

اَشْيَاخُ الطَّالِبِ

فِي شَرَحِ الْمَكَايِبِ

كُتَابُ الرِّبَا

الْجُزْءُ الرَّابِعُ

تَأْلِيفُ

سَلَامَةُ آيَةِ اللَّهِ الْعُظْمَى
السَّيِّدِ الْبَاسِطِ الْبَرِّ الْبَرِّ الْبَرِّ الْبَرِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الموسم في الفقهية والفيزياء والتاريخية

أرشاد الطالب
في شرح المكاسب

كتاب الشيخ

المؤلف

لِلْمُسْتَوْعِبِ الْفَقْهَةِ الْمَيِّزِ الْتَّابِ الْقَادِسِ

اَشَادَةُ الطَّالِبِ

فِي شَرْحِ الْمَكَّاسِبِ



كِتَابُ الْبَيْعِ

الْجُزْءُ الرَّابِعُ

تَأَلَّفَ

سَمِيحَةُ آتِيَّةِ اللَّهِ الْعُظْمَى

السَّيِّحُ الْبَيْرُزِيُّ الْجَوَادُ الْتَّابِ الْقَادِسُ

(قَادِسٌ)

سرشناسه :	تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
عنوان قراردادی :	المکاسب. شرح
عنوان و نام پدیدآور :	ارشاد الطالب فی شرح المکاسب / تالیف جواد تبریزی.
وضعیت ویراست :	ویراست ۲.
مشخصات نشر :	قم: دارالتفسیر، ۱۴۳۲ ق. = ۲۰۱۱ م. = ۱۳۹۰ -
مشخصات ظاهری :	ج۷.
شابک :	دوره : 7-289-978-964-535 : ج. ۴ : 4-293-978-964-535
وضعیت فهرست نویسی :	فیا
یادداشت :	عربی.
یادداشت :	کتابنامه.
مندرجات :	ج. ۱. کتاب المکاسب المحرمه
موضوع :	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۱-۱۳۱۴ ق. المکاسب - نقیو تفسیر
موضوع :	معاملات (فقه)
شناسه افزوده :	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۱-۱۳۱۴ ق. المکاسب
رده بندی کنگره :	۱۹۰/۱BP / الف۸م۸۰۲۱۳۸ ۷۰۲۹۰
رده بندی دیویی :	۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی :	۲۴۵۷۵۵۹



منشوراته دارالتفسیر

ارشاد الطالب

فی شرح الکتاب / ۴

آیه الله العظمی المیرزا جواد التبریزی (رحمته)

الطبعة : الاولى / ۱۳۹۰ هـ. ش = ۱۴۳۲ هـ. ق

المطبعة : نگین

ردمک الدورة : ۷-۲۸۹-۵۳۵-۹۶۴-۹۷۸

ردمک ج/ ۴ : ۴-۲۹۳-۵۳۵-۹۶۴-۹۷۸

عدد المطبوع : ۱۰۰۰ نسخه

السابع: هل يعتبر في صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً [١] أم لا؟ وجهان:

[١] اختلاف الإجازة مع العقد في العموم والخصوص تارة يكون باعتبار العوضين، وأخرى باعتبار الاشتراط وعدمه بأن يبيع الفضولي شيئين بثمن كذا ويجيز المالك بيع أحدهما، أو أن يبيع الفضولي متاعاً ويجيز المالك بيع نصف ذلك المتاع بنحو المشاع، أو يبيع الفضولي بشرط كذا فيجيز المالك بلا شرط، أو يبيع بلا شرط ويجيزه المالك مع الاشتراط. وإذا كانت الإجازة مختلفة مع العقد في العوضين باعتبار الكل والجزء فلا يوجب ذلك بطلان الإجازة، بل يتم معها البيع في البعض وضرر تبعض الصفقة على الأصيل يجبر بالخيار، نظير ما إذا باع المالك متاعين بثمن وظهر أحدهما غير مملوك فإنه يتم البيع بالإضافة إلى الآخر ويثبت خيار التبعض للمشتري. والوجه ما ذكرنا سابقاً من انحلال البيع إلى البيوع المتعدّدة بالإضافة إلى الأبعاض المشاعة للعوضين وبالإضافة إلى الجزء الخارجي المعين فيما كان يبيعه مع الآخر بنظر العرف من بيع المتعدّد والإجازة، كما تقدم من أحكام الملك، فيجوز للمالك إجازة بعض تلك البيوع.

وبهذا يظهر الفرق بين الإجازة وخيار الفسخ، حيث لا يجوز لذي الخيار إلا فسخ البيع بتمامه، ووجه الظهور أن الإجازة من آثار الملك فللمالك أن يبيع بعض ماله كما أن له أن يبيع كله، ولكن بخلاف الخيار فإنه حق وسلطنة على فسخ العقد، وظاهر أدلة الخيار ثبوت حق واحد بالإضافة إلى البيع المنشأ ابتداءً لا ثبوت حقوق متعددة بالإضافة إلى البيوع المنحلة.

وذكر المصنف رحمه الله بطلان الإجازة فيما كان العقد مشروطاً بشرط على المالك فأجاز المالك العقد بلا شرط، ولا يقاس الفرض بإجازة بيع البعض، وذلك فإن البيع - كما تقدم - ينحل إلى البيوع المتعددة بالإضافة إلى أبعاض العوضين، فتكون إجازة بعضها نافذة، بخلاف الاشتراط في العقد فإن العقد لا ينحل بالإضافة إلى الشرط حتى تصححه الإجازة؛ ولذا يكون بطلان الشرط في العقد موجباً لبطلانه، بخلاف بطلان البيع في الجزء.

وذكر النائيني رحمه الله ^(١) أنه يحكم بصحة البيع دون الشرط، فإن الشرط في المعاملات التزام آخر غير الالتزام العقدي، فإجازة الثاني وعدم إجازة الأول أمر ممكن، غاية الأمر يكون عدم إجازة الشرط من قبيل تعذر الشرط الذي يوجب للمشروط له وهو الأصيل في مقام الخيار.

أقول: الشرط - كما ذكر - التزام آخر ولا يكون جزءاً لأحد العوضين؛ ليجري عليه حكم الجزء، وارتباطه بالعقد ليس هو مجرد الظرفية والاتحاد معه في الزمان، كما هو مقتضى قولهم: الشرط التزام في الالتزام؛ ليمكن إجازة العقد دون الشرط، بل وجه

(١) حاشية المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢: ١٤٦.

ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملي من المشروط له معلق على التزام الآخر بالشرط، أي المشروط، فقلوه: «بعت المال بكذا على أن تخط لي هذا الثوب»، معناه أن أصل البيع من البائع معلق على التزام المشتري بالخياطة لأنه معلق على نفس الخياطة المعبر عنها بالمشروط.

والحاصل: يكون الإيجاب في الفرض معلقاً على الشرط بالمعنى المصدري، أي الالتزام بالخياطة، وهذا التعليق لا يقتضي بطلان البيع؛ لأن المعلق عليه وهو الالتزام بالخياطة حاصل بالقبول، وما يحتمل عدم حصوله هو الشرط بمعنى المشروط لا يكون الإيجاب معلقاً عليه.

والحاصل: أنه إذا قبل المشتري الإيجاب المزبور والتزم بالخياطة تتم المطابقة المعتمدة بين الإيجاب والقبول، ويتم البيع حتى وإن لم يفعل المشتري ما التزم على نفسه بترك الخياطة، غاية الأمر ثبت للآخر معه خيار تخلف الشرط؛ لأن مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للبائع، على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط. وبهذا يظهر أن فساد الشرط في البيع أو غيره لا يوجب فساد أصل البيع أو سائر العقد، كما ذكر المصنف رحمته الله، فإن في موارد فساده يكون التطابق بين الإيجاب والقبول حاصلًا؛ لحصول الالتزام من الطرف الآخر، وفساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور، أي الإتيان بالمشروط.

والحاصل: أنه يعتبر في تمام البيع تطابق الإيجاب والقبول فيما إذا كان البيع من أصليين، والتطابق بينهما وبين الإجازة فيما إذا كان البيع فضولياً، حيث إن الإجازة إمضاء للعقد بمضمونه ومصححة لاستناده إلى المالك. وإذا كان بيع الفضولي على شرط، كما إذا باع الفضولي المتاع بألف على أن يخط للمشتري الثوب وأجاز المالك

البيع بدون الشرط المزبور، لم يحصل التطابق؛ لأن قبول المشتري البيع كان معلقاً على التزام مالك المبيع بخياطة ثوبه ولم يحصل فتبطل الإجازة كما لا يخفى.

لا يقال: يلزم على ذلك بطلان الإجازة في صورة وقوع البيع على تمام المتاع وإجازة المالك البيع في نصفه، فإنه إذا قال البائع الفضولي: «بعت المتاع بكذا»، وقبله المشتري فالبيع المزبور وإن ينحل إلى بيع كل نصف، إلا أن بيع كل نصف بشرط بيع النصف الآخر؛ ولذا لو ظهر بعض المبيع غير مملوك للبائع يثبت للمشتري خيار تبعض الصفة.

والحاصل: إذا أجاز المالك البيع في نصف المتاع لم تكن إجازته مطابقة للإيجاب والقبول، حيث إن قبول المشتري كان على تقدير التزام مالك المبيع لبيع النصف الآخر، والإجازة وقعت على البيع بدون ذلك التقدير فلم تحصل المطابقة المعبرة.

فإنه يقال: ما ذكرنا من أنه يعتبر تطابق الإجازة والعقد فلا مناص من الالتزام به في كل مورد؛ لما بينا من أن المصحح لاستناد البيع بمدلوله إلى المالك هي الإجازة فكيف تكون مصححة للاستناد مع الاختلاف؟ ولكن إذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل، كما إذا قال: «بعتك المتاع بكذا على أن أخیط لك ثوباً»، وقال المشتري: «قبلت»، فما يكون الإيجاب والقبول معلقاً عليه هو الالتزام بأمرين: أحدهما الفعل، أي الخياطة، والثاني الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الفعل. وإذا كان الشرط، أي المشروط غير فعل فما علق عليه الإيجاب والقبول هو الالتزام بأمر واحد، وهو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط، كما إذا قال: «بعتك هذا العبد بكذا على أنه كاتب»، وقبله المشتري فإن مرجع اشتراط كون العبد كاتباً إلى ثبوت الخيار للمشتري

على تقدير عدم الوصف. وإذا باع شيئين وقبله المشتري يكون المشروط في بيع كل منهما ثبوت الخيار على تقدير عدم تمام البيع في الآخر لا الفعل، وعلى ذلك فلو قال الفضولي للمشتري: «بعتك هذين المتاعين بكذا»، وقبله المشتري تكون إجازة المالك بيع أحدهما مع الالتزام بثبوت الخيار للمشتري المزبور إجازة موافقة للبيع المجاز كما لا يخفى.

وذكر رحمه الله فيما إذا كان العقد مطلقاً والإجازة مشروطة بشرط على الأصيل وجوهاً ثلاثة:

الأول: تمام العقد بالإجازة المزبورة ولزوم الشرط على الأصيل في فرض رضا بالشرط، نظير رضا الموجب بالشرط الذي يشترطه عليه القابل في قبوله، ومع عدم رضاه تلغى الإجازة.

والثاني: صحّة العقد بالإجازة المزبورة، ولا يلزم الشرط على الأصيل حتّى في فرض رضاه فإنّه من الشرط بعد الإيجاب والقبول.

والوجه الثالث الذي قوّاه رحمه الله: بطلان الإجازة وعدم صحّة عقد الفضولي بها حتّى مع رضا الأصيل؛ لأنّ الإجازة مع الشرط أمر واحد، وإذا بطل شرطها باعتبار وقوعها خارج المعاملة تكون الإجازة باطلة.

أقول: الأظهر صحّة الإجازة مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولي بها، ويجب على الأصيل رعاية الشرط أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود^(١) ونفوذ الشروط؛ لأنّ الشرط في الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطاً ابتدائياً، بل هو

(١) يعني قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة: الآية ١.

شرط في البيع، حيث إنَّ تمامه واستناده إلى المالك يكون بالإجازة فيكون إلزام المالك إلزاماً في بيعه، نظير إلزام المشتري في قبوله البائع بأمر ورضا البائع به بعد القبول، فلاحظ وتدبّر.

بقي في المقام أمور:

الأول: ما ذكرناه في صورة اختلاف الإجازة مع عقد الفضولي بالجزء والكل بأن كان المبيع في عقد الفضولي الكل والمجاز البعض ناظراً إلى أنَّ الاختلاف المزبور لا يضر بالتطابق المعبر بين العقد والإجازة لأنه لا يعتبر التطابق بينهما، وفيما إذا كان عقد الفضولي على شرط وأجاز المالك العقد دون الشرط لا يحصل التطابق المعبر بين العقد المجاز والإجازة؛ ولذا تبطل الإجازة. وكذا فيما كان العقد بلا شرط وأجازة المالك مع الاشتراط فإنه لا يحصل التطابق مع عدم رضا الأصل بالشرط المزبور، ويحصل مع رضاه به.

والحاصل: لا ينبغي الخلاف والإشكال في اعتبار التطابق بين العقد المجاز والإجازة في الصور الثلاث، حيث إنَّ الإجازة إمضاء للعقد باعتبار مدلوله، وإنما الخلاف في تحقّق التطابق وعدمه في تلك الصور، فيكون النزاع والخلاف في الصور الثلاث صغرياً بعد الاتفاق على الكبرى.

الثاني: قد ذكرنا انحلال البيع باعتبار الأجزاء المشاعة للمبيع في كلّ بيع وبالإضافة إلى أجزائه الخارجية في خصوص ما كان المبيع بنظر العرف متاعين أو أكثر قد جمع بينهما في عقد واحد، وأما في غير ذلك فلا يكون انحلال بالإضافة إلى الأجزاء الخارجية، والشاهد للانحلال في الموردين وعدم انحلاله في غيرهما هو العرف. وقد ذكر بعض الأعاظم رحمته الله في الاستدلال على عدم انحلال البيع بأنه إذا باع كتاباً فلا يصحّ أن

يقال: إن البيع المزبور قرارات وبيوع متعدّدة بعدد صفحات الكتاب، وأنّه لو انحل البيع بالإضافة إلى الأجزاء المشاعة يتعيّن الالتزام بأنّ البيع الواحد بيوع إلى غير النهاية، حيث إنّ الجزء المشاع لا يقف على حد وأن الإنشاء كالإخبار في عدم الانحلال. وكما أنّه لا ينحلّ الخبر بالإضافة إلى مدلوله، مثلاً: إذا قال: «كلّ ما في الأرض جماد»، لا يمكن أن يلتزم بأن المخبر قد كذب كذباً متعدّداً بعدد ما في الأرض من الحيوان والإنسان والنبات والشجر، كذلك لا يمكن الالتزام بتعدّد البيع فيما إذا قال: «بعت الدار بكذا»، وقال الآخر: «قبلته»، فإنه لا ينحلّ إلى بيوع متعدّدة. وكذا الحال في النذر والحلف ونحوهما، فإنه إذا قال: «لله عليّ صوم كلّ جمعة»، يكون النذر واحداً، ولو ترك الصوم في جمعة واحدة لحصل الحنث ووجبت الكفارة، ولا يجب الصوم بعده لأنّه نذر لصوم كلّ جمعة وجمعة على سبيل الاستقلال والاستيعاب ولكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك، وفيما إذا كان المتاع لاثنين فباعه أحدهما، وفيما إذا جمع بين متاعين مالكهما في إيجاب البيع وقبل المشتري بيع أحدهما، أو باعهما فضولي وأجاز المالك بيع أحدهما، ولا انحلال في غير ذلك.

أقول: أمّا الاستشهاد بعدم انحلال البيع بأن بيع الكتاب لا ينحلّ عرفاً إلى بيع كلّ ورقة ورقة من أوراقه فقد ذكرنا أن مع وحدة المتاع لا ينحلّ بيعه إلى الأجزاء الخارجية وإنما يكون الانحلال بالإضافة إلى أجزائه المشاعة، وهذا الانحلال لا يستلزم البيوع إلى غير النهاية؛ لأنّ الأجزاء المشاعة وإن لا تقف إلى حد، إلّا أنّ عدم وقوفها لا يلازم عدم وقوف بيعها، وذلك فإنّه يعتبر في البيع أن تكون للمعوض كالعوض مائيّة، ولا تكون المالية في الأجزاء المشاعة للمتاع إلّا إلى حد معين. فإن المالية للجزء كما يأتي في مسألة تقسيط الثمن، أن يكون له قيمة في بيعه بانفراده، وعليه فنصف العشر

الأقوى: التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما، وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار.

ولو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز، بناءً على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط وإن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء، ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط. ولو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً، ففي

من الكيلو من الحنطة إذا فرض كونه خمسين حبة فلا ينحل بيع الكيلو إليه، حيث إن الخمسين من حبة الحنطة لا مالية لها، بل ولا غرض في تملكها. ثم إنه لا فرق بين الإنشاء والإخبار في الانحلال وعدمه، وأن الانحلال فيهما باعتبار الدلالة والمدلول لا باعتبار الدال.

وبتعبير آخر: أن الدال وإن لا يتصف بكونه دالاً إلا مع فرض المدلول له، كما أنه لا يكون مدلول إلا مع فرض الدال عليه، كما هو الحال في متضايفين، إلا أن الانحلال يكون في ناحية الدلالة والمدلول لا في ناحية الدال، وعليه فإن كان موضوع الحكم عنواناً ينطبق على الدال كحرمة الكذب، حيث إن الكذب عبارة عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقاً للواقع فلا يتعدّد ذلك الحكم ولو كان مدلول ذلك الكلام منحلّاً إلى المتعدّد. بخلاف ما إذا كان الموضوع عنواناً ينطبق على الدلالة أو المدلول فإنه يتعدّد بتعدّد هاتين كما في حرمة الاغتيا ب، كما ذكرنا في المكاسب المحرّمة، فإنها كشف ما ستره الله على المؤمن من العيب، وإذا قال المخبر: «كلّ أولاد زيد قد شربوا الخمر، فقد اغتاب بعدد أولاده، حيث إن الاغتيا ب ينطبق على الكشف والدلالة لا على الدال كما لا يخفى.

صحة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل - فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب - أو بدون الشرط، لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد - فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلا إذا تقدّم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً - أو بطلانها، لأنه إذا لغى الشرط لغى المشروط، لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

وأما القول في المجيز، فاستقصاؤه يتم ببيان أمور:

الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد، ولو أجاز المريض بُني نفوذها على نفوذ منجزات المريض [١]

وأما النذر أو العهد فكل منهما عنوان للالتزام ويتعدّد بتعدّد الملتزم به، وإذا قصد الناذر في قوله: «لله عليّ صوم كلّ يوم جمعة»، الالتزام بصوم كلّ جمعة على سبيل الاستغراق والاستقلال فيتعدّد الحنث، بخلاف ما إذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك الأيام، ويشهد لانحلال الالتزام بتعدّد الملتزم به سقوط بعض الدين بأداء ذلك البعض أو بإبراء الدائن.

الثالث: ما ذكرنا من أنّ شرط غير الفعل يرجع إلى اشتراط الخيار، وأنّ البيع والشراء يكون معلقاً على التزام الطرف بذلك الخيار، كما إذا اشترى عبداً واشترط كونه كاتباً ينحصر بما إذا كان المبيع عيناً خارجية، وأما إذا كان بنحو الكلي على الذمة فمرجع الاشتراط إلى تقييد المبيع. ولو دفع إلى المشتري عبداً لا يكتب فلا يكون للمشتري إلا الاستبدال لا فسخ البيع، كما أنّ رجوع الاشتراط إلى جعل الخيار يختص بما إذا لم يكن الشرط عنواناً مقوماً للمبيع، وإذا اشترى فلزاً واشترط كونه ذهباً فبان مذهباً فإنه يبطل البيع لأنه يثبت للمشتري الخيار، وتامم الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

[١] يعنى: بناءً على نفوذ منجزات المريض تكون إجازته مفيدة في صحة عقد

ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل [١]

الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة ولا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان:

أولهما للعلامة في ظاهر القواعد. واستدل له بأن صحة العقد والحال هذه ممتنة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً ويلزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في العين [٢] - لإمكان عدم الإجازة، ولعدم تحقق المقتضى - ولا في الثمن، لإمكان

الفضولي بتمام مدلوله على النقل والكشف، وبناءً على أنها كالوصية في نفوذها من ثلث التركة فتكون صحة الإجازة مراعى بأن يكون المال الجاري عليه العقد فضولاً بمقدار ثلث تركة المجيز أو أقل.

[١] أما على النقل والكشف الحكمي فظاهر، حيث إن تصرف المالك في ماله يكون بإجازته فيعتبر كونه حال الإجازة مالاً للتصرف، وأما بناءً على الكشف الحقيقي فالإجازة الكاشفة عن الملك بالعقد هي إجازة المالك الذي يجوز له التصرف في ماله، حيث إن الإجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيداً في النقل والانتقال، بلافق بين اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو بتعقب العقد بها.

[٢] أي لا يجوز تصرف الأصل في العين التي اشتراها؛ لإمكان عدم الإجازة وإمكان عدم المقتضى، يعني دخول تلك العين في ملكه، ولا في الثمن؛ لإمكان عدم تحقق الإجازة.

أقول: لا يخفى أن احتمال الإجازة لا يمنع عن الأخذ بأصالة بقاء الثمن في ملكه فتجوز تصرفاته ظاهراً، مع أن هذا مبني على لزوم العقد على الأصل قبل الإجازة، فقد تقدم منعه سابقاً وأن لزومه على تقديره يسقط في موارد الضرر.

تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه. ويضعف الأول - مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة - : منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضى امتناعه دائماً. سواء قلنا بالثقل أم بالكشف، وأما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورة النقض المذكورة. هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً الشاملة لصورة وجود ولي النكاح وإهماله

وأما الاستدلال على اعتبار المجيز حال العقد بأنه لو امتنع العقد في زمان امتنع دائماً، فقد أجاب عنه المصنف رحمته مضافاً إلى النقض بما إذا كان مالك المال حال العقد في مكان لا يمكن الوصول إليه، أنه لا ملازمة بين عدم إمكان تمام العقد في زمان وعدم إمكان تمامه بعد ذلك.

وبتعبير آخر: إذا امتنع الشيء في زمان ذاتاً لا امتنع دائماً.

وأما إذا كان امتناعه في زمان بالغير فيمكن أن يخرج إلى الإمكان، بل الوجوب بعد ذلك بتمام علته.

والحاصل: يحتمل أن يكون المراد بالمجيز ذات المجيز، أي من يكون شأنه إجازة العقد، ولكن احتمال عدم اعتبار هذا المجيز حال العقد أو الجزم بعدمه لا يفيد شيئاً في المعاملات المالية كالبيع، فإنه لا يمكن تخلف مال عن المالك أو من له ولاية على مالك ذلك المال.

نعم، يصح في مثل النكاح، كما إذا زوج الفضولي صبيّاً من صبية لا يكون لهما أب أو جد، بناءً على عدم ولاية غير الأب والجد عليهما حتى الإمام عليه السلام فإن ولايته على نكاحهما مورد المناقشة. ويحتمل أن يكون المراد بالمجيز من يتمكن على الإجازة حين العقد، وإذا كان المالك بعيداً عن مكان العقد بحيث لا يمكن وصول خبره إليه إلى مدة يكون العقد المزبور على الاعتبار غير قابل للإجازة.

الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الولي، بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح، وانحصار الولي في الأب والجدّ والوصي على خلاف فيه [١]. وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط، وفاقاً للمحكي عن ابن المتوجّج البحراني والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم، بل لم يرجّحه غير العلامة عليه السلام.

ثمّ اعلم أنّ العلامة في القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: بيع مال اليتيم. وحكي عن بعض العامة - وهو البيضاوي على ما قيل - الإيراد عليه: بأنّه لا يتمّ على مذهب الإماميّة من وجود الإمام عليه السلام في كلّ عصر. وعن المصنّف عليه السلام أنّه

ثمّ إنه لا دليل على اعتبار المجيز حال العقد باحتماليه، فإن البيع أو غيره يستند إلى المجيز فيكون بيعاً له بإجازته فيعتبر أنّ يكون حال الإجازة مالاً للتصرف، وأما قبلها فكون ذات المجيز أو مع تمكنه على إجازته غير دخيل في تمام عقد الفضولي، أضف إلى ذلك ما ورد في نكاح الصغيرين، حيث لم يستفصل فيه عن وجود الولي عليهما حين العقد أو عدمه. وكذا إذا كان المراد بالمجيز وجود من تصحّ إجازته حال العقد، فإذا بيع مال اليتيم بنصف قيمته السوقية ثمّ تنزلت القيمة بحيث تكون إجازته صلاحاً فيصح بالإجازة بناءً على عدم الاعتبار، بخلاف ما إذا قيل بالاعتبار فإنه لا بد من تجديد العقد، ولكن اعتبار وجود المجيز بهذا المعنى ضعيف أيضاً، يدفعه عدم الاستفصال في مثل خبر نكاح الصغيرين، والإطلاق أو العموم الشامل للعقد بعد لحوق الإجازة به. ولا يخفى أنّ اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغي أنّ يعدّ في شرائط المجاز لا من شرائط المجيز الذي يلحق إجازته بعقد الفضولي، كما في الشرطين الأول والثالث.

[١] أي على خلاف في ولاية الوصي.

أجاب بأن الإمام غير متمكّن من الوصول إليه.

وانتصر للمورد بأن نائب الإمام عليه السلام - وهو المجتهد الجامع للشرائط - موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفَساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول.

لكن الانتصار في غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الإمام عليه السلام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد والعدول أيضاً، فإن أُريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض [١] بعدم التمكن من الإمام عليه السلام. وإن أُريد وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد والعدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى: ما فعله فخر الدين والمحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف [٢] حال العقد، سواء كان

[١] يعني: الأولى الالتزام بورود الاعتراض، مع فرض كون المراد بالمجيز من يكون شأنه إجازة العقد فضولاً، وإن أُريد وجود المجيز المزبور مع تمكنه على الإجازة فيمكن فرض عدم هذا المجيز في العقد الجاري على الأموال فضولاً حتى مع فرض ولاية المجتهد والعدول؛ لإمكان عدم تمكنهم على إجازته باعتبار عدم إطلاعهم على العقد المزبور.

[٢] هذا الأمر ناظر إلى أن من يجيز العقد فعلاً، وأنه هل يعتبر في نفوذ إجازته أن يكون حال العقد أيضاً نافذ التصرف بحيث لو كانت إجازته في ذلك الزمان لتمّ بها العقد، أو أنه لا يعتبر في نفوذ إجازته إلا كونه جائز التصرف حال الإجازة فتصحّ إجازته

عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع، وعدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكاً ولا مأذوناً حال العقد، وقد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. والمانع كما لو باع الزاهن بدون إذن المرتهن، ثم فك الزهن. فالكلام يقع في مسائل:

فعلاً ولولم تكن له الإجازة في ذلك الزمان، سواء كان عدم نفوذ إجازته سابقاً لعدم المقتضى أو للمانع؟ والمراد بعدم المقتضى عدم الملك أو الوكالة أو فقد سائر القيود المعتمدة في المالك، والمراد بالمانع تعلق حق الغير بالمال الذي وقع في مورد العقد فضولاً.

وفي المقام مسائل ثلاث، ندرجها في مسألتين تبعاً للمصنف رحمته الله:

الأولى: ما إذا بيع المال وكان حال البيع فاقداً لما يعتبر في البائع من القيود من كونه بالغاً أو عاقلاً أو رشيداً أو عدم الحجر عليه بتعلق حق الغير بماله، وصار حال الإجازة واجداً لتلك القيود.

والثانية: ما إذا بيع المال حال عدم ملكه ثم ملك المال وأجاز البيع.

أما الأولى فنقول: إذا بيع المال حال جنونه أو صغره أو سفهه ثم أفاق أو بلغ أو صار رشيداً فأجاز البيع فإنه لا ينبغي الريب في صحة البيع المزبور، باعتبار أنه يتم بالإجازة الموضوعية لاعتبار المعاملة وإمضاءها، حيث يتم بها استناد المعاملة المزبورة إلى المالك البالغ الرشيد والاستناد السابق على تقدير المباشرة في إنشاء البيع كان ملغى؛ لخروج بيع الصغير والمجنون والسفيه عن موضوع الإمضاء ولزوم الوفاء، لا باعتبار تعلق حق الغير بالمال، بل لقصور أنفسهم. وإذا باع مع المانع، أي مع تعلق حق الغير بماله ثم ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعاملة ويشملها دليل الاعتبار من غير حاجة إلى الإجازة، حيث إن استنادها إلى المالك العاقل البالغ الرشيد

المسألة الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر. والأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الرّاهن ففك الرّهن قبل مراجعة المرتهن فإنّه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة.

كان من قبل، وإنما لم يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذي وقع مورد المعاملة، ففي أيّ زمان سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار.

وإن شئت فلاحظ المعاملة التي يكون القبض شرطاً في تمامها، فإنّ دليل الاعتبار لا يعمها مالم يحصل القبض، ففي أيّ زمان حصل القبض يعمها دليل اعتبارها.

لا يقال: لا يقاس المقام بمسألة اعتبار القبض في الهبة والوقف فإنّ ما دل على عدم انتقال المال عن ملك الواهب الواقف إلى أن يقبض العين مقتضاه ترتب الإمضاء على الهبة أو الوقف بعد القبض، بخلاف بيع المالك المال مع كونه رهناً أو محجوراً عليه للفلس، فإنّ بيعه في حدوده مستند إلى مالكة ومع ذلك لا يعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد باعتبار أنّ إمضاءه أو لزوم الوفاء به مناف لتعلق حق الغير بالمال، وبعد ارتفاع المانع وسقوط الحق دخوله في الإطلاق والعموم يحتاج إلى توضيح.

فإنّه يقال: قد ذكرنا في بحث الأصول أنه كلما دار أمر الفرد بين خروجه عن تحت العام أو المطلق إلى الأبد وخروجه عنهما إلى زمان يتعيّن الالتزام بالثاني للاقتصار على المتيقّن؛ لأنّ طرح ظهور العام أو الإطلاق بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلا موجب.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لو باع الرّاهن أو المفلس عين الرهن أو عين ماله فأجاز المرتهن أو الغرماء البيع لا تكون إجازتهم كاشفة عن النقل والانتقال من حين العقد

[المسألة] الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد [١] سواء كان هو البائع أو غيره، لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً، ثم ملكه وهذه تتصور على صور، لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك والملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث، ثم

لا بكشف حقيقي ولا بكشف حكمي، بل تكون إجازتهم فكك الرهن أو ارتفاع الفلس موجباً لانتقال العوضين من حين الإجازة، وذلك فإن المال بالإضافة إلى الأزمنة السابقة غير قابل للنقل والانتقال، وفي أي زمان سقط الحق عن المال وصار ملك طلق يقبل النقل من ذلك الزمان. ولا يقاس بإجازة المالك في بيع الفضولي المعروف، حيث التزمنا فيه بالكشف الحكمي باعتبار أن المال كان قابلاً للنقل في زمان سابق، إلا أن البيع الناقل لم يكن مستنداً إلى المالك أو من له ولاية النقل، وبإجازته يستند النقل من ذلك الزمان إلى المجيز على ما تقدم.

وعلى ذلك فإذا بيع المال حال صغره أو جنونه أو سفهه ثم صار المالك بالغاً أو أفاق أو صار رشيداً فأجاز البيع المزبور تكون إجازته كاشفة، بخلاف ما إذا باع المال ثم فك الرهن فإنه يتعين الالتزام في الثاني بالنقل كما لا يخفى.

[١] المسألة الثانية: ما إذا كان المجيز غير مالك للمال حال العقد، ولهذه المسألة صور، ولكن العمدة البحث في جهات:

الأولى: ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملك المال، وأجاز البيع، والثانية: ما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه ولم يجزه، والثالثة: هل فرق بين ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملكه أو أجازته أو لم يجزه، وبين ما إذا باع المال لمالكه ثم ملكه وأجاز أو لم يجز؟ فنقول: قد يقال بأن غير المالك إذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازته يصح المبيع المزبور.

البائع الذي يشتري الملك إما أن يجيز العقد الأول وإما أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له. والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالك وأجاز، وما لو باع واشترى ولم يجز، إذ يعلم حكم غيرهما منهما.

وبتعبير آخر: لا يعتبر في المجيز أن يكون مالكا للمال حين إنشاء عقد الفضولي، كما هو ظاهر المحقق في باب الزكاة من «المعتبر»^(١)، حيث ذكر أنه لو باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه صحّ البيع والرهن بالإضافة إلى غير مقدار الزكاة، فإن أدى الزكاة من مال آخر، قال الشيخ^(٢): صحّ البيع والرهن في تمام النصاب، وفيه إشكال؛ لأنّ حصّة الزكاة مملوكة لأرباب الزكاة وإذا أدى المالك الزكاة من مال آخر ملك تلك الحصّة بملك جديد، فافتقر بيع تلك الحصّة إلى إجازة جديدة، كما في مسألة من باع شيئاً ثم ملك. انتهى. فإنّ ظاهر هذا الكلام أن المحقق رحمته الله يرى تمام البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه وأجازه.

بل يمكن أن يستظهر ممّا حكاه عن الشيخ رحمته الله عدم الحاجة في تمام البيع المزبور إلى الإجازة، ولكن الاستظهار قابل للخذشة، فإنه يحتمل أن يكون تعلق الزكاة من قبيل الكلّي على الذمة، وأنّ العين الزكويّة كالرهن لذلك الكلّي، فلو امتنع مالك النصاب عن أداء ما عليه من الزكاة، يجوز لوليّها الأخذ بتلك العين؛ لاستيفاء ما على عهدة مالك النصاب، نظير أخذ المرتهن بالعين المرهونة، لاستيفاء ما على عهدة الراهن في فرض امتناعه عن أداء دينه. وعلى ذلك فالعين الخارجية بتمامها ملك لمالك النصاب، غاية الأمر يتعلق بها حق الزكاة، ويسقط ذلك الحق بأدائها من مال آخر، نظير ما إذا باع

(١) المعتبر ٢: ٥٦٣.

(٢) أنظر المبسوط ١: ٢٠٨.

أما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعبر - فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه - : أنه صح البيع والرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصّة الفقراء، قال الشيخ عليه السلام: صح البيع والرهن. وفيه اشكال؛ لأنّ العين مملوكة وإذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره، ثمّ اشتراه انتهى.

الراهن العين المرهونة ثم فك الرهن بأداء دينه فإنه قد مرّ عدم الحاجة في صحّة هذا البيع إلى الإجازة، كما يحتمل أن يكون تعلق الزكاة بالعين الخارجية كتعلق حق الجناية بالعبد في جنائته خطأ بأن يجوز لمالك النصاب بيعه بتمامه ويصحّ منه البيع، كجواز بيع العبد الجاني. وتعلق الزكاة بذمة المالك، غاية الأمر أنّ المالك لو امتنع عن أداء الزكاة وإفراغ ذمته منه، يجوز لولي الزكاة أخذ الزكاة من النصاب بإبطال البيع المزبور وفسخه في مقدارها، كما في امتناع مولى العبد الجاني من أداء أرش الجناية، فيمكن أن يكون ظاهر كلام الشيخ عليه السلام في عدم الحاجة إلى الإجازة مبنيّاً على ذلك، فلا يرتبط عدم الحاجة إلى الإجازة في الفرع المزبور بمسألة من باع شيئاً ثم ملك.

وذكر السيد اليزدي عليه السلام (١) في تعليقه أنّ تعلق الزكاة بالنصاب لا يحتمل كونه من قبيل تعلق حق الجناية بالعبد الجاني خطأ؛ لأنّ المعروف بينهم أنّه يجوز للساعي والحاكم تتبع العين فيما إذا باع المالك النصاب قبل أداء الزكاة من مال آخر.

أقول: إن كان مرادهم من تتبع العين فيما إذا لم يؤدّ الزكاة بعد بيع النصاب تتبعها مع امتناع المالك من مال آخر فحق الرهانة وحق الجناية مشتركان في ذلك، وإن كان مرادهم تتبعها ولو من غير امتناعه فالأمر أيضاً كذلك؛ لأنّ جواز تتبع العين لا يلازم

(١) حاشية المحقق الطباطبائي عليه السلام على المكاسب: ١٦٣.

بل يظهر ممّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلّق الزكاة بالعين كتعلّق الدين بالرهن، فإنّ الراهن إذا باع فكفّ الرهن قبل

جواز تملكها مطلقاً، بل جواز التملك يكون بعد امتناع المالك من أداء الزكاة من مال آخر، سواء كان تعلقها من قبيل حق الرهانة أو من قبيل حق أرش الجناية.

والحاصل: أنّ الفرق بين تعلق حقّ الرهن وتعلّق حقّ الجناية بعدم تمام بيع العين المرهونة إلا بفكّ الرهن أو إجازة المرتهن، بخلاف بيع العبد الجاني خطأ فإنه يتم، ولكن يكون للمجني عليه أو وليّه حق فسخ بيعه في فرض امتناع مولاه البائع عن أداء أقلّ الأمرين من قيمته، وأرش الجناية غير منافٍ لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع العين. وفي صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «رجل لم يركّ إبله أو شاته عامين، فباعها على من اشتراها أنّ يركبها لما مضى، قال: نعم، تؤخذ منها زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدّي زكاتها البائع»^(١). وظاهرها لا ينافي كون الزكاة من قبيل حق الرهن أو حق أرش الجناية.

ولكن الأظهر عدم كون الزكاة من قبيلهما، ولا من قبيل الكلّي في المعين؛ لعدم حساب التالف على مالك النصاب فقط، كما لا تكون من الإشاعة في العين، كما هو مقتضى إيجاب الشاة في نصاب الإبل، بل بنحو الإشاعة في المالية. ويجوز للمالك التصرف في بعض النصاب فيما إذا كان قصده إخراجها من الباقي؛ لأنّ القصد المزبور عزل للزكاة في الباقي، ويصحّ بيع تمام النصاب مع إخراج الزكاة من مال آخر ولو بعد البيع، وتامم الكلام في محلّه.

(١) وسائل الشيعة ٩: ١٢٧، الباب ١٢ من أبواب زكاة الأنعام، الحديث الأول.

مراجعة المرتهن لزم ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة. وبهذا القول صرح الشهيد رحمته الله في الدروس [١]، وهو ظاهر المحكي عن الصميري. والمحكي عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان، ومال إليه بعض المعاصرين، تبعاً لبعض معاصريه. والأقوى هو الأول، للأصل والعمومات السليمة عما يرد عليه ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح وجامع المقاصد.

[١] أي صرح الشهيد رحمته الله في «الدروس» ^(١) بصحة البيع فيما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازه، وهذا أيضاً ظاهر المحكي عن الصميري ^(٢)، ولكن المحكي عن المحقق الثاني في تعليق «الإرشاد» هو البطلان ^(٣)، ومال إليه بعض المتأخرين ^(٤)، والأقوى هو القول بالصحة؛ للأصل والعمومات.

أقول: لعل مراده رحمته الله من الأصل هو الإطلاق والعموم في أدلة إمضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود فتكون العمومات السليمة عطفاً تفسيرياً، ولو كان مراده بالأصل أصالة عدم اشتراط كون المجيز مالاً حال إنشاء العقد فقد ذكر رحمته الله في موارد من أن مقتضى الأصل العملي في المعاملات هو الفساد؛ لأصالة عدم ترتب الأثر عليها. لا يقال: ما الفرق بين المقام، أي ما إذا شك في شرطية ملك المجيز حال العقد في صحة البيع، وبين الشك في شرطية شيء لمتعلق الأمر على ما هو المعروف في دوران أمر الواجب بين الأقل والأكثر الارتباطيين، حيث يرجع هناك بأصالة عدم الشرطية ولا يرجع إليها في المقام.

(١) الدروس ٣: ١٩٣.

(٢) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤، وراجع غاية المرام (مخطوط): ٢٧٥.

(٣) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٩، وحكى عنه ذلك المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤.

(٤) أنظر الجواهر ٢٢: ٢٩٨، ومقابس الأنوار: ١٣٤.

الأول: أنه باع مال الغير لنفسه، وقد مرّ الإشكال فيه، وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك [١].

فإنه يقال: المراد بأصالة عدم الشرطية في دوران أمر الواجب بين كونه مطلقاً أو مشروطاً هي البراءة عن وجوب المشروط، والفرق بين هناك والمقام أن الحكم المزبور في مسألة دوران الواجب بين الأقل والأكثر واحد، يتردّد متعلقه بين كونه الطبيعي بنحو لا بشرط أو كونه بشرط شيء، فتجري أصالة البراءة في ناحية تعلقه بالطبيعي بشرط شيء، بعد معارضة استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبيعي بشرط شيء، مع أصالة عدم تعلقه بالطبيعي بنحو لا بشرط. وأصالة البراءة عن وجوب الطبيعي المشروط بشيء لا يعارضها أصالة البراءة عن وجوب الطبيعي بنحو لا بشرط؛ لأن رفع التكليف على تقدير تعلقه بالطبيعي بنحو لا بشرط خلاف الامتنان، ولكن لا يجري ذلك في مثل المقام ممّا يكون الحكم فيه انحلالياً، كحل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد، فإن كلّ بيع يكون مجيزه مالاً حال إنشائه تعلق به الحلّ ولزوم الوفاء جزماً. والشك في تعلق حلّ آخر أو وجوب الوفاء بالبيع الآخر أيضاً وهو البيع الذي لا يكون مجيزه حال إنشائه مالاً للمال، واستصحاب عدم تعلق الحلّ والإمضاء وجوب الوفاء به يجري بلامعارض؛ ولذا يحتاج في الحكم بصحة البيع فيما إذا باع شيئاً ثم ملك وأجاز، إلى إثبات الإطلاق والعموم في أدلة الإمضاء ولزوم العقد.

[١] يعني: ربما لا يأتي في توجيه الصحة في هذه المسألة ما وجه به صحة البيع فيما إذا بيع المال فضولاً وأجازه من كان مالاً له زمان العقد، حيث تقدم في توجيه الصحة هناك أن العاقد ولو قصد البيع لنفسه إلا أنه في الحقيقة قاصد البيع للمالك حال العقد، فإن قصده البيع لنفسه مبني على كونه مالاً للمال ولو عدواناً فيتم البيع للمالك

وفيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثاني: إنا حيث جَوَزنا بيع غير المملوك [١] مع انتفاء الملك ورضا المالك والقدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز لأنه البائع حقيقة. والفرض هنا عدم إجازته وعدم وقوع البيع عنه. وفيه: أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا لأن الداعي على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم وقبح

بإجازته، بخلاف المقام فإن البيع واقع في الحقيقة للمالك حال العقد لا للبائع المزبور كونه مجيزاً.

أقول: قد ذكرنا في تلك المسألة أن البيع لا يقع للمالك؛ لأن حقيقة تمليك عين بعوض، والمراد بوقوعه للمالك هو انتسابه إليه، وهذا الانتساب وإن لا يدخل في حقيقة البيع إلا أنه يعتبر في صحته ونفوذه، ويتحقق بمباشرة المالك لإنشاء البيع أو بكون إنشائه بإذنه أو بإجازته.

والحاصل: قصد الفضولي البيع لنفسه لغو وقصد زائد على أصل إنشاء البيع، وينتسب البيع إلى المالك بالإجازة، سواء كان المالك المجيز مالاً للمالك حال العقد أيضاً أم لا.

[١] وحاصله: قد التزمنا بأن عقد الفضولي المعروف يتم بإجازة مالك المال، مع كون العاقد غير مالك للمال ولم يكن عقده بإذن المالك وبرضاه، كما أنه لم يكن قادراً على تسليم المال؛ لأن ملك المال والرضا والتمكن على التسليم يعتبر في المالك حال العقد الذي يجيزه؛ لأنه البائع حقيقة، والمفروض في مسألة من باع شيئاً ثم ملك وأجاز المالك المزبور لم يجز العقد، بل أجازته من تملك المال بعد ذلك العقد. وأجاب الله

التصرف فيها بغير رضاهم، وهذا المعنى لا يقتضي أزيد ممّا ذكرنا. وأمّا القدرة على التسليم فلا تضايق من اعتبارها في المالك حين العقد، ولا يكفي بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة، وهذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحّة البيع المذكور، لأنّ الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صحّت كاشفة - على الأصحّ - مطلقاً [١]، لعموم الدليل الدالّ عليه، ويلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه.

عن ذلك بأنّه لا يعتبر في تمام عقد الفضولي ملك مجيز المال حال العقد، بل يكفي فيه ملكه حال الإجازة والرضا؛ لأنّ الوجه في اعتبار كلّ ذلك عدم حل المال للغير بغير طيب نفس مالكة ورضاه، وكون تصرف الغير في المال المزبور بلا رضاه ظلماً وتعدياً على المالك وأنّ سلطنة التصرف في المال تثبت للمالك لا لغيره، ومع إجازة المالك الجديد يراعى كلّ ذلك. وأمّا التمكن على التسليم فلا بُدّ في اعتباره في مالك المال حال العقد؛ لأنّ الإجازة تصحّح العقد الذي لا يكون فيه نقص من غير جهة إجازة المالك.

أقول: لا وجه لاعتبار القدرة على التسليم في المالك حال العقد، بل يعتبر التمكن فيمن يجب عليه الوفاء بالعقد في ظرف استحقاق الطرف المطالبة بالمال، وبإحراز هذا التمكن حال العقد ينتفي الغرر ويتم البيع، كما هو مقتضى إطلاق أدلة الإمضاء وعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد.

[١] وحاصله أنّ اعتبار الإجازة يكون على الأصحّ بطور الكشف لا النقل كما تقدم سابقاً، واعتبارها بالنحو المزبور لا يختصّ بمورد دون مورد، بل كلّما فرض نفوذ الإجازة وصحّتها فاللازم كونها كاشفة؛ لأنّ الدليل على اعتبارها بنحو الكشف مطلق يعم جميع مواردّها. وحيث إن اعتبارها في المقام بنحو الكشف بأن تكون إجازة البائع

المميز كاشفة عن تمام الملك للطرفين من حين العقد مع الأصيل غير ممكن؛ لاستلزام ذلك دخول المال في ملك الأصيل قبل دخوله في ملك البائع، فلا بد من القول بعدم نفوذ الإجازة وكونها لغواً، حيث لا دليل على اعتبارها في المقام بالنحو الآخر.

وفيه: أنَّ ما ذكر من اعتبار الإجازة بنحو الكشف لا يختص بمورد دون مورد صحيح، إلا أنه ليس لازم ذلك تمام الملك للطرفين من حين العقد فضولاً، أي من زمان إيجابه وقبوله؛ فالهبة الفضولية كاشفة عن تمام الملك للمتَّهب من حين حصول القبض، وبما أنَّ من شرط تمام الملك للأصيل انتقال المال إليه من البائع المميز؛ لأنَّه المالك حال الإجازة وبها يستند البيع إليه، فيكون انتقال مال المميز إلى الأصيل من زمان كون المميز مالكاً. وهذا معنى كون الإجازة معبرة بنحو الكشف، وليس في الالتزام بذلك أي محذور، لا محذور فقد مقتضي، أي فقد الدليل على اعتبار الإجازة فإنه يكفي في اعتبارها إطلاق دليل إمضاء المعاملات وعموم وجوب الوفاء بالعقود على ما مرَّ آنفاً. ولا محذور المانع، سواء كان من ناحية العقل أو من الشرع بأن قام دليل على إلغاء هذا النحو من الكشف.

لا يقال: إذا كان في المقام انتقال المال إلى المشتري الأصيل من حين تملك المميز المتاع تكون إجازته نظير تخصيص المالك حال العقد إجازته في عقد الفضولي المعروف بزمان متأخر عن زمان العقد.

فإنه يقال: هذا التخصيص يمنع عن صحَّة الإجازة فيما إذا كان انتقال المال إلى الأصيل من حين العقد ممكناً، ولا يمكن الانتقال كذلك في المقام وكذا لا يضرُّ في إجازة البائع كونها رضاءً بالعقد الذي مدلوله النقل من حينه، ووجه عدم القدرح أنَّ المال

غير قابل للانتقال إلا من زمان تملك المجيز فتكون عموم الإجازة بالإضافة إلى ما قبل ذلك الزمان ملغاة، نظير الإجازة فيما إذا كان القبض فيه شرطاً للانتقال.

أقول: لا يخفى أن إجازة البائع في المسألة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله وهو جعل ملكية المال للمشتري من حين ذلك العقد، ولكن لا يتبع الإمضاء الشرعي تلك الإجازة إلا من زمان تملك المجيز جمعاً بين مثل قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) وما دل على عدم سلطنة الإنسان بمال الغير، فيكون التفكيك في المقام نظير عدم تبعية الإمضاء الشرعي للبيع في الصرف والسلم إلا من حين حصول القبض. ولو أجاز البائع في المسألة بعد تملكه المال العقد السابق، لا بتمام مدلوله، كما لو صرح بإجازة ذلك العقد بإمضاء بعض مدلوله وهي الملكية من حين تملكه، فلا تكون إجازته مطابقة لمدلوله، من غير فرق بين المقام وإجازة عقد الفضولي المعروف، كما إذا أجاز المالك فيه على مسلك الكشف بنحو النقل، حيث تقدم فساد تلك الإجازة.

والحاصل: إجازة البائع العقد من حين تملكه المتاع غير الحكم بانتقال المتاع إلى المشتري الأصيل من ذلك الحين، فإن الثاني يتعين الالتزام به، وأما الأول فلا تصح البيع السابق؛ لما تقدم من أنه لا بد من مطابقة الإجازة مع مدلول العقد.

وذكر النائي رحمه الله^(٢) في المقام أن هناك فرق بين عقد الفضولي وتمامه بإجازة المالك حال العقد وبين مسألة من باع شيئاً ثم ملك وأجاز، حيث إن الإجازة في الثاني لا تؤثر شيئاً، والوجه في ذلك أن من شرط الإجازة ونفوذها عدم ردّ العقد قبلها، وأن مع

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) حاشية المحقق النائي رحمه الله على المكاسب ٢: ١٦٢.

وفيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحل القابل للعقد عليه، ولا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضي بيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضي بيع له، ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، وحينئذٍ فإذا ثبت صحته بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته، إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، ولا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لابد من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف - عقلاً أو شرعاً - أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد.

الرد لا يبقى عقد لتعلق به الإجازة، وبيع المالك المال من البائع رد فعلي لذلك العقد فلا ينفعه إجازة البائع بعد تملك المال.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه كما تقدم سابقاً لا أثر لرد المالك، وأن عقد الفضولي لا يكون معه ملغى، وعلى تقدير الالتزام بنفوذ الرد فلا ينبغي الريب في أن الرد من الأمور الإنشائية تحتاج إلى قصد، والمفروض في المقام أن المالك باع المال من بايعه ولم يرد إلغاء العقد السابق. ويتنفي ببيعه قابلية عقد الفضولي لإجازة المالك حال العقد، حيث يخرج ببيعه عن كونه مالكا للمال وتبقى قابليته لإجازة البائع الذي تملك المال من مالكة.

أضف إلى ذلك أنه ربما يكون تملك البائع المال فضولاً لا بالمعاملة مع المالك،

وقد عرفت أن لا كلام في مقتضي الصحة، ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها. ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ التخصيص إنما يقدح مع القابلية، كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز - بناءً على ما سبق في دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع - غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرابع: أن العقد الأول [١] إنما صحّ وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي وهي

بل بالإرث ونحوه، ومعه لا مجال لتوهم الرد.

[١] ويتعبير آخر: صحة الإجازة من البائع موقوفة على تمام البيع الثاني لتمام البيع الأول المذخور المال من ماله الأصلي؛ ليجيز بيعه الأول الذي كان فضولياً، ففي زمان البيع الثاني لا بد من كون المال ملكاً لمالكه الأصلي؛ ليجعل ملكه للبائع المجيز بالبيع المذخور، كما يلزم أن يكون ملكاً للمشتري في البيع الأول الذي اشتراه من البائع الفضولي باعتبار أن ذلك مقتضى اعتبار الإجازة وصحتها بنحو الكشف.

والحاصل: يجتمع ملكان في زمان واحد في مال واحد، وهذا غير ممكن.

لا يقال: يأتي هذا الإشكال في كل بيع فضولي، فإن صحة الإجازة موقوفة على كون المجيز مالاً حال الإجازة، حيث يعتبر في تمام البيع فضولاً لإجازة المالك وصحة إجازته، واعتبارها بطور الكشف مقتضاها كون المال في زمان الإجازة ملكاً للمشتري في ذلك البيع الفضولي فاجتمع في مال واحد في زمان واحد ملكان.

فإنه يقال: يكفي في الإجازة ونفوذها الملك الظاهري للمجيز الحاصل له بالاستصحاب، بخلاف صحة البيع الثاني في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه بالشراء وأجاز

متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء الملك على ملك ماله الأصلي، فيكون صحة الأول مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك والمشتري معاً في زمان واحد [١]، وهو محال، لتضادّهما، فوجود الثاني يقتضي عدم الأول، وهو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده وعدمه في آن واحد، وهو محال.

فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي، لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك ومستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك للمالك والمشتري معاً في آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضولي مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحق، ولا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني.

أقول: قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين

البيع الأول، فإنّ الاشتراء لا يتم إلّا مع ثبوت الملك حقيقة للمالك الأصلي.

[١] يعني: تكون صحة بيع البائع فضولاً بلحوق إجازته مستلزمة لكون المتاع ملكاً للمالك الأصلي؛ ليشتره البائع منه ويجيز البيع الأول، وأن يكون ملكاً للمشتري من البائع فضولاً في ذلك الزمان، كما هو مقتضى كون الإجازة كاشفة، فوجود الثاني - أي صحة بيع المالك الأصلي - يقتضي عدم صحة بيع البائع فضولاً وأن لا يكون المتاع ملكاً للمشتري الأول. وصحة بيع البائع - أي الأول فضولاً - يقتضي بطلان بيع المالك الأصلي وأن لا يكون المالك الأصلي في زمان البيع الثاني مالاً للمتاع، فيلزم أن يكون المالك الأصلي في زمان مالاً وغير مالك.

العقد، وحينئذ فتوقف إجازة العاقد الأول على صحة العقد الثاني مسلّم، وتوقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك ماله الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقوله: «صحة الأول تستلزم كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان» ممنوع، بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي.

نعم، إنّما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادّعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد، ولكن هذا أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث وقد تقدّم منعه، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى.

نعم، يبقى في المقام الإشكال الوارد [١] في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو كون الملك حال الإجازة للمجيز والمشتري معاً، وهذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيراً، غير الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، وهو لزوم كون الملك للمالك الأصلي وللمشتري.

ولا يخفى أنّ الوجه الرابع - كما ذكر - مبني على كون إجازة البائع بعد تملكه المال كاشفة عن حصول الملك للمشتري من حين العقد الأول، ولكن قد تقدم في الجواب عن الوجه الثالث ضعفه، وأنّ إجازته تكون كاشفة عن حصول الملك للمشتري من حين تملك المجيز فإنه أول زمان إمكان انتقال ذلك المال إلى ملك المشتري عن ملك المجيز.

[١] الإشكال العام مبني على مسلك الكشف الحقيقي، فإنه بناءً عليه يكون المال قبل حصول الإجازة ملكاً للمشتري، كما هو مقتضى اعتبارها بنحو الكشف، ويكون ملكاً للمجيز؛ لتكون إجازته نافذة، حيث يعتبر ملك المجيز. وإذا انضم هذا الإشكال العام إلى الإشكال الجاري في خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثاني ملكاً لثلاثة: المالك الأصلي؛ ليصحّ بيعه من العاقد، وللعاقد فإنه مقتضى تلقّي

نعم، يلزم من ضمّ هذا الإشكال العامّ إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني، لوجوب التزام مالكية المالك الأصلي حتّى يصحّ العقد الثاني، ومالكية المشتري له لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك، ومالكية العاقد له لأنّ ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه، وإلاّ لم يتفع إجازته في ملكه من حين العقد، لأنّ إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثمّ إنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يُسمن ولا يغني، لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإنّ كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عمّا يبطلها، لأنّ الإجازة لا تكون إلّا من المالك الواقعي، والمالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة، ولذا لو تبيّن في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأنّ المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

المشتري الملك منه، وللمشتري، كما هو مقتضى اعتبار الإجازة بنحو الكشف. وما ذكر في دفع الإشكال العام بكفاية الملك الظاهري الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد؛ لأنّ استناد البيع إلى المجيز وكشف إجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكاً، وإذا أحرز بعد ذلك عدم كونه مالكاً فلاتفيد إجازته، حيث لا أثر للحكم الظاهري بعد انكشاف الواقع، فيكون الفرض كما إذا انكشف أنّ المال كان ملكاً لشخص آخر.

والحاصل: أنّ اعتبار الملك في المجيز شرط واقعي.

وأيضاً ما ذكره في مقام التفرقة بين نفوذ الإجازة ونفوذ البيع الثاني من اعتبار الملك الواقعي في الثاني دون الإجازة فإنّ الإجازة إسقاط حق يكفي فيه الملك الظاهري لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ تمام بيع المالك يكون بإجازته فيلزم كونه مالكاً

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني - من كفاية الملك الصوري في الأول دون الثاني - تحكّم صرف، خصوصاً مع تعليله بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق، فليت شعري! أن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعاً؟ مع أن الإجازة رفع لليد عن الملك أيضاً بالبدية.

والتحقيق: أن الإشكال إنما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفية الإجازة على الوجه المشهور من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: أن الإجازة المتأخرة [١] لما كشفت عن صحة العقد الأول وعن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بدّ من إجازته له كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بدّ من إجازة

واقعاً، بل إذا لم يكن له ملك واقعاً أو حق كذلك فكيف يصحّ منه الإسقاط؟

أقول: لو قام الدليل على اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي فلا بدّ من الالتزام بأنّ المعبر في الإجازة كون المجيز مالاً لولا الإجازة، ولا وجه لما يظهر من المصنف رحمته من التزام بالإشكال العام، وأنه يلزم عليه اجتماع ملكين مستقلّين في مال واحد على مسلك الكشف الحقيقي كما لا يخفى.

[١] وهذا الوجه أيضاً مبنيّ على كون الإجازة كاشفة عن حصول الملك للمشتري الأصيل من حين وقوع البيع الأول، فإنّه عليه تكون إجازة البائع البيع الأول بعد تملكه المال كاشفة عن حصول ملك ذلك المال للمشتري من حين البيع الأول، فيكون بيع المالك الأصلي ذلك المال من البائع الأول مصادفاً لملك المشتري الأصيل واقعاً، فيتوقف نفوذ البيع الثاني على إجازة ذلك المشتري. نظير ما صدر البيع الثاني عن أجنبي وأجاز المالك الأصلي البيع الأول، فإنّ معها تكون صحة البيع الثاني الصادر

المشتري البيع الثاني حتى يصح ويلزم، فعلى هذا يلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر، وتوقّف صحّة كلّ من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي، وهو من الأعاجيب! بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتّحد الثمنان، ودون تمامه إن زاد الأول، ومع زيادة إن نقص، لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، وقد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، وهو ظاهر.

والجواب عن ذلك: ما تقدّم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع.

عن الأجنبي موقوفة على إجازة المشتري الأول بلا كلام، وحيث إنّ في المقام صحّة البيع الأول موقوفة على إجازة البائع فضولاً تكون النتيجة توقّف نفوذ كلّ من إجازتي المشتري الأول والبائع فضولاً على الأخرى، وتكون صحّة كلا البيعين موقوفة على إجازة المشتري الأول؛ لاعتبار رضاه في تمام البيع الثاني؛ ولتوقّف تمام البيع الأول على البيع الثاني الموقوف على إجازته على الفرض.

ولازم ذلك عدم استحقاق المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، بل يكون المبيع للمشتري الأول بلا ثمن، فيما إذا كان مقدار الثمن في البيع الأول مساوياً لمقداره في البيع الثاني؛ لأنّ الثمن في البيع الأول يستحقه البائع عليه، ويستحق المشتري المزبور الثمن في البيع الثاني على البائع باعتبار مصادفة ذلك البيع ملكه واقعاً.

وبهذا يظهر أنّ المشتري المزبور يستحق المبيع بأقلّ من الثمن في البيع الأول فيما إذا كان الثمن فيه أكثر من الثمن في البيع الثاني، ويستحقه مع زائد فيما إذا كان الأمر بالعكس.

والحاصل: أن منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة شيء واحد، والمحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة قد نبّه عليه في الإيضاح وجامع المقاصد.

السادس: أن من المعلوم أنه يكفي [١] في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولما باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن، وهو لا يجامع صحة العقد الأول، فإنها تقتضي تملك المالك للثمن الأول، وحيث وقع الثاني يكون فسخاً له وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الإجازة المتأخرة.

[١] وحاصل هذا الوجه أن بيع المالك الأصلي المال من العاقد الفضولي فسخ فعلي لبيع الفضولي فلا يكون ذلك البيع قابلاً للإجازة، والوجه في كونه فسخاً فعلياً أن عقد الفضولي لا يزيد على العقد الخياري، وكما أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بيعه من آخر فسخ فعلي لذلك البيع الخياري كذلك تصرف المالك الأصلي في ماله بيعه من العاقد الفضولي أو غيره فسخ وإبطال لبيع الفضولي، بل يكون تصرف المالك الأصلي أولى بالفسخ من تصرف ذي الخيار، حيث يمكن أن يقال: إن البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى إلا بالفسخ القولي، بخلاف إلغاء بيع الفضولي فهو باعتبار عدم تمامه قبل الإجازة يكون ملغى بالفعل قطعاً.

وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا الوجه بأن مجرد تصرف المالك الأصلي في ماله الجاري عليه البيع فضولاً لا يكون ردّاً وإلغاءً لعقد الفضولي حتى لا يكون قابلاً للإجازة، بل غاية الأمر يكون تصرفه موجباً لفوت محل الإجازة؛ إما مطلقاً كما إذا زوّجت المنكوحه فضولاً نفسها من الآخر، أو بالإضافة إلى المتصرف فقط كما في مسألة بيع المالك الأصلي، فإن للتملك إجازة البيع الجاري على ذلك المال فضولاً. وقياس تصرف المالك الأصلي بتصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه فاسد؛ لأن تصرف

وبالجملة، حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها، فكما أن التصرف المنافي مبطل لها فكذلك عقد الفضولي.

والجواب: أن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده، وأما الفعل المنافي لمضيه -كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر- فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب أن الفعل المنافي لمضيه العقد موقوف لمحل الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محل الإجازة ويخرج العقد عن قابلية الإجازة، إما مطلقاً كما في مثال التزويج، أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول، فللمالك الثاني أن يجيز.

نعم، لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه

ذي الخيار فيما انتقل عنه لا يمكن إلا بفسخ البيع الخياري وإبطاله، بخلاف تصرف المالك الأصلي فإن المال باعتبار عدم تمام البيع فضولاً باق على ملكه، فيجوز له التصرف فيه مع إمكان إجازة البيع الأول ولحقوق الإجازة به من ماله الجديد.

نعم، لو كان قصد المالك الأصلي من تصرفه إلغاء البيع الأول يكون تصرفه مع القصد المزبور ردّاً لذلك العقد، فلا يصلح بعده للحقوق الإجازة.

أقول: قد تقدم في ذيل نقل هذا الوجه عن النائي رحمته الله أنه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد وإطلاق دليل حل البيع بالإضافة إلى البيع الأول فيما إذا أجازاه المالك الجديد حتى في مورد قصد المالك الأصلي إلغاء ذلك البيع، فإنه ذكرنا عدم الأثر لقصد الإلغاء ولا يمكن إثباته بحديث «الناس مسلطون على أموالهم»^(١).

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

إجماعاً، ولعموم تسلّط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها. فالحاصل: أنّه إن أُريد من كون البيع الثاني فسخاً: أنّه إبطال لأثر العقد في الجملة، فهو مسلم، ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة، وإن أُريد أنّه إبطال للعقد رأساً، فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسمية مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان، من حيث أنّه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعلياً، لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدح في المطلب، إذ المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من قابليّة لحوق الإجازة. وأمّا الالتزام في مثل الهبة والبيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي، فلأنّ صحّة التصرف المنافي يتوقّف على فسخ العقد، وإلاّ وقع في ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ تصرف المالك في ماله المبيع فضولاً صحيح في نفسه لوقوعه في ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الأمر أنّه إذا تصرف فات محلّ الإجازة. ومن ذلك يظهر ما في قوله ﷺ أخيراً: «وبالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى»، فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلاً عن دعوى الأولوية، وسيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقّق به الردّ.

السابع: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك [١]

[١] الأخبار المذكورة في هذا الوجه على طوائف ثلاث:

الأولى: بعض الأخبار الضعاف الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك،

فإنَّ التَّهْيِيَّ فِيهَا إمَّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، وإمَّا لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة - كما استظهرناه سابقاً - فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، وإلا فعدم

كروايي الحسين بن زيد وسليمان بن صالح^(١)، والنهي المزبور يعم ما إذا كان بيع ما ليس عنده من بيع الكلي أو الشخصي ولكن يتعين رفع اليد عن إطلاقه بالحمل على صورة كون المبيع شخصاً لما نشير إلى الروايات المعتبرة الدالة على جواز بيع الكلي على العهدة، مع عدم ملك الشخص حال البيع، كما أنَّ النهي المزبور إمَّا إرشاد إلى فساد بيع ما ليس عنده بالإضافة إلى كلٍّ من بايعه ومالك المال، أو إلى فساده بالإضافة إلى بايعه فقط.

وعلى الأول يرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى مالك المال؛ لما تقدم من الدليل على صحة بيع الفضولي وتامه بإجازة المالك، وعلى التقديرين يكون مقتضى النهي عدم تمام ذلك البيع بالإضافة إلى بايعه، سواءً تملك المال وأجاز بيعه أم لا، بل الظاهر إرادة صورة تملكه؛ لأنَّ عدم تمام البيع بالإضافة إلى بائعه في غير صورة تملكه لا يحتاج إلى البيان.

وأجاب المصنف رحمته الله عن الاستدلال بأنَّه لا نظر في النهي المزبور إلى صورة إجازة بائعه بعد تملكه؛ لأنَّ المنفي بالنهي الإرشادي الصحة التي يراها المتبايعان بحسب معاملتهم، وهي انتقال ذلك المتاع إلى المشتري وانتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للمشتري حق إلزام البائع بتحصيل ذلك المتاع وللبائع حق إلزام المشتري بأخذه

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٤٧ و ٤٨، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان. وخصوص رواية يحيى بن الحجاج المصحّحة إليه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها، أربحك كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

والتصرف في الثمن. وأما الصّحة التي يلتزم بها في المقام، وهي ترتب أثر المعاملة على البيع بإجازة بايعه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد، فلا دلالة للنهي المزبور على نفيها.

أقول: لا يخفى أنّ إلزام المشتري البائع بتحصيل المبيع ودفعه إليه، وكذا جواز تصرف البائع في الثمن، من آثار انتقال المالكين، وإذا كان النهي المزبور بياناً لعدم حصول النقل والانتقال شرعاً يكون مقتضى إطلاقه عدم حصوله حتّى فيما أجاز البيع بايعه بعد تملكه المال.

ولو كان مدلول النهي عدم حصول النقل والانتقال بمجرد البيع المزبور لما صحّ التمسك به في دفع دعوى حصول النقل والانتقال في بيع ما ليس عنده بعد تملك البائع المال، وحصول التقابض بين البائع والمشتري.

والحاصل: أنّ المنفي بالنهي هي صّحة المعاملة شرعاً، وهي حصول النقل والانتقال كما في النهي عن البيع في سائر الموارد، ومقتضى إطلاقه وعدم تقييده بمثل قوله: «إلا أن يجيزه إذا صار المال عندك»، عدم صحته بإجازة بائعه.

نعم، بالإضافة إلى إجازة المالك حال العقد فيرفع اليد عن إطلاق النهي على تقديره بما دل على تمام بيع الفضولي بإجازته، أي بالروايات الخاصّة الدالة على صّحة بيع الفضولي بإجازة المالك حال العقد، لا بإطلاق خطاب حل البيع وعموم وجوب

ورواية خالد بن الحجاج، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنَّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلّل نفياً ويحرّم إثباتاً، كما فهمه في الوافي، أو يحلّل إذا وقع

الوفاء بالعقد^(١) كما لا يخفى.

الطائفة الثانية: ما تضمن النهي عن بيع الكلي مع عدم ملك الشخص حال البيع، كما هو ظاهر صحيحة معاوية بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير وليس عندي منه شيء، فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتّى يجتمع على شيء، ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه، قال: 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»^(٢). فلا بد من أن يحمل النهي في هذه على الكراهة، أو على التقية؛ لأنها معارضة بالروايات المعتبرة الدالة على جواز بيع الكلي مع عدم تملك الفرد منه حال البيع، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس. قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، وإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه، وإلى أجل»، الحديث^(٣). وقريب منها غيرها.

(١) في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

(٣) المصدر السابق: ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

بعد الاشتراء ويحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحل إذا كان على وجه المساومة والمراضاة.

وصحيفة ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاها رجل، فقال له: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه».

وأما صحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاها 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»^(١). فقد يقال بظهورها في خصوص بيع العين الخارجية.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن ظهورها في تعلق الشراء الثاني بنفس ما ابتاعه البائع وأن لا ينكر، إلا أنه لم يفرض فيها أن ما ابتاعه البائع كانت عيناً خارجية أو كلياً على العهدة ويبيعه من طالبه بعد قبضه، بل يعم ما إذا كان ما اشتراه كلياً ويبيعه من الطالب قبل قبضه. ونظيرها صحيفة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه»^(٢).

والحاصل: أن مقتضى تعليل الجواز فيهما بقوله: «إنما البيع بعد ما يشتريه»، أو بأنه يشتريه منه بعد ما يملكه، عدم جواز بيع الشيء قبل تملكه حتى فيما كان البيع تتبعه إجازة بانه، غاية الأمر تُحمل الصحيحتان على خصوص بيع العين الخارجية؛ لما تقدم من جواز بيع الكلي قبل تملك الشخص.

الطائفة الثالثة: ما ورد في بيع العين الخارجية، كمصححة يحيى بن الحجاج قال:

(١) المصدر السابق: ٥١، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه».

وصحيحة معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: يجيني الرجل فيطلب بيع الحرير، وليس عندي شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: رأيت إن وجد مبيعاً هو أحب إليه مما عندك، أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أستطيع أن تنصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس»، وغيرها من الروايات.

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(١). ورواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرّم الكلام»^(٢). ومقتضاهما أنه لا بد من إنشاء البيع مع المشتري بعد تملك المتاع بأن لا يكون في البين إلزام والتزام معاملي بالإضافة إلى كلّ من البائع والمشتري من قبل، ولو كان البيع في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» نافذاً لكان في البين إلزام والتزام معاملي من قبل على المشتري؛ للزوم العقد عليه من الأول، أو من حين تملك البائع ورضاه ببيعه، مع أن ظاهر الروايتين أن المشتري لا بد من أن يكون مختاراً حتى بعد تملك البائع ورضاه بالبائع منه، وهذا لا يكون إلا مع فساد البيع الأول وعدم تماميته بإجازة بائعه.

(١) المصدر السابق: ٥٢، الحديث ١٣.

(٢) المصدر السابق: ٥٠، الحديث ٤.

ولا يخفى ظهور هذه الأخبار - من حيث المورد في بعضها ومن حيث التعليل في بعضها الآخر - في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، وأنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له واستقلاله فيه، ولا يكون قد سبق منه ومن المشتري إلزام والتزام سابق بذلك المال.

والجواب عن العمومات: أنها إنما تدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، وهو النقل والانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، ولا من طرف المشتري بأن

ولكن قد يخطر في النفس بالإضافة إلى الروايتين احتمال آخر، وهو أن يكون الثوب أو الدابة المزبورة فيهما كونهما ملكاً للمشتري وطلب من الرجل اشتراعه منه نقداً أو يبيعه منه ثانياً نسيئة، كما هو قسم من بيع العينة ومعه يكون بيع الرجل الثوب أو الدابة قبل تملكه محكوماً بالبطلان. ولو قيل في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» بصحة البيع الأول، وذلك فإن الثوب أو الدابة يبيعه من المشتري قبل تملكه من بيع المال من مالكة، وهذا أمر باطل. وفي رواية الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع مرابحة، ثم أبيعها إياه ثم اشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس. فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»^(١).

والمتحصل من جميع ما ذكرنا: أنه يتعين الحكم بالبطلان في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز»، لا بمجرد بعض الروايات الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

يطالب البائع بتسليم المبيع. ومنه يظهر الجواب عن الأخبار [١]، فإنّها لا تدلّ -خصوصاً بملاحظة قوله ﷺ: «ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها»- إلا على أنّ الممنوع منه هو الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة، وهي المسألة الآتية، أعني لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة، وسيأتي أنّ الأقوى فيها البطلان.

عندك؛ ليقال: إنّها ضعيفة سنداً لا يمكن الاعتماد عليها، ولا بهاتين الروایتين؛ ليقال: إنّهما غير ظاهرتين في المفروض في المقام، بل للنهي الاستفادة من صحیحتي محمد بن مسلم^(١) ومنصور بن حازم^(٢). ويرفع اليد عن عموم ذلك النهي بالإضافة إلى بيع الكلبي، ويشير إلى أن مجرد تملك البائع وإجازته لا يفيد في المقام مصحّحة الحسن بن زياد الطائي قال: «قلت لأبي عبد الله ﷺ: إنّي كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثمّ أعتقني الله بعد فأجدّد النكاح، قال: فقال: علموا أنّك تزوّجت، قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك»^(٣). ونحوها صحیحة معاوية بن وهب^(٤). ووجه الإشارة أنّ مع عتق العبد يكون نكاحه بيده، ولو كان لحق إجازته بنكاحه السابق موجباً لتمامه لما كانت حاجة إلى الاستفسار عن علم مولاه بنكاحه وسكوته كما لا يخفى.

[١] يعني: يظهر ممّا تقدّم من أنّ الصّحة التي يلتزم بها في المقام ترتب الأثر على البيع السابق بإجازة بائعه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع ووجوب الوفاء

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥١، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

(٢) المصدر السابق: ٥٠، الحديث ٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ١١٨، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

(٤) المصدر السابق: ١١٧، الحديث الأول.

وما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية، مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وأنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعد إجازة ولا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأنّ المعتبر في الإجازة قولاً وفعلماً ما يكون عن سلطنة واستقلال، لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً لغيره، يدلّ على عدم كفاية ذلك.

بالعقد، ونفي هذه الصّحة لا يستفاد من قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»^(١) وإنّما يستفاد منه نفي الصّحة التي يراها المشتري والبائع بحسب البيع السابق وهي انتقال المتاع إلى المشتري وانتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للبائع التصرف في ذلك الثمن، وللمشتري إلزام البائع بتحصيل المتاع بلا حاجة إلى إجازة البائع ثانياً. الجواب عن سائر الأخبار وأنها أيضاً ناظرة إلى نفي هذه الصّحة، خصوصاً بقرينة قوله ﷺ في صحيحة يحيى بن الحجاج: «ولا تواجهه البيع»^(٢)، أي لا تتم البيع مع المشتري المزبور قبل شرائك.

لا يقال: إجازة البائع ثانياً في مورد تلك الأخبار مفروضة، حيث إنّ دفع البائع المال بعد تملكه إلى المشتري إجازة فعلية، والنهي عن البيع مع فرض هذه الإجازة مقتضاه فساد ذلك البيع وعدم صحّته بلحوق إجازته.

فإنه يقال: لا يكون الدفع إجازة، حيث إنّ وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذي حصل قبل تملك البائع ويرى البائع أنه يلزم بالعمل به، وهذا لا يحسب إجازة، فإنّه يعتبر في

(١) مسند احمد ٣: ٤٠٢، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٧، سنن ابن داود ٢: ١٤٤، سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المتقدمة بأن المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك: ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه، بناءً على ما تقدم: من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو رده، لكن الظاهر - بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم - إرادة اللزوم من الطرفين.

والحاصل: أن دلالة الروايات عموماً وخصوصاً على النهي عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لإنكاره، ودلالة النهي على الفساد أيضاً مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، إلا أننا نقول: إن المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفاً

الإجازة إظهار رضاه به من غير جهة الالتزام السابق، كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس في صيرورة المال حلالاً للغير.

لا يقال: لا يمكن الحكم بصحة البيع السابق بإجازة بايعه؛ لأن صحته بها ينافي مافي رواية خالد بن الحجاج، حيث ذكر فيها: «أليس إن شاء ترك، وإن شاء أخذ؟»^(١)، ووجه المناقاة أنه بناءً على صحة البيع السابق وتماهه بإجازة بايعه لا يكون للمشتري الامتناع ورفع اليد عن البيع حتى قبل إجازة بايعه؛ لما تقدم سابقاً من لزوم عقد الفضولي على الأصيل ولو قبل إجازة المالك، مع أن ظاهر الرواية خلاف ذلك، وأن البيع السابق لا يوجب على المشتري أمراً.

فإنه يقال: قوله عليه السلام: «أليس إن شاء...» ولو بقرينة صحيحة يحيى بن الحجاج كناية عن أنه لا يكون قبل تملك البائع البيع اللازم على الطرفين، ولا ينافي حصول اللازم من طرف المشتري فقط.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

من الآثار، في مقابل الصّحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة، كأن يترتب عليه بعد البيع النّقل والانتقال، وجواز تصرف البائع في الثمن، وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من ماله وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من ماله حين العقد أو مَن يملكه بعد العقد. ولا يجب على القول بدلالة النّهي على الفساد وقوع المنهي عنه لغواً غير مؤثر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النّهي على الفساد، فإنّ حاصله: دعوى دلالة النّهي على إرشاد المخاطب وبيان أنّ مقصوده من الفعل المنهي عنه - وهو الملك والسّلطنة من الطرفين - لا يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا أنّه لغوٌ من جميع الجهات، فافهم.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة - كالقبض في الهبة ونحوها والإجازة في الفضولي - لا يقتضي النّهي عنها بقول مطلق، إذ معنى صحة المعاملة شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النّهي عنه إلّا مقيداً بتجرّده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أنّ ظاهر النّهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتّى مع الإجازة، وأمّا صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلأنّ النّهي راجع إلى وقوع البيع المذكور

للبائع، فلا تعرّض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. نعم، قد يخدش فيها: أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدّمة، ورودها في بيع الكلّي، وأنّه لا يجوز بيع الكلّي في الذمّة ثمّ اشتراء بعض أفرادها وتسليمه إلى المشتري الأوّل، والمذهب جواز ذلك وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فيقوى في النفس: أنّها وما ورد في سياقها في بيع الشّخصي أيضاً - كروايي يحيى وخالد المتقدّمتين - أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقيّة، لأنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامّة - كما صرّح به في بعض الأخبار - مستندين في ذلك إلى التّهيّ النبويّ عن بيع ما ليس عندك.

لكنّ الاعتماد على هذا التّوهين في رفع اليد عن الرّوايتين المتقدّمتين الواردتين في بيع الشّخصي، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي، خلاف الإتيان، إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار - وهو بيع الكلّي قبل التملّك - على التقيّة، وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبّر. فالأقوى: العمل بالرّوايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

ومما يؤيّد المنع مضافاً إلى ما سيأتي عن التّذكرة والمختلف من دعوى الاتّفاق -: رواية الحسن بن زياد الطّائفي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّني كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي ثمّ أعتقني بعد، فأجدّد النكاح؟ فقال: علموا أنّك تزوّجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك... الخبر»، فإنّها ظاهرة بل صريحة في أنّ علّة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوّغة للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أنّ المولى سكت أم لا، للزوم العقد حينئذٍ

على كل تقدير.

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاختصار على مورد الروايات [١]، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكا، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمته الله في التذكرة نافياً للخلاف في فساده.

[١] لا يخفى عدم حسن التعبير، فإن المراد أنه لو قيل بفساد البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك وأجاز؛ للأخبار المتقدمة، فلا بد من الاختصار في الحكم بالبطلان بممدول الأخبار، وهو ما إذا وقع بيع الشيء عن البائع منجزاً فإنه في هذه الصورة لا يفيد إجازة البائع بعد تملك المال.

وأما إذا باع الشيء معلقاً على إجازة بيعه بعد تملكه المال، أو باعه معلقاً على تملكه المال فيما بعد، فإنه يحكم فيهما بتمام البيع السابق بإجازة بيعه بعد تملكه؛ لخروج الفرضين عن الأخبار.

ويظهر ذلك أيضاً من العلامة في «التذكرة»^(١) و«المختلف»^(٢)، حيث علل المنع بالغرر وبعدم قدرة البائع على التسليم، ومع تعليق البيع على تملكه المال، أو على إجازته بعد تملكه، لا يحصل البيع قبل الشرط ليكون غررياً، أو لم يكن متمكناً على تسليم المال، بل فعليته تكون مع حصول الشرط، ولا يكون في ذلك الزمان في البين غرر ولا عجز عن التسليم.

أقول: تقييد البيع بإجازة بايعه بعد تملك المال أو بنفسه تملكه وإن يقتضي عدم

(١) التذكرة ١: ٤٦٣، وفيه: «... سواء كان حالاً أو مؤجلاً فإنه جائز وكذا لو اشترى عيناً شخصية غائبة مملوكة للبائع موصوفة بما ترفع الجهالة فإنه جائز إجماعاً».

(٢) لم تقف عليه بعينه، نعم في مقابس الأنوار: ١٣٤، بعد نقل عبارة التذكرة، ونسبة البطلان إلى ظاهر التحرير هكذا: وهو الظاهر من المختلف.

قال: لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ويمضي ليشترها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً، لقول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» ولاشتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفاً في الذمة -سواء كان حالاً أو مؤجلاً- فإنه جائز إجماعاً، انتهى.

وحكي عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع أيضاً، واستدلالة بالغرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر، بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز،

حصول البيع إلا بعد فعلية الإجازة أو بعد تملك المال، حيث إن المشروط لا يكون فعلياً إلا بحصول شرطه، ومع فعلية البيع -كما ذكرنا- لا يكون فيه غرر، أي جهالة في وصول المال إلى المشتري، وتحصل القدرة على التسليم؛ لأن القدرة المعتبرة هي القدرة عند تمام البيع وفي ظرف لزوم الوفاء بالعقد، إلا أنه مع ذلك يحكم ببطان البيع في صورتين، أخذاً بإطلاق ما دل على اعتبار إنشاء البيع بعد الشراء والتملك، كما هو ظاهر صحيحتي محمد بن مسلم ومنصورين حازم المتقدمين، فإن مقتضاهما أن البيع لا يقع لبائعه إلا إذا كان إنشاءه بعد تملك المال.

وبتعبير آخر: كون البائع مالكا شرط في إنشاء البيع ووقوعه له.

هذا، مع أن البيع موقوفاً على تملك بايعه أو إجازته بعد تملكه من التعليق المبطل للمعاملة.

لا يقال: قد تقدم سابقاً أنه لا مانع من تعليق المعاملة على ما يتوقف عليه صحتها. فإنه يقال: نعم، ولكن قد ذكرنا في المسألة أن تملك البائع ما باعه وأجاز بيعه بعدها لا يصحح البيع السابق، فلا يكون تعليق البيع على أحدهما موجباً لخروجه عن التعليق المبطل.

بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه. فحينئذ لو تباعاً على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل في مورد الأخبار ولا في معقد الاتفاق. ولو تباعاً على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس: أنه من البيع المنهي عنه في الأخبار المذكورة، حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه، انتهى.

ويشير إلى ما ذكرنا مثل صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألت عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن اشتريت فلاناً فهو حر، وإن اشتريت الثوب فهو للمساكين، فقال: ليس بشيء، لا يطلق إلا ما يملك، ولا يعتق إلا ما يملك، ولا يصدق إلا ما يملك»^(١). حيث إن ظاهرها اعتبار وقوع الإنشاء حال فعلية الملك.

ثم إنه بقي في المقام أنه كيف يمكن للبائع بيع المال عن نفسه منجزاً، وكيف تتم المعاملة كذلك مع بناء المشتري والبائع أن المبيع ملك للغير؟ ولا يجري هنا ما ذكر في بيع الغاصب سابقاً؛ لأن بيع الغاصب كان مبنياً على تملك المال قبل بيعه ولو عدواناً، بخلاف المقام، حيث إن المشتري في المسألة يملك المال من بائعه، مع بناءهما أنه ملك للغير؛ ولذا يكون بعد بيعه بصدد شراء ذلك المال من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

ويمكن الجواب عن ذلك بأنه لا مانع عن تمليك المال بإزاء الثمن باعتبار البائع نفسه مالكاً لذلك المال عند بيعه، لا عدواناً، بل باعتبار أن عليه تحصيل ذلك المال

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٣٢، الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٢.

لكن الإنصاف: ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تباعا قاصدين لتنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء.

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك، حيث علل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم. وأصرح منه كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد والنسيئة. ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه [١] فالظاهر أيضاً الصحة، لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها لأن العقد السابق كان إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. ويمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة، وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازه المالك لنفسه، فتأمل.

وتسليمه إلى المشتري، نظير ما إذا باع المشتري المبيع من ثالث زمان خيار البائع ثم فسخ البائع البيع، حيث يعتبر بالفسخ كون البائع مالكا للمبيع مع أنه ملك للثالث. وكما أن الاعتبار من جهة رجوع البائع ببدله إلى المشتري، كذلك اعتبار البائع في المقام مالكا باعتبار عليه تخليص ذلك المال وتسليمه إلى المشتري.

[١] لا يبعد انصراف أخبار: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)، عن بيع المال لمالكة فاتفق انتقاله إلى البائع وأجاز؛ لأنها ناظرة إلى عدم وقوع البيع عن البائع الذي قصد البيع عن نفسه، إلا أن المذكور في صحيحة محمد بن مسلم: «ليس به بأس»^(٢)، وقوله عليه السلام: «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»^(٣) يعمه، فإن ظاهره اعتبار وقوع إنشاء البيع بعد تملك المال، وفي الفرض المزبور لم ينشأ البيع بعد تملكه.

(١) مسند أحمد ٣: ٤٠٢، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٧، سنن ابن داود ٢: ١٤٤، سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩.

(٢) و(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٥١، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

ولو باع لثالثٍ معتقداً لتملكه [١] أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا

والحاصل: أن دعوى خروج الفرض عن مورد الأخبار كدعوى خروج الفرضين المتقدمين بلا وجه. نعم، دعوى بطلان الإجازة في الفرض لا لما ذكرنا، بل لأن الإجازة لا متعلق لها في الفرض؛ لأن البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الأصلي ولا معنى لإجازته بعد خروج المال عن ملكه، والبيع عن البائع المجيز غير منشأ لا يمكن المساعدة عليها؛ لما تقدم سابقاً من أن البيع عبارة عن تملك المال بالعوض. وأما تعيين مالك المثلث أو الثمن فلا يدخل في حقيقة البيع، ومقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك من يخرج عن ملكه المعوض، وإسناد الغاصب البيع لنفسه وقصده تملك الثمن كان باعتبار بئانه على أنه مالك المثلث فلا ينافي إنشاء المعاوضة وقصدها. وفيما نحن فيه أيضاً حقيقة البيع عبارة عن تملك العين بعوض، وحيث إن المثلث حال إنشاء البيع كان لمالكة الأصلي فقصد دخول الثمن في ملكه لا ينافي إنشاء المعاوضة، بل يلائمها، ثم إذا انتقل ذلك المال إلى البائع فبعد تملكه وإجازته البيع لا تختلف الإجازة عن العقد المجاز.

[١] يعني: إذا باع البائع المال عن ثالث اعتقاداً بأنه مالكة حال البيع، أو عدواناً كما إذا كان ذلك الثالث غاصباً لذلك المال وأجاز هذا البيع مالكة الواقعي حال العقد، فلا ينبغي الإشكال في صحته؛ لأن الفرض داخل في مسألة بيع الفضولي المعروف. وأما إذا اتفق انتقال ذلك المال إلى الثالث الذي يبيع عنه أو إلى نفس البائع وأجاز ذلك الثالث أو البائع، فالظاهر أن هذا يدخل في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» فيحكم بفساده.

ووجه دخوله فيها أنه قد استفيد من الأخبار المتقدمة فيها أن إجازة المالك الجديد لا تصحح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال، فتدبر.

كلام في الصّحة، بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازه، أو ملكه البائع فأجازه. فالظاهر أنّه داخل في المسألة السابقة. ثمّ إنّّه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسألة المذكورة [١] حال المسألة الأخرى،

[١] وحاصله: أنّه إذا لم يصحّ البيع في المسألة السابقة، أي فيما إذا باع المال ثم ملكه وأجاز بيعه، لم يصحّ البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه بطريق الأولوية؛ لأنّ المفروض في المسألة الثانية عدم إجازة البيع السابق وعدم رضاه به بعد تملكه المال. ويزيد هذه على السابقة في أنّ مقتضى سلطنة المالك على ماله وعدم حلّه لغيره إلّا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال، حيث يكون ظاهر رواية السلطنة واعتبار طيب نفس المالك في تملك الغير ماله سلطنته وطيب نفسه حال كونه مالكا.

لا يقال: مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) و«المؤمنون عند شروطهم»^(٢) لزوم البيع السابق وتماحه باتفاق انتقال المال إلى بائعه؛ ولذا ذكر في «الإيضاح»^(٣) أنّه بناءً على تمام بيع الفضولي وصحته بإجازة المالك يصحّ بيع البائع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذي باعه قبل ذلك من غير حاجة إلى إجازته.

فإنّه يقال: إنّ بيعه السابق كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه، والمقام من موارد استصحاب الخروج لا التمسك بعموم العام، حيث إنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالإضافة إلى الأزمنة استمرارياً لأفرادى، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقد معارضاً بعدم حل المال

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) أنظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

وهي: ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً، مضافاً إلى قاعدة تسلّط النّاس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النّفس، فإنّ المفروض أنّ البائع بعد ما صار مالكاً لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأوّل، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعيّن للمشتري ليس التزاماً إلّا بكون مال غيره له.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشّروط على كلّ عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرّد انتقال المال إليه وإن كان قبل ذلك أجنبياً لا حكم لوفائه ونقضه، ولعلّه لأجل ما ذكرنا رجّح فخر الدّين في الإيضاح -بناءً

للغير إلّا بطيية نفس مالكه^(١)، فيرجع إلى أصالة الفساد. هذا مع جريان فحوى ماورد في نكاح العبد بدون إذن مولاه، وأنّ عتقه لا يفيد في صحّة النكاح السابق حتّى مع رضاء العبد بالنكاح المزبور بعد عتقه الذي هو بمنزلة كونه مالكاً لنفسه، بل المجدي في تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه^(٢).

