة لمضمون لم يثبت شرعيته في نفسه ، كما إذا شك في أصل صلاحية الكافر لتملك المصحف أو العبد المسلم ، أو شك في أصل قابليته حقّ للنقل والانتقال فإنه لا يمكن إثبات صحة ذلك بعمومات ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن أريد تمليك عمل البيع والايجار منه كتمليك الخياطة بالاجارة مثلاً فهذا مضافاً الى أنه لا مالية ولا منفعة لمثل هذه الأعمال القانونية مستقلاً ، فلا يصح قياسها على الاعمال الحقيقية كالخياطة والكتابة ، ولا يصح تمليكها بناءً على اشتراط ذلك في العقود ، انه لا يمنع عن صحته لو باعه من غيره وإنما غايته أنه يملك عليه أن يبيعه منه .

الوجه الثالث : التمسك بمثل قوله تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد إنَّ العهدَ كانَ مسؤولاً ﴾ ^(١) . والاستدلال به مبني على أن يراد باللام فيه الجنس لا العهد ، أي عهد الله سبحانه .

(١) الاسراء : ٣٤ .

ويلاحظ عليه :

أنّ سياق الآية وذيلها قرينتان على إرادة الثاني لا الأوّل ، فإنّ المراد من السؤال هو السؤال يوم القيامة ، وعندئذٍ لا يكون المراد من العهد المعنى المذكور ، لوضوح أنّ المراد بعهد الله أحكامه وتكاليفه بل ظاهر عنوان العهد هو الالتزامات الثابتة قانوناً لا للالتزامات الشخصية فليست الآية بصدد تنفيذ كل الزام يجعله الشخص على نفسه ، وعندئذٍ لا يكون الأمر بالوفاء إلّا إرشاداً الى حكم العقل بلزوم الطاعة لما هو ملزم به في المرتبة السابقة شرعاً لا الحكم المولوي باللزوم ووجوب الوفاء ، فانه ايضاً حكم شرعي كالأحكام الشرعية الأخرى المعبر عنها بعهد الله .

هذا مضافاً إلى أن الاستدلال بهاتين الآيتين مبني على إمكان استفادة الصحة منهما لا مجرد لزوم العقد والعهد بمعنى وجوب الوفاء به وعدم إمكان فسخه بعد الفراغ عن صحته وإلّا يكون التمسك بهما لاثبات الصحة من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

وهكذا يتضح : أنّه لا يمكن الجزم بلزوم مثل هذه التعهدات والالتزامات وإن صدرت بين اثنين وبنحو التباني والاتفاق عليها ، وعليه لا يمكن تصحيح الوعد بالبيع أو الايجار بعنوان عقد مستقل لازم على الواعد ، كما ذهب إليه الفقه الوضعي .

الوجه الرابع : أنّه قد يستدل على عدم اللزوم - وبالتالي بطلان العربون - بروايات بيع العينة وما يشابهها ، كموثقة معاوية بن عمار ، قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب « مني » بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء . ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه ، فقال : « رأيته إن وجد بيعاً هو أحب إليه

مما عندك أيسطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ » قلت : نعم ، قال : « فلا بأس » ^(١) .

وصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من أجله ، قال : « ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه » ^(٢) .

وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العينة فقلت : يأتيني الرجل فيقول : اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فاراوضه على الشيء من الربح ففتراضى به ، ثم أنطلق فأشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أردّه ، ثم آتبه به فأبيعه ، فقال : « ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل أن تبعه إياه كان من مالك ، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتبه ، وإن شاء ردّه فلست أرى به بأساً » ^(٣) .

ورواية يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيء فيقول : اشتر هذا الثوب ، واربحك كذا وكذا ، قال : « أليس إن شاء ترك ، وإن شاء أخذ ؟ » قلت : بلى قال : « لا بأس به إنما يحل الكلام ، ويحرم الكلام » ^(٤) .

حيث يقال : إن مفادها عدم صحة الإلزام والالتزام بالبيع في المستقبل ، فيشمل باطلاقه التعهد بالبيع أو الإيجار إذا أريد أن يكون ذلك ملزماً وإن لم يكن قد باع من أول الأمر .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٧٧ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٧ .

(٢) المصدر السابق : ح ٨ .

(٣) المصدر السابق : ح ٩ .

(٤) المصدر السابق : ح ٤ .

ويلاحظ عليه :

أنَّ الجهة المنظور إليها في هذه الروايات إنما هي البيع لما لا يملكه وإيجابه قبل الشراء ، أو بيع شيء نسيئةً بأكثر بعد شرائه بأقل نقداً ، ويجعل ذلك بنحو بحيث يكون للمشتري نسيئةً من أول الأمر ، أي بمجرد شرائه بالنقد بحيث لا يتحمل صاحب النقد الخسارة ولكن يربح التفاوت الذي فيه شبهة الربا أو ربح ما لم يضمن ، وهذا ما لا يرضى به الشارع .

وكلُّ هذه الأمور أجنبية عن محل البحث ، والذي يكون فيه التعهد من المالك بأن لا يبيع أو يؤجر ماله إلا منه من دون وجود بيعين من شخصين ، أي لا يوجد أشخاص ثلاثة بل هما البائع والمشتري ، ولا ربح بازاء الاجل والنسيئة ، فلا يمكن افتراض أنَّ مفاد هذه الروايات بطلان الالتزام والتعهد بالبيع فيما بعد بين البائع والمشتري بنحو يكون ملزماً عليهما من أول الأمر كما ان الالتزام بالبيع والنقل منه عمل يملكه بالفعل وليس كالمال الذي لا يملكه بعد .

فالحاصل : ليس مفاد هذه الروايات بوجه من الوجوه أنه لا يمكن للإنسان أن يلزم نفسه ببيع شيء في المستقبل من خلال ملزم كالعقد أو الشرط في ضمن عقد ، وإنما تمام النظر فيها الى احدى النكات المذكورة في بيع ما لا يملكه قبل تملكه بأكثر نسيئةً ، ومن هنا كان الوارد فيها ألا يكون المشتري ملزماً بالشراء بذلك الثمن الأكثر المتفق عليه في بداية الأمر ، لا ألا يكون البائع ملزماً بالبيع ، بخلاف المقام الذي يكون فيه البائع ملزماً بالبيع منه في قبال ما أخذه من العربون ، فالروايات المذكورة أجنبية عن هذا البحث بالمرّة .

هذا كله مضافاً إلى أنَّ هذه الروايات واردة في خصوص البيع ، ولا يمكن التعدي منه الى الوعد بالاجار أو غيره من التعهدات لو فرض تمامية المقتضي لنفوذها .
فالأصح في المنع عن لزوم مثل هذه التعهدات هو المنع عن عموم المقتضي كما عرفت .

الجهة الثانية - في حكم العربون :

أنه لا إشكال في صحة أخذ العربون إذا كان لمجرد أنه مقدار من الثمن أو الأجرة يقدم للمالك لإلزام العقد من دون أن يكون هناك خسارة على تقدير الفسخ . وكذلك الحال لو فرضنا أن العربون ثمن في قبال تمليك المالك التزامه بعدم الإيجار أو البيع من غيره ، بناءً على كونه عقداً تاماً ، فلا يكون جزءاً من الثمن أو الأجرة عندئذٍ ، بل يكونه في قبال نفس تمليك التعهد والالتزام ، إذ أنه عقد مستقل قد يقع مجاناً وقد يقع في قبال عوض ، سواء اشترى أو استأجر بعد ذلك أم لا ، وأثره أنه لو لم يف بالتزامه كان له استرجاع ذلك .

وإنما الكلام في حالة ثالثة هي المتعارفة خارجاً ، وهي أن العربون يدفع ليكون قسطاً من الثمن أو الأجرة على تقدير تمامية الاتفاق ، ويكون بدلاً عن الفسخ إذا أراد صاحبه أن يتخلف فلا يشتري أو لا يؤجر ، كما أن المالك إذا رجع عن قراره لابدً وان يرجع العربون مع خسارة مقداره للمشتري ، فهل يجوز أخذ العربون على هذا الوجه أم لا ؟

ويمكن أن يستدل على عدم الجواز بوجوه :

الوجه الأول : أنه أكل للمال بالباطل ، فيشملة النهي الدال على بطلان تملكه ؛ كما في قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ﴾ ^(١) إذ المراد بالباطل كل تملك وأخذ للمال من دون مابازاء ومقابل مع عدم كونه تمليكاً مجانياً من قبل مالكة ، ولهذا طبق عنوان الباطل في الروايات على السرقة والقمار والربا ، فإن الأخذ في كل ذلك يكون أخذاً بالباطل ، لأنه بلا إذن وتمليك من المالك مجاناً ، ولا في قبال عوض ليكون تجارة . وفي المقام إذا لم يتحقق الاتفاق ولم يتم العقد كان أكل العربون بلا ما بازاء ، والمفروض أنه لم يكن

(١) النساء : ٢٩ .

تمليكاً مجاناً ، بل بعنوان جزء من الثمن أو الأجر ، فيكون أكلاً للمال بالباطل .

ويلاحظ عليه :

أنَّ الباطل في الآية إما أن يراد به الباطل العرفي - كما إذا فرض الاستثناء منقطعاً - أو يراد به الباطل الشرعي - كما إذا فرض الاستثناء متصلاً - والمراد لا تأكلوا أموالكم بينكم بأي سبب من الأسباب غير التجارة عن تراض لأنَّه باطل . وعلى كلا التقديرين لا يصح الاستدلال بها في المقام ، وذلك :

أما على الأوَّل ، فلمنع صدق الباطل العرفي ، لأنَّ المال - أي العربون - مبذول عرفاً في قبال الجامع بين جزء من المبيع أو المنفعة المستأجرة أو ما قام به المالك من الامتناع عن بيع ماله أو ايجاره والذي قد يكلفه خسارة ، فان هذا الامتناع حين لا ينتهي الى بيع العين أو ايجارها يكون مضموناً عرفاً على الطرف الآخر المتعهد بالشراء أو الايجار حينما يتخلف ، هذا اذا كان دفع العربون عند التواعد بالبيع أو الايجار بناءً على صحته ولزومه . واما إذا كان قد تحقق عقد البيع أو الايجار من أوَّل الأمر ، فيكون العربون مدفوعاً في قبال حق الفسخ إلى حين ثبت المعاملة مثلاً أو تسليم العين ، بمعنى انَّ كلاً من المتعاملين له الحق في أن يشتري التزامه بالعقد الذي أعطاه للآخر - وهو معنى اللزوم الحقي في العقود اللازمة - بالعربون ، أي في قبال إقالته . وهذا نظير إسقاط حق الخيار أو الشفعة في قبال العوض ، إذ يكون له مالية عرفاً ، فلا يكون من أكل المال بالباطل .

وأما على الثاني ، فلأنَّ التجارة عن تراض لا يراد بها خصوص المبادلة بين مالين ، بل يعم دفع العوض في قبال حق ايضاً ، وإلاَّ لزم بطلان دفع المال في قبال إسقاط حق الخيار أو الشفعة أو غير ذلك عن تراض ، وهو كما ترى . على انَّ التقدير الثاني خلاف الظاهر في الآية على ما هو مبحوث في محله من كتاب البيع . وبما ذكرناه ظهر أنَّ قياس المقام بالمقامرة والربا والسرقة مما هو من أكل المال بالباطل قياس مع الفارق .

الوجه الثاني: التمسك برواية وهب (أبي البخري) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: لا يجوز بيع العربون إلا أن يكون نقداً من الثمن» ^(١).

فإن ظاهرها النهي عن أخذ العربون إلا بعنوان أنه نقد من الثمن، أي دفع مقدار من الثمن، فلا يجوز أخذه بعنوان الغرامة والخسارة على تقدير التخلف أو الفسخ، نعم يجوز إن كان بعنوان الثمن.

ويلاحظ عليه:

إن هذه الرواية - مضافاً إلى أنها غير تامة سنداً، لأن أبي البخري مطعون فيه ^(٢) - لا تدل على أكثر من عدم جواز أخذ العربون كشيء مستقل عن الثمن ولا تدل على بطلان كونه شرطاً لحق الفسخ فانه بناءً عليه أيضاً يكون جزءاً من الثمن غاية الأمر هناك شرط آخر إذا أراد الفسخ وهو أن يملكه الجزء من الثمن فالرواية لا تنفي هذا الاحتمال وإنما تنفي كون العربون عقداً مستقلاً.

الوجه الثالث: التمسك بصحيح الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقله إلا بوضيعة، قال: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد» ^(٣).

بتقريب حاصله: أن ظاهرها عدم حق الفسخ بأخذ شيء من الثمن ممن يطالب بالفسخ، وهي وإن كانت واردة في الإقالة إلا أن العرف بمناسبات الحكم والموضوع يستفيد منها نكتة كلية، وهي عدم جواز أخذ شيء من المال في باب

(١) الوسائل ١٢: ٤٠٥، ب ٢٨ من أحكام العقود، ح ١.

(٢) راجع: معجم رجال الحديث ٢٠: ٢٣١، ط - الخامسة.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٩٢، ب ١٧ من أحكام العقود، ح ١.

المعاوضات مجاناً وبلا مابازاء ، سواء كان ذلك بنحو الإقالة بوضيعة أو بنحو شرط حق الفسخ بوضيعة من أول الأمر .

ويلاحظ عليه :

أنه كما يحتمل أن تكون نكتة هذا الحكم ماذكر ، يحتمل أن يكون ملاك الحكم بالبطلان عدم تحقق الإقالة في نفسها مع الوضيعة ، للزوم التهافت والتناقض ؛ إذ الإقالة تقتضي فسخ العقد السابق وهو يقتضي رجوع الثمن بتمامه الى المشتري ، فاشتراط الوضيعة خلاف مقتضى الإقالة ، فيكون كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، ولهذا لا إشكال في جواز بيعه عليه ثانية بأقل - وقد دلت على ذلك روايات في ابواب مختلفة - بل ذيل الرواية يناسب ما ذكرناه ، حيث إنَّ الامام عليه السلام لم يحكم بحرمة أخذ الوضيعة من قبل مالك الثوب ، وإنَّما حكم ببطلان الإقالة حيث إنَّه أمر بأن يرجع إليه تمام ما زاد على الثمن في بيعه الثاني ، مع أنَّه لو كان النظر إلى بطلان أخذ الوضيعة لكونه أكلاً بالباطل كان المناسب أن يكون النظر إلى أخذه للوضيعة وتحريمها على البائع .

ومن الواضح أنَّ هذه النكتة غير جارية في المقام إلا إذا أريد اشتراط حق الفسخ بوضيعة من الثمن الذي يكون مخالفاً ومناقضاً مع مقتضى الفسخ ، أمَّا إذا كان مقدار العربون يدفع ثمناً لحق الفسخ أو عوضاً في التعهد والتواعد الأول بازاء الجامع بين جزء من المبيع أو الامتناع عن بيعه فلا تنطبق عليه النكتة المذكورة للبطلان .

وقد يقال : إنَّ عنوان الوضيعة في الرواية وإن كان ظاهراً بحسب اللفظ في بذل شيء من الثمن ، إلا أنَّ العرف لا يفرق بين بذل جزء من الثمن بازاء حق الفسخ أو الإقالة أو بذل مال آخر بمقداره ثم استرجاع تمام الثمن ، فيكون مفاد الرواية مطلباً كلياً هو عدم صحة أخذ شيء من المال بازاء فسخ العقد ، وإن بذل مال بازائه يكون من أكل المال بالباطل ، سواء كان بنحو الإقالة أو بنحو الشرط ، وسواء كان المال جزءً من الثمن أو مالاً آخر .

ويلاحظ على ذلك أيضاً :

أولاً: أنَّ هذا الاستظهار القائم على أساس مناسبات الحكم والموضوع العرفية إنما يكون له وجه فيما إذا كان ظاهر الحديث النظر إلى حرمة أخذ الوضعية ، لا ما إذا كان ظاهره النظر إلى بطلان إنشاء الاقالة وأنها لا تتحقق إلا برجوع كل من العوضين إلى صاحبه ، فإنَّ هذه نكتة في نفس إنشاء الاقالة وشروط صحتها من دون دخل لما يترتب على ذلك من ربح أو خسارة لأحد الطرفين في نكتة المنع ، وكون هذه النكتة مربوطة بحيثية الإنشاء والسبب لا تمليك المال يفهمها العرف أيضاً ، فلا يتعدى من موردها إلى ما لا يكون فيه ذلك ، كما إذا بذل بازاء الاقالة مالاً آخر .

وهذه فذلكة مهمة لابدَّ وأن يلتفت إليها في الموارد التي يراد التعدي فيها عن مورد الدليل ، فانه إذا كان المنع في المورد مربوطاً بخصوصيات في السبب الناقل والإنشاء فلا يمكن التعدي إلى ما لا يوجد فيه المحذور من الأسباب والنواقل ، بخلاف ما إذا كان المنع مربوطاً بالنتيجة وهو التملك للمال واكتسابه بلا ما بازاء - كما في تحريم الربا - أو بلا رضا المالك - كما في اكل المال بالباطل - فانه قد يمكن التعدي منه إلى مورد سائر المعاملات التي لم يرد فيها الدليل على أساس أعمال مناسبات الحكم والموضوع .

ومن هنا نجد أنَّ المشهور قد أفتوا بجواز أخذ مال آخر بنحو الجعالة أو الشرط في قبال الاقالة ، وانما خصصوا المنع بما إذا كانت الاقالة بوضعية أو زيادة في الثمن أو المثلن والذي يكون مناقضاً مع معنى الاقالة ومفهومها . كما انهم فهموا النكتة التي أشرنا إليها من الصحيحة ، ولذا حكموا بعدم صحّة الاقالة مع شرط الوضعية ، سواء كان من الثمن أو شرط الزيادة في المثلن رغم أنَّ الصحيحة واردة في الوضعية من الثمن .

وثانياً: لو تنزلنا عمّا ذكرناه فغاية ماتفيده الصحيحة بطلان أخذ المال بازاء

الاقالة والفسخ ولو بنحو الاشتراط من أوّل الأمر ، وأمّا إذا كان العربون بازاء التعهد بالانتظار والامتناع عن البيع أو الايجار من غيره الى المدة المعينة والذي تكون له مالية عرفاً ويكون مضموناً على المتعهد اذا لم يقدم في الوقت المقرر على البيع أو الايجار فلا يكون مثل هذا مشمولاً للصحيحة جزماً ، لا بالاطلاق اللفظي كما هو واضح ولا بإلغاء الخصوصية والتعدي العرفي ، لأنّ العرف يرى نوع خسارة للمالك فيما إذا تخلف المتعهد له ، بل يرى أنّ التعهد والامتناع المذكور له قيمة ومالية تستوفى بالجامع بين تنفيذ البيع أو دفع العربون .

وأوضح من ذلك في عدم اللاحق ما إذا كان تخريج العربون على أساس بيع جديد بثمان أقل أي بالثمان السابق ناقصاً منه العربون .

خلاصة البحث : ونستخلص من مجموع ما تقدّم جواز أخذ العربون على أساس أحد التخريجات التالية :

١ - أن يكون عوضاً عن الاقالة ، بأن يجعل ذلك جعلاً أو شرطاً في الاقالة والفسخ ، وهذا يشترط فيه ألا يكون بعنوان أنّه جزءاً من الثمن أو المثلثن لكي لا يتنافى مع مفهوم الاقالة والفسخ ، كما أنّ هذا يمكن جعله بنحو الشرط حين العقد بأن يشترط المشتري مثلاً على البايع حق الفسخ مع بذل العربون ، فيكون البايع ملزماً بذلك إذا أراد الفسخ .

٢ - أن يكون العربون قبل إجراء عقد البيع أو الايجار حين التواعد بهما ، بأن يدفع العربون ليكون جزءاً من الثمن إذا تحقق البيع أو الايجار في وقته المحدّد ، وإلا يكون بازاء امتناع الآخر عن الإقدام على العقد ، وهذا إن جعلناه معاملة وعقداً لازم الوفاء في نفسه استحق المتعهد بذلك الجامع بين الإقدام على العقد أو دفع العربون ، وإلا أمكن مع ذلك تخريجه على أساس أنّ امتناع الطرف عن البيع أو الايجار بنفسه عمل محترم له مالية عقلائياً ، وقد كان بأمر دافع العربون فيكون مضموناً عليه .

وإن شئت قلت : فوّت عليه فرصة إمكان البيع أو الإيجار في تلك المدة ، وهو نحو خسارة وضرر عليه عرفاً ، فيكون مضموناً ويكون العربون قيمته .
 إلا أن هذا يتوقف على إمكان تطبيق قاعدة الإلتلاف على مثل هذه الحقوق والالتزامات ، وإلا فليس هناك تلف لعين أو منفعة خارجية .
 وعلى هذا التخريج لا مانع أن يقع العربون بنفسه جزءاً من الثمن على تقدير الاقدام على العقد ، كما هو واضح .

٣ - أن يكون العربون تخفيضاً لثمن السلعة في بيع جديد ، بأن يبيع أو يؤجر عليه المال بعد أن ملكه بأقل من ثمنه . وهذا أيضاً يمكن إلزام المالك به إذا فرض اشتراطه عليه في العقد الأول ، ولا محذور فيه ، لأنّ هذا الشرط من المشتري على البائع لا بالعكس لتأتي فيه شبهة الحرمة الثابتة في روايات العينة ، كما لا يخفى .

بَحْثٌ حَوْلَ حَقِيقَةِ الْإِبَاحَةِ الْمَعْوُضَةِ

بحث حول

حقيقة الإباحة المعوّضة

الإباحة المعوّضة أو الإباحة بعوض هي جعل العوض في مقابل الإباحة ، ويقابلها الإباحة المجّانية . ولم يذكر الفقهاء للإباحة المعوّضة تعريفاً محدّداً ، إلّا أنّه قد يفهم من خلال كلماتهم أنّ مرادهم منها مطلق الإباحة بعوض ، وهو معنى جامع يمكن أن يندرج تحته أقسام عديدة للإباحة بعوض يأتي شرحها وتوضيح ما ينبغي أن يراد منها .

وقد تعرّض الفقهاء لها بمناسبة البحث عن جملة من العقود الرائجة عرفاً ، والتي يشكل تخريجها على أساس البيع أو الاجارة ونحوهما من العقود المسماة ، كبذل مال للحمامي في قبال الاستفادة من الحمام ، فحاولوا تخريجها على أساس أنّها إباحة معوّضة .

كما تعرّضوا لها أيضاً بمناسبة البحث عمّا نسب إلى المشهور في بحث المعاوضة من إفادتها للإباحة لا الملك ، حيث اختلفوا في كونها إباحة شرعية تعبدية غير مقصودة للمتعاملين أو إباحة مالكية يقصدها المتعاملان ولو ضمناً . وبحثوا عن أحكام كل واحد منهما ، إلّا أنّ جملة من تلك البحوث تبتني على القول بالإباحة الشرعية لا تتعرّض لها هنا ، وإنّما نتحدث فيما يلي عن الإباحة المعوّضة التي يقصدها المتعاقدان ، فإنّها التي ينبغي أن تراد من هذا العنوان . وإن كان قد تطلق

في بحث المعاطاة على الإباحة الشرعية بعوض أيضاً بناءً على تفسير قول المشهور بإفادة المعاطاة للإباحة بذلك .

إلا أن هذا مجرد احتمال لم يثبت إرادة المشهور له ولم يقيم على صحته دليل ، بل مقتضى العمومات عدم صحته ، ومن هنا فسّر صاحب الجواهر قول المشهور بالإباحة المالكية حيث قال : « فمن أراد إباحة شيء لآخر كان له الاكتفاء في الدلالة عليها بالأفعال مثلاً ، ومن ذلك المعاطاة ويكون المراد هذا مما ذكره في الإباحة لا أنها حكم ما قصد به المتعاطيان الملك على جهة البيع » ^(١) .

أقسام الإباحة المعوّضة :

قسّمت الإباحة المعوّضة في كلمات جملة من الفقهاء إلى أقسام عديدة :

١ - فمن ناحية العوض ذكروا أن الإباحة قد تكون في قبال إباحة بأن يبيع ماله للآخر في قبال أن يبيع الآخر ماله للأول . وقد تكون في مقابل تمليك مال آخر .

ومن ناحية المقابلة تارة يكون المباح في قبال المباح فيكون من المقابلة بين مالين في الإباحة ، وقد تكون الإباحة في قبال الإباحة فتكون المقابلة بين فعلين ، وقد تكون فعلاً من طرف ومالاً من طرف آخر .

ومن ناحية نوع الالتزام والانشاء قد يكون العوض مأخوذاً بنحو العوضية والمقابلة ، وقد يكون بنحو الشرطية .

قال السيد الطباطبائي اليزدي رحمته الله في حاشيته على المكاسب في بحث المعاطاة : « وإجمال الأقسام المتصورة أنه : إما أن تكون المقابلة بين المالين على وجه الملكية .

(١) جواهر الكلام ٢٢ : ٢١٧ .

وإمّا أن تكون المقابلة على وجه الإباحة ، فتكون من الإباحة المعوّضة بمعنى جعل المباح في مقابل المباح .

وإمّا أن تكون المقابلة بين الفعلين على وجه التملك بأن يكون تملك بازاء تملك .

وإمّا أن يكون بينهما على وجه الإباحة بأن يكون الإباحة في مقابلة الإباحة .

وإمّا أن يكون أحد المتقابلين مالاً والآخر فعلاً كأن يملكه العين بعوض تملكه العين الأخرى أو إباحتها .

ثمّ مع كون العوض في الطرف الآخر فعلاً سواء كان إباحة أو تملكاً قد يكون ذلك بعنوان العوضية والمقابلة ، وقد يكون بعنوان الاشتراط نظير الهبة المعوّضة « (١) » .

وقسم بعض الفقهاء الإباحة بعوض إلى أربعة أقسام :

١- أن تجعل الإباحة عوضاً في المعاملة بأن يبيحه كتابه بازاء أن يملكه العوض .

٢- أن تكون الإباحة مشروطة بالتملك بأن يبيع ماله لزيد على أن يملكه العوض ، أي يشترط عليه ذلك .

٣- أن تكون الإباحة معلّقة على التملك بأن يبيع ماله إذا ملكه العوض .

