

قرآنك

فقهه من حاشية

تأليف

آية الله السيد محمود الهاشمي الشافعي

الجزء الأول

مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي

طبع في المطبعات العامة

عنوان کتاب: قراءات فقهية معاصرة

پدیدآور[ان]: هاشمی شاهرودی، محمود

نام ناشر: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامي

جلد[ها]: 1 - 2

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتال نور

تاریخ دانلود: 1404/7/23

تعداد صفحات دانلود شده: 822

قراءات فقهية معاصرة

الجزء الأول

آية الله السيد محمود الهاشمي

جميع حقوق الطبع محفوظة للمناشر

هوية الكتاب

الكتاب :	قراءات فقهية معاصرة (١)
تأليف :	آية الله السيد محمود الهاشمي
الناشر :	مركز أهل البيت عليه السلام 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) التابعة لمؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت 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 المقدسة

السيد محمود الهاشمي

١٤٢٣ هـ . ق

الاجنوبيات

- ١ - حكم التخدير عند اجراء العقوبات الجسدية ٢٦ - ١١
- ٢ - حكم إصاق العضو المقطوع في القصاص ٥٠ - ٢٩
- ٣ - كفاية تكرار اليمين وعدمها في القسامة على القتل ٦٨ - ٥٣
- ٤ - استقلال بعض الأولياء بالقصاص ١١٦ - ٧١
- ٥ - دية الذمي والمستأمن من الكفار ١٣٨ - ١١٩
- ٦ - إرث المسلم من الكافر وحجبه لورثته الكفار ١٧٤ - ١٤١
- ٧ - حول أصناف الدية الستة ٢٣٨ - ١٧٧
- ٨ - عفو الحاكم في العقوبات ٢٧٢ - ٢٤١
- ٩ - حكم القاضي بعلمه ٣٤٦ - ٢٧٥
- ١٠ - تحديد موضوع حدّ المحارب ٤٤٨ - ٣٤٩

حكم التّخدير

عند إجراء العقوبات الجسدية

حكم التخدير

عند إجراء العقوبات الجسدية

هل يجوز تخدير العضو الذي يراد قطعه حدّاً أو قصاصاً أو تخدير المحكوم عليه بالرجم أو بالجلد أم لا يجوز ذلك ؟ سؤال يطرح نفسه اليوم في ضوء ما أحرزته التقنية الحديثة في مجال الطب الجراحي من إمكان تخدير الإنسان أو عضو منه فلا يكاد يحسّ بألم الجرح أو الضرب، ولا شك أنّ هذا لو كان جائزاً ومن حقّ المحكوم عليه بحدّ أو قصاص أو تعزير فسوف يطلبه حتماً ؛ لأنّ فيه التخفيف عليه كثيراً .
والمسألة ليست مبحوثة في كلمات الفقهاء سابقاً ؛ لأنّها مستحدثة ولم تكن ممكنة في تلك الأزمنة لیبحثوا حكمها ، فلا بدّ من فتح باب البحث والاستنباط فيها كما في سائر المسائل المستحدثة .

وحيث إنّ العقوبة في باب الحدود والتعزيرات تختلف طبيعة وملاكاً عنها في باب القصاص ، من هنا لابدّ وأن نورد البحث في مسألتين :

الأولى : حكم التخدير في الحدّ أو التعزير .

الثانية : حكمه في القصاص .

التخدير في الحدّ أو التعزير :

أمّا المسألة الأولى : فلا بدّ فيها من ملاحظة أدلّة الحدود والتعزيرات ليرى هل يستفاد منها أنّ الإيلام بالمقدار الذي يقتضيه طبيعة ذلك الحدّ أو التعزير شرط

لازم وداخل في العقوبة أم لا ، فإن لم نستفد منها الشرطية كان مقتضى الأصل جواز تخدير المحكوم عليه نفسه ، بل قد يقال بحرمة إقامة الحدّ عليه من دون تخدير إذا طالب به مع إمكانه لحرمة إيذاء المسلم زائداً عما يثبت من العقوبة ، والمفروض أن الإيلام ليس داخلاً فيها .

والصحيح أن المستفاد من أدلة الحدود والتعزيرات لزوم تلك المرتبة المتعارفة من الإيلام وبالتالي عدم جواز تخدير المحكوم عليه عند إجراء العقوبة بحيث لا يحس ألم الجلد أو القطع أو التعزير . وهذا ما يمكن تقريبه ببيانات عديدة ، منها ما يلي :

البيان الأول :

استفادة ذلك من الآيات الشريفة المتعرّضة للحدود حيث ورد في أكثرها ما يدلّ على دخول الإيلام والأذى في العقوبة المقرّرة وشرطيته فيها .

ففي حدّ الزنا والفاحشة ورد التعبير بالعذاب والإيذاء حيث قال تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ^(١) .

فلئن قيل : إنّ عنوان الجلد ومفهومه لا يدلّ صريحاً على شرطية الإيلام والأذى . قلنا : إنّ ذيل الآية صريح في إرادة العذاب منه ، بل وصرها أيضاً يدلّ على ذلك بقرينة قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ ﴾ .

وقال تعالى في اللعان : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ ^(٢) .

وفي حدّ الإماء : ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ ^(٣) .

(١) النور : ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٨ .

(٣) النساء : ٢٥ .

وفي اللواط أو الزنا: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّاباً رَحِيماً﴾ ^(١).

وفي حد القذف قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ ^(٢) بناءً على أن المراد أن لهم العذاب في الدنيا - وهو حد القذف - والآخرة.

وفي حد السرقة قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ ^(٣)، والنكال هو العذاب.

وفي حد المحاربة أيضاً تدل الآية على التشديد في القتل والصلب والقطع حيث جئ بها بصيغة التفعيل الدال على التشديد، والمتفاهم منه التشديد في العذاب والعقوبة.

فالمستظهر من آيات الحدود والتي هي الأصل في تشريعها أن المنظور فيها تعذيب المرتكب والتنكيل به وإيذاؤه بها لكي يرتدع هو بل والآخرين أيضاً عن ارتكاب الجريمة، ولهذا أيضاً وجب في بعضها أن يشهد التعذيب طائفة من المؤمنين.

ودعوى: إن مرتبة من الأذى أو العذاب قد تحصل بها حتى مع التخدير ولو بلحاظ آثار إجراء الحد بعد ذلك خصوصاً في مثل القطع، فلا دلالة لهذه الآيات على شرطية الأذى أكثر من ذلك.

مدفوعة: بأن هذا خلاف ظهورها في أن نفس الحد من الجلد أو القطع عذاب وأذى أي التعذيب والنكال بها لا بآثارها فيما بعد وما قد يعير به، بل المتفاهم عرفاً

(١) النساء: ١٦.

(٢) النور: ٢٣.

(٣) المائدة: ٣٨.

والمرتکز عقلاً في باب العقوبة بالضرب والقطع ونحوهما أن المنظور فيها حيثية الإيذاء والإيلام الجسدي لكي يرتدع المرتكب وغيره ويؤدّب نظير العذاب والعقوبة الأخروية أو التعذيب الذي كان ولا يزال يمارسه السلاطين والطغاة . وهذا يعني أن هناك قرينة لبّية ارتكازية تصرف أدلة الجلد والقطع والرجم ونحوها إلى إرادة الإيلام والتعذيب بها لا مجرد أشكالها وصورها ، فحتى إذا كان التعبير بالجلد أو القطع أو الضرب لا العذاب والإيذاء مع ذلك كنا نستفيد منه شرطية العذاب والإيلام في مقام العقوبة بمقتضى هذه القرينة النوعية والفهم الارتكازي ، فالمقدار المتعارف من الإيلام والإيذاء بحسب طبع هذه العقوبات مأخوذ في مفهومها عرفاً وارتكازاً ، وهذا ممّا لا ينبغي التشكيك فيه .

البيان الثاني :

ما ورد في السنة العديد من الروايات المتعرّضة لكيفية بعض الحدود أو التعزيرات ممّا يدلّ على اشتراط الإيلام والعذاب في العقوبات الجسدية .
ففي الباب (١٥) من أبواب حدّ الزنا المحصن ورد التعبير بأنّ « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة »^(١) في معتبرة أبي العباس ، وفي مرسلة صفوان ورد :
المرجوم يفرّ من الحفيرة فيطلب ؟ قال : « لا ، ولا يعرض له إن كان أصابه حجر واحد لم يطلب ، فإن هرب قبل أن تصيبه الحجارة ردّ حتى يصيبه ألم العذاب »^(٢) .
وفي نقله الآخر « ... وإن لم يكن أصابه ألم الحجارة ردّ »^(٣) .

وفي الباب (١٥) من أبواب حدّ القذف روايات عديدة تدلّ على أنّ الضرب في الزنا أشدّ منه في شرب الخمر ، وفي الخمر أشدّ منه في القذف ، وهو أشدّ منه في

(١) الوسائل ٢٨ : ١٠٢ ، ب ١٥ ، حدّ الزنا ، ح ٢ . ط - مؤسسة آل البيت عليه السلام .

(٢) المصدر السابق : ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ١٠٣ ، ح ٥ .

التعزير، والشدة في الضرب لا تكون إلا بلحاظ الإيلام ومرتبة الأذى، كما هو واضح. وفي معتبرة الحسين بن أبي العلاء فيمن احتلم بأُم الآخر فأخبره به، قال أمير المؤمنين عليه السلام : « إنَّ في العدل إن شئت جلدت ظله ؛ فإنَّ الحلم إنما هو مثل الظلِّ ، ولكنَّا سنوجعه ضرباً وجيعاً حتى لا يؤذي المسلمين » . فضربه ضرباً وجيعاً ^(١) .

وفي صحيح محمد بن مسلم في حدَّ شرب الخمر قال : سألته عن الشارب فقال : « أمَّا رجل كانت منه زلَّة فإني معزَّره ، وأمَّا آخر يدمِّن فإني كنت منهكه عقوبة لأنَّه يستحلَّ المحرَّمات كلَّها ، ولو ترك الناس وذلك لفسدوا » ^(٢) .

وفي معتبرة أبي بصير : قال : سألته عن السكران والزاني قال : « يجلدان بالسياط مجرَّدين بين الكتفين ، فأما الحدَّ في القذف فيجلد على ما به ضرباً بين الضربين » ^(٣) .

ومثلها روايات أخرى في الباب (١١) من أبواب حدِّ الزنا .

وفي رواية الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه سئل عن راكب البهيمة ؟ فقال : « لا رجم عليه ولا حدَّ ولكن يعاقب عقوبة موجهة » ^(٤) . والاستدلال بهذه الألسنة من الروايات كالاستدلال المتقدم بالآيات المباركة فلا نعيد .

البيان الثالث :

ما ذكره الأصحاب في باب حدِّ شارب الخمر من أنه لا يقام عليه الحدُّ في حال سكره ، بل يمهل حتى يفيق ثمَّ يقام عليه الحدُّ .

(١) الوسائل ٢٨ : ٢١٠ ، ب ٢٤ ، حدَّ القذف ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٢٢٥ ، ب ٤ ، حدَّ المسكر ، ح ٦ .

(٣) المصدر السابق : ٢٣١ ، ب ٨ ، حدَّ المسكر ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ٣٦١ ، ب ١ ، نكاح البهائم ، ح ١١ .

قال في النهاية : « ولا يقام الحدّ على السكران في حال سكره ، بل يمهل حتى يفيق ثمّ يقام عليه الحدّ » ^(١).

وفي المراسم : « ولا يجلد الشرّاب على السكر ، ويجلدون عراة على ظهورهم وكفوفهم » ^(٢).

وفي المهذب : « وإذا كان شارب المسكر سكراناً لم يقم الحدّ عليه حتى يفيق ثمّ يقام عليه ذلك » ^(٣).

وفي الشرائع : « ويضرب الشارب عرياناً على ظهره وكتفيه ، ويتّقى وجهه وفرجه ، ولا يقام عليه الحدّ حتى يفيق » ^(٤). ومثله عبارته في المختصر النافع ^(٥).

وفي القواعد : « ولا يقام الحدّ عليه حال سكره ، بل يؤخّر حتى يفيق » ^(٦). وقال في الجواهر تعليقاً على كلام الشرائع : « وكذا لا خلاف في أنّه لا يقام عليه الحدّ حتى يفيق لتجصل فائدة الحدّ التي هي الانزجار عنه ثانياً » ^(٧).

فإذا كان نظرهم بالنسبة لحالة السكر وعدم الإفاقة منها ذلك ، فكيف بحالة التخدير العامّ وعدم الوعي والاحساس بالضرب أصلاً ، فإنّه لا بدّ وأن لا يصحّ إقامة الحدّ عليه في تلك الحال بطريق أولى .

وكلمات الفقهاء هذه وإن لم تكن دليلاً ومستنداً شرعياً بنفسها في المسألة كما أنّ

(١) النهاية : ٧١٢ .

(٢) المراسم (ضمن الينابيع الفقهية) ٢٣ : ١١٥ .

(٣) المهذب ٢ : ٥٣٦ .

(٤) الشرائع ٤ : ١٧٠ .

(٥) المختصر النافع : ٢٢٢ .

(٦) القواعد ٢ : ٢٦٣ .

(٧) الجواهر ٤١ : ٤٦١ .

التعليل الذي ذكره صاحب الجواهر رحمته الله أشبه بالحكمة وعلل الأحكام لا العلة المصطلحة ، إلا أنه يمكن أن يستفاد من مثل هذه الكلمات ما أشرنا إليه في الوجهين السابقين من استظهار شرطية الإيلاء والعذاب بالمقدار المتعارف الذي تقتضيه طبيعة العقوبة الجسدية المقررة في الحد أو التعزير وأن هذا هو المستفاد من أدلة الحدود والتعزيرات وأنها تعذيبات جسدية لهدف الزجر وردع المرتكب أو الآخرين عن ارتكاب تلك الجرائم ، فيكون فهم الفقهاء شاهداً لنا على صحة الاستظهار المذكور .

قال في المبسوط : « فإذا تقرر ما يقام بالسوط فالكلام في ثلاثة فصول : صفة السوط وصفة الضرب وصفة المضروب . أما صفة السوط فسوط بين السوطين لا جديد فيجرح ، ولا خلق فلا يؤلم .

روي عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف عند النبي عليه وآله السلام بالزنا ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط ، فأتي بسوط مكسور ، فقال : « غير هذا ، فأتي بسوط جديد لم يقطع ثمرته ، فقال : بين هذين . فأتي بسوط قد ركب به ولان ، قال : فأمر به فجلد » هذا لفظ الحديث .

وعن علي عليه السلام أنه قال : « ضرب بين ضربين ، وسوط بين سوطين » .
وأما صفة الضرب فإنه ضرب بين ضربين لا شديداً فيقتل ولا ضعيفاً فلا يردع ، ولا يرفع له باعه فينزل من عل ، ولا يخفض له ذراعه حتى لا يكون له ألم ؛ لقول علي عليه السلام : « ضرب بين ضربين ، وسوط بين سوطين » . وروي عن علي عليه السلام وابن مسعود وغيرهما أنهم قالوا : « لا يرفع يده في الضرب حتى يرى بياض إبطه » .

وأما صفة المضروب فإن كان رجلاً ضرب قائماً ويفرق الضرب على جميع بدنه ، ولا يجرد عن ثيابه ؛ لأن النبي ﷺ أمر بالضرب ، ولم يأمر بالتجريد . وروى أصحابنا أن في الزنا يقام عليه الحد على الصفة التي وجد عليها إن كان عرباناً فعرباناً وإن كان عليه ثيابه ضرب وعليه ثيابه ، فإن كان عليه ما يمنع ألم

الضرب كالقروة والجبّة المحشوة نزعها وترك بقميصين ، ولا يشدّ ، ولا يمدّد ، ولا يقيّد ، ويترك يدها يتقى بهما ؛ لأنّ النبيّ عليه وآله السلام لم يأمر بذلك .
وأما جلد المرأة فإنّها تجلد جالسة لأنّها عورة ، ويشد عليها ثيابها جيّداً لئلا تنكشف ، ويلى شدّ الثياب عليها امرأة ، وتضرب ضرباً رقيقاً لا يجرح ولا ينهر الدم ، ويفرقّ الضرب على بدنّها ويتقى الوجه والفرج ؛ لقوله ﷺ : « إذا جلد أحدكم فليتق الوجه والفرج » .

وعن عليّ عليه السلام أنّه قال للجلّاد : « اضرب وأوجع ، واتق الرأس والفرج » ^(١) .

المناقشة الأولى :

وقد يناقش في البيانات المتقدّمة كلّها بأنّ قصارى مفادها أنّ ما يكون من الحدود والتعزيرات جلدّاً أو رجماً يمكن أن يستند إلى تلك البيانات لإثبات اشتراط الإيلام والأذى بالمقدار المتعارف فيه ، فلا يجوز التخدير المانع عن الاحساس به .
وأما ما يكون من العقوبات قتلاً وإزهاقاً للنفس أو قطعاً لليد كما في حدّ السرقة فلا يمكن تعميم ذلك إليه ؛ لأنّ الآيات والروايات المتقدّمة مختصة بالجلد أو الرجم ، والتعديّ منهما إلى حدّ القتل أو قطع العضو بلا موجب ، خصوصاً وأنّ القتل أو قطع اليد في نفسيهما ومع قطع النظر عن الألم عند إجرائهما حكمة الرادعية فيهما تامّة ، وليست موقوفة على الإيلام حين إجرائهما . فالحاصل لا دليل على أنّ العقوبة أكثر من نفس إزهاق الروح في حدّ القتل أو أكثر من نفس قطع العضو وفقدان الجاني له في حدّ القطع لكي يشترط عدم جواز التخدير حين الإجراء ، والنتيجة أنّه لا بدّ من التفصيل في الحدود بين عقوبة الجلد والرجم وعقوبة القتل والقطع ، فيحكم في الأولين بعدم جواز التخدير ، وفي الأخيرين بجوازه .

والجواب : أمّا في القطع في حدّ السرقة فالظاهر من الآية حمل النكال فيها

- وهو العذاب لغة - على نفس قطع اليد ، لا ما يحصل منه نتيجة من فقدان العضو ؛ فإنّ هذا خلاف الظاهر ، فالمستظهر من سياقها أنّ العذاب الحاصل بنفس قطع اليد أيضاً داخل في العقوبة . وأمّا حدّ القتل وإزهاق الروح - كما في المرتد مثلاً - فنفس عنوان القتل وإن لم يكن مستلزماً ولا متضمناً لشرطية الإيلام والاحساس بأذاه من قبل الجاني إلاّ أنّه مع ذلك بالإمكان أن يقال : إنّ المقصود من شرطية حصول الإيلام إن كان لزومه ووجوب إيقاعه عليه في مقام العقوبة زائداً على حصول القتل وإزهاق الروح فقد يقال بعدم الدليل عليه ، وإن كان المقصود أنّه يحرم إيقاعه وأنّ للمحكوم عليه حقّ المطالبة بالتخدير ومعه لا يجوز إجراء الحدّ عليه بدون تخدير ، بل يجب التخدير مطلقاً حتى من دون المطالبة من الجاني لأنّه أكثر من المقدار الثابت عليه بعنوان العقوبة فيكون حراماً بمقتضى القاعدة ، فممنوع لأنّه خلاف إطلاق أدلّة الحدود ، حيث إنّ مقتضاها جواز قتله أو قطعه أو جلده بلا تخدير أو أعمال ما يوجب تخفيف آلامه ، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ في تلك الأزمنة أيضاً كان يمكن تخفيف الآلام عن طريق بعض الأعشاب أو الأدوية الموجبة للاغماء أو تقليل الحسّ أو إجراء الحدّ في حال النوم ، مع أنّه لم يكن لازماً جزمياً وكانت العقوبات الجسدية كلّها تجري بالنحو المتعارف .

فالحاصل : إطلاق أدلّة الحدود والسيرة التشريعية العملية وإطلاق الفتاوى والمرتكزات الفقهية والتشريعية كلّها تشهد وتدلّ على عدم حرمة إجراء العقوبات الجسدية في باب الحدود من دون تخدير حتى إذا طالب بها الجاني فضلاً عمّا إذا لم يطالب من دون فرق بين حدّ وآخر .

نعم قد لا يثبت حرمة التخدير أو وجوب منع الجاني عنه إذا حاول ذلك بنفسه إلاّ في مثل الجلد والرجم أو الإحراق والإلقاء من شاهق ونحو ذلك ممّا قد يستفاد في لسان أدلّته ملاحظة الشارع لنوع الأذى والعذاب الحاصل بتلك العقوبة عادة ولزوم إحساس الجاني به في مقام إجراء الحدّ .

المناقشة الثانية :

وقد يقال : بأنه إذا ثبت جواز إيقاع الحدّ عليه مع الإيلاام ثبت لا محالة كونه جزءاً من العقوبة وإلا لم يكن جائزاً، فجوازه في المقام يساوق كونه من العقوبة المقرّرة ؛ لما تقدّم من أن أيّة عقوبة أو كفيّة زائدة على العقوبة المقرّرة من أنواع الإيلاام ومراتبه حرام بمقتضى الأدلّة الأولى . فالأمر في المقام دائر بين الحرمة والوجوب ؛ لأنّه لو كان من لوازم العقوبة أو داخلاً فيها كان واجباً لأنّ الحدّ بتمامه واجب وإلا كان حراماً . فإذا قام الدليل على الجواز بمعنى عدم الحرمة ثبت الوجوب لا محالة ، فيمكن منعه عن تخدير نفسه أيضاً ، بل يجب إجراء الحدّ بكفيّته التامة .

وإن شئت قلت : حيث إنّه يحرم إيلاام الغير شرعاً إلا ما كان عقوبة مقرّرة ، فكلّ إيلاام للغير لا يكون حراماً يكون عقوبة لا محالة ، فتتشكّل دلالة التزامية للدليل النافي للحرمة على أنّه من العقوبة فتكون واجبة ، فإطلاق أدلّة الحدود أو السيرة المتشرعية والفقهية كما يدلّان على نفي الحرمة يدلّان على وجوبه بالملازمة لكونه من العقوبة ، فيجب منع الجاني عن تخدير نفسه .

الجواب : وهذا البيان رغم صورته الفنيّة غير تام ؛ لأنّ حرمة الإيلاام كما ترتفع بكونه جزءاً واجباً من العقوبة المقرّرة كذلك ترتفع بكونه لازماً لبعض مصاديق أو مراتب العقوبة المقرّرة والتي يتخيّر الحاكم فيما بينها ، فالإطلاق المذكور غاية ما يثبت أنّ الحاكم في مقام إجراء حدّ القتل أو القطع مخيّر بين اختيار القتل المؤلم بالمقدار المتعارف والقتل غير المؤلم وليس ملزماً بالقتل غير المؤلم من ناحيته كما أنّه ليس واجباً ومتعيّناً عليه القتل المؤلم ، فالعقوبة بالدقّة تخيرية من هذه الناحية ونتيجة ذلك أنّه لا يحقّ للجاني المطالبة بالتخدير ولا يتعيّن ذلك على الحاكم ، ولكنّه في نفس الوقت لا دليل على أنّه يجب منعه عن تخدير نفسه ؛ لأنّ الإيلاام لم يكن جزءاً تعيّنناً من العقوبة . نعم لازم التخيير المذكور جواز منعه بأن لا يسمح له

الحاكم أو لا ينتظر به حتى يخدر نفسه فله أن يجري عليه الحد فوراً وقبل أن يتخدر بدنه ، بل لو كان في ذلك تعطيل لإجراء الحد مقداراً من الزمان فقد يقال بحرمة ؛ لما دلّ على أنه ليس في الحدود نظر ساعة .

فالحاصل المحتملات ثلاثة :

١ - وجوب التخدير والتخفيف من ألم القطع لكونه زائداً على أصل الحد ، فيحرم .

٢ - حرمة التخدير ؛ لكون الألم جزءاً منه ، فيجب .

٣ - جواز التخدير ؛ لكون المستفاد من الأدلة والسيرة عدم تقييد الحد بعدم هذا المقدار من الألم وأنه حرام على الحاكم وإلا لزم حرمة ما كان يفعل سابقاً ولزم تقييد إطلاق الأمر بالقطع ونحوه بذلك حيث إنّ المستفاد منه ولو بمعنى الإطلاق المقامي جواز ما كان يقع عادة في الخارج في تلك الأزمنة ، وهذا واضح .
والنتيجة المستخلصة من مجموع ما تقدّم في حكم التخدير في الحد أو التعزير أنه لا يجوز التخدير ولا بدّ من منع الجاني عنه في مثل الجلد والرجم وبعض أنواع القتل الملحوظ فيه الشدة كالإحراق والإلقاء من شاهق بل والقطع أيضاً لو تمّ الاستظهار المتقدم في الآية .

وأما حدّ القتل وإزهاق الروح وكذلك حدّ القطع إذا لم تقبل الاستظهار المتقدم فيجوز فيهما إجراء الحدّ من دون تخدير إلا أنه لا يجب منع الجاني منه لو أراد ذلك بنفسه ، والله العالم بحقائق الأمور .

التخدير في القصاص :

وأما المسألة الثانية : وهي حكم التخدير في القصاص ، فلا شك أنّ القصاص حقّ خاص جعل للمجني عليه على الجاني ، كما أنه لا إشكال في أنه قد لوحظ فيه المماثلة والمساواة في الكمية والكيفية بين القصاص وبين الجنابة ؛ فإنّ هذا مستفاد إجمالاً من أدلة تشريع القصاص .

وعلى هذا الأساس قد يقال بأنه من حق المجني عليه أو وليه في القصاص أن يمنع الجاني من تخدير نفسه عند الاقتصاص ؛ لأنّ جنايته كانت كذلك . نعم لو كانت الجناية مع تخدير المجني عليه جاز للمقتص منه أيضاً المطالبة به عند الاقتصاص .

مناقشتان :

وقد يناقش في هذا الاستدلال :

تارة : بأنه لا دليل على اشتراط المثلية في تمام الخصوصيات والأوصاف ومقدار الألم ، وإنما الذي قام عليه الدليل اشتراط المثلية في العضو الذي يراد الاقتصاص منه وكذلك في القيمة والدية ، فلو جنى رجل على امرأة فقطع يدها وأرادت القصاص منه ردّت فاضل الدية عليه ثمّ اقتصّت . وأمّا المماثلة بأكثر من ذلك كالمماثلة في مقدار الاحساس بالألم أو كون القصاص في الشتاء البارد أو الصيف الحار أو في المكان الفلاني فكلّ ذلك لا دليل على شرطية المماثلة فيه . وأمّا آية ﴿ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) فهي ناظرة إلى أحكام قتال الكفار ، لا قصاص جنایات الأفراد بعضهم لبعض .

وأخرى : بقيام الدليل على عدم شرطية المماثلة في مقدار الألم والأذى في باب القصاص . وهو الروايات الدالة على أنّ الثابت في القصاص هو القتل دون عذاب ولا تمثيل وإن فعله القاتل .

كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألتناه عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتى مات ، أيدفع إلى ولي المقتول فيقتله ؟ قال : « نعم ، ولكن لا يترك يعبت به ، ولكن يجيز عليه بالسيف » ^(٢) .

(١) البقرة : ١٩٤ .

(٢) الوسائل ٢٩ : ٣٦ ، ب ١١ ، قصاص النفس ، ح ٢ .

ومثلها رواية موسى بن بكر عن العبد الصالح عليه السلام في رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يرفع العصا عنه حتى مات، قال: «يدفع إلى أولياء المقتول، ولكن لا يترك يتلذذ به، ولكن يجاز عليه بالسيف»^(١) وهي وإن كانت تنهى في صدرها عن المثلة أو التلذذ أو العبث بالمقتص منه في مقام الاقتصاص فيكون ظاهراً في حرمة المثلة في نفسها الثابتة بأدلة أخرى أيضاً. إلا أن ذيلها ظاهر في أن ولي القصاص ليس له إلا أن يجيز عليه بالسيف، فلا يجوز له أن يضربه بالعصا حتى يموت، كما فعل بالمجنني عليه، فالمعائلة في نوع القتل ومقدار التعذيب الحاصل به لو كان من حق ولي القصاص جاز له ذلك في مورد السؤال، مع أن ظاهر الجواب عدم جوازه وأنه ليس له في القصاص إلا حق قتله بالسيف، والذي لعله كان هو الطريق المتعارف أمر أسهل الطرق وأيسرها للقتل وقتل، وهذا الدليل وإن كان وارداً في قصاص النفس إلا أنه قد يتعدى منه إلى قصاص الأطراف أو الجروح أيضاً بعدم احتمال الفرق بينهما من هذه الناحية عرفاً أو فقهاً.

الجواب: وفي قبال ذلك يمكن أن يقال بإمكان استفادة المثلية بهذا المقدار أي في أصل الإيلام وعدمه من أدلة القصاص، فإن هذه الخصوصية أعني أصل التألم والأذى الحاصل بالجرح أو القطع أو القتل أمر مهم جداً عند الناس ومن لوازم الجروح، وليس من قبيل الخصوصيات العرضية الطارئة أو غير المهمة من قبيل كون الجناية في الصيف أو في الشتاء أو في الليل أو في النهار، فكون القطع أو الجرح أو القتل مؤلماً للجاني وعدمه مما يهتم به العرف والعقلاء في باب القصاص جزماً، فلا يمكن إهماله واعتباره خارجاً عن حق القصاص. خصوصاً إذا اخترنا في المسألة المتقدمة جواز إيصال الجاني لما يقطع منه قصاصاً فيقال مثلاً فيمن قطع يد الغير عمداً أنه يخدر وتقطع يده بعملية جراحية ثم توصل فوراً أيضاً ويكون هذا

(١) الوسائل ٢٩: ١٢٧، ب ٦٢، قصاص النفس، ح ٣.

قصاصاً ومماثلاً لما فعله بالمجني عليه الذي جعله أقطع ، والذي تحمّل مرارات ألم القطع الشديدة ، فهل يمكن قبول هذا عرفاً في القصاص ؟
 فالحاصل : المثلية في القصاص في أصل الإيلام والأذى بالمقدار الذي تقتضيه طبيعة الجناية الواقعة عادة وعرفاً يمكن استفادتها تارة : من نفس عنوان القصاص بعد تحكيم مناسبات الحكم والموضوع المركوزة عرفاً وعقلائياً لمثل هذا الحكم عليه .

وأخرى : من بعض الأدلة المتعرّضة لحكم القصاص :

منها : قوله تعالى : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ ^(١) فَإِنَّ هذه الآية بقرينة ما في ذيلها من ذكر العفو ناظرة إلى قصاص الأفراد بعضهم من بعض ، والتعبير عنه بالسيئة - مع أن القصاص ليس سيئة بل حق - للازدواج أو لأنها تسوء من تنزل به ، والمعنى أنه يجب فيما إذا قوبلت الإساءة أن تقابل بمثلها من غير زيادة أو تجاوز عما فعل به ، فتدلّ الآية الشريفة على أن مقدار المماثلة من حق المجني عليه ، ولا شك أن أصل الإيلام والأذى في قبال أن لا يتأذى أصلاً بالتخدير داخل في ذلك .

ومنها : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴾ ^(٢) والاستدلال بها كالاستدلال بالآية السابقة .

ومنها : قوله تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ ^(٣) ، والظاهر من الآية أن حدّ السلطنة المجعلولة للولي ومقدارها أن لا يسرف في القتل بأن يقتل أزيد أو غير قاتله أو يمثل بالقاتل حال قتله . هكذا فسرت

(١) الشورى : ٤٠ .

(٢) النحل : ١٢٦ .

(٣) الإسراء : ٣٣ .

الآية من قبل المفسرين وفي بعض الروايات - كما في حديث إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ... - ما هذا الإسراف الذي نهى الله عنه؟ قال: «نهى أن يقتل غير قاتله، أو يمثل بالقاتل» ^(١)، وهو ظاهرها.

فتدل الآية على أن ما لا يكون إسرافاً لا في الكمية ولا في الكيفية بل بمقدار الجناية التي أوقعها الجاني فهو من حق المجني عليه في مقام القصاص وتحت سلطانه، ولا إشكال أن أصل الألم والأذى الذي تقتضيه الجناية داخل في هذا المقدار والحد.

ومنها: إن الاستفادة من مجموع الآيات والروايات الواردة في القصاص من قبيل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى...﴾ ^(٢) وقوله تعالى: ﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ...﴾ ^(٣) اعتبار المساواة والمماثلة في القصاص وأن من حق المجني عليه أو وليه مقابلة الجاني بالمثل وأن هذا هو الأصل الأولي في الجناية العمدية لا يخرج منها إلا لمانع عن المماثلة والمساواة في المقدار بلا زيادة وتقيصة، من قبيل خوف الهلاك والتفريط أو الزيادة في الجناية أو عدم إمكان تحديد المقدار المماثل في موارد قصاص الأطراف أو الجراحات فإنها تمنع عن إمكان إجراء القصاص، وأما ما يمكن فيه المماثلة بلا زيادة أو تفريط فهو من حق المجني عليه في القصاص.

وهذا كله يؤكد اعتبار المماثلة في القصاص من الجهات المهمة عقلاً كمقدار الجرح وموضعه ومنها أصل الألم والاحساس بالأذى بالجرح أو القطع.

(١) الوسائل ٢٩: ٢١٧، ب ٦٢، قصاص النفس، ح ٢.

(٢) البقرة: ١٧٨.

(٣) المائدة: ٤٥.

وقد ورد في التفسير المنسوب إلى الإمام العسكري عليه السلام ، عن آبائه عن عليّ ابن الحسين عليه السلام قال : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ » يعني المساواة وأن يسلك بالقاتل في طريق المقتول المسلك الذي سلكه به من قتله ... » ^(١).

وقد ورد في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل داس بطن رجل حتى أحدث في ثيابه فقضى عليه أن يداس بطنه حتى يحدث في ثيابه كما أحدث أو يغرم ثلث الدية » ^(٢).

والحاصل من مجموع ما تقدّم يمكن أن نستكشف أنّ المماثلة في أصل الإيلام والاحساس بالأذى بالمقدار الذي تقتضيه الجناية عادة من حقّ المجني عليه أو وليّه في باب القصاص فيمكنه أن يطالب به ، ولا يمكن للجاني أن يمتنع عنه .
وأما ما تقدّم في صحيح الحلبي فلا يستفاد منه أكثر من النهي عن التمثيل أو التلذذ بالقاتل في مقام القصاص نتيجة الحمية والغضب وحبّ الانتقام - كما هو الغالب - وليس مفادها نفي اشتراط المماثلة أو حقّ المقابلة بالمثل ، فلم يجوز الإمام عليه السلام في مورد الرواية أن يقتله بالعصا كما فعل الجاني ؛ لأنّه في معرض التلذذ والتمثيل به ، سيّما وهو لا يدري كيف ضربه بالعصا وكم ضربه حتى مات . على أنّه وارد في خصوص القتل وإزهاق الروح وأنّه يشترط فيه القتل بالسيف دون سائر الطرق غير المتعارفة للقتل كالضرب بالعصا وإن كانت الجناية به ، فلا تدلّ على سقوط المساواة والمماثلة في سائر الجهات ، والتي من أهمّها الاحساس بألم الجناية ، خصوصاً في باب الجروح وقصاص الأطراف . والحمد لله ربّ العالمين ،
والصلاة والسلام على سيّدنا محمّد وآله الطيّبين الطاهرين .

(١) الوسائل ٢٩ : ٥٤ ، ب ١٩ ، قصاص النفس ، ح ٨ .

(٢) المصدر السابق : ١٨٢ ، ب ٢٠ ، قصاص الطرف ، ح ١ .

حكم إلصاق العضو المقطوع في القصاص

حكم إصاق العضو المقطوع

في القصاص

اختلفت كلمات الأصحاب في هذا الفرع ، وقد طبق في من قطع بعض أذن آخر فاقْتَصَّ له منه ثم ألصقه أحدهما ، فهل للآخر قطعه أم لا ؟ لورود رواية فيه ، وقد اختلف في تفسيرها من حيث ورودها في المجني عليه إذا أوصله بعد الاقتصاص أو الجاني .

استعراض كلمات الفقهاء :

قال في المقنعة : « ولو أن رجلاً قطع شحمة أذن رجل ثم طلب القصاص فاقْتَصَّ له منه فعالج أذنه حتى التصق المقطوع بما انفصل منه ، كان للمقتَصَّ منه أن يقطع ما اتّصل به من شحمة أذنه حتى يعود إلى الحال التي استحقَّ بها القصاص . وكذلك القول فيما سوى شحمة الأذن من العظام والجوارح كلّها إذا وقع فيها القصاص ويعالج صاحبها حتى عادت إلى الصلاح ، وينبغي أن ينتظر الحاكم بالمجروح والمكسور حتى يعالج ويستبرئ حاله بأهل الصناعة ، فإن صلح بالعلاج لم يقتَصَّ له ، لكنّه يحكم على الجاني بالأرش فيما جناه ، فإن لم يصلح بعلاج حكم له بالقصاص » ^(١) .

وصريح العبارة ما إذا أوصله المجني عليه بعد الاقتصاص فيكون للجاني حقّ قطعه ثانية ، كما أنها عمّمت الحكم لغير الأذن من قطع سائر الأعضاء .

وفي الكافي : « ولا يجوز القصاص بجرح ولا قطع ولا كسر ولا خلع حتى يحصل اليأس من صلاحه ، فإن اقتصّ بجرح فبرئ المجروح والمقتصّ منه أو لم يبرأ فلا شيء لأحدهما على صاحبه ، وإن يبرأ أحدهما والتأم جرحه أعيد القصاص من الآخر إن كان القصاص بإذنه ، وإن كان بغير إذنه رجع المقتصّ منه على المعتدي دون المجني عليه » ^(١) .

وظاهره التعميم للمجني عليه والجاني بلا فرق ، إلا أنه عبّر بالجرح ، ولعلّ المقصود منه قطع العضو أو جزء منه لا مطلق الجرح الذي فيه قصاص ، وسيأتي التعرّض لهذه النقطة .

وفي النهاية : « ومن قطع شحمة أذن إنسان فطلب منه القصاص فاقتصّ له منه فعالج أذنه حتى التصق المقطوع بما انفصل عنه كان للمقتصّ منه أن يقطع ما اتّصل به من شحمة أذنه حتى يعود إلى الحال التي استحقّ لها القصاص . وكذلك القول فيما سوى ذلك من الجوارح والأعضاء » ^(٢) . وهي كعبارة المقنعة .

وفي الخلاف : « مسألة ٧٢ : إذا قطع أذن غيره قطعت أذنه ، فإن أخذ الجاني أذنه فألصقها فالتصقت كان للمجني عليه أن يطالب بقطعها وإبانتها . وقال الشافعي : ليس له ذلك ، ولكن واجب على الحاكم أن يجبره على قطعها لأنّه حامل نجاسة ، لأنّها بالبينونة صارت ميتة فلا تصحّ صلاته ما دامت هي معه .

دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم » ^(٣) .

(١) الكافي في الفقه (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ٩٢ .

(٢) النهاية (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ١٣٣ - ١٣٤ .

(٣) الخلاف (الينابيع الفقهية) ٤٠ : ٣٧ .

وهو فيما إذا ألصق الجاني ما قطع منه قصاصاً، فيكون للمجني عليه حقّ قطعه، ولم يتعرّض للعكس.

وفي المبسوط: «إذا قطع أذن رجل فأبانها ثم ألصقها المجني عليه في الحال فالتصقت كان على الجاني القصاص، لأنّ القصاص عليه بالإبانة وقد أبانها. فإن قال الجاني: أزيلوا أذنه ثم اقتصوا منّي، قال قوم: تزال لأنّه ألصق بنفسه ميتة فإزالته إلى الحاكم والإمام، فإذا ثبت هذا وقطع بها أذن الجاني ثم ألصقها الجاني فالتصقت فقد وقع القصاص موقعه؛ لأنّ القصاص بالإبانة وقد أبينت، فإن قال المجني عليه: قد التصق أذنه بعد أن أبنيتها أزيلوها عنه، روى أصحابنا أنها تزال ولم يعللوا، وقال من تقدّم: إنها تزال لما تقدّم؛ لأنّه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا يستقيم أيضاً على مذهبنا.

فأمّا الصلاة في هذه الأذن الملتصقة فلا تصحّ عندهم؛ لأنّه حامل نجاسة في غير موضعها لغير ضرورة فلم تصحّ بها الصلاة، وهكذا يقتضيه مذهبنا. وهكذا قالوا إذا جبر عظمه بعظم ميتة، فإن لم يخف عليه التلف أزيل عنه، فإن لم يفعل لم يصحّ صلاته، وإن خاف التلف أقرّ عليه؛ لأنّ النجاسة تزول حكمها. وعندنا: الصلاة تصحّ في هذه؛ لأنّ العظم لا ينجس عندنا بالموت إلّا إذا كان عظم ما هو نجس العين من الكلب والخنزير»^(١). وقد تعرّض فيه لكلا الفرضين.

وفي جواهر الفقه: «مسألة: إذا قطع رجل أذن آخر فأخذها المجني عليه وألصقها فالتصقت بمكانها في الحال، هل له قصاص مع ذلك أم لا؟

الجواب: له القصاص؛ لأنّ القصاص وجب بالإبانة، والإبانة قد حصلت، وليس لإلصاقها تأثير في إسقاطه، لأنها ميتة قد ألصقها بنفسه، وذلك ممّا يلزم إزالته عن نفسه، وقد ذكرنا ذلك فيما يتعلّق بالصلاة من المسائل.

(١) المبسوط (الينابيع الفقهية) ٤٠: ٢٠٩.

مسألة: المسألة وقال الجاني: إن أريد القصاص منّي فأزيلوا القطعة التي ألصقتها، هل له ذلك أم لا؟ وهل يمنع من القصاص حتى يزال ذلك أم لا؟
 الجواب: قد بينّا أنّ هذه القطعة يجب إزالتها قسراً، أراد ذلك الجاني أم لم يردّه، وأمّا المنع بذلك من القصاص فلا يصحّ؛ لأنّا قد بينّا أنّ القصاص وجب بالإبانة والإبانة قد حصلت»^(١).

وقد تعرّض فيه إلى عدم سقوط حقّ القصاص بإيصال المجني عليه، وأنّ إزالته بعد الإيصال لازم على كلّ حال لأنّه ميتة.

وفي المذهب: «وإذا قطع أذن رجل فأبانتها ثمّ ألصقتها المجني عليه في الحال فالتصقت كان على الجاني القصاص؛ لأنّ القصاص يجب بالإبانة، فإن قال الجاني: أزيلوا أذنه واقتصوا منّي، كان له ذلك لأنّه ألصق بها ميتة، فإن كان ذلك ثمّ ألصقتها الجاني فالتصقت وقع القصاص موقعه، فإن قال المجني عليه: قد التصقت أذنه بعد إبانتها أزيلوها عنه، وجب إزالتها. وإذا صلى الذي ألصق المقطوع بأذنه فالتصق لم تصحّ صلاته؛ لأنّه حامل النجاسة في غير موضعها لغير ضرورة، فإذا أجبر عظمه بعظم ميتة فلا تمنع صحّة الصلاة عندنا معه؛ لأنّ العظم ليس بنجس؛ لأنّه لا تحلّه الحياة، والميتة إنّما تكون ميتة بأن يفنى عنها الحياة التي تكون حياته فيها، والعظم لا تحلّه الحياة كما قدّمناه»^(٢).

وقد تعرّض فيه للفرضين معاً مع حقّ الإزالة لكلّ منهما معللاً ذلك بكونه ميتة.

وفي الغنية: «ومتى اقتصّ بجرح أو كسر أو خلع قبل اليأس من صلاحه فبرئ أحدهما ولم يبرأ الآخر أعيد القصاص عليه إن كان بإذنه، وإن كان بغير إذنه رجع

(١) جواهر الفقه (الينابيع الفقهية) ٢٤: ١٥٥.

(٢) المذهب (الينابيع الفقهية) ٢٤: ١٨٤.

المقتص منه على المعتدي دون المجني عليه»^(١).

ومثله في إصباح الشيعة^(٢)، وظاهره كعبارة الكافي التعميم للفرضين.

وفي السرائر: «ومن قطع شحمة أذن إنسان فطلب منه القصاص فاقتص له منه فعالج الجاني أذنه حتى التصق المقطوع بما انفصل عنه كان للمقتص منه أن يقطع ما اتصل من شحمة أذنه حتى تعود إلى الحال التي استحق لها القصاص، وهكذا حكم المجني عليه، سواء كان ظالماً أو مظلوماً، جانياً أو مجنياً عليه؛ لأنه حامل نجاسة، وليس إنكاره ومطالبته بالقطع مخصوصاً بأحدهما بل جميع الناس. وكذلك القول فيما سوى ذلك من الجوارح إذا لم يخف على الإنسان منها تلف النفس أو المشقة العظيمة، ووجب على السلطان ذلك لكونه حاملاً للنجاسة، فلا تصح منه الصلاة حينئذ»^(٣). وهو أيضاً يعم الفرضين لكن مع التعليل بكونه ميتة.

وفي الشرائع: «ولو قطعت أذن إنسان فاقتص ثم ألصقها المجني عليه كان للجاني إزالتها؛ لتحقيق المماثلة، وقيل: لأنها ميتة. وكذا الحكم لو قطع بعضها»^(٤).

وفي المختصر النافع: «ولو قطع شحمة أذن فاقتص منه فألصقها المجني عليه كان للجاني إزالتها ليتساويا في الشين»^(٥). وهما مخصوصان بما إذا ألصق المجني عليه أذنه بعد القصاص وأن للجاني حق إزالته.

وفي القواعد: «ولو أبان الأذن فألصقها المجني عليه والتصقت بالدم الحار وجب القصاص، والأمر في إزالتها إلى الحاكم، فإن أمن هلاكه وجب إزالتها

(١) الغنية (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ٢٤٨.

(٢) إصباح الشيعة : ٢٩٨.

(٣) السرائر (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ٣٧٢.

(٤) الشرائع (الينابيع الفقهية) ٢٥ : ٤٥٤.

(٥) المختصر النافع (الينابيع الفقهية) ٢٥ : ٤٧٠.

وإلا فلا. وكذا لو ألصق الجاني أذنه بعد القصاص لم يكن للمجني عليه الاعتراض. ولو قطع بعض الأذن ولم يبينه فإن أمكنت المماثلة في القصاص وجب وإلا فلا، ولو ألصقها المجني عليه لم يؤمر بإزالته وله القصاص، فلو جاء آخر فقطعها بعد الالتحام فالأقرب القصاص كما لو شجّ آخر موضع الشجة بعد الاندمال»^(١).

وقد تعرّض فيه إلى عدم سقوط حق الاقتصاص بالإلصاق، وأمّا القطع بعده فهو للحاكم.

وفي الإرشاد: «ولو عادت سنّ الجاني فليس للمقتصّ إزالتها، بخلاف الأذن»^(٢).

وظاهره أنّ للمجني عليه حقّ الإزالة ثانياً لو أوصلها الجاني، كما أنّه صريح في عدم الحقّ في ما إذا عاد سنّ الجاني بعد القصاص، ولعلّه لكونه سنّاً أخرى بخلاف إيصال الأذن.

وفي المختلف: «قال ابن الجنيد: لو قطع رجل أذن رجل فأقيد، فأخذ المستقاد منه أذنه فألصقها فالتصقت كان للمجني عليه أن يقطعها ثانياً، فإن كان الأول أعاد أذنه فالتصقت ثمّ طلب القود لم يكن له أولاً ولا ثانياً.

والوجه: أنّ له القصاص؛ لأنّ هذا الالتصاق لا يقرّر عليه، بل يجب إزالته فلا يسقط القصاص بما لا استقرار له في نظر الشارع»^(٣).

وظاهره أنّ الالتصاق إذا كان بنحو يستقر - كما هو الحال في العلاج اليوم - كان لسقوط القصاص بذلك وجه.

وفي الرياض: «ولو قطع شخص شحمة أذن آخر فاقتصّ منه، فألصق المجنيّ

(١) القواعد (الينابيع الفقهية) ٢٥: ٥٧٧.

(٢) الإرشاد (الينابيع الفقهية) ٢٥: ٤٣٨.

(٣) مختلف الشيعة: ٨٢١، ط - حجري.

عليه الشحمة بمحلها كان للجاني إزالتها بلا خلاف على الظاهر المصرح به في التنقيح، قال: وإنما الخلاف في العلة؛ فقيل: ليستساويا في الشين، كما ذكره المصنف، وقيل: لأنها ميتة لا يصح الصلاة معها. ويتفرع على الخلاف أنه لو لم يزلها الجاني ورضي بذلك كان للإمام إزالتها على القول الثاني؛ لكونه حامل نجاسة لا تصح الصلاة معها.

أقول: والأول خيرة الشيخ في الخلاف والمبسوط مدعياً في صريح الأول وظاهر الثاني الإجماع، وهو الحجة المعتزدة بالنص الذي هو الأصل في هذه المسألة «أن رجلاً قطع من أذن الرجل شيئاً فرفع ذلك إلى عليٍّ عليه السلام فأقاده فأخذ الآخر ما قطع من أذنه فردّه على أذنه فالتحمت وبرئت فعاد الآخر إلى عليٍّ عليه السلام فاستقاده، فأمر بها فقطعت ثانية فأمر بها فدفنت، وقال عليه السلام: إنما يكون القصاص من أجل الشين». وقصور سنده أو ضعفه منجبر بالعمل. والثاني خيرة الحلّي في السرائر والفاضل في التحرير والقواعد وشيخنا في المسالك، وهو غير بعيد، والذي يختلج بالبال إمكان القول بالتعليين؛ لعدم المنافاة بينهما مع وجود الدليل عليهما، فيكون للإزالة بعد الوصل سببان: القصاص وعدم صحّة الصلاة، فإذا انتفى الأول بالعضو مثلاً بقي الثاني كما في مثال العبارة، ولو انتفى الثاني بنفي الأول كما في المثال المزبور لو أوجب الإزالة ضرراً لا يجب معه إزالة النجاسة للصلاة في الشريعة»^(١).

وهو أيضاً في فرض إصاق المجني عليه لعضوه بعد القصاص، فيكون للجاني حقّ إزالته وقطعه من جديد، وقد نفى فيه الخلاف وجعل المراد من الرواية ذلك، ولم يتعرّض للعكس.

وفي مباني تكملة المنهاج: «مسألة ١٧١: لو قطع عضواً من شخص كالأذن

(١) رياض المسائل ٢: ٥٢٦، ط - حجري.

فاقتص المجني عليه من الجاني ثم ألصق المجني عليه عضوه المقطوع بمحلّه فالتحم وبرئ جاز للجاني إزالته ، وكذلك الحال في العكس .

مسألة ١٧٢ : لو قطعت اذن شخص مثلاً ثم ألصقها المجني عليه قبل الاقتصاص من الجاني والتحمت فهل يسقط به حق الاقتصاص ؟ المشهور عدم السقوط ، ولكن الأظهر هو السقوط وانتقال الأمر إلى الدية ^(١) .

وفي تحرير الوسيلة : « مسألة ١٩ : لو قطع أذنه فألصقها المجني عليه والتصقت فالظاهر عدم سقوط القصاص ، ولو اقتص من الجاني فألصق الجاني أذنه والتصقت ففي رواية قطعت ثانية لبقاء الشين ، وقيل : يأمر الحاكم بالإبانة لحمله الميتة والنجس ، وفي الرواية ضعف . ولو صارت بالإلصاق حيّة كسائر الأعضاء لم تكن ميتة وتصح الصلاة معها ، وليس للحاكم ولا لغيره إبانتها ، بل لو أبانه شخص فعليه القصاص لو كان عن عمد وعلم وإلا فالدية ، ولو قطع بعض الأذن ولم يبينها فإن أمكنت المماثلة في القصاص ثبت وإلا فلا ، وله القصاص ولو مع إلصاقها » ^(٢) . هذه أهم كلمات الأصحاب التي عثرنا عليها في المسألة . والمقصود من الرواية موثقة إسحاق بن عمار ، عن جعفر عليه السلام ، عن أبيه عليه السلام : أن رجلاً قطع من بعض أذن رجل شيئاً فرفع ذلك إلى علي عليه السلام فأقاده ، فأخذ الآخر ما قطع من أذنه فردّه على أذنه بدمه فالتحمت وبرئت ، فعاد الآخر إلى علي عليه السلام فاستقاده ، فأمر بها فقطعت ثانية ، وأمر بها فدفنت ، وقال عليه السلام : « إنما يكون القصاص من أجل الشين » ^(٣) .

والرواية وإن كانت واردة في قطع الأذن إلا أنه باعتبار عموم التعليل في ذيلها وظهوره في بيان المناط الكلّي يعمّ الحكم فيها لجميع موارد قصاص الأطراف .

(١) مباني تكملة المنهاج ٢ : ١٦٢ .

(٢) تحرير الوسيلة ٢ : ٤٩٥ ، ط - بيروت .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٣٩ - ١٤٠ ، ب ٢٣ من قصاص الطرف ، ح ١ .

تحقيق المسألة :

وينبغي البحث أولاً في جهتين :

إحدهما : حكم الجزء الذي ألصق بعد الإبانة تكليفاً ، وهل أنه ميتة نجسة لا تصح الصلاة فيه ويجب إزالته أم لا ؟

الثانية : في أثر إعادته وإصاقه على حكم القصاص .

أما الجهة الأولى : فالصحيح أن يقال : بأن الجزء الذي يوصل تارة يلتحم مع البدن ويصير جزءاً منه تسري فيه الحياة الحيوانية كسائر أجزاء البدن ، وأخرى يبقى لا حياة فيه ولكنه متصل بظاهر البدن نظير الأعضاء المصنوعة التركيبية كما إذا أخذ من عظم إنسان آخر أو سنّه أو ظفره فركّب مع بدن المجني عليه ، وهذا لا يكون عادة إلا في مثل الأجزاء التي لا تحلّها الحياة .

ففي الحالة الأولى الصحيح هو صيرورة الجزء المذكور بعد الاتّصال جزءاً حياً من الإنسان الحيّ فلا تكون ميتة ولا نجسة ، والتمسك بأخبار القطعة المبانة وأنها ميتة أو نجسة في المقام غير صحيح ؛ لأنها منصرفة عن فرض إيصال القطعة المبانة قبل بردها واستمرار الحياة فيها بذلك من جديد ، بل تلك الأخبار ناظرة إلى ما يبرّد من القطعة المبانة وتموت بالانفصال والإبانة ، فتكون ميتة حقيقة وعرفاً .

ودعوى التمسك باستصحاب النجاسة الثابتة للجزء المبان بمجرد البينونة وقبل الالتصاق إلى ما بعد زمان الالتصاق .

مدفوعة - أولاً : بعدم ثبوت الحالة السابقة في المقام بناءً على الاستظهار المتقدّم في تلك الأخبار ؛ لأنها إن سلّم دلالتها على ثبوت النجاسة من حين الإبانة فهي تقتضي ذلك بشرط بردها وعدم استمرار الحياة فيها بالاتّصال من جديد ، ففي هذه الصورة يحكم بنجاستها من أول الأمر ، لا صورة الاتّصال والحياة ، فلا إحراز للحالة السابقة للنجاسة في المقام .

وثانياً : لو سلّمنا ثبوت النجاسة للجزء المبان حين الإبانة في المقام أيضاً قلنا

بعدم جريان استصحابها ؛ لأنها إنما تثبت في القطعة المبانة بعنوان كونها ميتة ، أو بعنوان كونها قطعة مبانة بما هي مبانة عن الحي ، بحيث تكون حيثة الموت وفقدان الحياة الحيوانية أو حيثة الإبانة تقييدية في موضوع النجاسة عرفاً لا تعليلية ، ومعه لا يمكن إجراء استصحابها بعد الاتصال للجزء المبان وصيرورته حياً وجزءاً من البدن ؛ لتغير الموضوع وتعدده عرفاً ، ويشترط في جريان الاستصحاب إحراز وحدة موضوع الحكم المستصحب وبقائه في الحالتين ، كما هو محقق في محله .

وأما الحالة الثانية - وهي ما إذا لم يكن في الجزء بعد الاتصال حياة - فلا إشكال في أن ذلك الجزء يكون من الميتة والقطعة المبانة ، إلا أنه إذا كانت ممّا لا تحلّه الحياة كالعظم والسن والظفر والشعر فلا نجاسة له ، كما أن حملته في الصلاة لا دليل على مانعيته ، فلا وجه لما ذكره العامة من إلزامه من قبل الحاكم أو غيره بإزالته .

وأما الجهة الثانية - وهي أثر الإلصاق للجزء المقطوع في حكم القصاص : فهنا أيضاً تارة يفرض أنه ألصقه من دون التحام وبرء ، بل لمجرد حفظ صورة ذلك الجزء ، كما إذا قطع ظفره فأخذه وألصقه لحفظ صورته من دون أن يعود جزء ينمو كالأظفار الأخرى ، وهكذا في العظم أو الجلد لو أمكن فيه ذلك ، وأخرى يفرض أنه بعد الالتصاق يعود جزء من البدن كالأول ينمو ويتّصف بالحياة كالأجزاء الأخرى . ففي الفرض الأول لا ينبغي الإشكال في عدم تأثير ذلك على القصاص سلباً أو إيجاباً ، وليست رواية إسحاق بن عمار ناظرة إلى هذه الفرضية جزمياً ؛ لأنه قد ورد التصريح فيها بالالتحام والبرء بعد الالتصاق ، وهو ظاهر في الفرض الثاني ، فيكون هو موضوع البحث في هذه المسألة .

ويلحق بالفرض الأول ما إذا عالج المجني عليه أو الجاني العضو المقطوع بالصلاق جزء من إنسان آخر أو حيوان إليه فصار جزءاً حياً منه وارتفع نقصه بذلك ، فإن هذا الفرض أيضاً أجنبى عن موضوع البحث ؛ لأنه إضافة جزء غير ما كان من

بدنه إليه ، فالمماثلة في القصاص بلحاظ ما كان جزءاً من بدنه حاصلة ، وأما التعويض بجزء خارج عنه فهذا حق ثابت لهما معاً وأجنبي عن منظور أدلة القصاص ، كما أن رواية إسحاق الدالة على أن القصاص من أجل الشين ظاهرة في النظر إلى الشين الحاصل بلحاظ شخص الأجزاء السابقة من البدن ، لا ما يمكن أن يضاف إليه من الخارج أو يهبه الله له ثانياً بمعجزة ، كما إذا أعطاه الله يداً أخرى بعد أن قطعت يده الأولى ، فموضوع البحث فيما إذا أعيد نفس الجزء المقطوع من البدن إليه عرفاً .

ويقع البحث عنه في مسائل ثلاث :

الأولى : فيما لو أعيد العضو المقطوع للجاني أو للمجني عليه بعد القصاص فهل للآخر حق إزالته أم لا ؟

الثانية : فيما لو أعيد للمجني عليه قبل الاقتصاص ، فهل يسقط بذلك حقه في القصاص وينتقل إلى الدية أو الأرض أم لا ؟

الثالثة : في جواز الاقتصاص بمجرد الإبانة مع إمكان الإلصاق والإعادة بالعلاج أو وجوب الصبر حتى يتبين الحال ؟

المسألة الأولى :

أما البحث في المسألة الأولى ، فلا ينبغي الإشكال في أن الأصل الأولي يقتضي حرمة الإضرار بالمسلم أو قطع عضو منه إلا ما ثبت بالدليل جوازه ، وقد ثبت في باب الجنابة العمدية حق الاقتصاص للمجني عليه على الجاني ، فلا بد من البحث أولاً عن مقتضى أدلة القصاص في الأطراف وأنه هل يمكن أن يستفاد منها الحق للمجني عليه أو الجاني في إزالة ما أوصله وأعاده الآخر إلى بدنه بعد القصاص من العضو المقطوع أم لا ؟ ثم نبحت عما تقتضيه الرواية الخاصة ، وهي رواية إسحاق بن عمار ، فالبحث في مقامين :

أما المقام الأول : فظاهر كلمات بعض الأصحاب أن القصاص في الأعضاء

يتحقق بالإبانة والقطع كما أن سببه يتحقق بالإبانة ، وقد تقدّم كلا هذين التعبيرين في عبارة المبسوط المتقدمة ، كما تقدّم في عبارات بعض الآخرين . وهذا يقتضي أن لا يحقّ للمجني عليه - على القاعدة - أكثر من أن يقطع أذن الجاني ، سواء أوصله بعد ذلك أم لا ، وكذلك العكس ، كما يقتضي في المسألة الثانية القادمة كفاية إبانة العضو لثبوت حقّ القصاص ، سواء أوصل قبل القصاص أم لا ؛ لتحقيق الإبانة ، وقد تقدّم التصريح بذلك أيضاً من المبسوط وغيره .

ولكن في قبال ذلك يمكن أن يقال : بأنّ المستظهر من قوله تعالى في قصاص الأطراف : ﴿ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) هو المقابلة بين العضوين لا القطعين والإبانتين ؛ أي إنّ كلّ عضو وطرف يؤخذ من المجني عليه وينقص منه يؤخذ في قبالة نفس العضو من الجاني وينقص منه ، فليس القصاص بلحاظ أنّه ألمه بقطع عضوه فيؤلمه بقطع نفس العضو منه ، بل القصاص بلحاظ نفس العضو ونقصه ، فيدلّ على حقّ إنقاصه من الجاني بحيث لو أوصله كان من حقّ المجني عليه أن يعود فينقصه منه ثانياً ؛ لأنّ نفس العضو صار متعلّق حقّه ، لا بمعنى أنّه يملكه ، بل بمعنى أنّه يملك سلبه منه وإنقاصه .

فالحاصل : صريح الآية المقابلة بين نفس الأعضاء في المجني عليه والجاني ، وأنّ عين المجني عليه تكون بعين الجاني ، وأنفه بأنفه ، وأذنه بأذنه .. وهكذا ، والمستظهر من مثل هذا التركيب عرفاً البدلية والمقابلة بينهما في مقام الأخذ والعطاء ، وأنّ أحداً لو أخذ عين الآخر وسلبها منه كان للآخر أن يسلب عينه ويأخذها منه ، فالقصاص في الأطراف قصاص نفس الأطراف وجوداً وعدماً وما يحصل من النقص والعيب بسببها ، لا قصاص القطع والإبانة بما هو قطع وجرح .

ويترتب على ذلك مطلبان :

١ - ما نستفيده بلحاظ المسألة القادمة من أن سبب القصاص وموجبه ليس مجرد حصول قطع العضو وإبائه ، بل ولا حدوث النقص والعيب من ناحيته في زمان ثم عوده بشخصه ، فإن هذا لا يكفي للقصاص بعد العود ، بل في مقابل نقصان عضوه بجنايته يحق له القصاص ، فما دام ذلك العضو ناقصاً منه يصح ويحق له القصاص لا أكثر ، وسيأتي مزيد بحث عنه .

٢ - ما نستفيده في هذه المسألة من أن مقتضى القاعدة أن للمجني عليه قطع العضو إذا أوصله الجاني بعد القصاص ثانياً ، لأنه في مقابل عضوه المنقوص منه ، فله حق الإنقاص بمقتضى المقابلة المذكورة .

وكلتا الاستفادتين مختصتان بما إذا كان الإيصال والإعادة لنفس العضو المقطوع لا عضو من بدن آخر أو من مكان آخر من بدنه ، فإن إيصاله لا يمنع من صدق إنقاص العضو الأصلي الذي كان في قبال عضو المجني عليه ، فهذا عضو جديد خارج عن متعلق الحق وعن المقابلة ، وهذا نظير ما إذا حصل له مال آخر غير ما أتلفه عليه المتلف ؛ فإنه لا ربط له باشتغال ذمته بما أتلفه ، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً .

يبقى ما إذا أوصل المجني عليه العضو المقطوع منه بعد القصاص من الجاني ، فهل يحق للجاني عندئذ أن يقطعه منه ثانياً أم لا ؟

لا إشكال أن الآية ناظرة إلى حق المجني عليه على الجاني لا العكس ، ولكن يمكن أن يدعى استفادة المقابلة من الطرفين عرفاً وأنه إذا كان عضو المجني عليه في قباله نفس العضو من الجاني كان عضو الجاني أيضاً في قباله نفس العضو من المجني عليه ، فإذا قطعه المجني عليه قصاصاً وفي قبال انقطاع عضوه لم يكن له الحق في إيصال عضوه بعد ذلك ؛ بمعنى أنه لو أوصله كان للجاني أن يقطعه ويسلبه عنه كما أخذه منه قصاصاً .

وأما المقام الثاني: فالرواية الخاصة في المسألة إنما هي معتبرة إسحاق بن عمار المتقدم، والضمير في قوله: « فأقاده » يحتمل فيه احتمالان من حيث رجوعه إلى المجني عليه أو الجاني:

الأول: أن يرجع إلى قول السائل في ابتداء كلامه: « إن رجلاً قطع » والذي هو الجاني، فيكون المقصود من قوله: « أقاده » اقتص منه وأقاده به كما يقال: أقاد القاتل بالقتيل. والمقصود من قوله: « فأخذ الآخر... » المجني عليه لا محالة، فتكون الرواية ناظرة إلى فرض إيصال المجني عليه أذنه بعد الاقتصاص من الجاني.

الثاني: أن يرجع الضمير إلى الرجل في قوله: « من بعض أذن رجل شيئاً » والذي هو المجني عليه، فيكون المقصود من قوله: « أقاده » اقتص له وأقاده منه، كما يقال: استقاد الأمير فأقاده منه، ويكون الآخر الذي أخذ ما قطع من الأذن فأوصله هو الجاني، ومورد الرواية ما إذا أوصل الجاني أذنه بعد القصاص لا المجني عليه.

وكلمات الفقهاء في تفسير الرواية ليست واضحة، وإن كان المستظهر من أكثرهم حملها على المعنى الأول، ولعلّه لظهور الضمير في الرجوع إلى موضوع كلام السائل ومحوره في قوله: « إن رجلاً قطع من بعض أذن رجل شيئاً ». وهذا الاستظهار لا بأس به لو قرأنا الجملة الثانية: « فرفع ذلك إلى عليّ عليه السلام » مبنياً للمفعول لا الفاعل، وإلا كان فاعله ضميراً يرجع على الرجل الثاني، أي المجني عليه، فيناسب أن يكون الضمير الذي يليه في جملة « فأقاده » أيضاً راجعاً إليه.

وعلى كل حال، لا إشكال في أن جواب الإمام عليه السلام في ذيل الرواية: « إنما يكون القصاص من أجل الشين » بيان لنكتة كلية وقاعدة عامة في باب قصاص الأطراف غير مختصة بقطع الأذن. وظاهرها نفس ما ذكرناه في المقام السابق من أن موجب القصاص وما يكون من أجله هو العيب والنقص الحاصل بالجناية

لا مجرد الإبانة والقطع ؛ لأنّ المراد من « الشين » هنا هو العيب والنقص في البدن ، ومن قوله ﷺ : « من أجل الشين » أي بسببه وفي قبالة ، فيكون الظاهر من قوله : « إنّما يكون القصاص ... » التعليل ، وأنّ ما يكون سبباً للقصاص وموجباً له وفي نفس الوقت متعلقاً لحقّ المقتصّ له على المقتصّ منه إنّما هو العيب والنقص الحاصل في البدن بذهاب العضو وفقدانه . وهذا يستفاد منه كلا المطلبين المتقدمين ، أي أنّ سبب القصاص في الأطراف وموجبه ليس مجرد القطع والإبانة بل فقدان العضو ونقصه ، وأنّ حقّ المجني عليه بمقتضى المقابلة إيجاد نفس النقص في الجاني ، لا مجرد قطع عضوه وإبانته ولو بأن يوصله ثانياً .

لا يقال : بمجرد القطع والإبانة قد حصل الشين والنقص فيثبت القصاص .

فإنّه يقال : ظاهر التعليل أنّ القصاص يدور مدار فعلية النقص والشين حين القصاص لا مجرد حدوثه ، وإلاّ لم يصحّ قطع ما أوصله الجاني أو المجني عليه ثانياً ؛ لأنّه قد حصل الاقتصاص منه بمجرد القطع ، بل لم يكن معنى مفهوم للتعليل المذكور . فالحاصل : ظاهر التعليل ومفهومه المقابلة بين نقص العضوين في طرفي الجاني والمجني عليه ، وأنّ مجرد الإبانة لا تكفي ، وهذا كما يقتضي جواز القطع ثانياً كذلك يقتضي كون الموضوع لحقّ الاقتصاص بقاء النقص حين الاقتصاص ، لا مجرد حدوثه سابقاً مع عوده سالماً بشخصه ؛ فإنّه لا موضوع للمقابلة عندئذٍ .

لكن يبقى البحث في أنّ هذا هل يختصّ بالمجني عليه - فهو الذي يحقّ له أن يمنع الجاني من إيصال عضوه بعد القصاص - أو يثبت في العكس أيضاً فيما إذا تحقّق القصاص قبل إيصال المجني عليه للعضو المقطوع إلى بدنه ؟

الصحيح أنّنا إذا استظهرنا الاحتمال الأوّل في الرواية فالنتيجة ثبوت الحكم في كلتا صورتين : صورة إيصال المجني عليه بعد القصاص بمقتضى مورد الرواية ، وعكسها بمقتضى ظهور التعليل المتقدّم بيانه ، بل والأولوية ؛ فإنّه إذا كان يحقّ للجاني بعد القصاص أن يمنع المجني عليه من إعادة ما قطعه منه إلى بدنه - مع أنّه

كان قطعه بلا حق وعدواناً - فالمجني عليه أولى بأن يكون له هذا الحق على الجاني .

وأما إذا استظهرنا الاحتمال الثاني وأن مورد السؤال والواقعة في الرواية أن الجاني أعاد أذنه بعد القصاص ، فلا يمكن أن يستفاد من الرواية جواز قطع الجاني لما يعيده المجني عليه بعد القصاص .

اللهم إلا إذا قبلنا الملازمة العرفية المتقدمة في المقام السابق أي المقابلة من الطرفين ، أو استظهرنا من التعبير بقوله : « ثم جاء الآخر » التعميم ، وأن المقصود مطلق أحدهما ، سواء كان هو الجاني أو المجني عليه من دون خصوصية لأحدهما وإلا لكان يذكر خصوصية كونه جانياً أو مجنياً عليه .

المسألة الثانية :

وأما البحث في المسألة الثانية ، فقد اتضح حالها ممّا تقدّم من استظهار أن موجب قصاص الأطراف ما إذا كان العضو مقطوعاً ، فإذا أوصل قبل الاقتصاص لم تشمل أدلة قصاص الطرف ؛ لارتفاع الموضوع بذلك وبقاء العضو في البدن . كما أن التعليل في المعبرة يشمل ، فلو فرض إطلاق أدلة القصاص لذلك قيّدناه بظهور التعليل في الرواية ، نعم هذا لا ينفي أن يكون للمجني عليه حق القصاص ما دام لم يوصل العضو إلى بدنه ، وهذا ما سنبحثه في المسألة الثالثة .

وقد يستدلّ على سقوط القصاص في الطرف بعد البرء بمثل رسالة جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام - في رجل كسر يد رجل ثم برأت يد الرجل - قال : « ليس في هذا قصاص ولكن يعطى الأرض » .

ومرسلته الأخرى عن أحدهما عليه السلام أنه قال في سن الصبي يضربها الرجل فتسقط ثم تنبت ، قال : « ليس عليه قصاص وعليه الأرض » ^(١) .

(١) الوسائل ١٩ : ١٣٣ - ١٣٤ ، ب ١٤ من قصاص الطرف .

وفيه - مضافاً إلى ضعف السند بالإرسال : أن سقوط القصاص في كسر اليد باعتبار أنه لا قصاص في العظم عموماً ؛ فإنّ التعبير بقوله : « ليس في هذا قصاص » ظاهر في نفي القصاص في هذا النوع من الجناية لا لكونه بعد البرء ، فتكون الرواية على وزان ما ورد في الروايات - وبعضها معتبرة - من أنه لا قصاص في عظم^(١) ، ولا أقلّ من احتمال ذلك وإجمال الرواية .

كما أن نفي القصاص في سن الصبي التي تسقط ثمّ تثبت باعتبار عدم كونها سنّاً أصلية بل موقّعة ، فيكون القصاص في السن الأصلية . إذن ، فلا يمكن أن يستفاد من هذه الرواية ما نحن بصددّه ، وإنّما ينحصر طريقه فيما ذكرناه من الوجهين المتقدمين .

وقد أفتى بسقوط القصاص ببراء العضو المقطوع واتّصاله ببعض الأعلام المتأخرين^(٢) تمسّكاً بمعتبرة إسحاق ، كما أن ظاهر كلمات المفيد وجملته من القدماء ذلك ، وقد تقدّم بعضها ، ويأتي الإشارة إليها في المسألة القادمة ، فانتظر . وهل تثبت دية العضو عندئذٍ على الجاني ، أو يكون عليه الأرش ولو بالحكومة ؟

قد يقال بثبوت الدية تمسّكاً بإطلاق أدلة الدية في قطع الأعضاء ، مضافاً إلى ما دلّ على أن حق المسلم لا يذهب هدرأً .

إلا أن الإنصاف عدم إمكان إثبات دية العضو في المقام بعد فرض اتّصاله وبرئه ؛ فإنّ ظاهر أدلة ديات الأعضاء أنها في قبال فقد العضو وأنها قيمته . نعم ، لو

(١) الوسائل ١٩ : ١٠٢ ، ب ٧٠ من قصاص النفس ، وب ٢٤ من قصاص الطرف ، وفي قبال هذه

الروايات توجد معتبرة أبي بصير الظاهرة في ثبوت القصاص في خصوص كسر الذراع .

راجع : ب ١٣ من قصاص الطرف ، ح ٤ .

(٢) راجع : مباني تكملة المنهاج ٢ : ١٦٢ .

أوصل عضواً مثله من بدن آخر شمله الإطلاق بالنكتة المتقدمة ، وأما مع فرض اتصال نفس العضو المقطوع وعوده كالأول بلا نقص فأدلة ديات الأعضاء غير شاملة له . كما أن ما دلّ على أن دم المسلم أو حقه لا يذهب هدرأ لا ربط له بمقدار الدية والتعويض اللازم على الجاني ، وإنما يثبت عدم ذهاب أصل الحق ، وأما مقداره فلا بدّ وأن يرجع فيه إلى أدلة تحديد الديات والأرش ، فلا يثبت غير الأرش ولو بالحكومة .

المسألة الثالثة :

وأما البحث في المسألة الثالثة - وهي جواز الاقتصاص بمجرد الإبانة مع إمكان الإلصاق والإعادة ولو بالعلاج وعدمه : فظاهر ما تقدّم عن الكافي والمقنعة عدم جواز القصاص حتى يحصل اليأس من صلاحه ، ففي الكافي : « ولا يجوز القصاص بجرح ولا قطع ولا كسر ولا خلع حتى يحصل اليأس من صلاحه » ^(١) . وفي المقنعة : « وينبغي أن ينتظر الحاكم بالمجروح والمكسور حتى يعالج ويستبرئ حاله بأهل الصناعة ، فإن صلح بالعلاج لم يقتص له ، لكنّه يحكم على الجاني بالأرش فيما جناه ، فإن لم يصلح بعلاج حكم له بالقصاص » ^(٢) . والغريب ذكر الجرح والكسر والخلع مع القطع أيضاً ، مع أنّه لا إشكال في عدم توقّف القصاص في الجروح التي فيها القصاص على البرء ، كيف ؟ ! وهي ممّا تبرأ عادة ، كما أنّه لا قصاص في كسر العظم ولا خلعه ونقله ، كما دلّت عليه الروايات .

ولعلّ المقصود وجوب الصبر في القصاص للمجروح حتى يتبيّن مقدار السراية وعدمها ، إلّا أنّ هذا لا يناسب ما ذكر في ذيل عبارة المقنعة من عدم القصاص على

(١) الكافي في الفقه (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ٩٢ .

(٢) المقنعة (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ٥٤ .

تقدير الصلاح بالعلاج ، إلا إذا كان المقصود من الجرح قطع العضو أو جزء منه ، وهو يدل على ما ذكرناه في المسألة السابقة من سقوط القصاص بإيصال العضو المقطوع وبرئه ، اللهم إلا أن يحمل على فرض عدم القطع والإبانة الكاملة للعضو ، فإنه الذي كان برؤه ممكناً عادة في تلك الأيام .

وفي المختلف : « مسألة : قال ابن الجنيّد : والأولى عندنا بالقصاص من الجراح دون النفس أن يكون بعد أن يبرأ المجني عليه ؛ لئلا يتعدى الجراح إلى التلف أو زيادة على ما يجب به وقت وقوعه ، وإذا أخر ذلك عرف ما يمكن أن يقع به القصاص وقت برئه ، وإن اختار المجني عليه أن يقتصّ قبل البرء كان ذلك له ، فإن زاد الجراح لم يكن على الذي يستقاد منه زيادة في اقتصاص ولا دية ، ولو برأ المجني عليه فاقترض ثم انتقضت جراحة المجني عليه فألت إلى التلف لم يكن فيها قود ، وعلى الجاني الدية بعد أرش ما اقتصّ منه للشبهة . وقال الشيخ في المبسوط : القصاص يجوز في الموضحة عند قوم ، وقال قوم : لا يجوز إلا بعد الاندمال ، وهو الأحوط عندنا ، لأنها ربما صارت نفساً .

وقول ابن الجنيّد قوي في جواز المبادرة إلى القصاص ؛ لأنه حقّ يثبت له ، فيندرج تحت قوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ، لكن قوله : فإن زاد الجرح لم يكن على الذي يستقاد منه زيادة في اقتصاص ولا دية ، بل يجب عليه دية الزيادة والقصاص إن كان ممّا يقتصّ فيه . وكذا قوله : لو برأ المجني عليه فاقترض ثم انتقضت جراحة المجني عليه فألت إلى تلف لم يكن فيه قود ، بل الوجه وجوب القود ؛ لحصول السبب وهو الجناية عمداً » ^(١) .

وقال في موضع آخر : « مسألة : قال المفيد : وليس في كسر اليد وشيء من العظام وشيء من قطع الأعضاء التي تصلح بالعلاج قصاص ، وإنما القصاص فيما لا

يصلح من ذلك بشيء من العلاج . وقال الشيخ في النهاية : من قطع شيئاً من جوارح الإنسان وجب أن يقتص منه إن أراد ذلك المقطوع ، وإن جرحه جراحة فمثل ذلك ، إلا أن تكون جراحة يخاف في القود منها على هلاك النفس فإنه لا يحكم فيها بالقصاص ، بل يحكم بالأرث ، كالمأمومة والجائفة وما أشبههما ، وكسر الأعضاء التي يرجى انصلاحها بالعلاج فلا قصاص أيضاً فيها ، بل يراعى حتى ينجبر الموضع إما مستقيماً أو على عثم ، فيحكم حينئذ بالأرث ، فإن كان شيئاً لا يرجى صلاحه فإنه يقتص من جانيه على كل حال . وقال سَلار : الجناية إن خيف من القصاص فيها تلف نفس المقتص منه في الأغلب لا قصاص فيها بل الدية ، وإن لم يخف فصاحب الجناية مخير بين القصاص والدية ، ولا قصاص فيما يبرأ ويصلح ، وإنما فيه الأرث ، والقصاص فيما لا يبرأ .

والوجه أن نقول : إنه لا قصاص في كسر الأعضاء والعظام إما لما فيه من التغيرير أو لعدم التوصل إلى قدر الحق ، وإما غير الكسر فإن خيف فيه التلف فلا قصاص أيضاً ، وإن لم يخف منه التلف وجب القصاص ، سواء برأ أو لا ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ، مع أن سَلار قال لما عدّ الجراحات : فلا قصاص إلا في سبع منهن ما عدا المأمومة والجائفة ، مع غلبة الظن ببراء أكثرها ، فإن قصد من الجنایات التي تشتمل على الكسر فقد وافق الشيخين . وأبو الصلاح قال : إنما يكون جارحاً بما يوجب القصاص مع تكامل الشروط المذكورة في القود إذا كان ما قصده ممّا لا يرجى صلاحه - كقطع اليد والرجل والاصبع إلى غير ذلك - ولا يخاف معه تلف المقتص منه ، فأما الكسر والفك والمُنجرّ والجرح الملتئم والمأمومة في الشجاج والجائفة في الجوف وما يجري مجراه فلا قصاص في شيء منه ، وفيه الإشكال السابق أولاً^(١) .

أقول: أما القصاص في كسر العظام فقد تقدّم أنّه لا قصاص فيه، وتفصيل بحثه في محله.

وأما الجروح التي فيها القصاص فلا ينبغي الإشكال في عدم توقّف الاقتصاص فيها على عدم اندمال جرح المجني عليه؛ وإلا لم يبقَ قصاص في الجروح، وإنّما البحث في وجوب الصبر حتى يندمل الجرح وعدمه بلحاظ تحديد مقدار الجناية؛ لاحتمال سراية الجرح إلى تلف النفس أو ازدياده واتّساعه، فلو اقتصرّ قبل ذلك فقد يمنع ذلك من إمكان الاقتصاص ثانياً لما سرى إليه؛ لاستلزامه جناية زائدة في القصاص - كما تقدّم عن ابن الجنيّد وإن ناقشه العلامة - وهذا أيضاً بحث آخر خارج عمّا نحن بصدده، فمع قطع النظر عن هذه الحيثيّة تكون أدلّة القصاص في الجروح شاملة للمقام بمجرد تحقّق الجرح، وإنّما البحث بعد ذلك في سقوط قصاص الجرح الزائد إذا حصلت السراية وعدمه.

وأما قصاص الأطراف - أعني قطع عضو ونحوه، والذي تقدّم أنّ الموضوع والموجب له بمقتضى المقابلة في أدلّته بين عضو الجاني وعضو المجني عليه أو بمقتضى معتبرة إسحاق بن عمّار تحقّق النقص والشين في بدن المجني عليه - فهل يجب فيه الصبر حتى يظهر البرء وعود العضو المقطوع إلى حالته الأولى فلا قصاص أو يظهر عدم الصلاح فيثبت القصاص ويستقرّ، أو لا يجب فيه الصبر، بل ما دام العضو مقطوعاً ولم يوصل بعد كان له القصاص؛ لصدق تحقّق الشين والنقص في تلك الحال، غاية الأمر لو أوصله بعد الاقتصاص كان للآخر قطعه، وكذلك في طرف العكس؟

الإنصاف أنّا لو استفدنا من أدلّة قصاص الطرف - ولو ببركة معتبرة إسحاق - أنّ الموضوع والموجب لهذا القسم من القصاص هو الشين ونقصان العضو لا مجرد تحقّق الإبانة والقطع في زمان، فالمتفاهم من ذلك عرفاً أنّ الموجب له استمرار ذلك النقص في البدن من ناحية شخص ذلك العضو بحيث ينبغي التثبّت منه والصبر

ليتبين الحال ولو بالعلاج ، وإلا كان الاقتصاص في غير محله ، لا أنه واقع في محله غاية الأمر يكون للآخر الحق في قطعه إذا أوصله ثانياً .

نعم ، لو عالج العضو المقطوع فأصلحه بعضو مماثل من بدن آخر ونحوه لم يسقط حقه في الاقتصاص ؛ لأنه بمثابة عضو آخر جديد استحصله .

ونستخلص مما تقدم في الجهات الثلاث النتائج التالية :

١ - إذا قطع عضواً من شخص ممّا فيه القصاص فاقتص منه ، ثمّ أراد المقتصّ منه إيصال ما قطع منه وإعادةه إلى ما كان عليه ، كان للآخر الذي نقص عضوه حقّ منعه وقطعه من جديد .

نعم ، إذا أصلح النقص بعضو أجنبي لم يحقّ للآخر منعه ، كما لو فقأ عينه فزرع عين حيّ أو ميّت بدلها ، أو قطعت شحمة أذنه فوضع بدلها لحمة من بدنه أو بدن غيره بعملية تجميل أو نحو ذلك .

٢ - إذا قطع عضواً من شخص ممّا فيه القصاص ، فألصق العضو المقطوع وأعيد إلى وضعه الأوّل قبل الاقتصاص ، سقط حقّ القصاص ، ويشكل ثبوت الدية أيضاً ، بل يرجع إلى الحكومة . هذا إذا لم يكن الإصلاح بأجنبي وإلا كان له القصاص أو الدية كما أشرنا في الفرع السابق .

٣ - يجب الصبر في موارد قصاص الأطراف حتى يتبين برء العضو ولو بالعلاج فينتفي القصاص ، أو عدم برئه فيستقرّ القصاص . هذا إذا لم يكن العلاج بأجنبي بل بإعادة نفس العضو المقطوع ، وإلا كان القصاص مستقرّاً من أوّل الأمر .

كفاية تكرار اليمين وعدمها

في القسامة على القتل

كفاية تكرار اليمين وعدمها في القسامة على القتل

المشهور بين الفقهاء أنه إذا لم يكن لولي الدم خمسون نفرأ يقسمون بل كانوا أقل من هذا العدد أو لم يكن إلا هو وحده كررت عليهم الأيمان حتى يتم عدد القسامة ثم يحكم له . وكذلك في طرف المدعى عليه إذا لم يقسم المدعى فانتقل الحلف إلى المدعى عليه . وقد ادعى عليه الإجماع في الغنية^(١) والخلاف^(٢) والرياض^(٣) .

قال في المقنعة : « ولا تقوم البينة بالقتل إلا بشاهدين مسلمين عدلين ، أو بقسامة ؛ وهي خمسون رجلاً من أولياء المقتول يحلف كل واحد منهم بالله يميناً أنه قتل صاحبهم . ولا تصح القسامة إلا مع التهمة للمدعى عليه . فإن لم تكن قسامة على ما ذكرناه أقسم أولياء المقتول خمسين يميناً ، ووجب لهم الدية بعد ذلك »^(٤) .

(١) الغنية : ٤٤٠ - ٤٤١ .

(٢) الخلاف ٥ : ٣٠٣ . ط - جماعة المدرسين .

(٣) الرياض ١٠ : ٣١٥ - ٣١٦ . ط - دار الهادي .

(٤) المقنعة : ٧٣٦ .

وقال في النهاية : « ومتى لم يكن لأولياء المقتول من يشهد لهم من غيرهم ولا لهم قسامة من أنفسهم ، كان على المدعى عليه أن يجيء بخمسين يحلفون عنه أنه بريء مما ادّعى عليه . فإن لم يكن له من يحلف عنه كُثرت عليه الأيمان خمسين يميناً ، وقد برئت عهده » ^(١) .

وقال في الشرائع : « وهي في العمد خمسون يميناً ، فإن كان له قوم حلف كل واحد يميناً إن كانوا عدد القسامة ، وإن نقصوا عنه كررت عليهم الأيمان حتى يكملوا القسامة . وفي الخطأ المحض والشبيه بالعمد خمس وعشرون يميناً . ومن الأصحاب من سوى بينهما ، وهو أوثق في الحكم ، والتفصيل أظهر في المذهب . ولو كان المدّعون جماعة قسّمت عليهم الخمسون بالسوية في العمد ، والخمس والعشرون في الخطأ . ولو كان المدّعى عليهم أكثر من واحد ففيه تردد أظهره أن على كل واحد خمسين يميناً كما لو انفرد ؛ لأن كل واحد منهم يتوجّه عليه دعوى بانفراده ، أمّا لو كان المدعى عليه واحداً فأحضر من قومه خمسين يشهدون ببراءته حلف كل واحد منهم يميناً ، ولو كانوا أقل من الخمسين كُثرت عليهم الأيمان حتى يكملوا العدد . ولو لم يكن للولي قسامة ولا حلف هو كان له إحلاف المنكر خمسين يميناً إن لم يكن له قسامة من قومه ، وإن كان له قوم كان كأحدهم » ^(٢) .

وقال الإمام الخميني رحمته الله في تحرير الوسيلة :

« مسألة ١ - إن كان له قوم بلغ مقدار القسامة حلف كل واحد يميناً ، وإن نقصوا عنه كررت عليهم الأيمان حتى يكملوا القسامة ، ولو كان القوم أكثر فهم مختارون في تعيين خمسين منهم في العمد وخمسة وعشرين في غيره .

(١) النهاية : ٧٤١ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٢٢٥ ، ط - النجف .

مسألة ٢ - لو لم يكن للمدعي قسامة ، أو كان ولكن امتنعوا كلاً أو بعضاً ، حلف المدعي ومن يوافقه إن كان ، وكرر عليهم حتى تتم القسامة . ولو لم يوافقه أحد كرر عليه حتى يأتي بتمام العدد .

مسألة ٦ - لو لم يحلف المدعي أو هو وعشيرته ، فله أن يردّ الحلف على المدعي عليه ، فعليه أيضاً خمسون قسامة ، فليُحضر من قومه خمسين يشهدون ببراءته ، وحلف كل واحد ببراءته . ولو كانوا أقل من الخمسين كررت عليهم الأيمان حتى يكملوا العدد ، وحكم ببراءته قصاصاً وديةً . وإن لم يكن له قسامة من قومه يحلف هو خمسين يميناً ، فإذا حلف حكم ببراءته قصاصاً وديةً» (١) .

واختار الأستاذ الخوئي رحمته في مباني تكملة المنهاج التفصيل بين قسامة المدعي وقسامة المدعى عليه ، فوافق المشهور في الأولى وخالفهم في الثانية قائلاً : « فيه إشكال ... فإن تم إجماع على اعتبار حلف خمسين رجلاً بالإضافة إلى المدعى عليه فهو ، وإلا فالظاهر كفاية خمسين يميناً من المدعى عليه بلا حاجة إلى ضمّ شخص آخر إليه » (٢) .

وفي قبال هذين القولين يوجد احتمالان آخران :

أحدهما - اشتراط تعدد الحالف خمسين رجلاً في المدعي والمدعى عليه معاً ، وعدم الاكتفاء بتكرار اليمين عليهما .

الثاني - اشتراط تعدد الحالف خمسين رجلاً في طرف المدعي ، والاكتفاء بتكرار اليمين خمسين مرة من المدعى عليه عند فقد من يحلف من قومه ، أو مطلقاً .

(١) تحرير الوسيلة ٢ : ٤٧٧ - ٤٧٨ . ط - جماعة المدرسين .

(٢) مباني تكملة المنهاج ٢ : ١١١ . ط - دار الزهراء عليها السلام .

فلاحتمالات من هذه الناحية أربعة ، لابدّ من ملاحظة ما يوافق منها الأدلة ، وهذا ما نورده ضمن جهات :

الجهة الأولى :

لا شك أنّ مقتضى الأصل الأولي عدم حجّية القسامة في مقام فصل الخصومة إذا لم يحصل منها علم - كالتواتر - للقاضي إلا إذا قام عليه الدليل ؛ لأنّه مقتضى أصالة عدم حجّية ما يشك في حجّيته ، بل هو مقتضى إطلاق أدلة البينة على المدعي واليمين على من أنكر . والقدر المتيقن بثبوته بالروايات المستفيضة وبالإجماع والتسالم من المذهب الاكتفاء بقسامة خمسين رجلاً .

وأما اعتبار الأقل من ذلك والاكتفاء به ولو عند فقد خمسين نفرأ فعلى القائل به إثبات ذلك من الأدلة ، وإلا كان مقتضى القاعدة عدم الحجّية القضائية ، وهذا ظاهر .

الجهة الثانية :

إنّ الروايات العديدة والمتضاربة دلّت على أنّ القسامة من أدلة الإثبات القضائي في القصاص والدية في الجملة ، وأنها حق مكتوب عند الأئمة عليهم السلام ^(١) ، وأنّ النبي صلى الله عليه وآله قد حكم بها في قضية مشهورة بين الأنصار واليهود ^(٢) . إلا أنّ العامة اختلفت كلماتهم في قبولها مطلقاً ، أو في خصوص إثبات الدية ، أو عدم قبولها مطلقاً لكونها على خلاف الأصل .

وقد انعكس هذا التردّد في رواياتنا الصادرة عن الأئمة عليهم السلام ، فجاء فيها التأكيد على أنّها حق مكتوب عندنا ، وأنها من قبل رسول الله صلى الله عليه وآله ، وقد حكم بها في قضية الأنصاري ، وأنّ بها حقن دماء المسلمين ومنع الفاجر الفاسق من اغتيال

(١) الوسائل ١٩ : ١١٤ ، ب ٩ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ح ٣ .

عدوه ، وأنها صنع رسول الله ﷺ لا بد من التسليم له .

ويشهد على هذا الاستنكار على العامة ما في رواية حنان بن سدير قال : قال أبو عبد الله ﷺ : « سألتني ابن شبرمة : ما تقول في القسامة في الدم ؟ فأجبت به بما صنع النبي ﷺ . فقال : رأيت لو لم يصنع هكذا كيف كان القول فيه ؟ قال : فقلت له : أمّا ما صنع النبي ﷺ فقد أخبرتك به ، وأمّا ما لم يصنع فلا علم لي به » (١) .

ورواية سليمان بن خالد قال : قال أبو عبد الله ﷺ : « سألتني عيسى وابن شبرمة معه عن القتل يوجد في أرض القوم ، فقلت : وجد الأنصار رجلاً في ساقية من سواقي خيبر ، فقالت الأنصار : اليهود قتلوا صاحبنا . فقال لهم رسول الله ﷺ : لكم بينة ؟ فقالوا : لا . فقال : أفنتقسمون ؟ فقالت الأنصار : كيف نقسم على ما لم نره ؟ ! فقال : فاليهود يقسمون . فقالت الأنصار : يقسمون على صاحبنا ؟ ! قال : فوداه رسول الله ﷺ من عنده . فقال ابن شبرمة : رأيت لو لم يوده النبي ﷺ ؟ قال : قلت : لا نقول لما قد صنع رسول الله ﷺ : لو لم يصنعه ؟ قال : فقلت : فعلى من القسامة ؟ قال ﷺ : على أهل القتل » (٢) .

فالقسامة كدليل قضائي أصله مسلم في مذهبنا منصوص عليه في رواياتنا ، وهذا كله خارج عن بحثنا ، وإنما المقصود هنا البحث عن كیفيتها من ناحية لزوم تعدد الحالفين بعدد القسامة وعدمه . والروايات المتعرضة للقسامة من هذه الناحية يمكن تصنيفها إلى أربع طوائف :

الطائفة الأولى : ما ليس فيه تعرض إلا لأصل القسامة وتشريعها من دون النظر

(١) الوسائل ١٩ : ١١٨ ، ب ١٠ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ١١٩ ، ح ٧ .

إلى كيفية إقامتها وعددها ؛ من قبيل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن القسامة كيف كانت ؟ فقال : « هي حق ، وهي مكتوبة عندنا ، ولولا ذلك لقتل الناس بعضهم بعضاً ثم لم يكن شيء ؛ وإنما القسامة نجاة للناس » ^(١).

ومثلها روايات أخرى فيها المعتبرة ؛ كصحيح ابن سنان وروايته الأخرى ، ومعتبرة سليمان بن خالد ووزارة وحنان بن سدير ، وغيرها ^(٢).

الطائفة الثانية : ما دلّ على أنّ القسامة خمسون رجلاً أو نفراً مما ظاهره اشتراط تعدد الحالف خمسين نفراً ؛ من قبيل صحيحة بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن القسامة ، فقال : « الحقوق كلها البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في الدم خاصة ؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بينما هو بخيبر إذ فقدت الأنصار رجلاً منهم فوجدوه قتيلاً ، فقالت الأنصار : إنّ فلاناً اليهودي قتل صاحبنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للمطالبين : أقيموا رجلين عدلين من غيركم أقيده برمته ، فإن لم تجدوا شاهدين فأقيموا قسامة خمسين رجلاً أقيده برمته . فقالوا : يا رسول الله ، ما عندنا شاهدان من غيرنا ، وإنّا لنكره أن نقسم على ما لم نره . فوداه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من عنده وقال : إنّما حقن دماء المسلمين بالقسامة ؛ لكي إذا رأى الفاجر الفاسق فرصة من عدوه حجزه مخافة القسامة أن يقتل به فكفّ عن قتله . وإلا حلف المدعى عليه قسامة خمسين رجلاً : ما قتلناه ولا علمنا قاتلاً . وإلا أغرموا الدية إذا وجدوا قتيلاً بين أظهرهم إذا لم يقسم المدّعون » ^(٣).

(١) الوسائل ١٩ : ١١٤ ، ب ٩ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : انظر : ب ٩ و ١٠ .

(٣) تهذيب الأحكام ١٠ : ١٦٦ ، ح ١ . وفيه : « فلان اليهودي » ، والتصحيح من فروع الكافي .

ومثلها صحيحة زرارة ورواية لأبي بصير (١).

وهذه الطائفة من الروايات ظاهرها شرطية تعدد الحالف خمسين رجلاً في طرفي الإثبات والنفي معاً.

الطائفة الثالثة : ما دلّ على اعتبار خمسين يميناً ، وهي رواية واحدة معتبرة لمسعدة بن زياد ، عن جعفر عليه السلام قال : « كان أبي عليه السلام إذا لم يُقم القوم المدّعون البينة على قتل قتيْلهم ولم يقسموا بأنّ المتهمين قتلوه حلّف المتهمين بالقتل خمسين يميناً بالله : ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، ثمّ يؤدّي الدية إلى أولياء القتيْل . ذلك إذا قُتل في حي واحد ، فأما إذا قتل في عسكر أو سوق مدينة فديته تدفع إلى أوليائه من بيت المال » (٢).

وهذا الصنف قد يقال : إنّ مقتضى إطلاقه كفاية خمسين يميناً ولو من مدّع واحد ، إلّا أنّ الرواية قد تعرضت لذلك في طرف المنكر ونفي التهمة لا في طرف المدعي وإثبات القتل ، على ما سيأتي تفصيل الحديث فيه .

الطائفة الرابعة : ما ورد في الجروح والحكم بالقسامة فيها ستة نفر فيما تكون ديته ألف دينار ، وما يكون أقل من ذلك فبالنسبة بحساب ذلك ؛ وقد ورد هذا في كتاب ظريف المتعرض لأحكام وفتاوى أمير المؤمنين عليه السلام في الديات . والظاهر أنّه كتاب معروف بين الرواة ، وقد قرأه ظريف بن ناصح على الإمام الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام ويونس بن عبد الرحمن على الإمام الرضا عليه السلام عن علي عليه السلام . وكتاب ظريف وإن كان فيه رفع إلى المعصوم عليه السلام إلّا أنّه يمكن دعوى اعتباره ؛ لشهرته بين الرواة ، ووجود أسناد عديدة - فيها المعتمدة - تدلّ على قراءته على الأئمة

(١) الوسائل ١٩ : ١١٧ و ١١٨ ، ب ١٠ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٣ و ٥ .

(٢) المصدر السابق : ١١٥ ، ب ٩ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٦ .

وإمضائهم له . وفيما يتعلق بمسألتنا بالخصوص يوجد طريق معتبر له ، وهو معتبرة يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام «... فيما أفتى به أمير المؤمنين عليه السلام في الديات ، فمما أفتى به في الجسد وجعله ست فرائض : النفس ، والبصر ، والسمع ، والكلام ، وتقص الصوت من الغنن والبعح ، والشلل في اليدين والرجلين . ثم جعل مع كل شيء من هذه قسامة على نحو ما بلغت الدية . والقسامة جعل في النفس على العمد خمسين رجلاً ، وجعل في النفس على الخطأ خمسة وعشرين رجلاً ، وعلى ما بلغت ديته من الجروح ألف دينار ستة نفر ، وما كان دون ذلك فبحسابه من ستة نفر ، والقسامة في : النفس ، والسمع ، والبصر ، والعقل ، والصوت من الغنن والبعح ، وتقص اليدين والرجلين ، فهو ستة أجزاء الرجل .

تفسير ذلك : إذا أصيب الرجل من هذه الأجزاء الستة وقيس ذلك ؛ فإن كان سدس بصره أو سمعه أو كلامه أو غير ذلك حلف هو وحده ، وإن كان ثلث بصره حلف هو وحلف معه رجل واحد ، وإن كان نصف بصره حلف هو وحلف معه رجلان ، وإن كان ثلثي بصره حلف هو وحلف معه ثلاثة نفر ، وإن كان أربعة أخماس بصره حلف هو وحلف معه أربعة نفر ، وإن كان بصره كله حلف هو وحلف معه خمسة نفر . وكذلك القسامة في الجروح كلها ، فإن لم يكن للمصاب من يحلف معه ضوعفت عليه الأيمان ؛ فإن كان سدس بصره حلف مرة واحدة ، وإن كان الثلث حلف مرتين ، وإن كان النصف حلف ثلاث مرات ، وإن كان الثلثين حلف أربع مرات ، وإن كان خمسة أسداس حلف خمس مرات ، وإن كان كله حلف ست مرات ، ثم يعطى» (١).

(١) الوسائل ١٩ : ١٢٠ ، ب ١١ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٢ . وانظر : ٢١٩ ، ب ٣ من ديات

ومثله ما رواه الكليني والصدوق والشيخ بأسانيدهم إلى كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام ، وفي ذيل رواية الصدوق والشيخ عليه السلام : « وإن أبى أن يحلف لم يعط إلا ما حلف عليه ووثق منه بصدق ، والوالي يستعين في ذلك بالسؤال والنظر والتثبت في القصاص والحدود والقود » ^(١).

وهذا الصنف من الروايات قد صرح فيه بمضاعفة الأيمان على المدعي إذا لم يكن معه غيره ، إلا أنه وارد في الجروح وإعطاء الدية .
الجهة الثالثة :

فيما يمكن أن يستدل به على قول المشهور من كفاية مضاعفة اليمين عند فقد خمسين نفرأ ، وهو عدة وجوه :

الوجه الأول : التمسك بإطلاق الطائفة الأولى من الروايات ، حيث ورد في بعضها كبرى كلية هي أنه في باب الدماء قد حكم الله سبحانه علينا بغير ما حكم به في الأموال ؛ فقد حكم في الأموال أن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه ، وحكم في الدماء أن البينة على المدعي واليمين على من ادعى ؛ لئلا يبطل دم امرئ مسلم ^(٢).

فيكون مقتضى هذه الكلية أنه في باب الدماء مطلقاً تكون اليمين على المدعي حتى لمن ليس معه خمسون نفرأ يحلفون معه ، غاية الأمر حيث نعلم من الخارج بأنه لا يكفي أقل من خمسين يميناً نقيداً لإطلاقه به ، فيثبت مدعى المشهور من أنه في فرض عدم وجود خمسين نفرأ تُضاعف الأيمان على المدعين ، وتثبت به الدعوى على المنكر ما لم يُقم البينة على النفي .

(١) الكافي ٧ : ٣٩٧ ، ب ٢٢٢ كتاب الديات ، ح ٩ . من لا يحضره الفقيه ٤ : ٧٨ . تهذيب الأحكام

١٠ : ٢٩٨ ، ح ٢٦ .

(٢) انظر : الوسائل ١٩ : ١١٥ ، ب ٩ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٤ .

وفيه : ما تقدم من أنّ هذه الروايات ليست في مقام البيان من ناحية كيفية القسامة وموردها وشرائطها ، وإنما بصدد بيان أصل هذا التشريع ، وانتقاض القاعدة الأولية في باب الدماء رغم ثبوت المال والدية فيه في الجملة ، ودفع الارتكاز أو الإنكار المزعوم من قبل بعض العامة .

ومن هنا لم يتمسك الفقهاء بإطلاق هذه الروايات في موارد عدم اللوث والتهمة . هذا مضافاً إلى أنّ هذا الإطلاق معارض بما في الطائفة الثانية من الروايات الظاهرة في اشتراط تعدد القسامة خمسين نفرأ ، حيث تكون تلك الروايات المفسرة لكيفية القسامة مقيّدة بل مفسرة لهذه الروايات ، ودالة على أنّ اليمين التي تثبت بها دعوى القتل من مدعيه في باب الدماء إنما هي قسامة خمسين رجلاً لا مطلق اليمين .

ودعوى : أنّ تلك الطائفة من الروايات إنما تدلّ على اعتبار قسامة خمسين رجلاً إذا كان للمدعي ذلك ، وأما اشتراط ذلك وعدم كفاية خمسين يميناً مع عدم وجود خمسين نفرأ فلا يستفاد من الطائفة الثانية لكي تكون معارضة مع الطائفة الأولى ؛ لأنهما مثبتتان للحكم ، فيمكن أن تكون إحداهما أوسع من الأخرى .

مدفوعة : بأنّ ظاهر الطائفتين النظر إلى حكم وتشريع واحد ، غاية الأمر الطائفة الأولى تعرضت لأصل الحكم والطائفة الثانية تعرضت للتفاصيل والكيفية ، فإذا اقتضت على ذكر اليمين من قبل خمسين نفرأ ولم تذكر الاكتفاء بخمسين يميناً ومضاعفتها على المدعي عند فقد خمسين نفرأ بل ينتقل الأمر إلى تحليف المدعي عليه بمجرد ذلك .. يفهم منها لا محالة أنّ اليمين التي حكم بها له في باب الدماء إنما هي قسامة خمسين رجلاً .

فالحاصل : هذه الروايات كما تقيّد تلك الكبرى الكلية في الطائفة الأولى بأنّ اليمين التي يحكم بها للمدعي لا بدّ وأن تكون خمسين يميناً ، كذلك تقيّده بأنّه لا بدّ وأن تكون قسامة خمسين رجلاً ؛ أي مع تعدد الحالف .

الوجه الثاني : التمسك بإطلاق الطائفة الثالثة من الروايات - أي معتبرة مسعدة ابن زياد ^(١) - حيث ورد فيها عنوان « خمسين يميناً » ، وهو مطلق يشمل تعدد اليمين من الحالف الواحد . وفيه :

أولاً - أنها متعرضة ليمين المدعى عليه لا المدعي ، واحتمال الفرق بينهما متجه جداً ؛ لأن المدعى عليه مطلبه مطابق مع الأصل ، فيمكن أن يكتفى فيه بخمسين يميناً ولو من المدعى عليه وحده ، وهذا بخلاف المدعي الذي يريد إثبات القتل والحكم بالقصاص أو الدية فيه ؛ حيث يناسب أن يكون له دليل أقوى من ذلك ، ولا شك أن كاشفية مضاعفة اليمين على الحالف الواحد أقل كثيراً من يمين خمسين رجلاً ، بل تلك في حكم مخبر واحد وهذه في حكم خمسين مخبراً ، وهذا واضح عرفاً ، فلا يمكن إلغاء الخصوصية والتعدي منه إلى المدعى .

وثانياً - إمكان المنع عن أصل انعقاد الإطلاق المذكور في رواية مسعدة ؛ لأنها ظاهرة في التعرض لجهة انتقال الحلف من القوم المدّعين إلى القوم المتهّمين . فتمام النظر في الرواية إلى حيثية انتقال القسامة وخمسين يميناً إلى المتهّمين المدّعى عليهم ، أمّا أنه كيف تؤخذ منهم : من خمسين رجلاً أو يكتفى بمضاعفة اليمين على المتهّم الواحد ؟ فليست الرواية بصدد البيان من هذه الناحية لا في طرف المدعي ولا المدعى عليهم ، فلا تتم مقدمات الحكمة والإطلاق فيها من هذه الجهة .

وثالثاً - لو فرض تمامية الإطلاق لزم تقييدها أو تفسيرها بما تقدم في الطائفة الثانية - كصحيحة بريد ^(٢) - الظاهرة في اشتراط تعدد القسامة خمسين رجلاً

(١) الوسائل ١٩ : ١١٥ ، ب ٩ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ١١٤ ، ب ٩ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٣ .

حتى في طرف المدعى عليه . والإشكال فيه بعدم التنافي لكونهما مثبتين قد عرفت جوابه . كما أن حمل صحيحة بريد على إرادة الحلف خمسين مرة وأن حلفه لا بد وأن يكون بمثابة قسامة خمسين رجلاً - كما في مباني تكملة المنهاج ^(١) - خلاف الظاهر جداً ، خصوصاً مع التعبير بقوله : « ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً » بصيغة الجمع . وأوضح من هذه الصحيحة رواية أبي بصير إلا أن في سندها علي بن أبي حمزة البطائني ^(٢) .

الوجه الثالث : التمسك بالطائفة الرابعة ^(٣) من الروايات ؛ حيث صرح فيها بمضاعفة اليمين من المدعي إذا لم يكن معه نفر . وهي وإن كانت واردة في الجروح والأعضاء ، إلا أنه بإلغاء الخصوصية وعدم احتمال الفرق يتعدى إلى قتل النفس أيضاً .

ويلاحظ على هذا الوجه :

أولاً - احتمال الفرق بين مورد هذه الطائفة - وهو الجروح والأعضاء - وبين قتل النفس كبير جداً ؛ لأهمية النفس ، ومن هنا لم يقبل فيه إلا خمسون يميناً في العمد وخمس وعشرون في الخطأ ، بخلاف الأعضاء حيث قبل فيها ستة نفر فيما كانت ديته ألف دينار ، وبحسابه كلما كان أقل منه ، وقد تعرضت الرواية في صدرها لقسامة القتل ، وجعلتها خصوص الخمسين رجلاً في العمد والخمسة والعشرين في الخطأ بلا تعرض لمضاعفة اليمين .

وأيضاً في مورد الجروح يكون المدعي هو المجروح والمصاب نفسه - كما صرح به في الرواية - وهو عادةً يعلم عن حسّ بمن اعتدى عليه ، فيكون مستند

(١) مباني تكملة المنهاج ٢ : ١١١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١١٨ ، ب ١٠ من دعوى القتل وما يثبت به ، ح ٥ .

(٣) المصدر السابق : ٢١٩ ، ب ٣ من ديات الأعضاء ، ح ١ .

يمينه إذا كان موثقاً صادقاً أقوى كاشفية من قسامة القتل في موارد القتل واللوث وعدم الشاهد.

وثانياً - هذه الطائفة غاية ما تثبته بقسامة ستة نفر هو الدية لا القصاص ، بل في ذيل بعضها أن على الوالي في الحدود والقصاص والقود ألا يكتفي بالقسامة ، وإنما عليه أن يستعين بالنظر والتثبت والسؤال والفحص ، وهذا إن لم يدل على عدم الاكتفاء بالقسامة في القصاص وأنه لابد فيه من حصول اليقين أو الاطمئنان للقاضي حتى في قصاص الأطراف فضلاً عن النفس ، فلا إشكال في دلالة على عدم صحة التسوية بينهما . بل لعل فيما ورد في صدر تلك الرواية في قسامة ستة نفر المثبت للدية - من التعبير بقوله : « وإن أبى أن يحلف لم يعط إلا ما حلف عليه ووثق منه بصدق » - دلالة على اشتراط حصول الوثوق والاطمئنان بصدق الحالف في باب القسامة مطلقاً ؛ فلو كان متهماً في قسمه لم يعط الدية أيضاً .

وبهذا يظهر أنه في قصاص الأطراف والجروح لا يثبت القصاص بقسامة ستة نفر . وأما ثبوته بقسامة خمسين نفرًا فمبني على استفادة الأولوية وعدم احتمال الفرق فقهيًا بين قصاص النفس وقصاص الأطراف ، وليس ببعيد .

الوجه الرابع : التمسك بالإجماع وعدم نقل الخلاف من أحد من أصحابنا في المسألة ، مع عدم وجود نص صريح في كفاية مضاعفة اليمين في قسامة القتل ، مما يكشف عن انعقاد إجماع أو تسالم تعبدية في المسألة على كفاية ذلك عند فقد خمسين نفرًا .

ويلاحظ عليه :

أولاً - عدم وضوح إجماع أو تسالم في المسألة ، كيف ؟ ! وعبرة المفيد رحمته - المتقدمة - في المقنعة ^(١) ظاهرة في أن الذي يثبت مع قسم أولياء المقتول

خمسين يميناً عند فقد خمسين نفرأ إنما هو الدية لا القصاص . كما أن عبارة الشيخ الطوسي رحمته الله في النهاية ^(١) ظاهرة في أن مضاعفة الأيمان على النفر الواحد إنما تكون في طرف المدعى عليه دون المدعي ؛ حيث خصص فرض عدم وجدان خمسين نفرأ يحلفون وتكرار الحلف على النفر الواحد : في طرف المدعى عليه لا المدعي ، فراجع عبارته وتأمل فيها ؛ فإنه لا وجه لهذا التخصيص . اللهم إلا أن تحمل العبارة على الغفلة والإجمال ، وأن مراده من قوله : « ولا قسامة لهم من أنفسهم » أنه لم تكن لهم قسامة بنفس الترتيب . إلا أن العبارة غير ظاهرة في ذلك .

ومثل عبارة الشيخ في النهاية عبائر المذهب لابن البراج ^(٢) ، فراجع .
وثانياً - لو سلم تعامية التسالم أو الإجماع صغرى ، مع ذلك لا يمكن الجزم بكونه إجماعاً تعبدياً غير متأثر بما تقدم من الوجوه التي ذكرناها لتخريج فتوى المشهور .

الوجه الخامس : ما ذكره في مباني التكملة : « أن القسامة إنما جعلت احتياطاً للناس لئلا يغتال الفاسق رجلاً فيقتله حيث لا يراه أحد . فإذا كانت علّة جعل القسامة ذلك فكيف يمكن تعليق القود على حلف خمسين رجلاً ؟ ! فإنه أمر لا يتحقق إلا نادراً ، فكيف يمكن أن يكون ذلك موجباً لخوف الفاسق من الاغتيال ؟ ! » ^(٣) .

وهذا الوجه مجرد استبعاد واستحسان ؛ وإلا فتحصيل خمسين نفرأ في باب

(١) النهاية : ٧٤١ .

(٢) المذهب ٢ : ٥٠١ .

(٣) مباني تكملة المنهاج ٢ : ١٠٩ .

القسامة - مع فرض اللوث ووجود تهمة من خصومة ونحوها بين المتهم والمقتول ، وعدم اشتراط كون علم الحالف عن حس بل يكفي فيه وثوق الحالف ولو عن حدس - ليس فرضاً نادراً . على أن الوارد في لسان هذه الروايات ليس تعليلاً للحكم ، بل ردّ لما كان مركزاً لدى العامة ومستبعداً عندهم ، وبيان أن حجّة القسامة فيها مثل هذه الفائدة والثمرة ، وقد جعلت الروايات هذه الثمرة مترتبة على قسامة خمسين رجلاً بالخصوص ، فلو كان فيه استبعاد وندرة واستهجان لكان واقعاً على كلّ حال ، ولا يكون إلحاق خمسين يميناً ثبوتاً بذلك رافعاً لهذا الاستهجان ما لم يكن مذكوراً في الرواية إثباتاً .

وهكذا يتلخص من مجموع ما تقدم : أن الاكتفاء بتكرار اليمين في إثبات القتل بالقسامة سواء في العمد أو الخطأ مشكل بل ممنوع ، فلا بدّ من قسامة خمسين رجلاً أو خمسة وعشرين كذلك . هذا في طرف إثبات القتل ، أعني قسامة المدعي ، وأمّا في طرف المنكر - أي قسامة المدعى عليه - فلاكتفاء فيها بتكرار اليمين عليه خمسين مرة ابتداءً وبلا حاجة إلى ضم حلف الآخرين مبني على استفادة ذلك من صحيح مسعدة بن زياد ، كما استفاده في مباني تكملة المنهاج ولكنك قد عرفت الإشكال في تمامية الإطلاق فيها . ولو فرض تماميته في نفسه كان معارضاً بما في صحيح بريد بن معاوية من لزوم قسامة خمسين رجلاً في طرف المدعى عليه أيضاً ، فلا بدّ من تقييده به .

وحينئذٍ إذا استظهر من صحيح بريد شرطية خمسين رجلاً مطلقاً كان الجمع بين الصحيحتين بحمل صحيح مسعدة على إرادة خمسين يميناً من خمسين رجلاً ، فيكون المدعى عليه كالمدعي لا يكتفى منه إلا بقسامة خمسين رجلاً . وهذا هو الاحتمال الثالث من الاحتمالات الأربعة المتقدمة .

وإذا استظهر من صحيح بريد شرطية خمسين رجلاً عند التمكن منه فقط لا أكثر

- حيث إنها ساكتة عن فرض عدم تمكن المدعى عليه من خمسين نفرأ - فيكون مقتضى الجمع بينه وبين صحيح مسعدة - بناءً على استفادة الإطلاق منه - شرطية خمسين نفرأ في فرض التمكن منه ، وأما في فرض عدم وجود خمسين فيكتفى بخمسين يميناً من الأقل ، بل ومن المدعى عليه وحده أيضاً ؛ فيثبت التفصيل بين قسامة المدعي وقسامة المدعى عليه بالنحو المذكور في صدر الاحتمال الرابع من الاحتمالات الأربعة المتقدمة في المسألة .

وإن فرضنا عدم التعارض بين مثل صحيح بريد وصحيح مسعدة أصلاً لكونهما مثبتين ، ثبت التفصيل بين المدعي والمدعى عليه بالنحو المذكور في ذيل الاحتمال الرابع - أي يشترط في طرف المدعي قسامة خمسين رجلاً - لدلالة مثل صحيح بريد عليه ، وعدم وجود ما يدل على كفاية غيره فيه . وأما في طرف المدعى عليه فلا يشترط أكثر من خمسين يميناً من قبل المدعى عليه ولو مع التمكن من تحليف غيره معه ؛ لدلالة صحيح مسعدة عليه .

**استقلال بعض الأولياء
بالقصاص**

استقلال بعض الأولياء بالقصاص

إذا كان أولياء الدم جماعة وأراد بعضهم القصاص فهل له ذلك مستقلاً أم لا ؟ وقع هذا موقع البحث عند فقهاءنا ضمن مسألتين :

أولاهما : جواز استبداد البعض بالقصاص لو اختار البعض الآخر العفو أو الدية ، وعدم جوازه بمعنى سقوط حق القصاص بذلك . وقد نسب إلى الجميع في هذا الفرع عدم السقوط وجواز الاقتصاص بعد دفع حصّة الآخرين من الدية .

ثانيتهما : جواز استيفاء البعض للقصاص من دون حضور الآخرين ولا إذنتهم ، وعدم جوازه . والمشهور عند فقهاءنا في هذا الفرع هو العكس ، أي عدم الجواز . وقد صرح بذلك كثير من الأصحاب في كتبهم .

ولا شك أنّ المسألتين متلازمتان في طرف النفي وعدم الجواز ، أي إذا قلنا بعدم الجواز في المسألة الأولى وسقوط حق القصاص بالعفو أو أخذ الدية من قبل بعض الورثة فعدم جواز الاستبداد بالاستيفاء من قبل البعض مترتب عليه لا محالة ؛ لأنّ الحقّ إذا لم يكن ثابتاً لكلّ وارث بل لمجموعهم فلا يحقّ لواحد أن يستقلّ بالاستيفاء ما لم يطلبه المجموع ، وإنّما يفتح مجال للبحث عن المسألة الثانية بعد ثبوت حقّ القصاص في المسألة الأولى لكلّ وارث مستقلاً وعدم سقوطه بعفو البعض ، وإن كان قد يستظهر من الجواهر وغيره - على ما سيأتي - التلازم بين

المسألتين في الإثبات والنفي معاً ، وأنه لو كان الحق لكل وارث مستقلاً في المسألة الأولى جاز له الاستقلال بالاستيفاء في الثانية أيضاً .

ولعله لذلك أيضاً عقد في مباني تكملة المنهاج مسألة واحدة في المقام لا مسألتين ، حيث قال في المتن : « مسألة ١٣٥ : إذا كان للمقتول أولياء متعددون فهل يجوز لكل واحد منهم الاقتصاص من القاتل مستقلاً وبدون إذن الباقيين أو لا ؟ فيه وجهان ، الأظهر هو الأول » ^(١) .

وفي الشرح بحث المسألة الأولى وأن القصاص هل يسقط بعفو البعض أو أخذه للدية أو لا ، وجعل جواز الاستقلال من نتائج القول بعدم السقوط . إلا أن الثابت في المتون الفقهية لفقهاءنا عقد مسألتين مستقلتين كما ذكرنا ، بل لعل في كتب العامة أيضاً كذلك رغم أن أكثرهم يرون سقوط القصاص بعفو البعض أو أخذ الدية . وفيما يلي نبحت كلاً من المسألتين مستقلاً ومن خلال ذلك يتضح مدى ابتناء إحداهما على الأخرى .

المسألة الأولى

في سقوط القصاص بعفو بعض الأولياء أو أخذ الدية وعدمه

وعبائر فقهاءنا في هذه المسألة صريحة بعدم السقوط كما يظهر من مراجعة كتبهم ، ولم ينقل خلاف فيه عدا ما جاء في كتابين .

أحدهما : ما جاء في الفقيه من الاقتصار على ذكر رواية السقوط حيث قال : « روي أنه إذا عفا واحد من الأولياء عن الدم ارتفع القود » ^(٢) .

الثاني : ما في الشرائع بالنسبة لفرض أخذ بعض الأولياء الدية دون فرض

(١) مباني تكملة المنهاج ٢ : ١٢٩ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٣٩ ، ذيل الحديث ٥٣٠٧ .

العفو حيث قال : « إذا زادوا على الواحد فلهم القصاص ، ولو اختار بعضهم الدية وأجاب القاتل ، جاز . فإذا سلم سقط القود على رواية ، والمشهور أنه لا يسقط ، وللآخرين القصاص بعد أن يردّوا عليه نصيب من فاداه ، ولو امتنع من بذل نصيب من يريد الدية جاز لمن أراد القود أن يقتصّ بعد ردّ نصيب شريكه ، ولو عفا البعض لم يسقط القصاص ، وللباقين أن يقتصّوا بعد ردّ نصيب من عفا على القاتل » ^(١).

واستند جملة من المتأخرين كصاحب الرياض ومفتاح الكرامة والجواهر وغيره إلى هذا الإجماع أو عدم الخلاف ، بل ذكر في الجواهر أنّ المسألة مفروغ منها .
إلا أنّ الانصاف أنّ تحصيل الإجماع التعبدى الكاشف عن قول المعصوم عليه السلام في مثل هذه المسألة - التي فيها روايات عديدة وللقائلين بالجواز فيها استدلالات ووجوه صناعية مختلفة - مشكل جداً .

هذا ، مضافاً إلى تعبير صاحب الشرائع عن القائلين بهذا القول بالمشهور ، بل ذكر في كتابه الآخر المختصر النافع ^(٢) أنّه الأشبه ، وعبر بعضهم عن هذا القول بأنّه الأشهر ممّا يعني أنّ القول الآخر أيضاً مشهور أو ليس بشاذّ على الأقلّ . فإثبات هذا الحكم بالإجماع المزعوم محلّ إشكال صغرى وكبرى . وإنّما المهمّ ملاحظة الأدلّة الأخرى ، فنقول :

لا شك أنّ مقتضى الأصل الأوّلي - اللفظي والعملي - هو حرمة قتل النفس المحترمة إلّا بالحقّ ، فإذا لم يثبت دليل في مورد جواز القتل قصاصاً كان المرجع عمومات حرمة القتل من قبيل قوله عليه السلام : « دم المسلم على المسلم حرام » ^(٣) ونحوه كما أنّ مقتضى الأصل العملي - العقلي والشرعي - حرمة قتله .

(١) الشرائع ٤ : ٢١٥ ، ط - إسماعيليان .

(٢) المختصر النافع : ٤٥٤ ، ط - مؤسسة البعثة .

(٣) في الصحاح والمسانيد : « المسلم على المسلم حرام دمه » .

وقد يقال : إن مقتضى الاستصحاب بقاء حق القصاص لكل ولي بعد عفو البعض أو قبولهم الدية فيكون مقتضى الأصل جواز القصاص ، كما لعله ظاهر الشيخ رحمته في الخلاف ^(١) .

والجواب : أن الاستصحاب المذكور غير جارٍ ؛ لأن الحالة السابقة المتيقنة ليست هي جواز الاقتصاص لكل ولي ، بل لمجموعهم وهو بالعفو ساقط ، وأما ثبوته للواحد فهو مشكوك الحدوث مسبوق بالعدم ، فالاستصحاب ينفيه ولا يثبت به كما هو واضح . نعم ، لو فرض إحراز أن الحق ثابت حدوثاً لكل ولي مستقلاً وشك في سقوطه تعبداً بعفو البعض كان مقتضى الاستصحاب بقاءه عند الشك كما لا يخفى .

وهذا يعني أن القائل بجواز قصاص بعض الأولياء مع عفو البعض الآخر أو أخذه الدية عليه أن يثبت ذلك بدليل مخرج عن هذا الأصل .
أدلة المسألة :

وقد استدلل على ذلك في كلماتهم بعد الإجماع الذي عرفت حاله بدليلين أساسيين :

الدليل الأول : ظهور آية جعل السلطنة للولي على القصاص ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطَاناً ﴾ ^(٢) حيث ادّعي ظهورها في الانحلالية وأن حق الاقتصاص ثابت لكل وارث مستقلاً . قال في مباني تكملة المنهاج في توضيح هذا الاستدلال وتفصيله :

« والوجه في ما ذكرناه هو أن حق الاقتصاص لا يخلو من أن يكون قائماً بالمجموع كحق الخيار أو بالجامع على نحو صرف الوجود أو بالجامع على نحو

(١) الخلاف ٥ : ١٥٣ ، ط - جماعة المدرسين .

(٢) الإسراء : ٣٣ .

الانحلال، أما الأول فهو - مضافاً إلى أنه لا دليل عليه بل هو خلاف ظاهر الآية الكريمة - كما سنشير إليه - ينافي حكمة وضع القصاص حيث إنه يمكن للقاتل أن يتوسل إلى عفو أحد الأولياء مجّاناً أو مع أخذ الدية، ومعه يسقط حق الاقتصاص من الآخرين، فلو قتل واحد منهم الجاني - والحال هذه - كان قتله ظلماً فعليه القصاص، وهو ممّا لا يمكن الالتزام به، وأما الثاني فهو أيضاً كذلك حيث إنّ لازمه هو سقوط القصاص بإسقاط واحد منهم، وأما الثالث فهو الأظهر، فإنّه الظاهر من الآية الكريمة: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا...﴾ بتقريب أنّ الحكم المجعول لطبيعي الوليّ ينحلّ بانحلاله، فيثبت لكلّ فرد من أفراد حقّ مستقلّ كما هو الحال في سائر موارد انحلال الحكم بانحلال موضوعه، ولا يقاس ذلك بحقّ الخيار فإنّه حقّ واحد ثابت للمورث - على الفرض - والوارث يتلقّى منه هذا الحقّ الواحد، فلا محالة يكون ذلك لمجموع الورثة بما هو مجموع. وهذا بخلاف حقّ الاقتصاص فإنّه مجعول للوليّ ابتداءً، وكونه حقّاً واحداً أو متعدّداً بتعدّد موضوعه تابع لدلالة دليله»^(١).

ونتيجة هذا الاستدلال هو التفصيل بين حقّ قصاص النفس للورثة وحقّ قصاص الأطراف كما إذا مات المجني عليه في قصاص الطرف قبل أن يقتض فورث الأولياء حقّ القصاص فإنّه يكون حقّاً واحداً للمجموع، لأنّه كان حقّاً واحداً للمجني عليه انتقل إلى مجموع الورثة، ومن هنا استدرك في مباني التكملة ذيل هذا البحث بقوله: «بقي هنا شيء: وهو أنّ ما ذكرناه من الانحلال إنّما هو فيما إذا كان حقّ الاقتصاص مجعولاً ابتداءً للأولياء، وأما إذا كان مجعولاً لهم من جهة الإرث والانتقال من الميت - كما إذا قطع الجاني يد أحد متعمّداً فمات المجني

(١) مباني تكملة المنهاج ٢: ١٢٩ - ١٣٠، مسألة ١٣٥.

عليه قبل الاقتصاص اتفاقاً - فإن حق القصاص ينتقل إلى ورثته لا محالة ، وبما أنه حق واحد فيثبت لمجموع الورثة كحق الخيار ، ويترتب على ذلك سقوط حق الاقتصاص بإسقاط واحد منهم ، كما أنه يترتب عليه عدم جواز اقتصاصه بدون إذن الآخرين . ثم إنه إذا سقط حق الاقتصاص بإسقاط البعض فللباقين مطالبة الدية من الجاني ؛ فإن حق المسلم لا يذهب هدرأً ^(١) .

ويمكن أن يلاحظ على هذا الاستدلال بما يلي :

١ - إن ما جاء في صدر كلامه - وكأنه وجه مستقل عن الآية - من أن حق الاقتصاص لا يمكن أن يكون قائماً بالمجموع كحق الخيار ؛ لأنه لا دليل عليه وينافي حكمة الوضع مما لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنه يرد عليه :

أولاً : يكفي عدم الدليل لعدم جواز الاقتصاص كما تقدم ؛ لأن النسبة بين قيام الحق بالمجموع أو بكل فرد فرد من الورثة مستقلة نسبة الأقل إلى الأكثر ، فيكون الزائد على المتيقن - وهو جواز القصاص عند إرادة المجموع فقط - مشمولاً لأدلة حرمة القتل ، فلا يجوز استقلال كل وارث بالقصاص ، ولا يحق له عند عفو الآخر أو أخذه الدية .

وثانياً : إن ما ذكر من منافاة هذا الاحتمال مع حكمة وضع القصاص غريب جداً ؛ إذ كيف عُرف أن الحكمة في القصاص استقلال كل وارث به ؟ بل لعل جعله للمجموع هو المناسب لحكمة التحفظ على الدماء وهو المناسب لباب الإرث كما في الحقوق الأخرى المنتقلة إليهم من المورث ، وهذا الحق ولو فرض جعله للورثة ابتداءً إلا أنه لا إشكال في أنه جعل لهم بعنوان الإرث .

على أن ما ذكره - من أنه يلزم من فرض قيامه بالمجموع أن يحكم بالقصاص

(١) مباني تكملة المنهاج : ١٣١ .

على من استقل من الورثة بذلك ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به - غير تامّ . فإنّه ربّما يحكم بعدم القصاص حتى على القول بعدم جواز الاستبداد بالقصاص .

قال الشهيد في غاية المراد : « ويتفرّع على القولين التعزير لو قتل وعدمه ، أمّا القتل فالأقرب عندنا أنّه لا يقتل ؛ لأنّه مهدور بالنسبة إليه في بعضه ، ولأنّه شبهة ؛ لتجويز علماء المدينة والشيخ استبداد كلّ وارث ، والخلاف في إباحة السبب شبهة » ^(١) ، ولو فرض عدم تماميّة ما ذكره الشهيد وشمول أدلّة القصاص له يلتزم به ولا محذور ، كما إذا قتله بعد العفو عنه .

٢ - إنّ ما أفيد من دلالة الآية على الانحلاليّة وثبوت الحقّ لكلّ وارث مستقلاً محلّ إشكال بل منع :

إمّا بدعوى : أنّ الآية ليست في مقام البيان من هذه الناحية ليتمسك بإطلاق الولي لكلّ وارث مستقلاً ، وإنّما هي بصدد بيان جعل السلطنة له بمقدار الجناية لا أكثر ، ولهذا فرّع عليه بقوله تعالى : ﴿ فَلَا يُشْرَفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ .

وأما بدعوى : أنّ الحقّ المجعول في الآية لم يجعل على عنوان الوارث ، بل الوليّ وهو بمعنى من يجعل له الولاية والسلطنة ، فإذا احتمل أن يكون الحقّ المجعول واحداً للمجموع فعنوان الوليّ لا يصدق عندئذٍ إلّا على المجموع لا كلّ واحد من الورثة ، فلا يحرز الانحلال .

وأما بدعوى : أنّ التعبير بالوليّ بمعنى الوارث يستظهر منه أنّ هذا الحقّ وإن لم يكن للميت في حال حياته إلّا أنّه مجعول له في طول موته ، ومنه ينتقل إلى الورثة ؛ لأنّه يثبت لهم بعنوان الإرث ، وهو يعني الانتقال منه إليهم .

(١) غاية المراد ٢ : ٣٢٢ ، النسخة الخطيّة .

وقد ورد في بعض الروايات أنَّ الميِّت المقتول إذا كان عليه الدين ولم يكن له مال قضي من ديته^(١).

وورد أنَّ من أوصى بثلث ماله ثم قتل دخل ثلث ديته فيه^(٢)، بل ورد في رواية أنَّه أحقَّ بديته من غيره^(٣). وهذا يعني أنَّ دية القتل أيضاً مجعول أولاً للميِّت ومنه ينتقل إلى الوارث، فليكن حقَّ القصاص كذلك بمقتضى الاستظهار المذكور. ولا أقلَّ من أنَّ هذه النكتة تصلح للقرينية أو الإجمال وعدم دلالة الآية على خلاف ذلك.

وهكذا يتضح أنَّ الاستدلال بالآية المباركة على القول المشهور غير تامٍّ؛ لأنَّه إن لم يدع ظهورها في انتقال حقَّ القصاص من الميِّت إلى الأولياء، فلا أقلَّ من أنَّه لا ظهور فيها على خلاف ذلك، ومعه يكون المرجع أدلَّة حرمة القتل كما أشرنا.

٣- إنَّ ما ذكر من التوجيه والتقريب للاستدلال - من أنَّ الحقَّ في قصاص النفس يكون مجعولاً ابتداءً للوليِّ بمعنى الوارث فيكون لكلِّ واحد مستقلاً وليس منتقلاً من الميِّت إلى الوارث كحقَّ الخيار ليكون حقاً واحداً للمجموع - يلزم منه نتائج ومفارقات لا يمكن الالتزام بها فقهياً.

(١) كما في معتبرة يحيى الأزرق عن أبي الحسن عليه السلام في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله، عليهم أن يقضوا دينهم؟ قال: نعم. قلت: وهو لم يترك شيئاً، قال: إنَّما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه. الوسائل ١٨: ٣٦٤، ب ٢٤ من الدين والقرض، ح ١.

(٢) ورد بذلك روايات عديدة معتبرة منها معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقلَّ من ذلك أو أكثر ثم قتل بعد ذلك الموصي فودي فقضى في وصيته أنَّها تنفذ من ماله ومن ديته كما أوصى. الوسائل ١٩: ٢٨٦، ب ١٤ من كتاب الوصايا، ح ٣.

(٣) الوسائل ٢٩: ١٢٣، ب ٥٩، من قصاص النفس، ح ٢.

منها: ما تفتن له هذا العلم ^(١) بنفسه واستدركه في ذيل كلامه من الفرق بين باب قصاص النفس فيكون للأولياء مستقلاً وباب قصاص الطرف فيكون لمجموعهم.

ومنها: أن حق قصاص النفس أيضاً لا بدّ فيه من التفصيل بين ما إذا كان الولي هو الوارث الأول المباشر للمقتول فيكون له حق الاقتصاص مستقلاً وبين ما إذا توفي الوارث الأول اتفاقاً قبل الاقتصاص فانتقل حقه إلى وارثه كأولاده مثلاً وكانوا متعددين فيكون حق القصاص لمجموعهم لا لكل واحد منهم مستقلاً.

ومنها: لزوم اختلاف الورثة في قصاص نفس واحدة من حيث الاستقلالية وعدمها بحيث يكون بعضهم مستقلاً وبعضهم الآخر غير مستقلين، كما إذا كان للمقتول وليان فتوفي أحدهما أو كلاهما قبل الاقتصاص وكان لأحدهما وارث واحد وللآخر ورثة متعددون فيكون وارث الأول مستقلاً في القصاص بخلاف وارث الثاني.

ومثل هذه التفصيلات لم يلتزم بها الفقهاء، بل لا يمكن الالتزام بها؛ لأنها على خلاف الارتكاز الفقهي والمشرعي وعلى خلاف السيرة العملية الخارجية، فإن استيفاء القصاص والابتلاء به لم يكن أمراً نادراً في الخارج، فلو كان شيء من هذه التفاصيل ثابتاً فقهيّاً لكان منعكساً واضحاً لدى المشرعة، بل قد يقال إن مقتضى الإطلاق اللفظي أو المقامي لصحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام، قال: «إذا مات وليّ المقتول قام ولده من بعده مقامه بالدم» ^(٢) أن كلّ واحد من أولاده يقوم مقامه فيما كان له من الحق، فإذا كان المجعل له حق القصاص على نحو الاستقلال كان كذلك لكلّ ولد أيضاً.

(١) مباني تكملة المنهاج ٢: ١٣١.

(٢) الوسائل ٢٩: ١٣٠، ب ٦٥ من قصاص النفس، ح ١.

فالحاصل الالتزام بمثل هذه التفصيلات مشكل جداً حتى في المورد الأول أي في قصاص النفس والطرف فضلاً عن التفصيل في قصاص النفس بين الأولياء .
الدليل الثاني : التمسك بالروايات الخاصة ، وهي :

صحيفة أبي ولّاد الحنّاط قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل وله أم وأب وابن ، فقال الابن : أنا أريد أن أقتل قاتل أبي ، وقال الأب : أنا أريد أن أعفو ، وقالت الأم : أنا أريد أن آخذ الدية . قال : فقال : « فليعط الابن أم المقتول السدس من الدية ويعطي ورثة القاتل السدس من الدية حقّ الأب الذي عفا وليقتله » ^(١) .

ورواية جميل بن دراج عن بعض أصحابه يرفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل قتل وله وليّان فعفا أحدهما وأبى الآخر أن يعفو ، فقال : « إنّ الذي لم يعف إن أراد أن يقتله قتله ، وردّ نصف الدية على أولياء المقاد منه » ^(٢) .

ودلالتهما على القول المشهور واضحة وإن نوقش فيما استفاده المشهور من ذيل الصحيحة من وجوب تقديم دفع الدية على القصاص ، فذهب بعضهم إلى أنّ له الاقتصاص قبل الدفع غاية الأمر يضمن الحصّة من الدية .

وهناك رواية ثالثة يمكن الاستدلال بها أيضاً على المشهور - وإن لم أجد من استدّل بها - وهي صحيفة زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل وله أخ في دار الهجرة وله أخ في دار البدو لم يهاجر ، رأيته إن عفا المهاجري وأراد البدوي أن يقتل ، أله ذلك ؟ فقال : « ليس للبدوي أن يقتل مهاجرياً حتى يهاجر » . قال : وإذا عفا المهاجري فإنّ عفوه جائز ، قلت : فليبدوي من الميراث شيء ؟ قال : « أمّا الميراث فله حظّه من دية أخيه إن أخذت » ^(٣) .

(١) الوسائل ٢٩ : ١١٣ ، ب ٥٢ من قصاص النفس ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ١١٧ ، ب ٥٥ ، أبواب قصاص النفس ، ح ١ .

وتقريب الاستدلال بها أن المستفاد من سؤال زرارة عليه السلام أنه كان يرى عدم سقوط حق القصاص بعفو بعض الأولياء وهو الأخ المهاجري في مورد السؤال، وإنما استشكل في المقام من جهة كون الأخ الآخر بدوياً بعيداً عن المقتول أو خارجاً عن دار الهجرة والإسلام، وإلا فلو كان يسقط الحق بمجرد عفو بعض الأولياء لم يكن وجه لتوهم عدم السقوط في المقام بعد فرض عفو الولي المهاجري. والإمام عليه السلام في مقام الجواب أقره على ذلك، وإنما نفى الولاية على القصاص للبدوي حتى يهاجر، بل لعل ظاهر هذا التعبير أن هذا الأخ البدوي لو هاجر إلى دار الإسلام كان له أن يقتل حتى مع عفو الأخ المهاجري؛ لأن هذا مقتضى التطابق بين السؤال والجواب، فتدل الرواية على عدم سقوط القصاص بعفو بعض الأولياء.

إلا أن الانصاف أن هذا الاستدلال قابل للمناقشة؛ لأن سؤال زرارة يمكن أن يكون عن كلتا الجهتين والحيثيتين والإمام عليه السلام أيضاً أجابه عنهما معاً حيث أجاب أولاً عن أن البدوي لا حق له في القصاص ما لم يهاجر وثانياً بأن المهاجري إذا عفا فعفوه جائز، أي نافذ فيسقط القصاص، ولا أقل من إجمال الرواية وعدم وضوح دلالتها على ذلك على أن مضمونه - وهو التفصيل في حق القصاص بين البدوي والمهاجري - غريب لم يقل به أحد من الفقهاء، وقد علق عليه العلامة المجلسي في مرآة العقول بقوله: «لم أر من قال بمضمونه» ^(١).

الروايات المعارضة:

وفي قبال ما تقدم روايات أخرى عديدة ومعتبرة تصرّح بسقوط القصاص بعفو بعض الأولياء، وهي كما يلي:

١ - صحيح عبدالرحمان قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجلان قتلا رجلاً عمداً وله وليان فعفا أحد الوليين قال: فقال: «إذا عفا بعض الأولياء درى عنهما القتل،

(١) مرآة العقول ٢٤: ١٧٩، ح ٤.

وطرح عنهما من الدية بقدر حصّة من عفا، وأدّى الباقي من أموالهما إلى الذين لم يعفوا».

٢ - معتبرة أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: « قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن عفا من ذي سهم فإن عفوه جائز. وقضى في أربعة أخوة عفا أحدهم قال: يعطى بقيّتهم الدية، ويرفع عنهم بحصّة الذي عفا ».

٣ - معتبرة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في رجلين قتلا رجلاً عمداً وله وليان، فعفا أحد الوليّين؟ فقال: « إذا عفا عنهما بعض الأولياء درى عنهما القتل، وطرح عنهما من الدية بقدر حصّة من عفا، وأدّى الباقي من أموالهما إلى الذي لم يعف » وقال: « عفو كلّ ذي سهم جائز ».

٤ - معتبرة إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام أن عليّاً عليه السلام كان يقول: « من عفا عن الدم من ذي سهم له فيه فعفوه جائز وسقط الدم، وتصير دية ويرفع عنه حصّة الذي عفا »^(١).

٥ - صحيحة أبي ولّاد الأخرى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل وله أولاد صغار وكبار، أرأيت إن عفا الأولاد الكبار؟ قال: فقال: « لا يقتل، ويجوز عفو الأولاد الكبار في حصصهم، فإذا كبر الصغار كان لهم أن يطلبوا حصصهم من الدية »^(٢).

والظاهر من قوله: « لا يقتل » في الابتداء والاقتصار على ذكر استحقاق طلب الدية عندما يكبر الصغار أن عفو الأولاد الكبار عن القصاص كان نافذاً ومسقطاً للقصاص وأنه لا يبقى إلا الدية.

(١) الوسائل ٢٩: ١١٥، ب ٥٤ من قصاص النفس، ح ١ و ٢ و ٣ و ٤.

(٢) المصدر السابق: ١١٤، ب ٥٣، من قصاص النفس، ح ١.

٦ - مرسلۃ الصدوق المتقدّمة حيث قال : « قد روي أنّه إذا عفا واحد من الأولياء ارتفع القود »^(١).

٧ - ورواية الدعائم عن الصادق عليه السلام : « إذا عفا بعض الأولياء زال القتل ، فإن قبل الباقيون من الأولياء الدية وكان الآخرون قد عفوا من القتل والدية زال عنه مقدار ما عفوا عنه من حصصهم ، وإن قبلوا الدية جميعاً ولم يعف أحد منهم عن شيء منها فهي لهم جميعاً »^(٢).

وهذه الروايات واضحة الدلالة ، بل صريحة في سقوط القصاص بعفو بعض الأولياء ، وهي وإن كانت في مورد عفو بعض الأولياء إلا أنّه يستفاد منها أيضاً حكم ما إذا طالب بعضهم بالدية ووافق عليه القاتل بعدم احتمال الفرق فقهيّاً ولا عرفاً ، بل لعلّه أولى من فرض العفو عرفاً في سقوط القصاص ؛ لأنّه وفي شيئاً عن المقتول بمقدار سهم بعض الأولياء ، بل أخذ الدية على المبنى المختار عند فقهاءنا - في تعلّق الحقّ بالقصاص لا بالجامع بينه وبين الدية - مشتمل لا محالة على العفو عن القصاص غايته عفو مشروط بالعوض فهو لا يستحقّ الدية إلا بعد أن يعفو ، وليس العفو عن القصاص بيعاً لمالٍ لكي يتوهم أن يكون للشريك - وهو الوليّ الآخر - حقّ الشفعة بدفع العوض للأول ، فيستقلّ بالقصاص مثلاً . وكيفما كان فهذه الروايات تعارض صحيحة أبي ولّاد ومرفوعة جميل المتقدّمتين ؛ لاشتغالهما على فرض عفو بعض الورثة ، وحكمهما بعدم سقوط القصاص بذلك . فلا بدّ من حلّ هذا التعارض بجمع دلالي أو ترجيح سندي ، وإلا كانت النتيجة التساقط والرجوع إلى الأصل الأوّلي الذي قد عرفت أنّه يقتضي عدم جواز الاقتصاص إلا للمجموع .