ثم إنه لا يجري عموم وجوب الوفاء فيما إذا باع المتاع عن المالك أو عن ثالث فاتفق ملك ذلك البائع، حيث إنه لم يكن العقد في إنشائه مستنداً إلى البائع؛ ليقال بشمول وجوب الوفاء له بعد ملكه، فالبيع في الفرض مع عدم لحوق الإجازة به من بايعه باطل؛ لأنّ شمول العموم له أشكل من الفرض السابق.

أقول: قد تقدّم أنّ خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ظاهره العقود المنتسبة إلى المالك بأن

(١) هذا مضمون لحديث، عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، تحف العقول: ٣٤، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و٣.

(٢) هذا مضمون لحديث، وسائل الشيعة ٢١: ١١٧ و ١١٨، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبد والإماء، الحديث

على صحّة الفضولي- صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقّف على الإجازة. قيل: ويلوح هذا من الشّهاد الثاني في هبة المسالك، وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية في المعتبر.

لكن يضعّفه: أنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمّل.

مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلّها لغيرهم إلّا عن طيب النّفس، وفحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدّمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه وأنّ عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الإجازة. ثمّ لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالث ثمّ ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل. ولو باع وكالة عن المالك [١] فبان انعزاله بموت الموكل فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

يكون استناد العقد إلى المالك حال كونه مالكاً لا حال كونه أجنبياً، فيكون خروج بيع الأجنبي عن العموم المزبور بالتخصّص قبل تملكه المال وبعده.

والحاصل: أنّ المقام ليس من قبيل خروج فرد عن العام بالتخصيص ثم وقع الشك في بقاء خروجه أو ثبوت حكم العام له ثانياً كما لا يخفى.

[١] ولو باع عن المالك وكالة ثمّ بان انعزاله عن الوكالة حال إنشاء البيع بموت الموكل ونحوه، فلا ينبغي الربب في عدم وقوع البيع للبائع، سواء أجاز البيع أم لا؛ لأنّ البائع أجنبي عن المال. نعم، يقع البيع للوارث مع إجازته، حيث إنّ الفرض بالإضافة إلى الوارث يدخل في مسألة بيع الفضولي المعروف. والتقيد بالانعزال باعتبار أنّ مع

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف [١] فبان كونه جائز

عزله وظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل، حيث دلت الرواية على أن بيع الوكيل قبل عزله إليه نافذ على الموكل.

[١] كان المفروض في المسألة الأولى كون المجيز مالكاً حال العقد ولكن مع الحجر عليه لسفه أو رهن المال، وفي المسألة الثانية عدم كون المجيز مالكاً حال العقد مع تجدد ملكه بعده، وفي المسألة الثالثة - أي هذه المسألة - يكون المفروض ملك البائع وعدم الحجر عليه أو ولايته، ولكن مع الاعتقاد بالخلاف بأن يعتقد بأن المال ليس له بل لغيره، أو أنه لا ولاية له على مالك المال.

ويقع الكلام في هذه المسألة في صور أربع:

الأولى: ما إذا باع المال عن ماله باعتقاد أنه لا ولاية له على مالك المال فظهر كونه ولياً، والمراد بالولاية ما تعمّ الولاية الشرعية والوكالة، كما إذا باع الجد مال الطفل باعتقاد عدم ولايته عليه، أو باع مال الغير جاهلاً بكونه وكيلاً أو مأذوناً عن قبله في بيعه، فينبغي القول بصحة المعاملة في الفرض وتماها بلا حاجة إلى لحوق الإجازة بها، والوجه في ذلك أن تمام العقد من الولي يتوقف على اسناده إليه ورضاه به والمفروض حصولهما، حيث إن العقد كان بإنشائه ورضاه بانتقال مال الطفل إلى الغير بالعوض. وكذا إذا كان العاقد مأذوناً واقعاً ووكيلاً فإنه يكفي في استناد معاملة المأذون أو الوكيل إلى المالك أو موكله إظهاره رضاه بالمعاملة، سواء كان ذلك الإظهار عند المأذون أو عند الآخرين، أو كان إظهاره بنحو يصل إلى المأذون أو السائرين بعد المعاملة أو لم يكن إظهار المالك إلا عند نفسه؛ ولذا لو كان العاقد على مال الغير في مكان يراه مالك المال وكتب المالك عند المعاملة أو قبلها في ورقة رضاه بتلك المعاملة ولم يعلم العاقد أو سائر الناس ما كتبه إلا بعد المعاملة، صحّ استناد تلك المعاملة إلى المالك.

التصرف وعدم جواز التصرف المُنكشف خلافه، إمّا لعدم الولاية فانكشف كونه ولياً، وإمّا لعدم الملك فانكشف لكونه مالكاً. وعلى كلّ منهما، إمّا أن يبيع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه، فالصّور أربع:

وبتعبير آخر: إظهار المالك رضاه بمعاملة الغير قبل إنشائها أو حينه يوجب خروج تلك المعاملة عن الفضولية. وعن السيد اليزدي رحمته الله أنه يحتاج العقد المزبور في المقام إلى إجازة العاقد في موردين:

أحدهما: ما إذا كان إظهار المالك رضاه ببيع الآخر عند نفسه فقط، فإن هذا الرضا لا يصحّ استناد البيع الصادر عن الغير إليه، حيث لا فرق بين البيع المزبور وبين البيع الصادر عن الأجنبي المقارن لطيب نفس المالك واقعاً، وقد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفضولية.

وثانيهما: ما إذا باع مال المولى عليه باعتقاد عدم الولاية ثم ظهرت ولايته على المال، والوجه في الحاجة إلى الإجازة عدم رضاء الولي بتملك المال بما هو ولي، ويعتبر في نفوذ التصرف في مال المولى عليه إذن الولي ورضاه بما هو ولي؛ ولذا لو كان ملتفتاً إلى أنه ولي فربما لا يرضى بالبيع المزبور ويختار فرداً آخر من المعاملة، وهذا كاشف عن عدم رضاه بما هو ولي.

أقول: لا يبعد اعتبار الإجازة في المورد الأول، فإنه لا ينبغي الريب في اعتبار استناد البيع الصادر عن الأجنبي إلى مالك المال بالإذن أو الإجازة، وقد ذكرنا مراراً أنَّ كلاً من الإذن والإجازة من الأمور الإنشائية ويكون الإبراز مقوماً لهما، ومجرد إظهار المالك عند نفسه رضاه بالمعاملة التي تصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذنًا أو إجازة، بل لابد من كون الإظهار بحيث يصل إلى الغير، سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره. وبتعبير آخر: لا يكون في الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل إلى

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي لكن الظاهر من المحكي عن القاضي أنه إذا أذن السيد لعبده في التجارة، فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجارة، ولا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز ما فعله بعد الإذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه وشراؤه منهم جائزاً وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز، انتهى.

وعن المختلف الإراد عليه: بأنه لو أذن المولى ولا يعلم العبد، ثم باع العبد، صح، لأنه صادف الإذن، ولا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين، انتهى. وهو حسن.

الثانية: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً [١]. فالظاهر أيضاً صحة العقد،

الغير، ولا يبعد أن يكون المحكي عن القاضي في المقام يرجع إلى ما ذكر.

وأما المورد الثاني فلا يحتاج العقد فيه إلى الإجازة، فإن استناد البيع إلى الولي حاصل بمباشرة لإنشاء العقد، ولا فرق بين رضا الولي بذلك العقد وبين رضا الأجنبي به، إلا في نفوذ رضا الأول وعدم الأثر لرضا الثاني. واحتمال دخالة رضا الولي بالمعاملة مع التفاته بأنه ولي، مدفوع ببعض الإطلاقات الواردة في نفوذ نكاح الأب والجدة، ويتعدى إلى مثل بيعهما باعتبار عدم احتمال الفرق في ذلك بين المعاملات.

[١] وأما الصورة الثانية، فهي ما إذا باع الولي أو المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه ولياً أو مأذوناً وقصده البيع لنفسه يكون بنيانه على تملك المال عدواناً أو اشتهاً، وعلى تقدير يصح البيع للمولى عليه من غير حاجة إلى الإجازة، فإن الحاجة إلى الإجازة إما لتصحيح استناد البيع إلى الولي أو المالك أو باعتبار دخالة رضاهما في

لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدح. وفي توقفه على إجازته للمولى عليه وجه، لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل.

انتقال المال بالعوض، والمفروض حصول الاستناد بمباشرة العقد أو الإذن وكذا الرضا.

وأما قصده البيع لنفسه بأن يتملك الثمن بإزاء المبيع اشتباهاً أو عدواناً، فقد تقدم في تصحيح بيع الغاصب للمالك مع إجازته أنه لا أثر للقصد المزبور وهو غير داخل في حقيقة البيع.

لا يقال: لا يصح البيع المفروض في المقام للمولى عليه؛ لعدم ولاية العاقد على البيع بهذا النحو، كما أن إذن المالك لا يعمه في موارد الوكالة.

فإنه يقال: قد تقدم أن القصد المزبور أمر زائد على إنشاء المعاوضة والبيع، والمفروض تمام البيع من سائر الجهات التي منها عدم كونه فساداً لمال المولى عليه، فلا وجه لبطلانه أو احتياجه إلى الإجازة.

نعم لا يتم ذلك فيما إذا باع الولي لنفسه مال المولى عليه اشتباهاً، فإن رضاه بكون المال للمشتري بإزاء الثمن باعتبار كونه مالكاً، ولم يعلم رضاه بالانتقال على تقدير كون المال للمولى عليه؛ ولذا لا يجوز الأخذ فيما لو أذن الولي للغير في أخذ مال يعتقد أنه ملكه، ولكن الغير يعلم بأن المال ليس للولي وإنما يأذن له في أخذه اشتباهاً وأنه على تقدير التفاته يمكن أن لا يرضى بالأخذ.

وبتعبير آخر: ما يذكر في الصورة الثالثة في وجه الحاجة إلى الإجازة يجري في الفرض أيضاً.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا^[١]. وقد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا، والمشهور الصحة، بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد والإرشاد في باب الهبة الإجماع، ولم نعتز على مخالف صريح،

[١] الصورة الثالثة: ما إذا باع المال عن الغير باعتقاد أن الغير مالكة ثم ظهر أن المالك هو لا الغير، وقد يمثل لذلك ما لو باع مال أبيه باعتقاد حياته ثم ظهر أنه حال البيع كان ميتا.

ويقع الكلام في هذه الصورة في جهتين:

الأولى: في صحة البيع وفساده، بمعنى كونه لغوا لا يترتب عليه أي أثر.

والثانية: توقف تمامه على إجازة العاقد أو عدم توقفه عليها.

أما الجهة الأولى، فقد قيل ببطلان البيع^(١)؛ لوجوه:

الأول: أن المنشأ هو البيع للغير وهو غير قابل للإجازة، والبيع لنفسه لم ينشأ ليلحق به الإجازة.

الثاني: أن البيع المزبور وقوعه للبائع يكون على وجه التعليق، وتقديره إن مات أبي فقد بعته، والتعليق يوجب بطلانه.

والثالث: أن العاقد غير قاصد للبيع، فإن مع اعتقاده حياة أبيه وأنه مالك المال ولم يأذن له في بيعه لا يحصل إنشاؤه وقصده حقيقة ولكن لا مجال لشيء مما ذكر، فإن قصد بيع المال عن الغير لا اعتقاد أن الغير ملكه تملك في الحقيقة عن المالك، وما ذكرنا ثانياً في كون هذا البيع من البيع المعلق ينافي الأمر الأول، حيث إن مقتضى التعليق كونه منشأ البيع لنفسه ومقتضى الوجه الأول وقوع البيع لغيره.

(١) القواعد والفوائد ٢: ٢٣٨، ذيل القاعدة ٢٣٨، نهاية الأحكام ٢: ٤٧٧، إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

إلا أن الشهيد رحمته الله ذكر في قواعده: أنه لو قيل بالبطلان أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النهاية والإيضاح، لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، ولأنه وإن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعته، ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره، انتهى.

وبالجملة: يكفي في حصول عنوان البيع أو المبادلة إنشاؤها، وقصد كونها له أو لغيره غير داخل في أصل البيع والمبادلة.

وبهذا يظهر ما في الوجه الثالث وأن العاقد كالعابث، حيث يبيع المال عن الغير مع اعتقاده كون ذلك الغير مالكا من غير كونه مأذوناً أو وكيلاً عنه، ووجه الظهور أن إنشاء المعاوضة وقصدها لا ينافي الاعتقاد بأن المالك هو الغير ولم يأذن له في بيع المال، كما في البيع فضولاً.

وأما الجهة الثانية، وأن تمام البيع للعاقد يحتاج إلى إجازته أو أنه لازم له بلا حاجة إليها، فقد قيل بعدم الحاجة؛ لأن البيع من الأول مستند إلى العاقد باعتبار حصوله بإنشائه فلا معنى لإجازة بيع نفسه؛ ولأن رضا العاقد بكون المال المعين الخارجي للمشتري بإزاء الثمن كاف في رضاه بملك ماله للمشتري وإن لم يلتفت إلى كونه ماله، فإن صدور العقد عن المالك أولى وأقوى من إذنه وإجازته.

وذكر المصنف رحمته الله أن الأظهر وفقاً لجماعة^(١) توقف تمامه على إجازة العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال، وليس الوجه في الاحتياج إلى إجازته ما ذكره في «جامع المقاصد»^(٢)، حيث قال: إن العاقد لم يكن قاصداً لنقل المال إلى المشتري منجزاً، بل كان قصده هو النقل مع إجازة المالك، حيث باع المال عن الغير باعتقاد أن الغير مالكة،

(١) جامع المقاصد ٤: ٧٦، المسالك ٦: ٥١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٧٦.

أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح في وقوعه، لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّهُ مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنّما قصد النّقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه، وقد تقدّم توضيح ذلك في عكس المسألة، أي: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه.

ثم أورد على نفسه بأنّ قصد العاقد بيع المال كاف في النقل.

وتوضيح الإيراد: أنّ توقّف انتقال المال شرعاً على إجازة المالك أو بمجرد العقد ليس من مدلول العقد؛ ليعتبر قصده أو يقدح عدم قصده أو قصده معلقاً أو منجزاً، بل الانتقال المزبور حكم شرعي والمنشأ لمدلول العقد هو النقل في اعتبار العاقد وهو منجز، بل عدم قصده النقل شرعاً إلّا مع حصول الإجازة لا يضرّ على الكشف، حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها، ويمكن أن يكون قصد النقل عند حصولها مضراً على مسلك الكشف.

بل الوجه في الحاجة إلى الإجازة هو أن يخرج تملك المشتري المال بإزاء الثمن عن عنوان الأكل بالباطل ودخوله في عنوان التجارة عن تراض، فإنّ رضا العاقد بنقل المال إلى المشتري مع غفلته عن كون المال ملكه لا يوجب كون البيع المزبور تراضياً من المالك.

وبتعبير آخر: قصد العاقد بكون المال الخارجي ملكاً للمشتري بإزاء الثمن يوجب حصول إنشاء البيع، وأما كون ذلك البيع تراضياً معاملتياً منه فلا يكون إلّا مع رضاه بالبيع بعنوان كونه مالك المال؛ ولذا لا يجوز للمأذون التصرف فيما لو أذن المالك فيه باعتقاد أن المال للغير والمأذون يعلم بأن المال ليس للغير، بل للمبيح ولكن بحيث لو التفت إلى أنّ المال له لا يرضى بتصرفه.

ولو قال: «إنّ هذه زوجتي» فطلقها، وبعد الطلاق ظهر أنها كانت زوجة المباشر

نعم، من أبطل عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوي البطلان عنده هنا، لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، ولذا نقول نحن -كما سيجيء- باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

وأما ما ذكر: من أنه في معنى التعليق، ففيه -مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول، كما لا يخفى:- منع كونه في معنى التعليق، لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبني على دعوى السلطنة والاستقلال على المال، لا على تعليل للنقل بكونه منتقلاً إليه بالإرث عن مورثه، لأن ذلك لا يجامع مع ظن الحياة. اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صوري، على ما تقدم من المسالك من أن الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

للمطلاق فلا يصح، وكذا لو قال: «هذا عبدي» فأعتقه، وبعد العتق ظهر أنه كان عبداً للمباشر فإنه يحكم ببطلان العتق.

والحاصل: أن في البين أمرين: أحدهما: إنشاء البيع وحصول عقده، والثاني: رضا من يعتبر استناد البيع إليه، وإذا أنشأ المالك البيع لنفسه أو لغيره يحصل إنشاء البيع المزبور في المقام وهو تمليك عين خارجية بإزاء الثمن، وقصد كونه لنفسه أو لغيره لا أثر له في حصول إنشائه. وأما الأمر الثاني وهو اعتبار رضا؛ ليكون بيعه تجارة عن تراض، فيتوقف على رضا بالبيع المنشأ مع الالتفات إلى كونه مالك المال، ومجرد رضا بكون تلك العين بإزاء الثمن مع الاعتقاد بأن المال للغير وأن رضا بالبيع المزبور من رضا الأجنبي فلا يفيد في انتساب البيع إليه، بمعنى كونه تجارة عن تراض.

لكن فيه حيثنذ: أن هذا القصد الصوري كافٍ، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي. ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

وكيف كان، فلا ينبغي الإشكال في صحّة العقد، إلا أن ظاهر المحكي من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، ولأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه - وإن لم يشعر به - فهو أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، وإلا توجه عدم وقوع العقد له.

وبتعبير آخر: اعتقاد العاقد أن المال للغير وقصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييدية؛ لما ذكرنا من أن قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقة إنشاء البيع، وأما بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييدية، حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور، بل إنما رضي بانتقاله إلى الآخر من ناحية الغير. نعم، لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالك المال يتم البيع ويصير تراضياً معاملتاً له.

وبهذا يظهر أن الإجازة إنما تفيد في العقود، حيث تجري الفضولية فيها، وأما في الإيقاعات نظير ما أعتق عبداً باعتقاد أنه عبد الغير ثم بان أنه عبده فيحكم ببطلان العتق؛ لعدم جريان الفضولية في الإيقاعات، وأيضاً يظهر أنه لا تهافت في كلام من حكم في المسألة بتوقف البيع على إجازة العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال وبين حكمه ببطلان العتق المزبور. وإنما يكون التهافت ممن حكم في مسألة البيع بلزومه وعدم حاجته إلى الإجازة، وفي مسألة العتق بالبطلان، حيث إن مقتضى الحكم بلزوم البيع كفاية الرضا به ولو مع عدم الالتفات إلى كونه مالك المال، ومقتضى الحكم ببطلان

لكن الأقوى موافقاً للمحقق والشَّهيد الثَّانِيين -: وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلّا أن يقال: إنَّ قصده إلى أصل البيع كافٍ. وتوضيحه: أنَّ انتقال المبيع شرعاً بمجرّد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتّى يعتبر قصده أو يقدح قصد خلافه، وإنّما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقّف على الأمور المتأخّرة وعدمه، مع أنَّ عدم القصد المذكور لا يقدح بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربّما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقّب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلّط النَّاس على أموالهم، وعدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلّا بالتجارة عن تراض.

وبالجملة، فأكثر أدلّة اشتراط الإجازة في الفضوليّ جارية هنا. وأمّا ما ذكرناه من أنَّ قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، وإلّا فسد العقد.

ففيه: أنّه يكفي في تحقّق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعيّن. وقصد كونه ماله أو مال غيره مع خطأه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدح ولا ينفع، ولذا بنينا على صحّة العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

وأما أدلّة اعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالّة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنّه ماله، لا بنقل مالٍ معيّن يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإنّ حكم طيب النفس والرضا لا يترتّب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقداً أنّه لغيره، والمأذون يعلم أنّه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن. ولو فرضنا أنّه أعتق عبداً عن غيره فبان أنّه له لم ينعتق، وكذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبانّت زوجته، لأنّ القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة. ولو غرّه الغاصب فقال: «هذا عبدي أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه،

فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم التّفوذ، وفاقاً للمحكي عن التحرير وحواشي الشهيد وجامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا ووقوفه على الإجازة، لأنّ العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فكّ ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلة، بخلاف البيع، فلا تناقض بين حكمه ببطان العتق وصحة البيع مع الإجازة، كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم التّفوذ، وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة، فإنّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعين هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النفس والرضا المعتبر في جميع إنشاءات الناس المتعلّقة بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق، وإن اعتبر في طيب النفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له ولم يكف مجرد مصادفة الواقع، وجب الحكم بعدم لزوم البيع.

فالحقّ: أنّ القصد إلى الإنشاء المتعلّق، بمال معين مصحّح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له، لكن لا يكفي ذلك في تحقّق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء، ثمّ إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود، وإلاّ وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

ثمّ إنّّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ [١]، فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء

العتق عدم كفاية الرضا المزبور.

[١] يعني: كما أنّ الإجازة في عقد الفضولي مصحّحة للعقد بحيث يتم بها استناده إلى المالك ويكون تراضياً معاملياً له كذلك استناد العقد في المقام إلى المالك، ورضاه المعتبر بمدلوله يحصل بها فيكون العقد متزلزلاً حدوثاً، بخلاف موارد الخيار التي

كما قوّاه بعض من قارب عصرنا وتبعه بعض من عاصرناه معللاً بقاعدة نفي الضرر، إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، وقد تقدّم توقّفه على طيب النفس. وما ذكرناه من الضرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجع إلى العوض والمعوّض، وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه ورضاه إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله.

يكون البيع فيها تاماً حدوثاً ومتزلزلاً بقاءً.

وبتعبير آخر: ثبوت الخيار الذي هو في حقيقته ملك فسخ العقد وإزالة بقاءه فرع حدوث البيع بأن يكون إنشاؤه واستناده إلى من يعتبر استناده إليه، ورضاه بمدلولة مفروغاً عنه، ويثبت الخيار لتضرّر أحد المتعاملين باعتبار خصوصيته في أحد العوضين، ككونه معيوباً أو فيه غبن، فيكون الضرر في لزوم البيع. وهذا بخلاف البيع في المسألة، فإنه في حدوثه غير تام؛ لتوقف حدوثه على رضا المالك بالبيع مع التفاته إلى كونه مالكا للمال.

والحاصل: أنّه لا وجه لما ذهب إليه صاحب «الجواهر»^(١) من أنّ البيع في هذه الصورة كبيع المتعلق به الخيار متزلزل بقاءً، فإن الضرر في المقام كالضرر في إجازة بيع الفضولي المعروف يكون في أصل انتقال المال عن مالكة؛ إما لجهله بأصل الانتقال كما في بيع الفضولي المعروف، أو لجهله بكون المال له كما في مفروض الكلام. أقول: الضرر هو النقص في المال أو في غيره من العرض والنفس ونحوهما، وهو يحصل في موارد الغبن أو العيب بأصل البيع، حيث يخرج به ماله عن ملكه

ومن المعلوم أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولي على الإجازة إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر. ثمّ إنّ الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقّفة [١] على القول بصحة عقد الفضولي بل يجيء على القول بالبطلان إلا أن يستند في بطلانه بما تقدّم من قبح التصرف في مال الغير فيتّجه عنده حينئذٍ البطلان. ثمّ يغرم المثلّث وإن كان جاهلاً.

بعوض معيوب أو بالأقل، كما إذا باع المتاع بأقل من ثمن المثل أو اشترى المال بأكثر منه. ولو جرت قاعدة اللاضرر في تلك الموارد يكون مفادها فساد العقد لا انتفاء لزومه، ولكن الصحيح أنه لا مجرى للقاعدة في موارد ثبوت الخيار كما لا مجرى لها في البيع المزبور في المقام، ولا في البيع في مسألة بيع الفضولي المعروفة؛ لما ذكرنا من عدم تمام البيع في المقام وفي مسألة بيع الفضولي باعتبار عدم استناد المعاملة إلى من يعتبر استنادها إليه بحيث تكون تراضياً معاملياً له. وفي مورد الغبن والعيب باعتبار اشتراط السلامة أو عدم النقص في المالية في ناحية العوضين، ومرجع الاشتراط - كما تقدم - إلى جعل الخيار في صورة التخلف، وحيث لا امتنان في رفع الحكم عن البيع المجعول فيه الخيار فلا تجري فيه قاعدة نفي الضرر؛ لعدم ثقل على المكلف في وضع البيع المزبور وامضائه كما لا يخفى.

[١] يعني: لو قيل ببطلان بيع الفضولي وعدم تمامه بإجازة المالك فلا يكون ذلك ملازماً للقول بالبطلان، وعدم تمام العقد بإجازة العاقد فيما إذا باع ماله عن الغير باعتقاد أنّ المال له.

نعم، لو بنى بطلان بيع الفضولي على حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير يتعيّن البطلان في الفرض أيضاً؛ لأنّ قبح التصرف لا يختص بصورة كون المال للغير واقعاً، بل يعم مورد التجري أيضاً.

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فأنكشف أنه له والأقوى هنا أيضاً الصحة ولو على القول ببطلان الفضولي والوقوف على الإجازة بمثل ما مر في الثالثة وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة [١]، ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

وأما القول في المُجاز:

فاستقصاؤه يكون ببيان أمور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط [٢] المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك، فلا يكفي إتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء ولا إحراز سائر الشروط

أقول: لا مجال لمثل المصنف رحمته الله ممن لا يرى في التجري قبحاً فعلياً، بل يلتزم فيه بالقبح الفاعلي فقط، دعوى التعميم المزبور، ولكن لو بنى الحكم ببطلان بيع الفضولي على اعتبار مقارنة طيب نفس المالك لإنشاء العقد كان اللازم الحكم بالبطلان في الفرض أيضاً باعتبار أن اللازم حصول طيب نفس المالك مقارناً لإنشاء بما هو مالك، وهذا غير حاصل في المقام أيضاً.

[١] الظاهر عدم توقف تمام البيع في الصورة الرابعة على الإجازة؛ لأن الحاجة إليها إما لتصحيح استناد البيع إلى المالك، أو لرعاية رضا بملكية المال للطرف بإزاء الثمن بما هو مالك والمفروض حصول كلا الأمرين في الفرض، كما هو مقتضى بيع المالك المال لنفسه ولو باعتقاد أنه عدوان على الغير كما لا يخفى.

[٢] إذا باع الفضولي صبرة من الحنطة من زيد بمئة دينار وزيد يعلم كيل الصبرة ولكن البائع لا يعلمها، وفرض ظهور مقدار الصبرة وكيلها لمالكها فأجاز البيع المزبور، فظاهر ما ذكر المصنف رحمته الله في هذا الأمر عدم تمام البيع المزبور، وذلك فإن الإجازة تكون مفيدة في بيع يكون تاماً حين إنشائه من غير جهة الإجازة، ولا يكون

بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف؛ للزومه عليه، حينئذٍ بل مطلقاً لتوقف تأثيره الثابت - ولو على القول بالنقل - عليها، وذلك لأنَّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، وعلى أيّ حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأنَّ الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشروط، ولو سلّم كونها جزءاً فهو جزءٌ للمؤثّر للعقد. فيكون جميع ما دلّ من النصّ والإجماع على اعتبار الشّروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النّقل والانتقال بالعقد.

البيع في الفرض كذلك باعتبار جهالة كيله وعدم تعيينه حال البيع لغير المشتري. وبتعبير آخر: يجب حصول الشرائط المعتبرة في المتعاقدين لكل من الأصيل والبايع فضولاً؛ ليعتبر إنشاءهما، وكذا سائر الشرائط في نفوذ البيع وصحّته يعتبر حصولها حال إنشاء البيع، حيث إنّ ظاهر دليل اعتبارها حصولها في إنشاء البيع، وأدلة اعتبار إجازة المالك مقتضية لتمام البيع فيما إذا كان تاماً عند إنشائه من غير جهة رضاه وإذنه. وكما لا يخفى حصول تلك الشرائط بعد الإيجاب وقبل القبول في سائر البيوع، كما إذا باع المالك متاعاً مجهولاً جنسه أو قدره للمشتري ولكن ظهر المتاع جنساً وقدراً للمشتري قبل قبوله كذلك في المقام.

بل لو قيل بالصحة في المثال باعتبار أنّ العلم بالبيع قبل القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع فلا يمكن القول بالصحة في المقام، حيث إنّ الإجازة لا تكون جزء البيع ليكون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البيع، بل البيع - كما تقدم في أول الكتاب - هو الحاصل بالإيجاب والقبول، فلا تكون الإجازة مقومة لعنوان البيع عرفاً، ولو أطلق عليها الجزء فهو باعتبار كونها مقومة لعنوان البيع المؤثّر، أي البيع المنتسب إلى المالك.

نعم لو دلّ دليل على اعتبار شرطٍ في ترتّب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القبيل: القدرة على التسليم، وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم. ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتّى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوي الاشتراط. وأمّا شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأمّا بناءً على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

والحاصل: لا يكفي في صحة بيع الفضولي وتماهه بالإجازة حصول الشرائط من زمان البيع بالإضافة إلى الأصيل على الكشف فقط، بأن لا يعتبر حصولها على النقل بالإضافة إليه أيضاً، بل المعتبر حصولها مطلقاً، أي بالإضافة إلى الأصيل والبائع من زمان العقد ولو على مسلك النقل، حيث إنّ مقتضى ما تقدم أنّ كلّ مورد يتم العقد فيه بالإذن السابق يتم بالإجازة أيضاً. وأمّا إذا لم يكن الإذن السابق مفيداً، كما في نقص العقد من جهة سائر الشرائط، فلا تفيده الإجازة اللاحقة.

نعم، لو كان الدليل على الاشتراط مقتضاه حصول ذلك الشيء في ترتّب الأثر الشرعي على البيع من غير ظهور في اعتبار حصول ذلك الشرط من حين إنشاء البيع، كالقدرة على التسليم، حيث إنّ اعتبارها لأجل أن لا يكون البيع غررياً كما تقدم سابقاً، فيكفي أن يحرز عند العقد حصولها في ظرف استحقاق التسليم. وكذا في إسلام مشتري المصحف أو العبد المسلم، حيث إنّ انتقالهما إلى الكافر مناف لعلو الإسلام وذل الكفر، ومجرد إنشاء الملكية حال كفر المشتري مع إسلامه حين تمام البيع لا يكون علوّ للكفر على الإسلام كما لا يخفى.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل [١] - من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها - أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعيّن إلا إذا بلغ حدّاً لا يجوز معه التوكيل، ومن أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأنّ المعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

ومن هنا يظهر قوّة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد احتماله فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود

لا يقال: العلم بالعوضين ومقدارهما يعتبر في صحّة البيع، ولكن المعتبر علم المتبايعين بالأجنبي واستناد البيع إلى المالك يكون بإجازته، وعلى ذلك فاللزام اعتبار علم المالك بمقدار المبيع والتمن ولو من زمان إنشاء البيع، لا العاقد الفضولي فإنه من الأجنبي بالإضافة إلى البيع المزبور، كما هو ظاهر المصنف رحمته الله في الأمر الثاني. فإنه يقال: الإجازة بمنزلة الإذن التفويضي في اعتبار العرف، والعاقد فضولاً وإن كان أجنبياً عن المال إلّا أنّ مع إجازة المالك يعتبر العاقد بمنزلة المأذون المفوض لا مجرد المأذون في إجراء الإيجاب والقبول، وفي مثل ذلك يعتبر علم المأذون بمقدار العوضين لا المالك، كما يأتي.

[١] بأن يكون عوضان معلومين للمجيز تفصيلاً، وإذا كان عقد الفضولي بيعاً يعتبر علم المجيز بذلك البيع وإذا كان صلحاً يعتبر علمه تعيين الصلح له.

ولا يخفى أنّ عدّ ذلك من شرائط صحّة الإجازة أولى من عدّه من شرائط العقد

المجاز.

حتى يشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها إلا أنها في معناها، ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق [١]، مع أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد، فتأمل.

[١] هذا استشهد لكون الإجازة في معنى العقد، ووجهه أن شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمالك يكون بعد إجازته، وشموله بعدها وعدم شموله قبلها كاشف عن كون الإجازة بمنزلة العقد.

ولكن لا يخفى ما في الاستشهاد، وذلك فإن المجيز وإن يضاف العقد بعد إجازته إليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين، إلا أن نسبة العقد إليه بعد إجازته ليست من جهة كون إجازته عقداً أو منزلته؛ لثلاث تقبل التعليق أو عدم التعيين، بل بإجازته يستند العقد الصادر سابقاً إليه كاستناده إليه بالإذن. فالذي لا يقبل التعليق أو عدم التعيين هو العقد الصادر سابقاً، وأما إجازته فليست من العقود.

وبتعبير آخر: الإجازة اللاحقة لا تزيد على الإذن السابق، وكما أن المالك بمجرد إذنه للغير في بيع ماله لا يكون بائعاً ولا يعمه ما دل على لزوم البيع وجوب الوفاء به، بل الإذن يوجب استناد البيع الصادر عن المأذون إليه، وذلك البيع الصادر لا يقبل التعليق أو الجهالة، كذلك الحال في الإجازة اللاحقة.

لا يقال: لو لم تكن الإجازة من العقود فلا ريب في أنها إيقاع، والتعليق في الإيقاعات أيضاً يوجب بطلانها.

فإنه يقال: مضافاً إلى عدم تمام الإجماع على بطلان كل إيقاع بالتعليق، بل مورده هي الإيقاعات التي لها عناوين خاصة، كالطلاق والعق ونحوهما، أن الإجماع المزبور على تقدير مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لا اعتبار علمه بتعيين العوضين أو نوع العقد، فإن الإجازة تصح استناد العقد إلى المجيز كالإذن. وتكفي فيه الإجازة مطلقاً

الثالث: المجاز، إمّا العقد [١] الواقع على نفس مال الغير، وإمّا العقد الواقع على عوضه، وعلى كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف. ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبداً للمالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب ثمّ باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل.

وبنحو العموم، وقد تقدم أنّ الإجازة ليست بمنزلة الإذن في مجرد إنشاء العقد بأن يكون المأذون نظير الآلة في إنشاء العقد، بل بمنزلة الإذن التفويضي بحيث تكون المساومة والمناقشة في تعيين الثمن والمثمن بعهدّة المأذون، وفي مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن والمثمن ولا يعتبر علم المالك.

[١] المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير وإمّا العقد الواقع على عوضه، والمراد بالعوض الأعم من العوض الأولي لمال المالك أو العوض لعوضه، وقوله ﷺ: «على كل منهما»، أي على كلّ تقدير يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال الأصلي للمالك أو على عوضه، أو يكون المجاز آخر العقد المتعلق بأحدهما، أو يكون عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أي على المال الأصلي للمالك، أو على بدله، أو بالاختلاف بأن يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلك المال واللاحق على بدله أو بالعكس. ويجمع الكلّ، أي كلّ فروض العقد المجاز ببوع ثمانية؛ ثلاثة منها واقعة على عين مال المالك المجيز المفروض كونه عبداً: (الأوّل) بيع العبد بفرس (الثاني) بيع العبد بكتاب (الثالث) بيع العبد بدينار، واثنان منها واقعان على عوض مال المالك، أي على عوضه الأولي وهما: (الرّابع) بيع الفرس بدرهم (الخامس) وبيع الدينار بجارية. وثلاثة منها واقعة على بدل بدل المالك، وهي: (السادس) بيع الدرهم برغيف

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب - فهي ملزمة له ولما بعده ممّا وقع على مورده - أعني العبد بالدينار - بناءً على الكشف، وأما بناءً على النقل فيبني على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه وهي فسخ بالنسبة إلى ما قبله ممّا ورد على مورده، أعني بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز. أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة - وهو المشتري بالكتاب - فقابليته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد. هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مورده، أعني مال المجيز.

(السابع) وبيع الدرهم بحمار (الثامن) وبيع الرغيف بعسل. وإذا أجاز مالك العبد العقد الواقع على العبد بكتاب تكون إجازته ملزمة له ولما بعده فيما وقع على مورده، أي فيما وقع اللاحق على عين المال الأصلي للمالك وهو بيع العبد بدينار، وهذا بناءً على الكشف ظاهر.

وأما بناءً على النقل فيبني على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، يعني بناءً على النقل تكون صحة العقد اللاحق مبنية على عدم اشتراط ملك المجيز حال العقد، فإنّ المجيز له وهو بائع العبد بالدينار لم يكن مالكا للعبد حال بيعه على هذا المسلك. وهي فسخ بالنسبة إلى ما قبله، يعني إجازة بيع العبد بالكتاب فسخ بالإضافة إلى ما قبل هذا البيع وهو بيع العبد بفرس، سواءً على الكشف أو النقل، فإنّ البيع الأول لا يصحّ بالإضافة إلى مالك العبد، أي مالكة الأول.

وأما صحة ذلك البيع الأول بالإضافة إلى من ملك العبد بإجازة مالكة الأول، فمبني على عدم اشتراط كون المجيز مالكا حال العقد، والمالك الجديد هو المشتري الثالث للعبد على الكشف بلا كلام، وهو أو المشتري الثاني على النقل، وإجازة كلّ منهما العقد الأول، أي بيع العبد بفرس، داخل في مسألة «من باع ثم ملك وأجاز» كما لا يخفى.

وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز [١]: فالسابقة على هذا العقد - وهو بيع الفرس بالدرهم - يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس. واللاحقة له - أعني بيع الدينار بجارية - تلزم بلزوم هذا العقد. وأما إجازة العقد الواقع على العوض [٢] - أعني بيع الدرهم برغيف - فهي ملزمة للعقد السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك - أعني بيع العبد بالفرس - أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقد اللاحقة له إذا وقعت على المعوض، وهو بيع الدرهم بالحمار.

[١] قد تقدم أن العقود الواقعة على عوض مال الغير خمسة؛ اثنان منها واقعان على عوضه الابتدائي، وهما: بيع الفرس بالدرهم وبيع الدينار بالجارية، حيث إن كلاً من الفرس والدينار عوض في البيوع الجارية على نفس العبد. وثلاثة منها جارية على عوض مال الغير، أي على عوض عوض العبد، وهي: بيع الدرهم برغيف وبيع الدرهم بحمار وبيع الرغيف بعسل. فالأول من هذه البيوع وهو بيع الفرس بالدرهم، تتوقف تماميته وصحته على إجازة المالك الأصلي للفرس.

وقوله ﷺ: «وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز»، من تنمة فرض إجازة المالك بيع عبده بالكتاب، فإن مع إجازته تكون صحة بيع الفرس بالدرهم موقوفاً على إجازة المالك الأصلي للفرس وبدونها لا تصح، واللاحق وهو بيع الدينار بالجارية يكون صحيحاً بمجرد إجازة مالك العبد هذا البيع، يعني بيع العبد بالكتاب، فإنه بناءً على اعتباره إجازته يكون بيع العبد بالدينار وبيع الدينار بالجارية كلاهما صحيحاً.

[٢] يعني: إجازة مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد، يعني بيع الدرهم برغيف، صحتها ونفوذها موقوفة على دخول الدرهم في ملك المالك الأصلي للعبد، ودخوله في ملكه موقوف على إجازته بيع الفرس بالدرهم وبيع عبده بالفرس؛

أما الواقعة على هذا البذل المجاز - أعني بيع الرغيف بالعتسل - فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

وملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز. فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده على الكشف. وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر [١].

ولذا قال ﷺ: فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك، أعني بيع العبد بالفرس، أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم. كما أنها ملزمة للعقود اللاحقة على تقدير جريان اللاحق على المعوض، أي على المعوض في بيع الدرهم برغيف وهو بيع الدرهم بالحمار، فإن الإجازة المزبورة تكون كاشفة عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار. وأما العقد اللاحق الجاري على العوض في ذلك العقد المجاز، أي بيع الرغيف بالعتسل، فصحته موقوفة على إجازة المجيز له مستقلاً، وهذا هو المراد من قوله ﷺ: «وأما الواقعة على هذا البذل المجاز»، أي بيع الرغيف بالعتسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

[١] يعني: لو وقعت البيوع المتعددة من شخص واحد بأن يقع العوض في كل بيع معوضاً في بيعه الآخر، كما فرضنا أن البائع فضلاً باع العبد المزبور كونه للغير بالفرس أولاً وباع الفرس بالدرهم ثانياً وباع الدرهم بالرغيف ثالثاً وباع الرغيف بالعتسل رابعاً، فإن إجازة أي من البيوع الأربعة تكون إجازة له ولما قبله لا البيع الذي بعده، وهذا هو المراد من تراخي الأثمان بأن يقع الثمن في كل بيع مثنياً في بيعه الآخر الصادر عن واحد، كما في المثال.

وقد يقال: إنه كيف يجوز للمالك إجازة العقد الجاري على بدل ماله، وكيف

ولعلّ هذا هو المراد من المحكي عن الإيضاح والدّروس في حكم ترتّب العقود: من أنّه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ وما بعده، وفي الثمن ينعكس؛ فإنّ العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلّا من أشخاص متعدّدة. وأمّا العقود المترتبة

تكون إجازته ملزمة للعقود الجارية على عين ماله أو بدله، فإن بيع الدرهم بالرغيف - مثلاً- أجنبي عن مالك العبد فكيف يجوز له إجازته، بل يتعيّن إجازة بيع العبد بالفرس أولاً، ثم إجازة بيع الفرس بالدرهم ثم إجازة بيع الدرهم بالرغيف. ودعوى أنّ إجازة بيع الدرهم بالرغيف مستلزمة لإجازة البيوع السابقة أو أنها بنفسها إجازة للعقود السابقة فاسدٌ، فإن المفروض أنّ الإجازة تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف، ولو كانت هذه إجازة للعقد السابق لصحّ السابق دون اللاحق.

وأما الاستلزام فالأمر في دعواه أفسد؛ لأنّ إجازة بيع الدرهم بالرغيف فعل اختياري له مبادٍ، وإجازة بيع العبد بالفرس فعل اختياري آخر يكون له مبادٍ، ولا يعقل أن يكون أحد الفعلين الاختياريين مستلزماً لفعل اختياري آخر. نعم، إجازة اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه، ولكن الرضا لا يكفي في إجازة العقد كما تقدم. أقول: يرد عليه النقض ببيع ذي الخيار والواهب، فإنهم ذكروا أنّ بيع ذي الخيار المال المتقل عنه فسخ للبيع السابق وكذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع في الهبة، مع أنّ كلاً من البيع والفسخ والرجوع كالإجازة فعل اختياري، وحلّه بأنّ إرادة أحد الفعلين موجباً لانقذاح إرادة الفعل الآخر، كما في إرادة ذي المقدمة بالإضافة إلى الفعل الآخر الذي هو مقدمة له. والفسخ والرجوع مقدمة لبيع ذي الخيار والواهب، كما أنّ إجازة العقد السابق مقدمة للعقد اللاحق، وبما أنّ كلاً من الفسخ والرجوع والإجازة كالتمليك من الأمور الإنشائية وتحتاج بعد الاعتبار إلى الإبراز يكون إبراز الأمر الاعتباري الموقوف على الأمر الاعتباري الأول إبرازاً للأمر الأول أيضاً.

على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصي [١] مراراً، لأنَّ حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا: أمّا الواقعة على هذا البذل المجاز... الخ، بل مرادهما ترامي الأثمان في العقود المتعددة. كما صرح بذلك المحقق والشهيد الثانيان.

وقد علم من ذلك أنَّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصي الأول له، بل العوض ولو بواسطة. ثمَّ إنَّ هنا إشكالاً في شمول الحكم [٢] بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمته الله في القواعد. وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه.

وأيضاً ما تقدم من عدم كفاية الرضا في خروج العقد عن الفضولية هو مجرد الرضا الباطني من دون إظهار، وفي المقام إجازة العقد الجاري على البذل يكون مبرزاً للرضا بالبيع السابقة أيضاً كما لا يخفى.

[١] يعني: ليس مرادهما^(١) أنَّ يعقد أشخاص على الثمن الشخصي بأن يشتري الفضولي ثوباً بعشرة دنانير وباع الآخر تلك العشرة بمئة درهم وباع الثالث تلك العشرة بمئتي درهم، فإنَّ حكم وقوع البيع المتعددة من أشخاص على الثمن الشخصي المملوك للغير حكم البيع المتعددة من أشخاص الواقعة على المفروض كونه للغير في أنَّ إجازة السابق من البيع يكون موجباً لصحة اللاحق على الكشف.

[٢] يعني: ما تقدم من أنَّ للمالك إجازة أي من العقود الجارية على عين ماله أو بدله فيه إشكال فيما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولاً مع علمه بالحال.

(١) يعني مراد صاحب الإيضاح ١: ٤١٨، وصاحب الدروس ٣: ١٩٣، وحكى عنهما المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٧٠، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩١، وغيرهما.

فقال الأول [١] فيما حكى عنه: إنَّ وجه الإشكال أنَّ المشتري مع العلم يكون مسلَّطاً للبائع الغاصب على الثَّمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرَّجوع، ولو بقي ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلَّط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، ومن أنَّ الثَّمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلاَّ عدم صدوره عن المالك. فإذا أجاز جرى مجرى الصَّادر عنه، انتهى.

أقول: لو تم الإشكال لكان مقتضاه عدم صحَّة إجازة المالك العقد الواقع على عوض ماله مع دفع العوض المزبور إلى البائع فضولاً مع العلم بالحال، وكذا لا يصحَّ إجازة العقد الجاري على عين ماله بذلك العوض، وأما العقود الجارية على عين ماله بغير ذلك العوض من الأثمان المختلفة ممن وصلت تلك الأعيُن إلى أيديهم فلا بأس بإجازتها.

[١] يعني: قال قطب الدين^(١) في توضيح الإشكال الذي أشار إليه العلامة في قواعده^(٢): إنَّ المشتري العالم بالحال يكون دفعه الثمن إلى البائع الغاصب تسليطاً له على الثمن، ولو تلف ذلك الثمن في يد البائع المزبور لا يكون للمشتري الرجوع إليه؛ لعدم الضمان في مورد تسليط الغير على ماله مجاناً، وفي جواز رجوعه إليه مع بقاءه وجهان. وعلى أيِّ حال فلا تنفذ إجازة مالك المبيع في الثمن المزبور فيما إذا تلف بفعل المسلَّط - بالفتح - يعني بفعل البائع فضولاً، كما إذا دفع هذا البائع ذلك الثمن عوضاً لمتاع اشتراه، وهذا وجه عدم نفوذ إجازة مالك المبيع في الثمن المزبور. وأما وجه نفوذها أنَّ الثمن قبل دفعه إلى البائع الغاصب قد جعل عوضاً للعين المملوكة للغير وعدم اتصاف ذلك الثمن بكونه عوضاً لها؛ لأجل عدم صدور البيع عن

(١) لا يوجد لدينا كتابه، وحكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٢.

(٢) القواعد ١: ١٢٤.

وقال في محكي الحواشي: إنَّ المشتري مع علمه بالغصب [١] يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك ربِّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع وإن أمكن إجازة البيع، مع احتمال عدم نفوذها أيضاً، لأنَّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحة البيع وفي التتبع. ثم قال: إنَّه يلزم من القول ببطان التتبع بطلان إجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنَّ الإشكال في صحة العقد كان صحيحاً أيضاً، انتهى.

ذلك الغير، وإذا أجاز تكون إجازته بمنزلة صدور البيع عنه فيكون الثمن المزبور عوضاً.

أقول: ما في كلامه ﷺ من أنَّ في رجوع المشتري إلى الثمن مع بقائه ضعيف لوجهين، بل لا ينبغي الإشكال في جواز رجوعه إليه، فإن دفعه إليه مع علمه بالحال إما تمليك مجاني أو إباحة مالكية، ولا كلام في جواز الرجوع في الهبة المجانية والإباحة المالكية.

[١] حاصل ما ذكر الشهيد ﷺ^(١) أنه لا يصلح لمالك المبيع إجازة العقد الجاري على الثمن، بل لا يصح له إجازة العقد الجاري على المبيع بذلك الثمن، وذلك فإنَّ دفع المشتري العالم بالحال ذلك الثمن إلى البائع الغاصب تسليط للغاصب على الثمن المزبور وإذن له في إتلافه، وإذا اشترى الغاصب بذلك الثمن متاعاً يكون اشتراؤه إتلاًفاً

واقصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سراية هذا الإشكال إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب. والمحكي عن الإيضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الإشكال في الجواز والعدم: الإشكال في الكشف والنقل.

قال في محكي الإيضاح: إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته والربح في سلسلتي الثمن والمثمن، وأمّا إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أنّ المشتري إذا رجع عليه بالسّلمة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً، لأنّه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب، والمالك قبل الإجازة لم يملك الثمن، لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون

لثمن على المشتري الأول فيملك الغاصب المتاع الذي اشتراه بذلك الثمن. ولا تنفذ إجازة المالك في الثمن؛ لصيرورته ملكاً لبائع المتاع قبلها، بل لا تنفذ إجازته في بيع ماله بذلك الثمن فضولاً باعتبار أنّ الثمن المزبور كان كالمال المأذون في إتلافه فلا تؤثر فيه الإجازة بعد صيرورته ملكاً لآخر. ولو نفذت إجازة العقد الجاري على ماله بذلك الثمن يكون المبيع بلا عوض، فيكون الإشكال في صحة العقد المترتب على الثمن وفي صحة العقد الجاري على المبيع بذلك الثمن.

أقول: لا وجه للإشكال أصلاً، سواء على الكشف أو على النقل، بل على كلّ منهما يجوز لمالك المبيع إجازة العقد الجاري على عين ماله أو بدله، وذلك فإنّ دفع المشتري العالم بالحال الثمن إلى البائع فضولاً ليس فيه إنشاء آخر ليكون ذلك الإنشاء من الهبة مجاناً أو بإباحة مالكية، بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد، حيث إنّ

الملك بغير مالك، وهو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له - أي الإجازة - فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن وربحه له، وليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب. وعلى القول بأن إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال: لمالك العين حقّ تعلّق بالثمن [١] فإنّ له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقّه مقدّم على حقّ الغاصب، لأنّ الغاصب يؤخذ بأخسّ أحواله وأشقّها عليه، والمالك بأجود الأحوال، ثم قال: والأصحّ عندي أنّه مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، ومع التّلف ليس له الرجوع به. انتهى كلامه ﷺ.

وظاهر كلامه ﷺ: أنّه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، وهذا هو المتّجه، إذ حينئذٍ يندفع ما استشكله القطب والشهيد رحمهما الله: بأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السّابق على التّسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه، وإذا تحقّق الردّ انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده، بناءً على ما نقل من الأصحاب.

الغاصب كما يبيع مال الغير لنفسه بعد البناء على كونه مالكاً وهذا البناء مصحّح لحصول عنوان البيع كذلك المشتري العالم بالحال يدفع الثمن إليه باعتباره أيضاً مالكاً للمبيع، وبما أنّ هذا البناء غير ممضى شرعاً فلا يجوز للبائع المزبور التصرف في الثمن.

[١] كأن مراده^(١) أنه بناءً على مسلك النقل أيضاً يحتمل تقديم إجازة المالك

(١) أي مراد صاحب الإيضاح ١: ٤١٧-٤١٨.

نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لأن إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنه قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف وعدمه، لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

وما ذكره في الإيضاح: من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق وأنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال، فلم يعلم له وجه بناءً على النقل، لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز، والتسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز أسبق؟

نعم، يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لأجل التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لأن نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تفديري الرد والإجازة، وحيث إن حكمهم هذا مخالف للقواعد

لتعلق حقه بالثمن قبل تملك الغاصب الثمن مجاناً، وهذا الاحتمال - كما يذكر المصنف رحمته - ضعيف، فإن تملك الغاصب الثمن غير موقوف على شيء، بخلاف تملك المالك المجيز فإنه موقوف على بقاء ذلك الثمن في ملك المشتري إلى حين إجازته، وهذا غير حاصل في الفرض.

وأضف إلى ذلك أنه لا حق للمالك المجيز في الثمن أصلاً، فإن الحق بمعنى الملك غير ثابت وبمعنى غيره غير معهود، وقد تقدم أن جواز إجازة المالك من أحكام الملك شرعاً لا من الحق في عقد الفضولي فضلاً عن الثمن المقرر فيه.

الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم [١].

مسألة في أحكام الرد:

لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله: «فسخت» و«رددت» وشبه ذلك مما هو صريح في الرد [١] لأصالة بقاء اللزوم [٢] من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه [٣] بالنقل أو بالاتلاف وشبههما، كالعتق

[١] لعله إشارة إلى أن حكمهم بتملك الغاصب الثمن ليس لوجه تعدي ليؤخذ به في مورد اليقين، بل تعليلهم ذلك الحكم بأن دفع المشتري الثمن إلى البائع الغاصب - مع علمه بالحال - تسليط له على ذلك الثمن، مقتضاه كونه للتحفظ على قاعدة التسليط.

[١] بل يكفي ما يكون ظاهراً في الرد؛ لأن اعتبار الظهور يعم المقام، بل يأتي كفاية دلالة الفعل ولا يختص الاعتبار باللفظ.

[٢] لا يخفى أن رجوع الوفاء بالعقد بالإضافة إلى الأصيل - كما تقدم سابقاً - غير ثابت ليستصحب، وعلى تقديره فاستصحابه لا يثبت إضافة العقد إلى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها، فإنه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه، نظير استصحاب بقاء وجوب الصلاة وإثبات عدم خروج وقتها، بل ما نحن فيه من قبيل ما إذا قبل القابل الإيجاب في زمان يحتمل إلغاء الموجب إيجابه بالشبهة الحكمية أو الموضوعية فإن المتيقن في مثله الحكم ببقاء الإيجاب وضمه إلى القبول المحرز بالوجدان ويثبت البيع بذلك. فإن ترتب البيع المضاف إلى المالكين على الإيجاب والقبول شبيه بترتب المسبب الجعلي على السبب، حيث يمكن فيه إثبات جزء السبب بالوجدان والجزء الآخر بالأصل.

[٣] يعني: يحصل الرد بكل فعل يكون ذلك الفعل مخرجاً للمال عن ملك

والبيع والهبة والتزويج [١] ونحو ذلك والوجه في ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه.

المجيز، والخروج يكون بالنقل والإتلاف وشبههما كالعتق والنكاح، ولكن لا يخفى أن مجرد هذه التصرفات لا تكون ردّاً للعقد السابق بمعنى إلغاؤه، بل لا يكون معها العقد السابق قابلاً للإجازة.

نعم، إذا قصد بها إلغاء تكون ردّاً كسائر الأفعال المراد بها رده.

والحاصل: عدم قابلية العقد للإجازة بمجرد تلك التصرفات ليس لكونها ردّاً فعلياً للعقد السابق، بل إنها مخرجة للعقد عن قابلية لحق الإجازة؛ ولذا لا تبقي معه للإجازة مورد حتى بناءً على عدم اشتراط الإجازة بعدم مسبقيتها للرد كما لا يخفى.

[١] كما إذا زوج غير الولي والوكيل المرأة من رجل ثم زوجت نفسها من آخر، فإنه مع التزويج الثاني لا يبقى مورد لإجازتها النكاح الأول، والظاهر أن التزويج كالعتق مثال لشبه النقل والإتلاف، والوجه في عدم بقاء مورد للإجازة معها هو أن مثل هذه التصرفات من المالك صحيحة؛ لوقوعها في زمان كان مالكا. وإذا صحّت فلا يبقى مجال لإجازة عقد الفضولي؛ لفوات مورد الإجازة، فإن الإجازة تؤثر فيما إذا كان المجيز مالكا للمال لولا إجازته، والمفروض مع التصرفات المزبورة خروج المال عن ملكه قبل إجازته وصيرورته أجنبياً بالإضافة إلى المال المزبور.

وبهذا يظهر نفوذ تلك التصرفات وعدم صحّة الإجازة حتى على الكشف الحقيقي، فإنه يعتبر فيها أيضاً أن يكون المجيز مالكا لولا إجازته.

والحاصل: أن مع شمول خطابات الصحّة والنفوذ للتصرفات المزبورة لا يبقى مورد في العقد السابق؛ لعموم وجوب الوفاء وحل البيع ونحوه كما لا يخفى.

وأما التصرف الغير المخرج عن الملك [١] - كاستيلاء الجارية وإجارة الدار وتزويج الأمة - فهو وإن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه. إلا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد، لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. والحاصل: أن وقوع هذه الأمور صحيحة، مناقض لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بد من امتناع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول.

[١] إذا لم يكن تصرف المالك موجباً لخروج المال عن ملكه ولكن تكون صحته منافية لنفوذ الإجازة كان التصرف المزبور كالتصرف الموجب لخروج المال عن ملكه في كونه مفوتاً لمورد الإجازة، كاستيلاء المالك أمته التي بيعت فضولاً أو إجارته الدار التي بيعت فضولاً أو تزويجه أمته التي بيعت فضولاً، والوجه في كونها أيضاً مفوتة لمورد الإجازة أن نفوذ الإجازة مع صحة تلك التصرفات غير ممكن. وإذا فرضت صحة تلك التصرفات باعتبار وقوعها في ملكه فيمتنع وقوع الآخر، يعني إجازة العقد فضولاً، أو أن يكون الآخر، يعني الإجازة تكون مبطللة لتلك التصرفات، أو أن يقع الآخر، يعني الإجازة، على غير وجهها بأن يكون انتقال المبيع إلى المشتري في العقد فضولاً بعد انقضاء مدة الإجازة، أو انتقاله إليه خالياً عن المنفعة التي وقعت مورد التمليك في الإجازة. وحيث إن إبطال الإجازة تلك التصرفات أو وقوع الإجازة على غير نحو الكشف عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين العقد غير ممكن فيتعين الأول، يعني كون الإجازة فاسدة.

نعم، إذا انتفع المالك بماله بالسكنى أو باللبس ونحوهما فلا ينافي ذلك نفوذ الإجازة بنحو الكشف، غاية الأمر يثبت على المالك بعد إجازته أجره المثل للمشتري

وبالجملة: كل ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثر من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس كان عليه أجرة المثل إذا أجاز، فتأمل.

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الإطلاع على وقوع العقد، ووقوعها بدونه. لأن التنافي بينهما واقعي. ودعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد [١] في الإجازة، ولذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد في من باع شيئاً. ثم ملكه. مدفوعة: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه.

باعتبار أنه قد فوّت عليه المنفعة بسكنائه أو لبسه.

[١] لو تمت هذه الدعوى لكانت نتيجتها صحة الإجازة مع التصرفات التي لا تخرج العين عن ملك مالكيها، وصحة الإجازة عبارة عن كونها موجبة لانتقال المبيع - مثلاً - إلى المشتري بعد انقضاء مدة الإجازة حتى لو قيل بأن مدلول العقد هو النقل من حين العقد وأن الإجازة تتعلق بهذا المدلول، ولكن تأثيرها في النقل يكون من زمان كونه قابلاً وهو في الفرض زمان انقضاء الإجازة.

وأجاب الله عن ذلك بأن نفوذ الإجازة على الوجه المذكور بأن يكون الانتقال من زمان انقضاء الإجازة خلاف إجماع أهل الكشف فإنهم يلتزمون بأن الإجازة تكون كاشفة عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فيما كان مجيزه مالاً حال العقد، وبما أن المجيز في الفرض مالك حال العقد فلا بد من كون إجازته كاشفة عن النقل والانتقال من حين العقد، ولازم ذلك عدم إمكان الإجازة مع صحة التصرفات المزبورة.

نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي [١] - الرّاجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة - كانت التصرفات مبنية على الظاهر وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصحّ الإجازة.

أقول: الظاهر التفصيل في المقام، وهو أنه لا يصحّ الإجازة بعد استيلاد الأمة المبتاعة فضولاً؛ لما تقدم سابقاً من أنّ استناد البيع إلى المالك يكون بإجازته، سواءً على النقل أو الكشف، وعليه فإجازة المالك بيع أمته بعد استيلادها بيع لأُم الولد فلا يصحّ، كما هو مقتضى النهي عن بيع أمهات الأولاد الظاهر في الإرشاد إلى فساد بيعهن.

وأما إجازة بيع الدار بعد إجارتها فلا بأس بها، فإن الغرض لا يزيد عما إذا أجر المالك داره سنة - مثلاً - ثم باعها من آخر، فإنه تصحّ الإجارة والبيع معاً، غاية الأمر مع جهل مشتري الدار بالإجارة يثبت له خيار الفسخ باعتبار أن نقص منفعتها ولو بالإجارة عيب، ويثبت هذا الخيار في مفروض الكلام باعتبار حدوث العيب في الدار قبل إجازة بيعها.

وبهذا يظهر الحال في إجازة بيع الأمة التي زوجها سيدها قبل إجازة بيعها وأنه يصحّ البيع والتزويج معاً، غاية الأمر يثبت لمشتريها خيار الفسخ باعتبار أنّ التزويج في الأمة عيب.

[١] لا يقال: لو صحّ هذا الكلام بأن كانت إجازة المالك كاشفة في حصول النقل والانتقال من حين العقد فضولاً بحيث يكون استيلاد الأمة بعده واقعاً على غير ملكه لجري ذلك في القسم الأول من الأفعال أيضاً بأن تكون إجازة المالك كاشفة عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فضولاً، فلا يكون العتق والنقل والهبة أو التزويج ونحو ذلك نافذاً؛ لوقوعها في ملك الغير واقعاً.

فإنه يقال: فرق بين هذا القسم والتصرفات السابقة، فإنّ مع تلك التصرفات

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد [١] كتعريض المبيع للبيع، والبيع الفاسد، وهذا أيضاً على قسمين: لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، وإما أن يقع في حال عدم الالتفات.

ونفوذها لا يكون المجيز مالاً لتنفيذ إجازته، فإن من شرط الإجازة وقوعها عن المالك لولا الإجازة، بخلاف مثل الاستيلاء وإجارة البيت أو تزويج الأمة المملوكة فإن هذه التصرفات لا ينتفي ملك المالك بها حتى لا تنفذ إجازته.

ثم إن الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الالتزام بكون الإجازة كاشفة محضاً أو كون لحوقها بالعقد شرطاً، فإن الكاشف إجازة المالك لولا الإجازة كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في نفوذ الإجازة بعد تصرف المالك في ماله تصرفاً لا يمنع عن ملك المشتري من حين عقد الفضولي، كتعريض المالك المال للبيع بعد وقوع العقد عليه فضولاً أو إيقاع البيع الفاسد عليه بعد العقد فضولاً.

وذكر الله أن مثل هذه التصرفات فيما كانت مع التفات المالك إلى تعلق العقد فضولاً بماله تكون ردّاً، وفيما لم يكن ملتفتاً إلى تعلق العقد بماله فلا ردّ ويجوز إجازته بعدها. واستشهد على كونها مع الالتفات المزبور ردّاً بوجوه:

الأول: انطباق عنوان الردّ الوارد في بعض الروايات عليها، مثل ما ورد في تزويج العبد بغير إذن مولاه، وفي موثقة زرارة: «ذلك لمولاه إن شاء فَرَّقَ بينهما وإن شاء أجاز»^(١)، أو من زوجته أمّه وهو غائب من قوله ﷺ: «إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك»^(٢).

(١) وسائل الشريعة ٢١: ١١٥، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشريعة ٢٠: ٢٨٠، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣.

أما الأول، فهو ردّ فعلي للعقد، والدليل على إلحاقه بالردّ القولي مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه. وما ورد في من زوجته أمّه وهو غائب، من قوله ﷺ: «إن شاء قبل وإن شاء ترك»، إلا أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أنّ له التّرك، فلا تعرّض فيه لكيفيّته -: أنّ المانع من صحّة الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، كالوطاء والبيع والعتق، فإنّ الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، وإلا فتوقّفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها، لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها حتّى تصادف الملك.

وكيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

ولكن أورد الله على هذا الوجه بأنّ مدلول الرواية أنّ للمجيز ترك عقد الفضولي، وأما كيفية تركه وأنه إذا تركه يكون كالردّ القولي بحيث يخرج المالك المجيز عن كونه أحد طرفي العقد وأنه لا تنفعه إجازته بعد ذلك فلا دلالة للرواية عليه.

الوجه الثاني: أنّ الردّ اللفظي كان موجباً لخروج المجيز عن صلاحية كونه أحد طرفي العقد، وهذا المانع موجود في الردّ الفعلي أيضاً، بمعنى أنه لا يحتمل الفرق بين الردّ فعلاً وردّ ذلك العقد قولاً في الخروج المزبور.

والوجه الثالث: فحوى حصول الفسخ في العقد الخياري بالفعل كوطئ البائع الأمة التي باعها بخيار أو بيعها من آخر أو عتقها زمان خياره، فإنّ حصول الفسخ بمثل هذه الأفعال باعتبار دلالتها على حل ذي الخيار العقد، وإذا اعتبر دلالة الفعل على حل

وأما الثاني - وهو ما يقع في حال عدم الالتفات - فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالة على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقة، ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

العقد وإزالته الذي هو في الحقيقة رفع لأثر العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالة على إلغاء العقد المتزلزل من حيث الحدوث.

أقول: مجرد التفات المالك إلى العقد فضولاً لا يوجب كون مثل تعريض ذلك المال للبيع ردّاً للعقد السابق فضولاً، لإمكان كون التعريض لاحتمال أن يباع المال بأزيد من الثمن في عقد الفضولي وكان من قصده إجازة ذلك البيع مع عدم وجدان من يشتريه بالأزيد.

والحاصل: أنه لا بد في إنشاء الرد قصده، ومجرد الالتفات إلى وقوع العقد لا يلازم قصده، والحكم بحصول الفسخ في مثل وطئ البائع الأمة التي باعها أو عتقها بعد بيعها حكم ظاهري مستفاد من دليل حمل فعل الغير على الصحيح، وحصول الفسخ واقعاً موقوف على قصد البائع وإنشائه بالفعل، وهذا الكلام لا يجري في مثل تعريض المال للبيع أو إجراء العقد الفاسد، فإنه لا مجال في مثلها لأصالة الصحة، فيكون الحكم بالرد بذلك موقوفاً على قرينة دالة على قصده إنشاء الرد كما لا يخفى. هذا كله مع الالتفات إلى العقد فضولاً، وأما مع عدمه فلا يكون مجرد الفعل ردّاً إلا أن يقوم دليل خاص على كون الفعل ردّاً كما في الرجوع في عدة الطلاق، وذلك لما أشرنا إليه مراراً من أن الرد كالأجازة من الإنشائيات وهي لا تحصل بدون القصد.

نعم، لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك فالمسألة محل إشكال، بل الإشكال في كفاية سابقه أيضاً، فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلاً بفساده، وقرره في الإيضاح وجامع المقاصد على الإشكال.

والحاصل: أن المتيقن من الردّ هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصحّ وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. وأمّا الردّ الفعلي - وهو الفعل المنشأ به مفهوم الردّ - فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به.

وأمّا مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ - لعدم الالتفات إلى وقوع العقد - فالإكتفاء به مخالف للأصل. وفي حكم ما ذكرنا: الوكالة والوصاية [١] ولكن الإكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح. وأمّا الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار. فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي. وأمّا فعل ما لا يجامع صحّة العقد - كالوطء والعق والبيع - فالظاهر أن الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها لالمنافاتها لبقاء العقد، لأن مقتضى المنافسة بطلانها، لانفساخ العقد، عكس ما نحن فيه وتماثل الكلام في محله.

ثم إن الردّ إنّما يثمر في عدم صحّة الإجازة بعده. وأمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا يتوقّف على الردّ بل يكفي فيه عدم الإجازة،

[١] يعني: لا يحصل فسخ الوكالة والوصاية بمجرد إرادة الفعل المنافي؛

لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما، نعم جواز إنشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البيع؛ للزوم البيع في نفسه، وهما من العقود الجائزة والأمر في فسخها وإنشائها أهون.

والظاهر أن الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ، لأنّه أعمّ، ولذا ذكروا أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقّق به.

مسألة: لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو [١] وإلاّ فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقاءه. ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها - على الخلاف المتقدّم في البيع الفاسد - ومع التّلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التّلف أو بأعلى

[١] وحاصله: أنه لا موضوع لرجوع المالك إلى غيره مع عدم إجازته العقد فيما إذا كان المبيع بيده، وأما مع كونه بيد غيره فله أخذه منه مع بقاءه، ولو استوفى الغير من منافعه يرجع إليه ببذل تلك المنفعة أيضاً، كما هو مقتضى قاعدة إتلاف مال الغير، بل له الرجوع إلى بدل غير المستوفاة على خلاف تقدم في البحث عن أحكام بيع الفاسد. هذا مع بقاء المبيع.

وأما مع تلفه فيرجع المالك إلى من تلف بيده فيأخذ منه قيمة يوم تلفه على قول وأعلى القيم من يوم ضمانه إلى يوم تلفه على قول آخر. ولو كانت الزيادة في يد أحد الشخصين الذين جرى يدهما على المبيع، كما إذا نقصت قيمته بعد وقوعه بيد الآخر، فيختص الأول بالرجوع إليه بتلك الزيادة باعتبار عدم اشتغال ذمة الآخر بتلك القيمة في زمان، حيث لم يجر يده على المبيع في زمانها على الفرض.

أقول: لا يختص رجوع المالك بمن يكون المبيع بيده كما هو ظاهره ﷻ، بل له الرجوع إلى كلّ من يجري يده على المبيع وإن تلف في يد غيره، كما هو مقتضى ضمان اليد، ويكون رجوع المالك إليه بإلزامه بأخذ المبيع من الغير وردّه عليه. نعم، لا يبعد أن لا يكون للمالك الرجوع إليه بأخذ قيمة المبيع منه مع عدم تمكنه على تحصيل المبيع وتمكن المالك على أخذه ممّن يكون بيده، كما أنّ للمالك مع تلفه الرجوع إلى كلّ من جرت يده على المبيع، غاية الأمر لو رجع إلى من تلف بيده فلا يرجع ذلك إلى

القيم من زمان وقع في يده. ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زيادة القيمة عنده، ثم نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة. هذا كله حكم المالك مع المشتري. وأما حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه تارة في الثمن، وأخرى في ما يفرمه للمالك زائداً على الثمن، فهنا مسألتان:

غيره. بخلاف ما لو رجع المالك إلى غيره فإن الغير مع دفع قيمة المبيع إلى المالك يرجع إلى من تلف في يده فيأخذ قيمته منه، وذلك لما ذكرنا موضوعه في أحكام بيع الفاسد من أن الضامن بدفعه البذل يملك التالف، فإن كان تلف المال بيده فلا موجب لرجوعه إلى غيره؛ لأنه قد تسلم المبيع سابقاً منه.

وأما إذا كان تلفه بيد غيره فإن له الرجوع بما ملكه بدفع البذل إلى كل من جرت يده على المال المزبور بعده إلى أن يستقر الضمان على من تلفت بيده.

ثم إنه قد تقدم سابقاً أن المستفاد من صحيحة أبي ولاد^(١) أن المعيار في الضمان بقيمة يوم حدوث الضمان، وعليه فإن رجع المالك إلى من تلف المال بيده وأخذ منه قيمة يوم دخوله في ضمانه فلا يرجع ذلك الضامن إلى غيره، وإن رجع المالك إلى غيره وأخذ قيمة العين منه يوم دخولها في ضمانه يرجع ذلك الغارم إلى من تلف المال بيده بقيمة العين يوم دخولها في ضمان من تلف المال بيده، سواء كانت أقل مما دفعها إلى المالك أو أكثر، كذا الحال بالإضافة إلى منافعها.

ولو كانت العين فاقدة لوصف في يد الضامن الأول ثم صار موصوفاً به في يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع إلى الضامن الأول ببذل ذلك الوصف، حيث لم

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١١٩ - ١٢٠، الباب ١٧ من كتاب الإجارة، الحديث الأول.

الأولى: أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً سواء كان باقياً أو تالفاً ولا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا [١] لأن اعترافه مبني على ظاهر يده.

يأخذ العين بذلك الوصف ليكون ضامناً بالإضافة إليه. ولا يقاس الوصف بالمنافع، حيث إن المنفعة وهي قابلية العين للانتفاع بها، أمر فعلي مأخوذ بتبع أخذ العين كما لا يخفى.

[١] إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع مبنياً على قاعدة اليد القاضية بأن المبيع كان ملكاً له فبظهور عدم ملك البائع للمبيع بالبينة أو حتى حكم الحاكم ينتفي الاعتراف المزبور، كما هو مقتضى كون الاعتراف من جهة الأخذ بظاهر اليد، وإذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع؛ لاعتقاده بأن المبيع للبائع حتى بعد علمه بقيام البينة على أنه للغير لا للبائع، فلا يجوز له الرجوع إلى البائع بالثمن حتى مع أخذ الغير المبيع من يده بالمرافعة مع البائع أو معه عند الحاكم؛ لأن أخذ الغير باعتقاده ظلم وإضرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر بإضرار البائع. وإذا لم يعلم حال اعتراف المشتري، كما إذا لم يذكر عند اعترافه بأنه مبني على يد البائع للمبيع أو أنه يعلم بأن المبيع له، فهل للحاكم الأخذ بظاهر إقراره؛ ليحكم بأن الثمن ملك للبائع وليس للمشتري الرجوع به إليه، أو يقدم ظاهر الحال وأن اعترافه مبني على قاعدة اليد؟ لم يذكر المصنف رحمه الله ترجيح أحد الوجهين على الآخر، وربما يذكر أن اعتراف المشتري يحمل على كونه مبنياً على قاعدة اليد لا للأخذ بظاهر الحال، فإن الظهور ليس ظهوراً لفظياً ليكون معتبراً. وظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً، بل لأن البينة القائمة على كون المبيع للغير بالدلالة الالتزامية تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشتري، ودليل اعتبارها كما يقتضي اعتبارها في الدلالة المطابقة

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنة - لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالة على الواقع وجهان. وإن كان عالماً بالفضولية [١]، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفاقاً

كذلك يدل على اعتبارها في الدلالة الالتزامية.

نعم، لو أحرز أن الاعتراف من المشتري كان مطلقاً يكون موجباً لإلغاء تلك الدلالة الالتزامية باعتبار أنه لا مجال للبيّنة مع الإقرار على نفسه بخلافها، وأنه يقدم الاعتراف عليها.

أقول: الظاهر أن الأمر بالعكس، فإنّ ظهور الاعتراف هو الإخبار عن الواقع، ومقتضى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتّى مع البيّنة هو طرح البيّنة في دلالتها الالتزامية؛ لأنّه لا اعتبار للبيّنة مع الاعتراف، كما هو المقرر في باب القضاء.

نعم، إذا أحرز أن الاعتراف مبني على قاعدة اليد التي لا مجال لها مع البيّنة الكاشفة عن الواقع لا يكون في البين اعتراف؛ ليكون موجباً لإلغاء البيّنة.

هذا، مع أنه لا يلزم أن يكون حكم الحاكم بأن المبيع للغير بالبيّنة، بل يمكن كونه لليمين المردودة من البائع، ومعه لا يكون في البين تلك الدلالة الالتزامية.

[١] يقع الكلام فيما إذا كان المشتري عالماً بعدم ملك البائع للمبيع ومع ذلك قد

دفع الثمن إليه في جهات:

الأولى: في جواز رجوعه إلى البائع بذلك الثمن مع بقائه.

الثانية: في جواز تصرف البائع في ذلك الثمن.

الثالثة: في جواز رجوع المشتري إلى البائع بذلك الثمن مع تلفه. وذكر

للعامة وولده والشهيدين والمحقق الثاني عليه السلام إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، ومجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور - يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الاجازة، لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الاجازة، فتأمل.

المصنف عليه السلام في الجهة الأولى جواز رجوعه إلى البائع بالثمن وفاقاً للعلامة^(١) وولده^(٢) والشهيدين^(٣) والمحقق الثاني^(٤)؛ لوجوه ثلاثة:

الأول: أنه ليس في البين ما يكون موجباً لدخول الثمن في ملك البائع المزبور.
الثاني: أنه لو كان مجرد دفع المشتري الثمن إلى البائع المزبور مع علمه بعدم ملكه موجباً لانتقال ذلك الثمن إليه لزم القول بدخول الثمن في ملك البائع في جميع الموارد التي يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع، مع علمه بفساد البيع ولو كان فساده من سائر الجهات غير عدم ملك البائع؛ لأن تسليط البائع على الثمن مجاناً مع علمه بعدم ملكه جار في جميعها.

والثالث: أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع المزبور موجباً لملكه لزم عدم كون العقد قابلاً لإجازة المالك؛ لأن المفروض عدم بقاء الثمن في ملك المشتري ليكون بإجازة المالك ملكاً له.

أقول: ما ذكره عليه السلام أولاً: من أنه ليس في البين ما يوجب انتقال الثمن إلى البائع

(١) القواعد ١: ١٢٤، والذكرة ١: ٤٦٣.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ و ٤٢١.

(٣) الدروس ٣: ١٩٣، واللمعة الدمشقية: ١١٠، والروضة البهية ٣: ٢٣٤-٢٣٥، والمسالك ٣: ١٦٠-١٦١.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٧٧.

وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم، لأنه أكل مالٍ بالباطل.

الفضولي صحيح، ولكن لو فرض انتقاله إليه يكون الانتقال المزبور من الهبة المجانية التي يجوز للواهب الرجوع فيها مع بقاء العين، كما هو الفرض. وما ذكر ثانياً: من أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع الفضولي موجباً لدخوله في ملكه لزم الالتزام بالانتقال في جميع الموارد التي يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع، غير صحيح، فإنه يمكن القول بأن في سائر الموارد التي يكون البائع فيها مالِكاً للمبيع يكون دفع الثمن بإزاء المبيع بعنوان المعاوضة، وحيث لا تكون المعاوضة ممضاة شرعاً فلا يدخل الثمن في ملك البائع، بخلاف المقام فإن المفروض فيه عدم كون المبيع ملك البائع حتى في علم المشتري، فيكون دفعه الثمن إليه من تملكه مجاناً لا بعنوان المعاوضة.

وكذا لا يصح ما ذكره عليه السلام ثالثاً، فإن الإجازة من المالك كاشفة عن انتقال الثمن إلى ملك المالك من حين العقد فلا ينفذ تصرف المشتري في الثمن المزبور، فإن دفعه إلى البائع تسليط للبائع على ملك الغير ولعله عليه السلام أشار إلى ذلك الأمر بالتأمل.

وبتعبير آخر: حيث إن العقد لازم من طرف الأصيل، كما هو مقتضى مذهب الكشف عند المصنف عليه السلام، يكون تملك المشتري الثمن إلى البائع أو للآخر ولو بإنشاء التملك محكوماً بالبطلان؛ فلا يمنع هذا التملك الفاسد المفروض إنشاؤه بالفعل مانعاً عن نفوذ إجازة المالك.

وكيف كان، فقد ظهر ممّا ذكرنا في الجهة الأولى الحال في الجهة الثانية، وأنه لا يجوز للبائع فضولاً التصرف في الثمن المزبور، فإنه تصرف بلا مجوز؛ لأن المجوز يكون بالملك أو إذن المالك المعبر عنه بالإباحة المالكية أو إذن الشارع المعبر عنه

هذا كله إذا كان باقياً وأما لو كان تالفاً [١]، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشَّهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، ووجهه - كما صرح به بعضهم كالحلي والعلامة وغيرهما - يظهر من آخرين أيضاً: - أنه سَلَطَه على ماله بلا عوض. توضيح ذلك: أن الضَّمان إمَّا لعموم «على اليد ما أخذت»، وإمَّا لقاعدة الإقدام على الضَّمان الذي استدَلَّ به الشَّيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

بالإباحة الحكمية. وقد تقدم عدم حصول ملك الثمن للبائع، كما أنَّ المفروض عدم الإباحة الحكمية وإذن المشتري ورضاه بتصرف البائع بعنوان أنَّ الثمن ملكه بإزاء المبيع، لا الإذن في تصرفه مع بقائه في ملك المشتري كما لا يخفى.

[١] هذا شروع في الجهة الثالثة، وهي جواز رجوع المشتري إلى البائع بالثمن مع تلفه وقد منع المشهور عن ذلك، بل في المحكي^(١) عن العلامة^(٢) وولده^(٣) والشَّهيد^(٤) والمحقق^(٥) الثانيين الإجماع عليه، وقد اختاره المصنف رحمته الله وذكر أنَّ عدم الضمان مقتضى تسليط المشتري البائع على الثمن من غير تضمين. وبيان ذلك: أنَّ ضمان اليد^(٦) الجاري في سائر موارد الضمان لا يجري في المقام؛

(١) لم نعر على الحاكي بعينه، نعم حكى السيّد العاملي في مفتاح الكرامة (٤: ١٩٣ - ١٩٤) ما يظهر منه هذا، وراجع الجواهر ٢٢: ٣٠٥ - ٣٠٦.

(٢) أنظر التذكرة ١: ٤٦٣، والمختلف ٥: ٥٥ - ٥٦.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٢١.

(٤) أنظر المسالك ٣: ١٦٠، والروضة البهية ٣: ٢٣٥.

(٥) أنظر جامع المقاصد ٤: ٧٧ و ٦: ٣٢٦.

(٦) يعني ما ورد من أنَّ «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي»، عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

والأول مخصص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه كما في الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

لأنّه لا ضمان في مورد جعل الغير المالك أميناً بماله لحفظه كما في الوديعة، أو للانتفاع به كما في العارية، أو لاستيفاء ما ملكه من منفعة ذلك المال كما في الإجارة.

والحاصل: أنّ قاعدة على اليد قد خصّصت في موارد الاستيمان، وإذا لم يكن ضمان في تلك الموارد يكون عدم الضمان في المقام أولى، فإنه إذا لم يكن للغير ضمان مع عدم إذن المالك في التصرف في المال، كما في الوديعة، يكون عدم الضمان مع الإذن في إتلافه أولى. وكذا الضمان الثابت في سائر الموارد بقاعدة الإقدام، لا يجري في مورد الكلام؛ لأنّ البائع الفضولي لم يقدم على ضمان الثمن من كيسه، بل أقدم على ضمانه بالثمن الذي هو ملك الغير حتّى في علم المشتري.

وبتعبير آخر: لم يجعل المشتري البائع ضامناً على الثمن بأن تكون خسارة تلفه عليه فيخرجه من كيسه ليكون هناك تضمين، بل تسليطه البائع على الثمن في مقابل مال الغير بمنزلة تملك ذلك الثمن له مجاناً.

لا يقال: دفع المشتري الثمن إلى البائع يكون بعنوان تضمينه، غاية الأمر كما أنّ البائع يعتبر نفسه مالكا للمبيع وبهذا الاعتبار يصحّ له قصد عنوان المعاوضة، كذلك المشتري يعتبره مالكا لذلك المبيع ويقصد عنوان المعاوضة حتّى مع علمه بعدم كونه ملكاً للبائع شرعاً، والتضمين المعاملي عين قصد المعاوضة لا أنّه أمر آخر كما لا يخفى.

وبعبارة أخرى: قصد المعاوضة من المشتري التي هي معنى التضمين حقيقي

ودعوى: أنه إنما سلّطه في مقابل العوض، لا مجّاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدّم عدم الضّمان فيها.

مندفعة: بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، التي قد حكم الشّهاد وغير واحد بعدم الضّمان فيها.

إنما يكون بالادعاء والاعتبار في أحد طرفي المعاوضة والتضمين، ولولم يكن في المقام تضمين لم يثبت الضمان للبائع في مورد ظهور المبيع ملكاً للغير حتّى مع جهل المشتري؛ لأنّ المفروض فيه جعل البائع ضامناً للثمن بذلك المثلث الذي كان في الواقع ملك الغير. ومعه لا يخرج شيء من كيس الضامن فلا يكون في الحقيقة تضمين، حيث إنّ التضمين عبارة عن جعل عهدة الثمن على شخص ليخرج عوضه من كيسه.

وأجاب الله عن ذلك بما حاصله: أنّ التضمين والتملك بالعوض في موارد علم المشتري ادعائي بالإضافة إلى البائع الفضولي وحقيقي بالإضافة إلى مالك المبيع، والشاهد لذلك انتقال الثمن إلى المالك بإزاء المبيع بمجرد إجازته. وأمّا ثبوت الضمان في مورد ظهور المبيع ملكاً للغير فهو باعتبار أنّ المشتري لا يرضى بتصرف البائع في الثمن بلا عوض ليكون عدم الضمان فيه مستفاداً من فحوى عدم الضمان في مثل الوديعة، فيدخل المثال في عموم ضمان اليد.

والحاصل: أنّ الضمان في صورة جهل المشتري بعدم ملك المبيع للبائع ليس للإقدام والتضمين، بل لقاعدة اليد، وكذا يثبت ضمان البائع بالثمن في موارد علم المشتري بفساد البيع من سائر الجهات لا من جهة علمه بعدم كون البائع مالِكاً للمبيع، حيث إنّ التضمين وهو قصد خروج البدل من كيس البائع في تلك الموارد حقيقي، غاية الأمر لا يكون هذا الضمان المعاملي ممضى شرعاً؛ ولذا يثبت فيه التضمين أو

ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان - وهو الإقدام على الضمان - هنا، لأنّ البائع لم يُقدِّم على ضمان الثمن إلّا بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدواناً على كونه ملكاً له، ولولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة - كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه - فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أن كلّاً منهما لمّا قطع النّظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن، وتعاقدا مُعريضين عن ذلك - كما هو الشّأن في المعاوضات الواردة على أموال النّاس بين السّراق والظلمة - بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتّسليط ليس مجّاناً، وتضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقيّ، إلّا أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائيّ، فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكاً للغير، فإنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التّلف اتّفاقاً، مع أنّه إنّما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أنّ التّضمين هنا حقيقيّ، وكون المثمن مالاً له اعتقاديّ لا يقدح تخلفه في التّضمين، فكذلك بناء المشتري في ما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدح في التّضمين الحقيقي بماله.

ضمان اليد كما لا يخفى.

أقول: قد ذكرنا أنّ التّضمين المعاملي عبارة عن قصد المعاوضة وإنشائها، وإذا فرض أنّ المتبايعين، أي البائع الفضولي والمشتري، قد قصدا المعاوضة فبإنشائها يحصل التّضمين المعاملي، وأما ضمان اليد فهو تابع على الاستيلاء على مال الغير مع عدم إسقاط ذلك الغير احترام ماله وجعله للأخذ مجّاناً. والمفروض في مورد الكلام أنّ المشتري لم يجعل الثمن للبائع مجّاناً، وإلّا كان الثمن له مجّاناً فيجوز له تصرفه فيه، مع أنّ المصنف رحمته الله صرّح في الجهتين المتقدمتين بعدم انتقال الثمن إلى البائع وأنه لا يجوز

قلت: الضَّمان كون الشيء في عهدة الضَّامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضَّامن واقعاً فلا يتحقَّق الضَّمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

وما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المضمن ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنَّما يُصحَّح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاءً، مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضَّمان والتَّضمن الحقيقي بالنسبة إليهما، ولذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة.

والحاصل: أنه لا نضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، وأما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبائعين لملكية البائع للمضمن عند انكشاف الخطأ - مع أنه إنَّما ضمَّته بمال الغير - فلعدم طيب نفسه على تصرّف البائع فيه من دون

التصرف فيه.

وما ذكره من أن دفع المشتري الثمن إلى البائع مع علمه بالحال ليس إلا كدفعه إلى شخص ثالث غير البائع فضولاً مع علمه بالحال في أن هذا الدفع لا يكون فيه تضمين، لا يمكن المساعدة عليه، فإن دفعه إلى الثالث المزبور مع الإذن له في التصرف كيف يشاء عبارة عن تمليك المال له مجاناً؛ ولذا يجوز لذلك الثالث التصرف فيه، بخلاف البائع فضولاً، حيث إن دفع الثمن إليه بعنوان الوفاء بالمعاوضة؛ ولذا لا يجوز له التصرف فيه كما مر.

والحاصل: أن مقتضى دليل ضمان اليد في سائر المقامات ثبوت ذلك الضمان في المقام أيضاً والإقدام على الضمان المعبر عنه بالتضمنين ليس بموجب مستقل للضمان. نعم، مع الإقدام على عدم الضمان لا يتم موضوع ضمان اليد، كما تقدم بيانه سابقاً.

ضمان، وإن كان ما ضمنه به غير ملك له ولا يتحقق به التضمن، لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون الثمن ملكاً له وصيرورته مباحاً له بتسليطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه، لأن طيب النفس بالتصرف والإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

ومما ذكرنا يظهر - أيضاً - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنه ضمن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به، وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء.

وجه الفساد: أن التضمن الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان والتضمن في نظر الشارع، لأن المفروض فساد، فإذا لم يمتص الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استثمار عن مالكة، موجبا لضمائه - على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه - وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه، وحاصله: أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على إتلافه، في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك [١] - كالخمر والخنزير والحر - قوي أطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال. كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد.

[١] قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الضمان حتى في مورد عدم قبول العوض الملك شرعاً، وأن دفع الثمن إلى بائع الخمر بعنوان المعاوضة على الخمر لا يكون إسقاطاً

هذا ولكن إطلاق قولهم: «إنَّ كلَّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» [١] يقتضي الضمان فيما نحن فيه وشبهه، نظراً إلى أنَّ البيع الصحيح يقتضي الضمان بفاسده كذلك، إلّا أن يفسّر بما أبطلناه سابقاً: من أنَّ كلَّ عقد يضمن على فرض صحّته يضمن على فرض فساده، ولا ريب أنَّ العقد فيما نحن فيه - وفي مثل المبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر - إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع

لحرمة الثمن، بأن ينتقل الثمن إلى بائع الخمر مجاناً، بل يكون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضة المزبورة؛ ولذا لا يجوز لبائع الخمر التصرف فيه. كيف وقد دل النص على كون ثمن الخمر أو الكلب سحتاً، ولو كان تسليط البائع على الثمن تملكاً مجانياً لكان التملك من الهبة الصحيحة ولما كان الثمن سحتاً للبائع كما نقول بتلك الهبة فيما إذا قال المالك: «بعثك المتاع بلا ثمن»، مع قصد تملك المتاع، فإنّه يجوز للقابل التصرف في المتاع المزبور من غير ضمان؛ لصيرورته ملكاً له مجاناً، على ما هو الأظهر من جواز إنشاء المعاملة بكل لفظ يدل عليها ولو بالقرينة.

ونظيره ما إذا جعل العوض ما لا يعتبر لأحد في بناء العقلاء، كما إذا قال: «بعثك المال بماء البحر»، وقبله المشتري، فإن دفع البائع المال إلى القابل يعتبر من القبض في الهبة، كما في قوله: «بعثك المال بلا ثمن»، فلاحظ وتدبّر.

[١] يعني: إطلاق قولهم: «كلَّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، يقتضي ضمان البائع فضولاً الثمن المدفوع إليه ولو مع علم المشتري بالحال. نعم، يحتمل أن لا تقتضي القاعدة الضمان، فإنه يحتمل أن يكون المراد بمدخول كلّ في قولهم: كلّ عقد، الفرد الخارجي من العقد، وحيث إنّ الفرد لا يمكن اتصافه بالصحة والفساد معاً فلا بد من حمل الصحة والفساد فيه على التقدير. والفرض بأن يكون معنى القاعدة: أن كلّ فرد من أفراد العقد كان فيه ضمان على تقدير صحّته يكون فيه ضمان على تقدير

الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية، فإنّ معناه: أن كل عقد تحقّق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحاً وأخرى فاسداً.