٤- أن يكون التملك عنواناً للموضوع بأن يقول : أبحث مالي لمن يملكني العوض (٢) .

ولا يخفى أن القسمين الأخيرين يرجعان روحاً ولبّاً إلى معنى واحد ؛ فإن قيود

(١) حاشية المكاسب ١ : ٧٧ .

(٢) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

الموضوع قيود للحكم أيضاً ، فتكون الإباحة معلقة لا محالة على تملك العوض ، فالفرق بينهما في الصياغة .

وهذا التقسيم ناظر إلى مرحلة الإنشاء وكيفية .

٢- وهناك تقسيم آخر للإباحة من ناحية أخرى تعرض لها الفقهاء أيضاً في تنايا كلماتهم ، وهو تقسيمها من حيث حدود التصرف المباح ودائره ؛ فأنها تنقسم إلى : إباحة الانتفاع بدون إتلاف واستهلاك ، وإباحة الانتفاع حتى بنحو الاتلاف كإباحة الطعام للأكل ، وإباحة التملك صريحاً أو ضمناً بأن يبيع له أن يأخذ المال لنفسه أو يتصرف فيه التصرف المتوقف على الملك كوطء الأمة أو العتق لنفسه .

٣- كما أن العوض المجعول في قبال الإباحة تارة يكون عوضاً مسمى ، أي أمراً معيناً يتفقان عليه ، وأخرى يكون قيمة المثل بأن يبيع له أكل الطعام على وجه الضمان لقيمته السوقية ، وقد تسمى هذه بالإباحة المضمونة .

وقد وقع البحث عندهم في صحة الإباحة بعوض في هذه الأقسام وكونها عقداً أو إيقاعاً وكونها لازمة أو جائزة وجملة من الآثار المترتبة في كل قسم من هذه الأقسام ، على ما سنشير إليها .

هل الإباحة المعوضة عقد أو إيقاع ؟

١- لا إشكال في أن مجرد الإباحة من قبل المالك ليس عقداً ، بل إيقاع أو إبراز لمجرد الرضا وطيب النفس بتصرف الغير في ماله ، وهو كاف في جواز التصرف فيه بمقتضى ما دلّ على جوازه بطيب نفس المالك وإذنه وما دلّ على أن الناس مسلطون على أموالهم .

وهذا كما يشمل الإباحة المجانية كذلك يصدق في الإباحة على وجه الضمان لقيمتها السوقية - سواء بالنسبة للمنفعة أو الرقبة - لأنّ هذا ليس راجعاً إلى التعاقد والتوافق بينهما ، بل مرجعه إلى أن المالك كما له أن يأذن بالتصرف في ماله مجاناً كذلك له أن يأذن بالتصرف فيه على وجه الضمان ، والذي يعني أنّه لا يرضى بفوات

مالية ماله ، وإنما يرضى بفوات عينه مع حفظ ماليته ، فيكون الضمان لماليته بقاعدة احترام مال المسلم وعدم جواز هدره على مالكه بلا إذنه ، وأنه لو هدره كان ضامناً له على القاعدة .

٢- وأما الإباحة في قبال عوض مسمى يتفقان عليه فهذا يرجع إلى التعاقد إما بلحاظ نفس الإباحة - كما إذا جعلها في قبال العوض وهذا ما سنشرحه الآن - أو بلحاظ التوافق على مقدار الضمان كما إذا أباحه له على وجه الضمان مع التوافق على مقدار الضمان ، فيكون من هذه الجهة نحو توافق بينهما مشمولاً لعمومات الصحة ، أو للسيرة العقلانية الممضاة شرعاً ؛ فإن الإنسان كما هو مسلط على بيع عين ماله أو إجارته بعوض مسمى كذلك هو مسلط على ماليته ماله ، فله أن يتفق مع الضامن له من أول الأمر على مقدار الضمان ، وسيأتي مزيد توضيح لذلك .

٣- وأما الإباحة المعلقة على تمليك مال آخر أو إباحته فلا ينبغي أن يتوهم كونها عقداً ، وإنما هو إيقاع وإذن مشروط ، بمعنى أنه معلق على تقدير وليس مطلقاً ، وتعليق الاذن والايقاع لا يجعله عقداً وإن كان المعلق عليه تمليك مال ؛ إذ لا يكون فيه أي الزام أو التزام من أحد الطرفين ، ولهذا لا يحتاج إلى القبول ، وإنما تتوقف فعلية الإباحة خارجاً على تحقق شرطه المعلق عليه ، فمتى تحقق أصبحت الإباحة فعلية كما إذا علق المالك إذنه على أي شرط آخر .

قال السيد الخوئي في كتاب الاجارة - في شرح قول الماتن [= السيد اليزدي] بصحة إيجار الدار كل شهر بدرهم بعنوان الإباحة بعوض - : « فإن المالك كما تسوغ له الإباحة المجانية ، كذلك يمكنه بمقتضى عموم دليل السلطنة تخصيص الإباحة بمن يبذل له عوضاً معيناً ، فيبيح السكونة في الدار لخصوص من يعطي عن كل شهر درهماً مثلاً .

ولكن شيخنا الأستاذ رحمته الله ناقش فيه في الهامش بما لفظه : (إن عوضية المسمى تتوقف على عقد معاوضة صحيحة ، وإلا كان ما أباحه المالك بعوضه مضموناً

بالمثل أو القيمة دون المسمّى) « .

ثم قال : « وفيه : انّ هذا إنّما يتجه لو أُريد عوضية المسمّى على نحو الملكية بأن يكون الطرف المبيع مالكا لهذا العوض ومطالباً إياه الطرف الآخر على حد مطالبة الملاك أموالهم في باب المعاوضات ؛ فإنّ هذه الملكية لا تكاد تتحقق إلا بعد افتراض وقوع عقد صحيح كما أفاده ١٠٠٠ .

إلا أنّ الكلام لم يكن في ذلك ، بل في تصحيح هذه المعاملة على وجه يصح للطرف الآخر السكنى منوطاً بدفع المسمّى ، وهذا المقدار لا يتوقف على ما ذكره من فرض العقد الصحيح ، بل يكفي فيه ما عرفته في تفسير الإباحة من أنّ المبيع بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم ربما لا يبيع المنفعة لكلّ أحد أو لهذا الشخص على سبيل الاطلاق ، بل لطائفة خاصّة وهم الذين يبذلون هذا العوض الخاص ، أو لهذا الشخص في تقدير دفع العوض المعيّن وهو عن كلّ شهر درهم بحيث لا يرضى بالتصرف في تقدير عدم دفع هذا المبلغ المعيّن ، بل يكون غاصباً وقتئذٍ وضامناً للقيمة لا محالة » (١) .

٤ - وأما الإباحة مع اشتراط تملك العوض على غرار الشروط ضمن العقود - وهو القسم الثاني من الأقسام الأربعة المتقدمة - فقد يقال : انّ هذا لا يجعل الإباحة عقداً أيضاً ، وإنّما هي مجرد إباحة أو إذن في التصرف مع اشتراط شرط على المباح له بدفع العوض ، وهذا شرط ابتدائي لا أثر له .

هذا ولكن يمكن إرجاع الاشتراط المذكور بحسب الحقيقة إلى تقييد الإباحة بالالتزام الشرطي ، فالإباحة وإن لم تكن في مقابل العوض ، إلا أنّها ليست مطلقة ، بل مقيّدة ومعلّقة على الالتزام بالشرط كما هو الحال في سائر الشروط ضمن العقود ؛ إذ لا يقصد بالضمنية في العقود مجرد التقارن الزماني أو الظرفية ، وإنّما

(١) مستند العروة الوثقى (الإجارة) : ٧٩ - ٨٠ .

المقصود الارتباط وتقييد الانشاء العقدي بالشرط ، ولكن لا بمعنى تقييده بتحقيق المشروط ليلزم منه تعليق العقد على تحقق الشرط فيبطل ، بل بمعنى تقييده بالالتزام الشرطي الحاصل حين العقد ، كما أنّ الالتزام بالشرط مقيد لبناً وثبوتاً بالإباحة ، فإذا لم تتحقق الإباحة أو رجع عنها المالك فلا التزام بدفع البدل من قبل الآخر ، فالمقام نظير الشروط ضمن العقود أو الايقاعات ، فيكون هذا شرطاً غير ابتدائي مشمولاً لعموم « المسلمون عند شروطهم » ، فيكون نافذاً ، ويجب الوفاء على الطرف الآخر على تقدير الإباحة من الطرف الأول . نعم ، لا يكون المبيع ملزماً بالإباحة ، قال السيد الخوئي رحمته الله : « وأما الوجه الثاني ، فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيع ، وإن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التملك لوجوب الوفاء بالشرط » ^(١) ، وسيأتي مزيد توضيح لذلك لاحقاً .

٥- وأما الإباحة في مقابل العوض - القسم الأول - فقد تقدّم تقسيمها في بعض الكلمات إلى أقسام ثلاثة :

١- مقابلة المباح مع العوض ، فيكون من المقابلة بين المالين في الإباحة أو في الإباحة من طرف والملك من طرف آخر .

٢- مقابلة الإباحة مع الإباحة أو التملك ، فيكون من المقابلة بين الفعلين .

٣- مقابلة المال مع الفعل بأن يكون فعل التملك أو الإباحة في قبالة المال المباح أو المملّك فيكون من مقابلة المال مع الفعل .

وهذا التقسيم إن أُريد منه أنّ المقابلة المأخوذة في إنشاء الإباحة بعوض تارة يكون بأخذها ولحاظها بين المالين ، وأخرى بلحاظها بين الإباحتين أو الإباحة والملك فهذا صحيح ، إلاّ أنّه مجرد اختلاف في الصياغة والانشاء ؛ إذ على

(١) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩١ .

كلا التقديرين يكون المنشأ هو الإباحة الفعلية المقيّدة ، أي لا يكون المنشأ هو الإباحة بلا مقابل ، بل الإباحة المقابلة بعوض سواء لوحظ التقابل بالنحو الأول الذي هو من تقييد متعلّق بالإباحة بوجود مقابل وعوض له على غرار قيود المتعلّق ، أو بالنحو الثاني الذي هو من تقييد نفس الإباحة على غرار قيود الحكم . وهذا جارٍ في التملك بعوض أيضاً فأنّه تارة تُنشأ المبادلة بينهما في الملكية أي تملك المال المقابل مع مال آخر ، وأخرى يُنشأ تملك كلّ منهما مقيداً بتملك الآخر .

وكلّ هذا من التفنّن في الصياغة ؛ إذ الإباحة والتملك على كل تقدير منشأ بالفعل بنحو مقيد بمقابله ، فلا يحتاج إلى إنشاء آخر لهما .
وإن أُريد منه المقابلة بين فعلي الإباحة والتملك أو الإباحة والإباحة بحيث تقع المبادلة بين الفعلين فهذا لا يتصوّر إلّا بجعل فعل الإباحة أو التملك عوضاً وبدلاً في المعاملة ، نظير تملك العمل في إجارة الأعمال ، وعندئذ يكون لكلّ منهما على الآخر عمل التملك أو الإباحة ، فلا تتحقّق إباحة ولا ملك العوض بمجرد وقوع المعاملة منهما .

قال المحقق الخراساني رحمته الله : « لو كان الغرض من المعاملة المقابلة بين التملكين بأن يكون عمل كل منهما وتملكه جعل بازاء عمل الآخر وتملكه لم يقع بهذه المعاملة تملك من أحدهما ، بل يستحق كل على الآخر بعد وقوعها تملك الآخر وفاءً بها كسائر الأعمال إذا وقعت المعاوضة بينهما ، كما لا يخفى » ^(١) .
بل هذا بحسب الحقيقة من المبادلة بين مالين في الملكية أو الحقيقة ، إلّا أنّ المالين أو أحدهما فعل التملك أو الإباحة ؛ فإنّ المال أعم من العين والمنفعة والعمل .

(١) حاشية المكاسب (الأخوند) : ١٨ .

ولازمه كما ذكر المحقق الخراساني رحمته الله عدم تحقق الإباحة ولا ملك العوض بذلك ، وهو خارج عن المقصود في موارد الإباحة المعوضة .

بل ذهب بعض الفقهاء إلى عدم معقوليته ، قال المحقق الاصفهاني رحمته الله : « أصل المقابلة بين التمليكين فيه غموض وخفاء ؛ فإن التمليك بالاعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلي ، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي ، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد ، فلا بدّ من أن يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح على التمليك بازاء التمليك ، فيستحق كلّ منهما التمليك من الآخر بازاء تملك نفسه » ^(١) .

وهذا المحذور الذي ذكره راجع إلى مقام الاثبات ، أي لا يمكن إنشاء المبادلة بين الفعلين بالمعاطاة ؛ لأنّ الملحوظ فيها النظر إلى المال المُعطى ، لا عملية الاعطاء نفسه الذي هو التمليك أو الإباحة ، ولهذا ذكر إمكانه إذا قصد ذلك مستقلاً ضمن معاملة أخرى كالصلح على التمليك بازاء تملك أو إباحة بازاء إباحة .

وقال السيّد الخوئي رحمته الله : « لا نتصور وجهاً معقولاً للمبادلة بين تمليكين ؛ فإنّ المبادلة لا بدّ وأن تكون بين مالين موجودين إمّا خارجاً أو اعتباراً في الذمة ، وأمّا ما كان موجوداً في زمان وانعدم فلا معنى لتبديله ، والمقام من هذا القبيل ، فإنّ التمليك الذي ينعدم بقوله مَلَّكتك لا معنى لتمليكه لشخص آخر ثبوتاً .
وأما إثباتاً فلا يمكن إنشاؤه بقوله : مَلَّكتك الدار مثلاً ، بل لا بدّ في ذلك من وقوع عقد آخر على نفس التمليك بأن يقول : آجرتك على أن تملّكني دارك بازاء تمليك البستان .

وبالجملة جعل التمليك بازاء التمليك ممنوع ثبوتاً وإثباتاً » ^(٢) .

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ١ : ١٦٢ .

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ٨٦ .

وهذا المحذور أيضاً إثباتي ، وكأن مقصوده أنه لا معنى للمبادلة بين التملكين بنفس فعل التملك - كما في المعاوضة - وإلا فمن المستبعد أنه لا يرى إمكان تملك الأعمال مستقلاً والتي منها فعل التملك أو الإباحة ، كيف ! وهو واقع في باب إجارة الأعمال ، فإن التفسير الفقهي المشهور لها أنها تملك العمل في قبال الأجرة . وعليه ، فيعقل جعل فعل الإباحة أو المال المباح في قبال فعل تملك العوض أو إباحته ، فيستحق بذلك الطرفان أو أحدهما على الآخر فعل التملك أو الإباحة لا المال ، فلا بد من إنشاء تملكه أو إباحته بعد ذلك .

نعم ، هذا خلاف المقصود في موارد الإباحة بعوض كما أشرنا ، بل لعل تملك الأفعال الاعتبارية والتصرفات القانونية كالتملك والإباحة ونحوها غير عرفي أساساً ؛ لأن التملك أو الإباحة للأموال لا يكون مقصوداً بالاستقلال كالأعمال الأخرى ، من قبيل الخياطة والكتابة ، وإنما يلحظ آلياً وطريقاً إلى تحصيل نفس المال ، فلا تقابل بالمال ولا تقع عوضاً أو معوضاً في المعاوضات ، وإنما يعقل أن تقع شرطاً ضمن العقد . وعلى هذا الأساس حكم المحقق النائيني رحمته الله بطلان مثل هذه المعاملة ^(١) .

وعلى كل تقدير لابد وأن يقصد بالإباحة في مقابل العوض إنشاء الإباحة من طرف المبيع فعلاً ، ولكن في قبال تملك مال الآخر فعلاً أو إباحته أو تملك عمل على ذمة الآخر ، وهو أن يملكه المال الآخر أو يبيحه له ، بناءً على عرفيته وصحته .

وقد اختلف الفقهاء المتعزّضون لهذا النحو من الإباحة المعوضة في صحتها وعدم صحتها بعنوان معاملة مستقلة ، فذهب جملة منهم إلى صحتها ، ومنعها آخرون .

(١) راجع : منية الطالب ١ : ١٧١ .

ولا شك أنه على القول بصحتها بهذا العنوان تكون عقداً من العقود ؛ لأنّ فيها تمليك مال أو عمل في مقابل إباحة مال آخر ، وهو تصرّف اعتباري والتزام في الأموال راجع لطرفين ، فيحتاج إلى التوافق والقبول منهما معاً ، ولا يمكن أن يستقل به طرف واحد ، وهذا هو العقد .

ومن هنا استدلل القائلون بصحتها أيضاً إلى أدلة نفوذ العقد كعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ، أو حلية التجارة عن تراضٍ أو البيع ، أو عموم « المسلمون عند شروطهم » بناءً على شمولها للعقود أيضاً .

وقد جعلها بعضهم مصداقاً لعقد الصلح بعد الاشكال في كونها معاوضة متعارفة ومعهودة .

قال الشيخ رحمه الله : « وأما الكلام في صحة الإباحة بالعوض فمحضه : أنّ هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر ، بل كلاهما ملك للمبيح ، إلا أنّ المباح له يستحق التصرف ، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً ، مع أنّ التأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع ، إلا أن يكون نوعاً من الصلح لمناسبة له لغة ، لأنّه في معنى التسالم على أمرٍ بناءً على أنّه لا يشترط فيه لفظ (الصلح) كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين « لك ما عندك ولي ما عندي » ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين ، ولو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم : « الناس مسلطون على أموالهم » وعموم « المؤمنون عند شروطهم » » (١) .

وقد ناقش أكثر المحققين والأعلام الاشكال الذي طرحه الشيخ رحمه الله كما ناقشوا اندراجها تحت عقد الصلح . حيث اعتبروها عقداً ومعاملة مستقلة لا ربط لها بعقد الصلح ، ولا يشترط فيها إنشاء مفهوم التصالح صريحاً أو ضمناً كما هو مقتضى عقد

(١) المكاسب ، كتاب البيع : ٩٠ .

الصلح ، بل هي عقد برأسه ينشأ فيه الإباحة في مقابل تمليك العوض أو إباحته ، فيكون مشمولاً لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ و «المسلمون عند شروطهم» بناءً على شموله للعقود أيضاً وعدم اختصاصه بالشروط ضمن العقود .

بل توسّع بعضهم وجعلها مشمولة لعموم ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾ ؛ لأنّ التجارة مطلق التكبّب و ﴿أحلّ الله البيع﴾ خصوصاً إذا كان تمليك مال في قبال الإباحة ؛ لأنّ العمل وإن لم يكن مبيعاً في البيع ، ولكن يصح جعله عوضاً فيه .

قال المحقق الخراساني : «إنّما يشكل من هذه الجهة إذا أريد الاستدلال عليه بما دلّ على صحتها بعناوينها ، وإلا فلا إشكال في صحّة الاستدلال عليها بـ «المؤمنون عند شروطهم» و بـ ﴿أوفوا بالعقود﴾ ، إلا أن يدعى أنّ المراد بالعقود هي المعهودة المتعارفة منها لا مطلقاً ، وهو كما ترى » (١) .

وقال المحقق الاصفهاني رحمه الله : «قد عرفت مراراً أنّ المعاوضة والمبادلة من المعاني غير المستقلّة في التحصّل ، بل لابدّ من أن يكون بلحاظ أمر ، والمعاوضة المالية لابدّ من أن تكون بلحاظ أمر يناسب المال بما هو مال ، ولا اختصاص للأمر الملحوظ في المبادلة بالملكية ، بل تصدق المعاوضة بقيام كل منهما مقام الآخر في الملكية والهبة والإباحة ولو باختلاف الأطراف بأن يكون أحدهما ملكاً والآخر حقاً أو مباحاً .

وأما عدم صدق البيع فليس من حيث اختلاف الطرفين في الملكية والإباحة ، بل من حيث أنّه تمليك عين بعوض ، وهذا إباحة مال بعوض ، وإلا فلو فرضنا تمليك ماله بازاء مال مباح له بالإباحة المطلقة لم يكن وجه لمنع صدق البيع عليه حيث إنّ حقيقته - كما عرفت - هو التمليك لا مجاناً ، بل قد عرفت سابقاً أنّ دائرة البيع أوسع

(١) حاشية المكاسب : ١٩ .

من ذلك» (١).

وقال السيد الطباطبائي اليزدي رحمته الله: «لا يضر ذلك؛ لأنه يشمل العمومات من قوله ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تجارة عن تراضٍ﴾ و«الناس مسلطون» و«المؤمنون» ونحوها.

ودعوى انصرافها إلى المعهود كما ترى، فهو نوع من العقد، بل من التجارة؛ إذ ليست إلا الاكتساب ويصدق في المقام.

ولا يلزم في المعاوضة المالية أن يكون المبادلة بين المالكين من حيث الملكية، بل قد يكون من حيث الإباحة من أحد الطرفين أو كليهما - حسبما عرفت - فلا وقع لهذا الاشكال أصلاً.

والتحقيق: أنها معاوضة مستقلة، وليست داخلة تحت الصلح؛ لعدم اعتبار معنى التسالم المعتبر فيه فيها» (٢).

وقال المحقق الايرواني رحمته الله: «ففيه منع خروج هذه المعاملة عن المعاملات المعهودة شرعاً، فإنّ الدخول في الحمايات مع إعطاء العوض من المعاملات الشائعة في عصر الشارع إلى زماننا هذا، وكذلك الدخول في المطاعم وأشباه ذلك، والظاهر أنّ الكل من قبيل الإباحة بالعوض، ويشبه أن يكون من قبيل العارية بعوض، مع أنّ عدم المعهودية لا يضرّ بعد شمول عموم أدلة المعاملات له من مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تجارة عن تراضٍ﴾ و«الناس مسلطون»... ولا تأمل في صدق التجارة من جانب المبيع بعوض المتملك للمال بإباحته.

بل لا يبعد صدقه من جانب المملّك؛ لأنّ إستباحة أموال الناس نوع من الاتجار. مع أنّ غاية ذلك منع التمسك بآية ﴿تجارة عن تراضٍ﴾، كما أنّ عدم كونه

(١) تعليقه على المكاسب ١: ١٧٧.

(٢) تعليقه على المكاسب: ٨١.

بيعاً يمنع التمسك بآية ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ، وأمّا آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فلا مانع من التمسك بها ، مضافاً إلى ما تمسك به المصنف من دليل السلطنة وعموم «المؤمنون» بناء على صدق الشرط على الالتزام والالتزام الابتدائي» (١).

وقال السيد الامام الخميني (رحمته الله) : «ثم لو فرض عدم صدق البيع عليه ، فلا ينبغي الاشكال في صدق التجارة عليه وكذا صدق العقد ، بعد ما تقدم صدقه على المعاطاة ، فهو تجارة صحيحة وعقد لازم واجب الوفاء» (٢).

وقال السيد الخوئي (رحمته الله) «وهذا لا شبهة في صحته ولزومه ؛ للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها .

ودعوى : انّ الإباحة من قبيل الأعمال والأفعال فهي لا تكون عوضاً في العقود المعاوضية ، دعوى جزافية ؛ لأننا ذكرنا في أول الكتاب انّ عمل الحرّ وإن لم يكن مبيعاً في البيع ولكن يصحّ جعله عوضاً فيه ، واذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره المصنّف من التأمل في صدق التجارة عن تراضٍ على الإباحة المعوّضة ، وأمّا الاستدلال على صحّة ذلك بقوله (رحمته الله) : «المؤمنون عند شروطهم» فيرد عليه :

أولاً - انّ الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين ، ومن الواضح انّ الشروط الابتدائية لا يصدق عليها عنوان الشرط ، فتكون خارجة عن حدود الرواية .

وثانياً - أنّا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي بمعنى انّ ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه بل المراد من ذلك إنّما هو الالتزام التكليفي ، أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لأنّه من علائم إيمانه» (٣).

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) : ٨٦ .

(٢) كتاب البيع ١ : ١٧٩ .

(٣) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

وقال في صدر كلامه : « والتحقيق أنّ الإباحة بعوض خارجة عن حدود الصلح بداهة أنّها مغايرة لمفهوم الصلح ومجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة ، وإلاّ لزم إرجاع جميع العقود حتى النكاح إلى الصلح »^(١).

وفي قبال ذلك أصرّ المحقق النائيني رحمته الله على بطلانها وعدم صحّتها لا بعنوان الصلح - لما ذكر - ولا بعنوان التجارة والمعاوضة المستقلّة لأنّها لا بدّ وأن يكون التكسّب فيها من الطرفين لا من طرف واحد ، والمباح له لم يكتسب مالاً ، ولا بعنوان العقد ، لعدم وجود التزام من طرف المبيح للآخر ، وإنّما مجرد إذن يترتب عليه جواز التصرف شرعاً .

قال : « التحقيق فساد هذه المعاملة وعدم صحّتها لا صلاحاً ولا بعنوان المعاملة المستقلة ؛ وذلك لما تقدم وجهه من عدم تحقق معنى المعاوضة أصلاً ، لعدم ورود شيء مكان المال الذي يخرج عن المباح له ، وجواز الانتفاع من مال المبيح ليس شيئاً يمكن أن يقع في طرف خيطه ؛ لأنّه حكم شرعي مترتب على إباحة المبيح ، ولا يكون ملكاً كالعين والمنفعة ، ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملها شيء من العمومات لا دليل الصلح ، ولا دليل التجارة ، ولا عموم « المؤمنون » ، ولا شيئاً من الأدلّة .

ومنه يظهر سقوط التمسك بالعمومات لاثبات لزومها أيضاً .

ثمّ على تقدير الصحة فالتمسك بالعموم لاثبات اللزوم حتى من طرف المبيح لا يخلو عن الغرابة ، وإلاّ يصحّ التمسك لاثبات لزوم كل إباحة . وهذا كما ترى ؛ فإنّ المبيح ما التزم بشيء أصلاً »^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

(٢) تقريرات النائيني للآملي (المكاسب والبيع) ١ : ٢١٨ .

ووافقه عليه تلميذه السيد الخوئي رحمته الله في أحد تقريريه ، ولكن مع الحكم بصحتها بعنوان الإباحة المعلقة أو المشروطة ، وهي ليست بعقد كما تقدم .