(١) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٣٩ ، ط - جماعة المدرسين .

(٢) مستدرک الوسائل ١٨ : ٢٤٩ ، ب ٤٤ من قصاص النفس . دعائم الإسلام ٢ : ٤١٠ ، ح ١٤٣٣ ،

محاولات لعلاج التعارض :

وفي مقام علاج هذا التعارض يتصور أحد مواقف ثلاثة :

الموقف الأول : أن يقال بأنه من تعارض الحجّة باللاحجّة ، لأنّ الطائفة الدّالة على السقوط قد أعرض عنها الأصحاب ولم يفتوا بمضمونها ، وإعراض الأصحاب يوجب الوهن وسقوط الخبر عن الحجّة ، فلا يمكن أن يعارض ما هو حجّة .

وهذا العلاج يتوقّف على قبول كبرى وهن الخبر وسقوطه عن الحجّة بالاعراض ، وعلى إحراز صغرها بأن يحرز إعراض مشهور قدماء الأصحاب عن العمل بها ، وهذا لا يمكن استكشافه من مجرد ذهاب الأكثر أو الجميع إلى القول بعدم السقوط ، إذ لعلهم ذهبوا إلى ذلك لوجوه أخرى ، خصوصاً مع اهتمامهم بنقل هذه الأخبار في كتبهم وذكر توجيهات ومحامل لها في قبال الطائفة الأخرى ، وفيها جموع دلالية أو ترجيحات سنديّة على ما سنذكر ، بل عبارة الشيخ في الاستبصار صريحة في عمله بهذه الأخبار وعدم الإعراض عنها حيث عمل بما ورد فيها من أنّ عفو كلّ ذي سهم جائز ، غاية الأمر قيّد إطلاقه بما دلّ على أنّ النساء ليس لها عفو ولا قود . بل وعمل بمضمونها في السقوط بعفو البعض من الأولياء ، غاية الأمر قيدها بما إذا لم يؤد من يريد القود إلى أولياء المقاد منه مقدار ما عفي عنه ، فهذا منه كالصريح في عدم الاعراض عنها سنداً .

هذا ، مضافاً إلى أنّ تعدّد هذه الطائفة من الروايات وتقاوّة أسانيدّها وصدورها عن معصومين متعدّدين قد يوجب القطع أو الاطمئنان إجمالاً بصدور بعضها ، فيكون السند قطعياً ولو إجمالاً ، ومعه لا موضوع لمسألة سقوط السند عن الحجّة بالاعراض كما هو واضح .

الموقف الثاني : الجمع الدلالي فيما بين الطائفتين ، وقد ذكر في كلمات الفقهاء وجوه من الجمع :

منها : حمل الطائفة الدّالة على السقوط بالعفو على الندب والاستحباب .

وفيه : أنَّ هذا الحمل إنما يصحَّ في باب الأوامر والتكاليف لا المقام الذي مفاد الدليل فيه حكم وضعي ، وهو ثبوت حقِّ الاقتصاص أو سقوطه ، على أنَّ التعبير بقوله : « سقط الدم وتصير دية » صريح في سقوط الحقِّ ، فكيف يمكن أن يحمل على الاستحباب ؟ ! وأيَّ معنى لحمل السقوط على الاستحباب ، فإنه ليس فعلاً للمكلف ؟ ! فمثل هذا الجمع واضح البطلان .

ومنها : حملها على فرض عدم ردِّ من يريد القصاص نصيب العافي من الدية إلى أولياء المقتص منه ، أو رضاهم بالدية بمجرد عفو البعض .

وفيه : - مضافاً إلى أنَّه تأويل لا شاهد عليه - أنَّه خلاف ظهورها في النظر إلى نفس الحقِّ وأنَّه يسقط أو القصاص وأنَّه يدرأ وينتقل إلى الدية ، وليس النظر فيها إلى ما يعمل به الباقيون في مقام الاستيفاء من حيث الرضا بالدية أو بردِّ نصيب العافي بوجه أصلاً .

ومنها : حملها على الدرء بمقدار حصَّة العافي - فلا يجوز له المطالبة بالقصاص بعده - لا الآخرين .

وفيه : أنَّ الوارد فيها عنوان درء القتل أو سقوط الدم وصيرورته دية ، وهذا كالصريح في سقوط حقِّ القصاص . على أنَّ القصاص والدم لا يقبل التبعض ، وإنما الذي يقبل التخصيص والتبعض إنما هو الدية ، فلا يقال سهم هذا الوليِّ من القصاص أو القتل ، وإنما يقال سهمه من الدية ، فهذه الوجوه للجمع المذكورة في كلمات الفقهاء - على ما في الجواهر ^(١) - لا ترجع إلى محصل .

ولعلَّ أوجه جمع دلاليٍّ يمكن أن يذكر هو ما أشار إليه الشهيد الصدر رحمته في تعليقه على منهاج الصالحين من تخصيص الطائفة الدالة على السقوط بصحبة أبي ولاد - وهي المعتبرة في الطائفة الأخرى - لأنَّ هذه الصحيحة مخصوصة بفرض

عفو الأب ومطالبة الأم بالدية مع طلب الابن للقصاص بينما الطائفة الأخرى مطلقة وردت بعنوان عفو بعض الأولياء دون بعض ، سواء كانوا في مرتبة واحدة من النسبة إلى المقتول أو في مرتبتين ، فيقال بالتفصيل بين أن يكون الولي الذي عفا غير الولد والولد يطلب القصاص فلا يسقط ، وبين أن يكون العافي وغيره في رتبة واحدة ، كما إذا عفا أحد الأولاد أو كان الأقرب عافياً والأبعد يطالب بالقصاص فإنه يوجب السقوط ، وسيأتي أن مثل هذا التفصيل كان فتوى فقهاء المدينة عند العامة .

فالحاصل : حيث أن صحيح أبي ولاد لم يرد بعنوان عفو بعض الأولياء دون بعض ، وإنما ورد في خصوص مورد عفو الأب ومطالبة الأم بالدية مع طلب الولد بالخصوص للقصاص من قاتل أبيه ، فالنسبة بينها وبين الطائفة الأخرى نسبة العام إلى الخاص أو التباين ؛ لأن ما ورد بعنوان عفو بعض الأولياء دون بعض يكون أعم وما ورد بعنوان عفو بعض الاخوة دون بعض يكون مبيناً .

ثم ناقش الشهيد الصدر رحمته في هذا الوجه بأن العموم في الطائفة الدالة على السقوط غير قابل للتخصيص عرفاً ^(١) .

ولعل نكته أن المستظهر منها - ولو عرفاً وبمناسبات الحكم والموضوع - أن سبب السقوط ونكته العرفية إنما هو عدم تبعض القصاص ، فلو ملك الجاني بعض نفسه سقط الدم ودرئ عنه القتل لا محالة ، وهذا لا ربط له بقرب نسبة الولي إليه أو بعده ، فإذا جزمنا بهذه النكته عرفاً أو فقهاً استقرّ التعارض بينهما لا محالة .

الموقف الثالث : الترجيح السندي بعد فرض حجية كل منهما في نفسه ، وعدم تمامية شيء من وجوه الجمع الدلالي المتقدمة ، وعدم قطعية سند الطائفة الدالة على السقوط ؛ لعدم بلوغها حد الاستفاضة والتواتر حتى إجمالاً .

(١) منهاج الصالحين بتعليقة السيّد الصدر ٢ : ٣٨٨ .

وما ثبت في محله في موارد التعارض المستقر - بين خبرين مرجحان طوليان أحدهما قبل الآخر ومقدم عليه - الترجيح بموافقة الكتاب والترجيح بمخالفة العامة ، إلا أنه في المقام كلاهما منطبقان على صحيح أبي ولاد ، فيقال بتقديمه على روايات السقوط ؛ لموافقته إطلاق آية جعل السلطنة لكل ولي - بناءً على الانحلال - ولمخالفته مع مشهور العامة القائلين بالسقوط .

ويلاحظ على هذا الموقف :

أولاً : أنه مبني على عدم حصول القطع أو الاطمئنان بصدور بعض روايات الطائفة الدالة على السقوط لكثرتها وصدورها عن أئمة متعددين ونقاوة أسانيدها مما قد يوجب الاطمئنان على الأقل بصدور بعضها إجمالاً . وعندئذ لا موضوع للترجيح السندي ، بل يكون الخبر المعارض لها ساقطاً عن الحجية ؛ لمخالفته مع الدليل القطعي الصدور . نعم ، لو علم بصدور هذه الروايات أو بعضها على الأقل على وجه التقيّة لم يتم ما ذكر ، ولكن أنى لنا بمثل هذا القطع ؟ !

وثانياً : انتفاء صغرى كلا المرجحين . أما الأول منهما فلما تقدّم من المناقشة في دلالة الآية الكريمة على استقلالية حق القصاص لكل وارث .

وأما الثاني منهما - وهو المهم عند المحققين المتأخرين حيث استندوا في رفع اليد عن الطائفة المعارضة ، وهي روايات عديدة واضحة سنداً ودلالة إلى كونها موافقة للعامة - فلأن أكثر مذاهب العامة وإن كانت ترى ذلك أعني سقوط حق القصاص بعفو البعض ، بل في المبسوط أن العامة ادّعوا عليه إجماع الصحابة قال : « إذا وجب القصاص لاثنتين فعفا أحدهما عن القصاص لم يسقط حق أخيه عندنا ، وله أن يقتصّ إذا ردّ على أولياء القاتل قدر ما عفا عنه ، ويسقط حقه فقط ، وقال بعضهم : يسقط حقه وحق أخيه ، وادّعوا أنه إجماع الصحابة .

وقد بيّنا أننا نخالف فيه ، قالوا : إذا ثبت ذلك فإنّ حق الذي لم يعف ثبت في

الدية ، وأما حقّ العافي سقط من القصاص ويثبت له المال إن عفا على مال أو مطلقاً وإن عفا على غير مال سقط المال» (١).

موقف فقهاء العامة :

إلا أنّ مذهب مالك وغيره من فقهاء المدينة وفي عصر الإمام الصادق عليه السلام كان يرى عدم سقوط القصاص بالعفو ، إمّا مطلقاً أو فيما إذا كان الولي الأقرب يطلب القصاص والأبعد يعفو .

قال في المغني : « وذهب بعض أهل المدينة إلى أنّ القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك ؛ لأنّ حقّ غير العافي لا يرضى باسقاطه ، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد » (٢).

وقال في الفقه على المذاهب الأربعة تحت عنوان (اختلاف ورثة الدم في العفو) :

« المالكية - رحمهم الله تعالى - قالوا : يسقط القصاص إن عفا رجل من المستحقين حيث كان العافي مساوياً في درجة الباقي من الورثة والاستحقاق ، كابنين أو عمّين أو أخوين ، وأولى إن كان العافي أعلى درجة كعفو ابن مع أخ ، فإن كان العافي أنزل درجة من الباقي لم يعتبر عفوه كعفو أخ مع ابن للمقتول ، وكذا إن كان العافي لم يساو الباقي في الاستحقاق كاخوة لأُمّ مع اخوة لأب ؛ لأنّ الاستيفاء حقّ للعاصب الذكر ، فلا دخل فيه لزوج ولا لأخ لأُمّ أو جدّ لها . ويقدم الأقرب فالأقرب ، فيتقدم ابن فابنه إلّا الجدّ الأدنى والاخوة فسيان في القتل والعفو ، ولا كلام للجدّ الأعلى مع الاخوة » (٣).

(١) المبسوط ٧ : ٥٥ ، ط - المكتبة المرتضوية .

(٢) المغني لابن قدامة ٩ : ٤٦٤ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ٥ : ٢٦٦ .

وقال الحطّاب - وهو إمام المالكية في عصره - في كتابه (مواهب الجليل) :
 « إن عفا بعض الورثة سقط القود إن كان العافي مساوياً لمن بقي في الدرجة أو
 أعلا منه ، فإن كان أنزل درجة لم يسقط القود بعفوه ، فإن إنضاف إلى الدرجة العليا
 الأنوثة كالبنيات مع الأب أو الجدّ فلا عفو إلّا باجتماع الجميع ، فإن انفرد الأبوان فلا
 حقّ للأمّ في عفو ولا قتل وكذلك الاخوة والأخوات ، وأمّا الأمّ والاخوة فلا عفو إلّا
 باجتماعهم » ^(١) .

ويلاحظ أنّ هذه الفتوى متطابقة جدّاً مع مضمون صحيح أبي ولّاد الذي استند
 إليه مشهور فقهائنا حيث إنّ الوارد فيه عفو الأب وطلب الأمّ الدية مع طلب الابن
 - وهو الأقرب إلى المقتول - القصاص .

ولا يخفى أنّ المذهب الذي كان رائجاً في عصر الإمام الصادق عليه السلام الصادر عنه
 هذه الصحيحة إنّما هو مذهب مالك في المدينة وبعده مذهب أبي حنيفة في العراق ،
 وأمّا مذهب الشافعي وأحمد بن حنبل فمتأخّران عن زمن الصادق عليه السلام كثيراً ، فلا
 يحتمل أن تكون الروايات الكثيرة الصادرة عن الإمام الباقر والصادق عليه السلام فضلاً عمّا
 صدر عن علي عليه السلام - ممّا يدلّ على سقوط حقّ القصاص بعفو البعض - صادرةً تقيّةً
 من أجل مذهبهما . بل الميزان أن نلاحظ المذهب الذي كان رائجاً للعامة في عصر
 الإمام الصادق عليه السلام وخصوصاً في المدينة المنورة التي كان يسكن فيها الإمام
 الصادق عليه السلام ، وهو مذهب مالك والذي كان يرى عدم سقوط حقّ القصاص إذا كان
 العافي أنزل درجة أو استحقاقاً من غير العافي ، وعندئذٍ تنقلب النتيجة ، فيكون
 صحيح أبي ولّاد هو الأكثر مطابقة مع العامة والروايات الدالة على السقوط مطلقاً
 هي المخالفة معهم .

كما أنّ هناك عبارات منقولة عن أبي حنيفة ومذهبه تدلّ على أنّه أيضاً كان يرى

استقلالية حقّ القصاص لكلّ وارث في الجملة، قال في الموسوعة الكويتية نقلاً عن الأحناف:

« وقال أبو حنيفة: المقصود من القصاص هو التشفيّ وأنه لا يحصل للميت ويحصل لورثته، فكان حقاً لهم ابتداءً، وثبت لكلّ واحد منهم على الكمال لا على الشركة، ولا يمنع ذلك أن للميت فيه حقاً حتى يسقط بعفوه»^(١).

فترى أنه يعتبر القصاص حقاً ثابتاً للوارث ابتداءً لا بالانتقال إليه من الميت وأنه ثابت له على وجه الكمال والاستقلال لا على وجه الشركة، وهذا متطابق مع ما استظهره بعض فقهاءنا من الآية المباركة على ما تقدّم.

كما أن كلّاً من مالك وأبي حنيفة كان يفتي باستقلالية الوليّ الكبير بالقصاص مع وجود الصغير أو المجنون في الأولياء، ففي المدوّنة الكبرى لمالك:

« قلت: رأيت إن قتل رجل وله أولياء أولاد صغار وكبار، أيكون للكبار أن يقتلوا ولا ينتظروا الصغار في قول مالك؟ قال: نعم... قلت: رأيت إن قتل رجل عمداً وله وليّان أحدهما صحيح والآخر مجنون، أيكون لهذا الصحيح أن يقتصّ في قول مالك؟ قال: نعم»^(٢).

وفي كتاب الاختيار لتعليل المختار تأليف عبدالله الموصلي الحنفي: « وإذا كان القصاص بين كبارٍ وصغارٍ فللكبار الاستيفاء»^(٣).

وهذا يعني أن القول بالاستقلال في الجملة كان معهوداً عند العامة حتى غير المالكية، بل ظاهر بعضهم الاستدلال عليه بمثل ما استدلّ به على استقلالية كلّ وليّ مطلقاً عندنا، ففي كتاب الحاوي الكبير - وهو في فقه مذهب الشافعي -

(١) الموسوعة الكويتية ٣٣: ٢٧١، نقلاً عن حاشية ابن عابدين وبدائع الصنائع وهما للأحناف.

(٢) المدوّنة الكبرى ٤: ٥٠٤.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٥: ٢٨.

للماوردي البصري: « وقال أبو حنيفة ومالك - فيما إذا كان ضمن الأولياء صغير أو مجنون -: يجوز للرشيد منهم أن ينفرد باستيفاء القود ولا ينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون . ولو كان مستحقه صغيراً أو مجنوناً جاز لوليّه أن ينوب عنه في استيفائه استدلالاً بقول الله تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا... ﴾ فذكره بلفظ الواحد فدلّ على جواز أن يستوفيه الوليّ الواحد . ولأنّ ابن ملجم قتل عليّاً عليه السلام فاقتضى منه ابنه الحسن عليه السلام وقد شاركه من اخوته صفار لم يبلغوا ولم يقف القود على بلوغهم ولم يخالفه أحد من الصحابة رضي الله عنهم فصار إجماعاً على جواز تفرد به » (١) .

وأيضاً في نفس الكتاب : « وقال مالك : يجوز لمن لم يعف أن يقتصّ ولو كان واحد من جماعة استدلالاً بقول الله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً... ﴾ فلو سقط حقه بعفو غيره لكان السلطان عليه ولم يكن له ؛ ولأنّ القود موضوع لنفي المعرّة كحدّ القذف ثمّ ثبت أنّ حدّ القذف لا يسقط بعفو بعض الورثة كذلك القود يجب أن يكون بمثابتهم ، ولأنّه لما لم يكن عفو بعضهم عن الدية مؤثراً في حقّ غيره وجب أن يكون عفوّه عن القود غير مؤثّر في حقّ غيره » (٢) .

وممن قال من العامّة باستقلال كلّ وليّ بالقصاص مطلقاً المذهب الظاهري . قال في المحلّي بعد مناقشة أدلّة المذاهب والآراء الأخرى مفصلاً : « قال أبو محمّد : فصّح بقول النبي ﷺ أنّ من قتل نفساً فقد خرج دمه من التحريم إلى التحليل بنفس قتله من قتل ، فإذا صحّ هذا فالقاتل متيقّن تحليل دمه والداعي إلى أخذ القود داع إلى ما قد صحّ بيقين وذلك له ، والعافي يريد تحريم دم قد صحّ تحليله بيقين فليس له ذلك إلّا بنصّ أو إجماع ، ومريد أخذ الدية دون من معه مريد إباحة أخذ

(١) الحاوي الكبير ١٢ : ١٠٢ .

(٢) المصدر السابق : ١٠٥ .

مال ، والأموال محرمة بقول رسول الله ﷺ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ » والنص قد جاء بإباحة دم القاتل كما قلنا بيقين قتله ، ولم يأت نص بإباحة الدية إلا بأخذ الأهل لها . وهذا لفظ يقضي إجماعهم على أخذها ، فالدية ما لم يجمع الأهل على أخذها ؛ لا يحل أخذها إذ لم يباحها نص ولا إجماع فبطل بيقين ، وصح أن من دعا إلى القود فهو له ، وهو قول مالك في البنات مع العصبية إلا أنه ناقض في ذلك مع البنين والبنات وفي بعض البنين مع بعض ، قال أبو محمد : والذي نقول به أن كل ذلك سواء ، وأن الحكم للأهل ، وهم الذين يعرف المقتول بالانتماء إليهم ، كما كان يعرف عبدالله بن سهل بالانتماء إلى بني حارثة ، وهم الذين أمرهم النبي ﷺ بأن يقسم منهم خمسون ويستحقون القود أو الدية ، وأن من أراد منهم القود - سواء كان ولداً أو ابن عم أو ابنة أو أختاً أو غير ذلك من أم أو زوج أو زوجة أو بنت عم أو عمّة - فالقود واجب ، ولا يلتفت إلى عفو من عفا ممن هو أقرب أو أبعد أو أكثر في العدد لما ذكرنا ، فإن اتفق الورثة كلهم على العفو فلهم الدية حينئذ ويحرم الدم ، فإن أراد أحد الورثة العفو عن الدية فله ذلك في حصته خاصة ؛ إذ هو مال من ماله ، وبالله تعالى التوفيق » (١) .

ونفس الموقف له في ما إذا كان في الأولياء صغير أو مجنون فإنه بعد أن شنع على المذاهب الأخرى خصوصاً الأحناف قال : « قال أبو محمد : والذي نقول به قد قدّمنا في الباب الذي قبل هذا أن القول قول من دعا إلى القود ، فللكبير وللحاضر العاقل أن يقتل ، ولا يستأني بلوغ الصغير ولا إفاقة المجنون ولا قدوم الغائب ، فإن عفا الحاضرون البالغون لم يجز ذلك على الصغير ولا على الغائب ولا على المجنون ، بل هم على حقهم في القود حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون ، فإذا كان ذلك فإن طلب أحدهم القود قضى له به ، وإن اتفقوا كلهم على العفو جاز ذلك حينئذ

لما ذكرنا في الباب الذي قبل هذا، وبالله تعالى التوفيق»^(١).

ومراده من الباب الذي قبل هذا: المسألة السابقة التي نقلنا عن ذيها كلامه السابق وقد عنونها بعنوان: «مسألة: فيمن له العفو عن الدم ومن لا عفو له: اختلف الناس في هذا فقالت طائفة: العفو جائز لكل أحد ممن يرث وللزوجة والزوج وغيرهما، فإن عفا أحد ممن ذكرنا فقد حرم القصاص ووجببت الدية لمن لم يعف. وقال آخرون: العفو للرجال خاصة دون النساء. وقالت طائفة: من أراد القصاص فذلك له، ولا يلتفت إلى من أراد الدية أو العفو ما لم يتفقوا على ذلك»^(٢).

هذا حال فتاوى العامة، وأما رواياتهم فليس لهم في هذا الباب إلا رواية واحدة عن ابن مسعود وعمر بن الخطاب بسند منقطع قال محمد بن الحسن الشيباني في كتابه (الحجة على أهل المدينة):

«أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عمر بن الخطاب أتى برجل قد قتل عمداً فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء فأمر بقتله، فقال ابن مسعود: كانت لهم النفس، فلما عفا هذا أحيا النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه حتى يأخذ غيره، قال: فما ترى؟ قال: أرى أن تجعل الدية عليه في ماله، وترفع عنه حصّة الذي عفا فقال عمر: وأنا أرى ذلك»^(٣). وإبراهيم هذا هو النخعي، وهو ممن لم يدرك عمر وابن مسعود، ومن هنا قالوا فيه: إن السند منقطع.

نعم، هناك رواية أخرى ينقلها البيهقي أيضاً في نفس الباب عن زيد بن وهب الجهني قال: «وجد رجل عند امرأته رجلاً فقتلها، فرفع ذلك إلى عمر بن

(١) المحلى: ٤٨٤.

(٢) المصدر السابق: ٤٧٧.

(٣) الحجة على أهل المدينة ٤: ٣٨٣-٣٨٦.

الخطاب ، فوجد عليها بعض اخوتها فتصدّق عليه بنصيبه ، فأمر عمر لسائرهم بالدية « (١) .

إلا أنها غير ظاهرة في محلّ الكلام لقوّة احتمال أن موردها ما إذا وجد الرجل امرأته تفجر وفي مثله يجوز له قتلها ، والتعبير بالتصدّق عليه بنصيبه ظاهر في التصدّق بالدية لا العفو عن القصاص . ومن هنا نرى أن القائلين من العامّة بالسقوط استدّلوا عليه بوجوه استحسانية ، وتمسّك بعضهم بما ورد عن النبي ﷺ من الأمر بالعفو في القصاص وأنه يقتضي تغليب العفو على القود ، أو أن القصاص لا يقبل التجزأة ، أو أنه شبهة يدرأ به القتل ونحو ذلك من الاستدلالات . وما ذكره الشيخ رحمه الله من دعواهم إجماع الصحابة لم أجده في كتبهم ، وإنما الموجود فيها استظهار الإجماع على إعطاء من لم يعف نصيبه من الدية من عدم إنكار أحد من الصحابة على ما فعله عمر ، قال في البدائع :

« فأما إذا كان حقّ اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل ؛ لأنّه سقط نصيب العافي بالعفو ، فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنّه لا يتجزأ ، إذ القصاص قصاص واحد فلا يتصوّر استيفاء بعضه دون بعض ، وينقلب نصيب الآخر مالاً بإجماع الصحابة الكرام ؛ فإنّه روي عن عمر وابن مسعود وابن عباس أنّهم أوجبوا في عفو بعض الأولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية ، وذلك بمحض من الصحابة ، ولم ينقل أنّه أنكر أحد عليهم ، فيكون إجماعاً » (٢) .

وقد تقدّم عن الماوردي استظهار إجماع الصحابة على جواز تفرد الوليّ الكبير مع وجود الصغير بالقصاص من فعل الإمام الحسن رضي الله عنه مع ابن ملجم (عليه اللعنة والعذاب) وعدم إنكار الصحابة عليه .

(١) السنن الكبرى ٨ : ١٠٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٧ : ٢٤٧ .

والمتحصّل من مجموع ما تقدّم أنّ القول بأنّ القصاص حقّ واحد لمجموع الورثة وأنّه لا يستقلّ به كلّ واحد منهم لم يكن موقفاً فقهياً واحداً وواضحاً عند العامة لا على مستوى فتاوى فقهاءهم ومذاهبهم ولا على مستوى رواياتهم وأحاديثهم ، ولم يكن عليه عمل من الصحابة واضح أيضاً ، بل الأمر بالعكس بمعنى أنّ القول باستقلالية حقّ القصاص لمن يريده من الأولياء مطلقاً أو في الجملة هو المشهور في المذاهب الراجحة في عصر الإمام الصادق عليه السلام وفي المدينة بالخصوص ، فكيف يمكن أن تحمل كلّ تلك الروايات العديدة الصحيحة الصادرة من أئمة متعدّدين على أنّها صادرة تقيّة للعامة خصوصاً في مسألة ليست سياسية ولا منشأ فيها للتقيّة ، بل لعلّ موقف بعض المذاهب العامة متأثر برواياتنا خصوصاً ما صدر منها عن الإمام عليّ عليه السلام كما في معتبرتي أبي مريم وإسحاق بن عمّار المتقدّمتين ، ولعلّ ابن عباس وابن مسعود الذي أسند إليهما هذا الحكم في عصر عمر بن الخطّاب قد أخذاه وتعلّماه من الإمام عليّ عليه السلام وأنّه لولاه كان يحكم عمر بالقصاص في ذلك المورد .

فالحاصل : أصالة هذا الموقف في رواياتنا الصادرة عن أئمتنا المعصومين عليهم السلام بنحو آكد وأوضح ممّا كان عند العامة أمر بيّن ، فلماذا تحمل كلّ هذه الروايات على التقيّة ؟ ! فإنّه إن كان من جهة أنّ موقف العامة كان ذلك - فيستظهر لمجرد ذلك الجزم بصدورها تقيّة - فقد عرفت أنّ هذا الموقف لم يكن واضحاً عندهم في ذلك العصر لا على مستوى الفتاوى ولا الأحاديث ولا عمل الصحابة ، وإن كان من جهة التعارض مع صحيح أبي ولّاد الأولى والترجيح بمخالفة العامة فقد اتّضح أنّ هذا المرجّح إلى جانب هذه الروايات لا صحيح أبي ولّاد ؛ لأنّه الموافق والمتطابق مع المذهب العامّي الذي كان رائجاً في المدينة في عصر صدور هذا الحديث . ولعمري هذه المسألة من الغرائب ، ولا أدري كيف اتّفقت فتاوى فقهاءنا على عدم السقوط

والأخذ بهذه الصحيحة في قبال تلك الصحاح لمجرد ذهاب مشهور المتأخرين من مذاهب العامة إلى السقوط !

نكتة ترجيح صحيح أبي ولاد :

والمظنون قوياً أنَّ الأصحاب (قدس الله أسرارهم) إنما رجَّحوا العمل بصحيح أبي ولاد في قبال تلك الطائفة من الروايات على أساس إحدى نكتتين على سبيل منع الخلو :

١ - أنه يتضمَّن الجمع بين الحقَّين حقَّ العافي وحقَّ المطالب بالقصاص حيث إنه يلزم الذي يريد القصاص بدفع حصَّة العافي إلى ورثة القاتل وكذلك حصَّة من يريد سهمه من الدية ثمَّ يقتل ، وهذا فيه نحو جمع بين الحقَّين ، نظير ما ثبت عندنا في قتل جماعة لواحد وأنه يحقَّ لولي المقتول أن يقتلهم جميعاً ، ولكن يدفع دية ما زاد على الواحد إلى ورثتهم أو يقتل واحداً منهم ويعطي الآخرون لورثة من قتل بقيَّة الدية بنسبة الباقيين . ومن هنا جمع الشيخ رحمته في الاستبصار بينهما بحمل روايات السقوط بعفو بعض الأولياء على فرض عدم أداء شيء إلى ورثة المقتص منه ، فكانَّ الصحيحة فيها تفصيل وتفسير لا بدَّ وأن تحمل عليه تلك الطائفة من الروايات أو تقيَّد به .

٢ - ذهاب ثلاثة من المذاهب الأربعة للعامة في زمان تدوين الفقه الاستدلالي عند الشيعة إلى القول بالسقوط ممَّا جعل هذا القول هو الأشهر فيما بينهم عند تدوين فقهاءنا لكتبهم الاستدلالية ، فوجدوا أنَّ الروايات الدالة على السقوط رغم تعدُّدها وصحَّة أسانيدها هي الموافقة مع أكثر العامة والمشهور عندهم فحملوها على التقيَّة تقدماً لما يعارضها ويخالف أكثرهم وهو صحيح أبي ولاد .

إلا أنَّ كلتا النكتتين ممَّا لا يمكن المساعدة عليهما في ضوء ما تقدَّم .

أمَّا الأولى فلما لاحظناه من صراحة روايات السقوط بحيث لا تقبل المحامل

المذكورة حيث عبّر فيها بسقوط الدم أو درء القتل ونحو ذلك . وكيف يمكن أن يحمل هذا اللسان على عدم سقوط القصاص غاية الأمر يضمن سهم العافي لورثة المقتص منه أو سهم المطالب للدية ، أو أنه لا يجوز له استيفاء حقه إلا بعد ردّ سهم العافي أو المطالب بالدية ؟ !

كما أن الثانية أعني حمل كلّ تلك الروايات على التقيّة بعيد جداً مع تعدّدها ونقاء أسانيدها وصدورها عن معصومين متعدّدين وبعضها ينقل فيه الإمام الصادق عليه السلام الحكم بالسقوط والانتقال إلى الدية عن أمير المؤمنين عليه السلام . ومثل هذا الحكم في باب القصاص ليس من الأحكام السياسية الراجعة إلى الحكام والساسة ولا من الأحكام العبادية العامة التي قد تصبح شعاراً وعنواناً لمذهب أو طائفة من المسلمين ممّا قد يستوجب التقيّة ، فلا منشأ واضح للتقيّة فيه . كيف ومن يراجع روايات العامة وكتبهم في أبواب القصاص والديات والحدود يجد أن فتاواهم ورواياتهم متأثرة جداً بأقضية أمير المؤمنين عليه السلام وأحكامه وسيرته وما صدر عنه فيها ، وقد رأينا أنهم نقلوا واستندوا في مسألة وجود بعض الأولياء الصغار مع الكبار إلى عمل الإمام الحسن عليه السلام مع ابن ملجم (عليه اللعنة) ، بل الخلفاء والصحابة كانوا يراجعون غالباً في هذه الأحكام والأبواب الدقيقة من الفقه إلى أمير المؤمنين عليه السلام ويروون عنه أو يأخذون عن تلامذته كابن عباس وابن مسعود ، فافتراض أن كلّ هذه الروايات المعتمدة والصادرة عن أئمة متعدّدين - في مسألة لا منشأ في أمثالها للتقيّة ، وليست للعامة فيها روايات غير ما نقلناه عن ابن مسعود في قبال رأي عمر بعدم السقوط - صادرة تقيّة بعيد غايته . بل المظنون قوياً أن الموقف المتبلور لدى العامة في هذه المسألة كان بتأثير الروايات الصادرة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام وعن أمير المؤمنين عليه السلام بصورة خاصّة ولو بواسطة روايتهم كابن عباس وابن مسعود ، وإلا فالذوق العرفي الأوّلي لعلّه يقتضي ما أفتى به عمر وذهب إليه بإصرار وتأکید أمثال

ابن حزم من عدم سقوط القصاص لمن يريده من الأولياء ولو عفا بعضهم .
 هذا ، مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ صحيح أبي ولّاد لم يرد في مطلق عفو الولي ، بل
 ورد في عفو الأب مع مطالبة الابن بالقصاص ، والذي هو مورد فتوى مالك بعدم
 السقوط ، فيكون هو الموافق مع المذهب العامي الذي كان رائجاً في المدينة في
 عهد الإمام الصادق عليه السلام ، فمقتضى صناعة الترجيح بمخالفة العامة إن لم يكن
 ترجيح ما يعارضه عليه بمخالفة العامة فلا أقلّ من أنه لا موجب للعكس ، لأنّ كلّ
 واحد من المتعارضين في عصر الصدور يخالف مذهباً ويوافق آخر ، فتكون النتيجة
 التعارض والتساقط والرجوع إلى الأصل الأولي القاضي بعدم جواز القصاص إذا
 عفا بعض الأولياء مجّاناً أو بعوض .

هذا إذا لم نطمئنّ بصدور بعض روايات عدم السقوط لتعدّدها ونقاء أسانيدها
 وتوفر القرائن على صحتها . وإلاّ كان صحيح أبي ولّاد معارضاً مع الدليل القطعي
 الصدور ، فيسقط عن الحجّة ؛ لأنّ الدليل الظني إذا عارض الدليل القطعي سقط عن
 الحجّة .

هذا كلّّه إذا لم نحتمل التفصيل بين مورد صحيح أبي ولّاد وسائر موارد عفو
 بعض الأولياء ، أي بين عفو الأبعد أو الأقلّ استحقاقاً من الأولياء وغيره ، وإلاّ بأن
 كان هذا محتملاً عرفاً وفقهياً - كما ذهب إليه بعض مذاهب العامة - كان المتعيّن
 التخصيص والأخذ بكلّ الطرفين ؛ لأنّ النسبة بينهما نسبة الخاصّ إلى العامّ ، فلا
 يستقرّ التعارض ولا يسري إلى السند كما هو واضح ومقرّر في محلّه .

والنتيجة : أنّ الحكم بسقوط القصاص في مورد عفو بعض الأولياء خصوصاً
 إذا كان العافي أقرب للميت أو مساوياً من غيره هو المتعيّن عملاً بروايات الطائفة
 الدالة على السقوط أو من باب القاعدة الأولية بعد فرض تعارضها مع صحيح أبي
 ولّاد وتساقطهما والرجوع إلى ما هو مقتضى الأصل اللفظي والعملي المقتضيين

للسقوط كما تقدّم . وما ذهب إليه جلّ الأصحاب أو كلّهم من القول بعدم السقوط لا يشكّل إجماعاً تعبدياً في المسألة بعد ما عرفت .

وقد وجدت ذهاب بعض الأعلام ممّن عاصرناه (قدّس الله أسرارهم) إلى مخالفة المشهور في المسألة منهم السيّد الحكيم رحمته في منهاجه حيث ذكر في المسألة (١٤) من مسائل الفصل الثاني من كتاب الإرث « ولو عفا بعض الورثة عن القصاص قيل : لم يجز لغيره الاستيفاء ، وقيل : يجوز له مع ضمان حصّة من لم يأذن ، والأظهر الأوّل » .

وعلق عليه السيّد الشهيد الصدر رحمته : « ويمكن القول بالتفصيل بين أن يكون من عفا غير الولد ومن يطلب القصاص الولد كما في شخص مات عن أب وابن فعفا الأب دون الابن ، وبين ما إذا عفا أحد الأولاد جمعاً بين الروايات . ولكن مع هذا فالأحوط وجوباً ما في المتن ؛ لقوّة احتمال أن يكون العموم في الروايات الموافقة له غير قابل عرفاً للتخصيص » ^(١) ، فهو أيضاً وافق السيّد الحكيم في الحكم بالسقوط وإن كان من باب الاحتياط في فرض عفو غير الولد ومطالبة الولد بالقصاص .

ومنهم السيّد الخوانساري رحمته في جامع المدارك حيث علق على قول الماتن بعدم سقوط القصاص بعفو بعض الأولياء أو أخذهم الدية بقوله :

« مقتضى ما ذكر من وحدة الحق وعدم جواز استيفاء الحق الواحد بالنسبة إلى الأولياء بدون توافقه عدم جواز استقلال بعض الأولياء في القصاص إلّا ما دلّ عليه النصّ ، والأخبار الواردة : منها صحيحة أبي ولّاد - وذكر الطائفتين المتعارضتين للروايات ثمّ قال : - ولا يخفى عدم إمكان الجمع ، ومجرّد أشهرية ما دلّ على

(١) منهاج الصالحين ٢ : ٣٨٧ - ٣٨٨ ، ط - دار التعارف .

جواز الاقتصاص لا يوجب رفع اليد عما دلّ على عدم القصاص مع أن عدم القصاص موافق للقاعدة ؛ لأنه حقّ واحد واستيفاءه بدون إجازة غير المستوفي على خلاف القاعدة ، وعفو بعض الأولياء يوجب الدرء كما في بعض أخبار المقام^(١).

ثمّ إنه ممّن استشكل في المسألة العلامة المجلسي في مرآته فإنّه بعد أن نقل حمل الشيخ^(٢) للروايات على صورة عدم ردّ سهم العافي وكذلك الحمل على التقيّة قال : « والمسألة لا تخلو من إشكال »^(٢).

وبناءً على القول بالسقوط يتعيّن على الجاني دفع حصّة من لم يعف من الأولياء إليهم من الدية عملاً بما ورد في ذيل روايات الطائفة الدالّة على سقوط القصاص بالعفو - بناءً على العمل بها - أو من باب قاعدة أن دم المسلم لا يذهب هدرًا وأنّه كلّما سقط القصاص عن الجاني في مورد ثبتت الدية عليه .

وبهذا يثبت فرق بين القولين في استحقاق الباقيين للدية ، فإنّه على القول بعدم سقوط القصاص بعفو بعض الأولياء ليس للآخرين المطالبة بحصصهم من الدية إلّا في طول رضا الجاني بدفعها ؛ بناءً على ما هو المشهور من أن الحقّ في قتل العمد متعلّق بالقصاص لا بالجامع بينه وبين الدية ، فلو امتنع الجاني عن دفعها لم يكن للأولياء إجباره عليه ، بخلافه على القول بالسقوط فإنّه يثبت للباقيين حصصهم من الدية ولا يحقّ للجاني الامتناع عن دفعها كلّاً أو بعضاً . وهذا يعني أن لكلّ من القولين جهة إلزام زائد على الجاني كما لا يخفى .

ثمّ إنّ حكم فرض مطالبة بعض الأولياء بالدية وموافقة الجاني عليها ودفع حصّته إليه يظهر أيضاً ممّا تقدّم ؛ لأنّه عفو مشروط بحسب الحقيقة ، فيكون مشمولاً

(١) جامع المدارك ٧ : ٢٦٥ - ٢٦٦ ، ط - إسماعيليان .

(٢) مرآة العقول ٢٤ : ١٨٠ .

أو مفهوماً بالفحوى من روايات سقوط القصاص بعفو بعض الورثة ، وإن كان ظاهر عبارات الشرائع التفصيل بين المسألتين والحكم بعدم السقوط في صورة العفو والسقوط على رواية في صورة أخذ الدية كما تقدّم عند نقل الأقوال .
ولهذا وقع محل الإشكال خصوصاً وأنّ الروايات الدالة على السقوط واردة في العفو .

قال صاحب مفتاح الكرامة في تعليقاته على باب القصاص من كتاب كشف اللثام بعد استظهار الإجماع من كلمات الأصحاب في المسألتين :

« قال في المسالك : إنه مذهب الأصحاب ، والمسألتان من سنخ واحد ، كما نصّ عليه جماعة . وفي مجمع البرهان : أنّ الحكم في المسألتين ظاهر . والحاصل : أنّي لم أجد أحداً خالف أو تأمّل أو احتمل السقوط قبل الصدوق ، حيث قال : وروي أنّه إذا عفا بعض الأولياء ارتفع القود ، وهذا قد يشعر إشعاراً ما بالتأمّل . وفي الشرائع : إذا اختار بعضهم الدية وأجاب القاتل جاز ، فإذا سلم سقط القود على رواية ، والمشهور أنّه لا يسقط . وأبو العباس احتمل السقوط في المذهب والمقتصر وأيّده في المذهب حتى كأنّه اعتمده ، لكنّه في المقتصر قال : المعتمد عدم السقوط كما حكينا عنه . ويظهر من النافع واللمعة حيث قيل فيهما الأشهر أنّ هناك مخالفاً كما أنّه قد يظهر ذلك من الكتب الستة التي قيل فيها أنّه المشهور ، وشيء من ذلك لم يكن ، واعتذر في الروضة عن الشهيد فقال : وإنّما نسبته المصنّف رحمته الله إلى الشهرة ؛ لورود روايات بسقوط القود ، ويظهر من جماعة أنّ مسألة العفو لا خلاف فيها ، وإنّما الشبهة أو الخلاف فيما إذا اختار أحدهما الدية ، وأوّل من فتح ذلك المحقّق في الشرائع فإنّه قال ما أسمعناكه فيما إذا اختار أحدهما الدية ، وجزم فيما إذا عفا البعض بعدم سقوط القصاص من غير تأمّل ولا نسبة إلى رواية ، وتبعه على ذلك المصنّف في المنتهى والشهيد الثاني في المسالك والروضة وغيرهما . فنسب في المسالك مسألة العفو إلى الأصحاب ومسألة اختيار الدية إلى المشهور .

والحاصل : أنَّ المحقق في الشرائع في مسألة ما إذا اختار بعضهم الدية وأجاب القاتل نسب سقوط القود إلى الرواية ، وتبعه على ذلك المصنّف في المنتهى والشهيد الثاني في المسالك والروضة . ونحن قد تتبّعنا أخبار الباب فوجدنا الأخبار الدالة على سقوط القود إنما هي في صورة ما إذا عفا بعضهم ، وليس في الباب خبر ولا أثر يدلّ على سقوط القود إذا اختار بعضهم الدية بمنطوقه ولا بمفهومه ، فكان الواجب على المحقق وغيره أن يعكسوا الأمر كما هو واضح .

وأخبار الباب الواردة في سقوط القود خمسة ... - ثمّ ذكر الأخبار ، ثمّ قال : - وهذه الأخبار قد أعرض عنها الأصحاب ، وفيها الصحيح ، وحملها جماعة على التقيّة . قال في ملاذ الأخيار : هو الأظهر ؛ لاشتهار ذلك بين العامة ، وحملت أيضاً على الاستحباب . وحملها الشيخ في الاستبصار على ما إذا لم يؤدّ من يريد القود إلى أولياء المقاد منه مقدار ما عفي عنه ؛ لأنّه متى لم يؤدّ ذلك لم يكن له القود على حال ، وستسمع حمل الشارح - وهو الفاضل الهندي في كشف اللثام ، وقد حملها على سقوط القود بالنسبة للعافي بالخصوص ، فلا يحقّ له القود - وهو جيّد جدّاً . وقد يعتذر عن المحقق ومن وافقه بأنّ طلب الدية عفو عن القود ، سواء دفع له العوض أو عفا مطلقاً ، وفيه : - على بعده - أنه لعلّه لا ينطبق إلّا على القول بأنّ الواجب أحد الأمرين ، ولا يقولون به ، وأنّ أخبار الباب أربعة منها صريحة في العفو مجّاناً وأنّه يطرح عن القاتل ويرفع عنه بقدر حصّة من عفا والخامس ظاهر في ذلك . نعم ، يمكن أن يقال كما هو الحقّ إنّ المسألتين من سنخ ، فدلّيل إحداهما دليل الأخرى ، لكنّه لا وجه حينئذٍ للتفرقة بينهما ^(١) .

وما استظهره من الإجماع في المسألة قد عرفت حاله . وأمّا دعوى إعراض

(١) من تعليقات صاحب المفتاح على باب القصاص من كتاب كشف اللثام المطبوع في خاتمة

الأصحاب عن العمل بروايات السقوط فهو ممنوع ، كيف ! وقد تقدّم عن الشيخ في الاستبصار الجمع بينها وبين صحيح أبي ولّاد ، بل صريح الاستبصار العمل بها من ناحيتين : من ناحية ما ورد في بعضها من أنّ عفو كلّ ذي سهم جائز حيث استند إليها غاية الأمر قيدها في النساء برواية أبي العباس الدّالة على أنّه ليس للنساء عفو ولا قود . ومن ناحية سقوط القصاص بعفو بعض الأولياء أيضاً غاية الأمر قيده بصحيح أبي ولّاد بما إذا لم يردّ من يريد القصاص سهم العافي من الدية إلى ورثة المقتصّ منه . قال بعد ذكر الأخبار : « فلا تنافي بين هذه الأخبار والخبر الأوّل - يقصد خبر أبي العباس أنّه ليس للنساء عفو ولا قود - من وجهين :

أحدهما : أنّه يجوز لنا أن نخصّ هذه الأخبار بأن نقول : يجوز عفو من كان له حظّ من الدية إلّا أن يكون امرأة فإنّه لا يجوز لها عفو ولا قود .
والثاني : أنّ هذه الأخبار إنّما تضمّنت جواز عفو الأولياء ، والمرأة ليست بوليّ المقتول ؛ لأنّ الوليّ هو الذي له المطالبة بالقود أو الدية ، وليس للمرأة ذلك ، وإذا لم يكن وليّاً لم يناف ما قدّمناه .

فأمّا ما تضمّنته هذه الروايات من أنّه إذا عفا بعض الأولياء درئ عنه القتل وانتقل ذلك إلى الدية ، فالوجه فيها أنّه إنّما ينقل إلى الدية إذا لم يؤدّ من يريد القود إلى أولياء المقاد منه مقدار ما عفا عنه ؛ لأنّه متى لم يؤدّ ذلك لم يكن له القود على حال » (١) .

فمع صراحة كلام الشيخ ﷺ في العمل بهذه الروايات كيف يمكن أن يحرز إعراض الأصحاب عنها ؟ !
وأما الجموع المذكورة فقد عرفت عدم إمكان المساعدة على شيء منها ، وكذلك الحمل على التقيّة .

وأما ما نقله عن بعضهم في توجيه كلام المحقق في الشرائع ومن وافقه بأن طلب الدية عفو عن القود، فهذا وإن كان صحيحاً في نفسه - إذ المطالبة بالدية خصوصاً إجابة القاتل ودفعه لها متضمن لا محالة للعفو عن القصاص أو مستلزم له، فيكون مشمولاً لروايات العفو ولو بالفحوى - إلا أنه لا يمكن أن يكون هو مقصود المحقق؛ لوضوح أن الروايات لا يمكن تخصيصها بمورد المطالبة بالدية، بل بعضها كما أفاد صاحب مفتاح الكرامة كالصريح في العفو المجاني، فكيف خصّ الرواية بفرض أخذ بعض الأولياء للدية دون العفو مجاناً؟!

وأما ما أفاده من الإشكال في هذا الحمل والتفسير لمرام المحقق من أنه لا ينطبق إلا على القول بأن الواجب أحد الأمرين ولا يقولون به، فلم أفهم وجهه؛ إذ على القول الآخر المشهور عند فقهاءنا من تعلق الحق في القتل العمدى بالقصاص تعييناً أيضاً يكون طلب الدية مستلزماً أو متضمناً للعفو عن القصاص غايته في قبالة عوض وهو الدية أو أقل أو أكثر. نعم، هو مبني على موافقة الجاني بخلافه على القول بالتخيير، إلا أن المأخوذ في كلام المحقق ومن وافقه إجابة القاتل له بل تسليمه لحصته من الدية، فلعلّه لهذا أخذ هذان القيدان في الحكم بالسقوط من قبل من قال به في صورة مطالبة بعض الأولياء بالدية.

ثم إن ما في مورد صحيح أبي ولّاد - وأفتى به المشهور مطلقاً وفي تمام الموارد - على خلاف القاعدة من ناحيتين:

أولاهما: أن الحق في قتل العمد متعلق عند المشهور بالقصاص لا بالجامع منه ومن الدية، فلا يكون الولي مخيراً بينهما، وإنما ينتقل إليها في طول رضا الجاني بها، وعندئذ فكيف يحكم للمطالب بالدية ابتداءً؟! بأن له ذلك وأن من يريد القصاص يقتل ولكنه يدفع للمطالب سهمه من الدية - كما هو ظاهر الصحيحة، وهو الغالب أيضاً حيث أن الجاني إذا رأى أنه يقتل بحق بعض الأولياء على كل حال فلا يرضى عادة بدفع شيء إلى سائر الورثة، بل حتى بناءً على أن الحق هو التخيير بين

القصاص والدية لا وجه لضمان من له حق القصاص من الأولياء سهم الولي الآخر. ثانيتهما: أن الصحيحة لم ترد فيمن يستحق القصاص ويطالب بالدية، وإنما وردت في مطالبة الأم بالدية، وهي لا تستحق القصاص بناءً على قبول ما دلّ على أن النساء ليس لهنّ عفو ولا قود، فكيف يكون لها حق المطالبة بالدية، ثم كيف يمكن استفادة الحكم في غير مورد الرواية بنحو عام؟!

وقد قرّب الاستدلال بها على التعميم في مباني التكملة بأحد تقرّيبين قال: «الأول: أنه قد صرح فيها بإعطاء حق من عفا لورثة الجاني فإنه يدلّ على أن الحقّ حقّه غاية الأمر أنه يعطى في فرض العفو إلى ورثة الجاني، ففي صورة المطالبة لا بدّ من إعطائه له.

الثاني: أن ضمان حصّة الأم - مع أن حقّ الاقتصاص غير ثابت لها - يدلّ بالأولية القطعية على ضمان حصّة من له حقّ الاقتصاص، فلا بدّ من إعطائه له إذا طالب به.

بقي شيء، وهو: أنه لا يمكن التعدي عن مورد الصحيحة - وهو الأم - إلى غيرها من النساء من الموارد، بل لا بدّ من الاقتصار على موردها، فلو كان للمقتول أخ وأخت فليس للأخت مطالبة الدية إذا اقتصّ الأخ من القاتل؛ لما ثبت من أنه ليس للنساء حقّ الاقتصاص ولا العفو، ولهم الحقّ من الدية في فرض عدم الاقتصاص والتراضي بها»^(١).

ويلاحظ على التقريب الأول بآنه لا وجه له؛ إذ لعلّ العافي ليس له في فرض عدم قبول الجاني بدفع سهمه من الدية - كما هو الغالب فيما إذا علم أن بعض الأولياء يريد القصاص على كلّ حال - إلا القصاص أو العفو مجّاناً، بل هذا هو المتعيّن على المبني المشهور، وأمّا الحكم بدفع المقتصّ لورثة المقاد منه سهم الذي

(١) مباني تكملة المنهاج ٢: ١٣١.

عفا مجّاناً فلا يدلّ بوجه أصلاً على أنّ العافي كان يستحقّ ذلك السهم ، وإنّما وجهه أنّ المقداد منه ملك نفسه بهذا المقدار في طول العفو عنه مجّاناً من قبل العافي ، فيكون قتله قصاصاً من قبل الولي الآخر أكثر من حقّه من حيث المالية ومقدار الدية نظير قتل الرجل بالمرأة قصاصاً حيث يجب فيه ردّ نصف الدية إلى ورثة المقداد منه لكون دية الرجل أكثر من المرأة ، فالحاصل لا تلازم بين الأمرين ، ولا وجه لهذه الاستفادة خصوصاً على المبنى المشهور من أنّ الحقّ متعلّق بالقصاص تعييناً وأنّ ما يدفع في قبالة وعوضاً عنه لا يكون مستحقّاً للوليّ إلّا في طول التوافق مع الجاني ، ولهذا قد يتفقان على ما هو أكثر من ذلك مع أنّه ، لا إشكال في عدم استحقاق المطالب بالدية ولا ورثة الجاني لو عفي عنه مجّاناً أكثر من الدية .

وعلى التقريب الثاني بأنّ الرواية إذا كانت على خلاف القاعدة في موردها - وهو مطالبة الأمّ بالدية لأنّها لا تستحقّها - فتكون دالّة على حكم تعبدي محض ، فكيف يمكن أن يحرز المناط فيه ليتعدّى إلى سائر الموارد بالأولية القطعية ؟ ! بل كما لم يتعدّ - هو أيضاً - إلى سائر النساء ممّن ليس لهنّ حقّ الاقتصاص كالأخت كذلك لا يمكن التعديّ منها إلى من له حقّ الاقتصاص ؛ إذ لعلّ هذا حكم تعبدي خاصّ بمورد الأمّ لاحترام أو خصوصية لها ، ولو أريد التعديّ كان اللازم التعديّ إلى كلّ من يصيبه سهم من الدية بلا فرق ، سواء كان له حقّ من القصاص أم لا ، والله العالم .

خلاصة البحث في المسألة الأولى :

وبهذا ننهي البحث عن المسألة الأولى مستخلصين فيها النتائج التالية :

١ - إنّ مقتضى صناعة الجمع بين الروايات المتعارضة في المقام هو الحكم بتخصيص إطلاق روايات سقوط القود بعفو بعض الأولياء بصحيفة أبي ولّاد الواردة في طلب الابن للقصاص وعفو الأب أو الأمّ . فأمّا أن يحكم بعدم السقوط في خصوص هذا المورد فقط أو يعمّم إلى كلّ مورد كان الطالب للقصاص أقرب إلى

المقتول من العافي .

إلا أن ارتكازية عدم احتمال الفرق فقهيًا - وإن الحق إما مجعول لمجموع الورثة أو لكل وارث مستقلاً ، ولا احتمال ثالث - يمنع عن مثل هذا الجمع ، بل يكون من التعارض .

هذا ، ويمكن أن يقال : بأن المراد بالولي في باب القصاص ليس مطلق الوارث ، بل الوارث المتولي شرعاً شؤون الميِّت ، والذي هو الولد بالدرجة الأولى ثم الأب والجَد ثم سائر طبقات الإرث . فمع وجود الولد لا يكون سائر الورثة أولياء وإن كانوا يرثون سهماً من الدية ، وهذا قد يمكن استفادته من الارتكاز العرفي والمتشرعِي ومن مجموع ما دلّ في باب القصاص من التعبير تارة بأن النساء ليس لهنّ عفو ولا قود ، وما ورد من أنّه إذا مات من له القصاص قام ولده مقامه مع أنّ الوارث لا ينحصر بالولد عادة إلى غير ذلك من التعبيرات ، وبناءً عليه لا تكون صحيحة أبي ولاد معارضة أصلاً مع روايات سقوط القود بعفو بعض الأولياء ؛ لأنّ العافي في موردها وهو الأب والأمّ ليس وليّاً مع وجود الابن وإن كانا وارثين للدية معه ، وبناءً على هذا يكون مفاد الصحيحة مطلباً آخر هو : أنّ الولي إذا أراد القصاص فعليه أن يضمن سهم سائر الورثة - إن كان من يرث معه الدية - إما له أو للمقاد منه إذا عفا عنه مجّاناً ، فكأنّه روعي حقّهم في الإرث من الدية على تقدير ثبوتها وأخذها وجعل ذلك مضموناً على الولي الذي يطلب الاقتصاص ، وهذا لا ربط له بعفو بعض الأولياء كما إذا كان له أولاد فعفا بعضهم .

٢ - لو فرض التعارض وعدم إمكان جمع عرفي فقد يرجّح صحيحة أبي ولاد باعتبارها موافقاً للكتاب الكريم ، وهو إطلاق قوله تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾ والترجيح بموافقة الكتاب مقدّم على الترجيح بمخالفة العامة كما هو مقرّر في محلّه ، فيثبت ما هو المشهور .

إلا أنّ هذا العلاج مبني على تماميّة دلالة الآية على استقلال كلّ

ولي بالقصاص ، وقد تقدّم الإشكال فيها ، هذا مضافاً إلى الإشكال في أصل الترجيح بمجرد الموافقة مع دلالة إطلاقية للكتاب لو تمت الدلالة ، على ما حقق في محله .

٣ - بعد التعارض يحكم بتقديم روايات السقوط على صحيحة أبي ولّاد وحملها على التقيّة لموافقتها مع الفتوى الفقهية المعاصرة زماناً ومكاناً مع الصحيحة وهي فتوى مالك في المدينة ، فإنّ الميزان في الترجيح بمخالفة العامة وحمل الموافق على التقيّة بملاحظة زمان صدور وما يقرب منه لا فتاوى العامة في الأزمنة المتأخّرة عن صدور النصّ .

٤ - مع التنزّل عمّا تقدّم في النقطة السابقة يكون كلّ من الطرفين موافقاً لمذهب من العامة ، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فيتساقتان ويرجع إلى مقتضى الأصل الأوّلي ، وهو حرمة القتل ما لم يثبت جوازه بدليل .

هذا لو لم يطمأنّ بصدور بعض روايات الحكم بالسقوط ؛ لتعدّدها ونقاء سند أكثرها ، وكون أبي ولّاد بنفسه ينقل عن الإمام الصادق عليه السلام أيضاً رواية دالة على السقوط ، فهو ينقل كلا الطرفين عن نفس الإمام ممّا قد يضعف كاشفيّة نقله وخبره في مقام المعارضة أو يجعله معارضاً مع الدليل قطعي الصادر ، فيسقط عن الحجّية .

المسألة الثانية

في استيفاء بعض الأولياء للقصاص مع غياب الآخرين وعدم إذنهم

ونسب إلى المشهور في المقام عدم جواز استيفاء القصاص إلاّ باجتماعهم على التوكيل أو الإذن ، وفي قبالة قول بالجواز لكن مع ضمان حصص من لم يأذن من الدية ، اختاره الشيخ رحمته الله وجعله من القدماء .

قال المحقق في الشرائع: « وإن كانوا جماعة لم يجز الاستيفاء إلا بعد الاجتماع أما بالوكالة أو بالإذن لواحد، وقال الشيخ: يجوز لكلّ منهم المبادرة، ولا يتوقف على إذن الآخر لكن يضمن حصص من لم يأذن »^(١).

وقال في الجواهر - معلقاً على القول الأول -: « عند الفاضل والشهيد والمقداد والأردبيلي والكاشاني، بل في غاية المرام أنه المشهور على معنى استيفائهم إياه أجمع أما بالوكالة لأحد خارج عنهم أو بالإذن لواحد منهم لا أن المراد ضرب كل واحد منهم إياه، نعم قد يتصور في بعض الأفراد ضرب الجميع إياه بالسيف ضربة واحدة. فإن وقعت المنازعة في الإذن لمن يستوفيه منهم وكانوا كلّهم من القادرين على استيفائه أقرع، ولو كان فيهم من لا يحسنه كالمرأة والمريض والضعيف فالأقرب إدخاله في القرعة أيضاً ولو بأن يوكل في استيفائه ».

وعلق على القول الثاني بقوله: « وهو المحكي عن أبي علي وعلم الهدى والقاضي والكيدري وابني حمزة وزهرة، بل في مجمع البرهان نسبته إلى الأكثر، بل عن المرتضى والخلاف والغنية وظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الخلاف نسبته إلى أخبار الفرقة أيضاً. وهو الحجّة بعد تأييده ببناء القصاص على التغليب، ولذا إذا عفا الأولياء إلا واحداً كان له القصاص مع أن القاتل قد أحرز بعض نفسه، وبأنه إذا جاز القصاص مع عفو الباقي وإحراز القاتل بعض نفسه فمع السكوت أو الجهل وعدم الإحراز أولى، وبأن ثبوت السلطان للولي يقتضي تسلط كلّ واحد منهم على ذلك منفرداً كما هو مقتضى الإضافة وإلا لم يتم له السلطان، وبأن الباقيين أمّا أن يريدوا قتله أو الدية أو العفو، والفرض أن الأول قد حصل والدية مبدولة من القاتل والعفو باقي في محله فإن المقصود به المثوبة وهي موجودة، وبأنه مخالف لما أجمع عليه العامة أو معظمهم الذين جعل الله الرشد في خلافهم، وبأن اشتراك الحق

المزبور ليس على حسب غيره من الأموال التي لا يجوز التصرف فيها بدون إذن الشريك ، بل المراد من اشتراكه أن لكل واحد منهم استيفاءه ، لا كونه بينهم على الحصص ، ولا أنه حق للمجموع من حيث كونه كذلك ؛ ضرورة عدم تعقل الأول ، ومنافاة الثاني لبقائه مع عفو البعض ، وغرم الدية إنما هو لدليله لا لاشتراكه ، بل لعل ذلك ظاهر كل ما يستفاد من كون القصاص لأوليائه من كتاب أو سنة بعد العلم بعدم إرادة المجموع من حيث كونه كذلك ، ولعله لذا نسبته في ما سمعته من الخلاف إلى أخبار الفرقة .

ومن ذلك يعلم ما في دليل الأول الذي هو الاشتراك في حق لا يقبل التبعيض فلا بد من اتفاق الجميع على استيفائه بل لا دليل لهم غيره ؛ إذ قد عرفت أن ذلك يقتضي استبعاد كل واحد منهم نحو الخيار والشفعة الموروثين ، لا اعتبار الاجتماع في استيفائه الذي قد يترتب عليه ضرر لو كان الشريك غائباً أو قاصراً ، ولذا حكي عن ظاهر المبسوط الإجماع أيضاً على عدم اعتبار الإذن فيه ، بل هو مندرج في معقد إجماع الغنية ، بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقة وأخبارهم عليه أيضاً ، وستسمع الكلام فيه إن شاء الله .

ومن الغريب بعد ذلك كله معارضة ما سمعت بما عن غاية المرام من الشهرة التي إن لم تحتل إرادة المتأخرة كانت خطأ قطعاً ، مضافاً إلى معارضتها بما سمعته من الأردبيلي من دعواها على خلافه ، بل وإلى ما يظهر من كلمات القدماء وإجماعاتهم من كون ذلك معلوماً من مذهبهم في مقابلة العامة وأنه مفروغ منه عندهم حتى ردّوهم بكونه مجمعاً عليه عندنا ، فلو سلم اقتضاء قاعدة الشركة ذلك كان المتّجه الخروج عنها ببعض ما عرفت فضلاً عن جميعه » ^(١) .

ولا ينبغي الشك في أنه على القول في المسألة السابقة بسقوط حق القصاص

بعفو بعض الأولياء وأنه حقّ واحد قائم بمجموعهم كإرث الخيار، فلا وجه لتوهم استقلال كلّ وليّ باستيفاء القصاص من دون إذن الآخرين؛ لأنّ أصل الحقّ غير ثابت له بالخصوص بل لمجموعهم، فلا يكون وحده وليّاً، وهذا واضح، ولعلّه لهذا كان المشهور أو المتفق عليه عند العامة عدم استبداد كلّ وليّ بالاستيفاء؛ لأنّ الأشهر عندهم في المسألة السابقة سقوط القصاص.

وأما إذا قلنا هناك بالسقوط تعبداً - لا لقيام الحقّ بالمجموع - أو بناءً على القول الآخر المشهور أو المتفق عليه عند فقهاءنا ما عدا بعض المتأخرين من عدم سقوط القصاص بعفو البعض من الأولياء وأنّ لكلّ وليّ حقّ الاقتصاص مستقلاً، فيتّجه البحث عندئذٍ في كيفة الاستيفاء، وأنه هل له الاستبداد بالاستيفاء من دون حضور سائر الأولياء ولا إذنهم أم ليس له ذلك؟!

وقد عرفت نسبة كلّ من القولين إلى المشهور عند فقهاءنا وذهاب جملة من كبار الأصحاب إلى كلّ من القولين، خلافاً للمسألة السابقة. وإن أصرّ جملة من المتأخرين كالسيد العاملي في مفتاحه وصاحب الجواهر رحمهما الله على أنّ المشهور أو المجمع عليه عند المتقدمين هو القول بالاستقلال أيضاً وأنّ القول باستقلال الوليّ في المسألة السابقة يستلزم بالفحوى والأولية استقلاله في هذه المسألة أيضاً، بل استدّلوا على الاستقلالية في المسألتين معاً بالآية المباركة ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا...﴾.

وتحقيق الكلام في هذه المسألة يقتضي الحديث في جهتين:

الجهة الأولى: فيما تقتضيه القاعدة الأولى عند الشكّ وعدم قيام دليل على الاستقلالية في مقام الاستيفاء.

الجهة الثانية: فيما ذكر أو يمكن أن يذكر من الوجوه لإثبات استقلال كلّ وليّ في مقام الاستيفاء.

أما الجهة الأولى: فربّما يقال فيها بأنّ مقتضى الأصل بناءً على ثبوت حقّ

الاقتصاص لكلّ وليّ مستقلاً جواز الاستيفاء لكلّ واحد منهم وعدم اشتراط الاستئذان من الآخرين ؛ لأنّ لزوم الاستئذان أمّا أن يرجع إلى حكم تكليفي في حقّ كلّ منهم بحرمة المبادرة إلى الاستيفاء من دون مشاركة الآخرين أو إلى ثبوت حقّ وضعي لكلّ منهم في المنع عن مبادرة الآخر ، ومع الشكّ في ثبوت شيء منهما يكون مقتضى الأصل عدمه ، ومرجه إلى أصالة البراءة عن التكليف المشكوك ثبوته أو استصحاب عدم حقّ المنع . فيكون مقتضى الأصل هنا - على العكس من المسألة السابقة - تغليب القصاص .

إلا أنّ هذا الكلام غير تامّ ، بل الصحيح أنّ مقتضى الأصل هنا أيضاً هو المنع عن جواز المبادرة والاستقلالية في الاستيفاء لاحتمال أن يكون الحقّ الثابت لكلّ وليّ من أوّل الأمر هو الاقتصاص غير المفوّت على الآخرين حقّهم ، فيرجع الشكّ إلى مقدار الحقّ الثابت من أوّل الأمر لكلّ وليّ أنّه مطلق وفي تمام الحالات أو مقيد بمشاركة الآخرين وعدم فوات حقّهم في الاستيفاء . وحيث إنّ أصل هذا الحقّ على خلاف الأصل الأوّلي فمع الشكّ في حدوده ومقداره لا بدّ من الاقتصاص على القدر المتيقّن ثبوته ، وأمّا المقدار الزائد عليه فهو منفي بالأصل اللفظي أو العملي .

وإن شئت قلت : إنّ الحرمة كانت ثابتة من أوّل الأمر مطلقاً ، ودليل جواز الاقتصاص مخصّص له ، فإذا شكّ في مقداره وحدوده كان المرجع في الزائد على المتيقّن جوازه عموم العامّ ، كما أنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الحرمة .

لا يقال : إنّ دليل حرمة دم المسلم يعلم في المقام بسقوطه حيث لا شكّ في ثبوت حقّ القصاص للوليّ مستقلاً وأنّ الجاني مهدور الدم في قبالة على كلّ حال أي رضي الآخرون بالقصاص أم لا ، وإنّما الشكّ في شرائط الاستيفاء لا في أصل حقّ القصاص ، وبناءً عليه لا يمكن التمسك بعموم دليل الحرمة للعلم بسقوطها ، وإنّما الشكّ في ثبوت حرمة أخرى من جهة حقّ سائر الأولياء في القصاص أيضاً .

وهذا على تقدير ثبوته تكليف آخر غير تلك الحرمة التي كانت ثابتة أولاً، فيكون منفيّاً بالأصل.

فإنه يقال: إن دليل حرمة القتل أو قطع العضو يدلّ على حرمة شرعية من غير أن يقيدها بكونها من جهة حقّ الغير فقط أو حقّ الله أو الحقّ العام أو أي جهة أخرى، فإنّ هذه حيثيات وملاكات للحكم ولا يقيّد الحكم بها ولا يتخصّص، وهذا الدليل إطلاقه محكم لا يخرج عنه إلا بما يدلّ على الجواز، وهو دليل القصاص، فإذا دار أمر المخصّص أو المقيّد بين الأقلّ والأكثر سواء كان من ناحية احتمال دخل عدم عفو بعض الأولياء فيه - كما في المسألة السابقة - أو من ناحية دخل إذن من يريد القصاص منهم فيه - كما في هذه المسألة - كان المرجع عموم العام في مورد الشكّ لا محالة، كما أنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الحرمة وعدم جعل حقّ مطلق كما أشرنا إليه آنفاً.

وإن شئت قلت: إنّ مرجع الشكّ في المقام إلى أنّ حقّ القصاص بعد أن لم يكن مجعولاً لمجموع الورثة كحقّ واحد بل لمن لم يعف منهم أيضاً حقّ القصاص فهل هو مجعول لمجموع من لم يعف عن القصاص فلا يمكن أن ينفرد ويستقلّ به أحدهم أو لكلّ واحد منهم مستقلاً؟ ولا شكّ أنّ الثاني فيه تقييد وتخصيص أكثر لدليل حرمة دم المسلم، فيكون منفيّاً بإطلاقه ما لم يثبت التخصيص كما هو في سائر موارد الرجوع إلى عموم العام عند دوران المخصّص بين الأقلّ والأكثر. فلا فرق بين المسألتين من ناحية أنّ مقتضى الأصل اللفظي والعملية فيهما معاً عدم الجواز.

وأما الجهة الثانية: ففي ما استدلّ به على الاستقلالية في الاستيفاء، وهو أمور: منها: ما ذكره جملة من الفقهاء كصاحب الجواهر ومفتاح الكرامة وغيرهما من الإجماع المدعى في كلمات بعض وذهاب جلّ القدماء أو كلّهم إلى القول

بالاستقلال غاية الأمر يضمن سهم من لم يحضر إذا حضر وطالب بالدية .
وفيه : - مضافاً إلى أنه لم يرد ذكر الإجماع إلا في كتابي الغنية والخلاف ، ولا يراد بالاجماع فيهما المعنى المصطلح ، كما أن أكثر كتب القدماء لا تعرض فيها لهذه المسألة أصلاً - أن مثل هذا الإجماع لو سلم ثبوته فهو محتمل المدركة ؛ لأن من ادّعه كابن زهرة في الغنية عطف عليه الاستدلال بظاهر الآية المباركة وقال : إن من ذهب إلى الخلاف خالف الظاهر ، فالمسألة اجتهادية وليس فيها إجماع تعبدي كما لا يخفى ، ويشهد له ذهاب مشهور المتأخرين إلى خلافه .

ومنها : التمسك بظاهر الآية المباركة ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً ﴾ بدعوى ظهورها في الانحلالية وأن ثبوت السلطان للولي يقتضي تسلط كل واحد منهم على ذلك منفرداً وإلا لم يتم له السلطان .

وهذا الاستدلال قد تقدّم أيضاً في المسألة السابقة وتقدّم الإشكال فيه . ونضيف هنا بأنه لو فرض دلالة الآية على الانحلالية وجعل الولاية على القصاص لكل وارث مستقلاً فغايتة ثبوت أصل حق القصاص لكل منهم مستقلاً عن الآخر أي عدم قيامه بالمجموع بل بكل وارث وارث ، أما كيفية الاستيفاء وأنه هل يشترط فيه الاستئذان من الآخرين وعدم تفويت حقهم في القصاص أيضاً أو لا ؟ فهو أمر آخر أجنبني عن مفاد الآية ؛ لأن ظاهرها بيان أصل جعل حق القصاص للورثة وأنه مجعول لكل وارث وولي ، وأما مقام الاستيفاء وشروطه فهو أجنبني عن هذه الجهة ، ولهذا لا يمكن أن ننفي بالآية مثلاً اشتراط أن يكون الاستيفاء بإذن الإمام أو مع حضوره أو أن يكون بالسيف لا بنحو آخر أو أي شرط آخر من شروط الاستيفاء .

ومنها : ما ذكره في الجواهر من أن بناء القصاص على التغليب ، ولذا إذا عفا الأولياء إلا واحداً كان له القصاص مع أن القاتل قد أحرز بعض نفسه .

وفيه : إن أريد به أنه مقتضى الأصل عند الشك فقد عرفت ما فيه وأن مقتضاه عدم جواز الانفراد بالاستيفاء ، وإن أريد به قاعدة خاصة في باب القصاص نظير ما يقال في باب العتق من أن البناء على تغليب العتق فهذا بحاجة إلى إثبات بدليل خاص أو من مجموع أدلة الباب ولو بالفحوى والملازمة ، وليس لنا مثل ذلك في المقام ، بل لعل الأمر على العكس من ذلك ؛ لابتناء باب الدماء والحدود على الاحتياط .

ومنها : استفادة ذلك بالملازمة مما تقدم عن المشهور في المسألة السابقة ، فإنه إذا كان حق القصاص ثابتاً لكل ولي مستقلاً ، ولا يسقط بعفو الآخرين أو مطالبتهم بالدية ، بل غايته أن من يريد القصاص يضمن سهم العافي أو المطالب بالدية ، فلا محالة يحق لكل ولي الانفراد بالاستيفاء في هذه المسألة ؛ لأن الباقيين - على حدّ تعبير صاحب الجواهر - إما أن يريدوا قتله أو الدية أو العفو ، والفرض أن الأول قد حصل والدية مبذولة من القاتل والعفو باقي في محله فإن المقصود به المثوبة وهي موجودة .

وفيه :

أولاً : ما تقدم من احتمال أن يكون المجعول حق القصاص لمجموع من يريد القتل لا لكل واحد .

وثانياً : لو فرض ثبوت الحق لكل واحد مع ذلك لا يتم ما ذكره ؛ لأن الحق المجعول للولي إنما هو أن يقتص من الجاني - مباشرة أو بالتسبيب - لا أن يرى الجاني مقتولاً ولو بسبب آخر كما إذا قتل بأفة سماوية أو قتله غير الولي عدواناً . وبعبارة أخرى : إن حيثية انتساب القتل إلى الولي وكونه قصاصاً من قبله وما يترتب على ذلك من الأثر كالتشقي وغيره ملحوظ للولي ومجعول له في باب القصاص ، والاستبداد بالاستيفاء مفوت لهذا الحق عليه لا محالة .

وهكذا يتضح أنه لا ملازمة بين المسألتين ، نعم في فرض كون بعض الأولياء صغيراً أو مجنوناً أو غائباً لا يمكن الاستئذان منه ولا يعلم قدومه في وقت قريب يكون لزوم الانتظار على الولي الرشيد الحاضر تفويتاً لحقه في القصاص ، فقد ينفي لزوم ذلك حينئذ بإطلاق الآية المباركة - على القول به - أو بحديث لا ضرر ، بل قد يقال بعدم صدق ولي الميت على الصغير والمجنون وإن كانا وارثين . وهذه جهة أخرى من البحث خارجة عما نحن فيه .

والنتيجة أنه على كلا المبنين في المسألة السابقة لا يجوز الاستبداد بالقصاص في مقام الاستيفاء من قبل كل ولي مع وجود سائر الأولياء ورشدهم وإمكان الاستئذان منهم ؛ إذ لا أقل من أن هذا خلاف مقتضى الأصل الأولي كما ذكرناه .

هذا حاصل ما أردنا إيراده في هاتين المسألتين . والحمد لله أولاً وآخراً ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين .

دية الذمي

والمستأمن من الكفار

المعروف في التشريع الجنائي الإسلامي أنَّ ثَمَّةَ تفاوت في عقوبة القتل بين المسلم وبين الذمي حيث لا يقتَص من المسلم لو قتل ذمياً بل يدفع دية الذمي بقيمة ثمانمئة درهم .. إلا أنَّ الملفت للنظر أنَّ هذه الدراسة التي بين يديك توقَّرت على معالجة جديدة تعبِّر عن استنطاق واعٍ للنصوص الواردة بهذا الشأن .. وقد عُقدت في جهتين :

الأولى - عدم اختصاص هذا الحكم بالذمي، بل يشمل كل كافر محقون الدم بذمة أم بعهد أم باستئمان ، وسواء أكان ذلك على نحو التأييد أم التأقيت.

الثانية - في أنَّ مقدار الدية يتراوح بين حدَّين أقلَّهما ثمانمئة درهم وأقصاهما دية المسلم عشرة آلاف درهم .. وتعيين المقدار بيد الحاكم على ضوء ما يراه من المصلحة الاجتماعية وبشكل يتناسب مع طبيعة الذمة المعطاة للكافر .. بل يترقَّى الباحث أكثر فيعطي للحاكم الحق في الاقتصاص من المسلم أيضاً طبقاً للعنصرين المتقدمين في عملية الحكم ..

(التحرير)

دية الذمي والمستأمن من الكفار

آراء الفقهاء ومنشأ اختلافها :

قال في الشرائع : « ودية الذمي ثمانمئة درهم ، يهودياً كان أو نصرانياً أو مجوسياً ، ودية نسائهم على النصف . وفي بعض الروايات دية اليهودي والنصراني والمجوسي دية المسلم ، وفي بعضها دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، والشيخ رحمته الله نزلهما على من يعتاد قتلهم ، فيغلظ الإمام الدية بما يراه من ذلك ؛ حسماً للجرأة » ^(١).

وعلق صاحب الجواهر رحمته الله على صدر كلام الشرائع بقوله : « بلا خلاف معتد به أجده بيننا ، بل في الخلاف والانتصار والغنية وكنز العرفان الإجماع عليه على ما حكى عن بعضها ، مضافاً إلى النصوص المعتبرة المستفيضة حد الاستفاضة ، وفيها الصحيح وغيره » ^(٢).

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٠١٨ ، ط - استقلال .

(٢) جواهر الكلام ٤٣ : ٣٨ .

وعلق على ذيل كلام الشرائع بقوله: « قال - أي الشيخ - : « فإنه إذا كان كذلك فللإمام أن يلزمه دية المسلم كاملة تارة، وأربعة آلاف درهم أخرى بحسب ما يراه أصلح وأردع، فأما من كان ذلك منه نادراً لم يكن عليه أكثر من ثمانمئة درهم ». واستدل عليه بموثق سماعة: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مسلم قتل ذمياً، فقال: « هذا شيء شديد لا يحتمله الناس، فليعط أهله دية المسلم حتى ينكل عن قتل أهل السواد وعن قتل الذمي ». ثم قال: « لو أن مسلماً غضب على ذمي فأراد أن يقتله ويأخذ أرضه ويؤدي إلى أهله ثمانمئة درهم إذا يكثر القتل في الذميين، ومن قتل ذمياً ظلماً فإنه ليحرم على المسلم أن يقتل ذمياً حراماً ما آمن بالجزية وأذاها ولم يجحدها... ويمكن أن [لا] يكون - أي الشيخ - مخالفاً؛ باعتبار كون ذلك ليس دية وإنما هو تعزير من الحاكم أو كالتعزير؛ ولعله لذا نفى عنه البأس في محكي المختلف، وإلا فمن المعلوم عدم المكافأة من وجوه، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب القصاص. نعم، ما في الفقيه خلاف في المسألة ^(١) ».

قال في الفقيه: « هذه الأخبار اختلفت لاختلاف الأحوال، وليست هي على اختلافها في حال واحدة، متى كان اليهودي والنصراني والمجوسي على ما عاهدوا عليه - من ترك إظهار شرب الخمر، وإتيان الزنا، وأكل الربا والميتة ولحم الخنزير، ونكاح الأخوات، وإظهار الأكل والشرب بالنهار في شهر رمضان، واجتناب صعود مسجد المسلمين، واستعملوا الخروج بالليل عن ظهراني المسلمين، والدخول بالنهار للتسوق وقضاء الحوائج - فعلى من قتل واحداً منهم أربعة آلاف درهم، ومزّ المخالفون على ظاهر الحديث فأخذوا به ولم يعتبروا الحال. ومتى آمنهم الإمام وجعلهم في عهده وعقده وجعل لهم ذمة ولم ينقضوا

(١) جواهر الكلام ٤٣: ٤٠.

بما عاهدكم عليه من الشرائط التي ذكرناها وأقروا بالجزية وأدوها ، فعلى من قتل واحداً منهم خطأ دية المسلم - إلى أن قال... : - ومتى لم يكن اليهود والنصارى والمجوس على ما عاهدوا عليه من الشرائط التي ذكرناها فعلى من قتل واحداً منهم ثمانمئة درهم ، ولا يقاد لهم من مسلم في قتل ولا جراحة ، كما ذكرته في أول هذا الباب « (١) .

وعلق عليه صاحب الجواهر بقوله : « وهو - مع أنه مخالف لما عرفت - تفصيل لا يستفاد من النصوص ، كالتفصيل المحكي عن أبي علي قال : « أمّا أهل الكتاب الذين كانت لهم ذمة من رسول الله ﷺ ولم يغيروا ما شرط عليهم رسول الله ﷺ فدية الرجل منهم أربعمئة دينار أو أربعة آلاف درهم ، وأمّا الذين ملكهم المسلمون عنوة ومثّوا عليهم باستحيائهم - كمجوس السواد وغيرهم من أهل الكتاب والجبّال وأرض الشام - فدية الرجل منهم ثمانمئة درهم » ، والله العالم » (٢) .

ومنشأ هذا الخلاف الاختلاف في الروايات المتعرّضة لدية الذمي ؛ فإنّها يمكن تقسيمها إلى طوائف :

الطائفة الأولى - ما دلّ على أنّ دية الذمي ثمانمئة درهم ، وهي روايات عديدة فيها المعتبرة ؛ ورد بعضها بعنوان دية اليهودي والنصراني والمجوسي ، وبعضها بعنوان اليهودي والنصراني وألحق بهما المجوسي معللاً بأنهم أهل الكتاب ، وبعضها بعنوان دية الذمي .

١ - ففي معتبرة ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « دية اليهودي والنصراني والمجوسي ثمانمئة درهم » (٣) .

(١) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٢٤ .

(٢) جواهر الكلام ٤٣ : ٤١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٩ : ٢١٧ ، ب ١٣ من ديات النفس ، ح ٢ . ط - مؤسسة آل البيت عليه السلام .

٢ - وفي معتبرة بريد العجلي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مسلم فقاً عين نصراني قال : « إن دية عين النصراني أربعمئة درهم » ^(١).

٣ - وفي معتبرة ليث المرادي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دية النصراني واليهودي والمجوسي فقال : « ديتهم جميعاً سواء ، ثمانمئة درهم ثمانمئة درهم » ^(٢).

٤ - وفي معتبرة سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « بعث النبي صلى الله عليه وآله خالد بن الوليد إلى البحرين ، فأصاب بها دماء قوم من اليهود والنصارى والمجوس ، فكتب إلى النبي صلى الله عليه وآله : إني أصبت دماء قوم من اليهود والنصارى فوديتهم ثمانمئة درهم ثمانمئة ، وأصبت دماء قوم من المجوس ولم تكن عهدت إلي فيهم عهداً . فكتب إليه رسول الله صلى الله عليه وآله : إن ديتهم مثل دية اليهود والنصارى ، وقال : إنهم أهل الكتاب » ^(٣).

٥ - وفي معتبرة ليث المرادي وعبد الأعلى بن أعين جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « دية اليهودي والنصراني ثمانمئة درهم » ^(٤).

٦ - وفي معتبرة زرارة قال : سألته عن المجوس ما حدّهم ؟ فقال : « هم من أهل الكتاب ، ومجراهم مجرى اليهود والنصارى في الحدود والديات » ^(٥).

٧ - وفي معتبرة أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إبراهيم يزعم أن دية

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٢١٨ ، ب ١٣ من ديات النفس ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ح ٥ .

(٣) المصدر السابق : ح ٧ .

(٤) المصدر السابق : ٢١٩ ، ح ١٠ .

(٥) المصدر السابق : ٢٢٠ ، ح ١١ .

اليهودي والنصراني والمجوسي سواء! فقال: «نعم، قال الحق»^(١).

٨ - وفي معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دية الذمي ثمانمئة درهم»^(٢).

٩ - وفي معتبرة سماعة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كم دية الذمي؟ قال: «ثمانمئة درهم»^(٣).

١٠ - وفي معتبرة إبراهيم بن عبد الحميد عن جعفر عليه السلام، قال: «قال: دية ولد الزنا دية الذمي؛ ثمانمئة درهم»^(٤).

١١ - وفي معتبرة ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا قتل المسلم يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً فأرادوا أن يقيدوا ردّوا فضل دية المسلم وأقادوه»^(٥).
فإنها تدل على أن ديته أقل من دية المسلم.

١٢ - ومثلها معتبرة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قتل رجلاً من أهل الذمة فقال: «هذا حديث شديد لا يحتمله الناس، ولكن يعطي الذمي دية المسلم، ثم يقتل به المسلم»^(٦). وظاهرها دفع دية المسلم كاملة، ولعله لاعتبار ضالة دية الكافر بالنسبة إلى دية المسلم؛ لكونها ثمانمئة.

هذه عمدة الروايات المعتبرة من الطائفة الأولى، وهناك روايات أخرى بنفس المضمون ولكنها غير نقية السند.

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٢١٧ ب ١٣ من ديات النفس، ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ٣.

(٣) المصدر السابق: ٢١٩، ح ٩.

(٤) المصدر السابق: ٢٢٣، ب ١٥ من ديات النفس، ح ٣.

(٥) المصدر السابق: ١٠٧، ب ٤٧ من قصاص النفس، ح ٢.

(٦) المصدر السابق: ١٠٨، ح ٣.

الطائفة الثانية - ما دلّ على أنّ الدية أربعة آلاف درهم في النصراني واليهودي والمجوسي ، أو في اليهودي والنصراني فقط دون المجوسي ، وتتمثل في روايتين : إحداهما : رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمئة درهم » . وقال أيضاً : « إنّ للمجوس كتاباً يقال له جاماس » ^(١) .

وفي سند الرواية علي بن أبي حمزة البطائني .
الثانية : رسالة الصدوق رحمته الله ؛ فإنه بعد أن نقل الرواية السابقة قال : « وقد روي أنّ دية اليهودي والنصراني والمجوسي أربعة آلاف درهم ؛ لأنهم أهل الكتاب » ^(٢) .
الطائفة الثالثة - ما دلّ على أنّ دية الذمي أو اليهودي والنصراني والمجوسي دية المسلم ، وهي روايتان معتبرتان سنداً :

إحداهما : صحيح أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « دية اليهودي والنصراني والمجوسي دية المسلم » ^(٣) .

الثانية : ما دلّت على أنّ دية من أعطاه رسول الله ﷺ ذمّة دية كاملة ؛ وهي معتبرة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من أعطاه رسول الله ﷺ ذمّة فديته كاملة » . قال زرارة : فهؤلاء ؟ قال أبو عبد الله عليه السلام : « هؤلاء ممن أعطاهم ذمّة » ^(٤) .

الطائفة الرابعة - ما دلّ على أنّ دية الذمي بالأصل ثمانمئة درهم ولكن من أجل ألاّ يكثر قتل الذميين حكم الإمام عليه السلام بأنّه يعطى أهله دية المسلم ؛ وهي معتبرة

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٢٢ ، ب ١٤ من ديات النفس ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ٢٢٠ ، ب ١٣ من ديات النفس ، ح ١٢ .

(٣) المصدر السابق : ٢٢١ ، ب ١٤ من ديات النفس ، ح ٢ .

(٤) المصدر السابق : ح ٣ .

سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مسلم قتل ذمياً فقال: «هذا شيء شديد لا يحتمله الناس، فليعط أهله دية المسلم؛ حتى ينكل عن قتل أهل السواد وعن قتل الذمي - ثم قال: - لو أن مسلماً غضب على ذمي فأراد أن يقتله ويأخذ أرضه ويؤدي إلى أهله ثمانمئة درهم إذا يكثر القتل في الذميين، ومن قتل ذمياً ظلماً فإنه ليحرم على المسلم أن يقتل ذمياً حراماً ما آمن بالجزية وأداها ولم يجحدها» ^(١).

الموقف تجاه الروايات:

والمشهور قد عملوا بالطائفة الأولى، وحملوا الطائفة الثانية والثالثة على التقية؛ لموافقة فتوى بعض أهل السنة مع كل واحدة منهما، فذهب أبو حنيفة إلى أن دية دية المسلم، وذهب عمر بن عبد العزيز أن دية نصف دية المسلم، وفصل بعضهم بين قتل العمد فديته نصف دية المسلم، وقتل الخطأ فديته ثمانمئة درهم. وحملت الطائفة الرابعة على أن الدية ثمانمئة، وإنما حكم الإمام على القاتل بالزيادة تعزيراً لينكل عن قتل الذميين.

ولا إشكال في أن الطائفة الثانية لا اعتبار بها؛ لضعف سندها، مضافاً إلى التهافت والاضطراب في مضمونها؛ فإنه إذا كان المجوس أهل الكتاب - كما في ذيل نفس الرواية - فأَي فرق بينهم وبين اليهود والنصارى ليحكم بالفرق بينه وبينهما؟!

فالمهم ملاحظة الطوائف الأخرى، وأنه هل يوجد جمع عرفي بينها، أو يستحكم التعارض فيما بينها بحيث لا بد وأن يحمل أحد الطرفين المتعارضين على التقية كما فعل المشهور؟

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ٢٢١، ب ١٤ من ديات النفس، ح ١.

وقبل الدخول في هذا البحث ، من المناسب أن نبحث أولاً ما هو مقتضى الأصل والقاعدة الأولية في دية الذمي مع قطع النظر عن هذه الروايات .
القاعدة الأولية في دية الذمي :

فهل الأصل براءة الذمة عن الدية أو أن هناك إطلاقاً في دليل الدية يشمل الذمي أيضاً ؟ !

الصحيح أنه لا يوجد إطلاق أو عموم يقتضي الدية في قتل الذمي ؛ لأن روايات تحديد الدية وتقديرها ليست ناظرة إلى تشريع أصل الدية ، بل لبيان مقدار الدية في النفس أو الأعضاء وأصنافها ، والفرق بين دية الرجل وبين دية المرأة ، ونحو ذلك من التفاصيل . وفي بعضها ورد عنوان : دية المسلم اثنا عشرة ألف درهم ^(١) ، ونحو ذلك . وأما آية الدية التي هي الدليل على تشريع الدية في القتل خطأ فهي واردة في قتل المؤمن ، قال تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ^(٢) .

وقد استند بعض أهل السنة إلى ذيل الآية لإثبات أن دية الذمي دية المسلم بحمله على إرادة قتل الذمي في دار الإسلام ، إلا أن هذا خلاف ظاهر سياق الآية ؛ فإن ظاهره أن الضمير في قوله تعالى : ﴿ وإن كان من قوم ﴾ يرجع إلى القتل خطأ ، وهو المؤمن في صدر الآية . قال الشيخ في المبسوط : « ثم ذكر الدية والكفارة بقتل المؤمن في دار المعاهدين فقال : ﴿ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ، وعند المخالف أن ذلك كناية عن الذمي في دار

(١) راجع : وسائل الشيعة ٢٩ : ١٩٣ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٩ و ١٠ .

(٢) النساء : ٩٢ .

الإسلام، وما قلنا أليق بسياق الآية؛ لأن الكنايات في (كان) كلها عن المؤمن، فلا ينبغي أن يصرفها إلى غيره بلا دليل»^(١). ويؤيده الحكم بكفارة عتق رقبة مؤمنة في ذيل الآية؛ فإنها لا تكون في قتل الكافر.

على أنه لو فرض إرادة الذمي أو الأعم منه ومن المؤمن في قوم معاهدين، فالآية لا تدل إلا على أصل دفع الدية إلى أهله، ولا دلالة فيها على أن مقداره مساوٍ لدية المؤمن.

وهكذا يتضح أنه مع قطع النظر عن الروايات الخاصة الواردة في دية الذمي أو النصراني واليهودي والمجوسي، لا يمكن إثبات اشتغال الذمة بأصل الدية في قتل غير المسلم، فيكون مقتضى الأصل عدمه.

ولذلك حكم المشهور بأنه لا دية لغير أهل الذمة من الكفار وإن كانوا مستأمنين في دار الإسلام.

قال في الشرائع: «ولا دية لغير أهل الذمة من الكفار، ذوي عهد كانوا أو أهل حرب، بلغتهم الدعوة أو لم تبلغ»^(٢). ومثله عبارة العلامة في القواعد^(٣)، وغيره. وعلق صاحب الجواهر^(٤) على كلام الشرائع بقوله: «بلا خلاف أجده؛ للأصل... بل في محكي الخلاف: «من قتل من لم تبلغه الدعوة لم يجب عليه القود بلا خلاف، وعندنا أيضاً لا يجب عليه الدية»^(٤).

هذا، ولكن الشيخ^(٥) في المبسوط حكم بشمول الدية لكل ذوي عهد أو أمان من الكفار ولو لم يكن من أهل الكتاب والذمة. قال - بعد ما ذكر أن دية الذمي

(١) المبسوط ٧: ١١٤.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠١٨.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٦٦٨، ط - مؤسسة النشر الإسلامي.

(٤) جواهر الكلام ٤٣: ٤١.

ثمانمئة درهم في اليهودي والنصراني والمجوسي سواء :- « الكفار على خمسة أصناف :

الأول : من له كتاب يتمسك به ؛ وهو اليهودي ومن جرى مجراهم من السامرة والنصارى ومن جرى مجراهم وهم الصابئة عندهم ؛ وعندنا الصابئة ليسوا من أهل الكتاب ، وعندهم كلهم لهم كتاب ، ودماؤهم تحقن بأحد أسباب ثلاثة : ذمة مؤبدة ، أو عهد إلى مدة ، أو أمان مطلق ؛ وهو أن يدخل إلينا في تجارة أو رسالة أو حاجة ، فدية هؤلاء ثلث دية مسلم عندهم ، وعندنا ما قلناه .

الثاني : من لا كتاب له لكن له شبهة كتاب ؛ وهم المجوس ، فهم يُقرّون على أديانهم بأحد الأمور الثلاثة التي ذكرناها بلا خلاف ؛ لقوله ﷺ : « سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب » ^(١) وديتهم ثمانمئة درهم بلا خلاف .

الثالث : من لا كتاب له ولا شبهة كتاب ؛ وهم عبدة الأوثان ومن عبد ما استحسن ، كالشمس والقمر والشجر والبقر والكواكب ونحو ذلك ، فهؤلاء تحقن دماؤهم بأحد أمرين : عهد إلى مدة وأمان مطلق ، فأما ذمة مؤبدة فلا . ودياتهم ديات المجوس ، ثمانمئة .

الرابع : من كفر بعد إيمانه ؛ وهم المرتدون ، فهؤلاء لا يُقرّون على كفرهم بوجه لا بذمة ولا عهد ولا أمان مطلق . ودماؤهم هدر ، وفي هذا المعنى أهل الحرب يعني من كان حرباً لنا وليس بيننا وبينه عهد ولا عقد على أي دين كانوا وبأي دين تمسكوا ، فالكل على إباحة الدم .

الخامس : من لم تبلغه الدعوة ولم يبلغه أن الله بعث رسولاً . قال بعضهم : لا أظنّ أحداً لم تبلغه الدعوة إلّا أن يكون قوم خلف الترك . فهؤلاء المشركون لا يحلّ قتالهم ابتداءً قبل العلم بالدعوة ، لكن إن بادر مبادر فقتل منهم فلا قود عليه بلا

(١) وسائل الشيعة ١٥ : ١٢٧ ، ب ٤٩ من جهاد العدو ، ح ٥ .

خلاف ، والدية تجب عند قوم بقتله . وقال آخرون : لا تجب الدية بقتله وهدر دمه . وهو الأقوى عندي ؛ لأن الأصل براءة الذمة ^(١) . فتراه يحكم بالدية ثمانمئة درهم في غير أهل الكتاب من الكفار إذا كانوا معاهدين أو مستأمنين مع أنهم ليسوا ذميين .

وهذا لا يتم إلا إذا قبلنا الاستدلال المتقدم عن بعض أهل السنة في ذيل الآية الشريفة المتقدمة ، ولكنه قد تقدم عن الشيخ رحمته في المبسوط عدم قبوله ذلك . أو يستفاد من الروايات الواردة في دية الذمي إلغاء الخصوصية وأن الميزان والملاك في استحقاق الدية كون دم الكافر محقوناً سواء كان بإعطاء ذمة مؤبدة له في دار الإسلام أو إعطائه الأمان أو العهد .

فالمهم ملاحظة الروايات الخاصة المتقدمة وما يستفاد من مجموعها .

مقدار ما يستفاد من الروايات :

وفيما يلي نورد الحديث عنها في جهتين :

الجهة الأولى - في اختصاصها موضوعاً بالذمي ، أو عمومها لكل مستأمن محقون الدم من الكفار ، أو لكل كتابي ولو كان غير مستأمن ؟
الجهة الثانية - في مقدار الدية ، وأنها دية المسلم ، أو نصفها ، أو ثمانمئة درهم ، أو أنها تختلف باختلاف الحالات ، أو غير ذلك ؟

أما الجهة الأولى : فقد يقال إنَّ الوارد في لسان هذه الروايات عنوانان ؛ عنوان الذمي وعنوان اليهود والنصارى والمجوس ، معللاً في بعضها بأنهم أهل الكتاب . وهذا العنوان أعم من الذمي والمستأمن والمعاهد وغيرهم ، فلا وجه لتخصيصه بالذمي بل ولا بمطلق المستأمن ، فيشمل ما إذا قتل مسلم كتابياً في بلاد الكفر أيضاً ؛ تمسكاً بإطلاق العنوان الثاني الوارد في أكثر تلك الروايات .

(١) الينابيع الفقهية ٤٠ : ٢٧٥ .

ولا يضرّ بذلك ورود بعضها بعنوان دية الذمي الأخص من مطلق الكتابي ؛ لأنه لا مفهوم لذلك وهما مثبتان شموليان ، فلا تعارض ولا تنافي بينهما .
ولا يلزم من ثبوت نفس الحكم في العنوان الأعم لغوية أخذ العنوان الأخص في لسان بعض الروايات ؛ إذ لعله بنكتة التأكد وأولوية العنوان الخاص أو كونه معهوداً عند الناس خصوصاً إذا كان ذلك في سؤال السائل ، فلا موجب لرفع اليد عن إطلاق ما ورد بعنوان دية اليهودي والنصراني والمجوسي في أكثر الروايات .

إلا أنّ هذا الإطلاق بهذا العرض العريض واضح المنع ؛ إذ مضافاً إلى وضوح أنّه لا دية ولا حرمة لدم الكافر الحربي ولو كان كتابياً ، تدل على عدم حرمة دمه طوائف من الروايات :

منها - ما دلّ على أنّ حقن دم الكافر لا يكون إلا بالإسلام أو بالذمة والعهد والأمان ؛ فإنّ هذا مستفاد من مجموعة من الروايات المتعرّضة لحكم إعطاء الأمان أو الذمة وغيرها ، من قبيل :

١ - صحيح محمد بن مسلم قال : سألته عن أهل الذمة : ماذا عليهم مما يحقنون به دماءهم وأموالهم ؟ قال : « الخراج ، وإن أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل على أرضهم ، وإن أخذ من أرضهم فلا سبيل على رؤوسهم » ^(١) .

٢ - ورواية حفص بن غياث - في حديث - : « ... ولو امتنع الرجال أن يؤدّوا الجزية كانوا ناقضين للعهد ، وحلّت دماؤهم وقتلهم ؛ لأنّ قتل الرجال مباح في دار الشرك » ^(٢) .

ومنها - مفهوم ذيل موثقة سماعة المتقدمة في الطائفة الرابعة ، وهو قوله ﷺ :

(١) وسائل الشريعة ١٥ : ١٥٠ ، ب ٦٨ من جهاد العدو ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ٦٤ ، ب ١٨ من جهاد العدو ، ح ١ .

« فإنه ليحرم على المسلم أن يقتل ذمياً حراماً ما آمن بالجزية وأداها ولم يجحدها »^(١). وهو ظاهر في الشرطية والمفهوم ؛ أي : ما دام آمن بالجزية وأداها ولم يجحدها.

ومنها - موثقة إسماعيل بن الفضل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دماء المجوس واليهود والنصارى هل عليهم وعلى من قتلهم شيء إذا غشوا المسلمين وأظهروا العداوة لهم ؟ قال : « لا ، إلا أن يكون متعمداً لقتلهم ... »^(٢) الحديث . وهي ظاهرة في عدم القصاص والدية ، بل وعدم حرمة قتلهم إذا خرجوا عن شرائط الذمة بإظهار العداوة والغش للمسلمين . وقد استدل بهذه الرواية جملة من فقهاءنا ، كصاحب الوسائل والجواهر وغيرهما .

فلا يمكن أن يستدل بهذا الإطلاق في لسان بعض الروايات . وأما التعليل الوارد في ذيل بعضها في حق المجوس بأنهم أهل الكتاب فليس تعليلاً للحكم بالدية لهم ، بل لكونهم ممن تجوز في حقهم الذمة المؤبدة ؛ لأنها لا تجوز إلا للكافر الكتابي ، كما تدل على ذلك روايات شروط الذمة ومن يجوز أخذ الجزية منهم وهم أهل الكتاب خاصة^(٣).

يبقى أنه هل يمكن استفادة الإطلاق من الروايات المتقدمة للكافر غير الكتابي وغير الذمي إذا كان مستأمناً بعهد ونحوه كما قاله الشيخ عليه السلام في المبسوط ، أم لا يمكن كما هو المشهور ؟

الإنصاف أن الحكم بذلك مبني على إلغاء الخصوصية وأن استفاد من الروايات

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٢١ ، ب ١٤ من ديات النفس ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ١٠٧ ، ب ٤٧ من قصاص النفس ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق ١٥ : ب ٤٩ من جهاد العدو وما يناسبه .

المتقدمة أن ملاك هذا الحكم بحسب مناسبات الحكم والموضوع إنما هو كون الكافر محقون الدم سواء كان بعقد ذمة أو عهد أو إعطاء أمان .

ويمكن تقريب هذه الاستفادة بوجه أكثر فنيّة ، وحاصله : أن غاية ما يقتضيه ما ذكرناه في منع إطلاق الروايات المتقدمة إخراج صورة كون الكتابي حربياً غير محقون الدم بذمة أو أمان أو عهد ، فيبقى الكتابي المحقون دمه - ولو بإعطاء أمان له - لا بعقد ذمة مؤبّدة - تحت إطلاق روايات الدية ، فإذا ثبتت للكتابي المعاهد أو المستأمن بلا ذمة مؤبّدة ثبتت في غيره من الكفار المعاهدين والمستأمنين أيضاً ؛ لعدم احتمال الفرق فقهيّاً بين مستأمن ومستأمن بعد أن لم يكن ذمياً ، وبهذا يتم ما ذهب إليه الشيخ رحمه الله في مبسوطه .

وأما الجهة الثانية - وهي البحث عن مقدار الدية - : فالمشهور ، بل ادّعى عليه الإجماع كما تقدم عن صاحب الجواهر وغيره أنه ثمانمئة درهم ؛ عملاً بالطائفة الأولى من الروايات ، وحملت الطوائف الأخرى على التقيّة .
وفي قبال ذلك أقوال وتفصيلات :

١ - قول للشيخ رحمه الله في التهذيب والاستبصار : بحمل روايات الثمانمئة درهم على صورة عدم الاعتیاد للقتل ، وأما في صورة الاعتیاد لقتل الذمي فللإمام أن يلزمه دية المسلم كاملة تارة وأربعة آلاف درهم أخرى بحسب ما يراه أصلح ؛ حسماً للجراحة على القتل ، وقد جعل موثقة سماعة المتقدمة شاهداً على الجمع المذكور^(١) .

إلا أنه في كتاب النهاية ذكر ما يلي : « ودية الذمي ثمانمئة درهم جياًداً أو قيمتها من العين ، ودية نسائهم على النصف من دية رجالهم . وإذا كان الإنسان متعوّداً لقتل

(١) التهذيب ١٠ : ١٧٤ ذيل الحديث ٧٣٧ . الاستبصار ٤ : ٢٨١ ، ذيل الحديث ١٠١٨ ، ط - دار

أهل الذمة جاز للإمام أن يلزمه الدية ؛ أربعة آلاف درهم ؛ كي يرتدع عن مثله في المستقبل . وإذا خرج أهل الذمة عن ذمتهم بتركهم شرائطها من ارتكابهم الفجور أو التظاهر بشرب الخمر وما يجري مجرى ذلك - ممّا قد ذكرناه فيما تقدم - حلّ دمهم وبطلت ذمتهم ، غير أنّه لا يجوز لأحد أن يتولّى قتلهم إلاّ الإمام أو من يأمره الإمام به ^(١) .

٢ - وقول لأبي علي - وهو ابن الجنيد رحمهما الله أحد القديمين - نقله صاحب الجواهر رحمهما الله : من التفصيل بين من أعطاه النبي ﷺ الذمة ولم يغيروا ما شرط عليهم رسول الله ﷺ فديتهم أربعة آلاف درهم ، وبين غيرهم ممن منّ عليهم المسلمون فديتهم ثمانمئة درهم ^(٢) .

٣ - وقول للصدوق رحمهما الله بالتفصيل بين ثلاثة فروض : فرض خروج اليهود والنصارى والمجوس عن شرائط الذمة فتكون ديتهم ثمانمئة درهم ، وفرض التزامهم بما عاهدوا عليه بين المسلمين فديتهم أربعة آلاف ، وفرض دخولهم في عقد وعهد مع الإمام وجعلهم في ذمته مع التزامهم بما عاهدهم عليه وعدم نقضهم لذلك وأدائهم للجزية فديتهم دية المسلم ^(٣) .

مناقشة الأقوال :

ونوقش في هذه الأقوال والتفصيلات جميعاً : بأنّها لا شاهد على شيء منها في الأخبار ، وأنها متعارضة ، وهذه ليست إلاّ جموعاً تبرّعية ؛ فإنّ ما دلّ على أنّ الدية ثمانمئة مطلق ، كما أنّ ما دلّ على أنّه أربعة آلاف درهم أو دية المسلم كذلك أيضاً ، فبأية قرينة يخصّص كل من المتعارضين المطلقين ببعض الحالات ؟ !

(١) النهاية : ٧٤٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٣ : ٤١ .

(٣) انظر : من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٢٤ ، ط - دار التعارف .

وموثقة سماعة المتقدمة لا تدل على كونه دية ، بل هو تعزيز من الحاكم على ارتكاب الحرام - كما تقدم عن الجواهر - أو أن تقييدها الروايات بفرض تعوّد قتل الذمي تقييد بالفرد النادر ، فلا يصار إليه ، وليس جمعاً عرفياً - كما في جامع المدارك ^(١) - فلا بدّ وأن تحمل الروايات المعارضة على التقية ، وتكون دية الذمي ثمانمئة حتى في مورد تعوّد القتل .

ويمكن أن نلاحظ على ما ذكره في جامع المدارك : بأنّ المقصود إن كان عدم إمكان حمل معتبرة سماعة على الفرد النادر فهذا لا معنى له ؛ إذ المفروض دعوى ورودها في هذا الفرض ؛ فليست مطلقة ليراد تخصيصها بالفرد النادر . وإن كان المقصود عدم إمكان إخراج فرض تعوّد القتل عن مطلقات الطائفة الأولى لكونه فرداً غير غالب ، فهذا أيضاً لا وجه له ؛ إذ إخراج الفرد غير الغالب عن المطلق لا إشكال فيه ، وإنما الإشكال في تخصيص العام أو المطلق بالفرد غير الغالب بحيث لا يبقى تحته إلا أفراد نادرة ، وهذا واضح وإن كان المقصود أن الروايات المطلقة التي ذكرت أن دية الذمي أربعة آلاف أو ديته دية المسلم لا يمكن تقييدها بفرض تعوّد القتل لكونه فرضاً غير غالب ، فهذا غايته أنه يوجب سقوط تلك الطائفة عن الحجية ؛ لكونها معارضة للطائفة الأولى ولا يمكن تخصيصها بالفرض غير الغالب ، فتحمل على التقية ، وأمّا موثقة سماعة لماذا تحمل على التقية ؟ ولماذا لا يقيد بها الطائفة الأولى - أي مطلقات أن دية الذمي ثمانمئة درهم - فيخرج من إطلاقها فرض تعوّد القتل كما يريد الشيخ ؟

ويلاحظ على ما قاله صاحب الجواهر من حمل الموثقة على إرادة التعزير من قبل الحاكم :

(١) جامع المدارك ٧ : ٢٢٩ .

بأنّ التعزير يكون حقاً عاماً ، فإذا تصورناه في الغرامة المالية فهي تكون في بيت المال ، بينما الموثقة صريحة في إعطاء المسلم دية كاملة لأهل الذمي المقتول وبعنوان الدية الذي هو حق شخصي لولي الدم ، فحملها على إرادة التعزير على ارتكاب الحرام خلاف الظاهر جداً .

ويمكن أن يلاحظ على قول الشيخ رحمته الله وتفصيله :

أولاً - بأنّ رواية الأربعة آلاف درهم لم تكن معتبرة سنداً ، مضافاً إلى وجود نحو اضطراب في متنها وتعارض بينها وبين رسالة الصدوق في المجوسي ، فهذه الطائفة لا اعتبار بها في نفسها .

وثانياً - بأنّ موثقة سماعة ليست واردة في صورة تعوّد قتل الذمي حتى يقيّد بها الطائفة الأولى ، وإنما تدل على أنّ دية الذمي ينبغي أن تجعل دية المسلم لكي لا يكثر القتل في الذميين ، وفرق بين الأمرين ؛ فإنه تارة يقال : من تعوّد قتل الذمي وجب عليه دفع دية كاملة ، وأخرى يقال : لا بدّ وأن يجعل دية الذمي دية المسلم لكي لا يتعوّد المسلمون على قتل الذميين ؛ فإنّ هذا الأخير معناه أنّ الدية تجعل كذلك قبل التعوّد ومن أول الأمر مطلقاً من أجل تلك المصلحة .

ومن هنا يكون ظاهر حديث سماعة أنّ الحاكم الإسلامي كلّما لاحظ مصلحة حفظ حياة الذميين وشأنهم في بلاد الإسلام كان له أن يجعل ويقرّر دية المسلم على من قتلهم من المسلمين ، ويشهد لذلك التعبير في صدر الحديث : « هذا شيء شديد لا يحتمله الناس » ، والتعبير في ذيل الحديث : « لو أنّ مسلماً غضب على ذمي فأراد أن يقتله ويأخذ أرضه ويؤدّي إلى أهله ثمانمئة درهم إذاً يكثر القتل في الذميين ، ومن قتل ذمياً ظلماً فإنه ليحرم على المسلم أن يقتل ذمياً حراماً ما آمن بالجزية وأداها ولم يجحدها » ^(١) .

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٢١ ، ب ١٤ من ديات النفس ، ح ١ .

وهذا المفاد قريب مما في صحيح زرارة من الطائفة الثالثة : « من أعطاه رسول الله ﷺ ذمة فديته كاملة ... » ^(١) ؛ فإنه يمكن أن يكون المقصود منه أن من أعطي ذمة من قبل النبي ﷺ بما هو ولي أمر وحاكم شرعي - كما فعل في يهود ونصارى جزيرة العرب حيث أعطاهم رسول الله ﷺ الذمة بما هو حاكم ، وكانت الذمة المعطاة لهم ذمة كاملة مؤبدة بحيث يعيشون مع المسلمين كمواطنين أصليين - كانت ديته كاملة أيضاً .

وهذا يعني أن المسألة مربوطة بكيفية عقد الأمان والذمة المعطاة لهم من قبل الحاكم الإسلامي الشرعي ؛ فإن كانت ذمة كاملة - أي على أن تحترم دماؤهم كدماة المسلمين - كانت ديتهم كاملة أيضاً . وبهذا يقيد إطلاق الطائفة الأولى ، وهذا ليس فرداً نادراً ، على أن الميزان في باب الإطلاق والتقييد ملاحظة العنوان لا المصاديق والأفراد الخارجية ، على ما حقق في محله من علم الأصول .

كما أنه جمع عرفي ؛ لأن لسان موثقة سماعة وصحيح زرارة ظاهر في إرادة هذا المعنى ، بل لسان الموثقة لسان الحاكم والناظر إلى روايات الطائفة الأولى ؛ لأنها تسلم وتفترض أن الدية لولا المصلحة التي يراها الإمام إنما هي ثمانمئة درهم ، فهي ناظرة إلى ما في الطائفة الأولى من الروايات لتزيد عليها شيئاً ؛ وهو أنه إذا لاحظ الإمام مصلحة عدم ضياع حقوق أهل الذمة التي أعطيت لهم في عقد الذمة ونحوه كان له أن يغلظ ديتهم ، ويلزم المسلم القاتل للذمي بدفع دية كاملة ، فيكون ذلك بيد الحاكم ومن صلاحياته .

نعم ، مقتضى هذا الاستظهار أن مقدار ذلك أيضاً للإمام والحاكم الشرعي ، فله إذا وجد مصلحة أن يجعل الدية أقل من الدية الكاملة إلى ثمانمئة درهم ، فنحن نوافق

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٢٢١ ، ب ١٤ من ديات النفس ، ح ٣ .

الشيخ رحمه الله فيما قاله من حيث إمكان جعل الإمام للدية أربعة آلاف أو دية كاملة ، أو بين ذلك إلى ثمانمئة درهم ، وأما أقل من ثمانمئة وأكثر من الدية الكاملة فالظاهر من الروايات أنهما حدان شرعيان فلا يمكن تجاوزهما .

إلا أننا لا نوافق في تخصيص هذا الحكم بمن تعود قتل الكافر الذمي ، بل هو مطلق ومن صلاحيات الحاكم الشرعي من أول الأمر ، ولعل لب مقصود الشيخ وأبي علي والصدوق رحمهم الله ذلك أيضاً وإن كانت عباراتهم مختلفة ومغايرة بحسب ظواهرها . ويمكن المصير إلى نفس النتيجة في مسألة قصاص المسلم بالذمي إذا كان متعوداً قتل الذميين - والذي أفتى به المشهور ، بل ادعي عليه الإجماع - فإنه أيضاً يكون من هذا الباب ؛ أي من اختيارات الإمام والحاكم تغليظ الحكم بالقصاص بعد رد فاضل الدية ، كما احتمله صاحب الجواهر رحمهم الله ^(١) مستشهداً بخبر سماعة المتقدم ، فإنه وإن كان ظاهراً في الدية لا القصاص إلا أن ما في ذيله من التعليل وبيان حكمة ذلك وأنه لينكل عن قتل الذميين بعد ضمّه إلى ما ورد في باب القصاص من الروايات المتعارضة الدالّ بعضها على المنع عن قتل المسلم بالذمي ، وبعضها على جواز ذلك بعد رد فاضل الدية ، وبعضها على التفصيل بين فرض التعدد فيقتل وهو صاغر ، وغيره فلا يقتل به .

أقول : من ملاحظة مجموع تلك الروايات ، وضمّ خبر سماعة الوارد في المقام إليها ، ربما يستفاد أن اختيار الحاكم أوسع من تغليظ الدية والقتل قصاصاً إذا كان متعوداً أو كان عدم القصاص يوجب كثرة قتلهم وضياع حقوقهم ، ويستفاد هذا من كلام الصدوق أيضاً في الفقيه ^(٢) .

(١) جواهر الكلام ٤٢ : ١٥٤ .

(٢) انظر : من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٢٤ .

نعم ، ما ذكره الصدوق عليه السلام في الفرض الأول - أي فرض خروج الذمي عن الذمة ونقضه لشروط العقد وغشه للمسلمين وأن ديّتهم ثمانمئة ^(١) - لا يمكن الموافقة عليه بوجه ؛ فإنه قد تقدم أن الكافر غير الذمي ولو كان كتابياً لا ضمان لدمه ، فحاله حال غيره من أهل الكتاب والكفار في خارج بلاد الإسلام ؛ من حيث بطلان ذمتهم وحلّ دمهم وعدم اشتغال ذمة القاتل بالدية له ، وإن كان لا يجوز لأحد تولّي قتلهم إلا بأمر الإمام كما تقدم عن الشيخ في ذيل كلامه المتقدم عن النهاية ، والله العالم بحقيقة الحال .

(١) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٢٤ .

**إرث المسلم من الكافر
وحجبه لورثته الكفار**

يعالج هذا المقال أحد قوانين الارث ، وهو التوارث بين المسلم والكافر
من عدة جهات :

الجهة الأولى - انّ المسلم يرث الكافر دون العكس من غير فرق في
موجبات الارث بين النسب والسبب والولاء ..

الجهة الثانية - هل انّ المسلم وإن بعد يحجب الكافر الحي عن ارث
تركة مورثه الكافر ؟

الجهة الثالثة - هل يحجب المسلم إذا كان الوارث صغيراً ؟
وسيتضح من خلال البحث في الجهتين الثانية والثالثة رجحان القول
بعدم الحجب ..

الجهة الرابعة - انّ بإمكان ولي الأمر أن يلتزم بعدم الحجب لو
اشتراط ضمن عقد الذمة .. وتعدّ هذه المعالجة المطروحة سيّما في
الجهة الرابعة من المعالجات المهمة التي تقدّم حلاً فنياً لبعض الاشكالات
التي قد توجّه لموقف الفقه تجاه غير المسلمين .. (التحرير)

إرث المسلم من الكافر وحجبه لورثته الكفار

استعراض كلمات الفقهاء :

قال المحقق في الشرائع : « ويرث المسلم الكافر ؛ أصلياً أو مرتدّاً . ولو مات كافر وله ورثة كفار ووارث مسلم كان ميراثه للمسلم - ولو كان مولى نعمة أو ضامن جريرة - دون الكافر وإن قرب » ^(١).

وعلق عليه في الجواهر بقوله : « بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المنقول منه نصاً وظاهراً - في محكي الموصليات والخلاف والسرائر والنكت والتنقيح وكشف اللثام - مستفيض » ^(٢).

وقد تطابقت كلمات الفقهاء من أصحابنا - رضوان الله عليهم - على ذلك ، وإليك جملة من عباراتهم :

قال في المقنعة : « باب مواريث أهل الملل المختلفة والاعتقادات المتباينة : ويرث أهل الإسلام بالنسب والسبب أهل الكفر والإسلام . ولا يرث كافر مسلماً على حال ؛ فإن ترك اليهودي أو النصراني أو المجوسي ابناً مسلماً وابناً على ملته

(١) شرائع الإسلام ٤ : ١٢ ، ط - النجف .

(٢) جواهر الكلام ٣٩ : ١٦ .

فميراثه عند آل محمد ﷺ لابنه المسلم دون الكافر. ولو ترك أخاً مسلماً وابناً كافراً حجب الأخ المسلم الابن عن الميراث، وكان أحق به من الابن الكافر، وجرى الابن الكافر بكفره مجرى الميت في حياة أبيه أو القاتل الممنوع بجنايته من الميراث»^(١).

وقال في الانتصار: «ومما انفردت به الإمامية عن أقوال باقي الفقهاء - في هذه الأزمان القريبة وإن كان لها موافق متقدم الزمان - القول: بأن المسلم يرث الكافر وإن لم يرث الكافر المسلم»^(٢).

وقال في الناصريات: «نحن نرث المشركين ونحجبهم. هذا صحيح، وإليه يذهب أصحابنا. وروي القول بمثل مذهبنا عن معاوية بن أبي سفيان ومعاذ ومحمد بن الحنفية ومسروق وعبد الله بن معقل المزني وسعيد بن المسيب. وخالف باقي الفقهاء في ذلك وقالوا: إن المسلم لا يرث الكافر والكافر لا يرث المسلم. دليلنا على صحة ما ذهبنا إليه: الإجماع المتردد...»^(٣).

وقال في النهاية: «وإذا خلف الكافر وارثاً مسلماً - ولدأً كان أو والدأً أو ذا رحم، قريباً كان أو بعيداً، ذكراً كان أو أنثى، أو زوجاً أو زوجة - ولم يخلف غيره كان المال له. فإن خلف مع المسلم - كائناً من كان - وارثاً كافراً قريباً أو بعيداً أو زوجاً أو زوجة، كان الميراث للوارث المسلم دون الكافر»^(٤).

ومثله عبارة ابن البراج في المهذب^(٥). وفي الكافي في الفقه: «ولا يرث الكافر المسلم وإن اختلفت جهات كفره وقرب نسبه، ويرث المسلم الكافر وإن بعد

(١) المقنعة: ٧٠٠.

(٢) الانتصار: ٥٨٧، المسألة ٣٢٣.

(٣) الناصريات: ٤٢١، المسألة ١٩٧.

(٤) النهاية: ٦٦٥، باب توارث أهل الملتين.

(٥) المهذب ٢: ١٥٨.

نسبه كابن خال مسلم لموروث مسلم أو كافر له ولد كافر يهودية أو نصرانية أو جبر أو تشبيه أو جحد نبوة أو إمامة ، ميراثه لابن خاله المسلم دون ولده الكافر»^(١) .
وظاهره إلحاق كل من يحكم بكفره واقعاً وإن كان منتحلاً للإسلام ظاهراً بالكافر في هذا الحكم ، وهو مخالف مع فتاوى فقهاءنا الآخرين .

قال الشيخ في النهاية : « والمسلمون يتوارث بعضهم من بعض وإن اختلفوا في الآراء والديانات ؛ لأنّ الذي به تثبت الموارثة إظهار الشهادتين والإقرار بأركان الشريعة »^(٢) . وفي الغنية : « قد بينا فيما سبق أنّ الكافر لا يرث المسلم ، فأما المسلم فإنّه يرث الكافر عندنا وإن بعد نسبه . ويدل على ذلك الإجماع الماضي ذكره وظاهر آيات الميراث ؛ لأنّه إنّما يخرج من ظاهرها ما أخرجه دليل قاطع ... وإذا كان للكافر أولاد أصاغر وقراة مسلم أنفق عليهم من التركة حتى يبلغوا ، فإن أسلموا فالميراث لهم ، وإن لم يسلموا كان لقرايته المسلم »^(٣) .

وفي الوسيلة : « وإن مات الكافر لم يخل من ثلاثة أوجه : إمّا يكون وارثه كافراً ، أو مسلماً ، أو كلاهما . فالأول يكون ميراثه للكافر ، والثاني يكون للمسلم ، والثالث كذلك . وإن كان الكافر أقرب من المسلم - وإن كان مكان ذي القرابة مولى نعمة - فكذلك . وإن خلف ولداً طفلاً من أمّ مسلمة كان ميراثه له ؛ لأنّ الولد يلحق بأشرف الأبوين ، فإذا بلغوا وأسلموا أخذوا المال ، وإن لم يسلموا قهروا عليه ، فإن أبوا قتلوا وكان ميراثهم لو ارثهم المسلم ، فإن لم يكن له وارث مسلم كان لبيت المال »^(٤) .

(١) الكافي في الفقه : ٣٧٤ .

(٢) النهاية : ٦٦٦ ، باب توارث أهل الملتين .

(٣) غنية النزوع : ٣٢٨ - ٣٢٩ .

(٤) الوسيلة : ٣٩٥ ، توارث أهل ملتين .

وقال في السرائر: «فصل: قد بينّا فيما مضى أنّ الكافر لا يرث المسلم، فأما المسلم فإنّه يرث الكافر عندنا وإن بُعد نسبه، ويحجب من قرب عن الميراث، بلا خلاف بيننا»^(١).

وقال في الجامع للشرائع: «فإن خلف الكافر وارثاً مثله وآخر مسلماً، ورثه المسلم وإن كان أبعد من الكافر»^(٢).

وقال في القواعد: «ولو خلف الكافر ورثة كفاراً ورثوه، ولو كان معهم مسلم كان الميراث كله له سواء قرب أو بعد، حتى إنّ مولى النعمة بل ضامن الجريرة المسلم يمنع الولد الكافر من ميراثه من أبيه الكافر، والإمام لا يمنع الولد من الإرث. ولو كان مع الولد الكافر زوجة مسلمة فإن قلنا بالردّ فلا بحث، وإلا فأقوى الاحتمالات أنّ للزوجة الثمن والباقي للولد، ثمّ الربع فالباقي له، أو لها أو للإمام»^(٣).

وقال في تحرير الوسيلة: «لو مات الكافر - أصلياً أو مرتدّاً عن فطرة أو ملّة - وله وارث مسلم وكافر ورثه المسلم كما مرّ، وإن لم يكن له وارث مسلم بل كان جميع ورثته كفاراً يرثونه على قواعد الإرث، إلا إذا كان مرتدّاً فطرياً أو ملّياً فإنّ ميراثه للإمام عليه السلام دون ورثته الكفار»^(٤).

وقال في منهاج الصالحين: «المسلم يرث الكافر ويمنع من إرث الكافر للكافر، فلو مات كافر وله ولد كافر وأخ مسلم أو عم مسلم أو معتق أو ضامن جريرة ورثه، ولم يرثه الكافر... هذا إذا كان الكافر أصلياً، أمّا إذا كان مرتدّاً عن ملّة أو فطرة فالمشهور أنّ وارثه الإمام، ولا يرثه الكافر، وكان بحكم المسلم.

(١) السرائر ٣: ٢٦٦.

(٢) الجامع للشرائع: ٥٠٢، مانعية الكفر.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٣٤٤، ط - جماعة المدرسين.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٣٢٧، المسألة ١، ط - جماعة المدرسين.

ولكن لا يبعد أن يكون المرتد كالكافر الأصلي ولا سيما إذا كان ملياً»^(١).
ومن هذا العرض يظهر أن أصل الحكم بعدم إرث الكافر من الكافر مع وجود وارث له مسلم وإن بعد نسبه، محل وفاق وإجماع بين فقهاءنا. خلافاً للعامة حيث ذهب معظمهم إلى عدم إرث المسلم من الكافر، فضلاً عن حجبه لإرث الكافر منه.
جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: «ذهب جمهور الفقهاء - وهو قول أبي طالب من الحنابلة وقول علي وزيد بن ثابت وأكثر الصحابة - إلى أن الكافر لا يرث المسلم حتى ولو أسلم قبل قسمة التركة؛ لأن الموارث قد وجبت لأهلها بموت المورث، وسواء أكان الارتباط بين المسلم والكافر بالقرابة أم بالنكاح أم بالولاء. وذهب الإمام أحمد إلى أنه إن أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث، لقوله ﷺ: «من أسلم على شيء فهو له»، ولأن في توريثه ترغيباً في الإسلام، كما ذهب إلى أن الكافر يرث عتيقه المسلم. وذهب جمهور الفقهاء أيضاً إلى أن المسلم لا يرث الكافر. وذهب معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان والحسن ومحمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين ومسروق إلى أن المسلم يرث الكافر. استدلت الأئمة الأربعة على مذهبهم بقوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملل شتى»^(٢) ولقوله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»^(٣). واستدل القائلون بتوريث المسلم من الكافر بقوله - عليه الصلاة والسلام -: «الإسلام يعلو ولا يعلى»^(٤)، ومن العلو أن يرث المسلم الكافر.

وفسر المانعون الحديث بأن نفس الإسلام هو الذي يعلو؛ على معنى أنه إن

(١) منهاج الصالحين (للإمام الخوئي) ٢: ٣٥٢، المسألة ١٧٠٩.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٨٥، ط - المطبعة الأنصارية.

(٣) صحيح البخاري ٨: ١٩٤.

(٤) سنن البيهقي ٦: ٢٠٥، ط - دائرة المعارف العثمانية.

ثبت الإسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر فإنه يثبت ويعلو . أو أن المراد العلو بحسب الحجة أو بحسب القهر والغلبة ؛ أي النصر في العاقبة للمسلمين «^(١) .
وبعد أن اتضح الموقف الفقهي من هذه المسألة ، نورد البحث عنها في الجهات التالية :

- ١ - إرث المسلم من الكافر .
- ٢ - حجب الوارث المسلم للوارث الكافر .
- ٣ - عدم الحجب إذا كان الوارث صغيراً .
- ٤ - إمكان منع الحجب من قبل إمام المسلمين ضمن عقد الذمة وعدمه .

١ - إرث المسلم من الكافر

ويمكن الاستدلال عليه بوجوه :

الوجه الأول : إجماع الطائفة وتسالمهم عليه - كما ظهر من استعراض كلماتهم - وثبوت أدلة واستدلالات أخرى في كلماتهم على الحكم المذكور بل وجود روايات عن المعصومين عليهم السلام تدل عليه لا يقدح في الإجماع المذكور ، ولا يجعله مدركياً ؛ لأنّ لحن كلمات فقهاءنا القدماء ، وتصريحهم بأنّ المسألة مما انفردت به الإمامية وأجمعت عليه ، أو أنّه حكم آل محمد عليهم السلام ، مع كون المسألة محل اختلاف منذ القديم بين المذهبين ، وإقرار كلا الطرفين في كتبهم بأنّ قول عليّ والحسن وزين العابدين عليهم السلام مخالف مع جمهور العامة . كل هذه القرائن والنكات توجب الاطمئنان بأنّ هذا الحكم كان واضحاً مسلماً عند الطائفة ومعلوم من موقف مذهبنا حتى عند العامة ، فضلاً عن الخاصة . فمثل هذا الإجماع لا إشكال في كشفه الجزمي عن رأي المعصوم عليه السلام ، فيكون أقوى الحجج في المسألة .

(١) الموسوعة الفقهية (الكويتية) ٣ : ٢٤ - ٢٥ ، مصطلح : إرث - ١٨ .

الوجه الثاني : إنه مقتضى القاعدة ، وهي العمومات من الكتاب والسنة ؛ حيث دلّت على ثبوت الميراث بأسبابه ، وهو يعم الكافر والمسلم ، خرج من عمومه أنّ الكافر لا يرث المسلم ، بالأدلة الخاصة وبالإجماع بل الضرورة من الدين ، فيبقى غيره تحت العموم .

قال المرتضى رحمته الله في الانتصار : « دليلنا بعد إجماع الطائفة المتردد ، جميع ظواهر آيات الموارث ؛ لأنّ قوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين... ﴾ ^(١) يعم الكافر والمسلم ، وكذلك آية ميراث الأزواج والزوجات والكلالة . وظواهر هذه الآيات كلها تقتضي أنّ الكافر كالمسلم في الميراث ، فلمّا أجمعت الأمة على أنّ الكافر لا يرث المسلم أخرجناه بهذا الدليل الموجب للعلم ، وبقي ميراث المسلم للكافر تحت الظاهر كميراث المسلم للمسلم .

ولا يجوز أن يرجع عن هذا الظاهر بأخبار الآحاد التي يروونها ؛ لأنّها توجب الظن ولا يُخصّص بها ، ويرجع عما يوجب العلم من ظواهر الكتاب ؛ ولأنّ أكثرها مطعون على روايته مقدوح فيهم ؛ ولأنّها معارضة بأخبار كثيرة يرويها أيضاً مخالفونا وتوجد في كتبهم ؛ ولأنّ أكثرها له تأويل يوافق مذهبنا .

وتفصيل هذه الجملة أنّ مخالفنا في هذه المسألة يعول على خبر يرويه الزهري عن علي بن الحسين عليهما السلام ، عن عمرو بن عثمان بن عفان ، عن أسامة ابن زيد أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ^(٢) . وعن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « إنه لا يتوارث أهل ملتين » ^(٣) . وعن عامر الشعبي عن النبي صلى الله عليه وآله نحوه ^(٤) .

(١) النساء : ١١ .

(٢) صحيح البخاري ٨ : ١٩٤ .

(٣) سنن البيهقي ٦ : ٢١٨ .

(٤) سنن الدارمي ٢ : ٣٦٩ .

وعن الزهري عن سعيد بن المسيّب قال : مضت السنّة ألا يرث المسلم الكافر . ولم يورث عمر بن الخطاب الأشعب بن قيس عن عمّته اليهودية ^(١) .

وقال الزهري : كان المسلم لا يرث الكافر في عهد النبي ﷺ وعهد أبي بكر وعمر وعثمان . فلما ولي معاوية ورّث المسلم من الكافر ، وأخذ بذلك الخلفاء حتى قام عمر بن عبد العزيز فراجع السنّة الأولى . وكل هذه الأخبار إذا سلمت من القدوح والجروح إنّما توجب الظن دون العلم اليقين . ولا يجوز أن يُرجع بها ولا بشيء منها عما يوجب العلم من ظواهر كتاب الله تعالى .

فأمّا خبر أسامة فمقدوح فيه ؛ لأنّ أسامة تفرد به عن النبي ﷺ ، وتفرد به أيضاً عنه عمرو بن عثمان ، وتفرد به علي بن الحسين ﷺ عن عمرو ، وتفرد به الزهري عن علي بن الحسين ﷺ ، وتفرد الراوي بالحديث مما يوهنه ويضعفه لوجوه معروفة . وقد روى هذا الحديث بعينه الزهري فقال : عن عمرو بن عثمان ، ولم يذكر علي ابن الحسين ﷺ . واختلاف الرواية أيضاً فيه مما يضعفه ، ومما يضعف هذا الخبر أنّ علي بن الحسين ﷺ كان يورث المسلم من الكافر بلا خلاف ، فلو روى فيه سنّة لما خالفها .

وروى أحمد بن حنبل عن يعقوب ، عن أبيه ، عن صالح ، عن الزهري : أنّ علي ابن الحسين ﷺ أخبره أنّ عثمان بن عفان وأسامة بن زيد قالوا : لا يرث المسلم الكافر ^(٢) ، من غير أن يسنداه إلى النبي ﷺ . وهذا الاختلاف والاضطراب في رواية الخبر دالّان على ضعفه . وأمّا حديث عمرو بن شعيب فإنّ الحفاظ لا يشبّونه عن النبي ﷺ ، ويذكرون أنّه من قول عمر بن الخطاب ، وعمرو بن شعيب مضعّف عند أصحاب الحديث .

(١) الموطأ ٢ : ٥١٩ ، ح ١٢ .

(٢) انظر : مسند أحمد ٥ : ٢٠ .

ومما يوهنه أيضاً تفردّه عن أبيه ، وتفرد أبيه عن جده ، وتفرد جدّه به عن النبي ﷺ . وعمر بن شعيب ما لقي عبد الله بن عمر الذي هو جدّه ، وإنما يرسل عنه . وأما خبر الشعبي عن النبي ﷺ فهو مرسل .

وقول سعيد بن المسيب : إنه سنّة ، لا حجة فيه ؛ لأنّ ذلك خبر عن اعتقاده ومذهبه . ويجوز أن يريد به أنّه من سنن عمر بن الخطاب لا النبي - عليه وآله السلام - وما يستنه غير النبي - عليه وآله السلام - ممن ذكرناه يجوز أن يكون خطأ كما يجوز أن يكون صواباً .

وكان مذهب سعيد بن المسيّب تورث المسلم من الكافر ، فكيف يجوز أن يكون عنده في خلاف ذلك سنّة ؟ ! على أنّ هذه الأخبار معارضة مقابلة بما يرويه مخالفونا ويوجد في كتبهم ؛ مثل الخبر الذي يرويه عمر بن أبي حكيم عن عبد الله ابن بريدة أنّ أخوين اختصما إلى يحيى بن يعمر - يهودي ومسلم - فوزّث المسلم منهما .

وقال : حدّثني أبو الأسود الدؤلي أنّ رجلاً حدّثه أنّ معاذاً قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الإسلام يزيد ولا ينقص » ، فوزّث المسلم ^(١) . ونظائر هذا الخبر موجودة كثيرة في رواياتهم ، فأما روايات الشيعة في ذلك فمما لا يحصى .

وأما الخبر المتضمن لنفي التوارث بين أهل ملتين ^(٢) فنحن نقول بموجبه ؛ لأنّ التوارث تفاعلٌ ، وهو مقتضى أن يكون كل واحد منهما يرث صاحبه ، وإذا ذهبنا إلى أنّ المسلم يرث الكافر والكافر لا يرثه ^(٣) فما أثبتنا بينهما توارثاً ^(٤) .

(١) سنن أبي داود ٣ : ١٢٦ ، ح ٢٩١٢ .

(٢) انظر : وسائل الشيعة ٢٦ : ١٢ ، ب ١ من موانع الإرث ، ح ٤ وغيره . ط - مؤسسة آل البيت (ع) .

(٣) انظر : المصدر السابق : ١١ ، ح ٢ .

(٤) الانتصار : ٥٨٨ - ٥٩١ .

وقد نقل هذا الحديث في رواياتنا عن المعصومين عليهم السلام أيضاً ، ولكن فسّر في نفس الروايات بما يرجع إلى ما ذكره السيد عليه السلام ، على ما سيأتي تفصيله في الوجه القادم .

الوجه الثالث : الروايات الخاصة ، فإنّ هناك مجموعة من الروايات قد تبلغ حد الاستفاضة دلّت على أنّ المسلم يرث من الكافر ^(١) .

منها - صحيح أبي ولّاد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « المسلم يرث امرأته الذمية ، وهي لا ترثه » ^(٢) .

ومنها - رواية الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المسلم يحجب الكافر ويرثه ، والكافر لا يحجب المسلم ولا يرثه » ^(٣) . والحسن بن صالح بترى لم يثبت توثيقه .

ومنها - معتبرة أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يرث الكافر المسلم ، وللمسلم أن يرث الكافر ، إلّا أن يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء » ^(٤) .

والتعبير في هذه الرواية بأن « للمسلم أن يرث الكافر » فيه دلالة على أنّ له أن يرث إذا تمت له شرائط الإرث ، وهذا قد يشعر بعدم حجب المسلم للكافر إذا كان المورث كافراً وكان أقرب من المسلم في طبقة الإرث .

ومنها - رواية عبد الرحمان بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام في النصراني يموت وله ابن مسلم ، أيرثه ؟ قال : « نعم ، إنّ الله عزوجل لم يزدنا بالإسلام إلّا عزّاً ، فنحن نرثهم وهم لا يرثونا » ^(٥) .

(١) انظر : وسائل الشيعة ٢٦ : ١٢ ، ب ١ من موانع الإرث ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ١١ ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق : ح ٢ .

(٤) المصدر السابق : ١٢ ، ح ٣ .

(٥) المصدر السابق : ح ٤ .

والرواية بسند الصدوق فيها محمد بن سنان^(١)، وبسند الكليني^(٢) والشيخ^(٣) فيها موسى بن بكر، وهو الواسطي الذي في توثيقه كلام، والصحيح وثاقة الرجل؛ لنقل صفوان بن يحيى وابن أبي عمير عنه، بل شهد صفوان بأن كتابه مما لا يختلف فيه أصحابنا. إلا أنه في سند الكليني عبد الله بن أعين لا عبد الرحمان، وكذلك في سند الشيخ بنقل التهذيب لا الاستبصار^(٤)، والظاهر أن هذا سهو؛ إذ لا وجود لعبد الله بن أعين لا في الرجال ولا في الأسانيد، فالصحيح أنه عبد الرحمان، كما يشهد له ما يأتي في سند الصدوق^(٥).

ومنها - روايته الأخرى عن أبي عبد الله^(٦) قال: «لا يتوارث أهل ملتين نحن نرثهم ولا يرثونا؛ إن الله عز وجل لم يزدنا بالإسلام إلا عزاً»^(٧). وقد رواها الصدوق^(٨)، وفي السند موسى بن بكر أيضاً^(٩)، ولعلها نفس الرواية الأولى.

ومنها - معتبرة سماعة عن أبي عبد الله^(١٠)، قال: سألته عن المسلم هل يرث المشرك؟ قال: «نعم، فأما المشرك فلا يرث المسلم»^(١١).

ومنها - معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر^(١٢)، قال: سمعته يقول: «لا يرث اليهودي والنصراني المسلم، ويرث المسلمون اليهود والنصارى»^(١٣).

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٣، ح ٧٨٠.

(٢) الكافي ٧: ١٤٣، ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ٣٦٦، ح ١٣٠٥.

(٤) الاستبصار ٤: ١٩٠، ح ٧٠٩.

(٥) وسائل الشيعة ٢٦: ١٣، ب ١ من موانع الإرث، ح ٦.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٤، ح ٧٨٢.

(٧) وسائل الشيعة ٢٦: ١٣، ب ١ من موانع الإرث، ح ٥.

(٨) المصدر السابق: ح ٧.

ومنها - معتبرة جميل وهشام - جميعاً - عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال - فيما روى الناس عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : « لا يتوارث أهل ملتين » - قال : « نرثهم ولا يرثونا ؛ إن الإسلام لم يزد في حقّه إلا شدة » ^(١) . وفي نقل الشيخ رحمته : « لم يزد إلا عزّاً في حقّه » ^(٢) .

ومنها - رواية أبي العباس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « لا يتوارث أهل ملتين ؛ يرث هذا هذا ، ويرث هذا هذا ، إلا أن المسلم يرث الكافر ، والكافر لا يرث المسلم » ^(٣) .

وأبو العباس هو البقباقي الثقة ، والراوي عنه في هذه الرواية قاسم بن عروة ، وتوثيقه محل بحث بين الأعلام . والأرجح وثاقته ؛ لنقل ابن أبي عمير والبرزنجي عنه في أسناد صحيحة - بناءً على كفاية ذلك في التوثيق - على أن في كتاب المسائل الصاغانية المنسوب للمفيد رحمته التصريح بوثاقته ^(٤) ، فبناءً على صحة انتساب هذا الكتاب إلى المفيد رحمته يثبت توثيقه بذلك أيضاً ؛ فالرواية معتبرة سنداً .

ومنها - رواية مالك بن أعين وعبد الملك بن أعين - جميعاً - عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألت عن نصراني مات وله ابن أخ مسلم وابن أخت مسلم وله أولاد وزوجة نصارى ؟ فقال : « أرى أن يعطى ابن أخيه المسلم ثلثي ما تركه ، ويعطى ابن أخته المسلم ثلث ما ترك إن لم يكن له ولد صغار ... » ^(٥) . وهي وإن كانت تدل على تفصيل فيما إذا كان للميت الكافر ولد صغار - وسيأتي البحث عنه

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٥ ، ب ١ من موانع الارث ، ح ١٤ .

(٢) تهذيب الأحكام ٩ : ٣٦٥ ، ح ١٣٠٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٥ ، ب ١ من موانع الارث ، ح ١٥ .

(٤) معجم رجال الحديث للسيد الخوئي ١٥ : ٣٢ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٨ ، ب ٢ من موانع الارث ، ح ١ .

في جهة قادمة - إلا أن صدرها صريح في إرث المسلم من الكافر، بل وحجبه للوارث الكافر. ومثلها مرفوعة ابن رباط عن أمير المؤمنين عليه السلام: «لو أن رجلاً ذمياً أسلم وأبوه حي ولأبيه ولد غيره ثم مات الأب، ورثه المسلم جميع ماله، ولم يرثه ولده ولا امرأته مع المسلم شيئاً» ^(١).

ومنها - رواية ينقلها الصدوق بإسناده عن أبي الأسود الدؤلي: أن معاذ بن جبل كان باليمن فاجتمعوا إليه وقالوا: يهودي مات وترك أخاً مسلماً؟ فقال معاذ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الإسلام يزيد ولا ينقص»، فورث المسلم من أخيه اليهودي ^(٢).

إلا أن هذه الرواية لا ظهور فيها في صدور الحكم بإرث المسلم من الكافر من قبل النبي ﷺ، وإنما المنقول عنه ﷺ كبرى أن «الإسلام يزيد ولا ينقص»، وقد طبقها معاذ بن جبل في المقام بهذا النحو، فاستنبط منها إرث المسلم من الكافر. ومثله ما ينقله الشيخ الصدوق رحمته الله في المقام - وقد نقله عنه في الوسائل أيضاً - من أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام؛ فالإسلام يزيد المسلم خيراً ولا يزيده شراً» ^(٣)، أو «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» ^(٤).

فالاستدلال بمثل هذه الروايات على الحكم في المقام مبني على استظهار العلو والزيادة والخير حتى بلحاظ الإرث، وهو غير واضح. على أن هذه الروايات مرسلة، وفي غيرها من الروايات المتقدمة والصريحة في إرث المسلم من الكافر كفاية؛ لصحة جملة منها ولبلوغ مجموعها حد الاستفاضة.

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٤ ب ٥ من موانع الإرث، ح ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٣، ح ٧٧٩. وسائل الشيعة ٢٦: ١٤، ب ١ من موانع الإرث، ح ٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢٦: ١٤، ب ١ من موانع الإرث، ح ١٠.