فساده أيضاً، وكل فرد لا يكون فيه ضمان على تقدير صحته لا يكون فيه ضمان على تقدير فساده أيضاً، ومن الظاهر أنّ البيع بلا ثمن والتمن المدفوع في الفرض على تقدير صحته لم يكن فيه ضمان، بأن يخرج بدل المال من كيس الطرف، فعلى تقدير فساده لا يكون أيضاً فيه ضمان.

ولكن هذا المعنى في أصل القاعدة وعكسها ضعيف، فإنّ المراد بمدخول كلّ نوع المعاملة أو صنفها، ويكون في ضمن ذلك النوع أو الصنف فرد صحيح وفرد فاسد، وإذا لم يكن في الفرد الصحيح منهما ضمان لم يكن في فاسده أيضاً ضمان، ومقتضى ذلك أن يكون في البيع بلا ثمن وفي الثمن في محل الكلام ضمان؛ لأنّه مقتضى ثبوت الضمان في الفرد الصحيح من البيع، اللهم إلا أن يطبق عدم الضمان في مسألة البيع بلا ثمن. وفي محل الكلام على تلك القاعدة بأن لا يراد من أصلها وعكسها الفرد الخارجي من العقد أو خصوص النوع المتعارف، أي المسمّى باسم خاصّ، بل الأعمّ منه ومن النوع الغير المتعارف الذي لا يكون مسمّى باسم خاصّ ويكون فيه صحيح وفساد فعلاً، كما في تملك المال مجاناً فإن هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تملك العين مجاناً بقوله: «وهبتك المال» ونحوه، المعبر عنه بالهبة، كذلك يعم تملك العين أو المنفعة مجاناً، كما في قوله: «بعتك المال بلا ثمن أو أجرته بلا أجر»، وما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولاً مع العلم بالحال.

أقول: هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان في مورد الكلام على القاعدة المزبورة،

نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه وشبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود -كالبيع والصلح- بل يراد مطلق المعاملة المالية التي يوجد لها فردان صحيح وفاسد، فيقال: إنَّ ما نحن فيه، والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجرة، تملك بلا عوض من مال الآخر، والفرد الصحيح من هذه المعاملة -وهي الهبة الغير المعوضة- لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

وبالجملة، فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، ولذا لم يصرَّح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» مع اتفاقهم عليه هنا، وصرَّح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمته الله وغيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجرة.

ويؤيد ما ذكرنا: ما دلَّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سُحتاً، وإن أمكن الذب عنه بأن المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التلّف كأصل السحت.

ثم إنَّ مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه، لكونه واسطة [١] في إيصاله إلى المالك فتلف في يده، إذ لم يسلّطه عليه ولا أذن له

فإن العقد فيها يشمل المتعارف أيضاً كالبيع، ويكون مقتضى شمولها له ثبوت الضمان في مورد الكلام باعتبار ثبوت الضمان في البيع الصحيح، فيقع التكاذب والتنافي مدلولها كما لا يخفى.

[١] الظاهر أنَّ هذا من سهو القلم، فإنَّه كيف يثبت ضمان التلف على البائع فضولاً فيما إذا جعله المشتري أميناً بالثمن لإيصاله إلى مالك المبيع على تقدير إجازته.

في التصرف فيه فضلاً عن إتلافه، ولعلّ كلماتهم ومعاقد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية. وكذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنّه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد والتسليط العقدي مع فساده غير مؤثّر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بياحة تصرف البائع الغاصب فيه مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة. وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن [١] لو أخذ العين صاحبها. ولو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفرادها، فالظاهر عدم الرجوع، لأنّه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

المسألة الثانية: أنّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن [٢]: فإمّا أن يكون في

[١] الوجه في الضمان مع الاشتراط المزبور عدم حصول تسليط البائع مجاناً على الثمن المزبور، ولكن في صحّة الاشتراط تأمل، بل منع.

[٢] ما يغترم المشتري للمالك زائداً على الثمن على أقسام:

الأول: أن يكون ذلك في مقابل العين، كما إذا تلفت العين بيد المشتري وأخذ منه مالها قيمتها وهي عشرون مثلاً، وكان الثمن المسمى عشرة، فالعشرة الزائدة على الثمن المسمى قد اغترمها المشتري للمالك في مقابل العين.

الثاني: أن تكون الزيادة في مقابل ما استوفاه المشتري من منافع العين، كما إذا أخذ المالك أجرة السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمرة... إلى غير ذلك ممّا استوفاه المشتري من العين المببوعة له فضولاً.

الثالث: أن لا يحصل للمشتري بإزاء تلك الزيادة نفع أصلاً، كالنفقة التي صرفها للعين في المدة التي كانت بيده، وكقيمة الغرس الذي قلعه المالك بعد أخذه الأرض

مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة.

وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار ووطء الجارية واللبن والصوف والثمرة. وإما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة، وما تلف منه أو ضاع من الفرس والحفر، أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والأجزاء.

من يد المشتري، وأما بدل نقص بعض صفات العين أو أجزائها في يد المشتري فهو من القسم الأول كما لا يخفى.

وذكر المصنف رحمته الله أنه ليس للمشتري الرجوع إلى البائع في شيء من هذه الغرامات الثلاث فيما إذا كان عالماً بالحال، وبأن المبيع ليس لبائعه، وأما إذا كان جاهلاً بالحال فيجوز له الرجوع عليه في القسم الثالث بلا خلاف.

واستدل على عدم جواز رجوعه فيه بأمر:

الأول: قاعدة الغرور، والمراد به في المقام إيقاع البائع المشتري في الغرامة المزبورة ببيعه إياه ما ليس له من غير بيان، وهذا بخلاف البيع مع علم المشتري بالحال أو مع بيان البائع، فإن الإيقاع في خطرات الضمان لا يكون فيه من البائع. وقوله: «ومتلف عليه ما يغرمه» إما عطف تفسيري للغرور أو بيان وجه آخر لضمان البائع وهي قاعدة إتلاف مال الغير، حيث دفع البائع المبيع إلى المشتري من غير بيان فضولية البيع، إتلاف للمال على المشتري المزبور.

والحاصل: أن ضمان البائع في المقام نظير ضمان شاهد الزور، ضرر المشهود عليه فيما إذا تم الحكم واعترف بعده ببطلان شهادته، وفي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق

ثم المشتري، إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه.

وإن كان جاهلاً، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في الرياض وعن الكفاية -: رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد دعوى الإجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع.

فقطعه يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده وإنما شبّهنا ذلك بهذا، ف قضى عليهما أن غرّهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر^(١). وصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإلا ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل»^(٢).

أقول: الحكم في الشاهد ليس للغرور والخدعة، كما هو ظاهر الصحيحة الأولى، فيعم ضمان الشاهد ما إذا كانت شهادته للاشتباه واعتقاد الخلاف.

والحاصل: أن ظاهر ما ورد في ضمان شاهد الزور أو رجوع الشاهد كون ضمانه للإتلاف على المشهود عليه، ومن الظاهر أن تطبيق قاعدة الإتلاف على شهادته تعبد؛ لأن التلف على المشهود عليه قد حصل بفعل الحاكم والشاهد معاً؛ ولذا لو رجع الشاهد حكم الحاكم لا يغرم شيئاً.

وبتعبير آخر: لا يمكن استفادة حكم المقام ممّا ورد في ظهور بطلان شهادة الشاهد، أو رجوعه بعد الحكم عن شهادته، كما لا دلالة لذلك على اعتبار قاعدة

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٢، الباب ١٤ من كتاب الشهادات، الحديث الأول.

(٢) المصدر السابق: ٣٢٨، الباب ١١ من كتاب الشهادات، الحديث ٣.

وفي السرائر: أنه يرجع قولاً واحداً. وفي كلام المحقق والشَّهيد الثَّانِينَ - في كتاب الضَّمان -: نفي الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف في المسألة، للغرور - فإنَّ البائع مغرَّر للمشتري وموقع إِيَّاه في خطرات الضَّمان ومتلف عليه ما يغرِّمه، فهو كشاهد الزَّور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته - ولقاعدة نفي الضرر مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أوفحوها: «عن الرِّجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمَّ يجيء

الغرور، ولعل هذا الحكم لسد شهادة الزور والتشديد على الناس؛ لئلا يتسامحوا في شهاداتهم، ولو كان الحكم بضمان الشاهد في مسألة رجوعه عن شهادته وفي مسألة شهادة الزور؛ لكون الحاكم متلفاً للمال بغرور الشاهد، أو كون الحاكم نظير من قدم إليه طعام الغير فأكله جهلاً بالحال، لصحَّ رجوع المشهود عليه إلى الحاكم أيضاً، غاية الأمر يكون قرار الضمان على الشاهد كما لا يخفى.

ونظير ما ورد في شاهد الزور أو رجوع الشاهد ما ورد في أنَّ تدليس ولي المرأة وظهور حالها بعد الدخول بها وأنه موجب لكون المهر المسمَّى على وليها المدلَّس، فإنه لا يمكن استفادة حكم غير التدليس في النكاح منه، فراجعه.

نعم، ورد في بعض الموارد ما استظهر منه اعتبار قاعدة الغرور، كرواية اسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمة، قال: تردّ الوليدة على مواليتها والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»^(١). ولكن

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٠، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب والتدليس، الحديث الأول.

مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه» فإنّ حرّية ولد المشتري إمّا أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ في توصيف قيمة الولد بأنّها أخذت منه نوع إشعار بعلية الحكم، فيطرّد في سائر ما أخذت منه.

الرواية ضعيفة سنداً ودلالة؛ أمّا سنداً لوقوع محمد بن سنان فيه، وأمّا دلالة فباعتبار أنّ غاية مدلولها أنّ تغرير الرجل الزوج وإيقاعه في ضرر قيمة الولد موجب لكون تلك القيمة على الغار، وأمّا تغريره في غير تلك القيمة من الغرامات فضلاً عن التعدي من النكاح إلى غيره من المعاملات فلا يستفاد منها، ويأتي أنّ ضمان قيمة الولد في مثل الفرض حكم تعبدية.

الثاني: قاعدة نفي الضرر^(١)، فإنّ عدم ضمان البائع لما اغترمه المشتري ضرر عليه.

وفيه: قاعدة نفي الضرر مقتضاها نفي الحكم الشرعي الذي تكون رعايته موجباً لتضرر المكلّف، وعدم الضمان ليس من الحكم المجعول، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك فكما أنّ عدم الضمان ضرر على المشتري كذلك الضمان ضرر على البائع، وليس بيع البائع خصوصاً مع غفلته عن الواقع واعتقاده بكون المبيع له، إقداماً منه على الضرر الحاصل من ضمان غرامة المشتري كما لا يخفى.

الأمر الثالث: صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية من

(١) يعني ما ورد من أنّه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، وسائل الشيعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

وَأَمَّا السَّكُوتُ عَنْ رَجُوعِ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ [١] فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ، فَهُوَ لَعَدَمُ كَوْنِهِ مَسْوَقاً لَذَلِكَ. كَرَوَايَةِ زُرَّارَةَ: «فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ سَوْقِ الْمُسْلِمِينَ جَارِيَةً

السَّوْقُ فَيُولَدُهَا ثُمَّ يَجِيءُ مُسْتَحَقُّ الْجَارِيَةِ، قَالَ: «يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ الْمُسْتَحَقُّ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْمُبْتَاعُ قِيَمَةَ الْوَلَدِ وَيَرْجِعُ عَلَى مَنْ بَاعَهُ بِثَمَنِ الْجَارِيَةِ وَقِيَمَةَ الْوَلَدِ الَّتِي أُخْذَتْ مِنْهُ»^(١). فَإِنَّ الْوَلَدَ الْحَرَامَ مِنْ قَبِيلِ النِّفْعِ الْحَاصِلِ لِلْمُشْتَرِي أَوَّلًا، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ دَلَالَتُهَا عَلَى جَوَازِ رَجُوعِهِ فِي الْغَرَامَةِ الَّتِي لَمْ يَحْصُلْ فِي مَقَابِلِهَا نَفْعٌ بِالْفَحْوَى، وَعَلَى الثَّانِي تَكُونُ الْغَرَامَةُ الْمَزْبُورَةُ مِنَ الْقِسْمِ الثَّلَاثِ، بَلْ تَوْصِيفُ الْقِيَمَةِ بِالَّتِي أُخْذَتْ مِنْهُ فِيهِ إِشْعَارٌ بِالْعِلَّةِ وَأَنَّ الْمَوْجِبَ لِرَجُوعِ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ هُوَ أَخْذُ الْمَالِ مِنْهُ.

أَقُولُ: هَذِهِ الرِّوَايَةُ لَا دَلَالَתَ لَهَا عَلَى حُكْمِ الْمَقَامِ أَصْلًا، لَا بِالْفَحْوَى وَلَا بِغَيْرِهَا، وَذَلِكَ فَإِنَّ دَفْعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ إِلَى الْمَالِكِ حُكْمٌ تَعْبِيدِي، بِاعْتِبَارِ كَوْنِ الْوَلَدِ فِي الْإِنْسَانِ تَابِعًا لِلْأَبِّ فَيَكُونُ الْوَلَدُ فِي الْمَفْرُوضِ حَرًّا، وَلَيْسَ لِمَالِكِ الْأُمِّ إِلَّا أَخْذُ الْأُمِّ وَأَجْرَةُ الْمِثْلِ لِمَنَافِعِهَا الَّتِي اسْتَوْفَاهَا الْمُشْتَرِي أَوْ فَاتَتْ بِيَدِهِ، وَإِذَا كَانَ دَفْعُ الْقِيَمَةِ حُكْمًا تَعْبِيدِيًّا فَمِنْ الْمَحْتَمَلِ أَنْ يَكُونَ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي إِلَى بَائِعِهَا بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ حُكْمًا تَعْبِيدِيًّا آخَرَ. وَأَمَّا مَا ذَكَرَ مِنْ أَنَّ تَوْصِيفَ الْقِيَمَةِ بِالَّتِي أُخْذَتْ مِنْهُ إِشْعَارٌ لَعَلَّةِ الْحُكْمِ، فَفِيهِ مِنَ الْمَحْتَمَلِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ: «الَّتِي أُخْذَتْ مِنْهُ» مِنْ قَبِيلِ تَقْيِيدِ الْقِيَمَةِ لَا تَوْصِيفِهَا، بِأَنْ يَكُونَ الْمُتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ لَا قِيَمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ الرُّجُوعِ، وَقَدْ تَقَرَّرَ فِي بَحْثِ الْأَصُولِ أَنَّهُ لَا دَلَالَתَ فِي التَّقْيِيدِ عَلَى عِلَّةِ الْحُكْمِ وَلَا يَسْتَفَادُ مِنْهُ الْمَفْهُومُ.

[١] وَعَنْ صَاحِبِ «الْحَدَائِقِ»^(٢) رحمته الله عَدَمُ جَوَازِ رَجُوعِ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ بِغَيْرِ

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥.

(٢) نقله السيّد الخوئي رحمته الله في مصباح الفقاهة ٣: ١٧٨.

فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها».

ورواية زريق، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنه كان عليّ مالٌ لرجل من بني عمّار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود، فأخذ المال ولم أسترجع عنه الذّكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة بذلك، وذلك لأنّي وثقت به، وقلت له: مرّق الذّكر بالحقّ الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزّقه، وعقيب هذا طالبني بالمال ورّائه وحاكموني وأخرجوا بذلك ذكر الحقّ، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، وكان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع عليّ قاضي الكوفة معيشةً لي وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا أبّتلني بشراء معيشتي من القاضي».

التمن من الغرامات، وعلل ذلك بعدم ذكر جواز رجوعه إليه في صحيحة زرارة ورواية زريق، وفي الأولى: «رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^(١).

وأشار المصنف عليه السلام إلى الجواب عنه، بأن رواية زرارة ورواية زريق^(٢) لا دلالة لهما على عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع؛ لأنّ السكوت، أي عدم التعرض، فيهما على جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٠، الباب ٣ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

ثُمَّ إِنَّ وَرَثَةَ الْمَيْتِ أَقْرَأُوا أَنَّ أَبَاهُمْ قَدْ قَبِضَ الْمَالَ، وَقَدْ سَأَلُوهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَيَّ مَعِيشَتِي وَيُعْطُونَهُ الثَّمَنَ فِي أَنْجُمٍ مَعْلُومَةٍ، فَقَالَ: إِنِّي أَحَبُّ أَنْ أَسْأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ هَذَا. فَقَالَ الرَّجُلُ - يَعْنِي الْمَشْتَرِي -: كَيْفَ أَصْنَعُ جَعَلْتَ فِدَاكَ؟ قَالَ: تَصْنَعُ أَنْ تَرْجِعَ بِمَالِكَ عَلَى الْوَرِثَةِ، وَتَرُدَّ الْمَعِيشَةُ إِلَى صَاحِبِهَا وَتَخْرُجَ يَدُكَ عَنْهَا.

قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟

قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار، وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك، إلا ما كان من زرع زرعه أنت، فإن للزارع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له، ورد عليك القيمة وكان الزرع له.

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً أو غرساً؟

قال: له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه. قلت: أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهُدم البناء؟ فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها وردّ البناء والغرس وكلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه كلّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشة، من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النوائب عنها، كلّ ذلك فهو مردود إليه.

وفيه - مع أننا نمنع ورودها إلا في مقام حكم المشتري مع المالك -: أن

في مقام البيان من هذه الجهة، وأنهما في مقام بيان وظيفة المشتري مع مالك المال. وعلى تقدير دعوى إطلاقهما فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في سائر الروايات، وسائر ما دل على ضمان البائع الفضولي.

السَّكُوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أنَّ رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن [١] من الرجوع إلى البائع مع أنَّ البائع في قضية زريق هو القاضي فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم، لأنَّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً [٢] من جهة حكمه على طبق البيّنة المأمور بالعمل بها. وإن كان قضاؤه باطلاً -

[١] وذلك فإنَّ المفروض فيها شراء الجارية من سوق المسلمين وظهور المالك بعدما ولدت من المشتري أولاً، ومن الظاهر أنَّ الأمة المبتاعة في السوق في ذلك الزمان نظير بيع الحيوانات في السوق في زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفة، وربما لا يكون البائع في يوم في السوق بائعاً بعد ذلك اليوم فلا يمكن الظفر به، خصوصاً إذا كان ذلك بعد مدة طويلة قد أنجبت فيها الأمة المبتاعة من مشتريها أولاً.

[٢] أقول: لا يمكن الالتزام بأنَّ الحاكم المنصوب من قبل الشارع ليس بغار، فإنه لا يعتبر في جريان قاعدة الغرور الخديعة، وعلم الغار بأنَّ ما يدفعه إلى الغير ليس بماله، بل مال الغير؛ ولذا قالوا في مسألة من قدم طعام الغير للآخر ليأكله: إنَّ المالك إذا رجع إلى الأكل فيرجع الأكل إلى مقدمه للغرور، ولم يفصلوا بين ما كان مقدمه عالمياً بالحال أو مشتبهاً بأنَّ اعتقد أنَّ الطعام له، بل صرَّح بعضهم بالتعميم^(١). وعليه فالمشتري من القاضي في رواية زريق مغرور، غاية الأمر ليس على الحاكم غرم بأنَّ يعطي الغرامة من كيسه، بل له الإعطاء من بيت المال؛ لما دل على أنَّ خطأ القضاة في بيت مال المسلمين، وهذا على تقدير القول برجوع المشتري إلى البائع الفضولي في سائر المقدمات.

كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف [١] وتصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

وأما الثاني: وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف أقواها الرجوع. وفاقاً للمحكي عن المبسوط والمحقق والعلامة في التجارة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم. وعن التنقيح أن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله. ويؤيده: قاعدة نفي الضرر [٢] فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغوراً من آخر بأنّ له ذلك مجّاناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غره،

[١] فيه منع ظاهر، فإنّ ما ذكر في الرواية^(١) من رجوع المشتري إلى مالك المعيشة فيما صرفه في إصلاحها ودفع النوائب عنها قرينة على جهل المشتري ببطلان البيع، ولو كان عالماً بفساده لكان وضع يده على المعيشة المزبورة غصباً ولم يكن له حق في الرجوع إلى مالكها بالمال المصروف في إصلاحها؛ لأنه «ليس لعرق الظالم حق»^(٢).

والحاصل: أن الصحيح في الجواب عن «الحدائق» ما تقدم من أن غاية الأمر دلالة الروايتين على عدم ضمان البائع بالسكوت، والإطلاق في مقام البيان فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بما تقدم.

[٢] يعني: يؤيد قرار الضمان على البائع بالإضافة إلى المنافع المستوفاة أيضاً

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٤٠، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ١٥٧، الباب ٣٣ من كتاب الإجارة، الحديث ٣، و ٢٥: ٣٨٨، الباب ٣ من كتاب الغصب،

في ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر. وكيف كان، فصدق الضرر وإضرار الغارّ به ممّا لا يخفى، خصوصاً في بعض الموارد.

فما في الرّياض: من أنّه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضّرر المفقود في المقام، لو وصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه: من منع مدخليّة الضّرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنيّة على قوّة السّبب على المباشر، لكنّه لا يخلو من نظر، لأنّه إنّما يدعي اختصاص دليل الغرور من النّصوص الخاصّة والإجماع بصورة الضّرر.

قاعدة نفي الضرر^(١)، فإنّ عدم ضمان البائع غرامة المشتري في تلك المنافع ضرر على المشتري، ومجرد وصول العوض، أي المنافع إلى المشتري لا يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البائع. نعم، وصول العوض - أي المنافع مع عدم غرور المشتري - ينافي صدق الضرر.

وبهذا يظهر ضعف ما ذكر في «الرياض» من أنّه لا اعتبار لقاعدة الغرور فيما لا ينطبق على موردها قاعدة نفي الضرر كما في المقام، فإن مع وصول عوض الغرامة إلى المشتري باستيفائه منفعة العين لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر.

أقول: قد ذكرنا فيما تقدم عدم جريان قاعدة نفي الضرر في المقام فلانعيد، وعلى تقدير جريانها تكون دليلاً على قرار الضمان على البائع الفضولي فلا وجه لذكرها تأييداً.

(١) يعني ما ورد من أنّه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، وسائل الشيعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

وأما قوّة السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المكروه وكما في الريح العاصف الموجب للإحراق، والشمس الموجبة لإذابة الدهن وإراقتها. والمتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه، لكون المباشر بمنزلة الآلة، وأما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالأخيرة إلى قاعدة الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغارّ سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته.

ثم إنه عليه السلام ذكر لقرار الضمان على البائع في المقام الإجماع، ويظهر هذا من ملاحظة ما ذكره نظير المقام، وهو رجوع آكل الطعام إلى من قدمه إليه ليأكله، والأخبار الواردة في موارد متفرقة كالواردة في ضمان شاهد الزور^(١)، وأما قاعدة الإلتاف^(٢) فلا يكون مقتضاها قرار الضمان على البائع؛ لأنّ مورد قاعدة الإلتاف ما إذا كان المباشر كآلة بحيث يستند الإلتاف إلى السبب، كما لو أضرم ناراً قرب متاع الغير بحيث أمالت الريح العاصف النار على المتاع فأحرقته، وكذا إذا وضع السمن المنجمد في إناء مثقوب في الشمس فأذابته بإصابتها، فإنّ إلتاف السمن يسند إلى واضعه في الشمس وتحسب إصابتها وسيلة لإلتافه، ومثل ذلك ما إذا أعطى مال الغير بيد المجنون أو الطفل الغير المميّز، فإنّ الإلتاف يستند إلى الدافع. وفيما نحن فيه لا يكون المشتري

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٧، الباب ١١ من كتاب الشهادات، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣٢، الباب ١٠ و ١١ و ١٤ من كتاب الشهادات، و ١٩: ١٤١، الباب ٢٩

من كتاب الإجارة، و ١٨: ٣٨٥ و ٣٩٠، الباب ٥ و ٧ من كتاب الرهن.

ولاريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أمّا الأخير فواضح، وأمّا الأوّل فقد عرفته، وأمّا الإجماع والأخبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة، إلّا أنّ تحقّقهما في نظائر المسألة كافٍ، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه وإياحته له مورد الإجماع ظاهراً، ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار، ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً.

كآلة في إتلاف البائع، ولو كان المتلف هو البائع دون المشتري فلا يجوز رجوع المالك إلى المشتري أصلاً، كما هو مفاد قاعدة من أتلف، والقول باعتبار قوة السبب على المباشر فيه ما لا يخفى، فإنه لا دليل على اعتبارها ما لم يكن السبب ممّا ذكر من إسناد الإتلاف وكون المباشر كآلة كما في المكره - بالفتح - فإنّ الضمان على المكره - بالكسر - فيما لو أكره الآخر على إتلاف مال الغير.

أقول: قد تقدّم الكلام في دلالة الأخبار، كما تقدم عدم جريان قاعدة نفي الضرر في المقام، وأمّا الإجماع الظاهر في مسألة من قدم طعام الغير إلى الأكل الجاهل بحال الطعام فهو مسبوق بالسيرة العقلانية التي هي العمدة في ضمان التلف في اليد والإتلاف، ومقتضى تلك السيرة الالتزام بقرار الضمان على البائع في المقام، ولكن بالإضافة إلى المنافع التي قدمها البائع إلى المشتري بأن كان البائع مستولياً على تلك المنافع، كسكنى الدار وقابلية الحيوان للركوب، سواء استوفاها المشتري أم لا.

وأما مثل الثمرة المتجدّدة على الشجرة ممّا تكون المنافع من الأعيان المتجدّدة في العين فلا يجري فيها السيرة المزبورة، حيث إنّ هذه المنافع لم تكن في يد البائع ليكون دفعه العين إلى المشتري الجاهل بالحال تقديماً لتلك المنافع إليه مجبناً، بل لا يجوز للمالك الرجوع في تلك المنافع إلى البائع؛ لعدم إتلاف البائع وعدم وضع يده عليها أصلاً، فيتعيّن للمالك الرجوع فيها إلى المشتري لإتلافه إياها كما في فرض

وقد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض، حيث عدل في ردّ مستند المشهور عمّا في الرّياض من منع الكبرى، إلى منع الصغرى، فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرّجوع في باب الإتلاف وإن كان غير منقّح، إلّا أنّ المتيقّن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف، فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبهه المكره في عدم القصد [١].

الاستيفاء أو وضع يده عليها كما في فرض عدم الاستيفاء.

والحاصل: سيرة العقلاء جارية على قرار الضمان فيما إذا كان الشخص المستولي على مال الغير مقدماً ذلك المال إلى آخر أو إلى مالكه؛ لإتلافه مجّاناً مع جهل المتلف بالحال، وأما في غير ذلك فلا موجب لقرار الضمان على الغار، ومن هنا ذكروا أنّه لو دخل دار الغير فأكل فيها طعاماً ثم ظهر أنّ الطعام كان ملك الآكل وقد غصبه صاحب الدار فلا ضمان على صاحب الدار، بخلاف ما لو دخل داره فقدم إليه الغاصب ذلك الطعام فيكون الغاصب ضامناً.

ثم إنه لا وجه لدعوى أنّ قرار الضمان على البائع في المقام، وعلى من قدم الطعام إلى الجاهل بحاله مختصّ بصورة علم البائع أو المقدم، حيث إنّ مقتضى السيرة المشار إليها عدم الفرق بين علمهما وجهلها.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ المنافع التي كانت في يد البائع يكون قرار الضمان عليه، سواء استوفّاها المشتري أم لا، وبلا فرق بين جهل البائع بالحال وعدمه.

[١] لا يخفى أنّ المكره - بالفتح - على إتلاف مال الغير قاصد لإتلافه، فإنّه لا يمكن الفرق بين المكره على المعاملة والمكره على الفعل الخارجي كالإتلاف، وقد تقدّم من المصنّف رحمه الله أنّ المكره على المعاملة قاصد لها فكيف لا يكون المكره على

هذا كله مضافاً إلى ما قد يقال: من دلالة رواية جميل - المتقدمة - بناءً على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري وهو الذي ذكره المحقق احتمالاً في الشرائع في باب الغصب بناءً على تفسير المسالك، وفيه تأمل.

ثم إن مما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين [١]

الفعل الخارجي قاصداً له، بل لا يبعد الالتزام بأن الضمان في مورد الإكراه على إتلاف مال الغير على المكروه - بالفتح - حيث إنه المتلف للمال، غاية الأمر أن جواز ذلك الإتلاف مقتضى الاضطرار ورعاية التزامهم. ولا يمكن نفي الضمان عن المكروه - بالفتح - وإثباته للمكروه - بالكسر - بحديث الرفع^(١)، فإن الحديث المزبور لا يثبت حكماً وإنما يرفع حكماً يكون ثبوته مقتضى الخطابات الأولية مع الامتنان في رفعه، ولا امتنان في نفي الضمان عن المكروه - بالفتح - حيث إنه مساوق لذهاب مال المالك هدرًا.

[١] ذكر الله أن المشتري يرجع إلى البائع الفضولي بالزائد على الثمن المسمى؛ لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعدة الغرور^(٢)، مثلاً إذا كانت قيمة العين التالفة عشرين والثمن المسمى في عقد الفضولي العشرة وقد أخذ المالك العشرين من المشتري، فيرجع المشتري إلى البائع بالعشرة الزائدة.

لا يقال: لا موجب لرجوعه إلى البائع بتلك الزيادة؛ لإقدامه على ضمان العين التالفة، غاية الأمر كان إقدام المشتري على ضمانها بالثمن المسمى، وإذا لم يصح الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعي، كما هو الحال في جميع موارد فساد البيع، ومع إقدامه على الضمان لا يكون غرور، ولألا كان قرار ضمان مقدار الثمن

(١) وسائل الشريعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢.

(٢) كما في الحديث النبوي الشريف «المغرور يرجع إلى من غره»، سنن البيهقي ٥: ٣٣٨.

من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة، فتلف فأخذ منه المالك عشرين، فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع، وأمّا العشرة الزائدة، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع: من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه، ومع الإقدام لا غرور، ولذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

المسمى أيضاً على البائع.

فإنه يقال: نعم المشتري مقدم على ضمان بإزاء الثمن المسمى، وإذا لم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعي، أي قيمتها السوقية، فيصح للمالك الرجوع إلى المشتري بتلك القيمة، ولكن رجوع المالك إلى المشتري ليس لإقدام المشتري على ضمان العين بالقيمة السوقية، بل لأن الشارع جعل إقدامه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجباً لضمان العين بها، وبما أن فساد البيع في المقام ناش عن غرور البائع وكذبه في دعوى الملكية يكون غرامة المشتري بالإضافة إلى الزائد على الثمن المسمى ناشئاً عن غرور البائع؛ ولذا لو كان البائع صادقاً في دعواه كان عليه تلف العشرة فقط دون الزائد.

والى ذلك يشير بقرينة بقوله: والضمان المسبب عن هذا الإقدام، أي الضمان بالبدل الواقعي المسبب عن إقدام المشتري على الضمان المعاملي، يكون لأجل فساد العقد والعقد مسبب عن غرر البائع، فيكون المترتب على فساد العقد وهو ضمان العشرة

توضيح الاندفاع: أن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام -مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له- سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعية، فالمانع من تحقق الغرور -وهو الإقدام- لم يكن إلا في مقابل الثمن، والضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغير البائع كان المرتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الغار، فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الإقدام، إلا أنها ليست مقدماً عليها.

هذا كله، مع أن التحقيق -على ما تقدّم سابقاً-: أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، وأن ليس الإقدام على الضمان علّة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان وإن استدّل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محلّه توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع. وكيف كان،

الزائدة مستقراً على البائع الغار. أضف إلى ذلك أنه ليس الموجب لضمان المشتري العين التالفة بقيمتها السوقية في فرض فساد العقد هو إقدامه على ضمانها بالثمن المسمّى ليتوهم عدم اجتماع هذا الإقدام مع الغرر، بل سبب ضمان المشتري العين بتلك القيمة هو مقتضى وضع يده على مال الغير من غير ائتمان مالكي أو شرعي، وهذا السبب للضمان لا ينافي الغرر.

أقول: لا يبتنى الإشكال على كون الموجب لضمان المشتري إقدامه على ضمان العين ليجاب عنه بأن الموجب له ليس هو الإقدام، بل وضع يده على مال الغير بلا ائتمان، بل الإشكال هو أن الغرر مقتضاه قرار الضمان على البائع وإقدام المشتري مقتضاه عدم هذا القرار، فلا يجتمعان حتى لو قيل بأن الموجب لضمان المشتري هو وضع يده على مال الغير بلا ائتمان.

فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى [١] منه فيما حصل في مقابلته نفع. هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده [٢] فالحكم بالرجوع فيه أولى. هذا كله فيما يغرمه المشتري بازاء نفس العين التالفة، وأمّا ما يغرمه بازاء اجزائه التالفة فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع [٣] في أنّه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله - على ما اخترناه - وبجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه.

[١] أمّا جريان قاعدة الغرور فلما مرّ من كون المشتري مغروراً بالإضافة إلى العشرة الزائدة على الثمن، وأمّا كونه أولى من رجوع المشتري ببذل المنافع المستوفاة فلائ استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض إلى المشتري لا يمنع عن رجوعه إلى البائع، ويجري ضمان زيادة القيمة السوقية في مورد تلف العين ولا يكون معه أي وصول للعوض إلى المشتري، فيكون رجوعه بغرامة المنافع إلى البائع مقتضياً لرجوعه إليه بغرامة العين بالفحوى.

[٢] يحتمل كون الأولوية باعتبار أنّ إقدام المشتري على ضمان العين بالثمن المسمّى في قوة إقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان العقد، حيث يكون الاشتراء بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساوياً للقيمة السوقية، وأمّا زيادة القيمة السوقية بعد ذلك الزمان فلا يتوهم الإقدام بالإضافة إليها كما لا يخفى.

[٣] الظاهر أنّ تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما إذا كان الجزء مما يقسّط عليه الثمن، كما في بيع المنّ من الحنطة، وأمّا ما لا يقسّط عليه الثمن فحكمه حكم الوصف، حيث يعدّ المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً، ويكون في الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع؛ لأنّ كلاً من البائع والمشتري ضامن للوصف بضمان اليد، ويكون غروره موجباً لقراره على البائع من غير أن يكون من المشتري إقدام على

وأما ما يفرمه: بازاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن [١] - كما عدا وصف الصّحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت - فالظاهر رجوع المشتري على البائع، لأنّه لم يُقدّم على ضمان ذلك.

ثم إن ما ذكرنا كلّ - من رجوع المشتري على البائع بما يفرمه - إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع [٢] غير مالك. أمّا لو كان فاسداً

ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى.

[١] مراده أنّ الأوصاف التي لها دخل في صحّة المبيع في مقابل كونه معيباً فيقسط عليها الثمن فيثبت لها حكم الأجزاء، وأمّا الأوصاف التي لا يكون لها دخل في صحّة المبيع، كوصف الخياطة، فلا يقسط عليها الثمن، ويرجع المشتري في غرامة تلفها إلى البائع.

أقول: لا يقسط الثمن حتّى بالإضافة إلى الأوصاف التي لها دخل في صحّة الشيء؛ ولذا ذكر المصنف رحمه الله كغيره أنّ الأرض في مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن، بل هي غرامة تثبت على البائع بمطالبة المشتري ولا يقسط الثمن بالإضافة إلى أجزاء المبيع، أي أجزائه الخارجية بأن يكون بعض الثمن بازاء يد الحيوان وبعضه بازاء رجله ورأسه إلى غير ذلك، بل يقسط على أجزائه المشاعة. نعم، لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف، كالمن من الحنطة أو مصراعي الباب، ينحل الثمن بالإضافة إلى أجزائه الخارجية أيضاً كما مر.

[٢] وحاصله أنّه لو كان البيع فاسداً من جهة كون بائعه غير مالك، ومن جهة أخرى أيضاً كما إذا كان المبيع عيناً غائبة، لم توصف حال العقد بوصف رافع للجهالة، وفرض أنّ المشتري وضع يده عليها بعد البيع وتلفت بيده فرجع المالك بها عليه، فإنّ

من جهة أخرى فلارجوع على البائع، لأنّ الغرامة لم تجئ من تغير البائع في دعوى الملكية وإنما جاءت من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه.

ثمّ إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رُجع عليه لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع، وأمّا ما لا يرجع المشتري به على البائع - كمساوي الثمن من القيمة - فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك والوجه في ذلك حصول التّلف في يده.

المشتري لا يرجع إلى البائع بشيء من الغرامات؛ لأنّها لم تكن مسببة عن غرور البائع. وكذبه في دعواه مالكية العين، بل لو فرض صدقه في دعواه كانت تلك الغرامات على المشتري، غاية الأمر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البائع، وعلى تقدير كذبه يكون هو المالك فتكون الغرامات المزبورة من قبيل مساوي الثمن الذي تقدم عدم رجوع المشتري به إلى البائع.

لا يقال: لازم ما ذكر من قاعدة الغرور عدم ضمان المشتري منافع المبيع، ولو كان فساد البيع من غير جهة كون البائع فضولياً؛ لأنّ البائع مقدم تلك المنافع إلى المشتري مجاناً، لوقوع الثمن بإزاء المبيع لا المنافع.

فإنّه يقال: نعم لا يقع الثمن بإزاء المنافع، إلّا أنّ المعتبر في قاعدة الغرور جهل المقدم عليه بحال المال، والمفروض علم المشتري ببطلان تقديم المنافع؛ لأنّ تقديمها بتبع البيع الفاسد، بل لو فرض جهله بفساد لما كان الجهل بحكم الشرع موجباً للغرر من البائع كما لا يخفى.

فإن قلت: إنَّ كلاً من البائع والمشتري [١] يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان، وحصول التلف في يد المشتري لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أتلف بفعله رجع، لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين بيدل التالف وصيرورته في عهدة كل منهما، مع أنَّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة، وأنَّ الموصول في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيدي المتعددة؟

فتقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيد متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة معناه: لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، وحيث إنَّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل بيد واحد لا أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطابقة كل منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البدل، بمعنى أنَّه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأنَّ المتدارك لا يتدارك.

[١] الإشكال هو أنَّ كلاً من البائع الفضولي والمشتري باعتبار جريان يدهما على العين ضامن للمالك؛ ولذا يجوز له الرجوع إلى أي منهما ويبقى في البين وجه رجوع البائع إلى المشتري فيما إذا رجع المالك إلى البائع، حيث إنَّ تلف المال بيد المشتري لا يصلح لكونه موجباً لذلك.

نعم، لو أتلف المشتري العين فيمكن القول برجوع البائع إليه فيما إذا دفع البدل إلى المالك باعتبار أنَّ إتلاف المشتري العين، كما أنَّه إتلافها على المالك كذلك إتلاف

والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أنَّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأتيها حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. ويتحقق ممَّا ذكرنا: أنَّ المالك إنَّما يملك البديل على سبيل البدلية، ويستحيل اتِّصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التَّالف واصلًا إلى المالك. ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور^[١] حيث إنَّه ضمَّ ذمة إلى ذمة أخرى وضمن عهدة العوضين^[٢] لكلٍّ من البائع والمشتري عندنا

لलगرامة المزبورة على البائع.

[١] حيث إنَّ ضمان الدين على مذهب الخاصَّة عبارة عن نقل الضامن الدين عن ذمة المديون إلى ذمته بحيث لا يجوز للدائن بعده مطالبة المديون بذلك الدين، بل يتعيَّن عليه الرجوع إلى الضامن، غاية الأمر لو وفي الضامن بالدين يكون له الرجوع إلى المديون، وعلى ذلك فلا يكون اشتغال ذمم متعدِّدة للمالك الدائن. وهذا بخلاف الضمان على مذهب الجمهور^(١)، حيث إنَّ الضمان عندهم عبارة عن ضمَّ ذمة إلى ذمة المديون بأن كان المشغول للمالك الدائن ذمة المديون وبالضمان يشتغل له ذمة الضامن أيضاً، ولكن تملَّك الدائن ما على الذمتين على البديل، ويلزم ما عليه الجمهور جواز رجوع المالك إلى كلٍّ من المديون والضامن.

[٢] المراد أن يضمن أحد عن المشتري للبائع بأنَّه إذا ظهر بطلان البيع يكون الثمن ملك الغير، فعليه مع تلف المبيع بيد المشتري بدل ذلك المبيع، وهذا هو المراد بضمان عهدة المبيع للبائع، أو بضمان أحد عن البائع للمشتري بأنَّه إذا ظهر فساد البيع

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٤: ٥٩٠.

- كما في الإيضاح - وضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة وقوّاه في الإيضاح وضمان الاثنين لواحد [١] كما اختاره ابن حمزة.

بكون المبيع ملك الغير فعليه مع تلف الثمن في يد البائع عوض ذلك الثمن، وهذا هو المراد بضمان عهدة الثمن للمشتري. ويكون في ضمان عهدة المبيع كلّ من المشتري والضامن المزبور ضامناً للبائع، فله مع تلف المبيع بيد المشتري الرجوع إلى كلّ منهما، كما يكون في صورة ضمان عهدة الثمن للمشتري الرجوع إلى البائع والضامن المزبور. أقول: الضمان في الأعيان المضمونة هو أن يضمن أحد للمالك تلف العين التي يأخذها الآخر بيد ضمان كمن ضمن للمالك تلف العين المستعارة التي يأخذها المستعير مع الضمان، كما في عارية الذهب والفضة، وعلى ذلك فيجوز للمالك الرجوع مع تلف العين إلى الضامن أيضاً. ولا يخفى أن هذا الضمان وما تقدم من ضمان عهدة المبيع أو الثمن من قبيل ضمان العين الخارجية لا من قبيل ضمان الدين لينتقل الدين إلى ذمة الضامن، فللمالك الرجوع في الموردين إلى الضامن وإلى من تلف المال بيده؛ أما الرجوع إلى من تلف المال بيده فلضمان اليد، وأما الرجوع إلى الضامن فإنه مقتضى وجوب الوفاء لعقد الضمان، ولكن ظاهر كلام الأصحاب لا يساعد على رجوع المالك إلى من تلف المال بيده، بل ما دامت باقية فله الرجوع إلى من بيده العين، ومع تلفها أو عدم إمكان أخذها عن بيده يرجع إلى الضامن.

[١] ينبغي فرض ضمان الاثنين لواحد على سبيل الاستقلال فيما إذا كان كلّ منهما ضامناً في زمان واحد؛ ليكون شمول ما دل على مشروعية الضمان بالإضافة إليهما على حد سواء، وإلا فلا بد من الحكم ببطلان الثاني لأنّ مع الضمان أولاً ينتقل المال إلى ذمة الضامن فلا يبقى للدائن مال بذمة المديون ليضمنه الآخر.

والمتحصّل: أن كلّاً من المتعدّدين يصحّ أن يضمن للمالك فيجوز له الرجوع إلى

وقد حكى فخر الدين والشَّهيد عن العلامة رحمته في درسه أنّه نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي،

أيّ منهم، ولكن إذا رجع إلى واحد منهم سقط حقّه عن الباقيين، حيث إنه ليس له إلا مال واحد، وقد تسلّمه بأخذ بدله فيكون الرجوع إلى الآخرين بلا موجب، وأمّا تنزيل هذا الضمان على الواجب الكفائي وأنه كما يجب فيه الفعل على كلّ من المكلّفين ما دام لم يحصل طبيعي الفعل كذلك ثبوت البذل على عهدة كلّ من المتعدّدين ما دام لم يدفع البذل إلى المالك، فلا يخلو عن المناقشة فإنّ لازمه أن يتعيّن البذل بالجميع فيما إذا كان أداء الجميع دفعة واحدة. اللهم إلا أن يقال: المملوك للمستحق طبيعي البذل المقيّد بالواحدة لا طبيعي البذل، ومع أخذ البذل من المتعدّدين يكون ملك المستحق بالإضافة إلى الأموال المأخوذة من الكلي في المعين، فيختار فرداً واحداً وعليه ردّ الباقي إلى أربابه.

والحاصل: المتصوّر من ضمان الأشخاص المتعدّدة أنحاء ثلاثة:

الأول: أن يكون ضمان كلّ واحد من الأشخاص مشروطاً بعدم أداء الآخرين البذل، نظير ما يذكر في الواجب الكفائي من وجوب طبيعي الفعل على كلّ واحد من المكلّفين ما لم يحصل ذلك الطبيعي في الخارج من الآخرين، ولا يلزم ما أشرنا إليه من استحقاق المالك جميع ما دفع إليه بعنوان البذل فيما إذا كان الدفع من الكل دفعة واحدة.

الثاني: أن يكون الضامن من الأول مديوناً بالبذل بأن يثبت البذل بذمته ويكون الثاني ضامناً لأدائه، بمعنى أنه لو لم يؤدّ الضامن الأول البذل يثبت المال بذمته فعليه أدائه... وهكذا، ولازم ذلك عدم تخيير المالك في الرجوع إلى كلّ واحد منهم، بل له الرجوع إلى الثاني مع عدم تمكّنه على الاستيفاء من الأول. أضف إلى ذلك أنّ دليل

وفي الأموال: الغاصب من الغاصب. هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي. وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض [١] فلا ريب في أن اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أن السابق إذا رُجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له.

الضمان في كل من الأشخاص هي قاعدة اليد، ولا يمكن أن يختلف مفادها بالإضافة إلى الضامين.

الثالث: أن يقال: ضمان المال ليس على كل واحد واحد من المتعديين، بل يثبت البديل الواحد على الكلي الصالح في انطباقه على كل واحد من المتعديين. وبتعبير آخر: كما يمكن كون الجامع بين المتعديين مالاً للمال، كما في ملك الزكاة لطبيعي الفقير وسهم السادات لطبيعي الهاشمي الفقير فيصح لكل واحد من الأفراد أخذ ذلك السهم، كذلك يمكن أن يثبت ملك المال للشخص على عهدة الجامع بين المتعديين، فيصح لذلك الشخص أخذ ذلك المال من أي من المتعديين. ولكن مفاد قاعدة على اليد ضمان كل من وضع يده على مال الغير لا ضمان الجامع بينهم، فالأظهر في المقام هو النحو الأول، فتدبر.

[١] ما ذكر قبل ذلك كان حال الأشخاص المتعاقبة أيديهم على العين بالإضافة إلى المالك، في أنه إذا أدى إليه بدل تلك العين أحدهم يسقط البديل عن ذمة الباقيين، أي لا يكون للمالك حق في الرجوع إليهم، وأما حال بعضهم بالإضافة إلى الآخرين منهم في جواز رجوع مؤدي البديل إلى غيره.

فحاصل الكلام فيه: أنه إذا كان المؤدي تلف العين بيده، فمع عدم كونه مغروراً - كما هو الفرض - لا يرجع إلى غيره، وإذا لم يكن تلفها بيده فله أن يرجع إلى كل من

فنقول: إنَّ الوجه في رجوعه هو أنَّ السَّابِقِ اشْتَغَلَتْ ذِمَّتُهُ بِالْبَدَلِ قَبْلَ الْلاحِقِ، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلاً، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيّنًا من دون البدل، وإلاّ خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل، فإنّه تدارك نفس العين معيّنًا،

تسلّم العين منه ولو بالواسطة إلى أن يستقرّ الضمان على من تلفت العين بيده. وذكر عليه السلام في وجه ذلك أنّ من وضع يده على العين ابتداءً يكون ضمانه العين قبل ضمان من تسلمها منه كما هو مقتضى ضمان اليد، فتكون العين بيد السابق موصوفة بوصف وهو كون العين ذات بدل، وإذا تسلّم الثاني العين من السابق يكون ضامناً بتلك العين مع أوصافها التي منها الوصف الحادث فيها بيد السابق. ومرجع ضمان العين ووصفها المزبور هو ضمان تلك العين، أي المبدل، والوصف، أي بدلها الثابت بذمة السابق على سبيل البدل والتخيير، حيث لا يمكن أن يكون اللاحق ضامناً للعين فقط دون وصفها، أي البدل الثابت بذمة السابق، وإلاّ لخرج البدل الذي يثبت بذمة اللاحق عن كونه بدلاً للعين المزبورة، حيث يجب أن يكون الثابت بذمة الآخر بدلاً عن العين وأوصافها.

والمتحصّل: أنّ ما يدفعه اللاحق تدارك للعين الموصوفة، أي التي استقرّ تداركها بذمة السابق، بخلاف ما يدفعه السابق فإنه تدارك لنفس العين معيّنًا؛ إذا لم يثبت بدلها بذمة أحد قبل أخذه؛ ليكون ضامناً لذلك البدل أيضاً بنحو ما ذكر.

ثم إذا أدّى اللاحق البدل إلى المالك سقط تدارك السابق؛ لأنّ ضمان اللاحق العين وبدلها الذي كان بذمة السابق تخييري، بأن كان ضمان العين للمالك وضمن بدلها للسابق، ولا يجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبدل قبل أدائه إلى المالك؛ لأنّ ضمان

إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أدّاه إلى المالك سقط تدارك الأول له. ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك، فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول. فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء.

اللاحق بذلك البذل السابق من باب الغرامة لا الدين لذلك السابق. ويكون حال الضامن الأول مع الثاني حال الضامن مع المضمون عنه في عقد الضمان في أنه كما لا يجوز للضامن قبل أداء المال إلى الدائن مطالبة المضمون عنه كذلك لا يجوز للضامن الأول في المقام قبل أدائه البذل إلى المالك مطالبة الضامن اللاحق.

أقول: لا يصلح ما ذكره الله ﷻ وجهاً لرجوع السابق إلى اللاحق؛ أمّا أولاً: فلأنّ الأوصاف المضمونة هي التي يكون لها دخل في مالية العين، وثبوت البذل لها بذمة السابق لا يوجب زيادة ماليتها أو نقصها.

وثانياً: فلأن ضمان الأوصاف باعتبار أنّ وضع اليد على العين وضع لليد على الأوصاف، واللاحق في المقام لا يضع يده على البذل الثابت بذمة السابق ليكون ضامناً له.

وثالثاً: فلأنه على تقدير وضع يده على البذل المزبور فاللازم أن يكون ضامناً بذلك البذل للمالك للعين والوصف، ولا موجب لضمان اللاحق لأحد شخصين بأحد أمرين.

ورابعاً: فلأنه لا موجب لتقدم ضمان السابق على اللاحق، فإن ضمان العين بمعنى ثبوت البذل على العهدة يحصل بتلفها، وقبل التلف لا يثبت البذل لا على ذمة السابق ولا على ذمة اللاحق، ومع تلفها يثبت البذل على عهدة كل منهما في زمان واحد.

والحاصل: أنَّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البذل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمته إمَّا بتدارك العين، وإمَّا بتدارك ما تُداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشئين لشخصين على البذل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة أشخاص على البذل بشيء واحد لشخص واحد.

وربَّما يقال [١] في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجع عليه: إنَّ ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبذل وإن جاز له إلزام

اللهم إلا أن يقال: إنَّ زمان ثبوت البذل بالذمة هو زمان الاستيلاء على العين، غاية الأمر يكون استقرار ذلك البذل مشروطاً بتلف العين بنحو الشرط المتأخّر، وعلى ذلك فيكون ضمان اللاحق بمعنى ثبوت البذل بذمته بعد ضمان السابق، ولكن اعتبار التلف بنحو الشرط المتأخّر غير ظاهر من أدلة الضمان.

[١] القائل صاحب «الجواهر»^(١)، وحاصل ما ذكره ﷺ أنَّ رجوع من لم يتلف العين بيده إلى من تلفت بيده باعتبار أنَّ البذل ثابت بذمة من تلف العين بيده فقط، غاية الأمر يجوز للمالك إلزام السابق بأداء ما يملكه بذمة من تلفت العين بيده، وإلزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدواناً.

ثم إنَّ السابق بأدائه البذل إلى المالك يملك ما للمالك بذمة اللاحق بالمعاوضة القهرية، أي المعاوضة التي لا تتوقّف على الإنشاء والقصد. وأورد المصنف ﷺ على هذا الوجه أمور:

الأول: أنَّ موجب الضمان على السابق وهو حديث على اليد^(٢)، ودلالته على الضمان عليهما على حد سواء، فإن كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البذل على

(١) الجواهر ٣٧: ٣٤.

(٢) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: وبذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعيّ لا ذمّي، إذ لا دليل على شغل ذمّ متعدّد بمال واحد، فحينئذٍ يُرجع عليه ولا يرجع هو، انتهى.

عهده يكون كذلك في السابق أيضاً.

الثاني: أنّ الفرق بين الخطاب بالأداء والخطاب الذمّي غير واضح، فإنّ ثبوت البذل بالذمة (وهو الحكم الوضعي) يكون بتبع التكليف بالأداء.

الثالث: أنّ الفرق بين السابق واللاحق بثبوت البذل على اللاحق وعدم ثبوته على السابق خلاف الإجماع، فإنّ إجراء أحكام الدين على ما بذمة السابق أيضاً من تقديمه على الوصايا وضربه مع الغرماء وجواز مصالحة المالك مع السابق على ما بذمته متسالم عليه عندهم.

الرابع: أنّ تملّك السابق البذل على اللاحق بلا موجب؛ لعدم وقوع المعاوضة الاختيارية مع المالك، ولا دليل على المعاوضة القهرية.

وبتعبير آخر: أداء السابق ما على اللاحق إلى المالك نظير أداء شخص دين الآخر في أنّ المؤدّي لا يملك على المديون، غاية الأمر أداء دين الغير في سائر المقامات مستحب، وفي المقام واجب على السابق.

والخامس: أنّ لازم ما ذكر عدم جواز رجوع السابق بعد أداء البذل إلا على خصوص من تلفت العين بيده، لا إلى كلّ من تسلمها منه وإن لم تلف بيده، حيث إنّ البذل الذي ملكه السابق بالمعاوضة القهرية ثابت بذمة من تلفت العين بيده دون الآخرين.

أقول: الصحيح في وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقاً

وأنت خير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأنّ خطابه ذمي وخطاب غيره شرعي، مع كون دلالة «على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنّه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي. مع أنّه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كلّ من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدّفع

من أنّ دفع الضامن البذل إلى المالك معاوضة قهرية بين ذلك البذل والعين التالفة، حيث إنّ عمدة الدليل على الضمان في موارد ضمان اليد هي السيرة الدارجة بين العقلاء، ومقتضاها حصول المعاوضة المزبورة بالدفع؛ ولذا لا يكون للمالك بعد تسليم البذل طلب بقايا العين. وعليه ففي مورد تعاقب الأيدي على العين وتلفها يجوز لدافع البذل مطالبة ذلك البذل من كلّ من تسلّم العين منه ولو بالواسطة إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين بيده، باعتبار وضع كلّ منهم يده على تلك العين، ولكن لا يجوز له الرجوع إلى سابقه؛ لأنّ السابق قد دفع تلك العين إليه قبل ذلك فلا يكون لضمان السابق موجب.

وربما يقال، كما عن بعض الأجلاء العظام: إن المبادلة القهرية أمر لا أساس له عند العقلاء وإنما ذكرها بعض المتأخرين، ولعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب عن الغرامة بالبذل، حيث لا يعقل كون المعلوم حال عدمه ملكاً لصاحبه أو ملك الغارم. وفيه: أنّه قد تقدّم في توضيح الكشف الحكمي في إجازة المالك إمكان كون الشيء في زمان ملكاً لواحد وفي ذلك الزمان بعينه ملكاً لآخر، مع تعدّد زمان الاعتبار، وعليه فقبل دفع الضامن الأول البذل يعتبر التالف ملكاً للمالك في زمان طريان التلف عليه، وبعد دفعه البذل يعتبر ذلك التالف في ذلك الآن ملكاً للضامن، والمصحح لذلك

أو الدّفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضّرب فيه مع الغرماء، ومصالحة المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمّة. مع أنّ تملّك غير من تلف المال بيده لما في ذمّة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التّدارك. مع أنّ اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في اليد العادية إلّا إلى من تلف في يده، مع أنّ الظّاهر خلافه، فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كلّ واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا كلّّه إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضاً في صورة بقاء العين وأنّه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممّن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة [١] وللمالك استرداده

الاعتبار ترتّب الأثر عليه من ملك الضامن بقايا التالف ورجوعه إلى الضامن الثاني. ويشهد لذلك ملاحظة فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع في يد المشتري، فإنه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري وبعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع في ذلك الآن ملك البائع؛ ولذا يرجع إليه ببذله كما لا يخفى.

[١] يعني: إذا لم يمكن انتزاع العين ممن تكون بيده يغرم من رجع إليه المالك بدل الحيلولة.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّه لا أساس لبذل الحيلولة، بل إن كانت العين بحيث تعدّ تالفة فللمالك الرجوع إلى الضامن بالبدل، وإلّا فعليه الصبر؛ ليتمكن الضامن أو هو

فيرة بدل الحيلولة. ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني. لأنَّ عهدها على الأول فيجب عليه تحصيلها، وإن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مؤنة الاسترداد [١] لياشتر بنفسه.

على استرداد العين، غاية الأمر يكون له عوض المنافع الفائتة كما تقدم، كما أنه بعد أخذ المالك البدل للعين لا يستحقها فيما إذا اتفق إمكان استردادها مستقبلاً؛ لحصول المبادلة قبل ذلك.

[١] لا يبعد أن يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجرة المزبورة زائدة على أجرة المثل، لامع زيادتها؛ لأنَّ العين له فلا يجوز للآخرين التصرف فيها ولو بالاسترداد المزبور، وعمل المالك محترم فيستحق الأجرة عليه. نعم، إذا كانت الأجرة زائدة على أجرة المثل فلا تتعين تلك الزيادة على الضامن، فإنَّ مقتضى حديث نفي الضرر. ولا يعارض بضرر المالك، فإنَّ عدم استحقاق المالك تلك الزيادة من قبيل عدم النفع، ولا يكون ضرراً عليه.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا لم يتمكن على الاسترداد غير المالك وطلب من الضامن الزائد على الأجرة المتعارفة، فإنَّ في الفرض مقتضى حديث نفي الضرر^(١) عدم وجوب الاستجابة لتلك الزيادة.

وظهر أيضاً أنه لو تمكن الضامن على استرداد العين من غير صرف المال وطلب المالك أجرة المثل؛ لياشتر باستردادها، يكون وجوب القبول مقتضى حرمة التصرف في مال الغير بلا إذن مالكة واحترام عمل ذلك المالك، والله سبحانه هو العالم. ثم إنه بقي في المقام أمر: وهو أنه لو أبرأ المالك أحد الأشخاص المتعاقبة أيديهم

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١.

ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك، وطلب من الأول عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيولة، أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها مما يعدّ إححافاً على الغاصب الأول؟ وجوه.

هذا كله مع عدم تغير العين، وأما إذا تغيرت فيجيء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها وإن كان كثير مما ذكرنا أيضاً مما لا يناسب ذكره إلا في باب الغصب، إلا أن الاهتمام بها دعائي إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة، اغتناماً للفرصة. وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل، إنه غفار الزلل.

مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه: فعلى القول ببطلان الفضولي فالظاهر أن حكمه حكم بيع ما يقبل [١] الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه:

على المال التالف فهل يسقط حق المالك بمطالبة البدل عنه فقط، أو لا يبقى له بعد ذلك حق بأن يطالب البدل عن السائرين؟ الأظهر هو الثاني؛ لأن للمالك بدل واحد، وذلك البدل ثابت على كل من الأشخاص المتعددة بحيث يصح له مطالبة أي منهم بذلك البدل، ولا يبعد أن يكون جواز المطالبة من حقوق المالك بحيث له أن يسقطه عن أحد الأشخاص مع إبقاء البدل بذمته، كما يشهد بذلك جواز تأجيل الدين بالاشتراط. فبالجملة، للمالك أن يسقط حق مطالبته عن أحد الأشخاص مع بقاء المال على عهده، ولكن إذا أسقط المال عن عهده فهو مساوق لاستيفاء ذلك البدل، وقد تقدم أن مع استيفاء البدل من أحدهم يسقط البدل عن عهدة الآخرين، وأنه لا يبقى له دين على عهدة الآخرين كما لا يخفى.

[١] وجه الظهور عدم احتمال الفرق بين ما إذا باع ملكه مع غيره بصفقة واحدة وبين ما إذا باع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله بضمن واحد في صفقة واحدة.

الصحة لظهور الإجماع [١] بل دعواه عن غير واحد. مضافاً إلى صحة الصفار [٢] المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء في ما يملك». ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم. نعم لولا النص والإجماع [٣]

[١] تعليل للحكم بالصحة بالإضافة إلى ما يقبل الملك فيما إذا باعه مع ما لا يقبله.

[٢] يعني: مضافاً إلى عدم احتمال الفرق بين المسألتين يدل على الحكم في المقام صحة الصفار.

فإن قوله عليه السلام فيها: «ووجب الشراء في ما يملك»^(١)، وارد فيما إذا باع مملوكه مع غيره بصفقة واحدة كما لا يخفى.

[٣] يعني: لو لم يكن في البين صحة الصفار والإجماع على الصحة في المسألة الآتية مع ملاحظة عدم الفرق بين المسألتين في الحكم لأمكن المناقشة في صحة البيع بالإضافة إلى ملك البائع بما يأتي في المسألة الآتية، من أن مع إجراء البيع على المجموع بثمن واحد لا يكون تبغيضه، والحكم بصحته بالإضافة إلى ملك البائع مقتضى إطلاق دليل الإمضاء، حيث إن نقل بعض المثلث لا يكون مقصوداً إلا في ضمن نقل مجموع الثمن.

أقول: التبغيض والحكم بالصحة بالإضافة إلى ملك البائع أو ما يقبل الملك لا يحتاج إلى الإجماع أو النص، بل انحلال البيع بالإضافة إلى أجزاء المبيع، يعني أجزاء المشاعة على الإطلاق، وأجزائه الخارجية فيما إذا كان بنظر العرف من بيع

المجموع من الشئنين كما ذكرنا سابقاً، مقتضاه دخول كل من البيوع الانحلالية في دليل الإمضاء على الاستقلال، كما في انحلال الموضوع في سائر الخطابات بالإضافة إلى أفراد ذلك الموضوع، وهذا بناءً على عدم تمام بيع الفضولي بإجازة المالك.

وأما بناءً على تمامه بها، فلا ينبغي الريب في صحته بالإضافة إلى ملك الآخر أيضاً مع إجازته وبالإضافة إلى ملك البائع مع عدمها، غاية الأمر صحة البيع في بعض ما جرى عليه العقد فقط يثبت للمتبايعين مع جهلهما بأن بعض ما جرى عليه البيع ملك الغير، أو لا يقبل الملك خيار تبعض الصفقة الذي مرجعه إلى خيار تخلف الشرط، على ما يأتي في بحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

ونظير جهل البائع ما لو كان يبيعه بدعوى وكالته في المال الآخر وأنكرها مالكة، فإنه يثبت في الفرض للبائع أيضاً خيار تبعض الصفقة، وإذا كان البائع أو المشتري عالماً بالحال فلا مجال لثبوت الخيار له، ولعل كلام «الغنية»^(١) الذي نفى الخيار للبائع يراد به صورة علمه بالحال، وكلام الشيخ رحمته الله في «الخلاف»^(٢) الذي قوى ثبوته له ناظر إلى صورة جهله بالحال.

وأما صحيحة الصفار، فإن كان المراد بالوجوب فيها اللزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخيار لا للبائع ولا للمشتري، حيث ذكر فيها «وجب الشراء من المالك» وهو غير وجوب الشراء على المالك، ولكن الظاهر ولأقل من الاحتمال بأن المراد هو ثبوت

(١) الغنية: ٢٣٠، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٢٠٧، والجواهر ٢٢: ٣١٦.

(٢) لم نعر عليه في الخيار، بل أنكره الشيخ في الخلاف (٣: ١٤٦، المسألة ٢٣٥)، نعم قوّاه في المبسوط كما

هو المحكي في الجواهر (الجواهر ٢٢: ٣١٦)، وراجع المبسوط ٢: ١٤٥.

أمكن الخدشة فيه بما سيجيء في بيع ما يملك وما لا يملك [١].

وأما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الرّيب في الصّحة مع الإجازة، بل وكذا مع الردّ، فإنّه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك [٢] غاية الأمر ثبوت الخيار حيثنّذ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا - كما عن التّدكرة وسيجيء في أقسام الخيار - بل عن الشّيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه ويؤيّده صحيحة الصّفّار.

وربّما حُمل كلام الشّيخ على ما إذا ادّعى البائع الجهل أو الإذن وكلام الغنية على العالم، ثمّ إنّ صّحة البيع فيما يملكه مع الردّ مقيدة في بعض الكلمات بما إذا لم يتولّد [٣] من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع أبقي من دون ضميمة.

البيع فلا ينافي كونه خيارياً.

[١] بالبناء للمفعول، أي بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبل الملك.

[٢] بأن كان البائع معتقداً بأنّ المبيع بتمامه ملكه ثم ظهر خلاف اعتقاده وأنّ بعضه مملوك للغير، فإنّ مع ردّ ذلك الغير البيع في ماله يصحّ البيع بالإضافة إلى ملك البائع.

أقول: لا يحتمل الفرق بين المقام وظهور بعض المبيع ملك للغير، بل ظهوره ملك للغير من فروض المسألة فلا وجه للاستشهاد للحكم بالصّحة في المسألة بالصّحة في ذلك الغرض.

[٣] كما إذا باع دينارين ودرهمين بدينار ودرهم، فإنه يكون صّحة هذا البيع وعدم لزوم الرّبا باعتبار وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه فيكون بيع الدينارين بدرهم وبيع الدرهمين بدينار، وهذا مستفاد من بعض الروايات الواردة في الفرار من الرّبا، وإذا ظهر في المثال كون الدينار المنضم إلى الدرهم ملك الغير تكون المعاملة بالإضافة إلى

الدرهم ربويّة، حيث يقع بإزائه أزيد من الدرهم الواحد.

لا يقال: مقتضى وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه لتصحيح المعاملة صحّة بيع الدينارين بالدرهم وبطلان بيع الدرهمين بالدينار، ولا يلزم من ذلك ربا.

فإنّه يقال: انحلال المبادلة إلى مبادلتين - كما ذكر - لم يكن من قصد المتعاملين، بل بالتعبد المستفاد من بعض الروايات؛ ولذا تصحّ المبادلة فيما إذا قصد مبادلة المجموع بالمجموع، وعلى ذلك فلو تم البيع بالإضافة إلى مجموع العوضين يكون مقتضى تلك الرواية وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه فلا ربا. وأما مع فساد البيع في بعض العوضين ولو بظهور كونه ملك الغير فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوك لبائعه بإزاء مخالفه، فإنّ الوقوع كذلك إمّا بقصد المتعاقدين أو بالتعبد، والمفروض انتفاء الأول وورود التعبد في صورة صحّة البيع في الضميمة.

وربما يقال: إنّ ضمّ مال الغير للفرار من الربا غير مفيد حتّى مع إجازة مالك تلك الضميمة، وكذا في مسألة بيع العبد الآبق، وذلك فإنّ كلاً من المالكين يكون بائعاً بالإضافة إلى ماله فقط، ومكلفاً بالوفاء ببيعه فيكون البائع مع كون الضميمة ملك الغير بائعاً ماله بجنسه مع الزيادة، مثلاً إذا باع دينار غيره مُنضمّاً إلى درهمه بخمسة عشر درهماً وفرض أنّ الدينار يساوي عشرة دراهم، فيكون بيع درهمه بالأزيد من الدرهم كما يكون بيع الآخر ديناره بالأزيد من عشرة دراهم.

أقول: قد ذكرنا أنّ ظاهر الروايات الواردة في الفرار من الربا وقوع درهم واحد بإزاء درهمه والباقي وهي أربعة عشر بإزاء الدينار فلا ربا مع التعبد بالانحلال بهذا النحو، ولم يذكر في تلك الروايات إلا اعتبار الضميمة لا اعتبار كونها ملك البائع أيضاً.

وسيجيء الكلام في محلها. ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، وموقوف في غيره بحصته. وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن [١] في غير المثلي: أن يقوم كل منهما منفرداً، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتاً إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله - كما عن السرائر -: ما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير وقيل: إن قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلي الثمن.

نعم، ناقش صاحب «الجواهر»^(١) في استحقاق مالك الدرهم درهماً ومالك الدينار أربعة عشر درهماً ولكن لا اعتبار ملك البائع الضميمة، بل مناقشته مع الالتزام بصحة البيع وأيضاً لا وجه لاعتبار ملك الضميمة في مسألة بيع العبد الأبق فإنه وإن ذكر في بعض الروايات أن الضميمة باعتبار أنه لو لم يظفر المشتري بالأبق يكون قد وصل إليه بإزاء ثمنه تلك الضميمة، إلا أن المراد أن لا يخرج تمام الثمن عن ملكه بلا عوض أصلاً، ولا يقتضي ذلك اعتبار كون الضميمة ملك بائع العبد وتملكها منه.

[١] ذكر الله في تعيين حصة البائع من الثمن مع إجازة المالك وعدمها أن يقوم كل من مال البائع والمال الآخر منفرداً، ويجمع قيمتهما ويلاحظ نسبة قيمة كل إلى ذلك المجموع، فيؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة، مثلاً إذا كانت القيمة لمال البائع أربعة دراهم والقيمة السوقية للمال الآخر ثمانية، يصير مجموعهما اثني عشر درهماً، فتكون قيمة مال البائع ثلث المجموع. ولو فرض أن الثمن المسمى ستة دراهم فيستحق البائع منه الثلث، يعني درهمين، ويجري هذا حتى فيما إذا كان للهبة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة السوقية كمصراعي الباب، وإلى هذا النحو من

وما ذكرنا من الطريق هو المصرّح به في الإرشاد حيث قال: ويقسّط المسمّى على القيمتين. ولعلّه أيضاً مرجع ما في الشرايع والقواعد [١] واللمعة: من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما، ولهذا فسّر بهذه العبارة المحقّق الثاني عبارة الإرشاد، حيث قال: طريق تقسيط المسمّى على القيمتين ... الخ.

التقسيط يشير ما في «الإرشاد» من أنّه يقسّط المسمى على القيمتين^(١)، أي على القيمة السوقية لمال البائع والقيمة السوقية للمال الآخر، فإنّ تقسيط الثمن المسمّى عليهما لا يكون إلّا بما ذكر.

[١] ذكر في «الشرايع»^(٢) و«القواعد»^(٣) و«اللمعة»^(٤) في تعيين حصة البائع من الثمن أنه يقومان معاً، ثم يقوم أحدهما، ولعل المراد بذلك أيضاً ما تقدّم من تقويم كلّ من المالين منفرداً، ثم جمع القيمتين وتعيين نسبة أحدهما إلى المجموع والأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة.

ويؤيد كون المراد ما ذكر تفسير صاحب «جامع المقاصد» عبارة «الإرشاد»^(٥) بما في الكتب المزبورة، ولكن للمناقشة في ذلك مجال واسع، فإنّ ظاهرها تقويم المالين معاً، ثم تقويم أحدهما منفرداً، وتعيين النسبة بين قيمة أحدهما منفرداً وقيمة كليهما معاً والأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة. مثلاً إذا كان المبيع مصراعي الباب وقوم المصراعان معاً بعشرة دراهم وقوم أحد المصراعين بدرهمين تكون النسبة بين قيمة

(١) الإرشاد ١: ٣٦٠.

(٢) الشرائع ٢: ١٥.

(٣) القواعد ١: ١٢٥.

(٤) اللمعة الدمشقية: ١١٠.

(٥) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.

لكنّ الإنصاف: أن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في طريق التقيسيط واستظهرناه من السرائر، إذ لو كان المراد من «تقويمهما معاً»: تقويم كلّ منهما - لا تقويم المجموع - لم يحتاج إلى قولهم: ثمّ يقوم أحدهما، ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا إلا أمران: تقويم كلّ منهما، ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

ومن هنا أنكر عليهم جماعة - تبعاً لجامع المقاصد - إطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لا اجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة، كما في مصراعي باب وزوج خفّ إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فإنّه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحقّق من البائع واحداً من الخمسة فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنّه لم يستحقّق من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين ونصفاً.

أحدهما منفرداً وقيمة كليهما معاً الخمس، ولو فرض الثمن المسمّى خمسة دراهم فيرجع المشتري إلى البائع بخمس الثمن، أي بدرهم واحد ويبقى للبائع أربعة دراهم بإزاء مصراع واحد. والوجه في ظهور عبارة الكتب في ذلك أنّ المذكور فيها تقويم أحدهما بعد تقويم المالين، وهذا لا يكون إلا إذا كان تقويم المالين بتقويمهما معاً.

وهذا بخلاف الطريق السابق، فإنّه عليه يكون للبائع نصف المسمّى، أي درهمان ونصف، ويرجع المشتري بنصفه الآخر؛ لأنّ النسبة على الطريق المزبور بين قيمة أحدهما ومجموع القيمتين هو النصف.

والحاصل: أنَّ البيع إنَّما يبطل في ملك الغير بحصَّةٍ من الثمن يستحقُّها الغير مع الإجازة، ويصحَّ في نصيب المالك بحصَّةٍ كان يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر.

هذا، ولكنَّ الظَّاهر أنَّ كلام الجماعة إمَّا محمول على الغالب: من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما تقويم كلِّ منهما منفرداً، ويراد من تقويم أحدهما ثانياً ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى التَّقْض بصورة مدخلة الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها - وإن كان ضعيفاً - بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد وبين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلة الاجتماع في نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإنَّ هذا فرض ممكن - كما صرَّح به في رهن جامع المقاصد وغيره - فإنَّ الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع [١] بين الثمن والمثمن، كما لو باع جارية مع أمِّها قيمتهما مجتمعتين عشرة وقيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية؛ فإنَّ نسبة

[١] ولكن لا يلزم الجمع بين العوض والمعوَّض على التقسيط الذي ذكره ﷺ، بل بناءً عليه يرجع المشتري بنصف الثمانية باعتبار أنَّ قيمة كلِّ من الجارية وأمِّها على الانفراد عشرة فيصير مجموع قيمتهما عشرين، والنسبة بين قيمة إحداهما، أي العشرة والمجموع، هو النصف ولكن ينبغي أن يعدَّ هذا الفرض على تقدير اتفاهه إشكالاً أيضاً على التقسيط الذي ذكره ﷺ واستظهره من عبارة «الإرشاد» غيره^(١)، حيث لا وجه لاستحقاق البائع أربعة دراهم مع كون ملكه مساوياً لتمام الثمن المسمى.

قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين^(١) نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع بكل الثمانية. وكأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفرداً، ونسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إن المشتري إنما بذل [١] الثمن في مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه

[١] وحاصله: أن المتعين في طريق تقسيط المسمى هو ما ذكر في «الشرايع» و«القواعد» و«اللمعة» ولكن ينبغي أن يكون المراد بأحدهما في قولهم: (يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما) هو مال البائع، وأنه إذا قوم المالان ثم قوم مال البائع منفرداً وعين النسبة بينهما يكون البائع مستحقاً من المسمى بتلك النسبة، كما إذا قوم الباب بمصراعيه بعشرة دراهم وقوم مال البائع بدرهمين والنسبة بين الدرهمين والعشرة هي الخمس، فيستحق البائع درهماً في فرض كون المسمى خمسة دراهم. والوجه في تعيين التقسيط بهذا النحو هو جريان البيع على المالين مع الهيئة الاجتماعية، وما تمّ بيعه هو مال البائع منفرداً.

وعلى ذلك يستحق البائع في مثال الأمة وأُمّها تمام الثمانية؛ لأنه لا قيمة للهيئة الاجتماعية، ولا يلزم من استحقاق الثمانية الجمع بين العوض والمعوض هذا. ولكن ما ذكر غير صحيح، وأن البائع في بيع مصراعي الباب يستحق نصف الثمن المسمى، والوجه في ذلك أن الهيئة الاجتماعية من قبيل الأوصاف، والأوصاف لا يقع بإزائها الثمن؛ ليقسط عليها كتقسيطه على المالين، وهذا في الضمان المعاوضي وأما في ضمان اليد فالأوصاف ومنها الهيئة الاجتماعية تدخل في الضمان، ويكون تلف

(١) الأصح في العبارة أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعتين» كما نبّه عليه بعض المحسّنين، أنظر هداية الطالب :

مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع ردّ مالك أحدهما، فالبايع إنّما يستحقّ من الثمن ما يوزّع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءٌ نسبتبه إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة، وهو درهم واحد، فالزيادة ظلم على المشتري، وإن كان ما أوهمه عبارة الشرائع وشبهها - من أخذ البائع أربعة، والمشتري واحداً - أشدّ ظلماً، كما نبّه عليه في بعض حواشي الروضة، فاللزام أن يقسّط الثمن على قيمة كلّ من المالكين منفرداً وعلى الهيئة الاجتماعية، ويُعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً، ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً وقيمة هيئة الاجتماع.

قلت: فوات وصف الانضمام - كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة - ليس مضموناً في باب المعاوضات وإن كان مضموناً في باب العدوان، غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة. ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعدّدين في الوجود كعبد وجارية، أو متحدّاً كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنّه لا يوزّع الثمن على قيمة المجموع أثلاثاً، لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه أقلّ رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة.

الوصف في يد الغاصب كتلف نفس العين مضموناً عليه.

أقول: بالتأمل في جميع ما تقدم يظهر أنه يعتبر في تقسيط الثمن على المالكين تقويمهما حال بيعهما اجتماعاً ثم تقويم ملك البائع منفرداً، في فرض عدم إجازة مالك الآخر البيع في ماله وأن البائع يستحق من الثمن المسمّى بتلك النسبة، كما أنه بقوم مال البائع بلحاظ بيعه منضمّاً إلى المال الآخر، في فرض إجازة مالك المال الآخر، فإنّ عدم ضمان الهيئة الاجتماعية كسائر الأوصاف بضمن معاوضي ليس مقتضاه تقويم كلّ من المالكين منفرداً، مع دخالة الهيئة الاجتماعية في زيادة الثمن كما لا يخفى.

هذا كله في القيمي. أمّا المبيع المثلي: فإن كانت الحصّة مشاعة قُسط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصّتي البائع والأجنبيّ بما يخصّه، وإن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة كان الحكم كما في القيمي: من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار [١] فإن علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلاّ فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: «بتك نصف الدار» إلاّ مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حمّله على نصفه المملوك له، وحمّله على النصف المشاع بينه وبين الأجنبيّ.

[١] وحاصله: لو فرض اشتراك اثنين أو أزيد في عين بنحو الإشاعة، كما إذا كانت الدار مشتركة بينهما بالمناصفة وباع أحدهما نصفها، فإن علم إرادة البائع بيع حصّة شريكه أو الإشاعة بين الحصّتين فلا كلام، وأمّا إذا لم يقصد إلاّ مدلول قوله: «بتك نصف تلك الدار بكذا»، وفرض قبول المشتري ذلك المدلول، فهل ينتقل إلى المشتري تمام حصّة البائع من تلك الدار، أو يكون المبيع نصف كلّ من حصّتي البائع وشريكه فيكون البيع المزبور نافذاً بالإضافة إلى نصف حصّة البائع، وفضولاً بالإضافة إلى نصف حصّة شريكه؟ احتمالان.

ويقتضي الأول ظهور النصف وانصرافه في مقام التصرف إلى ما ينفذ فيه تصرف البائع، ولكن هذا الظهور معارض بظهور النصف في نفسه في الإشاعة بين الحصّتين، كما أنه معارض بظهور بيع البائع في كونه بالأصالة.

وبالجملة: أنّ البيع بالإضافة إلى نصف حصّة البائع محرز، وأمّا بالإضافة إلى نصفها الآخر أو نصف حصّة شريكه فمقتضى المعارضة المزبورة عدم إحراز شيء منهما.

ومنشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النّصف - أعني الحصّة المشاعة في مجموع النّصفين - مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرّف إلى نصفه المختصّ وإن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا يحتمل الإقرار على الإشاعة - كما سيجيء - أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه، لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من نيّة الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، وإمّا من بنائه على تملكه للمال عدواناً - كما في بيع الغاصب - والكلّ خلاف المفروض هنا.

ومما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، وبين قول البائع: «بعت غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبد غيره، حيث ادّعى فخر الدين رحمته الله الإجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرّف إلى مال المتصرّف، سليمين عن المعارض، فيفسّر بهما إجمال لفظ المبيع.

وبهذا يفترق المقام من قول البائع: «بعت غانماً»، حيث إن الغانم بمعنى العبد من الكلبي الطبيعي الصادق على كلّ من عبد البائع وعبد غيره، ويحمل على عبد البائع بمقتضى وقوعه مقام التصرف وظهور الهيئة في قوله: «بعت غانماً»، في الأصالة من غير ظهور معارض، وهذا بخلاف ما إذا قال: «بعت نصف الدار»، المفروض كونها مشتركة بين الاثنين بنحو الإشاعة، فإن ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصة البائع.

ثم إذا كان البائع المزبور وكلياً عن شريكه أو ولياً عليه فهل يكون الحكم كما في صورة كونه أجنبياً أم لا؟ الصحيح أن يقال: إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين في الصورة السابقة هو ظهور النصف بقرينة مقام التصرف في النصف المختص للبائع - كما هو الأظهر - فلا معارضة في صورتَي الوكالة والولاية، بل يؤخذ

ثم إنه لو كان البائع وكيلًا في بيع النصف أو وليًا عن مالكة، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبيتان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصالة. الأقوى هو الأول، لأن ظهور التملك في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلا أن ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق.

بظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين؛ لأنّ الموجب لظهور النصف في خصوص حصة البائع عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصة، ومع الوكالة أو الولاية يكون تصرفه نافذاً في حصته وحصة شريكه على السواء.

وعلى ذلك فمع عدم تعيين إحدى الحصتين بخصوصها - كما هو المفروض - يحمل المبيع على الإشاعة بينهما.

وأما ظهور البيع في كونه بالأصالة، فهذا لا يعارض ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين، بل ظهور النصف يكون حاكماً على ظهور البيع في الأصالة، فإن ظهور البيع في الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقي للفعل وبمقدمات الحكمة؛ ولذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا يكون له ظهور في الأصالة. وظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين أيضاً ظهور إطلاقي ولا يكون له ظهور في الإشاعة بينهما فيما إذا قيد ذلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، إلا أن الظهور المتعلق ولو كان إطلاقياً يكون حاكماً على ظهور الفعل، حيث إن المتعلق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيّد بالإضافة إلى المطلق.

وبهذا يظهر أنه لو لم يكن في الصورة الأولى ظهور النصف وانصرافه إلى حصة البائع بقرينة مقام التصرف لكان ظهور البيع في الأصالة محكوماً بظهور النصف في

وما ذكره الشهيد الثاني: من عدم قصد الفضولي [١] إلى مدلول اللفظ، وإن كان مرجعه إلى ظهورٍ واردٍ على ظهور المقيد، إلا أنه مختص بالفضولي، لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل والولي، فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع تحكيماً لظاهر النصف، إلا أن يمنع ظهور «النصف» إلا في النصف المشاع [٢] في

الإشاعة بين الحصتين.

والحاصل: أن مع عدم وكالة البائع أو ولايته لا يحمل النصف على الإشاعة الحصتين، بل يكون إنشاء البيع مجعلاً بالإضافة إلى بعض المبيع، بخلاف صورتي الوكالة والولاية فإنه يحمل فيهما النصف على الإشاعة، وإليه يشير قوله ﷺ: «فالأقوى فيهما الاشتراك».

[١] وحاصله: أنه بناءً على كلام الشهيد الثاني^(١) من عدم قصد الفضولي مدلول اللفظ يكون النصف محمولاً على خصوص حصة البائع فيما إذا كان أجنبياً، ويحمل على الإشاعة بين الحصتين على تقدير كونه وكيلاً أو ولياً على شريكه. وذلك فإن أصالة القصد في كل متكلم ومتصرف ومنه البائع تكون معينة للمراد من النصف في قوله: «بعت نصف الدار»، وأن المبيع خصوص حصته. بخلاف صورة الوكالة أو الولاية فإن الأخذ فيهما بظاهر النصف، يعني الإشاعة بين الحصتين لا ينافي أصالة القصد، حيث إن البائع لكونه وكيلاً أو ولياً يقصد البيع لا محالة.

[٢] وحاصله أنه يمكن منع ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين بأن يقال: غاية ظهوره الإشاعة في مجموع العين لا في كل من الحصتين، فيكون مقتضى قوله: «بعت نصف الدار بكذا» حتى في صورة وكالته أو ولايته هو بيع خصوص حصته،

المجموع، وأما ملاحظة حقّي المالين وإرادة الإشاعة في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض.

ومن المعلوم: أنّ النّصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملك كليأ يملك مصداقه، فهو كما لو باع كليأ سلفأ، مع كونه مأذونأ في بيع ذلك من غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلأ مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه، لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

وكما كان في قوله: «بعت غانماً» مقتضى الأصالة بيع عبده كذلك في قوله: «بعت نصف الدار».

ولذا ذكروا^(١) في مسألة ما إذا وهبت الزوجة نصف مهرها لزوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، أنه يستحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، ولو كان النصف ظاهراً في الإشاعة بين الحصتين لكان للزوج بعد الطلاق نصف النصف الباقي وقيمة نصف الموهوب.

لا يقال: لا شهادة في الفرع على كون النصف المضاف إلى العين ظاهراً في الإشاعة في مجموع تلك العين لا في الإشاعة بين الحصتين، وذلك فإن استحقاق الزوج النصف الباقي من المهر باعتبار أن حقه الأول هو نصف الباقي وقيمة النصف الموهوب، ولكن يجوز في القيميات مع التمكن على المثل دفعه. وحيث إن النصف الباقي على ملك الزوجة مثل النصف الموهوب فلا تعتبر قيمة الموهوب، نظير ما

(١) الشرائع ٢: ٣٣٠، المسألة العاشرة، وانظر القواعد ٢: ٤٣، واللمعة الدمشقية: ١٩٧، والروضة البهية:

٣٦٧، والمسالک ٨: ٢٥٥، والإيضاح ٣: ٢٣٣، والكفاية: ١٨٢، والرياض ٦: ١٤٦.

ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشّهيدين وغيرهم -: أنّه لو أصدق المرأة عينا، فوهبت نصفها المشاع قبل الطّلاق، استحقّ الزّوج بالطلاق النّصف الباقي، لانصف الباقي وقيمة نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً، وليس إلّا من جهة صدق النّصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: «فَنِصْفُ مَا قَرْضْتُمْ» وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لما كان الرّبع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للرّبع التّالف من الزّوج، ومساوياً له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلّا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقرض نفس العين المقرضة مع كونها قيمة.

ذكروا في باب القرض أنّه لو أقرض قيمياً فللمقرض دفع العين التي اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة.

فإنه يقال: نعم، يمكن أن يكون ما ذكر وجهاً لاستحقاق الزوج تمام المهر في الفرض المزبور، إلّا أنّ ظاهر كلماتهم فيه لا يساعد على هذا الوجه، بل ظاهرهم استحقاق الزوج تمام المهر باعتبار صدق نصف المهر على النصف الباقي وأنه لا فرق بين النصف المضاف إلى العين وبين سائر الكلي الطبيعي المحمول على الفرد المملوك.

وعلى ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه منافياً لما يذكر في المقام من ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين، ولكنه يحمل على خصوص حصّة البائع بقرينة مقام التصرف. وأيضاً ينافي ما يذكر في المقام ما ذكره^(١) في باب الصلح من أنه لو كانت العين

(١) الشرائع ٢: ١٢٢، القواعد ١: ١٨٦، وراجع تفصيل الأقوال في مفتاح الكرامة ٥: ٤٩٢.

لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنما علّلوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام. ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا: ما ذكروه في باب الصّـلح: من أنّه إذا أقرّ من بيده المال لأحد المدّعين للمال بسبب موجب للشركة -كالإرث- فصالحه المقر له على ذلك النّصف كان النّصف مشاعاً في نصيهما، فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلاّ نفذ في الرّبع، فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنّه إن أوقع مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النّصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصّته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيّد مشايخنا رحمهم الله اختصاصه بالمقر له [١].

بيد أحد وادّعاها اثنان بسبب موجب للشركة بين المدعين، كما إذا قالوا: إنهما ورثاها من أبيهما، وفرض إقرار ذي اليد لأحدهما بنصفها ولم يعترف للآخر بنصفها الآخر، ثم بعد ذلك صالح المقر له مع المقر في النصف الذي اعترف له بألف دينار، فإنهم ذكروا صحّة الصلح ونفوذه في ربع الدار. وأما في ربعها الآخر، فتمام الصلح موقوف على إجازة المدعي الآخر.

ووجه المنافاة: أنّ النصف الذي وقع مورد الصلح بألف دينار يصدق على كلّ من نصفها الذي يدعيه المصالح وعلى النصف الذي يدعيه الآخر، وعلى النصف من الحصتين، ومقتضى وقوعه في مقام المصالحة والتملك حمله على النصف الذي ملكه باعتراف ذي اليد؛ ولذا لو صالح المقر له ذلك مع شخص آخر قبل اعتراف ذي اليد نفذ الصلح في نصفه المختص.

[١] يعني: حيث إن ما ذكروه في مسألة المصالحة من نفوذها في ربع المال ينافي ظاهراً من حمل النصف في مقام التصرف على خصوص حصة المتصرف، اختار

وفصل في المسالك بين ما لو وقع الصّح على نصفه أو مطلق النّصف، وبين ما إذا وقع على النّصف الذي أقرّ به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثّالث، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة وحكم بالاختصاص في الأوّلين، لاختصاص النّصف وضعاً في الأوّل وانصرافاً في الثّاني إلى النّصف المختصّ. واعترضه في مجمع الفائدة: بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثّالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النّصف المقرّ به، وتمام الكلام في محلّه.

بحر العلوم ^(١) أنّ النّصف في مسألة المصالحة أيضاً يحمل على خصوص حصة المقرّ له، فتكون المصالحة نافذة في تمام حصة المقرّ له وهي نصف العين. وأيضاً فصل في «المسالك» ^(٢) وقال: لو أجريت المصالحة على نصف المقرّ له أو على نصف العين فتحمل على الحصة الواقعية للمقرّ له؛ لأنّ مقتضى الإضافة في الأوّل، ومقتضى الظهور في مقام التصرف في الثّاني، هو الحمل على حصة المتصرف. وأما إذا أجريت على النّصف المعترف به فتحمّل على الإشاعة بين الحصّتين، فيكون نفوذهما معاً بتمامهما محتاجاً إلى إجازة صاحبه. ولكن يرد ^(٣) على «المسالك» أنّ ما ذكر ليس تفصيلاً في مسألة المصالحة، بل اختيار لقول مشهور القائلين بالحمل على الإشاعة بين الحصّتين؛ لأنّ المفروض في كلماتهم إجراء المصالحة على النّصف المعترف به، فراجع.

(١) المناهل : ٣٥٨.

(٢) المسالك ٤ : ٢٧٢.