قال رحمته الله : « وتحقق ذلك : أنَّ التملك والإباحة قد يقعان مورداً لعقد آخر من صلح أو اجارة أو بيع كما إذا تصالح المبيع والممْلَك على الإباحة والتمليك وأنشأ بعنوان الصلح أو أجر كل منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحد شيئاً وجعل ثمنه الإباحة ، أي تملك عمل الإباحة .

وقد تنشأ الإباحة في مقابل التملك من دون تعلّق عقد بهما .

أمّا الأوّل ، فلا إشكال في صحته ولزومه ، فيجب على كل منهما العمل بما التزم به ويملك كل منهما ذلك على الآخر ، نعم وجوب الإباحة على المبيع تكليفي لا وضعي ، فله الرجوع وضعاً متى شاء ، بخلاف التملك على الطرف الآخر ، وعليه فإنّ أباح المبيع وكان مورد العقد الإباحة في الجملة لا يجوز للمالك الرجوع ؛ لأنّه من أكل المال بالباطل ، وأمّا إذا لم يبيع أو كانت الإباحة مستمرة - كما هو الظاهر - ورجع في الأثناء ثبت الخيار للمالك من باب تخلف الشرط .

وأمّا الثاني فقد عرفت فيما سبق عدم كونه من المعاوضات المالية ، وإنّما هو إباحة مشروطة أو معلقة ، ولكنه مع ذلك صحيح على القاعدة . ويؤيده قوله صلّى الله عليه وآله « الناس مسلّطون على أموالهم » فإنّ مقتضاه تسلّط المالك على إباحة ماله للغير مشروطاً أو معلقاً كيفما أراد .

فإن كانت إباحة مشروطة أي إباحة فعلية مجّانية غايته قد شرط في ضمنها على المباح له تملك ماله فيجب عليه الوفاء به ؛ لقوله صلّى الله عليه وآله « المؤمنون عند شروطهم » جاز للمبيع الرجوع عن إباحته مهما أراد ، ولكن الممْلَك ليس له الرجوع ابتداءً ؛ لأنّ تملكه لم يكن هبة مجّانية لتكون جائزة وإنّما كانت في مقابل الإباحة ، فهي هبة معوّضة لازمة ، إلّا إذا رجع المبيع وحينئذٍ لا يبعد أن يثبت للممْلَك ذلك ؛ لتخلف الشرط .

وأما إذا كانت إباحة معلقة - شخصية أو نوعية - بأن تكون فعليتها منوطة بتحقيق المعلق عليه من دون أن يجب إيجاده على الطرف أصلاً لعدم التزامه به فيجوز للمملك أيضاً الرجوع ابتداءً؛ لأنّ تملكه كان هبة مجانية جائزة إلا إذا كانت إلى ذي رحم فتكون لازمة لا يجوز له الرجوع، إلا إذا رجع المبيع فيثبت له خيار تخلف الشرط.

ولا ينافيه إطلاق ما دلّ على لزوم الهبة إلى ذي رحم؛ فأنّه ناظر إلى لزومها من حيث كونها هبة، فلا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة أخرى»^(١).

وحلّ هذا الاختلاف يتوقّف على تحليل مضمون الإباحة بالعوض؛ فأنّه لو كان مضمونها الإذن والرضا بتصرّف الغير بعوض فهذا ليس إلا مجرد طيب النفس المبرز مشروطاً أو معلقاً على العوض، فيتّم ما ذكر من أنّه ليس معاوضة؛ لأنّه لم ينتقل شيء من كيس المبيع للمباح له، ولا عقداً؛ لأنّه لم يلتزم المبيع بشيء للمباح له، وإنّما أبرز رضاه وطيب نفسه مشروطاً بالعوض الموجب لجواز التصرّف شرعاً، فيزول كلّما زال الرضا وطيب النفس وتدور الإباحة مداره، وهذا ليس معاملة.

وأما إذا كان مضمونها إنشاء الإباحة في مقابل العوض مع الالتزام بذلك من قبل المبيع في قبال التزام الآخر بالعوض فهذا بحسب الحقيقة قرار معاملي والتزام في مقابل التزام، فيكون معاملة وعقداً يتفق عليه الطرفان، ويكون مشمولاً لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ سواء كان متعارفاً أم لا، فإنّ عدم التعارف لا يمنع العموم. على أنّه متعارف - كما أشار إليه بعض الفقهاء - بل قد يصدق عليه عنوان التجارة والتكسّب أيضاً، لما فيه من النفع المالي للطرفين، ويمكن أن نسّميه بالإباحة العقدية.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٩٥ - ٩٦.

إلا أنه ينبغي البحث عندئذ في مضمون هذه الإباحة العقدية من جهتين :
الأولى - فرقتها عن الإجارة التي يصح فيها أيضاً للغير التصرف للانتفاع بالعين المستأجرة .

وحاصلها : أنه في الإجارة تنتقل المنفعة أو حق الانتفاع والتسلط على العين إلى المستأجر وتخرج عن حق مالك العين ، ومن هنا تكون الإجارة من عقود التمليك ونقل الحق إلى الغير ، وهذا بخلاف الإباحة العقدية فإنها ليست متضمنة لانتقال شيء من المبيع إلى المباح له ، وإنما مجرد الإذن وإباحة التصرف ما دام المال مملوكاً له مع بقاءه رقبة ومنفعة على ملك مالكة .

الثانية - أن الالتزام بالإباحة هل يكون على غرار الالتزام بالأفعال ، فالمبيع في الإباحة العقدية يبيع ماله للغير ويلتزم ببقاء هذه الإباحة والإذن في المدة المقررة ما دام المال في ملكه ، أو أنه ينشئ عنوان الإباحة والمأذونية على غرار انشاء النتائج والاضافات الاعتبارية الوضعية كانشاء الملكية والزوجية والحقوق الوضعية الأخرى ؟

ظاهر جملة من القائلين بكون الإباحة المعوضة عقداً مستقلاً هو الثاني ، وظاهر بعضهم الأول . والظاهر أن نقاش المحقق النائيني رحمته وبعض من تبعه بأن الإباحة حكم شرعي وليس طرفاً لاضافة اعتبارية إلى المالك فلا معنى لانشائه من قبل المبيع يرجع إلى هذا المعنى للإباحة العقدية .

وهذا نقاش وجيه ويترتب على كل من التحليلين والتفسيرين للإباحة العقدية أثر مهم فأنه على الأول يكون رجوع المبيع مؤثراً في ارتفاع الإباحة وإن كان ممنوعاً عليه تكليفاً ومحرمًا .

وعلى الثاني يكون رجوعه غير مؤثر ، فتكون الإباحة المعوضة على هذا لازمة تكليفاً ووضعا . وهذا ما سيأتي الحديث عنه عند البحث عن لزوم الإباحة المعوضة .

وقد يحاول تخريج الإباحة بعوض على أساس عقد الجعالة ، بأن يقول الجاعل : من يملكني درهماً أبيع له سكني داري شهراً مثلاً ، فتشمله أدلة صحة الجعالة ، فلا يكون عقداً مستقلاً بل مصداقاً من مصاديق عقد الجعالة .

ويمكن أن يلاحظ على هذا التخرج :

أولاً - إنّ الجعالة إنّما تصح فيما تصح فيه الاجارة ، أي في عمل يمكن أن يبذل بازائه المال والأجرة .

وقد تقدّم عن بعض الفقهاء كالمحقق النائيني رحمته الله الاشكال في صحة جعل العوض في قبال عمل لا يكون ملحوظاً إلاّ آلياً وطريقاً إلى المال وليس بنفسه المال كفعل التملك ، كما إذا أجره ليملكه ماله ، بل المقابلة في مثل هذه الموارد تكون بين المالكين ، فيرجع في المقام إلى الإباحة في مقابل العوض .

وثانياً - إنّ اللازم في عقد الجعالة التزام الجاعل بالجعل للعامل ليكون عقداً ، ومجرّد الاذن والإباحة ليس فيه التزام ، إلاّ إذا كان المقصود التزام المبيع بها لا مجرّد الإباحة ، فيتوقّف على ما ذكرناه في بيان وجه عقدية الإباحة بعوض من كونه التزاماً بالإباحة زائداً على الإذن ، فيمكن أن يكون عقداً مستقلاً والتزاماً في قبال التزام بدفع العوض ، كما هو كذلك عرفاً .

نعم ، هذا لا يدفع معقولة الجعالة أيضاً ، وأثرها عندئذٍ : أنّ التزام المبيع بالإباحة معلق على تملك العوض من الآخر ، وليس في قبال التزام الآخر ، فلا إلزام ولا التزام من قبل الآخر بالتملك ، بل الأمر بالعكس على تقدير التملك والهبة للعوض تلزم الإباحة على المبيع ؛ لأنّه ملتزم به بعقد الجعالة بحسب الفرض .

كما يمكن أن تكون الجعالة من طرف صاحب العوض ، فهو يجعل لمن يبيع له المال العوض ، فيكون ملتزماً بدفعه إذا أباح له المال .

وهكذا يتّضح أنّه يعقل تصوير الإباحة بالعوض بنحو يرجع إلى عقد ومعاملة

مستقلة فيها التزام بالإباحة في مقابل العوض على حدّ العقود والالتزامات الأخرى ، كما قد ترجع إلى عقد الجعالة بناءً على صحتها في كل عمل ، نعم لا تنحصر الإباحة بعوض بذلك ، بل يمكن أن تكون مجرد إباحة معلقة أو مقيدة بالعوض من دون التزام في البين ، فلا يكون عقداً حينئذٍ ، كما لا يكون المبيع ملزماً بها ، كما تقدّم شرحها ويأتي الحديث عن الفروق والآثار المترتبة عليها .

هل الإباحة المعوضة جائزة أم لازمة ؟

اتضح مما تقدّم أنّ الإباحة بعوض تارة تخرج على أساس كونها معاوضة أو عقداً مستقلاً ، وأخرى على أساس أنّها إباحة معلقة على تمليك العوض ، وثالثة على أساس أنّها إباحة مقيدة بالالتزام الشرطي بالعوض ، ورابعة على أساس التوافق بين المبيع والمستوفي للمنفعة أو العين على تعيين مقدار الضمان في المسمّى .

فهذه تخريجات أو تصورات أربعة للإباحة بعوض تختلف في الجواز واللزوم .

١ - فبناءً على التخرّيج الأوّل لابدّ وأن يقال بلزومها من كلا الطرفين أي طرف المبيع وطرف المملّك للعوض بمقتضى العمومات الدالة على لزوم كل عقد ووجوب الوفاء به المقتضى للزوم العقد ابتداءً نظير قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أو قوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » أو بالاطلاق كأدلة الصحة والامضاء من قبيل : ﴿ أحلّ الله البيع ﴾ و ﴿ تجارة عن تراض ﴾ فإنّ مقتضى إطلاقها الأحوال بقاء الإمضاء وترتب الأثر حتى بعد رجوع المالك . كما أنّ مقتضى الأصل العملي - وهو الاستصحاب - ذلك أيضاً .

قال الشيخ الأنصاري رحمه الله : « وعلى تقدير الصحة ففي لزومها مطلقاً لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ، أو من طرف المباح له حيث إنّّه يخرج ماله عن ملكه

دون المبيع حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه فهو مسلّط عليه ، أو جوازها مطلقاً ، وجوه : أقواها أوّلها ثمّ أوسطها » (١) .

وقد اعترض على هذا الاستدلال من قبل المحقّقين : بأنّ مقتضى دليل « الناس مسلّطون على أموالهم » جواز رجوع المبيع عن إباحته ، لأنّه باقٍ على ملكه بحسب الفرض ، فيكون مقتضى السلطنة على ماله جواز الرجوع فيه ، كما أنّ مقتضاه جواز تصرّفه فيه بما يوجب انتفاء الإباحة .

وقد اختلف موقفهم في دفع هذا الإشكال ، فذهب بعضهم كالمحقق الاصفهاني رحمته الله إلى اللزوم بمعنى عدم تأثير الرجوع في رفع الإباحة مع جواز التصرّف للمبيع في ماله بما يوجب انتفاءها على المباح له ، قال : « ينبغي أن يعلم أنّ إباحة التصرّف في المال تارة تستند إلى إذن المالك ورضاه فمثلها بقاؤها ببقائهما كحدوثها بحدوثهما ، وأخرى تستند إلى العقد على الإباحة ومثلها قابلة للزوم بمعنى عدم انفكاك الإباحة عن موضوعها فليس للمبيع ردّ تلك الاضافة كما أنّه ليس له ردّ الملكية ، وحينئذٍ فلا يختص اللزوم بطرف الملكية ، بل يعمّ طرف الإباحة .

وأما المعارضة في طرف الإباحة بعموم دليل السلطنة لأنّ المفروض بقاء المال على ملكه ، فمندفعة بأنّ غاية ما يقتضيه دليل السلطنة أنّ المالك له التصرّف في ماله ، إلّا أنّه غير السلطنة على عقده وردّ الاضافة ، فأنّه محتاج إلى سلطنة جديدة متعلّقة بالعقد قولياً كان أو فعلياً ، كما مرّ الكلام سابقاً .

نعم ، التصرّف في نفس المال بما يوجب انتفاء موضوع تلك الاضافة لا مانع منه » (٢) .

(١) المكاسب : ٩٠ .

(٢) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ١ : ٤٤ .

وذهب بعض كالمحقق الايرواني رحمته الله إلى اللزوم تكليفاً بمعنى حرمة الرجوع أو التصرف الراجع للموضوع ، لا وضعاً بمعنى صحة التصرف وارتفاع الإباحة للمباح له برجوع المبيع قال : « ثم لزوم المعاملة إما أن يراد منه لزومها تكليفاً بمعنى أنه لا يجوز فسخ المعاوضة ويحرم فسخها ، أو يراد منه لزومها وضعاً بمعنى أنه لا أثر لرجوعه في حلّ المعاملة وحرمة التصرف للمباح ... »

إذا عرفت هذا فاعلم أنه لا سبيل إلى الحكم باللزوم الوضعي ؛ فإنّ جواز التصرف من المباح له بعد رجوع المبيع خلاف دليل سلطنة الناس ودليل لا يحلّ . وأما اللزوم تكليفاً فهو مقتضى الأدلة التي يستدل بها على صحة هذه المعاملة ، أعني عموم ﴿ أفوا ﴾ و (المؤمنون عند شروطهم) « (١) .

ومثله ما ذكره السيد الكلبيگاني رحمته الله « الأقوى هو الوجه الأوّل وهو اللزوم ، لكن فيما إذا كان أخذ العوض في مقابل الإباحة الأبدية ، فيجب البقاء على إباحته والالتزام بها تكليفاً لا وضعاً » (٢) .

وذهب آخرون إلى اللزوم تكليفاً ووضعاً وعدم معارضة دليل السلطنة مع أدلة اللزوم . قال السيد الطباطبائي اليزدي رحمته الله : « مقتضى السلطنة على المال لزوم الإباحة المفروضة لا جوازها ؛ لأنّه إذا كان مسلطاً على ماله وقد أباحه بعوض ، فيلزم أن تكون نافذة » (٣) .

وقال السيد الحكيم رحمته الله : « ولا يعارضه عموم السلطنة بالاضافة إلى المبيع لكون المفروض صدور التصرف من السلطان ، فيكون مقتضى العموم القدرة عليه على ما هو عليه من اللزوم والجواز ، فلا يصلح لمعارضة ما دلّ على لزومه ؛ لما عرفت

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) ١ : ٨٦ .

(٢) بلغة الطالب : ١٥٠ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨١ .

من أنها لا تصلح للتشريع .

وبالجملة عموم السلطنة إنما يقتضي شرطية إذن المالك في صحة التصرف ، فإذا وقع التصرف بإرادة المالك وكان لازماً لم يصلح العموم لرفع لزومه « (١) .

وقال الإمام الخميني رحمته : « انّ التمسك في ذيل كلامه - أي الشيخ الأنصاري رحمته - بأصالة التسلط للجواز ليس على ما ينبغي ، فإنّ الناس مسلطون على أموالهم لا على الأحكام والأسباب » (٢) .

ويتلخص جواب القائلين باللزوم وضعاً وتكليفاً في أمرين :

أولاً - إنّ دليل السلطنة لا نظر له إلى تشريع الأسباب وترتب الأثر عليها أو عدمه سواء في طرف الأحداث أو الإنهاء والفسخ ؛ ومن هنا منع جملة من المحققين من التمسك بدليل السلطنة لاثبات صحة العقود .

ويمكن أن يلاحظ عليه : بأنّ المدعى ليس تحكم دليل السلطنة على الأسباب الشرعية بل على تصرف المالك في ماله بنقله إلى الغير أو أخذه من المباح له وحرمة تصرفه فيه بدون رضاه ، لأنّ موضوع كلّ ذلك هو الملك وهو محفوظ للمبيع بحسب الفرض ، ولازمه عدم اللزوم الوضعي .

نعم ، حيث أنّه قد التزم بالعقد بأن يبيع ويأذن للمباح له بالتصرف يكون رجوعه عن ذلك مخالفة لذلك الالتزام والشرط فيحرم عليه تكليفاً لا وضعاً .

وثانياً - لو فرض نظره إلى الأسباب فهو يقتضي السلطنة عليها كما هي ، فإذا كان مقتضاها اللزوم كان مقتضى السلطنة عليها ذلك أيضاً ، لا انتقاضها وارتفاعها ؛ فإنّه خلف السلطنة عليها بما هي كذلك .

وهذا الجواب قد ناقش فيه المحقق الاصفهاني رحمته بقوله : « انّ نفوذها - الإباحة -

(١) نهج الفقاهة : ١٢٥ .

(٢) كتاب البيع (الخميني) ١ : ٢٦٥ .

لا يلزم لزومها كما في كلِّ معاوضة نافذة ، فالاستدلال بالصحة على اللزوم غريب جداً ، نعم هذا إنما يتوهم إذا عقد على الإباحة على وجه لا رجعة فيها فإنَّ فرض وقوعها نافذة فرض عدم نفوذ الرجوع ، لأنَّ المنافي لا يقع صحيحاً بعد وقوع منافيه صحيحاً وإلاَّ لزم صحة المتنافيين ، لكنه خارج عن محلِّ البحث إذ الكلام في مجرد العقد على الإباحة كالعقد على الملكية واللزوم والجواز حكمان شرعيان»^(١).

ويمكن توضيح ذلك ببيان آخر : أنَّ البحث في أصل اقتضاء الإباحة بعوض - بناءً على كونها عقداً والتزاماً بالإباحة في مقابل العوض - للزوم تكليفاً ووضعاً أو تكليفاً فقط ، يبتني على تحليل حقيقة الإباحة العقدية كما أشرنا إليه فيما تقدّم .

فإذا كانت الإباحة العقدية بنحو الالتزام بالإباحة على غرار الالتزام بالأفعال فهذا غايته اللزوم تكليفاً ، أي وجوب الإباحة والإذن للطرف الآخر في المقدار المتفق عليه من الزمان ، وأمّا إذا رجع عن إذنه وإباحته أو أراد منعه عن التصرف كان جائزاً وضعاً ، أي مؤثراً ، فترتفع الإباحة ، ولكنه محرم عليه تكليفاً ؛ لأنَّه على خلاف التزامه .

وإن كانت الإباحة العقدية انشاءً للإباحة والمأذونية على غرار انشاء النتائج الوضعية الاعتبارية أي أن يكون الطرف الآخر مأذوناً في التصرف والمال مباحاً له ، نظير الالتزام بكونه وكيلًا بنحو شرط النتيجة ، كانت الإباحة لازمة وضعاً وتكليفاً ، فلا يؤثر منعه أو رجوعه في ارتفاع المأذونية والإباحة ما دام المال ملكاً له .

فالمسألة مرتبطة بهذا التخريج والتحليل للإباحة العقدية فمن يرى صحته

(١) حاشية المكاسب للأصفهاني ١ : ٤٤ .

وعقديته كان مقتضى دليل وجوب الوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم لزوم هذا العقد وعدم تأثير رجوع المبيع في زوال الإباحة . ولا ينافيه دليل السلطنة لأنه كان بإرادة المالك وإنشائه .

وإن شئت قلت : من حيث أنه ملك للمبيع وإن كان له أن يرجع ، إلا أنه من حيث أنه إنشاء والتزام من قبله نافذ وضعاً وتكليفاً . فلا أثر لرجوعه ، ودليل السلطنة لا ينفي هذه الحيثية .

ثم إنه بناءً على التخييع والتفسير الأول للإباحة العقدية إذا رجع المالك عن إباحته كان للطرف الآخر الرجوع بالعوض أيضاً لتخلف الشرط ؛ لأنّ تملكه العوض كان مشروطاً بالإباحة .

نعم ، قد يقال : بأنّ له أن يرجع بالعوض بالنسبة لا بتمامه ، فإذا كان قد استوفى المنفعة وتصرّف بسكنى الدار مثلاً في نصف المدة ثم رجع المالك عن إباحته كان له أن يرجع بنصف العوض لا أكثر ؛ لأنّ الشرط المذكور انحلالي .

ثم إنّ نفس النتائج المترتبة بناءً على كون الإباحة المعوّضة إباحة عقدية بالتفسيرين المتقدمين تترتب على القول بارجاعها إلى عقد الجعالة بأن يجعل المبيع لمن يملكه العوض إباحة التصرف في ماله فإنّه في طول تملك العوض تكون الإباحة نافذة وحاصلة ، فإن كانت بالنحو الأول كان رجوع المبيع رافعاً لها وضعاً ومحرمّاً تكليفاً ، وإن كانت بالنحو الثاني لم يكن نافذاً حتى وضعاً .

نعم ، يختلف فرض الجعالة عن العقد المستقل بين الإباحة والعوض في لزوم الأمرين على المتعاملين في العقد المستقل بمجرد إنشاء العقد ، بخلافه في الجعالة فإنّه لا لزوم على المجهول له كما لا لزوم على الجاعل إلا في طول تحقق العمل من المجهول له وهو التملك للعوض في المقام .

٢ - وبناءً على التخييع الثاني للإباحة المعوّضة أي كونها إباحة معلقة على تملك العوض تكون الإباحة مجّانية ، ولكنها مترتبة على تحقق عنوان أو عمل

وهو تمليك الطرف للعوض ، فيجوز للمبيح الرجوع كما هو الحال في سائر موارد الإباحة والإذن بتصرف الغير ، فلا التزام له بشيء ، كما أنَّ تمليك العوض من الطرف الآخر ليس إلا هبة مجانية بحاجة إلى قبض وإقباض ، كما أنَّ له الرجوع فيها إذا كان لغير ذي رحم .

٣- وبناءً على التخريج الثالث أي كونها إباحة مقيّدة بالالتزام الآخر بتمليك العوض وإنشاء ذلك ، فإن كان المبيح أيضاً ملتزماً بالإباحة رجع إلى التخريج الأوّل وكان التزاماً في مقابل التزام وهو عقد كما أشرنا .

وإن لم يكن التزام بالإباحة من قبل المبيح ، بل كانت إذناً وإباحة فعلية ولكن مشروطة ومعلّقة على التزام الآخر بتمليك العوض كما في الشروط ضمن العقود بحيث لو لم يلتزم فلا إذن وإباحة ، فقد تقدّم من بعض الأعلام جعل مثل هذا الالتزام الشرطي مشمولاً لعموم « المسلمون عند شروطهم » ؛ لأنّه ليس شرطاً والتزاماً ابتدائياً ، بل قيد وشرط للإباحة ، فيكون نظير الشرط ضمن العقد أو الإيقاع ، فتكون الإباحة جائزة ، ولكن شرط التمليك للعوض على تقدير الإباحة يكون لازماً وواجب الوفاء ، فيكون اللزوم من قبل المملّك لا المبيح .

وإن كان على تقدير عدم الإباحة أو الرجوع فيها يجوز للمملّك أيضاً عدم العمل بالشرط ؛ لأنّ الشرط كان على تقدير الإباحة لا مطلقاً .

وحينئذٍ فإن كان هذا الاشتراط بنحو شرط النتيجة أي التزام بملكية العوض تحقّقت الملكية بنفس هذا الشرط واستحقّقه المبيح وملّكه عليه ، فلا حاجة إلى تمليك آخر كما لا حاجة إلى قبض وإقباض ؛ لأنّ التمليك بالشرط لا بعقد الهبة ، فيكون لازماً عليه ، ولا يصح فيه الرجوع ما لم يرجع المبيح عن إباحته .

وإن كان الاشتراط بنحو شرط الفعل وجب عليه التمليك وكان هبة فيملكه المبيح في طول الاقباض .

كما أنّه يجوز للمملّك الرجوع وضعاً لا تكليفاً إذا كان لغير ذي رحم متى شاء ،

بخلافه على الأول كما أشرنا ، فما تقدّم عن بعض الأعلام من التسوية بين النحويين للاشتراط غير دقيق .

وقد يناقش في أصل صحة مثل هذا الاشتراط ولزومه وشمول دليل وجوب الوفاء بالشرط له ؛ لأنّه من الشرط الابتدائي لا ضمن عقد أو إيقاع ، إذ المراد بالشرط ما يكون قيداً وشرطاً للالتزام عقدي أو إيقاعي ، والإذن أو الإباحة بحسب الفرض ليس التزاماً من قبل المبيع ، وإنّما مجرّد رضا وطيب النفس بتصرّف الغير وإن كان مقيّداً ومشروطاً بالالتزام الشرطي المذكور .

ويمكن أن يجاب : بأنّ عموم « المسلمون عند شروطهم » يشمل كلّ شرط ، وإنّما قيل بخروج الشرط الابتدائي إمّا من باب الإجماع أو من جهة أنّ عنوان الشرط ظاهر في كون الالتزام شرطاً وقيداً لإنشاء أو التزام آخر . وكلا الأمرين غير جاريتين في محلّ الكلام :

أمّا الإجماع ، فلاختصاصه بالشرط الابتدائي المحض الذي هو كالوعد ، وليس المقام كذلك بل هو التزام في مقابل الإباحة ومن أجلها .