(٤) المصدر السابق: ح ١١.

الروايات المعارضة ومناقشتها :

وفي قبال تلك الروايات توجد عدة روايات قد يدعى مخالفتها بالإطلاق أو بالصراحة مع ما تقدم .

فمن الأول روايتان :

إحدهما - معتبرة حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته : يتوارث أهل ملتين ؟ قال : « لا » ^(١) .

والثانية - رواية علي بن جعفر في قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام ، قال : سألته عن نصراني يموت ابنه وهو مسلم ، هل يرث ؟ فقال : « لا يرث أهل ملة » ^(٢) .

إلا أن الرواية الأولى - والمعتبرة - لا ظهور لها في أكثر من عدم التوارث من الطرفين معاً ، فلا ينافي إرث المسلم من الكافر فقط . ولو فرض ظهور لها في النفي من الطرفين فهو كالظهور الإطلاقي القابل للتقييد ؛ بصراحة الروايات المتقدمة الدالة على أن المنع إنما هو من طرف إرث الكافر من المسلم لا العكس . على أن مثل رواية أبي العباس المتقدمة قد فسرت التوارث بالتوارث من الطرفين ، فتكون قرينة مفسرة وشارحة للمراد من عدم توارث أهل ملتين .

وأما الرواية الثانية ، فهي مضافاً إلى ضعف سندها بعبد الله بن الحسن ، مورد السؤال فيها إرث الأب الكافر من ابنه المسلم والذي لا إشكال في منعه . وأما استفادة الإطلاق لطرف العكس فمبني على أن يكون المراد من قوله عليه السلام : « لا يرث أهل ملة » أن أي ملة لا يرثه من ملة أخرى ، فيشمل بإطلاقه إرث المسلم من الكافر أيضاً . وفي هامش الوسائل أن الموجود في المصدر - أي قرب الإسناد - :

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٦ ، ب ١ من موانع الارث ، ح ٢٠ .

(٢) المصدر السابق : ١٨ ، ح ٢٤ .

« لا يرث أهل ملّة ملّة » ، فلو تم هذا لكان بحكم الإطلاق القابل للتقييد بما تقدّم في الروايات من التصريح بإرث المسلم من الكافر .
ومن الثاني عدّة روايات :

منها - معتبرة جميل ومحمّد بن حمران ، عن أبي عبد الله عليه السلام - في الزوج المسلم واليهودية والنصرانية - أنّه قال : « لا يتوارثان » ^(١) .

إلا أنّ هذه الرواية وإن كانت واردة في السؤال عن خصوص الزوج المسلم والزوجة الكافرة ، إلا أنّ التعبير الواقع في جواب الإمام عليه السلام نفى التوارث من الطرفين ، فتكون كرواية حنان المتقدمة .

ومنها - رواية حنان عن أمي الصيرفي - أو بينه وبينه رجل - عن عبد الملك بن عمير القبطي ، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال للنصراني الذي أسلمت زوجته : « بضعها في يدك ، ولا ميراث بينكما » ^(٢) .

وهي - مضافاً إلى ضعف سندها أيضاً - قابلة للحمل على الميراث من الطرفين لا من طرف واحد ؛ بقرينة الروايات المتقدمة الصريحة ، ولو فرض ظهورها في عدم إرث الزوجة المسلمة من زوجها الكافر أيضاً كانت كالرواية القادمة .

ومثلها مرسلة الصدوق في المقنع قال : قال أبو عبد الله عليه السلام - في الرجل النصراني تكون عنده المرأة النصرانية فتسلم أو يسلم ثم يموت أحدهما ؟ - قال : « ليس بينهما ميراث » ^(٣) .

ومنها - معتبرة عبد الرحمان البصري قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام - في نصراني اختارت زوجته الإسلام ودار الهجرة - : أنّها في دار

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٧ ، ح ٢١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢٢ .

(٣) المصدر السابق : ١٤ ، ح ١٢ .

الإسلام لا تخرج منها ، وأنّ بضعها في يد زوجها النصراني ، وأنّها لا ترثه ولا يرثها»^(١).

وهذه الرواية صريحة في عدم إرث الزوجة المسلمة من زوجها النصراني ، فلا يمكن حملها على ما تقدم ، بل قد يقال : إنّ مقتضى صناعة الجمع العرفي تخصيص الروايات المتقدمة - الدالة على إرث المسلم من الكافر - بغير الزوجة ؛ لأنّ دلالة تلك الروايات وشمولها لكل وارث مسلم حتى الزوجة إنّما تكون بالإطلاق أو بالصراحة ، بينما هذه الرواية واردة في خصوص الزوجة المسلمة .

وأصرح من هذه الرواية في التخصيص والتفصيل معتبرة عبد الرحمان بن أعين قال : قال أبو جعفر عليه السلام : « لا نزداد بالإسلام إلّا عزّاً ؛ فنحن نرثهم ولا يرثونا ، هذا ميراث أبي طالب في أيدينا ، فلا نراه إلّا في الولد والوالد ، ولا نراه في الزوج والمرأة »^(٢) . فإنّها - على تقدير صدورها - صريحة في التفصيل واختصاص الحكم بإرث المسلم من الكافر بغير الزوج والمرأة ، بل باختصاص ذلك بالولد والوالد فقط .

اللهم إلّا أن يراد بالولد والوالد - بقرينة المقابلة مع الذيل - النسب في قبال السبب ، وفيه تأمل .

إلّا أنّ الذي يضعف صدور هذه الرواية أو يوجب تأويلها ما في ظاهر ذيلها من الدلالة على كفر أبي طالب .

وفي الوسائل بعد نقل الحديث : « قال الشيخ : الاستثناء الذي في هذا الخبر للزوج والزوجة متروك بإجماع الطائفة .

أقول : يمكن أن يراد بالميراث في آخره : الشرف ونحوه ، ويبقى التعليل

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٧ ، ب ١ من موانع الإرث ، ح ٢٣ .

(٢) المصدر السابق : ١٦ ، ح ١٩ .

مجازياً ، ومثله كثير» (١).

وما ذكره صاحب الوسائل من التأويل واضح الضعف ، ولا يصح في المقام هذا النحو من الجمع . والتحقيق أن يقال : بأن هاتين الروایتين ساقطتان عن الحجية ، وذلك :

أولاً - لأن في الروایات المتقدمة ما هو صريح في إرث الزوج من زوجته الذميمة - كما في صحيح أبي ولّاد - فلا يمكن استثناء الزوج المسلم ، وبعد التعارض والتساقط يرجع إلى مطلقات « نحن نرثهم » .

وثانياً - أنّ التعليل الوارد في الروایات المتقدمة - من أنّ الإسلام لا يزيده إلّا عزّاً - لا فرق فيه بين وارث مسلم وغيره ؛ فيكون الحكم المذكور في تلك الروایات كالأبي عن التخصيص ، وتكون الروایتان بحكم المعارض مع تلك الروایات لا المخصّص لها ، فتحمل الروایتان على التقية ؛ لموافقتهما مع العامة .

وثالثاً - إعراض المشهور عنهما ، بل لعل إجماع الطائفة على خلافهما . وهذا إن لم يوجب القطع بصدورهما تقية فلا أقل من كونه قرينة قوية على وجود خلل فيهما أو تأويل لمفادهما ، فتسقطان عن الحجية بناءً على كبرى سقوط خبر الثقة في مثل هذه الموارد عن الحجية .

وهكذا يتضح - في الجهة الأولى من الجهات المتقدمة - أنّ المسلم يرث الكافر بلا شبهة ولا إشكال ، من غير فرق في موجبات الإرث بين النسب والسبب والولاء ؛ لأنّ هذا هو مقتضى إطلاق قولهم ﷺ : « نحن نرثهم » ، خصوصاً مع التعليل بأنّ « الإسلام يزيده ولا ينقصه شيئاً » ؛ فإنّه يعمّ تمام موجبات الإرث ، وإن كل ما كان موجباً للإرث لا يمكن أن يمنع عنه من جهة الإسلام .

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ١٦ ، ب ١ من موانع الإرث ، ذيل الحديث ١٩ .

٢ - حجب الوارث المسلم وإن بعد

للوارث الكافر عن الإرث

والبحث هنا فيما إذا كان المورث كافراً ، أمّا إذا كان مسلماً وكان له وارث مسلم ووارث كافر ، فعدم إرث الكافر شيئاً ليس من باب حجب الوارث المسلم بالدقة ، بل من جهة أنّ الكافر لا يرث المسلم ؛ ولهذا لو لم يكن له وارث مسلم أيضاً لم يرثه الكافر بل ورثه الإمام عليه السلام .

ويمكن أن يستدل على هذا الحكم بأمور :

الأمر الأول : الإجماع المتقدم ، فإنّ المستظهر بل المصرّح به في كلمات الفقهاء إرث المسلم من الكافر ، وحجبه أيضاً لورثته الكفار عن الإرث وإن كانوا أقرب في الطبقة . نعم ، قيد ذلك بغير الإمام والزوجة ، فالإمام لا يحجب بل لا يرث من الكافر مع وجود وارث كافر له ، كما أنّ الزوجة المسلمة لا تحجب الورثة الكفار بناءً على عدم الردّ عليها .

وهذا الإجماع وإن كان مستظهِراً من عبارات الفقهاء ، كالإجماع والتسالم على المسألة السابقة - وهي إرث المسلم من الكافر - إلّا أنّه هناك أوضح وأجلى منه هنا . بمعنى : أنّ مسألة إرث المسلم من الكافر وأنّ إسلامه لا يزيده إلّا عزّاً ولا ينقصه شيئاً ، من قبيل ضروريات مذهبنا ؛ لما تقدمت الإشارة إليه من أنّ هذه المسألة كانت مطروحة ومحل أخذ وردّ وجدال بين مذهبنا وبين العامة ؛ حيث ذهب جمهورهم إلى عدم إرث المسلم من الكافر ، وأمّا مسألة الحجب للوارث الكافر فلم تكن مطروحة من قبل العامة ، ولم ينقل عن أحد منهم . فالتشكيك في مدرّكية هذا الإجماع في المقام وأنّ مستنده لدى الفقهاء لعله الاستناد إلى الروايات ، متّجه .

الأمر الثاني - التمسك بإطلاق ما دلّ على أنّ المسلم يحجب الكافر، الوارد في رواية الحسن بن صالح المتقدمة: «المسلم يحجب الكافر ويرثه، والكافر لا يحجب المسلم ولا يرثه»^(١)؛ فإنّه مطلق صادق على المسلم الوارث من المسلم الذي له ورثة كفار، والوارث من الكافر الذي له ورثة كفار. وقد تمسك بهذا الاستدلال جملة من الفقهاء. إلّا أنّ في النفس منه شيئاً؛ لأنّ الحديث افترض المورث كافراً بقوله ﷺ: «ويرثه»؛ مما يعني أنّ قوله ﷺ أولاً: «المسلم يحجب الكافر» لم يفرض فيه المورث كافراً بل مسلماً.

وبعبارة أخرى: حجب المسلم للكافر عن مورثه الكافر فرع أن يثبت في المرحلة السابقة أصل إرثه منه، وهذا لم يبيّن بهذا الحديث إلّا بقوله ﷺ: «ويرثه» بعد قوله ﷺ: «المسلم يحجب الكافر»، فعند قوله ﷺ: «المسلم يحجب الكافر» بعد لم يفرض إرثه من الكافر، فلا يكون له إطلاق؛ لفرض كون المورث كافراً، بل المتفاهم العرفي من مثل هذا الخطاب أنّ الكفر تارة يفرض في طرف الوارث فيقال المسلم يحجبه، وأخرى يفرض في طرف المورث فيقال المسلم يرثه. هذا، مضافاً إلى ضعف سند الحديث كما تقدم.

الأمر الثالث - التمسك بالروايات الدالة على منع الكافر وعدم استحقاقه شيئاً من الميراث إذا أسلم بعد القسمة. وهي روايات عديدة صحيحة السند؛ من قبيل صحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله ﷺ قال: «من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله ميراثه، وإن أسلم وقد قسّم فلا ميراث له»^(٢). وقريب منه صحيح محمد بن مسلم وغيره^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ١١، ب ١ من موانع الإرث، ح ٢.

(٢) المصدر السابق ٢٦: ٢١، ب ٣ من موانع الارث، ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ٣.

قال في الجواهر - في مقام الاستدلال بهذه الروايات على الحجب - : « والمعتبرة المتضمنة لمنع الكافر إذا أسلم بعد القسمة ؛ فإنها تعم الإرث من المسلم والكافر مع المسلم وبدونه ، خرج الأخير بالإجماع فيبقى غيره . وفي بعضها « من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فهو له » ^(١) ، وظاهره الاختصاص به مطلقاً ، خرج منه اجتماعه مع المسلم المساوي له في الدرجة ، فيختص في غيره بأحد أمرين : من القرب والإسلام » ^(٢) .

ويلاحظ على هذا الاستدلال : أنّ هذه الروايات ليست بصدد بيان منع الكافر عن الإرث ليقال بأنها تعم الإرث من المسلم والكافر ، وإنما بصدد بيان العكس ؛ أي أنّ إرث المسلم يكفي فيه أن يسلم قبل قسمة التركة ، فلا يشترط إسلام الوارث عند موت المورث . نعم هذا يدل بالالتزام على أنّ الكافر الممنوع عن الإرث إذا بقي كافراً إلى حين القسمة فلا يستحق شيئاً حتى إذا أسلم بعد ذلك ، أمّا أنه متى يكون الكافر ممنوعاً وأنه هل يعم ما إذا كان المورث كافراً أيضاً فهذا لا يستفاد من هذه الأحاديث ؛ لأنها ليست بصدد بيان أصل مانعية الكفر ، كما هو واضح .

ومنه يظهر أنّ هذه الروايات لا تحتاج إلى التقييد أو التخصيص وإخراج فرض عدم وجود وارث مسلم أو فرض وجود مسلم مساوٍ له . كما أنّ ما استظهره من صحيح محمد بن مسلم : « من أسلم على ميراث من قبل أن يقسم فهو له ، ومن أسلم بعدما قسّم فلا ميراث له » ^(٣) من النظر إلى إرث جميع التركة ، غير صحيح أيضاً ، بل النظر فيه إلى أصل استحقاق الإرث ؛ بقرينة المقابلة ، بل عنوان الميراث اسم جنس يصدق على سهمه من الإرث أيضاً .

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢١ ، ب ٣ من موانع الإرث ، ح ٣ .

(٢) جواهر الكلام ٣٩ : ١٦ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢١ ، ب ٣ من موانع الإرث ، ح ٣ .

الأمر الرابع - التمسك ببعض الروايات الخاصة ، ويتمثل في روايتين :
 إحداهما : رواية جعفر بن محمد بن رباط رفعه قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام « لو
 أن رجلاً ذمياً أسلم وأبوه حي ، ولأبيه ولد غيره ، ثم مات الأب ، ورثه المسلم
 جميع ماله ، ولم يرثه ولده ولا امرأته مع المسلم شيئاً » ^(١) .
 وهي واضحة الدلالة على حجب المسلم لإرث الكافر من مورثه الكافر ؛ إلا أن
 الرواية مرفوعة ، مضافاً إلى مجهولية راويها .

الثانية : رواية عبد الملك بن أعين - أو مالك بن أعين - المتقدمة ^(٢) . والبحث
 في سندها تارة وفي دلالتها أخرى :

أما السند : فقد نقلها صاحب الوسائل عن كتاب الفقيه بعنوان « عبد الملك ابن
 أعين ومالك بن أعين - جميعاً - عن أبي جعفر » . ومثل هذا السند معتبر ؛ لأن عبد
 الملك بن أعين أحد إخوة زارة المعتبرين بشهادة الكشي عليهم جميعاً بالاستقامة
 والفقه ^(٣) ، إلا أن الموجود في نسخ الفقيه التي بأيدينا اليوم « عبد الملك بن أعين أو
 مالك بن أعين » ^(٤) بنحو التردد ومن دون كلمة « جميعاً » ، كما أن الرواية ينقلها
 الكليني ^(٥) والشيخ ^(٦) بعنوان « مالك بن أعين » ، وكذلك العلامة في المختلف
 ينقلها بعنوان « ما رواه مالك بن أعين عن الباقر عليه السلام » ^(٧) .

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢٤ ، ب ٥ من أبواب موانع الإرث ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ١٨ ، ب ٢ من موانع الإرث ، ح ١ .

(٣) رجال الكشي : ١٤٤ ، الرقم : ٦٥ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤ : ٢٤٥ ، ح ٧٨٨ .

(٥) الكافي ٧ : ١٤٣ ، ح ١ .

(٦) تهذيب الأحكام ٩ : ٣٦٨ ، ح ١٣١٥ .

(٧) مختلف الشيعة ٩ : ٧٤ ، ط - مركز الأبحاث الإسلامية .

ومالك بن أعين لم يذكره الكشي مع إخوة زرارة الذين ذكرهم بالاستقامة والفضل ، ولم يذكر توثيق له .

نعم ، ذكر بعضهم أن لإخوة زرارة أخوين آخرين هما : مالك بن أعين وقعنبن بن أعين ، وليسا بشيء ، أو أنه كان مخالفاً^(١) ، ومن هنا استظهر السيد الخوئي رحمته في المعجم أن مالك بن أعين في الأسانيد هو الجهني البصري^(٢) ، وهو أيضاً ممن لم يثبت توثيقه . وعلى هذا يكون السند مردداً بين الموثق وغير الموثق إن لم يطمأن بأنه غير الموثق .

لا يقال : نقل صاحب الوسائل عن نسخة معتبرة لعلها كانت تحت يده حجة لنا ؛ لأن له طريقاً معتبراً متصلاً إلى أصحاب الكتب الأربعة في سلسلة إجازاته ، بخلاف نسخ الفقيه التي بأيدينا اليوم ؛ فإن أصلها وإن كان قطعياً ومستواتراً إلا أن موارد اختلاف النسخ لا قطع فيها بالنسخة المطبوعة بالخصوص ، فلعل النسخة الصحيحة خلافها وأن الصحيح نسخة صاحب الوسائل . وحيث إن لتلك النسخة طريقاً تعدياً معتبراً فيكون حجة ما لم يعلم بخلافه ، فيثبت بذلك نقل الحديث عن الباقر عليه السلام من قبل عبد الملك بن أعين ، ولا ينافي ذلك نقل الكليني والشيخ لنفس الحديث عن مالك بن أعين تعييناً ؛ إذ لا تنافي بينهما كما هو واضح .

فإنه يقال : هذا بعيد ، بل مطمأن بخلافه في المقام ؛ لأن جميع النسخ التي بأيدينا من الفقيه تنقل السند بنحو التردد ومن دون كلمة « جميعاً » ، كما أن سائر أصحاب الطرق والإجازات من الأعلام المعاصرين أو المتقدمين على صاحب الوسائل قد نقلوا السند كما في نسخ الفقيه الموجودة بأيدينا ، فصاحب

(١) تاريخ آل زرارة (لأبي غالب الزراري) ١ : ١٢ ، ٣٥ ، ٩٩ . وانظر : رجال ابن داود : ٤٠٤ ،

القسم الثاني .

(٢) معجم رجال الحديث ١٥ : ١٦١ ، ١٦٤ .

الوافي^(١) وصاحب البحار^(٢) ووالده في شرحه على الفقيه (روضة المتقين)^(٣) كلهم قد نقلوا السند بالنحو الذي ذكرناه، ومجموع ذلك يوجب الاطمئنان بأن السهو من صاحب الوسائل. على أن لأولئك أيضاً - كما أشرنا - طرقات معتبرة إلى صاحب كتاب من لا يحضره الفقيه، فيقع التهاافت والتعارض بينها وبين طريق صاحب الوسائل في نقل هذا الموضع من الفقيه، فالرواية لا يثبت نقلها من قبل عبد الملك بن أعين الثقة.

وأما الدلالة فعلى أصل الحجب، وأن زوجة الكافر وأولاده الكفار لا يرثون مع وجود ابن الأخ وابن الأخت المسلمين ظاهرة، إلا أنها تضمنت أمرين آخرين على خلاف القواعد:

أحدهما: وجوب إنفاق المسلم الوارث على أولاد الكافر الصغار حتى يبلغوا. والآخر: أنهم إذا أسلموا وهم صغار دفع التركة إلى الامام لينفق عليهم، فاذا أدركوا وأتموا على الإسلام دفع لهم، وإلا دفع إلى الوارث المسلم. وقد عممه ابن زهرة^(٤)، وأبو الصلاح^(٥) إلى مطلق ما إذا كان للكافر ولد صغار وقرابة مسلم ولو لم يسلموا وهم صغار.

وحيث إن كلا المطلبين على خلاف القواعد خالف مشهور الفقهاء مضمون هذا الحديث، وحملوه على الاستحباب وعدم اللزوم، وهذا قد يوهن دلالاته حينئذٍ على لزوم الحجب أيضاً. بل ادعى بعضهم - كما في الجواهر - إعراض المشهور عن

(١) الوافي ١٣: ٩١٧، (المجلد الخامس والعشرون).

(٢) ملاذ الأخيار ١٥: ٣٩١.

(٣) روضة المتقين ١١: ٣٨٧.

(٤) غنية النزوع: ٣٢٩.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٧٥.

العمل بهذا الحديث وإن الأولى طرحه ^(١). وهذا لو تم وقيل بأنه يوجب وهن سند الحديث سقط عن الحجية ، فلا يمكن الاستناد إليه عندئذ في الحكم بالحجب أيضاً لأن حجية السند لا تقبل التبعض على ما هو مقرر في محله .

وفي قبال هذه الروايات توجد روايتان في الوسائل ظاهرتان في الخلاف وإن الكافر يرث مع المسلم من المورث الكافر .

إحدهما : رواية ابن أبي نجران ، عن غير واحد ، عن أبي عبد الله عليه السلام في يهودي أو نصراني يموت وله أولاد مسلمون وأولاد غير مسلمين . فقال : « هم على موارثهم » ^(٢) ، نقلها الكليني في الكافي ^(٣) والشيخ في الاستبصار والتهذيب ^(٤) ، إلا أنه في نقل التهذيب يوجد سقط جملة « أولاد مسلمون » .

والأخرى : رواية ابن أبي عمير عن غير واحد ، عن أبي عبد الله عليه السلام في يهودي أو نصراني يموت وله أولاد غير مسلمين فقال : « هم على موارثهم » ^(٥) وقد انفرد بنقلها الشيخ في التهذيب ^(٦) .

ومن المحتمل قوياً إنهما حديث واحد نقله كل من ابن أبي نجران عن غير

(١) قال في الجواهر (٣٩ : ٣٠) : « وقد تحصل من ذلك كله ضعف الحديث بجميع طرقه ومخالفته للأصول وفتوى الأصحاب ممن رده أو اعتمده واختلاف القائلين به وندرة القول بمضمونه عند التحقيق ، فالمتجه إذا ترك هذا الخبر والرجوع إلى الأصل المقرر في الولد كما في غيره من الأطفال » .

(٢) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢٤ ، ب ٥ من موانع الارث ، ح ٢ .

(٣) الكافي ٧ : ١٤٦ ، ح ٢ .

(٤) الاستبصار ٤ : ١٩٢ ، ح ٧٢٢ . التهذيب ٩ : ٣٧١ ، ح ١٣٢٧ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٦ : ٢٥ ، ب ٥ من موانع الارث ، ح ٣ .

(٦) التهذيب ٩ : ٣٧٢ ، ح ١٣٣٠ .

واحد، وابن أبي عمير عن غير واحد، عن الصادق عليه السلام؛ لوحدة ألفاظ الحديثين. وإن في نقل التهذيب سقطاً لكلمة « مسلمون وأولاد » قبل كلمة « غير مسلمين »، فإن كلا الحديثين نقلًا في التهذيب بنحو واحد، ولكن في الاستبصار نقله الشيخ كما في الكافي مما يوجب الاطمئنان بوقوع السقط في مقام الاستنساخ في التهذيب، فإنه لا وجه للسؤال عن فرض موت الكافر وله أولاد كفار، وإنما الذي يحتاج إلى السؤال عنه فرض وجود أولاد مسلمين له.

ولو فرض عدم السقط أيضاً يكون مقتضى إطلاقه لما إذا كان له أولاد أو وارث في طبقة أخرى مسلمون أنهم على موارثهم أيضاً.

فيدلّ كلا الحديثين على عدم الحجب وأن الكافر أيضاً يرث من الكافر حتى مع وجود الوارث المسلم. ومن هنا حمّله بعض الأصحاب على التقية أو على معنى آخر.

قال الشيخ رحمه الله: « معنى قوله عليه السلام « هم على موارثهم » أي: على ما يستحقونه من ميراثهم. وقد بينّا أنّ المسلمين إذا اجتمعوا مع الكفار كان الميراث للمسلمين دونهم. ولو حملنا الخبر على ظاهره لكان محمولاً على ضرب من التقية » (١).

وقال صاحب الوسائل رحمه الله بعد نقله للحديث ولكلام الشيخ رحمه الله: « ويحتمل أن يكون « الواو » في قوله: « وأولاد غير مسلمين » بمعنى « أو » يعني: إن الكافر يرثه أولاده مسلمين كانوا أو كفاراً، لما مرّ لا في صورة كون بعضهم مسلمين وبعضهم كفاراً » (٢).

أقول: أمّا ما ذكره الشيخ الحرّ رحمه الله فمضافاً إلى كونه خلاف صراحة الحديث في

(١) التهذيب ٩: ٣٧١، ذيل الحديث ١٣٢٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٥، ب ٥ من موانع الإرث، ذيل الحديث ٢.

النظر إلى صورة الاختلاط ووجود صنفين من الأولاد في الورثة - لأنها الصورة التي تحتاج إلى السؤال عنها واستعلام حكمها - أن « الواو » لو كانت بمعنى « أو » ، كما إذا صرح بـ « أو » ، فأيضاً يشمل الحديث باطلاقه صورة الاختلاط ، ما لم يفرض التردد بين أن يكون جميع أولاده مسلمين أو جميع أولاده غير مسلمين ، وهو بحاجة إلى دال آخر كما هو واضح .

وأما ما ذكره الشيخ رحمته الله من الحمل على أنهم على ما يستحقونه شرعاً من الميراث ، فهذا لا يناسب أن يكون جواباً على سؤال السائل ؛ لأن السؤال عما يستحقونه شرعاً ، فلا بد للإمام رحمته الله أن يبين ما هو الحكم الشرعي ، وإن الاستحقاق للمسلم خاصة دون الولد الكافر ، لا أن يقول إنهم على ما يستحقونه شرعاً ، فإن هذا كالتقضية بشرط المحمول الواضح عند كل أحد .

وأما ما ذكره ثانياً من الحمل على التقية ، فهو غير محتمل على ضوء ما تقدّم من أن جمهور العامة على عدم إرث المسلم من الكافر ؛ لعدم التوارث بين أهل ملتين ، فمضمون الحديث مخالف مع قول العامة على كل حال .

على أن الحمل على التقية ابتداءً غير صحيح ، وإنما يلجأ إليه عند استحكام التعارض بين حديثين معتبرين سنداً . وعدم وجود جمع عرفي بينهما ، وعدم وجود ترجيح سندي مقدّم على الحمل على التقية ، وهو الترجيح بموافقة الكتاب وطرح المخالف للكتاب ، فإنه مقدّم على الترجيح بمخالفة العامة على ما هو منقح في محله من علم الأصول .

وفي المقام لا تصل النوبة إلى الحمل على التقية . وذلك :

أولاً - لأن هذا الحديث معتبر سنداً ؛ لأنه ينقله ابن أبي عمير ، عن غير واحد ، ومراسيل ابن أبي عمير عن غير واحد معتبرة على ما حقق في محله ، خصوصاً مع نقل ابن أبي نجران الثقة العظيم الشأن عن غير واحد عن الإمام رحمته الله للحديث أيضاً .

بخلاف ما دلّ على الحجب فإنه لم يثبت شيء من الروايات الثلاثة المتقدمة سنداً .
ودعوى : سقوط سند هذا الحديث باعراض الأصحاب عن العمل به بناءً على
كبرى وهن السند بالإعراض .

مدفوعة : بأن الاعراض غير ثابت ، كيف وقد عرفت جمع الشيخ بينه وبين
سائر الروايات بالنحو المتقدم .

وثانياً - لو فرض اعتبار السند في كلا الطرفين ووقع التعارض بينهما كان
المرجح هذا الحديث ، لمطابقته مع الكتاب الكريم الدال بعمومه على إرث ذوي
الأرحام بعضهم من بعض ، والترجيح بموافقة الكتاب مقدم على الترجيح بمخالفة
العامة .

وثالثاً - ما تقدم من مخالفة كلا الطرفين مع فتوى العامة ، فلا موضوع لهذا
الحمل ، ثم إن هذا الحديث أخص من رواية حسن بن صالح المتقدمة ^(١) ؛ لأنها
تدل على حجب المسلم للكافر سواء في إرثه عن المورث المسلم أو الكافر ، فتقيّد
بهذه الرواية بما إذا كان المورث مسلماً . نعم المعارضة مستحكمة مع مرفوعة ابن
رباط ورواية مالك بن أعين .

والمتحصل من مجموع ما تقدم في هذه المسألة : أنه لو لم يحصل لنا الجزم أو
الاطمئنان بالحكم الشرعي من الاجماع المدعى وتسالم فتاوى الأصحاب على
حجب المسلم للكافر حتى في إرثه عن المورث الكافر ، فبمقتضى الصناعة لا
يمكن تخريج هذه الفتوى المشهورة ، بل الأصح عندئذٍ هو القول بعدم الحجب ،
عملاً بحديث ابن أبي نجران وابن أبي عمير عن غير واحد ، أو باطلاقات الإرث بعد
فرض التعارض والتساقط بين الروايات . والله العالم بالصواب .

(١) وسائل الشيعة ٢٦ : ١١ ، ب ١ من موانع الارث ، ح ٢ .

٣ - عدم الحجب إذا كان الوارث صغيراً

قال في الشرائع : « لو خلف نصراني أولاداً صغاراً وابن أخ وابن اخت مسلمين ، كان لابن الأخ ثلثا التركة ، ولابن الأخت ثلثه ، وينفق الإثنان على الأولاد بنسبة حقهما ، فإذا بلغ الأولاد مسلمين فهم أحق بالتركة على رواية مالك بن أعين ، وإن اختاروا الكفر استقر ملك الوارثين على ما ورثاه ومُنِع الأولاد . وفيه إشكال ينشأ من إجراء الطفل مجرى أبويه في الكفر ، وسبق القسمة على الإسلام يمنع الاستحقاق » ^(١) . ومنشأ هذا الحكم رواية مالك بن أعين المتقدمة .

وقد تقدم تعميم هذا الحكم من قبل بعض الأصحاب ، كالحلي في الكافي ، وابن زهرة في الغنية ، إلى مطلق ما إذا كان للكافر أولاد صغار وقرابة مسلم ، فإنه ينفق عليهم من التركة حتى يبلغوا ، فإن أسلموا فال ميراث لهم ، وإن لم يسلموا كان لقرابته المسلم . فلم يخصوا الحكم بما إذا كان المسلم ابن أخ أو ابن أخت كما هو مورد الرواية ، كما لم يقتصروا على فرض إسلام الأولاد الصغار ، بينما ظاهر عبارة المفيد في المقنعة ^(٢) والشيخ في النهاية ^(٣) استثناء خصوص الصورة المذكورة في كلام الشرائع .

وفي قبال ذلك ، القول بعدم وجوب الانفاق ، وباستقرار الإرث للمسلم ، ومنع استحقاق الأولاد الكفار وإن أسلموا بعد بلوغهم . وهذا منسوب إلى مشهور المتأخرين .

(١) شرائع الاسلام ٤ : ١٣ .

(٢) المقنعة : ٧٠٠ .

(٣) النهاية : ٦٦٥ .

قال في الجواهر: «كما صرح به جماعة من المتأخرين، بل في المسالك نسبته إلى أكثرهم، بل هو قضية من لم يصرح بالخلاف منهم ومن المتقدمين، للحكم بكفر الأولاد، فيُحجبون بالمسلم؛ إذ الكفر التبعية كالأصلي في الأحكام، كما هو معلوم من كلام الأصحاب في مباحث النجاسات وأحكام الموتى والنكاح والقصاص والديات والاسترقاق وغيرها»^(١).

ثم نقل رواية مالك بن أعين المتقدمة وعلق عليها بما يلي:

«وربما أيد مضمونها بأن المانع من الإرث هو الكفر، وهو مفقود في الأولاد؛ لعدم صدقه عليهم حقيقة، كما عن بعضهم تنزيلها على إظهار الأولاد للإسلام، وهو وإن كان إسلاماً مجازياً، لكنه يقوم مقام إسلام الكبير في المراعاة لا في الاستحقاق، فيمنعنا من القسمة الحقيقية في البلوغ لينكشف الأمر. أو على أن المال يقسم حتى بلغوا وأسلموا.

والجميع كما ترى، ضرورة عدم الفرق بين الكفر الأصلي والتبعية في جميع ما ذكرناه، كضرورة عدم معارضة الإسلام المجازي للإسلام الحقيقي، وظهور الرواية في القسمة، بل كاد يكون ذلك صريحاً.

ومن هنا قال المصنف بعد ذكر مضمونها: (وفيه إشكال ينشأ...) كما أنه لذلك حملها الفاضل في محكي المختلف على الندب واختاره في المسالك.

وفيه: أن ذلك إنما يصح من جهة الورثة دون الامام، فالأولى طرحها، خصوصاً بعد مخالفة من عمل بها لمضمونها؛ إذ المحكي عنهم أنهم أطلقوا القول بتولي الورثة المسلمين الإنفاق على الأولاد، والحكم بإرثهم، ووجوب دفع الفاضل إليهم إذا بلغوا أو أسلموا من غير تفصيل، مع أن مقتضاها كون الإرث للأولاد إن أسلموا قبل البلوغ واستمروا عليه بعده، وأن المتولي للإنفاق عليهم الامام دون الورثة، فإن لم

(١) جواهر الكلام ٣٩: ٢٧.

يسلموا قبله فالارث للقرابة، وعليهم الانفاق ولهم الفاضل وإن أسلموا بعده، والاختلاف بين الأمرين ظاهر.

مضافاً إلى أن المسألة مفروضة في كلام الشيخين والقاضي فيما إذا اجتمع مع الأولاد الاخوة للأب والاخوة للأم، وفي كلام الحلبيين والمحقق الطوسي في اجتماع القرابة مطلقاً معهم، كما عن الكيدري، وكل ذلك غير مورد النص.

على أنهما معاً مخالفان للأصول المقررة والقواعد المسلمة، حيث اشتركا في وجوب النفقة على الورثة بلا سبب، وذهابها ممن يستحقها من غير عوض، واختصاص النص باعتبار إسلام الصغير في الحكم بآرثه مراعى والفتوى بتوريث من أسلم بعد القسمة، ومنع الوارث المسلم من دون حاجب. فإن الطفل تابع لأبويه في الكفر إجماعاً. ولولا التبعية لا طرد الحكم في الأطفال مطلقاً، ولكان المتصرف بالإنفاق عليهم الولي الشرعي دون القرابة، ولم يقل به أحد^(١).

والمهم ما ذكره في ذيل كلامه: «ومع ذلك كله فالرواية ضعيفة»^(٢) على ما تقدم مفصلاً في البحث السابق.

وأما الوجوه الأخرى فهي لا تقابل الرواية إذا كانت معتبرة سنداً، فإن القواعد قابلة للتقييد والتخصيص، كيف وإن الحكم بالحجب وعدم إرث الكافر من مورثه الكافر أصله على خلاف القاعدة في باب الارث، ودليله متمثل في هذه الرواية وروايتين مثليها. فأَيُّ مانع في أن يكون الخروج عن قاعدة الارث في خصوص ما إذا لم يكن للكافر المورث أولاد صغار، لا يعرف بعدُ حال إسلامهم بعد الإدراك والبلوغ، فهذا في الحقيقة تضيق في الخروج عن قاعدة (أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض) في الإرث في مسألة حجب المسلم للكافر.

(١) جواهر الكلام ٣٩: ٢٨ - ٣٠.

(٢) المصدر السابق.

فالمهم ضعف سند الحديث . وعندئذ إذا تمّ دليل مطلق على حجب المسلم للكافر مطلقاً في المسألة السابقة - كما إذا تمت المرفوعة أو رواية الحسن بن صالح المتقدمين سنداً ودلالة - كان مقتضى الصناعة عدم وجوب الإنفاق ، واسـه حقائق المسلم لتعام التركة من أوّل الأمر .

وإن لم يتم الدليل اللفظي في المسألة السابقة وإنما حكمنا بالحجب على أساس الإجماع والدليل اللّبي ، فمن الواضح أنّ هذا الدليل لا يتم في المقام ؛ لعدم الإجماع على الحجب فيه ، وذهاب أكثر المتقدمين إلى استثناء صورة وجود أولاد صغار للميت الكافر ، مع وجود قرابة مسلم مطلقاً ، أو في خصوص ابن الأخ وابن الأخت المسلمين ، فيكون مقتضى القاعدة عندئذٍ الاقتصار في الحجب على المقدار المتيقن من الإجماع وهو ما إذا لم يكن للميت ولد صغار . وأمّا إذا كان له ولد كذلك ، وجب الإنفاق عليهم من سهمهم من التركة من قبل وليهم ولو كان الامام عليه السلام ، وبقاء فاضل التركة مراعى إلى أن يدركوا ، فإن أدركوا ولم يقبلوا الإسلام ، استقر فاضل الإرث للقرابة المسلم عندئذٍ .

هذا إذا لم نحتمل عدم الحجب للوارث الصغير مطلقاً واستحقاقه للإرث من أوّل الأمر ، وإلا كان مقتضى إطلاقات الإرث عدم الحجب للوارث الصغير مطلقاً ، ولداً كان أو غيره ، أسلم بعد البلوغ أم لم يسلم .

إلا أنّ مقتضى إطلاق كلمات الأصحاب وفتاوى المجمعين عدم استثناء ما عدا صورة كون الوّراث الصغار أولاداً للكافر ، وأنهم أسلموا بعد الادراك والبلوغ ، فإذا حصل الجزم بالحكم الشرعي من مثل هذا الاطلاق في معقد الإجماع تمّ ما ذهب إليه ابن زهرة والحلي - حتى إذا لم تتم الرواية - وإلا كان الاستثناء أوسع .

٤ - إمكان منع الحجب ضمن عقد الذمة وعدمه

إذا تمّ الدليل على حجب المسلم للكافر عن إرثه لمورّثه الكافر، فهل يمكن الخروج عن ذلك من خلال عقد الذمة، وما يتفق فيه الكافر مع الحاكم الاسلامي والوليّ الشرعي من حقوقه في المجتمع الاسلامي، أم لا يصح ذلك؟

قد يقال: بعدم صحة ذلك من جهة أنّ الحجب حق للوارث المسلم، وليس شيئاً يرجع إلى الكافر الذمي، لكي يمكن أن يتنازل عنه ضمن عقد الذمة للحاكم الاسلامي، ولا هو من الأمور العامة. فمثل هذا القرار وعقد الذمة مرجعه إلى منع المسلم الوارث من حقه الخاص، وإعطائه للوارث الكافر على خلاف الحكم الشرعي الالهي، فيكون باطلاً؛ لأنّ العقود والشروط لا بدّ وأن لا تكون على خلاف الحكم الشرعي، وإلا كان باطلاً «لأنّ شرط الله قبل شرطكم»^(١) ولأنّ «كل شرط حلّ حراماً وحرم حلالاً كان باطلاً»^(٢).

وفي قبال ذلك يمكن أن يذكر وجهان لصالح القول بعدم الحجب في مورد الذمة ونحوها:

الأول: أنّ مهم الدليل على حجب المسلم لإرث الكافر عن الكافر إنّما كان الإجماع والتسالم الفقهي؛ لعدم تمامية سائر الاستدلالات المتقدمة. ومن الواضح أنّ القدر المتيقن من هذا الإجماع والتسالم - لو تمّ - غير موارد الذمة والتزام الحاكم الشرعي بحفظ الحقوق الخاصة للكفار في بلاد المسلمين. فلعل هذه الخصوصية

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٦، ب ١٣ من الطلاق، ح ٢ وغيره.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠١، ب ٥ من الخيار، خ ٤، والحديث هكذا: «... وكل شرط لا يحرم حلالاً ولا يحلل حراماً فهو جائز».

دخيلة في أن يرث الكافر من الكافر مطلقاً - أي حتى مع وجود المسلم ضمن الورثة - وأن لا يمنع الكفار من إرث بعضهم بعضاً كما هو مقتضى شرعهم ومقتضى القاعدة الأولية في شرعنا أيضاً. ولا جزم بعدم دخل هذه الخصوصية في هذا الحكم الفقهي.

الثاني: أن أدلة جواز إعطاء الحاكم الشرعي الأمان أو الذمة للكفار بنفسها تقتضي جواز هذا الحق وثبوته لهم بعد إعطائهم الأمان والذمة؛ لأن تلك الأدلة بمثابة المخصص أو الحاكم على ما دلّ على سلب حرمة دم الكافر وماله وعرضه وسائر شؤونه. ومسألة حجب المسلم لإرث الكافر عن مورثه الكافر من شؤون سلب حرمة مال الكافر بحسب مناسبات الحكم والموضوع المتبادر عرفاً ومتشريعاً من مثل هذا الحكم، فيكون من اختيارات الحاكم الشرعي وصلاحياته حفظ هذا الحق للكافر، من خلال إعطائه الأمان أو الذمة داخل بلاد الإسلام. ومنه يعرف أنه لا مجال هنا للتمسك بما دلّ على أن شرط الله قبل شرطكم لإثبات الحجب؛ لأنه فرع عدم حكومة أدلة صلاحيات الحاكم الشرعي في إعطاء الأمان والذمة على دليل الحجب؛ وإلا لم يكن شرط الله ذلك في موارد الذمة والأمان كما هو واضح.

والحاصل: المستظهر من أدلة إعطاء الذمة والأمان لأهل الكتاب من الكفار من قبل ولي الأمر والحاكم الشرعي، أن ذلك يوجب حقن وحفظ حرمة أموالهم ودمائهم تكليفاً ووضعاً، وأن ما كان الكفر سبباً لزواله من حرمة المال والدم يرجع محقوناً ومحترماً له بعد إعطائه الذمة والأمان، ومن جملة ذلك حق أولاده في التركة مع وجود شريك مسلم في الورثة.

لا يقال: ثبوت هذا الحق لهم أول الكلام؛ إذ مع فرض حجب المسلم للوارث الكافر لا تكون التركة ملكاً للكافر الذمي لكي يجب حفظها وحرمتها له. فإنه يقال: العرف يفهم من دليل الحجب أنه من شؤون سلب حرمة مال الكافر

في قبال المسلم ، وأن للمسلم أن يأخذ جميع التركة ، ويمنع الوارث الكافر من الإرث الذي هو حقه الأولي لولا الكفر ، فيكون مقتضى الذمة حفظ هذا الحق له .
لا يقال : إن بعض روايات الحجب المتقدمة كان بعنوان « الذمي يسلم وأبوه حي » ، لا مطلق النصراني فيكون أخص مما يعني ثبوت الحجب حتى في أهل الذمة .

فإنه يقال : عنوان الذمي في الروايات يراد منه أهل الكتاب ، لا الذمي الشرعي ؛ فإنه فرع إعطائه الذمة من قبل حاكم شرعي لا طواغيت بني أمية وبني العباس ، على أن تلك الرواية كانت مرفوعة ، وفي سندها مجاهيل ، والوارد في سائر الروايات عنوان « المسلم يحجب الكافر ويرثه » ، أو « النصراني يموت وله أولاد صغار وزوجة » ، فراجع وتأمل .

حول أصناف الدية الستة

مما امتاز به فقهاء الإمامية هو عدم تبني الرأي في أية مسألة من مسائل
الفقه إلا بعد ملاحقة للأدلة وتحليلها مفصلاً... ومحاكمة دقيقة للآراء
المطروحة فيها... وتمحيص تامّ للنتائج مما يمكن أن يعلق بها من
إشكالات منطقية أو إرادات عرفية... فليس الإفتاء عندنا وليد انقذاح
عاجل... بل هو نتاج لمخاض عسير من النقض والإبرام... بين يدي
القارئ الكريم القسم الأول مما سطرته يراعة السيد الأستاذ - دام ظلّه -
في بحث أصناف الدية الستة... حيث تناول الموضوع من زوايا أربع:
الأولى - إن كون الحلة من الأصناف ثابت بالروايات لا بالإجماع حسب...
الثانية - إن دفع الأصناف يكون على نحو التخيير لا التعيين...
الثالثة - إن الصنف الأول (مئة إبل) يعتبر أصلاً بالنسبة للأصناف
الخمس الأخرى سيما الدينار والدرهم... الرابعة - تحقيق ما هو المراد
بالدينار والدرهم ضمن أصناف الدية.. وقد استوعب سماحة السيد
الأستاذ - دام ظلّه - الموضوع بما لا مزيد عليه.. حيث استعرض ستة
احتمالات استبعد بعضها.. واستقرب بعضها سيما الأخير.. والذي
يترتب عليه إمكان الاجتزاء بدفع الأوراق النقدية الاعتبارية بما يعادل
قيمة الإبل خاصة أو هي مع الأصناف الثلاثة.. دون الدراهم والدنانير
وقيمتيهما... (التحرير)

حول أصناف الدية الستة

لا شك في أنّ الدية تستأدى من أحد أصناف ستة هي : الإبل والبقر والغنم والدينار والدرهم والحلل ، وهذا المقدار - أعني أصل كون الدية منها - ضروري متسالم عليه فقهاً عند الخاصّة والعامة ، كما أنّه قد ورد في روايات صحيحة بل مستفيضة إلاّ أنه يقع البحث حولها من جهات .

الجهة الأولى :

هل أنّ كون الحلل من أفراد الدية ثابت بالإجماع أو السنة ؟
ذكر بعض الأعلام رحمته الله « إنّ العمدة في كون مئتي حلّة من أفراد الدية هو الإجماع والتسالم المقطوع به بين الأصحاب وإلاّ فهو لم يرد إلاّ في صحيحة ابن أبي عمير عن جميل وصحيحة ابن الحجاج . ولا يمكن إثبات ذلك بهما ، فإنّ الأولى منهما موقوفة ، ولم يرو جميل ذلك عن الإمام ، وأمّا الثانية فإن ابن الحجاج لم يرو ذلك عن الإمام ، وإنما رواه عن ابن أبي ليلى عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا ، ولا عبرة بمسانيد ابن أبي ليلى فضلاً عن مراسيله » ^(١) .

ويمكن أن يقال :

١ - أمّا بالنسبة لصحيح جميل - عن محمّد بن يعقوب عن عليّ عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن درّاج في الدية قال : « ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم ،

(١) مباني تكملة المنهاج ٢ : ١٨٩ .

ويؤخذ من أصحاب الحل الحل ، ومن أصحاب الإبل الإبل ، ومن أصحاب الغنم الغنم ، ومن أصحاب البقر البقر » ورواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير مثله ^(١) وكلا السندين صحيحان - فعدم التصريح باسم الإمام عليه السلام فيه لا يضر بكونه رواية عنه ، وذلك :

أولاً : لكونها مضرة لا موقوفة ؛ إذ لو كان السند هكذا (ابن أبي عمير قال جميل أو عن جميل أنه قال : في الدية ألف دينار...) صح كونها موقوفة إلا أن السند ورد كالتالي « ابن أبي عمير عن جميل بن دراج في الدية قال الدية ألف دينار... » وظاهره أن جملة « في الدية قال » من مقول قول جميل أيضاً ، فتكون الرواية مضرة جميل ؛ إذ لا فرق في المضمرات بين أن يكون الضمير بارزاً كما في « سمعته » أو « قلت له » وبين أن يكون مستتراً كما في « قال » .

وثانياً : لو لم تقبل كونها مضرة مع ذلك أن ظاهر حال مثل جميل الذي كان من الأصحاب البارزين للإمام الصادق عليه السلام ، ومن حملة أحاديثه ، ومن أصحاب الإجماع ، وكان له أصل معروف متسالم عليه - كما يظهر من مراجعة كتب الرجال - والذي ينقله عنه ابن أبي عمير ناقل هذا الحديث نفسه ، وكذلك نقل ابن أبي عمير عنه ، كل ذلك يكون ظاهراً في كون الرواية حديثاً عن المعصوم ، بل قد يطمأن بكونها من جملة ما في أصل جميل الذي ينقل فيه أحاديثه عن المعصوم عليه السلام ؛ لأن هذا السند أحد نفس الأسانيد التي نقل بها أصل جميل ، فيكون عدم التصريح باسم الإمام عليه السلام من جهة التقطيع لأحاديث الأصول وتوزيعها على الأبواب الفقهية المتناسبة بعد ذلك خصوصاً الأخبار الطوال منها كالأحاديث الواردة في باب الديات ، فلا ينبغي الإشكال في صحيح جميل من هذه الناحية .

نعم ، لا تعيين فيها لمقدار الحل إلا أنه إذا ثبت أصل كونها من أصناف الدية

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٣ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٤ .

يثبت مقدارها أيضاً بعدم احتمال غيره بعد تسالم العامة والخاصة عليه وكونه المناسب والمطابق في القيمة وقتئذٍ مع الأصناف الأخرى.

٢ - وأما بالنسبة لصحيح ابن الحجاج فالوارد فيه « قال : سمعت ابن أبي ليلى يقول كانت الدية في الجاهلية مئة من الإبل فأقرها رسول الله ﷺ ثم إنه فرض على أهل البقر مئتي بقرة وفرض على أهل الشاة ألف شاة ثنية وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل اليمن الحلل مئتي حلة . قال عبدالرحمن : فسألت أبا عبد الله ﷺ عما روى ابن أبي ليلى فقال : « كان علي ﷺ يقول : الدية ألف دينار - وقيمة الدينار عشرة دراهم - وعشرة آلاف لأهل الأمصار وعلى أهل البوادي مئة من الإبل ولأهل السواد مئتا بقرة أو ألف شاة » (١).

وقد يقال : إن عدم ذكر الإمام ﷺ للحلل فيه دلالة على نفي كونها من الدية ؛ إذ لو كانت منها للزم بيانها أيضاً سيما وقد تصدى الإمام ﷺ لبيان تفاصيل الدية . وقد يقال العكس وأن مقصود الإمام ﷺ إسناد الحكم المذكور الذي أرسله ابن أبي ليلى عن النبي ﷺ إلى الإمام علي ﷺ ، وأنه هو مصدر هذا الحكم إشعاراً بما يرتكبه هؤلاء من العناد في حق علي ﷺ حتى في نقل الأحاديث والأحكام عنه ، وأما التفاصيل المذكورة فكأنه أمضاها ، غاية الأمر أنه اختصرها في مقام البيان فسكت عن بعضها ، كيف ؟ ولو فرض أن الحل لم تكن مجزية من أهل الحل لزم الإمام ﷺ أن يبين ذلك أيضاً ؛ للتطابق بين ما ذكره وما سمعه ابن الحجاج عن ابن أبي ليلى من سائر الأقسام ، ولارتكازية كون الحلل من الديات في الأذهان وذهن السائل بالخصوص ، فالسكوت عن نفيها خصوصاً مع نقل كونها من مفروضات رسول الله ﷺ على أهل الحل ظاهر في الإمضاء والقبول ، فتكون الرواية من أدلة كون الحلة من أصناف الدية أيضاً.

(١) الوسائل ١٩ : ١٤١ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١ .

إلا أن الإنصاف أن الرواية لا دلالة فيها لا على النفي ولا الإثبات ، بل هي من هذه الناحية مجملة أو ساكتة ؛ إذ لعل الإمام عليه السلام كان يريد صرف ذهن ابن الحجاج عن الاستناد إلى منقولات مثل ابن أبي ليلى فتصدى إلى بيان حكم المسألة مستقلاً نقلاً عن أمير أهل البيت عليه السلام ، فيكون حاله حال ما إذا ورد ذلك ابتداءً عن المعصوم من حيث سكوته عن حكم الحل .

ثم إن الرواية منقولة في الكتب الأربعة وفي مقنع الصدوق بعنوان (مئة حلة) بينما ينقلها صاحب الوسائل عن هذه الكتب جميعاً بعنوان (مئتي حلة) كما أن الوارد في الوسائل (مئة بقرة) وفي تلك الكتب (مئتا بقرة) والظاهر أن هذا من خطأ الاستنساخ .

الجهة الثانية :

في أن التردد بين الأصناف الستة هل يكون من باب التخيير للجاني أو يكون من باب التنوع بحيث يجب على أهل كل صنف منها دفع ذلك تعييناً ، فإذا تعذر انتقل إلى الأصناف الأخرى ؟

صريح مشهور المتأخرين الأول ، بل ادعي عليه إجماعهم ، ففي الجواهر « كما هو المعروف بين الأصحاب ، بل المجمع عليه من المتأخرين ، بل عن صريح الغنية وظاهر السرائر والمفاتيح الإجماع على ذلك ، فليس للسولي الامتناع من قبول أحدها مع بذله وإن لم يكن الباذل من أهل المبذول » ^(١) .

ونسب الثاني إلى ظاهر أكثر المتقدمين ، ففي الجواهر : « نعم ، عن ظاهر المقنع والمقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والوسيلة والقاضي أنها على التنوع ، بل في كشف اللثام نسبته إلى عبارات كثير من الأصحاب » ^(٢) وكأن وجه

(١) الجواهر ٤٣ : ١٢ .

(٢) المصدر السابق .

الظهور المذكور ما ورد من تعبيراتهم من أنه يؤخذ مئة من الإبل إن كان القاتل من أصحاب الإبل ، أو ألف من الغنم إن كان من أصحاب الغنم ، أو مئتا بقرة إن كان من أصحاب البقر ، أو مئتا حلة إن كان من أصحاب الحلل ، أو ألف دينار إن كان من أصحاب العين ، أو عشرة آلاف درهم فضة إن كان من أصحاب الورق ، فإنّ هذا التعبير جاء في أكثر كلمات القدماء كالمفيد في المقنعة ^(١) والشيخ في النهاية ^(٢) بل صرح في المبسوط بالتعيين حيث قال : « وكل من كان من أهل واحد من ذلك أخذ منه مع الوجود ، فإذا لم يوجد أخذ أحد الأجناس الآخر » ^(٣).

ولا شك أنّ مقتضى الأصل العملي هو ما ذهب إليه المتأخرون من تخيير الجاني ما لم يقدّم دليل على التعيين ؛ إذ يشك من أول الأمر في اشتغال ذمة الجاني بأحد الأصناف بالخصوص تعييناً ، والأصل عدمه ، فلا يثبت عليه أكثر من اشتغال الذمة بالجامع بينها ، وهو معنى التخيير .

لا يقال : إنّ مقتضى استصحاب بقاء شغل ذمة الجاني بالدية على إجمالها ما لم يدفع محتمل التعيين إنّما هو التعيين والخروج اليقيني عما اشتغلت ذمته به للمجني عليه .

فإنّه يقال : ليس الواجب تفرغ الذمة عن الدية بهذا العنوان الانتزاعي ، وإنّما الواجب أداء واقع ما يستحقّه المجني عليه ويملكه على الجاني ، وهو مردّد بين ما هو مقطوع الأداء - لو كان الجامع واجباً بنحو التخيير - وما هو مشكوك أصل استحقاقه واشتغال الذمة به من أول الأمر - وهو أحد الأصناف بخصوصيته - والأصل عدمه .

(١) المقنعة (الينابيع الفقهية) ٢٤ : ٣٦ .

(٢) النهاية : ٧٣٦ .

(٣) المبسوط ٧ : ١١٩ .

فإن أريد باستصحاب بقاء جامع شغل الذمة بالدية على إجمالها إثبات استحقاق المجني عليه الصنف المعين الذي لم يدفعه فهو مثبت ، وإن أريد إثبات نفس عنوان شغل الذمة بالعنوان الإجمالي فليس هو موضوع وجوب الأداء ، وإنما موضوعه ما يملكه ويستحقه عليه المجني عليه بعنوانه الواقعي ، وهو مردد بين عنوان جامعي مقطوع الأداء وعنوان خاص مشكوك حدوث استحقاقه وتملكه عليه من قبل المجني عليه ، فيكون هذا الاستصحاب في العنوان الإجمالي من استصحاب الفرد المرّد الذي حقق - في محله من علم الأصول - عدم جريانه .
وإن شئت قلت :

إنّ الواجب أدائه للغير ما هو ملك له عيناً خارجاً أو كلياً في الذمة بنحو مفاد كان الناقصة لا عنوان بقاء ملك عنده بنحو مفاد كان التامة ، وفي المقام لا يمكن إثبات ملكية المجني عليه لأحد العنوانين بخصوصه باستصحاب الجامع فثبوتها للجامع بينهما معلوم وممثل ، فلا يبقى إلا استصحابها لواقع أحد العنوانين ، وهو من الفرد المرّد . وبهذا البيان ندفع شبهة بقاء اشتغال الذمة الوضعي بمال الغير في موارد الدوران بين الأقل والأكثر غير الانحلاليين ، أعني مثل التخيير والتعيين سواء في ذلك الشبهات الحكمية كما في المقام أو الموضوعية كما إذا شك أنّ عليه للغير مطلق الحنطة أو الحنطة الحاصلة من منطقة معينة ، فتدبر جيداً .

إذن ، فمقتضى الأصل العملي هو التخيير ، كما أنّ مقتضى الأصل اللفظي المتمثل في الروايات التي عطفت أصناف الديات بعضها على بعض ذلك أيضاً ، كما في رواية العلاء بن فضيل ^(١) وصحيحة الحلبي ^(٢) ، كما أنّ مقتضى الجمع العرفي - بين ما ورد فيها بعض الأصناف من الستة مع ما ورد فيها البعض الآخر - ذلك أيضاً ؛

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٤ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٨ .

(٢) المصدر السابق : ١٤٣ ، ح ٥ .

برفع اليد عن إطلاق كل منهما المقتضي للتعين وعدم إجزاء غيره بصراحة الآخر في إجزائه ، فيثبت التخيير بينهما ، كما في صحيح الحلبي وجميل^(١) ، وكما ورد في روايات دية ما دون النفس حيث جاء في أكثرها تحديدها بالدرهم والدينار فقط^(٢) ، وفي بعضها التحديد بالإبل فقط كصحيح إبان^(٣) وحديث ابن سنان^(٤) .

بل صريح صحيح الحكم بن عتيبة^(٥) ثبوت التخيير بين أصناف الدية بعد الإسلام .

دعوى التعيين ومناقشتها :

إلا أنه في قبال ذلك قد يدعى استفادة التعيين - الذي ذهب إليه القدماء - من ظاهر بعض الروايات ، ويمكن تصنيفها إلى طائفتين :
الطائفة الأولى :

ما جاء بلسان أنه جعل على أهل الإبل الإبل ، وعلى أهل الأمصار الدراهم ، وعلى أهل السواد الغنم ، وهكذا كما في صحيح ابن الحجاج^(٦) المتقدم ، أو بلسان يؤخذ منهم ذلك ، كما في صحيح جميل المتقدم .

وفيه : أن ظاهر هذا اللسان أنه لسان التخفيف والتسهيل على أهل الأصناف لا التعيين ، ولهذا ورد التعبير في صحيحة الحجاج بعنوان ولأهل الأمصار الدراهم

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٣ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٤ .

(٢) انظر : المصدر السابق : ٢١٣ من ديات الأعضاء ، وما بعدها .

(٣) المصدر السابق : ٢٦٨ ، ب ٤٤ من ديات الأعضاء ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ٢١٧ ، ب ١ من ديات الأعضاء ، ح ١٤ .

(٥) المصدر السابق : ١٤٨ ، ب ٢ من ديات النفس ، ح ٨ .

(٦) المصدر السابق : ١٤١ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١ .

ولأهل السواد الغنم ، وهكذا وفي صحيح ابن سنان : « فالدية اثنا عشر ألف أو ألف دينار أو مئة من الأبل ، وإن كان في أرض فيها الدنانير فألف دينار وإن كان في أرض فيها الإبل فمئة من الإبل ، وإن كان في أرض فيها الدراهم فدراهم بحساب ذلك اثنا عشر ألفاً »^(١) وقد جمع هذا الحديث كلا التعبيرين التخيير بين الأصناف في البداية ثم بيان التسهيل على أهل كل صنف حسب ما يوجد في أرضهم فيعطى من ذلك الصنف بحساب ذلك ، وهذا أيضاً ظاهر في أن الجاني يعطى مما يوجد عنده وفي أرضه من الأصناف ، ولا يلزم بغيره ، كيف ! ويلزم من إرادة التعيين أن من ليس بأرضه شيء من الأصناف المذكورة في الرواية لا يجب عليه دفع الدية ، وهو غير محتمل .

هذا كله ، مضافاً إلى أن مثل صحيح الحكم بن عتيبة^(٢) المتقدم صريح في ثبوت التخيير ، فلو فرض ظهور في ذاك اللسان من الروايات في التعيين على أهل كل صنف رفع اليد عنه بصراحة مثل صحيح الحكم ، فتحمل على إرادة التسهيل والتخفيف .

الطائفة الثانية :

ما دل بظاهره على الترتيب في الدية المغلظة في العمد وشبه العمد ؛ وذلك بتعيين الإبل ، فإن لم يوجد انتقل إلى البقر أو الغنم ، وهي روايات عديدة فيها المعبرة مثل صحاح معاوية بن وهب وأبي بصير^(٣) ومعلّى أبي عثمان^(٤) .

(١) الوسائل ١٩ : ٢١٧ ، ب ١ من ديات الأعضاء ، ح ١٤ .

(٢) المصدر السابق : ١٤٨ ، ب ٢ من ديات النفس ، ح ٨ .

(٣) المصدر السابق : ١٤٧ ، ح ٣ .

(٤) المصدر السابق : ١٤٨ ، ح ٩ .

وروايتي زيد الشحام^(١) وأبي بصير^(٢). ففي صحيح معاوية قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دية العمد فقال: مئة من فحولة الإبل المسان، فإن لم يكن إبل فمكان كل جمل عشرون من فحولة الغنم »^(٣).

وفيه: أن هذه الروايات لا تدلّ على تعيين الإبل في الدية مطلقاً، كيف! وصريح الروايات الكثيرة عدم تعيينه على من ليس من أهل الإبل، بل هذا مقطوع بعدمه فقهيّاً حتى في العمد، وإنما ظاهر هذه الروايات لزوم ملاحظة التغليظ المجعل في دية العمد وشبهه من حيث مسان الإبل؛ وذلك إمّا بدفع الإبل المسان، أو تعويض ذلك من الأصناف الأخرى بما يساويه في القيمة، ولهذا جاء في بعضها « بقيمة ذلك من البقر »، أو عبّر « عشرون من فحولة الغنم مكان كل إبل »، أو عبّر « ألف كبش » الذي هو الغنم الكبير الفحل، وفي ذيل صحيح ابن سنان الوارد في الدية المغلظة في شبه العمد « قيمة كل ناب من الإبل عشرون شاة »^(٤) والناب من الإبل هو الإبل الكبير الهرم.

والحاصل: هذه الروايات ناظرة إلى لزوم حفظ قيمة الدية المغلظة في قتل العمد إذا أعطيت من غير الإبل في الأصناف الأخرى أما بزيادة عددها أو أسنانها الموجب لزيادة قيمتها، وهذه حيثية أخرى - قد يأتي البحث عنها - غير مرتبطة بمسألة التعيين أو التخيير بين الأصناف الستة.

فالصحيح في هذه الجهة ما ذهب إليه المتأخرون من ثبوت التخيير للجاني بين الأصناف الستة.

(١) الوسائل ١٩: ١٤٦، ح ٥.

(٢) المصدر السابق: ١٤٤، ب ١، ح ١٢.

(٣) المصدر السابق: ١٤٦، ب ٢، ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ١٤٢، ب ١ من ديات النفس، ح ٣.

الجهة الثالثة :

فيما هو الأصل في الدية من الأصناف الستة وما هو ليس بأصل بل هو بدل عن الدية :

صريح كلمات جملة من الأصحاب أنّ الأصناف الستة كلها أصول في نفسها ، ففي المبسوط « وكل واحد من هذه الأجناس أصل في نفسه ، وليس بعضها بدلاً عن بعض »^(١).

وفي الشرائع « وهذه الستة أصول في نفسها ، وليس بعضها مشروطاً بعدم بعض أو الجاني مخير في بذل أيها شاء »^(٢).

والأصلية وعدم البدلية تارة يراد بها عدم الطولية فيما بينها في مقام الأداء بحيث لا يحتاج إلى التراضي مع المجني عليه ، أو تعذر المبدل وعدم وجوده ، وهذا هو ظاهر الشرائع حيث فرّع على الأصلية أنه ليس بعضها مشروطاً بعدم بعض والجاني مخير في بذل أيها شاء .

وأخرى يراد بها كون كل صنف هو الدية والبذل عن النفس في قبال البدلية والتي تعني كون أحد الأصناف هو الدية وبمقدار ذلك من حيث القيمة والمالية قد رخص الشارع لأهله أن يدفعوه بدلاً عن الدية ولو ابتداءً وبنحو التخيير . وهذا هو مقصود الشيخ من الأصلية لا المعنى السابق ؛ لأنه قائل بالتعيين لا التخيير ، ومما يدل عليه تصريحه بعد ذلك في ختام مبحث دية النفس « وقد قلنا إنّ عندنا ستة أصول كل واحد أصل في نفسه وليس بعضها بدلاً عن بعض ، بل كل واحد منها بدل عن النفس ، وهي مئة من الإبل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم أو مئتا بقرة أو ألف شاة أو مئتا حلة ، وكل من كان من أهل واحد من ذلك أخذ ذلك منه مع الوجود ،

(١) المبسوط ٧ : ١١٨ .

(٢) الشرائع ٤ : ٢٤٥ .

فإذا لم يوجد أخذ أحد الأجناس الآخر وسواء كانت بقيمة الإبل أو دونها أو فوقها»^(١).

والأصلية بالمعنى الأول ترجع إلى البحث المتقدم في الجهة السابقة حيث استفدنا من الروايات التخيير ابتداءً للجاني بين الأصناف الستة تسهيلاً عليه في مقام أداء الدية.

والمقصود في هذه الجهة البحث عن ما هو الأصل من هذه الأصناف بالمعنى الثاني؛ ذلك لأنه إذا ثبت أن بعض هذه الأصناف هو الأصل والباقي بدل عنه في المالية ترتب على ذلك مطلبان مهمان:

الأول: أنه لا بد في مقام أداء الدية من غير الأصل أن تلاحظ مالية الأصل وقيمته، فيعطى من الغنم مثلاً ما يكون بقيمة مئة من الإبل لا أقل منها، وهذا يتصور على نحوين:

١- أن يكون العدد أيضاً ملحوظاً في البديل على نحو الموضوعية بحيث لا بد وأن يدفع بأزاء مئة إبل ألف شاة تكون بقيمتها فلا تجزي إذا كانت أقل من قيمتها كما أن دفع الأقل من ألف شاة لا يجزي حتى إذا كانت بقيمة مئة إبل.

٢- أن تلغى خصوصية العدد في البديل ويكون ذلك ملحوظاً بنحو الطريقة المحضة إلى مالية الأصل، فيكون تمام الموضوع للبديل ما يكون معادلاً لمئة إبل في القيمة من الأصناف الأخرى الخمسة، فيجزي منها ما كان كذلك ولو كان عددها دون ما ذكر في الروايات.

نعم، لا يجزي غيرها ولو كان بقيمتها؛ لأنه خلاف ظهورها في انحصار الدية في الأصناف الستة لا غير.

الثاني: أنه بناءً على استفادة البدلية بهذا المعنى يقوى احتمال أن يكون ذكر

الدرهم والدينار ضمن الأصناف باعتبارهما تقدين معادلين لقيمة مئة إبل وقتئذٍ بحيث يستفاد إلغاء خصوصية الدرهميّة والديناريّة منهما ، وهذا ما نبهته في الجهة الرابعة إن شاء الله .

ثم إنَّ ظاهر كلمات الأصحاب أصلية الأصناف الستة بمعنى عدم اشتراط وحدة ماليتهما وقيمتها ، بل قد عرفت تصريح الشيخ رحمته الله في المبسوط بذلك ، وأكثر العامة على ذلك أيضاً ، وذهب بعضهم إلى البدلية في غير الإبل .

نعم ، ظاهر القاضي في المذهب اعتبار التساوي في القيم حيث قال : « فدية العمد المحض إذا كان القاتل من أصحاب الذهب ألف دينار جياذ ، وإن كان من أصحاب الفضة فعشرة آلاف درهم جياذ ، وإن كان من أصحاب الإبل فمئة مسنة قيمة كل واحدة منها عشرة دنانير ، أو ألف شاة إن كان من أصحاب الغنم قيمة كل واحدة منها دينار واحد ، أو مئتا مسنة من البقر إن كان من أصحاب البقر قيمة كل واحدة منها خمسة دنانير ، أو مئتا حلة إن كان من أصحاب الحلل قيمة كل حلة خمسة دنانير » ^(١) وظهرها اعتبار قيمة ألف دينار في الجميع حتى في الإبل ، فكان الدينار هو الأصل عنده في الدية .

وقد اعترض عليه في الجواهر بأنه « إن كان الضابط اعتبار القيمة فلا مشاحة في العدد مع حفظ قدر القيمة وهي عشرة آلاف درهم ، أو ألف دينار ؛ ضرورة كون المدار عليها لا عليه وهو مما يمكن القطع بعدمه . ومن هنا يتجه حملة على إرادة بيان الحكمة في شرعها ابتداءً وإلا كان واضح الفساد » ^(٢) .

وفيه : ما أشرنا إليه من أنه يمكن أن يكون العدد أيضاً ملحوظاً في البديل على نحو الموضوعية ، وسوف يأتي ما يمكن أن يكون تخريباً فنياً لهذا الاحتمال .

(١) المذهب ٢ : ٢٥٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٣ : ١٦ .

ثم إنَّ الظاهر أنَّ مبنى كلمات الأصحاب في كون الأصناف الستة كلها أصولاً حتى من حيث المالية والقيمة هو التمسك بإطلاق الروايات التي جعلت الأصناف كلها في عرض واحد دية ولم تلحظ بعضها بدلاً عن الآخر، فيكون مقتضى إطلاقها إجزاء كل واحد منها بعنوان الدية سواء تساوت في المالية مع الأصناف الأخرى، أم نقصت عنها، فهذا الإطلاق هو مدرك الأصلية وعدم البدلية في المالية.

إلا أنَّ هذا البيان قابل للمناقشة، ولأجل توضيح ذلك لابد من تمهيد مقدمة حاصلها: أنه لا ينبغي الشك في أنَّ مئة إبل بالخصوص من الأصناف الستة أصل في الدية على كل حال بحيث لا يحتمل كونها بدلاً عن أحد الأصناف الأخرى، وذلك لأنَّه مقتضى إطلاق الروايات التي اقتضت على ذكرها بعنوان الدية فقط كصحيح جميل المنقول في ذيل صحيح الحلبي بعنوان قال جميل: «قال أبو عبد الله عليه السلام الدية مئة من الإبل»^(١)، وصحيح أبان بن تغلب^(٢) وهو ظاهر صحيح الحكم بن عتيبة أيضاً^(٣)، وفي صحيح محمد بن مسلم ووزارة وغيرهما عن أحدهما عليه السلام في الدية قال: «هي مئة من الإبل وليس فيها دنانير ولا دراهم ولا غير ذلك» الحديث^(٤).

فلو كنَّا نحن وهذا الظهور فهو يقتضي عدم إجزاء غير المئة من الإبل في الدية أصلاً، وأنه لابد من إعطائها بخصوصيتها وبعدها وماليتها إلاَّ أنه لابد من رفع اليد عن هذا الظهور بما دل على أنَّ الدية أعم منها وأنه يجزي أحد الأصناف الستة.

(١) الوسائل ١٩: ١٤٣، ب ١ من ديات النفس، ح ٥.

(٢) المصدر السابق: ٢٦٨، ب ٤٤ من ديات الأعضاء، ح ١.

(٣) المصدر السابق: ١٤٨، ب ٢ من ديات النفس، ح ٨.

(٤) المصدر السابق: ١٤٣، ب ١ من ديات النفس، ح ٦.

ولكن تلك الروايات المتعرضة للأصناف الستة بعنوان الدية إنما تقيد بالإطلاق أو الظهور المذكور بمقدارها لا أكثر، كما هو مقتضى صناعة التقييد والجمع بين الأدلة.

وعندئذ يقال: إن قصارى مفاد تلك الروايات المقيدة رفع اليد عن خصوصية مئة إبل في قبال أحد الأصناف الأخرى لا رفع اليد عن مقدار ماليتها أيضاً؛ وذلك بأحد بيانين:

البيان الأول:

أن الروايات التي ذكرت الأصناف الأخرى جعلتها عدلاً لمئة إبل بأعداد معينة كانت وقتئذ متعادلة معها في المالية والقيمة السوقية، كما يظهر بمراجعة الشواهد التاريخية وألسنة بعض الروايات، فيحتمل أن تكون هذه الخصوصية أعني التعادل والتوازن في المالية من الخصوصيات الدخيلة في الحكم المذكور، بل هذا هو المناسب مع الارتكاز العرفي في باب الدية التي هي حق مالي للمجني عليه يضمه الجاني على حد سائر الضمانات المالية، بحيث ما يجعل دية ويوسع في أصنافه وأقسامه على الجاني بحسب ما هو أهل له وفي متناول يده لمصلحة التسهيل عليه لا بد وأن يكون بمالية متعادلة عرفاً لا متفاوتة تفاوتاً فاحشاً، فتكون هذه الحيثية ملحوظة في جعل الأصناف الستة على نحو الركنية والموضوعية، ولا أقل من احتمال ذلك احتمالاً معتدلاً به يمنع عن انعقاد إطلاق في الروايات المذكورة، كما إذا وقع تغاير فاحش في مالية بعضها.

وهذا يعني: أن الروايات المقيدة لإطلاق أن الدية مئة من الإبل لا غير لا تدل على أكثر من عدلية الأصناف الخمسة الأخرى بتلك الأعداد وبوصف كونها معادلة في المالية مع مئة من الإبل، والذي كان محفوظاً في تلك الأعداد حين صدور الروايات لا مطلقاً؛ إذ لا إطلاق لها من هذه الناحية بعد فرض أنها خارجاً كانت كذلك.

وإن شئت قلت : إن ارتكازية التعادل فيما بين الأصناف في المالية والقيمة السوقية حين صدور الروايات توجب الانصراف إلى خصوص ما يكون متعادلاً من تلك الأعداد في المالية ، أو توجب على الأقل وجود قرينة لبسية ارتكازية في الأذهان العرفية مانعة عن انعقاد الإطلاق في الروايات للأصناف الأخرى مهما بلغت ماليتهما أو سقطت من قيمتهما ، فإذا لم يتم الإطلاق في هذه الروايات لفرض عدم التساوي في المالية وإن كان بنفس العدد كان المرجع إطلاق ما دلّ على أن الدية مئة من الإبل لا غير ، والذي يقتضي عدم إجزاء غيره عنه إلا ما شمله المقيد قطعاً ، فلا يجزي من الأصناف الأخرى ما كان أقل مالية ولو كان بنفس العدد ، كما أنه لا يجزي منها ما كان مساوياً لمئة إبل في المالية ولكن بعدد أقل ؛ لأنه أيضاً غير مشمول للروايات المقيدة ، لأنها اعتبرت عدداً معيناً ، وبهذا يكون العدد والمالية معاً معتبرين في الأصناف الأخرى . وهذا هو التخريج الذي أشرنا إلى أنه سيأتي ، وهو يقتضي النحو الأول من البدلية مالم يقيم دليل على إلغاء موضوعية الأعداد في الأصناف الأخرى وحملها على الطريقة المحضة .

مناقشة البيان الأول :

وقد يناقش في هذا البيان :

قارة : بأنه كما ورد في بعض الروايات أن الدية مئة من الإبل مع السكوت عن غيرها كذلك ورد في بعضها أن « الدية ألف دينار أو عشرة آلاف درهم » مع السكوت عن غيرهما ، كما في صحيح الحلبي ^(١) المتقدم وفي أكثر روايات ديات الأعضاء ، فلا مزية لأحدهما على الآخر ، بل مقتضى الجمع العرفي بينهما التخيير - كما تقدّم - وأن كلاً منهما أصل بنفسه يجزي في مقام الأداء سواء كان بقيمة الآخر أم لا .

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٣ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٥ .

وأما صحيح زرارة فهو يدل على عدم إجزاء غير الإبل من سائر الأجناس ، وهذا مقطوع البطلان ، فلا بد من طرحه أو تأويله .

وأخرى : بأن ظاهر مثل صحيح ابن الحجاج ^(١) أن جعل الدية على الأصناف الستة قول علي أو كان في كتاب علي عليه السلام - كما في روايات ديات الاعضاء - بنحو القانون الكلّي والقضية الحقيقية ، فلا يناسب أن يكون المقصود منها ما كان في خصوص ذلك الزمان من الدرهم والدينار أو الأجناس الأخرى ؛ لكونها معادلة مع مئة إبل ، بل ظاهر هذا اللسان ضرب القانون العام الذي يرجع إليه في كل زمان ومكان ، وهو يقتضي أصلية الأجناس جميعاً وأنها في عرض واحد .

جواب هذه المناقشة :

ويمكن الجواب : أما عن الأول ، فمضافاً إلى ما تقدم بيانه - من أنه لا يحتمل أن يكون الإبل ملحوظاً على نحو الطريقة لما يعادل ألف دينار أو عشرة آلاف درهم ، بل العكس هو المحتمل ، بل قريب من الذوق العرفي ؛ لأنه المناسب مع الدرهم والدينار ، وهذا مما يوجب إجمال إطلاق دليلهما دون دليله - أن غاية ما يلزم من وجود ما يدل على أن الدية ألف دينار أو عشرة آلاف درهم وقوع التعارض بين إطلاق كل منهما المقتضي للتعيين ونفي غيره مع الآخر . وعندئذ إذا احتملنا اشتراط التساوي بينهما في القيمة ولو لاحتمال البدلية في كل منهما ولم يكن إطلاق لفظي في منطوق كل منهما لفرض عدم التساوي في المالية كان اللازم الاقتصار في مقام الأداء على كل منهما إذا كان مساوياً للآخر في المالية ؛ لأنه مقتضى ظهور كل منهما في شرطية تلك المالية التي كانت متعادلة وقتئذ ، أي مقتضى إطلاق كل منهما في الانحصار ، والمفروض أنه لا يوجد إطلاق في منطوق الآخر لحال فقدانها ليقع تعارض بينهما ، فيرجع إلى الأصل العملي النافي لشرطيتها ، فلا تجزي ألف دينار

(١) الوسائل ١٩ : ١٤١ ، باب ١ من أبواب ديات النفس ح ١ .

أو عشرة آلاف درهم إذا كان أقل مالية من مئة إيل ، كما لا تجزي مئة إيل إذا كانت أقل مالية من ألف دينار ، فهذا يقتضي أيضاً ملاحظة المالية لا إلغاءها إلا إذا علم بعدم لزومها ، وهذا ثابت في مئة إيل جزماً بخلاف ألف دينار أو عشرة آلاف درهم .

لا يقال : حيث إن الدليلين منفصلين فالإطلاق في منطوق كل منهما منعقد ذاتاً ومعارض مع إطلاق مفهوم الآخر - هذا بلحاظ الجواب الثاني - كما أن الإطلاق في منطوق دليل الدرهم والدينار معارض مع إطلاق مفهوم دليل مئة إيل - في الجواب الأول - وبعد التساقط يرجع إلى الأصل العملي النافي لشرطية المالية المشتركة الثابتة للأصل ، فتثبت فتوى المشهور بذلك .

فأنه يقال : حيث إن تعدد ما يدفع به الدية - ولا أقل في ذلك دفع الإيل - كان مركزاً في ذهن المشرعي ، فهذا بمثابة القيد المتصل اللبّي لدليل الدرهم والدينار المانع عن انعقاد إطلاق فيه لفرض عدم المعادلة في المالية .

كما أن صحيح وزارة قد ورد فيه التعبير بقوله « هي - أي الدية - مئة من الإيل وليس فيها دنانير »^(١) ، وهذا لا يقتضي أكثر من الظهور في عدم كون الدينار والدرهم من الدية أصالة لا عدم أجزاء دفعها بدلاً عنها ، فإن مثل هذه الدلالة أما لا تكون أو تكون مستفادة من الإطلاق والسكوت القابل للتقييد بسائر ما دل على إجزائهما بحيث يجمع بينهما العرف بهذا النحو من الجمع ، هذا لو لم نقل إن وضوح ومسلمية أجزاء غير الإيل إجمالاً في العرف المشرعي يمنع من أول الأمر عن انعقاد ظهور فيه في عدم الإجزاء ، وعلى كل حال ، لا تصل النوبة إلى التعارض والطرح أو التأويل ، على أن ما ذكر من التأويل فيه - بإرجاع ضمير « وليس فيها » إلى الإيل - واضح الضعف .

(١) صحيح محمد بن مسلم ووزارة وغيرهما - الوسائل ١٩ : ١٤٣ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٦ .

وأما عن الثاني : فبأن كتاب علي عليه السلام وإن كان ظاهراً في ضرب القانون العام بنحو القضية الحقيقية ، إلا أن ذلك القانون لعله كون كل واحد من الأصناف المذكورة بوصف التساوي في المالية مع مالية مئة من الإبل دية وبدلاً عن النفس ؛ باعتبار المناسبة العرفية التي ذكرناها في باب الضمانات المالية ، فأخذ هذه الحيثية المناسبة والتي كانت مأخوذة ارتكازاً حين صدور النصوص والروايات لا تجعل القضية خارجية ، بل تبقى حقيقية وقانونية ، ولكن بالقيود المذكور .

هذا مضافاً إلى قوة احتمال إرادة الكتاب الذي فرضه أمير المؤمنين عليه السلام على عماله وولاته ، كما ورد بذلك روايات بعضها صحيحة عن الأئمة المتأخرين تصحح نسبة كتاب الفرائض ، أو كتاب ظريف في الديات إلى أمير المؤمنين عليه السلام ، وعندئذ من المعقول أن يكون الإمام عليه السلام لأجل تنظيم الديات قسم مالية مئة إبل على الأصناف الأخرى بحسب قيمتها السوقية وقتئذ ، ثم عَمَّمها على ولاته لكي تتحد الطريقة في نظام العقوبات والديات على نسق واحد في كافة أرجاء العالم الإسلامي وحكومته ، فالتشكيك في وجود إطلاق في روايات الأصناف الخمسة الأخرى لغرض عدم تساويها لمالية مئة من الإبل في محله .

البيان الثاني :

لو سلمنا تمامية الإطلاق في روايات الأصناف الخمسة الأخرى من الدية مع ذلك يمكن أن يقال : بأن هذا غايته الإطلاق القابل للتقييد بقيد المساواة فيما بينها وبين مئة من الإبل في القيمة والمالية غاية الأمر لا بد من مقيد يثبت هذا القيد ، وحينئذ يقال : بإمكان استفادة هذا القيد من السنة بعض الروايات وهي عديدة :

١ - منها : صحيح ابن سنان المتقدم ، وهو صحيح بطريق الشيخ والصدوق ومرسل بطريق الكليني ، فإنه - بعد أن بين أن الدية مئة من الإبل - عطف على ذلك بقوله : « وقيمة كل بعير من الورق مئة وعشرون درهماً أو عشرة دنائير ومن الغنم

قيمة كل ناب من الإبل عشرون شاة»^(١) وظاهر ذلك أن دفع الدية إذا كان من الورق أو الغنم فلا بد وأن يكون بقيمة الإبل الواجب دفعه بأسنانها ، فليس قوله « وقيمة كل بعير » من أجل تحديد وتقييد الإبل الواجب دفعه في الدية ، كيف ! وقد حدّده في العمد والخطأ بالأسنان ، وإنما الظاهر منه أنه إذا أريد دفع الدية بدلاً عن الإبل بالدرهم والدينار والغنم فإنه يكون قيمة كل بعير كذا درهم ودينار وكل ناب من الإبل كذا من الغنم ، وهذا واضح .

المناقشة الأولى :

وقد يناقش بأن هذه الصحيحة محمولة على التقية ؛ لما ورد فيها من تحديد الدية في الدرهم باثني عشر ألف وفي الغنم بألفين ، وهذا مطابق مع ما أفتى به العامة ومخالف مع الروايات التي دلت على أن الدية من الدرهم عشرة آلاف ومن الغنم ألف كصحيح حماد^(٢) وصحيح جميل^(٣) وصحيح ابن الحجاج^(٤) المتقدمة ، ومع حملها على التقية لا يمكن الاستدلال بها .

جواب هذه المناقشة :

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن حملها على التقية فرع عدم وجود جمع عرفي بينها وبين ما دل على أن الدية عشرة آلاف درهم وألف شاة ، وهو موجود بحمل هذه الصحيحة على الدراهم التي ضربت في الدولة الإسلامية فيما بعد عصر النبي ﷺ وفي عهد الإمام الصادق عليه السلام حيث كانت تضرب بوزن أقل من الفضة أي بوزن خمسة دنانير بينما كانت تضرب قبل ذلك بوزن ستة دنانير والتي كانت كل

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٢ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٣ .

(٢) المصدر السابق : ١٤٣ ، ح ٥ .

(٣) المصدر السابق : ١٤٣ ، ح ٤ .

(٤) المصدر السابق ١٩ : ١٤١ ، ح ١ .

عشرة منها تساوي سبعة مثاقيل شرعية . ومن هنا سمي ذلك الدرهم بوزن سبعة والآخر الأقل فضة سمي بوزن ستة حيث إن كل عشرة منها كانت تساوي ستة مثاقيل شرعية تقريباً ، وقد ذكر الشيخ في ذيل رواية عبيد بن زرارة - عن أبي عبد الله عليه السلام قال « الدية ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم ، أو مئة من الإبل » ^(١) . ذكر الحسين بن سعيد وأحمد بن محمد بن عيسى أنه روي أصحابنا أن ذلك يعني اثني عشر ألف درهم من وزن ستة ، وإذا كان كذلك فهو يرجع إلى عشرة آلاف ^(٢) .

وبالنسبة إلى « عشرون شاة » أيضاً الأمر كذلك ؛ لأن صحيح ابن سنان جعل العشرين شاة قيمة كل ناب من الإبل ^(٣) ، والناب من الإبل هو الإبل الكبير الهرم ، والذي يدخل عامه التاسع فما فوق ، ومن المعقول أن تكون قيمته ضعف قيمة البعير في عامها الأول والثاني كاهن المخاض وبنت لبون ، خصوصاً إذا لاحظنا أن صحيح ابن سنان بصدد بيان الدية المغلظة أيضاً من حيث أسنان الإبل ، وهي دية العمد وشبه العمد ، والتي لا بد وأن تكون الإبل فيها من مسان الإبل .

بل حمل هذه الصحيحة على التقيّة في نفسه بعيد جداً ؛ لأنّ تحديد قيمة البعير بالدرهم والدينار ، أو بالغنم موضوع خارجي واضح عند السامع ، أو قابل للاستيضاح ، فلا يمكن أن يصدر فيه بيان من المعصوم على خلاف الواقع الذي كان جارياً في زمانه .

فالحاصل : لو كانت الصحيحة وردت ابتداءً بعنوان « الدية اثنا عشر درهم وألفاً شاة » أمكن صدورها تقيّة ، وأما بهذا اللسان الذي هو لسان تحديد ما يعادل من

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٤ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١٠ .

(٢) انظر : المصدر السابق : ١٤٤ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١١ .

(٣) المصدر السابق : ١٤٢ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٣ .

الغنم كل ناب من الإبل - والذي لا تكون نتيجته ألفين ، بل تضعيف الغنم في خصوص ما يلزم من الإبل كونه ناباً ، وهو أربعون لا أكثر - فمما لا يحتمل فيه التقيّة ، ولا معنى لها فيه ، فلا بدّ وأن يكون هذا الاختلاف الواقع في الروايات من جهة أخرى ، وهي في الدرهم من جهة الاختلاف الذي حصل في وزنه ، كما أشار الرواة إلى ذلك أيضاً ، وفي الغنم من جهة أنّ ما حددته الروايات بعشرين شاة إنما هو في قبال كل ناب من الإبل ، أي ناظرة إلى الدية المغلّظة التي يجب فيها الإبل المسان الكبيرة بخلاف دية الخطأ المحض التي يكتفى فيها بمطلق البعير أي ابن اللبون و بنت مخاض ونحوهما ، والفرق بينهما كبير في المالية . وسوف نرى أنّ روايات التحديد للغنم بأنّه في قبال كل واحد من الإبل عشرون من الغنم كلها واردة في الدية المغلّظة ، بل ومصرّحة بأنّ اللازم فيها الإبل المسان ، ومما يشهد على هذا أنّ صحيح بن سنان جعل عشرة دنائير ومئة وعشرين درهماً قيمة كل بعير لا كل ناب من الإبل ، وجعل عشرين شاة قيمة كلّ ناب من الإبل ، فلم يعطف العشرين شاة على عشرة دنائير ، مما يعني أنّ مراده بالبعير مطلق الإبل الذي يجزي دفعه في دية الخطأ ومراده بعشرين شاة ما يدفع في الدية المغلّظة التي يشترط فيها الناب والمان من الإبل .

المناقشة الثانية :

وقد يناقش في هذا الاستدلال أيضاً بأننا لو سلمنا دلالة هذه الصحيحة أو غيرها على ملاحظة الشارع لمالية الإبل في الأصناف الأخرى في مقام تحديد مقدارها فهذا كان في ابتداء الأمر حكمة لبسط الدية على الأصناف الستة ، وليس علة أو قيداً في موضوع الحكم لكي يجب ملاحظته في كل زمان ويدور الحكم مداره ، بل يتمسك بإطلاق ما حدد في كل صنف منها لإثبات إجزائه مهما بلغت قيمته وماليتها بالنسبة للإبل أو لسائر الأصناف ، فيثبت أنّ كل صنف منها بعد التشريع وبسط الدية عليه أصبح أصلاً برأسه ، وقد يشهد لذلك أنّه لو كان الأصل في الدية مئة من

الإبل فقط والأصناف الأخرى رخص في دفعها بدلاً عنها بما يعادلها في القيمة لم يكن وجه لتحديد عدد مخصوص لكل واحد منها، بل كان ينبغي أن يقال: وبقيمة مئة إبل من الغنم والبقر والدرهم والدينار والحلل مهما كان العدد.

جواب هذه المناقشة:

ويلاحظ على ذلك: بأنه مع فرض تصريح الروايات بملاحظة قيمة الإبل بأسنانها في بعض الأصناف الأخرى لا مجال لحمل ذلك على الحكمة في بداية التشريع، فإنه خلاف ظهور أخذ هذه الحثية في الموضوعية خصوصاً إذا لاحظنا أن هذا هو المناسب مع الفهم العرفي واعتباراتهم في باب الضمانات، بل لولا ملاحظة ذلك لم يكن معنى لتغليظ الدية في العمد وشبه العمد بدفع الإبل المسان الكبيرة، بل العرف لا يتعلل أن يكون ضمان عضو أو نفس دائراً بين الأقل والأكثر في المالية، فالغاء هذه الخصوصية عن الموضوعية - كما هو ظاهر اللفظ وهو المتفاهم عرفاً - بلا موجب، وبذلك يقيد إطلاق ذكر الأعداد المذكورة لسائر الأصناف، ويحمل على أنه بلحاظ الوضع النوعي العام في ذلك الزمان.

وما ذكر من أنه لو كان الأمر دائراً مدار قيمة الإبل من سائر الأصناف لم يكن وجه لذكر العدد وتحديده في كل صنف مدفوع: بأن فائدة التحديد تشخيص القيمة السوقية النوعية أي معدل القيمة للجاني، لأنه ملزم بها لا بكل قيمة ولو كانت شخصية لا يجد غيرها، فإن هذا مطلب مهم قد يغفل عنه، بل من المحتمل قوياً أن هذا التحديد جاء من قبل الإمام علي عليه السلام - كما تشير إليه بعض الروايات - كمرسوم حكومي يشخص فيه موضوعاً خارجياً واحداً وهو معدل القيمة السوقية وقتئذٍ للدية من الأصناف الأخرى لعماله وولاته وقضاته، ومثل هذه الموضوعات أيضاً بحاجة إلى التحديد من قبل الحكومات والأنظمة الاجتماعية، كما تحدد الحكومات اليوم سعر النقد أو سعر الفائدة بين حين وحين.

٢ - ومن جملة الروايات صحيح الحكم بن عتيبة ^(١) المتقدم ، وقد ورد فيه أن أمير المؤمنين عليه السلام هو الذي قسّم الدية على الورق بعد أن كانت على الإبل وأن قيمة كل إبل في ذلك الزمان مئة درهم ، وهذا ظاهر في ملاحظة قيمة الإبل وماليتها في الورق ، وأن الترخيص في دفع الدية منها للتسهيل ، وكثرة الورق إنما كان بعنوان البدلية ؛ ولهذا صرح في ذيله بأن دفع الإبل اليوم أيضاً هو الأفضل .

نعم ، هذه الرواية بحسب صدرها قد يتوهم دلالتها على أن الأنعام الثلاثة كلها كانت أصلاً في الدية لا خصوص الإبل إلا أن هذا الظهور ممنوع ، فإن ذكر الأنعام الثلاثة جاء في كلام السائل بعنوان أن الدية كانت تؤخذ قبل اليوم من الإبل والبقر والغنم ، وأما ما جاء في كلام المعصوم فهو أن الدية كانت تؤخذ في دية الخطأ مئة من الإبل ، فإذا لم يكن ظاهر كلام الإمام عليه السلام فيها اختصاص الأصالة بالإبل فلا ظهور فيه في الخلاف . ولو فرض مثل هذا الظهور فهو قابل للتقييد بصراحة صحيح ابن سنان ^(٢) المتقدم - وغيره مما يأتي - الدال على أن الغنم أيضاً يكون بدلاً عن الإبل ، فيلزم ملاحظة قيمة الإبل في دفعه ، فالصحيحة تدل على بدلية الدرهم عن الإبل ، وأما غيرها فيثبت بعدم احتمال الفرق ، بل لعل ظاهر ذكر خصوص الإبل في كلام الإمام بعنوان ما كان هو الدية ظاهر في ذلك أيضاً كما أشرنا .

٣ - ومنها : طائفة من الروايات واردة في الدية المغلظة والتي تقدمت الإشارة إليها حيث استدل بها على الترتيب بين الإبل والبقر والغنم ، وهي خمس روايات : صحيح معاوية بن وهب ^(٣) وصحيح معلى أبي عثمان ^(٤) ومعتبرة

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٨ ، باب ٢ من ديات النفس ، ح ٨ .

(٢) المصدر السابق : ١٤٢ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ١٤٦ ، ب ٢ ديات النفس ، ح ٢ .

(٤) المصدر السابق : ١٤٨ ، ب ٢ ديات النفس ، ح ٩ .

أبي بصير^(١)، وروايته^(٢)، ورواية زيد الشحام^(٣). وقد ذكرنا في بحث سابق بأن ظاهرها الأولي وإن كان هو الترتيب في الدية بين الإبل والبقر والغنم ولو في خصوص دية العمد وشبهه إلا أن هذا غير محتمل فقهيًا، بل مركوزية عدم احتمال تعيين الإبل على غير من يكون من أهل الإبل يوجب منع ظهورها في ذلك، وأن تمام النظر فيها إلى مسألة تغليظ الدية في العمد وشبهه ولزوم مراعاة ذلك في البقر والغنم أيضاً لو كان الدفع منهما، فيكون ظاهراً في البدلية في المالية، بمعنى لزوم حفظ قيمة الإبل من البقر أو الغنم، كما هو مقتضى كونهما مكانه، بل صرح في بعضها بأنه بقيمة ذلك من البقر، وهو أيضاً مقتضى جعل عشرين من الغنم في قبال كل جمل مسن. وقد ورد في بعضها في قبال كل جمل عشرون من فحولة الغنم، وفي بعضها في قبال مئة من الإبل المسان ألف كبش وهو الغنم الفحل الكبير، وفي رواية أبي بصير صرح بأنه في الخطأ مثل العمد إلا أنه عبّر بأنه ألف شاة مخلطة بينما في العمد عبّر بألف كبش، مما يعني أن حيثية المالية في الإبل المسان لوحظت في الغنم تارة من خلال تكثير عددها إلى الضعف، وأخرى من خلال اشتراط كونها ألف كبش والذي هو أغلى قيمة، ولعل الكبش من الغنم كان يعادل غنمين في القيمة. فهذه الطائفة من الروايات أيضاً ظاهرة بل صريحة في اعتبار مالية الإبل، وأنها الأصل في الدية، وهي وإن كانت واردة في العمد وشبهه إلا أن دلالتها على البدلية بالمعنى المذكور لا تختص بذلك، وإنما ذكر العمد فيها؛ لأن التفاوت في المالية يظهر فيه باعتبار التغليظ في ديته، وهذا واضح.

٤ - ومنها: بعض الروايات الظاهرة في أن الدرهم لا بد وأن يكون بقيمة الذهب

(١) الوسائل ١٩: ١٤٧، ب ٢ ديات النفس، ح ٤.

(٢) المصدر السابق: ١٤٤، ب ١، ح ١٢.

(٣) المصدر السابق: ١٤٧، ب ٢ ديات النفس، ح ٥.

وبحسابه في الدية ، مما يعني أنه ليس أصلاً في الدية ، من قبيل ما تقدم في صحيح ابن الحجاج « وقيمة الدينار عشرة دراهم »^(١) وفي صحيح ابن سنان قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من قتل مؤمناً متعمداً قيد منه إلا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الدية ، فإن رضوا بالدية وأحب ذلك القاتل فالدية اثنا عشر ألفاً أو ألف دينار أو مئة من الإبل ، وإن كان أرض فيها الدنانير فالف دينار ، وإن كان في أرض فيها الإبل فمئة من الإبل ، وإن كان في أرض فيها الدراهم فدراهم بحساب ذلك اثنا عشر ألفاً »^(٢).

وظاهرهما أن القيمة ومالية ألف دينار أو مئة من الإبل ملحوظة في صنف الدرهم على الأقل بحيث لا بد وأن تكون الدراهم المدفوعة دية بحساب ذلك وقيمتها ، بل لعل هذا المعنى صريح صحيح الحكم بن عتيبة المتقدم أيضاً حيث عبر فيه بأن أمير المؤمنين عليه السلام قد قسم ذلك على الورق^(٣).

ودعوى : أن هذه المعادلة في القيمة كانت ملحوظة في بداية التشريع حكمة لا علة ، قد عرفت جوابها .

ودعوى : إعراض الأصحاب عن هذا الفهم من الروايات الموجب لو هنها وسقوطها عن الحجية .

مدفوعة : بأن كبرى الوهن بالإعراض فرع أن لا تكون الرواية من حيث السند قطعية أو كالقطعي - كما لا يبعد دعواه في مجموع ما تقدم من الروايات - وأن لا يكون في البين وجوه واستدلالات يحتمل استناد المعارضين إليها .

مضافاً إلى عدم إمكان إحراز صغرها من مجرد كلام الشيخ عليه السلام في المبسوط مع

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٦ ، ب ٢ من ديات النفس ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٣٧ ، ب ١٩ من القصاص في النفس ، ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ١٤٨ ، ب ٢ من ديات النفس ، ح ٨ .

سكوت غيره من القدماء عنه ، بل تصريح القاضي باعتبار التساوي في القيم بين الأصناف ، كما تقدم .

فالإنصاف أن اعتبار ذلك خصوصاً في الدرهم إن لم يكن هو الأقوى فهو الأحوط الذي لا يمكن الخروج عنه .
مناقشات أخرى وردود :

وقد يناقش فيما انتهينا إليه بمناقشات أخرى ربما يظهر جوابها من تضاعيف ما ذكرناه ، ولكننا نوردها هنا لمزيد التوضيح والتنقيح ، فنقول :

المناقشة الأولى : أن ظاهر الروايات التي ذكرت الإبل والغنم والبقر والدرهم والدينار في عرض واحد أصلاتها جميعاً ، لا من جهة الإطلاق لحال نقصانها عن مالية الإبل ، بل من جهة الظهور في عرضيتها وأنها جميعاً تكون دية ، لا أن بعضها دية وبعضها بدل عنها ، وهذا الظهور يكون مقيداً لمفهوم الحصر المستفاد من مثل صحيح جميل « الدية مئة من الإبل » ومعارضاً مع ما دلّ على بدلية الغنم أو الدرهم عن الإبل لو تمت دلالته على ذلك .

الجواب : أولاً : إن الدلالة المذكورة ليست بأكثر من الإطلاق والدلالة الحكمية لا الظهور الوضعي ؛ لأن مجرد ذكر الأجناس معاً بعنوان الدية لا ينافي بقيدها بقيد المساواة في المالية لقيمة مئة من الإبل - كما لو صرح بذلك - فإنه يكون مقيداً لإطلاقها لا منافياً لدلالة لفظية وضعية فيها على الخلاف .

نعم ، بدلية سائر الأصناف عن الإبل - بأن تكون مئة إبل هي الدية والبدل عن النفس ، والباقي بدل البدل أي عوض عن الدية - خلاف ظهور حمل الدية عليها جميعاً في عرض واحد ، وهذا ظهور وضعي لا إطلاق حكمي .

إلا أننا لا نريد إثبات البدلية بهذا المعنى ولا يهمننا ذلك ، وإنما المهم لنا إثبات البدلية في القيمة والمالية ، بمعنى لزوم مراعاة مالية الإبل وحفظها في سائر الأجناس أو في الدرهم والدينار على الأقل ، وهذا قد استفدناه مما صرح فيه

بملاحظة التقويم وحفظ مالية الإبل في سائر الأجناس ، أو بعضها بعد إلغاء الخصوصية . ويكون نتيجة ذلك تقييد إطلاق تلك الأصناف التي جعلت في عرض واحد دية بما إذا كانت معادلة في المالية لمالية مئة من الإبل ، وهذا تقييد للإطلاق لا أكثر .

وثانياً: لو فرضنا أن الدلالة المذكورة دلالة ظهورية لا إطلاقية فهو ظهور لا يقاوم تصريح الروايات المتقدمة بلزوم ملاحظة مالية الإبل في الأصناف الأخرى ؛ لأنّ ذاك صريح وهذا مجرد ظهور ناشئ من حمل عنوان الدية عليها جميعاً في عرض واحد ، فيكون مقتضى صناعة حمل الظاهر على الصريح ما ذكرناه من الجمع ، وهو أن تكون الدية الأصناف جميعاً بشرط معادلتها لقيمة مئة من الإبل .

وثالثاً: لو فرضنا التعارض والتساقط بين الطائفتين من هذه الناحية مع ذلك كانت النتيجة لصالح القول باعتبار مالية مئة من الإبل في الدية ؛ لأنّه بعد التساقط يرجع إلى إطلاق مثل صحيح جميل « الدية مئة من الإبل » ^(١) الدال بإطلاقه على الانحصار ؛ لأنّه إطلاق محكوم في نفسه لدلالة تلك الروايات المصّرحة بإجزاء غيرها ، فمع سقوط الحاكم والمقيد بالمعارضة في مورد عدم مساواة قيمة سائر الأجناس لمئة من الإبل مع ما دلّ على اعتبار ذلك فيها ، كان المرجع بعد التساقط وفي مورد ذلك الإطلاق المحكوم ؛ لأنّه بحكم كونه إطلاقاً مؤخراً ومحكوماً في الحجية للمقيّد يبقى سليماً عن المعارضة ، فبعد سقوط المقيد في مورد بالمعارض يصبح ذلك الإطلاق حجة لا محالة ؛ لأنّ المانع عن حُجّيته إنّما كان مقيّده الحاكم عليه ، والمفروض سقوطه بالمعارضة وعدم ثبوته ، ومالم يثبت المقيد كان الإطلاق حجة لا محالة ، وهذه هي نفس نكتة الرجوع إلى العام الفوقاني بعد سقوط مخصّصه بالمعارض ، كما هو محقق في محله من علم الأصول .

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٣ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٤ .

المناقشة الثانية: أن ظاهر صحيح ابن الحجاج حيث ذكر فيه الإمام عليه السلام ابتداءً وفي قبال ما نقله ابن الحجاج للإمام عليه السلام من أن ابن أبي ليلى قال بأن الدية كانت في الجاهلية مئة من الإبل ثم أن رسول الله ﷺ أقرها... الخ. « قال علي عليه السلام : الدية ألف دينار » ^(١) أن الأصل في الدية ألف دينار لا مئة من الإبل ، فتكون معارضة مع ما دلّ على أن الأصل فيها الإبل .

الجواب: إن هذا التعبير حيث عطف عليه الإمام عليه السلام بقوله « وألف دينار لأهل الذهب (في نسخة الفقيه والتهذيب) وعشرة آلاف لأهل الأمصار وعلى أهل البوادي مئة من الإبل... الخ » لا يكون ظاهراً في أصلية ألف دينار خصوصاً إذا أضفنا أن الدرهم والدينار يلحظان بما هما نقدان ، والنقد يعبر به عن المالية والقيمة السوقية للأجناس الأخرى ، فهو المناسب لأن يكون بدلاً في المالية عن مالية الأجناس الأخرى ، لا أن تلك الأجناس تكون بدلاً عن ألف دينار في المالية . نعم ، ظاهر إضراب الإمام عليه السلام عما نقله الراوي عن ابن أبي ليلى عدم موافقته لما نقل عنه إلا أنه تقدم فيما سبق أنه لا ظهور للحديث في نفيه لما ذكره ابن أبي ليلى من الحكم الشرعي ، ولو فرض فلا يعلم أن عدم موافقته كانت راجعة إلى هذه النقطة من كلام ابن أبي ليلى .

وقد ورد نفس المضمون في صحيح الحكم بن عتيبة المتقدم ، وكذلك في رواية الفقيه ، والخصال بإسناده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي ﷺ لعلي عليه السلام قال : « يا علي إن عبد المطلب سن في الجاهلية خمس سنن أجراها الله له في الإسلام - إلى أن قال - وسن في القتل مئة من الإبل فأجرى الله ذلك في الإسلام » ^(٢) .

(١) الوسائل ١٩ : ١٤١ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ١٤٥ ، ب ١ ديات النفس ، ح ١٤ .

المناقشة الثالثة: إنَّ قيم الأجناس المذكورة ليست متساوية في تمام الموارد حتى سابقاً، بل كانت متغيرة لا محالة بتغير الأزمنة والأمكنة والأسواق والطوارئ وغير ذلك مما يؤثر في مقدار العرض والطلب على السلعة فتتغير قيمتها، فإذا اكتشف منجم للذهب أو الفضة مثلاً وكان يزداد عرضهما انخفضت قيمتهما لا محالة، وإذا حصل وباء أو مرض أوجب موت الإبل قلَّ مقدار عرضها وارتفعت قيمتها لا محالة، وهكذا كلما عرَّ وجود السلعة أو كثر الطلب عليها لسبب من الأسباب أو بالعكس أثر ذلك في المالية والقيمة السوقية جزماً، وهذا كان أمراً واقعاً حتى في تلك الأزمنة التي صدرت فيها هذه الروايات، ومعه كيف يمكن افتراض أنَّ هذه الأجناس الستة بأعدادها التي جعلت دية كانت متساوية في المالية والقيمة السوقية؟! فإنَّ هذا لو فرض إمكانه في زمان معين ومكان معين فهو غير ثابت في تمام الأزمنة والأمكنة والحالات حتى عند العرف، أي هذه النكتة يعرفها ويفهمها العرف أيضاً، فلا بدَّ وأن يكون ذلك مجرد حكمة في أصل التشريع، كما ذكره صاحب الجواهر رحمته الله ويكون المدار على الأعداد المقررة لكل جنس مهما بلغت قيمتها.

الجواب:

أولاً: إنَّ المراد بالقيمة المتعادلة ليس التساوي الدقيق في القيمة وفي تمام الحالات، بل المقصود هو التعادل بمعنى التقارب في القيمة السوقية في الأوضاع الثابتة لها أي لمتوسط القيمة في الأسواق العامة التي كانت في حاضرة الإسلام وقتئذٍ، وهذا كان أمراً ثابتاً عادة خصوصاً في مثل الأنعام الثلاثة والتي هي لحد اليوم بتلك الأعداد متقاربة في المالية، والذي يقضي بهذا الفهم - مضافاً إلى ما ورد في الروايات المتقدمة في الدية المغلظة من التعبير عن عشرين من الغنم بأنه قيمة كل ناب من الإبل أو عن عشرة دنانير أو مئة وعشرين درهماً بأنه قيمة كل بعير، وغير ذلك مما هو صريح في ملاحظة قيمة مئة من الإبل وماليتها في ما جعل من

الأصناف الأخرى في عرضها وعدم إلغاء ذلك لمجرد العدد - ما ذكرناه من المناسبة العرفية من أن الدية بابها باب الضمانات المالية ، فهي تعويض لخسارة المجني عليه المادية وقيمة الجناية كما في بعض الروايات ، فلا يناسب أن يكون هذا الضمان في خسارة واحدة دائراً بين الأقل والأكثر في المالية ، فإن هذا قد يناسب الأمور التعبدية المحضة كال كفارات بأن تكون قيمة عتق العبد أضعاف إطعام عشرة مساكين مثلاً ، ولا يناسب باب ضمان الخسارات خصوصاً إذا لاحظنا أن الشارع لم يكن مؤسساً في الدية ، وإنما كانت ثابتة قبل الإسلام فأقرها الإسلام مع التسهيل على أهل الأصناف بتجوز دفع أحدها مكان الآخر ، فهذا الارتكاز وتلك الروايات هي المانعة عن حمل الأعداد على الإطلاق وأنها تمام الموضوع في الدية .

وثانياً: إن ملاحظ جانب المعادلة مع قيمة ومالية مئة من الإبل لئن لم نقبله في الأجناس الأخرى فلا ينبغي الشك في قبوله في صنف الدينار والدرهم خصوصاً الدرهم والورق ؛ لأنه كان يمثل النقد الرائج والذي به تقاس قيمة الأجناس ، بحيث عندما يذكر مع جنس آخر في باب الضمان يفهم منه عرفاً أنه بقيمته ، كيف ! وقد صرح بذلك في الروايات وأن الدية كانت مئة من الإبل قسمها أمير المؤمنين عليه السلام على الدراهم وأن قيمة كل جمل مئة درهم ، مما هو كالصريح في أن العدد المذكور للدرهم لوحظ بما هو معادل لقيمة الإبل ويحفظ ماليته وأن الميزان بحفظ تلك المالية لكونها الأصل في الدية ، لا أن يصبح الدرهم بالعدد المذكور هو الأصل في الدية وتصبح ماليته المتغيرة غالباً بحكم كونه نقداً أصلاً في الدية يكتفى بدفعها مهما تناقصت تمسكاً بإطلاق العدد ، فإن هذا إلغاء لذلك الظهور والقرائن القوية في السنة الروايات في قبال إطلاق لا أساس له ، كما شرحناه سابقاً .

لا يقال: إن قيمة مئة من الإبل وماليته ملحوظة في الدرهم والدينار ، بل وفي سائر الأصناف أيضاً في زمان التشريع إلا أنه بهذا المقدار لا أكثر ، أي ليست مالية الإبل في كل زمان هي الميزان في الدية ، بل ما كانت عليه في زمان التشريع ، وقد

كانت بمقدار ألف دينار وعشرة آلاف درهم ، وبعد ذلك لو تغيرت قيمة الإبل بأن زادت قيمتها السوقية فلا يضر ذلك بدفع الدية من الدرهم والدينار بالعدد المقدر ؛ لأنه معادل لقيمة مئة من الإبل في زمان تشريع الدية ، فيكون قد حفظنا ظهور أخذ المعادلة في القيمة في الأصناف الأخرى ، وظهور العدد في الموضوعية ، ولعل هذا هو مقصودهم من كون المعادلة في القيمة بين الأصناف حكمة للتشريع .
فإنه يقال :

أولاً : هذا خلاف ما يستفاد من بعض الروايات السابقة من أن الأصل في الدية كان هو الإبل ولو من حيث المالية ، فإن العرف يفهم منها أن قيمتها هي الأصل الذي لابد وأن يلحظ ويحفظ في دفع سائر الأصناف ، نعم ليس الميزان بالقيمة الاستثنائية وفي الحالات الطارئة أو النادرة ، بل بالقيمة النوعية الثابتة في الأوضاع الاعتيادية .

وثانياً : غاية ما يلزم من الكلام المذكور - لو سلم - أن لا تكون زيادة قيمة مئة من الإبل عن قيمتها في زمان تشريع الدية مضمونة على الجاني ، ولا يثبت به الاجتزاء بدفع أحد الأصناف الأخرى إذا نقصت قيمته عن سائر الأصناف وعن زمان التشريع ، كما هو كذلك في الدرهم اليوم ؛ لأن دفع العدد المقرر منه لا يكون معادلاً لقيمة مئة من الإبل في هذا الزمان ولا لقيمتها في زمان التشريع ، وإنما يكون حفظ تلك القيمة بدفع ما يعادل اليوم في قوته الشرائية لقيمة الدراهم في ذلك الزمان كما لا يخفى .

فالاجتزاء بدفع نفس العدد منهما اليوم عبارة عن إلغاء لخصوصية المعادلة لقيمة مئة من الإبل لا تقييد لها بزمان التشريع ، نعم المعادلة كانت لدراهم زمان التشريع ، لا أن دراهم اليوم تحفظ قيمة الإبل زمان التشريع ، وصريح الروايات المتقدمة أخذ تلك القيمة في ما يدفع دية بمعنى أن الدراهم المدفوعة لابد وأن تكون مشتملة ومتضمنة لقيمة مئة من الإبل ولو التي كانت ثابتة لها في زمان التشريع ، وهذا

لعمرى واضح جداً.

المناقشة الرابعة : ثم إن هناك رواية قد يتوهم دلالتها على أن الأصل في الدية الدراهم أو على الأقل الاجتزاء بها في الدية إذا كانت بالمقدار المقدّر شرعاً وهو عشرة آلاف درهم حتى إذا كانت أقل من قيمة سائر الاجناس ، وهي معتبرة إسحاق بن عمار الواردة في الزكاة عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « قلت له : تسعون ومئة درهم وتسعة عشر ديناراً أعليها في الزكاة شيء ؟ فقال : إذا اجتمع الذهب والفضة فبلغ ذلك مثني درهم ففيها الزكاة ؛ لأنّ عين المال الدراهم ، وكل ما خلا الدراهم من ذهب أو متاع فهو عرض مردود إلى الدراهم في الزكاة والديات » ^(١).

تقريب الدلالة : أنها صرّحت بأنّ الميزان بالدراهم في الديات والزكاة لا بالأجناس الأخرى التي هي عروض ، بخلاف الدراهم فإنّها عين المال ، فبلوغ النصاب بحساب الدرهم كافٍ في تعلّق الزكاة وإن لم يبلغ بحساب الذهب . كما أنّ بلوغ الدية بالدرهم المقدار المقدّر للجناية كافٍ في الدفع ومجزئ وإن لم يبلغ المقدّر بالأجناس الأخرى ؛ لأنّها عروض مردودة إلى الدراهم .
وقيه :

أولاً : إنّ هذا المعنى غير معمول به ، بل على خلافه صريح روايات أخرى في باب الزكاة دلّت على أنّ اللازم بلوغ كل جنس يملكه الإنسان نصابه المقرّر فيه لكي تتعلّق الزكاة ، فلا تجب فيما إذا بلغ المجموع بحساب الدراهم مثني درهم ، ومن هنا طرحت هذه الرواية وحملت على التقية أو أوّلت ، ومعه لا يتعين لها معنى يمكن الاستفادة منه في باب الديات أيضاً .

وثانياً : لو فرض العمل بها وعدم إجمالها فليس مفادها أنّ الأصل في الدية والزكاة بالدراهم ؛ وإنما ظاهرها أنّ الدراهم لكونها عين المال أي خالصة - وهو

(١) وسائل الشيعة ٦ : ٩٣ ، ب ١ من زكاة الذهب والفضة ، ح ٧ .

كناية عن كونها النقد الذي يقاس به مالية سائر الأجناس كما يشهد به قوله ﷺ : « وكل ما خلا الدراهم من ذهب أو متاع عرض مردود إلى الدراهم » - فيكفي دفع الدية منها ، ولا يشترط دفع الجنس ؛ لأنّ الدراهم عين مالية والأجناس مردودة في المالية إليها ، وكذلك في تعلّق الزكاة ، فالرواية ظاهرة في تعلّق الزكاة بالمالية من الأجناس الزكوية ، كما أنّ ما هو الدية مالية الأصناف الستة والتي عينها وجوهرها الدراهم . وليست الرواية ناظرة إلى فرض تفاوت قيمة الدرهم عن الدينار أو الأجناس الأخرى ولا ما هو الأصل في الدية .

نعم ، هذه الرواية قد يستفاد منها في البحث القادم أنّ الدراهم في باب الدية بل والزكاة أيضاً ملحوظة بما هي عين المال وجوهره أي بما هو نقد لا بما هو من جنس الفضة والتي هي أيضاً كالذهب والمتاع عرض مردود إلى الدراهم ، فيمكن أن يستفاد من ذلك أنّ موضوع الحكم مطلق النقد الرائج ولو لم يكن من الدرهم . فالمتحصّل من مجموع ما تقدم أن مالية مئة من الإبل لابدّ من حفظها في دفع أحد الأصناف الأخرى خصوصاً الدرهم . والله الهادي للصواب .

الجهة الرابعة :

ما هو المراد من الدرهم والدينار ضمن أصناف الدية ؟

في البدء ثمة احتمالات عديدة لابدّ من تمحيصها ، وهي :

١ - أن يراد بهما المتخذ من الذهب والفضة المسكوكين بالوزن الشرعي المخصوص والمسمّين باسم الدرهم والدينار والرائجين في السوق للتعامل .

٢ - الاحتمال نفسه مع إسقاط قيد الرواج .

٣ - الاحتمال نفسه مع إسقاط قيد التسمية بالدرهم والدينار ، بل حتى إذا كان يسمّى بغيرها كالروبيّة مثلاً ، ولكن بشرط أن يكون من الذهب أو الفضة .

٤ - الاحتمال نفسه مع إسقاط قيد أن يكون كل سكة بوزن مخصوص ، بل يكفي أن يكون مجموع سكّتين أو ثلاث كذلك ، فيجب منها بمقدار ما يساوي

الدرهم والدينار .

٥ - أن يراد بهما الوزن الشرعي من الذهب والفضة ولو لم يكونا مسكوكين ؛ أي مثقال ذهب و $\frac{7}{10}$ مثقال فضة .

٦ - أن يراد بهما مطلق النقد الممثل للمالية المحضة في كلّ زمان ، فيشمل العملة الورقية الرائجة اليوم بعنوان النقد .

تحقيق هذه الاحتمالات :

١ - الاحتمال الأول هو المتيقن :

وواضح أنّ القدر المتيقن من هذه الاحتمالات هو الأول منها ، وأنّ كل احتمال من الاحتمالات الأخرى تلغى فيه خصوصية من الخصوصيات الثابتة في الدرهم والدينار لغة أو خارجاً ، بحيث لا بدّ في إلغائها من استفادة إطلاق في قبالتها من روايات الدية ، وإلاّ كان مقتضى القاعدة عدم أجزاء الفاقد لها ولو من جهة التمسك بإطلاق مفهوم الحصر في أدلة سائر الأصناف ، كما تقدّم في الجهة السابقة .

وعلى هذا الأساس لا بدّ من ملاحظة تلك الخصوصيات ومدى احتمال دخل كل منهما في هذا الحكم الشرعي .

٢ - ردّ الاحتمال الثاني ومناقشته :

أمّا خصوصية الرواج في السوق - أي التعامل بهما في مبادلة السلع - فهذه هي خصوصية النقدية فيهما ؛ حيث إنّ النقد ما يكون وسيلة للمبادلة والتعامل ، فهل يشترط في الدرهم والدينار في باب الدية أن يكونا تقديين رائجين كما هو شرط في تعلّق الزكاة بهما أم لا ؟

لم أر من تعرّض للمسألة في باب الديات ، وإنّما تعرّضوا لها في باب الزكاة باعتبار ما ورد من الروايات فيها على اشتراط الرواج والتعامل في تعلّق الزكاة بهما .

وأياً ما كان فقد يقال باشتراط رواج التعامل بالسكّة حتى يصدق عليه

الدرهم والدينار؛ لأنَّ مجرد ضرب السكَّة للزينة بل للتعامل من دون رواجه لا يكفي لصدق ذلك، ومن هنا ذكر جملة من الفقهاء ذلك، ففي الجواهر «ولو ضربت للمعاملة لكن لم يتعامل بها أصلاً أو تعومل بها تعاملًا لم تصل به إلى حد تكون به دراهم أو دنانير مثلاً لم تجب الزكاة؛ للأصل وغيره، ولعلَّه إليه أوماً في جامع المقاصد بقوله: وينبغي أن تبلغ برواجها أن تسمي دراهم ودنانير»^(١).

وقد يقال في قبال ذلك:

بأنَّ الضرب للتعامل بل وقوع التعامل والرواج وإن كان شرطاً في صدق الدرهم والدينار إلاَّ أنه يكفي في ذلك وقوعه في الجملة ولو سابقاً، فلا يشترط فعلية التعامل، ومن هنا إذا كان يتعامل به ثم هجر وسقط عن الرواج والتعامل مع ذلك كان درهماً وديناراً؛ بدليل صدقهما على ما يستخرج منهما ممَّا كان رائجاً سابقاً، فيشملة إطلاق الدرهم والدينار في الروايات ويثبت الاجتزاء بدفعه وإن لم تكن سكَّة رائجة بالفعل بل مهجورة، بل كفى ذلك في تعلُّق الزكاة عند جملة من الفقهاء - وإن كان الحق خلافه - ففي الجواهر: «بل يكفي حصول المعاملة بها سابقاً وإن هجرت بعد ذلك، كما صرَّح به جماعة منهم المصنف رحمته فقال: أو ما كان يتعامل بهما، بل لم أر فيه خلافاً، كما اعترف به في محكي الرياض؛ للاستصحاب، والإطلاق وغيرهما»^(٢).

وحيث إنَّه لا يلزم رواج شخص السكَّة المدفوعة، فيقال: بأنَّ عنوان الدرهم والدينار يكفي في صدقهما أن يكون صنف السكَّة رائجاً في الجملة، أي قد حصل التعامل به سابقاً، فيمكن للصيرفي اليوم أن يضرب سكَّة على شكل تلك التي كانت

(١) جواهر الكلام ١٥: ١٨٢، وانظر جامع المقاصد ٣: ١٩.

(٢) المصدر السابق: ١٨١.

رائجة سابقاً، فتكون درهماً أو ديناراً، ويكون دفعه مجزياً في باب الدية تحسكاً بإطلاق الدرهم والدينار في أدلتها، حتى إذا اشترطنا في تعلق الزكاة بهما الرواج الفعلي.

مناقشة دعوى الإطلاق :

والإنصاف عدم تمامية هذا الإطلاق ؛ وذلك لعدة وجوه :

الأول - أنا نمنع صدق الدرهم والدينار على ما يضربه الصيرفي من السكة اليوم ؛ لأنّ هذا ليس من المضروب لأجل التعامل ، بل لغرض آخر كالزينة أو المشابهة للسكة المضروبة سابقاً.

وإن شئت قلت : لا بدّ وأن تكون السكة مضروبة من قبل الجهة التي كانت تتكفل ضرب السكة للتعامل بها كالسلطان في السابق والدول اليوم ، وأما ما يضربه الصيرفي اليوم على شكل ما كان يضرب السلطان سابقاً فليس بدرهم ولا دينار . نعم ، لو حصل الجاني على سكة السلطان الرائجة سابقاً فقد يقال بصدق الدرهم والدينار عليه ، وإن كان مهجوراً عن التعامل .

الثاني - أنا لو سلّمنا صدق الدرهم والدينار على الساقط عن الرواج والتعامل لغة ، فلا نسلم إطلاق الروايات لذلك ، بل ندّعي انصراف عنوانهما في الروايات إلى النقد الرائج عرفاً ؛ لأنّ هذه الحيثية هي الحيثية المهمة المطلوبة عرفاً من الدرهم والدينار ، لا مجرد التعامل به في الجملة ولو في زمن سابق سحيق والتي تعتبر من الآثار القديمة .

الثالث - لو تنزّلنا عن هذا مع ذلك قلنا بأنّ في السنة روايات الدية ما يدل على ملاحظة حيثية النقدية والتعامل بالدرهم والدينار في موضوع الحكم ، وهو ما ورد من التعبير بقوله ﷺ : « قيمة الدينار عشرة دراهم »^(١) أو « قيمة كل بعير ..

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٢ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ١ .

عشرة دنانير»^(١) أو «قسّمها أمير المؤمنين عليه السلام على الورق»^(٢) ونحو ذلك مما يدل على ملاحظة الدرهم والدينار اللذين يتعامل بهما في السوق ويقوم بهما السلع والأموال الأخرى، وهذه الخصوصية - أعني خصوصية الرواج والتعامل، أي النقدية - خصوصية مهمة وخطيرة لا يمكن إلغاء دخالتها في الحكم، كيف؟! وأنّ الرواج والنقدية غرض عقلائي مهم، وكثيراً ما يؤدي إلى ازدياد مرغوبة ومالية السكّة الرائجة عن غير الرائجة، كما أنّها المناسبة مع باب الضمان.

لا يقال: لو فرض عدم الإطلاق في هذه الروايات المتعرّضة للتقويم بالدرهم والدينار كفانا الإطلاق في مثل صحيح الحلبي «الدية عشرة آلاف درهم، أو ألف دينار»^(٣) حيث لم يرد فيه التقويم بهما.

فإنّه يقال: - مضافاً إلى الانصراف الذي ذكرناه في الجواب السابق - إنّ عنوان الدرهم والدينار في هذه الصحيحة بل وفي كل الروايات لا يمكن أن يحمل على الجنس ليصح التمسك بإطلاقه، إذ جنس الدرهم والدينار يصدق على كل سكّة مضروبة للتعامل ولو كان أقل كثيراً من المئقال الشرعي، مع أنّ عدم الاجتزاء بعشرة آلاف منه إذا كان من فضة وألف منه إذا كان من ذهب مقطوع به.

وإن شئت قلت: يعلم بأنّ الحكم ليس دائراً مدار عشرة آلاف سكّة تسمّى بدرهم أو ألف سكّة تسمّى بدينار مهما كان وزنه، فليس جنس الدرهم والدينار مراداً، بل المراد الدرهم والدينار المعهودان زمان صدور الروايات، وهما اللذان كان لهما وزن مخصوص سنشير إليه في ما يأتي. ومع لزوم حمل عنوان الدرهم والدينار على إرادة ما كان معهوداً من الدرهم والدينار لا ينعقد إطلاق فيه لفرض خروجهما عن

(١) الوسائل ١٩: ١٤٦، ب ٢ من ديات النفس، ح ١.

(٢) المصدر السابق: ١٤٨، ب ١ من ديات النفس، ح ٨.

(٣) المصدر السابق: ١٤٣، ب ١ من ديات النفس، ح ٥.

الرواج والتعامل ؛ لأنَّ ما هو المعهود كما كان بوزن مخصوص كذلك كان بصفة الرواج الفعلي وكونه نقداً يتعامل به ، وهذه الخصوصية يحتمل دخالتها في الحكم ، بل هو المناسب مع مثل هذا الحكم الذي هو من الضمانات المالية ، وتشهد عليه التعبيرات الواردة في الروايات الأخرى .

وهكذا لا يبقى إطلاق في روايات الدية لما سقط عن التعامل والنقدية من الذهب والفضة المسكوكين مما كانا رائجين سابقاً فضلاً عما يضربه الصيرفي اليوم . ومع عدم الإطلاق كذلك يكون المرجع إطلاق عدم أجزاء غير الأصناف الأخرى ، أو عدم أجزاء غير الإبل المستفاد من ظهور دليله في الانحصار فيه ، والذي لا يخرج عنه إلا بما يثبت أجزاءه ، وهو خصوص الدرهم والدينار النقدين الرائجين لا أكثر .

٣ - توجيه الاحتمال الثالث :

أما خصوصية تسمية المسكوك باسم الدينار والدرهم في مورد رواجه فهي غير محتملة الدخل في هذا الحكم ؛ لأنَّ الدرهم أو الدينار ليس علماً لنوع معيّن من النقود كالريال أو التومان ، وإنما صار اسماً لمطلق المسكوك من الذهب والفضة ، وإن كان يسمّى في لغة أخرى بأسماء خاصّة كالروبية مثلاً .

نعم ، ربّما كان هذان اللفظان بالأصل علمين ، بل قيل إنهما إذا كانا مأخوذين من الفارسية فالدرهم أصله (درم)^(١) ، والدينار (دين آر) أي الشريعة جاءت به كما عن الراغب في مفرداته^(٢) ، وإذا كانا معرّبين عن الرومية فأصلهما (دناريون) و (دراخمة) كما عن غيره .

وأياً ما كان ، فلا شك أنَّ عنواني الدرهم والدينار بعد التعريب صارا اسمين

(١) انظر : العقد المنير ٦ : ١ .

(٢) المفردات : ١٧٢ .

للمسكوكين من الذهب والفضة من أجل التعامل ، بل الدراهم والدنانير التي كان يتعامل بهما في صدر الإسلام لم تكن عربية ولا إسلامية ، بل كانت تضرب في بلاد الروم ، والمظنون أنه كان لهما أسماء لاتينية ، ومع ذلك سميت بالدرهم والدينار في الروايات والآيات ، فهذه الخصوصية غير دخيلة في الحكم جزماً .

٤ - توجيه الاحتمال الرابع :

وكذلك خصوصية الوزن المخصوص في كل سكة فإنها غير دخيلة ؛ إذ الدينار والدرهم يصدقان على المسكوك من الذهب والفضة مهما اختلف وزنهما ، والشاهد عليه - مضافاً إلى الوجدان اللغوي - الاستعمالات اللغوية والروائية ؛ حيث أطلق فيها الدرهم والدينار على المسكوكات ذات الأوزان المختلفة ، فكانت تسمى جميعاً بالدراهم والدنانير حتى صار يقسم الدرهم إلى أنواع وأسماء خاصة مختلفة حسب اختلاف محل الضرب أو الوزن كالدرهم البغلي والبصري والشامي والوضح والسود والطبري ، بل لا إشكال في تغير وزن الدراهم في تأريخ المسلمين باختلاف عهود الحكم القائم فيه ، كما يظهر من مراجعة التأريخ ، ومع ذلك كانت جميع تلك المسكوكات تسمى درهماً وديناراً لغةً وعرفاً .

نعم ، خصوصية الوزن الذي كان للدرهم والدينار في صدر الشريعة حينما جعلت الأحكام لا بدّ من الحفاظ عليها ولو في أكثر من سكة ، فلو كان وزن السكة نصف ذلك وجب من الدية ألفا دينار وعشرون ألف درهم ؛ لأنّ هذا الوزن كان ملحوظاً في مالية الدرهم والدينار ، وبالتالي في موضوع الحكم الشرعي خصوصاً المرتبط بالأموال بما لها من مالية كالديات والزكاة .

وقد أجمعت الأمة على أنّ الدينار كان وزنه مثقالاً شرعياً من الذهب ، وبقي كذلك بلا تغيير ، والدرهم كان وزنه $\frac{7}{10}$ من المثقال الشرعي (والمثقال الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي) .

قال في الحقائق : « لا خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) وغيرهم أيضاً

أنّ الدنانير لم يتغير وزنها عمّا هي عليه الآن في جاهلية ولا إسلام. صرح بذلك جملة من علماء الطرفين، قال شيخنا العلامة (أجل الله إكرامه) في النهاية: «والدنانير لم يختلف المثلّال منها في جاهلية ولا إسلام، كذا نقل عن الرافعي في شرح الوجيز أنّه قال: المثلّال لم تختلف في جاهلية ولا إسلام. والدينار مثقال شرعي، فهما متحدان وزناً، فلذا يعبر في أخبار الزكاة تارة بالدينار وتارة بالمثلّال»^(١). وقال العلامة المجلسي في رسالته ميزان المقادير: «إنّ الدنانير لم تتغير عما كانت عليه من عهد رسول الله ﷺ، وهذا مما اتفقت عليه العامة والخاصّة»^(٢).

وأما الدرهم فقد صرّحت كلمات الأصحاب وغيرهم بأنّه عبارة عن ستة دوانيق وأنّ عشرة دراهم تساوي سبعة مثاقيل شرعية. قال في كتاب الأوزان والمقادير في تعريف الدرهم الشرعي: «هو ستة دوانيق كما عن صريح المقنعة»^(٣) والنهاية^(٤) والمبسوط^(٥) والخلاف^(٦) وما تأخر منها أو عنها وكما في رسالة التحقيق والتنقيح. وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه^(٧). وفي المدارك: نقله الخاصة والعامة ونص عليه جماعة من أهل اللغة^(٨).

(١) الحدائق ١٢ : ٨٩. ولاحظ شرح الوجيز ٦ : ٥ من المطبوع بضميمة المجموع.

(٢) ميزان المقادير : ١٣٢.

(٣) المقنعة : ٢٥١.

(٤) النهاية : ١٩١.

(٥) المبسوط ١ : ٢٠٩.

(٦) الخلاف ١ : ٣٠٢. ط - اسماعيليان.

(٧) جواهر الكلام ١٥ : ١٨٢.

(٨) المدارك ٥ : ١١٤.

وعن المفاتيح أنه وفاقى عند الخاصة والعامة ونص أهل اللغة^(١).
وعن الرياض: لا أجد فيه خلافاً بين الأصحاب، وعزاه جماعة منهم إلى
الخاصة والعامة وعلمائهم، مؤذنين بكونه مجمعاً عليه عندهم^(٢).
وعن ظاهر الخلاف أن عليه إجماع الأمة^(٣). وعن ظاهر المنتهى في الفطرة
الإجماع عليه^(٤).

وفي أول رسالة ميزان المقادير للمجلسي: «وأما الدراهم فقد ذكر الخاصة
والعامة أنها كانت ستة دوانيق، قال العلامة في التحرير: والدراهم في صدر الإسلام
كانت صنفين بغلية وهي السود، وكل درهم ثمانية دوانيق، وطبرية كل درهم أربعة
دوانيق، فجمعاً في صدر الإسلام وجعلاً درهمين متساويين ووزن كل درهم ستة
دوانيق^(٥)، ونحوه قال في التذكرة^(٦) والمنتهى^(٧). وقال المحقق في المعبر^(٨):
والمعتبر كون الدرهم ستة دوانيق بحيث يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وهو
الوزن المعدل، فإنه يقال: إن السود كانت ثمانية دوانيق والطبرية أربعة دوانيق
فجمعاً وجعلاً درهمين، وذلك موافق لسنة النبي ﷺ. وقال الرافعي في الشرح
المذكور: وأما الدراهم فإنها كانت مختلفة الأوزان، واستقر في الإسلام على أن
وزن الدرهم الواحد ستة دوانيق كل عشرة منها سبعة مثاقيل من ذهب، وفي

(١) المفاتيح ١: ٥٠.

(٢) الرياض ٥: ٩١.

(٣) الخلاف ١: ٣٠٢.

(٤) المنتهى ١: ٤٩٣.

(٥) التحرير ١: ٦٤.

(٦) التذكرة ٥: ١٢١. ط-آل البيت.

(٧) المنتهى ١: ٤٩٣.

(٨) المعبر ٢: ٥٢٩.

المغرب : تكون العشرة وزن سبعة مثاقيل »^(١).

وقد نقل عن المسعودي أنه علّل ذلك بقوله : إنما جعل كل عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل من الذهب ؛ لأنّ الذهب أوزن من الفضة ، وكأنّهم ضربوا مقداراً من الفضة ومثله من الذهب فوزنوهما ، فكان وزن الذهب زائداً على وزن الفضة بمثل ثلاثة أسباعها ، واستقرّت الدراهم في الإسلام على أنّ كل درهم نصف مثقال وخمسه .

ويؤيده ما في رواية المروزي عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام : « الغسل بصاع من ماء ، والوضوء بمد من ماء ، وصاع النبي ﷺ خمسة أمداد ، والمد وزن مئتين وثمانين درهماً ، والدراهم وزن ستة دوانيق ... الخ »^(٢).

ويستفاد ذلك أيضاً من رواية الخثعمي ، فعن محمد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن سلمة (سليمان) بن الخطاب ، عن الحسن بن راشد ، عن علي بن إسماعيل الميثمي ، عن حبيب الخثعمي (في حديث) : « أنّ أبا عبدالله جعفر بن محمد عليه السلام سئل عن الخمسة في الزكاة من المئتين كيف صارت وزن سبعة ولم يكن هذا على عهد رسول الله ﷺ ؟ فقال : إنّ رسول الله ﷺ جعل في كلّ أربعين أوقية أوقية ، فإذا حسبت ذلك كان على وزن سبعة ، وقد كانت وزن ستّة وكانت الدراهم خمسة دوانيق ... فقال له عبدالله بن الحسن : من أين أخذت هذا ؟ قال : قرأت في كتاب أمك فاطمة ... »^(٣).

وكيفما كان ، فلا إشكال في مقدار وزن الدينار والدراهم الشرعيين ، وأنّ

(١) ميزان المقادير : ١٣٢ .

(٢) الوسائل ١ : ٣٣٨ ، ب ٥٠ من الطهارة ، ح ٣ ، وقد نقلها عن الشيخ ، ولها سندان في كليهما

إشكال أحدهما بالإرسال والآخر بموسى بن عمر بن يزيد الصيقل .

(٣) الوسائل ٦ : ١٠٠ ، ب ٤ من زكاة الذهب والفضة ، ح ١ .

ذلك كان هو الوزن المحدد في زمن النبي ﷺ أو من قبله للدينار والدرهم حتى صار المثلث والدينار كثيراً ما يستعمل أحدهما مكان الآخر، كما سوف نشير إليه.

وقد صرح الفقهاء أن الميزان في الزكاة والديات بالدينار والدرهم بهذا الوزن، وهذا هو الصحيح؛ لما ذكرناه من أن الوزن المذكور له دخل في المالية جزماً، فلا بد من حفظه في الحكم الشرعي المتعلق بالمال بما هو مال كما في الزكاة والدية، فإذا تغير وزن الدرهم والدينار بعد ذلك - كما تغير في العهود المتأخرة عن صدر الشريعة، خصوصاً في الدرهم - كان اللازم مراعاة ذلك الوزن في ما يعطى بعنوان الدية، وكذلك في نصاب الزكاة، فأصل الوزن في المجموع لا بد من ملاحظته واعتباره وإن كان الوزن في كل سكة من الدراهم أو الدنانير غير لازم.

٥ - رد الاحتمال الخامس ومناقشته :

وأما خصوصية المسكوكية فقد يدعى إلغاؤها والاكتفاء بمطلق الوزن الشرعي للدينار والدرهم، أي ألف مثقال من الذهب وسبعة آلاف مثقال من الفضة.

وقد يستدل عليه بأحد وجهين :

الوجه الأول - أن الدرهم والدينار كانا يطلقان في الجاهلية على الوزن، فقد روى البلاذري عن عبد الله بن ثعلبة بن صعير قال : « كانت دنانير هرقل ترد على أهل مكة في الجاهلية وترد عليهم دراهم الفرس البغلية، فكانوا لا يتبايعون إلا على أنها تبر، وكان المثلث عندهم معروف الوزن؛ وزنه اثنان وعشرون قيراطاً إلا كسراً، ووزن العشرة الدراهم سبعة مثاقيل، فكان الرطل اثنتي عشرة أوقية، وكل أوقية أربعين درهماً، فأقر رسول الله ﷺ ذلك، وأقره أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ﷺ، فكان معاوية فأقر ذلك على حاله... » وروي أيضاً عن عبد الرحمان بن سابط الجمحي قال : « كانت لقريش أوزان في الجاهلية، فدخل الإسلام، فأقرت على ما كانت عليه، كانت قريش تزن الفضة بوزن تسميه درهماً وتزن

الذهب بوزن تسميه ديناراً، فكل عشرة من أوزان الدراهم سبعة أوزان الدنانير، وكان لهم وزن الشعيرة، وهو واحد من الستين من وزن الدرهم، وكانت لهم الأوقية وزن أربعين درهماً، والنش وزن عشرين درهماً، وكانت لهم النواة وهي وزن خمسة دراهم، فكانوا يتبايعون بالتبر على هذه الأوزان، فلما قدم رسول الله ﷺ مكة أقرهم على ذلك»^(١).

فيقال بحمل روايات الدرهم والدينار في الدية على إرادة الدرهم والدينار من حيث الوزن ولو لم يكن مسكوكاً، خصوصاً إذا لاحظنا أن هذا التحديد كان في زمن النبي ﷺ وأمير المؤمنين عليه السلام الذي لم تكن فيه الدنانير والدراهم بعد مضروبة عند المسلمين، وإنما ضربت في زمن عبد الملك وبأمر الإمام زين العابدين عليه السلام أو ابنه الباقر عليه السلام، كما في القصة المعروفة، فيجزى في باب الدية ألف مثقال من الذهب وسبعة آلاف مثقال من الفضة، ويكون ذكر الدينار والدرهم في رواياتها - كذكرهما في روايات الربا والصرف - محمولاً على إرادة الوزن.

وقد ورد في روايات الصرف ما قد يدل على استعمال الدرهم والدينار في الوزن، ففي معتبرة أبي بصير قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: آتي الصيرفي بالدراهم أشترى منه الدنانير، فيزن لي أكثر من حقي ثم أبتاع منه مكاني دراهم؟ قال: ليس به بأس، ولكن لا تزن أقل من حقلك»^(٢).

وفي صحيح ابن الحجاج قال: «سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدرهم بالدنانير فيزنها وينقدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً، ثم يقول: أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير، فقال: ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير... الحديث»^(٣).

(١) فتوح البلدان: ٤٥٢، ط - مصر سنة ١٩٥٩ م.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٥٨، ب ٢ من الصرف، ح ٤.

(٣) المصدر السابق: ح ١.

فإن قول السائل في الحديث الأول : « أشتري منه الدنانير فيزن لي أكثر من حقي » وفي الحديث الثاني « فيزنها وينقدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً » ظاهر في أن الدينار كان بالوزن لا بالعدد .

ويلحظ على هذا الوجه :

بأن قصارى ما يثبت - لو صح ما يذكره البلاذري - أن أهل مكة كانوا يتعاملون بالوزن أيضاً مكان الدينار والدرهم المضروبين ، لا أن لفظتي الدينار والدرهم كانتا بهذا المعنى العام لغة أو عرفاً ، بل من المظنون أن التعامل أيضاً لم يكن مع الذهب والفضة بنحو السبيكة ، وإنما كانت قطعاً صغيرة بوزن المئقال من الذهب و $\frac{7}{10}$ المئقال من الفضة يتعاملون بها من دون أن تكون مسكوكة بالسكة الرومية أو الفارسية باعتبار صعوبة ضربها وعدم قدرتهم عليه ، فما كانوا يسمونه درهماً وديناراً كان معداً للتعامل أيضاً ، ولكنه لم يكن مسكوكاً بالنحو الفني المتعارف وقتئذ في بلاد الروم أو فارس ، نعم خصوصية الوزن المخصوص كانت ملحوظة في الدرهم والدينار عندهم ، وهذا هو مفاد روايات باب الصرف أيضاً ، لا أن الدينار أو الدرهم كان يطلق على مجرد الوزن ولو لم يكن مسكوكاً أو بشكل قطع معدة للمعاملة على الأقل ، وقد أجمعت كلمة اللغويين - ويشهد له الوجدان العرفي أيضاً - أن الدينار والدرهم اسمان للمضروب من الذهب والفضة للتعامل ، وليس مطلق الوزن من الذهب والفضة يسمى بذلك لغة .

كما يشهد له استعمال الروايات ، مثل رواية جميل بن دراج ، عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام أنه قال : « ليس في التبر زكاة ، إنما هي على الدنانير والدراهم » ^(١) .