(٣) راجع مجمع الفائدة ٩ : ٣٤٩.

وعلى كل حال، فلا إشكال في أن لفظ [١] «النصف» المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه، ولهذا أفتوا ظاهراً على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأن ثلث العين لفلان،

[١] يعني: يحمل النصف المضاف إلى العين في مقام الإقرار على الإشاعة بين الحصتين بلا خلاف. نعم، مع القرينة على إرادة المقر حصته أو حصة غيره فلا كلام؛ ولهذا أفتوا فيما إذا كانت العين بيد اثنين وكانت يد كل منهما عليها بالمناصفة، واعترف أحدهما لثالث بثلاثها وأنكره صاحبه بأن ما بيد المعترف من نصف العين يكون بينه وبين الثالث المزبور على حد سواء، كما أن ما بيد الآخر من نصف الدار يكون الزائد على حصته وهو سدس العين محسوباً على المعترف والثالث على حد سواء.

لا يقال: هذه الفتوى غير مناسبة لحمل الاعتراف لثالث على الإشاعة بين الحصتين، فإن مقتضى حمله عليها أن يكون ثلث ما بيد المعترف الذي هو سدس العين وثلث ما بيد الآخر وهو سدسها أيضاً لذلك الثالث، وحيث إن صاحب المعترف ينكر الاعتراف فقد تلف سدس العين على ذلك الثالث ويبقى له السدس الذي بيد المعترف.

فإنه يقال: ما بيد المنكر من نصف العين ليس عين ماله، بل مقدار حصته بزعم المقر وزائد على ذلك المقدار بثلاث، ولو كان مال المنكر متعيناً بما بيده، كما إذا كانت داران إحداهما بيد زيد والأخرى بيد عمرو واعترف زيد لثالث بنصف كل من الدارين، ففي هذه الصورة باعتبار تعيين مال عمرو بما بيده يكون النصف الآخر مما بيده تالفاً على الثالث فقط للإنكار.

والحاصل: ما بيد المعترف في المثال المتقدم مقدار حصته مع زيادة لأنها

حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذّبه الشريك الآخر، دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده، لأنّ المنكر بزعم المقرّ ظالم للسّدس بتصرّفه في النصف، لأنّه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسّدس الفاضل في يد المنكر نسبته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء، فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزّع على الاستحقاق.

ودعوى: أنّ مقتضى الإشاعة تنزيل المقرّ به على ما في يد كلّ منهما، فيكون في يد المقرّ سدس، وفي يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك، وقال: «إنّ له في يد كلّ منهما سدساً» وإقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلّا أن يدفع إليه ثلث ما في يده، وهو السّدس المقرّ به، وقد تلف السّدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

حصته، بل حصة ذلك الثالث والمعترف مقدّاراً بلا تعيين خارجي لهما، وعلى ذلك فما يحصل من العين بيد المعترف نسبته إليه وإلى الثالث على حدّ سواء، كما أنّ ما بيد المنكر زائداً على حصته وهو سدس العين، نسبته أيضاً إلى المعترف والثالث على حدّ سواء، ونتيجة ذلك هو الحكم بالمناصفة في التالف وما بيد المعترف حتّى مع حمل الاعتراف على الإشاعة بين الحصتين.

نعم، لو قيل بإمكان تعلّق الغصب بالمشاع وبجواز تقسيم أحد الشريكين مع الغاصب في إفراز حصته لأمكن القول بأن سدس العين المفروض كونها بيد المنكر يحسب تالفاً على الثالث فقط، بدعوى أنّ وضع كلّ منهما يده على نصف العين بمنزلة تعيين كلّ منهما حصته بما بيده، فلا مال للمعترف بيد المنكر ليحسب تالفاً عليه وعلى الثالث معاً، ولكن تعلّق الغصب بالمشاع وإن كان ممكناً إلّا أنّه لا يصحّ الإفراز مع الغاصب، بل لابد من كونه برضاء الشركاء.

مدفوعة: بأن ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره، بل هو مقدار حصته المشاعة، كحصة المقر وحصة المقر له بزعم المقر، إلا أنه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر والمقر له، فلا معنى لحسابه على المقر له وحده، إلا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنه احتمال مضعف في محله وإن قال به أو مال إليه بعض - على ما حكى - للخرج أو السيرة.

نعم يمكن أن يقال: بأن التلف في هذا المقام [١] حاصل بإذن الشارع للمنكر

ويتفرع على ذلك أي على تعلق الغاصب بالمشاع وعدم صحة الإفراز مع الغاصب - أنه لو كانت الدار لاثنتين على الإشاعة وكانا ساكنين فيها وأخرج الظالم أحدهما وسكن مكانه فيلزم على الشريك الساكن نصف أجرة المثل في نصف الدار لصاحبه الذي أخرج الظالم؛ لأن حصة الشريك الساكن لا تتعين في النصف الذي يسكن باعتبار عدم صحة الإفراز مع الغاصب. نعم، يكون ما على الظالم أيضاً من أجرة المثل له ولشريكه بالمناصفة.

[١] يعني: يمكن أن يقال: عدم جواز الإفراز مع الغاصب لا يلزم عدم الإفراز في المقام، بل في المقام يكون الزائد في يد المنكر محسوباً على المقر له، وذلك لأن إنكاره موجب لجواز وضع يده على نصف المال الزائد على حصته بزعم المقر، حساباً لذلك الزائد على المقر له.

ونظير المقام مسألة الإقرار بالنسب، فإن مقتضى إنكار الوارث الآخر أن يضع يده على الزائد على حصته حساباً على من لم يقر بنسبه، فلا يكون ما بيد المقر مشتركاً بينه

الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر، والشارع إنما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له، فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر شيء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين.

وبين المقر له على حد سواء.

ولكن لا يخفى أن مقتضى نفوذ الإقرار على المقر أن يترتب على ما بيده من المال أثر الواقع، والمفروض أن ما بيده بحسب إقراره ملك له وللمقر على حد سواء، كما الموجود بيد المنكر يكون الزائد منه على حصته مشتركاً بينه وبين المقر له كذلك. أقول: لا ينبغي الريب في أن النصف أو نحوه عند إضافته إلى عين لا يكون ظاهراً في الإشاعة بين الحصتين، كما تقدم في تقرير مسألة الطلاق، وإذا ملك زيد وعمرو داراً بالمناصفة فأَيُّ جزء يفرض من الدار فهو، وإن كان مشتركاً بينهما بالمناصفة، إلا أن حصة كل منهما لا تنتصف بينهما بالمناصفة؛ ولذا لا يكون عند ما يقال: نصف تلك الدار، في مقام البيع والإقرار ظاهراً في الإشاعة بين الحصتين، بل النصف أو نحوه بالإضافة إلى الحصتين من قبيل الكلّي في المعين. والمراد بالإشاعة فيه عدم تعيين النصف في جهة العين بكونها طرفها الشرقي أو الغربي، بل أي جزء يفرض من العين يقع مورد الحكم بمقدار النصف، وأما حساب ذلك المقدار على أي من الحصتين أو عليهما فلا بد من القرينة عليه، ومقتضى القرينة في مقام التصرف حمله على حصة المتصرف فقط، حيث إن مقتضى الإطلاق، أي مقدمات الحكمة في ذلك المقام، وقوع التصرف لنفسه لا عن الآخر بالولاية أو فضولاً، فإن الوقوع عن الآخر كذلك يحتاج إلى التقييد والقصد فيما إذا كان المال الذي يتصرف فيه كلياً في الذمة أو كلياً في المعين، والمفروض في المسألة أن البائع لم يقصد من قوله: «بعت نصف الدار بكذا»، إلا ما

والحاصل: أن أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر له، ولعله لذا ذكر الأكثر - بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب - في مسألة الإقرار بالنسب: أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث، دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما في يده، نظراً إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان لهما، وكل ما توى كان كذلك.

يكون ظاهراً منه عند تمام الإطلاق.

ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك في مسألة استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول وبعد هبة الزوجة نصف مهرها له، حيث إن مقتضى خروج النصف من ملك الزوجة إلى ملك زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر.

وما تقدم من المصنف رحمه الله من أن ظهور المتعلق حاكم على ظهور الفعل، بمعنى أنه لا تتم مقدمات الإطلاق في ناحية الفعل المقتضي لصدور الفعل عن الفاعل بالأصالة مع ظهور المتعلق في الإشاعة بين الحصتين، ففيه:

أولاً: أن المتعلق - كما ذكرنا - لا ظهور له في الإشاعة بين الحصتين.

وثانياً: لا يكون ظهور المتعلق بياناً في كل مقام، بل ربما يكون ظهور الفعل بياناً لإطلاق المتعلق، نظير قوله: «لا تضرب أحداً»، فإن النهي عن الضرب الظاهر في المؤلم قرينة على تقييد المتعلق بالأحياء، وقد ذكر رحمه الله في بحث الاستصحاب أن النهي عن النقص قرينة على اختصاص المراد من اليقين والشك بموارد الشك في الرفع.

هذا كله في مقام التصرف ونحوه، وأما في مقام الإقرار فليس في البين ما يوجب تعيين المقر به بخصوص حصة المقر، بل الإخبار عن حصة من العين بأنها للغير مقتضاه الحصة المزبورة تخرج عن تمام العين، فينفذ من الإقرار بمقدار الإقرار على النفس ولا ينفذ ما يكون إقراراً على الغير.

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال، من جهة أن الشارع ألزم - بمقتضى الإقرار - معاملة المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذي أقرّ به، ومن المعلوم: أن مقتضى الواقع - لو فرض العلم بصدق المقرّ - هو كون ما في يده على حسب إقراره بالمناصفة، وأمّا المنكر عالمًا، فيكون ما في يده مالاً مشتركاً لا يحلّ له منه إلا ما قابل حقه ممّا في يدهما، والزائد حقّ لهما عليه.

وأما مسألة الإقرار بالنسب [١] فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر، وحكاه الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلا أنه صرح جماعة ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعدة حتّى قوى في المسالك الحمل على الإشاعة، وتبعه سبطه وسيّد الرياض في شرحي النافع.

[١] ومما ذكرنا في مسألة اعتراف أحد الشريكين بثالث العين للآخر يظهر حال إقرار أحد الوارث بالنسب للثالث في أن ما يكون بيد الوارث لمنكر لا يحسب تالفاً على ذلك الثالث فقط، بل يكون ما بيد المقرّ لهما وما بيد المنكر تالفاً عليهما على حد سواء.

نعم، في البين روايات^(١)، وربما يستظهر منها أن التالف بالإنكار لا يحسب على المقرّ بالنسب للثالث، ولكنها لضعفها غير قابلة للاعتماد عليها، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور فيها ما لا يخفى؛ لأنّ نقل أصحاب الحديث تلك الروايات في كتبهم لا يدلّ على عملهم بها، كما يمكن أن يكون عمل البعض من غيرهم؛ لاعتقادهم موافقة مضمونها للقاعدة، حيث تقدم دعوى أن مقتضاها حساب التالف بالإنكار على المقرّ له فقط.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٦، الباب ٢٦ من كتاب الوصايا، الحديث ٦.

والظاهر: أنَّ مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل والكليني، بل وغيرهما. فروى الصدوق مرسلاً والشيخ مسنداً عن أبي البخري وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام - في رجل مات وترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه -: أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته». وبالإسناد، قال: «قال علي عليه السلام: من أقر لأخيه فهو شريك في المال، ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم». وعن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد، وتام الكلام في محله من كتاب الإقرار أو الميراث إن شاء الله.

مسألة: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله - كالخمر والخنزير - صفقة بشمن واحد، صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعاً، كما عن الغنية، ويدل عليه: إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمة. ودعوى: انصرافه إلى صورة [١] كون

[١] حاصل الدعوى أنَّ المراد بما لا يملك في قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»^(١) بعض القرية المفروضة في السؤال، والبعض المزبور كان بيعه من بيع مال الغير.

وبتعبير آخر: لا يتصور في قسم الأراضي ما لا يكون قابلاً للملك شرعاً أنَّ الأراضي الموقوفة أو المفتوحة عنوة أو الميتة كلها مملوكة حتى مع عدم جواز بيعها.

(١) و(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم في العقود. عدا ما يقال: من أن التراضي والتعاقد، إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراخي، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه. وقد تبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط وذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسراً، وتام الكلام في باب الشروط، ويكفي هنا الفرق بالنص والإجماع.

وقوله عليه السلام: «ووجب الشراء من البائع فيما يملك»^(١) ناظر إلى حكم مورد السؤال الذي فرض فيه كون بعض المبيع غير مملوك للبائع، بل مملوك للآخرين، فالتعدي إلى حكم المقام يحتاج إلى عدم احتمال الفرق في الحكم بين المسألتين، ولا مجال لمنع المصنف عليه السلام والتزامه بإطلاق الصحيحة وشمولها للمقام كما لا يخفى.

نعم، خطاب حل البيع وصحته يعم المقام، حيث إن البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك داخل في ذلك الخطاب، ولكن ربما يناقش في صحة البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك أيضاً بوجهين:

أحدهما: أن ما قصد بيعه هو المجموع بإزاء مجموع الثمن، وبيع ما يقبل الملك بإزاء بعض الثمن غير مقصود مستقلاً وإنما المقصود بيعه في ضمن بيع المجموع.

وهذه المناقشة ضعيفة جداً؛ لما ذكرنا سابقاً من أن البيع الواقع على المجموع في أمثال المقام ينحل بالإضافة إلى أجزاء الصفقة، غاية الأمر يكون تمام البيع بالإضافة إلى كل من جزئي الصفقة شرطاً في بيع جزئها الآخر؛ ولذا يثبت في صورة الجهل بالحال خيار تبعض الصفقة.

وبهذا يظهر أن قياس بطلان البيع بالإضافة إلى مجموع الصفقة ببطلان الشرط

نعم، ربّما يقيّد الحكم بصورة جهل المشتري. لما ذكره في المسالك -وفقاً للمحكي في التذكرة عن الشافعي -: من جهة إفضائه إلى الجهل بضمن المبيع، قال في التذكرة بعد ذلك: وليس عندي بعيداً من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرية الآخر أو كونه ممّا لا ينقل إليه، انتهى.

بلاوجه، فإن فساد الشرط أيضاً، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في محله، لا يوجب فساد البيع، وأن البيع لا ينحل بالإضافة إلى شرطه، بخلاف أجزاء المبيع كما ذكرنا. وثانيهما: أنه وإن كان البيع المتعلق بالمجموع ينحل إلى بيع أجزائه، إلّا أنّ دليل حل البيع ولزومه لا يمكن أن يعمّ ما يقبل الملك؛ لأنّ بيع ذلك الجزء بإزاء بعض الثمن غرري، حيث لا يعلم حال البيع بمقدار الثمن الواقع بإزاءه. والحاصل: لو أمكن التعدي من صحيحة الصفار^(١) بدعوى عدم احتمال الفرق بين المسألتين فهو، وإلّا لزام الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك أيضاً. والجواب: أنه لا يعتبر العلم بمقدار الثمن في البيوع الانحلالية، بل يكفي في خروج البيع عن كونه غررياً معلومية مجموع الثمن الواقع بإزاء مجموع المبيع، بلافراق بين صورة بطلان البيع بالإضافة إلى بعض البيوع الانحلالية وعدمه، وبلافراق بين جهل المتبايعين أو أحدهما ببطلان بعض تلك البيوع وعدمه؛ لأنّ العلم بالبطلان وعدم الإمضاء شرعاً لا يمنع من قصد مبادلة المجموع بالمجموع. ولو كانت المعلومية في البيوع الانحلالية معتبرة لزم الحكم ببطلان البيع في غالب موارد الانحلال؛ لجهل المشتري، بل البائع غالباً بمقدار الثمن في كلّ واحد من تلك البيوع الانحلالية حال إنشاء البيع المتعلق بالمجموع في مقابل المجموع.

ويمكن دفعه بأنّ اللازم هو العلم بضمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً وإن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل [البيع] حقيقة فيبيع الغرر المتعلّق لنهي الشارع وحكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من الشارع مع أنّه لو تمّ ما ذكر [١] لاقتضى

وقد يقال: إنه لا يكون الغرر حال البيع موجباً لفساده فيما إذا ارتفع حال التسليم، وفي المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك وما لا يقبله وملاحظة النسبة بينهما.

وفيه: أنه لا يمكن الالتزام بذلك، فإن ظاهر النهي عن بيع الغرر أنّ البيع فيما إذا كان في إنشائه متّصفاً بكونه غرراً فهو محكوم بالفساد؛ ولذا لا يمكن الالتزام فيما إذا باع صبرة مجهولة المقدار ثم تكال قبل تسليمها إلى المشتري.

وما يقال: من أنّ الغرر غير الجهل بالمقدار والمقام ليس من بيع الغرر، بل مقدار الثمن مجهول، والدليل على كون الجهالة في الثمن أو في المثلث موجباً لبطلان البيع هو الإجماع، ومن الظاهر أنه ليس في المسألة إجماع؛ لذهاب جلّ الأصحاب إلى صحّة البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك.

وفيه: إن كان المراد بعدم الغرر في البيع معلومية مجموع الثمن بإزاء الصفقة الجارية عليها البيع فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه كما أنّ الغرر منتفٍ كذلك الجهالة في ذلك الثمن أيضاً منتفية، وأما الجهالة في البيوع المتعدّدة المنحلة والغرر فيها لا يضر بالبيع لا في المقام ولا في غيره، فلا وجه لدعوى أنّ الغرر غير الجهالة كما لا يخفى.

[١] يعني: لو تمّ أنّ المشتري مع علمه بالحال لا يمكن أن يقصد شراء تمام الصفقة بإزاء مجموع الثمن لزم الالتزام بأن قصده في الحقيقة تعلق بشراء ما يملك بإزاء تمام ذلك الثمن؛ لأنّ مع إقدامه على ضمان الصفقة بإزاء تمام الثمن مع علمه بأن

صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان، لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه وإلا لكان البذل بإزاء المملوك، ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلاقصد، انتهى.

لكن ما ذكره رحمته مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه سلطه عليه مجاناً، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إما لوقوع المجموع في مقابل المملوك - كما عرفت من الحواشي - وإما لبقاء ذلك القسط له مجاناً - كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك - إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثم إن طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير: من أن العبرة بتقويم كل منهما منفرداً، ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك، وقد ذكروا: أن الحر يفرض عبداً بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتيهما عند من يراهما مالاً، ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك، لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفر.

بعض الصفقة لا تدخل في هذا الضمان في الحقيقة إقدام على ضمان ما يدخل في هذا الضمان بإزائه، كما صرح بذلك الشهيد رحمته في حواشي «القواعد»^(١).

(١) نقله عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢٠٩ - ٢١٠.

ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتيهما إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاة. والخمر بعنوان أنها خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخلّ والشاة كالحرّ [١]

مسألة: يجوز للأب والجدّ أن يتصرّفا [٢] في مال الطفل بالبيع والشراء. ويدلّ

وما ذكره الله في تلك الحواشي يناسب ما ذكرنا^(١) في بيع مال الغير من العالم بالحال، من أنه لا يرجع بالثمن؛ لأنه سلّط البائع على ذلك الثمن مجاناً، فإنه على ذلك يكون المشتري العالم بالحال في المقام مسلطاً للبائع على تمام الثمن، إما في مقابل المملوك فقط، أو بعضه في مقابل ما يقبل الملك وبعضه مجاناً.

[١] وهذا هو الصحيح، فإنه في مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه، كما إذا بيع الخمر بعنوانه، فلا بد في تقويمه من تقويمه خمرأً، وأما إذا بيع بعنوان ما يقبل الملك -كعنوان الخلّ مثلاً- فلا بد من تقويمه خلاً، وهذا مقتضى بذل الثمن وجعله في المبادلة بإزائه كما لا يخفى.

هذا كله فيما إذا كان ما لا يقبل الملك شرعاً مالاً عرفاً، وأما إذا لم يكن مالاً عرفاً، كما إذا باع الشاة مع الوزغ صفقة بثمن، فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاة والوزغ؛ لعدم قيمة للوزغ عرفاً. والأمر يدور بين أن يكون تمام الثمن بإزاء الشاة، فهذا خلاف مقصود المتعاقدين، وبين أن يكون البيع فاسداً حتّى بالإضافة إلى الشاة، وهذا هو المتعيّن باعتبار عدم إمكان معرفة الثمن، بل لكون أصل البيع غررياً؛ لأنّ عنوان البيع لا يحصل بالإضافة إلى الوزغ حتّى بنظر العرف وبالإضافة إلى الشاة غرري.

[٢] يجوز للأب والجد، يعني أب الأب، التصرف في مال الطفل بالبيع والشراء

(١) أنظر جامع المقاصد ٤: ٨٢-٨٣، والمسالك ٣: ١٦٤.

عليه - قبل الاجماع -: الأخبار المستفيضة المصرّحة في موارد كثيرة، وفحوى سلطتهما على بُضْع البنت في باب النكاح.

والمشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل، والاطلاقات، وفحوى الإجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج. خلافاً للمحكي عن الوسيلة والإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلّاً في الأخير: بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يصرف عن ماله ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى.

وغيرهما من التصرفات، وولايتهما على الطفل بالإضافة إلى ماله ونكاحه في الجملة ممّا لا إشكال فيه، ويشهد لذلك الروايات الواردة في موارد متفرقة، مثل ما ورد في وصية الأب بالمضاربة بمال الطفل، كحسنة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به، من أجل أنّ أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي»^(١). فإن ظاهر التعليل ثبوت الولاية للأب بالإضافة إلى مال الطفل، وقريب منها غيرها.

وما ورد من أنّ الوالد يجوز له الرجوع فيما وهبه لولده، إلّا إذا كان الولد صغيراً، كصحيفة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن الصدقة إذا لم تقبض، هل تجوز لصاحبها؟ قال: إذا كان الأب تصدق بها على ولد صغير فإنها جائزة؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتّى يقبض»^(٢)، حيث إن ظاهرها ولاية الأب على مال الطفل الصغير. وما ورد^(٣) في ولاية

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٦، الباب ٥ من كتاب الهبات، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٥ و ٢٨٩، الباب ٦ و ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

الأب والجد على نكاح الصغير والصغيرة، حيث إن ثبوت الولاية لهما في النكاح ولكونه من الفروج أولى بالاحتياط، يقتضي ثبوتها لهما في التصرفات المالية التي أمرها أهون من النكاح، اللهم إلا أن يقال: مجرد ثبوت الولاية لهما في النكاح لا يقتضي ثبوتها لهما في التصرفات المالية لاحتمال الخصوصية في النكاح؛ ولذا تثبت في النكاح الولاية لهما على نكاح الباكرة الرشيدة ولا يمكن الالتزام بولايتهما في التصرفات في أموالها.

ويظهر من المصنّف رحمه الله الاستدلال على ولاية الأب والجد بمال الطفل بما ورد في جواز أخذ الوالد من مال ولده^(١)، ولكن لا يخفى أنّ جواز أخذه مال ابنه للإنفاق على نفسه ودفع اضطراره لا يقتضي ثبوت الولاية له بالإضافة إلى مال ولده. كيف ومورد الكثير من الروايات المشار إليها الأخذ من مال الولد الكبير مع أنه ليس للوالد ولاية على ولده الكبير، كما يظهر من صحيحة علي بن جعفر المتقدمة وغيرها، مع أنّ عدم الولاية مقتضى الأصل.

وبهذا يظهر الحال فيما ورد في جواز تقديم الأب جارية الابن والبنت على نفسه ووطئها بالملك، كصحيحة الحسن بن محبوب قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إني كنت وهبت لابنة لي جارية، حيث زوّجتها فلم تزل عندها وفي بيت زوجها حتى مات زوجها، فرجعت إليّ هي والجارية، أفحلّ لي أن أطأ الجارية؟ قال: قومها قيمة عادلة وأشهد على ذلك، ثم إن شئت فطأها»^(٢)، فإنّ ظاهرها جواز تملك جارية البنت البالغة، وهذا غير الولاية بالتصرفات في مال الصغير.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٢٦٧، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

وكيف كان، فلا ينبغي الريب والكلام في أصل ثبوت الولاية للأب والجدة على الطفل في ماله، وإنما الكلام يقع في جهات: الأولى: في اعتبار العدالة في ولايتهما. الثانية: اشتراط تصرفهما بالصلاح للطفل، أو باشتراط عدم المفسدة عليه أو عدم اعتبار شيء. الثالثة: أنَّ الأب مع الجدة في مرتبة واحدة في الولاية، وأن مع فقد الأب يكون الجدة القريب مع أبيه في مرتبة واحدة أيضاً، وأنه لا ولاية للجدة البعيد مع وجود القريب.

أما الجهة الأولى: فالمنسوب إلى المشهور عدم اعتبار العدالة، والمحكي عن «الوسيلة»^(١) و«الإيضاح»^(٢) اعتبارها، وذكر المصنف رحمته الله في وجه عدم الاعتبار، الأصل والإطلاقات وفحوى الإجماع المذكور في «التذكرة»^(٣) على ولاية الأب الفاسق في النكاح، حيث إنَّ مع ثبوت الولاية فيه للفاسق يكون ثبوتها له في التصرفات المالية أولى.

أقول: أمَّا الأصل، فإن وصلت النوبة إليه فمقتضاه الاعتبار؛ لما ذكرنا سابقاً من أنه إذا كان الحكم المجعول انحلالياً يكون ثبوت الحكم لواجد القيد متيقناً وثبوت فرد آخر من الحكم لفاقده مشكوكاً، ومقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم الآخر وعدم ثبوته، سواء كان الحكم من قبيل التكليف، كما إذا علم بتحريم اللعب بآلات القمار ودار الأميين أن يكون متعلق التحريم باللعب بها مع الرهن أو اللعب بها، سواء كان في البين رهن أم لا، فإن مقتضى الاستصحاب عدم جعل الحرمة للمشكوك. ولا مجال في

(١) أنظر الوسيلة: ٢٧٩ و ٣٧٣، حيث اشترط في تصرف الولي كونه ثقة وفي الوصي أن يكون عادلاً.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

(٣) التذكرة ٢: ٥٩٩، وحكاها عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

مثل المقام لاستصحاب عدم أخذ خصوصية العوض في متعلق الحرمة، فإن استصحاب عدم أخذها فيه لا يثبت أن المتعلق هو اللعب بها مطلقاً، أو كان من قبيل الوضع، كما في المقام، فإنه قد علم أن الشارع قد جعل الولاية للأب والجد بنحو الانحلال، واستصحاب عدم أخذ خصوصية العدالة في الموضوع لا يثبت أن الموضوع مطلق ويكون جعل الولاية للعادل متيقناً وبالإضافة إلى الفاسق مشكوكاً، فالأصل عدم جعل الولاية للثاني.

أما الأخذ بالإطلاق فهو صحيح، فإنه لم يقيد ما دل على ولاية الأب والجد في النكاح بصورة عدالتهما، كما أنه لم يقيد الحكم في صحيحة محمد بن مسلم وصحيحة علي بن جعفر المتقدمتين بما إذا كان الأب عادلاً.

وأما دعوى الإجماع في «التذكرة» أو غيرها على عدم اعتبار عدالة الأب والجد في النكاح، فلا يعتبر عدالتهما في غيره بالفحوى، فقد ذكرنا ثبوت الإطلاق في الروايات الدالة على ولايتهما في النكاح ومعه يكون الإجماع مدركاً، حيث إن مدرك اتفاقهم هو الإطلاق المزبور. ولولم يكن هذا قطعياً فلا أقل من احتمال، ومع الاحتمال لا يحرز الإجماع التعبدى، فضلاً عن التعدي إلى غير النكاح بالفحوى، مع أننا ذكرنا ما في الفحوى المزبور فلا نعيد.

وقيل^(١) في وجه اعتبار العدالة: إن الولاية في مورد الكلام هي على القاصر من الطفل أو المجنون المتصل جنونه بحال صغره، والقاصر لا يتمكن على دفع الضرر عن نفسه وصرف التلف والفساد عن ماله، ويستحيل في حكمة الصانع ولطفه أن يجعل

(١) لقله السيد الخوئي رحمته الله عن الوسيلة والإيضاح في مصباح الفقاهة ٣: ٢٥٠-٢٥١، وانظر الإيضاح ٢:

الولاية بنفسه وماله للفاسق، فإن جعل الولاية له عبارة عن اتخاذه أميناً على أمواله، بحيث يكون إقراراته وإخباراته نافذة على المولي عليه. مع أن الشارع لم يجعل الأمانة للفاسق، كما يدل عليه قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَزْكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾^(١).

أقول: لو تم هذا الوجه لكان مقيداً للإطلاق المتقدم، ولكن أورد المصنف رحمته الله عليه - تبعاً لجامع المقاصد^(٢) - أن في دلالة الآية على حكم المقام تأملاً، وأنه لا محذور في أن يجعل الشارع الولاية للأب الفاسق أو الجد الفاسق، فإنه متى ظهر عند الحاكم بقرائن الأحوال، نظير ضعف جسم الطفل ونحافته، أو يرى جده - مثلاً - يصرف على نفسه مسرفاً مع عدم تملكه المال فهو خيانة أب الطفل أو جده، عزله الحاكم عن الولاية ومنعه عن التصرف في أموال الطفل ووضع يده عليها، وما لم يظهر الخيانة فولايته ثابتة.

وإن لم يعلم كيف يتعامل مع الطفل وأمواله اجتهد بتتبع القرائن وشواهد الأحوال، ولعل وجه التأمل عنده رحمته الله في دلالة الآية على حكم المقام هو أن المراد بالركون إلى الظالم الدخول في أعوانه وجعل الظالم ولياً على نفسه، حيث إن هذا في نفسه أمر محرّم، كما يفصح عن قوله سبحانه في ذيل الآية: ﴿فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾. والقرينة على كون المراد من الركون ما ذكر قوله سبحانه بعد ذلك: ﴿وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ﴾، ولذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربة أو المستعير أو الودعي ونحو ذلك، مع أن في جميع ذلك ركون من الموكل والمضارب والمالك إلى الوكيل والعامل والمستعير والودعي.

(١) سورة هود: الآية ١١٣.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

وقد يورد على الاستدلال بالآية بوجه آخر، وهو أنَّ الكلام في المقام في الولاية الشرعية للأب والجد الفاسقين بالإضافة إلى مال الطفل، وهذه الولاية على تقدير ثبوتها لهما ركون من الشارع إليهما لا من العباد ليدخل في المنهي عنه في الآية. لا يقال: إذا كان الركون إلى الفاسق من العباد قبيحاً وذا مفسدة يكون من الشارع أيضاً كذلك، خصوصاً بملاحظة قوله سبحانه: ﴿لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(١).

فإنه يقال: لا منافاة بين قبح فعل من العباد وعدم قبحه من الله سبحانه، ألا ترى قتل العباد وإتلاف أموالهم أمر قبيح ومحرم، مع أنَّ الله سبحانه يتوفى الأنفس حين موتها، وينزل البلاء من الزلازل والطوفان على قوم ويدمرهم على بكرة أبيهم... إلى غير ذلك.

وقوله سبحانه: ﴿لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ خطاب موجّه إلى العباد ولا يعم الله سبحانه.

وبتعبير آخر: أنه قد يستقل العقل بقبح فعل مطلقاً أو بخصوص الحكيم، كالظلم وإغراء الناس بالجهل ومثله لا يصدر عن الله سبحانه، وقد لا يستقل، كما في بعض الأفعال التي منع الشرع العباد عنها، وفي مثله لا طريق لنا إلى إحراز المفسدة فيما إذا صدر عن الشارع.

وقد يقال: إن نظر صاحب «الإيضاح» بنص القرآن إلى آية النبأ^(٢) الرادعة عن الاعتماد على خبر الفاسق، فإن الولاية للأب والجد لازمها قبول إقراراتها وإخبارهما بالتصرفات في مال الطفل، فيكون ما دل على ثبوت الولاية لهما بإطلاقه مقتضياً لقبول

(١) سورة الصف: الآية ٢.

(٢) سورة الحجرات: الآية ٦.

إخبار الأب والجد الفاسقين، وآية النبأ بإطلاقها تمنع عن قبول إخبارهما فيقدم إطلاق الآية؛ لعدم اعتبار الخبر مع معارضته للكتاب العزيز، ولأقل من تساقط الإطلاقين فلا تثبت الولاية لهما مع كونهما فاسقين.

وقد يجاب عن ذلك بعدم الإطلاق في آية النبأ بالإضافة إلى مثل المقام، حيث إن ظاهرها ولو بملاحظة التعليق الوارد فيها عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق في الوقائع المهمة التي يكون العمل فيها بالخبر مع عدم مطابقتها للواقع موجباً لفساد مهم وندامة عامة، كالإخبار بارتداد قوم بني المصطلق^(١).

ولكن لا يخفى أن مورد نزولها كانت واقعة مهمة، وإلا فالآية حكم انحلالي كسائر الإطلاقات وتعليل لزوم التبين بإصابة القوم لرعاية مورد النزول، وإلا فالمعيار الندامة على مخالفة الواقع وفوته، والصحيح في الجواب أن قبول إخبار ذي اليد والولي بالتصرفات فيما بيده أو بولايته مما جرت السيرة العقلانية من دون نظر إلى كونهما عادلين. والردع عما جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهي عنه بخصوصه، ولا يصح بالعموم فضلاً عن الإطلاق، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في بحث عدم كون الآيات الناهية عن اتباع غير العلم رادعة عن العمل بإخبار الثقات.

بقي في المقام أمر، وهو ما عن النائيني^(٢) والإيرواني^(٣) من أن اعتبار العدالة في الولي بناءً على القول به ليس من قبيل اعتبارها في الشاهد والقاضي وإمام الجماعة ومرجع التقليد، بل اعتبارها طريقي لإحراز وقوع التصرف الصحيح في مال الطفل.

(١) أمالي الصدوق: ٢٣٧، المجلس ٣٢، الحديث ٨.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب: ٢٢٩.

(٣) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٣٦٣.

ولعلّه أراد بنصّ القرآن آية الرّكون إلى الظالم التي أشار إليها في جامع المقاصد، وفي دلالة الآية نظر. وأضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة؛ اذ المحذور يندفع - كما في جامع المقاصد -: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله ومنعه من التصرف في ماله [١] وإثبات اليد عليه، وإن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد وتنبّع سلوكه وشواهد أحواله، انتهى.

وهل يشترط في تصرفه المصلحة [٢]، أو يكفي عدم المفسدة، أم لا يعتبر

ولو تصرف الأب الفاسق أو الجد كذلك في مال الطفل - مع المصلحة - فيحكم بصحته. أقول: لا مجال للالتزام باعتبارها طريقاً مع الاستناد في اعتبارها إلى النهي عن الركون إلى الظالم أو أنّ الفاسق كالكاfer لا يصلح لإعطاء الولاية. نعم، لو استند في اعتبارها إلى آية النبأ لكان الالتزام باعتبارها طريقاً وجيهاً.

[١] لا يخفى أنّ الولاية الثابتة للأب والجد ولاية من الشارع، ولا دليل على نفوذ إلغاء الحاكم وعزله. نعم، بما أنّ التحفظ على مال الطفل والدفع عن نفسه، مع عدم الولي أو خيانتة داخل في الأمور الحسبية، فعلى الحاكم منع ولي الطفل عن التصرف في ماله فيما أحرز خيانتة حفظاً عن فسادة وتلفه.

وبتعبير آخر: لا ولاية للأب أو الجد في مال الطفل بالإضافة إلى التصرف الفسادي.

ثم إنه لا ملزم لاستعلامه الحال مع عدم علمه بالإفساد بعد كون تصرفات الولي محمولة شرعاً على الصحة تكليفاً ووضعاً.

[٢] هذه هي الجهة الثانية، وقد يستظهر من الروايات الواردة في جواز أخذ الأب من مال ولده وجواز تقويم جاريته، عدم اعتبار الصلاح للطفل، بل وعدم اعتبار عدم

شيء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلَّ على أنَّ مال الولد للوالد، كما في رواية سعد بن يسار، وأنه وماله لأبيه، كما في النبوي المشهور، وصحيفة ابن مسلم: «أنَّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء»، وما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا -صلوات الله عليه-: من أنَّ علة تحليل مال الولد لوالده: أنَّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾^(١). ويؤيده أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه.

الفساد أيضاً، وفي صحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه، قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف، وقال: في كتاب علي عليه السلام: أنَّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، وله أن يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن قد وقع عليها. وذكر أنَّ رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك»^(٢). وفي موثقة سعيد بن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجب الرجل من مال ابنه وهو صغير؟ قال: نعم، قلت: يجب حجة الإسلام وينفق منه، قال: نعم بالمعروف. ثم قال: يجب منه وينفق منه، إن مال الولد للوالد وليس للولد أن يأخذ من مال والده إلا بإذنه»^(٣). وفي رواية محمد بن سنان: «وعلة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه وليس ذلك للولد؛ لأنَّ الولد موهوب للوالد في قوله عزَّ وجلَّ: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾»^(٤)، وكأنَّ التعليل مقتضاه أن يكون مال الطفل موهوباً لوالده، بحيث يحسب ماله مالاً لوالده، وحيث إن المالك مسلط على ماله ويجوز له التصرف

(١) سورة الشورى: الآية ٤٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

(٣) المصدر السابق: ٢٦٤، الحديث ٤.

(٤) المصدر السابق: ٢٦٦، الحديث ٩.

لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب، كما يشهد له قوله ﷺ في رواية الحسين بن أبي العلاء، قال: «قلت لأبي عبد الله ﷺ: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله ﷺ للرجل الذي أتاه فقدّم أباه، فقال له: أنت ومالك لأبيك؟ فقال: إنّما جاء بأبيه إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه وعلى نفسه، فقال ﷺ: أنت ومالك لأبيك. ولم يكن عند الرجل شيء، أفكان رسول الله ﷺ يحبس الأب للابن؟! ونحوها صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر ﷺ: قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت ومالك لأبيك، ثم قال: لآنحِب أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»^(١).

فيه ما لم يكن فيه سرف وتبذير يكون الوالد بالإضافة إلى مال ولده كذلك. وربما يقال: إنّ آية «وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا»^(٢) لا تقتضي اعتبار العدالة في الأب والجد باعتبار أن ولايتهما لا تكون من قبيل ركون الشارع أو غيره إلى الظالم، بل ولايتهما باعتبار كون المال لهما، كما يقال باستظهار ولايتهما كذلك من قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(٣) ولو بمعونة رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله ﷺ قال: «إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله؛ إذ جاء رجل يستعدي عليّ أبيه فقال: أصلح الله الأمير، إن أبي زوج ابنتي بغير إذني، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثمّ أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلمّا سألتني أقبلت عليّ الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله ﷺ أن

(١) سورة البقرة: الآية ٢٠٥.

(٢) سورة هود: الآية ١١٣.

(٣) مرّ آنفاً، وكذا في الرواية الآتية.

فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، وأنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل. هذا كله، مضافاً إلى عموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِآلَتِي هِيَ أَحْسَنُ» فإن إطلاقه يشمل الجدّ، ويتم في الأب بعدم الفصل.

ومضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل في مفتاح الكرامة استظهر الإجماع - تبعاً لشيخه في شرح القواعد - على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة، وليس ببعيد؛ فقد صرح به في محكي المبسوط، حيث قال: ومن يلي أمر الصغير والمجنون خمسة: الأب، والجدّ، ووصي الأب والجدّ، والحاكم، ومن يأمره، ثم قال: وكلّ هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط والحظّ للصغير؛ لأنهم إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظّ فيه كان باطلاً؛ لأنّه خلاف ما نصب له، انتهى.

رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم وترك قولِي^(١).

أقول: ظاهر الروايات المتقدمة وغيرها ممّا يوافقها كون مال الولد لوالده، ولازم ذلك يكون المال الواحد للمالكين مستقلين، وحمل كون مال الولد لوالده على ولاية الوالد مع كونه بلا قرينة لازمه ولاية الوالد على ولده الكبير أيضاً، كما هو مورد بعض تلك الروايات، ولاظن الالتزام كذلك من أحد، خصوصاً بملاحظة التفصيل الوارد في رواية صدقة الوالد لولده. وهذه قرينة جلية على أنّ المراد بالمال في مثل قوله ﷺ:

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٠، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٥.

وقال الحلبي في السرائر: لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال ويعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب، انتهى.

«أنت ومالك لأبيك» ليس الملك الاعتباري، فإن الولد لا يكون مملوكاً لوالده بهذا المعنى بلا خلاف وريب، بل المراد الملكية التكوينية، بمعنى كون الأب منشأً لوجود الولد وماله بحسب نظام الخلقة، وهذا ليس من الحكم الشرعي، بل يناسب أن يكون ملاكاً للحكم الشرعي وهو جواز أخذ الوالد من مال ولده بلا استيذان منه ولو كان الولد كبيراً.

وجواز الأخذ مقيد بصورة حاجة الأب وعدم إنفاق الولد بشهادة صحيحة عبدالله بن سنان قال: «سألته - يعني أبا عبدالله عليه السلام - ماذا يحل للوالد من مال ولده؟ قال: أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من مال ولده شيئاً، وإن كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يبطأها إلا أن يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه»^(١)، الحديث. وفي حسنة الحسين بن أبي العلاء قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، فقلت له: فقول رسول الله ﷺ للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له: أنت ومالك لأبيك، فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه وعلى نفسه، وقال: أنت ومالك لأبيك، ولم يكن عند الرجل شيء. أو كان رسول الله ﷺ يحبس الأب للابن»^(٢). فإن المستفاد منهما تقييد جواز الأخذ بصورة حاجة

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٣، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

الأب وعدم إنفاق الولد، فيرفع بهما اليد عن بعض الإطلاقات المتقدمة بحمل ما شاء في صحيحة محمد بن مسلم على عدم كونه زائداً على نفقته المعروفة.

وفي صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك، قال أبو جعفر عليه السلام: ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه ممّا لا بد منه، إن الله لا يحب الفساد»^(١)، ويحمل ما في صحيحة سعيد بن يسار^(٢) من حج الوالد والإنفاق فيه من مال ولده على صورة تساوي نفقة حجه مع نفقة حضره، كما يتفق ذلك كثيراً ممن يكون منزله قريباً من مكة. نعم، يجوز للأب تقويم جارية الابن وال بنت؛ للروايات المتقدمة.

والمتحصّل: أنه لا يستفاد بملاحظة مجموع روايات الباب غير الحكم للأب بجواز أخذ مقدار نفقته من مال الولد من غير حاجة إلى مراجعة الحاكم أو والي المسلمين، وجواز تقويمه جارية الولد ونفوذ نكاح الجد حتّى مع عدم رضئ ابنه. وفي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجد أحق بالجارية؛ لأنّها وأباها للجد»^(٣).

وأما رواية عبيد بن زرارة فلا دلالة لها على أن قول رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ناظر إلى ولاية الجد، وذلك فإن ولاية الجد على نكاح البنت ثابتة في الشرع، وإنما استدل الإمام عليه السلام على ولايته بالقول المزبور إلزاماً على الحاضرين؛ ولذا لم يذكر

(١) المصدر السابق: ٢٦٣، الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق: ٢٦٤، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩١، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٨.

وقد صرح بذلك أيضاً المحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، بل في شرح الروضة للفاضل الهندي: أَنَّ المتقدمين عَمَّوا الحكم باعتبار المصلحة [١] من غير استثناء. واستظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة - في باب الحجر - نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين. وقد حكى عن الشهيد في حواشي القواعد [٢] أَنَّ قطب الدين رحمته الله نقل عن العلامة رحمته الله: أَنَّهُ لو باع الولي بدون ثمن المثل، لَمْ لَا يُنْزَل منزلة الاتلاف بالافتراض؟ لَأَنَّا قائلون بجواز افتراض ماله وهو يستلزم جواز إتلافه، قال: وتوقف زاعماً أَنَّهُ لا يقدر على مخالفة الأصحاب.

قوله رحمته الله في سائر روايات الولاية. نعم، ذكر في صحيحة علي بن جعفر المتقدمة، لأنها وأبأها للجد، وقد ذكرنا أَنَّ ذلك ملاك الحكم بتقديم ولاية الجد على ولاية الأب، أضف إلى ذلك ضعف الرواية سنداً وعدم صلاحها للاعتماد عليها.

[١] يعني ^(١) أَنَّ المتقدمين ذكروا أَنَّ الولي يجوز له كُل تصرف يكون صلاحاً للطفل من غير استثناء حتى تصرفات الأب والجد.

[٢] يعني: حكى ^(٢) عن الشهيد رحمته الله أَنَّهُ قال في حواشيه على «القواعد» عن قطب الدين عن العلامة: أَنَّهُ لو باع الولي بدون ثمن المثل يكون باطلاً، وأما إذا افترض الولي ماله صح، مع أَنَّ الافتراض إتلاف لعين مال الطفل، وربما لا يتمكن على أداء بدله. وبتعبير آخر: قد يكون افتراض مال الطفل فساداً، فما وجه الفرق بين البيع بدون ثمن المثل والافتراض؟ وتوقف رحمته الله في نفي البأس بالبيع المزبور؛ لأنه لا يتمكن على مخالفة الأصحاب، حيث إن ظاهرهم عدم جوازه.

(١) أي ما ذكره الفاضل الهندي كما في المتن، المناهج السوية (مخطوط): ٦ في ذيل قول الشارح: وكذا لو اتجر الولي أو مأذونه للطفل.

(٢) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢١٧.

أقول: لا يجوز الاقتراض أيضاً فيما إذا لم يكن الولي مليئاً بحيث يحتمل عدم تمكنه على رده، فإن مثل صحيحة منصور بن حازم^(١) وإن كان مقتضى إطلاقها جواز اقتراض الولي ولو مع احتمال عدم التمكن على أداء بدله، إلا أنه لا يمكن الأخذ بالإطلاق المزبور في مقابل الآية^(٢) الناهية عن التقرب بمال اليتيم والممانعة عن الاقتراض المزبور، ولو بإطلاقها.

نعم، يرفع اليد عن منع الاقتراض بالإضافة إلى جارية الولد، فإن اقتراضها جائز ولو مع عدم كون الأب مليئاً، وآية النهي لا تعم الأب وعلى تقدير شمولها، كما إذا فرض يتم الطفل من ناحية أمه، فيرفع اليد عن عمومها أو إطلاقها؛ لما تقرر في محله من أن إطلاق الخاص أو المقيّد يقدم على عموم العام أو إطلاق المطلق.

لا يقال: كيف لا يجوز للولي اقتراض مال الطفل مع عدم كونه مليئاً، وفي رواية أحمد بن أبي نصر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لأيتام، فيحتاج إليه فيمد يده ويأخذه وينوي أن يرده، فقال: لا ينبغي أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من نيته أن لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾»^(٣)»^(٤).

فإنه يقال: جواز الاقتراض حتى مع احتمال عدم تمكنه على الرد مقتضى إطلاقها

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥٨، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥٢، سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٣) سورة النساء: الآية ١٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٢٥٩، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

هذا، ولكن الأقوى كفاية عدم المفسدة [١] وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصروهم؛ لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد وماله.

فيمنعه إطلاق الآية الناهية المتوجهة إلى الأولياء، هذا مع ضعف الرواية سنداً بسهل ابن زياد.

[١] استدل على كفاية عدم المفسدة مضافاً إلى الإطلاق في الروايات الواردة في موارد متفرقة بما ورد في نكاح الجد ونفوذه فيما أراد الجد نكاح البنت من أحد وهوى أبوها نكاحها من آخر، معللاً بأن البنت وأباها للجد، فإن مقتضى ذلك نفوذ تصرفات الجد ما لم تكن منافية للولاية، كما إذا كانت مفسدة للطفل، ويرفع بذلك اليد عن إطلاق الآية أو عمومها لو فرض شمولها للجد. وكذا يدل على اعتبار عدم الفساد قول رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» على ما تقدم من استشهاد الإمام عليه السلام به؛ لنفوذ نكاح الجد وتقديم نكاحه على نكاح الأب، فإن في الاستشهاد المزبور دلالة على ولاية الجد بمال الطفل.

أقول: قد تقدم عدم دلالة شيء مما ذكر على المدعى فلا نعيد. نعم، لا ينبغي الريب في عدم جواز التصرف فيما إذا كان التصرف المزبور فساداً لمال الطفل؛ لمنافاته لمقتضى الولاية المجعولة للولي، ويمكن أن يقال: عدم اعتبار كونه صلاحاً لمثل موثقة عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضراً إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٢.

وأما الآية الشريفة فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بما دل على ولاية الجد وسلطنته، الظاهرة في أن له أن يتصرف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له؛ فإن ما دل على ولاية الجد في النكاح معللاً بأن البنت وأباها للجد، وقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به في مضي نكاح الجد بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الأمراء - وغير ذلك - يدل على ذلك. مع أنه لو سلمنا عدم التخصيص، وجب الاختصار عليه في حكم الجد، دون الأب. ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعة؛ فقد حكي عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر.

ثم لا خلاف ظاهراً - كما ادعى - في أن الجد وإن علا يشارك الأب في الحكم، ويدل عليه ما دل على أن الشخص وماله - الذي منه مال ابنه - لأبيه، وما دل على أن الولد والوالد لجدّه.

ولو فقد الأب وبقي الجد فهل أبوه أو جدّه [١] يقوم مقامه في المشاركة أو

ولكن في التعدي عنها إلى التصرف المالي تأمل، مع ملاحظة الآية (١) الناهية عن التقرب بمال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن.

[١] يعني إذا فقد الأب فهل أب الأب يقوم مقام الأب ويشارك الجد البعيد في الولاية على الطفل أو تختص الولاية بالجد القريب، أي أب الأب؟ مقتضى ما ورد من أن الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه، ومن أن البنت والوالدها للجد هي المشاركة، فإن الولاية لو لم تختص بالجد الأعلى فلا أقل من تساويه الجد الأدنى، نظير ما تقدم

يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد ووالده لجدّه، وهو المحكي عن ظاهر جماعة، ومن أنّ مقتضى قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ كون القريب أولى بقربه من البعيد، فنفي ولاية البعيد، خرج منه الجدّ مع الأب، وبقي الباقي. وليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك: «هو أحقّ بالأمر من فلان» ونحوه، وهذا محكي عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية والمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

في ولاية الأب مع الجد ومقتضى آية: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(١) هو الاختصاص؛ لكون الجد الأدنى أولى بالميت من الأعلى، والأولوية في الآية ليست بمعنى التفضيل ليكون القريب والبعيد مشتركين في الولاية، بل بمعنى المجرد، كما في قول القائل: «فلان أحقّ بهذا الأمر من غيره».

والحاصل: المستفاد من الآية المباركة اختصاص الولاية بالجد الأدنى، ويرفع اليد عن ذلك في مورد اجتماع الأب والجد فإن اشتراكهما، بل واشتراك الجد البعيد أيضاً في فرض حياة الأب مقتضى الروايات التي تقدم بعضها. أقول: لو تم ما ذكر من دلالة قول رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» وأن الولد ووالده للجد على الولاية لكان شموله للجد الأعلى والأدنى معاً موجباً لرفع اليد عن إطلاق الآية.

وبتعبير آخر: لا مجال للأخذ بإطلاق الآية مع تمام الوجه الأول المقتضي لاشتراك الجد الأعلى والأدنى في الولاية على الطفل، بل الصحيح أنّ الآية لا دلالة لها على الولاية وإرثها، بل هي ناظرة إلى إرث المال؛ ولذا لم يلتزم أحد بثبوت الولاية على

(١) سورة الأنفال: الآية ٧٥، سورة الأحزاب: الآية ٦.

مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله: الحاكم، والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه، امتثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعيناً بالله: للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله ومورده المسائل الفرعية

الطفل بحسب طبقات الإرث. والعمدة في ولاية الجد مع الأب ما ورد في نفوذ نكاحهما، كما أن الإطلاق في بعض ما ورد في نكاحهما يعم الجد الأعلى ولكن في صورة حياة الأب. ولا يبعد أن يقال: إنه لا يحتمل ثبوت الولاية للجد الأعلى مع حياة الأب وعدم ثبوتها مع وفاته، خصوصاً بملاحظة تعليل الحكم بأن الجد أولى بالجارية؛ لكونها وأباها للجد.

بقي في المقام أمر، وهو أن في استفادة الولاية بمال الطفل للجد مما ورد في ولاية الجد والأب في نكاح البنت إشكالاً، فإن هذه الولاية ثابتة لهما في النكاح حتى بالإضافة إلى البنت البالغة الباكرة على الأصح، مع أنه لا يمكن التعدي إلى مال الباكرة البالغة، وعليه فيحتمل اختصاص هذا الحكم بالنكاح ولا يكون للجد مع الأب ولاية في مال الطفل. ويمكن دفعه بالتشبث بإطلاق الأب والوالد وشمولهما للجد أيضاً، وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأن والده هو الذي يلي أمره»^(١)، فتدبر.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٨، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١.

والموضوعات الاستنباطية [١] من حيث ترتب حكم فرعي عليها. ولا إشكال ولا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقهاء، إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامة. وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الإجتهد والتقليد.

[١] المسائل الفرعية، وهي القضايا المتكلفة بالأحكام التكليفية التي تتعلق بأفعال المكلفين، أو الوضعية المجعولة لموضوعاتها، يرجع في معرفتها إلى الفقيه. وكذا في الموضوعات المستنبطة الشرعية كالعبادات، بل العرفية، حيث يرجع فيها أيضاً إلى الفقيه في جهة سعتها وضيقها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها، فيرجع -مثلاً- في أن حرمة الغناء فيها سعة تعم الكلام الحق أو تختص بما إذا كان الكلام فيه باطلاً.

والحاصل: أن للفقهاء مناصب ثلاثة:

الأول: جواز الإفتاء في المسائل الفرعية.

الثاني: جواز القضاء بين الناس، ومورد القضاء المرافعات، بل وغيرها في الجملة، وفي معتبرة سالم بن مكرم قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»^(١)، فإنها وإن تكون ناظرة إلى المرافعات إلا أن التعليل مقتضاه الرجوع إليه في جميع شؤون القاضي كالحكم بثبوت رؤية الهلال. وأما إثبات نفوذ الحكم الابتدائي عن الفقيه مطلقاً فلا يستفاد منها. نعم، ربما يستفاد ذلك من مقبولة عمر بن حنظلة، حيث ورد فيها: «والرأى علينا الرأى على الله»^(٢)، إلا أنها للمناقشة في سندها لا تصلح للاعتماد، وقد تكلمنا فيها في بحث القضاء مفصلاً.

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ١٣، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشريعة ٢٧: ١٣٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث واحد.

الثاني: الحكومة، فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها في الجملة. وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوىً ونصاً. وتفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم والمحكوم به والمحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس، وهو المقصود بالتفصيل هنا، فنقول: الولاية تتصور على وجهين: [١]

الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس على ما يأتي.

وينبغي أن يعلم أن البحث في ولاية الفقيه، بمعنى نفوذ تصرفه في مال الغير أو في وجوب اتباع حكمه بحث فقهي، حيث إن الأول كالبحث في ولاية الأب والجد أو عدول المؤمنين. الثاني كالبحث في وجوب طاعة الوالدين، وكل من النفوذ ووجوب الطاعة في المقام، بمعنى كون أمر الفقيه بفعل أو نهيه عنه، يكون من العناوين الثانوية للأفعال كأمر الوالد ونهيه، أم لا حكم شرعي فرعي.

وولاية النبي ﷺ بالتصرف في أموال الناس ووجوب طاعته فيما إذا كان أمره أو نهيه بعنوان الولاية على الرعية أيضاً حكم شرعي عملي، ولكن بما أن معرفة النبي ﷺ والإمام عليه السلام والاعتقاد بهما بمالهما من الشؤون مطلوب نفسي أيضاً فيكون البحث في وجوب معرفتهما والاعتقاد بهما بمالهما من الشؤون من مسائل الكلام. كيف ومعرفة الأول والاعتقاد به مقوم للإسلام، ومعرفة الثاني والاعتقاد به مقوم للإيمان، أي المذهب، ومع ذلك شرط لصحة الأعمال ولا أقل من كونه شرطاً لقبولها.

وهذا الوجوب النفسي للمعرفة والاعتقاد لا يجري في غير النبي ﷺ والإمام المعصوم عليه السلام كما لا يخفى.

[١] الوجه الأول من الولاية: أن يجوز للحاكم الشرعي التصدي لها سواء جاز لغيره ذلك التصرف بإذنه أم لا. والثاني: ما لا يكون للحاكم التصدي لذلك التصرف

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، ومرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، وكون تصرف الغير منوطاً بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره.

وبين موارد الوجهين عموم من وجه. ثم إذنه المعتبر في تصرف الغير: إما أن يكون على وجه الاستنابة، كوكيل الحاكم. وإما أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم. وإما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له.

مستقلاً، إلا أنه يجوز للغير القيام به بإذن الحاكم فيكون إذنه شرطاً في جواز ذلك التصرف للغير أو وجوبه عليه، أو شرطاً للواجب، وبين الوجهين من حيث المورد عموم من وجه. فإنه ربما يجوز للحاكم التصدي كما يجوز لغيره القيام به بإذنه، كما في التصرف في أموال القصر والقيام بتجهيز ميت من تركته ولأولي له، وهذا مورد الاجتماع.

وربما يجوز للحاكم التصدي ولا يجوز للغير القيام به، كنصب القيم والمتولي ونحوهما، بناءً على اعتبار المباشرة في جعل هذه المناصب.

وربما يجوز للغير العمل بإذن الحاكم ولكن لا يجوز للحاكم المباشرة استقلالاً كما في إيصال السهم المبارك، بل سهم السادة إلى مصارفهما، فإنه لا يجوز للحاكم على قول الاستقلال في الإيصال بقهره على المالك وأخذ المال من يده، ويجوز للمالك الإيصال مع الاستئذان، وهذا بالإضافة إلى غير المالك الممتنع، وأما الممتنع فيجوز للحاكم القهر عليه، والتفصيل في بحث الخمس إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد [١] بشيء من الوجوه المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي والأئمة -صلوات الله عليهم أجمعين- بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾،

[١] الأصل عدم ثبوت الولاية بالإضافة إلى أموال الناس وأنفسهم لأحد، حيث إن هذه الولاية أمر جعلي اعتباري مسبوق بالعدم، والقائل بثبوتها للفقهاء يمكن أن يتشبث بأن هذه الولاية كانت للنبي والأئمة عليهم السلام وقد أعطيت للفقهاء من قبلهم.

فينبغي لنا التكلم في مقامات ثلاثة:

الأول: الولاية التي كانت للنبي ﷺ والإمام عليّ عليه السلام ما هي من حيث سعتها وضيقها بحسب ما بأيدينا من الأدلة.

الثاني: هل أعطيت تلك الولاية بتمامها للفقهاء من قبل النبي ﷺ أو الإمام عليّ عليه السلام أم لا؟

الثالث: إذا لم تثبت تلك الولاية للفقهاء فهل له ولاية بعض التصرفات في الأموال والأنفس؟ وما هي حدود ذلك البعض من حيث السعة والضيق؟

أما الكلام في المقام الأول، فقد أشرنا أن الولاية المفروض فيها أمر اعتباري في مقابل الولاية التكوينية التي عبارة عن تأثير مشية النبي ﷺ أو الإمام عليّ عليه السلام في أمر كوني بمجرد ما فعل ما يكون التأثير به من قبيل خرق العادة، كإحياء عيسى (على نبينا وآله وعليه الصلاة والسلام)، وتفجير موسى عليه السلام العيون بضرب عصاه... إلى غير ذلك.

ودعوى أن هذه الأمور تحصل بمشية الله ولم يكن صدورها عنهم كصدور سائر أفعالهم، يكذبها ظاهر الكتاب المجيد، قال الله سبحانه حكاية عن قول عيسى: ﴿قَدْ

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ، ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾، و﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، و﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ...﴾، الآية إلى غير ذلك.

جِئْتُكُمْ بِآيَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ أَنِّي أَخْلُقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ^(١) الآية. وذكر كون هذه الأفعال بإذن ربه لا ينافي صدورها عنه ﷺ، حيث إن الإذن المزبور تكوييني وعبرة عن إعطاء الله جلّ وعلا القدرة عليها، نظير قوله سبحانه: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾^(٢).

وثبتت هذه الولاية التكوينية للأئمة ﷺ يظهر من الروايات المختلفة الواردة في الحوادث المتفرقة والشواهد التاريخية بحيث يحصل للمتتبع الجزم بها. وربما يستدل في ثبوتها لهم ﷺ بكونهم أفضل من أنبياء السلف، وأن علياً ﷺ كنفس النبي ﷺ فكيف لا يثبت لهم ﷺ ما كان ثابتاً للأنبياء ولكن الاستدلال مخدوش، فإن كونهم (سلام الله عليهم) أفضل ثبوت أكملية أنفسهم وشدة تقربهم إليه سبحانه وسعة علمهم لا ثبوت المعجزة بأيديهم، حيث إن وجه الحاجة إلى المعجزة يختص بالنبي ﷺ ولا يجري في الخليفة والوصي، حيث يكون ذلك بتعيين النبي ﷺ ونصبه كما لا يخفى.

وأما الاستدلال على ولايتهم التشريعية فبآيات، منها قوله سبحانه: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾^(٣)، حيث يقال: إن المستفاد من الآية المباركة أن كل تصرف اعتباري يكون للمؤمن فيه ولاية بحيث يكون التصرف المزبور منه نافذاً، كبيع ماله

(١) سورة آل عمران: الآية ٤٩.

(٢) سورة الحشر: الآية ٥.

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٦.

وقال النبي ﷺ - كما في رواية أيوب بن عطية - : «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه»، وقال في يوم غدير خم: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه».

وطلاق زوجته، يكون للنبي ﷺ ولاية عليه، فيصح ما إذا باع على المالك أو أوقع طلاق زوجته أو وهب ماله... إلى غير ذلك.

كما يقال: إن النبي ﷺ بمنزلة نفس المؤمن، بل أولى منه، فيجوز للنبي ﷺ ما يجوز للمؤمن من التصرفات، سواء كانت تلك التصرفات اعتبارية أو كانت متعلقة بمال المؤمن أو نفسه أو غيرهما.

وقد يقال: إن مفاد الآية المباركة لزوم طاعة النبي، وأن على المؤمن أن يترك مشيئة نفسه في مقابل مشيئة النبي وأمره. وبعبارة أخرى: الأفعال التي ثبتت في الشرع كون زمامها بيد المؤمن وأنه لا إلزام عليه فيها من الشرع بحيث يكون فيها داعي المؤمن إلى الفعل أو الترك نفسه يلزم عليه الأخذ بإرادة النبي وأمره، ويترك دعوة نفسه.

والحاصل: أن أمر النبي ونهيه بما هو شارع ومخبر عن الله سبحانه غير أمره بما هو ولي أمر المؤمنين، ومقتضى الآية وجوب طاعته بالإضافة إلى القسم الثاني أيضاً من أمره.

أقول: أما دعوى كون النبي ﷺ بمنزلة نفس المؤمن، بل هو أولى منه فيجوز له ما يجوز للمؤمن من الأفعال، فهذا مما لا يمكن الالتزام به، فإن من الأفعال ما يجوز للمؤمن باعتبار كونه داخلياً في العنوان الذي حكم الشرع بجوازه لمن ينطبق عليه ذلك العنوان، كجواز الاستمتاع من الزوجة، فيجوز الفعل للنبي أيضاً فيما إذا دخل في ذلك العنوان، وهذا من حكم الشرع يشترك فيه النبي وأمته. وأما إذا لم يدخل في ذلك العنوان فلا يجوز له كما لا يجوز لغيره، والأحكام المختصة بالنبي ﷺ في الشرع

والأخبار في افتراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك (منها) مقبولة عمر بن حنظلة، ومشهورة أبي خديجة، والتوقيع الآتي، حيث علّل فيها حكومة الفقيه وتسّلطه على الناس: بأنّي قد جعلته كذلك، وأنّه حجّتي عليكم.

معدودة ومعروفة.

وما قيل: من أنه يجوز كلّ تصرف للنبي ﷺ في نفس الغير وماله ولكن من جهة الأسباب الشرعية المقررة لجواز تلك الأفعال، مثلاً يجوز له الاستمتاع بزوجة الغير بعد طلاقها ونكاحها بعد انقضاء عدتها، فمرجهه إلى ولايته على التصرفات الاعتبارية فقط كما لا يخفى. وكذا دعوى كونه ﷺ أولى بالتصرفات الاعتبارية التي يجوز للمؤمن أو الحقوق الثابتة له من حق القصاص وحق أخذ الدية والمطالبة بالدين، فإنه لا ظن لأحد الالتزام بأن للنبي القصاص إذا تركه وليّ الميت ولم يطالب به أو أبرأ المديون عن دينه مع مطالبة الدائن.

وقد ورد في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليه السلام قال أمير المؤمنين عليه السلام: «إذا حضر سلطان من سلطان الله جنازة فهو أحق بالصلاة عليها إن قدمه وليّ الميت، وإلا فهو غاصب»^(١). نعم، التصرفات العامة أو الخاصة المعبر عنهما بالأمور الحسبية والتي يرجع فيها كلّ قوم إلى رؤسائهم على ما يأتي تكون بيد النبي ﷺ والإمام عليه السلام؛ لكون النبي ﷺ والإمام عليه السلام من بعده وليّ الأمر. وهذه الأمور من شؤون وليّ الأمر، كما يستفاد ذلك ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات وغيرهما، ويقتضيه أيضاً ما يأتي في بيان الأمور الحسبية.

(١) وسائل الشيعة ٣: ١١٤، الباب ٢٣ من أبواب صلاة الجنازة، الحديث ٤.

وأما الإجماع فغير خفي.

وأما العقل القطعي [١]، فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنّهم أولياء النعم، والغير المستقلّ حكمه بأنّ الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة، كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

وأما الاستدلال على ولايته ﷺ على التصرف على أموال الناس بقوله ﷺ - في قضية سمرة بن جندب - للأنصاري: «أذهب فاقلعها، وارم بها إليه»^(١)، فلا يمكن المساعدة عليه، حيث لا دلالة في الحديث على عدم ضمان الأنصاري النخلة التي قلّعها وإنما تدل على جواز قلّعها. ويمكن أن يكون الوجه في جوازه أنّ حرمة إتلاف مال الغير مع وجوب التحفظ على العرض في الفرض كانا متزاحمين، وبما أنّ وجوب التحفظ على العرض لو لم يكن أهم من حرمة الإتلاف بالقلع فلا ريب في عدم كون حرمة الإتلاف أهم، فيجوز في مقام التزاحم رعاية التحفظ على العرض.

والحاصل: أنّ ما ذكره ﷺ لسمرة لا يخرج عن بيان الحكم الشرعي؛ ولذا عنون في «الوسائل» الباب بأنّ من كان له نخلة في حائط الغير وفيه عياله فأبى صاحبه أن يستأذن أو أن يبيعها جاز قلّعها ودفعها إليه، ولو كان الحكم للولاية في المال لكان الأنسب تملك النخلة من الأنصاري تحفظاً على ضياع المال، والتعليل بنفي الضرر راجع إلى المنع عن الدخول بلا استئذان كما لا يخفى.

[١] والمستقل ما يستقل به العقل مع قطع النظر عن حكم الشرع، بخلاف العقل غير المستقل فإنه يكون بتبع حكم الشرع.

(١) وسائل الشريعة ٢٥: ٤٢٨، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٣.

والمقصود من جميع ذلك: دفع ما يتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية وأنه لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطته على الأموال والأنفس.

وتقرير الأول في المقام: أن الإمام عليه السلام منعم، أي ولي النعمة، فإنه ببركة وجوده تنزل السماء مطرها وتسكن الأرض لسكانها وتجري الشمس والقمر بحسبانها وإن كان كل ذلك بمشيئة العلي القدير إجلالاً لهم صلوات الله عليهم، وإذا كان الإمام منعماً فيجب معرفته وطاعته؛ لأن في مخالفته وترك معرفته احتمال الضرر، كما ذكر ذلك في معرفة الله ورسوله ووجوب طاعتهما.

وأما غير المستقل، فإنه وجب في الشرع إطاعة الوالدين، وإذا اقتضت الأبوة وجوب طاعة الأب على ابنه في الجملة، أي في غير الموارد التي تكون طاعته فيها معصية لله سبحانه، كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية باعتبار أن حقها أعظم من حق الأبوة.

ولكن لا يخفى أن الوجهين من حكم العقل على تقدير عدم المناقشة في الثاني بأنه من القياس الظني وفي الأول بأن احتمال الضرر في ترك معرفة الإمام وطاعته كاف لا حاجة إلى إثبات كونه ولي النعم، كما ذكر مقتضاهما وجوب طاعة الإمام على الرعية لانفوذ تصرفاته في أموال الناس، كما لم تكن هذه الولاية للوالد على مال ابنه على ما تقدم.

ولا يخفى أيضاً أن وجوب طاعة الوالد على الولد غير ثابت، بل الثابت حرمة عقوق الوالدين فقط، فلا بأس بتركها فيها إذا لم يكن ترك طاعة الوالد إيذاءه وتألمه، كما إذا ترك طاعته في مورد لا يعلم الوالد بذلك.

والمتحصل إلى هنا: أن الواجب على الرعية إطاعة الرسول والأئمة عليهم السلام في

وبالجملة، فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التتبع والتأمل: أن للإمام عليه السلام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، وأن تصرفهم نافذ على الرعية ماضٍ مطلقاً. هذا كله في ولايتهم بالمعنى الأول. وأمّا بالمعنى الثاني - أعني اشتراط

أوامرهم ونواهيهم، سواء كان الأمر والنهي من قبيل الحكم الشخصي أو الحكم العام بالإضافة إلى عامة المسلمين أو طائفة منهم، وحتى الأمر والنهي من المنصب من قبلهم عليه السلام كالوالي والحاكم فيما إذا لم يكن الأمر والنهي من الوالي أو الحاكم مخالفاً لموازن الأحكام الثابتة في الشرع، حيث لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. والمنصب من قبلهم عليه السلام داخل في عنوان «أولو الأمر» في الآية المباركة^(١)، وما ورد في تفسيرها من المراد منهم هم الأئمة عليهم السلام لا ينافي ذلك، فإن طاعة المنصب من الرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام طاعة للنبي والإمام.

ثم إن ترك طاعة النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام إن كان بعنوان الخروج عليهم فذلك موجب لسقوط احترام نفس الخارج، سواء كان الخروج للعناد والنصب للإمام عليه السلام أو لغير ذلك من الدواعي، كما يظهر ذلك بملاحظة الحوادث الواقعة في زمان النبي صلى الله عليه وآله وخلافة علي عليه السلام، غاية الأمر إذا كان الخروج للنصب والعداوة فهو موجب للكفر أيضاً، وإذا كان بداعٍ آخر غير النصب فكونه موجباً للكفر غير ثابت.

نعم، إذا قتل في الحرب مع الإمام أو المنصب من قبله لا يجب تجهيزه، كما يشهد لذلك ملاحظة الغزوات والحوادث الواقعة في زمان خلافة علي عليه السلام، والتمسك في إثبات كفرهم بعموم ما دل على تجهيز كل ميت مسلم بدعوى أن أصالة عمومهم بضميمة العلم بعدم وجوبه في قتلى الخوارج وغيرهم يكشف عن كفرهم لا يمكن

(١) وهي الآية «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» في سورة النساء: الآية ٥٩.

تصرّف الغير بإذنيهم - فهو وإن كان مخالفاً للأصل، إلا أنه قد ورد أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة [١] على شخص معين من الرعية، كالحدود والتعزيرات، والتصرّف في أموال القاصرين، وإلزام الناس بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك. ويكفي في ذلك ما دلّ على أنّهم أولو الأمر وولاته، فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص. وكذا ما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث معللاً بـ «أنّهم حجّتي عليكم وأنا حجة الله»؛ فإنّه دلّ على أنّ الإمام هو المرجع الأصلي.

المساعدة عليه؛ لما تقرر في محله من أنه لا اعتبار بالعموم فيما إذا أحرز خروج الشيء عن حكم العام ودار العام بين أن يكون الخروج بنحو التخصص أو التخصيص. وأما إذا كان ترك الطاعة كترك طاعة الله ولمجرد الاحتراز عن كلفة التكليف يكون ذلك من مجرد المعصية، نظير المعصية في تكاليف الشرع.

[١] المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معين، المعبر عنها بالأمور الحسبية هي التي علم من الشرع العمل بها وعدم جواز تركها وأن التكليف بها لم يتوجه إلى شخص معين، ولا تكون من الواجب الكفائي؛ لتكون مطلوبة على كلّ أحد كالتصرف في أموال القصر من الذين ليس لهم أولياء والموقوفات العامة التي لم يعين المتولي لها من قبل الواقفين. أو قام الدليل على كونها بيد ولي أمر المسلمين والحاكمين كإقامة الحدود والتعزيرات والتصدي لجميع الحقوق الشرعية وصرفها لمواردها، والتصدي لتنظيم أمر جوامع المسلمين وبلادهم.

ولو فرض الشك في اعتبار الرجوع فلا بد من الاحتياط والرجوع إلى إذن

وما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علل حاجة الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال -بعد ذكر جملة من العلل -: «ومنها: أننا لا نجد فرقة من الفرق، ولا ملة من الملل عاشوا وبقوا إلا بقيم ورئيس؛ لما لا بدّ لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بدّ لهم منه ولا قوام لهم إلا به».

هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، وأنها لإمام المسلمين، وفي الصلاة على الجنائز من: أن سلطان الله أحقّ بها من كل أحد، وغير ذلك ممّا يعثر عليه المتتبع.

وكيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامة بدون إذنهم ورضاهم، لكن لا عموم يقتضي أصالة توقّف كل تصرف على الإذن. نعم، الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولي الأمر وولاته والمرجع الأصلي في الحوادث الواقعة، والمرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، وإلا فإلى الأصول العملية، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول؛ لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجة، وإنما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض.

الإمام عليه السلام، ولا يمكن التمسك بإطلاق دليل ذلك التصرف، سواء كان على الجواز أو المنع، كما لا يمكن الرجوع إلى أصالة البراءة عن الاعتبار، لأنّ المفروض تمكن المكلف على الرجوع إليه عليه السلام. ومع إمكان الفحص عن المخصص أو المقيد لا يمكن التمسك بالإطلاق أو العموم، فضلاً عن الأصل العملي، وما ربما يظهر من عبارة المصنف رحمته الله من اختصاص عدم الجواز بالأصول العملية فيه ما لا يخفى.

وبالجملة، فلا يهْمُنَا التعرُّض لذلك، إنما المهمُّ التعرُّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين، فنقول:

أما الولاية على الوجه الأول [١] - أعني استقلاله في التصرف - فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيَّل من أخبار واردة في شأن العلماء مثل: «أنَّ العلماء ورثة الأنبياء، وذاك [أنَّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظٍّ وافر]». و«أنَّ العلماء أُمَنَاءُ الرِّسْلِ».

[١] يقع الكلام في المقام في أنَّ الولاية الثابتة للنبي والأئمة عليهم السلام تثبت للفقيه العادل في زمان الغيبة أم لا، فقد يقال: نعم، ويستدل عليها بروايات واردة في شأن العلماء.

منها: عن الصدوق عليه السلام في «عيون الأخبار» عن الرضا من آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات، ف قيل له: يا رسول الله، ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدي ويروون عني أحاديثي وسنتي، فيعلِّمونها الناس من بعدي»^(١). ورواه في «معاني الأخبار» عن أبيه عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن يعقوبي، عن عيسى بن عبدالله العلوي عن أبيه عن جده عن علي مثله^(٢). وفي «المستدرک» عن صحيفة الرضا بإسناده عن آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: اللهم ارحم خلفائي - ثلاث مرات - قيل: يا رسول الله، ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدي ويروون أحاديثي وسنتي، ويعلمونها للناس من بعدي»^(٣).

(١) عيون الأخبار ٢: ٣٧ / ٩٤.

(٢) معاني الأخبار ١: ٣٧٤.

(٣) المستدرک ١٧: ٢٨٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٠.

وعن قطب الراوندي في كتاب «لب اللباب» عن النبي ﷺ قال: «رحمة الله على خلفائي، قالوا: ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يحيون سنتي ويعلمونها عباد الله، ومن يحضره الموت وهو يطلب العلم ليحيي به الإسلام فينه وبين الأنبياء درجة»^(١).

وعن السيد هبة الله نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندي، عن أمير المؤمنين عليه السلام عن النبي ﷺ قال: «أدلكم على الخلفاء من أمتي، وأصحابي، ومن الأنبياء قبلي، هم حملة القرآن والأحاديث عني وعنهم، في الله ولله عز وجل، ومن خرج يوماً في طلب العلم فله أجر سبعين نبياً»^(٢).

أقول: هذه الرواية وإن كانت على نقل «العيون» و«معاني الأخبار» مسندة، إلا أن سندها ضعف؛ لأنَّ سند العيون هو إسناد إسباغ الوضوء وسند «معاني الأخبار» فيه عيسى بن عبد الله العلوي عن أبيه، مع أنه لم يعلم أنَّ يعقوبي هو داود بن علي الهاشمي والمنقولات في المستند مراسلات.

ودعوى أنَّ هذه الرواية لكثرة طرقها لا تخرج عن بعض المراسيل التي يعمل بها الأصحاب كمراسيل ابن أبي عمير، لا يمكن المساعدة عليها أولاً، فإن المراسيل لا يعمل بها حتى مراسيل ابن أبي عمير، وثانياً على تقدير العمل بمراسيل ابن أبي عمير فهو لشهادة الشيخ وغيره بأنه لا يرسل إلا عن ثقة، ومع الغمض عن أمر السند فدلالتها على الولاية للعلماء بالمعنى المتقدم ممنوعة. فإن النبي ﷺ وإن كان له منصب الزعامة الدينية، بمعنى بيان أحكام الشرع، ومنصب الزعامة الدنيوية، بمعنى كونه زعيماً

(١) المستدرك ١٧: ٣٠٠، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤٨، عن كتاب «لب اللباب».

(٢) المستدرك ١٧: ٣٠١، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥٢، والمجموع الرائق للسيد هبة الله -

نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندي -: ١٧٨.

للمسلمين بالمعنى المتقدم، إلا أن هذه الرواية وأمثالها ناظرة إلى الخلافة، أي مرتبة من الزعامة الدينية، بمعنى نشر الأحكام وإبلاغها للناس، ويشهد لذلك ما في ذيلها من قوله: «يروون أحاديثي وستي ويعلمونها للناس من بعدي»^(١)، وأجر التعليم.

ودعوى كون ذلك من باب المعرف للولي، حيث إن المعروف والمتيقن من معنى الخلافة هي الزعامة الدنيوية لا يمكن المساعدة عليها، فإنه قد عطف في بعض النقل على الأمة أصحابه، ومن الظاهر أنه لم يكن لأصحابه ولاية على المؤمنين بالمعنى المزبور؛ ليكون العلماء من غيرهم خلفاء بالمعنى المزبور.

ومنها: رواية علي بن أبي حمزة قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام موسى بن جعفر يقول: إذ مات المؤمن بكت عليه الملائكة وبقاع الأرض التي يعبد الله عليها، وأبواب السماء التي كان يصعد فيها بأعماله، وثلم في الإسلام ثلثة لا يسدها شيء؛ لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها»^(٢). وهذه الرواية ضعيفة في سندها ودالاتها.

أما سندها، فإن علي بن حمزة كذاب متهم، كما عن ابن فضال، ومعه لا عبرة بوقوعه في سند «كامل الزيارات» أو «تفسير علي بن إبراهيم» حيث إن وقوعه في سندهما لا يزيد عن التصريح بتوثيقه الذي يسقط عن الاعتبار بالمعارضة، وكذا الحال في توثيق الشيخ عليه السلام في كتاب «العدة»، وقال: «لأجل ذلك عمل الطائفة بأخباره»^(٣) فإنه مع معارضته ما عن ابن فضال وغيره لا يمكن الاعتماد عليه، مع أن المتبع في كلمات

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٩٢، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضي به، الحديث ٥٣.

(٢) أصول الكافي ١: ٣٨، باب فقد العلماء من كتاب فضل العلم، الحديث ٣.

(٣) اختيار معرفة الرجال (رجال الكشي) ٢: ٧٠٥ / ٧٥٥.

الأصحاب لا يجد موارد العمل بروايته فيما إذا انفرد.

وما عن ابن الغضائري في ترجمة ابنه الحسن من أن أباه أوثق منه^(١). لا يوجب توثيقه، الكتاب المزبور لم يثبت أنه لحسين بن عبيدالله الغضائري أو ابنه؛ لأن النجاشي لم يذكر أن لشيخه كتاب الرجال، مع أنه أعرف بحاله وكتابه موضوع لذکر كتب مشايخه وغيرهم، كما أنه لم يذكر ذلك الشيخ أو غيره من أصحاب الرجال. ومن المحتمل يكون الكتاب المزبور وضعه بعض المخالفين، ونسبه إلى ابن الغضائري، هذا أولاً.

وثانياً: أنه ذكر في الكتاب المزبور في ابنه الحسن أنه ضعيف وأبوه أوثق منه، فيكون ظاهر الكلام المزبور أن ابنه الحسن أضعف من أبيه.

وأما ضعف الدلالة، فإن كون الفقهاء حصوناً للإسلام فمقتضاه كونهم رادعين عن التحريف والتأويل في أحكام الشرع، فإن الإسلام في نفسه عبارة عن الأحكام والقوانين المفعولة من الشرع، والرياسة العامة وثبوت الولاية له كولاية الرسول ﷺ والإمام عليه السلام لا يستفاد منها بوجه كما لا يخفى.

ومنها: معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله، وما دخولهم في الدنيا؟ قال: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم»^(٢)، فإنه قد يقال: إنه يستفاد منها العلماء أمناء الرسل في جميع الشؤون المتعلقة بهم صلى الله عليهم أجمعين، وأوضحها الزعامة على الأمة وليس شأن رسول الله ذكر الأحكام فقط؛ ليكون الفقيه

(١) حكاة العلامة في خلاصة الأقوال: ٣٣٤، الرقم ٧.

(٢) أصول الكافي ١: ٤٦، باب المستأكل بعلمه والمباهي به من كتاب فضل العلم، الحديث ٥.

أميناً فيه فقط.

وفيه: أن الأمين يطلق على حافظ الشيء ليرده على صاحبه أو من يأمر صاحبه برده إليه، وهذا بالإضافة إلى الأحكام الشرعية ظاهر، فإن حفظ الأحكام للعالمين بها كلاً أو بعضاً وإبلاغها وتعليم الجاهلين بها والمستفسرين من وظيفة العلماء.

وأما الزعامة العامة فعلى تقدير ثبوتها لجميع الرسل فليس حفظها من وظيفة العلماء فقط، بل كل المسلمين مكلفين بالتحفظ لها وعدم وصولها إلى أيدي الخونة والجائرين، وإقرارها لمن قرر الشارع لخلفائه من بعده، وكذا الحال بالإضافة إلى بسط العدالة الاجتماعية.

وبعبارة أخرى: الحديث ناظر إلى كون العلماء حفاظاً للشرع من التلف وعدم وصولها إلى عامة الناس والمستفسرين عنها، كما يشهد بذلك ما في ذيله: «إذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم».

ومنها: التوقيع المروي عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب عن إسحاق بن يعقوب قال: «سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً، قد سألت عن مسائل أشكلت عليّ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف): «أما سألت عنه أُرشدك الله وثبتك - إلى أن قال -: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجّتي عليكم، وأنا حجّة الله، وأما محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه وعن أبيه من قبل، فإنه ثقتي، وكتابه كتابي»^(١). وهذا التوقيع ضعيف من جهة سنده بإسحاق بن يعقوب حيث إنه مجهول، وفي

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضي به، الحديث ٩.

جهة دلالة حيث إن المراد بالحوادث غير ظاهر، فإنها وردت في الكلام المنقول عن الإمام عليه السلام مسبقاً بالسؤال الذي لم يصل إلينا، فلعل كان في السؤال قرينة على إرادة الاستفسار عن الوقائع التي يحتاج فيها إلى الحاكم لرفع الخصومة وفصل النزاع، فيكون التوقيع مساوفاً لما دل على وجوب إرجاع المنازعات إلى رواة الأصحاب. ولا ينافي ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله من القرائن على عدم إرادة وجوب تعلم الأحكام، وهي أن الأمر بالرجوع في نفس الحوادث لا في أحكامها، وأن تعليقه عليه السلام وجوب الرجوع إليهم بأنه حجته عليهم وأنه عليه السلام حجة الله مقتضاه التولية وإعطاء الولاية للرواة، ولو كان المراد تعلم الأحكام الشرعية لكان التعليل بأنهم حجج الله عليكم أنسب، وأن تعلم الأحكام الشرعية من الرواة من ضروريات الإسلام من السلف إلى الخلف، فلا مورد لسؤال مثل إسحاق بن يعقوب عنه وجعله من المسائل المشككة عليه.

هذا، مع أنه - كما ذكرنا - لم يظهر حال إسحاق بن يعقوب ليقال: إنه يبعد سؤاله عن طريق تعلم الأحكام الشرعية وجعله من المسائل المشككة عليه، كيف وقد وقع السؤال عن طريق تعلمها وممن يؤخذ في غير واحد من الروايات. أضف إلى ذلك تعليل الإرجاع إلى رواة الحديث بأن الرواة حجته عليهم والإمام عليه السلام حجة الله لا يقتضي أن يكون الحديث ناظراً إلى الولاية العامة، بل يمكن أن يكون ناظراً إلى القضاء وتعلم الأحكام، فإن الحجة ما يحتاج به، فالإمام عليه السلام يحتاج بما ذكر للرواة والرواة بما ذكروا لعامة الناس، والتفرقة الواردة في الرواية يمكن أن تكون بهذا الاعتبار، وإلا فكل من الولاية والاعتبار على تقديرهما ثابت بأصل الشرع.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الاستدلال على ولاية الفقيه بما ذكر في مقبولة

عمر بن حنظلة من قوله عليه السلام: «إني قد جعلته عليكم حاكماً»^(١) فإنه لا يستفاد منه إلا ثبوت منصب القضاء والحكم للفقهاء، وقد يستدل على ثبوت الولاية العامة للفقهاء برواية اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح! قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي»^(٢).

ووجه الاستدلال أن منصب القضاء ثابت للفقهاء، وإذا لم يكن الفقيه شقياً ونبياً يكون وصياً لا محالة، ومقتضى كونه وصياً ثبوت الولاية له، ولكن لا يمكن المساعدة على الاستدلال المزبور؛ لما تقرر في الأصول أنه إذا علم عدم ثبوت حكم العام لفرد وشك في كونه بنحو التخصيص أو التخصيص فلا اعتبار بأصالة العموم أو الإطلاق. والحصص المزبور في الرواية مقتضاه عدم جواز القضاء لغير النبي والوصي، وقد علم بجواز القضاء للفقهاء العادل، ويدور الأمر بين كونه بنحو تخصيص المفهوم أو التخصيص، فلا يمكن إثبات كونه بنحو ودخول الفقيه في عنوان الوصي.

أضف إلى ذلك: أنه لا طريق لنا إلى إثبات أن كل الأنبياء كان لهم الولاية العامة فضلاً عن وصيهم، والرواية المزبورة وإن كانت ضعيفة سنداً، إلا أنه بمضمونها صحيحة كرواية سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «اتَّبَقُوا الحُكُومَةَ، فَإِنَّ الحُكُومَةَ إِنَّمَا هِيَ لِلْإِمَامِ الْعَالِمِ بِالْقَضَاءِ، الْعَادِلِ فِي الْمُسْلِمِينَ لِنَبِيِّ أَوْ وَصِيِّ نَبِيٍّ»^(٣). ولكن في نسخة «كُتِبِي» وعلى تلك النسخة فلا دلالة فيها على الحصر.

والمُتَحَصِّلُ: لو كانت للرواية المزبورة أو الصحيحة دلالة فهو عدم جواز القضاء

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ١٣٦-١٣٧، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٧: ١٧، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٣.

والحكم لغير النبي أو الوصي والفقيه العادل كما لا يخفى.

ومنها: ما عن «تحف العقول»: «مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء»^(١) حيث ظاهره التشريع، أي فلتكن مجاري الأمور والأحكام بيد العلماء. وبتعبير آخر: الأحكام غير الأمور، وكون الثاني عطفاً تفسيراً للأول خلاف الظاهر، فيكون مقتضى الحديث أن الولاية وحق التصدي للأمر والأحكام بيد العلماء.

أقول: لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث الأمور والأحكام بيد العلماء؛ إذ لا حاجة إلى إضافة المجاري؛ لاحتاج في معناها إلى التكلف، بل ظاهر الحديث بملاحظة ما قبله وبعده بأن أمور الله ومناصبه التي وقعت بأيدي غير أهلها مجاريها بيد العلماء. بمعنى أنهم لو أظهروا الحق ولم يتفرقوا عنه ولم يختلفوا في السنة بعد البينة لكانت جارية في مجراها، وكان المتصدي لها أهلها المقرر لها في السنة.

هذا، مع ضعف الرواية سنداً.

ومنها: مرسلة «التحجير» عن رسول الله ﷺ: «علماء أمتي كأنياء بني إسرائيل»^(٢). وفيه: أن الكلام المزبور بيان فضيلة العلماء ومقامهم عند الله لا تشريع الولاية الثابتة للأنبياء والعلماء، مع أن ثبوت الولاية - كما تقدم - لكل واحد من أنبياء بني إسرائيل غير ظاهر، وأن إرساله ولو مع تمام ظهوره يمنع عن الاعتماد عليه. ومنها: قوله عليه السلام في «نهج البلاغة»: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به ثم

(١) المستدرك ١٧: ٣١٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٦، تحف العقول ١٦٨.

(٢) المستدرك ١٧: ٣٢٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٠، تحرير الأحكام ١: ٣.

تلا عليه السلام : «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ» الآية^(١).

أقول: الظاهر أنَّ المراد بأولى الناس أقربهم منزلة إلى الأنبياء، كما هو المراد من قوله سبحانه: «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ» الآية. ولو كان المراد التصدي بمناصب الأنبياء لكان مقتضاه ثبوت الولاية للأئمة عليهم السلام، حيث إنهم سلام الله عليهم أعلم الناس بحسب العصور وبما جاء به الأنبياء، وفي ذيل الكلام المزبور: «إِنْ وَلِيَ مُحَمَّدٌ عليه السلام مِنْ أَطَاعَ اللَّهَ وَإِنْ بَعَدَتْ لِحْمَتُهُ، وَإِنْ عَدُوٌّ مُحَمَّدٍ مِنْ عَصَى اللَّهَ وَإِنْ قَرِبَتْ قَرَابَتُهُ»^(٢).

ومنها: صحيحة القداح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به طريقاً إلى الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضى به، وأنه يستغفر لطالب العلم من في السماء ومن في الأرض حتى الحوت في البحر، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليلة البدر، وإن العلماء ورثة الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر»^(٣). ووجه الاستدلال أنَّ كون العلماء ورثة الأنبياء مقتضاه وقوع ما ترك الأنبياء بيدهم، سواء كان علماً وأحاديث أو الولاية على الأمة.