وأما الاستظهار فهو شامل لمحلّ الكلام ؛ إذ الالتزام بتمليك العوض قد وقع قيداً وشرطاً لإباحة المبيع ماله لصاحب العوض ، فهو التزام وقع شرطاً في إنشاء الإذن والإباحة ، فيكون على غرار الشروط الضمنية في العقود أو الإيقاعات الأخرى .

٤ - وبناءً على التخريج الرابع للإباحة المعوّضة أيضاً لا لزوم للإباحة على المبيع ، كما لا استحقاق للعوض ابتداءً وقبل التصرف والاستيفاء ، وإنّما يستحقه المبيع باستيفاء المباح له ، إمّا على أساس كونه عقداً وتوافقاً كذلك بينهما ، أو على أساس تبدّل ضمان الغرامة بالمسمّى ابتداءً بذلك عند العقلاء ، وقد أمضاه الشارع أيضاً ، فيكون بعد الاستيفاء لازماً على المستوفي على كلّ حال . وإن كان اللزوم على تقدير كونه عقداً لزوماً عقدياً معاملياً وعلى تقدير كونه حكماً عقلاً لزاماً حكماً ، ولكلّ منهما آثاره وأحكامه الخاصة يراجع فيه بحث (خيار ، لزوم) .

ثمَّ إنَّه في كلِّ قسم من هذه الأقسام الأربعة للإباحة المعوّضة إذا كانت الإباحة بعوض أو تملك العوض بالخصوص عقداً خاصاً كالصلح أو الهبة أو التجارة أو عقداً مستقلاً اشترط فيه ما يشترط في العقود أو المعاوضات عموماً أو تلك العقود الخاصّة من الشرائط والأحكام كاشتراط التنجيز وعدم الجهالة والترديد والتطابق بين الإيجاب والقبول والموالة والقبض والاقباض وجريان الخيار وغير ذلك من الأحكام والآثار .

كما أنَّ شروط الأهلية من البلوغ وعدم السفه والحجر والجنون ونحو ذلك لازمة في جميع هذه الأقسام وسواء كانت الإباحة عقدية أم لا ؛ لأنّها شرط في مطلق التصرّف في الأموال حتى الإذن والإباحة ، كما هو مقرّر في محلّه .

إباحة التملّك بعوض :

من موارد الإباحة المعوّضة المتعارفة أن يبيع المالك تملّك ماله للغير بعوض كما في وضع الطعام أو المتاع في أمكنة عامّة لمن يريده بشرط وضع ثمنه المسمّى والمعيّن عنده ، نظير وضع الأجهزة المتعارفة اليوم لأخذ بعض الأغذية والأشربة المنصوبة في المحلّات العامّة بدفع ثمنها في الموضع المعيّن في الجهاز .

وهذا النحو من المعاملة المتعارفة والمعهودة كثيراً اليوم قد يخرج على أساس أنّه نحو معاطاة ومبادلة بين المالين بالفعل والوضع المخصوص خارجاً ، فيكون بيعاً ، فيشترط فيه شروطه لا محالة .

وقد يخرج على أساس أنّها من باب إباحة التملّك بالعوض - ولعلّه الأظهر حيث لا يشترط فيه شروط البيع بل لا توجّه إلى إنشاء مضمون البيع عادة - وعندئذٍ يفتح بحث عن صحّة ذلك وكيفيّة تخريجه ؛ لأنّ الإباحة لا تستلزم الملك ، فكيف يحصل التملك بها ، مع وضوح أنّ انتقال الملك بحاجة إلى سبب ناقل والإباحة ليست من أسباب انتقال الملك ؟ !

ويمكن أن يجاب على ذلك : بأنّ السبب الموجب للملك هنا ليس هو الإباحة ، بل الأخذ وحيازة المال بقصد التملك في طول إباحة المالك وإذنه بذلك .

وتوضيح ذلك : انّ الحيازة بقصد التملك في الأموال المباحة لا إشكال في كونها من أسباب الملك عقلاً ، وقد أمضاه الشارع ، بل ادّعى بعض الفقهاء دلالة بعض النصوص عليه ، وهي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « انّ أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة ، فجاء رجل فأخذه ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : للعين ما رأت ، ولليد ما أخذت » (١) .

وهذه السببية للحيازة والأخذ عند العقلاء لا تختص بالمباحات الأولية ، بل هي أعمّ من ذلك ، فتعمّ تمام موارد عدم وجود حق للآخرين في المال المحوز ، وهذا يكون في موارد ثلاث :

١ - المباحات الأولية .

٢ - المال المعرض عنه صاحبه .

٣ - المال الذي يأذن صاحبه بأخذه على وجه التملك .

فالحاصل : لا قصور في اقتضاء الحيازة والأخذ بقصد التملك للسببية ، وإنّما يمنع عنه حق الآخرين سواء كان حقاً لشخص حقيقي أو حقوقي ، فاذا لم يكن المال المأخوذ بقصد التملك متعلقاً لحق الآخرين أو كان ولكن صاحبه أذن في ذلك ورضي به - والذي هو بمثابة إسقاط حقه أو إغراضه عنه - كانت السببية تامة ومؤثرة ، وهذا التعميم والتحليل لملاك سببية الحيازة بقصد التملك للملكية لو جزمنا بها عقلاً أو استظهرناه من بعض التطبيقات الفقهية اتجه تخريج المعاملة المعهودة على أساس كونها إباحة وإذنًا في الأخذ والتملك مجاناً أو على وجه الضمان للقيمة أو للمسمى أو معلقاً على تملكهما .

(١) الوسائل ١٦ : ٢٩٧ ، ب ٣٨ من الصيد ، ح ١ .

فهذا التملك لا يكون على أساس العقد أو الشرط ، بل على أساس الفعل التكويني ، وهو الأخذ والحيابة بقصد التملك بعد إباحة المالك ذلك ، فلا يشترط فيه شيء من شروط المعاوضة أو العقد ، ولا تجري عليه أحكامها من اللزوم والجواز والخيار ونحو ذلك .

وعلى أساس هذا التخريج يمكن أيضاً حلّ الاشكالات المذكورة عندهم في بحث المعاوضة بناءً على إفادتها للإباحة المطلقة بالنسبة للتصرفات المتوقفة على الملك كالوطء أو البيع والعتق لنفسه ، فإنها يمكن أن تكون من الإباحة في التملك بالأخذ ، فلا حاجة إلى التكاليف والتأويلات التي ذكرها الفقهاء في ذلك البحث .

أثر الإباحة المعوضة :

اتضح مما تقدم أنّ أثر الإباحة المعوضة في موارد إباحة التصرف والانتفاع هو جواز التصرف للمباح له في حدود الإباحة لا أكثر ، واستحقاق المبيع للعوض - سواء كان القيمة السوقية في الإباحة على وجه الضمان أو المسمى - وفي إباحة التملك للعين جواز تملكها كذلك وحصول الملكية في طول الأخذ والتصرف .

وهل يتحقق حق للمباح له في الانتفاع أو المنفعة في إباحة التصرف زائداً على جواز التصرف بحيث يمكن انتقاله إلى الغير بسبب ناقل أو بارث ونحوه ؟

تقدم أنّه لا يحصل شيء من ذلك لأنّ الإباحة المعوضة حتى العقديّة منها لا تتضمن انتقال حقّ أو ملك إلى المباح له ، بل غايته جواز التصرف وإباحته ، وأمّا لزوم الإباحة من طرف المبيع أو دفع العوض من طرف المباح له فقد تقدم شرحه وتفصيله واختلاف حكمه حسب اختلاف التخريجات العديدة المتصورة للإباحة المعوضة .

كما تقدّم أيضاً إمكان تخريجها على أساس عقد الجعالة أو إباحة عقديّة مستقلة ، وحينئذٍ يترتب عليها آثار عقد الجعالة أو العقود المستقلة ويلحقها شروطها وأحكامها .

كما أنه على تقدير القول بلزوم الإباحة العقدية يجري فيها التقايل والخيار إذا تحقق سبب من أسبابه .

هذا كله في الإباحة المعوضة المالكية - كما هو مقصودنا منها - وأما الإباحة الشرعية المعوضة المزعومة في المعاطاة على قول فهي إباحة تعبدية توقيفية على خلاف القاعدة فلا يمكن تطبيق القواعد عليها ، بل لابد فيها من الاقتصار على المتيقن من دليلها مورداً وأثراً وشرطاً .

انتهاء الإباحة المعوضة :

تنتهي الإباحة المعوضة بانتهاء التصرف المباح - كالانتفاع بالحمام مثلاً - كما تنتهي بزوال الموضوع وتلف المال المباح وهذا واضح ، وتنتهي أيضاً بانتقال المال إلى مالك آخر ، فإن الإباحة مالكية ومقيدة بموضوعها وهو ملك المبيع فاذا بيع المال من شخص آخر زال موضوع الإباحة - كما أشار إلى ذلك المحقق الاصفهاني في عبارة سابقة - .

لا يقال : فلينقل العين إلى الغير بما هو مباح في تلك المدة للمباح له نظير انتقال العين مسلوقة المنفعة إلى الغير في بيع العين المستأجرة .

فإنه يقال : هذا خلف ما تقدم في حقيقة الإباحة من عدم اقتضاءها انتقال شيء إلى المباح له بل هو مجرد تحليل وإباحة للتصرف من قبل المالك ، وهذا حتى على تقدير رجوعه إلى انشاء الإباحة العقدية لا يخرج عن كونه إباحة من قبل المالك ما دام مالكاً لا أكثر ، إذ لا سلطنة للمالك على أكثر من ملكه ، فالإباحة المنشأة مقيدة لباً بمالكه لا محالة .

وكذلك تنتهي الإباحة بموت المبيع أو المباح له لانتقال المال إلى الورثة في الأول فينتفي موضوع الإباحة - كما ذكرنا - وكون الإباحة للمباح له بالخصوص لا لورثته في الثاني فلا موضوع لجواز تصرفهم . وقد تقدّم أن الإباحة حتى العقدية والمعوضة لا توجب انتقال مال أو حق إلى المباح له لكي ينتقل إلى وارثه بموته أو

يكون خارجاً عن تركة المبيع .

وأما انتهاء الإباحة برجوع المبيع عن الإباحة فمبني على القول بعدم لزوم الإباحة حتى العقدية وضعاً ، وقد تقدم البحث عنه مفصلاً .

وأما جنون المبيع فهل يوجب انتهاء الإباحة - كما في العقود الاذنية - أم لا ؟ الصحيح هو التفصيل بين فرض القول بلزوم الإباحة المعوضة وضعاً وعدم لزومها . ففي الفرض الثاني تنتهي الإباحة بجنون المبيع لزوال أهليته فلا يكون بقاء اذنه - لو فرض - مؤثراً في الإباحة .

وفي الفرض الأول يمكن القول ببقاء الإباحة لكونها منشأ بعقد لازم في زمان أهلية المالك فلا يضرّ ارتفاع أهليته بعد ذلك لأنّ بقاء الإباحة غير مستند إلى اذنه ورضاه حال جنونه بل إلى العقد الحاصل في زمان عقله وأهليته .

هذا كله في إباحة التصرف والانتفاع ، وأما إباحة التملك بالعوض فإن قيل بصحتها من باب كونه عقداً من عقود المعاوضة ولو بعد الأخذ والقبض للمال فحاله حال سائر عقود المعاوضة يكون مقتضى القاعدة فيها اللزوم وعدم الانتهاء برجوع أحد الطرفين ما لم يكن تقايل أو خيار . نعم قد يصح الرجوع قبل القبض وتحقق العقد كما انّ انتفاء الأهلية أو الملكية قبل ذلك رافع لموضوع العقد .

وأما إذا قيل بصحتها من باب التملك بالأخذ والحيازة بعد إذن المالك أو اعراضه مشروطاً بالعوض فلا يجري فيه التقايل ولا الخيار عندئذٍ ، بل حاله حال سائر ما يملك بالأسباب القهرية غير العقدية .

هذا آخر ما أردنا إيراده في الإباحة المعوضة . والحمد لله أولاً وآخراً .

مقدار ما يضمنه الجاني من خسائر

إنّ تحديد دائرة الضمان في المجالين الجنائي والمدني من الموضوعات
المحورية في النظام الحقوقي . . والذي يشكّل رقماً صعباً في النظرية
الإسلامية العامة . . لذا فإنّ هذا البحث يعالج مسألة في غاية الحساسية
والأهمية . . وما أفاده سماحة السيّد الأستاذ يعدّ انعطافاً في النظر
المشهوري حول طبيعة موقف الشريعة تجاه حدود الضمان .. (التحرير)

مقدار ما يضمنه الجاني من خسائر

يمكن أن نتناول البحث في ثلاث مسائل :

الأولى : في ضمان الجاني - زائداً على الدية - أجره الطبيب ونفقات العلاج .

الثانية : في ضمانه ما يفوت على المجني عليه من معيشته وكسبه .

الثالثة : في ضمان نفقات المرافعة وإقامة الدعوى على الجاني . وهذا الفرع

لا يختص بالدعاوي الجنائية ، بل يجري في الدعاوي والمرافعات المدنية أيضاً .

وسنبين ذلك مفصلاً :

المسألة الأولى :

قد يستظهر من كلمات الأصحاب - حيث سكتوا في موارد الدية عن ذكر غيرها

- أن كل ما يضمنه الجاني إنما هو الدية أو الأرش ، والدية هي الدية الكاملة ، وقد

تطلق على كل مقدّر شرعي ، والأرش نسبة منها سواء كان مقدّراً شرعاً أو يقدره

القاضي بالحكومة ، إلا أن هذا الاستظهار يمكن المناقشة فيه على ما سيأتي .

والمهم ملاحظة ما تقتضيه الأدلة والقواعد . وينبغي البحث أولاً في ما هو مقتضى

القاعدة مع قطع النظر عن روايات تحديد الدية على كل جنائية ، وأخرى في ما

يستفاد من مضامين تلك الروايات ، فالبحث في مقامين :

المقام الأول : في ما تقتضيه قواعد الضمان العامة في هذه المسألة :

قد يقال بالضمان وأنّ على الجاني أن يتحمّل خسارة علاج المجني عليه وبرئه ؛

وذلك استناداً إلى أحد الوجوه التالية :

الوجه الأول: التمسك بالسيرة العقلائية ، حيث يقال بأنهم يحكمون بضمان الجاني تمام الخسائر التي تقع على المجني عليه ومنها أجره الطبيب والعلاج . وإن شئت قلت : إن وصف الصحة والسلامة والبرء من المرض أو الجرح من الأوصاف المرغوب فيها عقلائياً ، بل المهمة عندهم ، بل هي في الإنسان أهم منها في الأموال ، فكما يكون الغير ضامناً لوصف الصحة في المال إذا تصرف فيه أو تلفه بغير إذن مالكة كذلك يكون ضامناً له في الإنسان إذا جنى عليه ، ومقتضى ضمانه ذلك تحمّل نفقات البرء وقيمة العلاج . وهذا الارتكاز أو السيرة العقلائية لم يرد ردع عنها من الشارع فنستكشف إمضاءها لا محالة .

وفيه :

أولاً- ما ذكر من أهمية وصف الصحة في الإنسان بل هو أهم منه في الأموال لا شك فيه ، إلا أن هذا وحده لا يكفي للضمان ما لم يكن ذلك الأمر المرغوب فيه مالا عند العقلاء . والعقلاء لا يعتبرون المالية للإنسان بالنسبة إلى نفسه وأوصافه وأعضائه ، فإذا لم يكن وصف الصحة في الإنسان مضموناً لم يكن وجه لضمان نفقات العلاج وأجرته .

وثانياً- لو سلمنا ثبوت الضمان لوصف الصحة في الإنسان عقلائياً قلنا مع ذلك بأن إمضاء الشارع لذلك فرع عدم احتمال ردع عنه ، فلو احتملنا أن ما جاء في روايات تحديد الدية والأرش تأسيس لطريقة شرعية جديدة لكيفية ضمان الجنايات وصحة الإنسان ، فلا محالة يحتمل الردع بحيث لا يمكن الجزم بالإمضاء .

الوجه الثاني: إن الجاني يضمن ما يصرفه وينفقه المجني عليه على نفسه في سبيل العلاج باعتباره هو السبب في ذلك ، والمجني عليه مضطّر إلى صرفه وإنفاقه ، فيصدق التسبب للخسارة أو الضرر ، والسبب في مثل ذلك أقوى من المباشر ، فيكون ضامناً للمقدار اللازم إنفاقه للاستعلاج لا أكثر بقاعدة التسبب .

مناقشة الوجه الثاني :

وقد يناقش في هذا الاستدلال كبرى وصغرى :

أما من حيث الكبرى ؛ فبأنّ التسبب وضمن السبب مع كون الفعل صادراً من المباشر بالاختيار أمر على خلاف القاعدة لا يمكن قبوله إلا في الموارد الخاصة التي قام فيها الدليل عليه .

وأما من حيث الصغرى ؛ فلأنّ كبرى التسبب لو سلّمت فهي إنّما تنفع في موارد إتلاف المال أو إفساد الشيء الموجب لنقصه ، حيث يقال : إن كان المباشر له إنّما أفسده بسبب الغير وكان السبب أقوى كان عليه الضمان ؛ لأنّ استناد التلف إليه أقوى من استناده إلى المباشر ، ومن الواضح أنّ هذا فرع صدق الإتلاف أو الإنقاص ، وهو لا يصدق في المقام ؛ إذ لا يكون صرف المال للاستعلاج إتلافاً له لينفعه التسبب .

وإن شئت قلت : إنّ قاعدة التسبب توسّع من موضوع قاعدة من أتلّف وتعيّنه في السبب الأقوى دون المباشر ، وليست قاعدة بحيالها ، فلا بدّ وأن يصدق إتلاف المال أو العضو أو النفس لكي يثبت الضمان بالتسبب ، وهذا لا يصدق في المقام .

ردّ هذه المناقشة :

إنّ كلتا المناقشتين - الكبرى والصغرى - يمكن الإجابة عنهما :

أما الأولى : فبأنّ كبرى التسبب يمكن إثباتها تارة بسيرة العقلاء الممضاة شرعاً ، وأخرى باستفادتها من مجموع الموارد الكثيرة التي ثبت فيها حكم الشارع بضمن السبب دون المباشر ، وذلك بعد إلغاء خصوصية كل مورد عرفاً ؛ لتنوعها وعدم اختصاصها بباب دون باب ، وقد وردت في عدّة موارد ؛ فإنّ جملة من هذه - الروايات وأكثرها صحيحة السند - واردة في باب ضمان شاهد الزور للصدّاق أو للدية أو لما أتلّفه الشاهد من المال الذي شهد عليه :

منها ما يلي :

- ١ - إبراهيم بن نعيم الأزدي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنى ، فلمّا قتل رجع أحدهم عن شهادته . قال : فقال : يقتل الرابع [راجع] ويؤدّي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية ^(١) .
- ٢ - إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلقها فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق ، قال : يضربان الحدّ ، ويضمنان الصداق للزوج ثمّ تعتدّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل ^(٢) .
- ٣ - محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته ؟ قال : « يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف ، أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه » ^(٣) .
- وجملة منها واردة في من حفر بئراً في طريق المسلمين أو نصب ميزاباً عليه فأضّرّ بالمارة .
- عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البئر جبار ، والعجماء جبار ، والمعدن جبار » ^(٤) .
- وجملة منها واردة في ضمان من دعا أو أذن لشخص في دخول بيته فعقره كلبه ^(٥) .
- وبعضها وارد في ضمان المولى إذا جنى عبده الراكب دابّته ^(٦) .

(١) الوسائل ١٨ : ٢٤٠ ، ب ١٢ من الشهادات ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٢٤١ ، ب ١٣ من الشهادات ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق : ٢٣٩ ، ب ١١ من الشهادات ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ٢٠٢ ، ب ٣٢ من الديات ، ح ٢ .

(٥) المصدر السابق : ١٧٩ - ١٨٢ ، ب ٨ من الديات ، ح ١ - ٤ .

(٦) المصدر السابق : ١٨٩ ، ب ١٦ من الديات ، ح ١ .

وبعضها وارد في ضمان من أفزع شخصاً فنفر من دابته أو من شاهق^(١).
 وبعضها وارد في ضمان المرأة دية الرجل الأجنبي إذا أدخلته على نفسها فقتله
 الزوج^(٢).
 وبعضها وارد في ضمان المستغيث لما جناه المغيث في طريقه من غير
 عمد^(٣).
 إلى غير ذلك من الموارد.

فمن يلاحظ مجموع هذه الموارد المتنوعة يشرف على القطع أو الاطمئنان بأن
 لا خصوصية لكل مورد، وإنما هذه الروايات كلها تشير إلى مطلب واحد وكبرى
 كلية هي أن إرادة المباشرة إذا كانت مقهورة لجهل أو اضطراب أو إلزام قانوني وكان
 للسبب الدور الفاعل والمؤثر خارجاً وعملاً كان استناد النتيجة إلى السبب أقوى
 وأكد، وكان ضمانه أولى عند الشارع كما هو كذلك عند العقلاء، بل وجود السيرة أو
 الارتكاز العقلائي بنفسه يخلع على هذه الروايات ظهوراً في إمضاء نفس النكته
 العقلانية بإطلاقها وفي تمام الموارد.

بل مثل صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء
 قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال
 الرجل»^(٤)، ومعتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة شهد عندها شاهدان
 بأن زوجها مات، فتزوّجت ثم جاء زوجها الأول قال: «لها المهر بما استحلت من
 فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحدّ، ويضمنان المهر لها عن [بما غرّا]

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٨ ، ب ١٥ من الديات ، ح ١ و ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٤٥ ، ب ٢٣ من قصاص النفس ، ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ١٩٧ ، ب ٢٨ من الديات ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ٢٣٩ ، ب ١١ من الشهادات ، ح ٢ .

الرجل ثم تعتدّ وترجع إلى زوجها الأول» ^(١) ظاهران في أنّ هذا الحكم ليس من باب التعبد ؛ بل لصدق الإلتلاف والاستناد إلى السبب إذا كان في البين تغيير للمباشر ، وهذا بمثابة التعليل الذي يستفاد منه التعميم وعدم الاختصاص بالمورد . فكبرى التسبيب في موارد مقهورية إرادة المباشر لجهل أو اضطراب أو أداء تكليف وواجب شرعي عليه أو نحو ذلك لا ينبغي إنكارها .

وأما المناقشة الصغرى : فيمكن دفعها بأنّ ما هو المعيار عند العقلاء ليس تلف المال وانعدامه ، بل ذهاب ملكيته ؛ أي خسارة المالك ونقصان ماله بحسب النتيجة سواء كان بالإلتلاف للمال خارجاً أو بأخذ الغير له أو بلزوم دفعه وصرفه اضطراباً ، فالميزان ذهاب المال عنه ونقصانه منه بحسب النتيجة ، وقد تشعر بذلك صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته ؟ قال : « يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف ، أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه » ^(٢) . إلا أنّ الإنصاف أنّ عنوان ذهاب المال وخسارته غير صادق هنا أيضاً ، بل بابه باب الاستيفاء والانتفاع بالمال في العلاج ؛ وإلاّ لزم ورود النقض بسائر موارد انتفاع الإنسان وصرفه لماله على نفسه بسبب الغير ، مع أنّه لا يحكم فيها بالضمان .

الوجه الثالث : التمسك بقاعدة عقلائية أخرى ممضاة شرعاً ؛ هي وجوب ردّ حق الغير إليه سواء كان حقاً مالياً أم غير مالي ، وفي المقام حيث إنّ من حقوق الغير وشؤونه سلامته وبرئه من المرض ، والتي سلبها منه الجاني بجنايته ، فيجب عليه ردّها إليه ولو بتحمّل نفقات علاجه ، وإن شئت عبّرت عن هذا بضمان العهدة ووجوب ردّ كل ما من شؤون الغير وأموره إليه ولو لم يكن مالاً ، كما يجب رفع كل

(١) الوسائل ١٨ : ٢٤٢ ، ب ١٣ من الشهادات ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٢٣٨ ، ب ١١ من الشهادات ، ح ١ .

نقص أو ضرر أوقعه عليه ولو لم يكن ضرراً مالياً .

مناقشة الوجه الثالث :

إنّ هذا الوجه لا ينفع لإثبات ضمان نفقات العلاج واشتغال ذمة الجاني بها للمجني عليه إذا فرض حصول البرء بإنفاقه على نفسه ورجوع سلامته إليه ، وإنّما يثبت مجرّد الحكم التكليفي بوجوب الإنفاق عليه للعلاج إذا لم يكن من ينفق لعلاجه ، نظير وجوب النفقة لغير الزوجة ، نعم للحاكم الشرعي إجباره على الإنفاق إذا لم يكن من ينفق .

الوجه الرابع : التمسك بقاعدة لا ضرر ؛ بتقريب أنّ عدم ضمان الجاني نفقات العلاج حكم ضرري وإجحاف بالمجني عليه ، فيكون منفيّاً بالقاعدة ، فيثبت ضمان الجاني لها ، نظير إثبات الخيار بالقاعدة في موارد الغبن والعيب .

مناقشة الوجه الرابع :

أولاً- إنّ هذا تدارك للضرر وليس نفيّاً له ؛ لأنّه قد حصل بفعل الجاني على كل حال ، وقد تقرر في محله أنّ القاعدة لا تُثبت التدارك ؛ لأنّها تنفي مطلق الضرر ، لا الضرر غير المتدارك . نعم ، يمكن تبديل القاعدة ببعض الروايات التي قد يستفاد منها أنّ الإضرار موضوع للضمان ، من قبيل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : «كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن لما يصيبه» ، ومعتبرة الكنايني : «من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن» ^(١) ؛ فإنّ ظاهرهما أنّ الإضرار ملاك وموضوع للضمان ، وإضافته إلى الطريق باعتبار العابرين فيه ، لا باعتبار نفس الطريق ، كما لا يخفى .

وثانياً- إنّ الضرر عبارة عن النقص في مال أو حق ، وبناءً عليه أنّ فرض صدق الضرر على تقدير عدم الضمان بلحاظ نقصان وصف الصحة ، فهو فرع أن يكون

(١) الكافي ٧ : ٣٤٩ ، ح ٢ و ٣ .