نعم ، في باب الربا والصرف مقتضى الروايات المصرحة بثبوت أحكام الصرف أو

(١) الوسائل ٦ : ١٠٦ ، ب ٨ من زكاة الذهب والفضة ، ح ٥ .

الربا لمطلق الذهب والفضة ، وبيع أحدهما بجنسه أو بالآخر ، إلغاء خصوصية المسكوكية ، وهذا مطلب آخر يخص ذاك الباب ويناسبه ، ولا دليل عليه في باب الدية ، ولعلّه لا يناسبه أيضاً .

هذا ، مضافاً إلى أنّ الإجمال والشك يكون لصالح القول باعتبار المسكوكية تمسكاً بإطلاق الحصر في روايات سائر الأصناف ، كما ذكرنا سابقاً .

الوجه الثاني - التمسك برواية أبي بصير في حديث قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدية ؟ فقال : دية المسلم عشرة آلاف من الفضة وألف مثقال من الذهب وألف من الشاة على أسنانها ، أثلاثاً ، ومن الإبل مئة على أسنانها ومن البقر مئتان » ^(١) .

فإنّ الوارد فيها ليس عنوان الدرهم والدينار ، بل المثقال وهو ظاهر في كفاية الوزن . ولا منافاة بينها وبين ما ورد في سائر روايات الدية من التحديد بألف دينار وعشرة آلاف درهم ؛ إذ لا مانع من أن يكون كل منهما كافياً ، بل تكون هذه الرواية دليلاً على أنّ المراد بالدرهم والدينار هو المعنى الأعم ، أو على إلغاء خصوصية المسكوكية في موضوع الحكم ، كما في باب الصرف والربا .

ويلاحظ على هذا الاستدلال أيضاً :

أولاً : ضعف سند الرواية بعلي بن أبي حمزة البطائني .

وثانياً : أنّ الأظهر في مدلولها أنّ المراد بالمثقال فيها الدينار لا العكس ؛ فإنّ المثقال كان يطلق على الدينار أيضاً باعتبار وزنه ، كما في صحيح علي بن عقبة في الزكاة فقد روى الكليني عن عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن ابن فضال عن علي بن عقبة وعدّة من أصحابنا عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا : « ليس في ما دون العشرين مثقالاً من الذهب شيء ، فإذا كملت عشرين مثقالاً ففيها نصف مثقال إلى أربعة وعشرين ، فإذا أكملت أربعة وعشرين ففيها ثلاثة أخماس

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٢ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٢ .

دينار إلى ثمانية وعشرين ، فعلى هذا الحساب كلما زاد أربعة ^(١) .

ويشهد له أنه لو كان نظر الإمام عليه السلام - على تقدير صدور الرواية - إلى الوزن كان ينبغي أن يقول سبعة آلاف من الفضة بينما قال : « عشرة آلاف من الفضة » ، مما يعني أن نظره عليه السلام إلى الدراهم لا المثاقيل ، ولا أقل من الإجمال ، والذي تقدم أنه بصالح القول باعتبار خصوصية المسكوكية ، فهذه الخصوصية لا يمكن إلغاؤها في المقام بناءً على اعتبار أصل الذهب والفضة في الدرهم والدينار .

٦ - توجيه الاحتمال السادس :

وأما إلغاء الخصوصية الجنسية للنقد وحمل الدرهم والدينار على مطلق النقد الرائج الممثل للمالية الخالصة - والذي يختلف من زمان إلى آخر ومن بلد إلى بلد ، وأصبح اليوم على شكل الأوراق النقدية - فاستفادة ذلك يكون بأحد بيانين :

البيان الأول :

أن نستفيد من روايات الدية ابتداءً كفاية دفع قيمة كل صنف من الأصناف ، وعدم تعيين دفع أحد الأجناس بخصوصياتها ، نعم لا يجزي دفع جنس آخر غيرها إلا أنه في ما بينها تلغى خصوصية الجنسية - ولو باعتبارها أجناساً متباينة - ويحمل التردد بينهما على كفاية جامع لها ، وهي القيمة والمالية وعدم دخل خصوصيتها الجنسية فيه .

وعندئذ يقال بأن المالية للأجناس المذكورة إذا كانت هي حق المجني عليه دون الخصوصيات للأجناس الستة ، فيكفي في دفعها دفع النقد الرائج ؛ لأنه يمثل عرفاً المالية الخالصة والجامعة المتحدة مع مالية كل جنس ، ومن هنا قلنا في بحث تعلق الخمس والزكاة بالمال بأن تعلقهما لو كان بنحو الشركة في مالية المال لا الإشاعة كان دفع النقد الرائج مجزياً على القاعدة ، فكذلك في المقام إذا كان حق المجني

(١) الوسائل ٦ : ٩٢ ، ب ١ من زكاة الذهب والفضة ، ح ٥ .

عليه متعلقاً بمالية الأجناس لا أعيانها أمكن دفع قيمة واحد منها بالنقد الرائج على القاعدة .

مناقشة البيان الأول :

وهذا البيان غير تام ؛ لأن الظاهر من التردد بين الأجناس بعنوان أنها الدية تعلق حق الجاني بأحد تلك العناوين بخصوصياتها ، لا بالمالية الجامعة في ما بينها ؛ فإنه إلغاء أيضاً لظهورها في خصوص مسمياتها ؛ فكما لا يجوز الإلغاء والتعدي إلى جنس آخر كذلك لا يجوز إلغاؤها والاكتفاء بمطلق النقد الرائج .

البيان الثاني :

أن نستفيد من ورود عنوان الدرهم والدينار ضمن الأصناف المذكورة تعلق الدية بالمالية للأجناس لا بأعيانها ؛ وذلك بدعوى : أن الدرهم والدينار ينظر إليهما عرفاً بما هما نقدان رائجان ، لا بما هما ذهب وفضة كسائر الأجناس . والنقد وظيفته تحديد قيم الأجناس الأخرى وقياسها ومحاسبتها والمبادلة معها ، ومن هنا يعتبر النقد مالية خالصة وجامعة للأموال الأخرى ؛ لأنه بحكم سيولة المبادلة بينه وبين كل جنس ، فكأنه مجرد وخالص عن شوب كل جنس وخصوصية ، فإذا ذكر ضمن أمور يجب على الجاني دفع أحدها - خصوصاً مع ذكر أنه قيمة الأجناس الأخرى أو بعضها - استفاد العرف من ذلك أن متعلق حق المجني عليه مالية تلك الأجناس ، وأن ذكر الدرهم والدينار معها كان بهذا الاعتبار ، فيلغي العرف خصوصية تلك الأجناس بهذا المقدار ، لا بمقدار الانتقال إلى أي جنس آخر ، كما تلغى حينئذ خصوصية كون النقد المذكور من جنس الذهب والفضة ، ويتعدى إلى كل ما يكون نقداً معبراً عن المالية الخالصة .

تقييم البيان الثاني :

وهذا البيان قريب من الذوق ، وقد يشهد عليه ما سنورده قريباً من النكات والقرائن ، إلا أن لازمه بدلية الدرهم والدينار في روايات الدية عن الأجناس

الأخرى أو عن الإبل على الأقل ؛ لأنّ ملاحظة الدرهم والدينار كنقد ومالية مشتركة لسائر الأجناس أو بعضها مساوق مع لحاظ بدليتهما عن تلك الأجناس لا محالة ، فلا بدّ وأن يدفع من النقد الرائج بقيمة الإبل أو أحد تلك الأجناس الأخرى ، ولا يجزي دفع قيمة ألف دينار أو عشرة آلاف درهم ، وهذا بخلافه على البيان الأول .

والحاصل : لحاظ النقدية المحضة في الدرهم والدينار وإلغاء خصوصيتهما الجنسيتين يستلزم بدليتهما في المالية عن الإبل أو هي مع الأجناس الأخرى ، فلا يمكن الجمع بين ذلك وبين أصالة الدرهم والدينار في المالية ؛ بمعنى كفاية دفع قيمتهما من النقد الرائج اليوم .

لا يقال : أيّ مانع من أن يلحظ النقد مستقلاً عن الإضافة إلى جنس ، فيكون أصلاً في قبالة ، كما إذا قال له : ادفع الإبل أو كذا من النقد ؛ أي ماليته من أي نقد رائج ، فتلغى خصوصية نقد معيّن من دون أن يلزم معادلته مع قيمة الجنس كالإبل . فإنّه يقال : مالية النقد وإن كانت قابلة للحاظ بالنقود الأخرى إلّا أنّه بهذا يكون ذلك النقد ملحوظاً بما هو جنس خاص من النقود لا بما هو مالية خالصة ، وهذا رجوع إلى البيان الأول ولو في خصوص عنوان الدرهم والدينار من الستة .

وإن شئت قلت : إنّ النقدية المطلقة - أعني المالية المحضة المشتركة بين الأجناس - لا يمكن أن تلحظ إلّا من خلال تجريد النقد عن كل خصوصياته إلّا القوة الشرائية الثابتة فيه ، والتي هي حيثية إضافية لا يمكن لحاظها إلّا بالقياس إلى الأجناس الأخرى ، فإذا كان الدرهم والدينار ملحوظين كذلك في روايات الدية كان الملحوظ فيهما لا محالة معادلتهما مع مئة من الإبل وكونهما ثمن شرائها حيث كانت قوتها الشرائية كذلك .

نعم ، لو فرض ازدياد قيمة الإبل بالخصوص من دون نقصان قيمة النقد بلحاظ سائر الأجناس والسلع فالقوة الشرائية والقيمة للنقد باقية على حالها ، فيجزي دفعه بخلافه على البدلية عن الإبل .

إلا أن هذا مجرد فرض ، فإن الاختلاف ناشىء من هبوط قيمة الدراهم لا صعود قيمة الإبل ، فالفضة اليوم لا تملك نفس القوة الشرائية التي كانت لها سابقاً .
كما أن الدرهم والدينار لو أريد بهما النقد الرائج - أي ما لهما من القوة الشرائية - فلا ينبغي الإشكال في ملاحظتهما بما هما قيمة لمئة من الإبل ، كما صرح بذلك في الروايات ، فإذا كانت القوة الشرائية ملحوظة فيهما فهي قوة شراء مئة من الإبل لا الأشياء الأخرى ، وهذا يساوق البدلية - لا محالة - عن مالية هذا الجنس أو هو مع الأجناس الثلاثة الأخرى .

القرائن على البيان الثاني :

ثم إن استظهار ملاحظة الدرهم والدينار في روايات الدية بعنوان مطلق النقد المعادل لمالية الأجناس الأخرى أو بعضها على الأقل قد يتم بملاحظة عدّة أمور ، منها ما يلي :

الأمر الأول : ورودهما بعنوان قيمة البعير أو الإبل أو عشرة دراهم بعنوان قيمة الدينار ، فإن مقام التقويم يناسب ملاحظة خصوصية النقدية ؛ فهي ملاك التقويم والمقياس لحساب القيم ، ولا دخل في ذلك لخصوصية الجنس الذي يصنع منه النقد في كل زمان ، فيدعى أن هذا الارتكاز العرفي يلغي خصوصية الذهب والفضة المأخوذتين في الدرهم والدينار لغة .

الأمر الثاني : ما ورد في بعض الروايات كصحيح الحكم من التعبير بالورق وأن أمير المؤمنين عليه السلام قسّم الدية بعد أن كانت مئة من الإبل قبل الإسلام على الورق حينما كثرت بأيدي الناس ، فعن الكليني عن محمد بن يحيى عن أحمد وعن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن زياد بن سودة عن الحكم بن عتيبة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : « قلت له : إن الديات إنما كانت تؤخذ قبل اليوم من الإبل والبقر والغنم . قال : فقال : إنما كان ذلك في البوادي قبل الإسلام ، فلما ظهر الإسلام وكثرت الورق في الناس قسّمها أمير المؤمنين عليه السلام على

الورق . قال الحكم : قلت : أرأيت من كان اليوم من أهل البوادي ما الذي يؤخذ منهم في الدية اليوم ؟ إبل أو ورق ؟ فقال : الإبل اليوم مثل الورق ، بل هي أفضل من الورق في الدية ، إنهم كانوا يأخذون منهم في دية الخطأ مئة من الإبل يحسب لكل بعير مئة درهم ، فذلك عشرة آلاف . قلت له : فما أسنان المئة بعير ؟ فقال : ما حال عليه الحول ذكران كلها ^(١) .

حيث قد يقال : إنَّ الورق وإن فسر بالدرهم أيضاً إلا أنه أعم ، فيشمل كل مسكوك يتعامل به ، أو : يقال إنَّ التعبير بتقسيم الدية على الورق يشعر بأنَّ الورق نفس مالية الإبل بحيث صح تقسيمها عليه ، وهذا إنما يكون لو لوحظ في الورق جانب نقديته وماليتها الخالصة لا جنس الفضة ، فإنه مباین مع الإبل ، ولا معنى لتقسيمها عليه .

الأمر الثالث : دعوى أنَّ المناسب عرفاً وارتكازاً أن يكون الضمان في باب الدية قيمياً لا مثلياً ؛ إذ لا ارتباط بين المجني عليه وبين جنس من الأجناس كما في ضمان المثليات ، فلا يناسب أن يلزم المجني عليه بأخذ جنس معين إلا ما جعله الشارع من أجل التسهيل على أهل كل صنف من تلك الأصناف من تجويز دفع الجاني ما يجده عنده ، وإلا فالأصل في الدية أن تكون تعويضاً قيمياً لا مثلياً ؛ أي القيمة المشتركة بين الأجناس ، وقد عرفت أنَّ القيمة والمالية المحضة تكون بالنقد الراجح في كل زمان .

الأمر الرابع : معتبرة إسحاق بن عمار المتقدمة ، فعن الكليني عن عليّ عن أبيه عن إسماعيل بن مرّار عن يونس عن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « قلت له : تسعون ومئة درهم وتسعة عشر ديناراً أعليها في الزكاة شيء ؟ فقال : إذا اجتمع الذهب والفضة فبلغ ذلك مئتي درهم ففيها الزكاة ؛ لأنَّ عين المال الدراهم ،

وكل ما خلاص الدراهم من ذهب أو متاع فهو عرض مردود ذلك إلى الدراهم في الزكاة والديات»^(١)؛ بناءً على الاستظهار الذي ذكرناه فيها، حيث عبّر فيها عن الدراهم بأنها عين المال في قبال الذهب والمتاع وسائر الأجناس فإنها عروض، وهذا يعني لحاظ الدرهم في الروايات في باب الدية والزكاة بما هي نقد وعين المالية، لا بما هي جنس خاص.

الأمر الخامس: الروايات المتعرضة لجواز المعاملة بالدراهم المغشوشة إذا كانت تجوز بين الناس، أي كانت نقداً رائجاً عندهم، وهي عديدة أهمها:

١ - صحيح أبي العباس قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها؟ فقال إذا أنفقت ما يجوز بين أهل البلد فلا بأس، وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا»^(٢).

٢ - رسالة ابن أبي نصر عن رجل عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءه رجل من سجستان فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهية يحمل على الدرهم دانقين. فقال: «لا بأس به إذا كانت تجوز»^(٣).

٣ - رسالة محمد بن يحيى عمّن حدّثه عن جميل بن درّاج عن حريز بن عبد الله - قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها، فقال: لا بأس إذا كان جواز المصر»^(٤). وفي الكافي: «جوازاً لمصر».

٤ - وعلى هذا يحمل مثل صحيح محمد بن مسلم قال: «سألته عن الدراهم

(١) الوسائل ٦: ٩٣، ب ١ من زكاة الذهب والفضة، ح ٧.

(٢) المصدر السابق ١٢: ٤٧٤، ب ١٠ من الصرف، ح ٩.

(٣) المصدر السابق: ٤٧٣، ح ٦.

(٤) المصدر السابق: ٤٧٤، ح ١٠. والكافي: ٢٥٣، ح ٣.

المحمول عليها . فقال : لا بأس بإنفاقها » ^(١) .

٥ - رواية زيد الصائغ قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني كنت في قرية من قرى خراسان يقال لها بخارى ، فرأيت فيها دراهم تعمل ثلث فضة وثلث مساً وثلث رصاصاً ، وكانت تجوز عندهم ، وكنت أعملها وأنفقها ، قال : فقال أبو عبد الله عليه السلام : لا بأس بذلك إذا كان تجوز عندهم . فقلت : أرأيت إن حال عليه الحول وهي عندي وفيها ما يجب عليّ فيه الزكاة أزكيها ؟ قال : نعم إنما هو مالك . قلت : فإن أخرجتها إلى بلدة لا ينفق فيها مثلها فبقيت عندي حتى حال عليها الحول أزكيها ؟ قال : إن كنت تعرف أنّ فيها من الفضة الخالصة ما يجب عليك فيه الزكاة فزك ما كان لك فيها من الفضة الخالصة من فضة ، ودع ما سوى ذلك من الخبيث . قلت : وإن كنت لا أعلم ما فيها من الفضة الخالصة إلّا أنّي أعلم أنّ فيها ما يجب فيه الزكاة ؟ قال : فاسبكها حتى تخلص الفضة ويحترق الخبيث ثم تزكي ما خلص من الفضة لسنة واحدة » ^(٢) .

وظاهر مثل هذه الروايات أنّ الدرهم ملحوظ بما له من المالية والقيمة التبادلية المحضة مع قطع النظر عن خصوصية جنسه ؛ حيث جعل المدار فيها على الجواز والرواج في البلد سواء كان خالصاً أم مغشوشاً ، فلا خصوصية لجنس الفضة ، وإنما الميزان في الأحكام المتعلقة بالدرهم بكونه رائجاً بعنوان النقد ووسيلة التعامل والمالية المحضة عند الناس ، والتعبير بإنفاقه يشمل تمام أنحاء الإنفاق سواء جعله ثمناً في البيع والشراء أو دفعه في أداء الدين والضمانات أو الديات والحقوق الشرعية .

بل ظاهر رواية زيد الصائغ أنّ ذلك هو الموضوع أيضاً لتعلق الزكاة به ؛

(١) الوسائل ١٢ : ٤٧٢ ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق ٦ : ١٠٤ ، ب ٧ من زكاة الذهب والفضة ، ح ١ .

حيث حكمت في جواب السؤال الثاني بأنه إن حال على الدراهم الحول في البلد الذي يجوز فيه وفيها ما يجب عليه فيه الزكاة تعلق بها الزكاة ، وظاهره تعلق الزكاة ببلوغ نفس الدراهم النصاب أي المئتين ، لا بلوغ خالص الفضة فيها ذلك ، وإلا كان اللازم التقييد بذلك وتوضيحه ، كما صنع في جواب السؤال الثالث .

لا يقال : نظر هذه الروايات إلى جواز إنفاق الدرهم المغشوش وحرمة من حيث كونه مغشوشاً ، فيكون إنفاقه غشاً محرماً في المعاملة ، وليس النظر فيها إلى ترتب أحكام النقد والدرهم الحقيقي على الدرهم المحمول عليه ، ولهذا وقع السؤال في بعضها عن عمل الدرهم المغشوش وصنعه ، كما في رواية زيد الصائغ .

فإنه يقال : هذه الحيثية وإن كانت ملحوظة في الروايات - وقد يناسبه أيضاً ما ورد من الأمر بكسر الدرهم المغشوش وإتلافه تجنباً من تداوله ووقوع الغش بذلك على من يصل إليه ^(١) - إلا أنه لا اختصاص لها بالنظر إلى هذه الحيثية فقط .

بل يستفاد - من نفس تعليق الحكم بجواز الإنفاق على كون الدرهم رائجاً بين الناس ومتخذاً من قبلهم كنقد ووسيلة للتبادل - الإطلاق وترتيب أحكام النقدية على كل ما يتخذ كذلك بين الناس .

وإن أبيت عن انعقاد إطلاق لفظي ، فلا أقل من إطلاق مقامي لهذه الروايات يقتضي ذلك ؛ لأن الإذن في إنفاق الدرهم المحمول عليه في الخارج يستلزم عرفاً إنفاقه في تمام الأغراض التي يتلى بها المكلف ، والتي منها دفع الحقوق الشرعية والشخصية كالضمانات والديات والزكاة وغيرها ، فيكون السكوت عن عدم جواز إنفاقها في ذلك منشأ لإطلاق مقامي دال على جواز إنفاقها في ذلك أيضاً ، وإلا كان على الإمام عليه السلام أن ينبّه على عدم الاجتزاء به في ذلك .

وقد يشهد لهذا الإطلاق ما نجده في رواية زيد الصائغ من السؤال عن ترتب

(١) الوسائل ١٢ : ٤٧٣ ، ب ١٠ من الصرف ، ح ٥ ، وغيره .

الزكاة على مثل هذه الدراهم إذا بلغت ما يكون فيه الزكاة، فكأنَّ حكم الإمام عليه السلام بجواز إنفاقها أوجب أن ينسب إلى ذهنه ترتب أحكام الدرهم الحقيقي عليها.

لا يقال: غاية ما تدل عليه هذه الروايات جواز إنفاق الدرهم الذي يكون مغشوشاً وترتب أحكام الدرهم الحقيقي عليه، وهذا مختص بما إذا كان أصل الفضة موجوداً فيه ولكنه ليس خالصاً.

وإن شئت قلت: إنَّ الدرهم المغشوش أيضاً تقد حقيقي لا اعتباري، فكيف يتعدى إلى الأوراق النقدية والنقود الاعتبارية المحضة في ترتيب تلك الأحكام؟! فإنه يقال: ظاهر تعليق الحكم بجواز إنفاق الدرهم المغشوش على رواجه وجوازه بين الناس أنَّ هذه الحيثية هي تمام الميزان والمعيار للحكم في باب النقد وأحكامه، لا كون الدرهم من الفلزِّ الفلاني أو غيره.

وإن شئت قلت: كما تلغي هذه الروايات خصوصية الفضة الخالصة كذلك تلغي خصوصية أي جنس آخر وخصوصية كون النقدين سلعة حقيقية، وتجعل الرواج والاعتبار بين الناس هو معيار النقدية والملاك في جواز الإنفاق، وهو الملحوظ في الدرهم والدينار في إطلاقات الشارع واستعمالاته لهما وترتيب الأحكام عليهما، خصوصاً إذا كان ذكرهما في قبال الأجناس الأخرى بعنوان أنه قيمة لها أو لبعضها كما في باب الديات، فيكون ذكر الدرهم والدينار في روايات الدية باعتبار أنهما النقدان الرائجان وقتئذٍ، فيجوز إعطاء أي نقد رائج بمقدارهما.

عدم إجزاء قيمة النقدين:

ثمَّ إنه بناء على ذلك لا يكفي عندئذٍ دفع قيمة ألف مثقال من الذهب أو سبعة آلاف فضة من النقد الرائج، بل لا بدَّ من دفع قيمة الإبل أو أحد الأجناس الأخرى، كما أشرنا آنفاً؛ لأنَّ الدرهم والدينار عندما يلحظان كنقدين رائجين يكون الملحوظ قوتهما الشرائية لا قيمة الجنس الموجود فيهما، وحيث إنَّ الروايات قد صرَّحت بملاحظتهما بما هما قيمة الإبل أو أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قد قسَّم الدية بعد أن كانت

تعطى من الإبل على الدراهم عندما كثرت الدراهم ، فقد يحصل الجزم عندئذٍ بأنّ اللازم دفع ما يعادل قيمة الإبل أو أحد الأجناس الأربعة من النقد الرائج اليوم ، وهو الأوراق النقدية .

ويمكن أن نستنتج - من مجموع ما تقدم في الجهات السابقة - عدم إجزاء دفع مثل الدراهم اليوم أو قيمتها بمقدار عشرة آلاف بعنوان الدية ؛ وذلك لعدّة حيثيات :
الحيثية الأولى : ما تقدم في الجهة الثالثة السابقة من ظهور الروايات في كون الأصل في الدية مئة من الإبل من حيث المالية بحيث لا بدّ من حفظ ماليتها في الأجناس الأخرى ، خصوصاً في الدراهم حيث جاءت بعنوان أنّها قيمة الإبل ، وهي اليوم أقل بكثير من ذلك .

الحيثية الثانية : لو سلّمنا ما استظهره المشهور من أنّ كل الأجناس الستة أصول في نفسها ، مع ذلك نمنع إطلاق الروايات ؛ لفرض نقصان مالية واحد منها نقصاناً فاحشاً ، كما في الدراهم اليوم ، ولهذا وجدنا الروايات حددت الدية في الدراهم الأقل قيمة من ناحية الوزن باثني عشر ألفاً ، فإذا كان نقصان المالية بنقصان الوزن بنسبة السدس مؤثراً ، فكيف لا يكون نقصان المالية بنسبة هائلة - حتى أصبحت الفضة اليوم أقل من عشر قيمتها سابقاً - غير مؤثر في الحكم المذكور الذي هو تعويض مالي للمجني عليه عن خسارته ؛ لمجرّد أنّ مقدار الوزن محفوظ فيه ؟ ! فإنّ هذا قد يناسب الأحكام التعبدية ، لا باب الضمانات وتدارك الخسارة والضرر المادي اللاحق بالغير في حقوق الناس .

فهذه النكتة كما تمنع من انعقاد إطلاق في روايات عشرة آلاف درهم للدرهم الساقط عن المالية سقوطاً مطلقاً لو فرض ذلك ، كذلك تمنع من إطلاقها لفرض انخفاض قيمته انخفاضاً فاحشاً ، بل في السنة روايات الدية ما يدل بوضوح على ملاحظة الشارع للتناسب بين الأصناف الستة في القيمة والمالية ، ودخالة ذلك في هذا الحكم ، وهذا يمنع من انعقاد الإطلاق المذكور ويجعله على الأقل منصرفاً إلى

فرض التساوي ، أو التقارب بينها في القيمة كما كانت كذلك سابقاً .

الحيثية الثالثة : لو تنزلنا عن ذلك ، فلا ينبغي الإشكال في عدم شمول إطلاق روايات الدرهم والدينار للمسكوك من الفضة والذهب اليوم بعد خروجهما عن التعامل والنقدية ، بل أصبحا كسائر الأجناس والسلع الحقيقية ؛ إما لعدم صدق الدرهم والدينار عليهما أو على أساس الانصراف إلى النقد الرائج منهما أو على أساس نكات وقرائن في السنة رواياتهما . ومع عدم تمامية الإطلاق من هذه الناحية لا يكون دفعهما مجزياً ، كما تقدم بيانه .

الحيثية الرابعة : لو فرضنا الإطلاق من جميع الوجوه المتقدمة مع ذلك لم يكن دفع قيمة الفضة مجزياً اليوم مع عدم رضى المجني عليه أو وليه سواء مع تعذر دفع الأصناف الأخرى أو عدم تعذره .

أمّا في صورة عدم تعذر دفع أحد الأجناس الأخرى فواضح ؛ لأن مقتضى اشتغال ذمة الجاني بأحدها للمجني عليه بخصوصياتها أنه يجب عليه دفع أحدها مع التمكن ، وما دام يمكنه دفع واحدٍ منها يجب عليه ذلك ، ولا ينتقل إلى القيمة بعد أن لم يكن دليل على إجزاء دفعها ابتداءً .

وأمّا في صورة تعذر الجميع ؛ فلأنه لا دليل على أن ذمة الجاني قد اشتغلت بالجامع في ما بينها بحيث يجزي دفع قيمة كل واحد منها عند التعذر كما في ضمان المثليات ، وإنما المقدار الثابت هو التخيير في ما بين نفس الأجناس الستة مهما بلغت قيمتها ، وهذا لازم أعم من دخولها جميعاً في الضمان بنحو يجزي قيمة كل واحد عند التعذر ، بل نحتمل أنه عند تعذرها جميعاً يجب دفع قيمة واحد منها تعييناً وهو مئة من الإبل ، كما هو مقتضى مفهوم الحصر في قوله ﷺ : « الدية مئة من الإبل » ^(١) .

(١) الوسائل ١٩ : ١٤٢ ، ب ١ من ديات النفس ، ح ٣ و ٥ .

وتعام النكتة في ذلك أنه إنما اجتري بدفع سائر الأجناس مهما بلغت قيمتها من باب التعبد الذي هو مبنى الإطلاق من الوجوه المتقدمة ، لا من باب ضمان قيمة الجناية ، والتي لا تختلف في المالية ، فلا دليل على أن شغل الذمة بالأجناس المذكورة يكون على غرار الضمانات المثلية بحيث ينتقل إلى القيمة عند التعذر ، فلا دليل على الاجتزاء بدفع قيمة أقلها في المالية ، بل يكون المرجع عندئذ إطلاق « الدية مئة من الإبل » المقتضي بقاء شغل الذمة به في فرض تعذره ، فلا تفرغ ذمة الجاني إلا بدفع قيمة مئة من الإبل .

وإن شئت قلت : إن التخيير بين الأجناس الستة لا يستلزم التخيير بين قيمها المتفاوتة تفاوتاً فاحشاً عند التعذر لا عقلاً - كما هو واضح - ولا عرفاً ؛ لعدم عرفية ذلك في باب الضمانات ؛ فلا يمكن استفادة أجزاء قيمة أقلها حتى عند تعذر الجميع ، وعندئذ يكون مقتضى إطلاق « الدية مئة من الإبل » لزوم دفع ما يمكن دفعه منه ، وهو ماليتها وقيمتها بعد فرض العلم بعدم هدر حق المجني عليه بتعذر الأجناس .

تلخيص واستنتاج :

تقدم أن تخريج الاجتزاء بدفع الدية بالنقود الورقية الرائجة اليوم يكون له أحد أساسين :

الأول : أن استفاد ابتداءً من روايات الدية تخيير الجاني بين دفع أحد الأجناس الستة أو دفع قيمته حيث يكتفى في دفع القيمة بالنقد الرائج في البلد .

وقد تقدم أن هذه الاستفادة لا يساعدها مقام الإثبات والدلالة ؛ لأن إلغاء خصوصية الأجناس وحملها على التخيير بينها وبين قيمة واحد منها خلاف ظاهرها الأولي ، فيكون مقتضى القاعدة وجوب دفع أحدها بالخصوص مع الإمكان وعدم الاجتزاء بدفع قيمته ، لا من جهة أصالة الاشتغال لكي يقال بأن هذا من الشك في أصل التكليف وتعلقه بالخصوصية أو بالجامع بينها وبين القيمة ،

والأصل فيه البراءة حتى إذا كان بنحو التعيين والتخير فضلاً عما إذا كان بنحو الأقل والأكثر - على ما هو محقق في محله - بل من جهة أن مقتضى مفهوم الحصر المستفاد من الاقتصار في روايات الدية على الأجناس الستة عدم إجزاء غيرها مع إمكان أحدها، فلا تصل التوبة إلى البراءة، كما هو واضح.

الثاني: استفادة ذلك من عنوان الدرهم والدينار بعد استظهار أن المراد منهما في السنة الروايات - لولا القرينة على الخلاف - مطلق النقد الرائج لا النقد الخاص، وفي خصوص روايات الدية يتأكد ذلك باعتبار ما فيها من القرائن والمناسبات الدالة على ملاحظة الدرهم بما هو نقد رائج يكون قيمة للأجناس بحيث يمكن إعطاء ما يعادله من أي نقد آخر إذا كان رائجاً.

وهذا الاستظهار هو الذي استقر بناه في الجهة السابقة، أي الجهة الثالثة. وعلى هذا الأساس يفتح البحث حينئذٍ - كما أشرنا إليه في تلك الجهة - عن كيفية محاسبة ذلك.

كيفية حساب الدية اليوم:

فهل يكفي إعطاء ما يعادل قيمة عشرة آلاف درهم بمعنى سبعة آلاف مثقال من الفضة الخالصة اليوم؛ لأن قيمة الدرهم الذي هو نقد حقيقي تكون على أساس قيمة جنسه لا أكثر في الأعم الأغلب؟ أو لابد من إعطاء ما يعادل قيمة مئة من الإبل أو ألف دينار أو العالقة المشتركة بين الأجناس الأربعة أي ما يعادل قيمة أحدها على الأقل؟

الصحيح: أن هذا يختلف باختلاف ما نستظهره من الروايات المتقدمة في الجهات السابقة:

فتارة: نبني على استفادة أن الأصل في الدية من حيث العالقة مئة من الإبل، كما استفدناه من مثل صحيح الحكم الذي ورد فيه «يحسب لكل بعير مئة درهم

فذلك عشرة آلاف»^(١)، فعندئذ يكون مقتضى الجمع - بين ذلك وبين أن الدرهم ملحوظ بعنوان مطلق النقد - الاجتزاء بمطلق النقد الرائج المعادل لقيمة مئة من الإبل، لا أقل من ذلك.

وأخرى: لا نبني على ذلك، ولكن نستفيد اشتراط أن يكون الدرهم في الدية كل عشرة منه بدينار من مثل صحيح ابن الحجاج الوارد فيه «قيمة كل دينار عشرة دراهم»^(٢) وعندئذ لا بد أيضاً من ملاحظة قيمة ألف دينار في دفع النقد الرائج.

وثالثة: لا نستفيد ذلك أيضاً، ولكن يقال بأن ظاهر ذكر الأجناس الأربعة معاً في مقام دفع الجاني للدية - التي هي تعويض مالي للمجني عليه - إرادة المالية المشتركة في ما بينها، وأن ذكر الدرهم والدينار معها باعتبارهما ثمناً وقيمة لكل واحد منها، لا باعتبار قيمة نفسيهما، وإن هذا هو المناسب مع ملاحظة الدرهم والدينار بما هما نقدان ولوحظ تقسيم الأجناس الأخرى وحساب ماليتهما بهما، فلا يكونان ملحوظين إلا بما هما مضافان إلى تلك الأجناس، أي بما هما ثمن لتلك الأجناس، وعندئذ لا بد أيضاً في مقام دفع الدية بالنقد الرائج اليوم من مراعاة قيمة أحد الأجناس الأربعة؛ لأن هذا هو المعادل لقيمة الدرهم والدينار الملحوظين كثرمن للأجناس في روايات الدية.

ورابعة: لا نستفيد ذلك أيضاً، بل يدعى أن الدرهم أو الدينار ملحوظان كنقدين لهما ماليتهما في نفسيهما، فإن حيثية النقدية لا تنافي ملاحظة النقد بما له من مالية مستقلة عن الإضافة إلى الأجناس الأخرى، فإذا ألغيت خصوصية كونه نقداً معيناً يتعدى إلى مطلق النقد الرائج المعادل لقيمة ذلك النقد من حيث المالية. وهذا هو مبنى فتوى المشهور بأصالة الأجناس الستة كلها.

(١) الوسائل ١٩: ١٤٨، ب ٢ من ديات النفس، ح ٨.

(٢) المصدر السابق: ١٤١، ب ١ من ديات النفس، ح ١.

فقد يقال عندئذٍ بأن مقتضى إطلاق روايات الدرهم الملحوظ بما هو نقد رائج كفاية دفع مطلق النقد الرائج في الدية بما يعادل قيمة عشرة آلاف درهم أي سبعة آلاف مثقال فضة خالصة ؛ لأن قيمة الدرهم بما هو نقد مقارب أو معادل لقيمة مقدار جنسه الحقيقي عادة ، فلو كانت الدراهم مسكوكة اليوم من الجنس الحقيقي كالفضة بدلاً عن النقود الورقية كانت قيمتها بما هي نقد مساوية لقيمتها بما هي فضة أو قريباً منها ، فيكفي دفع قيمة الجنس بذلك المقدار بالنقد الرائج اليوم .

إلا أن هذا الإطلاق مما لا يمكن المساعدة عليه ؛ إذ - مضافاً إلى عدم وجود مثل هذا الإطلاق في روايات الدية على ما شرحناه في الجهات السابقة - أن ما ذكر من أن النقد اليوم لو كان حقيقياً أي بالدرهم كانت قيمة الدرهم مساوية مع قيمة $\frac{7}{10}$ مثقال من الفضة الخالصة بسعر اليوم غير صحيح ؛ لأن النقد الحقيقي وإن كان مساوياً أو مقارباً في القيمة غالباً لقيمة الجنس الموجود فيه إلا أن نفس استخدام الجنس أعني الفضة في ضرب النقود وكثرة استعمالها والحاجة إليها في التداول والمبادلات أحد أهم العوامل المؤثرة في ارتفاع قيمة ذلك الجنس ارتفاعاً هائلاً ، ولعل من أهم أسباب سقوط قيمة الفضة اليوم سقوطاً فاحشاً إنما هو خروجها عن دائرة النقود التي يتعامل بها وعدم الحاجة إليها إلا في الأغراض الاستهلاكية ، وهي نادرة جداً بالقياس إلى الحاجة للنقد ، وإنما لم يسقط الذهب عن المالية بهذا المقدار لتوفر الطلب عليه في الأغراض الاستهلاكية الأخرى كالزينة ونحوها ، وندرته الوجودية أيضاً بالقياس إلى الفضة ، وقلة استعماله في النقد بالقياس إلى الدراهم الورق ، كما يظهر من مراجعة تأريخ رواج الدرهم والدينار في المعاملات ، فبقي الذهب محافظاً على جزء معتد به من قيمته السابقة بخلاف الفضة .

فالحاصل : أنه لا يصح التمسك بإطلاق روايات عشرة آلاف درهم على فرض تمامية الإطلاق فيها إلا بالنسبة إلى الدراهم التي كانت رائجة في الأزمنة السابقة ، والتي كانت النقود الرائجة فيها حقيقية ومتخذة من الفضة ، وقد كانت - لا محالة -

قيمتها أكثر بكثير من قيمة الفضة اليوم ؛ لكثرة الطلب عليها من أجل ضرب السكّة والتعامل بها في التجارات والمعاملات وغيرها من أغراض النقد ، ولعلّها كانت تعادل قيمة ألف دينار ومئة بعير وقتئذٍ .

وبهذا يظهر وجه آخر لعدم الاجتزاء بدفع قيمة الفضة اليوم في الدية - مع تعذر الأجناس الأخرى فضلاً عن فرض عدم تعذره - حتى على مبنى المشهور من استفادة الأصالة للأجناس الستة جميعاً والإطلاق فيها لفرض تفاوت قيمها السوقية زيادة ونقصاً ؛ لأنّ هذا لا يعني أنّ قيمة الدرهم يساوي قيمة $\frac{7}{10}$ مثقال فضة خالصة اليوم ، كما شرحنا .

وأما ما يمكن أن يصاغ اليوم على شكل الدراهم السابقة فقد تقدم أنّه ليس درهماً ولا نقداً رائجاً ، فلا يتوهم إمكان الاجتزاء بدفعه في الدية إذا صنعه الجاني أو حصل عليه .

ومن هنا ينبغي أن يقال بأنّه لو أريد دفع الدية من النقود الورقية الرائجة اليوم كان اللازم مراعاة قيمة أحد الأجناس الأربعة على الأقل ، والله العالم بحقائق الأمور ، والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين .

عفو الحاكم في العقوبات

عفو الحاكم في العقوبات

والبحث عن هذه المسألة وتتقيح جهاتها يتطلب الحديث في ثلاثة أنحاء من العقوبات :

- ١ - عقوبات الحدود التي تكون من حقوق الله ، كحدّ الزنا وشرب الخمر والسرقة .
- ٢ - عقوبات الحدود التي تكون من حقوق الناس ، كالقصاص وحدّ الفرية .
- ٣ - عقوبات التعازير .

القسم الأول - حقوق الله

وقبل الدخول في هذا القسم ينبغي أن يعلم أنّ المقصود بالحدود التي تكون من حقوق الله هو ما إذا كان نفس الحدّ والعقاب مجعولاً كحقّ الله على المجرم ، سواء كان سببه محض مخالفة أمره - سبحانه - كما في شرب الخمر والزنا ، أو كان فيه عدوان على الناس أيضاً كما في السرقة ؛ فإنّها وإن كانت اعتداءً على المسروق منه إلا أنّ عقوبة القطع فيها لم تجعل له بحيث يملك قطع يد السارق كما في عقوبة القصاص والفرية ، وإنّما هي عقوبة ونكال من الله عليه بما كسب ، كما صرّحت به الآية الشريفة ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ ^(١) وكما هو المسلّم فقهيّاً ، وقد دلّت عليه جملة من الروايات

أصرحها صحيح فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « إذا أقرّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه ؛ فهذا من حقوق الله » ^(١).

نعم ، يوجد فرق بين هذا النحو من حقوق الله وبين ما يكون من حقوق الله محضاً كحدّ الزنا وشرب الخمر ؛ من حيث إنّ السبب والموضوع للقطع في السرقة حيث كان العدوان على حقوق الناس - أعني المسروق منه - أيضاً أمكن له أن يعفو عن السارق أو يهبه المال ، فلا يقام عليه الحدّ . وهذا يعني أنّ حدّ القطع فيه جنبتان ؛ فمن حيث أصل العقوبة حقّ من حقوق الله قد جعله على من يعتدي على أموال الآخرين ويسرقها من محرزها ، ولم تجعل عقوبة القطع ملكاً للمسروق منه ، ولكن في نفس الوقت من حيث إنّ موضوع هذا الحدّ هو العدوان على مال الآخرين ، وهو حقّ تابع لإرادتهم ؛ فلا يمكن أن يثبت هذا العدوان إلّا في طول عدم رضاه وعفوه عنه ، فمن هذه الناحية يكون من حقوق الناس .

فالحاصل : إنّ إثبات موضوع هذا الحدّ - وهو العدوان على الآخرين - من حقوق الناس وتابع لإرادتهم ، لا إقامته وإنزاله بالمجرم ، ولازم ذلك وأثره أنّ إثبات موضوع الحدّ يكون حقاً للمسروق منه ، فلا يثبت بالبيّنة الحسبية ، بخلاف ما يكون من حدود الله محضاً كالزنا وشرب الخمر ، كما أنّ لازمه أنّه لو عفا عن السارق فلم يرفعه إلى الحاكم كان له ذلك ، فلا يقام عليه الحدّ ، بخلاف ما إذا أقرّ السارق بنفسه عند الحاكم أو رفعه إليه وثبت عنده بالبيّنة ثم أراد المسروق منه العفو فإنّه لا يمكنه ؛ لأنّ عقوبة القطع ليست ملكاً له ، بل هو من حقوق الله ، وهذه مرتبة من الحقيقة للناس بين ما هو من حقوق الناس محضاً بحيث يكون منوطاً بمطالبتهم لكونه ملكاً لهم كالقصاص وحدّ الفرية ، وبين ما هو من حقوق الله محضاً كحدّ الزنا وشرب الخمر ، وهذا ما يستفاد من روايات عديدة معتبرة ، كصحيح الحلبي عن

(١) الوسائل ١٨ : ٣٤٤ ، ب ٣٢ من مقدمات الحدود ، ح ١ .

أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يأخذ اللص يرفعه؟ أو يتركه؟ فقال: إن صفوان بن أمية كان مضطجعا في المسجد الحرام، فوضع رداءه وخرج يهرق الماء، فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب بردائي؟ فذهب يطلبه، فأخذ صاحبه، فرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال النبي صلى الله عليه وآله: اقطعوا يده، فقال الرجل: تقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله؟ قال: نعم، قال: فأنا أهبه له، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: فهلاً كان هذا قبل أن ترفعه إليّ. قلت: فالإمام بمنزلة إذا رفع إليه؟ قال: نعم. قال: وسألته عن العفو قبل أن ينتهي إلى الإمام؟ فقال: حسن»^(١). وكذلك معتبرة سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من أخذ سارقاً فعفا عنه فذلك له، فإذا رفع إلى الإمام قطعه؛ فإن قال الذي سرق له: أنا أهبه له لم يدعه الإمام حتى يقطعه إذا رفعه إليه، وإنما الهبة قبل أن يرفع إلى الإمام، وذلك قول الله عز وجل: ﴿وَالْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ﴾، فإذا انتهى الحد إلى الإمام فليس لأحد أن يتركه»^(٢).

وبهذا البيان يظهر الجواب عن دعوى المعارضة بين مثل صحيح الفضيل المتقدم - الدال على أن القطع في السرقة من حقوق الله، فلا يشترط بعد ثبوته بالإقرار أن ينتظر المسروق منه ليطلب به - وبين رواية الحسين بن خالد «وإذا نظر - أي الإمام - إلى رجل يسرق أن يزبره وينهاه ويمضي ويدعه، قلت: وكيف ذلك؟ قال: لأن الحق إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته، وإذا كان للناس فهو للناس»^(٣). فإن هذه الرواية لو تمت سنداً - من ناحية المحمودي وأبيه - فهي لا تدل على أن حد القطع من حقوق الناس بحيث لا يمكن للإمام إقامته إلا بعد حضور المسروق

(١) الوسائل ١٨: ٣٢٩، ب ١٧ من مقدمات الحدود، ح ٢.

(٢) المصدر السابق: ح ٣.

(٣) المصدر السابق: ٣٤٤، ب ٣٢ ح ٣.

منه ومطالبته بإقامته على السارق، وإنما تدلّ على أنّه في مورد الحدّ إذا كان هناك حق للناس سواء في طرف نفس العقوبة والمطالبة بها أو بلحاظ إثبات موضوعها، فلا يجب على الإمام إقامته بمجرد مشاهدته للجريمة، بل هو متروك للناس.

وبتعبير آخر: هناك حقان: حق المرافعة وسحب المدعى عليه إلى الحاكم لإثبات الجرم عليه، وحق نفس الحدّ والعقوبة والجريمة؛ فإذا لم يكن في الجريمة عدوان على الناس بل مجرد معصيته لله كشرب الخمر والزنا كان كلا الحقيقتين المذكورين للحاكم، فلو وجد من يزني ويشرب الخمر أقام عليه الحدّ ولم ينتظر من يرفعه إليه، وإذا كان فيها عدوان على الناس وكانت العقوبة مجعولة لهم كان إقامة الحدّ والمرافعة كلاهما للناس، فيمكن للمعتدى عليه أن لا يرفع، كما أنّه لو رفعه إلى الحاكم وثبت الجرم أمكنه أيضاً العفو عن نفس الحدّ والعقوبة كما في القصاص وحدّ القذف، وإن كان فيها عدوان على الناس ولكن الحدّ والعقوبة لم يجعلها للمعتدى عليه - كما في السرقة - كان حق المرافعة للناس، فلا تقبل البيّنة الحسبية، كما لا يجب على الإمام أن يقيم الحدّ بمجرد مشاهدة الجريمة وعلمه بها، ولكن لو رفعه المسروق منه وجب قطعه، ولم يكن له العفو عنه؛ لأنّه ليس ملكاً للمسروق منه. ورواية الحسين بن خالد ناظرة إلى الحق الثاني؛ أي حق المرافعة في السرقة، وهو للناس، بينما صحيح الفضيل ناظر إلى الحق الأول؛ أي كون الحدّ بنفسه لله، فلا تعارض بينهما، فيكفي في عدم وجوب الإقامة على الحاكم بمجرد مشاهدته للجريمة أن يكون الحدّ بنحو بحيث يكون للمعتدى عليه - وهو المسروق منه - العفو عن السارق قبل الرفع إلى الحاكم وإن لم يكن يملكه بعد الرفع؛ إذ لعلّه يريد العفو لا الرفع إلى الحاكم، فلا بدّ وأن يترك للناس، فلا تعارض بين الروايات من هذه الناحية.

ثم إنّ البحث عن عفو الحاكم في الحدود التي هي من حقوق الله نوره ضمن جهات:

الجهة الأولى: لا شك أن مقتضى إطلاق أدلة الأمر بإقامة الحدود المستفاد من الآيات - كآية حدّ الزنا^(١) والسرقة^(٢) - والروايات الدالة عليها عدم جواز ترك الحدّ أو العفو عنه بعد ثبوت موضوعه، بحيث كلما شكّ في جواز العفو في مورد ولم يقدّم عليه دليل خاص كان المرجع تلك العمومات.

ومما يؤكد ذلك بل يدلّ عليه أيضاً جملة من الروايات بألسنة مختلفة:

فتارة: بلسان «أنّ الحدّ إذا انتهى إلى الإمام فليس لأحد أن يتركه» مستشهداً بقوله تعالى: ﴿وَالْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ﴾^(٣)، كما في معتبرة سماعة المتقدمة^(٤).

وأخرى: بلسان «أنّ الحدّ لا يضيع»، كما في موقفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان لأمّ سلمة زوج النبي ﷺ أمة فسرقت من قوم، فأُتي بها النبي ﷺ فكلّمته أمّ سلمة فيها، فقال النبي ﷺ: يا أمّ سلمة هذا حدّ من حدود الله لا يضيع، فقطعها رسول الله ﷺ»^(٥).

وثالثة: بلسان «لا يشفعنّ أحد في حدّ إذا بلغ الإمام؛ فإنّه لا يملكه»، كما في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يشفعنّ أحد في حدّ إذا بلغ الإمام؛ فإنّه لا يملكه، واشفع فيما لم يبلغ الإمام إذا رأيت الندم، واشفع عند الإمام في غير الحدّ مع الرجوع من المشفوع له، ولا يشفع في حق امرئ مسلم ولا غيره إلّا بإذنه»^(٦).

(١) النور: ٢. «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ...».

(٢) المائدة: ٣٨. «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ...».

(٣) التوبة: ١١٢.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٢٩، ب ١٧ من مقدمات الحدود، ح ٣.

(٥) المصدر السابق: ٣٣٢، ب ٢٠ ح ١.

(٦) المصدر السابق: ح ٤.

ورابعة: بلسان عدم جواز إبطال الحدّ وأنّ من عطلّ حدّاً من حدود الله فقد عاند الله وطلب مصادّته، كما في رواية ميثم في حديث طويل: «إنّ امرأة أتت أمير المؤمنين عليه السلام فأقرّت عنده بالزنا أربع مرات، قال: فرفع رأسه إلى السماء، وقال: اللهم إنّهُ قد ثبت عليها أربع شهادات، وإنّك قد قلت لنبيك ﷺ فيما أخبرته من دينك: يا محمد من عطلّ حدّاً من حدودي فقد عاندني وطلب بذلك مصادّتي»^(١). وقد نقلها الكليني بسند آخر معتبر عن خلف بن حماد^(٢)، فلو لم يُستبعد رواية خلف عن أبي عبد الله عليه السلام صحّ السند بهذا الطريق. إلى غير ذلك من التعبيرات.

وقد استدلّ بعض الأعلام عليه السلام على عموم حقّ العفو للإمام بصحيح ضريس الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يعفى عن الحدود التي لله دون الإمام، فأما ما كان من حقّ الناس في حدّ فلا بأس بأن يعفى عنه دون الإمام»^(٣) مدّعياً بأنّها مطلقة في نفسها، ولا بدّ من رفع اليد عن إطلاقها بما إذا ثبت الحقّ بالبيّنة؛ فإنّه لا بدّ من إقامته عندئذٍ، ولا يعفى عنه^(٤).

إلا أنّ الظاهر أنّ الرواية أجنبية عن ذلك، وإنّما هي ناظرة إلى المسألة المتقدمة من أنّ الحدود التي يكون فيها حقّ للناس يمكنهم أن يعفوا عنها عند الإمام أو قبل الوصول إلى الإمام، بخلاف ما يكون لله محضاً، فقوله عليه السلام: «دون الإمام» إمّا أن يراد به عند الإمام، أو يراد به قبل أن يصل إلى الإمام. وأمّا إرادة «غير» من «دون» فهو غير محتمل؛ لأنّه لا يتناسب مع «لا يعفى» المبني للمفعول في الفقرتين معاً، بل كان ينبغي أن يقول: «لا يعفو عن الحدود التي لله دون الإمام،

(١) الوسائل ١٨: ٣٠٩، ب ١ من مقدمات الحدود، ح ٦.

(٢) فروع الكافي: كتاب الحدود، باب آخر من صفة الرجم، ذيل ح ١.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٣١، ب ١٨ من مقدمات الحدود، ح ١.

(٤) مباني تكملة المنهاج ١: ١٧٧.

وأما في حقوق الناس فلا بأس بأن يعفو عنه دون الإمام؛ أي غيره، وهذا واضح. بل على هذا أيضاً لم يكن يدل على عموم حق العفو للإمام، وإنما يدل على أن غيره لا حق له في العفو في حقوق الله أصلاً، وأما الإمام فهل له الحق مطلقاً أو في الجملة؟ فهذا لا دلالة للحديث عليه حتى على فرض إرادة «غير» من «دون»؛ لعدم المفهوم للقيد بأكثر من السالبة الجزئية على ما هو محقق في محله.

الجهة الثانية: إن الروايات - وفيها المعتمدة - قد دلت على أن للإمام حق العفو في حقوق الله إذا كان الذنب ثابتاً بالإقرار دون ما إذا كان ثابتاً بالشهادة والبيعة:

منها: معتبرة طلحة بن زيد عن جعفر عليه السلام قال: «حدثني بعض أهلي أن شاباً أتى أمير المؤمنين عليه السلام فأقرّ عنده بالسرقة. قال: فقال له علي عليه السلام: إني أراك شاباً لا بأس بهبتك، فهل تقرأ شيئاً من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقرة، فقال: فقد وهبت يدك لسورة البقرة. قال: وإنما منعه أن يقطعه لأنه لم تقم عليه البيعة»^(١).

وهي معتبرة بسند الشيخ، لا الصدوق فإنها مرسله عنده^(٢)، والظاهر أنها مرسله البرقي التي ينقلها الشيخ بسنده عنه أيضاً^(٣)؛ لتطابقها مع نقل الصدوق من حيث المتن وإن تصور صاحب الوسائل أنها من قضايا أمير المؤمنين التي للصدوق إسناد إليها^(٤). ودلالاتها على التفصيل واضحة، إلا أنه قد يستشكل في الاستدلال بها بأحد نحوين:

١ - أنها تحكي قضاء أمير المؤمنين عليه السلام، وهو إمام معصوم، فلعل الحكم

(١) الاستبصار ٤: ٢٥٢ ب ١٤٨، باب أنه لا يجوز للإمام أن يعفو إذا حمل إليه وقامت عليه البيعة، ح ٤.

(٢) من لا يحضره الفقيه: باب حد السرقة، ح ٩.

(٣) تهذيب الأحكام ١٠: ١٢٧، باب الحد في السرقة والخيانة والخلصة، ح ١٣٣.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٣١، ب ١٨ من مقدمات الحدود، ح ٣.

المذكور مخصوص به ، ولا يحق لغيره من الحكام .

إلا أن هذا الإشكال خلاف ظهور نقل الإمام الصادق عليه السلام هذه القضية لطلحة بن زيد ثم التعليل والتعقيب عليها بقوله : « وإنما منعه أن يقطعه لأنه لم تقم عليه بينة » ؛ فإن هذا ظاهر في أن هذا هو تمام الملاك لحق العفو ، لا كون الحاكم شخصاً خاصاً وهو المعصوم عليه السلام .

٢ - أنها واردة في خصوص حد القطع في السرقة ، فلا يمكن التعدي منه إلى سائر الحدود التي هي من حقوق الله ، كالجلد والرجم ونحو ذلك ، واحتمال الفرق موجود .

ويمكن الجواب عليه باستظهار التعميم من التعليل في ذيل الرواية عرفاً ، وأن ذكر القطع من باب كونه المورد .

وإن شئت قلت : إن ذيل الحديث كأنه دفع دخل وإشكال مركز في أذهان المتشرعة ، وهو أنه كيف يُعطل حد من الحدود الشرعية بعد ثبوته ؟ وحيث إن هذه النكتة لا تختص بحد السرقة بالخصوص ، فيكون الجواب أيضاً ظاهراً في العموم ، وأن الحد إنما لا يملكه الحاكم إذا قامت عليه البينة .

ومما يؤيد هذا الفهم ما جاء في نقل نفس الحديث والقضية بطريق البرقي عن بعض أصحابه عن بعض الصادقين عليهم السلام حيث جاء في ذيله « ... قال : فقال الأشعث : أتُعطل حداً من حدود الله ؟ فقال : وما يدريك ما هذا ؟ إذا قامت البينة فليس للإمام أن يعفو ، وإذا أقر الرجل على نفسه فذاك إلى الإمام إن شاء عفا ، وإن شاء قطع » ^(١) ، وذكر جملة « إن شاء عفا ، وإن شاء قطع » في الذيل ظاهر في الاستنتاج والتطبيق ، لا التقييد للكبرى المبيّنة أولاً . فالرواية واضحة الدلالة على حق العفو للحاكم في حقوق الله إذا لم تقم عليه بينة .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٣١ ، ب ١٨ من مقدمات الحدود ، ح ٣ .

ومنها: معتبرة مالك بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «بينما أمير المؤمنين عليه السلام في ملأ من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرني، فقال له: يا هذا إمض إلى منزلك لعل مراراً حاج بك، فلما كان من غد عاد إليه فقال له: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرني، فقال له: اذهب إلى منزلك لعل مراراً حاج بك، حتى فعل ذلك ثلاثاً بعد مرّته الأولى، فلما كان في الرابعة قال له: يا هذا إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حكم في مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيّهن شئت، قال: وما هنّ يا أمير المؤمنين؟ قال: ضربة بالسيف في عنقك بالغة ما بلغت، أو إهداب [إهداء] من جبل مشدود اليدين والرجلين، أو إحراق بالنار، قال: يا أمير المؤمنين أيّهنّ أشدّ عليّ؟ قال: الإحراق بالنار، قال: فإنّي قد اخترتها يا أمير المؤمنين، فقال: خذ لذلك أهبتك، فقال: نعم، قال: فصلّى ركعتين ثمّ جلس في تشهده فقال: اللهم إني قد أتيت من الذنب ما قد علمته، وإني تخوّفت من ذلك، فأتيت إلى وصيّ رسولك وابن عم نبيّك فسألته أن يطهرني فخيّرني ثلاثة أصناف من العذاب، اللهم فإنّي اخترت أشدّهنّ، اللهم فإنّي أسألك أن تجعل ذلك كفارة لذنوبي وأن لا تحرقني بنارك في آخرتي، ثمّ قام وهو باكٍ حتى دخل الحفيرة التي حفرها له أمير المؤمنين عليه السلام وهو يرى النار تتأجج حوله، قال: فبكى أمير المؤمنين عليه السلام وبكى أصحابه جميعاً، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: قم يا هذا فقد أبكيت ملائكة السماء وملائكة الأرض، فإنّ الله قد تاب عليك، فقم ولا تعاودنّ شيئاً مما فعلت» ^(١).

إلا أنّ احتمال اختصاصها بحدّ اللواط لا دافع له، خصوصاً مع ملاحظة كون القتل كالرجم في المحصن يرفع اليد عنه بأقلّ سبب، بخلاف الحدّ الذي هو دون النفس كالجلد والقطع، ولهذا لو جحد المقرّ بعد إقراره يرفع عنه الرجم دون الجلد؛

(١) الوسائل ١٨: ٤٢٣، ب ٥ من حدّ اللواط، ح ١.

ومن هنا قيّد بعض الفقهاء - كابن إدريس - اختيار الإمام وحقه في العفو بما إذا كان الحدّ رجماً^(١). هذا، مضافاً إلى أنّ توبة المجرم في مورد الرواية فرضت بالنحو الذي أبكت الإمام عليه السلام والأصحاب وملائكة السماء والأرض، فلعلّ سقوط العقوبة كان بسببها لا من ناحية عفو الإمام. بل قد يقال: بظهور ذيلها في ذلك؛ حيث لم يبيّن فيه أنّ الإمام قد وهبه وعفا عنه كما في معتبرة طلحة، وإنّما ذكر فيه «إنّ الله قد تاب عليك»، وهذا أنسب مع مسقطية التوبة ولو بعد ثبوت الجرم إذا كان بإقرار مثلاً، ولا أقلّ من الإجمال من هذه الناحية. وعلى كل حال فلا إطلاق لها؛ لفرض عدم ظهور التوبة من المجرم، كما لا يخفى.

ومنها: ما نقله في تحف العقول عن أبي الحسن الثالث عليه السلام في حديث قال: «وأما الرجل الذي اعترف باللواط فإنّه لم يقم عليه البيّنة، وإنّما تطوّع بالإقرار من نفسه، وإذا كان للإمام الذي من الله أن يعاقب عن الله كان له أن يعمّن عن الله؛ أما سمعت قول الله: ﴿ هذا عطاؤنا فامنن أو أمسك بغير حساب ﴾»^(٢).

وهي أيضاً واضحة الدلالة على الكبرى الكلية؛ لظهور ذيلها في إعطاء ضابطة عامّة في كل ما يكون عقوبة من الله وحقاً من حقوقه، لا خصوص حدّ اللواط. إلّا أنّه لا سند لها؛ حيث إنّ ابن شعبة قد أسقط أسانيد روايات كتابه من أجل الاختصار، فحرّمنا من طرقها.

الجهة الثالثة: إنّ المشهور قيّدوا عفو الحاكم في موارد ثبوت الجرم بالإقرار بما إذا تاب أيضاً، فمتى لم يتب لم يجز العفو.

ففي النهاية ذكر الشيخ عليه السلام: «ومن زنى وتاب قبل قيام البيّنة عليه بذلك درأت التوبة عنه الحدّ، فإن تاب بعد قيام الشهادة عليه وجب عليه الحدّ ولم يجز للإمام

(١) السرائر ٣: ٤٥٥.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٣١، ب ١٨ من مقدمات الحدود، ح ٤.

العفو عنه ، فإن كان أقرَّ على نفسه عند الإمام ثمَّ أظهر التوبة كان للإمام الخيار في العفو عنه أو إقامة الحدِّ عليه حسب ما يراه من المصلحة في ذلك ، ومتى لم يُثبِّ لم يجز للإمام العفو عنه على حال» ^(١) . وذكر نفس المعنى في سائر الحدود التي هي لله أيضاً ^(٢) . وفي الشرائع : « ولو أقرَّ بحدٍّ ثم تاب كان الإمام مخيراً في إقامته رجماً كان أو جلدًا » ^(٣) .

وهكذا عبَّئ سائر الكتب الفقهية حيث أخذت التوبة قيداً في جواز العفو ، فيكون ظاهر الأصحاب أنَّ العفو موضوعه مركَّب من جزءين : ثبوت الجرم بالإقرار ، وتوبة المقرِّ ولو من خلال نفس إقراره عند الإمام .

إلا أنَّ الشيخ المفيد رحمته الله في المقنعة جعل الميزان لعفو الإمام توبة المجرم بعد ثبوت جرمه سواء كان بالإقرار أو بالشهادة ، قال : « ومن زنى وتاب قبل أن تقوم الشهادة عليه بالزنا درأت عنه التوبة الحدِّ ، فإن تاب بعد قيام الشهادة عليه كان للإمام الخيار في العفو عنه أو إقامة الحدِّ عليه حسب ما يراه من المصلحة في ذلك له ولأهل الإسلام ، فإن لم يتب لم يجز العفو عنه في الحدِّ بحال » ^(٤) . ونفس الشيء ذكره في حدِّ اللواط ^(٥) وحدِّ السحق ^(٦) ، وتابعه على ذلك الحلبيَّان ^(٧) . وعلى هذا القول يكون الموضوع لعفو الإمام توبة المجرم بعد ثبوت جرمه سواء كان ذلك بالإقرار أو بالبينة .

(١) النهاية : ٦٩٦ .

(٢) المصدر السابق : ٧٠٦ ، ٧٠٨ ، ٧١٤ ، ٧١٨ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٥٢ .

(٤) المقنعة : ٧٧٧ .

(٥) المصدر السابق : ٧٨٧ .

(٦) المصدر السابق : ٧٨٨ .

(٧) الكافي في الفقه : ٤٠٧ . غنية النزوع : ٤٢٤ (ط . الجديدة) .

وفي قبال هذين القولين قول ثالث اختاره بعض المتأخرين ، وهو كفاية ثبوت الجرم بإقرار المجرم في جواز عفوه سواء تاب أم لم يتب .
فتكون الأقوال ثلاثة ، ولا بدّ من ملاحظة ما يطابق منها الأدلة والقواعد ، فنقول :

لا إشكال في أنّ مقتضى إطلاق معتبرة طلحة بن زيد المتقدمة ^(١) عدم اشتراط توبة المقرّ في جواز عفوه من قبل الحاكم ، بل قد يقال : إنّ فيها دلالة على أنّ ملاك عفو الإمام له في مورد الرواية لم يكن توبته ، بل مصلحة أخرى ؛ حيث قال الإمام عليه السلام فيها : « إني أراك شاباً لا بأس بهتكت » ، فكأنه عليه السلام لاحظ مصلحة شبابه ، فيكفي مطلق المصلحة في جواز العفو ، ولا يشترط التوبة .

إلا أنّ هذا الاستظهار قابل للمناقشة ؛ لأنّ تلك الحيثية إنّما ذكرها الإمام عليه السلام ملاكاً لعفوه لا لجواز العفو من قبله ، فلا دلالة في الرواية على أنّ حق العفو ليس مقيداً بفرض توبة المقرّ إلا من ناحية الإطلاق ومقدمات الحكمة ؛ حيث لم يقيد فيها الحكم بجواز عفو الحاكم بما إذا تاب المقرّ أيضاً عن ذنبه ، فيشمل ما إذا جاء إلى الحاكم وأقرّ عنده بالجريمة من جهة خوفه - مثلاً - أنّه لو لم يجئ يبتلى بما هو أشد ، فليس التعبير بقوله عليه السلام : « أتى أمير المؤمنين » مساوقاً أو ملازماً للتوبة والندم ، فلا بدّ للخروج عن هذا الإطلاق من مقيد .

ويمكن أن يستدلّ على التقييد بأحد وجوه :

١ - التمسك بمعتبرة مالك بن عطية ^(٢) ؛ حيث إنّهُ فرض فيها توبة المقرّ أيضاً ، كما صرح الإمام عليه السلام بذلك في ذيلها ، وحينئذٍ يقال بتقييد إطلاق رواية

(١) الاستبصار ٤ : ٢٥٢ ، ب ١٤٨ ، باب أنّه لا يجوز للإمام أن يعفو إذا حمل إليه وقامت عليه البينة ، ح ٤٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٢٢ ، ب ٥ من حدّ اللواط ، ح ١ .

طلحة ، وحمله على فرض التوبة من باب حمل المطلق على المقيّد ، فيثبت فتوى المشهور .

ويلاحظ على هذا الاستدلال - مضافاً إلى ما تقدّم في التعليق على معتبرة مالك بن عطية من عدم دلالتها على حقّ العفو في مورده فضلاً عن مطلق حدود الله - : أنّه لا موجب لحمل المطلق في المقام على المقيّد بعد أن كانا مثبتين ، نعم لو كانت رواية مالك ظاهرة في دخل توبة المقرّ في جواز عفوّه بحيث لولاها لما جاز للإمام أن يعفو كانت صالحة لتقييد إطلاق معتبرة طلحة ، إلّا أنّه من الواضح عدم تمامية مثل هذه الدلالة فيها ، وإنّما غايتها الدلالة على أنّ العفو كان من أجل توبته ، لا أنّه لم يكن يجز للإمام أن يعفو لولا توبته .

٢ - دعوى تقييد إطلاق رواية طلحة برواية تحف العقول المتقدمة ؛ حيث ورد فيها التعبير بقوله ﷺ : « وإنّما تطوّع بالإقرار من نفسه » ^(١) الظاهر في حصول الندم والتوبة منه .

وفيه - مضافاً إلى ضعف السند - : ما أشرنا إليه في جواب معتبرة مالك ابن عطية .

٣ - التمسك بفحوى ما دلّ على تقييد الشفاعة بظهور الندم والتوبة من المجرم ، كما في رواية السكوني عن أبي عبد الله ﷺ قال : « قال أمير المؤمنين ﷺ : لا يشفعنّ أحد في حدّ إذا بلغ الإمام ؛ فإنّه لا يملكه ، واشفع فيما لم يبلغ الإمام إذا رأيت الندم ، واشفع عند الإمام في غير الحدّ مع الرجوع من المشفوع له ، ولا يشفع في حق امرئ مسلم ولا غيره إلّا بإذنه » ^(٢) ، حيث يقال : إنّ ظاهرها أنّ حق الشفاعة في غير الحدّ وفيما لم يبلغ الإمام من الحدّ مختص بما إذا تاب المجرم ،

(١) الوسائل ١٨ : ٣٣١ ، ب ١٨ من مقدمات الحدود ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣٢ ، ب ٢٠ من مقدمات الحدود ، ح ٤ .

فكأنه في غير مورد الندم والتوبة من المجرم لا يجوز إلا إجراء العقوبة .
وفيه : أن ظاهرها أن الندم قيد لنفس الشفاعة لا لحق الشفاعة ، فضلاً عن حق
العفو للإمام ، فالرواية تريد أن تمنع من الشفاعة بلا توبة وندم من المجرم ؛ لأنه لا
يستحقه حينئذ ، بل قد يتجرأ أكثر على تكرار الجريمة ، فلا ظهور في الرواية في
اختصاص العفو بفرض توبة المقر ، بل الرواية غير ناظرة إلى مسألة الإقرار وحق
العفو للحاكم فيه أصلاً ، كما لا يخفى .

٤ - التمسك بصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « السارق إذا جاء من
قبل نفسه تائباً إلى الله وردّ سرقته على صاحبها فلا قطع عليه » ^(١) ؛ حيث يقال :
بأن مقتضى الشرطية فيه اشتراط التوبة من السارق زائداً على مجيئه من قبل نفسه
الذي قد يجعل كناية عن إقراره .

إلا أن الرواية أجنبية عن مسألة العفو ؛ لأنها ظاهرة في بيان حكم آخر هو
سقوط الحد بالتوبة ، حيث عبّر فيها بأنه لا قطع عليه ، وظاهره السقوط ؛ ولهذا
فرّع ذلك على عنوان السارق بوجوده الواقعي الذي هو موضوع الحد . كما أن
التعبير بمجيئه ليس كناية عن الإقرار ولا عن المجيء إلى الحاكم ، وإلا لكان ينبغي
أن يذكر ذلك ، وإنما المقصود بقرينة الذيل مجيؤه إلى المسروق منه ليردّ عليه
سرقته ، فتكون الرواية ناظرة إلى حكم آخر ، وليست ناظرة إلى حكم الإقرار كما
توهم .

ولو فرض إطلاقها من هذه الناحية فلا بدّ من تقييدها بما قبل الأخذ أو قبل العلم
بذلك عن طريق البينة أو الإقرار ؛ حيث دلّ عليه مثل صحيح جميل عن رجل عن
أحدهما عليه السلام في رجل سرق ، أو شرب الخمر ، أو زنى ، فلم يعلم ذلك منه ولم

يؤخذ حتى تاب وصلاح ؟ فقال : « إذا صلح وعرف منه أمر جميل لم يقيم عليه الحدّ... »^(١).

٥ - دعوى المعارضة بين إطلاق حق العفو عن المجرم حتى لو لم يتب ، وبين ما دلّ على أنّ حدّ الله لا يعطل ولا يضيع^(٢) ، وأنّ من عطّله قد عاند الله سبحانه^(٣) ، إلى غير ذلك من الألسنة الشديدة الأكيدة الآبية عن التخصيص إلّا مع فرض وجود نكتة ثبوتية للفرق بين مورد عفو الحاكم وسائر الموارد بحيث يكون تخصّصاً ولا يكون تضييعاً لحدّ الله ؛ فليس هذا حكماً تعبدياً صرفاً كما في العبادات ، وإنّما هو بملاك التخفيف عن المجرم ، والتخفيف إنّما يكون على أساس تغيّر ثبوتي من المجرم تجاه الجريمة وهو توبته ، والتي جعلت مسقطة للحدّ في الآيات والروايات لو كانت قبل ثبوت الجريمة لا جزافاً. وعندئذٍ يصح أن يقال : إنّ الناظر في مجموع الروايات قد يستفيد منها أنّ موارد الإقرار من قبل المجرم نفسه ؛ حيث يترصد فيها حالة التوبة منه عادة بقرينة مجيئه بنفسه وتطوّعه بالإقرار ، وهي مرتبة من التوبة ، فجعل تشخيص ذلك إلى الحاكم ، فإن رأى منه الصلاح والندم والمصلحة في إعطائه فرصة أخرى كان له أن يعفو ، وإلّا أجرى عليه الحدّ ولم يعطل حدّاً من حدود الله .

فالحاصل : أنّه لا يمكن استفادة عموم الحكم لغير مورد توبة المقرّ وندمه - كما إذا كان إقراره من جهة عدم مبالاته وجرائته وتهتكه ، أو من جهة قرب قيام البينة والوقوع في نتائج أشدّ - من مثل إطلاق معتبرة طلحة ؛ إما للانصراف وعدم إطلاق لها في نفسه حسب مناسبات الحكم والموضوع المركوزة لمثل هذا الحكم ، أو من

(١) الوسائل ١٨ : ٣٢٨ ، ب ١٦ من مقدمات الحدود ح ٣ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣٢ ، ب ٢٠ و ب ١ من مقدمات الحدود .

(٣) المصدر السابق .

جهة المعارضة مع الروايات ذات الألسنة الشديدة غير القابلة للتخصيص ، فتكون النتيجة ما ذهب إليه المشهور من اشتراط توبة المقر .
هذا قصارى ما يمكن أن يثبت به فتوى المشهور ، فإن تمّ شيء منه فهو ، وإلا كان المتعين القول الثالث .

وقد يقال : بوقوع التعارض بين مثل صحيح ابن سنان الدالّ على سقوط الحدّ بالتوبة ولو قبل ثبوته عند الحاكم ، وبين ما دلّ على جواز العفو إذا ثبت الجرم بالإقرار ؛ من جهة أنّ روايات العفو قد ورد جملة منها في مورد ظهور توبة المقرّ قبل إقراره ، حيث كان يطلب بإقراره التطهير ومع ذلك قد أجرى الإمام عليه الحدّ في بعض الروايات ، وقد عفا عنه في بعضها الآخر بعنوان الهبة ، ممّا يعني عدم سقوط الحدّ بالتوبة حتى قبل ثبوت الجرم ، وإلا لم يكن مجال للعفو ولا لإجراء العقوبة ، فيقع التعارض بين الطائفتين بهذا الاعتبار .

وحمل الطائفة الثانية على صورة عدم إحراز توبة المقرّ قبل إقراره بعيد جداً ؛ لمنافاته مع التصريح في موارد بعض تلك الروايات بطلب التطهير من قبل المجرم ، بل وإصراره على ذلك بحيث يعاود الإقرار تلو الإقرار كلّما كان يصرفه الإمام عليه .
كما في قضية المرأة الزانية الواردة في رواية ميثم^(١) وغيرها - ومع ذلك قد

(١) الوسائل ١٨ : ٣٧٨ ، ب ١٦ من حدّ الزنا ، ح ١ . وإليك نصّ الرواية :

عن ميثم قال : «أتت امرأة مجعاً (*) أمير المؤمنين عليه فقالته يا أمير المؤمنين : إنّي زنيته فطهرني طهرك الله فإنّ عذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة الذي لا ينقطع ، فقال لها : ممّا أظهرك؟ فقالت : إنّي زنيته ، فقال لها : أو ذات بعل أنت أم غير ذلك؟ فقالت : بل ذات بعل ، فقال لها : أفحاضراً كان بعلك إذ فعلت ما فعلت أم غائباً كان عنك؟ فقالت : بل حاضراً ، فقال لها : انطلقني فضعي ما في بطنك ثمّ اثتيني أظهرك ، فلمّا ولّت عنه المرأة فصارت حيث لا تسمع كلامه قال : اللهم إنّها شهادة فلم يلبث أن أتته فقالت : قد وضعت فطهرني ، قال : فتجاهل عليها ، فقال : أظهرك يا أمة الله ممّاذ؟ فقالت : إنّي زنيته فطهرني ، فقال : ﴿

﴿ وذات بعل إذ فعلت ما فعلت؟ قالت : نعم ، قال : وكان زوجك حاضراً أم غائباً؟ قالت : بل حاضراً ، قال : فانطلقى وارضعيه حولين كاملين كما أمرك الله ، قال : فانصرفت المرأة فلمّا صارت من حيث لاتسمع كلامه قال : اللهم إنّهما شهادتان ، قال : فلمّا مضى حولان أتت المرأة فقالت : قد أرضعته حولين فطهرني يا أمير المؤمنين ، فتجاهل عليها وقال : أطهرك ممّاذاً؟ فقالت : إنّني زنيت فطهرني ، قال : وذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت : نعم ، قال : وبعلك غائب عنك إذ فعلت ما فعلت أو حاضراً؟ قالت : بل حاضراً ، قال : فانطلقى فأكفليه حتّى يعقل أن يأكل ويشرب ولا يتردى من سطح ولا يتهوّر في بئر ، قال : فانصرفت وهي تبكي فلمّا ولّت فصارت حيث لاتسمع كلامه قال : اللهم إنّها ثلاث شهادات ، قال : فاستقبلها عمرو بن حريث المخزومي فقال لها : ما يبكيك يا أمة الله وقد رأيتك تختلفين إلى علي تسألينه أن يطهرك؟ فقالت : إنّني أتيت أمير المؤمنين عليه السلام فسألته أن يطهرني فقال : أكفلي ولدك حتّى يعقل أن يأكل ويشرب ولا يتردى من سطح ولا يتهوّر في بئر ، وقد خفت أن يأتي عليّ الموت ولم يطهرني ، فقال لها عمرو بن حريث : ارجعي إليه فأنا أكفله ، فرجعت فأخبرت أمير المؤمنين عليه السلام بقول عمرو ، فقال لها أمير المؤمنين عليه السلام : وهو متجاهل عليها ولم يكفل عمرو ولدك؟ فقالت : يا أمير المؤمنين إنّني زنيت فطهرني ، فقال : وذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ قالت : نعم ، قال : أفغائباً كان بعلك إذ فعلت ما فعلت أم حاضراً؟ فقالت : بل حاضراً ، قال : فرفع رأسه إلى السماء وقال : اللهم إنّّه قد ثبت لك عليها أربع شهادات ، وإنك قد قلت لنبيك صلى الله عليه وآله وسلم فيما أخبرته به من دينك : يا محمد من عطلّ حداً من حدودي فقد عاندني وطلب بذلك مضادتي ، اللهم فإني غير معطلّ حدودك ولا طالب مضادتك ولا مضيع لأحكامك ، بل مطيع لك ومتبع سنة نبيك صلى الله عليه وآله وسلم ، قال : فنظر إليه عمرو بن حريث وكأنّما الرّمان يفتح في وجهه ، فلمّا رأى ذلك عمرو قال : يا أمير المؤمنين إنّني إنّما أردت أكفله إذ ظننت أنك تحبّ ذلك ، فأما إذا كرهته فإني لست أفعل ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : أبعد أربع شهادات بالله؟ لتكفله وأنت صاغر ، فصعد أمير المؤمنين عليه السلام المنبر فقال : يا قنبر ناد في الناس الصلاة جامعة ، فنادى قنبر في الناس ، فاجتمعوا ﴿

أجرى الإمام عليه السلام هذا مضافاً إلى أن احتمال التوبة قبل الإقرار قد يكفي عندئذٍ لسقوط الحد من باب درء الحد بالشبهة ؛ بناءً على شموله لشبهة الحاكم وعدم اختصاصه بشبهة المرتكب للجريمة حين الارتكاب . كما أن تخصيص إطلاقات سقوط الحد بالتوبة قبل ثبوت الجرم بموارد البينة دون الإقرار غير محتمل عرفاً ولا فقهياً ؛ لأن الثبوت بالإقرار أولى من البينة في التخفيف وسقوط العقوبة ، كما هو واضح . وهكذا قد يقال باستحكام التعارض بين الطائفتين .

إلا أن الصحيح عدم التعارض بينهما ؛ لأن المستظهر من روايات سقوط الحد بالتوبة اشتراط ظهور صلاحه واستقامته خارجاً وعملاً ، فلا يكفي مجرد الندم والتوبة في سقوط الحد ، وهذا قد يحتاج إلى مرور زمان عليه حتى يظهر فيه صلاحه ، ولا يتحقق بمجرد الندم والإقدام على التطهير .

⇒ حتى غص المسجد بأهله ، وقام أمير المؤمنين صلوات الله عليه فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أيها الناس إن إمامكم خارج بهذه المرأة إلى هذا الظهر ليقيم عليها الحد إن شاء الله فعزم عليكم أمير المؤمنين لما خرجتم وأنتم متنكبون ومعكم أحجاركم لايتعرف أحد منكم إلى أحد حتى تنصرفوا إلى منازلكم إن شاء الله ، قال : ثم نزل ، فلما أصبح الناس بكرة خرج بالمرأة وخرج الناس متنكبين متلثمين بعمائمهم وبأرديتهم والحجارة في أرديتهم وفي أكمامهم حتى انتهى بها والناس معه إلى الظهر بالكوفة ، فأمر أن يحفر لها حفيرة ، ثم دفنها فيها ، ثم ركب بغلته وأثبت رجله في غرز الركاب ، ثم وضع إصبعيه السبابتين في أذنيه ، ثم نادى بأعلى صوته : يا أيها الناس إن الله تبارك وتعالى عهد إلى نبيه ﷺ عهداً عهد محمد ﷺ إليّ بأنه لا يقيم الحد من الله عليه حد ، فمن كان عليه حد مثل ما عليها فلا يقيم عليها الحد ، قال : فانصرف الناس يومئذٍ كلهم ما خلا أمير المؤمنين ﷺ والحسن والحسين ﷺ ، فأقام هؤلاء الثلاثة عليها الحد يومئذٍ وما معهم غيرهم . [الكافي : ٧ : ١٨٦ - ١٨٧] .

(*) المجع : الحامل المقرب التي دنا ولادها . [النهاية ١ : ٢٤٠] .

والدليل على أخذ هذا القيد في سقوط الحد بالتوبة وروده في السنة الأدلة ؛ فإن الدليل على سقوط الحد بالتوبة إن كان مثل قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(١) الوارد عقيب آية قطع يد السارق ، أو مثل قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضْنَا عَنْهُمَا ﴾ ^(٢) الوارد عقيب آية السحق أو الزنا قبل تشريع الحد ، فمن الواضح أن المستظهر من قيد ﴿ وَأَصْلَحَ ﴾ إنما هو ما ذكرناه ؛ فإن ﴿ أَصْلَحَ ﴾ بمعنى صلح في العمل والاستقامة الخارجية .

وإن كان الدليل على السقوط الروايات الخاصة فالوارد روايتان ، إحداهما صحيح ابن سنان المتقدم ^(٣) ، وهو ظاهر في التوبة والصلاح العملي أيضاً بقرينة ما فيه من التعبير بمجيء السارق من قبل نفسه تائباً وردّه للسرقة إلى المسروق منه ، فذكر ردّ السرقة إلى صاحبها بعد التوبة كناية عن لزوم الصلاح العملي والاستقامة الفعلية . والأخرى صحيح جميل ، وهي أيضاً ظاهرة بل صريحة في ذلك ، حيث عبّر فيها : « إذا صلح وعرف منه أمر جميل لم يقم عليه الحد » ^(٤) ، بل في ذيلها ينقل ابن أبي عمير عن جميل لزوم مرور مدة على توبته ليظهر فيها صلاحه .

فالحاصل : أنه لا تعارض بين الطائفتين بعد أن كان سقوط الحد بالتوبة مشروطاً بظهور صلاحه عملاً ، لا مجرد التوبة واقعاً الثابتة من خلال إقراره عند الحاكم ، وإن شئت قلت : إنّ لظهور التوبة وصلاحه قبل ثبوت الجرم دخلاً في سقوط الحد ، ولا يكفي ظهوره في طول الإقرار به وإن كانت قبله ، فتأمل جيداً .

وأما ما ذهب إليه الشيخ المفيد رحمته الله من ثبوت حق العفو للإمام بالتوبة حتى في

(١) المائدة : ٣٩ .

(٢) النساء : ١٦ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥٣٠ ، ب ٣١ من حدّ السرقة ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ٣٢٨ ، ب ١٦ من مقدمات الحدود ، ح ٣ .

مورد البيّنة فهو على خلاف صراحة روايات التفصيل بين فرض البيّنة والإقرار؛ حيث لا يبقى عندئذٍ وجه للتفصيل بينهما. نعم لو قيل بعدم اشتراط التوبة في مورد الإقرار بقي للتفصيل بينهما مجال عندئذٍ، إلّا أنّه خلاف مختاره ومختار المشهور، كما أنّه لا دليل على ثبوت حق العفو في مورد البيّنة حتى إ ذاتاب، فيكون مقتضى إطلاق أدلة الحدود وكذلك روايات حرمة تعطيل الحد وتركه وروايات التفصيل عدم ثبوت مثل هذا الحق في مورد البيّنة.

الجهة الرابعة: في عموم الحكم المذكور لموارد ثبوت الجرم بالعلم أو اختصاصه بمورد الإقرار. ولا شك أنّه لو لم نستظهر من أدلة جواز العفو الشمول لموارد ثبوت الجرم بالعلم كان مقتضى القاعدة عدم جواز العفو؛ تمسكاً بالعمومات الفوقانية المتقدمة، فلا بدّ من ملاحظة ألسنة روايات حق العفو لنرى هل يمكن الاستفادة بالإطلاق منها أو لا؟

ولا ينبغي الشك في عدم إمكان الاستفادة ذلك من مثل معتبرة مالك بن عطية^(١) أو رواية تحف العقول^(٢)؛ لورودهما في مورد الإقرار، بل ولظهورهما في حصول التوبة من المقرّ بالتطويع بإقراره أو بغير ذلك، فلا يمكن التعدي إلى مورد ثبوت الجرم بالعلم.

وأما معتبرة طلحة - والتي هي مهم الدليل على الحكم المذكور - فصدرها وإن كان وارداً في الإقرار أيضاً إلّا أنّ التعليل في الذيل « وإثما منعه أن يقطعه » لأنّه لم يقدّم عليه بيّنة ظاهر في أنّ ملاك هذا الحكم وموضوعه عدم قيام البيّنة عليه، فيكون الميزان والضابط لهذا الحكم قيام البيّنة والشهادة وعدمه، لا الإقرار وعدمه، وحيث إنّ ظهور التعليل حاكم على الصدر وصالح لتوسعته، فيكون جواز عفو

(١) الوسائل ١٨ : ٤٢٢ ، ب ٥ من حدّ اللواط ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٣٣١ ، ب ١٨ من مقدمات الحدود ، ح ٤ .

الحاكم ثابتاً في تمام موارد عدم قيام البينة سواء ثبت الجرم بالإقرار أو بالعلم . وحمل البينة على مطلق ما يبين الواقع لا خصوص الشهادة والبينة الاصطلاحية خلاف الظاهر ، خصوصاً مع التعبير بالقيام الصريح في إرادة الشهادة ، فكأن انكشاف الجريمة بالشهادة من الآخرين يقتضي عدم إمكان تعطيل الحد ولزوم إقامته ردعاً للآخرين ، بخلاف موارد مستورية الجريمة وعدم وجود شهود عليها ، كما إذا أقرّ بنفسه ، أو ثبت للحاكم بعلمه الشخصي ، والله العالم .

الجهة الخامسة : بعد الفراغ عن ثبوت حق العفو عن العقوبة في مورد الإقرار أو عدم البينة يفتح البحث عن جواز تخفيف العقوبة أو تعليقها وعدمه ، مثل أن يعفو عن نصف حدّ شرب الخمر بدلاً من أن يعفو عن تمامه ، فيضربه أربعين ، أو يحكم به معلقاً على صدور تخلف منه ، أو غير ذلك من أنحاء تخفيف العقوبة .

قد يقال : بعدم الجواز ؛ لأنّ الوارد في الروايات المتقدمة عفو الإمام عن الحدّ الذي هو حق من حقوق الله ، فالمجرم إما يستحق العفو فيعفى عنه ، أو لا فيجرى عليه الحدّ ، وأما تغير العقوبة وتخفيفها من الحدّ إلى التعزير أو من الجلد إلى السجن أو الغرامة المالية أو غير ذلك ، فلا دليل على جوازه ، والأصل حرمة إنزال العقوبة على شخص بلا دليل على تشريعه ، وهذا معنى توقيفية العقوبة ، أو ما يعبر عنه اليوم في قانون العقوبات بأنّه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ .

ويمكن أن يقال في قبال ذلك : بأنّ الاستفادة عرفاً وعقلاً من دليل جواز عفو الحاكم عن أصل الحدّ جواز العفو عن بعضه أو تخفيفه إلى عقوبة أخفّ منه كمّا أو كيفاً بالفحوى ؛ لأنّ مناسبة هذا الحكم عرفاً وعقلاً إنما هي استحقاق المجرم نتيجة إقراره أو هو مع توبته مع ما يراه الحاكم من المصلحة في إعطائه فرصة أخرى ليتوب ويستقيم ويصلح أمره ، وهذه النكته كما تقتضي العفو قد تقتضي التخفيف مع إبقاء شيء من العقوبة أو تعليقها .

فالحاصل : أنّ العرف يفهم من لسان هذه الروايات - خصوصاً ما عبّر فيه بمثل

«إني أراك شاباً لا بأس بهبتك» - أن إجراء العقوبة قد أُعطي بيد الحاكم حسب ما يراه ويشخصه من المصلحة بشأن المجرم الذي جاء بنفسه وأقرّ أو تاب، فهو يملك أن يمنّ عليه ويعفو، أو أن يجري عليه العقاب، أو يعفو عن البعض ويخفف عليه العقوبة؛ فإنّ من يملك هبة الكل يملك هبة البعض أيضاً، هذا هو المتفاهم من الروايات، لا الدوران بين إجراء الحدّ أو العفو عن كل الحدّ بالخصوص. ودعوى ارتباطية الحدود، مدفوعة بأنّها خلاف الفهم العرفي، بل ولازمه أنّ المقذوف لا يمكن أن يعفو عن بعض الجلد للقاذف، كما إذا رجع في أثناء جلده عن الباقي.

كما أنّ التفصيل - بين العفو عن بعض الحدّ إلى الأقل من جنسه فيجوز للحاكم، والتخفيف إلى جنس عقوبة أخرى أخفّ كالسجن أو الغرامة فلا يجوز؛ لكونها عقوبة أخرى تحتاج إلى دليل - لعلّه خلاف المتفاهم العرفي في باب العقوبات العامة المتروكة إلى الحاكم من أجل ردع الناس وإقامتهم على الجادة وإن لم يكن خلاف المتفاهم في باب حقوق الناس، فمن له حق القصاص ليس له العفو إلى الضرب أو بسجنه، فتدبّر جيداً.

الجهة السادسة: في من بيده العفو، فهل هو الحاكم بمعنى القاضي، أو الحاكم بمعنى ولي الأمر؟ الصحيح هو الثاني؛ وذلك:

أولاً - لأنّه الوارد في الروايات الدالة على العفو إما صريحاً - كما في ذيل رواية طلحة بنقل الصدوق^(١) وفي رواية التحف^(٢) - أو مورداً؛ حيث إنّ الوارد فيها جميعاً أنّ أمير المؤمنين عليه السلام عفا عن المجرم وقد كان ولي الأمر، فالتعدي منه إلى القاضي غير وجيه.

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٦٢، باب حدّ السرقة، ح ٩.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٣١، ب ١٨ من مقدمات الحدود، ح ٤.

وأما احتمال اختصاص الحكم المذكور بالإمام المعصوم عليه السلام بالخصوص - أي بما هو معصوم لا بما هو إمام وولي الأمر - فخلافاً ظاهر لفظ «الإمام» الوارد في الروايات الظاهر في معناه اللغوي والعرفي العام لا المعصوم بالخصوص، خصوصاً مع ملاحظة أن الناقل للحديث طلحة بن زيد العامي.

وثانياً - لأنه مقتضى الجمع بين دليل جواز العفو عن حدود الله في مورد الإقرار وبين ما دلّ على أن إقامة الحدّ إلى السلطان أو الوالي أو الإمام. وإن شئت قلت: إن دليل جواز العفو ظاهره إثبات جواز ذلك لمن بيده إقامة الحدّ، فإذا ثبت في محله أن إقامة الحدّ إلى ولي الأمر لا القاضي ثبت - لا محالة - أن هذا الحق أيضاً ثابت له لا للقاضي، نعم له أن يفوض هذا الحق إلى من ينصبه لذلك أو يجعله والياً.

هذا كله في القسم الأول من العقوبات، وهو الحدود التي هي حقوق الله.

القسم الثاني - حقوق الناس

وأما القسم الثاني وهو الحدود التي هي حقوق الناس كحدّ الفرية والقصاص - فإنه حدّ بمعنى من المعاني - فالظاهر عدم جواز العفو عنه إلا لمن جعل له هذا الحق وبإذنه لأنّ هذا هو مقتضى القاعدة، وهو المصرّح به في جملة من الروايات أو مستفاد منها.

وأما مقتضى القاعدة فهو ما تقدّم من أن حق العفو للحاكم بحاجة إلى دليل يثبتته، وإلا فالأصل الأولي - وهو إطلاق أدلة الحدود - ينفيه، كما أن الروايات المتقدمة التي دلّت على جواز العفو للحاكم في مورد الإقرار خاصة بحق الله، فلا يمكن التعدي منه إلى الحدود التي جعلت ملكاً للناس.

وأما الأدلة الخاصة، فمما ورد فيه عدم جواز العفو إلا من قبل صاحب الحق ذيل

خبر السكوني المتقدم « ولا يشفع في حق امرئ مسلم ولا غيره إلا بإذنه »^(١). ويمكن أن يستفاد هذا المطلب أيضاً من نفس الأدلة الدالة على جعل الحد حقاً خاصاً للناس بلسان « ما كان للناس فهو للناس » ، أو « أنه وليه » ، أو « جعلنا لوليّه سلطاناً » أو غير ذلك من الألسنة ؛ فإن مقتضى الحقيقة الخاصة أن أمره متروك إليه إثباتاً ونفيّاً ، فلا يحق لغيره - حتى الحاكم - إسقاطه أو العفو عنه إذا طالب به صاحبه ؛ فإن هذا خلاف سلطنته وولايته على الحد ، كما هو واضح .

وأما ثبوت حق العفو لمن له الحق فهو مقتضى كونه حقاً ، وهو صريح الأدلة من الآيات والروايات الدالة على ثبوت حق العفو له من أخيه والانتقال إلى الدية في القصاص ، أو العفو عن حدّ الفرية في القذف .

ثم إنه في الحدود التي هي حقوق الناس إذا عفا صاحب الحق عن المجرم جاز للحاكم عقوبته عقوبة تعزيرية على ما ارتكبه من المعصية والجرم ؛ وذلك تمسكاً :
١ - بمقتضى القاعدة ؛ بناءً على أنها تقتضي التعزير والتأديب من قبل الحاكم على كل معصية ، غاية الأمر أنه في مورد تحديد عقوبة حدية وإجرائها يتداخل التأديب مع الحد ويكون به ، وأما إذا عُفي عنه بقي للحاكم حق تأديبه وتعزيره على حسب ذنبه .

٢ - وبيعض الروايات الخاصة : ففي القصاص مثلاً ورد في صحيح فضيل بن يسار قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : عشرة قتلوا رجلاً ؟ قال : « إن شاء أولياؤه قتلوهم جميعاً وغرموا تسع ديات ، وإن شاءوا تخيروا رجلاً فقتلوه وأدى التسعة الباقيون إلى أهل المقتول الأخير عُشر الدية كل رجل منهم . قال : ثم الوالي بعدُ يلي أديبهم وحبسهم »^(٢) .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٣٣ ، ب ٢٠ من مقدمات الحدود ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق ١٩ : ٣٠ ، ب ١٢ من القصاص في النفس ، ح ٦ .

فإن هذه الرواية صريحة في أن للحاكم بعد عفو ولي الدم عن القتل وقبوله بالدية أن يتولى تأديب القاتل على جريمته . والتعبير بقوله ﷺ : « ثم الوالي بعدُ يلي ... » فيه دلالة واضحة على أن هذا غير الحق الخارجي ، ومرتبطة بالحق العام الحاصل من ارتكابهم الجريمة والمعصية والتي لا بد وأن لا تذهب بلا ردع وتأديب ، والذي هو حكمة تشريع العقوبات والغرض الأساس منها .

ودعوى : احتمال اختصاص هذا الحكم بمورد الرواية .

مدفوعة : بأن هذا خلاف المتفاهم العرفي من مثل هذا الحكم الذي مناسباته واضحة عندهم ، وليس من الأحكام العبادية التعبدية . وهل يحتمل عرفاً أن يكون عدد العشرة مثلاً دخیلاً في هذا الحكم ، أو الاشتراك في القتل ، أو قلّة الدية المدفوعة من كل واحد منهم أو كثرتها ؟ فإن شيئاً من هذه الاحتمالات ليست عرفية ، وإنما المتفاهم منه - خصوصاً من الذيل - ما أشرنا إليه من أن الإمام ﷺ أراد بيان عدم سقوط الحق العام - والذي وليه الحاكم الشرعي - بسقوط الحد من جهة عفو وليه الخاص ، فيستفاد من ذلك قاعدة عامة في سائر موارد عفو ولي الدم عن القصاص أيضاً ، بل عن مطلق الحدود التي هي حقوق الناس .

وفي حدّ القذف يمكن أيضاً الاستناد إلى بعض الروايات الدالة على أن للحاكم أن يعزّر القاذف إذا سقط عنه الحدّ - الذي هو حق خاص - ببعض الأسباب ، أو لم تكن فريته موجبة للحدّ .

ففي صحيح عبد الله بن سنان قال : « سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجلين افترى كل واحد منهما على صاحبه ؟ فقال : يدرأ عنهما الحدّ ويعزّران » ^(١) .

وفي صحيح الحسين بن أبي العلاء عن أبي عبد الله ﷺ قال : « إن رجلاً لقي

(١) الوسائل ١٨ : ٤٥١ ، ب ١٨ من حدّ القذف ، ح ١ .

رجلاً على عهد أمير المؤمنين عليه السلام فقال : إن هذا افتري عليّ ؛ قال : وما قال لك ؟ قال : إنه احتلم بأمّ الآخر ، قال : إن في العدل إن شئت جلدت ظلّه ؛ فإنّ الحلم إنّما هو مثل الظل ، ولكنّا سنوجعه ضرباً وجيعاً حتى لا يؤذي المسلمين ، فضربه ضرباً وجيعاً ^(١) .

وذيل الرواية الأخيرة فيه تعليل وإعطاء الضابطة الكلية ، وأنّ ملاك التأديب والتعزير لا يفوت ولا يسقط بسقوط الحق الخاص بعفو صاحبه أو بالتهاتر أو بعدم اكتمال موضوع الحد الخاص ، والله الهادي للصواب .

ثم إنه هل يجوز للحاكم الشرعي - أعني ولي الأمر - في غير موارد العفو المتقدمة أن يمتنع عن إجراء الحدّ في حقّ من حقوق الله أو حقوق الناس إذا رأى المصلحة ، أو لا بدّ من إجراء الحدّ في تمام الحالات ؟

يمكن أن يقال : أمّا في الحدود التي هي حقوق الله فيجوز للحاكم الامتناع عن إجراء الحدّ في إحدى حالات ثلاث :

١ - حالة التزاحم ، ونريد بها ما إذا شخّص الحاكم مفسدة وضرراً لا يرضى به الشارع يترتب على تقدير إجراء الحدّ ؛ من قبيل انصراف الناس عن أصل الإسلام ، أو حصول الضعف والانهيار في الحكومة ، أو نشوب الفتنة والحرب بين الدولة الإسلامية ودولة أخرى بسبب إجراء الحدّ على شخص من رعاياها مثلاً ، إلى غير ذلك من الأمثلة ، وهذا حكم على القاعدة كما في سائر موارد التزاحم .

٢ - أن يلزم من إجراء الحدّ الشرعي فوات الغرض والأثر المطلوب منه ، حيث إنه لا إشكال في كون حدود الله زواجر يراد بها إصلاح المجرم وردعه ، وكذلك ردع الآخرين ومنعهم عن التفكير في الإقدام على المعصية ، فإذا لزم من إجراء

(١) الوسائل ١٨ : ٤٥٨ ، ب ٢٤ من حدّ القذف ، ح ١ .

الحدّ فساد المجرم وابتعاده عن الدين أكثر من السابق - كما إذا كان يلزم منه خروجه عن الإسلام مثلاً والتحاqqه بالأعداء والمخالفين - فإنّه في مثل ذلك قد يقال بأنّه يحق للحاكم الامتناع عن إجراء الحدّ إذا شخّص ذلك، أو تأخيره إلى زمان آخر؛ إمّا لانصراف ما دلّ على أنّ على الإمام أن يقيم الحدود ولا يعطلها أو يبطلها عن مثل هذه الحالة بحسب مناسبات الحكم والموضوع المركوزة والمتفاهمة منها عرفاً، بل قد لا يصدق فيه التعطيل والإبطال، أو لاستفادة ذلك من مثل معتبرة غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنّه قال: لا أقيم على رجل حدّاً بأرض العدو حتى يخرج منها؛ مخافة أن تحمله الحميّة فيلحق بالعدو»^(١)، ومعتبرة أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يقام على أحد حدّ بأرض العدو»^(٢)، حيث دلّنا على أنّه لا يقام الحدّ على أحد في أرض العدو، وقد علّته معتبرة غياث بـ «مخافة أن تحمله الحميّة فيلحق بالعدو». اللهم إلّا أن يقال بأنّ المقصود منه تقوية العدو وتضعيف جبهة الحق، فيكون من التراحم.

وعلى كل حال، ففي الرواية دلالة على أنّ للحاكم أن يراعي هذه الخصوصيات في مقام إجراء الحدّ، وأنّه لو لاحظ مصلحة من هذا القبيل لم يكن تعطيلاً أو إبطالاً له، ولا خصوصية في أرض العدو بالخصوص، سيما مع التعليل المذكور.

٣ - موارد التعذّر أو تعسّر إقامة الحدّ ولو من جهة حاجة الأمة إلى التدرّج في تطبيق الأحكام الإسلامية عليهم إذا لم يكن يمكن تطبيقها عليهم دفعة، كما إذا فرضنا مثلاً قيام دولة إسلامية في إحدى الأمم التي كانت محكومة بأنظمة مضادة للإسلام ردحاً طويلاً من الزمن حتى ابتعد الناس فيها عن روح الإسلام

(١) الوسائل ١٨: ٣١٧، ب ١٠ من مقدمات الحدود، ح ٢.

(٢) المصدر السابق: ح ١.

كجمهوريات آسيا الوسطى ؛ فإنه لا يمكن بين عشية وضحاها إقامة الحدود الإسلامية فيها على كل شارب خمر أو زانٍ أو نحو ذلك ، وإنما يحتاج إلى مضي فترة زمنية تمهّد فيها المقدمات والتمهيدات اللازمة فكرياً وإعلامياً وإدارياً لتقبّل الناس وفهمهم للنظام الإسلامي وعدالة أحكامه المقدّسة .

فالحاصل : أنّ الحاكم الإسلامي مسؤول عن إقامة حكم الله في المجتمع بما يضمن له الثبات والاستحكام والدوام ، فلا بدّ وأن يضع سياسة تنفيذية مناسبة لذلك ، وهذا قد يتوقّف على التدرّج في تطبيق الأحكام وإقامة الحدود الشرعية .
وأما الحدود التي هي حقوق الناس كحدّ القذف أو القصاص فهي وإن كانت متروكة للناس إن شاءوا استوفوا وإن شاءوا عفواً إلا أنّه مع ذلك يمكن تصوير حق منع الحاكم لهم عن الاستيفاء في إحدى حالتين :

١ - حالة التراحم مع مفسدة مهمة ؛ كما إذا فرضنا أنّ إجراء القصاص على الجاني يستوجب الفتنة والحرب مع دولة يخشى منها ، كما لو كان القاتل من رعاياها مثلاً ، بل قد يكون التراحم المذكور موجباً لسقوط الحكم التكليفي بجواز الاستيفاء لصاحب الحق أيضاً ، فلا يجوز له القصاص تكليفاً وإن كان من حقه وضعاً ، وأثره عدم ترتّب القصاص عليه لو خالف وقتله ، وإن كان يعزّر على المخالفة .

٢ - أن يشخّص الحاكم مصلحة في عفو الجاني عن القصاص والانتقال إلى الدية ، فإنه يمكن أن يقال : بأن مقتضى ولايته العامة على الناس في أموالهم وحقوقهم الشخصية - إمّا مطلقاً أو فيما يرتبط منها بالمصالح الاجتماعية والنظامية - أنّ له الولاية على هذا الحق الخاص أيضاً كولايته على سائر الأموال والنفوس ، فكما يجوز له أخذ الضرائب ووضعها على أموالهم الخاصة أو يجوز له المنع عن بعض التصرفات وتحديد الحرّيات حسب المصالح التي يشخّصها للحكومة ، كذلك له أن يمنع عن أعمال ولي الدم أو صاحب الحدّ حقّه ؛ لأنّه أولى به منه .

هذا ولكن الإنصاف : أنه ليس معنى أولوية الحاكم بالأموال والأنفس أن له أن يسلب وينفي ثبوت الحق الشرعي عن صاحب الحق ، فإن هذا معناه الولاية على الشارع لا الناس ، ودليل الولاية ليس مشرعاً ، وإنما معناها أن للحاكم أن يأخذ متعلق الحق من المال ونحوه للنفع العام ، وفي المقام ليس منع الحاكم عن القصاص بمعنى أخذ القصاص ، بل بمعنى نفي الحق والسلطنة التي جعلها الشارع له ، وهذا خارج عن مدلول الولاية .

نعم للحاكم أن يمنع تكليفاً من أعمال ولي الدم لحقه في القصاص كمنعه عن أي تصرف آخر يكون من حقوق الأشخاص إذا شُخص مصلحة في ذلك ، وعندئذٍ يحرم على الولي الاقتصاص تكليفاً ؛ لكونه مخالفة للحكم الولائي ، ولكنه جائز له وضعاً ؛ بمعنى أنه لا يكون عليه قصاص لو اقتص من الجاني ؛ لثبوت السلطنة والحق له وإن كان يعزّر على المخالفة .

وقد يقال : بأن من مقتضيات الولاية على من له الحق أن يكون له الولاية على نفس التصرف الذي كان لصاحب الحق ، وهو العفو عن القصاص ، فيكون لولي الأمر أن يعفو عن قصاص الجاني كما كان لولي الدم ، وليس هذا مستلزماً لمشرعية دليل الولاية كما لا يخفى ، وبذلك يسقط حق القصاص ، ولا يجوز لولي الدم أن يقتص حتى وضعاً .

إلا أن الإنصاف : أن استفادة مثل هذه الولاية في باب القصاص مشكل ؛ ولهذا لا حق لولي المجنون أو الصغير الذي له حق القصاص أن يعفو عن الجاني ، بل ينتظر بالصبي حتى يبلغ ، فإما يقتص أو يعفو .

فالحاصل : كأن حق التقاص من الأمور المختصة بمن له ذلك فقط ، وليس كالحقوق الأخرى ، والمسألة بحاجة إلى مزيد تأمل .
هذا كله في الحدود المقررة شرعاً .

القسم الثالث - التعزيرات

وأما التعزيرات فسلطة الحاكم فيها أوسع ؛ حيث إنَّ له الاختيار في تحديد مقدار العقوبة كمّاً ، أو كمّاً وكيفاً ، كما هو المستفاد من ملاحظة مجموعة من الروايات في موارد مختلفة - وهذا بحث لا ندخل فيه ولا في معنى كونه دون الحدّ - كذلك له الاختيار والحق في العفو ؛ فإنَّ هذا يمكن استفادته من لسان أدلة بعض التعزيرات : من قبيل ما ورد في حكم شهود الزور من أنَّهم يجلدون حدّاً ليس له وقت - أي مقدار - فذلك إلى الإمام ، كما في معتبرة سماعة قال : « سألته عن شهود زور ، فقال : يجلدون حدّاً ليس له وقت وذلك إلى الإمام ، ويطاف بهم حتى يعرفهم الناس ، وأما قوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً إلا الذين تابوا ﴾ قال : قلت كيف تعرف توبتهم ؟ قال : يكذب نفسه على رؤوس الناس حتى يضرب ويستغفر ربّه ، فإذا فعل ذلك فقد ظهرت توبته » ^(١) ؛ حيث إنَّ ظاهر التعبير والسياق أنَّ أمر التعزير بيد الإمام ، وهو كناية عن أنه يملكه ، لا أنَّ التحديد والتقدير فقط بيده ، فهذا تعبير عرفي عن كون العقوبة بيد الحاكم .

ويمكن استفادة ذلك أيضاً من مثل لسان « سنوجهه ضرباً وجيعاً حتى لا يؤذي المسلمين » الوارد في رواية الحسين بن أبي العلاء ^(٢) ، أو من مثل لسان « ثم الوالي بعدُ يلي أديهم وحبسهم » ^(٣) ؛ فإنَّ هذه الألسنة تتناسب أيضاً مع كون التعزير بيد الإمام والحاكم ، وليس ملزماً عليه كما في الحد ، فراجع وتأمل .

ويدلّ عليه صريحاً بعض الروايات الخاصة :

(١) الوسائل ١٨ : ٥٨٤ ، ب ١١ من بقية الحدود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٤٥٨ ، ب ٢٤ من حدّ القذف ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق ١٩ : ٣٠ ، ب ١٢ من القصاص في النفس ، ح ٦ .

منها - معتبرة السكوني المتقدمة ^(١)، حيث ورد فيها « واشفع عند الإمام في غير الحدّ مع الرجوع من المشفوع له »؛ فإنّ هذه الجملة بعد قوله: « لا يشفعن أحد في حدّ إذا بلغ الإمام؛ فإنّه لا يملكه » تدلّ بوضوح على أنّ وجه صحة الشفاعة عند الإمام في غير الحدّ أنّه يملكه، والذي هو عبارة أخرى عن أنّ الاختيار بيده وجواز العفو منه إذا رأى المصلحة فيه، وقيد « مع الرجوع من المشفوع له » ليس راجعاً إلى حق العفو والاختيار للإمام، بل إلى شفاعة الشفيع، كما ذكرناه سابقاً، وأيضاً فإنّ هذا هو المتفاهم عرفاً منه بحسب مناسبة الحكم والموضوع، ولهذا ذكرته الرواية أيضاً في فقرتها الثانية في الشفاعة قبل بلوغ الإمام، والذي يعني الشفاعة عند صاحب الحق في حقوق الناس؛ حيث قيّد الشفاعة بما إذا رأى من المشفوع له الندم، مع وضوح عدم قيديته في حق العفو وقبول الشفاعة ممّن له الحق كالمسروق منه بلحاظ حق الرفع إلى الحاكم والمجني عليه في القصاص، فتدبر جيداً.

ومنها - معتبرة سلمة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان أسامة بن زيد يشفع في الشيء الذي لا حدّ فيه، فأتي رسول الله ﷺ بإنسان قد وجب عليه حدّ فشفع له أسامة، فقال رسول الله ﷺ: لا تشفع في حدّ » ^(٢).

وهي أيضاً واضحة الدلالة على المطلوب كالرواية السابقة؛ لأنّ الإمام عليه السلام وإن كان ينقل عن أسامة إلّا أنّ ذلك في مقام بيان الحكم، فيكون مفاد إخباره عليه السلام أنّ الحكم الشرعي هو جواز الشفاعة في الشيء الذي لا حدّ فيه دون ما فيه الحدّ، فيتمسك بإطلاقه في كلتا الفقرتين.

ودعوى: اختصاص النظر فيها إلى بيان عدم قبول الشفاعة في الحدّ فقط دون

(١) الوسائل ١٨: ٣٣١، ب ٢٠ من مقدمات الحدود، ح ٤.

(٢) المصدر السابق: ح ٣.

قبولها في غير الحدّ، فلا إطلاق فيها من هذه الناحية .
 ممنوعة ، خصوصاً مع ظهور مثل هذا السياق عرفاً في التعليل وبيان النكتة والضابطة الكلية ؛ وهي أنّ ما يكون حدّاً من قبل الله سبحانه لا يملكه الإمام .
 ومنها - مفهوم مثل معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « كان لأُمّ سلمة زوج النبي ﷺ أمة ، فسُرقت من قوم ، فأُتي بها النبي ﷺ فكلّمته أُمّ سلمة فيها ، فقال النبي ﷺ : يا أُمّ سلمة هذا حدّ من حدود الله لا يضيع ، فقطعها رسول الله ﷺ » ^(١) ؛ فإنّ ظاهر الحدّ - خصوصاً في هذا السياق وبقرينة الروايات الأخرى أيضاً - ما يقابل التعزير ، لا مطلق العقوبة الأعم من الحدود والتعزيرات .
 نعم ، قد يقال بعدم الإطلاق في المفهوم المذكور وأنّه ليس بأكثر من أنّه في غير الحدّ يمكن الشفاعة والعفو في الجملة ، إلّا أنّه حيث لا يحتمل الفرق بين تعزير و تعزير من هذه الناحية يكون المفهوم الجزئي في قوّة الكلية .
 ثمّ إنّ حق العفو كأصل تقدير التعزير وإجراء الحدود كل ذلك إلى الحاكم بمعنى الولي لا القاضي ؛ لأنّ الوارد في ألسنة الروايات في الحدود والتعزيرات عنوان الوالي والإمام ، أو رسول الله ﷺ و أمير المؤمنين عليه السلام ونحو ذلك ، بل جاء في صحيح حمّاد المعروف « على قدر ما يراه الوالي من ذنب الرجل وقوّة بدنه » ^(٢) ، ومنه يعرف أنّه ليس للقاضي حتى لو كان مجتهداً أن يقدر التعزيرات ابتداءً ، إلّا إذا فوّض إليه ذلك من قبل ولي الأمر زائداً على حيثية القضاء .
 وتفصيل هذا المطلب وبعض الخصوصيات الأخرى المتعلّقة به نتركه إلى مجال آخر ، والحمد لله ربّ العالمين ، وصلى الله على سيدنا ومولانا أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وأهل بيته الطيبين الطاهرين .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٣٢ ، ب ٢٠ من مقدّمات الحدود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٥٨٤ ، ب ١٠ من بقية الحدود ، ح ٣ .

حكم القاضي بعلمه

حكم القاضي بعلمه

والبحث يقع في أنه هل يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي ؟
المعروف بين فقهاءنا - بلا خلاف فيه إلا من مثل ابن الجنيد - جوازه بالنسبة
للإمام المعصوم عليه السلام ، وأما القاضي غير المعصوم فقد اختلفت كلماتهم فيه بين قائل
بالجواز مطلقاً ولعله المشهور ، وقائل بعدم الجواز مطلقاً كما عن ابن الجنيد في نقل
الانتصار ، وقائل بالتفصيل بين حقوق الله وحقوق الناس بالجواز في الأول دون
الثاني كما عن ابن الجنيد في نقل المسالك ، أو بالعكس كما عن ابن حمزة ^(١) .
وعند فقهاء العامة خلاف أيضاً في هذه المسألة ، وإن كان المشهور عند
متأخريهم عدم الجواز مطلقاً . وقد جاء في كلمات بعض المحدثين منهم ما يلي :
« فَإِنَّ الأدلة التي يحصل بها الإثبات تُحقق للقاضي علماً مكتسباً بالحادثة
المكلف بالحكم فيها ، فيكون الحاكم بعد قيام الدليل كأنه شاهد الواقعة ووقف على
ظاهرها وباطنها ، فلا يسعه إلا الحكم بما علم من هذا الطريق ؛ إذ أن خلاف ذلك
مجهول لديه ، فكيف يحكم بمجهول ؟ ! ويستلزم هذا التعامل أن للحاكم أن يحكم
بعلمه الشخصي غير المكتسب من طريق الدليل الذي قام لديه بل حصل له من
طريق مشاهدته ووقوفه عليه شخصياً ؛ لأن هذا أقوى من العلم الذي حصل له من

(١) راجع : الانتصار : ٤٨٧ - ٤٨٨ ، ط - جماعة المدرسين . مسالك الافهام ١٣ : ٣٨٣ .

طريق الشهادة مثلاً. وإلى هذا الرأي ذهب كثير من فقهاء الشريعة المتقدمين. ولكن لما خربت الذمم، وضعف الوازع الديني، وفسد الضمير في كثير من الناس، وطمع حب المادة على النفوس، وأشربت القلوب حب المال من أي طريق جاء، أصبح علم القاضي الشخصي مكتنفاً بالظنون والريب، حتى قال الفقيه الشافعي: لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه. ولهذا قرّر المتأخرون من الفقهاء بالاجماع عدم جواز حكم الحاكم بعلمه^(١). ونفس الموقف نجده عند الفقه الوضعي ببيان آخر، فقد جاء في الوسيط للسنهوري:

«... أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها؛ لأنها لا تثبت إلا عن طريق قضائي رسمه القانون، وقد يكون القاضي من أشدّ الموقنين بالحقيقة الواقعية ومخالفتها للحقيقة القضائية... والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين: اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة بكلّ السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها، فيحدّد له طرق الإثبات وقيمة كلّ طريق منها حتى تأمن من جوره ويحدّ من تحكمه. ولا يختلف القضاة في ما يقبلونه من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأقضية المتماثلة»^(٢). وهذا يقتضي تقييداً في طرق الإثبات لدى القاضي، لا إلغاء علمه الشخصي مطلقاً.

إلا أن هناك بياناً آخر لهم اصطلاحوا عليه مبدأ حق الخصم في الإثبات ومناقشة الأدلة التي يقدمها الطرف الآخر ونقضها، ولهذا فكلّ دليل يقدم في الدعوى يجب

(١) دليل القضاء الشرعي (محمد صادق بحر العلوم) ٢: ٣٤، ٣٥، الفقرة رقم ٧.

(٢) انظر: الوسيط ٢: ٢٧، الفقرة رقم ٢٠.

أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لا يجوز الأخذ به .

وعلى هذا الأساس ذكروا : « و يترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه ؛ ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً ، وهذا لا يجوز » ^(١) .

ثم إنهم جعلوا طرق الإثبات ستة : ١ - الكتابة . ٢ - الشهادة أو البيّنة . ٣ - القرائن . ٤ - الإقرار . ٥ - اليمين . ٦ - المعاينة .

كما أنهم جعلوا علم القاضي الذي لا يختص به بل يعتبر من العلوم المعروفة بين الناس ولا يكون مقصوراً عليه - كالمعلومات التاريخية والعلمية الثابتة - كذلك ، فعلم القاضي الذي يحصل على أساس المعلومات الحاصلة في مجلس القضاء حجة ، ولعلمه لا اعتبارها من مصاديق القرائن الذي هو الطريق الثالث عندهم ^(٢) .

ونحن إنما نقلنا هذه الكلمات لتشخيص موقفهم ، لا الاستناد إلى استدلالهم الذي لا ينسجم مع منهج فقهاء عموماً ؛ لكونه استحسنات واستصلاحات بشرية ، ونحن أتباع ما تقتضيه الأدلة الشرعية ، على أن ما ذكر من احتمال الجور وتحكم القاضي في حكمه واتهامه لا يختص بفرض كون علمه الشخصي نافذاً وحجة في القضاء ، بل يتأتى أيضاً في سائر الطرق التي لا شك في جواز الاستناد إليها وإن كان بنسبة أقل ، على أن الشارع قد اشترط عدالة القاضي بدرجة فائقة ، وهي في النظام الإسلامي تمنع عن وقوع مثل هذا الجور بدرجة كبيرة إذا فرض تطبيق الأنظمة الإسلامية بتعامها وكمالها .

(١) الوسيط : ٣٣ ، الفقرة ٢٧ .

(٢) المصدر السابق : ٨٩ ، الفقرة ٥٨ .

كما أن مبدأ حق الخصم في المناقشة لا يمنع عن جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي بعد تقديم المحكوم عليه كل ما لديه من المناقشات وعدم وفائها في هدم الأدلة ونقضها بلا فرق بين البيّنة وعلم القاضي. وما ذكر من أن القاضي لا يجوز أن يكون خصماً وحكماً صحيح بمعنى أن يكون هو طرف الدعوى المستفيد منها؛ فإن أحد المتخاصمين لا يمكن أن يكون هو الحكم في تلك المخاصمة، فالخصم بمعنى المدعي أو المدعى عليه لا يكون حكماً، لا الخصم بمعنى كل من يمكن أن يناقش ما يقدمه من الدليل في المحكمة من قبل المحكوم عليه، كيف؟! وقد يناقش المحكوم عليه جملة مما يستند إليه القضاة في الحكم، كما إذ جرح في الشهود من حيث العدالة أو العدد والقاضي يعلم عدالتهم وتمامية عددهم؛ فإن هذا لا يجعل القاضي الحكم خصماً.

وعليه، فاللازم ملاحظة الأدلة الشرعية إثباتاً ونفيّاً. وقبل الشروع فيها نشير إلى أمور:

الأمر الأول: لا إشكال في أن مقتضى القاعدة عدم نفوذ حكم أحد على أحد إلاّ بدليل، وهذا لا يفرّق فيه بين أن يكون الشك في نفوذ الحكم من ناحية الشك في الأهلية، كما إذا شك في اشتراط العدالة أو الاجتهاد أو الذكورة في القاضي، أو من ناحية الشك في سعة دائرة نفوذ الحكم وضيقها، كما إذا شك في نفوذ حكم القاضي على الغائب مثلاً، أو من ناحية الشك في مستند الحكم، كما في مسألتنا هذه؛ فإنها جميعاً من باب واحد، أي شك في نفوذ حكم القاضي بنحو الشبهة الحكمية، والأصل فيه عند الشك وعدم الدليل - ولو بإطلاق وعموم - هو عدم الحجية وعدم النفوذ، وهذا واضح.

الأمر الثاني: قد يتصور أن عدم جواز حكم القاضي بعلمه مخالف لما هو مقرّر في محله من الحجية الذاتية للعلم وعدم إمكان الردع عنه عقلاً؛ لأنّه حينما علم القاضي بوقوع الجريمة فهو يرى لا محالة تحقق موضوع العقوبة من حدّ أو تعزيز،

ويرى وجوب إجرائها عليه واستحقاقه ذلك واقعاً، فكيف لا يجوز له الحكم بذلك وإسناد الجرم إليه على حدّ إسناد كلّ حكم واقعي حينما يحصل لديه القطع بتحقيق موضوعه؟! ولا يراد بالحكم إلّا ذلك.

إلّا أنّ هذا البيان غير تام؛ لأنّ جواز حكم القاضي بعلمه ينحلّ بحسب الدقّة إلى حكمين:

١ - الحكم التكليفي بجواز إسناد الجرم إلى المتّهم في نفسه، نظير شهادة البيّنة وإسنادها للجرم إلى المتّهم.

٢ - حجية هذا الحكم في المحكمة ونفوذه، بمعنى إمكان حسم النزاع وإنهائه على أساس منه، نظير حجية البيّنة أو اليمين في المحكمة وحسم النزاع بهما. والحكم الأوّل قد يكون صدور الجرم واقعاً تمام الموضوع فيه والقطع طريق محض إليه - وإن كان هذا أيضاً خلاف التحقيق؛ فإنّ العلم موضوع لجواز الإسناد والقضاء، ومن هنا لو قضى بالواقع مع الجهل يكون عاصياً لا متجرباً - إلّا أنّه حكم يخص القاضي نفسه، بينما الحكم الثاني هو المهم والمنظور إليه في هذا البحث؛ لأنّ المقصود من جواز حكم القاضي بعلمه نفوذه على المدّعي والمدّعى عليه في مقام حسم النزاع، ومن الواضح أنّ هذا الأثر - وهو حسم النزاع والنفاذ على الآخرين - يكون علم القاضي ومستنده موضوعاً له، لا طريقاً.

وإن شئت قلت: إنّ هناك حجّيتين متصورتين لعلم القاضي:

إحداهما: حجّيته بالنسبة لنفسه من حيث ترتيب الآثار المتعلقة والمترتبة على الواقع لديه وفي حقّ شخصه فيكون العلم طريقاً إليها، وقد يجعل جواز الإسناد تكليفاً منها، وإن كان التحقيق خلافه على ما سيأتي.

والثانية: حجّيته القضائية، بمعنى نفوذه على المدّعي والمدّعى عليه ولزوم التزامهما به، وانتهاء الخصومة وسقوط حق الدعوى بذلك. وهذا الأثر يكون علم القاضي موضوعاً فيه؛ لأنّ الأثر المترتب والمنظور إليه متعلّق بغير من له العلم،

فيكون موضوعاً له لا محالة . ومن هنا تكون سعته وضيقه بيد المشرّع ، فله أن يجعل مطلق علم القاضي موضوعاً للحجية القضائية ، وله أن يقيّده بخصوص ما يحصل له من منشأ معيّن أو بخصوص ما إذا كان المستند البيّنة واليمين لا غير ، ولا يلزم من ذلك الردع عن حجية القطع الطريقي أصلاً . ولهذا لم يستشكلوا في عدم نفوذ حكم القاضي المستند إلى العلوم الغريبة غير المتعارفة .

لا يقال : إنّ تجويز الحكم بما هو حقّ وعدل وواقع المستفاد من بعض الآيات والروايات يدلّ على جواز حكم القاضي بما يراه حقّاً وواقعاً بلحاظ كلتا الحجّيتين ، فيكون موضوع الحجية القضائية الواقع أيضاً .

فإنّه يقال : لو سلّم صحّة هذا الاستدلال - وهذا ما سيأتي الحديث عنه - فهذا يعني استفادة التوسعة في موضوع الحجية القضائية من الأدلّة وأنّ علم القاضي بوقوع الجرم يكفي لنفوذ حكمه على الغير . وهذا لا بحث فيه لو تمّ الدليل عليه ، ولكنّه ليس معناه طريقيّة علم القاضي للحجية القضائية ، بل معناه طريقيّته لجواز الحكم والإسناد من قبل القاضي . فهنا بحسب الحقيقة دليلان :

دليل يدلّ على جواز الحكم بالواقع والحقّ ، وهذا - لو تمّ - يقتضي أن يكون جواز الحكم من آثار الواقع ومرتبباً عليه ، فيكون علم القاضي طريقاً إليه . ودليل آخر يدلّ على نفوذ كلّ ما جاز للقاضي إسناده والحكم به على الآخرين في مقام الترافع وحسم الخصومة ، وهذا هو الحجية القضائية ، ويكون علم القاضي وحكمه موضوعاً له لا محالة .

وإن شئت قلت : لو قام دليل على عدم جواز حكم القاضي على طبق علمه الشخصي - أي من دون بيّنة ويمين - فهذا لا يكون مصادماً مع حكم العقل بالحجية الذاتية للعلم ، بل يمكن أن يكون دليلاً على عدم حجية علم القاضي في مقام القضاء والنفوذ على الآخرين ، فيقيّد إطلاق الدليل الثاني فقط والذي جعل مطلق علم القاضي وحكمه موضوعاً للحجية والنفوذ على الآخرين ، وهذا تصرف في أثر

العلم الموضوعي لا الطريقي . ويمكن أن يدلّ على عدم جواز الحكم والإسناد بالعلم الشخصي ، فيكون مقيداً للدليل الأول أيضاً ، أي دالاً على أن الإسناد والحكم لا يجوز إلا بما قامت عليه البيّنة والحجّة الشرعية ، وأنّ هذا الحكم - وهو جواز الإسناد والحكم - ليس من آثار الواقع فقط ، وهذا أيضاً لا محذور فيه ، وليس مصادماً مع الحجّية الذاتية للعلم ، بل معناه أنّ جواز الإسناد والحكم أيضاً أخذ في موضوعه العلم والطريق الخاصّ ، وهذا واضح .

الأمر الثالث : إنّ ما ثبت بالآيات والروايات من الأمر بجلد الزاني أو قطع يد السارق - ونحوها ممّا رتب فيه الحكم على واقع الزنى أو السرقة - ليس حكماً تكليفاً راجعاً إلى كلّ مكلف أو إلى القاضي بالخصوص بإقامة الحدّ على موضوعه الواقعي كلّما تحقق ، كما في « لا تشرب الخمر » مثلاً ، وإنّما هو تشريع وضعي للعقوبات في أنواع الجرائم بلسان الأمر بها ، ولعلّ ذلك للإشارة إلى لزوم إقامتها وعدم جواز تعطيلها في المجتمع ، وأمّا شروط الإقامة ومن له حق الإقامة وكيفية إثبات الجرم على المتهمّ بها فهذه كلّها حيثيات أخرى أجنبية عن مفاد هذه الأدلّة وجهة البيان فيها ، فلا يمكن التمسّك بإطلاقها من تلك النواحي لنفي اشتراط شيء فيها كاشتراط البيّنة أو اليمين مثلاً في الإثبات ، خصوصاً إذا لاحظنا ارتكازية أنّ الحقوق والمسؤوليات سواء المدنية منها أو الجنائية بحاجة إلى إثبات في مقام المرافعة والمخاصمة لإجراء الحكم على شخص ، ولا يكفي ثبوتها الواقعي من دون إثبات لإدانته بها . فلا إطلاق لأدلّة تشريع العقوبات على العناوين الواقعية للجرائم ليطمسّك به لإثبات جواز حكم القاضي بعلمه بدعوى أنّ ظاهرها ترتّب العقوبة والحدّ على صدور الجرم واقعاً ؛ فإنّ هذا ترتّب وتشريع جنائي ، وليس قضائياً . وبعبارة أخرى : إنّ الأدلّة المذكورة في مقام بيان كبرى الحكم الجنائي في نفسه ، وأمّا كيفية إدانة الآخرين به في مقام القضاء وإثباته عليهم فهو مقام آخر أجنبي عن منظور هذه الأدلّة ، ولا بدّ فيه من ملاحظة أدلّة القضاء ، وكيفية

إقامة الدعوى وإثباتها أو نفيها ، ومن يكون له القضاء ، وكيف يقضي ليكون قضاؤه نافذاً . فاستفادة ذلك من إطلاق هذه الأدلة خلط بين المقامين والحكمين الجنائي والقضائي .

ومنه يظهر : وجه الإشكال فيما أفاده سيدنا المرتضى رحمته الله في الانتصار من الاستدلال بآيات الحدود - وتابعه عليه آخرون - حيث قال : « والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه - زائداً على الإجماع المتردد - قوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ ^(١) وقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ ^(٢) فمن علمه الإمام سارقاً أو زانياً قبل القضاء أو بعده فواجب عليه أن يقضي فيه بما أوجبه الآية من إقامة الحد . وإذا ثبت ذلك في الحدود فهو ثابت في الأموال ؛ لأن من أجاز ذلك في الحدود أجاز في الأموال ، ولم يجزه أحد من الأمة في الحدود دون الأموال .

فإن قيل : لمْ زعمتم أنه أراد بقوله : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي ﴾ و ﴿ السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ ﴾ من علمتموه كذلك دون أن يكون أراد من أقر عندكم بالسرقة أو الزنى أو شهد عليه الشهود ؟

قلنا : من أقر بالزنى أو شهد عليه الشهود لا يجوز أن يطلق القول بأنه زانٍ وكذلك السارق ، وإنما حكمنا فيهما بالأحكام المخصوصة اتِّباعاً للشرع وإن جَوَّزنا أن يكون ما فعلا شيئاً من ذلك والزاني في الحقيقة من فعل الزنى وعلم منه ذلك وكذلك السارق ، فحمل الآيتين على العلم أولى من حملهما على الشهادة والإقرار ^(٣) .

(١) النور : ٢ .

(٢) المائدة : ٣٨ .

(٣) الانتصار : ٤٩٢ .

وجه الإشكال: أنَّ العناوين الواردة في موضوعات الأحكام ظاهرة في وجوداتها الواقعية لا المعلومة، فكما لا يكون الموضوع للحدِّ من أقرِّ بالزنى أو شهد عليه الشهود، وكذلك لا يكون الموضوع من علم منه ذلك، بل الموضوع الزاني والسارق الواقعيان، فيكون دليل ترتيب الحدِّ على تلك العناوين كدليل ترتيب الحقوق والأحكام الواقعية الأخرى على موضوعاتها الواقعية، فهل يمكن أن نستفيد من دليل الضمان واشتغال ذمّة من أتلف مال الغير مثلاً، أو تعلّق الدية بالقتل الخطأ جواز حكم القاضي بعلمه في حقوق الناس؟! فإذا لم تصحّ هذه الاستفادة هناك، فكذلك الحال في حقوق الله وأدلتها؛ فإنّها ليست دالّة إلا على ثبوت الحق على موضوعه الواقعي في نفسه، والذي عبّرنا عنه بالحكم الجنائي، وأما كيفية إثباته قضائياً على المتهم وإدانته به المعبر عنه بالحكم القضائي فهو أجنبي عن مفاد هذه الأدلة بالمرّة.

وهذا لا يفرّق فيه أن يكون الخطاب في آيات الحدود متوجّهاً إلى العموم أو إلى خصوص الحكّام؛ فإنّه على كلا التقديرين يكون إرشاداً إلى تشريع العقوبة، وأنّ من زنى أو سرق مثلاً فحدّه وعقوبته الجلد أو القطع في الشريعة، وأما كيفية إثباته فمربوط بأدلة القضاء وكيفية إثبات الدعوى المعبر عنه بأصول الإثبات.

لا يقال: فأيّ فائدة لثبوت الحكم الجنائي على موضوعه الواقعي إذا فرض عدم كفاية ذلك للحكم القضائي الإثباتي.

فإنّه يقال: - مضافاً إلى أنّ مقتضى طبع المطلب وملاكاته أن يكون الحكم الجنائي على موضوعه الواقعي، والحكم القضائي كالأحكام الظاهرية إثباتية - إنّه يترتب على ذلك ثمرات كثيرة تظهر بالتأمّل، منها: إمكان نقض حكم القاضي في صورة العلم بخطأه؛ لانتفاء موضوع الحكم الجنائي في حق المتهم عندئذٍ. ومنها: إمكان ترتيب آثار الحكم الجنائي الواقعي إذا كان حقّاً خاصاً كالدية والقصاص، فيصح استيفاؤه ولو لم يثبت قضائياً، إلى غير ذلك من الثمرات والآثار.

نستخلص من مجموع ما تقدّم أنّ سندية وحجية علم القاضي الشخصي بحاجة إلى دليل ، كحجية البيّنة تماماً ، وليس أمراً مبنياً على القاعدة بحيث يحتاج نفيه إلى دليل عليه ، أو ردع عنه . ومسألة الطريقة الذاتية للعلم بلحاظ متعلّقه وآثار متعلّقه لا ربط له بمحلّ كلامنا . فيقع البحث بعد هذا فيما استدلّ به تارة : لإثبات جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي ، وأخرى : لإثبات عدم جوازه مطلقاً أو على تفصيل . أدلة حجية علم القاضي الشخصي ومناقشتها :
أما أدلة الحجية فيمكن أن يكون أحد وجوه :

الوجه الأوّل : التمسك بالإجماع : فقد ذكر في الرياض : « وهل لغيره - أي لغير الإمام - أيضاً أن يقضي بعلمه في حقوق الناس وحقوق الله تعالى من حدوده ؟ فيه قولان : أظهرهما أنّه كسابقه ، وهو أشهرهما ، بل عليه عامّة متأخري أصحابنا ، وفي صريح الانتصار والخلاف والغنية ونهج الحق وظاهر السرائر أنّ عليه إجماع الإمامية ، وهو الحجة ، مضافاً إلى أدلة كثيرة ذكرها الجماعة »^(١) . وظاهره أنّ القولين ثابتان في حقوق الله وحقوق الناس معاً .

ولكن في الجواهر : « وغيره - أي غير الإمام - من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس قطعاً ، وفي حقوق الله تعالى على قولين ؛ أصحهما القضاء ، وفي الانتصار والغنية ومحكي الخلاف ونهج الحق وظاهر السرائر الإجماع عليه ، وهو الحجة »^(٢) . وظاهره أنّ القولين في خصوص حقوق الله .

إلا أنّ المنسوب إلى ابن الجنيّد في الانتصار القول بأنّ الحاكم لا يحكم بعلمه في شيء من الحقوق والحدود^(٣) .

(١) رياض المسائل ٩ : ٢٥٧ ، ط - دار الهادي .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٨٨ .

(٣) الانتصار : ٤٨٧ - ٤٨٨ ، ط - جماعة المدرسين .

كما أنه نسب الشهيد الثاني في المسالك إلى كتابه الأحمدي أنه قال فيه : « يحكم الحاكم فيما كان من حدود الله بعلمه ، ولا يحكم فيما كان من حقوق الناس إلا بالاقرار أو البيّنة »^(١) ، وهذا يعني ثبوت القولين في حقوق الناس أيضاً . اللهم إلا أن يكون نظره إلى غير ابن الجنيد من فقهاءنا ، حيث لم ينقل عن أحد منهم - في حدود تتبعي - القول بعدم جواز حكم الحاكم بعلمه في حقوق الناس .
وأما التفصيل بين حقوق الله وحقوق الناس بعدم الجواز في الأوّل والجواز في الثاني فهو مختار جملة من أعلام الطائفة .

أحدهم الشيخ الطوسي رحمته في النهاية حيث قال : « وإذا شاهد الإمام من يزني أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحدّ عليه ، ولا ينتظر مع مشاهدته قيام البيّنة ولا الإقرار . وليس ذلك لغيره ، بل هو مخصوص به ، وغيره وإن شاهد يحتاج أن يقوم له بيّنة أو إقرار من الفاعل على ما بيّناه . وأما القتل والسرقة والقتل وما يجب من حقوق المسلمين من الحدّ والتعزير فليس له أن يقيم الحدّ إلا بعد مطالبة صاحب الحق ، وليس يكفي فيه مشاهدته إيّاه ؛ فإن طلب صاحب الحق إقامة الحدّ فيه كان عليه إقامته ، ولا ينتظر مع علمه البيّنة والإقرار على ما بيّناه »^(٢) .
فإنّ الظاهر من هذه العبارة صدرأً وذيلأً ثبوت تفصيلين عنده :

أحدهما : التفصيل في حقوق الله كالزنى والسرقة بين الإمام المعصوم وغيره ، فإذا علم بهما الإمام كان عليه أن يقيم الحدّ عليه ولا ينتظر مع مشاهدته قيام البيّنة ولا الإقرار ، بخلاف غيره من الحكّام .

والثاني : التفصيل بين حقوق الله وحقوق الناس في مطلق الحاكم حتى الإمام من حيث إنّه ليس له أن يقيم الحدّ في حقوق الناس إلا بعد مطالبة صاحب الحق ،

(١) مسالك الافهام ٢ : ٣٥٩ ، ط - حجرية .

(٢) النهاية : ٦٩١ - ٦٩٢ ، ط - انتشارات قدس .

فإن طلب صاحب الحق الإقامة كان عليه إقامته ولا ينتظر مع علمه البيّنة والإقرار، قد يستفاد من عدم تقييد هذا الذيل باختصاصه بالإمام الاطلاق وأن غير الإمام أيضاً لا ينتظر البيّنة والإقرار مع علمه بموجب الحق في حقوق الناس.

وقد تشعر به عبارته في المبسوط أيضاً حيث قال: «وأما إقامته بعلمه فقد ثبت عندنا أن للحاكم أن يحكم بعلمه فيما عدا الحدود، وفي أصحابنا من قال وكذلك في الحدود، وفي الناس من قال مثل ذلك على قولين»^(١).

وممن قال بهذا التفصيل أيضاً الفقيه الأقدم أبو الصلاح الحلبي في كتاب الكافي حيث ذكر تحت عنوان (فصل في العلم بما يقتضي الحكم): «علم الحاكم بما يقتضي تنفيذ الحكم كافٍ في صحته ومغني عن إقرار وبيّنة ويمين، سواء علم ذلك في حال تقلّد الحكم أو قبلها؛ لسكون نفس الحاكم العالم إلى علمه في حال حكمه بمقتضاه»، ثم ذكر في ذيل هذا الفصل: «فأما ما يوجب الحد فإن كان العالم بما يوجب الحد الإمام فعليه الحكم بعلمه؛ لكونه معصوماً مأموناً، فإن كان غيره من الحكّام الذين يجوز عليهم الكذب لم يجز له الحكم بمقتضاه؛ لأن إقامة الحد أولاً ليست من فرضه، ولأنه بذلك شاهد على غيره بالزنى واللواط وغيرهما، وهو واحد وشهادة الواحد بذلك قذف يوجب الحد وإن كان عالماً»^(٢).

وقال بذلك أيضاً صريحاً ابن حمزة في الوسيلة: «يجوز للحاكم المأمون الحكم بعلمه في حقوق الناس، وللإمام في جميع الحقوق»^(٣).

ويظهر من مجموع ذلك:

أولاً: أنه لا إجماع في حقوق الله مع مخالفة مثل الشيخ رحمته الله والحلي وابن حمزة

(١) المبسوط ٨: ١٢.

(٢) الكافي في الفقه: ٤٢٨ - ٤٣٢.

(٣) الوسيلة: ٢١٨.

وابن الجنيد، وتصريح جمع كثير من فقهاءنا بوجود قولين في المسألة.
وثانياً: فيما يرجع إلى حقوق الناس وإن لم ينقل صريحاً عن أحد القول بعدم الجواز غير ابن الجنيد، إلا أن ما ورد في كلام ابن حمزة من تقييد الحكم بالجواز بما إذا كان الحاكم مأموناً، وكذلك ورد ذلك في مبسوط الشيخ: «وعندنا أن الحاكم إذا كان مأموناً قضى بعلمه، وإن لم يكن كذلك لم يحكم به»^(١) مشعر بأن المسألة لم تكن إجماعية بيّنة، وإنما مستندة إلى التعليقات والاستدلالات الفقهية نفيًا وإثباتًا، حيث استدلل على عدم الجواز بالتهمة، فأخذت المأمونية عن ذلك قيداً في الحاكم الذي قضى بعلمه؛ بل مراجعة كلمات الفقهاء القدامى واستدلالاتهم تدل على استنادهم في القول بالجواز مطلقاً أو بالتفصيل إلى بعض تلك الوجوه والاستدلالات مما يجعل الإجماع المذكور محتمل المدركة، فلا حجة فيه.

الوجه الثاني: التمسك بخطابات الحدود والأمر باقامتها على السارق والزاني ونحوهما. والظاهر أن أول من تمسك بهذا الوجه هو السيد في الانتصار كما تقدم، وقد قرره في الجواهر بنحو أحسن، فقال: «مضافاً... إلى تحقق الحكم المعلق على عنوان قد فرض العلم بحصوله، كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي...﴾ إلى آخرها. والخطاب للحكام، فاذا علموا تحقق الوصف وجب عليهم العمل؛ فإن السارق والزاني [من] تلبس بهذا الوصف، لا من أقر به أو قامت عليه به البيّنة، وإذا ثبت ذلك في الحدود ففي غيره بطريق أولى»^(٢).

ولكنك عرفت أن نفس تعليق الحكم في هذه الخطابات على عنوان الجريمة بوجوده الواقعي دليل على نظرها إلى مقام الثبوت لا الإثبات، أي إلى تشريع

(١) المبسوط ٨: ١٢١.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٨٨.

العقوبة على موضوعها الواقعي ، وأما كيفية إثبات موضوعها وإدانة المتهم بها فهو مقام القضاء وإثبات الدعوى ، الذي هو مقام آخر أجنبي عن مفاد هذه الخطابات ، كما هو الحال في تمام أدلة الأحكام والحقوق المدنية أو الجنائية الواقعية الأخرى . وكون الخطاب للحكام - لو سلم - لا يقتضي كونه ناظراً إلى مقام الإثبات ، بل هو إرشاد على كل حال إلى التشريع الجنائي وما هو المقرر ثبوتاً في كل جريمة من العقوبات . وأما مسألة الحجية الذاتية للعلم بالنسبة لمن حصل له العلم بموضوع الحكم فقد عرفت فيما سبق أنه أجنبي أيضاً عن باب القضاء وجواز حكم الحاكم به فضلاً عن نفوذه على الآخرين .

وقد يقال : إن الخطاب في الآيات الكريمة لو كان متوجّهاً إلى الحكام فنفس هذه النكتة تصبح قرينة على أن نظر الآيات إلى الحكم القضائي أيضاً ، وإن شئت قلت : إلى الحكم النهائي والنتيجة العملية ، فتدلّ لا محالة على كفاية الواقع للحكمين الجنائي والقضائي معاً ، فيجوز حكم الحاكم استناداً إلى علمه الشخصي ؛ لكونه حينئذٍ طريقاً إلى جواز الحكم ، وجوازه موضوع للنفوذ وحجتيته في حق الآخرين بمقتضى أدلة نفوذ حكم الحاكم إذا كان حكمه جائزاً له مشرعاً ، على ما سيأتي الحديث عنها .