لا يقال: ظاهر الرواية انحصار تركة الأنبياء بالعلم والحديث، بمعنى أنَّ شأن النبي أن تكون تركته علماً لا مالاً.

فإنه يقال: لا دلالة للرواية على الانحصار والتصريح بالعلم في الرواية باعتبار

(١) نهج البلاغة: ٥١٤، باب المختار من حِكَم أمير المؤمنين عليه السلام، الحكمة ٩٦، والآية ٦٨ من سورة آل عمران.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أصول الكافي ١: ٣٤، باب ثواب العالم والمتعلم من كتاب فضل العلم، الحديث الأول.

كونها واردة في مقام الترغيب إليه.

لا يقال: لم يعلم أن الولاية على الأمة ممّا تركها الأنبياء حتّى يرثها العلماء.

فإنه يقال: يشهد لكون الولاية ممّا تركها قوله ﷺ: «أرى تراثي نهبا»^(١).

أقول: لو سلم أن الولاية داخلّة فيما تركه الأنبياء فلا يستفاد من الرواية كيفية إرثها وأنها تنتقل إلى كلّ من العلماء أو أنها تختص بأعلمهم، كاختصاص إرث الحبة بالولد الأكبر.

وبتعبير آخر: ظاهر الرواية أن كلّاً من العلماء يرث النبي ﷺ، وأما مقدار إرثه وكيفية إرثه فلا يستفاد منها، فمن المحتمل اختصاص الولاية بأعلمهم، كما ذكرنا ذلك في بيان قوله ﷺ: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاوزوا به»، فتكون الولاية منتقلة إلى الأئمة الأطهار، حيث إنهم سلام الله عليهم أعلم الرعية في كلّ عصر.

ومما ذكرنا يظهر الحال في رواية أبي البخري عن أبي عبد الله ﷺ قال: «إن العلماء ورثة الأنبياء، وذلك أن الأنبياء لم يورثوا درهماً ولا ديناراً، وإنما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظاً وافراً»^(٢). والتقريب ما تقدم من انحصار تركتهم بالأحاديث إضافي، والجواب أيضاً ما ذكر.

أضف إليه ضعف هذه الرواية سنداً، فتحصل أنه لا دلالة في هذه الأخبار على ثبوت الولاية الثابتة للنبي والأئمة ﷺ للفقيه، لا في زمان حضورهم ولا في زمن الغيبة.

إن قلت: كيف يصح القول بأن النبي ﷺ والأئمة ﷺ لم يتعرضوا للزعامة في

(١) نهج البلاغة: ٢٤-٢٥، الخطبة ٣ (وهي المعروفة بالشقيّة).

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٧٨، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.

زمان الغيبة وأن يتركوا المؤمنين خيارى، مع أن الدين الإسلامى متكفل لأحكام غير العبادات والمعاملات من السياسات التى يكون الغرض منها تنظيم الأمور الاجتماعية للمسلمين، وبسط العدالة الإسلامية فى بقاع الأرض؟

فإنه يقال: عدم استفادة الولاية العامة للفقهاء من الروايات المتقدمة لا يوجب ذلك، حيث يمكن أن يكون عدم التعرض للوظيفة فى ذلك الزمان لعدم حاجة الناس فى عصرهم ﷺ إلى بيانه، وأنه كان أنسب لرعاية التقية التى كانوا يعيشون حالها وإيكال الأمر وتشخيص الوظيفة إلى فقهاء زمان الغيبة، حيث يتمكنون ببركة القواعد الشرعية والخطابات العامة على كيفية تنظيم الأمور الاجتماعية وتعيين الوظيفة فيها. وعلى ذلك فىنبغي الكلام فى موضعين:

الأول: ما إذا تصدى أمر المسلمين من ليس أهلاً له، كما فى غالب بلاد المسلمين فى عصرنا الحاضر.

الثانى: ما إذا أراد التصدى لأمر المسلمين من يكون صالحاً للتصدي لتنظيم أمورهم ورعاية مصالحهم.

أما الموضع الأول، فما لا ينبغي الريب فيه أن الشارع لا يرضى بتصدي الظالم الفاسق لأمر المسلمين، لا سيما إذا كان ذلك الظالم آلة بيد الكفار فى تضعيف الإسلام وأهل الإيمان، وترويج الفسق والفجور ليلحق المسلمين ولو تدريجاً بركب الكفار فى رسوهم وعاداتهم، وهدم ما أتعب النبي ﷺ والأئمة ﷺ والصالحين والشهداء من المسلمين فى تشييد أركان الدين وتطبيق أحكامه على نظم بلادهم.

والحاصل: نهى الشارع عن الركون إلى الظالم والأمر بالاعتصام بحبل الله والأمر بالكفر على الطاغوت وأولياء الشيطان والأخذ بولاية الله سبحانه ورسوله وتمكين

الناس من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير ذلك، شاهد صدق بأن على المسلمين قطع أيدي الظلمة عن المؤمنين وبلادهم مع التمكن عليه، حيث إنه لو أمكن ذلك بالمقدمات الغير المحرمة في نفسها فهو. وأما إذا توقف ذلك على ارتكاب محرم في نفسه فلا بد من ملاحظة الأهمية بين المتزاحمين، ولا ريب في أن الظالم المزبور إذا كان بصدد هدم الحوزة الإسلامية وإذلال المؤمنين وترويج الكفر وتسليط الكفار على المسلمين وبلادهم، يكون على المسلمين أخذ القدرة من يده وإيكالها إلى الصالح، فإنه أهم ولو مع توقفه على بعض المحرمات بعنوانه الأولي، حتى القتال مع العلم بالظفر والاطمينان بأخذ القدرة من يده، كل ذلك تحفظاً على الحوزة الإسلامية ودفاعاً عن المسلمين وأعراضهم وبلادهم من دنس الكفر والضلال والفساد. هذا كله بحسب الكبرى، وأما بحسب الصغرى فإن أحرز فقيه حال الظالم وأنه بصدد إذلال المسلمين وتسليط الكفار عليهم وعلى بلادهم والصدمة على أعراضهم وأموالهم وحكم بحكم على طبق إحرازه، فنفوذ حكمه وإن كان مبنياً على نفوذ الحكم الابتدائي للفقهاء العادل، إلا أنه إذا اعتقد الناس به وحصل لهم الجزم بصحة إحرازه ولو مع القرائن يثبت الحكم المتقدم.

ولا يخفى أن ما ورد في بعض الأخبار من الأمر بالزام البيت والصبر إلى خروج السفيناني وغيره من العلامات لخروج القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) لا ينافي ما ذكرنا، فإن المراد من تلك الروايات أمر الناس بعدم الاستجابة لمن يدعو من أهل بيت النبي ﷺ الخلافة لنفسه، وأن الأئمة عليهم السلام لا يتصدون لأمر الخلافة والوصاية للنبي ﷺ إلى ذلك الزمان، ومن يدعو الناس إلى الخروج إنما يريد الخروج لنفسه لا للإمام عليه السلام، وأن لخروجه وقتاً محدوداً لا بد من انتظاره. وأما قضية الدفاع عن الحوزة

الإسلامية في زمان الغيبة والتصدي للأمور العامة للمسلمين تحفظاً على أعراضهم وأموالهم، وتمكين الناس من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإسقاط الفسقة والفجرة عن القدرة وإيكالها على من هو صالح للتصدي لها حسبة من غير أن يدعي المتصدي الوصاية والخلافة لنفسه، فليس فيها نظر إلى ذلك، فلاحظها.

ويزيد وضوحاً كون تلك الروايات غير ناظرة إلى صورة الهجوم على الحوزة الإسلامية معتبرة يونس عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك بلغه أن رجلاً يعطى سيفاً وقوساً في سبيل الله فأثاه فأخذهما منه، ثم لقيه أصحابه فأخبروه أن السبيل مع هؤلاء لا يجوز وأمره بردهما؟ فقال: فليفعل. قال: قد طلب الرجل فلم يجده وقيل له: قد قضى الرجل، قال فليربط ولا يقاتل، قلت: مثل قزوين والديلم وعسقلان وما أشبه هذه الثغور، فقال: نعم. قال: فإن جاء العدو إلى الموضع الذي هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضة الإسلام. قال له: يجاهد؟ قال: لا، إلا أن يخاف على دار المسلمين. فقال: أرايتك لو أن الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم، قال: يربط ولا يقاتل، وإن خاف على بيضة الإسلام والمسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه وليس للسلطان. قال: قلت: فإن جاء العدو إلى الموضع الذي هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضة الإسلام لا عن هؤلاء؛ لأن في دروس الإسلام دروس دين محمد ﷺ ^(١) وظاهرها - كما ترى - عدم البأس بالقتال مع من يكون استيلاؤه على المسلمين وبلاده موجباً لضعف الإسلام وانهدام معالمه، بلافرق بين زمان الحضور والغيبة كما لا يخفى.

(١) فروع الكافي ٥: ٢١. وسائل الشيعة ١٥: ٣٠، الباب ٦ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

الموضع الثاني: فنقول: لا ينبغي الريب في أنَّ تهيئة الأمن من المؤمنين بحيث تكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار والكفار من أهم مصالحهم، والمعلوم وجوب المحافظة عليها وأن ذلك مطلوب للشارع، فإن تصدى شخص صالح لذلك بحيث يعلم برضى الشارع بتصديه، كما إذا كان فقيهاً عادلاً بصيراً أو شخصاً صالحاً كذلك مأذوناً من الفقيه العادل، فلا يجوز للغير تضعيفه والتصدي لإسقاطه عن القدرة، حيث إنَّ تضعيفه إضراراً للمؤمنين ونقض للغرض المطلوب للشارع، بل يجب على الآخرين مساعدته وتمكينه في تحصيل مهمته، ومن المساعدة عليه التبرع في الجيش الذي يمهده لحفظ الثغور والدخول في القوى التي أوكل إليهم حفظ الأمن الداخل المأخوذ على عاتق الناس حسبة. ويشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على مال الوقف الذي لا متولّي له، فإنه لا يجوز للغير ممانعته وتهيئة المقدمة لوضع يده عليها، غاية الأمر أنَّ وجه عدم الجواز في الثاني حرمة التصرف في تلك الأموال وفي الأول؛ لكونه تضعيفاً لحوزة المسلمين، وإخلالاً لأمر انتظام بلادهم وأمنهم كما لا يخفى.

ثم إنه إذا توقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاة، حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن ونظام البلاد، وجب إيصالها إليه مع احتياجه ومطالبته بها، بل لو طالب المال تبرعاً في صورة احتياجه وجب على الناس الاستجابة، كلّ ذلك تمكيناً للمتصدي من المال اللازم لتهيئة أمن البلاد وتأمين الحوائج العامة التي تصدى لتأمينها، كما أنَّ للمتصدي تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضي المباحة ووضع اليد على الغابات ونحوها. وتكون كلّ هذه الأموال ملكاً للحكومة الإسلامية، نظير ملك المال للعناوين ولا تدخل في ملك شخص المتصدي، غاية الأمر يكون

للمتصدي الولاية في التصرف في تلك الأموال؛ ليصرفها في الموارد التي يتوقف عليها نظام البلاد وتأمين حوائج أهلها.

ولا يبعد أيضاً أن يقال بوجوب إطاعة المتصدي المزبور في الأمور الراجعة إلى الجهات التي أشرنا إليها، أخذاً بقوله سبحانه: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١) وما ورد في تفسيره من أن المراد بأولي الأمر الأئمة عليهم السلام لا ينافي ذلك، حيث إن ذلك لنفي ولاية ولاية الجور، وأنهم عليهم السلام هم أولو الأمر لا المشار إليهم.

ولا يخفى أن كل تصرف لا يخرج عن حدود التحفظ على حوزة الإسلام والمسلمين نافذ للتصدي لأمر المسلمين، فيما إذا كان مقتضى الأدلة الأولية جوازه، كهيئة مراكز الثقافة لنشر العلوم وبسط الرفاه الاجتماعي، وأن كل تصرف يكون مقتضى الأدلة عدم جوازه، كالتصرف في بعض أموال آحاد الناس وأخذه قهراً عليهم وأمثال ذلك، فلا يدخل في ولاية المتصدي حتى فيما إذا اعتقد المتصدي أو وكلاؤه جوازه لبعض الوجوه، إلا فيما أشرنا إليه سابقاً، كما يجوز لسائر الفقهاء التصدي لبعض الأمور الحسبية، فيما إذا لم يكن التصدي لها مزاحمةً وتضعيفاً لمركز المتصدي للزعامة، كنصب القيم للتييم والتصدي لتجهيز ميت لا ولي له ونحو ذلك، والله سبحانه هو العالم.

ثم إن من الأمور التي يقوم بها الفقيه - كما أشرنا سابقاً - إجراء الحدود والتعزيرات، فإنه - كما ذكرنا سابقاً - أنه لا يجوز لكل أحد إقامتها على ما يستفاد من بعض الروايات، بل يظهر منها أن ذلك للإمام كحسنة الحسين بن أبي العلاء^(٢)، والمراد

(١) سورة النساء: الآية ٥٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨: ٣٩، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود، ذيل الحديث ٢.

من الإمام من إليه الحكم، سواء كان المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص أو الفقيه الذي يصح له الحكم كما يدل عليه معتبرة حفص بن غياث قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: من يقيم الحدود، السلطان؟ أو القاضي؟ فقال: إقامة الحدود إلى من إليه الحكم»^(١).

ويؤيده مثل رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن يهودي أو نصراني أو مجوسي أخذ زانياً أو شارب خمر، ما عليه؟ فقال: يقام عليه حدود المسلمين إذا فعلوا ذلك في مصر من أمصار المسلمين، أو في غير أمصار المسلمين إذا رفعوا إلى حكام المسلمين»^(٢).

وأما الالتزام بعدم التصدي لإجراء الحدود والتعزيرات لغير الإمام عليه السلام بما في «دعائم الإسلام» و«الأشعثيات» عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن علي عليه السلام: «لا يصلح الحكم ولا الحدود ولا الجمعة إلا بإمام»^(٣) فلا يمكن المساعدة عليه، فإنه أولاً: لم يظهر المراد من الإمام أنه المعصوم عليه السلام فقط، بل المراد منه يعم الفقيه العادل بمقرينة نفوذ حكمه. وثانياً: أن رواية «دعائم الإسلام» لإرساله لا يمكن الاعتماد عليه.

وأما «الأشعثيات» التي بأيدينا وأخذ الرواية منها لم يعلم أنه كتاب محمد بن محمد بن الأشعث الذي وثقه الشيخ النجاشي وقال: «له كتاب الحج المذكور فيه ما روته العامة عن جعفر بن محمد عليه السلام في الحج»^(٤)؛ إذ ما بأيدينا مشتمل على أكثر أبواب الفقه.

(١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٩، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث الأول.

(٢) المصدر السابق: ٥٠، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث الأول.

(٣) الأشعثيات: ٤٢، والجعفریات: ٢٢، دعائم الإسلام ١: ١٨٢.

(٤) رجال النجاشي: ٣٧٩.

وقوله ﷺ: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأئمة على حلاله وحرامه».

وقوله ﷺ: علماء أمتي كأنباء بني إسرائيل».

وفي المرسلة المروية في الفقه الرضوي: «إن منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل».

وقوله ﷺ: في نهج البلاغة: «أولى الناس بالأنبياء: أعلمهم بما جاؤوا به» (١) «أولى الناس بإنزالهم للذين اتبعوه» (١) الآية».

وقوله ﷺ ثلاثاً: «اللهم ارحم خلفائي. قيل: ومن خلفاؤك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، ويروون حديثي وسنتي».

وقوله ﷺ في مقبولة ابن حنظلة: «قد جعلته عليكم حاكماً».

وفي مشهورة أبي خديجة: «جعلته عليكم قاضياً».

وقوله -عجل الله فرجه -: «هم حجتي عليكم وأنا حجة الله». إلى غير ذلك مما يظفر به المتتبع.

لكن الإنصاف -بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها - يقتضي الجزم بأنها

وكذلك لم يعلم أن ما بأيدينا ما ذكر الشيخ النجاشي والشيخ الطوسي في ترجمة اسماعيل بن موسى بن جعفر ﷺ: أن له كتباً يرويها عن أبيه عن آبائه، منها كتاب الطهارة... إلى آخر ما ذكره (٢)، حيث لم يظهر أن ما بأيدينا هي تلك الكتب، مع أن الموجود بأيدينا يختلف عن تلك الكتب، ومن المحتمل أن تلك الكتب لم تصل حتى إلى الشيخ الطوسي رحمه الله؛ ولذا لم يذكر في كتابيه عنه رواية.

(١) سورة آل عمران: الآية ٦٨.

(٢) رجال النجاشي: ٢٦، وفهرست الشيخ: ٤٦.

في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية، لا كونهم كالنبي والأئمة -صلوات الله عليهم- في كونهم أولى بالناس في أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّة أدائهما [١] بدفعه إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبة، وأفتى بذلك الفقيه، وجب اتّباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محلّ الكلام.

هذا، مع أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، وجب حملها على إرادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته، من حيث كونه رسولاً مبلّغاً، وإلاّ لزم تخصيص أكثر أفراد العام؛ لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس وأنفسهم إلاّ في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته.

وبالجملة، فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام (عليه السلام) -إلاّ ما خرج بالدليل- دونه خرب القتادا

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثّاني -أعني توقّف تصرّف الغير على إذنه، فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام (عليه السلام)- وحيث إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام (عليه السلام) غير مضبوطة فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضّابط لها، فنقول:

[١] بأن يستنبط الفقيه المطالب بالزكاة أو الخمس من الأدلة الشرعية اعتباراً بدفعهما إلى الفقيه، وأنّه لا يصح دفعهما بدون ذلك مطلقاً أو بعد مطالبة الفقيه، فإنّ العامي إذا حرز من يقلده ابتداءً كما إذا كان أعلم من الآخرين، أو تخييراً كما إذا كان في رتبة الآخرين، يجب إيصالهما إليه مطلقاً أو بعد اختياره. وهذا في غير مورد الكلام، فإنّ مورد ولاية الفقيه، وأن أمر الفقيه وحكمه نافذ كحكم الإمام (عليه السلام) مع قطع النظر عن إفتائه.

كلّ معروف علم من الشّارع إرادة وجوده في الخارج، إن علم كونه وظيفة

شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاص، كالإفتاء والقضاء، أو كلّ من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيء من ذلك. وإن لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع فيه إليه.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص، تولاه مباشرة أو استنابة إن كان ممن يرى الاستنابة فيه، وإلا عطّله، فإن كونه معروفاً لا ينافي إناطته بنظر الإمام عليه السلام والحرمان عنه عند فقده، كسائر البركات التي حرمانها بفقده -عجل الله فرجه-. ومرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاص.

أما وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة، فيدلّ عليه -مضافاً إلى ما يستفاد من جعله حاكماً، كما في مقبولة ابن حنظلة، الظاهرة في كونه كسائر الحكام المنصوبة في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابة في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة إليه، والانتفاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب الرجوع في الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه، وإلى ما تقدّم من قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله وحرامه» -: التوقيع المروي في إكمال الدين وكتاب الغيبة واحتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب، التي ذكر أنّي سألت العمري رحمته الله أن يوصل لي إلى صاحب -عجل الله فرجه- كتاباً فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فورد الجواب بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام في أجوبتها، وفيها: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا؛ فإنهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله». فإن المراد بـ«الحوادث» ظاهراً: مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شريعاً إلى الرئيس، مثل النظر في أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه.

وأما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية، فبعيد من وجوه:
منها: أنَّ الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرة أو استنباطاً،
لا الرجوع في حكمها إليه.

ومنها: التعليل بكونهم «حجّتي عليكم وأنا حجّة الله»؛ فإنّه إنّما يناسب الأمور
التي يكون المرجح فيها هو الرأي والنظر، فكان هذا منصب ولاية الإمام (عليه السلام) من قِبَل
نفسه، لا أنّه واجب من قِبَل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام (عليه السلام)، وإلا كان
المناسب أن يقول: «إنّهم حُجج الله عليكم» كما وصفهم في مقام آخر بـ «أنّهم أمناء
الله على الحلال والحرام».

ومنها: أنَّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء -الذي هو من
بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف- ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن
يعقوب، حتّى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع في
المصالح العامة إلى رأي أحدٍ ونظره، فإنّه يحتمل أن يكون الإمام (عليه السلام) قد وكله في
غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته في ذلك الزّمان.

والحاصل: أنَّ الظاهر أنَّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه
ولاًبالمنازعات.

ثمَّ إنّ النسبة بين مثل هذا التّوقيع وبين العمومات [١]

[١] يعني: مقتضى التّوقيع وجوب الرّجوع في الوقائع الحادثة والعمل فيها إلى
الرواة، سواء كانت الواقعة من الأمور الحسبية أو غيرها من موارد القضاء ونحوها، كما
أنّ ما ورد من أنّ «كلّ معروف صدقة»^(١) مقتضاء مشروعية العمل بالمعروف وجواز

(١) وسائل الشّيعه ١٦: ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب الأول من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢ و ٥.

الظاهرة في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد، مثل قوله عليه السلام: «كل معروف صدقة»، وقوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة» - وأمثال ذلك - وإن كانت عموماً من وجه، إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها وكونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامة التي يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، وتحت عنوان «الأمر» في قوله: «أولي الأمر». وعلى تسليم التنزل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأي ولي الأمر. هذا، لكن المسألة لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهورياً.

استقلال كل أحد به، سواء كان من الأمور الحسبية أو من المستحبات والواجبات الكفائية وبعد سقوط إطلاقهما في مورد اجتماعهما وهي الأمور الحسبية ونحوها يرجع إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف، بل لا يبعد حكومة مثل التوقيع على مثل العموم المزبور، فإنه لا يكون الاستقلال مع إيجاب الرجوع فيها إلى الرواة من المعروف؛ ليعمه كل معروف صدقة، وكذا لا يكون الاستقلال عوناً للضعيف، بل عونه هو الرجوع في أمره إلى الحاكم.

أقول: العامي الذي يحتمل في الواقعة اعتبار الرجوع فيها إلى الفقيه لا يجوز له الاستقلال بمباشرته بها، حيث يجب عليه في الشبهة الحكمية الاحتياط أو التقليد ممن يتعين عليه الرجوع إليه في الوقائع، وإذا رجع إلى الفقيه احتياطاً أو تقليداً فعلى الفقيه ملاحظة الأدلة في تلك الواقعة، فإن كان مقتضاها عدم جواز العمل أو عدم ثبوت الولاية لاله ولا غيره يعمل على مقتضى تلك الأدلة، كما إذا رأى أنه ليس له ولا غيره الولاية على تزويج الصغير أو الصغيرة. وإن كان مقتضى الأدلة جواز المباشرة أو جواز التوكيل، كالتصرف في مال اليتيم، يعمل على ما ظهر له حتى لو ظهر منها جواز تصدي

وعلى أيّ تقدير، فقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ ما دلّ عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التي يكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. وأمّا ما يشكّ في مشروعيته كالحدود لغير الإمام، وتزويج الصغيرة لغير الأب والجدّ، وولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه وفسخ العقد الخياري عنه، وغير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقيه، بل لا بدّ للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر.

نعم، الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به، مثل آية «أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»^(١).

العامي للواقعة فله الإفتاء بذلك.

ثمّ الأمور الحسبية التي يكون مقتضى الأدلة فيها عدم الجواز، كالتصرف في مال الغائب أو القاصر، يكون مباشرة الفقيه أو توكيله هو المقدار المتيقن من الجواز فيؤخذ في غير ذلك بإطلاق النهي أو عموميه. ومقتضاه عدم كون التصرف المزبور معروفاً أو عوناً للضعيف، بل يكون ظلماً وتعدياً عليه كما لا يخفى.

وأما الأمور التي يكون مقتضى الأدلة جواز التصدي لكل أحد فللفقيه الإفتاء بذلك، فيجوز للعامي التصدي به استقلالاً، كما في تغسيل ميت لاولي له.

ودعوى اعتبار الرجوع في مثل ذلك أيضاً إلى الفقيه أخذاً بإطلاق التوقيع فيها ما لا يخفى؛ لضعف التوقيع سنداً ودلالة، كما تقدم سابقاً.

وقد تقدّم: أنّ إثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس - ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل - دونه خطر القتاد. وبالجملة، فهذا هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إكمال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره ورأيه، كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنّه يجب أن يقع خصوصياته - من تعيين الغاسل والمغسل وتعيين شيء من تركته للكفن وتعيين المدفن - عن رأي الفقيه.

الثاني: مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض. والثابت بالتوقيع وشبهه هو الأوّل دون الثاني، وإن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعية وعدمها أيضاً من وظيفته، إلّا أنّ المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية. نعم، لو ثبتت أدلة النيابة عموماً تمّ ما ذكر.

ثمّ إنّ قد اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب [١] رواية أنّ «السلطان

[١] وحاصله: أنّ المراد بالسلطان هو السلطان بحقّ، كما هو فرض الشارع السلطنة لشخص، فينحصر مدلول الرواية ^(١) بولاية الإمام عليه السلام، واستفادة ولاية الفقيه يحتاج إلى عموم أدلة النيابة، وقد تقدّم أنّه لا عموم فيها وأنّه لم تثبت ولايته في غير الإفتاء والقضاء، من غير الأمور المعبر عنها بالأمور الحسبية التي منها، بل وأهمها أمر تنظيم أمر بلاد المسلمين وتحصيل الأمن لها. كما اعترف بعدم العموم جمال المحققين في باب الخمس، بعد الاعتراف بأن المعروف عند الأصحاب كون الفقهاء نواب

(١) يعني الرواية التي في المتن، أنظر المسالك ٧: ١٤٧، وعوائد الأيام ٥٦٣، والجواهر ٢٩: ١٨٨،

وكنز العمال ١٦: ٣٠٩، الحديث ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤.

وليّ من لا وليّ له». وهذا أيضاً - بعد الانجبار سنداً أو مضموناً - يحتاج إلى أدلة عموم النيابة، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه، وأنّه لا يخلو عن وهن في دلالة، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الإعراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام، ويظهر من

الإمام عليه السلام ^(١)، ويظهر التأمل في نيابته كذلك من المحقق الثاني أيضاً في رسالته الموسومة بـ «قاطع الحجاج» ^(٢).

ثم إنّ المراد بـ «من لا وليّ له» ليس مطلق الإنسان الذي لم يكن له وليّ، بل الذي ينبغي أن يكون له وليّ كالصغير والمجنون والمغمى عليه والغائب عن أمواله والموقوف عليهم والميت الذي لا وليّ له وقاطبة المسلمين بالإضافة إلى ملكهم، كالأراضي المفتوحة عنوة ونحو ذلك، فينحصر مدلول الرواية بالأُمور الحسبية لا الأولوية على الرعية قاطبة على حد ولاية النبي صلّى الله عليه وآله.

نعم، يستفاد ممّا يذكر نفوذ التصرف من السلطان فيما يكون ذلك التصرف صلاحاً للمولى عليه حتّى ما إذا شك في مشروعيته بحسب سائر الأدلة، كما إذا أراد تزويج الصغير مع كونه صلاحاً له، فإنه لم يمكن إثبات ذلك بالتوقيع؛ لما تقدّم من أنّ مدلوله ولاية الرواة في كلّ واقعة يجب العمل فيها، وأنه يرجع في تلك الواقعة إلى الرواة. وهذا بخلاف هذه الرواية، فإن مدلولها ثبوت الولاية للسلطان في كلّ تصرف يكون صلاحاً للمولى عليه ولم يكن من الأمور الحسبية. نعم، يعتبر كون التصرف صلاحاً للمولى عليه فلا ينفذ التصرف المزبور مع عدم صلاحه له، كما هو مقتضى

(١) حاشية الروضة: ٣٢٠، ذيل عبارة «أو إلى نوابه وهم الفقهاء».

(٢) قاطعة الحجاج في تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقّق الكركي) ١: ٢٥٧.

المحقق الثاني - أيضاً في رسالته الموسومة بـ «قاطع اللجاج» في مسألة جواز أخذ الفقيه أجرة أراضي الأنفال من المخالفين، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر - الشك في عموم النيابة، وهو في محلّه. ثم إنّ قوله: «من لا وليّ له» - في المرسلة المذكورة - ليس مطلق من لا وليّ له، بل المراد عدم الملكة، يعني: أنّه وليّ من [١]

كونه ولياً، فإنّه فرق بين أن يكون للشخص ولاية لأحد، كما هو ظاهر الرواية، وأن يكون له ولاية عليه، فإنّه لا يبعد أنّ يكون مقتضى الثاني النفوذ ولو لم يكن التصرف صلاحاً.

[١] كلّ ما ذكر ممّن يحتاج إلى الولي بحسب صنفه، وأمّا الاحتياج إليه بحسب الشخص أو النوع أو الجنس فلم يظهر المراد منه، ونتيجة البحث إلى هذا المقام أنّ ما يستدلّ بها من الروايات على ولاية الفقيه، بمعنى ثبوت الولاية على حد ثبوتها للنبي صلى الله عليه وآله وسائر الأئمة عليهم السلام، لا تكون ناظرة إلى ذلك؛ لأنّ جلها تعمّ الرّواة والعلماء الذين كانوا في عصرهم عليهم السلام، بل المتيقّن من بعضها ذلك، والالتزام بثبوت الولاية لهم مع ولاية النبي والإمام عليه السلام غير ممكن. أضف إلى ذلك المناقشة في إسناد جلها ودلالة كلّها على ما تقدّم، ولكن بما أنّ التحفظ على بلاد المسلمين والدفاع عنهم وعن الحوزة الإسلامية والممانعة عن استيلاء الخونة والفساق والأشرار فضلاً عن المنافقين والكفار، ممّا يعلم وجوبه على حد وجوب سائر الأمور التي يعبر عنها بالحسبة، بل ما ذكر أهمها والأصل والأساس لها، فالواجب على الفقيه العادل البصير - مع تمكنه - هو التصدي لذلك مباشرة أو بالوكيل. ولا يبعد دخوله بالتصدي في عنوان ولي الأمر اللازم طاعته لوكلائه فيما إذا لم يكن أمرهم ونهيهم وسائر تصرفاتهم خارجة عن الحدود التي رسمها الشرع، حيث «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^(١) ويأتي أنّ

(١) وسائل الشيعة ١١: ١٥٧، الباب ٥٩ من أبواب وجوب الحج، الحديث ٧.

من شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصّغير الذي مات أبوه والمجنون بعد البلوغ، والغائب والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذي لا وليّ له، وقاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوة، والموقوف عليهم في الأوقاف العامّة، ونحو ذلك. لكن يستفاد منه ما لم يمكن استفاد من التوقيع المذكور، وهو الإذن في فعل كلّ مصلحة لهم، ثبت به مشروعية ما لم يثبت مشروعيتّه بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الولي» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا؛ من أنّ المراد بـ «من لا وليّ له» من شأنه أن يكون له وليّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى: أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له عليه ولاية الإيجاب، بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

والحاصل: أنّ الوليّ المتنفّي هو الوليّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ المثبت، ذلك أيضاً، فمحصله: إنّ الله جعل الوليّ الذي يحتاج إليه الشخص وينبغي أن يكون له، هو السلطان، فافهم.

مسألة: في ولاية عدول المؤمنين.

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا [١] فيه ولاية الفقيه - وهو ما كان تصرّفاً

مع تصديه لا يعلم مشروعية التصدي من غيره، كما يعلم عدم جواز معارضته أو تضعيفه، بل يجب تقويته والمساعدة والمجاهدة على مهماته التي لم تدخل في العنوان المشار إليه بحسب ما بأيدينا من الأدلة.

[١] وحاصل ما ذكره الله في المقام أنّ التصرفات المعبر عنها بالأموال الحسبية كالتصرّف في أموال القاصرين، مع فقد الولي والحاكم ولو بعدم التمكن من

مطلوب الوجود للشارع - إذا كان الفقيه متعذراً الوصول، فالظاهر جواز توليه لأحد المؤمنين، لأنّ المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر، وكونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط، لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة.

نعم، لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام، صحّ الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر، حيث إنّ إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح.

الوصول إليه أو وكيله، وفي الأوقاف العامة مع عدم متولي خاص لها وفقد الحاكم - كما ذكر - يتصرف فيها آحاد الناس من العدول؛ للعلم بأن هذه التصرفات مطلوب وجودها وغير مأخوذة على شخص خاص، واعتبار الاستئذان من الحاكم الشرعي ساقط؛ للتعذر، واعتبار هذا الاستئذان اختياري لا يسقط مطلوبة التصرف مع تعذره.

نعم، فيما إذا احتمل كون الاستئذان شرطاً مطلقاً، بحيث تسقط مطلوبة ذلك التصرف مع عدم التمكن منه، فيرجع إلى أصالة عدم مشروعيته كبعض مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما إذا توقف أحدهما على الجرح، حيث إنّ إطلاقات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المقتضية لكون كلّ منهما واجباً كفاثياً لا تعمّ ما إذا توقف أحدهما على الجرح. والأصل عدم وجوب ذلك الجرح، بل عدم جوازه أخذاً بما دلّ على حرمة الإضرار والإيذاء والاعتداء.

أقول: المشهور عندهم، بل كما قيل^(١): لا خلاف في أنّ للأمر بالمعروف والنهي

قال الشهيد عليه السلام في قواعده: يجوز للأحاد مع تعذر الحكام تولية أحاد التصرفات الحكمية على الأصح، كدفع ضرورة اليتيم، لعموم: «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»^(١)، وقوله عليه السلام: «والله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»، وقوله عليه السلام: «كل معروف صدقة». وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها، وكذا بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوي؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، ولأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، وهي مطلوبة لله تعالى.

عن المنكر مراتب ثلاث: الإنكار بالقلب، ثم الإنكار باللسان، ثم الإنكار باليد. وأن واحدة منها في طول الأخرى.

ولكن لا يخفى أنه إن كان المراد بالإنكار بالقلب الكراهة الباطنية المتعلقة بالفعل الصادر عن الغير أو الترك كذلك، فمن الظاهر أن هذا الإنكار وإن كان من مقتضى الإيمان والتسليم لإحكام الشرع، إلا أنه لا يدخل في عنوان الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، حيث إن الأمر والنهي عبارة عن بعث الآخر وتحريكه نحو الفعل أو الترك. وإن كان المراد، كما قيل: إظهار الشخص أن الفعل الصادر عن الغير مكروه له، فهذا داخل في عنوان الإنكار باللسان، فيجري عليه ما يجري على الإنكار باللسان ولا يكون وجوبه مطلقاً، بل على تقدير احتمال التأثير وعدم الخوف من ترتب الضرر. وكذلك لا يدخل الإنكار باليد ضرباً كان أو جرحاً أو حبساً، في عنوان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وما يستدل على ذلك من بعض الروايات؛ لضعف السند، بل الدلالة، لا تصلح للاعتماد عليها. وعلى تقديره فلا يكون أحدهما في طول

وقال بعض متأخري العامة: لا شك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها ويصرفونها إلى غير مستحقها. فإن تَوَقَّع إمامٌ يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكّن تلك الأموال إلى حين تمكّنه من صرفها إليه، وإن يش من ذلك - كما في هذا الزمان - تعيّن صرفه على الفور في مصارفه؛ لما في إبقائه من التغرير وحرمان مستحقّيه من تعجيل أخذه مع ميسر حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال منصوبة حفظها لأربابها حتّى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدّق بها عنهم، وعند العامة تصرف في المصارف العامة، انتهى.

الآخر، وفي خبر يحيى بن الطويل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ما جعل الله عز وجل بسط اللسان وكف اليد، ولكن جعلهما يبسطان معاً ويكفان معاً»^(١).

والحاصل: أن ما دلّ على حرمة الإيذاء والإضرار والاعتداء خروج الضرب فضلاً عن الجرح عن كونه معروفاً فلا يمكن الأخذ بقوله عليه السلام: «كل معروف صدقة»^(٢). وبعبارة أخرى: ضرب الغير أو جرحه مع كونهما موجبين لحمل الغير على المعروف وانتهاه عن المنكر من المتزاحمين، وعلى تقدير عدم إحراز الأهمية يكون وجوب الحمل ساقطاً باعتبار عدم إباحة مقدمته، مع أن وجوب الحمل في نفسه، المعبر عنه بالمنع عن المنكر لا يخلو عن تأمل، وإن كان ربّما يستظهر جواز ذلك ومطلوبيته بالإضافة إلى الأهل والعيال من صحبة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن أُمّي لا تدفع يد لأمس، فقال: فاحبسها. قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قال: «قد فعلت، قال: قيدها، فإنك لا تبرّها بشيء

(١) وسائل الشيعة ١٦: ١٣١، الباب ٣ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب الأول من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢ و ٥.

والظاهر أن قوله: «فإن توقع [١]... إلى آخره» من كلام الشهيد عليه السلام ولقد أجاد فيما أفاد إلا أنه عليه السلام لم يبين وجه عدم الجواز، ولعل وجهه [٢]: أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما في قطع الدعاوي

أفضل من تمنعها من محارم الله عز وجل^(١) حيث لا يستفاد منها إلا المطلوبة لا الوجوب.

نعم، قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾^(٢) يمكن استفادة الوجوب منها بالإضافة إلى الأهل، ولو كان المنع عن المنكر بالإيذاء ونحوه، بشهادة الصحيحة بأن المنع المزبور إحسان، بل يمكن أن يقال: لا يحتمل عادة أن يكون المنع عن محارم الله إحساناً وبراً بالإضافة إلى الأم والأهل، ولا يكون إحساناً بالإضافة إلى السائرين؛ ولذا لا يبعد جواز المنع مطلقاً، كما لا يبعد الالتزام بأن على الحاكم وولي المسلمين المنع في موارد كون المنكر بشيوعه موجباً لفساد المجامع الإسلامية، وطمس معالم الدين عن بلاد المسلمين كما لا يخفى.

[١] يعني: أن هذا ليس من تنمة كلام العامة، بل من تنمة ما ذكره عليه السلام بقوله: «وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس؟»^(٣)

[٢] وبتعبير آخر: إن قوله عليه السلام: «كل معروف صدقة»^(٤) في مقام الترغيب إلى فعل المعروف، وأما تعيين المعروف ومصاديقه فهو خارج عن مدلوله كما هو الشأن في كل خطاب يتضمن الحكم بعنوان القضية الحقيقية، وعلى ذلك فلا يمكن التمسك

(١) وسائل الشيعة ٢٨: ١٥٠، الباب ٤٨ من أبواب حد الزنا، الحديث الأول.

(٢) سورة التحريم: الآية ٦.

(٣) وهو قول الشهيد في القواعد والفوائد ١: ٤٠٦، القاعدة ١٤٨.

(٤) مر سابقاً.

وإقامة الحدود، وكما في التجارة بمال الصغير الذي له أب وجد؛ فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص. نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً - كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه - صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ أحدٍ إلّا أنّه خرج ما لو تُمكن من الحاكم، حيث دلّت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميت، وإلّا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دلّ على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه، ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً ومصلحة، ولا يفهم من أدلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه؛ لأنّ المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلة المعروف.

بالرواية فيما إذا كان مقتضى الأدلة عدم جواز ذلك التصرف واشتراط كونه بنظر الفقيه، كإقامة الحدود، حيث ورد أنها وظيفة الإمام والحاكم. وكذلك التصدي لجمع الزكوات والأخماس، أخذاً بأصالة عدم الولاية التي لا يكون التصدي بدونها معروفاً؛ ولذا لا يمكن التمسك بالرواية المزبورة في نفوذ البيع فضولاً فيما إذا كان ذلك البيع صلاحاً للمالك.

ومما ذكرنا يظهر الحال في التمسك بقوله سبحانه: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١)، حيث إن تعيين البرّ والتقوى خارج عن مدلولها، وكذلك لا يقتضي قوله ﷺ: «والله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه»^(٢).

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٣٧١، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢.

وبالجملة، تصرّف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي، أو عموم شرعي، أو خصوص في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل، ويمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً:

ففي صحيحة محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصية، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية، وكان قيامه فيها بأمر القاضي؛ لأنّهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصي إلى أحد، ويخلف جواري، فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ - أو قال: يقوم بذلك رجل منّا - فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس». بناءً على أنّ المراد من المماثلة [١]:

وعلى الجملة إذا كان في البين ما يدلّ على عدم جواز الفعل أو عدم نفوذه حتّى مع عدم التمكن على الوصول من الفقيه فلا يمكن إثبات الولاية فيه لعدول المؤمنين بما ذكر من الآية والرواية، بل يحتاج جواز التصدي حسبة إلى العلم بجواز التصدي كالتصرف في الأوقاف العامة التي لا متولي لها وتجهيز ميت لا وليّ له، أو قيام دليل خاصّ عليه كالتصرف في أموال اليتامى مع عدم الوليّ لهم كما لا يخفى.

[١] وحاصله أنّ نصب القيم من القاضي المزبور في الرواية غير نافذ، ويكون تصرف عبد الحميد ومثله من جهة ولايته على الأيتام بحكم الشارع لا من جهة كونه

إمّا المماثلة في التشيع أو في الوثاقة وملاحظة مصلحة اليتيم وإن لم يكن شيعياً أو في الفقه - بأن يكون من نواب الإمام عموماً في القضاء بين المسلمين - أو في العدالة. والاحتمال الثالث منافي لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذره. وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف. وإن تعذر غيرهم فتعين أحدها الدائر بينها فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخصّ منها وهو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة وملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة.

منصوباً من قبل القاضي، والمحتمل في المماثلة الواردة في الرواية^(١) أمور:

الأول: المماثلة في التشيع. الثاني: المماثلة في الوثاقة، أي فعل ما هو صلاح للأيتام، فيكون ملاحظة مصلحة اليتيم في عبارة المصنّف عليه السلام عطفاً تفسيراً للوثاقة.

الثالث: المماثلة في الفقه. الرابع: المماثلة في العدالة. واحتمال إرادة الثالث، أي المماثلة في الفقه ضعيف؛ لأنّ مفهوم الشرطية على ذلك الاحتمال أنه إذا لم يكن القيم للأيتام فقيهاً ففي تصرفاته بأس ومنع، والمنع إطلاقه يجري حتّى في صورة تعذر الفقيه، مع أنه لا يمكن أن تكون الفقه بالإضافة إلى مال اليتيم شرطاً على الإطلاق، بحيث لا يجوز لغير الفقيه التصرف حتّى مع تعذر الفقيه.

وهذا بخلاف سائر الاحتمالات، فإنّه لا بأس عليها بالأخذ بإطلاق البأس والمنع، والالتزام بأن تصرف غير الشيعة أو الخائن أو الفاسق في مال اليتيم غير نافذ.

(١) وهي الرواية المذكورة في المتن، وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه،

ففي صحيحة عليّ بن رثاب [١]: «رجل مات وبينه قرابة وترك أولاداً صفاراً وممالك - غلماناً وجواري - ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم،

والحاصل: يدور المراد في الاحتمالات الثلاثة الباقية فيؤخذ بالأخص منها وهو اعتبار العدل؛ لكونه متيقناً بالإرادة؛ لأنّ العادل يكون شيعياً ويكون تصرفه بمقتضى التكليف المستفاد من مثل قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١) صلاحاً لليтим.

أقول: لا مجال في المقام للتمسك بإطلاق المفهوم وإثبات أنّ المراد بالمماثلة المماثلة في غير الفقهارة، وذلك للجزم بأنّ البأس في المفهوم لا يعمّ تصرف غير الفقيه مع تعذر الفقيه، وعدم شمول المفهوم لذلك إما بالتقييد كما إذا كان المراد بالمماثلة الفقهارة فإنه لا بد من تقييد المفهوم، وإما تقيداً كما إذا كان المراد بها غير الفقهارة، نظير ما يقال: إنه مع العلم بعدم ثبوت حكم العام لشيء ودوران كونه بالتخصيص أو بالتخصيص لا يمكن التمسك بأصالة العموم وإثبات كونه بالتخصيص. فالصحيح أنّ الصحيحة مجملة من حيث المراد من المماثلة، فيؤخذ بالأخص من الاحتمالات، وهي المماثلة في الفقهارة والعدل.

[١] ووجه دلالتها أنّ قوله عليه السلام: «النّاظر فيما يصلحهم»^(٢) وصف توضيحي، فيكون مفاد الصحيحة نفوذ تصرفات من تكون تصرفاته من جهة صلاح الصغير المفروض عدم القيم الخاص له، ولكنها لا تنافي اعتبار العدالة في القيم، فإنه يرفع عن

(١) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القِيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القِيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم».

وموثقة زرعة، عن سماعة: «في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار، من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»، بناءً على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكة العدالة.

لكن في صحيحة اسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية، وله ولد صغار وكبار، أبحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولّاه قاضٍ

إطلاقها بما دلّ على اعتبار العدالة كما أن ما دلّ على اعتبارها يكون مفسراً لإجمال الصحيحة الأولى. فتكون النتيجة أن القائم بمصالح الصغير من غير وصاية، ومن غير توكيل من الحاكم الشرعي، يجب أن يكون عدلاً.

وأما موثقة سماعة قال: «سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(١) فلا ظهور للثقة فيها فيمن يطمئن بفعله عرفاً ولو كان فاسقاً، بل لا يبعد ظهورها في العدل، ولا أقل من الحمل عليه جمعاً بينها وبين صحيحة اسماعيل بن سعد^(٢) برفع اليد عن إطلاق الثانية بالأولى كما لا يخفى.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٢، الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول.

قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة، أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك». هذا، والذي ينبغي أن يقال [١]: إنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلي أو نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نص خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموماً أو خصوصاً فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل.

[١] يعني: في الموارد التي يكون فيها لجواز تصرف غير الفقيه ونفوذه دليل خاص اتبع ذلك الدليل في جهة كونه دالاً على اعتبار العدالة في المتصرف أم لا. وأما الموارد التي يكون تصرف غير الفقيه فيها من جهة دخول ذلك التصرف في عموم قوله عليه السلام: «كل معروف صدقة»^(١) وقوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقة»^(٢) أو عموم قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^(٣)، ففيها تفصيل من جهة أن الفاسق أيضاً يجوز له التصدي لتلك التصرفات، ويكون تصرفه نافذاً كتصرف العادل، إلا أنه لا يسقط التكليف بإصلاح مال اليتيم وحفظه عن الهلاك عن السائرين بمجرد قيام الفاسق بالتصرف مع عدم إحراز كون تصرف الفاسق صلاحاً وإحساناً للطفل، ولا يكفي في الإحراز حمل التصرف المزبور على الصحة، مثلاً إذا باع الفاسق مال الصغير لا يجوز مع جهله بكون ذلك صلاحاً للطفل شراء ذلك المال من البائع المزبور، ولا تجري أصالة الصحة في فعل البائع. فإن الشك في المقام في أصل وجود المأمور به وهو إصلاح مال الطفل وإيجاد الإصلاح، فيكون نظير ما إذا شك في أن

(١) مرّ آنفاً.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ١٤١، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٥٢، وسورة الإسراء: الآية ٣٤.

وأما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة إلى نفسه، وأنه هل يكون مأذوناً من الشرع في المباشرة، أم لا؟ وقد يكون بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء منه مثلاً.

أما الأول: فالظاهر جوازه، وأنّ العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة؛ لعموم أدلّة فعل ذلك المعروف، ولو مثل قوله ﷺ: «عَنْ الضَّعِيفِ مِنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ»، وعموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^(١) ونحو ذلك.

الغير صلّى على الميت أم لا. نعم، إذا أحرز أصل الصلّاة وشك في وقوعها صحيحة أم لا فتحمل على الصحة.

وبتعبير آخر: شك المشتري في كون بيع البائع صلاحاً للطفل أم لا، نظير شكّه في بلوغ البائع وولايته على البيع، لا مجرى فيه لأصالة الصحة. نعم، إذا باع الفاسق مال الطفل لآخر، واحتمل ثالث أنّ المشتري قد أحرز كون شرائه وبيع البائع صلاحاً للطفل، فيجوز لذلك الثالث حمل شرائه على الصحة، ولا يجوز له أخذ الثمن من يد البائع واسترداد المبيع من يد مشتريه بدفع الثمن إليه؛ لأنّه لا يعلم أنّ مال الصغير هو الثمن، بل مقتضى أصالة الصحة الجارية في شراء المشتري كون ماله هو الثمن لا المثل.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّه لا دلالة لقوله ﷺ: «كُلْ مَعْرُوفَ صَدَقَةٍ» ولا لقوله: «عَنْكَ الضَّعِيفِ مِنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ» على حكم المقام، فإنّ كون تصرّف الأجنبي في

(١) سورة الأنعام: الآية ١٥٢، وسورة الإسراء: الآية ٣٤.

وصحيحة محمد بن إسماعيل -السابقة-، قد عرفت أنها محمولة على
صحيحة علي بن رثاب -المتقدمة-، بل وموثقة زرعة وغير ذلك ممّا سيأتي. ولو
ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولي له،
فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه وشك في صحته، ولو شك في
حدوث الفعل منه وأخبر به، ففي قبوله إشكال.
وأما الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه وإن ادعى كون
البيع مصلحة، بل يجب أخذ المال من يده.

مال الطفل إنما يكون معروفاً وعوناً مع ولايته على التصرف ونفوذ معاملته. وإذا منع
عنه مثل قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(١)، أو أصالة عدم ولايته
على التصرف المزبور، فيخرج عن كونه معروفاً وعوناً كما يخرج زيد باستصحاب
عدم كونه فاسقاً عن عموم النهي عن إكرام الفاسق.
وأما قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٢) فهو خطاب
موجه إلى من يكون في أيديهم أموال اليتامى من الأولياء، ولا يعم غير الولي ولا يعين
الولاية لأحد.

والحاصل: أن التصرف في مال الأيتام مستفاد من الروايات المتقدمة، ومفادها
-كما تقدّم- اعتبار العدالة في المتصرف، وأيضاً لو فرض ثبوت الولاية على كل واحد
في التصرف في مال الطفل أو غيره فلا مانع من حمل فعل المتصدّي على الصحة،

(١) عوالي اللئالي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، تحف العقول ٣٤، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب

مكان المصلي، الحديث ١.

(٢) مزلت آنفاً.

ويدلّ عليه -بعد صحيحة إسماعيل بن سعد المتقدمة، بل وموثقة زرعة، بناء على إرادة العدالة من الوثيقة-: أنّ عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق؛ فإنّ وجوب إصلاح مال اليتيم ومراعاة غبطته، لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق. ولا يجدي هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاة المتقدّم، لأنّ الواجب هناك هي صلاة صحيحة، وقد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، وإذا شكّ في صحتها أحرزت بأصالة الصحة. وأمّا الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنّما حُمل على موضوع هو «إصلاح المال ومراعاة الحال» والشكّ في أصل تحقّق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشكّ فيها.

وإن شئت قلت: إنّ شراء مال اليتيم لا بدّ أن يكون مصلحة له، ولا يحرز ذلك بأصالة صحّة البيع من البائع، كما لو شكّ المشتري في بلوغ البائع، فتأمل. نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق، لأنّ مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو الثمنين، وأصالة صحّة المعاملة من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبر.

وليس المقام من قبيل الشكّ في بلوغ البائع ونحوه ما يكون الشكّ معه في ولاية المتصرف، حيث لا مجرى لأصالة الصحة بدون إحرازها، وذلك فإنّه بعد فرض الولاية حتّى للفاسق يكون ولاية التصرف محرّزاً، غاية الأمر أنّ بيعه مشروط بكون ذلك البيع صلاحاً للطفل بنظره كما هو مقتضى جعل الولاية، نظير اشتراط علم البائع وإحرازه أوصاف المبيع في صحة بيعه. وكما أنّ المشتري إذا شكّ في أنّ بائعه عالم بأوصاف مبيعه أم لا، يجوز له الاشتراء حملاً لبيعه على الصحة كذلك في المقام فيما إذا احتمل المشتري أنّ بائع مال الطفل قد أحرز كون بيعه صلاحاً، ولو كان إصلاح مال

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه. ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلقاً وليه من غير تخصيص بالعاقدة. وأما لو أراد بيعه من شخص وعرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة وإن كان في يد الأول.

وبالجملة، فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا يزيد على حكم الأب والجد^[١] من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

الطفل واقعاً هو المأمور به لوجب على الآخرين أخذ المال من يد المشتري بدفع الثمن إليه، تمسكاً باستصحاب بقاء المبيع في ملك الطفل، فإنه كما لا مجال لأصالة الصحة في فعل البائع كذلك لا مجال له في فعل المشتري؛ لأن إصلاح مال الطفل واقعاً لا يحصل بمجرد فعل البائع، بل به وبفعل المشتري، ويكون الشك في صحة شراء المشتري مساوياً للشك في أصل وجود المأمور به كما لا يخفى.

ثم بناءً على ما ذكرنا من عدم إحراز الولاية لغير العادل من الأمور الحسبية المشار إليها تكون العدالة فيها للمتصدي معتبرة بنحو الموضوعية، وأما بناءً على ما ذكر المصنف عليه السلام من ثبوت الولاية فيها للفاسق يكون اعتبار العدالة فيها للمتصدي بنحو تكون عدالة المتصدي طريقاً إلى وقوع التصرف بالصلاح، ولو علم وقوع هذا النحو من التصرف من جهة أخرى يكون نافذاً كما لا يخفى.

[١] أقول: الظاهر أن مع وضع عادل يده على مال الصغير يجوز للعادل الآخر مزاحمة الأول؛ لأن بعض الروايات المتقدمة تعم تصرف المزاحم فيما إذا وقع قبل

وأما حكام الشرع فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلّي على الميت الذي لا ولي له أو من يلي أمواله أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته [١] أم لا؟

وقوع التصرف من العادل الأول، وأما فيما إذا كان القيام من العادل لمجرد كون الواقعة من الأمور الحسبية التي علم بعدم رضا الشارع بترك التعرض لها فلا يجوز المزاحمة في الأمور الحسبية التي يكون مقتضى الأدلة الأولية المنع عن التصرف فيها، كالتصرف في مال الغائب والأوقاف العامة؛ لأنه يرفع اليد فيها عن تلك الأدلة؛ للعلم بأن الشارع لا يرضى بإهمال الواقعة. ولا يحصل هذا العلم مع وضع العادل يده على تلك الواقعة، حيث يحتمل عدم رضا الشارع بالتصدي من الآخرين ومزاحمة العادل الذي وضع يده على الواقعة أولاً.

نعم، الأمور التي يكون مقتضى الأدلة الأولية جواز التصدي لها، كالصلاة على ميت لا ولي له، فإن الولاية ثابتة لأحد المؤمنين، فيجوز لكل واحد منهم إيقاعها مع عدم وقوعها من الآخر قبله.

ومما ذكرنا يظهر الحال في ولاية الفقيه، وأنه يجوز لفقيه آخر التصرف فيما لو كان فقيه آخر وضع يده على الواقعة قبله إذا كان مقتضى الخطاب اللفظي جواز التصدي لكل فقيه، كالقضاء في المرافعات، وأما في الأمور الحسبية التي تستوجب تصديها العلم برضى الشارع فلا يجوز للآخر المزاحمة باعتبار أنه لا علم له برضى الشارع بتصدي الآخر، مع فرض وضع الأول يده على الواقعة التي تكون مقتضى الأدلة الأولية عدم جواز التصرف فيها، فلاحظ وتدبر.

[١] يعني هل يجوز للفقيه الآخر مزاحمة الفقيه الذي تصدّى للواقعة بوضع يده عليها أولاً، بأن يرخص الآخر أحداً في الصلاة على الميت أو هو يباشر بنفسه

الذي ينبغي أن يقال: إنّه إن استندنا في ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدّم، جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هم العوام، فالنهي عن المزاحمة يختصّ بهم، وأمّا الحكام فكلّ منهم حجة من الإمام عليه السلام، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته وإن كان الآخر دخل فيه ووضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب والجدّ في أنّ النافذ تصرف السابق، ولا عبرة بدخول الآخر في مقدّمات ذلك وبنائه على ما يغير تصرف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدي المرافعة قبل حكم الآخر وإن حضر المترافعان عنده وأحضر الشهود وبنى على الحكم.

بالصلاة عليه؟ ذكر عليه السلام أنه لو كان المستند لولاية الفقيه في مثل هذه الأمور ما في التوقيع ^(١) المتقدّم من إيجاب إرجاع الحوادث إلى الرواة فيجوز للفقيه الآخر مزاحمة الأول؛ لأنّ مفاده أنّ العوام لا يجوز لهم مزاحمة الفقهاء، بل يجب عليهم إكمال الحوادث إليهم. وأما أنّ الفقيه لا يجوز له مزاحمة الفقيه فلا دلالة للتوقيع عليه.

والحاصل: أنّ مفاد التوقيع المزبور أنّ الفقهاء كلّ واحد منهم حجة على السائرين، ويكون لهم ولاية بحيث يجب على العوام الرجوع إليهم، فيكون حال فقيه بالإضافة إلى الفقيه الآخر حال كلّ من الأب والجد بالإضافة إلى الآخر، ومن هذا القبيل تصدي أحد الحاكمين للحكم في الواقعة قبل حكم الآخر فيها ولو مع دفع تلك الواقعة إلى ذلك الآخر ونظره واستماع الشهادة والبناء على الحكم فيها.

وأما إذا استفيد ولاية الفقيه من أدلة نيابتها عن الإمام عليه السلام فلا يجوز للفقيه الآخر

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٩.

وأما لو استندنا في ذلك إلى عمومات النيابة، وأن فعل الفقيه كفعل الإمام، ونظره كنظره الذي لا يجوز التعدي عنه - لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس والأموال حتى يقال: إنه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه، المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجة منه عليه السلام على الناس - فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر ووضع يده عليه وبنى فيه بحسب نظره على تصرف وإن لم يفعل نفس ذلك التصرف، لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه وبناءؤه على تصرف آخر مزاحمة له، فهو كمزاحمة الإمام عليه السلام، فأدلة النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام عليه السلام. فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكام، وبين الأب والجّد، لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجة وبين كون كلّ واحد منهم نائباً.

مزاحمة من وضع يده على الواقعة أولاً، وليس المراد الأدلة التي يكون مدلولها كون الفقيه كالإمام أولى بالناس، أي بأنفسهم وأموالهم؛ ليقال: إنه ليس في البين ما يقتضي ولايته كذلك، بل المراد أنّ تصرف الفقيه في مورد له ولاية التصرف فيه كتصرف الإمام عليه السلام فيه، كما يظهر ذلك من التعليل الوارد في التوقيع المتقدّم، فإن مقتضاه كون الفقيه حجة من قبله عليه السلام، فتصديده للواقعة كتصديده عليه السلام لها، فإنه لو كان جواز تصدي الفقيه كجواز تصدي الأب والجّد حكماً شرعياً لكان الأنسب أن يقول: فإنهم حجة الله عليكم.

والحاصل: إذا كان تصدي الفقيه لواقعة كتصدي الإمام عليه السلام لها فلا يجوز للفقيه الآخر التصرف فيها بعد وضع اليد عليها من الفقيه الأول، حيث لا يجوز مزاحمة الإمام عليه السلام.

لا يقال: كيف جاز لفقيه الحكم في واقعة قبل تمام الحكم من الفقيه الآخر حتى

وربما يتوهم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعددين، في أن بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول. ويندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرف لا في مقلّماته، فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرف مغاير وإن بنى عليه الأول ودخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه ودخولهم في الأمر كدخوله، وفرضنا أيضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل، والتعدي عما بنى هو عليه مباشرة أو استنباطاً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة ولا نقيصة. والوهم إنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعددين المتعلقة بنفس ذي المقدمة، فتأمل.

لو نظر ذلك الآخر في تلك الواقعة وسمع الشهادة وبنى على الحكم فيها، مع أنه يجري على تصديه فيها للقضاء أنه كتصدي الإمام عليه السلام.

فإنّه يقال: وجوب القضاء على الفقيه في الواقعة مشروط بسؤال الحكم منه، ومع عدم سؤال المتخاصمين، كما هو مقتضى رجوعهما إلى غيره ولو بعد مراجعتهم إليه، يكون التكليف بالقضاء متوجهاً إلى ذلك الغير.

أقول: قد تقدّم أن التوقيع^(١) المزبور لا يمكن الاعتماد عليه لضعفه سنداً، وأن الحوادث الواقعة الواردة فيها مجملة؛ لأن السؤال لم يصل إلينا، ولعل كان فيه قرينة على كون المراد بها بعض المخاصمات التي يحتاج فيها إلى الحكومة.

وعلى تقدير الإغماض وعموم الحوادث فمفاده أن مع وجود الفقيه لا يعذر العامي في ترك الواقعة وعدم العمل بالوظيفة فيها، فإن الحجة ما يحتج به، كما أن مع وجود

(١) مرّ آنفاً.

هذا كله مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام سيما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعي الحكومة. وكيف كان، فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كل إلزام قولي أو فعلي يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره، لأن نظره كنظر الإمام.

وأما جواز تصدي مجتهد لمرافعة تصدّاه مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلأن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

ثم إنه هل يشترط في ولاية غير الأب والجَدِّ ملاحظة الغبطة لليتيم، أم لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أن فيه وجهين، ولكن ظاهر كثير من كلماتهم: أنه لا يصح إلا مع المصلحة، بل في مفتاح الكرامة: أنه إجماعي، وأن الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين، وعن شيخه في شرح القواعد: أنه ظاهر الأصحاب، وقد عرفت تصريح الشيخ والحلي بذلك حتى في الأب والجَدِّ.

الإمام عليه السلام لا يعذر الناس في ترك رجوعهم إليه عليه السلام. وأما مباشرة الفقيه بحادثة بالإضافة إلى فقيه آخر كمباشرة الإمام عليه السلام بالإضافة إلى الفقيه، فليس فيه دلالة على ذلك. وبتعبير آخر: جعل الولاية لفقيه بالتصرّف في الواقعة لا يلزم جعل تصديه منزلة تصدي الإمام عليه السلام، وما ذكر عليه السلام من عدم جواز مزاحمة فقيه لفقيه آخر لاستلزامها اختلال النظام فلا يخفى ما فيه، فإنه على تقدير الدليل على ولاية كل فقيه يكون المقام نظير ما إذا تعذرت مراجعة الفقيه ووصلت النوبة لعدول المؤمنين، حيث ذكر عليه السلام جواز مزاحمة عادل لعادل ومزاحمة فقيه لفقيه آخر لا يزيد عليه.

ويدلّ عليه -بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد-: عموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»، وحيث إنّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرّضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام، فنقول: إنّ «القرب» في الآية يحتمل معاني أربعة: الأول: مطلق التّقليب والتّحريك حتّى من مكان إلى آخر [١]، فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد.

[١] يعني يحتمل كون المراد بالقرب تحريك مال اليتيم وإخراجه عن السكون، سواء كان تحريكاً مكانياً بأن ينقل المال من مكان إلى آخر، أو تحريكاً اعتبارياً وإدخالاً في ملك الغير بيعاً أو غيره، والتقليب والتحريك بمعنى واحد. ويحتمل أن يكون المراد بالقرب وضع اليد على مال اليتيم، وأنّه لا يجوز وضع اليد عليه إلّا فيما كان وضعها عليه أحسن من تركه بحاله. ويحتمل كون المراد به ما يعدّ تصرفاً، سواء كان اعتبارياً كالبيع والإجارة ونحوهما، أو غيره من التصرف الخارجي، ويترتب على ذلك أنّه لو كان التصرف في مال اليتيم أحسن من تركه بحاله فلا يجب التصرف، حيث إن مدلول الآية عدم جواز القرب إليه بوجه غير أحسن لا وجوب القرب إليه بوجه أحسن. ويحتمل أن يكون المراد بالقرب مطلق الأمر الاختياري المتعلّق بمال اليتيم ولو كان الأمر المزبور تركه بحاله، ويترتب على ذلك وجوب التصرف في الفرض المتقدّم، فإنّ تركه بحاله على هذا الاحتمال قرب إليه بوجه غير أحسن فلا يجوز. ثم إنّ المراد بالأحسن إما الأحسن من تركه أو الأحسن من تركه ومن سائر التصرفات المعبر عنه بالأحسن المطلق، أو القرب الحسن بأن يكون فيه صلاح للطفل من القرب الذي فيه حرج، أي مفسدة.

الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه ومجتنباً، فالمعنى: تجنبوا عنه، ولا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفاً - كالاقتراض والبيع والإجارة وما أشبه ذلك - فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلاّ بتقيح المناط.

والظاهر من معاني القرب هو المعنى الثالث، حيث إن القرب إلى المال بمناسبة الحكم والموضوع هو التصرف فيه، سواء كان اعتبارياً أو خارجياً، فلا يشمل تركه بحاله، كما أن ظاهر الأحسن هو المعنى الثاني، أي التفضيل المطلق، كما هو مقتضى حذف المفضل عليه في إفادته العموم. وعلى هذا، فلو كان بيع مال اليتيم أصلح من تركه ومن سائر التصرفات ولم يكن فرق بين بيعه بالدينار أو بالدرهم، يكون بيعه بكل منهما جازياً باعتبار كون بيعه بكل منهما أصلح من تركه ومن سائر التصرفات، وإذا باعه بالدرهم فلا يجوز مبادلة الدرهم بالدينار باعتبار أن هذه المبادلة لا تكون أحسن من تركها.

بخلاف ما إذا قيل بأن المراد بالأحسن مطلق ما لا يكون فيه حرج ومفسدة، فإنه بناءً عليه تجوز تلك المبادلة، وكذا ما إذا قيل بأن المراد بالأحسن هو الأحسن المطلق، والمراد بالقرب مطلق ما يتعلق بمال اليتيم ولو كان ذلك الأمر تركه بحاله، حيث إن في الفرض لا يكون القرب، أي ترك مال اليتيم بحاله أحسن من تركه ومن سائر الأمور المتعلقة بالدرهم المزبورة، بل تركها بحالها وتبديلها بالدينار على حد سواء، فيجوز كلّ منهما.

ثم إن الأظهر من معاني القرب هو الثالث، حيث إن قرب المال بمناسبة الحكم والموضوع هو التصرف فيه، كما أن الأظهر في معنى الأحسن هو التفضيل المطلق، أي

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم، أعم من الفعل والترك، والمعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور، لأنّ إبقاءه قرب له بما ليس أحسن. وأمّا لفظ «الأحسن» في الآية، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، ويحتمل أن يراد به الحسن. وعلى الأول، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه - كما يظهر من بعض - ويحتمل أن يراد به ظاهره وهو الأحسن مطلقاً من تركه ومن غيره من التصرفات. وعلى الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة، ويحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه، على ما قيل: من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله.

التصرف الأحسن من تركه ومن سائر التصرفات. نعم، مقتضى التدبر في ملاحظة غرض الشارع أن لا ينحصر القرب بالتصرف، بل يعم ترك المال بحاله، كما هو المعنى الرابع للقرب، فإنّ غرضه أن لا يختار الأولياء في مال اليتيم إلا ما كان أحسن كما لا يخفى.

أقول: لا ينبغي الرب في أنّ النهي عن قرب مال اليتيم لا يراد منه معناه الحقيقي من القرب المكاني أو الزماني أو نحوهما، بل كناية عن الفعل المناسب للمال، فلاحظ النهي عن قرب الشجرة في قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبُوا هَذِهِ الشَّجَرَةَ»^(١)، والنهي عن قرب النساء في قوله: «وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ»^(٢) ونحوهما. ومن الظاهر أنّ الفعل المناسب للمال قسمان: التصرف الخارجي بأن يلبس الثوب المملوك لليتيم ويسكن بيته ويأكل طعامه... إلى غير ذلك ممّا هو استيفاء لمنافع مال اليتيم، أو إتلاف أعيان ماله والتصرف الاعتباري كالإتجار بمال اليتيم. والمتيقن من المراد هو القسم الأول، وإن

(١) سورة البقرة: الآية ٣٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٢.

ثم إن الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، ومن احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثاني، أعني التفضيل المطلق. وحينئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشرة دراهم، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأن هذا التصرف ليس أصح من تركه، وإن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار، لفرض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقداً.

كان لا يبعد عموم المراد وشموله للقسم الثاني.

وكيف كان، فليس الأحسن وصفاً للقرب ليقال: إن القرب لا يعم التصرفات الاعتبارية وأن مدلول الآية هو تحريم التصرف الخارجي غير الأحسن، فلا يستفاد منه الحكم الوضعي للمعاملات الجارية على مال اليتيم، بل الأحسن صلة الموصول المراد به الطريقة والوسيلة، كما هو مقتضى تأنيث الموصول ودخول الباء الظاهرة في الآلية أو السببية عليه. وتوصيف الطريقة بالأحسن يمكن أن يراد ما يقابل طريق الظلم والعدوان، كما في قوله سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾^(١)، وعليه ف فيما كان وسيلة القرب معاملة معنونة بعنوان الظلم والعدوان يحكم بفسادها، كما إذا باع الولي مال اليتيم بثمن بخس جداً، حيث لا يمكن مع صحتها أن يكون ترتب الأثر عليها المعبر عنه بالقرب محرماً.

ويمكن أن يكون المراد الطريقة التي هي أصح لليتيم بالإضافة إلى سائر المعاملات والوسائل، فلا يجوز القرب بمال اليتيم بالإجارة إذا كان البيع أصح، وظاهر الأحسن وإن كان هو الثاني إلا أنه قد يقال بكون المراد به هو الأول، بقرينة النهي عن

(١) سورة النساء: الآية ١٠.

أما لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسدة فيه، فيجوز. وكذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع، لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله - كما هو الاحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً - لأنَّ القدر المشترك أحسن من غيره، وأحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما على الآخر فيخير - فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كلٌّ من إبقاء الدراهم على حالها وجعلها ديناراً قرباً، والقدر المشترك أحسن من غيره، وأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

والحاصل: أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء - لكون القدر المشترك بينهما أحسن، وعدم مزية لأحد الفردين - تحقّق التخيير لأجل ذلك استدامة، فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم وإن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف. لكن الإنصاف: أن المعنى الرابع لـ «القرب» مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، وإن كان الذي يقتضيه التدبر في غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره.

نعم، ربّما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر [١]

أكله ظلماً، وبعض الروايات في التصرف بمال اليتيم.

[١] أقول: مورد الروايتين^(١) ومدلولهما المرادة والمعايشة مع اليتامى بالدخول إلى بيتهم والأكل من طعامهم ونحو ذلك ممّا هو صلاح لهم، فإن انقطاع الناس عنهم وترك الدخول عليهم أمر غير مرغوب في العادة، وتجويزه مع وصول العوض إلى

(١) أي المذكورتان في المتن، وسائل الشيعة ١٧: ٢٤٨، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢.

لا أن مناط الجواز هو النفع. ففي حسنة الكاهلي: «قيل لأبي عبد الله عليه السلام: إنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم، ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا»، بناءً على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر والذيل على ما زعمه بعض المعاصرين: من أن الصدر دالٌّ على إناطة الجواز بالنفع، والذيل دالٌّ على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا مضر. وهذا منه مبني على أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطي فلساً بإزائه، وهكذا... وأنت خير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي.

وفي رواية ابن المغيرة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة، فربما أهدي لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يا رب هذا بهذا؟ قال: لا بأس». فإن ترك الاستفصال عن مساواة العوض وزيادته يدل على

اليتامى حتى فيما إذا لم يكن العوض زائداً على المقدار المصروف منهم لا يقتضي جواز مثل بيع مال اليتيم بثمن المثل فيما إذا كان في البين من يشتريه بالأزيد منه، أو جواز بيع مال اليتيم فيما إذا كان تركه مع فعله سيان.

بل لا يبعد القول بجواز الدخول على اليتامى -كما ذكر- من غير حاجة إلى الاستجاسة من أوليائهم أو من الحاكم الشرعي أخذاً بظاهر الروايتين.

عدم اعتبار الزيادة، إلا أن يحمل على الغالب: من كون التصرف في الطعام المهدى إليها وإعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من «الطعام المهدى إليها» هو المطبوع وشبهه.

وهل يجب مراعاة الأصلح [١] أم لا؟ وجهان.

قال الشهيد رحمته الله في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه أو يكفي نفي المفسدة؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها ولأصالة بقاء الملك على حاله ولأن النقل والانتقال [٢] لا بدّ لهما من غاية، والعمديات لا تكاد تقع غاية. وعلى هذا، هل يتحرى الأصلح أم يكفي بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا [٣]، لا؛ لأن ذلك لا يتناهى [٤].

وعلى كلّ تقدير: لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحة، لم يجز العدول عن الأصلح، ويترتب على ذلك: أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة ولا مفسدة، وتزويج المجنون حيث لا مفسدة؛ وغير ذلك، انتهى.

[١] يعني بناءً على لزوم رعاية المصلحة في التصرف فهل يجب رعاية الأصلح والأكثر نفعاً، أم لا؟ استشهد رحمته الله على لزوم رعايته بما في «القواعد» ^(١).

[٢] يعني تجويز الشارع النقل والانتقال في مال الطفل باعتبار الغرض والملاك وعدم المفسدة كسائر العمديات، لا يصلح كونه غرضاً.

[٣] يعني يحتمل وجوب تحري الأصلح ودليله مثل ما قلنا في لزوم رعاية المصلحة، وهو كون الولي منصوباً لرعاية المصلحة وأصالة بقاء الملك.

[٤] يعني يحتمل أن لا يجب تحري الأصلح؛ لأن الأصلح لا آخر له، وكل ما

الظاهر أنَّ فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده وكان الاتجار به أصلح منه، لم يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية، بأن يراد: لاتختاروا في مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره، وقد عرفت الإشكال في استفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهي عن جميعها، إلا ما كان أحسن من غيره ومن الترك، فلا يشمل ما إذا كان فعلٌ أحسن من الترك [١].

نعم، ثبت بدليل خارج حرمة الترك [٢] إذا كان فيه مفسدة، وأما إذا كان في الترك مفسدة ودار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه [٣]، بل ربما يعدّ العدول في بعض المقامات إفساداً، كما إذا

يفرض كون صلاحه أكثر يمكن أن يكون التصرف الآخر أصلح منه.

[١] يعني لا يستفاد من الآية وجوب الفعل فيما إذا كان أحسن من تركه؛ لما تقدم من ظاهرها عدم جواز غير الأحسن لا وجوب فعل الأحسن.
[٢] فإن التصرف في ماله في مورد يكون تركه إتلافاً لماله ممّا يعلم أنَّ الشارع لا يرضى بذلك الترك.

[٣] وذلك لما تقدم في صور الأحسن من ظهور الأحسن في معنى التفضيل.
بقي في المقام أمر، وهو أنه قد يقال بظهور الاستثناء في آية «لَا تَقْرُبُوا»... في أنه يجوز لكل مكلف التصرف في مال اليتيم إذا كان ذلك التصرف أحسن، وأنه لا تختص ولاية التصرف بشخص أو أشخاص خاصة، حيث إن الاستثناء بمنزلة اقربوا مال اليتيم بالأحسن.

ويجاب عن ذلك تارة بما ذكر في مفهوم الشرط، بأنه إذا كان الجزء في القضية

أُشْتَرِيَ فِي مَوْضِعٍ بَعْشَرَةً، وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ قَرِيبٍ مِنْهُ بَعْشَرِينَ، فَإِنَّهُ يَعْدُّ بَيْعَهُ فِي الْأَوَّلِ إِفْسَادًا لِلْمَالِ، لَوْ ارْتَكَبَهُ عَاقِلٌ عَدَّ سَفِيهًا لَيْسَ فِيهِ مَلَكَهَ إِصْلَاحُ الْمَالِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي أَرَادَهُ الشَّهِيدُ بِقَوْلِهِ: وَلَوْ ظَهَرَ فِي الْحَالِ... الْخ.

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهة، كما لو كان بيعه مصلحة، وكان بيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه والعلم بعدم الخسارة؛ فإنه قد لا يعدّ ذلك سفاهة، لكن ظاهر الآية وجوبه.

مسألة: يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم -ثمنًا أو مثنًا- أن يكون مسلمًا، فلا يصحّ نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكرة، بل عن الغنية: عليه الإجماع، خلافًا للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا، وسيأتي عبارة الاسكافي في المصحف.

الشرطية سالبة كلية، كقوله عَلَيْهِ: «إِذَا كَانَ الْمَاءُ قَدْرَ كَرٍ لَا يَنْجِسُهُ شَيْءٌ»^(١)، يكون مفهومه موجبة جزئية لا كلية، فإنه ليس المستفاد من مفهوم أنه إذا لم يبلغ قدر كَرٍ ينجسه كل شيء، بل مفهومه مهمل ومساوق لقوله: ينجسه بعض الأشياء.

وهذا يجري في الاستثناء من السالبة الكلية أيضاً، حيث إن مفاد الاستثناء قطع الحكم المستثنى منه، أي ارتفاع السالبة الكلية بثبوت الموجبة.

وأما كون الموجبة كلية فلا يستفاد منها، ولو قيل: لا تقتل أحداً إلا في غير الأشهر الحرم فلا يكون مفاده أقتل كل أحد في غير الأشهر الحرم، وعلى ذلك فمفاد الاستثناء النهي العام، أي نهى كل أحد عن قرب مال اليتيم ينتفي إذا كان القرب أحسن. وأما التجويز لكل أحد في القرب مع كونه أحسن فلا يستفاد منه.

(١) وسائل الشيعة ١: ١٥٨، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق، الحديث ١ و ٢ و ٤-٨، والكافي ٣: ٢.

واستدلّ للمشهور تارةً: بأنّ الكافر يمنع من استدامته، لأنّه لو ملكه قهراً بآرث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح. وأخرى: بأنّ الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفي بقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»، وبالنبويّ المرسل في كتب أصحابنا - المنجبر بعملهم واستدلالهم به في موارد متعدّدة، حتّى في عدم جواز علوّ بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته - وهو قوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه»، ومن المعلوم: أنّ ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

وأخرى، بأنّه لو سلم أنّ مفاد الاستثناء الإيجاب الكلّي، إلّا أنّ عدم ورود الآية في بيان حكم المستثنى يمنع عن التمسك فيه بمقتضى الإطلاق، ويشهد لعدم وروده في بيان حكم المستثنى ملاحظة ما قبل الآية من الآيات الواردة في بيان المحرّمات. وعلى تقدير الإغماض وعدم إحراز أنّ الاستثناء مهمل فلا أقلّ من عدم إحراز وروده في مقام البيان.

أقول: قد تقدّم في بحث العام والخاص أنّ من أدوات العموم وقوع اسم الجنس في سياق النفي أو النهي، كقوله: «لا يحلّ شيء من السّباع»^(١) وقوله: «لا تكرم فاسقاً». وعليه فإن كان العموم في الجزاء مستفاداً من أحد الأمرين فينتفي ذلك العموم في ناحية المفهوم في القضية الشرطية ولا يكون في ناحية المفهوم عموم، حيث إنّ ذلك الاسم الجنس لا يقع في ناحية المفهوم في سياق النفي؛ لأنّ مفهوم القضية الشرطية الجزاء فيها سالبة موجبة كما في قوله ﷺ: «إذا كان الماء قدر كر لا ينجسه شيء»^(٢).

(١) انظر وسائل الشيعة ٢٤: ١١٥، الباب ٣ من أبواب الأطعمة المحرمة، الحديث ٥.

(٢) مرّ آنفاً.

لكن الإنصاف: أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضد بالشهرة واشتهار التمسك بالآية - حتى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء، وفي غيره إلى أصحابنا - لم يكن ما ذكره من الأدلة خالياً عن الإشكال في الدلالة. أمّا حكاية قياس الابتداء على الاستدامة، فغاية توجيهه: أن الاستفادة من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثاً وبقاءً، من غير مدخلة لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد، فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أن هذا إنما يقتضي كون عدم الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء.

وأما إذا كان العموم في الجزاء مستفاداً من أمر يكون ذلك الأمر موجوداً في ناحية المفهوم أيضاً فلا ينتفي العموم، كما في قوله: «كل درهم أو دينار لا يكون فيهما زكاة إذا لم يحل عليه حول»^(١)، فإن مفهومه أن كل درهم أو دينار فيه زكاة إذا حال عليه الحول. وكذلك الحال في ناحية الاستثناء، فإنه لو كان عموم المستثنى منه بأحد الأمرين المتقدمين فلا يكون في ناحية المستثنى عموم، كما في قوله: «لا تقتل أحداً إلا في غير أشهر الحرم».

وأما إذا كان مستفاداً من أمر آخر لا ينتفي بقطع حكم المستثنى منه يكون العموم في ناحية المستثنى أيضاً، كقوله: «كل دم من المسلم محترم لا يحل إلا قصاصاً»، فإن مقتضى الاستثناء جواز القصاص من كل مسلم، وعلى ذلك فالعموم بالإضافة إلى عامة المكلفين في خطاب: «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» مستفاد من توجيه

(١) انظر وسائل الشيعة ٩: ٧٢، الباب ١٣ من أبواب ما يجب فيه الزكاة، الحديث ٨

ومن المعلوم: أنَّ عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليفٍ بعدم إبقائه وبإخراجه عن ملكه، وليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتَّى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلُّ على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد.

والحاصل: أنَّ دلالة النَّهي عن الإدخال في الملك، تابعة لدلالة النَّهي عن الإبقاء، في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهي عنه وعدمه، والمفروض انتفاء الدلالة في المتبوع.

الخطاب إلى عامتهم لا من وقوع النكرة في سياق النَّهي، فيكون المستثنى عدم الحرمة على كلِّ مكلف بالإضافة إلى القرب بالأحسن.

أضف إلى ذلك أنَّ ورود ما قبل الآية في ذكر المحرّمات فقط، على تقدير تسليمه، لا يمنع الأخذ بمقتضى الاستثناء الوارد لكل من الأحكام الانحلالية باعتبار كلِّ مكلف، وأن الأصل في كلِّ خطاب متضمن للحكم وموضوعه وروده في مقام البيان من حيث قيود ذلك الموضوع والحكم.

والصحيح في الجواب عن دعوى استفادة الولاية لكل أحد ما ذكرنا من أنَّ الـ«أحسن» في الآية صلة لـ«التي» المراد بها الوسيلة والمعاملة، وما دل على اعتبار قيام العدول في المعاملة على مال اليتيم يكون حاكماً على مدلول الآية، حيث إن مقتضاه أنَّ الوسيلة تكون أحسن فيما إذا قام عدل في المعاملة على مال اليتيم، فلا يجوز شراء مال لأحد إلا إذا قام عدل في بيعه.

أضف إلى ذلك احتمال اختصاص خطاب النَّهي بالأولياء بمناسبة كون مال اليتيم بأيديهم، وأنهم ذوواليد عليه، فتدبر جيداً.

ومما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص الوارد في عبد كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «إذهبوا ببيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده»؛ بناءً على أن تخصيص البيع بالمسلمين - في مقام البيان والاحتراز - يدل على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أن تخصيص المسلمين إنما هو من جهة أن الداعي على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر والنهي عن إبقائه عنده، وهي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحة به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به، فافهم.

وأما الآية: فباب الخدشة فيها واسع:

تارة: من جهة دلالتها في نفسها ولو بقرينة سياقها الآبي عن التخصيص، فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص، أو بقرينة ما قبلها الدالة على إرادة أن نفي الجعل في الآخرة.

وأخرى: من حيث تفسيرها في بعض الأخبار بنفي الحجة للكفار على المؤمنين، وهو ما روي في العيون، عن أبي الحسن عليه السلام، ردّاً على من زعم أن المراد بها نفي تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العادية تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا، لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكة - أن الحسين بن علي عليه السلام لم يقتل، بل شبه لهم ورفع كعيسى - على نبينا وآله وعليه السلام - وتعميم الحجة على معنى يشمل الملكية، وتعميم السبيل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

وثالثة: من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دلّ على صحة البيع، وجوب الوفاء بالعقود، وحلّ أكل المال بالتجارة، وتسلط الناس على أموالهم، وحكومة الآية عليها غير معلومة. وإباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب

الالتزام به في طرف الاستدامة، وفي كثير من الفروع في الابتداء، يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكية، بأن يراد من السبيل السلطنة، فيحكم بتحقيق الملك وعدم تحقق السلطنة، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه. وهذا وإن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم وعدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيراً في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أنّ الجعل شيء لم يكن ولن يكون، وأنّ نفى الجعل ناشئ عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال.

هذا، مضافاً إلى أنّ استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضي الصحة، كما إذا كان الكافر مسبوقاً بالإسلام -بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام- أو كان العبد مسبوقاً بالكفر، فيثبت في غيره بعدم الفصل، ولا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد، لأنّ استصحاب الصحة مقدّم عليها، فتأمل.

ثم إنّ الظاهر أنّه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصية. وأمّا تملك المنافع، ففي الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة، ومقرب النهاية، بل ظاهر المحكي عن الخلاف، أو مع وقوع الإجارة على الذمة كما عن الحواشي، وجامع المقاصد، والمسالك، أو مع كون المسلم الأجير حرّاً كما عن ظاهر الدروس، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد ومحكيّ الإيضاح، أقوال: أظهرها الثاني، فإنّه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز. ولا فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة وحواشي الشهيد وجامع المقاصد، بل ظاهر المحكيّ عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمة صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدة من الزمان شهراً أو سنة ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا، انتهى.

وادّعى في الإيضاح: أنّه لم يتقل من الأمة فرق بين الدين وبين الثابت في

الذمة بالاستتجار. خلافاً للقواعد وظاهر الإيضاح، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً. وظاهر الدروس: التفصيل بين العبد والحرّ، فيجوز في الثاني دون الأول، حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: وجوزها الفاضل، والظاهر أنّه أراد إجارة الحرّ المسلم، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل في التذكرة: جواز إجارة العبد المسلم مطلقاً ولو كانت على العين. نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذي ملك منفعة، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه ولا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجارة الحرّ تمليك الانتفاع لا المنفعة، فتأمل.

وأما الارتهان عند الكافر، ففي جوازه مطلقاً، كما عن ظاهر نهاية الإحكام، أو المنع، كما في القواعد والإيضاح، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر - كما إذا وضعه عند مسلم - كما عن ظاهر المبسوط والقواعد والإيضاح في كتاب الرهن والدروس وجامع المقاصد والمسالك، أو التردّد كما عن التذكرة، وجوه: أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه.

وأما إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفاقاً لعارية القواعد وجامع المقاصد والمسالك، بل عن حواشي الشهيد رحمته الله: أنّ الإعارة والإيداع أقوى منعاً من الارتهان. وهو حسن في العارية، لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبيلاً وعلوّاً، ومحل نظر في الوديعة، لأنّ التسليط على الحفظ وجعل نظره إليه مشترك بين الرهن والوديعة، مع زيادة في الرهن - التي قيل من أجلها بالمنع - وهي التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلّا بإذنه وتسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

وقد صرح في التذكرة بالجواز في كليهما. وممّا ذكرنا يظهر عدم صحّة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته.

ثمَّ إِنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْكَافِرِ: كُلٌّ مِنْ حُكْمٍ بِنَجَاسَتِهِ وَلَوْ انْتَحَلَ الْإِسْلَامَ
كَالتَّوَاصِبِ وَالْغَلَاةِ وَالْمُرْتَدِّ- غَايَةُ الْأَمْرِ عَدَمُ وَجُودِ هَذِهِ الْأَفْرَادِ فِي زَمَانِ نَزُولِ
الْآيَةِ، وَلِذَا اسْتَدَلَّ الْحَنْفِيَّةُ - عَلَى مَا حَكِيَ عَنْهُمْ - عَلَى حُصُولِ الْبَيْنُونَةِ بِارْتِدَادِ
الزَّوْجِ. وَهَلْ يَلْحَقُ بِذَلِكَ أَطْفَالُ الْكُفَّارِ؟ فِيهِ إِشْكَالٌ، وَيَعْمَ الْمُسْلِمُ الْمُخَالَفَ، لِأَنَّهُ
مُسْلِمٌ فَيَعْمَلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ. وَالْمُؤْمِنُ فِي زَمَانِ نَزُولِ آيَةِ نَفْيِ السَّبِيلِ لَمْ يُزِدْ بِهِ إِلَّا
الْمَقَرُّ بِالشَّهَادَتَيْنِ، وَنَفِيهِ عَنِ الْأَعْرَابِ الَّذِينَ قَالُوا: آمَنَّا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ
الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ إِنَّمَا كَانَ لِعَدَمِ اعْتِقَادِهِمْ بِمَا أَقْرَأُوا، فَالْمُرَادُ بِالْإِسْلَامِ هُنَا: أَنْ يُسَلَّمَ
نَفْسَهُ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ فِي الظَّاهِرِ لَا الْبَاطِنِ، بَلْ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي
قُلُوبِكُمْ﴾ دَلٌّ عَلَى أَنَّ مَا جَرَى عَلَى أَلْسِنَتِهِمْ مِنَ الْإِقْرَارِ بِالشَّهَادَتَيْنِ كَانَ إِيْمَانًا فِي
خَارِجِ الْقَلْبِ.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْإِسْلَامَ وَالْإِيمَانَ فِي زَمَانِ الْآيَةِ كَانَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَأَمَّا مَا دَلَّ
عَلَى كُفْرِ الْمُخَالَفِ بِوَاسِطَةِ انْكَارِ الْوَلَايَةِ، فَهُوَ لَا يَقَاوِمُ بَظَاهِرَهُ، لِمَا دَلَّ عَلَى جُرْيَانِ
جَمِيعِ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِمْ: مِنَ التَّنَاقُحِ وَالتَّوَارِثِ، وَحَقْنِ الدِّمَاءِ، وَعَصْمَةِ
الْأَمْوَالِ، وَأَنَّ الْإِسْلَامَ مَا عَلَيْهِ جُمْهُورُ النَّاسِ.

فَفِي رِوَايَةِ حَمْرَانَ بْنِ أَعْيَنَ: سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام يَقُولُ: «الْإِيمَانُ مَا اسْتَقَرَّ فِي
الْقَلْبِ، وَأَفْضَى بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَصَدَقَهُ الْعَمَلُ بِالطَّاعَةِ لِلَّهِ وَالتَّسْلِيمِ لِأَمْرِ اللَّهِ،
وَالْإِسْلَامُ مَا ظَهَرَ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ، وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ جَمَاعَةُ النَّاسِ مِنَ الْفِرْقِ كُلِّهَا، وَبِهِ
حَقِنَتِ الدِّمَاءُ، وَعَلَيْهِ جَرَتِ الْمَوَارِيثُ، وَجَازَ النِّكَاحُ، وَاجْتَمَعُوا عَلَى الصَّلَاةِ
وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحِجِّ فَخَرَجُوا بِذَلِكَ مِنَ الْكُفْرِ وَأُضِيفُوا إِلَى الْإِيمَانِ... إِلَى أَنْ
قَالَ: فَهَلْ لِلْمُؤْمِنِ فَضْلٌ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْفَضَائِلِ وَالْأَحْكَامِ وَالْحُدُودِ
وغير ذلك؟ قَالَ: لَا، إِنَّهُمَا يَجْرِيَانِ فِي ذَلِكَ مَجْرَى وَاحِدٍ، وَلَكِنْ لِلْمُؤْمِنِ فَضْلٌ عَلَى
الْمُسْلِمِ فِي أَعْمَالِهِمَا، وَمَا يَتَقَرَّبَانِ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى». وَمِنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا ظَهَرَ: أَنَّهُ

لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان جارية، إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف، لأخبار دلت على ذلك، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة، لكن الأقوى عدم التحريم.