وصف الصحة مالا أو إرجاعه حقاً ثابتاً على الجاني في المرتبة السابقة ، وهو رجوع إلى أحد الوجوه السابقة ، ومعه لا يحتاج إلى قاعدة لا ضرر ، وإن كان بلحاظ ما يخسره من المال في نفقة العلاج فمن الواضح أن النقص الحاصل فيه يكون بفعل المجني عليه ، لا بفعل الجاني ؛ لأنه المباشر لذلك ، إلا أن نرجع إلى قاعدة التسبب ، وهو الوجه الثاني المتقدم ، وقد عرفت الإشكال فيه .

وثالثاً - إن ثبوت الضمان على الجاني أيضاً حكم ضرري عليه ، فيكون من تعارض الضررين . ودعوى أنه مقدم عليه فرع ثبوت الضمان عليه في المرتبة السابقة ، كما لا يخفى .

الوجه الخامس : - وهو تطوير للوجه الأول - وحاصله : أن الجاني يضمن وصف الصحة والسلامة للمجني عليه ؛ وذلك لأن الصحة في الإنسان وإن لم تكن وصفاً لمال إلا أن عدم المالية تارة يكون لعدم المنفعة في الشيء وكونه تافهاً كالحبة من الحنطة أو الخنفساء ، وفي مثله لا ضمان في إتلافه ؛ إذ لا مالية له ولا قيمة ، وأخرى يكون عدم اعتبار المالية في شيء لشرافته وأهميته أو كونه ألصق بالإنسان من المال كذمة الإنسان وأعماله بالنسبة إلى نفسه ، فإنه لا تجعل الملكية الاعتبارية لها بالنسبة إلى الإنسان نفسه ، وإنما تجعل الملكية فيها للغير حينما يبيع الإنسان شيئاً في ذمته أو يؤجر نفسه على عمل للغير فيملك الغير ذمته أو عمله ، وإن شئت قلت : إن الإنسان مالك بالملكية التكوينية أو الذاتية لنفسه وعمله ، وهي مرتبة من الملكية أعلى وأشرف من الملكية الاعتبارية ، فيكون جعلها له لغواً عقلياً وشرعاً .

وعلى هذا الأساس يقال : بأن إتلاف وصف الصحة أو أي إنقاص لعضو من أعضاء الإنسان أو منفعه موجب للضمان بهذا المعنى ، حيث لا يشترط فيه أكثر من كون الشيء التالف مرغوباً فيه ومطلوباً عند العقلاء وأن يكون مملوكاً لصاحبه أو راجعاً إليه ولو بالملكية التكوينية أو الذاتية ، ولا يشترط خصوص الملكية

الاعتبارية ، فيجب إرجاع وردّ وصف الصحة إليه ، ويقال بأنّ ذلك عرفاً يكون بعلاجه ؛ فإنّ ردّ كل شيء بحسبه .

مناقشة الوجه الخامس :

وهذا الوجه لا يثبت ضمان نفقات العلاج بالخصوص ، وإنّما يثبت ضمان قيمة وصف الصحة . نعم قد تكون قيمتها مساوقة أو مقارنة مع نفقات العلاج اللازمة . كما أنّه يرد عليه ما ذكرناه من الإشكال في التعليق الثاني على الوجه الأول ، مضافاً إلى إمكان منع ثبوت الضمان بمعنى العهدة حتى عند العقلاء لمثل وصف الصحة ، وإنّما القدر المتيقّن منه في الأعيان وأوصافها ولو لم تكن مالاً ، فمن يأخذ حبة حنطة أو بقايا الكوز المكسور من أحد يجب عليه ردّه ولو لم يكن مالاً ، ومن أخذ من الغير مكان آخر بلا إذنه يجب عليه ردّه إلى مكانه وإن لم تتفاوت ماليته بذلك ، أمّا في مثل وصف الصحة ونحو هذا ممّا يرجع إلى شؤون الحرّ وأعراضه الإنسانية لا المادية أو المالية فثبوت الارتكاز المذكور فيه محل إشكال أو منع ، ولا أقل من الشك ؛ فإنّه يكفي لعدم إمكان التمسك بالدليل اللبّي .

الوجه السادس : إنّ الجاني قد فوّت على المجني عليه نفقات العلاج ؛ إذ لولا جانيته لما كان يقع في ذلك ولما كان يخسر ، فيكون الجاني ضامناً بملاك التفويت ، نظير ما يقال في حبس الحرّ الكسوب من ضمان أجره عمله وكسبه .

مناقشة الوجه السادس :

إنّ عنوان التفويت لم يدلّ دليل على كونه موجباً للضمان وإن ذكره السيد اليزدي رحمته في العروة كثيراً^(١) ، وإنّما موضوع الضمان الإلتلاف أو اليد ، وكلاهما مفقود في المقام ، على أنّ صدق التفويت مع كون الإنفاق على العلاج صدر باختيار المجني عليه ورغبته محل إشكال بل منع .

(١) انظر : العروة الوثقى ٢ : ٥٨٩ ، أحكام الإجارة ، م ٣ . ط / الأعلمي .

الوجه السابع : التمسك بالسيرة العقلائية ابتداءً لإثبات ضمان الجاني نفقات العلاج وأجر الطبيب بدعوى أنه لا إشكال في ذلك عندهم ؛ ولهذا نجد القوانين الوضعية اليوم تحكم بضمن الجاني جميع النفقات اللازمة عادة لعلاج الجناية الصادرة منه ، ومن المستبعد أن تكون هذه السيرة مستحدثة ، بل جذورها ونكاتها ارتكازية ثابتة من أول الأمر ، فنستكشف من عدم ثبوت ردع عنها إمضاء الشارع لها .

ولعل هذا الوجه أحسن الوجوه وأسلمها عن الإشكال ، إلا أن تماميته تتوقف على أن لا نستظهر من أدلة تحديد الدية والأرش في الشريعة جعل الدية بدلاً عن كل ما يراه العقلاء من الضمان وأن تمام ما يستحقه المجني عليه إنما هو مقدار الدية أو الأرش لا غير . وعلى هذا الأساس لا بد من الانتقال إلى المقام الثاني من البحث لنرى ما يستفاد من روايات الدية والأرش من هذه الناحية .

المقام الثاني : في ما يستفاد من روايات الدية والأرش :

ولا شك في دلالتها على ضمان الدية وتحديدتها بالمقدرات الشرعية أو بما تقدّره الحكومة (حكومة العدل) ، كما لا إشكال في أنها - على كثرتها وتعرضها للتفاصيل وجزئيات دية كل عضو عضو وكل كسر أو جرح بأقسامها ومراتبها المتعدّدة - قد سكتت عن ضمان نفقات العلاج وأجر الطبيب ، ومن هنا قد يستظهر من هذا السكوت العام فيها نفي ضمان شيء زائد على ما ذكر فيها من الدية أو الأرش ، وإلا لكان ينبغي أن يُذكر ذلك ولو في بعضها .

وقد يجاب عن ذلك : بأن الديات أو الأرش إنما هي ضمان ما يحصل من النقص في العضو أو في منفعته أو الشيء الحاصل بسبب الجناية في البدن ، وهذا مطلب آخر مستقل عن ضمان علاج المجني عليه وإرجاع السلامة والبرء إليه سواء بقي فيه نقص أو شين أم لا ، فالروايات ناظرة إلى تحديد ما يضمنه الجاني بسبب النقص أو الشين ، لا الجهات الأخرى ، كما إذا أدّت الجناية إلى تلف مال المجني عليه من

تمزيق ثوبه أو عطب دابّته ، فالسكوت عن بيان ضمان قيمتها لا يدلّ على نفي الضمان لها ؛ لأنّها ليست في مقام البيان إلّا من هذه الناحية ، فلا يمكن أن يستفاد منها ما هو على خلاف مقتضى القاعدة . فإذا فرغنا في المقام السابق عن ثبوت مقتضي الضمان لأجر الطبيب ونفقات العلاج - مع قطع النظر عن النقص الحاصل بالجناية - لم يكن في هذه الروايات وسكوتها عن التعرّض لضمان العلاج ما ينافي ثبوته . إلّا أنّ هذا البيان غير تام ؛ وذلك :

أولاً : لأنّ جملة من روايات الدية واردة في ما لا نقص فيه ولا شين ، حيث قرّرت الدية أو الأرش في ما إذا برىء الجرح أو الكسر من غير عثم - وهو انجبار العظم على غير استواء - أو شين ، ممّا يعني أنّ الدية أو الأرش المقرّر فيه ليس من أجل النقص أو الشين الحاصل بسبب الجناية ؛ وإلّا لم يكن موجب له في مثل ذلك ، فلا بدّ وأن تكون الدية في ذلك بلحاظ ما تستوجبه الجناية من الضمان على الجاني ، فإذا كانت مقتضية لضمان نفقة العلاج أيضاً كان يلزم ذكره وعدم السكوت المطبق عنه .

وثانياً : لظهور جملة من الروايات في أنّها بصدد بيان تمام ما على الجاني بالجناية من الغرامة ، لا خصوص ما يقابل النقص . ففي معتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل قطع ثدي امرأته قال : إذن أغرمه لها نصف الدية » ^(١) .

وفي صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « السنّ إذا ضربت انتظر بها سنة ، فإن وقعت أغرم الضارب خمسمئة درهم ، وإن لم تقع واسودّت أغرم ثلثي ديتها » ^(٢) . فإنّه إذا كان يغرم الجاني شيئاً زائداً على الدية كان ينبغي إضافته إليها

(١) الوسائل ١٩ : ٢٧٠ ، ب ٤٦ من الديات ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٢٦٦ ، ب ٤٠ من الديات ، ح ١ .

في ما أغرمه الإمام .

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فقاً عين امرأة ، فقال : « إن شاءوا أن يفقأوا عينه ويؤدّوا إليه ربع الدية ، وإن شاءت أن تأخذ ربع الدية . وقال - في امرأة فقأت عين رجل - : إنه إن شاء فقأ عينها وإلا أخذ دية عينه » ^(١) . فإن جعل ما يأخذه من الجاني في قبال القصاص ظاهر في أن تمام ما يستحقه المجني عليه على تقدير عدم القصاص إنما هو الدية لا أكثر .

وفي صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام في عبد جرح حرّاً ، قال : « إن شاء الحرّ اقتص منه ، وإن شاء أخذه إن كانت الجراحة تحيط برقبته ، وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه ، فإن أبى مولاه أن يفديه كان للحرّ المجروح [حقه] من العبد بقدر دية جراحه والباقي للمولى ، يباع العبد فيأخذ المجروح حقه ويرد الباقي على المولى » ^(٢) . فإنّ الاختصار على أن تكون دية جراحته تحيط برقبة العبد بلا احتساب نفقة العلاج ، بل وتصريح الذيل بأن حق المجني عليه من قيمة العبد الجاني بقدر دية جراحه ، كالصريح في عدم ضمان شيء زائد على الدية .

هذا ، ولكن مع ذلك كلّه يمكن أن يقال بأنّ قصارى ما يستفاد من السكوت عن ضمان نفقات العلاج في مجموع هذه الروايات إنما هو نفي ضمان العلاج زائداً على الدية والأرش ، وأما ضمانه ضمنها بنحو التداخل فلا يمكن نفيه بهذا السكوت ؛ لأنّ نفقات العلاج اللازمة للبرء في ذلك الزمان كانت عادة أقلّ بكثير من الدية ، فلعلّ السكوت عنها كان من جهة استيعاب الدية لها وزيادة ، فيبقى مقتضى الضمان لها تامّاً ، والنتيجة تظهر في المورد الذي تكون نفقة العلاج فيه أكثر من الأرش أو الدية المقرّرة ، كما في بعض الحالات في أزمئتنا ، فيثبت ضمان أعلى الحدّين من الدية أو

(١) الوسائل ١٩ : ١٢٤ ، ب ٢ من قصاص الطرف ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ١٢٤ ، ب ٣ من قصاص الطرف ، ح ١ .

نفقة العلاج اللازمة للبرء .

ومما يمكن أن يستدلّ به على هذا المطلب ما ورد في معتبرة غياث عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام قال : « ما دون السمحاق أجر الطبيب » ^(١) . فإنّ ظاهرها أنّ الجرح إذا كان دون السمحاق - وهو الجلد الرقيق على العظم - أي لم يبلغ هذا المبلغ ففيه ضمان أجر الطبيب ، مما يدلّ على ثبوت الضمان لأجر الطبيب ، إلّا أنّ ذلك - باعتبار قلّته وضآلته - كان أقلّ من الأرش المقرّر للمراتب الأولى من الجراحات كالسمحاق التي فيها أربع من الإبل ، فعدم ذكره كان من جهة التداخل واستيعاب الأرش - فضلاً عن الدية - له .

وما ورد في بعض الروايات الأخرى من إثبات الأرش في الباضعة بثلاث من الإبل - وهي دون السمحاق ، كما في صحيح زرارة وفي رواية منصور بن حازم ^(٢) - لا يوجب سقوط أصل دلالة معتبرة غياث ، بل غاية تقييد إطلاقها بما يكون دون السمحاق ودون الباضعة ، فتبقى دلالة المعتبرة على أصل ضمان الجاني نفقة الطبيب والعلاج حجة ، وتكون هذه الرواية صالحة لتفسير ذلك السكوت في سائر الروايات بما ذكرناه من التداخل .

ويمكن أن يستأنس لضمان نفقة العلاج بما ورد في روايات حدّ السرقة من أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يأمر بعلاج من قطعت يده في السرقة من بيت المال حتى يبرأ ، فراجع صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلين قد سرقا من مال الله أحدهما عبدَ مال الله والآخر من عرض الناس ، فقال: أمّا هذا فمن مال الله ليس عليه شيء ، مال الله أكل بعضه بعضاً ، وأمّا الآخر فقدّمه وقطع يده ، ثمّ أمر أن يطعم اللحم والسمن حتى برئت

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٤ ، ب ٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح ١٧ .

(٢) المصدر السابق : ٢٩٣ ، ح ١٤ .

يده»^(١)، ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام يقوم لصوص قد سرقوا فقطع أيديهم من نصف الكف وترك الإبهام ولم يقطعها، وأمرهم أن يدخلوا إلى دار الضيافة، وأمر بأيديهم أن تعالج فأطعمهم السمن والعسل واللحم حتى برئوا، فدعاهم فقال: يا هؤلاء إن أيديكم سبقتكم إلى النار، فإن تبتم وعلم الله منكم صدق النية تاب عليكم وجررتكم أيديكم إلى الجنة، فإن لم تتوبوا ولم تقلعوا عما أنتم عليه جرّتكم أيديكم إلى النار»^(٢)، والحارث بن حضير قال: «مررت بحبشي وهو يستقي بالمدينة فإذا هو أقطع، فقلت له: من قطعك؟ قال: قطعني خير الناس، إنّا أخذنا في سرقة ونحن ثمانية نفر، فذهب بنا إلى علي بن أبي طالب عليه السلام فأقرنا بالسرقة، فقال لنا: تعرفون أنها حرام؟ فقلنا: نعم، فأمر بنا فقطعت أصابعنا من الراحة وخليت الإبهام، ثم أمر بنا فحبسنا في بيت يطعمنا فيه السمن والعسل حتى برئت أيدينا، ثم أمر بنا فأخرجنا، وكسانا فأحسن كسوتنا، ثم قال لنا: إن تتوبوا وتصلحوا فهو خير لكم يلحقكم الله بأيديكم في الجنة، وإلا تفعلوا يلحقكم الله بأيديكم في النار»^(٣)، وغيرها؛ فإن هذه الروايات وإن كانت متكفلة لحدّ السرقة والجراحة الحاصلة من إجراءاته لا الجنائية، إلا أنّ ظاهر أمر الإمام فيها بالعلاج من بيت المال لزومه، فقد يستظهر من أنّ علاج المقطوع بالسرقة وبرءه مضمون على بيت المال، وعندئذ يقال بأنّ العلاج إذا كان مضموناً في الجرح الحاصل بحق - وهو إجراء الحدّ الإلهي - فالضمان في مورد الجنائية بغير حق على الجاني أكد وأولى.

ونستخلص من مجموع ما تقدّم: أنّ المقتضي لضمان نفقات العلاج في نفسه

(١) الوسائل ١٨: ٥٢٧، ب ٢٩ من حدّ السرقة، ح ٤.

(٢) المصدر السابق: ٥٢٨، ب ٣٠ من حدّ السرقة، ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ١.

يمكن تنميته بأحد الوجوه السبعة المتقدّمة ، والتي كل واحد منها - لو تمّ - يشير إلى نكتة خاصة للضمان غير الأخرى ، وقد تختلف عنها في الآثار والنتائج .

وتوضيح ذلك : أنّ هذه الوجوه على قسمين ، فالوجه السابع يقرب فيه الضمان لنفقة العلاج بالسيرة العقلانية ابتداءً من دون إرجاعها إلى قاعدة كبروية عقلانية أو شرعية أخرى ، بينما الوجوه الأخرى تقرب الضمان بإرجاعه إلى كبرى أخرى كقاعدة الإلتلاف أو التسبب أو التفويت أو الإضرار .

وهذا يتضمّن بعض الفروق بين هذه الوجوه :

منها - أنّ الوجه السابع بالإمكان إرجاعه إلى أحد التطبيقات للقواعد العقلانية الأخرى المبيّنة في سائر الوجوه - لو تمّ شيء منها - بحيث لا يكون وجهاً مستقلاً في قبالة ، بل يكون ذلك الوجه تفسيراً وتحليلاً له ، فالوجه السابع إنّما تصل النوبة إليه إذا فرض عدم الجزم بتلك التطبيقات .

ومنها - أنّ الوجه الثالث يختلف عن سائر الوجوه في أنّ مفاده - لو تمّ - إثبات ضمان العهدة ؛ بمعنى وجوب ردّ وصف الصحة للمجني عليه ولو من باب أنّ علاجه يعتبر عرفاً نحو استرداد لما سلب عنه ، ويدّعى أنّ وجوب الردّ ثابت في تمام الأوصاف والشؤون الراجعة للغير ولو لم تكن أموالاً ولا مؤثّرة في المالية ، ومن هنا حكموا بوجوب ردّ ما يؤخذ من الغير ممّا لا مالية له ، بل حكموا بأنّ من نقل متاع الغير إلى مكان آخر بلا إذنه وجب عليه ردّه إلى مكانه الأول ولو لم تتفاوت قيمته أو كانت قيمته في المكان الثاني أكثر ، وهذا المقدار لا يثبت الضمان - بمعنى اشتغال الذمة لو لم يرده - ما لم نضمّ نكتة أخرى ممّا في سائر الوجوه .

إلا أنّ هذا لا يعني عدم جدوى هذا الوجه لو تمّ ، بل فيه فائدتان :

إحدهما : أن يثبت مطلباً زائداً على شغل الذمة بنفقة العلاج - لو ثبت ذلك بأحد الوجوه الأخرى - وهو وجوب قيام الجاني به ، ومنه يعرف أنّ هذا الوجه يجتمع مع تمام تلك الوجوه .

لا يقال : مبني هذا الوجه إمكان ردّ وصف الصحة إلى المجني عليه ، ومبني الوجه الأخرى أو بعضها على الأقلّ إتلافه وتفويته ، فلا يمكن الجمع بينهما .
فإنّه يقال : الجمع بينهما يكون بملاحظة أنّ العرف يرى أنّ مقداراً من وصف الصحة وهو أصل البرء من الجرح يمكن استرداده ، فيجب على الجاني القيام به ، والزائد - كما إذا كان هناك عيب أو نقص أو حصل العلاج بإنفاق المجني عليه على نفسه وخسارته للمال في سبيل ذلك - يكون مضموناً أيضاً وضعاً على الجاني بالإتلاف أو التسبب ، فكلا الحكمين التكليفي والوضعي قابل للجمع لو تمّ صدق الإتلاف أو التسبب بالنسبة لما يفوته من الصحة الكاملة أو المال الذي ينفقه في العلاج مع وجوب القيام بمسؤولية أصل العلاج والبرء من الجرح تكليفاً ؛ لإمكانه ، فلا تهافت في مبني هذا الوجه مع سائر الوجوه .

والفائدة الثانية : أنّ هذا الوجه لو تمّ - من دون أن يتمّ شيء من الوجوه الأخرى للضمان - أمكن للحاكم إجبار الجاني على القيام بالمعالجة . بل يمكن دعوى أنّه لو امتنع قام الحاكم به وأخذ نفقته من الجاني ؛ لأنّ كل عمل يجب على المكلّف من أجل الغير ويكون الغرض منه حصوله خارجاً ولو من غير مباشرة ذلك المكلّف أمكن للحاكم القيام به - على تقدير امتناع المكلّف الواجب عليه - وتضمينه نفقة ذلك ؛ لأنّه ولي الممتنع .

ومنها - أنّ الإتلاف أو التسبب أو الإضرار تارة يطبّق على ما يفوت المجني عليه من المال لعلاج نفسه فلا يثبت بذلك أكثر من ضمان نفقة العلاج ، وأخرى يطبّق على وصف الصحة الزائلة بالجناية فيكون الضمان عندئذٍ أكثر من ذلك ، خصوصاً إذا فرض حصول عيب أو نقص في البدن حتى بعد البرء .

ثم إنّّه لا ينبغي التشكيك في تمام الوجوه السابقة وإنكارها جميعاً ؛ إذ من المطمأنّ به أنّه لولا أدلّة الديات الثابتة في شريعتنا كان العرف أيضاً يحكم بضمان مال في قبال الجناية الواقعة على المجني عليه كتعويض عن ذلك ، فإنّ أصل هذا

مما لا ينبغي إنكاره ، بل ينقل المؤرخون أنّ فكرة الدية كتعويض عن القتل أو الجرح كانت سائدة في المجتمعات البشرية قبل الإسلام وكذلك في المجتمعات التي لم تدخل في الإسلام ، كما أنّ فكرة التعويض بل وتحمل نفقات العلاج مما تلتزم به القوانين الوضعية اليوم في العالم بحيث يعد المنكر لذلك ظالماً وخارجاً على مبادئ العدل والحق . ومن غير المحتمل أن تكون الدية عقوبة صرفة ، كيف ؟! وثبت في موارد الخطأ المحض ، بل والتسبيب ، ففيها جنة التعويض جزماً عند العرف ، كما يستفاد ذلك من السنة الروايات التي عبّرت بالضمان أو التي جمعت بين ضمانها وضمان المال في سياق واحد وبموجب واحد .

فإذا ثبت ضمان الجاني في جميع الأعراف العقلانية لمال يعطى للمجني عليه أو وليه كتعويض عما أصابه من الجناية ، فمن المطمأن به أنّ هذا التعويض لا يكون أقل من نفقة العلاج اللازمة والضرورية للبرء إذا كانت الجناية دون النفس ، فإنّ هذا أقل ما يستحقه المجني عليه من الجاني إذا كان هناك استحقاق .

وهذا يعني أنّ أصل تمامية المقتضي لضمان نفقة العلاج ولو ضمن ما يضمنه الجاني في مقام التعويض المالي عن الجناية مما لا يمكن إنكاره ، وإنّما ينبغي البحث عن أنّ روايات الدية هل يستفاد منها ما ينافي ذلك باعتبار ما فيها من السكوت عن ذكر ضمان نفقات العلاج التي كانت موجودة سابقاً أيضاً أم لا ؟ وقد ذكرنا أنّه إن أريد ضمان نفقة العلاج زائداً على الدية ومجتمعاً معها فهذا قد يمكن دعوى ظهور سكوت الروايات - ولو في جملة منها أشرنا إلى طوائف ثلاث منها - في نفيه ، وأمّا لو أريد ضمان نفقة العلاج ضمن الدية وبنحو التداخل بحيث يكون اللازم أعلى الحدّين من مقدار الدية ونفقة العلاج اللازمة عادةً وعرفاً فهذا ما لا يمكن نفيه بالسكوت المذكور في الروايات أولاً ، بل يدلّ عليه معتبرة غياث ثانياً .

والوجه فيه : أنّ الدية حتى بمراتبها الأولية في باب الجروح كانت أكثر في

السابق من نفقة العلاج اللازم والمتعارف آنذاك ، حيث لم يكن العلاج بالأجهزة المتطورة وما تقتضيها اليوم من النفقات الكثيرة ، فلعلّ السكوت في تلك الروايات من أجل اشتغال الدية حتى بأقلّ مراتبها واستيعابها لنفقة العلاج ، وحيث لا توجد دلالة لفظية على عدم ضمان نفقة العلاج - وإنما غايته السكوت - فمع مجيء هذا الاحتمال لا تحصل دلالة على نفي ضمان النفقة الزائدة على الدية في أزمئتنا إذا اتفقت في مورد جرح أو كسر معين وكانت نفقة لازمة لا بدّ منها عادةً ، هذا لو لم ندّخ انصراف روايات الدية إلى ضمان قيمة العيب أو النقص أو ألم الجرح والكسر فقط ، لا سائر الجهات التي تقتضيها الجناية من الضمان بملاك الإلتلاف أو التسبب أو الإضرار ، فكما لا يمكن أن نستفيد من السكوت المذكور نفي ضمان ما يتلفه الجاني بجنايته من أموال المجني عليه كثوبه الذي عليه إذا خرّقه مثلاً ، كذلك لا يمكن أن ننفي به ضمان الطبيب والعلاج ؛ لأنّه من ذاك الباب ، أي من قبيل ضمان الحال لا النفس ، ومع عدم انعقاد دلالة على نفي ضمان أعلى الحدّين تكون السيرة العقلانية بأحد التقريبات المتقدمة - والتي قلنا إنّها لا يمكن إنكار أصلها - تامةً ومثبتة لضمن أعلى الحدّين ؛ أي ضمان مقدار الدية المقرّر بالأدلة الشرعية وضمان المقدار الزائد عليها لو فرض لزومه للعلاج اللازم بالقاعدة العقلانية الممضاة شرعاً .

لا يقال : هذا المقدار لا يكفي ، بل لا بدّ من إثبات الإمضاء ، ومع احتمال أن يكون السكوت - في روايات الدية والأرش - عن ذكر نفقة العلاج من جهة الاقتصار على الدية المقرّرة وأنها تمام ما يضمنه الجاني ، فلا محالة نحتمل الردع وعدم الإمضاء للسيرة العقلانية ، وما هو الحجة لنا نظر الشارع ورأيه ، لا نظر العقلاء وآراؤهم .