ولكن الصحيح : أنه لا وجه لهذا الاستظهار ؛ فإن نكته إن كانت لغوية جعل الحكم الجنائي على موضوعه الواقعي والحكم القضائي على كيفية إحرازه وإثباته فقد تقدم عدم صحة ذلك في المقدمات ، وإن كانت النكتة في نفس توجيه الخطاب إلى الحكام فمضافاً إلى إمكان المنع عن أصل ذلك حيث لا موجب لتقييد الآيات بذلك أنه لا موجب له ؛ إذ الحاكم أيضاً لا بدّ وأن يعرف ما هو الحكم الجنائي ، فتكون الآيات بصدد الإرشاد إليها بلا نظر إلى الحكم القضائي أصلاً ؛ فإنه حكم آخر وجهة أخرى كما لا يخفى .

وقد يقال : إننا نستفيد ذلك من ضم أدلة إقامة الحدود والحقوق إلى دليل النصب

والأمر بالقضاء للمجتهدين نحو رواية: وأنّ الراذ عليه كالراذ على الله ^(١) حيث إنّ الأمر يدلّ على ثبوت الحكم أو الحقّ على موضوعه الواقعي، فيجوز للقاضي إسناده والحكم على واقعه، ويدلّ على نفوذ حكمه وحجّيته في حقّ الآخرين.

وفيه: ما تقدّم من أنّ جواز الحكم والقضاء بل والإسناد يكون العلم موضوعاً فيه، فلا يمكن استفادته بشيء من هذين الدليلين ولو ضمّ أحدهما إلى الآخر؛ لأنّ مفاد كلّ واحد منهما حكم آخر أجنبي عن الحجّية القضائية، ولا ملازمة بينهما وبين ذلك لا عقلاً ولا عرفاً، خصوصاً مع ملاحظة كونهما دليلين منفصلين، لا في خطاب واحد، فتدبر جيّداً.

الوجه الثالث: ما ذكره في الجواهر وغيره من كون العلم أقوى من البيّنة المعلوم إرادة الكشف منها ^(٢). والظاهر من ذيل هذا التعبير أنّ مقصوده أنّ البيّنة إذا كانت حجّة في مقام القضاء والحكم - ومن المعلوم أنّ حجّيتها إنّما تكون من باب الكاشفية والطريقة لا الموضوعية والصفية - فالعلم الذي هو طريق وكاشف أقوى أولى بالحجّية والقيام مقام البيّنة المأخوذة بما هي كاشف في موضوع جواز الحكم والقضاء.

وفيه: أنّ العلم إنّما يكون أقوى كشفاً وأولى بالحجّية بالنسبة إلى نفس العالم وما يرجع إليه من الأحكام الواقعية التي يلتبس طريقاً إليها، وليس كذلك بالنسبة للآخرين، كما هو الحال في باب القضاء؛ حيث يراد تنفيذ حكم القاضي على الغير، فإنّه عندئذٍ لا يكون علمه وهو شاهد واحد أقوى من البيّنة عند الشارع ولا عند المدّعي والمنكر، بل البيّنة العادلة أقوى من ناحية تعدّد الشهادة فيها، فقد لا يكتفي الشارع بعلم الواحد ولو كان هو القاضي. هذا مضافاً إلى أنّ احتمال ملاحظة

(١) انظر: الوسائل ١: ٢٣، ب ٢ من مقدمة العبادات، ح ١٢.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٨٨.

الجنبة الموضوعية في حجة البيّنة واليمين في باب القضاء زائداً على الكاشفية متّجه ، ومعه لا مجال للاستدلال بالأولية المذكورة ، كما لا يخفى .

الوجه الرابع : ما ذكره في الجواهر « من استلزام عدم القضاء به [بالعلم] فسق الحاكم أو إيقاف الحكم ، وهما معاً باطلان ؛ وذلك لأنّه إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً مثلاً بحضرته ثم جحد كان القول قوله مع يمينه ، فإن حكم بغير علمه وهو استحلافه وتسليمها إليه لزم فسقه ، وإلا لزم إيقاف الحكم لا لموجب »^(١) .

ويلاحظ على هذا الاستدلال بأنّه مصادرة على المطلوب ، فإنّه إنّما يكون الحكم على خلاف علمه فسقاً إذا ثبت في المرتبة السابقة حجية علمه في مقام القضاء ، وكذلك إنّما يكون إيقاف الحكم لا لموجب وباطلاً إذا ثبت جواز الحكم بالعلم في المرتبة السابقة . نعم لا ينبغي الإشكال في أنّ المستفاد من أدلة حجية البيّنة واليمين طريقتيهما بنحو بحيث مع العلم بالخلاف لا حجة لهما ، فلا يصح الحكم على طبقهما مع العلم بالخلاف ، إلاّ أنّه ما لم يثبت حجية علمه لا يمكن الحكم على طبقه أيضاً ، فيكون إيقاف الحكم لموجب ، وهو عدم الحجة القضائية ، فيمكنه عندئذٍ أن يحوّل المرافعة إلى قاضٍ آخر ويشهد عنده بما يعلمه أو ينتزع منه الإقرار على الطلاق مثلاً ولو بالإكراه ، فيكون حجة ؛ لأنّه إقرار مطابق للواقع عنده وإن حصل عن إكراه ، فتدبر جيّداً .

الوجه الخامس : ما جاء في الجواهر أيضاً « واستلزامه أيضاً عدم وجوب إنكار المنكر ، وعدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه ، والأول معلوم البطلان ، فتعيّن الثاني ، وذلك لأنّه إذا علم بطلان قول أحد الخصمين فإن لم يجب عليه منعه عن الباطل لزم الأول ، وإلا ثبت المطلوب »^(٢) . وكأنّ مقصوده ﷺ أن

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٨٨ .

(٢) المصدر السابق .

أدلة وجوب إنكار المنكر وإظهار الحق مع إمكانه تدلّ بالملازمة على جواز حكم القاضي بعلمه وتعيينه عليه .
وفيه :

أولاً: إن إنكار المنكر وإظهار الحقّ أجنبى عن جواز حكم القاضي بعلمه ونفوذ هذا الحكم عن الآخرين ؛ فإنه قد يجب على القاضي الإنكار على أحد المتخاصمين ونصحه وأمره بالمعروف وحمله على الإقرار بالواقع ، ولكنه مع ذلك لا يكون له القضاء بعلمه ، بل قد يجب عليه القضاء بما قامت عليه البيّنة إذا فرض حجيتها بنحو الموضوعية لا الطريقية ، كما هو الحال في حق من يعلم بخطأ حكم القاضي لأحد الخصمين بناءً على القول بحجية حكم الحاكم حتى مع العلم بخطأه ، فإنه قد يجب على العالم بالخلاف أن ينكر على من حكم له إذا كان متعدياً فيما أخذه بحكم القاضي ويردعه عن المعصية والعدوان رغم نفوذ حكم الحاكم عليه أيضاً .

نعم يمكن أن يدعى الملازمة العرفية - بعد فرض طريقية البيّنة واليمين في مقام الإثبات القضائي ولو في الجملة - بين وجوب إظهار الحق وإنكار المنكر على القاضي أيضاً وبين حرمة الحكم بالخلاف وما يراه القاضي منكراً ، وأمّا جواز الحكم بما علمه من دون بيّنة ويمين فلا يستلزمه ذلك بوجه من الوجوه إلّا إذا قام دليل على وجوب الحكم عليه وعدم جواز إيقافه ، وهو أول الكلام .

وثانياً: لا دليل على وجوب إظهار الحق بالمعنى المذكور ، فإنه لو أريد التمسك بأدلة النهي عن المنكر فهي فرع تحقق المنكر ، وهو لا يكون مع فرض احتمال وجود عذر للخصم ، كما إذا كان يعتقد أنّ الحق له واقعاً أو ظاهراً ، فالدليل أخصّ من المدعى ، اللهم إلّا بضميمة عدم القول بالفصل . وإن أريد التمسك بأدلة حرمة الكتمان فهي مخصوصة بموارد خاصة ، من قبيل كتمان الشهادة ، أو كتمان البيّنات ودلائل النبوة ، أو كتمان الدين وتبليغ أحكامه ونحو ذلك ، وكلّه أجنبى عن

محل الكلام ، كما هو واضح .

الوجه السادس : ما جاء في كلمات المحقق الكني رحمته الله من التمسك بما دل من الآيات على لزوم الحكم بما أنزل الله منطوقاً أو مفهوماً ^(١) ، وهي آيات كثيرة : منها - قوله تعالى : ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً ﴾ ^(٢) .

ومنها - قوله تعالى : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ ^(٣) ، وقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ ^(٤) ، وقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٥) ، وقوله : ﴿ وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ ^(٦) .

وتقريب الاستدلال : أنها أمرت بالحكم بما أنزل الله ، أي أن يكون حكم القاضي على طبق الحكم الذي أنزله الله سبحانه وجعله حكماً للواقعة ، وحيث إن ذلك الحكم مجعول على موضوعه الواقعي ، فإذا ثبت لدى القاضي وعلم بما هو موضوع ذلك الحكم الكلّي الذي جعله الله ، ولم يحكم به في المرافعة كان ممن لم يحكم بما أنزل الله لا محالة ، وكان فاسقاً ظالماً كافراً على حدّ تعبير الآيات المباركة .

(١) راجع : كتاب القضاء للمحقق الكني : ٢٥٦ .

(٢) النساء : ١٠٥ .

(٣) المائدة : ٤٨ .

(٤) المائدة : ٤٤ .

(٥) المائدة : ٤٥ .

(٦) المائدة : ٤٧ .

(٧) المائدة : ٤٩ .

وإن شئت قلت : إنَّ المستفاد من هذه الآيات أنَّ موضوع جواز القضاء والحكم هو واقع ما أنزله الله وجعله من الحكم للواقعة ، فيكون العلم به علماً بموضوع جواز القضاء ، وهذا علم طريقي بالنسبة لموضوع جواز القضاء ، ويؤدّي إلى العلم بجواز القضاء لا محالة ، ولا يمكن الردع عن حجّيته .

ونلاحظ على هذا الاستدلال :

أولاً : إنَّ القاضي له حكمان : أحدهما : حكمه بتحقيق الموضوع المترافع فيه ، حيث إنَّ الترافع والقضاء يكون في الموضوعات كالحكم بأنّه سرق أو زنى أو قتل أو غصب مال الغير وغير ذلك ، وهذا هو الحكم القضائي بالدقّة ؛ أي هو الذي ينشئه ويحكم به القاضي ، ومن هنا كان نفوذ حكم القاضي من أقسام نفوذ حكم الحاكم في الموضوعات . والآخر : ترتيب حكم الواقعة على المورد والإلزام به ، كالحكم بالدية أو القصاص أو الحد أو الضمان ، وهذا الحكم بحسب الحقيقة من إنشاء الشارع وجعله لا القاضي ، وإنّما يطبّقه القاضي على المورد اجتهاداً أو تقليداً ، فيقال إنّه حكمه مسامحة وبهذا الاعتبار .

فإذا اتّضحت هذه المقدّمة نقول : إنَّ الآيات المذكورة - بقرينة أمرها بالحكم بما أنزل الله وشرّعه - تكون ناظرة إلى المرحلة الثانية لا الأولى ، فيكون مفادها أنَّ الحاكم لا بدّ وأن يطبّق الأحكام الإلهيّة المشرّعة من قبل الله والنازلة على أنبيائه العظام ، لا الأحكام البشرية التابعة لأهوائهم ، وهذا يعني أنَّ نظر الآيات المذكورة إلى الشبهة الحكمية وما ينبغي أن يطبّقه الحكّام من أحكام وشرائع ، فلا يجوز لهم أن ينحرفوا عمّا أنزله الله لعباده ، وأمّا أنَّ الموضوع المترافع فيه بماذا يثبت قضائياً ، بحيث يكون حكم القاضي نافذاً فيه على المتخاصمين فهذه جهة أخرى أجنبية عن منظور هذه الآيات ، بل هذه الجهة مأخوذة في الآيات كالموضوع مفروغاً عنه ، فكأنّها تقول كلّما ثبت الموضوع بما يكون مثبتاً له فلا بدّ من الحكم فيه بما أنزله الله لا بما جعله البشر ، فهي ليست بصدد إثبات الموضوع ، بل بصدد الأمر باتّباع ما

أنزله الله سبحانه في ذلك الموضوع على تقدير ثبوته في كل مورد بحسبه .
لا يقال : الأمر بالحكم بما أنزل الله وعدم مخالفته كما يشمل إنكار أصل الحكم
المجمول من قبل الله سبحانه كذلك يشمل بإطلاقه من لا يطبق الحكم الإلهي على
موضوعه عند العلم بتحقيقه ، فإنه أيضاً يكون مصداقاً لمن لم يحكم بما أنزله الله في
ذلك المورد ، فيكون القاضي مأموراً بذلك في مورد علمه الشخصي بمقتضى إطلاق
الآيات ، ولازم ذلك جواز القضاء بالعلم ، وهو المطلوب .

فإنه يقال : لو كانت الآيات واردة في باب المرافعة وناظرة إلى مرحلة الإثبات
القضائي للموضوع المترافع فيه - كما إذا كان بلسان أن القاضي يحكم بما يراه الواقع
أو بما يراه حكم الله الواقعي - أمكن استفادة نفوذ حكم القاضي من ذلك . إلا أنها
ليست واردة في هذا المجال ، وإنما وردت ناظرة إلى الأحكام والشرائع النازلة من
السماء ، وبلسان الأمر بالحكم بما أنزل الله وعدم مخالفته ، وهذا اللسان ليس مفاده
أكثر من القضية الشرطية التي ذكرناها ، وهي أنه كلما فرض تمامية الموضوع ثبوتاً
وإثباتاً فلا بد من الحكم فيه بما أنزل الله ، وإطلاق مثل هذه الشرطية حتى لموارد
القضاء والمرافعات لا يستلزم تعرض الآيات لكيفية إحراز موضوع الشرطية حتى
يستكشف منه بالملازمة نفوذ علم القاضي ، وهذا واضح .

ومما يشهد على أن تمام النظر في هذه الآيات إلى الشبهة الحكمية والشرائع
الإلهية عموماً لا الواقع المتنازع فيه في المرافعة وكيفية إثباته قضائياً ، ما نجده في
تنايا الآيات وسياقها من ذكر التوراة والإنجيل والقرآن ، والمقابلة بينها وبين أهواء
بني إسرائيل ، أو المقابلة بين حكم الله وحكم الجاهلية ، أو التصريح بأن ما أنزله الله
من الكتب يحكم به النبيون والرّبّانيون والأحبار ، إلى غير ذلك من التعبيرات
المبثوثة في هذا المقطع من الآيات المباركة والصريحة في أن تمام النظر فيها إلى
الشرائع الإلهية ولزوم إقامتها وإحيائها ، ومن هنا لا يبعد أن يكون المراد من الحكم
في هذه الآيات المعنى الأعم من القضاء ، بحيث يشمل ألوان الحكم والإلزام

وتنفيذ الأحكام الشرعية ؛ فإنَّ الحكم في اللغة أصله المنع والإلزام ومنه الأحكام الشرعية ، ويأتي بمعنى العلم والحكمة ، وبمعنى التنفيذ ومنه الحاكم والحكومة ، وبمعنى مطلق القضاء شامل للإفتاء وبيان الحكم الكلّي ومنه قضاء النبي ﷺ بلا ضرر ولا ضرار وغيره ، والسياق والقرائن المذكورة في هذه الآيات يناسب إرادة المعنى الأعم .

كما أنه في بعض الروايات فسرت آية ﴿ يَخْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ... ﴾ ^(١) بالإمامة والحكومة ، كما وطبق آيات ﴿ وَمَنْ لَمْ يَخْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ... ﴾ ^(٢) على ما فعله الحكماء من منع الخمس ونصيب آل محمد ﷺ .

وفي معتبرة أبي بصير - بنقل الكليني رحمه الله - عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الحكم حكمان : حكم الله عز وجل ، وحكم أهل الجاهلية ، وقد قال الله عز وجل : ﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ وأشهد على زيد بن ثابت لقد حكم في الفرائض بحكم الجاهلية » ^(٣) وكان قد حكم زيد بالعول والتعصيب وغيرها اجتهداً وعملاً برأيه واتباعاً لعمر وخلفاً على أمير المؤمنين عليه السلام .

وثانياً : لو تنزلنا عما سبق مع ذلك هناك إشكال آخر على الاستدلال بهذه الآيات وحاصله : إنَّ المأخوذ في موضوع الأمر في هذه الآيات هو الحكم بما أنزل الله ، وهذا العنوان عام يشمل ما يشرعه الله في كيفية القضاء أيضاً ، فلو فرض احتمال أن يكون الميزان في جواز القضاء خصوص البيّنة واليمين مثلاً وأنَّ العلم الشخصي للقاضي ليس حجة قضائية لم يصحَّ التمسك بهذه الآيات ؛ لأنّه من الشك

(١) المائدة : ٤٤ .

(٢) المائدة : ٤٥ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١١ ، ب ٤ من صفات القاضي ، ح ٨ . كذلك راجع : تفسير العياشي ١ : ٣٢٥ .

تفسير البرهان ١ : ٤٧٧ - ٤٧٨ . تفسير الصافي ٢ : ٤١ .

فيما فرضه الله وأنزله في القضاء ، فيكون تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية له ؛
ففرق بين أن يقال : احكم بالواقع والحق ، أو أن يقال : احكم بما أنزل الله ، فإن
الثاني يشمل جميع ما أنزل الله حتى في نفس القضاء وكيفية ، ولا يختص
بخصوص الحكم الواقعي المجعول على الموضوع المترافع فيه ، لكي يدل بالملازمة
على جواز القضاء بالعلم ، كما توهم في الاستدلال .

ومما يشهد على ذلك ما ورد في صحيح سليمان بن خالد الذي يرويه
الكليني رحمه الله عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن الحسين بن سعيد ، عن
النضر بن سويد ، عن هشام بن سالم ، عن سليمان بن خالد ، عن أبي عبد الله عليه السلام
قال : « لا يحلف اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله ، إن الله عز وجل
يقول : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ » ^(١) وقد نقله العياشي أيضاً عن سليمان بن
خالد ^(٢) . ولعله لهذه النكتة لم يستند المشهور القائلون بالجواز بهذه الآيات ، وإنما
اقتصروا على ما دل من الآيات على الحكم بالحق والعدل والقسط ، كما سيأتي في
الوجه القادم .

الوجه السابع : التمسك بما دل من الآيات على الأمر بالحكم بالعدل والحق
والقسط ، كقوله تعالى : ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ
بِالْحَقِّ ﴾ ^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ ^(٤) ، وقوله
تعالى : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ﴾ ^(٥) .

(١) الكافي ٧ : ٤٥١ ، كتاب الأيمان والنذور والكفارات ، باب استحلاف أهل الكتاب ، ح ٤ .

(٢) تفسير العياشي ١ : ٣٢٥ .

(٣) ص : ٢٦ .

(٤) النساء : ٥٨ .

(٥) المائدة : ٤٢ .

وامتياز هذه الآيات على سابقتها أن الوارد في موضوعها هو الحكم بالحق والعدل، فيقال: إن ظاهرها إرادة الحكم بالحق والواقع المترافع فيه، فيكون دليلاً على أن موضوع جواز القضاء والحكم هو الواقع، ويكون علم القاضي طريقاً محضاً إليه.

وقد ناقش في هذا الاستدلال المحقق العراقي رحمته بأنه قد يكون المراد بمثل الحق والعدل هو الحق والعدل وفق مقاييس القضاء لا الحق والعدل وفق الواقع، وكون علم القاضي من مقاييس القضاء أول الكلام^(١).

وهذا الإشكال قابل للدفع بأن حمل الحق والعدل - وخصوصاً الحق - على الحق والعدل بلحاظ مقاييس القضاء خلاف الظاهر جداً؛ فإن العدل يقابله الظلم، والحق يقابله سلب الحق، ومن لم يحكم بمقاييس القضاء - كما إذا فرض أنه أخذ باليمين في غير مورد أو اكتفى بشاهد واحد - لا يصدق عليه أنه حكم بالظلم وبغير حق، وإنما خالف شرع القضاء وكيفيته، ومن هنا قلنا بالفرق بين عنوان الحكم بما أنزل الله وشرعه وبين عنوان الحكم بالحق والعدل، فإن الأخير ظاهر في كون ما يقضي به حقاً وعدلاً، لا أن كفيته قضائه لا بد أن يكون مطابقاً لحكم الله وشرعه في كفيته القضاء ومقاييسه.

وإن شئت قلت: إن هذا المعنى أعني العدل والحق بمقاييس القضاء حق وعدل نسبتيان إضافيتان، لا بد من إضافتهما إلى ما هو المشروع والمجمول في كفيته القضاء، وهذه عناية زائدة بحاجة إلى قرينة، وإلا فظاهر اللفظ إرادة الحق والعدل المطلقين، وهو الحق والعدل بحسب الواقع المترافع فيه.

نعم، يبقى هنا إشكالان آخران:

أحدهما: ما تقدم في الإشكال على الوجه السابق، من أن النظر في هذه الآيات

الثلاثة أيضاً إلى نفس ما كان النظر إليه في تلك الآيات ، أعني كبرى الحكم والتشريع الذي يريد الحاكم تطبيقه على موضوعه بعد الفراغ عن ثبوته قضائياً ، فلا بدّ وأن يكون ذلك الحكم عدلاً وحقاً ، لا من الأحكام الباطلة والظالمة التي وضعها الطواغيت والحكام الجائرون بأهوائهم الفاسدة ، وأمّا كيف يثبت موضوع الحكم العادل والحقّ فهو أجنبى عن منظور الآيات .

والحاصل : فرق بين أن يقال : « احكم بالواقع » وأن يقال : « احكم بالعدل والقسط والحقّ » فإنّ هذه العناوين من أوصاف نوع الحكم والتشريع الذي يحكم به القاضي ، وليس النظر فيه إلى الظلم من ناحية إنكاره للموضوع مع علمه به .

ومما يشهد على هذا الاستظهار أنّ سياق الآية الثالثة نفس سياق الآيات المتقدمة بل هي منها . والآية الأولى حيث فرّع فيها الحكم بالحقّ على جعل داود خليفة في الأرض من قبل الله سبحانه ، فيناسب أن يكون المراد بالحكم بين الناس بالحقّ فيها مطلق إقامة الحقّ والشرعة الإلهيّة العادلة على الناس . وأمّا الآية الثانية فقد ورد فيها الحكم بالعدل عقيب الأمر بأداء الأمانة إلى أهلها حيث قال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾ ^(١) وهذا التعقيب يدلّ على أنّ المقصود بالأمانة التي أمر الله بأدائها سنخ أمانة خاصّة عظيمة لها ارتباط بالحكم بالعدل وإقامته بين الناس ، فيناسب أن يكون المراد بها الإمامة والحكومة ، ويراد بالحكم بالعدل إقامة الشرعة العادلة وإقامة حكم أهل البيت عليهم السلام ، كما دلّت على ذلك روايات صحيحة مستفيضة أكّدت على أنّ هذه الآية المباركة فينا نزلت ، وإيّانا تعني ، وأنّ الحكم بالعدل هو الحكم بما في أيدينا ^(٢) .

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) تفسير البرهان ١ : ٣٧٩ .

الثاني: إننا نعلم بأن الواقع ليس تمام الموضوع لجواز القضاء والحكم، بمعنى أن من قضى بالواقع اتفاقاً من دون علم ولا حجة شرعية لم يكن قضاؤه جائزاً، فهو نظير الإفتاء بلا علم وإن صادف الواقع، فالحكم والإفتاء من هذه الناحية على حد واحد، وليس ذلك من باب التجري واحتمال الحكم بخلاف الواقع بلا حجة، بل بنفسه معصية إذا لم يكن له حجة سواء صادف الواقع أم لا، ولعل هذا من المسلّمات الفقهية، ويستفاد من جملة من الروايات. وهذا يعني أن الإحراز دخیل في موضوع جواز القضاء، وليس الواقع تمام الموضوع فيه، بل لعل هذا مرتکز أيضاً في الذهن المتشّرعي، ومعه من المحتمل أن يكون الشارع قد اشترط في الإحراز المأخوذ موضوعاً لجواز القضاء الإحراز الخاص، أي البيّنة واليمين لا علم القاضي، فيكون العلم موضوعياً لا طريقاً إلى موضوع جواز القضاء. نعم لا مانع من أن يكون الواقع أيضاً جزء الموضوع لجواز القضاء وتكون الحجة عليه طريقاً لإحراز ذلك الجزء ومحققاً في نفس الوقت للجزء الآخر، إلا أنه ليس الواقع تمام الموضوع، ومعه لا تتم دلالة الآيات على جواز القضاء بالعلم؛ لأنه فرع دلالتها على كون الواقع تمام الموضوع له، وقد ثبت خلافه، أو قيام دليل على كفاية مطلق الإحراز حتى العلم الشخصي للقاضي في موضوع جواز القضاء، وهو بحاجة إلى دليل آخر.

وهذا الإشكال قابل للدفع؛ فإنه إذا فرض تمامية دلالة الآيات على الحكم بالواقع فما ثبت في الارتكاز المتشّرعي أو بالأدلة الخاصة لا يمنع عن الاستدلال المذكور؛ لأن مقتضى الآيات المذكورة جواز الحكم بالواقع مطلقاً حتى مع عدم إحرازه، نخرج عن هذا الإطلاق بمقدار ما ثبت من القيد وهو عدم جواز الحكم بالواقع مع عدم وجود إحراز للواقع لا علمي ولا تعبدی، وأما ما عدا هذه الحالة فيبقى تحت إطلاق الأمر بالحكم بالواقع، ولازمه كفاية مطلق الإحراز العلمي أو التعبدی مع الواقع في جواز القضاء، ولا نحتاج إلى دليل آخر، كما لا يخفى.

فالصحيح : في وجه الإشكال على الاستدلال بهذه الآيات هو الإشكال الأول .

ثم إنَّ للمحقق العراقي رحمته الله كلاماً آخر على الاستدلال بالآيات والعمومات المذكورة مرجعه إلى أنه لا يثبت بها ميزانية العلم للقضاء كالبيّنة واليمين ، وإنما تثبت الميزانية في الجملة ، ولا يظنّ التزام المشهور به ، حيث قال :
« وعليه - أي بناءً على أنَّ المراد بالحق في العمومات الواقع المدعى به - ينفذ حكمه - أي القاضي - في حقه وحق كل من علم بكون علمه مطابقاً للواقع كي يحرز به كون قضائه بالحق عن علم ، وأمّا الشاك في مطابقة علمه للواقع فلم يحرز كونه قضاءً بالحق وإن علم كونه حاكماً به باعتقاده وعلمه ، وعليه فلا مجال لإثبات كون العلم كالبيّنة ميزاناً للفصل على وجه لا تسمع الدعوى على خلافه حتى ينظر الشاك في مطابقة علمه للواقع ؛ إذ كم فرق بين العلم والبيّنة ، حيث إن مفاد البيّنة من جهة حجّيتها في حق الشاك بنظر كل أحد يصدق على الحكم على طبقها أنّه حكم بالحق بالنسبة إلى كل أحد ، وهذا بخلاف علم القاضي الذي لا يكون إلاّ حجة في حق العالم دون غيره .

ولا يخفى أنَّ هذا المقدار وإن كان لا يضرّ بميزانية العلم بالحق في الجملة ، لكن ليس مثله كالبيّنة تمام الميزان ، بل الميزان التام هو العلم المطابق للواقع لا مطلقاً ، وحينئذٍ تختصّ حرمة نقضه بخصوص من أحرز ذلك لا مطلقاً ، وهذا المقدار خلاف ظاهر كلمات من جعل العلم من الموازين في قبال البيّنة واليمين ، وحينئذٍ يصحّ لنا دعوى عدم وفاء أمثال هذه العمومات لميزانية نفس العلم ولو لم يطابق الواقع كالبيّنة واليمين » - ثمّ تعرّض إلى دعوى الإجماع أو تنقيح المناط في ميزانية العلم كالبيّنة واليمين وأنّ عهدتها على مدّعيها ثمّ قال : - « وبالجملة نقول : إنّ بعد القطع بأنّ الكلام في كونه بنفسه ميزاناً في عرض البيّنة بحيث يكون الحكم الصادر عن علمه حكماً فاصلاً صحيحاً بنحو لا تسمع الدعوى ولا البيّنة على خلاف

مضمونه ما لم يقطع بمخالفة الحكم للواقع، أن هذا المعنى لا يكاد يحرز من العمومات السابقة، بل غاية ما تقتضي العمومات كون الفاصل هو الحكم المطابق للواقع، ومثل ذلك لا يمنع عن سماع الدعوى والبيّنة على خلافه عند الشك في مخالفته للواقع المساوق للشك في كونه فاصلاً وإن فرض محكوميته بالصحة والفاصلية ببركة أصالة الصحة لولا دليل أو أمانة أخرى على خلافه. ولكن ذلك المقدار لا أظن التزامه من القائل بالميزانية لعلم القاضي، وعليه فلا يكاد تتم الميزانية بالنحو المزبور على وجه لا تسمع بعده الدعوى والبيّنة على خلافه مع الشك في مخالفة حكمه للواقع إلا بتماميّة الإجماع المدعى على ميزانية علمه أو دعوى الإجماع على الملازمة بين الجواز التكليفي لهذا القضاء وبين نفوذه وضعاً في حق غيره، وإتمام الوجهين عهده على مدّعيه، وإلا فلا مجال لإثبات ميزانية العلم للقضاء بنحو ميزانية البيّنة وسائر الموازين له^(١).

ومحصل ما أفاده هذا المحقق رحمته الله على طول كلامه والتكرار الملحوظ فيه: أن نفوذ حكم القاضي بعلمه إن كان على أساس كون الحق والواقع موضوعاً وميزاناً لجواز القضاء والعلم أو البيّنة طريق إليه - كما هو مبني الاستدلال بالعمومات - فلازمه أن لا يكون حكم الحاكم نافذاً إلا مع إحراز كونه مطابقاً للواقع ليكون حكماً بالحق، فإذا كان حكمه مستنداً إلى البيّنة أحرزنا ذلك بالبيّنة التي هي حجة لكل أحد، فلا تسمع الدعوى على الخلاف. وأمّا إذا كان حكمه مستنداً إلى علمه فلا يحرز لغيره أن حكمه بالحق إلا إذا كان هو أيضاً عالماً بمطابقة الحكم للواقع، فتسمع الدعوى على الخلاف مع الشك لا محالة.

ونلاحظ على ما أفاده:

أولاً: قد تقدّم فيما سبق أن في المقام حكمين:

(١) شرح تبصرة المتعلّمين، كتاب القضاء: ٣٨ - ٤٠.

أحدهما : جواز الحكم والقضاء بالعلم .

والثاني : نفوذ هذا الحكم على الغير وعدم جواز نقضه لا من المتخاصمين ولا من قاضٍ آخر ، وهو معنى عدم سماع الدعوى والبيّنة على خلافه .

والحكم الأول يمكن أن يكون الواقع موضوعاً فيه . وأمّا الحكم الثاني ، فلا يمكن أن يكون موضوعه الواقع ؛ إذ لا معنى لأن يقال بأنّ نفوذ حكم الحاكم منوط بكونه على طبق الواقع والحق ، فإنّ هذا معناه عدم حجّية حكمه في حقّ المتخاصمين ولا غيرهما ممّن هو شاكّ في واقع الأمر ، وقد تقرّر في محله من الأصول أنّه لا يعقل تقييد حجّية الحجّة - سواء كانت البيّنة أو اليمين أو حكم الحاكم أو غير ذلك - بفرض مطابقته للواقع ؛ لأنّه لغو عندئذٍ .

وهذا يعني أنّ موضوع نفوذ حكم الحاكم وحجّيته على الآخرين إنّما هو نفس حكمه وقضاؤه بلا تقييد ذلك بفرض مطابقته للواقع ، وهو معنى ما ذكرناه سابقاً من أنّ علم القاضي بالواقع ومستنده عليه بلحاظ هذا الحكم - أعني النفوذ والحجّية القضائية في حقّ الآخرين - يكون موضوعيّاً لا طريقيّاً .

وعلى هذا الأساس يتّضح أنّ من يستدلّ بالعمومات على جواز القضاء بالعلم يدّعي دلالتها على كون الحقّ الواقع موضوعاً لجواز القضاء أي الحكم الأول ، فيكون علم القاضي طريقيّاً إليه ، فيجوز له أن يحكم بما يراه الواقع ، وأمّا الحكم الثاني وهو الحجّية القضائية والنفوذ على الآخرين وعدم جواز نقضه ولا سماع الدعوى والبيّنة على خلافه فهو حكم آخر يترتب على ذلك ويثبت على نفس حكم الحاكم بعلمه - لا الواقع - بدليل آخر : أمّا هو الدلالة الالتزامية لنفس العمومات المذكورة الآمرة بالحكم بالحقّ ، حيث إنّ الأمر بذلك لا محالة يكون لغرض نفوذه على المتخاصمين وإلاّ كان لغواً ، أو بالأدلة الأخرى الدالة على حرمة ردّ حكم القاضي الشرعي المنسوب من قبلهم عليه السلام ، من قبيل صحيح أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة وغيرهما .

وهكذا يتضح : وقوع خلط في كلام هذا المحقق بين ما هو موضوع جواز القضاء بالعلم وبين موضوع حجّية حكمه ونفوذه على الآخرين ، وأنّ الثاني حكم آخر يستحيل أن يكون موضوعه الواقع ، بل نفس حكم الحاكم ودليله يرتبه على حكم الحاكم بعلمه إذا كان جائزاً له بمقتضى إطلاقه ، لا على الواقع .

وثانياً : لو فرضنا أنّ موضوع نفوذ الحكم هو الواقع - كما يفترضه - فكما لا تتمّ ميزانية العلم للقضاء بالنحو المطلوب لا تتمّ ميزانية البيّنة واليمين أيضاً ، فلا وجه للتفصيل الذي ذكره أيضاً .

والوجه في ذلك أنّ حجّية البيّنة وكذلك سائر الموازين والحجج مقيدة بصورة عدم العلم بكذب البيّنة ولو لم يعلم بمخالفتها للواقع ، فمن علم بأنّ البيّنة كاذبة في شهادتها وأنها لا علم لها أو أنّ اليمين كذلك فلا حجّية لهما في حقّه ، بل لو قامت بيّنة أخرى على الخلاف أيضاً سقطت حجّية البيّنة التي استند إليها القاضي بالمعارضة في إثبات الواقع المترافع فيه ؛ لأنّ الحجّية مقيدة بعدم المعارض ، فلا يحرز كون حكم القاضي المستند إليه حكماً بالحقّ والواقع لكي يكون نافذاً ، حتى لا تسمع الدعوى على الخلاف ، وكذلك لو كان مستند القاضي اليمين ثمّ قامت بيّنة على الخلاف عند القاضي الآخر فإنّها لحكومتها وتقدّمها على اليمين أيضاً يوجب سقوط حجّية اليمين وميزانيته في حقّ القاضي الثاني ، فيخرج حكم القاضي الأوّل عن كونه حكماً بالحقّ ، فيجوز للثاني نقضه وكذلك إذا ثبت عدم عدالة الشهود أو غير ذلك ممّا يوجب عدم حجّية مستند القاضي الأوّل عند الثاني .

وهكذا يتضح : أنّ التفصيل الذي ذكره لا أساس له حتى على المبنى الباطل الذي افترضه ، والله الهادي للصواب .

الوجه الثامن : التمسك بمرفوعة البرقي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « القضاء أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة : رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحقّ وهو لا يعلم فهو

في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة»^(١).

وتقريب الاستدلال بها: أن ظاهر الحق في القضاء بالحق هو الواقع المترافع فيه والحق في ذاته، لا الحق بحسب مقاييس القضاء، خصوصاً مع قوله: «قضى بالحق وهو لا يعلم» غاية الأمر من أجل أن لا تكون الحرمة في هذه الصورة من باب التجري بل من باب المعصية - كما هو ظاهر الحديث - يظهر من ذلك أن موضوع جواز القضاء هو الحق والواقع بشرط العلم والإحراز وأن كلاً منهما جزء الموضوع فيه، فلا وجه لتأويله وحمل الحق فيه على إرادة الحق بحسب مقاييس القضاء أو دعوى إجمال الحديث كما عن المحقق العراقي رحمته الله. فيدل الحديث على كفاية العلم وإحراز الواقع في جواز القضاء، بل لعل المتيقن من قوله: «قضى بالحق وهو يعلم»، صورة العلم بالواقع، فالرواية كالصريحة في جواز القضاء بالعلم.

ونلاحظ على هذا الاستدلال:

أولاً: الإشكال في سندها، فإنها مرفوعة حيث نقلها الكليني رحمته الله في الكافي^(٢) عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد، عن أبيه، رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام. ونقلها المفيد في المقنعة^(٣) مرسلأ عن الصادق عليه السلام، وكذلك نقلها الصدوق في الفقيه^(٤) ونقلها في الخصال^(٥) عن محمد بن موسى المتوكل عن السعدآبادي عن أحمد بن أبي عبد الله، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام.

(١) الوسائل ١٨ : ١١ ، ب ٤ من صفات القاضي ، ح ٦ .

(٢) فروع الكافي ٧ : ٤٠٧ ، كتاب القضاء والأحكام ، باب أصناف القضاة ، ح ١ .

(٣) المقنعة : ٧٢٢ ، ط - جماعة المدرسين .

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٣ ، ب ٢ من أبواب القضايا والأحكام ، ح ١ .

(٥) الخصال : ٢٤٧ ، ط - جماعة المدرسين .

فإذا قلنا مراسيل الصدوق أو مراسيل ابن أبي عمير ، أو قلنا بإمكان نقل ابن أبي عمير عن الصادق عليه السلام - كما ورد في بعض الروايات وإن لم تكن كثيرة - أو قلنا بأن نقله عنه بواسطة محكوم بأصالة الحسنية بحيث يكون من النقل الحسني لقرب الزمان بينهما لاحتمال التواتر والاستفاضة في حقه ، فيكون مشمولاً لدليل الحجية ، كان السند معتبراً ، وإلا فلا .

وثانياً: الإشكال في الدلالة ، فإن المراد بالحق في هذا الحديث أيضاً هو الحق بحسب الشبهة الحكمية لا الموضوع المترافع فيه ، فيكون المراد من العلم فيه العلم بالأحكام الشرعية ، ويكون وزانها وزان ما دلّ على حرمة الإفتاء والقضاء بلا علم بالأحكام الشرعية عن طرقها المعتبرة ، ولعلّ هذا هو مقصود المحقق العراقي عليه السلام من مقاييس القضاء .

والشاهد على هذا الاستظهار - مضافاً إلى ما تقدّم من ظهور عنوان الحكم أو القضاء بالحق في كون الحكم بنفسه حقاً لا من ناحية تحقق موضوعه خارجاً وعدمه ، ومضافاً إلى أنّ سياق الحديث يناسب الحث على التعلم ولزومه ، ومن الواضح أنّه واجب بلحاظ الأحكام الشرعية لا الموضوعات ؛ فإنّ الجهل بها وخطأها لا يكون موجباً للنار - أنّ صريح الرواية الحصر وأنّ غير من قضى بالحق وهو يعلم يكون في النار ، ومن الواضح أنّ هذا لا يصحّ لو كان النظر إلى الحق من ناحية الموضوع ، إذ قد يخطئ القاضي الحق من ناحية موضوعه ، كما إذا أخطأ في علمه أو أخطأت البيّنة أو كان اليمين على خلاف الواقع ، مع أنّ عدم كونه في النار في أمثال ذلك التي تكثّر في موارد القضاء - حيث إنّ موارد علم القاضي بالموضوع الواقعي قليل وليس غالبياً - أمر واضح لا يمكن أن يكون هو مقصود الحديث ، فلا بدّ وأن يكون النظر فيها إلى الحق من حيث الشبهة الحكمية ، أي الحكم الكلّي الذي لا بدّ وأن يتعلّمه القاضي عن طريقه الشرعية قبل التصدي للقضاء .

وهذا هو المناسب مع التعبير بالعلم ، حيث إنّ القاضي في الشبهات الحكمية لا بدّ

وأن يتعلم الأحكام ، بخلاف الشبهة الموضوعية ، فإنه لا يجب عليه فيه ذلك ، بل يكتفي بالموازن الظاهرية من البيّنة والأيمان ، وحمل العلم في الحديث على الأعم من العلم الوجداني والحجة الشرعية كالبيّنة واليمين خلاف الظاهر جداً .

ومما يؤكد هذا الفهم أيضاً أنّ الرواية لها ذيل حيث ورد فيه : وقال ﷺ : « الحكم حكمان حكم الله وحكم الجاهلية ، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهلية » وقد نُقِلَ مع الصدر في كلّ من نقل الكافي والفقير والتهذيب والخصال ، وهو وإن كان يحتمل فيه أن يكون من الجمع في الرواية لا الرواية الواحدة إلا أن نفس جمع الراوي لهما معاً يؤكد أنّ المنظور فيهما واحد ، ومن الواضح أنّ المراد ممّن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهلية لا يمكن أن يكون ناظراً إلا إلى الشبهة الحكمية والأحكام الكلّية التي كان يخطأ فيها الحكم والقضاء المنحرفون عن أهل بيت العصمة والطهارة ﷺ . فهذا الحديث وأمثاله ناظر إلى ذلك وأجنبي عن مسألتنا .

الوجه التاسع : دعوى الملازمة العرفية بين جواز القضاء بالعلم بالحكم الكلّي وجوازه بالعلم بالموضوع ، بمعنى أنّه لا إشكال في جواز حكم القاضي مستنداً إلى علمه بالحكم في الشبهة الحكمية ، فإذا كان علمه حجة في ذلك كان حجة في الموضوع ، فيجوز حكمه مستنداً إلى علمه به أيضاً .

وكذلك قد يدعى الملازمة بين حجّة علم القاضي بالبيّنة واليمين ، حيث إنه لا بدّ وأن يحزره بعلمه فيحكم على أساسهما ، فإذا كان علمه الشخصي بقيام البيّنة أو بيمين المنكر حجة كان علمه بالواقع المترافع فيه أيضاً حجة يجوز له القضاء على أساسه .

وفيه : منع هذه الملازمة ، أمّا التعدي من علم القاضي بالحكم الكلّي في الشبهة الحكمية إلى الموضوع المترافع فيه فواضح الضعف ؛ لأنّ الترافع والنزاع إنّما هو بلحاظ الموضوع الخارجي المترافع فيه ، فلعلّ الشارع أراد أن يكون مستند حسم النزاع بينهما مستنداً واضحاً مشهوداً محسوساً لهما ولكلّ أحد ، فجعل البيّنة واليمين

حجة لا مثل علم القاضي الشخصي ، وهذا بخلاف باب الأحكام والشبهة الحكمية التي لا نزاع فيها بين المترافعين إلا من حيث الموضوع ، كيف وباب الأحكام يكفي فيه خبر الثقة الواحد أيضاً ، فهل يقال بكفايته في حسم المرافعة أيضاً ؟ ! فالقياس مع الفارق .

وأما التعدي من علم القاضي بالبيّنة واليمين إلى علمه بالواقع المترافع فيه فأيضاً في غير محله ؛ لما ذكرناه من احتمال خصوصيته في حسم النزاع على أساس البيّنات والأيمان ، والتي تكون من المستندات الحسية والقابلة للإثبات والمشاهدة للمترافعين بخلاف مثل العلم الشخصي للقاضي ، على أن كفاية علم القاضي بالبيّنة واليمين لا بدّ من الانتهاء إليه على كلّ حال ، فلعلّ الشارع اكتفى بهذا المقدار حيث لم يكن بدّ منه ، وهو لا يقتضي أكثر من ذلك ، فلعلّه لا بدّ بلحاظ الواقع المترافع فيه من البيّنة والأيمان .

الوجه العاشر : التمسك بالروايات الخاصة ، وهي عديدة :

منها : ما رواه الكليني رحمته الله عن عليّ بن محمّد ، عن محمّد بن أحمد المحمودي ، عن أبيه ، عن يونس ، عن الحسين بن خالد ، عن أبي عبد الله رحمته الله قال : سمعته يقول : « الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ ، ولا يحتاج إلى بيّنة مع نظره ؛ لأنّه أمين الله في خلقه ، وإذا نظر إلى رجل يسرق أن يزبره وينهاه ويمضي ويدعه » ، قلت : وكيف ذلك ؟ قال : « لأنّ الحقّ إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته ، وإذا كان للناس فهو للناس » ^(١) .

ويقع البحث عن سندها تارة ودلالاتها أخرى .

والرواية قابلة للقبول من حيث السند ، انظر الملحق رقم [١] .

وأما الدلالة : فقد يستدلّ بها على جواز القضاء بالعلم أمّا مطلقاً أو في خصوص

(١) الوسائل ١٨ : ٣٤٤ ، ب ٣٢ من مقدّمات الحدود ، ح ٣ .

حقوق الله على الأقل ؛ لما ورد في صدر الحديث من أنّ الإمام يقيم الحدّ مع علمه ولا يحتاج إلى بيّنة مع نظره ، فإن لم نحتمل الفرق بين حقوق الله وحقوق الناس بأن يكون القضاء بالعلم في الأوّل جائزاً دون الثاني ثبت جوازه في القسمين لا محالة ، أي في الأوّل بالمطابقة وفي الثاني بالملازمة أو عدم القول بالفصل - كما تقدّم عن السيّد المرتضى رحمته الله - ولا ينافي ذلك ذيل الحديث من أنّ الحقّ إذا كان للناس فهو للناس ؛ إذ المقصود منه لزوم المطالبة في حقوق الناس لا البيّنة ، كما هو واضح . وإن احتملنا الفرق كانت الرواية دليلاً على جواز القضاء بالعلم في خصوص حقوق الله . ونلاحظ على هذا الاستدلال : بأنّ الوارد في الرواية أنّ « الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ » . وهذا التعبير ظاهر في الإمام المعصوم بقرينة ما جاء بعده من التعليل بقوله : « لأنّه أمين الله في خلقه » فإنّ هذا الوصف من مختصّات المعصومين عليهم السلام في السنة رواياتنا ، ولهذا فهم مشهور أصحابنا منه ذلك ، فجعلوا الرواية دليلاً على نفوذ علم الإمام المعصوم .

ولو تنزّلنا عن ذلك وافترضنا إرادة مطلق الإمام والحاكم الشرعي فلا ينبغي الشكّ في أنّ المراد منه ولي الأمر لا كلّ قاضي . كما أنّ الظاهر من قوله : « إذا نظر إلى رجل يزني » أن يشاهد الإمام وقوع المنكر والمخالفة في الخارج ، لا مجرد العلم بصدوره من المتهّم في الخفاء مثلاً ، وعندئذ يكون هذا الحكم من الأحكام المرتبطة بصلاحيات ولي الأمر بالخصوص ومسؤوليّته تجاه المجتمع والحيلولة دون وقوع المنكرات الظاهرة فيه ، وليس مربوطاً بمسألة القضاء وجواز الاستناد فيه إلى العلم .

وإن شئت قلت : إنّها صلاحية إجرائية لولي الأمر وليست قضائية ، ولو تنزّلنا عن ذلك فغاياته جواز القضاء بالعلم الحاصل من الشهود والنظر أي العلم الحسّي لا الحدسي ، فتدبّر جيّداً .

ومنها : ما ورد بشأن قصّة النبي صلى الله عليه وآله في شرائه للناقة من الأعرابي ، وقد

نقلها الصدوق في الفقيه بسندين إلى قضيتين متشابهتين وإن كان بينهما فروق ، وقد علّق عليهما بأن اختلافهما من جهة أنهما في قضيتين كانت إحداهما قبل الأخرى ، وما ذكر سنده منهما ينتهي إلى ابن عباس وأكثر رجال السند فيه مجهولون ومن العامة ، والنقل الآخر ابتداء مرسلًا وقال : « جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فادّعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه ، فقال : قد أوفيتك ، فقال : اجعل بيني وبينك رجلاً يحكم بيننا ، فأقبل رجل من قريش ، فقال رسول الله ﷺ : احكم بيننا ، فقال للأعرابي : ما تدّعي على رسول الله ؟ قال : سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه . فقال : ما تقول يا رسول الله ؟ قال : قد أوفيتها ، فقال للأعرابي : ما تقول ؟ قال : لم يوفني ، فقال لرسول الله : ألك بيّنة على أنك قد أوفيتها ؟ قال : لا ، قال للأعرابي : أتحلف أنك لم تستوف حقك وتأخذه ؟ فقال : نعم . فقال رسول الله ﷺ : لأتحاكمن مع هذا إلى رجل يحكم بيننا بحكم الله عزّ وجلّ ، فأتى رسول الله ﷺ عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه والأعرابي ، فقال عليّ رضي الله عنه : ما لك يا رسول الله ؟ قال : يا أبا الحسن ، احكم بيني وبين هذا الأعرابي . فقال عليّ رضي الله عنه : يا أعرابي ، ما تدّعي على رسول الله ﷺ ؟ قال : سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه ، فقال : ما تقول يا رسول الله ؟ قال : قد أوفيتها ثمنها . فقال : يا أعرابي أصدق رسول الله ﷺ فيما قال ؟ قال : لا ، ما أوفاني شيئاً . فأخرج عليّ رضي الله عنه سيفه فضرب عنقه ، فقال رسول الله ﷺ : لم فعلت يا عليّ ذلك ؟ فقال : يا رسول الله نحن نصدّك على أمر الله ونهيه وعلى أمر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحى الله عزّ وجلّ ولا نصدّك في ثمن ناقة هذا الأعرابي ! وإنّي قتلته لأنّه كذّبك لما قلت له أصدق رسول الله ﷺ فيما قال ، فقال : لا ما أوفاني شيئاً ، فقال رسول الله ﷺ : أصبت يا عليّ ، فلا تعد إلى مثلها ، ثمّ التفت إلى القرشي وكان قد تبعه ، فقال : « هذا حكم الله ، لا ما حكمت به »^(١).

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٦٠ ، ب ٤٦ من أبواب القضايا والأحكام ، ح ١ ، ٢ . الوسائل ١٨ :

٢٠٠ ، ب ١٨ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ١ .

وطريق الصدوق هذا فيه كلام ، انظر الملحق رقم [٢] .

وأما الدلالة : فقد يقال : بدلالتها على جواز القضاء بالعلم ؛ لأن الإمام عليه السلام قد قضى ببراءة ذمة النبي ﷺ من الدراهم استناداً إلى علمه الناشئ من عصمة النبي ﷺ وعدم إمكان تكذيبه ، وهو علم يحصل لكل من يلتفت إلى ذلك ، وأما قتله للأعرابي فلا رتداده وتكذيبه للنبي ﷺ ، وحيث إن النبي ﷺ صرح في ذيل الحديث مخاطباً للقرشي بأن هذا حكم الله لا ما حكمت به ، فيفهم منه أن الحكم ليس من مختصات المعصوم وعلمه ، بل هو حكم الله في حق كل من كان له علم بالواقع يقيناً .

وفيه : أن الرواية كالصريحة صدرت وديلاً في أن مراد النبي ﷺ من قوله للرجل القرشي « هذا حكم الله لا ما حكمت به » ما فعله أمير المؤمنين عليه السلام من الحكم بارتداد الأعرابي وقتله نتيجة تكذيبه للنبي ﷺ ، لا الاستناد وعدم الاستناد إلى العلم ؛ فإن القرشي لم يكن له علم بالواقع وامتنع عن الحكم به أو طلب البيّنة ، وإنما جهل ولم يتفطن إلى ما يستلزمه كلام الأعرابي من تكذيب النبي ﷺ ، فالإشكال عليه أنه لم يتفطن لما ينبغي أن يكون واضحاً لكل مسلم معتقد بالنبي ﷺ حقاً من أن من يكذب النبي ﷺ في أي أمر من الأمور يصبح كافراً ، فالمراد بحكم الله هذه الكبرى ، لا كبرى جواز القضاء بالعلم ، والذي لعل القرشي لو كان عالماً بالواقع لجري على طبق علمه فطرة وبحسب طبعه .

فالحاصل : الرواية بصدد تعبير القرشي أنه لا يتفطن إلى الملازمة التي ذكرها أمير المؤمنين عليه السلام ، خصوصاً إذا فرضنا أن ذاك الرجل القرشي هو أبو بكر كما ذكره المحقق المجلسي الأول رحمه الله وأنه المسموع مشهوراً^(١) ، والغرض إظهار جهالته

بأمر النبوة أو لغير ذلك من الأمور، وليست ناظرة إلى مسألة فقهية فرعية البتة، أي جواز استناد القاضي إلى علمه الشخصي.

نعم، الحديث على تقدير صحته يدل بالملازمة على أن ما أجراه أمير المؤمنين عليه السلام من الحد على الأعرابي المرتد - والمتجاهر بتكذيب النبي صلى الله عليه وآله وجهاً لوجه - استناداً إلى علمه بذلك كان صحيحاً وجائزاً، فيدل بالملازمة على جواز القضاء بالعلم.

إلا أن هذا أيضاً غير تام؛ وذلك:

أولاً: لأن هذا مع اختصاص موردّه بالمعصوم لا دليل على أنه كان من باب القضاء ليدل على جواز قضاء المعصوم بعلمه فضلاً عن غيره، بل لعلمه من باب الولاية والصلاحيّة التنفيذية للإمام على ردع كلّ من يجاهر بموجب الحد، خصوصاً مثل تكذيب النبي صلى الله عليه وآله علناً ومعاندته - كما هو المظنون في مورد الرواية - فلا يمكن أن يستفاد منه حكم في باب القضاء بالعلم، خصوصاً مع ما في ذيله من قوله عليه السلام: «فلا تعد إلى مثلها».

وثانياً: إن العلم الحاصل للقاضي في مورد الرواية ليس شخصياً، بل مستند إلى أصل ديني يّين ولازم لأصل العقيدة، فيكون عدم سماع تلك الدعوى لكونها ساقطة في نفسها من زاوية تلك الديانة عند كلّ معتقد بها، لا بملاك نفوذ علم القاضي الشخصي.

وإن شئت قلت: إن هذه الدعوى لا تقبل في المحكمة أصلاً؛ لكونها غير ممكنة وغير محتملة في شريعتنا وعقيدتنا، وهو شرط آخر لا ربط له بمسألة نفوذ علم القاضي الشخصي. وأما قتله فلأنه ارتكب جريمة الارتداد أمام الحاكم وفي المحاكمة مقراً بذلك ومتجاهراً به، وأين هذا ممّا نحن فيه؟!.

ومنها: ما رواه الكليني رحمته الله بسند معتبر عن عبدالرحمن بن الحجاج قال: دخل

الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين، فقال: «قضى به رسول الله ﷺ وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة»، فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: «وأين وجدتموه خلاف القرآن؟» فقالا: إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ ^(١)، فقال لهما أبو جعفر عليه السلام: «فقلوه: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ هو أن لا تقبلوا شهادة واحد ويميناً. - ثم قال: - إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمرّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحة، فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال له عبد الله ابن قفل: فاجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فاجعل بينه وبينه شريحاً، فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال له شريح: هات على ما تقول بيّنة، فأتاه بالحسن عليه السلام فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا شاهد واحد، ولا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا مملوك، ولا أقضي بشهادة مملوك، قال: فغضب علي عليه السلام وقال: خذوها، فإن هذا قضى بجور ثلاث مرّات. قال: فتحول شريح وقال: لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرّات؟ فقال له: ويلك - أو ويحك - إني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة فقلت: هات على ما تقول بيّنة، وقد قال رسول الله ﷺ: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنة. فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحدة، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد لا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله ﷺ بشهادة واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقلت: هذا مملوك، ولا أقضي بشهادة المملوك وما بأس بشهادة المملوك إذا كان

عدلاً . - ثم قال : - ويلك - أو ويحك - (إن) إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا » ^(١) .

وقد نقله الصدوق أيضاً باسناده إلى محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، واقتصر على قصة علي عليه السلام مع شريح وزاد في آخرها : ثم قال أبو جعفر عليه السلام : « إن أول من رد شهادة المملوك رمع » ^(٢) . وهذا السند أيضاً معتبر ، فالرواية لها طريقان معتبران .

والاستدلال بما ورد في ذيلها من قوله عليه السلام : « ويلك - أو ويحك - إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا » ، فإنه بمثابة إشكال رابع على شريح القاضي بأن إمام المسلمين أمين على أمورهم ، بل هو يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا ، فلا بد من قبول قوله وحصول العلم بصحته والحكم على طبقه بلا حاجة إلى المطالبة بالبيّنة والشهود ، فتدل بالملازمة على جواز القضاء بالعلم .
وفيه :

أولاً : من المظنون أن مقصود الإمام عليه السلام بهذا الذيل نفس ما ورد في الرواية السابقة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فيكون المراد التعريض بشريح وإظهار جهله وجهالته بمقام الإمام عليه السلام وعصمته وضرورة تصديق كلامه ، لأن من يؤمن ويصدق كلامه في أصل الدين والشرائع النازلة من السماء كيف لا يؤمن على ما هو أهون من ذلك ، فيجري فيه ما ذكرناه في التعليق على الرواية السابقة من أن مثل هذه الدعوى ساقطة في نفسها ، ولا ربط لذلك بمسألة نفوذ علم القاضي الشخصي .

(١) الكافي ٧ : ٣٨٥ ، كتاب الشهادات ، ح ٥ ، وانظر : الوسائل ١٨ : ١٩٤ ، ب ١٤ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٦ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٩٥ ، ب ١٤ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ذيل الحديث ٦ .

وثانياً: لو سلمنا وافترضنا أن المنظور إليه في هذا الذيل مطلق الإمام والحاكم على المسلمين لا خصوص المعصوم عليه السلام مع ذلك نقول: إن الاستفادة منه ليس هو الإيراد على شريح القاضي من جهة عدم العمل بعلمه وأنه لماذا لم يحصل له العلم فيقضي به، بل الاستفادة منه حينئذٍ وجود أصل وحجة حاكمية ومقدمة في باب القضاء على كل حجة أخرى، وهو قول إمام المسلمين فيما يرجع إلى أمورهم؛ لأنه أمين عليهم سواء حصل للقاضي علم بذلك أم لا، وهذا أيضاً مطلب أجنبي عن مسألتنا.

ومنها: ما ورد في صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في كتاب علي عليه السلام: أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربه، فقال: يا رب كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم - تحلفهم - به، وقال: هذا لمن لم تقم له بيّنة» ^(١).

وقد نقله الكليني بتفصيل آخر أيضاً بسند معتبر إلى أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في كتاب علي عليه السلام: أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربه القضاء، فقال: كيف أقضي بما لم تر عيني ولم تسمع أذني؟ فقال: اقض بينهم بالبيّنات، وأضفهم إلى اسمي يحلفون به، وقال: إن داود عليه السلام قال: يا رب أرني الحق كما هو عندك حتى أقضي به، فقال: إنك لا تطيق ذلك، فآلح على ربه حتى فعل، فجاءه رجل يستعدي على رجل، فقال: إن هذا أخذ مالي، فأوحى الله إلى داود أن هذا المستعدي قتل أبا هذا وأخذ ماله، فأمر داود عليه السلام بالمستعدي فقتل، وأخذ ماله فدفع إلى المستعدي عليه، قال: فعجب الناس وتحدّثوا حتى بلغ داود عليه السلام، ودخل عليه من ذلك ما كره، فدعا ربه أن يرفع ذلك ففعل، ثم أوحى الله

(١) الوسائل ١٨: ١٦٧، ب ١ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى، ح ٦.

إليه أن احكم بينهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به»^(١) والسند تام لولا الإرسال وإن كان المرسل أبان الذي هو من أصحاب الإجماع .
 وتقريب الاستدلال : أن الرواية وإن كانت تنقل قصّة وقعت في شريعة سابقة وموردها قضاء ذلك النبيّ المعصوم لا محالة ، ولهذا خصّصها بعض الفقهاء بعلم المعصوم فقط ، إلّا أن ظاهرها بيان حكم ثابت في شرعنا أيضاً ومن قبل كلّ قاضٍ ، لا خصوص القاضي المعصوم .

والوجه فيه : مضافاً إلى أن ظاهر كلام المعصومين عليهم السلام عموماً بيان حكم شرعي حتى عندما ينقلون واقعة لا مجرد نقل القصّة - أن التعبير الوارد في صدرها بقوله عليه السلام : « في كتاب عليّ عليه السلام » والذي كان كتاباً للأحكام الشرعية يستند إليه الأئمة كثيراً في مقام بيان الحكم لأغراض ونكات لا مجال لشرحها هنا ، وكذلك ما ورد في ذيلها من التعبير بقوله : « هذا لمن لم تقم له بيّنة » بناءً على أنه من كلام الإمام عليه السلام لا ممّا أوحى الله إلى ذلك النبيّ ، خير شاهد على أن الإمام عليه السلام كان غرضه من نقل هذه القضية تعليم حكم القضاء في شريعة الله عموماً ، فلا يختصّ بالشرعية السابقة ، كما أنه لا يختصّ بقضاء المعصوم ، بل يعمّ كلّ من له صلاحية القضاء شرعاً ، وعلى هذا الأساس يقال بدلالة الحديث على جواز القضاء بالعلم بأحد تقرّيبين :

١ - أن المفهوم من قوله : « كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد » ، أنه فيما رأى وشهد لم يكن عنده إشكال ، وليس ذلك إلّا من جهة أنه كان يحكم عندئذٍ بما رأى وشهد لا محالة ؛ لأنّ هذا هو المرتكز في الأذهان ، فهذه الجملة تدلّ على المفروغية عن جواز الحكم بما كان قد رآه وشهده ، وإنما إشكاله فيما لم ير ولم

(١) الكافي ٧ : ٤١٤ ، كتاب القضاء ، ح ٣ . وانظر : الوسائل ١٨ : ١٩٤ ، ب ١٤ من كيفية الحكم

وأحكام الدعوى ، ح ٢ .

يشهد ، فيدلّ إمضاء ذلك من قبل الله والسكوت عنه على صحّته ونفوذ القضاء بالعلم ، وهذا سنخ دلالة مفهومية سكوتية .

٢ - أن يقال بظهور هذا الحديث ابتداءً في تفصيل موارد القضاء إلى ثلاثة أقسام : مورد علم القاضي ورؤيته للواقع ، ومورد قيام البيّنة على الواقع ، ومورد الشكّ وعدم العلم والبيّنة ، وإنّ هذه الموارد مراتب طولية لانكشاف الواقع والوصول إليه ، وأنّ موضوع حجّة البيّنة والأيمان ما إذا لم يكن علم للقاضي ، وهذا الترتيب والتسلسل يدلّ على أنّ حجّة البيّنة واليمين للقاضي إنّما هو باعتبار طريقتيهما إلى الواقع وإثباته بهما ، فإذا كان منكشفاً بالعلم جاز الحكم به لا محالة .
ويلاحظ على هذا الاستدلال :

أولاً : إنّ قول النبي ﷺ : « كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد » وإن كان يدلّ على أنّ الإشكال كان عنده فيما لم ير ولم يشهد ، إلّا أنّ هذا لا يدلّ على جواز القضاء بالعلم ؛ لأنّ الظاهر أنّ المحذور الذي كان في نظره إنّما هو محذور الحكم بما يكون على خلاف الواقع ، والذي يكون القاضي في معرضه في موارد عدم العلم والاطّلاع ، فيكون الإتيان بقيد (فيما لم ير ولم يشهد أو لم يسمع) إنّما هو بهذا الاعتبار ؛ ولهذا جاء الجواب عاماً وبياناً لكبرى كيفيّة القضاء ، ومفهومه عندئذٍ أنّه في مورد العلم بالواقع لا محذور من هذه الناحية ، وهذا لا يلزم حجّيته القضائية ، فلا يعلم أنّ النظر إليها ، وقد تقدّم أنّ الحجّة القضائية يكون العلم مأخوذاً فيه على نحو الموضوعيّة لا الطريقيّة المحضة إلى الواقع .

فالحاصل : أنّ ظاهر هذا الحديث أو المحتمل من ظهوره أنّ ذلك النبي كان بصدد تحصيل العلم بالواقعيات كما هي ، ولهذا شكّا إلى ربّه أنّه كيف يقضي فيما لم ير ولم يشهد ، فهو ناظر إلى الواقعيات ويطلب إليها طريقاً ، لا إلى باب الحجّة القضائية في موارد الشكّ . وما ورد في جوابه من الوحي بيان كيفيّة القضاء عموماً ، فإذا لم يذكر فيه إلّا البيّنة والأيمان كان أدلّ على عدم نفوذ علم القاضي الشخصي ،

على ما سيأتي تقريبه . فلا يمكن أن يستفاد من السكوت حجّة علم القاضي الشخصي في القضاء وفصل الخصومة .

ومنه يظهر الإشكال على التقريب الثاني ، فإنّه مضافاً إلى ما عرفت - من أنّ ذكر عدم الرؤية والشهادة في سؤال النبيّ لذلك لا لجعل صورة علم القاضي قسيماً للبيّنة والأيمان في الحجّة القضائية - ما ورد في الجواب من التعميم ، حيث ورد في صدره « احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلّهم به » وهذا الصدر ليس مخصوصاً بموارد عدم العلم ولا موارد اليمين ، بل يعمّ تمام الصور والأقسام ، فهذا قرينة على عدم إرادة التصنيف والتقسيم للحجّة القضائية ، بل يكون ظاهر الحديث أنّه بصدد بيان كيفية القضاء عموماً ، وأنّه من حيث الحكم لا بدّ وأن يكون بحكم الله وما أنزله في كتابه ، ومن حيث الموضوع وطرق إثباته يكون بالبيّنات والأيمان ، فيكون على وزان قوله ﷺ : « إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان »^(١) .

وثانياً : لو سلّمنا الدلالة ، فغايتها حجّة علم القاضي الشخصي في حقوق الناس لا مطلقاً ؛ وذلك بقرينة ما ورد فيه من ذكر اليمين والتحليف ممّا هو مخصوص بحقوق الناس ، ودعوى عدم احتمال الفرق أو إلغاء الخصوصية ممنوع بعد ما عرفت من القول بالفصل واحتماله عرفاً . كما أنّه مخصوص بما إذا كان علم القاضي حسياً حاصلّاً من مثل السماع والمشاهدة والنظر ؛ لأنّه الوارد في السؤال . ودعوى حمل ذلك عرفاً على مطلق العلم بالواقع ، وأنّ ذكر النظر والمشاهدة من باب كونهما من طرق حصول العلم عادة ، فيتعدّى إلى كلّ ما يوجب العلم . ممنوعة في مثل باب القضاء الذي يتحرّج فيه من إعطاء الحكم ويطلب فيه الثبّت والتأكّد ، ومن هنا لم يكن إشكال في عدم إمكان التعدّي إلى العلم الحاصل من العلوم الغريبة .

(١) الوسائل ١٨ : ١٦٩ ، ب ٢ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ١ .

ومنها: الروايات التي تنقل بعض أقضية أمير المؤمنين عليه السلام ، والتي قد يستظهر منها اعتماده فيها على علمه في مقام القضاء ، من قبيل رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى عمر بامرأة قد تزوجها شيخ ، فلما أن واقعها مات على بطنها ، فجاءت بولد فادّعى بنوه أنها فجرت ، وتشاهدوا عليها ، فأمر بها عمر أن ترحم ، فمرّ بها علي عليه السلام فقالت: يا ابن عمّ رسول الله ﷺ إن لي حجة ، قال: هاتي حجتك ، فدفعت إليه كتاباً فقرأه ، فقال: هذه المرأة تعلمكم بيوم تزوجها ويوم واقعها وكيف كان جماعه لها ، ردّوا المرأة ، فلما كان من الغد دعا بصبيان أتراب ودعا بالصبي معهم ، فقال لهم: العبوا حتى إذا ألهاهم اللعب قال لهم: اجلسوا ، حتى إذا تمكّنوا صاح بهم ، فقام الصبيان وقام الغلام فاتكى على راحتيه ، فدعا به علي عليه السلام وورثه من أبيه ، وجلد اخوته المفترين حدّاً حدّاً ، فقال عمر: كيف صنعت ؟ فقال: عرفت ضعف الشيخ في تكأة الغلام على راحتيه» ^(١).

ومن أجل تقييم السند يراجع الملحق رقم [٣].

ومن هذا القبيل أيضاً ما جاء في معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: «كان لرجل على عهد علي عليه السلام جارتان فولدت إحداهما ابناً والأخرى بنتاً ، فعمدت صاحبة البنت فوضعت بنتها في المهد الذي فيه الابن وأخذت ابنها ، فقالت صاحبة البنت: الابن ابني ، وقالت صاحبة الابن: الابن ابني ، فتحاكما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأمر أن يوزن ليهما ، وقال: أيتهما كانت أثقل لبناً فالابن لها» ^(٢).

فقد يستدلّ بمثل هذه الروايات على كفاية علم القاضي بالواقع في القضاء بلا حاجة إلى بيّنة ، بل يكون مقدّماً عليها وموجباً لسقوطها عن الحجّة وترتيب آثار الكذب والفرية على المشهور ، كما صنع الإمام عليه السلام في الرواية الأولى ، ولا يصحّ

(١) الوسائل ١٨: ٢٠٧ ، ب ٢١ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٣.

(٢) المصدر السابق: ٢١٠ ، ب ٢١ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٦.

ذلك إلا بناءً على حجّية علم القاضي في القضاء .

إلا أن الصحيح: أن هذه الروايات أيضاً أجنبية عن محل البحث؛ لأنها تدلّ على أن الإمام عليه السلام قد استطاع بحذاقته وعلمه وحكمته أن يقوم بما يكشف واقع الحال الذي كان ملتبساً على الآخرين حتى مثل الخليفة وفي المحكمة، فيصبح الواقع بيتاً وزيف المدّعي وكذبه ظاهراً عند الجميع، وأين هذا ممّا نحن بصددده وهو حجّية علم القاضي الشخصي بمجرد دعواه على المتهمّ أنّه عالم بصدور الجرم منه؟! وإن شئت قلت: إنّ هذه الروايات على تقدير صدورها تدلّ على حجّية ما يظهر في المحكمة بالقرائن القطعية البينة والواضحة للجميع على كذب أو صدق أحد الطرفين المتنازعين، وهذا لا إشكال فيه عندنا، فإنّه من قبيل العلم بقيام الشهود أو عدالتهم أو صدور اليمين أو النكول إلى غير ذلك ممّا يرجع إلى العلم الحسي الحاصل في المحكمة، ولا شكّ في حجّيته ولزوم الانتهاء إليه لا محالة، فتدبر جيّداً.

هذه عمدة الأدلّة التي يمكن أن يستدلّ بها على نفوذ علم القاضي الشخصي، وقد عرفت عدم تماميّة شيء منها لإثبات ذلك، وأنّ الحقّ مع صاحب الجواهر رحمته الله حيث ادّعى أنّه لا تتحصّل - لولا الإجماع - دلالة على نفوذ علم القاضي، وأنّ أقصى ما يمكن تحصيله من غير الإجماع عدم جواز الحكم بخلاف العلم ^(١).

ونضيف على ذلك - بأنّه حيث تقدّم عدم ثبوت إجماع تعبّدي في المسألة، خصوصاً في حقوق الله كما تقدّم - أنّ مقتضى الأصل العملي عدم الحجّية وعدم نفوذ حكم القاضي عند الشكّ في حجّيته، فيثبت لا محالة أنّه لا يجوز للقاضي أن يستند في فصل النزاع إلى علمه الشخصي إلا إذا استطاع أن يحوّل علمه الشخصي في المحكمة إلى ما يكون قرينة قطعية حسيّة واضحة لإثبات الجرم على المتهمّ أو

انتزاع اعتراف وإقرار منه بذلك ، فيكون الاستناد إليهما لا إلى مجرد دعوى العلم على المتهم ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون علمه المدعى حاصلًا له بالحس والمشاهدة أو بغيره من موجبات العلم ؛ فإن العلم الحسي أو القريب منه وإن كان أثبت وأكد في الحجية القضائية من العلم الحدسي إلا أن من المحتمل أن تكون نكته الحجية القضائية الحسية ، بمعنى قابلية الإثبات للآخرين في المحكمة ودفع التهمة عن القاضي لا حسية العلم في نفسه للعالم ، وهذا لا يكون في مجرد دعوى العلم الحسي والمشاهدة من قبل القاضي ، كما لا يخفى .

نعم ، مع حصول العلم الشخصي للقاضي تسقط حجية البيّنة واليمين ؛ إذ يكونا كذابين بحسب نظره ، فلا يمكن أن يكون حجة ؛ لأنّ طريقتهما ملحوظة أيضاً في حجيتهما القضائية في الجملة ، فلا يمكنه الحكم على طبقهما ، كما ذكره الجواهر ، وقد تقدّم في صدر المسألة الإشارة إلى ذلك أيضاً .

أدلة عدم حجية علم القاضي الشخصي :

ثمّ إنّّه قد يستدلّ على عدم نفوذ علم القاضي الشخصي بوجوه أخرى :

الوجه الأول : ما قد يظهر من كلمات ابن الجنيّد من أنّ رسول الله ﷺ كان يكتفي في ترتيب آثار الإسلام بالظاهر ، ولم يكن يجري وفق علمه بحقائق الناس ، وكذلك الحال في المرافعات ، وإنّما كان يقضي وفق البيّنات والأيمان ، وهذا يدلّ على عدم حجية علم القاضي الشخصي في القضاء .

وهذا الوجه واضح الضعف . وقد أجيب عليه في كلمات السيّد المرتضى رحمه الله ومن تأخّر عنه باحتمال الفرق بين باب القضاء وباب ترتيب آثار الإسلام من الطهارة ومصونيّة الدم والمال ونحو ذلك ، فيكتفى بالظاهر في الثاني ، بخلاف الأوّل الذي يطلب فيه الوصول إلى الحقّ والواقع .

على أنّ احتمال كون موضوع تلك الآثار هو إظهار الإسلام - ولو كان في علم الله والرسول كاذباً - متّجه . نعم الثابت أنّ النبي ﷺ وغيره من المعصومين عليهم السلام لم

يكونوا يحكمون في المرافعات وفق علمهم الغيبي بالواقع ، إلا أن هذا لعله كان من جهة عدم علمهم الفعلي بجميع الجزئيات في أفعال المكلفين ، وإن كانوا قادرين على العلم بها إن شاؤوا ، أو من جهة أن العلم الغيبي أساساً ليس حجة قضائية وإن كان فعلياً لدى المعصوم ، نظير العلم الحاصل من العلوم والأسباب غير العرفية الغريبة كالرمل والجفر والتنجيم .

الوجه الثاني : ما قد يستفاد من بعض الروايات الخاصة من حصر طريق الإثبات القضائي بالبيّنة واليمين ، وعمدته ما يلي :

١ - صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان ، وبعضكم ألحن بحجّته من بعض ، فأئماً رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فأئماً قطعت له به قطعة من النار » ^(١) . فيقال بدلالته بمقتضى مفهوم الحصر على نفي الحجّية القضائية لعلم القاضي الشخصي . وقد يناقش في الاستدلال المذكور بأحد وجوه :

الأول : النقص بالإقرار أو شهادة شاهد واحد ويمين المدّعي ؛ فإنّهما لم يذكرّا في الحديث مع أنّه لا إشكال في جواز الاستناد إليهما في القضاء ، فما هو الجواب عنهما يكون بعينه الجواب عن سندية العلم .

وفيه : مضافاً إلى إمكان دعوى شمول عنوان القضاء بالبيّنات والأيمان لهما أيضاً ، أمّا الشاهد الواحد واليمين فواضح ، وأمّا الإقرار فلأنّه نحو شهادة من قبل المتّهم على نفسه ، وقد عبّر عن الإقرار بالشهادة في بعض الروايات كرواية المدايني عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال : « لا أقبل شهادة فاسق إلا على نفسه » ^(٢) وكذلك في رواية صالح بن ميثم عن أبيه عن الإمام عليه السلام عن الإقرار بالشهادة ، راجع

(١) الوسائل ١٨ : ١٦٩ ، ب ٢ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٢٧٥ ، ب ٣٠ من الشهادات ، ح ٤ .

الرواية المفصلة^(١). والمراد من البيّنة الشهادة المعتبرة أنّ الدلالة على الحصر لا تنافي ثبوت خلافه في بعض الموارد؛ فإنّه لو دلّ عليه دليل يكون مقيداً لإطلاق مفهوم الحصر بمقداره لا أكثر، فإذا لم يقدّم دليل على جواز الاستناد إلى علم القاضي الشخصي قضائياً كان إطلاق مفهوم الحصر حجةً لنفيه لا محالة.

الثاني: إنّ الحصر الوارد في هذا الحديث إضافي، أي بالإضافة إلى القضاء بالواقع اعتماداً على العلم الإلهي الغيبي الذي ورد في بعض الروايات أنّه سيقضي به القائم (عج) بلا سؤال بيّنة ويمين.

وفيه: أنّ هذا خلاف إطلاق الحصر، فيكون بحاجة إلى قرينة، ولم يرد في الحديث ما يدلّ على أنّ النبي ﷺ بصدد نفي اعتماده على خصوص العلم الغيبي، وإن كان مقتضى إطلاق الحصر ذلك أيضاً. بل لو كان النظر إلى المقابلة مع القضاء بالعلم بالواقع فيكون المناسب المقابلة مع مطلق العلم لا خصوص ذاك العلم، على أنّه لو كان المقصود نفي القضاء بالعلم الغيبي مع فعليّته عند المعصوم فهو يدلّ بالأولوية على عدم حجّية العلم العادي للقاضي، كما هو واضح.

الثالث: إنّ هذا الإطلاق معارض بما دلّ على نفوذ علم القاضي وجواز استناده إليه من الآيات والروايات المتقدمة.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم في التعليق عليها من عدم تمامية دلالة شيء منها - أنّ إطلاق هذا الحديث مقدّم على ما دلّ من الآيات والروايات المتقدمة بالإطلاق؛ لكونها ناظرة إليها. نعم لو تمّ دليل على جواز القضاء بالعلم الشخصي للقاضي بالخصوص كان مقيداً لمفهوم الحصر، إلّا أنّه لم يتمّ شيء من ذلك.

الرابع: إنكار أصل الدلالة، بتقريب: أنّ الحصر المذكور ليس لطرق الإثبات القضائي كي يستفاد منه نفي حجّية غير البيّنة واليمين، بل لما هو مفاد طريق

(١) الوسائل ١٨: ٣٧٨، ب ١٦ من حدّ الزنا، ح ١.

الإثبات من البيّنات والأيمان ، وأنّ النبيّ إنّما يقضي بظواهر البيّنات والأيمان لا بالواقع الذي لا يمكن أن يتخلّف عنه علم النبيّ ﷺ ، فلا يدلّ إلاّ على مجرد اعتماد النبيّ ﷺ على البيّنة واليمين لا حصر الحجّة بهما .

فالحاصل : فرق بين أن يقال : إنّما أقضي بالبيّنة واليمين في قبال سائر الطرق فيدلّ على حصر الحجّة فيهما لا محالة ، وبين أن يقال : إنّما أقضي بالبيّنة واليمين في قبال الواقع وأنّه قد يتخلّف فيكون حراماً على من قطعت له ، فيدلّ على حصر مفاد الطريق والحكم في الحكم الظاهري لا الواقعي ، فلا يتغيّر الواقع بذلك ، فيكون حراماً على من قطع له شيء من أخيه . وحيث إنّ الحديث ورد فيه المقابلة مع الواقع بقرينة قوله ﷺ : « وبعضكم ألحن بحجّته من بعض ، فأتما رجل ... إلخ » فيكون ظاهره المعنى الثاني لا الأوّل .

وقد يشهد على ذلك أيضاً ما ورد في تفسير العسكري عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « كان رسول الله ﷺ يحكم بين الناس بالبيّنات والأيمان في الدعاوى ، فكثرت المطالبات والمظالم ، فقال : أيّها الناس إنّما أنا بشر وأنتم تختصمون ، ولعلّ بعضكم ألحن بحجّته من بعض ، وإنّما أقضي على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له من حقّ أخيه بشيء فلا يأخذ به ، فإنّما أقطع له قطعة من النار » ^(١) . ولا أقلّ من الإجمال المانع عن الاستدلال .

٢ - رواية ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جدّه قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : « (جميع) أحكام المسلمين على ثلاثة : شهادة عادلة ، أو يمين قاطعة ، أو سنّة ماضية من (جارية مع) أئمّة الهدى عليهم السلام » ^(٢) . وهذه الرواية ضعيفة من حيث السند ، انظر الملحق رقم [٤] .

(١) الوسائل ١٨ : ١٦٩ ، ب ٢ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٣ .

(٢) المصدر السابق : ١٦٨ ، ب ١ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٦ .

وأما الدلالة ، فظاهرها - خصوصاً بنقل الخصال - أن جميع أحكام المسلمين ترجع إلى أحد الثلاثة المذكورة ، وليس علم القاضي شيئاً منها ، فيدلّ على عدم حجّيته في القضاء لا محالة .

وقد يناقش في ذلك باحتمال اندراج علم القاضي في العنوان الأوّل أي (شهادة عادلة) باعتبار القاضي عادلاً يشهد بحسب علمه بالواقع .

إلا أن هذا خلاف الظاهر ؛ فإنّ ظاهره قيام الشهادة من العدل عند القاضي في المحكمة ، ولا يصدق على علم القاضي ذلك ، فإنّه لا يكون شهادة عدل عند نفسه ، فيفهم منه التعدّد والاثنيّة وأنّ الشهادة العادلة من غير القاضي نفسه .

وقد يناقش : باحتمال اندراج فرض علم القاضي في العنوان الثالث ، أي يكون مصداقاً للسنة الماضية من أئمة الهدى عليهم السلام .

وفيه : أنّه خلاف الظاهر جدّاً ؛ لأنّ ظاهر الحديث المقابلة بين الأقسام الثلاثة ، فلو كان علم القاضي حجّة وطريقاً للحكم كان ينبغي ذكره مستقلاً لا ضمن الثالث ؛ إذ كونه سنة ماضية إن كان من جهة حجّيته وأنّ حجّيته سنة من أئمة الهدى عليهم السلام فهذا مشترك بين الجميع ، فإنّ حجّية البيّنة واليمين كذلك أيضاً ، وإن كان من جهة أنّ ما يحكم به القاضي بعلمه في المرافعة سنة ماضية من أئمة الهدى عليهم السلام فمن الواضح أنّ القاضي ليس من أئمة الهدى عليهم السلام ، ولا حكمه بالواقع في المرافعة يناسب أن يعتبر عنه بالسنة ؛ فإنّها ظاهرة في الأمر الكلّي للقاعدة الشرعية في باب القضاء ، كقاعدة القرعة أو التنصيف أو درء الحدّ بالشبهة ونحو ذلك ممّا يكون قسماً للبيّنات والأيمان في القضاء ، فتدبر جيّداً .

٣ - ما رواه الكليني ، عن عليّ بن إبراهيم ، عن محمّد بن عيسى ، عن يونس عمّن رواه قال : « استخراج الحقوق بأربعة وجوه : بشهادة رجلين عدلين ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدّعي ، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعي عليه ، فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدّعي فهي

واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه ، فإن أباي أن يحلف فلا شيء له » ^(١) .
وهي من حيث السند مرسله ومضمرة ، وإن كان المرسل مثل يونس .
ومن حيث الدلالة ظاهرة في الحصر أيضاً .

ودعوى انصرافها عن فرض علم القاضي ممنوعة . نعم هي منصرفه عن مورد
ثبوت الحق في المحكمة بالقرائن القطعية الحسية الواضحة لكل أحد كما ذكرنا في
المقام السابق ، فإنها خارجة عن منصرف الروايات عموماً ، لأن الحق فيه مستخرج
وثابت عرفاً في المرافعة . نعم هي مختصة بحقوق الناس ، فالتعدي إلى حقوق الله
يكون من باب عدم القول بالفصل وعدم احتماله فقهيّاً .

٤ - ما تقدم بسند تام عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام ، وبسند آخر عن
أبان عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام من أن نبياً شكاً إلى الله أنه كيف يقضي فيما لم
يز ولم يشهد فجاء الجواب بشكل كلي « احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي
فحلّفهم به ، وقال : هذا لمن لم تقم له بيّنة » ^(٢) أو « احكم بينهم بالبيّنات وأضفهم
إلى اسمي يحلفون به » ^(٣) .

وتقريب الاستدلال به أن المستظهر من التعبير بقوله : « شكاً » أن ذلك النبي كان
يطلب من الله سبحانه أن يعلمه بالواقع حتى يحكم به - كما قد صرح بذلك في رواية
أبان - إلا أن الله سبحانه في قبال ذلك أوحى إلى النبي بأن يحكم بكتابه ، أي بما
أنزله من الأحكام في كتابه من حيث الشبهة الحكمية ، ومن حيث الموضوع يحكم
بالبيّنات والأيمان ، وذلك بتحليفهم باسم الله وإلزامهم بذلك ، فيكون ظاهر مثل هذا
الجواب في قبال ذلك الطلب أن القاعدة العامة في القضاء إنما هو ذلك ، فيكون

(١) الوسائل ١٨ : ١٧٦ ، ب ٧ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ١٦٧ ، ب ١ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ١ ، ٢ .

(٣) المصدر السابق .

مقتضى إطلاقه الحصر؛ إذ لو كان علم القاضي الشخصي حجة أيضاً كان ينبغي ذكره أو استثناءه عن إطلاق الحكم بالبيّنة واليمين، ولعلّ هذا الظهور في رواية أبان أوضح وأجلى.

ودعوى: ثبوت التقييد المذكور بسؤال النبيّ حيث شكّا فيما لم ير ولم يشهد أو يسمع فيكون الجواب أيضاً مخصوصاً بهذا الفرض، وهو فرض عدم علمه. مدفوعة: بمنع الاستظهار المذكور من شكاية النبيّ، فليس المقصود أنّ النبيّ كان يسأل عن حكمه في موارد شكّه وعدم علمه بالخصوص ليحمل الجواب عليه، بل التعبير المذكور في الرواية ظاهر عرفاً في الطلب والاستفهام عن أصل كيفة القضاء، فكأنّه استنكار وشكاية بأنّه كيف يمكن أن يقضي بين الناس مع عدم علمه بالواقعيّات، فيكون المطلوب توضيح أصل الطريقة، لا أنّه كان يسأل عن حكم صورة الشكّ وعدم العلم فحسب. وعليه فظهور الجواب في بيان القاعدة العامة والطريقة الكلّية للقضاء، خصوصاً مع ما في صدر الجواب من الحكم بالكتاب ممّا لا يختصّ بصورة البيّنة أو اليمين أو غيرهما ممّا لا ينبغي أن ينكر، فيدلّ حينئذٍ بإطلاقه على الحصر لا محالة.

٥ - استفادة الحصر من ملاحظة مجموع الروايات الواردة في باب القضاء وكيفية الحكم وأحكام الدعوى وآداب القضاء وأفضية النبيّ والأئمة عليهم السلام؛ فإنّه لم يرد في شيء منها جواز اعتماد القاضي وحسمه للنزاع والمرافعة بدعوى أنّه عالم مثلاً بأنّ الحقّ لهذا أو لذاك، ولم يتعرّض أصلاً إلى ذلك في الروايات البيانية كما ورد التعرّض إلى البيّنة واليمين ومواردهما وحدودهما وأحكامهما، فلو كان علم القاضي بنفسه أيضاً من الطرق والحجج المعتبرة قضائياً كالبيّنة واليمين كان ينبغي التعرّض له وذكره في عرض البيّنات والأيمان ولو في رواية واحدة ضعيفة، كما أنّه كان ينبغي تبين حدوده وموارد تعارضه مع بيّنة المدّعي أو يمين المنكر أو غير ذلك كما ورد ذلك في اليمين والبيّنة.

فالحاصل : أن من يستقرئ السنة الروايات الكثيرة الواردة في الأبواب المرتبطة بمسألتنا يشرف على القطع أو الاطمئنان بأن علم القاضي الشخصي لم يكن من جملة الطرق المتبعة للقضاء واستخراج الحقوق في المرافعات والأقضية ، وأن طريقتي البيّنات والأيمان كانت لخصوصيّة فيهما ، لا لمجرد طريقتيهما المحضة إلى الواقع لكي يتوهم قيام قطع القاضي مقامهما ولو في الارتكاز العرفي ، بل من يلاحظ أدلة اليمين والحلف يجد في بعضها التصريح بموضوعيّة اليمين ، وأنه بعد قبول المدعي بيمين المنكر لا يجوز له أن يأخذ المال ولو أقام خمسين قسامة على خلافه ، بل لا يمكنه التقاص منه لو وقع مال آخر من الحالف بيده ، ممّا يشهد على أن لليمين موضوعيّة في باب القضاء ، وليس بابه باب الطريق المحض ليقال بكون علم القاضي مثلاً أشدّ وأقرب إلى الواقع منه فيقوم مقامه ولو عرفاً وارتكازاً .

نعم ، هذه الدعوى تصحّ في العلم الحسي بالمعنى المتقدم في بعض أقضية أمير المؤمنين عليه السلام ممّا فيه انكشاف للحال ، ويحصل في المحاكمة العلم البديهي للجميع به للقرائن القطعية ؛ فإنه حجة وسند للقاضي جزماً بدليل السيرة العقلانية وبعض الروايات المعتبرة في بعض أقضية أمير المؤمنين عليه السلام . ولا يستفاد من روايات الحصر عدم حجّة مثل هذا الانكشاف ؛ لانصرافها عنه .

وهذا الدليل تارة : يقرّر كدليل لبّي يوجب القطع بعدم سنديّة علم القاضي الشخصي ، وأخرى : يقرّر كدليل لفظي استظهارى بأن يقال : إنّ مجموع الروايات الواردة في كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى حيث إنّها اقتضت على ذكر البيّنات والأيمان فقط فيستفاد من سكوتها واقتصارها جميعاً على ذلك إطلاق مقامي دالّ على الانحصار ، وهو ظهور قائم بمجموع الروايات ، ومستفاد من ملاحظة مجموعها معاً ، وهو حجة أيضاً كالظهور في رواية واحدة .

الوجه الثالث : ما ورد من الروايات في باب الحدود وحقوق الله ، ممّا قد يستظهر منه عدم حجّة علم القاضي الشخصي فيها ، وهي عديدة ، إلّا أنها لو تمت

فلا يمكن أن يتعدى منها إلى حقوق الناس ، لما عرفت من احتمال الفرق ، بل القول به في الفقه .

١ - معتبرة داود بن فرقد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « إن أصحاب رسول الله ﷺ قالوا لسعد بن عباد : أرأيت لو وجدت على بطن امرأتك رجلاً ما كنت صانعاً به ؟ قال : كنت أضربه بالسيف ، قال : فخرج رسول الله ﷺ فقال : ماذا يا سعد ؟ فقال سعد : قالوا : لو وجدت على بطن امرأتك رجلاً ما كنت (تصنع) صانعاً به ؟ فقلت : أضربه بالسيف . فقال : يا سعد ، فكيف بالأربعة الشهود ؟ فقال : يا رسول الله ﷺ بعد رأي عيني وعلم الله أن (أنه) قد فعل ؟ ! قال : أي والله بعد رأي عينك وعلم الله أن (أنه) قد فعل . إن (لأن) الله قد جعل لكل شيء حداً ، وجعل لمن تعدى ذلك الحد حداً » ^(١) .

ونقله البرقي في المحاسن عن داود ، كما أنه نقل نحوهما أيضاً في المحاسن ، عن عمرو بن عثمان ، عن علي بن الحسين بن رباط ، عن أبي مخلد ، عن أبي عبد الله عليه السلام وزاد فيه « وجعل ما دون الأربعة الشهاد مستوراً على المسلمين » . وقد ورد هذا الذيل أيضاً في رواية أخرى رواها الكليني عن عدة من أصحابنا ، عن أحمد بن محمد بن خالد ، عن عمرو بن عثمان ، عن علي بن الحسن بن علي بن رباط ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ لسعد بن عباد : إن الله عز وجل جعل لكل شيء حداً ، وجعل على من تعدى حداً من حدود الله عز وجل حداً ، وجعل ما دون الأربعة الشهاد مستوراً على المسلمين » ^(٢) . والظاهر منها أن هذا الذيل من كلام النبي ﷺ لسعد في تلك القصة في نقل ابن رباط للقصة بطريق البرقي والكليني .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠٩ ، ب ٢ من مقدمات الحدود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

وعلى كل حال فالرواية صدراً وذيلاً معتبرة سنداً، انظر الملحق رقم [٥].
وأما الدلالة: فهي وإن كان موردها علم الزوج لا علم القاضي، ولكنها قد جعلت الأربعة الشهود حدّاً لثبوت الزنى، لا لإجراء الزوج الحدّ على الزاني بزوجه، فيكون مقتضاها أنّ الزنى لا يثبت إلا بذلك سواء في ذلك الزوج أو القاضي، وأنه لا أثر لعلم الزوج ولا لمعاينته ولا لعلم الله أنه قد فعل، ولا لغير ذلك في إثبات الزنى، وإنما حدّ ثبوته الشهود الأربعة.

ومما يشهد على هذا الإطلاق ما ورد في نقل البرقي للرواية عن عليّ بن الحسن بن رباط من التعبير بقوله عليه السلام: « يا سعد فأين الشهداء الذين قال الله ؟ » فإنّ هذا إشارة إلى الآية الكريمة، وهي واردة في إثبات الزنى عند الحاكم.

كما أنّه يشهد على ذلك الذيل الوارد في نقل ابن رباط من أنّ ما دون ذلك قد جعله الله مستوراً على المسلمين.

فالحاصل: الرواية ظاهرة في أنّ حدّ ثبوت الزنى الشهود الأربعة، وأنّ غير ذلك ودون ذلك لا اعتبار به في ثبوت الزنى، وهذا بإطلاقه يشمل علم القاضي، كما إذا حصل له ذلك من ثلاثة شهود مثلاً.

فدعوى: أنّ الرواية تنفي سندية علم الزوج وتجعل الشهود الأربعة حدّاً وفي قبالة لا في قبالة علم القاضي، فلعلّ علم القاضي أيضاً مصداق للحدّ الذي جعله الله لثبوت الزنى. خلاف الظاهر جداً.

هذا، ولكن الانصاف عدم تمامية الدلالة فيها؛ لأنّ في موردها خصوصية مانعة عن عمل القاضي وحكمه بعلمه الشخصي، وهي خصوصية وجوب التستر على الفاحشة وحرمة قذف الغير بها ما لم يتمّ شهود أربعة، وأنّ الشهادة من أقلّ من ذلك يكون قذفاً موجباً للحدّ ولو كان من القاضي أو الإمام - كما في بعض الروايات - وهذه نكتة خاصّة مانعة عن عمل القاضي وحكمه بعلمه في خصوص هذا المورد،

لا الموارد الأخرى التي يطلب فيها إحقاق الحق العام أو الخاص مما ليس فيها قذف موجب للحد.

٢ - ما ورد في باب الزنى من الروايات العديدة بل المتضاربة الدالة على أن حد ثبوت الزنى الشهود الأربعة ، وأنه لا يرمم ولا يجلد رجل ولا امرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود ، من قبيل :

١ - صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « حدّ الرجم أن يشهد أربع أنهم رأوه يدخل ويخرج » ^(١).

٢ - ومعتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يرمم رجل ولا امرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج والإخراج » ^(٢).

٣ - ومعتبرة أبي بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : « لا يرمم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع والإيلاج والإدخال كالميل في المكحلة » ^(٣).

٤ - ومعتبرة محمد بن قيس الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يجلد رجل ولا امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على الإيلاج والإخراج ، وقال : لا أكون أول الشهود الأربعة أخشى الروعة أن ينكل بعضهم فأجلد » ^(٤) ، وغيرها من الروايات بنفس المضمون أو قريب منه .

٥ - وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل قال لامرأته : يا زانية

(١) الوسائل ١٨ : ٣٧١ ، ب ١٢ من حدّ الزنى ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ح ٤ .

(٤) المصدر السابق : ٣٧٣ ، ح ١١ .

أنا زنييت بك، قال: « عليه حدّ واحد لقذفه إيّاها، وأمّا قوله: أنا زنييت بك، فلا حدّ فيه إلّا أن يشهد على نفسه أربع شهادات بالزنى عند الإمام »^(١)، ومثلها مرسلّة الصدوق^(٢).

وقد يناقش: في دلالتها باحتمال أن يكون النظر فيها إلى خصوصيّة لزوم كون الشهادة بالحسّ والمعاينة كالميل في المكحلة، فيكون مفادها عدم كفاية مطلق الشهادة، بل لابدّ وأن تكون الشهادة بنحو المعاينة، فالحصر بلحاظ هذا المعنى لا بلحاظ طريقية علم القاضي.

إلّا أنّ الإنصاف: عدم تماميّة هذا النقاش؛ إذ المستفاد عرفاً من مثل هذا اللسان أنّ الشارع بصدد مزيد التأكيد والاحتياط، وأنّه لا يمكن إقامة هذا الحدّ إلّا مع ثبوت شهود أربعة، وليس أيّ شهود وبأيّ نحو من العلم، بل لابدّ من العلم الحسّي منهم وبالمعاينة، فهذا السياق ظاهر في شرطية كلا القيدين، وأنّه لابدّ من شهود أربعة لا أقلّ، ولا بدّ أن يكون علمهم أيضاً بنحو الحسّ والمعاينة لا غير، ففي هذه الروايات نظر إلى موضوعية الأربعة شهود، خصوصاً ما ورد بعنوان « حدّ الرجم أن يشهد أربعة... » وما ورد في ذيله أنّه « لا أكون أوّل الشهود » كرواية محمّد بن قيس. هذا مضافاً: إلى أنّ بعض الروايات لا يكون النظر فيها إلى الخصوصيّة المذكورة كصحيح محمّد بن مسلم حيث تعرّض لشرطية الشهود فقط، ومثله صحيح فضيل، قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: « من أقرّ على نفسه عند الإمام بحقّ من حدود الله مرّة واحدة حرّاً كان أو عبداً أو حرّة كانت أو أمة فعلى الإمام أن يقيم الحدّ عليه للذي أقرّ به على نفسه كائناً من كان إلّا الزاني المحصن، فإنّه لا يرجمه حتى يشهد عليه أربعة شهداء، فإذا شهدوا ضربه الحدّ مئة جلدة، ثمّ

(١) الوسائل ١٨: ٤٤٦، ب ١٣ من حدّ القذف، ح ١.

(٢) انظر: الفقيه ٤: ٣٧ من أبواب حدّ القذف، ح ١٥.

يرجمه ... الحديث»^(١).

وكون بعض فقراته غير معمول به لا يقدح بموضع الاستدلال منه ، وهو قوله : « لا يرممه حتى يشهد عليه أربعة شهداء ... إلخ » حيث يدلّ على أنّ الرجم في الزنى لابدّ فيه من الشهود الأربعة ، ولا يجوز من دون ذلك حتى بإقراره مهما بلغ وحصل منه العلم . غاية الأمر هذا الحصر بإطلاقه يقيّد بالإقرار أربع مرّات من قبل الزاني بالنحو الوارد في الأدلّة الأخرى - لو لم نقل بأنّ الإقرار أيضاً داخل في الشهادة على النفس - وليس هذا إلاّ من تقييد إطلاق الحصر لا إلغائه ، فيبقى حجّة فيما لم يثبت على خلافه دليل ، كما هو مقرّر في محلّه .

نعم ، يرد على الاستدلال به ما تقدّم في الاستدلال برواية داود بن فرقد .

٣ - الروايات الواردة في الإقرار بالزنى ونحوه وكيفية قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في مورده ، حيث يحصل عادة العلم بتحقيق الجريمة من المقرّ في حالة كونه بالغاً رشيداً ملتفتاً عالماً بالعقوبة ، طالباً التطهير والبراءة من تبعه الذنب وغفران الله سبحانه ، حتى في الإقرار الواحد فضلاً عما إذا أقرّ مرّتين أو ثلاث ، أو كانت هناك قرائن أخرى من الحبل ونحوه ، أو فاصل زمني بين إقرار وإقرار ، ومع كلّ ذلك لم يقدم الإمام عليه السلام على إجراء الحدّ ، بل ظاهر حاله عدم جواز ذلك والامتناع عنه ما لم تكمل إقرارات أربعة من قبل المقرّ . وهذا واضح الدلالة على موضوعية الشهادات الأربع بما يعمّ الإقرار على النفس - كما عبّر الإمام عليه السلام في بعضها عن كلّ إقرار بالشهادة - وعدم سندية علم القاضي في ذلك .

راجع القضايا من مثل :

أ - رواية صالح بن ميثم^(٢) ، وهي معتبرة بطريق آخر للكليني عن خلف بن

(١) الوسائل ١٨ : ٣٤٣ ، ب ٣٢ من مقدّمات الحدود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٣٧٨ ، ب ١٦ من حدّ الزنى ، ذيل الحديث ١ .

حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ، وليس في السند البطائني الذي فيه كلام وطعن . كما أنه رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ، وسنده إليها تام بناءً على شمول ذلك السند لمثل هذه القصة التي هي من القضايا المعروفة للإمام عليه السلام ^(١) .

٢ - ومثلها مرفوعة أحمد بن محمد بن خالد ، وهو مسند وصحيح في طريق علي بن إبراهيم في تفسيره ، عن أبيه ، عن ابن أبي نجران ، عن عاصم بن حميد ، عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٢) ، والسند معتبر ، وطريق صاحب الوسائل إلى تفسير علي بن إبراهيم معتبر كذلك .

٣ - ومثلها أيضاً معتبرة أبي مريم الأنصاري ^(٣) . وكذلك أيضاً معتبرة مالك بن عطية الواردة في حدّ اللواط والإقرار به من قبل الفاعل ^(٤) في قصة معروفة .
إلا أن المناقشة المتقدمة سارية في المقام أيضاً .

٤ - الروايات الدالة على عدم جواز الشهادة بالزنى ، واعتباره قذفاً موجباً للحدّ ما لم يكن شهود أربعة :

أ - ففي معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يجلد رجل ولا امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على الإيلاج والإخراج ، وقال : لا أكون أول الشهود الأربعة أخشى الروعة أن ينكل بعضهم فأجلد » ^(٥) .

٢ - ورواية السكوني عن جعفر عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام في ثلاثة شهدوا على

(١) الوسائل ١٨ : ٣٧٨ ، ب ١٦ من حدّ الزنى ، ذيل الحديث ١ .

(٢) المصدر السابق : ح ٢ .

(٣) المصدر السابق : ح ٥ .

(٤) المصدر السابق : ٤٢٢ ، ب ٥ من حدّ اللواط ، ح ١ .

(٥) المصدر السابق : ٣٧٢ ، ب ١٢ من حدّ الزنى ، ح ١١ .

رجل بالزنى ، فقال عليّ عليه السلام : « أين الرابع ؟ » قالوا : الآن يجيء ، فقال عليّ عليه السلام : « حدّوهم ، فليس في الحدود نظر ساعة » ^(١).

٣ - ورواية عبّاد البصري قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنى ، وقالوا : الآن نأتي بالرابع . قال : « يجلدون حدّ القاذف ثمانين جلدة كلّ رجل منهم » ^(٢).

فهي تدلّ بإطلاقها على حرمة الشهادة والرمي بالزنى حتى من قبل القاضي إلّا إذا كان شهوداً بعة ، وهو أيضاً مقتضى عموم آية حدّ القذف والملاعنة وآيات الإفك - في سورة النور - فراجعها فإنّه يظهر منها موضوعيّة الشهداء الأربعة بوضوح .
إلّا أنّه قد عرفت أنّ هذه خصوصية وحكم خاصّ مانع عن حكم القاضي بعلمه الشخصي في مورد الزنى ونحوه ؛ لما يترتّب من حدّ القذف على شهادة واحد وإن كان علمه مطابقاً للواقع ، فلا يمكن أن يستفاد منه نفي سندية علم القاضي فيما لم يكن فيه هذا المحذور .

٥ - التمسك برواية ابن عبّاس التي روتها العامّة في صحاحهم في حديث الملاعنة ، قال : إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لاعن بين العجلاني وامراته ، قال : وكانت حبلى ، فقال : والله ما قربتها منذ عفرنا - والعفران سقي النخل بعد أن يترك من السقي بعد الابار بشهرين - قال : وكان زوجها خمش الساقين والذراعين أصهب الشعر ، وكان الذي رميت به ابن السحماء . قال : فولدت غلاماً أسود أحلى جعداً أعبل الذراعين ، قال : فقال ابن شدّاد بن الهاد لابن عبّاس : أهي المرأة التي قال النبيّ صلى الله عليه وآله : « لو كنت راجماً بغير بيّنة رجمتها » . قال : « لا تلك امرأة قد أعلنت في الإسلام » أو « كانت تظهر السوء في الإسلام » أو « كانت تظهر في الإسلام السوء »

(١) الوسائل ١٨ : ٣٧٢ ، ب ١٢ من حدّ الزنى ، ح ٨ .

(٢) المصدر السابق : ح ٩ .

أو « كانت تظهر في الإسلام الشرّ » أو « كانت تظهر الشرّ في الإسلام » باختلاف النقل في كتبهم ^(١).

فيقال : إنها تدلّ على نفي سندية علم القاضي في الرجم ، إذ الظاهر من قوله : « تظهر السوء أو الشرّ في الإسلام » أنها كانت تظهر ارتكابها ذلك ، وكانت معلنة في أمرها ممّا يحصل عادة العلم بارتكابها للزنى ، ومع ذلك امتنع النبي ﷺ عن جواز رجمها بغير بيّنة ، كما هو مقتضى مفهوم « لو » الامتناعية .

إلا أنّ الرواية عامية لا اعتبار بسندها . مضافاً إلى المناقشة المتقدمة .

وهكذا يتلخّص : من مجموع ما تقدّم عدم الدليل على جواز استناد القاضي إلى علمه الشخصي ممّا لا يرجع إلى القرائن التي تتّضح للكلّ وتظهر الحقّ في المحكمة للجميع ، فيكون مقتضى الأصل العملي عدم حجّيته القضائية . بل قد يدعى تمامية بعض الأدلّة والروايات على عدم الحجّية ، خصوصاً في باب الحدود والتعزيرات وبالأخصّ في باب الزنى وملحقاته ولو لنكتة خاصّة بها .

وقد وجدت أنّ فخر المحقّقين ﷺ في الايضاح عقد في هذا البحث فصلاً بعنوان (المحكوم به) ، فقسمه إلى أقسام واختلاف آراء الفقهاء فيها ، فقال : « وثالثها : الحدود والتعزيرات التي لا حقّ فيها لآدمي ففيه خلاف والمشهور المنع ؛ لما مرّ » ^(٢) ، وظاهره أنّ المشهور عند فقهاءنا المنع عن الحكم بالعلم فيها ، فما اشتهر بين المتأخّرين من أنّ المشهور بل الإجماع على الجواز مطلقاً ممّا لا أساس له .

(١) مسند أحمد ١ : ٣٣٥ . صحيح مسلم ٩ : ١١٩ ، كتاب اللعان ، ط - دار الكتاب العربي . سنن

النسائي ٦ : ١٧٠ ، ط - دار الكتاب العربي . صحيح البخاري ٧ : ٢٠٣٠ ، كتاب الطلاق ، ط -

التراث النبوي .

(٢) إيضاح الفوائد ٤ : ٣١٤ ، ط - إسماعيليان .

ثبوت حجّية علم القاضي للولي العام :

ثمّ إنّنا إذا اخترنا في المسألة ما نسب إلى المشهور من القول بجواز استناد القاضي إلى علمه مطلقاً مع ذلك قلنا بأنّ الجواز إنّما يثبت لمن ثبتت له الولاية المطلقة على القضاء ، وهو الولي العام ، وأمّا القضاة المنصوبين من قبل الولاية والذين يكتسبون مشروعية منصبهم وقضائهم من خلال إذن ولي الأمر والحاكم الشرعي العامّ ، فالأمر بالنسبة لهؤلاء أسهل ؛ لأنّ صلاحيتهم في القضاء إنّما تكون في حدود ما يأذن لهم الولي العامّ ، فكما يمكن للولي العامّ تقييد ولايتهم على القضاء ببلد دون بلد أو بالمرافعات الجنائية دون الحقوقية أو بالعكس ، كذلك يمكن للولي العامّ أن يقيّد صلاحيتهم وولايتهم على القضاء بخصوص الموارد التي تقوم عندهم الطرق الثابتة شرعاً للقضاء كالبيّنة واليمين دون موارد علمهم الشخصي ، فيكون التحديد وعدم نفوذ قضائهم بعلمهم الشخصي من باب عدم كونهم منصوبين لذلك . وهذا طريق آخر يمكن الاستفادة منه اليوم في الجمهورية الإسلامية لضبط الطريقة ومنهج القضاء في المحاكم الإسلامية حتى على المسلك المشهور بين المتأخّرين من فقهاءنا .

تعارض نظر القاضي مع نظر ولي الأمر :

ثمّ إنّ هذا البحث كلّه في علم القاضي الشخصي بالموضوع المترافع فيه . وأمّا علمه بالحكم الشرعي الذي يريد أن يحكم به أو بالحكم الشرعي المرتبط بمقاييس القضاء في المرافعة - من قبيل : من عليه اليمين ، ومن عليه البيّنة ، وحجّية القرعة ومواردها ، ونحو ذلك - فلا إشكال في حجّية علم القاضي واجتهاده الفقهي فيه .

ويدلّ عليه - مضافاً إلى الإجماع والتسالم والسيرة العملية - :

١ - إطلاق الآيات التي تقدّم الاستدلال بها ، وقلنا إنّها ناظرة إلى الشبهة

الحكمية .

٢ - صريح المعتمدة (١) والمقبولة (٢) الدالتين على أن من عرف وعلم حرامهم وحلالهم قد جعل حاكماً من قبلهم ليحكم بما علم من أحكامهم ، وهذا واضح لا يحتاج إلى بحث وكلام .

وإنما الكلام في أن نظر القاضي واجتهاده في الشبهة الحكمية قد يكون مخالفاً مع نظر الحاكم الإسلامي أو القوانين التي قد يفرض اختيار الحاكم الإسلامي وولي أمر المسلمين لها لتكون هي المقررة في النظام القضائي الإسلامي وما يحكم به في المرافعات . فاتفق أنها كانت على وفق نظره واجتهاده أو على وفق نظر واجتهاد مرجع آخر قد يخالفه اجتهاد القاضي ونظره ، ففي مثل ذلك كيف يحكم القاضي ؟ وهل ينفذ حكمه على خلاف القوانين المقررة للقضاء ؟ وهذه مسألة مهمة يبتلى بها القضاة المنصوبون في دائرة الحكم الإسلامي عادة .

والإشكال المذكور يتضمن ناحيتين :

أولاهما : أنه لو حكم مثل هذا القاضي بمقتضى نظره فهل يكون نافذاً أو لا أو يمكن نقضه من قبل محكمة النقض لكونه على خلاف مقاييس القضاء أو أحكامه المقررة من قبل الدولة الإسلامية ؟

(١) معتبرة أبي خديجة : « اجعلوا بينكم رجلاً ممن قد عرف حلالنا وحرامنا فإنني قد جعلته قاضياً ... » الوسائل ١٨ : ١٠٠ ، ب ١١ من صفات القاضي ، ح ٦ . التهذيب ٣٠٣ : ٦ ، ح ٥٣ .

(٢) مقبولة عمر بن حنظلة ، وقد ورد فيها : « ... انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا فارضوا به حكماً فإنني قد جعلته عليكم حاكماً ، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما بحكم الله استخفّ علينا رده ، والراء علينا الراء على الله ، وهو على حدّ الشرك بالله عز وجل » . الوسائل ١٨ : ٩٩ ، ب ١١ من صفات القاضي ، ح ١ . فروع الكافي ٤١٢ : ٧ ، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور ، ح ٥ .

ثانيتها: أنه هل يجوز له الحكم بما هو على خلاف نظره، وكيف يكون حجة؟
أما الناحية الأولى، فيمكن تخريجها على أساس ما تقدّم من تقييد نصب
القاضي من قبل الحاكم الإسلامي - بناءً على اشتراط النصب الخاصّ مع بسط اليد -
بما إذا لم يحكم على خلاف المقرّرات المعتبرة للحكومة في القضاء، فلا يكون
حكمه عندئذٍ بنظره واجتهاده الشخصي على خلاف تلك المقرّرات حجة قضائية؛
لانتفاء النصب في حقّه عندئذٍ.

وإن شئت قلت: إنّ نصبه مشروط بأن لا يقضي بما يخالف تلك المقرّرات وإلاّ
كان معزولاً في تلك المرافعة.

وأما الإشكال من الناحية الثانية فقد يقال بعدم إمكان حلّه؛ لأنّ قضاء القاضي
على خلاف اجتهاده ونظره أو رأي مقلّده - لو فرض كونه مقلّداً وجاز قضاؤه -
يكون من الحكم بغير ما أنزله الله في حقّه، فيكون حراماً بصريح الآيات
والروايات. وهذه الحرمة موضوعها واقع ما أنزله الله تعالى كما تقدّم فيكون نظره أو
نظر مقلّده طريقاً محضاً إليه، فلا يجوز له الحكم على خلافه شرعاً، أي يكون
حراماً تكليفاً، ولو صدر منه كان فاسقاً، كما لا يصحّ وضعاً؛ لاشتراط أن يكون
الحكم بما هو الواقع الشرعي، كما تقدّم.

ويمكن حلّ هذا الإشكال أيضاً بأحد طريقتين:

الطريق الأول: أن يحكم القاضي بتحقيق ما هو موضوع ذاك القانون المقرّ عند
الحكومة الإسلامية والذي يكون نافذاً وحجة على المترافعين والناس - من باب
الولاية أو لكونهم مقلّدين للوليّ أو لمن يكون فتواه مطابقاً معه - فإنّ هذا الحكم
الظاهري أيضاً يكون ثابتاً ومن حلالهم وحرامهم، فيمكن الحكم به كحكم ظاهري
حجة على الناس أو المترافعين، فلا يلزم أن يكون حكماً بغير ما أنزل إليه؛ لأنّ
اجتهاد مجتهد آخر صحيح حتى عند المجتهد المخالف نظره معه، وحجّيته ثابتة

عند مقلّديه حتى في نظر المجتهد الآخر على ما هو مقرّر في محله ، فلا يكون الحكم به لمن يكون ذاك حجة في حقه حكماً بغير ما أنزل الله ، بل بما أنزله الله في حقه وبحرامهم وحلالهم .

ولازم هذا الحلّ : أنّه إذا كان المترافعان لدى القاضي - حتى في غير الحكم الإسلامي - مقلّدين لمجتهد نظره ورأيه مخالف مع نظر القاضي جاز للقاضي أو وجب أن يحكم لهما طبق رأي ذاك المجتهد لا رأي نفسه ، قال السيّد الطباطبائي رحمته الله في المجلّد الثالث من العروة الوثقى :

« وعلى الثالث يحكم بينهما بفتوى مجتهدهما ؛ لأنّه حكم شرعي لهما بعد تقليدهما له ، وهو صحيح عند هذا الحاكم ؛ لصحّة اجتهاد كلّ مجتهد ، وكون فتواه حكماً شرعياً في حقه وحقّ مقلّديه حتى عند من خالفه من المجتهدين » ^(١) .

وظاهره تعيّن وجوب الحكم على طبق فتوى مجتهدهما ؛ ولعلّ الوجه فيه أنّ ما هو الحجة في حقّهما ذلك لا غير بحسب الفرض ، فلا يجوز للقاضي الحكم على خلاف ما يعلم أنّه الحجة في حقّهما . ولا يستفاد من الآيات المتقدمة ولا المقبولة أو المعتبرة خلاف ذلك ؛ لما تقدّم من أنّه أيضاً حكم بما أنزل الله في حقّهما ظاهراً .

وبعبارة أخرى : مفاد تلك الأدلّة حرمة الحكم بما ليس حكماً شرعياً بل حكم الجاهلية أو حكم الطاغوت ، وليست في مقام بيان سقوط حجّة فتوى مقلّدهما في حقه وتبدّله إلى فتوى القاضي في قبال ذلك ؛ فإنّ هذه جهة أخرى ليست هذه الأدلّة في مقام البيان من ناحيتها أصلاً . ولو فرض أنّها في مقام البيان من هذه الناحية أيضاً فهي مطلقة من حيث إنّها أيضاً حكم الله وحرامهم وحلالهم الظاهر بها ، فلا وجه لتقييد جواز حكم القاضي بخصوص ما يراه من الحكم الواقعي في حقّهم .

(١) العروة الوثقى ٣ : ٣٢ .

الطريق الثاني : أن يستفاد من أدلة الولاية العامة للفقهاء الجامع للشرائط والمتصدّي لأمر الولاية نفوذ تشخيصه لما يراه من الاجتهادات الجامعة لشرائط الاجتهاد الفقهي الصحيح عند الإمامية أوفق في مقام التطبيق والعمل به مع مصلحة الحكومة الإسلامية ؛ فإنّ هذا أيضاً مشمول لأدلة الولاية ومن شؤونها خارجاً . فإذا اختار الولي الشرعي على الحكم الإسلامي رأياً فقهياً اجتهادياً معيّناً نفذ في مجال التطبيق على الجميع حتى المجتهدين المخالفين مع ذلك الرأي فقهياً في حدود ما يرجع إلى تطبيق الإسلام وإدارة أوضاعه العامة . وهذه نكتة واستفادة مهمّة من أدلة الولاية ، وهي من شؤون البحث عن ولاية الفقيه وحدود صلاحيات الحاكم الإسلامي لا مجال في المقام للدخول في تفاصيله ، وعلى أساسه تعالج الكثير من المشكلات الفقهية للحكومة الإسلامية في عصر الغيبة الناجمة عن اختلاف اجتهادات الفقهاء وأنظارهم الفقهية . والله الهادي للصواب .

والحمد لله ربّ العالمين ، والصلاة والسلام على سيّدنا ومولانا أبي القاسم محمّد وعلى آله الطيّبين الطاهرين .

الملحق رقم [١]

أما السند : فعلي بن محمد الذي ينقل عنه الكليني رحمه الله هو شيخه علي بن محمد ابن بNDAR الثقة ، كما ذكره السيد الخوئي رحمه الله في معجمه .

معجم رجال الحديث ١٣ : ١٣٥ ، ط - الخامسة .

كما أن يونس لا إشكال في جلالته . والحسين بن خالد - الراوي المباشر - أيضاً ثقة ، سواء كان المراد به الحسين بن خالد الصيرفي أو الحسين بن أبي العلاء الخفاف ، لنقل الثلاثة عن كل منهما ، فتثبت وثاقتهما بناءً على توثيق من ينقل عنه أحد الثلاثة ، وإن كان المظنون بل المطمئن به أن المراد به هو الحسين بن أبي العلاء الخفاف ؛ لأنه من أصحاب الصادق وقد روى عنه وله كتب ، بخلاف الأول فإنه من أصحاب الكاظم والرضا عليهما السلام ، بل يستفاد من كلام للنجاشي رحمه الله في حقه وفي حق أخوته التوثيق له .

رجال النجاشي : ٥٢ ، ط - جماعة المدرسين .

فيبقى الكلام من ناحية السند في محمودي ، وهو محمد بن أحمد بن حماد محمودي المروزي وأبيه أحمد بن حماد ، فقد يناقش في السند من ناحيتهما ، حيث لا توثيق لهما في كتب الرجال . نعم ، ذكر الكشي في ترجمة إبراهيم بن عبدة النيسابوري أنه حكى بعض الثقات بنيسابور أنه خرج لإسحاق بن إسماعيل عن أبي محمد عليه السلام توقيع ... ثم يذكر التوقيع ، وفيه يأمر الإمام عليه السلام إسحاق أن يبلغ إبراهيم بن عبدة هذا الكتاب . كما أن فيه : « وأقرأه على محمودي عافاه الله فما أحمدنا له لطاعته » .

معجم رجال الحديث ٢ : ١١١ .

وهذا يدل على جلالة قدره فضلاً عن وثاقته ، وكون التوقيع ينقله الكشي عن

بعض الثقات بنيسابور وهو مجهول عندنا - فلعله ينطبق على من يكون فيه جرح من قبل الآخرين لو كنا نعلم باسمه - لا يقدح في المقام ؛ لأن هذا التعبير ظاهر في وثوق الشيخ الكشي واطمئنانه بصدور التوقيع ، خصوصاً مع ملاحظة متنه وما فيه من قرائن الصدور ، واهتمام الأصحاب بالتوقيعات . هذا مضافاً إلى أن مراجعة ما ذكره الكشي في حق المحمودي وترجمته أيضاً تدل على جلالة قدره وتدينه ، فراجع وتأمل .

وأما أبوه فتثبت وثاقته بل جلالة قدره أيضاً إذا ثبتت وثاقة المحمودي ؛ لأن الكشي ينقل عن محمد بن مسعود عن المحمودي أن أبا جعفر عليه السلام كتب إليه بعد وفاة أبيه « قد مضى أبوك رضي الله عنه وعنك وهو عندنا على حال محمودة ولن تبعد من تلك الحال » .

معجم رجال الحديث ١٥ : ٣٤٢ ، ط - الخامسة .

الملحق رقم [٢]

أقول : وحيث إن القصة تتضمن قضاءً من أمير المؤمنين عليه السلام فقد جعلها صاحب الوسائل عليه السلام من قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ، فنقل الرواية عن الفقيه بعنوان (محمد بن علي بن الحسين بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام) فيصبح السند صحيحاً ؛ لأن الصدوق ذكر في مشيخته : « وما كان فيه متفرقاً من قضايا أمير المؤمنين عليه السلام فقد رويته عن أبي ومحمد بن الحسن (رضي الله عنهما) عن سعد بن عبدالله عن إبراهيم بن هاشم عن عبدالرحمان بن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام » ، وهذا السند معتبر .

من لا يحضره الفقيه - مشيخة الفقيه : ١٠٨ ، ط - بيروت .

إلا أن الشأن في صحّة مثل هذا الاستظهار، فإنّ عنوان قضايا أمير المؤمنين عليه السلام يراد به ما وقع من الروايات بعنوان قضى أمير المؤمنين عليه السلام، لا واقع كلّ قضاء من قبل أمير المؤمنين، بل - بقرينة السند المذكور في المشيخة - لعلّه يختصّ ذلك بخصوص الأقضية التي ينقلها الصدوق في الكتاب عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام من قضايا أمير المؤمنين عليه السلام، أو يرسلها ابتداءً بعنوان قضى أمير المؤمنين عليه السلام، فلا يشمل حتى ما ورد بعنوان قضى أمير المؤمنين عليه السلام إذا كان بطريق آخر، حيث قد يقع ذلك في الفقيه فضلاً عمّا إذا لم يكن بعنوان قضى أمير المؤمنين عليه السلام، فراجع روايات الفقيه ليتّضح لك ذلك.

وهناك طريق آخر للصدوق ذكره في الأمالي إلى نفس القصّة عن عليّ بن محمّد ابن قتيبة عن حمدان بن سليمان عن نوح بن شعيب عن محمّد بن إسماعيل عن صالح بن عقبة عن علقمة عن الصادق عليه السلام.

أمالي الصدوق - المجلس الثاني والعشرون: ح ٢.

وفي السند إشكال، لا أقلّ في صالح بن عقبة الذي لم يوثق في كتب الرجال، بل ضعفه ابن الغضائري، وقال: «إنّه كذاب غال».

معجم رجال الحديث ١٠: ٨٥.

وكذلك العلامة عليه السلام.

رجال العلامة الحلي: ٢٣٠.

نعم، لا يبعد أن تكون هذه القصّة معروفة في كتب الحديث عند الخاصّة، وقد أرسلها السيّد في الانتصار إرسال المسلّمات حيث قال في الردّ على ابن الجنيد: «أو ليس قد روت الشيعة الإمامية كلّها ما هو موجود في كتبها ومشهور في رواياتها أن النبي صلى الله عليه وآله ادّعى عليه اعرابي سبعين درهماً...».

الانتصار: ٤٨٨.

وقال أيضاً: « وروت الشيعة أيضاً عن ابن جريح عن الضحاك عن ابن عباس ».

الانتصار: ٤٨٩.

وذكر القصة الأخرى المشابهة ، ولعلها مروية في بعض كتب العامة - ولم أتوفق للبحث عن ذلك في كتبهم - فإذا حصل اطمئنان بصدور الحديث ووقوع القصة فهو ، وإلا فالإشكال السندي باقي على حاله .

الملحق رقم [٣]

إنّ هذه الرواية قد نقلها كلّ من الكليني والشيخ « بإسنادهما إلى أحمد بن محمد ابن خالد عن محمد بن عليّ عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني .

فروع الكافي ٧ : ٤٢٤ ، كتاب القضاء والأحكام - باب النوادر ، ح ٧ .

تهذيب الأحكام ٦ : ٣٠٦ ، باب الزيادات في القضايا والأحكام ، ح ٥٧ .

وفي وثيقة محمد بن الفضيل بحث ، حيث ضعفه الشيخ في موضع ، ورماه بالغلو في موضع آخر . ولكن ظاهر المفيد توثيقه .

معجم رجال الحديث ١٨ : ١٥١ - ١٥٣ .

كما أنّ بعض الثلاثة قد نقل عنه ، فإذا حملنا التضعيف على القدح في عقيدته لا وثاقته صحّ السند .

ورواه الصدوق بإسناده عن عمرو بن ثابت عن أبيه عن سعد بن طريف عن الأصبع بن نباتة قال : « أتني عمر بامرأة » .

من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٥ ، باب الحيل في الأحكام ، ح ١٠ .

وثابت ابن أبي المقدام أبو عمرو ممتن طعن فيه ، ولا طريق إلى توثيقه .

معجم رجال الحديث ٤ : ٣٠٥ .

الملحق رقم [٤]

إنّ هذه الرواية بالرغم من وجودها في الكافي والتهذيب والخصال ضعيفة سنداً، لوقوع أبي جميلة الكذاب (وهو مفضل بن صالح) فيه ، ولا يجدي نقل أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عنه في سند الخصال ، فإنّه إنّما يجدي فيمن لم يعرف بالكذب أو لم يقيم على جرحه دليل وإلاّ كان من موارد التعارض والتساقط على أفضل تقدير . كما أنّ رجال السند بعد أبي جميلة كلّهم مجهولون ، ولا يجدي هنا أيضاً وقوع البزنطي في السند ؛ لأنّه إنّما ينفع في توثيق من ينقل عنه مباشرة لا بالواسطة .

وهناك اختلاف أيضاً في ضبطهم ففي الوسائل «أبي جميل عن إسماعيل بن أبي اويس عن ضمرة بن أبي ضمرة ، عن أبيه عن جدّه» وقد أسنده عن الكافي ، بينما الموجود في نسخ الكافي التي بأيدينا «أبي جميلة عن إسماعيل بن أبي إدريس عن الحسين بن ضمرة بن أبي ضمرة ، عن أبيه عن جدّه» .

فروع الكافي ٧ : ٤٣٣ ، كتاب القضاء والأحكام - باب النوادر ، ح ٢٠ .

وفي التهذيب (عن أبي جميل عن إسماعيل بن أبي إدريس ، عن الحسين بن ضمرة ، عن أبيه عن جدّه) .

تهذيب الأحكام ٦ : ٢٨٧ ، باب الزيادات في القضايا والأحكام ، ح ٣ .

وفي الخصال (عن أبي جميلة عن إسماعيل بن أبي اويس ، عن ضمرة بن أبي ضمرة ، عن أبيه عن جدّه) .

الخصال : ١٥٥ ، ط - جماعة المدرسين .

وأياً ما كان فالسند ضعيف لأكثر من جهة .

كما أنّ هناك اختلافاً في المتن بين نقل الخصال ونقل الكافي والتهذيب أشرنا إليه ، إلّا أنّه لا يغيّر المعنى .

الملحق رقم [٥]

إنَّ سند الذيل تامٌّ أيضاً، سواء بنقل الكليني أو البرقي ؛ لوثاقة عمرو بن عثمان ،
فإنَّه الخثعمي الخزّاز الثقة بتصريح النجاشي . رجال النجاشي : ٢٨٧ ، ط - جماعة
المدرسين .

والذي له كتاب وينقله عنه أحمد بن محمّد بن خالد كما في هذه الرواية .
وكذلك وثاقة عليّ بن الحسن بن رباط . المصدر السابق : ٢٥١ . وما في
المحاسن من التعبير بعليّ بن الحسين تصحيف وقع في موارد آخر أيضاً .
وكذلك وثاقة أبي مخلد ؛ فإنَّه قد نقل عنه صفوان ومحمّد بن أبي عمير بطرق
صحيحة .

تَحْدِيدُ مَوْضُوعِ حَدِّ الْمَخَارِبِ

تحديد موضوع حدّ المحارب

والمقصود بالبحث تشخيص حدود ما هو موضوع الحدّ الثابت شرعاً للمحارب بنصّ الكتاب الكريم في آية المحاربة - وهي قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(١) - وبالروايات المتواترة ^(٢) ، حيث وقع الكلام كثيراً في تنقيح ما هو موضوع هذا الحدّ ، وأنه خصوص من شهر السلاح للإخافة ، أو مطلق المحارب لله والرسول ولو بنحو البغي مثلاً ، أو أنه مطلق المفسد في الأرض ولو لم يكن بنحو المحاربة أصلاً .

والأصل في هذا البحث ما هو المستظهر من الآية المباركة والروايات الخاصّة المتعرّضة لهذا الحدّ ؛ فإنّ الوارد فيها عنوان المحاربة لله والرسول والإفساد في الأرض .

(١) المائدة : ٣٣ - ٣٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٣٢ ، أبواب حدّ المحارب ، ط - المطبعة الإسلامية .

فهل الموضوع عنوان المحارب أو عنوان المفسد في الأرض أو مجموعهما أو كل منهما مستقلاً بناءً على أنهما قد يفرقان ؟
ولأجل تنقيح البحث نورد الكلام في ثلاث جهات :

الجهة الأولى

فيما يستفاد من الآية المباركة في نفسها

والوارد فيها قيدان (محاربة الله والرسول) و (الإفساد في الأرض) فلا بد من الحديث عن كل منهما .

القيد الأول : محاربة الله والرسول :

أما قيد المحاربة فهو من الحرب ، وهو نقيض السلم ^(١) ، وأصله السلب ، ومنه حَرَب الرجل ماله أي سلبه فهو محروب وحريب ^(٢) ، وإطلاقه على المجرّد للسلاح من أجل القتال أو الإخافة باعتبار أنه يريد أن يسلب النفس أو المال أو السلطان والملك من الطرف الآخر .

وأياً ما كان فإضافته إلى الله والرسول في الآية المباركة قرينة على عدم إرادة معناه الحقيقي في حقهما ؛ لأنه في حق الله سبحانه وتعالى ممتنع ، وفي حق الرسول ﷺ وإن كان ممكناً إلا أنه غير مراد قطعاً ؛ إذ ليس المقصود من الآية خصوص من يحارب شخص رسول الله ﷺ وإلا لاختصت بزمان حياته ، مع أن من كان يقاتلهم الرسول ﷺ في حروبه إنما هم الكفار في زمانه وهم خارجون عن الآية جزماً ، على ما سيأتي .

(١) لسان العرب ٣ : ٩٩ ، ط - دار التراث العربي .

(٢) أقرب الموارد ١ : ١٧٥ ، كنز العرفان ٢ : ٣٥١ .

بل نفس سياق إضافة المحاربة إلى الله والرسول معاً قرينة على إرادة معنى أوسع من المقاتلة بالمباشرة والشخصية . وهذا المعنى مردّد بين أمرين :

١ - إرادة مطلق العصيان ومخالفة حكم الله والرسول - كما ذكره في لسان العرب في ذيل الآية ^(١) - ، وهو ظاهر العلامة الطباطبائي رحمته في تفسيره ^(٢) ، فيكون كالمجاز في الكلمة ومن استعمال المحاربة في مطلق العصيان والمخالفة .

٢ - أن يراد به محاربة المسلمين غاية الأمر أضيف إلى الله والرسول تعظيماً للفعل وإشعاراً بأهميّة الأمة الإسلامية وأنّ محاربتها بمثابة محاربة الله والرسول ؛ لأنّ الأمة منتسبة إليهما وتحت ولايتهما ، فيكون كالمجاز في الاسناد . وهذا هو ظاهر الفاضل المقداد في تفسيره ^(٣) .

والظاهر أنّ المتعيّن من الاحتمالين هو الثاني منهما ؛ لأنّه مقتضى أخذ عنوان الحرب في الكلام فلا وجه لإلغاء معناه كلياً ، ولأنّ عناية المجاز في الاسناد أخف وأبلغ في المقام ؛ لأنّ كون الأمة الإسلامية من صنع الله والرسول ومنتسبة إليهما بحيث تكون محاربتها محاربة لوليّها نكتة عرفية بليغة وواضحة بخلاف استعمال مادة المحاربة في مجرّد المعصية ومخالفة الأمر والنهي .

وعندئذٍ لا بدّ من ملاحظة أنّ أية محاربة للمسلمين هي المنظورة في هذا المعنى العنائي ؟ إذ المسلمون قد يحاربون من قبل الكفار ، وقد يحارب بعضهم بعضاً بغياً وخروجاً على الحكم ، وقد يحارب بعضهم بعضاً لسلب الأمن والإخافة وأخذ المال أو النفس ، فكلّ هذا من المحاربة التي يمكن أن تضاف بالعناية إلى الله والرسول فيكون مصداقاً للآية الكريمة .

(١) لسان العرب ٣ : ١٠٠ .

(٢) الميزان في تفسير القرآن ٥ : ٣٢٦ - ٣٢٧ .

(٣) كنز العرفان ٢ : ٣٥١ .

إلا أنه لا ينبغي الشك في خروج محاربة الكفار لكفرهم عنها؛ لأكثر من قرينة أوضحها الاستثناء الوارد في الآية التالية: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ (١).

فإن ظاهرها أن التوبة إنما هي من المحاربة دون الشرك فيكون قرينة على أنهم مسلمون يجري عليهم سائر أحكام المسلمين بمجرد التوبة عن المحاربة قبل الظفر بهم - كما في الحدود الإلهية الأخرى - وإلا فلو كانوا كفاراً والمحاربة لكفرهم لاحتاج شمول الغفران لهم إلى أن يدخلوا في حصن الإسلام ولا يكفي مجرد رفع يدهم عن المقاتلة، بل التعبير بالتوبة بنفسه شاهد على النظر إلى المسلمين لا الكفار؛ فإن التوبة تكون من المسلم، لا من الكافر فإنه يؤمن ويدخل في الإسلام، ولا يعبر عنه بالتوبة، وعلى كل حال فلا شك في عدم شمول الآية لمحاربة الكافر للمسلمين لكفره، نعم لو حاربهم لأجل الإخافة والسلب والنهب كان مشمولاً للآية باعتباره مصداقاً للمحاربة بالنحو الثالث، وإنما المقصود أن المحاربة الواقعة بين الكفار والمسلمين من أجل الإسلام والكفر أو من أجل إسقاط الحكم الإسلامي لا تكون مشمولة للآية جزماً، فيدور الأمر بين النوعين الثاني والثالث أي المحاربة مع المسلمين بنحو البغي والتي هي محاربة مع إمام المسلمين وحاكمهم، والمحاربة بنحو إخافة السبيل والعدوان على الأموال والنفوس ونحوهما.

وقد يقال: بأن ظاهر الآية أن موضوع الأحكام المذكورة فيها خصوص المسلمين الذين يقومون بالسلاح في وجه الدولة، ولا يعم من شهر السلاح لإخافة الناس أو أخذ أموالهم ولا من عصى الله تعالى بمعاصي كبيرة؛ لأن من قام بوجه الدولة التي أسسها الرسول ﷺ يكون محارباً للرسول حقيقة باعتباره هو المؤسس والصانع لها، وأما المحارب لطائفة من المسلمين لسلب مالهم فلا يكون

محارباً للرسول حقيقة . نعم إن قام دليل خاصّ على إرادة ذلك فلا بأس به ؛ فإنّه من المصاديق الادّعائية للموضوع المذكور في الآية ، ومصحّح الادّعاء فيه موجود ، فإنّ من قام بالسلاح بصدد رفع الأمن الذي تقيمه الدولة الإسلامية كأنه حارب الدولة أيضاً ، إلّا أنّ شمول العموم للمصاديق الادّعائية خلاف الظاهر لا يمكن القول به إلّا بدليل وقرينة ، ولا قرينة على ذلك في الآية ، فلو بقينا ونفس الآية فهي لا تشمل موارد شهر السلاح لإخافة السبيل^(١) .

ونلاحظ على هذا الكلام :

أولاً : ما أشرنا إليه من أنّ الاضافة الحقيقية للمحاربة إلى الله والرسول غير صادقة حتى في مورد البغي والخروج على الحكم الإسلامي ، ومجرّد أنّ الدولة الإسلامية مؤسّسها الأوّل في عهدها الأوّل كان رسول الله ﷺ لا يكفي لصدق المحاربة والمقاتلة للرسول لمن يخرج عليها اليوم حقيقة ، فلا بدّ من فرض العناية في الاسناد أو الكلمة على كلّ تقدير ، وتلك العناية كما تصحّ في حقّ الخروج والمحاربة للدولة الإسلامية ، كذلك تصحّ في حقّ محاربة المسلمين لسلب أمنهم وإخافتهم ، فإنّ الأمة الإسلامية أيضاً من صنع الرسول وتحت ولايته ، وهذا واضح .

وثانياً : قد ثبت في شأن نزول الآية المباركة بروايات الفريقين وكتب التفسير والتاريخ أنّها نزلت في قصّة العرنيين أو قوم من بني ضبة قدموا على رسول الله ﷺ مرضى فقال لهم رسول الله ﷺ : « أقيموا عندي فإذا برئتم بعثتكم في سرية ، فقالوا : أخرجنا من المدينة ، فبعث بهم إلى إبل الصدقة يشربون من أبوالها ويأكلون من ألبانها ، فلمّا برئوا واشتدّوا قتلوا ثلاثة ممّن كانوا في الإبل ، فبلغ رسول الله ﷺ الخبر فبعث إليهم عليّاً عليه السلام وهم في وادٍ

(١) الكلمات السديدة : ٣٧٦ .

قد تحيروا ليس يقدرّون أن يخرجوا منه قريباً من أرض اليمن فأسرهم وجاء بهم إلى رسول الله ﷺ فنزلت هذه الآية عليه ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ... ﴾... الخ»^(١).

وما في روايات الفريقين وذكره أرباب التواريخ بشأن هذه القصة وإن كان مختلفاً فيه بلحاظ بعض التفاصيل والخصوصيات من قبيل كونهم من بني سليم أو عرينة ناس من بجيلة أو أن النبي كان قد صلب وقطع وسمل الأعين منهم لأنهم كانوا قد فعلوا ذلك بالراعي لأبل الصدقة - وقد ورد في بعض رواياتهم ورواياتنا تكذيبه وأن النبي لم يسمل عيناً قط ولم يزد على قطع اليد والرجل^(٢) - إلا أن أصل القصة وورود الآية بشأنها لعله من المسلمات، كما أن كون محاربتهم من نوع السلب ونهب المال وقتل راعي الصدقة لا من نوع البغي والخروج على الحكم الإسلامي من الواضحات، وعليه فلا ينبغي الإشكال في نظر الآية المباركة إلى المحاربة بالنحو الثالث؛ لكونه المتيقن من موردها.

وثالثاً: إنه خلاف ظاهر ما سيأتي من الروايات الخاصة؛ لأنها تشرح وتفصل ما هو موضوع الآية المباركة، ولا تذكر فيما تفصله إلا أقسام المحارب من النوع الثالث أي الذي شهر السلاح للإخافة مع السكوت عن البغاة، فكيف يمكن أن تحمل على بيان الفرد الادّعائي مع عدم التعرّض للفرد الحقيقي من موضوع الآية أصلاً؟! وهل مثل هذا بيان عرفي؟

وهكذا يتّضح أن نظر الآية المباركة إلى المحاربة بنحو الإخافة وسلب الأمن من الناس ممّا لا ينبغي التشكيك فيه، كما فهمه كلّ الفقهاء والمفسرين.

(١) الوسائل ١٨: ٥٣٥، ب ١، حدّ المحارب، ح ٧. تهذيب الأحكام ١٠: ١٣٥، ح ١٥٠.

(٢) راجع: علل الشرائع ٢: ٥٤١، ح ١٨. بحار الأنوار ٧٢: ٢٠٣، ح ١. سنن أبي داود ٤: ١٣١.

دعوى شمول الآية للباغي :

نعم ، قد يدعى إطلاق الآية وشمولها للباغي أيضاً رغم أنّ المتيقّن منها أو موردها المحاربة بنحو الإخافة وسلب الأمن ، بتقريب : أنّ عنوان المحاربة المضافة إلى الله والرسول ولو بالعناية تصدق في النوعين ، فلا وجه لتخصيصها بأحدهما وإن كان مورداً لها ؛ فإنّ المورد لا يكون مخصّصاً ، فيتمسك بإطلاق الآية لمن يحارب الدولة الإسلامية ويخرج عليها - المعبر عنه في الفقه بالبغي - لإثبات نفس الحدّ عليه أيضاً .

وقد يستشهد له بما ورد في معتبرة طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : « كان أبي يقول : إنّ للحرب حكمين ، إذا كانت قائمة لم تضع أوزارها ولم يتخن (تضجر) أهلها فكل أسير أخذ في تلك الحال فإنّ الإمام فيه بالخيار إن شاء ضرب عنقه وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف بغير حسم وتركه يتشخّط في دمه حتى يموت ، فهو (وهو) قول الله عزّ وجلّ : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ ﴾ ألا ترى أنّ المخير الذي خيّر الله الإمام على شيء واحد وهو الكفر (الكلّ) وليس هو على أشياء مختلفة ، فقلت لأبي عبد الله عليه السلام : قول الله عزّ وجلّ : ﴿ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ قال : ذلك الطلب (للطلب) أن تطلبه الخيل حتى يهرب فإن أخذته الخيل حكم عليه ببعض الأحكام التي وصفت لك . والحكم الآخر : إذا وضعت الحرب أوزارها وأتخن أهلها ، فكل أسير أخذ على تلك الحال فكان في أيديهم فالإمام فيه بالخيار إن شاء منّ عليهم ، وإن شاء فاداهم أنفسهم ، وإن شاء استعبدتهم فصاروا عبيداً » ^(١) .

(١) الكافي ٥ : ٣٢ ، ح ١ . تهذيب الأحكام ٦ : ١٤٣ ، ح ٥ . الوسائل ١١ : ٥٣ ، ب ٢٣ ، جهاد

مناقشة هذه الدعوى :

وهذه الدعوى أيضاً لا يمكن المساعدة عليها ، بل الصحيح ما عليه مشهور الفقهاء والمفسرين من اختصاص الآية المباركة بالنحو الثالث من المحاربة ، أعني محاربة المسلمين بقصد الإفساد والإخافة وعدم شمولها لمحاربة البغاة ولا الكفار .
التعرض لكلمات الفقهاء :

ولنستهدي أولاً بكلمات فقهاءنا الأبرار قدس الله أسرارهم في تفسير الآية الكريمة وفهمهم منها ثم نعود إلى توضيح وجه هذا الاستظهار ، فنقول :
ذكر شيخنا الصدوق رحمته الله في الهداية - باب الحدود :

« والمحارب يقتل أو يصلب أو تقطع يده ورجله من خلاف أو ينفي من الأرض كما قال الله عز وجل . وذلك مفوض إلى الإمام إن شاء صلب وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف وإن شاء نفاه من الأرض » ^(١) .

وقال شيخنا المفيد رحمته الله في المقنعة في كتاب الحدود والآداب :
« وأهل الدغارة إذا جرّدوا السلاح في دار الإسلام ، وأخذوا الأموال ، كان الإمام مختيراً فيهم : إن شاء قتلهم بالسيف ، وإن شاء صلبهم حتى يموتوا ، وإن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن شاء نفاهم عن المصر إلى غيره ... » ^(٢) .
وصريح كلام العلمين دخول المحارب بالمعنى المصطلح أعني من شهر السلاح لإخافة الناس والدغارة - وهي السلب والنهب - في الآية .