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع:

(منها): ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعقاد، بأن يكون ممن ينعق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: اعتق عبدك عني بكذا، فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة، وتبعه جامع المقاصد والمسالک.

والوجه في الأول واضح، وفاقاً للمحكي عن الفقيه والنّهاية والسّرائر -مدّعياً عليه الإجماع- والمتأخرين كافة، فإن مجرد الملكية الغير المستقرة لا يعدّ سبيلاً، بل لم يعتبر الملكية إلا مقدّمة للانعقاد. خلافاً للمحكي عن المبسوط والقاضي، فمنعاه، لأن الكافر لا يملك حتّى ينعق، لأن التملك بمجرد سبيل، والسيادة علوّ. إلا أن الإنصاف: أن السلطنة غير متحقّقة في الخارج، ومجرد الإقدام على شرائه لينعق، منّة من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّة.

وأما الثاني، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديري الصدق والكذب، لثبوت الخلل: إمّا في المبيع لكونه حرّاً، أو في المشتري لكونه كافراً، فلا يتصوّر صورة صحيحة لشراء من أقرّ بانعاقه، إلا أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي، فتأمل. وأمّا الثالث، فالمحكي عن المبسوط والخلاف التصريح بالمنع، لما ذكر في الأوّل.

(ومنها): ما لو اشترط البائع عتقه، فإن الجواز هنا محكي عن الدّروس والروضة، وفيه نظر، فإن ملكيته قبل الإعناق سبيل وعلوّ، بل التحقيق: أنّه لا فرق بين هذا، وبين إجباره على بيعه، في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

والحاصل: أنَّ «السَّيْل» فيه ثلاثة احتمالات -كما عن حواشي الشَّهيد-: مجرد الملك، ويترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرية. والملك المستقر ولو بالقابلية، كمشروط العتق، ويترتب عليه استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق.

والمستقر فعلاً، ويترتب عليه استثناء الجميع. وخير الأمور أوسطها. ثمَّ إنَّ ما ذكرنا كلَّه حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختياراً، أمَّا التملك القهري فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر من كافر أُجبر على البيع، فمات قبله، فإنَّه لا ينعتق عليه ولا على الكافر الميت، لأصالة بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفي السَّيْل وعموم أدلة الإرث، لكن لا يثبت بهذا الأصل تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام (عليه السلام)، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة، ضرورة أنَّه إذا نُفي إرث الكافر بأية نفي السَّيْل، كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممَّن لا وارث له فيرثه الإمام (عليه السلام).

وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إنَّ إرث الإمام (عليه السلام) مناف لعموم أدلة ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنَّه إذا كان مقتضى نفي السَّيْل عدم إرث الكافر، يتحقَّق نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام (عليه السلام)، فإنَّ الممنوع من الإرث كغير الوارث. فالعمدة في المسألة: ظهور الاتفاق المدَّعى صريحاً في جامع المقاصد. ثم هل يلحق بالإرث كلُّ ملك قهري، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان سببه اختيارياً وغيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثمَّ أخيرها.

ثمَّ إنَّه لا إشكال ولا خلاف في أنَّه لا يقرَّ المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه، لقوله (عليه السلام) في عبد كافر أسلم: «أذهبوا فبيعهوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا تقرّوه عنده». ومنه يعلم: أنَّه لو لم يبيعه باعه الحاكم، ويحتمل أن يكون

ولاية البيع للحاكم مطلقاً، لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال - غاية الأمر أنه دلّ النصّ والفتوى على تملكه له - ولذا ذكر فيها: أنه يباع عليه، بل صرح فخر الدين رحمته في الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، ويبقى له حق استيفاء الثمن منه. وهو مخالف لظاهر النصّ والفتوى، كما عرفت.

وكيف كان، فإذا تولّاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه، وفاقاً للمحكي عن الحواشي في خيار المجلس والشرط، لأنه إحداث ملك فينتفي، لعموم نفي السبيل، لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدّم على أدلة البيع. ويمكن أن يبتني على أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد؟ فإن قلنا بالأوّل، ثبت الخيار، لأنّ فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة، فإنّ الشارع لم يمضها، لكن هذا المبنى ليس بشيء، لوجوب الاختصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقّن.

نعم، يحكم بالأرث لو كان العبد أو ثمنه معيّباً. ويشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر، من جهة قوّة أدلة نفي الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرّر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرّر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفه الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلّا فيما خرج بالنص. ويظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع في العقد الجائر، كالهبة.

وخالف في ذلك كلّ جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار والردّ بالعيب - تبعاً للدروس - قال: لأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر، لانتفاء المقتضي، لأنّ نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطاة فهي على حكمها، ولو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع إذا لم يلزم منه تخسير للمال، انتهى. وفيما ذكره نظر، لأن نفي السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي، وخروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، واستلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد الذي خص بنفي السبيل، فهذا أولى بالتخصيص به، مع أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك وعدم زواله بالفسخ والرجوع، فتأمل.

وأما ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ والرجوع.

ومما ذكرنا يظهر: أن ما ذكره في القواعد - من قوله ﷺ: ولو باعه من مسلم بثوب ثم وجد في الثمن عيباً، جاز رد الثمن، وهل يسترد العبد أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، ومن كون الرد بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث، انتهى - محل تأمل، إلا أن يقال: إن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار، ونفي السبيل: ثبوت الخيار والحكم بالقيمة، فيكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد الثمن، كنقل المبيع في زمن الخيار، وكالتلف الذي هو مانع عقلي. وهو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله، ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري، فتأمل.

مسألة: المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر، ذكره الشيخ والمحقق في الجهاد، والعلامة في كتبه وجمهور من تأخر عنه.

وعن الإسكافي أنه قال: ولا أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، وما يجب على المسلم تعظيمه، ولا صغيراً من الأطفال، انتهى.

واستدلوا عليه بوجوب احترام المصحف، وفحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر. وما ذكره حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. وفي إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف - كما صرح به في المبسوط - والكرهية كما هو صريح الشرائع، ونسبه الصيمري إلى المشهور، قولان، تردّد بينهما العلامة في التذكرة. ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي ﷺ من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه ﷺ، وإن كان ظاهر ما ألحقه بالمصحف هو أقوال النبي ﷺ المعلوم صدورها عنه ﷺ.

وكيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي ﷺ.

القول في شرائط العوضين:

يشترط في كلّ منهما كونه متمولاً، لأنّ البيع - لغةً - مبادلة مال بمال، وقد احتزروا بهذا الشرط عمّا لا يتنفع به منفعة مقصودة للعقلاء محلّلة في الشرع، لأنّ الأوّل ليس بمال عرفاً كالخنافس والديدان، فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصروف لها ونفي الفائدة عنها، والثاني ليس بمال شرعاً كالخمر والخنزير.

ثمّ قسّموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى خسة الشيء كالحشرات وإلى ما يستند إلى قلته كحبة حنطة، وذكروا أنّه ليس مالاً وإن كان يصدق عليه الملك، ولذا يحرم غصبه إجماعاً، وعن التذكرة: أنّه لو تلف لم يُضمن أصلاً، واعترضه غير واحد ممّن تأخّر عنه بوجوب ردّ المثل.

والأولى أن يقال [١] إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في

[١] ولعلّ نظره ﷺ إلى أنّ مجرد كون الشيء ذا منفعة محلّلة لا يوجب كونه مالاً عرفاً كالماء قرب الشاطئ، فكلّ مورد تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً وإن كان له منفعة محلّلة

عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا بيع إلا في ملك وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابلة. وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع والتجارة وخصوص قوله عليه السلام في المروي عن تحف العقول: «وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه... إلى آخر الرواية». وقد تقدمت في أول الكتاب.

كالماء المزبور فلا يجوز بيعه؛ لأن البيع مبادلة مال بمال ولا بيع إلا في ملك، أي المال، وما لم يتحقق فيه أنه ليس بمال فإن كان أخذ المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً فيحكم بفساد بيعه أيضاً. وإن لم يتحقق أنه ليس بمال ولم يحرز أن أخذ العوض في مقابله أكل للعوض بالباطل، فإن تم إجماع أو قام نص على عدم جواز بيعه كالخمر^(١) والخنزير^(٢) فهو، وإلا يتمسك في الحكم بصحته بإطلاق حل البيع^(٣) وعموم الوفاء بالعقود^(٤).

وبما في حديث «تحف العقول» من قوله: «وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه»^(٥).

أقول: إذا لم يحرز كون شيء مالا كيف يتمسك فيه بإطلاق حل البيع، فإنه يكون من قبيل التمسك بالمطلق في شبهته المصادقية، بل لا يحتاج في الحكم بفساده إلى

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٢٣، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) المصدر السابق: ٢٢٦، الباب ٥٧.

(٣) وهي «أحل الله البيع»، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٤) وهي «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»، سورة المائدة: الآية ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٧: ٨٤، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول، تحف العقول: ٣٣١.

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء والكلاء، والسّموك والوحوش قبل اصطيادها، لكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل.

واحترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوة، ووجه الاحتراز عنها: أنّها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكلّ منهم جزء معيّن من عيّن

النص أو الإجماع، بل يكفي فيه أصالة الفساد، فإنّ حديث «تحف العقول» لا يصلح للاعتماد عليه؛ لضعفه سنداً، بل دلالة؛ لأنّ وجود جهة صلاح في الشيء بنفسه لا يوجب جواز بيعه، على ما ذكرنا تفصيله عند التعرض للحديث.

وأما التمسك بعموم الأمر بالوفاء بالعقود فهو أيضاً غير صحيح؛ لأنّ المفروض في المقام قصد البيع، فحصول هذا العقد غير محرز وعقد آخر غير مقصود.

وقد يقال بعدم اعتبار المالية في العوضين في صدق البيع، وعليه فالشك في كون شيء مالا لا يلازم الشك في صدق عنوان البيع حتّى لا يمكن التمسك بخطاب حلّ البيع في الحكم بصحّته، بل يكفي في صدق عنوان البيع أن يكون المبدول بإزائه المال مورده غرض عقلائي، كما إذا رأى شخص أثر أبيه المتوفى بيد آخر، ككتابه إلى صديقه ونفرض الكتاب بنحو لا يبذل بإزائه المال. ولو التمس الابن أثر أبيه ممن بيده فطالب العوض وأنه يبيعه بدرهم ولا يعطيه مجاناً يكون أخذ الابن الكتاب المزبور بدرهم بعنوان الشراء معتبراً، مع أنّه لا يبذل الدرهم غير الابن بإزائه.

ويشهد لعدم اعتبار المالية في صدق عنوان البيع مثل قوله سبحانه: ﴿إِن اللّٰهُ اشْتَرٰى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ﴾^(١) «ولبئس ما شروا به أنفسهم»^(٢)... إلى غير ذلك.

(١) سورة التوبة: الآية ١١١.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٠٢.

الأرض وإن قلّ، ولذا لا يورث بل ولا من قبيل الوقف الخاصّ على معيّنين لعدم تملّكهم للمنفعة مشاعاً ولا كالوقف على غير معيّنين كالعلماء والمؤمنين ولا من قبيل تملّك الفقراء للزكاة والسّادة للخمس - بمعنى كونهم مصارف له - لعدم تملّكهم لمنافعها بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين، فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكية نحوّ مستقلّ من الملكية قد دلّ عليه الدليل، ومعناها: صرف حاصل الملك في مصالح الملاك. ثمّ إنّ كون هذه الأرض للمسلمين ممّا أدعي عليه الإجماع ودلّ عليه النصّ كمرسلة حمّاد الطويلة وغيرها.

وذكر بعض الأجلة^(١) في توضيح عدم الاعتبار أنّ المبادلة بين الشئيين قد تكون لأجل ماليتها، كما هو الغالب وقد تكون لغرض آخر، مثلاً لو فرض وجود حيوانات مضرّة بالزرع كالفأرة وأراد صاحب الزرع جمعها فاشتري كلّ فأرة بكذا، يصدق عليه عنوان البيع، ولو أتلف الغير تلك الفأرة بعد شرائها لم يكن المتلف ضامناً؛ لعدم المالية.

أقول: قد ذكرنا في المكاسب المحرّمة أنّه لا شهادة في مثل قوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ﴾^(٢) على عدم اعتبار المالية في المبيع، حيث إن استعمال الشراء فيه إنّما هو بالعناية والمجاز، فإنّه من الظاهر أنّه ليس في الآية نظر إلى تملك وتملك اعتباريين.

كما لا شهادة على ما ذكر في الأمثلة المتقدّمة، فإنّه ربما لا تكون للشيء مالية، إلّا

(١) كتاب البيع للسيد الخميني ٣: ٣.

(٢) سورة التوبة: الآية ١١١.

أنه يكون للعمل المتعلق به مالية، كما في جمع الكلاب الهراش وقتلها وجمع الفأرة ونحوها من أرض الزراعة أو السكنى وقتلها بالسم أو غيره، فيجوز أخذ العوض في مقابله، فإن قوله: «كل فأرة بكذا»، العوض فيه للأخذ أو القتل كما لا يخفى. وعلى ما ذكرنا يكون أخذ العوض للكتاب المزبور أكلاً للمال بالباطل. نعم، إذا كان ذلك بنحو الهبة المشروطة، بأن يعطي الابن المال للآخر ليملكه كتاب أبيه فلا بأس.

والحاصل: أن المالية كما تكون في الأعيان، سواء كانت من المنقولات أو غيرها كالأراضي والأشجار على ما تشهد لذلك الروايات الواردة في بيع الأراضي وشرائها كذلك تكون في منافع الأعيان والأعمال والحقوق، وتقدم أن البيع عبارة عن تملك غير العمل والمنافع بإزاء مال في مقابل الإجارة وهي عبارة عن تملك المنفعة أو العمل بإزاء المال.

ثم إنه لم يذكر الله في العنوان اعتبار الملكية في العوضين، وإنما ذكر اعتبار كون منهما مالاً والنسبة بين كون شيء مالاً وكونه ملكاً عموم من وجه، وتعرض لمقتضى اعتبار الملكية في العوضين، وهو عدم صحة بيع الماء والكلأ والأسماك والوحوش من الحيوانات قبل اصطيلها، ونحوها من المباحات التي تكون خارجة عن ملك الناس ويكونون جميعهم في الوصول إليها على حد سواء، ووضع اليد عليها بعنوان التملك موجباً لدخولها في الملك كما في السموك والوحوش، أو يكون الملك بالإحياء كما في حفر الآبار وإجراء القنوات ونحوها. كما أن مقتضى اعتبارها في العوضين عدم جواز بيع الأراضي المفتوحة عنوة، فإنه وإن تكون مملوكة للمسلمين، إلا أن ملكيتها لهم سنخ آخر، لا الملك بأن يكون لكل منهم سهم معلوم من تلك الأراضي ليدخل ذلك الجزء بالإرث وغيره في ملك الآخرين.

وكذا ليس ملكها كالملك في الوقف الخاص لتكون منفعة العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم بنحو الإشاعة.

كما أنَّ ملك تلك الأراضي ليس من قبيل ملك الزكاة للفقراء أو الملك في الوقف العام كالوقف على العلماء؛ ليكون المسلمون كالوقوف عليهم في الوقف العام وكالفقراء في الزكاة، وتكون منفعة تلك الأراضي أو عينها ملكاً للقباض، نظير منفعة الوقف العام وعين الزكاة، بل كون تلك الأراضي ملكاً للمسلمين أنَّ منفعتها تصرف على مصالحهم.

أقول: اعتبار قيد الملك في العوضين لا يوجب خروج الأرض المفتوحة عنوة عن موارد البيع؛ لأنَّ المذكور في العوضين هو اعتبار الملك لا الملك بنحو الإشاعة، أو كونه بنحو آخر، مع أنه لا يعتبر في البيع الملكية في العوضين، بمعنى أن يكون كلُّ منهما ملكاً قبل البيع، بل ما يصحّ تملكه بعوض كما في بيع الكلي على الذمة، كاف في تحقق عنوان البيع.

وأما اعتبار كون المبيع مالاً للبائع فيما كان عيناً خارجية أو من قبيل الكلي في المعين، فهو من قبيل الشرط الخارجي للبيع كما لا يخفى.

والمستحصل: أنَّ عدم جواز بيع الأراضي الخراجية حتّى فيما إذا كان بائعها والي المسلمين، باعتبار النهي عنها لأنها غير مملوكة. نعم، يصح التعبير عنها بعد ملاحظة النهي المزبور بعدم كونها ملكاً طلقاً.

ثمَّ إنَّ موجب الملك بحسب الاستقراء قسمان:

الأول: النواقل القهرية، سواء كان في البين فعل اختياري كالقاء البذر في أرض صالحة للزراعة، أم لم يكن كما في الملك بالإرث.

والثاني: النواقل الاختيارية، وهذه النواقل إما من الأفعال الخارجية كالإحياء بالمباشرة ووضع اليد على المنقول من المباحات، وإما من قبيل المعاملات كالاشتراء والإجارة وغيرهما من المعاملات، وإما من قبيل المجموع من الفعل الخارجي والمعاملة كالإحياء أو وضع اليد بالتسبيب.

وما يعتبر ملكاً ومالاً يكون من قبيل الأعيان أو المنافع أو الحقوق، وكما أن اعتبار المالية في الأعيان يكون غالباً بملاحظة منافعها، إلا أن مالية الأعيان وملكها غير مالية وملكية منافعها، كذلك الحال في المنافع والأعمال، فإن مالية العمل وإن يلاحظ فيها الأثر المترتب عليه غالباً، إلا أن ماليتها غير مالية الأثر لها. فإنه إذا فرض أن الأرض وأدوات البناء تساوي عشرة آلاف والأجرة المعينة للبناء أيضاً عشرة آلاف وفرض البيت الحاصل بعد تمام البناء يساوي ثلاثين ألفاً، فلا تحسب مالية البيت مالية لعمل العمال.

ولعمري أن هذا كله من الواضحات، والتعرض لها في المقام باعتبار وسوسة البعض لتشويش أذهان المؤمنين، وسوقهم إلى أطراف بعض القواعد الموضوعية من بعض الأقوام من الملحدين، زعماً منهم أن تلك القواعد أصلح لحال الجامعة. وربما وصلت الجرة إلى حد يتمسك لإثبات بعض تلك القواعد الضالة ببعض الآيات، مثل قوله سبحانه: ﴿لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(١)، ولكن ملاحظة صدرها وذيلها شاهد لعدم ارتباطها بالملكية ولا المالية، فضلاً عن عدم دلالتها على انحصار موجبها، وتحديد المالية في الأشياء بالعمل، بل إنها ناظرة إلى أن الإنسان سَيرى ما تحمله في دار الدنيا من

(١) سورة النجم: الآية ٤٩.

[أقسام الأرضين وأحكامها]:

وحيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين؛ فلا بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين وأحكامها، فنقول ومن الله الاستعانة:

الأرض إما موات وإما عامرة [١]، وكلّ منهما إما أن يكون كذلك أصليّة أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لاختلافها:

الجزء لتعبه، وأنه لا ينفعه إلا ذلك التعب والسعي وأن غيره زائل.

[١] الأول: ما كان مواتاً بالأصل، أي لم يسبق بالعمارة من أحد، ويمكن إحراز ذلك في مورد الشك باستصحاب عدم حدوث عمارتها.

وذكر الله أنه لا خلاف بيننا^(١) في أن الأرض المزبورة ملك الإمام عليه السلام؛ لكونها من الأنفال على ما وردت في غير واحد من الروايات^(٢).

نعم، قد رخص النبي ﷺ ومن بعده الأئمة عليهم السلام في التصرف فيها بالإحياء والعمارة بلا عوض، وفي النبوي المروي في بعض كتب الأخبار للامة: موتان الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون^(٣). وفي النبوي الآخر: عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني^(٤).

وورد في بعض الروايات وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في رواية

(١) أنظر الخلاف ٣: ٥٢٥، المسألة ٣، والغنية: ٢٩٣، وجامع المقاصد ٧: ٩، والمسالک ١٢: ٣٩١، ومفتاح الكرامة ٧: ٤، والجواهر ٣٨: ١١.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٢٣، الباب الأول من أبواب الأنفال، والمستدرک ٧: ٢٩٥، نفس الباب.

(٣) لم تنف على هذا النص بعينه في المجاميع الحديثية، بل نقله العلامة في التذكرة ٢: ٤٠٠، وانظر عوالي اللآلي ٣: ٤٨٠ / ١ فإن فيه: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمى أحيا منها شيئاً فهو له».

(٤) عوالي اللآلي ٣: ٤٨١ / ٥، وعنه في المستدرک ١٧: ١١٢، الباب ١ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٥.

الأول: ما يكون مواتاً بالأصالة، بأن لم تكن مسبقة بعمارة. ولا أشكال ولا خلاف مِثًا في كونها للإمام عليه السلام والإجماع عليه محكي عن الخلاف والغنية وجامع المقاصد والمسالك وظاهر جماعة أخرى. والنصوص بذلك مستفيضة، بل قيل إنها متواترة. وهي من الأنفال.

أبي خالد الكابلي، المعبر عنها في عبارته بالصحيحة، قال: وجدنا في كتاب علي: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها»^(١).

ورواية عمر بن يزيد المعبر عنها بالمصححة في عبارته ولم يظهر وجه توصيفها بالمصححة؛ لاشتراك عمر بن يزيد بين الثقة وغيره، ودعوى انصرافه إلى الثقة لا يمكن المساعدة عليها؛ لأنّ كلاهما صاحب الكتاب فتدبر. أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها وعمرها وأجرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقتها يؤديه إلى الإمام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه»^(٢).

ووجه الجمع بين الطائفتين بحمل الثانية على استحقاق الإمام عليه السلام المطالبة بالخراج، فيجب على الناس معها إيصاله إليه، ولكن الأنمة عليه السلام قد حلّلوا لشيعتهم الخراج ولم يطالبوهم به، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشيعتنا»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.

(٣) وسائل الشيعة ٩: ٥٥٠، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٧.

نعم، أُبَيح التصرف فيها بالإحياء بلا عوض، وعليه يُحمل ما في النبويّ «مَوْتَانِ الْأَرْضَ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ﷺ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَنِّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ» ونحوه الآخر «عَادِي الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَنِّي». وربما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام (عليه السلام) كما في صحيحة الكابلي، قال: «وجدنا في كتاب علي (عليه السلام) أَنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُوْرَثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ». أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المتقون، والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها... الخبر».

وقوله (عليه السلام) في رواية مسمع بن عبد الملك: «كُلُّ مَا كَانَ فِي أَيْدِي شِيعَتِنَا مِنَ الْأَرْضِ فَهُمْ فِيهِ مُحَلَّلُونَ»^(١).

ونقل عن «التذكرة»^(٢) في وجه الجمع أنَّ مع التصرف في أراضي الموات بغير إذن الإمام (عليه السلام) يكون على المتصرف الخراج، وذكر وجهاً ثالثاً في وجه الجمع، وهو ثبوت الخراج على المتصرف حال الحضور، وأمّا في زمان الغيبة فلا ينبغي الرّيب في عدم الخراج، بل الأخبار^(٣) متفقة على أنها ملك لمن أحيّاها، وسيأتي حكاية الإجماع على كونها ملكاً بالإحياء.

وذكر النائي^(٤) ﷺ أنَّ ما دلّ على الإباحة للشيعة يحمل على أنَّ الغرض الأصلي هو الإذن لهم، وحيث لم يكن اختصاص الحكم بالملك لهم بالإحياء خالياً عن

(١) المصدر السابق: ٥٤٨، الحديث ١٢.

(٢) التذكرة ٢: ٤٠٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١١، الباب الأول من أبواب إحياء الموات.

(٤) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٧.

ومصححة عمر بن يزيد «أنه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمّرها وأجرى أنهارها وبني فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه».

المحذور عمم الشرع الحكم بأن كل من أحيا من الأرض الميتة التي هي من الأنفال يكون مالكا لها. ولعل المحذور أن مع الاختصاص لا يمكن حلية المساكن المشتراة من الكفار للشيعة، ويكون ذلك نظير حكمة تشريع العدة، فإنها مختصة بمورد اختلاط المياه ولكن الحكم عام.

ويشهد لعموم الإذن في المقام ما ورد في شراء الأرضين من اليهود والنصارى، وفي صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألته عن شراء الأرض من اليهود والنصارى، قال: ليس به بأس»^(١)، وفي صحيحة أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم»^(٢). ثم قال عليه السلام: «والظاهر عدم تعلق الخراج بالأرض ودخولها في الملك بالإحياء»، ومقتضى ذلك إغماضه عليه السلام عن الروايات الدالة على ثبوت الخراج وطرحها أو تأويلها كما لا يخفى.

أقول: وما ذكره المصنّف عليه السلام من حمل أخبار أداء الخراج على بيان الاستحقاق خلاف الظاهر مثل رواية أبي خالد الكابلي، فإن مقتضاها لزوم أداء الخراج وعدم دخول الأرض في ملك المحيي إلى ظهور القائم، كما أنّ حمل الأخبار الدالة على كون

(١) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٦، الباب ٤ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

ويمكن حملها على بيان الاستحقاق ووجوب إيصال الطسق إذا طلبه الإمام (عليه السلام) لكن الأئمة (عليهم السلام) بعد أمير المؤمنين (عليه السلام) حلّلوا شيعتهم وأسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه قوله (عليه السلام) «ما كان لنا فهو لشيعتنا»، وقوله (عليه السلام) في رواية مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمتنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمتنا ويأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم عنها صغرة... الخبر».

الإحياء مملكاً لا يمكن حملها على خصوص زمان الغيبة.

وما ذكره الشهيد (١) (عليه السلام) من ثبوت الخراج على المستعمل في فرض الإحياء بلاإذن غير صحيح، فإنّه قد ذكر الإذن العام لكل من المسلمين مع ثبوت الخراج عليه.

وما ذكره النائي (٢) (عليه السلام) من أنّ الغرض الأصلي الإذن والتحليل للشيعة ووقع الإذن للعموم حتّى لا يكون في البين محذور للشيعة، غير صحيح، فإنّه مع اختصاص التحليل لا يوجب محذوراً كما ذكرنا ذلك في تحليل الخمس للشيعة، من أنّ التحليل راجع إلى غير من تعلق الخمس بالمال بيده جمعاً بين روايات التحليل وما دلّ على وجوب إخراج الخمس على من استفاد المال مع فرضه من الشيعة مقتضى بعض الأخبار عدم عموم الإذن. وقد ورد في رواية «ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام» (٣)، مع أنّ الجمع بين ثبوت الخراج على المحيي كما هو مدلول بعض

(١) الدروس ٥٦: ٣-٥٧.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٦-٢٦٧.

(٣) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

الأخبار، مع دلالة غير واحد من الأخبار على دخول الأرض في ملك المحيي، بظاهرها غير ممكن.

وذكر المحقق الإيرواني^(١) أن ظاهر غير واحد من الروايات كون الإحياء مملكاً حتى المخالف والكافر، كصحيحة محمد بن مسلم قال: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس - إلى أن قال -: وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوها فهم أحق بها وهي لهم»^(٢). وفي صحيحته الأخرى عن أبي جعفر^(٣): «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها»^(٤). ورواية محمد بن مسلم، ولا يبعد كونها معتبرة؛ لأن محمد بن حمران الراوي عن محمد بن مسلم هو الهندي الثقة، قال: «سمعت أبا جعفر^(٥) يقول: أيما قوم أحيوا من الأرض شيئاً وعمروها فهم أحق بها وهي لهم»^(٦)، وفي صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله^(٧): «قالا: قال رسول الله ﷺ: من أحيى أرضاً مواتاً فهي له»^(٨) إلى غير ذلك مما ظاهرها كون الإحياء مملكاً؛ لأن النبي ﷺ أو الإمام^(٩) قد أذن في الإحياء والتملك بإباحة مالكية واختصاص تلك الإباحة بالمسلمين، كما هو ظاهر النبويين.

والروايات الواردة في ثبوت الخراج لا دلالة لها على كون الخراج أجرة الأرض لتنافي ثبوته على مستعمل الأرض تملك الأرض بالإحياء، بل هو نظير الصداق قرار

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤١٩ و ٤٢٢، الرقم ٨٢٨ و ٨٣٤ و ٨٣٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٩، باب أحكام الأرضين، الحديث ٨.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٢، باب أحكام الأرضين، الحديث ٢٠.

(٥) وسائل الشريعة ٢٥: ٤١٢، الباب الأول من كتاب إحياء الموات، الحديث ٥.

مالي يثبت على الممتلك.

والحاصل: أنَّ الأرض ما دامت ميتة فهي من الأنفال ملك للإمام عليه السلام وبعد الإحياء تخرج عن ملكه ويثبت على الممتلك القرار المالي الموسوم بالخراج، ويمكن القول بأن الأرض للإمام عليه السلام حتى بعد تملكها بالإحياء، ولكن الملك الثابت للإمام غير سنخ الملكية الاعتبارية، بل هي نظير ملك الله سبحانه السماوات والأرض. انتهى.

أقول: ويشهد لكون الخراج ليس بمعنى أجرة الأرض مثل صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألته عن أهل الذمة ماذا عليهم ممَّا يحقنون به دماءهم وأموالهم؟ قال: الخراج، وإن أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل إلى أرضهم، وإن أخذ من أرضهم فلا سبيل إلى رؤوسهم»^(١)، حيث إن مقتضاها جواز أخذ الخراج من أهل الذمة مع فرض كون الأرض ملكهم. وعلى ذلك فلا يكون ثبوت الخراج على الأرض بإحيائها منافياً لدخولها في ملك محييها، ولو كان الدال على ثبوته تاماً لما وقع التعارض بينه وبين ما يدل على دخول الأرض بالإحياء في ملك محييها، بل يلتزم مع الملك بثبوته، إلا أنَّ ما ورد فيه الخراج غير تام سنداً، بل دلالة، وما يظهر منه - عدم دخول الأرض في ملك المحيي، كذيل رواية عمر بن يزيد المتقدمة من قوله: «فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٢). ووجه الظهور أنه لو كانت الأرض ملكاً للمحيي فلا وجه لأخذها منه، وكذلك ما ورد في رواية مسمع من قوله: «يا أبا سيار، الأرض كلها لنا»^(٣)، مضافاً إلى ضعف السند - لا يمكن الأخذ بظاهر الذيل، فإنه لو لم يكن الإحياء مملكاً

(١) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٠، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الانفال، الحديث ١٣.

(٣) المصدر السابق: ٥٤٨، الحديث ١٢.

فلا أقل من كونه موجباً لثبوت الحق للمحيي، ومع ثبوت حقه فكيف تؤخذ الأرض منه. والأرض في رواية مسمع يمكن أن يراد بها أرض البحرين التي وردت الرواية على أنها من الأنفال؛ ولذلك ذكر أنها كلها للإمام عليه السلام، وما ذكر في ذيلها: «فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة»^(١) لا يمكن الأخذ بظاهرها؛ لما ذكرنا في ذيل رواية عمر بن يزيد كما لا يخفى. والمتحصل إلى هنا أن مقتضى الروايات المعتبرة أن إحياء الأرض موجب لدخولها في ملك المحيي، سواء كان محييها شيعياً أو مخالفاً أو كافراً.

ويبقى الكلام في أن الإحياء مملوك بحكم الشرع، أو أنه لإذن مالكي، حيث إن رسول الله ﷺ ومن بعده الأئمة عليهم السلام أذنوا في ذلك مقتضى كون الأرض الميتة من الأنفال وكونها لرسول الله ﷺ ومن بعده للإمام عليه السلام يضعه حيث شاء كون الإحياء كذلك بالإذن، وأن الإذن العام قد صدر عنهم عليهم السلام كما هو مقتضى ما ورد في جواز شراء الأرض من الكافر، وأن أيما قوم أحيوا أرضاً فهي لهم. ولكن ظاهر بعض الروايات أن كون الإحياء مملوكاً بحكم الشرع، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «من غرس شجراً أو حفر وادياً بدأ لم يسبقه إليه أحد، وأحى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله ﷺ»^(٢). ولكن لا يظهر للنزاع ثمرة عملية بعد فرض ثبوت الإذن العام، بل يحتمل أن يكون المراد من الثانية عدم تقطيع النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام الأراضي الميتة أو بعضها لأشخاص خاصة فيوافق الإذن.

(١) المصدر السابق.

(٢) وسائل الشيعية ٢٥: ٤١٣، الباب الثاني من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

نعم، ذكر في التذكرة: أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقيها. ويحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور، وإلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبة، بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحيّاها، وسيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء.

الثاني: ما كانت عامرة بالأصالة [١]، أي لا من معمر، والظاهر أنها أيضاً للإمام عليه السلام وكونها من الأنفال، وهو ظاهر إطلاق قولهم: «وكل أرض لم يجر عليه

وما ذكر في بعض الروايات، كصحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر من قوله عليه السلام: «من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها وما لم يعمر منها، أخذه الوالي فقبله ممن يعمره وكان للمسلمين»^(١) لا دلالة فيها على اختصاص الإذن بالإحياء بالمسلم، حيث إن المفروض في مورها إسلام أهل الأرض كما لا يخفى.

فقد تحصل أنه لاخراج على الأرض الميتة التي هي من الأنفال بعد إحيائها ليدعى حليته للشيعة، أو يجمع بين الروايات باختصاص الحلية ببعض الأزمنة ولا يعم بعضها الآخر، فلاحظ الكلمات وتدبر، والله سبحانه هو العالم.

[١] الثاني: وهي ما تكون عامرة بالأصالة لا من محي كالآجام، أي الأشجار الملفوفة كما في الغابات وسواحل الأنهار، ومقتضى ظاهر الأصحاب كونها أيضاً للإمام عليه السلام، حيث أطلقوا: «أن كل أرض لم يجر عليه ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام»^(٢) ولم

(١) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٨، الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، الحديث ٢.

(٢) كما في الشرائع ٣: ٢٧٢، والقواعد ١: ٢٢٠، وقال صاحب مفتاح الكرامة (٧: ٩) في ذيل هذه العبارة هكذا: كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد.

ملك مسلم، فهو للإمام عليه السلام.

وعن التذكرة: الإجماع عليه. وفي غيرها نفي الخلاف عنه؛ لموثقة أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكية عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عدّ من الأنفال: «كل أرض لرب لها» ونحوها المحكي عن تفسير العياشي، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام.

ولا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كل أرض مئة لرب لها» بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأن الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً. وهل تملك هذه بالحيازة؟ وجهان: من كونه مال الإمام عليه السلام، ومن عدم منافاته للتملك بالحيازة، كما يملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل في عموم النبوي «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به».

يقيدوا الأرض بالميتة، كما أنّ كونها له عليه السلام مقتضى بعض الروايات الواردة في الأنفال، كموثقة اسحاق بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال، فقال: هي القرى التي خربت وانجلى أهلها - إلى أن قال -: وكل أرض لرب لها»^(١)، حيث إن العموم يشمل المعمورة بالأصالة. ومثلها رواية العياشي عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكل أرض لرب لها، وكل أرض باد أهلها فهو لنا»^(٢).

وعن صاحب «الجواهر»^(٣) أن المعمورة بالأصالة ليست من الأنفال، بل هي

(١) وسائل الشيعة ٩: ٥٣١، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

(٢) المصدر السابق: ٥٣٣، الحديث ٢٨.

(٣) نقلها المحقق الميرزا الثاني في منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٨، جواهر الكلام ١٦: ١٢٠.

كسائر المباحات الأصلية كالسماك في البحر وسائر الحيوانات في البر، وذلك لتقييد الأرض بالميتة في مرسله حماد، حيث عد فيها من الأنفال «كل أرض ميتة لا رب لها»^(١). وأجاب بأن الوصف ليس له مفهوم ليجب تقييد الإطلاق في المثبتين، مع عدم وحدة الحكم فيهما، هذا أولاً.

وثانياً: على تقدير المفهوم ليس للوصف في المقام مفهوم باعتبار كون القيد في المقام وارداً مورد الغالب؛ لأن الغالب فيما لا رب له كونها مواتاً.

ودعوى أنه لا يمكن التمسك بالإطلاق أيضاً؛ لكونه محمولاً على الغالب، أي الأرض الميتة، لا يمكن المساعدة عليها؛ لأن كون القيد غالبياً معناه أن أخذه باعتبار كثرة وجوده، ومن الظاهر أن مجرد كثرة الوجود لا يوجب الانصراف، حيث إن الموجب للانصراف أنس الأذهان، مع أن العموم في المقام بالوضع لا بالإطلاق.

أقول: أضف إلى ذلك أن التقييد المزبور قد ورد في مرسله حماد، وإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها، ومع الغرض عن السند أن تقييد الأرض بالميتة فيها باعتبار ذكر حكم المعمورة بالأصل قبل ذلك، حيث ورد فيها «أن الأنفال كل أرض خربة باد أهلها، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحاً وأعطوا بأيديهم على غير قتال، وله رؤوس الجبال، وبطون الأودية، والآجام، وكل أرض ميتة لا رب لها»^(٢) الحديث. فإن المراد بالآجام بمناسبة الحكم والموضوع وبقرينة المذكور قبله وبعده ليس نفس الأشجار الملتفة، بل هي مع الأرض التي فيها الأشجار.

وقد يجاب عن شبهة التقييد المزبورة أن الناظر في الروايات الواردة في الأنفال

(١) وسائل الشيعة ٩: ٥٢٤، الباب ١ من أبواب الأنفال، الحديث ٤.

(٢) المصدر السابق.

يوجد منها ما عليه سيرة العقلاء من أن كل ما لا يكون له مالك خاص -أرضاً كانت أو غيرها للحكومة - من غير فرق بين كونها ميتة بالأصل أو بالعارض أو كانت معمورة، وأن الإمام عليه السلام في كل عصر مالك لتلك الأرض أو غيرها فله وضعهما حيث يشاء بالإذن للسائرين في التصرف فيهما وتملكهما بالإحياء والحيازة.

وعلى ذلك فلا يكون تقييد الأرض بالميتة للاحتراز عن المعمورة؛ لأن الميتة كالمعمورة بالأصل لا خصوصية لها كما أن الأرض لا خصوصية لها، حيث الدخيل والموضوع لملك الإمام عليه السلام عدم كون الشيء مملوكاً للمالك.

أقول: لم يعلم جريان السيرة من العقلاء على اعتبار شيء ملكاً للدولة مع خروجه عن استيلائهم كالبهار والسماك فيها، كما هو الحال في الأنفال، حيث تكون الآجام والمعادن في أقصى نقاط الأرض ملكاً للإمام ولو مع عدم استيلاء المسلمين عليها فضلاً عن الإمام، بل لو كان الأمر -كما ذكر عليه السلام - لم يكن السمك أو المرجان في البحر من المباحات، بل كانا من الأنفال أيضاً، مع أنه قد التزم بكونهما من المباحات.

والمتحصل أنه بعد الالتزام بأنه لا يكون كل ما ليس له مالك ملكاً للإمام عليه السلام وداخلاً في عنوان الأنفال، فلا بد في تحديدها من ملاحظة الروايات الواردة فيها، وقد تقدم أن مقتضى العموم في بعض الروايات المعتبرة أن منها الأراضي المعمورة بالأصل.

ثم إنه هل يدخل هذا القسم من الأرض في الملك بمجرد وضع اليد والحيازة، فظاهر المصنف عليه السلام دخولها في الملك، ويقتضيه قوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لا يسبقه

إليه مسلم فهو أحق به»^(١).

ولكن لا يخفى أن النبوي لضعفه سنداً لا يمكن الاعتماد عليه، فإنه مروى في «المستدرک»^(٢) مرسلًا، ومع الإغماض لا دلالة له على جواز التملك وصيرورته ملكاً بالسبق وإنما يدل على ثبوت الحق، بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير.

بل لا يبعد أن يقال بعدم الإطلاق له في ناحية جواز سبق أيضاً، بأن يدل على جواز سبق إلى كل شيء ولو كان مملوكاً للغير؛ ليعم جواز سبق إلى الأرض المعمورة التي ملك الإمام عليه السلام، وإنما يدل على أحقية السابق في موارد ثبت فيها جواز سبق من الخارج، كالسبق إلى الخانات والمباحات الأصلية.

والتزم النائي عليه السلام ^(٣) بدخول الأرض المحيية بالأصالة في الملك بعد المناقشة في النبوي؛ لما ورد ^(٤) عنهم عليهم السلام أنهم أباحوا الشيعة ما كان لهم، وما ورد في التحليل وإن كان مختصاً بخصوص الشيعة، إلا أنه قد تقدم أن مقتضى تعليل الإباحة بأن تطيب ولادة الشيعة كون التملك بالتصرف عاماً لكل أحد.

وفيه ما لا يخفى؛ لعدم وفاء تلك الأخبار عن كون سبق إلى الأرض مملوكاً، بل غايتها جواز الانتفاع بالأراضي المعمورة، وإنما التزمنا في الأراضي الميتة بجواز تملكها بالإحياء للروايات الدالة على كون الإحياء وعمارة الأرض مملوكاً، ومن الظاهر

(١) عوالي اللآلي ٣: ٤٨٠، الحديث ٤، وعنه مستدرک الوسائل ١٧: ١١١، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٤، والسنن الكبرى ٦: ١٤٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٩.

(٤) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨ و ٥٥٠، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ و ١٧.

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت [١]، وهو ملك للمحيي فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب وإجماع المسلمين كما عن التنقيح. وعليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة، لكن ببالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لانفس الرقبة فلا بد من الملاحظة.

أنه لا يصدق الإحياء والعمارة بمجرد سبق ووضع اليد على الأرض. نعم، في مضمرة ابن مسلم: «وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم»^(١). وربما يستظهر منها كما عن المحقق الإيرواني^(٢)، كون الحيابة أيضاً تملكاً للإحياء، حيث يصدق على الحيابة العمل في الأرض، كما إذا كانت محجوراً عليها ونحوه. وفيه أنه لا يحرز صدق عمل الأرض إلا على استعمالها بالزراع ونحوه الذي هو قسم من الإحياء، ويكون عطفه على الإحياء من عطف الخاص على العام.

وأما دعوى سيرة العقلاء على كون الحيابة ووضع اليد مملكاً، ففيها أن الثابت من سيرة العقلاء كون وضع اليد على المنقولات كما ذكر، وأما في غير المنقولات كالأراضي فلم يثبت سيرتهم على كون مجرد وضعها موجباً لدخول الأرض أو نحوها في الملك الشخصي لواضع اليد فلاحظ. نعم، سيرتهم جارية على ثبوت الحق للسابق، بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير في الانتفاع، وجواز الانتفاع كذلك مستفاد من الأخبار الواردة^(٣) في تحليل حقهم عليه السلام للشيعة أيضاً، والله سبحانه هو العالم.

[١] المراد طريان الإحياء على الموات بالأصالة، وأما إحياء الموات بالعرض فسيأتي التعرض له، وكون الإحياء في الموات بالأصل مملكاً مقتضى ظاهر الروايات

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١١، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ١.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٢٣، الرقم ٨٣٧.

(٣) مر سابقاً.

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة [٢]، فإن كانت العمارة أصليّة فهي مال الإمام عليه السلام وإن كانت العمارة من معمرٍ ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشؤه اختلاف الأخبار.

المقدّمة، وأمّا الالتزام بعدم ملك الرقبة، بل ملك الانتفاع، كما يشعر به كلام «المبسوط»^(١)، فلا تؤيّد تلك الروايات.

وأمّا الشّروط المذكورة في كتاب الإحياء فأربعة: الأوّل: أن لا تكون الأرض الموات حدّاً عامراً، وآلا فلا تكون ملكاً بالإحياء. الثاني: أن لا تكون مقطّعة من النبي ﷺ أو الوصي عليه السلام لأحد. الثالث: أن لا تكون الأرض مجعولة للعبادة، كأرض منى وموقفي العرفة والمشعر الحرام. الرابع: أن لا يسبق إليها حق التحجير، ومع تعلّقه لا تدخل الأرض في ملك المحيي.

[٢] القسم الرابع: ما لو خربت الأرض المحياة، فإن كانت الأرض معمورة بالأصل تكون باقية على ملك الإمام عليه السلام؛ لأنّ الخبرة كالمعمورة بالأصل من الأنفال، وإن كانت معمورة معمرٍ ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها عن ملكه وصيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً خلاف للمذكور في كتاب إحياء الموات. ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار، حيث قيل^(٢): «إن مقتضى ما دلّ على أنّ: «من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له»^(٣) وأيّما قوم أحيوا أرضاً فهم أحقّ بها وهي لهم»^(٤)، دخولها في

(١) انظر المبسوط ٢: ٢٩.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٢٤، الرقم ٨٣٩.

(٣) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.

(٤) مرّ سابقاً.

ملك من عمرها ثانياً.

ويقتضيه أيضاً صحيحة معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «أَيُّمَا رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها، وكرى أنهارها وعمرها، فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها»^(١). ومقتضى صحيحة سليمان بن خالد بقاؤها على ملك مالكةا السابق، وعدم صيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: «الصدقة». قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: «فليؤد إليه حقه»^(٢).

أقول: لو لم تكن صحيحة معاوية بن وهب منصرفة إلى صورة إعراض مالكةا السابق، بقرينة قوله عليه السلام فيها: «وتركها فأخربها» فلا أقل من كونها مطلقة تعم صورة إعراضه، كما أن مقتضاها عدم الفرق بين كون الملك للمالك السابق بالإحياء أو بغيره. ولكن صحيحة سليمان بن خالد خاصة بصورة عدم الإعراض، حيث إن قوله فيها: «فإن كان يعرف صاحبها» معرفة المالك الفعلي. وهذه الصحيحة أيضاً مطلقة، من جهة كون الملك للمالك المعروف بالإحياء أو بغيره، فيرفع اليد عن إطلاق صحيحة معاوية بن وهب بقرينة الصحيحة الثانية، بحمل الأولى على صورة إعراض المالك الأول.

والحاصل بين الصحيحتين جمع عرفي، ومعه لا تصل النوبة إلى التخيير بين المتعارضين أو الالتزام بالتسايط والرجوع إلى استصحاب بقاء الملك للمالك السابق. ثم إن ظاهر أخذ العلم والعرفان في خطاب الحكم هو أخذه طريقاً كما في

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٤، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٣.

نظائرها، فظاهر قوله: «فإن كان يعرف صاحبها» فرض مالك فعلي للأرض؛ ولذا لا يفرق في بقاء الأرض على ملك المالك السابق بعدم الإعراض ونحوه بين كونه معلوماً أو مجهولاً، فيعامل مع الأرض في كلتا صورتين معاملة ملك الغير. فإن كان مالكة معروفاً يعتبر الاستئذان منه في الإحياء والتصرف فيها، وإن كان مجهولاً فيرجع إلى الحاكم الشرعي في التصرف فيها، كما هو في سائر الأموال المجهولة.

وعن «التذكرة» وتبعه جماعة^(١) أن ما طرأ عليه الخراب من الأرض إن كانت مملوكة للغير بالإحياء فيزول ملكه بالخراب، وأما إذا كانت مملوكة له بانتقالها إليه بالشراء أو الإرث ونحوهما فلا يزول ملكه عنها بمجرد صيرورتها ميتة. وقال: إنه على عدم زوال الملك في الصورة الثانية إجماع، ولكن لم يعلم وجه لهذا التفصيل غير ما يستظهر من رواية أبي خالد الكابلي، حيث ورد فيها: «فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام (عليه السلام)، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها، فهو أحق بها من الذي تركها»^(٢).

وفيه، مع ما تقدّم من ضعف الرواية سنداً، وعدم إمكان الاعتماد عليها واشتمالها على حكم لا بد من إرجاعه إلى أهله، وهو ثبوت الخراج على معمرها، وأن الأرض تؤخذ منه عند ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، أنها منصرفة إلى صورة إعراض المعمر الأول، ولو بملاحظة أن الأرض في تلك الأزمنة لم تكن نوعاً ذات قيمة بعد خرابها ليرغب في التحفظ بها.

نعم، على تقدير ثبوت الإطلاق وعدم الانصراف تقع المعارضة بينها وبين

(١) راجع المسالك ١٢: ٣٩٦-٣٩٧، وانظر الجواهر ٣٨: ٢٠-٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٤، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

صحيحة سليمان بن خالد بالعموم من وجه، حيث إن صحيحة ابن خالد الدالة على ثبوت حق المالك الأول عامة من جهة ملك الأرض بالإحياء وغيره، وخاصة من جهة عدم الإعراض. ورواية الكابلي الدالة على سقوط حق المالك الأول خاصة من جهة ملك الأرض بالإحياء، وعامة من جهة إعراض المالك الأول وعدمه، وبعد سقوطهما في مورد اجتماعهما وهو ما إذا كانت الأرض مملوكة للسابق بالإحياء مع عدم إعراضه عنها، يرجع إلى عموم قوله عليه السلام: «أَيُّمَا قَوْمٍ أَحْيَا شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ وَعَمَلُوهَا فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا»^(١). ونتيجة ذلك كون اللاحق أحق بالأرض.

اللهم! إلا أن يقال: إن العموم المزبور يعمّ المعمر الأول أيضاً، ومقتضى كون الأرض ملكاً له عدم جواز الإحياء من الثاني إلا بإذنه، ولو وصلت النوبة إلى الأصل العملي أيضاً فمقتضى الاستصحاب بقاء ملك الأول وعدم خروج الأرض عن ملكه بمجرد الخراب.

نعم، إذا ترك الأرض خراباً بمدة طويلة من جهة عدم اعتنائه بالأرض المزبورة ففيه كلام، وهو أنه قد ورد في بعض الروايات أن تعطيل الأرض وتركها مخروبة يوجب خروجها عن ملك مالكيها، وهي رواية يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال: قال: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ تَعَالَى جَعَلَهَا وَقْفًا عَلَى عِبَادِهِ، فَمَنْ عَطَلَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ مُتَوَالِيَةً لَغِيرِ مَا عَلَتْ أَخَذَتْ مِنْ يَدِهِ، وَدَفَعَتْ إِلَى غَيْرِهِ، وَمَنْ تَرَكَ مَطَالِبَةً حَقَّ لَهُ عَشْرَ سِنِينَ فَلَا حَقَّ لَهُ»^(٢). ومرسلته عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «مَنْ أَخَذَتْ مِنْهُ أَرْضٌ ثَمَّ مَكَّتْ ثَلَاثَ سِنِينَ

(١) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٣٣، الباب ١٧ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

لا يطلبها، لم تحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها»^(١). وظاهر هاتين الروايتين انتهاء الملك والحق وسقوط الدين بتعطيل الأرض وترك المطالبة في المدة المزبورة، ولا أعرف من التزم بهذا الظهور، مع ضعفهما سنداً ومعارضتهما بما في نهج البلاغة، قال عليه السلام: «الحق جديد وإن طالت عليه الأيام، والباطل مخدول وإن نصره أقوام»^(٢).

نعم، ربما يستظهر أنه مع تعطيل المالك الأرض بعدم الاعتناء بها يجوز للآخرين التصرف فيها بالإحياء من صحيحة سليمان بن خالد المتقدمة، حيث لم يتعرض فيها الإمام عليه السلام للمنع عن الإحياء، مع فرض أن المحيي يعرف المالك.

ولكن لا يخفى أنه لو كان المراد من رد حق المالك إليه ما يعم رد نفس الأرض فلا موضوع للتعرض لإباحة الإحياء؛ لوقوع السؤال بعد حصول الإحياء خارجاً، وعليه فلولم يكن الاستئذان من المالك أظهر أخذاً بما دل على أن حرمة مال المسلم كدمه^(٣)، فلا أقل من كونه أحوط، من غير فرق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو غيره.

نعم، إذا كانت المماثلة بحيث توجب الخلل في تهيئة القوت للناس فيمكن أن يقال بأنه مع امتناع المالك من استعمال الأرض بلا عذر أنه يجوز للحاكم الشرعي إجبار المالك على دفع الأرض المزبورة للسائرين؛ للإحياء بالزرع ونحوه، ولو مع الأجرة. لأن تحصيل القوت والغذاء للناس واجب كفائي، فيكون إجباراً على الواجب الكفائي، والله سبحانه هو العالم.

(١) وسائل الشريعة ٢٥: ٤٣٤، الباب ١٧ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٣، ولم يعثر على مصدره في نهج البلاغة.

(٣) وسائل الشريعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

ثمَّ القسم الثالث إمَّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين [١] أو من الكفار. فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول إلَّا بناقل أو بطرؤ الخراب على أحد القولين. وإن كان من الكفار، فكذلك إن كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام [٢]، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وباغتنام، كسائر أموالهم. ثمَّ ما ملكه الكافر من الأرض: إمَّا أن يُسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه. وإمَّا أن لا يسلم عليه طوعاً. فإن بقي يده عليه كافراً، فهو أيضاً كسائر أملاكه تحت يده.

[١] هذا تمهيد لبيان عدم جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة، ثمَّ إنَّه قد تقدَّم أنَّ الموات تدخل بالإحياء في ملك المحيي، سواء كان المحيي مسلماً أو كافراً، وبعد دخولها في الملك لا يزول الملك إلَّا بناقل أو بطريان الخراب، بناءً على خروج الأرض عن الملك بطرؤه، كما هو أحد القولين المذكورين في القسم الرابع.

وإذا كان الإحياء في غير دار الإسلام فملكه يزول بما يزول به ملك المسلم وباغتنام الأرض منه كاغتنام سائر أمواله، فإنَّه إن أسلم الكافر طوعاً فبقي الأرض كغيرها من سائر أمواله على ملكه، وإن لا يسلم طوعاً ورفعت يده عنها قهراً تكون الأرض كسائر ما لا ينقل من الغنيمة للمسلمين كافة على المعروف، بل بلا خلاف، ويشهد لذلك جملة من الروايات.

[٢] قد تقدَّم كون الإحياء مملكاً حتَّى ما إذا كان المحيي كافراً، كما هو مقتضى مثل قوله عليه السلام: «أَيُّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقُّ بها، وهي لهم»^(١).

وإن ارتفعت يده عنها: فإمّا أن يكون بانجلاء المالك عنها وتخليتها للمسلمين. أو بموت أهلها وعدم الوارث، فيصير ملكاً للإمام عليه السلام، ويكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. وإن رفعت يده عنها قهراً وعنوة، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة - كالنخل والأشجار والبنيان - للمسلمين كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف والتذكرة وغيرهما، والنصوص به مستفيضة:

ففي رواية أبي بردة [١] المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج - قال عليه السلام: «من يبيعها؟ هي أرض المسلمين، قلت: يبيعها الذي في يده، قال: يصنع بخراج المسلمين، ماذا؟ ثم قال لا بأس، اشتر حقه منها [٢] ويحوّل حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملئ بخراجهم منه».

حيث يدخل في العموم إحياء الكافر ولو كان في أرض الإسلام.

[١] الزّواية^(١) ضعيفة سنداً؛ لجهالة أبي بردة. نعم، دلالتها كدلالة غيرها على كون أرض الخراج ملكاً للمسلمين واضحة.

[٢] يعني لا بأس أن يشتري حق البائع من الأرض، ولا بأس أن يحول البائع حق المسلمين من أجرة الأرض على المشتري.

وبتعبير آخر: يكون الخراج على المشتري، وقوله: لعله... في مقام تعليل جواز الشراء، وأن الجواز باعتبار أنه ربما يكون المشتري أقوى على استعمال الأرض وأكثر تمكناً على أداء خراجها من البائع الذي يبيع حقه المتعلق بالأرض.

(١) المصدر السابق: ١٥٥، الباب ٧١، الحديث ١.

وفي رسالة حمّاد الطويلة: «ليس لمن قاتل شيء من الأرضين وما غلبوا [ولا ما غلبوا كذا في الوسائل] عليه إلّا ما حوى العسكر... إلى أن قال: والأرض التي أخذت بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها، على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحاً ولا يضرّ بهم. إلى أن قال: فيؤخذ ما بقي بعد العشر فيقسم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض واكترتها، فيدفع إليهم أنصباؤهم على قدر ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون ذلك [١] أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك ممّا فيه مصلحة العامة، ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير... الخبر».

وفي صحيحة الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السّواد ما منزله؟ قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم. ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد فقلنا أنشتره من الدّهاقين؟ قال: لا يصلح إلّا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء وليّ الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرّد عليه رأس ماله، وله ما أكل من غلّتها بما عمل».

ورواية ابن شريح: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه قال: إنّما أرض الخراج للمسلمين. فقالوا له: فإنّه يشتريها الرّجل وعليه

[١] أي^(١): فيكون الباقي أرزاق أعوان الوالي ويصرف في مصلحة ما يقصده الوالي من

تقوية الإسلام بالجهاد وغيره.

(١) شرح لمرسلة حماد التي في المتن، وسائل الشيعة ١٥: ١١، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

خراجها؟ فقال: لا بأس إلا أن يستحيي من عيب ذلك [١].

ورواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي فيها: «وسأله عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن، غير أن ثاساً من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال».

وفي خبر أبي الربيع: «لا تشتري من أرض السواد إلا من كانت له ذمة [٢] فإنما هي في للمسلمين. إلى غير ذلك... وظاهره - كما ترى - عدم جواز بيعها حتى تباعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري. نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع، أعني مجرد الأولوية وعدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته ولو لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأموال المسلمين ونيابته عن الإمام عليه السلام.

لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها، قال: لا يجوز

[١] شراء أرض الخراج وكون خراجها على المشتري فيه نوع خفة للشبابة لأهل الجزية، وربما لا يقدم بعض الناس على شرائها لذلك، فذكر عليه السلام أنه لو ترك الشراء للعب المزبور فهو، وإن يشتري بالنحو المزبور، أي بأن يكون الخراج عليه، فلا بأس. [٢] أي (٢): إلا عن بائع كان عليه عهدة خراج الأرض.

(١) وهو ذكره عليه السلام في روايه ابن شريح كما في المتن، وسائل الشيعة ١٧: ٣٧٠، الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٩.

(٢) شرح لخبر أبي الربيع التي في المتن، وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥.

التصرّف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصحّ أن يبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات، ولا غير ذلك من أنواع التصرّف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرّف باطلاً، وهو على حكم الأصل.

ويمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره. ويحتمل إرادة التصرّف بالبناء على وجه الحيازة والتملك. وقال في الدّروس: لا يجوز التصرّف في المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما. نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك، وأطلق في المبسوط: أنّ التصرّف فيها لا ينفذ. وقال ابن إدريس: إنّما يبيع ونوقف تحجيرنا وبناءنا وتصرّفنا، لأنفس الأرض، انتهى.

وقد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زماني الغيبة والحضور، فيجوز التصرّف في الأول ولو بالبيع والوقف، لا في الثاني إلا بإذن الإمام عليه السلام، وكذا إلى جامع المقاصد. وفي النسبة نظر، بل الظاهر موافقتهما لفتوى جماعة: من جواز التصرّف فيه في زمان الغيبة بإحداث الآثار وجواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى: أنّها مملوكة ما دام الآثار موجودة. قال في المسالك - في شرح قول المحقق: ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها - انتهى: إنّ المراد: لا يصحّ [١] ذلك في رقة الأرض مستقلة، أمّا فعل ذلك بها تبعاً لآثار

[١] ويبقى على المسالك^(١) أنّ القول بدخول الأرض المفتوحة في ملك المتصرف

فيها تبعاً للآثار، وزوال هذا الملك بزوال تلك الآثار خلاف ظاهر الروايات، حيث إنّ مدلولها عدم كونها ملكاً لشخص خاص، لا حال التصرف فيها ولا قبلها، بل

التصرف - من بناء وغرس وزرع ونحوها - فجائز على الأقوى. قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع، وكذا الوقف وغيره، ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع وعليه العمل، انتهى.

نعم، ربّما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبة، حيث قال: إن قال قائل: إنّ ما ذكرتموه إنّما دلّ على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدلّ على صحّة تملّكها بالشراء والبيع، ومع عدم صحّتها لا يصحّ ما يتفرّع عليها. قلنا: إنّنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض تؤخذ عنوة أو يصالح أهلها عليها، فقد أبحنا شراءها وبيعها، لأنّ لنا في ذلك قسماً، لأنّها أراضي المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصحّ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه. وأما الأنفال وما يجري مجراها فلا يصحّ تملّكها بالشراء وإنّما أبيع لنا التصرف فيها حسب.

ثم استدلّ على أراضي الخراج برواية أبي بردة السابقة الدالّة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض ودليله قرينة [١] على توجيه كلامه.

غايته أنّ من بيده الأرض المزبورة له رفع يده عنها بالعوض، كما هو الحال في جميع موارد تعلق الحق بالعين بالسبق إليها أو بغيره، أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال.

[١] يعني استدلاله على جواز بيع الأرض برواية أبي بردة الظاهرة في جواز أخذ من بيده الأرض العوض؛ لرفع يده عنها، أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال، قرينة على كون مراد المستدلّ من جواز بيع الأرض وشرائها جواز أخذ العوض على حقه منها. والمتحصّل من كلام المصنّف: أنّ الأقوال في المعاملة والتصرف في الأراضي الخراجية أربعة:

الأول: عدم دخول رقبة الأرض في الملك أصلاً ولو تبعاً للآثار، ولكن يثبت الحق بها بالتصرف والإحياء والمعاملة، وهذا مختاره رحمته الله.

الثاني: عدم جواز التصرف والمعاملة عليها أصلاً، ولا يملك المتصرف فيها لا الأرض ولا الحق، كما هو ظاهر عبارة «المبسوط»^(١). وقد حمل رحمته الله العبارة على أحد وجهين: أحدهما: ما إذا كان التصرف فيها بالإحياء أو غيره، بلا استئذان من الإمام حال حضوره. وثانيهما: التصرف فيها بقصد تملك الأرض. وينسب التفصيل بين زمان الحضور والغيبة - كما هو الوجه الأول في الحمل - إلى «الدروس»^(٢).

الثالث: ما عن الشهيد والمحقق الثانيين^(٣) من دخول الرقبة في الملك تبعاً لآثار، ويزول الملك بزوال تلك الآثار.

الرابع: ما يوهم ظاهر عبارة «التهذيب»^(٤) من دخول نفس رقبة الأرض في الملك، فيجوز المعاملة على الرقبة مستقلاً ولكن الاستدلال على الحكم برواية أبي بردة قرينة على كون مراده هو القول الأول.

وعن بعض الأجلة رحمته الله^(٥): أن الأراضي المفتوحة عنوة ليست ملكاً لأحد، بل هي أراضي محررة موقوفة على مصالح المسلمين، والمسلمون ليسوا ملاكاً للأرض بنحو الإشاعة أو بأي وجه كان، ولا ملاكاً لمنافعها، كما أنهم ليسوا مصرفاً لتلك الأرض. وذكر

(١) المبسوط ٢: ٣٤.

(٢) الدروس ٢: ٤١.

(٣) المسالك ٣: ٥٦، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٢٤٠، والجواهر ٢٢: ٣٤٩.

(٤) التهذيب ٤: ١٤٥-١٤٦، ذيل الحديث ٤٠٥.

(٥) كتاب البيع للسيد الخميني ٣: ٤٣-٤٥.

.....

في وجه ذلك أن اعتبار الملكية للمسلمين من الموجودين بالفعل ومن يوجد منهم إلى آخر الدنيا وأمر غير معقول أو بعيد، وليس للالام) ظهور في الملكية كما في قوله: «له الحمد والملك، وله الأسماء الحسنى وله ما في السماوات والأرض»... إلى غير ذلك. بل ورد في بعض الروايات أن الأرض المفتوحة عنوة فيء المسلمين، والعدول عن ذكر الملك إلى التعبير بالفيء فيه تأييد، بل دلالة على عدم الملك.

أقول: ظاهر الالام هي الإضافة المالكية، لكن لا مطلقاً، بل فيما إذا كان المضاف فيه عنوان المال أو مصداقه، مع كون المضاف إليه قابلاً للمالكية، كقوله لزيد: «هذا المال، أو هذا البيت». وأما في غير ذلك، كما إذا كان المضاف غير عنوان المال أو مصداقه، كقوله: «له الأسماء الحسنى، وله الحمد والملك». أو كان المضاف إليه غير قابل للمالكية، كما في قوله: «الجل للفرس»، فهذا غير مورد الظهور المزبور، وقد تقدم مراراً أن الكلي الطبيعي قابل لاعتبار المالكية كما في ملك الزكاة للفقراء، ومال الوقف للموقوف عليهم كما في الوقف العام. وبعد كون الملكية بنفسها أمراً اعتبارياً تكون الملكية غير إنشائها، وإمكان التفكيك بين المنشأ والإنشاء ظاهر، فيصح جعل الملكية لعامة المسلمين بنحو الإشاعة بمفاد القضية الحقيقية من غير لزوم قيام الموجود بالمعدوم. وبعد دلالة الأخبار على عدم جواز بيع تلك الأراضي حتى في مقدار الحصة التي بيد العامل عليها ونفي الإشاعة والملك الشخصي يؤخذ بظاهر الالام في الملك، غاية الأمر يكون المالك العنوان العام كما في ملك الزكاة.

وما في مرسله حماد من كون الأرض المفتوحة عنوة موقوفة مع الإغماض عن سندها، فلا دلالة لها على كونها وقفاً حقيقة، فإن الوقف كسائر المعاملات يحتاج إلى الإنشاء، بل معنى كونها وقفاً ولو بقريضة ما دل على أنها للمسلمين، كونها في حكمه من

عدم جواز بيع تلك الأرض أو نقلها إلى الغير بالمصالحة وغيرها.

والتعبير عن كون تلك الأراضي بغير المسلمين لا يقتضي عدم كونها ملكاً، فإنه مضافاً إلى ضعف السند قد ورد في بعض الروايات أن الأنفال فيء للإمام عليه السلام، مع أن الأنفال ملكه عليه السلام، حتى عند هذا القائل الجليل. وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام سمعته يقول: «الفيء 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 الفيء». والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث شاء^(١). ونحوها غيرها.

ويمكن أن يقال في الثمرة بين كونها ملكاً للمسلمين وبين كونها أراضي محررة، فيما إذا وضع الغاصب يده على تلك الأراضي، بأنه لا يكون عليه ضمان بالإضافة إلى ما أتلفه من المنافع المستوفاة بناءً على كونها محررة، كما يأتي في غصب المسجد والمشهد، حيث لا يكون الاستيفاء المزبور إلتافاً لمال الغير أو تلفه بيده. ويكون عليه الضمان بالاستيفاء المزبور بناءً على الأول، حيث إنه إلتاف لمال الغير أو تلفه بيده، ولو كان ذلك الغير العنوان العام المتقدم.

وقد يقال كما عن الثاني^(٢) عليه السلام، بأن البحث في الأراضي المفتوحة عنوة قليل الجدوى، فإن الحكم بأن الأراضي المزبورة ملك للمسلمين أي لعنوانه، وأن الأرض لا تدخل في ملك مستعملها؛ ولذا لا يجوز له بيعها وشراؤها وإنما يكون وضع اليد عليها بوجه مشروع موجباً لتعلق الحق بها وتصح المعاملة على ذلك الحق، مختص

(١) وسائل الشريعة ٩: ٥٢٧، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٧٢.

بالأراضي التي كانت حال فتحها معمورة. وحيث إن تشخيص العمارة حال الفتح في الأراضي المفتوحة غالباً غير ميسور، ومقتضى الاستصحاب عدم عمارتها حاله، فيترتب على ذلك دخول الأراضي في ملك المحيي ومن يده عليها وهي محياة يحكم بكونها ملكاً له بقاعدة اليد، ولا يضّر العلم الإجمالي بكون بعض الأراضي كانت حال فتحها معمورة، وذلك لخروج الأطراف الأخرى عن محل الابتلاء.

وبتعبير آخر: قوله ﷺ: «من أحيى أرضاً مواتاً فهي له»^(١)، لم يخرج عنه إلا الأرض المفتوحة عنوة التي كانت معمورة حال فتحها، واستصحاب عدم كون الأرض معمورة حال فتحها يدخل الأرض في العموم المزبور، ومع عدم إحراز إحيائها فمن وضع يده عليها تكون بمقتضى قاعدة اليد ملكاً له. والعلم الإجمالي بكون بعض الأرض كانت معمورة حال فتحها غير ضائر لاعتبارها، كما تقدم.

ويجري ذلك في الأرض التي لا يعلم بكونها مفتوحة عنوة، فإنه لو كان إحيائها ممن وضع يده عليها يحكم بكونها له أخذاً بعموم: «من أحيى أرضاً مواتاً فهي له»، بضميمة استصحاب عدم كونها مفتوحة عنوة أو استصحاب عدم كونها أرضاً للمسلمين صلحاً، نظير الحكم بحلية نكاح المرأة أخذاً بعموم قوله سبحانه: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٢) بضميمة استصحاب عدم كونها أختاً رضاعية أو أمّاً رضاعية ونحو ذلك. وفيما إذا كان وضع يده عليها وهي معمورة يحكم بكونها ملكاً له بقاعدة اليد، على قرار ما تقدم.

(١) وسائل الشريعة ٢٥: ٤١٢، الباب ٢ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٥.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٤.

وقد يقال، كما عن بعض الأجلة عليه السلام^(١) : إن استصحاب عدم الموضوع لا يثمر في نفي حكمه، إلا إذا دلّ الخطاب الشرعي على عدم الحكم بعدم الموضوع، بأن كان الموضوع قد ذكر له الحكم في القضية الشرطية ونحوها، كما في قوله: «إذا بلغ الماء قدر كثر لا ينجسه شيء»^(٢)، فإن مفهوم الشرطية ارتفاع الاعتصام عن الماء بارتفاع الكثرة. أو كان الموضوع قد نفي عنه الحكم المذكور له بانتفاء ذلك الموضوع في خطاب آخر، ويكون في غير ذلك نفي الحكم بنفي موضوعه مثبتاً، حيث إن انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه عقلي لا شرعي. وعلى ذلك، فلا ثمرة في استصحاب عدم كون الأرض مفتوحة عنوة في نفي كونها للمسلمين، وكذلك استصحاب عدم كونها معمورة حال فتحها... إلى غير ذلك من موارد نفي الحكم باستصحاب نفي الموضوع. أقول: يرد عليه أولاً: أن نفي كون الأرض معمورة حال فتحها أو نفي كونها مفتوحة عنوة أو أرض صلح على أنها للمسلمين ليس لنفي الحكم، بل لإثبات قيد الموضوع للحكم، حيث إن الشارع قد حكم بأن من أحيا أرضاً لم تكن مفتوحة عنوة أو لم تكن حال فتحها معمورة، أنها ملك لمحييها. وإحياء الأرض محرز بالوجدان عدم كونها معمورة حال فتحها أو عدم كونها مفتوحة عنوة أو وقوع الصلح عليها على أنها للمسلمين محرز بالأصل، فيتم موضوع ملك المحيي.

وثانياً: أن نفي الحكم الفعلي بنفي موضوعه لو كان مثبتاً باعتبار أن نفي الحكم بانتفاء موضوعه عقلي، لكان إثبات الحكم الفعلي بإثبات موضوعه أيضاً مثبتاً؛ لأن جعل الحكم لموضوع بنحو القضية الحقيقية يقتضي عقلاً فعلية ذلك الحكم بفعلية

(١) وسائل الشيعة ١: ١٥٨، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق، الحديث ١ و ٢ و ٦.

(٢) كتاب الصلاة (تقريرات النائي للكاظمي) ١: ٣٤٤.

.....

موضوعه، كما أنه يلزم نفي فعليته بعدم فعلية موضوعه.

والحل هو: أنَّ العُلقة بين تحقق الموضوع وفعلية الحكم كما حصل بجعل الشارع وإنشائه الحكم له بنحو القضية الحقيقية كذلك العُلقة بين انتفاء الموضوع وعدم حصوله وبين عدم فعلية الحكم قد حصلت بتلك العُلقة، فلاحظ موارد جريان قاعدة الفراغ أو الاستصحاب الجاري في مقام الامتثال، حيث يفيد كلٌّ منهما سقوط التكليف، مع أنَّ سقوطه بحصول متعلقه خارجاً عقلي. والسّر في عدم كون ذلك مثبتاً ما ذكرنا من أنَّ العُلقة بين التكليف وذلك المتعلق قد حصلت بجعل الشارع، فيكون حدوثه وسقوطه قابلاً للتعبد.

والحاصل، كما أنَّ الأصل يجري في ناحية إثبات الموضوع ويفيد ثبوت حكمه، كذلك يجري في ناحية عدم حصوله ويفيد عدم فعلية التكليف أو سائر الأحكام. بقي في المقام أمر، وهو: أنَّ اعتبار عمارة الأرض حال فتحها في كونها خراجية وأن الميتة حال الفتح من الأنفال معروف بين الأصحاب، وذكروا في وجه ذلك أنَّ ما يكون للمسلمين هي الأرض المأخوذة من الكفار بعنوان الغنيمة، وأما المأخوذة منهم فيما إذا كانت ملكاً لغيرهم - كالمغصوبة من مسلم - فلا تدخل في الغنيمة، فاللازم ردها إلى مالكيها. والميتة من أراضيهم لم تكن ملكاً لهم، بل كانت من الأنفال التي كانت يدهم عليها يد عدوان.

وفيه: أنَّ عنوان الغنيمة لم يؤخذ في كون الأرض المأخوذة للمسلمين، بل المعتبر أخذ الأرض من الكفار بالقتال أو بالصلح، وهذا يشمل المعمورة والميتة، بل يشمل المأخوذ منهم ما كانت ملكاً لمسلم في أيديهم. غاية الأمر إذا كانت لمسلم يحكم ببقائها في ملكه؛ لأنَّ ما دلَّ على حرمة مال المسلم وعدم تملك ماله بغير رضاه

وكيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعاً للآثار ممّا لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال.

نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً. فالذي ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه [١] الذي يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول:

يعارض ما دل على دخول الأرض المفتوحة في ملك المسلمين بالعموم من وجه، وبعد تساقط الإطلاقين يرجع إلى استصحاب بقائها في ملكه.

والمعارضة بالعموم من وجه وإن تكن ملحوظة بين ما دل على أن الأرض الميتة من الأنفال وبين ما دل على كون الأرض المفتوحة للمسلمين، ومقتضى كون العموم في ناحية ما دل على أن الميتة من الأنفال وضعياً تقديمه، وعلى تقدير تساقطهما في مورد الاجتماع يكون الرجوع إلى استصحاب بقاء الميتة على كونها من الأنفال، إلا أن التقييد الوارد في موثقة إسحاق بن عمار^(١) يدفع المعارضة، حيث عدّ فيها من الأنفال الأرض الخربة التي لم يوجف بخيل ولا ركاب؛ لأن مقتضاه أن لا تكون الميتة المأخوذة بخيل وركاب من الأنفال، ومع ذلك كان الحكم في المسألة متسالم عليه عندهم، والله سبحانه هو العالم.

[١] يقع الكلام في الموجب لجواز التصرف في الأراضي الخراجية ليثبت به حق الاختصاص المحكوم في الروايات بجواز المعاملة عليه، وذكر المصنف عليه السلام أن مع التمكن على الاستئذان من الإمام عليه السلام كما في حال حضوره يجب الرجوع إليه أو إلى الوالي من قبله أو وكيله، باعتبار أن الأرض ملك المسلمين والإمام عليه السلام وليهم عليه السلام.

(١) وسائل الشيعة ٩: ٥٣١، الباب ١ من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

نقل منفعة الأرض أو عينها.

أقول: المراد بنقل منفعة الأرض قبالتها أو إيجارتها، وأما نقل عينها فلم يظهر وجهه بعد كون تلك الأرض موقوفة متروكة غير قابلة للنقل والانتقال، وولايته عليه السلام مع النهي عن بيعها معللاً بأنها للمسلمين الظاهر في عدم قبولها لنقل العين لا تقتضي إلا نقل منافعها أو الإذن في الانتفاع بها.

وأما في زمان الغيبة، فقد ذكر عليه السلام أن المحتمل أحد وجوه خمسة:

الأول: الرجوع في التصرف فيها إلى السلطان أو عماله، ممن جوز الشرع أخذ الخراج منه مجاناً أو معاوضة، بل في صحيحة الحلبي: «لا بأس أن يتقبل الأرض وأهلها من السلطان»^(١). ولكن لا دلالة لها على تعيين ذلك، وعدم موجب آخر للتصرف في تلك الأراضي.

الثاني: جواز التصرف مطلقاً، أي بلا حاجة إلى الاستئذان أو المعاملة لا مع السلطان ولا مع غيره، فإن مقتضى تحليل الأرض للشيعة ويكون التحليل بالإضافة إلى الأراضي القابلة للتملك إذناً فيه وفي غير القابلة له إذناً في التصرف وفي وضع اليد عليها، الموجب لثبوت حق الاختصاص. وفي رواية عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: «يا أبا سيار... وكل ما كان في أيدي شيعة من الأرض فهم فيه محللون». الحديث^(٢).

وبالجملة: تخصيص التحليل بالموات التي ملكه عليه السلام بلا موجب ويؤيد هذا التحليل ما ورد في جواز أخذ الخراج جائزة أو معاوضة، فإنه إذا جاز أخذ الخراج كأجرة الأرض جاز أخذ نفس منفعة الأرض. والتعبير بالتأييد لإمكان دعوى أن جواز

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٩ - ٦٠، الباب ١٨ من كتاب المزارعة والمساقاة، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب الرابع من أبواب الانفال، الحديث ١٢.

أخذ بدل منفعتها لا يلزم جواز تصرف الشخص في الأرض استقلالاً؛ لأن جواز الأول، باعتبار إمضاء الشارع معاملة السلطان على ما تقدّم في المكاسب المحرمة.

الثالث: الرجوع إلى الحاكم الشرعي فإنه نائب الإمام، ولا أقل من كون جواز التصرف في تلك الأرض، مع الرجوع إليه قطعي. وأمّا غير هذا الفرض فيبقى فيما دلّ على عدم الجواز وضعاً أو تكليفاً.

الرابع: التفصيل بين من يستحق أجرة الأرض؛ لكون صرفها عليه من مصالح المسلمين وبين غيرهم، فإنه يستفاد جواز التصرف للأول من جواز تصرفه في بدل منفعة الأرض، وفي رواية أبي بكر الحضرمي، قال عليه السلام: «ما منع ابن أبي السماك أن يبعث إليك بعطائك؟ أمّا علم أنّ لك في بيت المال نصيباً؟»^(١) ولكن لا وجه لتصرف سائر الناس في تلك الأراضي مجاناً؛ ولذا أفتى غير واحد، على ما حكى عنهم، بعدم جواز حبس الخراج عن السلطان الجائر^(٢). نعم، استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام^(٣).

الخامس: التفصيل بين ما عرض له الموت من أرض الخراج، فيجوز التصرف فيها بإحيائها كما هو مقتضى الترخيص في الإحياء، وكون المحيي مالكا للأرض أو أحق بها كما في عمومات جواز الإحياء وخصوص صحيحة سليمان بن خالد^(٤) وخصوصيتها، باعتبار ورودها في جواز إحياء الخربة، الظاهرة في الميتة بعد عمارتها. وبين الباقية على عمارتها، فلا يجوز التصرف فيها إلا بأحد الوجوه المتقدمة. والأوفق

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

(٢) و(٤) انظر حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٢٨، ومنية الطالب ٢: ٢٧٢، ومصباح الفقاهة ٣: ٤١٦-٤١٧.

(٤) وسائل الشريعة ٢٥: ٤١١، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

بالقواعد هو الوجه الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

لا يخفى أنه لو تم الوجه الأول أو الوجه الثاني، فلا يختص شيء منهما بزمان الغيبة، بل يعمّ زمان الحضور، فإن بعض ما ورد ممّا يستظهر منه أحد الوجهين مورد هما زمان الحضور، وفي موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل اكرى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون؟ وإنّما يقبلها السلطان لعجز أهلها أو غير عجز؟ فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها، إلا أن يضاروا» ^(١) الحديث. وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن لي أرض خراج، وقد ضقت بها أفادعها؟ فسكت على هنيهة، ثم قال: إن قائمنا لو قام كان نصيبك من الأرض أكثر منها» ^(٢) الحديث.

وعلى ذلك فلا ينبغي الرّيب في جواز أخذ أرض الخراج من السلطان واستعمالها وعمارته، بل يمكن أن يقال بجواز وضع اليد عليها ولو باشتراء حقوق العاملين عليها، بلا حاجة إلى الاستئذان من أحد وبلا لزوم دفع خراجها إلى السلطان أو غيره، كما ربما يظهر من صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، وعن الساباطي وزرارة عن أبي عبد الله عليه السلام «أنهم سألوها عن شراء أرض الدهاقين من أرض الجزية؟ فقال: إنه إذا كان ذلك انتزعت منك أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج. قال عمار: ثم أقبل عليّ فقال: اشتراها، فإنّ لك من الحق ما هو أكثر من ذلك» ^(٣). نعم، لو استولى على الأرض من له ولاية شرعية في زمان الغيبة فلا يبعد أن يقال بلزوم دفع الخراج إليه إذا

(١) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٩، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٩، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٨، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

أما في زمان الحضور والتمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصريف على إذن الإمام عليه السلام، لأنّه وليّ المسلمين فله نقلها عيناً ومنفعة. ومن الظاهر أنّ كلام الشيخ - المطلق في المنع عن التصريف - محمول على صورة عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره.

وأما في زمان الغيبة، ففي: عدم جواز التصريف إلّا فيما أعطاه السلطان الذي حلّ قبول الخراج والمقاسمة منه. أو جوازه مطلقاً، نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربما يؤيّده جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الأرض، فيجوز التصريف في عينها مجاناً. أو عدم جوازه إلّا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السلام. أو التفصيل بين من يستحقّ أجرة هذه الأرض، فيجوز له التصريف فيها، لما يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حلّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال»، وبين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض، ولذا أفنى غير واحد - على ما حكى - بأنّه لا يجوز حبس الخراج وسرقته عن السلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام. أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياة حال الفتح، وبين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول، لعموم أدلّة الإحياء وخصوص رواية سليمان بن خالد ونحوها.

وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثمّ الرابع، ثمّ الخامس. ومما ذكرنا يعلم حال ما يتفصل من المفتوح عنوة، كأوراق الأشجار وأثمارها، وأخشاب

طلبه، حيث إنّ الأرض ملك للمسلمين وله صرفها في مصالحهم، وجواز الامتناع عن دفعه الظاهر من بعض الروايات المشار إليها يختص بما إذا كان الحاكم على الأرض الجائر وعماله، فلاحظ.

الأبنية والسقوف الواقعة، والطين المأخوذ من سطح الأرض، والجص والحجارة ونحو ذلك، فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح [١] من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين، ولذا صرح جماعة كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم - على ما حكى عنهم - بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض.

نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه مما ينقل. وحيث لم يقتضى القاعدة عدم صحّة أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأنّ القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض، لأجزاءها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز.

ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات، لعموم «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحقّ به». ويؤيده بل يدلّ عليه استمرار السيرة خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر والكوز والأواني وما عمل من التربة الحسينية، ويقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

[١] إذا كانت تلك الأمور تابعة للأرض زمان فتحها وباعتبار ذلك كانت محكومة كرقبة الأرض بكونها ملكاً للمسلمين فلا يزول ملكهم بانفصالها وخروجها عن تبعية الأرض، كما هو الحال في سائر الموارد التي يدخل الشيء في ملك أحد تبعاً للعين الأخرى. نعم، لا يبعد أن يقال: إن النهي عن بيع أرض المسلمين لا يعم لما بعد انفصالها، بل يلتزم بدخولها في ملك من يضع يده عليها بوجه مشروع، حيث إن وضع اليد عليها كذلك كسائر ما يكون ملكاً لعنوان عام ويصير ملكاً بالأخذ، والسيرة مستمرة على بيع ما يعمل من الأراضي الخراجية من الكوز وسائر الظروف ونحوها، ولم يرد في شيء من الروايات الردع عن بيعها أو تملكها، والله سبحانه هو العالم.

مسألة: واعلم أنه ذكر الفاضلان وجمع مَمَّن تأخر^(١) عنهما في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقاً. وفرَّعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا أم الولد إلا في المواضع المستثناة.

[١] ذكر الفاضلان^(١) وجمع آخر^(٢) أن العوضين في البيع يعتبر كون كل منهما مملوكاً وكون ملكهما طلقاً، وفرَّعوا على اشتراط الطلق عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى، وبيع الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا بيع أم الولد إلا في بعض الموارد. والمراد بالطلاق أن تكون سلطنة المالك بالإضافة إلى المال تامة، بحيث يجوز له نقله مجاناً أو بالمعاوضة، وجواز النقل باعتبار عدم تعلق حق للغير به مانع عن نقله بلا إذن ذلك الغير.

والوجه في رجوع المراد بالطلاق إلى ذلك هو أن تمام السلطنة وكون المالك مطلق العنان في التصرف في معنى جواز نقله مجاناً أو مع العوض.

وقوله ﷺ: «لمرجهه إلى أن شرط البيع» تعليل لقوله: «ولكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقل المالك بنقله»، فيكون حاصل عبارة الفاضلين أن من شروط العوضين كونهما مملوكاً، بحيث يصح بيعهما وهذا لا معنى له، فإن صحة البيع لا تكون شرطاً في صحته كما لا يمكن تفريع عدم صحة بيع الوقف أو الرهن أو أم الولد على الاشتراط المزبور، بل عدم كون الملك وقفاً أو رهناً أو أم الولد شرط، ويتفرع على عدم تعلق تلك الحقوق بالعوضين صحة البيع وعلى تعلقها بطلانه.

(١) الشرائع ٢: ١٧، والقواعد ١: ١٢٦، وفيه: ويشترط في الملك التامة.

(٢) منهم الشهيدان في اللمعة وشرحها (الروضة البهيّة) ٣: ٢٥٣، والمحقق السبزواري في الكفاية: ٨٩.

والمحدث البحراني في الحقائق ١٨: ٤٣٨.

والمراد بـ«الطلق» تمام السُّلْطَنَةِ على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك، لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بتقله ويكون نقله ماضياً فيه، لعدم تعلّق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذي الحق، فمرجهه إلى: أن من شرط البيع أن يكون متعلّقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصل له، فالظاهر أن هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك - كالنذر والخيار ونحوهما - وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لتأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس.

وعلى ذلك، فليكن المراد بالطلق عدم تعلّق الحقوق بالعوضين مآنها الشارع عن البيع معها وهذه عبارة مختصرة منتزعة عن عدم تعلّق تلك الحقوق، وقولهم: «فلا يصح بيع الوقف والرهن وأمّ الولد»، من قبيل تعداد تلك الحقوق وتفصيل لتلك العبارة لا من قبيل التفريع على الشرط، فإنّ الشرط في الحقيقة عدم كون العوضين وقفاً أو رهناً أو أمّ ولد، ويتفرّع على عدم تلك الحقوق كون الملك طلقاً.

والحاصل: أن الشارع قد منع عن نقل المال في بعض الموارد، باعتبار تعلّق حق الغير بالمال المزبور، وينتزع عن عدم تعلّق الحق المزبور كون ملك المال طلقاً، فالعمدة هو التعرض للموارد التي قد منع الشارع عن بيع المال فيها، باعتبار تعلّق حق الغير به.

ثم إن أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثمّ عنوانوا حقّ الجاني [١] واختلفوا في حكم بيعه. وظاهر أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر - بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر - النذر: - المتعلّق بالعين [٢]

[١] يعني الحق المتعلّق بالعبد الجاني، حيث إنّ لولي المجني عليه الحق في القصاص أو استرقاقه، وفي كون هذا الحق مانعاً عن تصرف مولاة ببيعه كلام يتعرّض ﷺ له فيما بعد.

[٢] لم يثبت كون تعلّق النذر بالعين مانعاً عن صحة بيعها، فإنّ وجوب الوفاء بالنذر تكليف فيكون بيع العين المنذورة مخالفة للتكليف المزبور، والنهي عن المعاملة لا يوجب فسادها، خصوصاً فيما إذا كانت بعنوان خارجي، وبهذا يظهر الحال في صورة الحلف على عدم بيع العين.

ودعوى عدم جواز بيع العين المنذورة لتعلّق حق الله أو تعلق حق الفقراء بها لا يمكن المساعدة عليها، فإن الالتزام بالفعل لله - كما هو مفاد النذر - نظير الالتزام بالفعل للمشروط له في الشرط في العقود لا يكون تملكاً لذلك الفعل، فضلاً عن تعلق حق المشروط له بالعين التي يتعلّق بها ذلك الفعل. بل تملك الفعل - كما هو مفاد عقد الإجارة - لا يقتضي تعلّق حق للمستأجر بالعين، بل المستأجر يملك الفعل المتعلق بها خاصة كما لا يخفى.

والحاصل: أنّ اللام في قول الناذر: «لله عليّ أن أتصدق بالمال»، نظير قول المشروط عليه في ضمن عقد: «عليّ أن أخيط لك هذا الثوب»، ليست للملكية، بل لمجرد التعدي وكون مدخوله طرف الالتزام، بل على تقدير كونها للملك فلا تقتضي

قبل البيع، والخيار المتعلق به [١] والارتداد [٢]، والحلف على عدم بيعه،
وتعيين الهدى للذبح [٣]

تملك الفعل تعلق حق للمتملك بالعين التي يتعلق به الفعل.

[١] أي الخيار المتعلق بالعين.

أقول: الخيار كما يأتي في بحث الخيارات حق متعلق بالعقد لا بالعين، فيكون
لذي الخيار حق فسخ العقد وإزالته وثبوت هذا الحق، بل واستيفاءه لا يتوقف على بقاء
العوضين، بل يصح لذی الخيار فسخه حتى بعد تلف العين في يد الآخر، غاية الأمر
يرجع مع فسخ المعاملة إلى بدل العين من المثل أو القيمة.

نعم، فيما إذا كان المشروط على الآخر إبقاء العين وعدم نقلها عن ملكه زمان
الخيار كما لا يبعد ذلك في بيع الخيار، حيث يكون فيه اشتراط من البائع على المشتري
بإبقاء العين في المدة المضروبة للخيار، فلا يجوز للمشتري بيعها تكليفاً؛ لوجوب
الوفاء بالشرط والوفاء بالعقد. ولا يوجب ثبوت حق للبائع في العين ليجب ذلك
فساد التصرف فيها.

[٢] يعني ارتداد العبد المسلم، فإنه يكون بالارتداد في معرض التلف بالقتل
حداً، حتى فيما إذا كان ارتداده ملياً، حيث إنه أيضاً في معرض التلف بالقتل بعدم توبته
بعد استتابته، هذا ولكن كون الشيء في معرض التلف لا يمنع عن بيعه، غاية الأمر
يثبت للمشتري الجاهل بالحال خيار الفسخ بالعيب المزبور كما لا يخفى.