فإنّه يقال : يكفي في استكشاف الإمضاء عدم وجود ما يصلح للردعية ، ومن الواضح أنّ السكوت المذكور لا يصلح للردعية خصوصاً عن سيرة مستحكمة

وواضحة كما في المقام ، وإنما يحتاج الردع عنها إلى بيانات واضحة وصريحة في الخلاف ، فمع عدم وجودها يقطع أو يطمأن بالإمضاء والقبول لها من قبل الشارع أيضاً .

هذا ، مضافاً إلى الدليل الثاني ، وهو التمسك بمعتبرة غياث^(١) الظاهرة بل الصريحة في أن أجر الطبيب أيضاً مضمون إذا كانت الجناية أقل من المراتب الأولى ممّا قرّر فيه الأرش ، وحيث لا خصوصية في ما دون تلك المرتبة وما فوقها إلا من ناحية التداخل في المراتب الأخرى مع الدية ، فيمكن أن يستظهر منها إمضاء الشارع لأصل ضمان نفقة العلاج وأجور الأطباء والمعالجين في نفسه بحيث لو زاد على الدية أو الأرش المقرّر - كما في بعض الحالات في أزمئتنا - ثبت ضمانه أيضاً ؛ لعدم الفرق في ملاك الضمان ، فهذه المعتبرة يمكن اعتبارها إمضاءً صريحاً لما عليه العقلاء من ضمان أجر العلاج في نفسه ، بل يمكن جعلها دليلاً شرعياً على ضمان أجر الطبيب مستقلاً .

والنتيجة التي ننتهي إليها على ضوء ما تقدّم ضمان الجاني لأعلى الحدين من الدية ونفقة العلاج اللازمة ؛ فإنّ هذا المقدار يثبت بما تقدّم ، مع احتمال أن يكون حق المجني عليه - في صورة زيادة نفقة العلاج على الدية - أكثر من ذلك ؛ إذ يمكن أن يستظهر من أدلة الدية أنّ العيب والشين والنقص في العضو أو المنافع بل نفس الإيلام الحاصل بالجناية أيضاً يوجب استحقاق المجني عليه التعويض المالي ، فلو جزمنا بهذا الاستظهار زائداً على ضمان نفقة العلاج أمكن دعوى الجمع بين نفقة العلاج والدية ولو في هذه الحالة ؛ بمعنى أنّه لا بدّ وأن يبقى شين بإزاء العيب والشين والإيلام أيضاً زائداً على نفقة العلاج ، ويبقى بعد ذلك البحث عن كيفية تقدير ذلك ، والله الهادي للصواب .

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٤ ، ب ٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح ١٧ .

مراجعة جديدة للبحث

في إثبات ضمان نفقة العلاج مستقلاً عن الدية لا بدّ من تتميم مقدمتين :
أولاهما - إثبات المقتضي للضمان في نفسه .

الثانية - عدم استفادة المنع والردع من روايات تحديد الدّيات والأروش ، بأن لا يستفاد منها أنّ ما حدّد فيها من الدّيات تعويض ومصالحة قانونية عن كلّ ما يستحقه المجني عليه بسبب الجناية .

المقدمة الأولى :

وإثبات المقدمة الأولى تارة يكون بإقامة الدليل على اقتضاء الجناية ضمان العلاج مباشرة ، وأخرى يكون بتطبيق كبرى مسلمة تقتضي الضمان في المقام ، فهنا طريقتان :

الطريق الأول : استفادة الضمان لنفقة العلاج من دليل ابتداءً بلا توسيط قاعدة أخرى . وهذا له تقريران :

التقريب الأول - الرجوع إلى سيرة العقلاء ودعوى أنّ بناءهم في باب الجنايات على تضمين الجاني نفقات علاجه أيضاً .

وهذه الدعوى بلحاظ أصل التعويض للمجني عليه ممّا لا شك في ثبوتها عند العقلاء وفي قوانينهم الجنائية قديماً وحديثاً ، وقد نصّ على ذلك في كتب التاريخ والقانون ، كما دلّ على ثبوت الدية قبل الإسلام بعض الروايات كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج^(١) ، والوصية الطويلة التي ينقلها الصدوق بإسناده إلى أنس ابن محمد عن أبيه وحمّاد بن عمرو جميعاً عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام

(١) الوسائل ١٩ : ١٤١ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١ .

عن النبي ﷺ (١).

إلا أن هذا المقدار قد لا يكفي لإثبات ضمان نفقة العلاج مستقلاً عن الدية ما لم نحرز أن التعويض المذكور كان فيه ملاكان مستقلان يلحظهما العقلاء معاً: أحدهما التعويض الجنائي عن نفس الجرح أو الكسر أو العيب الحاصل بالجنائية، والآخر التعويض المدني عن الخسائر المالية التي تصيب المجني عليه بما فيها نفقة المعالجة وأجر الطبيب والدواء. اللهم إلا أن نستكشف وجود مثل هذا الارتكاز العقلائي مما نلاحظه اليوم في القوانين الوضعية من الحكم بتعويض المجني عليه عن كل ما تضرر به من جراء الجنائية بما فيها نفقات علاجه واعتباره من المسؤولية المدنية لا الجنائية؛ فإن هذه القوانين تعكس الذهنية العرفية والعقلانية لواضعيها، فإذا كانت تتفق جميعاً على تعويض نفقة العلاج دل ذلك على وجود الارتكاز العقلائي المذكور وقدمه.

التقريب الثاني - استظهار ضمان نفقة العلاج من معتبرة غياث المتقدمة (٢)
حيث إنها دلت على ضمان أجر الطبيب في الجرح الذي هو دون السمحاق، وهو أول الجروح التي قرّر فيها الأرض في بعض الروايات، ومنها كتاب علي عليه السلام المعروف في الديات، كما أن بعض أحاديث العامة وفتاواهم أيضاً جعلت السمحاق أو الموضحة التي بعدها هي أول مراتب الجرح المقدّر فيه الدية، كما صرح في بعض رواياتهم أو فتاواهم بأن النبي ﷺ لم يقرّر شيئاً في ما دون ذلك، فلا يكون فيه إلا عطاء الطبيب والدواء، وتلك الروايات والفتاوى وإن لم تكن معتبرة عندنا إلا أنها تقرب ما فسرنا به معتبرة غياث من أن المراد بها أن الدية لم تقرّر في المراتب الخفيفة للجرح، وهي ما يكون دون السمحاق، فليس فيها إلا ضمان أجر الطبيب.

(١) الوسائل ١٩: ١٤٥، ح ١٤.

(٢) المصدر السابق: ٢٩٤، ب ٢ من ديات الشجاج والجراح، ح ١٧.

وعندئذٍ يقال : إذا ثبت بهذا الحديث ضمان الجاني لأجر الطبيب في مورد ، فهذا لا يختص بجرح دون جرح ، ولا بمقدار دون مقدار ؛ لأنّ الملاك والنكته لضمانه واحد بحسب المتفاهم العرفي ؛ وهو أنّ خسارة المجني عليه لتلك النفقة حصلت بسبب الجناية ، خصوصاً إذا قلنا بارتكازية ضمانها عند العقلاء وقبلنا انعقاد السيرة عليه في التقريب السابق ؛ إذ تكون هذه الرواية إشارة إلى تلك السيرة وإمضاء لها .

لا يقال : هذا إذا لم تكن الرواية بنفسها ظاهرة في اختصاص ضمان أجر الطبيب بالجروح الخفيفة ممّا هو دون السمحاق ، وظاهر المقابلة بين ما دون السمحاق والسمحاق وما فوقه من الجروح مما قرّر فيه الدية عدم ضمان أجر الطبيب فيها ، وأنّ المجعول فيها الدية فقط .

فإنّه يقال : ظاهر الرواية أنّه في ما دون السمحاق ليس إلّا أجر الطبيب ، لأنّ أجر الطبيب ليس إلّا في ما دون السمحاق ، فلا دلالة فيها على نفي ضمان أجر الطبيب في الجروح الأخرى ، فيكون وزانها وزان ما دلّ عند العامة على أنّ الدية غير مجعولة في ما دون السمحاق ، وأما ضمان أجر الطبيب فعلى القاعدة ، فلو فرض عدم احتمال الفرق في نكته الضمان ولو بضميمة الارتكاز العرفي بين جرح وجرح ثبت ضمان النفقات في تمام الجروح .

وبعبارة أخرى : ظاهر الرواية على ضوء ما كان مطروحاً في بعض روايات العامة وآرائهم وبملاحظة الارتكاز العقلائي هو التفصيل بين ما دون السمحاق وغيره من الجروح في ثبوت الدية التي تدفع كعقوبة مالية أو كتعويض عن نفس الجرح أو النقص الحاصل في بدن المجني عليه ، والتي يعبر عنها اليوم بالمسؤولية الجنائية ، وأما ضمان نفقة العلاج فهو تعويض عن الخسارة التي تحصل في أموال المجني عليه نتيجة اضطرابه للإنفاق على نفسه بسبب الجناية في العلاج وتحصيل البرء ، فهو تعويض مدني ومسؤولية مدنية ، نظير ما إذا تلف بالجنائية بعض أموال

المجني عليه ، فلا يكون ذكر المعتبرة لأجر الطبيب في ما دون السمحاق لإثبات اختصاصه بذلك وعدم ثبوته في الجروح الأخرى ، بل لنفي ثبوت الدية فيها ، فكأنه لخفة الجرح لا مسؤولية جنائية فيه ولا تعويض عن نفس الجرح ، وإنما يثبت التعويض المدني بمقدار ما يخسره المجني عليه من المال للعلاج ، والذي هو ثابت على كل حال في مورد تحقق موضوعه ، وهو الإضرار المالي ، فلا دلالة في الحديث على المقابلة بين نفقة العلاج وبين الديات ليستفاد منه اشتغال الدية المقررة شرعاً على تمام ما يضمنه الجاني بالجنائية في مقام التعويض الجنائي والمدني ، أو قل البدني والمالي معاً .

وقد يقال : بمعارضة الموثقة مع الروايات العديدة - وفيها المعتبرة - الدالة على ثبوت الدية في ما دون السمحاق من الجروح كالباضعة والدامية والحارصة - وهي شبه الخدش وأخف الجروح - حيث جعل في الأولى ثلاثة أبعرة وفي الثانية بعيران وفي الثالثة بعير ، فلا يبقى جرح لم يجعل فيه أرش ، فتكون تلك الروايات معارضة - لا محالة - مع موثقة غياث ، كما أفتى بذلك الفقهاء ، بحيث لا بد من حملها على التقية أو رد علمها إلى أهلها .

إلا أنه يمكن الجواب عن ذلك :

بأن مفاد المعتبرة أمران : أحدهما : ثبوت مقتضي الضمان لأجر الطبيب في نفسه ، والآخران ما دون السمحاق من الجروح لا تقدير شرعي لأرش الجرح فيه ، وما ينافي تلك الروايات المفاد الثاني دون الأول ؛ فإنه غير منافٍ مع ثبوت التقدير بناءً على التفسير المتقدم للموثقة . اللهم إلا أن يقال بعدم عرفية مثل هذا التفكيك في أصالة الجد ، فتسقط الرواية عن الحجية في كلا المدلولين .

الطريق الثاني : التمسك بإحدى القواعد الشرعية المقتضية للضمان في نفسها وتطبيقها في المقام على نفقة العلاج ، وهي إحدى قواعد أربع :

١ - قاعدة الإلتلاف .

٢ - قاعدة التفويت .

٣ - قاعدة التسبب .

٤ - قاعدة الإضرار .

أما الإلتلاف فلا إشكال في ثبوت الضمان به كبروياً ؛ لقيام السيرة - الممضاة شرعاً عليه - ، ودلالة جملة من الروايات المعتبرة في أبواب مختلفة من الفقه على أنّ من أتلّف مال الغير فهو له ضامن ، فالكبرى تامة ، إلّا أنّ الكلام في إمكان تطبيقها في المقام وتحقق صغرها ؛ إذ لو أُريد تطبيقها بلحاظ تلف العضو أو زوال وصف الصحة في البدن فهو وإن كان إلتافاً لكنه ليس إلتافاً للمال ، ولو فرض أنّه مستوجب للضمان أيضاً كإلتلاف المال فغايتة ضمان قيمة نقص العضو أو منفعته الفائتة ، وهو الدية المقرّرة لا نفقات العلاج والبرء ، وإن أُريد تطبيقها بلحاظ المال الذي يضطرّ المجني عليه إلى إنفاقه في العلاج بسبب الجناية فهذا لو صدق لكان موجبا للضمان جزماً ، إلّا أنّ في صدقه عليه إشكالاً ؛ لوضوح أنّ صرف المال لتحصيل نفع أو دفع ألم لا يسمّى إلتافاً للمال على المستفيد منه ، بل هو استفادة وانتفاع به .

ومنه يعرف الإشكال في إثبات الضمان بقاعدة التفويت ؛ إذ - مضافاً إلى أنّه لا دليل على كبرى الضمان بالتفويت وإنّما موضوع الضمان الإلتلاف أو اليد لا التفويت - لا يصدق عنوان التفويت على الاستفادة من المال في علاج أو غذاء أو غير ذلك .

وأما التسبب فهو ليس موجبا للضمان مستقلاً في قبال الإلتلاف أو التفويت أو الإضرار ، وإنّما هو توسعة لموضوع تلك القواعد الموجبة للضمان ، حيث يقال إنّّه لا يشترط المباشرة فيها بل يثبت الضمان بها في ما إذا حصل الإلتلاف أو التفويت أو الإضرار بالتسبب أيضاً ، فإثبات الضمان به موقوف في الرتبة السابقة على ثبوت الضمان بتلك القواعد كبرى وصغرى .

وأما قاعدة الإضرار فقد ناقشنا في ما سبق في إمكان إثبات كبرى الضمان به بأنه لو أُريد استفادة ذلك من الروايات الناهية عن الإضرار بالآخرين فالنهي لا يدلّ إلا على الحرمة التكليفية لا الضمان ، وإن أُريد استفادته من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» فهي تنفي الحكم الضرري ؛ أي الموجب لتضرّر الآخرين ، ومنه جواز الإضرار بهم ، فينتفي أصل الضرر ، وأما الضمان فليس إلا تداركاً للضرر وجبراناً للخسارة لا انتفاء للضرر ، فلا يمكن استفادته من لسان نفي أصل الضرر .

كما أنه قد يناقش في صغرى الإضرار في المقام ؛ إذ لو أُريد صدقه بلحاظ النقص في البدن فهذا صحيح ، ولكنّه لا يقتضي أكثر من ضمان قيمة العضو لا نفقة العلاج ، كما ذكرنا في الإتلاف ، وإن أُريد تطبيقه بلحاظ ما ينفقه على نفسه من أجل العلاج فهذا ليس ضرراً عليه ، بل استفادة وانتفاع .

هذا ، ولكنّ الإنصاف أنّه يمكن الإجابة عن كلتا المناقشتين :

أما المناقشة في الصغرى فبأنّ عنوان الاستفادة أو الانتفاع قد يصدق إذا لاحظنا ما يحصل له من البرء والعلاج بلحاظ حال مرضه وجرحه ، إلا أنّ هذا ليس هو الميزان في صدق الإضرار ، بل اللازم ملاحظة حاله الطبيعي الأول قبل الجناية ، وبالنسبة إليه يصدق الإضرار والخسارة عرفاً جزماً ؛ لأنّ إيقاعه في تلك الحالة التي يضطرّ الإنسان للتخلّص منها بالإنفاق على نفسه يكفي في صدق الإضرار بمقدار ما يخسره في سبيل التخلّص ممّا لا بدّ من التخلّص منه ؛ لكونه ضرراً أهم ، نظير ما إذا دلّ شخص السلطة الظالمة على مكان المتهم فلم يتمكّن من التخلّص من الظالم أو عيونه إلا بدفع مال إليه ، أو ألقاه في البحر فاضطرّ من أجل النجاة من الغرق أن يترك ما يحمله من ألبسته وغيرها لينجو بنفسه ، فإنّه في مثل ذلك لا إشكال في صدق الإضرار عليه في ما خسره ، بل قد يقال بصدق التفويت والإتلاف أيضاً بالتسبيب .

إلا أنّ الإنصاف أنّ صدق الإتلاف مشكل ؛ إذ لا إتلاف لأصل المال ، كما أنّه لا

إتلاف للمال على مالكه ؛ لأنّه قد ملك بدفعه ما يقابله من العمل أو الدواء الذي له نفس المالية والقيمة ، نعم الإضرار به صادق جزماً .

لكن قد يناقش بأنّ الإضرار المالي أيضاً غير صادق ؛ لأنّ الضرر هو النقص أو الضيق ، ولا نقص في ماله بالخصوص بفعل الجاني ، وإنّما ما تحقق به هو الإضرار البدني خاصّة ، وأما انتقاص ماله فقد حصل في طول دفعه باختياره ضرره البدني وألمه أو جرحه بالعلاج المستلزم لصرف المال ، فنحتاج في تصحيح صدق الضرر المالي المستوجب لضمان المال أن نضيف إحدى عنائتين : إما عناية أنّ أهمية الضرر البدني في قبال المالي ، خصوصاً إذا كان خطيراً ، كما إذا لزم من عدم العلاج الهلكة أو النقص الخطير الذي يوجب صدق الإضرار المالي عليه ؛ لأنّ الشق الآخر كأنّه خارج عن الاختيار والقدرة عرفاً ، أو عناية أنّ حق العلاج على الجاني مقتضيه تام عند العقلاء والعرف ؛ لأنّه حصل بفعله ، وهو أمر زائد على أصل الجرح والألم الذي حصل بأصل الجناية ، والتي تكون الدية في قبالها ، فيكون عدمه ضرراً حقياً ، فتدبّر جيداً .

وسياأتي الاستشهاد بإطلاق الضرر في بعض الموارد على مثل ذلك في كلام الشارع . ولعلّ مما يشهد على صدق الإضرار ما نجده في القوانين الوضعية العرفية اليوم من اعتبار ذلك إضراراً بلحاظ نفقات العلاج ، بل وما يخسره من عمله أيضاً على ما سياأتي التعرّض له ، ومفهوم الإضرار أمر عرفي لا بدّ وأن يؤخذ من العرف ، وليس أمراً شرعياً ليؤخذ من الشارع .

وأما المناقشة في الكبرى فيمكن الجواب عنها بوجوه :

الوجه الأول : دعوى إمكان استفادة الضمان في موارد الإضرار من نفس « لا ضرر » - كما يظهر من كلمات جملة من الفقهاء - ودفع ما ذكر من أنّه تدارك للضرر لا نفي له بأنّ هذا قد يصح بالنسبة إلى شخص المال المتضرر به حيث لا يمكن ردّه بشخصه بل ببدله ، فيكون تداركاً وجبراً ، إلّا أنّه إذا لاحظنا أصل

المالية والقيمة - كما إذا لم تكن خصوصية لشخص المال عند المالك - فثبوت الضمان يكون نفيًا للضرر لا تداركاً له ؛ إذ لم تنقص مالية المالك إذا كان المضارّ ضامناً له ، وهذا أمر عرفي واضح يكاد يكون إنكاره مكابرة ، وعلى هذا يمكن إثبات ضمان أصل المالية بقاعدة لا ضرر ؛ لأنّه نفي لطبيعي التضرر بها وأصله ، لا نفي للحصة غير المتدركة وإثبات للتدارك ليقال بأنّه خلاف ظاهر « لا ضرر » .

الوجه الثاني : أنّ الروايات الناهية عن الإضرار بأخيك المؤمن - وفيها ما هو معتبر سنداً^(١) - كما تدلّ على حرمة الإضرار كذلك تدلّ بالفحوى العرفية على لزوم التدارك وضمان ما تضرّر به الآخر ، وليس مفادها مجرد الحكم التكليفي بحرمة الإضرار ، ولعلّ الوجه في هذه الدلالة أنّ الضمان وجبران الضرر رفع للضرر بقاءً ، ودليل النهي عن الإضرار لا يحتمل العرف فيه أن يكون لخصوصية إحداث الضرر دخل في حرمة والنهي ، بل الوجود البقائي للضرر كالحادثي أيضاً منهني عنه ومشمول لإطلاق النهي والحرمة ، ولازمه وجوب رفعه وجبرانه وتداركه المساوق مع ضمانه عقلاً .

الوجه الثالث : استفادة الضمان لما يضرّه الإنسان بالآخرين من مثل صحيح الحلبي ومعتبرة الكناني^(٢) الواردين في من أضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن لما يصيبه ، أو من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن له ؛ فإنّ أخذ عنوان الإضرار في لسان هاتين الروايتين في موضوع الحكم بالضمان واضح الدلالة على دخالته في الحكم ، وأنّ الضمان بملاك الإضرار ، وأنّه حكمه .

وحمل الأول منهما على أنّ الإضرار بطريق المسلمين موجب لضمان ما يصيبه

(١) الوسائل ١٧ : ٣٤٣ ، ب ١٥ من إحياء الموات ، ح ١ .

(٢) الكافي ٧ : ٣٤٩ و ٣٥٠ ، ح ٢ و ٣ .

بملاك الإلتلاف أو التسبب إليه ، وحمل الثاني على إرادة الإضرار بنفس الطريق وضمائه - لا ضمان من يصاب في الطريق - خلاف الظاهر جداً ؛ لأنّ التسبب إلى الإلتلاف لا يشترط أن يكون بالإضرار بالطريق ، بل بوضع أي شيء فيه ولو كان بصالح الطريق وزيادة فيه أو في ماله ، على أنّ النظر لو كان إلى ملك الإلتلاف كان ينبغي الإشارة إليه ، لا الإشارة إلى عنوان الإضرار المناسب عرفاً مع الضمان ، فيأتي بعنوان يناسب جداً أن يكون هو موضوع الضمان عرفاً وعقلاً في سياق الموضوع ، ولكن لا يريده ، بل يريد عنوان الإلتلاف الذي لم يذكر في الكلام من قريب ولا من بعيد ؛ فإنّ مثل هذا ليس أسلوباً عرفياً للمحاورة جزماً ، وخلاف ظهور أخذ عنوان في موضوع الحكم ، خصوصاً في سياق إعطاء الكبرى والضابطة الكلية في دخله في الحكم ، بل المتفاهم من مثل هذا التعبير والأسلوب إرادة الإضرار بالمسلمين الذين يصابون بما وضع في ذلك الطريق ، فيكون وضعاً بحال المتعلق نظير ﴿ واسأل القرية ﴾ ^(١) أي أهلها .

كما أنّ حمل الثاني من الصحيحين على إرادة الإضرار بنفس الطريق وضمائه خلاف الظاهر ؛ إذ آية خصوصية عندئذٍ لذكر الطريق وشيء منه ! فلا بدّ وأن تكون خصوصية في ذكره ، وليس إلّا بحمله على الكناية عن الإضرار بمن يمرّ في الطريق ، كما هو المنسب إلى الذهن من مثل هذا التعبير عند إطلاقه عرفاً ، وكما هو مصبّ السؤال والجواب والنظر في هذه الروايات على ما يظهر لمن يراجع ألسنتها ، على أنّه لو أريد منه ذلك أيضاً كانت الصحيحة دليلاً على الضمان بملاك الإضرار حيث لا خصوصية للإضرار بالطريق ، فيحمل على المثالية ، فيكون مفادها الضمان في تمام الموارد التي يصدق فيها الإضرار على المال .

(١) يوسف : ٨٢ .

الوجه الرابع : الاستفادة من بعض الآيات الكريمة ، والمهم منها آيتان :

إحدهما : قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ (١) .

الثانية : قوله تعالى في سورة الطلاق : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِستَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ (٢) .

والاستدلال بهما مبني على استظهار أن قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَارَّ وَلَدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ لَا تُضَارُّوهُنَّ ﴾ بمثابة التعليل لما ذكر في الآية من الحكم بحق الرضاعة وبالإتفاق على الوالدات مدة الرضاع وعلى المطلقات مدة الحمل ، بحيث يكون عدم الإتفاق أو عدم حق الرضاع إضراراً بهنّ ، فلا يجوز تكليفاً ولا وضعاً ، فيستفاد حق الرضاعة والضمان لنفقتهنّ في تلك المدة بملاك عدم الإضرار بهنّ .

ودعوى : أن الأمر بالإتفاق لا يقتضي أكثر من وجوبه تكليفاً لا ضمانه وضعاً . مدفوعة : بأن الأمر بالإتفاق مساوق عرفاً وعقلاً لاستحقاقه ، وبالتالي ثبوت الضمان فيه أيضاً ، لا مجرد حكم تكليفي .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) الطلاق : ٦ .

هذا ، مضافاً إلى أنّ التعبير بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ... ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ كالصريح في الضمان والحكم الوضعي ، وهو ثبوت نفس الرزق والكسوة بالمعروف في ذمته وذمة الوارث ، وثبوت نفس الحق للوالدة في الإرضاع .

وأما الدلالة على التعليل فيمكن استفادته من الآيتين نفسيهما ، خصوصاً الأولى منهما حيث ذكر فيها قوله تعالى : ﴿ لَا تَضَارَّ وَلَدُهُ بَوْلَهُ هَا ... ﴾ عقيب قوله تعالى : ﴿ لَا تَكُلَّفْ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ... ﴾ الواضح كونه مسوقاً للتعليل . هذا مضافاً إلى دلالة بعض الروايات المتعرّضة لتفسير الآية على ذلك .