وأما اختصاص الآية بذلك وعدم شمولها لمحاربة الكفار أو البغاة فاستفادته من كلامهما مبني على استظهار ذلك من سكوتهما عن إيراد ذلك فيمن يجري عليه حكم هذا الحد واقتصارهما على المحارب بالمعنى المصطلح فقهيّاً ، مع أنّهما كانا

(١) الهداية : ٧٧ .

(٢) المقنعة : ٨٠٤ .

بصدد بيان الحدود المقررة شرعاً، فلو كان هذا الحدّ حكماً وحدّاً شرعياً ثابتاً في كلّ محارب بالمعنى الأعمّ لكان ينبغي ذكر حرب الباغي أو الكافر في موضوعه أيضاً وعدم الاقتصار فيه على ذكر خصوص المحاربة بالمعنى الأخصّ.

وقال شيخ الطائفة رحمته الله في المبسوط - كتاب قطاع الطريق: قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾ واختلف الناس في المراد بهذه الآية فقال قوم: المراد بها أهل الذمة إذا نقضوا العهد ولحقوا بدار الحرب وحاربوا المسلمين فهؤلاء المحاربون الذين ذكرهم الله في هذه الآية وحكمهم فيما ارتكبوه من المعصية هذه العقوبة التي ذكرها الله.

وقال قوم: المراد بها المرتدّون عن الإسلام إذا ظفر بهم الإمام عاقبهم بهذه العقوبة لأنّ الآية نزلت في العرنيين لأنهم دخلوا المدينة فاستوخموها فانتفخت أجوافهم واصفرت ألوانهم فأمرهم النبي صلى الله عليه وآله أن يخرجوا إلى لقاح إبل الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها ففعلوا ذلك فصحّوا فقتلوا الراعي وارتدّوا واستاقوا الإبل فبعث النبي صلى الله عليه وآله في طلبهم فأخذهم وقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وطرحهم في الحرّة حتى ماتوا فالآية نزلت فيهم.

وقال جميع الفقهاء: إنّ المراد بها قطاع الطريق وهو من شهر السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق.

والذي رواه أصحابنا أنّ المراد بها كلّ من شهر السلاح وأخاف الناس في برّ كانوا أو في بحر وفي البنيان أو في الصحراء ورووا أنّ اللص أيضاً محارب، وفي بعض رواياتنا أنّ المراد بها قطاع الطريق كما قال الفقهاء ^(١).

وكلامه صريح في اختصاص الآية بالمحارب بالمعنى الأخصّ غاية الأمر ذكر أنّ جميع الفقهاء - ويقصد بهم العامة - جعلوها خاصة بقطاع الطريق وهو من شهر

(١) المبسوط ٨: ٤٧.

السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق ، وأما الذي رواه أصحابنا فهو أنّ المراد بها كلّ من شهر السلاح وأخاف الناس في برّ كانوا أو في بحر ، وفي المدينة كانوا أو في الصحراء ، بل رووا أنّ اللص أيضاً محارب ، فلا يختصّ بمن يقطع الطريق والذي يكون خارج المصر .

ثمّ نقل إنّ في بعض رواياتنا أنّ المراد بها قطاع الطريق كما قال الفقهاء .
وذكر في كتاب الخلاف تحت عنوان (كتاب قطاع الطريق) ، مسألة ١ :
« المحارب الذي ذكره الله تعالى في آية المحاربة هم قطاع الطريق الذين يشهرون السلاح ويخيفون السبيل ، وبه قال ابن عباس وجماعة الفقهاء .
وقال قوم : هم أهل الذمّة إذا نقضوا العهد ولحقوا بدار الحرب وحاربوا المسلمين .

وقال ابن عمر : المراد بالآية المرتدّون لأنّها نزلت في العرنيين .
دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم وأيضاً قوله تعالى في سياق الآية : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ... ﴾ فأخبر أنّ العقوبة تسقط بالتوبة قبل القدرة عليه ولو كان المراد بها أهل الذمّة وأهل الردّة كانت التوبة منهم قبل القدرة وبعد القدرة سواء ، فلمّا خصّ بالذكر التوبة قبل القدرة وأفردّها بالحكم دلّت الآية على ما قلناه » (١) .

وظاهر كلامه في صدر هذه المسألة اختصاص الآية بقطاع الطريق والذي ذهب إليه فقهاء العامة ، ومن هنا تصور بعض أنّ هذا الكلام منه خلاف مختاره في المبسوط حيث جعل المحارب فيه أعمّ من قاطع الطريق .

إلا أنّ هذا الكلام غير صحيح فإنّ نظره الشريف في صدر هذه المسألة إلى نفي الأقوال الأخرى في الآية بأن يكون المراد بها أهل الذمّة أو المرتدّون ، وإنّما ذكر

عنوان قطاع الطريق لأنّه المعروف والمعهود في أصل هذا المعنى ، ولكنّه أراد المعنى الأعمّ منه ، ولهذا فسّره بالذين يشهرون السلاح ويخيفون السبيل ، فلم يقيّده بأن يكون ذلك لقطع الطريق ، ففي هذه المسألة ينظر الشيخ الطوسي رحمته إلى أصل هذا القول في قبال القولين الآخرين الذين يخرجان الآية عن هذا المعنى للمحاربة إلى معنى آخر مبين ، وأمّا تحديد هذا المعنى بالدقّة من حيث الاختصاص بمن يشهر السلاح ويخيف الناس لقطع الطريق أو الأعمّ منه فهذه من التفاصيل التي تعرّض لها رحمته في ضمن المسائل التالية لهذه المسألة حيث ذكر رحمته في المسألة الثامنة : « حكم قطاع الطريق في البلد والبادية سواء ، مثل أن يحاصروا قرية ويفتحوها ويغلبوا أهلها ويفعلوا مثل هذا في بلد صغير أو في طرف من أطراف البلد أو كان بهم كثرة فأحاطوا ببلد كبير واستولوا عليهم ، الحكم فيهم واحد . وهكذا القول في دُعَار البلد إذا استولوا على أهله وأخذوا أموالهم على صفة لا غوث لهم ، الباب واحد . وبه قال الشافعي وأبو يوسف .

وقال مالك : قطاع الطريق من كان من البلد على مسافة ثلاثة أميال . فإن كان دون ذلك فليسوا قطاع الطريق .

وقال أبو حنيفة ومحمّد : إذا كانوا في البلد أو في القرب منه مثل ما بين الحيرة والكوفة ، أو بين قريتين لم يكونوا قطاع الطريق .

دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم وأيضاً قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ إلى آخر الحكم ، ولم يفصل بين أن يكونوا في البلد أو غير البلد ^(١) .

وهكذا يتّضح اتّحاد مختاره في الخلاف والمبسوط من هذه الناحية ، وقال رحمته في التبيان ذيل الآية المباركة :

(١) الخلاف ٣ : ٢١٢ .

«المحارب عندنا هو الذي أشهر السلاح وأخاف السبيل ، سواء كان في مصر أو خارج مصر ، فإنّ اللص المحارب في مصر وغير مصر سواء ، وبه قال الأوزاعي ... وقال قوم : هو قاطع الطريق في غير مصر . ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه وهو المروي عن عطاء الخراساني . ومعنى ﴿ يُحَارِبُونَ اللَّهَ ﴾ يحاربون أولياء الله ويحاربون رسوله ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ وهو ما ذكرناه من إشهار السيف وإخافة السبيل ، وجزاؤهم على قدر الاستحقاق»^(١).

وكلماته قدّس الله نفسه الزكية صريحة في اختصاص المحاربة في الآية المباركة بالمعنى الثالث للمحاربة وهو من أشهر السلاح لإخافة الناس وسلب الأمن ، كما أنّها صريحة - في الكتب الثلاثة - في عدم اختصاص ذلك بمن يفعل ذلك خارج المدن لقطع الطريق ، بل يعمّ مطلق من أشهر السلاح وأخاف الناس .

وقال في النهاية : «المحارب هو الذي يجرد السلاح ويكون من أهل الريبة في مصر كان أو غير مصر ، في بلاد الشرك كان أو في بلاد الإسلام ، ليلاً كان أو نهاراً ، فمتى فعل ذلك كان محارباً ...»^(٢).

والتعبير بكونه من أهل الريبة يقصد به أن يكون المجرد للسلاح من أهل الفساد والسلب والنهب نظير ما ورد في عبارة المقنعة (أهل الدغارة) أي الفساد والرقّة والنهب وقد فسّر (أهل الريبة) بالأشقياء أيضاً . وعلى كلّ حال فقد عدل الشيخ رحمه الله في النهاية عن ذكر عنوان تجريد السلاح لإخافة السبيل أو إخافة الناس أو قطع الطريق إلى عنوان تجريد السلاح ويكون من أهل الريبة وبين العنوانين فرق ؛ فإنّ الإخافة أعمّ من كونه من أهل الريبة ، ومن هنا اعتبره المتأخرون تقييداً زائداً فنفاه بعضهم بإطلاق الأدلة على ما سيأتي شرحه في محله .

(١) التبيان ٣ : ٥٠٤ ، ط - بيروت .

(٢) النهاية : ٧٢٠ .

وقال الراوندي في فقه القرآن ذيل الآية المباركة :

« من جرّد السلاح في مصر أو غيره وهو من أهل الريبة على كلّ حال كان محارباً وله خمسة أحوال ، فإن قتل ولم يأخذ المال وجب على الإمام أن يقتله وليس لأولياء المقتول العفو عنه ولا للإمام ، وإن قتل وأخذ المال ... إلى أن قال : وقد أخبر الله في هذه الآية بحكم من يجهر بذلك مغالباً بالسلاح ثم أتبعه بحكم من يأتيه في خفاء في قوله : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ ﴾ الآية » ^(١).

وقال الفاضل المقداد في تفسيره ذيل الآية المباركة :

« وأصل الحرب السلب ومنه حرب الرجل ماله أي سلبه فهو محروب وحريب ، وعند الفقهاء كلّ من جرّد السلاح لإخافة الناس في برّ أو بحر ، ليلاً أو نهاراً ، ضعيفاً كان أو قوياً ، من أهل الريبة كان أو لم يكن ، ذكراً كان أو أنثى ، فهو محارب ويدخل في ذلك قاطع الطريق والمكابر على المال أو البضع » ^(٢).

وقال ابن إدريس رحمته الله في كتاب الحدود من السرائر :

« قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ ولا خلاف بين الفقهاء أنّ المراد بهذه الآية قطع الطريق ، وعندنا كلّ من شهر السلاح لإخافة الناس في برّ كان أو في بحر في العمران والأمصار أو في البراري والصحاري ، وعلى كلّ حال فإذا ثبت ذلك فالإمام مخير فيه بين أربعة أشياء - كما قال تعالى - بين أن يقطع يده ورجله من خلاف أو يقتل أو يصلب أو ينفي هذا بنفسه شهره السلاح وإخافة الناس » ^(٣).

(١) فقه القرآن ٢ : ٣٨٧-٣٨٨.

(٢) كنز العرفان ٢ : ٣٥١.

(٣) السرائر ٣ : ٥٠٥.

وظاهره مطابق مع ما تقدّم عن الشيخ رحمته في المبسوط من أنّ الموضوع من أشهر السلاح لإخافة الناس ، والذي هو أعمّ من شهره لقطع الطريق بالخصوص كما عليه فقهاء العامة .

لكنّه رحمته في كتاب الجهاد - باب قتال أهل البغي والمحاربين - قال : « والمحارب هو كلّ من قصد إلى أخذ مال الإنسان وشهر السلاح في برّ أو بحر أو حضر أو سفر فمتى كان شيء من ذلك جاز للإنسان دفعه عن نفسه وماله » ^(١) .

فقيده بأن يكون قاصداً أخذ مال الإنسان ونهيه ، إلّا أنّ الظاهر أنّ هذا منه رحمته ليس بقصد التقييد ، بل لتعميم الحكم للفرد الأخرى من موضوع جواز الدفع والمحاربة ولو أدى إلى قتله - الذي هو المناسب مع حكم باب الجهاد - ولهذا ذكر في ذيل كلامه (جاز للإنسان دفعه عن نفسه وماله) فعطف المال على النفس .

وفي مجمع البيان في تفسير الآية المباركة :

« (النزول) : اختلف في سبب نزول الآية ، ف قيل : نزلت في قوم كان بينهم وبين النبي صلّى الله عليه وآله مودة فنقضوا العهد وأفسدوا في الأرض عن ابن عباس والضحاك . وقيل : نزلت في أهل الشرك عن الحسن وعكرمة . وقيل : نزلت في العرنيين لما نزلوا المدينة للإسلام واستوخموها واصفرت ألوانهم فأمرهم النبي صلّى الله عليه وآله أن يخرجوا إلى إبل الصدقة ... عن قتادة وسعيد بن جبيرة والسدي . وقيل : نزلت في قطاع الطريق عن أكثر المفسرين وعليه جلّ الفقهاء .

(المعنى) : لما قدّم تعالى ذكر القتل وحكمه ، عبّ به بذكر قطاع الطريق والحكم فيهم فقال : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ ﴾ أي أولياء الله ... الخ » ^(٢) .

وذكر سيّدنا العلامة الطباطبائي رحمته في تفسيره القيم الميزان :

(١) السرائر ٢ : ١٩ .

(٢) مجمع البيان ٣ : ٢٩١ .

« قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ «فساداً» مصدر وضع موضع الحال ، ومحاربة الله - وإن كانت بعد استحالة معناها الحقيقي وتعيّن إرادة المعنى المجازي منها - ذات معنى وسيع يصدق على مخالفة كلّ حكم من الأحكام الشرعية وكلّ ظلم وإسراف ، لكن ضمّ الرسول إليه يهدي إلى أنّ المراد بها بعض ما للرسول فيه دخل ، فيكون كالمتعّين أن يراد بها ما يرجع إلى إبطال أثر ما للرسول عليه ولاية من جانب الله سبحانه ، كمحاربة الكفار مع النبي ﷺ وإخلال قطاع الطرق بالأمن العامّ الذي بسطه بولايته على الأرض ، وتعقّب الجملة بقوله : ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ يشخص المعنى المراد وهو الإفساد في الأرض بالإخلال بالأمن وقطع الطريق دون مطلق المحاربة مع المسلمين .

على أنّ الضرورة قاضية بأنّ النبي ﷺ لم يعامل المحاربين من الكفار بعد الظهور عليهم والظفر بهم هذه المعاملة من القتل والصلب والمثلة والنفي .
على أنّ الاستثناء في الآية التالية قرينة على كون المراد بالمحاربة هو الإفساد المذكور ، فإنّه ظاهر في أنّ التوبة إنّما هي من المحاربة دون الشرك ونحوه .
فالمراد بالمحاربة والافساد على ما هو الظاهر هو الإخلال بالأمن العامّ ، والأمن العامّ إنّما يختلّ بإيجاد الخوف العامّ وحلوله محلّه ، ولا يكون بحسب الطبع والعادة إلّا باستعمال السلاح المهدّد بالقتل طبعاً ، ولهذا ورد فيما ورد من السنّة تفسير الفساد في الأرض بشهر السيف ونحوه ^(١) .

والفقهاء عموماً فسّروا المحارب بمن شهر السلاح لإخافة الناس - مع أخذ قيد كونه من أهل الريبة تارة وعدمه أخرى - وجعلوا هذا المعنى الخاصّ للمحاربة هو موضوع هذا الحدّ في كتاب الحدود ، وأمّا غيره من المحاربين كالكفار والبغاة فقد

ذكروا لهم أحكاماً أخرى غير هذا الحدّ. وهذا وإن لم يكن تصريحاً منهم بأنهم يفهمون اختصاص الآية المباركة بالمحارب بهذا المعنى الخاصّ إلا من قبل من تعرّض منهم لذكرها وتفسيرها - كما تقدّم عن جملة منهم - إلا أنّه يستفاد من كلماتهم بأنهم يعتقدون بأنّ المراد الجدّي من الآية المباركة التي هي المصدر لتشريع هذا الحدّ الإلهي إنّما هو المحارب بهذا المعنى الخاصّ لا مطلق من حارب الإسلام والمسلمين ولو لكفره أو بغيه، فالآية المباركة عندهم لا تشمل غير المحارب الاصطلاحي، إمّا لاختصاصها في نفسها وبحسب ظاهرها الأولي بذلك - كما ذكره المفسّرون ونسبوه إلى الفقهاء - أو بضميمة الروايات الواردة عن أهل البيت (عليه السلام) بشأن هذا الحدّ والتي جعلوها تفسيراً للآية المباركة.

ويشهد لذلك ويؤكدّه ما نجده في كلماتهم وتحديداتهم لموضوع هذا الحدّ من البحث عن اعتبار بعض القيود من قبيل كونه - أي المحارب - قاصداً للإخافة أو كونه من أهل الريبة أو كونه خارج البلد أو غير ذلك من القيود، فلو لم يكن أصل الإخافة للناس شرطاً وكان الموضوع للحدّ مطلق من يحارب الدولة الإسلامية ولو بنحو البغي من دون إفساد وإخلال بأمن الناس ولا تعدّ عليهم. أو كان ذاك هو الموضوع الحقيقي للآية والمحارب الاصطلاحي فرد ادّعائي وإلحاق تعبدي بموضوع الآية - كما قيل - لم يكن مجال عندئذٍ لكلّ تلك الأبحاث، اللهمّ إلا أن يكون بحثهم عن الفرد التعبدي مع السكوت بل نفي الحكم عن فردّه وموضوعه الحقيقي من دون تعرّض ولا ذكر وجه له ولا إشارة، وهو كما ترى!

فتحديد الفقهاء وتعريفهم للمحارب بمن شهر السلاح لإخافة الناس يكون شاهداً أيضاً على أنّهم يرون أنّ المراد من المحاربة في الآية الكريمة خصوص هذا القسم، لا المعاني الأخرى ولا المعنى الأعمّ منها، وإن اختلفت تعريفاتهم في اعتبار بعض القيود لهذا المعنى. وقد تقدّم عن النهاية وغيره أخذ قيد كونه من أهل الريبة.

وإليك بعض كلمات الآخرين :

قال أبو الصلاح الحلبي : « وإن كانوا محاربين وهم الذين يخرجون عن دار الأمن لقطع الطريق وإخافة السبيل والسعي في الأرض بالفساد فعلى سلطان الإسلام أو من تصحّ دعوته أن يدعوهم إلى الرجوع إلى دار الأمن ويخوّفهم من الإقامة على المحاربة من تنفيذ أمر الله فيهم ، فإن أنابوا ووضعوا السلاح ورجعوا إلى دار الأمن فلا سبيل عليهم ... وفرضه في الأسرى إن كانوا في محاربتهم قتلوا ولم يأخذوا مالا أن يقتلهم ، وإن ضمّوا إلى القتل أخذ المال صلبهم بعد القتل ، وإن تفرّدوا بأخذ المال أن يقطعهم من خلاف ، وإن لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا أن ينفيهم من الأرض بالحبس أو النفي من مصر إلى مصر »^(١).

وقد ذكر هذا الكلام في كتاب الجهاد في أحكام الحرب والمحاربين وسيرة الجهاد^(٢) ، فذكر أولاً حكم جهاد الكفار من الكتابيين والمشرّكين ثم حكم جهاد المرتدّين ثم المتأولين البغاة ثم المحاربين . وجعل الحدّ المذكور مخصوصاً بالآخر منهم ، وهذا كالصرّيح في اختصاص هذا الحدّ بالمحارب بالمعنى الخاصّ وعدم جريانه في غيره من أقسام المحاربة مع الدولة الإسلامية .

وقال سَلار : « المجرّد للسلاح في أرض الإسلام والساعي فيها فساداً إن شاء الإمام قتله وإن شاء صلبه وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف وإن شاء نفاه من الأرض »^(٣).

وقال القاضي ابن البرّاج : « من كان من أهل الرّيبة وجرد سلاحاً في برّ أو بحر ، أو في بلدة أو في غير بلدة في ديار الإسلام أو في ديار الشرك ليلاً أو نهاراً كان

(١) الكافي في الفقه : ٢٥١ - ٢٥٢ .

(٢) المصدر السابق : ٢٤٨ .

(٣) المراسم : ٢٥١ .

محارباً... فإن أخذ المال ولم يقتل أحداً ولا جرحه كان عليه القطع ثم النفي من البلد الذي هو فيه، وإن جرح ولم يأخذ مالاً ولا قتل أحداً كان عليه القصاص والنفي بعد ذلك... الخ»^(١).

وقال السيّد ابن زهرة: «وأسرى من عدا من ذكرنا من المحاربين على أخذ المال إن كانوا قتلوا ولم يأخذوا مالاً قُتِلُوا، وإن أخذوا مع القتل مالاً صلبوا بعد القتل، وإن تفرّدوا بأخذ المال قطعوا من خلاف، فإن لم يقتلوا ولم يأخذوا مالاً نفوا من الأرض بالحبس أو النفي من مصر إلى مصر كلّ ذلك بالإجماع من الطائفة عليه»^(٢).

وهذا الفقيه أيضاً ذكر المحاربين في كتاب الجهاد^(٣) فيمن يجب على الإمام دفعهم ومقاتلتهم ثم فسّر عنوان المحارب: بمن قصد إلى أخذ مال المسلم وما هو في حكمه من مال الذمّي وأشهر السلاح في برّ أو بحر أو سفر أو حضر، ثم خصّ أسراهم بالحكم عليهم بالحدّ المذكور في الآية دون أسرى غيرهم من البغاة أو الكفار. وهذا أيضاً كالصریح في اختصاص حكم الآية المباركة بهذا القسم من المحاربة وعدم عمومته للأقسام الأخرى.

ونحوه ما عن علاء الدين الحلبي (أبو الحسن) في كتاب الجهاد قال: «فكلّ من أظهر الكفر أو خالف الإسلام من سائر فرق الكفار يجب - مع تكامل ما ذكرناه من الشروط - جهادهم، وكذا حكم من مرق عن طاعة الإمام العادل أو حاربه أو بغى عليه، أو أشهر سلاحاً في حضر أو سفر أو برّ أو بحر أو تخطّى إلى نهب مال مسلم أو ذمّي... (إلى أن قال): والمفسدون في الأرض كقطاع الطريق

(١) المهذب ٢: ٥٥٣.

(٢) غنية النزوع ضمن الجوامع الفقهية: ٥٢٢.

(٣) المصدر السابق.

والوائبين على نهب الأموال يقتلون إن قتلوا، فإن زادوا على القتل بأخذ الأموال صلبوا بعد قتلهم... إلخ»^(١).

وقال ابن حمزة في كتاب الجهاد من الوسيلة :

« فصل في بيان أحكام البغاة وكيفية قتالهم : الباغي كلّ من خرج على إمام عادل، وقتالهم على ثلاثة أضرب : واجب وجائز ومحظور... - ثم ذكر حكمه وأنهم يقاتلون حتى يفيثوا إلى الطاعة أو يقتلوا عن آخرهم -، ثم قال : فصل في بيان حكم المحارب : المحارب كلّ من أظهر السلاح من الرجال أو النساء في أي وقت وأي موضع يكون ولم يخل حاله من ثلاثة أوجه إمّا يتوب قبل أن يظفر به أو يظفر به قبل أن يتوب أو لا يتوب ولا يظفر به ».

ثم بدأ ببيان حكم كلّ قسم وأنه في الأوّل يعفى عن حدّ المحاربة عليه دون ما إذا كان قد جنى جناية في غير المحاربة فإنّها لوليّه، وفي الثاني لا يعفى بل لا بدّ من القتل أو الصلب أو النفي على حسب الجناية، وفي الثالث يطلب حتى يظفر به ويقام عليه الحدّ^(٢).

وهذا البيان صريح في أنّ المحارب لا يشمل الباغي بل يختصّ بمن شهر السلاح لأخذ مال أو نفس، نعم لم يذكر في التعريف صريحاً أنّ إشهاره للسلاح من أجل الاخافة أو سلب المال أو النفس، ولكنه أخذ ذلك حينما بدأ بتشقيق شقوق هذا الحد حيث قال : وإن لم يجن وأخاف نفي عن البلد، وعلى هذا حتى يتوب، وإن جنى وجرح اقتصّ منه ونفي عن البلد، وإن أخذ المال قطع يده ورجله من خلاف ونفي وإن قتل وغرضه في إظهار السلاح القتل... إلخ»^(٣).

(١) إشارة السبق : ١٤٢ - ١٤٤.

(٢) الوسيلة : ٢٠٥ - ٢٠٦.

(٣) المصدر السابق : ٢٠٦.

فما قيل ^(١) من أن عبارة ابن حمزة تعمّ ما إذا كان إظهار السلاح بغاية القيام بوجه الحكومة الإسلامية - وهو الباغي - ممّا لا مأخذ له ، كيف وقد ذكر الباغي وتعريفه وحكمه في الفصل السابق لهذا الفصل - كما أوردناه - فكيف يحتمل أن يكون مراده من المحارب الأعمّ فضلاً من أن يقال بأنه يستفيده من الآية ؟ !

ونفس الشيء نجده عند يحيى بن سعيد الحلبي رحمته الله في جامعته ، فإنه ذكر أولاً أحكام قتال الكفار من المشرك والكتابي والمرتدّ ثم ذكر أحكام الباغي فقال :

« الباغي من لم يدخل فيما دخل فيه المسلمون من بيعة الإمام أو نكث بيعته ، فعلى من استنفره الإمام لقتالهم النفور معه ... وإذا قوتل الباغي لم يرجع عنه حتى يدخل فيما دخل المسلمون فيه أو يقتل . فإن كان له فئة يرجع إليه ، قتل مقبلاً أو مدبراً وأجهز على الجرحى ، وإلا لم يتبع المدبر ... » . ثم ذكر أحكام المحارب فقال : « والمسلم المحارب من شهر السلاح في برّ أو بحر ، سفراً أو حضراً ، ليلاً أو نهاراً ، رجلاً أو امرأة ، فإن أخاف ولم يجن نفى من الأرض بأن يفرق - على قول - أو يحبس - على آخر - أو ينفي من بلاد الإسلام سنة حتى يتوب ، وكوتبوا أنه منفي محارب فلا تثووه ولا تعاملوه ، فإن آووه قوتلوا وإن قتل ... إلخ » ^(٢) .

وقال المحقق رحمته الله في الشرائع : « المحارب كلّ من جرّد السلاح لإخافة الناس في برّ أو بحر ليلاً كان أو نهاراً في مصر وغيره ، وهل يشترط كونه من أهل الريبة ؟ فيه تردّد أصحّه أنّه لا يشترط مع العلم بقصد الإخافة ، ويستوي في هذا الحكم الذكر والأنثى إن اتفق ، وفي ثبوت هذا الحكم للمجرّد مع ضعفه عن الإخافة تردّد أشبهه الثبوت ، ويجتزأ بقصده » ^(٣) .

(١) انظر : الكلمات السديدة : ٣٦٨ .

(٢) الجامع للشرائع : ٢٤١ - ٢٤٢ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ١٨٠ .

وذكر أيضاً في المختصر النافع « في المحارب : وهو كلّ مجرّد سلاحاً في بر أو بحر ليلاً أو نهاراً لإخافة السابلة وإن لم يكن من أهلها على الأشبه ... وحدّه القتل أو الصلب أو القطع مخالفاً أو النفي ... »^(١).

وقال العلامة رحمته في التبصرة : « كلّ من جرّد السلاح للإخافة في بر أو بحر ليلاً أو نهاراً تخيّر الإمام بين قتله وصلبه وقطعه مخالفاً ونفيه ... »^(٢).

وفي التحرير : « المحارب من جرّد السلاح لإخافة الناس في بر أو بحر ، ليلاً كان أو نهاراً ، في مصر وغيره ، وسواء كان في العمران أو في البراري والصحاري ، وعلى كلّ حال ، وهل يشترط كونه من أهل الريبة ؟ الظاهر من كلامه - في النهاية - الاشتراط ، والوجه المنع إذا عرف أنّه قصد الإخافة ... »^(٣).

وفي القواعد : « كلّ من أظهر السلاح وجرده لإخافة الناس في بر أو بحر ليلاً كان أو نهاراً في مصر أو غيره ... ولا يشترط كونه من أهل الريبة على إشكال »^(٤).

وعلق عليه ولده فخر المحققين بقوله : « منشأ من اختلاف الأصحاب ، فالمشهور من فتاويهم ما ذكره الشيخ في النهاية ، فقال : المحارب هو الذي يجرد السلاح ويكون من أهل الريبة . وقال المفيد : أهل الدغارة إذا جرّدوا السلاح في دار الإسلام ... وذكر أحكام المحارب ، وعموم الآية يدلّ على عدم الاشتراط ، وهو الأقوى عندي »^(٥).

(١) المختصر النافع : ٤٣٩ ، ط - مؤسسة البعثة .

(٢) تبصرة المتعلّمين : ١٩٠ .

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٢٣٣ ، ط - حجري .

(٤) قواعد الأحكام ٢ : ٢٧١ ، ط - حجري .

(٥) إيضاح الفوائد ٤ : ٥٤٣ .

وقال في الإرشاد في كتاب الحدود - المقصد السابع في المحارب: « وفيه بحثان: الأول: في ماهيته، وهو كل من جرّد السلاح لإخافة الناس في بر أو بحر، ليلاً أو نهاراً، في مصر وغيره، ذكراً أو أنثى، ولو أخذ في بلده مالا بالمقاهرة فهو محارب »^(١).

وقال الشهيد الأول في الدروس - كتاب المحارب: « وهو من جرّد السلاح للإخافة في مصر أو غيره، ليلاً أو نهاراً، وإن كان امرأة بشرط الريبة ولو ظناً »^(٢).

وقال الشهيد الثاني رحمه الله في الروضة: « وهي تجريد السلاح برّاً أو بحراً، ليلاً أو نهاراً لإخافة الناس في مصر وغيره من ذكر أو أنثى قوي أو ضعيف، من أهل الريبة أم لا، قصد الإخافة أم لا... »^(٣).

وفي الجواهر وافق التعريف المتقدم عن الشرائع وجعله ممّا لا خلاف فيه^(٤). وفي تحرير الوسيلة لسيدنا وأستاذنا الإمام الراحل رحمه الله: « مسألة ١: المحارب هو كل من جرّد سلاحه أو جهّزه لإخافة الناس وإرادة الإفساد في الأرض في برّ كان أو في بحر، في مصر أو غيره، ليلاً أو نهاراً »^(٥).

وفي تكملة المنهاج لسيدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله: الخامس عشر - المحاربة: « مسألة ٢٦٠: من شهر السلاح لإخافة الناس نفي من البلد... إلخ »^(٦).

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٨٥.

(٢) الدروس الشرعية ٢: ٥٩.

(٣) الروضة البهية ٩: ٢٩٠.

(٤) جواهر الكلام ٤١: ٥٦٤.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٤٤٣، ط - جماعة المدرّسين.

(٦) مباني التكملة ١: ٣١٨.

هذه نبذة من كلمات فقهاءنا الأبرار (قدّس الله أسرارهم) في تعريف المحاربة التي هي موضوع هذا الحدّ المشرّع في هذه الآية المباركة.

وبعد هذا التطواف في كلمات الأصحاب (قدّس الله أسرارهم) والاطّلاع على أنظارهم التي استعرضناها بهذا التفصيل للاستفادة منها في أكثر البحوث القادمة نرجع إلى ما ذكرناه في تفسير المحاربة في الآية وأنّ المراد بها خصوص المحاربة بنحو الإفساد في الأرض وإخافة الناس - كما عبّر الفقهاء - فلا يشمل محاربة البغاة لبغيهم ولا المشركين لكفرهم، والوجه في ذلك مجموع نكات وقرائن:

١ - منها: ظهور الآية - خصوصاً مع ملاحظة الاستثناء الوارد في ذيلها - في كون الجريمة الملحوظة في موضوع هذا الجزء - والتي يدور استحقاق الجزاء مدارها إثباتاً ونفيّاً، ويكفي التوبة عنها وتركها قبل الأخذ لسقوطه والمغفرة لفاعلها - إنّما هي نفس المحاربة لله والرسول لا أمر آخر قد يستلزم المحاربة، ومن الواضح أنّ المحاربة بنحو الإفساد في الأرض نفسها الجريمة، وأمّا محاربة الكفار والبغاة فالجريمة فيهما هي الكفر والارتداد أو البغي ونكت البيعة والخروج عن طاعة ولي الأمر. كما أنّ العفو أو المغفرة عنها إنّما يكون بالإسلام والدخول في طاعة الإمام لا مجرد ترك الحرب. والمحاربة لو حصلت فهي من توابع الجريمة لا نفسها؛ لأنّها نتيجة طلب الحاكم لهم لإجبارهم على الدخول في الإسلام أو الطاعة فيحاربون على ذلك.

والحاصل: إن لم يكن صدر الآية ظاهراً في المحاربة بالمعنى المصطلح فلا أقلّ من أنّ الآية التالية لها ظاهرة في النظر إلى محاربة يكون تركها كافياً للغفران والتوبة بلا حاجة إلى ضمّ ضميمة أخرى، وهذا لا يصدق لا في محاربة الكفار ولا البغاة؛ لأنّ توبتهم لا تكون إلّا بالدخول في الإسلام عن طاعة الإمام وقبول البيعة.

٢ - ومنها: عطف الإفساد في الأرض على المحاربة، وأخذه في موضوع الحدّ - سواء افترضناه تمام الموضوع أو جزءه، وهذا سنبحث عنه فيما يأتي -

فإنه قرينة على تعيين محاربة الله والرسول فيما يكون بنحو الافساد في الأرض وسلب الأمن ؛ لأنه بذلك يختل وضع الناس والحياة ، فيكون إفساداً في الأرض ، بخلاف البغي ونكت بيعة الحاكم ولو أدى إلى القتال والمحاربة فإن مطلق الحرب والقتال ليس فساداً في الأرض ، وقد اعتمد على هذه القرينة بعض المفسرين منهم سيدنا العلامة الطباطبائي رحمه الله في تفسيره القيم على ما تقدم حيث قال : « وتعقب الجملة بقوله ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ يشخص المعنى المراد وهو الافساد في الأرض بالإخلال بالأمن وقطع الطريق دون مطلق المحاربة مع المسلمين » ^(١).

٣- ومنها: بعض القرائن الارتكازية واللّبّية ومناسبات الحكم والموضوع الواضحة من سياق الآية ، فإن شدة العقوبة والتأكيد عليها المفاد بصيغة التفعيل في الآية وإضافة الصلب وقطع اليد والرجل من خلاف أو النفي من الأرض كلّ هذه العقوبات تناسب سنخ جريمة يكون فيها إفساد في الأرض بقتل وسلب ونهب ويكون لها مراتب تناسب مراتب العقوبات الأربع المفعولة فيها ، ولا تناسب مجرد البغي ونكت طاعة الحاكم الذي هو جريمة سياسية لا يطلب فيها إلا رجوع الباغي إلى الطاعة ودخوله في الجماعة . كما يظهر ذلك من خلال مراجعة لسان الآية المتعرّضة للباغين ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأْضَلِّحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأْضَلِّحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ ^(٢).

بل ظاهر آية المحاربة أنّ الجريمة المذكورة فيها من سنخ الجرائم التي تقوم بالأفراد بحيث قد يقوم بها شخص واحد ، ومن هنا ذكر الفقهاء أنه لا يشترط فيها وجود فئة ولا إخافة جماعة ، بل يكفي محاربة واحد لواحد ، وهذا بخلاف محاربة

(١) تفسير الميزان ٥ : ٣٢٦ .

(٢) الحجرات : ٩ .

البغاة فإنّ المناسب لها أن يكون الخطاب فيها متوجّهاً إلى الجماعة والطائفة والفئة ؛ لأنها تكون قائمة بين فئتين بحسب الحقيقة .

هذا مضافاً إلى ما ذكره العلامة الطباطبائي في الميزان ^(١) من أنّ الضرورة قاضية بأنّ النبي ﷺ لم يعامل المحاربين من الكفار - بعد الظهور عليهم والظفر بهم - هذه المعاملة من القتل والصلب والمثلة والنفي ، ومحاربة الباغي ليست بأشدّ من محاربة الكافر قطعاً من الناحية الفقهية ، كما هو مقرر في محله .

٤ - ومنها : الروايات الخاصّة الواردة عن الأئمة المعصومين ﷺ لتشريع هذه العقوبة ذات المراتب المختلفة ، وسوف يأتي التعرّض لها في جهة قادمة من البحث ، فإنّ نفس تصديّها لشرح مراتب هذه العقوبة ، بل والتصريح في بعضها بأنّها على حسب الجناية ، وكذلك التصريح في بعضها بذكر الآية قرينة على نظرها جميعاً إلى تفسير ما هو المراد من الآية ، وتوزيع الموضوع فيها وهو المحاربة بنحو الفساد في الأرض حسب المراتب على العقوبات الأربع المبينة فيها . فإذا سكّتها فيها عن غير ذلك فهم منه أنّ الموضوع في الآية ذلك أيضاً لا غير .

ودعوى : أنّ قصارى مفاد الروايات شمول الآية للمحاربة بنحو الفساد في الأرض وشهر السلاح لإخافة الناس ، وأمّا أنّ المحاربة منحصرة في شهر السلاح لإخافة الناس ومراتبها أيضاً منحصرة في الأقسام المذكورة فمما لا دلالة للروايات الخاصّة عليه .

مدفوعة : بأنّ ظاهر الروايات تفسير تمام مراتب وأقسام المحاربة المندرجة في الآية ، فلو كان منها الحرب مع الكفار أو البغاة والذي لا يكون التعبد فيها لا أخذ المال ولا القتل أو الإخافة بل تمام الغرض فيه غرض سياسي وهو طلب الحكم والسلطان كان ينبغي ذكره ضمن الأقسام جزماً ، فسكوت الروايات المفصّلة للآية

(١) تفسير الميزان ٥ : ٣٢٦ .

عن ذكر هذا النوع من المحاربة فيه دلالة واضحة على خروجه عن موضوع الحكم والجزاء المشرع في هذه الآية المباركة .

ولو فرض عدم دلالتها وحدها على ذلك فلا إشكال في دلالتها على ذلك بعد ضمها إلى ما ورد في حكم جهاد البغاة والمشركين من الأدلة والروايات على أن حكم أسيرهم ليس ما ذكر في هذه الآية ، فراجع وتأمل .

وأما معتبرة طلحة بن زيد ^(١) المتقدمة التي استشهد بها على عموم الآية وتطبيق الإمام عليه السلام لها على باب الحرب والجهاد ، فيلاحظ عليه :

أولاً : أنها واردة في تطبيق الآية على جهاد الكفار والمشركين لا البغاة بقرينة ما ورد فيها من الحكم بأن الأسير إذا أخذ وقد وضعت الحرب أوزارها كان الإمام فيه مختيراً بين المنّ والفداء والاستعباد فيصيروا عبيداً . ولهذا نجد الشيخ رحمته الله قد أورد الرواية تحت عنوان باب : كيفية قتال المشركين ومن خالف الإسلام ، وقد تقدّم أن الآية المباركة في نفسها لا شك في عدم عمومها لمحاربة الكفار والمشركين بما هم كفار ، فلو فرض صحة الاستدلال بالحديث المذكور كان إلحاقاً تعبدياً لا بد من الاقتصار فيه على موردّه وهو محاربة الكفار والمشركين قبل أن تضع الحرب أوزارها ، فلا يمكن التعديّ منهم إلى محاربة الباغي والذي يكون مسلماً وحكمه أخف من حكم المشرک .

وثانياً : إنّ ظاهر الرواية ممّا لا يمكن الالتزام به فقهياً ولم يعمل به أحد من الفقهاء ، لأنها تفسير الآية بإرجاع العقوبات الأربع فيها إلى عقوبة واحدة هي الكفر - وهو بمعنى الإهلاك - أو الكلّ - وهو بمعنى السيف - وهذا يعني أنّ الجزاء واحد وهو القتل وإنما التخيير للإمام في كيفية قتله ليس إلّا ، وهذا مضافاً إلى أنّه خلاف ظاهر

(١) راجع : الوسائل ١١ : ٥٣ ، ب ٢٣ ، جهاد العدو ، ح ١ .

الآية ممّا لم يفت به أحد من الفقهاء في حدّ المحارب الذي هو القدر المتيقّن من الآية، فلا بدّ من طرحها أو تأويلها وحملها على بعض المحامل، وبذلك يسقط الاستدلال بها في المقام.

وهكذا يتّضح أنّ عنوان المحارب في الآية المباركة مختصّ بمن يشهر السلاح للإفساد في الأرض، وهو الإخلال بأمن الناس وإخافتهم والتعدي على أموالهم أو أعراضهم أو أنفسهم، ولا شمول له للباغي أو الكافر إذا حارب الدولة الإسلامية وقام بوجهها، ما لم تصدر منه المحاربة بالمعنى المذكور، فيكون مصداقاً للآية من تلك الناحية، وهو ممّا لا كلام فيه.

ويكفي لصحّة هذا الاستظهار والركون إليه ما نجده من تطابق فهم الفقهاء من العامّة والخاصّة وكذلك المفسّرين من الآية وتفسيرهم للمحاربة بذلك - وإن اختلفوا في خصوصيات مورد النزول كما تقدّم - ممّا يكشف عن عدم وجود ظهور في الآية على إرادة مطلق المحارب وإلا كيف يخفى على كلّ هؤلاء، وهم جميعاً من أهل اللغة والأدب والمحاورة. والظهورات ليست مسائل عقلية دقيقة لكي يمكن خفاؤها على السابقين جميعاً، كما أنّ الأنواع الأخرى للمحاربة وشمول المعنى اللغوي لمادة الحرب والمحاربة لها كانت على مرأى ومسمع أولئك الأعلام، وقد تعرّضوا لأحكامها أيضاً فلم تكن مصاديق جديدة غير معروفة وقتئذٍ ليكون عدم استظهارهم التعميم من جهة احتمال عدم معرفية تلك الأقسام عندهم أو عدم تحقّق مصاديق لها في زمانهم.

بل المتتبع في الروايات وأسئلة الرواة وأصحاب الأئمة عليهم السلام عن حكم المحارب يجد أنّه لم يقع حتى استشكال وسؤال من قبل الرواة عن احتمال شمول المحارب للكفار أو الباغين وإلا لكان ينعكس عادة فيما وصلنا من الروايات، فكان اختصاص الآية كان أمراً واضحاً وبديهاً عندهم وأنّ الإمام عليه السلام عندما كان يذكر الآية أو تذكر له فيفضل العقوبات الأربع فيها على مراتب المحاربة بالمعنى

المصطلح فقط لم يكن يخطر غير ذلك المعنى من الآية على بال الأصحاب، وإلا لاستفسروا وسألوا عنه، فمجموع هذه الأمور توجب الاطمئنان بصحة هذا الاستظهار.

هذا تمام الكلام في عنوان المحاربة الوارد في الآية المباركة، وهو القيد الأول فيها.

القيد الثاني: الإفساد في الأرض:

وأما القيد الثاني، وهو الإفساد في الأرض المستفاد من قوله تعالى:

﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ فالبحث عنه يقع في ثلاث نقاط:

النقطة الأولى: في المراد بالإفساد في الأرض:

والفساد ضدّ الصلاح^(١)، وفسر بخروج الشيء عن الاعتدال أيضاً^(٢)، فيكون

في كلّ شيء بحسبه، ولا شك أنّ كل جرم ومعصية يرتكبها الإنسان هو فساد في جانب من جوانب الحياة إلا أنّ عنوان الفساد والإفساد حينما يضاف إلى الأرض يتقيد معناه ويختصّ بما يقع من الفساد في الأرض، وهذا التقيد بالوقوع في الأرض فيه احتمالات:

الأول: أن يكون لمجرّد الظرفية وأنّ الفساد يقع في الأرض، فيشمل كلّ المفاصد

التي تقع في الأرض.

إلا أنّ هذا الاحتمال بعيد للغاية، بل غير وارد للزوم اللغوية وأن يكون قيد ﴿في الأرض﴾ زائداً لوضوح أنّ كلّ ما يصدر من الإنسان الكائن في الأرض من الأعمال الصالحة أو الفاسدة تقع في الأرض لا محالة، فأى فائدة في ذكر القيد ١؟ بل يكون ذكره مضرّاً أو غير مناسب؛ لأنّ المجازاة على الجرم ليس الميزان فيه صدوره من

(١) لسان العرب ١٠: ٢٦١.

(٢) مفردات غريب القرآن: ٣٧٩.

الفاعل في الأرض أو في ظرف آخر، فلا أثر للظرف في استحقاق العقوبة ليؤخذ قيدا في موضوعه.

الثاني: أن يكون للدلالة على سعة الفساد وكثرته وشيوعه بين الناس في قبال الفساد الفردي الجزئي.

وهذا الاحتمال بهذا المقدار أيضاً ممّا لا يمكن المساعدة عليه؛ إذ مضافاً إلى أنه لا يبيّن كيفية الربط والنسبة بين الفساد والأرض، إنّ الإفساد في الأرض قد يصدق على جريمة جزئية غير شائعة كما إذا شمر أحد السلاح في مكان أو طريق محدود لا يتطرّقه إلا شخص أو شخصان ولو اتفاقاً، فإنّه أيضاً إفساد في الأرض وداخل في إطلاق الآية مع أنها جريمة من واحد، وقد تكون على واحد لا أكثر فلا شيوع في الفساد ولا انتشار. نعم، لو أريد من الشيوع أن يكون الجرم والفساد ظاهراً في الأرض أو عامّاً غير موجّه إلى شخص خاصّ فهذا المعنى قد يستفاد من هذا التركيب لنكتة سيأتي الحديث عنها في الاحتمال القادم.

الثالث: أن يكون للدلالة على وقوع الفساد على الأرض وقيامه فيها نظير قولك: يعمل في الأرض، أي يوقع العمل عليها، فيكون الإفساد في الأرض بمعنى إفسادها ولكن لا بلحاظ ذاتها بل بلحاظ ما فيها من حالة الصلاح، فلا يراد بالأرض التراب والصخور ونحوها، بل يراد بها الأرض بما هي محلّ ومكان لحياة الإنسان واستقراره؛ فيه لأنّ هذه الحيثية هي المطلوبة للإنسان من الأرض والمكان، فيكون صلاحها بذلك وفسادها بزوال هذه الصلاحية، وإنّما عبّر بالإفساد في الأرض لا إفسادها للدلالة على أنّه إفساد لما فيها من حالة الصلاح وإقامة الفساد فيها لا إفساد ذاتها.

والحاصل: المستفاد من الظرف في مثل هذا التركيب تقييد الفساد بالأرض ونسبته إليها بالنسبة الحلولية، فتكون الأرض هي الفاسدة والفساد حالاً فيها.

وهذا ما يشهد به الوجدان العرفي وتؤكد ملاحظة موارد استعمال هذا التركيب في الآيات الكريمة. فقد ورد في بعضها المقابلة بين الإفساد في الأرض وبين صلاح الأرض، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(٢).

مما يشعر أن المراد بالإفساد في الأرض ما يقابل إصلاح الأرض أي إفسادها، لا مجرد الظرفية، بل الظرفية تستلزم اللغوية والتكرار المخل في مثل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ﴾^(٤)، فتكرار القيد لا يناسب الظرفية، بل لا بد لإفادة نكتة وخصوصية زائدة وهي إيقاع الفساد على الأرض وإحلاله فيها، بل هذا هو المتبادر من هذا التركيب في كل مورد لوحظ فيه الظرف - في الأرض - قيدا للفساد ووصفاً له في المرتبة السابقة على إسناده لفاعله. لاحظ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿أَمْ نَجْعَلُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَالْمُفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ﴾^(٦) وقوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ﴾^(٧) وقوله تعالى: ﴿لَقَدْ عَلِمْتُمْ

(١) الأعراف: ٥٦.

(٢) الأعراف: ٨٥.

(٣) البقرة: ٢٠٥.

(٤) البقرة: ٣٠.

(٥) القصص: ٧٧.

(٦) ص: ٢٨.

(٧) المائدة: ٣٢.

مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ ﴿^(١)﴾ إِلَى غير ذلك من موارد استعمال هذا التركيب في القرآن الكريم ممّا يستفاد منه أنّ الفساد الملحوظ فيها فساد خاصّ مقيد بكونه في الأرض، بما هو محلّ استقراره وسكونته، كما يشعر به قوله تعالى: ﴿وَيُهْلِكَ الْحَزَنُ وَالنَّسْلُ﴾ في آية متقدمة.

دعوى ورد:

وقد يقال: إنّ هذا يتوقّف على أن يكون الظرف لغواً، أي متعلّقاً بالافساد، وهو خلاف الظاهر أو ليس معهوداً، بل الظرف مستقر ومتعلّق بالسعي في مثل قوله تعالى: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً﴾ فيكون ظرفاً للفعل والفاعل لا محالة. ويلاحظ عليه:

أولاً: لا شاهد على أصل هذه الدعوى، فإنّ كون الظرف لغواً ومتعلّقاً بالافساد ممّا يساعد عليه الذوق والقواعد العربية نظير قولنا: يعمل في الأرض. وثانياً: يمكن أن يكون الظرف مستقراً أو متعلّقاً بالسعي، ومع ذلك نستفيد نفس المعنى وهو وقوع الفساد على الأرض؛ لأنّ السعي بالفساد عبارة أخرى عن نفس عمل الفساد، فتقييده بكونه في الأرض يساوق كون الفساد فيها، كما أنّه إذا كان متعلّقاً بالمقدّر وظرفاً مستقراً فالمستفاد منه أنّه ظرف ملحوظ للفساد لا للمفسد، فيكون قيداً له وأنّه فساد في الأرض لا في شيء آخر يصدر من الفاعل. وتعمام النكتة أنّ استفادة هذا المعنى غير مربوط بالنكتة الأدبية في تشخيص متعلّق الظرف، بل مربوط بنكتة معنوية دلالية هي رجوع الظرف بحسب النتيجة النهائية قيداً ووصفاً وتخصيصاً للفساد بأن يلحظ الفساد المقيد بكونه في الأرض منسوباً إلى الفاعل، أو أنّه قيد وظرف لنفس النسبة وصدور الفعل، فعلى الأوّل يستفاد كون الفساد حالاً في الأرض وواقعاً عليه - حتى إذا كان الظرف متعلّقاً

بالمقدّر أو بالسعي - وعلى الثاني لا يستفاد أكثر من صدور الفعل والنسبة في الأرض حتى إذا كان الظرف لغوياً.

قيود تحقق الإفساد في الأرض :

ثم إنّ هذا المعنى - أعني فساد الأرض وزوال صلاحها - المستفاد من هذا التركيب هل يختصّ بما إذا كان الفساد من نوع الظلم والتعدي على أموال الآخرين وحقوقهم بالسلب والنهب والقتل ونحوها أو يعمّ مطلق ارتكاب المفساد والمعاصي الشرعية ؟ هذا من ناحية ومن ناحية أخرى هل يشترط في صدق الإفساد في الأرض ظهور الفساد أو شيوعه وانتشاره بين الناس أم لا يشترط شيء من ذلك ؟

١ - اختصاص الإفساد بالظلم والتعدي :

أقول : لا يبعد بالنسبة إلى الأمر الأوّل دعوى الاختصاص ، فلا يصدق الفساد في الأرض في غير موارد الظلم والتعدي على الأموال والنفوس والأعراض وإن كانت معاصي كبيرة كالقواحش ، بل من أكبرها كالشرك بالله سبحانه فإنه وإن كان فساداً كبيراً ، وقد يشكّل خطراً على مستقبل ذلك المجتمع إلاّ أنّه مع ذلك لا يسمّى ذلك بالفساد في الأرض ، والوجه في ذلك ما أشرنا إليه من أنّ صدق هذا المعنى بحاجة إلى أخذ عناية وخصوصية في الأرض بملاحظتها تتّصف بالصلاح والفساد ، وإلاّ فالأرض بذاتها لا معنى لاتّصافها بالصلاح والفساد ، وتلك الخصوصية لا بدّ وأن تكون من أوصاف الأرض وشؤون مطلوبيّتها للإنسان وهي حيثية مكانيّتها لاستقرار الإنسان وحياته وأمنه . فإذا كان الفساد والجرم بنحو يوجب سلب هذه الصفة عن الأرض والإخلال بها صحّ اعتباره وصفاً للأرض فيكون فساداً لها ، وأمّا إذا لم يكن كذلك بل كان من شؤون سلامة وصحة حياة الإنسان من غير ناحية محل السكنى والاستقرار والأمن فزواله وإن كان فساداً إلاّ أنّه ليس إفساداً للأرض بل للمجتمع والإنسان ، اللهمّ إلاّ بأخذ عناية أوسع ممّا ذكرناه واعتبار الأرض كناية عن مطلق جوانب حياة الإنسان ، وهي عناية فائقة بحاجة إلى ما يدلّ على لحاظها

فمن دونه لا تكون الحيثيّة ، والعناية الملحوظة في الأرض أكثر من حيثيّة مكان الاستقرار والأمن ، ولا أقلّ من الاجمال المانع عن التمسك بالإطلاق ؛ لأنّه من الشكّ في سعة المفهوم الملحوظ وضيقه لا في تقييد مفهوم واسع ، كما هو مقرّر في محله .

وإن شئت قلت : إنّ صدق الإفساد في الأرض يتوقّف على تحقّق أمرين :

١ - أن يكون الجرم إخلالاً بالصفة القائمة بالأرض ، بما هي محل لاستقرار الإنسان وسكناء وأمنه ، لا بصفة قائمة بالإنسان أو المجتمع ، كما إذا نشر العقائد الباطلة أو أجبر الناس عليها فأصبحوا مشركين بالله - والعياذ بالله - فإنّه بمجرّده ليس إفساداً في الأرض وإن كان إفساداً للإنسان والمجتمعات .

٢ - أن يكون الإخلال بصفة الاستقرار والأمن في الأرض ناشئاً من التعدي والظلم والتجاوز على الآخرين لا أن تختلّ حياتهم واستقرارهم في الأرض بفعل صادر باختيارهم ورغبتهم كما إذا ارتكبوا أفعالاً قد توجب تدريجاً ضعفهم وهلاكهم فإنّ هذا أيضاً ليس إفساداً في الأرض وإن كانت نتيجته واحدة . فكأنّ الفساد أخذ فيه التجاوز والظلم ، وقد فسّره صاحب القاموس بأخذ مال الغير ظلماً ، فهو منصرف إلى ما يكون فساداً بالذات أي مستنكراً وقبيحاً بالذات وهو الظلم والتجاوز على الآخرين ، لا مطلق المعصية أو الفساد ولو بمنظار خاصّ .

ومما يقرب دعوى الاختصاص ما نشاهده في الآيات الكريمة من استعمال هذا التركيب في موارد العدوان على الأموال والنفوس ونحوه دون ارتكاب سائر المعاصي والكبائر حتى الكفر والشرك بالله ، فراجع وتأمل .

٢ - عدم الاختصاص بموارد شيوع التعدي :

وأما الاختصاص بما إذا كان التعدي وسلب المال أو النفس ظاهراً مشهوراً أو سائعاً منتشرأ بين الناس فهو ممنوع ، بل العدوان على واحد أيضاً يكون فساداً في الأرض لو كان بحيث يخلّ بالأمن في ذلك المكان .

٣ - عدم كون التعدي لعداوة شخصية :

نعم ، قد يعتبر في صدق العنوان أن يكون التعدي غير موجّه إلى شخص معيّن لعداوة معه مثلاً بل إلى كلّ من يسكن تلك الأرض وإن اتّفق أنّه واحد لا أكثر ، فالشيوع أو الظهور إذا أُريد به العمومية بهذا المعنى فهو معتبر في صدق الافساد في الأرض ، لأنّه في غير هذه الحالة لا يناسب إضافة الفساد إلى الأرض ، فلا بدّ من عمومية الفساد بهذا المعنى .

هذا تمام الكلام في النقطة الأولى التي عقدناها لتحديد معنى الافساد في الأرض .

النقطة الثانية : في المستفاد من الجمع بين العنوانين في الآية المباركة :

فهل هناك موضوعان مستقلّان لهذا الحدّ أحدهما عنوان المحارب والآخر عنوان المفسد ؟ أو أنّ هناك موضوعاً واحداً ؟ وهذا الموضوع الواحد هل هو عنوان المحارب - كما جاء في كتب الفقه وتعبيرات الفقهاء - أو هو عنوان المفسد في الأرض وعنوان المحارب تطبيقي من تطبيقاته أو هو مجمع العنوانين والقيدان بحيث يكون الإفساد في الأرض بنحو المحاربة ؟ وجوه واحتمالات تنشأ عن الاختلاف في كَيْفِيَّة فهم العلاقة بين العنوانين الواردين في موضوع الآية المباركة . وعلى هذا الأساس نقول :

الاحتمال الأول :

أمّا افتراض أن يكون هناك موضوعان مستقلّان للحدّ أحدهما عنوان المحاربة والآخر عنوان المفسد في الأرض ، فغير متّجه ؛ لوضوح ظهور الآية المباركة في بيان العقوبة والمجازاة لنوع جريمة واحدة ولسنخ مجرمين من نوع واحد وهم الذين يكونون مجعماً للعنوانين أي الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً .

لا يقال: العطف ليس للجمع بل لإعطاء حكم المعطوف عليه وإسراؤه إلى المعطوف، فيكون مقتضى ذلك أن كلّ واحد من المحارب والساعي في الأرض فساداً يثبت له الحكم والجزاء مستقلاً نظير قوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١) أو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾^(٢). فإنه يقال: العطف وإن كان لإسراء حكم المعطوف عليه على المعطوف إلا أنه لا بدّ من تعيين حكم المعطوف عليه بلحاظ موقعه في الجملة، فإذا كان المعطوف عليه موضوعاً للحكم بأن كان طرفاً للنسبة الحكمية التامة كان مقتضى العطف عليه أن المعطوف أيضاً موضوع مستقل للحكم كما في المثالين المتقدمين، وأمّا إذا كان موقع المعطوف عليه موقع الوصف والقيّد للموضوع أي طرفاً للنسبة التقييدية الناقصة كما في قولك: أكرم الرجل إذا كان عالماً وعادلاً وقرشياً، ومن قبيل قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى * وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ * الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ * وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ * وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ * وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾^(٤)، ففي هذا الحال يكون مقتضى صناعة العطف إسراء حكم المعطوف عليه وهو الطرفية للنسبة التقييدية الناقصة إلى المعطوف فيكون المعطوف كالمعطوف عليه قيّداً ووصفاً لموضوع الحكم، لا موضوعاً مستقلاً؛ لأنّه لم يعطف على الموضوع للحكم ليكون كذلك. وهذا واضح.

ومقامنا من قبيل الثاني حيث إنّ جملة ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً﴾ عطف على

(١) النساء: ٥٩.

(٢) المائدة: ٣.

(٣) الأعلى: ١٤-١٥.

(٤) المؤمنون: ١-٥.

جملة ﴿يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الرافع قيداً وصلة لموضوع الحكم، وهو الموصول في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُحَارِبُونَ...﴾.

نعم لو كانت الآية بالنحو التالي: «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله والذين يسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا... الخ» كان للاحتمال المذكور وجه - مع قطع النظر عن قرائن أخرى - فاحتمال تعدد الموضوع ساقط جزماً.

الاحتمال الثاني:

وأما احتمال أن يكون أحد العنوانين هو تمام الموضوع للحكم دون الآخر فقد ادّعاه بعض واستقره في الآية بأن جعل الموضوع هو الفساد في الأرض، وأما المحاربة فجعلها من تطبيقات ومصاديق الفساد في الأرض، وجعل ذلك أحد الوجوه لتعميم هذا الحد إلى كل مفسد في الأرض.

وما يمكن أن يذكر في وجه هذا الاستظهار أحد تقريبين:

التقريب الأول: أن ما هو الموضوع في الآية إنما هو الفساد في الأرض، وأما التعبير بمحاربة الله والرسول فقد جيئ به في الآية توطئة وتمهيداً لذلك إظهاراً لعداوة الذنب وشناعته نظير ما وقع في آية الربا ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(١)، والوجه في ذلك أن المحاربة لا تكون مع الله والرسول حقيقة، وهذا أمر واضح، فيكون وضوح ذلك بنفسه قرينة على إرادة تهويل الذنب والتشديد فيه وتشبيهه بمحاربة الله والرسول في درجة المعصية، فيكون مفاد الآية هكذا: «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله بالافساد في الأرض أن...».

ونلاحظ على هذا التقريب:

أولاً: إنه خلاف الظاهر جداً، وقياسه بالآية الأخرى مع الفارق؛ لأن عنوان المحاربة أخذ في موضوع الآية مفروغاً عنه حيث قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ

يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴿ وهو في قوّة قولنا: «المحارب لله ورسوله جزاؤه كذا...» وهذا لا يناسب التشبيه والتنزيل، فإنّ المناسب له عقد الحمل بأن يقال من فعل كذا فهو محارب لله والرسول أو فليأذن بحرب من الله ورسوله، كما أنّ التعبير عن العنوان الثاني بقوله تعالى: ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ لا يناسب أن يكون هو تمام الموضوع بخلاف ما إذا قيل: «يفسدون في الأرض» لأنّ السعي ناظر إلى مرحلة النية والقصد أيضاً فكأنه قال: ويطلبون أو يبغيون في الأرض فساداً، فيساق قصد الافساد في الأرض، ومثل هذا العنوان لا يناسب، أن يكون هو العنوان الأصلي، بل يناسب أن يكون وصفاً وقيداً ووجهاً للفعل الصادر منهم، وهو المحاربة وأنّ القصد منها الافساد في الأرض وسلب الأمن عن أهلها.

وأما كون المحاربة الحقيقية مع الله والرسول ممتنعة أو غير حقيقية فلا يوجب حملها على التشبيه والتنزيل، بل كما أشرنا في شرح العنوان الأوّل في الآية تكون العناية فيه عرفاً من حيث الاسناد وأنّ من يحارب المسلمين كأنه محارب لله والرسول، فيستفاد منه فداحة وشناعة الجرم أيضاً، فلا يلغى أصل المحاربة ولا يرفع اليد عن ظهور أخذها في موضوع الحكم، وإنما يقيد بما إذا كان بقصد الافساد في الأرض على ما سيأتي، فالحاصل قياس هذه الآية بآية الربا وما فيها من تنزيله منزلة المحاربة لله والرسول خلاف الظاهر جداً.

وثانياً: ما تقدّم من أنّ الافساد في الأرض لا يشمل كلّ عمل فاسد ولا كلّ إفساد لأوضاع الناس، بل يختصّ بما إذا كان ظلماً وتجاوزاً على أموال الآخرين وأنفسهم وأمنهم، نعم قد لا يكون مختصاً بشهر السلاح والمحاربة، فالنسبة بينهما عموم من وجه، وهذا ما يؤكّد لزوم تقييد أحدهما بالآخر على ما سيأتي أيضاً.

التقريب الثاني: دعوى أنّ الموضوع هو الافساد في الأرض، لأنّ الجملة الثانية ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ بمثابة التعليل للأولى، فيكون المدار على العلة. وقد أفاد بعض المعاصرين في توضيح ذلك: «فذكر المحاربة أولاً وعطف

السعي في الفساد في الأرض عليه ثانياً في مقام بيان سرّ جعل هذه الأنواع من المجازاة يدلّ على أنّ الدور الأساسي في مقام العلّية إنّما هو لعنوان (السعي في الأرض فساداً) وأنّه هو الموجب التامّ لترتّب الأنواع المذكورة من المجازاة عليه ، فإذا تحقّق هذا العنوان ولو مجرداً عن عنوان المحاربة كفى في ترتّب الحدود المذكورة عليه .

إن قلت : هذا إنّما يتمّ لو اقتصر على عنوان (السعي في الأرض فساداً) وأمّا إذا لم يقتصر عليه ، بل ذكر أولاً عنوان (المحاربة لله والرسول) ثمّ عطف عليه السعي في الفساد في الأرض بواو العطف الدالّة على الجمع بين المعطوف والمعطوف عليه ، فقد كان مفاده أنّ علّة هذه المجازاة وسرّها اجتماع الأمرين : المحاربة لله ورسوله ، والسعي في الأرض فساداً ، فلا يكفي في ترتّبها مجرد الفساد في الأرض .

قلت : إنّما كان إلى ما ذكرت سبيل لو كان بين العنوانين تباين ولو جزئياً ، وأمّا إذا كان العنوانان أعمّ وأخصّ مطلقاً وكان العطف من باب عطف العامّ على الخاصّ فلا محالة ليس المقام من باب الجمع بين أمرين ، بل من باب ذكر ما هو السرّ الحقيقي الواضح العامّ بعد ذكره بمصداق منه خاصّ .

توضيحه : أنّ المخاطب بالآية المباركة والملقى إليهم هذه الآية حيث كان العقلاء وعامة الناس فذكر الصلة الأولى أعني محاربة الله ورسوله وإن كان كافياً في بيان علّة المجازاة المذكورة ، فإنّه أي عمل أشنع وأوجب للمجازاة والعذاب من محاربة الله تعالى ؟ ! إلا أنّ عامة الناس لا يلتفتون إلى عظم هذا الذنب ، فإذا عطف عليه السعي في الأرض فساداً - الذي هو في مرتكز العقلاء كافٍ لأنواع المجازاة المذكورة - أذعن الناس بأنّ عمل هؤلاء بلغ مبلغاً يستحقّون به المجازاة المذكورة ، فهذا هو ما نفهمه من السرّ لعطف هذا العام على الخاصّ ^(١) .

وفلاحظ عليه :

أولاً: تارة نحمل المحاربة في صدر الآية على المعنى العنائي المجازي أي المعصية العظيمة التي تكون بمثابة محاربة الله ورسوله كما في قوله تعالى : ﴿ فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ ، وأخرى نحملها على معناها الحقيقي وتكون العناية في الاسناد فقط أي شهر السلاح ومحاربة حقيقية لله والرسول ولكن من خلال محاربة أوليائهم وأتباعهم وهم المسلمون .

فعلى الأول لا محالة يكون العنوان الأول توطئة ومقدمة للعنوان الثاني ، وهو الافساد في الأرض ، ويكون المدار عليه ، لأنه الفعل والعنوان الحقيقي فيكون هو الجرم ، وأما العنوان الأول فهو ادّعائي تنزيلي لمجرد إبراز فظاعة ذلك الجرم وشناعته وكونه بمثابة محاربة الله والرسول . إلا أن هذا رجوع إلى التقريب السابق ، والذي قد عرفت عدم تماميته ، وأنه لا موجب لإلغاء المحاربة وحملها على المعنى العنائي التنزيلي ، بل لا يناسب السياق والتركيب على ما بينا .

وعلى الثاني تكون المحاربة الحقيقية - أي شهر السلاح - مأخوذة في موضوع الحكم ، وواضح أن هذا العنوان عندئذ يكون هو الجرم الحقيقي ؛ لكونه محاربة حقيقية مع أمة الله والرسول ، وشناعته وفضاعته وجُرميته واضحة لا تحتاج إلى التنزيل والتشبيه ، نعم التشبيه والتنزيل قد يكون في الاسناد إلى الله والرسول ولكن المحاربة متحققة بالفعل خارجاً ، ومثل هذا أوضح جرمية من عنوان إجمالي قد يختلف فيه بحسب الوجوه والاعتبارات كعنوان الافساد في الأرض ، فلا يناسب أن يجعل ذلك تعليلاً لجرمية ذلك العنوان البسيط الواضح جرميته واستحقاق العقوبة الشديدة على ارتكابه ، فهل يصح عرفاً أن يقال مثلاً لا تحارب الله والرسول لأنه إفساد في الأرض ؟ !

وما جاء في التقرير من الاستناد إلى المرتكز العقلاني وأنهم يرون بحسب ارتكازهم أن السرّ لأنواع المجازاة المذكورة في الآية إنما هو الافساد في الأرض

وأنه يعطف ذلك على المحاربة يذعن الناس بأن عمل هؤلاء - وهو محاربتهم بحسب الفرض وقتالهم للمسلمين - بلغ مبلغاً يستحقون به المجازاة المذكورة، ممنوع جداً؛ إذ أي مرتكز عقلائي في باب الفساد في الأرض يقضي بأن حكمه وجزاءه القتل، بل بالعكس كون الحرب والمحاربة جزاؤها ذلك أوضح في المرتكز العقلائي، والظاهر أن هذه ارتكازات متشرعية ناشئة من الأحكام الشرعية وفي طولها، فلا ينبغي جعلها منشأً للاستظهار من الآيات الكريمة، كما هو واضح.

وثانياً: أن مبنى الاستظهار المذكور - كما اعترف به - كون الفساد في الأرض المعطوف على المحاربة أعم منه مطلقاً، وأنه من عطف العام على الخاص، فلا يكون من باب الجمع بين أمرين، بل من باب ذكر العلة والنكته العامة بعد ذكر مصداق منه خاص.

إلا أن هذا الكلام ممّا لا يمكن المساعدة عليه؛ لما تقدّم من أنه ليس كلّ معصية إفساداً في الأرض كما أنه ليس كلّ محاربة سعيّاً في الأرض فساداً، ولهذا تقدّم عن المفسّرين أن الجملة الثانية مقيدة ومخصصة للمحاربة بما يكون للإفساد في الأرض، فيخرج قتال الكفار والبلغاة عن المحاربة.

الاحتمال الثالث :

وهكذا يتعيّن الاحتمال الثالث، وهو أن يكون الموضوع للمجازاة في الآية مجمع العنوانين والقيدين كما هو مقتضى واو العطف، ولكن ليس المقصود اشتراط فعلين وصدور جريمتين خارجاً بأن يحارب الله ورسوله ويسعى فساداً في الأرض، بل الموضوع فعل واحد يكون مصداقاً للعنوانين.

وإن شئت قلت: إنّ السعي في الأرض فساداً قيد للمحاربة لا للمحارب وأنّ المحاربة قيد للإفساد في الأرض لا للمفسد، فكما لا يكون في الآية فاعلان مستقّلان كذلك ليس فيها فعلان كذلك بل فعل واحد يتّصف بأنّه محاربة وسعي للفساد في الأرض في نفس الوقت.

ومنشأ هذا الاستظهار - مضافاً إلى ظهور سياق الآية في التصدي لبيان مجازاة واحدة تخيرية أو مرتبة على جريمة واحدة لا مجموع جريمتين وإلا كان الأنسب بيان مجازاة كل واحد منهما مستقلاً أيضاً - أن الجملة الثانية أعني قوله تعالى: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً﴾ بمعنى يبغيون ويطلبون ويستهدفون في الأرض الفساد، فيكون ناظراً إلى حيثية النية والقصد أو الغرض والاتجاه من المحاربة لا إضافة فعل آخر إليها، فإنّ المحاربة قد تكون للافساد في الأرض، وقد تكون للخروج عن طاعة السلطان أو الدفاع عن مذهب ومعتقد - كما في محاربة البغاة والكفار - فلا يكون من أجل الفساد في الأرض.

فالحاصل التعبير بقوله تعالى: ﴿وَيَسْعَوْنَ...﴾ ظاهر في النظر إلى ما هو الغاية والقصد والهدف من المحاربة، فيكون تحديداً وبياناً لجهتها وأنها محاربة وشهر السلاح بقصد الافساد في الأرض لا غير، وهذا مطابق مع ما جاء في الروايات المفسرة للآية ومع ما فهمه الفقهاء وذكره في موضوع هذا الحد من أنه من شهر السلاح لإخافة الناس وإرادة الإفساد في الأرض، فشهر السلاح مستفاد من الجملة الأولى، وإرادة الإفساد في الأرض من الثانية، كما هو واضح.

ويترتب على هذا: أن من حارب أي شهر السلاح وأخاف الناس وقصد الافساد في الأرض بسلب مال أو نفس أو نحو ذلك ولكنه لم يتحقق منه الافساد في الأرض خارجاً مع ذلك يكون موضوعاً لهذا الحد، فليس تحقق الافساد في الأرض منه خارجاً بتحقيق تجاوز منه وسلب مال أو قتل نفس شرطاً في شمول الحد، بل يكفي شهر السلاح لأجل ذلك وبقصد الافساد والتجاوز.

ولعلّه لذلك جعل الفقهاء سنة وشيعة موضوع هذا الحد عنوان المحاربة بقصد الافساد كما هو المستفاد من الآية، لا عنوان المفسد في الأرض الذي قد يقال بتوقفه على تحقق العدوان بسبب مال أو نفس وعدم كفاية مجرد شهر السلاح من أجله في صدقه.

ثم إنه لو فرض أن عنوان الإفساد في الأرض كان في نفسه عاماً يشمل كل ما يكون، إفساداً لأوضاع الناس والمجتمع ولو لم يكن بنحو الظلم والتعدي على الأموال والأنفس، بل بإفساد أخلاقهم أو توزيع الأفيون والمخدرات بينهم أو إيجاد الفتنة والارجاف بينهم أو غير ذلك - خلافاً لما استظهرناه في البحث السابق - مع ذلك قلنا في المقام حيث إن جملة ﴿وَيَشْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً﴾ جعلت في الآية بياناً لكيفية المحاربة والغرض منها، فلا محالة يتقيد معناها بالإفساد الخاص بقرينة المحاربة؛ لأن المحاربة التي تكون بقصد الإفساد في الأرض تساوق لا محالة من يشهر السلاح للإخلال بالأمن وسلب المال أو النفس أو نحوهما، فلا يعم الأنحاء الأخرى من الإفساد التي لا تناسب المحاربة وشهر السلاح ولا تكون غاية لها عادة. وهذا يعني أن كل واحد من القيدتين في الآية المباركة يقيد إطلاق الآخر، فكما أن إرادة الإفساد في الأرض يقيد إطلاق المحاربة ويخرج منها المحاربة بنحو البغي والخروج عن الإسلام أو طاعة الحاكم الإسلامي كذلك المحاربة يقيد إطلاق الإفساد في الأرض - لو فرض إطلاق فيه - عن سائر أنحاء الإفساد في المجتمع ويعينه في سلب الأمن ونهب المال والنفس ونحوهما؛ لأنه الذي يكون في المحاربة وشهر السلاح.

والمتحصل من مجموع ذلك: أنه لا يستفاد من هذه الآية المباركة أكثر مما دلت عليه الروايات الخاصة - على ما سيأتي التعرض لها في الجهة القادمة - وأفتى به فقهاء الإسلام من اختصاص هذا الحد والجزاء المذكور فيها بالمحارب الاصطلاحي، وهو من شهر السلاح وأخاف الناس بقصد الإفساد في الأرض.

النقطة الثالثة: قد يستدل بالآية السابقة لهذه الآية وهي قوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ...﴾^(١) على أن عنوان الإفساد في الأرض

بنفسه موضوع لجواز القتل .

ويلاحظ عليه :

أولاً: أنّ عنوان الإفساد في الأرض لم يقع في هذه الآية موضوعاً للحكم بالقتل ليتمسك بإطلاقه ، وإنما أخذ عدمه قيداً في موضوع حرمة القتل وأنّ من قتل نفساً بغير إفساد منه في الأرض كأنما قتل الناس جميعاً . وهذا غايته الدلالة بالمفهوم على أنّ من قتل نفساً لكونه مفسداً في الأرض فليس كمن قتل الناس جميعاً ، ولكن قد تحقق في محله أنّ مفهوم القيد ليس بأكثر من السالبة الجزئية أي في الجملة ، وأنّ المفسد في الأرض قد يستحقّ القتل ولو في صورة كونه محارباً .

وإن شئت قلت : إنّ جملة ﴿ بِقَتْلِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ ﴾ جاءت قيداً لموضوع القتل المحرّم ، وقصارى مفاد القيد أنّ الحكم غير ثابت لتمام موارد انتفائه وإلا كان ذكره وأخذه لغواً ، فلا بدّ من انتفاء الحكم في الجملة ولو في بعض موارد انتفاء القيد . وهذا ليس المفهوم المصطلح بل هو قاعدة احترازية القيود والتي لا تقتضي أكثر من السالبة الجزئية ، ومن هنا لا تدلّ الآية على أكثر من انتفاء حرمة القتل في الجملة في موارد قتل النفس بالنفس أو الإفساد في الأرض بحيث لا بدّ من استيضاح ذلك المورد وشروطه وقيوده من الأدلّة الأخرى لا من مفهوم هذه الآية ، فلعلّه يشترط زائداً على ذلك قيد المحاربة ، كما استفدناه من الآية ويأتي في الروايات أيضاً .

لا يقال : هذا لو لم يكن هذا الحكم وهو قتل المفسد في الأرض أمراً مركزاً عند العقلاء بأن كان أمراً تعبدياً محضاً ، وأمّا إذا كانت مسألة عقلائية مرتكزة فالإشارة إليها في لسان الشارع يفهم منها إمضاء ما عليه العقلاء بحيث لو كان بناء الشارع على خلافه لوجب بيانه .

فإنّه يقال : نمنع وجود ارتكاز عقلائي بأن كلّ مفسد في الأرض يجوز قتله ولو لم يكن قاتلاً ولا محارباً ، بل لعلّ المركز خلافه في غير موارد الإفساد بالقتل .

على أن وجود ارتكاز كذلك لا يكفي لاستفادة الإطلاق من القيد المذكور في الآية ؛ لأنها ليست بصدد بيان حكم المفسد ومن يجوز قتله ليحمل عرفاً على إمضاء ذلك الارتكاز بعرضه العريض ، بل بصدد بيان حكم من يحرم قتله وهو قتل نفس بغير نفس ولا إفساد في الأرض . فالحاصل الارتكازات العرفية قد توجب ظهوراً في الدليل في إمضائها إذا كان الدليل ناظراً إلى بيان نفس الحكم المرتكز لا حكم آخر .

وثانياً : ما تقدّم من عدم الإطلاق أساساً في عنوان المفسد في الأرض في نفسه لغير موارد العدوان والتجاوز على الآخرين بسلب مال أو عرض أو نفس ، وعندئذ يكون الظاهر من قوله تعالى : ﴿ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ ﴾ من قتل نفساً من غير أن يكون قصاصاً ولا أن يكون من جهة إفساده وتجاوزه وعدوانه على ماله أو عرضه أو نفسه ، فيكون ظاهراً في جواز قتله في قبال تجاوزه دفاعاً عن نفسه ودفعاً لتجاوزه ، ومما يؤيد أن النظر إلى ذلك - لا إلى عقوبة المفسد في الأرض - أن هذه الآية ناظرة إلى فعل المكلفين وحرمة القتل عليهم . وجواز قتل المفسد عقوبةً لو فرض ليس مربوطاً بعامة المكلفين ، بل هو تكليف الحاكم ومن مسؤوليات الولاية ، فالآية أجنبية عن محل البحث .

الجهة الثانية

فيما يستفاد من الروايات الخاصة في موضوع هذا الحد

ونورد البحث عن ذلك في نقطتين :

الأولى : ما يستفاد منه اختصاص الحد المذكور بالمحارب الشاهر للسلاح .

الثانية : ما قد يستدل به من الروايات على تعميم الحد المذكور لكل مفسد .

أما النقطة الأولى : فالروايات الواردة في المقام عديدة :

١ - منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من شهر السلاح في مصر من الأمصار فعقر اقتص منه ونفي من البلد، ومن شهر السلاح في غير الأمصار وضرب وعقر وأخذ المال ولم يقتل فهو محارب، فجزاؤه جزاء المحارب، وأمره إلى الإمام إن شاء قتله وصلبه وإن شاء قطع يده ورجله، قال: وإن ضرب وقتل وأخذ المال فعلى الإمام أن يقطع يده اليمنى بالسرقه، ثم يدفعه إلى أولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه»، قال: فقال له أبو عبيدة: رأيت إن عفا عنه أولياء المقتول؟ قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: «إن عفوا عنه كان على الإمام أن يقتله؛ لأنه قد حارب وقتل وسرق» قال: فقال أبو عبيدة: رأيت إن أراد أولياء المقتول أن يأخذوا منه الدية ويدعونه، ألهم ذلك؟ قال: «لا، عليه القتل» ^(١).

وقد نقل الرواية في الوسائل «ومن شهر السلاح في مصر من الأمصار وضرب وعقر...» ^(٢) والظاهر أنه سهو من الناسخ؛ لأنّ الموجود في المصادر الثلاثة للرواية - الكافي والتهذيب والاستبصار -: «ومن شهر السلاح في غير الأمصار وضرب...» الخ، وهو المناسب بل المتعين بقرينة المقابلة مع صدرها.

ولا شك في ظهورها في أنّ موضوع هذا الحدّ هو مجموع القيدتين المتقدمين أعني المحاربة وشهر السلاح بقصد الإفساد في الأرض بسلب ونهب ونحوه؛ لأنه قد صرح فيها في صدرها أنّ هذا الجزاء جزاء المحارب وأنه إذا شهر السلاح وضرب وعقر وأخذ المال أصبح محارباً وموضوعاً للحدّ المذكور، ممّا يعني أنّ الموضوع لهذا الحدّ ليس مطلق الإفساد في الأرض بل المحاربة وشهر السلاح من أجل السلب ونحوه، كما أنّه في ذيلها علّل لزوم قتله وعدم تأثير عفو أولياء

(١) الوسائل ١٨: ٥٣٣، ب ١، حدّ المحارب، ح ١. الكافي ٧: ٢٤٨، ح ١٢. التهذيب ١٠: ١٣٢،

ح ١٤١. الاستبصار ٤: ٢٥٧، ح ٤.

(٢) المصدر السابق.

المقتول أو انتقالهم إلى الدية بقوله : « لأنه قد حارب وقتل وسرق » معاً يعني أنّ الميزان والمعيار لهذا الحد إنما هو هذا العنوان ، فإنّ التعليل لا بدّ وأن يكون ببيان ما هو الموضوع والملاك لترتب حدّ القتل والذي لا يكون قابلاً للعفو أو الانتقال إلى الدية ، فيكون التعليل المذكور في ذيل الرواية خير دليل على تحديد موضوع هذا الحدّ في ما ذكر فيه وهو المحاربة والقتل والسرقة ، ولكن حيث يعلم من الآية وفهم من الفقرات السابقة أنّ القتل والسرقة أحد شقوق المحاربة فيكون القيد الثاني لا محالة إرادة ذلك ، سواء تحقّق أو لم يتمكّن منهما أو تحقّق أحدهما دون الآخر ، وهذا واضح .

ثم إنّ هذه الصحيحة فيها نكتتان إضافيتان يجدر الوقوف عندهما :

إحداهما : ما في صدرها من التفصيل بين شهر السلاح في مصر من الأمصار وشهره في غير الأمصار ، وجعل الأوّل من موارد القصاص والثاني من المحاربة ، وهذا يناسب فتوى العامة بأنّ المحاربة مخصوصة بما إذا كان شهر السلاح من أجل السلب والنهب خارج البلد ، والذي يعبر عنه بقطاع الطريق ، وقد تقدّم عند استعراض كلمات فقهاءنا عدم الاختصاص بذلك .

هذا ، ولكن سوف يأتي في شمول بعض الروايات ، بل ورود بعضها في المحارب الشاهر للسلاح في البلد ، فلا وجه للاختصاص ، فيحمل صدر هذه الصحيحة على من شهر السلاح من دون إخافة وسلب الأمن ونحوه - كما في بعض الأشقياء داخل المدن - ولعلّ عدم ذكر فرض السرقة وأخذ المال في الشقّ الأوّل في الصحيحة أيضاً قرينة على إرادة ذلك ، لا المحاربة وسلب الأمن داخل البلد .

الثانية : أنّ ظاهر الصحيحة أنّ المحارب إذا أخذ المال وعقر ولكنه لم يقتل فالإمام مخير فيه بين قتله أو قطع يده ورجله من خلاف ، وأمّا إذا كان قد قتل وجب عليه أن يقتله ، وهذا يمكن أن يكون وجه جمع بين ما دلّ على تخيير الإمام في حدّ المحاربة بين العقوبات الأربع المقررة في الآية المباركة وما دلّ على أنّ ذلك لا بدّ

وأن يكون حسب الجناية ، فالتخيير للحاكم في الجناية الأخفّ ، وأمّا إذا كان قد ارتكب الأشدّ وهو القتل فليس له أن يختار إلّا القتل ، وكذلك لو كان قد ارتكب القتل والسرقة معاً كان على الإمام أن يقطع يده بالسرقة ثمّ يدفعه إلى أولياء المقتول ليأخذوا منه ما سرق ثمّ يقتلونه قصاصاً وإلّا كان على الإمام أن يقتله ولا يصحّ العفو عنه ، وظاهر هذا الترتيب تقدّم القتل قصاصاً إن أمكن على القتل حدّاً أيضاً بحيث إذا أمكن ذلك وكان يريد أولياء المقتول القصاص سمح لهم بذلك حفظاً لكلا الحكّمين وجمعاً بينهما .

وأياً ما كان فالرواية ليست من أدلّة الترتيب بين العقوبات الأربع - كما ادّعاه أستاذنا السيّد الخوئي رحمته الله في مباني تكملة المنهاج ^(١) - بل صدره صريح في تخيير الإمام بين القتل والصلب وقطع اليد والرجل من خلاف ، وذيله ظاهر في أنّه مع تحقّق موجب كلّ عقوبة لا بدّ من إقامتها عليه ، فإذا كان قد سرق قطع يده به ، وإذا كان قتل وجب قتله قصاصاً إن طلب ولي المقتول وإلّا فحدّاً ، ولا يمكن العفو عنه ، فعدم التخيير بهذا المقدار لا أكثر ، والظاهر أنّ سيّدنا الأستاذ ^(٢) حمل الجملة الأولى في الصحيحة والتي ورد فيها « من شهر السلاح في مصر من الأمصار فعقر اقتصّ منه ونفي من تلك البلد » على المحاربة أيضاً اعتماداً على نسخة الوسائل ، وقد عرفت وقوع السهو فيها . وأنّ الموجود في الكافي والتهذيب والاستبصار جميعاً التفصيل بين من شهر السلاح في مصر من الأمصار فعقر اقتصّ منه وبين من شهر السلاح في غير الأمصار فعقر فهو محارب ؛ وجزاؤه جزاء المحارب ، وهذا كالصريح في أنّ الشقّ الأوّل خارج عن المحاربة وجزائها ولهذا عبّر فيه بقوله : « اقتصّ منه » والذي أمره موكل إلى أولياء المجني عليه ولهم العفو أو أخذ

(١) مباني تكملة المنهاج ١ : ٣١٨ .

(٢) المصدر السابق .

الدية ، وأما التعقيب عليه بالنفي من البلد فالظاهر أنه نوع تعزير من قبل الحاكم الوارد في موارد عديدة من الجرائم الأخرى أيضاً ، والله الهادي للصواب .

٢- ومنها : رواية علي بن حسان عن أبي جعفر عليه السلام قال : « من حارب [الله] وأخذ المال وقتل كان عليه أن يقتل أو يصلب ، ومن حارب وقتل ولم يأخذ المال كان عليه أن يقتل ولا يصلب ، ومن حارب وأخذ المال ولم يقتل كان عليه أن تقطع يده ورجله من خلاف ، ومن حارب ولم يأخذ المال ولم يقتل كان عليه أن ينفي » ^(١) .

وهي من حيث الدلالة واضحة الظهور في اعتبار المحاربة في تمام شقوق هذا الحد والعقوبة المقررة في الآية الكريمة ، بل هي صريحة في أن العقوبات الأربع المذكورة فيها كل واحدة منها تكون لحالة من المحاربة غير الأخرى حسب درجة الجريمة فيها من حيث تحقق القتل تارة وعدمه وأخذ المال وعدمه مع أخذ أصل المحاربة شرطاً في تمام تلك الحالات ، مما يعني أنها الموضوع لهذا الحد بشقوقه ومراتبه الأربع ، لا عنوان الإفساد الذي لا يتوقف على فرض قتل أو أخذ مال . ومن حيث السند فيمكن تصحيحه ، فراجع الملحق [١] .

٣- ومنها : رواية المدائني عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سئل عن قول الله عز وجل ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ ... ﴾ الآية ، فما الذي إذا فعله استوجب واحدة من هذه الأربع ؟ فقال : « إذا حارب الله ورسوله وسعى في الأرض فساداً فقتل قتل به ، وإن قتل وأخذ المال قتل وصلب ، وإن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، وإن شهر السيف وحارب الله ورسوله وسعى في الأرض فساداً ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي من الأرض » ^(٢) .

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٦ ، ب ١ ، حد المحارب ، ح ١١ .

(٢) المصدر السابق : ٥٣٤ ، ب ١ ، حد المحارب ، ح ٤ . الكافي ٧ : ٢٤٦ ، ح ٨ . التهذيب ١ : ١٣٢ ،

وهي مروية في الكافي والتهذيب والاستبصار بطريقين في أحدهما عبید الله المدائني عن أبي الحسن عليه السلام وهو ممتن لم يذكر بمدح ولا ذم، والآخر عن يونس، عن محمد بن سليمان، عن محمد بن إسحاق، عن أبي الحسن عليه السلام، ومحمد بن سليمان ممتن ضعفه الرجاليون وإن كان الراوي عنه يونس بن عبد الرحمان.

ومن حيث الدلالة واضحة في اشتراط المحاربة وشهر السيف في موضوع هذا الحد، بل حيث إن السؤال فيها عن الآية المباركة ابتداءً، فتكون ظاهرة في تفسيرها بذلك وأن مفاد الآية ذلك أيضاً، كما أن التفريع في قوله عليه السلام: «وسعى في الأرض فساداً فقتل...» ظاهر في أن المراد بالافساد في الأرض ما ذكرناه، لا مطلق الافساد.

والمستفاد من ذيلها أن المحاربة والسعي والفساد إنما يكون بشهر السيف ولو لم يقتل ولم يأخذ المال، وهذا يؤكد أن المراد من المحاربة إخافة الناس وسلب الأمن بسلاح ونحوه.

٤ - ومنها: رواية الخثعمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قاطع الطريق، وقلت: الناس يقولون: إن الإمام فيه مخير، أي شيء شاء صنع. قال: «ليس أي شيء شاء صنع، ولكنه يصنع بهم على قدر جنايتهم من قطع الطريق فقتل وأخذ المال قطعت يده ورجله وصلب، ومن قطع الطريق فقتل ولم يأخذ المال قتل، ومن قطع الطريق فأخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله، ومن قطع الطريق فلم يأخذ مالاً ولم يقتل نفي من الأرض»^(١).

وهي واردة في قاطع الطريق، لأن سؤال السائل وقع عن ذلك، ولعله باعتبار أن المركز في فقه العامة، والمتعارف على السنة فقهاهم وقضاتهم ذلك، خصوصاً وأن السائل كان بصدد نقل فتواهم «بتخيير الحاكم في إجراء هذا الحد، فنقل ما يفتون

(١) الوسائل ١٨: ٥٣٤، ب ١، حدّ المحارب، ح ٥.

به موضوعاً وحكماً ، وحيث إن نظره وسؤاله عن حيثية التخيير وعدمه ، فالإمام عليه السلام أيضاً تصدى لخصوص هذه الجهة ، فلا يمكن أن يستفاد من أخذ عنوان قطع الطريق في لسان الإمام عليه السلام اختصاص المحاربة به ، بل لعل عنوان قاطع الطريق أصبح تدريجاً مرادفاً أو مشيراً لعنوان المحارب .

ثم إن عبيدة بن بشير الخثعمي مجهول ، ولا طريق لتوثيقه .

٥ - ومنها : رسالة الصدوق عليه السلام قال : سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عز وجل ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ... ﴾ الآية ، فقال : « إذا قتل ولم يحارب ولم يأخذ المال قُتل ، وإذا حارب وقتل وصلب قُتل وصلب ، فإذا حارب وأخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله ، فإذا حارب ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي » ^(١) .

ومضمونها بل وفقراتها متطابقة مع ما تقدّم في صحيح محمد بن مسلم مع إضافة أنه جعل كلام الإمام الصادق عليه السلام جواباً على السؤال عن الآية ، فذكر ابتداءً أن من يقتل من دون محاربة كان عليه القتل فقط - وهو القتل القصاصي لا محالة - ، وأما من قتل محارباً أي من حارب فقتل أو أخذ المال كان حكمه ما في الآية المباركة بالترتيب المذكور .

ولكن الرواية مرسلة وإن كان يرى بعضهم حجّية مراسيل الصدوق إذا كانت مسندة إلى الإمام عليه السلام مباشرة .

٦ ، ٧ - ومنها : ما في تفسير العياشي عليه السلام عن أحمد بن الفضل الخاقاني من آل رزين قال : قطع الطريق بحلولاً على السابلة من الحجاج وغيرهم وأفلت القطاع - إلى أن قال : - وطلبهم العامل حتى ظفر بهم ثم كتب بذلك إلى المعتصم ، فجمع الفقهاء وابن أبي داود ثم سأل الآخرين عن الحكم فيهم وأبو جعفر محمد بن علي

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٦ ، ب ١ من حدّ المحارب ، ح ١٠ .

الرضا عليه السلام حاضر، فقالوا: قد سبق حكم الله فيهم في قوله: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ ولأمير المؤمنين أن يحكم بأي ذلك شاء منهم. قال: فالتفت إلى أبي جعفر عليه السلام وقال: أخبرني بما عندك. قال: «إنهم قد أضلوا فيما أفتوا به. والذي يجب في ذلك أن ينظر أمير المؤمنين في هؤلاء الذين قطعوا الطريق فإن كانوا أخافوا السبيل فقط ولم يقتلوا أحداً ولم يأخذوا مالاً أمر بإيداعهم الحبس؛ فإن ذلك معنى نفيتهم من الأرض بإخافتهم السبيل، وإن كانوا أخافوا السبيل وقتلوا النفس أمر بقتلهم، وإن كانوا أخافوا السبيل وقتلوا النفس وأخذوا المال أمر بقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وصلبهم بعد ذلك». فكتب إلى العامل بأن يمثل ذلك فيهم ^(١).

وهي كرواية الخثعمي واردة في قطاع الطريق إلا أن الإمام عليه السلام - على تقدير صدور الرواية - في مقام الجواب كأنه جعل الميزان إخافة الناس كما في قوله: «فإن ذلك معنى نفيتهم من الأرض بإخافتهم السبيل» أو قوله في ابتداء كلامه الشريف: «فإن كانوا أخافوا السبيل فقط» فجعل العنوان والموضوع الإخافة للسبيل في تمام الشقوق، ممّا يشعر بأنّ المحاربة إنّما تتحقّق بذلك وأنّه موضوع هذا الحدّ، لا خصوص قطع الطريق، كما أنّه أعمّ من شهر السلاح فيشمل إخافة السبيل بلا سلاح.

إلا أن الرواية مرسلة، كما هو الحال في سائر روايات هذا التفسير القيم.

٨ - ومنها: رواية داود الطائفي عن رجل من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المحارب وقلت له: إن أصحابنا يقولون: إن الإمام مخير فيه إن شاء قطع وإن شاء صلب وإن شاء قتل. فقال: «لا، إن هذه أشياء محدودة في كتاب الله

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٥ ، ب ١ من حدّ المحارب ، ح ٨ .

عز وجل، فإذا ما هو قتل وأخذ، قُتل وصُلب، وإذا قتل ولم يأخذ قُتل، وإذا أخذ ولم يقتل قُطع، وإن هو فرّ ولم يُقدر عليه ثم أخذ قُطع، إلا أن يتوب، فإن تاب لم يُقطع»^(١).

وظاهرها أن المحارب عنوان حقيقي لا تنزيلي، وهو من ينوي السلب والنهب والقتل بالقوة والسلاح، وبقرينة ما جاء في الجواب من أن ذلك محدود في كتاب الله عز وجل، والذي ينظر إلى آية المحاربة يفهم أن المراد بالمحاربة في الآية ذلك أيضاً، لا معنى آخر أوسع ككل مفسد في الأرض أو كل من يقاتل مع المسلمين ولو للبغي أو الكفر، وإلا كان ينبغي إيراد ذلك في التشقيق، ولم يكن وجه للاقتصار في مقام تحديد ما هو محدود في الكتاب الكريم بما ذكره من الشقوق، بل لم يكن وجه لذكر القتل والسلب، فإن عنوان المفسد في الأرض بحسب دعوى الخصم لا يتوقف على ذلك.

فالحاصل: لا ينبغي التشكيك في ظهور هذه الروايات جميعاً في أن المراد بالمحارب في الآية الكريمة وفي موضوع هذا الحد الشرعي هو المعنى المصطلح والذي فهمه عامة الفقهاء والمفسرين من الآية المباركة.

وهذه الرواية ضعيفة السند؛ للإرسال ولوقوع سهل بن زياد فيه أيضاً، ولا يجدي في رفع الإشكال وقوع أحمد بن محمد بن أبي نصر - أحد الثلاثة الذين لا يروون ولا يرسلون إلا عن ثقة - في السند قبل داود الطائي، كما لا يخفى.

٩ - ومنها: صحيح ضريس - بطريق الصدوق والشيخ في أحد طريقه - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من حمل السلاح بالليل فهو محارب إلا أن يكون رجلاً ليس من أهل الريبة»^(٢).

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٥ ، ب ١ من حدّ المحارب ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ٥٣٧ ، ب ٢ من حدّ المحارب ، ح ١ .

وهذه الصحيحة وإن لم تكن في مقام حصر المحاربة بمن يشهر السلاح بالليل، ولكنها تدلّ على أنّ ما هو موضوع للحدّ المعروف إنّما هو عنوان المحارب الحقيقي لا التنزيلي أي من يحمل السلاح أو يشهره لا مطلق الإفساد؛ لأنها بصدد التوسعة وأنه يكفي أن يحمل السلاح ويجهّزه في الليل في تحقّق المحاربة إذا كان من أهل الريبة، ولا يتوقف على أن يشهره ويحارب به، فهذه الرواية تدلّنا على كفاية تجهيز السلاح وحمله مع تحقّق الإخافة بذلك، كما إذا كان بالليل في المحاربة، ممّا يعني أنّ الموضوع الموسّع هو المحاربة الحقيقية والإخافة؛ لأنها الحاصلة من حمل السلاح في الليل، كما أنّ فيها توسعة من ناحية أخرى أيضاً وهي كفاية كونه من أهل الريبة في الحكم عليه بأنّه محارب ولو ظاهراً، فليست الرواية في مقام التضييق والتقييد بأنّ الشاهر للسلاح لا بدّ وأن يكون من أهل الريبة كما تقدّم عن بعضهم، بل على العكس في مقام التوسعة وأنّ مجرد حمل السلاح في الليل مع كونه من أهل الريبة يكفي في الحكم عليه بأنّه محارب وأنه أخاف السبيل، ولو لم يشهر السلاح بعد ولم يهجم على شخص للنهب والسلب، ومثل هذا يناسب أن يكون حكماً ظاهرياً وأمارة على كونه محارباً وقاصداً للافساد بالسلب والنهب ما لم يثبت خلافه.

١٠، ١١ - ومنها: رواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أشار بحديدة في مصر قطعت يده، ومن ضرب بها قتل» ^(١).

وهي وإن لم يرد فيها ذكر عنوان المحارب إلّا أنّه بقرينة الجزاء والعقوبة التي ورد فيها يفهم أنّ المقصود بيان جزاء المحاربة وأنه من أشار بحديدة - وهي السلاح - فهو محارب تقطع يده إذا لم يضرب بها، وإنّما أشار بها فقط، والذي هو كناية

(١) الوسائل ١٨: ٥٣٨، ب ٢ من حدّ المحارب، ح ٣.

عن شهرها أو التهديد والإخافة بها ، وإذا ضرب بها قتل ، فتدلّ أيضاً على أخذ شهر السلاح والمحاربة الحقيقية في موضوع هذا الحدّ الشرعي ، غاية الأمر تدلّ على كفاية الإشارة والتهديد والإخافة بها ؛ لتحقيق المرتبة الأخفّ من المحاربة وعقوبتها .

إلا أنّ في سندها عمرو بن شمر الجعفي الذي ضعفه النجاشي وقال في حقّه : أنّه زيد في روايات جابر الجعفي ، وهو منسوب إليه ، والأمر ملتبس ^(١) .

كما أنّها تدلّ على عدم اشتراط كون ذلك خارج البلد وبعنوان قطع الطريق ، بل لو وقع في مصر أي داخل البلد أيضاً كان له حكمه ، فتكون على وزان ما جاء في رواية سورة بن كليب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل يخرج من منزله يريد المسجد أو يريد الحاجة فيلقاه رجل ويستعقبه فيضربه ويأخذ ثوبه . قال : أي شيء يقولون فيه من قبلكم ؟ قلت : يقولون : هذه دغارة معلنة ، وإنّما المحارب في قرى مشركة ، فقال : « أتتّهما أعظم حرمة دار الإسلام أو دار الشرك ؟ » قال : فقلت : دار الإسلام ، فقال : هؤلاء من أهل هذه الآية ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ... ﴾ إلى آخر الآية ^(٢) ، فإنّها أيضاً واردة في المحاربة داخل البلد ، بل هذه الرواية تدلّ على كفاية مطلق إعمال القوّة والتخويف للسلب والنهب والأخذ في المحاربة ، ولا يشترط شهر السلاح ؛ لأنّ الوارد فيها عنوان التعقيب والضرب والأخذ لثوبه ، وهو وإن كان غالباً بالسلاح ولكنّه قد يكون بغيره ، فتصلح الرواية دليلاً على التوسعة من ناحية اشتراط شهر السلاح أو تجهيزه والتعدّي إلى مطلق المغالبة بالقوّة القاهرة والمخيفة للناس ولو لم يكن بالسلاح بل بالعصا أو الحجر أو أيّة وسيلة أخرى مخيفة للناس ، ولعلّ عنوان المحاربة أيضاً كذلك ، أي لا يختصّ بالمحاربة مع

(١) انظر : رجال النجاشي : ٢٨٧ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٣٧ ، ب ٢ ، حدّ المحارب ، ح ٢ .

السلاح ، فإطلاق الآية وبعض الروايات التي لم يرد فيها عنوان شهر السلاح ، بل ورد فيها المحاربة أيضاً بصالح استفادة هذا التعميم . والرواية المذكورة فيها ضعف من ناحية السند حيث أنّ سورة بن كليب لم يثبت توثيقه .

١٢ - وقد يكون من هذا الباب أيضاً : ما رواه السكوني عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام - في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم أنه - : « يغرم قيمة الدار وما فيها ثمّ يقتل » ^(١) .

إلا أنّ في سندها النوفلي ، وسيأتي التعرّض لهذه الرواية في بحث قادم . وهكذا يتّضح أنّ المستفاد من مجموع الروايات الواردة في المقام : أنّ موضوع هذا الحدّ هو عنوان المحاربة الحقيقي ، والذي يكون بشهر السلاح أو ما بحكمه لإخافة الناس وسلب أموالهم أو نفوسهم ، وهو المراد بالسعي في الأرض فساداً ، لا أنّ المحاربة لله والرسول عنوان مجازي تنزيلي وأنّ الموضوع للحدّ المذكور مطلق الافساد في حياة الناس ولو بنشر الأفكار الباطلة أو توزيع المخدرات أو إشاعة الفحشاء والمنكرات ، وإن كان ذلك أيضاً من أعظم الجرائم والجنايات ، وقد يستوجب القتل بعنوان آخر ، ولكنّه لا ربط له بهذا الحدّ .

روايات قد يتوهم دلالتها على توسعة عنوان المحاربة :

ثمّ إنّ هناك طائفة من الروايات الخاصّة واردة في اللص الذي يدخل البيوت للسلب ونحوه ، وقد عبّرت عنه بأنّه محارب أو محارب لله والرسول وأنه يجوز لك قتله أو أنّ دمه مباح لمن دخل عليه ، فينبغي التعرّض لها وملاحظة ما يستفاد منها في المقام ، وأنه هل يكون توسعة لعنوان المحاربة لكلّ لصّ وسارق يدخل على الإنسان ، أم لا ؟

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٨ ، ب ٣ ، حدّ المحارب ، ح ١ .

- ١- منها: صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : « إذا دخل عليك اللص المحارب فاقتله ، فما أصابك قدمه في عنقي » ^(١).
- ٢- ومنها: معتبرة غياث بن إبراهيم ، عن جعفر عليه السلام ، عن أبيه عليه السلام أنه قال : « إذا دخل عليك رجل يريد أهلك ومالك فابدره بالضربة إن استطعت ؛ فإن اللص محارب لله ولرسوله ﷺ ، فما تبعك من شيء فهو عليّ » ^(٢).
- ٣- ومنها: صحيح منصور ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اللص محارب لله ولرسوله فاقتلوه ، فما دخل عليك فعليّ » ^(٣).
- ٤- ومنها: رسالة البرنطي ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « إذا قدرت على اللص فابدره ، وأنا شريكك في دمه » ^(٤).
- ٥- ومنها: رواية الحسين بن أبي غندر ، عن أبي أيوب ، قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : « من دخل على مؤمن داره محارباً له قدمه مباح في تلك الحال للمؤمن ، وهو في عنقي » ^(٥).
- ٦- ومنها: رواية فزارة عن أنس أو هيثم بن برا (فزارة عن أبي هيثم بن الفرا) عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : اللص يدخل عليّ في بيتي يريد نفسي ومالي ، فقال : « اقتله ، فأشهد الله ومن سمع أن دمه في عنقي » ^(٦).
- ٧- ومنها: رواية محمد بن الفضيل ، عن الرضا عليه السلام ، قال : سألته عن لص

(١) الوسائل ١٨ : ٥٩٠ ، ب ٦ ، من الدفاع ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٥٨٩ ، ب ٥ ، من الدفاع ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق : ٥٤٣ ، ب ٧ ، حدّ المحارب ، ح ١ .

(٤) المصدر السابق : ٥٨٧ ، ب ١ ، من الدفاع ، ح ١ .

(٥) المصدر السابق : ٥٤٣ ، ب ٧ ، حدّ المحارب ، ح ٣ .

(٦) المصدر السابق : ٥٨٨ ، ب ٣ ، من الدفاع ، ح ١ .

دخل على امرأة وهي حبلى فقتل ما في بطنها فعمدت المرأة إلى سكّين فوجأتها بها فقتلته . فقال : « هدر دم اللص » ^(١) .

٨ - ومنها : رواية السكوني عن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من شهر سيفاً فدمه هدر » ^(٢) .

٩ - ومنها : صحيح ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها ، فلما جمع الثياب تبعثها نفسه فواقعها ، فتحرك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه ، فلما فرغ حمل الثياب وذهب ليخرج حملت عليه بالفأس فقتلته ، فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : « يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه دية الغلام ، ويضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم بما كابرها على فرجها ؛ لأنّه زانٍ وهو في ماله يغرّمه ، وليس عليها في قتلها إيّاه شيء ؛ لأنّه سارق » ^(٣) .

١٠ - ومنها : معتبرة السكوني عن جعفر عليه السلام ، عن أبيه عليه السلام ، عن علي عليه السلام أنّه أتاه رجل فقال : يا أمير المؤمنين عليه السلام إنّ لصاً دخل على امرأتي فسرق حليها ؟ فقال : « أما أنّه لو دخل على ابن صفيّة لما رضي بذلك حتى يعمّه بالسيف » ^(٤) .

هذه عمدة الروايات في اللصّ ، وقد ورد في بعضها التعبير عنه بأنّه محارب لله ولرسوله ، وفرّع عليه بأنّه يجوز قتله ، ولكن الظاهر أنّ هذا ليس بملاك العقوبة والجزاء أو الالحاق بباب المحاربة ، بل من باب الدفاع وأنّه يجوز في مقام الدفاع قتله إذا توقّف عليه - كما قيّده بذلك مشهور الفقهاء - ، ويمكن أن يستفاد منها

(١) الوسائل ١٩ : ٤٤ و ٤٣ ، ب ٢٢ ، قصاص النفس ، ح ٦ .

(٢) المصدر السابق : ح ٧ .

(٣) المصدر السابق : ح ٥ .

(٤) المصدر السابق ١١ : ٩١ ، ب ٤٦ ، جهاد العدو ، ح ١ .

هدر دمه بنفس دخوله على الإنسان في بيته وسكنه ونحوه، ولو لم يتوقف دفعه على قتله حيث عرفت تصريح بعضها بذلك، بل لسان بعضها يأبى عن التقييد بفرض توقف الدفع على القتل.

وعلى كل حال فهذه الطائفة من الروايات أجنبية عن حدّ المحارب الاصطلاحي، ولا تضيف في مسألتنا شيئاً.

النقطة الثانية: ما قد يستدلّ به من الروايات على عموم الحدّ المذكور لكلّ مفسد في الأرض ولو لم يكن محارباً.

١ - منها: رواية الفضل بن شاذان، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون وقد جاء فيه: «ولا يحلّ قتل أحد من النصاب والكفار في دار التقيّة إلاّ قاتل أو ساعٍ في فساد (وذلك) إذا لم تخف على نفسك وأصحابك»^(١).
والرواية معتبرة سنداً، فراجع الملحق [٢] .

ومن حيث الدلالة قد يستدلّ بها على أنّ حكم الساعي في الفساد هو القتل؛ لأنّ الإمام عليه السلام قد استثناه من عدم جواز القتل في دار التقيّة، فيدلّ على أنّ عقوبة السعي في الفساد هو القتل، وأنها بمرتبة من الأهميّة بحيث يجوز إجراؤها حتى في دار التقيّة.

إلاّ أنّ هذا الاستدلال ممّا لا يمكن المساعدة عليه وذلك:

أولاً: أنّ الرواية في مقام بيان حكم التقيّة وأنّ الكفار والنصاب الذين يحلّ قتلهم في نفسه لكونهم مهدوري الدم لا يحلّ قتل أحد منهم في دار التقيّة إلاّ إذا كان قاتلاً أو ساعياً في الفساد؛ لأنّ قتله عندئذٍ لا يكون من أجل العقيدة والكفر، بل يكون قصاصاً أو دفاعاً ودفعاً لإفساده وتجاوزة. وهذا ما لا ينافي التقيّة، فتمام النظر إلى هذه الحيثية في قتل الكفار والنواصب، لا يبيّن حكم المفسد في الأرض في نفسه،

(١) الوسائل ١٨ : ٥٥٢ ، ب ٥ ، حدّ المرتد ، ح ٦ .

كما إذا لم يكن كافراً ولا ناصبياً، بل كان مسلماً، وهذا واضح. فتمام النظر إلى قتل الكافر والناصري؛ ولهذا قيّده - مع ذلك - بما إذا لم تخف على نفسك وأصحابك.

والحاصل: ليس هذا المقطع من الحديث في مقام بيان حدّ المفسد في الأرض أصلاً لئتمسك بإطلاقه لكلّ مفسد ولو لم يكن محارباً، بل هو ناظر إلى وجوب التقيّة في دار التقيّة، فلا يجوز قتل الكافر أو الناصبي فيه باعتباره مهدور الدم إلا إذا كان هناك سبب آخر لقتلهم لا ينافي التقيّة.

وثانياً: ما تقدّم سابقاً من أنّ المراد بقتل الساعي في الفساد هو القتل في مقام الدفاع ودفع تجاوزه على المال أو النفس ولصوصيته، والذي هو الإفساد في الأرض، فإنّ من حقّ كلّ مكلف يعتدى عليه كذلك أن يدفع الفساد والتجاوز ولو أدى إلى قتل المفسد، فالنظر إلى الحقّ الثابت للأفراد كالقصاص لا حدّ المفسد الواجب إقامته على الحكم والقضاة، ومما يشهد على هذا المعنى كون الاستثناء في الرواية عن عدم الحلّة، فيكون بمعنى حلّة القتل قصاصاً ودفاعاً لا وجوبه، وأيضاً يشهد على ذلك أنّ التقيّة إنّما يبتلى به المكلف والمستضعف من الشيعة لا الحكم والقضاة المقيمون للحدود والعقوبات على الجرائم العامة كالإفساد في الأرض، فهذا المقطع لا يناسب أساساً النظر إلى باب الحدود وما هو مسؤولية الإمام والحكم كما لا يخفى، فالرواية أجنبية عن بيان حدّ المفسد.

٢ - ومنها: ما ورد في رواية السكوني عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، عن عليّ عليه السلام في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم، أنّه: «يغرم قيمة الدار وما فيها ثمّ يقتل»^(١).
وقد تقدّمت الرواية في جهة سابقة.

(١) الوسائل ١٨: ٥٣٨، ب٣، حدّ المحارب، ح١.

وقد أفتى بمضمونها الشيخ ﷺ في النهاية والعلامة في المختلف معللاً ذلك بأنه من المفسدين في الأرض. قال الشيخ ﷺ: «من رمى في دار غيره متعمداً ناراً فاحترقت وما فيها كان ضامناً لجميع ما تتلفه النار من النفوس والأثاث والأمتعة وغير ذلك، ثم يجب عليه بعد ذلك القتل» (١).

واستشكل فيه في السرائر بقوله: «وهذا غير واضح، لأنه إن كان قتل العمد فليس عليه إلا القود فحسب، وإن كان قتل شبيه العمد أو الخطأ المحض فلا يجب عليه القود بحال، فليلاحظ ذلك» (٢).

وعلق المحقق ﷺ في نكت النهاية على كلام الشيخ ﷺ بقوله: «وجوب القتل عليه قود أم غير قود؟ فإن كان قوداً فكيف يقول كان ضامناً لما تتلفه النار من النفوس؟ وإن كان غير قود فبم يجب عليه القتل؟ الجواب: يقتل قوداً لا حداً، ولا يلزم من قوله: «ثم يجب عليه بعد ذلك القتل» أن يكون ضمان النفوس شيئاً غير ذلك. وقد روى السكوني...» ثم ذكر الرواية.

ثم قال: «فالشيخ ﷺ قصد هذه الرواية، لكن الرواية ضعيفة فلا يمكن التمسك بظاهرها.

والوجه أنه إن قصد إتلاف الأنفس ولم يكن طريق إلى الفرار وجب في الأنفس القصاص وفي المال الضمان، وأما الدار فيلزم قيمة ما تلف من آلاتها وأرشد ما نقص من طوبها وأرضها وآلاتها، ولا يجب مع سلامة الأنفس القتل، لكن إن اعتاد ذلك قصداً للفساد ورأى الإمام قتله حسماً لفساده لم أستبعده» (٣).

وقال العلامة في المختلف: «والوجه ما قاله الشيخ، لنا: أنه من المفسدين في

(١) النهاية: ٧٦١.

(٢) السرائر ٣: ٣٧١.

(٣) النهاية ونكتها ٣: ٤١٨.

الأرض، وما رواه السكوني عن الصادق، عن الباقر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام ...
السخ»^(١).

والإنصاف: أن حمل الرواية على القتل قوداً خلاف الظاهر؛ إذ لم يفرض فيها احتراق النفوس، فيكون مقتضى إطلاقها - على الأقل - ثبوت القتل في حقّه حتى إذا لم يكن في الدار نفس محترمة، وكذلك كلام الشيخ في النهاية. كما أن حملها على فرض اعتياد ذلك وتكرّره منه خلاف الظاهر. فالمتّجه بناءً على اعتبار سندها - وقد تقدّمت المناقشة فيه لوقوع النوفلي فيه - إمّا حملها على ما أشرنا إليه من أنه كان بقصد المحاربة وإخافة للناس بالنار لا العداوة الشخصية وهو كالمحاربة بالسلاح من حيث الحكم، وقد يشهد لذلك التعبير بقوله: «في دار قوم» المشعر بالجمع والكثرة، أو يكون حكماً تعبدياً خاصاً ولتكن نكته الإفساد في الأرض، إلّا أنه سنخ إفساد كالمحاربة من حيث التجاوز والعدوان على النفوس والأموال، فلا يمكن التعدي منه إلى الإفساد الأخلاقي أو العقائدي أو ما شاكل ذلك.

٣ - ومنهـا: ما ورد فيمن اعتاد قتل الذمّيين:

١ - كمعتبرة إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل قتل رجلاً من أهل الذمّة، قال: «لا يُقتل به إلّا أن يكون متعوّداً للقتل»^(٢).

٢ - وفي طريق آخر إليه معتبر أيضاً: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المسلم هل يقتل بأهل الذمّة؟ قال: «لا، إلّا أن يكون معوّداً لقتلهم فيقتل وهو صاغر»^(٣)، وفي نقل الصدوق «إلّا أن يكون معتاداً لذلك لا يدع قتلهم»^(٤).

(١) المختلف ٩: ٣٩٤، الفصل الرابع (ضمان النفوس)، المسألة ٥٠.

(٢) الوسائل ١٩: ٨٠، ب ٤٧، قصاص النفس، ح ٧.

(٣) المصدر السابق: ح ٦.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٢٤، ح ٥٢٥٧، ط - جماعة المدرسين.

٢ - وفي طريق ثالث إليه معتبر أيضاً: قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دماء المجوس واليهود والنصارى هل عليهم وعلى من قتلهم شيء إذا غشوا المسلمين وأظهروا العداوة لهم؟ قال: « لا ، إلا أن يكون متعمداً لقتلهم ». قال: وسألته عن المسلم هل يقتل بأهل الذمة وأهل الكتاب إذا قتلهم؟ قال: « لا ، إلا أن يكون معتاداً لذلك لا يدع قتلهم فيقتل وهو صاغر » ^(١).

٤ - ومنها: ما ورد فيمن اعتاد قتل المماليك:

أ - ففي معتبرة يونس عنهم عليهم السلام ، قال: سئل عن رجل قتل مملوكه قال: « إن كان غير معروف بالقتل ضرب ضرباً شديداً وأخذ منه قيمة العبد ويدفع إلى بيت مال المسلمين ، وإن كان متعمداً للقتل قتل به » ^(٢).

٢ - ومثلها رواية أبي الفتح الجرجاني ^(٣).

وقد اختلفت كلمات الأصحاب في هذه المسألة. وقد جمعها فخر المحققين رحمته في الايضاح - عند التعرض لقول والده في القواعد ، « وقيل: إن اعتاد قتل أهل الذمة قتل ... » - بقوله: « أقول: إذا اعتاد المسلم قتل أهل الذمة الملتزمين بشروط الذمة عمداً ظلماً ففيه للإمامية أقوال ثلاثة:

الأول: قول الشيخ في النهاية: أن يقتل قصاصاً بعد أن يرّد أولياء المقتول فاضل دية المسلم عن دية الذمي ، فإن لم يردوه أو لم يكن معتاداً لم يجز قتله به ، ونحوه قال المفيد.

الثاني: أنه يقتل حداً لا قصاصاً ، ولكن لإفساده في الأرض الذي قام مقام المحاربين ، وهو قول ابن الجنيد.

(١) الوسائل ١٩: ٧٩ ، ب ٤٧ ، قصاص النفس ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق: ٦٩ ، ب ٣٨ ، قصاص النفس ، ح ٢ .

(٣) المصدر السابق: ح ١ .

الثالث : لا يقتل مطلقاً ، وهو قول ابن إدريس ، وهو الأصحّ عندي ، واختاره والدي هنا «^(١) .

إلا أنّ هنا قولاً رابعاً - للصدوق عليه السلام في المقنع - نقله عنه والده العلامة عليه السلام في المختلف ، ولا أدري كيف غفل عنه . قال في المختلف : « والصدوق لم يشترط الاعتیاد ، بل أطلق القول ، فقال في المقنع : وإن قطع المسلم يد المعاهد خير أولياء المعاهد فإن شاؤوا أخذوا دية يده وإن شاؤوا قطعوا يد المسلم وأدوا إليه فضل ما بين الديتين وإذا قتله المسلم صنع كذلك »^(٢) .

ولعلّ فخر المحققين عليهم السلام كان ينظر إلى الأقوال في خصوص فرض الاعتیاد ، فيكون قول الصدوق عليه السلام موافقاً فيه مع قول المفيد والشيخ عليه السلام وإن خالفهم في فرض عدم الاعتیاد .

والظاهر أنّ القول الأوّل هو المشهور ، بل ادّعي عليه الإجماع . قال صاحب الجواهر عليه السلام - في شرح قول الشرائع : « وقيل : إن اعتاد قتل أهل الذمّة جاز الاقتصاص بعد ردّ فاضل ديته » - : « والقائل المشهور ... بل عن المهذب البارع أنّه قريب من الإجماع ، بل عن ظاهر الغنية نفي الخلاف فيه ، بل عن الانتصار وغاية المراد والروضة الإجماع عليه ، بل قد يشهد للشهرة المزبورة أنّه محكي عن أبي عليّ والصدوق والشيخين وعلم الهدى وسلار وبني حمزة وزهرة وسعيد والمصنّف في النافع والفاضل في بعض كتبه والشهيدین كذلك وأبي الفضل الجعفي صاحب الفاخر والصهرشتي والطبرسي والكيدري والحلي ، ومن هنا قال في غاية المراد : الحقّ أنّ هذه المسألة إجماعية ؛ فإنّه لم يخالف فيها أحد منّا سوى

(١) ايضاح الفوائد ٤ : ٥٩٣ .

(٢) المختلف ٩ : ٣٣٤ ، الفصل الثالث من القصاص ، المسألة ٣٢ . ط - مركز الأبحاث

ابن إدريس ، وقد سبقه الإجماع ، ولو كان هذا الخلاف مؤثراً في الإجماع لم يوجد إجماع أصلاً ، والفخر إنما هو متأخر عن ابن إدريس ، وظاهر المتن والقواعد واللمعة التردد وليس خلافاً»^(١).

والظاهر أن جملة ممن عددهم ضمن المشهور قالوا بالقتل حداً لا قصاصاً ، فكان نظره في نقل الإجماع على أصل القتل الأعم من كونه حداً أو قصاصاً ، وإلا فمثل السيد أبي المكارم ابن زهرة في الغنية والحلي في الكافي والعلامة في المختلف صرحوا بالقتل لإفساده في الأرض لا على جهة القصاص .

واختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلي قائلاً : « والذي يقتضيه عموم الكتاب هو عدم القصاص بالذمي مطلقاً مؤيداً برواية محمد بن قيس المتقدمة وإجماع ابن إدريس ، فكان عدم قتل المسلم بالذمي ممّا لا كلام فيه عندهم إذا لم يكن ذلك عادة . ومعها لا يبعد القتل حداً دفعاً للفساد لا قصاصاً ... فإن مقتولين كثيرون فمن يقتل ومن يرد ؟ »^(٢).

كما أن القائلين بالقتل حداً لم يتفقوا جميعاً على القتل حداً لكونه مفسداً في الأرض ، بل منهم من عبّر بقيامه مقام المحاربين - كما عن ابن الجنيد - ومنهم من عبّر بكونه مفسداً في الأرض ، ومنهم من عبّر بدفع الفساد ، ومنهم من عبّر بجواز قتله من قبل الإمام لكي ينكل غيره عن مثل ذلك - كما عن الشيخ في التهذيب فيمن اعتاد قتل العبيد - ، ومنهم من عبّر بأنه يقتل لخلافه على إمام المسلمين لا لحرمة الذمي كما عن الصدوق عليه السلام في الفقيه ، قال عليه السلام : « وعلى من خالف الإمام في قتل واحد منهم متعمداً القتل ؛ لخلافه على إمام المسلمين لا لحرمة الذمي ... وكذلك إذا كان المسلم متعمداً لقتلهم قتل لخلافه على الإمام عليه السلام ، وإن كانوا مظهرين العداوة

(١) جواهر الكلام ٤٢ : ١٥١ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٤ : ٢٧ .

والغشّ للمسلمين... والخلاف على الإمام والامتناع عليه يوجبان القتل فيما دون ذلك، كما جاء في المؤلي إذا وقف بعد أربعة أشهر أمره الإمام بأن يفيء أو يطلق فمتى لم يفيء وامتنع من الطلاق ضربت عنقه؛ لامتناعه على إمام المسلمين، وقد قال النبي ﷺ: «من آذى ذمّي فقد آذاني»، فإذا كان في إيذائهم إيذاء النبي ﷺ، فكيف في قتلهم؟»^(١).

وفي الجواهر: «ومن الغريب ما في الروضة من احتمال القول بالقتل حدّاً مع ردّ فاضل الدية؛ إذ هو مع أنّه إحداث قول يمكن دعوى الإجماع المركّب على خلافه - وإن سبقه إليه الكركي في حاشية الكتاب - غير واضح الوجه ومنافٍ لما سمعته من النصوص، فليس حينئذٍ إلّا القول بقتله قصاصاً»^(٢).

ولعلّ ما ذكره في الروضة هو ظاهر الفقيه؛ لأنّه ذكر ما نقلناه عنه تعليقاً على رواية أبي بصير فقال: كما رواه عليّ بن الحكم عن أبي المعز عن أبي بصير عن أبي عبد الله ﷺ قال: «إذا قتل المسلم النصراني فأراد أهل النصراني أن يقتلوه قتلوه وأدوا فضل ما بين الديتين»، ومن الواضح أنّ الرواية ظاهرة في القتل قصاصاً.

ثمّ إنّ الشهرة فيمن اعتاد قتل العبيد على العكس، أي عدم قتله به مطلقاً. قال في الجواهر: «نعم (قليل) والقائل الشيخ في كتابي الأخبار وابننا حمزة وزهرة وسلار وأبوالصلاح على ما حكى، (إن اعتاد الحرّ قتل العبيد) له أو لغيره (قتل حسماً للجرأة) وللفساد بل عن كشف الرموز نسبته إلى الشيخ وأتباعه: وإن قيل إنّهم أوهمه فيه بعض من تأخّر عنه، بل عن الغنية نفي الخلاف فيه على الظاهر، وعن أبي عليّ أنّه أطلق قتله إذا اعتاد قتل عبيده، وقال في عبيد الغير إذا عرف بقتلهم قتل في الثالثة أو الرابعة - ثمّ نقل الأخبار ثمّ قال: - وما في الرياض - من أنّه حسن

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٢٣-١٢٥.

(٢) جواهر الكلام ٤٢: ١٥٥.

والنصوص شاهدة عليه ، ولا منافاة بينهما وبين ما مرّ من الأدلة بعدم قتل الحرّ بالعبد لظهورها في النفي على جهة القصاص ، ونحن نقول به ولكن لا ينافي ثبوته من جهة الفساد - يدفعه أنها قاصرة عن ثبوته أيضاً من هذه الجهة ؛ ضرورة أنك قد عرفت عدم القتل حداً بمطلق الفساد بل هو في المحارب الذي لا يندرج فيه مثل ذلك ، وعلى تقديره فهو خروج عما نحن فيه ، وحينئذٍ فالمتّجه عدم قتله به مطلقاً ، كما هو المحكي عن الشيخين والصدوق وابن أبي عقيل والجعفي وابني البرّاج وحمزة والصهرشتي والطبرسي وابن إدريس والفاضلين وغيرهم ، بل عليه كافة الأصحاب . عدا من عرفت »^(١).

والمتحصّل من مجموع ما تقدّم في المقام : أنّ القول بقتل المسلم إذا اعتاد قتل الذمي أو العبيد حداً من جهة فساد في الأرض مجرّد توجيه من قبل بعض الأصحاب في مقام العمل بهذه الروايات ، وهو على خلاف ظاهرها الأولي ، فإنّ ظاهر السؤال فيها عن قتل المسلم بالذمي وهو ظاهر في المقابلة أي القتل قصاصاً به ، فيكون جواب الإمام عليه السلام بذلك في فرض كونه معتاداً لقتلهم أيضاً ظاهراً في ذلك بمقتضى التطابق بين السؤال والجواب ، بل التعبير بقوله عليه السلام : « فيقتل وهو صاغر » أيضاً يناسب القتل قصاصاً ؛ لأنّه الذي يكون فيه هوان عليه وصغار حيث يقتل بمن لا يكافئه . بل رواية يونس الواردة جاء التعبير بالقتل به في كلام الإمام عليه السلام ، فحمل الروايات على القتل حداً للفساد أو المحاربة أو مخالفة إمام المسلمين خلاف الظاهر . على أنّه لو فرض الحمل على القتل لإفساده في الأرض فهو من نوع الإفساد الشبيه بالمحاربة من حيث ما فيه من القتل والتجاوز على نفوس أهل الذمة أو الممالك وسلب أمنهم وإخافتهم ، فلا يمكن التعدي إلى سائر أنواع الفساد في الأرض .

وإن شئت قلت : إنّ هذه التوسعة التي ذكرها بعضهم توسعة للفساد في الأرض بالمقدار الذي ذكرناه من المعنى الخاصّ للفساد في الأرض ، وهو التجاوز على النفوس والأموال والأعراض - ولو بغير شهر سلاح - لا أكثر ، فلا يمكن أن يستفاد منه أنهم يقولون بتعميم الحكم لسائر أنواع الفساد ، كما يظهر بمراجعة كلماتهم .

٥ - ومنها : ما ورد في قتل النّبّاش في قضاء لأمر المؤمنين عليّ عليه السلام ، فقد روى الكليني رحمه الله عن عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن غير واحد من أصحابنا قال : « أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل نّبّاش فأخذ أمير المؤمنين عليه السلام بشعره فضرب به الأرض ثم أمر الناس أن يطؤوه بأرجلهم فوطؤوه حتى مات » (١) .

ونقله الصدوق في الفقيه بعنوان : وروي أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بنّبّاش فأخذ بشعره وجلد به الأرض ثم قال : « طؤوا عباد الله عليه ، فوطئ حتى مات » (٢) . وقد نقله عنه في الوسائل بعنوان محمّد بن عليّ بن الحسين باسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام (٣) .

وسند الصدوق إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام صحيح ، إلّا أنّ كون الرواية منها استنباط من صاحب الوسائل ، وإلّا فليس في الفقيه إلّا ما ذكرناه ، وقد ذكرنا فيما سبق أنّه ما لم يبدأ الصدوق رحمه الله الحديث بعنوان قضى أمير المؤمنين ، فلا يمكن اعتباره ممّا ينقله الشيخ الصدوق باسناده إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام المذكور في مشيخته .

وقد نقله الشيخ أيضاً بسنده إلى عليّ بن إبراهيم ، وأضاف عليه رواية أخرى عن أبي يحيى الواسطي ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أتى

(١) الوسائل ١٨ : ٥١١ ، ب ١٩ ، حدّ السرقة ، ح ٣ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤ : ٦٧ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥١٢ ، ب ١٩ ، حدّ السرقة ، ح ٨ .

أمير المؤمنين عليه السلام بنبّاش فأخّر عذابه إلى يوم الجمعة ، فلمّا كان يوم الجمعة ألقاه تحت أقدام الناس فما زالوا يتوطّونه بأرجلهم حتى مات ^(١).

وهذه القضية المنقولة بهذه الطرق الثلاثة والتي يظنّ بأنّها قضية واحدة ، لا تثبت بشيء منها ؛ لأنّها مرسلة فيها جميعاً ، والأوّل منها وإن كان مرسلة ابن أبي عمير عن غير واحد ، وقد قبلنا في محلّه مراسيله عن جماعة أو غير واحد ببيان مذكور هناك ، إلّا أنّه لا يعلم أنّ من يرسل عنه ابن أبي عمير في هذه الرواية ينقل الحديث عن الإمام المعصوم عليه السلام ، وإنّما ينقل ابتداءً قصّة النبّاش الذي أتى به أمير المؤمنين عليه السلام.

على أنّ هذا مخالف مع ما ورد في الروايات الأخرى ؛ فإنّها بين ما دلّ على قطع النبّاش وما دلّ على عدم القطع عليه بل عليه التعزير إلّا أن يؤخذ وقد نبش مراراً فيقطع ، وقد ورد بعض ذلك عن أمير المؤمنين عليه السلام وأنّه قال : « إنّنا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا » ^(٢).

من أجل ذلك حمل بعض الفقهاء الرواية السابقة على بعض المحامل : فالشيخ عليه السلام في التهذيبين حملها على فرض تكرّر الجريمة وإقامة الحدّ عليه مرّتين فيقتل في الثالثة كما في سائر الحدود ، قال : « فهذه الروايات محمولة على أنّه إذا تكرّر منهم الفعل ثلاث مرّات وأقيم عليهم الحدود فحينئذٍ يجب عليهم القتل كما يجب على السارق ، والإمام مخير في كيفيّة القتل كيف شاء حسب ما يراه أردع في الحال » ^(٣).

بينما نجده في النهاية يقول : « ومن نبش قبراً وسلب الميّت كفنه وجب عليه

(١) الوسائل ١٨ : ٥١٤ ، ب ١٩ من حدّ السرقة ، ح ١٧ .

(٢) المصدر السابق : ٥١٢ ، ح ٨ .

(٣) الاستبصار ٤ : ٢٤٨ ، ذيل ح ١٥ . تهذيب الأحكام ١٠ : ١١٨ ، ذيل ح ٨٨ .

القطع... فإن تكرر منه الفعل وفات الإمام تأديبه كان له قتله كي يرتدع غيره عن إيقاع مثله في مستقبل الأوقات»^(١)، فلم يشترط إقامة الحدّ عليه مرتين. ونفس الشيء نجده من الشيخ المفيد في المقنعة حيث قال: «وإذا عرف الإنسان بنبش القبور وكان قد فات السلطان ثلاث مرّات كان الحاكم فيه بالخيار إن شاء قتله وإن شاء عاقبه وقطعه، والأمر في ذلك إليه يعمل فيه بحسب ما يراه أزجر للعصاة وأردع للجنة»^(٢).

وبمثله أفتى ابن البرّاج في المهذب^(٣) وسلار في المراسم^(٤) وابن حمزة في الوسيلة^(٥) والمحقق^(٦)، والعلامة في القواعد^(٧).

إلا أن ابن إدريس علّل قطع النباش بنحو آخر فقال: «ولا يراعى في مقدار الكفن النصاب إلا في الدفعة الأولى فحسب؛ لقولهم ﷺ: «سارق موتاكم كسارق أحيائكم»، ولا خلاف أن من سرق من حيّ دون ربع دينار عندنا لا يجب عليه القطع، فإن قيل: فهذا يلزم في الدفعة الثانية؟ قلنا: لمّا تكرر منه الفعل صار مفسداً ساعياً في الأرض فساداً فقطعناه لأجل ذلك، لا لأجل كونه سارقاً ربع دينار»^(٨).

(١) النهاية: ٧٢٢.

(٢) المقنعة: ٨٠٤.

(٣) المهذب ٢: ٥٥٤.

(٤) المراسم: ٢٦٠.

(٥) الوسيلة: ٤١٨.

(٦) شرائع الإسلام ٤: ١٧٦.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٩.

(٨) السرائر ٣: ٥١٢.

وذكر المحقق رحمته في نكت النهاية : « وأما أنه يقتل مع تكرار الفعل ثلاثاً وفواته » فلما روي أن علياً عليه السلام قتل نباشاً ، فتحمل على أنه تكرر منه الفعل توفيقاً بين الأحاديث ، هذا اختيار الشيخ في التهذيب والمفيد في المقنعة أو على أنه يقتل بفساده ، والنظر في ذلك إلى الإمام إن شاء قطعه وإن شاء قتله ^(١) .

وقال العلامة في المختلف : « وأما القتل مع التكرار فلا أنه مفسد وما روي أن علياً عليه السلام أمر أن يطأه الرجال حتى يموت ، وليس ذلك في أول مرة لما تقدم من وجوب القطع كما يقطع في السرقة ؛ فتعين أن يكون مع التكرار » ^(٢) .

وهكذا نجد أن بعض الفقهاء حاول الجمع بين هذا الحديث وسائر أحاديث الباب في النبش بحمله على صورة تكرار الجريمة منه واعتباره بذلك مفسداً في الأرض ، فيكون جزاؤه مثلاً القتل أو التخيير للإمام بينه وبين القطع . إلا أن هذا حمل لا شاهد عليه من الرواية . والمهم أن الرواية مرسلة لا طريق معتبر لها .

على أن نظر هذا البعض من الفقهاء إلى توسعة عنوان المفسد بالمعنى الخاص أي المتجاوز والسارق القاطع للطريق ونحوه ، وتطبيقه على النبش باعتباره يتجاوز على الموتى ويسرقهم كالسارق للإحياء ، فلا يستفاد من كلماتهم إرادة المعنى الواسع للإفساد الشامل لكل فساد أخلاقي واجتماعي ونحوه .

٦ - ومنها : ما دل على قتل الساحر من قبيل معتبرة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « الساحر يضرب بالسيف ضربة واحدة على رأسه » ^(٣) .

وقد علل الشيخ في الخلاف ^(٤) وجه قتل الساحر في الرواية بأن هذا من

(١) النهاية ونكتها ٣ : ٣٣٧ .

(٢) مختلف الشيعة ٩ : ٢٤١ ، الفصل الثالث من حد السرقة ، المسألة ٩٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥٧٦ ، ب ١ ، بقية الحدود ، ح ٢ .

(٤) الخلاف ٣ : ١٦٣ ، المسألة ١٦ .

الساحر إفساد في الأرض والسعي فيها به ، ولأجل ذلك وجب فيه القتل .
وحيث إنّ السحر ليس فيه محاربة بل وقد لا يكون فيه سلب للمال أو النفس ،
فيدلّ على أنّ الميزان بمطلق الافساد .

إلا أنّ هذا مجرد احتمال لا شاهد عليه في الرواية ، بل في رواية السكوني
وغيره شاهد على الخلاف وأنّ القتل بعلاك الكفر والارتداد ، ولهذا لم يقتل ساحر
الكفار ؛ لأنّه كافر من أصله فليس في استحلاله للسحر ارتداد بخلاف المسلم ،
وهذا هو الذي فهمه الأصحاب . ومن هنا ذكروا قتل الساحر ضمن حدّ المرتد .
ففي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : « ساحر
المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل ، فليل يا رسول الله ﷺ : ولم لا يقتل ساحر
الكفار ؟ قال : لأنّ الكفر (الشرك) أعظم من السحر ، ولأنّ السحر والشرك
مقرونان » (١) .

وأوضح منه ما نقله في قرب الاسناد عن السندي بن محمد ، عن أبي البختري ،
عن جعفر بن محمد عليه السلام ، عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام قال : « من تعلّم شيئاً من السحر
قليلاً أو كثيراً فقد كفر وكان آخر عهده بربه وحده أن يقتل إلا أن يتوب » (٢) .
وهناك روايات أخرى يستفاد منها ذلك (٣) .

ثمّ إنّ عبارة الشيخ في الخلاف ظاهرة في إرادة قتل الساحر إذا كان قد قتل
بسحره متعمداً ؛ لأنّه ذكر ذلك في المسألة (١٦) حيث قال : « إذا قرأ أنه سحر فقتل
بسحره متعمداً لا يجب عليه القود ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : عليه القود .
دليلنا : أنّ الأصل براءة الذمّة ... إلى أن قال : - وقد روى أصحابنا أنّ الساحر

(١) الوسائل ١٨ : ٥٧٦ ، ب ١ ، بقية الحدود ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق ١٢ : ١٠٧ ، ب ٢٥ ، ممّا يكتسب به ، ح ٧ .

(٣) المصدر السابق ١٨ : ٥٧٧ ، ب ٣ ، بقية الحدود .

يقتل ، والوجه في هذه الرواية أن هذا من الساحر إفساد في الأرض والسعي فيها به ، ولأجل ذلك وجب فيه القتل » ^(١) .

وظاهر قوله : « إن هذا من الساحر » إرادة ما هو موضوع بحثه في هذه المسألة ، وهو القتل بالسحر ، فهو يجعل ذلك إفساداً في الأرض لا مطلق السحر ، ومن الواضح أن هذا من نوع الإفساد بالمعنى الخاص ، أي التجاوز على النفوس والأموال والأعراض لا مطلق الإفساد .

ومما يشهد على إرادته ذلك ما ذكره في المسألة السابقة على هذه المسألة حيث قال : « مسألة ١٥ : من استحلّ عمل السحر فهو كافر ووجب قتله بلا خلاف ، ومن لم يستحلّه وقال هو حرام إلّا إنّي أستعمله كان فاسقاً لا يجب قتله ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : الساحر زنديق إذا عمل السحر ، وقوله لا أستعمله (استحلّه خ ل) غير مقبول ، ولا تقبل توبة الزنديق عنده ، وقال أحمد بن حنبل وإسحاق يقتل الساحر ولم يتعرّضاً لكفره ، وقد روى ذلك أيضاً أصحابنا ، دليلنا : أن الأصل حقن الدماء ، ومن أباحها يحتاج إلى شرع ودليل ... » ^(٢) .

٧ - ومنها : ما ورد في حكم من سرق حرّاً فباعه وهي عدّة روايات :

أ - رواية طريف بن سنان الثوري قال : سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن رجل سرق حرّاً فباعها قال : فقال : « فيها أربعة حدود : أمّا أولها فسارق تقطع يده ، والثانية إن كان وطأها جلد الحدّ . وعلى الذي اشترى إن كان وطأها إن كان محصناً رجم وإن كان غير محصن جلد الحدّ وإن كان لم يعلم فلا شيء عليه . وعليها هي إن كان استكرهها فلا شيء عليها وإن كانت أطاعته جلدت الحدّ » ^(٣) .

(١) الخلاف ٣ : ١٦٣ ، المسألة ١٦ .

(٢) المصدر السابق : ١٦٢ ، المسألة ١٥ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥١٤ ، ب ٢٠ ، حدّ السرقة ، ح ١ .

وطريف بن سنان ممّن لم يثبت توثيقه .

٢ - رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام : « أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل قد باع حرّاً فقطع يده » ^(١) ، وفي السند النوفلي .

٣ - رواية عبدالله بن طلحة ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل وهما حرّان يبيع هذا هذا وهذا هذا ويفرّان من بلد إلى بلد فيبيعان أنفسهما ويفرّان بأموال الناس . قال : « تقطع أيديهما ؛ لأنهما سارقا أنفسهما وأموال الناس (المسلمين) » ^(٢) . وفي السند محمّد بن حفص ، وعبدالله بن طلحة وكلاهما لا يمكن إثبات وثاقتهما .

٤ - رواية طريف بن سنان ، قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أخبرني عن رجل باع امرأته قال : « على الرجل أن تقطع يده وترجم المرأة ، وعلى الذي اشتراها إن وطأها إن كان محصناً أن يرجم إن علم وإن لم يكن محصناً أن يجلد مئة جلدة ، وترجم المرأة إن كان الذي اشتراها وطئها » ^(٣) .

وفي السند طريف . وقد نقل الشيخ مثلها معنيّاً أيضاً بسند صحيح عن سنان بن طريف وهو أيضاً ممّا لا طريق إلى توثيقه ، ولا يبعد أن تكون نفس الرواية السابقة نقلها طريف تارة بعنوان سرق حرّة فباعها وأخرى بعنوان باع امرأته .

وقد علّق الشيخ في التهذيب بعد ذكر هذين الحديثين بقوله :

« قال محمّد بن الحسن : ما يتضمّن هذا الخبر من أنّه تقطع يده ليس يجب من حيث كونه سارقاً ؛ لأنّ السرقة لا تكون إلّا فيما يصحّ ملكه إذا سرق من موضع مخصوص وكان قدراً مخصوصاً على ما نبّهته فيما بعد ، والحرّة لا يصحّ أن تملك

(١) الوسائل ١٨ : ٥١٤ ، ب ٢٠ من حدّ السرقة ، ح ٢ .

(٢) المصدر السابق : ح ٣ .

(٣) المصدر السابق : ٣٩٩ ، ب ٢٨ ، حدّ الزنى ، ح ١ .

على وجهه ، وإذا لم يصحّ الملك فلم يجب على من باعها القطع من حيث كان سارقاً ، ويجوز أن يكون إنّما وجب عليه ذلك من حيث كان مفسداً في الأرض ، ومن كان كذلك فالإمام مخير فيه بين أن يقطع يده ورجله أو يصلبه أو ينفية من الأرض حسب ما ذكره الله تعالى في قوله : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ... ﴾ (١) .

وذكر في النهاية : « ومن سرق حرّاً فباعه وجب عليه القطع ؛ لأنّه من المفسدين في الأرض » (٢) .

وفي الكافي للحلي : « ومن باع حرّة زوجته أو أجنبية قطع ؛ لفساده في الأرض » (٣) .

وفي إصباح الشيعة بمصباح الشريعة للصهرشتي : « من سرق حرّاً فباعه وجب عليه القطع ؛ لأنّه من المفسدين في الأرض » (٤) .