[٣] وفي صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري البدنة
ثم تفضل قبل أن يشعرها ويقلدها فلا يجدها حتى يأتي منى فينحر ويجد هديه؟ قال: إن
لم يكن قد أشعرها فهي من ماله إن شاء نحرها، وإن شاء باعها، وإن كان أشعرها

واشتراط عتق العبد في عقد لازم^[١] والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه، حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الاداء، والتدبير المعلق على موت غير المولى^[٢]، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من عُلّق عليه العتق كان مملوكاً للورثة ممنوعاً من التصرف فيه، وتعلق حق الموصى له^[٣] بالموصى به بعد موت الموصي وقبل قبوله، بناءً على

نحرها^(١).

ويمكن أن يقال: إنه لا يستفاد منها أزيد من وجوب ذبح الحيوان أو نحره، نظير الحيوان المنذور ذبحه والتصدق بلحمه، لا النهي عن بيعه ليقال بظهور النهي في فساده، فتدبر.

[١] لا يخفى أن اشتراط عتقه من شرط الفعل، فيجب على المشروط عليه الوفاء به، ومع عدم وفائه يجوز للمشروط له فسخ العقد الذي اشترط فيه عتق العبد، وإذا فرض خروج العبد عن ملك المشروط عليه بالبيع أو غيره قبل الفسخ المزبور فيرجع المشروط له إليه ببدل ذلك العبد.

وكيف كان، فلا يوجب اشتراط العتق نقصاً في ملك العبد وخروجه عن الطلق كما تقدم في شرط الخيار.

[٢] وعليه فمقتضى الرواية^(٢) انعताقه بموت من علق انعताقه على موته وعدم نفوذ التصرفات المنافية لذلك من الورثة.

[٣] لا يبعد أن يكون المال في الوصية التمليلية ملكاً للموصى له بموت

(١) وسائل الشريعة ١٤: ١٤٣، الباب ٣٢ من أبواب الذبح، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣: ١٣٠ - ١٣١، الباب ١١ من أبواب التدبير، الحديث ١.

منع الوارث من التصرف قبله، وتعلق حق الشفعة [١] بالمال، فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة يطالها، وتغذية الولد المملوك [٢] بنطقة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى فوطئها فأنت بالولد بناءً على عدم جواز بيعها وكونه مملوكاً [٣] ولد من حرّ شريك في أمه حال الوطء فإنه

الموصي، بلا حاجة إلى قبوله. نعم، يكون للموصى له رد المال وإخراجه عن ملكه، وعلى تقدير القول بالحاجة إلى القبول يبقى الموصى به في ملك الموصي، فإن المنتقل إلى الورثة من التركة هو غير الموصى به فيما إذا لم يكن زائداً على الثلث، وتام الكلام في محله.

[١] لا يخفى أن تعلق حق الشفعة في الفرض وكون الشفيع متمكناً على إبطال التصرفات الجارية على المبيع بأخذه بحق شفيعته أجنبي عن مورد الكلام، فإن مع تعلقها لا يلزم بتلك التصرفات فتكون في معرض البطلان بالأخذ بالشفعة، وكلامنا في اشتراط البيع وتوقف صحته على كون الملك طلقاً بأن لا ينعقد البيع مع عدمه.

[٢] لو اشترى أمة حبلى مع حملها فعليه ترك وطئها إلى أربعة أشهر وعشرة أيام من مبدأ حملها على كلام في اعتبار الزائد على أربعة أشهر، وإن وطئها في المدة المزبورة أو بعدها إلى أن تضع حملها وأفرغ ماءه في فرجها فلا يجوز له بيع ذلك الولد وعليه عتقه، على قول تساعد عليه ظاهر الرواية^(١).

[٣] وكونه مملوكاً، عطف على «تغذية الولد» وكان المراد أنه إذا كانت الأمة ملكاً لاثنتين فوطئها أحدهما وأنت بالولد يكون الولد حصّة منه ملكاً للشريك ولكن ليس له بيعه، بل له تقويم حصته وأخذ تلك القيمة من الواطئ.

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٩٤، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته، وتعارض السبب المملوك والمزيل للملك كما لو قهر حربي [١] أباه والغنيمة قبل القسمة [٢] بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملك بلا مالك. وغير ذلك مما سيقف عليه المتبع، لكننا نقصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أم الولد، ثم الزهن، ثم الجنابة، إن شاء الله تعالى.

مسألة: لا يجوز بيع الوقف [٣] إجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً ولعموم

[١] ظاهره التعرض لما ذكره بعضهم^(١) من أن الحربي، أي الكافر الحربي، لو باع أباه أو غيره من قرابته التي تنعتق عليه، بأن يكون الكافر المزبور استولى على من ينعتق عليه بالقهر وباعه، ففي صحة هذا البيع إشكال. ووجه الإشكال أن قهره واستيلاءه وإن يوجب تملكه إلا أن المفروض تحقق القرابة المانعة عن استقرار الملك فلا يحصل البيع حال الملك، ولكن في رواية قد سأل عبدالله اللحام أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟ قال: لا بأس»^(٢). وظهرها صحة البيع، ويمكن حملها على حصول الملك للمشتري بالاستيلاء لا ببيع الوالد.

[٢] لا يخفى أن الغنيمة تدخل في ملك المقاتلين باستيلائهم عليها وكونها ملكاً لهم بنحو الإشاعة، وعدم جواز بيع أحدهم حصته قبل أخذها باعتبار كون حصته مجهولة بحسب المقدار، ولا يبعد القول بجواز بيعها بعد تعيينها حتى فيما إذا كان البيع قبل القبض كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع.

[٣] ذكر الله في الاستدلال على عدم جواز بيع الوقف بعد الإجماع محصلاً

(١) حاشية كتاب المكاسب للميرزا الإيرواني ٢: ٤٣٦، الرقم ٤٦٨.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٢٤٦، الباب ٣ من أبواب التجارة، الحديث ٢.

قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» ورواية أبي علي بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إنني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلماً عَمَرْتُهَا خُبِرْتُ أَنَّهَا وَقَف. فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه. قلت: لا أعرف لها رباً. قال: تصدق بغلتها».

ومثولاً^(١)، لقوله عليه السلام في مكاتبة محمد بن الحسن الصفار التي رواها الصدوق بسنده الصحيح، أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام في الوقف وما روي فيه عن آبائه، فوقع عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(٢). ومقتضاها أن العين حسب وقفها فتكون ملكاً للبطون بطناً بعد بطن أو للجهة، وأنها تبقى كذلك فلا يصح إبدالها.

لا يخفى أن الاستدلال بها موقوف على أن يكون عدم جواز البيع داخلاً في عنوان الوقف أو ملازماً لتحقيق ذلك العنوان، وأما بناءً على أنه حكم شرعي غير داخل في عنوانه وغير ملازم لتحقيقه فلا، حيث إن ظاهر الرواية إمضاء الشارع الوقف كما أنشأه صاحبه، وسيأتي التعرض لكون عدم جواز البيع حكماً شرعياً أو داخلاً في عنوانه أو ملازماً له فانتظر.

ورواية أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: «جعلت فداك، اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها رباً، قال: تصدق بغلتها»^(٣). فإن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء

(١) راجع الانتصار: ٢٢٦، والسرائر: ٣: ١٥٣، والمسالك: ٥: ٣٩٩، والمستند: ٢: ٣٧١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول، والفتاوى: ٤: ١٧٦/٦٢٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول، والكافي: ٧: ٣٧/٣٥.

وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة عليهم السلام مثل ما عن ربيع بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام - في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام -: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدّق به علي بن أبي طالب وهو حيّ سويّ: تصدّق بذاره التي في بني زريق، صدقة لا تباع ولا توهب حتّى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، وأسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين... الخبر».

الوقف»، هو عدم الفرق بين كون المباشر لبيعه الغاصب أو متولّي الوقف أو الموقوف عليهم، والرواية بحسب سندها لا بأس بها، فإن الكليني رحمته الله رواها عن محمد بن جعفر عن محمد بن عيسى عن أبي علي بن راشد، ومحمد بن جعفر، سواء كان أبو العباس أو أبو الحسن الأسدي موثق بتوثيق عام أو خاص، وأبي علي بن راشد ممدوح كما عن الشيخ ^(١) رحمته الله.

وبما في غير واحد من الروايات من صورة وقفهم عليهم السلام كرواية ربيع عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: تصدّق أمير المؤمنين عليه السلام بذار له في المدينة في بني زريق، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدّق به علي بن أبي طالب وهو حيّ سويّ، تصدّق بذاره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب، حتّى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين» ^(٢).

ووجه الاستدلال أنّ توصيف الصدقة بما لا يباع ولا يوهب ظاهر في توصيف النوع، أي طبعي المفعول المطلق، لأنّه شرط خارجي في شخص الصدقة، وأنّ على

(١) نقله ابن داود في رجاله: ٦٦/٢٢٠، وانظر اختيار معرفة الرجال ٢: ٢٩٩٢/٨٠٠ و ٨٦٣/١٠٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٧، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة للشخصها، ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص، مع أن سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد، أعني الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم. مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً، لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجة، أو صيرورته ممّا لا يتنفع به أصلاً.

الموقوف عليهم في الصدقة المزبورة إبقاء العين وعدم إبدالها. فإن الحمل على هذا النحو من الاشتراط خلاف الظاهر، حيث إنه لو كان الأمر كذلك لكان الأنسب تأخير الشرط عن ذكرهم لا ذكر الشرط قبل تعيينهم، وأيضاً لو كان ما ذكر شرطاً على الموقوف عليهم لكان محكوماً بالفساد، فإنه يجوز بيع الوقف في حالات، فاشتراط عدم جوازه عليهم مطلقاً خلاف السنة.

ولكن يمكن الجواب عن الأخير، بأن اشتراط عدم البيع إطلاقه محمول على صورة عدم الجواز، وهذا الحمل لازم، سواء كان قوله: «لا يباع ولا يوهب» من الاشتراط على الموقوف عليهم، أو وصفاً لنوع الصدقة، مع أنه يمكن دعوى لزوم التقييد في صورة توصيف النوع فقط. وأما على فرض الاشتراط فيبقى الاشتراط على الإطلاق حيث إن المحتمل علمه عليه السلام بعدم عروض المجوزات على وقفه، وهذا بخلاف صورة إرادة وصف النوع فقط، فإن العلم بعدم عروض المجوز على شخص من الوقف لا يوجب الحكم على النوع بأنه لا يباع ولا يوهب.

وبالجملة، مقتضى أصالة عدم التقييد هو: أن ما ذكر اشتراط لا توصيف للنوع. أقول: لا حاجة إلى التقييد على تقدير كون المراد توصيف النوع وتقييد طبيعي الصدقة، وذلك فإن قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب»، وارد في مقام إنشاء الوقف وذكره

إلا أن يقال: إنَّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدِّم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لالعذر، مع أنَّ هذا التقييد ممَّا لا بدَّ منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً. مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة، وحينئذٍ يصحَّ أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصَّفة شرطاً،

للقرينة على إرادة الوقف من الصدقة التي هي بمنزلة الجنس الجامع بين الوقف وبين تمليك المال للآخر مجاناً بقصد القرية، وليس في مقام بيان حكم الوقف من حيث عدم جواز البيع؛ ليقال: إنه لا بد من رفع اليد عن إطلاقه وحمله على صورة عدم عروض المجوزات.

وذكر بعض الأجلة عليه السلام: أنَّ احتمال الاشتراط على الموقوف عليهم مبني على الالتزام بأن الوقف من قبيل العقود ويحتاج إلى القبول من الموقوف عليهم، وأما بناءً على ما هو الصحيح من كونه من الإيقاعات فلامعنى للاشتراط، ثمَّ إنه على الوصف للنوع فلا يمكن استظهار عدم جواز بيع الوقف فيما لم يكن الوقف بعنوان الصدقة كما إذا لم يقصد فيه التقرب، فإنَّ النسبة بين الوقف والصدقة عموم من وجه؛ لاعتبار قصد التقرب في الصدقة، سواء كان من قبيل الوقف أو سائر الصَّدقات المندوبة أو الواجبة. والوقف يعم ما إذا لم يكن فيه قصد التقرب، ودعوى الحكم بعدم جواز بيع الوقف مطلقاً باعتبار إلغاء الخصوصية لا يخفى ما فيها.

أقول: الاشتراط على الموقوف عليهم لا يبتنى على كون الوقف من العقود، فإن نفوذ هذا الشرط على الموقوف عليهم أو المتولي ليس للدليل وجوب الوفاء بالشرط ليقال: إن الشرط لا يعم إلا ما إذا كان الإلزام في ضمن عقد بل لقوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١).

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلاً في النوع، فإنّ العلم بعدم طروء مسوّغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى. فظهر: أنّ التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلاً في أصل الوقف - كما صدر عن بعض من عاصرناه - لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع.

وبتعبير آخر: ما نحن فيه نظير الاشتراط على الوصي، كما إذا أوصى بستاناً من ثلثة للصرف في الحج والصلاة وسائر الخيرات واشتراط على الوصي عدم بيعه إلى خمس سنوات، فإنه لا ينبغي الرّيب في نفوذ هذا الاشتراط وعدم جواز بيعه قبل تلك المدة؛ بدليل نفوذ الإيصاء مع أنّ الإيصاء من الإيقاعات فلا يحتاج إلى القبول، وإنما يجوز للوصي رده زمان حياة الموصي مع وصول الرد.

والحاصل: لا ينبغي الرّيب في أنّ قوله «لا يباع ولا يوهب» وصف، ولكن الكلام في أنّه وصف للطبيعي وتفريع له؛ ليكون المراد عدم جواز البيع والهبة في الوقف في الجملة، حيث لا يمكن الأخذ بالإطلاق في ناحية المنع؛ لذكره في مقام إنشاء الوقف أو وصف للصدقة الشخصية وأن ذلك الشخص لا يباع، ولو كان وصفاً للشخص مع عدم كونه وصفاً للطبيعي فلا بد من حمله على الاشتراط من الوقف. ولكن الصحيح ظهور التوصيف في وصف الطبيعي لا لما ذكره المصنف من أنّه لو كان شرطاً لكان الأنسب تأخيره عن ذكر الموقوف عليهم، فإن مجرد الأنسيّة لا يصحّ الظهور مع صحة خلافها، بل باعتبار أنّ إنشاء الوقف لا يتم بمجرد قول القائل: «تصدقت بالعين» إذ لا دلالة للصدقة على خصوصية الوقف، ولذا يؤتى بمثل قوله: «لا يباع ولا يوهب» للقرينة على إرادة الوقف، ولا تتم القرينة إلا إذا كان عدم جواز البيع والهبة من قبيل توصيف الطبيعي بوصف نوعه كما لا يخفى.

وقد تحصل ممّا تقدّم أنّه مع هذا التوصيف لا يكون له إطلاق، بحيث يمكن التمسك به في موارد الشك في جواز بيع الوقف، بخلاف حسنة أبي علي بن راشد المتقدمة.

ولكن نوقش في الاستدلال بها أيضاً، مع عروض بعض الحالات على الوقف والشك في جواز بيعه معها، بأنها غير واردة في مقام الجواب عن جواز بيع الوقف وعدمه بحسب الحالات؛ لأنّ السائل فيها قد كان يعلم بعدم جواز شراء الوقف. خصوصاً مع ملاحظة قوله: «فلما وفرت المال خبرت أنّ الأرض وقف»^(١)، فإنّ ظاهرها أنّه لو كان يعلم بالوقف لما أقدم على شراء الوقف، بل إنّما كان بصدد السؤال عن علاج الواقعة مع جهله بالموقوف عليه، غاية الأمر قبل تمام ذكره الواقعة أجاب الإمام عليه السلام بوجوب رد الغلة إلى الموقوف عليهم.

أقول: من المحتمل جداً أن يحتمل السائل صحة شراء الوقف في فرض جهله بالوقف ودفع الثمن وجهالة الموقوف عليهم، وحيث إن الإمام عليه السلام ذكر أنه لا يجوز شراء الوقف وفهم منه بطلان الشراء في جميع الحالات التي منها الحالة السابقة في مورد السؤال، سأل ثانياً بأنه كيف يصنع بالغلة مع جهالة الموقوف عليهم؟

والحاصل: أنّ مقتضى الأصل في كلّ خطاب عام أو خاص يتضمن الموضوع والحكم أنّ ذلك الحكم يعم الموضوع في جميع حالاته ما لم تقم قرينة عرفية على خلاف ذلك، وما ذكر لا يعد قرينة لما ذكرنا من الاحتمال، ولذا لا بأس بالتمسك بالإطلاق الوارد في الحسنة في كلّ مورد يفرض فيه احتمال جواز بيع الوقف بطريقتين

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصادقات، الحديث الأول.

ومما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة [١]:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية يستفّع بها.
وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع والتعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات،
فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله، حيث يعتبر فيه التقرب ويكون لله تعالى عمله وعليه
عوضه.

بعض الحالات.

[١] لم يظهر كون المانع عن بيع الوقف متعدداً فضلاً عن كونه ثلاثة، فإنّ الثابت
منع الشارع عن بيع الوقف كمنعه عن بيع أم الولد ونحوها، وكون الوقف تمليكاً
للبطون على نحو الترتّب في الوقف الخاص وتمليكاً للجهة في الوقف العام لا ينافي
مبادلة العين الموقوفة بما يكون العوض ملكاً للبطون أو للجهة. وتمليك الواقف تلك
العين للموقوف عليهم بقصد التقرب لا يكون موجباً إلا لعدم جواز رجوع الواقف في
الوقف لا عدم جواز بيع الموقوف عليهم أو متولي الوقف، فإنّ الصدقة الواجبة، بل
المستحبة تمليك للغير بقصد التقرب مع أنه يجوز للفقير التصرف فيها كسائر أمواله،
وإرادة الواقف كون العين صدقة جارية يكفي فيها قيام بدلها مقامها.

وأما حق البطون فليس إلا تملكهم العين حال وجودهم، مع بقاء العين على الوقف،
وإذا انتقل الوقف إلى البديل، كما إذا قيل جواز بيع الوقف، ينتقل الحق إلى البديل.

والحاصل: أن عدم جواز بيع الوقف المستفاد من الروايات - كعدم جواز بيع
أم الولد - حكم شرعي ولا يكون من الحق القابل للإسقاط، غاية الأمر في مورد قيام
الدليل على جواز بيع الوقف يكون للبائع الولاية على إبطال الوقف، بالإضافة إلى
العين الموقوفة بالبيع. ويكون العوض ملكاً للبطون كالمعوض، أو جواز إبطال أصل
الوقف كما إذا كان العوض ملكاً خاصاً للبطن الموجود.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي وقد يرتفع كلها، وسيجيء التفصيل.

ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف [١] إلى أن يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه، فإن مدلول صيغة الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة عليه، إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الإثشاء، كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتَّهب المقتضي لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده. ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطته عنه، فتأمل.

إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام [٢]: أن الذي يقوى في النظر بعد إمعانه: أن

[١] مراده أن جواز بيع الوقف في مورد لا ينافي كون العين موقوفة مادام لم يقع البيع، وما تقدّم من عدم جواز بيع الوقف باعتبار تعلق الحقوق الثلاثة به، ليس المراد منه إلا أن الوقف يقتضي عدم جواز بيعه لأنه يستلزمه بنحو اللزوم والعلية التامة لينحل الوقف بجواز بيعه. ومجرد الاقتضاء، بمعنى أن إبقاء العين على الوصف الذي جعله الواقف قرار مالكي، ومع إمضاء الشارع لا يجوز بيعها ونقلها.

نعم، إذا طرأ أمر فيمكن معه الحكم بجواز بيعه، وإن شئت فلاحظ الهبة فإنها تملك العين مجاناً، ومقتضاه أن لا يجوز للغير التصرف في العين الموهوبة ولو كان ذلك الغير واهبها، ولكن مع ذلك يجوز للواهب التصرف فيها بردها إلى ملكه بحسب حكم الشرع.

[٢] قد يقال ^(١): إن عدم جواز بيع الوقف باعتبار أن جوازه ينافي الوقف بحيث

(١) القائل هو صاحب الجواهر ٢٢: ٣٥٨، وكاشف الغطاء في شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٨٥.

الوقف ما دام وفقاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وفقاً من التضاد. نعم، إذا بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز بيعه، ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغة لبيعه. وقد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدلّ على المنع عن بيع الوقف - بعد النّص والإجماع، بل الضرورة -: بأن البيع وأضرابه ينافي حقيقة الوقف، لأخذ الدوام فيه، وأنّ نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً.

لا يجتمع جوازه معه، فإن الوقف كما هو المروي عن النبي ^(١) ﷺ، بل الظاهر منه بحسب ما هو المعروف من عنوانه في الأذهان، حبس العين وتسبيل المنفعة. والمراد بحبس العين جعلها بحيث لا تقبل النقل والانتقال، وإذا صار الوقف محكوماً بجواز بيعه فلا يمكن اجتماع هذا الجواز مع بقاء الوقف، بل يكون الدليل على جواز بيعه كاشفاً عن بطلان الوقف في ذلك المورد.

وأجاب عن ذلك المصنّف رحمه الله، بأنّه إن أراد هذا القائل أن جواز بيع الوقف لا يجتمع مع الحقوق الثلاثة التي تقدم ثبوتها في الوقف، بل لا بدّ في مورد جواز بيعه من سقوط بعضها، كما إذا جاز بيع الوقف ومبادلته بما يكون للبطون، فإنّ الفرض سقوط حق البطون عن نفس العين لا عن بدلها، أو سقوط حقهم حتّى عن بدلها، كما إذا كان العوض ملكاً طلقاً للبطن الموجود فهذا صحيح. وإن أراد بجواز البيع فلا يجتمع مع أصل الوقف؛ لمنافاة ذلك الجواز ومضادته مع الوقف كما هو ظاهر عبارته، فهو غير تام.

والوجه في عدم التمام أن الوقف قسم منه في حقيقته إخراج للعين عن الملكية وجعلها بحيث لا تقبل الملك، نظير عتق العبد، وكما أنّ العتق إخراج للإنسان عن الرقية وجعله بحيث لا يمكن صيرورته ملكاً للآخر، كذلك في وقف المساجد

والمشاهد تخرج الأرض والبناء عن قابلية كونها ملكاً. ولكن مع ذلك لا يكون من المباحات ليتصرف فيه كل أحد بما شاء، بل لا يجوز التصرف المنافي للوقف كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١).

وهذا القسم لا يقبل النقل، باعتبار أن العين لا تصير ملكاً لأحد.

وأما سائر الوقوف، سواء كان الوقف خاصاً أو عاماً يكون الوقف فيها تمليكاً؛ ولذا يعبر عن هذا القسم بالصدقة التي تكون تمليكاً للبطون أو الجهة. نعم، الوقف ليس مطلق جعل الشيء ملكاً، بل بنحو يقتضي الدوام والاستمرار، أي استمرارهم على ملكه ولا يكون هذا الدوام والاستمرار من قبيل اللازم، بل بنحو الاقتضاء بحيث لا ينافي الوقف تخلفه في بعض الموارد. ولو كان جواز بيع الوقف منافياً لأصل الوقف بحيث يخرج الشيء عن كونه وفقاً لكان لازم ذلك بطلان الوقف حتى إذا لم يتفق مع بيع الوقف، كما إذا فرض حاجة الموقوف عليهم واضطرارهم إلى ثمن الوقف، ولكن لم يتفق بيعه إلى أن ارتفعت حاجتهم، فيلزم أن يحكم بجواز بيعه بعد ذلك أيضاً؛ لبطلان الوقف قبل ذلك.

لا يقال: إذا فرض الاعتراف كما هو ظاهر المصنف عليه السلام، بأن مع جواز بيع الوقف ينتفي حق البطون اللاحقة عن شخص العين كما في مورد جواز تبديلها بما يكون ملكاً للبطون، وعن بدلها أيضاً كما في مورد جواز تملك البطن الموجودة ثمن الوقف وصرفه في ضرورتهم، فلازم ذلك جواز بيع الوقف فيما إذا لم يتفق البيع إلى أن ارتفعت ضرورة البطن الموجودة. والوجه في اللزوم، أن مع سقوط حق البطون

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

وفيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره - وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها وعن بدلها، حيث قلنا يكون الثمن للبطن الذي يبيع - فهذا لا محصل له، فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه.

اللاحقة عن العين وعن بدلها أيضاً لا موجب لرجوعها ثانياً.

فإنه يقال: ليس معنى سقوط حقهم إلا قيام الدليل على ثبوت الولاية للبطن الموجودة على البطون اللاحقة بمبادلة ملكهم، كما إذا كان مدلول دليل جواز البيع بمبادلة الوقف بما يكون ملكاً للبطون أو مع ثبوت الولاية لهم على تملك الثمن في مورد جواز صرف ثمن الوقف على ضروراتهم. وكذا فيما ثبت جواز بيع الوقف العام يكون بمقتضى ذلك الدليل ثبوت الولاية لمتولي الوقف أو الحاكم على العين الموقوفة، بمبادلتها بما يكون للجهة الموقوفة عليها.

والحاصل: لا يكون جواز بيع الوقف كاشفاً عن بطلان ملكية البطون كما عليه ظاهر الجواهر^(١)، وإنما يكون موجباً لثبوت الولاية وكون تلك الولاية مطلقة أو مقيدة تابعة لظاهر الدليل، ومع عدم الدلالة يؤخذ بمقتضى الأصل، وقد ظهر من جميع ما ذكرنا أن الدليل على جواز بيع الوقف في مورد التخصيص أو التقييد في خطاب «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢)، وفي مثل قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف»^(٣).

(١) الجواهر ٢٢: ٣٥٧-٣٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

وإن أُريد به انتفاء أصل الوقف - كما هو ظاهر كلامه -، حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه - مع كونه خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد ببطان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف - : أنَّ المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد وشبهها قسم من التملك [١] ولذا يطلق عليه الصدقة، ويجوز

[١] يظهر ممّا ذكره الله أن الوقف على نحوين: وقف تحريري كوقف الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً. ووقف تمليكى، تكون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم، سواء كان الموقوف عليهم أشخاصاً أو عنواناً، ويعبر عن ذلك بالوقف الخاص أو العام. ولكن الأمر ليس كذلك، بل للوقوف أقسام: وذلك فإن الواقف قد لا يلحظ في وقفه إلا حبس العين على عنوان من غير نظر إلى رجوع منافعها إلى أشخاص. أو على عنوان وجهة، وهذا القسم من الوقف لا يكون فيه الموقوف عليه.

لا يقال: هذا القسم لا يدخل في الوقف، بل جعل الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً عنوان آخر غير عنوان الوقف، وإن يجري عليه أحكامه من عدم جواز بيعه. فإنه يقال: لو كان الأمر كذلك يصح قول مالك الأرض أو البناء: «جعلتها مسجداً ولكن ما وقفتها»، ولا أظن أن يلتزم بذلك أحد.

والموجب للدعوى المزبورة أنَّ الوقف عنده إيقاف العين على الموقوف عليه وكان العين في الاعتبار على رأسهم تدر منافعها إليهم، وقد رأى أنَّ في مورد وقف المكان مسجداً أو مشهداً ليس من يكون إيقاف العين على رأسه، ولكن سنبين أنَّ الوقف بمعنى الحبس، وكلمة (على) للتعدي لا الاستعلاء؛ ولذا لا يفرق بين قوله: «وقفها على أولاد زيد أو على طلاب العلم»، أو «وقفها لأولاد زيد أو لطلاب العلم». وبتعبير آخر: يحتاج إلى تعيين الموقوف عليه أو الموقوف له فيما لوحظ عود

منافع العين إلى شخص على ما سيأتي، وليس يلزم الوقف فيما إذا لم يكن فيه لحاظ عود المنافع إلى أحد.

والحاصل: أن عنوان المسجد ينطبق على الأرض أو البناء المعد للعبادة كالصلاة وغيرها، ولا يترتب عليه بمجرد الإعداد أحكام الوقف من خروج العين عن الملك وعدم جواز نقله وغير ذلك من الأحكام، وفي صحيحة عبيد الله بن الحلي أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام «عن مسجد يكون في الدار، فيبدو لأهله أن يتوسعوا بطائفة منه، أو يحولوه عن مكانه؟ فقال: لا بأس بذلك»^(١).

وعلى الجملة: أن المرتكز في وقف الأرض أو البناء مسجداً وحبسها له هو فك الأرض أو البناء عن علقه الملكية وجعلها بحيث لا تصلح للدخول في ملك أحد، وهذا معنى الوقف التحريري، ولا يبعد أن يقال: ما يذكر للمساجد من الأحكام، كحرمة مكث الجنب والحائض ووجوب تطهيره، لا يعم إلا المساجد الموقوفة لعناوينها؛ لانصراف الخطابات إليها. ولا فرق في وقفها - كسائر الوقوف - بين كونه بالإنشاء اللفظي، أو بنحو المعاطاة كما هو مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢)، كما لا يحتاج في تحقيقه فيها - كسائر الأوقاف - إلى القبول من الحاكم أو غيره؛ للإطلاق المزبور.

بل لا يبعد عدم حاجة الوقف العام إلى القبض، وإنما يحتاج إلى القبض في الوقف الخاص بشهادة مثل صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده

(١) وسائل الشريعة ٥: ٢٠٨، الباب ١٠ من أبواب أحكام المساجد، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

ولغيرهم ثم جعل لها قتيماً لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم، لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه، فله أن يرجع فيها»^(١).

ووقف تمليكى: وهو ما إذا لم يكن الوقف تحريراً، فإنه لا ينبغى الرّيب في حصول الملك للموقوف عليه فيما إذا أنشأ الواقف ملكية العين له، كما إذا قال: «جعلت الضيعة أو غيرها ملكاً لأولاد زيد طبقة بعد طبقة إلى أن يرث الله السماوات والأرض، وإن انقرضوا فهي للفقراء».

وإنما الكلام فيما إذا كان إنشاء الوقف بعنوان الوقف وإرادة ما هو مدلوله المرتكز، وكان من قصده عود منفعة العين إلى الموقوف عليهم، كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة لأولاد زيد أو على أولاده؛ ليكون غلتها لهم»، ففي ذلك يقع الكلام في خروج نفس الضيعة عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليهم.

واستدل المصنّف رحمته الله على خروجها عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليهم، بما ورد في غير واحد من الروايات^(٢) من التعبير عن الوقف بالصدقة التي لا تباع ولا توهب، حيث إن من الظاهر كون المعروف من معنى الصدقة تملك الغير بقصد القرية. ويعبر عن التملك كذلك بالوقف، باعتبار استمرارها ودوامها وعدم صيرورتها ملكاً طلقاً للموجودين من الموقوف عليهم.

واستدلّ في «الجواهر» على دخول العين في ملك الموقوف عليهم فيما كان من قصد الواقف عود منافع العين وصيرورتها لهم أنّ العين تتبع المنافع في الانتقال، ومن

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٠، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٦ و ١٨٧، الباب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢ و ٣ و ٤.

أَنَّ العين الموقوفة كالمنافع تضمن بالإتلاف والتلف في اليد، وإذا كانت العين خارجة عن ملك الواقف فلا بد من دخولها في ملك الموقوف عليهم؛ لأنَّ المال الذي ليس له مالك لا يضمن. وقد يستدلَّ على دخول العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم بما ورد في جواز بيعهم العين الموقوفة في بعض الموارد، حيث إنَّه لا يبيع إلا في ملك، وأن العين إذا لم تكن ملكاً فكيف جاز بيعها.

وعن السيّد اليزدي عليه السلام الاستدلال على خروج العين عن ملك الواقف، بأن اعتبار الملكية لأحد لا بد فيه من أثر يصحح الاعتبار، ومع كون الواقف أجنبياً عن منافع العين إلى الأبد فلا معنى لاعتبار ملكية العين له، ولكن احتمال عدم دخولها في ملك الموقوف عليهم، بل يكون الداخل في ملكهم هي المنافع فقط، كما في مورد إجارة العين. ونتيجة ذلك أن يكون الوقف بالإضافة إلى العين الموقوفة فكاً عن الملكية.

ولكن قد نوقش في ذلك كلاً؛ أمّا التعبير بالصدقة فلأنَّ أصالة الحقيقة تجري فيما إذا شك في المراد بعد إحراز المعنى الموضوع له، وأمّا إذا علم المراد وشك في أنَّ الاستعمال على نحو الحقيقة فلا مجرى لأصالتها، وفيما نحن فيه يعلم أنَّ المراد بالصدقة هو الوقف بقصد التقرب. ويشك في أنَّ إطلاق الصدقة عليه بنحو الحقيقة، حيث إنَّه من أفرادها أو أنَّ إطلاقها عليه بنحو المجاز، حيث لا يكون في الوقف تملك وتملك.

وفيه: أنَّ هذه المناقشة قد صدرت عن جعل فيما تقدّم النسبة بين الوقف والصدقة العموم من وجه، ومقتضاه كون الوقف في مورد قصد التقرب معنوياً بعنوان الصدقة الجارية حقيقة.

مع أنَّه إن أُريد أنَّ إنشاء الوقف بإرادة المعنى الحقيقي للصدقة الجارية غير

.....

صحيح، فلا يتحقق الوقف فلاأظن الالتزام به، وإن أُريد أنه لم يحرز انطباق عنوان الصدقة بمعناه الحقيقي على ما أراد الموجب بقوله: «وقفت هذه العين لأولاد زيد طبقة بعد طبقة»، المعنى المرتكز عند الأذهان للوقف. ففيه: أنه لا يعرف للوقف عند الأذهان في مثل المورد ممّا كان الملحوظ عود المنفعة إلى الأشخاص ودخولها في ملكهم إلا عنوان التملك وجعل ذلك الملك بنحو إقرار العين وحبسها.

ويقرب من هذا الوقف الوقف الصرفي، وهو ما إذا كانت العين محبوسة لصرف منافعها على الموقوف عليهم، سواء كان المراد صرف نفس منافعها كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة على أولاد زيد الأول فالأول؛ ليأكلوا ثمرتها»، أو كان المراد الأعم من صرف عين منافعها أو بدلها كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة للعلماء أو الحجاج»، وفي مثل ذلك يجوز لمتولي الوقف بيع ثمرة الضيعة وصرف ثمنها عليهم. ووجه قرب الوقف الصرفي إلى الوقف التملكي، هو أن العين في الوقف الصرفي أيضاً ملك، ولكن للعنوان الموقوف عليه لا الأشخاص، وإنما يملك الأشخاص المنفعة بعد الصرف والقبض؛ ولذا لا يرث الوارث من الموقوف عليه قبل صرف المنفعة ولا يجب في السهم المقبوض الزكاة؛ لأنّ الشخص لا يملك المنفعة إلا بعد قبضها لا حين بلوغ الزرع وصيرورته حنطة أو شعيراً أو صيرورة الثمرة عنباً أو ثمرّاً، فإن الثمرة في ذلك الحين كانت ملكاً للعنوان ولا يتوجه التكليف بإعطاء الزكاة إلا للأشخاص.

وهذا بخلاف الوقف التملكي، فإنّه إن مات أحد من الموقوف عليهم يرث سهمه وارثه ويجب على كلّ من بلغ سهمه مقدار النصاب الزكاة، ويشترك القسمان في ضمان العين ومنافعها فيما لو أتلف العين أو منافعها متلف أو تلف بيده، بخلاف القسم الأول

يجابه بلفظ «تصدقت» إلا أن المالك له بطون متلاحقة، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً عن جميع الملاك في إبدال مالهم بمال آخر، وإذا جاز لامه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود - على القول بجوازه - فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف [١] ببيعهم لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل، ولذا لو فرض اندفاع

من الأقسام وهو الوقوف التحريري؛ لأنه لا دليل على ضمان المال فيما لم يكن ملكاً لأحد أو عنوان. بل الموجب له إتلاف مال الغير، أو تلفه بيده في غير مورد الاستيمان. والقسم الأخير من الوقف الانتفاعي، وهو ما إذا كان حبس العين لمجرد انتفاع الموقوف عليهم من غير أن تدخل العين أو منافعتها في ملكهم حتى بعد القبض، كما في وقف بعض الأشجار لأكل المارة ووقف الخانات للمسافرين والزوار والمدارس والكتب العلمية لطلاب علم الدين. وفي هذا القسم لا تدخل العين ولا منفعتها في ملك الموقوف عليهم؛ ولذا لا يكون توارث ولا تصح المعاوضة على منافع العين لا من الموقوف عليهم ولا من المتولي، ولا يبعد أن يقال ببقاء العين ومنافعها على ملك واقفها؛ ولذا يضمن العين أو منافعتها بالإتلاف، ويكفي في اعتبار الملكية للواقف ترتب هذه الثمرة.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الوجوه المتقدمة؛ للاستدلال على خروج العين من ملك واقفها أو دخولها في ملك الموقوف عليهم، وأيضاً ظهر أن الوقف في حقيقته عبارة عن حبس العين؛ إما حبساً عنوانياً أو حبساً تمليكياً أو حبساً صرفياً أو حبساً انتفاعياً. والمراد بالحبس جعل العين على حالة لا تخرج عنها بحسب قرار مالكةا، أي لا تصلح للخروج عنها بحسبه كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أنه لا دلالة فيما ورد في جواز بيع الوقف وصرف ثمنه على ضرورة البطن الموجود على ولايتهم على جعل العين الموقوفة ملكاً طلقاً عند البيع؛ ليقع البيع

الضرورة بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله، ولذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حداً يجوز بيعه، معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً:

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً، وهو الظاهر من كلام الحلّي، حيث قال في السرائر - بعد نقل كلام المفيد رحمته -: والذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه وتقبيضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسُبُلّه، ولا بيعه، سواء كان بيعه أدرّ عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً، أم لا. قال الشهيد رحمته - بعد نقل أقوال المجوّزين -: وابن إدريس سدّ الباب، وهو نادر مع قوّته.

وقد ادّعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنّما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم، وأمّا إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

وفيه نظر يظهر ممّا سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوّزين في المؤبد.

لهم، بحيث لو فرض فسخ العقد يصير الوقف ملكاً طلقاً لذلك البطن ولو مع اتفاق ارتفاع ضرورتهم عند حصول الفسخ، بل المقدار الثابت ولاية البطن الموجود على صرف ثمن الوقف في حوائجهم، إضافة على ولايتهم على بيعه، فيكون صرفهم نظير صرف أهل العلم مال الإمام عليه السلام على حوائجهم.

وحكي المنع مطلقاً عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً إلا في آلات الموقوف وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع. قال الإسكافي - فيما حكى عنه في المختلف -: إن الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبّله من منفعته فلا بأس ببيعه وإيدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح، انتهى.

وقال فخر الدّين في الإيضاح في شرح قول والده رحمته الله: ولو خَلِقَ حصير المسجد، وخرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا يستفَع به في غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه، قال - بعد احتمال المنع، بعموم النصّ في المنع -: والأصحّ عندي جواز بيعه وصرف ثمنه في المماثل إن أمكن، وإلا ففي غيره، انتهى.

ونسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بدّ أن تُبنى على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف، وسيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي أيضاً، فلاحظ.

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصّة دون المؤبّد، وهو المحكي عن القاضي، حيث قال في محكي المهدّب: إذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدّمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم، أو يخاف من وقوع خُلفٍ بينهم يؤدّي إلى فساد، فإنّه حيثنّذ بجوز بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه. ولا يجوز هبة الوقف، ولا الصدقة به أيضاً.

وحكي عن المختلف وجماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة المحكية عن كافيهِ لاتساعدهُ، بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق، فراجع.

وحكي التفصيل المذكور عن الصدوق. والمحكي عن الفقيه: أنه قال -بعد رواية علي بن مهزيار الآتية-: إنَّ هذا وقف كان عليهم دون مَنْ بعدهم، ولو كان عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا ومن بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه أبداً.

ثمَّ إنَّ جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضي، كما لا يخفى.

ثمَّ إنَّ هؤلاء إن كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه، فللقول بجواز بيعه وجه. أمّا إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه وصرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم. وقد حكي القول بهذين عن القاضي، إلّا أن يوجّه بأنّه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف حتّى يكون حبساً، بل هو وقف حقيقي وتمليك للموقوف عليهم مدّة وجودهم، وحينئذٍ فيبيعهم له مع تعلّق حقّ الواقف نظير بيع البطن الأوّل مع تعلّق حقّ سائر البطون في الوقف المؤبّد.

لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي، المحكي عنه القول المتقدم، حيث إنّه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف.

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبّد في الجملة، وأمّا المنقطع فلم ينصّوا عليه وإن ظهر من بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص بناءً على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف، كالشيخ وسأله رحمته. ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البرّ كالسيد أبي المكارم ابن زهرة - فلأزمه جعله كالمؤبّد.

وكيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبارات هؤلاء، فنقول: قال المفيد في المقنعة: الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب إلى الله بصلتهم، أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدرّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله. وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجوز له الرجوع في شيء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسبله. ومتى اشترط الواقف في الوقف: أنه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه وصرف ثمنه في مصالحه، جاز له فعل ذلك. وليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً، فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه. وكذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله، ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب والضرورات. انتهى كلامه رحمه الله.

وقد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد جواز بيع الوقف في خمسة مواضع، وضمّ صورة جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم ووفاء الواقف، فلاحظ وتأمل. ثم إن العلامة ذكر في التحرير: أن قول المفيد بأنه: لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث - إلى قوله: - أنفع لهم من تركه على حاله، متأول. ولعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد. وقال في الانتصار - على ما حكى عنه -: ومما انفردت الإمامية به: القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه، وأن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة. ثم احتج باتفاق الإمامية، ثم ذكر خلاف ابن الجنيّد، وردّه بكونه مسبوقاً وملحقاً

بالإجماع، وأنه إنَّما عَوَّلَ في ذلك على ظنون له وحسبانٍ وأخبارٍ شاذة لا يلتفت إلى مثلها.

ثمَّ قال: وأمَّا إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً، أو دعت أربابه الضَّرورة إلى ثمنه، لشدة فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه: من جواز بيعه، لأنَّه إنَّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه ولم يبق منفعة فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه، انتهى.

وقال في المبسوط: وإنَّما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنَّه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدرُونَ على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه، انتهى. ثمَّ احتجَّ على ذلك بالأخبار.

وقال سَلار - فيما حكى عنه -: ولا يخلو الحال في الوقف والموقوف عليهم: من أن يبقى ويبقوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغيَّر الحال، فإن لم يتغيَّر الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف ولا هبُّه ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغيَّر الحال في الوقف حتَّى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لَحِقَ الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو أنفع لهم، انتهى.

وقال في الغنية - على ما حكى عنه -: ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً وخيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعته الضَّرورة إلى بيعه، بدليل إجماع الطائفة، ولأنَّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعة إلا على الوجه الذي ذكرنا جاز، انتهى.

وقال في الوسيلة: ولا يجوز بيعه - يعني الوقف - إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به، انتهى.

وقال الراوندي في فقه القرآن -: على ما حكى عنه -: وإنَّما يملك بيعه على

وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة، انتهى.

وقال في الجامع - على ما حكى عنه - : فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجة شديدة، أو خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه، انتهى.
وعن النزهة: لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه، أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة ويكون بيع الوقف أصلح لهم، انتهى.

وقال في الشرائع: ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه ويكون البيع أعود. وقال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه المنع، انتهى. ومثل عبارة الشرائع في كتابي البيع والوقف عبارة القواعد في الكتابين.

وقال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف، ولم يجز بيعها. ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر كلام ابن إدريس وفتواه على المنع مطلقاً وتنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف على المنع في المؤبد. ثم قال: ولو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية - كدار انهدمت وعادت مواتاً ولم يتمكن من عمارتها - ويشتري بثمنه ما يكون وقفاً، كان وجهاً، انتهى. وقال في بيع التحرير: ولا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، ولو أدى بقاؤه إلى خرابه جاز، وكذا يباع لو خشي وقوع فتنة بين أربابه مع بقائه على الوقف، انتهى.

وعن بيع الإرشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، أو يؤدي إلى الخلف بين

أربابه على رأي. وعنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خُلف يخشى به الخراب.

وقال في التذكرة في كتاب الوقف - على ما حكى عنه -: والوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكن من عمارته، أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى. وقال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه، إذ القصد منه التأييد. نعم، لو كان يبيعه أعود عليهم، لوقوع خُلف بين أربابه وخشي تلفه أو ظهور فتنة بسببه جَوَزَ أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

وقال في غاية المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد بالاختلاف، وإذا كان البيع أعود مع الحاجة. وقال في الدروس: لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خُلف أربابه المؤدي إلى فساد. وقال في اللعة: لو أدى بقائه إلى خرابه لخُلف أربابه، فالمشهور الجواز، انتهى. وقال في تلخيص الخلاف - على ما حكى عنه -: إن لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً متعدّدة، أشهرها: جوازه إذا وقع بين أربابه خُلف وفتنة وخشي خرابه ولا يمكن سدّ الفتنة بدون بيعه، وهو قول الشّيخين، واختاره نجم الدين والعلامة، انتهى.

وقال في التنقيح - على ما حكى عنه -: إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً، جاز بيعه. وعن تعليق الإرشاد: يجوز بيعه إذا كان فساد يُستباح فيه الأنفس. وعن إيضاح النافع: أنّه جَوَزَ بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً يخاف معه القتال ونهب الأموال ولم يندفع إلاّ بالبيع. قال: فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز، ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه، انتهى. ومثله كلامه المحكي عن تعليقه على الشّرائع. وقال في جامع المقاصد - بعد نسبة ما في عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر -: إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا خرب واطمحلّ بحيث لا ينتفع به، كخُصَر المسجد إذا اندرست

وجذوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خُلْفٌ بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، ومستنده صحيحة علي بن مهزيار. ويشتري بثمنه في الموضعين ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخُلْف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. ويتولّى ذلك الناظر الخاص إن كان، وإلا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة ولم يكن ما يكفيهم من غلة وغيرها، لرواية جعفر بن حنّان عن الصادق (عليه السلام) انتهى كلامه، رفع مقامه.

وقال في الروضة: والأقوى في المسألة ما دلّ عليه صحيحة علي ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد (عليه السلام): من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خُلْفٌ شديد، وعَلَّه (عليه السلام) بأنّه: ربّما جاء فيه تلف الأموال والنّفوس، وظاهره أنّ خوف أدائه إليهما وإلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك. قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إليه أرباب الوقف ولم يكفيهم غلّته، أو كان أعود، أو غير ذلك ممّا قيل، لعدم دليل صالح عليه، انتهى. ونحوه ما عن الكفاية.

هذه جملة من كلماتهم المريّة أو المحكيّة. والظاهر أنّ المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنّ بذلك، الموجب لصدق الخوف، لا التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان «التأدية» في بعض تلك العبارات متّحداً مع عنوان «خوفها» و«خشيتها» في بعضها الآخر، ولذلك عبّر فقيه واحد تارة بهذا، وأخرى بذاك كما اتّفق للفاضلين والشّهيّد. ونسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة، وإلى الأشهر كما عن إيضاح النافع، وآخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعة. فظهر من ذلك: أنّ جواز البيع بظن تأدية بقاءه إلى خرابه ممّا تحقّقت فيه الشهرة بين المجوّزين، لكن المتيقّن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه. اللهمّ إلّا أن يستظهر من كلماتهم

- كالنص - كون الاختلاف من باب المقدمة وأن الغاية المجوزة هي مظنة الخراب. إذا عرفت ما ذكرنا، فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد، وأخرى في المنقطع. أما الأول: فالذي ينبغي أن يقال فيه: إن الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم، فيملكون منفعة، فلهم استجاره وأخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق. والثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير، كما في المساجد والمدارس والرُّبُط، بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة، فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجرة المثل. والظاهر أن محل الكلام في بيع الوقف إنما هو القسم الأول. وأما الثاني: فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه [١] لعدم الملك.

[١] لا ينبغي الرّيب في أن الوقف إذا كان تحريراً فلا يجوز بيعه ولا سائر المعايضة عليه بلا استثناء، والوجه في عدم الجواز ليس عدم كون العين ملكاً طلقاً، بل لعدم كونه قابلاً للتملك والبيع تملك العين بعوض، وعلى ذلك فلو خربت القرية التي فيها المسجد أو انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد لم يجز بيعه. والظاهر أن هذا مما لا خلاف فيه.

نعم، ذكر كاشف الغطاء^(١) - بعد قوله بعدم جواز البيع في هذا القسم من الوقف لعدم كونه قابلاً للتملك؛ لرجوع العين إلى الله ودخولها في مشاعره التي يجب تعظيمها، الأرض مع اليأس عن الانتفاع بها في جهة المسجدية تؤجر للزراعة ويراعى فيها الآداب اللازمة للمسجد من حرمة تنجيسها ووجوب تطهيرها وحرمة مكث الجنب والحائض فيها ونحو ذلك. كما يجب المحافظة على كونها مسجداً بأحكام

وبالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق، لافيما لم يكن ملكاً، وحينئذٍ فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه وصرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم، ذكر بعض الأساطين - بعد ما ذكر: أنه لا يصح بيع الوقف العام مطلقاً، لالعدم تمامية الملك، بل لعدم أصل الملك، لرجوعها إلى الله ودخولها في مشاعره -:

قبالة الإجارة وسندها؛ لثلاث تكون يد المستأجر أمانة على كونها ملكاً له ويصرف عائد الأرض من الأجرة على مماثله.

مثلاً: إذا كان المسجد في قرية تصرف الأجرة على مسجد قرية أخرى، احتياطاً في كون ذلك المسجد أقرب إلى الموقوف وأحوج وأفضل، ومع تعارض الأقرب مع الأفضل - مثلاً - يلاحظ الراجح منهما، وإن تعذر صرف الأجرة على المماثل تصرف في غيره على مسجد البلد أو الحسينية ونحو ذلك. وإن لم يمكن ذلك أيضاً تصرف على مصالح المسلمين، ولو بإحداث القنطرة والضوء ونحوها، هذا بالإضافة إلى الأرض.

وأما غيرها من الآلات والأثاث والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها فإن أمكن الانتفاع بأعيانها في خصوص المحل الذي عُيِّن لها فيجب إبقاؤها والانتفاع بأعيانها في ذلك المحل، وإن لم يمكن الانتفاع بأعيانها في خصوص ذلك المحل ينتفع بأعيانها في مثل ذلك المحل. وإن لم يمكن الانتفاع على ذلك انتفع بأعيانها في مطلق مصالح المسلمين، كما إذا لم يمكن الانتفاع بخشبة سقف المسجد في ذلك المسجد ولا في مسجد آخر ينتفع بها، ولو في مثل القنطرة من مصالح المسلمين.

أنّه مع اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة تؤجر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كان مسجداً - مثلاً - وإحكام السجلات، لنّلا يغلب اليد فيُقضى بالملك، وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدّماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً، ومع التعارض فالمدار على الرّاجح، وإن تعذّر صُرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذّر صرف في مصالح المسلمين. وأمّا غير الأرض من الآلات والقرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها، فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أُعدّت له، كانت على حالها، وإلا جعلت في المماثل، وإلا في غيره، وإلا في المصالح، على نحو ما مرّ، وإن تعذّر الانتفاع بها ببقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرّجوع إلى حكم الإباحة، والعود ملكاً للمسلمين لتصرف في مصالحهم، والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك، ويحتمل بقاءه على الوقف وبيع، احترازاً عن التّلف والضّرر ولزوم الحرج، وتُصرف مرتّباً على النّحو السّابق. وهذا هو الأقوى كما صرّح به بعضهم، انتهى.

وإذا لم يمكن الانتفاع بأعيانها أصلاً، لافي المحل ولا في مماثله ولا في غيره من مصالح المسلمين يكون في البين احتمالات كونها من قبيل الملك بعد إعراض مالكة من دخولها في المباحات، فيصح لكل أحد تملكها والتصرف فيها ودخولها في ملك المسلمين كسائر أموال المسلمين، فتصرف على مصالحهم كيف اتفق وعودها إلى ملك واقفها أو ملك ورثتهم. ومع عدم عرفانهم تكون من قبيل الأموال المجهول مالكة.

وفيه: أن إجارة الأرض وبيع الآلات [١] حسن لو ثبت دليل على كونها ملكاً للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنوة، لكنه غير ثابت، والمتيقن خروجه عن ملك مالكة، أما دخوله في ملك المسلمين فمفتني بالأصل.

والرابع: وهو الأقوى المصرح به في كلام بعضهم، عدم بطلان وقفها بخروجها عن الانتفاع بأعيانها كما ذكر، بل تباع احترازاً عن تلفها وتصرف في المكان المعدل بحسب تعيين الواقف، أو على مماثله أو على مطلق مصالح المسلمين، على ما مر في صورة إمكان الانتفاع بأعيانها.

[١] لا يخفى أن ما ذكره كاشف الغطاء^(١) من إجارة أرض المسجد للزراعة يصح لو قيل بأن الوقف بالإضافة إلى الأرض تملك للمسلمين أو انتفاعي لهم، ولو كان وقف الأرض كذلك يصح بيعها أيضاً، كما يأتي في الوقف التملكي والانتفاعي، ولكن الظاهر أن الوقف في المسجد والمشهد بالإضافة إلى أرضها تحريري ومعه لا تصح إجارتها كما لا يصح بيعها. لا باعتبار عدم كون الأرض ملكاً لمن ينتقل إليه العوض؛ ليقال: إنه لا يعتبر في صحة البيع كون المبيع ملكاً له كما في بيع الكلي، كما لا يعتبر في الإجارة كون المنفعة ملكاً لمن تنتقل إليه الأجرة، كما في إجارة الحر نفسه، بل لا يصح بيعها ولا إجارتها؛ لعدم إمكان صيرورة الأرض أو منافعها ملكاً لأحد، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢). والبيع تملك العين للمشتري بعوض، والإجارة تملك المنفعة.

وبهذا يظهر عدم صحة سائر المعاوضات أيضاً، فلا يختص عدم الجواز بالبيع أو الإجارة.

(١) شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٨٤-٨٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين، لأصالة الإباحة، ولا يتعلّق عليهم أجرة. ثمّ إنّه ربّما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثّاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته، مثل رواية مروان بن عبد الملك: «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته وبقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، ويتنفع به ويطلب بركته. قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا». قيل: وفي رواية أخرى: «يجوز استعماله، وبيع نفسه» وكذلك ما ذكروه في بعض حُصُر المسجد إذا خَلِقَتْ،

ودعوى عدم صحة بيع الآلات أيضاً، مع عدم إمكان صرفها على المماثل أو غيرها من وجوه الخير، مبنية على كون وقفها أيضاً من قبيل وقف الأرض، ولكن يمكن أن يقال: إن الوقف بالإضافة إلى نفس العرصة كذلك، وأما بالإضافة إلى آلات البناء، حيث إنّها لا تبقى على حالها إلى الآخر، يكون في نظر الواقف وقفاً تمليكياً أو انتفاعياً، كما هو الحال بالإضافة إلى فرش المسجد وحصيره وسائر ما يوضع فيه. ولا منافاة في الاختلاف في كيفية الوقف حتّى فيما كان في البين إنشاء واحد، فقول الواقف: «وقفت هذا البناء مسجداً»، لا ينافي كونه بالإضافة إلى العرصة تحريراً وبالإضافة إلى الآلات تمليكياً أو انتفاعياً، نظير ما إذا فرش بساطاً في البناء وجعل فيه حب الماء وغيره، وقال: «وقفت البناء وما فيه بعنوان المسجد».

وأما الاستشهاد على حكم حصير المسجد ونحوه بما ورد في ثوب الكعبة، فغير ظاهر؛ لأنّ الثوب المزبور لم يحرز كونه وقفاً، بل الظاهر أنّه كسائر المال الذي يهدى للكعبة يصرف في الحجاج وزواره؛ ولذا أُجيز أخذه والانتفاع به وبيعه إلى غير ذلك كما لا يخفى.

والعمدة في المقام بيان الوجه فيما ذكر من استعمال الآلات وسائر الأثاث في

وجذوعه إذا خرجت عن الانتفاع. اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت والمسجد، فيكون كسائر أموالهما، ومعلوم أن وقفية أموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيها بالبيع.

المماثل ثم في سائر وجوه الخير، مع ملاحظة الأقرب فالأقرب إلى الوقف، ومع عدم إمكان صرفه بعينه يباع ويصرف بدله على ما ذكر على الترتيب، مع أن الصرف في المماثل أو في الأقرب فالأقرب بعينه، ومع عدم الإمكان ببده يكون خارج عن مدلول الوقف. وليس في البين إلا دعوى استفادة تعدد المطلوب من الوقف في مثل هذه الموارد ممّا يكون قصد الواقف جعل العين مهما أمكن في الخير المرسوم بنفسها، وفي غيره على تقدير عدم إمكان ذلك الخير، وببدها مع عدم إمكان استعمال العين، كما يدلّ عليه ويؤيده ما ورد في قصور مال الوصية وعدم إمكان صرفه في الجهة الموصى بها. وفي رواية علي بن زيد صاحب السابري قال: «أوصى إلي رجل بتركته وأمرني أن أحج بها عنه، فنظرت في ذلك فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحج - إلى أن قال: - فلقيت جعفر بن محمد عليه السلام ... فقال: ما صنعت؟ قلت: تصدقت بها، قال: ضمنت إلا أن لا يكون يبلغ ما تحج به من مكة، فإن كان لا يبلغ ما تحج به من مكة فليس عليك ضمان»^(١).

وفي رواية علي بن أبي حمزة قال: سألت أبا الحسن عليه السلام «عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يُعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد ذلك؟ قال: يُشتري من الناس

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٩، الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.

نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المُشترى من مال المسجد، فهذا يجوز للنظر بيعه مع المصلحة ولو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، وبين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرّجل ويضعه في المسجد، والثوب الذي يُلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف. ثمّ الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد: أنّ الحَصِير يتصوّر فيه كونه وقفاً على المسلمين، لكن يضعه في المسجد، لأنّه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع في المسجد، فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به ولو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره ولو مع حاجته. لكن يبقى الكلام في مورد الشك، مثل ما إذا فرش حصيراً [١] في المسجد أو

فيعتق^(١). وفي رواية محمد بن الرّيان قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها، كيف يصنع في الباقي؟ «فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر»^(٢).

والحاصل: أنّ الوقف على الجهات التي يكون نظر الواقف فيها صرف المال على جهة من الخيارات فيه قرينة عامة على أنّ الوقف على جهة خاصة من قبيل تعدد المطلوب، بخلاف الوقف الخاص، حيث ينتهي أمد الوقف فيه بانتهاء الموقوف عليهم كما لا يخفى.

[١] إذا أحرز أنّ وقف الحَصِير على المسجد الفلاني ووضعه فيه لانتفاع

(١) المصدر السابق: ٤٠٥، الباب ٧٣ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

(٢) المصدر السابق: ٣٩٣، الباب ٦١ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

وضع حبّ ماءٍ فيه، وإن كان الظاهر في الأوّل الاختصاص - وأوضح من ذلك التّربّ الموضوعة فيه - وفي الثاني العموم، فيجوز التوضؤ منه وإن لم يرد الصّلاة في المسجد.

والحاصل: أنّ الحصر وشبهها - الموضوعة في المساجد وشبهها - يتصوّر فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد وأضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا.

نعم، ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان، مع أنّ المحكي عن العلامة ولده والشّهيدين والمحقّق الثاني جواز

المصلين، من غير لحاظ خصوصية في ذلك المكان، فلا كلام، ويجوز في الفرض لمتولي الوقف نقله إلى مسجد آخر، حتّى مع إمكان الانتفاع به في ذلك المسجد، وذكر المصنّف رحمه الله أن هذا التّحو من الوقف ظاهر في الماء الموضوع في المسجد، فإنّه يوضع في مسجد باعتبار أنّه أحد المواضع التي ينتفع به المصلون، فيجوز معه الوضوء به من غير صلاة في ذلك المسجد. وربما يظهر الاختصاص كما في فرش حصر في المسجد، وهذا الاختصاص في التّربّ الموضوعة أوضح، وفي مثل ذلك لا يجوز النقل مع إمكان الانتفاع به في المكان الموضوع فيه.

أقول: لم يظهر وجه كون الاختصاص في وقف التّربّ أظهر من وقف الحصر، ومع ذلك لا يمكن الاعتماد على ما ذكر من دعوى الظهور، بل لابدّ في الموارد من ملاحظة السيرة على عموم الانتفاع أو خصوصه، ومع الشك في كون الموقوف عليهم هو العام أو الخاصّ، كما إذا شك في وقف الماء على مطلق المصلين أو المصلين في المسجد المزبور، فالأصل عدم العموم. ولا يعارض بأصالة عدم الوقف على الخاصّ، فإنّ جواز تصرّف المصلين في المسجد المزبور محرز فلا مورد للأصل فيه.

بيعه وإن اختلفوا في تقييد الحكم وإطلاقه كما سيجيء، إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها وجعلها مسجداً فك ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب والأحجار، فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

وكيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف في منافعتها - كما تقدم عن بعض الأساطين - أو بدونه [١]. وأما أجزاءه - كجذوع سقفه وأجره من حائطه المنهدم - فمع المصلحة في صرف عينه

[١] أي بدون ما ذكره بعض الأساطين^(١)، بأن يزرع المسجد المزبور بدون إجارة، والعمدة في وجه ما ذكر كله من نقل الحصر ونحوه إلى سائر الأمكنة مع ملاحظة الأقرب فالأقرب هي استفادة تعدد المطلوب من وقف الواقف بقرينة عامة تجري غالباً في موارد الوقف الانتفاعي، بل الصرفي. وتلك القرينة هي إحراز إرادة الواقفين من جعل العين في مكان ووقفها عليه جعلها صدقة جارية وتبديلها بعين أخرى في بعض الموارد، فهو أيضاً لتلك القرينة المقتضية للاشتراط الضمني على المتولين أو الموقوف عليهم إبقاء تلك الصدقة مهما أمكن وبأي نحو تيسر المضي بقولهم عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

ولو توقف إبقاء العين على حالها ببيع بعضها. وصرف صدقة ثمن ذلك البعض على الباقي يقدم، حيث إن إبقاء نفس العين صدقة بحسب تلك القرينة مقدم على إبقاء الصدقة بالعلاج في تمام العين بحسب ماليتها.

ولو أحرز في مورد عدم إرادة الواقف تعدد المطلوب وإبقاء الوقف بعد انتهاء الموقوف عليهم أو انتهاء عايد الوقف أو زوال العنوان من العين الموقوفة يكون

(١) المعني من بعض الأساطين هو كاشف الغطاء الذي مر ذكره آنفاً.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقف والصدقات، الحديث الأول.

فيه تعين، لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف وأجزائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزء المسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلّف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحة في ردّه جزء المسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد وأضرابه فك ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعين صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك - كما عن الروضة - وإلاّ صُرف في مسجد آخر - كما في الدروس - وإلاّ صُرف في سائر مصالح المسلمين. قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملكه، وفيه نظر.

وقد ألحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المشتغلين، والعبد المحبوس في خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المازّة، والبواري الموضوعة لصلاة المصلّين، وغير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجارة ونحوها وصرفها في مصارفها كما في الحمامات والدكاكين ونحوها، جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إيقاؤها على الإباحة كالطرق العامة والأسواق. وهذا كلّ حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تمليكا. ولو أتلّف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف، ففي الضمان وجهان [١]:

الوقف من المنقطع الآخر، وسيأتي إن شاء الله تعالى حكمه.

[١] لا يخفى أنّ مفاد حديث «على اليد»^(١) ضمان من تكون يده على العين بغير

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

من عموم «على اليد»، فيجب صرف قيمته في بدله. ومن أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهما ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزاً، وأن الظاهر من التأدية في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس، والأول أحوط وقواه بعض.

إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الائتمان، سواء كان هو المتلف أم لا، وقاعدة الإتلاف مفادها ضمان المتلف، سواء كان المال بيده أو بيد مالكة فتعليقه عليه ضمان الإتلاف بقاعدة اليد من سهو القلم.

وكيف كان، فالعمدة في دليل الضمان في موارد اليد والإتلاف، السيرة العقلانية مع ورود روايات في موارد هما في الأبواب المتفرقة، ومقتضاهما عدم الفرق بين كون المال ملكاً للشخص أو الطبيعي والعنوان كما يشهد بذلك ما ورد في تلف الزكاة ومال الوصية قبل إقباضهما، كصحيحة محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام «رجل بعث بزكاة ماله لتقسم فضاعت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ قال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن حتى يدفعها، وإن لم يجد لها من يدفعها إليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان»^(١). حيث إن بعث الزكاة من العزل الموجب لتعين الزكاة التي تكون ملكاً للعنوان قبل التقسيم والإقباض، وهذه الصحيحة قرينة على الجمع بين الروايات الواردة في بعث الزكاة، وأيضاً لا فرق بين ضمان العين ومنافعها.

وما ذكره عليه السلام من عدم ضمان المنافع لا يزيد على مجرد الدعوى. نعم، لم يحرز وجه للضمان في موارد الوقف التحريري من السيرة أو غيره، فلاحظ والله سبحانه هو العالم.

(١) وسائل الشريعة ٩: ٢٨٥-٢٨٦، الباب ٣٩ من أبواب المستحقين للزكاة، الحديث الأول.

الأولى: أن يخرب الوقف [١] بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق. والأقوى جواز بيعه، وفاقاً لمن عرفت ممن تقدّم نقل كلماتهم، لعدم جريان أدلة المنع.

[١] الصّورة الأولى من صور جواز بيع الوقف ما إذا خرب بحيث تسقط العين عن قابلية الانتفاع بها كالحصير الخلق والجذع البالي أو الحيوان المذبوح، والمراد عدم إمكان انتفاع البطون اللاحقة من عين الوقف كما في المذكورات لا سقوطها عن قابلية الانتفاع، حتّى بالإضافة إلى البطن الموجود، وإلا سقطت ماليّتها فلم يجز بيعها باعتبار عدم ماليّتها.

والحاصل: أنّ المراد صيرورة العين بحيث لو انتفع البطن الموجود بها يكون الانتفاع بها من قبيل إتلافها، كصرف الجذوع البالية في الإحراق فلا تبقى عين حتّى تنتفع بها البطن اللاحقة، والقرينة على كون المراد من ذلك ما يذكره الله من دوران الأمر في هذه الصّورة بين أمور ثلاثة:

الأول: أن لا يتصرّف البطن الذي تكون العين ملكهم فعلاً، بل تبقى العين بحالها حتّى تتلف.

الثاني: انتفاع البطن الموجود بها بإتلافها، كما في الحيوان المذبوح بأكله وفي الجذوع البالية والحصير الخلق بالإحراق.

والثالث: بيعها وشراء ما يكون قابلاً للانتفاع، حتّى بالإضافة إلى البطون اللاحقة. ثم ذكر أولاً: أن جواز البيع في هذه الصورة ليس باعتبار قيام دليل خاص عليه، بل باعتبار قصور المقتضي وعدم الدليل على عدم جواز بيع الوقف في مثل هذه الحالة، فإن عدم جواز بيع الوقف لم يعم الفرض، ورواية عدم جواز شراء الوقف منصرفة إلى ما يكون قابلاً للانتفاع البطن اللاحقة من العين مع انتفاع البطن الموجودة منها، ورواية:

أما الإجماع، فواضح. وأما قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» فلا نصرافه إلى غير هذه الحالة. وأما قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» فلا يدل على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد، للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه، وقد تقدّم ذلك وتضعيف قول من قال ببطالان العقد إذا حكم بجواز بيعه. ولو سلم أن المأخوذ في الوقف إبقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، والمفروض تعذّره هنا.

«الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١)، ناظرة إلى إمضاء الوقف بما رسمه الواقف وعدم جواز بيعه ليس ممّا رسمه، بل هو حكم شرعي كما مر، بل لو كان إبقاء العين رسمه الواقف كان رسم الواقف واشترطه في صورة قابلية العين للانتفاع. وحيث كان، لقائل يقول: إذا لم يكن دليل على جواز البيع ومنعه تصل النوبة إلى الأصل العملي وهو استصحاب عدم جواز بيع الوقف.

وذكر ثانياً: تردّد الأمر في هذه الصورة بين أمور ثلاثة، ثالثها جواز البيع وشراء ما يصلح للبقاء، وجزم ببطالان الأولين ليتعين الثالث فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي، وأضاف إليه عدم جريان الاستصحاب المزبور في نفسه بدعوى أنه لو فرض عدم الجواز فعلاً لكان هذا منعاً جديداً غير المنع السابق، فإن المنع السابق كان في ضمن وجوب رعاية الحقوق للبطون اللاحقة، فلم تبق تلك الحقوق بعد سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها كما تقدم.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

والحاصل: أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم أو المتولي.

والحاصل: أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف، وبين تبديله بما يبقى ويتنفع به الكل.

والأول: تضييع مناف لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه، وبه يندفع استصحاب المنع، مضافاً إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه. وأما الثاني: - فمع منافاته لحق سائر البطون - يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله.

والثالث: هو المطلوب.

أقول: ظاهر كلامه فرض الخراب في الوقف الخاص، ومن الظاهر العين الموقوفة فيه باعتبار عدم القرينة العامة على اشتراط إبقاء الوقف ببدلها لو وصلت إلى حد يكون انتفاع البطن الموجود منها بإتلافها والوقف يقتضي جواز الانتفاع بها فعلاً، وإذا لم يمكن الانتفاع بها بوجه تبقى العين للبطون الآتية يجوز للبطن الموجود ذلك الانتفاع، كأكل الحيوان المذبوح وجعل الجذوع البالية وقوداً. كما يجوز لهم بيعها وبالبيع أو الإتلاف ينتهي أمد الوقف، ولا يحتاج البيع إلى إذن المتولي للبطون الآتية؛ لأن مع عدم قابلية العين للبقاء مع انتفاع البطن الموجودة لا يثبت للبطن اللاحقه حق في الثمن ليشتري بها ما يكون وقفاً للبطون، كما لا يمنع الوقف عن بيع البطن الموجودة لكون العين ملكهم على الفرض.

نعم يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى [١] بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه، فتأمل.

وكيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص البطن الموجود في إتلافه.

[١] إذا كانت العين ملكاً طلقاً للبطن الموجودة بحيث يترتب عليها جواز إتلافها أو بيعها واختصاص الثمن للبطن المزبور يكون ذلك بعينه ما تقدّم من صاحب «الجواهر» رحمته الله من انتهاء الوقف وانحلاله بجواز البيع، فيرد الإشكال المتقدّم من أنه لو فرض بقاء العين إلى زمان البطن اللاحق كما إذا لم تبعها البطن الموجودة ولم ينتفعوا بها ولو بإتلافها لزم أن لا تكون العين ملكاً للبطن اللاحقة، بل ملكاً لورثة البطن الموجودة، ولعله إلى ذلك أشار بقوله: فتأمل.

ولكن الظاهر عدم انحلال الوقف بالحكم بجواز البيع، حيث إنّه لو انحل الوقف بجوازه لرجعت العين إلى ملك الواقف ولا تكون ملكاً للبطن الموجودة أيضاً، فإن ملكيتهم قد حصلت بالوقف وبانتهائه وانحلاله تنتهي الملكية.

والحاصل: أنّ الملكية المجعولة للبطن اللاحقة بمقتضى الوقف التمليكي على تقدير بقاء العين إلى زمانهم، وإذا فرض عدم حصول المجوز للبيع تبقى العين إلى زمانهم بفساد البيع على تقديره، وأما إذا فرض جواز بيعها أو إتلافها فباعتها البطن الموجودة لا تبقى عين ويكون الثمن ملكاً للبطن الحاضر. وأما إذا لم تبعها البطن الموجود ولم تتلف وبقيت إلى زمان البطن اللاحقة، تكون ملكاً لهم.

وعلى الجملة، يكون انحلال الوقف بالبيع أو الإتلاف فيما إذا لم يكن في البين اشتراط إبقاء الوقف مهما أمكن ولو بماليتها، فتدبر.

ومما ذكرنا يظهر: أنَّ الثمن على تقدير البيع [١] لا يخص به البطن الموجود، وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك - كالإسكافي والعلامة وولده والشهيد والمحقق الثاني، وحكي عن التنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة - لاقتضاء البدلية

[١] تعرّض الله في المقام لأمر:

الأول: أنّه مع بيع العين الموقوفة لا تختص البطن الموجودة بالثمن، بل الثمن يكون ملكاً للبطن على حد ملك المعوض لهم؛ ولذا لا يحتاج البدل فيما كان قابلاً للارتفاع مع بقاء عينه إلى إنشاء الوقف، بل يكون ملكاً للبطن على حد المعوض بمقتضى المبادلة، ومع عدم كون البدل قابلاً للارتفاع مع بقاء عينه يشترى به ما يكون قابلاً للارتفاع كما ذكر.

وذكر الله في وجه ذلك كلّ ما توضّحه: أنَّ العين الموقوفة ملك فعلي للبطن الموجودة لكن لا بملكية مطلقة، بل الملكية للبطن الموجودة مؤقتة من حيث المنتهى بحال حياتهم؛ ولذا لا يجوز في الوقف الخاص نقل العين إلى الغير بإعطاء ملكيتها الأبدية، كما لا يجوز لهم إجارة العين بأزيد من مدة حياتهم إلا فضولاً. بخلاف مالك العين بالملكية المطلقة، فإنّه يجوز له أن يتصرّف في ماله بإعطاء ملكيته الأبدية للغير وإجارته بمدة تزيد على مدة حياته، فإن ذلك مقتضى الملكية المطلقة الثابتة له.

والحاصل: أنَّ العين في الوقف الخاص ملك للبطن الموجود فعلاً وملك شأني للبطن اللاحقة، بمعنى أنَّ العين تصير ملكاً فعلياً للبطن اللاحقة بعد انقضاء البطن الموجودة بملكية يتلقونها من الواقف، أي بمقتضى جعله لا من البطن الموجودة كما في موارد الإرث. وعلى ذلك، فإن كانت العين الموقوفة ملكاً فعلياً للبطن الموجودة يكون بدل العين بمقتضى المعاوضة كذلك، حيث لو أمكن عدم قيام البدل مقام العين كما ذكر، بأن لا يكون البدل ملكاً شأنيّاً للبطن اللاحقة لأمكن أن لا يكون ملكاً فعلياً

ذلك، فإن المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوة كان الثمن كذلك، فإن الملكية اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعتبر عند تحقق أسبابها، فكما أن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تمليك الواقف. وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلي، لا الشأن.

للبطن الموجودة.

ثم إن الحكم بكون البدل ملكاً فعلياً للبطن الموجودة وشأنياً للبطن اللاحقة أولى مما ذكره في دية العبد الموقوف المقتول، حيث قالوا: إن الدية تكون ملكاً للبطن الموجودة والبطن اللاحقة على قرار الوقف. ووجه الأولوية أن الدية بدل شرعي حكم بها بعد تلف العين، فيمكن أن تختص بالبطن الموجودة.

وكذلك بدل العين الموقوفة أولى بعدم الاختصاص للبطن الموجودة مما ذكره في تلف العين المرهونة، حيث قالوا: إن بدل تلك العين يكون رهناً.

ووجه الأولوية أنه يمكن أن يقال: إن العين المرهونة كانت رهناً بما أنها ملك للمالك المديون وقد فرض زوال ملك المديون عن العين، فيمكن أن يزول الرهن عنها من غير أن يتعلق بالبدل، بخلاف الملك الشأني للبطن اللاحقة، حيث إن تعلقه بالعين لا بما أنها ملك للبطن الموجودة، بل بما أن الملكية المزبورة كالملكية الفعلية للبطن الموجودة مجعولة بجعل الواقف وإنشائه، وكل من الملكيتين مؤقتة كما تقدم. أقول: كل ذلك حسن، ولكنه لا غفل عن نكتة واحدة، وهي أنه لا معنى للملك الشأني في المقام، إلا أن العين على تقدير بقائها إلى زمان انقضاء البطن الموجودة تصير ملكاً فعلياً لتلك البطن، وأن الملكية المؤقتة للبطن الموجودة في هذا الفرض فقط. وأما على تقدير تلف العين أو إتلافه حقيقة أو حكماً بحيث لا تبقى إلى زمان انقضاء

ودعوى: أن الملك الشأني ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود. فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود. وإليه أشار الشهيد رحمته الله في الفرع الآتي، حيث قال: إنه -يعني الثمن - صار مملوكاً على حدّ الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على

البطن الموجودة، فلم يجعل للبطن اللاحقة ملكية، ولا تكون ملكية البطن الموجودة في فرض تلف العين محدودة مؤقتة؛ ولذا لا تضمن البطن الموجودة للبطن اللاحقة شيئاً فيما إذا انتفعوا بالعين المخروبة بإتلافها، كجعل الجذوع البالية وقوداً.

وعلى ذلك، فإن أتلّفو العين ببيعها مع جواز البيع فلا يكون للبطن اللاحقة ملكية ليدخل البديل في ملكهم. نعم، إذا بقيت العين ولم تصرف فيها البطن الموجودة أصلاً حتّى وصلت العين إلى البطن اللاحقة تكون ملكاً لهم، فلاحظ وتدبر.

الثاني: أنه لا يجري على البديل حتّى فيما إذا كان قابلاً لانتفاع البطون مع بقاء عينه حكم الوقف الابتدائي من عدم جواز بيعه، بل يجوز معاوضته بعين أخرى مع صلاح البطون، فإن عدم جواز البيع حكم شرعي بالإضافة إلى الوقف الابتدائي، أي ما يكون وفقاً بإنشاء الواقف ولا يعم ما كان وقفاً بالمبادلة. ولو كان عدم جواز البيع باعتبار الاشتراط من الواقف فلا ينبغي الرب في أنّ الاشتراط بالإضافة إلى ما أنشأ الوقف له ولا يجري في بدله.

الثالث: أنه لا يجب شراء مماثل الوقف بحسب العنوان، بل يجوز شراء كلّ ما يكون صالحاً لانتفاع البطون مع رعاية صلاحهم، والوجه في ذلك ما تقدّم من عدم كون العين الموقوفة ملكاً طلقاً للبطن الموجودة، بل يتعين بيعها وشراء ما يكون قابلاً لانتفاع البطون مع بقاء عينه، ولولم يكن البديل داخلاً في عنوان المبدل ومماثلاً له.

حدّه. خلافاً لظاهر بعض العبائر المتقدّمة، واختاره المحقّق في الشرائع في دية العبد الموقوف المقتول. ولعلّ وجهه: أنّ الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلّق حقّ البطون اللاحقة به، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، ولا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، ولا دليل عليه. ومجرد البدلية لا يوجب ترتّب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظي يقتضي البدلية والتزويل، بل هو بدل له في الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك.

ولكن ذكر في محكي التذكرة أنّ الوقف مع وصوله إلى حد الخراب يباع ويصرف ثمنه في جهة الوقف، ويكون صرفه فيها بشراء المماثل مع إمكانه، ومع عدمه يشتري ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه، وإن لم يمكن ذلك أيضاً يدفع الثمن إلى الموقوف عليهم الموجودين يتصرفون فيه بما شاؤوا. وعلل شراء المماثل مع إمكانه وشراء مطلق ما يصح وقفه مع عدم إمكانه بالجمع بين غرض الواقف، وهو انتفاع البطون والعمل باشتراط إبقاء العين، حيث إنّ شراء المماثل إبقاء للعين بحسب نوعها، واحتمال لزوم إبقائها بشخصها غير صحيح؛ لاستلزامه في الفرض فوت غرضه بتمامه. كما أنّ احتمال عدم لزوم الشراء أصلاً بأن يدفع الثمن إلى البطن الموجودة فيتصرفون فيه بما شاؤوا أيضاً غير صحيح؛ لأنّه إخراج للعين أو بدلها عن ملك البطون اللاحقة، مع استحقاقهم تلك العين مع عدم وجودهم فعلاً كاستحقاق الموجودين.

وذكر المصنّف رحمته الله في عدم اعتبار شراء المماثل أمرين:

أحدهما: أنّه لم يظهر أنّ شراء المماثل أقرب إلى غرض الواقف، فإنّ غرضه يختلف ولا يقف على حد. مثلاً ربما يكون غرضه الانتفاع بثمرة البستان، وإذا لم يمكن الانتفاع لغور مائه، ودار الأمر بين شراء بستان لا ينتفع الموقوف عليهم بثمرته بل يصل إليهم قيمته، وبين شراء ملك آخر يصل إليهم أجرة منفعته، فلا وجه للقول بأن

وفيه: أن ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً. وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالتأفل، فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثل.

شراء البستان أقرب إلى غرض الواقف، خصوصاً إذا كان الملك الآخر أكثر نفعاً. وثانيهما: أنه لا دليل على وجوب رعاية غرض الواقف، بل اللازم اتباع الوقف على النحو الذي رسمه الواقف، وإذا كان غرض الواقف خارجاً عن مدلول إنشائه ووقفه فلا يعمله قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(١). والحاصل: أن غاية ما يمكن أن يقال في المقام: إن العين المخروبة لا تخرج عن ملك البطون، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز للبطن الموجودة الانتفاع من الوقف بإتلافها كجعل الجذوع البالية وقوداً، بل يتعين على تقدير إرادتهم الانتفاع بتبديلها بشراء ما يصلح لانتفاع البطون، سواء كان مماثلاً للعين الموقوفة أم لا، كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع ونفوذه بعد إحراز جواز بيع تلك العين، فيكون المقام نظير ما إذا أحرز جواز بيع المصحف وشك في اعتبار إسلام مشتريه كما لا يخفى.

أقول: لو كان المتبع مدلول الوقف فقد ذكرنا أن مدلوله ثبوت الملكية للبطن اللاحقة على تقدير بقاء العين إلى زمانهم مع إمكانه، وإذا فرض وصول العين من الخراب إلى حد لم يمكن إبقاء العين للبطن اللاحقة مع انتفاع البطن الموجودة لم يكن على البطن الموجودة إلزام بإبقاء العين من ناحية رسم الواقف ولا من ناحية الشارع،

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

ومما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، حيث إنه بدل شرعي يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف، فجاز عقلاً منع سراية حق البطون اللاحقة إليه، بخلاف الثمن، فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض.

ومن هنا اتضح أيضاً أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً، لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكه الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائماً بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص مؤقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه في الوجود.

وقد تبين مما ذكرنا: أن الثمن حكمه حكم الوقف في كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن أن يبقى ويتنفع به البطون على نحو المبدل وكانت مصلحة البطون في بقائه أبقي، وإلا أبدل مكانه ما هو أصح.

فيجوز للبطن الموجودة إتلاف عينه أو نقله إلى الغير مجاناً أو مع العوض. وبكل منهما ينتفي التقدير الذي جعل الملكية للبطن اللاحق على ذلك التقدير، فيختص الثمن بالبطن الموجودة، فلا يجب عليهم شراء البديل فضلاً عن صيرورته وقفاً بمجرد الشراء.

نعم، إذا أمكن إبقاء بعض الوقف ببيع بعضه وصرف ثمنه على الباقي تعين ذلك؛ لأن إلزام الواقف بالإضافة إلى البعض ونهي الشارع عن بيع كله بحاله. هذا كله فيما لم يكن في البين قرينة عامة على إبقاء الوقف مهما أمكن كما في الوقف العام، وإلا تعين شراء البديل.

ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البدل، بل نفس البدلية تقتضي كونه كالمبدل، ولذا علّله الشهيد رحمته في غاية المراد بقوله: لأنّه صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل، إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه.

ثم إنّ هذه العين حيث صارت ملكاً للبطون، فلهم أو لوليّهم أن ينظر فيه ويتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون ولو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلّا لعذر، لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي، وبديل الوقف إنّما هو بدل له في كونه ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي.

ومما ذكرنا أيضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف - كما هو ظاهر التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والتنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة - : بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح، لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين فاللّازم ملاحظة مصلحتهم، خلافاً للعلامة وولده والشهيد وجماعة فأوجبوا المماثلة مع الإمكان، لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

وفيه - مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّة، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً ليستفعاو بثمرته فبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمنه بستان في موضع لا يصل إليهم إلّا قيمة الثمرة، وبين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجرة منفعته، فإنّ الأوّل وإن كان مماثلاً إلّا أنّه ليس أقرب إلى غرض الواقف - : أنّه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده، إنّما اللّازم ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف، ليجري «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها».

فالحاصل: أنّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلّا مدلول كلام

الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم. هذا وقال العلامة في محكي التذكرة: كل مورد جَوَزنا بيع الوقف فإنه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى، وإلا جاز شراء كل ما يصح وقفه، وإلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به ما شاء، لأن فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف، حيث شرط التأبيد، فإذا لم يمكن التأبيد بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب، لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية الكلية تُفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، ولأن قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنه يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول، ويقدر وجودهم حال الوقف.

وقال بعض علمائنا والشافعية: إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأي، انتهى. ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول في كلامه رحمه الله.

ثم إن المتولي للبيع هو البطن الموجود [١] بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر

[١] ذكر رحمه الله أن المتولي للبيع هو البطن الموجودة مع الحاكم الشرعي، حيث إنه ولي على البطون اللاحقة وليس للناظر إلى الوقف ولاية بالإضافة إلى بيع العين الموقوفة، حيث إن النظارة المجعولة له منحصرة بالأمر الراجعة إلى صورة بقاء العين وإبقائها.

ويمكن أن يقال: إن البيع راجع إلى الناظر ولا يكون للبطن الموجودة ولا الحاكم الشرعي مع الناظر إلى الوقف أمر، حيث إنه منصوب من قبل الواقف للأمر الراجعة

البطون ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنه المنصوب لمعظم الأمور
الراجعة إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى
التصرف في نفس العين. والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. ويحتمل بقاءه
لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببديلها.

ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن مما يستفاد به مع بقاء عينه
كالقدين - فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود [١]؛ لما عرفت من كونه كالبيع

إلى الوقف وبيعه، وشراء البديل من تلك الأمور.

ودعوى عدم شمول حق النظارة للتصرف في العين بإخراجها عن ملك البطون
في صورة جوازه شرعاً لم يعلم وجهها بعد كون ذلك من تلك الأمور. نعم، لا يبعد
سقوط نظارته بالإضافة إلى البديل، مع إمكان القول ببقاء نظارته حتى بالإضافة
إلى البديل.

أقول: بعد ما ذكرنا أن العين الموقوفة ملك البطن الموجودة فعلاً ولهم نفى
التقدير الذي تصير معه العين في المستقبل ملكاً للبطن اللاحقة فلا معنى لدخالة
الناظر في نفى ذلك التقدير من البطن الموجودة، سواء كان ذلك النفي باتلاف العين
حقيقة أو حكماً بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت في الوقف قرينة ولو كانت عامة على إبقاء الوقف بأي وجه
أمكن ولو ببيع الموقوفة وإبدالها، كما في الوقف الصرفي أو الانتفاعي، يكون ذلك
للمتولي من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعي، حيث إن إبدال العين
الموقوفة في الوقف الصرفي أو الانتفاعي من الأمور الحسبية الراجعة إليه كما
لا يخفى.

[١] قد تقدم مما ذكرنا أن الثمن في الوقف الخاص يكون للبطن الموجودة

مشتركا بين جميع البطون، وحيثُذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدّة، ولو طلب ذلك البطنُ الموجود، فلا يبعد وجوب إجابته، ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضي الموجود بالتّجار به وكانت المصلحة في التّجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البدل، والريح تابع للأصل [١] ولا يملكه الموجودون، لأنّه جزء من المبيع، وليس كالنّماء الحقيقي. ثمّ لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه فيباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً. ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة

ولا يجب عليهم شراء عين أخرى قابلة للوقف إلا مع الاشتراط عليهم في الوقف وبدون ذلك يكون الشّراء احتياطاً استجبائياً، ويؤيد، بل يدلّ عليه بعض ما ورد في بيع الوقف المزبور على ما تسمع.

نعم، لو لم يمكن في الوقف الصرفي والانتفاعي شراء البدل ينتظر زمان التمكن على شراء البدل، ومع الصّلاح يجوز للمتولي الاتجار بثمن الوقف ويكون ربحه تابعاً للأصل، ولا يصرف ذلك الربح إلى الموقوف عليهم إلّا إذا فهم من الوقف الصرف عليهم في كلّ زمان بأيّ نحو أمكن.

[١] يعني إذا كان ثمن الوقف مئة درهم - مثلاً - فشروا به فرساً وباعوه بعد ذلك بمئتين فيكون تمام المئتين ملك البطون ولا يختص الربح بالبطن الموجودة، ووجهه: أنّ الفرس كان ملكاً للبطون على ما تقدّم، وتمام المئتين بدل عن الفرس فلا بد من دخول المئتين في ملك من يخرج عن ملكهم الفرس، وهم تمام البطون على قرار ما زعمه المصنّف رحمته الله. ولا امتياز في ذلك بين مئة الربح ومئة الأصل، وهذا بخلاف ما إذا وقف حيواناً على أولاد زيد فأنجب الحيوان الولد، فإنّ ذلك الولد ملك للبطن

جاز مع رضا الكل؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطن فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة. ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم. ولو خرب بعض الوقف، وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطن اللاحقة، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان [١] فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطن اللاحقة إلى صرف منفعة الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئة الوقف عن منفعة قبل قسمته في الموقوف عليهم. وهنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الموجودة، كما هو مقتضى تملك المنفعة للبطن الموجودة وحبس العين على البطن.

[١] إذا احتاجت العين الموقوفة إلى التعمير والترميم لأجل بقائها وحصول النماء، فإن عيّن الواقف ما يصرف في تعميرها فهو، وإلا صرف نماؤها في تعميرها مقدماً على حق الموقوف عليهم، بلافق بين الوقف الخاص العام، حتى فيما إذا استلزم صرف نمائها على تعميره حرمان البطن الموجودة، وذلك فإن المتفاهم العرفي من الوقف إبقاؤها وأن وصول منافعها إلى الموقوف عليهم ملك أو صرف أو انتفاع بعد لحاظ إبقائها، وكان هذه قرينة عامة في كل وقف كما لا يخفى.

ولكن هذا لا يجري فيما إذا كان بعض الوقف خراباً بحيث يجوز بيعه، فإنه بالبيع يختص الثمن بالبطن الموجودة على قرار ما تقدّم، فلا يجب عليهم صرفه في عمارة الباقي أو في عمارة وقف آخر، وإن كان ذلك أحوط.

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع [١] المعتد به، بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه، كدار انهدمت فصارَت عَرَصَةً تُوْجَر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به. فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعة العَرَصَةِ، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز. وإن كان يُعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعة العرصة، بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان: من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضي للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قَبِدُوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدي نفعاً، وقد تقدّم التصريح من العلامة في التحرير بأنه: لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف، ولم يجز بيعها.