وتوضيح ذلك : أنّ الآية الكريمة ذكرت أولاً أنّ الوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين ، وهذه جملة خبرية مستعملة في مقام الإنشاء ، وهو إما الطلب والتكليف عليها بالإرضاع أو الحكم الوضعي بأحقيتها بذلك ، ثم أردفت الآية ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ... ﴾ ممّا يعني أنّ ذاك الإرضاع ليس مجّاناً منهنّ ، بل في قبال إرضاعهنّ للمولود ، وعلى الوالد نفقتهنّ وأجرتهنّ بالمعروف من أجره المثل أو ما تأخذه مرضعة أخرى ، ثم ذكرت الآية بعد ذلك جملتين ﴿ لَا تَكُلَّفْ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ... ﴾ و ﴿ لَا تَضَارَّ وَلَدُهُ بَوْلَهُ هَا وَلَا مَوْلُودُ لَهُ بَوْلَهُ ﴾ ، والجملة الأولى يمكن أن تكون تعليلاً للتشريع المذكور في الصدر ، وأنّه مطابق مع مصلحة التسهيل على العباد في الشريعة وملاحظة وسعهم واللائق بهم ؛ حيث لم يكلف كل من الأبوين بما هو خلاف وسعه ، فيراد بالوسع عندئذٍ السهولة واللياقة وعدم الحرج والضيق والضرر ، ويمكن أن تكون بياناً للمعروف وتحديداً له ، وأنّه إنّما يجب على الوالد رزقهنّ وكسوتهنّ بالمقدار الذي يجده في المراضع الأخرى ومع التمكن والسعة ، لا مع فرض الإعسار وعدم التمكن ، فيمكن أن يراد بالوسع حينئذٍ القدرة والطاقة . وعلى كلا التقديرين تكون الجملة ظاهرة في التعليل وبيان الملاك .

وأما الجملة الثانية : ﴿ لَا تُضَارُّ وَلَدَةٌ بِوَلَدِهَا... ﴾ فهي بقرينة ما فيها من المقابلة بين ضرر الوالدة بسبب الولد - كما هو ظاهر الباء في هذا التركيب - وضرر المولود له بسبب الولد ، تكون ناظرة إلى طرفي الحكم المذكور في الصدر ؛ حيث إنه قد أثبت في صدر الآية حقان : حق للوالدة وهو الإرضاع بأجرة المثل ، وحق للوالد وهو عدم تحمّل أكثر من ذلك وإمكان نزعه للولد عن أمّه وإعطائه لمرضعة أخرى إذا طالبت الأم أكثر ممّا تقبل به الأخرى . فأفيد في الذيل أنّ مخالفة أيّ من الحكمين يكون مضارّة إما بالوالدة أو بالوالد ؛ إذ لو لم يكن للوالدة حق الإرضاع لولدها أو كان لها ذلك ولكن من دون نفقة ومجاناً كان إضراراً بها ، ولو لم يكن للأب أن ينتزع ولده ويعطيه لمرضعة أخرى تقبل بالأقل كان إضراراً به ، فقد نهى عن كليهما أو نفي المضارّة بذلك ، وحيث إنّ الآية بصدّد تشريع نفس الحقيّن لا الفراغ عنهما في المرتبة السابقة ، فلا محالة تكون ظاهرة في أنّ ثبوتها يكون بملاك نفي الضرر عن الوالد والوالدة ، خصوصاً بملاحظة وقوع الجملة بعد الجملة الأولى الظاهرة في التعليل ، وكون عدم المضارّة قاعدة وضابطة كلّية مركوزة عند العقلاء وثابتة في الجملة في الشريعة ، فكأنّه قال : مخالفة ذلك مضارّة للوالدة أو للوالد ، ولا ينبغي أن تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده .

ومن هنا يمكن أن يستفاد من إطلاقها نفي أيّة مضارّة أخرى للوالدة أو للوالد بسبب رضاع الولد ، فهي كبرى كلّية . نعم مفاد هذه الآية ليس ابتداء ضمان الضرر الحاصل ، بل مفادها - كمفاد قاعدة لا ضرر - نفي الحكم الذي ينشأ من عدم المضارّة ، إلّا أنّه حيث طبّق في مورد الآية على ضمان نفقة الرضاعة ، فيستفاد منها أنّ عدم ضمان ما يتضرر به الغير ممّا يرجع إلى الغير حكم ضرري أيضاً ، وليس بابه باب التدارك للضرر كما قيل في الإشكال على القاعدة ، وهذا امتياز الآية على سائر أدلّة لا ضرر ، فكأنّها تثبت بـ « لا ضرر » حق الضمان في مثل هذه الموارد .

وقد استدلل صاحب الجواهر رحمته بإطلاق ﴿ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا... ﴾ على نفي حق إجبار الوالدة على إرضاع ولدها ، ونفى بذلك وجوب الإرضاع على الوالدات . كما استدلل بإطلاق ﴿ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ... ﴾ على نفي استحقاق الوالدة للنفقة إذا وجدت مرضعة أخرى تتبرع بإرضاع الولد ^(١) .

والحاصل : أنَّ المتفاهم من الآية أنَّ قاعدة لا ضرر يمكن أن يترتب بها ضمان النفقة إذا صدق في فرض عدمها الإضرار ، وهذا وإن طبّق على الرضاع إلا أنَّ نكته عدم الإضرار حيث لا يحتمل اختصاصها عقلاً أو شرعاً بباب دون باب أمكن التعدي إلى سائر الموارد إذا صدق فيها الإضرار أيضاً ، خصوصاً مع ثبوت كبرى لا ضرر ولا ضرار في الشريعة بأدلة أخرى :

منها - صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الحُبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها ، وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة أخرى إنَّ الله - عزَّ وجل - يقول : ﴿ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾ » . الحديث ^(٢) .

وظاهره أنَّ الاستشهاد بالآية لكلا الحكمين المذكورين في كلام الإمام عليه السلام ، لا الحكم الثاني فقط ، فيستدل على أنَّ حق الإنفاق على الحُبلى مستفاد من قاعدة ﴿ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا ﴾ ، بل لو كان الاستشهاد بالآية للحكم الثاني فقط دلَّ الحديث أيضاً على أنَّ حق الرضاعة يثبت للوالدة بقاعدة لا ضرر ، وهو حكم وضعي ، وليس مجرّد حكم تكليفي ، فالرواية واضحة الدلالة على استفادة الأحكام الوضعية من قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، وأنَّه كما لا يجوز تكليفاً الإضرار بالغير كذلك يكون المسبب للضرر على الغير ضامناً لذلك الضرر لكي لا يضارَّ الغير من

(١) راجع : الجواهر ٣١ : ٢٧٢ - ٢٧٣ .

(٢) الوسائل ١٥ : ١٩٢ ، ب ٨١ من أحكام الأولاد ، ح ٥ .

قبله ، والحبلى المطلقة لكون حملها بسبب الزوج وولدها له يضمن الزوج نفقتها في مدة الحمل والرضاع لكي لا تقع مضارة .

ومنها - معتبرة الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها ، وإذا وضعته أعطاها أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجراً منها ، فإن هي رضى بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تطفمه » ^(١) . فإن قوله عليه السلام : « ولا يضارها » إذا رجع إلى مجموع الحكمين المذكورين في كلام الإمام عليه السلام كان ظهورها في ما ذكرناه واضحاً ، وإن أرجعناه إلى الحكم الثاني فقط دلّت أيضاً على أنه لا يجوز أن يضرها بأخذ الولد منها أو بإعطائها أجراً أقل مما تأخذه غيرها من المرضعات ، فإن هذا أيضاً مشمول لإطلاق « لا يضارها » ، فتدلّ على ضمان تمام الأجر السوقي لها بمقتضى عدم الإضرار .

وما ورد في بعض الروايات - ومنها ذيل نفس الروايتين أيضاً - من تطبيق المضارة على امتناع الزوج عن الجماع من أجل الولد ، فهى الله أن يضار الرجل المرأة والمرأة الرجل لا ينافي ما ذكرناه ؛ لأنّ هذا من باب التطبيق على ذلك ، لا التخصيص والتقييد به ؛ ولهذا نجد أنّه قد جمع في بعض الروايات بين المضارة في الجماع والمضارة في الإنفاق ، كما في ذيل رواية الكنانى بنقل علي بن إبراهيم في تفسيره ^(٢) ، وذيل صحيح الحلبي نفسه بنقل الكافي ^(٣) .

ومنها - رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول : « المطلقة الحبلى ينفق عليها حتى تضع حملها ، وهي أحق بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأة أخرى ،

(١) الوسائل ١٥ : ١٩١ ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ١٨٠ ، ب ٧٢ من أحكام الأولاد ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ١٧٧ ، ب ٧٠ من أحكام الأولاد ، ح ٣ .

يقول الله عز وجل : ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ، لا يضار بالصبي ولا يضار بأمه في إرضاعه ، وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين ، فإذا أرادا الفصال عن تراضٍ منهما كان حسناً ، والفصال هو الفطام »^(١) . والاستدلال بها كالاستدلال برواية الكنايني المتقدمة .

وهكذا نلاحظ دلالة الآيتين في نفسيهما - مضافاً إلى الروايات المستشهد بها - على ثبوت النفقة في مدة الحمل والأجر في مدة الرضاع على الزوج بملك عدم الإضرار بالزوجة المطلقة أو الوالدة ، مع أن صدق الإضرار عليها من قبل الزوج أخفى من صدقه على المجني عليه من قبل الجاني ؛ لأن الوالدة لها تعلق وانتفاع بولدها وحصوله لها بفعلها أيضاً ، لا بفعل الزوج فقط .

فإطلاق المضارة في الآيتين الكريميتين على عدم الإنفاق على المطلقة الحبلى أو الوالدة المرضعة كما يدل على ثبوت الضمان بلا ضرر كذلك يشهد على صدق عنوان الإضرار في موارد التسبب إلى تحلل الإنسان خسارة الإنفاق على نفسه بسبب فعل الغير أو ما يرجع إليه وإن كان في طول اضطرابه إلى الإنفاق على نفسه منتفعاً به ؛ كما في انتفاع المجني عليه بعلاج نفسه ، أو انتفاع الوالدة أو الحبلى بولدها ، وهذا يشهد على أن عنوان الإضرار صادق في أمثال المقام ، وأنه أوسع من عنوان الإتلاف أو التفويت ، فإذا ثبت كبروياً أنه موجب للضمان إذا كان الضرر مالياً ثبت بذلك تمامية المقتضي لضمان الجاني نفقات علاج المجني عليه .

والإنصاف أن هذه النقطة هامة وجديرة بالبحث الفقهي ، فإننا إذا جعلنا الموجب للضمان منحصراً في عنوان الإتلاف أو التلف تحت اليد - كما صنعه جملة من المتأخرين من فقهاءنا (قدس الله أسرارهم) - فسوف ينحصر الحكم بالضمان بموارد صدق الإتلاف أو التلف فقط ، ويخرج كثير من موارد الإضرار المادي بالغير

(١) الوسائل ١٥ : ١٧٨ ، ح ٧ .

عن الحكم بالضمان ، كما في مسألتنا هذه ، أو في مثال حبس الحرّ الكسوب ومنعه عن عمله ، أو حبس متاعه في وقت رواجه وارتفاع قيمته السوقية ثم إرجاعه إليه في وقت كساده وهبوط قيمته . وقد ذكر المتأخرون بأنه لا يصدق في المثاليين الإلتلاف للمال ، فلا ضمان فيهما على الحابس ، أما في الأول فواضح ، وأما في الثاني فلأنه قد أرجع إليه ماله بعينه وبأوصافه ، وأما نقص القيمة السوقية فهي أمر اعتباري قائم بالسوق وليس وصفاً حقيقياً للعين الخارجية ليصدق الإلتلاف بالنسبة إليه .

بينما نجد مثل صاحب الرياض يؤكّد على الضمان فيه بملاك الإضرار الذي هو أوسع من عنوان الإلتلاف ، كما أنّ القوانين الوضعية تكاد تطبق على ثبوت الضمان ولزوم التعويض عن كلّ الأضرار المادية التي لحقت بالغير بسبب الفعل الضارّ ، فتنتقيح أنّ موجب الضمان هل ينحصر في عنوان التلف والإلتلاف أو يعمّ تمام موارد الإضرار أو الإضرار المالي على الأقلّ مسألة مهمة وخطيرة ومؤثّرة في موارد كثيرة من فقه المعاملات .

المقدمة الثانية :

وأما المقدمة الثانية - وهي عدم ما يدلّ على الردع أو المنع عن ضمان الجاني شيئاً زائداً على الدية المقرّرة شرعاً ، فما قد يستدلّ به على المنع الروايات المتعرّضة لتقدير الدية والأروش ، حيث إنّها جميعاً - رغم تعرّضها بمجموعها إلى تفاصيل كثيرة - ساكتة عن ذكر نفقة العلاج وضمان الجاني لها ، باستثناء ما تقدّم في معتبرة غياث^(١) التي تعرّضت لأجر الطبيب في ما دون السمحاق من الجروح .

(١) الوسائل ١٩ : ٢٩٤ ، ب ٢ من ديات الشجاج والجراح ، ح ١٧ .

وعندئذٍ يمكن أن يدعى دلالة ذلك على نفي ضمان نفقة العلاج بأحد تقريرين :

التقريب الأول - استفادة ذلك من السكوت نفسه وعدم البيان ؛ إذ لو كان يجب على الجاني شيء آخر غير الدية كان ينبغي ذكره والإشارة إليه ولو في بعض الروايات ؛ لظهورها في بيان تمام ما يجب عليه بالجناية ، خصوصاً الروايات المتعرّضة للمصالحة بين الجاني والمجني عليه على حق القصاص ، حيث لم تذكر في قبال أن لا يقتصر منه إلا أخذ الدية . وكذلك روايات استرقاق العبد الجاني إذا كانت دية جنايته مستوعبة لقيمتها ، حيث لم تدخل في الحساب نفقة العلاج ، والتي قد تكون مع الدية مستوعبة لقيمة العبد . وكذلك الروايات المتعرّضة إلى الجناية التي لا يدرى أثرها ، فينظر بها سنة مثلاً أو أقل أو أكثر ؛ فإن برىء الجرح من دون أثر على البدن لم يكن فيه دية أو كان حكومة ، وإن بقي له أثر وتعيّب العضو أو زالت منفعتة كان فيه الدية ، فإن مثل هذه الجروح الطويلة العلاج تكثر - لا محالة - نفقات معالجتها أيضاً ، فلو كانت مضمونة مع الدية ويجب على الجاني دفعها للمجني عليه كان اللازم الإشارة إليه في هذه الروايات على الأقل ، فيستكشف من السكوت والاقتصار على ذكر الديات والأروش نفي ثبوت شيء زائد في مواردها .

التقريب الثاني - استفادة عدم ضمان شيء زائد على الدية - بالدلالة الإثباتية لا السكوتية - من التعبير عن الدية في الروايات بالضمان أو الغرامة . بدعوى : أن المتفاهم العرفي منه كون الدية قيمة الجرح والعيب الحاصل في بدن المجني عليه وبدلاً عن صحته وما لحقه بالجناية من النقص والضرر ، فعندما تدفع له لا يبقى له مزيد حق في قبال صحته وسلامته ؛ لأنه قد استلم قيمتها ، نظير ما هو ثابت في ضمان الأموال ، فإذا عيّب داره مثلاً أو دابته ضمن الأرض ؛ أي قيمة النقص والتفاوت بين صحيحه ومعيبه ، ولا يضمن زائداً على ذلك ما قد يصرفه المالك

على إصلاح ماله من النفقات ، فالضمان في البدن كالضمان في الأموال وبنحو واحد ، غاية الأمر يكون التحديد لقيمة الأعضاء وتقديرها بمقادير الديات تعبدًا شرعيًا .

ومما قد يؤيد ذلك ما نجده عند الفقهاء من معنى الحكومة في ما لا تقدير شرعي له من ملاحظة نسبة ما يلحقه من النقص في المالية لو كان عبدًا ، وحسابه من الدية كالعشر ونصف العشر بنحو ذلك ، مما يؤكد أنهم يفهمون الدية على أنها قيمة الجرح وبدل ما نقص من وصف الصحة في البدن ، كما هو الحال في الأموال ، فإذا ضمن الجاني ذلك لم يكن عليه شيء آخر ؛ لأنه وفي تمام ما حصل من النقص .

ولعله لذلك أيضاً اقتضت رواية غياث وما يضاهاها من الروايات عند العامة - في سنن البيهقي ^(١) - على ذكر ضمان نفقة العلاج في خصوص الجروح التي لا تقدير للدية ولا للأرش فيها ، ففي كل مورد لا يغرم الجاني قيمة الجرح لضرته واندماله بحيث لا يبقى له أي أثر في البدن ولا عيب ليقدر له قيمته ، حكم بضمن نفقة علاجه لا محالة ؛ لأنه ميزان النقص في مثل هذه الحالة .

ومما يعزز عدم الضمان ويؤيده إطباق فقهاءنا على السكوت وعدم التعرض لضمان نفقة العلاج في حدود ما فحصنا عنه في كتبهم ، وكذلك كتب العامة باستثناء ما جاء في كتاب المبسوط للسرخسي : « لو قلع سنّ فنبئت صفراء أو نبئت كما كانت فلا شيء عليه في ظاهر الرواية ؛ لأنّ وجوب الأرش باعتبار فساد المنبت ، وحين نبئت كما كانت عرفنا أنه ما فسد المنبت ، ثم وجوب الأرش باعتبار بقاء الأثر ، ولم يبق أثر حين نبئت كما كانت . وقد روي عن محمد في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم . وعن

(١) انظر : السنن الكبرى ٨ : ٨٣ ، باب ما دون الموضحة من الشجاج .

أبي يوسف يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت . وأبو حنيفة قال : لا يجب شيء ؛ لأنه لا قيمة لمجرد الألم ، ألا ترى أن من ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شيئاً لا يجب شيء ! أرايت لو شتمه شتيمة أكان عليه أرش باعتبار إيلام حلّ فيه ؟ !^(١) .

وجاء أيضاً في كتاب (شرح كتاب النيل وشفاء العليل) من فقه الأباضية : « ولا يلزم أجر الدواء عندنا وعند ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال الفقهاء السبعة من قومنا : يلزمه ذلك »^(٢) .

فالحاصل : يظهر من مراجعة كلمات الفقهاء واقتصارهم على ذكر الدية والأروش المقررة في كل جرح وجناية مقدرة والرجوع إلى الحكومة في غيرها أن المركز عندهم أيضاً ملاحظة قيمة الجرح أو النقص الحاصل في البدن ، وضمان الجاني له على حدّ ضمان نقص المال المعيب بفعل الغير ، وأنّ هذا تمام ما يضمنه في قبال وصف الصحة والعيب ، فلا يكون أخذ نفقة العلاج زائداً على ذلك إلا كأخذ نفقة إصلاح المال المعيب زائداً على أرش العيب .

ويمكن الإجابة عن كلا التقريبين :

أما التقريب الأول : فبأن سكوت الروايات عن ذكر ضمان نفقة العلاج يمكن أن يكون لضآلتها في تلك الأزمنة ، بحيث لم يكن العلاج مستلزماً لنفقات مهمة معتدّ بها عرفاً ، بل كانت تعد جزءاً من المصارف والنفقات اليومية الاعتيادية الثابتة للإنسان على كل حال .

ويمكن أن يكون وجه السكوت عن نفقة العلاج أنّ نظر الروايات جميعاً إلى التعويض عن نفس العيب أو النقص أو الجرح الحاصل في البدن بالجناية ، لا ما قد

(١) المبسوط للسرخسي ٢٦ : ٨١ .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ١٥ : ١٨ .

تستلزمه الجناية من خسارة مالية وضرر مادي على المجني عليه كإتلاف ماله أو تضرره من أجل العلاج ، فإنّ التعويض عن ذلك تعويض بملاك آخر وحيثية أخرى أجنبية عن الدية ؛ ومن هنا لم يذكر في الروايات ضمان ما قد يتلف بالجناية من أموال المجني عليه ، كثوبه الذي على بدنه حين الجناية إذا تلف ، أو دابته تحته إذا هلك ، فإذا فرضنا أنّ ضمان نفقة العلاج كان بملاك النقص في المال وخسارة ما قد يضطرّ المجني عليه إلى إنفاقه لا العيب أو النقص الحاصل في البدن ، فهذا خارج عن منظور الروايات ؛ لأنّها ناظرة إلى ما يقابل ذلك النقص ، لا النقص والضرر في المال الخارجي ، فلا يمكن أن يكون سكوتها عن ذلك دليلاً على عدم الضمان فيه من تلك الحيثية .

ودعوى : أنّ خسارة النفقة حاصلة ومسببة بالجناية أو كونها ملازمة أو غالبية معها ، فيكون اللازم بيان ضمانها لو كان .

يمكن دفعها : بأنّ الحيثية إذا كانت مباينة مع الجهة المنظور إليها فالغلبة أو الملازمة أو السبب لا تستوجب لزوم التعرّض لها ، فكما لا تعرّض لضمان ما يتلف من المال في الجناية - ولعلّ الغالب ذلك - ولو بلحاظ أصل تلف مال ضمن الجناية ، كذلك في المقام ، بل يمكن دعوى أنّ الدية من المركز كونها عنواناً لما يقابل نفس الدم أو الجرح ؛ أي المسؤولية الجنائية أو الضمان غير مربوط بالخسارات المالية التي حكمها وملاك الضمان فيها واضح عند العقلاء .

ومما يؤيد ذلك أنّه لو لاه لم يكن يمكن تفسير السكوت عن حكم نفقات العلاج ولو بنفي الضمان فيها ؛ لأنّه لا إشكال أنّ حدّاً من الضمان فيه وارد على الأقلّ ، فكيف لم تتعرّض الروايات المذكورة لنفقته وسكتت عنه إثباتاً ونفيّاً ؟ ! فالسكوت المذكور لا يمكن توجيهه وتفسيره إلاّ بأنّ عنوان الدية المسؤول عنها أو المتعرّض لها في تلك الروايات جميعاً متعرّض بحسب الارتكاز العقلائي إلى ما يقابل نفس الدم والجرح كتعويض خاص غير مربوط بالتعويضات الأخرى التي قد تكون ، بل

كثيراً ما تكون بملاك الإضرار والخسارة المالية على المجني عليه بسبب الجناية أو ضمنها ، وليس في شيء من الروايات المذكورة ما يدل على أن الإمام بصدد بيان تمام ما على الجاني في مورد الجناية من الغرامات والضمانات حتى التي بملاك إتلاف مال أو إضرار كذلك ، كما لا يخفى على من تأمل فيها بدقة .

ثم لو تنزلنا وافترضنا دلالة السكوت المذكور على نفي ضمان نفقة العلاج زائداً على الدية ، فهذا السكوت قصارى ما يمكن أن يثبت به نفي النفقات التي كانت رائجة حينذاك ، وهي أقل من الدية المقدرة شرعاً ، لا ما إذا كانت نفقة العلاج أكثر من الدية .

ومنه يظهر وجه عدم تعرض روايات المصالحة على حق القصاص بالدية أو استرقاق العبد الجاني إذا كانت دية جانيته مستوعبة لنفقة العلاج وعدم إدخالها في الحساب ، فإن ما يصلح جعله بدلاً عن حق القصاص أو موجباً لحق الاسترقاق خصوص ما يضمنه الجاني من الدية - أي من التعويض في قبال الجرح أو العيب أو النقص في البدن - لا ما يغرمه وتشتغل ذمته به بملاك آخر كإتلاف الأموال وإن كان بسبب الجناية وملازماً معها ، كما إذا كان قيمة ثوبه الذي أتلفه مع الدية مستوعباً لقيمة العبد فإنه لا يسترق بذلك .

وأما التقريب الثاني - فبالمنع عن صحة ذلك الفهم للديات أساساً ؛ فإن الحر لا يتعامل معه تعامل المال لا عند العقلاء ولا عند الشارع ، فليست دية جراحته قيمة ما نقص من قيمته وماليته ولا تعويضاً مدنياً ، بل تعويض وغرامة جنائية كالعقوبات المالية غاية الأمر جعلت حقاً للمجني عليه كالقصاص ؛ ومن هنا كانت أحكام الديات تختلف عن أحكام باب ضمان الأموال الذي يعبر عنه بالمسؤولية المدنية ، من قبيل تحمّل العاقلة للدية في الخطأ المحض أو تعلّق أكثر من دية واحدة إذا تعددت الجناية على الأعضاء بحيث كان مجموعها أكثر من دية ، بل قد تبلغ ست ديات كما في بعض الروايات ، أو جعل المرأة تعاقل الرجل في الدية إلى الثلث ثم

تعود إلى النصف ، أو عدم الفرق في مقدار الديات بين الصغير والكبير والوضع والشريف والماهر الخبير الكسوب وغيره ، أو الفرق بين دية المسلم والكافر . . إلى غير ذلك من الأحكام التي تدلنا على أنّ فهم الدية على أنّها قيمة المالية الناقصة بالجراحة لبدن الإنسان غير صحيح ، بل الأنسب كونها تكريماً للمجني عليه وجعل حق عقوبة وغرامة مالية بيده على الجاني تتقدّر بحسب فداحة الجناية وخطورتها وخفّتها ، والتعبير بالضمان أو الغرامة الوارد في الروايات لا يدلّ على خلاف ذلك ؛ إذ الضمان أو الغرامة معنى عام ينطبق على التعويضات والغرامات الجنائية أيضاً باعتبار اشتغال ذمة الجاني بها ، كالتعويض المدني عن المال .

هذا ، مضافاً إلى أنّ ظاهر روايات الدية وما ورد فيها من التصريح بأنّ الدية بدل العيب أو النقص أو الكسر أو الجرح الحاصل في البدن بالجناية أنّها في قبال ذلك ، فلو سلّمنا أنّ الدية تعويض عن القيمة والمالية الزائلة بالجناية فهي قيمة النقص والعيب والجرح ، لا قيمة وصف الصحة وبدل عنها ليتوهم اشتغالها على نفقة العلاج وتحصيل الصحة ، بل لو استرجع المجني عليه صحته وبرئ من الجرح أو الكسر بنحو لم يبقَ فيه أثر ولا عيب أو عثم لم يستحق الدية المقدّرة ، وهذا معناه أنّ الدية لا تدفع في قبال العلاج وتحصيل الصحة ، بل في قبال النقص الحاصل في بدن المجني عليه بالجناية ، وهو غير العلاج والبراء ، والذي قد يبقى بعده ناقصاً ، فنفقات العلاج التي يضطرّ إليها المجني عليه ضرر مالي آخر مستقلّ عن النقص أو العيب والشين في البدن .