وفي السرائر : « فإن سرق حرّاً صغيراً فلا قطع عليه من حيث السرقة ؛ لأنّ السارق هو من يسرق مالاً مملوكاً قيمته ربع دينار والحرّ لا قيمة له ، وإنّما يجب عليه القطع ؛ لأنّه من المفسدين في الأرض على ما روي في أخبارنا ، لا على أنّه سارق » (٥) .

وفي الشرائع : « ومن سرق صغيراً فإن كان مملوكاً قطع ، ولو كان حرّاً فباعه لم يقطع حدّاً ، وقيل : يقطع دفعاً لفساده » (٦) .

(١) تهذيب الأحكام ١٠ : ٢٤ ، ذيل حديث ٢٤ .

(٢) النهاية : ٧٢٢ .

(٣) الكافي للحلي : ٤١٢ .

(٤) إصباح الشيعة : ٥٢٥ .

(٥) السرائر ٣ : ٤٩٩ .

(٦) شرائع الإسلام ٤ : ١٧٥ .

وقال المحقق في المختصر النافع: «ويقطع من سرق مملوكاً، ولو كان حرّاً فباعه قطع؛ لفساده لا حدّاً»^(١).

وقال العلامة في القواعد في عداد شروط المسروق: «الأول: أن يكون مالاً فلا يقطع سارق الحرّ الصغير حدّاً إذا باعه، بل لفساده، ولو لم يبعه أدب وعوقب»^(٢).

وفي اللعة الدمشقية: «لا يقطع سارق الحرّ وإن كان صغيراً، فإن باعه قيل يقطع؛ لفساده في الأرض لا حدّاً، ويقطع سارق المملوك الصغير»^(٣).

فيظهر من مجموع هذه الكلمات أنّ هناك من حمل الروايات المذكورة على أنّ القطع بملاك الإفساد في الأرض، بل كلام الشيخ في التهذيب والنهاية صريح في ذلك، وإنّما حملت على هذا المحمل؛ لعدم تحقّق الشروط المعتبرة في قطع يد السارق من كون المسروق مالاً قيمته ربع دينار ومن كونه مخرجاً من الحرز، فإنّ الحرّ ليس مالاً وما يؤخذ في بيعه من المال ليس مخرجاً من حرز، بل ولا يصدق عليه عنوان السرقة، وإنّما هو غشّ وتدليس واحتيال، ومن هنا حمل الحكم بالقطع في هذه الروايات على كونه بملاك الإفساد في الأرض.

إلا أنّ هذا الحمل على خلاف صريح الروايات في كونه من أجل السرقة، ولهذا يكون ظاهرها أيضاً تعيّن القطع - كما هو ظاهر الفتاوى أيضاً - لا أكثر من ذلك، ولا التخيير بينه وبين القتل والصلب أو النفي.

فلو تمّ سند شيء منها كان الأولى التعبد بمضمونها في موردها خروجاً عن الشروط المعتبرة في سرقة الأموال وأنّ تلك الشروط معتبرة فيها لا في سرقة

(١) المختصر النافع: ٤٣٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٦٥.

(٣) اللعة الدمشقية: ٢٦٢، ط - دار التراث.

الحرّ وبيعه ، بل ولا يشترط حتى صدق السرقة في جريان هذا الحكم كما في مورد رواية عبد الله بن طلحة ^(١) ، فإنه وإن عبّر فيها بأنهما سارقا أنفسهما ، إلا أنه من الواضح أنه إطلاق مجازي وأنهما كانا يتواطآن على أن يبيع هذا وهذا وهذا - كما صرح به في صدر الرواية - وليس هذا من السرقة الحقيقية .

هذه هي جملة الموارد التي عثرنا عليها ممّا قد يدعى استفادة التعميم منها لمطلق المفسد في الأرض ، وقد عرفت عدم تمامية شيء منها ، كما ظهر أنه لو تمّ شيء منها فلا يقتضي أكثر من التعميم للمفسد في الأرض بالمعنى الخاص الذي هو التجاوز على النفوس والأعراض والأموال ، لا مطلق الفساد حتى الفساد الأخلاقي أو الفكري والعقائدي أو نحو ذلك ، فكلمات الأصحاب في هذه الموارد لا تقتضي أكثر من إلحاق ما يكون إفساداً في الأرض بمعنى التجاوز على أموال الآخرين أو نفوسهم والتعدّي عليهم بموضوع الحدّ في الآية المباركة .

وهذا يؤكّد ما ذكرناه سابقاً عند البحث عن الآية المباركة من أن عنوان الافساد في الأرض يراد به الافساد بنحو التجاوز والظلم والتعدّي على الآخرين بالسرقة ونحوه لا مطلق الفساد ، فحتى إذا فرضنا أن عنوان الافساد في الأرض هو الموضوع للحدّ المذكور وأنّ المحاربة وقطع الطريق مصداق محقق له مع ذلك لا يمكن استفادة التعميم أكثر من هذا المقدار ، إمّا لأنّه الظاهر من الافساد في الأرض - كما تقدّم - أو لكونه الحاصل بالمحاربة وشهر السلاح ، فلو ألغينا دخل خصوصية المحاربة في موضوع الحدّ فلا موجب لإلغاء نوع الافساد الحاصل بمثل المحاربة عن الدخّل في الحكم ، فكيف يتعدّى إلى الأنواع الأخرى للفساد ؟ ! فإن ذكر هذا المصداق صالح للمنع عن انعقاد إطلاق في عنوان السعي في الأرض فساداً لسائر أنواع الفساد .

(١) الوسائل ١٨ : ٥١٥ ، ب ٢٠ ، حدّ السرقة ، ح ٣ .

الجهة الثالثة

في تطبيقات وقع أو يمكن أن يقع البحث فيها

التطبيق الأول: إذا حارب بغير شهر سلاح فهل يكون مشمولاً للعقوبة المقررة للمحارب أم لا؟

ظاهر أكثر الفتاوى اشتراط تجريد السلاح وشهره وإظهاره في المحاربة، كما ذكرنا جملة منها في الجهة الأولى من البحث. إلا أن بعض الفتاوى ربما يستظهر منها الإطلاق من هذه الناحية، وعن بعضهم إلحاق حمل السلاح أو تجهيزه بالمحارب كما في الجواهر^(١) وتحرير الوسيلة^(٢) - وقد تقدّم نقله - وعن بعضهم التصريح بالإطلاق وأنه لا يشترط السلاح بل يكتفى في المحاربة بالأخذ بالقوة وإن لم يكن سلاح.

وإليك جملة من هذه الفتاوى: فعن علاء الدين الحلبي (أبي الحسن) في كتاب الجهاد من إشارة السبق أنه قال: «والمفسدون في الأرض كقطاع الطريق والوائبين على نهب الأموال يقتلون إن قتلوا، فإن زادوا على القتل بأخذ الأموال صلبوا بعد قتلهم... الخ»^(٣). وهذا مطلق يشمل فرض عدم السلاح.

وفي الإرشاد - في كتاب الحدود -: «المقصد السابع في المحارب وفيه بحثان: الأول: في ماهيته، وهو كل من جرّد السلاح لإخافة الناس في برّ أو بحر... ولو أخذ في بلد مالا بالمقاهرة فهو محارب»^(٤).

(١) انظر: جواهر الكلام ٤١: ٥٦٤.

(٢) انظر: تحرير الوسيلة ٢: ٤٤٣.

(٣) إشارة السبق: ١٤٤.

(٤) إرشاد الأذهان ٢: ١٨٦.

وفي القواعد: «ولا يشترط السلاح، بل لو افتقر في الإخافة على الحجر والعصا فهو قاطع طريق، وإنما يتحقق لو قصدوا أخذ المال قهراً مجاهرة، فإن أخذوه بالخفية فهم سارقون، وإن أخذوه اختطافاً وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم»^(١).

وفي الجواهر: «صرح غير واحد أنه لا فرق في السلاح بين العصا والحجر وغيرهما، ولعلّه ظاهر الآية، وإلا ففي تناول السلاح لهما مطلقاً خصوصاً الأخير نظر أو منع، لكنّ خبر السكوني عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، عن علي عليه السلام، قال - في رجل أقبل بنار يشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم - : أنه «يغرم قيمة الدار وما فيها ثمّ يقتل»^(٢).

ومنه بعد اعتضاده بما عرفت يقوى التعميم المزبور ولو على إرادة المجاز منه، بل في كشف اللثام: أنّ اختصاص السلاح بالحديد كما في العين ونحوه ممنوع، بل الحق ما صرح به الأكثر من أنه كان ما يقاتل به، وعن أبي حنيفة اشتراط شهر السلاح من الحديد، ويظهر احتمالاه من التحرير... إلى آخره.

ولا ريب في ضعفه، بل في الروضة الاكتفاء في المحاربة بالأخذ بالقوة وإن لم يكن عصا أو حجر، وهو لا يخلو من وجه»^(٣).

وفي قبال ذلك ما عرفت من الفتاوى التي تقدّم نقلها فيما سبق ممّا كان ظاهره اشتراط شهر السلاح في المحاربة، بل صرح في بعضها بعدم جريان حكم المحارب على من أخاف الناس بالسوط والعصا ونحوهما، ففي تحرير الوسيلة في حدّ المحارب قال: «مسألة ٣: لو حمل على غيره من غير سلاح ليأخذ ماله أو

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٧٢.

(٢) الوسائل ١٨: ٥٣٨، ب ٣، حدّ المحارب، ح ١.

(٣) جواهر الكلام ٤١: ٥٦٦.

يقتله جاز، بل وجب الدفاع في الثاني ولو انجرّ إلى قتله، لكن لا يثبت له حكم المحارب، ولو أخاف الناس بالسوط والعصا والحجر ففي ثبوت الحكم إشكال، بل عدمه أقرب في الأولين»^(١).

ولا إشكال في أنّ مقتضى الأصل الأولي عدم ثبوت هذا الحدّ إلا فيما شمله الدليل، ومن هنا يجب على القائل بالتعميم إقامة الدليل عليه، وفيما يلي نتحدث أولاً عما يمكن أن يكون دليلاً على التعميم، ثم نتكلّم عما قد يستدلّ به على الاختصاص بحيث لو تمّ كان مخصّصاً لدليل التعميم، فالكلام في مقامين: **المقام الأول:** في التقريبات التي يمكن أن يستند إليها للقول بالتعميم وهي ثلاثة:

التقريب الأول: استفادة الإطلاق من الآية المباركة بدعوى أنّ المحاربة لغة هي المقاتلة والمغالبة على النفس والمال ونحوهما، وهي وإن كانت غالباً بالسلاح إلا أنه ليس ذلك دخليلاً في مفهومه، والغلبة لا توجب اختصاص المفهوم بالغالب، فيشمل المقاتلة بغير سلاح أيضاً.

التقريب الثاني: لو فرض عدم إطلاق عنوان المحاربة في الآية لغة لغير موارد السلاح فلا ينبغي الإشكال أنّ هذه الخصوصية يلغيتها العرف في موضوع هذه العقوبة ويستفيد من الآية أنّ تمام الموضوع لهذه العقوبة ما يحصل من المحاربة بالسلاح من إخافة الناس وسلب أمنهم وأمانهم، والذي هو المقصود من عطف الجملة الثانية في الآية على عنوان المحاربة وهي السعي في الأرض فساداً، فهذه الجملة تصلح أن تكون قرينة على أخذ هذه النتيجة في موضوع الحدّ، وهي الإخافة بالمحاربة، سواء كان بالسلاح أو بغيره.

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٤٤٨.

التقريب الثالث: التمسك ببعض الروايات الخاصة المتقدمة المطلقة من هذه الناحية، وهي عديدة:

١ - منها: رواية الخثعمي المتقدمة^(١)، فإنّ الوارد فيها عنوان قاطع الطريق، وهو مطلق يشمل ما إذا كان قطعهم للطريق بغير سلاح أصلاً. ودعوى: أنها ليست في مقام البيان من هذه الجهة ممنوعة، خصوصاً بملاحظة ذيلها الذي تصدّى فيه الإمام عليه السلام لبيان أصل الحدّ والعقوبة موضوعاً وحكماً. نعم، لو كان عنوان قطع الطريق اصطلاحاً متشريعاً مشيراً إلى عنوان المحارب وقلنا إنّ عنوان المحارب أخذ فيه لغة شهر السلاح لم يتمّ هذا الإطلاق، ولكنه غير ظاهر.

إلا أنّ الخثعمي قد تقدّم عدم ثبوت توثيقه.

٢ - ومنها: رواية أحمد بن الفضل المتقدمة^(٢) التي ينقلها العياشي، فإنّ الوارد في تعبير الإمام عليه السلام فيها - على تقدير صدور الرواية - عنوان إخافة السبيل وهو أيضاً أعمّ من كونه بالسلاح أو بغيره، بل الدلالة فيها أظهر من رواية الخثعمي حيث ورد فيها التعبير «فإنّ ذلك معنى نفيمهم من الأرض باخافتهم السبيل»، أو قوله: «فإن كانوا أخافوا السبيل فقط» ممّا هو ظاهر في بيان المناط والموضوع للحدّ المذكور، فلا خصوصية ولا دخل للسلاح في ذلك إلا من باب كونه محققاً للإخافة غالباً.

ولكنّ الرواية لا سند لها كما تقدّم.

٣ - ومنها: رواية سورة بن كليب المتقدمة^(٣)، فإنّ الوارد فيها عنوان «رجل

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٤ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ٥ .

(٢) المصدر السابق : ٥٣٥ ، ح ٨ .

(٣) المصدر السابق : ٥٣٧ ، ب ٢ ، حدّ المحارب ، ح ٢ .

يخرج من منزله يريد المسجد (أو يريد الحاجة) فيلقاه رجل ويستعقبه فيضربه ويأخذ ثوبه « وقد طبّق عليه الإمام عليه السلام - على تقدير صدورها - آية المحاربة وقال: « هؤلاء من أهل هذه الآية ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ... ﴾ » وهي أيضاً مطلقة من هذه الناحية .

إلا أن سورة بن كليب لم يوثق .

٤ - ومنها: رواية السكوني المتقدمة ^(١) فيمن أحرق دار قوم بالنار، بناءً على استفادة دلالتها على أنه أخاف القوم بإحراق دارهم - كما استظهره صاحب الجواهر منها - .

٥ - ومنها: الروايات التي ورد فيها التعبير بالمحاربة أو القتل وأخذ المال بلا تقييد بشهر السلاح، كما في معتبرة عليّ بن حسان المتقدمة ^(٢)، ومرسلة الصدوق ^(٣)، ورواية داود الطائي ^(٤) .

فإنّ هذا العنوان أيضاً مطلق يشمل المحاربة بغير سلاح أو بالعصا والحجر ونحوهما .

وهكذا يتّضح أنّ الإطلاق للمحاربة بغير السلاح بل بمثل العصا والحجر والسوط أو بالنار أو بالمواد الكيميائية السامة أو الحارقة أو حتى بالقوّة البدنية القاهرة المخيفة تامّ في نفسه، ومجرّد كون الغالب في المحاربة والمقاتلة أنّها كانت بالحديد أو بالسلاح وقتنئذٍ لا يستوجب الاختصاص بما كان غالباً أو متعارفاً خارجاً في تلك الأزمنة، خصوصاً بملاحظة كون الآيات والأحاديث

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٨ ، ب ٣ ، حدّ المحارب ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٥٣٦ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ١١ .

(٣) المصدر السابق : ح ١٠ .

(٤) المصدر السابق : ٥٣٥ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ٦ .

الشريفة في مقام بيان الحكم الإلهي الكلي والعام لجميع الأزمنة والأمكنة ، والذي من الواضح أنه قد تتغير كيفية المحاربة والقتال ووسائلها من وقت إلى وقت ومن مكان إلى مكان ، وأيضاً بملاحظة مناسبات الحكم والموضوع المفهومة عقلاً وعرفاً لمثل هذه العقوبة .

وأما المقام الثاني : فما يمكن أن يجعل دليلاً على تقييد الإطلاق - المتقدم تقريباته في المقام السابق - ما ورد في بعض الروايات المتقدمة من ذكر عنوان شهر السلاح أو حمله كما في صحيح محمد بن مسلم المتقدم ^(١) ، وخبر المدائني المتقدم ، وقد ورد في ذيله : « إن شهر السيف وحارب الله ورسوله وسعى في الأرض فساداً... » ^(٢) ، وصحيح ضريس المتقدم ، وقد ورد فيه : « من حمل السلاح بالليل فهو محارب... » ^(٣) .

وتقريب الاستدلال بها على التقييد أن ظاهر أخذ قيد في موضوع الحدّ دخله في الموضوعيّة ، فلا بدّ وأن نحمل الروايات المطلقة وكذلك إطلاق الآية الكريمة على المقيّد ، كما هو مقتضى صناعة التقييد .

ودعوى : إنهما مثبتان ولا موجب في مثله لحمل المطلق على المقيّد ، بل كلاهما صادقان من دون تنافٍ بينهما نظير ما إذا قال : « أكرم العالم » ، وقال : « أكرم الفقيه » ، فإنه لا موجب لتقييد الأوّل بالثاني .

مدفوعة : بأنّ هذا يصحّ لو لم نستظهر من هذه الروايات أنّها بصدد بيان نفس الحكم والجعل المبين في الآية المباركة موضوعاً وحكماً ، فتكون بمثابة التفسير والتحديد لموضوع هذه العقوبة المشرّعة بالآية .

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٣ ، ب ١ من حدّ المحارب ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ٥٣٤ ، ح ٤ .

(٣) المصدر السابق : ٥٣٧ ، ب ٢ ، حدّ المحارب ، ح ١ .

مناقشة هذا التقريب :

هذا ، والانصاف عدم تمامية هذا التقريب : لاحتمال أن يكون ذكر شهر السلاح باعتبار أنه الغالب في تحقق المحاربة وإخافة الناس وقتئذٍ .

أو احتمال أن يكون ذلك لبيان كفاية شهر السلاح ، بل حمله بالليل - كما في صحيح ضريس - لتحقيق المحاربة ، فلا يتوقف تحققها على وقوع قتال أو نهب وسلب خارجاً ، فيكون ذكر ذلك من أجل التعميم لمطلق التلبس بما يخيف الناس ويسلب أمنهم ويفسد عليهم حياتهم في قبال الاختصاص بوقوع المقاتلة خارجاً ، وهذا الاحتمال يقوى جداً في أكثر هذه الروايات ، ولهذا نجد في رواية المدائني أنه ذكر أولاً عنوان المحاربة بالقتل أو أخذ المال مطلقاً ، بلا ذكر السلاح ثم في الذيل حينما أراد أن يذكر المحاربة بلا قتل ولا أخذ مال عبّر بقوله : « وإن شهر السيف وحارب الله ورسوله وسعى في الأرض فساداً ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي من الأرض »^(١) .

فكانه أراد بذلك أن يبين أن المحاربة لا تتوقف على أن يقتل أو يقاتل أو يأخذ المال ، بل يكفي فيه شهر السيف لذلك الموجب للإخافة ولو لم يقتل ولم يأخذ مالاً . وهذا يعني أن ذكر السيف أو شهر السلاح لأجل التعميم والاكتفاء بما يتحقق به غالباً من الإخافة في تحقق المحاربة والافساد في الأرض ، لا لأجل تقييد المحاربة بذلك .

هذا ، مضافاً إلى أن عنوان السلاح أيضاً أعم من السيف ونحوه ، بل يعم - كما ذكره كاشف اللثام^(٢) - مطلق ما يقاتل به ويحصل به الخوف والإخافة ، والذي يختلف من وقت إلى وقت ومن مكان إلى آخر .

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٤ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ٤ .

(٢) كشف اللثام ٢ : ٤٣٠ .

بل لو فرض اختصاص السلاح لغة بالحديد - كما نسب إلى أبي حنيفة ^(١) - فلا إشكال في أن مناسبات الحكم والموضوع المفهومة عرفاً من مثل هذا الحكم يقضي بإلغاء ذلك أي عدم ظهور وروده في لسان بعض الروايات في كونه للتقييد وتخصيص المطلقات المتقدمة ، بل لكونه الوسيلة المتعارفة للإخافة .

بل ربما يدعى الاطمئنان فقهياً بأن من قطع الطريق وأخاف السبيل وقتل المارة أو سلب أموالهم بمثل الهراوة والعصا أو رمي الحجارة أو أية آلة قتالة أخرى حكمه وعقوبته نفس العقوبة ؛ إذ من المستبعد جداً فقهياً أن يكون لحمل الحديد خصوصية في ترتب هذه العقوبة مع تصريح الآية المباركة بأن موضوعها المحاربة والسعي في الأرض فساداً .

التطبيق الثاني : إذا شمر السلاح وقصد الإخافة أو أخذ المال ونحوه ولكنه لم يكن مخيفاً خارجاً لضعف فيه أو لوجود قوة ومنعة في الطرف الآخر ، بحيث لم تتحقق إخافة في الخارج فهل يكون مشمولاً للحكم أم لا ؟ قال في الجواهر :

« وكيف كان (ففي ثبوت هذا الحكم للمجرد) سلاحه بالقصد المزبور (مع ضعفه عن الإخافة تردد أشبهه) وأقربه كما في القواعد (الثبوت) للعمومات المزبورة (و) حينئذ فـ (يجتزأ بقصده) الإخافة . ولكن قد يمنع اندراج مثل ذلك مع فرض الضعف عن الإخافة مطلقاً ، أي لكل أحد في إطلاق الآية ونحوها خصوصاً بعدما في القواعد من اعتبار الشوكة المعلوم انتفاؤها في مثل الغرض المعتضد بدران الحد بالشبهة وغيره ، اللهم إلا أن يكون إجماعاً ، كما عساه يظهر من بعض .

نعم ، قد يقال : إن ضعفه عن الإخافة لمعظم الناس لا ينافي قوته عليها لما هو

(١) نسبه إليه في جواهر الكلام ٤١ : ٥٦٦ .

أضعف منه ، ولمن لا يعقل الخوف كالطفل والمجنون ونحوهما ، ومن هنا اتّجه منع اعتبار الشوكة المنافي لإطلاق الأدلة إلا أن يراد ما يرجع إلى ما ذكرنا . وبالجملّة فالمدار على التجاهر بالسعي في الأرض بالفساد بتجريد السلاح ونحوه للقتل أو سلب المال والأسر ونحو ذلك ممّا هو بعينه محاربة لله ورسوله ، بخلاف الأخذ خفية أو اختطافاً ثمّ الهرب بعده وغير ذلك ، ممّا لا يعدّ محاربة بل هو سرقة أو نهب وإن جرحوا أو قتلوا حين اختطفوا أو سرقوا للتخلّص من القبض ونحوه ، قال في القواعد : « وإنّما يتحقّق لو قصدوا أخذ المال قهراً مجاهرة ، فإن أخذوه خفية فهم سارقون ، وإن أخذوه اختطافاً وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم » وفي كشف اللثام : « وإن جرحوا وقتلوا حين اختطفوا ، وعلى التقديرين لا قطع عليهم كما يقطع المحارب أو السارق ؛ لأنّ شيئاً منهما لا يصدق عليهم » ، وفيه أيضاً قبل ذلك « وإنّما يتحقّق لو قصدوا أخذ البلاد أو الحصون أو أسر الناس واستعبادهم أو سبي النساء والذراري أو القتل أو أخذ المال قهراً مجاهرة » إلى آخره . وستسمع ما في المتن من عدم عدّ المستلب من المحارب . لكن قد يناقش في بعض الأفراد بصدق تجريد السلاح بقصد الإخافة وإن خاف هو ممّن هو أقوى منه ؛ إذ ذلك لا ينافي صدق محاربته لمن جرّد عليه سلاحه لإخافته كي يسلب ماله أو يقتله أو يجرحه ، ومن ذلك يعلم أنّ كلامهم في المقام لا يخلو من تشويش ، والتحقيق التعميم على الوجه الذي سمعته في النصوص ^(١) .

والمستفاد من مجموع كلامه صدرأً وذيلأً التفصيل بين ما إذا فرض الضعف عن الإخافة مطلقاً ، أي لكلّ أحد فلا يصدق عنوان المحاربة ولا إخافة الناس ، وبين ما إذا فرض الضعف بمرتبة بحيث قد يتحقّق الإخافة في بعض الأحيان ولبعض

الأشخاص فيصدق المحاربة بالنسبة لمن جرّد عليه سلاحه لإخافته وإن خاف هو ممّن هو أقوى منه .

وقريب من هذا التفصيل نجده للسيد الإمام قدّس سرّه الشريف في تحرير الوسيلة في ذيل المسألة الأولى من حدّ المحارب حيث قال : « وفي ثبوته للمجرّد سلاحه بالقصد المزبور مع كونه ضعيفاً لا يتحقّق من إخافته خوف لأحد إشكال ، بل منع . نعم لو كان ضعيفاً لكن لا بحدّ لا يتحقّق الخوف من إخافته بل يتحقّق في بعض الأحيان والأشخاص فالظاهر كونه داخلاً فيه » ^(١) .

والفرق بين التفصيلين أنّ صاحب الجواهر يظهر من كلامه أنّه يشترط في صدق المحاربة تحقّق الإخافة خارجاً من الضعيف بالنسبة لمن شهر عليه السلاح ، بخلاف ما في تحرير الوسيلة ، فإنّ ظاهره كفاية الشأنية وإمكان تحقّق الإخافة في بعض الأحيان والأشخاص ؛ لصدق المحاربة وإن لم يكن بالفعل من يخاف منه خارجاً .

وقد يقال : بأنّ هذا خلاف إطلاق الآية ، وبعض الروايات التي أخذت مطلق المحاربة أو شهر السلاح موضوعاً للعقوبة ، ولعلّه من هنا ذهب صاحب الشرائع والقواعد وغيرهما إلى ثبوت الحدّ لمطلق المجرّد سلاحه بقصد الإخافة ولو كان ضعيفاً لا يخاف منه .

نعم ظاهر ما تقدّم من رواية في تفسير العيّاشي عن أحمد بن الفضل الخاقاني من آل رزين في قصّة الإمام الجواد عليه السلام مع المعتصم العبّاسي اشتراط إخافة السبيل في جريان الحدّ المذكور . إلّا أنّ الرواية ^(٢) لم تكن تامّة السند كما تقدّم .

(١) تحرير الوسيلة ٢ : ٤٤٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٣٥ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ٨ .

والجواب: إنّ الإطلاق المذكور في الآية الشريفة ممنوع؛ لأنّ المحاربة مقيدة فيها بالسعي في الأرض فساداً، وهذا لا يصدق إلا مع وجود مرتبة من الشوكة والقوة بحيث يتحقّق إخافة في الجملة وسلب للأمن.

بل قد يمنع صدق المحاربة مع فرض عدم الإخافة أصلاً، والروايات الواردة بعنوان شهر السلاح بين ما قيده بالسعي في الأرض فساداً كما في رواية المدائني^(١) المتقدمة، أو قيده بفرض الضرب والعقر أو القتل كما في سائر الروايات، ومثله لا إطلاق له لصورة عدم الإخافة أصلاً.

فالحاصل: لا بدّ من فرض مرتبة من الشوكة والقوة ولو النسبية أي بالنسبة لبعض الأشخاص والأحيان لكي يصدق عنوان المحاربة والسعي في الأرض فساداً. نعم لا يشترط أن تكون الإخافة لكلّ أحد. وكذلك لا يقدر في صدق المحاربة والافساد في الأرض عدم تحقّق الإخافة اتفاقاً لمن يمرّ في الطريق مثلاً لقوّته وشوكته، فاللازم الإخافة الشأنيّة، كما تقدّم استفادته من كلام الإمام (قدّس سرّه الشريف) في التحرير.

وهل يشترط قصد الإخافة والافساد بالسلب والنهب أو لا يشترط ذلك، بل يكفي تحقّق الإخافة خارجاً؟ ظاهر الشهيد في الروضة عدم اعتباره حيث قال: «الفصل السادس: في المحاربة: وهي تجريد السلاح برأ أو بحرأ ليلاً أو نهاراً لإخافة الناس في مصر وغيره من ذكر أو أنثى قوي أو ضعيف، من أهل الريبة أم لا، قصد الإخافة أم لا، على أصح الأقوال؛ لعموم الآية المتناول لجميع من ذكر»^(٢).

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٤ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ٤ .

(٢) الروضة البهية ٩ : ٢٩٠ .

إلا أن ظاهر كلمات الأكثر اعتبار كون شهر السلاح للإخافة والإفساد، وظاهره أن يقصد ذلك ويريده، فلو شهر السلاح للتمرين أو إظهار القوة مثلاً من دون قصد قتل أو سلب أحد أصلاً ولكنه أوجب إخافة بعض اتفاقاً لم يكن محارباً، بل قد يقال باستفادة القصد من القيد الثاني في الآية ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً... ﴾ فلا إطلاق فيها لمن لم يقصد الإفساد والإخافة كما أن الروايات لا إطلاق لها لذلك؛ لأن الوارد فيها شهر السلاح للضرب أو القتل أو الإفساد أو إخافة السبيل أو كونه من أهل الريبة، فيكون مقتضى الأصل عدم ثبوت العقوبة المذكورة فيه.

ويمكن التفصيل بين ما إذا كان حصول الإخافة وسلب الأمن اتفاقياً غير مقصود أصلاً كما في المثال، وبين ما إذا كان لازماً لشهره للسلاح معلوم الحصول والتحقق بفعله خارجاً وإن لم يكن مقصوداً أصلياً له فإنه في مثل ذلك يصدق المحاربة والسعي في الأرض فساداً، وهذا ما سنبحثه لاحقاً إن شاء الله.

التطبيق الثالث: إذا شهر السلاح وأخاف الناس، أي قصد الإخافة، ولكنه لم يكن يقصد سلب مال أو نفس، بل كان ذلك لأجل تمكينه للوصول إلى غاية أخرى سياسية أو شخصية كتحصيل مال مثلاً كما في خطف الطائرات أو القطارات أو غير ذلك اليوم، فهل يعتبر هذا من المحاربة والإفساد في الأرض فتثبت له العقوبة المقررة للمحارب أم لا؟

الظاهر أن هذا مصداق للمحاربة والسعي في الأرض فساداً لتحقيق الإخافة وقصدها وسلب الأمن بالسلاح والمقاومة. ولا يشترط في صدق المحاربة أن يكون الغرض الأقصى منها أخذ مال ممن يحاربه في نفسه، بل حتى إذا كان ذلك قنطرة ومقدمة لهدف آخر هو الغرض النهائي للمحارب صدق عليه أنه محارب وعلى عمله أنه محاربة وسعي في الأرض فساداً، فتشمله الآية، بل والروايات؛ لصدق شهر السلاح بقصد الضرب والقتل أو الإخافة، وإن لم يكن ذاك

مقصوداً بالذات ، بل لأجل مقصد آخر إلا أنه متوقف على الإخافة والتجاوز على أمن الآخرين واستقرارهم ، فهو محاربة لهم وإفساد لحياتهم في الأرض بلا إشكال .

وقد يقال : بأنّ هذا مبنيّ على أن يكون المقصود من المحاربة إخافة الناس وسلب الأمن ، وأمّا إذا كان المراد بها السلب والنهب مجاهرة وبالقوة فلا بدّ من وجود قصد السلب وأخذ المال في صدقها وإن اتفق عدم تحقّقه خارجاً لسبب من الأسباب ، فمع عدم قصد أخذ المال لا يجري حكم المحاربة وإن تحقّق الإخافة وسلب الأمن .

وهذا الاحتمال - مضافاً إلى أنه لا دافع له بعد أن كان عنوان محاربة الله ورسوله اصطلاحاً خاصاً لا يراد به معناه الحقيقي الأولي - قد يقال باستفادته من الروايات البيانية حيث إنّ الوارد فيها تعابير من قبيل قطع الطريق أو من شهر السلاح وضرب وأخذ المال ونحو ذلك ممّا يكون ظاهراً أو منصرفاً إلى من يقصد السلب وأخذ المال بالقهر والغلبة والقوة ، فلا إطلاق في الروايات لغير هذه الحالة ممّن ليس له غرض السلب وأخذ المال أصلاً .

ودعوى التصديّ بالفحوى والأولوية العرفية إلى من يريد قتل النفس أو التجاوز على الأعراض ممّا يعلم أنّها أهمّ عند الشارع من المال ، ممنوعة ؛ لأنّ النفس والعرض وإن كانا أهمّ عند الشارع من المال قطعاً إلا أنّ توفر الدواعي على أخذ المال والسرقة أكثر من التجاوز على الأعراض أو النفوس ، ولعلّ هذه النكتة دخيلة في العقوبة المذكورة . هذا مضافاً إلى أنّ هذه الفحوى غايتها التعديّ إلى موارد التجاوز والتعديّ بقصد سلب نفس أو عرض ، لا مطلق سلب الأمن وإخافة الناس ولو لغرض سياسي أو شخصي آخر .

والحاصل : يمكن أن يقال بأنّ مصطلح المحاربة يراد به نحواً من السرقة وقصد

أخذ المال قهراً وبالقوة وشهر السلاح لا مطلق سلب الأمن وإخافة الناس لأي غرض ومقصد . وقد ورد في فقه العامة التعبير عن المحاربة وقطع الطريق بالسرقة الكبرى^(١) .

والجواب : هذا ، ولكن الصحيح أن عنوان المحاربة فضلاً عن عنوان الإفساد في الأرض ، في كلمات الفقهاء والأدلة يراد به الأعم من هذا المعنى ، أي مطلق الإخافة للناس وسلب أمنهم ؛ وتوضيح ذلك :

أما في كلمات الفقهاء ، فلما ورد التصريح به في تعريفاتهم للمحاربة - وقد تقدّم بعضها - بأنها عبارة عن شهر السلاح لإخافة الناس أو للإفساد في الأرض ، وهو أعم من فرض كون قصده خصوص أخذ المال ، على أنه صرح بعضهم بأنه يدخل في الآية المكاير على البضع - كما تقدّم عن الفاضل المقداد في تفسيره^(٢) - ، وكذلك تقدّم عن كشف اللثام « وإنما يتحقق لو قصدوا أخذ البلاد أو الحصون أو أسر الناس واستعبادهم أو سبي النساء والذراري أو القتل أو أخذ المال قهراً مجاهرة »^(٣) إلى غير ذلك من تعبيرات فقهاءنا الأعلام (قدس الله أسرارهم) .

كما أن التعريف المذكور لدى فقهاء العامة فيه التعميم ، فقد جاء في الموسوعة الفقهية في تعريف المحاربة « والحاربة في الاصطلاح هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرة اعتماداً على القوة مع البعد عن الغوث »^(٤) .

(١) راجع : الموسوعة الفقهية (الكويتية) ٢٤ : ٢٩٣ .

(٢) كنز العرفان ٢ : ٣٥٢ .

(٣) كشف اللثام ٢ : ٤٣١ .

(٤) الموسوعة الفقهية (الكويتية) ٢٤ : ٢٩٣ .

وأما في الأدلة فيمكن إثبات إرادة المعنى الأعم بالتمسك بإطلاق الآية وبعض الروايات المتقدمة .

أما الآية فلما تقدّم عند التعرّض للاستدلال بها من أنّ المحاربة لله والرسول ليس من المجاز في الكلمة لكي يحمل على معنى آخر لا نعلم به بحيث لا بدّ من استفادته من الروايات ، بل من المجاز في الاسناد مع الحفاظ على المعنى الحقيقي للمحاربة أي محاربة ما لله والرسول عليه ولاية ، وهو الناس والمجتمع وبقرينة عطف جملة ﴿ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً... ﴾ عليه يشخص أنّ المراد هو الإفساد في الأرض بالإخلال بالأمن وسلبه وإخافة الناس ، لا مطلق محاربة المسلمين كمحاربة الكفار والبغاة . وبناءً على قبول هذا الاستظهار لا وجه لرفع اليد عن إطلاق الآية لمطلق المحاربة مع الناس وإخافتهم وسلب أمنهم ، سواء كان بقصد أخذ المال والسرقة أم التجاوز على البضع أو النفس أو أي غرض شخصي آخر ، فإذا اتخذ إخافة الناس وسلب الأمن أو قطع الطريق وسيلة وطريقاً إلى غرضه كان مشمولاً للعنوان المذكور في الآية المباركة .

وأما الروايات فجملة ممّا تقدّم من الروايات يمكن استفادة الإطلاق منها :
من قبيل معتبرة عليّ بن حسان الوارد فيها « ومن حارب ولم يأخذ المال ولم يقتل كان عليه أن ينفي ... »^(١) ، فإنّه مطلق يشمل ما إذا لم يكن قصده أخذ المال ولا القتل من أوّل الأمر ، ومجرّد ذكر الشقوق الأخرى قبل هذا الشقّ - أعني من حارب وأخذ المال وقتل أو قتل ولم يأخذ المال أو أخذ المال ولم يقتل - لا يقتضي تقييد هذا الشقّ بمن أراد أخذ المال أو القتل ولكنّه لم يتمكّن منهما ، فإنّ هذا بلا موجب ، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ تمام فقرات الرواية قد جعلت الموضوع والميزان للعقوبة عنوان (من حارب) حيث كرّرت ذلك في كلّ شقّ ، ممّا يعني أنّ

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٦ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ١١ .

الموضوع للحدّ المذكور إنّما هو المحاربة لأي سبب كان . ومثلها رواية الخشعمي ^(١) .

ومن قبيل معتبرة ضريس عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « من حمل السلاح بالليل فهو محارب إلّا أن يكون رجلاً ليس من أهل الريبة » ^(٢) ، فإنّ هذا التعبير أيضاً مطلق يشمل ما إذا كان قصده غير المال ، بل التعبير بالريبية بدلاً عن التعبير بالسراق مثلاً يشهد على إرادة مطلق الأشقياء لا خصوص سارق المال ، بل ظاهر « الحديدية » إلحاق مطلق من يخيف الناس ولو بحمل السلاح في الليل مع كونه من أهل الريبة بالمحارب ممّا يدلّ على أنّ الميزان بذلك لا بالسرقة .

ومنها : رواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : « من أشار بحديدة في مصر قطعت يده ، ومن ضرب بها قتل » ^(٣) . ومثلها رواية عليّ بن جعفر ^(٤) ، والسكوني ^(٥) - لو فرض إرادة المحارب منها - إلّا أنّها جميعاً من حيث السند كانت غير نقيّة .

وأوضح منها في الدلالة رواية أحمد بن الفضل الخاقاني التي ينقلها العياشي في تفسيره ^(٦) حيث جعل المناط فيها إخافة السبيل .

فالظاهر - والله العالم - شمول المحاربة لمطلق إخافة الناس وإرعابهم وسلب أمنهم بالقوّة والمقاهرة ، سواء كان بقصد السلب وأخذ المال أو غيره .

(١) الوسائل ١٨ : ٥٣٤ ، ب ١ من حدّ المحارب ، ح ٤ .

(٢) المصدر السابق : ٥٣٧ ، ب ٢ ، حدّ المحارب ، ح ١ .

(٣) المصدر السابق : ٥٣٨ ، ح ٣ .

(٤) المصدر السابق : ح ٤ .

(٥) المصدر السابق : ب ٣ ، حدّ المحارب ، ح ١ .

(٦) المصدر السابق : ٥٣٥ ، ب ١ ، حدّ المحارب ، ح ٨ .

التطبيق الرابع : لو كان قصده محاربة شخص معيّن لعداوة بينهما أو غير ذلك فشهّر السلاح عليه بالخصوص ولكنه سبب وقوع الخوف والرعب في الناس وسلب أمن البلد أو الطريق فهل يكون هذا مصداقاً للمحاربة حينئذٍ أم لا ؟

لا ينبغي الإشكال في عدم صدق المحاربة والافساد في الأرض فيما إذا قصد مقاتلة شخص معيّن وشهّر السلاح عليه من دون أن يلزم منه إخافة الناس الآخرين ، وإلا كان أكثر موارد قتل العمد من المحاربة ، وهذا واضح العدم ، والوجه فيه - مع أنه قد يتوهم صدق المحاربة بمجرد شهّر السلاح للمقاتلة ولو كان لشخص معيّن - : ما تقدّم من أنّ المراد بالمحاربة في الآية الشريفة ^(١) والروايات ^(٢) ليس مطلق المقاتلة والحرب ، بل ما يكون من أجل الإخلال بالأمن وإيجاد الفساد في الأرض ، وهذا إنما يتحقق إذا كان الحرب والاعتداء موجّهاً نحو النوع لا شخص معيّن لعداوة معه ، وهذه الخصوصية نستفيد منها من إضافة المحاربة في الآية الشريفة إلى الله والرسول ، أي ما يكون محاربة وإفساداً لجهة عامّة مربوطة بالله والرسول وهي إخافة الناس وسلب أمن البلد أو الطريق ، ومن تقييدها بالسعي في الأرض فساداً ، الظاهر في إفساد وضع الأرض وسلب أمنه ، ومما ورد في الروايات من التعبير بشهّر السلاح في مصر أو في غير مصر من الأمصار أو التعبير بإخافة الناس أو السبيل أو قطع الطريق أو حمل السلاح في الليل مع كونه من أهل الريبة ، فإنّ الملاحظ ألسنة الأدلّة المتقدّمة يطمئن بأنّ المقصود منها ما ذكرناه ، لا مطلق شهر السلاح لضرب أو قتل شخص معيّن لعداوة بينهما ، فلا وجه لما ذكره صاحب الجواهر رحمته الله في المقام بقوله : « بقي الكلام في شيء وهو اعتبار قصد الإخافة من

(١) المائدة : ٣٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٣٢ ، ب ١ ، حدّ المحارب .

حيث إنها كذلك لإرادة الفساد في تحقق المحاربة ، فلا يكفي حينئذٍ قصد إخافة شخص خاصّ لعداوة أو لغرض من الأغراض وإن لم يكن شرعياً ، أو لا يعتبر ذلك كما هو مقتضى إطلاق التفسير المزبور بل قد يشعر به خبر قرب الإسناد وخبر السكوني فيتحقق حينئذٍ صدق المحاربة بما هو في مثل زماننا من محاربة جماعة خاصة لجماعة أخرى كذلك لأغراض خاصة في ما بينهم فاسدة . لم أجد تنقيحاً لذلك في كلام الأصحاب والحدّ يدرأ بالشبهات ، ولكن التحقيق جريان الحكم على الجميع مع فرض صدق المحاربة التي يتحقق بها السعي في الأرض فساداً^(١) . والخبران اللذان استشعر منهما الإطلاق - مضافاً إلى عدم تمامية سندهما ؛ لوقوع عبد الله بن الحسن في سند قرب الإسناد والنوفلي في خبر السكوني - لا دلالة فيهما على ذلك .

أما خبر قرب الإسناد فقد نقله عن عبد الله بن الحسن ، عن جدّه عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل شهر إلى صاحبه بالرمح والسكين فقال : « إن كان يلعب فلا بأس »^(٢) .

حيث يقال : إنه بمفهومه يدلّ على ثبوت البأس إذا كان جاذباً قاصداً بذلك إخافته وبقرينة ذكر عنوان شهر الرمح والسكين يفهم أنّ نظر الرواية إلى شهر السلاح الذي هو عنوان المحارب .

إلا أنّ المراد بصاحبه في الرواية ليس الصديق والشخص المعيّن ، بل مطلق من صحبه في تلك الواقعة والحدث ، فيكون معناه من أشار بالسلاح إلى غيره وأخافه كفى ذلك في تحقق المحاربة ، وليست الرواية في مقام البيان من هذه الناحية

(١) جواهر الكلام ٤١ : ٥٦٩ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٣٨ ، ب ٢ ، حدّ المحارب ، ح ٤ .

ليتمسك بالإطلاق فيها، وإنما هي في مقام البيان من ناحية كفاية الإشارة بالحديد والسلاح في تحقق المحاربة. نظير ما ورد في رواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أشار بحديدة في مصر قطعت يده ومن ضرب بها قتل» ^(١). وهي أيضاً ضعيفة بعمر بن شمر.

وأما خبر السكوني فقد تقدّم ذكره في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم قال عليه السلام: «إنه يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل» ^(٢). وقد ذكرنا أنّ الرواية لو كانت ناظرة إلى عقوبة المحاربة فالظاهر منها تحقق الإحراق في دار قوم لا في دار شخص معيّن، وهذا يناسب قصد الإخافة للقوم ومحاربتهم وإجلاتهم عن أرضهم، وهذا مصداق للمحاربة جزماً؛ إذ لا يشترط أن تكون المحاربة لجميع الناس بل لمن يسكن في محلّة أو يعبر في طريق. فالحاصل: إذا لم تكن المحاربة وشهر السلاح والإخافة فيها جنبه نوعية، بل كانت موجّهة لشخص معيّن أو جماعة معيّنة لعداوة أو تأرّب بينهما من دون أن يكون ذلك بقصد الإخلال بالحياة المدنية وأمن منطقة معيّنة فليس هذا مصداقاً لمحاربة الله والرسول والسعي في الأرض فساداً.

وإنما الكلام فيما إذا رافق ذلك تحقق سلب الأمن وإيجاد الرعب والخوف في المنطقة بأن استوجب القتال من أجل العداوة تحقق الإخافة وفقدان الأمن في تلك المنطقة، فهل يوجب ذلك شمول العقوبة المقرّرة للمحاربة لمن فعل ذلك أم لا؟ ولعلّ نظر صاحب الجواهر رحمته الله ^(٣) أيضاً إلى مثل هذه الحالة.

(١) الوسائل ١٨: ٥٣٨ ب ٢ من حدّ المحارب، ح ٣.

(٢) المصدر السابق: ٥٣٨، ب ٣، حدّ المحارب، ح ١. الوسائل ١٩: ٢١٠، ب ٤١، موجبات

الضمان، ح ١.

(٣) جواهر الكلام ٤١: ٥٦٩.

والصحيح في هذه الحالة شمول الأدلة ؛ لصدق المحاربة لله والرسول والافساد في الأرض وإن لم يكن مقصوداً أصلياً للمحارب إلا أنه حيث يتحقق ذلك بفعله خارجاً وهو ملتفت إلى ذلك فقد تحقق الإفساد في الأرض وسلب الأمن ومحاربة الله ورسوله ، ولا دليل على اشتراط قصد أكثر من هذا المقدار بأن يكون ذلك مقصوده الأصلي .

وأوضح من ذلك ما إذا كانت محاربتة لمن يعاديه متوقفة على أن يحارب النوع ويخيفهم أو كان معاداته ومقاتلته معه بطريق وأسلوب بطبعه يكون محاربة للناس جميعاً ، وإخافة لهم كما إذا اختفى عدوه بين الناس أو أخفاه الناس فشهروا السلاح عليهم جميعاً بقصد الحصول عليه أو ضربه أو قتله في ضمن من يقتل فإن المحاربة والافساد صادق في هذه الموارد جزماً .

فالحاصل : أنه كلما حصل بالبروز للمحاربة وإعمال القوة ، إرعاب الناس وسلب أمنهم على حياتهم أو أعراضهم أو أموالهم فهو محاربة وإفساد في الأرض مشمول لإطلاق الآية والروايات ، سواء كان بنفسه غرض المحارب أو كان غرضه الأصلي في شيء آخر ، فيدخل في هذا العنوان جملة من الأعمال الإجرامية اليوم كخطف الطائرات أو السطو على البنوك أو الأسواق والمحلات العامة بالقوة والمقاورة أو الهجوم على من يعاديه بأسلوب يوجب ضرب أو قتل كل من حضر هناك مما يرعب تلك المنطقة ويخيفهم ، بل ما يكون من شأنه الإخافة وإن لم يخف الناس اتفاقاً لقوة ومنعة فيهم ، فإن هذا وأمثاله من مصاديق محاربة الله ورسوله والسعي في الأرض فساداً بالمعنى العام المتقدم شرحه ، والله الهادي للصواب .

هذا آخر ما أردنا إيراده في هذه المسألة ، والحمد لله أولاً وآخراً ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين .

الملحق رقم [١]

قد يناقش فيها بأنّ عليّ بن حسان مشترك بين الواسطي الثقة والهاشمي الذي ضعفه النجاشي بقوله : « ضعيف جداً ذكره بعض أصحابنا في الغلاة ، فاسد الاعتقاد ، له كتاب تفسير الباطن تخليط كله » ^(١).

وضعه الكشي نقلاً عن ابن فضال حيث قال : « قال محمد بن مسعود سألت عليّ بن الحسن بن عليّ بن فضال عن عليّ بن حسان ، قال : عن أبيهما سألت ؟ أمّا الواسطي فهو ثقة ، وأمّا الذي عندنا - يشير إلى عليّ بن حسان الهاشمي - فإنه يروي عن عمّه عبدالرحمان بن كثير ، فهو كذاب واقفي أيضاً لم يدرك أبا الحسن موسى عليه السلام » ^(٢).

وكذلك ابن الغضائري ذكر في حقهما : « عليّ بن حسان بن كثير مولى أبي جعفر الباقر عليه السلام ، أبو الحسن يروي عن عمّه عبدالرحمان غالٍ ضعيف ، رأيت له كتاباً سمّاه تفسير الباطن لا يتعلّق من الإسلام بسبب ، ولا يروي إلّا عن عمّه ^(٣) ، ومن أصحابنا عليّ بن حسان الواسطي ثقة ثقة » ^(٤). فمع التردّد بينهما يسقط السند عن الاعتبار .

إلّا أنّه يمكن توثيق الرواية وتعيين أنّها رواية الواسطي الثقة لا الهاشمي الضعيف ، لا من جهة ما ذكره سيّدنا الأستاذ في مباني تكملته ، من أنّ راويها عليّ

(١) رجال النجاشي : ٢٥١ ، ط - جماعة المدرّسين .

(٢) رجال الكشي : ٣٨٣ ، ط - مؤسسة الأعلمي .

(٣) رجال العلّامة : ٩٧ . جامع الرواة ١ : ٥٦٦ .

(٤) مباني تكملة المنهاج ١ : ٣١٩ - ٣٢٠ .

ابن إبراهيم في تفسيره وقد التزم بأن لا يروي إلا عن الثقة فبمقتضى شهادته والتزامه يحكم بأن علي بن حسان في هذه الرواية هو الثقة دون غيره^(١).

فإن هذا الكلام حتى لو قبلنا كبراه - ولم نقبلها في محلها - لا يمكن تطبيقها بهذا النحو؛ لأن شهادة علي بن إبراهيم والتزامه بأنه لا يروي إلا عن الثقة ليس بمعنى أنه لا يروي إلا عن الثقة الواقعي أي المطابق للواقع، بل يعني أنه لا يروي إلا عمّن هو يعتقد بوثاقته، فلازم شهادته أنه يعتقد بوثاقة علي بن حسان الواقع في سند هذه الرواية، فلعله كان يعتقد بوثاقة الهاشمي الذي ثبت ضعفه عندنا بشهادة الحسن ابن فضال والنجاشي وابن الغضائري - بناءً على ثبوت نسبة الكتاب إليه - فليس نقله للرواية في تفسيره دليلاً إلا على أنه ينقلها عن علي بن حسان الذي يعتقد بوثاقته، ومن يعتقد بوثاقته مردّد بين من ثبت ضعفه فلا حجّة لشهادته فيه ومن ثبت وثاقته، فلا يمكن تعيين أنّ من ينقل عنه في تفسيره هو خصوص الواسطي، وما لم يثبت ذلك لا يثبت موضوع دليل الحجّة.

وإنما الصحيح في تصحيح سند الرواية استظهار أنه الواسطي إمّا باعتبار أنّ الهاشمي - كما صرح به ابن الغضائري، وهو ظاهر ما نقله الكشي عن ابن فضال - لا يروي إلا عن عمّه، ولم يذكر أنّ له رواية عن المعصوم مباشرة، وهذه الرواية ينقلها علي بن حسان عن الإمام الجواد عليه السلام مباشرة، بل كلّ ما لم يكن عن عبد الرحمان بن كثير يمكن اعتباره الواسطي لا الهاشمي، أو باعتبار انصراف عنوان علي بن حسان إلى الواسطي الثقة؛ لأنّه المعروف في الروايات والمعروف بالوثاقة عند الكلّ، بخلاف الهاشمي الذي لم يعهد روايته عن غير عمّه، والله العالم بحقائق الأمور.

(١) مباني تكملة المنهاج ١: ٣١٩ - ٣٢٠.

الملحق رقم [٢]

وقد رواها الصدوق في الخصال^(١)، وفي عيون الأخبار^(٢).

أمّا في الخصال فقد رواه بسند فيه عدّة مجاهيل عن الأعمش عن جعفر بن محمد عليه السلام في حديث شرائع الدين.

وأمّا في العيون فقد رواه عن الفضل بن شاذان بطرق ثلاثة:

١ - محمد بن عبدوس، عن عليّ بن محمد بن قتيبة النيسابوري، عن الفضل بن شاذان.

٢ - حمزة بن محمد بن أحمد بن جعفر بن محمد بن زيد بن عليّ بن الحسين بن عليّ بن أبي طالب (العلوي)، عن أبي نصر قنبر بن عليّ بن شاذان، عن أبيه، عن الفضل بن شاذان.

٣ - الحاكم أبو محمد جعفر بن نعيم بن شاذان، عن عمّه أبو عبدالله محمد ابن شاذان، عن الفضل بن شاذان.

ومثل هذا الحديث المنقول بطرق ثلاثة قليلة الوسطة، أعني بواسطتين بين الشيخ الصدوق والفضل بن شاذان، مع كون الحديث طويلاً وكتاباً للإمام الرضا عليه السلام يكتب فيه محض الإسلام على سبيل الإيجاز والاختصار - كما في العيون - قد يوجب الاطمئنان بأنّ هذا الكتاب كان موجوداً عند الفضل بن شاذان، وقد نقله عنه أولاده أو أقرباؤه كما في هذه الطرق بحيث يكون أصل صدور الحديث عن الفضل ابن شاذان مطمئناً به لا يحتاج إلى الحجّة التعبدية، والفضل بن شاذان موثق،

(١) الخصال ٢: ٦٠٦، أبواب المئة فما فوقه، ح ٩.

(٢) عيون أخبار الرضا ٢: ١٢٢، ب ٣٥، ح ١.

فيكون الخبر معتبراً.

على أن الطريق الثالث قابل للتصحيح ؛ فإن جعفر بن نعيم بن شاذان من مشايخ الصدوق الذين ترخّم عليهم كثيراً ونقل عنه ، وعمّه أبو عبد الله محمد بن شاذان قد ورد في التوقيع الشريف لمحمد بن عثمان العمري الذي سأل صاحب عليه السلام - روي فداه - عما أشكلت عليه من المسائل ، فورد بخطه الشريف : « وأما محمد بن شاذان بن نعيم فإنه رجل من شيعتنا أهل البيت » ، فالرواية معتبرة سنداً.

قراءات فقهية معاصرة

(٢)

تأليف

آية الله السيد محمود الهاشمي الشاهرودي



جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هوية الكتاب

الكتاب :	قراءات فقهية معاصرة (٢)
تأليف:	آية الله السيد محمود الهاشمي الشاهرودي
الناشر:	مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي
الطبعة الأولى:	١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م
المطبعة:	محمّد
الكمية :	٣٠٠٠

دائرة معارف الفقه الاسلامي مطبوعاً لمذهب أهل البيت عليه السلام

ص . ب ٣٧٩٦ / ٣٧١٨٥ - ٧٧٣٩٩٩٩

الجمهورية الاسلامية الايرانية - قم المقدسة

ISBN 964 - 90663 - 1 - 4

ISBN 964 - 90663 - 2 - 2

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 المقدسة

السيد محمود الهاشمي الشاهرودي

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 ربيع ما لم يضمن ٢٠١ - ٢٤٦
- ٦ - الاستصناع ٢٤٩ - ٢٦٨
- ٧ - العربون ٢٧١ - ٢٨٦
- ٨ - بحث حول حقيقة الإباحة المعوضة ٢٨٩ - ٣٢٠
- ٩ - مقدار ما يضمنه الجاني من خسائر ٣٢٣ - ٣٧٤

الذبح بالمكائن الحديثة

تعدّ اليوم مسألة استخدام الماكنة في الذبابة ضرورة حياتية بحيث يصعب الاستغناء عنها بالذبح اليدوي . . والمتبادر في أول وهلة أنّ ذلك ممّا يصعب تبريره شرعاً للإشكال فيه من عدّة جهات سنوافيك بها بالتفصيل . . وقد يتصوّر في البدء عدم تحقّق الشرائط المعتبرة 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 حليّة 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 المثانة 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 تحقق الشرائط المعتبرة في حلّية الذبيحة شرعاً فيما يذبح اليوم بهذه المكائن المتطورة السريعة الذبح ، حيث وقع الإشكال فيه من قبل بعض الأعلام . وما يمكن أن يكون منشأ للإشكال أحد أمور :
الأمر الأول : (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 ذُكِّيتُمْ ﴾ ^(١) الظاهر في اشتراط أن تكون التذكية - وهو الذبح الشرعي . كما يدلّ عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ ﴾ ^(٢) - تذكية الإنسان ، والذبيحة ذبيحته ؛ لأنّه مقتضى إضافتها إلى الإنسان ، خصوصاً مع كونه استثناء عن المنخنقة 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 فيذكيه .

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 مذبحة - ما لم يدركه الإنسان فيذكيه ^(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 والمرتدية .

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 والمذبة من حيث صدق عنوان (ذبيحة الإنسان) على المذبوح بها ، فلا تكون ميتة .

(١) العائدة : 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 الأول يكفي فيه مطلق الآلة بخلاف الثاني؛ لأنّ عنوان الذبح يتقوم بفري الأوداج وإمرار السكين 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 كالسكين 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 الأدلة، أو يقال: بعدم الإطلاق في الأدلة، واحتمال دخل المباشرة باليد ونحوه في التذكية.

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

نعم، لو قيل: بأنّ المأخوذ في مادة التذكية أو هيئة ﴿ذَكَيْتُمْ﴾ أن يكون إيجاد صفة المذبوحية والذكاة في الحيوان بيد الذابح المذكّي مباشرة وبلا واسطة مهمة 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 هيئة ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ خلاف الإطلاق المتبادر منها.

الأمر الثاني: (عدم تحقق التسمية):

الإشكال من ناحية التسمية، بأن 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 - إِمَّا لِأَنَّ حَال هَذِهِ التَّسْمِيَةِ حَال تَسْمِيَةِ الْوَاقِفِ عَلَى الذَّبِيحَةِ الَّتِي يَذْبَحُهَا الْغَيْرُ ، فَكَمَا أَنَّهُ لَا تَجْزِي تَسْمِيَتُهُ مَا لَمْ يَسْمِ الذَّبَاحُ نَفْسَهُ ، فَكَذَلِكَ الْحَالُ فِي الْمَقَامِ ، فَيَقَعُ الْإِشْكَالُ فِي حَلْيَةِ الذَّبِيحَةِ مِنْ نَاحِيَةِ التَّسْمِيَةِ الْمَعْتَبَرَةِ فِيهَا .
- ٢ - وَأَمَّا لَوْجُودُ الْفَاصِلِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَمَانِ تَحَقُّقِ الذَّبْحِ وَفَرِي الْأُودَاجِ .

الجواب :

أَمَّا عَنِ الْأَوَّلِ : فَيَمْنَعُ كَوْنُ تَسْمِيَتِهِ كَتَسْمِيَةِ الْأَجْنَبِيِّ عَنِ الذَّبْحِ ، كَيْفَا وَهُوَ الذَّبَاحُ بِالْآلَةِ ، وَمَجَرَّدُ كَوْنِهِ حِينَ تَحَقُّقِ فَرِي الْأُودَاجِ سَاكِنًا لَا يَجْعَلُهُ أَجْنَبِيًّا عَنِ الذَّبْحِ بَعْدَ أَنْ كَانَ فَرِي الْآلَةِ لِلْأُودَاجِ بِحَرَكَتِهِ وَبَسْبَبِهِ وَفَعْلِهِ ، وَقَدْ أَشْرْنَا إِلَى أَنَّ كَوْنَ الْآلَةِ مَعْقُودَةً أَوْ مَتَطَوِّرةً لَا يَمْنَعُ عَنِ اسْتِنَادِ الْفِعْلِ إِلَى الْإِنْسَانِ ، فَهُوَ الذَّبَاحُ وَتَكُونُ تَسْمِيَتُهُ تَسْمِيَةَ الذَّبَاحِ ، إِلَّا أَنَّ طَرِيقَةَ الذَّبْحِ بِالْآلَةِ تَكُونُ بِتَحْرِيكِ الْآلَةِ وَرَبْطِ الْحَيَوَانِ بِهِ لِلذَّبْحِ ، فَيَشْمَلُهُ إِطْلَاقُ ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(١) ، لَا مِنْ جِهَةِ كِفَايَةِ ذِكْرِ الْاسْمِ - وَلَوْ مِنْ غَيْرِ الذَّبَاحِ - لِيَمْنَعَ عَنْهُ بظهور الآية في إرادة ذكر الاسم على الذبيحة بما هي ذبيحة تذبح ، الظاهر في أن من يذبح لا بد وأن يذكر اسم الله ، وكذلك ظهور الروايات الكثيرة في اشتراط تسمية الذابح ، كصحيح محمد بن مسلم ^(٢) وصحيح سليمان بن خالد ^(٣) وموثق ابن قيس ^(٤) وموثق الحلبي ^(٥) وفحوى صحيح محمد

(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 ، فيشمّله العنوان المذكور في الآية والروايات .

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

- أولاً : بافتراض تكرار الذابح - 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 الآية 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 ويترتّب عليه قهراً .

وإن شئت قلت : إنّ في المسبّبات التوليدية ينطبق عنوان المسبّب 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 أفتى 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 فيستمي 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 : سألت عن الصيد يرميه الرجل بسهم فيصيبه معترضاً فيقتله ، وقد كان ستمى حين رمى ولم تصبه الحديدة 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 يصيبه السهم معترضاً ولم يصبه بحديدة وقد ستمى حين رمى ، قال : يأكل إذا أصابه وهو يراه . وعن صيد المعراض ، قال : إن لم يكن له نبل غيره وكان قد ستمى 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 الماكنة 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 ، ويكفي التسمية عنده ؛ لصدق عنوان ﴿ فَكُلُوا مِنْهُ ﴾ ^(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 لعّله 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 بأن تشغيل الماكنة على الشريط شروع في ذبح جميع ما هو مربوط به عرفاً ، فيصدق على الجميع أنه ممّا ذكر اسم الله عليه ، وما أهل به الله .

ويؤيده 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 أن 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 إلاّ 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 تحقق الذبح بها .

ولا ينبغي توهم الاجتزاء بكتابة اسم الله على الآلة أو وضع مسجلة تردّد اسم الله حين تشغيلها ، فإنه - 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 تحقق 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 ، بأن تُوجّه مقاديمها حين الذبح للقبلة أو وضعها على الجهة اليمنى أو اليسرى إلى القبلة ، وهذا لا يتحقق 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 الخاصة .

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 كالسيّد 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 باتفاق ، وإذا خالف ذلك لم يتيقن كونه مذكياً ، فيجب الاستقبال والتسمية ليكون بيقين مذكياً »^(١) . وتابعه على هذا الاستدلال جملة من الفقهاء .

والصحيح هو الأوّل أي الحكم بالحلية وعدم اشتراط الاستقبال إذا شك في الدليل على شرطيته .

وذلك لأن مقتضى الأصل العملي وإن كان هو استصحاب عدم التذكية عند الشك في حصولها - بناءً على جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية وجريان أصالة عدم التذكية على ما حقق في محله من علم الأصول - إلا أن مقتضى الدليل الاجتهادي حصول التذكية بغير الاستقبال أيضاً إذا تحققت سائر الشرائط المعتبرة ، وذلك بالرجوع إلى عمومات التذكية في الكتاب الكريم والروايات .

أما 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 اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنْ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴿^(٢) .

وتقريب الدلالة : أنّ الأمر بالأكل في الآية الأولى إرشاد إلى الإباحة أو حلية الذبيحة وذكاتها ، وذلك لمقام توهم الحظر ، وبداهة عدم وجوب الأكل ، والآية الثانية قرينة على ذلك أيضاً . ومقتضى إطلاقها كفاية ذكر اسم الله في الحلية 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 ﴾ - كالصرحة

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

(٢) الأنعام : ١١٨ - ١١٩ .

في العموم، وأن غير ما فصله وحكم بحرمته بالآيات الأخرى - وهو الميتة والمنخنقة والمتردية ونحوها وما أهل لغير الله وما ذبح على النصب - يكون حلالاً. لا يقال: إن الآية ليست في مقام بيان أكثر من شرطية ذكر اسم الله، وأن ما لم يذكر عليه اسم الله يكون حراماً، كما أكد 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 أنه 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.

فإنه يقال: فرق واضح بين الآيتين، فتارة يقال: لا تأكلوا ممّا لم يذكر اسم الله عليه فهذا ظاهر في الشرطية، وأخرى يقال: كُلُّوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ فهذا ظاهر في أن ما ذكر عليه اسم الله حلال مذكى، 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 أن 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 المذبح والمنحور؛ لأن ذلك مذكور تقديرًا، لانصراف عنوان ما ذكر اسم الله عليه على المذبح ونحوه، لأن ما ذكر اسم الله عليه عنوان مقابل لما كان يصنعه المشركون من الذبح للأصنام والآلهة، فأصل الذبح مفروغ عنه في الكلام، كما ذكره المفسرون؛ لأن 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 : ﴿ وَأَجِلْتُ لَكُمْ الْأَنْعَامَ إِلَّا مَا يُثَنَّى 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 بإبانة 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 بصدد تأم ، ولا وجه لدعوى كونها في مقام البيان من ناحية شرطية التسمية فقط ، وأن المراد الأمر بالأكل إذا تحققت سائر شروط التذكية ، فإن هذا لازمه أن الأمر بالأكل لا يكون إرشاداً إلى التذكية والحلية من ناحيتها ، وهذا خلاف الظاهر جداً ، بل غير محتمل في نفسه ، إذ لا يحتمل التكليف النفسي بالأكل ، فإذا كان إرشاداً إلى الحلية من ناحية التذكية ، فلا محالة تكون الآية في مقام البيان من ناحية الحلية بملاك التذكية ، فيصح التمسك بإطلاقها ، إذ لا يشترط في الإطلاق أكثر من هذا المقدار .

نعم ، لو كان لسان الخطاب أن التسمية شرط في حلية الأكل كان غير نافي لوجود شرائط أخرى له إلا أن هذا لم يرد فيه ، بل الوارد الأمر بالأكل الذي هو إرشاد إلى الحلية لا الشرطية ، ومقتضى إطلاقه لا محالة نفي دخالة غيره في الحلية وإلا لم تكن متحققة بذكر الاسم ولم يكن يجوز الأكل ، وهذا نظير قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنَّمَا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) في إثبات حصول التذكية بالإمساك 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 سكين فيذكيه بها ، أفيدعه حتى يقتله ويأكل منه ؟ قال : لا بأس . قال الله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنَّمَا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ « ^(٢) .

ومما يشهد على صحة 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 : حدثني حديثاً وأمله عليّ حتى أكتبه فقال : أين حفظكم يا أهل الكوفة ؟ قال : قلت : حتى لا يردّه 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 ذَكَرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ و ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ^(١) فقد استدل الإمام عليه السلام على نفي شرطية إسلام الذابح - مع فرض تسميته - بإطلاق الأمر بالأكل ممّا ذكر اسم الله عليه .

وقد استدل المفيد في المقنعة ^(٢) على حلّية ذبيحة الكتابي إذا سمى بإطلاق الآيات ، كما استدل العلامة في المختلف بإطلاق الآيات لإثبات حلّية ما يذبحه كلّ منتحل للإسلام ولو لم يكن من أهل الحق ، كما استدل الشيخ في الخلاف ^(٣) بإطلاقها لإثبات الحلّية والتذكية إذا قطع رأسها بالذبح ، كما استدل 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 وَاذْكُرُوا 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 : ﴿ وَاذْكُرُوا 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 ذُكِّيتُمْ ﴾ ^(١) فالذيل جملة مستقلة مطلقة ترجع إلى كل ما يراد تذكيته سواء في ذلك ما يذبح أو ما يصاد من دون إدراكه حياً أو مع إدراكه حياً.

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 أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٢).

وجه الدلالة: أنها وإن ذكرت بالمطابقة حرمة ما أهل 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 مما لم يذكر، ومنه ما أهل به لله من الذبائح ولو لم يستقبل به القبلة؛ لأنه ليس مما أهل به لغير الله ولا الميتة ولا لحم الخنزير. وما أهل به لغير الله يراد به الذبيحة التي لم يذكر اسم الله عليها؛ أما لأنه ما لم يذكر اسم الله عليها فقد أهل 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 ، كيفاً وإلاً لزم التخصيص الكثير أو الأكثر المستهجن .

مدفوعة : بالمنع عن ذلك ، لأن ما ثبتت حرمة يمكن أن يكون خروجه عن إطلاق الحصر بعنوان كلي كالمسوخ 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 مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا أَمْرَ اللَّهِ ﴾ ^(٢) .
وأوضح منها قوله تعالى في السورة نفسها : ﴿ وَالْبُذُنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا حَيْرٌ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا أَمْرَ اللَّهِ 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 حينئذ المراد بقوله تعالى: ﴿عَلَىٰ 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 جداً؛ 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: ﴿وَاذْكُرُوا 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 مَنْشَكًا لِّيَذْكُرُوا 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 فاذهبوها وأطعموا البائس الفقير، فلا يكون النظر فيها إلى نفس التسمية واشتراطها في التذكية، فضلاً عن غيرها من الشروط.

(١) البقرة: ٢٠٠.

(٢) الحج: ٢٨.

(٣) المصدر السابق: ٣٤.

وفيه : أن 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 أن الأمر بذكر الاسم كناية عنه ، ولعل هذا مقصود الزمخشري أيضاً .

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

وفيه : أن هذا إن صح في الآية الأولى فلا يصح في الثانية ، لأنها ناظرة إلى حيثية حلية اللحم وما يتوقف على جواز أكله وإطعامه ، بقرينة ما فيها من الترتيب والتفريع ، وأنه لا بد من ذكر الاسم عليها وهي صواف ، فإذا وجبت جنوبها أكل منها وأطعم ، وهذا ظاهر في التصدي لبيان ما يتوقف عليه حلية اللحم ، فإذا سكنت عن غير التسمية دل ذلك على عدم اشتراطه فيها ، خصوصاً وأن الاستقبال لو كان واجباً فهو أيضاً كالتسمية شعار آخر في قبال الكفار كان ينبغي ذكره ، بل لعل صدر الآية الثانية تدل على أن الشعار نفس الأضحية وتقديم البدن ، وأما ذكر الاسم على البهيمة فهو مربوط بحليتها وجواز أكلها والإطعام ، كما أن الآية الثلاثين من هذه الآيات ﴿ ذَلِكُمْ وَمَنْ يُعْظَمْ حُرْمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ حَبِيرٌ لَهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَأُجِلَّتْ لَكُمْ الْأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُثْلَىٰ عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ ... ﴾ ^(١) ظاهرة في النظر إلى حيثية الحرمة والحلية في اللحم .

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

وفيه: أنه لا يشترط في تمامية مقدمات الحكمة أكثر من أصل التعرض والتصدي لبيان حيثية سواء كان ذلك مستقلاً أو في ضمن جهات أخرى، كما إذا تعرض خطاب لبيان حكمين أو أكثر.

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

ورابعة: بأنَّ 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، فيتّم الإطلاق فيه عندئذٍ لنفي دخل قيد وشرط آخر في ثبوت تلك الحلية وجواز الأكل، إذ ثبوت شرط آخر يستلزم أمّا تقييد إطلاق ترتب الحلية وجواز الأكل على التسمية بقيد من قبيل إذا تحققت 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 يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلٌ لِغَيْرِ 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 أُهْلٌ لِغَيْرِ 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.

الذبايح 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 المحللة 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 عدة 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 عدة 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 بقرينة 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 يتحقق ، كما تقدّم نظيره في الآيات الشريفة السابقة ، لأنّ تلك حيثية أخرى لا نظر إليها ، بل تحقق 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 عليهما 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 تعرض للكبرى وما يعتبر في الذابح والذبح - بقطع النظر عما يتحقق 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 بأن 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 والاثنيين والثلاثة ويكون في القطيع ألف وخمسمئة شاة وألف وستمئة شاة وألف وسبعمئة شاة ، فتقع الشاة والاثنيان والثلاثة ، فنسأل الرعاة الذين يجيئون بها عن أديانهم ، قال : فيقولون : نصارى ، قال : فقلت : أي 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 صدورها من الكتابي كان مذكّي ، وبه يقتد إطلاق ما دلّ على شرطية إسلام الذابح ، وهذا بحث آخر لا ندخل فيه فعلاً .

وعندئذ يقال : إنّ مقتضى إطلاق ذلك عدم اشتراط شيء آخر غير التسمية وما يحرزها وهو إسلام الذابح زائداً على أصل الذبح بخصوصياته الراجعة إلى تحقق 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 ذبائحهم وهم جاهلون بذلك فلا يكون سكوت الرواية عن ذكر هذه الشرطية دليلاً على عدمها لتحقيق الشرط في حقهم وهو عدم التعمّد ، وهذا بخلاف الأدلة 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 التعرض لبيان شرائط التذكية والسؤال عن اشتراط إسلام الذابح وعدمه غاية الأمر قد صيغ ذلك بفرض السؤال عن ذبيحة النصراني واليهودي ، فيكون الاختصار على شرطية التسمية ، بل حصر المطلب فيها دالاً على نفي غيرها . وإن شئت قلت : إن السؤال والجواب في هذه الروايات محمول أيضاً على القضية الحقيقية لا الخارجية ، ونحن القضية الحقيقية يمكن فرض تعمد مخالفة القبلة حتى من أهل الكتاب ، فلو كان شرطاً كان ينبغي ذكره .

وهكذا يتضح أن مقتضى إطلاق الأدلة الأولية كتاباً وسنة نفي هذه الشرطية فيكون هو المرجع عند الشك وعدم ثبوت دليل عليها مطلقاً أو في حالة معينة . وينبغي حينئذ على مدعي الشرطية إقامة الدليل ، وقد ذكرنا أنهم استدّلوا على ذلك بالإجماع وبجملة من الروايات .

أما الإجماع : والذي جعله في المستند هو العمدة ففيه - مضافاً إلى أنه في مثل هذه المسألة التي تتوفر فيها روايات عديدة تأمر بالاستقبال بالذبيحة لا يكون تعدياً ، خصوصاً إذا لاحظنا أن عبارات الفقهاء في كتبهم هي نفس تعبيرات الروايات - أن أصل حصول الإجماع غير ثابت ، وإنما الثابت عدم التصريح بالخلاف من قبل أحد .

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

(١) المقنعة : ٥٨٠ .

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

كما أن عبارة السيد المرتضى رحمته الله في الانتصار^(٢) ظاهرها عدم الإجماع في المسألة ؛ لأنه استدلّ على ذلك بالأصل والقاعدة .

وأياً ما كان فتحصيل إجماع تعبدى على شرطية الاستقبال في التذكية وحلية الذبيحة من مثل هذه التعبيرات مشكل أيضاً .

وأما الروايات الخاصة :

فهي العدة 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 : سألت عن الذبيحة فقال : استقبل بذبيحتك القبلة » . ومثله صحيحه الآخر « إذا أردت أن تذبح فاستقبل بذبيحتك القبلة »^(٣).

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

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

(١) النهاية : ٥٨٣/ ط ، انتشارات قدس محمدي - 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 قَيّدوا 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 يقدح 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 نفي 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 وصورته ميتة . وما ورد في صحيح محمّد بن مسلم من قوله ﷺ « كل ولا بأس بذلك ما لم يتعمّده » مجمل من هذه الناحية ؛ لأنّ اسم الإشارة إذا كان راجعاً إلى الذبح لغير القبلة لا إلى الذبيحة كان ظاهراً في نفي البأس تكليفاً مع عدم التعمّد ، ومفهومه ثبوته كذلك مع التعمّد .

ردّ هذه المناقشة :

وقد يناقش فيما أفاده هذا المحقّق :

- أولاً: أنّ الأمر في مثل هذه الموارد إرشاد إلى الشرطية لا التكليف النفسي ؛ لاستبعاده في نفسه عرفاً ومتشرعياً ، 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 السنة الروايات تجعلها كالصریح 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

حلية الذبيحة لا الحكم التكليفي للاستقبال . وما ذكره المحقق النراقي رحمته من احتمال رجوع اسم الإشارة إلى الذبح خلاف الظاهر جداً ، لأنّ لازمه أن ذيل جواب الإمام أجنبى عن صدره ، وأنّ المراد من الأمر بالأكل حلية 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 « كل ، ولا بأس بذلك » لبيان مطلب واحد وأنّ الثاني تعليل للأول ، 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 بالنهي عن الأكل . ومنها - التعبير بقوله رحمته « 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 ؛ « لا بأس إذا لم يتعمّد » ، كما يظهر بملاحظة أدلة المحرّمات النفسية التكليفية . وإن شئت قلت : إنّ هذا القيد يناسب النظر إلى ما يترتب 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 باجتناب 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 محكوميته للعمومات المتقدمة، إذ المفروض إجمالها بإجمال المخصص لها، وهو الروايات المذكورة؛ لأن تلك العمومات كما تنفي الوجوب الشرطي للاستقبال حين الذبح كذلك تنفي - ولو بإطلاق مقامي فيها - الوجوب النفسي التكليفي له، وإلا لكان ينبغي ذكره؛ لأنه تكليف تعبدى يغفل عنه العرف، فيكون المقام من موارد إجمال المخصص ودورانه بين المتباينين، الذي يسري إجماله إلى العام إذا كان متصلاً به، ويوجب تعارض إطلاقه إذا كان منفصلاً. وعلى كلا التقديرين لا يصح الرجوع إلى العام لنفي شرطية الاستقبال في حلية الذبيحة، كما هو مقرر في سائر موارد المخصص للمجمل الدائر بين المتباينين.

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

وهكذا يتضح أن ما استشكل به المحقق النراقي رحمته الله على المشهور قابل للدفع.

مناقشة المشهور:

وأما ما صنعه المشهور في فهم الروايات - حيث فسروا 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 يتوقف على العلم بحكمه، فلو قصد الأكل - مثلاً - كان متعمداً سواء علم بحرمة أم لا، ومن قصد الذبح لغير القبلة كان متعمداً سواء علم بشرطية الاستقبال أم لا. نعم، الجاهل بالموضوع، أي بعنوان الفعل لا يكون متعمداً؛ لأن القصد والعمد إلى فعل فرع الالتفات والعلم أو الاحتمال له على الأقل، كما أن المأخوذ لو كان عنوان تعمّد

(١) الأنعام: ١٤٥.

مخالفة السُّنة أو المعصية لم يصدق مع الجهل بالحكم ؛ لأنَّ عنوان المخالفة والمعصية يكون مجهولاً عندئذٍ ، فيكون من الجهل بالموضوع ، إلا أنَّ العمد أضيف في هذه الروايات إلى نفس الذبح لغير القبلة . نعم ، ورد في رسالة 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 .

إلا أنَّ هذا على خلاف ما هو المسلّم من حليّة ذبائح المسلمين من سائر المذاهب مع صدق العمد إلى الفعل في حقهم ، بل وعلى خلاف صحيحة محمد ابن مسلم الأخيرة فإنّها صريحة بصدرها في جواز الأكل مع الجهل بالحكم ، لأنَّ السؤال فيها عن حكم الجاهل بالحكم لا بالموضوع ، حيث ذكر « فجهل 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 مجملًا .

هذا ، ويمكن أن يقال : إنَّ عنوان تعمّد الذبح لغير القبلة يساوق 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 التقيّد ، 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 متى في قلبه مرض كالكفار والمنافقين ، أي من ليس بمسلم لباً وواقعاً ، كالكفار الذين يتعمّدون الإهلال بذبائحهم 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 بأن الجهل بالحكم لا يرفع عنوان العمد إلى الموضوع ، بل لعدم قصدهم مجانية القبلة ، أي عدم عمدهم لحيثية القيد ، فإنّ هذا لا يكون عادة إلا 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 صحة اعتقاده وعدم إسلامه . وبهذا لا يكون مفاد هذه الروايات شرطاً زائداً على اشتراط إسلام الذابح وحسن اعتقاده .

وقد يؤيده ما نجده في ذيل صحيح محمد بن مسلم الأخير ، حيث عطف على النهي عن أكل ذلك بقوله ﷺ : « ولا تأكل من ذبيحة ما لم يذكر اسم الله عليها » فإن بيان هذه الكبرى الكلية عقيب ذلك مع أنه لم يرد سؤال عنه لعله لبيان نكتة ذلك النهي ، وأن من يتعمد أن لا يوجه الذبيحة إلى القبلة بالمعنى المتقدم حيث يشك في اعتقاده وإسلامه يشك في تسميته وإهلاله بالذبيحة لله أيضاً .

ومما يمكن أن يستدل أو يستأنس به على الأقل لما ذكرناه عدم ورود هذا الشرط في شيء من عمومات الكتاب والسنة ، حتى المتعرضة لتفاصيل الذبح وآدابه ، كقوله ﷺ : « 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 ، إلا أن خلوّ مجموعها عن ذكر هذا الشرط - خصوصاً ما يتعرض فيها لذكر الشروط والآداب المستحبة أو غير الموجبة لحرمة الذبيحة - قد يشكّل دلالة قوية على نفي الشرطية بحيث تجعلها كالمعارض مع الروايات الدالة على الشرطية .

وإن شئت قلت : إن التقييد في مثل المقام قد يكون أكثر مؤونة من حمل الروايات الآمرة بالاستقبال على الاستحباب ، وأنه سنة وأدب إسلامي في مقام الذبح والإهلال بالذبيحة لله عز وجل - كما صرّحت بذلك رواية الدعائم « عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام : أنهما 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 تعمد خلاف السُّنة» ^(١) وظاهرها عدم الوجوب كما لا يخفى ، كما أنها أضافت التعمد إلى مخالفة السُّنة ، وهو الحكم الشرعي ، لا مجرد الفعل الخارجي .

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

وهذه المناسبة قد تشكّل قرينة لثبوت 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 ﷺ بكبشين أقرنين فلماً وجّهما 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 رحمته في الانتصار^(١) قد توحى بعدم وجود إجماع واضح في المسألة، حيث إنّه استدل على ذلك بالأصل العملي، فراجع كلماته. وأمّا كلام المفيد رحمته في المقنعة^(٢) فقد ذكر فيه الاستقبال في سياق غيره من الشروط المستحبة 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 استدلوا 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: «ذهبت 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 مذبوحها 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 مذبوحها، 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 تقدم من عدم الشك في حلية ذبيحتهم لنا ، وقد استفدناه من صحيح ابن مسلم ، واستفاده المشهور أيضاً من روايات عدم التعمد ، 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 ادعى اشتراط أن يكون الذبح بالحديد ، ففي النهاية « ولا يجوز الذباجة إلا بالحديد فإن لم توجد حديدة وخيف فوت الذبيحة أو اضطرَّ 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 والذباجة) : « لا تحل التذكية بالسن ولا بالظفر ، سواء كان متصلاً أو منفصلاً بلا خلاف ، وإن خالف وذبح به لم يحل أكله ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن كان الظفر والسن متصلين كما قلناه ، وإن كانا منفصلين حلَّ أكله . دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم وطريقة الاحتياط ، وروى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا إلا ما كان من سن أو ظفر ، وسأحدثكم عن ذلك : أمّا السن 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 بهما ، فإن خالف وفعل به لم يحلّ أكلهما ، سواء كان متصلاً أو منفصلاً . وقال بعضهم في السن والظفر المنفصلين إن خالف وفعل حلّ أكله وإن كان متصلاً لم يحلّ ، والأول مذهبنا ، غير أنّه لا يجوز عندنا أن يعدل عن الحديد إلى غيره مع القدرة عليه»^(١).

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

وفي الغنية : «مع التمكن من ذلك بالحديد أو ما يقوم مقامه في القطع عند فقدّه 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 : «وأما الآلة فلا يصحّ التذكية إلا 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 مروة 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 مرو 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 والمروة الحادة »^(٣).

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

وفي الجواهر : « وأمّا الآلة فلا تصحّ التذكية ذهباً أو نحراً 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 والمروة فقال : لا ذكاة إلا

(١) الينابيع 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 تعبدي 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: فلأنَّ الوارد في لسانها عنوان الحديد، والحديدة هي القطعة من الفلز الصعب الذي غالباً يكون من جنس الحديد، والذي يحدّد ويعدّ للقطع والذبح، فيكون المراد من الحديد السكّين والمديّة والسيف والشفرة ونحوها، ويكون الملحوظ فيها كونها قطعة حادة 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 والسيف 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 لأنها 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 الحجاج قال: « سألت أبا إبراهيم ﷺ عن المروّة 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 سكين أذيبح بقصبة ؟ فقال : اذبح بالحجر وبالعظم وبالقصبة والعود إذا لم تصب الحديد » ^(١).

مع وضوح أن السؤال واحد في جميع هذه الروايات ، فالمراد بالحديدة السكين ونحوه مما هو معد للقطع والذبح والقتل في قبال ما لم يعد لذلك كالحجر والعصا والقصبة مما 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 كالسكين ونحوه ، فيراد بالحديدة ما يكون سكيناً من جنس الحديد .

فإنه يقال : بين المعنيين تباين في المفهوم ، فلا يصحّ أخذهما معاً في مادة الحديد ، إذ الحديد بمعنى الفلزّ المعروف غير الحديد بمعنى الحادّ القاطع ، كما أن بينهما عموم من وجه في الصدق ، فالحديدة أمّا أن يراد بها القطعة الحادّة المعدّة للقطع والذبح كالسكين 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 بحدها ، فيكون الذبح بها بسهولة ويسر وإراحة

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٨ ، ح ٣ .

للمذبح 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 بالمديّة والسكين في قبال الذبح بالعصا والقصب والليطة 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 الائمة 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 يؤيد هذا الفهم أيضاً ، ما ورد في رواياتنا ورواياتهم من التأكيد على لزوم تحديد الشفرة - وهي السكين الحادّة - وإراحة الذبيحة وعدم تعذيبها في مقام الذبح وعدم نخعها أو سلخها ونحو ذلك ممّا يؤيد 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 عليه السلام نقلها في الاستبصار بلفظ « ما لم يذبح بالحديد » ^(٣) ، إلّا أنّ المراد به نفس المعنى ، على أنّ المطمأن به صحّة

(١) راجع سنن البيهقي ٢٨ : ٩ ، ٢٤٥ . المفني 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 سكين، بل قد عرفت أنّ المعنى الأصلي للحديد القطعة الحادة القاطعة، لا المعدن المخصوص، ولعلّه إنّما سمي بذلك لكونه حاداً وصلباً.

إيضاح:

إنّ الحديد مؤنث الحديد، وهو فعيل بمعنى فاعل، أي الحادّ، وقد سمي 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 ومؤنثه حديدة، أي القطعة الحادة القاطعة بحدّتها، وقد شاع استعمالها في السلاح، أي آلة الذبح والقتل والقطع، وهي ما يعدّ ويصنع من المعادن الصلبة على شكل سكين أو سيف أو مدية أو شفرة لذلك.

٢ - والمعنى الآخر المعدن الخاصّ المعروف، وهو معنى جامد، كما أنّه معنى ثانوي لا أصلي كما أشرنا، ومؤنثه 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 مؤنث 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 إلا 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 يدل قوله ﷺ : « لا ذكاة إلا بحديدة » على أن آلة الذبح لا بد وأن تكون سلاحاً أي آلة محدّدة معدّة للذبح بحدها ، ولا يكفي مطلق ما يمكن أن يقطع الحلقوم أو تفرى به الأوداج .

وعلى الثاني يدل على أن آلة الذبح لا بد وأن تكون قطعة من الحديد أي من المعدن الخاص ، فلا يصح الذبح بغير ذلك من الأجناس ، ولا يمكن الجمع بين المعنيين كما هو ظاهر كلمات الأصحاب ، إلا إذا قلنا : بأن الحديدة صارت خاصة بالآلة المحدّدة المعدّة للقطع والفري من جنس الحديد بالخصوص .

وهذه الدعوى - مضافاً إلى أنه لا شاهد عليها - خلاف كلمات جملة من اللغويين ، حيث ذكروا للحديدة معنيين ، أحدهما القطعة من معدن الحديد ، والآخر مؤنث حديد بمعنى الحاد ، بل من يراجع الاستعمالات يجد أنه كان يطلق كثيراً على سيف الرجل ومديته ونحوهما أنه 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 بد من إرادة أحد المعنيين في استعمال كلمة الحديدة لا كليهما ولا مجموعهما ، إذ الأول من الاستعمال في معنيين والثاني ليس معنى اللفظ . وعندئذ يقال : يتعين إرادة المعنى الأول لا الثاني ، لأنه مضافاً إلى أنه المعنى الأصلي للكلمة ، صراحة نظر الروايات إلى حيثية 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 والمدية - 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 مجرد 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 جدّاً أنّ الحديدية في الروايات قد لوحظ فيها جنبه المحدّدية جزماً ولو بقريضة المقابلة مع العصا والقصة والعود التي لا تكون كذلك عادة ، بل لو كان المراد المعنى الجامد لجيء بالمذكّر أي قيل : إلّا بحديد ، لا بالحديدة ، إذ لا دخالة لكون الحديد قطعة عندئذٍ 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

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

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

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

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

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

ـ 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 أنه كان يقول : « لا بأس بذبيحة المروءة والعود وأشباههما ما خلا السن والعظم » ^(١) .

ـ الطائفة الثالثة : ما دلّ على التفصيل بين صورة عدم وجدان الحديدية فيجوز

(١) وسائل الشيعة ١٦ : ٣٠٩ ، الباب ٢ من أبواب الذبائح ، ح ٥٧ .

الذهب 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 بقصة؟ فقال: اذبح بالحجر وبالعظم وبالقصة والعود إذا لم تصب الحديدة...» إلخ^(٢)، وصحيح ابن الحجاج قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المروءة والقصة 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 اضطررت 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 الحديدة 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 تقيّد 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 ذبحها » .

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 ﷺ : « 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 ، وأما 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 ، ولعله عرفاً أيضاً .

والمعنى نفسه مستظهر من صحيح ابن الحجاج بدرجة أخف ، حيث إن جواب الإمام عليه السلام فيه ظاهر في إعطاء الضابطة والكبرى الكلية ، وهي أنه إذا فريت الأوداج فلا بأس ، فيكون ظاهر هاتين الروایتين أن الأمر يدور مدار فري الأوداج وخروج الدم ، وفي موارد الذبح بغير الحديد 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 وأنه لا بأس بها إذا اضطر إلى ذلك أو إذا لم يكن غيرهما أو خيف فوت الذبيحة ^(١) ، مع أن المشهور لم يفهموا منها التقييد هناك ، بل حملوا ذلك على الخشية من عدم قدرة الصبي أو المرأة على الذبح الصحيح وتسديده ، فكذلك في المقام ، فإن 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 الحديد هنا الخشية من عدم تحقق الذبح الصحيح ، الذي يكون بخروج الدم المتعارف وفري الأوداج ، لا أن 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 الحديد على صورة عدم تحقق

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

فري الأوداج أو خروج الدم أو احتمال ذلك، فإنها مطلقة من هذه الناحية، كما تتقيد الطائفة الثانية المجوزة بما إذا حصل ذلك بالذبح بالقصة والعود ونحوها.

وإن لم نجزم بالاستظهار المذكور فلا أقل من احتمال احتمالاً عرفياً لا يبقى معه ظهور في الروايات المفصلة فيما ذكره المشهور، أي لا يثبت كون الاضطرار وعدم القدرة على الحديدية قيداً في الذبح الصحيح، فلعله من باب إحراز ما هو القيد الثابت في الذبح، وهو خروج الدم المتعارف وفري الأوداج، فلا يمكن أن نثبت بها حرمة الذبيحة بغير الحديدية إذا خرج الدم المتعارف وفريت الأوداج.

نعم، في فرض عدم تحقق ذلك تكون الذبيحة محرمة، وهو ثابت في نفسه بأدلة أخرى أيضاً، فتبقى الطائفتان الأولى والثانية على حالهما من التعارض، وعندئذ يتعين الجمع بينهما بتقيد الطائفة الثانية الدالة على نفي البأس بذبحة المروءة والعود وأشباههما بصورة خروج الدم وفري الأوداج بهما، لأن هذا ثابت بأدلة أخرى وبه نفس صحيح ابن الحجاج ومعتبرة الشحام، لأنهما تدلان على كل حال على لزوم ذلك في حلية الذبيحة وشرطيته في الذبح الصحيح، وإنما الشك والإجمال في دلالتهما على قيد زائد على ذلك، وهو كون ذلك بالحديدية لا بغيرها، وبعد هذا التقيد تصبح الطائفة الثانية أخص مطلقاً من الأولى، فتقيدها بصورة عدم إحراز خروج الدم وفري الأوداج تطبيقاً لمبنى انقلاب النسبة. هذا لو لم نقل بأن الطائفة الثانية في نفسها لا إطلاق لها لصورة عدم تحقق فري الأوداج وخروج الدم المتعارف، وإلا كانت أخص بلا حاجة إلى مبنى انقلاب النسبة، كما هو واضح.

والمتلخص من مجموع ما تقدّم في هذا الأمر الرابع: أن ما ذهب إليه المشهور

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

١ - أن 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 ، فإن هذا هو المعنى العرفي واللفوي للحديد ، بل لعلّه إنّما سمي ذلك الفلز بالحديد لصلابته وحدّته ، فلو ثبت من الروايات تفصيل في الذبح بالآلة ، فلا بدّ أن يكون بين الذبح بالحديدة بهذا المعنى وغيره ، لا بين معدن الحديد وغيره .

٢ - أن أصل التفصيل بين فرض القدرة على الحديدة وغيره في آلة الذبح لا يمكن إثباته بهذه الروايات ، لأنّ المستفاد منها ليس بأكثر ممّا هو ثابت بروايات أخرى من اشتراط أن تكون كميّة الذبح بفري الأوداج وخروج الدم المتعارف ، وأنّ تقييد الذبح بغير الحديدة فيها بصورة الاضطرار إلى الذبيحة أو عدم وجدان السكين للتحرز عن الوقوع في خلاف ذلك ، لأنّ الذبح بمثل العصا والعود والقصبه وأشباهاها 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 محمّد بن مسلم سنداً لا يبقى إلّا ما دلّ على التفصيل بين من يكون بحضرته سكين ومن لا يكون ولو لم يكن مضطراً إلى أصل الذبح ، ومن الواضح أنّ مثل هذا التفصيل لا يكون بحسب مناسبات الحكم والموضوع دخیلاً في التذكية ، وإنّما 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 :

مُتَلَمِّمًا

أما المقدمة فنتمرّض فيها إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول :

لا إشكال في اختصاص القاعدة بباب الصلاة حيث إنها واردة لتصحيح الصلاة ونفي لزوم إعادتها إذا كان الخلل الواقع فيها من ناحية غير الخمسة - أي : الطهور ، والوقت ، والقبلة ، والركوع ، والسجود - كما أنه لا شك في كونها قاعدة واقعية لا ظاهرية ؛ لأنها تصحح الصلاة وتنفي لزوم إعادتها واقعاً مع العلم بوقوع الخلل فيها ، لا ظاهراً عند الشك في ذلك ؛ فإنه موضوع لقاعدة التجاوز أو الفراغ الظاهرية .

نعم ، هي قاعدة إثباتية لاثبوتية بمعنى أنها 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 أدلة الاحكام الأخرى في موردها 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 لاجرح 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 التزام لا التعارض، فيكون العمل صحيحاً لولا عدم تأتي قصد القرية من المكلف بالفعل الحرام، فإذا فرض الجهل بالحرمة وعدم تنجزها كان

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

وهذا أحد الوجوه التي ذكرناها في محله لتخريج الفتوى المشهورة من التفصيل بين العلم بفصحية المكان وحرمة فتبطل الصلاة فيه ، وبين الجهل بها فتصح .
قد يقال : بأن 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 : إن النسيان والسهو يوجب سقوط التكليف بالجزء أو الشرط المنسي ، لأنه فرع الالتفات إليه ، فيسقط اعتبار الجزء أو الشرط المنسي ويحكم بصحة ما أتى به من العمل الناقص إما 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 سلمنا الأصل الموضوعي المبني عليه هذا التقريب فهو لا يتم إلا في المورد الذي يستوعب فيه النسيان تمام الوقت لا ما إذا تذكر في أثنائه ، إذ لا إشكال في إمكان إيجاب الأكثر عليه ، لأن الواجب إنما 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 : إنه مبني على كون الأوامر المتعلقة بالأجزاء والشرائط مولوية لا إرشادية لبيان اعتبارها في المركب الشرعي كما هو الظاهر منها ، وهو مقتضى فهم الأصحاب لها أيضاً حيث يتمسكون باطلاق أدلة الجزئية والشرطية لحالات التعذر وبه يشبتون سقوط الأمر ، فإنه بناء 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؛ لأن النسيان والغفلة غير العجز، ومن هنا قد يصدر منه الفعل في حال النسيان والغفلة أيضاً وإن كان بلا التفات وقصد.

وإن شئت قلت: إن 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؛ لأن اللازم هو المحركة على تقدير الوصول والالتفات لا المحركة بالفعل أي كل عدم محركة 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 إن الرفع فيه واقعي بلحاظ النسيان، فيكون هذا الحديث بمثابة المقيد والاستثناء عن إطلاق دليل الواجب، فيثبت بضمه إليه أن 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 « لاتعاد » .

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 يتمين تصحيحه بالملاك مع تعلق الأمر بالأكثر بخصوصه؛ لأنه يستحيل تخصيص خطاب بالأقل للناسي، إذ يستحيل وصوله إليه؛ فإن الناسي لا يمكن أن يتصور نفسه ناسياً وموضوعاً لهذا الخطاب، بل هو يتصور نفسه متذكراً دائماً ومنبعثاً عن الأمر الأول، وبمجرد التفاته إلى كونه ناسياً يخرج عن ذلك، فجعل مثل هذا الخطاب لغو محض، ولعل هذا هو منشأ القول بأن 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 يشمله الأمر مع أنه تابع إطلاقاً وتقييداً للملاك، باعتبار استحالة تكليف الناسي حيث لا يمكن تكليفه هنا؛ لا بالأكثر؛ لعدم دخل الزائد في الملاك في حقه، ولا بالأقل لاستحالته. وبهذا يميز بين المقام وبين موارد تعذر الجزء أو الشرط؛ فإن صحة الأقل فيها كاشف عن كون الواجب هو الجامع، فيرجع إلى تقييد الجزئية والشرطية خطاباً أيضاً؛ لعدم استحالة جعل التكليف بالأقل في حال التعذر بخلاف المقام. فما ذكره البعض: من أن وفاء الأقل بالملاك في المقام لا بد وأن يرجع إلى الحكومة والتقييد في مرحلة الجعل غير تام مالم يحل إشكال استحالة تكليف الناسي.

إلا أن الصحيح أنه يمكن تصحيح عمل الناسي بالأمر بالأقل، فيكون التقييد راجعاً إلى مرحلة الجعل أيضاً؛ وذلك بجعل الأمر بالجامع بين الأكثر في حال العمد والأقل المقيّد بحال النسيان، وهو أمر واحد شخصي على طبيعي المكلف، غاية الأمر أن الناسي يرى نفسه متذكراً دائماً وممثلاً لأفضل الحصتين من هذا الجامع مع أنه 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 .

الفحو 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 ، ولعله استظهر من بعض الروايات الدالة على أن سائر الأجزاء من السنة في الفريضة .

إلا أن 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 ومتعلقه الأقل ، والآخر على الذاكر غير الناسي بالخصوص ومتعلقه الاتيان بالأقل ضمن الأكثر ، أي تقييد متعلق الأمر الأول بالقيد 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 لمتعلقه في حق الذاكر بالخصوص لزم أن يكون الأمر بطبيعي الأقل مختصاً بالناسي موضوعاً ، وهو محال بحسب الفرض ، وإن كان الأمر الأول مطلقاً غير مقيد به أصلاً لزم تحقق الامتثال وصحة الاتيان بالأقل ولو في حال التذكر ، وإن كان مهملاً لا مطلقاً ولا مقيداً كان مستحيلاً أيضاً ، لاستحالة الاهمال في عالم الثبوت .

هذا ، والصحيح إمكان الأمر بالجامع بين الأقل المقيد بحال النسيان والأكثر المجهول على طبيعي المكلفين في هذه الفرضية أيضاً كأمر ثاني غير الأمر بالأكثر تعييناً إما مطلقاً - بناءً على ما هو الصحيح من أن 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 التعييني أو الملاك التعييني 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 للعامة - 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 ، وأما 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 والانبعاث 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 المجمعول 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 : « لا تعداد الصلاة إلا من خمسة : الطهور والوقت والقبلة والركوع والسجود - ثم قال : - القراءة سنة والتشهد سنة والتكبير سنة ، ولا تنقص السنة 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 ، كلهم 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 أن 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 « إن 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) .

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

وورد في التشهد صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما ﷺ ، 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 : إنما التشهد سنة في الصلاة » ^(٣) فيكون سياق التعليل فيه ظاهراً في إعطاء كبرى كلية وهي : إن ما ثبت في الصلاة بالسنة لا ينقض الصلاة إذا أخل 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 صورتَي 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 الأولىين فيذكر في الركعتين الآخرتين أنه لم يقرأ ؟ قال : « أتم الركوع والسجود ؟ » قلت : نعم ، قال : « إني أكره أن أجعل آخر صلاتي أولها » ^(١) .

ومثلها رواية منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني 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 ألسنة الأهمية والركنية للأمور 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 ؛ ولعلّه باعتبار نظرها إلى السهو والاخلال بما هو فعل عبادي يقوم بإيجاده 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 وقيودها 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 ممّا 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 بدّ 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: أن ما فرضه الله سبحانه في الصلاة من القيود تبطل الصلاة بالاخلال بها ولو سهواً.

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

وإنما الكلام والبحث في تحديد ماهي الفرائض؛ فإن 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 أن الانصاف عدم التهافت فيما بينها؛ لأن الطائفة الثالثة كصحيح الحلبي التي ذكرت الاثلاث الثلاثة للصلاة لم تذكر ذلك بعنوان الفرائض لكي يتنافى مع الخمسة أو السبعة، فلعلها ناظرة إلى الافعال المستقلة بالعبادة 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 الركنيين 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 الاعداد 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 الاعداد ، وهذا واضح .

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

الثانية : أن مفادها هل يكون نفي الاعداد بالملاك والتصور الأول 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: ﴿ وثيابك فطهر ﴾ ^(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 والاطهر، 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، فشيوع استعمال الطهور في الطهارة الحديثية بالخصوص - التي اعتبرت حالة باقية للإنسان، ولهذا يقال هو على طهور - وارتكازية أمر القرآن الكريم بذلك في آيات واضحة صريحة يوجبان انصراف عنوان الطهور في هذه الروايات إلى خصوص الطهارة الحديثية وانسباقها منه .

٢ - إن الطهور مردّد بين معاني أقربها المطهر، ولهذا أطلق على الماء عنوان الطهور، قال تعالى: ﴿ وأنزلنا من السماء ماءً طهوراً ﴾ ^(٣) والتراب أحد الطهورين، وإطلاقه في باب الطهارة الحديثية ليس بلحاظ الطهارة الحاصلة، بل على الأفعال

(١) المدثر: ٤ .

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

(٣) الفرقان: ٤٨ .

المحققة للطهارة من الغسل أو الوضوء أو التيمم ، حيث إن هذه الأفعال تكون مطهرة للإنسان ، فمعنى الطهور والكون على طهور كالكون على الوضوء والغسل اعتبار شرعي لبقاء نفس ذلك المظهر .

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 المظهر الأعم من الغسل أو الوضوء أو التيمم في رفع الحدث والغسل في رفع الخبث ، حيث إن فعل الغسل مطهر أيضاً ، ولهذا أطلق الطهور عليه في رواية الخصال ، فمن الواضح أن الشرط في الصلاة في باب الحدث نفس الفعل المظهر بخلاف الشرط في الصلاة في باب الخبث ؛ فإن الشرط طهارة الثوب والبدن لا الغسل ، ولهذا لو تحقق ذلك كان مجزياً أيضاً .

والحاصل فعل التطهر ليس شرطاً في باب الخبث للمصلي ، وإنما الشرط طهارة الثوب بخلاف الحدث ، فإذا كان الطهور بمعنى المظهر 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 أن الطهارة من الحدث قد تكون بالتراب لا الماء .

وهكذا يعرف أن عنوان الطهور بمعناه الظاهر فيه - وهو المظهر - لا يكون جامعاً بين الطهارتين ، بل يمكن أن يقال أنه لو كان الطهور بمعنى الطهارة أيضاً لم يكن جامعاً للطهارتين باعتبار تباينهما عرفاً ؛ فإن اعتبار الطهارة من الخبث مباين مع اعتبار الطهارة من الحدث وإن كانا معاً اعتبارين شرعيين ، فالأول 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 مباحناً 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 ، لأن الأول لا يناسب إلا الطهارات الثلاث ؛ فإنها طهور للإنسان أي مطهر له ، وأما الطهارة الخبثية المعتبرة في الصلاة فهي ليست معتبرة بما هي مطهر ، بل بما هي صفة للشوب والبدن .

وعلى الثاني أيضاً لا يصح التمسك باطلاق الطهور للطهارتين معاً ، لأن الطهارة الحديثة اعتبار شرعي مباح 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 أن الكبرى المقصودة هي لزوم إعادة الصلاة في الإخلال بما يكون مفروضاً في الصلاة من قبل الله سبحانه في القرآن الكريم دون ما يكون سنة . ومن الواضح أن الطهارة من الخبث لا شاهد على اعتبارها في الصلاة من الكتاب الكريم عدا ما يتوهم في مثل قوله تعالى : ﴿ وثيابك فطهر ﴾ إلا أن الظاهر إرادة تقصير الثياب وتشميرها من التطهير في الآية كما ورد ذلك في تفسيرها في حديث الأربعمئة ، كما أنه فسر بتزكية النفس والأفعال من الرذائل ، ولو فرض إعادة الطهارة من الخبث فلا دليل على النظر فيها إلى الصلاة ليكون دليلاً على كون الطهارة من الخبث مما فرضه الله في الصلاة ، ومجرد ذكر التكبير لله قبلها لا يدل على إعادة الصلاة ، خصوصاً وأن النظر لو كان إلى ذلك لكان اللازم بيان ذلك بنحو الشرطية كما ورد في الطهارة الحديثة .

فالانصاف أن 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 ، فإن ذيل الصحيحة وسائر الروايات تكون بمثابة المقيد له حينئذٍ

بالظهور 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 إن الظاهر الأولي من روايات القاعدة أن تكون الأجزاء غير الركنية من قبيل الواجب في الواجب ؛ لأنه قد عثر في صحيحة زرارة بأن ما سوى ذلك سنة في الفريضة^(١) . وهذا ظاهره الواجب في ضمن الفريضة ، بل التعليل بأن السنة لا تنتقض الفريضة أيضاً يناسب هذا المعنى ؛ فإن السنة كما لا تنتقض الفريضة بالاخلال بها سهواً كذلك يقتضي أن لا تنتقض الفريضة بالاخلال بها عمداً أيضاً ؛ إذ ليس كونها سنة 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 الأجزاء الظاهر في وجوبها ، فيكون مقتضى الجمع بين الدليلين أنها واجبة بنحو الواجب في الواجب ، خصوصاً لمثل صحيحة زرارة التي صرّحت بأن ما سوى ذلك سنة في فريضة .

ولعل هذا الوجه هو الذي دعا مثل الشيخ محمد تقي الشيرازي رحمه 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 رحمه 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 أن شمول حديث « لاتعاد » لصورة
العمد والعلم يستوجب المناقضة مع أدلة الجزئية والشرطية ، فإن 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 أن الأمر بالاجزاء غير الركنية من الواجب في واجب ، لا الجزئية لأمر واحد .
والصحيح في دفع هذا الوجه الفني أن يقال بأن جملة من الروايات المبيّنة
للاجزاء غير الركنية والمعبرة عنها بالسنة قد ورد الأمر بالاعادة فيها إذا أخل بها
عمداً ، من قبيل صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم الواردتين في القراءة ، وهذا
كالصریح 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 أن 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 الاولی
لدليل وجوب الصلاة والأدلة البيانية في الاجزاء والشرائط ، فإنه لا ينبغي الاشكال
في أن مقتضى ظاهرها الاولی 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 ا وسوف يأتي المنع عن هذا الاطلاق أيضاً ، فيكون مفاد التعليل
بالسنة فيها أن أهمية هذه الاجزاء أقل ، لكونها غير مشرعة من قبل الله سبحانه
وغير مفروضة في الكتاب الكريم ، فلا محذور في الاخلال غير العمدي بها .

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

وبما أن القاعدة تتكفل المستثنى والمستثنى منه معاً ، أي تدل على صحة الصلاة إذا كان الخلل في غير الأركان وتحقق الواجب بها وأن ذلك الخلل لكونه فيما هو ليس بفرض من الله لا يقدح في صحتها ، فيكون ظاهرها أن نفي الاعادة إنما هو بالملاك الأول - أي تقييد الجزئية أو الشرطية للقيود المنسي والأمر به بصورة العمدة والعلم - لا الثاني ، أي ظاهر في النظر إلى دليل الجزئية وتقييدها ، لا ثبوتها ولكن تسقط الاعادة لعدم إمكان استيفاء ملاكها .

هذا ، مضافاً إلى أن 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 مأوراً به تمسكاً باطلاقات الأمر بأصل الصلاة - بالنحو المتقدم شرحه في المقدمة - وعدم العقوبة على الاخلال بالقيود غير الركنية 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 أن 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 إنما 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 العمدة ، فكل مورد شملته القاعدة كان خارجاً عن دليل الأمر ، وحيث إن الأمر واحد فيستكشف لا محالة أن 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 أن القاعدة تقيد دليل الجزئية والشرطية لا دليل الأمر بالمركب ، بل لا بد من سقوط الأمر بالمركب في المرتبة السابقة ولو بالعصيان - كما في موارد التقصير - لتأتي القاعدة وتنفي الجزئية والشرطية ، لأنها تنفي الاعادة ، فلا بد من فرض أن الأمر يكون بالاعادة في ذلك المورد ، ومع فرض بقاء الأمر الأول لا أمر بالاعادة .

وفيه : أن الاعادة دائماً تكون من جهة بقاء الأمر الاول المتعلق بالجامع بين الحدين لا بأمر جديد ، وأن تقييد الجزئية والشرطية بحال العمد عبارة أخرى عن تقييد الأمر بهما بحال العمد لا محالة وأن 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 : أن الإخلال قد يكون مع العلم والعمد ، وقد يكون مع الجهل بمعنى التردد المحكوم بلزوم الاحتياط والالتيان كالشك قبل الفحص ، وقد يكون مع الجهل بمعنى العلم بعدم لزوم الالتيان والاجتزاء بالناقص وجداناً أو تعبداً 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 الاعادة 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 العائد .

فتكون صورة العلم والعمد خارجة عن القاعدة جزماً ، لا من جهة عدم صدق الاعادة في موردها ليمنع ذلك ويقال باطلاقها 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 الاثباتية فيه على الأقل كما لا يخفى .

كما لا إشكال في أنَّ 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 رحمهم الله في الجاهل بين المقصّر فلا يجري في حقه القاعدة ، والقاصر فتجري في حقه .

والظاهر أنَّ 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 بإطلاق القاعدة لحالات الجهل أحد وجوه :

الوجه الأول : أنَّ 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 ؛ لأنَّ 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 أن 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 صلى المكتوبة فنسي أن يقرأ: «أليس قد أتعمت 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.

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

هذا في صحيح زرارة ، وأما رواية منصور فباطلاق 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 بإطلاقات 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 أخطر بتخيّل دخول المغرب متعمّداً في إبطاره 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 .

يؤدي إلى المنع عن لزوم تعلمها بحيث تشمل الجهل عن تقصير، فإن 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؛ فإن ذكر السهو والنسيان خصوصاً بقرينة المقابلة بينها وبين التعمد 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 : « إن الله فرض من الصلاة الركوع والسجود، ألا ترى لو أن رجلاً دخل في الاسلام لا يحسن أن يقرأ القرآن أجزاء أن يكبر ويسبح ويصلي » ^(١).

فإن لسان هذه الرواية نفس لسان صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم - الطائفة الثانية من أخبار الباب - من حيث الدلالة على أن الركن المفروض من قبل الله في الصلاة إنما هو الركوع والسجود وسائر الاجزاء سنة 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 أن المستفاد منها بقرينة الصدر الوارد في سائر روايات القاعدة أيضاً وبحسب السياق إعطاء القاعدة الكلية، وهي عدم قبح

(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، وإلا كان بنفسه مقتضياً للامتناع 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 نسلّم 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 الامتناع، 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 أن نفي الاعادة ابتداءً إرشاد إلى نفي الجزئية والشرطية لا نفي الأمر، والجزئية أو الشرطية إطلاقها لموارد الجهل والنسيان على حدّ واحد.

وثانياً: إن الأمر بالاعادة تأسيساً لامعنى له في نفسه حتى في موارد النسيان والتعذر، وإنما هو إرشاد إلى بقاء الأمر الأول وعدم سقوطه، أمّا إذا قلنا بأن 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 للمكلف وإن فرض طرو النسيان أو العجز في جزء الوقت، لأنّ القدرة على بعض أفراد الجامع قدرة على الجامع من غير فرق بين الافراد الطولية أو العرضية، كما أنّ التكليف بالجامع بين الأفراد الطولية يحقل فعليته وتوجهه إلى المكلف من أول الأمر كما في الواجب المعلق، نعم لو قيل باستحالة الواجب المعلق 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 المكلف، وإنما قد يجب عليه عندئذٍ الاعادة أو القضاء بعد ارتفاع العذر، وقاعدة « لاتعاد » 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 بالفرض.

والوجه في دعوى الميرزا ﷺ 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

الكنائيات 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؛ لأنها تفترض ذلك وتأمّر به، فكيف تنفيه؟ وهل هذا إلا شبه تناقض عرفاً؟ فلا بدَّ وأن يكون نظرها مصروحاً 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 لو فاته 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 إنّما 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 سلّمنا 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 الامتثال 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 يدعى على القول باطلاق القاعدة لموارد الجهل ، بمعنى التردّد وتنجز 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 والمؤيد بإطلاق ما ورد في أخبار التعلّم من أنّه يقال للبعد يوم القيامة هلّا عملت ؟ فيقول : ما علمت ، فيقال : هلّا تعلّمت ؟ ^(١) .

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

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

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

وكلا الوجهين قابل للمناقشة ؛ إذ تحصيل الاجماع التعبدى 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 يبني على صحة عمله ولو لجهله وعدم تعلمه ، كما أن إطلاق أخبار التعلم فرع تنجز التكليف نتيجة جهله ، وهو فرع عدم الاطلاق في دليل القاعدة لحالات الجهل وإلا كان بنفسه دليلاً على شرطية العلم بالجزئية في فعليتها ، فمع عدمه لا موضوع للتكليف والتنجز والتقصير ، وهذا يعني أن إطلاق تلك الاخبار يستحيل أن يكون مقيداً للقاعدة ومانعاً عنها للزوم الدور ، بل الأمر بالعكس ؛ فإن إطلاق القاعدة وارد عليها ورافع لموضوعها .

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

كما أن 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 أن موارد الجهل والتردد المنجز شرعاً أو عقلاً ملحقة بالعلم والعمد .
 وثانياً : لو فرض فلا يمنع عن التمسك بإطلاق القاعدة وتقييد دليل الجزئية ؛ لأنها تكشف عن شرطية العلم بالمخالفة في جزئيتها ، وليس مثل هذا التقييد مستهجناً ولا بعزیز في أدلة الاجزاء والشرائط المبينة 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 ؛ لأن مقتضى الجمع بين الدليلين عندئذ 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 إلغاءها ، والحاكم المستلزم لإلغاء المحكوم معارض معه ، وعندئذ لاوجه 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 التبرعى بين الدليلين المتعارضين ، ومجرد كون أحدهما حاكماً على الآخر بحسب لسانه لا يصحح الجمع التبرعى 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 لزوم التخيير بين الاجتزاء بالناقص مع رضا بالعقاب وبين الاعادة فراراً عن المؤاخذه ، 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 .

فإنه يرد عليه :

أولاً : قد عرفت أنه 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 أن 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 ١٢ كيف ا وقد حكم المشهور بذلك في الجهر والتمام .

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

وثالثاً : لا ربط لمسألة العزيمة والرخصة بالمقام ، بل المسألة مربوطة 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 ، وإنما تعني مشروعية الاعادة رغم عدم استيفائها للملاك الفائق بتمامه ، كما أن القاعدة لا دلالة لها لا على الرخصة ولا العزيمة ، لما تقدّم من أنها تدلّ على الارشاد إلى تقييد إطلاق الجزئية والشرطية وتخصيصها بحالات العمد . وأما مشروعية الاعادة مع صحة الصلاة المأتي بها فبحاجة إلى دليل آخر ، فحال هذه القاعدة حال سائر أدلة الاجزاء والشرائط إثباتاً أو نفياً .

وهكذا يتضح أن الصحيح ما تقدم في التعليق على الوجه الثالث من أن 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 المقصر بترك تعلم 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 ، أما الزيادة فالبحث عنها مبني على فرض قاذحية الزيادة وإبطالها للصلاة المستفادة إما من بعض الاحاديث الدالة على أن « من زاد في صلاته فعليه الاعادة » - كما في موثقة أبي بصير - أو المستفادة من نفس الاخبار البيانية المحددة للاجزاء والشرائط ؛ فإنه قد تشكل فيها دلالة عرفية مقامية على لزومها بحذها وعدم صحة الاضافة عليها كما في الركوع والسجودتين ، فإن دليل لزوم ركوع واحد وسجودتين في كل ركعة قد يقال بدلالاتها 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 سنة 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 متمكناً 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 بالأركان الخمسة يدخل في عقد المستثنى الذي تعاد الصلاة منه بخلاف ما يكون داخلاً في عقد المستثنى منه ، والمقدّر في العقدين لا بدّ وأن يكون أمراً واحداً ، فإذا كان مطلق الاخلال حتى بالزيادة فكذلك في المستثنى أيضاً .

وقد يقال بالاجمال وعدم تعيّن 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 يعيّن 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 كالظهور 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 لا بد 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 الحرفي بحسب المناسبات وإلغاء العرف لكيفية الاعتبار وصيغته الوضعية ودخلها في مثل هذا الحكم ؛ لأنّ المهم بحسب نظره إتيان الوظيفة وتفرغ 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 :

إن مفاد القاعدة المطابقي وإن كان هو نفي الاعادة إلا أن 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 أن المقدّر بحسب المدلول التصوري والاستعمالي للفظ وإن كان عبارة عن مفهوم الشيء - لكون الاستثناء مفزغاً بحاجة إلى تقدير - إلا أن 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 أخرى أو هما مع المانعية ثالثة ليقال بأن الاطلاق لا يمكن أن يفي بذلك ، وإنما الاطلاق نجريه في المدلول الآخر ، وهو صحة العمل المحفوظ فيه الأركان الخمسة ، لأنه المقصود بالتصديقي الكنائي أو الارشادي من الكلام بحسب الحقيقة ، ومقتضى إطلاقه نفي كل ما يعتبر في الصلاة لامحالة سواء كان جزءاً أو شرطاً أو عدم مانع ، وأما المقدّر في المدلول التصوري الأولي فليس إلا مفهوم الشيء ، وبهذا لا يكون هناك تقدير بالدقة في مجرى الاطلاق .

البيان الثالث :

إننا ذكرنا فيما سبق بأن القاعدة معللة في أكثر رواياتها بأن غير الخمسة إنما لا تعاد الصلاة منها ، لكونها سنّة وليست بفرض الله بخلاف الخمسة ، وهذا يعني أن 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 ، فإن العلة تعمم الحكم لأوسع من مورد التعليل .

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

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

هذا كله مضافاً إلى أن المانعية ترجع إلى شرطية العدم ، فإن استفيد 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 الأجزاء 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 الأجزاء والشرائط في الخمسة المستثناة وكذلك في التعليل الوارد في ذيل القاعدة ، قرينة على عدم شمول المستثنى منه للزيادة وللموانع الأخرى 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 المستدلّ تصور أن المقدّر مفهوم الجزئية والشرطية ، وهو واضح الفساد ، كيف وهذه انتزاعات عقلية وليست شرعية أصلاً ، وإنما الشرعي الأمر بالأجزاء 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 إن الزيادة للاركان هل تكون داخلية في عقد المستثنى منه أو المستثنى أو غير داخل في شيء منهما ؟ وجوه :

ذكر بعض الأعلام أن 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 دالة على نفي الاعادة منها لولا الأدلة الخاصة ، إلا أن هذا التفكيك بلا موجب ، فإنه 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 ، فإن 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 ، فإنها مخلّة بالصلاة لا بذلك الركن من دون أن يلزم عدم تطابق المقدّر في طرف المستثنى والمستثنى منه ليقال بأنه خلاف الظاهر .

هذا لو فرض أخذ التقدير في المدلول التصديقي ، وأمّا بناءً على البيان المتقدم منّا فالأمر أوضح حيث يكون مفاد القاعدة أنه كلما حفظت الصلاة من ناحية الأركان بأن جاء المكلف بما فرضه الله ولم يخل 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 مانعة 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 ، وأما 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 جزء له ، وإنما هو ممّا يعتبر في الصلاة ولكن موضعه ومحلّه الركن ، فيكون الإخلال به لا عن عمد مشمولاً لعقد المستثنى منه في القاعدة . وأما ما يكون شرطاً أو مقوماً لنفس الركن كوضع الجبهة على الأرض في السجود أو كون موضعه ممّا يصح السجود عليه فلا تجري القاعدة في الإخلال به ولو كان سهواً ؛ لأنه داخل في عقد المستثنى ، فلا يشمل المستثنى منه ؛ إذ المقصود من القاعدة - كما أشرنا - أنه كلما 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 تشمل القاعدة ؛ لأنها تصحيح للصلاة من ناحية غير الأركان كما هو واضح .

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

كما أنه 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 ، راجع التعليقات .

المستثنى لا المستثنى منه ؛ لأنّ الاخلال بذلك ولو سهواً إخلال بأحد الخمسة لا محالة ، فالزيادة للأركان إن كان عديمها 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 إنّ سوف يأتي في زيادة الركوع والسجود .

ومما 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 مبرر 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 لجزئتهما 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 ، نستثني 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 إطلاقات 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 أدلّة 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 المنصوب ، 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 ، إلّا أنّه من الواضح أنّ لسان القاعدة لا يمكن أن يستفاد منه رفع الحرمة عن المكان المنصوب ؛ لكونها ناظرة إلى التكليف بالصلاة لا غيره من التكاليف ، اللهم إلّا بناءً على مبنى المشهور في مورد نسيان الغصب بالخصوص ، حيث تكون الحرمة مرتفعة واقعاً ، فتصح الصلاة للاباحة 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 المنصوب جهلاً أو نسياناً ، لأنّ النكته 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 كاطلاق أصل الأمر بالصلاة مقيد لبأبأن لا يكون ضمن الفرد المحرم بناءً على الامتناع .

ومنه يظهر ما في فتوى السيد الاستاذ الخوئي رحمته الله من الحكم بصحة الصلاة في الساتر المنصوب 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 فتشملة 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 الإخلال بما يعتبر في الصلاة بعد فرض تحقق أصلها وعنوانها .

وإن شئت قلت : إن الإخلال 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 الاضطراب والاكراه على ترك جزء أو شرط :
فظاهر كلمات الميرزا رحمته الله 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 تماماً وفق المأمور به ؟ ا فلا بد له من مستند آخر مثل قوله « لا تترك الصلاة بحال » الذي جوّز له الدخول في العمل الناقص ، وبما أنّ 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 لأنّ ظاهره كونه علاجاً للعمل بعد الالتفات إلى إتيانه ناقصاً والاكتفاء به في مقام الامتثال بدلاً عن الكامل الذي غفل عنه ، ومن ثم لم يشمل الملفت 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 أنّه 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 مدركه حديث « لا تترك الصلاة بحال » أو قاعدة الميسور أو الأدلة الخاصة ، وإنّما المقصود التمسك بالقاعدة لنفي الاعادة في مورد الاتيان بالفعل الاضطراري باعتقاد أنه 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 أنه مضطر أو مريض لا يمكنه القيام كثيراً لقراءة الحمد فكبر حال القيام ثم جلس للقراءة ثم قام للركوع وبعد ذلك انكشف له أنه مشتبه وكان متمكناً من القيام ، وهذا من الجهل بالموضوع بحسب الحقيقة .

ولعل الذي أوجب هذا الخلط ظهور كلمات بعض مقرري بحث الميرزا رحمته في الاطلاق وأنه 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 الاثناء والالتفات بعد الاتيان بالناقص ، فليس النظر الى أصل الاضطرار جزمياً .

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

الاضطرار أو ارتفاع العذر في الاثناء لزم الاعادة، ولا يمكن تصحيح ما أوقعه بالقاعدة؛ لأن الاخلال هنا بحسب الحقيقة بأحد الخمسة بعد فرض التمسك باطلاق دليل الأمر الاختياري بالخمسة، فيدخل 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 الاعادة 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 الاخلال غير العمدي به إذا كان تداركه مستلزماً لبطلان العمل المأتي به المعبر عنه كناية بلازمه وهو الاعادة، فالاطلاق للخلل الواقع في الاثناء المستلزم تداركه لاعادة 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 : إن دليل جزئية القراءة لا يدل على جزئية ذات القراءة للصلاة أينما وقعت ليتمسك باطلاقه .

ومنه يظهر وجه عدم شمول القاعدة للخلل الواقع في الاثناء مع إمكان تداركه ، لعدم تجاوز المحل ، فإن 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 إن ثبوتها معاً يستلزم منه بطلان العمل المذكور ، والقاعدة نسبتها الى الاطلاقين على حد واحد ، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق مانعية الزيادة بدليل القاعدة دون العكس ، وبعد التساقط لا يبقى دليل على وجوب إعادة السورة .

فإنه يقال : إطلاق دليل مانعية الزيادة في المقام متعين للسقوط ، لأن 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 كالأعادة :
وقد استدلل على ذلك بعض المحققين تارة : بحمل الأعادة في القاعدة على

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

وأخرى : بالفحوى العرفية والفقهية فبأنه إذا كانت الاعادة في الوقت منفية بالاخلال 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 الاثناء 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 بالمدلول 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 لدعواها في مثل هذه الاحكام التعبدية التوقيفية عهدتها على مدّعيها .

ودعوى : إن القاعدة مصحح واقعي للعمل ؛ لكونها مقيدة لأطلاق الجزئية والشرطية .

مدفوعة : بأن هذا لا ينافي عدم شمول القضاء ، فإنها 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 ؛ لأن 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 إن التكليف بالجزء المنسي فعلي في الوقت لولا القاعدة ، فيكون مكلفاً بالاعادة كالجاهل ، فتشمله القاعدة ؛ لكونها نافية للإعادة الواقعية لا الظاهرية التي تصل إلى المكلف ، فإنه خلف كونها قاعدة تصحيحية واقعية .

وأما على القول الآخر فأيضاً كذلك ؛ لأن 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 يتكرر ولا يتعدّد بكون الالتفات إلى نقصانه في أثناء الوقت أو بعد انقضائه ،

فليس المقصود نفي الامر بالاعادة ليقال بأن نفيه لا يلزم نفي الأمر بالقضاء ، وإنما 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 إلاّ طريقاً لأحراز ذلك .

والحاصل حال هذه القاعدة حال سائر أدلة 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 أدلة 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 يدعى منافاته مع عقد المستثنى منه في القاعدة حيث إنه يدلّ على نفي الاعادة للصلاة كلّما حفظت الأركان الخمسة فيها وإن وقع خلل في غيرها بلا تعدّد .

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 ، وأما 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 بأن السنة لا تنقض الفريضة ، فكيف نقضتها في هذه
الأربع ؟

وما قيل من أن هذا العموم ليس عقلياً لكي لا يقبل التخصيص .
جوابه : إن 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 كلما 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 المعلل بها كان
مثل هذا الخاص معارضاً مع العام ، لا مخصصاً له على مانع ذلك في محله من
علم الأصول ، إلا أن الشأن في بلوغ لسان القاعدة هذه الدرجة من الصراحة في
العموم بحيث لا يقبل التخصيص .

والصحيح في حل هذا الاشكال أن يقال : بأن ثبوت الركنية في هذه الأربع
لا يستلزم تخصيصاً في عقد المستثنى منه في القاعدة أصلاً ، لأن خروجها عنه
تخصيصي .

أما خروج النية وتكبيرة الاحرام فباعتبار أنه 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 عبر بـ « لا تعاد » ، وليس المقصود
عدم تحقق الشروع في الصلاة الصحيحة لكي يقال بأن القاعدة هي المصححة ، فلا
معنى لأن تؤخذ الصحة في موضوعها ، بل المقصود أن المسمى أيضاً من دون النية

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

ومما يدل على ذلك أيضاً أنهما مما فرضه الله تعالى وليستا من السنة كما دلت على ذلك الروايات المتقدمة . ومن الواضح أن قاعدة « لاتعاد » حتى التي ذكرت الخمسة من رواياتها ذكرتها بعنوان كونها من الفرض كما يدل عليه التعليل في الذيل ، وإنما اقتصرنا على الخمسة ؛ لأنها ناظرة إلى الأركان بعد فرض تحقق أصل المركب الشرعي خارجاً ، فإذا ثبت أن تحققها لا يكون إلا بالنية والتكبيرة كما أنهما مما فرضه الله ؛ لأنهما 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 - وأما 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 : أن زيادة تكبيرة الاحرام تستبطن قطع السابقة والانصراف عنها ، والصلاة مركب اعتباري لاحققي ، فيعقل انتفاؤه وإبطاله بذلك .

ممنوعة : خصوصاً في مورد السهو ، ولو سلم لم يقدح بعموم القاعدة ؛ لأن معناه عدم تحقق الصلاة الصحيحة بذلك ، وقد ذكرنا بأن منظور القاعدة تصحيح الصلاة بعد فرض تحقق مسماها الاعتباري خارجاً ، فلا تخصيص للقاعدة على كل 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 تقوم مفهوم الركوع بذلك لمن وظيفته القيام ، فيكون الاخلال 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 أن الطهارة من الخبث أيضاً سنة لاتنقض الفريضة إذا خولفت لا عن عمد إلا إذا كان نسياناً لها بعد العلم بأصلها.

المقام الثاني :

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

ولتوضيح الحال نعقد البحث في نقاط عديدة :

النقطة الأولى :

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

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

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

فإنه يقال : ذكر الخمسة إنما هو من باب المصاديق لما هو فرض من الله في

الصلاة كما اتضح في البحوث السابقة ، وقد ذكرنا أن مفاد القاعدة معنى أوسع ، محصله أن ما لم يفرض من قبل الله تعالى في أصل تشريع الصلاة بل يكون سنة لاتعاد الصلاة من الاخلال به لا عن عمد . وهذا وإن كان يدل بالدلالة الالتزامية الاقتضائية على أن الاخلال بالفرض يوجب بطلان الصلاة إلا أن هذه الدلالة ليست بأكثر من القضية الاجمالية والموجبة الجزئية ، أي إن الاخلال بالاركان يوجب البطلان في الجملة ، أما حدود ذلك وكيفيته فلا تكون هذه القاعدة في مقام البيان من ناحيتها بحيث لو فرض أن 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 أن القاعدة ليست في مقام البيان من ناحية عقد المستثنى ، وهذا يعني أن حدود اعتبار كل ركن من الأركان وكذلك خصوصيات وشروط صحته لا بدّ فيه من مراجعة أدلتها وما يثبت باطلاقها .

النقطة الثانية :

لو فرض أن 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 المعبرة فيه ؛ فإنّ هذه القاعدة كما ذكرنا فيما سبق ليست من أدلة بيان نفس الاجزاء والشرائط ، بل تفترض ذلك وتنظر إلى الاخبار البيانية لتحديد وتقييد اعتبارها بحال العمد ، وعندئذ يقال بأنّه لا ينبغي الاشكال في أن 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 أن ما بين المشرق والمغرب قبلة، والذي لا يكون دالاً على إلغاء أصل شرطية القبلة.

النقطة الثالثة:

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

النقطة الرابعة:

تقدم فيما سبق أن الإخلال 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 أن 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 الأساس 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 إلاّ أنّه قد دلت الروايات الخاصة على أن زيادة ركعة أو ركوع أو سجدتين توجب البطلان مطلقاً، فتكون بحسب الحقيقة إمّا مقيدة لهذا الإطلاق في عقد المستثنى منه أو دالة 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 « لاتعاد » 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 باطلاق 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 دلّت عليه الروايات الخاصة من عدم قدح 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 قادحية زيادة سجدة واحدة سهواً في الصلاة . إلا أن هذا لا بدّ 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 عمدي ، 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 صلى 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 أخرى 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 ؛ لتحقيق 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 الفائت 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 الإبطال 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 ، وبحكم يكون السورة الاولى زيادة سهوية .

إلا أن هذا الكلام غير تام ، لأننا إذا فرضنا شمول القاعدة للاخلال بالترتيب بين الركوع والسجود فسوف لا تكون السجدة الثانية 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 : إذاً ، لماذا لا نقول بذلك في الاخلال بترتيب الاجزاء غير الركنية ١٢ فإنه يقال : حيث إن محل التدارك هناك باقي ، 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 مبطلات ، لأن مبطلتها فرع وقوعها في الصلاة .

نعم ، قد يدل 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 سهواً 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 واقعة 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 : ما تقدم 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 فإثماً 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 للفعالية .

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

مدفوعة : - مضافاً إلى أنّ موضوع العقدين لا بدّ وأن يكون واحداً - أنّ هذا يوجب إلغاء التفصيل في القاعدة بين الأركان وغيرها ، لأنّ 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 : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا 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 ، وإنّما 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 أن 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 أن 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 الجنيد ^(١) في النقطة الأولى أن السهام خمسة بحذف سهم الله تعالى ، استناداً إلى صحيح ربه ^(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 عليهم السلام .

وقد اختلفت كلمات العامة في ذلك أيضاً ؛ فمنهم من ألغى السهام الثلاثة الأولى ، وقد نسب ذلك إلى أبي حنيفة ^(٣) ؛ لأنَّ سهم الله يصرف على الفقراء والمساكين ، وسهم الرسول سقط بوفاة ، وكذلك سهم أقربائه ، فلا تبقى إلا 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 أن الخمس مفوض 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 استدلّ 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 المحضة 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 المجعلولة 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 وذوي القربى ، فدلّل جعل الخمس في كل صنف مدلوله العرفي والمتشرعي 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 (عج) ، والثلاثة الأخيرة منها لطبيعيّ 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 واشتহার 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 أن الخمس ملك لمنصب الإمامة؛ أي للإمام بما هو إمام، وحيث إن هذا المنصب يكون لله أولاً وبالذات، ثم منه للرسول ومنه للإمام ﷺ، فجاء التعبير عن ذلك بأن الخمس لله وللرسول ولذي القربى؛ ليكون في ذلك إشارة إلى مصداق هذا المنصب ومن ينحصر فيه، وأنه ينتقل بنحوٍ طولي بين العناوين الثلاثة، فهو ملك وحداني لهذا المنصب الذي يكون طولياً بين العناوين الثلاثة الأولى. وأما الأصناف الثلاثة الأخرى - أعني اليتامى والمساكين وابن السبيل - فقد ذكرت لبيان مصارف هذا الحق، وأن 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 لقسمة الخمس.

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

١ - إن المناسبة العقلية والعقلانية لا تستسغى جعل الملكية الاعتبارية لله سبحانه بما هو ذات مقدسة واجبة الوجود في عرض سائر السهام، فلا بد وأن يكون المتفاهم والمقصود من جعله لله إما جعله في سبيله؛ أي ملكاً لجهة سبيل الله، وهذا خلاف الظاهر جداً، ولم يقل به أحد من الفقهاء، أو جعله لحديثة وشأن من شؤونه المناسبة عرفاً وعقلانياً، وهو شأن حاكمية ومنصب ولايته الذاتية على شؤون الناس والمجتمع؛ فإنه لا حكم إلا 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 التشريعية 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 والحاكمية الطولية ؛ لأنّ الرسول ومن بعده الإمام خليفة الله في أرضه وممّثله 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 أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رَسُولَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ...﴾^(١)، فإنه كالصريح في أنَّ الفية مما أفاءه الله وأرجعه على رسوله، حيث إنَّ الأموال لله خلقها للمؤمنين بالأصل، كما أنَّ التعبير بتسليط الرسول عليها أيضاً دال على أنها 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 علة هذا التقسيم، وهو قوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾^(٢)، فإنَّ هذا الهدف من الغايات والسياسات التي تكون من مسؤوليات الحاكم في المجتمع، وهي تناسب كون الأصناف مجرد موارد للمصرف 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 رهي 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 خمسة ، 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 حتم ما ورد في صحيح رهي - 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 اللبّية 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 تقدم 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 المطلوب - 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 إنما كان بعنوان المصارف المقررة من قبل الشارع ، وهذه قرينة لبّية متصلة بجميع الروايات التي تتعرض للسهام المذكورة في الآية ، تصرف 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 شؤونه ومسؤولياته .

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 المتشّعية 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 التشريعة 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 الاستلاء الكثير بهذه الفريضة، كما انعكس اليوم وفي أزمنتنا المتأخرة طبقاً لفتوى المشهور بالتنصيف، مع أننا لا نجد ذلك حين نراجع وضع التشريعة في زمن الأئمة عليهم السلام وبدايات عصر الغيبة، بل نجد ارتكازاً معاكساً تماماً وأن التشريعة 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 والإيصال 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 موارد المقررة، فأتجهت 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 رضي 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

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 ومتركاً إليه كسائر المصارف والنائب ، وهذا قد نجعله دليلاً مستقلاً على أصل الحكم برجوع الخمس بتمامه إلى الإمام ملكاً ، أو ولايةً على الأقل ، وقد نجعله قرينة 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 لقراءة 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 والبديهيات الفقهية والإسلامية . وهذه الكرامة ليست مسألة اعتبارية أو مجرد تسمية ولفظ ، وإنما تعني أن قراءة الرسول لأجل هذه النسبة ولأجل تكريم الرسول ﷺ 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 موارد والتي منها سدّ حاجات قراءة الرسول من بني هاشم ، فيكون الانتقال إليهم

من كيس الإمام ومملكه لا من ملك الغني الذي عليه الخمس ، وهذا يعني أنَّ 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 أنَّ 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 أنَّ الخمس بتمامه ملك لجهة الإمامة :

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

ولكنك عرفت فيما سبق أنَّ 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 والتحرّيم 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 الإمام ، 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 البزنطي عن الرضا عليه السلام ، قال : « سئل عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه 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 ﷺ : « 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 ﷺ » ، أو « إن الخمس لله وللرسول ولنا » بعد ذكر التسهيم ، أو « ما كان لليتامى والمساكين فيتأماهم 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 مساوقاً مع التعبير بـ « بني هاشم » كما هو واضح ، أو قوله ﷺ : « لولي الأمر من بعد رسول الله وراثه ، فله ثلاثة ، سهمان وراثه وسهم مقسوم له من الله ، وله نصف الخمس كلاً ، ونصف الخمس الباقي بين أهل بيته » ، وهو اصطلاح خاص بالمعصومين ﷺ .

فبملاحظة هذه النكات الواردة في ثنايا هذه الروايات التي استند إليها المشهور ، لا يبقى مجال للشك في أن المراد من وراء هذه التعبيرات 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 يدفعه 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 لا بدّ 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 ؛ فإنّ هذا - مضافاً إلى كونه خلاف القاعدة الأولية - خلاف صراحة هذه الروايات ، وكأنّ 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 جزمياً .

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 مرسلة حماد ومرفوعة أحمد بن محمد - المتقدمين - ومرسلة 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 ﷺ ، 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 نُسب إلى ابن الجنيد، بحيث لا بدّ في مقام الخروج عنه من دليل على التقييد بلحاظ عنوان القربى والأصناف الثلاثة. وفيما يلي نتعرض إلى ما يمكن أن نثبت 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 البزنطي ومعتبرة ريان بن الصلت ومحمد 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 بذى 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 قرآنياً في خصوص المعصومين ﷺ 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 -، ولعلّ 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: ﴿قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى﴾ الشورى: ٢٣.

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

هاشمي جزماً ؛ لأن عنوان « قريب » أخص من مطلق المنسوب حتى المشترك معه في الجذ 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 الغنيمة يناسب أن يكون المقصود منه من يكون مشتركاً مع العنوانين الآخرين في الحيثية والجهة القانونية المألوفة 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 يقتد 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 والفيء 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 الفيء ؛ لما ورد في ذيلها من التعليل بقوله تعالى : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ ؛ فإن هذا يناسب إرادة عموم المساكين والفقراء لا خصوص طائفة بني هاشم ، ولما ورد في الآية الأخرى التي وردت عقيب آية الفيء ، 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 والفيء بمنزلة واحدة ، وأن المراد باليتامى والمساكين فيها عموم الناس الفقراء ؛ حيث عبّر فيها أنهم شركاء مع الناس في الباقي .

٢ - صحيحة رهي 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 خمسة ، 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 خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ﴾ فقال : « أمّا خمس الله عز وجل فللرسول يضعه في سبيل الله ، وأمّا خمس الرسول فلأقاربه ، 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 - فاهمها :

١ - رسالة حماد المعروفة ، وفيها : «ونصف الخمس الباقي بين أهل بيته ؛ فسهم لیتاماهم ، وسهم لمساكينهم ، وسهم لأبناء سبيلهم ، يقسم بينهم على الكفاف والسعة ... وإنما جعل الله هذا الخمس لهم خاصة دون مساكين الناس وأبناء سبيلهم عوضاً لهم من صدقات الناس ؛ تنزيهاً من الله لهم لقرابتهم برسول الله ﷺ ، وكرامة 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 : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ 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 الإمام 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 - مرسله أحمد بن محمد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال : «الخمسة 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 فلرسول 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 تحل لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله مكان ذلك بالخمسة» ^(٢).

والمظنون أنها مرسله حماد الطويل بنقل أحمد بن محمد بن عيسى - كما أشرنا سابقاً - للتطابق بين مقاطعها .

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 الفوص . 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 : «سأله عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى ﴾ قال : هم قرابة رسول الله ﷺ فسأله : منهم اليتامى والمساكين

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

(٢) المصدر السابق : ٣٥٩ ، ح ٩ .

(٣) المصدر السابق : ٣٦١ ، 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 وبنبيّه ، فقال : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين ﴾ - وفي نسخة أخرى : ﴿ واعلموا أنّما 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 إنه 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 ٦ : 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 المظمان 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 مقيدة له .

على أن مثل هذا الحكم ، في نفسه ، قد يقال بأنه غير عقلاني ومستبعد جداً ؛ فإنه كيف يمكن أن يجعل نصف الخمس - الذي هو مورد مالي ضخم - لخصوص فقراء بني هاشم ، مع أن المجمول لجميع الفقراء والمساكين الآخرين سهم من مجموع ثمانية أو سبعة سهام من الزكاة ، والذي نسبته أقل من الخمس بكثير ؟ كما أن مورد 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 : أن اللازم إعطاء الفقير الهاشمي بمقدار رفع فقره ، والزائد يرجع إلى الإمام وبيت المال ، فلا محذور .

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

والإنصاف : أن 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 . وأما 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 أنّ 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 القرى ، 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 : إنه 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 المشرعة بنحو يمنع عن شمول الإطلاق في الأصناف الثلاثة في آية الخمس لمن جعلت له الزكاة، وهذا يعني أنه إذا أريد من دعوى التخصيص هذا المعنى - أي تشريع الخمس لمنصب الإمامة من أجل أن يصرف في نوائبه، ومن جعلتها 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، فإن هذا أيضاً من نوائب الحكومة ومسؤوليات الحاكم الإسلامي.