اللهم إلا أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين، فإنّ الحَمَام الذي يستأجر كلّ سنة مئة دينار إذا صارت عرصة تُوْجَر كلّ سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي - كجمع الزبائل ونحوه - يصدق عليه أنه لا يجدي نفعاً، وكذا القرية الموقوفة، فإنّ خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها، ولا تكون بسلب منافع أراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية مع أنّها كثيراً ما تُستأجر للأغراض الجزئية.

[١] المراد بالخراب في هذه الصورة أن تصل العين الموقوفة من الخراب إلى الحد الذي لا يصل إلى الموقوف عليهم من المنفعة أو النفع إلا مقدار يسير يلحق بالمعدوم، مع إمكان تعميره من عائدته أو بيع بعضه على ما تقدم. والموجب لجواز البيع في هذه الصورة أيضاً قصور المقتضي على قرار ما تقدم في الصورة الأولى، ويجري على بيعه من اختصاص الثمن بالبطن الموجودة أو تحصيل ما يقبل الوقف بذلك الثمن ما جرى على البيع في الصورة الأولى فلا نعيد.

فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام كل من سَوَّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعاً، ويشمله الإجماع المدعى في الانتصار والغنية، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين، وعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف مشكل».

ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة، بناءً على جواز الانتفاع بها في وجوه أخرى، كالترسيق وجعلها جسراً ونحو ذلك.

بل ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلي عليه السلام لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به في منفعة أخرى - الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً.

نعم، لو كان قليلاً في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» إلى غير هذه الحالة.

وكذا حبس العين وتسييل المنفعة، إنما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتد بها موجودة، وإلا فمجرد حبس العين وإمساكه ولو من دون منفعة، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى.

ثم إن الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض: أن جواز بيع الوقف [١] لا يكون إلا مع بطلان الوقف - وعرفت وجه النظر فيه - ثم

[١] البعض هو صاحب «الجواهر» عليه السلام (١)، فإنه ذكر في وجه بطلان الوقف في صورة

خراب الوقف أن من شرط الوقف كون العين مع بقائها صالحة لانتفاع الموقوف

وجّه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها.

عليهم، وهذا الشرط يكون مراعى في حدوث الوقف وبقائه.

وفيه: أنّه لا دليل على اعتبار ما ذكر إلا في حدوث الوقف، حيث إن الوقف في حقيقته تحريري وتمليكي وصرفي وانتفاعي، ولا يقتضي شيء من ذلك تمام الوقف بالخراب على ما تقدّم، مثلاً لا تخرج العين الموقوفة عن ملك البطن الموجودة أو الطبيعي بمجرد سقوطها عن قابلية الانتفاع بها، وكذلك في الوقف الانتفاعي فيما إذا لوحظ في الوقف الانتفاع ولو ببدلها.

والحاصل: ليس اشتراط الوقف بكون العين قابلة للانتفاع بها إلا كاشتراط المالية في العوضين في البيع، وإذا اشترى مالاً وخرج بعد ذلك عن المالية لا يكون خروجه عنها موجباً لبطلان البيع وانحلاله. وفي المقام يكون سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع المعتقد به مع عدم إمكان علاجها لا يوجب إلا جواز بيعها وإبطال وقفيته مطلقاً كما في الوقف الخاص، أو إلى بدل كما في الوقف العام من الصرفي والانتفاعي على ما مرّ.

وألحق رحمته انعدام عنوان العين الموقوفة بصورة خرابها في انحلال الوقف، كما إذا أوقف بستاناً فغارت ماؤه وبست أشجاره فإنّه يبطل الوقف، وبطلانه لانتفائه العنوان عن العين المنشأ لها الوقف بذلك العنوان.

«وربما يؤيد ذلك بما ذكروا من أنه لو أوصى لزيد داراً وانهدمت الدار قبل موت الموصي بطلت الوصية»^(١)، وأورد المصنّف رحمته على ما ذكر من أنّ انعدام العنوان بعد تمام الوقف ليس كانعدام عنوان المبيع بعدم تمام البيع، كما لو اشترى بستاناً وغار ماؤه

(١) هذه عبارة صاحب الجواهر ١٢: ٤٥٩.

وفيه: ما عرفت سابقاً من أنَّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبد، مع أنَّه لا دليل عليه. مضافاً إلى أنَّه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإنَّ الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنَّه قد يخرج المبيع عن المائيَّة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أنَّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم.

ويست أشجاره بعد ذلك، فإن ذلك لا يوجب انحلال البيع وخروج الأرض والأشجار اليابسة عن ملك المشتري.

وكذلك الأمر في الوقف وحتى في الوصية بعد تمامها، وأمّا بطلانها بانعدام العنوان قبل موت الموصي فهو باعتبار أنَّ متعلق التملك في الوصية هو البستان حال موت الموصي؛ ولذا لا يعتبر وجود الموصى به حال الوصية، ومع انعدام العنوان قبل موته لا يكون الموصى به، وإلى ذلك أشار رحمته الله: من أنَّ بطلان الوصية بانتفاء العنوان قبل موت الموصى من جهة أخرى، لا من جهة اعتبار بقاء العنوان في بقاء الوصية أو الوقف.

أقول: ما ذكر رحمته الله حسن فيما إذا كان العنوان المأخوذ مشيراً إلى العين الخارجيّه فقط، كما في قوله: «بعت هذه بكذا»، وأمّا إذا لوحظ مشيراً إليها وتحدد الوقف بما دام ذلك العنوان، نظير العنوان المأخوذ في موضوعات الأحكام، كما في قوله: «أكرم كلّ عالم»، حيث إن عنوان العالم وإن يؤخذ عنواناً للخارج، إلّا أنَّه مع ذلك لوحظ تحديد الحكم به فلا محالة يرتفع الوقف بارتفاع العنوان. وإذا قال: «وقفت هذا البستان على كذا مادام كونه بستاناً»، فبارتفاع العنوان عنه بالمرّة يرتفع الوقف وتعود العين بعده إلى ملك واقفها، أي يكشف عن عدم جعل الملكية بعد ذلك للموقوف عليهم من الأول؛

ثم ذكر: أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً - مثلاً - ملاحظاً في عنوان وقفه البستانية، فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً - مثلاً - لكن ليس من عنوان الوقف. واحتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضي بطلانه فيها، يدفعه: أن العرصه كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً، لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية: من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم، لو لم تكن «الدارية» و«البستانية» ونحو ذلك - مثلاً - عنواناً للوقف وإن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر: أن في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين.

أقول: يرد على ما قد يقال - بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب

ولذا تدخل العين في ملك ورثة الواقف زمان موته لا ورثته في زمان زوال العنوان. وإذا مات الواقف عن ولدين ثم مات أحد الولدين عن بنت فترث العين المزبورة البنت مع عمها بالمناصفة، نظير ما سيأتي في غير هذا الفرض من الوقف المنقطع آخره، أي العين الموقوفة التي تبقى بعد انتهاء الموقوف عليهم. نعم، فيما إذا لم تقم قرينة على تحديد الوقف بالعنوان، نظير ما في المثال، فمقتضى كون الوقف من قسم المعاملات كون العنوان مأخوذاً لمجرد الإشارة إلى العين كما لا يخفى.

بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير العنوان كما لا يخفى -: أنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنّه:

إن أريد بـ«العنوان» ما جعل مفعولاً في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا شكّ في أنّه ليس إلّا كقوله: «بعث هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التملك المعلق بعنوان، لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات.

وإن أريد بـ«العنوان» شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه؟

وأما تأييد ما ذكر بالوصية، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصي بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة؟

نعم، الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات أخرى.

ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً. الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث يقلّ منفعته، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم.

والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جَوّز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجاً بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه، لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده، ومنعه الحلّي قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على

حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه، وحكي موافقته عن الفاضلين والشهيدين، والمحقق الثاني وأكثر المتأخرين. وحكى في الإيضاح عن والده رحمته: أن النزاع بين الشيخ والحلي لفظي، واستحسنه، لأن في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها، والحلي فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها. قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله.

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع [١] وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه. وقد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد، وقد تقدّم عبارته، فراجع.

[١] المنسوب إلى المفيد رحمته جواز بيع الوقف إذا كان أعود وأنفع للموقوف عليهم، وزيادة النفع قد تلاحظ بالإضافة إلى جميع الموقوف عليهم كما إذا اشترى بثمن الوقف عيناً تكون وقفاً على قرار العين الموقوفة، وقد تلاحظ بالإضافة إلى البطن الموجود كما إذا قيل باختصاص الثمن للبطن الموجود.

ولكن لا يخفى أنه إذا كان الدليل على جواز البيع في هذه الصورة رواية علي بن رثاب عن جعفر بن حيان ^(٢) أو رواية «الاحتجاج» ^(٣) فمقتضاهما كون البيع أنفع

(١) نسبه إليه الشهيد في الدروس ٢: ٢٧٩، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٦٨، وانظر المقتنة: ٦٥٢ - ٦٥٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ١٩٠، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

(٣) الاحتجاج ٢: ٣١٢ - ٣١٣، ووسائل الشريعة ١٩: ١٩١، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٩.

وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه. والأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكل، بناءً على ما تقدّم: من عدم دلالة قول المفيد على ذلك، وعلى تقديره فقد تقدّم عن التحرير: أن كلام المفيد متأول.

وكيف كان، فلا إشكال في المنع، لوجود مقتضى المنع، وهو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»، وغير ذلك. وعدم ما

بالإضافة إلى البطن الموجودة، بل مقتضى ما تقدّم أن مع بيع البطن الموجودة ينتهي التقدير الذي جعلت معه الملكية للبطن اللاحقة على ذلك التقدير؛ ولذا يختص الثمن بالبطن الموجودة.

ومع الإغماص عن ذلك، ما ذكر المصنّف رحمته الله من ولاية البطن الموجودة أو بائع الوقف على إسقاط حقوق البطون الآتية قبل بيعهم؛ ليكون المبيع ملكاً طلقاً لهم فيباع لا يمكن المساعدة عليه، فإنه من المحتمل ولايتهم على التصرف في الثمن الذي لا يكون ملكاً طلقاً لهم.

وتظهر الثمرة بين هذا وما ذكره رحمته الله من صيرورة الوقف ملكاً طلقاً للبطن الموجودة قبل بيعهم فيما لو انفسخ البيع المزبور لجهة، فإنه الوقف يرجع إلى حاله بناءً على ما ذكرنا، وإلى البطن الموجودة طلقاً بناءً على ما ذكره رحمته الله، وأيضاً لو كان للبطن الموجود الولاية على إبطال الوقف قبل بيعهم لبطلت ملكيتهم للعين أيضاً؛ لأن ملكيتهم كانت بالوقف فترجع العين إلى ملك الواقف كما لا يخفى.

وكيف ما كان، فالصحيح عدم صحة بيع الوقف وعدم جوازه حتّى في هذه الصورة، باعتبار ضعف الروايتين سنداً ودلالة على ما استسمع.

يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنان، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه، وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة - ليس بينه وبينه قرابة - ثلاثمائة درهم في كلّ سنة، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه، فقال عليه السلام: جائز للذي أوصى له بذلك. قلت: أرأيت إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائة درهم؟ فقال: أليس في وصيته أن يُعطى الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه؟ قلت: نعم قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتّى يُوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: أرأيت إن مات الذي أوصى له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميّت، يرّد إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّة. قلت: فللورثة من قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا».

والخير المروى عن الاحتجاج: أنّ الحميري كتب إلى صاحب الزّمان - جعلني الله فداه -: أنّه روي عن الصادق عليه السلام خبر مأثور:

«أنّ الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلّهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلّهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين، إن شاء الله».

دلّت على جواز البيع، إمّا في خصوص ما ذكره الرّواي - وهو كون البيع

أصلح - وإما مطلقاً، بناءً على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر. كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكل [١] في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف، لا اعتباره في بيع كلّ واحد، بقرينة رواية الاحتجاج. ويؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضيعة الإمام عليه السلام من الوقف.

[١] حاصله: أنّ المستفاد من رواية جعفر بن حيان ^(١) اعتبار اجتماع أمور ثلاثة في جواز بيع الوقف: الأول: حاجة الموقوف عليهم، أي البطن الموجودة. والثاني: كون البيع أنفع لهم من بقاء الوقف بحاله. والثالث: اجتماعهم على البيع، فلا يجوز لبعضهم بيع الوقف، ولكن الأمر الثالث لا يعتبر في بيع الحصة ويحمل اعتبار الاجتماع على صورة بيع تمام الوقف، فإن هذا الحمل مقتضى الجمع بين هذه الرواية ورواية «الاحتجاج» ^(٢) المجوزة لبعضهم بيع ما قدر عليه من حصته، وأنه لا يعتبر في نفوذ هذا البيع اجتماع الموقوف عليهم على الرضا.

وبتعبير آخر: رواية الجعفري دالة بالإطلاق على عدم نفوذ بيع البعض حتّى في حصته ورواية «الاحتجاج» دالة على نفوذ خصوص بيع البعض حصته من الوقف فيرفع اليد عن الإطلاق بالثاني، ويؤيد ذلك صدر رواية علي بن مهزيار ^(٣) الآتية الدالة على إذنه عليه السلام في بيع حصته من الوقف مع كونها بعضاً منه، ويبقى اعتبار الأمرين الأولين.

ولا يمكن الاستدلال بالرواية على جواز بيع الوقف لمجرد بيعه أنفع للموقوف عليهم كما هو المفروض في الصورة الرابعة، بل يمكن أن يقال بأن مدلول الرواية جواز

(١) مرّت أنفاً.

(٢) مرّت أنفاً.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٧-١٨٨، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٥ و ٦.

والجواب: أمّا عن رواية جعفر، فبأنّها إنّما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا لمجرّد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر التزهة. وسيجيء الكلام في هذا القول. بل يمكن أن يقال: إنّ المراد بكون البيع خيراً لهم: مطلق النفع الذي يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تبعداً، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعني: إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع ورأيت أنه أصلح من تركه فبع، وهذا ممّا لا يقول به أحد. ويحتمل أيضاً أن يراد من الخير خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل.

بيع الوقف لمجرد حاجة الموقوف عليهم وليس كون البيع خيراً لهم شرطاً في جوازه، فإن قوله عليه السلام: «وكان البيع خيراً لهم»، تمهيد لذكر الجواب وهو جواز البيع مع حاجتهم إلى ثمنه وليس من الشرط التعبدى. ووجه ذكره تمهيداً أنّ الموقوف عليهم حيث لا يقدمون عادة على البيع فيما إذا لم يكن البيع أصلح بحالهم ولا يحصل لهم الداعي إلى البيع المزبور إلا في هذا الحال، ذكر أنّه إذا كان البيع أصلح بحيث حصل لهم الداعي إلى البيع فلا بأس.

والحاصل: الشرط المزبور لا يكون قيداً لجواز البيع، بل من قبيل فرض الداعي إلى البيع، مع احتمال أن يراد بكون البيع خيراً لهم رفع حاجتهم التي فرضها السائل، فيكون ظاهر الرواية أو محتملها جواز البيع مع حاجة الموقوف عليهم إلى ثمنه، وهذا غير الصورة الرابعة، بل أمر لم يلتزم به أحد كما يأتي في الصورة الخامسة.

لا يقال: رواية الجعفري واردة في الوقف المنقطع للاقتصار فيها بذكر الأعقاب ولم يذكر فيها أنّ المال كان وقفاً على فقراء المسلمين - مثلاً - مع انقضاء الأعقاب ليكون وقفاً مؤبداً. فإنّه يقال: عدم ذكر ذلك لا يدل على الانقطاع، بل كان على

وعن المختلف وجماعة الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبد، لاقتصاره على ذكر الأعقاب.

وفيه نظر، لأن الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص، إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد: إنه وقف على الأولاد مثلاً، وحيثن فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم، فافهم.

وكيف كان، ففي الاستدلال بالرواية - مع ما فيها من الإشكال - على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به، عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري [١].

الإمام عليه السلام الاستفصال في جوابه بين كون الوقف مؤبداً كما ذكر أم لا على تقدير الفرق بينهما في الحكم، مع أنه لا يمكن الالتزام بجواز بيع وقف المتقطع أيضاً بمجرد حاجة البطن الموجودة، ولعله إلى ذلك أشار الله بقوله: فافهم.

[١] لا يخفى أن رواية الحميري^(١) ظاهرها جواز بيع الوقف فيما إذا لم يكن المال موقوفاً على إمام المسلمين، ولم يؤخذ فيها قيد الحاجة، بل لم يؤخذ فيه كون البيع أصلح بناءً على إطلاق الذيل وعدم كونها في صدرها شرطاً تعدياً، فكيف يظهر الجواب عنها مما ذكره في رواية الجعفري^(٢)؟ وأيضاً إذا فرض أنه ليس كون البيع خيراً شرطاً تعدياً لقضاء العادة بأن الإنسان لا يقدم على البيع إلا إذا كان أصلح لجرى ذلك في الحاجة أيضاً، فإن الإنسان لا يقدم عادة على بيع سكناه أو ضيعته إلا إذا كان محتاجاً إلى ثمنه. فلا تكون الحاجة إلى الثمن ككون البيع خيراً شرطاً تعدياً، مع أن الحاجة قد

(١) وهي الرواية الواردة في الاحتجاج التي مرّت آنفاً.

(٢) مرّت آنفاً.

ثم لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء.

ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد، فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكاً لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصورة والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حق اللاحقين أنا ما قبل البيع - نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب - لئلا يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصاً.

فرضت في السؤال ولم تؤخذ في الجواب ليجب رفع اليد عن إطلاق الجواز الوارد في رواية الحميري.

والحاصل: أن مقتضى الروايتين جواز بيع الوقف فيما إذا لم تكن العين موقوفة على إمام المسلمين مطلقاً، أو فيما كان البيع أصلح بحال البطن الموجودة ولا يعتبر فيه حاجة الموقوف عليهم.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر النائيني رحمته الله من أن النسبة بين رواية الحميري ومثل رواية أبي علي بن راشد^(١) الدالة على عدم جواز بيع الوقف وشرائه هي التباين^(٢)، ولكن صورة الخراب خارجة عن مدلول رواية أبي علي بن راشد، حيث تقدم جواز شراء الوقف في تلك الصورة، وبعد إخراج تلك الصورة عن مدلولها تكون أخص مطلق بالإضافة إلى رواية الحميري فيرفع اليد بها عن إطلاق رواية الحميري

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٨٧.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقف عليهم ضرورة شديدة. وقد تقدّم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة، بل عن الانتصار والغنية: الإجماع عليه. ويدلّ عليه رواية جعفر المتقدّمة.

وكذا رواية الجعفري بحملهما على صورة خراب الوقف. فتكون النتيجة عدم جواز بيع الوقف في غير صورة الخراب وجوازه فيها.

ووجه الظهور: أنّ رواية أبي علي بن راشد في نفسها لا تعمّ صورة الخراب فكيف تكون النسبة بينها وبين رواية الحميري التباين ليعالج بما ذكر؟ هذا أولاً.

وثانياً: أنّه لا يمكن حمل رواية الحميري على صورة خراب الوقف، فإنّ هذا الحمل لولم يكن من حمل الإطلاق على الفرض النادر فلا أقلّ من كونه منافياً للتفصيل بين ما إذا كان الوقف على إمام المسلمين وغيره كقوم من المسلمين، فإنّ جواز البيع في صورة خراب الوقف يعمّ كلا القسمين، ورواية ابن حنان^(١) قد فرض فيها ثبوت الغلّة للأرض الموقوفة.

وثالثاً: أنّ النسبة بين الروایتين العموم من وجه، لأخذ خصوصية عدم الخراب في رواية أبي علي بن راشد المانعة عن بيع الوقف وأخذ خصوصية الوقف على غير الإمام في الرواية المجوّزة، فتتعارضان فيما إذا لم يخرب الوقف على غير الإمام، وبعد تساقطهما يرجع إلى عموم حل البيع كما لا يخفى. وأما صدر صحيحة علي بن مهزيار^(٢) الدالة على جواز بيع حصة الإمام عليه السلام من الوقف، فلم يظهر منها أنّ البيع المزبور بيع بعد تمام الوقف كما يأتي.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٠، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

(٢) مرّت آنفاً.

وعن بعض الأجلة^(١) أنه يحتمل أن يكون البيع الأرض المفروضة في رواية جعفر بن حيان على القاعدة بأن لا يكون المراد من وقف الغلة الوقف المصطلح، فإنه لم يفرض في الرواية وقف الأرض ذات الغلة، بل ذكر فيها وقف الغلة. وكما يحتمل يكون المراد بالغلة الأرض ذات الغلة يحتمل أن يراد بالوقف معناه اللغوي، أي الإسكان والإيقاف عليهم بأن يعين المالك الغلة على قرابته من أمه وأبيه بعد إخراج مقدار منها يقدر بثلاثمئة درهم على الآخر الذي لا قرابة بينه وبين الواقف.

والحاصل: أن الوقف بمعناه اللغوي تصح نسبته إلى الغلة والمنفعة، وما ذكر في الرواية رجل أوقف غلة على قرابته؛ إما أن يراد به الوقف المصطلح بأن يحمل الغلة على الأرض ذات الغلة، حيث إن المنفعة بنفسها غير قابلة للوقف، وإما أن يراد من وقف الغلة معناها اللغوي، ويؤيد ذلك ما في نسخة «التهذيب»: «أوقف غلة له^(٢)، والإيقاف كما قيل بأن استعماله في الوقف المصطلح قليل. وما في قوله: «من غلة الأرض التي وقفها»، يحتمل أن يكون (التي...) وصفاً للغلة لا الأرض، و(من) في قوله: «يرد ما يخرج من الوقف»^(٣) بياناً لما يخرج، وعلى ذلك يكون بيع الأرض مع هذا الإيقاف اللغوي على القاعدة، ويرجع الموصى له إلى المشتري بمقدار حقه أو يشترط البائع على المشتري حقه إليه.

أقول: إن كان المراد من وقف الغلة أو إيقافها الإيقاف الخارجي بأن هيا حال حياته أرضاً ذات غلة وتركها لتكون غلتها في تناول يدي قرابته من أبيه وأمه مع الوصية

(١) الجواهر ٢٢: ٣٧٢.

(٢) التهذيب ٩: ١٣٣، الحديث ١٢.

(٣) وسائل الشريعة ١٩: ١٩٠، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

ويردّه: أن ظاهر الرواية أنه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقل مراتب الفقر الشرعي [١] والمأخوذ في عبائر من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضّرورة والحاجة الشديدة وبينها وبين مطلق

ببعض الغلة للآخر يكون المراد بالغلة أيضاً الأرض ذات الغلة، وأنه لا وجه للسؤال بذلك التعبير، بل المناسب أن يقول: رجل ترك أرضاً ذات غلة وأوصى من غلتها للآخر. هذا، مع أن التعبير عن الوقف المعروف بالإيقاف غير عزيز، فلاحظ حسنة أبي علي بن راشد المتقدمة، حيث ذكره عليه السلام: «ادفعها إلى من أوقف عليه». وإن كان المراد الإيقاف المعاملي، فلانتصور تلك المعاملة إلا الحبس المعروف بالعمري والوصية والوقف بمعناه المعروف.

والحبس المعروف بالعمري لا يلائم ما في ذيلها من تجويز البيع بعد انقضاء الموصى له وعقبه لورثة قرابة الميت إن لم يكفهم الغلة، حيث إن ذكر عدم كفاية الغلة قرينة على أن المراد من الورثة، الورثة للقرابة من أبيه وأمه لا ورثة نفس الميت، ولو كان الأرض ذات الغلة حبساً كما ذكر لكان البائع ورثة نفس الميت، أي ولو كانوا ورثة ورثته.

وإرادة الوصية من الوقف بقرينة التفصيل بين قرابة الميت من أبيه وأمه والآخر الأجنبي في التعبير غير مناسب، أضف إلى ذلك ما في الرواية من موارد الظهور في الوقف المعروف كقوله: «يرد ما يخرج من الوقف»، وكون التي وقفها وصفاً لنفس الأرض.

[١] ذكر في السؤال حاجة الموقوف عليهم وعدم كفاية الغلة لهم، والظاهر أن الثاني بيان لحاجتهم وأن المراد عدم كفايتها لمؤنة سنتهم، فيكون ظاهر الجواب جواز بيع العين الموقوفة مع فقر الموقوف عليهم وإمكان علاجه بالبيع المزبور. وأما الحاجة

الفقر عموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه، وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنة سنته. فالرواية بظاهرها غير معمول بها. مع أنه قد يقال: إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة.

وكيف كان فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعة، وفي الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع، وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود - مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين وجماعة من القدماء إلى الخلاف، بل معارضته بالإجماع المدعى في السرائر - إشكال.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة [١] أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط. فقد اختلف كلمات العلامة ومن تأخر عنه في ذلك.

الشديدة المعبر عنها بالاضطرار العرفي فهي أمر آخر غير الفقر الشرعي، والنسبة بينهما عموم من وجه، ومن الظاهر أن الدليل على ثبوت الحكم لعنوان تكون النسبة بينه وبين الآخر العموم من وجه لا يقتضي ثبوت ذلك الحكم لذلك العنوان الآخر. والمتحصل: أنه لا يمكن إثبات جواز بيع العين الموقوفة في الصورة الخامسة كالرابعة والثالثة.

[١] الظاهر أن المراد اشتراط الواقف أن يبيع الموقوف عليهم العين الموقوفة عند حاجتهم إلى ثمنه، وأما إذا كان الشرط بيع الواقف العين لنفسه عند حاجته إلى ثمنه فإن كان وقفه بعنوان الصدقة كما إذا كان بقصد القرية فلا ينبغي الريب في بطلان شرطه،

فقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر - كالأخراج والمؤن من قبل الظالم - وشراء غيره بثمنه، فالوجه الجواز، انتهى.

وفي القواعد: ولو شرط بيعه عند الضرورة - كزيادة خراج وشبهه - وشراء غيره بثمنه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلة نفعه، ففي صحة الشرط إشكال. ومع البطلان، ففي إبطال الوقف نظر، انتهى.

فإن كل ما كان بقصد القرية فلا يجوز الرجوع فيه، سواء كان بالإشياء أو بالفعل، ومن الفعل البيع المشترط.

بل يمكن أن يقال: بطلان الوقف مع الاشتراط المزبور، كما ربما يستظهر من صحيحة ابن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله»^(١). أضف إلى ذلك عدم إحراز صدق عنوان الوقف مع الاشتراط المزبور؛ ليعمّه قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢). وبهذا يظهر الحال فيما إذا لم يكن مع الاشتراط المزبور قصد القرية. والحاصل: مع عدم إحراز صدق عنوان الوقف يؤخذ باستصحاب بقاء المال في الملك، وهذا بخلاف صورة اشتراط البيع للموقوف عليهم في بعض الموارد، فإن الاشتراط لا ينافي الوقف كما يظهر ذلك من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الآتية الواردة في الوقف بينيع.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٧-١٧٨، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١.

وذكر في الإيضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى. وفي وجه المنع: أن الوقف للتأيد، والبيع ينافيه، قال: والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

وقال الشهيد في الدروس: ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

وأما إذا كان اشتراط البيع للموقوف عليهم مطلقاً بأن يبيعوا العين في أي زمان شاؤوا فلا يبعد منافاته لأصل الوقف أيضاً، خصوصاً فيما إذا لم يكن فيه قيد كون البدل وقفاً أو شراء البدل، فإن حقيقة الوقف في حدوثه يتقوم باشتراط إبقاء العين بحيث لا ينافيه الاستثناء في بعض الموارد.

وعلى تقدير الإغماض عن ذلك يكون اشتراط البيع كذلك منافياً لقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»^(١)، ولا يفيد مع النهي الوضعي مثل قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، فإنه لا يعم إلا الالتزام والإلزام بين الطرفين مطلقاً، أو لم يكن ابتدائياً كما إذا كان في ضمن عقد والوقف لا يكون من العقد ولا الشرط فيه بمعنى الإلزام والالتزام من الطرفين. ولا قوله: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، فإنه مقيد بما إذا لم يكن إنشاء الوقف على نحو غير مشروع، وإنشاؤه بحيث جاز بيعه وشراؤه وقف بوجه غير مشروع، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف».

وعلى الجملة: لا يرفع اليد عن النهي في بيع الوقف إلا فيما كان الاشتراط للموقوف عليه بمنزلة الاستثناء عما يقتضيه الوقف في بعض الموارد.

(١) المصدر: ١٨٥، الباب ٦، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

ويظهر منه: أن للشرط تأثيراً، وأنه يحتمل المنع من دون الشرط، والتجوز معه. وعن المحقق الكركي أنه قال: التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة، لأنه شرط مؤكد، وليس بمناف للتأيد المعتبر في الوقف، لأنه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع، وما لا، فلا [١] للمنافاة. فلا يصح حينئذ حبساً. لأن اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفاً مناف لذلك لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال - بعد التمسك في الجواز بعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» «والمؤمنون عند شروطهم» - بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف فلعله مناف لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤ مسوغاته، فإن التحقيق - كما عرفت سابقاً - أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً. ثم إنه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه، وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً: كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، وأما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه وتجرده عن مسوغات الإبدال، شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالاشرط في متن العقد، فتأمل.

[١] يعني إذا لم يكن شرط البيع في موارد يجوز بيع الوقف فيها بلا اشتراط فلا يصح لا الشرط ولا الوقف، بل لا يقع التصرف المزبور حبساً أيضاً، والوجه في عدم وقوعه حبساً أن مورد الحبس يبقى المال في ملك الحابس ويكون للمحبوس له ملك الانتفاع، والزام الواقف في الفرض بشراء البديل ينافي بقاء المال على ملكه، باعتبار ظاهر شرط شراء البديل فرض خروج المال عن ملكه.

ثم إنه روي صحيحاً في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين يبيع. وفيه: «فإن أراد - يعني الحسن عليه السلام - أن يبيع نصيباً من المال [١] ليقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سرّي الملك. وإن ولد عليّ ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن عليّ. وإن كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبداله أن يبيعها فليبيعها إن شاء ولا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب وثلثاً في آل أبي طالب، وإنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

والحاصل: لا يكون التصرف المزبور وقفاً لبطلانه ببطلان شرطه، ولا يقع حبساً لما ذكر.

أقول: عدم وقوع الحبس باعتبار عدم قصده، وإلا شرط شراء البذل؛ ليكون وقفاً على قرار المبدل، لا يتنافى بقاء المال على الملك كما في الوقف الانتفاعي.

[١] ظاهره إرادة بيع بعض الوقف فتكون الرواية دليلاً على جواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجودة، وحمله على إرادة بيع بعض ثمرته ضعيف، فإنه لو كان المراد بيع ثمرة الوقف وصرف ثمنه في أداء دينه لكان الأنسب أن يقول: فإن أراد أن يقضي به دينه فلا حرج عليه. فالعدول عن الضمير إلى الاسم الظاهر - أي النصيب من المال - مع ذكر البيع بقرينة ما قبله من «أنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله في حلّ محلّ لا حرج عليه»^(١) ظاهره إرادة بيع الوقف.

وكذا قوله: فبداله أن يبيعها فليبيعها، حيث إن الضمير يرجع إلى دار الصدقة واحتمال رجوعه إلى داره عليه السلام ضعيف؛ لأن جواز بيع الحسن عليه السلام داره لا يحتاج إلى

ثم قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدث. فإن الآخر منهما ينظر في بني عليٍّ - إلى أن قال - : فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم، وإنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله وينفق الثمرة حيث أمره به من سبيل الله ووجهه وذوي الرّحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب والبعيد، لا يبيع شيء منه ولا يوهب ولا يورث... الرواية. وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه فيما يتفقون به. والسند صحيح، والتأويل مشكل [١] والعمل به.

الصّورة السّابعة: أن يؤدّي بقاؤه إلى خرابه [٢] علماً أو ظناً، وهو المعبر عنه

الاشتراط عليه. أضف إلى ذلك اشتراط تقسيم ثمنها أثلاثاً.

[١] فإن الرواية ظاهرها وقف الأموال المزبورة لا الوصية بها، ويفصح عن ذلك قوله عليه السلام: «وإن الذي كتبت من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة حيّاً أنا أو ميتاً»^(١)، حيث إنّه لو كانت وصية لكانت صدقة واجبة بعد مماته عليه السلام فقط.

والمتحصّل أنّ الرواية ظاهرها الوقف العام الصرفي وقد اشترط فيه للمتولي الإذن في بيع نصيب من المال حينما أراد به قضاء الدّين أو مطلقاً، كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «وإن شاء جعله شروى الملك»^(٢). ولا يبعد التّعدي إلى الوقف الخاصّ؛ لعدم احتمال الفرق، بل إلى صورة اشتراط بيع تمام الوقف وتملكه؛ لما ذكرنا من عدم احتمال الفرق كما لا يخفى.

[٢] الصّورة السّابعة: وهي صورة الخوف من بقاء الوقف وعدم بيعه إلى خرابه

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

بـ«خوف الخراب» في كثير من العبارات المتقدمة. والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، وقد يكون لا له. والخراب المعلوم أو المخوف، قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة. وأما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقاً: من أن تغيّر عنوان الوقف يسوّغ بيعه وقد عرفت ضعفه. وقد عرفت من عبارات جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقيدهم به.

مستقبلاً، بأن علم ذلك أو ظن، سواء كان ذلك للاختلاف بين الموقوف عليهم أو لأمر آخر. والمراد بالخراب إما سقوط العين الموقوفة عن المنفعة المعتد بها، أو ما يعم نقص المنفعة.

وأما إذا كان الخراب غير موجب لسقوطها عن المنفعة المعتد بها، بأن فرض الانتفاع بها بوجه آخر، كما إذا كان الوقف قبل خرابه بستاناً وبعد خرابه تصير أرضاً زراعية لا تقل منفعتها عن منفعة البستان، لم يجز بيعها. نعم، لو قيل بأن زوال عنوان الوقف يوجب انتهاء الوقف كما تقدم عن صاحب الجواهر رحمته الله، جاز بيعها^(١).

والصورة الثامنة: وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم المؤدي مع بقاء الوقف وعدم بيعه إلى تلف المال أو النفس علماً أو ظناً أو احتمالاً. والفرق

بين صورتين أن الصورة السابعة لم تؤخذ فيها خصوصية الاختلاف بين الموقوف عليهم، ولكن أخذت خصوصية العلم أو الظن بخراب الوقف مستقبلاً. وفي الصورة الثامنة أخذت خصوصية اختلاف الموقوف عليهم ولكن لم يؤخذ الأداء إلى

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظن بذلك. فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك، خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

خراب خصوص الوقف، بل الخوف فيها تلف المال سواء كان مال الوقف أو غيره، بل لم يؤخذ خصوص تلف المال، بل يعمّ تلف النفس، كما لم يؤخذ خصوص العلم أو الظن، بل ما يعمّ احتمال التلف.

الصورة التاسعة: أن يكون بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدي مع بقاء الوقف وعدم بيعه إلى ضرر كبير، سواء كان الضرر ضرر العرض أو النفس.

الصورة العاشرة: أن يكون بقاء الوقف وعدم بيعه موجباً للفساد والخلاف بين الموقوف عليهم، بحيث يكون الاختلاف والفساد مظنة تلف النفوس واستباحتها.

وذكر عليه السلام أنه لو كان بقاء الوقف وعدم بيعه في هذه الصورة مؤدياً إلى خراب الوقف بحيث لا تكون له منفعة معتد بها، بأن يكون ساقطاً عن المنفعة رأساً، فلا يبعد جواز بيعه، وأما في غير ذلك فلا، والوجه في جواز بيعه في الصورة المزبورة فلائلاً يبيعه لا ينافي وقف الواقف وغرضه كما لا تنافيه الأدلة الشرعية ولا حقوق البطون الآتية المعبر عنها فيما تقدم بحق الواقف وحقوق البطون وحقوق الشارع.

أما عدم منافاته لوقف الواقف وغرضه فإن غرضه الانتفاع بالعين، وإذا أحرز أنه لا يمكن الانتفاع بالعين مستقبلاً ودار الأمر بين عدم الانتفاع لا بشخصها ولا بنوعها، بأن يبقى الوقف بحاله حتى يخرب أو ينتفع لا بشخصه، بل بنوعه بأن يبيع بما يبقى لانتفاع البطون، فإن الثاني أقرب إلى غرض الواقف ووقفه. والأدلة الشرعية المانعة عن

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس، والأقوى: الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، والمنع في غيره من جميع الصور.

أما الجواز في الأول، فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه، وبين انقطاع شخصه لانوعه، كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً.

بيع الوقف أيضاً لا تعمّ الغرض؛ لعدم تمام الإجماع فيه على عدم جواز البيع، والرواية المانعة منصرفة إلى غيرها، كما مر في بيان جواز البيع في الصورة الأولى.

إن قلت: ما الفرق بين هذا الغرض والصورة الأولى؟ قلت: كان المفروض في الصورة الأولى عدم وقوع البيع قبل الخراب وإمكان بيع الوقف بعد خرابه وشراء ما يصلح لكونه وقفاً، والمفروض في هذه الصورة إمكان البيع قبل خراب الوقف وإمكان شراء البذل بما تنتفع به البطون، بحيث لا يمكن بيعه وشراء البذل وتحصيل البذل بعد الخراب.

أقول: لو كان الوقف بحيث لا يمكن بيعه بعد الخراب أو كان البذل المشتري به بعد الخراب ممّا لا يكون له نفع معتد به فلا ينبغي الإشكال في جواز بيعه في آخر أزمته إمكان بيعه وشراء البذل فيما إذا كان الوقف من وقف العام، سواء كان صرفياً أو انتفاعياً، فإن المفروض فيه قيام القرينة العامة على شرط بقاء الوقف مهما أمكن على ما تقدم. وأما إذا أمكن البيع وشراء البذل بعد الخراب أيضاً ولو كان البذل قليل المنفعة بالإضافة إلى العين الموقوفة حال عمارتها، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق قوله ﷺ: «لا يجوز

وأما الأدلة الشرعية، فغير ناهضة، لاختصاص الإجماع، وانصراف النصوص إلى غير هذه الصورة.

وأما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم، وقيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البديل، أو كون البديل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

ومما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمدة إمكان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فيه [١] ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال. ولو دار الأمر بين بيعه

شراء الوقف^(١)، بل قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

وأما الوقف الخاص، فإن كان الخراب المترقب في زمان البطن الموجودة بحيث لا يمكن بيعه بعد فعليه الخراب جاز بيعه في آخر أزمدة إمكانه ويصير الثمن ملكاً للبطن الموجودة، حيث تقدم أن لهم نفى التقدير الذي جعل معه الملك للبطن اللاحقة مع فعليه الخراب، ويجري ذلك الوجه في الفرض. وأما إذا كان الخراب المترقب في زمان البطن اللاحقة فلا موجب معه لرفع اليد عن إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»، فتدبر جيداً.

[١] يعني إذا فرض إمكان بيع الوقف واستبداله بعين أخرى في زمان لا يمكن بعده البيع ولا الاستبدال فالجواز ظاهر، وأما إذا فرض إمكان البيع في ذلك الزمان ولكن لا يمكن شراء البديل فيه بحيث لو أريد شراء البديل فلا بد من وقوع البيع قبل ذلك الزمان، ففي تقديم جانب البطون بتقديم البيع إشكال.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

والإبدال به، وبين صرف منفعته الحاصلة مدّة من الزمان لتعميره ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة أو حقّ الواقف وسائر البطون المتأخّرة المتعلّق بشخص الوقف وجهان لا يخلو أولهما عن قوّة [١] إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدّماً على الموقوف عليه.

وقد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا، بما عن التنقيح: من أنّ بقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعة وإتلاف للمال، وهو منهيّ عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً. ولعلّه أراد الجواز بالمعنى الأعمّ، فلا يرد عليه: أنّه يدلّ على وجوب البيع. وفيه: أنّ المحرّم هو إضاعة المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلّا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

والحاصل: أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير. ويتلوه في الضعف ما عن المختلف والتذكرة والمهذّب وغاية المرام: من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعدّرت، فيجوز إخراجه عن حدّه، تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم الإشكال في تقديم البيع في الوقف الصرفي أو الانتفاعي للزوم إبقاء الوقف مهما أمكن ولو بنوعه، وأما في الوقف الخاص فلا يقدم البيع على ما ذكر.

[١] قد تقدم أنّه إذا دار الأمر بين صرف منافعه على عمارته لتبقى العين للبطون أو صرفها على البطن الموجودة فالأظهر صرفها لعمارته، خلافاً للمصنف رحمته، حيث رجح الثاني. ووجه ما ذكرنا: أنّ ظاهر الوقف هو أنّ للموقوف عليهم المقدار الباقي من حاجة الوقف.

تضييع للغرض، كما أنه لو تعطل الهدى ذبح في الحال وإن اختص بموضع، فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاة الخاص المتعذر.

وفيه: أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنه الذي دل عليه صيغة الوقف، والمفروض تعذره فيسقط. وقيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص - لكونه أقرب إلى مقصود الواقف - فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض. فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وجعل ذلك مؤيداً.

وأما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة وفيما عداها من الصور اللاحقة لها، فلعنوم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك»، فإن ترك الاستفصال [١] فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه - الموجب لحمل فعل البائع على الصحة - يدل على أن الوقف ما دام له غلة لا يجوز بيعه. وكذا قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»، وما دل على أنه: يترك حتى يرثها وارث السماوات والأرض.

[١] يعني لو جاز بيع الوقف في غير سقوط العين عن الانتفاع لما أجاب عليه السلام في رواية علي بن راشد ^(١) بعدم جواز شراء الوقف بلا استفصال، والوجه في ذلك أنه لو كان في البين مجوز آخر لبيعه غير خرابه يكون للمشتري الشراء مع احتماله ذلك المجوز حملاً لفعل البائع على الصحة. ولكن على الإمام عليه السلام الاستفصال عن احتماله ذلك المجوز وعدمه، فحكمه عليه السلام بعد الجواز من غير استفصال مقتضاه عدم جواز بيع الوقف المعمور.

هذا كله، مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتب المشهورة التي انحصرت تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها، وهي مكاتب ابن مهزيار، قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة؟ فكتب إلي: أعلم فلاناً أنني أمره ببيع حصتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إلي، إن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له. قال: وكتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنه ليس يأمن أن يتفاهم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك، أمرته. فكتب بخطه: وأعلمه أن رأيي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبيع، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس» حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز [١] بها في القسم الثاني من الصورة السابعة، بناءً على أن قوله: «فإنه... الخ» تعليل لجواز البيع في صورة

لا يقال: لو تمّ لكان مقتضياً لعدم جواز بيع الوقف المعمور حتى في صورة إحراز خرابه مستقبلاً، فإن مع عدم خرابه فعلاً ووجود الغلة له يدخل في ظاهر النهي عن الشراء، فإنه يقال: نعم، ولكن قد تقدم جواز البيع مع اشتراط البائع والقرينة العامة في الوقوف العامة على إبقاء الوقف مهما أمكن مساوق لاشتراط بيعه في آخر أزمته إمكان البيع والاستبدال على ما تقدم.

[١] المراد بالقسم الثاني من الصورة السابعة كون بقاء الوقف وعدم بيعه مؤدياً علماً أو ظناً إلى خرابه، بمعنى قلة منفعته، كما أن المراد بالقسم الأول ما إذا كان بقاؤه مؤدياً - كما ذكر - إلى سقوطه عن الانتفاع رأساً بحيث لا يبقى له منفعة معتد بها.

الاختلاف، وأن المراد بالمال هو الوقف، فإنَّ ضَمَّ النفوس إنَّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنَّ المناطق في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل: أنَّه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وقد أورد عليه السلام على دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف في القسم الثاني المزبور بأمور: الأول: أنَّ المدعى في ذلك القسم جواز بيع ما إذا علم أو ظن أداء بقائه إلى خرابه كما هو تصريح بعض^(١)، وظاهر تعبير بعض آخر عنه بخوف الخراب^(٢)، والخوف كما يظهر من كلماتهم وموارد استعمالاتهم لا يصدق بمجرد الاحتمال ما لم يكن في البين أمانة، كما في خوف الضرر في وجوب الإفطار وحرمة السفر مع خوف الهلاك... إلى غير ذلك. مع أنَّ الوارد في الرواية لفظ «ربما» وظهرها يعم الاحتمال حتَّى ما إذا كان ضعيفاً.

الثاني: أنه على تقدير كون المراد بالمال في الرواية الوقف، فظاهر تلفه سقوطه عن الانتفاع رأساً كما هو القسم الأول من الصورة السابعة، فلا تعمُّ الرواية القسم الثاني. الثالث: أنَّ ظاهر تلف المال في مقابل تلف النفس تلف مطلق المال، سواء كان هو الوقف أو غيره، فيكون مقتضى الرواية جواز بيع الوقف تحفظاً للمال الآخر، وهذا غير المدعى.

أقول: الخوف كما يظهر للراجع إلى وجدانه حاله يحصل للنفس بمجرد الاحتمال أيضاً، غاية الأمر قد لا يكون مجرد الخوف موجباً للحكم، كما في السفر المخوف فيه هلاك الشخص، فإنه لو كان بمجردة موجباً لحرمة لا يبقى في البين سفر

(١) الشرائع ٢: ٢٧٠، والقواعد ٢: ٢٣، واللمعة: ٩٥، وغيرها.

(٢) المبسوط ٣: ٣٠٠، والغنية: ٢٩٨، والجامع للشرائع: ٣٧٢، وغيرها.

وفيه: أنَّ المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه -المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظ «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله - ولا أظنَّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب، لأنَّ كلمات من عبّر بهذا العنوان -كما عرفت - بين قولهم: «أدى بقاءه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه».

والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم - مثل قولهم: «يجب الإفطار والتميم مع خوف الضرر»، «ويحرم السفر مع خوف الهلاك» - لا يتحقق إلا بعد قيام أماره الخوف. هذا، مع أنَّ مناط الجواز - على ما ذكر - تلف الوقف رأساً، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جَوَّزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف. مع أنَّه لا وجه - بناءً على عموم التعليل - للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلَّما خيف تلف مال جاز بيع الوقف. وأمَّا تقريب الاستدلال بالمكاتبه [١] على جواز البيع في الصورة الثامنة - وهي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما أوجب تلف الأموال والنفوس - فهو: أنَّ

حلال يوجب القصر إلا نادراً، ويكون ذلك قرينة على كون المراد به السفر الذي فيه أماره موجبة للظن بالهلاك كما لا يخفى.

[١] الصورة الثامنة: ما إذا كان بين الموقوف عليهم خلاف بحيث يخاف تلف المال أو النفس في صورة بقاء الوقف وعدم بيعه، والوجه في جواز البيع فيها ظهور المكاتبه في اعتبار الاختلاف الخاص وجواز البيع معه؛ لأنَّ الوارد فيه وإن كان جواز البيع مع اختلاف الموقوف عليهم، إلا أنَّ تعليل الجواز بأنَّه ربما يجيء في الاختلاف تلف المال والنفس مقتضاه تقييد الاختلاف بالاحتمال المزبور.

الحكم بالجواز معلّق على الاختلاف، إلّا أن قوله: «فإنه ربما... الخ» مقيّد بالاختلاف الخاص -وهو الذي لا يؤمن معه من التلف-، لأنّ العلة تقيّد المعلول، كما في قولك: لا تأكل الرمان لأنّه حامض.

وفيه: أنّ اللازم على هذا، تعميم الجواز في كلّ مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال والنفوس وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كلّ فتنة وإن لم يكن لها دخل في الوقف. اللهمّ إلّا أن يدعى سوق العلة مساق التقريب، لا التعليل الحقيقي حتّى يتعدّى إلى جميع موارد. لكن تقييد

وفيه: أنّ قوله ﷺ: «ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»^(١)، أمره دائرين حمّله على التعليل أو على التقريب وبيان الحكمة لجواز البيع مع الاختلاف، ولو حمل على التعليل فمقتضاه عدم الخصوصية للاختلاف، بل كلّ ما كان مع بقاء الوقف احتمال تلف المال والنفوس من الموقوف عليهم أو غيرهم وأمكن علاج ذلك ببيع الوقف جاز. ولو حمل على بيان الحكمة والتقريب فلا يكون في البين تقييد للاختلاف، حيث إن الحكمة للحكم لا يكون مقيداً له.

ويظهر الحمل على الحكمة من كلام الشهيد رحمه الله في «الروضة»^(٢) فإنه ذكر بما حاصله أنه لا يعتبر في جواز بيع الوقف الاختلاف الخاص، أي الاختلاف الذي يكون فيه احتمال تلف المال أو النفس، بل يجوز بيعه مع اختلافهم مطلقاً، باعتبار أنّ في الاختلاف بحسب نوعه خوف تلف المال والنفس، ولا ينظر إلى أشخاصه. وكيف ما كان، فشيء من الحملين لا يناسب فرض الصورة الثامنة كما لا يخفى.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٨، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٦.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٥٥، الثالثة - يشترط في المبيع أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف -.

الاختلاف حيثئذ يكونه ممّا لا يؤمن، ممنوع. وهو الذي فهمه الشهيد رحمته الله في الروضة - كما تقدّم كلامه - لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور. فلا يبقى حيثئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد، مع ما فيها من ضعف الدلالة، كما سيجيء إليه الإشارة. وممّا ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصّورة التاسعة وردّه [١].

وأما تقريب الاستدلال على الصّورة العاشرة [٢] فهو: أنّ ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال - مع أنّ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً - يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدّة إلى حيث يُخاف منه تلف النفس ولا يكفي بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط.

[١] الصورة التاسعة: ما إذا كان بين الموقف عليهم اختلاف يؤدي ذلك الاختلاف مع بقاء الوقف إلى ضرر عظيم، سواء كان مال الوقف أو غيره، واستفادة الجواز في هذه الصورة من المكاتبه مبني على تقييد الاختلاف فيها بما ذيلها من قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»^(١).

ولكن يرد على ذلك أيضاً أنه إن كان الذيل تعليلاً فلا بد من إلغاء الاختلاف والالتزام بجواز بيع الوقف كلّما كان بقاؤه مؤدياً إلى تلف المال أو النفس، ومع عدم كونه تعليلاً، بل تقريباً لجواز بيع الوقف مع الاختلاف فلا بد من الالتزام بجواز بيع الوقف مع اختلاف الموقف عليهم كان مؤدياً إلى التلف المزبور أم لا.

[٢] الصورة العاشرة: ما إذا لزم من بقاء الوقف وعدم بيعه فساد تستباح فيه الأنفس، ووجه استظهار جواز بيعه في الفرض من المكاتبه هو أنّ ضمّ تلف الأنفس

وفيه: أنَّ اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم. بل يجوز حينئذٍ بيع الوقف لرفع كل فتنة مع أنَّ ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، والمقصود - كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة - هو اعتبار الفتنة التي يُستباح بها الأنفس.

والحاصل: أنَّ جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف - الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاص أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص - مستندة إلى ما فهم لربابها من المكاتب المذكورة. والأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس لا مطلق الاختلاف؛ لأنَّ الذيل مقيّد [١] ولا خصوص

فيها إلى تلف المال باعتبار أنَّ خوف تلف الأنفس يقارن غالباً تلف المال، لا لكون تلف المال مجوّزاً بنفسه.

ولكن لا يخفى أنَّ مدلول الرواية على ما ذكر جواز علاج كل فتنة موجبة للاستباحة المزبورة ببيع الوقف ولولم تكن الفتنة بين الموقوف عليهم، وظاهر الصورة العاشرة وقوع الفساد بينهم كما أنَّ ظاهر الرواية كفاية الاختلاف الذي يحتمل فيه مع بقاء الوقف الاستباحة المزبورة، والمفروض في الصورة العاشرة كون بقاء الوقف ملازماً لذلك الفساد لا أمراً محتملاً.

أضف إلى ذلك ذكر استباحة الأموال مع استباحة النفوس، باعتبار تقارن الأول بالثاني نوعاً خلاف ظاهر الرواية، بل ظاهرها كون احتمال كل من الضررين مجوّزاً لبيع الوقف.

[١] يعني يكون الموجب لجواز البيع بحسب ظهور الرواية هو الاختلاف الموجب لتلف المال أو النفس علماً أو ظناً أو احتمالاً لا الاختلاف مطلقاً، والوجه في

المؤدّي علماً أو ظناً، لأنّ موارد استعمال لفظة «ربما» أعمّ من ذلك، ولا مطلق ما يؤدّي إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يستعدّي عن مورد النصّ وإن كان فيه إشارة إلى التعليل. وعلى ما ذكرنا، فالمكاتبه غير مفتى بها عند المشهور، لأنّ الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال والأنفس، فيكون النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموماً من وجه.

لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية وقصور مقاومتها للعمومات المانعة، بالشهرة، لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم

تقييد الاختلاف بذلك ليس حمل قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف...»^(١)، على التعليل الحقيقي؛ ليقال: إن لازمه اعتبار كلّ فتنة يكون فيها احتمال تلف المال أو النفس، بل الذيل بحسب المتفاهم العرفي يكون تقييداً للاختلاف، وأن الموضوع لجواز البيع هو الاختلاف الخاص.

وعلى ذلك تكون النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية العموم من وجه؛ لأنّ فتاويهم تعمّ ما إذا كان في بقاء الوقف مع الاختلاف خوف خراب الوقف، بمعنى قلّة نفعه، والرواية لا تعمّ إلّا تلف المال أو النفس، كما أنّ فتاواهم لا تعمّ ما إذا كان في بقاء الوقف مع الاختلاف مجرد احتمال التلف ولكن الرواية تعمه. فتجتمعان في الاختلاف المؤدّي علماً أو ظناً إلى تلف العين الموقوفة، وتفترقان في الاختلاف المؤدّي علماً أو ظناً إلى نقص منفعة الوقف في الاختلاف المؤدّي إلى تلف المال أو النفس بنحو الاحتمال.

الاختلاف...» المنضم إلى قوله: «فإنه ربما جاء في الاختلاف...».

وأما دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي -على تقدير قصورها- منجبرة بالشهرة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق، وظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف -كما عن الإيضاح- وأوضحه الفاضل المحدث المجلسي، وجزم به المحدث البحراني، ومال إليه في الرياض. قال الأول -في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار-: إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم، ولم يدفعها إليهم، وحاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف ويستند، لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفة ويدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد ويدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ انتهى موضع الحاجة.

والإنصاف: أنه توجبه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب. كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

والحاصل: أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لاتعيين ما أئيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين [١] المذكورتين.

[١] الفقرة الأولى قوله عليه السلام: «إن كان علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع

نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى، وهي: أن مقتضى القاعدة - كما عرفت - لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، وظاهر الرواية تقريره عليه السلام للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين، فلا بد: إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكلفت سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنأ ما قبل البيع، لتقع المعاوضة في مالهم. وإما من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعني: الحبس الذي لإشكال في بقائه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغة الوقف وإن تحقق التوطين عليه. وتسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

الوقف أمثل»، حيث يحتمل في هذه الفقرة أن يكون المراد الاختلاف مطلقاً أو الاختلاف الخاص، والفقرة الثانية قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والأنفس»^(١)، حيث يحتمل كونه تعليلاً حقيقياً أو تقييداً أو مجرد تقريب للحكم. والمتحصّل من كلماته عليه السلام أن في دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف بعد تمامه تأملاً، وعلى تقدير دلالتها في الأخذ بها إشكالاً، وقد تعرّض عليه السلام للإشكالات في الدلالة ولالإشكالات في الأخذ بها في طي الكلمات السابقة.

أقول: لا يوجب شيء مما ذكر الخلل في ظهور المكاتبه في جواز بيع الوقف بعد تمامه؛ لدفع الاختلاف أو تفاقمه الموجب ولو احتمالاً لتلف الأموال والأنفس، وظاهر السؤال هو الوقف المعروف لا الحبس الذي يبقى العين في ملك الحابس، ويكون للمحبوس له الانتفاع أو المنفعة في مدة معينة أو مادام حياة أحدهما. ويشهد لذلك السؤال عن بيعها ودفع ثمنها إلى الموقوف عليهم بمقدار

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٨، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٦.

ويؤيده: تصدّي الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل على كونه ناظرًا، أو يقال: إنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حصة. بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها - مع أن المركز في الأذهان إشتراك جميع البطون في الوقف وبدله - أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف، لانقطاعه أو لعدم تمامه.

ويؤيده: أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضاً. إلا أن يصلح هذا الخلل وأمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد

حصصهم من الوقف، حيث إن الثمن في الحبس يختص بالحابس ولا يدفع إلى المحبوس له، وعدم ذكر العقب في الوقف لا يدل على إرادة الحبس، بل عدم تعرض السائل لذكره لعدم الحاجة إلى ذكرهم، حيث إن غرضه السؤال عن بيعه ودفع ثمنه إلى البطن الموجودة. وحملها على الوقف قبل تمامه بالقبض غير صحيح، فإنه ينافيه تجويز البيع في الجواب بلا استفصال عن حصول القبض وعدمه، بل بما أنه عليه السلام قد فهم من السؤال أن الواقف قد جعل لنفسه التولية كما هو ظاهر قول السائل، وليس يأمن أن يتفاقم الخلاف بعده، أي بعد حياته وانقضاء تصدّيه للوقف لم يستفصل عن حصول القبض، حيث يكفي فيه قبض المتولي على ما يشهد به مثل صحيحة صفوان بن يحيى المتقدمة، كما لم يستفصل عن وجه تصدّيه لبيع الوقف مع أن الواقف يصير بالوقف أجنبياً عن العين الموقوفة.

وأما بالإضافة إلى حصة الإمام فيمكن أن لا يجعل التولية لنفسه بالإضافة إليه، ولذا سأل أولاً عما يصنع بخمس الضيعة أو جعل لنفسه التولية بالإضافة إليه أيضاً وسأل عن جواز بيعها وكان عند الإمام عليه السلام مجوز لبيعها كحاجته عليه السلام إلى الثمن أو غير ذلك، والله سبحانه هو العالم.

التام، ويقال: إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصاً لقاعدة المنع عن بيع الوقف، وموجباً لتكليف الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

ويبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الأظهر منها، لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات - وهو الاختلاف المؤدي علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم - كان أولى. والفرق بين هذا والقسم الأول من الصورة السابعة الذي جوّزنا فيه البيع: أن المناط في ذلك القسم: العلم أو الظنّ بتلف الوقف رأساً. والمناط هنا: خراب الوقف، الذي يتحقّق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإنّ الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف. وليس المراد من التلف - في الرواية - تلف الوقف رأساً حتّى يتحدّ مع ذلك القسم المتقدّم، إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية، فإنّ تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.

ثمّ إنّ الظاهر من بعض العبارات المتقدّمة، بل المحكي عن الأكثر: أن الثمن في هذا البيع للبطن الموجود. إلّا أنّ ظاهر كلام جماعة، بل صريح بعضهم - كجماع المقاصد - هو: أنّه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. وهذا منه عليه السلام مبنيّ على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البذل كالمبدل، لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع، للحاجة الشديدة، تمسكاً برواية جعفر، فتعيّن الأوّل، وهو منع التقرير. لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

وأما الوقف المنقطع، وهو: ما إذا وقف على من ينقرض [١] -بناءً على صحته كما هو المعروف-، فإنما أن نقول ببقائه على ملك الواقف، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم. وعلى الثاني: فإنما أن يملكوه ملكاً مستقراً بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإما أن يقال بصيرورته في سبيل الله.

[١] وهل يصح الوقف المنقطع، وهو الذي يوقف المال فيه على ما يكون معرضاً للانقضاء والانتهاك كوقف البستان على زيد وعقبه، فالأظهر صحته بشهادة صحيحة محمد بن الحسن الصفار قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روي أن الوقف إذا كان غير مؤقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان مؤقتاً فهو صحيح ممضي. وقال قوم: إن المؤقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وقال آخرون: هذا مؤقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها... إلى أن قال عليه السلام في الجواب: الوقف بحسب ما يوقفها أهلها»^(١).

وأما تحديد الوقف بالزمان كقوله: وقفت هذا البستان لزيد عشر سنوات، فإن أريد به الحبس الآتي فيصح حبساً وإلا بطل، وذلك لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف، والمراد بالتأييد عدم تحديده بالزمان، بأن لا يكون بعد ذلك الزمان وفقاً فإنه لو لم يكن ذلك محرراً فلا أقل من احتمالها. وأما التأييد بمعنى بقاء الوقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها فهو غير معتبر، كما هو ظاهر الصحيحة وغيرها.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٢-١٩٣، الباب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

ثم إنه هل يدخل هذا القسم من الوقف في ملك الموقوف عليهم مستقراً بحيث تكون العين بعد انقراض الأخير من الموقوف عليهم لوارثه ومع عدم الوارث له للإمام عليه السلام، حيث إنه وارث من لا وارث له، أو يكون ملكه غير مستقر يثبت مادام كون الموقوف عليه موجوداً أو يكون بعده للواقف أو ورثته أو تبقى العين من الأول على ملك واقفها. ولا يبعد الثاني، وذلك فإن كون العين ملكاً للموقوف عليهم مقتضى إنشاء الوقف بالصدقة حتى في الوقف على الأشخاص كما تقدم في بعض الروايات، ويؤيده عدم وجدان الفرق بين الوقف المؤبد والمنقطع في مدلول الوقف ولو كان الوقف في المؤبد تملكاً كان كذلك في المنقطع.

ووجه عدم استقرار الملك أن الموقوف عليهم، كما تقدم بيانه سابقاً، يتلقون الملك من الواقف ولا يكون تلقي كل طبقة عن سابقتها على حد الإرث وعلى ذلك ففيما كان عقب زيد منقضيّاً في طبقة فلا تكون الملكية المجعلولة لتلك الطبقة مطلقة، بل مقيدة كالطبقات السابقة بما دامت حياتهم، فالملكية بعد ذلك باقية للواقف لم يجعلها لأحد، فإن الملكية المجعلولة بالإضافة إلى الطبقة الأخيرة كالمجعلولة لما قبلها بحسب ظهور قول الواقف: وقفت على زيد وعقبه بطناً بعد بطن مؤقتة ومحدودة بما دامت حياة البطن. اللهم إلا أن يقال: تحديد الملكية لبطن بما دامت حياته باعتبار أن ملكية العين بعده مجعلولة لبطن آخر، وإذا فرض في بطن عدم ملكية البطن الآخر بعده ولو باعتبار انقضاء البطون تكون الملكية لذلك البطن مطلقة، ويؤيد ذلك ما تقدم من ظهور الروايات من أن الثمن على تقدير بيع العين الموقوفة يكون ملكاً للبطن الموجودة، ويمكن منع التأييد فإنه لم يثبت بيع الوقف إلا في موارد:

منها: الاختلاف بين الموقوف عليهم، ويكون اختصاص الثمن فيه بالبطن

الموجود بالنص، أو باعتبار وقوع البيع عن الواقف المتولي وإرادته دفع الثمن إليهم. ومنها: موارد اشتراط الواقف بيع الوقف لبطن وصرف ثمنه في ضرورياتهم، وهذا باعتبار نفوذ الشرط وكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

ومنها: مورد الخراب، ولم يثبت فيه اختصاص الثمن بالبطن الموجودة؛ ولذا ذكرنا الأحوط فيه اشتراء البدل مهما أمكن. والحاصل: أنه لو شك أيضاً في جعل الملكية المطلقة للبطن الأخيرة، بحيث تنتقل العين الموقوفة إلى وارثهم ولو كان الوارث الإمام عليه السلام، فالأصل عدم جعل تلك الملكية لهم ولا تعارض باستصحاب بقاء العين في ملكهم لانقضاء الملكية في موت البطن الأخيرة قطعاً، سواء كان بالإرث أو بنحو انقضاء البطن كما لا يخفى.

وعن المحقق القمي (١) أنه التزم بأن الوقف المنقطع يقع حبساً، والمراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه وتمليك المنفعة منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقاً يلزم مادامت حياة الحابس.

ووجه التزامه أن الوقف المنقطع لا يقع وقفاً لاعتبار التأبيد في تحقق عنوان الوقف، والمراد بالتأبيد جعل العين للموقوف عليهم إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وأما وقوعه حبساً فاستشهد بصحيفة عمر بن أذينة قال: «كنت شاهداً عند أبي ليلى وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يؤت وقتاً، فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذي جعل له غلة الدار، فقال ابن أبي ليلى:

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك وفي جوازه للواقف مع جهالة مدّة استحقاق الموقوف عليهم إشكال [١] من حيث لزوم الغرر بجهالة

أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفى: أمّا إن علي بن أبي طالب قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر بن محمد بن علي عليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام برد الحبس وانفاذ الموارث، فقال له ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل واثنتي به، فقال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر من الكتاب إلا في ذلك الحديث، قال: لك ذلك. قال: فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فردّ قضيته» (١).

أقول: كان في نسخته عليه السلام ولم يوقف وقفاً، وفهم منه أن جعل إذا لم يكن وقفاً يكون حبساً، وفيه ما لا يخفى، فإن الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد ومع عدمه أي بإرادة تملك العين - كما هو الفرض - لا يتحقّق الحبس، والرواية ظاهرة في إرادة الحبس مطلقاً المحكوم بعود العين معه إلى ملك الحابس بموته كما لا يخفى. لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك إلى الواقف وانتقاله إلى ورثته حين موته مع ما دل على أن ما كان لله لا يرد؟ فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعاملة الواقعة بقصد التقريب، وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملة فلا يدخل في مدلول ذلك الدليل، كما لو تصدق بمنفعة داره إلى ستين فبعد انقضاء المدّة لا يكون استرجاع الدار منافياً له، وبهذا يظهر الحال في الحبس بقصد القرية، فتدبر جيداً.

[١] أقول: لا يبعد جواز بيع الدار التي تسكنها المطلقة بالأقراء، باعتبار أن جهالة

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٢٣، الباب ٥ من كتاب السكنى والحبس، الحديث الأول.

وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، ولذا منع الأصحاب - كما في الإيضاح - على ما حكى عنهم، بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء، لجهالة مدة العدة مع عدم كثرة التفاوت.

مدة عدتها مع عدم اختلافها بكثير لا يوجب اتصاف البيع بكونه غررياً، وأما في مثل المقام فلا ينبغي التأمل في صدق الغرر في البيع، باعتبار الجهل بزمان استحقاق تسلّم العين بمنافعها مع احتمال الاختلاف فيه بفاحش. ولا يقاس مورد الكلام ببيع الدار مع كونها مستأجرة في جواز البيع، غاية الأمر يثبت الخيار لمشتريها مع جهله بالحال؛ لأنّ مورد الإجارة باعتبار معلومية زمان الإجارة لا يوجب غرراً في البيع، بخلاف المقام ولكن مع ذلك دليل النهي عن بيع الغرر لا يزيد على سائر العمومات والمطلقات التي يرفع اليد عنهما بالخاص أو المقيّد.

وما رواه المشايخ في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف ظاهر في صحة البيع مع جهالة استحقاق المشتري تسلّم العين بمنافعها. قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده، هل هي له ولعقبه من بعده كما شرط؟ قال: نعم، قلت له: فإن احتاج يبيعها؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيع الدار السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن تبيعه على أن الذي اشتراه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضي السكنى كما شرط»^(١).

ولا يخفى عدم اختلاف الوقف المنقطع والسكنى بناءً على أن الأول كالثاني في بقاء العين على ملك مالکها الأول، كما أن إطلاق الرواية وعدم الاستفصال فيها عن بيع

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٣٤، الباب ٢٤ من كتاب الإجارة، الحديث ٣، الكافي ٧: ٣٨/٣٨، الفقيه ٤:

نعم، المحكي عن جماعة - كالمحقق والشهيد في المسالك والدروس وغيرهم - صحة البيع في السكنى المؤقتة بعمر أحدهما؛ بل ربما يظهر من محكي التنقيح الإجماع عليه. ولعله إما لمنع الفرر، وإما للنص، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة - في الصحيح أو الحسن - عن الحسين بن نعيم، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده قال: هي له ولعقبه

الدار ممن جعل له سكنها أو من غيره جواز البيع في كلا الفرضين فلا وجه للتفصيل بين البيع منه أو من غيره.

نعم، مع الإغماض عنها فقد يذكر هذا التفصيل، باعتبار عدم كون البيع ممن جعل له السكنى غرراً ولو باعتبار انضمام السكنى، حيث إن استحقاق المشتري فيه العين بمنافعها محرز، وكذا الحال فيما إذا باع الواقف العين ممن انتقلت إليه منفعة العين عن الموقوف عليه. ولكن هذا التفصيل غير صحيح، باعتبار كون البيع في نفسه كالفرض الثاني غريباً، ألا ترى أنه لا يمكن الالتزام بصحة البيع فيما إذا كانت صبرتان مختلفتان في الكيل وقد علم كيل مجموعهما، وقد وهب المالك إحداها من أحد ثم أراد بيع الثانية منها بلا كيل، فإن الفرر لا يرتفع عن البيع بالهبة السابقة.

نعم، إذا كان انتقال المنفعة إلى الواقف ثانياً وأراد الواقف بعد ذلك بيعها بمنافعها فلا مورد للمناقشة، كما أنه لا مورد لها فيما إذا اجتمع الموقوف عليه والواقف على المعاوضة فيكون العوض موزعاً على العين والمنفعة، ويلزم كون المعاوضة بعنوان الصلح؛ لأن غيره - ومنه البيع - لا يتضمن نقل كل من العين والمنفعة استقلالاً.

أقول: إذا كان الوقف المنقطع محكوماً بالصحة فيحكم ببطالان بيعه، سواء قيل ببقائه على ملك الواقف أو دخوله في ملك الموقوف عليهم أخذاً بما دل على عدم جواز شراء الوقوف، ولا موجب لدعوى انصرافه إلى الوقف المؤبد بعد كون الوقف

من بعده كما شرط، قلت: فإن احتاج إلى بيعها، قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى؟ كذلك، سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكنى على ما شرط... الخبر». ومع ذلك فقد توقّف في المسألة العلامة وولده والمحقق الثاني.

ولو باعه من الموقوف عليه المختصّ بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه لعدم الغرر. ويحتمل العدم، لأن معرفة المجموع المركّب من ملك البائع وحق المشتري لا توجب معرفة المبيع. وكذا لو باعه ممن انتقل إليه [١] حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع صحّ جزماً.

المنقطع كالوقف الانتفاعي وفقاً مع بقاء العين فيهما على ملك مالِكها. والصحيحة المزبورة لا تعمّ الوقف المزبور؛ لعدم دخوله في عنوان السكنى.

نعم، لا بأس بالعمل بالصحيحة فيجوز البيع مع السكنى حتى فيما إذا كانت السكنى محدودةً بعمر أحدهما، كما هو موردّها.

وأما في الوقف المنقطع، فلا يجوز البيع ولا المصالحة وغيرها من المعاملات الناقلة للعين، فإن الوقف لا يباع ولا يوهب وليس النهي فيه مختصاً بالبيع، ومما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر عليه السلام من أن المعاملة لو كانت مركبة من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم بطور المصالحة ليكون العوض موزعاً عليهما صحت، لا يمكن المساعدة عليه.

اللهم إلا أن يقال بانصراف النهي عن بيع الوقف عن الفرض، وهو بيعه زمان البطن الأخيرة كما يأتي.

[١] أي يجري في بيع العين ممن انتقل إليه حق الموقوف عليهم ما تقدم في بيعها

وأما مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأجنبي؛ لأن المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه منهم، أو يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم؛ فيكون العوض موزعاً عليهما. ولا بد أن يكون ذلك على وجه الصلح؛ لأن غيره لا يتضمّن نقل العين والمنفعة كليهما خصوصاً مع جهالة المنفعة.

ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل [١] فيما حكى عن التنقيح: من أنه لو اتفق الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكيّ عنه في مسألة السكّنى [٢] حيث أجاز

من الموقوف عليهم من احتمال عدم الجواز؛ لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع وحق المشتري لا يوجب خروج البيع عن كونه غريباً.

ولا يخفى أن حكمه رحمته بالصحة أولاً، ثم احتمال عدم الجواز ثانياً، يختص بما إذا أراد الواقف بيع العين من البطن الأخيرة، أو ممن انتقل إليه حق هذا البطن، وأما إذا أريد بيعها من البطن الأول أو الوسط أو ممن انتقل إليه حق أحدهما فلا يجوز البيع المزبور؛ لأن خروج حق البطن الأخيرة عن المعاملة مع جهالته يوجب الغرر في البيع.

[١] الظاهر أن مراده رحمته (١) ممّا ذكره هو لزوم كون المعاملة بطور المصالحة وأن نقل العين مع الجهالة بمدة استحقاق الموقوف عليهم غرري، سواءً بيع ممن انتقل إليه حق الموقوف عليهم أو من غيرهم.

[٢] أي يدلّ على جواز البيع مع اتفاقهما كلامه المحكي في السكّنى (٢)، ولعل

(١) أي مراد صاحب التنقيح الرابع ٢: ٣٢٩ - ٣٣٠، وحكاه عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٧.

(٢) راجع التنقيح الرابع ٢: ٣٣٦ - ٣٣٧.

استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم، لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة - كما في السكنى على قول - صح ما ذكره؛ لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال، فتأمل [١].

وتمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى والحبس إن شاء الله تعالى.

وجه دلالة أنه إذا جاز بيع المالك بالإضافة إلى العين خالية عن المنفعة كما هو مقتضى عدم رضا الساكن الذي هو مالك المنفعة أو الانتفاع، جاز أيضاً فيما كان في البين رضاه، فإنه لا يحتمل دخل عدم رضاه في جواز بيعها.

[١] أقول: لم يحرز أن الثابت في السكنى للساكن حق بحيث يقبل الإسقاط منه، بل من المحتمل أن يكون الثابت بها مجرد جواز الانتفاع بالسكنى، وكذلك الأمر في بعض موارد الحبس بأن يحبس العين للانتفاع بها، وعلى ذلك فيجوز للساكن أو المحبوس له المصالحة مع المشتري بأن لا ينتفع بالعين فلا يجوز لهم بعد المصالحة مزاحمة المشتري في الانتفاع بالعين مدة التحبيس أو السكنى عملاً بقصد المصالحة. وعدم جواز الانتفاع بهذا العنوان لهما لا ينافي جواز الانتفاع بها الثابت لهما قبل هذه المصالحة، نظير ما إذا حلف الساكن أو المحبوس له بترك الانتفاع كما لا يخفى.

والحاصل: أن المستفاد من مجموع الروايات أن الحبس والسكنى والعمرى من العناوين المنشأة، ويكون اختلافها بالإنشاء ويتفق بعضها مع بعض في النتيجة، وجّل الأحكام، فإن بالحبس ينشأ عنوان الحبس الذي لا يكون العين خارجة عن ملك مالكها بأن يكون منافعها ملكاً لذلك الغير أو ينتفع الغير بها أو يصرف منافعها أو يستمتع بها مطلقاً أو مادامت العين باقية أو إلى مدة. وأما السكنى فهو إنشاء جعل سكنى الدار للغير بأن يسكن فيها مطلقاً أو إلى مدة. وأما العمرى وهي جعل الانتفاع بالعين مادام أحدهما في مقابل الرقبى وهو جعل الانتفاع بالعين في زمان، وعلى ذلك فإن كان مفاد أحدها

وعلى الثاني: فلا يجوز [١] البيع للواقف لعدم الملك، ولا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

وعلى الثالث: فلا يجوز [٢] البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف، لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً

مجرد الانتفاع فلا يحرز فيه حق قابل للإسقاط، بل تجوز المصالحة بنحو ما تقدم، وإن كان مفادها تملك المنفعة فيجوز التصرف فيها كما لا يخفى.

[١] عدم جواز البيع للواقف ظاهر، فإنه على الثاني تدخل العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم مستقراً، بحيث تنتقل العين من البطن الأخيرة إلى ورثتهم بالوراثة، وأما عدم جواز البيع للموقوف عليهم ففيه منع ظاهر؛ لأن اشتراط الواقف إبقاء العين بغرض وصولها إلى البطن اللاحقة وكذلك النهي عن بيع الوقف ينصرف إلى ذلك، وإذا فرض انتهاء البطون ووصول العين بيد البطن الأخيرة كما هو الفرض، فلا يبقى منع عن بيعهم، لا عن الواقف ولا عن الشارع، فتدبر.

[٢] أي على القول بدخول العين في ملك الموقوف عليهم من غير استقرار، بأن ترجع العين إلى الواقف بعد انقضاء البطن الأخيرة، يكون عدم جواز بيع الموقوف عليهم، أي البطن الأخيرة، ظاهراً لاشتراط الواقف عليهم إبقاء العين ولو لرجوعها إليه، وكذا الحال في النهي الشرعي. وأما عدم جواز بيعها للواقف باعتبار عدم ملكه العين فعلاً، ولا يفيد إجازة البطن الأخيرة؛ لأنه يعتبر أن يكون المجيز له سلطاناً على بيع المال والبطن المزبورة ليست كذلك. نعم، إذا قلنا بالصحة في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه كان بيع الواقف الواقع حال وجود البطن الأخير محكوماً بالصحة بعد انقراضهم. ينبغي في المقام التعرض لأمر، منها: أن الوقف يكون من المنقطع آخره أو المنقطع الأول أو الوسط، ولعل المشهور على صحة الأول وبطلان الثاني، وعلى بطلان

وإن أجاز الموقوف عليه، إلا إذا جَوَزْنَا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال، بناءً على أنَّ الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة، لعدم تسلُّطه على النقل، فإذا انقضى الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع. ثم إنه قد أُورِدَ على القاضي رحمته حيث جَوَزَ للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف.

الثالث بالإضافة إلى الوسط وما بعده، وقوى السيد اليزدي رحمته صحة المنقطع الأول أيضاً بالإضافة إلى الوسط وما بعده، وصحة المنقطع الوسط بالإضافة إلى الأول والأخير، بدعوى أن الوقف المنشأ في المقام نظير الوقف على ما يصح عليه الوقف وما لا يصح عليه في عرض واحد، كما إذا قال: «وقفت الضيعة على العلماء ومن سيولد لزيد من الأولاد»، حيث إنَّ الوقف يصح في نصفه بالإضافة إلى العلماء ويبطل في نصفه الآخر. ودعوى انحلال الوقف في فرض الجمع دون الوقف المنقطع الأول أو الوسط لا يمكن المساعدة عليه، وإلا لما صح الوقف بالإضافة إلى الأول أيضاً في المنقطع الوسط.

لا يقال: الحكم بالتبعض في الصحة في المنقطع الأول أو الوسط يوجب التعليق في الوقف بأن يكون المال وقفاً، على تقدير انقضاء ذلك الأول أو الوسط. فإنه يقال: التعليق الموجب للبطلان في العقود والإيقاعات ما إذا كان إنشاء الوقف معلقاً، وأما إذا كان إنشاؤه مطلقاً وكان التعليق لازم التبعض في الحكم بالصحة فلا يضر، نظير الغرر الحاصل للبيع من الحكم بالتبعض كما إذا باع ماله ومال غيره بضمن معلوم، فلا يوجب الغرر في الثمن الحاصل من الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى مال الغير الغرري في إنشائه. وعلى ذلك فيبقى المقدار المحكوم بالبطلان من الوقف على ملك الواقف، فله نماؤه.

ويمكن دفع التنافي بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة - وهو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف - إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك بمراجعة المسألة في كتاب الوقف.

وعلى الرابع: فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد - كما صرح به المحقق الثاني على ما حكى عنه - لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف.

أقول: لا ينبغي الريب في عدم انحلال الوقف بالإضافة إلى الموقوف عليهم، أي البطون، بخلاف انحلاله بالإضافة إلى أفراد البطن الواحد من الموقوف عليهم، وإذا قال: «وقفت الضيعة على أولاد زيد وأولاد بكر»، وأراد ما ظاهره من كون نصف الضيعة وقفاً لأولاد زيد ونصفها الآخر لأولاد الآخر، فلا يوجب بطلان الوقف بالإضافة إلى نصفها بطلانه بالإضافة إلى النصف الآخر. بخلاف ما إذا كان الوقف للبطون وحكم بفساده بالإضافة إلى البطن، فإنه لو حكم ببطلان الوقف بالإضافة إلى البطن الأول، كما في المنقطع الأول، يخرج الوقف المزبور من عموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها من الأول. فالحكم بدخوله ثانياً بعد انقضاء البطن المزبور موقوف على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه في زمان، يخلاف المنقطع الوسط، فإنه لا موجب لرفع اليد عن العموم المزبور ابتداءً، فيعمه العموم المزبور مادام البطن الأول موجوداً وبعد انقضائه يرجع إلى ملك الواقف أو ورثته عند موته.

والحاصل: ما ذكره رحمته الله مبني على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه من الأول أو الوسط في زمان وشك في دخوله في العموم المزبور بعد ذلك الزمان، وإلا

وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود مَنْ بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدّم. وأما على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من

فالوجه ما هو المنسوب إلى المشهور، والله العالم.

الثاني: قد تقدم أنه يجوز أن يشترط في الوقف بيع العين الموقوفة أو بعضها للموقوف عليهم، بأن يكون ثمنه لهم، وأما اشتراط بيعها أو بيع بعضها للواقف كذلك فهو غير جائز، بل يوجب الاشتراط المزبور بطلان الوقف بشهادة صحيحة إسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجبتُ إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله»^(١). حيث إن ظاهر قوله عليه السلام: «يرجع ميراثاً على أهله»، الإرشاد إلى بطلان الوقف المزبور، وإلا فلو كان الوقف تاماً لما عاد المال إلى أهله ميراثاً، وحمله على ما إذا تحقق احتياج واقفه وعود المال إليه ثم موته، كما عن السيد اليزدي عليه السلام كما ترى. فإنه لم يستفصل الإمام عليه السلام بطرو الحاجة عليه وعدمه، بل حكم بكون المال ميراثاً، والتعبير بالرجوع مع بطلان الوقف من الابتداء بلحاظ نظر الواقف حيث كان يرى انعقاد الوقف.

ومما ذكرنا يظهر فساد ما أفاده عليه السلام من الحكم بصحة الشرط المزبور، أخذاً بقوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢)، وأن مرجع الاشتراط المزبور وقف المال مادام كونه غنياً، فيكون الوقف مع الشرط المزبور من الوقف

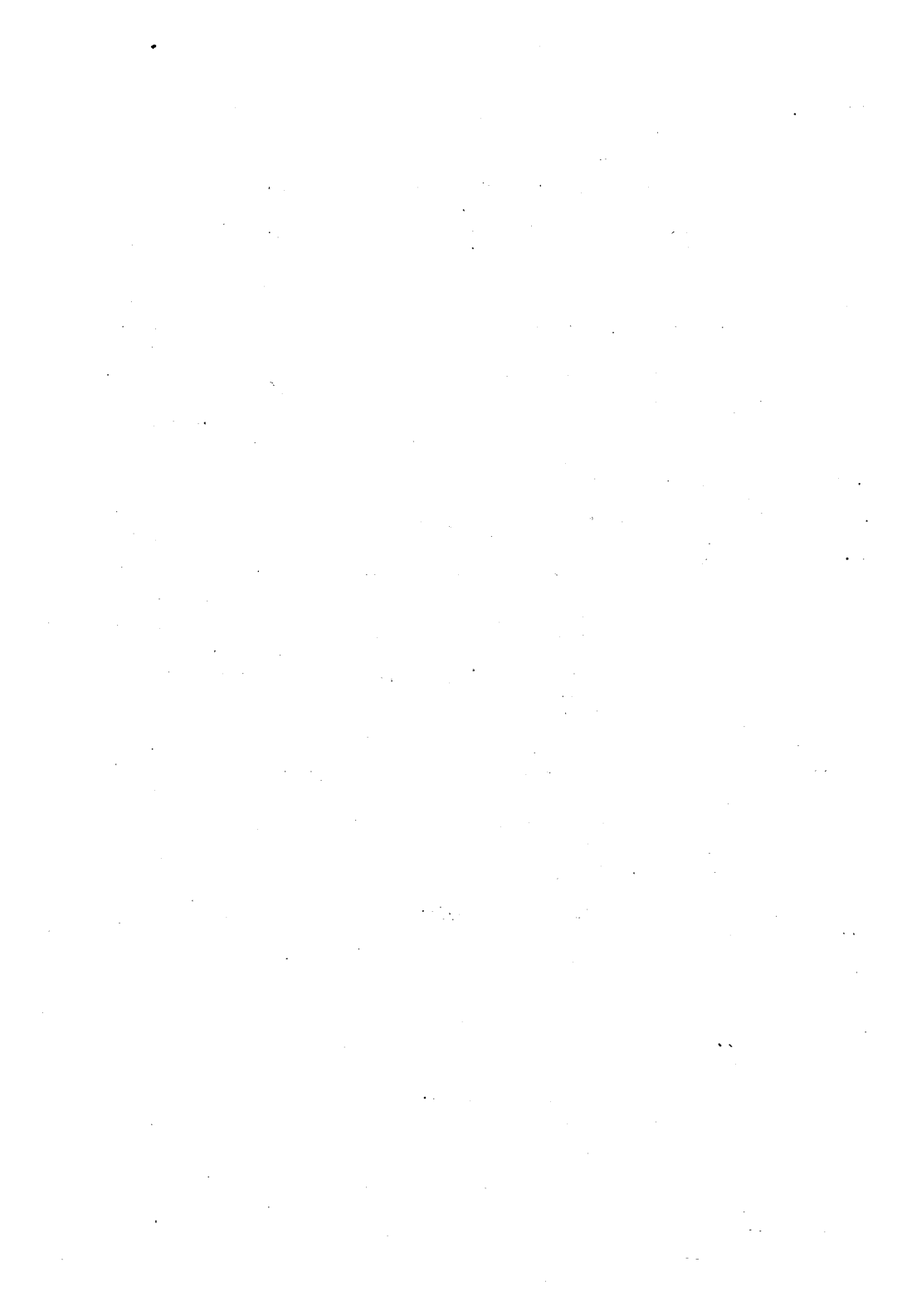
(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٧-١٧٨، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا، وفي الجواز في الصور التي جَوَّزنا، لاشتراك دليل المنع، ويتشاركان أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

المنقطع، حيث لا فرق في الوقف المنقطع بين كون انقطاعه لاعتبار وصف الموقوف عليهم بأن يقف المال عليهم مادام كونهم عدولاً وبين اعتبار وصف في الواقف. أقول: الوارد في السؤال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، نعم ما إذا كان المراد عود الوقف إلى المالك وانتهائه عند طرو حاجته إليه وما إذا كان المراد سلطانه على المال بالتصرف فيه ببيعه لنفسه أو صرف غلته لنفسه كسائر الملاك. ومقتضى إطلاق الجواب بطلان الوقف في جميع ذلك، وبهذا يرفع اليد عن عموم: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، ولكن يمكن المناقشة في ذلك أن المفروض في الرواية عنوان الصدقة والوقف بقصد التقرب، فالتعدي إلى الوقف المجرد لا يخلو عن الإشكال؛ لاحتمال أن يكون هذا الحكم باعتبار كون الوقف لله.

نعم، في المروي عن دعائم الإسلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث»^(١)، ودلالته على كون ذلك من حكم مطلق الوقف ظاهر، ولكن في جواز الاعتماد عليه مع ضعف السند تأمل.



الفهرس

١١٢.....	ضمان سائر الغرامات	٥.....	اعتبار مطابقة الإجازة للعقد
١١٧.....	حكم غرامة المشتري للمالك	١٠.....	انحلال البيع وعدمه
١٢١.....	قرار الضمان على البائع	١٣.....	في شرائط المجيز
١٣٣.....	تعاقب الأيادي	٢٠.....	من باع شيئاً ثم ملكه
	ما أفاده صاحب الجواهر في وجه		لو باع عن المالك وكالة ثم بان
١٣٩.....	الرجوع	٥٨.....	انعزاله
	المناقشة فيما أفاده صاحب		لو باع عن المالك فأنكشف كونه ولياً ٥٩
١٣٩.....	الجواهر		لو باع لنفسه فأنكشف كونه ولياً ٦١
	لو كانت العين باقية في الأيادي المتعاقبة		لو باع عن المالك فأنكشف كونه
١٤٢.....		٦٣.....	مالكاً
	بيع الفضولي مال نفسه مع مال		لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فأنكشف
١٤٤.....	غيره	٧٢.....	أنه له
١٤٩.....	كيفية تقسيط الثمن	٧٢.....	شرائط العقد المجاز
١٥٥.....	بيع من له نصف الدار نصفها	٧٩.....	تتبع العقود
١٦١.....	الإقرار بالحصة للغير	٨٠.....	الرد وأحكامه
١٦٨.....	مسألة الإقرار بالنسب	٩٧.....	حكم المالك مع المشتري لو لم يجز
١٦٩.....	بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله	٩٩.....	حكم المشتري مع الفضولي
١٧٤.....	ولاية الأب والجد	١٠٨.....	ضمان البائع فضولاً الثمن

ما عرض له الموت بعد	اعتبار العدالة في ولاية الأب والجد ١٧٧
العمارة..... ٢٩٢	اعتبار الصلاح في تصرف الأب
الأراضي المفتوحة عنوة..... ٢٩٧	والجد..... ١٨٢
بيع الأراضي الخراجية..... ٢٩٨	اعتبار عدم المفسدة في تصرف
حكم الأراضي الخراجية..... ٣٠٥	الأب والجد..... ١٩٠
التصرف في الأراضي	حكم ما إذا فقد الأب وبقي الجد
الخراجية..... ٣٠٩	القريب والبعيد..... ١٩١
اعتبار كون ملك العوضين	ولاية الجد مع الأب في مال الطفل
طلقاً..... ٣١٥	 ١٩٣
عدم جواز بيع الوقف..... ٣٢١	ولاية الفقيه..... ١٩٤
أقسام الوقف..... ٣٣١	ولاية النبي ﷺ والإمام عليه السلام..... ١٩٧
المناقشة فيما أفاده صاحب	ولاية الفقيه..... ٢٠٢
الجواهر وكاشف الغطاء..... ٣٣٨	الاستدلال على ولاية الفقيه..... ٢٠٦
عدم جواز بيع الوقف	ولاية الفقيه..... ٢١٦
التحريري..... ٣٤٧	ولاية عدول المؤمنين..... ٢٣١
في الوقف التحريري وآلاته..... ٣٥٠	ولاية فقيه لفقيه آخر..... ٢٤٦
من أتلف الموقوفات فهو	معاني القرب في ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ
ضامن..... ٣٥٦	الْيَتِيمِ﴾..... ٢٥١
موجبات جواز بيع الوقف..... ٣٥٨	اعتبار المالية في العوضين..... ٢٧١
الكلام في الوقف المنقطع..... ٤١٢	الأرض الموات بالأصالة..... ٢٧٨
	الأرض العامرة بالأصالة..... ٢٨٦
	ما عرض له الحياة بعد
	الموت..... ٢٩١