ومنه يظهر عدم صحة قياسه على إحداث عيب في مال الغير ؛ فإنّ عدم ضمان نفقة إصلاحه - زائداً على أرش العيب - لأنّه لا يصدق الإضرار والنقص بمالية ماله إلّا بمقدار ما نقص من قيمته بالعيب لا أكثر ، والذي يكون مقارباً لما يصرف في سبيل إصلاحه أو تبديله بالصحيح منه ، بخلافه هنا ؛ فإنّه قد أضّرّه بضررين : ضرر في بدنه وهو العيب الحاصل بالجناية ، وضرر في ماله وهو نفقة العلاج والبراء من

الألم أو الهلكة والموت بالجراحة إذا لم تعالج .
 فإذا كانت نفقة العلاج ضرراً مالياً غير الضرر البدني المستوجب للدية فلا ربط لأحدهما بالآخر ، ولا تداخل بينهما ، بل قد يكون تحمّل المجني عليه هذا الضرر بالإتفاق على نفسه للعلاج رافعاً لموضوع النقص والشين في البدن ، فيرتفع موضوع ضمان الجاني للدية ؛ كما إذا قطع عضواً منه بحيث لو بقي مقطوعاً كانت فيه الدية كاملة أو نصف الدية ولكنّه أنفق على المعالجة بنحو بحيث عاد سالماً ومتصلاً ، فإنّه في مثل ذلك لا يحكم على الجاني بالدية ؛ لما دلّت عليه الروايات - وعليه الفتوى أيضاً - من أنّ دية الجروح والكسور إنّما تدفع بعد الانتظار إلى زمان البرء إذا كان ممّا يحتمل فيه البرء ، فكيف يمكن أن تكون الدية تعويضاً عن كل ما لحق المجني عليه من الضرر أو بدلاً عن وصف صحته وسلامته ؟ ! بل كيف يحتمل أن يكون الجاني في المثال غير مسؤول عن دية المجني عليه - لعدم قطع يده مثلاً بعد العلاج وإجراء العملية الترقيعية - ولا عن نفقات ذلك العلاج الباهضة التي تحمّلها المجني عليه ؟ !

ومثال آخر : ما إذا كان قد جرحه جرحاً طفيفاً كالحارصة أو الدامية التي فيها بغير أو بغيران ، ولكنّ المجني عليه كان فيه مرض بحيث إذا لم يعالج نفسه علاجاً باهضاً من حيث النفقة فسوف تؤدّي الجراحة إلى هلاكه وموته ، فيقال بتحمّله نفقات ذلك ، وليس على الجاني إلّا أرش الحارصة والجرح الخفيف ، مع أنّه لولا العلاج لسرت الجناية إلى نفس المجني عليه ، وكان يلزم الجاني الدية الكاملة ، بل كيف يمكن أن يكون التقدير الشرعي للدية أو الأرش قد لوحظ فيه نفقات العلاج أيضاً مع وضوح تغير تلك النفقات بحسب الزمان ، بل والمكان في الزمان الواحد وباختلاف درجة التقدّم العلمي وتطوّر وسائل العلاج وتعقيدها ؟ ! فلا محالة لا تكون التقديرات الشرعية المذكورة إلّا تقديرات شرعية لغرامة مالية تعطى للمجني عليه في قبال نفس الجرح أو الكسر أو النقص الحاصل بالجناية في بدنه ، كما

صرّحت بذلك ألسنة الروايات من دون نظر إلى الأضرار الأخرى التي تلحق بالمجني عليه ؛ فإنّ لها حسابها وحكمها الخاص .

فالصحيح : أنّ روايات الدية أجنبية عن نفي ضمان ما تسببه الجناية من الأضرار المادية الأخرى على المجني عليه ومنها نفقة معالجته ، فإذا كان الإضرار موجباً للضمان ثبت الضمان لها زائداً على الدية .

بل يمكن أن يقال : بأنّ اللازم على الجاني أولاً الإنفاق لمعالجة المجني عليه والحيلولة دون قطع عضوه أو حصول نقص فيه إن كان ذلك ممكناً فعلاً ، فلا تصل النوبة إلى الدية الكاملة للعضو ، فمسؤوليته الأولى إرجاع وصف الصحة في بدن وأعضاء المجني عليه ، فإذا بقي نقص أو شين أو جرح بعد ذلك كان ضامناً لديته أو لأرث نفس ما وقع من الجرح والألم ؛ لأنّه مسؤول وضعاً وتكليفاً عن رفع كلّ ضرر أوقعه عليه إذا كان رفعه ممكناً ؛ بمقتضى أدلة حرمة الإضرار و« لا ضرر » ، وبمقتضى أدلة حرمة مال المسلم ودمه وأنه لا يذهب حقه هدرأ ، وبمقتضى سيرة العقلاء أيضاً .

ثم إنّ إذا لم يمكن إثبات ضمان الجاني لنفقة علاج المجني عليه زائداً على الدية بقاعدة الإضرار بالعنوان الأولي ، فبالإمكان إثبات ذلك مطلقاً أو في موارد خاصة بالعنوان الثانوي وبحكم ولي الأمر ، نظير الغرامات المالية الأخرى التي يجعلها في موارد التخلّفات ، فيجعل لمن يتخلّف فيجني على شخص ولو خطأ غرامة مالية بقدر نفقة علاجه اللازمة بحسب متطلّبات الزمان يدفعها للدولة ، فتصرفها الدولة في علاج المجني عليه أو تتحمّل علاجه مجاناً في قبال ما تأخذه من الجاني ، كلّ ذلك بملاك حفظ النظام والصالح العام والتأمين على حياة المجني عليهم وتوفير العلاج اللازم لهم ولسلامتهم ، ولا شك أنّ هذا داخل ضمن نطاق صلاحيات الحاكم الإسلامي ، ومطابق مع المصلحة العامة في مثل أزمئتنا ، بل لعلّ خلافه يعد إجحافاً وظلماً على المجني عليهم بحيث يقطع أو يطمأن بأنّ الشارع لا يرضى به .

المسألة الثانية :

وبما ذكرناه في المسألة الأولى ظهر الحال في هذه المسألة أعني ضمان الجاني لما يصيب المجني عليه من الأضرار المادية من ناحية كسبه ومعيشتة بسبب الجرح أو النقص الذي حصل في بدنه :

أ - فإننا إذا جعلنا الميزان والملاك للضمان صدق الإلتلاف أو وضع اليد على مال الغير فهذا لا يصدق في المقام جزماً ؛ إذ لم يكن مال للغير بالفعل بعد ، وإنما كان يمكنه أن يحصل عليه لولا ذلك النقص أو الجرح .

ب - وأما إن جعلنا الميزان أعم من ذلك بحيث يشمل مطلق تفويت مال عليه فقد يصدق التفويت ، خصوصاً بالنسبة لما كان متلبساً به بالفعل من الكسب والذي عجز عنه نتيجة الجناية ، وقد حكم سيد العروة رحمته بثبوت الضمان في حبس الحرّ الكسوب باعتباره تفويتاً ^(١) ، ولكنه قد تقدّم الإشكال في كفاية مجرد التفويت لثبوت الضمان .

ج - وأما إن جعلنا الميزان للضمان مطلق الإضرار المالي ، فإذا كان الضرر بمعنى النقص في المال فأيضاً لا يصدق الإضرار ؛ لأنّ المال المذكور بعد لم يكن حاصلاً ومملوكاً للمجني عليه ، وإنما كان يحصل له لولا الجناية .

اللهم إلا أن تدعى إحدى عنائتين عرفيتين :

الأولى - أنّ النفع والمال المذكور حيث أنّه كان قطعي الحصول في موارد التلبس الفعلي بالكسب فهو عرفاً بحكم الحاصل والثابت للمجني عليه ، فيكون فواته عليه إنقاصاً لما هو له بالفعل عرفاً ، فيكون ضرراً بل إلتافاً .

الثانية - أن يكون لنفس وصف التمكّن والقدرة على التكسّب وتحصيل المال من خلاله قيمة ومالية عقلاً عرفتاً ، وقد أنقصها وسلبها منه ، فيكون ضامناً

(١) انظر : العروة الوثقى ٢ : ٥٨٩ ، أحكام الاجارة ، م ٣ . ط . الأعلمي .

لقيمته، بل على هذا قد يصدق الإلتلاف أيضاً للوصف الذي له مالية، كما إذا عيَّب ماله بإزالة وصف من أوصافه المرغوب فيها عقلاً والمؤثرة في المالية.

وكلتا العنايةتين محلّ تأمل وإشكال :

أما الأولى - فلأنّ مجرّد تحقق وقوع النفع - لولا الحبس أو الجناية - لا يكفي لصدق مفهوم النقص والضرر إلاّ بالعناية والمجاز بحيث لا يمكن استفادته من مطلقات لا ضرر أو الإلتلاف .

وأما الثانية - فلما ثبت في محلّه من أنّ الأوصاف حيثيات تعليلية لأن تكون الأعيان أو الأعمال أموالاً ، ولا يكون الوصف بنفسه مالاً ؛ ومن هنا لا يضمن الوصف المرغوب الزائل في العين ، وإنّما تضمن العين التي نقصت ماليتها بسبب زوال وصفها المرغوب ؛ ومن هنا نجد أنّ المشهور أيضاً حكموا بأنّ منع الحرّ الكسوب عن عمله لا يوجب الضمان ، ففي تحرير الوسيلة - كتاب الغصب :

مسألة ٥ - لو استولى على حرّ فحبسه لم يتحقق الغصب لا بالنسبة إلى عينه ولا بالنسبة إلى منفعته - وإن أثمّ بذلك وظلمه - سواء كان كبيراً أو صغيراً ... وكذا لا يضمن منافعه ، كما إذا كان صانعاً ولم يشتغل بصنعه في تلك المدة ، فلا يضمن أجرته . نعم لو استوفى منه منفعة - كما إذا استخدمه - لزمه أجرته « (١) .

وفي المسألة ١٣ - لو منع حرّاً عن عمل له أجره من غير تصرّف واستيفاء لم يضمن عمله ، ولم يكن عليه أجرته (٢) . وهذا بخلاف منافع الأعيان فإنّها تعتبر ملكاً موجوداً بالفعل للمالك بتبع وجود العين ، ومن هنا يحكم بضمانها بمجرّد منع مالكها عنها ولو لم يستوفها الغاصب ، فلو غصب دابة مثلاً ضمن منافعها سواء استوفّاها أم لا . نعم ، في باب الأعمال المشهور هو الحكم بالضمان إذا كان أجيراً

(١) تحرير الوسيلة ٢ : ١٥٣ ، الغصب ، م ٥ . ط . جماعة المدرّسين .

(٢) المصدر السابق : ١٥٦ ، م ١٣ .

للغير في زمان فحبسه حتى مضى فيضمن للمستأجر .

وفي المسألة ١٢ - لو حبس حرّاً لم يضمن - لا نفسه ولا منافعه - ضمان اليد حتى في ما إذا كان صانعاً ، فليس على الحابس أجره صنعته مدّة حبسه . نعم لو كان أجيراً لغيره في زمان فحبسه حتى مضى ضمن منفعتة الفائتة للمستأجر « (١) .

ولعلّ الوجه في هذا التفصيل عند المشهور أنّ العمل إذا تعلّق به الإجارة أصبح مالاً مملوكاً بالفعل للمستأجر ، وهذا نحو وجود اعتباري له ، فيكون تفويته عليه إتلافاً وإنقاصاً لمال مملوك له بالفعل ، فيصدق الإضرار ، بل والإتلاف وإذهاب ملكه ، فيضمنه لمالكه وهو المستأجر ، بخلاف ما إذا لم يقع متعلّقاً للإجارة فإنّه لا يكون للعمل وجود بعد لا في الخارج - لعدم تحققه فيه - ولا في الاعتبار ؛ لعدم اعتبار الملكية بالنسبة للإنسان وأعماله وذمته ونفسه لنفسه ، فلا يصدق عرفاً الإتلاف أو الإضرار بمعنى نقص المال لا بلحاظ مال خارجي ولا اعتباري . وعلى هذا قد يفصل في المقام أيضاً ، فيقال بضمان الجاني ما يفوت المجني عليه من الكسب إذا كان قد أجر نفسه للغير ولو كان مدّة طويلة ، فيضمن الجاني أجره مثل عمله للمستأجر ، ويستحق المجني عليه أجره المسمّى بعقد الإجارة .

إلا أنّ الصحيح أنّ هذا الاستثناء لو قبلناه فليس المقام من تطبيقاته ؛ لأنّ مورده ما إذا منع الأجير عن عمله مع بقاءه قادراً عليه في نفسه ، كما في مثال حبس الحرّ ، لا المقام الذي تكون الجناية موجبة لعيب الأجير وزوال قدرته على العمل في نفسه ؛ فإنّ هذا يوجب انفساخ الإجارة وانكشاف أنّ الأجير لم يكن في لوح الواقع متمكناً من العمل المستأجر عليه في زمانه ، وهو يوجب الانفساخ .

(١) تحرير الوسيلة ٢ : م ١٢ .

فالحاصل : فرق بين منع الأجير وحبسه عن القيام بالعمل المستأجر عليه مع قدرته عليه في نفسه ، وبين إتلاف عضوه وجعله غير قادر في نفسه على العمل ، كما هو في المقام ؛ فإنه في الأول لا موجب للانفساخ ، بخلاف الثاني . ومن هنا فصل المشهور - في باب إجارة الأعيان أيضاً - بين ما إذا غصب العين المستأجرة من المستأجر فيضمن أجرة مثل ما تبقى من المدة للمستأجر ، وبين ما إذا أتلّفها أو عيّبها بحيث خرجت عن الانتفاع فيضمن قيمتها للمالك ، وتنسخ الإجارة في المدة الباقية ، ويرجع المستأجر بالأجرة المسماة لتلك المدة على المالك ؛ لأنه ينكشف عدم وجود المنفعة في تلك المدة للمالك واقعاً .

وهكذا يتضح أن موجب الضمان إن كان صدق عنوان الإتلاف أو الإضرار بمعنى النقص في المال فهذا لا يصدق إلا إذا كان له مال مملوك بالفعل حقيقي أو اعتباري ينقصه منه ويذهب عليه ، وهو غير حاصل في المقام إلا إذا قبلنا إحدى العنايتين المتقدمتين . نعم ، عنوان التفويت لا يتوقف على فعالية المال ، فهو يصدق في المقام ، ولكن لا دليل على إيجابه للضمان كبروياً كما تقدّم .

هذا ، مضافاً إلى أنه يمكن دعوى عدم صدق التفويت ولا الإضرار في المقام حتى إذا قبلنا اقتضاءهما للضمان كبروياً ، وقبلنا صدقهما في مثل حبس الحرّ الكسوب .

والوجه في ذلك : أن الجناية عرفاً بمثابة الإتلاف للنفس أو للعضو ، فيكون كالإضرار بالعين وإتلافه من حيث إنه لا يضاف إلى منافع النفس أو العضو مستقلاً زائداً على إضافته إلى العضو أو النفس ، فكما لا يصدق على من أتلّف دابة الغير أنه يضمن قيمة منافعها زائداً على ضمان قيمة نفسها لأنه فوتها على مالكها ، كذلك في المقام ؛ فلا يقال لمن قطع يد الغير مثلاً إلا أنه أتلّف يده وأضره أو فوت عليه يده ، وأما منافع يده وكسبه منها فلا يكون هناك تفويت وإضرار آخر بالنسبة إليها ليكون له ضمان آخر ، بل تلحظ المنافع الفائتة كحيثيات تعليلية لضمان نفس العين حينما

يكون الإتيان والنقص واقعاً عليها ، وإنما يلحظ تفويت المنفعة مستقلاً إذا كانت فائتة مع بقاء العين ، وهذه نكتة عرفية لا ينبغي التشكيك فيها . وعلى أساس منها نقول في المقام : بأننا حتى إذا قبلنا ضمان أجره عمل الحرّ الكسوب إذا حبس من قبل الغير بملاك التفويت أو الإضرار مع ذلك لا يمكن قياس المقام عليه والحكم بضمان الكسب الذي عجز عنه المجني عليه نتيجة وقوع النقص والجناية عليه ، كالرسام أو النجار إذا قطعت يده مثلاً أو القاريء إذا قطع لسانه ؛ لأنّ هذا من باب إتيان العين لا تفويت المنافع .

هذا ، مضافاً إلى أنّه لا ضابطة عرفية أو شرعية لتحديد مقدار التعويض اللازم جزاء ما يفوته من الكسب والمنفعة لولا الجناية ؛ لتفاوت المكاسب والواردات المحتملة كمّاً وكيفاً وعدم إمكان تحديدها في مقدار معين إلّا اعتباراً ، مما يبعد فكرة الضمان في المقام زائداً على ما حدّده الشارع من الدية .

بل يمكن أن ندّعي القطع - أو الاطمئنان على الأقلّ - بعدم ضمان الجاني في شرعنا الأقدس لما يفوت المجني عليه من الكسب ونحوه من الأضرار التبعية ، والتي حكمت أكثر القوانين الوضعية اليوم بضمانها ؛ وذلك لأننا لو لم نستطع أن نستفيد من سكوت كافّة روايات الديات عن ذكر ذلك دلالة على عدمها - بدعوى كونها في مقام بيان ضمان دية العيب والنقص الواقع على البدن فقط لا الأضرار المادية الأخرى - فلا إشكال في أنّ هذه المسألة كانت موضع الابتلاء كثيراً ، فما أكثر الجنايات التي تقع عمداً أو سهواً أو خطأً في المجتمع ، والتي كان يُقضى فيها بدفع الدية أو بالقصاص ! فلو كانت المنافع والمكاسب العائدة إلى المجني عليه مضمونة على الجاني - وعادة يكون للمجني عليه كسب وعمل يفوته ولو مؤقتاً - بالجناية لانعكس ذلك واشتهر وبان في الروايات والفتاوى ، مع أنّه لم يرد شيء من ذلك ، ولم يرد في مورد أنّ القضاء الإسلامي غرّم الجاني ما كان يكسبه المجني عليه لولا الجناية ، بل ولعلّ في الروايات الدالة على أنّ المسلمين تتكافأ دماؤهم

وأَنَّهُ لا فرق في الدية بين الصغير والكبير والشريف والوضيع منهم ما يدلُّ على نفي مثل هذا الضمان ، وليس يرد هنا ما أوردناه في المسألة الأولى من ضالة قيمة العلاج ونفقاته وكونها ضمن النفقات اليومية الاعتيادية للإنسان كما لا يخفى . وهذا بحسب الحقيقة دليل لبّي يمكن أن يُستدلَّ به على عدم ضمان الجاني زائداً على الدية ونفقات البرء والعلاج - إذا قلنا بضمانها في المسألة الأولى - تعويضاً عمّا يفوته أو يفوت عائلته من الكسب والمنفعة .

وأما المسألة الثالثة فهي ضمان الجاني نفقات المرافعة والمقاضاة ، وقد ذكرنا أنَّ هذا البحث لا يختص بباب الجنائيات ، بل يجري في كل مرافعة ودعوى حتى المدنية ، فهل يحكم بثبوت نفقات المرافعة على المحكوم عليه دائماً أو لا ؟ وينبغي إيراد البحث في فرعين :

الفرع الأول - في ضمان المحكوم عليه للمحكوم له ما قد يصرفه من نفقات في سبيل الحصول على حقه إذا توقّف استحقاقه عليه ، وهذه مسؤولية وضمان تجاه صاحب الحق .

الفرع الثاني - في ضمان المحكوم عليه لنفقات المرافعة للدولة ، فيجوز أن تستوفيها المحكمة منه لا من المحكوم له ، وهذه مسؤولية مدنية وضمان تجاه الحكومة .

أما الفرع الأول: فقد يقال بضمان من عليه الحق لصاحب الحق ما يبذله في سبيل استحصال حقه منه ، ومنه نفقات المرافعة وتكليف المحامي والوكيل للدفاع وغير ذلك ؛ بدعوى أنَّ هذه النفقات والتكاليف وإن كان قد صرفها صاحب الحق باختياره إلا أنَّ إنفاقها كان في سبيل تحصيل حقه المهدور وفي طول منع المحكوم عليه وأخذه بحقه ، فيكون هو السبب عرفاً لفواتها وذهابها عليه وخسارته ، فيضمنها الجاني بالتسبيب .

إلا إنَّ الظاهر عدم كفاية هذا المقدار للتسبيب ، فإننا ذكرنا أنَّ المراد منه ما

يوجب استناد موجب الضمان من الإلتلاف أو الإضرار أو التفويت إلى غير المباشر ، ومن الواضح أنّ مجرد منع الغاصب لحق صاحب الحق وتوقّف تحصيله على بذل المال لا يكفي لأن تستند خسارة تلك النفقات التي صرفها إلى الغاصب ، فيكون هو المتلف لها أو الضارّ أو المفوّت لها زائداً على الحق الأول ؛ لأنّ هذا الإنفاق كان من قبل صاحب الحق لمصلحة نفسه ، وهو وصوله إلى حقه ، فلم يكن له حقّان وضمّانان : حق ماله الأول مثلاً وحق أن يأخذ منه ما يوصله إلى حقه الأول ، فهذا المقدار لا يكفي للتسبب وانتساب الإلتلاف أو التفويت للمحكوم عليه ومن عليه الحق ، بل الفعل الصادر باختيار الفاعل المباشر - كالإنفاق من صاحب الحق في سبيل استحصال حقه في المقام - لا يستند إلى غير المباشر إلّا إذا كان هناك تسبب من إلجاء وإكراه أو تغرير واستدراج ونحو ذلك ، وليس في المقام شيء من ذلك .

ودعوى : صدق الإضرار به بلحاظ ما صرفه فعلاً في سبيل تحصيل حقه خصوصاً إذا كان منع الحق عن علم وعمد ، ممنوعة إلّا بنحو من العناية .

كما أنّ دعوى : أنّ لنفس التمكن من ماله وحقه وكونه تحت اختياره ماليةً وضمّاناً مستقلاً قد فوّته عليه الغاصب ، واضحة الفساد ؛ لاستلزامه الضمانين من أول الأمر سواء صرف في سبيل تحصيله مال أم لا ، وهو كما ترى ، بل لعلّ في ما دلّ على حرمة الربا وأنّ المالك له رأس ماله لا أكثر تصريحاً بخلاف هذه النكتة .

نعم ، قد يكون الأجل حيثية تعليلية لارتفاع قيمة المال في المعاملات ، وتلك نكتة أخرى ، كما أنّ حيثية الزمان والمكان قد تكون دخيلة في المالية أو تكون مضمونة بنفسها إذا كان مورد غرض عقلائي ، وتلك أيضاً نكتة أخرى لا دخل لها بالمقام .

ودعوى : أنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأنّه يمكن أن تثبت به الضمان في المقام .

مدفوعة : - مضافاً إلى كونها قاعدة متصيّدة وتعبيراً فقهيّاً لا قاعدة شرعية - بأنّ المراد بها أنّ ما يستلزمه من ردّ المال المغصوب من الضرر على الغاصب لا يكون مضموناً له ، وهو أجنبي عن محل البحث .

وأما الفرع الثاني : وهو ضمان المحكوم عليه نفقات المرافعة للحكومة ، فتارة يراد إثبات هذا الضمان والمسؤولية كحكم ثانوي ، كما إذا قرّر الحاكم وولي الأمر في سياسة إدارة القضاء والمحاكمات أن تجعل نفقات المرافعة على من يثبت عليه الحق ، فتستوفى منه إذا ثبت عليه ، وإذا لم يثبت تستوفى ممّن أقام الدعوى أو منهما معاً ، وهذا لا إشكال فيه ، ويكون حاله حال سائر الأحكام النظامية التي يقررها الحاكم الإسلامي حسب ما يشخصه من المصالح والمفاسد في إطار الشريعة الإسلامية الغراء .

وأخرى يراد إثبات هذا الضمان على المحكوم عليه كحكم أولي وبقاعدة من قواعد الضمانات الثابتة في الأموال والأعمال .
وتقريب ذلك :

أنّ عمل المقاضاة وما تستلزمه من تسجيل الدعوى والتحقيق فيها وإصدار الحكم وغير ذلك ، عمل محترم له مالية ، فتكون مضمونة بالاستيفاء أو الأمر أو الإلتاف ، كما هو حال سائر الأعمال التي لها مالية . وفي المقام إن كانت المرافعة بطلب من المحكوم عليه كان ضامناً لها بالأمر ، وإن كان بطلب المحكوم له أو بطلبهما معاً أو بأمر الحاكم ابتداءً يكون الضمان على المحكوم عليه أيضاً ؛ لأنّه بمنزلة السبب الذي يكون أقوى من المباشر ؛ إذ لولا منعه لحق الغير وسلبه له لم يكن يلزم على الحاكم - المسؤول عن إقامة العدل وإرجاع الحق إلى أهله - أن يقوم بالمقاضاة وفصل الخصومة بناءً على جواز أخذ الأجرة على الواجبات حتى في باب الحكومة ؛ لعدم تقييد دليل إيجابها بأن تكون على نحو المجانية .

صحيح أن من له الحق لو كان يتنازل عن حقه ولم يرفعه إلى الحاكم لما كان يقع مقاضاة وعمل من الحاكم ، إلا أن صاحب الحق من حقه المطالبة بحقه ، بخلاف من عليه الحق ؛ فإنه ليس من حقه سلب الحق ، بل عليه ردّه إلى صاحبه ، فتكون هذه نكتة عرفية لصدق التسبب بلحاظه ، لا بلحاظ من له الحق ويطالب به ، نظير ما إذا سحب المالك ثوبه من يد الغاصب فأمسكه الغاصب وجرّه إلى نفسه فتمزّق ، فإنّ التلف وإن كان حاصلًا بفعلهما معاً ، ولكنّه يقال بأنّ الغاصب حيث كان لا يحق له إمساك ثوب الغير ومنعه عنه فهو السبب للتلف ، فيكون ضامناً لتمام قيمته ، أو نظير شاهد الزور الذي يحكم عليه بضمان ما ذهب من مال صاحبه بسبب إخفائه للحقيقة وشهادته على خلاف الواقع ؛ لكونه أقوى من المباشر ، وهو القاضي ، فإذا جزمنا بهذه النكتة ثبت الضمان عليه ، وإلا كان مقتضى الأصل عدم الضمان هنا أيضاً ، كالمسألة السابقة .