وبهذا يُجمع بين الطائفتين؛ فيحمل تطبيق النبي ﷺ في صحيح ربي 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؛ إما 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 أن 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؛ لأن 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 ، وإنما يكون المتفاهم منه عرفاً عندئذٍ هو مصرفية تلك الجهة لا أكثر .
ولعل مما يؤكد هذا المعنى ما ورد في رسالة حماد من أن 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 : بأن هذه التعبيرات يراد بها التخصيص بالأئمة ﷺ في قبال غيرهم ،
والتأكيد على أن أمر الخمس راجع إليهم ، فليس النظر إلى كيفية الصرف من
قبل الإمام وتحديده ، وإنما النظر إلى عدم جواز إعطائه لغيرهم ، كما هو
واضح .

وهكذا يتلخص : أن 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 ،
إلا أن هذا لا يقتضي تخصيص الأصناف الثلاثة بقيد الهاشمي بعنوانه ، بل يمكن أن
يكون القيد أعم من ذلك ، وهو مطلق من لا تشملها 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 جعلُ السهام خمسةً الواردُ في صحيح ربي المتقدم ، وكذلك ما ورد في
ذيل صحيح محمد بن مسلم المتقدم من أنه : « ليس لنا فيه غير سهمين ... ثم نحن
شركاء الناس فيما باقى » ، فلا موجب لطرحه أو حمله على التقية 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 ؛ لما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء ، وهو للإمام بعد الرسول . وأما قوله : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ قال : ألا ترى هو هذا ؟ وأما 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 القرى ، 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 ﴾ ولنكن الله يسقط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير ، ﴿ وما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فليله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وأبني السبيل ﴾ 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 ؛ « ما أفاء الله » إنما يكون للدلالة على أنه لم يؤخذ بعمل المجاهدين والغازين ليكون لهم حق فيه ، وهذا واضح جداً . كما أنَّ ذكر الفيء وتقسيمه على السهام الستة وإرادة الخمس منه أمر لا يستسيغه العرف ، فإنه كيف يلحظ الخمس ولا يلحظ الأربعة أخماس التي هي النسبة الأكبر ؟ ! فإطلاق الفيء وإرادة خمسه ليس عرفياً جزمياً .

هذا مضافاً إلى أنَّ هذا التفسير خلاف التعليل الوارد في ذيل هذه الآية نفسها : ﴿ كَي لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ ؛ فإنَّ هذا إنما 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 أنَّ ما أفاء الله على رسوله ليس راجعاً للمقاتلين ، لكونه مما لم يوجف عليه بخيل وركاب ، فمن الطبيعي أن يكون المالك له منصب الإمامة والحاكمية ، كما تبينه الآية الثانية .

فالأمر على العكس تماماً ، حيث تكون الآية الأولى ممهدة للثانية لا أنها مقابلة لها ، كما أنَّ 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 الفيه ، كما هو واضح .

وثانياً - الرواية لا دلالة فيها على ما أفيد ، بل على العكس أدل ؛ لما ذكر في ذيلها من التعبير بقوله : « بمنزلة المغنم » الدال على أنه ليس نفس المغنم ، بل ما جاء بعد ذلك في ذيلها من أنه : « ليس لنا فيه غير سهمين ... ثم نحن شركاء الناس فيما بقي » مناف لإرادة الخمس الذي يكون كله أو نصفه - أي ثلاثة أسهم منه - للإمام ، بحيث لا بد من طرحها أو حملها على التقية - وقد يجعل التعبير بقوله ﷺ : « كان أبي يقول ذلك » قرينة عليها - أو تأويلها ، ومن الواضح أنه مع فرض تأويلها لا يمكن الاستدلال بها .

والظاهر أن مقصود الإمام ﷺ 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 فإنها بمنزلة المغنم قد حدد لها مصارف في القرآن ، وهي نفس مصارف الخمس ، وأمّا التعبير بأنه : « ليس لنا فيه غير سهمين ... ثم نحن شركاء الناس فيما بقي » فلعله من باب التنزل والاحتجاج بما كان يقبله القوم .

ومما يدل أيضاً على ما ذكرناه - من أن الفيه غير خمس المغنم في الآية وأنهما بمنزلة واحدة من حيث إنهما بيد الإمام - ما جاء في رواية ريان بن الصلت - الطويلة - عن الإمام الرضا ﷺ ، والذي ينقله الصدوق في المجالس السنّة 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 أنّ المظنون أن تكون الرواية منقولة عن حماد بن عيسى، عن إبراهيم بن عمر اليماني الثقة - رغم طعن ابن الغضائري فيه - عن سليم بن قيس؛ لأنّ حماداً ينقل كتابه عنه ولا ينقل عن إبراهيم بن عثمان، بل الأمر بالعكس؛ فإنّ إبراهيم بن عثمان أبا أيوب الخزّاز هو الذي ينقل عنه في كثير من الموارد.

هذا كله مضافاً إلى أنّ أصل الاستبعاد المذكور لا يبلغ حدّ القطع أو الاطمئنان؛ لوضوح إمكان أن ينقل إبراهيم بن عثمان عن توفّي في زمن الباقر عليه السلام، ولا يتوفّق 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 أسس - منهجية فذة في تكييف هذه الظاهرة الاقتصادية فقهيّاً... فعند معالجته للموضوع على ضوء ما تقتضيه القاعدة الأولية طرح السيد الأستاذ اثني عشر طريقاً سابراً غورها يقلّبها ظهراً لبطن بكل ما أوتي من حكمة وبراعة... من أجل الوصول إلى الحلّ الناضح 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 لعلم 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 تؤدى » ^(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 مرسلأ ، 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 ، فمهم 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 . وأمّا 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 أجنبى عن السلعة وليس من أوصافها ليكون مضموناً . ولهذا لا يضمن من يتسبّب 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 سواءً 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 يلحظون 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 ويراها 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 ماليّته ، فلا ينبغي أن يكون ذلك على حساب مالية ماله بحيث يخسر مقداراً 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 أدلّة الضمان الشرعية والعقلانية إنّما هو المال لا المالية والقيمة ، لأنّها وصف وحيثية تعليلية 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 مالاً آخر غير ذلك المال المأخوذ أو التالف عرفاً فلا موجب لضمان نقصان القيمة .

الثاني : أنّ 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 تتحقّق الملكية الفعلية له في ذلك المال الذمّي الاعتباري وتترتب عليه آثارها ويجوز له التصرف القانوني فيه بالبيع والحوالة وغيرهما ، وهذا التعويض والمعاوضة القهرية تتحقّق مرّة 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 مالكه 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 فتتوقّف صحته على تمامية الجواب الأول ، مضافاً إلى أنّ كون الضمان من باب المبادلة القهرية قبل الدفع والوفاء محل منع وإن قبلنا ذلك بعد دفع البدل .

المحاولة الثانية : دعوى أنّ العرف يتعامل مع الأموال المتّخذة للتجارة والمبادلة معاملة القيمي أي يلحظون فيها ماليّتها وقيمتها السوقية لا خصوصياتها الجنسية ، ومن هنا قيل بتعلّق 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 متّخذة للمبادلة محضاً . وفيه : أنّ تعلّق غرض تجاري أو تبادلي بالمال لا يخرجّه عند 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 : إنّ 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 بأن النقود بالخصوص ليس ضمانها مثلياً بل قيمياً ، لأنها ليست سلعة ولا منفعة استهلاكية لها ، وإنما هي مجرد وسيلة للمبادلة ، وحساب المالية المحضة للأجناس والسلع والضمان بالمثل إنما يكون في السلع والأموال الحقيقية . نعم ، النقود الحقيقية كالذهب والفضة لا مانع من أن يكون ضمانها بالمثل لأنها سلع حقيقية . والحاصل : موضوع ضمان المثل السلع الحقيقية ، لا النقود التي هي مجرد وسيلة للمبادلة .

وفيه : أن موضوع الضمان عند العقلاء وكذلك في ظاهر السنة الروايات وكلمات الفقهاء إنما هو المال لا السلعة أو الجنس ، ولا إشكال في أن النقد حتى الورقي الاعتباري منه مال حقيقة وعرفاً ، إذ ليس المراد بالمال إلا ما يرغب فيه العقلاء ويبذلون بأزائه 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 ، ولكنه من منظور آخر غير المنظور القانوني الفقهي حيث يقال هناك : إن مجموعة نقود البلد الواحد لا تضاف إلى السلع والثروة الحقيقية الموجودة في ذلك البلد في حساب الثروة الكلية والدخل القومي للبلد ، لأنه مجرد وسيلة للتبادل والمعاملة لتلك الثروة فمجموع الثروة الكلية عبارة عن مجموعة السلع الحقيقية والخدمات الثابتة في ذلك البلد لا أكثر . إلا أن هذا منظور علمي آخر لا ربط له بالمنظور الفقهي الحقوقي حيث يكون النقد الراجح 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 ، لأن المفروض أن كل مال يكون فيه ضمان ، وكل 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 القيمة 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 القيمة 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 كأبي 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 مرغوبيته 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 القيمة كالفرس مثلاً فإنّه عند تلفه وضمانه لا يكون له المثل عادة فيكون ضمانه قيمياً .

المحاولة الخامسة : إنَّ 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 . ولفرق 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 الصحة .

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 بأنهم 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 قُدمت 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 إلاً حيثية تعليلية لاعتبار المالية لهذه الأوراق .

الدور الرابع : هو الدور المثبت اليوم عالمياً حيث ألغى 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 الإمكانيات وفق ما تقتضيه قاعدة العرض والطلب

ومدى ازدهار وتقدم الوضع الاقتصادي للبلد . أي إن أي شيء يفترض رصيذاً لهذه الأوراق فهو محكوم لنظام التضخم وصعود قيمته أو انخفاضها بالقياس إلى الأوراق في حين إن شيئاً ما لو كان رصيذاً لهذه الأوراق - بمعنى سندية الأوراق له وحكايته عن ثبوته في ذمة الدولة المصدرة للأوراق - لما كان من المعقول هبوط مبلغ ذلك الشيء باستمرار أو صعوده أحياناً ، أي إن سنداً ما إذا كان حاكياً عن مثقال من الذهب في ذمة أحد لكان يبقى ما في ذمته المحكي بهذا السند دائماً مثقالاً من الذهب لا يزيد ولا ينقص ، والحال إن أرصدة الأوراق النقدية ليست كذلك ، ولهذا نجد أنه كلما تزدهر وتتقدم الأوضاع الاقتصادية للبلد المصدر لتلك الأوراق وتكثر فيه الثروات والإمكانات الاقتصادية قويت أوراقه المالية في تجارة خارجية أو داخلية وبالعكس كلما ضعفت إمكانات البلد وثروته الاقتصادية ضعفت أوراقه المالية وانخفضت قيمتها . فلم يعد خافياً اليوم أن الأوراق النقدية الرائجة في العالم تعتبر هي الأموال بالاستقلال ولا تعتبر سندات حاكية عما في الذم ، وأن مسألة الرصيد لها لا تعني ذلك أصلاً .

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

المحاولة السادسة : أن النقد وإن كان مالاً مستقلاً بل ومثلياً أيضاً أي ضمانه بالمثل إلا أن حقيقة النقدية حيث إنها تتمثل في القوة الشرائية والقيمة التبادلية فيكون الداخل في عهدة الضامن تلك القوة الشرائية ، لأن النقد ليس إلا عبارة عن القوة الشرائية المتجسدة في الخارج فيكون المضمون مماثل تلك القيمة والقوة

الشرائية لا محالة .

وفيه : أولاً : أن لا زمة أن لا يجب على الضامن دفع الزيادة إذا ارتفعت قيمة النقد وقوته الشرائية ؛ لأن الضامن قد ضمن القوة الشرائية المحضة المتجسدة في الورقة لا غير .

وثانياً : أن القوة الشرائية بهذا المعنى أمر معنوي انتزاعي لا يفهمه العرف ولا يعتبره هو المال الخارجي ، وإنما المال الخارجي نفس الورقة النقدية والضامن يضمن مثلها لا محالة ؛ لأن قيمتها وماليّتها أو قل قوتها الشرائية حيثيّة تحليليّة أجنبية عن صفات المثل كغيرها من المثليات .

المحاولة السابعة : أن النقود إذا كانت حقيقة كالدرهم والدينار فقد يقال بعدم ضمان نقصان قيمتها ؛ لأن ماليّتها بجنسها الحقيقي والذي هو مال مثلي كسائر الأموال المثلية ، وأما النقد الاعتباري فحيث إنه لا منفعة ذاتية استهلاكية له أصلاً وإنما منفعته بجعله للتبادل فتكون هذه الخصوصية أعني قيمته التبادلية وقوته 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 قوتها 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 ؛ لأهميته وخطورته وملحوظيته عرفاً في خصوص النقود الاعتبارية فلا يكون أداء معادله الاسمي وفاءً وأداءً للمثل ، وإنما مماثله المعادل لنفس القيمة والمالية المعتبرة له سابقاً من نفس الجنس ، فيكون هناك ضمان للخصوصيّة الجنسية وضمان للقيمة والقوة الشرائية فيه باعتبارهما معاً من أوصاف المثل ؛ ومن هنا أيضاً لا يصحّ دفع عملة أخرى من جنس آخر كما أن

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 ، لأن 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 ماليّاتها أو الأجناس الثابتة في ماليّتها 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 أن هناك إيرادات وإشكالات عليها لا بدّ من ملاحظتها وتمحيصها وهي كما يلي :

الأول : أن 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 أظن التزام أحد بذلك .

ويمكن الإجابة عليه بالفرق بينهما من ناحية أن اعتبار العرف للقوة الشرائية في النقد من صفات المثل التي تدخل في الضمان إنما يكون في النقد الاعتباري لا الحقيقي ؛ لأن نكته عرفاً ليست مربوطة بحيثية النقدية وكون الشيء وسيلة للتبادل ليقال باشتراكه بين النقيدين بل مربوطة بحيثية اعتبارية ماليته حيث إن النقد الاعتباري إنما 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 بأن قوته الشرائية ملحوظة فيه بنحو المعنى الحرفي وبما هي من آثار خصوصيته الجنسية الحقيقية فلا تلحظ عرفاً من صفات المثل زائداً على الجنس الحقيقي ، وإن شئت قلت : إن وجود المنفعة الذاتية والجنس الحقيقي في النقد الحقيقي وكونه هو الملاك الأساس في ماليته ونقديته يجعل العرف يتعامل معه كما يتعامل مع الأجناس الحقيقية من حيث الضمان .

الثاني : أن القيمة السوقية والقوة الشرائية للنقد وإن كانت حثية تقييدية عرفاً أي قوام النقد وحقيقته بذلك حيث لا منفعة ذاتية له ، إلا أن مجرد هذا لا يكفي لضمان التضخم ونقصان قيمته السوقية من قبل الضامن له ؛ لأن 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 قلت رغبة الناس فيه لزوال طعمه أو لونه أو تأثيره فمثل هذا يكون مضموناً ومن صفات المثل ؛ لأن تلك الحثية والمنشأ القائم بالمال يكون متعلقاً لحق المالك أيضاً ، وأما إذا كان تغيرها لتغير طرف الإضافة الذي هو أجنبي عن المال وخارج عنه فلا معنى ؛ لأن يكون مضموناً لأن

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 تغيّر 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 تغيّر 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 الحق فالضمان في الفرضين وإلا فلا ضمان فيهما أيضاً .

والجواب : بالفرق عرفاً في الأوصاف النسبية الإضافية بين التصرف في طرف الإضافة والتصرف في العين فإنّ الأوّل لا يكون موجباً للضمان ، لأنّه ليس من التصرف في حق الغير وملكه ، بخلاف الثاني فإنه تصرف فيه حتى يلاحظ وصفه النسبي وما يوجبه من المالية فيه ، فمثلاً إذا كان مال في سوق معين أكثر مالتية

وقيمة منه في مكان آخر فتارة يتصرف المتصرف في المال بأن يأخذه إلى مكان آخر ويخرجه عن ذلك السوق فيكسد فإنه يحكم بضمانه ، وأخرى يتصرف في السوق بأن يرغب من فيه بالانتقال إلى مكان آخر فيكسد المال بعد ذلك فإنه لا يكون ضامناً ، لأنه لم يتصرف في مال الغير وحقه . ومقامنا من هذا القبيل فإنه إذا أتلّف النقد الذي له مالية وقيمة سوقية معينة أو أخذه من مالكه على وجه الضمان فإنه يعدّ إتلافاً أو أخذاً لقوته الشرائية من مالكه فيضمنه بماله من القيمة والمالية ، بخلاف ما إذا أثر على السوق فغير 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 تصرفاً في مال مالكي ذلك النقد .

نعم ، لو غصب النقد غاصب ثمّ أرجعه بعينه إلى مالكه 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 فقهياً .

لا يقال : فلماذا لا يحكم بضمان نقصان القيمة السوقية في السلع والأجناس الحقيقية المثلّية إذا نقصت قيمتها بعد التلف أو الغصب ، كما إذا أتلّف متناً من حنطة فضمنها ثمّ نقصت قيمتها فإنه لا يجب عليه أكثر من دفع من 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 متناً من تلك الحنطة يعدّ عرفاً نفس ذلك المال التالف لا أقلّ منه إلا إذا فكّرنا بعقلية تجارية حسابية لا تكون ميزاناً للأحكام العرفية والعقلانية ، فلو أريد ضمان نقصان قيمة السلعة زائداً على من من تلك الحنطة من باب دخل ذلك في المثلّية فليست القيمة السوقية دخيلة في ذلك في الأجناس الحقيقية كما أشرنا ، وإن أريد ضمانه بعنوان ضمان القيمة السوقية مستقلاًّ وابتداءً فالضمان لا يتعلّق إلا

بالمال لا بالمالية وإنما المالية حيثية تعليلية في المال المضمون فإن هذا هو المستظهر من أدلة ضمان الأموال الشرعية والعقلانية ، 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 المالتية بما وراء ذلك الاعتبار من القوة الاقتصادية في الجهة المصدرة والتي تجعل الورقة النقدية فيها قوة شرائية تبادلية حقيقة ، 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 مالتية بلحاظ قوته التبادلية والشرائية وهي معادلة

للأصل ، وبهذا ظهر الفرق بين النقد الاعتباري والأجناس الأخرى فإنّ منين من الحنطة مال أزيد من من واحد ولو نقصت قيمته السوقية ، فيصدق فيه الزيادة في المال على رأس المال فيكون رباً محرماً .

فالحاصل : المستفاد من ذيل آية الربا ومما ورد في تفسير الربا وأن كل شرط جرّ نفعاً فهو رباً أن 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 إلاّ عنواناً واسماً من دون جنس حقيقي زائد كما في النقد الاعتباري فلا تصدق الزيادة في رأس المال ولا النفع ، فلا تشمله أدلة الربا ولا دليل كلّ شرط جرّ نفعاً فهو رباً ؛ 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 ا وإلاّ قد ينسب 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 ا وثانياً : لو تنزّلنا عن ذلك وقلنا بعدم جواز أخذ النقصان حتى بالشرط فغاياته 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 : أن 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 ، لأن التضخم في النقود الاعتبارية اليوم أمر واقع لا محالة وهو تدريجي مستمر ، فلا بدّ للديان من محاسبة مالهم على المدينين في كل يوم ويطالبونهم بمقدار أكثر حسب تغير سعر العملة التي تعاملوا بها ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به فقهيّاً ، ولا تلتزم به القوانين المدنية اليوم أيضاً . خصوصاً إذا لاحظنا أن أسباب التضخم وأنواعه ودرجاته مختلفة ومتعددة فهل يحكم بالضمان فيها جميعاً أو في بعض دون بعض ؟

ويمكن الجواب على هذا الإشكال بالتفصيل بين ضمان الفرامة بالتلف والإتلاف ، وبين الضمان العقدي أي ضمان المسمى ، ففي الأول يلتزم بضمان نفس القوة 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 والقوة الشرائية المعادلة يوم الأداء ، وفي الثاني لا مانع من الالتزام بأنّ النظر العرفي في الأثمان ملاحظة النقد بما هو هو أي بماله من القيمة الاسمية ، فإذا اشترى شيئاً بألف تومان نسيئة يكون ظاهر الحال أنّ الثمن هو ألف تومان لا ما يعادله في القوة 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 التغير 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 المصدرة 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 يتوقف على الجزم بأنّ العرف قد ينظر إلى النقد الاعتباري بما هو مال تتقوّم ماليته بماله من القوة 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 القوة والقيمة الشرائية التي كانت لنقوده سابقاً ظلم عليه .
ويلاحظ عليه : أولاً : بالنقض بالجنس إذا فرض نزول قيمته كذلك كما إذا كان قد أعطاه أو أتلّف 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 قبضه 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 عمار^(١) وخبري عهد الله بن

(١) الوسائل ٢٧ : ٢٥٠ ، الباب ١٢ من كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، ح ٢ و ٣ .

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 الارتكاز - لو ثبت - إنما هو الشبهة الموضوعية أي تردّد مال خارجاً ودورانه بين شخصين لا الشبهة الحكمية والشك في أن الضامن هل عليه أكثر من المثل أم لا فإنّ الشك هنا في أصل الحق لا في تردّده خارجاً بين اثنين فلا معنى لاستفادة هذا من ذاك المفاد، اللهم إلا بدعوى أن العقلاء يرون هذا الحق 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 نتمكن 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 مثلاً من الحنطة لمن أخذه منه لا يصدق في حقه أنّه أضربه وأنقص ماله إذا تغيّرت قيمته زمان الأداء عن زمان الأخذ، لأنّ ماليته متقوّمه بمنفعته الاستعمالية الحقيقية الثابتة فيه بالتمام كما كانت في المأخوذ منه، إلّا إذا فكّرنا بعقلية وذهنية تجارية خاصّة ليست ميزاناً في صدق عنوان الضرر في الأدلة.

وأما في باب النقد فحيث إنّ قوامه وحقيقته بقيمته التبادلية السوقية حيث

(١) الوسائل ١٨ : ٤٥١ ، 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 ماله في زمان الأداء عن زمان الأخذ .

نعم ، قد يقال :

بأن 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 ، لأنه 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 أن عنوان إتلاف المال الذي هو موضوع ضمان الغرامة صادق في النقود إذا تحقق موجهه ؛ لكون المالية والقيمة فيها ملحوظة عرفاً كحيثية تقييدية لا تعليلية فيشملها إطلاق أدلة الضمان بالتلف أو الإتلاف .

وهذه المحاولة تتوقف صحتها على قبول هذه الدعوى وعرفية التفصيل بين السلع الأخرى والنقود من هذه الناحية ، وعهدها على مدعيها .

المحاولة الحادية عشرة : أن يدعى ثبوت حق الفسخ أو التعويض في موارد هبوط قيمة النقد هبوطاً فاحشاً في العقود والالتزامات التي لم يستلم فيها الطرف

الثلث لكونه نسيئة أو لأي سبب آخر: إمّا بملاك وجود شرط ضمنى 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 الضروري 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 صغرها 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 ماليته وقيمه بالقياس إلى السلع أو العملات الأخرى لا بحيثية مثليته سواء 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 القرضي الذي أجبنا عليه سابقاً فيمكن أن يملكه النقد على أن تشتغل ذمته بقيمته وماليته 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 سبب 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، لأن تصرف الغير كان من حقه وفيما يرجع إليه لا إلى مالك النقد فلا يصدق الإضرار، بخلاف ما إذا كان قد غصب أو أ تلف عليه ماله أو أخر أدائه إليه فإنه بلا حق فيصدق عليه الإضرار عرفاً.

وهذا الوجه - لو سلمنا ما فيه من المصادرة والدعوى العرفية - يتوقف على إثبات أن ملاك الضمان وموضوعه فقهياً إنما هو الإضرار وأن الضمان ضمان مقدار الضرر الواقع على الغير لا تلف المال وضمن بدله مثلاً أو قيمة، وقد تقدم في بحث آخر الإشكال في إمكان إثبات ذلك بقاعدة لا ضرر أو بالروايات الخاصة.

أما القاعدة وإثبات الضمان بها، فالإشكال فيه إما من ناحية أنها تنفي الحكم الضرري ولا تثبت حكماً يلزم من عدمه الضرر، أو لأن الضمان تدارك للضرر الواقع خارجاً والقاعدة لا تثبت تدارك الضرر وإنما تنفي الضرر بنفي منشأه وسببه التشريعي.

وأما الروايات الخاصة، فلأن الوارد فيها وفي كلمات الفقهاء ضمان ما يتلفه من مال الغير، وأما 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 أنه 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 عدة روايات متعارضة في المقام فينبغي التعرض 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 تغيرت 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 دلت على ضمان خصوصية نقدية الدرهم ورواجه للإنفاق والتعامل به وأنّ الدرهم الذي أعطاه إذا سقط عن الرواج والإنفاق كان له على المدين الدرهم الرائج ، لأنه أعطاه الرائج فتكون خصوصية الرواج والنقدية تحت الضمان مع أنها 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 : أنه يقال بأنّ الرواية معارضة برواية يونس الأخرى الدالة على أنه ليس له إلا الدراهم الأولى . وقد يجمع بينهما بحمل الأولى على فرض السقوط عن الرواج والنقدية نهائياً ، والثانية على مجرد نقصان القيمة والوضعية مع بقاءه نقداً رائجاً حيث لم يصرّح فيها إلا بالوضعية . إلا 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 فضة مسكوكة ولو كانت ساقطة عن النقدية أقلّ من الدرهم الفعلي ، هذا مضافاً إلى صراحة الرواية الثالثة - مضرة صفوان - في أنّه ليس للدائن حتى في فرض السقوط عن الرواج إلا 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 إلا أنّها من الحثثيات المهمة التي تجعل الفضة المسكوكة نقداً يتعامل به كثرمن في المبادلات والمعاملات بحيث يكون النقد عنواناً مباحناً 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 مالياً آخر، ففرق بين زوال نقدية الفضة المسكوكة وبين نقصان قيمته من هذه الناحية؛ ولعل نكتته ما ذكرناه سابقاً من أن القيمة حيثية تعليلية في المال لا تقييدية. فالرواية الأولى إذن أجنبية عن بحث ضمان نقصان القيمة حتى لو لم يكن لها معارض إلا بضرب من القياس وتنقيح المناط.

وثانياً: يمكن الجمع بين الرواية الأولى والأخيرة بما ذكره الصدوق رحمته الله والشيخ رحمته الله من أن المقصود بالرواية الأولى ما إذا دفع له الدراهم وزناً لا بما هي من نوع معين بالخصوص، فإن 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 بسكة المعاملة من دون ملاحظة خصوصية السكة 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 معين أي بخصوصية تلك السكة لم يكن له إلا الدراهم من تلك السكة سواء كانت رائجة أو راج غيرها؛ لأن هذا هو مقتضى اشتغال ذمة المدين بخصوص تلك السكة، وهذا معناه أن النقد الحقيقي يمكن أن يلحظ تارة كسلعة فيكون مضموناً بخصوصية، وأخرى يمكن أن يلحظ كنقد أي كفضة أو ذهب مسكوكين للتعامل مهما كانت سكته، فيكون المضمون ما يعادله من الفضة أو الذهب الرائجين للتعامل.

وهذا التفصيل الذي ذكره العلمان معقول جداً إلا أنه لا بد من قيام شاهد جمع عليه من الروايات. ولعل ما يمكن أن يكون شاهداً عليه: أن سياق التعبير في رواية يونس الأولى يناسب المعنى الأول أي دفع الدراهم بما هي فضة مسكوكة بسكة التعامل لا بخصوصيته 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 إنه 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 فيبتاعها 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 كلية هي : أنه إذا أراد أن يستوفي دينه بالمصارفة فليس له إلا سعر يوم الدفع والوفاء ؛ لأنّ الوفاء يتحقق فيه ، وكون مورد السؤال في بعض الروايات في فرض تغير سعر الصرف بعد زمان الوفاء لا يجعل الضابطة الكلية المذكورة مخصوصة به دون فرض تغير السعر قبل زمان الصرف ، فإنّ هذا خلاف النكتة الكلية المستفادة من هذه الروايات ، وهي تحقق الوفاء بالدفع والعطاء ووصول المال إلى الدائن فيكون الميزان بسعر الصرف حينه ، وهذا لا فرق فيه بين تغير 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 أنّ النقد الذي تشتغل به ذمة المدين لو أراد الوفاء به بما يعادله من النقد الآخر فليس للدائن إلا سعر يوم الوفاء ، وهذا لازمه أنّ النقد المذكور لو ارتفعت قيمته فلا بدّ 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 أنّ الروايات المذكورة كلّها 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 ماليته 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 وقوّته الشرائية محضاً بأن أقرضه مثلاً ألف درهم على أن يوفّيه قيمته اليوم بالقياس إلى الدينار أو السلع الأخرى عند الوفاء بدرهم يوم الوفاء كما في فرض القيمي ، فإنّ هذا لا يمكن استفادة عدم صحته من الروايات المذكورة ؛ لأنّ 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 وذلك بحث آخر تقدّم تفصيله ، كما أنّه لا يمكن أن يستفاد من هذه الروايات حكم ضمان الغرامة بالتلف والغصب ونحوها .

الخاتمة

وهي فيما يرتبط بهذه المسألة الخطيرة حيث إنّ هناك عدّة بحوث مرتبطة بمسألة التضخّم أو نقصان قيمة النقد إلّا أنّنا تقتصر على اثنين منها :

الأول : 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 الراج 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 لعلّه 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 معادلها 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 باقي فيه على ملك مالكة ولا ينتقل إلى العامل إلا مقدار 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 - وتشرح 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 المهمة التي رسا عليها من حيث سعة الثمرات
العملية المترتبة عليها ومن حيث مساحة الانعكاس الفكري لها
باعتبارها تمسّ ركناً يُعدّ من مختصات النظرية الاقتصادية العامة 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 - أهني الإقراض بزيادة في قبال الأجل - أنّ المالك للمال يستثمر ويستفيد من المقرض

(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 ورها ، 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 المستربح 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 ورها لا يستحقّه ، بل يستحقّه الذي من يكون رأس المال من كيسه .

إذا اتضحت هذه المقدّمة عندئذ 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 .

إلا أنّه ربّما يتحايّل للوصول إلى النتيجة نفسها بأشكال أخرى من المعاملات ، لا تكون بحسب ظاهرها وشكلها وصيغتها القانونية زيادة ماليّة يأخذها من الغير ، بل ظاهرها استرباح المالك بماله الباقي على ملكه ، فيكون نماءً له يستحقّه كالأرباح التجارية الأخرى . إلا 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 ماليّة 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 لسد 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 سنتعرض لها ضمن الأبحاث القادمة .

وهذه القاعدة - أعني المنع عن الاسترباح برأس المال غير المضمون على مالكة - إذا استطعنا إثباتها بكلّيتها 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 وآله وسلم النهي المذكور:

ففي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله 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 موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم رجلاً من أصحابه والياً فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فأنهيم 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 وآله 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 الکتب العلمیة - بیروت .

(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 یحضره الفقیه ٤ : ٤، ب ١ من مناهي النبي صلى الله عليه وآله 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 عتار - أو يكون هناك تصحيف في نسخ الفقيه .
فالمهم 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 اتضح لك أن العنوان الأخير قد ورد بسند غير تامّ ، فيبقى البحث في
العناوين الأخرى .
العنوان الأول :

أما الأول - وهو النهي عن بيع وسلف أو سلف وبيع - فقد فسّره بعض الفقهاء ببيع شيء نقداً بكذا ونسيئة بأكثر .

إلا أن 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 أن بيع شيء نقداً بكذا ونسيئة 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 بيع وسلف وجود معاملتين مستقلتين جمع بينهما المتعاملان .

وقد يفسر السلف بشراء الشيء سلفاً ثم يبيعه قبل مواعده وقبل قبضه .
 إلا أن هذا الاحتمال - مضافاً إلى عدم صحته فقهياً ، وقد دلت الروايات على
 الصحة 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 يحقق 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 يفسر ببيع شيء بأكثر سلفاً ثم شرائه بأقل نقداً أو بالعكس ، وهما حيلتان
 من حيل الربا أيضاً .

إلا أن هذا وإن كان باطلاً على ما يستفاد من بعض روايات العينة إلا أن حمل
 النهي عن سلف وبيع على ذلك خلاف الظاهر ؛ إذ هو من بيع النسيئة ثم الشراء
 بنقد ، ولا يسمى النسيئة بالسلف ، بل هو مقابل له .

والظاهر بل المطمأن به أن المقصود من سلف وبيع أن يقرضه ويسلفه مالاً -
 والقرض هو السلف ، يقال : أسلفه أي أقرضه^(٢) - ولكن مع التباني 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 ذمة المقرض بحسب النتيجة بمئة
 وعشرة دنانير ، وهذه طريقة متبعة 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 المتقدمة .

(٢) لسان العرب ٦ : ٣٣١ .

كالإجارة إذا كان أحدهما مشروطاً ومنوطاً بالآخر لباً وروحاً، إذ لا خصوصية للبيع. ومنه يثبت بطلان ما تداول اليوم وأفتى المشهور بصحته من الإيجار والسلف للتحايل والتوصل إلى الربا.

ولا يقال: إن النهي عمّا إذا كان السلف والإقراض أولاً والبيع أو الإيجار بما يربح المقرض شرطاً فيه، لا العكس.

فإنه يقال: - مضافاً إلى إطلاق النهي للصورتين؛ لأن المتفاهم منه النهي عن الجمع بين السلف والبيع بنحو يكون أحدهما منوطاً بالآخر ومعه، وأن التقديم في ذكر السلف ليس إلا للجمع بينهما لا للترتيب - إن بعض الروايات قدّم فيها البيع فقليل: نهى عن بيع وسلف.

نعم قد ورد جواز القرض والبيع المحاباتي في بعض روايات حيل الربا، وهي على قسمين:

قسم منها ورد بعنوان صحة القرض مع البيع المحاباتي: -

منها - رواية محمد بن إسحاق بن عمار، قال: « قلت لأبي الحسن عليه السلام إن 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 مالاً أزيد على مالي الذي
 لي عليه أيسقيم أن أزيد مالاً وأبيعه لؤلؤة تسوى مئة درهم بألف درهم ، فأقول :
 أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرَكَ بثمنها 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 عتيها 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 الأول :

فأولاً : إنّ الروایتين الواردتين فيه ضعيفتان سنداً ، إذ في سند الأول 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: إنَّ ظاهرهما إيقاع البيع مستقلاً عن السلف، لا بنحو يكون أحدهما مشروطاً بالآخر ومنوطاً به في عالم الإنشاء. أمّا الأولى فلأنه قد ورد في ذيلها بنقل الكافي حيث علّق عليها « وفي رواية أخرى لا بأس به أعطها مئة ألف وبعها الثوب بمشرة آلاف، واكتب عليها كتابين ». فإنّ التعبير « 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 علّم البائع طريقاً واقعياً للتوصّل إلى ربحه من دون أن يجعل ذلك شرطاً في القرض أو البيع، كيف ا ولو أريد الشرطية كان ظاهرها 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 الدالة 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 دنانير أو عشرين ديناراً، قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجرّ شيئاً فلا يصلح، قال: وسألته عن رجل يأتي حريفه 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 ورقاً فلا يشترط إلا مثلها ، فإن جُوزي أجود منها فليقبل ، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه » ^(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 بشرط » ^(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 رها 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 ماليّة نفس البيع المحاباتي أو بلحاظ ما يؤول إليه بالنتيجة من تملك الماليّة الزائدة .

مناقشة المشهور :

إلا أنّ الإنصاف : عدم تمامية هذا التفصيل لا في نفسه وبلحاظ أدلة تحريم الربا، ولا بلحاظ الروايات الخاصّة .

أما الأول : 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 المستفاد 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 المقرض 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 إنشاء 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 ربا ، 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 شعيب 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 جزمياً . 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 عمار 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، وإطلاق نهى النبي ﷺ عن سلف وبيع^(١)، وإطلاق بل ظهور صحيح يعقوب بن شعيب^(٢)، وإطلاق روايات «ما لم يكن بشرط» المتقدمة^(٣)، فإن البيع أو الإيجار المحباتي إذا كان مع السلف والقرض فلا محالة كان المقرض 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 المقرض ملزماً به، فإن هذا ليس إلزاماً بالزيادة على تقدير القرض، لأن القرض متحقق ولو لم يقدم على المعاملة المحباتية، بل هو تسبب من المقرض بأن يبقى المقرض 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 مطالبته تكويناً، وكون الزيادة المدفوعة كهدية أو كمحابة في مقابل الأجل وكون المقرض ملزماً بدفعه بعد عقد المحابة لا يجعله رباً 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 رباً 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 عمار عبّر بدلاً عن بيعين في بيع بشرطين في بيع، وهذا أصرح في إرادة ما ذكرناه من بيع شيء بشمين حالاً وموَجَّلاً؛ لأنَّ 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: «أنَّ 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 أقلَّ النقيدين إلى الأجل الذي أجَّله 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 متناً من حنطة بمئتين ، فيجعله بيعين أحدهما مشروط بالآخر بأن يقول : بعثك المنّ بدينار على أن تبيعني المئتين 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 يفسّر «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 ، فيشتره 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 يلحظه 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 مجهولية الثمن وعدم تعيينه ونحو ذلك ، وهو غير 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 مدة 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 : إن ثمنها كذا وكذا يداً بيد وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأي ثمن شئت واجعل صفقتها واحدة ، فليس له إلا أقلهما ، وإن كانت نظرة » ^(١) في صحة البيع ولكنه يقع بأقل الثمنين - أي بثمان النقد - وأبعد الأجلين ، مما يعني أن المنهي عنه هو أخذ الزيادة المجمعولة بإزاء التأجيل ، فهي غير مستحقة للبائع ، فتمام النظر إلى تحريم ذلك لكونه من الربا ولو لباً وروحاً بحسب قصد المتبايعين ، لا إلى حيثيات الصياغة وإنشاء البيع ، كما هو مقتضى التعليل المشهور لهذا الحكم ، وإلا 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 عمار ^(٢) المتقدمة ورواية سليمان بن صالح ^(٣) بناءً على اعتبارها وإرادة نفس المعنى من فقرة النهي عن بيعين في بيع الواردة فيها ، حيث إن ظاهر النهي فيهما الإرشاد إلى البطلان مطلقاً ، وعندئذٍ إما يحمل النهي على الكراهة ، كما عن السيد المرتضى في الناصريات ^(٤) ، أو يحكم بالتعارض والتساقط والرجوع إلى الأصل المقتضي للبطلان مثلاً على أساس الجهالة أو التردد في الثمن .

الجواب :

إلا أن هذه الكلمات غير تامة ؛ 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 تزيد 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 المتقدّم 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 معذور الربا وجريانه في المقام ، لا الجهالة والغرر أو عدم تعيّن الثمن أو عدم تنجيزيّة الإنشاء ونحو ذلك ممّا توهّمه البعض وعلى أساسه طرح الرواية المعتبرة بتوهم مخالفتها للقواعد .

لا يقال : أي فرق بين أن ينشأ بيع واحد بثمن 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 ١٢

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 دلّ 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 خلوّ ما ورد فيه إحداها عمّا 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 تعبداً، 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 كلّهُ مضافاً إلى أنّ الضمان في باب البيوع والمعاملات يراد به ضمان الثمن أو القيمة، لا القبض أو الوجود، فإنّها معانٍ أخرى للضمان لا تناسب باب المعاملات.

- ٣ - أن يراد النهي عن بيع الدّلال لمتاع الغير مراوحة، وهذا هو ظاهر الشيخ الحرّ العاملي عليه السلام في الوسائل، حيث أورد الروايات الناهية عن ربح ما لم يضمن تحت هذا العنوان، فتكون على وزن معتبرة أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام : « أنه

سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قَوَّموا عليه قيمة ، ويقولون : بيع فما ازددت فَلَكَ ، فقال : لا بأس بذلك ، ولكن لا يبيعهم مرابعة ^(١) .

والمقصود من المرابعة : أن يبيع برأس ماله مع اشتراط ربح زائد عليه بنسبة كل عشرة دراهم مثلاً الدرهم أو الدرهمين ، فيقول أبيعك هذا المتاع برأس ماله ولي فيه بكل عشرة دراهم درهم أو درهمان ، فهذا نهى عنه ، وإنما يصح مساومة ، وهو أن يبيعهم بمجموع ما يريد بلا إخبار برأس المال ولا البيع به مع نسبة من الربح . ولعلَّ السرَّ في ذلك لزوم الكذب في الإخبار أو التشابه بالرِّبا أو غير ذلك ، ولهذا حمل المشهور بل الكلَّ مثل هذه النواهي على الكراهة والتنزُّه .

إلا أن هذا الاحتمال أيضاً بعيد عن الفقرة المذكورة غاية البعد ، وكأنَّه نشأ من مجيء عنوان الربح في الفقرة ، فتصوَّر أنَّ المراد به المرابعة الذي له معنى خاص ، وهو نسبة الربح إلى رأس المال ، مع وضوح أنَّ الربح يشمل المساومة أيضاً ولا يختصُّ بالمرابعة . هذا مضافاً إلى أنَّ التعبير بما لم يضمن لا يكون له معنى مع هذا التفسير .

٤ - ما ذكرناه في الجهة الأولى من أنَّ المراد هو النهي عن الاسترباح بمال لا يكون ضمانه أي دركه ودفع ثمنه وبدله من كيس المستربح ، فما لم يكن المال مضموناً على الإنسان بحيث يكون ثمنه عليه لو تلف لا يستحقَّ ربحه ، وهذه هي النكتة الموجودة في باب الرِّبا ، لأنَّ المقرض بالإقراض يضمن ماله على ذمَّة المقرض ، ويصبح المال الخارجي ملكاً للمقرض ، فما يربح به في تجارة وغيرها يكون بدله على تقدير الخسران من كيسه ، لا من كيس المقرض ، فلا يستحقَّ المقرض شيئاً من أرباحه .

(١) الوسائل ١٢ : ٣٨٢ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٣ .

وقد ورد عكس القاعدة أيضاً ، أعني مفهومها - وهو أن من ضمن المال كان له خراجه وربه - في بعض الروايات عندنا وعند العامة ، أي أن الربح بالضمان .
ففي روايتنا ورد في معتبرة إبراهيم الكرخي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام إني كنت بعت رجلاً نخلاً كذا وكذا نخلة بكذا وكذا درهماً ، والنخل فيه ثمر ، فانطلق الذي اشتراه مني فباعه من رجل آخر بربح ، ولم يكن نقدني ولا قبضت . قال : فقال : لا بأس بذلك ، أليس كان قد ضمن لك الثمن ؟ قلت : نعم ، قال : فالربح له » ^(١) .

فإن ظاهرها أن ثبوت الربح له متفرع على أنه قد ضمن ثمن النخل لمالكة بضمان المسمى حيث قال : « قد ضمن لك الثمن » ، فجعل الضمان ملاكاً لاستحقاق الربح ، ولم يقل لأنه 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 ثم 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 المسمى وإن عمّمه أبو حنيفة لضمان الغرامة أيضاً .

وهذا المعنى لا إشكال في أنه هو ظاهر اللفظ في قبال المعاني السابقة ، إلا أن هناك إرادات 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 ٤٤١ .

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 معنىً ونوعاً خاصاً من الضمان :

١ - النقص بموارد ضمان اليد ، كما إذا غصب غاصب مال شخص فإنه سوف يكون ضامناً لتلفه فضلاً عن إتلافه ، فيلزم أن لا تكون نعاماته وأرباحه له ، وهذا مقطوع البطلان ، كيف ا 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 بقرينة السياق في الفقرات المذكورة بل وفي نفسه إرادة الربح التجاري أي الحاصل بالمعاملة ، فلا يشمل النهي المذكور النماءات المتولدة من نفس المال أو المنافع ، فإنها تابعة في الملكية لملكية أصل المال ، فمن يملك الأصل يكون مالكا لها ، ولا ربط ولا نظر لهذا النهي إليها ، ويكون الغاصب ضامناً لها ، لأن غصبه للأصل غصب لها ، كما هو واضح .

٢ - النقص 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 - النقص بموارد الضمان العقدي أو الضمان بالشرط مع ثبوت الربح فيها

(١) الوسائل ١٧ : ٣١٣ ، ب ٧ من أبواب الغصب ، ح ١ .

للمالك ، كما إذا ضمن 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 ، فإنه لا إشكال في أنه يكون لمالكه .

والجواب : أن المراد بالضمان في هذه القاعدة طرداً وعكساً منطوقاً ومفهوماً هو ضمان ثمن المسمى لا ضمان الغرامة ، بمعنى أن 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 ذمة المالك مشغولة بثمرته لا محالة ، غاية الأمر المؤمن أو المستعير أيضاً تشتغل ذمته 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 المسمى الثابت على المشتري المستربح في مقابل البائع لما حصل فيه الربح ، وهذه هي الفلزكة الأساسية لهذه القاعدة .

والوجه في هذا الاستظهار - مع أنه قد يقال بإطلاق الضمان لضمان الغرامة ، بل يدعى ظهور ضمان المال في أن خسارته عليه بمعنى ذهاب نفسه من كيسه لا ذهاب ثمنه المسمى من كيسه - هو أنه :

أولاً - أن الضمان بمعنى اشتغال الذمة أو العهدة بالبدل ، ولا معنى لأن يراد من ما لم يضمنه المستربح ضمان الغرامة ؛ إذ المالك لا يقال له إنه ضامن لمال نفسه بضمان الغرامة ، وإنما يعقل ذلك في حق غير المالك للمالك ، فلو كان التعبير النهي عن ربح ما ضمنه الغير أمكن إرادة هذا الضمان ، إلا أن التعبير النهي عما لم يضمن من قبل المستربح وأنه لا بد من استحقاقه للربح أن يكون ضامناً له ، وهذا لا يصدق إلا على ضمان المسمى ، أي اشتغال العهدة أو الذمة بدفع الثمن لما يتجر ويؤخذ من الغير بالبائع والتجارة .

وثانياً : ظهور كلمة الربح وسيق الفقرات المذكورة في النظر إلى باب

الاسترباح بالتجارة ونحوه، والذي يكون ضمان المستربح والتاجر له ضمان المسمى.

وثالثاً: ما ورد في رواية الكرخي^(١)، فإنها صريحة في إناطة الربح بضمن الثمن.

٤- النقص ببيع المبيع الشخصي بأكثر قبل قبضه، فإن ضمان تلفه وخسارته من كيس البائع، لقاعدة «أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه» فلا يكون المشتري المستربح ضامناً للمسمى فيه، مع أنه يجوز ذلك، ولا يظن بطلانه بل يقطع بالصحة فيه فقهياً، وقد صرحت روايات عديدة معتبرة بذلك، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها، قال: لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبيع»^(٢).

وهي إن لم تكن منصرفة إلى الثمرة المشخصة المعينة في الخارج فلا أقل من إطلاقها، بل من يراجع روايات المسألة يظهر له أن البيع كان جائزاً من هذه الناحية، وإنما الإشكال والنهي قد ورد في بيع الطعام بربح قبل قبضه، والذي ذهب إلى التحريم فيه بعضهم، إلا أن بعض الروايات دلت على الجواز فيه أيضاً، بل الروايات الناهية والمجوزة كلها واضحة الظهور في أن المحذور من ناحية الكيل، لا من ناحية عدم القبض وعدم ضمان المسمى^(٣)، والروايات إن لم تكن منصرفة إلى المبيع الشخصي فبإطلاقها تشمل.

والجواب: أولاً: يمكن أن يقال إن نفس بيع المبيع قبل قبضه يخرج عنه ضمان البائع، لأنه 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 منشأ 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 وقيمته 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 أراحه 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 بئانه 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 الأول : 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 موثقتي محمد بن قيس ، أولاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليبتاع لهم بعيراً بنقد ويزيدونه فوق ذلك نظرة ، فابتاع لهم بعيراً 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 فليبيع 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 الروایتين ، بل صريح الثانية منهما ، لأنها صرّحت بجعل الصفقتين أي البيعين صفقة واحدة ، ممّا يدلّ على أنّ النظر إلى تحقق 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 ، فالأول جائز بصريح ذيل الرواية الثانية ، والثاني غير جائز بصدر الروایتين ، 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 الروایتين 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 رآه المجلسيان .

(١) ملاذ الأخيار ١٠ : ٥٨٨ . روضة المتقين ٧ : ٢٩٥ .

فالصحيح : أنَّ الروایتين 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 وثمانه 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 المتقدم .

ثمَّ إنَّ الروایتين 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 ، فالروایتان في الوقت الذي تدلَّان على المنع عن ربح ما لم يضمن تفسران 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 يفسر 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 وضیعة ، 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 الحزاة 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 يريد ، 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: إنَّ ضمان الوضعية - كضمان التلف، بل هو ضمان تلف المالية، ولا فرق بينه وبين ضمان تلف المال - شرط سائغ شرعاً؛ لما ثبت من صحة ذلك في باب عقد الضمان، بمعنى العهدة بضمان غرامته وقيمته لو تلف، وما ثبت من صحة شرط الضمان في العارية المضمونة. بل ذكرنا في المضاربة أنَّ اشتراط كون الربح والنماء لغير المالك أيضاً ليس خلاف الشرع، فضلاً عن شرط ضمان الوضعية.

وثانياً: ظاهر التعبير بالوضعية أنَّ نظر السائل إلى ما يشتريه للتجارة والاسترباح ببيعه بأكثر؛ لأنَّ الوضعية تكون بذلك، أي ببيع ما اشتراه بأقلَّ 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 أنَّ المحذور الذي كان يتصوره السائل ومن ناحيته يحتمل عدم استقامة عمله إنما هو الاسترباح بما ضمَّته على البائع الذي يشتري منه، والذي ينبغي أنَّه لا يضمن ثمنه بمقدار الوضعية والتلف للبائع، ولهذا لو كان الضامن شخصاً آخر غير البائع وكان ضمان الغرامة لما يخسره المشتري بالوضعية لم يكن به بأس، وهذا هو ربح ما لم يضمنه بالمعنى المتقدم، فتدلَّ الرواية على أنَّه لا ينبغي للمشتري أن يفعل ذلك، أي أن يضمن رأس ماله على البائع من ناحية الوضعية مع كون الربح له لو كان؛ لأنَّه في قوَّة عدم ضمان ثمنه له. وهذا لا يدلُّ على أنَّه لو فعل ذلك فهل يصحَّ الضمان ويكون الربح للبائع أو يبطل الضمان ويكون الربح للمشتري؛ فإنَّ 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 المستربح ضمان أصلاً لا ضمان الوضعية ولا ضمان التلف، فلو كان عليه أحدهما كفى في أنَّه 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 رفاعة أنّه قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال : إن ربحنا 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، فإما لا يستحق الربح إلا بطيب نفس صاحب الجارية، لأن الثمن للنصف قد ضمنه له، أو لا يصح شرط الضمان فلا يستحق الوضعية على صاحب الجارية إلا بطيب نفسه، ولا أقل من إجمال الرواية من هذه الناحية.

وثانياً: لو سلمنا ظهورها في إرادة طيب النفس حدوثاً وعند الشرط مع ذلك قلنا إن مفادها ليس ظاهراً في أكثر من اشتراط ضمان الغرامة للوضعية على الشريك لا ضمان المسمى، 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 جيداً، وهذا أجنبى عن القاعدة.

التطبيق الثالث: ما ورد في المضاربة من أن من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء، وهي معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - وقد نقلها الكليني والصدوق عليهما السلام بصيغة: «أن أمير المؤمنين صلوات الله عليه قال: من أتعرج مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، وقال: من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء» ^(١).

ونقلها الشيخ بصيغة «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في تاجر أتعرج بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان، وقال أيضاً: من ضمن مضاربه فليس له إلا 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 فقها .

وفيه : أن ما هو مقطوع البطلان ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن الغاصب لا يضمن منافع العين المفصولة ؛ لأنه ضامن لرقبتها ، وقد ورد عن النبي ﷺ أن الخراج بالضمان ^(٢) . وهذا المطلب باطل حتى بناء على صدور تلك القاعدة ؛ لأن المراد منها كما تقدم 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 المعتمدة 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 محرم . 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 إنه 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 المقرض لا يؤدي إلى أن يصح أن يراد بالتضمين عقد القرض بالخصوص، من قبيل أن يقال: من ملك مالا 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 تعدي 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 ونحو الضابطة الكلية بحيث يكون المتفاهم منها عرفاً أنهما لا يجتمعان ، وأنَّ المالك إذا أراد الاسترباح برأس ماله فليس له أن يضمَّنه 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 إلا رأس ماله ، وهذا يشمل التاجر المضارب والوكيل والمتبرِّع بالأتجار للغير المعبر عنه بالبضاعة والأجير ، فإنه في جميع موارد الاتجار 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 ﷺ 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 الهائِج للمتع الذي يستريح به ، فتكون الرواية

أجنبية عن قاعدة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن ؛ إذ المراد بعدم الضمان فيه عدم ضمان الثمن المسمى لصاحب المتاع الذي فيه الربح .

والجواب : أن الرواية واردة بعنوان من ضمن التاجر - سواء المضارب أو غيره كالأجير والوكيل ونحوه - رأس ماله والذي لا بدّ وأن يقع ثمناً لما يشتري من أجل الاتجار والاسترباح ، وهذا معناه أن المالك لرأس المال لا يتعهد بالثمن لما يشتريه التاجر من السلع والأمتعة للاتجار ، وهذا هو معنى عدم ضمان المالك لثمن المسمى لما يشتريه التاجر للاسترباح بحيث لو تلفت أو وضعت كان التاجر هو الضامن والمتعهد بدفع ثمنها لمن اشترت منه ، لا المالك لرأس المال ، ولا يكون المالك طرفاً للتعهد وضمان الثمن على تقدير الخسارة ، وهذا هو ربح ما لم يضمن ثمنه المستربح ، وهو الاسترباح بأموال الآخرين . وهذا بخلاف مورد عقد التأمين على مال ولو كان مشترياً من الغير ؛ فإن الضامن يضمن خسارة تلفه للمالك وهو المشتري ، ولا يكون متعهداً إلا في قبالة ، لا في قبالة البائع لذلك المال .

فالحاصل : ظاهر تضمين رأس المال على التاجر أن المالك ليس مسؤولاً ولا ضامناً أمام من يشتري منه التاجر المتاع التجاري للاسترباح وأن ذلك بعهد التاجر ، وهذا يساوق عدم ضمان المشتري بضمان المسمى ، بخلاف ما إذا كان ضامناً للبدل من رأس ماله فكان هو التاجر والمشتري والبائع ، غاية الأمر على تقدير الخسارة يتدارك ويجبر ذلك بضمان المضارب أو الأجير ؛ فإن هذا لا يناسب التعبير ؛ « من ضمن تاجراً » الظاهر في عدم الضمان عليه أصلاً ، لا عدم استقراره عليه ، خصوصاً مع التعبير بأن الآخر هو التاجر ، فهذا يختلف عما إذا كان المالك هو الضامن والمتعهد 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 نتيجهما واحدة .

هذا مضافاً إلى أنّ الآثار والنتائج مختلفة في المقام بين شرط الضمان وشرط التدارك ، حيث يكون الأول 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 إنّه بناءً على تفسير « ربح ما لم يضمن » وكذلك « من ضمن تاجراً » بما ذكرناه - من أنّ الاسترباح التجاري بحال فرع أن يكون ضمانه أي بدله وثمنه على المستربح ومن كبسه ، وعدم شموله لضمان الغرامة حيث لا يصحّ أن يقال إنّ ضمان المال على مالكه 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 يحقق 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 تضمن الثمن لا ضمان الغرامة ، والله العالم بحقائق الأمور .

المطابق 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 فأراوضه على الشيء من الربح فنتراضى به . ثم أنطلق فأشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أرد ، ثم آتية 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 تأتية ، وإن شاء رده ، فلست أرى به بأساً » ^(١) .

وصحيح منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينة ، 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 يبع ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس » ^(٣) .

وفي معتبرة معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام يجيئني 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 أحب إليه مما عندك أستطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أستطيع 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، وبعتها 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: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلني اشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس، إنما 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 تبينه إياه كان من مالك - أي من مال البائع بالنسيئة بأكثر - ومفهومه أنه إن كان هلكته وذهابه من مال المشتري لم يصح 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 أنه لو كان ملزماً بذلك بمجرّد الشراء من السوق لم يصح،

(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 استظهروه 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 مالكا 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 ألقينا الخصوصية - ولو باعتبار له بعد أن كان البيع الملزم بعد الملك - عتَمنا الحكم إلى موارد بيع ما يملكه حين البيع أيضاً ، فيكون هناك شرطان لصحة البيع : أن يكون مالكا 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 ونقحناها 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

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 ويوجب على الطرفين بمجرد الشراء للمتاع له من السوق ففيه محذور وبأس ، وإن كان لا يجب بذلك بحيث لا بد وأن يوجبه أي يتحقق البيع والشراء ويتم بعد ذلك فلا بأس به . فالمقصود من الخيار واللزوم هذا المعنى الذي يساوق كون الصفتين صفقة واحدة الوارد في موثقتي محمد بن قيس المتقدمتين في التطبيق الأول ، والذي تقدّم 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 تقدّم 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 ؛ لأن هذا هو الأمر الذي كان محل البحث والسؤال في العينة ، حيث كان مقصودهم التوصل إلى ربح في مقابل الأجل أو في قبالة 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 ؛ لأنهما يقصدان تمليك من يشتري بأكثر نسيئة بعد الشراء لا قبله - غير منسجم مع تعبيرات الروايات من ذكر الربح والأجل ونحو ذلك مما هو كالصرح في أن المحذور في الاسترباح الحاصل بهذه المعاملة ، ومحذور شرطية الملك لا ربط له بذلك ، بل صرح في صحيح محمد بن مسلم بأنه « لعله يشتريه منه بعد ذلك » ، فلا بد 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 أن 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 » فإن هذا نفس التعبير الوارد في السنة هذه الروايات ، خصوصاً رواية يحيى بن الحجاج ممّا يعني أن هذا التعبير يقابل ما هو مذكور في صدر موثقة ابن قيس من جعل الصفقتين صفقة واحدة ، والذي معناه أنه يلزم صاحبه بالبيع بأكثر قبل أن يبتاع المتاع من السوق بنحو بحيث يقع بمجرّد الشراء من السوق للأوّل ، والذي هو مقصود المتعاملين وغرضهم في هذه الموارد ، لا التملك 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 جداً في ما عدا صحيح ابن مسلم ، إلا أنه قد يدعى ظهور خصوص هذا الصحيح في النظر إلى حيثية البيع قبل الملك ، وبالتالي شرطية الملك في صحة البيع ؛ لأنه قد ورد فيه التعبير بقوله ﷺ : « إنما يشتريه منه بعد ما يملكه » الظاهر في بيان العلة وشرطية الملك في صحة البيع والشراء ، بحيث يكون حمله على النظر إلى شرطية أخرى تأويلاً .

إلا أن 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 تجعلاً 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 : « لعلي اشتريه منك بنقد أو نسيئة » الصريح في فرض عدم وقوع إنشاء الشراء قبل أن يملكه ، ومع ذلك هناك محذور يخشاه السائل ، فإن هذا المحذور لا بد وأن يكون سنخ محذور مربوط بالنتائج لا بالصياغات والإنشاء ، وليس المناسب لذلك - خصوصاً مع ملاحظة القرائن اللبّية واللفظية المتقدمة في سائر الروايات - إلا مسألة الغرض النهائي للمتعاملين ، وهو توصل صاحب الدراهم والنقد إلى ربح من خلال وساطته دون أن يكون له غرض لنفسه في شراء المتاع .

فالإنصاف : أن هذه الروايات ليست مربوطة بشرطية الملك في إنشاء البيع أصلاً ، وإنما 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 ، وإنما يستفاد ذلك من المفهوم وشبهه ، فيكون قصارى مفادها أنه في فرض إيجاب البيع من أول الأمر وصيرورة المتاع للمشتري بمجرد شرائه من السوق - والذي هو معنى اتّحاد الصفقتين في صفقة واحدة - يوجد بأس ومحذور ، وأما هل يكون المحذور عندئذٍ بطلان المعاملة مطلقاً أو عدم استحقاق الربح والزيادة ؟ فهذا لا يتعيّن بهذه الروايات ، وإنما تدلّ عليه موثقتا محمد بن قيس ، حيث تقدّم دلالتهما على وقوع البيع نظرة ، غاية الأمر لا يستحق الواسطة أكثر ممّا نقد ، أي لا يستحق الربح ، فتكون مؤكدة لقاعدة بطلان ربح ما لم يضمن التي دلت عليه رواية المناهي وموثقة محمد بن قيس الواردة في تضمين التاجر أو المضارب ، خصوصاً إذا استفيد منها الإطلاق لغير المضاربة أيضاً ، كما تقدّم .

وهكذا تتضح الكبرى الكلية من خلال مجموع هذه الروايات ، وهي عدم استحقاق الربح التجاري إلا مع فرض ضمان المستربح لما فيه الربح ، بمعنى أن يكون بدله وثمانه على تقدير تلفه عليه ، لا على البائع أو على شخص آخر بحيث

يكون ذلك الشخص هو طرف البائع في الضمان ، وهذه نكتة عامة لها تطبيقات عديدة حينما نتأملها نجد أنها كلها من قبيل موارد التحايل على الربا وتحقيق نتيجته بصياغة اعتبارية أخرى غير ربا القرض ، فتدبر في أطراف ما ذكرناه ، فإنه تحقيق به ، والله العالم بحقائق الأمور .

ملحق

أما البحث في وثيقة عبد الملك بن عتبة فقد قيل : إنه مردّد بين النخعي الصيرفي الثقة أو الهاشمي الذي لم يرد توثيق بشأنه . وظاهر النجاشي أنهما شخصان ، وأنّ الأول هو الذي له كتاب دون الآخر وأنه من أصحاب الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام بينما الأول 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 ، فإنه الذي ليس له كتاب ، والظاهر أنهما أخوان كما قال به الوحيد البهبهاني ^(٤) .

أما 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 .

أن من له كتاب له رواية واحدة ، بينما سائر الروايات والتي تبلغ أربعين رواية تكون عن الهاشمي الذي ليس له كتاب ، كما أن 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 علي ابن الحكم عنه عن أبي الحسن عليه السلام ، راجع المسألة على ضوء ملاحظة الأسانيد التي وقع فيها هذا العنوان تعرف ذلك ، فالرواية صحيحة سنداً .

الاستثمار

من المسائل التي سلّطت عليها الأضواء أخيراً هي مشروعية وصحة 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 أن 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 صحح على خلاف القاعدة ، من باب تعارف الناس عليه أو من باب الاستحسان . ومن خرجه 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 ، لأنه اشترى شيئاً لم يره فكان له خيار الرؤية^(١) .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٤ : ٦٣٤ .

مع كلمات الأصحاب :

وظاهر كلمات الشيخ رحمه الله 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 ، لأن الناس قد اتفقوا على ذلك . دليلنا على بطلانه : أننا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها وأنه بالخيار بين التسليم ورد الثمن ، والمشتري لا يلزمه قبضه ، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك ، ولأن ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بالصفة في الذمة ، فيجب المنع منه » ^(١) .

وقال في المبسوط - كتاب السلم - : « استصناع الخف 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 رده وإن شاء قبله » ^(٢) .

وأما سائر فقهاءنا بعد الشيخ رحمه الله 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 أن ما يقع بين المستصنع والصانع لو كان مجرد وعد بالشراء على تقدير الصنع - كما يتفق - فليس هذا عقداً ولا أمراً واجب الوفاء ، إلا أن هذا المطلب ليس هو المطابق مع المرتكز العرفي والعقلائي ، لا أقل 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 لكثرت 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 ؟

التخريجات الفنية للاستصناع :

وبهذا الصدد يمكن أن نصور 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 كالجمالة .

٤ - أن يكون الاستصناع مركباً من أكثر من عقد .

٥ - أن لا يكون الاستصناع عقداً ، بل أمر بالصنع على وجه الضمان .

التخريج الأول :

أما التخريج الأول - الذي مال إليه بعض الكتاب المحدثين ، وهو أن يكون الاستصناع عقداً مستقلاً - فيمكن تقريره بأحد نحوين :

النحو الأول : 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 لا بد وأن يرجع إلى إنشاء مفهوم آخر اعتباري ، وهو إما 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 بأن العقد ليس مطلق الالتزام الجازم بفعل للآخر مطلقاً أو مع التزام في مقابله ، وإلا كان كل تعهد 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 مما لا إشكال فقهيّاً في كونه من الوعد غير الواجب .

ودعوى : خروج ذلك بالإجماع والسيرة وإلا 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 - أن العقد ليس مجرد الالتزام الجازم بفعل ، وإلا كان كل وعد جازم بفعل عقداً . وليس الفرق بين العقد والوعد أو الشرط الابتدائي بكون الأول جزمياً والثاني مردداً ومشكوكاً . كما أنه ليس الفرق بأن الأول مشتمل على التزامين والثاني التزام من طرف واحد ، كيف ا وفي العقود ما يكون الالتزام فيه - بمعنى من عليه الشيء - من طرف واحد كالهبة . وإنما 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 وينحو التوافق عليه من دون أن تحصل علاقة وضعية اعتبارية في البين عقداً . وعلى هذا الأساس نقول في المقام بأن 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 بد وأن يرجع بحسب الروح إلى بيع السلم ، وإن كان إنشاءً لحق متعلق بعمل الصانع ومنفعته فهذا - مضافاً إلى أنه لا يفي بفرض المستصنع حيث إنه 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 ولتأً 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 المقرر ، 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 المقرر .

فالحاصل : ليست العلة الوضعية والحق المنشأ بالعقود منحصرأ 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 وعقلائياً 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 بأمر بصنعه ، ولهذا يعينان ثمنه من الآن ويتفقان عليه أيضاً ، فمثل هذا لا يمكن تخريبه 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 التخريب 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 يحصله 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 الأولى خلاف مفاد تلك الأخبار ، ومحكوم بالفساد والبطلان .

ففي صحيح معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يبيئني الرجل يطلب (مني) بيع الحرير وليس عندي منه شيء ، فيقاولني عليه وأقاوله في الربح 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 يحصله مصنوعاً من السوق أو يحصل 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 موجب 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 فيشتره 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 وتحقيقه خارجاً مع أن الاستصناع أعم من ذلك ، لازمه أنه لو لم يصنع الباقي ويكمله كان المستصنع مالكاً للناقص ، 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 تعدُّ 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 ، فيشترى 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 - فإن
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 ، فحينئذ تكفي لإثبات الصحة
عمومات ﴿ أحل الله البيع ﴾ ^(١) و ﴿ وتجارة عن تراض ﴾ ^(٢) ونحو ذلك .

هذا مضافاً إلى منع تقوم التسليف بذلك لغة أو عرفاً ، وإنما صدقه بلحاظ
التسليف في المبيع ، كما أن روايات السلف لا تدل على ذلك . نعم قد يظهر من
بعضها أن ثمن السلف لم يكن ديناً في ذمة المشتري ، بل كان مدفوعاً للبائع إلا أنه
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 .

جـ - وإن كان مدركه نهى النبي ﷺ عن بيع الكالي بالكالي ^(٢) ، فهذا لم يثبت بطرقنا ، بل في طرق العامة ، على أن المراد بالكالي لعلة الدين لا مطلق المبيع المتأخر بالثمن المتأخر عن مجلس العقد . والكالي من الكلاء بمعنى الحفظ والمراقبة ، والكالي - كما ذكره في المسالك - « اسم فاعل ، فكأن كل واحد من المتبايعين يكلأ صاحبه أي يراقبه لأجل ماله الذي في ذمته ، وفيه حينئذ إضرار أي بيع مال الكالي بمال الكالي ، أو اسم مفعول كالدافق فلا إضرار » ^(٣) فيرجع هذا الحديث إلى 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 المتشريعة بل سيرة المسلمين عملاً على ذلك ، وأن ارتكازهم العملي كان على أن من يشتري شيئاً سلفاً في ذمة الغير لا يصح منه ذلك مالم 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 المثلث .

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 . وتمام الكلام في ذلك موكل الى محله .

وهكذا يظهر : أن تخريب الاستصناع على أساس السلم يوجب تحديد عقد الاستصناع بخصوص ما إذا كان الثمن مقبوضاً في المجلس أو نحوه .

نعم ، يمكن تخريبه 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 الفرر 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 الفرر والخطر .

إلا أن هذا التخريج لو تم - وكذلك التخريج 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 ما سنبحثه في التخريج القادم .

التخريج الثالث :

أما التخريج الثالث فهو أن يكون الاستصناع إيجاراً للصانع من قبل المستصنع ، أو شبه الإيجار كالجمالة في قبال ما يتفق عليه بينهما ، ويكون المصنوع عندئذ للمستصنع تبعاً لتملكه عمل الصانع وصنعه بالإجارة .

وامتياز هذا التخريج أنه يخرج لنا وجه ضمان المستصنع لعمل الصانع إذا ظهر بطلان العقد ، وأن المصنوع يكون للمستصنع ، ويضمن للصانع أجرة 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 : أنه يمكن اعتبار تسليم مثل هذا العمل بتسليم المصنوع لا مجرد الصنع ، فمع عدم تسليمه تنفسخ الإجارة .

إلا أن الإشكال عندئذ في وجه تملك المصنوع الذي هو عين خارجية ، مع أن الإجارة تملك للمنافع لا الأعيان ، فإنها بحاجة إلى البيع بشروطه .

ويمكن في المقام أن يُذكر وجهان لتقريب تملك المستصنع الذي هو المستأجر للعين المصنوعة بالإجارة أو شبهها تبعاً :

الوجه الأول :

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 الأجير 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 ليطمسك بإطلاقه ، وإنما يثبت بالسيرة العقلانية والارتكاز العرفي الممضى شرعاً في مثل الثمر والشجر ونحو ذلك مما يكون أحد المالين متولداً من الآخر ذاتاً وامتداداً له . وفي المقام ليست المادة المصنوعة متولدة من العمل جزماً ، وأما الهيئة المصنوعة فهي حيثية تعليلية في العين والمادة عرفاً وشرعاً ، ولهذا لا تكون مالاً مستقلاً في قبال المادة .

(١) راجع شرح مجلة الأحكام العدلية : ٢١٩ .

وعدم التبعية في المقام أولى منه في مورد الحيازة ، وإن كان الصحيح فيها أيضاً عدم التبعية على ما حَقَّقناه في محلّه ، ووجه الأولوية أنّ المادة المصنوعة هنا كانت مالاً 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 أنها ليست مالاً 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 عما 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 يصح 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، وعندئذ 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 يصح 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 فيصح إيجار العمل على أساس الوجه السابق، وإلا - كما هو كذلك - فلا تصح 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 لبأً 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 وإلاّ 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 التخريج وإن كان معقولاً في بعض الموارد، كمورد الخياطة ونحوها مما يحتاج العمل في مال المستأجر إلى بعض التوابع 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 التخريج يتوقف صحته على أن يدعى توسعة في باب الضمان بالأمر. وتوضيح ذلك: أنه لا إشكال في ضمان الأمر للعمل، كما إذا أمره بأن يخطط 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 الجمالة أيضاً.

إلا أن هذه الموارد كلها من باب الإتلاف للعمل بصته على مال الغير أو المال بإعطائه لمن يأكله أو إلقائه في البحر، فيكون الأمر بالإتلاف على وجه الضمان موجباً للضمان، إما ضمان الفرامة أو المسمى الذي يتفقان عليه.

وفي المقام لا يوجد إتلاف للمال المصنوع، وإنما نقل للمال وتملك للمعين

المصنوعة ، وعندئذٍ قد يقال : بأنَّ ضمان الأمر توسعة لقاعدة ضمان الإتلاف ، فلا تشمل إلا موارد الإتلاف لمال الغير بالأمر ، وأمَّا التملك والتملك فبحاجة إلى سبب ناقل من بيع أو إيجار ، فلا يتم هذا التخرج في المقام .

إلا أنه يمكن أن يقال : بأنَّ القاعدة المذكورة أوسع من ذلك عند العقلاء ، فتشمل موارد الإتلاف على المالك ولو لم يكن إتلافاً للمال . وهذه التوسعة لها تطبيقان : أحدهما : ما إذا كان إتلافاً 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 غصباً ، فإنه يضمن الأمر قيمة ماله جزماً ، لأنه أتلفه عليه عرفاً .

الثاني : ما إذا لم يكن إتلافاً حتى للملكية وسيطرة المالك على ماله ، ولكنه كان إتلافاً للهيئة التي كان عليها المال ومتعلقة لغرض مالكة التي كان يريد بها ، كما إذا قال لبائع اللحم : اشو هذا اللحم لي فشواه له ، فإنه خرج بذلك عن كونه لحماً ، فيكون ضامناً لقيمة اللحم أو ما اتفقا عليه ، ويكون المشوي له ولو بعد دفع بدله ، وليس للأمر أن يتركه ويذهب .

وهذا قد نقوله في مورد الغصب أيضاً ، فمن أخذ مال الغير غصباً وغيره ولم تنزل قيمته السوقية بذلك ولكنه كان ينحو لا يفيد مالكة كان من حق المالك المطالبة بقيمة أصل ماله أو بمثله في قبال ما غيره عليه . بل قال الفقهاء - في مثل حمل متاع الغير ونقله إلى مكان آخر - : إنَّ الغاصب ضامن لنقله إلى مكانه الأوّل لو أراد المالك فيه ولو لم تتغير قيمة المتاع في المكانين ، فضمان ما يتغير من خصوصيات المال المطلوبة عقلاً ولو لم تكن مؤثرة في المالية بالتصرف أو بالأمر مطابق مع الارتكاز العقلائي .

نعم ، يبقى هنا لمالك اللحم الحق في إبقاء المشوي لنفسه ، لأنَّ تملك الأمر له إنما كان من باب الضمان للوصف المطلوب ، لا المبادلة والتمليك الفعلي . وهذا هو

الذي يفتر 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 التفرير 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 ورد:

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 وتفریط 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 مقيداً 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 أتلف 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 تقبل 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 إلاّ أنّه كان بأمر المستصنع على وجه الضمان لقيمته 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 استئجاره لصنعه من قبل المستصنع والذي لا بحث في جواز ذلك بلا تداخل أو تردّد بين البيع والاستئجار .

المربون

العربون

قد تعورف في أزمئتنا أن يتفق الطرفان على البيع أو الايجار ولكن بنحو التواعد والاقرار الابتدائي لا النهائي ليبتان في ذلك فيما بعد. وقد يدفع المستأجر أو المشتري ضمن هذا القرار الابتدائي مقداراً من المال يسمى 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 سماء 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 سماء 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 أن 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 أن يقال :

قارة : 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 وترتب الحقوق العينية كلها من حينه ، كما أنه لابد 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 التملك - من الآن في ذلك الوقت، فهذا في البيع عقد تعلقي باطل، بخلاف الاجارة كما تقدم. 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 أن الوعد أعم من ذلك بحيث يشمل موارد القول مع الالتزام والتعهد مع ذلك نقول: إن الدليل على عدم لزومه دليل لبي قدره المتيقن ما إذا لم يكن تبان من الطرفين على نحو الالتزام والتعهد، فلا يمكن التمسك بالاجماع لاثبات بطلان مثل هذا القرار والتعهد المتفق عليه.

فلا بد من البحث عما 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 وإلا 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 الأول: التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) لأن الشرط هو الالتزام.

ويلاحظ عليه:

أولاً - أن الشرط ظاهر في ما يكون تحقق الشيء منوطاً به، ومن هنا يكون ظاهره الشروط والالتزامات في ضمن العقود الصحيحة والتي يناف 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، ج 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 بالعهود ^(٣) ، فتشمل الآية كل تعاقد والتزام مبرم ومتفق عليه بين الطرفين ، سواء كان متعلقه التملك ، أو عملاً من الأعمال ومنها الإيجار أو البيع منه دون غيره ، فيجب الوفاء به ويمكن إجباره عليه .

نعم هذا وحده لا يكفي لتحقيق الانتقال والملكية للعوضين ، بل لابد من إنشاء عقد البيع أو الإيجار بينهما ليتحقق ذلك ، فما لم ينشأ ذلك لا انتقال في الملكية ولا ينشأ أي حق عيني . ويمكن للحاكم إجباره أو إجراء العقد عنه إذا 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 ، وأمّا 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 ، لأنها 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 السرقفلية - بناءً على تخريبها 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 مشرعة لمضمون لم يثبت شرعيته في نفسه ، كما إذا شك في أصل صلاحية الكافر لتملك المصحف أو العبد المسلم ، أو شك في أصل قابليته حق 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﴾ إن العهد كان مسؤولاً^(١) . والاستدلال به مبني على أن يراد باللام فيه الجنس لا العهد ، أي عهد الله سبحانه .

(١) الاسراء : ٣٤ .

ويلاحظ عليه :

أن سياق الآية وذيلها قرينتان على إرادة الثاني لا الأول ، فإنَّ المراد من السؤال هو السؤال يوم القيامة ، وعندئذ لا يكون المراد من العهد المعنى المذكور ، لوضوح أنَّ المراد بعهد الله أحكامه وتكاليفه بل ظاهر عنوان العهد هو الالتزامات الثابتة قانوناً لا الالتزامات الشخصية فليست الآية بصدد تنفيذ كل الزام يجعله الشخص على نفسه ، وعندئذ لا يكون الأمر بالوفاء إلا 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 وإلا يكون التمسك بهما لاثبات الصحة من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

وهكذا يتضح : أنه لا يمكن الجزم بلزوم مثل هذه التعهدات والالتزامات وإن صدرت بين اثنين وبنحو التباني والاتفاق عليها ، وعليه لا يمكن تصحيح الوعد بالبيع أو الإيجار بعنوان عقد مستقل لازم على الواعد ، كما ذهب إليه الفقه الوضعي .

الوجه الرابع : أنه 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 : « رأيت إن وجد بيعاً هو أحب إليه

مما عندك أستطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أستطيع 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 فتراضى 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 تبيعه 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 نسيئة بأكثر بعد شرائه بأقل نقداً ، ويجعل ذلك بنحو بحيث يكون للمشتري نسيئة 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 .

وكلّ هذه الأمور أجنبية عن محل البحث ، والذي يكون فيه التعهد من المالك بأن لا يبيع أو يؤجر ماله إلّا منه من دون وجود بيعين من شخصين ، أي لا يوجد أشخاص ثلاثة بل هما البائع والمشتري ، ولا ربح بازاء الاجل والنسيئة ، فلا يمكن افتراض أن 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 أنّه لا يمكن للإنسان أن يلزم نفسه ببيع شيء في المستقبل من خلال ملزم كالعقد أو الشرط في ضمن عقد ، وإنّما تمام النظر فيها الى احدى النكات المذكورة في بيع ما لا يملكه قبل تملكه بأكثر نسيئة ، 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 أنّ هذه الروايات واردة في خصوص البيع ، ولا يمكن التعدي منه الى الوعد بالايجار 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 لا بد أن 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 : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ ^(١) إذ المراد بالباطل كل تملك وأخذ للمال من دون ما بازاء 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 :

أن 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 لأنه باطل ، وعلى كلا التقديرين لا يصح الاستدلال بها في المقام ، وذلك :

أما على الأول ، فلمنع صدق الباطل العرفي ، لأن 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 أول الأمر ، فيكون العربون مدفوعاً في قبال حق الفسخ إلى حين ثبت المعاملة مثلاً أو تسليم العين ، بمعنى أن كلاً من المتعاملين له الحق في أن يشتري التزامه بالعقد الذي أعطاه للآخر - وهو معنى اللزوم الحقيقي 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 ، فلأن التجارة عن تراض لا يراد بها خصوص المبادلة بين مالين ، بل يعم دفع العوض في قبال حق ايضاً ، وإلا لزم بطلان دفع المال في قبال إسقاط حق الخيار أو الشفعة أو غير ذلك عن تراض ، وهو كما ترى . على ان التقدير الثاني خلاف الظاهر في الآية على ما هو مبحوث في محله من كتاب البيع . وبما ذكرناه ظهر أن قياس المقام بالمقامرة والربا والسرقة مما هو من أكل المال بالباطل قياس مع الفارق .

الوجه الثاني: التمسك برواية وهب (أبي البختري) 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:

أن هذه الرواية - مضافاً إلى أنها غير تامة سنداً، لأن أبي البختري مطعون فيه^(٢) - لا تدل على أكثر من عدم جواز أخذ العربون كشيء مستقل عن الثمن ولا تدل على بطلان كونه شرطاً لحق الفسخ فإنه 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 يقبله إلا بوضيعة، قال: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رده 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 التهاافت 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 إن الإمام عليه السلام لم يحكم بحرمة أخذ الوضيعة من قبل مالك الثوب ، وإنما حكم ببطلان الإقالة حيث إنّه أمر بأن يرجع إليه تمام ما زاد على الثمن في بيعه الثاني ، مع أنّه لو كان النظر إلى بطلان أخذ الوضيعة لكونه أكلاً بالباطل كان المناسب أن يكون النظر إلى أخذه للوضيعة وتحريمها على البائع .

ومن الواضح أنّ هذه النكتة غير جارية في المقام إلّا إذا أريد اشتراط حق الفسخ بوضيعة من الثمن الذي يكون مخالفاً ومناقضاً مع مقتضى الفسخ ، أمّا إذا كان مقدار العربون يدفع ثمناً لحق الفسخ أو عوضاً في التمهيد والتواعد الأول بازاء الجامع بين جزء من المبيع أو الامتناع عن بيعه فلا تنطبق عليه النكتة المذكورة للبطلان .

وقد يقال : إنّ عنوان الوضيعة في الرواية وإن كان ظاهراً بحسب اللفظ في بذل شيء من الثمن ، إلّا أنّ 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 جزء من الثمن أو مالاً آخر .

ويلاحظ على ذلك أيضاً :

أولاً: أن 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 ، فإن 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 الإقالة مالاً آخر .

وهذه فذلكة مهمة لابد 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 للعمال واكتسابه بلا ما بازاء - كما في تحریم 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 إعمال مناسبات الحكم والموضوع .

ومن هنا نجد أن المشهور قد أفتوا بجواز أخذ مال آخر بنحو الجعالة أو الشرط في قبال الاقالة ، وإنما 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 صحة الاقالة مع شرط الوضعية ، سواء كان من الثمن أو شرط الزيادة في المثلن رغم أن الصحيحة واردة في الوضعية من الثمن .

وثانياً: لو تنزلنا عما ذكرناه فغاية ماتفيده الصحيحة بطلان أخذ المال بازاء

الإقالة والفسخ ولو بنحو الاشتراط من أول الأمر، وأما إذا كان العربون بازاء التعهد بالانتظار والامتناع عن البيع أو الإيجار من غيره الى المدة المعينة والذي تكون له مالية عرفاً ويكون مضموناً على المتعهد اذا لم يقدم في الوقت المقرر على البيع أو الإيجار 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 الالحاق ما إذا كان تخريب العربون على أساس بيع جديد بثمن أقل أي بالثمن السابق ناقصاً منه العربون.

خلاصة البحث: ونستخلص من مجموع ما تقدّم جواز أخذ العربون على أساس أحد التخريجات التالية:

١ - أن يكون عوضاً عن الإقالة، بأن يجعل ذلك جعلاً أو شرطاً في الإقالة والفسخ، وهذا يشترط فيه ألا يكون بعنوان أنّه جزءاً من الثمن أو المثلثين لكي لا يتنافى مع مفهوم الإقالة 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 الإيجار حين التواعد بهما، بأن يدفع العربون ليكون جزءاً من الثمن إذا تحقق البيع أو الإيجار 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 تخريبه على أساس أنّ امتناع الطرف عن البيع أو الإيجار بنفسه عمل محترم له مالية عقلاً، 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 التخرج لا مانع أن يقع العربون بنفسه جزءاً من الثمن على تقدير الإقدام 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 .

بحث حول حقيقة الإباحة المعوضة

بحث حول

حقيقة الإباحة المعوضة

الإباحة المعوضة أو الإباحة بعوض هي جعل العوض في مقابل الإباحة ، ويقابلها الإباحة المجانية . ولم يذكر الفقهاء للإباحة المعوضة تعريفاً محدداً ، إلا أنه قد يفهم من خلال كلماتهم أن 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 تخريبها على أساس البيع أو الاجارة ونحوهما من العقود المسماة ، كبذل مال للحمامي في قبال الاستفادة من الحمام ، فحاولوا تخريبها على أساس أنها إباحة معوضة .

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 ، إلا أن جملة من تلك البحوث تبتني على القول بالإباحة الشرعية لا نتعرّض لها هنا ، وإنما نتحدث فيما يلي عن الإباحة المعوضة التي يقصدها المتعاقدان ، فأنها 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 يقم على صحته دليل ، بل مقتضى العمومات عدم صحته ، ومن هنا فسر 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 المعوضة :

قسّمت الإباحة المعوضة 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 .

وإما أن تكون المقابلة على وجه الإباحة ، فتكون من الإباحة المعوضة بمعنى جعل المباح في مقابل المباح .

وإما أن تكون المقابلة بين الفعلين على وجه التملك بأن يكون تملك بازاء تملك .

وإما أن يكون بينهما على وجه الإباحة بأن يكون الإباحة في مقابلة الإباحة .

وإما أن يكون أحد المتقابلين مالاً والآخر فعلاً كأن يملكه العين بعوض تملكه العين الأخرى أو إباحتها .

ثم مع كون العوض في الطرف الآخر فعلاً سواء كان إباحة أو تملكاً قد يكون ذلك بعنوان العوضية والمقابلة ، وقد يكون بعنوان الاشتراط نظير الهبة المعوضة ^(١) .

وقسم بعض الفقهاء الإباحة بعوض إلى أربعة أقسام :

١ - أن تجعل الإباحة عوضاً في المعاملة بأن يبيعه 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 معلقة 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 ولباً 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 ثنايا 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 المجهول في قبالة الإباحة تارة يكون عوضاً مستمى ، 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 لقيمته السوقية - سواء بالنسبة للمنفعة أو الرقبة - لأن 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 أنه 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 ، فإنّ الإنسان كما هو مسلط على بيع عين ماله أو إيجارته 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 أنّه معلق على تقدير وليس مطلقاً ، وتعليق الاذن والايقاع لا يجعله عقداً وإن كان المعلق عليه تمليك مال ، إذ لا يكون فيه أيّ 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 فعليّة كما إذا علق المالك إذنه على أيّ شرط آخر .

قال السيد الخوئي في كتاب الاجارة - في شرح قول الماتن [= السيد اليزدي] بصحة إيجار الدار كل شهر بدرهم بعنوان الإباحة بعوض - : « فإنّ 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 كلّ شهر درهماً مثلاً .

ولكن شيخنا الأستاذ رحمه الله ناقش فيه في الهامش بما لفظه : (إنّ عوضيّة المسمى تتوقف على عقد معاوضة صحيحة ، وإلا كان ما أباحه المالك بعوضه مضموناً

بالمثل أو القيمة دون المسمى)».

ثم قال: «وفيه: أن هذا إنما يتجه لو أريد عوضية المسمى على نحو الملكية بأن يكون الطرف المبيع مالكا لهذا العوض ومطالباً إياه الطرف الآخر على حد مطالبة الملاك أموالهم في باب المعاوضات؛ فإن هذه الملكية لا تكاد تتحقق إلا بعد افتراض وقوع عقد صحيح كما أفاده».

إلا أن الكلام لم يكن في ذلك، بل في تصحيح هذه المعاملة على وجه يصح للطرف الآخر السكنى منوطاً بدفع المسمى، وهذا المقدار لا يتوقف على ما ذكره من فرض العقد الصحيح، بل يكفي فيه ما عرفته في تفسير الإباحة من أن المبيع بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم ربما لا يبيع المنفعة لكل أحد أو لهذا الشخص على سبيل الإطلاق، بل لطائفة خاصة وهم الذين يبذلون هذا العوض الخاص، أو لهذا الشخص في تقدير دفع العوض المعين وهو عن كل شهر درهم بحيث لا يرضى بالتصرف في تقدير عدم دفع هذا المبلغ المعين، بل يكون غاصباً وقتئذٍ وضامناً للقيمة لا محالة»^(١).

٤- وأما الإباحة مع اشتراط تمليك العوض على غرار الشروط ضمن العقود - وهو القسم الثاني من الأقسام الأربعة المتقدمة - فقد يقال: أن هذا لا يجعل الإباحة عقداً أيضاً، وإنما 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 أنها ليست مطلقة، بل مقيدة ومعلقة على الالتزام بالشرط كما هو الحال في سائر الشروط ضمن العقود؛ إذ لا يقصد بالضمنية في العقود مجرد التقارن الزماني أو الظرفية، وإنما

(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 أن الالتزام بالشرط مقيد لثبوتاً بالإباحة، فإذا لم تتحقق الإباحة أو رجع عنها المالك فلا التزام بدفع البذل 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 تقدم تقسيمها في بعض الكلمات إلى أقسام ثلاثة:

١- مقابلة المباح مع العوض، فيكون من المقابلة بين المالكين 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 المملك فيكون من مقابلة المال مع الفعل.

وهذا التقسيم إن أريد منه أن المقابلة المأخوذة في إنشاء الإباحة بعوض تارة يكون بأخذها ولحاظها بين المالكين، وأخرى بلحاظها بين الإباحتين أو الإباحة والملك فهذا صحيح، إلا أنه 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 متعلق الإباحة بوجود مقابل وعوض له على غرار قيود المتعلق، أو بالنحو الثاني الذي هو من تقييد نفس الإباحة على غرار قيود الحكم. وهذا جارٍ في التملك بعوض أيضاً فإنه تارة تُنشأ المبادلة بينهما في الملكية أي تملك المال المقابل مع مال آخر، وأخرى يُنشأ تملك كل منهما مقيداً بتملك الآخر.

وكلّ هذا من التفنّن في الصياغة، إذ الإباحة والتملك على كل تقدير منشأ بالفعل بنحو مقيّد بمقابله، فلا يحتاج إلى إنشاء آخر لهما.

وإن أريد 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 تتحقق 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 الحقية، 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 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 : « 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 تمليك 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 تمليك أو إباحة بازاء إباحة .

وقال السيّد الخوئي رحمته « 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 ملّكتك لا معنى لتمليكه لشخص آخر ثبوتاً .

وأما إثباتاً فلا يمكن إنشاؤه بقوله : ملّكتك الدار مثلاً ، بل لا بدّ في ذلك من وقوع عقد آخر على نفس التمليك بأن يقول : أجرتك 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 ، وكان مقصوده أنه لا معنى للمبادلة بين التملّيكين بنفس فعل التملّيك - كما في المعاوضة - وإلا فمن المستبعد أنه لا يرى إمكان تملّيك الأعمال مستقلاً والتي منها فعل التملّيك أو الإباحة ، كيف ! وهو واقع في باب إجارة الأعمال ، فإنّ التفسير الفقهي المشهور لها أنها تملّيك العمل في قبال الأجرة . وعليه ، فيعقل جعل فعل الإباحة أو المال المباح في قبال فعل تملّيك العوض أو إباحته ، فيستحق بذلك الطرفان أو أحدهما على الآخر فعل التملّيك أو الإباحة لا المال ، فلا بدّ من إنشاء تملّيكه أو إباحته بعد ذلك .

نعم ، هذا خلاف المقصود في موارد الإباحة بعوض كما أشرنا ، بل لعلّ تملّيك الأفعال الاعتبارية والتصرفات القانونية كالتملّيك والإباحة ونحوها غير عرفي أساساً ؛ لأنّ التملّيك 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 كلّ تقدير لا بدّ وأن يقصد بالإباحة في مقابل العوض إنشاء الإباحة من طرف المبيع فعلاً ، ولكن في قبال تملّك مال الآخر فعلاً أو إباحته أو تملّك عمل على ذمّة الآخر ، وهو أن يملّكه المال الآخر أو يبيعه له ، بناءً على عرفيّته وصحّته .

وقد اختلف الفقهاء المتمرّضون لهذا النحو من الإباحة المعوّضة في صحّتها وعدم صحّتها بعنوان معاملة مستقلة ، فذهب جملة منهم إلى صحّتها ، ومنعها آخرون .

(١) راجع : منية الطالب ١ : ١٧١ .

ولا شك أنه على القول بصحتها بهذا العنوان تكون عقداً من العقود، لأن فيها تمليك مال أو عمل في مقابل إباحة مال آخر، وهو تصرف 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 تراض 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: أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيع، إلا أن المباح له يستحق التصرف، فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً، مع أن التأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح لمناسبة له لغة، لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه 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 كفي 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 تراض ﴾ ، 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 يضرّ ذلك ؛ لأنه يشمل العموماً من قوله ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ و ﴿ تجارة عن تراخي ﴾ 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 الحتمات 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 تراخي ﴾ و « الناس مسلطون » ... ولا تأمل في صدق التجارة من جانب المبيع بعوض الممتلك للمال بإباحته .

بل لا يبعد صدقه من جانب المملك ؛ لأنّ إستباحة أموال الناس نوع من الاتجار . مع أنّ غاية ذلك منع التمسك بآية ﴿ تجارة عن تراخي ﴾ ، كما أنّ عدم كونه

(١) تعليقه على المكاسب ١ : ١٧٧ .

(٢) تعليقه على المكاسب : ٨١ .

بيعاً يمنع التمسك بآية ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ، وأما 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 رحمه 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 رحمه الله : «وهذا لا شبهة في صحته ولزومه ، للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها .

ودعوى : ان الإباحة من قبيل الأعمال والأفعال فهي لا تكون عوضاً في العقود المعاوضية ، دعوى جزافية ؛ لأننا ذكرنا في أول الكتاب ان عمل الحر وإن لم يكن مبيعاً في البيع ولكن يصح جعله عوضاً فيه ، واذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره المصنف من التأمل في صدق التجارة عن تراضٍ على الإباحة المعاوضة ، وأما الاستدلال على صحة ذلك بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : «المؤمنون عند شروطهم» فيرد عليه :

أولاً - ان الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين ، ومن الواضح ان الشروط الابتدائية لا يصدق عليها عنوان الشرط ، فتكون خارجة عن حدود الرواية .

وثانياً - اننا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي بمعنى ان ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفي ، أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لأنه من علائم إيمانه»^(٣).

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) : ٨٦ .

(٢) كتاب البيع ١ : ١٧٩ .

(٣) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

وقال في صدر كلامه : « والتحقق 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 صحتها لا بعنوان الصلح - لما ذكر - ولا بعنوان التجارة والمعاوضة المستقلة لأنّها لا بدّ وأن يكون التكتسب فيها من الطرفين لا من طرف واحد ، والمباح له لم يكتسب مالا ، ولا بعنوان العقد ، لعدم وجود التزام من طرف المبيع للآخر ، وإنّما مجرد إذن يترتب عليه جواز التصرف شرعاً .

قال : « التحقيق فساد هذه المعاملة وعدم صحتها 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 المبيع ليس شيئاً يمكن أن يقع في طرف خيطه ؛ لأنّه حكم شرعي مترتب على إباحة المبيع ، 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 الأدلة .

ومنه يظهر سقوط التمسك بالعمومات لاثبات لزومها أيضاً .

ثمّ على تقدير الصحة فالتمسك بالعموم لاثبات اللزوم حتى من طرف المبيع لا يخلو عن الغرابة ، وإلاّ يصحّ التمسك لاثبات لزوم كل إباحة . وهذا كما ترى ؛ فإنّ المبيع ما التزم بشيء أصلاً »^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ٢ : ١٩٠ .

(٢) تقارير النائيني للأملّي (المكاسب والبيع) ١ : ٢١٨ .

ووافقه عليه تلميذه السيد الخوئي رحمته في أحد تقريريه ، ولكن مع الحكم بصحتها بعنوان الإباحة المعلقة أو المشروطة ، وهي ليست بعقد كما تقدم .

قال رحمته : « وتحقق ذلك : أن التمليك والإباحة قد يقعان مورداً لعقد آخر من صلح أو اجارة أو بيع كما إذا تصالح المبيع والمملك على الإباحة والتمليك وأنشأ بعنوان الصلح أو أجر كل منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحد شيئاً وجعل ثمنه الإباحة ، أي تمليك عمل الإباحة .

وقد تنشأ الإباحة في مقابل التمليك من دون تعلق عقد بهما .

أما الأول ، 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 التمليك على الطرف الآخر ، وعليه فإن أباح المبيع وكان مورد العقد الإباحة في الجملة لا يجوز للمالك الرجوع ، لأنه من أكل المال بالباطل ، وأما إذا لم يبيع أو كانت الإباحة مستمرة - كما هو الظاهر - ورجع في الأثناء ثبت الخيار للمالك من باب تخلف الشرط .

وأما الثاني فقد عرفت فيما سبق عدم كونه من المعاوضات المالية ، وإنما هو إباحة مشروطة أو معلقة ، ولكنه مع ذلك صحيح على القاعدة . ويؤيده قوله رحمته « الناس مسلطون على أموالهم » فإن مقتضاه تسلط المالك على إباحة ماله للغير مشروطاً أو معلقاً كيفما أراد .

فإن كانت إباحة مشروطة أي إباحة فعلية مجانية غايته قد شرط في ضمنها على المباح له تمليك ماله فيجب عليه الوفاء به ، لقوله رحمته « المؤمنون عند شروطهم » جاز للمبيع الرجوع عن إباحته مهما أراد ، ولكن المملك ليس له الرجوع ابتداءً ، لأن تمليكه لم يكن هبة مجانية لتكون جائزة وإنما كانت في مقابل الإباحة ، فهي هبة معوضة لازمة ، إلا إذا رجع المبيع وحينئذ لا يسعد أن يثبت للمملك 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 للممْلِك 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؛ فأنه ناظر إلى لزومها من حيث كونها هبة، فلا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة أخرى»^(١).

وحلّ هذا الاختلاف يتوقف على تحليل مضمون الإباحة بالعوض؛ فأنه لو كان مضمونها الإذن والرضا بتصرف الغير بعوض فهذا ليس إلا مجرد طيب النفس المبرز مشروطاً أو معلقاً على العوض، فيتمّ ما ذكر من أنه ليس معاوضة؛ لأنّه لم ينتقل شيء من كيس المبيع للمباح له، ولا عقداً؛ لأنّه لم يلتزم المبيع بشيء للمباح له، وإنما أبرز رضاه وطيب نفسه مشروطاً بالعوض الموجب لجواز التصرف 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 والتكسب أيضاً، لما فيه من النفع المالي للطرفين، ويمكن أن نسمّيه بالإباحة العقدية.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٩٥-٩٦.

إلا أنه ينبغي البحث عندئذ في مضمون هذه الإباحة العقدية من جهتين :
الأولى - فرقها 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 ماله .

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 إنشاء 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 الله 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 ومحرماتاً .

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 تخريب الإباحة بعوض على أساس عقد الجعالة ، بأن يقول الجاعل : من يملكني درهماً أبيع له سكنى داري شهراً مثلاً ، فتشمله أدلة صحة الجعالة ، فلا يكون عقداً مستقلاً بل مصداقاً من مصاديق عقد الجعالة . ويمكن أن يلاحظ على هذا التخریب :

أولاً - أن الجعالة إنما 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 المالين ، فيرجع في المقام إلى الإباحة في مقابل العوض .

وثانياً - أن اللازم في عقد الجعالة التزام الجاعل بالجعل للعامل ليكون عقداً ، ومجرد الاذن والإباحة ليس فيه التزام ، إلاّ إذا كان المقصود التزام المبيع بها لا مجرد الإباحة ، فيتوقف 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 عندئذ : أن التزام المبيع بالإباحة معلق على تملك العوض من الآخر ، وليس في قبال التزام الآخر ، فلا إلزام ولا التزام من قبل الآخر بالتمليك ، بل الأمر بالعكس على تقدير التملك والهبة للعوض تلزم الإباحة على المبيع ، لأنه 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 وبأتي 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 تحميلك 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 المستوى.

فهذه تخريجات أو تصورات أربعة للإباحة بعوض تختلف في الجواز واللزوم.

١ - فبناءً على التخريج الأول لا بدّ وأن يقال بلزومها من كلا الطرفين أي طرف المبيع وطرف المملك 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 المؤمنين عند شروطهم»، أو من طرف المباح له حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه

دون المبيع حيث إن ماله باقٍ على ملكه فهو مسلط عليه ، أو جوازها مطلقاً ، وجوه : أقواها أولها ثم أوسطها ^(١) .

وقد اعترض على هذا الاستدلال من قبل المحققين : بأن مقتضى دليل « الناس مسلطون على أموالهم » جواز رجوع المبيع عن إباحته ، لأنه باقٍ على ملكه بحسب الفرض ، فيكون مقتضى السلطنة على ماله جواز الرجوع فيه ، كما أن مقتضاه جواز تصرفه فيه بما يوجب انتفاء الإباحة .

وقد اختلف موقفهم في دفع هذا الإشكال ، فذهب بعضهم كالمحقق الاصفهاني ^(٢) إلى اللزوم بمعنى عدم تأثير الرجوع في رفع الإباحة مع جواز التصرف للمبيع في ماله بما يوجب انتفاءها على المباح له ، قال : « ينبغي أن يعلم أن إباحة التصرف 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 رد تلك الاضافة كما أنه ليس له رد الملكية ، وحينئذ فلا يختص اللزوم بطرف الملكية ، بل يعم طرف الإباحة .

وأما المعارضة في طرف الإباحة بعموم دليل السلطنة لأن المفروض بقاء المال على ملكه ، فمندفعة بأن غاية ما يقتضيه دليل السلطنة أن المالك له التصرف في ماله ، إلا أنه غير السلطنة على عقده ورد الاضافة ، فإنه محتاج إلى سلطنة جديدة متعلقة بالعقد قولياً كان أو فعلياً ، كما مرّ الكلام سابقاً .

نعم ، التصرف 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. وأمّا اللزوم تكليفاً فهو مقتضى الأدلة التي يستدل بها على صحة هذه المعاملة، أعني عموم ﴿أوفوا﴾ و (المؤمنون عند شروطهم) ^(١).

ومثله ما ذكره السيد الكلبيكاني رحمته الله «الأقوى هو الوجه الأول 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) ٨٦: ١.

(٢) بلغة الطالب: ١٥٠.

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي): ٨١.

من أنها لا تصلح للتشريع .

وبالجملة عموم السلطنة إنما يقتضي شرطية إذن المالك في صحّة التصرف ، فإذا وقع التصرف بإرادة المالك وكان لازماً لم يصلح العموم لرفع لزومه ^(١) .

وقال الإمام الخميني رحمته الله : « انّ التمسك في ذيل كلامه - أي الشيخ الأنصاري رحمته الله - بأصالة التسلّط للجواز ليس على ما ينبغي ، فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم لا على الأحكام والأسباب » ^(٢) .

ويتلخّص 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 الإحداث أو الإنهاء والفسخ ، ومن هنا منع جملة من المحققين من التمسك بدليل السلطنة لاثبات صحّة 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 الله بقوله : « انّ نفوذها - الإباحة -

(١) نهج القامة : ١٢٥ .

(٢) كتاب البيع (الخميني) ١ : ٢٦٥ .

لا يلزم لزومها كما في كل معاوضة نافذة ، فالاستدلال بالصحة على اللزوم غريب جداً ، نعم هذا إنما يتوهم إذا عقد على الإباحة على وجه لا رجعة فيها فإن فرض وقوعها نافذة فرض عدم نفوذ الرجوع ، لأن المنافي لا يقع صحيحاً بعد وقوع منافيه صحيحاً وإلا لزم صحة المتنافيين ، لكنه خارج عن محل البحث إذ الكلام في مجرد العقد على الإباحة كالعقد على الملكية واللزوم والجواز حكمان شرعيان^(١).

ويمكن توضيح ذلك ببيان آخر : أن 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 تقدم.

فإذا كانت الإباحة العقدية بنحو الالتزام بالإباحة على غرار الالتزام بالأفعال فهذا غاية اللزوم تكليفاً ، أي وجوب الإباحة والإذن للطرف الآخر في المقدار المتفق عليه من الزمان ، وأما إذا رجع عن إذنه وإباحته أو أراد منعه عن التصرف كان جائزاً وضعاً ، أي مؤثراً ، فترتفع الإباحة ، ولكنه محرم عليه تكليفاً ، لأنه 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 وكيلاً 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 التخريج 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 المعوضة 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 المجمعول له كما لا لزوم على الجاعل إلا في طول تحقق العمل من المجمعول له وهو التملك للعوض في المقام .

٢ - وبناءً على التخريج الثاني للإباحة المعوضة أي كونها إباحة معلقة على تملك العوض تكون الإباحة مجّانية ، ولكنها مترتبة على تحقق عنوان أو عمل

وهو تمليك الطرف للعوض ، فيجوز للمبيع الرجوع كما هو الحال في سائر موارد الإباحة والإذن بتصرف الغير ، فلا التزام له بشيء ، كما أن تمليك العوض من الطرف الآخر ليس إلا هبة مجانية بحاجة إلى قبض وإقباض ، كما أن له الرجوع فيها إذا كان لغير ذي رحم .

٣- وبناءً على التخريج الثالث أي كونها إباحة مقيدة بالتزام الآخر بتمليك العوض وإنشاء ذلك ، فإن كان المبيع أيضاً ملتزماً بالإباحة رجع إلى التخريج الأول وكان التزاماً في مقابل التزام وهو عقد كما أشرنا .

وإن لم يكن التزام بالإباحة من قبل المبيع ، بل كانت إذناً وإباحة فعلية ولكن مشروطة ومعلقة 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 » ؛ لأنه 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 المبيع .

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 تحققت الملكية بنفس هذا الشرط واستحققه المبيع وملكه عليه ، فلا حاجة إلى تمليك آخر كما لا حاجة إلى قبض وإقباض ؛ لأنّ التمليك بالشرط لا يعقد الهبة ، فيكون لازماً عليه ، ولا يصح فيه الرجوع ما لم يرجع المبيع عن إباحته .

وإن كان الاشتراط بنحو شرط الفعل وجب عليه التمليك وكان هبة فيملكه المبيع في طول الاقباض .

كما أنه 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 ، لأنه 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 ، وإنما مجرد رضا وطيب النفس بتصرف الغير وإن كان مقيداً ومشروطاً بالالتزام الشرطي المذكور .

ويمكن أن يجاب : بأن عموم « المسلمون عند شروطهم » يشمل كلّ شرط ، وإنما 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 جاريين في محلّ الكلام :

أما 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 بتملك العوض قد وقع قيداً وشرطاً لإباحة المبيع ماله لصاحب العوض ، فهو التزام وقع شرطاً في إنشاء الاذن والإباحة ، فيكون على غرار الشروط الضمنية في العقود أو الايقاعات الأخرى .

٤ - وبناءً على التخريج الرابع للإباحة المعوضة أيضاً لا لزوم للإباحة على المبيع ، كما لا استحقاق للعوض ابتداءً وقبل التصرف والاستيفاء ، وإنما يستحقه المبيع باستيفاء المباح له ، إمّا على أساس كونه عقداً وتوافقاً كذلك بينهما ، أو على أساس تبدّل ضمان الفرامة بالمستوى 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 عقلاًياً لزوماً حكماً ، ولكلّ منهما آثاره وأحكامه الخاصة يراجع فيه بحث (خيار ، لزوم) .

ثم إنه في كل قسم من هذه الأقسام الأربعة للإباحة المعوضة 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 الخاصة من الشرائط والأحكام كاشتراط التنجيز وعدم الجهالة والترديد والتطابق بين الإيجاب والقبول والموالة والقبض والاقباض وجريان الخيار وغير ذلك من الأحكام والآثار.

كما أن شروط الأهلية من البلوغ وعدم السفه والحجر والجنون ونحو ذلك لازمة في جميع هذه الأقسام وسواء كانت الإباحة عقدية أم لا ؛ لأنها شرط في مطلق التصرف في الأموال حتى الإذن والإباحة ، كما هو مقرر في محله .

إباحة التملك بعوض :

من موارد الإباحة المعوضة المتعارفة أن يبيع المالك تملك ماله للغير بعوض كما في وضع الطعام أو المتاع في أمكنة عامة لمن يريده بشرط وضع ثمنه المستمى والمعين عنده ، نظير وضع الأجهزة المتعارفة اليوم لأخذ بعض الأغذية والأشربة المنصوبة في المحلات العامة بدفع ثمنها في الموضع المعين في الجهاز .

وهذا النحو من المعاملة المتعارفة والمعهودة كثيراً اليوم قد يخرج على أساس أنه نحو معاوضة ومبادلة بين المالين بالفعل والوضع المخصوص خارجاً ، فيكون بيعاً ، فيشترط فيه شروطه لا محالة .

وقد يخرج على أساس أنها من باب إباحة التملك بالعوض - ولعله الأظهر حيث لا يشترط فيه شروط البيع بل لا توجه إلى إنشاء مضمون البيع عادة - وعندئذ يفتح بحث عن صحة ذلك وكيفية تخريجه ؛ لأن الإباحة لا تستلزم الملك ، فكيف يحصل التملك بها ، مع وضوح أن انتقال الملك بحاجة إلى سبب ناقل والإباحة ليست من أسباب انتقال الملك ؟

ويمكن أن يجاب على ذلك : بأن السبب الموجب للملك هنا ليس هو الإباحة ، بل الأخذ وحيازة المال بقصد التملك في طول إباحة المالك وإذنه بذلك .

وتوضيح ذلك : أن الحيازة بقصد التملك في الأموال المباحة لا إشكال في كونها من أسباب الملك عقلاً ، وقد أمضاه الشارع ، بل ادعى بعض الفقهاء دلالة بعض النصوص عليه ، وهي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « أن 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 أعم من ذلك ، فتعم 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 ، وإنما يمنع عنه حق الآخرين سواء كان حقاً لشخص حقيقي أو حقوقي ، فإذا لم يكن المال المأخوذ بقصد التملك متعلقاً لحق الآخرين أو كان ولكن صاحبه أذن في ذلك ورضي به - والذي هو بمثابة إسقاط حقه أو إعراضه 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 وإذناً في الأخذ والتملك مجاناً أو على وجه الضمان للقيمة أو للمستوى 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 والحيازة 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 والعق 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 للمعين 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 العقدية 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 عقدية 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 ومقيّدة 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 اقتضاها 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 مالكا لا أكثر ، إذ لا سلطنة للمالك على أكثر من ملكه ، فالإباحة المنشأة مقيّدة لبأ 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 أنّ 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 فمعني على القول بعدم لزوم الإباحة حتى العقدية وضماً ، 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 وضماً 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 يضر ارتفاع أهليته بعد ذلك لأن بقاء الإباحة غير مستند إلى إذنه 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 أن 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 عندئذ ، 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 جناية ، 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 وأن على الجاني أن يتحمل 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 أتلفه بغير إذن مالكه 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 مالاً 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 سلّمنا 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 مضطراً إلى صرفه وإنفاقه، فيصدق التسبب للخسارة أو الضرر، والسبب في مثل ذلك أقوى من المباشر، فيكون ضامناً للمقدار اللازم لإنفاقه للاستعلاج لا أكثر بقاعدة التسبب.

مناقشة الوجه الثاني :

وقد يناقش في هذا الاستدلال كبرى وصغرى :

أما من حيث الكبرى ؛ فبأن التسبيب 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 ؛ فلأن كبرى التسبيب لو سلّمت فهي إنما تنفع في موارد إتلاف المال أو إفساد الشيء الموجب لنقصه ، حيث يقال : إن كان المباشر له إنما 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 التسبيب .

وإن شئت قلت : إنّ قاعدة التسبيب توسّع من موضوع قاعدة من أتلف وتعيّنه في السبب الأقوى دون المباشر ، وليست قاعدة بحيالها ، فلا بدّ وأن يصدق إتلاف المال أو العضو أو النفس لكي يثبت الضمان بالتسبيب ، وهذا لا يصدق في المقام .
ردّ هذه المناقشة :

إنّ كلتا المناقشتين - الكبروية والصغرية - يمكن الإجابة عنهما :

أما الأولى : فبأن كبرى التسبيب 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 أتلفه 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] ويؤدى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية ^(١) .

٢ - إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأن زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق ، قال : يضربان الحد ، ويضمنان الصداق للزوج ثم تعتد ثم ترجع إلى زوجها الأول ^(٢) .

٣ - محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته ؟ قال : « يؤدى 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 فأضرّ بالماءة .

عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : 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 دابته ^(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 أفرع شخصاً فنفر من دأبته أو من شاقق^(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 اضطرار 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 العقلاني 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 رد على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»^(٤)، ومعتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات، فتزوجت ثم جاء زوجها الأول قال: «لها المهر بما استحل من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد، 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 تعتد وترجع إلى زوجها الأول»^(١) ظاهران في أن هذا الحكم ليس من باب التعبد؛ بل لصدق الإلتلاف والاستناد إلى السبب إذا كان في البين تغرير للمباشر، وهذا بمثابة التعليل الذي يستفاد منه التعميم وعدم الاختصاص بالموارد. فكبرى التسبب في موارد مقهورية إرادة المباشر لجهل أو اضطرار أو أداء تكليف وواجب شرعي عليه أو نحو ذلك لا ينبغي إنكارها.

وأما المناقشة الصغرى: فيمكن دفعها بأن 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 اضطراراً، 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: «يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف، أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه»^(٢). إلا أن الإنصاف أن عنوان ذهاب المال وخسارته غير صادق هنا أيضاً، بل بابه باب الاستيفاء والانتفاع بالمال في العلاج؛ وإلا لزم ورود النقض بسائر موارد انتفاع الإنسان وصرفه لماله على نفسه بسبب الغير، مع أنه لا يحكم فيها بالضمان.

الوجه الثالث: التمسك بقاعدة عقلانية أخرى ممضاة شرعاً؛ هي وجوب رد حق الغير إليه سواء كان حقاً مالياً أم غير مالي، وفي المقام حيث إن من حقوق الغير وشؤونه سلامته وبرءه من المرض، والتي سلبها منه الجاني بجنايته، فيجب عليه ردّها إليه ولو بتحمل نفقات علاجه، وإن شئت عبّرت عن هذا بضمان العهدة ووجوب رد 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 ، لأنها 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 الكناني : «من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»^(١) ، فإنّ ظاهرهما أنّ الإضرار ملاك وموضوع للضمان ، وإضافته إلى الطريق باعتبار العايرين 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 يلحاظ 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 تالهاً 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 عقلاً وشرعاً .

وعلى هذا الأساس يقال : بأن إتلاف وصف الصحة أو أي إنقاص لعضو من أعضاء الإنسان أو منافعها 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 مقاربة 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 العقلانية ابتداءً لإثبات ضمان الجاني نفقات العلاج وأجر الطبيب بدعوى أنه لا إشكال في ذلك عندهم ؛ ولهذا نجد القوانين الوضعية اليوم تحكم بضمان 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 إضاء 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 المتعددة - 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 أدت الجناية إلى تلف مال المجني عليه من

تمزيق ثوبه أو عطب دابته ، فالسكوت عن بيان ضمان قيمتها لا يدل على نفي الضمان لها ، لأنها ليست في مقام البيان إلا 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 بالجنائية - لم يكن في هذه الروايات وسكوتها عن التعرض لضمان العلاج ما ينافي بثبوتها . إلا أن هذا البيان غير تام ، وذلك :

أولاً : لأن 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 أن الدية أو الأرش المقرر فيه ليس من أجل النقص أو الشين الحاصل بسبب الجنائية ، وإلا لم يكن موجب له في مثل ذلك ، فلا بدّ وأن تكون الدية في ذلك بلحاظ ما تستوجبه الجنائية من الضمان على الجاني ، فإذا كانت مقتضية لضمان نفقة العلاج أيضاً كان يلزم ذكره وعدم السكوت المطبق عنه .

وثانياً : لظهور جملة من الروايات في أنها بصدد بيان تمام ما على الجاني بالجنائية 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) . فإنه 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 ويؤدوا 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 يفتديه كان للحرّ المجرّح [حقه] من العبد بقدر دية جراحه والباقي للمولى ، يباع العبد فيأخذ المجرّح حقه ويرد الباقي على المولى » ^(٢) . فإنّ الاقتصار 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 والأرّش ، 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 الأرّش 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 يستدل 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) .

فإن ظاهرها أن الجرح إذا كان دون السمحاق - وهو الجلد الرقيق على العظم - أي لم يبلغ هذا المبلغ ففيه ضمان أجر الطبيب ، مما يدل على ثبوت الضمان لأجر الطبيب ، إلا أن ذلك - باعتبار قلته وضالته - كان أقل من الأرش المقرر 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 غايته 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 أن 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 : أما هذا فمن مال الله ليس عليه شيء ، مال الله أكل بعضه بعضاً ، وأما الآخر فقدّمه وقطع يده ، ثم 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، إنا 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 وخلّيت 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 إجرائه لا الجناية، إلا أن ظاهر أمر الإمام فيها بالعلاج من بيت المال لزومه، فقد يستظهر من أن 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 الجناية بغير حق على الجاني أكد وأولى.

ونستخلص من مجموع ما تقدّم: أن 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 تسميمه بأحد الوجوه السبعة المتقدمة ، والتي كل واحد منها - لو تم - يشير إلى نقطة خاصة للضمان غير الأخرى ، وقد تختلف عنها في الآثار والنتائج .

وتوضيح ذلك : أن 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 يتضمن بعض الفروق بين هذه الوجوه :

منها - أن الوجه السابع بالإمكان إرجاعه إلى أحد التطبيقات للقواعد العقلانية الأخرى المبيّنة في سائر الوجوه - لو تم شيء منها - بحيث لا يكون وجهاً مستقلاً في قبالة ، بل يكون ذلك الوجه تفسيراً وتحليلاً له ، فالوجه السابع إنما تصل النوبة إليه إذا فرض عدم الجزم بتلك التطبيقات .

ومنها - أن الوجه الثالث يختلف عن سائر الوجوه في أن مفاده - لو تم - إثبات ضمان العهدة ، بمعنى وجوب ردّ وصف الصحة للمجني عليه ولو من باب أن علاجه يعتبر عرفاً نحو استرداد لما سلب عنه ، ويدّعى أن وجوب الردّ ثابت في تمام الأوصاف والشؤون الراجعة للغير ولو لم تكن أموالاً ولا مؤثرة في المالية ، ومن هنا حكموا بوجوب ردّ ما يؤخذ من الغير ممّا لا مالية له ، بل حكموا بأن 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 نقطة أخرى ممّا في سائر الوجوه .

إلا أن هذا لا يعني عدم جدوى هذا الوجه لو تم ، 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 أن هذا الوجه يجتمع مع تمام تلك الوجوه .

لا يقال: مبنى هذا الوجه إمكان ردّ وصف الصحة إلى المجني عليه، ومبنى الوجوه الأخرى أو بعضها على الأقلّ إتلافه وتفويته، فلا يمكن الجمع بينهما. فإنه 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 مبنى 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 أنه لو امتنع قام الحاكم به وأخذ نفقته من الجاني؛ لأنّ كل عمل يجب على المكلف من أجل الغير ويكون الغرض منه حصوله خارجاً ولو من غير مباشرة ذلك المكلف أمكن للحاكم القيام به - على تقدير امتناع المكلف الواجب عليه - وتضمينه نفقة ذلك، لأنه 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 بالجنابة فيكون الضمان عندئذٍ أكثر من ذلك، خصوصاً إذا فرض حصول عيب أو نقص في البدن حتى بعد البرء.

ثم إنه لا ينبغي التشكيك في تمام الوجوه السابقة وإنكارها جميعاً، إذ من المطمأن به أنه لولا أدلة الديات الثابتة في شريعتنا كان العرف أيضاً يحكم بضمان مال في قبال الجنابة 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 يعدّ المنكر لذلك ظالماً وخارجاً على مبادئ العدل والحق. ومن غير المحتمل أن تكون الدية عقوبة صرفة، كيف؟ وتثبت في موارد الخطأ المحض، بل والتسبيب، ففيها جنبه 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 أقلّ من نفقة العلاج اللازمة والضرورية للبرء إذا كانت الجناية دون النفس، فإنّ هذا أقلّ 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 ممّا 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 احتمال 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 أزمنتنا إذا اتفقت في مورد جرح أو كسر معين وكانت نفقة لازمة لا بدّ منها عادةً ، هذا لو لم ندعٍ 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 بجنائه 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 - تامة ومثبتة لضمان 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 للرادعية ، ومن الواضح أنّ السكوت المذكور لا يصلح للرادعية 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 مما 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 إمضاء 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 الحدّين 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 أن العيب والشين والنقص في العضو أو المنافع بل نفس الإيلام الحاصل بالجناية أيضاً يوجب استحقاق المجني عليه التعويض العالي ، فلو جزمنا بهذا الاستظهار زائداً على ضمان نفقة العلاج أمكن دعوى الجمع بين نفقة العلاج والدية ولو في هذه الحالة ، بمعنى أنه 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 طريقان :

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 نُصّ على ذلك في كتب التاريخ والقانون ، كما دلّ على ثبوت الدية قبل الإسلام بعض الروايات كصحيح عبد الرحمان 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 مستقلاً يلحظهما العقلاء معاً: أحدهما التعويض الجنائي عن نفس الجرح أو الكسر أو العيب الحاصل بالجنابة، 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 الجنابة 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 تقرّب 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.

وعندئذ يقال: إذا ثبت بهذا الحديث ضمان الجاني لأجر الطبيب في مورد، فهذا لا يختص بجرح دون جرح، ولا بمقدار دون مقدار؛ لأن الملاك والنكته لزمانه واحد بحسب المتفاهم العرفي؛ وهو أن 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 مما هو دون السمحاق، وظاهر المقابلة بين ما دون السمحاق والسمحاق وما فوقه من الجروح مما قرّر فيه الدية عدم ضمان أجر الطبيب فيها، وأنّ المجهول فيها الدية فقط.

فإنه يقال: ظاهر الرواية أنه في ما دون السمحاق ليس إلا أجر الطبيب، لا أن أجر الطبيب ليس إلا في ما دون السمحاق، فلا دلالة فيها على نفي ضمان أجر الطبيب في الجروح الأخرى، فيكون وزانها وزان ما دلّ عند العامة على أن 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 العقلاني هو التفصيل بين ما دون السمحاق وغيره من الجروح في ثبوت الدية التي تدفع كمقوبة 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 اضطراره للإنفاق على نفسه بسبب الجناية في العلاج وتحصيل البرء، فهو تعويض مدني ومسؤولية مدنية، نظير ما إذا تلف بالجناية 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 أهره 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 مناف 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 أن من أتلّف مال الغير فهو له ضامن ، فالكبرى تامة ، إلا أن الكلام في إمكان تطبيقها في المقام وتحقق صغرها ؛ إذ لو أريد تطبيقها بلحاظ تلف العضو أو زوال وصف الصحة في البدن فهو وإن كان إلتافاً لكنه ليس إلتافاً للمال ، ولو فرض أنه مستوجب للضمان أيضاً كإلتلاف المال فغايتة ضمان قيمة نقص العضو أو منفعته الفائتة ، وهو الدية المقررة لا نفقات العلاج والبرء ، وإن أريد تطبيقها بلحاظ المال الذي يضطرّ المجني عليه إلى إنفاقه في العلاج بسبب الجناية فهذا لو صدق لكان موجباً للضمان جزماً ، إلا أن في صدقه عليه إشكالاً ؛ لوضوح أن 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 أنه لا دليل على كبرى الضمان بالتفويت وإنما 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 موجباً للضمان مستقلاً في قبال الإلتلاف أو التفويت أو الإضرار ، وإنما هو توسعة لموضوع تلك القواعد الموجبة للضمان ، حيث يقال إنه لا يشترط المباشرة فيها بل يشبث 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 أريد استفادة ذلك من الروايات الناهية عن الإضرار بالآخرين فالنهي لا يدل إلا على الحرمة التكليفية لا الضمان، وإن أريد استفادته من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» فهي تنفي الحكم الضرري، أي الموجب لتضرر 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 أريد صدقه بلحاظ النقص في البدن فهذا صحيح، ولكنه لا يقتضي أكثر من ضمان قيمة العضو لا نفقة العلاج، كما ذكرنا في الإتلاف، وإن أريد تطبيقه بلحاظ ما ينفقه على نفسه من أجل العلاج فهذا ليس ضرراً عليه، بل استفادة وانتفاع.

هذا، ولكن الإنصاف أنه يمكن الإجابة عن كلتا المناقشتين:

أما المناقشة في الصغرى فبأن عنوان الاستفادة أو الانتفاع قد يصدق إذا لاحظنا ما يحصل له من البرء والعلاج بلحاظ حال مرضه وجرحه، إلا أن هذا ليس هو الميزان في صدق الإضرار، بل اللازم ملاحظة حاله الطبيعي الأول قبل الجناية، وبالنسبة إليه يصدق الإضرار والخسارة عرفاً جزماً، لأن إيقاعه في تلك الحالة التي يضطر الإنسان للتخلص منها بالإتفاق على نفسه يكفي في صدق الإضرار بمقدار ما يخسره في سبيل التخلص مما لا بدّ من التخلص منه، لكونه ضرراً أهم، نظير ما إذا دلّ شخص السلطة الظالمة على مكان المتهم فلم يتمكن من التخلص من الظالم أو عيونه إلا بدفع مال إليه، أو ألقاه في البحر فاضطرّ من أجل النجاة من الفرق أن يترك ما يحمله من ألبسته وغيرها لينجو بنفسه، فإنه في مثل ذلك لا إشكال في صدق الإضرار عليه في ما خسره، بل قد يقال بصدق التفويت والإتلاف أيضاً بالتسبيب.

إلا أن الإنصاف أن صدق الإتلاف مشكل، إذ لا إتلاف لأصل المال، كما أنه لا

إتلاف للمال على مالكه ؛ لأنه قد ملك بدفعه ما يقابله من العمل أو الدواء الذي له نفس المالية والقيمة ، نعم الإضرار به صادق جزماً .

لكن قد يناقش بأن الإضرار المالي أيضاً غير صادق ؛ لأن الضرر هو النقص أو الضيق ، ولا نقص في ماله بالخصوص بفعل الجاني ، وإنما ما تحقق به هو الإضرار البدني خاصة ، 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 عنايتين : إما عناية أن 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 ؛ لأن الشق الآخر كأنه خارج عن الاختيار والقدرة عرفاً ، أو عناية أن حق العلاج على الجاني مقتضيه تام عند العقلاء والعرف ؛ لأنه حصل بفعله ، وهو أمر زائد على أصل الجرح والألم الذي حصل بأصل الجناية ، والتي تكون الدية في قبالها ، فيكون عدمه ضرراً حقياً ، فتدبر جيداً .

وسياتي 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 سياتي 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 أنه تدارك للضرر لا نفي له بأنّ هذا قد يصح بالنسبة إلى شخص المال المتضرر به حيث لا يمكن ردّه بشخصه بل ببذله ، فيكون تداركاً وجبراناً ، إلا أنه 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 ؛ لأنه نفي لطبيعي الضرر بها وأصله ، لا نفي للحصة غير المتداركة وإثبات للتدارك ليقال بأنه خلاف ظاهر « لا ضرر » .

الوجه الثاني : أن 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 أن 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 منهي 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 ؛ فإن أخذ عنوان الإضرار في لسان هاتين الروايتين في موضوع الحكم بالضمان واضح الدلالة على دخالته في الحكم ، وأن الضمان بملاك الإضرار ، وأنه حكمه .
وحمل الأول منهما على أن 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 وضمانه - لا ضمان من يصاب في الطريق - خلاف الظاهر جداً ، لأن التسبب إلى الإلتلاف لا يشترط أن يكون بالإضرار بالطريق ، بل بوضع أي شيء فيه ولو كان بصالح الطريق وزيادة فيه أو في ماله ، على أن 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 يريد ، بل يريد عنوان الإلتلاف الذي لم يذكر في الكلام من قريب ولا من بعيد ، فإن 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 أن حمل الثاني من الصحيحين على إرادة الإضرار بنفس الطريق وضمانه خلاف الظاهر ، إذ آية خصوصية عندئذٍ لذكر الطريق وشيء منه فلا بد وأن تكون خصوصية في ذكره ، وليس إلا بحمله على الكناية عن الإضرار بمن يمر في الطريق ، كما هو المنسب إلى ذهن من مثل هذا التعبير عند إطلاقه عرفاً ، وكما هو مصب السؤال والجواب والنظر في هذه الروايات على ما يظهر لمن يراجع ألسنتها ، على أنه 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 .

الوجه الرابع : الاستفادة من بعض الآيات الكريمة ، والمهم منها آيتان :

إحدهما : قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبْرِئَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا 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 آتَيْتُمْ 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 حَمِلٍ فَلَا تُنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِصَالَهُمْ فَسْتَرْضِعُوا لَهُنَّ أَرْضَعُوا لَهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِصَالَهُمْ فَسْتَرْضِعُوا لَهُنَّ أَرْضَعُوا لَهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ (٢) .

والاستدلال بهما مبني على استظهار أن قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا 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 بهن ، فلا يجوز تكليفاً ولا وضعاً ، فيستفاد حق الرضاعة والضمان لنفقتهن في تلك المدة بملاك عدم الإضرار بهن .

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 أن 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 تُضَارُّ وَلَدُهُ بِوَلَدِهَا...﴾ عقيب قوله تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا...﴾ الواضح كونه مسوقاً للتعليل. هذا مضافاً إلى دلالة بعض الروايات المتعوضة لتفسير الآية على ذلك.

وتوضيح ذلك: أن الآية الكريمة ذكرت أولاً أن الوالدات يرضعن أولادهن 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...﴾ مما يعني أن ذاك الإرضاع ليس مجتافاً منهن، بل في قبال إرضاعهن للمولود، وعلى الوالد نفقتهن وأجرتهن بالمعروف من أجره المثل أو ما تأخذه مرضعة أخرى، ثم ذكرت الآية بعد ذلك جملتين ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا...﴾ و ﴿لَا تُضَارُّ وَلَدُهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهَا﴾، والجملة الأولى يمكن أن تكون تعليلاً للتشريع المذكور في الصدر، وأنه مطابق مع مصلحة التسهيل على العباد في الشريعة وملاحظة وسعهم والالتق بهم، حيث لم يكلف كل من الأبوين بما هو خلاف وسعه، فيراد بالوسع عندئذ السهولة واللياقة وعدم الحرج والضيق والضرر، ويمكن أن تكون بياناً للمعروف وتحديداً له، وأنه إنما يجب على الوالد رزقهن وكسوتهن بالمقدار الذي يجده في المراضع الأخرى ومع التمكّن والسعة، لا مع فرض الإعسار وعدم التمكّن، فيمكن أن يراد بالوسع حينئذ القدرة والطاقة. وعلى كلا التقديرين تكون الجملة ظاهرة في التعليل وبيان الملاك.

وأما الجملة الثانية : ﴿ لَا تَضَارُّ 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 نزع الولد عن أمّه وإعطائه لمرضعة أخرى إذا طالبت الأم أكثر ممّا تقبل به الأخرى . فأفيد في الذيل أنّ مخالفة أيّ من الحكمين يكون مضارة 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 المضارة بذلك ، وحيث إنّ الآية بصدد تشريع نفس الحقيين لا الفراغ عنهما في المرتبة السابقة ، فلا محالة تكون ظاهرة في أنّ ثبوتهما يكون بملاك نفي الضرر عن الوالد والوالدة ، خصوصاً بملاحظة وقوع الجملة بعد الجملة الأولى الظاهرة في التعليل ، وكون عدم المضارة قاعدة وضابطة كلية مركوزة عند العقلاء وثابتة في الجملة في الشريعة ، فكأنه قال : مخالفة ذلك مضارة للوالدة أو للوالد ، ولا ينبغي أن تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده .

ومن هنا يمكن أن يستفاد من إطلاقها نفي أيّة مضارة أخرى للوالدة أو للوالد بسبب رضاع الولد ، فهي كبرى كلية . نعم مفاد هذه الآية ليس ابتداء ضمان الضرر الحاصل ، بل مفادها - كمفاد قاعدة لا ضرر - نفي الحكم الذي ينشأ من عدم المضارة ، 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 طُبِّق 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: «الحُبْلَى 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 الحُبْلَى 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 مجرد حكم تكليفي، فالرواية واضحة الدلالة على استفادة الأحكام الوضعية من قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وأنه 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 حبليها بسبب الزوج وولدها له يضمن الزوج نفقتها في مدة الحمل والرضاع لكي لا تقع مضارة .

ومنها - معتبرة الكناني 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 رضيت 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 ، فإنّ هذا أيضاً مشمول للإطلاق « 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 ، فهي 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 الكناني 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 تَضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودُهُ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ، لا يضارّ بالصبي ولا يضارّ 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 الكناني المتقدمة .

وهكذا نلاحظ دلالة الآيتين في نفسيهما - مضافاً إلى الروايات المستشهد بها - على ثبوت النفقة في مدة الحمل والأجر في مدة الرضاع على الزوج بملاك 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 تحمّل الإنسان خسارة الإنفاق على نفسه بسبب فعل الغير أو ما يرجع إليه وإن كان في طول اضطراره 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 المثالين 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 يؤكد 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 ومؤثرة 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 المقررة 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 .

وعندئذ يمكن أن يدعى دلالة ذلك على نفي ضمان نفقة العلاج بأحد تقريبين :
 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 بالجنائية ، 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 جنائته مستوعبة لقيمته ، حيث لم تدخل في الحساب نفقة العلاج ، والتي
 قد تكون مع الدية مستوعبة لقيمة العبد . وكذلك الروايات المتعرّضة إلى الجنائية التي
 لا يدري 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
 منفعته 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
 مواردّها .

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 بالجنائية من النقص والضرر ، فعندما تدفع له لا يبقى له
 مزيد حق في قبال صحته وسلامته ؛ لأنّه 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 وينحو واحد ، غاية الأمر يكون التحديد لقيمة الأعضاء وتقديرها بمقادير الديات تعبداً شرعياً .

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 عبداً ، 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 .

ولعلّه 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 لضالته 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 فقهائنا على السكوت وعدم التعرض لضمن 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 أنّه 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 ١٢» (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، وأن 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 أن 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 ، فإن 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 أن ضمان نفقة العلاج كان بملاك النقص في المال وخسارة ما قد يضطر المجني عليه إلى إنفاقه لا العيب أو النقص الحاصل في البدن ، فهذا خارج عن منظور الروايات ، لأنها 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 : أن خسارة النفقة حاصلة ومسببة بالجناية أو كونها ملازمة أو غالبية معها ، فيكون اللازم بيان ضمانها لو كان .

يمكن دفعها : بأن الحيثية إذا كانت مباينة مع الجهة المنظور إليها فالغلبة أو الملازمة أو السبب لا تستوجب لزوم التعرض لها ، فكما لا تعرض لضمان ما يتلف من المال في الجناية - ولعل الغالب ذلك - ولو بلحاظ أصل تلف مال ضمن الجناية ، كذلك في المقام ، بل يمكن دعوى أن الدية من المركوز كونها عنواناً لما يقابل نفس الدم أو الجرح ، أي المسؤولية الجنائية أو الضمان غير المربوط بالخسارات المالية التي حكمها وملاك الضمان فيها واضح عند العقلاء .

ومما يؤيد ذلك أنه لو لم يكن يمكن تفسير السكوت عن حكم نفقات العلاج ولو بنفي الضمان فيها ، لأنه لا إشكال أن حدّاً من الضمان فيه وارد على الأقل ، فكيف لم تتعرض الروايات المذكورة لنفقتة وسكتت عنه إثباتاً ونفيّاً ؟ فالسكوت المذكور لا يمكن توجيهه وتفسيره إلا بأن عنوان الدية المسؤول عنها أو المتعرض لها في تلك الروايات جميعاً متعرض بحسب الارتكاز العقلاني 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 يفرمه 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 يسترَق 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 تعلق 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 والوضيع والشریف والماهر الخبير الكسوب وغيره ، أو الفرق بين دية المسلم والكافر . . إلى غير ذلك من الأحكام التي تدلنا على أنَّ فهم الدية على أنَّها قيمة المالية الناقصة بالجراحة لبدن الإنسان غير صحيح ، بل الأنسب كونها تكريماً للمجني عليه وجعل حق عقوبة وغرامة مالية بيده على الجاني تتقدَّر بحسب فداحة الجناية وخطورتها وخفَّتْها ، والتعبير بالضمان أو الغرامة الوارد في الروايات لا يدلُّ 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 أنَّ ظاهر روايات الدية وما ورد فيها من التصريح بأنَّ الدية بدل العيب أو النقص أو الكسر أو الجرح الحاصل في البدن بالجناية أنَّها في قبال ذلك ، فلو سلَّمنا أنَّ 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 وهرئ من الجرح أو الكسر بنحو لم يبقَ فيه أثر ولا عيب أو عثم لم يستحق الدية المقدَّرة ، وهذا معناه أنَّ الدية لا تدفع في قبال العلاج وتحصيل الصحة ، بل في قبال النقص الحاصل في بدن المجني عليه بالجناية ، وهو غير العلاج والبرء ، والذي قد يبقى بعده ناقصاً ، فنفقات العلاج التي يضطرُّ إليها المجني عليه ضرر مالي آخر مستقلٌّ عن النقص أو العيب والشين في البدن .

ومنه يظهر عدم صحة قياسه على إحداث عيب في مال الغير ، فإنَّ عدم ضمان نفقة إصلاحه - زائداً على أرش العيب - لأنَّه لا يصدق الإضرار والنقص بمالية ماله إلا بمقدار ما نقص من قيمته بالعيب لا أكثر ، والذي يكون مقارباً لما يصرف في سبيل إصلاحه أو تبديله بالصحيح منه ، بخلافه هنا ؛ فإنَّه قد أضَرَّه بضررين : ضرر في بدنه وهو العيب الحاصل بالجناية ، وضرر في ماله وهو نفقة العلاج والبرء 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 ولكنه أنفق على المعالجة بنحو بحيث عاد سالماً ومتصلاً ، فإنه في مثل ذلك لا يحكم على الجاني بالدية ؛ لما دلت عليه الروايات - وعليه الفتوى أيضاً - من أن دية الجروح والكسور إنما 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 كالحرصة أو الدامية التي فيها بعير أو بغيران ، ولكنّ المجني عليه كان فيه مرض بحيث إذا لم يعالج نفسه علاجاً باهضاً من حيث النفقة فسوف تؤذي الجراحة إلى هلاكه وموته ، فيقال بتحمّله نفقات ذلك ، وليس على الجاني إلاّ أرش الحرصة والجرح الخفيف ، مع أنّه لو لا 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 وتطور وسائل العلاج وتعقيدها ؟ فلا محالة لا تكون التقديرات الشرعية المذكورة إلاّ تقديرات شرعية لغرامة مالية تعطى للمجني عليه في قبال نفس الجرح أو الكسر أو النقص الحاصل بالجناية في بدنه ، كما

صرّحت بذلك السنة 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 لأرش 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 إنّّه 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 أزمنتنا ، بل لعلّ خلافه يعدّ 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 ومعيشتته بسبب الجرح أو النقص الذي حصل في بدنه :

أ - فإنا 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 حاصلًا ومملوكًا للمجني عليه، وإنما كان يحصل له لولا الجناية .

اللهم إلا أن تدعى إحدى عنايتين عرفيتين :

الأولى - أنّ النفع والمال المذكور حيث إنه 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 التكتسب وتحصيل المال من خلاله قيمة ومالية عقلاًياً وعرفاً، 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 مجرد تحقق وقوع النفع - لولا الحبس أو الجناية - لا يكفي لصدق مفهوم النقص والضرر إلّا 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 ماليته 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 أثم بذلك وظلمه - سواء كان كبيراً أو صغيراً... وكذا لا يضمن منافعه، كما إذا كان صانعاً ولم يشتغل بصنّعه 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 بمجرد منع مالكها عنها ولو لم يستوفها الفاصب، 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 تعلّقت 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 مورد ما إذا منع الأجير عن عمله مع بقائه 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 متمكّناً 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 ، وتنفسخ الإجارة في المدة الباقية ، ويرجع المستأجر بالأجرة المسقاة لتلك المدة على المالك ؛ لأنه ينكشف عدم وجود المنفعة في تلك المدة للمالك واقعاً .

وهكذا يتضح أنّ 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 فعلية المال ، فهو يصدق في المقام ، ولكن لا دليل على إيجابه للضمان كبروياً كما تقدّم .

هذا ، مضافاً إلى أنّه 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 : أنّ الجناية عرفاً بمثابة الإتلاف للنفس أو للعضو ، فيكون كالإضرار بالعين وإتلافه من حيث أنّه لا يضاف إلى منافع النفس أو العضو مستقلاً زائداً على إضافته إلى العضو أو النفس ، فكما لا يصدق على من أتلّف دابة الغير أنّه يضمن قيمة منافعها زائداً على ضمان قيمة نفسها لأنّه فوّتها على مالكها ، كذلك في المقام ؛ فلا يقال لمن قطع يد الغير مثلاً إلا أنّه أتلّف يده وأضرّه أو فوّت عليه يده ، وأمّا 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 الإلتلاف والنقص واقعاً عليها، وإنما يلحظ تفويت المنفعة مستقلاً إذا كانت فائتة مع بقاء العين، وهذه نقطة 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، كالرّشام أو النجار إذا قطعت يده مثلاً أو القاريء إذا قطع لسانه؛ لأنّ هذا من باب إلتلاف 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 إلا اعتباراً، مما يهتد بفكرة الضمان في المقام زائداً على ما حدّده الشارع من الدية.

بل يمكن أن ندعي القطع - أو الاطمئنان على الأقل - 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 خطأ 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 وبأن 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

وأنه لا فرق في الدية بين الصغير والكبير والشریف والوضيع منهم ما يدل 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 لثبي يمكن أن يستدل به على عدم ضمان الجاني زائداً على الدية ونفقات البرء والعلاج - إذا قلنا بضمانها في المسألة الأولى - تعويضاً عما يفوته أو يفوت عائلته من الكسب والمنفعة .

وأما المسألة الثالثة فهي ضمان الجاني نفقات المرافعة والمقاضاة ، وقد ذكرنا أن هذا البحث لا يختص بباب الجنایات ، 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 استحصاله عليه ، وهذه مسؤولية وضمان تجاه صاحب الحق .

الفرع الثاني - في ضمان المحكوم عليه لنفقات المرافعة للدولة ، فيجوز أن تستوليها 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 أن هذه النفقات والتكاليف وإن كان قد صرفها صاحب الحق باختياره إلا أن 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 إن الظاهر عدم كفاية هذا المقدار للتسبيب ، فإننا ذكرنا أن المراد منه ما

يوجب استناد موجب الضمان من الإلتلاف أو الإضرار أو التفويت إلى غير المباشر، ومن الواضح أن مجرد منع الغاصب لحق صاحب الحق وتوقف تحصيله على بذل المال لا يكفي لأن تستند خسارة تلك النفقات التي صرفها إلى الغاصب، فيكون هو المتلف لها أو الضار أو المفوت لها زائداً على الحق الأول؛ لأن هذا الإنفاق كان من قبل صاحب الحق لمصلحة نفسه، وهو وصوله إلى حقه، فلم يكن له حقان وضمانان: حق ماله الأول مثلاً وحق أن يأخذ منه ما يوصله إلى حقه الأول، فهذا المقدار لا يكفي للتسبيب 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 إلا إذا كان هناك تسبيب من إكراه 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 إلا بنحو من العناية.

كما أن دعوى: أن لنفس التمكن من ماله وحقه وكونه تحت اختياره مالية وضماناً مستقلاً قد فوتته عليه الغاصب، واضحة الفساد؛ لاستلزامه الضمانين من أول الأمر سواء صرف في سبيل تحصيله مال أم لا، وهو كما ترى، بل لعل في ما دل على حرمة الربا وأن 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 أن 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: أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأنه يمكن أن تثبت به الضمان في المقام.

مدفوعة : - مضافاً إلى كونها قاعدة متصيدة وتعبيراً فقهياً لا قاعدة شرعية - بأن المراد بها أن 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 من 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 الفراء .

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 الإلتلاف ، 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 رده إلى صاحبه، فتكون هذه نقطة عرفية لصدق التسبيب بلحاظه، لا بلحاظ من له الحق ويطالب به، نظير ما إذا سحب المالك ثوبه من يد الغاصب فأمسكه الغاصب وجره إلى نفسه فتمزق، فإن التلف وإن كان حاصلًا بفعلهما معاً، ولكنّه يقال بأن الغاصب حيث كان لا يحق له إمساك ثوب الغير ومنعه عنه فهو السبب للتلف، فيكون ضامناً لتتمام 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 النقطة ثبت الضمان عليه، وإلا كان مقتضى الأصل عدم الضمان هنا أيضاً، كالمسألة السابقة.

